

نقد گفتمان های استبداد/ هرج و مرج و قدیم-جدید در تبیین سیاست فقهی و حقوقی در ایران قرن نوزدهم: بازشناسی عرف/منطقه الفراغ به عنوان عرصه تولید اجتماعی

جواد کریمی

1.

سیاست و جامعه در ایران قرن نوزدهم غالباً با تعابیر استبدادی، خودسر، خودکامه، هرج و مرج و مطلقه تبیین شده و حکومت و جامعه با تأکید بر فقدان قانون، بی مسئولیت و نافرمان تلقی شده اند.¹ این نظریه سیاسی-اجتماعی مورد تأکید جریان عمده ای از پژوهشگران معاصر بوده و به یکی از عناصر بنیادین تبیین مسائل ایران تبدیل شده است. در واقع، وضعیت استبدادی به عنوان ویژگی بنیادین تاریخ ایران جای باز کرده و از طرفی نظریه استبداد در تلاش است تا با تفسیری فراگیر کلیت این مسأله را فراچنگ آورد. برسازی مفاهیمی از قبیل فئودالیسم ایرانی و/یا استبداد ایرانی حاکی از تلاش هایی برای صورتبندی بر پایه همین رویکرد هستند.² به زعم این صاحب نظران با شروع قرن نوزدهم نیروهای اجتماعی نوظهور از جمله تجار، تحصیلکردگان و برخی نخبگان دربار در تکاپوی آن بودند تا قانون را برابر استبداد به کار گیرند، که البته این تکاپو به تجربه کوتاه مدت و ناپایدار مشروطیت منجر شد.³ از همین رو، تجربه استبدادزده قانون، با برسازی نهاد های ناپایدار و طرح ایده های مبهمی همراه بود که نه تنها قادر به حل نسبی مسئله استبداد و هرج و مرج نبودند، بلکه ساختار استبدادی در جهت بازتولید و توسعه خود بدون هیچ ثبات و انسجامی به خدمتشان گرفت.⁴

در مقابل این رویکرد که مسأله قانون را بیشتر بر پایه اقتصاد سیاسی و جامعه شناسی تاریخی توضیح می دهد، رویکردهایی بر پایه اندیشه سیاسی، فقه سیاسی و نظریه حقوق معتقد اند گرایش های فوق درون دوری نظری گرفتار شده است. این منتقدان با روی کردن به روش هایی بیشتر فلسفه تاریخی، تفسیری و تجربی بر آنند تا پاسخی ورای دور ساختارگرایانه مذکور بیابند. نقطه توافق این گرایش ها امکان برسازی نظریه ای است که با اتکاء بر اندوخته های تاریخی قدیم-جدید و متنی-تجربی شکل گرفته اند.⁵ از همین رو قانون و مالکیت در ایران معاصر را نه بر پایه دوگانه استبداد-هرج و مرج بلکه با صورتبندی قدیم-جدید تبیین می کنند؛ یعنی در خصوص مسأله قانون قائل به فقدان و محرومیت تاریخی و ساختاری آن در ایران معاصر نیستند بلکه بر آن اند تا گونه ای منطق هنجاری موجود در مناسبات جامعه ایران معاصر را بازبایی و صورتبندی کنند. منطق هنجاری مذکور با به خدمت گرفتن اندوخته های حقوقی قرن نوزدهم تبیین می شود که

¹ Katuzian, Homa, Iran, The Short-Term Society and three other essays, tr. Abdollah Kowsari, Tehran Nashr-e Ney, 2013, p 18.

² رجوع شود به ایران پیش از سرمایه داری، عباس ولی، بخش 1 کتاب.

³ رجوع شود به اقتصاد سیاسی ایران، محمدعلی همایون کاتوزیان.

⁴ همان.

⁵ رجوع شود به مجموعه سه جلدی تأملی درباره ایران، جواد طباطبایی؛ رجوع شود به مفهوم قانون، داود فیروزی.

مقولاتی از قبیل عرف، شریعت (فقه)، فرامین شاه و تجربه‌های ابتدایی قانون مدرن را در بر دارد.⁶ البته، نمایندگان این رویکرد جدای از اختلاف روش در تبیین مقولات فوق، در خصوص چیستی، مختصات و نسبت سنجی آنها اختلاف نظر دارند. طبعاً، روش‌های متمایز اندیشه سیاسی، فقه سیاسی و نظریه حقوق در مورد اولویت و نسبت سنجی مقولات عرف، شریعت، فرامین شاه و قانون مدرن نتایج مختلفی را حاصل می‌نماید.

قاجارها، که به عنوان مستبدان قرن نوزدهم ایران شناخته شده‌اند، نه بر اداره آبیاری مستولی بودند و نه بر دیوان سالاری در مقیاس بزرگ کنترل داشتند. همچنین، این شاهان غیر بوروکراتیک بر جامعه‌ای ضعیف و پراکنده حکومت می‌کردند که در آن روش آبیاری غیر متمرکز رواج داشت.⁷ با این وجود، پادشاهان به طور سنتی تمامی اختیارات حکومتی را دارا بودند: اعلام جنگ، انعقاد پیمان صلح، انعقاد معاهدات، انتقال تیول، محاسبه و جمع‌آوری مالیات و انتصابات. علاوه بر این، آنها به عنوان بالاترین مقامات قضایی کشور بر جان و مال رعایای خود سلطه داشتند.⁸ بنابراین، درحالی که قاجارها به عنوان مستبد، بالقوه از نوعی قدرت مطلقه برخوردار بودند، به دلیل مشکلات مالی برای به فعلیت رساندن قدرت مذکور ابزارهای موثری در اختیار نداشتند.⁹ درواقع، ضعف مالی حکومت قاجار ایجاد یک ارتش بزرگ پایدار و بوروکراسی گسترده و کارآمد را مانع می‌شد. از همین رو، جوامع محلی با خودمختاری اداری و مبتنی بر سیستم سنتی خودگردانی اداره می‌شدند و حکومت مرکزی مادام به شبه نظامیان آنها وابسته بود.¹⁰ درواقع، شاهان قاجار به نحوی توسط نهاد روحانیت، سران قبایل و بزرگان محلی (از جمله شاهزادگان و سایر والیان استانی) مهار می‌شدند.¹¹ این واقعیت اطلاق مستبد مطلقه به شاهان قاجار را مشکل می‌نماید و حکمرانی قاجارها در قالب نوعی استبداد نسبی قابل فهم است؛ از طرفی با پذیرفتن استبداد نسبی می‌توان وضعیت اجتماعی این دوره را نوعی هرج و مرج نسبی تلقی نمود. یعنی، برخلاف آنچه که به تضاد دولت و ملت و نوسان استبداد و هرج و مرج تعبیر شده است، سنجی تعادل نسبی میان لایه‌های اجتماعی و سیاسی قابل ردیابی است.

آمیزه‌ای از کاستی‌های مالی و بوروکراتیک زمینه سیاست‌هایی بود که برخلاف منافع عمومی اتخاذ می‌شد. شاهان قاجار حکمرانی و اقتدار را به مثابه اموال شخصی دریافت و بکارگیری می‌کردند. تعدادی از خانواده‌های حاکم اداره انحصاری دیوان سالاری را در اختیار داشتند و حکومت‌های ولایات توسط شاه به مزایده گذاشته و فروخته می‌شدند.¹² مثلاً

⁶ همان.

⁷ Ervand Abrahamian. Oriental Despotism: The Case of Qajar Iran, International Journal of Middle East Studies, Vol. 5, No. 1 (Jan., 1974), pp. 3-31. Published by: Cambridge University Press, p 9.

⁸ Foran, John, Fragile Resistance: Social transformation in Iran from 1500 to the revolution, Michigan: the University of Michigan, 1993, p. 216.

⁹ Ervand Abrahamian. Oriental Despotism: The Case of Qajar Iran, op.cit, p 11.

¹⁰ Ervand Abrahamian. Iran between two revolutions, New Jersey, Princeton: Princeton University, 1982, p 38-40.

¹¹ Afary, Janet. Performance of Justice in Qajar Society, The International Journal of Humanities, (2019) Vol. 26 (1): (73-94), p 73.

¹² Foran, John, op.cit, p. 217.

"ناصرالدین شاه (96-1848) شدیداً به فروش سمت ها متوسل می شد."^{۱۳} همچنین، شاهان قاجار نه تنها در مقام یک اختیار ذاتی اختلافات بین حاکمان عالی رتبه محلی، ملاکان، ایلخانان و رهبران مذهبی را حل و فصل می کردند، بلکه گهگاه به دعاوی پایین ترین سطوح اجتماعی اتباع ایران نیز رسیدگی می کردند. در واقع، دربار به هر دو معنای سلطنتی و حقوقی به دادگاه تبدیل شده بود.^{۱۴} بعلاوه، شاهان قاجار غالباً به هیچ قانون دینی یا عرفی، اعم از شکلی و ماهوی، ملتزم نبودند و بر اساس اصول "عالی" کل سلطنت و برخی مفاهیم انتزاعی از قبیل "عدالت اخلاقی" به دعاوی و تظلمات رسیدگی می کردند.^{۱۵} مشکلات مالی، حکمرانی قراردادی، فقدان سازمان و قواعد معین حقوقی حاکی از نفوذ منطق امر خصوصی به درون دستگاه امر عمومی است. یعنی، نسبت هایی که مستلزم اقتدار و مصالح عمومی است با مناسبات مالکانه و منافع خصوصی مفصل بندی شده بود. همچنین، عوائد مالی مذکور صرفاً تکافوی حفظ موجودیت حکومت را می داد و به مزاد جهت تقویت اقتدار و گسترش آن تبدیل نمی شد. از همین رو، شاه قادر نبود با اتکاء به هر قاعده انتزاعی و شخصی در امور بزرگان و اتباع ورود کند و توازن منافع مالکانه و قراردادی شاه با آنان او را به رعایت نسبی پاره‌ای قواعد عرفی، شرعی و حقوقی ملزم می ساخت.

2.

ایران قرن نوزدهم فاقد یک نظام حقوقی منسجم و فراگیر بود، البته یک نهاد قضایی خام در آن دوره قابل ردیابی است که از سنت قضایی اسلامی-شیعی ریشه می گرفت و تحت سلطه روحانیون (مجتهدین) قرار داشت.^{۱۶} با این حال، بر اساس امور عرفی نوعی الزام سکیولار را پذیرفته بود. از همین رو، امر قضایی به دو حوزه رسیدگی مذهبی و رسیدگی عرفی تقسیم می شد که بر صلاحیت قضایی دوگانه حاکمان شرع و حاکمان عرف استوار بود و از همین رهگذر دستگاه قضایی به محاکم و دادرسی شرعی و عرفی تقسیم می شد.^{۱۷} حاکمان (قضات) عرفی ریاست دادگاه های عرفی (دولتی) را بر عهده داشتند و شیخ الاسلام ها نیز دادگاه های اصلی مذهبی (شرعی) را اداره می کردند.^{۱۸} اما، سازماندهی و صلاحیت هر دو محاکم فاقد ساختاری معین بود، تا جایی که غالباً دعاوی ارجاع شده به آنها حل و فصل نمی شد و هیچ مرجع عالی ایجاد نشده بود تا سازمان و صلاحیت متناسب را تعبیه نماید و همچنین به اختلافاتی که در سطح ابتدایی حل و فصل نمی شوند رسیدگی کند.

¹³ Ervand Abrahamian. The Causes of the Constitutional Revolution in Iran, International Journal of Middle East Studies, Vol. 10, No. 3 (Aug., 1979), pp. 381-414, published by: Cambridge University Press, p 393.

¹⁴ Ervand Abrahamian. Oriental Despotism: The Case of Qajar Iran, op.cit, p 25.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Rahimi, Mostafa. Ghanoon Asasi Mashroote e Iran va Osool e Democracy, Tehran: Entesharat Niloofar, 1389, p 122-4.

¹⁷ Amin, Hassan. The Judicial System of Iran since the Beginning of Qajar to Constitutional revolution, the research of law and politics Journal, 2003, page 29-72, 31.

¹⁸ Ervand Abrahamian. The Causes of the Constitutional Revolution in Iran, op.cit, p 388.

درواقع، سازوکاری تحت عنوان نظارت قضایی و تجدیدنظرخواهی به معنای امروزی آن وجود نداشت.^{۱۹} همچنین، فقدان قوانین شکلی و ماهوی از قبیل اصول و آیین دادرسی و کد‌های مدنی و کیفری منجر به آن شده بود که دادگاه‌های عرفی کارآمدی لازم را نداشته و بیشتر جنبه تشریفاتی داشته باشند. شاهان قاجار خود بالاترین مقام قضایی به شمار رفته و آنها تنها ضامن اجرای مجازات‌ها بودند. یعنی، مقوله استقلال قضایی محلی از اعراب نداشت و شدیدترین احکام مانند اعدام نیز می‌توانست بنا به رأی شاه جلوگیری شود. در واقع، دادگستری مختصات یک نظام را در خود نداشت و در قالب واح‌های پراکنده فعالیت می‌کرد، همچنین حاکمان مستبد محلی از این موقعیت به عنوان یکی دیگر از ابزارهای استبداد استفاده می‌کردند.^{۲۰} اینکه قاجارها در مقام مستبدان قرن نوزدهم ایران به بازتأسیس دادگاه‌های عرفی مبادرت ورزیدند و از طرفی نه تنها آنان بلکه حاکمان محلی نیز به عنوان مستبدان محلی به برقراری این محاکم تن در دادند نشانگر آن است که نیروی بازدارنده و غیرحاکمانه‌ای مانند سنت، مقاومت اجتماعی نسبی، انگاره عدالت و مقولاتی از این دست، در آن دوره صورتی از توازن منافع را ایجاد کرده بود که حتی سیاست‌های استبدادی و استثمارگری نیز لاجرم با اضافه کردن امر قضایی، حتی با ماهیتی تشریفاتی و ابزاری، و نمایش عدالت قضایی اعمال می‌شد.

از دیگر سو، سازوکار قضایی که رسیدگی شرعی نامیده می‌شد در مآثرک شیعی صفوی‌ها ریشه داشت و همچنین به دلیل گرایش روزافزون شاهان قاجار به حفظ وضع موجود، به عنوان یکی از سنت‌های سیاسی-اجتماعی قرن نوزدهم تداوم یافت. قوانین و محاکم شرعی، به عنوان بخش‌های عمده نهاد قضایی قرن نوزدهم و اجزای گسترده سنت مذکور، تحت کنترل روحانیون (علما) قرار داشت^{۲۱} و علی‌رغم تلاش شاهان قاجار برای انتقال این صلاحیت به خود، به ویژه ناصرالدین شاه، تا آستانه انقلاب مشروطه تحت کنترل روحانی‌ها باقی ماند.^{۲۲} فقه شیعه یا همان احکام شرعی بر خلاف قواعد عرفی منابع منسجم و منتظمی بودند که محاکم شرعی با استناد به آنها آراء خود را صادر می‌کردند. دیگر ویژگی بارز احکام شرعی، مستند و مکتوب بودن این قواعد بود که قواعد ماهوی طبقه بندی شده و پاره‌ای قواعد شکلی و رویه‌ای را شامل می‌شد.^{۲۳} در مقابل، دولت قانون عرفی را حاکم کرد که از دوره پیش از اسلام ریشه می‌گرفت. "این قانون عرفی منطقه به منطقه متفاوت و به طور کلی غیر مکتوب بود" که عبارت بود از "خرد عمومی و سنت‌ها، یا رویه‌هایی که به صورت شفاهی پشت به پشت رسیده بودند". حاکمان محلی دادگاه‌های عرف را در استان‌های مربوطه تأسیس می‌کردند و شاه قضات آنها را منصوب و برکنار می‌کرد.^{۲۴} گرچه انسجام، انتظام و مکتوب بودن منابع شرعی دلالت بر انسجام ساختاری و سازمانی دستگاه قضاوت شرعی نداشت بلکه هر حاکم شرعی مستقلاً به عنوان یک قوه و دستگاه قضایی عمل می‌کرد و

¹⁹ Tayebi, Mohammad. Shar' courts in Qajarie period, Islamic Research Journal, Faculty of Arts and Humanity, University of Shahid Bahonar Kerman, second year, third number, 2008, page 181-200, p 191-2.

²⁰ Amin, Hassan. Op.cit, p 70.

²¹ Jahanbegloo, Ramin. Democracy in Iran. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013, p 39.

²² Yousefifar, Shahram. Workflow between civil and shari'a courts in the later Qajarid period, Peer-reviewed Journal, National Library & Archives of I. R. Iran, Archival Research Institute, Vol. 29, No. 2, Summer 2019, pp: 150 - 175, p 168.

²³ Amin, Hassan. Op.cit, p 42.

²⁴ Afary, Janet. Op.cit, p 74.

همچنین منابع مذکور در عین دارا بودن ویژگی های فوق بعضاً احکام متفاوتی را بر موضوعات مشابه بار می کردند. فقدان نظام یکپارچه عدالت قضائی، زمینه تقاطع و تحاطی صلاحیات، قوائد و فعالیت این دو ساحت را ایجاد نمود.

محاکم شرعی به شدت در امور محاکم عرفی دخالت می کردند و به اکثر اختلافات اجتماعی و اقتصادی، حتی موضوعاتی که فاقد حکم صریح در منابع شرعی بود، رسیدگی می کردند.^{۲۵} حاکمان شرع (روحانیون) در زمینه دعاوی مدنی و خصوصی، شکایات و به طور کلی اختلافاتی که جنبه خصوصی یا تجاری داشت، صلاحیت ویژه ای داشتند و همچنین در خصوص جرایم کیفری و اعمال غیر قانونی ورود می کردند، به جز اقدامات علیه دولت و امنیت عمومی مانند شورش ها، اختلاس، جعل و تقلب، نشر اکاذیب، دروغ، دزدی، مستی و سرقت که توسط محاکم عرفی و حاکمان محلی تحت پیگرد قانونی، دادرسی و مجازات قرار می گرفت.^{۲۶} بعلاوه، برخی از روحانیان عالی رتبه دارای نوعی نیروی شبه نظامی بودند که آنها را به پیگرد و مجازات برخی از جنایات، مانند مستی و دزدی قادر می نمود.^{۲۷} این دعاوی تجاری و جرایم بودند که زمینه برجسته ترین تعارض ها میان محاکم عرف و شرع را ایجاد می کردند، چراکه رسیدگی به دعاوی تجاری در صلاحیت مقام قضایی عرفی جداگانه ای به نام مجلس تجارت بوده و جرایم نیز در صلاحیت دادگاه های عرفی و مورد توجه خاص حاکمیت بود.^{۲۸} علاوه بر این، از آنجا که امر قضا در اسلام فاقد هر نوع تشکیلات سلسله مراتبی است و هرگز فرجام خواهی قضایی را به عنوان یک اصل رویه ای به رسمیت نمی شناسد،^{۲۹} احکام قضایی روحانیان از سوی هیچ مرجع مذهبی یا دولتی مانند روحانیان عالی رتبه (مراجع تقلید)، حاکمان محلی یا شاه قابل تجدید نظر نبود.^{۳۰} صلاحیت گسترده روحانیت در خصوص دعاوی و اختلافات خصوصی و مدنی نشانگر نفوذ گسترده این گروه در زندگی روزمره اتباع ایران قرن نوزدهم است به نحوی که پایگاه و قدرت اجتماعی آنان را در مقابل شاهان قاجار تداوم می بخشید. صلاحیت در امور تجاری و کیفری نیز در نسبت تنگاتنگی با اقتصاد و سیاست ایران عصر قاجار قرار داشت به نحوی که تجارت به عنوان یک فعالیت خارجی پُر سود و جرایم به عنوان حوزه اعمال قوه قهریه زمینه تقویت قدرت اقتصادی و سیاسی روحانیت را نیز فراهم می کرد.

اما آنچه محکمه و رسیدگی عرفی خوانده می شد، شاهان و مقامات سکولار قرن نوزدهم درصدد تصاحب و بازتولیدش بودند. همچنین، امر قضایی عرفی از قرن پانزدهم از گونه شرعی آن جدا شده و این اقدام از همان ابتدا به مثابه سیاستی سکولار علیه یکی از حوزه های صلاحیت روحانیون اتخاذ شده بود.^{۳۱} البته، به دلیل قدرت گسترده حکومت و توجه بیشتر به محاکم عادی نسبت به محاکم شرعی، پادشاه بر نهاد قضایی کنترل داشت و این ساختار دوگانه توسط اقتداری واحد اداره

²⁵ Ibid, p 39.

²⁶ Nou doost, Reza, Mohammad Reza Mayeli. Comparison of Cultural, Symbolic, Social and Economic Capitals of the Clergy in the Safavid and Qajar Periods, International Journal of Political Science, Vol 10, No 1, Spring 2020, (pp.79-100), p 93.

²⁷ Amin, Hassan. Op.cit, p 39 and 42.

²⁸ Nou doost, Reza, Mohammad Reza Mayeli. Op.cit, p 93.

²⁹ Shapiro, Martin. Islam and Appeal, California Law Review, Vol. 68:350, 1980, p 381.

³⁰ Afary, Janet. Op.cit, p 75.

³¹ Nou doost, Reza, Mohammad Reza Mayeli. Op.cit, p 91.

می شد.^{۳۲} اما، شاهان قرن نوزدهم قدرت کافی جهت سلطه متمرکز بر نهاد قضایی را نداشتند، بنابراین روحانیان مجدداً به سلطه بر حوزه های شرعی و برخی بخش های غیر شرعی این نهاد دست یافتند. هر دو شاه و روحانیان مدعی بودند که به اصول عدالت ملتزم بوده و آن را الزام می کنند.^{۳۳} شاهان قاجار در تکاپوی آن بودند تا مرجعیت قضایی اسلاف صفوی خویش را بازیابی کنند. در این میان تنها ناصرالدین شاه بود که توانست پیشروی های نسبی اما نافرjami را با اتکاء به قدرت شخصی خود و از طریق صدراعظم ها و حاکمان محلی ترتیب دهد.

نخستین تلاش ها به دستور ناصرالدین شاه و توسط امیرکبیر (1810-522)، صدراعظم اصلاح گرای و نوگرای او انجام شد. امیرکبیر در پی سازماندهی و مدیریت یکپارچه نهاد قضایی کشور بود. او به منظور کنترل محاکم شرعی و کاهش قدرت روحانیت و شریعت به ایجاد سیستم نظارت دولتی بر محاکم شرعی مبادرت نمود^{۳۴} و همچنین دستگاه قضایی به نام دیوانخانه بزرگ پادشاهی (دیوانخانه عدالت سابق در دوره فتحعلی شاه) را احیا کرد. بر اساس این تأسیس، حاکمان شرع و احکام آنها می بایست توسط وزارت عدلیه تأیید می شدند. بعلاوه، صلاحیت انحصاری رسیدگی دعاوی غیرمسلمانان به وزارت عدلیه مرکزی واگذار شد. امیرکبیر شکنجه متهمان را ممنوع کرد و سعی بر آن داشت تا مداخلات سفارتخانه های خارجی در امور قضایی را مهار کند.^{۳۵} با این حال حال، تکاپوی او نافرجام ماند^{۳۶} و با اخراج، تبعید و قتل پایان یافت. سپس، ناصرالدین شاه رأساً به ادامه اصلاحات قضایی اقدام کرد. او مجدداً وزارت دادگستری را تأسیس و دیوانخانه عدالت را احیا کرد، صلاحیت قضایی دیوان خانه عدالت را به دعاوی وزارتخانه ها گسترش داد. طبق دستور شاه، دیوانخانه عدالت صلاحیت دارد تا اعضای وزارتخانه ها را احضار کند و همچنین اگر وزارتخانه ای در یکی از پرونده های قضایی دیوانخانه ذی نفع باشد، می تواند نماینده ای را به عنوان عضو ناظر دادرسی به دیوانخانه بفرستد. بعلاوه، او تلاش کرد تا نظارت فراگیر دولت را به محاکم تخصصی (مجلس تجارت و محکمه نظامی) و محاکم شهرهای مستقل (اعم از شرعی و عرفی) گسترش دهد. البته، تلاش های مذکور نیز در واقعیت به فرجام نرسید و در حد فرامین شاهانه باقی ماند.^{۳۷}

میرزا حسین خان سپهسالار، آخرین صدراعظم اصلاح گرای ناصرالدین شاه، واپسین تکاپوی حکومتی و از بالا به پایین را به منظور تأمین عدالت قضایی آغاز کرد. او مجدداً به احیای وزارت دادگستری مبادرت کرده و همچنین شروع به مداخله در احکام محاکم شرعی و عرفی نمود. سپهسالار حکمی دال بر این امر مقرر کرد که هیچ محکمه و حاکمی مجاز نیست تا هیچ متهمی را مستقلاً مجازات نماید و می بایست متهمان برای رسیدگی و مجازات نهایی به وزارت دادگستری فرستاده شوند. همچنین، او به اقتباس از نظام حقوقی و دادرسی اروپا، سعی داشت تا نهاد قضایی کشور را به سمت و سویی حرفه ای سوق دهد. از همین رو، چهار نوع محکمه و دو بخش اداری تأسیس کرد که عبارت اند از: مجلس تحقیق دعوی، مجلس

³² Ibid.

³³ Afary, Janet. Op.cit, p 75.

³⁴ Nou doost, Reza, Mohammad Reza Mayeli. Op.cit, p 80 and 89.

³⁵ Amin, Hassan. Op.cit, p 51-3.

³⁶ Nou doost, Reza, Mohammad Reza Mayeli. Op.cit, p 89.

³⁷ Amin, Hassan, Op.cit, p 54-6

جنایت، محکمه تجارت، محکمه املاک، دایره اجرا احکام و دایره تنظیم قوانین. سرانجام او نیز اخراج شد تا طرح اصلاحی- اش عملیاتی نشود.^{۳۸}

کلیه کوشش های اصلاحی نافرجام نشانگر آن اند که نه تنها نهاد قضایی در ایران قرن نوزدهم فاقد تمرکز و انسجام لازم بود، بلکه از گسستگی و فقدان امنیت قضایی رنج می برد. از یک سو، شاهان بر آن بودند تا با سیاست های قضایی شخص محور و از بالا به پایین نهاد قضایی کشور را اصلاح نموده و ساختاری متمرکز به آن ببخشند و از سوی دیگر روحانیان و حاکمان محلی در مخالفت با سیاست های اصلاحگرایانه، به فرامین و مقررات حکومتی گردن نمی نهادند و امور قضایی مربوط به حوزه شرعی و عرفی خود را خودسرانه اداره می کردند،^{۳۹} تا جایی که،

"... جرم مشابه ممکن بود به طیف وسیعی از مجازات ها منجر شود، بسته به طبقه اجتماعی مرتکب و متهم، و شهر یا شهری که در آن جنایت انجام شده است [نقش] هر سه سمت وکیل مدافع، دادستان و قاضی توسط یک شخص ایفا می شد. برخی از حاکمان محلی قدرتمند، مقامات پلیس و روحانیون شواهد و مدارک را دستکاری می کردند، از طریق شکنجه اعتراف می گرفتند و بسته به رشوه هایی که دریافت می کردند، احکام را اجرا می کردند."^{۴۰}

3.

مسائل حقوقی ایران قرن نوزدهم به ساحت قضایی محدود نبود بلکه صورت های دیگر مسائل مذکور در ساحت تقنینی نیز یافت می شدند. قوانین حاکم منحصراً شامل قواعد شرعی و عرفی بودند که در خصوص قواعد عرفی نیز مرز دقیقی با فرامین و خواست شاهان و حاکمان نداشت. به عبارت دیگر، نه تنها اعتبار قواعد عرفی از شاه نشأت می گرفت، بلکه با یکدیگر اینهمان بودند.^{۴۱} طبق تفکر سیاسی سنتی شیعه، چنین ساختاری "بر عدالت حاکمان، هنجار های نانوشته کشورداری (سیاست) و قانون دولت ابتناء دارد، هر سه به عنوان ابزار های تداوم نظم زیر [سایه] شاه به خدمت گرفته می شوند و از این رهگذر اجرای مؤثر قانون مقدس (شرع) که به طور فزاینده رسمیت یافته است، تضمین می گردد.^{۴۲} این نظریه سنتی و ایده اینهمانی شاه و قانون به میانجی مقوله عدالت، به عنوان مبنای مرکزی و مشترک، با یکدیگر مرتبط می شوند. بر این اساس، اگر عدالت در مقام ملکه ای نفسانی نزد پادشاه تداوم یابد آنگاه نوعی حکمرانی مطلوب با مختصات

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid, p 43, 44, 52, 55 and 61.

⁴⁰ Afary, Janet. Op.cit, p. 77.

⁴¹ Feirahi, Davood, , Mafhoom e Qhanoon dar Iran e Moaser, Tehran: Nashr e Ney, 1399, p 348.

⁴² Amir Arjomand, Said. Islam and Constitutionalism since the Nineteenth Century: the Significance and Peculiarities of Iran, p 34, Amir Arjomand, Said, Constitutional Politics in the Middle East With special reference to Turkey, Iraq, Iran and Afghanistan, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008, p 33 – 62.

سنتی خود امکان تحقق می یابد، اگرچه تجربه تاریخ مؤید نسبی، استثنایی و کوتاه مدت بودن آن است.^{۴۳} اما، از یک سو، شاهان قرن نوزدهم ایران فاقد نوعی حکمرانی سازمان یافته، منظم و فراگیر بودند و از سوی دیگر دولت های آنان با مشکلات اقتصادی-اجتماعی نو ظهور و بحران های ملی - جهانی دست و پنجه نرم می کردند. از همین رو، برونداد نالن برونداد تضاد مذکور قانونگذاری مستبدانه در عین فقدان قانون درواقع، علی رغم میل شاهان، بود.^{۴۴} نه تنها شریعت به عنوان ساحتی هنجاری مستقل از اراده پادشاه حدود قدرت استبدادی او را تحدید می کرد بلکه عرف نیز روز به روز از دسترس او خارج می شد. فرامین شاه که اعتبار آن از اقتدار شخص او نشأت می گرفت و در عصر صفوی شریعت را نیز در دایره اقتدار خود قرار داده بود، دیگر در عصر قاجارها دامنه نفوذ لازم را نداشت و کلیه درباریان، حکام و فرمانروایان ایالات به فراخور دامنه قدرت خود در تعیین قواعد عرفی نقش داشتند.^{۴۵} فرامین ناصرالدین شاه در خصوص اصلاح نهاد قضایی یا به مرحله اجرا نمی رسیدند یا با حذف کارگزاران آن (امیرکبیر و سپهسالار) اجرایشان باز می ایستاد. در پاسخ به مسأله دامنه نفوذ شاه و باز فراچنگ آوردن عرف ایده قانونگذاری جدید اتخاذ شد.

نخستین تکاپوی قاجارها برای غلبه تقنینی بر عرف و شرع دست اندازی به سیاست تنظیمات بود. ناصرالدین شاه که دامنه قدرتش روز به روز در برابر روحانیان و حاکمان تحدید می شد با تن در دادن به قانون تنظیماتی بر آن بود تا متکی به اراده شاهانه قانونگذاری نماید و دولتی سازمانیافته، منضبط و مسئول آن قوانین را اجرا کند.^{۴۶} طرح تنظیمات به دنبال غیر شخصی کردن و نهادمند ساختن قدرت پادشاه بود به این ترتیب که قانون بیانگر اراده شاه است و در عین حال وضع و نظارت بر اجرای قانون با دستگاهی مجزا به نام مجلس تنظیمات و اجرای آن بر عهده دستگاهی دیگر تحت عنوان مجلس وزراء است که اعضای هر دو دستگاه توسط شاه تعیین می شوند. همچنین کلیه قوانین می بایست به امضای شاه برسند.^{۴۷} ملکم خان، مترجم این ایده، بر آن بود که «در سلطنت مطلق، هر قدر این دو اختیار جدا بوده، قدرت پادشاهی بیشتر و دستگاه حکومت منظم تر بوده است».^{۴۸} درواقع، شاه و نخبگان نوگرای دربار با طرح قانون در مقابل دوگانه عرف و شرع در پی غلبه بر هرج و مرج بوده تا جایی که دیگر شرع و عرف را نه در مقام قانون بلکه به عنوان منابع قانون شناسایی کردند.^{۴۹}

⁴³ Katuzian, Homa. *Iranian History and Politics: The Dialectic of State and Society*, London and New York: Routledge, paperback edition, 2007; original edition, 2003, p. 26.

⁴⁴ Katuzian, Homa. *Liberty and Licenece in the Constitutional Revolution of Iran*, *Journal of the Royal Asiatic Society Third Series*, Vol. 8, No. 2 (Jul., 1998), pp. 159-180 (22 pages), Published By: Cambridge University Press, p 159-62.

⁴⁵ راسخ، محمد، و فاطمه بخشی زاده. پیشزمینه مفهوم قانون در عصر مشروطه: از مالک الرقایی تا تنظیمات، مجله حقوقی دادگستری، شماره 83، پاییز 1392، ص 44.

⁴⁶ کاتوزیان، محمد علی، تضاد دولت و ملت: نظریه تاریخ و سیاست در ایران، چاپ چهاردهم، ایران، نهران: نشر نی، 1396، ص 125.

⁴⁷ راسخ، پیشین، ص 49.

⁴⁸ ملکم خان، رساله دفتر تنظیمات، مجموعه آثار میرزا ملکم خان، گردآوری و ترجمه محمد محیط طباطبایی، برلین، نشر گردون، چاپ یکم، پاییز 1389، ص 16.

⁴⁹ راسخ، پیشین، ص 4-53.

تنظیمات، مصلحت عمومی را به عنوان مقوله ای جدید در ادبیات حکمرانی وارد کرد اما کماکان منشأیت اراده شاه را حفظ نمود. داود فیرحی در این باره معتقد است: "تمام تلاش ملکم و همفکران او، تبدیل سلطنت نا منظم به نهادی منظم بود؛ جریان اراده شاه در نهادی که ناشی از اراده خود او بود. تلاش ملکم نه تحدید قدرت شاه، بلکه تقسیم اراده شاه به دو نهاد قانونگذاری و اجرایی بود."⁵⁰ یعنی، مصلحت عمومی از اراده شاه نشأت می گیرد و عدالت شاه که تا پیش از این صرفاً به مثابه ملکه ای نفسانی درک می شد با عبور از منشور قانون تنظیماتی تعین و الزام هنجاری می یابد. در واقع، تنظیمات کماکان اعمال اراده و خواست یک طرفه شاه با میانجی های شکلی است؛ اینکه شاه چه (ماهیت) را اراده می کند کماکان در مرکز اهمیت قرار نگرفته است. فیرحی اضافه می کند: "تنظیمات و قانون تنظیماتی دو مجلسی سه راهبرد اصلی دارد: الف) تبدیل اراده شخصی به قانون موضوعه؛ ب) عبور از پراکندگی سلیقه ایالت ها و ولایت ها به تقنین و حکمرانی متمرکز؛ ج) انتقال وظیفه اجرای قوانین شرعی از مجتهدین و روحانیت به شاه و دولت.⁵¹ از همین رو، شاه کماکان از چارچوب قانون بیرون مانده و سازوکار تنظیمات به عنوان ابزاری در جهت سازماندهی قدرت او و معارضه با قدرت نسبی روحانیان و حاکمان ولایات عمل خواهد نمود. بر اساس سازوکار تنظیماتی دیگر حاجتی به فرامین نوبه ای شاه خطاب به اشخاص نیست؛ بلکه مجلس تنظیمات فرمان معین، مستمر، عام، الزام آور و علنی⁵² شاه (قانون) را صادر (وضع) می کند، مجلس وزرا به اجرای آنها احتما می ورزد و مجلس تنظیمات بر اجرای مذکور نظارت می نماید. با توجه به اینکه هردو نهاد شرعی و عرفی فاقد یکپارچگی و تمرکز لازم بودند، تنظیمات قادر بود به عنوان سیاستی برای ایجاد ساختارهای متمرکز عمل کند و با غافلگیری روحانیون و حاکمان محلی، آنان را در درون نظم جدید مستقر نماید.

ناصرالدین شاه ابتدأً با سیاست تنظیماتی همسو شد و تا عصر سپهسالار نیز پیاده سازی فقرات مختلف آن را پی گیری کرد اما به زعم نویسندگان تاریخ ایران گفتمان تنظیمات راه نیفتاده متوقف شد، همچنین دلایل مختلفی برای این ناکامی ذکر شده است. نخستین مانع شخص شاه بود. سیاست تنظیماتی کماکان بر پایه اراده شاهانه توجیه می شد و راهبرد هایش در جهت سازماندهی و تقویت دامنه اقتدار او قرار داشت با این حال شاه ایران در نهایت تمایلی به ترک گفتمان حاکم عادل نداشت که از نظریه پادشاهی ایران باستان ریشه می گرفت.⁵³ عملکرد میرزا حسین خان سپهسالار نیز زمینه این عدم تمایل را فراهم کرد. سپهسالار می دانست که تقویت گفتمان تنظیمات مستلزم نوسازی دولت و تأمین ثروت ملی است و از همین رو به انعقاد قرارداد رویترو و تشویق شاه به سفر فرنگ مبادرت کرد. مختصات امتیاز رویترو با مخالفت روحانیان و برخی رجال سیاسی و همچنین با مخالفت دولت روسیه مواجه شد و سفر شاه نیز با ناملایماتی و ناخوشی همراه بود. این دو واقعه نزد

⁵⁰ فیرحی، پیشین، ص 353.

⁵¹ همان، ص 354.

⁵² راسخ، پیشین، 3-52.

⁵³ Enayat, Hadi, *Law, State, and Society in Modern Iran: Constitutionalism, Autocracy, and Legal Reform, 1906-1941*, Macmillan: Palgrave, 2013, p 46.

شاه بسان خطا و خیانت نقش بست و به محض ورود به ایران (رجب 1290 ق) صدراعظم را عزل کرد. عزل صدراعظم برابر با تعلیق تمامی طرح‌ها و تصمیمات او بود.⁵⁴

علاوه بر عوامل پیش‌گفته، برخی موانع ساختاری نیز مانع از آن بود تا سیاست تنظیمات از ساحت ایده و دستورالعمل به سطح انضمامی و اجرایی گسترش یافته و فرآیند نهادینه‌گی را از سر بگذرانند. تجربه موفق سیاست تنظیماتی دولت عثمانی بین سال‌های 1839 و 1876 حاکی از حضور جمیع شرایطی بود که فقدان آنها در دولت قاجار مانع از موفقیت سیاست تنظیماتی شد. پدرسالاری در دولت عثمانی مانند دولت قاجار صورت غالب ساختار قدرت سیاسی بود با این تفاوت که دولت ترکان عثمانی با اتکاء به هنجارهای اداری متناسب خود، ارتش دائمی قدرتمند، نظام مالیاتی عقلانی و نظام ثبتي فراگیر به نحو فزاینده‌ای متمرکز و بروکراتیزه شده بود. مکان‌هایی را برای اداره امور قضایی ایجاد کرده بودند که هیچ قاضی حتی محلی نمی‌توانست خارج از آن ترتیبات بروکراتیک به دعاوی رسیدگی کند و قضاتی به نام دیوان به منظور ثبت رویه‌های قضایی در محل دادرسی حاضر می‌شدند؛ این سازوکار در تأمین وحدت و انتظام نهاد قضایی موثر بود.⁵⁵ اما در مقابل، روابط مرکز-پیرامون و فقدان ارتش دائمی در ایران زمینه چند دسته‌گی را برای حاکمان محلی ایجاد کرده بود. چند دسته‌گی که به علت فقدان حکومت مرکزی مقتدر نمی‌توان کیفیت عدم تمرکز را بدان اطلاق کرد؛ حاکمان محلی هر تلاش اصلاح‌گرایانه‌ای را به راحتی نادیده می‌گرفتند. همچنین، علما نیز به علت خودمختاری و قدرت قابل توجه خود هر گونه تلاش اصلاح‌گرایانه‌ای که با منافعی در تزامن بود را مختل می‌کردند. چنان که اشاره شد، قاجارها فاقد یک بروکراسی متمرکز و کارآمد بودند و چند دسته‌گی مذکور در ساحت بروکراسی نیز شدت داشت. این مسأله در خصوص اداره نهاد قضایی نیز صادق بود به صورتی که محاکم شرعی معمولاً در خانه مجتهدان برگزار می‌شد، جز در تهران از میانه قرن نوزدهم هیچ دیوان عمومی وجود نداشت تا رویه دادگاه‌ها را ضبط کند و همچنین هیچ ثبت اجباری برای اسناد مالی در کار نبود.⁵⁶ از همین رو میانجی‌های سیستمی لازم به منظور فراروی انضمامی سیاست تنظیماتی به لایه‌های اجتماعی، در دسترس شاهان قاجار قرار نداشت.

الهیات قانون در حکمرانی سنتی حاکی از آن است که هر دو نظام عقلی و نقلی بر پایه نابرابری نوع بشر شکل می‌گیرد. یعنی، نظام سیاسی دارای ساختاری سلسله‌مراتبی است و بواسطه همین سرشت نابرابر انسان‌ها وضع قانون بر عهده کسی است که به عالم عقول و فرشتگان متصل است؛ یعنی پیامبران تنها قانونگذاران مشروع اند. و از طرفی نوع بشر تنها اجازه استنباط و اجرای قانون را دارد و نمی‌تواند قانون جعل کند که این تلاش استنباطی در چارچوب نهاد اجتهاد شکل گرفته است.⁵⁷ از همین رو، تنها اصالت با قانون شریعت است. اولویت عقل به عنوان آنچه که مختص انبیاء و اولیاست و در عین حال ختم نبوت الهی، نظریه سنتی حکمرانی را به اصالت شرع سوق می‌دهد و از منظر این رویکرد شرع قائم مقام عقل

⁵⁴ فیرحی، پیشین، ص 204-6.

⁵⁵ Enayat, Hadi, Op.cite, p 44-5.

⁵⁶ Ibid, p 45.

⁵⁷ فیرحی، پیشین، ص 59 و 60.

کامل است. اندیشه ورزان در عصر صفوی که آخرین و کامل ترین نمونه حکمرانی سنتی بود با اینکه عرف را هم پای شرع ندانسته اما آن را به عنوان ابزار دفع شرّ و از باب ضرورت سیاست (حاکمیت - حکمرانی) به مثابه سلطنت و استیلا به رسمیت شناخته اند.⁵⁸ اینکه عرف از باب دفع شرّ و سیاست شناسایی می شود یعنی وجهی حداقلی و استثنایی برای آن قائل شده اند. به نحوی که سیاست برای شرع «به منزله جسد برای روح و عبد برای مولا»⁵⁹ دانسته شده است. اما مناسبات قدرت مطلق و استبدادی شاهان صفوی (بالاخص شاه عباس) و همچنین فقدان سازمان منسجم شریعت، زمینه تعدیل عملی نسبت مذکور را فراهم آورد که نمونه عینی آن ریاست شاه بر نهاد قضایی عرفی و شرعی به طور همزمان بود.

بر اساس ایده مذکور، اگر خارج از ساحت دفع شرّ و سیاست، مناطقی آزاد در کار باشد که شرع بدان وارد نشده باشد، بالقوه حوزه اقتدار شرع بوده و تنها از طریق استنباط و اجتهاد شرعی می توان مسائل هنجاری آن را تبیین و اجرا نمود؛ درواقع منطقه عرفی که از استیلا سیاست آزاد مانده منطقه بالقوه شریعت است. تزامم تفکر اخباری با تفکر اصولی و همچنین غلبه نهایی اصولیان که طی قرون دهم تا دوازده قمری به اوج خود رسید نیز، دلالتگر گرایش مجتهدان به توسعه قلمرو اجتهاد و گسترش بالفعل منطقه شریعت بود. نگره اخباری بواسطه نفی مجتهد اعلم-مطلق و بالطبع تأیید تکثر در نهاد مجتهدان و مقلدان و از طرف دیگر با محدود کردن ادله شرعی به قرآن و سنت، ایجاد سازمان یکپارچه و فراگیر شریعت و هرگونه گشودگی به گستره های جدید را نفی می کرد.⁶⁰ از همین رو روش اجتهادی تازه ای لازم شد تا در کنار قرآن و سنت به عنوان دلایل اجتهادی که منبع حکم واقعی هستند، ادله فقهی از قبیل استصحاب، برائت، احتیاط و تخییر که مرجع حکم ظاهری هستند را بکار گیرند.⁶¹ درواقع، دستگاه اجتهاد با پرورش نوعی تفسیرگرایی و عقلگرایی مشروط (به قرآن و سنت)، در شرایط افول قدرت عملی سلاطین مطلق و تضعیف دسترسی آنها به ساحت عرف، بر آن بوده تا از ساحت عبادات و امور خصوصی فراروی نموده و شریعت را به قلمرو جامعه و سیاست گسترش دهد. از همین رو، نه تنها روی دیگر قلمرو بالقوه شریعت و سیاست عرف بوده، بلکه میتوان رویه ها و اصولی را جست و جو نمود که بر پایه فرامین شاهان و احکام شریعت ایجاد نشده اند؛ رویه ها و اصولی که دستبافت مناسبات اجتماعی-تاریخی اند و البته با دستگاه های هنجاری رقیب (شریعت و سیاست) نسبت پیدا می کنند.

از همین رو به نظر می رسد نگره استبداد-هرج و مرج و رهیافت قدیم-جدید، سیاست تقنینی و قضایی و همچنین مقوله حاکمیت قانون را با تأکید بر پویایی های دو نیروی سیاسی سکولار و مذهبی تبیین می کند. الگوهای مذکور صرفاً رقابت شاه و دربار با روحانیان را تصویر می کنند که بر سر گسترش حوزه صلاحیت و اقتدار خود سیاست های نو به نو ای را آزمایش می کردند. درواقع شیوه عمل دو نیروی رقیب جهت گسترش پایگان خود و ملاحظات گفتمانی آنها در خصوص

⁵⁸ همان، ص 8-67.

⁵⁹ همان، ص 68.

⁶⁰ همان، ص 77 و 81.

⁶¹ همان، ص 81.

شریعت و قانون مورد تبیین قرار گرفته است اما موقعیت استقرار آنها که تحت عنوان عرف و یا منطق الفراغ شناخته شده را مورد کاوش قرار نداده اند. عرف/منطقه الفراغ به عنوان زمین بازی قانون و شریعت مدام مورد اشاره قرار می گیرد اما در جایگاه معلولی منفعل و ساحتی صرفاً پذیرنده با آن برخورد می شود. عرف و یا منطقه الفراغ بر ساحت مناسبات و نظام تولید اجتماعی دلالت دارد که به لحاظ تاریخی دارای موقعیتی نسبتاً مستقل است و خواه نا خواه پوشش فرهنگی و چارچوبهٔ هنجارین خود را برسازی نموده است. انطباق صوری قانون و شریعت با ساخت های هنجاری ضرورتاً بر انفعال و جذب صرف ساحت عرف/منطقه الفراغ دلالت ندارد. همچنین، رقابت مدام دو نیروی سیاسی سکولار و مذهبی و البته عدم مرجعیت نهایی و ناکامی در اطلاق قدرت بالفعل آنها حاکی از آن است که عرف/منطقه الفراغ دارای ساخت و نیروی مستقلی است که مانع از مرجعیت و اطلاق نهایی مذکور گردیده است. مناسبات و نظام تولید اجتماعی بر پایهٔ نیروی مادی خود (که به اقتصاد آن نظام قابل اطلاق است)، حامل منطق و قواعد درونی است که ساخت هنجاری و حقوقی متناسبی را نیز برای خود درونی نموده است. بعلاوه، تکاپوی حکومت و روحانیان جهت ایجاد نظامی منسجم و گسترده صرفاً از باب تحقق الهیات سعادت و نظم نبوده بلکه این تکاپو آنها را قادر می ساخت به منابع اقتصادی-اجتماعی مستقر در ساحت عرف/منطقه الفراغ دسترسی فزاینده ای بیابند. از همین رو بر خلاف نگره استبداد-هرج و مرج که به دنبال توضیح فقدان امکان حاکمیت قانون بوده و مناسبات تولید اجتماعی را به نحوی درک می کند که گویی فاقد هرگونه اقتضای هنجاری است و از طرفی بر خلاف نگرهٔ قدیم-جدید که مسألهٔ حاکمیت قانون را در میانهٔ قانون مدرن و شریعت جست و جو می کند و به دنبال حل تضاد بنیادینی است که میان آن دو مفروض گرفته، می بایست منطق هنجاری مناسبات تولید اجتماعی دورهٔ مورد نظر را نیز به عنوان عنصر دیگری در کنار و مقابل قانون و شریعت، وارد در دستگاه تحلیل کرد. بنابراین می توان ادعای جدیدی طرح کرد مبنی بر اینکه نه تنها صورتبندی کلان هرج و مرج بر فقدان هرگونه منطق هنجاری عینی دلالت ندارد بلکه صورتبندی رقابت ابتدایی قانون مدرن و شریعت حاکی از توافق پنهان و ضمنی این دو نیرو رقیب علیه منطق هنجاری مناسبات اجتماعی و نیز تلاش تدریجی جهت توافق نهایی آنها در قالب سیاستی مشروطه گرایانه^{۶۲} است.

⁶² Constitutional Politics