

# پژوهشهای حقوقی

شماره ۱۹

هزار و سیصد و نود - نیمسال اول

## مقالات

- داوری‌های مختلط در قواعد جدید داوری اتاق بین‌المللی بازرگانی
  - مفهوم طلاق و موجبات آن در حقوق ایران و انگلیس
  - فواید جبران خسارات هسته‌ای بر مبنای کنوانسیون‌های بین‌المللی
  - حمایت از طب سنتی با تمسک به آیات قرآنی و مبانی فقهی
  - توازن حقوق فرد و جامعه در دادرسی‌های کیفری
  - مفهوم نمایندگی در مجلس اول
- موضوع ویژه: یکصد و پنج سال تجربه قانون‌گذاری در ایران در بوته نقد
- نظارت مراجع صیانت از قانون اساسی بر تضمین اصل شفافیت قوانین
  - چالش‌های قانون‌گرایی: اعتبار و پایایی قانون
  - نسبت میان حاکمیت قانون و حاکمیت شرع در نظام حقوقی مشروطه
  - جایگاه تشبیه در تدوین قوانین
  - جستاری بر مبانی نظری تقنین آزمایشی
  - رویکرد قانون‌گذاری به قراردادهای الکترونیکی
  - سنجش قدرت قوانین ثبت اختراع ایران با تأکید بر قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶

## نقد و معرفی

- در نام‌گذاری حقوق جنائی
- تحقق رؤیای نظارت قضائی بر قطعنامه‌های شورای امنیت: تأملی بر رأی دیوان دادگستری اروپا در قضیه «فولمن» و «محمودیان»





## بررسی نسبت میان حاکمیت قانون و حاکمیت شرع در نظام حقوقی مشروطه

دکتر هدی غفاری\*

**چکیده:** بررسی نسبت میان حاکمیت قانون و حاکمیت شرع، همواره از مسائلی بحث‌برانگیز و قابل تأمل محسوب می‌شده است. این امر به ویژه در انقلاب مشروطه که حاصل ائتلاف نیروهای مذهبی و نوگرا است، بیشتر خودنمایی می‌کند. نیروهای مذهبی با انگیزه‌هایی همچون نیل به نظام حکومتی مطلوب در جهت اجرای احکام شریعت و قطع دخالت و سیطره اجانب از این سرزمین از نهضت مشروطه حمایت می‌کردند در حالی که نوگرایان برای تحقق ایده‌هایی همچون مشروطیت، آزادی و در یک کلام برقراری دولت مدرن مبارزه می‌کردند. واقعه مشروطه و گردن نهادن قدرت حاکم به خواست عمومی ملت مبنی بر پررنگ‌تر کردن نقش آنان در فرایندهای تصمیم‌سازی در عین گذار از دوره سنتی و ورود به سطح خاصی از مدرنیته، خواه ناخواه چالش‌های فکری فراوانی را به دنبال داشته است، ساخت قدرت قبل از مشروطه کاملاً سنتی بوده است و پس از مشروطه، گرایش به «قانون» و محوریت «پارلمان» در محدود کردن اختیارات پادشاه، دستمایه اختلاف عمیقی گردید که ما حاصل آن، تئوری‌پردازی‌های مختلف در خصوص امکان یا عدم امکان همزیستی سنت و مدرنیته و در نتیجه، رد یا قبول همزیستی مسالمت‌آمیز مظاهر آن دو مفهوم - یعنی شرع و قانون - با یکدیگر می‌باشد. در این مقاله بر آنیم تا به بررسی نسبت میان حاکمیت قانون و حاکمیت شرع در نظام حقوقی مشروطه بپردازیم.

**کلیدواژه‌ها:** مشروطه‌خواهی، حاکمیت شرع، حاکمیت قانون، آزادی

## مقدمه

انقلاب مشروطه ایران بدون تردید یکی از مهم‌ترین وقایع تاریخ ایران معاصر است و خود محصول زمینه‌ها و عوامل مختلف فکری، فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و نحوه عملکرد و تعامل نیروهای اجتماعی است که بررسی هر کدام نیاز به نگارش رساله‌ای مجزا دارد. انقلاب مشروطیت در تاریخ نظام حقوقی ایران نیز به نقطه عطفی بس مهم تبدیل گشته است. چرا که برای اولین بار طلیعه قانون بر تارک این دیار جلوه‌گر شد و حکومت استبدادی قیودی را بر پیکر خود پذیرفت و مشروطه گشت. واژه مشروطه به معنای حکومتی است که بر شالوده قانون اساسی و نظام پارلمانی مستقر شده باشد و در ایران به نظام حکومتی‌ای اطلاق می‌شود که پس از انقلاب سال ۱۳۲۴ هجری قمری پدید آمد.

با توجه به مراتب فوق سؤالی اصلی که تحقیق پیش رو در صدد پاسخ به آن است، به شرح ذیل می‌باشد: در نسبت میان حاکمیت قانون و حاکمیت شرع در نظام حقوقی دوران مشروطه غلبه با حاکمیت قانون است یا حاکمیت شرع؟ برای پاسخ به این سؤال ابتدا حاکمیت قانون و حاکمیت شرع را تعریف کرده سپس به بررسی جایگاه این دو مفهوم و نسبت آنها با یکدیگر خواهیم پرداخت.

## مبحث اول:

## تعریف حاکمیت قانون و حاکمیت شرع

## ۱- حاکمیت قانون

به گواهی تاریخ، میان قانون و دستگاه حکومت همواره پیوندی عمیق برقرار بوده است. حکومت قانون نظریه‌ای پیچیده، چند وجهی و در حال تحول است که از گذشته‌های دور در قلمرو هر مملکتی تبیین کننده سامانی مستمر و مطلوب در طرز کار حکومت بوده است.<sup>۱</sup>

در حقیقت حاکمیت قانون به عنوان اصلی پیچیده و غامض در حقوق اساسی، اشکال متعددی از مفاهیم گوناگون نظیر عدالت، نظم، برابری و حقوق طبیعی را نیز در بر می‌گیرد.

۱. نسرین مصفا، «تحول تاریخی و فرهنگی حکومت قانون در ایران»، در **حاکمیت قانون و محاکمه عادلانه**، (مجموعه سخنرانی‌های جمع‌آوری شده از دومین جلسه مذاکره دوجانبه در مورد حقوق بشر بین اتحادیه اروپا و ایران، بروکسل، ۱۴ و ۱۵، مارچ ۲۰۰۳، ترجمه مینا سینیور، کهنه‌ک، انتشارات یانسون اند نومی آ/س، ۲۰۰۳، ص

برخی از مفسران معتقدند که حاکمیت قانون بر وجود «قانون خوب» دلالت می‌کند. اما چنین تفسیری از واژه مزبور، تعریف این اصطلاح را دشوارتر می‌سازد. بهتر است حاکمیت قانون را شرط ضروری برای تأسیس یک جامعه خوب بپنداریم، به جای اینکه آن را محدود به وضع قانونی که همه ویژگی‌های یک قانون خوب را داشته باشد، نماییم.<sup>۲</sup>

«اگر حاکمیت قانون، حاکمیت قانون خوب باشد، پس تشریح آن نیاز به ارائه یک فلسفه کامل اجتماعی دارد. اما اگر چنین باشد، این عبارت فاقد هر گونه کارکرد مؤثری خواهد بود. نیازی نیست به حاکمیت قانون تنها برای کشف این موضوع متوسل شویم که اعتقاد به حاکمیت قانون، اعتقاد به این است که خوب باید پیروز شود. حاکمیت قانون آرمانی سیاسی است که نظام حقوقی ممکن است با درجات کمتر یا بیشتر دارا یا فاقد آن باشد ... حاکمیت قانون تنها یکی از فضیلت‌هایی است که نظام حقوقی ممکن است دارا باشد و به وسیله آن مورد قضاوت قرار گیرد.»<sup>۳</sup>

به عبارت دیگر حاکمیت قانون مفهومی است که گاهی از آن به معنای برابری و مساوات در برابر قانون تعبیر شده است، زمانی آن را برای مقایسه حکومت‌های مبتنی بر قانون با حکومت‌های توتالیتار و مطلقه به کار برده‌اند و گاهی آن را به ویژگی‌هایی نظیر عمومیت داشتن، مستمر و صریح بودن قوانین و مصوب مراجع ذیصلاح بودن منحصر نموده‌اند. لیکن فصل مشترک همه موارد فوق را می‌توان، در این نکته خلاصه نمود که مطابق این اصل، استفاده خودسرانه و مستبدانه از قدرت، در تصمیم‌گیری‌های حکومتی، مردود است. بر این اساس، حاکمان و سیاستمداران به عنوان حافظان و خادمان قانون شناخته شده خود نیز مشمول آن می‌گردند و میزان مشروعیت حکومتشان به اندازه وفاداری آنان به معیارهای قانونی، فراشخصی و خردمندانه بستگی دارد.<sup>۴</sup>

با این وصف یکی از مهم‌ترین کارکردهای حاکمیت قانون تضمین تساوی افراد در برابر قانون است و برای تأمین این هدف، باید صلاحیت‌های اختیاری قضاوت و سایر کارگزاران دولتی محدود شود. به این مفهوم که قضاوت برای تفاوت قائل شدن در پرونده‌های مشابه باید دلایل توجیهی که مبتنی بر قواعد و اصول حقوقی باشد، را ارائه

2. B.C. Smith, *Good Governance And Development*, New York, Palgrave Macmillan, 2007, p. 75.

۳. جوزف رز، «در باب حاکمیت قانون و فضیلت آن»، مترجم لیلی منفرد، نشریه حقوق اساسی، ش ۱۱، سال

ششم، تابستان ۱۳۸۸، ص ۳۹۴.

۴. محمد حسین زارعی، «حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی» نامه مفید، ش ۲۶، سال هفتم،

تابستان ۱۳۸۰، ص ۵۲.

نمایند. هنگامی که در یک پرونده خاص شرایط منحصر به فردی وجود داشته باشد، رعایت قاعده انصاف ممکن است مستلزم اعمال تشخیص و بصیرت اشخاص باشد. در هر صورت حاکمیت قانون مستلزم این است که بر اساس انحراف خودسرانه از قواعد و اصول حقوقی پایه‌ریزی نشده باشد و به عنوان احیا کننده مفهوم ارسطویی حاکمیت قانون که حاکمیت دلیل نیز خوانده می‌شود، تلقی شود. همچنین حاکمیت قانون لازم است که محدوده صلاحیت‌های اختیاری مقامات دولتی را نیز به وسیله قواعدی که قلمرو صلاحیت اداری را تبیین می‌کند، مشخص سازد.<sup>۵</sup> صورت دیگری از برابری که برای تحقق حاکمیت قانون بسیار ضروری است، برابری در مقابل قانون برای همه افراد و طبقات نامیده می‌شود و مأموران حکومتی را نیز در بر می‌گیرد. چرا که بسیار مهم است که حاکمیت اشخاص جایگزین حاکمیت قانون نشود. مسؤولان حکومتی چه افرادی که انتخاب و یا انتصاب می‌شوند نباید مافوق قوانین موضوعه قرار بگیرند. و مطابق با قوانین بودن تصمیمات ایشان باید توسط دادگاهی مستقل مورد تجدید نظر قرار بگیرد. به علاوه حاکمیت قانون نیاز دارد که قانون در همه جا حاضر باشد، به این مفهوم که هیچ جرمی بدون داشتن مستند قانونی باقی نماند. قوانین باید مصوب مراجع ذیصلاح بوده و فوراً برای آگاهی عموم منتشر شوند، دارای بیانی ساده و قابل فهم برای عموم بوده و عطف بماسبق نگردند. بدون رعایت این موارد قوانین نمی‌توانند زمینه‌ساز تأمین انتظارات مشروع شهروندان باشند.

و بالاخره اینکه قوانین باید از قواعد عدالت طبیعی الهام بگیرند، قضات باید بی‌طرف و مستقل بوده و هیچ‌کس نباید قاضی پرونده مربوط به خودش باشد و در نهایت دادرسی‌ها باید منصفانه و علنی برگزار شود.<sup>۶</sup>

### یونان و روم خاستگاه اصلی حاکمیت قانون بوده‌اند

هرچند باور لزوم تبعیت دولتمردان از قانون به جای اعمال قدرت خودسرانه، در یونان دوره کلاسیک به شکلی صریح مطرح نشده است.<sup>۷</sup> اما محتوای آموزه مزبور بارها از سوی فلاسفه و تاریخ‌نگاران بیان شده است.

فلاسفه یونانی در زمره نخستین اندیشمندانی بودند که بر این باور اصرار می‌ورزیدند که مهم‌ترین شیوه محدود کردن اعمال قدرت فرمانروایان بر فرمانبران این است که قدرت ایشان تحت کنترل قواعد حقوقی قرار بگیرد. زیرا حکومت توسط قانون بسیار بهتر از

5. T.R.S. Allen, "Legislative Supremacy and the Rule Of Law: Democracy And Constitution", *Cambridge Law Journal*, Vol. 44, No. 1, 1985. pp. 43-44.

6. B.C. Smith, *op. cit.*, pp. 78-79.

7. See also, Pietro Costa, "The Rule of Law: A Historical Introduction", in *The Rule of Law (History, Theory and Criticism)*, Pietro Costa (ed.), Published by Springer, 2007, pp. 73-150.

حکومت فرد می‌تواند، ضامن آزادی باشد. در همین رابطه ارسطو ادعا می‌کرد: شهروند آزاد کسی است که از قوانین تبعیت می‌کند نه از افراد. این ایده توسط حقوقدانان رومی دنبال شد و توسعه یافت. به ویژه به وسیله سیسرو<sup>۸</sup> وی به اجرای صحیح قوانین توسط دادرسان که نمایندگی دولت را بر عهده داشتند، تأکید می‌کرد. و [معتقد بود] که آنها باید به قوانین احترام بگذارند.<sup>۹</sup>

حاکمیت عام قانون به جای حکمرانی خودسرانه (به گفته هرودوت که در گفتگوی میان یک اسپارتایی و یک پارسی آمده است) وجه ممیزه شهرهای آزاد یونان تلقی می‌شده است. حاکمیت خاص قانون بر خود حکمرانان نیز در نقل قول‌ها آمده است و نشان دهنده این است که آنان مطیع قانون بودند و یا دست کم چنین اطاعتی را به عنوان شرطی بنیادین برای تحقق یک حکمرانی خوب لازم می‌شمردند. از این رو افلاطون در قوانین از زبان سخنران اصلی که یک شهروند آتنی است، دادرسان را «خدمتکاران» قوانین می‌خواند. «زیرا هر جا قوانین کنار زده شوند و بی‌خاصیت گردند، ویرانی در آنجا قریب الوقوع می‌گردد، اما هر جا قوانین بر دادرسان حاکم گردند و آنان خدمتکاران قوانین باشند، در آنجا رستگاری و تمامی موهبات اعطایی خدایان به دولت‌ها را آشکار می‌بینیم.»<sup>۱۰</sup>

میان حاکمیت قانون و مشروطه‌خواهی نیز پیوند وثیقی وجود دارد. در حقیقت مشروطه‌خواهی<sup>۱۱</sup> و حاکمیت قانون نظریه‌هایی راجع به نحوه تحدید قدرت فرمانروایان می‌باشند. هر چند این دو نظریه گاه یکسان تلقی می‌شوند؛ لیکن «مشروطه‌خواهی معمولاً به تدابیر و رویه‌های قانون اساسی مانند تفکیک قوا به مقننه، مجریه و قضائیه، استقلال قوه قضائیه، اصل رعایت تشریفات قانونی یا رسیدگی منصفانه در خصوص اشخاص متهم به ارتکاب جرائم کیفری و احترام به حقوق فردی- که بخشی از نظام حکومت دموکراتیک لیبرال را تشکیل می‌دهند- اشاره دارد. اما از سوی دیگر، حاکمیت قانون به معنای دقیق آن، در بر دارنده معیارهایی است که ویژگی‌های برجسته یک نظام حقوقی را تعریف می‌کند. الزامات مشروطه‌خواهی، نشأت گرفته از اخلاق سیاسی است که در پی ارتقاء حقوق و آزادی‌های فردی است و به نحو غیر مستقیم، برآمده از ارزش‌های مفروض در ایده قانون است. البته گر چه بنیان‌های مختلف اصول مشروطه‌خواهی متعدد هستند، اما آنها همچنان

8. Cicero

9. Elisabeth Zoller, *Introduction to Public Law, a Comparative Study*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 115.

۱۰. جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، چاپ اول،

برای بقای حاکمیت قانون مفیدند.<sup>۱۲</sup> در یک جمله تحقق بایسته‌ها و الزامات مشروطه‌خواهی در یک جامعه تضمین کننده حاکمیت قانون حداقل در برداشت شکلی از آن است. توضیح بیشتر آنکه به طور کلی «برداشت» از اصطلاح حاکمیت قانون را می‌توان در قالب دو طیف عمده برداشت‌های شکلی و برداشت‌های ماهوی تقسیم بندی نمود. مهم‌ترین ویژگی حاکمیت شکلی قانون را می‌توان در اندیشه محدود کردن قدرت فرمانروایان از طریق قانون و اعمال اصل قانونیت خلاصه نمود. در حالی که برداشت ماهوی از حاکمیت قانون از دیدگاه شکلی عبور کرده و قانون را به رعایت برخی از ویژگی‌های ماهوی ملزم می‌سازد. تأکید بر آموزه‌های اخلاقی و لزوم انطباق قوانین با ارزش‌هایی نظیر عدالت، آزادی و دموکراسی در این رویکرد کاملاً مشهود است.

## ۲- تعریف حاکمیت شرع

در کتب لغت شرع را چنین تعریف کرده‌اند:

شرع: یعنی راه پیدا و روشن خداوند بر بندگان، راه راست، راه روشن<sup>۱۳</sup>

شرع: روش، راه، طریقه، دین، آئین، کیش<sup>۱۴</sup>

شرعی: آنچه مطابق احکام و دستورات خداوند باشد.<sup>۱۵</sup>

شرعی: منسوب به شرع، مطابق احکام شرع، موافق دین<sup>۱۶</sup>

حاکمیت شرع نیز به معنای حاکمیت قوانین آسمانی تشریح شده توسط شارع مقدس برای تنظیم زندگی دنیوی مردم می‌باشد. مفهوم حاکمیت شرع، در گذر زمان دستخوش تعاریف و برداشت‌های مضیق و موسع فراوانی قرار گرفته است. به صورتی که گاه در عرصه اعمال حاکمیت شرع در حوزه تقنین به دیدگاه صلاحیت قانون‌گذاری الهی محض تعبیر شده است.<sup>۱۷</sup> و بر آن اساس عقل آدمی برای تدبیر نحوه اداره حکومت و به طریق

۱۲. سی.ال. تن، «مشروطه‌خواهی و حاکمیت قانون»، نشریه حقوق اساسی، ترجمه سید حسین ملکوتی

هشجین و احمد مرکز مالیری، ش ۱۱، ۱۳۸۸، ص ۳۶.

۱۳. احمد سیاح، فرهنگ جامع عربی- فارسی، تهران، کتابفروشی اسلام، بی‌تا، ص ۳۳۴.

۱۴. محمد معین، فرهنگ فارسی، ج ۲، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ ششم، ۱۳۶۳، ص ۲۳۰۸.

۱۵. احمد سیاح، پیشین، ص ۳۳۵.

۱۶. محمد معین، پیشین، ص ۲۳۰۸.

۱۷. برای مطالعه بیشتر، نک: سیده فاطمه فقیهی، «بررسی حق قانون‌گذاری در قوانین اساسی مشروطیت و جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی، دانشگاه تهران (پردیس قم)، ۱۳۸۷، ص ۸۸ به بعد.

اولی تدوین قوانین برای سامان بخشیدن به حیات اجتماعی مورد تردید قرار گرفته است. در همین راستا برخی قانون‌گذاری را مختص به ذات اقدس الهی دانسته‌اند و حتی برای پیغمبران(ع) هم چنین حقی را ولو به نیابت از طرف حق تعالی قائل نشده‌اند و همه سنن انبیا را اقدامی در جهت اجرای قانون الهی دانسته‌اند. بر اساس این رویکرد سنن پیامبران و بالتبع همه قوانینی که از ناحیه اولی الامر وضع می‌شوند، به مثابه آئین‌نامه‌ها و مصوبات اجرائی است. اگرچه تشبیه سنن به قواعد عادی و تشبیه قانون وحی به قانون اساسی قابل قبول‌تر است. به همین ترتیب اختیارات ائمه (ع) هم در وضع قانون از اختیارات پیامبر اکرم (ص) محدودتر بوده است و لذا ایشان مقید به اجرای سنت رسول‌الله بوده‌اند و آنجا که نص بود به خود اجازه اجتهاد نمی‌دادند و مخالفت حدیث را با سنت، دلیل کذب بودن آن حدیث می‌دانستند.<sup>۱۸</sup>

در زمان مشروطیت نیز سردمدار طرفداری از اندیشه قانون‌گذاری الهی شیخ فضل‌الله نوری بود. وی معتقد بود که، قانون پیامبر اسلام ختم قوانین است و آنچه به ایشان نازل گشته است، تأمین کننده صلاح عباد تا روز قیامت است و اگر کسی گمان کند که مقتضیات عصر تغییر دهنده بعضی از مواد آن قانون الهی است یا مکمل آن است، چنین کسی از عقاید اسلامی خارج شده است. همچنین، بهترین و کامل‌ترین قوانین در دست امامیه است، که جامع تمام احتیاجات مردم بوده و کوچک‌ترین امری از حوزه این قوانین خارج نیست. پس هرگز به وضع قانون جدید نیازی نیست و اساساً جعل قانون، کلی یا جزئی با اسلام منافات دارد. از منظر ایشان: «قانون اساسی و اعتبار به اکثریت آراء اگرچه در امور مباحه بالاصل هم باشد، چون بر وجه قانون التزام شده و می‌شود، حرام تشریعی و بدعت در دین است و «کل بدعه ضلاله»، مباح را هم اگر التزام به آن نمایند و لازم بدانند و بر مخالفت آن جزا مترتب نمایند، حرام است.»<sup>۱۹</sup>

در برداشت دیگری که دیدگاه صلاحیت الهی - مردمی نام گرفته است، مجالی برای دخالت انسان‌ها در طول اراده باری تعالی برای تدبیر زندگی اجتماعی و تنظیم قانون در حوزه منطقه‌الفراغ مهیا گشته است. همچنین نقش اجتهاد به واسطه پذیرش مقتضیات زمانی و مکانی برای وضع قانون در این نظریه جلوه‌گری می‌کند.

ایده طرح شورا در راستای اثبات ناسازگاری اسلام با استبداد و تلاش برای یافتن

۱۸. احمد جنتی، «حکومت اسلامی و قانون‌گذاری»، در حکومت در اسلام، مجموعه مقالات سومین و

چهارمین کنفرانس اندیشه اسلامی، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۷، ص ۷۲.

۱۹. محمد ترکمان، رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل‌الله نوری، تهران، موسسه خدمات

فرهنگی رسا، ۱۳۶۲، صص ۵۷-۵۶.



راهکار برای مبارزه با حکومت خودکامه آن عصر، در دوران مشروطیت دنبال شد. بدون تردید کوشش و مجاهده فکری آیه‌الله نائینی در این میان نقش بسیار مهمی داشت. مجلس شورای ملی به عنوان نهادی مردمی که وظیفه قانون‌گذاری و نظارت بر سلطنت و سایر کارگزاران اجرائی را به عهده داشت، از مؤلفه‌های مهم در اندیشه مشروطه‌خواهان بوده است. پیشنهاد تشکیل نهادی مستقل برای قانون‌گذاری و نظارت بر اجرای قانون نیز، همانند ایده ضرورت وجود قانون هم‌زمان با آشنایی با مظاهر تمدن غرب در ایران طرح شد. ملکم خان در رساله تنظیمات بر این نکته تأکید کرده است که: «حکومت مرکب است از دو نوع اختیار؛ یکی اختیار وضع قانون، دیگری اختیار اجرای قانون».<sup>۲۰</sup>

مجتهدان مشروطه‌خواه، تحت تأثیر الزامات عمل، تلاش می‌کردند تا پارلمان را که مفهومی غربی بود، در قالب مفهوم شورا که از مفاهیم آشنا و جاری در دستگاه معنایی دین بود، بومی سازند. تأکید بر الزامات عمل از این رو صورت می‌گیرد که واژه «شورا» که همواره در فهرست واژگان اسلامی حضور داشت، تا قبل از تحول در ساخت قدرت چندان بار سیاسی نداشت و در ترسیم نظام سیاسی اسلام از آن استفاده نشده بود.<sup>۲۱</sup> نائینی پس از اشاره به ضرورت وجود سلطنت در جامعه، «حفظ نظامات داخلیه مملکت» و «تحفظ از مداخله اجانب» را دو اصل حاکم بر سلطنت می‌داند. به گفته وی: «چون حقیقت این قسم از سلطنت ... از باب امانت و مانند سایر اقسام ولایات و امانات به عدم تعدی و تفریط متقوم و محدود است، پس لامحاله حافظ این حقیقت و مانع از تبدلش به مالکیت مطلقه و رادع از تعدی و تفریط در آن مانند سایر اقسام ولایات و امانات به همان محاسبه و مراقبه و مسؤولیت کامله منحصر [است]...»<sup>۲۲</sup> وی سپس با معرفی اصل عصمت به عنوان مهم‌ترین عامل جلوگیری از استبداد، و با اشاره بر در دسترس نبودن معصوم در دوران غیبت، جلوگیری از استبداد را منوط به تحقق دو رکن قانون و مراقبه می‌داند. و اینگونه توضیح می‌دهد: «استوار داشتن اساس مراقبه و محاسبه و مسؤولیت کامله به گماشتن هیأت مسدده و رادعه نظاره از عقلا و دانایان مملکت، خیر خواهان ملت که به حقوق مشترکه بین‌الملل هم خبیر و به وظایف سیاسی عصر هم آگاه باشند، برای محاسبه و مراقبه و نظارت در اقامه وظایف لازمه نوعیه و جلوگیری از هر گونه تعدی و تفریط [است] و

۲۰. فریدون آدمیت، فکر آزادی و مقدمه نهضت مشروطیت، تهران، سخن، ۱۳۴۰، ص ۱۲۸.

۲۱. سید علی میر موسوی، اسلام، سنت، دولت مدرن، نوسازی دولت و تحول در اندیشه سیاسی معاصر شیعه، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۴، صص ۳۰۴-۳۰۳.

۲۲. محمد حسین نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، با مقدمه و پاورقی سید محمود طالقانی، تهران، انتشار،

چاپ نهم، ۱۳۷۸، ص ۳۵.

مبعوثان ملت و قوهٔ عملیه مملکت عبارت از آنان و مجلس شورای ملی مجمع رسمی ایشان است.<sup>۲۳</sup> نائینی با شورویه بودن اساس سلطنت برای اثبات ضرورت و مشروعیت چنین نهادی به دلایل زیر استناد کرده است:

الف) سلطنت اسلامی «نظر به مشارکت تمام ملت در نوعیات مملکت بر مشورت عقلاء امت» مبتنی بوده است که «عبارت از همین شورای عمومی ملی است.»<sup>۲۴</sup> جایگاه شورا در نظام سیاسی اسلام را می‌توان با تکیه بر قرآن کریم، سنت و سیره اثبات نمود. دلالت آیه مبارکه: «و شاورهم فی الامر»<sup>۲۵</sup> که عقل کل و نفس عصمت را بدان مخاطب و به مشورت با عقلای امت مکلف فرموده‌اند، بر این مطلب در کمال بدهاقت و ظهور است، چه بالضروره معلوم است، مرجع ضمیر جمیع نوع امت و قاطبه مهاجرین و انصار است، نه اشخاص خاصه ... و دلالت کلمه فی الامر ... بر اینکه متعلق مشورت مقرر در شریعت مطهره کلیه امور سیاسی است، هم در غایت وضوح، و خروج احکام الهیه از این موضوع از باب تخصص است، نه تخصیص. و آیه مبارکه: و امرهم شوری بینهم اگرچه فی نفسه بر زیاده از رجحان مشورت دلیل نباشد، لکن دلالتش بر آنکه وضع امور نوعیه بر آن است که به مشورت نوع برگزار شود، در کمال ظهور است.<sup>۲۶</sup> در سنت نیز دلالت گفتار پیامبر به صحابه با این مضمون که اشیروا علی اصحابی (یاران مرا مشورت دهید) بر وجوب شورا و سیره حضرتش در عمل به آن و عدم تخطی خلفای نخستین از این سیره مقدسه معلوم است.<sup>۲۷</sup>

در شرایطی که نه تنها رعایت شرط عصمت، بلکه تقوا و عدالت و علم متصدیان ممکن نیست، حفظ محدودیت سلطنت و همچنین صیانت اساس شورویتی که به نص کتاب و سنت و سیره مقدسه از قطعیات است، جز به گماشتن مسدد و رداغ خارجی ممکن نیست. شرط تأثیر و اثربخشی این قوه نیز در این است که «قوه اجرائیه مملکت در تحت ترجیحات قوهٔ مسدده و علمیه و منبعث از آن باشد.»<sup>۲۸</sup> و البته این قوه خود نیز باید تحت نظارت و در برابر ملت مسؤول باشد. «محاسبه و مسؤولیت کامله در صورتی متحقق و حافظ محدودیت و مانع از تبدل ولایت به مالکیت تواند بود، که قاطبه متصدیان که قوه

۲۳. همان، ص ۳۸.

۲۴. همان، ص ۸۱.

۲۵. سوره آل عمران، آیه ۱۵۹.

۲۶. محمدحسین نائینی، پیشین، ص ۸۲.

۲۷. همان، صص ۸۳-۸۲.

۲۸. همان، صص ۸۶-۸۵.

اجرائیه‌اند، در تحت نظارت مسؤول هیأت مبعوثان و آنان هم در تحت مراقبه و مسؤول آحاد ملت باشند».<sup>۲۹</sup>

در حقیقت علامه نائینی در رساله تنبیه الامه و تنزیه المله تلاش می‌کند تا اثبات نماید، مبانی مشروطه مانند آزادی، مساوات، پارلمان، تفکیک قوا و ... در بطن شریعت وجود دارند و دلیل اینکه تا آن زمان به آنها پرداخته نشده است، غفلت علما می‌باشد. وی به آرمان‌های مشروطه صبغه دینی بخشید و با احاطه‌ای که به علم اصول، فقه و تاریخ صدر اسلام داشت، مواردی را برای اثبات نظریات خود به عنوان شاهد مثال ذکر کرده است.<sup>۳۰</sup> از نظر نائینی، هر چند حکومت غیر معصوم امری غصبی است و لذا حکومت مشروطه نیز از حکم غصبی بودن خارج نیست با این وصف تبعیت از حکومت مشروطه بر متابعت از حکومت استبدادی مرجح است. زیرا در این نظام سیاسی حداقل به رعیت ستمی وارد نمی‌شود.<sup>۳۱</sup> او محدود ساختن قدرت سلطنت را از «ضروریات اسلام» و از «اهم تکالیف مسلمین و از اعظم نوامیس دین مبین» می‌دانست.<sup>۳۲</sup> نائینی همچنین تدوین قانون توسط غیرمجتهدین را بدعت نمی‌دانست و بر این باور بود که بدعت زمانی محقق می‌شود که حکمی غیراسلامی، شرعی نشان داده شود و تحت عنوان اینکه حکم خدای تعالی است، مردم به اطاعت از آن وادار شوند. در غیر این صورت اگر مشخص شود قوانین یادشده محصول ذهن و اندیشه انسانی است، حتی اگر مردم ملزم به رعایت آن شوند، بدعت نخواهد بود.<sup>۳۳</sup>

## مبحث دوم:

### جایگاه حاکمیت شرع در نظام حقوقی مشروطه

#### ۱- تجلی شرع در پاره‌ای از فرامین و متون قانونی

حاکمیت شرع در نظام مشروطه، به صورتی پراکنده و در قالب متون مختلف مورد اشاره قرار گرفته است. در این مجال به بررسی مهم‌ترین متون قانونی مربوطه می‌پردازیم: در فرمان مشروطه که توسط مظفرالدین شاه قاجار در تاریخ چهاردهم جمادی‌الثانی

۲۹. همان، ص ۳۸.

۳۰. حسین آبادیان، حکومت مشروطه و مشروعه، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۶۴.

۳۱. همان، ص ۶۵.

۳۲. نائینی، پیشین، صص ۴۹-۴۸.

۳۳. حسین آبادیان، پیشین، ص ۷۳.

۱۳۲۴ هجری صادر شد و در تاریخ حقوق ما از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، در خصوص حاکمیت شرع، چنین آمده بود:

«... و بعون الله تعالی مجلس شورای مرقومه که نگهبان عدل ماست، افتتاح و به اصلاحات لازمه امور مملکت و اجراء قوانین شرع مقدس شروع نماید...»<sup>۳۴</sup>

در تکمیل این فرمان، فرمانی دیگر صادر شد که آن نیز مقرر می‌داشت:

«... بعد از انتخاب اجزای مجلس، فصول و شرایط نظام مجلس شورای اسلامی را موافق تصویب و امضاء منتخبین به طوری که شایسته ملت و مملکت و قوانین شرع مقدس باشد مرتب نمایند...»<sup>۳۵</sup>

علاوه بر دو فرمان فوق که از منابع قابل ارجاع در مطالعه حقوق اساسی مشروطیت محسوب می‌شوند؛ قانون اساسی مشروطه و متمم آن نیز در این زمینه در بردارنده مطالبی در خصوص حاکمیت شرع است.

طبق اصل اول متمم قانون اساسی (۲۹ شعبان ۱۳۲۵): مذهب رسمی ایران، اسلام و طریقه حقه جعفریه اثنی عشریه است. باید پادشاه ایران دارا و مروج این مذهب باشد. اصل ۳۹ قانون مذکور نیز مقرر می‌دارد:

«هیچ پادشاهی بر تخت نمی‌تواند جلوس کند مگر اینکه قبل از تاجگذاری در مجلس شورای ملی حاضر شود و با حضور اعضای شورای ملی و مجلس سنا و هیأت وزرا به قرار ذیل، قسم یاد نماید:  
من خداوند قادر متعال را گواه گرفته به کلام الله مجید و به آنچه نزد خدا محترم است، قسم یاد می‌کنم که ... در ترویج مذهب جعفری اثنی عشری سعی و کوشش نمایم و در تمام اعمال و افعال، خداوند- عز شأنه- را حاضر دانسته ... و از ارواح طیبه اولیای اسلام، استمداد می‌کنم.»

اصل ۲ متمم قانون اساسی که به اصل طراز مشهور است و محور اصلی و انحصاری بررسی حاکمیت شرع در عهد مشروطیت محسوب می‌شود، نیز چنین مقرر می‌داشت:

«مجلس مقدس شورای ملی که با توجه و تأیید حضرت امام عصر (عجل الله فرجه) و

۳۴. احمد کسروی، تاریخ مشروطه ایران، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ هفدهم، ۱۳۷۳، ص ۱۱۹.

۳۵. همان، ص ۱۲۰.

بذل مرحمت اعلی حضرت شاهنشاه اسلام (خلدالله سلطانه) و مراقبت حجج اسلامیه (کثرالله امثالهم) و عامه ملت ایران، تأسیس شده است باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن، مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیر الانام (ع) نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامیه بر عهده علمای اعلام (ادام الله برکات وجودهم) بوده و هست و لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیأتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه، اسامی بیست نفر از علما که دارای صفات مذکوره باشند؛ معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند؛ پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضیات عصر، اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده به سمت عضویت بشناسند تا مواردی که در مجلسین عنوان می‌شود به دقت مذاکره و غوررسی نموده هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد؛ طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیأت علما، در این باب مطاع و متبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجه عصر - عجل الله فرجه - تغییرپذیر نخواهد بود.»

به علاوه برخی از اصول دیگر این قانون نیز بر اساس مبانی فقهی تدوین گشته است. به عنوان مثال اصل ۹ قانون مذکور که افراد را از حیث جان و مال و مسکن و شرف، محفوظ و مصون از هر نوع تعرض می‌دانست، ریشه در روایت معروف «الناس مسلطون علی انفسهم و اموالهم» داشت. اصل ۱۴ متمم قانون اساسی نیز با توجه به سابقه تبعید علما، توسط حکام پیشین و برای عدم تکرار چنین مواردی، بر ممنوعیت نفی بلد یا منع از اقامت در محلی یا مجبور ساختن به اقامت در محل معینی تأکید ورزیده بود.<sup>۳۶</sup>

اصل ۱۵ قانون فوق‌الذکر مقرر می‌داشت: «هیچ ملک‌ی را از تصرف صاحب ملک نمی‌توان بیرون کرد مگر با مجوز شرعی ...»

اصل ۱۸ نیز تحصیل و تعلیم علوم و معارف و صنایع را مگر آنچه شرعاً ممنوع باشد؛ آزاد اعلام نمود.

در زمینه امور مربوط به تعلیم و تربیت، قانونی مشهور به قانون اساسی معارف مصوب دهم ذیقعد ۱۳۲۹ نیز به آموزش تعلیمات شرعی در مدارس اشاره کرده و مقرر می‌دارد: ماده ۱- مکتب و مدرسه عبارت است از تأسیساتی که برای تربیت اخلاقی و علمی و بدنی ابناء نوع دائر می‌گردد.

۳۶. نصرت‌الله حاجی‌پور، تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون‌گذاری ایران، تهران، مرکز اسناد انقلاب

ماده ۷- ملل غیر اسلامی در مدارس دولتی حق تقاضای تحصیل مذهب خودشان را ندارند مجبور به تحصیل شرعیات اسلامی نیز نخواهند بود.

ماده ۴- مدیر مدرسه باید معروف به سوء عقیده و اخلاق و عادات ذمیمه نبوده مرتکب جنحه و جنایتی نشده باشد.

ماده ۱۴- وزارت معارف باید تدریس کتبی را که مضر به اخلاق و دین محصلین است ممنوع نماید و کتبی که از طرف وزارت معارف ممنوع شده باشد در هیچ مدرسه نباید تدریس بشود.

ماده ۱۷- پروگرام مکاتب و مدارس ابتدائیه و متوسطه باید تعلیم واجبات دینی را به قدر لزوم شامل باشد.

بر اساس اصل ۲۰ متمم قانون اساسی مشروطه: عامه مطبوعات غیر از کتب ظلال و مواد مضره به دین مبین، آزاد و ممیزی در آنها ممنوع است ...

اصل ۲۱ نیز مقرر می داشت: انجمن ها و اجتماعاتی که مولد فتنه دینی و دنیوی و مخل نظم نباشند؛ در تمام مملکت آزاد است ...

در بحث راجع به وزرا در اصل ۵۸ متمم قانون اساسی آمده بود: هیچ کس نمی تواند به مقام وزارت برسد، مگر آنکه مسلمان ... باشد.

در خصوص قوه قضائیه نیز بند دوم اصل ۲۷ مقرر می داشت: قوه قضائیه و حکمیه که عبارت است از تمیز حقوق و این قوه، مخصوص است به محاکم شرعیه در شرعیات و به محاکم عدلیه در عرفیات.

در همین خصوص اصل ۷۱ نیز مقرر می داشت: دیوان عدالت عظمی و محاکمه عدلیه، مرجع رسمی تظلمات عمومی هستند و قضات در امور شرعیه با عدول مجتهدین جامع الشرایط است.

اصل ۸۳ نیز تعیین شخصی مدعی عموم را با تصویب حاکم شرع بر عهده پادشاه نهاد بود.

در مورد قوه مقننه نیز، بر اساس بند ۴ ماده ۹ قانون انتخابات مجلس شورای ملی مصوب ۲۸ شوال ۱۳۲۹، اشخاصی که خروجشان از دین حنیف اسلام در حضور یکی از حکام شرع جامع الشرایط به ثبوت رسیده باشد نمی توانستند به انتخاب نماینده مجلس شورای ملی بپردازند.

انتخاب شوندگان نیز، غیر از اهل دیانت از نمایندگان ملل متنوعه (مسیحی و زردشتی و کلیمی)، باید متدین به دین حضرت محمد بن عبدالله (ص) می بودند (ماده ۱۲ قانون فوق الذکر).

همچنین یکی از شرایط انتخاب شدن برای مجلس سنا، مسلمان بودن قید گشته بود.<sup>۳۷</sup> علاوه بر این از جمله اشخاصی که می‌توانستند برای آن مجلس انتخاب شوند، علمای طراز اول بودند.<sup>۳۸</sup> در اصل ۴۵ قانون اساسی (۱۴ ذی‌القعدة ۱۳۲۴) نیز متدین بودن در زمره شرایط لازم برای عضویت در مجلس سنا بیان شده بود. در ماده ۱۱ همان قانون نیز مقرر شده بود که نمایندگان مجلس شورای ملی بدو که داخل مجلس می‌شوند، قسم می‌خورند و قسم‌نامه را امضا می‌کنند. در صدر قسم‌نامه مذکور آمده بود: ما اشخاصی که در ذیل امضا کرده‌ایم خداوند را به شهادت می‌طلبیم و به قرآن قسم یاد می‌کنیم... اصل ۲۷ متمم قانون اساسی در بند اول، چنین بیان می‌داشت:

«قوه مقننه که مخصوص است به وضع و تهذیب قوانین و این قوه ناشی می‌شود از اعلی حضرت شاهنشاهی و مجلس شورای ملی و مجلس سنا و هر یک از این سه منشأ، حق انشای قانون را دارد، ولی استقرار آن موقوف است به عدم مخالفت با موازین شرعیه و تصویب مجلسین و توشیح به صحه همایونی لکن وضع و تصویب قوانین راجعه به دخل و خرج مملکت از مختصات مجلس شورای ملی است.»

به علاوه اصل الحاقی به متمم قانون اساسی نیز در مورد تجدید نظر در اصل یا اصولی از قانون اساسی چنین مقرر می‌داشت:

«این اصل شامل هیچ‌یک از قانون اساسی و متمم آن که مربوط به دین مقدس اسلام و مذهب رسمی کشور که طریقه حقه جعفری اثنی عشریه و احکام آن ... است، نمی‌گردد و اصول مزبور الی الابد، غیر قابل تغییر و تفسیر است.»

## ۲- ارزیابی جایگاه حاکمیت شرع در قانون اساسی مشروطه

۱-۲- مهم‌ترین نکته برای ارزیابی جایگاه حاکمیت شرع در قانون اساسی مشروطه به بحث مشروعیت حکومت در آن مقطع تاریخی بر می‌گردد.

بر اساس اندیشه سیاسی شیعه، مشروعیت حکومت پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) منوط به نصب و نص الهی است لیکن مبنای مشروعیت حکومت غیر معصومین در زمان غیبت، نصب عام شارع مقدس و تعیین و تشخیص مصادیق آن با رعایت ضوابط شرعی و

۳۷. بند ۴ ماده ۹ قانون اجازه اجرای نظامنامه انتخابات مجلس سنا، مصوب ۱۴ اردیبهشت ۱۳۲۸

۳۸. ماده ۱۰ همان قانون

عقلایی با انتخاب و پذیرش مردمی به صورت توأمان می‌باشد.<sup>۳۹</sup> با این وصف نظام سیاسی مبتنی بر قانون اساسی مشروطه، نمی‌توانست از مشروعیت برخوردار باشد. زیرا مطابق با اصل ۳۵ متمم قانون اساسی: سلطنت و دیعه‌ای است که به موهبت الهی از طرف ملت به شخص پادشاه مفوض شده است. «اختیارات و اقتداراتی که بر اساس پاره‌ای از اصول قانون اساسی به شاه داده شده نه مشروعیت الهی دارد و نه مشروعیت مردمی؛ چرا که حاکمیت از آن خداوند است که توسط صاحبان برگزیده از طریق اداره مردم اعمال می‌شود. سلطنت آنگونه که قانون اساسی می‌گوید نه از نوع حاکمیت خداست و نه موهبت و دیعه الهی و نه از جانب خدا به کسی تفویض شده است. و در مورد مشروعیت مردمی نیز باید کیفیت انتخاب و تفویض اختیارات از جانب مردم را مورد بررسی قرار داد. چنین امر مهمی با آن همه اختیارات نمی‌تواند بجز از طریق اعمال حاکمیت مستقیم مردم و نظرخواهی عمومی، مشروعیت پیدا کند. در تعیین حدود اختیارات مقام سلطنت و تفویض آن به شاهان ادوار مشروطیت، هیچ‌گاه از مردم نظرخواهی نشد.»<sup>۴۰</sup>

علامه نائینی نیز حکومت مشروطه را بالاصاله مشروع نمی‌دانست و آن را نیز مانند حکومت استبدادی غاصبانه تلقی می‌کرد. با این وصف از آنجا که برقراری نظام مطلوب حکومت از منظر شیعه را در آن شرایط ممکن نمی‌دانست، سعی در ایجاد حکومتی داشت که به موازین اسلامی نزدیک‌تر باشد.<sup>۴۱</sup>

۲-۲- مورد دیگر که در تحلیل جایگاه حاکمیت شرع در قانون اساسی مشروطه از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است عدم اجرای اصل دوم متمم قانون اساسی معروف به اصل طراز می‌باشد.

در مباحث تاریخی، سیاسی و حقوقی بعد از مشروطه، هر گاه سخن از شرع و مشروعیت به میان می‌آید اصل دوم متمم قانون اساسی، مشهور به اصل طراز مد نظر قرار می‌گیرد. در حقیقت اصل دوم آرمان مشروعیت‌خواهانی بود که بر حاکمیت شرع و آموزه‌های دینی در نظام سیاسی - حقوقی مشروطه اصرار داشتند. مبانی و زمینه‌های شکل‌گیری و عدم اجرای اصل طراز، گویای بخش عمده مباحث مربوط به جایگاه شرع در نظام سیاسی - حقوقی

۳۹. محمدرضا حاتمی، مبانی مشروعیت حکومت در اندیشه سیاسی شیعه، تهران، انتشارت علوم و فنون رازی، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۴۶۷.

۴۰. عباسعلی عمید زنجانی، کلیات حقوق اساسی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص ۳۱.

۴۱. محمدحسین نائینی، پیشین، صص ۳۳-۳۱.



بعد از مشروطه است.<sup>۴۲</sup>

در حقیقت مهم‌ترین عامل اجرائی نشدن اصل طراز را باید در تفاوت بنیادین آموزه‌های مبتنی بر حاکمیت شریعت و انگاره‌های نظام مشروطه دانست. «دو عنصر مشروطه و شریعت دارای سرشت کاملاً متفاوت در نگرش‌های اصولی و جهان بینی هستند، زیرا مشروطه نظامی است محصول فرآیند تاریخی اروپای غربی که حداقل بر سه پایه نظری لیبرالیسم، سکولاریسم و ناسیونالیسم مستقر است و هر سه عامل ساخته و پرداخته ذهنیت انسان غیر دینی پس از عصر اصلاحات دینی است.»<sup>۴۳</sup>

به تعبیر حائری: «درست است که این اصل (اصل دوم متمم قانون اساسی) قرار بود پس از تصویب، کاملاً اجرا گردد و تا زمان ظهور حضرت حجت عصر - عجل الله فرجه - تغییرپذیر نباشد، ولی باید اذعان کرد که با یک رژیم مشروطه و دموکراسی که بورژوازی غرب ادعای دفاع از آن را داشته است، منافات کلی دارد.»<sup>۴۴</sup>

نکته دیگر تنسيق نامناسب اصل طراز بود. اصل طراز بدون مذاکرات طولانی و به صورت فتوایی - نه بسان ماده قانونی - از سوی شیخ فضل الله ارائه و مورد تصویب قرار گرفت. درست تنظیم نشدن اصل دوم، با یک قیاس ساده با سایر اصول قانون اساسی قابل تشخیص است. اصول دیگر قانون اساسی به سبک متعارف قوانین اساسی دول غربی کم حجم و روان است. لیکن اصل دوم به شیوه‌ای کاملاً انشایی - و نه قانونی - و نسبتاً طولانی نوشته شده است. لذا اصل دوم چه از جهت شکلی و چه از منظر ماهوی با دیگر اصول قانون اساسی هماهنگ نبود. به علاوه پاره‌ای از مسائل در ارتباط با حاکمیت شرع نیز مغفول واقع شده بود. مسائلی از قبیل چگونگی حاکمیت شرع بر مجلس شورای ملی، مجلس سنا و پادشاه، حاکمیت شرع بر تصویب‌نامه‌ها و آئین‌نامه‌های دولتی که مورد عنایت قانون‌گذار اساسی و عادی قرار نگرفته بود.<sup>۴۵</sup>

در هر صورت با توجه به مخالفت مشروعه‌خواهان با وضع قانون اساسی و عدم اجرای اصل طراز در مقام عمل و دلسرد شدن علمای مشروطه‌خواه از ادامه تلاش برای نمایان ساختن سازگاری میان حاکمیت قانون و حاکمیت شرع، به نظر می‌رسد می‌توان دوران مشروطیت را دورانی نامید که حاکمیت شرع در حداقلی‌ترین مفهوم خود به اجرا درآمد.

۴۲. نصرت‌الله حاجی پور، پیشین، ص ۸۱.

۴۳. علی بیگدلی، «فهم روشنفکران مشروطه از مفهوم مدرنیته»، پژوهشنامه علوم انسانی، ش ۵۱، پائیز ۱۳۸۵،

ص ۴۰.

۴۴. عبدالهادی حائری، تشیع و مشروطیت در ایران، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۰، ص ۳۹۵.

۴۵. نصرت‌الله حاجی پور، پیشین، صص ۱۶۱-۱۵۷.

### مبحث سوم:

#### پیشینه حاکمیت قانون در نظام حقوقی مشروطه

در ساخت قدیم قدرت در ایران تنها نظام قانونی و حقوقی منسجم و مدون موجود، شریعت بود که عمدتاً ناظر بر مناسبات خصوصی بود و با قلمرو مناسبات سیاسی یعنی حقوق عمومی ارتباطی نداشت. از این رو در بعد سیاسی نظام حکومتی و سلطنت بر پایه قواعد و قوانینی اداره می‌شد که ریشه در اراده خودکامه شاه داشت و هنگامی که شاه از اقتدار لازم برخوردار نبود، شورای غیر رسمی اما متفرد خواجه‌سرایان و همسران پادشاه بسان دومین منبع قانون عمل می‌کردند.<sup>۴۶</sup> اندیشه حکومت قانون و ضرورت آن ابتدا در قالب سفرنامه‌های ایرانیان درباره دیار فرنگ جلوه‌گر شد و پس از آن توسط تجددخواهان تبریزی بسط یافت. از میان ویژگی‌های نظام سیاسی و حقوقی فرنگ آنچه بیش از همه توجه سیاحان ایرانی را به خود جلب می‌نمود، حکومت قانون بود. هر چند به مبانی و خاستگاه این اصل توجه اندکی معطوف شد و بیشتر به ظاهر آن که همان ضرورت انتظام بخشیدن به سلطنت بود، پرداخته شد.<sup>۴۷</sup>

توجه به مبانی حکومت قانون اگرچه در دوران مشروطیت عمق بیشتری یافت، ولی در دامن تعارضات گرفتار آمد. ملکم خان که از نام‌آوران تفکر مشروطه‌خواهی در ایران است در رساله تنظیمات خود قانون را چنین تعریف کرده است:

«هر حکمی که از حکومت صادر شود و مبنی بر صلاح عامه طایفه باشد و اطاعت آن بالمساوی بر همه افراد طایفه لازم بیاید، آن حکم را قانون می‌گویند.»<sup>۴۸</sup>

همچنین به تعبیر آدمیت «حکومت قانون دلالت دارد بر هیأت مجموع قواعد و ظوابطی که حاکم بر نظام اجتماع باشد- یعنی حاکم بر روابط افراد با یکدیگر، حاکم بر روابط افراد با دولت، و حاکم بر خود دستگاه دولت. حقوق خصوصی و عمومی، حقوق شخصی و سیاسی، و بالاخره حقوق اساسی جملگی مشمول آن مفهوم کلی هستند.»<sup>۴۹</sup>

مستشارالدوله تبریزی نیز با تألیف رساله موسوم به «یک کلمه» کوشید تا جایی را برای مفهوم قانون در نظام حقوقی ایران بازکند و ضرورت آن را در پرتو نصوص دینی به اثبات

۴۶. سیدعلی میرموسوی، پیشین، صص ۲۹۵-۲۹۴.

۴۷. سید جواد طباطبائی، دیباچه‌ای بر نظریه انحطاط ایران، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۸۰، صص ۴۸۰-۴۷۹.

۴۸. فریدون آدمیت، فکرآزادی و مقدمه نهضت مشروطیت، ص ۱۲۸.

۴۹. فریدون آدمیت، اندیشه ترقی و حکومت قانون، تهران، خوارزمی، چاپ اول، بهمن ۱۳۵۱، ص ۱۷۰.

رساند.<sup>۵۰</sup>

وی بر این باور بود که «بنیان و اصول نظم فرنگستان یک کلمه است و هر گونه ترقیات و خوبی‌ها که در آن دیده می‌شود، نتیجه همان یک کلمه است ... [و آن] یک کلمه که جمیع انتظامات فرنگستان در آن مندرج است، کتاب قانون است که جمیع شرایط و انتظامات معمول‌بها که به امور دنیویه تعلق دارد، در آن محرز و مسطور است.»<sup>۵۱</sup>

از منظر سید جواد طباطبائی، مستشارالدوله مهم‌ترین رساله را در باب حاکمیت قانون در عصر مشروطیت نگاشته است، لیکن رساله یک کلمه وی در دهه‌ای که مقدمات جنبش مشروطه‌خواهی فراهم می‌شد، مغلوب هوچی‌گری‌ها و انشانویسی‌های روزنامه قانون ملکم شد. طباطبائی در این خصوص اینگونه ادامه می‌دهد: «به نظر من اهمیت رساله یک کلمه بیشتر از آنکه سیاسی باشد، حقوقی است. برخی از هواداران نظام مشروطه، سال‌هایی پیش از پیروزی جنبش مشروطه‌خواهی، داهیان، به اهمیت این رساله پی بردند و من بر آنم که با استقرار مشروطیت، به ویژه زمانی که نخستین نظام حقوقی جدید ایران تدوین می‌شد، همین رساله مبنای نظری تبدیل شرع به نظام حقوق عرف قرار گرفت ... تدوین این نظام حقوقی، که مبنای نظری جدیدی را در فهم نظام سنت قدمایی وارد می‌کرد، اقدامی بی‌سابقه در دوره اسلامی ایران بود. مستشارالدوله به فراست، پیش‌تر از دیگران، به اهمیت این مبنای نظری در تجددخواهی التفات پیدا کرده بود، اما نه تنها معاصران او این مطلب را دریافتند، بلکه مفسران معاصر نیز نتوانستند، معنا و جایگاه آن رساله را در بحث از نسبت نظام سنت قدمایی و اندیشه تجدد دریابند.»<sup>۵۲</sup>

مهم‌ترین مسأله فراروی اندیشه حاکمیت قانون نحوه ارتباط و تعامل آن با حاکمیت شرع بود. مستشارالدوله تفاوت‌های میان این دو مفهوم را در پنج مورد خلاصه کرده است، که از میان آنها تفاوت نخست و سوم جنبه ماهوی دارند و دیگر موارد صوری هستند.<sup>۵۳</sup>

«کود فرانسه به قبول دولت و ملت نوشته شده نه به رأی واحد.» احکام شرعی اگرچه اعتبار خود را از استناد به فرامین خداوند دریافت می‌کنند، لیکن در نهایت رأی شخص مجتهد درباره یک موضوع است. لذا تا از مجرای اراده همگانی به تصویب نرسد، جنبه قانونی نمی‌یابد.

۵۰. سیدعلی میرموسوی، پیشین، ص ۲۹۴.

۵۱. میرزا یوسف تبریزی، یک کلمه، کتابخانه دانشگاه مفید، صص ۷-۸، به نقل از سیدعلی میرموسوی، پیشین، ص ۲۹۵.

۵۲. سیدجواد طباطبائی، تأملی درباره ایران، نظریه حکومت قانون در ایران، ج ۲، انتشارات ستوده، چاپ اول، ۱۳۸۶، صص ۱۵-۱۴.

۵۳. تبریزی، یک کلمه، صص ۸-۱۱، به نقل از سیدعلی میرموسوی، پیشین، صص ۲۹۷-۲۹۵.

کود در بردارنده همه قوانین مورد عمل و خالی از «اقوال غیر معمول و آراء ضعیفه» است. اما کتب فقهی اقوال ضعیف و عقاید مخالف یکدیگر را نیز در بر دارد و در نتیجه دست یافتن به حقیقت حتی برای یک مجتهد نیز دشوار خواهد بود.

کود به صورتی که برای عموم قابل فهم باشد، نگارش یافته است. حال آنکه فهم کتب فقهی به دلیل زبان پیچیده و مغلق آن برای همگان میسر نیست.

کود صرفاً در خصوص مسائل این جهانی و دنیوی سخن می‌گوید و همه شهروندان را بدون توجه به مذهب ایشان در بر می‌گیرد، حال آنکه در کتب فقهی مسائل مذهبی و غیر مذهبی با هم آمیخته شده و در نتیجه اتباع غیر مسلمان خود به خود ارجحی برای این قانون قائل نیستند. این تفاوت اگرچه ماهوی است، لیکن مستشارالدوله بیشتر به جنبه صوری آن توجه کرده است.

کود در بر دارنده مجموع قوانین عرفی و عادی است، ولی در میان مسلمانان قوانین عرفی در یک کتاب تدوین نشده‌اند و این امر به نوبه خود زمینه بی‌نظمی را فراهم می‌آورد. مستشارالدوله به عنوان یک کارگزار نوگرا به فراست به فقدان نظام حقوق عمومی که بتوان نظام حکومتی را بر پایه آن اداره کرد، پی برده بود. و در عین اعتقاد به امکان برقراری عدالت در چارچوب احکام شرع، قائل به عدم سازگاری حاکمیت قانون و حاکمیت شرع بود.<sup>۵۴</sup>

با این وجود از منظر علامه نائینی قانون و شرع با یکدیگر سر ناسازگاری ندارند. زیرا قانون محدودکننده قدرت مطلقه و لجام گسیخته سلطان و تفکیک کننده حوزه عمومی از حوزه خصوصی است. نائینی در توضیح این مطلب چنین می‌نویسد:

«چنانکه ضبط اعمال مقلدین در ابواب عبادات و معاملات بدون آنکه رسائل عملیه در دست و اعمال شبانه‌روزی خود را بر آن منطبق کنند، از ممتنعات است. همین طور در امور سیاسیه و نوعیات مملکت هم ضبط رفتار متصدیان و در تحت مراقبت و مسؤلیت بودنشان بدون ترتیب دستور مذکور از ممتنعات و فی‌الحقیقه پایه و اساس حفظ محدودیت و مسؤلیت مبتنی بر آن و اصل اصیل در این باب، و مقدمه منحصره مطلب است، از این جهت واجب است.»<sup>۵۵</sup>

نائینی معین و مشخص بودن حدود و ضوابط قانون و جنبه الزام‌آور بودن آن را با رساله‌های عملیه قابل مقایسه می‌داند. از منظر وی قانون تنها ابزار ممکن برای مهار قدرت

۵۴. فتحعلی آخوندزاده، مقالات، تهران، آوا، ۱۳۵۱، صص ۱۰۲-۱۰۱.

۵۵. محمدحسین نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، ص ۸۷.

سیاسی و برقراری نظم اجتماعی است، و لذا تدوین آن از باب وجوب عقلی مقدمه واجب، ضرورت می‌یابد.

در عین حال عالمان مخالف مشروطه بر عکس بر ناسازگاری قانون و شرع تأکید می‌کردند. به عنوان مثال شیخ فضل‌الله نوری اگرچه ضرورت قانون برای حفظ نظام اجتماعی را پذیرفته بود ولی بر این باور پافشاری می‌نمود که: «بهترین قوانین قانون الهی است و این مطلب از برای مسلم محتاج به دلیل نیست.»<sup>۵۶</sup>

وی با تأکید بر جامعیت و ابدیت احکام و مقررات اسلام نتیجه می‌گیرد که «ما ابدأً محتاج جعل قوانین نخواهیم بود.» به علاوه بر اساس اعتقادات اسلامی، نظم معاش باید به گونه‌ای تنظیم شود، که نظم معاد را مختل نکند و این کار تنها از عهده قانون الهی ساخته است. اساساً فرض اینکه «جماعتی از عقلا و حکما و سیاسیین جمع شوند و به شورا ترتیب قانونی بدهند، که جامع این دو جهت باشد.» با اسلام سازگار نیست. زیرا «اسلام بدون اقرار به نبوت محقق نیست و اقرار به نبوت به غیر دلیل عقلی متصور نیست و دلیل عقلی بر نبوت سواى احتیاج ما به چنین قانونی و جهل و عجز ما از تعیین آن نمی‌باشد.»<sup>۵۷</sup> از این منظر ادعای نقش زمان و مکان در تغییر و یا تکمیل قوانین الهی نیز پذیرفتنی نیست، زیرا با خاتمیت و کمال دین ناسازگار است. لذا «جعل قانون کلاً ام بعضاً منافات با اسلام دارد و این کار، کار پیغمبری است.»<sup>۵۸</sup>

از منظر ایشان، آنچه در تحقق اصل حاکمیت قانون مهم‌تر جلوه می‌کرد، مرجع وضع قانون بود نه محتوای آن. لذا ایشان با نوشتن قانون اساسی نیز مخالف بود و آن را بدعت می‌دانست. نه به معنای اینکه قانون اساسی ضد اسلام است بلکه به این دلیل که عده‌ای قانونی وضع کنند و بگویند این قانون اسلام است. مطابق با دیدگاه شیخ جایی که قرآن وجود دارد و علما به رتق و فتق امور می‌پردازند، وضع قانونی اساسی دارای وجهت شرعی نمی‌باشد.<sup>۵۹</sup>

خلاصه آنکه شیخ شهید و دیگر مشروعه‌خواهان قائل به تضاد میان سنت و مدرنیته بودند و در نتیجه مظاهر آنها یعنی حاکمیت شرع و حاکمیت قانون را نیز با یکدیگر

۵۶. شیخ فضل‌الله نوری، تذکره الغافل و ارشاد الجاهل، حرمت مشروطه، رسائل مشروطیت، به کوشش غلامحسین زرگری‌نژاد، تهران، کویر، ۱۳۷۴، ص ۱۷۵.

۵۷. همان، ص ۱۶۱.

۵۸. همان، ص ۱۷۶.

۵۹. مهدی رهبری، «روحانیت، انقلاب مشروطه و ستیز میان سنت و تجدد»، دانش سیاسی، سال چهارم، ش

۱، ۱۳۸۷، ص ۱۰۴.

سازگار نمی دانستند. بر عکس علمای مشروطه خواه نظیر علامه نائینی قائل به همزیستی حاکمیت قانون و شرع بوده و در چارچوب نظریه صلاحیت الهی - مردمی قانون گذاری، اصل حاکمیت قانون را در تضاد با آموزه های شرعی تلقی نمی کردند.

### مبحث چهارم:

## جایگاه اصل حاکمیت قانون در نظام حقوقی مشروطیت

در این مجال به بررسی مصادیقی از تأکید بر اجرای اصل حاکمیت قانون در قانون اساسی مشروطیت و متمم آن می پردازیم:

هر چند ذکر این نکته ضروری است که پس از پیروزی نخستین جنبش مشروطیت، اولین قانونی که نوشته شد تا به موجب آن مجلس شورای ملی تشکیل شود تا بستر وضع قانون اساسی را فراهم نماید، نظامنامه انتخاباتی بود و پس از آن قانون اساسی مشروطیت تدوین گردید. با این وصف، نفس پیدایش قانون به ویژه تدوین قانون اساسی و تلاش در جهت تحدید اختیارات زمامداران و توزیع قدرت از سوی قانون اساسی را می توان مظهري از اجرای اصل حاکمیت قانون دانست.

در اصل پانزدهم، محوریت مجلس در قانون گذاری مورد تصریح قرار گرفته است؛ در اصول هشتم تا بیست و پنجم، مجموعه حقوق ملت، و تساوی حقوق ایشان، تعیین و تضمین گردیده است؛

در اصل هفتاد و سوم تعیین دادگاهها به حکم قانون است؛

بر اساس اصل هفتاد و چهارم انعقاد هیچ محکمه ای ممکن نیست مگر به حکم قانون؛ در اصل هفتاد و هشتم تأکید شده که احکام دادگاهها بر طبق قانون صادر می شوند. همچنین حضور شرع در قانون اساسی مشروطه - که منجر به تقسیم کلی قوه قضائیه به بخش عرفی و شرعی گردید و به کارگیری مجتهدان را در بخش قضاء شرعی به دنبال داشت - در عمل با تصویب قوانین عادی متعدد و اصلاحیه های مختلف، محدود شد<sup>۶۰</sup> و عملاً دائره حضور مجتهدان در ساختار قوه قضائیه به موارد نادر و مشخصی، منحصر گردید.<sup>۶۱</sup>

در اصل هشتاد و نهم متمم به صلاحیت دادگاهها در کنترل مطابقت آئین نامه ها با قانون تصریح شده است.

۶۰. مصطفی رحیمی، قانون اساسی مشروطه ایرانی و اصول دموکراسی، تهران، نیلوفر، چاپ چهارم، ۱۳۸۹،

صص ۱۲۴-۱۲۲.

۶۱. قانون محاکم شرع مصوب آذر ماه ۱۳۱۰ و اصلاحات بعدی آن به تدریج حیطه اختیار دادگاههای شرع را

محدود به اصل نکاح و طلاق نموده اند.

هر چند تصویب قانون اساسی مشروطیت را باید مطلع آغاز حکومت قانون به جای تحمیل اراده مطلق العنان شاه دانست. ولی نباید فراموش کرد که اجرای اصل حاکمیت قانون و مؤلفه‌های آن نیز در مرحله عمل با کاستی‌های فراوان مواجه شد.

قانون اساسی مشروطیت، اختیارات وسیعی را برای پادشاه در نظر گرفته است. از جمله اعلان جنگ و صلح، انحلال مجلسین، حل اختلاف میان مجلسین، عزل و نصب وزرا، صدور فرمان اجرای قوانین، فرماندهی کل نیروهای مسلح و ... با این وصف مطابق با اصل ۴۴ متمم قانون اساسی مشروطیت: «شخص پادشاه از مسؤلیت مبرا است.» امری که با حداقلی‌ترین مشخصه حاکمیت شکلی قانون که همان برابری همگان در مقابل قانون است و اصل نظارت قضائی بر اعمال مقامات به عنوان ویژگی دیگر دولت قانونمدار سر ناسازگاری دارد.<sup>۶۲</sup>

همچنین در اصل بیست و هفتم متمم قانون اساسی که قوای مملکت را به سه شعبه مقننه، مجریه و قضائیه تقسیم کرده بود نیز ابهامات فراوانی به چشم می‌خورد. از جمله امکان اعمال قدرت فائده پادشاه بر هر سه قوه عملاً اصل تفکیک قوا را بی‌تأثیر می‌ساخت. زیرا علی‌رغم اعطای قدرت فراوان به مجلس شورای ملی، این مجلس صرفاً به عنوان مرجعی برای قانون‌گذاری محسوب می‌شد و اجرای مصوبات آن از ضمانت اجرای کافی برخوردار نبود تا آنجا که در مقام عمل وزرا صرفاً خود را در برابر پادشاه مسؤل می‌دانستند نه در مقابل مجلس.<sup>۶۳</sup>

همچنین اصل استقلال مرجع قضائی که یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های حاکمیت قانون است نیز در قانون اساسی مشروطیت و متمم آن مود غفلت قرار گرفته بود. از یک طرف محاکم به عرفی و شرعی تقسیم شده بود و از سوی دیگر مرز میان عملکرد این محاکم به صورت دقیق مشخص نشده بود و در جهت تضمین اصل استقلال قضات هیچ راهکاری پیش‌بینی نشده بود.<sup>۶۴</sup>

## فرجام سخن

با عنایت به مراتب فوق‌الذکر، در این مجال در صدد پاسخگویی به سؤال اصلی تحقیق

۶۲. جواد محمودی و هدی غفاری، «نظارت قضائی بر اداره در نظام حقوقی مشروطیت»، نشریه حقوق

اساسی، ش ۹، ۱۳۸۷، صص ۲۲۴-۲۲۲.

۶۳. مصطفی رحیمی، پیشین، ص ۱۷۴.

۶۴. محمدرضا ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۰، صص

پیش رو به شرح ذیل می‌باشیم:

در نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام حقوقی دوران مشروطه غلبه با حاکمیت قانون است یا حاکمیت شرع؟

با عنایت به عدم انطباق مبانی مشروعیت نظام مشروطه - که مبتنی بر نظریه سلطنت بود - با مبانی مشروعیت حکومت در اندیشه سیاسی اصیل شیعه و اجرائی نشدن اصل دوم متمم قانون اساسی (اصل طراز) در مقام نظارت بر شرعی بودن قوانین توسط علما و عدم پیش‌بینی مرجعی برای نظارت بر عدم مغایرت نظامنامه‌ها و آئین‌نامه‌ها با موازین شرعی<sup>۶۵</sup> و با توجه به محدود شدن نقش مجتهدان جامع‌الشرایط در جایگاه قضاوت بر اساس اصول متعدد قانون اساسی مشروطه از جمله اصل هفتاد و چهارم قانون مذکور که تشکیل هر محکمه‌ای را منوط به حکم قانون دانسته است؛ به نظر می‌رسد بر خلاف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که بر اساس اصول متعدد، اصالت را به حاکمیت شرع می‌دهد - که بررسی تفصیلی این امر مجال دیگر را می‌طلبد - در نظام حقوقی مشروطه حاکمیت شرع در حداقلی‌ترین شکل خود به اجرا در آمده و عنصر نوپای حاکمیت قانون به امید محدود کردن قدرت خودکامه - هر چند با کاستی‌های فراوان - قدم در راه اجرائی شدن گذاشته است.

## فهرست منابع

### قرآن کریم.

- آبادیان، حسین، حکومت مشروطه و مشروعه، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۷۴.
- آخوندزاده، فتحعلی، مقالات، تهران، آوا، ۱۳۵۱.
- آدمیت، فریدون، اندیشه ترقی و حکومت قانون، تهران، خوارزمی، چاپ اول، بهمن ۱۳۵۱.
- آدمیت، فریدون، فکر آزادی و مقدمه نهضت مشروطیت، تهران، سخن، ۱۳۴۰.
- بیگدلی، علی، «فهم روشنفکران مشروطه از مفهوم مدرنیته»، پژوهشنامه علوم انسانی، ش ۵۱، پاییز ۱۳۸۵.
- تبریزی، میرزا یوسف، یک کلمه، کتابخانه دانشگاه مفید.
- ترکمان، محمد، رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل‌الله نوری، تهران، موسسه خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۶۲.
- تن، سی.ال، «مشروطه‌خواهی و حاکمیت قانون»، نشریه حقوق اساسی، ترجمه سید حسین ملکوتی هاشجین و احمد مرکز مال‌میری، ش ۱۱، ۱۳۸۸.

۶۵. بنا به تصریح اصل هشتاد و نهم متمم قانون اساسی مشروطیت کنترل مطابقت آئین‌نامه‌ها و نظامنامه‌ها با قوانین صرفاً توسط قضات صورت می‌پذیرد.



- جتی، احمد، «حکومت اسلامی و قانون‌گذاری»، در حکومت در اسلام، مجموعه مقالات سومین و چهارمین کنفرانس اندیشه اسلامی، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۷.
- حاتمی، محمدرضا، مبانی مشروعیت حکومت در اندیشه سیاسی شیعه، تهران، انتشارات علوم و فنون رازی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- حاجی‌پور، نصرت‌الله، تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون‌گذاری ایران، تهران، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- حائری، عبدالهادی، تشیع و مشروعیت در ایران، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۰.
- رحیمی، مصطفی، قانون اساسی مشروطه ایرانی و اصول دموکراسی، تهران، نیلوفر، چاپ چهارم، ۱۳۸۹.
- رز، جوزف، «در باب حاکمیت قانون و فضیلت آن»، مترجم لیلی منفرد، نشریه حقوق اساسی، ش ۱۱، سال ششم، تابستان ۱۳۸۸.
- رهبری، مهدی، «روحانیت، انقلاب مشروطه و ستیز میان سنت و تجدد»، دانش سیاسی، سال چهارم، ش ۱، ۱۳۸۷.
- زارعی، محمد حسین، «حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی» نامه مفید، ش ۲۶، سال هفتم، تابستان ۱۳۸۰.
- سیاح، احمد، فرهنگ جامع عربی-فارسی، تهران، کتابفروشی اسلام، بی‌تا.
- طباطبائی، سید جواد، دیباچه‌ای بر نظریه انحطاط ایران، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۸۰.
- طباطبائی، سیدجواد، تأملی درباره ایران، نظریه حکومت قانون در ایران، ج ۲، انتشارات ستوده، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- عمید زنجانی، عباسعلی، کلیات حقوق اساسی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- فقیهی، سیده فاطمه، «بررسی حق قانون‌گذاری در قوانین اساسی مشروطیت و جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی، دانشگاه تهران (پردیس قم)، ۱۳۸۷.
- کسروی، احمد، تاریخ مشروطه ایران، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ هفدهم، ۱۳۷۳.
- کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- محمودی، جواد و هدی غفاری، «نظارت قضائی بر اداره در نظام حقوقی مشروطیت»، نشریه حقوق اساسی، ش ۹، ۱۳۸۷.
- مصفا، نسرین، «تحول تاریخی و فرهنگی حکومت قانون در ایران»، در حاکمیت قانون و محاکمه عادلانه، (مجموعه سخنرانی‌های جمع‌آوری شده از دومین جلسه مذاکره دوجانبه در مورد حقوق بشر بین اتحادیه اروپا و ایران، بروکسل، ۱۴ و ۱۵، مارچ ۲۰۰۳، ترجمه مینا سینور، کپنهاک، انتشارات یانسون اندنومی آ/س، ۲۰۰۳.

معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، ج ۲، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ ششم، ۱۳۶۳.  
 میرموسوی، سیدعلی، *اسلام، سنت، دولت مدرن، نوسازی دولت و تحول در اندیشه سیاسی معاصر شیعه*، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۴.  
 نائینی، محمد حسین، *تنبیه الامه و تنزیه المله*، با مقدمه و پاورقی سید محمود طالقانی، تهران، انتشار، چاپ نهم، ۱۳۷۸.  
 نوری، شیخ فضل الله، *تذکره الغافل و ارشاد الجاهل*، حرمت مشروطه، رسائل مشروطیت، به کوشش غلامحسین زرگری نژاد، تهران، کویر، ۱۳۷۴.  
 ویژه، محمدرضا، *مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی*، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۰.

Allen, T.R.S., "Legislative Supremacy and the Rule Of Law: Democracy And Constitution", *Cambridge Law Journal*, Vol. 44, No. 1, 1985.

Costa, Pietro, "The Rule of Law: A Historical Introduction", in *The Rule of Law (History, Theory and Criticism)*, Pietro Costa (ed.), Published by Springer, 2007, pp. 73-150.

Smith, B.C., *Good Governance And Development*, New York, Palgrave Macmillan, 2007, p. 75.

Zoller, Elisabeth, *Introduction to Public Law, a Comparative Study*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

## **The Relationship between Rule of Law and Religious Law in *Mashruteh* Legal System**

*Hoda Ghaffari (Ph. D.)*

The Survey of Relationship between Rule of law and Religious law is a controversial topic; this study is more highlighted when it is done regarding constitutional revolution which is resultant of coalition between religious and modernist sides of society. Religious persons were supporting constitutional revolution because of their special motivations such as achieving the good governance in order to executing the religion commandments, and cutting the strangers interference; while the modernists were fighting for realization of the concepts such as constitution, freedom, and finally modern state establishment. Constitution event which resulted in transition from traditional period to modern period and reinforcement of people role in decision making procedures is an intellectual challenging subject; power structure before Constitution revolution was completely traditional, but after that because of law orientation and parliament centrality matters, especially limiting the king powers led to deep disagreements which resulted in different theory generation about probability of coexistence between tradition and modernity or their manifestations such as religion and law. This paper intend to Survey of Relationship between Rule of law and Sovereignty of Religious law in constitutional legal system.

**Keywords:** Constitutionalism, Rule of Law, Sovereignty of Religious Law, Freedom

# JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. X, No. 1

2011-1

## Articles

- ICC Arbitration Rules on Multiple Parties and Multiple Contracts
- The Concept and the Causes of Divorce in the Legal System of Iran and English Law
- Some Considerations on the Compensation for the Nuclear Damages Based on International Conventions of Nuclear Civil Liability
- The Protection of Traditional Medicine in *Quran* and Islamic Jurisprudence
- Individual and Social Rights in the Criminal Procedures: Some Challenges
- The Concept of Representations in the First Assembly (*Mashruteh*)

## Special Issue: 105 Years of Legislation Experience in Iran

- The Protection of the Principle of Transparency by Constitutional Courts
- Law Approach Challenges: Law Validity and Law Reliability
- The Relationship between Rule of Law and Religious Law in *Mashruteh* Legal System
- The Place of Simile in the Process of Codification of Law
- A Brief Study on the Theoretical Foundations of Experimental Legislation
- The Approach of Legislation in Electronic Contracts
- Measuring the Strength of Iran's Patent Rights by Focusing on Iranian Patent Act 2008

## Critique and Presentation

- On the Title of Criminal Law
- An Analysis of Judgment of the European Court of Justice in Case of *Fulmen* and *Mahmoudian*: When the Dream of Judicial Review of UN Sanctions Comes True



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study

ISSN: 1682-9220