



بازخوانی مفهوم قانون به عنوان منبع تولید قاعده‌ی حقوقی در اندیشه‌ی میرزا ملکم خان

پریسا اسدی^{۱*}، مرتضی شهبازی نیا^۲

۱. پژوهشگر پسادکتری، تاریخ حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. دانشیار، حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۲

تاریخ ارسال: ۱۴۰۳/۰۸/۳۰

چکیده

از نیمه‌ی دوم قرن نوزدهم میلادی و در سال‌های ابتدایی سلطنت ناصرالدین شاه قاجار، میرزا ملکم خان اصطلاح جدیدی را به ادبیات حقوقی ایران وارد کرد: «قانون»؛ اما آنچه ملکم خان قانون می‌نامید، با قانون به مثابه منبع حقوق مدرن صرفاً مشترک لفظی است و تفاوت‌های بنیادین دارد. لذا، تبیین مفهوم قانون در اندیشه‌ی او برای تفکیک آن از معنای امروزی خود اهمیت دوچندان می‌یابد. پژوهش حاضر در صدد است قانون برساخته‌ی ملکم خان را از یک سو در پرتو منابع حقوق معتبر در دوران قاجار، یعنی فرمان‌های شاه و قواعد فقهی و از سوی دیگر در مقایسه با مفهوم قانون در حقوق مدرن فرانسه مطالعه کند. این مطالعه قصد دارد نشان دهد ملکم خان با مطالبه‌ی قانون در پی ایجاد چه تحولی در منابع حقوق موجود بوده است و چه کاستی‌هایی در این منابع او را به سمت خواست منبع جدید سوق داده است. پژوهش با رویکرد تحلیلی-تبیینی و

E-mail: Assadi.p@outlook.com

* نویسنده مسئول مقاله:



Copyright© 2024, the Authors | Publishing Rights, ASPI. This open-access article is published under the terms of the Creative Commons Attribution- NonCommercial 4.0 International License which permits Share (copy and redistribute the material in any medium or format) and Adapt (remix, transform, and build upon the material) under the Attribution-NonCommercial terms



با روشی تاریخی نشان خواهد داد که ملکم خان خواهان قانونی است که توسط دولت وضع شود و بیانگر قواعد حقوقی عام باشد. در دیدگاه او، قانون به مثابه منبع انحصاری حقوق در درون مبانی حقوق سنتی جای می‌گیرد و به کار بردن اصطلاح قانون مساوی با «حاکمیت قانون» نیست. قانون او از نظر ماهوی سنتی و از نظر شکلی مدرن است.

کلیدواژه: میرزا ملکم خان، تاریخ حقوق، حقوق سنتی، حقوق مدرن.

۱. مقدمه

ایرانیان قرن نوزدهم میلادی را با جنگ با روسیه و قرن بیستم را با انقلاب مشروطیت آغاز کردند. آنچه این دو واقعه را به فاصله‌ی یک سده به یکدیگر پیوند می‌دهد، مفهومی است که به دنبال شکست در جنگ و در نتیجه‌ی علت‌یابی ضعف کشور در مقایسه با اروپا پدید آمد، به تدریج تحول و تکامل یافت و با انقلاب مشروطیت به ثمر نشست: «قانون».

میرزا ملکم خان ناظم‌الدوله در میانه‌ی قرن نوزدهم (نیمه‌ی اول قرن سیزدهم خورشیدی و نیمه‌ی دوم قرن سیزدهم هجری قمری) برای نخستین بار در زبان فارسی واژه‌ی قانون را در رساله‌ی «دفتر تنظیمات» به عنوان منبع حقوق به کار برد. اصطلاح «قانون» در ادبیات حقوقی امروز بر دو امر می‌تواند دلالت کند. از یک سو قانون ممکن است بر معنای حقیقی امروزین خود، یعنی مجموعه قواعد وضع‌شده توسط مجلس نمایندگان، دلالت مطابقی داشته باشد و یا به دلالت التزامی ذهن را به مفهوم «حاکمیت قانون» هدایت نماید. منظور از حاکمیت قانون نیز این است که قدرت عمومی به قواعد از پیش وضع‌شده محدود باشد (Favoreu, 2019:43). لیکن مقصود ملکم خان از اصطلاح قانون هیچ یک از این دو معنا نیست. از این رو، بررسی عناصر مؤلف آنچه که ملکم خان قانون می‌نامد، به منظور درک روشن چیرستی این مفهوم در اندیشه‌ی او اهمیت می‌یابد. به علاوه، واژه‌ی قانون در تاریخ حقوق ایران هرگز معنایی ثابت نداشته و معنای آن در



هر دوره‌ی زمانی تحول یافته است (فیرحی، ۱۳۹۹: ۱۱)؛ لذا مهم است که مفهومی که این واژه در هر دوره بر آن دلالت داشته است، به روشنی ترسیم گردد. این نکته که ملکم خان واردکننده‌ی اصطلاح قانون به ادبیات حقوقی ایران بوده است، اهمیت مطالعه‌ی مفهوم آن را در آثار او دو چندان می‌کند؛ زیرا چنین مطالعه‌ای می‌تواند نشان دهد که مفهوم قانون به مثابه منبع حقوق در نقطه‌ی آغاز چه فاصله‌ای با معنای مدرن و دموکراتیک خود داشته است.

از آنجا که ملکم خان برای نخستین بار خواستار افزودن منبعی به نام قانون به منابع حقوق شده است، یک پرسش بنیادین مطرح می‌گردد: وجود چه کاستی‌هایی در منابع حقوق سنتی باعث شد که او قانون را به عنوان منبع جدید حقوق مطالبه کند؟ در کنار این پرسش اصلی و در پرتو دو دلالت پیش‌گفته برای قانون، دو پرسش فرعی نیز قابل طرح است: آیا قانون ملکم خان قانونی مدرن است؟ آیا او در پی استقرار حاکمیت قانون بوده است؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها در این مقاله خواهیم کوشید مفهوم قانون را در اندیشه‌ی میرزا ملکم خان در پرتو شاخص‌های حقوق سنتی از یک سو و حقوق مدرن از سوی دیگر بررسی کنیم.

کالینگ‌وود روشی را در تحلیل متون تاریخی مطرح می‌کند که می‌تواند راهنمای ما در مطالعه‌ی مفهوم قانون نزد ملکم خان باشد. از نظر کالینگ‌وود برای درک منظور هر نویسنده باید دانست چه پرسشی در ذهن او مطرح بوده که متن موجود را در پاسخ به آن نوشته است. این پرسش ممکن است به صراحت در متن مطرح شده و یا به طور تلویحی از کلام نویسنده قابل برداشت باشد (Collingwood, 2010:55). بر همین اساس، در این مقاله به کمک رویکرد تحلیلی-تبیینی و با روشی تاریخی تحول مبنا و منبع قانون در حقوق فرانسه، یکی از اولین نظام‌های حقوقی مدرن و ایران مورد مطالعه‌ی تطبیقی قرار خواهد گرفت تا روشن شود ملکم خان بحث قانون را به مثابه منبع حقوق در مقام پاسخ به چه پرسشی مطرح کرده است. ترسیم پرسشی که او در ذهن داشته است، به درک چرایی شیوه‌ی ارائه‌ی پاسخ کمک خواهد کرد.



«دفتر تنظیمات» نخستین و می‌توان گفت مهم‌ترین اثر ملکم خان حول محور قانون است. محتوای سایر رساله‌های او کمابیش تأکید و تکرار همین مفهوم کلیدی مطرح شده در اثر نخست اوست. از سوی دیگر، ملکم خان در روزنامه‌ی «قانون» که سه دهه بعد از دفتر تنظیمات منتشر کرده، اصطلاحاتی به کار برده است که در رسائل او دیده نمی‌شود. «مجلس شورای ملی» از جمله‌ی این اصطلاحات است که شایسته‌ی بررسی و تحلیل می‌باشد. علاوه بر این، در روزنامه‌ی قانون است که ملکم خان با صراحت بیشتری موضع خود را درباره‌ی تطابق قانون با شرع مطرح می‌کند. از این رو، از میان آثار ملکم خان، دفتر تنظیمات و روزنامه‌ی قانون منابع اصلی این پژوهش را تشکیل خواهد داد.

پژوهش‌های بسیاری مفهوم قانون را در دوره‌ی پیشامشروطه به طور عام و در اندیشه‌ی ملکم خان به طور خاص بررسی کرده‌اند که به چند مورد اشاره می‌گردد. حامد الگار اثری را به زندگی، زمانه و فعالیت‌های ملکم خان اختصاص داده است (Algar, 1973). این اثر بیشتر جنبه‌ی بیوگرافی دارد و وقایع دوره‌ی ناصری را با محوریت ملکم خان روایت می‌کند. راسخ و بخشی زاده در مقاله‌ای تکوین نظریه‌ی سلطنت مطلقه منظم را در دوره‌ی پیشامشروطه بررسی کرده‌اند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۲) و در مقاله‌ای دیگر، به نسبت قانون با شرع نزد متفکران پیشامشروطه پرداخته‌اند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۳). زنده‌یاد داود فیرحی در آخرین اثرش با عنوان «مفهوم قانون در ایران معاصر: تحولات پیشامشروطه»، سیر تاریخی گذار از حکمرانی سنتی را از صفویه تا آستانه‌ی مشروطیت به رشته‌ی تحریر درآورده است (فیرحی، ۱۳۹۹). مقاله‌ی پیش رو با پژوهش‌های انجام‌شده از این نظر متفاوت است که در نظر دارد با رویکردی تطبیقی شباهت‌ها و تفاوت‌های مفهوم قانون ملکم خان را به عنوان منبع حقوق با مبانی حقوق سنتی و حقوق مدرن بررسی کند.

مبنای حقوق، یعنی نیرویی که الزام‌آوری قواعد حقوقی را توجیه می‌کند و منبع حقوق، یعنی ابزار بیان قواعد حقوقی، مؤلفه‌هایی هستند که نظام‌های حقوقی را از یکدیگر متمایز می‌کنند (شهابی، ۹۶: ۲۳). از این رو، به منظور مقایسه‌ی مفهوم قانون در آثار ملکم خان



با هر دو نظام حقوقی سنتی و مدرن، تلاش خواهیم کرد پس از برشمردن مبانی حقوق سنتی (۱) در دوره قاجار، جایگاه قانون را به عنوان منبع انحصاری حقوق مدرن (۲) بررسی کنیم.

۲. سلطنت و شریعت، مبانی حقوق سنتی

شناخت مبانی حقوق سنتی می‌تواند نسبت قانون مورد نظر ملوک خان را با این مبانی روشن کند. در حقوق سنتی ایران، هیچ رابطه‌ی حقوقی دوطرفه میان حاکمیت و مردم وجود نداشت؛ مردم رعیت و شاه راعی بود که از رعایا محافظت می‌کرد (Enayat, 2013:46). در چنین نظامی که از دیدگاه وبر به پاتریمونیالیسم تعبیر شده است، مفاهیمی چون امر عمومی، ملت، شهروند و دولت به معنای نماینده‌ی ملت وجود نداشت (Enayat, 2013:46)؛ بنابراین، نمی‌توان از حقوق عمومی سخن به میان آورد. در نتیجه، حضور یا عدم حضور دولت در یک رابطه‌ی حقوقی نمی‌تواند معیار دسته‌بندی روابط حقوقی پیشامشروطه باشد. با وجود این، با الهام از چنین معیاری، حقوق دوران قاجار را می‌توان مطالعه کرد. در واقع، در این دوره مردم عهده‌دار هیچ نقشی در اداره‌ی کشور نبودند و نقش آن‌ها به عنوان سوژه‌ی حقوق محدود می‌شد به روابط حقوقی فرد با سایر افراد جامعه. با این معیار، مبانی حقوق دوران پیشامشروطه از آن جهت که به اداره‌ی کشور مربوط می‌شد (۱-۲) یا به تنظیم روابط افراد (۲-۲)، می‌تواند دسته‌بندی گردد.

۲-۱. اراده شاه، مرجع اصلی اداره کشور

در دوران قاجار، دولت از شاه تفکیک‌پذیر نبود و هیچ تمایزی میان اداره‌ی کشور و بهره‌برداری از آن وجود نداشت (Avery, 1965:27). میان ممالک محروسه و اموال شخصی شاه هیچ تفاوتی نبود و او مطابق با میل خود آن‌ها را اداره و از آن‌ها بهره‌برداری می‌کرد. از این رو، امر حکمرانی کاملاً قائم به شخص شاه بود (Bakhash, 1971:141). بررسی شیوه‌ی اداره‌ی کشور توسط شاه می‌تواند خلأهای نظام حقوقی



سنتی را که ملکم خان در صدد رفع آن‌ها با قانون بود، نشان دهد. تصمیمات شاه عموماً به شکل فرمان‌های موردی (۲- ۱- ۱) صادر می‌شد. در مقاطعی نیز نهادهایی برای تولید قواعد عام (۲- ۱- ۲) تأسیس شد.

۲- ۱- ۱. فرمان‌های شاه، تصمیمات موردی و معطوف به امور عینی

در امور کشورداری، قدرت شاه نامحدود و اراده‌ی او لازم‌الرعايه بود (فیرحی، ۱۳۹۹: ۱۱۴). گستره‌ی اختیار شاه را می‌توان به «استبداد» تعبیر کرد؛ بدین معنا که شاه از قدرتی نامحدود برخوردار بود و هیچ معارضی برای اعمال قدرت او، جز محدودیت‌های مادی وجود نداشت (Katouzian, 2000:4). سلطنت حتی ورای شرع نیز قرار می‌گرفت (فیرحی، ۱۳۹۹: ۱۱۴)؛ چرا که هیچ نهاد شرعی برای کنترل قدرت شاه وجود نداشت (Katouzian, 2011:758). بررسی تصمیمات شاه که در جایگاه قانون قرار داشت، می‌تواند نشان دهد که ملکم خان خواستار جایگزینی چه امری با قانون بوده است. تصمیمات شاه عموماً از طریق «فرمان» اعلام می‌شد.

«فرمان» عنوان عامی است که به دستورهای رسمی و کتبی شاه اطلاق می‌شد (مستوفی، ۱۳۸۸: ۱۱۴). ملکم خان نخستین آثار خود را در خصوص قانون در آغاز نیمه‌ی دوم قرن نوزدهم نوشته است؛ بنابراین بررسی ویژگی‌های فرمان‌های دو شاه قاجار^۱ که در نیمه‌ی اول این قرن حکومت کرده‌اند، می‌تواند نشان دهد که چه کاستی‌هایی ممکن بود ملکم خان را وادار به مطالبه‌ی قانون کند.

تعدادی از فرمان‌های شاهان قاجار در نیمه‌ی اول قرن نوزدهم در قالب یک مجموعه (فراستی، ۱۳۷۲) و چند مقاله (اصیلی، ۱۳۸۱؛ سام، ۱۳۹۳) انتشار یافته است و شماری نیز در میان اسناد منتشرشده یافت می‌شود (اصفهانیان، ۱۳۸۵). این فرمان‌ها در مجموع شامل ۹۳ مورد می‌شود و می‌تواند مبنای مطالعه‌ی ویژگی‌های مشترک آن‌ها قرار گیرد.

۱. فتحعلی شاه (۱۸۳۴-۱۷۹۷ م / ۱۲۵۰-۱۲۱۲ ه.ق.) و محمد شاه (۱۸۴۸-۱۸۳۴ م / ۱۲۶۴-۱۲۵۰ ه.ق.).



از میان ۹۳ فرمان، ۴۵ فرمان محتوای مالی دارد، اعم از اخذ مالیات، استیفای طلب یا اعطای وام یا تیول؛ ۱۷ فرمان به عزل و نصب و یا اعطای نشان مربوط می‌شود؛ ۲۱ فرمان به مسائل اداری می‌پردازد و ۱۰ فرمان جنبه‌ی نظامی دارد. تمام فرمان‌ها به مسائلی می‌پردازند که پس از وقوع به طور جزئی و موردی مطرح شده و شاه درباره‌ی هریک تصمیم جداگانه اتخاذ کرده است. هر فرمان خطاب به شخص خاصی صادر شده که مأمور اجرای آن است و یا به سمتی منصوب می‌گردد.

بدین ترتیب، فرمان‌های شاه عمدتاً ناظر به اعمال حاکمیتی و ویژگی بارز آن‌ها این بود که مقید به فرد خاص بود و با یک بار انجام شدن از بین می‌رفت. لذا می‌توان گفت که کاستی مهم در روش اداره‌ی کشور این بود که فرمان‌های شاه معمولاً به طور موردی و برای حل و فصل فرد به فرد امور حادث در گذشته اتخاذ و قواعد عام معطوف به آینده کمتر وضع می‌شد. لذا ممکن نبود که امور طبق قاعده‌ی عامی اداره شود که به طور پیشینی و معطوف به آینده وضع شده و بر تمام موارد مشابه قابل اعمال باشد. نتیجه‌ی مهم موردی بودن فرمان‌ها، پیش‌بینی پذیر نبودن آن‌ها بود؛ به طوری که ممکن بود فرمان‌های متفاوت در موقعیت‌های یکسان صادر شود. این امر بی‌نظمی در اداره‌ی کشور را در پی داشت و مانع استقرار یک نظام حقوقی منسجم می‌شد. در دوران ناصری تلاش شد نهادهایی برای تولید قواعد عام تأسیس شود.

۲-۱-۲. تأسیس نهادهای تولید قواعد عام، تجربه‌ای نافرجام

در نیمه‌ی دوم قرن نوزدهم، نهادهایی برای تهیه‌ی مجموعه مقرراتی که قانون نامیده می‌شد، تأسیس گردید. مطالعه‌ی چگونگی کارکرد این نهادها می‌تواند روشن کند که آنچه قانون نام گرفته بود چه ویژگی‌هایی داشت و هدف از آن چه بود.

در سال ۱۲۷۶ ه.ق. (۱۸۵۹ م) نهادی با عنوان «مجلس شورای دولتی» متشکل از شش وزیر و پنج عضو دیگر، هر یازده عضو منتخب شاه، تأسیس گردید. این مجلس صرفاً جنبه‌ی مشورتی داشت؛ وظیفه‌ی آن اظهار نظر در خصوص امور مهم مملکت و اتخاذ



تصمیم نهایی با شخص شاه بود (روزنامه وقایع اتفاقیه، ۱۳۷۳: ش ۴۵۰، ۲). مخبرالسلطنه هدایت معتقد است که انگیزه‌ی اصلی از تأسیس این مجلس این بوده است که برای افرادی که به پست وزارت نرسیده بودند، اشتغالی ایجاد شود (هدایت، ۸۴). حتی اگر نتوان این امر را انگیزه‌ی اصلی دانست، به نظر می‌رسد تنها سودمندی مجلس شورای دولتی همین مورد بوده است؛ چرا که از پویایی این نهاد، حتی در سطح مشورتی و تصمیمات احتمالی اتخاذ شده و تأثیرگذاری آن در تصمیمات شاه گزارشی در منابع مربوط دیده نمی‌شود. بعد از مجلس شورای دولتی، نهاد مشورتی دیگری نیز تأسیس شد.

چند ماه پس از تشکیل مجلس شورای دولتی نهاد جدیدی با عنوان «مصلحت‌خانه» متشکل از بیست‌وپنج نفر منصوب شاه تأسیس گردید (اعتمادالسلطنه، ۱۳۴۱). مصلحت‌خانه نیز مانند مجلس مذکور جنبه‌ی مشورتی داشت و تصمیمات آن پس از تأیید شاه رسمیت می‌یافت. عملکرد این دو نهاد بدین شکل بود که ابتدا مصلحت‌خانه قانون پیشنهادی را به شاه ارائه و او پس از کسب نظر مجلس شورای دولتی تصمیم نهایی را اتخاذ می‌کرد (روزنامه وقایع اتفاقیه، ۱۳۷۳: ش ۴۵۲، ۳). وظایف مصلحت‌خانه در «کتابچه»‌ای که به تأیید شاه رسیده بود، درج و در روزنامه‌ی دولتی منتشر گردید. بر اساس این کتابچه که آن را می‌توان معادل دستورالعمل اجرایی دانست، این نهاد از دخالت در امور سیاسی مگر با اجازه‌ی شاه ممنوع بود. مصلحت‌خانه می‌توانست در امور داخلی مانند تجارت، کشاورزی، علوم، مسائل عمرانی و مالی اظهار نظر کند. در عرض این موارد عبارت «وضع قوانین ممدوحه» نیز در کتابچه آمده بود (روزنامه وقایع اتفاقیه، ۱۳۷۳: ش ۴۵۲، ۳).

به نظر می‌رسد در کتابچه‌ی مذکور اصطلاح قانون در معنای روشنی به کار نرفته است و مقصود از آن واضح نیست. انشای متن به گونه‌ای است که گویی قانون امری است هم‌عرض تجارت و زراعت و نه مجموعه قواعدی برای تنظیم این حوزه‌ها. همچنین روشن نشده است که قانون در چه موضوعاتی باید وضع گردد. با این حال، کتابچه‌ی مذکور یکی از اولین متون رسمی است که اصطلاح قانون در آن به کار رفته است. تأسیس



مصلحت‌خانه و تدوین کتابچه‌ی آن را می‌توان نخستین گام عملی در شکل‌گیری مفهوم قانون دانست. این مفهوم توسط خود مصلحت‌خانه در معنای روشن‌تری به کار گرفته شده است.

مصلحت‌خانه در بدو تأسیس مجموعه قواعدی را تحت عنوان «قانون بر مشورت مجلس» تصویب کرد. این قانون بیست‌وپنج ماده‌ای چگونگی اداره‌ی جلسات و نحوه‌ی تصمیم‌گیری را معین می‌کرد.^۲ این مقررات را که مصلحت‌خانه برای اجرای وظایف خود وضع و قانون نامیده بود، می‌توان نوعی آیین‌نامه‌ی داخلی نامید. نکته‌ی مهم این است که این مقررات شامل قواعد عام و ناظر به آینده بود؛ امری که در نظام حکمرانی سنتی نوآورانه قلمداد می‌گردد. در مقررات مذکور «در باب شرایط احداث قانون» پیش‌بینی شده بود که «هر طرحی که به حکم مجلس قبول شد رئیس مجلس قبول آن را اعلام می‌نماید. اعلیحضرت شاهنشاهی در رد و قبول طرح مزبور کاملاً مختار هستند» (آدمیت و ناطق، ۱۳۵۶: ۱۹۴-۱۹۵). از خلال این ماده می‌توان گفت که اعضای مصلحت‌خانه به تعریفی از قانون رسیده بودند که عبارت بود از مجموعه قواعدی که حوزه‌ی مشخصی را تنظیم کند و به تأیید شاه رسیده باشد.

تأسیس مجلس شورای دولتی و مصلحت‌خانه را می‌توان نخستین گام به سوی تدوین قانون به معنای مجموعه قواعد عام معطوف به آینده دانست. لیکن این رویه تداوم نیافت و دیری نپایید که اثری از هیچ یک از دو نهاد باقی نماند (آدمیت و ناطق، ۱۳۵۶: ۱۹۵-۱۹۴). با وجود این، تلاش برای تأسیس نهاد مشورتی پس از چند سال مجدداً احیا شد. از سال ۱۲۸۷ هـ ق (۱۸۷۱ م) و در زمان صدارت میرزا حسین خان سپهسالار تا پایان سلطنت ناصرالدین شاه (۱۳۱۳ هـ ق. / ۱۸۹۶ م) نهادهای مشورتی مشابهی با نام‌های مختلفی چون مجلس دربار اعظم، دارالشورای کبری و مجلس شورای دولتی تأسیس

۲. برای متن این قانون نک (آدمیت و هما ناطق، ۱۳۵۶: ۱۹۵-۱۹۱)



گردید.^۳ این نهادها نیز همچون دو مجلس فوق‌الذکر از وزرا و دیگر منصوبین شاه تشکیل می‌شدند و وظیفه‌ی آن‌ها ارائه‌ی طرح‌های قانونی به شاه برای تصویب نهایی بود. اگرچه در این برهه‌ی زمانی همواره یک مجلس مشورتی به اسم وجود داشت، اما فعالیت ثمربخشی از آن بر جای نمانده است و به جز وضع قوانینی که یا اجرا نشده یا به مدت کوتاهی اجرا شده، کارایی دیگری نداشته است (آدمیت، ۱۳۵۶: ۱۷۳)؛ بنابراین، درست است که شاه در راستای اصلاح شیوه‌ی اداره‌ی کشور نهادهایی برای وضع قواعد عام تأسیس کرد، اما آن نهادها کارآمد ظاهر نشد و اگرچه کاملاً از بین نرفت، اما راکد ماند. بدین گونه، نهادهای تازه تأسیس نتوانست در درون حقوق سنتی و با حفظ مبنای آن منبعی جدید برای به نظم در آوردن طرق اعلام اراده‌ی شاه به وجود آورد. علت آن را می‌توان این طور بیان کرد که نه شاه و نه اعضای مجالس برای قدرت یافتن آن نهادها عزم جدی نداشتند (Bakhash, 1978:186). در نتیجه نهادهای مذکور، هرچند مشورتی، در نظام حقوق سنتی جایی پیدا نکرد. در این نظام، شرع مرجع تنظیم روابط حقوقی افراد بود.

۲-۲. شرع، مرجع اصلی تنظیم روابط حقوقی افراد

نظام قضایی دوره‌ی قاجار نظامی دوگانه بود. این نظام که میراثی بود از دوران صفویه، از دو نوع محکمه تشکیل می‌شد: محاکم شرع و محاکم عرف. اگرچه تمایز دقیقی میان صلاحیت آن‌ها وجود نداشت، محاکم شرع (۲-۲-۱) نوعاً به امور مدنی و محاکم عرف (۲-۲-۲) به امور جزایی رسیدگی می‌کردند.

۲-۲-۱. محاکم شرع، قلمرو علما

در محاکم شرع، علما بر اساس منابع فقهی معمولاً به حل و فصل دعاوی مدنی و رسیدگی به امور حسبی می‌پرداختند. به طور سنتی، مردم در هنگام بروز اختلاف به فقها و

۳. برای اطلاعات درباره‌ی این نهادها نک (Bakhash, 1978: 133-204)



مجتهدین مراجعه و در محضر آن‌ها دعاوی خود را مطرح می‌کردند. به همین علت، محلی که علما مردم را می‌پذیرفتند به «محضر» شهرت یافت (Floor, 1392: 113). به تدریج برای رسیدگی فقها به امور حقوقی، نهادهایی رسمی تأسیس شد به نام «دارالشرع» (سلیمانی، ۱۳۹۲: ۲۱۲). علاوه بر رسیدگی به دعاوی، معاملات و تنظیم اسناد نیز در این نهادها انجام می‌شد. درواقع محضر و دارالشرع هردو جایگاه دادگاه و دفتر اسناد رسمی را هم‌زمان دارا بودند. به طور کلی، مرجع نخستین مردم برای تنظیم روابط حقوقی، محاکم شرع بودند (Floor, 1392: 114). با توجه به قابلیت‌های فقه در استنباط احکام و وجود منابع تدوین‌شده حاوی احکام فقهی ناظر به عقود، معاملات و امور حسبی از یک سو و وجود روابط حقوقی نه‌چندان پیچیده میان مردم از سوی دیگر، به نظر می‌رسد محاکم شرع در آن زمان برای رفع نیازهای حقوقی مردم در حوزه‌ی حقوق خصوصی کارایی لازم را دارا بوده‌اند. با این حال، عملکرد این محاکم خالی از کاستی نبود.

برای رسیدگی به دعاوی، طرفین دعوی شخصاً فقیه‌ی را انتخاب و به او در مقام قاضی مراجعه می‌کردند (Floor, 1392: 113). رأی به محض صدور قطعی و لازم‌الاجرا می‌بود و امکان درخواست تجدیدنظر وجود نداشت (Enayat, 2013: 31). مع‌ذلک، در این نظام حقوقی قاعده‌ای مشابه اعتبار امر مختومه وجود نداشت؛ هر دعوی ممکن بود نزد قضات مختلف مطرح گردد که می‌توانست منجر به صدور چند رأی مختلف برای یک دعوی گردد (Enayat, 2013: 31). در فرضی که دو رأی متناقض یکی توسط مجتهد و دیگری توسط فقیه پایین‌مرتبه‌تر صادر می‌شد، رأی مجتهد لازم‌الاتباع بود. لیکن در صورتی که هر دو قاضی فقیه یا مجتهد هم‌رتبه بودند، هر دو رأی معتبر بود و به آن‌ها «ناسخ و منسوخ» گفته می‌شد. اگرچه وجود ناسخ و منسوخ جلوه‌ای از انعطاف‌پذیری نظام قضایی دانسته شده است، دعاوی در چنین نظامی ممکن بود تا سال‌ها مفتوح و بالتکلیف باقی بماند. این امر نقطه‌ضعف اصلی محاکم شرع محسوب می‌شد؛ چرا که ثبات و پیش‌بینی‌پذیری آراء لازمه‌ی تنظیم روابط حقوقی، خصوصاً میان تجار بود و آراء این محاکم دارای این اوصاف نبود (Enayat, 2013: 31). عدم پیش‌بینی‌پذیری در محاکم



عرف بارزتر بود.

۲-۲-۲. محاکم عرف، قلمرو دیوان‌خانه‌های دولتی

پیش از پرداختن به حوزه‌ی صلاحیت محاکم عرف، تشریح اصطلاح «عرف» و معنای آن در این محاکم ضروری به نظر می‌رسد. عرف در اصطلاح حقوقی امروز عبارت است از «تکرار عمل از طرف اکثر یا تمام افراد یک گروه» (لنگرودی، ۱۳۴۶: ۴۴۸). بر این اساس، عرف به معنای امروزی می‌تواند منبع مشخصی را بنا نهد که حاوی مجموعه‌ای از قواعد الزام‌آور نانوشته باشد. برعکس، در دوران پیشامشروطه اصطلاح عرف لزوماً همیشه با چنین معنایی مطابق نبوده است و از نابهنگامی در دریافت معنای آن باید پرهیز شود. اصطلاح عرف در آن سنت که نسبت به کاربرد امروزی آن شمول معنایی دارد، در برابر شرع به کار می‌رفت و به هر امری اطلاق می‌شد که ریشه در شرع نداشت (Kondo, 2107: 23). عرف محدود به رفتارهای پرتکرار مستمر نبود؛ هرچند ممکن بود چنین رفتارهایی نیز از مصادیق آن باشد. محاکم عرف از آن جهت به این نام شهرت یافته‌اند که توسط علمای شرع اداره نمی‌شدند؛ این بدان معنا نیست که در این محاکم مجموعه قواعد معینی که ریشه در رویه‌های مستمر و پرتکرار داشته حاکم بوده است. توجه به معنای اصطلاح عرف در دریافت شیوه‌ی عملکرد محاکم عرف اهمیت ویژه‌ای دارد؛ چرا که نباید تصور شود که در این محاکم لزوماً به رویه‌ی جامعه مراجعه می‌شده است (Kondo, 2107:23).

بنابراین، وجه تمایز عمده‌ی محاکم شرع و محاکم عرف تسلط علما بر محاکم شرع و تعلق محاکم عرف به متولیان حکومت و در رأس آن‌ها شاه بود. این محاکم توسط حاکمان ولایات و دیوان‌بیگی‌ها اداره می‌شد و علمای شرع نقش مستقیمی در آن‌ها نداشتند. با این حال، باید توجه داشت که در محاکم عرف نیز هرکجا که قواعد شرع در موضوع مطروحه حکم صریحی داشت، این قواعد اجرا می‌شد. لیکن در عمده موارد احکام بر اساس اراده و میل قاضی صادر می‌شد (Kondo, 2107:24).



محاكم عرف كه به ديوان‌خانه شناخته و توسط ديوان‌بيگي‌ها اداره مي‌شد، عمدتاً به محاكمه‌ي مجرمين و اعمال كيفر مي‌پرداختند (Floor, 1992:121). وجه تمايز عمده‌ي محاكم شرع و محاكم عرف تسلط علما بر محاكم شرع و تعلق محاكم عرف به متوليان حكومت و در رأس آن‌ها شاه بود اين محاكم توسط حاكمان ولايات و ديوان‌بيگي‌ها اداره مي‌شد و علماي شرع نقش مستقيمي در آن‌ها نداشتند. با اين حال، بايد توجه داشت كه در محاكم عرف نيز هر كجا كه قواعد شرع در موضوع مطروحه حكم صريحي داشت، اين قواعد اجرا مي‌شد. ليكن در عمده موارد احكام بر اساس اراده و ميل قاضي صادر مي‌شد (Kondo, 2107:24).

نحوه‌ي عملکرد محاكم عرف را در پرتو اصل قانوني بودن جرائم و كيفرها روشن‌تر مي‌توان بررسي كرد. بر اساس اين اصل، هيچ فعل يا ترك فعلي قابل كيفر نيست، مگر آن كه كيفري پيش از ارتكاب براي آن معين شده باشد (اردبيلي، ۱۴۰۱: ۳۵). چنين اصلي در رويه‌ي محاكم عرف به هيچ وجه رعايت نمي‌شد. بر خلاف محاكم شرع كه در آن‌ها منبع رسيدگي به دعاوي احكام مندرج در كتب فقهی بود، در محاكم عرف نه تنها مجموعه قواعد مدوني براي صدور احكام وجود نداشت، هيچ منبع مشخص ديگري نيز براي تعيين هيچ يك از رفتارهاي مجرمانه، نوع كيفر و ميزان آن يافت نمي‌شد (Malcolm, 1815:429). مجرم فردي نبود كه مرتكب رفتاري شده باشد كه قانوني براي آن كيفر تعيين كرده باشد؛ بلكه مجرم هر شخصي بود كه مرتكب رفتاري شده باشد كه خوشايند شاه يا حاكم ولايت نبوده باشد (Enayat, 2013:33). كيفرها را نيز شاه يا حاكمان طبق ميل خود براي هر شخص تعيين مي‌كردند و هيچ منبعي از قبل مشخص نمي‌كرد كه چه رفتاري جرم است و كيفر آن چيست؛ بنابراين ممكن بود براي رفتارهاي مشابه اشخاص متعدد واكنش‌ها و كيفرهاي مختلفي از سوي حاكمان اعمال شود (Kondo, 2017:53). اين وضعيت تا طلوع مشروطيت به همين منوال باقي ماند. اگرچه در طول دوران قرن نوزدهم در مقاطعي اقداماتي براي اصلاح و نظام‌مند كردن ديوان‌خانه‌ها انجام شد، اما تمام اين اقدامات ناظر بر اصول محاكمات و مقررات شكلي طرح دعاوي و رسيدگي به



آن‌ها بود و شامل تدوین قواعد عام ماهوی نمی‌شد.^۴

بدین ترتیب، مبنای حقوق سنتی در دوره‌ی قاجار کثرت‌گرا و بر دوگانه‌ی سلطنت و شریعت استوار بود (فیرحی، ۱۳۹۹: ۷۰). فرمان‌های شاه و کتب فقهی منابعی بود برای بیان اراده‌ی دو مبنای یادشده. فرمان‌های شاهی دستورهای موردی و ناظر به امور عینی حادث در گذشته بود. احکام فقهی نیز توسط علما که مراجعی مستقل از حکومت بودند، در منابع مختلف بیان شده بود. در برخی حیطه‌ها، مانند حقوق جزا اساساً قاعده‌ای وجود نداشت و خودسری متولیان امر حاکم بود. خواسته‌ی ملکم خان قانون به عنوان منبع انحصاری حقوق بود.

۳. قانون، منبع انحصاری حقوق مدرن

از سال‌های پایانی قرن پانزدهم میلادی، اروپا وارد عصر مدرن شد. مدرنیته حاصل روندی بود که سبب گسست جامعه از سنت گردید. سنت به مجموعه‌ای از رفتارهایی تعریف شده است که مقدس و دارای ارزش ذاتی فرض می‌شود و مردم خود را وادار به تکرار آن بدون سؤال می‌دانند (Wallech, 2013:372). به دنبال پیشرفت‌های علمی در قرن هجدهم و به ویژه پیشرفت‌های حاصل‌شده با فیزیک نیوتنی، اندیشه‌ای که تسلط پیدا کرد این بود که جهان با قوانین علمی اداره می‌شود و در نتیجه هیچ چیز برای خرد انسانی غیرقابل شناخت و تجربه نخواهد بود (Carbasse, 2021:99). به همین علت قرن هجدهم به عصر روشنگری خرد (در برابر تاریک‌اندیشی) شناخته می‌شود.

مهم‌ترین شاخص متمایزکننده‌ی عصر مدرن از دنیای سنتی این است که متون دینی به عنوان ابزار شناخت کنار رفت و عقل تجربی، یعنی کشف علل پدیده‌ها با مشاهده و روش‌های تجربی، به اصلی‌ترین ابزار شناخت تبدیل شد (ملکیان، ۱۳۷۸: جلسه ۲، ۳). تکیه بر تجربه‌های علمی که به شناخت پدیده‌های پیرامون و پیش‌بینی پدیده‌های آینده

۴. درباره‌ی این اصلاحات نک. (Enayat, 2013: 39-43)



منجر می‌شد، راه را بر تحول نظام اجتماعی و ورود آن به مدرنیته‌ای گشود که قبل از هر چیز خرد را ارزش بنیادین می‌دانست (Chevallier, 1998:659).

از بین ویژگی‌های دوران مدرن، چهار ویژگی از همه شاخص‌تر است. نخستین ویژگی این است که ابزار شناخت در انحصار علم تجربی قرار گرفت. یاری جستن از علوم تجربی برای تبیین، پیش‌بینی و مهار پدیده‌ها به پدید آمدن ویژگی دوم، یعنی رشد علوم عملی و تکنولوژی منجر گردید. گسترش تکنولوژی به نوبه‌ی خود ظهور صنعت، به معنای تجسم مادی علوم عملی را در پی آورد که سومین ویژگی بارز دوران مدرن است. برآیند سه ویژگی اول، ویژگی چهارم، یعنی ارتقاء بی‌سابقه‌ی سطح مادی زندگی را به دنبال داشت (ملکیان، ۱۳۷۸: جلسه ۲، ۳).

مدرنیته جهان جدیدی ساخته بود که نظام حقوقی سنتی پاسخگوی نیازهای آن نبود. پیش‌بینی پذیر شدن پدیده‌های طبیعی نیاز به پیش‌بینی پذیر کردن رفتارهای انسانی را پدید آورده بود. در نتیجه حقوق سنتی نیز متحول و با حقوق مدرن جایگزین شد. در واقع حقوق مدرن، خود زاینده‌ی مدرنیته است و در عین حال آن را تأمین و تضمین می‌کند (راسخ، ۱۳۸۶: ۳). ملکم خان اروپا و به خصوص فرانسه را در وضعیت اخیر خود مشاهده کرده بود. چند سال اقامت و تحصیل در فرانسه می‌تواند این ایده را تقویت کند که دریافت او از مدرنیته مبتنی بر وضعیت این کشور بوده است. از سوی دیگر، در مطالعات مربوط به تاریخ ایران، ملکم خان به عنوان شخصیتی تحت تأثیر اندیشه‌های عصر روشنگری شناخته شده است (آدمیت، ۱۳۴۰: ۹۸). بر همین اساس، ویژگی‌های حقوق مدرن در فرانسه می‌تواند سنجه‌ی مناسبی برای بررسی افکار ملکم خان باشد. به نظر می‌رسد هم‌زمانی وجود حقوق مدرن و پیشرفت‌های مادی ملکم خان را واداشته بود



چنین بیندارد که وجود نظام حقوقی مدرن بنیان پیشرفت‌های مادی است.^۵ در حالی که همان‌طور که دیدیم، این حقوق مدرن بود که از اساس در پیشرفت‌های مادی حاصل از تفوق علوم تجربی در دوران مدرن ریشه داشت. همین امر می‌تواند به تبیین تفاوت‌های موجود میان نظام حقوقی مدرن در فرانسه (۳-۱) و نظام حقوقی مطلوب ملکم خان (۳-۲) کمک کند.

۳-۱. شاخص‌های نظام حقوقی مدرن در فرانسه

با ورود مدرنیته به تمام عرصه‌های زندگی، نظام حقوقی نیز لاجرم روند مدرنیزاسیون را طی کرد. طبق توصیف وبر از مدرنیته، روند عمومی خردگرایی چهار عرصه‌ی مهم زندگی، یعنی صنعت، اقتصاد، فرهنگ و سیاست را در بر می‌گیرد (Chevallier, 1998:3). بر اساس تعریف وبر، در عرصه‌ی سیاست خردگرایی عبارت است از برقراری دولتی که در آن مشروعیت قدرت ناشی از خرد و قانون باشد؛ چنین دولتی در چهارچوب قواعد از پیش تعیین‌شده و دیوان‌سالاری منظم عمل می‌کند (Chevallier, 1998:3). طبق این تعریف، نظام حقوقی مدرن دارای شاخص‌های ماهوی (۳-۱-۱) و شکلی (۳-۱-۲) ویژه‌ای است که آن را از نظام حقوقی سنتی تفکیک می‌کند.

۳-۱-۱. خردگرایی، شاخص ماهوی حقوق مدرن (مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی)
مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی مهم‌ترین مؤلفه‌ای است که نظام‌های حقوقی را از یکدیگر متمایز می‌کند؛ به طوری که با تغییر مبنا، ماهیت یک نظام حقوقی دگرگون می‌گردد (شهابی، ۹۶: ۵۹). همین تحول در مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی بود که نظام حقوقی سنتی در فرانسه را به سوی نظام حقوقی مدرن سوق داد.

۵. «نظم و آسایش و آبادی و بزرگی و جمیع ترقیات یورپ از حسن ترتیب این دستگاه [دیوان] است. (...) در اختراعات صنایع، هر قدر که از ملل فرنگ عقب افتاده ایم، در این فقره ترتیب دستگاه دیوان صد مرتبه بیشتر غافل و دور مانده ایم.» (ناظم الدوله، ۱۳۸۱: ۲۹).



حقوق سنتی در فرانسه بر پایه‌ی ایده‌ی الهی بودن سلطنت استوار بود. شاه منتخب مستقیم خدا شمرده می‌شد و قدرت خود را بدون واسطه‌ی کلیسا یا مردم از خدا کسب می‌کرد (Raynal, 2006:73). این ایده ریشه در بیانات حواری پل داشت که طبق آن هیچ قدرتی جز خدا وجود نداشت و هر شخصی که در هر زمان یا مکانی قدرت را در دست داشت، آن را از خدا گرفته بود و از سوی او اعمال می‌کرد؛ بدین ترتیب، شاه نماینده‌ی خدا روی زمین دانسته می‌شد. از سوی دیگر، هیچ قدرتی توانایی نظارت بر شاه و شیوه‌ی اجرای مأموریتی که از جانب خدا اعطا شده بود را نداشت (Bart, 2002:46-47). ایده‌ی سلطنت الهی در قرن هفدهم تقویت و توسط بوسوئه، الهی‌دان فرانسوی، تئوریزه شد.

طبق تئوری بوسوئه جایگاه شاه با جایگاه خدا برابر بود و در نتیجه هر مخالفتی با شاه در حکم دشمنی با خدا بود. در نظام حقوقی مبتنی بر تئوری بوسوئه، به محض جلوس شاه بر تخت، مردم از آن پس جز آسودن تحت اقتدار او دیگر هیچ تکلیفی نداشتند (Bart, 2002:46-47). در سلطنت الهی، شاه واضع قانون و در وضع هر قانونی کاملاً آزاد بود. او خود بالاتر از قانون قرار می‌گرفت و ملزم به رعایت آن نبود (Ellul, 2014:56). بدین ترتیب، مبنای الزام‌آوری قواعد، اراده‌ی شاهی بود که برگزیده‌ی مستقیم خدا محسوب می‌شد^۶. مدرن شدن زندگی در اروپا به طور طبیعی منجر به سر برآوردن حقوق مدرن شد. در واقع حقوق مدرن نتیجه‌ی تحولات ناشی از مدرنیته‌ای بود که زندگی انسان را متحول کرده بود (راسخ، ۱۳۸۶: ۴). در عرصه‌ی حقوق نیز به تدریج منشأ اعتبار قواعد حقوقی بر پایه‌ی خردورزی استوار شد.

اگرچه طبق تئوری، شاه جانشین خدا بر روی زمین محسوب می‌شد، در عمل تا پیش از عصر مدرن قدرت مطلق در اختیار شاه نبود و میان سه رقیب، یعنی کلیسا، فئودالیت

۶. باید توجه داشت که قدرت شاه بدون نظارت بود، اما نامحدود نبود و به قواعد بنیادین سلطنت محدود می‌شد که نانوشته بود اما در طول قرن‌ها استقرار و استحکام یافته بود. نک. (Ellul, 2014: 174-176).



و سلطنت تقسیم می‌شد (Bart, 2002:46). آغاز مدرنیته مصادف بود با پیروزی تدریجی سلطنت بر دو رقیب دیگر. در نتیجه قدرت سیاسی به طور انحصاری در اختیار شاه قرار گرفت و سلطنت مطلقه پدیدار گردید (راسخ، ۱۳۸۶: ۳). نکته‌ای که پر اهمیت به نظر می‌رسد این است که مفهوم سلطنت مطلقه در نفی نظام فئودالیت و نیز نفی دخالت کلیسا در قدرت شکل گرفت و یکی از ارکان مدرنیته‌ی سیاسی بود. از سوی دیگر، اگرچه شاه انحصار قانون‌گذاری را در دست گرفت و همچنان به الهی بودن نیز متصف بود، سلطنت او سلطنتی بود مبتنی بر خردورزی. شاه در پیش‌درآمد هر قانونی که وضع می‌کرد، انگیزه و عوامل موجه آن قانون را توضیح می‌داد و روشن می‌کرد که به چه عللی وجود چنان قانونی ضروری بود؛ این‌چنین تطابق قوانین با خرد توجیه می‌گردید تا همه به مناسبت آن‌ها پی ببرند و از آن‌ها اطاعت کنند (Ferreira, 2019:27). در قرن هجدهم، الهی بودن سلطنت زیر سؤال رفت؛ چرا که خرد نمی‌توانست مقدس بودن شاه را بپذیرد (Carbasse, 2021:99).

انقلاب کبیر ۱۷۸۹ فرانسه نقطه‌ی عطف روند خردگرایی به عنوان مسیر عبور از حقوق سنتی به حقوق مدرن بود. تحول اصلی که با انقلاب رخ داد این بود که متون مقدس دیگر نمی‌توانست مبنای اعتبار قواعد باشد. از آن پس، تنها نظام حقوقی معتبر نظامی بود که بر خرد انسانی مبتنی باشد (Frydman, 1998:15). در خصوص منشأ اعتبار قواعد، نظام حقوقی سر برآورده از انقلاب بازتاب افکار ژان ژاک روسو بود. از نظر او تنها مبنای اعتبار قواعد حقوقی مطابقت آن با اراده‌ی عمومی، یعنی اراده‌ی اعلامی مردم در خصوص امری عمومی است و هیچ مرجعی نمی‌تواند بالاتر از این اراده قرار گیرد (Rousseau, 46). این نظریه در ماده‌ی ۳ اعلامیه‌ی حقوق بشر و شهروند فرانسه مصوب ۲۶ اوت ۱۷۸۹ متجلی و اراده‌ی عمومی به عنوان تنها منشأ الزام‌آوری قواعد



حقوقی به رسمیت شناخته شد.^۷ بدین ترتیب، حاکمیت ملی جایگزین حکومت شخصی شاه گردید، مفهوم اراده‌ی ملی جای مفهوم حق الهی سلطنت را گرفت و خرد انسانی که در اراده‌ی عمومی متجلی می‌شد، به مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی تبدیل شد. نتیجه‌ی چنین روندی این بود که اراده‌ی فردی شاه و متون مقدس هر دو از ساحت مبنای حقوق خارج و با خردگرایی جایگزین شدند (Ellul, 2014:148).

ملاحظه می‌شود که خردگرایی روندی بود تدریجی. در ابتدای عصر مدرن اصل بر حکومت احکام الهی بود و قانون‌گذاری شاه صرفاً در موارد ضروری پذیرفتنی می‌شد. لیکن به مرور زمان خردگرایی نقش پررنگ‌تری در تنظیم زندگی اجتماعی پیدا کرد. لازمه‌ی خردگرایی این بود که بار اثبات صدق و درستی هر نظر تنها بر دوش مبانی و دلایل عقلی قرار گیرد و دیگر هیچ نظری به اعتبار گوینده‌ی آن درست فرض نمی‌شد؛ بنابراین، تقدس متون دینی سنتی و اعتقاد بر الهی بودن سلطنت نمی‌توانست موجب شود که اراده‌ی تشریعی الهی به مثابه منشأ اعتبار قاعده‌ی حقوقی معتبر باقی بماند. نتیجه‌ی نهایی خردگرایی حقوقی این بود که خرد انسانی جانشین سلطنت الهی و متون مقدس دینی شد.

بدین ترتیب، با توجه به تحولات حقوقی از آغاز ورود مدرنیته به اروپا تا انقلاب فرانسه، دو ویژگی ذاتی نظام حقوقی مدرن را از حقوق سنتی متمایز می‌کند. حقوق مدرن سکولار و خردگراست و انسان و خرد او مبنای اعتبار قواعد حقوقی واقع می‌گردد (Villey, 2013: 181). تحول در مبنا که سازنده‌ی ماهیت نظام حقوقی مدرن است، لاجرم تحول در منبع را به مثابه ابزار شکلی بیان قواعد حقوقی در پی داشت.

۷. ماده ۳ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه: «بنیان هر حاکمیتی از آن ملت است. هیچ گروه یا فردی نمی‌تواند اقتداری را اعمال کند که صریحاً از آن ناشی نشده باشد.»



۳-۱-۲. وحدت‌گرایی، شاخص شکلی حقوق مدرن (منبع تولید قاعده‌ی حقوقی)

دوران مدرن که مصادف بود با تحول مبنای اعتبار قواعد حقوقی، به انقلاب ۱۷۸۹ و تحولات بعدی در منبع حقوق منجر شد. در حقوق سنتی پیش از انقلاب ۱۷۸۹، کثرت‌گرایی در منبع ویژگی اساسی نظام حقوقی فرانسه بود (Carbasse, 2021:97). قوانین شاه، عرف‌های محلی، حقوق رومی و حقوق مسیحی منابع اصلی حقوق را تشکیل می‌دادند (Hilaire, 2010:41).

در نظام حقوقی سنتی فرانسه شاه واضع قانون بود و عمدتاً در مسائل مربوط به حقوق عمومی قانون‌گذاری می‌کرد. در حیطه‌ی حقوق خصوصی، منبع حقوق عبارت بود از عرف‌های محلی، به ویژه در نیمه‌ی شمالی که در هر منطقه‌ی جغرافیایی متفاوت بود (Gasparini, 2013: 266). حقوق روم و حقوق مسیحی^۸ نیز در نیمه‌ی جنوبی غالب بود (Hilaire, 2010:41). کثرت‌گرایی در منبع حقوق تا زمان وقوع انقلاب فرانسه در پایان قرن هجدهم همچنان باقی ماند. پیش از تحقق وحدت‌گرایی در منبع با انقلاب ۱۷۸۹، زمینه‌های فکری آن را روسو مطرح کرده بود.

بر اساس آراء ژان ژاک روسو (۱۷۷۸-۱۷۱۲) در کتاب قرارداد اجتماعی (۱۷۶۲)، قانون تنها منبع حقوق است و حاکمیت به هیچ چیز جز آن متعلق نیست. از نظر او قانون برای این که بتواند جایگزین تمام منابع حقوق شود، باید دارای ویژگی‌هایی باشد. قانون باید ساده، گویا و قابل فهم برای همه و در عین حال دقیق باشد تا مشکلی برای تفسیر آن ایجاد نگردد (Carbasse, 2021: 102). علاوه بر این، روسو ویژگی‌های دیگری را نیز برای قانون مطرح می‌کند که امروزه به عنوان ویژگی‌های ذاتی قاعده‌ی حقوقی شناخته می‌شود و آن عبارت است از کلی و عام بودن، یعنی اعمال یک قاعده بر تمام افراد و تمام موقعیت‌های یکسان (Carbasse, 2021:102). همان‌طور که خواهیم دید، میرزا ملکم خان نیز چنین ویژگی‌هایی را برای قانون بر می‌شمارد. افکار روسو در

8. Droit canonique.



خصوص وحدت‌گرایی در منبع با وقوع انقلاب ۱۷۸۹ جامه‌ی عمل پوشید. از نتایج انقلاب تبدیل کثرت‌گرایی در منبع به وحدت‌گرایی بود و قانون جانشین تمام منابع حقوق سنتی شد. قانون وجه شاخص حقوق مدرن است و با آن ملازمه دارد (فیرحی، ۱۳۹۹: ۱۱). وحدت‌گرایی حقوقی به معنای حکومت مکانیسم‌های حقوقی یکسان بر موقعیت‌های حقوقی یکسان است (شهابی، ۱۳۹۶: ۷۴). گرایش خردگرایی به وحدت‌گرایی در منبع حقوق دو عامل داشت. نخست، امتیازات طبقاتی روحانیون و اشراف، عمدتاً در مسائل مالیاتی، مورد انتقاد واقع شد. خردگرایی اقتضا می‌کرد که امتیازات طبقاتی حذف گردد و قواعد یکسان بر انسان‌ها در موقعیت‌های مشابه حاکم باشد. همین منطق به عامل دوم، یعنی عرف‌های محلی نیز سرایت کرد؛ این امر که در زمان واحد عرف‌های محلی متفاوت در مناطق مختلف کشور واحد معتبر باشد، دیگر قابل توجیه نبود (Carbasse, 2021:100). بر این اساس، رسیدن به نظام حقوقی خردگرا از مسیر حذف امتیازات طبقاتی از یک سو و جایگزینی عرف‌های محلی با مجموعه قواعد یکپارچه از سوی دیگر می‌گذشت؛ به عبارت دیگر، خردگرایی اقتضا می‌کرد که به منظور استقرار نظام حقوقی منسجم، منابع متکثر به منبع واحد بیان قواعد حقوقی تبدیل شود. این وحدت‌گرایی در منبع با ابزار قانون ممکن می‌شد.

بدین ترتیب، حاصل عبور از حقوق سنتی به حقوق مدرن این بود که حاکمیت قانون جانشین حاکمیت شخص در سطح حقوق عمومی و قانون جانشین تمام منابع حقوق در سطح حقوق خصوصی شد (Ellul, 2014:241). در نظام حقوقی مدرن، مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی تنها خرد انسانی و قانون منبع بیان این قواعد است. وحدت‌گرایی در منبع و به رسمیت شناختن قانون به عنوان تنها منبع تولید قاعده‌ی حقوقی از نتایج تحول در مبنای الزام‌آوری این قواعد بود. در واقع، این به رسمیت شناختن خرد انسانی به مثابه مبنای حقوق در اروپا بود که اقتضا می‌کرد منبع واحدی برای بیان قواعد عام معطوف به آینده ایجاد گردد. این وحدت‌گرایی از یک سو حاصل نیاز عملی به قواعد عام و یکسان برای همه بود و از سوی دیگر در مبنای نظری مطرح شده از سوی روسو ریشه



داشت؛ به عبارت دیگر، تحولی که بعد از انقلاب ۱۷۸۹ در منبع حقوق پدید آمد، مسبوق به مباحث نظری توجیه‌کننده‌ی الزام وجود منبع واحد برای بیان قواعد حقوقی بود. وجود منبع واحد برای بیان قواعد حقوقی مطالبه‌ی میرزا ملکم خان نیز بود.

۳-۲. نظام حقوقی مطلوب در چشم‌انداز میرزا ملکم خان

همان‌طور که گفته شد، نظام حقوقی مدرن در سطح مبنا خردگرا و در سطح منبع وحدت‌گراست. بررسی مبنا و منبع نظام حقوقی مطلوب ملکم خان می‌تواند نسبت آن را با یک نظام حقوقی مدرن نشان دهد. آنچه ملکم خان نمی‌خواست، گسست از مبانی حقوق موجود (۳-۲-۱) و آنچه می‌خواست، تبدیل قانون به منبع انحصاری حقوق (۳-۲-۲) بود.

۳-۲-۱. حفظ مبانی حقوق موجود

در دوران قاجار، اراده‌ی شاه و جنبه‌ی وحیانی قواعد شرعی مبناى اعتبار قواعد بود. تلاش ملکم خان این بود که قانون را بر پایه‌ی همین مبانی استوار کند. او نسبت قانون با شاه و شرع را به صراحت در آثار خود بیان کرده است.

مبناى حقوق را در نظر ملکم خان از طریق مطالعه‌ی شیوه‌ای که برای وضع و اجرای قانون پیشنهاد می‌کند می‌توان دریافت. او در اولین اثر خود، دفتر تنظیمات، ایده‌ای را مطرح می‌کند که از آن با عنوان «جدایی دو اختیار وضع و اجرای قانون» یاد می‌کند. چنین اصطلاحی می‌تواند مفهوم «تفکیک قوا» را تداعی کند. علی‌الخصوص هنگامی که ملکم خان در متن خود به الهام از متفکری اشاره می‌کند که ظاهراً منتسکیو است.^۹ لیکن بررسی محتوای افکار این دو می‌تواند نشان دهد که جدایی دو اختیار مندرج در آثار ملکم

۹. او در این خصوص می‌نویسد: «یکی از حکمای بسیار مشهور فرانسه (...) پانزده سال عمر خود را صرف تألیف یک کتاب مختصر نموده که در میان فرنگ قرآن علم حقوق محسوب می‌شود. من آن کتاب را با دقت تمام خواندم (...) آن وقت فهمیدم که شهرت آن حکیم مزبور چقدر به جا (...) است.» (ناظم الدوله، ۱۳۸۱: ۶۸)



خان با نظریه‌ی تفکیک قوای منتسکیو تفاوت بنیادین دارد. منتسکیو نظام سیاسی انگلیس را به مثابه پدیده‌ای اجتماعی-تاریخی ارزیابی می‌کند (شهابی، ۱۴۰۱: ۸۴) که قوای دولتی در آن به سه قوه‌ی مجزا تقسیم شده‌اند: مقننه، مجریه و قضاییه (Favoreu, 2019: 418). قوه‌ی مقننه که وظیفه‌ی وضع قانون را بر عهده دارد، از نمایندگان مردم تشکیل شده است. قوه‌ی مجریه قانون را به طور عمومی اجرا می‌کند و در اختیار شاه است. قوه‌ی قضاییه نیز به شکل موردی به اعمال قانون می‌پردازد و توسط مردم عادی اداره می‌گردد. این سه قوه از یکدیگر کاملاً مستقل عمل می‌کنند (Favoreu, 2019: 418). نکته‌ای که برای مقایسه‌ی نظریه‌ی تفکیک قوا با آراء ملکم خان اهمیت دارد این است که مطابق با نظر منتسکیو این مردم هستند که توسط نمایندگان خود قانون وضع می‌کنند و شاه اجراکننده‌ی آن قوانین است. شیوه‌ی وضع و اجرای قانون در دیدگاه ملکم خان متفاوت است.

ملکم خان سه نوع حکومت را در دفتر تنظیمات معرفی می‌کند: جمهوری، سلطنت مشروطه که او سلطنت معتدل می‌نامد و سلطنت مطلقه. او به صراحت سلطنت مطلقه را، یعنی حکومتی که هم وضع و هم اجرای قانون در اختیار شاه باشد، مناسب‌ترین نوع حکومت برای ایران می‌داند.^{۱۰} سپس سلطنت مطلقه را نیز به دو نوع منظم و غیرمنظم تقسیم می‌کند.^{۱۱} در اینجا است که سخن از «جدایی دو اختیار وضع و اجرای قانون» به میان می‌آورد. از نظر او سلطنت مطلقه‌ی کارآمد، نوع منظم آن، یعنی سلطنتی است که

۱۰. «وضع سلطنت‌های معتدل به حالت ایران اصلاً مناسبی ندارد. چیزی که برای ما لازم است، تحقیق اوضاع سلطنت‌های مطلق است.» (ناظم الدوله، ۱۳۸۱: ۳۲).

۱۱. «حکومت مرکب است از دو نوع اختیار: یکی اختیار وضع قانون و یکی دیگر اختیار اجرای قانون. سلطنت دو ترکیب دارد: در هر حکومتی که هم اختیار وضع [قانون] و هم اختیار اجرای قانون در دست پادشاه است، ترکیب آن حکومت را سلطنت مطلق می‌گویند مثل روس و عثمانی و در حکومتی که اجرای قانون با پادشاه وضع قانون با ملت است، ترکیب آن حکومت را سلطنت معتدل می‌نامند مثل انگلیس و فرانسه.» (ناظم الدوله، ۱۳۸۱: ۳۱-۳۲).



در آن، شاه وضع و اجرای قانون را توسط دو نهاد متمایز از یکدیگر محقق می‌سازد.^{۱۲} ملکم خان صراحتاً در مورد مرجع وضع قانون می‌نویسد: «قانون باید بیان اراده‌ی شاهنشاهی (...) باشد» (ناظم‌الدوله، ۱۳۸۱: ۳۸). عبارتی که مطلقاً در برابر گزاره‌ی روسو قرار می‌گیرد که قانون را بیان اراده‌ی عمومی می‌دانست. بنابراین قانون منظور ملکم خان پادشاه محور است (جلالی، شریف یزدی و فخار: ۷۰، ۱۴۰۳). آنچه او مطالبه می‌کند، نه سپردن دو قوه‌ی قانون‌گذاری و اجرا به نهادهای مستقل از یکدیگر، بلکه اعمال این دو توسط شخص شاه، اما از طریق دو ارگان متمایز است (ناظم‌الدوله، ۱۳۸۱: ۳۸)؛ بنابراین، بر خلاف منتسکیو که هدف از تفکیک قوا را تضمین آزادی‌های سیاسی می‌داند (Ellul, 2014: 238)، ملکم خان جدایی دو اختیار وضع و اجرای قانون را برای برقراری نظم در حکمرانی مطالبه می‌کند. اراده‌ی شاه در دیدگاه ملکم خان، همچون حقوق سنتی، از مبانی حقوق است و این مبنا به هیچ وجه در آثار او زیر سؤال نمی‌رود. از سوی دیگر، ملکم خان شرع را نیز به مثابه مبناي حقوق همچنان معتبر می‌داند.

اگرچه ملکم خان بارها در آثارش تأکید می‌کند که تنها راه نظم بخشیدن به امور دولت اقتباس قوانین اروپایی است^{۱۳}، این نکته را نیز به تناوب و به خصوص در روزنامه‌ی قانون تصریح می‌کند که قوانین مورد نظر او در تطابق کامل با احکام شرع قرار دارد و

۱۲. «در سلطنت مطلق منظم (...) اگرچه پادشاه هر دو اختیار حکومت را کاملاً به دست خود دارد لکن (...) این دو اختیار را هرگز مخلوط هم استعمال نمی‌کند.» (ناظم‌الدوله، ۱۳۸۱: ۳۲).

۱۳. «راه ترقی و اصول نظم را فرنگی‌ها در این دو سه هزار سال مثل اصول تلغراف پیدا کرده اند و بر روی قوانین معین ترتیب داده اند. همان طوری که تلغراف را می‌توان از فرنگ آورد و بدون زحمت در طهران نصب کرد کرد، به همان طور نیز می‌توان اصول نظم ایشان را اخذ کرده و بدون معطلی در ایران برقرار ساخت. ولیکن ... هرگاه بخواهید اصول نظم را شما خود اختراع نمایید، مثل این خواهد بود که بخواهید علم تلغراف را از پیش خود پیدا نمایید.» (ناظم‌الدوله، ۱۳۸۱: ۳۰).



هرگز در پی حذف مبانی این احکام نیست^{۱۴}.

در روزنامه‌ی قانون که با سه دهه فاصله از دفتر تنظیمات و در دهه‌ی آخر قرن نوزدهم منتشر شده، چندین مرتبه اصطلاح «مجلس شورای ملی» به کار رفته است. با وجود این، بافت متن و توضیحات ملکم خان پس از استفاده از این اصطلاح نشان می‌دهد که مقصود او از مجلس ملی نه مجلسی متشکل از نمایندگان منتخب مردم، بلکه مجلسی است که اعضای آن علما باشند تا قوانین مطابق با شرع وضع کنند. امروز از روزنامه‌ی قانون ۴۱ شماره در دسترس است. در سرتاسر این شماره‌ها مجموعاً ۴ بار از اصطلاح مجلس ملی استفاده شده است که تمام آن‌ها بلااستثنا همراه با واژه‌ی علما بوده است^{۱۵}؛ به عبارت دیگر، مقصود او از مجلس شورای ملی مجلسی است متشکل از علمای دین. از سوی دیگر در هیچ جا هیچ اشاره‌ای مبنی بر این پیدا نمی‌شود که ملکم خان علمای عضو مجلس قانون‌گذار را منتخب مردم بداند. برعکس در شماره‌ی ۳۴ روزنامه تأکید می‌کند که علمای عضو مجلس را شاه منصوب می‌کند^{۱۶}. علاوه بر این، ملکم خان در روزنامه‌ی قانون نیز همچنان همانند رساله‌های خود، شاه را مرجع قانون‌گذاری می‌داند و می‌نویسد: «مجلس شورا (...) باید به تصدیق پادشاه قوانین وضع نماید.» (ملکم خان، ۱۳۵۵: ش ۲، ۳). بدین ترتیب، در سرتاسر حیات فکری ملکم خان مبانی حقوق در نظر او اراده‌ی شاه و شرع باقی می‌ماند.

مطابق با نظریه‌ی حاکمیت، در هر جامعه‌ی قانون‌مداری، یک حاکم وجود دارد که

۱۴. به عنوان مثال: «بعضیها چنان تصور می‌کنند که ما می‌خواهیم (...) در ایران قوانین تازه نشر بدهیم. این تصور به کلی غلط است (...) آن قوانین و آن اصولی که خدا و پیغمبر و حکما به علمای اسلام یاد داده اند همه را خیلی صحیح و کامل می‌دانیم. ولیکن (...) این اوقات هیچ یک از آن اصول را در هیچ یک از حرکات دولت ما جاری نمی‌بینیم.» (ناظم‌الدوله، ۱۳۵۵: ش ۶، ۱).

۱۵. نک. (ناظم‌الدوله، ۱۳۵۵: ش ۶، ۲؛ ش ۱۹، ۴؛ ش ۲۰، ۲؛ ش ۲۲، ۱).

۱۶. «پادشاه (...) مجلس دربار اعظم را (...) به اجتماع علمای دین (...) مایه مزید شوکت سلطنت خواهد فرمود.» (ناظم‌الدوله، ۱۳۵۵: ش ۳۴، ۳).



مطاع همه است و مطیع هیچ کس نیست (هارت، ۱۳۹۵: ۴۹). قدرت حاکم در قانون‌گذاری هیچ محدودیت قانونی ندارد (هارت، ۱۳۹۵: ۵۹). چنین حاکمی در اندیشه‌ی ملکم خان شخص شاه است؛ همان‌طور که در حقوق سنتی بود. این گونه است که ملکم خان از چهارچوب حکمرانی سنتی خارج نمی‌شود. در نظام حقوقی مطلوب او اختیار شاه همچنان نامحدود، اراده‌ی شاه مطلقاً لازم‌الاجرا و استبداد به قوت خود باقی است. در چنین نظامی شرع نیز جایگاه خود را به عنوان مبنای اعتبار قواعد حقوق خصوصی حفظ می‌کند و ریشه‌ی الهی و وحیانی بودن قواعد فقهی به عنوان منشأ الزام‌آوری آن‌ها شناخته می‌شود. ملکم خان بدون تعرض به مبنا در پی ایجاد تحول در منبع حقوق بوده است.

۳-۲-۲. قانون، منبع انحصاری حقوق

ملکم خان قانون را چنین تعریف می‌کند: «هر حکمی که از حکومت صادر شود و مبنی بر صلاح عامه طایفه باشد و اطاعت آن بالمساوی بر افراد طایفه لازم بیاید، آن حکم را قانون می‌گویند.» (ناظم‌الدوله، ۱۳۸۱: ۳۱). به نظر می‌رسد «مبنی بر صلاح طایفه» بودن در لسان ملکم خان وصفی است مساوی با موصوف و بدین معنا که هر قانونی فی‌نفسه متضمن مصلحت عمومی است. در واقع مصلحت عمومی را نه مردم، بلکه شخص شاه تشخیص می‌دهد و معیار مصلحت عمومی نه اراده‌ی مردم، بلکه اراده‌ی شاه است (فیرحی، ۱۳۹۹: ۱۴۵)؛ بنابراین وصف مطابقت با مصلحت عامه در تعریف ملکم خان از اوصافی است که به محض تحقق موصوف (قانون)، محقق است. صرف نظر از این وصف، دو وصف دیگر در تعریف ملکم خان از قانون قابل توجه است.

با توجه به تعریف یادشده، قانون در نظر ملکم خان دو ویژگی ذاتی دارد: از طرف حکومت صادر می‌شود و اطاعت آن بالمساوی بر همه واجب است. ویژگی اخیر یادآور اوصاف اصلی است که قاعده حقوقی به آن شناخته می‌شود: الزام‌آور، عام و کلی (Bergel, 2012:45,49). قانون ملکم خان الزام‌آور است، به قرینه‌ی «اطاعت آن (...)

واجب»؛ عام است، زیرا «بالمساوی [شامل] همه» می‌شود و قاعده‌ی عام نمی‌تواند جز



معطوف به آینده و در نتیجه کلی باشد؛ بنابراین، قانون از نظر ملکم خان منبعی است برای تولید قاعده‌ی حقوقی که از سوی دولت صادر می‌شود، لازم‌الاجرا، عام و کلی است. فرمان‌های شاه و احکام فقهی به عنوان منابع حقوق سنتی ایران، هر دو بالطبع دارای ویژگی الزام‌آوری بودند؛ اما هریک فاقد یکی از اوصاف دیگر بود.

ملاحظه شد که فرمان‌های شاه به شکل موردی و ناظر بر مسائل حادث صادر می‌شد. لذا تفاوت قانون با فرمان شاه در عام و معطوف به آینده بودن آن بود. آنچه از وضع قواعد عام و کلی نتیجه می‌شود، برابری شکلی همه‌ی تابعان در یک نظام حقوقی است. برابری شکلی بدان معناست که در موقعیت‌های یکسان قواعد یکسان اعمال گردد و لزوماً به معنای تضمین حقوق و آزادی‌های فردی نیست (مرکزالمیری، ۱۳۸۵: ۳۳). در واقع ملکم خان بیشتر به دنبال حکومتی کارآمد و نظام‌مند است و تضمین آزادی‌ها در درجه‌ی دوم اهمیت واقع می‌گردد؛ بنابراین قانون او بیشتر دارای ماهیتی اداری است تا مبتنی بر حقوق اساسی (نک مرکزالمیری، ۱۳۸۵: ۳۳).

منبع دیگر حقوق سنتی، یعنی قواعد فقهی اگرچه عام و کلی بود، اما مستقل از دولت و توسط علما صادر می‌شد. از سوی دیگر، این قواعد در منابع مختلف فقهی پراکنده بود. علاوه بر این، استنباط‌های متفاوت مجتهدین مختلف از این منابع منجر به صدور احکام ناسخ و منسوخ می‌شد و نظام قضایی را متزلزل می‌کرد. مطلوب ملکم خان جمع‌آوری تمام این قواعد توسط دولت بود در منبعی واحد به نام قانون (ناظم‌الدوله، ۱۳۸۱: ۴۲). چنین قانونی در برخی جنبه‌ها قابل مقایسه با آراء روسو بود.

دیدیم که از نظر روسو قانون باید ساده، گویا، قابل فهم، کلی و عام باشد. همین ویژگی‌ها را ملکم خان نیز برای قانون برمی‌شمارد (ناظم‌الدوله، ۱۳۸۱: ۳۸)؛ اما با توجه به تعریفی که او از قانون ارائه می‌دهد، تأکید او بر کلی و عام بودن قواعد است. در واقع برای ملکم خان هدف اصلی از استقرار قانون اعمال قاعده‌ی واحد بر تمام افراد و تمام موقعیت‌های یکسان است. با این وجود، قانون ملکم خان با قانون روسو تفاوت ماهوی دارد و آن عبارت است از مرجع وضع و یا همان مبنای اعتبار قانون. مرجع قانون‌گذار



از نظر روسو مردم و از نظر ملکم خان شاه است. ریشه‌ی این تفاوت را باید در مبانی دوگانه‌ای که هریک برای نظام حقوقی به رسمیت می‌شناسند جستجو کرد. روسو در پی گسست از حقوق سنتی با ایجاد تحول در مبنای آن است؛ در حالی که ملکم خان با حفظ مبانی حقوق سنتی خواهان تحول منبع در درون آن است. بر خلاف روسو که از بنیان‌گذاران مبانی فکری حقوق مدرن است، اندیشه‌ی ملکم خان بیشتر حاصل مشاهدات عینی و کمتر مبتنی بر بنیان‌های نظری است (Hashemi, 2019:20). به همین علت است که آثار او عمدتاً رساله‌هایی هستند در حقوق موضوعه و نه متونی در فلسفه‌ی حقوق (طباطبایی، ۱۳۸۶: ۲۰۱)؛ چرا که ظاهراً از دیدگاه او، این صرفاً وضع قانون بود که حقوق مدرن را بنا می‌نهاد.

بدین ترتیب، وضع قانون از نظر ملکم خان عبارت بود از تجميع همه‌ی احکام عرفی و شرعی توسط دولت در منبعی واحد (فیرحی، ۱۳۹۹: ۱۴۹). مطلوب او وحدت‌گرایی در منبع و به رسمیت شناختن قانون به عنوان منبع انحصاری حقوق بود. هدف این وحدت‌گرایی را می‌توان انتقال منبع حقوق از فقه و اداره‌ی سنتی جامعه به حقوق موضوعه و انحصار حاکمیت در شاه و دولت دانست (فیرحی، ۱۳۹۹: ۱۵۰). مبنای حقوق در آراء ملکم خان گویای این است که مفهوم قانون در نظر او نه به معنای «حکومت قانون» بلکه به معنای «حکومت با قانون» است؛ چرا که از نظر او شاه این اختیار را دارد که اراده‌ی خود را بدون محدودیت و بدون نظارت به قانون تبدیل کند. در نتیجه، قانون برای او نه ابزار کنترل قدرت، بلکه ابزار حکومت توسط دارندگان قدرت است.

با توجه به آنچه گفته شد، نظام حقوقی مورد نظر ملکم خان با نظام حقوقی مدرن تفاوت ماهوی دارد که از تفاوت آن‌ها در مبنا ناشی می‌گردد. مبنای اعتبار قواعد در حقوق مدرن خرد انسانی و در نظام حقوقی ملکم خانی اراده‌ی شاه است. قانون در آراء ملکم خان، بر خلاف قانون مدرن، نه ابزاری برای محدود کردن قدرت شاه، بلکه ابزار اعلام اراده‌ی او بود. لیکن این دو نظام از نظر وحدت‌گرایی در منبع و به رسمیت شناختن قانون به مثابه منبع انحصاری حقوق به یکدیگر نزدیک می‌شوند. هدفی که با منابع حقوق



سنتی برآورده نمی‌شد، اعمال یک قاعده بر تمام افراد و تمام موقعیت‌های یکسان بود؛ امری که ملکم خان به «نظم» تعبیر می‌کند. در واقع رکن رکن اندیشه‌ی او را می‌توان در پارادایم نظم یافت. این مفهومی است که تمام آراء او را جهت می‌دهد.^{۱۷} درست است که در درون این نظم ممکن است جایگاهی نیز برای تضمین حقوق و آزادی‌های فردی به وجود بیاید، اما هدف اصلی از برقراری آن دستیابی به پیشرفت و مدرنیته‌ی علمی است؛ مدرنیته‌ی علمی که در اروپا در بدو امر پایه و اساس مدرنیته‌ی حقوقی قرار گرفت، از دیدگاه ملکم خان فرع و نتیجه‌ی مدرنیته‌ی حقوقی است. در نتیجه، با توجه به مبنا و منبع حقوق در اندیشه‌ی ملکم خان، می‌توان گفت قانونی که او معرفی می‌کند، از نظر ماهوی سنتی و از نظر شکلی مدرن است؛ چرا که این قانون در سطح مبنا، بر خلاف حقوق مدرن که خودبنیاد و وحدت‌گراست، دگربنیاد و کثرت‌گرا و در سطح منبع همانند حقوق مدرن وحدت‌گراست.

بدین ترتیب، قانون پاسخی است که ملکم خان در مواجهه با پرسش راه دستیابی به پیشرفت ارائه می‌دهد. پرسش او نیز در میانه‌ی قرن نوزدهم تکرار همان پرسشی است که عباس میرزا در آغاز قرن مطرح کرده بود: چرا ایران از اروپا عقب‌مانده است؟ لیکن ملکم خان به این پرسش پاسخی تازه می‌دهد. از نظر او قانون می‌تواند ایران را از عقب‌ماندگی نجات دهد. در این راستا، مفاهیمی چون تضمین حقوق و آزادی‌های فردی و سیاسی نه مطلوب بالذات، بلکه طریقی برای دستیابی به هدف نهایی پیشرفت محسوب

۱۷. «ایران نظم‌پذیر هست. سهل است، اسبابی که برای ترقی ایران فراهم آمده است، در هیچ ایامی برای هیچ ملت میسر نبوده است. (...) دولت ایران (...) مستعد قبول هر نوع تنظیم می‌باشد. (...) جمیع اسباب ترقی برای ایران فراهم است.» «می‌توان اصول نظم ایشان را اخذ کرده و بدون معطلی در ایران برقرار ساخت.» «نظم دولت موقوف به نظم دستگاه دیوان است (...) اصول نظم را فرنگی‌ها (...) بر روی قوانین معین ترتیب داده اند.» «هرقدر این دو اختیار جدا بوده، (...) دستگاه حکومت منظم تر بوده است.» (ناظم الدوله، ۱۳۸۱: ۲۴، ۳۰، ۳۲).
«بدون جدایی این دو اختیار نه نظم هست نه دولت» «رونق و ترقی دول حاصل نظم است.» (ناظم الدوله، ۱۳۸۱: ۱۰۵، ۱۱۶)



می‌گردد؛ در حالی که قانون مدرن، خود ابزاری است برای حفظ و تضمین آزادی (Favoreu, 2019:309). لذا، از آنجا که مقصود ملکم خان پیشرفت است، آن را در چهارچوب مبانی حقوق سنتی ممکن می‌بیند، متعرض آن مبانی نمی‌شود و تلاش می‌کند به کمک منبع جدیدی به نام قانون به چگونگی بیان اراده‌ی آن‌ها نظم بخشد.

۴. نتیجه‌گیری

قانون از دیدگاه میرزا ملکم خان عبارت است از هر حکمی که از حکومت صادر شود و اطاعت آن بالمساوی بر افراد طایفه لازم بیاید. این تعریف دو عنصر مهم را در بر دارد که قانون را از منابع حقوق سنتی متمایز می‌کند: قانون حاوی قواعد عام است و توسط دولت صادر می‌شود. عام بودن قواعد وضع‌شده از طریق قانون، آن را از فرمان‌های شاه متمایز می‌کند که به طور موردی و پسینی برای حل‌وفصل مسائل حادث صادر می‌شد. به رسمیت شناختن دولت به عنوان واضع قانون نیز آن را از قواعد فقهی تفکیک می‌کند که توسط مراجع شرعی مستقل از دولت اعلام می‌شد. بدین شکل ملکم خان به دنبال برقراری وحدت‌گرایی در منبع است که از شاخص‌های حقوق مدرن محسوب می‌گردد. با وجود این، او همچنان به مبانی حقوق سنتی پایبند می‌ماند.

مبانی اعتبار قواعد حقوقی در نظر ملکم خان همان مبانی حقوق سنتی، یعنی اراده‌ی شاه و شرع است. قانون از دیدگاه او صرفاً منبعی است برای اعلام اراده‌ی این دو مبنای در این‌جا نظام حقوقی مطلوب ملکم خان از حقوق مدرن متمایز می‌گردد؛ چرا که مبنای انحصاری حقوق مدرن خرد انسانی است. شاخص اصلی حقوق مدرن حکومت قانون است؛ در حالی که ملکم خان به دنبال حکومت با قانون است و نه حاکمیت قانون. در حقوق مدرن قانون ابزار کنترل حکومت است و نه ابزار حکومت. قانونی که ملکم خان ارائه می‌کند، مصداق ابزاری برای حکومت است.

بدین ترتیب، از آنجا که مبنای اعتبار قانون از دیدگاه ملکم خان دگربنیاد و کثرت‌گراست، نمی‌تواند با مبنای خودبنیاد و وحدت‌گرایی حقوق مدرن مطابق باشد. لذا



نظام حقوقی را که ملکم خان ترسیم می‌کند، با توجه به مبنای آن، از نظر ماهوی نمی‌توان مدرن دانست. برعکس، وحدت‌گرایی در منبع و به رسمیت شناختن قانون به عنوان منبع منحصربه‌فرد حقوق از شاخص‌های شکلی نظام حقوقی مدرن است که عیناً در نظام حقوقی ملکم خانی نیز دیده می‌شود. لذا می‌توان گفت قانون ملکم خان از نظر ماهوی سنتی و از نظر شکلی مدرن است.

بر اساس نظریه‌ی کالینگ‌وود، هر متنی در پاسخ به پرسشی نوشته‌شده که در ذهن نویسنده مطرح بوده است. به نظر می‌رسد ملکم خان پرسش خود را صریح مطرح کرده است: چگونه به نظام حقوقی نظم دهیم تا بتوانیم پیشرفت کنیم؟ همین پارادایم نظم و پیشرفت است که موجب گردیده ملکم خان مبانی حقوق سنتی را زیر سؤال نبرد و به اصلاح این حقوق در سطح منبع اکتفا کند؛ چرا که از نظر او نظم بخشیدن به شیوه‌ی اداره‌ی کشور به قدر کفایت قادر بود بستر مناسب را برای دستیابی به پیشرفت علمی فراهم کند. در چنین فضایی، تضمین حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی اهمیت ثانویه دارد؛ چرا که تنها ممکن است در بخشی از پاسخ ارائه‌شده برای راه پیشرفت جایگاهی پیدا کند، اما به عنوان پرسش بنیادین مطرح نگردیده است. پرسش بنیادین و مقصود نهایی همان مدرنیته‌ی علمی است.

۵. فهرست منابع

۵-۱. فارسی

الف. کتب

۱. آدمیت، فریدون (۱۳۵۶). *اندیشه ترقی و حکومت قانون: عصر سپهسالار*. تهران، انتشارات خوارزمی.
۲. آدمیت، فریدون (۱۳۴۰). *فکر آزادی و مقدمه نهضت مشروطیت*. تهران، انتشارات سخن.
۳. آدمیت، فریدون و هما ناطق (۱۳۵۶). *افکار سیاسی و اجتماعی و اقتصادی در آثار*



- منتشر نشده دوران قاجار. تهران، آگاه.
۴. اردبیلی، محمدعلی (۱۴۰۱). حقوق جزای عمومی، جلد نخست. تهران، میزان.
۵. اصفهانیان، کریم (۱۳۸۵). گردآورنده، اسناد تاریخی خاندان غفاری، تهران، بنیاد موقوفات دکتر محمود افشار.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۶). ترمینولوژی حقوقی. تهران، این سینا.
۷. روزنامه وقایع/تفاهیه (۱۳۷۳)، تهران، کتابخانه ملی.
۸. شهابی، مهدی (۱۳۹۶). فلسفه حقوق: مبانی نظری تحول نظام حقوقی. تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۹. طباطبایی، جواد (۱۳۸۶). نظریه حکومت قانون در ایران. تبریز، ستوده.
۱۰. فراستی، رضا (۱۳۷۲). گردآورنده، فرمان‌ها و رقم‌های دوره قاجار، تهران، مؤسسه پژوهش و مطالعات فرهنگی.
۱۱. فیرحی، داود (۱۳۹۹). مفهوم قانون در ایران معاصر: تحولات پیشامشروطه، تهران، نشر نی.
۱۲. مرکز مالگیری، احمد (۱۳۸۵). حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها. تهران، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۳. مستوفی، عبدالله (۱۳۸۸). شرح زندگانی من، ج ۱. چاپ ششم. تهران، انتشارات زوار.
۱۴. ملکیان، مصطفی (۱۳۷۸). «درسگفتارهای سنت‌گرایی، تجددگرایی، پساتجددگرایی». دانشگاه صنعتی شریف، تهران، ایران.
۱۵. ناظم الدوله، میرزا ملکم خان (۱۳۸۱). «دفتر تنظیمات» در رسائل میرزا ملکم خان، گردآوری حجت الله اصیل، ۲۳-۵۹. تهران، نشر نی.
۱۶. ناظم الدوله، میرزا ملکم خان (۱۳۸۱). «دفتر قانون» در رسائل میرزا ملکم خان، گردآوری حجت الله اصیل، ۱۰۲-۱۳۵. تهران، نشر نی.
۱۷. ناظم الدوله، میرزا ملکم خان (۱۳۸۱). «رفیق و وزیر» در رسائل میرزا ملکم خان، گردآوری حجت الله اصیل، ۶۰-۷۱. تهران، نشر نی.



۱۸. ناظم‌الدوله، میرزا ملکم خان (۱۳۵۵). *روزنامه قانون*، به کوشش هما ناطق، تهران، امیرکبیر.

۱۹. هارت، هربرت (۱۳۹۵). *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی.

۲۰. هدایت، مخبرالسلطنه. *گزارش ایران*. ج ۱، به کوشش محمدعلی صوتی، تهران، نشر نقره.

ب. مقالات

۲۱. اصیلی، سوسن (۱۳۸۱). «ده فرمان از عصر فتحعلی شاه»، نشریه تخصصی گروه تاریخ دانشگاه تهران، شماره ۳، صص ۹۱-۱۱۰.

۲۲. جلالی، محمد، رضا شریف یزدی و فرنوش فخار (۱۴۰۳). «سرمشگیری در نگارش قانون اساسی مشروطه: بررسی مطابقتها، نوآوریها و کاستیها». پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۸، شماره ۲، صص ۶۴-۹۶.

۲۳. راسخ، محمد (۱۳۸۶). «مدرنیته و حقوق دینی». نامه حقوقی، دوره ۶۴، شماره ۲، صص ۲۶-۳.

۲۴. راسخ، محمد و فاطمه بخشی‌زاده (۱۳۹۲). «پیش‌زمینه مفهوم قانون در عصر مشروطه: از مالک‌الرقابی تا تنظیمات»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۳، ۳۷-۶۳.

۲۵. راسخ، محمد و فاطمه بخشی‌زاده (۱۳۹۳). «مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسندگان متقدم»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، ۱-۲۱.

۲۶. سام، علی (۱۳۹۳). «اصحاب فرمان‌نویسی»، فصلنامه گنجینه اسناد، شماره ۲۴، صص ۶-۲۰.

۲۷. سلیمانی، محمدحسین (۱۳۹۲). «دارالشرع مشهد در دوره قاجار و بررسی چند سجع مهر». پیام بهارستان، دوره ۶، شماره ۲، صص ۲۱۱-۲۲۳.

۲۸. شهابی، مهدی (۱۴۰۱). «حقوق طبیعی مونتسکیو: تأملی بر نسبت متافیزیک و واقعیت در اندیشه حقوق طبیعی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۶، شماره ۱، صص ۷۵-۹۷.



۵-۲. انگلیسی

A. Books

29. Algar, Hamid (1973). *Mirza Malkum Khan: A Biographical Study in Iranian Modernism*. Berkeley, Los Angeles, London. University of California Press.
30. Avery, Peter (1965). *Modern Iran*. London, Ernest Benn Limited.
31. Bakhash, Shaul (1978). *Iran: Monarchy, Bureaucracy & Reform under the Qajars: 1858-1896*, London.
32. Enayat, Hadi (2013). *Law, State and Society in Modern Iran*. New York, Palgrave Macmillan.
33. Floor, Willem (1992). « Change and Development in the Judicial System of Qajar Iran (1800-1925) », in: Edmond Bosworth, and Carole Hillenbrand (eds), *Qajar Iran: Political, Social, and Cultural Change, 1800-1925*, California: Mazda Publishers, pp. 113-147.
34. Hashemi, Ahmad (2019). *Rival conceptions of freedom in modern Iran*, London: Routledge.
35. Katouzian, Homa (2000). *State and Society in Iran: The Eclipse of the Qajars and the Emergence of the Pahlavis*. London, I.B. Tauris & Co. Ltd.
36. Malcolm, Sir John (1815). *The History of Persia*, t.2. London.
37. Kondo, Nobuaki (2017). *Islamic Law and Society in Iran: A Social History of Qajar Tehran*, New York, Routledge.
38. Wallech, Steven, Touraj Daryaei, Craig Hendricks, Anne Lynne Negus, Peter P. Wan, and Gordon Morris Bakken (2013). *World History: A Concise Thematic Analysis*, 2nd ed. New Jersey, Wiley-Blackwell.

B. Articles

39. Bakhash, Shaul (1971). « The evolution of Qajar Bureaucracy: 1779-1879 », *Middle Eastern Studies*, vol. 2, pp. 139-168.
40. Katouzian, Homa (2011). «The Revolution for Law: A Chronographic Analysis of the Constitutional Revolution of Iran». *Middle Eastern Studies*, 47, vol. 5, pp. 557-577.

۵-۳. فرانسه

A. Books

41. Bart, Jean (2002). *Histoire du droit*, Paris, Dalloz.
42. Bergel, Jean-Louis (2012). *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz.
43. Carbasse, Jean-Marie (2021). *Histoire du droit*, Paris, PUP.
44. Collingwood, Robin George (2010). *Toute histoire est histoire d'une*



pensée, Autobiographie d'un philosophe archéologue, traduit par Guy Le Gaufey, Paris, EPEL.

45. Ellul, Jacques (2014). *Histoire des institutions: XVIe-XVIIIe siècle, t 3*. Paris, PUF.
46. Favoreu, Louis (2019). *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz.
47. Ferreira, Oscar (2019). *Histoire contemporaine des sources du droit*, Paris, Ellipses.
48. Frydman, Benoît (1998). *Les transformations du droit modern*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin.
49. Gasparini, Eric (2013). *Introduction historique au droit et histoire des institutions*. Paris, Lextenso éditions.
50. Hilaire, Jean (2010). *Histoire du droit*. Paris, Dalloz.
51. Raynal, Jean-Jacques (2006). *Histoire des grands courants de la pensée politique*. Paris, Hachette.
52. Villey, Michel (2013). *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF.

B. Articles

53. Chevallier, Jaques (1998). "Vers un droit post-moderne, Les transformations de la régulation juridique", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 3, pp. 659-714.

C. Sites

54. Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*.

به آدرس

<http://www.rousseauonline.ch/Text/du-contrat-social-ou-principes-du-droit-politique.php>

آخرین بازدید اول آذر ۱۳۹۷

۵-۴. برگردان عنوان منابع فارسی به انگلیسی Persian Bibliography

الف. کتب

55. Adamiyat, Fereydoun (1978). *The Politics of Reform in Iran*. Tehran: Kharazmi.
56. Adamiyat, Fereydoun (1961). *Fekr-e Azadi va Moghaddame-ye Nehzat-e Mashrutiyat [The Idea of Freedom and the Prelude to the Constitutional Movement]*. Tehran: Sokhan. (In Persian).
57. Adamiyat, Fereydoun and Homa Nategh (1977). *Afkar-e Ejtema'i va Siyasi*



- va *Eghtesadi dar Asar-e Montesher Nashodeh-ye Doran-e Ghajar [Political, Social, and Economic Thoughts in the Unpublished Works of the Qajar Period]*. Tehran: Agah. (In Persian).
58. Ardebili, Mohammad Ali (2022). *General Penal Law, Volume 1*. Tehran: Mizan.
 59. Esfahaniyan, Karim (1996). *Asnad-e Tarikhi-ye Khandan-e Ghafari [Historical Documents of the Ghafari family]*. Tehran: Bonyed-e Moghufat-e Doktor Mahmoud-e Afshar. (In Persian).
 60. Farasati, Reza (1993). *Farman-ha va Raghham-Ha-ye Dore-ye Ghajar [Decrees of the Qajar Era]*. Tehran: Mo'asese-ye Pazhoohesh va Motale'at-e Farhangi. (In Persian).
 61. Feyrahi, Davod (2020). *Mafhoom-e Ghanoon dar Iran-e Mo'aser [The Concept of Law in Contemporary Iran]*, Tehran, Nashreney. (In Persian).
 62. Hart, Herbert (2016). *The Concept of Law*. (Translated from English to Persian by Mohammad Rasekh), Tehran: Nashreney.
 63. Hedayet, Mokhbe al-Saltane. *Gozaresh-e Iran [Iran Report], Volume 1*. Edited by Mohammad Ali Soti, Tehran: Nashre Noghre. (In Persian).
 64. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far (1967). *Terminolozhi-ye Hoghoughi [Legal Terminology]*. Tehran: Ebn-e Sina. (In Persian).
 65. Malekian, Mostafa (1999). "Darsgoftar-ha-ye Sonatgarayi, Tajadodgarayi, Pasatajadodgarayi [Lessons on Traditionalism, Modernism, and Postmodernism]", Daneshgah-e San'ati-ye Sharif, Tehran, Iran. (In Persian).
 66. Markaz Malmiri, Ahmad (2006), *Hakemiyat-e Ghanoon: Mafahim, Mabani va Bardash-ha [Rule of Law: Concepts, Foundations, and Interpretations]*, Tehran: Markaz-e Motale'at-e Hoghooghi-ye Markaz-e Pazhoohesh-ha-ye Majles-e Shora-ye Eslami. (In Persian).
 67. Mostofi, Abd Allah (2009), *Sharh-e Zendegani-ye Man [The Story of my Life]*, Volume 1, 6th edition, Tehran: Zavar. (In Persian).
 68. Nazem al-Dawlah, Mirza Malkam Khan (2002), "Daftar-e Ghanoon [Booklet of Law]" in the *Works of Mirza Malkam Khan*, edited by Hojjatollah Asil, pp. 103-135, Tehran: Nashreney. (In Persian).
 69. Nazem al-Dawlah, Mirza Malkam Khan (2002), "Daftar-e Tanzimat [Booklet of Reforms]" in the *Works of Mirza Malkam Khan*, edited by Hojjatollah Asil, pp. 23-59, Tehran: Nashreney. (In Persian).
 70. Nazem al-Dawlah, Mirza Malkam Khan (2002), "Rafigh va Vazir [Friend and Minister]" in the *Works of Mirza Malkam Khan*, edited by Hojjatollah Asil,



pp. 60-71, Tehran: Nashreney. (In Persian).

71. Nazem al-Dawlah, Mirza Malkam Khan (1976), *Roozname-ye Ghanoon [Journal of Qanun]*. Edited by Homa Nategh, Tehran: Amir Kabir. (In Persian).
72. *Roozname-ye Vaghaye 'e Ettefaghiye [Vaqa'ye Etefaqiya Journal]*, Tehran: Ketabkhane-ye Melli, 1994. (In Persian).
73. Shahabi, Mahdi (2017). *Philosophy of Law*. Tehran: Sazman-e Entesharat-e Pazhooheshgah-e Farhang va Andishe-ye Eslami.
74. Tabatabayi, Javad (2007). *Nazariye-ye hokoomat-e Ghanoon dar Iran [Theory of Rule of Law in Iran]*. Tabriz: Sotoode. (In Persian).

ب. مقالات

75. Asili, Sousan (2002). "Dah Farman az Asr-e Fath Ali Shah-e Ghajar [Ten Decrees from the Era of Fath Ali Shah Qajar]". *Nashriye-ye Takhasosi-ye Gorouh-e Tarikh, Daneshgah-e Tehran*, 3, 91-110. (In Persian).
76. Jalali, Mohammad, Reza Sharifyazdi, Farnoush Fakhari (2024). "Emulation in Drafting the Constitutional Law of Mashruteh; Examining Conformities, Innovations and Shortcomings", *Pazhoohesh-ha-ye hoghoogh-e tatbighi*, 28 (2), 64-96.
77. Rasekh, Mohammad (2007). "Moderniteh va Hoghoogh-e Dini" [Modernity and Religious Law], *Nameh-ye Hoghooghi*, 64 (2), 3-26. (In Persian).
78. Rasekh, Mohammad and Fatemeh Bakhshizadeh (2015). "Mafhoom-e Ghanoon dar Asr-e Mashrooteh: Nevisandegan-e Moteghadem [The Concept of Law in the Constitutional Era: Early Writers]", *Faslname-ye Tahghighat-e Hoghooghi*, 68, 1-21. (In Persian).
79. Rasekh, Mohammad and Fatemeh Bakhshizadeh (2013). "Pishzamineh-ye Mafhoom-e Ghanoon dar Asr-e Mashrooteh [Background of the Concept of Law in the Constitutional Era]", *Majaleh-ye Hoghooghi-ye Dadgostari*, 83, 37-61. (In Persian).
80. Sam, Ali (2014). "Ashab-e Farman Nevisi [The Scribes]", *Faslname-ye Ganjine-ye Asnad*, 24 (1), 6-20. (In Persian).
81. Shahabi, Mahdi (2022). "Natural Law in View of Montesquie; Thinking about the Relationship between Metaphysics, and Reality in Natural Law", *Faslname-ye Pazhoohesh-ha-ye Hoghoogh-e Tatbighi*, 26 (1), 75-97.
82. Soleimani, Mohamad Hosein (2013). "Dar al-Shar'-e Mashhad dar Dore-ye Ghajar va Barresi-ye Chand Saj'-e Mohr [Dar al-Shar' Mashhad during the Qajar Period and the Examination of Several Seal Inscriptions]", *Payam-e Baharestan*, 6 (2), 211-223. (In Persian).



Rereading the Concept of Law as a Production Source of the Legal Rule in Thought of Mirza Malkam Khan

Parissa Assadi^{*1}, Morteza Shahbazinia²

1. Postdoctoral Researcher in History of Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

2. Associated Professor in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Receive: 2024/11/20

Accept: 2025/01/21

Abstract

From the second half of the 19th century and in the early years of Naser al-Din Shah Qajar's reign, Mirza Malkam Khan introduced a new term into Iranian legal literature: "Law." But what Malkam Khan called "Law", is merely a verbal coincidence with the law as a source of modern jurisprudence and has fundamental differences. Therefore, elucidating the concept of law in his thought becomes even more crucial for distinguishing it from its contemporary meaning. The present study aims to examine the law constructed by Malkam Khan, on one hand, in light of the valid legal sources during the Qajar period, namely the royal decrees and sharia rules, and on the other hand, in comparison with the concept of law in modern French law. This study aims to show what transformation Malkam Khan sought to create in the existing legal sources by demanding a law, and what deficiencies in these sources led him to pursue a new source. The research, using an analytical-explanatory approach and a historical method, will demonstrate that Malkam Khan sought a law enacted by the government that would produce general legal rules. In his view, law is situated within the foundations of traditional law, and the use of the term law does not equal to "Rule of Law." His law is traditional in substance, and modern in form.

Keywords: Mirza Malkam Khan, History of Law, Traditional Law, Modern Law.

^{*}Corresponding Author's Email: assadi.p@outlook.com