

## خوانشی نواز دیدگاه‌های تحلیلی نسبت به مفهوم قانون در عصر مشروطه

هادی طحان نظیف \*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۰۴

رضا احسانی \*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۵/۲۰

### چکیده

قانون، هسته بنیادین نظم و نظام حقوقی مدرن است. آشنایی ایرانیان با این مفهوم در بستر اندیشه مشروطه خواهی صورت گرفت. ورود این مفهوم به ساحت اندیشه ایرانی موجب طرح نظرگاه‌های متعدد و متناقضی حول آن شد؛ نظرگاه‌هایی که به نوبه خود برخاسته از نحوه مواجهه با پدیده‌ی تجدد بود. این نظرها و نظریه‌ها طیفی از اندیشه‌ورزی‌ها را پدید آورد که هرکدام به سهم خود موجب ایجاد رخدادهایی در عرصه عملی انقلاب مشروطه و نگارش قانون اساسی مشروطه شد. به طور کلی می‌توان این نظرات را بر مبنای دیدگاه آن‌ها در رابطه با نسبت اسلام و تجدد (بمعنی‌الاعم) و فقه و حقوق (بمعنی‌الاخص) در سه دسته عمده «تجدد طلب»، «جمع‌گرا» و «تجددستیز» بررسی نمود. هر یک از نحله‌های پیش‌گفته دارای نمایندگان شاخصی است که در این تحقیق در صدد بازشناسی آراء ایشان هستیم. طیف تجددطلب در صدد طرد شریعت از صحنه حکومت و سیاست و جایگزین کردن قوانین غربی، طیف جمع‌گرا خواهان جمع میان شریعت و قانون غربی و طیف تجددستیز در تکاپوی نفی قانون منبعث از پارلمان و تحکیم جایگاه فقه و فقیه در منظومه حقوقی ایران است. جستار پیش رو در زمره تحقیقات تاریخی مقطعی و متضمن رویکرد توصیفی است.

### واژگان کلیدی:

مفهوم قانون، نظام حقوقی مدرن، مشروطه، تاریخ حقوق ایران

tahan@isu.ac.ir

\* استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع)

\*\* کارشناس ارشد معارف اسلامی و حقوق عمومی، دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول)

rezaehsani@isu.ac.ir

## مقدمه

قانون، هسته کانونی نظام حقوقی مدرن است، به گونه‌ای که کلیت نظم و نظام حقوقی بر مدار آن سامان می‌یابد و حتی مفهوم سترگ و ژرف «حق» - که به نظر می‌رسد محور دانش و نظام حقوقی است - نیز مبتنی بر مفهوم قانون معنا می‌یابد (راسخ، ۱۳۹۳، ص ۷۵).

اندیشه ایرانی که تا پیش از رویارویی با تجدد نظم و نظام حقوقی خود را با دانش فقه و بر مدار مفاهیمی نظیر «فتوا»، «حکم» و «فرمان» سامان می‌داد (بیگدلی، ۱۳۹۴، ص ۳۲)، از طریق روشنفکران و بازرگانان با مفهوم مدرن قانون آشنایی یافت، به همین جهت می‌توان چنین گفت که در کنار آشنایی ایرانیان با دوربین عکاسی، تفنگ، لباس و سایر مظاهر دنیای متجدد غربی، قانون نیز از جمله تحفه‌های فرنگی بود.<sup>(۱)</sup>

عقلانیت روشنفکر ایرانی در جستجوی علل عقب‌ماندگی ایران و پیشرفت ممالک غربی در اواخر عهد قاجار به این نتیجه رسید که کلیدواژه پیشرفت یک کلمه و آن هم «قانون» است. بدیهی است که این مفهوم وارداتی تا معنا نمی‌شد نمی‌توانست کارکرد بهینه خود در این مرز و بوم را بیابد، از همین رو از آغازین روزهای حضور این مفهوم در ساحت اندیشه ایرانی، هر متفکری بنا به فهم خود معنایی از قانون را پیش نهاد. گفتنی است این مفهوم وارداتی از همان آغاز در عرصه اندیشه ایرانی مورد سوء تفاهم واقع شد (راسخ، ۱۳۹۴، ص ۱۰) و اندیشه‌ورزی‌ها پیرامون ماهیت و مفهوم آن منجر به پدیدار شدن طیف گسترده‌ای از نظریات گردید. این نظریات در حقیقت ذیل عنوان کلی «مواجهه با تمدن غرب» و رویارویی اسلام-تجدد قرار می‌گیرند (ضمیران و عبادی، ۱۳۷۵، ص ۳۳).

محققان مختلفی بر مبنای ملاک‌های گوناگون نسبت به دسته‌بندی و بررسی این آرا اقدام نموده‌اند، از جمله این که با ملاک مذهبی بودن اشخاص و جریان‌ها به تقسیم این نظریات دست یازیده‌اند (هاشم‌زهی، ۱۳۸۶، ص ۱۶۶)، و یا از منظر دوگانه عرف-شرع، نگرش‌ها نسبت به مفهوم قانون را تحلیل نموده‌اند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۱)؛ لکن نگارندگان این مقاله با ملاک نسبت اشخاص در رابطه با اخذ تجدد و مدرنیته (بمعنی‌الاعم) و اخذ قانون به معنای مدرن (بمعنی‌الاخص) به تفکیک و دسته‌بندی ایشان اقدام نموده‌اند. از این منظر جریانی را که خواهان اخذ کامل تمدن

غربی و قانون مدرن بوده است به «تجدد طلب»، جناحی را که خواهان اخذ وجوه شکلی، ساختاری و تشریفاتی قانون همراه با درج محتوای دینی در آن و ایجاد سازگاری میان قانون مدرن و فقه بوده‌اند به «جمع‌گرا» و طیفی را که اولاً و بالذات مخالف اخذ وجوه شکلی، ساختاری و ماهوی قانون مدرن و قائل به ناسازگاری بنیادین قانون و فقه بوده‌اند به «تجدد ستیز» نامبردار ساختیم. در این تقسیم‌بندی گاه ممکن است که یک روشنفکر و یک فقیه به جهت اشتراک استراتژیک در یک دسته جای گیرند.

اهمیت کاوش تاریخی در زمینه مفهوم قانون، گذشته از ثمراتی که برای مطالعات تاریخی متصور است، بدین باز می‌گردد که اولاً هنوز که هنوز است، بنا به نظر برخی محققان و قانون‌پژوهان، مسلمانان نتوانسته‌اند به پاسخ روشنی بدین سوال دست یابند که «تفاوت قانون مدرن با احکام شرعی چیست؟» (راسخ، ۱۳۹۳، ص ۱۵۰)؛ و بدیهی است که فهم این تفاوت در گرو شناخت مفهوم قانون است. ثانیاً تا پاسخ دقیق و راه‌گشایی به این سوال (نسبت قانون و فقه) داده نشود، مسلمانان گام دومی در هم‌زیستی با زندگی مدرن برنخواهند داشت. ثالثاً تا مفهومی از قانون پیش نهاده نشود، سخن گفتن از دو مرحله دیگر در زمینه قانون‌پژوهی یعنی «حکومت قانون» و «تقنین» بی‌ثمر و ابتر خواهد بود.

## ۱. مفهوم قانون از منظر تجددطلبان

### ۱-۱. میرزا ملکم‌خان ناظم‌الدوله

یکی از چهره‌های شاخص این طیف میرزا ملکم‌خان ناظم‌الدوله (۱۲۸۷-۱۲۱۲ ه.ش) است. قانون دغدغه اصلی اندیشه میرزا ملکم بود تا بدانجا که حتی روزنامه‌ی خود را نیز «قانون» نام نهاد. تألیفات دیگر وی نیز نظیر «دفتر قانون» و «کتابچه غیبی» هرکدام به نحوی در صدد بازشناسی این مفهوم و تحقق آن در ایران عصر قاجار است. «ملکم لغت قانون را که در ایران به معنی روش و وضع اصول رواج داشت ولی پاسخ‌گوی کامل مفهوم اروپایی قانون نبود به کار برده است. او با تعریف خود از قانون این لغت را به معنای صحیح و واقعی آن وارد زبان فارسی کرد» (الگار، ۱۳۶۹، ص ۳۰). او رمز ترقی غرب را در وجود «قانون» در آن دیار می‌دانست (مددپور، ۱۳۸۷، ص ۴۴۸). از منظر او تمام زحمات پیامبران از آغاز خلقت تاکنون غیر از تحقق «قانون» و

«سیویلیزاسیون» نبوده است! (اصیل، ۱۳۸۸، ص ۱۷۳).

برای فهم کامل اندیشه میرزا ملکم حیات فکری وی باید مورد بررسی قرار گیرد. در مرحله اول (۱۳۰۷-۱۲۷۶ ه.ق) ملکم سعی داشت تا با راهبرد از بالا به پایین، و از طریق اعمال اصلاحات لازم از مجرای اراده شاهانه، منویات خود را محقق کند. در همین دوره است که او با نگارش «دفتر تنظیمات» در صدد ارائه الگوی اولیه خود برآمد. وی در «دفترچه تنظیمات» دو وظیفه را برای حکومت شناسایی می‌کند: (۱) اختیار وضع و (۲) اختیار اجرای قانون (ملکم‌خان، ۱۳۸۸، ص ۱۵). او می‌گوید: «فقط قانون چاره دردها را نمی‌کند، حرف در سر دو اختیار است، یعنی اختیار وضع قانون را از اختیار اجرای قانون جدا نمایند. مجلس قانون، وضع قانون بکند و وزرای دولت، اجرای قانون» (ملکم‌خان، ۱۳۸۸، ص ۹۰). وی این اصل را «تفرق اختیار» نام می‌نهد. این گزاره به نوعی اولین مقدمات نظری بحث تفکیک قوا در ایران است که توسط ملکم طرح گردیده است. او ضمن بیان تقسیم حکومت‌ها به دو نوع سلطنتی و معتدله<sup>(۲)</sup>، و ذکر این نکته که «اوضاع سلطنت‌های معتدل به حالت ایران اصلا مناسبی ندارد»، سلطنت مطلقه را بر مبنای چگونگی وضع و اجرای قانون به دو دسته تقسیم نمود: سلطنت مطلقه منظمه و سلطنت مطلقه غیر منظمه. «در سلطنت‌های مطلق غیر منظمه فرق این دو اختیار را نفهمیده‌اند و هر دو را مخلوط هم استعمال می‌کنند و در هر سلطنتی که این دو اختیار مخلوط بوده وزراء همیشه بر سلطان مسلط بوده‌اند و در سلطنت مطلق هر قدر این دو اختیار جدا بوده، قدرت پادشاهی بیشتر و دستگاه حکومت منظم تر بوده است» (ملکم‌خان، ۱۳۸۸، ص ۸۷). در این دوره تعریف وی از قانون چنین است: «آن حکمی است که از دستگاه حکمرانی صادر می‌شود و مبنی بر صلاح عامه است و امتثال آن بر عامه رعیت بالمساوی واجب می‌باشد» (ملکم‌خان، ۱۳۸۸، ص ۹۳). میرزا ملکم اولین کسی است که در ایران مفهوم «مصلحت عمومی» را از ذاتیات مفهوم قانون برمی‌شمرد. او هم‌چنین با بهره‌گیری از منشور حقوق بشر و قانون اساسی فرانسه، مفهوم «حقوق ملت» را نیز در زمره ذاتیات قانون دخیل می‌نماید و از جمله ذکر می‌کند: «همه افراد در برابر قانون حکم مساوی دارند»، «از رعایای ایران هیچ چیز نمی‌توان گرفت مگر به حکم قانون»، «هیچ یک از رعایای ایران را نمی‌توان حبس کرد مگر به حکم قانون»، «دخول جبری در مسکن هیچ رعیت جایز نخواهد بود

مگر به حکم قانون»، «عقاید اهل ایران آزاد خواهد بود» (ملکم خان، ۱۳۸۸، ص ۵۶). وی هم‌چنین در این دوره بر این پندار است که «قانون» هیچ تضادی با اصول و مفاد شریعت ندارد، بلکه از اساس قانون چیزی جز شریعت انتظام‌یافته در قالب مقررات نیست: «لان کاری که داریم این است که جمیع احکامی که در باب ضمانت جانی در احادیث ما متفرق است به همان طریقی که دول فرنگ این مطالب را ترتیب داده و از قرآن دولت ساخته‌اند، ما نیز رسماً ترتیب داده و مبدل به قوانین دولتی سازیم» (ملکم خان، ۱۳۸۸، ص ۶۰).

در این مرحله است که وی برای قانون هفت شاخصه را برمی‌شمرد:

۱. قانون باید بیان اراده شاه و متضمن صلاح عامه خلق باشد،
۲. قانون باید در مجلس تنظیمات به اتفاق کلی اعضای مجلس نوشته شده باشد،
۳. قانون باید به مهر و امضای شاه رسیده باشد،
۴. قانون باید به زبان فارسی و با عبارات واضح نوشته شده باشد،
۵. قانون باید در دفتر قانون نوشته شده باشد،
۶. قانون باید اسم و عدد معین داشته باشد،
۷. قانون باید در روزنامه دولتی اعلان شده باشد (اصیل، ۱۳۶۸، ص ۴۷۶).

در مرحله بعدی و پس از اخراج وی از دیوان‌سالاری حکومت در پی قضیه امتیاز لاتاری، وی به انتشار روزنامه قانون در لندن پرداخت و راهبرد اصلاحات از پایین را با هدف جایگزین کردن حکومت مشروطه پارلمانی به جای استبداد سلطنتی در پیش گرفت. وی در شماره شش «قانون» برای نخستین بار از لزوم تأسیس مجلس شورای ملی سخن گفت؛ در شماره ۲۴ «قانون» باز هم برای نخستین بار از تفکیک سه قوه: «اول قدرت وضع قانون، دوم قدرت اجرای قانون و سوم قدرت مراقبت؛ اجرای قانون» سخن به میان آورد. در شماره ۲۵ «قانون» نیز انتخاب نمایندگان مجلس شورای ملی یا «وکلائی ملت» را به انتخاب خود مردم واگذار کرد. او در این دوره خواهان تحقق همان «سلطنت معتدله» ای می‌شود که پیش‌تر در رساله تنظیمات، آن را به حال ایران مناسب نمی‌دانست. در این دوره از منظر وی «قانون، حاصل اجتماع قوای آحاد یک جماعت به جهت حفظ حقوق عامه» است و نه اراده ملوکانه (روزنامه قانون، شماره ۲، شعبان ۱۳۰۷ ه.ق). میرزا ملکم شرط اتصاف صفت قانون به یک فرمان را صدور آن از «دستگاه

قانون» می‌دانست، و از همین منظر فرامین پادشاه در یک حکومت مطلقه را واجد وصف قانونیت نمی‌دانست (ملک‌خان، ۱۳۸۸، ص ۲۳۴).

در مرحله سوم که مصادف است با حکومت مظفرالدین شاه، وی مجدداً با گزینش راهبرد از بالا به پایین، به جای «مجلس شورای ملی» تشکیل «مجلس دربار اعظم» را پیشنهاد می‌دهد.

میرزا ملکم برای رفع دوگانگی میان احکام شریعت و قوانین سلطنت، که ریشه اصلی این تفکیک میان حوزه شرع و حوزه عرف به زمان صفویه باز می‌گردد، پیشنهاد داد که جمیع احکام دولتی و شرعی ناظر به امور مملکت‌داری در یک کتاب، به‌منزله کتابچه قوانین دولتی تدوین و منقح شود (ملک‌خان، ۱۳۸۸، ص ۳۱۲). به‌موجب این ضابطه اولاً قواعد شرعی را از حوزه قانون تفکیک می‌نماید و ثانیاً شرط «قانونیت» یا نفاذ احکام شرعی آن خواهد بود که به تصویب دستگاه قانون‌گذاری مملکتی برسد (آدمیت، ۱۳۵۱، ص ۳۲).

همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد یکی دیگر از شرایط پیدایش مفهوم صحیح قانون از منظر میرزا ملکم صدور آن از دستگاه تنظیمات است، یعنی نهادی که گرچه به‌نوعی وابسته به پادشاه است اما خود گامی است در راستای استقلال نهاد قانون‌گذاری. وی این نهاد را «مجلس تنظیمات» نام می‌نهد و معتقد است «دستگاه تنظیمات، منبع نظم دول است و نجات دولت ایران بسته به احداث دستگاه تنظیمات است» (ملک‌خان، ۱۳۸۸، ص ۴۲۰). کار مجلس تنظیمات «نوشتن قانون» و کار مجلس وزرا اجرای قانون است. این توصیه‌ها که خطاب به ناصرالدین شاه نگاشته شده بود، اثر خود را در صدور فرمان تشکیل «مصلحت‌خانه عامه دولتی» (۱۲۷۶ه.ق) نشان داد (آدمیت، ۱۳۵۱، ص ۵۷). ملکم وجود دستگاه قانون را شرط قانون‌شمردن یک قانون می‌داند: «گروهی می‌گویند قانون آن حکمی است که از دستگاه حکمرانی صادر شود، در جایی که این قسم تعریف قانون باعث اشتباه جمعی شده است. زیرا تنها هر حکمی که موافق قرار معین از دستگاه قانون صادر شود، آن حکم را قانون می‌گویند. پس لازمه‌ی قانون این است که حکما از دستگاه قانون صادر شود» (ملک‌خان، ۱۳۸۸، ص ۳۶۰). وی درد ایران را فقدان کارخانه قانون می‌داند و بر این عقیده است که «نظم حاصل نمی‌شود مگر از کارخانه قانون. در ایران کارخانه قانون نداریم و بدون این کارخانه، نه نظم

خواهیم داشت و نه دولت» (ملکم خان، ۱۳۸۸، ص ۳۴۵).

در ادامه ملکم خان پیدایش قانون و دستگاه قانون در غرب را حاصل سده‌ها تلاش مستمر نخبگان و جان‌فشانی مردمان می‌داند که به نحوی نظام یافته است که برای سایر ملل جز پذیرش بی‌چند و چون آن راهی دیگر متصور نیست: «اغلب بزرگان ما هنوز نفهمیده‌اند که یافتن این قوانین چقدر مشکل و چه امر معظمی است. خیال می‌کنند که هر عاقلی بخواهد می‌تواند قانونی اختراع بکند. ارتباط و تأثیرات قوانین به‌حدی باریک است و دقایق این ارتباط و تأثیرات را ملتفتین روی زمین از سه هزار سال پیش تاکنون به‌نوعی شکافته‌اند که اگر جمیع عقلاهی این عهد جمع بشوند، در باب قوانین دولتی یک چیز تازه نمی‌توانند بنویسند. یافتن هر قانون دولتی اقلاً دویست سال طول کشیده» (ملکم خان، ۱۳۸۸، ص ۲۳۶). «ما اگر واقعا طالب نظم دولت خود هستیم باید آن صرف و نحو دولت را از روی صادق عقیده قبول کنیم و قوانین آن را بدون چون و چرا متابعت نماییم» (ملکم خان، ۱۳۸۸، ص ۲۳۷) و «باید جمیع این اصول را مثل همه دول منظم بلاتردید و تأمل بپذیریم» (ملکم خان، ۱۳۸۸، ص ۲۴۰).

با این همه شاید چنین تصور شود که طبق مطالب گفته‌شده، ملکم خان نیز می‌بایستی در طیف جمع‌گرایان، یعنی کسانی که مباحثی میان فقه و حقوق نمی‌دیده‌اند، جای داده شود اما التفات به یک نکته‌ی بسیار مهم در این زمینه بصیرت‌زاست. ملکم خان به‌شیوه‌ای بسیار زیرکانه و سیاست‌مدارانه در صدد این بود که اصول و مبانی قانون مدرن را با روکش و پوششی اسلامی عرضه نماید. ملکم در اصل مرام مادی‌گرایانه داشت ولی بنا به مصلحت‌سنجی و به‌جهت عدم طرد از جامعه مسلمان و دست‌یابی به مقاصد دنیوی خود آن را ابراز نمی‌نمود (اصیل، ۱۳۷۶، ص ۸۲). او در گفتگویی با آخوندزاده که هم‌مشرّب و هم‌فکر اوست در سال ۱۲۸۹ه.ق در تفلیس دین را موجب سقوط اعتبار عقل، ترجیح عقل بر نقل و موجب حبس آن می‌داند (آخوندزاده، ۱۳۵۱، ص ۲۱۷). وی هم‌چنین به آخوندزاده پند می‌دهد که برای مدرن کردن ایران، اگرچه مانع اصلی تفکر دینی است، ولی نباید صریحاً به دین تاخت و آن را باطل شمرد، بلکه می‌باید از تاکتیک‌های دیگری بهره برد. ملکم در این گفتگو دین را مشتمل بر سه مؤلفه اعتقادات، عبادات و اخلاق می‌داند، و چنین اظهارنظر می‌کند که اصل دین همان تخلق به اخلاق حسنه است، که اگر این مهم حاصل شد، دیگر نیازی

به اعتقادات و عبادات نخواهد بود، نظیر تخلق فرنگیان به این اخلاق بی آنکه اعتقاد یا عبادت خاصی داشته باشند (آخوندزاده، ۱۳۵۱، ص ۲۳۴). سند دیگر در این زمینه سخنرانی ملکم در لندن است که وی در آنجا در سال ۱۸۹۱م چنین بیان می‌دارد که راه منحصر به فرد مدرن نمودن ایران آن است که مبانی، اصول، مؤلفه‌ها و ساختارهای غربی در لفاف آیات و احادیث به مسلمانان ارائه شود تا مقبول نظر ایشان واقع شود (نورایی، ۱۳۵۲، ص ۶۳).

#### ۲-۱. میرزا فتحعلی آخوندزاده

فرد شاخص دیگر این طیف میرزا فتحعلی آخوندزاده (۱۲۵۷-۱۱۹۱.ه.ش) است. او خواهان پروتستان‌تیزم اسلامی، اصلاح الفبا، طرد شریعت و اخذ کامل حقوق غربی است. خلاصه اعتقاد او در این گفته عیان است: «رستن از ظلم دیسپوت و عقاید پوچ پیش نمی‌آید مگر با علم و علم حاصل نمی‌گردد مگر با پروقره، پروقره صورت نمی‌بندد مگر با لیبرال بودن و لیبرال بودن نمی‌شود مگر با رستن از قید عقاید باطل. چه فایده، مذهب تو با لیبرال بودن تو مانع است» (آجودانی، ۱۳۸۶، ص ۴۲). آخوندزاده بر این پندار بود که اسلام و تجدد از اساس با یکدیگر متعارض‌اند و قابلیت جمع با یکدیگر را نه در ساحت مبانی و نه در ساحت نظام‌های سیاسی، علمی و اقتصادی ندارند. وی در رد ایده جمع‌گرایی مستشارالدوله (جمع میان قانون غربی و شریعت اسلامی) به وی می‌نویسد: «به خیال شما چنان می‌رسد که گویا به امداد احکام شریعت کونستیتوسیون فرانسه را در مشرق زمین مجری می‌توان داشت؛ حاشا و کلا؛ بلکه محال و ممتنع است» (آدمیت، ۱۳۴۹، ص ۳۰). وی به صراحت از تناقض فلسفه سیاست غربی و شریعت سخن گفت و پشتیبان سرسخت تفکیک «دیانت از سیاست» بود (آدمیت، ۱۳۴۹، ص ۱۵۴).

وی هم‌چنین به نقد شریعت اسلامی پرداخت و آن را مخالف ذات تساوی طلب قانون غربی قلمداد نمود: «اگر شریعت چشمه‌ی عدالت است باید اصول اول را از اصول کونستتوسیون که مساوات در حقوق است مع مساوات در محاکمات مجری بدارد، اما شریعت برای جنس مرد و زن حقوق مساوی قائل نیست، همانطور در محاکمات شرعی حقوق غیرمسلمان ذمی مساوی فرد مسلم نیست» (آدمیت، ۱۳۴۹، ص ۳۱).



وی تلاش برای وضع قوانین را متأخر از تغییر دانش و بینش مردم می‌دانست و معتقد بود «بدون تربیت ملت قوانین نتیجه نخواهند بخشید» (آخوندزاده، ۱۳۵۷، ص ۲۲۸). وی به فراست دریافته بود که در راه متری شدن بخشی از مشکل به قابلیت‌های زبانی بازمی‌گردد و این زبان است که محمل واژه‌ها و مفاهیم نو و در نتیجه بستر ساز تغییر تمدنی خواهد بود، از همین رو بر این پندار بود که «در ممالک اسلامی قبل از تغییر خط قدیم هیچ‌گونه تنظیمات جدید و قوانین پویکیه نتیجه نخواهد بخشید و ترقی ملت اسلام صورت نخواهد پذیرفت» (کمالی‌طه، ۱۳۵۲، ص ۷۴).

آخوندزاده خواهان تشکیل پارلمان دو انجمنی - به تبعیت از بریتانیا - و تغییر سلطنت از مطلقه به معتدله بود (کمالی‌طه، ۱۳۵۲، ص ۲۰۵) و در همین راستا مردم را به قیام فرا می‌خواند و حق تقنین را از آن اراده ملی می‌دانست: «روولسیون عبارت از چنان حالتی است که مردم از رفتار دیسپوت و ظالم به ستوه آمده و به شورش اتفاق کرده و به جهت آسایش و سعادت خود قانون وضع کنند و برای خود بر حسب تجویز فیلسوفان، موافق عقل، آیین تازه‌ای برگزینند» (آخوندزاده، ۱۳۵۷، ص ۵). آخوندزاده معتقد بود که قانون باید متکفل تأمین سعادت دنیوی و لاقتضاء نسبت به دین باشد. هم‌چنین «مطابقت با اوضاع زمانه» را نیز از اوصاف قانون می‌دانست (آخوندزاده، ۱۳۵۷، ص ۲۳). «کتابی هم که به جهت امور مرافعه و حدودات وضع خواهد شد باید از اختلاف اقوال عاری بوده، در هر طرف به یک نسق و یک فتوی معمول به ملت باشد» (آخوندزاده، ۱۳۵۷، ص ۲۰۰).

وی خواهان وضع قانون از سوی یک مجلس شورا است، مجلسی که نسبت به شریعت لاقتضاء است و تنها مبتنی بر عقلانیت خودبنیاد بشری دست به جعل مقررات می‌زند. از منظر آخوندزاده صرف جعل قانون برای اصلاح امور ایران کافی نیست. وی به نیکی به امکان اجتماعی و فرهنگی قانون نیز ملتفت است و از همین رو وضع قانون برای ایران را تشبیه به یک ارابه می‌کند که چهار حیوان اسب، الاغ، گاو و گاو میش قصد سیر دادن این ارابه را دارند و به جهت تفاوت میان فهم و سرعت این حیوانات ارابه نمی‌تواند حرکت لازم را داشته باشد. از منظر وی لیبرال مسلکان، که شرط لازم ترقی اند همان اسب هستند و باقی مردم نیز یا الاغ مسلک‌اند (تابع اسب می‌شوند)، یا گاو میش صفت‌اند (به کراهت و به‌کندی حرف اسب را می‌پذیرد) و یا چون گاو (نه به

اسب گوش می‌دهد و نه حرکت می‌کند) هستند (آخوندزاده، ۱۳۵۱، ص ۱۱۳). آخوندزاده شناخت عمیقی از حقوق و مبانی معرفتی و فلسفی آن داشت و می‌دانست که مبانی پشتیبان فلسفی قانون در تعارض کامل با شریعت اسلامی و فرهنگ مسلمانی است و از همین رو جسورانه شریعت را عامل ظلم و مانع مشروطه‌شدن ایران و نضج قانون می‌دانست. او به این نکته پی برده بود که حقوق منبعث از فلسفه است، و تا مبانی فلسفی و زبانی ایران مبدل به الگوی غربی نشود، حقوق امکان تحقق اجتماعی نخواهد داشت.

## ۲. مفهوم قانون از منظر جمع‌گرایان

### ۲-۱. میرزا یوسف‌خان مستشارالدوله

شاخص‌ترین چهره این نحله میرزا یوسف‌خان مستشارالدوله (۱۳۱۳-۱۳۳۹ ه.ق) است. مشهورترین کتاب وی رساله «یک کلمه» است. وی در صدد آن بود که به اثبات برساند آنچه در غرب به عنوان قانون رواج پیدا کرده است امر نوظهوری نیست و مبادی و مبانی آن در شریعت اسلامی مندرج است.<sup>(۳)</sup> او در پاسخ به پرسش چرایی عقب‌ماندگی ما نسبت به ممالک مترقی در یک کلمه، قانون را پیش می‌نهد و کتاب قانون در نزد غربیان را به مثابه رساله عملیه در دست مسلمانان می‌پندارد (مستشارالدوله، ۱۳۶۴، ص ۲۶)؛ البته از منظر وی میان قوانین غربی و شریعت اسلامی تفاوت‌هایی است:

۱. «قوانین به قبول دولت و ملت نوشته می‌شود و نه به رأی واحد»، و این صفت در شناسایی مفهوم قانون به معنی در نظرگرفتن اراده مردمی در وضع قانون است بر خلاف رساله عملیه که رأی یک نفر است.

۲. «قانون موضوعه همه قوانین معمول‌بها را جامع است و از اقوال غیرمعموله و آرای ضعیفه و مختلف‌فیها عاری و منقح است، اما کتب فقهیه اسلام اقوال ضعیفه را هم حاوی است و تمیز صحیح از ضعیف دشوار است». این ویژگی بیان‌گر تفاوت دیگر کتاب قانون با کتب فقهی است.

۳. «قوانین امروز به زبان عامه نوشته شده و معانی و مقاصدش به سهولت مفهوم می‌شود و به شرح و حاشیه احتیاج ندارد». این نیز وصفی دیگر از اوصاف مفهوم قانون از منظر میرزا یوسف‌خان است که در قیاس با کتب فقهی آن را ذکر کرده است که با

زبان تخصصی و مجمل نگاشته شده و هر کتاب محتاج شرح و حاشیه‌ای مجزاست. ۴. ویژگی دیگر قانون آن است که «فقط مصالح دنیویه را شامل است، چنانکه به حالت هرکس از هر مذهب و ملت که باشد موافقت دارد»؛ بر خلاف کتب فقهیه و رساله عملیه که فقط تکالیف اهل یک مذهب را در برمی‌گیرد و برای سایر ملل و نحل لازم‌الاتباع نیست.

۵. قوانین موضوعه، قواعد عرفیه را نیز به صورت مکتوب در خود دارند، حال آن‌که در شریعت هر جا به عرف ارجاع داده شده، سخن از رجوع به متن و کتاب نیست و همین سبب ابهام می‌گردد (مستشارالدوله، ۱۳۶۴، ص ۲۷).

وی قانون را سبب «روشن شدن تکالیف و حدود عموم اهالی» (کرمانی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۷) می‌دانست که «شاه و گدا و رعیت و لشگری در بند آن مقید هستند» و «به اقتضای وقت و روز موادش تغییر می‌کند» و «هرساله طبع و در میان آحاد و افراد ملت حتی دهقانان و برزگران به‌توسط اوراق و اخبار منتشر» می‌شود (کرمانی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۸).

مستشارالدوله فرایند تدوین و صدور قانون را نیز مورد توجه قرار می‌دهد و با فراست مبحث تفکیک قوا را پیش می‌کشد. او از قوه مجریه با نام «قدرت تنفیذ» و از قوه مقننه به اسم «قدرت تشریح» یاد می‌کند و معتقد است بدون تفریق این دو اختیار «کار ایران پریشان خواهد بود» (آدمیت، ۱۳۵۱، ص ۲۰۰). وی ریشه تفکیک قوا را در جدایی مقام افتای مجتهد و مقام والی‌گری و محاسبانه او و تمییز میان «حکم» و «فتوی» می‌جوید (مستشارالدوله، ۱۳۶۴، ص ۱۴)؛ به همین منوال وی برای اثبات مدعای خود که عبارت است از «ابتنای قوانین موضوعه غربی بر مبانی و آموزه‌های اسلامی»، ۲۱ اصل از اصول کدهای فرانسه را ذکر می‌نماید و برای هر یک ریشه شرعی آن را بیان می‌کند، از جمله: «ابتنای حاکمیت ملی بر «أمرهم شوری بینهم»، «ابتنای تعیین مالیات بر قواعد خمس و زکات، «ابتنای لزوم نشر روزنامه رسمی و صورت مشروح مذاکرات مجلس بر اصل تبلیغ شرعی و قس علی‌هذا».

برخی اندیشمندان تلاش نظری میرزا یوسف‌خان را کوششی در جهت ایجاد نظام حقوقی کارآمد می‌دانند، نظامی که از یک سو به مواریت فقهی دل‌بسته است و از سوی به اقتضای زمانه باید تن به حقوق مدرن دهد (طباطبایی، ۱۳۹۳، ص ۲۰۷). برخی

دیگر نیز بر آن اند این تطبیق‌های ساده‌انگارانه گزاره‌های غربی با معارف اسلامی از سوی مستشارالدوله عامدانه و با آگاهی بر تعارض ذاتی این دو و به جهت مقبول جلوه دادن حرف خود صورت گرفته است (حائری، ۱۳۶۰، ص ۲۹).

در آخر پیشنهاد مستشارالدوله در راستای تدوین قانون بدین صورت بود که: «مراد من کتابی است که جامع قوانین لازمه و سهل العبارت و سریع الفهم و مقبول ملت باشد. تدوین چنین کتابی با شروطی که در شرح تفاوت‌های پنجگانه بیان کردم ممکن است. همه کتب معتبره اسلام را حاضر و جمله کدهای دول متمدنه را جمع کنند، در مدت قلیل کتابی جامع نویسند. چون کتابی چنین مقبول عقلایی ملت نوشته شود و به دستخط همایون شاهنشاه برسد و حفظ آن به عهده مجلس مخصوص مستقل سپرده شود لامحاله وظیفه دولت و ملت بر قانون می‌باشد» (مستشارالدوله، ۱۳۶۴، ص ۱۵) و در همین یک بند برداشت خود از مفهوم قانون را به‌وضوح به‌نمایش می‌گذارد.

در حقیقت مستشارالدوله ضمن آن‌که به تفاوت‌هایی میان فقه و حقوق (قانون) قائل است اما در مجموع چنین می‌پندارد که قانون به‌مثابه ظرفی است که می‌توان مفاد فقهی را مظروف آن در نظر گرفت و از این جهت می‌توان میان قانون و فقه همزیستی برقرار ساخت.

## ۲-۲. آیت‌الله نائینی

شیخ الاسلام محمدحسین غروی نائینی منوچهری اصفهانی (۱۳۵۵-۱۲۷۶ ه.ق) معروف به میرزای نائینی از دیگر اندیشمندانی است که در مواجهه با جنبش مشروطه‌خواهی دست به قلم برد و کتاب «تنبيه الأمة و تنزیه الملة» را در پاسخ به برخی شبهات، خصوصاً پاسخ به فرموده‌های شیخ فضل‌الله نوری، تألیف نمود. میرزای نائینی نیز بر همان نمط میرزا یوسف‌خان سیر کرد و بدین پندار معتقد شد که غریبان «اصول تمدن و سیاسات اسلامیة را از کتاب و سنت و فرامین صادره از حضرت شاه ولایت (علیه افضل‌الصلاة و السلام) و غیرها اخذ و در تواریخ سابقه خود منصفانه بدان اعتراف و قصور عقل نوع بشر را از وصل به آن اصول و استناد تمام ترقیات فوق‌العاده حاصله و کمتر از نصف قرن اول را به متابعت و پیروی آن اقرار کردند» (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۵). گذشته از این آیت‌الله شیخ محمدکاظم خراسانی نیز در تقریظ خود بر این رساله

ویژگی این کتاب را بیان «ماخوذ بودن اصول مشروطیت از شریعت محقه» دانست. هدف نائینی از تألیف این کتاب «تنبيه امت به ضروریات شریعت و تنزیه ملت از این زندقه و الحاد و بدعت» بود (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۷)؛ مراد وی از الحاد و بدعت، مخالفت‌ها و براهین دینی و شرعی امثال شیخ فضل الله با اساس مشروطه بود.

وی سلطنت را به دو نوع «تملیکیه» و «ولایتیه» قابل تقسیم می‌دانست که در نوع اول سلطان «مانند آحاد مالکان نسبت به اموال شخصیه خود با مملکت و اهلیش معامله فرماید» و آن را «استبدادیه» و «اعتسافیه» نیز گویند و نوع دوم سلطنت «فقط بر اقامه وظائف و مصالح نوعیه [عمومی] مبتنی است و «استیلاء سلطان به همان اندازه محدود و تصرفش به عدم تجاوز از آن حد مقید و مشروط باشد» (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۴۱). اساس حکومت تملیکیه بر «استعباد و استرقاق رقاب ملت در تحت ارادت خودسرانه» سلطان و عدم مشارکت مردم و عدم مسئولیت و پاسخگویی شاه است و اساس حکومت ولایتیه «آزادی از عبودیت نوع اول و مشارکت و مساوات آحاد ملت حتی با شخص ولی نوعی در جمیع نوعیات» و در نتیجه مبتنی بر مسئولیت سلطان است (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۶۶).

نائینی ضمن در نظر گرفتن حق امامت و ولایت برای امام معصوم از نظرگاهی متفاوت به مقوله «عصمت» می‌نگرد و آن را قوه‌ای برای حفظ امامت امام و والی از هرگونه خطا و شر می‌داند. وی با ذکر براهین و مثال‌های متعدد در صدد آن است که به مخاطب خویش این نکته را گوشزد شود که مشروطه حکومت آرمانی اسلام نیست، اما وسیله‌ای است برای کاستن از استبداد سلطنت و حتی اگر مشروطه را «بد» نیز فرض کنیم، استبداد از مشروطه «بدتر» است و حکم عقل نیز در انتخاب میان این دو، روشن! او برای جایگزینی ملکه عصمت در عصر حاضر دو راهکار توأمان را ذکر می‌کند: تدوین قانون به‌منابه تحدید حدود اختیارات سلطنت و تشکیل مجلس شورای ملی به‌منزله هیأت نظار و قوه مسدده (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۲۱).

قانون - به‌طور خاص قانون اساسی - از منظر نائینی رکن اصلی حفظ حکومت از استبداد است که «به تمیز وظایف نوعیه لازم از آنچه در آن حق مداخله نیست کاملاً وافی و تفصیل حدود مذکوره را بر وفق مقضیات مذهب به طور قانونیت و بر وجه رسمیت متضمن باشد» (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۸۹). وی قانون اساسی را مانند رساله عملیه

می‌داند، با این تفاوت که رساله عملیه در عبادات و معاملات است و قانون (اساسی) متکفل سیاسیات و نوعیات [مصالح عمومی]. نائینی قانون و مجلس شورای ملی را به منزله مقدمه واجب می‌پندارد (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۹۵).

او در جایی دیگر از کتاب خود شبهه شیخ فضل‌الله و طیف تجددستیز را طرح و آن را با بیانی تند نقد می‌کند: وی در پاسخ به این شبهه که «تدوین قانون دیگری در بلد اسلام بدعت و در مقابل صاحب شریعت دکان بازکردن است، و التزام به آن هم چون بدون مُلزم شرعی [است] بدعتی دیگر [است] و مسئول داشتن از تخلف هم بدعت سیم است» پاسخی ارائه می‌کند که در حقیقت نظرگاه وی در باب مفهوم قانون است: «اولاً بدعت آن است که غیرمجموع شرعی (خواه حکم جزئی شخصی، خواه عنوان عام یا کتابچه دستور کلی) به عنوان مجعول شرعی و حکم الهی ارائه و اظهار و الزام شود، و گرنه در غیر این صورت و بدون آنکه آن التزام حکم الهی شمرده شود، هیچ نوع الزام و التزامی بدعت نخواهد بود، خواه شخصی باشد مثل التزام کردن شخص به غذا خوردن و خوابیدن در ساعات معین و یا ایجاد التزام در امور غیرشرعی برای سکنه‌ی یک شهر یا مملکت؛ گرچه آن التزام به صورت کتابچه و قانون‌نامه درآمده باشد، چرا که عدم اقتران وصف شرعی و الهی بودن به آن الزام سبب عدم تحقق وصف بدعت می‌شود. ثانیاً هم چنان‌که امور غیرواجب را با نذر و عهد و شرط در ضمن عقد لازم می‌توان واجب ساخت، چنان‌چه اقامه واجبی هم بر آن متوقف شود عمل بدان واجب خواهد شد؛ از حیث واجب بودن مقدمه واجب. از همین رو «وجوب اصل ترتیب دستور اساسی [قانون اساسی] به طوری که تحدید استیلاء جوری را بر وفق مقتضیات مذهب کاملاً متکفل و متضمن باشد، نظر به توقف حفظ نظام و صیانت اساس محدودیت و مسئولیت سلطنت غاصبه بر آن، از بدیهیات است و عدم اندراجش من حیث نفسه در عنوان تشریح و بدعت و مقابله با دستگاه نبوت ظاهر و هویداست» (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۷).

نائینی نیز قانون را به مثابه ظرفی می‌انگارد که می‌توان آن را بدون اتصال آن به مبانی معرفتی و فلسفی مورد استفاده قرار داد، و آن‌گونه که رساله عملیه مشتمل بر وظایف عبادی است، قانون نیز مشتمل بر وظایف شهروندان در حوزه اجتماعی است. البته گفتنی است که نائینی در مقایسه با مستشارالدوله از منظری کاملاً فقهی به

موجه‌سازی استعمال قانون می‌پردازد و به اعتقاد وی اساساً هیچ تعارض شرعی میان قانون و فقه متصور نیست و با نظارت فقهاء بر کلیت روند تدوین قوانین در چارچوب شرع، قانون حجیت شرعی می‌یابد.

### ۳. مفهوم قانون از منظر تجددستیزان

#### ۳-۱. شیخ فضل‌الله نوری

شیخ فضل‌الله آل کیا کجوری طبرسی مازندرانی، معروف به شیخ فضل‌الله نوری (۱۳۲۷-۱۲۵۹ ه.ق) از جمله مخالفان مشروطه بود که النهایه نیز توسط مشروطه‌طلبان به دار آویخته شد و جان بر سر عقیده نهاد. شیخ علی‌رغم همراهی اولیه با جنبش مشروطه‌خواهی، پس از چندی با پی بردن به اصل و اساس نظری مشروطه سرسختانه با آن مخالفت ورزید و اساس مشروطه‌خواهی را مخالف اسلام دانست.

«رساله حرمت مشروطه یا پاسخ به سوال از علت موافقت اولیه با مشروطه و مخالفت ثانویه با آن» متن سوال و جوابی است میان شیخ فضل‌الله و یکی از ارادتمندانش که در آن شیخ به تشریح علت مخالفت خود با مشروطه پرداخت. نکته جالب در آغاز این رساله، تقسیم‌بندی سه‌گانه‌ای است که پرسش‌گر بیان می‌کند و گویی این طیف‌بندی سه‌گانه از همان آغاز ورود تجدد تاکنون بر فضای فکری و عملی ایران و ایرانیان حاکم است: «در این عصر ما، عنوان «کنستیتوسیون» که از مخترعات ملل خارجه است، توسط جمعی که خود را سیاسی و سیویلیزه لقب دادند در مملکت ایران ظهور یافت و اهالی ایران را بر سه فرقه تقسیم کرد: یک فرقه، فریفته و شیفته بیانات گویندگان و مؤسسين این اساس شده، استقبال کردند و پذیرفتند؛ فرقه دیگر منکر محض شدند و اظهار داشتند که این وضع، از بلع ممالکی است که قانون مدون سماوی ندارند و به شرایع انبیاء و رسل معتقد نیستند، اگرچه به صورت در عداد موحدین محسوب می‌شوند؛ و فرقه‌ای هم به واسطه استماع کلمات متضاد از فرقتین مزبورترین، متردد ماندند و متوقف شدند» (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۵۱).

شیخ اساس مخالفت خود را در باب مفهوم قانون می‌داند. شیخ با تفکیک میان نظام‌نامه‌های دولتی و امور شرعی، التزام قانونی ساختن در حوزه مباحات را حرام و بدعت تلقی می‌کند: «مقدم بر همه این است که: اصل این ترتیب و قانون اساسی و

اعتبار به اکثریت آراء، اگرچه در امور مباحه بالاصل هم باشد چون بر وجه قانون التزام شده و می‌شود، حرام تشریحی و بدعت در دین است «و کل بدعه ضلاله». مباح را هم اگر التزام به آن نمایند و لازم بدانند و بر مخالفت آن جزاء مرتب نمایند، حرام است: «قل أ الله اذن لكم ام على الله تفترون». مطالب دولتی و دستورات آن همه وقت بود، لکن مُسَلَّم بود که این قواعد خارج از دین است» (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۵۸).

سپس شیخ متعرض برخی دیگر از ذاتیات مفهوم قانون غربی می‌شود، از جمله مفهوم مساوات (برابری) در برابر قانون. شیخ آگاه است که «این یکی از ارکان مشروطه است که به انحلال آن مشروطه نمی‌ماند» (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۵۹). در نقد این ویژگی شیخ بیان داشت: «حالا ای برادر دینی تأمل کن در احکام اسلامی که چه مقدار تفاوت گذاشت بین موضوعات مکلفین در عبادات و معاملات و تجارات و سیاسات از بالغ و غیر بالغ، ممیز و غیر ممیز، عاقل و مجنون... مسلم و کافر و غیرها» (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۶۰).

هم‌چنین شیخ در تفاوت میان احکام شرعی و قوانین غربی به ملاحظه مهمی اشاره می‌کند و آن هم گره‌خوردگی دستورات شرعی با جان و قلب و انگیزه‌های اشخاص است، حال آنکه چنین امری در قانون میسر نیست. گذشته از آنکه شیخ از اساس ابداع قانون به معنی مدرن را به طبیعی مسلکان و دهریون نسبت می‌دهد: «جمععی از مردم طبیعی که منکر مبدأ و معادند و منحصر می‌دانند زندگانی را به همین دنیا دیدند بدون ترتیب قانونی یا هرج و مرج به انتفاعات زندگی نائل نمی‌شوند از این رو از شرایع مقدسه آسمانی و از عقول ناقصه ترتیبی دادند و نام قانون بر آن گذاردند و رفتند زیر بار آن محض نیل به مشتهیات خود و از این ترتیب انتظاماتی دادند و فقط آمر و ناهی آن، همان قانون و مجازات مترتبه بر آن است و الا آمر و ناهی قلبی ندارند. از این است، که قبایح، بر وجه انتظام در آنها شایع و ظلم بر وجه تساوی در آنها زیادتر است» (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۶۴).

در ادامه شیخ یکی دیگر از ذاتیات مفهوم قانون، یعنی تفکیک قوا را به چالش می‌کشد و اختصاصاً به قوه مقننه می‌پردازد و بر این باور پای می‌فشرد که در شریعت اسلامی آنچه مورد پذیرش است استنباط فقیه از کتاب و سنت است که «کشف» مراد شارع محسوب می‌گردد و نه آن‌گونه که در ذات واژه قانون نهفته است دست به «جعل»



و تقنین بزند: «و از جمله از مواد تقسیم قوای مملکت به سه شعبه که اول قوه مقننه است و این بدعت و ضلالت محض است، زیرا که در اسلام برای احدی جایز نیست تقنین و جعل حکم؛ هر که باشد؛ و اسلام ناتمام ندارد که کسی او را تمام نماید و در وقایع حادثه باید به باب الاحکام که نواب امام (علیه السلام) اند رجوع کنند و او استنباط از کتاب و سنت نماید نه تقنین و جعل» (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۶۶).

### ۲-۳. میرزا ابوتراب شهیدی

یکی دیگر از اشخاص این طیف میرزا ابوتراب شهیدی قزوینی (۱۳۸۵-۱۲۸۷.ه.ق) است که در جریان مشروطه همراه و همپای شیخ فضل الله بود. اثر وی «تذکره الغافل و ارشاد الجاهل» نام دارد<sup>(۵)</sup>. میرزا ابوتراب رساله خود را از دریچه مفهوم قانون سامان می‌دهد و ضمن صحنه نهادن بر این که انتظام امور عالم لاجرم بر «قانون» است، کامل‌ترین قانون را قانون شرع می‌داند، چرا که هم متکفل امر معاد ما و هم متضمن امر معاش ماست. از همین رو وی قائل شدن به حق تقنین و تشریح و جعل را برای بشر مستلزم کفر و الحاد می‌داند: «بر عامه متدینین معلوم است که بهترین قوانین، قوانین الهی است و این مطلب از برای مسلم، محتاج به دلیل نیست... این قانون الهی ما، مخصوص به عبادات نیست، بلکه حکم جمیع مواد سیاسی را بر وجه اکمل و اوفی داراست، حتی ارش النخاش. لذا ما ابدأ محتاج به جعل قانون نخواهیم بود. ماها باید برحسب اعتقاد اسلامی، نظم معاش خود را قسمی بخواهیم که امر معاد ما را مختل نکند و لابد چنین قانون منحصر خواهد بود به قانون الهی؛ زیرا اوست که جامع جهتین است؛ یعنی نظم دنیا و آخرت است. اگر کسی را گمان آن باشد که ممکن است و صحیح است جماعتی از عقلا و حکما و سیاسیون جمع شوند و به شوری ترتیب قانونی بدهند که جامع این دو جهت باشد و موافق رضای خالق هم باشد، لابد آن کس از رتبه اسلام خارج خواهد بود؛ چون اسلام بدون اقرار به نبوت محقق نیست و اقرار به نبوت به غیر دلیل عقلی متصور نیست و دلیل بر نبوت، سوای احتیاج ما به چنین قانونی و جهل و عجز ما از تعیین آن نمی‌باشد و اگر خود را قادر بر آن بدانیم، پس دیگر دلیل عقلی بر نبوت نخواهیم داشت» (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۷۵).

در ادامه میرزا ابوتراب یکی دیگر از اوصاف اساسی مفهوم قانون، یعنی تابعیت آن

از مقتضیات عصر و در نتیجه متغیر بودن قوانین را به چالش می‌کشد و آن را با قائل شدن به خاتمیت دین اسلام در تعارض می‌انگارد (زرگری‌نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۷۵). هم‌چنین میرزا ابوتراب دست به تفکیک میان احکام شرعی و دستورات دولتی می‌زند و یادآور می‌شود که دستورات دولتی از آن‌جایی که در حوزه صغرویات است و مشتمل بر منکری نیست، عنوان غیرشرعی بودن ندارد: «اگر کسی بخواهد به جهت امور شخصی خودش ضابطی مقرر کند، منع و قبولش چون مربوط به عموم ناس نیست، ربطی به احدی ندارد، مگر آن که مشتمل بر منکری باشد که در این صورت، با اجتماع شرایط، مورد نهی از منکر است از روی قانون الهی. و لذلک اگر سلطان اسلام اراده فرماید که دستورالعملی به جهت مأموریتش معین نماید که اهل مملکتش مورد تعدیات اشخاص مأمورین واقع نشوند، آن هم در صغرویات بسیار خوب است؛ اهل و محل؛ ولی امضا و انفاذ آن ربطی به وظیفه نواب عام و حجج اسلام ندارد» (زرگری‌نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۷۶).

سپس میرزا ابوتراب چهار معنای محتمل را بنا بر قیاس استقرایی برای مفهوم تقنین و جعل قانون در مجلس شورای ملی برمی‌شمرد و هر چهار احتمال را مردود می‌سازد. این چهار معنا برای مفهوم قانون عبارت‌اند از:

۱. جعل قانون از طریق رجوع به منابع غیردینی
  ۲. جعل قانون از طریق رجوع به منابع دینی با تکیه بر استحسان
  ۳. جعل قانون در قلمرو صغرویات حکومتی
  ۴. کشف (استنباط) قانون از طریق رجوع به منابع دینی چهارگانه
- «این دارالشوری که مردم خواستند منعقدش نمایند و از روی موافقت با طباع با اکثریت آراء تعیین قانون کنند اگر مقصودشان جعل قانون جدید بود چنان که این هیئت را مقننه می‌خوانند بی‌اشکال تصدیق به صحت آن منافات با اقرار به نبوت و خاتمیت و کمال دین داشت [بطلان معنای اول از مفهوم قانون]؛ و اگر مقصود جعل ترتیب قانون موافق شرع بود؛ اولاً آن که ابداً ربطی به آن جماعت نداشت و بالکلیه از وظیفه آن هیئت خارج بود و ثانیاً آن که عمل به استحسان عقلی است و حرام [بطلان معنای دوم از مفهوم قانون]؛ و اگر مقصود آن‌ها تعیین قانونی بود مخصوص به صغرویات

اعمال مأمورین دولت، که ابداً ربطی به امور عامه که تکلم در آن از مخصوصات شارع است نداشت پس اسم شرع و قرآن چرا می بردند و تمسک به ذیل امضاء و انفاذ حجج اسلام چرا می زدند و مخالف آن را چرا محاد و معاند با امام می خواندند؟! [بطلان معنای سوم از مفهوم قانون]؛ و اگر مقصود آن‌ها تعیین قانون الهی و اجراء و تقویت آن بود، عوام و فرقی مختلفه را چه مدخلیت در این امر بود و چرا از آن‌ها در امور عامه رأی می طلبیدند و چرا اسمی از دلیل شرعی آن نمی بردند؟ و در صورت مخالفت هر یک از آن‌ها که اسم مطابقه می برد، تعرض به او می کردند؟! [بطلان معنای چهارم از مفهوم قانون]» (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۷۷).

وی پس از این به نقد دو اصل اساسی مشروطه یعنی «حریت» (آزادی) و «مساوات» (برابری) می پردازد که به نوعی پاسخ به استدلال‌های میرزای نائینی در این باب است.<sup>(۴)</sup> هم‌چنین میرزا ابوتراب در رد ادعای میرزای نائینی مبتنی بر «قانون و مجلس شورای اسلامی به مثابه مقدمه واجب» می گوید: «مگر نمی دانی که حکم قانون الهی آن است که اگر عمل کردن به واجبی محتاج به اسباب و مقدمه حرامی باشد، باید آن واجب را ترک کرد، زیرا که حرام مقدمه واجب نمی شود؟» (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۸۳) و از این رو در پیش فرض اصلی میرزای نائینی خدشه می کند.

وی هم‌چنین از اساس حوزه تقنینی مجلس شورای ملی را زیر سوال می برد و آن را ورود در ساحتی می داند که برای آن صلاحیت ندارد، چرا که دامنه کارکرد مجلس شوری در حوزه «امور عامه» است و به همین جهت اولاً امور عامه باب ولایت شرعیه است و نه وکالت، و ثانیاً اظهار نظر و اصدار حکم در امور عامه با امام معصوم (ع) یا نواب خاص و عام اوست و دخالت دیگران در این باب حرام و به منزله غضب مسند امامت و ولایت است (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۸۶).

میرزا ابوتراب سپس با ذکاوت تمام ژرفای مشروطه خواهی غربی و معنای صحیح و اصیل قانون را با لوازم و ارکان آن بیان می کند: «حقیقت مشروطه عبارت از آن است که منتخبین از بُلدان به انتخاب خود رعایا در مرکز مملکت جمع شوند [پیش شرط مفهوم قانون] و این‌ها هیئت مقننه باشند و نظر به مقتضیات عصر بکنند [رکن اول قانون] و قانونی مستقلاً مطابق با اکثر آراء بنویسند [رکن دوم قانون]، موافق مقتضی عصر به عقول ناقصه خودشان، بدون ملاحظه موافقت و مخالفت با شرع اطهر [رکن

سوم قانون]؛ بلکه هرچه به نظر آن ها نیکو و مستحسن آمد او را قانون مملکتی قرار بدهند. مشروط به اینکه اساس تمام مواد آن قانون، به دو اصل مشئوم که مساوات و حریت افراد سکنه مملکت است، باشد [رکن چهارم قانون] (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۸۲).

این رویکرد، یعنی رویکرد میرزا ابوتراب و شیخ فضل الله همان گونه که ملاحظه شد قانون را فراتر از یک ظرف می پندارد. این رویکرد قانون را اولاً برخاسته از یک جهان بینی و یک فلسفه خاص عمدتاً مادی گرایانه می داند. ثانیاً به این نکته التفات دارد که قانون سرحلقه ورود نهادها، سازوکارها، رویه ها و اندیشه هایی است که راجع به شرعی بودن یکایک آن ها محل تأمل و مناقشه است. ثالثاً به این ملاحظه توجه دارد که از آن جایی که قانون و فقه هر دو قصد تمشیت بخشی به نظام زندگی فردی و اجتماعی را دارند، و از آن جایی که «دو پادشاه در اقلیمی ننگیند» لاجرم یکی از این دو باید به نفع دیگری کنار بکشد، و در فضای پذیرش محوریت قانون، این فقه است که از میدان تمشیت بیرون خواهد رفت. رابعاً قانون تمامی ساحات زندگی را پوشش می دهد و دقیقاً کارکردی که برای شرع متصور است را غصب خواهد نمود.

### نتیجه گیری

قانون اصلی ترین محل نزاع اندیشمندان ایرانی در باب دنیای متجدد بوده است. این مفهوم از آغازین روز ورود خود به ایران چاره ای جز این نداشته است که نسبتش را با شرع بسنجد و مفهوم شناسی آن در جهان ایرانی جز از این طریق میسر نبوده و نیست. طرفه آن که همین ثنویت (قانون-شرع) دست کم حاکی از آن است که این دو، دو چیزند و نه یک چیز! اساس مشروطه خواهی به نوعی بر قانون خواهی استوار بود، و النهایه ایران نیز صاحب قانون گشت.

تثبیت این مفهوم در عصر مشروطه مسبوق به جدالها و کشمکش هایی بود که قبل تر از عهد مشروطه صورت گرفته بود. پندارها حول محور این مفهوم به سه دسته قابل تقسیم بوده و هستند. در دسته اول که ما آن را موسوم به «تجددطلب» نمودیم امثال ملکم خان و میرزا فتحعلی آخوندزاده حضور دارند که به تمامی خواهان اخذ قوانین غربی، منطوقاً و مفهوماً، هستند. ملکم به درستی هرآن چه را که ما امروز از

اوصاف اساسی قانون می‌شناسیم متذکر شد و در پی آن بود که از طریق استقرار قوانین غربی، هم بساط شریعت و شریعت‌مداران را از ساحت سیاست ایرانی برچیند، هم حکومت استبدادی را به مشروطه مورد نظر خویش تبدیل نماید و هم ایران را از هر نظر مانند انگلیس و فرانسه سازد. از سوی دیگر اشخاصی نظیر میرزا یوسف‌خان مستشارالدوله و میرزای نائینی بر این عقیده بودند که بر خلاف ادعای امثال ملکم و شیخ فضل‌الله، قانون و مشروطه و مجلس شورا، مبدأ و مبنای غربی ندارد، بلکه این مفاهیم از اساس اسلامی‌اند و اگر ما تاکنون بدان‌ها متفطن نشده‌ایم از غفلت خود ماست. به همین منظور نائینی قانون را از حیث مقدمه واجب بودن آن و حفظ نظام واجب دانست و البته میان قانون شرعی و قانون عرفی مرزی ایجاد کرد. میرزا یوسف‌خان نیز هرآنچه از اصول قوانین غربی بود، اسلامیزه نمود. طیف دیگر که شیخ فضل‌الله نوری و میرزا ابوتراب شهیدی قزوینی سردمدار آن بودند بر این باور بودند که مشروطه و قانون از اساس اسلامی نیستند و جعل قانون مترادف با جعل حکم شرعی است که از منظر شریعت تنها برای اراده الهی مفروض است و نه عقول ناقص بشری. از طرفی چنانچه حکمی هم از نظر شرعی میجهول باشد، این وظیفه علمای امت به‌مثابه نواب عام امام معصوم است که حکم شرعی را از ادله اربعه کشف و نه جعل - نمایند. هم‌چنین دستورات لازمه حکومتی را نیز تا جایی که مربوط به صغرویات باشد و متعرض تحلیل حرام و تحریم حلال نگردد از دایره شمول شرع بیرون دانستند، که امری بی‌سابقه نیز نیست. اینان بر این عقیده پای فشردند که قانون منبعث از پارلمان نه برای صغرویات امور حکومتی، بلکه برای جمیع امور اجتماعی (امور عامه) حکم خواهد داشت؛ حکمی که در آن واحد شرع نیز برای آن حکمی مجزا دارد.

با این همه عقلانیت ایرانی از میان سه رویکرد طرح‌شده رویکرد دوم را انتخاب و اتخاذ نمود، یعنی تلاش در راه ایجاد سازگاری و وفاق میان فقه و حقوق و یا به‌تعبیری دیگر میان فتوا و قانون. این رویکرد راهبردی است که از عصر مشروطه تاکنون، یعنی بیش از صدسال، در ایران جاری و ساری است و به‌نظر می‌رسد توجه به (۱) «امکان اجتماعی و تمدنی»، (۲) «برقراری توازن میان طیف‌های مختلف فکری» و (۳) «بقاء ایران و جامعه ایرانی» راهی جز انتخاب این رویکرد باقی نمی‌گذارد و عقلانیت دوران‌دیش، هشیار و معطوف به بقاء ایرانی ناگزیر از اتخاذ این رویکرد چه در انقلاب مشروطه و

چه در انقلاب اسلامی بوده است. اگرچه شاید بتوان قائل به این شد که در مقام «ثبوت» رویکردهای اول و سوم از اتقان نظری بیشتری برخوردارند و با همه اختلافشان در یک نکته مشترک‌اند و آن تباین ذاتی قانون و فقه است، اما در مقام «اثبات»، رویکرد دوم رویکرد حکیمانه‌تر و پیش‌برنده‌تری بوده است.

این کنکاش در باب مفهوم قانون گرچه صبغه تاریخی دارد، اما به تاریخ نپیوسته است و کماکان به نظر می‌رسد جزء یکی از پرسش‌های اصلی فلسفه حقوق عمومی در ایران است و هنوز هم در باب مفهوم قانون و چیستی و چگونگی آن بحث‌ها خاتمه پیدا نکرده است.<sup>(۶)</sup>

#### یادداشت‌ها

۱. اعتمادالسلطنه در خاطرات خود در تاریخ جمعه ۷ صفر ۱۳۰۷ ه.ق می‌نویسد: «امین‌الدوله کاغذی نوشته بودند. چند نفر مترجم از السنه مختلفه خواسته بودند که همه روزه خانه ملک‌آرا حاضر شوند. قانون عثمانی را به فرانسه و روسی ترجمه کنند. برای اینکه حسب‌الامر باید ایجاد قانون بشود. این یکی از نتایج سفر فرنگ است. اولاً باید فهمید که ایران قانون شرعی دارد. وقتی قانون شرعی را می‌توان عوض کرد که از اسلام و طریقه تشیع خارج بشود. ثانیاً اگر قانون دولتی و ترتیب ادارات را می‌خواهند، این کار مترجمین و ملک‌آرا نیست. باید جمعی از مردمان عاقل و هوشیار که مطلع از رسومات فرنگ بوده باشند این کار را بکنند. اما برای اینکه مدتی شهرت بکنند که شاه بعد از سفر فرنگ مقصودش ایجاد قانون است، بدخیالی نیست. من هم گفتم جمعی مترجمین هر روز بروند» (اعتمادالسلطنه، ۱۳۵۰، ص ۶۶۹).

۲. «سلطنت دو ترکیب دارد: در هر حکومتی که هم اختیار وضع [قانون] و هم اختیار اجرای قانون در دست پادشاه است ترکیب آن حکومت را سلطنت مطلق گویند مثل سلطنت روس و عثمانی و در حکومتی که اجرای قانون با پادشاه و وضع قانون با ملت است، ترکیب آن حکومت را سلطنت معتدل می‌نامند. مثل انگلیس و فرانسه» (ملکم‌خان، ۱۳۸۸، ص ۸۵).

۳. «حال اگر به مشتملات کدهای فرانسه و سایر دول متمدنه عطف نظر کنید خواهید دید که تداول افکار امم و تجارب اقوام عالم چگونه مصدق شریعت اسلام اتفاق افتاده و خواهید فهمید که آن‌چه قانون خوب در فرنگستان هست و ملل آن جا به واسطه عمل کردن به آن‌ها خود را به اعلی درجه ترقی رسانیده‌اند پیغمبر شما هزار و دویست و هشتاد سال قبل از این برای ملت اسلام معین و برقرار فرموده» (مستشارالدوله، ۱۳۶۴، ص ۵).

۴. «ای برادر عزیز! اگر مقصودشان اجرای قانون الهی بود و فایده مشروطیت حفظ احکام اسلامی بود، چرا خواستند اساس او را بر مساوات و حریت قرار دهند که هر یک از این دو اصل مؤذی خراب، نماینده

رکن قویم قانون الهی است، زیرا قوام اسلام به عبودیت است نه به آزادی. و بنای احکام آن به تفریق مجتمعات و جمع مختلفات است نه به مساوات. مگر نمی‌دانی که لازمه مساوات در حقوق از جمله آن است که فرق ضاله و مضله و طایفه امامیه نهج واحد محترم باشند و حال آنکه حکم ضال، یعنی مرتد، به قانون الهی آن است که قتل‌شان واجب و زنان‌شان بانن است؟ اما یهود و نصاری و مجوس حق قصاص ابدا ندارند و دیه آن‌ها هشتصد درهم است؟ ای برادر عزیز! مگر نمی‌دانی که آزادی قلم و زبان از جهات کثیره منافی با قانون الهی است؟ ای عزیز اگر اعطاء حریت نشده بود آن دیگری نمی‌گفت: «زکات در غلات اربعه واجب است و ما غیر او را به او ملحق کردیم». و نمی‌گفتند آن دارالفسق، بل الکفر [مجلس شورای ملی] چون مکه معظمه محترم است، و آن ملحد نمی‌گفت: «قانون، مثل قرآن محترم است». و آن بی‌دین در جریده نمی‌نوشت که «باید عمل به قرآن کنیم و امروز این قانون، قرآن ماست و مجلس، کعبه»؛ اگر حریت نبود آن خبیث نمی‌نوشت که «قانون قرآن امروز ما را کافی نیست. باید سی‌هزار حکم جعل کنیم تا اداره امروز ما را کافی باشد» (زرگری‌نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۸۰).

۵. راجع به اینکه نویسنده «تذکره الغافل و ارشاد الجاهل» کیست نظرات متعددی ابراز شده است که در آخرین تحقیق تاریخی که در این زمینه توسط مرحوم علی ابوالحسنی (منذر) صورت پذیرفته است، با تکیه به قرائن و شواهد متقن اثبات شده است که این کتاب به خامه آیت‌الله میرزا ابوتراب شهیدی قزوینی است. نشانی کتاب‌شناختی این اثر در فهرست منابع موجود است.

۶. در این زمینه می‌توان به نگارش کتاب‌ها و مقالاتی مثل «فقه و قانون‌نگاری» (احمد حاجی ده‌آبادی، مجله قیسات، شماره ۱۵ و ۱۶)، «فقه و مساله قانون» (علیرضا امینی، مجله بازتاب اندیشه، شماره ۱۲، ۱۳۸۹)، «قانون و قانون‌گذاری در آراء اندیشمندان شیعه» (جمعی از نویسندگان، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹)، «فقه و قانون: ایده‌ها و پیشنهادها» (مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی، قم، ۱۳۹۰) و برگزاری دو همایش بین‌المللی «فقه و قانون» در سال‌های ۱۳۹۰ و ۱۳۹۴ اشاره کرد.

## منابع

- آبادیان، حسین (۱۳۷۴)، *مبانی نظری حکومت مشروطه و مشروعه*، تهران: نشر نی، چاپ اول.
- ابوالحسنی، علی (۱۳۸۵)، «آیت‌الله حاجی میرزا ابوتراب شهیدی قزوینی: مولف رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاهل»، *تاریخ معاصر ایران*، سال دهم، ش ۳۹.
- آجودانی، لطف‌الله (۱۳۸۶)، *روشنفکران ایران در عصر مشروطیت*، تهران: اختران، چاپ اول.
- آخوندزاده، میرزا فتحعلی (۱۳۵۱)، *مقالات*، گردآوری باقر مؤمنی، تهران: چاپخانه زیبا، چاپ اول.
- آخوندزاده، میرزا فتحعلی (۱۳۵۷)، *القبای جدید و مکتوبات*، تبریز: نشر احیاء، چاپ اول.
- آدمیت، فریدون (۱۳۴۹)، *اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده*، تهران: خوارزمی، چاپ اول.
- همو (۱۳۵۱)، *اندیشه ترقی و حکومت قانون (عصر سپهسالار)*، تهران: خوارزمی، چاپ اول.

- اصیل، حجت‌الله (۱۳۶۸)، «بینش سیاسی میرزا ملکم‌خان ناظم‌الدوله»، فصلنامه فرهنگ، دوره اول، ش ۴. اعتمادالسلطنه (۱۳۵۰)، روزنامه خاطرات، تهران: امیرکبیر، چاپ دوم.
- بیگدلی، عطاء‌الله (۱۳۹۴)، قانون‌شناسی: درآمدی بر وضعیت حقوق در ایران، تهران: اشراق، چاپ اول.
- حائری، عبدالهادی (۱۳۶۰)، تشیع و مشروطیت: مشروطیت در ایران و نقش علمای مقیم در عراق، تهران: امیرکبیر، چاپ اول.
- راسخ، محمد (۱۳۹۳)، حق و مصلحت، تهران: طرح نو، چاپ دوم.
- همو (۱۳۹۴)، درس‌گفتارهای فلسفه حق و فلسفه حقوق عمومی، تهران: خانه اندیشمندان علوم انسانی، چاپ اول.
- راسخ، محمد و بخشی‌زاده، فاطمه (۱۳۹۲)، «پیش‌زمینه مفهوم قانون در عصر مشروطه: از مالک‌الرقابی تا تنظیمات»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۷، ش ۸۳.
- همو (۱۳۹۳)، «مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسندگان متقدم»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۷، ش ۴.
- زرگری‌نژاد، غلام‌حسین (۱۳۷۴)، رسائل مشروطیت، تهران: کویر، چاپ اول.
- ضمیران، محمد و عبادی، شیرین (۱۳۷۵)، سنت و تجدد در حقوق ایران، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- طباطبائی، سید جواد (۱۳۹۳)، تأملی درباره ایران: نظریه حکومت قانون در ایران (بخش دوم: مبانی نظریه مشروطه خواهی)، تهران: مینوی خرد، چاپ اول.
- کرمانی، ناظم‌الاسلام (۱۳۸۲)، تاریخ بیداری ایرانیان، تهران: بنیاد فرهنگ ایران، چاپ پنجم.
- کمالی‌طه، منوچهر (۱۳۵۲)، اندیشه قانون‌خواهی در ایران سده نوزده، رساله دکتری، دانشگاه تهران.
- الگار، حامد (۱۳۶۹)، میرزا ملکم‌خان، ترجمه جهانگیر عظماء، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- مددپور، محمد (۱۳۸۷)، سیر تفکر معاصر، تهران: سوره مهر، چاپ سوم.
- مستشارالدوله، میرزا یوسف‌خان (۱۳۶۴)، رساله یک کلمه، تهران: تاریخ، چاپ اول.
- ملکم‌خان (۱۳۸۸)، رساله‌های میرزا ملکم‌خان ناظم‌الدوله، به‌کوشش حجت‌الله اصیل، تهران: نشر نی، چاپ دوم.
- نائینی، محمد حسین (۱۳۸۸)، تشبیه الامه و تنزیه المله، تصحیح و تقدیم: سید جواد ورعی، قم: بوستان کتاب، چاپ اول.
- نصری، عبدالله (۱۳۸۶)، رویارویی با تجدد، تهران: نشر علم، چاپ اول.
- نورایی، فرشته (۱۳۵۲)، تحقیق در افکار میرزا ملکم‌خان ناظم‌الدوله، تهران: کتاب‌های جیبی، چاپ اول.
- هاشم‌زهی، نوروز (۱۳۸۶)، شرایط اجتماعی و پارادایم‌های روشنفکری در آستانه دو انقلاب ایران: انقلاب مشروطه و انقلاب اسلامی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (نشر عروج)، چاپ اول.