

موازنه‌ی شرع و عرف در نظام حقوقی ایران دوره‌ی قاجار

حسین آبادیان^۱

چکیده: تاریخ هر ملت‌ی در چارچوب شرایط فرهنگی مشخصی شکل می‌گیرد و ساختارهای سیاسی، اجتماعی و یا حقوقی‌ای که سنن، آداب، رسوم، مراسم، مناسک و مجموعه‌ی ارزش‌های آن ملت را بازتاب می‌دهند، در این قالب فرهنگی تعریف می‌شود و به نحوی تداوم و تحول می‌یابد. نوشتار حاضر تلاش می‌کند نشان دهد از آن‌جا که فرهنگ مسلط ایران به‌طور خاص از دوره‌ی قاجار به بعد، متأثر از نظام اندیشه‌ی شرعی است، این اندیشه به‌طور مشخص در شکل‌گیری بخش مهمی از نظام حقوقی دوره‌ی قاجار و حتی رضاشاه منشأ اثر بوده است.

پژوهنده برای پاسخ به پرسش از تأثیر احکام شریعت بر نظام حقوقی ایران عصر قاجار و نسبت بین احکام شرعی و عرفی در این دوره، با استفاده از شیوه‌ی تحلیل محتوای منابع و مآخذ این دوره و روش «منطق گفتار»^۲، دوره‌ی مزبور را از درون منابع مکتوب بررسی می‌کند؛ به عبارتی، تلاش می‌کند با ارجاع و استناد به اندیشه‌ی حاکم بر این دوره، موضوعی تاریخی را کالبدشکافی نماید. بررسی فوق نشان می‌دهد که شرع و احکام منبعث از آن در دوره‌ی مورد مطالعه، در کلیه‌ی ابعاد زندگی فردی و اجتماعی مردم حضور داشته است و بارزترین عرصه‌ی حضور آن را می‌توان در نظام حقوقی این عصر ارزیابی کرد، تا آن‌جا که هرگونه تحول در ساختار حقوقی جامعه‌ی ایران عصر قاجار، نمی‌توانست بدون عنایت به سنت‌های حاکم بر این دوره صورت گیرد؛ این قاعده البته بر سایر ابعاد زندگی فردی و اجتماعی مردم در دوره‌ی مذکور هم تعمیم‌پذیر است.

واژه‌های کلیدی: ایران دوره‌ی قاجار، شرع، عرف، نظام حقوقی، کهنه و نو، فرهنگ مسلط

۱ دانشجویار گروه تاریخ دانشگاه بین‌المللی امام خمینی hoabadian@yahoo.com
تاریخ دریافت: ۹۰/۲/۲۰، تاریخ تأیید: ۹۰/۴/۴

The Balance of *Shar'* and '*Urf* in the Legal System of Qajar Period

Hossein Abadian¹

Abstract: The history of each nation forms in specific cultural conditions; these conditions reflect the social, political and legal system which belongs to that nation. Traditions, customs, rituals and a collection of values can be definite in this cultural framework. This study tries to show that the dominant discourse in Iran since Qajar dynasty has been under the influence of juridical system of thought; this system has had a decisive role in formation of the Qajar Period and even the Reza Shah legal system. To respond the question on affection of juridical warrants upon the legal system of Qajar its and the relation between juridical warrants and common law ('*Urf*), this study will use the method of analyzing the main sources of this period. Logic of discourse is the main method of this study; this study will try to discuss a historical subject according to main references. The purpose of this study is that during Iran contemporary history the *Shariah* and its warrants have been presented in all of the individual and social aspects of Iranian lives and the significant presence of the *Shariah* in Iranian communities can be distinguished in the legal system of that period. Each development in the structure of Qajar legal system has been under the influence of dominant tradition; this criterion can be extended to other individual and social aspects of Iranian costumes and values at that time.

Keywords: Qajar Iran, *Shar'* (*Shariah*), '*Urf*, Legal System, Antique & Modern, Dominant Culture

1 Associate Professor in IKIU, History Department

مقدمه

تاریخ هر قوم یا ملتی در چارچوب شرایط فرهنگی مشخصی شکل می‌گیرد، و فرد خاصی در شکل‌گیری کلیت آن نقش تعیین‌کننده‌ای ندارد. در این فرهنگ ساختارهای سیاسی، اجتماعی و یا حقوقی که سنن، آداب، رسوم، مراسم، مناسک و مجموعه‌ی ارزش‌های یک قوم را بازتاب می‌دهند، ایجاد می‌شوند و به نحوی تداوم و تحول پیدا می‌کنند.

پس موجودیت، هویت و شخصیت^۱ هر موجود بشری از لحظه‌ی تولد در فرهنگی خاص شکل می‌گیرد؛ به عبارتی، انسان همواره به صورت ماتقدم^۲ محاط است در فرهنگی که ارزش‌ها، حسن و قبح اعمال، سنن، آداب و رسوم اجتماعی، هنجارها و آیین‌های خاص او را رقم می‌زنند و تعیین می‌کنند، بدون این‌که وی در شکل‌گیری فرهنگ یادشده دخالتی داشته باشد. به همین دلیل است که فرهنگ‌های مختلفی در جوامع انسانی گوناگون شکل گرفته و هویت‌های قومی گوناگون در زمان تاریخی به‌خصوص و معین، به صورت همزمان و در جغرافیاهای متفاوت عالم وجود داشته و دارند. هیچ انسانی از زمینه‌ها و بسترهای فرهنگی خاص خود تهی نیست، این فرهنگ با انسان و در درون انسان است و به صورت خودبه‌خودی از او قابل جدا شدن نیست. این بسترها همان‌هایی‌اند که سنت‌های فکری و اجتماعی یک قوم مشخص را رقم می‌زنند. سنن یادشده، غیر از آداب و رسوم، حیطه‌ای بسیار گسترده‌تر را هم شامل می‌شوند که نظام حقوقی برخاسته از فرهنگی خاص، یکی از آنهاست. روح حاکم بر نظام حقوقی هر ملتی، خاص آن ملت است که با تاریخ و فرهنگ آن ملت در ارتباط است. به عبارتی، هر ملتی با فرهنگ خاص خویش، نظام حقوقی ویژه‌ی خویش را دارد.

در نوشتار حاضر این فرضیه بررسی می‌گردد که فرهنگ مسلط ایران به‌ویژه از دوده‌ی قاجار، متأثر از نظام اندیشه‌ی شرعی است و بنابراین نظام حقوقی ایران، به ویژه در دوره‌ی قاجار، برخاسته از احکام شرع است و به همین دلیل عملاً نادیده گرفتن سخن‌گویان و حاملان این نظام حقوقی، ممتنع بوده است. با این نگاه، هر تحولی در نظام حقوقی ایران معاصر روی داده، با عطف توجه به احکام شرع بوده و به واقع این احکام جزء لاینجزای نظام حقوقی ایران به شمار می‌رفته‌اند. در این راستا، گرایش‌های فردی و زمینه‌ی تحصیلات تخصصی نقشی فرعی

۱ منظور، وجوه ممیزه و مشخصه‌ی فردی از فرد دیگر و یا فرهنگی از فرهنگ غیر است. در این تعریف، تشخیص داشتن یعنی مشخص شدن نحوه‌ی تعلق است به نظام فرهنگی به‌خصوصی که یک ملت را از ملتی دیگر متمایز می‌کند.

2 a priori.

ایفا می‌نمایند، زیرا خواه ناخواه هرکس ناچار است در بستری بیندیشد که زمینه‌ی اصلی فرهنگی او را تشکیل می‌دهد. این بستر همان است که «فرادهش» خوانده می‌شود؛ فرادهش یعنی آنچه پیشاپیش و بدون انتخاب ما بر دشمنان نهاده شده یا به ما منتقل گردیده یا به ما فراداده شده است. tradition یا uberlieferung فرادهش، و traditionell و uberliefert فراداده است. اصل لاتینی traditio به معنای احاله دادن، انتقال، تحویل یا فرادادن است. لیکن سنت به معنای روال، رسم و عادت است.^۱ پس سنت در درون فرادهش قرار دارد؛ به عبارتی، نسبت فرادهش و سنت، عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی سنت جزئی از فرادهش است. مقاله‌ی حاضر تلاش دارد تحولات نظام حقوقی ایران معاصر را، با عنایت به تعریف فوق، به بحث بگذارد.

نسبت شرع و عرف در دوره‌ی قاجار

نظام حقوقی ایران عصر قاجار به واقع ادامه‌ی نظام حقوقی دوره‌ی صفویه بود، به‌ویژه زمانی که احکام شرع، گفتار مسلط آن دوره‌ی تاریخی را شکل می‌داد. در دوره‌ی قاجار نیز مانند دوره‌ی صفوی، عملاً دو نوع محکمه وجود داشت: شرعی و عرفی، از آنجا که عرف به معنایی، ذیل شرع مفهوم پیدا می‌کرد، و به عبارت منطقیون، نسبت آن دو، عموم و خصوص مطلق بود، بین این دو حوزه تعارض و تناقضی به‌وجود نمی‌آمد.

جامه‌ی شریعت پوشیدن عرف، ریشه در سنت حضرت رسول^(ص) دارد؛ آن حضرت ضمن آوردن دینی نو، کلیه‌ی میراث دوره‌ی جاهلیت را مردود نشمرد، بلکه عناصری از عرف و احکام عرفی این دوره در دوران اسلامی^۲ تداوم و تحول یافت و پیامبر آن‌ها را امضاء فرمود. به‌همین دلیل به این احکام، امضایی و در برخی موارد احکام عملی گفته می‌شود. احکام امضایی ذیل احکام تشریعی معنا و مفهوم پیدا می‌کند. دقیق‌تر این که شارع، برخی احکام عرفی را از حیث عدم منافات با شرع، و نه لزوماً انطباق با آن، تصویب نموده است. بنابراین، عرف در عرض شرع، که در طول شرع معنا دارد و عمل عرفی به هیچ وجه منافاتی با شرع ندارد. به

۱ مارتین هایدگر (۱۳۸۷)، هستی و زمان، ترجمه‌ی سیاوش جمادی، تهران: ققنوس، ص ۷۰ پ.

۲ بین دوران و دوره تفاوت وجود دارد: منظور از دوران، استقرار نسبی نو است بین انسان با انسان‌های دیگر که تمایزی کیفی با قبل و بعد از خود دارد؛ مثل دوران یونان باستان و یا دوران قرون وسطی. اما دوره‌های تاریخی در چارچوب دوران‌های تاریخی، قابل فهم‌اند. به طور مثال، با ورود اسلام به ایران، دو دوران تاریخی مشخص ایران پیش از اسلام و ایران اسلامی شکل گرفته است؛ این دوران‌ها با هم تفاوت کیفی دارند، زیرا نسبت انسان با خداوند و انسان‌های دیگر دگرگون شده است و روح حاکم بر این دوران‌ها با یکدیگر تفاوت دارد. شاید واژه‌ی انگلیسی epoch برای دوران، و era برای دوره‌های تاریخی، مناسب باشد.

دید حقوق‌دانان، آنچه در عرف اهمیت دارد، عمومیت داشتن آن است،^۱ هرچند شاید عیناً با شرع یکی نباشد؛ البته این عمومیت نباید با شریعت منافات داشته باشد. این موضوع حتی در بحث قانون‌گذاری درباره‌ی حقوق موضوعه در دوره‌ی مشروطیت مطرح بود؛ یعنی پذیرفته می‌شد قانون‌گذاری در حقوق موضوعه نباید با شرع تعارضی داشته باشد؛ نه این که لزوماً عین شرع باشد.^۲

عرف که بخشی از آن عبارت است از سنن و رسوم اجتماعی، یا آیین و هنجارهایی معین در بین قومی^۳ مشخص، بخشی مهم از زندگی اجتماعی و البته هویت قومی است. آداب و رسوم و سنن قومی، روح قومی ملتی خاص را تشکیل می‌دهند. به قول هگل، اگر روح قوم را به عنوان واقعی روحانی در نظر بگیریم، یا چنان که شلینگ در بحث از جهان حق عنوان کرده بود، روح قوم را در حکم طبیعت ثانوی بدانیم، می‌توان گفت روح قومی «جایگاه تحقق عقل به نحوی برون ذات است»؛ به عبارتی، عقل «حضور روح زنده است». باز هم به قول هگل «فرد نه فقط مقصدش را در این روح قومی می‌بیند، بلکه می‌توان گفت که بدان در رسیده است؛ چنین مقصدی در ماورای وجود فرد نیست، زیرا که در رسوم و حیات کلی قوم وی حضور دارد. به همین دلیل است که دانایان قدیم گفته‌اند که فرزاندی و هنر آدمی در این است که مناسب با رسوم قومی خویش زندگی کند».^۴

قوم از جامعیتی یگانه در تاریخ برخوردار است، جانی خاص خویش دارد و شیوه‌ی وجودی او خاص خود اوست، و از همین جاست که در برابر اقوام دیگر قرار می‌گیرد و شخصیت قومی او مانع پذیرش فردیت‌های دیگر است. این خصلت نزد هگل، جامع و مانع بودن است؛ یعنی یکه بودن و چیزی جز خود نبودن.^۵ از سویی، هر موجود انسانی محصول

۱ نک: ناصر کاتوزیان (۱۳۶۹)، مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: بهنشر-مدرس، صص ۱۸۷-۲۰۰.
۲ برای بحثی جالب توجه در این زمینه، بنگرید به مقاله‌ی شیخ حسین یزدی در: روزنامه‌ی مجلس، س ۴، ش ۱۰۲، مورخه‌ی ۲۲ جمادی‌الثانی ۱۳۲۹/۲۱ ژوئن ۱۹۱۱، «تفسیر اصل دوم قانون اساسی».

۳ منظور از قوم، همان Volk است در زبان آلمانی، یعنی جماعتی انسانی که دارای فرهنگ و ارزش‌ها و سنن اجتماعی خاص خویش است. به عبارتی، منظور Gemeinschaft است در برابر Gesellschaft. واژه‌ی نخست جماعت انسانی، و واژه‌ی دوم همان چیزی را به ذهن متبادر می‌کند که امروزه جامعه‌ی مدنی خوانده می‌شود. نک: ژان هیپولیت (۱۳۸۶)، مقدمه بر فلسفه‌ی تاریخ هگل، ترجمه‌ی باقر پرهام، تهران: آگاه، ص ۳۸. اقوام تفاوت‌های فرهنگی خاص خویش را دارند؛ هرچند به صورت همزمان در جغرافیا و یا تاریخی معین زندگی کنند. در این تحلیل، اشتراکات اقوام امری است که ملت را تشکیل می‌دهد، ضمن این که تفاوت‌ها به قوت خود باقی است.

4 destination

۵ هیپولیت، همان، ص ۳۹.

۶ همان، ص ۱۱۰.پ.

زمانی است خاص؛ نیز هرچه بر ساخته می‌شود، محصول زمانی است به‌خصوص. به این شکل، هر دوران تاریخی دارای روحی است که خویشتن را به شکلی خاص برون می‌افکند. حتی فلسفه چیزی نیست مگر بازتابی اندیشناک از دوران تاریخی به‌خصوص.^۱ منظور از محیط هم چیزی است که ما را احاطه می‌کند؛ حال این محیط می‌تواند جایی باشد که با جمع در آن شریکیم، یا محیطی باشد که خاص خود من است.^۲

البته در کشوری مثل ایران، با تعدد و تکثر قومی و زبانی، و از آن بالاتر، در جامعه ای ایلی و عشیره‌ای، بنا به موقعیت جغرافیایی سکنه‌ی ایران، عرف و عادت متفاوت بوده است و حتی در بخش‌های مختلف کشور با هم تفاوت داشته است و دارد. چون عرف جماعت‌های مختلف انسانی در نواحی مختلف کشور متفاوت بود، طبعاً برخی احکام قضایی هم در نقاط مختلف کشور با هم تفاوت داشت؛ این نکته‌ای بود که مورد توجه برخی نمایندگان سیاسی خارجی قرار می‌گرفت.^۳

به‌نظر می‌رسد تصور دوگانگی بین محاکم عرف و شرع خطا باشد؛^۴ زیرا گرچه از دوره‌ی ترکان در ایران محکمه یا دیوانی به نام «مظالم» وجود داشت و این دیوان تحت نظر نمایندگان قدرت حاکم به حل و فصل دعاوی می‌پرداخت، اما در همان زمان معیار قضاوت باز هم نباید مغایرتی با شرع می‌داشت.^۵ شواهدی از دوره‌ی ترکان در دست است که حتی بزرگان لشکری و کشوری نمی‌توانستند از حدودی که در شرع مقرر شده بود، بگریزند. از منظر حقوق سیاسی هم، با این که گفته می‌شود در دوره‌ی قاجار قدرت شاه مطلقه بوده، اما حقیقت این است که شرع، دست کم در مقام نظر، قدرت او را محدود می‌ساخت، هرچند التزام به اجرای عملی احکام شرعی، معیار مشروعیت حکومت سلطان بوده است. این نکته هم مورد توجه برخی مقامات سیاسی غربی در ایران آن زمان واقع شده است.^۶

دیوان مظالم به نوعی در دوره‌ی قاجار هم وجود داشت. منشی دیوان عباس میرزا، سنت به

1 G. F. W. Hegel, *Philosophy of Right* (2001), Translated by S. W. Dyde, Kitchner, Batoche Books, p.11.

۲ نیز نک: گ. و. هگل (۱۳۸۱)، *عقل در تاریخ*، ترجمه‌ی حمید عنایت، تهران: شفیعی، صص ۱۶۴-۱۷۴.

۳ هایدگر، همان، ص ۱۹۷ پ.

۴ جرج ناتانیل کرزن (۱۳۷۳)، *ایران و قضیه‌ی ایران*، ترجمه‌ی غلامعلی وحید مازندرانی، ج ۱، تهران: علمی و فرهنگی، ص ۵۹۰.

۵ نک: حامد الگار (۱۳۵۶)، *دین و دولت در دوره‌ی قاجار*، ترجمه‌ی ابوالقاسم سری، تهران: توس.

۶ در مورد دیوان مظالم، نک: حسین مدرسی طباطبائی (۱۳۶۶)، *دیوان مظالم*، مجموعه مقالات فرهنگ ایران زمین، ج ۲۷، تهران: بنیاد موقوفات دکتر محمود افشار، صص ۹۸-۱۱۸.

۶ سرجان ملک (۱۳۸۰)، *تاریخ ایران*، ترجمه‌ی میرزا اسماعیل حیرت، تهران: افسون، ص ۷۲۸.

مظالم نشستن ولی‌عهد را تشریح می‌کند و خاطر نشان می‌نماید، ماهی یک روز قوی و ضعیف می‌توانند عرایض خود را در حضور او عرضه دارند، بدون این که محدودیتی نظیر نصب دربان و حاجب در کار باشد. در عین حال، همین ولی‌عهد «امنای شرع در هر بلد تعیین فرمودند که حافظ حدود شرع باشند و نگذارند که کسی پای از جاده‌ی شرع نبوی بیرون گذارد»^۱ در دوره‌ی ناصرالدین شاه هم که نهادی برای دادرسی به نام «دیوان بیگی» تأسیس شد، ضمن این که وظیفه داشت با حکام ایالات و ولایات مرتبط باشد، می‌بایست موقعیت روحانیان را هم مدنظر قرار می‌داد، به عبارتی، موازنه‌ی بین محاکم شرع و عرف را تنظیم می‌کرد.^۲ بار دیگر تأکید می‌شود که منظور از این توازن هرگز تفکیکی صوری بین شرع و عرف نیست؛ همان زمان نیز عرف تابعی از احکام شرع بود؛ به عبارت بهتر، عرف در طول شرع قرار داشت نه در عرض آن.

حتی تفکیک وظایف هم مانع از این نمی‌شد که حکام عرف در چارچوب مقررات شرع عمل نمایند. اگر به محاکم عرف در دوره‌ی قاجار «دیوان» اطلاق می‌شد، به محاکم شرع «محضر» می‌گفتند. ریاست محضر با مجتهدی جامع‌الشرایط بود که شرط عدالت در وی برجسته بود و بین توده‌های مردم به این عنوان شهرت داشت. محضردار نه تنها برخی امور حقوق مدنی را، مثل ازدواج و طلاق، انجام می‌داد، بلکه بر دیات و امور حسیه هم نظارت می‌کرد و درباره‌ی آن‌ها حکم صادر می‌نمود. احکام صادره توسط حاکم شرع لازم‌الاجرا بود. ابزار اجرایی احکام شرعی هم دوایر حکومتی بوده‌اند؛ به عبارتی، با این که حاکم شرع از سوی دولت منصوب نمی‌شد، لیکن حکومت باید دستورات، احکام و فتاوی او را اجرا می‌نمود.^۳ از سویی، از دوره‌ی صفویه، منصبی وجود داشت به نام صدر؛ رئیس صدرها یا صدور، فردی بود که منصب او صدراصدور خوانده می‌شد. مهم‌ترین وظایف صدر عبارت بود از نظارت بر احداث اربعه، یعنی قتل، ازاله‌ی بکارت، کور کردن چشم و شکستن دندان.^۴ این جرائم البته مجازاتی مشخص در شرع دارند؛ بنابراین، صدور حکم در مورد آن‌ها به هیچ عنوان منافاتی با حوزه‌ی اقتدار محاکم شرعی نداشته، بلکه ذیل آن، معنی و مفهوم پیدا می‌کرده است. به اشاره باید گفت، منظور از قتلی که تحت نظر صدر مورد قضاوت واقع می‌شد، ظاهراً

۱ عبدالرزاق مفتون دنبلی (۱۳۵۱)، *مآثر سلطانیه*، به اهتمام غلامحسین صدری افشار، تهران: ابن سینا، ص ۱۳۹.

۲ *روزنامه‌ی وقایع اتفاقیه* (۱۳۷۴)، تهران: کتابخانه‌ی ملی جمهوری اسلامی ایران، صص ۲۷۵۰-۲۷۵۲.

۳ احمد مهدوی دامغانی (۱۳۸۳)، «محاکم قضایی در دوره‌ی قاجاریه»، *مجله‌ی کانون*، ش ۵۴، صص ۸۸-۸۹.

۴ میرزا رفیعا (۱۳۸۰)، *دستورالملوک*، به کوشش ایرج افشار، تهران: موقوفات محمود افشار یزدی، صص ۵۱۷-۵۱۸.

قتل غیر عمد بوده است؛ حال آن که رسیدگی به قتل عمد، که صدور حکم قصاص را در پی دارد، در زمره وظایف حکام شرع بوده است. گرچه قتل به مفهوم آدم کشی به کار گرفته می‌شود، لیکن در لغت عرب قتل عبارت است از «اماتة الحرکه»، یعنی سلب حرکت از موجود زنده. در مورد این که قتل چیست و اقسام آن کدام است، در کتب لغت، فراوان توضیح داده شده است؛^۱ اما فارغ از آیاتی که واژه قتل به مفهوم جنگ و جهاد در آن‌ها به کار رفته و البته همه بر وزن فعال و مفاعله، یعنی قتال و مقاتله، است؛^۲ در آیاتی دیگر از قرآن کریم، قتل به معنی کشتن عمدی یا غیر عمدی افراد به کار گرفته شده است.^۳ قتل از مصادیق افساد فی الارض به شمار می‌رود، علی‌القاعده صدور حکم درباره قاتل هم با حاکم شرعی است؛ اما این حکم زمانی صورت می‌گیرد که قتل عمدی باشد. مفهوم این جمله آن نیست که صدور احکام درباره قتل غیر عمد لزوماً از راهی غیر از طرق صدور حکم شرعی صورت می‌گیرد. این نکته زمانی اهمیت مضاعف پیدا می‌کند که در ایام صدر بیشتر مقامی حکومتی بوده است تا منصبی از مناصب شرعی، لیکن همان مقام حکومتی ذیل احکام شرع، نفاذ کلمه داشته است. گفته شد که به طور مشخص در قرآن کریم آیاتی صریح و واضح در مورد قتل وجود دارد؛^۴ بنابراین، خطاست اگر قدرت محاکم عرف را، که صدر یکی از آن‌ها بود، در عرض محاکم شرعی بدانیم؛ بلکه برعکس، عرف در طول شرع بوده است.

در دوره قاجار، به‌ویژه از زمانی که وزارت عدلیه شکل گرفت، به نظر می‌رسید وزیر عدلیه همان اختیارات صدر را داشته است؛ از آن روی که معاون او «نائب‌الصدر»^۵ نام داشت. این نظر، که عرف در طول شرع قرار دارد، توسط برخی مورخان عصر قاجار هم مورد توجه واقع شده است: «حکومت عرف، تالی شرع است؛ و در حقیقت این اصل است و آن فرع. سلطان عادل هر قدر در مراتب عدالت و انصاف به مرتبه‌ی کمال باشد، به حکم شریعت غرا از سیاست مدن ناگزیر است».^۶

۱ از جمله نک: سیدعلی اکبر قرشی (۱۳۶۱)، قاموس قرآن، ج ۵-۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه، صص ۲۳۱-۲۳۵.
 ۲ مثل: «یا ایهاالنبی حرص المؤمنین علی القتال»، سوره انفال، آیه ۶۵ «و قاتلوا فی سبیل الله الذین یقاتلونکم و لاتعتدوا ان الله لایحب المعتدین». سوره بقره، آیه ۱۹۰. یا، «لاینهیکم الله عن الذین لم یقاتلواکم فی الدین و لم یخرجکم من ديارکم ان تروههم و تقسطوا الیهم ان الله یحب المقسطین». سوره ممتحنه، آیه ۸ و آیات فراوان دیگر در این زمینه.
 ۳ مثلاً: «و من یقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فیها...». سوره نساء، آیه ۹۳. «من قتل نفساً بغير نفس او فساداً فی الارض...». سوره مائده، آیه ۳۲.
 ۴ کلمه‌ی قتل و مشتقات آن بیش از یکصد و هفتاد بار در قرآن به کار رفته است.
 ۵ عبدالله مستوفی (۱۳۷۱)، شرح زندگانی من، ج ۱، تهران: زوار، ص ۹۳.
 ۶ میرزا فضل الله شیرازی (خاوری) (۱۳۸۰)، تاریخ نواقرنین، به تصحیح فرح الله افشار، تهران: کتابخانه‌ی مجلس شورای اسلامی، ص ۱۴۷.

نحوه‌ی اعمال مقررات جزایی شرع به استنباط مجتهدی به‌خصوص باز می‌گشت؛ به طور مثال، شیخ محمدباقر شفتی که باور داشت در دوره‌ی غیبت می‌توان حدود و قصاص را جاری ساخت، در اصفهان نظام قضایی خاص خود را برقرار کرده بود و خود قضاوت می‌کرد و حکم صادر می‌نمود، از جمله این که «هفتاد نفر را به‌حدود شرعیه قتل نمود»؛ یعنی قصاص کرد. بنابه روایت همان منبع، «حد غیرقتل بسیار بود».^۱ حتی در دوره‌ی مظفری، شیخ هادی نجم‌آبادی که «سالها در تهران مرجع تدریس فقه و قضاوت شرعی بوده»، قضاوت شرعی می‌کرد و «در رسیدگی به امور دقیق، در صدور احکام با احتیاط، خط و مهر خود را بی‌نهایت محترم» نگاه می‌داشت.^۲

عده‌ای تصور کرده‌اند در دوره‌ی قاجار، نظام حقوقی یا قانون مشخص مدنی موجود نبوده؛ زیرا احکام ناسخ و منسوخ توسط قضات متفاوت صادر می‌گردیده و عدالت رعایت نمی‌شده و قوانین مدون قضایی وجود نداشته است. برخی صدور رأی به اجتهاد قاضی معین، و نقض آن توسط قاضی دیگر را، نشانی از صدور احکام ناسخ و منسوخ می‌دانستند که باعث «تشویش کافیه‌ی امور مهمه» می‌شد و از این طریق، «فتور عظیمی در اساس هیئت اجتماعی» ظاهر می‌گردید، زیرا «هیچ کس از مدعی و مدعی علیه» از این موضوع ناامید نمی‌شدند که «شاید روزی حکمی مغایر حکم صادر شده‌ی اولیه صدور یابد».^۳ این خطای نتیجه‌گیری از آن جا ناشی شده است که برخی از ناظران توجه نداشتند به لحاظ فقهی، تقلید یک مجتهد از مجتهدی دیگر حرام است؛ به همین سیاق، قاضی باید طبق نظر فقهی و استنباط خویش عمل کند و یک قاضی حق ندارد از قاضی دیگر تقلید نماید. اختلاف آراء قضایی، نه ناشی از فقدان قوانین جزائی مشخص در فقه، بلکه از کیفیت استنباط ادله‌ی جزئی از اصول کلیه ناشی می‌شده است. بنابراین اجتهاد شرط لازم، و البته نه کافی، برای تصدی منصب قضاوت است.^۴

البته، برخی نویسندگان، برای حل این معضل، چاره‌هایی می‌اندیشیدند. از جمله بر این باور بودند که برای تدوین قوانین مدنی و یا جزایی، باید فکری کرد. علت امر همان تفاوت رأی علماست در یک دعوای حقوقی، به گونه‌ای که حکم یک نفر، حکم صادر شده توسط آن دیگری را نقض می‌نماید. پیشنهاد می‌شد عده‌ای از علما و مجتهدان تعیین شوند تا به تدوین و

۱ میرزا محمد تنکابنی (۱۳۶۴)، *قصص العلماء*، تهران: علمیه، ص ۸۴۵.

۲ یحیی دولت‌آبادی (۱۳۷۰)، *حیات یحیی*، ج ۱، تهران: عطار و فردوسی، ص ۵۹.

۳ نویسنده‌ی گمنام (۱۳۷۴)، *منهاج تمدن و مفتاح ترقی*، به کوشش رسول جعفریان، دفتر ۲، قم: کتابخانه‌ی آیت الله العظمی مرعشی نجفی، ص ۱۳۸.

۴ علی‌رضا امینی و سیدمحمدرضا آیتی (۱۳۷۵)، *تحریر الروضه فی شرح اللمعه*، تهران: مؤسسه‌ی فرهنگی طه، ص ۱۳۷۰.

تألیف قوانین و احکام پردازند و آن‌ها را منتشر نمایند، تا بر اساس آن، قاضی بتواند حکم صادر نماید.^۱ در واقع، حتی تدوین حقوق مدنی در دوره رضاشاه، چیزی نبود جز اجرایی کردن این نظر که از دوره ناصری در جای جای منابع منتشر شده و منتشر نشده‌ی مورد توجه قرار گرفته است.

موقعیت احکام شرع در دوره مشروطه

در دوره قاجار کم‌تر کسی در این که روحانیان به منصب قضا احق و اولی از دیگران هستند، تردید داشت. علت هم این بود که تنها نظام مدون قضایی همان بود که در درون شریعت قرار داشت و متخصصان شریعت هم فقها بودند. فقها هم عمدتاً فتاوی و احکام خویش را بر اساس منابعی مثل شرایع، مکاسب، جواهر الکلام و شرح لمعه، صادر می‌کردند. امیرکبیر که مشهور است برای محدود ساختن علما به طور مثال سنت بست نشینی در بیوت آن‌ها را ممنوع کرد،^۲ حل و فصل دعاوی شرعی را همچنان در ید اقتدار روحانیان باقی گذاشت.^۳ این موضوع به اندازه‌ی اهمیت داشت که حتی آخوندزاده، که به لحاظ دیدگاه‌های ضد دینی خود شهرت فراوانی دارد، می‌نوشت محاکمات باید به وزارت عدلیه سپرده شود و البته در این وزارتخانه «در ابتدای کار از علما و فقهای ملت با وظیفه و مواجب در محکمه‌ها و مجالس امور مرافعه که وابسته به وزارت عدلیه خواهد شد، توان نشاند، به شرطی که ایشان بعد از آن به امور دینیه اصلاً مباشر نشوند»؛ بالاتر آن که پیشنهاد می‌کرد کتابی تدوین شود «به جهت امور مرافعه و حدودات از روی احکام شرعیه...».^۴ اما آخوندزاده نتوانست این تناقض را حل نماید که چگونه یک عالم و فقیه در امور شرعی می‌تواند متکفل امر قضاوت شود، بدون این که نگاهی به «امور دینیه» داشته باشد؟ این تناقض حتی به هنگام تدوین نظام حقوقی ایران در دوره رضاشاه به قوت خود باقی ماند.

با وجود این، دیدگاهی که معتقد بود روحانی منحصراً متکفل امور شرعیه و قضاست، تا دوره مشروطه امتداد یافت، به گونه‌ای که اسدالله ممقانی تنها وظیفه‌ی روحانی بودن را این

۱ فریدون آمیت و هما ناطق (۱۳۵۶)، افکار اجتماعی و سیاسی و اقتصادی در آثار منتشر نشده‌ی دوران قاجار، تهران: آگاه، صص ۱۱۴-۱۱۶.
 ۲ این مجتهدان عبارت بودند از: میرزا علی اصغر شیخ الاسلام و فرزندش، نیز حاجی میرزا باقر، امام جمعه‌ی تبریز. در مورد تفصیل ماجرا، نک: نادر میرزا قاجار (۱۳۷۳)، تاریخ و جغرافیای دارالسلطنه‌ی تبریز، تبریز: ستوده، ص ۱۱۸.
 ۳ عباس آشتیانی (۱۳۶۳)، میرزا تقی خان امیرکبیر، به اهتمام ایرج افشار، تهران: طوس، ص ۱۶۴.
 ۴ میرزا فتحعلی آخوندزاده (۱۳۵۱)، مقالات، گردآورنده باقر مؤمنی، تهران: آوا، ص ۱۰۵.

می‌دانست «که در دوایر رسمی و محاکم شرعی، مرجع آن احکامی که راجع به این صنف است باشند، مثل محاکمات شرعی، نکاح و طلاق، نصب قیم و همچنین بیان احکام عبادیه مردم از قبیل مسائل صوم، صلوه و غیرذالک و در اموری که مربوط به سایر شئون حیاتی است، مداخله ننماید»^۱. شاید تصور شود منظور ممقانی این است که قاضی شرع نباید در مسائل عرف دخالت نماید؛ لیکن از متن، این گونه مستفاد می‌شود که ممقانی به نوعی تفکیک قوا قائل بوده و باور داشته است که قاضی نباید در مسائل اجرایی و یا تقنینی مداخله کند. به عبارتی، از آخوندزاده تا ممقانی، تلاش بر این بوده تا ماده‌ی شریعت را پایه‌ای قرار دهند برای تدوین صورت نظام حقوقی جدید، که البته منظور تدوین مواد قانونی به منظور جلوگیری از تشتت در آراء قهقی و جلوگیری از صدور احکام ناسخ و منسوخ بوده است؛ این رویه در دوره‌ی وزارت عدلیه‌ی علی اکبرخان داور در زمان سلطنت رضاشاه به اوج خود رسید.

پیش‌تر یکی از اقدامات اساسی در این زمینه توسط میرزا علیخان امین الدوله صورت گرفت، او بعد از عزل میرزا حسین‌خان سپهسالار از صدارت اعظمی، محفلی تشکیل داد تا قوانین شریعت را مدون سازد، که البته بی‌نتیجه بود.^۲ پیش از امین الدوله هم کسانی مثل سپهسالار و محمودخان ناصرالملک در این اندیشه بودند تا «حقوق خلق موافق قوانین مقدسه شرع شریف محفوظ» باشد.^۳ به نظر می‌رسد آنچه در متون دوره‌ی قاجار «اساس عدالت» خوانده می‌شود، چیزی نیست جز اجرای بی‌کم و کاست احکام شرع و صدور احکام لازمه در مورد همه، اعم از عالی و دانی. نگاه شرعی به حقوق اساسی کمابیش به مواد قانونی کشور و از آن جمله قانون اساسی دوره‌ی مشروطه راه یافت.

این موضوع، در دوره‌ی مشروطیت واضح‌تر بود، از این حیث که در همان ابتدای کار، یعنی زمان مهاجرت علما به حضرت عبدالعظیم، تقاضای آن‌ها تنها یک چیز بود: «اجرای قانون اسلام درباره آحاد و افراد بدون ملاحظه از احدی».^۴ تقاضای اصلی مهاجرین از منظر حقوق اساسی چیزی نبود جز نگاه شرعی به مقوله‌ی سیاست با ذکر پاره‌ای جزئیات، که عبارت بود از «طلب حقوق اسلامیة مسلمین بر طبق قوانین قرآن و زاکون»^۵ شریف محمدی و حفظ دماء

۱ اسدالله ممقانی (۱۳۶۳)، *مسلك الامام فی سلامة الاسلام*، به کوشش صادق سجادی، تهران: نشر تاریخ ایران، ص ۲۵.

۲ *خاطرات سیاسی امین الدوله* (۱۳۴۱)، به کوشش حافظ فرمانفرمایان، تهران: امیرکبیر، ص ۸۶.

۳ همان، ص ۵۴.

۴ محمد ناظم الاسلام کرمانی (۱۳۷۱)، *تاریخ بیداری ایرانیان*، ج ۱، تهران: امیرکبیر، ص ۲۹۶.

۵ یعنی قانون دینی و یا همان شریعت.

و اعراض و اموال و مراتب درجه هر یک از مسلمانان و رفع مفسد ظلم و بی اعتدالی‌های ظالمین بی‌انصاف^۱. یحیی دولت‌آبادی هم در نامه‌ای خطاب به متحصنین حضرت عبدالعظیم خواسته‌ی خود را به این شرح آورده است: «امور تأسیس دیوان عدالتی بر طبق شرع مقدس اسلام از روی کتاب و تشکیل مجلس مشورتخانه ملی برای اجرای قانون مساوات در تمام بلاد ایران که فرق فیما بین وضع و شریف گذارده نشود و هر ذیق به حق خود برسد»^۲.

در این تقاضا، هم ابهام و هم تناقض به چشم می‌خورد: ابهام موضوع در این است که ظاهراً از دید دولت‌آبادی، تفاوتی بین مساوات مردم در برابر حقوق موضوعه و احکام شرع نیست و بین قانون شرع و مشروطه تمایزی وجود ندارد؛ به همین دلیل است که شخص او رفع فرق فیما بین وضع و شریف را در اجرای قانون مساوات سرلوحه‌ی خواسته‌های خویش قرار داده است. در حقیقت، آنچه دولت‌آبادی تقاضا می‌کرد، مساواتی بود در برابر احکام شرع، و نه مساوات به مفهومی که در نظام‌های پارلمانی سایر نقاط عالم وجود داشت، از این حیث که در آن نظام‌ها آحاد مردم، نه در برابر احکام شرع، بلکه در برابر قوانین موضوعه مساوی شناخته می‌شدند.

تناقض سخن دولت‌آبادی در این است که مجلس مشورتخانه‌ی ملی چه نسبتی با اجرای قانون به مفهوم قضایی آن دارد؟ مشخص است که تفکیک بین قوای قضاییه و مقننه و اجراییه، مقوله‌ای نبوده است که نزد مشروطه‌طلبان آشکار بوده باشد. این روال، حتی تا ادوار بعدی مشروطیت هم تداوم یافت. به طور مثال، روز سوم شعبان ۱۳۲۹، بعد از عملیات سالارالدوله در غرب کشور علیه حکومت مرکزی و حتی تهدید پایتخت، مجلس حکم داد محمدعلی میرزا، شاه مخلوع، و ابوالفتح میرزا سالارالدوله، هر دو، «مفسد فی الارض» هستند و دولت و وزارت جنگ موظف شدند متهمان را دست‌گیر و یا اعدام نمایند؛ و در مقابل، به کسی که بتواند آنان را بکشد یا دست‌گیر کند، مبلغی قابل توجه جایزه دهد.^۳ علت صدور این حکم، چیزی نیست جز سیطره‌ی احکام شرعی بر قوانین و مصوبات دوائر مختلف اداری و قوای سه‌گانه مقننه، اجراییه و قضاییه در عصر مشروطیت. علت صدور این حکم و احکام مشابه می‌تواند همان برابری عموم مردم در مقابل احکام شرع تلقی شود؛ اما واقعیت این است که از منظر حقوق اساسی هم تعارضی بنیادین بین خواسته‌های مشروطه‌خواهان ایران و معیارهای

۱ «یادداشت‌های میرزا مهدی‌خان علیم السلطنه منشی باشی شیرازی»، به نقل از: دفتر تاریخ (۱۳۸۰)، به کوشش ایرج افشار، تهران: بنیاد موقوفات افشار، ص ۳۲۰.

۲ یحیی دولت‌آبادی (۱۳۷۱)، حیات یحیی، ج ۲، تهران: انتشارات عطار و فردوس، صص ۳۳-۳۴.

۳ مجموعه‌ی مصوبات ادوار اول و دوم قانونگذاری [بی‌تا]، تهران: [بی‌تا]، ص ۵۸۰.

شرع وجود داشت.

اگر منظور از مساوات، چیزی است که در نظام‌های مشروطه‌ی پارلمانی وجود داشت، این موضوع با خواسته‌های رهبران جنبش مشروطه متعارض بود؛ زیرا همان‌طور که شیخ فضل الله نوری می‌گفت، عدل الهی بر اختلاف حقوق استوار است؛^۱ به عبارت بهتر، با اجرای مساوات به نحوی که در نظام‌های مشروطه وجود داشت، راه بر اجرای قوانین شرع مسدود می‌شد؛ کمالین که با اجرای احکام شرع، اجرای مساوات به گونه‌ای که در نظام‌های پارلمانی وجود داشت، ممتنع محسوب می‌گردید. از منظر شرع، شیخ معتقد بود در اسلام احکام زن و مرد، مرتد و غیرمرتد، ذمی و غیرذمی، کافر و مسلمان، پدر و پسر و برادر و خواهر، بالغ و نابالغ، تفاوت و تمایز و حتی تضاد وجود دارد. حتی سیدمحمد طباطبائی از عدالتخانه منظوری نداشت، جز اجرای احکام و نواهی شرع؛ این موضوع از آن‌جا مشخص می‌شود که طباطبائی به عین الدوله می‌گفت اگر عدالتخانه تأسیس شود، «مردم آسوده باشند و ستم نبینند و دیگر از ما بی‌نیاز گردند و درهای خانه‌های ما بسته شود».^۲ این تقاضا که به تأسیس عدالتخانه مشهور است، مورد موافقت مظفرالدین شاه قرار گرفت و با بنیاد نهادن تشکیلاتی دولتی به منظور اجرای احکام شرع، موافقت شد.^۳

ترکیب اعضای عدالتخانه هم، طبق خواسته‌ی معترضان، باید از علما و تجار و سایر اصناف می‌بود، که می‌بایست برای رسیدگی به مرافعات در این مجلس حضور می‌یافتند.^۴ از همین تقاضا، ابهام و سردرگمی در خواسته‌های مشروطه‌طلبان مشاهده می‌شود: تأسیس عدالتخانه چه ربطی به تجار و اصناف داشت، و رسیدگی به مرافعات حقوقی چه نسبتی با وظایف آن‌ها می‌توانست داشته باشد؟ حتی وقتی فرمان مشروطه صادر گردید، مظفرالدین شاه به تصریح، «مجلس شورا» را «نگهبان عدل ما» خواند و وعده داد این مجلس به اصلاحات لازم در امور کشوری و اجرای آن طبق «قوانین شرع مقدس» خواهد پرداخت.^۵

وقتی هم قانون اساسی تنظیم می‌شد، آخوند خراسانی نوشت: «یقین است که فصول نظامنامه

۱ شیخ فضل الله نوری (۱۳۲۶ق)، تذکرة الجاهل و ارشاد العاقل، تهران: نسخه‌ی خطی، ص ۹.

۲ احمد کسروی (۱۳۷۶)، تاریخ مشروطه‌ی ایران، تهران: امیرکبیر، ص ۷۶.

۳ همان، صص ۷۱-۷۲.

۴ همان، ص ۱۱۰.

۵ محمد مهدی شریف کاشانی (۱۳۶۲)، واقعات اتفاقیه در روزگار، به کوشش منصوره اتحادیه و سیروس سعدوندیان، ج ۱،

تهران: نشر تاریخ ایران، ص ۸۶.

قانون اساسی را به حسن مراقبت، آن آقایان عظام طوری مرتب و تصحیح فرموده‌اند که در موارد راجعه به محاکمات و سیاسات با موازین شرعی منطبق و به توارد انظار و مرور دهور و اعصار مورد شبهه و اشکال نباشد.^۱ طبق اصل ۲۷ متمم قانون اساسی، «قوای مملکت به سه شعبه تجزیه می‌شود: اول، قوه مقننه؛ دوم، قوه قضاییه و حکمیه که عبارت است از تمیز حقوق و این قوه مخصوص است به محاکم شرعیه در شرعیات و به محاکم عدلیه، در عرفیات. سیم، قوه اجرائیه...»^۲ طبق اصل ۷۱ متمم قانون اساسی، «دیوان عدالت عظمی و محاکم عدلیه، مرجع رسمی تظلمات عمومی هستند و قضاوت در امور شرعیه با عدول مجتهدین جامع شرایط است»^۳.

این نکته بسیار مهم است که از همان دوره‌ی اول مجلس شورای ملی، وزیر عدلیه صریحاً خویشان را در برابر خداوند مسئول می‌دانست، و نه مجلس: «من هیچ حاضر نیستم و روا نمی‌دارم که به کسی ظلم شود. من مسئول پیش خدا و رسول هستم. مجلس مرا مسئول می‌داند. من خود را مسئول [در برابر] خدا می‌دانم. به قدر قوه خودم هم نمی‌گذارم که کسی به دیگری ظلم کند»^۴. پاسخ‌گویی وزیر در مقابل خدا و نه مجلس، نکته‌ای است بسیار مهم که نشان از این دارد که شرع در برابر حقوق موضوعه همچنان موضع برتر خود را حفظ کرده بود.

مهم‌ترین تحول در مجلس دوم آن‌گاه اتفاق افتاد، که میرزا حسن خان مشیرالدوله پیرنیا با همکاری سیدحسن مدرس قوانین عدلیه را تنظیم کردند؛ در حالی که آن زمان هیچ ماده‌ی قانونی و نظام حقوقی مدونی در کشور موجود نبود. این تلاش‌ها به «قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه» منجر شد که در ۲۸ شوال ۱۳۲۸ در دستور کار مجلس دوم قرار گرفت و در ۲۱ رجب ۱۳۲۹ تصویب شد. در این قانون به ظاهر شرع و عرف از هم تفکیک شده‌اند؛ حال آن‌که تعمق در مفاد و مواد این قانون نشان می‌دهد که چنین تفکیکی عملاً وجود خارجی ندارد. مثلاً در محاکم صلحیه، که از فروع محاکم عدلیه است، امین صلح و حاکم صلح، یک تن ققیه است که به مرافعات رسیدگی می‌کند. به این

۱ روزنامه‌ی مجلس (۱۳۲۴ق)، س ۱، ش ۳۱، مورخه‌ی ششم ذی‌حجه، ص ۴.

۲ مجموعه‌ی مصوبات ادوار اول و دوم قانونگذاری، ص ۲۰.

۳ همان، ص ۲۸.

۴ مذاکرات مجلس شورای ملی (۱۳۳۴ش)، دوره‌ی اول، تهران: لیبی‌نا، ص ۱۲۴.

۵ مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره‌ی چهارم، یکشنبه ۲۱ صفر ۱۳۴۰ مطابق با ۳۰ میزان (مهر) ۱۳۰۰، ص ۱۸۵.

۶ مجموعه‌ی مصوبات ادوار اول و دوم قانونگذاری، ص ۴۱۰.

شکل، جایگاه حاکم شرع خود را در سلسله مراتب محاکم به ظاهر عرفی، یا محاکم ابتدایی، که تعداد آن‌ها را وزارت عدلیه مشخص می‌کرد، نمایان می‌سازد. وزارت عدلیه دعاوی راجع به محاضر شرع را به محضرهای مربوط ارجاع می‌نمود و اتاق‌های حقوقی به دعاوی حقوقی، و اتاق‌های جزایی به دعاوی جزایی رسیدگی می‌کردند.^۱ محاکم استیناف هم صرفاً احکام و قرارهای محاکم ابتدایی را در امور حقوقی و جزایی و تجاری مورد بحث قرار می‌داد؛^۲ به عبارتی، احکام محاضر شرعی مصون از استیناف بود؛ همین نکته جایگاه شرع را در مقوله‌ی قانون‌گذاری کشور مشخص می‌سازد.

طبق این قانون، محاضر شرعی، مراجع رسمی محاکم عدلیه به‌شمار می‌رفت، تا احکام صادره از آن‌ها به بوت‌های اجرا گذارده شود. هر محضر، عبارت بود از مکانی در بردارنده‌ی یک مجتهد جامع‌الشرایط، که حاکم محضر نامیده می‌شد، به‌علاوه‌ی دو تن روحانی که به اصطلاح «قرب‌الاجتهاد» باشند.^۳ بدین‌سان، با این‌که به لحاظ صوری محاضر شرعی تحت نظارت وزارت عدلیه قرار داشتند، لیکن از قدرت قانونی بیشتری برخوردار بودند. احکام محاضر شرعی آن‌گاه که به امضای حاکم محضر و معاونان او می‌رسید، قطعی تلقی می‌شد و مطابق قانون باید اجرایی می‌گردید. جلسات این محکمه نیز علنی بود، مگر در صورتی که منافی اخلاق عمومی باشد، و یا طرفین دعوی غیرعلنی بودن آن را تقاضا نمایند.^۴ طبق همین قوانین، محکمه‌ی صلحیه هم دارای یک تن فقیه خواهد بود. این فقیه، یا باید از طریق تأیید دو مرجع تقلید فقاهت خود را احراز می‌کرد، و یا این‌که امتحان می‌داد، تا معلوم شود می‌تواند فقیه تلقی شود یا خیر؟^۵ بدین‌گونه، معلوم می‌شد، حتی احکام قضایی مشروطه از احکام شرعی مأخوذ است، و نه آنچه در نظام‌های حقوقی دول مشروطه‌ی اروپایی رواج داشت.

در مجلس سوم، قوانین «اصول محاکمات حقوقی» مطرح و در رمضان و ذی‌قعدة‌ی ۱۳۲۹ هـ.ق تصویب شد و از آغاز سال ۱۳۳۰ هـ.ق از حالت موقتی، خارج گردید و ضمن رسمیت یافتن، دائمی شد. این قانون هم با احکام شرع تباین و تعارضی نداشت و البته مخالفت اهل شریعت علیه آن برانگیخته نگردید. مواد ۱۴۲ تا ۱۴۹ این قانون، که به روایت صدرالاشراف به اصرار

۱ همان، ص ۴۱۱.

۲ همان، صص ۴۱۲-۴۱۳.

۳ همان، صص ۴۴۱-۴۴۲.

۴ همان، ص ۴۴۳.

۵ همان، ص ۴۴۵.

مدرس پیشنهاد شد و تصویب قانون اصول محاکمات را مشروط به پذیرش این مواد از سوی مشیرالدوله نمود، عبارت بود از تجدید صلاحیت محضرهای شرعی و محاکم ابتدایی. در این راستا، موارد یادشده، صلاحیت محاضر مربوط را بیان می‌کرد؛ به روایتی، مشیرالدوله به ناچار این خواسته‌ی مدرس را قبول کرد.^۱ اما به نظر ما، مشیرالدوله «به ناچار» این خواسته را نپذیرفت، بلکه او به طوع و رغبت و به دلیل این که اتخاذ روشی غیر از آن، به دلیل انطباق با سنن، هنجارها و آداب و رسوم مردم ایران، غیرممکن بود، به خواسته‌ی مدرس تن داد.

طبق مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ این قانون، اعضای محاکم، صاحب منصبان و مستخدمان عدلیه، باید تبعه‌ی ایران و مسلمان باشند. پنج گروه از استخدام در عدلیه منع می‌شدند: کسانی که متهم و یا محکوم به ارتکاب جنحه یا جنایتی هستند، و کسانی که از ادارات دولتی اخراج شده‌اند، دو مورد بودند که ظاهراً ربطی به شریعت نداشتند. لیکن سه مورد دیگر همه جنبه‌ی شرعی داشتند، که عبارت بودند از: اشخاص ورشکسته، یا تحت قیمومت، و یا تحت ولایت شرعی؛ کسانی که معروف به فساد عقیده باشند؛ نیز افرادی که متظاهر به منکرات و مشهور به داشتن اخلاق زشت هستند.^۲ در مورد بحث «فساد عقیده» جدلهایی، به خصوص در مجلس دوم، شکل گرفت، که موجب بحث‌های فراوانی در صحن علنی مجلس شد. بررسی این مقوله، از حوصله‌ی مقاله‌ی حاضر خارج است، اما به این نکته بسنده می‌کنیم که موضوع «فساد عقیده» صرفاً در چارچوب منظومه‌ی اندیشه‌ی شرعی می‌توانست معنا و مفهوم داشته باشد.^۳

نتیجه

این مقاله تلاش نمود نشان دهد هر پدیده‌ای، هنگامی که ضرورتاً از مرحله‌ای وارد مرحله‌ی دیگر می‌شود، کل پیشینه‌ی تاریخی خویش یا فرایندی را که به تحرک و رسیدن آن به مرحله‌ی بعد انجامیده است، در درون خود حمل می‌کند. توهم محض است، اگر کسی بپندارد که چیزی از صفر آغاز می‌شود.^۴ فعل *überwinden* در زبان آلمانی، با *aufheben* (حذف و رفع در عین جمع و حفظ) همقران است. این فعل، هم، پشت سر نهادن و مغلوب کردن معنی

۱ محسن صدر (۱۳۶۴)، *خاطرات صدرالاشرف*، تهران: وحید، ص ۲۱۲.

۲ مجموعه‌ی مصوبات ادوار اول و دوم قانونگذاری مجلس شورای ملی، همان، صص ۲۲۴-۲۲۵.

۳ برای محثی در این باب، نک: صورت مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره‌ی دوم، پنجشنبه ۲۵ شوال ۱۳۲۹ ه.ق.

۴ پیتر سینگر (۱۳۸۷)، *هگل*، ترجمه‌ی عزت الله فولادوند، تهران: طرح نو، ص ۲۰، پیشگفتار مترجم.

می‌دهد، هم، تحمل و حمل آنچه مغلوب شده است.^۱ آنچه در اعصار پیشین به دست آمده است، هرگز یکسره از دست نمی‌رود؛^۲ بلکه تداوم و تحول پیدا می‌کند. به عبارتی، آنچه از تاریخ به معنای اعم مراد می‌شود، چندان به «گذشته»، به معنای امر سپری شده، مربوط نیست؛ بلکه مراد سرچشمه‌گیری^۳ از گذشته است.^۴ بنابراین، مبانی نظام حقوقی جدید ایران از دوره‌ی مشروطه به بعد، نسبتی با احکام شرع داشته و از آن سرچشمه گرفته است؛ زیرا احکام شرع عمده‌ترین وجه ممیزه و مشخصه‌ی فرهنگ مسلط ایران از سده‌های گذشته تا زمان مورد بحث این مقاله بوده است.

منابع

- آخوندزاده، میرزا فتحعلی (۱۳۵۱)، مقالات، گردآورنده باقر مؤمنی، تهران: آوا.
- آدمیت، فریدون و هما ناطق (۱۳۵۶)، افکار اجتماعی و سیاسی و اقتصادی در آثار منتشر نشده‌ی دوران قاجار، تهران: آگاه.
- اقبال آشتیانی، عباس (۱۳۶۳)، میرزا تقی خان امیرکبیر، به اهتمام ایرج افشار، تهران: طوس.
- الگار، حامد (۱۳۵۶)، دین و دولت در دوره‌ی قاجار، ترجمه‌ی ابوالقاسم سری، تهران: توس.
- امینی، علیرضا و سیدمحمدرضا آیتی (۱۳۷۵)، تحریرالروضه فی شرح اللمعه، تهران: مؤسسه‌ی فرهنگی طه.
- تنکابنی، میرزا محمد (۱۳۶۴)، قصص العلماء، تهران: علمیه.
- خاطرات سیاسی امین الدوله (۱۳۴۱)، به کوشش حافظ فرمانفرمائیان، تهران: امیرکبیر.
- دولت آبادی، یحیی (۱۳۷۰)، حیات یحیی، ج ۱ و ۲، تهران: انتشارات عطار و فردوسی.
- روزنامه‌ی وقایع اتفاقیه (۱۳۷۴)، ج ۴، تهران: کتابخانه‌ی ملی جمهوری اسلامی ایران.
- روزنامه‌ی مجلس (۱۳۲۴ق)، س ۱، ش ۳۱، مورخه‌ی ششم ذی‌الحجه.
- سینگر، پیتر (۱۳۸۷)، هگل، ترجمه‌ی عزت‌الله فولادوند، تهران: طرح نو.
- شریف کاشانی، محمدمهدی (۱۳۶۲)، واقعات اتفاقیه در روزگار، به کوشش منصوره اتحادیه و سیروس سعدوندیان، ج ۱، تهران: نشر تاریخ ایران.
- شیخ فضل‌الله نوری (۱۳۲۶ق)، تذکره‌الجاهل و ارشاد‌العافل، تهران: نسخه‌ی خطی.
- صدر، محسن (۱۳۶۴)، خاطرات صدرالاشراف، تهران: وحید.
- عبده، جلال (۱۳۶۸)، چهل سال در صحنه، ج ۱، تهران: مؤسسه‌ی خدماتی و فرهنگی رسا.

۱ هایدگر، همان، ص ۸۸۰پ.

۲ همان، ص ۴۹.

3 herkunft /derivation

۴ همان، ص ۷۸۳.

- قرشی، سیدعلی اکبر (۱۳۶۱)، قاموس قرآن، ج ۵-۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: بهنشر-مدرس.
- کرزن، جرج ناتانیل (۱۳۷۳)، ایران و قضیه‌ی ایران، ترجمه‌ی غلامعلی وحید مازندرانی، ج ۱، تهران: علمی و فرهنگی.
- کسروی، احمد (۱۳۷۶)، تاریخ مشروطه‌ی ایران، تهران: امیرکبیر.
- مجموعه‌ی مصوبات ادوار اول و دوم قانونگذاری [بی‌تا]، تهران: [بی‌نا].
- مدرسی طباطبائی، حسین (۱۳۶۶)، دیوان مظالم، مجموعه مقالات فرهنگ ایران زمین، ج ۲۷، تهران: بنیاد موقوفات محمود افشار.
- مذاکرات مجلس شورای ملی [بی‌تا]، دوره‌ی چهارم، تهران: انتشارات مجلس شورای ملی.
- مذاکرات مجلس شورای ملی [بی‌تا]، دوره‌ی دوم، تهران: انتشارات مجلس شورای ملی.
- مستوفی، عبدالله (۱۳۷۱)، شرح زندگانی من، ج ۱، تهران: زوار.
- مفتون دنبلی، عبدالرزاق (۱۳۵۱)، مآثر سلطانیه، به اهتمام غلامحسین صدری افشار، تهران: ابن سینا.
- ملکم، سرجان (۱۳۸۰)، تاریخ ایران، ترجمه‌ی میرزا اسماعیل حیرت، تهران: افسون.
- ممقانی، اسدالله (۱۳۶۳)، مسلک الامام فی سلامه الاسلام، به کوشش صادق سجادی، تهران: نشر تاریخ ایران.
- مهدوی دامغانی، احمد (۱۳۸۳)، «محاکم قضائی در دوره‌ی قاجاریه»، مجله‌ی کانون، ش ۵۴.
- میرزا رفیعا (۱۳۸۰)، دستورالملوک، به کوشش ایرج افشار، از مجموعه‌ی دفتر تاریخ، ج ۱، تهران: موقوفات دکتر محمود افشار یزدی.
- میرزا فضل الله شیرازی متخلص به خاوری (۱۳۸۰)، تاریخ ذوالقرنین، به تصحیح فرج الله افشار، تهران: کتابخانه‌ی مجلس شورای اسلامی.
- نادر میرزا قاجار (۱۳۷۳)، تاریخ و جغرافیای دارالسلطنه‌ی تبریز، به کوشش غ. طباطبائی مجد، تبریز: ستوده.
- ناظم الاسلام کرمانی، محمد (۱۳۷۱)، تاریخ بیداری ایرانیان، ج ۱، تهران: امیرکبیر.
- نویسنده‌ی گمنام (۱۳۷۴)، منهاج تمدن و مفتاح ترقی، به کوشش رسول جعفریان، دفتر ۲، قم: کتابخانه‌ی آیت الله العظمی مرعشی نجفی.
- هایدگر، مارتین (۱۳۸۷)، هستی و زمان، ترجمه‌ی سیاوش جمادی، تهران: ققنوس.
- هگل، گئورک ویلهلم (۱۳۸۱)، عقل در تاریخ، ترجمه‌ی حمید عنایت، تهران: شفیعی.
- هیپولیت، ژان (۱۳۸۶)، مقدمه بر فلسفه‌ی تاریخ هگل، ترجمه‌ی باقر پرهام، تهران: آگاه.
- یادداشت‌های میرزا مهدیخان علیم السلطنه منشی باشی شیرازی (۱۳۸۰)، به کوشش ایرج افشار، دفتر تاریخ، تهران: بنیاد موقوفات دکتر محمود افشار یزدی.

- Hegel, G. F. W. (2001), *Philosophy of Right*, Translated by S. W. Dyde, Kitchner, Batoche Books.