

نسبت سنجی مفهوم قانون در اندیشه روشنفکران و فقیهان عصر مشروطه

محمد صارمی^۱

^۱ دانشجوی حقوق عمومی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان و عضو کارگروه دادرسی اداری ایران

نویسنده مسئول:

محمد صارمی

شماره ۱۹ / بهار ۱۳۹۹ / ص ۱۱-۱
مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال ششم)

چکیده

مفهوم قانون همواره از مفاهیم بنیادین و دغدغه آمیز به ویژه در عصر مشروطه بوده است. قانون و اندیشه قانون خواهی در ایران توسط افراد مختلفی مطرح شده است، و در این راه افرادی پیش قدم بوده اند. چنانچه ضرورت وجود قانون در جامعه و لزوم حکومت مبتنی بر قانون پیش از ناصرالدین شاه و تا کشته شدن وی و پادشاهی مظفرالدین شاه و پس از او کشیده شد. اما مهمترین آن در عصر مشروطه بود که با حضور روشنفکران و فقیهان گسترش یافت. همچنین مهمترین مشکل در این عصر ایجاد و بسط مفهوم جدید قانون در عصر مشروطه اثبات وجود یا عدم وجود نسبت میان قانون و شرع بوده است. پیشنهاد این مقاله بازگشت به سنت و بازبینی کردن نظرات فقها و روشنفکران و استفاده از نظرات آن هاست، چرا که بسیاری از مفاهیم نیازمند تامل در گذشته است که بسیاری هنوز واکاوی نشده است. نتایج حاصله نشان میدهد، در خصوص مفاهیم از جمله قانون جدال میان روشنفکران و فقیهان این مفهوم را بسط داده است. در این مقاله با روش توصیفی، تحلیلی به بررسی این موضوع پرداخته شده است.

کلید واژه: قانون، فقیهان، روشنفکران، عصر مشروطه

مقدمه

ایران قبل از مشروطه از توسعه سیاسی بهره مند نبود. (فقیه لاریجانی، ۱۳۹۵: ۲). مفهوم و واژه قانون به عنوان متنی تصویب شده از سوی مرجعی صلاحیتدار با ویژگی های معین و دارای ضمانت اجرا در ایران فاقد معنا بود. و تنها با مواجه شدن با امواج تجدید بود که این واژه برای ایرانیان مهم شد. (مرادخانی، ۱۳۹۶: ۲۹۲). رویارویی ایرانیان با تجدید غرب با تعارضاتی جدی در تبیین مفهوم قانون و بنیان های اولیه آن همراه بود. چنانچه آدمیت به درستی گفته است "منظور این نیست که هیچ قانونی پیش از این در کار نبود، حتی جامعه ی ابتدایی هم نوعی قواعد دارند، جان کلام آنکه نظام قانونی مضبوطی که واجد همه شرایط یا دست کم مهمترین خصوصیات حکومت قانون باشد وجود نداشت" عدم مساوات در برابر قانون رواج داشت و میل فردی حکام حرف آخر را می زد و از ایمنی انسان و عدالت خبری نبود (آدمیت، ۱۳۸۵: ۱۷۲). اگرچه قانون شرع وجود داشت اما فقه امامیه در حقوق خصوصی تا اندازه ای رشد منطقی کرده بود، و در کنار آن قانون عرف وجود داشت همچنین نظام قانونی مضبوطی که واجد همه شرایط یا دست کم مهمترین خصوصیات حکومت قانون باشد وجود نداشت، و میل فردی حاکم حرف آخر را می زد و میل حتی نیکوترین افراد نمی توانست ضابطه قضایی درستی باشد. (مرادخانی، ۱۳۹۶: ۲۹۳). به گفته یکی از محققین جامعه ایران قبل از مشروطیت جامعه پیشا قانون بود، یعنی حدود قدرت را خود قدرت تعیین می کرد و هیچ ضابطه مشخص و تضمین شده ای وجود نداشت. اینکه این واژه چگونه وارد ایران شد و چگونه این معنا را یافت هنوز کاویده نشده است و مشخص نیست. گروهی معتقدند که این واژه برای اولین بار پس از جنگ های ایران و روس وارد ایران شد. یکی از نویسندگان بر این باور است که نخستین بار لغت قانون را در زبان فارسی به معنای امروزی میرزا ملکم خان در سال ۱۸۵۸ میلادی در کتابچه غیبی خود به کار برده است که آن را از یک لغت ترکی عثمانی گرفته است (الگار، ۱۳۶۹: ۱۹۸). در کل مشاهده می شود مبانی اندیشه روشنفکران مشروطه بسیار حائز اهمیت بوده است، این مقاله به روش توصیفی تحلیلی به تبیین اندیشه روشنفکران و فقیهان نسبت به بنیان های برپایی قانون پرداخته است.

۱- قانون در تنش میان فقها

با پیروزی انقلاب مشروطیت که جدالی مهم بین موافقان و مخالفان مفهوم قانون رخ داد و فقیهان این جدال مهم را برعهده گرفتند و در دو دسته مخالف و موافق قانون به صف آرایی در برابر هم پرداختند، آنها به دو گروه تقسیم شدند، مخالفان قانون بر آن بودند که چون شریعت همان قانون است پس نوشتن قانون ایجاد شرع جدید است، و موافقان به جای در افتادن با این سخن آن را به عنوان امری مسلم پنداشتند به باور آنها مقصود از قانون اختراع شرع تازه نبود، و قانون شریعت منسوخ و محدود نمی شود. در اینجا به تبیین مفهوم قانون از نگاه فقیهان می پردازیم.

۱-۱ تبیین قانون از دید شیخ فضل الله

ایرادات شیخ فضل الله نوری مهم ترین ایراداتی بود، که در خصوص قانون و تضادش با شریعت مطرح شد. شیخ معتقد بود "ما ابداً محتاج به جعل قانون نخواهیم بود و هر آنکس که گمان کند ممکن است و صحیح است جماعتی از عقلا و حکما جمع شوند و به شورا ترتیب قانونی بدهند، پس از اسلام خارج شده است، زیرا به این واسطه احتیاج به نبوت رفع می شود و نیز هر آنکس که قائل به امکان تغییر بعضی مواد قانون الهی با توجه به مقتضیات زمان باشد نیز از عقاید اسلام خارج شده است، زیرا که این امر منافی ختم نبوت است و انکار خاتمیت به حکم قانون الهی کفر است." در نهایت از این بحث نتیجه می گیرد که جعل قانون کلاً یا بعضاً منافات با اسلام دارد و این کار، کار پیغمبری است و مسلم را حق جعل قانون نیست. شیخ فضل الله بر آن بود که نباید احکام شرع را با اوضاع و احوال جدید انطباق داد، و قانونگذاری یعنی اعتقاد به این امر که اموری وجود دارد که شرع به آنها نپرداخته است، در حالیکه شریعت و فقه تمام وجوه زندگی انسان را در تمام حیات او در بر میگیرد. شیخ تصویب قانون توسط غیر مجتهدین اگر مغایر با شرع نباشد را نیز رد کرد، زیرا این امر مختص فقها است و افراد عامی به زبان اصولی تخصص از آن خارج اند. از طرف دیگر او چنان که در فقه

شیعه آمده است استحسان عقلی را حرام می‌دانست و بر آن بود که حتی در قوانین عرفی هم شرع چیزی را جا نگذاشته، و جعل قانون هم بدعت است و هم انکار خاتمیت. به باور برخی از تحلیلگران تاریخی شیخ به گونه‌ای حدود اقتدار قانون را مشخص کرد. موضع شیخ فضل الله در موضوع قانون‌گذاری دوگانه بود در یک جا تمام موضوعات و از جمله سیاست را در محدوده شریعت می‌دانست.

به نظر می‌رسد که شیخ فضل‌الله قائل به تفکیک امور مربوط به دولت یا امور دولتی از امور مربوط به امور عامه است. شیخ به زبان فقهی و اصولی می‌گفت حتی اگر قانون‌گذاری در امور غیر شرعی باشد قوانین تصویب شده در احکام تکلیفیه پنج گانه ذیل امور مباح قرار بگیرند باز ایراد فقهی بر آن وارد است، زیرا در فقه عمل به امر مباح به اختیار مکلف است ولی قانون امری مباح را واجب یا حرام می‌کند، که ترک آن مستوجب عقوبت می‌شود و این از منظر شرعی بدعت تلقی می‌شود. (زیباکلام، ۱۳۷۴: ۴۷۷). صاحب رساله حرمت مشروطه در قابل تغییر بودن قوانین بر طبق مقتضیات زمان ایراد می‌گیرد و می‌نویسد که آیا قابل تغییر بودن قوانین تغییر از اسلام به کفر است یا برعکس. آنچه مشخص است این است که شیخ با مشروطه‌خواهان اختلافی نداشت که به لزوم قانون نیاز است، اما به جعل قانون اعتقادی نداشت. شیخ نیز بر این مسئله اعتقاد داشت که هر جامعه انسانی نیازمند قانون است اما او بر آن بود که انسان با عقل ناقص خود ناتوان از وضع قانون مناسب برای خود اوست. او می‌گوید اگر منظور از جعل قانون قانون موافق شرع است که ربطی به آن جماعت یعنی وکلای ملت ندارد و "اگر مقصود تعیین قانون الهی است عوام و فرق مختلفه را چه مداخلت در این امر است." (زرگری نژاد، ۱۳۷۷: ۲۸۳).

همچنین بر آن بود که وضع ما با غرب نیز متفاوت است و غربی‌ها به علت این که پایبندی به شریعت ندارند، ناگزیر از قانون‌گذاری هستند، زیرا در غیر این صورت امور زندگی آنها مختل خواهد شد و چون این قوانین بشری هستند از نقص مبری نیستند. فلذا باید اصلاح شوند (آبادیان، ۱۳۸۳: ۶۸). ولی در اسلام که قوانین کامل الهی وجود دارد نیازی به قوانین عقل ناقص انسانی نیست. ایرادات شیخ ناظر بر سه وجه است، نخست اینکه تدوین و جذب قانون امری غیر شرعی است و بدعت تلقی می‌شود و حتی اگر قرار باشد توسط مجتهدی نیز نوشته شود باز محدود به شرایطی است دوم اینکه برای ایران فایده‌ای ندارد زیرا ما دارای احکام اسلامی هستیم سوم اینکه اگر در قانونگذاری در حوزه صغریات، باشد بلا اشکال است. اما از مشروطه‌خواهان گله می‌کند که اگر قرار بود قانون فقط در این حوزه باشد چرا اسم شرع را بردند. در مجموع باید گفت برداشت شیخ و یارانش از قانون کاملاً متفاوت با معنای مدرن بود و طرف دیگر آن که هیچ کدام از حاملان اندیشه جدید در سخنان وی نمی‌چیدند، دیگر آن که گستره شرع را بسیار وسیع میدید، و بر آن بود که حتی مسائل مبتلا به امروز هم در شرع وجود دارند و فقط باید آنها را از متون فقه استنباط کرد. (آبادیان، ۱۳۸۸: ۱۱۲). چنانچه گفت "قانون مخصوص به عبادت نیست بلکه جمیع مواد سیاسی را بر وجه اکمل و وافی داراست، حتی ارش الخدش" (ترکمان، ۱۳۶۳: ۵۷). تفسیر شیخ این است که نه نیاز به جعل قانون است و نه جعل قانون ممکن است... میرزا ونحله اش چون مرزی میان قانون و فقه نمیدیدند، از منظر فقهی به نقد قانون می‌پرداختند، مثلاً در خصوص این مسئله که قانون لازم الاجراست و عدم رعایت آن مستوجب مجازات است چون قانون را فقه می‌دیدند فکر میکردند، در این صورت ممکن است امر مباح در فقه تبدیل به حرام یا واجب شود و این دست بردن در احکام شرع است، و بدعت تلقی میشود. این درست از همان نقطه‌هایی بود که باید تفکیک فقه و قانون و مرزهای آن دو آغاز میشد که کسی به آن دامن نزنند. در مجموع باید گفت سخنان شیخ به عنوان نقطه آغاز تحول مهم در رابطه با مفهوم قانون بود و بسط آن مفاهیم و پیش بردن آن‌ها به واسطه همین اختلاف‌ها بود.

۲-۱ قانون در نظر میرزای نایینی

میرزای نایینی از علمای سرشناس عصر مشروطه بود که در نهضت تنباکو در کنار میرزای شیرازی در جهات برضد بیگانگان در کنار شیخ عبدالله مازندرانی و در نهضت اسلامی ملت عراق همگام با سید ابوالحسن اصفهانی بود. (دهقانی و ورعی، ۱۳۹۴: ۱۰) موضوع مهمی که در آراء نایینی نسبت به قانونگذاری مطرح است، نظریه تقسیم احکام به ثابت و متغیر نزد اوست که از این طریق محدوده شرعی قانونگذاری بشری در حدود زندگی

مردم روشن می شود "اول منصوصاتی است که حکم آنها در شریعت مطهره مضبوط است و دوم غیر منصوصی است، که به واسطه عدم اندارج در تحت ضابط خاص و میزان مخصوص به نظر و ترجیح ولی نوعی موکول است و همان گونه که قسمت اول آن در هر زمان و مکان ثابت اند قسم دوم تابع مصالح و مقتضیات اعصار اند" او از این تقسیم بندی نتایج مهمی می گیرد:

اولاً به باور او تطبیق قوانین با احکام شرع فقط در خصوص قسمت اول است و در قسمت دوم نیازی به این کار نیست این نکته نایینی بسیار مهم است از این رو که در بخش مهمی از قوانین مصوب شده توسط مجلس نیازی به تطبیق آنها با شرع نیست، در بخشی از قوانین مصوب شده توسط مجلس، ثانیاً اصل شورا در قسمت دوم است، به این معنا که در خصوص احکامی که در شریعت تکلیف آنها به صراحت مشخص شده است نمی توان به شورا و مشورت عقلای قوم تغییری در آن ها داد، اما در حوزه دوم که اتفاقاً وسیع تر هم هست می توان به اصل شورا استناد کرد. ثالثاً قوانین قسمت دوم در هر زمان و مکان در حال تغییرند. اشاره نایینی به هر دو مسئله زمان و مکان نیز مهم است یعنی حتی در زمان واحد و در دو مکان مختلف قوانین قسمت دوم ممکن است تغییر کنند پس از این سخنان بسیار مهم که مبنایی درخشان برای قانون گذاری در نقطه آغاز آن بود. او در سخنان مهمی اکثر سیاسیات نوعی را از قسمت دوم می داند (زرگری نژاد، ۱۳۷۷: ۴۶۸).

نکته مهم دیگری که نایینی گفته است این است که قوانین در حوزه مباحات قرار می گیرند. چون با قصد شرعی انجام نمی گیرند همین که مغایر شریعت نباشند کافی است و مطابقت با شریعت لازم نیست. تفکیک نایینی میان قوانین شرعی و عرفی و دایره وسیعی برای قوانین عرفی قائل شدن نکته برجسته ای بود، که آن اصولی بزرگ می گفت. (فیرحی، ۱۳۹۴: ۳۲۴). مخالفان تدوین قوانین در دوره مشروطه با تاکید بر این که دین ما مسلمانان اسلام و قانون ما قرآن و سنت پیغمبر است تدوین قانون اساسی را نوعی دکان باز کردن در مقابل صاحب شریعت و در نتیجه نوعی بدعت می دانستند. التزام به آن همچون بدون ملزم شرعی است و نیز مسئول دانستن متخلف از قوانین را نوعی بدعت به شمار می آوردند. نایینی این امور را از نوع بدعت نمی داند و در پاسخ این گروه معتقد است آنچه در لسان اخبار بدعت و در لسان فقها شریعت می خوانند در صورتی محقق می گردد که غیر مجعول شرعی باشد، خواه حکم جزئی شخصی باشد و یا عنوان عام.

امر دیگری که از نظر مشروطه خواهان مخالف شرع بود ولی در نظام مشروطه از اصول سازنده قانون به شمار می آمد و با مبانی نایینی هم سازگار بود روش اعمال حاکمیت ملت یعنی انتخاب کنندگان و تشکیل مجلس قانونگذاری است، زیرا این امر منوط به اعتبار اکثریت آرا و مشروعه خواهان این امر را بنا به مذهب امامیه غلط می یافتند. از نظر میرزای نایینی سلطنت مشروطه دارای دو رکن است که عبارتند از قانون اساسی و مجلس شورای ملی قانون اساسی یا دستور سندی است که در آن مصالح عمومی بیان و حدود تصرف امین در امانت تعیین می شود و تجاوز از آن حدود به عنوان خیانت به نوع، مانع خیانت در امانت تعیین می شود و عزل ابدی از تمام مناصب و اعمال مجازات های مقرر در قانون را به دنبال خواهد داشت. دومین رکن نیز از دانایان و خیرخواهان ملت تشکیل شده است که نظارت می کنند (جلیلی مرادوشجاعی، ۱۳۹۶: ۵) آنچه از کلام میرزای نایینی فهمیده میشود این است که ایشان با نوشتن قانونی که در آن حقوق و وظایف و میزان و حدود قدرت حکمران را مشخص و معین سازد موافقت می نماید، اما تحت نظارت مقام های مذهبی و پس از تصویب آنان صورت قانونی بیاید ایشان همواره بر محدود کردن حاکمیت تاکید می ورزید.

۳-۱ قانون از دیدگاه محلاتی و دیگر فقیهان

محلاتی که صاحب یکی از استوارترین رساله ها در دفاع از مشروطیت است و در آن به مغالطات و شبهات شیخ فضل الله پاسخ داده است نیز مینویسد قانون به دو امر مربوط میشود "یکی اشغال ملکیه و ادارات دولتی که به صوابدید امنا دولت تمام جهات آن مضبوط و محدود است و دیگری حدودیات و سیاسیات نوعیه که باید مطابق شریعت ظاهر و ملحوظ شده باشند" (زرگری نژاد، ۱۳۷۷: ۲۴۲). محلاتی همچنین بر این نکته تاکید میکند که اموری که مورد تعیین قانون است، به صوابدید وکلای فوه مقننه و عقول مملکت در هر زمان تحت ضابط خاص که همان قانون است در می آیند و این عمل به خاطر حفظ مملکت است که بر هر مسلمانی واجب است و این حکم کلی اسلامی مثل همه احکام کبرویه از هر تغییر مصون است. اما صغرویات مصالح و

مفاسد و مصادیق آن بر حسب اقتضای وقت و اختلاف عادت و انقلاب حالات مختلف است و این عقلای مملکت و عقول امنای ملتند که جمیع جهات را تحت "میزانی محدود و قانونی مضبوط" در می آورند. (همان، ۲۶۴). او در پاسخ به شیخ که اطاعت از قانون سد باب اجتهاد است می نویسد "قانون یعنی آنچه باعث رفاهیت رعیت و خلاصی آنها از ظلم و استبداد است، دخلی به احکام کلی شرعی که مورد اجتهاد مجتهدین است ندارد. (همان، ۲۳۶). او حتی معتقد است که عالم دینی عضو مجلس است از عقلای قوم است و اگر رای او با سایر عقلای حاضر در مجلس فرق داشته باشد رای آنها ترجیح دارد،

و این ربطی به حکم کلی شرعی ندارد بلکه رجوع به اهل خبره است در تشخیص موضوعات جزئی. (همان، ۲۳۵). برخی دیگر از فقیهان نیز به توجیه قانون و قانونگذاری پرداختند که البته استواری سخنان آنان به استواری شاگردان آخوند خراسانی نبود. فاضل ترشیزی بین امور معاشیه و معادیه تفکیک قائل میشد و میگفت در امور معادیه خداوند همه چیز را گفته است، اما در امور معاشیه خداوند یک قانون کلی وضع کرده و جزئیات مباحث را به عقل عقلا و علم علما و اهل سیاست واگذار است. (آبادیان، ۱۳۷۰: ۲۶۰). برخی از علمای مشروطه خواه نیز قوانین را به دو دسته کلی و جزئی تقسیم کردند قوانین کلی قوانین شریعت است و قوانین جزئی نحوه اجرای قوانین کلی است و گفتند که فلسفه قانون گذاری در این حوزه قرار دارد (همان، ۲۵۶). اینان در تعیین حوزه قانون گذاری سخنان سستی بیان کردند، که نه حدود شرع را معین میکرد، نه قانون را. برای مثال نویسندگان رساله سوال های دایر بر مشروطیت می نویسند، قانون بر دو قسم است یکی شرع اسلام که مثلاً زکات بپردازید و یکی قانون اجراست برای مثال چند نفر را برای جمع زکات بفرستند و چگونه زکات را جمع کنند. به باور او قانون کلی الهی تغییر ناپذیر است و دین اسلام نسخ ندارد. اما قانون اجرا که تکلیف خلایق است به حساب اوقات تغییر می کند. یا صاحب رساله مقیم و مسافر در سخنانی شبیه به این می گوید جعل قانون بر دو قسم است یکی در اجرای شریعت اسلامی است که مثلاً چه قسم محکمه عدلیه را برقرار کنند و چند نفر از اشخاص متدین به مجلس عدلیه بنشینند. قسمت دیگر امور عرفیه است که مثلاً اگر حاکمی ظلم کرد او را دیگر نفرستند یا مواجب چقدر باشد. (زرگری نژاد، ۱۳۷۷: ۳۱۴).

۲- نسبت فقه و قانون در اندیشه مستشار الدوله

بنیادین ترین مفهوم مورد نظر مستشارالدوله در نظام فکری او مفهوم قانون است. در این چارچوب آن شق از مفهوم قانون مورد نظر است، که به تعبیر هارولد برمن "بر تمام شئون حکومت حاکمیت داشته باشد، مستشار الدوله نخستین کسی بود که در خصوص اهمیت قانون رساله "یک کلمه" مستقل نوشت. مستشارالدوله بر این نکته تاکید می کند آنچه مهم است اقتباس اصول قوانین فرانسه و غرب است نه فروغ آن. مستشار به تاسی از منتسکیو رساله خود را روح الاسلام میدانست و می خواست روح حاکم در قوانین اسلام را به بحث بگذارد. نکته دیگری که مستشارالدوله بر آن تاکید می کند روش انجام این کار است او که تجربه ای در قانون نویسی داشت و از همکاران سپهسالار بود و در باب تجدید عدلیه تعامل فراوانی کرده بود بر آن است که باید مواد شرع را به صورت قانون آراست. مستشارالدوله به این نکته اشاره کرده بود که هیچ انقلابی در ایران بدون اصلاح نظام حقوقی به نتیجه نخواهد رسید. (طباطبایی، ۱۳۸۵: ۲۰۵). به گفته مستشار الدوله یک کلمه که جمیع انتظامات فرنگستان در آن مندرج است، کتاب قانون است که جمیع شرایط و انتظامات معمول بها که به امور دنیوی تعلق دارد در آن مسطور است و دولت و ملت کفیل بقای آنند، چنانچه هیچ فردی از سکنه فرانسه یا انگلیس یا پروس مطلق التصرف نیست و احدی قدرت مخالفت با کتاب قانون ندارد (مستشارالدوله، ۱۳۸۶: ۲۵). این مفهوم در نظر وی اوصاف و مراتبی دارد که حکومت و وجود این اوصاف سبب ترقی غرب و فقدان آن عامل عقب مانگی ما شد. مستشار الدوله همواره به این موضوع که قانون باید متناسب با مذاق مملکت باشد توجه داشته است کما اینکه در نامه ای که در اواخر عمر به مظفرالدین شاه نوشت تاکید کرد که مواد قانون باید به اقتضای ملک و مملکت و مناسب وضع و طبایع مردمی باشد که آن قانون بر آنها اجرا می شود (ناظم الاسلام، ۱۳۳۲: ۱۹۵). بر مبنای این روش بعدها مشروطه خواهان متشرعی، مانند ثقه الاسلام تبریزی، با طرح مفاهیمی چون مذاق مملکت و مشروطه ایرانی به جایگاه مهم این موضوع التفات داشتند، و در دفاع از حکومت مشروطه که هدف نهایی مستشارالدوله از طرح مفهوم قانون بود نوشتند که هدف حکومت

مشروطه ایران است که قانونی بر خلاف اصول مذهب و خلاف مذاق مملکت وضع ننمایند و به عبارت صریحه مشروطه ایرانی مشروطه مقلد دول خارجه نباشد.

او می‌گوید منظور از قانون تدوین کتابی است "جامع قوانین لازمه و سهل العبازه و سریع الفهم که مقبول ملت است." وقتی این کتاب مقبول عقلای ملت شود حفظ آن بر عهده مجلس خواهد بود البته مشخص نیست منظور او در این قانون است یا قانون اساسی. مستشارالدوله قانون فرانسه را لوا می‌نامد که مشتمل بر چند کتاب است که هر یک از آنها را کود می‌نامند و می‌نویسد این‌ها به منزله کتاب شرعی است (مستشارالدوله، ۱۳۸۶: ۲۵). او در ادامه می‌نویسد کود با شرع متفاوت است می‌نویسد کود چند تفاوت اصلی با شریعت دارد که مهم‌ترین آنها موارد ذیل اند، نخستین که کود (مجموعه قانون) برعکس شریعت مورد قبول دولت و ملت است، دوم همه احوال و آرا در آن نیست، بلکه یک نظر را در قالب قانون پذیرفتن و همه مکلف به تبعیت از آنند، سوم کود به زبان عامه است، و شرح و حاشیه نیاز ندارد و اینگونه نیست که در کتب عظیم بیان شده باشد بلکه به زبان بسیار ساده و قابل فهم برای مردم نگاشته شده است چهارم اینکه کود فقط مصالح دنیوی را شامل می‌شود و علاوه بر اینها قوانین عرفیه و عادی را نیز شامل می‌شود همچنین قوانین و آخرت مردم کاری نداشته و در آن دخالتی نمی‌کنند. یک کلمه عبارت است از قانون به شرطی که پنج شرط بالا را داشته باشد این نخستین بررسی در خصوص تفکیک بین فقه و قانون در ایران بود که پس از او پی گرفته نشد. تعریف قانون از نظر مستشارالدوله که یک کلمه می‌خواندش چنین است "یک کلمه که جمیع انتظامات فرنگستان در آن مندرج است، کتاب قانون است که جمیع شرایط و انتظامات معمول بها که به امور دنیویه تعلق دارد"

۲-۲ ملکم خان و مسئله قانون

اولین نکته‌ای که در سخنان روشنفکران آمده است، تعریف قانون است، ملکم خان در دفتر تنظیمات اینگونه به تعریف قانون دست می‌زند "که هر حکمی که از حکومت صادر شود و مبنی بر صلاح عامه طایفه باشد و اطاعت آن به مساوی بر افراد طایفه لازم بیاید آن حکم را قانون گویند. (طباطبایی، ۱۳۲۷: ۱۵). ملکم در روزنامه قانون هم تعریفی از قانون ارائه می‌دهد که قانون عبارت است از "توان آحاد یک جماعت به جهت حفظ حقوق عامه" او به درستی می‌نویسد حکمی که تنبیه آن مشخص نباشد نصیحت است یا آرزو. او بر تصویب قانون توسط مرجع خاص هم تاکید فراوان می‌نمود، و معتقد بود که قانون یک شرط عمده دارد و آن اینکه از دستگاه قانون صادر شود. بنابراین آن قرار که پادشاه یا فلان وزیر یا حاکم بنویسد قانون نخواهد بود، حتی اگر بهتر از جمع قوانین روی زمین باشد در نهایت "حکم خوب است" زیرا قانون باید لامحاله از دستگاه قانون صادر شود

. او در این تعریف قانون را نوعی حکم دانسته است و به منشاء قانون که حاکمیت مردم و مجلس است اشاره‌ای نکرده است، زیرا در نظام فکری ملکم مجلس مرکب از مردم نیست و ترکیبی از اعضای منصوب از طرف شاه است. به گفته او برای داشتن قانون اول باید دستگاه قانون داشت اگرچه دستگاه قانون در نزد ملکم پارلمان به معنای مدرن نیست، اما این گفته اهمیت نهاد در اندیشه او را نشان می‌دهد. مهمترین کار ملکم در این خصوص دفتر تنظیمات است. دفتر تنظیمات یا کتابچه غیبی مشتمل بر ۷۴ قانون است که آنها را فقره می‌خواند. قانون اول دفتر تنظیمات در خصوص ترکیب حکومت در ایران است که ده فقره دارد. به گفته وی اجرای حکومت ایران طبق قانون است اگرچه به اعتقاد ملکم وضع قانون مستلزم اجرای قانون است و اختیار وضع باید از اجرا جدا باشد ولی اختیار وضع و اجرای قانون با شاه است که شاه آن‌ها را توسط دو مجلس اجرا می‌کند و وضع قوانین بر عهده مجلس تنظیمات است (مزادخانی، ۱۳۹۶: ۳۰۶).

قانون دوم دو فقره دارد و اول شرایط هفتگانه قانون را می‌گوید و در فقره دوم اشاره می‌کند هر حکمی که خارج از این هفت شرط است قانون نیست. قانون سوم حقوق ملت است که هشت فقره است، قانون کل ممالک ایران در حق جمیع افراد رعایای ایران حکم مساوی دارد، هیچ شغل و منصب دیوانی موروثی نیست. آحاد رعایای ایران در مناصب دیوان حکم حق مساوی دارند، از رعایا هیچ چیز نمی‌توان گرفت، مگر به حکم

قانون، هیچ یک از رعایا را نمیتوان حبس کرد، مگر به حکم قانون، مالیات هر ساله با قانون مخصوص تعیین خواهد شد.

و در ادامه می گوید هر کس این ها را بفهمد یعنی ۱۰ سال عمر صرف کرده است. قانون چهارم ترتیب مجالس تنظیمات است که ۱۲ فقره است. اعضا شامل شاه، سه شاهزاده، پانزده مشیر و هشت وزیر عزل است. و جمیع قوانین دولت باید در مجلس و به اتفاق جمعیت اجزای مجلس نوشته شود. همچنین مواظبت قانون بر عهده مجلس تنظیمات است. قانون پنجم شامل هشت وزارتخانه عدالت، خارجه، امور داخلی جنگ، علوم، تجارت، مالیات و دربار می شود. قانون ششم ترتیب مجلس وزرا است که مرکب اوز هشت وزیر است. کل وزرا هم شان هستند. رئیس آن شاه است و وزرا حق ندارند خارج از قانون کاری کنند. و حق دارند هر قانونی که لازم است وضع آن را به مجلس تنظیمات تکلیف نمایند و نیز حق دارند جهت انتظام خدمات محوله خود هر قاعده که مناسب بدانند وضع نمایند به شرطی که شرایط قانون را داشته باشند، که احتمالاً منظور از وضع قاعده چیزی شبیه به آیین نامه است البته در دفتر قانون نیز می نویسد احکامی که وزرا می دهند "مسوده و طرح قانون" است. و بعد از اینکه از دستگاه قانون گذشت قانون میشود (اصیل، ۱۳۸۸: ۱۱۶). ایرانیان به موضوعات دیگری نیز در خصوص قانون توجه کردند و نکاتی را برجسته نمودند، یکی از مسائل آن بود که همه افراد باید قانون را اجرا کنند و سرقت تدوین یک متن گره ای از کار فرو بسته ما نخواهد گشت. ملکم در رساله قانون مینویسد "اگر احسن قوانین روی زمین را قبول کنیم و صد سال ضد آن عمل کنیم قانون ابداً نه حرکت خواهد کرد نه صدا خواهد داد. اروپاییان خود به قوانین جان و زبان دادند و هر کسی خلاف آن حرکت کند به محاکمه کشیده می شود. (نورایی، ۱۳۵۲: ۶۸). این اشکال در انقلاب مشروطه هم خود را نشان داد و به گفته کسروی مردم فکر می کردند که اگر قانون تصویب شود کلیه مشکلات آنان حل و فصل خواهد شد و از این نکته غافل بودند که بهترین قوانین بدون ضمانت اجرایی قوی هیچ مشکلی را نخواهد گشت.

۳-۲ قانون و ابوطالب بهبهانی

از دیگر آثار در دوره ناصری منهاج العلی نوشته ابوطالب بهبهانی است. او در این اثر می نویسد اولیای دولت و ملت باید بدانند که ترقی فرنگ تنها در صنایع فرنگی نیست، بلکه این صنعت "حاصل آسایش و ثروت فرنگیان" است که در سایه قانون تحقق یافته است و قانون عبارت است از هر حکمی که از دایره سلطنت و دولت صادر می شود. آن حکم استقرار و استمرار داشته باشند و صلاح حال عامه مردم و مصلحت دولت و انتظام امور مالی و عسکریه و نظمیه یا فلاح و زراعت و اکتشافات و معیشت و تمدن عقل در آن باشد، و هیچ قانونی وضع نمی شود مگر حکم و تنبیه مخالف آن در ذیل مسطور و مرقوم باشد صاحب منهاج العلی که متأثر از ملکم است، بزرگترین مشکل ما را نداشتن قانون می داند. تعریف او از قانون جالب است، زیرا هم ویژگی های قانون را بر شمرده و هم برای آن ضمانت اجرا را لازم دانسته است. منشاء قانون را فرمان سلطنت دانسته نه اراده مردم و از طرف دیگر از تعریف او بر نمی آید که قانون شامل خود حاکم هم بشود، او که از نوعی واقع گرایی سیاسی برخوردار است بر آن است که هیچ دستگاه قانونی در این مملکت وضع نمی شود مگر عزم و جزم پادشاه بر بقای آن باشد. (مرادخانی، ۱۳۹۶: ۲۹۵) بهبهانی در منهاج العلی که نام دیگر اثرش قانون ناصری است به نه قانون اشاره می کند. در قانون اول نظام سیاسی را معین می کند که سلطنت ایران مطلقه مستقله است، اختیار قانون گذاری و اجرا با پادشاه است، قانون دوم در بیان شرایط و ویژگی های قانون است که بیان ارادی شاه و متضمن مصلحت عامه باشد، مجلس تنظیمات آن را به اتفاق آرا تصویب کند و به امضای شاه برساند، به زبان فارسی باشد، در روزنامه رسمی اعلام شود، و قانون سوم حقوق ملت و رعیت است و طبق آن عموم در برابر قانون مساوی هستند همچنین تشخیص مآخذ مالیات با قانون است و کسی نمی تواند وارد خانه دیگری شود مگر به حکم قانون. قانون چهارم در تکالیف عمومی وزارتخانه هاست که تعیین وزارتخانه ها با شاه است. قانون پنجم در وضع تنظیمات دولتی و به نظر می رسد منظور از قانون در این سطور قاعده است و آنچه را که بهبهانی گفته است هر کدام مستلزم نگارش قانون جداگانه ای است. یکی از تحقیقات قانون در دوران قبل از مشروطیت طبق نظریه ای درباره دولت یعنی الگوی سلطنت مطلقه منظم بررسی کرده و با تاکید بر آرای ملکم و بهبهانی هفت ویژگی برای قانون در این الگو بر شمرده است. صدور از

دستگاه جعل قانون، بیانگر اراده شاهنشاهی، متضمن صلاح عامه، داشتن استمرار، عام و الزام آور معین و علنی. میتوان در این الگو چند و چون بسیار کرد، زیرا به سختی می توان ملکم، بهبهانی و خان خانان را ذیل یک اندیشه آورد آنها را دارای اندیشه ای نظام مند در باب قانون دانست. اما در مجموع آخرین باری که بحث قانونگذاری در دوره ناصری پیش کشیده شد وقتی بود که میرزا حسین خان مشیرالدوله به وزارت عدلیه برگزیده شد. او می خواست هیات وزرای مسئول ایجاد کند که به جایی نرسید. و می خواست دستگاه عدلیه را انضام دهد که از این هم جز چند نامه محرمانه به شاه در مورد استقلال قضایی چیزی به دست ما نرسیده است. البته برخی معتقدند که وضع قانون برای ایران بسیار زود بود. به عنوان مثال عین السلطنه بر وضعیت قانونگذاری ایراد می گیرد و می گوید فرانسه سیدسال سلطنت مکننه و پارلمان داشت و با کسی که آن قوانین را ترجمه می کند و می خواهد ملت وحشی را پیروان می کند فرسنگ ها فاصله دارد. به گفته او کسی نمی گوید این قوانین بداست، اما هر ماده موقعی داشت که انتشار بدهند نه اینکه یک مرتبه روی مردم باز گردد و هرج و مرج شود. (مرادخانی، ۱۳۹۶: ۲۰۵-۲۰۶)

۳- توجه روشنفکران به ویژگی ها و وضع قانون

نکته دیگر شرایط و ویژگی های قانون است و اینکه چه متنی را قانون می خوانند. ملکم از معدود کسانی است که به این مسئله توجه کرده است. شرایطی را برای یک متن برمی شمارد که در صورت وجود آنها آن متن را می توان قانون خواند، مانند بیان ارادی شاهنشاهی، متضمن صلاح عامه مردم بودن، نوشتن به زبان فارسی، واضح و روشن بودن، اعلان در روزنامه رسمی، مههور به مهر سلطنت و امضای شاه بودن، نوشتن در دفتر قانون، داشتن اسم و عدد معین و به گفته او هر حکمی که خارج از این باشد قانون نیست. (محیط طباطبایی، ۱۳۲۷: ۲۵). او همچنین مخاطب قانون را همه طبقات اجتماع می داند نه قشری خاص. ملکم در قانون یازدهم دفتر تنظیمات نیز می گوید که مجلس تنظیمات همه قوانین را باید در پنج دسته تقسیم کنند، حقوق نامه، دیوان نامه، جزا نامه، نظامنامه و اداره نامه و هریک از پنج قانون تقسیم می شود به ایواب، فصول و فقرات که هرباب و فصل یک اسم دارد و هرفقره یک عدد. در رساله دیگری می گوید که فقرات قانون باید مطابق قوانین فصل و عدد معین داشته باشد و هر قانونی تا به امضای شاه نرسد، طرح نامه است و چون به امضای شاه رسید قانون است (همان، ۸۲). این اشارات ملکم درباره شرایطی که باید یک متن داشته باشد تا قانون خوانده شود برای نخستین بار در ایران بیان می شد و از این حیث ستودنی است. خصوصاً اینکه به نوع نگارش و تبدیل آن به ماده و فصل و... نیز اشاره می کند. نکته دیگر در نوشته های روشنفکران مرجع وضع قانون است. در این خصوص طالبوف از همه درخشان تر نگاشته است که عقلای هر قوم چه زحمت ها باید بکشند که هم تشخیص حقوق کنند و هم تحدید حدود. طالبوف صدای جماعت را صدای خدا می داند و بر آن است که اساس قانون بر رای اکثریت مبتنی است و این بر خلاف ملکم است که اتفاق آرا را برای تصویب قانون می خواست. همچنین طالبوف به علت اعتقاد به برداشت سنتی از دموکراسی می نویسد هرجا حقوق اقلیت با اکثریت تصادف کند حقوق اقلیت محو می شود و در جای دیگری به صراحت می نویسد وضع قانون ملت و مجری آن دولت است. این گسستی مهم در اندیشه سیاسی بود که ملت می تواند وضع قانون باشد، سخنی که آثار مهمی را می توانست در پی داشته باشد.

۴- ترجمه قوانین در ایران

مسئله دیگر بحث ترجمه قوانین در ایران بود، ایرانیان از آغاز آشنایی با قانون به فکر ترجمه قوانین غربی برآمدند چنانچه گفته اند قانون مدحت پادشاه از همان آغاز توسط مترجم وزارتخانه ترجمه شد و در روزنامه اختر چاپ شد. این سوال همیشه مطرح است که آیا این شیوه درستی است. ملکم از کسانی است که در این خصوص کارهایی انجام داد و دست به ترجمه قوانین موضوعه کشورهای غربی زد. یکی از ایرادات وارد بر ملکم این است که او بدون کمترین بحثی در فلسفه حقوق و بنیاد آزادی ها و حقوق به ترجمه قوانین موضوعه همت میگماشت. قوانینی که به گفته مستشارالدوله برای هر کدام کرورها نفس تلف شده بود. او در دفتر تنظیمات از هفتاد و چهار قانون نام می برد که هریک شامل چند فقره یعنی ماده است و هیچ تفکر خلاقی در

آنها نیست. روزنامه قانون او نیز پراست از ترجمه قوانین موضوعه غرب، بدون کمترین بحثی در خصوص فلسفه آنها. رویکرد ترجمه قوانین با نقدهایی نیز مواجه شد. عمادالعلمای خلخالی در نقد ترجمه های قانون با اقرار به اینکه علم وضع قانون در ایران وجود ندارد، بر ترجمه قوانین اروپایی دو ایراد وارد کرد:

یکی از ایرادات وارد بر ملکم این است که او بدون کمترین بحثی در فلسفه حقوق و بنیاد آزادی و حقوق به ترجمه قوانین موضوعه همت گماشت. قوانینی که به گفته مستشارالدوله برای هر کدام کرورها نفس تلف شده بود. او در دفتر تنظیمات از هفتاد و چهار قانون نام می برد که هریک شامل چند فقره یعنی ماده است و هیچ تفکر خلاقی در آنها نیست. روزنامه قانون او نیز پراست از ترجمه قوانین موضوعه غرب، بدون کمترین بحثی در خصوص فلسفه آنها. رویکرد ترجمه قوانین با نقدهایی نیز مواجه شد. عمادالعلمای خلخالی در نقد ترجمه قانون با اقرار به اینکه علم وضع قانون در ایران وجود ندارد، بر ترجمه قوانین اروپایی دو ایراد وارد کرد، یکی اینکه بسیاری از آنها مخالف شرع انور است و ایرانیان قطعاً تمکین نخواهند کرد، دوم اینکه برخی از کشورها سالهاست قانون دارند، اما ایرانیان شش هزار سال است که قانون ندارد و نمی توان آن قوانین با آن پیشینه تاریخی را در این سرزمین مجری کرد. به باور او ترجمه قوانین اروپایی مجوز شرعی و عرفی ندارد.

نتیجه گیری

چنانکه دیدیم در خصوص ویژگی‌های قانون تعریف قانون فایده قانون اهداف قانون و مسائل مهم مرتبط با این مفهوم روشنفکران نکات مهم و برجسته ارائه کردند که در زمان خود بسیار نوین بود. بنابراین می‌توان رویکرد روشنفکران را به چند نظر تقسیم کرد کسانی که مانند ملکم فقط به این اشاره کردند که باید احکام شرع را تبدیل به قانون کنیم، مستشارالدوله نیز به فرق شریعت و قانون و چگونگی تبدیل آن به این سخن گفت. بنابراین شالوده سخنان روشنفکران دغدغه قانون بود چنانچه می‌گفتند که بدون قانون کاری پیش نخواهد رفت. در خصوص فقیهان چنانکه دیدیم هر دو دست علما به زبان سنت و در آن فضا سخن می‌گفتند با این حال پاسخ و علمای مشروطه خواه به مخالفان در دستگاه سنت توجیهاتی داشت، می‌توان کوشش روشنفکران را در راستای تعریف قانون و روشن کردن ویژگی‌های آن دانست و تلاش مشروطه خواه را در راستای توجیه فلسفی قانونگذاری و ایجاد محملی برای آن توضیح اینکه ایرانیان از طریق نوشته‌های روشنفکران با مفهوم قانون آشنا شدند. اما نسبت آن با فقه دشوارترین بحث در خصوص قانون در ایران بود در جدال فقیهان مشخص و مورد بحث و بررسی قرار گرفت و در نتیجه تمامی اختلاف نظرها و نظرات هر یک باعث ورود مفهوم قانون در ایران شد به همین خاطر این دوره بسیار حائز اهمیت، به ویژه نسبت به مفاهیمی مانند قانون بوده است. مهم ترین پیشنهاد در این خصوص بازگشت به سنت و بازبینی کردن نظرات فقها و روشنفکران و استفاده از آن هاست چرا که بسیاری از مفاهیم نیازمند تامل در گذشته است که هنوز واکاوی نشده اند.

فهرست منابع

کتاب ها

- آبادیان، حسین، **بحران مشروطیت در ایران**، موسسه مطالعات و پژوهش های سیاسی، ۱۳۸۳
- آبادیان، حسین، **مفاهیم قدیم و اندیشه جدید**، انتشارات کویر، ۱۳۸۸
- آدمیت، فریدون، **اندیشه ترقی و حکومت قانون عصر سپهسالار**، انتشارات خوارزمی، ۱۳۸۵
- الگار، حامد، **میرزا ملکم خان**، ترجمه جهانگیر عظیمی و مجید تفرشی، سهامی انتشار، ۱۳۶۹
- ترکمان، محمد، **رسائل اعلامیه و مکتوبات و روزنامه شیخ شهید**، موسسه فرهنگی خدماتی رسا ۱۳۶۳
- زرگری نژاد، غلامحسین، **رسائل مشروطیت**، انتشارات کویر، ۱۳۷۷
- زیبا کلام، صادق، **سنت و مدرنیته**، انتشارات روزنه، ۱۳۷۴
- طالبوف، عبدالرحیم، **آزادی و سیاست**، به کوشش ایرج میرزا، انتشارات سحر، ۱۳۵۷
- طباطبایی، سید جواد، **حکومت قانون**، نشر ستوده، ۱۳۸۵
- مرادخانی، فردین، **خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران**، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۶
- فیرحی، داوود، **آستانه تجدید**، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۹۴
- مستشارالدوله، **یک کلمه**، به اهتمام علیرضا دولتشاهی، انتشارات بال، ۱۳۸۶
- ملکم، **مجموعه آثار میرزا ملکم خان**، به کوشش محیط طباطبایی، ناشر علمی، ۱۳۲۷
- ملکم خان، **رسائل ملکم**، به کوشش حجت الله اصیل، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۸۸
- ناظم الاسلام کرمانی، میرزا محمد، (۱۳۳۲)، **تاریخ بیداری ایرانیان**، تهران، کتابفروشی ابن سینا، ۱۳۳۲
- نورایی، فرشته، **تحقیق در افکار میرزا ملکم خان ناظم الدوله**، انتشارات فرانکلین، ۱۳۵۲

مقالات

- ابوالقاسمی دهاقانی، نرجس، ورعی، سید جواد، (۱۳۹۴)، **بررسی تطبیقی قانون گذاری در آرا شیخ فضل الله نوری و میرزای نائینی**، مجله فقه و اصول، ش ۱۰۳، صص ۵۵-۷۲
- دبیرنیا، علیرضا، جلیلی مراد، شجاعی، عبدالسعید، (۱۳۹۶)، **رویکرد دینی حاکمیت قانون در نظام مشروطه ایران**، مجله دین و قانون، ش ۱۵، صص ۹۹-۱۳۵
- فقیه لاریجانی، فرهنگ، فتحعلی زاده، آهنگر، مریم، (۱۳۸۵)، **نقدی بر نظریات دکتر طباطبایی پیرامون بنیان های مفهوم قانون نزد متفکران مشروطه**، مجله مطالعات جامعه شناختی، دوره ۲۳، ش ۴۸، صص ۳۰۴

پایان نامه

- آبادیان، حسین، **مبانی تئوریک مشروطه خواهی و مشروعیت خواهی**، پایان نامه کارشناسی ارشد تاریخ، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰، ص ۲۶۰.