

فهرست مطالب

بیشگفتار	ب
مقدمه	ت
1	معلومات عمومی
1	1
1	1
3	3
9	9
12	12
12	12
12	12
13	فصل اول
13	13
13	13
14	14
16	16
18	18
18	18
19	فصل دوم
19	19
19	19
20	20
22	22
22	22
23	فصل سوم
23	23
23	23
24	24
26	26
26	فصل چهارم
26	26
27	27
27	27
28	28
32	32
40	40
47	47
48	فصل پنجم
48	48
48	48
56	56
57	57
59	59
62	فصل ششم
62	62

63	مبحث دوم - طریقه تتبعات
64	قسمت دوم
64	حقوق عندی
64	فصل اول
64	معلومات عمومی
64	مبحث اول - تعریف حقوق عندی
65	مبحث دوم - اهمیت و مفهوم حقوق عندی
65	مبحث سوم - موضوع حقوق عندی
67	فصل دوم
67	منابع حقوق عندی
68	شرایط صحت قرارداد
69	آثار قرارداد
70	انحلال قرارداد
71	مبحث دوم - حوادث حقوقی
71	اسباب ایجاد حادثه حقوقی را در پنج بخش می‌توان مطالعه کرد:
72	2- حوادث حقوقی مدنی
72	3- حوادث حقوقی ماورای مدنی
72	فصل سوم
72	تصنیف حقوق عندی
72	مبحث اول - حقوق سیاسی
72	مبحث دوم - حقوق عمومی
73	مبحث سوم - حقوق خصوصی
74	3 - تقسیم حق به اعتبار موضوع آن
75	4 - تقسیم حق به اعتبار قیود و عوارض آن

پیشگفتار

جای بسا افتخار است که به سلسله فعالیت‌های علمی دیپارتمنت حقوق خصوصی پوهنخی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل، اینک کتاب درسی "مبادی حقوق" تکمیل و به دسترس محصلان عزیز پوهنخی های حقوق و علوم سیاسی، شرعیات، اقتصاد و ژورنالیزم پوهنتون‌های مختلف افغانستان، قرار می‌گیرد.

مبادی حقوق به مثابه زیر بنای همه علوم حقوقی شناخته می‌شود که بدون آن نمی‌توان به علم حقوق آشنایی حاصل نمود. مبادی حقوق در تمام مؤسسات تحصیلی حقوقی در سراسر جهان جزو اساسی نصاب تحصیلی بوده و در کورس‌های مختلف تدریس می‌گردد. روی این اصل، در پوهنخی های حقوق، شرعیات، ژورنالیزم و اقتصاد پوهنتون‌های افغانستان نیز از سالیان متمادی تدریس گردیده است؛ اما آنچه به عنوان یک خلی جدی در طی این سالیان وجود داشته، عدم موجودیت مفردات واحد در مطابقت به احکام قوانین و مقررات ملی، می‌باشد. همچنان کتاب درسی واحد که در تمام پوهنخی ها تدریس گردد، وجود نداشت. روی این ملحوظ کنفرانس ملی ارتقای کیفیت تعلیمات حقوقی که در ماه جدی سال 1386 به اشتراک نمایندگان با صلاحیت پوهنخی های حقوق و شرعیات پوهنتون‌های مختلف افغانستان از طرف وزارت تحصیلات عالی به همکاری تخنیکي پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان (ARoLP) و تمویل مالی اداره انکشاف بین‌المللی ایالات متحده امریکا (USAID) در کابل دایر گردیده بود، در زمره سایر تصامیم اتخاذ شده، قرار بر آن شد تا کتاب درسی مضامین مختلف از جمله مبادی حقوق برای پوهنخی های حقوق، شرعیات، اقتصاد و ژورنالیزم تألیف و به دسترس استادان و محصلان این رشته‌ها قرار گیرد. روی همین تصمیم بود که دبیرتمنت حقوق خصوصی پوهنخی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل مؤظف شد تا به تدوین و تألیف این اثر بپردازد.

از همکاری های علمی همه جانبه محترم پوهیالی روزبه بهروز عضو کدر علمی پوهنخی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون البیرونی که در تألیف و تهیه مواد این اثر بذل مساعی کرده سپاسگزاری می‌کنم. در اخیر ضمن سپاسگزاری از کمک‌های تخنیکي و مالی اداره انکشاف بین‌المللی ایالات متحده امریکا (USAID) در تألیف این اثر علمی، که از طریق پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان (ARoLP) صورت گرفته، خواهان همکاری های بیش‌تر شان نیز می‌باشیم. جا دارد تا از کوشش های همه جانبه و پی‌گیری مداوم آقای سلیمان غفوری کارشناس تعلیمات حقوقی پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان در امر چاپ و نشر این کتاب نیز سپاسگزاری کنیم. امیدواریم این اثر، که بی‌گمان خالی از نواقص و کمبودی نیست، مورد استفاده محصلان عزیز و سایر علاقه‌مندان قرار گیرد.

بالحترام
پوهندوی نصرالله ستانکزی
آمر دبیرتمنت حقوق خصوصی
پوهنخی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل
کابل، تابستان 1387

بنام خدا جل جلاله
پیشگفتار چاپ دوم

خداوند دادگر را سپاس گذارم که فرصت را ارزانی فرمود تا کتاب درسی مبادی حقوق را برای بار دوم چاپ و بدسترس علاقه‌مندان علم بخصوص حقوق قراردهیم. از انتشار نخست کتاب مبادی حقوق هنوز بیشتر از شش ماه نمی‌گذارد که این کتاب مورد توجه علاقه‌مندان و اهل مطالعه قرار گرفته و همه خواهان آنند تا این اثر بار دیگر چاپ و از طریق بازار بدسترس شان قرار گیرد. به اثر همین تقاضاهای مکرر اینک به چاپ دوم آن مبادرت می‌ورزیم، ضمن آنکه از انتشارات سیرت و مستقبل که زمینه چاپ مجدد را مهیا ساخت، اظهار سپاس مینمائیم، امیدواریم متن پشتو این اثر نیز به زودی بدسترس علاقه‌مندان آن قرار گیرد.

با عرض حرمت
پوهندوی نصرالله (ستانکزی)
استاد پوهنخی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل
1388/4/17

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمه

مسلم است که هر یک از ما و شما در مرادوات روزمره و حیات اجتماعی خویش با حقوق سر و کار داریم، و بدون آن که متوجه باشیم یک سلسله اعمال حقوقی را انجام می‌دهیم. به طور مثال وقتی از بس یا سرویس شهری استفاده می‌کنیم؛ و یا تکی را اجاره می‌گیریم؛ و یا تکتی را از شرکت داریانا افغان هوایی اخذ می‌نمایم، در واقع با طرف مقابل خویش عقد (قرارداد) می‌بنسیم، که به موجب آن حقوق و وجایب ما و طرف مقابل به دستور قواعد حقوقی تثبیت شده و نقطه حرکت برای تنظیم مرادوات ذات البینی خویش پیدا می‌کنیم.

این امر ناشی از واقعیت‌های اجتماعی است که نیازی به اثبات نداشته و در ضمن وجیزه‌ها و مقوله‌های افاده شده است مانند: انسان موجود اجتماعی است، اجتماع متضمن نظم و دسپلین است. به این اساس این مقوله صدق می‌کند که می‌گویند: "جایی که جمعیت است حقوق هم است."

هرگاه وجیزه‌ها و موضوعات را که در بالا از آن نام بردیم، پهلوی هم گذاشته و به استدلال بپردازیم، نتیجه چنین می‌شود که: هستی و موجودیت انسان از یک طرف و حس همزیستی و تساند از جانب دیگر متضمن تشکیل اجتماع است. تشکیل اجتماع مستلزم نظم و دسپلین بوده و به نوبه خود ایجاد دساتیر رهنمونی را ضروری می‌سازد، تا به موجب آن اعضای اجتماع با هم زیست کرده و بقای ایشان را حفظ کنند. البته این آرزوها وقتی برآورده خواهد شد که افراد جامعه با رعایت حقوق دیگران و اثرات عملی آن در مقابل سایر افراد فعالیت کرده، از قواعد و مقررات اطاعت نمایند. به همین ترتیب به این نقطه آگاهی یابند که کدام عمل مجاز و کدام غیر مجاز و مستوجب جزا و مؤیده می‌باشد، در غیر آن جامعه دست‌خوش هرج و مرج گردیده، شیرازه نظم اجتماعی متلاشی می‌شود؛ و به جای نظم و آرامش، بی‌نظمی در جامعه حکمفرما خواهد شد.

با در نظر داشت آنچه که تا اکنون گفتیم می‌توان مدعی شد، هر جای که انسان زیست می‌کند حقوق هم است. یعنی اجتماع انسانی و حقوق با هم چنان رابطه مستحکمی دارند که یکی بدون دیگری، مفهوم و معنی نخواهد داشت. گویا این دو اصل در حقیقت امر، حیثیت دو رخ یک سکه را دارند، مانند این که امتیاز و وظیفه و حق و وجبیه دو رخ یک سکه می‌باشند.

بنا موجودیت اجتماع و لزوم قواعدی که نظم آن را برقرار سازد، ایجاب قواعدی را می‌نماید که سلوک را رهنمای کند. به این اساس می‌توان گفت که در هر اجتماع یک سلسله قواعدی وجود دارد که به نام قواعد حقوقی یاد می‌شوند. هدف این قواعد، تنظیم حیات اجتماعی می‌باشد. از همین جا به اولین کلمه حقوق دست می‌یابیم که جنبه آفاقی داشته و از طرف دولت وضع می‌شود و بر همگان یکسان قابلیت تطبیق را دارد.

مجموع مقررات که در زمان معین بر جامعه حکومت می‌کند، حقوق است. تا آن جای که تاریخ به یاد دارد، انسان همیشه در بند این گونه الزام‌ها بوده است. به همین جهت، نخستین پرسشی که به ذهن می‌آید این است که چه عاملی سبب ایجاد حقوق شده است؟

پاسخ این پرسش را باید در نیازهای طبیعی انسان و رابطه او با جهان مادی جست- و- جو کرد. انسان موجودی است اجتماعی که باید در میان گروهی از هم نوعان خود به سر برد. انسان زندگی را در اجتماع طبیعی پدر و مادر آغاز می‌کند و در سایه مراقبت‌ها و عواطف این گروه کوچک نیازهای مادی و معنوی خویش را بر آورده می‌سازد؛ ولی پس از گذشت دوران کودکی نیز ناچار است با دیگران به سر برد و با همکاری آنان خواسته‌ها و نیازهای خود را تأمین کند.

از نظر مادی، انسان موجود نا توانی است که به تنهایی توانایی مبارزه با طبیعت و دشواری‌های زندگی را ندارد. همه باید با هم یاری کنند و هر یک گوشه از این بار گران را به دوش کشند، تا از مجموع قوای ناچیز آن‌ها نیروی بزرگ به وجود آید و با چیره شدن بر طبیعت، محیط را آماده زیستن کنند.

از جهت معنوی نیز انسان محتاج به محبت است و در همه حال خود را نیازمند الفت و معاشرت با سایرین می‌بیند. می‌خواهد دوست بدارد و دیگران دوستش بدارند و همین نیاز یکی از عوامل مهمی است که او را به سوی اجتماع می‌کشد. پس باید پذیرفت که تنها فرد نیست که وجود خارجی و واقعی دارد. اجتماع نیز موجود اصلی است، تا آن جا که تاریخ به یاد دارد پیوسته افراد بشر با هم زیسته و جامعه و فرد لازم و ملزوم یکدیگر بوده اند.

از سوی دیگر، خواسته‌های آدمیان به حکم فطرت با هم شباهت زیاد دارد، همه می‌خواهند در روابط خود با دیگران کمتر ضرر ببینند و هر چه بیش‌تر سود ببرند همه طالب زندگی آسوده و قدرت بیشتر هستند. پس طبیعی است که نزاع و خصومت برای جلب منافع بیش‌تر و تأمین زندگی بهتر در می‌گیرد. انسان عاقل از آغاز خود شناسی دریافت که اجتماع با بی‌نظمی و زور گویی دوام ندارد و به ناچار باید قواعد بر روابط اشخاص- از جهتی که عضو جامعه اند- حکومت کند که ما امروز مجموع این قواعد را حقوق می‌نامیم.

نا گفته نباید گذاشت که در پهلوی قواعد حقوقی یک سلسله قواعد دیگر نیز وجود دارد که حیات اجتماعی را تنظیم می‌کنند. این قواعد ناشی از اخلاق، دین و مذهب و یا عرف و تعاملات اجتماعی است که رابطه این‌ها را با حقوق تحت عناوین جداگانه مطالعه خواهیم کرد. آنچه در این جا یاد آوری آن لازم به نظر می‌رسد این است، که حقوق از مفاهیم جهان شمولی است که همه ارزش‌های یک اجتماع منظم در آن نهفته است. بناً گفته می‌توانیم که فراگیری مبادی حقوق که سنگ بنای همه رشته‌های حقوق است، ذهن دانش آموز حقوق را آماده فراگیری و آموختن شعبات مختلفه حقوق می‌سازد. همچنان قانون و حقوق دارای اصطلاحات علمی و دقیق مانند سایر رشته‌های از علوم اند. از جانب دیگر برای همه کسانی که در اجتماع زندگی می‌کنند آشنایی با حقوق لازم است. این علم آنان را از زیان‌های احتمالی بسیاری که در جریان روابط با دیگران ممکن است دچار آن گردند آگاه می‌نماید. برای کسانی که تحصیلات عالی دارند و مسئولیت‌های مهم‌تری را در جامعه بر عهده می‌گیرند، فراگیری دانش حقوق ضرورت بیشتری پیدا می‌کند و با کمک مبادی حقوق می‌توانند بخش‌های لازم حقوقی را در ارتباط با شغل خود پیدا و به تقویت علمی خود در آن زمینه بپردازند، تا وظایف خود را با قوانین نزدیک سازند. برای آنانی که به علوم اجتماعی از جمله اقتصاد و علوم سیاسی وارد می‌گردند و در این بخش‌ها تخصص پیدا می‌کنند، قواعد حقوقی ابزار فوق العاده ثمر بخش است. غالباً تعداد از واحدهای چنین رشته‌های را مباحث حقوقی متناسب تشکیل می‌دهد و از این میان درس مبادی حقوق برای همه دانش‌جویان می‌تواند فواید متعدد را داشته باشد و آنان را یک جا به مباحث و اصول و مسایل حقوقی آشنا گرداند.

زندگی امروز در اجتماع وضع سابق را ندارد. روابط اجتماعی هم از لحاظ کمی و هم از جهت کیفی تحول بسیاری کرده است پیشرفت‌های شگرفی که نصیب عالم بشریت گردیده باعث افزایش نیازمندی‌ها شده است، به طوری که معیارهای زندگی ساده و بی‌آلایش گذشته دیگر قابل پذیرش نیست. جوامع صنعتی امروز بر مبنای تخصص و علم پایه گذاری شده و متخصصین سر رشته امور را به دست گرفته، ماشین‌های الکترونیک و کمپیوتر محاسبات را از قلمرو افراد خارج کرده است. این احوال در علم حقوق اثر عمیق گذاشته به طوری که بسیاری از قواعد حقوقی ضرورت وجودی خود را از دست داده و لزوم ارایه قواعد جدیدی محسوس گردیده است؛ زیرا حقوق

باید جوابگوی نیازمندی های روزمره جوامع باشد. قواعد ساده حقوقی قرون گذشته نمی‌توانند برای مسایل پیچیده مانند روابط تجاری بین‌المللی امروز کفایت نمایند. روابط کارگر و کارفرما دیگر تابع حقوق خصوصی گذشته نیست. اصل حاکمیت اراده طرفین نمی‌تواند ملاک قرار گیرد و قانون تکلیف را معین می‌کند. قضاوت و دادرسی کار بس مشکل گردیده و احاطه به بسیاری از علوم را لازم دارد. احتیاج امروز افراد به حقوق و دانستن قواعد و اصول آن بیش از گذشته محسوس است. چرا که هر قدر روابط اجتماعی گسترش یابد، قواعد حقوقی دقیق‌تر و وسیع‌تر می‌شود. آدمی در جنبش، کوشش و حرکت به سمت کمال مطلوب از یک طرف با افکار و خواسته‌ها و تمایلات و سلیقه‌های گوناگونی روبه‌رو است. هر کس خواهش‌ها و تمایلات خاص خود را دارد و از این رهگذر از افراد دیگر ممتاز می‌گردد. از طرف دیگر پیوستگی و در آمیختگی فرد با اجتماع چنان است که گویی وجودش در پیکره اجتماع مستحل گشته است. دوگانگی حقیقت زندگی انسان- حفظ مصالح نظام اجتماعی و برقراری عدالت و تأمین آزادی دیگران از یک سو، برآوردن نیازهای فردی و تأمین زندگی بهتر در جلب منافع بیش‌تر و سبقت جویی بر دیگران از سوی دیگر- این مشکل را در شکل سوال مطرح کرده که چگونه باید این دو زندگی را سازش داد. به نظر ما این رسالت بر عهده حقوق است.

قواعد و اصول حقوقی منافع فرد و جامعه را با هم جمع می‌کند و آن‌ها را ملزم می‌سازد که در مرز خود قرار گیرند.

تحقیقات تاریخی و بررسی‌های ما قبل از تاریخ حاکی است که حقوق مقدم بر تأسیس دولت بوده؛ و با پیدایش اجتماع وجود پیدا کرده؛ و برای هر جامعه لازم و اساسی شناخته شده؛ و باید متکی به عدالت و انصاف باشد. باید توجه داشت که علم حقوق فقط تفسیر قانون نیست، چه بسیار قوانین که ارزش عنوان قواعد حقوقی را ندارند. عالم حقوق باید راه اصلاح قوانین نا درست را نشان دهد. حقوق علم به قواعد زندگی در اجتماع و اداره اجتماع است.

تمام زمینه‌های تبعیض را در همه زوایایی اجتماع با گسترش اصول حقوقی باید از میان برداشت. رفع تبعیض تنها به آن نیست که تفاوت‌ها را از بین ببریم؛ بلکه نباید در شرایط مساوی برای افرادی امتیاز قایل شد و یا افرادی را به صورت استثنا در محرومیت نگاه داشت. تحت موازین حقوقی باید برای همه افراد فرصت‌های مناسب ایجاد کرد و استعداد های آنان را در جهت خلاقیت شگوفاساخت. تمام افراد در تمام اجتماعات و در تمام سال‌های زندگی با حقوق پیوند دارند. همه اعمال انسان‌ها تحت کنترل حقوق است. نظم جوامع و استمرار موجودیت اشخاص حقوقی در پرتو حقوق می‌باشد. هر کجا زندگی انسان‌ها وجود دارد حقوق هم هست. هیچ نقطه‌ای را در دنیا سراغ نداریم که به دور از قواعد حقوق باشد. بسیاری از مردم با این که هر روز ده‌ها عمل حقوقی را انجام می‌دهند و در غالب آن‌ها موازین را رعایت می‌نمایند؛ ولی شناسایی از حقوق ندارند. نگرانی وقتی عمیق است که افرادی با داشتن مسئولیت‌های سنگینی از مبادی حقوق بی‌اطلاع اند و گاهی تنها به همین دلیل زیان‌های جبران ناپذیری به جامعه وارد می‌آورند.

نظریات علما، دانش‌مندان و نویسندگان را در طول تاریخ در مورد حقوق به مطالعه می‌گیریم، مکاتبی را که در این راستا شکل گرفته و عقاید و افکاری که ابراز داشته‌اند را مورد توجه قرار داده و از لابلای تفکرات مذهبی، اخلاقی، فلسفی تاریخی و اجتماعی قواعد حقوق را معرفی می‌نماییم. تسلط بر حقوق می‌تواند افراد را در عین روشن بینی و دور اندیشی و قدرت تفکر عمیق‌تر، با انضباط بار آورد، تا حدی که زمان را در اختیار گیرد. از بیهوده کاری بپرهیزند؛ و در رسیدن به مقاصد و هدف‌ها فاصله کوتاه‌تر را طی کرده و از نیرو و توان خود بیش‌ترین بهره برداری را بنمایند. اجتماع را آن طوری که واقعیت دارد ببینند و رعایت حقوق دیگران را بنمایند. اجازه تعدی به حقوق خود را به دیگری ندهند. راه یابی افراد به دنیای حقوق باعث استقرار امنیت توأم با عدالت می‌گردد، اجتماع را در حال تعادل حفظ می‌کند، آسایش و آرامش و زندگی مطلوب را برای عموم فراهم می‌سازد؛ زیرا حقوق متکی به فطرت و طبیعت انسان‌ها است و ریشه در تعالیم و احکام دین و مذهب و اخلاق دارد. با موازین عدالت و انصاف سازگار است. حافظ حد و مرزهای است که فضایل و کرامت‌ها و آزادی‌ها را مستحکم می‌سازد.

با مطالعه این مقدمه به این نتیجه می‌رسیم که نیاز به آگاهی از حقوق امر ضروری است که این امر ما را به تدوین این اثر واداشت. بدون شک که این اثر خالی از اشتباه و کاستی نیست. از تمام، حقوق‌دانان و دانشمندان آروز مندیم تا محنت گذاشته در صورت مواجه شدن به کمبودهای ما را در جریان گذارند، تا در چاپ‌های بعدی در تصحیح آن اقدام گردد.

فصل مقدماتی

معلومات عمومی

مبحث اول- معنی لغوی حقوق

حقوق در لغت جمع حق است به معنی راست، درست، سزاوار، ضد باطل، موافق، مطابق، حصه، نصیب، مکننت، تاج سر و مرگ و همچنان یکی از اسما و صفات خداوند متعال است. حق را به حیث صفت فعل و یا صفت عقیده استعمال کرده می‌توانیم. مثلاً گفته می‌شود گفتارش حق (موافق و مطابق به حقیقت)، کردارش حق و عقیده اش حق است. بدین معنی که گفتار، کردار و عقیده او به حقیقت امر و واقعیت نزدیک اند. واژه حق به معنی عدالت نیز استعمال شده است. برای مثال وقتی در داوری بین دو تن گفته می‌شود، حق این است، یعنی عدالت چنین اقتضا دارد و در نظریه احساس حقوق، حقوق به معنی عدالت به کار رفته است. یعنی آنچه که باید در شمار حقوق باشد. در این معنی که در مباحث خاص فلسفه حقوق به کار می‌رود، حقوق مجموع قواعد است که از نظام جهان یا طبیعت انسان ناشی شده و آنچه را که عدالت است مشخص می‌کند. در تمدن غرب حقوق را از کلمه (Directon) به معنی قدرت استعمال کرده اند که مراد از آن ارایه قدرت رهنمایی است. حقوق و قدرت رهنمایی معمولاً ناشی از سازمانی می‌باشد که عهده دار رهبری جامعه بوده می‌تواند. روی این دلیل است که تعدادی از علما حقوق را به مفهوم دولت مترادف می‌دانند؛ زیرا طوری که گفتیم حقوق دساتیر رهنمونی یک جامعه است. پس واضح است که برای تطبیق این قواعد و دساتیر باید مقیاسی وجود داشته باشد که صلاحیت تنفیذ و تطبیق این قواعد رهنمونی را داشته باشد. از این جاست که رابطه حقوق با دولت واضح می‌شود.

مبحث دوم - معنی اصطلاحی حقوق

حقوق مانند سایر پدیده‌ها و مفاهیم اجتماعی دارای مفهوم مغلق بوده و دانشمندان آن را در اعصار و ادوار گذشته به گونه‌های مختلف تعبیر و تعریف کرده اند. برای این که حقوق به هدف نهایی خود، یعنی استقرار عدالت در روابط مردم و حفظ نظم در اجتماع برسد، ناچار باید برای بخشی از مردم امتیازهایی در برابر دیگران بشناسد و با ایجاد تکلیف برای گروه دوم توانایی خاصی به آنان اعطا کند. این امتیاز و توانایی را که حقوق هر جامعه منظم برای اعضای خود به وجود می‌آورد، حق می‌نامند، که جمع آن حقوق است و حقوق فردی نیز گفته می‌شود. بنابر این حق حیات، حق مالکیت، حق زوجیت و مانند این‌ها، به اعتبار معنی اخیر است و حال آن که اصطلاح حقوق، به معنی نخست همیشه با ترکیب جمع به کار می‌رود و برای نشان دادن مجموعه نظامات و قوانین است، مانند حقوق افغانستان، حقوق مدنی، حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام. همان گونه که اشاره شد حقوق معانی دیگری هم دارد. به عنوان مثال وقتی سخن از حقوق کارمندان دولت یا دیگر حقوق می‌شود، مقصود دست مزد کارمندان دولت است. هنگامی که سخن از تعلیم و فرا گرفتن حقوق می‌شود، منظور علم حقوق و قواعد حاکم بر کاوش‌های علمی در این باب است. و یا در تعریف دیگری از حقوق می‌توان گفت: حقوق مجموع قواعد الزام آور و کلی است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود. وظیفه دولت قانون‌گذار در این جمله نیز خلاصه می‌شود: "تأمین صلح از راه اجرای عدالت". شعاری که از دیر باز آرمان اصلاح طلبان بوده و هم اکنون نیز برنامه دولت مردان می‌باشد. به نظر سیسرون حقوق عبارت از مجموع قواعد حد اعلاى منطق است که در طبیعت نهاده شده و حکم به انجام اعمال می‌دهد که باید صورت گیرد و عکس آن را منع می‌نماید. کانت می‌گوید، حقوق عبارت از مجموع شرایط است که بر اساس آن اراده يك نفر بر طبق اصل آزادی مشترک با اراده دیگری تلفیق پیدا کند. ارسطو حقوق را این گونه تعریف می‌کند: حقوق عبارت از بیان مشخص و صریح از طرف دولت است، که بر توافق مشترک مبتنی باشد و آگاهی دهد که هر امری چگونه باید انجام گیرد. به نظر مایرس مک دوگال امریکایی: حقوق عبارت است از احکام مقام صلاحیت‌دار که با قدرت مؤثر یا کنترول توأم باشد. در تعریف حقوق می‌توان گفت: قاعده‌ای است که بر اعمال اشخاص از این جهت که در اجتماع هستند حکومت می‌کند و اجرای آن از جانب دولت تضمین شده است. از نظر علمی حقوق در مرحله اول عبارت از یک سلسله قواعدی است که زندگی انسانی را در داخل جامعه رهبری می‌کند، که رومی‌ها اصطلاح (JUS) را به حقوق دادند.

گویا در این جا حقوق به معنی قواعد سلوک استعمال شده است، لذا گفته می‌توانیم که حقوق عبارت از یک سلسله قواعدی است که زندگی انسانی را در داخل جامعه رهبری و سوق می‌دهد. در این جا حقوق مفهوم آفاقی اش را افاده می‌کند که، اصطلاح انگلیسی آن (LAW) می‌باشد.

پروفیسور لیور حقوق آفاقی را این گونه تعریف می‌کند: حقوق آفاقی مجموع قواعد رهنمونی است که در يك جامعه منظم مرادوات و مناسبات بین افراد را به شکل دستوری تنظیم می‌کند و یا باید کند و توسط جبر اجتماعی بالایشان تعمیم می‌گردد و یا باید گردد.

که اینک برای وضاحت بیشتر مطلب، به ارایه چند مثال می‌پردازیم.

1. در هر اجتماع قواعد در رابطه به ازدواج وجود دارد که هدف آن متوجه ساختن پسر و دختر است به حقوق و وجایب که باید طرفین عقد ازدواج این دساتیر را در موقع برگزاری ازدواج، مثلاً تکمیل سن رشد، ایجاب و قبول و غیره چه در دوران زوجیت و چه بعد از آن مانند پرداخت نفقه از طرف شوهر، حفظ تساند و همکاری، صداقت فامیلی و در مجموع آنچه به این عقد مربوط است آن را باید، رعایت کنند.

2. در همه اجتماعات بشری قواعد راجع به عقود وجود دارد. این قواعد رهنمونی تصریح می‌کنند که، عقد یا قرارداد بین اشخاص بر چه اساس منعقد می‌شود؟ شروط انعقاد عقد چیست؟ کدام عقد صحیح و کدام عقد نادرست است؟ آثار عقد صحیح و نادرست یا باطل چیست؟ و چه حقوق و مؤیدات را در قبال دارد؟

3. در هر اجتماع قواعد به نام حقوق جزا وجود دارد؛ زیرا در زندگی اجتماعی افرادی را می‌توان سراغ کرد که اعمال شان نظم اجتماعی را مختل ساخته و علاوه از ناحیه ارتکاب این اعمال شان به دیگران ضرر وارد می‌شود. بناً قواعد جزایی در هر اجتماع لازم بوده تا اعمال خلاف قانون و شریعت را که جرم پنداشته می‌شوند، پیش‌بینی کرده تدابیری را وضع نماید. تا از وقوع عمل خلاف قانون جلوگیری شود. احیاناً اگر شخصی باز هم به این دساتیر رهنمونی توجه نکرده و مرتکب اعمال ممنوعه شود، باید که مستوجب مجازات شناخته شود و کسانی که از ناحیه فعل انجام شده متضرر شناخته شوند جبران خساره به آنها پرداخته شود. آنچه تا حال گفتیم ممکن است مفهوم حقوق را از نگاه آفاقی آن واضح ساخته باشد و آن: عبارت از مجموع یا دسته‌ای از قواعد و دساتیر است که برای رهنمای سلوک بشری، تأمین نظم اجتماعی، آسایش مادی و معنوی که در اجتماع معین، مثلاً افغانستان، امریکا، فرانسه و غیره زیست می‌کنند وضع شده و توسط جبر اجتماع (دیتر منیزم اجتماعی) بالای افراد جامعه به غرض حفظ نظم عامه مورد تطبیق قرار می‌گیرد.

مفهوم دوم حقوق از مفهوم اول آن یعنی حقوق آفاقی استنباط می‌شود.

آن بدین معنی است که حقوق در این مرحله افاده قدرت و امتیاز را می‌کند و شخص از دساتیر حقوق آفاقی فایده حقوقی کسب می‌کند که به نام حقوق ذاتی، عندی یا انفسی یاد می‌شود. اصطلاح انگلیسی آن (right) یعنی "درست" است. به عباره دیگر حقوق به این معنی عبارت از اقتدار و امتیازی است که یک شخص به موجب دستور حقوق آفاقی یا قاعده حقوقی دارد و حامل حق شناخته می‌شود.

هرگاه مثال‌های فوق را که در مورد حقوق آفاقی تذکر دادیم در نظر بگیریم، از آن به خوبی می‌توان مفهوم حقوق عندی را به دست آورد. قسمی که در بالا گفتیم در هر اجتماع راجع به ازدواج قواعد حقوقی وجود دارد. مثلاً اگر شخصی واجد سن قانونی ازدواج شناخته شود، او حق پیدا می‌کند که ازدواج نماید و این حق جزو حق ذاتی یا عندی او بوده که از دساتیر حقوق آفاقی نشأت کرده است. فرضاً قاعده حقوق آفاقی تصریح کرده باشد که پسر در تکمیل سن 18 و دختر در تکمیل سن 16 می‌تواند ازدواج و خود را از یک حالت حقوقی مجرد به حالت دیگر حقوقی که عبارت از تأهل است قرار دهند و به موجب آن صاحب یک سلسله حقوق و امتیازات و وجایب گردند. همچنان طوری که قبلاً توضیح دادیم راجع به انعقاد عقد، قواعد رهنمونی وجود دارد؛ لذا اگر یک عقد به صورت قانونی طوری که قاعده حقوقی دستور داده است منعقد شود، این رابطه حقوق بین طرفین عقد گفته می‌شود و به موجب آن طرفین قرارداد (عقد) صاحب اقتدار و امتیازات می‌شوند، که قبلاً در مقابل یکدیگر دارا نبوده اند. مثلاً اگر یکی از عاقدین وجایب تقاعدی خود را ایفا نکند طرف مقابل دارای حق ذاتی می‌گردد که به موجب آن می‌تواند جانب مقابل را قهراً وادار به ایفای وجبیه‌اش سازد. به همین اساس به صورت عموم گفته می‌توانیم که قرار گرفتن در یک حالت حقوقی که راجع به آن قاعده حقوقی قبلاً وجود داشته باشد شخص به رویت آن صاحب حق عندی یا ذاتی می‌گردد. قانون ترافیک که یک قاعده حقوق آفاقی گفته می‌شود، پیش‌بینی می‌کند که، هرگاه یک شخص بدون تقصیر از تصادم ترافیکی متضرر شود، شخص مذکور حق جبران خساره را که در واقع حق ذاتی یا عندی او است دارد و این ناشی از قاعده حقوق آفاقی و واقع شدن شخص در وضعیت حقوقی پیش‌بینی شده می‌باشد.

در مورد این که شخص به حیث عضوی یک اجتماع منظم و مشخص دارای کدام نوع حقوق ذاتی یا عندی می‌باشد، در قسمت دوم درس مبادی حقوق در ضمن مباحث تصنیف حقوق عندی به تفصیل صحبت خواهیم کرد.

حال از آنچه که گفتیم باید نتیجه گیری و تعریف را به حق عندی به مقایسه حقوق آفاقی جست - و - جو و سراغ کرد، تا از مغالطه جلوگیری شده و بدین وسیله می‌توان به مفهوم حقوق رسید که: حق عندی یا ذاتی عبارت از اختیار و اقتداری است که از طرف حقوق آفاقی به شخص داده می‌شود. در حالی که حقوق آفاقی عبارت از اوامر است که برای تنظیم حیات اجتماعی وضع شده است.

طور خلاصه باید گفت: حقوق شامل دو نوع قواعد و دساتیر رهنمونی جهت تنظیم روابط اجتماعی و مناسبات ذات‌البینی افراد جامعه است. یکی قواعد عمومی و دیگری قواعد خصوصی. حقوق در قسمت قواعد عمومی‌اش سعی می‌ورزد تا جهت استقرار نظم در جامعه و تنظیم مناسبات اجتماعی دساتیری را وضع، راجع به موافق، حالات و حادثات اجتماعی بحث کرده و

مقرراتی را پیش‌بینی کند. در حالی که حقوق خصوصی، حقوق و وجایب افراد را در جامعه، چه به صورت عمدی یا قصدی و بنابراین تبارز اراده خودشان (اعمال حقوقی) قرار می‌دهد و یا غیر عمدی و خارج از اراده خودشان (حادثات حقوقی) قرار گرفته و حایز حق عمدی یا ذاتی می‌گردد. این موضوع بعداً مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

مبحث سوم - رابطه حقوق با سایر قواعد تنظیم‌کننده اجتماع

همان طوری که می‌دانیم در جامعه قواعد دیگری تنظیم‌کننده نیز وجود دارد که، مهم‌ترین آن عبارت از اخلاق، عرف و عادات و مذهب است. ضمن این مبحث ارتباط حقوق را با این قواعد اجتماعی مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

رابطه حقوق و اخلاق: ریشه جدایی اخلاق و حقوق را باید در نوشته‌های ارسطو حکیم بزرگ یونان جست - و - جو کرد. ارسطو حکمت را به سه شعبه، اخلاق، تدبیر منزل و سیاست مدن تقسیم می‌کند. در اخلاق راه رسیدن به سعادت و معنی فضیلت انسان مطرح است؛ ولی در تدبیر منزل و سیاست از روابط افراد خانواده و اجتماع و دولت یعنی آنچه امروز حقوق نامیده می‌شود، صحبت کرده که این تقسیم‌بندی توسط بسیاری از فیلسوفان شرق و غرب پذیرفته شده است.

در جوامع عتیقه بین قواعد حقوقی و اخلاقی فرق وجود نداشته؛ بلکه هر دو دستور مناسبات افراد را تنظیم می‌کردند. علاوتاً تنظیم امور اجتماعی در آن زمان بیش‌تر توسط مقررات دینی و اخلاقی صورت می‌گرفت. قرار گفته روسو دانشمند قرن 18 فرانسه، در آن عصر ضرورت به وجود قواعد حقوقی محسوس نبود؛ زیرا عقاید دینی و اصول اخلاقی شدیداً از جانب افراد مراعات و احترام می‌شد.

رومی‌ها نیز الی قرن سوم بعد از میلاد بین حقوق و اخلاق فرق قایل نبودند. این نظریه از تعریف‌های حقوق‌دانان آن عصر که در موضوع حقوق ایراد کرده اند به خوبی واضح می‌شود. چنانچه دو نفر از حقوق‌دانان آن وقت به نام‌های سلیس و اولپین تعریف‌های از حقوق کرده بودند. به این معنی که سلیس می‌گوید: "حقوق صفت خوبی و انصاف است." اولپین می‌گوید: "عوامل حقوق عبارت اند از زیست شرافت‌مندان، ضرر نرسانیدن به غیر و اعاده‌شیء به شخص که مالک آن است."

در قرون وسطی وضع به این منوال دوام کرد، تا این که در شروع عصر جدید و خاصاً قرن 18 فرق بین حقوق و اخلاق به میان آمد. پیش‌رو این نظریه را در قرن هیجدهم تمازیوس آلمانی دانسته اند. به نظر تمازیوس اخلاق ناظر به وجدان شخص و هدف آن تأمین آرامش درونی است، و حقوق حاکم بر روابط شخص با دیگران است و صلح خارجی را فراهم می‌کند. در نتیجه تکالیف حقوقی را به زور می‌توان بر اشخاص تحمیل کرد؛ ولی وظایف اخلاقی چون بر وجدان درونی آن‌ها بار شده است، نمی‌توان موضوع اجباری قوای عمومی قرار گیرد.

کانت حکیم بزرگ آلمانی نیز بیش از سایرین در جدا ساختن حقوق و اخلاق پا فشاری کرده است. به نظر کانت میزان شناسایی نیکی‌ها اراده خیر است. اخلاق صرف‌نظر از سود و زیان کارها، دستور می‌دهد که از قانون پیروی کنیم و کاری اخلاقی است که به خاطر جلب منفعت معنوی توجه نمایم؛ ولی حقوق به آثار خارجی اعمال توجه دارد، و ارزش آنها را از این جهت معین می‌کند. باز هم باید متوجه بود که فرق میان اخلاق و حقوق کار مشکل است و با وجودی تمام تلاش‌های که برای متمایز ساختن آن‌ها از یکدیگر می‌شود، در بیشتر اوصافی که برای حقوق شمردیم در اخلاق و مذهب نیز شریک است. به ویژه با مفهوم خاص که جامعه‌شناسان برای اخلاق قایل شده اند، تفاوت حقوق و اخلاق به کلی از بین می‌رود. از سوی دیگر پیروان مکتب حقوق فطری مبنای حقوق را عدالت می‌دانند و میان این دو مفهوم تفاوتی نمی‌گذارند؛ زیرا که اصول اخلاقی در ایجاد دساتیر حقوقی نقش مهم داشته، چنانچه ریپر حقوق‌دان مشهور قرن بیستم فرانسه می‌گوید: "همان طوری که خون در بدن انسان جریان دارد و موجودیت آن برای بقای انسان ضروری است، دساتیر اخلاقی نیز در تشکل قواعد حقوقی خیلی‌ها مهم بوده و عین نقش را ایفا می‌کنند." مثلاً اخلاق وفا به قول را حکم می‌کند که این دستور اخلاقی اساس عقود را تشکیل داده و اصول استقلال اراده، انعقاد عقد را تشکیل می‌دهد.

مثال دیگری در مورد قاعده اخلاقی این است که، اخلاق دستور می‌دهد اولاد به والدین در صورت تنگ‌دستی کمک و معاونت کنند. یا این که اخلاق امر می‌کند به شخصی که در خطر است باید کمک و معاونت شود. این دستور باز هم راه خود را در حقوق پیدا کرده و توسط جبر اجتماعی با زیاد کردن مؤیده مورد تطبیق و تنفیذ قرار گرفته اند. یعنی حقوق این‌گونه اعمال را مانند اخلاق قبول کرده و برای تطبیق آن بالای افراد جامعه مؤیده پیش‌بینی کرده است.

تعریف دستور اخلاقی مشکل است؛ زیرا همه به یک شکل نظر ندارند؛ ولی باز هم به صورت عموم آن را چنین تعریف کرده اند: قواعد اخلاق عبارت است از دساتیر رهنمونی که اساس آن را تمیز خوب و بد تشکیل می‌دهد. به عباره دیگر قواعد اخلاقی میزان تشخیص نیکی و بدی اند، یعنی آنچه مطابق به معیارهای خوبی است اخلاقی گفته می‌شود و آنچه مطابق به معیارهای بدی است غیر اخلاقی پنداشته می‌شود. یا اخلاق مجموعه قواعدی است که رعایت آن‌ها برای نیکوکاری و رسیدن به کمال لازم است. یا به نظر ژوسران: "حقوق چیزی جز اخلاق اجتماعی نیست."

اخلاقی بودن رفتار انسان به اراده و آزادی او ارتباط نزدیک دارد. سن توماس داکن اخلاق را "قاعده رفتار انسانی" تعریف کرده است. مقصود

از رفتار انسانی کاری است که انسان عاقل، به فرمان عقل و برای رسیدن به هدفی که عقل دارد، آزادانه انجام می‌دهد. بنابراین این، کاری می‌تواند موضوع اخلاق قرار گیرد که به آزادی انجام گرفته باشد. اعمال غیر ارادی و غریزی و اجباری، صفت اخلاقی اعم از نیک و بد را دارا نیست. انسان که به حکم عقل رفتار می‌کند در می‌یابد که پاره‌ای کارها با هدف نهایی خود منطبق است و پاره‌ای دیگر مخالف. او باید پاره‌ای نخست را انتخاب کند، تا کارش نیک باشد؛ ولی در این نکته که چگونه

ممکن است عقل به کاری فرمان دهد که از نظر اخلاقی بد باشد، گفته شده است که چون خوب و بد نسبی است و هر کار زشت نیز از جهتی نیکوست، پس عقل ممکن است به خاطر یکی از این جهات، امری را مجاز شمرد که در آخرین تحلیل بد است. خواجه نصیرالدین طوسی نیز هدف علم اخلاق را ایجاد خوی و سرشتی می‌داند که راهبر اراده انسان است، به گونه‌ای که باعث می‌شود آنچه را اراده انجام می‌دهد پسندیده باشد. پس از این کلام نیز چنین بر می‌آید که آنچه به اشتباه یا از روی اکراه یا غیر ارادی از انسان سر می‌زند، موضوع ارزیابی اخلاقی قرار نمی‌گیرد. بدین ترتیب اخلاق تنها به فایده و زیان رفتار آدمی نمی‌پردازد. آنچه در این نظام اهمیت دارد "اراده خیر" و استقرار ملکه و خوی نیکي کردن و عدالت جویی در ضمیر انسان است.

در باره لزوم قواعد اخلاقی برای هدایت انسان، گذشته از میل طبیعی به ارتقا و تعالی نیز نظرهای گوناگون است و یکی از جالبترین آن‌ها گفته راسل حکیم و ریاضی‌دان نامدار انگلیسی است. به اعتقاد او نیاز ما به قواعد اخلاقی از این جهت است که مانند مورچگان طبیعت کامل اجتماعی نداریم و تنها در این جهت گام بر نمی‌داریم. بشر در عین انزوا طلبی، اجتماعی نیز هست و برای رسیدن به هدف‌های اجتماعی نیاز به قوانین اخلاقی دارد. از سوی دیگر، میان دو قطب احساسات و کنترل آن تضادی وجود دارد و از همین تضاد درونی طبیعت بشر است که احتیاج به اخلاق احساس می‌شود.

گروهی از حکیمان که پیروی اخلاق برترین هستند و قواعد آن را حاکم و رهبر جامعه می‌شناسند، برای یافتن قواعد اخلاقی کاوش در عادات اجتماعی را بیهوده و چه بسا زیان‌بار می‌شمرند. در نظر این حکیمان اخلاق داعیه رهبری و اصلاح دارد و هیچ‌گاه دنباله رو جامعه نمی‌شود، آنچه هست ما را در این باره یاری نخواهد کرد باید در پی رفتاری بود که شایسته انسان و مقام او است. هر چند که این گروه در باره معیار شناسایی نیک و بد هم نظر نیستند. چنان که خواهیم دید جمعی عقل و گروهی وجدان و حکم دل و سر انجام بعضی مذهب را به عنوان سر چشمه و اصل برگزیده اند؛ ولی همه در این نکته اتفاق دارند که تکالیف اخلاقی راهنمای زندگی است و قواعد آن کم و بیش ثابت و عمومی می‌باشد.

بر عکس جامعه شناسان، اخلاق را علم به عادات و رسوم تعریف

کرده اند و قواعد آن را ناشی از اجتماع می‌دانند نه راهنمای آن. به نظر

جامعه شناسان اگر امری را زشت و ناپسند می‌شماریم به خاطر مخالفت آن با قواعد اخلاق نیست؛ بلکه بدین جهت است که عموم یا اکثر مردم از آن متنفر اند. هر کاری که در جامعه‌ای مرسوم شود نیک است و هیچ‌گاه نباید از پستی اخلاق عمومی شکایت کرد. باید دید که احساس مشترک مردمی که در زمان معین در جامعه‌ای زندگی می‌کنند چیست و شعور جمعی چگونه انصاف می‌کند؟ چنانچه دورک هابم در نكوهش از شیوه کسانی که اعتقادات و پیش داورهای خود را کاوش‌های اخلاقی دخالت می‌دهند می‌گوید: "اخلاقیون هنوز به این شیوه تفکر بسیار ساده دست نیافته اند، چنان که تصور ما از اشیا ناشی می‌شود و کم و بیش عیناً نماینده آنها است، تجسم ما از اخلاق نیز از قواعد سر چشمه می‌گیرد که در برابر دیدگاه ما به کار بسته می‌شود." از حکیمان اسلامی غزالی را نیز باید در زمره کسانی آورد که داور عمومی را در تمیز نیک و بد اخلاق مؤثر می‌داند و به آن توجه دارد. او برای شناسایی عیوب نفس راه‌های را پیشنهاد می‌کند که یکی از آن‌ها معاشرت با مردم و دیدن منشی است که آنان محترم می‌دارند. با وجود این نباید معیار او را اجتماعی شمرد؛ زیرا هیچ‌گاه ضوابط شرعی را از یاد نمی‌برد و آن را لازمه رعایت تقوا و عدالت می‌داند. در هر جامعه دساتیر اخلاقی و حقوقی آن نسبت به دیگر جوامع متفاوت اند و آنچه در یک جامعه به عنوان ارزش مطرح است در دیگر جامعه بی ارزش و یا غیر اخلاقی است. چنانچه ویل دورانت از قول یکی از صاحب نظران یونان باستان نقل می‌کند که گفته است: "اگر دساتیر اخلاقی، آداب و رسوم مقدس سر زمینی را جمع کنید و بخواهید آن مقدار از آن را که در دیگر سر زمین زشت و ناپسند شمرده اند از آن بر دارید، چیزی بر جای نخواهد ماند." انسان عاری از عیب و خطا نیست؛ سود جو و زور گوست؛ شیفته قدرت است و گاه مصلحت خویش را برتر از همه حقایق می‌داند. پس نمی‌توان معیار اخلاق را عادات و رسوم او دانست. از این جاست که به گفته کانت، باید علم را کنار گذاشت تا جایی، برای ایمان باز شود. باید در جست- و- جوی قواعدی بود که این خود خواهی را تعدیل و با عادات ناپسند مبارزه کند؛ و این است قواعدی که آن را اخلاق می‌نامیم. اخلاقی که بدین گونه از منبعی بالاتر از رسوم توده مردم تراوش کرده است احترام و نفوذ بیشتر دارد. همه آن را مقدس و خوب می‌دانند؛ در دل احساس اطاعت می‌کنند و به آسانی حاضر نیستند از آن تجاوز کنند.

ویل دورانت که اخلاق را به آداب مفید تعریف می‌کند و مصلحت را مبنای الزام آن می‌بیند، دلیل تغییر اخلاق را نیز دگرگونی مبانی اقتصادی زندگی اعلام می‌کند. این دگرگونی عمیق دو بار در زندگی بشر رخ داده است:

1- انتقال از دوره شکار به زراع.

2- انتقال از این دوره به عصر صنعت.

در هر یک از این دوره‌ها اصول اخلاقی که در دوره سابق برای سلامت

نوع، مفید محسوب می‌شد، در دوره نو مضر و ناپسند شناخته

شد و با کندی و آشفته‌گی رو به تغییر نهاد.

گروهی از سیاستمداران به پیروی از هگل و هابس، اخلاق را اطاعت از دولت و قوانین اجتماعی می‌پندارند. با این تعبیر اخلاق مفهومی جز "سیاست زور" ندارد و اگر اعتقاد به آن را انکار اخلاق بنامیم با واقعیت نزدیکتر است. اخلاق اجتماعی در نظریه‌ها، تحریف شده و دولت جای اجتماع را گرفته است.

کمونستان نیز برای اخلاق مفهومی قابل شده اند، لنین می‌گوید: "ما می‌گوییم که اخلاق به طور کلی در خدمت مبارزه طبقه زحمت‌کش است. آنچه برای نابودی جامعه قدیمی استثمارگران و به سود گروه‌های کارگر و زحمت‌کشانی که جامعه نوین کمونیست را به وجود آورده اند به کار برود، اخلاق است."

از سوی هم اکثر دستاویز حقوقی ریشه و مبنای اخلاقی دارند؛ ولی همه آن‌ها به صورت کل اخلاقی پنداشته نمی‌شوند؛ بلکه یک سلسله قواعدی وجود دارد که ناشی از ضرورت و انکشافات عصر جدید است. مثلاً در قانون ترفیک هیچ‌گونه عنصر اخلاقی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا هدف آن تنظیم امور مربوط به عبور و مرور و انتقالات است که، به طور عام این موضوع با اخلاق هیچ نوع رابطه ندارد.

از جهت دیگر همان گونه که حقوق بدون ضمانت اجرای خارجی ناقص می‌ماند، اخلاقی هم که در ضمیر اشخاص ایجاد تکلیف نکند و اعتقاد و احترام به وجود نیآورد، اخلاق نیست. خلق و خوی و عاداتی مردم که در زندگی اجتماعی یافته اند، در تکوین نهادهای اخلاقی و رنگی که سنت‌های دیرین در میان هر نسل پیدا می‌کند، بی‌تردید مؤثر اند؛ ولی اخلاقی که به عنوان معیار ارزش‌ها و قانون عدالت وجدانی به کار می‌رود، نمی‌تواند خالی از آرمان و به سان قواعد فیزیکی، خشک و بی‌طرف باشد. باید به گونه‌ای ارتباط بین آرمان‌های اخلاقی و اخلاق برترین محفوظ بماند؛ زیرا تنها در این صورت است که برای هوس‌ها و غرورها و خود بینی‌ها لجامی فراهم می‌آید. تلقین این فکر که نیک و بدی وجود ندارد و آنچه را که قانون اخلاقی می‌انگارد ساخته عادات ما است، ارج و تنزه و اعتبار این قوانین را از بین می‌برد و هرکس بی‌هیچ تشویشی به خود اجازه می‌دهد که آنچه می‌خواهد انجام دهد. واقع‌بینی ایجاب می‌کند که در کاوش اخلاق اجتماعی اعتقادات نیز به حساب آید و مقامی والا تر از رسوم و عادات بیابد؛ زیرا قومی که هیچ آرمان فکری را دنبال نکند و به هیچ سنت و خاطره‌ای پای بند نباشد، محکوم به بی‌بند و باری و هرج و مرج است و هیچ آینده ثابت و پیش‌بینی شده ندارد.

بر خلاف آنچه عده‌ای از جامعه‌شناسان پیشنهاد می‌کنند، خالی کردن ذهن از اعتقادات و آرمان‌های پیش ساخته خطرناک است. آن که در پی قانون اخلاقی است از بررسی عادات و رسوم راه به جایی نمی‌برد. آنچه را که پاکان استثنایی و پارسایان گفته اند نباید به دور ریخت. باید احکامی را که از منبعی بالاتر از عقل سر چشمه گرفته است محترم داشت و در پی تحول آثار این احکام در وجدان اخلاقی مردم بود. این تحول نیز باید در ضمیر پارسایان و خردمندان قوم بررسی شود. خالی کردن ذهن از اعتقادات، اگر در علوم تجربی و مادی مفید و پسندیده باشد، در امور عاطفی و اخلاقی ناپسند و زیانبار است. ایجاد این اعتقادات آسان به دست یامده، طی قرن‌ها تجربه و مبارزه، بشر به این نتیجه رسیده است که باید پیوندی با عالم معنی داشته باشد. گسیختن این پیوند نه چندان آسان است و نه ضروری؛ زیرا این پیوند است که بزرگترین نهضت‌های اخلاقی و گاه سیاسی را رهبری کرده است. باید به جای "آنچه هست" در پی آن بود که چه قواعدی "باید باشد".

زیاد دور نرویم، می‌دانیم که که بیش‌تر مردم در کشور ما به اخلاق اسلامی اعتقاد دارند، به دستورهای آن احترام می‌گذارند و به انسانی اخلاقی می‌گویند که عفیف و پرهیز کار باشد، تنها به خود نیندیشد، مهربان و فداکار باشد، گناه نکند، امین و راست‌گو باشد به پیمان خود وفادار باشد، در جمع مال و منال حریص نباشد و هر وسیله را در آن راه مباح نشمرد، به کسی ضرر نرساند و مرتکب قتل نفس و دزدی نشود و مانند این‌ها که تنها بحث تیوریک است و روشن‌فکران اخلاقی بدان می‌اندیشند این است که، این دستورها در جامعه امروز ما چه رنگی پیدا کرده است و چگونه با نیازهای ما می‌تواند همساز شود؟ حال اگر کسی به جای تحقیق در باره اثر عادات و رسوم اجتماعی در این قواعد، همه این دستورها را که مبنای جز اعتقاد و ایمان ندارد به عنوان مفاهیم پیش ساخته و مزاحم به دور ریزد و از نو بخواهد با مشاهده عادات و رسوم مردم یا محاسبه سود و زیان کارهای اخلاق اجتماعی را به دست آورد، به بی‌راهه می‌رود و بخشی از واقعیت‌ها را ندیده می‌گیرد. همچنان اگر به این گونه عادات و ارزش‌ها و نهادهای که آرمان‌های سیاسی و نیازهای اقتصادی جامعه به وجود آورده است اعتنا نکند، بخش دیگری از حقیقت را کتمان می‌کند.

اگر قاضی با دعوایی رو به رو است که باید از اخلاق الهام بگیرد، بیش از هر چیز به ندای وجدان خود رجوع می‌کند. این ندا، بازتابی از همه اعتقادات و سنت‌ها و نیازهای اجتماعی است که در ضمیر او به وجود آمده و نتیجه کاوش علمی در عادات و رسوم نیست. از هیچ قاضی نمی‌توان انتظار داشت که آرمان‌ها و اعتقادات خود را از سر بیرون کند، عدالتی را که شیفته آن است رها سازد و به سان مدیر بی‌طرفی در باره راه حلی که به آن نیاز دارد به عادات اجتماعی رجوع کند. رجوع وی در قدم نخست

بیش از هر چیز به ندای وجدان خود او است.

الف - تفاوت حقوق و اخلاق: بعضی اوقات حقوق و اخلاق از هم به کلی متفاوت می‌باشند، مثلاً مرور زمان قانون تعیین کرده است: مستانف و معترض باید در ظرف یک ماه طلب رسیدگی مجدد را از محکمه دومی کنند. یا مرور زمان در مورد اموال غیر منقول 15 سال تعیین شده است. این موضوع نه تنها این که با اخلاق رابطه ندارد؛ بلکه به کلی با آن در تضاد است. همچنان در صورت سرکشی از مقرر حقوقی، اقتدار عامه یا دولت است که متخلف را مجازات می‌کند. در حالی که در صورت سرکشی از یک اصل اخلاقی وجدان و ضمیر یا باطن شخص است، که متخلف را تنبه می‌کند. مجازاتی که بالای متخلف از قواعد اخلاقی مورد تطبیق قرار می‌گیرد مانند جزا و یا مؤیدات حقوقی از خود وجود خارجی ندارد؛ بلکه به ندای ضمیر خلاصه می‌شود، که عبارت از ندامت و تأسف است. از جانب دیگر، حقوق به اعمال افراد توجه داشته، در حالی که اخلاق به تمایلات و قصد افراد توجه دارد. یعنی اخلاق مراحل قبل از عمل را در نظر گرفته و دستور می‌دهد که شخص چه باید کند، در حالی که حقوق متوجه انگیزه عمل نبوده، عمل را بالذات بعد از آن که انجام یافت مورد رسیدگی قرار می‌دهد. به نظر پل "آنچه همیشه در حقوق مجاز است، همیشه با اخلاق منطبق نیست."

از جانب دیگر دانشمندان، اخلاق را ناشی از یکی از این سه منبع دانسته اند:

- 1- خداوند (که مظهر اراده او مذهب است)؛
- 2- انسان (از راه عقل یا دل)؛
- 3- اجتماع (که از راه تحقیق در باره عادات و رسوم می‌توان اراده آن را به دست آورد).

ولی حقوق محصول اراده کسانی است که به عنوان طبقه حاکم و به نام خداوند یا ملت و گاه به نام خود بر دیگران حکومت می‌کنند.

سالموند استاد انگلیسی در تمیز اخلاق و حقوق بر منبع این دو نظام تکیه می‌کند. او می‌گوید: "قانون و حقوق را قانون‌گذار به آسانی تغییر می‌دهد؛ ولی اخلاق را به وسیله قانون نمی‌توان دگرگون ساخت. نه تنها در عمل هیچ‌گاه قانون‌گذار برای اخلاق قاعده وضع نمی‌کند؛ بلکه دخالت او در این کار قابل تصور هم نیست."

هر چند که اثر اراده قانون‌گذار در اخلاق و حقوق یکسان نیست؛ ولی از آن نمی‌توان به عنوان معیار تمیز این دو نظام استفاده کرد؛ زیرا از یک سو قانون‌گذار در تغییر قواعد حقوق آزاد نیست و کم و بیش از اخلاق عمومی الهام می‌گیرد و از سوی دیگر اثر قانون را در اخلاق نمی‌توان به کلی انکار کرد. مردم که در آغاز به اکراه حکم قانون را گردن می‌نهند، پس از مدتی به آن خو می‌گیرند. اگر قانون با داوری مردم به شدت مخالف نباشد، رفته - رفته برای خود جایی باز می‌کند و عدالتی که هدف وضع آن بوده است به دل‌ها می‌نشیند و در اخلاق اثر می‌کند.

کانت که بیش از همه حکیمان در جدا ساختن حقوق و اخلاق اصرار ورزیده است، مبدای تمام نیکی‌ها را اراده خیر می‌داند. به نظر او کاری اخلاقی است که با حسن نیت، یعنی به منظور ادای تکلیف انجام شده باشد، پس هرگاه کسی به امید پاداش یا از بیم جزا عملی را بر طبق قاعده انجام دهد کار نیکی نکرده است؛ زیرا جلب سود یا دفع زیان ارزش اخلاقی ندارد و آنچه مهم است نیت انجام تکلیف پیروی از قانون است.

با این ترتیب اخلاق تنها به امور درونی و نفسانی نظر دارد و آنچه را نیک و بد می‌شمارد با معیار اراده خیر می‌سنجد. در پیشگاه محکمه وجدان حسن و نیت ارزش دارد نه مظاهر خارجی اراده؛ ولی در حقوق میزان ارزیابی کارها خود آنها است. قوای عمومی نمی‌تواند در باب امور نفسانی تحقیق کند. به همین دلیل حقوق هیچ‌گاه به محرک‌های درونی نمی‌پردازد و میدان کار خود را محدود به جهان خارج می‌سازد.

اجتماعی بودن حقوق، مانع از کاوش در باره مبنای درونی اعمال شخص نیست. همان گونه که زندگی فردی را در برابر حیات اجتماعی نمی‌توان فراموش کرد، حقوق نیز از اخلاق بی‌نیاز نیست و در بیش‌تر احکام خود به محرک‌های درونی توجه دارد. قاضی همان طوری که نگاهیان حقوق است، پاسدار اخلاق نیز است و این دو وظیفه را با هم اعمال می‌کند.

بنام فیلسوف و حقوق‌دان انگلیسی اخلاق و حقوق را به دو دایره تشبیه کرده است، که مرکز مشترک دارند و شعاع یکی بزرگتر از دیگر است. دایره بزرگتر، اخلاق و کوچکتر حقوق نامیده می‌شود. به نظر او مبنای حقوق و اخلاق سود جویی است و هیچ کدام امتیازی بر دیگری ندارد؛ ولی اخلاق تکالیف شخص را نسبت به خود و خداوند و هموعان معین می‌کند و حقوق تنها ناظر به روابط اشخاص است و از دو تکلیف دیگر سخن نمی‌گوید؛ و در تکالیف نسبت به هموعان نیز حقوق از قواعدی تشکیل می‌شود که لازمه اجرای عدالت است، در حالی که اخلاق نظری برتر از آن دارد، به مهربانی و فداکاری و حق شناسی نیز فرمان می‌دهد و تکالیفی را مقرر می‌دارد که انسانیت کامل اقتضا دارد.

اگر از عده‌ای ملاحظات تاریخی بگذریم، قلمرو حقوق و اخلاق را نمی‌توان یکی دانست. حقوق به زندگی اجتماعی انسان نظر دارد و از این دیدگاه به او توجه می‌کند و هدف اصلی قانون‌گذار حفظ نظم و صلح اجتماعی است و اگر به زندگی فردی و تکمیل انسان می‌پردازد به خاطر رسیدن به این هدف است. پس آنچه در درون انسان می‌گذرد و همراه با فعل خارج نشده، از حوزه حکومت قانون بیرون است؛ زیرا رسیدگی به این گونه امور تنها در پیشگاه وجدان ممکن است و اجتماع توانایی اجرای این وظیفه را ندارد.

اخلاق نیز به زندگی اجتماعی توجه دارد، چون انسان نمی‌تواند در برابر محیط خود مستقل و بی‌نیاز بماند و شادی و غم دیگران را به هیچ شمارد. در پیشگاه وجدان و خداوند نیازی به ضمانت اجرای خارجی نیست و اخلاق قادر است برای تأمین هدف‌های خود تا اعماق دل آدمی نفوذ کند و تمام عواطف او را به زنجیر کشد.

از سوی دیگر اخلاق از اندیشه‌های بلند پاکان و پرهیزگاران مایه می‌گیرد و دولت نمی‌تواند رعایت همه احکام آن را از توده مردم انتظار داشته باشد. برای حفظ نظم در هر جامعه حداقل اخلاق ضرورت است که به دقت نمی‌توان میزان آن را معین کرد. در نتیجه مبارزه نیروهای اخلاقی با سایر ضرورت‌های اجتماعی در هر زمان و مکان خاص پاره‌ای از قواعد اخلاق در حقوق نفوذ می‌کند و دسته‌ای از آن‌ها بی اثر می‌ماند و به همین دلیل است که گاه سخن از بحران و تنزل حقوق به میان می‌آید.

به همین ملاحظات است که امروز در حقوق ما و بسیاری از کشورها قواعد اخلاق و قوانین منطبق نیستند، برای مثال دروغ‌گویی در اخلاق ناپسند است؛ ولی در حقوق در شرایط خاصی برای آن مجازات معین می‌کند. با آن که نشیندن دعوی به سبب مرور زمان خلاف اخلاق است به خاطر پایان دادن به دعاوی کهنه و ایجاد آرامش در اجتماع حقوق آن را مجاز می‌داند. اخلاق حکم می‌کند که توانگر از خویشان مستمند خود دستگیری کند؛ ولی حقوق الزام به انفاق را تنها میان خویشاوندان در خط مستقیم پیش‌بینی کرده است.

اخلاق در پی اصلاح فرد است که نتیجه مستقیم آن تأمین نظم عمومی است؛ زیرا در یک اجتماع که اعضای آن پرهیزگار و راست‌گو باشند، نظم نیز آسان‌تر به دست می‌آید. بسیاری از قواعد اخلاق نیز هدف اجتماعی دارد. چنان که تکلیف امین در رد امانت و توانگر در دستگیری از خویشاوندان و غاصب در جبران خساره مالک به خاطر حفظ صلح در جامعه مقرر شده است.

چگونه می‌توان ادعا کرد که در چنین مواردی نفع عموم و حق زیان دیده ملحوظ نیست و منظور آرامش وجدان غاصب و امین است. آن گاه خشنودی انسان در صورتی به دست می‌آید که احساس کند برای دیگران مفید است. انسان اخلاقی عبادت را در خدمت به خلق می‌داند و نگران حال اجتماع خود نیز است. پس نمی‌توان دنیای درون را از عالم خارج جدا ساخت و سعادت اجتماع را هدف اخلاق ندانست.

از سوی دیگر اگر حقوق به اصلاح اخلاقی مردم نپردازد، تنها به زور پولیس نمی‌تواند نظم را برقرار سازد. قانون‌گذار عاقل از ترتیب مردم غافل نمی‌ماند و برای رسیدن به هدف نهایی خود از این وسیله استفاده می‌کند.

هدف حقوق استقرار عدالت نیز است و اقامه عدل بیش از هر چیز جنبه اخلاقی دارد. منتها باید دانست که غرض اصلی حقوق حفظ نظم اجتماعی است و توجه به حسن نیت و اصلاح فرد در آن جنبه فرعی دارد. در حالی که اخلاق چنانچه گفته شد به تکالیف وجدانی اهمیت می‌دهد و از این راه در پی سود عمومی است.

در تنظیم روابط زن و شوهر اخلاق بیش از حقوق حکومت می‌کند. در این رابطه سخن از عواطف انسانی و عشق و صمیمیت و وفاداری است و حقوق برای حکومت کردن بر آن‌ها ناتوان است. به زور اجرائیه نه مرد را می‌توان به حسن معاشرت با زن واداشت نه زن را به اطاعت از شوهر و وفاداری به او مجبور کرد. بر این اتحاد معنوی تنها اخلاق می‌تواند حکومت کند و حقوق ناگزیر است به جای اتکا به قدرت دولت، دست نیاز به سوی اخلاق دراز کند.

بر خلاف آنچه بعضی تصور کرده اند، خانواده تنها یک مؤسسه حقوقی نیست و قانون توانایی ایجاد نظم را در آن ندارد. خانواده مؤسسه است مخلوط از قواعد حقوقی و اخلاقی. در این اختلاط نیز غلبه با اخلاق است؛ زیرا نه تنها بیش‌تر قوانین راجع به آن ضمانت اجرای مؤثر ندارد؛ بلکه آنچه هست از اخلاق مذهبی و اجتماعی ناشی شده و در مقررات دولتی نفوذ کرده است.

در هر ملت خانواده نماینده و مظهر اخلاق عمومی است. احساسات پاک انسانی و درندگی‌های حیوانی، هر دو در این کانون به اوج قدرت خود می‌رسد. آنچه در خانواده باید به وجود آید عشق و مهربانی و حسن نیت است و هیچ نیرویی جز اخلاق و ایمان نمی‌تواند بر این عواطف حکومت کند. الزام به تأمین معاش خانواده و تربیت فرزندان و تکلیف زن و فرزندان نسبت به مرد و اطاعت از او از قواعد اخلاقی است که حقوق به عاریت گرفته است. یا اگر طفلی پاس احترام پدر را نگه ندارد و از فرمان او در پوشیدن لباس یا خودداری از بازی معین سرپیچی کند، چگونه حقوق می‌تواند اجرای آن را تضمین کند؟ و یا این که از لحاظ نظری بتوان از قوای عمومی در چنین مواردی مدد خواست، آیا در عمل نیز قدرت دولت می‌تواند روابط بین زن و شوهر یا پدر و فرزند را به طور شایسته منظم کند؟ در این گونه امور جنبه اخلاقی بر آثار حقوقی آنها غلبه دارد. پس در خانواده نمی‌توان حقوق و اخلاق را از هم جدا ساخت و مرز بین قواعد آن دو را به دقت رسم کرد.

خلاصه گفته می‌توانیم که اخلاق و حقوق بعد از گذشت دوره‌های مختلف، امروز دو شعبه مستقل اند که با هم ارتباط نزدیک دارند.

رابطه حقوق با عرف و عادات: عادات و رسوم اجتماعی به تدریج و در اثر گذشت زمان به وجود می‌آید و هر چه کهن سالتر باشد احترام و نفوذ بیشتر دارد. طبع و عادت دوام ثبات را ایجاب می‌کند و سال‌ها و قرن‌ها باید بگذرد تا عواطف و رسوم ملتی از میان برود ممکن است ظاهر و صورت زندگی اجتماعی و حتی شکل سیاسی حکومت تغییر کند. ظاهر جاده‌ها و خانه‌ها و طرز لباس پوشیدن و آرایش سر و صورت، دگرگون شود؛ ولی سرشت و طبیعت هر قوم در زیر این سر پوش‌های رنگارنگ حرکتی آرام و ویژه دارد (مهلتی باید تا خون شیر شد...). ملت به کندی قادر است از سنت‌های دیرین بگذرد، عدالتی را که نزد او محترم است رها کند و به انقلاب فرهنگی، حقوقی و اخلاقی تن در دهد.

بر خلاف آنچه عده‌ای از جامعه‌شناسان گفته اند، تحول حقوق در نتیجه تغییر شرایط زندگی قهری نیست؛ زیرا در بسیاری موارد قانون‌گذار برای حفظ سنن گذشته با این تحول مبارزه می‌کند. برای مثال زندگی ماشینی و مادی امروز اقتضا می‌کند که زن و فرزندان مرد در کنار او کار کنند و کانون خانوادگی به صورت سابق باقی نماند. احتمال دارد دولت با تأمین مسکن رایگان و پرداختن حقوق اضافی به کارمندان متاهل، همبستگی میان زن و شوهر را حفظ کند. بنابر این شرایط زندگی تنها مقتضی تحول حقوق را فراهم می‌آورد؛ ولی احتمال دارد مانع ارادی از آهنگ حرکت حقوق بکاهد.

وظیفه حقوق هدایت جامعه به سوی ترقی و حفظ نظم و تأمین عدالت است و نباید آن را تا حد علم عادات و رسوم تنزل داد. جامعه‌شناسی می‌تواند نیازمندی‌های اجتماع و عادات و رسوم عمومی را معین کند؛ ولی حقوق باید قواعد حاکم بر محیط را تشخیص دهد و در صورت لزوم با عادات مضر مبارزه کند.

قواعد حقوق باید عادلانه و ملایم با عواطف بشری باشد و مردم زحمتی در اجرای آن احساس نکنند. از نظر فنی نیز قانون باید صریح و قابل اجرا باشد و قانون‌گذار ضمانت اجرای مؤثر برای آن پیش‌بینی کند. همه باید بدانند که در دادن حق دیگران ناگزیر اند و اجتماع نیز از حقوق ایشان حمایت می‌کند.

به طور خلاصه ایجاد تعادل بین نیروی اجتماعی که حقوق را به دنبال خود می‌کشاند و طبیعت آرام و سنگین این نظام بر حسب قواعدی انجام می‌گیرد که می‌باید با دقت و توجه کامل به این دو عامل مهم استنباط شود.

حکمت و اخلاق و آرمان‌های فرهنگی و سیاسی و مذهبی در کنار تغییر شرایط و نیازهای مادی با هم در حرکت حقوق مؤثر است و باید در این محاسبه منظور شود.

نظم و آرامش در زندگی اجتماعی تنها به وسیله حقوق فراهم نمی‌شود. مسایلی که در محکمه مطرح است گوشه‌ای از این زندگی را نمایش می‌دهد، بی‌تردید حقیقت است؛ ولی تمام آن نیست. در هر قوم آداب و سنتی حکومت می‌کند که در تأمین نظم و صلح اجتماعی اثر فراوان دارد. دولت در ایجاد این قواعد هیچ سهمی ندارد و محکمه نیز کسی را به اجرای آن‌ها مجبور

نمی‌کند؛ ولی نیروی افکار عمومی ضامن اجرای آن‌ها است. شاید فرار از اجرای قانون در بسیاری موارد آسان‌تر از بی‌اعتنایی به قواعد مرسوم باشد.

طرز لباس پوشیدن و آرایش، نزاکت در برخورد‌های دوستانه و رسمی، مراسم سوگواری و عیدهای ملی و مذهبی، آداب و معاشرت و پیش‌آمد با بزرگترها و مهربانی کردن با کودکان و ده‌ها قاعده دیگر، شیرازه زندگی در اجتماع را تشکیل می‌دهد. اجبار ناشی از آن‌ها، به دلیل عادت اشخاص، در موارد عادی احساس نمی‌شود؛ ولی بی‌اعتنایی به همین نیرو سبب بسیاری از ناکامی‌های اجتماعی است. چه بسا اختلاف‌های که در اثر امتناع از یک سلام و تعارف معمولی به وجود آمده و سال‌ها دستگاه عدالت قادر به رفع آن نشده است؛ و چه بسیار فرصت‌ها که به خاطر تجاوز به یکی از آداب و سنن از دست رفته است. فایده مهم آداب و رسوم اجتماعی در این است که اشخاص در برخورد با دیگران از پیش تکالیف خود را می‌دانند و بی‌آن که نیازی به تفکر داشته باشند می‌توانند چنان رفتار کنند که، مانع از برخورد و دشمنی شود. طرز لباس پوشیدن و آداب گاه بیش از ویژگی‌های نژادی می‌تواند فردی را هم‌رنگ با جامعه سازد. تشابه در همین امور ساده، روح برادری و تعاون را در میان هر قوم زنده نگاه می‌دارد. کسانی که مانند هم لباس می‌پوشند و روزهای معین را جشن می‌گیرند و در معاشرت‌های خود آداب مشابه دارند و گاه- گاه در مراسمی به یک منظور اجتماع می‌کنند، به تدریج خود را در غم و شادی هم شریک می‌بینند و تعاون و همکاری در بین آن‌ها به صورت تکلیف اخلاقی در می‌آید.

بنابر این، اثر آداب و رسوم اجتماعی، ایجاد نظم و آرامش در زندگی اجتماعی است. وجدان عمومی وجود این قواعد را احساس می‌کند و رعایت آن را بر افراد تحمیل می‌کند. پس آداب و رسوم از این حیث با قواعد حقوق شباهت زیاد دارد. وانگهی در بسیاری موارد حقوق این‌گونه عادت را محترم می‌دارد و رعایت آن‌ها را از تکالیف حقوقی می‌شمرد.

معنی درست قواعد حقوقی را جز با ملاحظه آداب و رسوم اجتماعی نمی‌توان فهمید. برای مثال مفهوم ریاست مرد بر خانواده تنها با مطالعه مواد قانون مدنی به دست نمی‌آید. در خانواده‌ها رسوم اجتماعی و اخلاق بیش از حقوق حکومت می‌کند و اجرای قانون به وسیله این سنت‌ها تعدیل می‌شود. در کشورهایی که حقوق به طور طبیعی از اخلاق و عادات ملی متأثر است، اثر آن‌ها در مفهوم قواعد حقوقی نمایان نیست؛ زیرا حقوق و آداب و رسوم در بیشتر موارد با یکدیگر ملایم و متناسب اند؛ ولی در اجتماع‌هایی که قوانین خود را به عاریت از دیگران گرفته اند، نقش مهم آن‌ها را در تنظیم روابط اجتماعی به خوبی می‌توان دید. برای مثال جاپان قوانین خود را از کشورهای مغرب زمین اقتباس کرده است. از لحاظ نظری، وفای به عهد و طرز جبران خساره در جاپان مانند اروپا و گاه امریکا است؛ ولی مردم جاپان حقوق را حکم زور و ظالمانه می‌دانند. رجوع به محکمه نوعی پستی و شقاوت و احضار به آن خواری و ذلت است. گذشت و مهربانی، حتی در دعاوی مدنی، لازمه بزرگواری و ادب محسوب می‌گردد. داین به مدیون فرصت می‌دهد تا هر طور که مایل است وفای به عهد کند و زیان دیده به رغبت از حق خود می‌گذرد؛ و اگر مجرم او را به گرفتن مبلغ مختصری اجبار کند، آن را با حق شناسی می‌پذیرد. بدیهی است در چنین محیط قانون رنگ دیگری می‌گیرد و آن چنان که هست اجرا نمی‌شود.

عادتی می‌تواند به عنوان عرف مورد استناد قرار گیرد که به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می‌کنند، اجباری و الزام آور باشد. اینان باید باور داشته باشند که گریزی از آنچه دیگران می‌کنند نیست و در زمره قواعد حقوقی مورد حمایت دولت است. در باره این عاملی که این اعتقاد را در ضمیر مردم به وجود می‌آورد

نظریه‌ها، گوناگون است. بعضی گفته اند در زمان ما مقصود از عرف به عنوان قاعده الزام آور "عرف قضایی" است و نه عادت مردم. به بیان دیگر، رویه قضایی است که عرف نامیده می‌شود. بر طبق این نظر سهم رویه قضایی در ایجاد عرف مانند نقشی است که کارگر و ماشین‌های صنعتی در تبدیل مواد خام به تولیدات صنعتی دارد. مردم زمانی به اجباری بودن عادتی اعتقاد پیدا می‌کنند که، مطمئن باشند در صورت رجوع به محکمه حکمی به سود خود تحصیل می‌کنند.

خلاصه گفته می‌توانیم که یکی از قواعد تنظیم کننده اجتماع قواعد مجاملاتی (رسوم، عرف و عادات) است که مانند سایر قواعد اجتماعی با حقوق مطابقت دارد. قانون‌گذار در حین وضع و تدوین قوانین باید قواعد مجاملاتی جامعه را در نظر داشته باشد، در غیر آن یک قاعده حقوقی با مخالفت شدید جامعه مواجه خواهد شد. از سوی هم برخی قواعد حقوقی مبدای پیدایش خود را از عرف مسلط جامعه اخذ کرده اند. در برخی مواقع عرف با قاعده حقوقی در تضاد واقع می‌شود و حتی قاعده حقوقی زمینه تطبیق اش را از دست می‌دهد.

رابطه حقوق با مذهب: اولین و اصلی ترین ساحة شناخت حقوق، قلمرو دینی است و یکی از منابع مهم و اصلی حقوق، مذهب است. کشورهای که حکومت مذهبی داشته باشند اکثر قواعد حقوقی آن‌ها بر پایه‌های مذهب قرار می‌گیرد. در کشورهای که مذهب رسماً در اداره کشور نقشی ندارد، باز هم اثر عقاید مذهبی در تدوین قوانین و اجرای آن قابل انکار نیست؛ ولی در بیشتر کشورهای جهان حقوق از نیروی سیاسی حکومت سر چشمه می‌گیرد و احترام و نفوذ مذهب جنبه اخلاقی دارد. مذهب مبنای منحصر قواعد اخلاقی نیست؛ زیرا عادات و رسوم اجتماعی و قوانین به تدریج به آیین خاص ارتباط ندارد و عقل، در اثر تجربه و تحلیل اسباب امور آن‌ها را لازمه نیکو کاری و ایجاد اجتماع سالم و خوشبخت می‌داند؛ ولی بدون تردید مذهب مهم‌ترین منبع اخلاق است. بیشتر قواعدی که امروز جنبه اخلاقی دارند از دستورهای مذهبی و اندیشه‌های بلند پیامبران متأثر شده است.

حتی آنانی که با هر گونه مفهوم ماورای طبیعی سر ستیز دارند و وانمود می‌کنند که جز از راه علم و تجربه به باوری نمی‌رسند، در عمل ندانسته پای بند اصول مرسوم در جامعه خویش اند؛ و احکام مذهبی را رعایت می‌کنند، بدون این که اجباری احساس کنند یا بدانند که چرا چنین رفتاری دارند.

اقامه عدل، برقراری مساوات، دستگیری از بیچارگان، حمایت از ناتوانان، حفظ خانواده، پرهیز از دروغ و نیرنگ، وفا به عهد و درستکاری از تعالیم ابتدایی همه ادیان است. به خصوص در مذهب اسلام که پیروی از احکام عقل در زمره دستورهای مذهبی قرار می‌گیرد، اخلاق مذهبی وسعت بیشتری یافته است.

تاریخ نشان می‌دهد قواعدی که بر جامعه‌های ابتدایی حکومت می‌کرده جنبه مذهبی داشته است. پیامبران کهن ترین معلمان بشر اند و سهمی عظیم در تمدن کنونی دارند. در طول تاریخ نیز کمتر دوره‌ای را می‌توان نام برد که، حقوق از قواعد مذهبی متأثر نشده باشد.

در اروپا دین مسیح، حقوق روم را زیر نفوذ خود گرفت و هم اکنون نیز بسیاری از قوانین اروپایی از حقوق کلیسا و تعلیمات اخلاقی مسیح گرفته شده است. در چین، هند و جاپان عرف‌های مذهبی در تنظیم روابط اجتماعی سهم مؤثر دارد.

در ایران قدیم سالیان زیادی دین زردشت یکی از عوامل مهم همبستگی اجتماعی و از ارکان مهم دولت به شمار می‌آمد. اردشیر بابکان مؤسس سلسله ساسانی دین زردشت را مذهب رسمی کشور ساخت. او به هنگام مرگ نیز پسر خود شاهپور را مخاطب قرار داده، گفت: ای فرزند دین و ملک دو برادر اند که، هیچ یک را از دیگری بی نیازی نیست، دین اساس ملک است و ملک نگهدارنده دین. آنچه اساس ندارد خراب است و آنچه را نگهدارنده نیست، ضایع شمرده می‌شود.

به تدریج مذهب زردشت جای خود را به دین اسلام گذاشت. 14 قرن می‌شود که قوانین اسلامی شئون اجتماعی را اداره می‌کند. در تمام دوره اسلامی هیچ قانونی به جز شرع وجود نداشت و هیچ عرفی جز به امضای آن مایه نمی‌گرفت. پادشاهان به نام خداوند حکومت می‌کردند و قانون‌گذاری جزء فرامین پروردگار برای آنها نبود. فرامینی که از طرف پادشاهان و حکام صادر می‌شد همه در تأیید قوانین و تعالیم اسلامی بود. بیش‌تر پادشاهان از علمای دین اجازه حکومت کردن می‌گرفتند؛ آنان را محترم می‌داشتند؛ و به مشاوره و پیوند با ایشان مباحثات می‌کردند که تا هم اکنون چنین است.

تمام قوانین در کشور ما در توافق با دین اسلام و فقه حنفی تدوین گردیده اند و تمام ارزش‌های مذهبی در آن مد نظر گرفته شده است. مثلاً در قانون مدنی کشور ما قید گردیده است که نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست.

دین و مذهب یک سلسله اوامر و نواهی را بالای تابعین خود فرض گردانیده است. چون این اوامر و نواهی از جانب خداوند می‌باشند و تابعین با باور کامل معتقد اند که این اوامر از جانب خداوند نازل شده و خود را به پیروی و اطاعت از آن مجبور دانسته و در صورت تخلف خود را مستوجب غضب و عتاب خداوند می‌دانند. هدف دین تنظیم مناسبات انسان با خداوند یا خودش و یا افراد جامعه و اجتماع بشری است.

نقطه مورد نظر ما همان نظم، علایق و واجبات فرد در برابر هم نوع اش بوده، همین نقطه است که اوامر دینی را به قواعد حقوقی ارتباط می‌دهد. از این لحاظ حقوق و مذهب هدف مشترک دارند و هم‌چنان از لحاظ عمومی بودن و الزامی بودن نیز با هم موافقت دارند؛ و فقط چند حالت است که دین را از قاعده حقوقی متمایز می‌سازد: یکی از نگاه جزایی؛ زیرا جزای قواعد حقوقی دنیوی و فوری بوده؛ اما در قواعد دینی علاوه بر جزای دنیوی جزای اخروی نیز بر متخلفین این قواعد از جانب خداوند داده می‌شود. دیگر از نگاه ساحه تفاوت میان آن‌ها وجود دارد؛ زیرا ساحه دین وسیع است به این معنی که دین شامل مسایل تبعیدی، اخلاقی، عقیدوی و اجتماعی بوده، قواعد حقوقی تنها قواعد روابط ظاهری اجتماعات و افراد را تنظیم می‌کند.

تفاوت دیگر در این است که منبع اصلی حقوق قانون است در حالی که منشأ قواعد مذهبی وحی است. فقها سعی دارند احکام را از منابع چهارگانه قرآن، سنت، اجماع و قیاس که با آن پیوند دارد و از آن سر چشمه گرفته دریابند. قاضی در درجه اول باید به قانون مراجعه کند و اگر حکم قضیه را در قانون نیافت به منابع معتبر اسلامی مراجعه می‌کند.

قواعد مذهب ثابت و لایتغیر اند؛ مگر با ترتیباتی که پیش‌بینی شده و ضرورت‌های که باعث تبدیل احکام اولیه به ثانویه گردد، در حالی که حقوق ولو این که منکی به مذهب باشد، ثبات مذهب را ندارد و بخش مهمی نتیجه اوضاع و احوال اجتماعی است و قانون‌گذار نیازهای کنونی جامعه را مراعات می‌نماید.

مبحث چهارم - رابطه علم حقوق با سایر علوم

حقوق به مثابه یک علم اجتماعی، با سایر علوم اجتماعی و علوم طبیعی به صورت مستقیم یا غیر مستقیم ارتباط دارد، که اینک به طور خلاصه به آن اشاره می‌گردد.

1- رابطه علم حقوق با علوم اجتماعی

الف - ارتباط علم حقوق با علم اقتصاد: بی گمان قانون‌گذار باید عوامل اقتصادی جامعه خود را بشناسد؛ و قانونی که بدون توجه به این عوامل وضع گردد هیچ فایده مهمی ندارد. برای مثال برای تنظیم قواعد مربوط به مالکیت و قراردادها باید آثار اقتصادی هر یک از آن‌ها به دقت بررسی شود؛ ولی در این راه نباید چندان مبالغه کرد که حقوق را نتیجه وقوع تحولات اقتصادی دانست و مبنای منحصر تمام وقایع تاریخی و حقوقی را ضرورت‌های مادی و اقتصادی پنداشت؛ اما با وجود همه، روابط حقوق با اقتصاد به حدی نزدیک است که یکی را بدون دیگری نمی‌توان مطالعه کرد. در وضع و تدوین قوانین هرگز نمی‌توان اقتصاد را نادیده گرفت. مقنن در تنظیم قواعد حقوقی خواه ناخواه مسایل اقتصادی را مد نظر دارد. مثلاً مقنن نمی‌تواند به وضع تولید و توزیع ثروت نیندیشد.

هم‌چنان اقتصاد دانان هم در تحقیق مسایل اقتصادی باید از حقوق بهره گیرند. در امر تولید و طرز توزیع، روش‌های عادلانه مربوط به حقوق را به کار گیرند. باید قواعد حقوقی را که بر این امور حاکم است بدانند. قواعد مربوط به شرکت و اموال و

انواع دیگر عقود را بشناسند و در جای خود به کار برند. گردانندگان اقتصاد نمی‌توانند نسبت به مفاهیم حقوقی متعالی مثل آزادی و مساوات و قواعد که در جهت نظم و عدالت جامعه مقرر گشته بی‌اعتنا بمانند و از وسایل اقتصادی در تخریب آن‌ها استفاده کنند. از آنجایی که همه می‌دانیم علم اقتصاد، علمی است که راجع به احتیاجات بشری و رفع ساختن آن بحث می‌کند، متضمن مطالعه تولید و توزیع اموال و ثروت‌ها است. روی این مفکوره بود که مدت مدیدی علمای اقتصاد عقیده داشتند که اقتصاد به کلی مجزا از سایر علوم اجتماعی می‌باشد و خاصاً به حقوق، هیچ رابطه ندارد؛ زیرا به عقیده آن‌ها اقتصاد دارای قوانین به خصوص خود بوده و نظم اقتصادی بدون مداخله قواعد حقوقی خود به خود به اساس یک نظم طبیعی تنظیم می‌گردد. گویا این نظم اقتصادی گوشه از قوانین طبیعی است. مثلاً قانون عرضه و تقاضا که با بلند رفتن عرضه قیمت‌ها به صورت خود به خودی پایین می‌آیند و بر خلاف اگر تقاضا بلند رود و عرضه به همان معیار سابقش باقی بماند قیمت‌ها بلند می‌روند. این امر به کلی طبیعی بوده و ضرورت به هیچ‌گونه مداخله و وضع قوانین و مقررات حقوقی که به موجب آن دولت مجبور باشد جریان اقتصادی را رهبری کند، ندارد. این طرز استدلال فریبنده طوری که در عمل دیده شد عاری از حقیقت بود. چنانچه بحران‌های اقتصادی قرون 19 و 20 ثابت کرد که نظم اقتصادی بدون مداخله دولت و رهبری آن برای بهبود وضع جامعه و منافع مردم ممکن نیست. از طرف دیگر گرچه ظاهراً چنین معلوم می‌شود که اقتصاد و حقوق با هم رابطه ندارند؛ ولی در حقیقت این ادعا درست نبوده؛ بلکه آزادی اقتصادی از دو اصل عمده حقوقی الهام می‌گیرد. به این معنی زیر بنای اقتصاد آزاد یا لیبرالیسم، عبارت از موجودیت ملکیت شخصی و آزادی قرارداد است که به اصل استقلال اراده در چوکات قراردادها تبارز می‌کند. هرگاه ما این دو اصل حقوقی (ملکیت شخصی و آزادی قرارداد) را مورد تحقیق قرار دهیم باز هم ثابت می‌شود که شناسایی ملکیت انفرادی و آزادی قرارداد بدون مداخله دولت و وضع مقررات حقوقی هیچ‌گاه تنظیم شده نمی‌تواند؛ زیرا دولت است که به شناسایی دو اصل طی دساتیر حقوقی اعتراف می‌کند و جهت احترام به آن مؤیدات را پی‌ریزی یا پیش‌بینی می‌کند و در تحت این حمایت دولت، در پرتو دساتیر حقوقی بود که اقتصاد آزاد توانست انکشاف کند.

از بیانات فوق باید نتیجه گرفت که بین اقتصاد و حقوق رابطه نزدیک وجود داشته و یکی بدون دیگر انکشاف کرده نمی‌تواند. مثلاً اگر در جریان اقتصادی یک جامعه تغییر رونما گردد به غرض تنظیم بخشیدن این تغییر باید بر امور مربوط به اساسات حقوقی آن‌ها، قبلاً توجه صورت گیرد.

ب - رابطه علم حقوق با علم سیاست: در علوم سیاسی قدرت عمومی را در نظام حاکمیت کشور شناسایی و آن را در ارتباط به اداره امور داخلی و روابط خارجی ارزیابی می‌کنیم. در نتیجه متوجه می‌شویم قدرت عالی کشور چگونه مورد تقسیم قرار گرفته و با چه نوع حکومتی کشور اداره می‌شود؛ و روابط قوای عالی آن چگونه است. معلوم است حقوق رکن مهم از علوم سیاسی را تشکیل می‌دهد، یعنی همان قواعد و روش‌ها و روابط که برای جامعه لازم است باید تحت قاعده حقوقی قرار بگیرد، تا قابل اعمال و استفاده باشد. در همه بخش‌های علوم سیاسی نفوذ حقوق مشخص است و در همان حال قدرت حاکمیت است که امکان می‌دهد قوانین ضمانت اجرا داشته باشند. در علوم سیاسی از حقوق و آزادی‌ها در انواع و اقسام آن، از محدودیت‌های درست و نادرست آن بحث زیاد است. تا جای که این قسمت از علوم سیاسی را جمعی حقوق سیاسی نام نهاده‌اند. نسبت به بعضی از رشته‌های حقوق این تردید وجود دارد که آیا جزء علوم سیاسی اند یا حقوق. در این اواخر جا به جایی تا به آن حد است که عنوان نهادهای سیاسی جای حقوق اساسی را گرفته است. تدریس علوم سیاسی و حقوق به لحاظ نزدیکی در بسیاری موارد در یک پوهنخی صورت گرفته است. همان طوری که در بحث مشخصات قاعده حقوقی توضیح می‌گردد، قواعد حقوق به طور مستقیم یا غیر مستقیم از جانب قدرت عمومی صادر و حمایت می‌شود. یعنی منشأ قاعده حقوقی قدرت عمومی است.

قواعد حقوقی به هر شکل که باشد، قانون اساسی، قانون عادی، مقرردها، لوایح و سایر مقررات و یا عرف و عادت اراده الزام آور عمومی را همراه دارد. این همان محور مورد بحث علوم سیاسی است و به علاوه ضمانت اجرایی قواعد حقوق راه‌های قضایی یا اداری است که جمعی را اعتقاد بر آن است که پشتی‌بان و حامی این قواعد به طور عموم حاکمیت و اقتدار دولت است. چنانچه اشخاصی که این مقررات بر آنان بار شده و باید اجرا نمایند خلاف آن عمل کنند و یا از اجرا آن خودداری کنند با قوه قاهره و اجبار که در اختیار قدرت عمومی است و ادار به اطاعت خواهند شد. معمولاً ساختار قدرت بین نهادهای سیاسی تقسیم شده و هر کدام ناظر دیگری هستند و همه این نهادها نیازمند حقوق می‌باشند و غالباً بقای خود را در اجرای موازین حقوقی می‌شناسند.

موضوع علم سیاست روش حکومت در جامعه است. در این علم مبنای قدرت عمومی و چگونگی ایجاد و اعمال آن بررسی می‌شود. به این ترتیب، علوم سیاسی در مطالعه قواعد حقوقی سهم بسیار مؤثر دارد؛ زیرا حقوق زاینده قدرت عمومی است و تنها با تحقیق در چگونگی این قدرت است که می‌توان چگونگی ایجاد و بنیان و هدف قواعد حقوقی را دریافت. بنأ مفهوم حقوق را نمی‌توان از دولت و سیاست جدا کرد. این گفته بدان معنی نیست که ریشه همه قواعد را باید در قوانین جست و نیروی سیاسی قادر است تمام روابط اجتماعی را اداره کند. مقصود این است که قواعد اخلاقی و رسوم اجتماعی در صورتی جواز ورود به جهان حقوق را می‌یابند که دولت از آنها حمایت کند و به وسیله قانون یا رویه قضایی تضمین شوند؛ و گر نه اعتقاد عمومی بر عادلانه بودن قاعده‌ای نمی‌تواند ایجاد حقوق کند. دولت نیز خود مفهومی نیروهای اجتماعی است، اراده آزاد ندارد و محدود به خواسته‌های اخلاقی و آرمان‌های سیاسی و ضرورت‌های اقتصادی است؛ اما حقوق در اجتماع بدون ضمانت اجرای خارجی ناقص است، این ضمانت اجرا از کجا برای حقوق داده می‌شود؟

به طور خلاصه از آن جای که موضوع علم سیاست قدرت است و قدرت در جامعه مشروعیت می‌طلبد، بنأ قدرت را باید توسط قواعد حقوقی مشروع گردانید و حقوق، قدرت را بین نهادهای سیاسی توزیع می‌کند. حقوق قدرت را سازماندهی می‌کند؛ حقوق وسیله‌ای است برای حمایت علیه قدرت و بالاخره حقوق ابزاری است در دست قدرت و از سوی دیگر قواعد حقوقی

برای تطبیق اش از قدرت طبقه حاکمه استفاده می‌کند. پس می‌توان به صراحت ادعا کرد که حقوق و سیاست دو رخ یک سکه اند که یکی بدون دیگری وجود نخواهد داشت.

ج - رابطه علم حقوق با تاریخ: یکی از مکاتب حقوقی، حقوق را زاده عوامل معین تاریخی می‌داند. در حین وضع قواعد حقوقی در یک عرصه معین باید به تاریخ و روند تکاملی آن عرصه توجه کرد که این معلومات را تاریخ در دسترس حقوق‌دان قرار می‌دهد. از سوی هم در مطالعات و نتیجه گیری‌های حقوق بین‌الملل از تاریخ و وقایع تاریخی استفاده اعظمی صورت می‌گیرد. به این اساس بی جا نگفته اند که حقوق بین‌الملل عمومی قله تاریخ است.

در عین این که تاریخ و حقوق هر کدام قلمرو خاصی دارند و از لحاظ موضوع و هدف متفاوت اند، پیوند آن‌ها به هم، رشته خاصی به نام تاریخ حقوق را به وجود آورده است. تاریخ حقوق سوابق و تحولات حقوق را ارائه می‌دهد. تأسیسات حقوقی محصول قانون يك روزه نیستند، هر کدام سر گذشتی طولانی دارند. این سر گذشت حقوق را ما در تاریخ حقوق می‌بینیم. قواعد حقوقی مربوط به مالکیت، مربوط به زوجیت، خانواده، حتی کوچک‌ترین قواعد حقوقی مثل خسارت معنوی دارای سوابقی است و باید سیر تحولات آن را در تاریخ حقوق ملاحظه کرد. هیچ علمی به اندازه حقوق به عرف و عادات و رسوم اتکا ندارد؛ و شکل گیری عرف و عادات و رسوم را باید در گذشته‌ها بررسی کرد. حقوق‌دان می‌تواند با مطالعه تاریخی قواعد حقوقی، بهتر آن‌ها را بر مصادیق تطبیق دهد. کسانی که لوایح و طرح‌های قانونی را تنظیم می‌کنند، اگر مطالعات تاریخی در باره حقوق داشته باشند، می‌توانند، درک کنند که آیا زمان تغییر و اصلاح قانونی فرارسیده است یا خیر؟ این کاملاً قابل بررسی و مطالعه است که اجتماع با گذشت زمان به نواقص و معایب قانون موجود پی برده و آماده پذیرش تغییر در قانون بوده از آن استقبال می‌کند؛ یا این که قانون موجود مورد احترام عموم است و هر تغییری در آن باب مخالفت و اعتراض را باز می‌کند. قانونی که برای اجرا- پشتیبانی و حمایت عامه را- به همراه داشته باشد مأمورین اجرای آن احساس هیچ مشکلی نمی‌کنند. بر عکس برای قانون تحمیلی- قانونی که زمان آن نرسیده و زمینه اجرا در اجتماع را ندارد و مسئولین را دچار می‌سازد- همه و همه را تاریخ در اختیار حقوق قرار می‌دهد.

د - رابطه علم حقوق با روان شناسی: علم روان شناسی برای حقوق در عرصه‌های حقوق جزا و حقوق خانواده خدمات ارزنده را انجام داده می‌تواند، به خصوص روان شناسی جنایی؛ زیرا آمار و احصایی‌های روان شناسی بر تقلیل و کاهش جرایم و تریبه مجدد مجرمین، می‌تواند برای قضات، خائنان و وکلای مدافع ممد خوبی شود.

ه - رابطه علم حقوق با جامعه شناسی: طوری که هویدا است جامعه شناسی به مثابه یک علم جوان، جامعه ماحول انسان را مطالعه کرده و عوامل زیست را به طور واقعی آن به دسترس دیگران قرار می‌دهد. یکی از علم‌هایی که از این حقایق استفاده می‌کند حقوق است، چه حقوق‌دان نیاز دارد در حین وضع قاعده حقوقی واقعیت‌های جامعه را به طور علمی در نظر گیرد که نمی‌تواند بدون مطالعات جامعه شناسی به این مأمول دست یافت.

2- رابطه علم حقوق با علوم طبیعی

الف - رابطه علم حقوق با طب: علم حقوق برای تنظیم بهتر عرصه صحتی یک سلسله قواعد حقوقی را وضع می‌کند، که بدون آن کارمندان صحتی به سادگی نخواهند توانست وظایف شان را انجام دهند. از سوی هم معلومات کارمندان عرصه صحت عامه برای تحقیق جنایی در دریافت عوامل جرمی برای نیل به هدف عالی عدالت امریست انکار ناپذیر، که می‌توان برای مصداق کلام از طب عدلی نام برد که چین سیاه و سفید را با هم آشتی می‌دهد.

ب - رابطه علم حقوق با کیمیا: علم کیمیا نیز در عرصه حقوق جزا معلومات ارزنده را به دسترس دست اندر کاران این بخش حقوق می‌گذارد که از بهترین مثال در این رابطه می‌توان از همکاری زهر شناسی با حقوق نام برد.

ج - رابطه علم حقوق با تخنیک: علم حقوق برای فعالیت‌های تخنیکی با وضع یک سلسله قواعد حقوقی زمینه سهولت‌های تخنیکی و انکشافات را در این عرصه آماده می‌سازد. به طور مثال می‌توان از امتیازات و مکافات مخترعین نام برد. از سوی هم تخنیک معلومات ارزشمندی را به دسترس حقوق‌دانان قرار می‌دهد. مانند سهولت‌های که کریمنال تخنیک و بالیستیک عدلی در ساحه حقوق جزا مهیا ساخته است.

د- رابطه علم حقوق با ریاضیات: علوم ریاضی یک سلسله ارقام و اعداد را برای شمارش وقایع و حوادث به دسترس دست اندرکاران حقوق قرار می‌دهد.

ناگفته پیداست که علم حقوق به حیث یک علم در حال انکشاف و تحول بوده و همگام با پیشرفت های علمی می‌باشد. بناً از تحول و انکشاف کمپیوتر، فکس، ستالیت و سایر پدیده‌های جدید عصر ما بی نصیب نمانده است.

به صورت خلاصه گفته می‌توانیم که، ظاهر ارتباط حقوق با علوم اجتماعی است؛ اما نمی‌توان از ارتباط حقوق با علوم طبیعی و ریاضی چشم پوشی کرد. رشد و توسعه علوم ریاضی و تجربی بدون محیطی که در آن حقوق حاکم باشد ممکن نیست. هر اختراع و اکتشافی که صورت می‌گیرد باید تحت ضوابط قانونی درآید. مخترعان و مکتشفان دارای حقوقی هستند. در عین حال بر طبق قواعد حقوق نمی‌توانند آنچه را که کشف و اختراع شده برای همیشه از دست‌رسی عموم خارج سازند. تمدن جهان با همین علوم ریاضی و طبیعی دگرگون شده، روابط کشورها از طریق ماهواره‌ها به صورتی درآمده که همه يك واحد را در واقع تشکیل می‌دهند. حقوق باید برای این وضع جدید پیوسته دارای قاعده و مقررات لازم الاجرا باشد. امروز بخش‌های از علوم ریاضی و تجربی در خدمت حقوق قرار گرفته اند. قضات در اعمال حقوق ناچار اند از وسایل اثباتی که علم در اختیار گذاشته بهره گیرند. نشان انگشت، جرم یابی، تطبیق گروپ‌های خونی و طب روانی امروز از ابزار مهم خائنان و قضات هستند. روابط علم حقوق با این علوم متقابل است، هم حقوق از آن‌ها متأثر است و هم این رشته‌های علوم طبیعی چون در اجتماع باید نشو و نمو پیدا نمایند و از قلمرو نظم و امنیت برخوردار باشند طبقاً تحت تأثیر حقوق اند.

سوالات فصل مقدماتی

سوال اول- حقوق در لغت یعنی چه؟

سوال دوم- حقوق در اصطلاح یعنی چه؟

سوال سوم- رابطه حقوق با سایر قواعد تنظیم کننده اجتماع را واضح سازید؟

سوال چهارم - رابطه حقوق را با علوم مختلفه اجتماعی واضح سازید؟

سوال پنجم- رابطه حقوق را با علوم مختلفه طبیعی واضح سازید؟

کار خانگی هفته اول: محصلان در رابطه به اهمیت دانستن علم حقوق مطلبی بنگارند.

کارخانگی هفته دوم: محصلان یکی از تعاملات محل خویش را بنگارند.

کارخانگی هفته سوم: محصلان راجع به تأثیرات علوم طبیعی بالای حقوق به طور همه جانبه صحبت خواهند کرد.

منابع پیشنهادی برای مطالعه بیشتر

- مقدمه علم حقوق، ناصر کاتوزیان
- مبانی و کلیات علم حقوق، سید جلال الدین مدنی

قسمت اول

حقوق آفاقی

در مقدمه یاد آور شدیم که حقوق آفاقی یا قواعد حقوقی عبارت از یک سلسله قواعد و دساتیر عمومی و مجردی است که، توسط اجتماع وضع و جبراً توسط دولت بالای افراد - جهت حفظ صلح، تأمین عدالت و استقرار نظم- در جامعه تطبیق می‌شود. جهت آشنایی هر چه بیشتر با حقوق آفاقی می‌پردازیم به مطالعه بخش‌های مختلف آن.

فصل اول

خصایص یا صفات قواعد حقوقی

تعریف‌ها و توضیحات در مورد حقوق آفاقی یا قواعد حقوقی به ما می‌رساند که، قواعد حقوقی دارای خصوصیات است که می‌تواند اهداف معینه اش را به واسطه جبر اجتماعی توسط اقتدار عامه یا دولت به جا بیاورد. روی این ملحوظ بحث خود را به اطراف خصایص یا خصوصیات قواعد حقوقی طی مباحث جداگانه به ترتیب زیر ادامه می‌دهیم:

مبحث اول - صفت قاعده حقوقی از نگاه تجرید و تعمیم (مجرد بودن و عمومی بودن)

قاعده حقوقی مثل سایر قواعدی رفتاری، کلی و عمومی است. منظور از عمومی بودن این است که همه را مخاطب قرار می‌دهد، نه، شخص معین و خاصی را. پدر مکلف است برای فرزند خود پس از تولد، اسم انتخاب کرده و تذکره اخذ کند. این يك قاعده عمومی حقوقی است و هر فردی را که صاحب فرزند می‌شود، در بر می‌گیرد. گاهی همین خصوصیت عمومی بودن به عنوان غیر مشخصی مطرح می‌گردد و مجموعه قواعد حقوقی از این نظر حقوق موضوعه را به وجود می‌آورد. البته مفهوم کلیت و عمومی بودن قاعده حقوقی این نیست که در هر لحظه نسبت به هر شخصی بدون تفاوت به مرحله اجرا در می‌آید؛ بلکه مفهوم آن این است که هر شخصی که در حالت معینی قرار گیرد، این حکم حقوقی بر او تحمیل می‌گردد. مثلاً در قرارداد ها، سن رشد قانونی است. افراد پایین‌تر از سن رشد قانونی غیر رشید هستند و نمی‌توانند قراردادی را منعقد سازند. در مسایل مهم مالی دست به خرید و فروش به خصوص در اموال غیر منقول بزنند و یا قرض بگیرند و غیره. این قبیل اعمال باید به وسیله ولی یا قیم آنان صورت گیرد و اگر صغیر شخصاً نسبت به اموال خود معامله‌ای انجام دهد، این معامله باطل است. در این جا يك قاعده کلی وجود دارد، مفهوم این قاعده آن است که قبل از رسیدن به سن معین افراد دارای تجربه لازم برای انعقاد معاملات نیستند. حقوق معنوی هر فردی را در این مورد به حساب نمی‌آورد. قطعاً امکان دارد که نوجوانان معین زود تر از سن متعارف به مرحله رشد برسند و بتوانند همانند يك تاجری با تجربه معاملات مربوط به خود را انجام دهند. حال آن که افرادی حتی در سنین بالاتر از 18 سال به این حد از رشد فکری نرسند و یا هیچ‌گاه به رشد واقعی نرسند؛ ولی قاعده حقوقی برای همگان یکسان است. کلی و یا عمومی بودن قاعده حقوقی مانع از آن است که در مواردی فقط يك یا چند فرد مشمول آن قاعده گردند.

خصوصیت عام شمول و کلی بودن قانون و قاعده حقوقی از مسایل جدی اصل مساوات است که در قانون اساسی افغانستان آمده و هنگامی که گفته می‌شود همه اتباع در مقابل قانون مساوی هستند به این معنی است که قواعد کلی و عمومی بر روابط آنها حاکم است. در شأن قانون‌گذار نیست که قانون را ناظر بر فرد معین وضع کند و نمی‌تواند برای هر يك از اعضای اجتماع حکم خاصی پیش‌بینی نماید، پس ناچار است نوع روابط را بدون توجه به اشخاص در نظر گیرد و برای آن قاعده وضع کند. تنها همین نوع قواعد موضوع علم حقوق قرار می‌گیرد. در جوامع طبقاتی مثل فرانسه قبل از انقلاب 1789 ملت به طبقاتی تقسیم می‌شدند و هر طبقه دارای قوانین مخصوص به خود بود. به خصوص در مورد خدمت عسکری و مالیات، رسیدگی محاکم قواعد جنبه کلی نداشتند و انقلاب این عدم تساوی در مقابل قانون را با حفظ طبقات از بین برد؛ و اصل عام‌الشمول بودن قانون را بر قرار ساخت. دیگر کشورها هم چنین وضع طبقاتی را پشت سر گذشته اند و هم افراد وضع مساوی را در برابر قانون پیدا کرده اند؛ اما با وجود اصل مساوات افراد در مقابل قانون طبقات جدیدی مثل دهقانان، تجار و کارگران به وجود آمده اند، که هر يك برای خود حقوق مستقل دارند. حقوق زراعتی، حقوق تجارت، حقوق کار و غیره برای فعالیت‌های شغلی و حرفوی این طبقات به وجود آمده است. این طبقات به لحاظ اقتصادی و اجتماعی موجودیت یافته اند، نه از حیث سیاسی؛ زیرا هیچ منع قانونی برای افراد این طبقات در خروج از يك طبقه و پیوستن به گروه دیگر نیست و وجود حقوق تجارت، حقوق زراعت و حقوق کار مشخصه عمومیت را نفی نمی‌کند. موکول کردن اجرای قانون به زمانی پس از انتشار در جریده رسمی با همین فرض عمومی بودن تطبیق دارد. بعضی اوقات قانون‌گذار بنا بر تجویز قانون اساسی قوانین تصویب می‌کند که حالت عمومیت را ندارد. مثلاً استخدام کارشناس خارجی یا دادن امتیاز به شخص معین یا گرفتن قرض که به وضع قانون صورت می‌گیرد. در تمام شعب حقوق از - حقوق اساسی که قواعد نظام سیاسی کشور را معین می‌کند تا حقوق مدنی که روابط خصوصی افراد را مشخص می‌سازد-

این کلی بودن قواعد دیده می‌شود.

چنانچه گفته می‌شود که قاعده حقوقی یک قاعده مجرد یا غیر مشخص و عمومی است. این صفات ناشی از وصف و خاصیت قاعده‌ای بودن حقوق است. یعنی وقتی "قاعده" می‌گوییم این خود می‌رساند که دستور مذکور باید اولاً مجرد و غیر مشخص و ثانیاً عمومی بوده و تعمیم داشته باشد.

مجردیت قاعده حقوقی چنین معنی دارد که دساتیر مذکور برای کدام شخص معین وضع نشده؛ بلکه برای تمام افراد بدون در نظر داشت هویت، اسم، نام و نشان، موقف اجتماعی و شخصی شان وضع گردیده است. یعنی در قاعده حقوقی از اشخاص اسم برده نمی‌شود؛ بلکه دساتیر مذکور حالات و مواقف حقوقی را تعیین می‌کند. بنابر این هر زمان که هر فرد از افراد در آن موقف قرار گیرد، قاعده مذکور بدون استثنا و امتیاز بالای شان تطبیق می‌گردد. به طور مثال: قاعده حقوقی برای رشد سنی را تعیین می‌کند، البته قبل از تکمیل این سن افراد در وضعیت و موقف می‌باشند، که صغیر تلقی می‌گردند، این قاعده برای این و یا آن شخص نبوده؛ بلکه برای همگان است.

یعنی اشخاص به صورت مجرد و غیر مشخص در نظر گرفته شده اند، نه آن که منظور نظر قاعده حقوقی کدام فرد معین و یا مشخص باشد. به این اساس گفته می‌شود که مقرر مذکور بالای همه افراد یا اتباع یکسان تطبیق شده و هر فرد از افراد جامعه، الی تکمیل سن رشد، صغیر گفته می‌شود و بالاتر عیدم الاهلیت یا فاقد الاهلیت تلقی می‌گردند.

در این جا قابل تذکر می‌دانیم بعضاً قواعد حقوقی برای یک دسته‌ای از افراد معین و جهت تنظیم بخشیدن یک سلسله اعمال مشخص وضع می‌گردد. یعنی این گونه دساتیر بالای همگان تطبیق نمی‌شود؛ بلکه بالای دسته‌ای از افراد یا عمل‌های معین قابل تطبیق است. باز هم این گونه قواعد مجرد خوانده می‌شود، نه مشخص؛ زیرا قواعد مذکور باز هم همان دسته از افراد و یا عملی از اعمال حقوقی آن‌ها را به حیث کل و به شکل غیر مشخص در نظر می‌گیرد نه به رویت، هویت و موجودیت این و یا آن شخص. گویا شخصیت نام و نشان اشخاص در بین همان گروپ در نظر گرفته نمی‌شود؛ بلکه افراد مذکور به پیوندی که با گروپ معین یا اعمال معین دارند مورد علاقه دستور حقوقی می‌باشند. به طور مثال، قواعد مربوط به وکلای مدافع، کارگران و کارفرمایان و یا اعمال حقوقی مانند خرید و فروش وصیت و غیره، البته این قوانین بدون آن که از شخصیت، نام و نشان فروشنده و یا خریدار موصی و موصی له نام ببرد وضع شده است. در مورد عمل خرید و فروش و وصیت به حیث کل مقررات را وضع می‌کنند و هر کس را که در این موقف‌ها مثلاً خریدار و فروشنده موصی و موصی له قرار گرفت، قاعده حقوقی بالای شان تطبیق گردیده امتیازات و مکلفیت‌های شان به رویت آن به طور مساویانه و یکسان تثبیت می‌گردد. بناً افرادی که از این موقف‌ها دور می‌مانند این قاعده حقوقی بالای شان تطبیق نمی‌شود.

قاعده حقوقی چنین معنی دارد که، قواعد مذکور دستوری است عام که بدون استثنا بالای همگان تطبیق شده و همه افراد جامعه از آن یکسان مستفید می‌گردند. از این جا است که اکثر قواعد حقوقی و دساتیر قانونی (با کلمه تمام) آغاز می‌شود، مثلاً گفته می‌شود تمام افراد می‌توانند مزرعه خود را محاط کنند. اگر فرضاً کلمه تمام یا همه در قانون استعمال نشده باشد باز هم از روحیه آن صفات تعمیم استنباط شده می‌تواند، مثلاً گفته می‌شود که فروشنده در انتقال تصرف به خریدار مکلف است. این دستور خود به خود عام بوده و صفت تعمیم را در قبال دارد، یعنی هر کسی که به حیث فروشنده قرار گرفت بالای اش تطبیق می‌شود. به این اساس گفته می‌توانیم که قاعده حقوقی دارای صفت تعمیم است - هم از نظر افراد و هم از نظر ساحه.

بعضاً این قواعد بالای افرادی که در یک جامعه زندگی می‌کنند، مورد تطبیق دارد. حالا باید این سوال را جواب داد، برای تفکیک این قواعد از سایر قواعد رهنمونی جامعه، می‌توان آن را در سایر قواعد سراغ کرد یا خیر؟ جواب این سوال‌ها منفی است؛ زیرا به محض این که سخن از قاعده بیاید طور که فوقاً تذکر یافت حتماً باید عمومی یا مجرد باشد. به این اساس تمام قواعد چه مذهبی، اخلاقی، مجاملاتی و یا حقوقی، مستلزم این صفات بوده بنابر آن این خصوصیت را نمی‌توانیم مخصوص قواعد حقوقی بشناسیم.

مبحث دوم - صفت قاعده حقوقی از نگاه اجباری بودن و امری بودن

خصوصیت دوم قاعده حقوقی صفت اجباری بودن و امری بودن آن است. بدین معنی که قاعده حقوقی اختیاری نیست و باید از طرف همگان احترام و مراعات شود؛ زیرا قاعده حقوقی یک توصیه ساده راجع به سلوک انسانی در اجتماع نبوده. یک نوع امر و فرمان است. باید افراد از قواعد حقوقی که از طرف دولت صادر شده، اطاعت کنند. این خصوصیت را ناشی از امر و اراده دولت که در یک متن قانون به معنی و مفهوم وسیع آن و یا این که ناشی از عرف و عادات مردم بدانیم خود به خود می‌رساند، که قاعده حقوقی دستوری است امری که هر کس با اطاعت از آن مجبور و مکلف می‌باشد. نا گفته نباید گذاشت که قواعد حقوقی از نظر درجه اجباری بودن به دو دسته می‌شود:

1- قواعد امری: این قواعد به طور مطلق الزامی هستند و عدول از آن ممکن نیست. اشخاص نمی‌توانند گریزی در عدم اجرای آن بیابند.

مثلاً در حقوق مدنی گفته می‌شود: "اشیای که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد منقول است" این يك ماده قانون آمره است. در حالی که به ظاهر يك تعريف است و آمریت به نظر نمی‌رساند. تعریفی است برای اموال منقول، افراد نمی‌توانند و حق ندارند خلاف این تعریف را در مورد مال منقول به کار برند. موثر و یا قالدین بر طبق این تعریف از جمله اموال منقول اند. کسی نمی‌تواند اموال منقول داخل در تعریف را غیر منقول تلقی و آثار غیر منقول را بر آن مرتب کند. مثال دیگر، این که حقوق مدنی صراحت دارد: "هیچ کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پل‌ها، سرک‌ها و آب‌ها، مکاتب، مدارس و محلات عمومی را تملک کند." يك قاعده آمره است. در فرانسه قانون سال 1938 به زن شوهر دار اهلیت کامل در معاملات اعطا کرده و اجازه شوهر را در معاملات حذف کرده است و این قانون آمره شناخته شده، حتی اگر زنی بخواهد در این مورد خود را تحت قیمومت در آورد (با هر هدفی که داشته باشد و هر امتیازی که به دست آورد) چنین توافق بی ارزش و باطل است. بنابر این گفته می‌شود که این قانون در مورد اهلیت زن جنبه آمره دارد.

قواعد مربوط به نظم عمومی را قوانین آمره می‌گویند.

عمل خلاف نظم به این مفهوم باعث مختل شدن صلح جامعه نیست. نظم

عمومی یعنی اصول کلی قانون که بر جامعه حاکم و نمایانگر اساس تمدن آن اجتماع است، مثلاً گرفتن ربا در جامعه اسلامی ما خلاف نظم عمومی است و قانونی که منع اخذ ربا را بیان کرده است و از قوانین نظم عمومی محسوب می‌شود.

2- قواعد یا قوانین اختیاری و یا تفسیری: گاهی در قوانین عباراتی به کار رفته که متضمن تکلیف و الزام نیست. چنین عباراتی حتی این که در قانون آمده باشد هیچ‌گونه جنبه الزامی ندارد و نمی‌تواند به عنوان مقدمه اوامر و نواهی قانون‌گذار تلقی شود.

قواعد تکمیلی یا تفسیری قوانین است که، اعمال آن در صورت است که اشخاص ذینفع در انتخاب راه حل دیگری تراضی نکرده باشند. به عبارت دیگر در مورد قوانین تکمیلی یا تفسیری افراد می‌توانند از اجرای آن جلوگیری کنند و اراده خود را بر حذف آن ابراز دارند. مثلاً در قانون پیش‌بینی شده است که مصارف تسلیم مبیعه از قبیل اجرت حمل و نقل آن به محل تسلیم و اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بائع است و مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری، که يك قاعده تفسیری است. بائع و مشتری ممکن است خلاف آن را تراضی نمایند، مثلاً تمام مصرف را بر عهده مشتری یا بائع گذارند، یا نصف آن بر عهده هر کدام باشد، یا به نحوی دیگر تراضی نمایند. یا اگر در قانون پیش‌بینی شده باشد که اگر قبل از تسلیم مبیعه نقص داشته باشد مشتری حق دارد که معامله را فسخ کند. ممکن است در ضمن عقد بیع این حق فسخ را ساقط کند، یعنی اراده طرفین خلاف آنچه قاعده حقوقی می‌گوید تعیین نماید. در غالب موارد وقتی قراردادی امضا می‌شود یا عقدی منعقد می‌گردد، طرفین به ذکر شرایط اساسی قرارداد و عقد اکتفا می‌کنند، مثلاً مبلغ ثمن و یا اگر پرداخت به اقساط است مبلغ هر قسط و محل تسلیم مبیعه را قید می‌کنند. در مورد سایر مسایل و مشکلات که ممکن است پیدا شود مثل - تضمینات مربوط به عین مبیعه - به سکوت برگذار می‌کنند. در این صورت وقتی مشکل پیش آمد از قواعد که قانون مدنی پیش‌بینی کرده استفاده می‌کنند. این مقررات آنچه را که طرفین در قرارداد نوشته اند تکمیل می‌کند و همچنین گفته می‌شود چون افراد این مقررات را به هنگام امضای قرارداد مشخص نکرده و هیچ چیزی دیگری جای آن قرار نداده اند به طور ضمنی آن را پذیرفته اند. به همین جهت به آن قواعد تفسیری گفته اند، یعنی اراده طرفین به خواست خودشان این قواعد را تفسیر می‌نمایند.

در قواعد امری نقش اراده مؤثر نبوده و متابعت از قاعده مذکور لازمی است، مانند قواعد مربوط به سن قانونی و شرایط شکلی و متنی ازدواج و غیره. در حالی که دسته دوم تا حدی به افراد حق اختیار می‌دهد که با در نظر داشت چوکات عمومی جزییات اعمال شان را خود شان تعیین می‌کند و حتی بعضاً می‌توانند که مخالف دساتیر مذکور رفتار کنند، مثلاً قواعد مربوط به اثرات نتایج حقوقی عقود، مانند عقد اجاره، عقد فروش، عقد عاریت و غیره که در قوانین وجود دارند. به طور مثال در قانون گفته می‌شود که فروشنده مسئول عیوب مخفی مبیعه است. در صورت هم‌چو عیوب ثمن باید تقلیل (کاهش) یابد؛ ولی هرگاه طرفین عقد در توافقی که به عمل آورده اند چنان تذکر داده باشند - عیوب مخفی هم موجب تقلیل قیمت نمی‌شود - این قید از نظر قانون کاملاً مدار اعتبار است. یا فرضاً در قانون تصریح می‌شود که محل تسلیم گیری مبیعه منقول محلی است که عقد منعقد شده است؛ ولی هرگاه طرفین در موافقه ایشان جای دیگری را تعیین کنند باز هم این موافقت شان مدار اعتبار است؛ زیرا در این گونه دساتیر و قواعد حقوقی منظور و هدف قانون حمایه منافع افراد است که از قاعده مذکور استفاده می‌کنند. بنابر آن به هر طریقی که منافع ایشان به وجه بهتر تأمین شده بتواند - مشروط به آن که مغایر نظام عامه نباشد - موافقات شان قانونی است. هرگاه افراد مخالف این دستور حقوقی که می‌گوید تعدد زوجات منع است به اساس عقد خصوصی به این عمل اقدام کنند، از آنجایی که این موافقات شان نظم عمومی جامعه را بر هم زده و موجب اخلال در روابط اجتماعی می‌گردد، بنأ موافقه شان باطل و خود مستوجب مجازات می‌باشند.

با مطالعه این خصوصیات نباید تصور کرد که با این صفت قواعد حقوقی را از سایر قواعد تفکیک کرد؛ زیرا اگر دقیق شویم در تمامی قواعد رهنمونی این صفت یعنی اجباری بودن وجود دارد، پس نتیجه چنین می‌شود که خصوصیت اجباری بودن و امری بودن باز هم یک معیار حقیقی تفکیک قاعده حقوقی از سایر قواعد نمی‌باشد.

از مشخصات قواعد حقوق قدرت الزامی آن است در عین این که کلی است، وقتی که مورد تطبیق قرار گیرد بر مصداق آن حالت اجبار را دارد.

ترتیب و تشخیص قانون امری از قانون تفسیری همیشه مشکل نیست. در بعضی از قوانین جنبه آمره بودن قانون تصریح می‌گردد. مثلاً در قانون گفته شده است که هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمت از حقوق مدنی را از خود سلب کند، که صریحاً با کلمه نمی‌تواند به آمریت قانون تصریح کرده است. مثلاً اگر کسی در قراردادی بپذیرد که حق مالکیت را برای همیشه از خود سلب می‌کند به این معنی که هیچ وقت مالک چیزی نشود، چنین حقی ممکن نیست. اگر کسی تعهد کند که از ملک خود به هیچ وجه استفاده ننماید، چنین تعهدی هم بی ثمر است یا قانون صراحت دارد که هیچ کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدود مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت صرف نظر نماید. قاعده آمرانه‌ای است که در متن آن آمرانه بودن با عبارت هیچ کس نمی‌تواند عنوان گردیده است. در بعضی موارد با کلمه باید، آمرانه بودن را معرفی کرده است. بسیاری از موارد در متن مواد قانون کلمات مثل باید و نباید و هیچ کس نمی‌تواند نیامده. مع الوصف قانون آمره است و این وظیفه محاکم است که در مقام استناد به قوانین این جنبه را توجه کنند و اگر اختلاف نسبت به امری یا تفسیری بودن قانون باشد با تصمیم قضایی که اتخاذ می‌کنند وضع واقعی را تبیین نمایند. اگر قاعده در ارتباط با نظم عمومی باشد به

طور قطعی آمده است. قاضی است که می‌گوید چه چیزی به نظم عمومی تطابق دارد یا خلاف آن است به هر حال مفهوم الزام هم در قوانین آمده است و هم در قوانین تفسیری. قوانین تفسیری هم اگر خلاف آن تراضی و توافق نشود توأم با الزام است. همین جا لازم است چند نکته در مورد قوانین امری و یا مربوط به نظم عمومی اضافه شود.

اول این که قوانین مربوط به نظم عمومی مظهر قدرت و حاکمیت دولت است، از طریق همین قوانین دولت اعمال مجازات کرده و اراده خود را برای نیل به هدف‌های مربوط به نفع عمومی و مصالح اجتماعی تحمیل می‌کند. قوانین اختیاری مظهر آزادی است که افراد دارند و می‌توانند با مصالح و منافع شخص خود از آن بهره برداری کنند.

دوم این که اگر گفته می‌شود که قوانین تفسیری را می‌توان نفی کرد، به این معنی نیست که اشخاص می‌توانند خود را از قلمرو حقوق و قانون خارج سازند و از یک آزادی مطلق بر خوردار شوند. درست است که بعضی از قوانین مربوط به این یا آن قرارداد آمده نیستند و می‌توانند آن‌ها را با مقررات و شروط دیگری که به طور آزادانه طرفین تراضی می‌کنند جاگزین سازند؛ ولی در انعقاد قرارداد نمی‌توان از کلیه قراردادها اجتناب کرد و خود را در وضع بی قانونی گذاشت.

به محض این که طرفین شرط جدیدی را پذیرفته اند این امر الزاماً بر طرفین تطبیق می‌شود و قانونی طرفین می‌شود و همین است که قانون صراحت دارد که قرارداد های خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. یعنی تعهدات که از این قراردادها ناشی می‌شود افراد را مقید می‌نماید و متعاقبین را مجبور می‌کند که همچو قوانین را که مصوب قوه مقننه است، بپذیرند که عدم رعایت آن‌ها باعث ضمانت اجرای قانونی است. مثل سایر قواعد حقوقی در این جا لازم است اضافه شود که تناسب قوانین آمده با قوانین تفسیری در جوامع مختلف فرق می‌کند و تا حد زیادی به نظام حقوقی ارتباط دارد. در جامعه‌ای که دولت نقش اصلی را به خود اختصاص داده و در همه امور دخالت دارد، قوانین تفسیری محدود و کم اند؛ ولی در جوامع سرمایه داری آزاد که رقابت افراد امور را تنظیم می‌کند و دولت هدایت کننده است، قوانین امری محدود اند.

مبحث سوم - صفت قاعده حقوقی از نگاه مؤیدهای بودن

قاعده حقوقی یعنی قاعده‌ای که توأم با مؤیده و ضمانت اجرا است. الزامی بودن از مشخصات قاعده حقوقی است؛ ولی قواعد دیگری هم حالت الزامی را دارند، در حالی که قاعده حقوقی نیستند. مثل قواعد اخلاقی و قواعد مذهبی که برای پیروان ایجاد تکلیف می‌کند و الزام در معنی وسیع را به همراه دارد؛ اما ضمانت اجرای مادی ندارند. قاعده حقوقی از جانب دولت تضمین شده است. برای همه قواعد حقوقی یک نوع ضمانت اجرا وجود ندارد و به طور کلی اقسام ضمانت اجرای قواعد حقوق را می‌توان با دو عنوان ضمانت اجرای مدنی و ضمانت اجرای جزایی خلاصه کرد و نقش دولت در این تضمینات بارز است. دولت و محاکم و ارگان‌های مختلف که احکام محاکم را اجرا می‌کنند از جمله ضامن اجرای قواعد حقوق هستند. ممکن است در کشوری اجتماعات کوچک‌تری باشد که ضوابط و مقررات هم داشته باشند، مقررات آن‌ها وقتی در پوشش قواعد حقوق در می‌آید که از طریق قدرت حاکم یعنی دولت ضمانت اجرا داشته باشد. مثلاً خانواده اولین نهاد اجتماع است، برابر عادات و رسوم، عرف و اخلاق و مذهب یک سلسله قواعد دارد که روابط افراد خانواده را تنظیم می‌کند. قسمتی از این قواعد عنوان قواعد حقوق را پیدا کرده اند که خصوصیت مؤیدهای بودن و ضمانت اجرای دولتی را دارند. به طور مثال ممکن است معمول باشد که پدر مصارف فرزندان را تا زمانی که جدا نشده اند پرداخت کند؛ ولی این یک قاعده حقوقی نیست. یک پسر 25 ساله نمی‌تواند به محکمه برود و مصارف زندگی را در این سن از پدرش مطالبه کند. قاعده حقوقی در این مورد پرداخت نفقه فرزندان را تا 18 سال تضمین می‌کند. ممکن است زن خانواده دارای عوایدی باشد و از حیث اخلاق پسندیده باشد که در مصارف خانواده مشارکت کند. مثلاً نیمی از مخارج خانواده را تأدیه کند؛ ولی این یک قاعده حقوقی نیست. قاعده حقوقی مربوط به خانواده در این مورد تعهد شوهر به ادای مصارف است. غیر از خانواده در اجتماع مجموعه‌های شغلی، ورزشی و سیاسی وجود دارد که هر کدام بر اساس ضوابطی تشکیل شده و اعضای آن وظایف دارند. آن قسمت از ضوابط آن‌ها قاعده حقوقی است که مشخصات حقوقی و از جمله ضمانت اجرای دولت را به همراه داشته باشند. فدراسیون‌ها، کانون‌ها و نهادهای دیگر نمونه‌های از این نوع اجتماعات اند که با اسامی مختلف مثل سندیکای کارگری، انجمن نویسندگان، فدراسیون ورزشی، کانون وکلای مدافع و غیره تمام این گروه‌ها به اعضای خود قواعد تنظیم کننده خاصی را وضع می‌کنند که ممکن است دارای تضمین‌های هم باشند، مثل اخراج، تعلیق عضویت و حتی پرداخت جریمه؛ ولی این تضمینات تا زمانی که دخالت دولت را نداشته باشند قاعده حقوقی محسوب نمی‌گردند. در کشورهای مسیحی، کلیسا یک اجتماع مخصوصی است با اعتقاد ایمانی که پیروان آن دارند کلیسا دارای تشکیلات مخصوص و قواعد ویژه خود می‌باشد. تا زمانی که قواعد آن از جانب دولت تضمین نشده باشد قاعده حقوقی نیست و هرگاه دولت قواعد کلیسا را در قالب حقوق درآمیخت و به آن تضمینات دولتی داد قواعد حقوقی در این رابطه شکل می‌گیرد.

در فرانسه دوران حاکمیت شاهی قواعد کلیسا کاتولیک به وسیله دولت تضمین شده بود و فعلاً سیستم جدایی دین از دولت در آن جا وجود دارد. در کشور ما آن دسته از قوانین مذهبی یا به طور کلی آن قسمت از مباحث فقهی که ضمانت اجرا پیدا کرده صورت قواعد حقوقی را به خود گرفته است. عادات و رسومی که در جامعه وجود دارد و همه آن‌ها را می‌شناسند؛ ولی بعضی رعایت می‌کنند، قاعده حقوقی تلقی نمی‌گردند، مثل آداب معاشرت و سلوک و غیره. رفتاری که انتظار است یک نفر جای خود را در ملی بس به یک خانم و یا یک شخص مسن و یا بیمار بدهد از قواعد اخلاق و ادب است؛ ولی قاعده حقوقی نیست. افراد به طور اختیاری آن‌ها را رعایت می‌کنند؛ اما در عدم رعایت آن تضمین وجود ندارد. ممکن است اگر کسی لباس غیر پسند عامه بپوشد در معرض استهزا قرار بگیرد و یا سر زنش شود؛ ولی فاقد ضمانت اجرای یک قاعده حقوقی است. در همین رابطه

مسائل مربوط به حجاب و پوشش اسلامی برای خانم‌ها در موارد که ضمانت اجرای دولت را دارد عنوان قاعده حقوقی یافته است. ضمانت اجرای مدنی قواعد حقوقی عبارت اند از عدم نفوذ، بطلان، جبران خسارات و غیره، مثلاً در قانون گفته شده- رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله- نیست. شخصی قائلین خود را به تصور این که شش متر است به 10 هزار افغانی می‌فروشد در حالی که آن قائلین 12 متر است. این اشتباه انجام معامله را غیر نافذ ساخته و ممکن است با اضافه شدن رضایت فروشنده معامله صحیح شود که مورد از مواردی ضمانت اجرای عدم نفوذ را نشان داده است. یا مثلاً در قانون بطلان را به صورت ضمانت اجرای قاعده حقوقی شناخته اگر کسی در حالت مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد و اراده باطل است، که ضمانت اجرای قاعده حقوقی را در قالب بطلان نشان می‌دهد. یا در قانون گفته شده است که هر کس سبب تلف مالی شود، باید مثل یا قیمت آن را بدهد؛ و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید. این نوع دیگری ضمانت اجرا را نشان می‌دهد. ضمانت اجرای جزایی قواعد حقوق هم در قوانین جزا، مصادره اموال، دره، حبس و بالاخره اعدام آمده است. سارق، قاتل، خیانت کار، جاسوس، متجاوز و ضارب همه کسانی هستند که از قواعد حقوق سر باز زده اند و قانون را نقض کرده اند.

گاهی ضمانت اجرا، مستقیماً به وسیله قوای عمومی اجرا می‌شود. مثلاً غاصب که مال دیگری را به زور تصرف کرده با حکم محکمه مجازات می‌شود. یا کودکی که خانه پدر را ترک کرده به دستور قاضی به منزل پدر باز گردانیده می‌شود. قواعد حقوقی در صحنه بین‌المللی ضمانت اجرای کمتری دارند. به همین مناسبت بعضی از حقوق‌دانان گفته اند تمام قواعد که ضمانت اجرا دارند حقوقی هستند؛ ولی همه قواعد حقوق از طرف قوای عمومی تضمین نشده اند. تکالیفی که بر طبق قانون اساسی به عهده قوای سه گانه گذاشته شده، ضمانت اجرای مؤثر و مستقیم ندارد و بعضی‌ها ضمانت اجرای آن را افکار عمومی می‌دانند. عدم رعایت حقوق بین‌الملل از جانب دولت‌ها فاقد ضمانت اجرای قوی است. بعضی‌ها ضمانت اجرای قواعد آن را به خطر افتادن حیثیت بین‌المللی دولت و رویه بالمثل از جانب زیان دیده گفته اند. گاهی ضمانت اجرای عدم رعایت قاعده حقوقی چند وسیله با هم است، مثل ضمانت اجرای سرقت، گرفتن مال مسروقه مجازات حبس و اگر تمام یا بخشی از مال مسروقه از بین رفته باشد، سارق جبران خساره را هم باید بپردازد. به طور خلاصه این خصوصیت چنین معنی می‌دهد که، قواعد حقوقی توسط اقتدارات عامه مواظبت شده و دارای مؤیده یا جزا می‌باشند، که البته تطبیق کننده مؤیده دولت است. بناً ضمانت اجرایی هر مقررۀ حقوقی به رویت مؤیده آن است. یعنی هرگاه یک قاعده حقوقی فاقد مؤیده باشد دستوری است بی جان و ندایی است بدون ضمانت اجرا. مؤیده را می‌توان به مؤیدات حمایتی یا وقایوی و مؤیدات جبرانی و تنبیهی تقسیم کرد.

مرام این مؤیدات عبارت است از این که تا از یک طرف از وقوع اعمال خلاف قانون جلوگیری کند و از طرف دیگر در صورت سرکشی از قانون مجازات را بر متخلف تطبیق کند. مثلاً ازدواجی در شرف انعقاد است که فاقد شرایط قانونی می‌باشد که چنین ازدواج را قانون قبلاً مجاز ندانسته، طوری مثال تعدد زوجات (بیشتر از 4). این گونه مؤیدات را به نام مؤیدات (وقایوی) یاد می‌کنند.

در پهلوی آن شیوه‌های دیگری وجود دارد که با به کار بردن آن‌ها حالت مخالف قانون را به وجود آورده که می‌توان توسط مؤیدات آن را رفع کرد. مثلاً اعلان انحلال و بطلان ازدواج که به اساس حکم قضایی اشخاص را مجبور می‌سازد، تا وجایب و تکالیف خود را ادا کنند. این نوع مؤیده را به نام "اکراه قانونی" یاد می‌کنند.

از جانب دیگر در جوار مؤیدات و وقایوی که قبل از انحراف از قانون قابل تطبیق اند، مؤیدات دیگری نیز جلب نظر می‌کند که، بعد از انحراف از قانون بالای متخلف تطبیق می‌گردد. همان طوری که در فوق تذکر دادیم این مؤیدات دو نوع می‌باشند:

اول- مؤیده مدنی؛ و دوم- مؤیده جزایی.

اول - مؤیده مدنی: جبران خساره کسی است که در اثر انحراف شخصی دیگر از قانون متضرر شده است. این گونه مؤیدات را به نام مؤیدات جبرانی نیز یاد می‌کنند؛ اما بسا واقع می‌شود که انحراف از قواعد حقوقی نه تنها باعث متضرر ساختن یک شخص می‌شود؛ بلکه مفاد عامه را نیز جریحه‌دار می‌سازد. در این صورت با موجودیت مؤیدات مدنی بالای این چنین اشخاص مؤیدات دیگری که جنبه تنبیهی و مجازاتی دارد نیز تطبیق شده و آن را به نام مؤیدات جزایی و یا انضباطی یاد می‌کنند؛ زیرا جزا، در

حقیقت به نام اجتماع بالای مجرم تطبیق می‌شود.

به طور مثال شخصی توسط دزدی ضرر می‌بیند، چون قاعده حقوقی قبلاً سرقت را عمل نا مشروع تلقی کرده و از ارتکاب آن نهی می‌کند، اگر مرتکب عمل یا سارق دستگیر شد در مرحله اول آنچه را دزدیده از وی اخذ می‌گردد و به مالک حقیقی آن اعاده می‌شود، که این مؤیده یک مؤیده مدنی است، یعنی در این جا صرف جبران خساره مطرح بحث است. در مرحله دوم سارق مورد تعقیب و مجازات جزایی قرار می‌گیرد که مؤیده جزایی پنداشته می‌شود، که تمام مؤیدات توسط محاکم و یا مقامات قضایی در مرحله دوم تطبیق می‌شود. به این اساس قواعد حقوقی حیثیت قاعده را دارد؛ زیرا از حمایت دولت برخوردار می‌باشد. البته این خصوصیت ویژه قواعد حقوقی نبوده؛ بلکه در قواعد دیگر نیز به ملاحظه می‌رسد، منتهی به این تفاوت که مؤیدات حقوقی ماهیت خارجی داشته و از طرف مقام مربوط به اقتدارات عامه یا دولت مورد اجرا می‌گیرد در حالی که مؤیدات اخلاقی و غیره جنبه باطنی داشته و دولت را به آن کاری نیست.

مبحث چهارم - صفت قاعده حقوقی از نگاه کتبی بودن

به طور عموم می‌توان گفت که در یک دولت قاعده حقوقی را در یک متن مکتوبه باید سراغ کرد. مثلاً قواعد رهنمونی جمعیت، اصول اساسی حقوقی که در قانون اساسی وجود دارد و یا در قوانین عادی که مقررات و لوایح درج می‌باشند؛ اما این که هر قاعده حقوقی در همه جوامع در یک متن مکتوبه تحریری وجود دارد یا خیر؟ امری است روشن و انکار ناپذیر؛ زیرا در یک تعداد از ممالک تا امروز قواعد حقوقی در متون تحریری مکتوبه جمع نشده؛ بلکه مناسبات شان به اساس عرف و عادات تنظیم می‌شود. بناً مصدر حقوقی به حیث کل نمی‌تواند این قواعد را از سایر قواعد مجزا سازد.

مبحث پنجم - صفت قاعده حقوقی از نگاه هدف و مرام

یگانه صفت و ممیزه‌ای که قواعد حقوقی را از سایر قواعد تمیز و تفکیک می‌دهد، عبارت است از - مرام قاعده حقوقی. مسلم است که هر قاعده هر چه که باشد دارای هدف و مرام خاص خود می‌باشد. البته قواعد حقوقی بعضاً هدف و مرام محافظتی داشته و می‌خواهد که نظم موجوده را حفظ کند و به آن استقلال و مصونیت بخشد. مثلاً اگر قاعده حقوقی دستور می‌دهد که اشخاص می‌تواند در اطراف مزرعه شان دیوار تعمیر کنند، در واقع حقوق خواسته است که مصونیت مالکیت شخصی را که به حیث یک اصل حقوقی قبول شده در آن جامعه محافظت کرده و از تجاوز در امان باشد، تا به اساس آن تأمین نظم اجتماعی روی کار آید. هرگاه ما این خصوصیت را در سایر قواعد اجتماعی ملاحظه کنیم کمتر به آن مواجه می‌شویم؛ زیرا هدف و مرام قواعد دیگری اجتماعی گرچه سلوک بشری است؛ ولی جنبه انفسی و فردی داشته آن قدرها در تنظیم عمومی اجتماعی سر و کار ندارد.

قلمرو قاعده حقوقی نمی‌تواند خارج از اجتماع باشد. انسان دو جنبه دارد، جنبه شخصی (فردی) و جنبه اجتماعی. بسیاری از وظایف و تکالیف را شخص از جنبه اخلاقی دارد که به اجتماع مربوط نمی‌شود، یا اگر ارتباط پیدا می‌کند در حدی نیست که اجتماع عکس‌العمل نشان بدهد. شخص باید در سلامت روح و جسم خود اقدام و اگر احساس درد کرد معالجه کند. از لحاظ اخلاقی باید واجد صفات متعالی باشد؛ از جهت مذهبی باید اعتقاد خود را محکم و درجه خلوص در ایمان را افزایش دهد؛ باید راه کمال را طی نماید؛ ولی این دستورات جنبه حقوقی را ندارد. اگر انسان دور از اجتماع فرض شود از جهت حقوقی نه حقی متصور است و نه تکلیفی. اگر انسانی یافت شود که با هیچ‌کس در ارتباط نباشد و در منطقه‌ای متروک زندگی کند که تحت هیچ حاکمیتی قرار نگیرد با حقوق بیگانه است. در دنیایی امروز چنین موردی را نمی‌توان یافت.

همه انسان‌ها در اجتماع اند، همه نیازهای دارند که جز از طریق تعاون و همبستگی نمی‌توانند آن‌ها را بر طرف کنند و بالاخره همه در تحت قواعد حقوقی هستند.

تصور انسانی در حالت طبیعی، منفرد و مستقل که بدون توجه به اجتماع و بدون زیستن در اجتماع دارای حقوق باشد، خارج از واقعیت بوده و هیچ وقت وجود نداشته است. تصور هر نوع حقوق رابطه بین دو ذی حقوق را لازم دارد. اگر انسانی فرض شود تنها و منفرد و جدا از اجتماع نه حقوقی دارد و نه می‌تواند ذی حقوق شود. به قول پروفیسور دوگی حقوق‌دان فرانسوی، فرد انسان وقتی می‌تواند دارای حقوقی باشد که در هیئت اجتماع زندگی کند. صحبت از حقوقی که مقدم بر اجتماع باشد صحبت از یک شیء معدوم است.

به این ترتیب هر شخص اعم از حقیقی و حکمی در ساحه از قواعد

حقوقی قرار دارد. با مشخصات که از قواعد حقوقی گفتیم می‌توان حقوق را مجموع نظامات و قواعدی دانست که برای اداره رفتار مردم و تنظیم روابط در یک کشور و یا در جامعه بین‌الملل حاکم است؛ ایجاد الزام می‌کند و داری ضمانت اجرایی است مثل، حقوق بین‌الملل، حقوق افغانستان و حقوق فرانسه. در عین حال حقوق دارای شعب و رشته‌های گوناگونی است که این شعب را با وضع کلی شناسایی می‌نمایم. بر علاوه از حیث مبانی و ریشه هم به دنبال آن هستیم که دریابیم آیا حقوق ناشی از عقل متعادل انسان‌ها است، آیا اراده دولت ایجاد کننده حقوق است؟ آیا احتیاج و نیاز افراد به هم پیدایش حقوق را باعث شده است؟ حقوق عاملی برای حفظ افراد در مقابل قدرت حاکم است؟ آیا حاکم را از تهاجم افراد نگاه می‌دارد؟ بحث در این مسایل ما را به اهداف حقوق نزدیک تر می‌سازد.

سوالات برای مباحثه

سوال اول - خصوصیت تعمیم قواعد حقوقی چه معنی دارد؟

- سوال دوم- خصوصیت الزامی بودن قواعد حقوقی یعنی چه؟
 سوال سوم- خصوصیت مؤیده‌ای بودن قواعد حقوقی چه معنی دارد؟
 سوال چهارم- خصوصیت کتبی بودن قواعد حقوقی چه معنی دارد؟
 سوال پنجم- از لحاظ هدف و مرام قواعد حقوقی با سایر قواعد تنظیم کننده اجتماعی چه تفاوت دارد؟

وظیفه خانگی- هر محصل یک شماره از جریده رسمی را ملاحظه کرده و یک مثال از تعمیم قاعده حقوقی را بنویسد.

سایر منابع پیشنهادی برای مطالعه

- فلسفه حقوق، ناصر کاتوزیان
- مبانی و کلیات علم حقوق، سید جلال الدین مدنی
- مقدمه علم حقوق، دکتر ناصر کاتوزیان

فصل دوم

اساس و مبانی قواعد حقوقی

راجع به اساس قواعد حقوقی، از قرون اولی به این طرف، بین علما و دانشمندان مناقشات دامنه داری وجود داشته که متأسفانه تا به حال حل نشده است. در این زمینه به نظریات گوناگون که بعضاً ضد و نقیص یکدیگر نیز می‌باشند، مواجه می‌شویم؛ ولی باز هم با همه نظریات، ما به دو جریان عمده بزرگ که بیش‌تر جنبه فلسفی دارد، بر می‌خوریم که در طول تاریخ دوشا دوش یکدیگر سیر و انکشاف کرده اند:

1- تمایلات و عقاید واقع‌بینان یا مثبتیون.

2- تمایلات ارباب اصالت تصوف.

به خاطر باید داشت که اساس این مناقشات در این جا است که، آیا قواعد حقوقی واقعاً زادهٔ اوضاع اجتماعی بوده و یا زاده ارادهٔ دولت است؟ ارادهٔ دولت به ذات خود وسیله‌ای است جهت راهنمایی جامعه. و یا این که برای حقوق مصادر دیگری هم وجود دارد که حقوق از آن الهام گرفته و در عین حال حقوق موضوعه یا وضع شده را تعیین می‌کند. از جانب دیگر جریانات طبیعی و عقاید مختلف این موضوع را نیز مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد که، چرا قواعد حقوقی اجباری است و یا سرکشی از آن تطبیق مؤیده را بالای متخلف ایجاب می‌کند؟ جواب این سوال‌ها را هر یک از جریانات فکری فوق الذکر مطابق طرز دید فلسفی شان ارائه کرده اند که اینک ما آن را در ضمن مباحث جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

مبحث اول - تمایلات واقع‌بینان یا مثبتیون

مطالعه طرز دید این مکتب تنها قواعد حقوقی مثبت، یعنی همان قواعد که در یک زمان معین و یک مکان مشخص به شکل مکتوبه وضع شده، را به نام قواعد حقوقی شناخته و بس، که این قواعد خصوصیت اجباری بودن اش را از ارادهٔ دولت کسب می‌کند. به این معنی که زمانی قاعدهٔ حقوقی به حیث دستور راهنمایی جمعیت از طرف دولت وضع گردید، این مقررره دارای صفت اجباری بوده و آن هم ناشی از ماهیت و مفهوم کلمه "قاعده" است.

این جریان فکری از آن جایی که وسعت داشته حامیان و پیروان زیاد نیز دارد. بنأ در نفس آن ما باز هم به دو جریان عمده فکری بر می‌خوریم؛ زیرا بعضی از علما مربوط به این عقاید مدعی اند که حقوق در مفهوم دولت با مفهوم قدرت و اراده آن یکجا بوده و اراده او به شکل مقرررهٔ حقوقی ضمن یک متن مکتوبه عرض اندام می‌کند. این گروه را به نام "واقع‌بینان دولتی" یاد می‌کنند.

عده‌ای دیگری از علما چنین ابراز نظر می‌کنند که قواعد حقوقی گرچه زاده ارادهٔ دولت است؛ اما پدیده‌های اجتماعی در ایجاد دساتیر حقوقی مؤثر بوده، بنابر این حقوق تحت تأثیر بعضی از قواعد دیگری اجتماعی دانسته می‌شود. این گروه را به نام "واقع‌بینان اجتماعی یا اجتماع‌یون" یاد می‌کنند. اینک ضمن عنوان‌های جداگانه به مطالعه هر یک از این دو جریان می‌پردازیم:

1- **عقاید واقع‌بینان دولتی:** به اساس این نظر حقوق جز قواعد که توسط دولت به صورت صریح و غیر صریح وضع می‌شود در جای دیگری موجود شده نمی‌تواند. یعنی حقوق از مقررات و قواعد تشکیل می‌شود که از مقامات ذیصلاح دولت نشأت

می‌کند. به عباره دیگر حقوق صرف تعبیر اراده دولت چیزی دیگری نیست، هر چند این تمایل از موجودیت قوانین که منشأ آن عرف و تعامل می‌باشد؛ اما این قواعد را وقتی مؤثر می‌داند که از جانب قوانین موضوعه "وضع شده" تأیید شده باشد و به آن صفت اجبار را صریحاً و یا ضمناً قایل شده باشد. در مورد صفت اجباری بودن قواعد حقوقی، طوری که تذکر یافت نظر این مکتب روشن تر از مکتب حقوقی طبیعی است. به این معنی که پیروان این مکتب معتقد اند که چون قاعده حقوقی ناشی از اراده دولت یعنی ارگان ذیصلاح جامعه است، بنابر آن خود به خود صفت اجبار مقرر حقوقی، خلق می‌گردد.

خلاصه گفته می‌توانیم که نقطه اساس که در استدلال این مکتب جلب نظر می‌کند، مفهوم دولت است. گویا این علما به ماوراء الطبیعه اعتنایی نکرده و قاعده حقوقی را یک واقعیت تصور می‌کنند و به دولت حق می‌دهند تا در صورت لزوم جهت تطبیق قاعده حقوقی از قوت کار بگیرد. در این طرز تفکر ممثلان مثل توماس هابس (Thomas Hobes)، هیگل (Hegal)، ایرینگ (Iring) و غیره دانشمندان می‌باشد.

توماس هابس فیلسوف انگلیسی اثری دارد به نام "لوتین". طبق نظر این دانشمند حقوق مترادف است به اراده زمامدار و بدین صورت حقوق و قانون هر دو یکی است که ناشی از اراده دولت می‌باشد؛ و این اراده مطلق برای تنظیم بخشیدن حیات اجتماعی و اقتصادی لازم و ضروری است.

هیگل پرستش دولت را توسعه می‌دهد و چنان آن را توصیه می‌کرد که طبق نظر موصوف حقوق و دولت با هم مترادف هستند. او عقیده داشت که حقوق مطلق از قدرت الهام می‌گیرد که می‌تواند آن را تحقق بخشد.

مطابق نظر ایرنگ این عالم و حقوق دان بزرگ آلمانی، حقوق از جبر و قدرت غیر قابل انفکاک است. در حالی که همه می‌دانیم که در اجتماع تنها دولت انحصار قدرت را در دست دارد، باید چنین هم باشد؛ لذا حقوق عبارت است از آنچه که دولت می‌خواهد، یعنی خواسته دولت مترادف است با حقوق.

ایرنگ می‌گفت: دولت عبارت است از یگانه منبع حقوق؛ و علاوه می‌کرد که، نیروی دولت یک نیروی خود هوسانه نبوده؛ بلکه نیروی دولت دارای نیروی تسلط به نفس است. البته دولت خودش از خود مواظبت می‌کند، تا از راه ثواب و خیر رساندن به توده عظیم مردم منصرف نشود. به این اساس حقوق به نظر او سیاست اقتدار و قدرت زمامدار است.

2- **عقاید واقع‌بینان اجتماعی:** طرز تلقی این جریان بر مبنای این حقیقت استوار است: حقوق یک پدیده اجتماعی است که روی عادات، رسوم و عنعنات، عواطف، احساسات، افکار و نظریات و بالاخره یک سلسله غرایض طبیعی انسان اجتماعی استوار است. از این رو مجموعه احساسات، عواطف، رسوم، عرف و عادات و غیره یک جامعه را می‌توان در شعور اجتماعی که مظهر اراده دولت و در نتیجه قواعد حقوقی می‌باشد، مشاهده کرد.

فرق اساسی که بین این مکتب و مکتب واقع‌بینان دولتی موجود است، عبارت از این می‌باشد که، طرفداران این مکتب عقیده دارند: حقوق یک اراده خود مختارانه دولت است که به واسطه قانون اظهار گردیده و در جامعه تحقق می‌یابد؛ بلکه ایشان می‌گویند که باید اساس آن را در عرف و عادات اوضاع محیطی و طرز زندگی مردم یک جامعه سراغ کرد؛ زیرا حقوق پدیده است اجتماعی و تابع شرایط زمان و مکان.

علاوئاً طرفداران این مکتب عقیده به حقوقی ندارند و معتقد نیستند که یک عدالت نهایی که مافوق حقوق مثبت است در میان جامعه وجود دارد؛ بلکه حقوق از نظر آن‌ها یک ثمره و یک حادثه اجتماعی است. به این اساس حقوق عندالزوم مقرراتی را که مفید است به وجود می‌آورد و آنچه را غیر ضروری است از بین می‌برد. این تمایل را از یک طرف علمای سوسیولوژی (جامعه‌شناسی) و از طرف دیگر علمای حقوق حمایت می‌کنند.

در بین علمای جامعه شناس می‌توان از "کانت و دورک هایم" نامبرد و در بین حقوق دانان از حقوق دان مشهور فرانسه "دوگیت" تذکر به عمل آورد. طبق نظر کانت و دورک هایم حقوق شعور و وجدان اجتماعی است. شعور اجتماعی یک پدیده قابل ملاحظه و مطالعه بوده با شعور افراد اجتماعی متفاوت است. کانت می‌گفت: حقوق به نسبتی می‌تواند به حیث یک علم مثبت عرض اندام کند؛ زیرا اول یک تعداد حوادث و عوامل اساسی اجتماعی که تحت تأثیر جبر اجتماعی قرار دارد، بنا یافته است؛ زیرا مبنای حقوق را وجدان اجتماعی می‌سازد.

دوگیت معتقد بود که یک قاعده وقتی حکمی گفته می‌شود که، کتله‌ای از شعور افراد اجتماع که راه را برای بقا و تأمین نظم اجتماعی غیر قابل اجتناب و ضروری تلقی می‌کنند؛ زیرا حقوق زاده اجتماع و برای اجتماع است. از این رو گفته می‌توانیم که اراده دولت جز شعور اجتماعی چیزی دیگری نیست. به این اساس در صورتی که اراده دولت مترادف با شعور اجتماعی و یا وجدان کلیه اجتماع باشد، پس قاعده حقوقی افاده است از این شعور اجتماعی.

مبحث دوم - عقاید و تمایلات ارباب اصالت تصوف

طبق نظریات این مکتب در ماورای حقوق موضوعه ایده آلی با کمال مطلوب که بالاتر از حقوق موضوعه است وجود دارد. این حقوق ایده آل و کمال مطلوب در حقیقت راهنمایی عادی حقوق موضوعه بوده و در واقع برای ایجاد حقوق موضوعه و ارشاد آن مبنای اصلی شناخته می‌شود. به این ترتیب اقتدار تحمیل نفوذ دولت را یک اقتدار محدود و قابل حصر تلقی می‌کند. یعنی حدود آن را مفاهیم عدالت و انصاف تعیین کرده و به موجب آن قواعد حقوق به کمال مطلوب می‌رسد و در آن جا است که حقوق موضوعه با حقوق طبیعی تطابق پیدا می‌کند و نیروی الزامی دولت در مورد تطبیق قاعده حقوقی صدق پیدا می‌کند.

قرار عقیده این مکتب حقوق مطلق و لایتغیر بوده و در هر زمان و هر

مکان صرف نظر از چگونگی شرایط موصوف مداوم می‌باشد. از این رو هر قانون باید احکام خود را با آن انطباق داده و از این دستور عالی پیروی کند. این حقوق مطلق را که همگان در سعی جست - و - جوی آن می‌باشند، به نام "حقوق طبیعی یا فطری" یاد می‌کنند که آن را چنین تعریف کرده اند:

حقوق طبیعی عبارت است از مجموعه اساسات عدالت که غیر قابل تعدیل و جاویدانی بوده و دارای ارزش در همه جا می‌باشد. پس اگر در جست - و - جوی منبع و اساس قاعده حقوقی باشیم این منبع و اساس عبارت خواهد بود از - حقوق طبیعی. از علمای معروفی که از این مکتب حمایت می‌کنند، می‌توان از خطیب و فیلسوف مشهور رومی موسوم به سیسرون و سن توماس داکن و غیره یاد آور شد.

دانستن این مطلب که حقوق طبیعی وجود دارد کفایت نمی‌کند؛ بلکه باید بیش‌تر تعمق کرد و معلوم کرد که منبع آن در کجاست؟ بناً اگر خواسته باشیم منشأ حقوق طبیعی را بررسی کنیم باید نظریات علما را در خلال قرون متمادی یکی بعدی دیگری مطالعه کرده و سالیان را که طرز تفکر عقب گذاشته است، مورد تحقیق قرار دهیم:

الف- اگر به قرون اولی مراجعه شود، اولین بار این مفکوره را می‌توان در نزد یونانیان سراغ کرد. درامه نویس معروف یونانی به نام "سوفوکل" نمایش‌نامه‌ای به نام "انتی گان" را به رشته تحریر درآورد که در آن از دختر جوانی به عنوان قهرمان داستان صحبت می‌کرد، بدین ترتیب که

روزی از قبول فرمان شاه سرباز می‌زند.

اعتراف این دختر برای اولین بار در تاریخ حقوق طبیعی ثبت شده است. این دختر موقعی که فرمان به وی می‌رسد، به عنوان اعتراض چنین می‌گوید: "محترماً! تصور نمی‌کردم که قانون مکتوبه برای شما آن قدر قدرت و نیرو بخشیده باشد تا در برابر اساسات قانون طبیعی واقع گردد. من از چنین قانونی اطاعت نمی‌کنم؛ بلکه به فرمان دل مطیع قوانین طبیعی می‌باشم، که زاده اراده خدایان و مافوق تر از همه قوانین است. این قوانین از امروز و دیروز وجود نداشته؛ بلکه از بدو آفرینش بشر موجود بوده و برای همیشه باقی می‌ماند. از این رو شما نباید قوانین غیر مکتوبه خدایان را نادیده بگیرید."

ب- در دوره روم قدیم خطیب و فیلسوف رومی به نام سیسرون نیز به وجود قوانین طبیعی اعتراف کرده و آن را با عقل و عواطف بشری که جنبه مطلق و تصویری دارد مطابق می‌داند. این قوانین از نظر او نیز ماهیت برتری داشته و تا ابد باقی می‌ماند. به این ترتیب دیده می‌شود، در روم قدیم نیز عین مفکوره یونانیان با اندک تغییر موجود بوده به این معنی که رومی‌ها حقوق را به صورت عموم به سه دسته تقسیم می‌کردند. حقوق بشر که آن را بالای سایر قلمرو امپراطوری روم قدیم قابل تطبیق می‌دانستند، حقوق مدنی که آن را تنها و تنها مربوط به رومیان می‌دانستند و در مرحله اخیر از حقوق طبیعی یاد آور می‌شدند و آن را مطلق به افراد بشر به صورت مجموعه بدون در نظر داشت تابعیت شان قابل قبول می‌دانستند.

ج- در قرون وسطی فیلسوف دیگری به نام سن توماس دکن راجع به

حقوق طبیعی صحبت کرده و آن را برتر از حکمت الهی می‌دانست و به این عقیده معترف بود که عقل بشر قدرت و توانایی آن را دارد تا این قوانین را معین و قوانین طبیعی را درک کند. افکار و نظریات این عالم مشهور تحت تأثیر عقاید مسیحی قرار گرفت؛ زیرا مسیحیت به قوانین جاوید که از اراده الهی نشأت می‌کند و بشر را در آن راهی نیست حمایت می‌کرد. البته در پهلوی آن حقوق طبیعی را پشتیبانی می‌کرد و مدعی بود این حقوق تجلی از قوانین الهی می‌باشد. در اخیر راجع به حقوق بشر یا موضوعه که مظهر مادی و مکتوبه حقوق طبیعی است صحبت می‌کرد. به این اساس حقوق موضوعه را ناشی از حقوق طبیعی و حقوقی طبیعی را تجلی از حقوق جاویدانی می‌دانست.

د- افکار و نظریات را که در سطور بالا از آن نام بردیم گروسوس "پدر حقوق بین‌الملل عمومی" فیلسوف هالندی به شیوه‌های خاص ترتیب کرده و در کتابی به نام "جنگ و صلح" منتشر کرد. در این کتاب راجع به حقوق و اجتماع طی عنوان اول صحبت کرده و انسان را یک موجود عاقل و اجتماعی می‌داند و حقوق را زاده فرد انسان دانسته و سزاوار آن می‌داند تا در همه جوامع بشری حکمروایی نماید. از همین جهت این حقوق را به نام "حقوق عقلانی" نیز یاد می‌کند. به این اساس گروسوس، حقوق طبیعی را از جنبه الهیات آن مجزا ساخت و گفت که، الهیات تنها پیروان خود را مخاطب می‌سازد، در حالی که حقوق طبیعی با تمام افراد سر و کار دارد.

ه- حقوق طبیعی در بین فلاسفه قرون 17 و 18 نیز بی اندازه انتشار یافت و طرفداران جدی داشت. آن‌ها حقوق طبیعی را مولود طبیعت و محصول عقل می‌دانستند. فیلسوف معروف انگلیسی جان لاک، چنین اعلان داشت که قوانین طبیعی احترام به مالکیت، حیات و آزادی دیگران را به همه دستور می‌دهد، بناً بشر دارای حقوق انفرادی است که قانون باید آن را حمایت کند و دولت حامل یا عامل حقوق است نه مالک آن. به اساس افکار و نظریات او بود که مفکوره اصالت فرد به اوج خود رسید. به همین ترتیب این طرز تفکر جایش را در اوایل قرن 19 در کود مدنی فرانسه دریافت که در ماده اول آن چنین تصریح شده است "در جهان جز یک حقوق جهان شمول و تغییر ناپذیر وجود ندارد که منشأ تمام قواعد مثبت را تشکیل می‌دهد و جز عقل طبیعی چیز دیگری نیست که به انسان حکومت کند."

در قرن 19 با تدوین قوانین موضوعه و مکتوب ارزش و اعتبار حقوق طبیعی که غیر مکتوبه پنداشته می‌شد، تا حدودی رو به ضعف گذاشت. از جانبی دیگر طی قرن 19 سلسله انتشارات و نظریات مخالف به نظر اصالت فرد که متکی به اصالت جمع بود، عرض اندام کرد و زمینه را برای عدم احترام به قواعد حقوق طبیعی فراهم ساخت و در مقابل این نظریه تقویت یافت که حقوق جز زاده اراده دولت و مظهر شعور اجتماعی چیزی دیگری نیست. بدین ترتیب در طول قرن 19 الی اوایل قرن 20 اعتقاد به یک نوع احیای مجدد روی کار آمد، به این معنی که حقوق طبیعی تا حدی رو به ضعف گذاشت؛ ولی در قرن 20 یک عالم

آلمانی ستامپیر حقوق طبیعی را به وجود آورد؛ ولی بر خلاف نظریات علمای گذشته محتویات این حقوق را ثابت نتوانسته؛ بلکه مدعی بود که این قواعد پیوسته در تغییر است. یعنی در همه قرن‌ها و در همه عصرها یک نوع حقوق طبیعی جداگانه وجود دارد که متفاوت از حقوق طبیعی قبلی است. "هورنو" یک حقوق‌دان فرانسوی در مورد حقوق طبیعی چنین ابراز نظر می‌کند که، حقوق نوعی هنر است و شهکاری های آن در حقوق روم و هم در حقوق معاصر سراغ می‌شود. این شهکاری ها محتوای اساسات حقوق طبیعی اند.

دانشمندان دیگری از جمله جین عقیده دارند که حقوق طبیعی در اخلاق اجتماعی پوشیده است و مرام اخلاق اجتماعی همانا تأمین عدالت اجتماعی است. گرچه انتقادات در مورد حقوق طبیعی تا امروز هم وجود دارد؛ ولی باز هم از نقش آن در تدوین قوانین و تطبیق و تفسیر آن نمی‌توان انکار کرد.

مبحث سوم - مکتب تاریخی حقوق

پیشوایان این مکتب می‌گویند، حقوق مثل عادات و رسوم و زبان محصول وجدان عمومی و تحول تاریخی اجتماع است. قانون‌گذار با تصویب قانون قواعد حقوقی آماده شده را معرفی می‌کند؛ و عالم حقوق آن قواعد را دسته بندی و تشریح می‌نماید. اراده افراد هیچ نقشی و دخالتی در ایجاد حقوق ندارند. ساوینی (حقوقدان آلمانی) را بنیان‌گذار این مکتب می‌شناسند که بر تحول تاریخی حقوق و ایجاد فهری آن تکیه داشته است. دیگر دانشمندان این مکتب یهرنگ، ژلینگ، هولدر و کلسن می‌باشند. در این مکتب ارزش عرف بسیار بوده و مقدم بر قانون می‌باشد. نقش قانون فقط ارایه عرف است. با این که، این مکتب به نام دانشمندان آلمانی شهرت یافته است، قبل از ساوینی دانشمند دیگر آلمانی به نام پوختا ماهیت حقوق را ناشی از تاریخ دانست و در این باب کتابی منتشر ساخت؛ اما چون تحقیقات ساوینی مفصل و علمی بود، در خارج آلمان رسوخ کرد و ساوینی مؤسس این مکتب شناخته شد. وی در کتابی به نام حقوق رومیان نظرات خود را منعکس کرده است.

ساوینی می‌گوید: باید دید ماهیت حقوق چیست و ریشه آن از کجا پدید آمده است؟ در آغاز چنین به نظر می‌رسید که تصادم با عقل و یا اوضاع و احوال خاص ممکن است حقوق را در اشکال مختلف به وجود آورده باشد؛ اما چنین تصویری درست نیست. در این موضوع حقیقت غیر قابل انکاری وجود دارد و آن این است که هر کجا حقوقی به فکر انسان جلوه گر شده، متکی به يك قاعده حقوقی قبلی بوده که پیش از آن وجود داشته است. موضوع که حقوق تحقق در دوران آن جای گرفته، روابط مردم و اجتماع انسانی است. چنین حقوقی در ضمیر مشترك مردم يك کشور رشد و نمو می‌نماید و باید حقوق اجتماع خوانده شود. این حقوق از افکار عموم پیدا شده و همه اجزا و اعضای اجتماع را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در واقع وحدت حقوقی در ضمیر مردم جلومگر شده است. تصادفی نیست تاریخ از هر کجا شروع شود از همان جا حقوق تحقق نیز یافت می‌شود.

سوالات برای مباحثه

- سوال اول- مکتب واقع‌بینان یعنی چه؟
- سوال دوم- فرق بین مکتب واقع‌بینان اجتماعی و واقع‌بینان دولتی را واضح سازید؟
- سوال سوم- نظریه هیگل در مورد مبنای قواعد حقوقی چیست؟
- سوال چهارم- سیر تاریخی حقوق طبیعی را واضح سازید؟
- سوال پنجم- حقوق طبیعی و اثرات آن را بر حقوق موضوعه واضح سازید؟
- وظیفه خانگی- محصلان به شکل گروهی در مورد یکی از مکاتب حقوقی سیمینار ارایه می‌نمایند.

منابع پیشنهادی برای مطالعه

- فلسفه حقوق، ناصر کاتوزیان
- قرارداد اجتماعی، ژان ژاک روسو
- مبانی و کلیات علم حقوق، سید جلال الدین مدنی
- مقدمه علم حقوق، دکتر ناصر کاتوزیان

فصل سوم

محتویات غایه و هدف نهایی قواعد حقوقی

با مراجعه به صفات قاعده حقوقی که در فصل اول این قسمت مطالعه شد، این موضوع به ما روشن شد که این قاعده اجباری بوده و صفات اجرای آن با به کار بردن مؤیدات تأمین می‌گردد. فرق ندارد که این صفت اجبار را ناشی از حقوق طبیعی بدانیم و یا این که زاده اراده دولت و شعور اجتماعی؛ بلکه آنچه مهم است عبارت از این است که، دولت افراد را قهراً به اطاعت از قاعده حقوقی و می‌دارد. این جبر و الزام دولت برای تطبیق قواعد حقوقی در همه موارد نباید به کار رود؛ زیرا این وسیله خطیر بوده پس در همه موارد کار برد آن مصلحت نیست. از این جاست که اقتدارات عامه یا دولت در حین تدوین قواعد حقوقی واقعیت‌های اجتماعی و تمایلات مردم را مد نظر گرفته و به خواست‌ها، عادات، احساسات، عواطف، رسوم و معتقدات مردم احترام می‌گذارد. آنچه ضرور و مطلوب تلقی می‌گردد، آن را حفظ کرده و آنچه مضر و غیر ضروری باشد از بین می‌برد، تا به موجب آن احترام به قواعد حقوقی خود به خود و بدون کار برد قوه، تأمین گردد.

طور مثال: از آنجایی که می‌دانیم یگانه راه اتحاد و وصلت زن و مرد ازدواج است، پس دولت برای این که نظم را در یک جامعه به وجود آورد، قواعد را وضع کرده است. به طور مثال سن رشد قانونی یا بلوغ را برای ازدواج تعیین می‌کند تا به موجب آن دختر و پسر حق پیدا کند تا با هم ازدواج کنند. مثلاً سن ازدواج برای پسر 18 و برای دختر 16 سال تثبیت شده است. سوال که در این جا مطرح بحث قرار گرفته می‌تواند، این است که آیا قدرت عالی جمعیت یا نیروی الزامی که دارد باز هم می‌تواند که حسب دلخواه این سن را تعیین کند، یا تغییر دهد و بگوید 16 سال برای پسر و 14 سال برای دختر است؟ و یا این که بعضی واقعیت‌های جامعه را در نظر خواهد داشت؟ جواب این سوال را مطالعه ضرورت و مطابقت قواعد حقوقی با ارزش‌ها و واقعیت‌های اجتماعی می‌دهد که موضوع بحث ما را در این فصل تشکیل می‌دهد. در حالی که در بحث دوم این فصل ما این موضوع را می‌خواهیم روشن سازیم که، حقوق صرف جنبه نظری نداشته و منظور آن یک کنجکاو عادی از هر گونه مطلوبیت و غایه نیست؛ بلکه حقوق واقعیت اجتماعی است که دارای هدف و مرام می‌باشد. این که مرام و غایه حقوق در هر جامعه از چه قرار خواهد بود، تابع طرز تفکر و پیروی از ایدئولوژی و فلسفه‌های اجتماعی و اقتصادی خواهد بود که به حیث اصل عمده در جامعه مذکور حکمروایی دارد. از این جاست که مفکوره اصالت فرد و اصالت جمع تراوش کرده و موضوع بحث ما را در پرتو غایه حقوق در بخش دوم این فصل تشکیل می‌دهد.

مبحث اول - ضرورت و مطابقت حقوق با واقعیت‌های اجتماعی

این نکته مسلم است که وضع کنندگان قانون قبل از این که به تدوین قاعده حقوقی بپردازند، واقع‌بینانه به تحقیق و تحلیل اوضاع در جامعه پرداخته و از نتایج حاصله مطالعه جامعه شناسان استفاده کرده و به این ترتیب واقعیت‌های اجتماعی را در نظر می‌گیرند، تا بعداً قواعد حقوقی در حین تنفیذ و اجرا با مقاومت و عدم احترام مواجه نگردد. به صورت عموم این واقعیت‌ها و ارزش‌ها قرار زیر اند:

1- **عنصر دینی:** اولین عنصری که مقام ذیصلاح در وضع قواعد حقوقی آن را در نظر می‌گیرد عبارت از عنصر دینی است. به این معنی در مقررره حقوقی نباید معتقدات و احساسات مردم را از این نقطه جریحه دار سازد. در غیر آن ممکن که قاعده حقوقی از آن جای که با احساسات و معتقدات مردم مطابقت ندارد، در موقع تطبیق به مشکلات مواجه شود. به طور مثال: مقنن فرانسه بعد از انقلاب کبیر مقررره را وضع و به موجب آن طلاق را نظر به علت از علل مجاز قرار داد. این قاعده حقوقی از آن جای که با احساسات و معتقدات دینی و مذهبی مردم آن سر زمین بر می‌خورد، به عکس‌العمل مواجه شد. چه طبق عقیده مسیحیت و خاصاً کاتولیک‌ها ازدواج یک اتحاد مقدس و معنوی است که بین زن و شوهر صورت می‌گیرد. از این رو انحلال این رابطه مقدس هیچ‌گاه روا و مجاز نمی‌باشد. بنابر این دلیل بود که حکومت آن وقت فرانسه به جای انحلال قطعی ازدواج یعنی طلاق، انفصال جسمانی را که یک جدایی بوده قبول کرد. یعنی اگر زن و شوهر که با هم کدام اختلاف عمیق دارند می‌توانند که به اساس حکم قضایی جدا از هم زندگی کنند، بدون آن که علاقه زوجیت منحل و نظام خانوادگی بر هم زده شود.

2- **عنصر اخلاقی:** در یک جامعه بر علاوه اعتقادات و احساسات که فوقاً تذکر یافت، قواعد اخلاقی نیز وجود دارد که این قواعد در نظریات و افکار مردم و رسم و رواج جامعه داخل بوده و به حیث یک قاعده مرعی الاجرا و قابل قبول همگان شناخته می‌شود. بناً مقنن در وقت وضع قاعده حقوقی باید این قواعد را در نظر داشته باشد، در غیر آن، آن قاعده حقوقی وضع شده به عکس‌العمل مواجه خواهد شد.

طور مثال: چند سال قبل دولت فرانسه قانونی را تدوین کرد که هدف آن ازدیاد عواید مالیاتی بود؛ اما این تجویز از آنجایی که با یکی از دساتیر اخلاقی آن جامعه برخورد می‌کرد با عکس‌العمل شدید رو به رو شد. آن طوری بود که مقنن مقرر داشته بود که تمام مؤدیان (مالیه دهندگان) در ورقه اظهارنامه مالیاتی شان تمام مبالغ را که به داکتران طب می‌پرداختند با ذکر اسم

داکتر شان تصریح کنند. هدف و مرام مقنن در این جا طوری بود که از یک طرف مالیات گسترش یابد و از طرف دیگر اظهارنامه های داکتران طب به وسیله آن کنترل و مجدداً ارزیابی شود، تا به رویت آن مالیه واقعی آن ها حصول شود؛ مگر این تجویز تصادم به قاعده اخلاقی می کرد که رابطه بین مریض و طبیب مخفی است و نباید این اسرار افشا گردد. در مثال فوق به خوبی واضح می شود که با وجود آن که هدف این دستور قانونی مغایرت با قواعد اخلاقی نداشت؛ ولی با آن هم بالاتر آن ممکن بود که این قواعد پایمال شود. از آن رو بود که قواعد مذکور بعد از انفاذ به عکس العمل مواجه شد و از کلمه تذکر اسم داکتران طب صرف نظر گردید.

3- عنصر اقتصادی: در اجتماعی که در آن زندگی می کنیم نه تنها، عناصر فوق الذکر موجود است که حیات اجتماعی انسان را و همچنان فعالیت های دولت را تحت تأثیر قرار می دهد؛ بلکه یک سلسله عناصر مادی نیز موجود می باشد که جهت حفظ نظم و تعالی حیات بشری حتمی و الزامی شمرده می شود. یکی از این عناصر، عنصر اقتصادی است که فعالیت های روزانه جامعه را سوق و استقامت می دهد؛ زیرا نیاز اساسی، رفع احتیاجات مادی است. پس باید این نیازمندی ها مرفوع شود و بدین ترتیب تبادل اعمال و خدمات در اجتماع صورت گیرد. پس برای این که این اعمال نظم پیدا کند، مطابقت قواعد حقوقی با این عنصر ضروری پنداشته می شود. در این جای شک نیست که در هر عصر و زمان شکل تولید فرق می کند و بالاتر، ضرورت ها هم تغییر می پذیرند. پس قواعد حقوقی که برای نظم این امور وضع می گردد، باید با عنصر اقتصادی مطابقت داشته باشد تا مورد تطبیق پیدا کند؛ زیرا طوری که در دروس گذشته مطالعه کردیم رابطه حقوق با اقتصاد مسلم و انکار ناپذیر می باشد. روی این اساس هر گونه قواعد حقوقی که امروز در جوامع مختلف تدوین می شود، عنصر اقتصادی را در نظر داشته و با این اصل عمده در ارتباط می باشد.

4- عنصر جغرافیایی: مقنن زمانی که می خواهد قاعده حقوقی را وضع کند، باید عامل جغرافیایی را در نظر داشته باشد؛ زیرا موقعیت جغرافیایی یک کشور رابطه مستقیم با اوضاع جوی دارد. به ویژه این که در کدام واحد طول البلد و عرض البلد واقع است. یا این که ساکنین آن سر زمین از نظر فزیولوژی یا وظایف اعضا چگونه اند تأثیر وارد می کند. می دانیم که محیط، اقلیم، آب و هوا و سایر عواملی جغرافیایی بالای وظایف اعضای بدن انسان و شکل آن تأثیر وارد می کند. لهذا وقتی که مقنن می خواهد قانون را وضع کند ناچار است که این عوامل را کم و بیش در نظر گیرد.

اگر در موضوع تعیین سن رشد برای ازدواج دقیق شویم، اساس تعیین سن رشد، مخصوصاً تابع عرض البلد و طول البلد می باشد. بدین معنی که هر قدر از خط استوا به طرف شمال، جنوب، شرق و غرب می رویم، سن ازدواج به رویت آن تغییر می کند. مثلاً کشورهای که به طرف شمال واقع باشد سن رشد بالا است و از طرف شمال هر قدر به طرف جنوب پایین می شویم کمتر می شود.

5- عنصر اجتماعی: مقام ذیصلاح هرگاه بخواهد که قاعده حقوقی را وضع کند، عنصر اجتماعی یعنی احساسات و عواطف، رسم و رواج، نژاد و زبان های مختلف در آن بی تأثیر نمی باشد. اکثر دیده شده که عرف و عادات و زبان یک قسمت از قلمرو یک کشور با قسمت دیگری آن متفاوت می باشد، بناً برای تفکیک قوانین و مطابقت آن با عنصر اجتماعی امری است حتمی و ضروری.

مبحث دوم - هدف نهایی یا غایه قواعد حقوقی

طوری که در مقدمه مضمون مبادی حقوق تذکر دادیم، قواعد حقوقی جهت تنظیم روابط و مناسبات اجتماعی و هم استقرار نظم در جامعه وضع شده؛ ولی سوال که در این جا مطرح و در ذهن ما خطور کرده و لاجواب باقی می ماند، عبارت از این است که غایه و هدف نهایی این قواعد چیست؟ و قدرت اجبار و الزام که قاعده حقوقی در نزد خودش دارد به کدام منظور به کار برده می شود؟ و آیا هدف نهایی این قواعد تأمین سعادت فرد است یا جامعه و یا این که هر دو؟

قبل از این که به پاسخ این سوالات بپردازیم لازم به تذکر است که، این شیوه مناقشه زیاده تر جنبه فلسفی داشته و به خصوص به مفکوره ارباب اصالت و طرفداران حقوق طبیعی و اصالت واقع بینان ارتباط دارد. بنابر آن مسائلی را که در دروس گذشته آموخته ایم از نظر دور نخواهیم داشت. این مناقشات در طول تاریخ یک واقعیت عینی بوده و موجب پیدایش مکتب های مختلف گردیده که مختصراً آن را مورد مطالعه قرار می دهیم.

1- مکتب اصالت فرد: در قرن 18 ژان ژاک روسو در کتاب "قرارداد اجتماعی" مطالبی عنوان کرد که مکتب حقوق اصالت فرد بر آن مبتنی است. وی می گوید: انسان در زندگی در وضع طبیعی و منفرد آزادی نا محدود داشت؛ اما در این حالت کار معیشت برای او دشوار بوده و همیشه با دیگر افراد از نوع خود نزاع و کشمکش داشته است، تا این که از روی اختیار وارد اجتماع گردیده و بین او و هیئت اجتماع قرارداد فرضی انعقاد یافته که بر اساس آن قرارداد، هر کس از يك قسمت از آزادی و حقوق نا محدود خود صرف نظر کرده و در مقابل آن هیئت اجتماع مکلف شده حقوق و وظایف افراد را رعایت و حمایت کند.

بنابر این در بین افراد انسان در اجتماعات هم نسبت به یکدیگر و هم نسبت به هیئت اجتماع و بر عکس حقوق و تکالیفی معلوم و مشخص گشته است.

هر فرد به همراهی دیگر افراد جامعه اختیارات خود را در تحت اراده عمومی قرار داده و هیئت اجتماع هم هر عضوی را مانند يك جزء لاينفك

از کل پذیرفته است. قرارداد ضمناً اجتماعی يك حالت برابری ایجاد کرده به طوری که همه با شرایط مساوی از حقوق متساوی برخوردار شده اند.

افکار روسو در آن جا مبنای مکتب حقوقی اصالت فرد است که، می‌گوید قرارداد فرضی اجتماعی محافظت حقوق کسانی که آن را منعقد ساخته اند تدارك می‌بینند. فرد طبیعی مقدم بر هیئت اجتماعی وجود داشته و شایستگی هیئت اجتماع در این است که وسایل تأمین و محافظت حقوق فرد را فراهم کند. بنابر این رعایت حقوق هیئت حاکمه، تا حدی ضرورت دارد که برای محافظت حقوق فرد لازم باشد. حقوق فرد لاينفك از صفت انسانیت او است. به خاطر این که محافظت از حقوق فرد حقوق هر کس محدود گردیده و این محدودیت تا حدی است که افراد بتوانند در زندگی اجتماعی از حقوق خود شان استفاده کنند. بر طبق نظر این مکتب، مبنای حقوق آفاقی (Objective Law) هر کس حقوق ذاتی (Subjective Law) او است. این قاعده هیئت حاکمه را مکلف می‌نماید، تا حقوق افراد را محترم بدارد و از اقدام به هر عمل و وضع هر قانون که خلاف حقوق آنان باشد خودداری کند. با این تفکر قوانین دوران انقلاب فرانسه از اعلامیه حقوق بشر 1789 و قانون اساسی و قانون مدنی 1804 تدوین گردید.

خلاصه طرفداران این مکتب به سوال که فوقاً مطرح شد جواب می‌دهند، که هدف قواعد حقوقی خوشبخت ساختن فرد است؛ زیرا زمانی که فرد حاضر می‌شود در داخل یک اجتماع زندگی کند پس او توقع دارد تا حقوق فردی و سایر امتیازات مادی و معنوی او به وجه احسن در داخل اجتماع تأمین شود؛ زیرا هدف فرد در زندگی کردن در داخل اجتماع انکشاف شخصیت و تکامل و تأمین نیازمندی‌های مادی و معنوی او است. حقوق این مرام را به حیث تنظیم دهنده روابط و مناسبات اجتماعی و استقرار نظم عامه الزام آور می‌داند. پس هدف از آن فرد باید باشد، بدین ترتیب اجبار و الزام را دارد. محدود ساختن حقوق فردی یا آزادی‌های فردی را مجاز نداشته و بر خلاف، حداکثر احترام آزادی را برای آن‌ها باید قایل شد. این اصل که الهام از مفکوره حقوق طبیعی و نظم خود به خودی جامعه به موجب قوانین طبیعی الهام می‌گیرد، از نظر سیاسی منجر به اعطای آزادی به فرد، از نظر اقتصادی عدم مداخله دولت در امور اقتصادی جامعه و از نظر دیگر موجب مقدس دانستن ملکیت شخصی و آزادی قرارداد گردیده و به این اساس به نظر آن‌ها هدف حقوق تحکیم آزادی فردی است. بنابر آن مفکوره سوء استفاده از حق در نزد آن‌ها مفهومی نداشته؛ بلکه فرد را آزاد دانسته که هر طوری که خواسته باشد از آزادی و امتیازات و حقوقی که هدیه طبیعت است استفاده کند.

این شیوه استدلال به صورت واقعی می‌رساند که، طرفداران این مکتب، فرد را اصل و اجتماع را فرع یا جز می‌دانند. روی این دلیل هدف قاعده حقوقی را حمایت منافع شخصی یا فردی می‌شناسند و جامعه را به حیث وسیله‌ای که اشخاص به واسطه آن منافع مادی و معنوی خود را به بهترین وجه تأمین می‌کنند، می‌دانند.

2- **مکتب اصالت جمع:** پیروان این مکتب حقوقی می‌گویند، روابط حقوقی و اجتماعی افراد متکی به قواعد و اصولی است که از نفس اجتماع به وجود آمده و ادراک و فهم این قواعد و اصول نیز از راه مشاهده و آزمایش و از راه تحقیق در حوادث و اتفاقات حقوقی و اجتماعی امکان دارد. ظهور مکتب حقوقی اصالت جمع در مقابل آثار و نتایج غیر درستی بود که از مکتب حقوقی اصالت فرد حاصل می‌گردید و بسیاری واقعیت‌ها را نادیده می‌گرفت. هیئت اجتماع يك فضای واقعی است که آدمی در آن زندگی می‌کند و به فعالیت می‌پردازد. این محیط برای انسان يك عنصر ضروری است که حقوق از این محیط پدید آمده است. اگر آدمی می‌توانست تنها و جدا از جامعه زندگی کند، عنوان حقوقی برای او مفهومی نداشت. زندگی در هیئت اجتماعی او را به حقوق نزدیک کرده است. فرد انسانی وقتی می‌تواند دارای حقوقی شود که در اجتماع زیست و با هم‌نوع خود روابطی برقرار سازد. حقوق و تکالیف از مطالعه در این روابط معلوم و مشخص می‌شود. اساساً پایه و بنیاد حقوق و تکالیف انسانی در اجتماعات قرار گرفته است. حقوق وقتی در میان مردم اصالت اجتماعی داشته باشد و قواعد و احکام آن طبق قواعد اجتماعی ترتیب و تنظیم یابد، اجرای آن برای همه افراد مفید و سودمند می‌باشد، نه این که تنها عده‌ای معینی یا طبقه مخصوصی از آن بهره مند گردند؛ زیرا رسالت حقوق جلوگیری از تفوق و برتری بی جهت فردی بر افراد دیگر است. این امر وقتی محقق می‌شود که هدف حقوق به رشد و توسعه و ترقیات جسم اجتماع متوجه باشد. در این صورت منافع و مصالح افراد نیز تأمین می‌شود و افراد ناچار نخواهند بود که تحت قانون تنازع بقاء قرار داشته باشند و مانند درندگان مزاحم یکدیگر شوند؛ بلکه اشخاصی که در هر جامعه از حیث نیروی مادی یا نیروی عقلانی نسبت به دیگران ضعیف‌تر و نا توان‌تر هستند می‌توانند تحت قاعده

تقسیم کار اجتماعی به شغل و کسبی که با استعداد و موقعیت اجتماعی هر کدام متناسب باشد به کار و شغل مشغول شوند.

به نظر پیروان این مکتب، هدف و مرام نهایی قواعد حقوقی حمایه منافع اجتماعی است نه فردی. طرفداران این طرز تفکر به این عقیده اند که قواعد حقوقی هیچ‌گاهی در صدد آزادی یک فرد نمی‌باشد؛ بلکه منافع فردی را تا حدودی حمایت می‌کند، که با منافع اجتماع تصادم نکند. به این اساس از نظر سیاسی این طرز تفکر هم مدعی تأمین آزادی برای افراد است در حالی که از نظر اقتصادی طرفدار مداخله دولت بوده و رهبری اقتصادی را از آن او می‌داند که نظم طبیعی، بالاخره از نظر حقوق مطابق طرز دید این مکتب سوء استفاده از حق مفهوم پیدا می‌کند؛ زیرا افراد از امتیاز وقتی می‌توانند برخوردار باشند که اجرایی آن

هیچ‌گونه صدمه به نفع جامعه و اجتماع نداشته باشد. بناً دیده می‌شود که به اساس نظر این مکتب بین منفعت فرد و اجتماع برتری به اجتماع داده می‌شود.

3- نظریات اعتدالیون (اشتی دهندگان): هرگاه در صحنه عمل ببینیم هیچ یک از این دو سیستم مفکوره الزام و اجبار را رد نکرده و آزادی فردی را هم رد نمی‌کنند. بناً این تضاد بیشتر جنبه علمی دارد؛ ولی جای شک نیست که یکی بیش‌تر بر منافع فرد اصرار می‌ورزد و دیگری به منافع اجتماع؛ زیرا یکی مدعی بود که منافع اجتماعی زمانی تأمین می‌شود که از فرد حمایت شود به خاطری که اجتماع متشکل از افراد است.

به این اساس حداکثر آزادی را برای فرد باید قابل شد در حالی که مکتب دومی می‌گوید که عوض اعطای آزادی باید قواعد امری تدوین شود تا به موجب آن آزادی و عدالت به شکل بهتر تأمین شود، که در این صورت تنها مفاد اجتماع نه؛ بلکه منفعت فرد هم در پرتو آن تأمین خواهد شد. به این اساس طرفداران مکتب اعتدالیون معتقد اند که نباید افراد را از اجتماع و اجتماع را از فرد مجزا ساخت؛ زیرا هر دو سرنوشت مشترک دارند. به این صورت منافع اجتماع و فرد یکی به دیگری مربوط بوده و در واقع هر دو از جمله نفع برندگان قاعده حقوقی اند؛ زیرا اگر فرد مرفه شود اجتماع به حیث کل مرفه می‌شود و اگر اجتماع را به حیث اصل بدانیم و منافع آن را در نظر بگیریم خود به خود رفاه فرد در نفس آن تأمین می‌شود. پس به این اساس هدف نهایی قواعد حقوقی نه رفاه فرد و نه رفاه اجتماع است؛ بلکه خیر عامه مورد نظر این قواعد است. یعنی از یک طرف رفاه فرد و از طرف دیگر رفاه اجتماع را در نظر می‌گیرد. هرگاه موضوع انتخاب به میان آید در آن صورت منفعت اجتماع مقدم شناخته خواهد شد. چنانچه اگر اوقات بحران قحطی و گرسنگی را در نظر بگیریم در این مورد منظور نظر و هدف حقوق نباید تعیین منافع فرد باشد؛ بلکه باید خیر عموم و منفعت عمومی مردم در نظر گرفته شود.

سوالات برای مباحثه

- سوال اول- عنصر اقتصادی چرا در حین وضع قواعد حقوقی در نظر گرفته می‌شود؟
 سوال دوم- نقش عنصر اخلاقی را در حین وضع قواعد حقوقی چگونه ارزیابی می‌نمایید؟
 سوال سوم- تصورات مکتب اصالت فرد را در مورد اهداف نهایی قواعد حقوقی بیان نماید؟
 سوال چهارم- تصورات مکتب اصالت جمع را در مورد اهداف قواعد حقوقی واضح سازید؟
 سوال پنجم: دلایل ظهور مکتب اعتدالیون چیست؟
 وظیفه خانگی- عناصر پنج‌گانه در قوانین افغانستان توسط محصلان مطالعه خواهد شد.

منابع پیشنهادی برای مطالعه

- فلسفه حقوق، ناصر کاتوزیان
- قرارداد اجتماعی، ژان ژاک روسو
- مبانی و کلیات علم حقوق، سید جلال الدین مدنی
- کلیات علم حقوق، دکتر ناصر کاتوزیان

فصل چهارم

تصنیف حقوق

حقوق را می‌توان به اشکال مختلف آن تقسیم کرد، که عمده ترین آن ها عبارت اند از تقسیم حقوق از نگاه منابع آن و تقسیم حقوق بر بنیاد قلمرو آن. اینک هر یک را به طور جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم.
 اول- تقسیم حقوق از نگاه منابع: از این لحاظ به حقوق عرفی (غیر مدون) و حقوق مدون تقسیم می‌گردد. حالا هر یک را مختصراً به طور جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

مبحث اول- حقوق عرفی (غیر مدون)

حقوق غیر مدون یا عرفی به آن بخش حقوق گفته می‌شود که، اساس آن را عرف و عادات مردم تشکیل می‌دهد. از این رو به آن غیر مدون می‌گویند که از جانب قانون‌گذار وضع نمی‌گردد. بنابر این اساس حقوق عرفی آن قواعدی است که در حالت تکرار بنا به نیازمندی‌های جامعه به وجود می‌آید و در نتیجه مردم و جامعه بر اهمیت و ضرورت آن اعتماد پیدا می‌کنند.

مبحث دوم- حقوق مدون

منظور آن قواعد حقوقی است که در جامعه به خاطر نظم اجتماعی وضع می‌گردد و مردم جامعه مسئولیت تطبیق آن را به عهده دارند و در مواقع ضروری با جبر همراه می‌باشد. مثال بزرگ حقوق مدون "قانون" می‌باشد.

دوم- تصنیف حقوق بر بنیاد قلمرو: از لحاظ قلمرو، حقوق به طور عام، به دو دسته بزرگ تقسیم می‌گردد. حقوق آفاقی (Objective Law) و حقوق عندی (انفسی، ذاتی، فطری) یا (Subjective Law). اینک در این مبحث به تصنیف حقوق آفاقی پرداخته و در قسمت حقوق عندی به تصنیف حقوق عندی خواهیم پرداخت.

طوری که قبلاً یاد آوری کردیم حقوق آفاقی که اکثر به نام قواعد حقوقی شناخته شده، مجموع قواعد رهنمونی سلوک بشری است که برای تنظیم اجتماع وجود دارد و یا - باید وجود داشته باشد- و تطبیق آن توأم با اجبار است، که آن را در زبان انگلیسی (Law) می‌گویند.

این قواعد در نخست به حقوق ملی (داخلی) و حقوق بین‌المللی (خارجی) تقسیم می‌گردد.

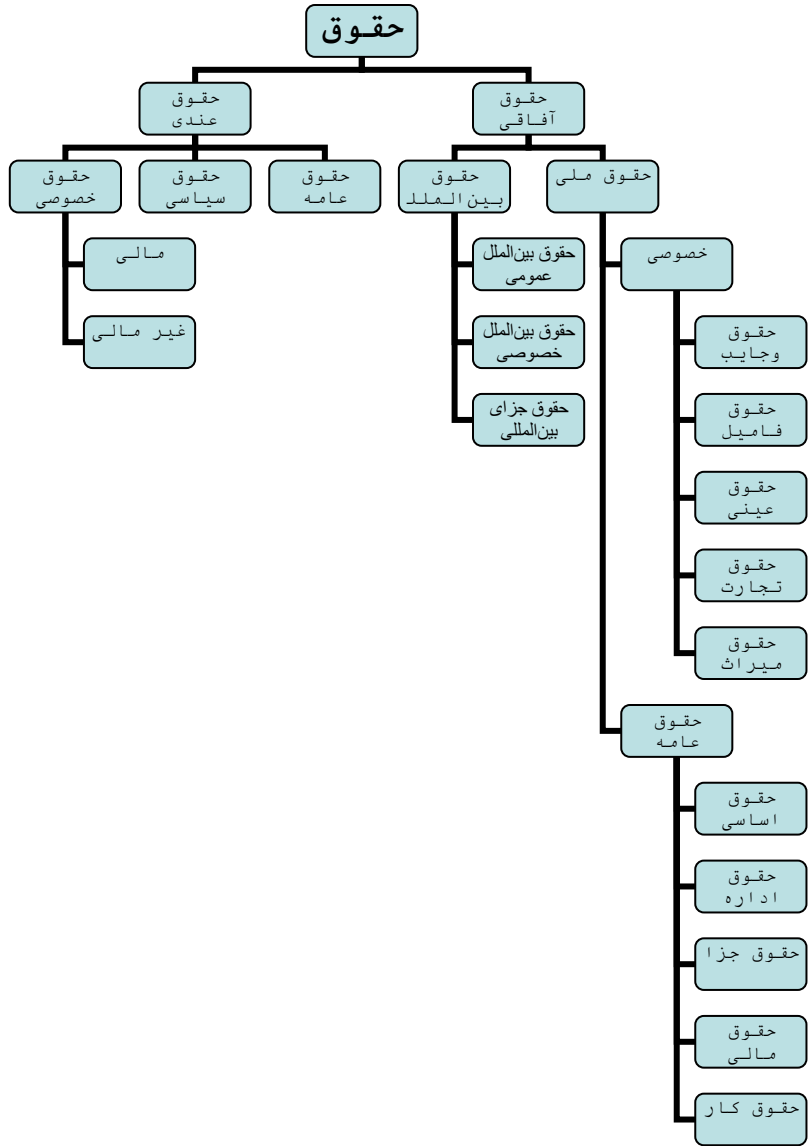
حقوق ملی یا داخلی آن دسته قواعدی اند که در قلمرو و سرزمین یک کشور قابل اجرا و تطبیق می‌باشد.

حقوق بین‌المللی یا حقوق خارجی آن دسته قواعدی اند که، نه تنها مربوط یک کشور؛ بلکه قلمرو آن فراتر از قلمرو کشورها بوده و شخصیت‌های آن نیز نسبت به شخصیت‌های ملی متفاوت می‌باشد.

حقوق ملی یا داخلی به نوبه خویش به حقوق عامه و حقوق خصوصی تقسیم گردیده که هر یک از این شعبات دارای بخش‌های مختلف می‌باشد. حقوق بین‌الملل نیز به نوبه خویش به شعبات حقوق بین‌الملل عمومی، حقوق بین‌الملل خصوصی و

حقوق جزای بین‌المللی تصنیف می‌گردد. اینک هر یک را طور جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

ضروری به نظر می‌رسد تا قبل از تصنیف حقوق نمودار(دیاگرام) زیر به شمول حقوق عندی مشاهده گردد.



مبحث اول- حقوق ملی یا داخلی

طوری که قبلاً نیز یاد آوری کردیم، حقوق ملی یا داخلی عبارت است از قواعدی که ساحه تطبیق آن کشور معین بوده و به جغرافیه معینی محدود می‌باشد. مثل حقوق افغانستان، حقوق امریکا و حقوق فرانسه. این بخش حقوق نیز به حقوق عامه (عمومی) و حقوق خصوصی تقسیم می‌گردد. اینک هر یک را با شعبات مربوط آن به مطالعه می‌گیریم.

جزء اول : حقوق عامه

حقوق عامه یا حقوق عمومی آن دسته از قواعد و مقرراتی اند که، همه ساختار های یک جامعه را تنظیم کرده و روابط بین آن‌ها را تحکیم می‌بخشد. یا به عباره دیگر حقوق عامه عبارت است از آن دسته قواعد و مقرراتی که مناسبات بین اتباع و دولت یا اجتماع را تنظیم می‌کند.

حقوق عامه به شعبات: حقوق اساسی، حقوق اداره، حقوق جزا، حقوق مالی و حقوق کار تقسیم می‌گردد. اینک هر یک را طور جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

1- حقوق اساسی: حقوق اساسی بنیاد و اساس حقوق عامه را تشکیل می‌دهد؛ زیرا در قواعدی حقوق اساسی ساختار حقوقی دولت، سازمان‌ها و تشکیلات دولت و ارکان آن به شمول ارتباط این ارکان با هم دیگر، مورد بحث قرار می‌گیرد. در این رشته از حقوق ماهیت و شکل دولت، قوای متشکله آن (مقننه، اجرائیه و قضائیه)، شکل شرکت مردم در دولت، حقوق و مکلفیت‌های مردم و از حقوق و آزادی‌های آنان بحث می‌شود.

منبع اصلی حقوق اساسی در کشور های مختلف در قوانین اساسی آن‌ها انعکاس می‌یابد.

قانون اساسی که مادر قوانین شناخته می‌شود، مربوط به موجودیت دولت بوده؛ زیرا نا ممکن است که اجتماع بدون موجودیت نظام حقوق وجود داشته باشد و قانون اساسی است که مبین نظام حقوقی بوده و آن را در دامن اش منعکس می‌سازد. حقوق اساسی در نخست شکل و ماهیت دولت (شاهی، جمهوری، دموکراتیک غیر دموکراتیک، مذهبی، غیر مذهبی، پارلمانی، ریاستی) را معین می‌سازد. چنانچه قانون اساسی افغانستان که دارای یک مقدمه و 162 ماده در دوازده فصل می‌باشد، دولت افغانستان را جمهوری اسلامی تعیین کرده و در ماده اول خویش چنین صراحت دارد: "افغانستان دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیر قابل تجزیه می‌باشد."

همچنان حقوق اساسی از قوای متشکله دولت بحث کرده و ماهیت تشکیل، صلاحیت‌ها و وظایف آن را مورد مطالعه قرار داده و ارتباط بین این قوا را مشخص می‌سازد. چنانچه در قانون اساسی افغانستان فصل چهارم آن تحت عنوان حکومت در مورد قوه اجراییه، فصل پنجم آن تحت عنوان شورای ملی در مورد قوه مقننه و فصل هفتم آن در باره قوه قضاییه وضاحت دارد. هکذا حقوق اساسی از حقوق، مکلفیت و آزادی‌های فردی و اجتماعی مردم بحث کرده آن را تنظیم می‌کند و همچنان در مورد رابطه مردم و دولت نیز به بحث می‌پردازد. نا گفته نباید گذاشت که حدود این حقوق، مکلفیت‌ها و آزادی‌های مردم ارتباط به ماهیت دولت دارد که از کدام مکتب، دین و یا ایدیولوژی متأثر است. در این مورد در فصل دوم قانون اساسی افغانستان که دارای 38 ماده می‌باشد، تحت عنوان حقوق و وجایب مردم بحث گردیده است.

قوانین اساسی در جهان همه یکسان نبوده؛ بلکه اشکال مختلف را دارا می‌باشد. گاهی از حیث مرجع تعدیل و تصویب متفاوت اند و گاهی هم مراجع تفسیر آن‌ها فرق دارند. به گونه مثال مرجع تصویب و تعدیل قانون اساسی در افغانستان لویه جرگه می‌باشد، در حالی که در برخی از کشور این صلاحیت را قوه مقننه دارا است. در اخیر این نکته قابل یاد آوری است که قانون اساسی طوری که قبلاً نیز یادآوری کردیم، مادر همه قوانین بوده و هیچ قانون یا حکمی در مغایرت با آن واقع نمی‌شود. قانون اساسی آن قواعدی اند که هرگاه با واقعیت‌های جامعه مطابقت داشته باشد باعث توسعه و انکشاف ساحات سیاسی، اقتصادی اجتماعی و فرهنگی اجتماع گردیده و عامل ثبات جامعه شناخته می‌شود.

2- حقوق اداره: این شعبه‌ای از حقوق عامه در مورد آن شخصیت‌های حکمی که دارای کرکتر اداری اند، مانند تشکیلات اداری، وزارت‌های مختلف، ادارات دولتی، شاروالی‌ها، تقسیمات ملکی کشور (ولسوالی‌ها و ولایات) و ارتباط بین این تشکیلات و مردم، بحث می‌کند. از همین جهت است که با حقوق اساسی رابطه خیلی نزدیک دارد.

همچنان حقوق اداره از این جهت نیز با اهمیت است که با گذشت هر روز دولت‌ها روابط جدیدی را ایجاد می‌کنند. در این جا سوال مطرح می‌گردد که اداره یعنی چه؟ تشکیلات اداری یعنی چه؟ برای ارایه پاسخ به این سوالات نخست اداره و بعداً تشکیلات یا سازمان‌های اداری را تعریف می‌نمایم.

الف - اداره: اداره عبارت از مجموع فعالیت‌های است که دولت به طور مستقیم یا غیر مستقیم به منظور حفظ نظم عمومی و یا رفع احتیاجات عامه آن را اجرا می‌کند.

بدین اساس دولت ذاتاً بزرگترین شخصیت اداری بوده که بعداً شاروالی‌ها، ولایات، ولسوالی‌ها، شورای‌های ولسوالی‌ها، شوراهای ولایات، شوراهای محلی و ناحیه‌ای و شوراهای شاروالی‌ها در این زمره شامل می‌شود. اداره به مفهوم مادی آن صرف به اعمال قوه اجراییه مربوط بوده؛ زیرا دو قوه دیگر دولت (مقننه و قضاییه) به مفهوم مادی از اعمال اداری به دور اند و در ساحه حقوق اداره شامل نمی‌گردد.

در این جا این سوال مطرح می‌گردد که هدف از اعمال اداری چیست؟ هدف از اعمال اداری به مفهوم مادی آن دو چیز است: در چوکات عمومی تأمین امنیت و آسایش عامه و صحت عامه اند که به ساختار های معین اداری مربوط می‌شوند. تأمین احتیاجات عامه عبارت است از آن خدماتی که هر عضو جامعه به آن نیازمند است، مانند آب و برق، تأمین ارتباطات مانند خدمات تلفونی، خدمات پستی، و قایه از امراض گوناگون و امثال آن که به طور عام آن را خدمات عمومی نیز می‌گویند. خدمات عمومی را ممکن است دولت به طور مستقیم انجام دهد و یا از طریق سکتور خصوصی و سایر شخصیت‌های حکمی انجام دهد؛ مگر به هر صورت تحت کنترل دولت باید اجرا یا انجام گردد.

ب: سازمان‌های اداری: عبارت از آن دسته تشکیلاتی اند که از طرف شخصیت‌های حقیقی و یا حکمی به منظور انجام اعمال مادی اداری اجرا گردیده که معمولاً به نام وزارتخانه‌ها، واحد های تشکیلاتی و اداری شناخته می‌شود.

در افغانستان در مطابقت با فصل اداره قانون اساسی سازمان‌های اداری کشور به سه دسته زیر تقسیم می‌گردد: ادارات مرکزی که هر واحد اداری آن را وزارت می‌گویند. ادارات محلی که در رأس آن مقام ولایت قرار دارد و شاروالی‌ها که شکل انتخابی داشته و ارگان‌های ممد آن‌ها شورای‌های ولسوالی و ولایتی و شاروالی می‌باشد که از طریق انتخابات تعیین می‌گردند.

3- حقوق مالی: این شعبه از حقوق مجموع قواعد اند که به اساس آن کارکنان و مأموران دولت از اتباع و مردم یک کشور مالیات را اخذ و همچنان در مورد تصویب بودیجه عمومی و در مورد مصارف و عواید بحث می‌کند. یا به عبارته دیگر حقوق مالی آن دسته قواعد و ضوابط است که عواید و مصارف را تنظیم کرده و تمام مقررات مالیاتی موضوع بحث آن می‌باشد. در جهان امروز وظایف دولت با گذشت هر روز ابعاد و اشکال مختلف را به خود گرفته، از همین سبب هم است که باید مقرراتی وضع گردد، تا دولت بتواند عوایدی به دست آورد تا تمام وظایف اش را به وجه احسن انجام دهد. این مقررات باید به گونه تنظیم شود که از سکتور خصوصی و مردم عواید جمع آوری گردیده که از یک طرف انصاف و عدالت در آن حفظ و از

سوی دیگر عواید باید به جای خود و حالت مناسب آن که بتواند خواسته‌ها و نیازهای جامعه را جواب دهد و به منظور تأمین عامه به مصرف برسد.

بدین اساس حقوق مالی آن رشته‌ای از حقوق عامه است که در واقعیت سرحد بین اقتصاد و سیاست شناخته می‌شود. موضوع مورد بحث حقوق مالی عواید و مصارف دولت است که در چوکات بودیجه عمومی انعکاس می‌یابد و همچنان این علم برای منابع مالی دولت قواعد لازم را وضع کرده که اینک این موضوعات را به طور مختصر مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

الف- بودیجه عمومی: بودیجه عمومی آن سند تقنینی است که در آن عواید و مصارف دولت بر مبنای سیاست مالی دولت و اهداف آن

مطرح گردیده و عواید و مصارف سال مالی دولت در آن انعکاس می‌یابد.

ب- منابع عایداتی دولت: دولت‌ها به طور عام دارای منابع عایداتی زیر می‌باشند:

مالیات، قروض، وسایل پولی، قیمت خدمات و عواید غیر مالیاتی.

حصول مالیات از طرف دولت‌ها دارای سابقه طویل در تاریخ بوده و در مسیر تاریخ به اشکال و انواع مختلف اخذ گردیده، از جمله مالیات مستقیم و غیر مستقیم، مالیات عواید، مالیات بر دارایی و مالیات سرانه را می‌توان یاد کرد. قروض عبارت از آن پول‌های است که دولت‌ها به منظور رفع کسر عواید و از میان برداشتن احتیاجات خود و یا هم به منظور تطبیق پلان‌های انکشافی خود آن را به دست آورده در این مورد فقره چهارم ماده 75 قانون اساسی افغانستان چنین صراحت دارد: ترتیب بودیجه، تنظیم وضع مالی دولت و حفاظت دارایی عامه، را از وظایف حکومت می‌داند.

معمولاً دولت‌ها قروض را به دو شکل به دست می‌آورند: از منابع داخلی

و یا هم از منابع خارجی. ایجاد نشر و چلند پول و مقدار پول قابل چلند و تنظیم اعتبارات بانکی هم از منابع عایداتی دولت شمرده می‌شود.

در این مورد ماده 12 قانون اساسی افغانستان چنین صراحت دارد: "د افغانستان بانک، بانک مرکزی دولت و مستقل می‌باشد.

نشر پول و طرح و تطبیق سیاست پولی کشور مطابق به احکام قانون از صلاحیت بانک مرکزی می‌باشد.

بانک مرکزی در مورد چاپ پول با کمیسیون اقتصادی ولسی جرگه مشوره می‌کند.

تشکیل و طرز فعالیت این بانک توسط قانون تنظیم می‌شود."

این نکته را نباید فراموش کرد که اندازه و حجم پول یک کشور به تناسب ضروریات و ظرفیت اقتصادی آن کشور باید تناسب داشته باشد. هرگاه حجم پول از ظرفیت تولید بیشتر باشد باعث صعود قیم گردیده و سطح مارکیت کار را تنزیل می‌دهد و به معنی رکود و توقف و یا هم توقف مطلق فعالیت‌های اقتصادی تلقی می‌گردد. منبع دیگر عایداتی دولت منابع غیر مالیاتی بوده که مربوط به ساحه خدمات عامه می‌شود و یا هم عبارت از فروش اشیای است که دولت آن را در اختیارش داشته، گاهی هم دولت از طریق فروش اسناد بهادر، اخذ جرایم و سایر راه‌های قانونی عوایدش را حاصل می‌کند.

4- حقوق جزا: حقوق جزا مجموع قواعدی است که دولت به منظور تنظیم اجتماع با استفاده از آن صلاحیت تطبیق جزاها را پیدا می‌کند؛ زیرا تعقیب اعمالی که به نظم جامعه ضرر عاید می‌کند صرف وظیفه دولت است. بدین اساس دولت باید به منظور نظم، قواعد و اصول را وضع کند که در روشنایی آن هیچ‌خاطی نتواند در حدود قانون از تطبیق مجازات رهایی یابد. به این اساس به منظور تطبیق سالم قواعد حقوق جزا در کنار قواعد متنی که نکات اساسی حفظ نظم جامعه را مشخص می‌سازد، شکلیات تطبیق جزاها را از طریق قواعد شکلی که به نام اصول محاکمات جزایی شناخته می‌شود، تنظیم می‌کند. در این جا در کنار موضوعات اصلی حقوق جزا شعبات و علوم معاونه حقوق جزا را نیز به طور مختصر به شناسایی می‌گیریم.

الف: حقوق جزای عمومی: عبارت از آن قواعد و مقرراتی است که از انواع جرایم و مجازات، تدابیر امنیتی، شروع جرم، تکرار جرم، تعدد جرایم، شراکت در جرم، مسئولیت جزایی، تخفیف مجازات، عفو و اعاده حیثیت بحث می‌کند.

تمام این موضوعات در قانون جزا انعکاس می‌یابد. در افغانستان نکات فوق‌الذکر در قانون جزا انعکاس یافته که دارای 523 ماده بوده و در سال 1355 خورشیدی نافذ شده است.

ب: حقوق جزای اختصاصی: حقوق جزای اختصاصی آن شعبه از حقوق جزا بوده که از انواع جرایم بحث کرده و عناصر متشکله هر جرم را مشخص و جزای آن را تعیین می‌کند. در واقع حقوق جزای اختصاصی مکمل حقوق جزای عمومی می‌باشد. طوری که واضح است برای تکمیل هر جرم عناصر سه‌گانه یعنی عنصر مادی، معنوی و قانونی در نظر گرفته می‌شود. در کنار این عناصر هر جرم دارای عناصر مشخص خود بوده که حقوق جزای اختصاصی آن را مشخص کرده و برای هر جرم جزای آن را تعیین می‌کند.

به طور عموم از نظر حقوق جزای اختصاصی جرایم به دسته‌های زیر تقسیم می‌گردد:

- جرایم بر ضد اشخاص مانند قتل، ضرب و جرح و غیره.
- جرایم بر ضد اموال مانند سرقت، خیانت در امانت و غیره.
- جرایم بر ضد خانواده مانند ابا و ورزیدن از ادای نفقه و غیره.
- جرایم علیه عفت و علیه اخلاق عمومی مانند زنا، لواطت و غیره.
- جرایم علیه مصالح عامه مانند جاسوسی و جرایم ضد امنیت داخلی و خارجی و غیره.

هم چنان قانون جزا، جزاها را به دسته‌های زیر تقسیم می‌کند:

- جزا های اصلی: جزا های اصلی عبارت اند از:
 - اعدام – در مطابقت به تعدیل ماده 98 قانون جزا، اعدام عبارت است از تیر باران کردن محکوم علیه تا وقت مرگ.
 - حبس دوام – در مطابقت به فقره دوم ماده 99 قانون جزا، مدت حبس دوام از 16 سال الی 20 سال می‌باشد.
 - حبس طویل – در مطابقت به فقره دوم ماده 100 قانون جزا، مدت حبس طویل از 5 سال کمتر و از 15 سال بیشتر نمی‌باشد.
 - حبس متوسط – در مطابقت به فقره دوم ماده 101 قانون جزا، مدت حبس متوسط از یک سال کمتر و از پنج سال بیشتر نمی‌باشد.
 - حبس قصیر – در مطابقت به فقره دوم ماده 102 قانون جزا، مدت حبس از 24 ساعت کمتر و از یک سال بیشتر نمی‌باشد.

جریمه نقدی:

- جزا های تبعی: جزا های تبعی عبارت از آن جزا های اند که بر محکوم علیه بر اساس حکم قانون تطبیق شده بدون آن که در حکم محکمه تصریح شده باشد.
- جزا های تکمیلی: آن جزا های اند که در کنار جزا های اصلی به اساس صلاحیت محکمه تطبیق شده و در حکم محکمه به طور صریح گنجانیده می‌شود.
- علوم معاونه (ممد) حقوق جزا: علوم ممد یا معاونه حقوق جزا آن علوم اند که حقوق جزا به کمک آن‌ها به اهداف و مرام اش دست می‌یابد، این علوم عبارت اند از:
 - جزا شناسی (پینولوژی): به کمک این علم مسایلی که در اجرا و تطبیق جزا مطرح می‌گردد، بحث به عمل آمده و به معاونت آن برای بهبود وضع مجرمین، موضوعات تجدید تربیت، نگهداری مجرمین در محابس و حفظ حقوق اساسی آن‌ها در محابس، بحث به عمل می‌آید. به گونه مثال صنف بندی مجرمین و متهمین و نگهداری آن‌ها در محلات جداگانه و تحت شرایط خاص، چنانچه میثاق‌های حقوق مدنی و سیاسی در زمینه در ماده دهم فقره دوم و بند (ب) چنین صراحت دارد: "متهمین جز در موارد استثنایی از محکومین جدا نگه‌داری خواهند شد و تابع نظام جداگانه متناسب با وضع اشخاص غیر محکوم خواهند بود." در ماده فوق الذکر در فقره سوم آن چنین آمده: "نظام زندان‌ها متضمن رفتاری با محکومین خواهد بود که هدف اساسی آن اصلاح و اعاده حیثیت اجتماعی زندانیان باشد. مجرمین کم سن باید از بزرگسالان جدا بوده و تابع نظامی متناسب، با سن و وضع قانونی شان باشند."
- طب عدلی: عبارت از قواعد و مقررات تنظیم کننده فعالیت‌های مسلکی که اجرا و تطبیق آن از طریق محاکم صورت گیرد می‌باشد.

طب عدلی اهداف زیر را داراست:

- مبارزه علیه جرایمی که صحت و حیثیت انسان را تهدید می‌کند.
- تثبیت تراماتیزم، تسممات و مرگ‌های غیر طبیعی و ناگهانی.
- تقدیم و بلند بردن کیفیت خدمات صحتی.
- توسعه و فهماندن اخلاق طبابت میان داکتران و کارمندان صحتی.
- در افغانستان منابع قانونی طب عدلی:
 - قانون جزا.
 - قانون اجراءات جزایی مؤقت محاکم.
 - قانون مبارزه بر ضد مواد مخدر.
 - قانون صحت عامه.
 - قانون مدنی.
 - قانون مؤسسه خدمات طب عدلی، می باشد.

- **جرم شناسی (کریمنولوژی):** عبارت از علمی است که از علل و عوامل ارتکاب جرم، جلوگیری از جرایم و پیدا کردن راه حل‌های جرایم بحث می‌کند. نا گفته نباید گذاشت که این علم از اقتصاد، طب، احصاییه، روان شناسی و جامعه شناسی استفاده به عمل می‌آورد.

کریمنالستیک: کریمنالستیک یا پولیس علمی عبارت از علمی است که به کمک وسایل تخنیکی اعمال جرمی و آثار علایم ارتکاب جرم را تثبیت می‌کند.

5- حقوق کار: اگر به مشخصات حقوق کار دقت نمایم این شعبه حقوق تا حدی زیاد به حقوق خصوصی وابستگی داشته و از جهت مداخله یا دخیل بودن این شعبه قواعد از شاخه حقوق عمومی (عامه) شناخته می‌شود و عبارت از قواعد حاکم بر کار است که ارتباط میان کارگر و کار فرما را تنظیم می‌کند.

این حق (حق کار) در قانون اساسی افغانستان چنین تضمین گردیده است: "کار حق هر افغان است.

تعیین ساعات کار، رخصتی با مزد، حقوق کار و کارگر و سایر امور مربوط به آن توسط قانون تنظیم می‌گردد.

انتخاب شغل و حرفه در حدود احکام قانون آزاد می‌باشد."

اگر به این ماده قانون دقت نمایم این نکته ثابت می‌گردد که کار اجباری منع بوده و در وقوع حالات اضطرار و حالت غیر

مترقبه (غیر طبیعی) کار اجباری به شکل یک مکلفیت بیان گردیده که از طرف دولت تنظیم می‌گردد. چنانچه قانون اساسی

جمهوری اسلامی افغانستان در این مورد در ماده 49 خویش صراحت دارد: "تحمیل کار اجباری منع است. سهم گیری فعال در

حالت جنگ، آفات و سایر حالات که حیات و آسایش عامه را تهدید کند از وجایب ملی هر افغان می‌باشد."

تحمیل کار اجباری بالای اطفال به هیچ حالت جواز ندارد. فقره آخر ماده فوق الذکر این موضوع را چنین بیان می‌کند:

"تحمیل کار اجباری بر اطفال جواز ندارد."

از تعریف حقوق کار و موقف قانون اساسی افغانستان چنین وانمود می‌گردد که موضوعات مورد بحث حقوق کار عبارت

اند از:

○ رابطه بین کارگر و کارفرما.

○ مزد یا اجوره.

○ قرارداد کار.

○ ساعات کار.

○ ساحات کار.

○ تصادم در کار.

○ رخصتی و تفریح هنگام کار (رخصتی با مزد).

منابع قانونی حقوق کار در افغانستان قانون کار، قانون مأمورین دولت، مقرره ها و لوایح مربوط به آن و کنوانسیون ها و میثاق‌های کار که افغانستان به آن الحاق (ملحق) بوده و آن را قبول کرده است.

جزء دوم - حقوق خصوصی

حقوق خصوصی مجموع قواعدی است که روابط و مناسبات افراد جامعه را با هم‌دیگر تنظیم می‌کند. بدین معنی که حقوق خصوصی رسالت افراد و روابط و مناسبات میان آنان را در زندگی اجتماعی تنظیم کرده و این قواعد (حقوق) موقف اراده آزادی افراد را تنظیم و تثبیت می‌کند.

نا گفته نباید گذاشت که حقوق خصوصی در محدوده چوکات نظم و اخلاق عمومی محدودیت هم دارد که به نحوی اراده آزاد را تحدید می‌کند. یا به عباره ساده، حقوق خصوصی عبارت از آن قواعدی است که روابط و مناسبات ذات البینی افراد را میان ایشان تنظیم می‌کند.

شعبات حقوق خصوصی قرار زیر اند:

1- حقوق و جابج: عبارت از مجموع قواعد حقوقی است که وجایب افراد را بین هم‌دیگر تعیین می‌کند. موضوعات مورد بحث حقوق و جابج اعمال حقوقی و حوادث حقوقی می‌باشد. اعمال حقوقی در قانون مدنی افغانستان از جمله منابع حق شناخته شده و به نام تصرف حقوقی یاد گردیده است.

قانون مدنی افغانستان آن را چنین تعریف می‌کند: "تصرف حقوقی عبارت از تصرف قولی است که از اراده قاطع شخص برای ایجاد اثر حقوقی معین مطابق احکام قانون به وجود آمده باشد."

اعمال حقوقی به طور عام به دو نوع تقسیم می‌گردد:

1- یک جانبه.

2- دو جانبه.

عمل حقوقی یک جانبه عبارت از عملی است که در به میان آمدن نتایج حقوقی اظهار یا تبارز یک اراده کفایت می‌کند، که در اصطلاح حقوقی به آن ایقاع گفته می‌شود، مانند وصیت.

عمل حقوقی دو جانبه عبارت از عملی است که در به میان آمدن نتایج حقوقی کم از کم موجودیت دو اراده حتمی پنداشته می‌شود، مانند عقد (قرارداد) شرکت‌ها و غیره.

حوادث حقوقی در قانون مدنی افغانستان در ماده 496 چنین تعریف شده است: "حادثه حقوقی عبارت از تصرف فعلی است که به اختیار یا بدون اختیار شخص واقع گردیده و قانون بر آن آثار معین را مرتب کرده باشد."

در کشور ما منابع قانونی حقوق و جابج، جلد دوم و سوم قانون مدنی افغانستان می‌باشد.

2- حقوق فامیل: مجموع قواعدی است که مناسبات فرد را با خانواده اش که تشکیل شده و یا در حال تشکیل شدن است. بیان می‌کند. با وجودی که در قانون مدنی افغانستان به صورت واضح فامیل تعریف نگردیده و فقط در ماده 56 این قانون چنین اشاره گردیده: "فامیل انسان متشکل از اقاربی است که توسط یک اصل مشترک با هم جمع شده باشند." با آن هم در علم حقوق، فامیل عبارت از افرادی است که بر اساس اصل مشترک خون با هم زندگی می‌نمایند.

موضوعات مورد بحث حقوق فامیل: نامزدی، ازدواج، مهر، نفقه، انحلال ازدواج، نسب، رضاع و حضانت می‌باشد. این موضوعات را در روشنایی قانون مدنی به بررسی می‌گیریم.

الف- نامزدی: به اساس حکم ماده 64 قانون مدنی افغانستان نامزدی عبارت از وعده به ازدواج است، که هر یک از طرفین می‌توانند از آن منصرف شود.

ب- ازدواج: با وجود آن که در قوانین مدنی اکثریت کشورهای جهان تعریف ازدواج یا نکاح به صورت واضح بیان نگردیده؛ اما قانون مدنی افغانستان در ماده 60 خویش، ازدواج را چنین تعریف می‌کند: "ازدواج عقدی است که معاشرت زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل مشروع گردانیده و حقوق و واجبات طرفین را به وجود می‌آورد."

بعضی حقوق دانان نکاح را چنین تعریف می‌نمایند: "نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که زن و مرد به وسیله این عقد حق تمتع جنسی را از هم‌دیگر دارا می‌گردند - به دست می‌آورند."

با وجود آن که ازدواج با ایجاب و قبول صریح صورت می‌گیرد، برای این مسئله اهلیت ازدواج نیز شرط است. چنانچه در این مورد، قانون مدنی افغانستان در ماده 70 خویش چنین صراحت دارد: "اهلیت ازدواج وقتی کامل می‌گردد که ذکور سن 18 و اناث سن 16 سالگی را تکمیل کرده باشند."

ماده 71 در ارتباط به سن یک شرط را قید می‌کند:

1- هرگاه دختر سن مندرج ماده 70 این قانون را تکمیل نکرده باشد، عقد ازدواج وی تنها توسط پدر صحیح التصرف یا محکمه با صلاحیت صورت گرفته می‌تواند.

2- عقد نکاح صغیره کمتر از 15 سال به هیچ وجه جواز ندارد."

ج- مهر: مهر عبارت از مالی است که زن به سبب ازدواج مالک آن می‌گردد و شوهر مکلف به پرداخت آن می‌باشد. قانون مدنی افغانستان کدام تعریف خاص از مهر نکرده و مواردی را که مهر مطرح می‌گردد در ماده 98 خود چنین اشاره کرده است: "کل مهر باوطی، خلوت صحیحه یا وفات یکی از زوجین گرچه قبل از دخول یا خلوت صحیحه صورت گرفته باشد لازم می‌گردد."

فراموش نباید کرد مهر که در حین انعقاد عقد نکاح تعیین گردد، به نام مهر مسمی یاد می‌شود و هرگاه در حین عقد تعیین نگردد زن مستحق مهر مثل می‌گردد. چنانچه در این مورد قانون مدنی افغانستان در ماده 96 خویش چنین صراحت دارد: "زوجه مستحق مهر مسمی می‌باشد اگر مهر حین عقد تعیین نشده و یا نفی آن به عمل آمده باشد مهر مثل لازم می‌گردد."

نا گفته نباید گذاشت هر مالی که قابلیت (تملیک) را دارا باشد، یعنی مالکیت بر آن مرتب گردد موضوع مهر قرار می‌گیرد. مهر ممکن است مهر معجل باشد، یعنی به صورت یک بارگی پرداخت گردد و یا هم مؤجل یعنی به تأخیر (دفعات) پرداخت گردد که در این مورد در ماده 101 قانون مدنی افغانستان چنین پیش‌بینی گردیده است: "1- کل یا قسمتی از مهر حین عقد طور معجل یا مؤجل تعیین شده می‌تواند.

2- در صورت عدم تصریح، به عرف رجوع می‌گردد، پرداخت مهر مؤجل در صورت تفریق یا وفات تابع مدت کوتاه تر می‌باشد؛ مگر این که حین عقد مدت معین تصریح شده باشد."

د- نفقه: عبارت از پرداخت حقوقی است که به منظور تأمین معیشت زندگی لازم و مورد ضرورت باشد. از لحاظ حقوقی نفقه عبارت از مسکن، لباس، خوراک، اثاث البیت و تدایوی به اندازه رفع ضرورت در مطابقت به توان مالی نفقه دهنده می‌باشد. به اساس قانون مدنی افغانستان نفقه به صورت عموم به دو بخش تقسیم می‌گردد:

- نفقه اولاد.

- نفقه والدین و اقارب.

همچنان قانون مدنی افغانستان نفقه زوجه را که یک بخشی از احوال شخصیه می‌باشد بر زوج لازمی می‌داند. چنانچه ماده 90 آن چنین صراحت دارد: "بر نکاح صحیح و نافذ تمام آثار آن از قبیل نفقه زوجه، حقوق میراث، ثبوت نسب و حرمت مصاهره مرتب می‌گردد."

به اساس حکم ماده مذکور آثاری که در نتیجه نکاح مطرح می‌گردد، ادای نفقه زوجه بر زوج می‌باشد.

ه - انحلال ازدواج: هدف از انحلال ازدواج حالتی است که در قانون مدنی به آن اشاره گردیده است و این حالات قرار زیر می‌باشند:

قانون مدنی افغانستان در ماده 131 حالات از بین رفتن یا انحلال ازدواج را چنین بیان می‌کند: "عقد ازدواج با فسخ، طلاق، خلع، یا تفریق مطابق به احکام مندرج این قانون منحل می‌گردد."

بدین اساس در سیستم حقوقی افغانستان حالات انحلال ازدواج عبارت از فسخ، طلاق، خلع و تفریق (جدایی) بوده که هر کدام را به طور جداگانه و به صورت مختصر بیان می‌نمایم.

فسخ: عبارت است از: نقض (شکستادن) عقد ازدواج به سبب وقوع خلل در حین عقد و یا بعد از آن، به نحوی که مانع دوام ازدواج گردد. به اساس حکم ماده 133 ق. م. افغانستان موارد فسخ ازدواج قرار زیر می‌باشد:

1- خلل در حین عقد ازدواج ناشی از اسباب زیر می‌باشد:

الف- فقدان یکی از شروط صحت عقد.

ب- خیار افاقه (زوال جنون) و عته.

ج- نقصان مهر از اندازه مهر مثل زوجه.

2- خلل بعد از عقد که مانع ازدواج می‌گردد ناشی از اسباب زیر می‌باشد.

الف- حرمت مصاهره.

ب- لعان.

ج- امتناع زوجه غیر کتابی از مسلمان شدن در صورتی که زوج او مسلمان شده باشد.

طلاق: طلاق در لغت باز کردن گره را گویند و در اصطلاح عبارت از زایل شدن ازدواج با الفاظ مخصوص می‌باشد. به اساس فقره اول ماده 135 قانون مدنی افغانستان طلاق چنین تعریف گردیده است: "طلاق عبارت از انحلال رابطه زوجیت صحیحیه در حال یا آینده بین زوج و زوجه به الفاظی که وقوع طلاق صراحتاً از آن افاده شده بتواند."

طلاق از طرف زوج در حالتی که زوج عاقل و بالغ بوده به صورت شفاهی یا کتبی واقع می‌گردد. به اساس قانون مدنی افغانستان طلاق حتی به اشاره هم واقع می‌شود؛ اما بر مبنای ماده 141 این قانون طلاق اشخاص زیر اعتبار ندارد:

1- مجنون، مگر در صورتی که طلاق را قبل از جنون به شرطی معلق ساخته و شرط در حال جنون موجود شود.

2- معنوه.

3- مکره (شخصی که تحت اکراه قرار داشته باشد).

4- نایم.

5- شخصی که عقلش به علت زیادت سن یا مرض مختل گردیده باشد.

6- شخصی مدهوش که قوه ممیزه اش را به علت غفلت یا عوامل دیگری از دست داده و قولش را درک نکند.

طلاق به صورت عموم به اساس احکام قانون مدنی به طلاق رجعی و طلاق باین تقسیم می‌گردد.

به اساس پیش‌بینی ماده 146 این قانون طلاق به صورت عموم رجعی بوده؛ اما در حالات زیر باین می‌گردد:

1- طلاق سوم.

2- طلاق قبل از دخول.

3- طلاق به عوض.

4- طلاقی که در این قانون باین خوانده شده.

خلع: حالت انحلال ازدواج که به اثر درخواست (طلب) زوجه صورت می‌گیرد، خلع گفته می‌شود. در این حالت زوجه به زوج خویش در بدل مال (دارایی) پول و یا هم طور رایگان به جدایی راضی و موافقت وی را به دست می‌آورد. این نوع انحلال (خلع) را طلاق بالمال هم می‌گویند. قانون مدنی افغانستان خلع را در ماده 156 خویش چنین تعریف می‌کند:

1- خلع عبارت است از انحلال عقد ازدواج در بدل مالی که زوجه آن را برای زوج می‌پردازد.

2- خلع به لفظ صریح آن یا به هر لفظ دیگری که مفهوم خلع را افاده نماید صورت می‌گیرد.

همچنان خلع در حالت واقع می‌گردد که زوج (شوهر) صلاحیت طلاق دادن را دارا بوده و زوجه محل آن باشد.

تفریق: عبارت از حالت انحلال ازدواج است که هرگاه زوجه در این حالت قرار گیرد حق دارد که از زوج خویش جدا گردد و این حالات چارگانه قانونی را به نفع خود به کار برد.

الف: تفریق (جدایی) به سبب عیب: به اساس حکم ماده 176 قانون مدنی افغانستان تفریق به سبب عیب حق زوج شناخته شده است. این ماده چنین صراحت دارد: "زوجه وقتی می‌تواند مطالبه تفریق نماید، که زوج مبتلا به مرض باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه وی لازم باشد، به نحوی که معاشرت زوج بدون ضرر کلی متضرر باشد."

اما بر مبنای ماده 177 قانون مدنی هرگاه زوجه هنگام عقد یا قبلاً به این گونه عیوب آگاهی داشته باشد تفریق واقع شده نمی‌تواند.

اوصاف و شرایط این گونه تفریق چنین است:

- تفریق به سبب عیب طلاق باین است.

- تفریق به سبب عیب موجب حرمت دایمی یا ابدی نمی‌گردد.

- زوجین که به سبب عیب بین شان تفریق واقع شده باشد وفات نماید، طرف دیگر حق میراث از وی را ندارد.

ب- تفریق به سبب ضرر: به اساس حکم ماده 183 قانون مدنی تفریق به سبب ضرر چنین تعریف می‌گردد: "هرگاه زوجه از معاشرت با زوج ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن بگرداند، می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید."

اوصاف این نوع تفریق چنین است:

1- این نوع تفریق حکم طلاق باین را دارد.

2- تعیین حکم از طرف محکمه جهت اصلاح بین زوجین.

ج: تفریق به سبب عدم انفاق (عدم ادای نفقه): تفریق به سبب عدم انفاق در ماده 191 قانون مدنی چنین صراحت دارد: "هرگاه زوج از ادای نفقه امتناع ورزد در حالی که ظاهراً مالک دارایی نبوده و عجز وی از ادای نفقه نیز ثابت شده نتواند، زوجه می‌تواند مطالبه تفریق نماید."

صفت بارز این نوع تفریق این است که به حیث طلاق رجعی پذیرفته شده است. در این مورد قانون مدنی در ماده 193 چنین صراحت دارد: "تفریق بین زوجین که به سبب عدم ادای نفقه به حکم محکمه صورت بگیرد، در حکم طلاق رجعی بوده، زوج می‌تواند به زوجه اش در خلال مدت عدت رجوع نماید مشروط به این که زوج توان مالی و آمادگی خود را به ادای نفقه ثابت نماید."

د- تفریق به سبب غیابت: این نوع تفریق به اساس حکم قانون مدنی در این حالت واقع می‌گردد: "هرگاه زوج مدت سه سال یا زیاده از آن بدون عذر معقول غایب گردد، در صورتی که زوجه از غیابت متضرر شود، می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید، گرچه زوج مالک دارایی بوده زوجه از آن نفقه خود را تأمین کرده بتواند."

نسب: چنانچه هویدا است سلسله نسب طفل به پدر تعلق دارد، مشروط به این که در نتیجه ازدواج صحیح به پدر منسوب گردد. به این موضوع در ماده 218 قانون مدنی چنین اشاره گردیده است: "طفل هر زوجه در ازدواج صحیح منسوب به زوج می‌گردد. مشروط به این که کمترین مدت حمل در عقد ازدواج سپری شده مقاربت و خلوت صحیح بین زوجین ثابت باشد."

رضاع: رضاع شیر دادن به طفل است که مطابق احکام قانون مدنی مدت دو سال بوده و جزء مکلفیت پدر می‌باشد؛ زیرا نفقه طفل مربوط به پدر است. این مسئله در قانون مدنی افغانستان در ماده 229 چنین وضاحت دارد: "اجرت شیر دادن طفل به ذمه شخصی است که به ادای نفقه وی مکلف است این اجرت به مقابل تغذیه طفل پرداخته می‌شود."

قابل یاد آوری است که مادر تا دو سال (اول حیات) بدون اجرت به شیر دادن طفل مکلف است. چنانچه ماده 230 قانون مدنی چنین اشاره کرده: "مادر تا وقتی که در قید نکاح زوج بوده و یا در عدت طلاق رجعی مستحق اجرت شیر دادن طفل نمی‌گردد."

حضانة: عبارت از پرورش و نگهداری طفل تا مدتی که طفل به نگهداری و پرورش (زن) محتاج باشد. به اساس احکام ماده 138 قانون مدنی افغانستان زنانی که صلاحیت حضانة طفل را دارا اند، قرار زیر می‌باشد:

➤ مادر، مادر مادر، و یا بالاتر از آن.

➤ مادر پدر.

➤ خواهر اعیانی.

➤ خواهر اخیافی.

➤ خواهر علائی.

➤ دختر خواهر اعیانی.

➤ دختر خواهر اخیافی.

➤ دختر خواهر علائی.

➤ خاله اعیانی.

➤ خاله اخیافی.

➤ خاله علائی.

3- حقوق تجارت: تجارت در جهان امروز در اقتصاد کشورها سهم فعال دارد و توسعه وضعیت اقتصادی هیچ یک از کشورها بدون تجارت تحقق نمی‌یابد؛ اما برای توسعه تجارت و مشروعیت آن موجودیت یک سلسله قواعد امر حتمی و ضروری است. این نوع قواعد را حقوق تجارت می‌گویند، که یک بخش از حقوق خصوصی را تشکیل می‌دهد. روی همین ضرورتها و احتیاجات است که در جهان امروزی هر کشور برای کار و فعالیت‌های تجاری قوانین و مقررات خاص دارد. همچنان در سطح بین‌المللی نیز مقرراتی خاصی وجود دارد که حقوق تجارت بین‌المللی را می‌سازد.

حقوق تجارت شعبه از حقوق خصوصی بوده و مجموعه قواعدی است که مناسبات اقتصادی و تجاری شخصیت‌های تجاری و فعالیت‌های آنان را تنظیم می‌کند.

از لحاظ علمی منابع حقوق تجارت عبارت اند از:

- قانون.
- عرف تجاری.
- رویه قضایی.
- دکترین یا نظریات دانشمندان.

در افغانستان منبع قانونی حقوق تجارت اصولنامه تجارت افغانستان است که در سال 1334 نافذ گردیده و دارای 945 ماده می‌باشد. همچنان قانون اصول محاکمات تجاری و عرف تجاری به اساس احکام قانون مشروع پنداشته شده است. رویه قضایی هم به عنوان یک منبع وجود دارد که متأسفانه خوب پیشرفت نکرده و چهارمین منبع دکترین یا نظریات دانشمندان بوده که در کشور ما تقریباً وجود ندارد. به اساس احکام اصولنامه تجارت افغانستان موضوعات مورد بحث حقوق تجارت عبارت اند از:

- تجارت و اهلیت تجاری.
- معاملات تجاری.
- ثبت تجاری.
- دفاتر تجاری.
- عنوان تجاری.
- نمایندگی‌های تجاری.
- مأمورین فروش.
- دلالات.
- شرکت‌های تجاری.
- اسناد تجاری.
- بیمه.
- تعهدات تجاری، که در این جا فقط به تعریف این موضوعات اکتفا می‌نماییم.

معاملات تجاری: معامله تجاری در ماده 14 اصولنامه تجارت افغانستان چنین تعریف گردیده است: "اشخاص تاجر یا غیر تاجر که اموال منقول را به مقصد فروش و یا اجاره دادن به دیگری خریداری می‌نمایند و آن اموال منقول را به حالت اصلی آن و یا به شکل دیگری تبدیل کرده بفروشند و یا به اجاره بدهند، این فروش و اجاره از معاملات تجاری محسوب می‌شود." به استناد روحیه اصولنامه تجارت افغانستان معاملات زیر نیز از جمله معاملات تجاری محسوب می‌گردد:

- 1- تعهد تهیه هر نوع اموال منقوله و به ذمه گرفتن و قبول هر نوع اعمال و انشآت.
- 2- تأسیس فابریکه، تدویر دستگاه مطبوعه، عکاسی، نشریات و فروش کتب.
- 3- افتتاح تیاتر، سینما، نمایشگاه‌ها و گشودن محلات عمومی، مانند هتل و سرای‌ها و طعام خانه، و امثال آن‌ها و دفاتر تهیه کارگران و لیلام خانه‌ها.
- 4- نقلیات مسافری، حیوانات و اشیا در خشکه، انحرار و هوا.
- 5- توزیع آب، گیس، برق و تأسیسات مخابرات تلفونی.
- 6- کمیشن‌کاری.
- 7- دلالی.
- 8- معاملات برات، حجت و چک.
- 9- معاملات صرافی.
- 10- معاملات بانک‌های خصوصی و عمومی.
- 11- معاملات حساب جاری و مقاولات مربوط به آن.
- 12- معاملات راجع به سندات گروی و رسیدات که در مقابل اموال موضوع در گدام‌های عمومی تجاری موجود شده باشد.
- 13- تشکیل شرکت‌های تجاری و خرید و فروش سهام.
- 14- عقد هر نوع بیمه در مقابل مخاطرات خواه به اجرت عقد شود و خواه با شرایط متقابل.

تجارت و اهلیت تجاری: در ارتباط به اهلیت تجاری و پیش‌برد معاملات تجاری در کشور ما، سن 18 سالگی در نظر گرفته شده که در این مورد ماده چهارم اصولنامه تجارت افغانستان چنین صراحت دارد: "هر فردی که سن هجده را تکمیل و برای تصرفات حقوقی اش از حیث شخصیت و نوع تجارت موانع قانونی موجود نباشد می‌تواند تجارت نماید." ثبت تجاری: ثبت تجاری از طرف محاکم تجاری صورت می‌گیرد که در این مورد ماده 27 اصولنامه تجارت چنین صراحت دارد: "موضوعات و معاملاتی که نظر به قانون تجارت و سایر قوانین لازم است به ثبت برسد، راساً به اثر ابلاغ مقامات مربوطه و یا خواهش و مراجعت علاقه‌مندان دیگر ثبت و قید می‌گردد و هر گونه تغییراتی که در مسایل مذکور واقع شود، مطابق اصول ثبت و قید می‌شود."

مطالبی که در افغانستان تجار و شرکت‌های تجاری به ثبت آن مکلف اند قرار زیر می‌باشد:

- 1- اسم شخص یا شرکت.
- 2- ولدیت (نام پدر).

- 3- محل تولد و تاریخ آن.
- 4- تابعیت شخص و یا شرکت.
- 5- عنوان تجارت.
- 6- موضوع تجارت.
- 7- نوع شرکت و تاریخ تأسیس آن و هم چنین مرکز اصلی شرکت.
- 8- سرمایه شرکت (تجار انفرادی از این فقره مستثنا اند).
- 9- اشخاصی که در امور تجارت خانه یا شرکت دارای صلاحیت امضا اند.
- 10- سایر خصوصیتی که ثبت آن اصولاً اجباری قرار داده شده باشد.

عنوان تجارتي: بر اساس حکم ماده 40 اصولنامه تجارت افغانستان هر تاجر مجبور است تا اوراق و معاملات متعلقه تجارت خود را تحت یک اسم معین که عنوان تجارت تعبیر می‌شود، اجرا و امضا نماید.

دفاتر تجارتي: در ارتباط به دفاتر تجارتي باید گفت که هر تاجر مجبور است که سه دفتر یعنی دفتر دارایی، دفتر کل و دفتر یومیه داشته باشد. علاوه بر این مجبور است مینوت تمام مکاتیب و تلگرامات صادره و اصل تمام تلگرامات و مکاتیب وارده را با اوراق تأدیات به صورت منظم حفظ نماید.

نمایندگان تجار: نمایندگان تجار در ماده 85 اصولنامه تجارتی چنین تعریف گردیده است: "کسی که در محل اجرای تجارت یک تاجر و یا در یک محل مربوط دیگر به امور تجارتي او از طرف تاجر به کار تجارتي مکلف باشد، نماینده تاجر گفته می‌شود."

مأموران فروش: اشخاصی که اجازه فروش اموال را طور عمده و پرچون در تجارتخانه های مجاز دارا باشند، مأموران فروش نامیده می‌شوند. این اشخاص حق دارند که قیمت اموالی را که در داخل شعبه فروش می‌فروشند مطالبه و اخذ نمایند و در صورتی که صلاحیت اخذ قیمت به (کسه) داده نشده باشد، مأموران فروش تا تصدیق‌نامه و اجازه رسمی به امضای آمرین و صاحبان تجارتخانه نداشته باشند نمی‌توانند در خارج تجارتخانه مطالبه و یا اخذ قیمت اموال را بنمایند.

دلالي: اشخاصی که بالمقوله اجیر خاص هیچ یک از طرفین نبوده و در عقد مقاولات مروجه تجارتي فقط در برابر اجرت بین عاقدین وساطت و به این صورت، تحصیل عقد معاملات تجارتيه را برای خود پیشه اتخاذ نمایند، دلال نامیده می‌شوند.

شرکت‌های تجارتي: شرکت‌های تجارتي عبارت از اشتراک اشخاص است که به مقصد اجرای معاملات تجارتي در موضوع واحد یا متعدد به وجود می‌آید.

بر اساس احکام ماده 115 اصولنامه تجارت افغانستان شرکت‌های تجارتي به انواع زیر است:

- 1- تضامنی یا کولکتیف.
- 2- تضامنی مختلط یا کومانڈیت.
- 3- محدودالمسئولیت یا لیمتد.
- 4- سهامی یا انوائیم.
- 5- تعاونی یا کوپراتیف.

که در این جا فقط هر یک از آنها را تعریف می‌نمایم.

1- **شرکت تضامنی (کولکتیف):** عبارت از آن شرکتی است که، تحت نام و عنوان معین در امور تجارت بین دو یا چند شخص به شکل مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود. اصولنامه تجارت افغانستان در ماده 137 خویش چنین صراحت دارد: "شرکت تضامنی شرکتی است که در تحت عنوان معین برای امور تجارتي بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود. اگر دارایی شرکت برای تأدیة تمام قروض کافی نباشد، هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است."

2- **شرکت تضامنی مختلط (کومانڈیت):** شرکتی که در تحت عنوان معین به مقصد اجرای تجارت تشکیل می‌شود و مسئولیت یک یا چند نفر از شرکا آن در مقابل داینین شرکت غیر محدود و مسئولیت شریک یا شرکا دیگر آن به یک سرمایه معین محدود باشد، شرکت مذکور تضامنی مختلط (کومانڈیت) نامیده می‌شود.

3- **شرکت سهامی (انوائیم):** شرکت سهامی شرکتی است که تحت یک عنوان معین برای معاملات تجارتي تشکیل شده و سرمایه آن معین و منقسم با اسهام بوده و اندازه مسئولیت هر شریک به اندازه سهم آن محدود باشد.

4- **شرکت محدودالمسئولیت:** شرکت‌های تجارتي که سرمایه آن غیر منقسم با اسهام بوده و مسئولیت هر شریک علاوه به اندازه سرمایه متعده او در شرکت باشد، محدودالمسئولیت یا لیمتد نامیده می‌شود.

5- **شرکت تعاونی:** عبارت از شرکتی است که از طرف اعضای خاص تأسیس شده باشد و هدف آن عمدتاً کمک و معاونت به اعضای شرکت و

یا یک صنف معین می‌باشد.

اسناد تجارتي: به اسنادی اطلاق می‌گردد که در معاملات تجارتي اعتبار داشته باشد و عبارت اند از:

الف- برات: برات بر اساس احکام اصولنامه تجارت افغانستان باید محتوی آن شرایط زیر را دارا باشد:

1- حکم برات در سند به هر زبانی که تحریر شده باشد.

2- امر تأدیات مبلغ معین بلا قید و شرط.

3- اسم مخاطب و تأدیة کننده برات.

4- موعد تأدیة.

5- محل تأدیه.

6- اسم شخصی که مبلغ در وجه او و یا حواله گردش باید تأدیه شود.

7- محل و تاریخ تحریر برات.

8- امضای صادر کننده برات.

ب- حجت: به استناد ماده 545 اصولنامه تجارت افغانستان حجت باید دارای شرایط زیر باشد:

1- تحریر کلمه حجت بر روی سند به هر زبانی که نوشته شده باشد؛

2- تأدیه بدون شرط مبلغ معین.

3- موعد تأدیه.

4- محل تأدیه.

5- اسم شخصی که تأدیه در وجه او و یا به امر او می‌شود.

6- محل و تاریخ تحریر حجت.

7- امضای صادر کننده حجت.

تعهدات تجاری: اگر دو شخص و یا اشخاص متعدد در قسمتی یک معامله که خواه برای یک نفر یا همه ایشان ماهیت تجاری را دارا باشد در مقابل شخص ثالثی مشترکاً داخل تعهد شوند، در صورتی که خلاف آن در قرارداد تصریح نشده باشد، مجموعاً مسئول شمرده می‌شوند، عین همین حکم بر اشخاصی که ضمانت دیون را می‌نمایند نیز تطبیق می‌شود.

بیمه: عقدی است که مؤسسه بیمه در مقابل اجرت جبران خسارات و ضایعات افراد را که ناشی از وقوع حوادث معینه و اسباب مجبره باشد - با اعطای یک مقدار پول- تعهد می‌کند.

4- حقوق عینی: عبارت از مجموع قواعدی است که رابطه انسان را با اموال (عین) تنظیم می‌کند. موضوع مورد بحث حقوق عینی ملکیت و حقوق مرتبط به آن می‌باشد، که ما در این جا آن را بیان می‌کنیم.

ملکیت: در ماده 1900 قانون مدنی افغانستان چنین تعریف گردیده است: "ملکیت حقی است که به مقتضای آن شی تحت اداره و تسلط شخص قرار می‌گیرد و شخص مالک می‌تواند در حدود احکام قانون به استعمال، بهره برداری و هر نوع تصرف مالکانه در آن بپردازد.

به طور عام مطابق روحیه قانون مدنی افغانستان ملکیت به دو نوع تقسیم می‌گردد: منقول و غیر منقول.

حقوق دانان ملکیت‌های غیر منقول را به چهار نوع تقسیم می‌کند:

الف- اموالی که ذاتاً غیر منقول اند.

ب- اموالی که در نتیجه عمل انسان غیر منقول می‌گردد.

ج- اموالی که در حکم غیر منقول باشد.

د- اموالی که تابع اموال غیر منقول اند.

به استناد احکام قانون مدنی و اصول عمومی حقوق، ملکیت‌های غیر منقول موضوع عمده بحث حقوق عینی می‌باشد که تقریباً تمام حقوق مرتبط آن را احتوا می‌کند که در این جا ما کوشش کردیم که ابتدا اسباب کسب ملکیت و بعداً آثار مرتبط به حقوق عینی را بررسی نمایم.

اسباب کسب ملکیت: اسباب کسب ملکیت عبارت اند از:

الف- تصاحب: هرگاه یک شخص مال مباح را قبیل از دیگران به دست بیاورد مالک آن شناخته می‌شود. در این مورد ماده 1985 قانون مدنی افغانستان چنین مشعر است: "شخصی که مال منقول مباح را قبیل از دیگران به دست آورد، مالک آن شناخته می‌شود."

ب- میراث (انتقال ملکیت به سبب وفات): قانون مدنی افغانستان در این مورد در ماده 1993 چنین صراحت دارد:

"ملکیت اموال منقول و عقار و حقوقی که از مورث به ارث گذاشته شود مطابق قواعد و حصص مندرج مواد ذیل ورثه انتقال می‌یابد."

استحقاق ارث به مرگ مورث یا به اعتبار این که به حکم قاضی شخصی مرده شمرده شود تحقق می‌یابد.

ج- وصیت: عبارت از تصرف در ترکه به نحوی که اثر آن به مدت بعد از وفات وصیت کننده منسوب باشد. همچنان ملکیت بر علاوه اسباب فوق ذریعه، عقد، هبه و فروش نیز کسب می‌گردد.

چنانچه قبلاً یادآوری کردیم بر علاوه ملکیت موضوع مورد بحث حقوق عینی حقوق مرتبط به ملکیت نیز است، که به طور عام به نام ارتفاق یاد گردیده که عبارت از حقوقی که یک عقار بالای عقار دیگر دارد. اینک هر یکی را طور جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهم.

قبل از همه این نکته را نباید فراموش کرد، داشتن ملکیت جزء حقوق ذاتی (عندی) انسان محسوب می‌گردد که از طرف دولت و افراد جامعه قابل احترام می‌باشد.

این حق را اسناد بین‌المللی حقوق بشر نیز به رسمیت شناخته و به رعایت آن تأکید کرده است.

چنانچه در ماده 17 اعلامیه حقوق بشر و ماده پنزدهم اعلامیه اسلامی حقوق بشر این حق را نیز تضمین کرده اند.

1- هر شخص، منفرداً یا به طور جمعی حق مالکیت دارد.

2- احدی را نمی‌توان خود سرانه از حق مالکیت محروم کرد.

قابل یاد آوری است که حق ملکیت در ماده 40 و 41 قانون اساسی افغانستان نیز تضمین شده است.

حال می‌پردازیم به مطالعه انواع حقوق ارتفاق.

شفع: عبارت از حق تملک تمام یا بعضی از عفار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصارفی که صورت گرفته حتی اگر به صورت اجبار باشد.

شفع دارای اسباب خاصی است که در ماده 2214 قانون مدنی چنین وضاحت دارد: "سبب شفع اتصال ملک شفیع است با عفار فروخته شده اعم از این که اتصال از رهگذر شرکت باشد یا جوار."

حقابه (آبیاری): عبارت از نوبت استفاده از آب است به منظور آبیاری زراعت یا اشجار.

چنانچه در این مورد در سال 1360 از طرف دولت همان وقت افغانستان یک فرمان صادر گردید که در آن چنین تصریح گردیده: "آب به مردم تعلق دارد و از طرف دولت محافظت می‌گردد."

حق مرور (رفت و آمد): حق مرور یا عبور و مرور به اساس حکم قانون مدنی مشروع می‌باشد، که یک ملکیت در برابر ملکیت دیگر دارد. این حق در ماده 2351 قانون مدنی چنین به رسمیت شناخته شده است:

"1- حق مرور، مجرا و سیل اگر قدیمی باشد، به حال خود گذاشته می‌شود؛ مگر این که اصلاً نا مشروع باشد. در این صورت به قدامت اعتبار داده نمی‌شود و در صورت موجودیت ضرر واضح از بین برده می‌شود.

2- اگر سیل منزلی در راه عام یا خاص کشیده شده باشد که از آن ضرری به مردم عاید باشد ضرر مذکور رفع ساخته می‌شود، گرچه قدیمی باشد."

قابل تذکر است که در ساحه حقوق عینی اصلی، حقوق عینی تبعی نیز

شامل می‌باشد که در سیستم حقوقی افغانستان حبس مال، حق اختصاص و تقدم از جمله این حقوق می‌باشد.

5- حقوق میراث: حقوق میراث مجموع قواعد است که سر نوشت مال، دیون و وصیت‌های متوفی را تعیین می‌کند. حکم میراث در لغت به شکل اسم مفعول آمده در این صورت معنی موروث یا متروکه را می‌رساند. اگر حکم میراث به شکل مصدر بیاید در این صورت معنی انتقال را می‌رساند که انتقال یا حقیقی است و یا هم حکمی، مانند انتقال حکمی مال به جنین که در بطن مادر است.

بدین اساس حقوق مالی و غیر مالی شامل حقوق میراث می‌گردد، مانند حق قصاص، حق شفع، حق استرداد مبیعه به سبب عیب؛ اما باید خاطر نشان ساخت که حقوق الله به میراث برده نمی‌شود.

از نظر فقهای اسلامی علم میراث عبارت است از یک سلسله قواعد فقهی و حسابی که توسط آن حصه وارث از متروکه معلوم می‌گردد. همچنان حکم علم میراث (فرض کفایی) بوده و منابع آن در کشورهای اسلامی از جمله افغانستان قرآن عظیم الشان، احادیث نبوی و اجماع می‌باشد. احکام میراث زمانی جاری و قابل تطبیق می‌باشد که ارکان، اسباب و شرایط آن موجود باشد. اینک طور مختصر هر یک از این ارکان را به بررسی می‌گیریم.

ارکان میراث: ارکان میراث عبارت اند از:

1- مؤرث (متوفی).

2- وارث.

3- موروث (متروکه).

مؤرث: به شخصی گفته می‌شود که بعد از مرگ از آن میراث برده می‌شود، یعنی مال وی اصول ترکه قرار می‌گردد.

وارث: شخصی است که به اساس احکام قانون و شریعت مستحق میراث متروکه متوفی می‌گردد.

موروث: به متروکه یا چیزی که از متوفی به میراث برده می‌شود، اطلاق می‌گردد.

اسباب میراث: رابطه ارتباطی که میان افراد در اثر توالد و تناسل به میان می‌آید، آن را قرابت گویند. یعنی رابطه‌ای که زاده و ثمره‌ی ولادت باشد. قرابت و زوجیت از جمله اسباب میراث بوده که به درجات زیر تقسیم می‌گردد:

الف- ذوالفروض: عبارت از کسانی اند که سهم آن‌ها از سایر اقارب متوفی مقدم می‌باشد؛ و قانون مدنی افغانستان در ماده 2004 آن را چنین توضیح می‌کند: "فرض سهم معین وارث است. در توزیع متروکه و در میراث سهام صاحبان فروض مقدم به دیگران داده می‌شود. صاحبان فروض عبارت اند از پدر، جد صحیح گرچه مراتب آن بالا رود، برادر مادری، خواهر مادری، زوج، زوجه، دختر یا دختران دختر یا دختران پسر گرچه مراتب آن‌ها تنزیل نماید. خواهر عینی، خواهر پدری مادر و جد صحیح گرچه مراتب آن‌ها بالا رود."

ب- عصبه: کسانی که در مرتبه دوم مستحق میراث می‌گردند به سه قسم تقسیم می‌گردند:

عصبه بنفسه: شخصی که خودش عصبه بوده و در عصبوب محتاج کسی دیگر نباشد، و نسبت او به متوفی توسط مونت منسوب نگردد. در این

دسته اشخاص زیر شامل است:

1- بنوت: شامل پسر، پسر پسر اگرچه به درجه پایین‌تر باشد.

2- ابوت: شامل پدر و جد صحیح اگرچه درجه شان بالاتر باشد.

3- اخوت: شامل برادر اعیانی، و برادر علاتی و پسران آن‌ها است اگرچه درجه شان پایین‌تر باشد.

4- عمومیت: شامل کاکای اعیانی، علاتی و پسران آن‌ها است اگرچه درجه شان بالا باشد.

- عصبه به غیره: به مونت اطلاق می‌گردد که در عصبوب خود به (عصبه با بنفسه) ضرورت داشته باشد تا در عصبوب با آن شریک گردد. عصبه به غیره عبارت اند از:

1- دختران یا پسران.

- 2- دختران پسر گرچه درجات آن پایین رود، یا پسران پسر گرچه تنزیل نماید. در حالی که پسران در درجه متوازی با دختران یا پایین‌تر از آن‌ها قرار داشته و از طریق دیگر مستحق ارث نشوند.
- 3- خواهران عینی با برادران عینی و خواهران پدری با برادران پدری.
- عصبه مع غیر: به مونثی اطلاق می‌شود که در عصوبت خود به مونث دیگر محتاج بوده و مونث دیگر در عصوبت با او شرکت نداشته باشد.
- عصبه مع غیر عبارت اند از: خواهران عینی یا پدری با دختران یا دختران پسر، گرچه درجه آن‌ها تنزیل نماید. در این صورت باقی متروکه را بعد از ادای حصه فروض مستحق می‌شوند.
- ج- ذوالارحام: هرگاه هیچ یک از عصبیات و اصحاب فروض نسبی و جود نداشته باشند، تمام متروکه یا باقی‌مانده آن به ذوالارحام پرداخته می‌شود. به استناد ماده 2043 قانون مدنی ذوالارحام (صاحبان رحم) چهار صنف می‌باشند که عبارت اند از:
- 1- اولاد دختران گرچه مراتب آن‌ها تنزیل نماید و اولاد دختران پسر گرچه تنزیل درجه نماید.
 - 2- جد غیر صحیحی گرچه درجه او بالا برود و جد غیر صحیحی گرچه درجه او بالا شود.
 - 3- پسران برادران مادری و اولاد آن‌ها گرچه درجه آن‌ها تنزیل نماید؛ اولاد خواهران عینی یا پدری یا مادری گرچه مراتب آن‌ها تنزیل کند؛ دختران برادران عینی یا پدری یا مادری و اولاد آن‌ها گرچه مراتب آن‌ها تنزیل نماید؛ دختران پسران برادر عینی یا پدری گرچه مراتب آن‌ها تنزیل نماید، و اولاد آن‌ها گرچه تنزیل درجه نمایند.

شرایط میراث

شرایط میراث عبارت اند از:

- الف- فوت مورث:** وقتی مال یک شخص به میراث برده می‌شود که شخصی فوت کند و یا مرده باشد. فوت یا حقیقی است که با دیدن و یا شنیدن ثابت شده باشد؛ و یا هم فوت حکمی می‌باشد، یعنی این که قاضی به مرگ شخصی حکم نماید و آن شخص احتمالاً زنده باشد. مانند شخصی مفقود که قاضی حکم به فوت آن می‌کند و یا حقیقتاً زنده باشد مانند حکم قاضی بر شخصی مرتد و غیره.
- ب- موانع میراث:** موانع میراث بدین معنی است: با وجودی که ارکان، اسباب و شرایط میراث موجود باشد اگر از جمله موانع یک مانع هم وجود داشته باشد، حکم میراث جاری شده نمی‌تواند.
- ج- حیات وارث:** ورثه وقتی مستحق میراث می‌گردد که در هنگام فوت مورث زنده باشد و حیات وارث هم حقیقی است و یا هم حکمی، مانند حیات عینی که قابل مشاهده بوده و حیات تقدیری مانند جنین در بطن مادر.

موانع میراث

موانع میراث عبارت اند از:

- الف- قتل عمدی:** از جمله موانع میراث قتل عمد مورث توسط وارث اعم از این که فاعل اصلی و یا شریک قتل و یا شاهد نا حق باشد که شهادت وی موجب تنفیذ حکم اعدام گردد؛ اما به شرطی که قتل ناحق و بدون عذر بوده باشد و قاتل باید عاقل و سن 18 سالگی را تکمیل کرده باشد.
- ب- استحقاق میراث میان مسلمان و نامسلمان بوده نمی‌تواند (اختلاف دین).**
- ج- اجانب (بیگانه) مستحق میراث در اموال عقاری گردد.**
- د- بردگی هم از جمله موانع میراث شمرده می‌شود.**

مبحث دوم- حقوق بین‌الملل

حقوق بین‌الملل مجموعه قواعد و اصول است که به قلمرو معین یک کشور مربوط نبوده؛ بلکه از قلمرو و سرحدات یک کشور فراتر می‌رود. از طرف دیگر، قواعدی وجود دارد که در ساحه ملی قابل تطبیق بوده و زمانی که خارج از قلمرو بر آن توجه گردد، وصف بارز دولت‌ها که عبارت از حاکمیت آن‌ها است، تحت سوال می‌رود. به این اساس به منظور حفظ حقوق افراد، نظم بین‌المللی و مناسبات بین‌المللی یک سلسله قواعد و مقرراتی وجود دارد که در واقع حقوق بین‌الملل نامیده می‌شود. به صورت عموم حقوق بین‌الملل دارای سه بخش می‌باشد، که این سه بخش عبارت اند از:

- حقوق بین‌الملل عمومی.
- حقوق بین‌الملل خصوصی.
- حقوق جزای بین‌المللی.

برای فهم بهتر هر یک را طور جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

1- **حقوق بین‌الملل عمومی:** حقوق بین‌الملل عمومی مجموعه قواعد و اصول حقوقی است که در سطح بین‌المللی پذیرفته شده و عملاً مناسبات سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و تجارتی میان دولت‌های مستقل را تنظیم و از لحاظ حقوقی آن را اداره می‌کند. یا به عبارتی دیگر: حقوق بین‌الملل عمومی مناسبات موجود میان دولت‌ها را شکل یا بُعد حقوقی می‌دهد.

حقوق بین‌الملل عمومی از هر لحاظ با حقوق ملی تفاوت دارد که بالای تمام شخصیت‌های حقوق بین‌الملل عمومی به طور یکسان قابل تطبیق است.

قابل تذکر است که حقوق بین‌الملل عمومی قابل تغییر بوده و این تغییرات بالای جوامع و دولت‌ها که در روشنایی قواعد این علم به توسعه یا پیشرفت علم و فن آوری (ساینس و تکنالوژی) توجه دارند، بر علاوه آن که موقعیت این کشورها در جامعه بین‌المللی بلند رفته، در عین حال باعث پیشرفت اقتصادی، اجتماعی و سیاسی در ساحه ملی نیز می‌گردد.

در واقعیت توافقات دولت‌ها یک بخش عمده و اساسی اصول حقوق بین‌الملل عمومی را تشکیل داده و بر مبنای آن دولت‌ها منحصبت بزرگترین، اولین و ممتازترین شخصیت بین‌المللی شناخته می‌شوند. همچنان سازمان ملل متحد به خصوص فیصله‌های شورای امنیت و منشور این سازمان شعبه بزرگ از حقوق بین‌الملل شناخته می‌شود.

که بعد از این مقدمه کوتاه در این جا ابتدا به تعریف این علم شروع می‌کنیم.

حقوق بین‌الملل عمومی مجموعه قواعد، اصول تعاملی و قرارداد های است که در قدم اول مناسبات دولت‌های مستقل و دارای حاکمیت را اداره می‌کند و همچنان مناسبات بین دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و مناسبات ذات الیینی سازمان‌های بین‌المللی و بعضی اوقات مناسبات افراد را با دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی اداره می‌کند.

از تعریف فوق چنین بر می‌آید که منابع و شخصیت‌های این حقوق عبارت اند از:

- منابع حقوق بین‌الملل عمومی.
- قراردادهای بین‌المللی.
- تعاملات بین‌المللی.
- اصول عمومی حقوق.
- دکترین حقوق.
- رویه قضایی بین‌المللی.

اینک هر کدام را طور مختصر به مطالعه می‌گیریم.

الف- قراردادهای بین‌المللی: قراردادهای بین‌المللی یک منبع بزرگ حقوق بین‌الملل عمومی به شمار می‌رود. کمیسیون بین‌المللی سازمان ملل متحد قرارداد را چنین تعریف می‌کند: "هرگونه توافق بین‌المللی مدون که در یک سند یا دو یا چند سند الحاق ذکر شده و بین دو یا چند دولت موضوع حقوق بین‌الملل منعقد گردیده و حقوق بین‌الملل بر آن حاکم باشد، بدون توجه به نام خاص آن قرارداد، معاهده، عهد نامه، پروتوکول، میثاق، منشور، اساسنامه، اعلامیه، موافقت‌نامه های مذهبی، تبادل یادداشت‌ها، یادداشت موافقت و غیره بدون توجه به عنوان قرارداد مورد قبول کمیسیون می‌باشد."

ب - تعاملات بین‌المللی: تعاملات بین‌المللی از جمله منابع عمده و اصلی حقوق بین‌الملل به شمار می‌رود.

از نظر بعضی از دانشمندان این منبع از لحاظ تاریخی منبع عمده و اساسی به شمار رفته و اساس قراردادهای بین‌المللی را تعاملات بین‌المللی تشکیل می‌دهد. بدین معنی که اساس قراردادهای، به خصوص حقوق و مکلفیت دولت‌ها، اساس حقوق بین‌الملل عمومی را در ساحه تعاملات تشکیل می‌دهد.

امروز هم تعاملات بین‌المللی یک منبع بزرگ حقوق بین‌الملل بوده

چنانچه در سیستم حقوقی کاملاً اکنون هم تعاملات منبع اساسی حقوق آنها محسوب می‌گردد. در حقوق بین‌الملل تعاملات به رسمیت شناخته شده قواعد حقوقی است، که مدت‌های مدیدی به طور صریح و روشن روابط بین دولت‌ها و سایر شخصیت‌های حقوق بین‌الملل عمومی را اداره کرده و از طرف آنها حقوقی الزامی پذیرفته شده اند.

بدین اساس برای به وجود آمدن تعامل، موجودیت دو شرط حتمی است:

1- تکرار مدت مدید یک قاعده.

2- حالت الزامی این قاعده.

ج - اصول عمومی حقوق: هدف یا منظور از اصول عمومی حقوق این است که این قواعد از طرف دولت‌ها به رسمیت شناخته شده باشد. ماده 38 اساسنامه محکمه بین‌المللی عدالت، اصول عمومی حقوق را به حیث سومین منبع حقوق بین‌الملل می‌شناسد.

د - دکترین: به طور عام به نظریات علما و دانشمندان گفته می‌شود، که در ساحه حقوق به عنوان یک منبع شناخته شده باشد. همین طور دکترین نیز به حیث منبع حقوق بین‌الملل شناخته شده؛ اما این نکته قابل یاد آوری است که دکترین منبع فرعی حقوق بین‌الملل می‌باشد.

ه - رویه قضایی بین‌المللی: رویه قضایی بین‌المللی مانند دکترین در حقوق بین‌الملل یک منبع فرعی و معنوی می‌باشد، بدین معنی در صورتی که قراردادهای و تعاملات وجود نداشته و رویه قضایی بین‌المللی موضوع مشابه به موضوع جدید که قبلاً در مورد فیصله صادر شده باشد از رویه قضایی کار گرفته می‌شود.

همچنان این نکته قابل یاد آوری است که دولت‌ها به رعایت و عدم رعایت آن مکلف نیستند.

چنانچه در تعریف دیدیم شخصیت‌های حقوق بین‌الملل دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و بعضاً افراد و هم سازمان های آزادی‌خواه می‌باشد. این شخصیت را طور مختصر به معرفی می‌گیریم.

الف - دولت‌ها: از جمله اولین، قدیمی‌ترین، مهم‌ترین و عالی‌ترین و بالاخره یگانه شخصیت ممتاز حقوق بین‌الملل به شمار می‌رود. چرا که دولت‌ها در واقعیت ایجاد کننده اولی این حقوق (حقوق بین‌الملل عمومی) محسوب می‌گردند؛ اما این نکته قابل

تذکر است که دولت‌های دارای حاکمیت کامل به حیث شخصیت مکمل حقوق بین‌الملل عمومی به شمار می‌رود. بدین اساس بالاتر از دولت‌ها شخصیت دیگری در حقوق بین‌الملل عمومی وجود ندارد. قابل یاد آوری است که تمام دولت‌های مستقل، شخصیت حقوق بین‌الملل عمومی شناخته می‌شوند و این شخصیت‌ها در حقوق و مکلفیت‌ها با هم مساوی اند.

باید گفت که یک دولت زمانی به حیث شخصیت حقوق بین‌الملل عمومی شناخته می‌شود که دارای حاکمیت و عناصر متشکله آن یعنی (حاکمیت، نفوس و قلمرو) باشد.

ب - سازمان‌های بین‌المللی: به اساس اصول حقوق بین‌الملل عمومی، سازمان‌های بین‌المللی به حیث شخصیت این حقوق توسط خود دولت‌ها به اساس یک توافق ایجاد شده باشد، به نام سازمان‌های بین‌الحکومتی شناخته می‌شوند. بدین اساس گفته می‌توانیم که سازمان‌های بین‌المللی عبارت از اتحاد دولت‌ها است که به جهت رسیدن به اهداف عمومی و یا خاص تأسیس شده باشد، در حالی که به طور مشترک این اهداف آن را پیش می‌برد و مکلف به رعایت اصول یا اساسنامه سازمان می‌باشد.

ج - سازمان‌های آزادی خواه: وقتی که سازمان‌ها در روشنایی منشور ملل متحد و سایر اصول حقوق بین‌الملل عمومی به هدف خود ارادیت کشور شان می‌جنگند هم به حیث شخصیت حقوق بین‌الملل عمومی به شمار می‌روند. بعد از آن که شخصیت‌های حقوق بین‌الملل عمومی را شناختیم لازم است تا اصول حقوق بین‌الملل عمومی را نیز بدانیم که این اصول عبارت اند از:

- منبع تهدید یا استعمال قوه در روابط بین‌المللی.
- حل منازعات بین‌المللی از طرق مسالمت آمیز.
- عدم مداخله دولت‌ها در امور داخلی دولت‌های دیگر.
- وجوب همکاری دولت‌ها با یکدیگر.
- تساوی حقوق و حق تعیین سرنوشت توسط مردم.
- تساوی حاکمیت دولت‌ها.
- اجرای وجایب بین‌المللی با حسن نیت.

2 - حقوق بین‌الملل خصوصی

حقوق بین‌الملل خصوصی یک بخش از حقوق بین‌الملل است که مناسبات افراد خصوصی را در سطح بین‌المللی تنظیم می‌کند. همان طوری که در سطح ملی لازم است تا برای تنظیم مناسبات افراد قواعد وجود داشته باشد، ضرورت آن می‌رود که کشورها برای تنظیم مناسبات افراد شان فراتر یا خارج از مرزها شان نیز قواعد و اصول قابل تطبیق داشته باشند، تا مناسبات افراد را در سطح بین‌المللی تنظیم کرده بتواند.

بدین اساس حقوق بین‌الملل خصوصی: مجموع قواعد و مقرراتی است که مناسبات افراد خصوصی را که جنبه بین‌المللی دارد، تنظیم می‌کند. یا به عبارته دیگر: حقوق بین‌الملل خصوصی شعبه‌ای از حقوق موضوعه است که مناسبات افراد را در حقوق خصوصی شان با توجه به عنصر خارجی حل می‌کند.

حقوق بین‌الملل خصوصی از لحاظ تاریخی در ازمنه‌های قدیم به میان آمده؛ اما به طور مشخص به شکل یک علم حقوقی در قرن 13 میلادی برای اولین بار در ایتالیا عرض اندام کرد. از قرن 19 بدین سو موضوعات مورد بحث حقوق بین‌الملل خصوصی عبارت اند از:

- تابعیت.
- اقامتگاه.
- وضعیت بیگانگان.
- تنازع قوانین.
- تعارض محاکم.

اینک هر کدام آن را در سیستم حقوقی افغانستان بررسی می‌نمایم.

تابعیت: در مورد تعریف تابعیت بین دانشمندان نظر واحدی وجود ندارد؛ اما به نظر اکثر دانشمندان حقوق (حقوق‌دانان) تابعیت عبارت است از: رابطه سیاسی، حقوقی و معنوی که یک فرد با یک دولت معین دارد.

به اساس این تعریف، تابعیت به خاطری یک رابطه اساسی است که فرد را به حاکمیت دولت وابسته می‌کند. بدین معنی که دولت تعیین می‌کند که کدام افراد تابعیت او را دارند و برای کسب تابعیت کدام شرایط باید موجود باشد.

تابعیت رابطه حقوقی است، زیرا این رابطه هم در سطح ملی و هم در سطح بین‌المللی دارای اثرات حقوقی می‌باشد. بالاخره رابطه معنوی است؛ زیرا افراد یک کشور دارای اهداف، عادات و رسوم مشترک اند که آن‌ها را به یک دولت معین ارتباط بدهد و به زمان و مکان معین نسبت.

مسئله تابعیت در قوانین افغانستان نیز منعکس گردیده است. چنانچه قانون تابعیت افغانستان تابعیت را به عنوان یک رابطه حقوقی بین فرد و دولت قبول کرده است.

اقامتگاه: رابطه مادی فرد یا شخص است با محیطی که در آنجا زندگی دارد و یا به یک شغل و یا حرفه‌ای مصروف می‌باشد، که تحت عنوان اقامتگاه مورد مطالعه قرار می‌گیرد. از لحاظ حقوقی هر شخص به یک منطقه یا محل معین مربوط بوده که آن

جا را برای سکونت اش اختیار کرده و در آن محل- فامیل، شغل و منافع او را دریافت کرده- می‌توانند. قانون مدنی افغانستان این موضوع را در ماده 51 خویش چنین وضاحت داده است: "اقامتگاه جای است که شخص در آن عادتاً سکونت دارد، خواه این سکونت دایم یا موقت باشد."

قابل یاد آوری است یک شخص می‌تواند در یک وقت (در عین حال) چند اقامتگاه داشته باشد. چنانچه فقره دوم ماده فوق چنین صراحت دارد: "شخص می‌تواند بیش از یک اقامتگاه داشته باشد."

بدین اساس اگر به دقت به اقامتگاه متوجه شویم اقامتگاه دو نوع می‌باشد:

1- اقامتگاه عام یا حقیقی.

2- اقامتگاه خاص یا قراردادی.

1- اقامتگاه حقیقی: اقامتگاه‌ای است که مربوط به تمام حقوق مدنی و تعهدات شخصی می‌باشد.

2- اقامتگاه خاص یا قراردادی: که شخصی برای برخی امور برای خویش اقامتگاه انتخاب می‌کند. چنانچه در این مورد ماده 54 قانون مدنی چنین می‌گوید: "شخص می‌تواند برای اجرای یک عمل معین قانونی اقامتگاه اختیاری داشته باشد."

اقامتگاه قراردادی به اساس پیش‌بینی ماده فوق الذکر قانون مدنی، اقامتگاه اختیاری حکماً منحصراً اقامتگاه دایمی شناخته شده است. چنانچه فقره دوم این ماده چنین صراحت دارد: "اقامتگاه‌ای که برای اجرای یک معامله معین قانونی اختیار می‌گردد، برای جمیع مسایل مربوط به آن به شمول اجراءات متعلق به تنفیذ اجباری اعتبار دارد؛ مگر این که اقامتگاه مذکور صراحتاً برای معاملات مشخص تعیین شده باشد."

وضع بیگانگان: در عصر حاضر در تمام کشورها بیگانگان، به عنوان شخصیت حقوقی از حقوق خاصی برخوردار اند؛ اما سوال این است که آیا بیگانه همانند یک فرد داخلی از حقوق برخوردار است یا خیر؟

باید خاطر نشان ساخت که در این مورد یک سیستم و نظام حقوقی واحد وجود ندارد. بدین معنی که کشورها به صورت خاص و جداگانه قوانین را وضع کرده اند. همچنان معلوم می‌گردد که افراد بیگانه در کشورهای دیگر به انواع جداگانه و گروپ‌های مختلف تقسیم می‌گردند که هر کدام به نحوی حقوق و وجایب خاصی دارند که این گروپ‌ها عبارت اند از:

▪ مهاجرین.

▪ سیاحان.

▪ محصلان.

▪ تجار.

▪ بیگانگان که به خاطر کار در کشور دیگر سکونت (اقامت) دارند.

▪ بیگانگانی که کار و شغل معین ندارند.

بدین اساس در کشورهای مختلف برای افراد فوق الذکر قوانین خاص برای حقوق و وجایب آن‌ها وجود دارد؛ اما از یاد نباید برد که کنواسیون‌ها و بعضاً هم میان کشورها قراردادهای دوجانبه یا چند جانبه حقوق و وجایب این افراد را در سطح بین‌المللی تنظیم می‌کند.

تنازع قوانین: چنانچه بیان کردیم در ساحه حقوق خصوصی در کشورها در سطح ملی به شکل واحد احکام وجود ندارد. هر کشور به منظور تنظیم حاکمیت خویش در ساحه حقوق خصوصی مقررات دارد، که اکثر در قوانین مدنی تحت عنوان تطبیق قانون از لحاظ مکان بیان گردیده که قانون مدنی افغانستان از ماده 16 الی ماده 35 این موضوعات را بحث کرده است.

اگر قوانین افغانستان در تنازع با قوانین سایر کشورها واقع گردد، به قانون افغانستان اعتبار داده می‌شود. چنانچه این ماده چنین حکم می‌کند: "در موارد تشخیص رابطه حقوقی در قضیه‌ای که تنازع قوانین موجود گردد، احکام قانون افغانستان قابل تطبیق می‌باشد."

تعارض محاکم: هرگاه اختلاف بیان محاکم چه از لحاظ صلاحیت‌های حوزه‌ای یا موضوعی واقع گردد، مطابق احکام قانون اجراءات می‌گردد. چنانچه در این مورد ماده 30 قانون مدنی افغانستان چنین صراحت دارد: "در مورد قواعد اختصاصی و تمام امور متعلق به اجراءات، احکام قانون دولتی تطبیق می‌گردد که دعوی در آن اقامه یا اجراءات در آن به عمل آمده باشد."

همچنان در ماده 27 قانون مدنی کشور در این موضوع مشعر است: "در مورد وجایب ناشی از عقود قانون دولتی تطبیق می‌گردد که طرفین عقد در آن اقامتگاه اختیار کرده اند. در صورت اختلاف اقامتگاه قانون دولتی تطبیق می‌گردد که عقد در آن تکمیل شده باشد. مشروط بر این که در خصوص تطبیق احکام کدام قانون معین، طرفین عقد موافقه نکرده باشند و یا از قراین معلوم نگردد که مراد طرفین عقد تطبیق قانون دیگری بوده است. در مورد عقود تکمیل شده متعلق به عقار قانون محل عقار تطبیق می‌گردد."

منابع و مصادر حقوق بین‌الملل خصوصی به دو بخش عمده تقسیم می‌گردد:

- منابع ملی یا داخلی.

- منابع خارجی یا بین‌المللی.

منابع ملی یا داخلی این حقوق عبارت اند از: قانون، رویه قضایی، عرف و دکترین. منابع بین‌المللی آن عبارت از: قراردادهای بین‌المللی، رویه قضایی بین‌المللی، عرف بین‌المللی و اصول عمومی حقوق، است.

که در این جا هر کدام آن را طور جداگانه بیان می‌نمایم.

الف - منابع ملی یا داخلی

چنانچه قبلاً یاد آوری کردیم که منابع حقوق بین الملل خصوصی عبارت از: قانون، رویه قضایی، عرف و دکترین می باشد که اینک آن را به بحث می گیریم.

قانون: از جمله منابع اصلی و اساسی حقوق بین الملل خصوصی به شمار می رود؛ اما در افغانستان، در مورد این منبع کدام قانون خاص وجود ندارد. منابع عمده و مهم آن قانون مدنی افغانستان، قانون تابعیت، قانون پاسپورت، قانون توریسم، قانون کار، مقررات مربوط به مهاجرین و قوانین مربوط به تحصیلات عالی به حساب می رود.

رویه قضایی: عبارت از تصمیمات یا فیصله های محاکم است که در یک جهت معین اتخاذ و مورد تأیید ستره محکمه واقع شده باشد.

رویه قضایی در اکثریت کشورها از جمله منابع با ارزش حقوق بین الملل خصوصی به حساب می رود؛ اما متأسفانه در افغانستان به درستی انکشاف نکرده و حتی گفته می توانیم که ما در این مورد چیزی نداریم.

عرف: چنانچه قبلاً متذکر شدیم که عرف به عادات متداول میان مردم گفته می شود، که در اثر تکرار حالت اجباری به خود اختیار کرده باشد.

در کشور ما به صورت عملی در ساحه حقوق بین الملل خصوصی عرف معین وجود ندارد؛ اما به صورت عام عرف در قوانین ما به رسمیت شناخته شده (یعنی در مواردی که حکم در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه به عرف عمومی حکم صادر می کند، مشروط بر این که عرف مناقص احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد.)

دکترین: دکترین از جمله منابع غیر مستقیم در ساحه حقوق بین الملل خصوصی می باشد. چنانچه قضات و محاکم این نظریات را اندک ارزش می دهند. از یاد نباید برد که این منبع در کشور ما وجود ندارد.

ب- منابع بین المللی

چنانچه قبلاً یاد آور شدیم که منابع بین المللی حقوق بین الملل خصوصی

عبارت اند از: قراردادهای بین المللی، رویه قضایی بین المللی، عرف بین المللی و اصول کلی حقوق که اینک به صورت مختصر آن را بیان می نمایم.

قراردادهای بین المللی: با وجودی که در حقوق بین الملل خصوصی قراردادهای به طور خاص (قراردادهای خاص) زیاد نبوده؛ اما باز هم آن را به قراردادهای مستقیم و غیر مستقیم تقسیم می نمایم. بدین معنی که برخی از قراردادهای فقط به حقوق بین الملل خصوصی اختصاص دارد. قراردادهای غیر مستقیم به قراردادهای گفته می شود که در ساحات دیگر به امضا رسیده؛ اما بعضاً ساحه حقوق بین الملل خصوصی را نیز در بر می گیرد، که معمولاً این نوع قراردادها دو جانبه و یا چندین جانبه بوده که در کشور ما هم بعضاً از این نوع قراردادها را به امضا رسانیده است.

رویه قضایی بین المللی: این منبع در ساحه حقوق بین الملل خصوصی به صورت منظم انکشاف نکرده، چرا که اکثر کشورها خود را به اصول رویه قضایی بین المللی مکلف نمی دانند.

قابل تذکر است که کشور ما تا اکنون هیچ گاهی از این منبع استفاده نکرده است.

عرف بین المللی: در ساحه حقوق بین الملل خصوصی عرف بین المللی تقریباً وجود ندارد و اگر در بعضی ساحات اگر وجود هم دارد، دولت ها آن را در قوانین و هم در رویه قضایی به صورت خاص مورد توجه قرار نداده و هم چنان از آن عملاً استفاده نکرده اند.

اصول کلی حقوق: اساس اصول کلی حقوق قواعد بین المللی است که از لحاظ علمی در تمام جهان در ساحه حقوق بین الملل خصوصی پذیرفته شده است. قانون مدنی افغانستان به اصول کلی حقوق در ماده 43 خویش چنین اشاره کرده است: "در مواردی که تطبیق احکام قانون خارجی پیش بینی شده است، آن احکام موضوعی قانون مذکور که متعلق به قانون بین الدول خصوصی نباشد تطبیق می گردد."

3- حقوق جزای بین المللی

امروز نه تنها در سطح داخلی؛ بلکه در سطح بین المللی بر حقوق افراد، مال و جان شان تجاوز صورت می گیرد، که این موضوع در سطح فردی و

اجتماعی مشکلات را به میان آورده است. دولت ها به منظور جلوگیری از این موارد، در پهلوی سایر اجراءات با وضع قوانین جزایی مختلف راه مبارزه و مجادله با آن را انتخاب کرده اند. در پهلوی آن به طور عام اعمال و افعال خلاف قانون و اجتماع را که به آن جرم گفته می شود، که سرحدات کشورها را عبور کرده و از فهم و علم و امکانات تکنالوژی معاصر برای رسیدن و دسترسی به اهداف خود اقدامات را عملی می نمایند؛ اما بر علاوه این دولت ها در سطح ملی در برابر این پدیده ناروا (نامشروع) مبارزه کرده، و حالا کشورهای جهان بدین فکر و اندیشه اند که تنها در داخل کشورهای خویش از جرایم جلوگیری نکرده؛ بلکه در سطح بین المللی در از بین بردن و یا کم از کم در پایین آوردن سطح جرایم اقدامات لازم را روی دست گیرند یا عملی نمایند.

به منظور دسترسی و رسیدن به این اهداف کشورها ذریعه قوانین ملی، قراردادهای دوجانبه و چندین جانبه و از طریق کنوانسیون های بین المللی در برابر جرم به سطح بین المللی مبارزه و مجادله شان را تشدید کرده اند، که در واقعیت تمام این قواعد حقوق جزای بین المللی را می سازد.

هدف حقوق جزای بین المللی این است که از یک طرف جهان را از پدیده جرمی نجات دهد و از جانب دیگر ذریعه اقدامات و اجراءات جزایی لازم بتواند عدالت جنایی را به سطح بین المللی تطبیق نماید.

حقوق جزای بین‌المللی به طور خاص از حیث اصول و اهداف خویش به دو بخش بزرگ تقسیم می‌گردد:

1- حقوق جزای بین‌المللی.

2- حقوق بین‌المللی جزا.

که اینک هر کدام را طور مختصر به بررسی می‌گیریم.

حقوق جزای بین‌المللی: بعضاً چنین واقع می‌گردد که یک جرم نظم دو یا چند کشور محدود را از بین می‌برد، (مختل) می‌کند. در چنین حالات عبور از سرحدات یک کشور به منظور تعقیب جرم به معنی نقض حاکمیت دولت دیگر است؛ اما از جانب دیگر، این یک ضرورت مبرم است که مجرم باید از چنگ عدالت نجات داده نشود. به همین خاطر بر علاوه این که بین کشورها بعضاً قراردادهای وجود دارد، حقوق جزای بین‌المللی قواعد و اصول خاص خویش را دارد که به طور عام به دو نوع تقسیم می‌گردد:

- پرنسیب (اصل) محلی.

- پرنسیب (اصل) عینی.

هدف از پرنسیب محلی این است که به محل ارتکاب جرم اعتبار داده می‌شود. یعنی در محلی که جرم واقع گردیده همان کشور در قدم اول صلاحیت دارد که بالای مجرم مجازات را تطبیق نماید. در این مورد ماده 14 قانون جزای افغانستان چنین صراحت دارد:

" 1- احکام این قانون بر اشخاصی که در ساحه دولت جمهوری افغانستان مرتکب جرم شوند تطبیق می‌گردد. ساحه دولت جمهوری افغانستان شامل هر مکانی است که تحت سلطه آن واقع باشد.

2- طیارات و کشتی‌های افغانی اعم از این که در داخل افغانستان باشد یا در خارج از آن از جمله ساحه افغانستان محسوب می‌شود؛ مگر این که طبق قواعد حقوق بین‌الدول عمومی تابع دولت اجنبی باشد."

بعضاً واقع می‌شود یک کشور توان آن را ندارد تا مجرم را در محل ارتکاب جرم محاکمه نماید و یا این که امکان دارد یک دولت برای محاکمه مجرم در محل ارتکاب جرم توجه یا علاقه‌مندی خاص نداشته باشد، که در این صورت لازم است که منابع یک کشور مدنظر گرفته شود. در این مورد قانون جزای افغانستان در ماده 15 خویش چنین صراحت دارد: "احکام این قانون بر اشخاص آتی نیز قابل تطبیق است:

1- شخصی که در خارج افغانستان مرتکب عملی گردد که به اثر آن عامل یا شریک جرمی شناخته شود که کلاً یا قسمی در افغانستان واقع شده باشد.

2- شخصی که در خارج افغانستان مرتکب یکی از جرایم آتی گردد.

الف- جنایت علیه امنیت خارجی یا داخلی دولت افغانستان.

ب- جنایت جعل مندرج مواد 302 و 303 این قانون.

ج- جنایت تزویر مندرج ماده 310 این قانون یا ادخال اشیای جعل یا تزویر شده مذکور به افغانستان."

حقوق بین‌المللی جزا: قواعد و اصولی که بعضاً، یک جرم که مشخصاً نظم دو یا چند کشور محدود را اخلال نکرده؛ بلکه نظم بین‌المللی را مختل کند، که این نوع جرایم را جرایم بین‌المللی گویند، و این حقوق یا این قواعد آن را بررسی می‌کند. جرایم زیر از جمله جرایم بین‌المللی به حساب می‌روند:

- تروریزم؛

- قاچاق مواد مخدر؛

- آدم ربایی (خرید و فروش انسان)؛

- جرایم جنگی؛

- جرایم ضد بشریت؛

- ژنوساید (کشتار جمعی).

مبحث سوم - اصول محاکمات

قواعد حقوقی به طور عام به قواعد متنی و قواعد شکلی تقسیم می‌گردد. قواعد متنی در کل قوانینی را احتوا می‌کند که، از مشروعیت و نا مشروعیت اعمال، وقایع حقوقی و چگونگی تحقق حقوق، بحث می‌کند. در حالی که قواعد شکلی که در نظام حقوقی ما به نام اصول محاکمات یاد می‌گردد: عبارت از قواعدی اند که چگونگی تطبیق قواعد متنی، ارگان‌های با صلاحیت و طرق تنفیذ حکم را بیان می‌کنند.

قواعد اصول محاکمات به طور عام به چهار نوع می‌باشند.

▪ اصول محاکمات جزایی.

▪ اصول محاکمات اداری که در کشور ما قواعد خاص در زمینه وجود ندارد.

▪ اصول محاکمات مدنی.

▪ اصول محاکمات تجارتي.

1 - اصول محاکمات مدنی و تجارتي:

اصول محاکمات مدنی و تجارتي مجموع قواعدی است که در اختلافات

مدنی ناشی از اعمال و حوادث حقوقی بین اشخاص حقیقی و حکمی رخ می‌دهد، قابل تطبیق است.

اگر به تعریف دقت نمایم قواعد اصول محاکمات دو نوع می‌باشد. اینک این قواعد را به صورت مختصر بیان می‌نمایم.

- **دعوی:** دعوی خواستن حق است از غیر در پیشگاه محکمه.

دعوی سه رکن دارد:

مدعی- شخصی که حق خود را می‌خواهد.

مدعی علیه- شخصی که حق از او خواسته می‌شود.

مدعی بها- شئی که بر آن دعوی صورت می‌گیرد (موضوع دعوی).

در ارتباط به انواع دعوی باید گفت که دعوی انواع مختلف داشته و در تجربه مهم‌ترین دعاوی عبارت اند از:

- دعوی عقار.
- دعوی عقود.
- دعوی شفع.
- دعوی فسخ عقد.
- دعوی میراث.
- دعوی نکاح.
- دعوی مهر.
- دعوی طلاق.
- دعوی نفقه.
- دعوی رضاعت.
- دعوی حضانت.
- دعوی نسب.

قابل یاد آوری است زمانی که دعوی به محکمه تقدیم می‌گردد باید دارای عناصر زیر باشد:

- محکوم له- شخصی است که به نفع او حکم شده باشد.
- محکوم علیه- شخصی است که به ضرر او حکم شده باشد.
- محکوم به- آنچه که موضوع حکم قرار گرفته باشد.
- حکم- فیصله است که از طرف محکمه مطابق نصوص قانونی صادر شده باشد.
- حکم (قاضی)- شخصی که حکم صادر می‌کند.
- باید گفت که قواعد مربوط به دعوی چهار می‌باشد:

الف- استدعا: ادعا کردن شخصی که برای تحقق حق خود دعوی را مطالبه می‌کند.

ب- مرحله علم آوری دلایل: در این مرحله محکمه اسباب حکم را جمع آوری کرده که اسباب حکم در ساحه مدنی: اسناد، اقرار، شهود، قراین، یمین و نکول از یمین می‌باشد؛ و در ساحه‌ای تجارتی اسناد، اقرار و شهادت می‌باشد.

ج- اصدار حکم: بعد از آن که محکمه دلایل (اسباب حکم) را جمع آوری کرد، در مطابقت یا مستند به این اسباب در روشنایی قانون به اصدار حکم می‌پردازد.

د- تنفیذ حکم: آخرین مرحله‌ای یک دعوی مدنی و تجارتی تنفیذ حکم است، که به اساس فیصله محکمه به میان می‌آید.

قاعده دوم در ساحه اصول محاکمات، قواعد مربوط به قضاء (تشکیلات

و صلاحیت‌های) آن می‌باشد، که اینک مختصراً آن را بررسی می‌نمایم.

تفکیک قوا در جهان امروزی از خصوصیات نظام‌های دموکراتیک محسوب گردیده و دولت‌های امروزی حاکمیت خویش را بر اصل تفکیک قوا تنظیم می‌کند، که این تفکیک قوا عبارت از: قوه مقننه، قوه قضائیه و قوه اجرائیه می‌باشد.

قوه قضائیه افغانستان نیز به اساس ماده 116 قانون اساسی این کشور رکن مستقل دولت شناخته می‌شود، که وظایف خویش را در مطابقت به احکام قانون به صورت مستقل انجام می‌دهد. ماده 116 قانون اساسی قوه قضائیه را چنین تعریف می‌کند: "قوه

قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می‌باشد.

قوة قضاييه مركب است از يك ستره محكمه، محاكم استيناف و محاكم ابتدائيه كه تشكيلات و صلاحيت آنها توسط قانون تنظيم مي‌گردد.

ستره محكمه به حيث عالي‌ترين ارگان قضايي در رأس قوة قضاييه جمهوري اسلامي افغانستان قرار دارد."

- قانون اصول محاكمات مدني.
- قانون اصول محاكمات تجارتي.
- قانون تشكيل و صلاحيت محاكم (قوة قضاييه).

فراش نبايد كرد كه هدف قوة قضاييه حل و فصل تمام دعوي است كه اشخاص حقيقي و حكومي به شمول دولت مي‌توانند مدعي يا مدعي عليه واقع گردند، كه نتيجه آن قانونيت و تأمين عدالت در جامعه است.

به اساس اعلاميه جهاني حقوق بشر و اسناد بين‌المللي مربوط به آن، محاكمه عادلانه بايد اين خصوصيات را دارا باشد:

- 1- قانوني بودن محاكمه: بدین معنی که محاکم باید در مطابقت قانون دایر گردد؛
- 2- استقلال قضاء: قضاء باید مستقل و بی‌طرف باشد. یعنی قضاء باید از استقلال لازم برخوردار بوده و به کدام گروه وابسته نباشد و بدون مداخله ادارات و قوای دیگر، امور خویش را به سر رساند. دولت‌ها مکلف است که این خصوصیت را حفظ نمایند.

- 3- برخورد مساویانه قضات با طرفین دعوی: قضاء باید با طرفین دعوی بر مبنای این که تمام افراد جامعه در برابر قانون، حقوق مساوی دارند رفتار نماید و قضاء در امور خود هیچ‌گونه تبعیض نژادی، منطوقی، جنسی و دیگر ملحوظات را در نظر نداشته باشد.

- 4- علنی بودن محاکمه: محاکم باید جلسات خود را به صورت صریح و علنی دایر نماید؛ مگر در مواردی که قانون سری بودن آن را در نظر گرفته باشد، مانند دعوی فامیلی؛ ولی باید حکم محکمه به صورت علنی ابلاغ و اعلان گردد.

- 5- تخصصی بودن قضات محاکم: اشخاصی که به عنوان قضات وظیفه را انجام می‌دهند، باید متخصص باشند از جمله شرایط قضاوت یکی هم داشتن تحصیلات تخصصی یا عالی در یک بخش یا رشته خاص حقوق می‌باشد که از جمله شرایط محاکمه عادلانه به شمار می‌رود.

- 6- رعایت تمام حقوق متخاصمین (طرفین دعوی): طرفین دعوی دارای یک سلسله حقوقی اند که محاکم مکلف اند آن را رعایت کنند، مانند داشتن ترجمان در جریان محاکمه، داشتن وکیل مدافع یا مشاور حقوقی و همچنان اگر به حکم محکمه تحتانی قناعت نداشته باشند، می‌توانند اعتراض خود را به محکمه فوقانی در مطابقت با احکام قانون تقدیم نمایند.

2 - اصول محاكمات جزایی: عبارت از تدابیر و اجراءات لازمی است که از وقوع جرم شروع، تحقیق، عکس‌العمل متهمین در برابر اتهامات وارده، حکم محاکم، تطبیق مجازات و ارتباط میان ارگان‌های عدلی و قضایی را در برابر پدیده جرمی تنظیم می‌کند.

در افغانستان این اصول و تدابیر از جمله قواعد شکلی حقوق جزا شناخته شده که توسط قانون اجراءات جزایی مؤقت محاکم که دارای 15 فصل و 96 ماده بوده و به تاریخ چهارم حوت سال 1382 هجری شمسی نافذ گردیده، تنظیم می‌گردد.

سوالات برای مباحثه

1. حقوق آفاقی را تصنیف نمایید؟
2. حقوق اساسی و حقوق اداره از هم چه فرق دارند؟
3. حقوق فامیل از چه بحث می‌کند؟
4. شخصیت‌های حقوق بین‌الملل عمومی را نام بگیرید؟
5. جرایم بین‌المللی را نام بگیرید؟

فصل پنجم

منابع یا مصادر حقوق

منظور از مطالعه این فصل آن است که بدانیم دستور حقوقی چطور به وجود می‌آید، یعنی آیا قواعد حقوقی مولود یک عمل ارادی است و یا تصمیم صریح قدرت عامه و یا مولود قدرت عنعنه‌ای؟ پاسخ به این سولات ما را مجبور می‌سازد تا مصادر و منابع حقوق را مطالعه نمایم که منحصراً قواعد حقوقی وظیفه رهنمایی سلوک افراد جامعه را به دوش دارد. این مسئله نزد علما و متفکران حقوقی مورد مناقشه بوده و از این لحاظ و نقطه نظر ما به نظریات مختلف بر می‌خوریم که از جای تا جای و از عصری تا عصری فرق کرده است. مثلاً در روم قدیم عرف و عادات را یگانه منبع و مصدر حقوق می‌دانستند. در حالی که در امپراتوری روم یگانه منبع حقوق را قدرت امپراتور و قوانین مکتوبه او می‌دانستند.

ولی در فرانسه و اکثر ممالک اروپایی تا قبل از انقلاب کبیر فرانسه 1789 عرف و عادات و هم فرامین شاه را یگانه منبع حقوق می‌دانستند؛ اما بعد از انقلاب کبیر فرانسه الی تدوین کود مدنی 1804 برای اعمال حقوقی ناشی از عرف و عادات به طرفداری از قدرت پارلمان مجادله کردند. از این رو قانون که از مرجع صدور می‌یافت آن را یگانه منبع حقوق می‌گفتند. امروز اکثر ملل به این عقیده اند که منابع حقوق تنها قانون نیست؛ بلکه منابع دیگری نیز در پهلوی آن وجود دارد که در ایجاد قواعد حقوقی کمال اهمیت را دارا است، مانند عرف و عادات، رویه قضایی و دکترین (نظریات علما)؛ ولی در مورد این که مصادر فوق چه ارزش و اعتباری را در ایجاد تفسیر و تکمیل قواعد حقوقی دارد، نظریات مختلف وجود دارد. مثلاً برخی از علما قانون را به حیث منبع اصلی قواعد حقوقی دانسته و آن را مقدم تر از دیگر منابع می‌دانند. دسته دیگر از علما، عرف و عادات و رسم و رواج را منبع اصلی و اساسی حقوق دانسته و آن را مقدم بر قانون می‌شمارند؛ و معتقد اند که قوانین، رویه قضایی و دکترین افاده‌ای است از عرف و عادات مردم و ضرورت جامعه، خاصاً ذهنیت عامه که روی اعتقادات جامعه استوار می‌باشد؛ ولی آنچه حقیقت است ما آن را باید به حیث یک اصل انکار ناپذیر قبول نمایم، عبارت از آن است که باید تفکیک از بین منابع که در ایجاد قواعد حقوقی نقش بسزایی دارد و آن عبارت از عرف و عادات، ذهنیت عامه، اعتقادات مردم، احتیاجات اقتصادی و ضرورت های اجتماعی که البته این همه اساسات در قالب یک مقرر کتبی یا تحریری به نام قانون در آورده می‌شود. از این روست که قانون را می‌توان به حیث منبع اصلی و اساسی قواعد حقوقی شناخت؛ زیرا از نظر تطبیق قواعد حقوقی در حیات روزمره اولاً اتکا به قانون می‌شود و در صورتی که فقدان قانون به نظر رسد و با غموض و پیچیدگی در قانون موجود باشد، جهت تکمیل و تفسیر آن به عرف و عادات، رویه قضایی و دکترین مراجعه می‌گردد. بنأ منابع قواعد حقوقی را طی چهار مبحث به ترتیب زیر طبقه بندی و مطالعه می‌نماییم و سپس در مبحث پنجم به مطالعه منابع حقوق در افغانستان خواهیم پرداخت.

مبحث اول - قانون

اساس کلمه قانون از لغت یونانی Canon اشتقاق یافته که به معنی قاعده، استعمال شده است. در حقوق روم به جای قانون Lex بعداً در اصطلاحات حقوقی فرانسه به Loi که به معنی (خواندن) است تفسیر کرده اند، یعنی Lex یا Loi عبارت آن مقرر حقوقی است که کتبی بوده و خوانده شده بتواند.

این اصطلاح معمولاً در مقابل عرف و عادات استعمال می‌شد. در روم قدیم طوری که در صفحات گذشته مطالعه کردیم عرف به حیث یگانه منبع حقوق شناخته می‌شد؛ اما با تطبیق قاعده دوازده لوحه که روی یک پارچه برنجی کنده شده بود (450 ق م) اصطلاح Lex یا قانون در قاموس حقوق رومی‌ها داخل گردید. چنانچه در این قانون تصریح شده بود که سارق به مفاد مسروق مجبور به پرداخت جبران خساره می‌باشد؛ ولی هنوز هم به معنی اصلی در آن زمان استعمال نمی‌شد تا این که در دو دوره امپراتوری روم دو نوع قانون به وجود آمد.

یکی به نام Leges که عبارت از مقررات بود که از طرف مجلس اعیان وضع می‌گردید و قانون دیگری به نام Plebys که عبارت از تصامیم دارالعوام بود که ساحه تطبیق تنها بالای طبقات عوام شناخته می‌شد، در حالی که از لیجس بالای تمام افراد و باشندگان روم تطبیق می‌گردید؛ ولی امروز در اکثر جوامع و ملل قانون عبارت از آن قاعده حقوقی است که از جانب عضو با صلاحیت کشور وضع و به صورت مداوم بالای همگان قابل تطبیق می‌باشد. یا به عباره دیگر: قانون عبارت از اراده مردم است.

قانون از نظر حقوقی که در بین دانش‌های حقوقی وارد و به حیث منبع عمده و اساسی قواعد حقوقی در صحنه عمل به شمار می‌آید و آن از جهتی است که قدرت و صلاحیت اش را از مرجعی می‌گیرد که در تدوین و پیدایش آن سهم گرفته اند، مانند رییس دولت از نظر "توشیح و انفاذ" و پارلمان از نظر "تدوین و تصویب" از این جاست که ما بحث خود را از تعریف قانون شروع و به تعقیب آن در بخش‌های فرعی دیگر راجع به خصوصیات قانون، سلسله مراتب در قوانین، نیروی الزامی قانون و بالاخره ساحه تطبیق قانون در مکان و در زمان دنبال می‌نمایم.

اول - تعریف قانون: قانون عبارت از یک تجویز صریح و معقولی است که توسط مقامات ذیصلاح دولتی اتخاذ شده باشد، یعنی این تجویز صریح که ناشی از ذهنیت عامه می‌باشد و مقامات ذیصلاح دولتی به آن یک شکل مکتوبه یا تحریری می‌بخشند. یا به عباره دیگر قانون اوامر صریح و الزامی است که به صورت مکتوبه توسط مقامات ذیصلاح وضع و تدوین شده و منظور از آن رهنمایی حیات آینده جامعه می‌باشد.

دوم - خصوصیات قانون: قانون دارای خصوصیات زیر می‌باشد:

1. قانون باید از طرف مقامات ذیصلاح تدوین و وضع شود. این صفت قانون بیشتر جنبه شکلی داشته و منظور آن این است که مقامی که تجویز صریح را اتخاذ می‌کند، باید دارای صلاحیت باشد.

2. قانون عمومی و مجرد است. یعنی همه حالات ممکن الوقوع را بدون ذکر اشخاص مد نظر می‌داشته باشد؛ اما بعد وقوع عمل حالت عمومیت قانون تغییر می‌کند. (جهت تفصیلات مزید به این مسئله به بحث خواص قواعد حقوقی مراجعه شود.)

3. قانون دایمی است. دایمی بودن قانون چنین معنی می‌دهد که یک قانون زمانی که نافذ شد به صورت متداوم جریان داشته باشد و همیشه نافذ باقی خواهد ماند؛ مگر این که قانون دیگر برای الغای آن نافذ گردد و این موقع است که قانون قدیم جایش را برای قانون جدید می‌گذارد و از تطبیق باز می‌ماند. در غیر آن قانون در هر موقع قابل تطبیق بوده و موعد معین برای آن وجود ندارد؛ ولی بعضاً دیده می‌شود که در موقع جنگ و بحران قانون به صورت مؤقت از انفاذ باز می‌ماند و یا قانون دیگری برای یک دولت، مثلاً در حالات بحرانی یا جنگ وضع می‌گردد که البته این موضوعات حالت استثنایی داشته و هیچ‌گونه صدمه به دایمی بودن قانون وارد نمی‌کند.

4. قانون دستوری است کتبی و مجهز به مؤیده، که از طرف مقامات دولتی مورد اجرا و تطبیق قرار می‌گیرد. در اخیر قابل یاد آوری می‌دانیم که قانون به معنی خاص آن عبارت از آن مقرر است که حاوی مراتب شکلی بوده، تعیین صدور آن از مرجع باصلاحیت صورت گرفته و به توشیح رییس دولت رسیده و بالاخره نشر و اعلان گردیده باشد. همچنان حاوی صفات متنی می‌باشد که فوقاً از آن ذکر شد مانند مجردیت و عمومیت، اجباریت و مؤیده‌ای بودن و بالاخره کتبی بودن.

سوم - سلسله مراتب قوانین: طوری که در درس گذشته مطالعه کردیم قانون در رأس منابع و مصادر حقوق قرار دارد که قواعد حقوقی را ایجاد می‌کند؛ ولی اگر به نظر دقت دیده شود در بین قوانین نیز سلسله مراتب از نظر اهمیت و ارزش آن به ملاحظه می‌رسد از این رو ما می‌توانیم قوانین را به درجات زیر تقسیم نمایم:

الف - قانون اساسی: طوری که از وجه تسمیه آن بر می‌آید عبارت از مقرر عامی است که در رأس قواعد رهنمودی یک جامعه قرار داشته و هدف آن تنظیم امور عمومی دولت و ارکان متشکله آن و بالاخره تثبیت حقوق آزادی‌ها، مکلفیت‌ها و وجایب مردم است که به شکل اصول کلی و عمومی تحریر یافته است. قانون اساسی مجموعه مدونی است که برای تنظیم حیات یک دولت وضع گردیده و قوانین دیگر از آن الهام می‌گیرند. از این جا است که می‌گوییم قانون اساسی در رأس یک هرم قرار دارد در حالی که در تحت آن سایر قوانین می‌آید.

این تفوق، برتری و افضلیت را قانون از جای می‌گیرد که موجب هر نوع احترام و سزاوار امتیاز است و آن عبارت از مرجع تدوین کننده آن یعنی ممثلین عالی اراده مردم می‌باشند؛ اما بعضاً قانون اساسی توسط مجلس مؤسسان به وجود می‌آید؛ ولی بعضی اوقات دیگر از طریق همه پرسی (رفراندوم). از این رو هر گونه تفسیر و تعدیل آن به آسانی امکان پذیر نمی‌باشد، یعنی اگر قرار باشد تغییر یا تعدیل در قانون اساسی رونما گردد، توسط مقامی که قانون را وضع کرده صورت گرفته می‌تواند و بس.

به صورت خلاصه گفته می‌توانیم که قانون اساسی آن مقرر حقوقی است که از یک طرف از یک قدرت عالی و مرجع مورد احترام منشأ گرفته و از طرف دیگر این دستور عالی جمعیت حاوی قواعد عمومی و کلی است که بعداً توسط قوانین دیگر تکمیل شده و حیات اقتصادی، سیاسی و اجتماعی جامعه را تنظیم می‌کند. بنابر آن لازم است که به آن ارزش و اهمیت را قایل باشیم و مؤیدات مهم تر را جهت ضمانت اجرایی آن قبول‌دار گردیم.

1- تاریخچه قانون اساسی در جهان: گرچه پیدایش رسمی قانون اساسی با همین نام و نشان آن تاریخ دیرینه ندارد؛ اما مفهوم و محتوای قانون اساسی از بدو خلقت انسان و ایجاد جامعه درك شده و از روزی که زندگی اجتماعی در پهنه حیات آغاز شد وجود قانون به معنی عام و قانون اساسی به معنی خاص نیز جزو انفکاک ناپذیر آن گردید؛ ولی با مرور زمان در موازات با تحول و انکشاف زندگی انسان مفهوم قانون اساسی نیز تطور و تکامل کرد.

اولین قانون اساسی به مفهوم معاصر در جهان قانون اساسی ایالات متحده آمریکا می‌باشد که در سال 1776 در ایالت ورجینیا به تصویب رسید؛ اما این قانون نظر به کمی و کاستی که داشت نمایندگان مردم ایالات متحده آمریکا را داشت تا بر متن مسوده قانون اساسی غور و دقت هرچه بیش‌تر نمایند و در سال 1789 تکمیل و به تصویب رسید. گرچه تا حال 27 بار تعدیل شده است؛ اما وجود آن هم اصل و اساس آن پایدار مانده و بیش از 240 میلیون آمریکایی پراکنده را در سراسر آمریکا اداره می‌کند. بعد از آمریکا، فرانسه دومین کشوری بود که در سال 1791 قانون اساسی خود را وضع کرد. بعد از آن نهضت تدوین قانون اساسی در سراسر اروپا به حیث يك حرکت سیاسی ادامه یافت و کشورهای زیادی یکی بعد دیگری برای خود قانون اساسی وضع و تدوین کردند.

2- تاریخچه قانون اساسی در افغانستان: در افغانستان اولین قانون اساسی بعد از استقلال کشور در زمان امیر امان الله خان در سال 1301 به نام نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان تدوین و تصویب گردید.

امان الله خان از پیشرفت کشورهای غربی متأثر شده بود و آرزو داشت که افغانستان نیز در آینده يك کشور مترقی و پیشرفته در سطح جهان قد علم نماید، که تحقق این امر مرتبط به داشتن يك قانون اساسی عصری و مدرن بود. بدین منظور يك طرح قانون اساسی از طرف حکومت به نمایندگان مردم تقدیم گردید تا آنان در رابطه به مسوده قانون ابراز نظر نمایند.

لویه جرگه که در سال 1301 در شهر جلال آباد جهت تصویب نظامنامه منعقد گردید بود، به دلیل این که نمایندگان تمام ولایات کشور در آن حضور نداشتند، تصویب نظامنامه به جرگه دیگری محول گردید. در لویه جرگه پغمان که در سال 1303 به منظور تصویب نظامنامه منعقد گردیده بود، اعضای لویه جرگه مباحثات خود را روی مواد و احکام نظامنامه آغاز کردند.

نمایندگان در مورد مسایل دینی نهایت حساس و دقیق بودند و در هر ماده قانون که جزئی ترین تضاد با احکام اسلامی دیده می‌شد آن را به شدت رد می‌کردند. مرحوم فیض زاده در باره جریانات لویه جرگه پغمان می‌نویسد (نمایندگان ملت تمام نظامنامه را که به غرض تصویب به لویه جرگه تقدیم شده بود به دقت تحت بررسی قرار دادند و خود را برای قبول قسمت‌های که مفید و رد آنچه که خلاف ارزش‌های مذهبی پنداشته می‌شد آماده کرده بودند و مسایل را با دلچسپی و وسعت بررسی می‌کردند و بالاخره قانون اساسی که در 73 ماده تدوین شده بود از طرف اعضای لویه جرگه که تعداد شان به 1504 نفر می‌رسید به تصویب رسید.

در مورد این که چرا قانون اساسی 1301 را نظامنامه نام‌گذاری کردند مرحوم طرزی می‌نویسد: در کشور عزیز ما کلمه قانون يك واژه منقور در اذهان مردم تلقی شده بود و هر فرد نسبت به این اصطلاح نفرت و انزجار نشان می‌داد و افراد قانون را مخالف شریعت اسلام می‌پنداشتند.

- دومین قانون اساسی در زمان نادرخان تدوین گردید و لویه جرگه سال 1309 به اشتراك 525 نفر نماینده در 110 اصل به نام اصولنامه اساسی افغانستان تصویب گردید.
- سومین قانون اساسی در دوره زمامداری محمد ظاهر شاه تدوین گردید. ابتدا کار تسوید قانون توسط کمیته تسوید آغاز و این کمیته مسوده قانون اساسی را در حمل سال 1343 تکمیل کرد. سپس کمیسیون مشورتی تعیین گردید تا مشوره های لازم را در مورد مسوده قانون بدهند. تمام فعالیت‌ها توسط وزارت اطلاعات و فرهنگ به نشر می‌رسید تا مردم از موضوع آگاه و نظریات خود را ابراز نمایند، که در نتیجه عده‌ای از نویسندگان در این مورد نظریات خود را به نشر رسانیدند.
- لویه جرگه در سال 1343 خورشیدی مصادف با سال 1964م توسط شاه به عنوان رییس جرگه در عمارت سلام خانه، افتتاح شد.
- مذاکرات در میان نمایندگان مردم تقریباً ده روز ادامه یافت و در چندمورد شکل حاد و جدی را اختیار کرد. مثل مسئله خانواده شاهی، زبان، نقش مذهب در قانون گذاری و قضاء و بالاخره مفکوره تازه استقلال قضایی.
- بعد از گذشت همه جدال و مناقشه متن جدید قانون اساسی توسط 454 نفر نماینده به امضا رسید و با توشیح ظاهر شاه به محل تطبیق در آمد.
- چهارمین قانون اساسی در زمان جمهوری محمد داوود خان تدوین گردید. در آغاز تأسیس جمهوریت، محمد داوود در بیانیه خود در سال 1973 تصویب قانون اساسی جدید را بر مبنای دموکراسی حقیقی وعده داده بود. این وعده برای مدت چهار سال بدون تذکر دلیل معطل ماند؛ اما پیدایش کشیدگی ها در داخل دستگاه و ضرورت ادامه رژیم او را وادار ساخت تا به این کار اقدام کند. بنابر این در سال 1976 هیئتی را برای تهیه مسوده قانون اساسی مؤظف ساخت که در سال 1977 مسوده قانون اساسی در جراید انتشار یافت.
- در دهم دلو 1355 لویه جرگه مرکب از 325 نفر آغاز به کار کرد و پس از 15 روز مباحثه در 25 دلو 1355 این قانون از جانب داوود خان به توشیح رسید و انفاذ آن اعلام گردید.
- پنجمین قانون اساسی افغانستان به نام اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان در سال 1359 توسط شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان در 10 فصل و 68 ماده به طور مؤقت تصویب گردید و به اجرای گذاشته شد.
- ششمین قانون اساسی در زمان ریاست جمهوری داکتر نجیب الله وضع گردید، که در لویه جرگه سال 1366 در 13 فصل و 149 ماده به تصویب و به توشیح داکتر نجیب الله رسید.

- قانون اساسی سال 1366 تا سال 1371 نافذ بود و با روی کار آمدن حکومت مجاهدین در کابل توسط صبغت الله مجددی رئیس دولت مجاهدین ملغاً قرار داده شد.
- هفتمین قانون اساسی افغانستان که هرگز به تصویب و توشیح نرسید متن پیشنهاد شده اصول اساسی جدید افغانستان در دوران ریاست جمهوری استاد برهان الدین ربانی بود که در 114 ماده توسط کمیسیون مرکب از 50 نفر تدوین گردید؛ ولی نظر به انتقاد احزاب جهادی و افشار مختلف ملت که روی متن مسوده داشتند به توشیح نرسید.
- هشتمین قانون اساسی بعد از سقوط رژیم طالبان و آغاز فصل نوینی در تاریخ معاصر افغانستان ساخته و به مرحله اجرا گذاشته شد. بر طبق موافقت‌نامه بن، دولت انتقالی مؤظف گردیده بود که 18 ماه بعد از تأسیس اداره انتقالی، لویه جرگه قانون اساسی را دایر و قانون اساسی نوین افغانستان را تصویب کند. این لویه جرگه بنابر دلایل تخنیکی با دو ماه تأخیر در 23 قوس سال 1382 مطابق 13 دسامبر 2003 برگزار شد. در 23 روز بحث و مذاکره در چهاردهم جدی سال 1382 مسوده قانون اساسی در 12 فصل و 162 ماده به تصویب نمایندگان ملت رسیده و بعد از توشیح رئیس جمهوری اسلامی افغانستان نافذ شد.

ب - قوانین عادی: قوانین عادی در واقع عبارت از آن ارشادات و احکامی اند که از قانون اساسی الهام می‌گیرند. به این اساس قوانین عادی محتوای قوانین می‌باشد که برای توضیح، تشریح و تکمیل مقررات و اصول اساسی که در قانون اساسی تذکر رفته وضع و تدوین می‌شود. مثلاً در قانون اساسی ذکر می‌شود که انتخابات پارلمانی به شکل عمومی، سری و مستقیم و مطابق به قانون انتخابات صورت می‌گیرد. در این دستور به خوبی واضح می‌شود که قانون اساسی تنها اصول اساسی انتخابات را که عبارت از عمومیت، سری بودن و مستقیم بودن آن است وضع کرده، در حالی که تنظیم سایر مسایل مربوط به انتخابات، مثل تعیین حوزه‌های انتخاباتی، شرایط برای انتخاب شدن و انتخاب کردن را به دستور دیگری، که قانون انتخابات نامیده می‌شود، محول کرده است. لذا قانون انتخابات به مقایسه قانون اساسی حیثیت قانون عادی را دارا است. به عین شکل تمام قوانین به اشکال و به اتکا به ارشادات قانون اساسی در یک ساحه به صورت مستقیم و صریح تنظیم و رجعت داده می‌شود. این چنین قوانین به نام قوانین عادی یاد می‌شوند، که منظور آن تنظیم یک ساحه خاص تغییر و تکمیل یک اصل کلی جهت رهنمایی حیات اجتماعی یک جامعه می‌باشد. در حالی که قوانین اساسی محتوای همه ساحات اساسی و جمعی حیات یک جامعه است. قوانین عادی بر خلاف قوانین اساسی با تشکیلات و تشریفات خاص وضع و نافذ نمی‌گردد؛ بلکه این قوانین به صورت عموم در چوکات قانون اساسی به طور عادی وضع می‌گردند.

ارگان که صلاحیت وضع قوانین عادی را دارد عبارت از پارلمان یا قوه مقننه است. قانونی که توسط پارلمان وضع می‌گردد، بعد از توشیح رییس دولت مدار اعتبار می‌باشد؛ اما در بعضی موارد حکومت برای پیشبرد بعضی برنامه‌های عاجل خود از پارلمان صلاحیت می‌گیرد تا قوانین عادی را وضع نماید. به همین ترتیب در وقت تعطیل پارلمان رییس دولت صلاحیت دارد تا فرامین تقنینی را وضع نماید؛ اما در هر دو مورد فوق از همان موعدی که پارلمان تعیین کرده جهت تصویب به پارلمان رجعت داده می‌شود و در صورتی که این قوانین توسط پارلمان رد گردد، و یا این که در همان موعد تعیین شده به پارلمان رجعت داده نشود از اعتبار ساقط می‌گردد. نقطه قابل تذکر و دلچسپ این است که آیا قوانین عادی مخالف با روحیه متن صریح قانون اساسی حرکت می‌تواند و یا خیر؟ جواب این سوال بدون تردید منفی است. یعنی قانون عادی هیچ‌گاه نمی‌تواند که مغایر قانون اساسی حرکت کند؛ ولی سوالی که در ذهن ما خطور می‌کند، عبارت از این است که هرگاه چنین واقعه رخ دهد سر نوشت قوانین عادی چه خواهد بود؟ و کدام مقام است که ارزیابی این موضوع را کرده و کنترل مطابقت قوانین عادی را با قانون اساسی به عهده دارد؟ در مورد سوال اولی، باز هم جواب کوتاه این است که قانون مذکور از انفاذ باز مانده و باطل تلقی می‌گردد؛ ولی این که صلاحیت اصدار چنین تصمیم را کدام مقام دارد و طرق شیوه‌های مختلف قابل پیش‌بینی است. مثلاً در فرانسه برای این منظور شورای وجود دارد که به نام شورای قانون اساسی یاد می‌شود. در کشور ما به تقلید از این روش نیز راجع به کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی کمیسیون نظارت قانون اساسی وجود دارد. در بعضی کشورها این وظیفه به یک محکمه خاص قضایی سپرده شده است. به همین ترتیب در ایتالیا یک محکمه اختصاصی به این منظور وجود دارد که به نام محکمه قانون اساسی یاد می‌شود.

چهارم - نیروی الزامی قانون

طوری که در دروس گذشته مطالعه کردیم قانون امر و دستور است

برای تنظیم حیات اجتماعی، اقتصادی، سیاسی یک جامعه که خود به خود احترام و اطاعت را از جانب تمام افراد کشور مطالبه می‌کند؛ ولی از آنجایی که ساحه تطبیق، منظور و هدف هر قانون متفاوت می‌باشد بنابر آن تا جایی که به ملاحظه می‌رسد همه قوانین عین درجه الزام و اجبار را نداشته؛ بلکه قوانین از این رهگذر و بنابر خاصیت مؤیده و درجه اهمیت و جدی بودن شان بر حسب عادی تصنیف و طبقه بندی شده می‌توانند. مثلاً اگر اهمیت یک قانون از نظر هدف و مرامی که دارد بی اندازه جدی و مهم تلقی شود، طبیعی است که مؤیده آن نیز در صورت تخلف شدید خواهد بود، در حالی که اگر ارزش یک قانون از نظر نظم عام و تأثیرات آن بالای حیات اجتماعی محدود تر باشد، واضح است که مؤیده آن نیز خفیف می‌باشد. بناً به خوبی واضح می‌گردد که قوانین از رهگذر درجه اهمیت شدت و خفت مؤیدات یا نیروی الزامی به چهار دسه تقسیم شده می‌تواند.

1- قوانین نظام عامه: عبارت از آن دسته قوانین و مقررات است که هدف و

منظور آن حفظ نظم عامه، جلوگیری از اخلال امنیت و سعادت بخشیدن حیات یک جامعه می‌باشد. جزای پیش بینی شده برای این چنین دساتیر بطلان مطلق است.

بطلان مطلق چنین مفهوم دارد که، معامله را از اصل و مبدا باطل می‌سازد. خصوصیات این بطلان در این است که تقاضای بطلان از طرف تمام مردم به شمول څارنوال (مدعی العموم) و خود قاضی صورت گرفته می‌تواند. ثانیاً این که اعمال مخالف نظام عامه توکید شده نمی‌تواند؛ بلکه در هر صورت قابل انحلال است و هیچ کس نمی‌تواند که آن را تأیید و از بطلان آن صرف نظر کند. ثالثاً این که اگر حق مطالبه انحلال و بطلان این چنین معاملات بگذرد باز هم به مجرد کسب اطلاع، بطلان آن از محکمه تقاضا شده می‌تواند.

کلمه نظام عامه از آنجایی که آن قدر روشن و واضح نیست، اگر چنین صراحت بعضاً در متن قانون ذکر شود که این قانون برای حفظ نظم عامه، وضع شده در متن قانون به ملاحظه نرسد، محاکم حین رسیدگی قضایا به رویت روحیه و هدف و مرام که دارد این امر را استخراج خواهد کرد و قانون را به نظام عامه و یا غیر آن مربوط خواهند دانست.

2- قوانین امری ساده: این دسته قوانین مجهز به مؤیده بطلان مطلق است؛ اما مطالبه بطلان آن تنها از طرف اشخاص ذیعلاقه صورت گرفته می‌تواند نه تمام افراد. یعنی این چنین قوانین گرچه با نظام عامه مستقیماً سرو کاری ندارد؛ بلکه مقنن خواسته است تا با وضع کردن این دستور حقوقی یک تعداد افرادی را محافظت و معاملات آن‌ها را حمایت نماید، که به صورت غیر مستقیم با نظم عامه ارتباط می‌گیرد. بنابر آن ضمانت اجرایی این چنین قوانین را باز هم با مؤیده بطلان مطلق تأمین کرده اند. تنها در این جا اشخاص ذیعلاقه بطلان آن را تقاضا کرده می‌تواند و سایر افراد مانند څارنوال، قاضی و دیگر افراد جامعه صلاحیت ندارند تا در زمینه تقاضای بطلان مداخله کنند. مثلاً قانون مدنی در زمینه رهن (گرو) مقرر داشته که باید از روی یک وثیقه رسمی و شرعی تحریر یافته و به وسیله محرر محکمه و قاضی وثایق مهر و امضا شده باشند، در غیر آن معاملات رهن اعتبار قانونی نخواهند داشت. از این دستور قانون چنین فهمیده می‌شود که هرگاه اشخاص خواسته باشند جایداد غیر منقول شان را بر اساس یک سند عرفی تحت رهن بگذارند، در این صورت سند عرفی مذکور اعتبار نداشته و معامله‌ای که بالای آن صورت گرفته باطل و قابل انحلال است؛ ولی تقاضای انحلال و بطلان آن نظر به این که مستقیماً به نظام عامه تصادم نمی‌کند، بناً از طرف څارنوال (مدعی العموم) تقاضا شده نمی‌تواند؛ بلکه تنها اشخاص ذیعلاقه می‌توانند چنین مطالبه را به عمل آورند.

3- قوانین امری که قطعاً به نظام عامه ارتباط ندارند: در این مورد مقنن خواسته است تا توسط این تدبیر حقوقی منافع اشخاص انفرادی و طرف معامله را حمایت کند. بناً مؤیده پیش‌بینی شده برای این گونه قوانین بطلان نسبی است.

بطلان نسبی چنین معنی می‌دهد که تمام افراد نمی‌توانند انحلال عمل مخالف این گونه قوانین را مطالبه کند. تنها آن دسته اشخاص طرف معامله که، قانون خواسته است منفعت شان را حمایت کند و از آن‌ها در قانون صریحاً اسم برده است، مطالبه بطلان آن را تقاضا نمایند. بناً اعمال مذکور توسط خود همین اشخاص تولید شده می‌تواند، مرور زمان آن هم معلوم است، مثال واضح این قوانین عبارت از دساتیری است که راجع به عدیم الاهلیت (فاقد اهلیت حقوقی) وضع شده است.

یعنی اشخاص نظر به صغر سن و یا اختلال دماغی و عدم تکمیل رشد با وجود کبر سن باز هم مانند اطفال صغیر خوانده می‌شوند. بنابر آن این دسته اشخاص که در قانون به نام اشخاص عدیم الاهلیت مسمی گردیده اند اجازه ندارند، که بعضی اعمال تصرفی را مانند خرید و فروش ملکیت‌های غیر منقول بدون وساطت وصی، ولی ویا وکیل شان انجام دهند. قانون با این دستورش خواسته است تا این دسته اشخاص را که منافع شان را خود شان نمی‌توانند به خوبی حمایت کنند، حمایت کند؛ زیرا آن‌ها قادر نیستند که خیر را از شر و خوب را از بد و نفع را از ضرر تمیز دهند. لذا اشخاص مذکور محتاج به کمک و معاونت بوده و از این جاست که ایشان تحت حمایه قانون قرار گرفته اند تا بدین طریق از تلف شدن حقوق و منافع شان جلوگیری به عمل آید. بنابر این دلیل است که قانون مقرر داشته تا اعمال تصرفی این چنین اشخاص باید ذریعه ممثل قانونی شان انجام گیرد. از این جاست که خاصیت نسبی بودن بطلان واضح می‌شود و آن بدین معنی است که اگر شخص عدیم الاهلیت بدون وساطت ممثل قانونی اش معامله را انجام دهد، این عمل او مواجه به بطلان نسبی است. یعنی تنها خود همین اشخاص که مورد نظر و حمایه قانون است تقاضای بطلان را می‌توانند و بس. بر خلاف اگر خود شان تشخیص دهند که معامله مذکور به نفع شان است باز هم قانون به منظور حفظ اصل استقلال اراده و احترام گذاشتن به آزادی های افراد توکید چنین اعمال را توسط خود اشخاص مذکور قابل قبول دانسته است.

4- قوانین اختیاری و غیر امری: وجه تسمیه غیر امری بودن برای یک قانون منطقی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا طوری که در دروس گذشته مطالعه کردیم، وصف عمده هر دستور قانونی عبارت از امری بودن آن است. این وجه تسمیه تعریف و تعبیرانش را در این امر می‌یابد که بعضی اوقات مقنن تدابیر و ارشادات را وضع می‌کند که به موجب آن روش‌های مختلف را پیشنهاد می‌کند؛ و در انتخاب آن افراد را آزاد می‌گذارد تا آن جایی که خواسته اند یکی از این روش‌ها را اختیار کرده و مطابق به آن عمل نمایند. به این اساس این قوانین عبارت است از: قوانین که از طرف مقنن تدوین و راه و روش را برای افراد توضیح کرده است؛ ولی در مورد پیروی و رعایت آن به اشخاص قسماً آزادی را قابل شده و آن‌ها اختیار دارند که هر طوری خود شان تشخیص دهند منافع ایشان را تأمین کرده و توسط عقد خصوصی مناسبات ذات البینی ایشان را تنظیم نماید، مشروط به این که این عقد خصوصی و استفاده از آزادی مخالف نظام عامه و آداب نیکوی جامعه واقع نگردد.

برای توضیح این مطلب اینک مثالی را ذکر می‌کنیم. طوری که به شما معلوم است به اثر ازدواج دختر و پسر با هم‌دیگر متحد شده و کانونی را تشکیل می‌دهند، که فامیل نامیده می‌شود. در حیات فامیلی طبیعی است که مسئله داری و اموال مطرح بحث قرار گرفته و ممکن است که قسمتی از آن توسط زوجه تهیه شده باشد و قسمتی دیگر آن توسط زوج. سپس برای این که این موضوع عادی سبب بروز اختلافات و منازعه در بین زوجین در آینده نگردد، مقنن فرانس در مورد اداره اموال فامیلی

مقررات و اصولی را ترتیب و آن را به اسم رژیم مالی ازدواج مسمی کرده است. رژیم مالی ازدواج در واقع طرق اداره اموال زوجین است در دوران زندگی مشترک و تعقیب زوجیت؛ و آن بدین معنی است که قانون برای زوجین یک تعداد رژیم ها مالی را پیشنهاد می‌کند. مثلاً مشارکت مالی یعنی مال زن و شوهر مشترک بوده و هر دو متحدانه به اداره و استفاده از آن پرداخته می‌توانند. دیگری رژیم انفصال مالی که منظور آن تفکیک است، بین دارایی زوج و زوجه، یعنی دارایی هر کدام به خودشان متعلق می‌باشد. در پهلوی آن مقنن اجازه می‌دهد که زوجین یکی از این دو رژیم مالی را به اساس یک عقد خصوصی موقع انعقاد عقد نکاح انتخاب کنند و یا این که طور دیگری که خودشان عقدی را مطلوب می‌دانند رژیم مالی شان را تثبیت و تعیین می‌دارند.

قوانین اختیاری در بعضی از کتب و تألیفات به اسم قوانین مکمل و تفسیری نیز ذکر شده و آن به سببی است، که این قوانین را علمای حقوق تکمیل کننده تبارز اراده اشخاص در معاملات می‌دانند. اگر مثال فوق الذکر را باز هم در نظر بگیریم هرگاه زوجین عقد خاصی برای تعیین رژیم مالی ازدواج شان موقع عقد نکاح منعقد نکرده باشند، در این صورت فقدان عقد خصوصی پیش‌بینی می‌گردد، و از راه و روش دیگری باید پیروی نمایند؛ زیرا تبارز اراده شان در موقع عقد نکاح در زمینه نقش رژیم مالی ازدواج نامکمل بوده و لازم است تا تفسیر و تکمیل گردد. از این جاست که این چنین قوانین را به عوض قوانین غیر امری قوانین تفسیری یا مکمله یاد می‌کنند.

پنجم - ساحه تطبیق قانون

ساحه قانون یکی از مسایل بس مهم و در عین حال از مباحث پیچیده حقوق بوده که جواب‌گوی دو سوال عمده می‌باشد: یکی آن که ساحه تطبیق قانون در مکان از چه قرار خواهد بود؟ و دیگری ساحه تطبیق قانون از نظر زمان که معضله تنازع قوانین را از نظر زمان تشکیل می‌دهد چطور حل و فصل خواهد شد؟

در موضوع اول گفتنی زیادی لازم دیده نمی‌شود، چه مسئله مذکور آن قدر مشکل و پیچیده نیست. طوری که واضح است اصول عمومی در حقوق از نظر تطبیق قانون که ناشی از اصل حاکمیت می‌باشد، این است که هرگاه قانونی در داخل یک کشور نافذ و مرعی الاجرا گردد، قانون مذکور بالای تمام افراد و وقایع که مدنظر قانون می‌باشد در سرتاسر قلمرو همان مملکت قابل تطبیق خواهد بود. یعنی همه افراد در هر کنج و کناری که زیست می‌کنند، گرچه تابعیت آن کشور را هم نداشته باشند باز هم از آن جایی که در سلطه قلمرو یک مملکت بود و باش دارند، قوانین مذکور بالای شان تطبیق می‌شود و مجبور می‌باشند تا نظم عمومی و قواعد حقوقی آن کشور را مراعات نمایند. از این رو به خوبی فهمیده شده می‌تواند که ساحه تطبیق قانون از نظر مکان حدود و سرحدات رقبه و قلمرو یک مملکت است که البته شامل رقبه تمام سرزمین های اصلی و اشغالی یک مملکت می‌باشد.

مسئله دوم یعنی تطبیق قوانین از نظر زمان تا حدی مشکل و پیچیده است و ایجاب بحث، تتبع و تحقیق مزیدی را می‌نماید. از این رو لازم است تا ما آن را ضمن شماره های جدا مورد مطالعه قرار دهیم؛ زیرا موضوع که می‌خواهیم از این جا بررسی کنیم عبارت از موضوع تنازع قوانین است در زمان، یعنی قانون از کدام موقع انفاذش شروع شده و تاچه وقت دوام خواهد کرد؟ زیرا اشکال مسئله و موضوع تنازع در بین قوانین زمانی رونما می‌گردد، که دو قانون از نظر ماهیت در بین هم در تضاد واقع شوند. این وقتی است که یک عمل حقوقی و موقف قانونی به دستور قانون گذشته تثبیت شده و در تحت اجرا باشد که قانون جدید نافذ شود. در این جاست که مشکل رونما گردیده و تطبیق کنندگان قانون به مشکل مواجه می‌شوند و از خود سوال می‌نمایند که دستور کدام یک از قوانین یعنی گذشته یا موجوده در قضیه تطبیق شود.

در این جا آرا و نظریات علما مختلف است، گرچه منطقیاً چنین فهمیده می‌شود که قانون باید اثراتش را بعد از انفاذ بار آورد و به گذشته علاقه نگیرد؛ بلکه اصولاً حیات آینده جامعه را رهنمایی نماید؛ اما طوری که در عمل دیده می‌شود این موضوع به این سادگی حل نگردیده؛ بلکه مشکل‌های متعددی از آن عرض اندام کرده است. قبل از آن که به این مسایل رسیدگی نماییم لازم به تذکر است که از نظر تاریخ انفاذ باز هم بعضی نکات قابل یاد آوریت.

البته این مسئله واضح است که قانون بعد از توشیح به مجرد نشر و اعلان جهت اطلاع دهی عامه در جریده رسمی نشر و مرعی الاجرا می‌شود. بعضاً می‌شود که مقنن خودش تاریخ انفاذ را تعیین کند، مثلاً بگوید که از تاریخ 25 ثور 1388 بالای همه افراد نافذ و مرعی الاجرا است. البته این قوانین مطلق نیست؛ بلکه در آن بعضاً استثناها دیده می‌شود، مثلاً در مواقع عاجل و خطیر حکومت می‌تواند که بعد از نشر قانون در جریده رسمی ذریعه تلیفون یا ایمیل، تمام ولایات را از موضوع خبر دهد و مسئولین ولایات را مکلف سازد که قانون را از مواضع عمومی مانند مساجد، پارک ها و غیره اعلان نماید که متعاقب این اعلان یک روز بعد قانون نافذ ساخته شود. از طرف دیگر در بعضی از موارد ممکن است تطبیق یک قانون به صورت آنی و دفعتاً مشکلات را در قبال داشته باشد. پس برای این که زمینه تطبیق برای قانون مذکور آماده و مهیا گردد، مقنن یا حکومت می‌تواند تاریخ انفاذ را به تأخیر و تعویق بیاندارد. مثلاً گفته شود که این قانون یکسال بعد از این تاریخ قابل انفاذ است، تا بدین ترتیب مقدمات تطبیق قانون مذکور فراهم گردد. طوری که در سطور گذشته به آن اشاره کردیم موضوع تطبیق قانون از نظر زمان از مباحث مشکل حقوق است. فرض نمایید که عقدی تحت اجرا است که کاملاً مطابق به قانون گذشته منعقد شده است، آیا عقلاً یا منطقیاً ممکن خواهد بود که قانون جدید را بالای آن عقد منعقد شده تطبیق کرد؟ و آثار جدیدی حقوقی را که ناشی از قانون جدید می‌باشد بالای آن مرتب ساخت و آیا خواهیم توانست که به مجرد انفاذ قانون جدیدی آن عقد را متوقف، تعدیل و یا کاملاً از بین برد و به جای آن ارشادات قانون جدید را که متعاقبین ابتدا از آن خبر نبودند نافذ و مرعی الاجرا ساخت و یا خیر؟ پس اگر چنین شود آیا این امر به اصول عقود معاملات و تمام اعمال و حادثات حقوقی گذشته لطمه وارد نخواهد کرد و آیا بالآخر

اعتبار و اعتماد از قوانین مرعی الاجرا از بین نخواهد رفت و در نتیجه بی‌اعتنایی را در مورد اطاعت از قانون موجب نخواهد شد، جواب این همه سوالات مثبت است.

بر خالف اگر به قانون اثر رجعی ندهیم واضح است که در یک جامعه دو نوع موقف عقود و معاملات حقوقی را عمداً به میان آورده ایم که این خود عدم مساوات را در برابر قانون علنی داشته و اسباب نارضایتی را در جامعه به بار خواهد آورد. پس برای رفع این معضلات، حقوق‌دانان و قضات در جست‌وجوی چاره‌های گردیدند که اینک به مطالعه آن می‌پردازیم؛ ولی قبل از این باید گفت که این اصول اوامر و دستاویزی نیست که بالای واضعین قانون تطبیق شود؛ بلکه دستاویزی می‌باشد که قضات را در موقع تطبیق قانون در قضایا، مکلف به پیروی از آن می‌سازد.

1- طرح قضایا و معضلات ناشی از اصل عدم رجعت قانون به ماقبل و دلچسپی آن قانون برای آینده: منظور از اصل عدم رجعت قانون به ماقبل عبارت از این است: زمانی که قانون جدید نافذ می‌شود بالای حادثات و اعمال حقوقی که قبلاً به وقوع پیوسته تأثیر وارد کرده نمی‌تواند. گرچه آثار و نتایج این اعمال و حادثات دوامدار هم بوده و در موقع انفاذ قانون جدید ادامه داشته باشد و بعداً نیز دوام پیدا می‌کند. به این اساس قانون جدید (قانون لاحق) اثراتش را از موقع انفاذ به بار می‌آورد، نه آنچه مربوط به گذشته است. طور مثال قانون سال 1935 فرانسه سن رشد را 21 تعیین کرد. حال اگر قانون جدید به ماقبل رجعت کند از تمام معاملات حقوقی از طرف شخص متخلف به موجب قانون قدیم انجام یافته بود ارزش حقوقی شان را از دست می‌دادند. مثال دیگر: قانون قدیم درجه وارثین را تا شش تعیین کرده؛ اما قانون جدید درجه فوق را به پنج دسته تنظیم می‌دارد. در این صورت اشخاص که از زمان قانون قدیم حق گرفتن میراث را داشته اگر به قانون اثر رجعی دهیم اشخاص مربوط به درجه ششم حقوق شان را از دست خواهند داد و اگر بر اساس قانون جدید رفتار نمایم حق ایشان از دست خواهد رفت. علاوه بر این مثال بعضاً موافق خود بروز می‌کند که نتایج شان آنی نبوده؛ بلکه مدتی دوام می‌کند. بنابر این علمای حقوق و رویه قضایی در این موارد مداخله وسیع کرده تا با وضع کردن تیوری‌های مختلف این مشکلات را رفع سازند. اینک به مطالعه آن می‌پردازیم؛ ولی باز هم باید تذکر داد که این مشکلات تنها و تنها در ساحه حقوق مدنی و حقوق جزا مطرح بحث بوده و در برابر قاضی موقع تطبیق قانون عرض اندام می‌کند و بدین ترتیب مقنن از این مشکلات فارغ است؛ زیرا مقنن به صلاحیت خود می‌تواند که اجرای قانون را از نظر زمان در متن قانون تصریح نماید، که امروز نافذ است یا از دیروز و یا چند روز پیشتر.

2- حل مشکلات و قضایای طرح شده از نظر دکترین و رویه قضایی

الف - نظریه دکترین: علمای طرفدار مکتب اصالت جمع معتقد اند که هدف قاعده حقوقی حمایت کردن جمیعت و مفاد آن می‌باشد. از این رو قانون جدید که به مرحله اجرا می‌آید، باید تمام آثار و نتایج قوانین گذشته را از بین ببرد. از این رو قانون منحیث اصل خاصیت رجعت به ماقبل را دارا است. ایشان جهت دفاع از نظریات خود دو دلیل را ارایه می‌نمایند.

اول: قانون جدید یقیناً بهتر از قانون قدیم بوده عدالت را بهتر تأمین خواهد کرد در غیر آن وضع کردن قانون جدید لزومی ندارد.

دوم: برای این که در ساحه حقوق توحید به عمل آید از این جهت لازم است قانون جدید را بر وضع حقوق که از زمان قانون قدیم موجود شده و نتایج آن ادامه دارد نیز تطبیق نماییم، در غیر آن عدم توازن مساوات در ساحه حقوق به میان می‌آید. برخی دیگر از علما که طرفدار اصالت فرد اند و هدف قاعده حقوقی را حمایه و انکشاف شخصیت فرد می‌دانند، معتقد اند، که قانون به مجرد انفاذ فوراً مورد تطبیق قرار گرفته و به ماقبل رجعت کرده نمی‌تواند. به این معنی که اگر موقف یا حالت حقوقی در زمان قانون قدیم موجود باشد و نتایج آن دوامدار باشد، قانون جدید به هیچ وجه نمی‌تواند نتایج این موافق حقوقی را تنظیم کند و دوام پیدا می‌کند؛ زیرا طرفین معامله هنگام عقد و انجام معامله حقوقی نفع و ضرر خویش را مطابق به آن قانون سنجیده بودند و به آن اعتقاد داشتند. پس منطقی نیست که به قانون اثر رجعی بخشیم و حادثات گذشته را تحت تأثیر آن قرار دهیم.

ب - نظریه رویه قضایی: علما و قضات قدیم مشترکاً معتقد بودند که اگر حق مکتسبه باشد، یعنی در حادثه یا عمل حقوقی حق اکتساب شده مطرح بحث قرار گیرد، رجعت قانون به ماقبل ممکن نیست. حق مکتسبه حقی را گویند که اثرات حقوقی اش را تولید و یک حالت قطعی را قبل از انفاذ قانون جدید ایجاد کرده باشد. مثلاً احمد و محمود عقدی کرایه را در موضوع یک در بند حویلی منعقد می‌سازند، این معامله مثلاً در اول حمل 1387 صورت گرفته است. قانون آن زمان تعیین کرایه را به طرفین عقد واگذار شده بود. به موجب آن احمد و محمود موافقه کردند که کرایه ماهوار از قرار 30000 افغانی در ماه باشد. این قرارداد برای مدت دو سال اعتبار خواهد داشت. حال فرض نماید که یک سال بعد از انفاذ این قرارداد، قانون جدید نافذ گردیده که تعیین کرایه منازل را به دوش خود گرفت و کرایه منزل موضوع بحث را به 20000 افغانی تثبیت کرد. در این جا اگر حقی مکتسبه را قبول نمایم قانون جدید بالای قرارداد منعقد شده احمد و محمود تأثیری ندارد و محمود تا ختم قرارداد مکلف به پرداخت 30000 افغانی خواهد ماند.

در حالت موجودیت امید به حق، حق واقعی هنوز موجود نشده است که الزام را در برابر طرف دیگر خلق کند؛ زیرا امید به حق عبارت از مدت انتظاری است که اگر حوادث به ترتیب معینی دوام کند، امکان آن موجود است که شخص صاحب حق گردد، یعنی این امید و انتظار به حق واقعی مبدل می‌گردد.

مثلاً موقف اولاد قبل از وفات والدین جهت اخذ میراث و یا تأدیه

مالیات میراث که تا قبل از انفاذ قانون جدید ترکه و تقسیم افتتاح نشده باشد؛ زیرا ممکن است که قانون گذشته مالیه میراث را 20 درصد تعیین کرده باشد در حالی که قانون جدید آن را 30 درصد ارتقا داده باشد، قانون جدید بالای آن تأثیر ندارد؛ ولی اگر

این ترکه تا هنوز آغاز نیافته باشد حتی حادثه وفات در دوران قانون گذشته رخ داده باشد؛ ولی باز هم این حالت به حیث امید به حق شناخته می‌شود. در موقع افتتاح ترکه قانون نافذ و مرعی الاجرای آن وقت یعنی مالیه 30 درصد مورد تطبیق قرار می‌گیرد. علمای معاصر حقوق نظریه کلاسیک رویه قضاییه و دکترین را مورد انتقاد قرار داده و مدعی می‌باشند که نظریه حقوقی حق مکتسبه و امید به حق ناکافی و غیر عملی می‌باشد. پس بهتر آن خواهد بود که دو تیوری حق مکتسبه و امید به حق را ترک بگویم و به عوض چنین فکر کنیم که اگر حادثه و یا عمل حقوقی بعد از انفاذ قانون جدید رخ دهد در مورد تطبیق قانون مذکور بالای موافق تولید شده حقوقی هیچ‌گونه مشکل را ایجاد نمی‌کند.

ولی اگر حادثه یا عمل حقوقی قبل از انفاذ قانون جدید به وقوع پیوسته باشد باز هم با در نظر داشت روحیه عدالت و انصاف و احترام گذاشتن به اصل استقلال اراده و حریت فردی چنین باید حکم کرد: اگر قانون جدید شرایط تحقق یافتن یک حادثه و یا عمل حقوقی را جهت اکتساب حق تغییر دهد، این قانون بالای حادثات و اعمال حقوقی و موافق ناشی از آن تأثیر وارد کرده و از این به بعد به اساس قانون جدید رهنمایی خواهد شد، مشروط بر آن که حادثات یا اعمال حقوقی مطابق به قانون گذشته تحقق نیافته و شرایطی که قانون جدید جهت اکتساب حق لازم دانسته بود تکمیل نکرده باشد. پس واضح است که در این جا شرایط اکتساب حق تحقق نیافته و احراز حق به مفهومی اصلی و واقعی آن تبارز نکرده است. بنابر این لازم است تا شخصی ذی‌نفع جهت اکتساب و تحقق بخشیدن حقوقی که آرزوی حصول آن را دارد شروط را تکمیل نماید و از آن جای که شروط پیش‌بینی شده قانون قدیم از بین رفته و جایش را به شرایط معینه قانون جدید گذاشته است، از این رو منطقی است که همین قانون جدید در زمینه تطبیق نشده و شخص به اساس آن ذیحق گردد. مثلاً قانون گذشته شرط اکتساب حق ملکیت را بنابر تصرف جایداد غیر منقول با گذشت 30 سال حکم می‌کند؛ ولی قانون جدید این مدتی مرور زمان را به چهل سال ارتقا می‌دهد و می‌گوید که هر شخص جایداد غیر منقول افراد غیر را برای مدت چهل سال - که از جانب هیچ کس بالای آن ملکیت مذکور ادعای مالک بودن نشده باشد- در تصرف داشته باشد، در این حال شخصی متصرف بعد از گذشت این مدت 40 سال مالک شناخته خواهد شد و ادعای هیچ کس در آن زمینه قابل سمع نمی‌باشد. به این ترتیب طوری که ملاحظه می‌کنیم حق تصرف با گذشت مرور زمان 40 سالی که قانون قدیم آن را 30 گفته بود به حق ملکیت تبدیل می‌شود. به این اساس همه اشخاص که تا انفاذ قانون جدید مدت 30 را طی کرده باشند مالک شناخته خواهند شد. هرگاه از این مدت یک روز هم باقی مانده باشد که قانون جدید نافذ و این مدت مرور زمان را چهل سال بگوید واضح است که شخصی مذکور شروط قانون گذشته را قبول نکرده است. بناً منطقی نیست که آن‌ها را مالک بشناسیم؛ بلکه آن‌ها مکلف دانسته می‌شوند که طبق قانون جدید مدت چهل سال را تکمیل نمایند، تا بعداً حق تصرف شان به حق ملکیت مبدل گردد.

پس اگر در قانون رجعت به ماقبل ذکر شود عنصر نظم در آن نهفته است نه بی‌نظمی؛ اما وقتی که در قانون رجعت به ماقبل صریحاً تذکر داده نشده باشد، در این حال چنین فهمیده می‌شود، که قانون برای آینده است و خاصیت رجعت به ماقبل را ندارد. این اصلی است معمول؛ ولی باز هم تعیین اوقات قانون جدید بدون آن که در آن صریحاً ذکر از رجعت به ماقبل صورت گرفته باشد، باز هم طوری استثنایی و به شکل خود به خودی قابل رجعت به ماقبل است و آن در حالات زیر قابل قبول است:

1- قوانین که نظام عامه خوانده می‌شود: مانند قانونی که شرایط کار بیمه‌های کارگری، ساعات کار، ایام رخصتی و تعطیلات و یا اندازه جبران خساراتی که در جریان کار به کارگر عاید می‌شود و مستحق آن است و یا اعطای حقوق تقاعد کارگر و غیره. با وجود آن که قرارداد منعقد بین کارگر و کارفرما تحت حکمروایی قانون قدیم صورت گرفته باشد، باز هم آثار بعدی آن از موقع انفاذ قانون جدید مطابق قانون جدید تثبیت می‌شود؛ زیرا در این امر منفعت عمومی جامعه مضمّن و نهفته است. از این جاست که قانون جدید بالای آثار حقوقی یک عقدی که تحت تأثیر قانون قدیم هم منعقد شده باشد قابل اجرا بوده و آثار آن را از موقع انفاذ به بعد تفسیر کرده و طبق ارشادات قانون جدید رهنمایی می‌شود.

2- قوانین تفسیری: چنین معنی دارد که هرگاه ماده قانون گذشته غامض و پیچیده باشد و ایجاب تفسیر را کند، پس وقتی مقنن جهت توضیح آن، قانون وضع می‌کند، این قانون خود به خود خاصیت رجعت به ماقبل را دارد، یعنی از موقع انفاذ قانون قبلی متن مبهم یا گنگ قابل تطبیق دانسته

می‌شود. بناً تمام حالاتی را که مخالف روحیه این قانون تفسیری انجام یافته است، از بین می‌برد.

3- قوانین جزایی: اگر قانون جزایی جدید نافذ گردد و به موجب آن مجازات یک جرم تخفیف داده شود، این قانون بالای اعمال جرمی ارتکاب شده قبل از انفاذ این قانون نیز مورد تطبیق را دارد، مشروط به این که قضیه به فیصله قطعی نرسیده باشد؛ زیرا جزا در واقع محافظت از نظم عامه است که ناشی از امنیت عمومی مردم باشد. پس وقت که ذهنیت عامه در مقابل مجرم خفیف تر شود لزومی ندارد که جزای شدید تر قانون گذشته بالای آن تطبیق شود. بر خلاف اگر قانون جدید جزای خفیف تر را پیش‌بینی نکرده مورد تطبیق قرار نمی‌گیرد و این ناشی از روحیه ترحم است، که عموماً در برابر مجرمین در میان می‌باشد و این خود استثنایی را در این اصل وضع می‌کند که، می‌گوید: قانون بعد از انفاذ به صورت فوری محل تطبیق قرار گیرد یعنی قانون برای آینده است.

4- قوانین الغایی و یا بطلانی: عبارت از قوانینی اند که به صورت رجعی مماثل همه قوانین گذشته را باطل و ملغی اعلان می‌دارد.

وظیفه خانگی: قانون اساسی توسط محصلان مطالعه گردد.

مبحث دوم - عرف و عادات

عرف و عادات به حیث منبع حقوق دو جنبه دارد: یکی مادی و دیگری روحی یا معنوی. به این معنی که در عرف و عادات در واقع عنصر مادی و معنوی به ملاحظه می‌رسد؛ و آن بدین معنی که عرف و عادات از یک طرف مبین رفتار، کردار، پندار و سلوک، طرز العمل و پیش آمد یک جامعه است که در برابر یک سلسله مسایل حقوقی از خود نشان می‌دهد. دیگر عنصر روحی یا معنوی که عبارت از عقیده و باور مردم است به آنچه که می‌گویند و عمل می‌کنند. به این اساس ما زمانی یک طرز العمل رفتار و کردار افراد یک جامعه را عرف نامیده می‌توانیم، که در آن همین دو عنصر به ملاحظه برسد. یعنی از یک طرف طرز العملی باشد عام و کلی و از طرف دیگر معتقد بودن به آن عنعنه به شکل الزامی و واجب الاحترام.

با در نظر داشت آنچه گفتیم ما دو نوع عرف و تعامل را به حیث منبع حقوق از هم تفریق کرده می‌توانیم: یکی طرز العمل اکثریت مردم که با عقیده راسخ از آن پیروی می‌کنند و مربوط به تمام افراد جامعه است، که ما آن را به نام عرف و عادات که منشأ مردمی دارد مسمی می‌کنیم. دیگر عرف و عاداتی که منشأ آن در توده مردم دیده نشده؛ بلکه ناشی از رفتار پندار و کردار طبقه خاص می‌باشد که به نام عرف و عادت که مبنای علمی یا تخصصی دارد، یاد می‌شوند؛ و به تدریج عمومیت پیدا می‌کند و جزو قواعد حقوق می‌گردد، که ما این نوع عرف را به نام عرف و عادات که منشأ علمی دارد یاد می‌کنیم. اینک ضمن عناوین جدا گانه زیر به مطالعه آن می‌پردازیم.

اول - عرف و عاداتی که منشأ مردمی و اجتماعی دارد

1 - تعریف: این نوع عرف و عادات عبارت از مجموع اعمال، حرکات، رفتار، پندار، اعتقاد و اعتبار است که در یک جامعه از سالیان متمادی جریان داشته و افراد جامعه آگاهانه به آن معتقد باشند، که برای حفظ نظم اجتماعی و تنظیم مناسبات ذات البینی و معاملات که ایشان انجام می‌دهند، پیروی از این اساسات و اعتقادات ضروری بوده و از طرف همگان با باور کامل و راسخ احترام می‌شود. سلوک و عادات مردم زمانی به حیث عرف و تعامل شناخته خواهد شد که اولاً از طرف توده کثیری مراعات شده و بدون انقطاع در جریان باشد. همچنان محاکم هم در موقع رسیدگی به قضایا به آن ارزش داده باشند و آن را حکم کنند. در تعریفی که قبلاً در مورد عرف و تعامل ارایه کردیم دو عنصر که بعداً از آن یاد آور می‌شویم به صورت واضح جلب نظر می‌کند. یکی طرز العمل و همگانی بودن ارزش‌های جمعیت مانند رفتار، کردار، پندار و غیره که جنبه عادات و عرف را افاده می‌کند و دیگر اعتبار و باور مردم به الزامی بودن آن که به شکل شعوری و یا غیر شعوری جهت حفظ آن طور همیشه و دوامدار که عنصر روحی عرف را افاده می‌کند.

به این اساس زمانی یک عنعنه و رسم به حیث عرف و عادات که منشأ مردمی دارد شناخته می‌شود، که از طرف اکثریت افراد یک جامعه پیروی شده و همگان به آن منعقد و قضاء هم آن را تأیید کند. مثلاً در ساحه حقوق مدنی مثالی را که برای این گونه عرف و عادات ارایه کرده می‌توانیم، عبارت از مهلت است که در عقود کرایه منزل وجود دارد. آن بدین معنی که عرف ذهنیت عمومی در فرانسه چنین بوده که کرایه نشین مکلف است قبل از ترک منزل سه ماه قبل به مالک منزل اطلاع بدهد؛ زیرا مهلت سه ماه برای کرایه نشین و کرایه دهنده موقع می‌دهد، تا چاره را در زمینه نماید، در غیر آن ضرر که به مالک از رهگذر ترک کردن آبی و فوری منزل از طرف کرایه نشین می‌رسد قابل جبران نیست. بر عکس کرایه دهنده هم به مراعات کردن این مهلت قبل از اخراج کرایه نشین از منزل مکلف بوده در غیر آن در برابر آن مسئول پنداشته می‌شود. این موضوع هیچ‌گونه جنبه قانونی ندارد؛ بلکه مردم و تعامل همیشگی است که به این مسئله ارزش داده و از آن جریان پیروی می‌نمایند.

2- نیروی الزامی این گونه عرف و عادات: این نوع عرف و عادات نیروی الزامی‌اش را از قانون می‌گیرد، یعنی قانون است که به این نوع عرف نیروی الزامی می‌بخشد. در غیر آن عرف مذکور هیچ‌گونه اعتبار حقوقی نخواهد داشت؛ ولی صلاحیتی که از قانون به این نوع عرف و عادات اعطا می‌شود، بدین شکل به آن نیروی الزامی می‌بخشد، بعضاً به صورت صریح است و بعضاً به صورت ضمنی. یعنی در بعضی موارد قانون صریحاً حل معضله و نظم روابط را به عرف و تعامل حواله می‌دهد. در حالی که بعضی از مواد دیگر قانون صریحاً آن را به عرف و عادات حواله نمی‌کند؛ بلکه به طور ضمنی حل و فصل یک مسئله و تنظیم مناسبات حقوقی را که از جانب عرف صورت گرفته و یا صورت می‌گیرد قبول می‌کند و به آن ارزشی را طی یکی از مواد خویش قابل می‌شود؛ زیرا از اوصاف عرف به مفهوم حقیقی آن است که مجموع سلوک، رفتار و کردار مردم که بدون انقطاع در جریان باشد ساحه وسیع جامعه را احتوا کند و بالاخره از طرف یکی از منابع دیگر تأیید شود. برای این که این نوع نیروی الزامی عرف و عادات را که ناشی از قانون است بهتر فهمیده بتوانیم، اینک با ذکر مثالی به توضیح آن می‌پردازیم.

الف - تقویض صلاحیت و اعطای نیروی الزامی به این نوع عرف و عادات به طور صریح از جانب قانون مثلاً: یکی از مواد قانون مدنی فرانسه می‌گوید، در صورتی که یک عقد کرایه بدون موجودیت سند تحریری منعقد شده باشد، باز هم بدون در نظر گرفتن یک مهلت که توسط عرف و تعامل تعیین می‌گردد و کرایه نشین حق ندارد بدون اطلاع صاحب خانه منزل را ترک کند؛ و یا این که کرایه نشین را بدون اطلاع قبلی از منزلش اخراج کند؛ زیرا عرف و تعامل این امر را مفید تلقی کرده است. بناً قانون هم با درک این واقعیت آن را تأیید کرده است و در هر دو صورت اشخاص متخلف را مسئول ساخته است؛ ولی این که مدت مهلت به چه پیمانه خواهد بود، کاری است مربوط به عرف و تعامل که قانون به آن اشاره کرده است.

فرضاً اگر عرف و تعامل این مدت را سه ماه قبول کرده باشد و یا چهار ماه، این مدت در نظر گرفته خواهد شد.

ب - قانون به صورت ضمنی قدرت و نیروی الزامی را برای این گونه عرف و عادات قابل می‌شود. مثلاً در فرانسه تعامل چنین است که یک خانم به مجرد که شوهر کرد اسم فامیلی شوهرش را اکتساب می‌کند.

هرگاه این موضوع را در دستور قانون جست- و- جو نمایم، به هیچ ماده‌ای برخورد نخواهیم کرد که این امر را صریحاً دستور داده باشد؛ ولی به یکی از مواد کود مدنی برخورد می‌نمایم که این چنین دستور می‌دهد: خانم بعد از طلاق حق استعمال اسم فامیلی خود را دو باره اکتساب می‌کند. از این عبارت قانون چنین فهمیده می‌شود که گویا بعد از طلاق خانم حق استعمال اسم فامیلی شوهرش را از دست می‌دهد، پس این خود نشان می‌دهد که قانون به صورت ضمنی عرف جاریه مردم را قبول کرده که می‌گوید: به اثر علاقه زوجیت خانم استعمال اسم فامیلی شوهرش را اکتساب می‌کند.

دوم- عرف و عادات که منشأ علمی دارد
این گونه عرف و عنعنه زاده رفتار، سلوک و تراوش فکری یک تعداد خاص مردم یعنی علمای حقوق می‌باشد. ولی از آن جای که این گونه نظریات رفتار و سلوک اشخاص از مدت مدیدی در بین جامعه وجود داشته و بعداً مورد قبول همگان واقع گردیده و بدین ترتیب از دهنی به دهنی از سینه‌ای به سینه‌ای انتقال کرده است. بنابر آن به تدریج تعمیم یافته و حیثیت عنعنه و تعامل حقوقی را به خود گرفته بدون آن که از قانون صحبت شده باشد. یعنی نیروی الزامی‌اش را این نوع عرف و عادات از وجود خودش حاصل می‌کند، نه از مرجع دیگری.

سوالی که در این جا مطرح می‌شود، این است که، چگونه این قواعد رفتار و سلوک به تدریج حفظ شده در ساحه حقوق راهش را پیدا کرده و بالاتر از منبع قواعد حقوقی شناخته می‌شود؟ در جواب باید گفت این همه ارشادات، دستاویز و قواعد که از طرف دانشمندان و علمای حقوق بیان و جمع آوری گردیده است دو شکل دارد: یکی ضرب المثل‌ها و وجیزه‌ها و دیگر آن اصول و یا اساسات عمومی حقوق که اینک ضمن دو فقره به مطالعه آن می‌پردازیم

1- وجیزه‌های حقوقی و ضرب المثل‌ها: وجیزه‌های حقوقی به آن دسته از قواعد و ارشادات اطلاق می‌شود، که جنبه رسم و رواج را داشته و اکثریت مردم به صحت آن اعتقاد و اعتبار داشته باشند. این گونه دستاویز می‌شود که با عبارات ساده جامع افاده شوند که به نام وجیزه یاد می‌شوند؛ و یا این که با کلمات عامیانه و معانی عمیق که به نام ضرب المثل یاد شوند به شکل یک فورمول کوتاه؛ ولی پر معنا ارایه می‌گردد، که بعداً مورد قبول همه واقع گردیده صفت تعمیم را احراز کرده در قاموس حقوق شامل شده است. مثلاً پدر طفل کسی است که با مادرش ازدواج کرده باشد. طوری که ملاحظه می‌نمایم این وجیزه با کلمات ساده؛ ولی پر معنی و معنی وسیع افاده شده است و تمام منازعات و مناسبات که از رهگذر تثبیت نسب طفل بروز نماید به اساس آن حل و فصل شده می‌تواند.

2: اصول یا اساسات عمومی حقوق: این گونه عرف و عادات شکلی اصول یا اساسات عمومی را دارند، مانند وجیزه‌ها و ضرب المثل‌های که از فورمول‌های کوتاهی نامبرده شده است. این گونه اصول اکثر در قالب قانون نیامده؛ بلکه خود یک اصل کلی مورد قبول عام و خاص واقع شده و در حیات روزمره از آن به کثرت استفاده به عمل می‌آید، به حیث اصول کلی حقوق گفته می‌شود. مثلاً عدم اطلاع از قانون عذر تلقی نمی‌شود.

وظیفه خانگی: محصلان راجع به عادات و رسوم منفی و مثبت محلات خویش صحبت خواهند کرد.

مبحث سوم - رویه قضایی

اول- تعریف: رویه قضایی به معنی وسیع آن عبارت از مجموع تصامیم و فیصله‌های است که از طرف محکمه در حل و فصل قضایا و منازعات که سبب دعوی شده است صادر می‌گردد. به معنی خاص و تخنیکی آن رویه قضایی عبارت از شیوه و روش است که محاکم در حل و فصل قضایا و معضلات حقوقی مشابه از آن پیروی کرده و فیصله واحد را مربوط به آن صادر می‌کنند. مثلاً وقتی محکمه برای یک مرتبه تثبیت کرد که راننده یک عراده تحت کدام اوضاع و احوال مسئول جبران خساره خواهد بود، در قضایای بعدی معمولاً محاکم از معیارهای تثبیت شده اصلی استفاده کرده و بدین ترتیب تکرار و استمرار در فیصله‌های مبنی به حل و فصل قضایای ترافیکی جهت ارزیابی مسئولیت راننده و صدور حکم در زمینه بار آمده، و بدین ترتیب توحیدی در فیصله‌ها روی کار می‌آید. توحید روش‌ها از نظر حقوقی به حیث مفهوم تخنیکی آن است. سوالی که در این جا مطرح می‌شود عبارت از این است که رویه قضایی به یک اصل منبع حقوق یا منبع حقوق به شکل فرعی چطور تشکیل می‌یابد و نقش محاکم مختلف در این زمینه از چه قرار خواهد بود؟ که اینک طی شماره های دوم و سوم و چهارم این مبحث به مطالعه آن می‌پردازیم.

دوم- معلومات مختصر راجع به تشکیلات محاکم

طوری که می‌دانیم در اکثری از ملل جهان محاکم به سه دسته تقسیم شده است:

1- محکمه ابتداییه.

2- محکمه استیناف.

3- محکمه تمیز.

آن به این ترتیب که در سطح پایین محکمه ابتداییه و محکمه استیناف قرار داشته و در رأس آن‌ها محکمه تمیز می‌باشد. بدین ترتیب هرگاه قضیه در محکمه ابتداییه به فیصله برسد، ولی قناعت یکی از طرفین را فراهم نکند، شخص ناراض یا معترض می‌تواند که به محکمه بالاتر یعنی محکمه استیناف مراجعه کرده و حل و فصل قضیه را مجدداً تقاضا کند. در این دو محکمه قضیه از ابتدا الی انتها از نظر حدود واقعه و تثبیت شخص مسئول (از نگاه مسئولیت یا عدم مسئولیت) رسیدگی می‌شود. در صورتی که باز هم یکی از طرفین دعوی به حکم محکمه استیناف قناعت نکرده در این حال مراجعه به محکمه عالی تمیز صورت می‌گیرد. از نگاه طرز العمل، محکمه تمیز نسبت به دو محکمه تحتانی تفاوت دارد و آن به این معنی که در این محکمه

قضیه از ابتدا تا انتها از نگاه شکل بررسی نمی‌گردد؛ بلکه محکمه تنها ملاحظه می‌کند که آیا محاکم تحتانی در فیصله ایشان از قانون پیروی کرده اند یا خیر، گویا این محکمه قضیه را از نگاه قانونیت آن مطرح بحث قرار می‌دهد. در صورتی که فیصله محکمه استیناف در توافق به تصویب قانون صدور بیابد، به توحید حکم پرداخته و بدین شکل قضیه که از ابتدا شروع گردیده بود مراحل ثلاثه اش را طی و حل و فصل قطعی می‌یابد و از این موقع به بعد است که تنفیذ حکم مورد بحث قرار گرفته و به مقامات اجرایی جهت تطبیق سپرده می‌شود. در صورتی که حکم محکمه استیناف موافق به قانون نباشد به نقض آن فیصله‌ای را صادر و قضیه را دو باره به یک محکمه استیناف دیگر - یعنی محکمه مماثل یا عین محکمه راجع می‌کند - تا در زمینه قضیه را از نگاه شکل و محتوی مورد رسیدگی قرار داده و موافق به دستور قانون حکمی صادر کند. در این جا باز هم دو احتمال است: احتمال اول این که محکمه استیناف مماثل یا عین محکمه کاملاً مطابق به روحیه و دستور محکمه تمیز حکم صادر کند. در این جا اگر شکایت از طرف یکی از طرفین دعوی به عمل نیامد خود به خود فیصله قطعی می‌گردد؛ ولی اگر در زمینه این حکم محکمه مماثل یا عین محکمه اعتراض در بین باشد باز هم مرجع رسیدگی مجدد آن دیوان مربوط به محکمه عالی تمیز است. در این مرحله محکمه عالی تمیز به اشتراک تمام اعضای مقام عالی تمیز تشکیل جلسه داده و راجع به قانونیت حکم محکمه مماثل یا عین محکمه و یا عدم آن تصمیم اتخاذ خواهد کرد.

سوم - تشکیل رویه قضایی

بحث در اطراف این موضوع ایجاب این مسئله را می‌کند که دیده شود رویه قضایی با فیصله‌ای که برای یک بار راجع به یک قضیه مشخص از طرف یکی از محاکم و به ویژه از طرف محکمه تمیز صورت گرفته است، چگونه تصمیم، تحقق پیدا می‌کند و مورد تعقیب و پیروی در قضایای مشابه قرار گرفته می‌تواند و بدین ترتیب رویه قضایی را به مفهوم خاص آن به وجود می‌آورد.

تشکیل رویه قضایی بالای سه عنصر و طرز العمل محاکم استوار است.

الف - تذکر اسباب و یا علل صدور حکم: این مسئله چنین معنی می‌دهد که باید هر فیصله و حکم قضایی متکی و مستند به اسباب و عللی باشد که قانون آن را قبول کرده و به موجودیت الزامی بودن آن اعتراف کرده باشد. قاضی باید در هر فیصله خود سبب و علل حکم را که با اتکا و استناد به آن حکم کرده، در فیصله تذکر دهد. از این رو است که رویه قضایی آهسته - آهسته تشکیل می‌یابد؛ زیرا واضح است که در قضایای مشابه، متکی به عین اسباب و علل فیصله‌های قبلی تصمیم اتخاذ کند.

ب: استمرار یا تکرار حکم: استمرار یا تکرار در حکم و یا فیصله‌های

محاکم، به اساس پرنسپ (اصل) تقلید به وجود می‌آید. یعنی زمانی که یک محکمه فیصله‌ای را رسیدگی می‌کند، اگر قبلاً به قضیه مشابه برخورد شده باشد از همان روش سابقه اش پیروی می‌کند و اگر قضیه مذکور نزد آن سابقه نداشته باشد به این حال به طرز العمل روش و فیصله‌های محاکم دیگر که در قضایای مشابه برخورد کرده اند مراجعه می‌کند. خاصاً این پیروی در مراجعه به طرز العمل مقام ستره محکمه مربوط می‌باشد، که در قضایای مشابه از خود چه عکس العمل نشان داده و چگونه تطبیق قانون، توضیح و تغییر آن را در یک قضیه قبول یا رد کرده است. از اثر این مراجعات استمرار و تکرار در حکم به وجود آمده و سبب می‌شود که یک رویه قضایی تشکیل یابد.

ج - سلسله مراتب در بین محاکم و شیوه‌های اعتراض و مراجعه به محاکم بالاتر: موضوع سلسله مراتب در محاکم امر مسلم و غیر قابل انکار است. اول این که، سلسله مراتب موجب به وجود آمدن فیصله‌های متعدد و تشکیل رویه قضایی می‌گردد، موضوع است قابل بحث و آن به این معنی که: هرگاه قضیه نزد محکمه ابتداییه برسد اکثر فیصله‌های آن‌ها قابل رجعت به محاکم بالاتر می‌باشد. پس اگر فیصله گرفته شده محکمه ابتداییه از طرف محکمه استیناف تأیید شد، واضح است که محکمه ابتداییه مذکور بعد از این از همان شیوه قبلی اش استفاده خواهد کرد. به همین قسم محکمه استیناف نیز در صورتی که فیصله آن از طرف یکی از دیوان‌های ستره محکمه تأیید شود، خود به خود اقتناع آن را پیدا می‌کند که گویا در روش خویش اشتباه را مرتکب نشده است و واضح است که در قضایای بعدی از همان شیوه پیروی خواهد کرد. از این رو مسئله سلسله مراتب با وجودی آن که در پیروی از فیصله‌های محاکم دیگر شکل الزامی و دستوری را ندارد؛ بلکه به روی دلایل روحی و یا معنوی اکثر محاکم تحتانی این الزام را قبول می‌کنند و در نتیجه سبب تشکیل رویه قضایی می‌گردد.

چهارم - نیروی الزامی رویه قضایی

رویه قضایی عین نیرو و قدرت قانون را که به مجرد انفاذ الزامی می‌گردد، ندارد؛ ولی در عمل طوری که فوقاً متذکر شدیم این صفت الزام به وجود می‌آید. از جانب دیگر رویه قضایی از صفت تعمیم به مفهوم واقعی آن برخوردار نیست؛ ولی در عمل محاکم و اشخاص معمولاً از رویه قضایی در قضایایی که مشابه به قضایایی قبلی باشد پیروی می‌کند، که البته باز هم این پیروی دستوری و قانونی نیست. یعنی نه افراد و نه محاکم از لحاظ قانون مکلف نمی‌باشند که از فیصله‌های سایر محاکم حتی محاکم تمیز پیروی کنند؛ ولی هرگاه پیروی صورت گیرد، به روی تمیز، تقلید و مفیدیت عمل شان می‌باشد. علاوه بر این پیروی یک نوع احترام معنوی و اختیاری است که محاکم به یکدیگر شان قابل هستند. خاصاً این احترام در برابر محکمه تمیز از همه بیشتر است. از این جاست که رویه قضایی دارای نیروی الزامی محدود بوده و خاصاً الزام و ضمانت اجراییه‌ای آن در برابر فیصله‌ای که به حل و فصل آن پرداخته است می‌باشد، نه در برابر سایر قضایای که حتی مشابه هم باشند.

کارخانگی: یک مثال از رویه قضایی به طور گروهی توسط محصلان ارائه گردد.

مبحث چهارم - دکترین یا نظریات علما

اول- تعریف: دکتربین عبارت از مجموع آراء، نظریات و افکاری است که از طرف علما و دانشمندان حقوق به شکل تألیفات، مقالات و رسالات ارایه می‌گردد. این نظریات و آراء بعضاً به صورت پیشنهاد ویا پروژه‌های قانونی نیز انجام می‌پذیرد. علما و دانشمندان حقوق نظر به ایجابات و ضروریات عینی که برای رفع معضلات یک ساحه حقوقی به نظر می‌رسد، پروژه قانونی را تنظیم و به نشر می‌رسانند، تا اگر مقامات ذیصلاح در تدوین قوانین به آن متوجه شده و در وضع قوانین جدید اقدام کنند. بعضاً هم واقع می‌شود که هرگاه مقنن تصمیم گرفته باشد در یک ساحه مشخص، به وضع قوانین بپردازد از نظریات و پیشنهادهای علمای حقوق استفاده می‌کند. علاوه بر این علما و دانشمندان قوانین موجوده را مطالعه کرده و در صورتی که خلای در زمینه موجود باشد به منظور رفع آن پیشنهاد ارایه می‌کنند. از طرف دیگر تطبیق قوانین را در حیات عملی که از جانب محاکم و قضات انجام می‌پذیرد، همچنان فیصله‌های قضایی را در ارتباط به بروز منازعات مورد بحث قرار داده و می‌بینند، که آیا این احکام قضایی با واقعیت قضیه مطابقت دارد؟ و یا به این فیصله هایشان استناد قانونی دارد؟ و یا این که از آن استفاده نادرستی شده است، که این خود باعث تعدیل و یا تحکیم رویه قضایی می‌گردد.

دوم - نقش دکتربین منحصبت منبع حقوق: این مبحث ضمن دو فقره تحلیل می‌شود؛ ولی قیل از آن که به این موضوع بپردازیم، قابل تذکر می‌دانیم که، دکتربین منحصبت منبع اصلی و مستقیم حقوق نیست. یعنی قضات و بعضاً مقنن به نسبت ارزش معنوی که به علمای حقوق قایل اند از نظریات آنها استفاده کرده و نظریات شان را در قالب یک قانون و یا فیصله قضایی می‌گنجانند و بدین طریق راه را برای دکتربین منحصبت منبع حقوق هموار می‌سازند؛ ولی این موضوع حتمی و لازمی نیست.

1- اهمیت دکتربین در تدوین قانون: در زمینه تدوین قانون نقش دکتربین با داشتن اهمیت علما غیر قابل انکار به صورت غیر مستقیم محسوس است که در سطور گذشته از آن ذکر به عمل آوردیم.

2- نقش دکتربین در تطبیق قانون: بعضاً محاکم بر علاوه اسناد قانونی در مسایل که راجع می‌شوند اهتمام بیشتر داشته باشند، از دکتربین و نظریات علما جهت حل و فصل منازعه استفاده می‌کنند. به این اساس نقش علمای حقوق در حیات عملی از نگاه انکشاف حقوق که شکل تحلیل و تجزیه قوانین و فیصله‌های قضایی باشد و یا مسایل ابتکاری دیگر که به اجمال قواعد حقوقی می‌پردازد، اهمیت به سزایی دارد؛ زیرا مطالعات و تحقیقات این نوع اشخاص اساس و مبدای علمی داشته و بهترین رهنا برای ارزیابی امور برای مقنن و قضات است.

شریعت اسلامی نیز از جمله منابع و مصادر حقوق یا قانون عمدتاً در کشور های اسلامی می‌باشد. قوانین و نظام‌های که ملل و جوامع از آن پیروی می‌کند، دو نوع است: یکی قوانین آسمانی و دیگری قوانین وضعی.

الف- قوانین وضعی عبارت از احکام و نظام‌های است که در باب سلطه و اقتدار آن را به غرض تدبیر انتظام امور اجتماعی وضع می‌کنند. منشأ این گونه قوانین عرف و تعامل اجتماعی و دیگر نظریات دانشمندان جامعه و ایجابات تاریخ هر قوم است و گاهی هم پاره این قوانین عبارت از دساتیر، شرایع آسمانی که در اثر مرور ایام طبایع مردم به آن خوی گرفته و یک بخشی دستور زندگانی در میان آنها تلقی شده است.

ب- قوانین آسمانی عبارت از مجموع اوامر، نواهی، ارشادات و قواعدی است که، خداوند آن را برای رهنمایی بشر توسط پیامبر فرستاده است، و پیامبر مردم را به پیروی از آن دعوت می‌کند، یا روش نیک پیروان را با جزای سرکشی از آن قوانین تبلیغ می‌کند. منبع وضع این قوانین خداوند بزرگ است که از طرف وی به پیامبر رسانیده شده است و واقعیت‌های قانون آسمانی شریعت اسلامی است.

شریعت اسلامی عبارت از همه نظام‌ها و کلیاتی است که از جانب

خداوند مقرر گردیده و حضرت محمد بن عبدالله (ص) آن را از طریق قرآن یا از طریق سنت (قولی و فعلی) با خود آورده است و این احکام سه مجموع را در بر دارد.

اول- احکام اعتقادی: عبارت از احکام است که به ذات و صفات خداوندی ایمان به خداوند و پیامبران، ایمان به فرشتگان و کتاب‌های خداوند و روز رستاخیز می‌باشد؛ و شامل همه احکام است که موضوع بحث علم خاصی را به نام علم عقاید یا علم توحید و یا علم کلام تشکیل می‌دهد.

دوم- احکام تهذیبی: شامل بیانات، مزایا و فضایل است که انسان باید به ذریعه آن آراسته باشد، مانند راستی، امانت داری، وفا به عهد، شجاعت و انصاف و اعمالی که لازم است از آن دوری کند، مثل دروغ، خیانت، پیمان شکنی و غیره.

سوم- احکام عملی: عبارت از احکام است که مربوط به اعمال بندگان از قبیل: عبادات، تعاملات، جنایات، احوال شخصیه و روابط بین‌المللی مسلمین در حالت جنگ و صلح می‌باشد؛ و شامل سایر احکام است که شرح و جزئیات آن وظیفه علم خاص یعنی علم فقه می‌باشد. البته ملل اسلامی در تدوین قوانین وضعی اکثر به اساسات قوانین اسلامی یعنی آسمانی اتکا کرده اند. چنانچه احکام قانون مدنی افغانستان در حقوق احوال شخصیه مانند نکاح، طلاق و عدت، میراث و برخی موارد معاملات، کاملاً اقتباس از شریعت اسلامی می‌باشد که در موارد مختلف وسیعاً مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

مبحث پنجم - منابع حقوق در افغانستان

اگر قرار بر این باشد که منبع عبارت از دریافت همان عواملی است که یک پدیده به اساس آن عرض وجود می‌کند، به این اساس منابع حقوق را در افغانستان، به منابع رسمی و غیر رسمی حقوق باید تقسیم کرد. اگر افغانستان به مثابه بخشی از خانواده بزرگ بشری و تحت ساختار جهانی حقوق به مطالعه گرفته شود، پس به ناچار باید منابع حقوق را در همان منابع چهارگانه حقوق که عبارت اند از قانون، عرف، رویه قضایی و دکتربین خواهد بود، جابجا کرد. به هر صورت ما هر دو تفکیک را در نظر داشته به توضیح منابع حقوق می‌پردازیم.

منابع حقوق افغانستان با رعایت هر دو تقسیم یعنی رسمی و یا غیر رسمی ناشی می‌شود از ماهیت و ساختار سیستم حقوقی که متشکل است از حقوق اسلام، حقوق تعاملی و حقوق معاصر، که ما هر یک این منابع و هر قسمت آن را در افغانستان به مطالعه گرفته و در نهایت با دریافت این رابطه در حالی که از یک طرف به شناخت منابع حقوق در افغانستان قادر خواهیم بود از سوی هم ما را در شناسایی و مطالعه سیستم حقوقی کشور مساعدت خواهد کرد.

حقوق اسلام: افغانستان به مثابه یک کشور اسلامی، حقوق اسلام را به حیث یکی از منابع رسمی می‌شناسد. چنانچه مواد اول، دوم و سوم قانون اساسی افغانستان این موضوع را چنین تأیید می‌کند:

ماده اول: "افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیر قابل تجزیه می‌باشد."

ماده دوم: "دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجراء مراسم دینی شان در حدود احکام قانون آزاد می‌باشند."

ماده سوم: "در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند در مخالفت با معتقدات و احکام دین اسلام باشد."

منابع حقوق اسلام عبارت اند از کتاب الله، سنت، اجماع و قیاس می‌باشد. اینک به اختصار به معرفی هر یک به طور جداگانه می‌پردازیم. قابل تذکر است که این تقسیم در فقه تسنن و به ویژه در فقه حنفی اعتبار دارد و ما آن را در این جا به خاطر اعتبار می‌دهیم که با استناد قانون اساسی افغانستان رجحان فقه حنفی استنباط می‌گردد. چنانچه ماده 130 این قانون چنین مشعر است: "محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند"

هرگاه برای قضیه از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع کرده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌کند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید."

اینک منابع حقوق اسلامی مختصراً معرفی می‌شود.

1- کتاب الله: منظور از کتاب الله قرآن عظیم الشان می‌باشد که در مدت 23 سال از طرف خداوند متعال بر حضرت محمد مصطفی نازل شده که یک بخش آن در مورد احکام در ساحات مختلف حقوق بوده و به حیث منبع اول در حقوق اسلام شمرده می‌شود.

2- سنت: اصل و منبع دوم اسلام سنت است که آن شامل قول، فعل و تقریر (سکوت پیغمبر (ص) هنگام شنیدن قولی و یا فعلی) می‌باشد.

3- اجماع: اجماع که منبع سوم احکام شرعی محسوب می‌شود، در لغت به معنی عزم و اتفاق است. اجماع در اصطلاح شریعت عبارت است از اتفاق مجتهدین امت رسول اکرم (ص) در عصری به یک حکم شرعی به صورت قولی.

4- قیاس: در لغت به معنی تقدیم یعنی اندازه کردن را گویند و به طور مجازی به معنی مساوات استعمال می‌شود. قیاس از نگاه شرعی به دو قسم است: قیاس عقلی (استدلال بر چیزی حاضر برای اثبات چیزی غایب که این نوع قیاس در اصول دین به کار بردن

می‌شود) و قیاس اصولی که آن عبارت از اثبات مثل حکم به فرع بنا بر علت مشترک.

منابع چهارگانه حقوق اسلامی، به عنوان یکی از منابع اساسی در حقوق افغانستان جایگاه خاص خود را داشته، چنانچه انعکاس آن را به طور عموم در همه ساحات حقوقی به خصوص در ساحه حقوق مدنی و مسایل مربوط به احوال شخصیه از قبیل: موضوعات مربوط به فامیل، مانند: نکاح، انحلال ازدواج، حقوق و وجایب زوجین، مسایل مربوط به نسب، ولایت و آثار آن‌ها، مسایل مربوط به وصایت، حجر، حق مالکیت، حق انتفاع، حق رهن و همچنان موضوعات مربوط به اموال اعم از منقول و غیر منقول و آثار مرتب بر آن؛ و موضوعات مربوط به میراث، وصیت، هبه، عاریت و غیره، مشاهده کرده می‌توانیم.

حقوق تعاملی: اگر به سیر تاریخی حقوق تعاملی توجه شود عرف و حقوق تعاملی مقدم بر سایر منابع حقوق در افغانستان شناخته می‌شود که ریشه‌های چندین هزار ساله دارد.

برای حقوق تعاملی تعریف کلی عبارت است از: قواعدی که از رویداد های اجتماعی استخراج شده و بدون دخالت قانون‌گذار به صورت قاعده حقوق تعاملی در آمده است. به هر صورت قاعده حقوق تعاملی دارای دو عنصر است: یکی عنصر مادی که نیازمندی های جامعه را طی سالیان متمادی جواب داده و دوم عنصر معنوی و آن این که مردم به آن به نحوی اعتقاد و باور دارند.

در افغانستان با وجودی آن که یک قسمت زیاد از مسایل حقوقی توسط حقوق تعاملی در عمل حل و فصل می‌شود، متأسفانه که در قانون اساسی افغانستان جای این منبع مهم عملی تعیین نگردیده است؛ اما این نکته را نباید فراموش کرد که در قانون مدنی افغانستان عرف و حقوق تعاملی به گونه‌ای پیش‌بینی گردیده که در مخالف با اساسات عدالت واقع نشود.

حقوق مدون (معاصر): حقوق مدون شامل قوانین، مقرره‌ها، فرامین تقنینی، لوائح و قرارداد های بین‌المللی می‌باشد، که اینک به اختصار به معرفی هر یک از آن می‌پردازیم.

قانون: که آن را قانون اساسی افغانستان در ماده 94 چنین تعریف می‌کند: "قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد."

قانون در مطابقت به ساختار حقوقی افغانستان به دو بخش عمده تقسیم می‌گردد:

قانون اساسی: که عبارت از قواعد حاکم بر اساس حکومت و صلاحیت‌های قوای ثلاثه و حقوق و آزادی‌های فردی است که از نظر ماهوی قانون اساسی نام دارد و برتر از سایر قواعد حقوق می‌باشد. چنانچه قانون اساسی افغانستان که دارای یک مقدمه و یک ماده در 12 فصل می‌باشد، به عنوان مادر قوانین شناخته می‌شود. فصول این قانون اساسی تعریف عمومی و جهانی قانون اساسی را احتوا می‌کند. چنانچه فصول آن عبارتند از: فصل اول- دولت، فصل دوم- حقوق اساسی و جایب اتباع، فصل سوم رییس جمهور، فصل چهارم- حکومت، فصل پنجم- شورای ملی، فصل ششم- لویه جرگه، فصل هفتم- قضاء، فصل هشتم- اداره، فصل نهم- حالت اضطرار، فصل دهم- تعدیل، فصل یازدهم- احکام متفرقه و فصل دوازدهم- احکام انتقالی.

قوانین عادی: با وجود آن که قوانین عادی تحت عین عنوان تعریف نشده؛ اما هدف ماده 94 قانون اساسی کشور در واقع تعریف قانون عادی پنداشته می‌شود. بدین اساس امتیاز قانون بر سایر قواعد حقوق در تشریفات وضع آن است. یعنی بدین معنی تمام مقررات که با شرایط مندرجه در قانون اساسی از تصویب شورای ملی و به توشیح رییس جمهور برسد، عبارت از قانون است؛ اما در مطابقت به ماده سوم قانون اساسی، قانون به هیچ وجه در مخالفت با اعتقادات و احکام دین مقدس اسلام واقع شده نمی‌تواند.

فرامین تقنینی: فرامین تقنینی که در اصطلاحات معمول حقوقی کشور یکی از انواع اسناد تقنینی به شمار می‌رود، اصدار احکام قانونی است در عبارت مؤخر برای تفسیر و تطبیق درست قانون از طرف رییس جمهور. چنانچه فقره 16 ماده 64 قانون اساسی افغانستان صدور فرمان تقنینی را از وظایف رییس جمهور می‌داند.

مقرره: با وجودی آن که وضع قانون در مطابقت به نصوص قانون اساسی بعد از تصویب و توشیح رییس جمهور نافذ است؛ اما جهت تطبیق درست قانون و از بین بردن ابهامات در قانون، در مطابقت به ماده 76 که مشعر است: "حکومت برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف خود مقررات وضع و تصویب می‌کند، این مقررات باید مناقض با روح هیچ قانون نباشد."

با در نظر داشت صراحت ماده 76 باید مقرر به بعد از تصویب مجلس وزرا به امضای رییس جمهور برسد و تشریفات خاصی برای آن ضرورت نیست.

لایحه: هر یک از وزارت‌ها در حدود صلاحیت وظیفه‌ای خاص خویش این صلاحیت را دارند که به وضع یک سلسله مقررات معین به شرط آن که با هیچ یک از اسناد تقنینی در مخالفت نباشد پرداخته و آن را امضاء نماید، که چنین اسناد تقنینی را لایحه می‌نامند.

قراردادهای بین‌المللی: در روابط دولت‌ها قراردادهای حکم قانون را دارند و تنها ضمانت اجرای مؤثر در حقوق بین‌الملل اند. ناگفته نماند که امضای این قراردادهای را نه تنها دولت‌های امضا کننده در روابط خود محترم می‌شمارند؛ بلکه در داخل آن‌ها محاکم و سایر ارگان‌های تطبیق کننده حقوق آن را باید به منزله قانون بدانند.

چنانچه ماده هفتم قانون اساسی افغانستان در مورد چنین صراحت دارد: "دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند." قراردادهای بین‌المللی مانند قانون عادی در مطابقت به فقره 5 ماده 90 قانون اساسی افغانستان تصدیق پارلمان یا شورای ملی را می‌خواهد.

طوری که در مقدمه تذکر به عمل آمد علاوه بر آن که منابع حقوق در مطابقت به سیستم عملی حقوق کشور به طور اختصار عرض شد، در مطابقت به معیارهای حقوق بین‌المللی، منابع حقوق افغانستان به چهار منبع حقوقی یعنی قانون، عرف، رویه قضایی و دکترین نیز تقسیم شده می‌تواند. طوری که در بالا دو منبع اولی آن یعنی قانون و عرف معرفی گردیده، دو منبع دیگر آن که عبارت از رویه قضایی و دکترین می‌باشد نیز ایجاب بررسی مختصر را می‌کند. **رویه قضایی:** اگر به طور عام و بدون در نظر گرفتن قید به طور مطلق استعمال شود، مقصود مجموع آرای قضایی است؛ و اگر به مفهوم حقیقی آن را تعریف نماییم: عبارت از مجموع فیصله‌های است که به یک جهت معین اتخاذ گردیده و مورد تأیید محکمه نهایی کشور واقع می‌شود.

بدین اساس در کنار قوانین و عرف دسته‌ای از قواعد ساخته می‌شود که از یک طرف خلأهای قانون را تکمیل کرده و از سوی، در تحول حقوق نقش انکار ناپذیر دارد.

متأسفانه با وجودی آن که رویه قضایی در افغانستان به درستی انکشاف نکرده فقط بین سال‌های 1347 الی 1357 به آن ستره محکمه وقت توجه داشته؛ اما از آن به بعد صرف در پرنسیب به عنوان منبع حقوق افغانستان تلقی گردیده است، در حالی که نیاز جدی برای به میان آمدن برای اصلاح سیستم قضایی و قانونی افغانستان در شرایط کنونی انکار ناپذیر است.

دکترین: دکترین عبارت از مجموع عقایدی که در مورد توجیه، بیان و تفسیر قواعد حقوقی از طرف دانشمندان حقوق اظهار شود. این منبع هم برای سیستم حقوقی افغانستان صرف یکی از منابع بوده که در پرنسیب قبول شده است. با در نظر داشت نکات و ارایه موضوعات فوق‌الذکر به این نتیجه می‌رسیم که منابع حقیقی حقوق افغانستان به طور عملی آن عبارت اند از حقوق اسلام و قوانین که تا حدی ممکن با هم تلفیق شده اند؛ اما برای حقوق تعاملی که در برخی موارد بیشتر

از دو منبع از قبل ذکر شده، عملی تر و قوی عمل می‌کند، جایگاه معین و خاصی به طور روشن داده نشده است، که یکی از عیوب در سیستم حقوقی کشور به شمار می‌رود.

منابع پیشنهادی برای مطالعه :

- تحولات حقوقی جهان اسلام، نورمن اندرسون
- کلیات حقوق اسلام، محمد عبده بروجردی
- سیری در پارلمان های افغانستان، پوهنمل ستانکزی
- مبانی و کلیات علم حقوق، سید جلال الدین مدنی
- مبانی حقوق عمومی، ناصر کاتوزیان
- مقدمه علم حقوق، ناصر کاتوزیان

فصل ششم

تفسیر قانون

تفسیر در لغت به معنی توضیح دادن و روشن گردانیدن ابهامات و غموض است که در یک موضوع وجود داشته باشد. به این اساس تفسیر قانون اصطلاحی است که در علم حقوق کمال اهمیت را داشته و کاربرد متعددی دارد؛ و آن عبارت از روشن ساختن نقاط مجهول مفاهیم و کلمات مبهم است که واقعاً در قانون به ملاحظه می‌رسد و مقام تطبیق کننده از این رهگذر با مشکلات مواجه بوده و حل و فصل قضایا را ممکن می‌سازد.

در این مورد شیوه‌های مختلف به دسترس مقامات تطبیق کننده قانون گذاشته شده است که به صورت عموم به دو دسته تقسیم می‌شوند: تفسیر متنی یا لفظی و دیگر طریقه تتبعات آزاد علمی. اینک ضمن بخش‌های جداگانه مطالعه می‌گردند.

مبحث اول - تفسیر متنی یا لفظی

این روش متکی به احترام گذاشتن و اعتبار دادن متن قانون است، یعنی مفسر اتکای خود را از همه اول‌تر به متن قانون معطوف داشته، به تحلیل و تجزیه الفاظ، کلمات و جملات و مفاهیم مندرج قانون می‌پردازد تا آن را از نگاه دستوری و پیوندهای منطقی الفاظ و کلمات مورد تحلیل و تجزیه قرار دهد؛ و از روی آن مسئله را روشن و سعی کند که منظور اصلی مقنن را توسط تجزیه و تحلیل از خلال کلمات استنباط کند. نظر به توضیحات فوق می‌توانیم دو حالت را از هم تفکیک کنیم. حالت اول طوری است که متن وجود دارد؛ ولی غامض و پیچیده و در حالی که در حالت دوم طوری است که متن وجود ندارد؛ بلکه باید خلای قانون پر گردد و قضیه مطابق به آن حل و فصل شود که طی دو بخش فرعی زیر آن را مطالعه می‌کنیم.

1 - تفسیر لفظی در صورتی که متن وجود داشته باشد

در چنین مورد طبیعی است که مفسر به اسلوب تفسیر لفظی و متنی اتکای خود را به نصوص قانون کرده و در پی آن می‌افتد که هدف و منظور متن که غامض و مبهم وانمود شده است، چه خواهد بود و مرام اصلی آن چه می‌باشد. مفسر برای کشف حقیقت و منظور واقعی مقنن، از طریق دو وسیله زیر استفاده کرده و به این مشکل قانونی راه حل پیدا می‌کند:

الف- مراجعه به کارهای مقدماتی مقنن: منظور از این طریقه آن است که مفسر برای کشف حقیقت و جست‌و- جوی راه حل و روشن ساختن ابهامات قانون به مطالعه رویداد ها، مجالس و گزارش‌ها، جریان مباحثات تقنینی و مطالعات که آن‌ها در وضع و تدوین قانون کرده اند پرداخته و از روی آن‌ها ذهنیت واقعی را درک و به تفسیر معضله بپردازد.

ب - مراجعه به اجراءات یا واقعات مشابه: هرگاه از راه فوق الذکر مفسر به نتیجه قاطع نرسد، در این صورت به جست-جوی تطبیق حالات مشابه این قضیه پرداخته و مداخله می‌کند که قبل از انفاذ این قانون- قانونی دیگری در این مورد وجود داشته یا خیر؛ اگر وجود داشته طرز العمل و اجراءات آن چگونه بوده است؟

ج - مراجعه به طرز تفکر و ذهنیت عمومی مقنن در تدوین قانون: طبق نظریه کاربونیور حقوق‌دادن معاصر فرانسه، منظور از تحلیل متون قانون تنها تحلیل و تفسیر دستوری ماده قانون نبوده؛ بلکه عبارت از تحلیل عمومی و جامع است از قانون، تا به روایت آن فهمیده شود که قانون تحت کدام روحیه و ذهنیت تدوین گردیده است و مفکوره اساسی مقنن در مسیر حمایه حقوق کدام اشخاص قرار گرفته است.

2- تفسیر لفظی در صورتی که متن وجود نداشته باشد

در این حالت متن وجود ندارد، یعنی قضیه‌ای که نزد مقامات و مراجع تطبیق‌کننده قانون مطرح شده، اصلاً در آن موارد متن قانونی وجود ندارد تا به روایت آن به حل و فصل قضیه پرداخته شود؛ ولی تطبیق‌کننده قانون مکلفیت حل و فصل قضیه را دارد. در این مورد مؤلفان و دانشمندان حقوق مسایل زیر را به دسترس مقنن قرار داده اند، که اینک مختصراً به مطالعه آن می‌پردازیم.

الف - تمثیل: عبارت از انکشاف و توسعه دادن مفهوم و معنی قانون بوده و تطبیق آن در موردی که قانون به آن اشاره نکرده است، می‌باشد.

مثلاً: یکی از مواد قانون مدنی فرانسه می‌گوید (اشخاص عدیم الاهلیت نمی‌توانند که ملکیت بعضی از اموال خود را به دیگران انتقال دهند). در این ماده قانون طوری که ملاحظه می‌شود از حق ارتفاق (حق ارتفاق عبارت از حق است که در ملک شخصی برای ملک شخص دیگر مانند حق شرب، حق عبور و غیره) چیزی نگفته است. اکنون فرض می‌کنیم که شخص می‌خواهد حق ارتفاق بالای ملک صغیر که عدیم الاهلیت می‌باشد حاصل کند. با استفاده از طریقه تمثیل در تفسیر این ماده به این نتیجه رسیده می‌توانیم که در آن جای که ماده مذکور حق استفاده خود مالک یعنی طفل صغیر را در ملکیت اش محدود ساخته و قیود را در جهت حفظ منافع آن وضع کرده، پس قابل تذکر و ادراک است که استفاده دیگران نیز در ملکیت او محدود و ممنوع می‌گردد.

ب - استدلال به مفهوم تضاد و تخالف: استدلال به این شیوه چنین معنی می‌دهد که هرگاه در متن قانون راجع به مطلب ابراز نظر شده باشد قابل باور و درک است که مقنن از خلاف آن انکار کند. مثلاً یکی از مواد قانون می‌گوید (توسط حقوق یا حق خصوصی احدی حق ندارد تا از قوانین که منظور آن حمایه نظام عامه و آداب نیکوی جامعه است مخالفت کند).

طوری که از این ماده بر می‌آید قانون راجع به قوانین غیر از نظام عامه تذکری نداده است. در این مورد ما به خلای قانون مواجه می‌شویم؛ ولی اگر به ماده مذکور عمیقاً نظر اندازیم صراحت در نص آن موجود می‌باشد که با استفاده از طریقه تضاد و تخالف به ما واضح می‌شود که مقنن تنها خواسته است قوانین نظام عامه را حمایت کند. به این اساس قوانین که غیر از نظام عامه بوده در تحت قاعده‌ای نخواهد آمد.

ج - استدلال به مفهوم رجحان یا به طریق اولی: در این جا دستور قانون را می‌توان توسط انکشاف و توسعه دادن مفهوم آن بالای یک حالت که اصلاً از آن ذکر به میان نرفته باشد، تطبیق کرد و از آن نتیجه مطلوب به دست آورد. آن هم بدین طریقه گفته می‌توانیم چون قانون عمومی بوده و حالات وسیع را پیش‌بینی کرده است. پس در حالات محدود و مورد نظر به طریق اولی می‌توان آن را تطبیق کرد. مثلاً یکی از مواد قانون مدنی فرانسه به شوهر اجازه می‌دهد که بدون اجازه قانون می‌تواند اموال مشترک فامیل را به فروش برساند؛ اما در موضوع کرایه دادن ملکیت تذکر به عمل نیاورده؛ ولی با استفاده از این شیوه تصور کرده می‌توانیم در صورتی که شوهر بتواند اموال مشترک را به فروش برساند، پس به طریق اولی می‌تواند که آن را به کرایه که یک انتقال موقت ملکیت است، بدهد.

د - قیاس: عبارت از مقایسه کردن حکم یک حالت و تطبیق آن بالای حالت مشابه آن می‌باشد. مثلاً یکی از موادی کود مدنی فرانسه راجع به طلاق حکم می‌کند و تصریح می‌دارد که همسری که سبب طلاق شده و تقصیر داشته باشد، تمام هدایا و امتیازات را که در دوران ازدواج حاصل کرده بود از دست داده و مکلف به استرداد مجدد آن به مالک اصلی می‌باشد. این ماده قانون طوری که دیده می‌شود راجع به طلاق دارای حکم است؛ ولی از آن جای که یکی از شیوه های جدید جدایی بین زوجین به نام انفصال جسمی یاد می‌گردد و این که موقف زوجین از نگاه هدایا تبادل شده در این حالت از چه قرار خواهد بود قانون دارای حکمی نیست؛ اما به روی قیاس چنین نتیجه می‌گیریم که چون طلاق و انفصال جسمی هر دو جدایی زوجین است، بنا از دست دادن امتیازات و هدایا هم رابطه مستقیم به این حالت دارد.

مبحث دوم - طریقه تتبعات

منظور از طریقه تتبعات آن است که از آن جایی که قانون بعضاً داری ابهام و غموض بوده و آن هم ناشی از آن است که، مقنن هیچ‌گاه نتوانسته مشکلات عملی و تطبیق قانون را پیش‌بینی و تدابیر مربوط را اتخاذ کند؛ زیرا همه و همه حالات و معضلات آینده در فکر او ننگجیده و ممکن نیست که در قانون همه آن‌ها پیش‌بینی گردد. پس این خود خلأ و ابهام را در قانون بار آورده و ایجاب تفسیر را می‌کند. به این اساس تفسیری که از قانون صورت می‌گیرد باید مطابق به احتیاجات عصر و نیازمندی‌های جدید به عمل آید. تفسیر به شیوه‌ی تتبعات آزاد علما برای بر آوردن این هدف یگانه راه می‌باشد، تا مطابق به ضرورت و احتیاجات روز تفسیر قانون صورت گیرد، نه این که گفته شود که مقنن در موقع تدوین قانون چه می‌خواسته و چه منظوری را تأکید کرده است. باید این حقیقت در نظر گرفته شود که اگر مقنن مذکور امروز وجود می‌داشت چه می‌گفت و چه

نوع مقررہ را در این زمینہ وضع می‌کرد. پس برای این کہ این هدف بر آورده شود یگانہ راہ حل اجازہ دادن بہ تفسیر قانون بہ شیوہ آزاد علما می‌باشد. بنأ: تفسیر آزاد عبارت از آن نوع تفسیری است کہ قاضی مقید و محدود بہ الفاظ، عبارات و کلمات قانون نبودہ؛ بلکہ بہ اساس تتبعات آزاد موضوع را تفسیر می‌کند.

مبحث سوم - انواع تفسیر از حیث مراجع تفسیر

از نظر مراجع تفسیر می‌توان تفسیر را بہ سه دستہ تقسیم کرد:

1- تفسیر قانونی یا تقنینی: عبارت از آن نوع تفسیری است کہ توسط قانون صورت می‌گیرد. یعنی ہرگاہ در یک قانون ابہام، غموض، پیچیدگی و یا یک خلأ موجود باشد، در این صورت خود مقنن بہ آن متوجہ گردیدہ و توسط یک قانون جدید قانون قبلی را تفسیر می‌کند. این قانون جدید را بہ نام قانون تفسیری و این نوع تفسیر را بہ نام تفسیر قانونی یاد می‌کنند.

2- تفسیر قضایی: عبارت از آن تفسیری است کہ در وقت تطبیق قانون توسط قضات و محاکم صورت می‌گیرد.

3- تفسیر شخصی: عبارت از آن نوع تفسیری است کہ توسط قوہ مقننہ یا

قوہ قضاییہ صورت نمی‌گیرد؛ بلکہ توسط حقوق دانان، علما و دانشمندان صورت می‌گیرد. بہ این معنی کہ در بسیاری از موارد علما و دانشمندان قوانین را بررسی و مطالعہ کردہ و شیوہ‌های تطبیق آن را پیشنهاد می‌کنند. یا اگر احیاناً در آن خلأ و ابہام باشد آن را تفسیر و توضیح می‌کنند، کہ در بعضی موارد امکان دارد مقنن از آن در تفسیر قانونی و یا قضات در تفسیر قضایی استفادہ کنند.

قسمت دوم

حقوق عندی

فصل اول

معلومات عمومی

مبحث اول - تعریف حقوق عندی

برای حقوق عندی کہ بہ "حق" تعبیر می‌شود، تعاریف متعددی وجود دارد، کہ اینک برخی از این تعاریف را در این جا تذکر می‌دهیم:

عده‌ای، حقوق عندی را چنین تعریف می‌کنند: حقوق عندی عبارت از اختیار و امتیازی است کہ از جانب حقوق آفاقی بہ شخص داده شدہ و بہ اساس آن شخص حامل حق شناختہ می‌شود.

عده‌ای آن را عبارت از توانایی می‌دانند کہ حقوق ہر کشور بہ اشخاص می‌دہد، تا از مالی بہ طور مستقیم استفادہ کنند، یا انتقال مال و انجام دادن کاری را از دیگری بخواهند.

عده‌ای ہم آن را چنین تعریف می‌نمایند: حقوق عندی عبارت از امتیاز و صلاحیت‌های است کہ یک شخص در برابر اشخاص و اشیا دارد، کہ توسط حقوق آفاقی حمایتہ گردیدہ و بہ حق تعبیر می‌شود.

مبحث دوم - اهمیت و مفهوم حقوق عندی

طوری که قبلاً نیز متذکر گردیدیم، معمولاً حقوق به دو معنی و مفهوم به کار برده می‌شود: یکی این که مجموع قواعدی که بر اشخاص حکومت می‌کند، دوم این که امتیازی که قواعد حقوق برای تنظیم روابط اشخاص، به سود عده‌ای از آنان در برابر دیگران ایجاد می‌کند. بناً حقوق عندی که در واقع نوع دوم مفهوم حقوق است، مانند قواعد حقوقی، مجرد و کلی نیست و همیشه مربوط شخص معین می‌باشد.

حقوق عندی که به نام حقوق ذاتی، انفسی، فردی و بعضی دانشمندان آن را حقوق شخصی می‌نامند، در واقع عبارت از قدرت و صلاحیتی است که یک شخص در حیات اجتماعی از آن مستفید و متمتع می‌شود و عندالزوم با مراجعه به قدرت عامه احترام آن را مطالبه می‌کند.

حقوق آفاقی ممکن است راجع به روابط افراد یک گروه اجتماعی، یک کشور و یا شخصیت بین‌الملل باشد. بدین اساس حقوق عندی برای فرد یا گروهی حق فردی را می‌شناسد و صاحبان حق می‌توانند از این امتیاز و صلاحیت استفاده کنند؛ اما برای این که فرد ذیحق بتواند از حقوق متذکره استفاده کند، باید حقوق آفاقی از نظر حفظ نظم جامعه، حق فردی را معتبر شمرده و آن را مورد حمایت قرار دهد. بنابر این حق فردی نمی‌تواند بدون حمایت حقوق آفاقی وجود داشته باشد.

به عباره دیگر همان گونه که در آغاز این درس آمد، حقوق در زبان‌های ملی ما (پشتو و دری) به دو معنی اصلی به کار می‌رود:

- (1) مجموع قواعدی رهنمونی که بر اشخاص قابل تطبیق اند (حقوق آفاقی).
- (2) امتیازی که قواعد حقوق، برای تنظیم روابط اشخاص، به نفع عده‌ای از آنان در برابر دیگران ایجاد می‌کند (حقوق عندی).

حق فردی، چنان که از نام آن نیز بر می‌آید، مانند قاعده حقوقی مجرد و کلی نیست و همیشه مربوط به شخص معین است؛ چنان که حق مالکیت یا دین به مالک و مدیون تعلق دارد و روابط آن‌ها را با سایرین منظم می‌سازد.

مبحث سوم - موضوع حقوق عندی

موضوع حقوق عندی یا ذاتی را به طور عموم اشخاص حقوقی تشکیل می‌دهند. این اشخاص از نظر حقوق به دو نوع می‌باشند؛ اما قبل از این که به شناسایی این دو نوع اشخاص بپردازیم، باید شخصیت را از نظر حقوق تعریف نمایم: شخصیت عبارت از آن قابلیت یا ظرفیت است که انسان با داشتن آن صلاحیت اعمال و اجرای حق و وجیبه را به دست می‌آورد.

اینک بعد از تعریف شخصیت به طور عام می‌پردازیم به شناسایی دو نوع شخصیت.

1- اشخاص حقیقی: به اساس پرنسیب عمومی هر انسان با تولدش دارای شخصیت شناخته شده و با وفات اش شخصیت او خاتمه می‌یابد. چنانچه فقره اول ماده 36 قانون مدنی افغانستان در مورد چنین مشعر است: "شخصیت انسان با ولادت کامل وی به شرط زنده بودن آغاز و با وفات انجام می‌یابد."

ناگفته نباید گذاشت طوری که امروز شخصیت حقیقی در ساحه علم حقوق مطرح است در گذشته وضع بدین منوال نبوده؛ بلکه حالاتی وجود داشت که با تحقق یافتن آن اشخاص حیثیت حامل بودن حق را از دست می‌دادند و گویا فاقد شخصیت حقوقی شناخته می‌شدند. مثلاً غلامان، بیگانگان و یا کسانی که به جرایم سنگین و افتضاح آوری محکوم می‌شدند، این چنین اشخاص را فاقد حقوق دانسته و از اجتماع به کلی تجرید می‌کردند و این عمل را به نام (مرگ مدنی) یاد می‌کردند؛ اما امروز هر انسان دارای شخصیت حقوقی بوده و حامل حق شناخته می‌شود و یا لاقلاً می‌تواند دارای بعضی از حقوق باشد.

2- اشخاص حکمی: در حیات حقوقی تنها افراد و اشخاص حقیقی موضوع بحث نمی‌باشد؛ زیرا انسان‌ها با سازمان‌ها و تأسیسات رو به رو اند، که در عین وضعیت حقوقی قرار می‌گیرند که اشخاص حقیقی قرار دارند؛ زیرا این سازمان‌ها، نهادها و تأسیسات مانند اشخاص حقیقی دارای اموال و دارایی‌ها بوده و وجایب و مکلفیت‌های را متحمل می‌گردند. مثلاً آن‌ها می‌توانند مثل اشخاص حقیقی یک ملکیت را خریداری و یا به فروش برسانند، و یا این که به محکمه مراجعه کرده و به حیث مدعی یا مدعی علیه قرار بگیرند.

نظر به این اوصاف و خصوصیات که چنین اجتماعات و جمعیت‌های کثولی دارا می‌باشند و حقوق شان کاملاً مشابه با حقوق و امتیازاتی که به اشخاص فزیکتی داده شده است، و ما به آن عنوان شخصیت حقوقی را اعطا کردیم، در این جا نیز منطقاً باید به این چنین تأسیسات و سازمان‌ها شخصیتی را قایل و از دید حقوق، آن را مانند یک شخصیت حقیقی به نام شخصیت حکمی یا معنوی یاد نمایم.

چنین اشخاص اکتساب شخصیت حقوقی را مانند اشخاص حقیقی به موجب موجودیتش به حیث موجود انسانی ندارد؛ بلکه به پیش‌بینی قانون است که آن‌ها صاحب شخصیت حقوقی می‌گردند. بنابر آن وجه تسمیه شخصیت حکمی در این جا به کلی صدق پیدا می‌کند. بنابر آن شخصیت حکمی: شخصیت معنوی است که واجد اهلیت حقوقی بوده و بنابر اهداف معین به شکل مؤسسه، دولت و ارگان‌های آن، احزاب، اتحادیه‌ها، شرکت‌ها، جمعیت‌ها و غیره تأسیس می‌شود.

مبحث چهارم - مبنای حقوق عندی

در بارهٔ مبنای حقوق عدی که آن را به "حق" (Right) تعبیر می‌کنند، نظر واحدی وجود ندارد. در این باره نظریات گوناگون ارایه شده است، بدین معنی که:

برخی "اراده" را مبنای آن دانسته و گفته اند که: حق عبارت از توانایی است که به اراده اشخاص داده شده. بنابر این عنصر اصلی حق اراده‌ای است که به وسیله قوانین تحقق یافته است.

برخی دیگری در تعریف حق گفته اند: "نفعی است که از نظر حقوقی حمایت شده." بر طبق این نظر صاحب واقعی حق کسی است که از آن سود می‌برد نه آن که اراده می‌کند.

بیش‌ترین دانشمندان مفهوم حقوق ذاتی یا حق را جدا از شخصیت نمی‌شناسند و آن را در اختیار شخص خلاصه می‌کنند. به نظر آن‌ها حق عبارت از اختیارات شخصی است، خواه طبیعی (حقیقی) باشد یا حقوقی (حکمی).

هر انسان - شخص طبیعی یا حقیقی است - هر چند که اراده نداشته باشد. دیوانه (مجنون) و طفل می‌توانند صاحب حق شوند، منتها این حق را به وسیله نمایندگان خود (ولی، قیم یا وصی) اجرا می‌کنند. یعنی "اهلیت تملک حق" را دارند؛ ولی از اهلیت تصرف استفاده کرده نمی‌توانند.

در بارهٔ "شخص حکمی" بحث و انتقادهای زیادی وجود دارد؛ ولی به طور خلاصه باید گفت: در مواردی که گروه‌ای هدف و نفع مشترکی را در اجتماع دنبال می‌کنند، یا دسته‌ای از اموال و حقوق برای رسیدن به منظور معین اختصاص داده می‌شود، ممکن است قانون‌گذار شخصیت مستقلی برای جمع آن اشخاص یا اموال بشناسد که آن را "شخصیت حکمی یا معنوی" می‌نامند؛ مانند دولت، شرکت‌های تجاری، انجمن‌ها، سازمان‌ها، احزاب و غیره.

بنابر این، در مورد مبنا و جوهر حق می‌توان نتیجه گرفت: "سلطه و اختیاری است که حقوق هر کشور به منظور حفظ منافع اشخاص به آن‌ها می‌دهد." بر همین پایه تعریف حق و آثار آن استوار ساخته شده است.

در این جا به این نتیجه رسیدیم که، حقوق عدی که آن را به "حق" تعریف کرده اند، زمانی وجود دارد که در برابر آن تکلیف وجود داشته باشد. پس بهتر است در این جا نخست حق را و بعداً تکلیف و برخی اصطلاحات ضروری مربوط به این ساحه را مورد مطالعه قرار دهیم.

الف - تعریف حق: با توجه به آنچه گذشت، در تعریف حق می‌توان گفت: "توانایی است که شخص با داشتن آن می‌تواند از مال به طور مستقیم استفاده کند یا انتقال مال و انجام دادن کاری را از دیگری بخواهد."

صاحب حق را چنان که معمول است، بر حسب طبیعت اختیار او مشخص می‌کنند، مثلاً گفته می‌شود، فلان شخص مالک است، یا منتفع و یا داین، گاه گاهی زاینده حق او را ممتاز می‌سازند. به طور مثال به اعتبار عقد اجاره یا بیعی که منعقد شده است، دو طرف را مؤجر و مستأجر یا خریدار و فروشنده می‌نامند.

ب - تعریف تکلیف: طوری که می‌دانیم در برابر هر حق "تکلیف" وجود دارد. گاهی این حق مربوط به اجرای موضوع حق است و شخص باید عملی را به دیگری انجام دهد، در این صورت می‌گوییم که در برابر حق وجوبه انجام می‌شود، که صاحب حق داین و جانب مقابل آن مدیون، ملتزم یا متعهد است.

گاهی چنین نیز واقع می‌شود که، به طور مستقیم در برابر موجودیت، حقی ایجاد می‌گردد که در احترام گذاشتن به آن و عدم تجاوز به حق تعبیر می‌گردد، که آن را مکلفیت می‌گوییم. در این صورت به عوض کلمه متعهد، ملتزم و مدیون اصطلاح "مکلف" به کار گرفته می‌شود، که در واقع تعبیر تکلیف است. در زندگی اجتماعی انسان‌ها که هر یک ما در زندگی اجتماعی علاوه بر آن که دارای حق می‌باشیم، مکلفیت‌ها نیز داریم. مانند این که: هر مالکی در ملکیت خودش به طور طبیعی دارای تصرف است بدون آن که مفادی به دیگران به طور مستقیم عاید نماید؛ اما دیگران در برابر این حق مکلف اند به ملکیت موصوف احترام گذارند، که محصول و نتیجه آن ایجاد نظم و حفظ حقوق فردی اشخاص می‌باشد.

ج - مؤسسه حقوقی چیست؟ گرچه در زبان‌های ما مؤسسه یا (Organization) معمولاً به تشکیلاتی به کار برده می‌شود که به اهداف معین ایجاد و فعالیت می‌کند، در حالی که هدف از اصطلاح مؤسسه حقوقی عبارت از مجموع قواعدی که در روابط اجتماعی تشکل یافته و بین این قواعد چنان رابطه‌های وجود داشته باشد که همه آن‌ها یک مجموع منظم شناخته شوند. در این صورت می‌گوییم مؤسسه حقوقی ایجاد گردیده است. مثلاً خانواده یک مؤسسه حقوقی است، چه در خانواده ملاحظه می‌نماییم که قواعد مختلفی برای تنظیم زندگی خانوادگی و تعیین حقوق و وجایب اعضای خانواده حاکم اند.

در این جا قابل تذکر است که برخی به این گونه سازمان‌ها "نهاد حقوقی"

نیز گفته اند؛ ولی باید دانست که این اصطلاح نیز مانند "نهاد اجتماعی" به ماهیت ابتدایی رابطه یا موقعیتی گفته می‌شود که هنوز به وسیله مقررات شکل‌های گوناگون نیافته؛ ولی در اجتماع یا حقوق به وجود آمده است. پس نکاح به این اعتبار که به وسیله اجتماع و خود به خود ایجاد شده است "نهاد اجتماعی" نامیده می‌شود و گاه نیز به اعتبار وجود بسیط آن در حقوق "نهاد حقوقی" گفته می‌شود؛ ولی اصطلاح "مؤسسه حقوقی" نهاد آرایش یافته‌ای را می‌رساند که کانون دسته‌ای از قواعد هماهنگ قرار گرفته است.

فصل دوم

منابع حقوق عندی

منابع حقوق عندی یا ذاتی عبارت از "اعمال حقوقی" و "حوادث حقوقی" اند که اینک هر یک را به طور جداگانه به مطالعه می‌گیریم.

مبحث اول- اعمال حقوقی

اعمال حقوقی، کارها یا افعال ارادی اند که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص ایجاد می‌شوند و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن تحمیل می‌کند. یا به عبارتی دیگر: عمل حقوقی کار ارادی است که اثر حقوقی آن با آنچه فاعل می‌خواسته منطبق باشد. چنانچه قانون مدنی افغانستان اعمال حقوقی را تحت عنوان تصرف حقوقی در ماده 493 خود چنین تعریف می‌کند: "تصرف حقوقی عبارت از تصرف قولی است که از اراده قاطع شخص برای ایجاد اثر حقوقی معین مطابق به احکام قانون به وجود آمده باشد."

اعمال حقوقی را به صورت عموم به دو دسته تقسیم می‌نمایند که عبارت از عقود و ایقاعات می‌باشند، که اینک هر یک را طور جداگانه به مطالعه می‌گیریم.

1- عقود: عقد که "قرارداد و در امور مالی معامله نیز نامیده می‌شود" عمل حقوقی است که برای ایجاد آن نیاز به دو اراده می‌باشد. یا به عبارتی دیگر: دو یا چند شخص باید توافق کنند تا از برخورد توافق‌های شان عقد به وجود آید، مانند عقد بیع که از توافق خریدار (بایع) و فروشنده (مشتري) حاصل می‌شود، یا نکاح که در نتیجه تراضی زن و شوهر به وجود می‌آید.

عقد را قانون مدنی افغانستان در فقرة اول ماده 497 خویش چنین تعریف می‌کند: "عقد، عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون."

و یا به عبارتی دیگر در تعریف عقد گفته می‌توانیم: عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد. پس عملی را می‌توان عقد نامید که دارای دو صفت اساسی باشد:

الف- در اثر توافق اراده دو یا چند نفر به وجود آید: عملی که با اراده‌ی یک تن واقع شود عقد نیست، هر چند که اراده دیگری بتواند آن را از بین ببرد؛ چنان که وصیت عهدی در نتیجه اراده موصی واقع می‌شود و نیازی به اراده و اطلاع وصی ندارد؛ اما در زمان حیات او وصی می‌تواند آن را رد کند. به همین جهت، وصیت عهدی را باید در زمره ایقاعات شمرد.

ب - منظور از آن ایجاد تعهد باشد: اگر دو شخص به منظور از بین بردن تعهدهای گذشته خود با هم تراضی کنند، نتیجه آن هر چند که ماهیت قراردادی دارد "عقد" نامیده نمی‌شود. طور مثال، اگر مؤجر و مستأجر به تراضی اجاره را بر هم زنند، عمل آنان در اصطلاح حقوق مدنی "اقاله" نام دارد. انتقال دین نیز در حکم ایجاد آن است؛ زیرا در اثر انتقال، برای انتقال گیرنده حق ایجاد می‌شود.

در این جا برای وضاحت بیشتر لازم است به مطالعه موضوعات زیر پرداخت:

- اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی یعنی چه؟

از تعریف ماده 497 چنین بر می‌آید که رکن اساسی هر عقد توافق دو

اراده است: یعنی در قرارداد اراده کسانی که آن را منعقد ساخته اند، مهم‌ترین عامل ایجاد حق و وجبیه است. به همین جهت گفته می‌شود که در عقود اراده افراد حاکمیت دارد. اصل حاکمیت اراده که ریشه فلسفی آن در گفته‌های فرد گرایان است، در حقوق کنونی به "آزادی قراردادی" تعبیر می‌شود یا قرارداد های خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است که از آن چهار نتیجه اساسی گرفته می‌شود:

1. اشخاص می‌توانند قرارداد را به هر صورتی که مایل اند منعقد سازند و نتایج و آثار آن را آزادانه تعیین کنند. قانون‌گذار آثار و شرایط تعدادی از عقود را که مورد استعمال و اهمیت فراوان داشته پیش‌بینی کرده است. به همین مناسبت این دسته از عقود را (عقود معین) می‌گویند، مانند بیع، اجاره، صلح، هبه، ودیعت، قرض و امثال این‌ها؛ ولی، باید توجه داشت که پیش‌بینی این دسته از عقود بدان معنی نیست که اشخاص موظف باشند اراده خود را در این قالب‌های معین، تبارز دهند.

2. قرارداد با تراضی دو طرف محقق می‌شود و تشریفات خاصی ندارد و دو طرف عقد ملزم نیستند الفاظ مخصوصی را به کار ببرند (بعضی از عقود تشریفات و الفاظ معین دارند).

3. پس از انعقاد قرارداد دو طرف ملزم به رعایت آن هستند و باید تعهدهای ناشی از آن را اجرا کنند و محکمه نمی‌تواند به بهانه رعایت عدالت و انصاف، مدیون را از آنچه به عهده دارد معاف کند.

4. معاملات فقط بین دو طرف و قایم مقام قانونی آن‌ها مؤثر است. در اجتماع منظم، آزادی هر شخص محدود به آزادی دیگران است و هیچ کس نمی‌تواند، جز در موارد استثنایی، تعهدی بر دیگری تحمیل کند یا به سود او حقی به وجود آورد.

شرایط صحت قرارداد

این شرایط و ضمانت اجرای قرارداد عبارت‌اند از:

1. قصد طرفین و رضای آن‌ها.
2. اهلیت طرفین.
3. موضوع معین که مورد معامله باشد.
4. مشروعیت معامله.

در اثر فقدان این شرایط عقد ممکن است باطل یا غیر نافذ باشد.

عقد باطل عقدی است که به نظر قانون‌گذار وجود خارجی ندارد و به هیچ عنوان نیز نمی‌توان اثری بر آن مرتب کرد؛ ولی عقد غیر نافذ، با این که در حالت عدم نفوذ مانند عقد باطل است، با تنفیذ بعدی اصلاح پذیر است. برای مثال، عقدی که در اثر اکراه واقع می‌شود هیچ تعهدی ایجاد نخواهد کرد؛ ولی، هرگاه شخص مکره عقد را تنفیذ کند بر آن آثار عقد صحیح از ابتدا مرتب می‌شود.

اینک شرایط صحت قراردادها یا عقود را در این جا مختصراً بیان

می‌داریم.

1- قصد و رضای دو طرف: در حقوق ما اراده به دو عنصر "قصد" و "رضای" تجزیه شده است. انجام دادن عمل حقوقی معلول یک سلسله فعالیت‌های دماغی و درونی است که هر شخص با مراجعه به وجدان خویش می‌تواند آن را در یابد. انسان ابتدا تصور وجود عمل را می‌کند و پس از محاسبه نفع و ضرر آن و ملاحظه ضروریات مادی و معنوی خود، لزوم ایجاد آن عمل را تصدیق می‌کند و در باطن تصمیم به آن کار را اتخاذ می‌کند. این تصمیم به انجام دادن را "رضای" می‌نامند. پس از گذشتن این مرحله و احساس رضایت از انجام دادن کار، انسان تصمیم می‌گیرد و آن را اجرا می‌کند. یعنی عمل حقوقی مورد نظر را در ذهن خود ایجاد می‌کند و همین مرحله است که انشای عمل حقوقی یا "قصد" نامیده می‌شود. پس، مبنای هر "قصد" میل و رضایی است که در اثر تصدیق عمل از پیش در ذهن به وجود آمده است و این دو (قصد و رضا) برای ایجاد عقد لازم و ملزوم یکدیگر است. یعنی، نه تنها رضایی که منتهی به قصد انشا نگردد هیچ اثری در علم حقوق ندارد؛ بلکه قصدی هم که مبتنی بر رضای حقیقی نباشد به طور کامل مؤثر نیست. برای این که اراده باطنی بتواند مؤثر در بستن عقد شود باید حایز دو شرط زیر باشد:

الف- اعلان شود: یعنی به وسیله لفظ یا نوشته یا کار یا اشاره، اراده جنبه خارجی پیدا کند و برای طرف قرارداد مفهوم باشد. حقوق از علوم اجتماعی است و تا زمانی که اراده جنبه بیرونی و خارجی پیدا نکرده بر آن اثری مرتب نمی‌کند. اراده‌ای را که بدین گونه اعلان شده است "اراده ظاهری" می‌گویند.

ب- اراده باید خالی از عیب باشد: در حقوق ما دو امر ممکن است نفوذ اراده را زایل سازد، اشتباه و اکراه.

1. اشتباه: اشتباه تصور نادرستی است که انسان از حقیقت پیدا می‌کند. اشتباه ممکن است نسبت به نوع عقد یا شخصیت طرف عقد یا موضوع معامله باشد. **اشتباه در نوع عقد:** مانند این که کسی پیشنهاد فروش مالی را به دیگری می‌کند و او به گمان این که مقصود مالک بخشیدن آن مال است عقد را می‌پذیرد.

اشتباه در موضوع معامله: مانند این که کسی خانه خود را بفروشد و دیگری به تصور این که باغ هدف است، آن را بپذیرد. **اشتباه در شخصیت طرف معامله:** مانند این که شخصی به این تصور که طرف قرارداد داکتر است با او در باره عمل جراحی قرارداد می‌بندد؛ ولی معلوم می‌شود که او دکتر در ادبیات است. اشتباه در شخصیت طرف معامله در صورتی موجب بطلان عقد است که شخصیت طرف علت عمده عقد باشد: یعنی ثابت شود که اگر مشتبّه حقیقت امر را می‌دانست به معامله راضی نمی‌شد.

2. اکراه: اکراه عبارت از فشار غیر عادی و نا مشروعی است که، به منظور وادار ساختن شخص بر انجام دادن یک عمل حقوقی، بر او وارد می‌شود.

منظور از اعمال اکراه آمیز این است که آزادی تصمیم و استقلال اراده از مکره گرفته شود و عقدی را انشا کند که در شرایط عادی حاضر به انجام دادن آن نبوده است. هنگامی که صحبت از معنی قصد و چگونگی مراحل اراده بود، دیدیم که پس از تصور هر عمل حقوقی سود و زیان آن با هم مقایسه می‌شود. هرگاه نتیجه این سنجش رضایت بخش باشد، شخص نسبت به آن عمل راضی می‌شود و در باره آن تصمیم می‌گیرد. در این فعل و انفعال دماغی، جهات گوناگونی اثر دارد که شخص می‌تواند با آزادی آن‌ها را بررسی کند؛ ولی، در اثر اکراه خطری که صاحب اراده را تهدید می‌کند آزادی تصمیم را از او می‌گیرد و به همین جهت هم تصمیمی که در چنین حالتی اتخاذ می‌شود ناشی از رضای حقیقی و سالم نیست.

اکراه را با اضطراب، که پریشانی درونی است و با هیچ فشار خارجی و نا مشروع همراه نمی‌شود، نباید اشتباه کرد. پس، اگر تاجری برای حفظ اعتبار و شهرت خویش ناچار شود که پرده نقاشی مورد علاقه خود را بفروشد، به نفوذ و اعتبار این معامله نمی‌توان ایراد کرد.

2- اهلیت: اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق دارد. این صلاحیت دارای دو حالت است:

1. اهلیت تمتع یا تملک: صلاحیتی است که شخص به موجب آن می‌تواند از حقوق خصوصی بهره مند باشد و صاحب حق و وجبیه شود. هر انسان از هنگام تولد و گاه از زمان انعقاد نطفه، در صورتی که زنده به دنیا بیاید، تا زمان مرگ اهلیت تمتع از حقوق را، جز در عده‌ای موارد استثنایی، دارد.

2. **اهلیت تصرف:** یا صلاحیت اجرای حقی که به حکم قانون به کسی داده شده است. برای این که شخص اهلیت تصرف در حقوق خود را داشته باشد، باید بالغ و عاقل و رشید باشد. رشید کسی است که تصرف او در اموالش به شیوه خردمندان باشد. عاقل ضد مجنون است، کسی است که رفتار و گفتار او به نظر عرف عاقلانه باشد.

جنون ممکن است دایمی باشد یا دورانی: جنون دایمی حالتی است که مجنون در آن بیماری با اندک تفاوت در یک حال به سر می‌برد؛ ولی مجنون دورانی کسی است که گاه در حال جنون است و گاه دیگر افاقه پیدا می‌کند. اعمال صغیر غیر ممیز و مجنون باطل است؛ ولی اعمال صغیر ممیز و سفیه در امور مالی غیر نافذ است، یعنی اگر قیم یا ولی قهری آن اعمال را تنفیذ کند نافذ می‌شود.

3 - **موضوع معامله:** برای این که معامله درست باشد مورد معامله باید دارای شرایط زیر باشد:
الف - هنگام عقد موجود باشد: بنا بر این اگر کسی عین معینی را که هنگام عقد موجود نبوده است به دیگری بفروشد، این بیع باطل است؛ ولی موجود نبودن عین کلی به صحت معامله زیان نمی‌رساند.
ب - قابل نقل و انتقال باشد: بنا بر این انتقال مال وقف، جز در برخی موارد استثنایی، ممنوع است و خرید و فروش اسلحه و مواد مخدر و مانند این‌ها اصولاً امکان ندارد.

ج - معلوم و معین باشد: مگر در مواردی که علم اجمالی به حکم قانون کافی است: مانند این که ضامن می‌تواند بدون اطلاع از مقدار و کیفیت

دین، از مدیون ضمانت کند.

د - تسلیم آن مقدور باشد.

ه - ملک مدیون باشد: معامله‌ای را که شخص بدون داشتن نمایندگی به مال غیر می‌کند، در اصطلاح "معامله فضولی" می‌گویند. معامله فضولی به موردی گفته می‌شود که موضوع معامله عین معین و ملک دیگری باشد.

4 - **مشروعیت جهت معامله:** جهت معامله دلایلی است که هر یک از دو طرف را بر انجام دادن معامله بر انگیزخته است. انسان چون عاقل است تمام اعمال خود را به خاطر رسیدن به هدف معینی انجام می‌دهد. معامله کردن نیز از این قاعده خارج نیست و همیشه به لحاظ غرض خاصی انجام می‌شود که شوق رسیدن به آن تحریک کننده شخص در تراضی است. برای مثال، جهت معامله در خرید خانه، ممکن است سکونت یا اجاره دادن یا فروش مجدد یا بخشیدن آن و مانند این‌ها باشد.

لزوم مشروع بودن جهت معامله یکی از وسایلی است که می‌تواند رعایت اخلاق حسنه و احترام به قانون را در قرارداد تضمین کند. ممکن است عقدی از حیث سلامت اراده و اهلیت طرفین و موضوع معامله و درست باشد؛ ولی طرفین آن را وسیله تجاوز به قانون و اخلال به نظم عمومی قرار دهند. برای مثال، در موردی که مالکی منزل خود را به منظور ایجاد قمار خانه اجاره می‌دهد، موضوع عقد مبدای منفعت به پول است و از حیث قصد و رضا و اهلیت نیز هیچ اشکالی بر آن وارد نیست و فقط لزوم مشروع بودن از جهتی می‌تواند از تبانی آن‌ها بر امری نا مشروع جلوگیری کند.

آثار قرارداد

1- **اصل لزوم قراردادها:** همین که قرارداد به درستی بسته شد، هیچ یک از دو طرف حق بر هم زدن آن را جز در موارد استثنایی ندارد. این موارد را که به موجب قانون تعیین شده است، "خیار فسخ" می‌نامند، مانند خیار غبن، خیار عیب و خیار تدلیس.

با وجود این، عده‌ای از قراردادها جایز است. یعنی هر یک از دو طرف هرگاه بخواهد می‌تواند عقد را منحل سازد، چنان که در وکالت، وکیل می‌تواند استعفا دهد و مؤکل نیز حق دارد وکیل را عزل کند.

جایز بودن عقد امری است استثنایی که نیاز به تصریح قانون دارد. هر جا که نسبت به لزوم و جواز عقد تردید به میان آید، باید آن را لازم شمرده و همین قاعده را "اصل لزوم قراردادها" می‌نامند.

2- **قدرت اجرایی قرارداد:** دو طرف عقد باید مفاد آن را محترم شمارند و آنچه را که به عهده دارند انجام دهند. در حالتی هم که عقد جایز است، تا زمانی که از خیار فسخ استفاده نشده، این قدرت باقی است. چنان که هر قانون نیز پیش از نسخ اعتبار و حاکمیت دارد و عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم الاجرا است.

کسی که به موجب قرارداد داین شده، نه تنها می‌تواند الزام مدیون را از محکمه بخواهد؛ بلکه حق دارد از بابت تأخیر یا عدم انجام تعهد از او خسارت بگیرد. میزان این خسارت را، اگر در قرارداد معین نشده باشد، محکمه پس از رسیدگی تعیین می‌کند، جز در مورد تعهدی که موضوع آن پول رایج کشور است.

3- **نسبی بودن اثر قرارداد:** همان گونه که در اصل حاکمیت اراده آمد، اثر قرارداد محدود به کسانی است که در انعقاد آن شرکت داشته اند و اشخاص خارجی نه از آن سود می‌برند و نه زیان. در واقع، قانونی که دو طرف عقد به وجود آورده اند، تنها برای خود ایشان محترم است. با وجود این، برای شناختن اثر نسبی قرارداد، باید به دو نکته زیر توجه داشت:

الف- عده‌ای از اشخاص جانشین طرفین قرارداد هستند. این اشخاص را در اصطلاح "قایم مقام" می‌گویند. قایم مقام، درست مانند طرف قرارداد، در اثر عقد داین و مدیون می‌شود؛ چنان که وارثان شخص، به قایم مقامی مورث خود و در حدود ترکه، مکلف به اجرای قرارداد های مورث هستند و از حقوقی که او به دست آورده مستفید می‌شوند. همچنین، خریدار ملک باید حق عبوری را که همسایه آن در اثر قرارداد با فروشنده به دست آورده است محترم شمارد، چرا که قایم مقام خاص فروشنده در باره ملک است.

ب- گاه نیز اثر قرارداد به طور استثنایی دامن‌گیر اشخاص ثالث می‌شود؛ چنان که دو طرف می‌توانند ضمن قرارداد تعهدی به نفع ثالث کنند. نمونه بارز این تعهد در بیمه عمر دیده می‌شود؛ زیرا قرارداد بین بیمه کننده و بیمه شونده بسته می‌شود؛ ولی شخص ثالث که توسط بیمه شونده تعیین شده از آن سود می‌برد.

انحلال قرارداد

1- انحلال قرارداد به تراضی (اقاله): قاعده این است که همان اراده هایی که عقد را به وجود آورده است، توان منحل ساختن آفریده خود را دارند. برای انحلال عقد، به تراضی دیگر نیاز است، به قراردادی که هدف آن باز گرداندن وضع قبلی دو طرف است. به این تراضی، که ماهیت آن قراردادی است؛ ولی معامله (بیع) جدید محسوب نمی‌شود، "اقاله" می‌گویند. برای مثال، اگر خریدار قالبیچه‌ای را متناسب با خانه خود نیابد و با فروشنده توافق کند که قالبیچه را پس بدهد و پولی را که پرداخته بگیرد، عمل حقوقی انجام شده اقاله بیع است نه دست زدن به بیع دیگر.

2- فسخ ارادی: چنان که گفته شد، اصل این است که یکی از دو طرف قرارداد نمی‌تواند بدون رضای دیگری آن را برهم زند و باید به تعهدی که بسته است احترام گذارد. با وجود این، زمانی که قرارداد خود امکان بر هم زدن عقد را پیش‌بینی می‌کند، یا از آن ضرری نا روا به بار می‌آید، قانون به زیان دیده یا مشروط له حق فسخ می‌دهد. این حق را "خیار فسخ" می‌نامند. مانند خیار شرط، خیار غبن، خیار عیب و خیار تدلیس.

وجود خیار در عقد لازم، نه تنها خلاف اصل است؛ بلکه با نظم عمومی

هم ارتباط ندارد و دو طرف می‌توانند ضمن عقد سقوط تمام یا بعض از خیارها را شرط کنند.

3- فسخ قهری: تلف موضوع معامله اگر به دلایل خارجی و بدون اهمال فروشنده صورت پذیرد، باعث انحلال قهری و خود به خود عقد می‌شود. به همین جهت، می‌گویند تلف مبیعه پیش از قبض باعث فسخ بیع می‌شود، یعنی عقد را نسبت به آینده بر هم می‌زند. در نتیجه، فروشنده باید پولی را که از بابت قیمت مبیعه تلف شده گرفته است باز گرداند و اگر پولی نگرفته است دین او از بین می‌رود.

2- ایقاع: عمل حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود. در ایقاع نیازی به توافق نیست، یک شخص تصمیم می‌گیرد و اثر حقوقی بر آن تحمیل می‌شود. مانند طلاق که به اراده شوهر واقع می‌شود و اراده زن در نتایج آن اثر ندارد یا فسخ قرارداد یا ابرای دین و غیره.

در این جا لازم است برخی موضوعات ضروری راجع به ایقاع را مورد مطالعه قرار دهیم.

الف - نقش ایقاع در زندگی اجتماعی: بر خلاف آنچه در نخستین نگاه به نظر می‌آید، ایقاع در زندگی اجتماعی سهم بسیار مؤثری دارد. اراده یک تن ممکن است سبب تملک حقوق عینی شود. چنان که شخص می‌تواند زمین مواتی را آباد و آب مباحی را متصرف و مالک شود (حیازت مباحات). یا حقی را ساقط کند، مانند این که در نتیجه "ابراء" حق دینی از بین می‌رود و در اثر اعراض حق عینی بر مالی زایل می‌شود. همچنین تنفیذ قرارداد های غیر نافذ نوعی ایقاع است که قرارداد ناقص را معتبر می‌سازد.

نظریه‌های جدید متمایل بر این است که ایقاع را به عنوان منبع حق دینی

نیز ببیند. چنان که بسیاری از نویسندگان پیشنهاد بستن عقد (ایجاب) را به همین دلیل الزام آور شمرده اند. هر چند که ایجاد دین به وسیله ایقاع هنوز جنبه استثنایی دارد، آثار مهم آن سبب شده است که نظریه پردازان قواعد کلی ایقاعات را نیز مانند قرارداد ها فراهم آورند.

به هر حال، شرایط وقوع و آثار ایقاعات، جز در موارد استثنایی، تابع قواعد کلی قرارداد ها است: بدین ترتیب که، هرگاه قاعده‌ای با اصول کلی موافق باشد، در ایقاع نیز جاری می‌شود و مواردی که جنبه استثنایی دارد به طور محدود تفسیر می‌شود.

پ - لزوم اعلان اراده در ایقاعات: در مبحث مربوط به شرایط درستی قرارداد دیدیم که اراده باطنی هیچ اثری در روابط حقوقی طرفین ندارد. اراده باید به وسیله‌ای اعلان شود و جنبه خارجی پیدا کند.

ولی این پرسش به میان می‌آید که لزوم اعلان اراده به خاطر آگاه شدن هر کدام از مقصود طرف دیگر است و اختصاص به قرارداد دارد، یا در همه اعمال حقوقی (اعم از عقد و ایقاع) اجرا می‌شود؟

عده‌ای از استادان گفته اند که لزوم اعلان اراده در قرارداد ها به خاطر این است که در هر عقد حداقل دو تن باید در باره موضوع آن توافق کنند و این امر بدون اعلام اراده آنان امکان پذیر نیست؛ ولی در ایقاع تنها یک اراده مؤثر است و شخص دیگری دخالت ندارد تا کاشف خارجی در وقوع آن مؤثر باشد. بنابر این، در ایقاعات الفاظ و نوشته‌هایی که به کار می‌رود تنها از نظر اثبات وقوع عمل و آگاه ساختن اشخاص ذینفع مؤثر است.

در برابر این استدلال می‌توان گفت که کاشف اراده را نمی‌توان به کلی از نیت باطنی جدا کرد. اراده‌ای که اعلان نشده تنها از نظر اخلاقی ارزش دارد و حقوق اصولاً نه به آن توجه می‌کند و نه وسیله کشف آن را در اختیار دارد. وجود این اراده را بدون دلیل نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا ایقاع با حقوق دیگران رابطه پیدا می‌کند و پذیرفتن این ادعا مستلزم این است که حق آن‌ها

دست‌خوش میل و خواسته‌های ایقاع‌کننده قرار گیرد. ایقاع‌کننده نیز وسیله‌ای برای اثبات وقوع آن ندارد. پس، اراده اعلان نشده تنها جنبه نظری دارد و در روابط اجتماعی هیچ سهمی نمی‌تواند داشته باشد، مثلاً طلاق از جمله نمونه‌های این ادعا است.

مبحث دوم - حوادث حقوقی

1 - تعریف حوادث حقوقی: حوادث حقوقی دسته‌های از وقایع است که آثار حقوقی آن نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون به وجود می‌آید، اعم از این که ایجاد واقعه ارادی باشد، مانند غصب و اتلاف مال و غیره و یا غیر ارادی نظیر فوت و تولد شخص.

قانون مدنی افغانستان در ماده 496 خویش حادثه حقوقی را قرار زیر تعریف می‌کند: "حادثه حقوقی عبارت از تصرف فعلی است که به اختیار یا بدون اختیار شخص واقع گردیده و قانون بر آن آثار معین را مرتب کرده باشد."
عده‌ای از نویسندگان این موارد را زیر عنوان "استفاده بلاجهت" یا "دارا شدن غیر عادلانه" یا "شبه عقد" آورده اند.

اسباب ایجاد حادثه حقوقی را در پنج بخش می‌توان مطالعه کرد:

الف- استفاده بدون جهت: برای این که کسی به زیان دیگری "استفاده بدون جهت" کند و در نتیجه ملزم شود که چیزی را به او بپردازد باید این سه شرط جمع باشد:

- 1- در اثر کاری بر دارایی او افزوده شده باشد؛
- 2- این فزونی به زیان دیگری باشد؛
- 3- استفاده نا مشروع باشد.

در موارد استفاده بدون جهت نمونه‌هایی را می‌توان به شرح زیر خلاصه کرد:

- پرداخت بی جا: کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم نماید. یا اگر کسی که اشتباهاً خود را مدیون می‌دانست آن دین را تأدیه کند، حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید.

- اداره فضولی مال غیر: اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آن‌ها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند، باید حساب زمان تصدی خود را بدهد. در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدر بود یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است، حق مطالبه مخارج نخواهد داشت؛ ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت‌کننده مستحق اخذ مخارج خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است.

ب - غصب: غصب در لغت به معنای ستم و زور است. پس، برای این که غصب روی دهد، باید شخص مسلط بر مال دیگری شود و این تسلط نیز به رضای او نباشد و به زور و قهر انجام گیرد.

همچنین، کسانی که مالی را از طرف دیگری به عنوان امانت در دست

دارند و در برابر مطالبه مالک وجود مال را نزد خود انکار می‌کنند، از تاریخ انکار در حکم غاصب محسوب می‌شوند: یعنی، اگر مال نزد آنان تلف شود، (برخلاف امین) مسئول خواهند بود و به اصطلاح حقوق‌دانان، در اثر این انکار، ید امانی آن‌ها تبدیل به ید غاصبانه خواهد شد.

غاصب ملزم است در صورتی که عین مال نزد او باشد آن را با منافعش به مالک مسترد دارد و اگر تلف شده باشد، به تفاوت موارد مثل یا قیمت آن را بپردازد. بدین ترتیب که، هرگاه اشباع و نظایر مال عرفاً فراوان باشد، باید مثل آن را تهیه کند و در غیر این صورت بهای آن پرداخته می‌شود؛ مگر این که محکمه ترتیب دیگری را حکم کند. در صورتی که چند غاصب به ترتیب برای مدتی مال مغضوب را در تصرف داشته باشند، همه آن‌ها در برابر مالک مسئولیت تضامینی دارند، یعنی مالک می‌تواند برای جبران خسارت خود در مورد تلف مال به هر کدام که می‌خواهد مراجعه کند و هر غاصب ضامن منافع زمان تصرف خود و غاصبان بعدی است.

ج- اتلاف: هر کس مال غیر را تلف کند مسئول آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد، اعم از این که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از این که عین باشد یا منفعت و اگر ناقص یا معیوب کند، ضامن نقص قیمت آن مال است. بنابر این، اتلاف وقتی صورت می‌گیرد که کسی مال دیگری را به طور مستقیم تلف کند، هر چند که در این راه تقصیری نیز نداشته باشد.

د - تسبیب: تفاوت تسبیب با اتلاف در این است که در تسبیب کسی مال دیگری را به طور مستقیم تلف نمی‌کند؛ بلکه سبب می‌شود که مال او تلف شود. به طور مثال، کسی چاهی در راه عمومی حفر می‌کند و عابری در آن سقوط می‌کند. یا معماری تعمیری را غیر معیاری می‌سازد و در نتیجه تقصیر او تعمیر خراب می‌شود و به جمعی ضرر می‌رسد. در تسبیب، بر خلاف اتلاف، برای این که شخص مسبب مسئول شناخته شود، باید مقصر باشد. یعنی خسارت در نتیجه مسامحه و تعدی و تفریط او حاصل شده باشد. مثلاً مالک یا متصرف حیوان مسئول خسارتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود؛ مگر این که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد، لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود.

هـ - استیفاء: هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود؛ مگر این که ثابت شود از ابتدا قصد تبرع داشته است. همچنین هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی

دیگری از مال او استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود؛ مگر این که معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است.

2- حوادث حقوقی مدنی

به رویدادها اطلاق میگردد که آثار و نتایج آن در مطابقت به احکام قانون مبتنی بر اداره بوده و سبب ضرر به جانب مقابل گردد، مانند ایثلافها، غصب و غیره.

3- حوادث حقوقی ماورای مدنی

بر خلاف حالت اول که، حادثه‌ای منتج به ایجاد نتیجه می‌شود و آن ناشی از عقد می‌باشد، در حادثه ماورای مدنی یا غیر مدنی که مسئولیت غیر قراردادی است، ضمان قهری به حالتی اطلاق می‌گردد که شخص از وجایب قانونی و عمومی سر پیچی می‌کند و در نتیجه، به شخص غیر، ضرر وارد می‌نماید. مثلاً اگر شخصی ملک غیر را غصب کند، در این صورت می‌بینیم که در نتیجه تخلف خسارتی به غیر، می‌رساند که باید آن را جبران کند. بدین ترتیب دیده می‌شود که این مسئولیت ناشی از عقد نیست؛ بلکه ناشی از یک تخلف قانونی است که همه باید از آن اجتناب کنند.

کار خانگی - هر محصل نمونه از اعمال حقوقی را تحریر دارد.

کار خانگی - هر محصل نمونه از حوادث حقوقی را تحریر دارد.

فصل سوم

تصنیف حقوق عندی

حقوق عندی به صورت عموم به سه دسته بزرگ زیر تقسیم می‌شود، که اینک هر یک را به مطالعه می‌گیریم.

مبحث اول - حقوق سیاسی

حقوق سیاسی اختیار، امتیاز و صلاحیت است که شخص برای شرکت در قوای عمومی و ارگان‌های دولت دارد. مانند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در شورای ملی، شوراهای ولایتی، شوراهای ولسوالی‌ها، ریاست جمهوری، پذیرفتن تابعیت و غیره.

مبحث دوم - حقوق عمومی

حق یا حقوق عمومی مربوط به شخصیت انسان و سلامت جسمی و روحی او یا ناظر به رابطه دولت و اتباع است. مانند حق حیات، حق آزادی بیان و اجتماع و حق وجدان. چنانچه فصل دوم قانون اساسی افغانستان تحت عنوان حقوق و وجایب اتباع به بخش حقوق عمومی توجه کرده است. بدین اساس حقوق عمومی وسیله تأمین صیانت انسان در برابر تجاوز دولت‌ها و لجام زدن بر قدرت سرکش است. با وجود آن هم حقوق عمومی در روابط خصوصی نیز قابل استناد است. مثلاً هر کس باید به حیات و آزادی و شرافت و شخصیت دیگران احترام گذارد و گرنه مسئول است تا جبران خسارت کند.

مبحث سوم - حقوق خصوصی

حق خصوصی امتیازی است که هر شخص در برابر دیگران دارد، مانند حق مالکیت، حق انتفاع، حق شفعه، حق رهن، حق خیار و غیره.

سبب ایجاد حقوق خصوصی ممکن است عمل حقوقی ناشی از اراده باشد، یا ناشی از حوادث حقوقی؛ ولی در هر حال در برابر هر حق خصوصی وجوبی نیز برای شخص مقرر شده است. حقوق خصوصی به نوبه خویش به حقوق مالی و حقوق غیر مالی تقسیم می‌گردد، که اینک هر یک را مختصراً معرفی می‌داریم.

1- حقوق غیر مالی: حق غیر مالی امتیازی است که هدف آن رفع نیازمندی های عاطفی و اخلاقی انسان است. موضوع این حق روابط غیر مالی اشخاص است، ارزش تبادل را ندارد و به طور مستقیم قابل ارزیابی به پول و مبادله نیست. مانند حق زوجیت ولایت و حضانت؛ اما بر بیش‌تر این حقوق آثار مالی را بار می‌آورد، چنانکه حق وراثت سبب می‌شود که شخص دارایی مورث خود را تملک کند و حق زوجیت امکان مطالبه نفقه و میراث را به دنبال دارد؛ ولی در هر حال اصل حق را نمی‌توان وسیله تحصیل مال قرار داد.

2- حقوق مالی: حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص، به آن‌ها می‌دهد. هدف از ایجاد حق مالی تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیا بین اشخاص وجود دارد. این دسته حقوق بر خلاف حقوق غیر مالی قابل مبادله و تقویم به پول است، مانند حق مالکیت و حق انتفاع و حق مطالبه مبلغی پول یا انجام دادن کار معین. ناگفته نباید گذاشت که نه تنها آثار مالی حقوق غیر مالی این دسته را با هم نزدیک می‌کند؛ بلکه در برخی از حقوق جنبه مالی و غیر مالی با هم مخلوط شده است. برای مثال، حقی که مؤلف بر آثار خود دارد هر دو جنبه را دارا است. به همین جهت، هنگامی که نویسنده‌ای حق انتشار آثار خود را به دیگری واگذار می‌کند، می‌گویند جنبه مالی حق تألیف را انتقال داده است؛ ولی حق اخلاقی او در باب دفاع از انتقاد های نا به جای دیگران و جلوگیری از تحریف و تقلید آن باقی و محفوظ مانده است. در عین حال، جنبه مالی و اخلاقی این تألیف با هم ارتباط نزدیک دارد، چنان که سوء استفاده از یک کتاب، نه تنها به حق معنوی نویسنده لطمه می‌زند، در منافع مادی آن نیز اثر می‌کند.

همچنین، یادگارهای خانوادگی، با این که به طور معمول ارزش مالی ندارد، اگر به امضای شخص مشهور یا اثر هنرمند برجسته‌ای مزین باشد، هر دو جنبه مالی و معنوی را داراست.

بنابر این، می‌توان گفت جدایی حقوق مالی از غیر مالی مطلق نیست. عده‌ای از حقوق را که جنبه مالی آن‌ها رجحان داشته است حقوق مالی گفته اند و گروهی را که بیش‌تر جنبه اخلاقی آن مورد توجه بوده است "غیر مالی" نامیده اند.

ناگفته پیداست که حقوق مالی به نوبه خود تقسیم می‌شود، به حقوق عینی و حقوق دینی که اینک در مطابقت با تقسیمات قانون مدنی افغانستان آن را دنبال می‌نمایم.

اول - حقوق عینی: حقوق عینی عبارت است از تسلط مستقیم بر ذات عین که توسط قانون اعطا می‌گردد. یا به عبارتی دیگر حق عینی سلطه‌ای است که شخص نسبت به چیزی دارد و می‌تواند آن را به گونه‌ای مستقیم و بی واسطه اجرا کند. بناً حق عینی دو رکن دارد:

1- شخص که صاحب حق است، اعم از شخصیت حقیقی یا حکمی.

2- چیزی که موضوع حق قرار می‌گیرد.

حقوق عینی به نوبه خود تقسیم می‌شود به حقوق عینی اصلی و حقوق عینی تبعی، که مختصراً آن را مطالعه می‌نمایم.

الف - حقوق عینی اصلی: حق عینی اصلی آن است که به شخص اختیار استعمال و انتفاع از چیزی را به طور کامل یا ناقص می‌دهد.

کامل‌ترین حق عینی اصلی "مالکیت" است که به موجب آن، مالک حق هر گونه انتفاع و تصرف را در ملک خود پیدا می‌کند. حق انتفاع و ارتفاق از شعبات مالکیت است و صاحب آن به طور محدود می‌تواند در عین مال تصرف کند و از منافع آن بهره مند شود. در این جا لازم است به طور مختصر حق انتفاع و حق ارتفاق را نیز مطالعه نمایم.

(1) حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند. مانند حق سکونت در خانه کرایه و استفاده از وقف.

(2) ارتفاق حقی است که به موجب آن صاحب ملکی، به اعتبار مالکیت خود، می‌تواند از ملک دیگری استفاده کند. بنابر این، حق ارتفاق وابسته به

مالکیت و تابع آن است که بر خلاف انتفاع، حق مستقلی به شمار نمی‌رود،

مانند حق عبور و بردن آب و داشتن کلکین به ملک همسایه.

حقوق عینی اصلی را قانون مدنی افغانستان در ماده 486 خویش بدین گونه معرفی می‌کند: حقوق عینی اصلی عبارت است از حقوق تصرف و انتفاع بر عین که منحصر به حقوق زیر می‌باشد:

1- حق ملکیت رقبه و عین.

2- حق ملکیت عین بدون ملکیت رقبه.

3- حقوق ارتفاق.

ب - حقوق عینی تبعی: به اساس این حق عین معینی وثیقه دین قرار می‌گیرد و به داین حق می‌دهد که در صورت خود داری مدیون از پرداخت دین، طلب خود را از آن محل استیفاء کند. در این حالت، حقی که دین بر وثیقه دارد تابع دین او است و با پرداختن آن از بین می‌رود و به همین جهت "حق عینی تبعی" نامیده می‌شود. قانون مدنی افغانستان در رابطه به حقوق عینی تبعی در ماده 487 اش چنین موضع‌گیری دارد: حقوق عینی تبعی عبارت است از حقوق مرتب بر عین برای تضمین دین که منحصر به حقوق آتی می‌باشد:

1- حق رهن رسمی.

2- حق رهن حیازی.

3- حق حبس عین.

4- حق اختصاص.

5- حق تقدیم امتیاز.

دوم - حقوق دینی: حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را داین و کسی را که ملزم به انجام امری است مدیون می‌نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب دین است و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام دارد. موضوع حق دینی ممکن است یکی از این سه موضوع باشد:

▪ انتقال مال.

▪ انجام دادن کار.

▪ خود داری از انجام دادن کار.

تفاوت این دو حق

تفاوت‌های حق عینی اصلی و تبعی را در این دو نکته می‌توان خلاصه کرد:

1- در حق عینی اصلی، صاحب حق به طور کامل یا ناقص می‌تواند از منافع مال استفاده کند؛ ولی، در حق عینی تبعی، منافع وثیقه به مدیون تعلق دارد و مرتهن فقط می‌تواند، در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، طلب خود را از حاصل فروش عین بردارد.

2- حق عینی تبعی مستقل نیست و در صورت پرداختن دین از بین می‌رود؛ ولی حق عینی اصلی تابع هیچ دینی نیست و اصالت دارد. از نتایج همین عدم استقلال است که، برای استفاده از حق عینی تبعی، ابتدا باید دین را از شخص مدیون خواست.

3 - تقسیم حق به اعتبار موضوع آن

الف - مال منقول و غیر منقول: در تعریف مال غیر منقول می‌توان گفت: مال غیر منقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان آن را انتقال داد-

اعم از این که استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان- به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود.

مال منقول را چنین تعریف کرده اند: اشیایی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون این که به خود یا محل آن خرابی وارد شود، منقول است.

پس ضابطه اصلی در تشخیص مال غیر منقول، قابلیت و امکان حمل و نقل است. بدین ترتیب که، هرگاه مالی قابل حرکت دادن باشد، بی آن که برای عین یا محل آن خرابی به بار آید، آن را منقول می‌نامند. بر عکس، اگر مالی قابل نقل مکان نباشد، یا اگر در عمل نیز نقل آن ممکن شود، این

تغییر موجب ویرانی و خرابی عین یا محل مال گردد، آن را غیر منقول می‌گویند.

ب - منقول و غیر منقول تبعی: این طبقه بندی ناظر به اموال مادی و خارجی است و "حق" را نمی‌توان به منقول و غیر منقول تقسیم کرد؛ ولی آثار گوناگونی که بر این تقسیم بار می‌شود، ایجاب می‌کند که حق نیز به تبعیت از موضوع آن در زمره یکی از این دو دسته درآید.

پس حقی که موضوع آن مال غیر منقول است، به تابعیت از موضوع خود غیر منقول تبعی به شمار می‌رود؛ و حقی که بر مال منقول تبعی مرتب می‌شود، حقی است که بر مال منقول وجود دارد. چنان که حق انتفاع از یک خانه "غیر منقول" و از یک موتر یا اسب "منقول" است.

ج - حقوق معنوی: همان گونه که در تقسیم حق به عینی و دینی اشاره شد، عده‌ای از حقوق مالی بر اشیای عالم خارج اعمال نمی‌شود و موضوع آن فعالیت و فکر انسان است. برای تعریف این دسته از حقوق می‌توان گفت: "حقوقی است که به صاحب آن اجازه می‌دهد تا از منافع و شکل خاصی از کار و فکر انسان به انحصار استفاده کند." برای مثال، حقی که تاجر و صنعت‌گر نسبت به نام تجاری یا شکل خاص کالاهای خود دارد، یا حقی که مؤلف یا مخترع به نوشته‌ها یا اختراع خود پیدا می‌کند، از حقوق معنوی است که موضوع آن جنبه مادی و خارجی ندارد.

از آن جای که تشخیص احکام مربوط به اموال ايجاب می‌کند که نوع تمام اشیاء و حقوق مالی از حیث منقول و غیر منقول بودن تعیین شود، جز آن بخش از حقوق مالی که مطابق قانون غیر منقول شناخته شده است، بقیه حقوق منقول شناخته می‌شود. به همین جهت، بیشتر نویسندگان منقول بودن را موافق قاعده دانسته و حقوق غیر منقول را اختصاص به مواردی داده اند که از قانون بتوان خلاف این قاعده را استنباط کرد. بنابراین، چون موضوع حقوق معنوی ابداع فکری و کار انسان است و دلیلی بر غیر منقول بودن آن در قانون وجود ندارد، این دسته از حقوق مالی را باید منقول شمرد.

4 - تقسیم حق به اعتبار قیود و عوارض آن

الف - حق معلق و حق منجز: حق منجز حقی است که وجود آن منوط به امر دیگری نباشد؛ و حق معلق حقی است که به وجود آمدن آن وابسته به تحقق امری در خارج باشد. به عنوان مثال، اگر کسی مالی را به دیگری بدون قید ببخشد، حقی که متبذر دیگری بر آن مال دارد حق منجز است؛ ولی، هرگاه پدری قلم خودکار خود را به فرزندش، بدین شرط که او در امتحان کامیاب شود، ببخشد، حقی که فرزند پیش از قبول شدن در امتحان بر آن قلم دارد معلق است، یعنی در صورت کامیاب شدن مالک آن خودکار خواهد شد و در صورت رد شدن معلوم می‌شود که حقی وجود نداشته است. به هر حال، اثر حادثه‌ای که ایجاد حق منوط به آن شده ناظر به آینده است و نسبت به گذشته اثری ندارد؛ چنان که در مثال یاد شده، فرزند از تاریخ کامیاب شدن مالک خودکار می‌شود.

ب - حق مؤجل و حق حال: حق حال حقی است موجود و قابل مطالبه. صاحب این حق هرگاه بخواهد می‌تواند، اجرای آن را از مدیون بخواهد. برای مثال، اگر کسی از دیگری چکی به تاریخ روز داشته باشد، حقی که بر موضوع چک دارد حال و قابل مطالبه است. حق مؤجل حق موجودی است که اجرای آن را پس از گذشتن مدتی می‌توان درخواست کرد که مدت از قبل تعیین شده باشد، پیش از رسیدن موعد امکان مبلغ، امکان ندارد.

تفاوت حق مؤجل و معلق در این است که حق مؤجل حقی است که به وجود آمده و فقط قابل مطالبه و اجرا نیست، در حالی که حق معلق حقی است که هنوز کامل نشده و پیش از تحقق شرط وضع آن روشن نیست.

ج - حق دایم و حق موقت: حق دایم حقی است که وجود آن محدود به زمان خاصی نباشد، مانند حق مالکیت که همیشگی است و حتی پس از فوت مالک به وارث می‌رسد و او به قایم مقامی مورث خود از این حق استفاده می‌کند؛ ولی حق موقت حقی است که وجود آن پس از مدتی از بین می‌رود، مانند حق انتفاعی که محدود به زمان معین است یا حقی که مستأجر بر عین مستأجره برای مدت معینی دارد.

د - حق ثابت و حق متزلزل: حق ثابت، که گاه حق مستقر نیز نامیده می‌شود، حقی است که هیچ کس بدون رضای صاحبش نمی‌تواند آن را از بین ببرد. برای مثال: حقی که وارث بعد از فوت مورث بر اموال او دارد و جز با رضای صاحب حق از بین نمی‌رود، یا حقی که مالک بر اموال خود دارد با اراده هیچ کس زایل نمی‌شود.

حق متزلزل امتیازی است که به وجود آمده؛ ولی شخص دیگری می‌تواند آن را تا مدت معینی ساقط کند. چنان که به موجب یک قاعده حقوق مدنی، تا زمانی که خریدار و فروشنده از مجلس عقد خارج نشده اند، اختیار بر هم زدن آن را دارند. این اختیار را "خیار مجلس" می‌نامند. بنابراین، حقی که آنان به محض وقوع معامله پیدا کرده اند تا هنگام جدا شدن از یکدیگر متزلزل است؛ زیرا طرف قرارداد می‌تواند آن را ساقط کند. همچنین، اگر در عقد بیع شرط شود که فروشنده می‌تواند تا یک سال پولی را که گرفته به خریدار پس بدهد و عقد را فسخ کند، حقی که خریدار بر موضوع معامله دارد تا پایان یک سال متزلزل است. در مواردی هم که طرفین معامله حادثه‌ای را سبب انحلال عقد قرار می‌دهند، حقی را که در نتیجه آن معامله ایجاد شده است باید متزلزل نامید. مثلاً شخصی از داشتن فرزند نا امید است و به همین دلیل سهم عمده دارایی خویش را به برادرش واگذار می‌کند؛ ولی در معامله شرط می‌کند که اگر تا دو سال از تاریخ وقوع معامله صاحب فرزند شد، عقد خود به خود منحل شود و اموال به او باز گردد. حقی که انتقال گیرنده تا دو سال بر این اموال دارد متزلزل است؛ زیرا با تولد فرزند انتقال دهنده از بین می‌رود.

ه - تعدد اطراف حق (مسئولیت تضامنی): داین و مدیون در حق دینی همیشه یک شخص نیست. ممکن است دو یا چند تن در برابر عده دیگر عهده دار انجام دادن کاری شوند و اطراف حق متعدد باشند. چنان که شریکان ملکی به اجتماع قراردادی در باره کردن چاه با مقاطعه کار می‌بندند، چند تن با هم سندی را به سود دیگری امضا می‌کنند. شخصی ظهر چکی را که از طرف دوستش صادر شده امضا و پرداخت آن را تضمین می‌کند و مانند این‌ها و یا مسئولیتی را که چند شخص برای پرداختن تمام یک دین دارند "مسئولیت تضامنی" می‌نامند. در مسئولیت تضامنی، داین می‌تواند برای مطالبه یک دین به چند تن رجوع کند؛ ولی وصول دین از هر مدیون مسئولیت دیگران را نیز در برابر داین از بین می‌برد. او بیش از دین خود حقی ندارد و تعدد مدیونین هیچ‌گاه سبب نمی‌شود، که مالی زیاد تر از استحقاق خود به دست آورد. بنابراین، اگر سهمی از دین خود را از یکی از مدیونین بگیرد، فقط برای بقیه آن به سایرین رجوع می‌کند و همین که به تمام طلبش برسد، مسئولیت مدیونین نیز پایان می‌پذیرد. در برابر یک حق نمی‌تواند چند دین به وجود آید؛ ولی تصور مسئولیت چند تن برای پرداختن یک دین مشکلاتی به بار نمی‌آورد. اختلاط بین دو مفهوم "دین" و "مسئولیت" باعث شده است که عده‌ای از نویسندگان نتوانند اشتغال ذمه چند شخص را برای یک دین بپذیرند، در حالی که آثار مسئولیت تضامنی با یکی بودن دین منافات ندارد.

تضامن بین داینین نیز ممکن است ایجاد شود، به گونه‌ای که هر یک از آن‌ها بتواند تمام دین را از مدیون بخواهد؛ ولی، این گونه قراردادها به ندرت دیده می‌شود و مستلزم این است که داینین به هم اعتماد کامل داشته باشند.

وظیفه خانگی - هر محصل در مطابقت با قوانین افغانستان از انواع حقوق عندی یک مثال تحریر داشته و در صنف قرائت نماید.

مفردات درسی مبادی حقوق

استاد مضمون: -----

شرح مضمون:

این مضمون دو سمستر را در بر خواهد گرفت و روش تدریس به شکل لکچر با روش های محصل محوری، بحث و مناقشه آزاد خواهد بود. این مضمون محصلان پوهنځي های حقوق و شرعیات را از موضوعات چون تعریف حقوق، منابع حقوق، تأثیرات حقوق بالای افراد و جامعه، رابطه فرد با دولت، قانون سازی و قانون گذاری، تصنیف و تقسیمات حقوق با در نظر داشت حقوق عامه و خصوصی، ماهیت حقوق عندی و حق افراد در اجتماع آگاه ساخته و به دانش حقوقی شان می‌افزاید.

اهداف مضمون

1- شناخت مسایل و موضوعات حقوقی:

- محصلان از تأثیرات حقوق بالای زندگی اجتماعی، شخصی و کاری آگاهی حاصل می‌نمایند.
- محصلان از منابع بالقوه حقوق آگاهی حاصل می‌نمایند.
- محصلان در مورد مراجع وضع کننده قانون آگاهی حاصل می‌نمایند.
- محصلان از انواع مختلف شعبات حقوق عامه و خصوصی آگاهی حاصل می‌نمایند.
- محصلان از منابع حقوق عندی اشتقاق شده از اعمال حقوق و حوادث حقوق آگاهی حاصل می‌نمایند.
- محصلان از حقوق افراد در اجتماع آگاهی حاصل می‌نمایند.

2- ایجاد مهارت‌های تحلیلی:

- برای محصلان مثال‌های مبتنی بر حقایق ارایه می‌گردد، تا آن‌ها نتایج حقوقی درست آن را مورد تحلیل و ارزیابی قرار دهند.

منبع لازمی برای مطالعه: کتاب درسی مبادی حقوق، مؤلف پوهندوی نصرالله ستانکزی
ارزیابی: محصلان در امتحان نهایی ختم هر سمستر ارزیابی می‌شوند.

به نام خداوند جان و خرد

سایر منابع و مآخذ برای مطالعه بیشتر:

- (1) فلسفه حقوق، سه جلدی، ناصر کاتوزیان.
- (2) مبانی حقوق عمومی، ناصر کاتوزیان.
- (3) مقدمه علم حقوق، ناصر کاتوزیان.
- (4) حقوق مدنی، ناصر کاتوزیان.
- (5) ترمینولوژی حقوق، محمد جعفر جعفری.
- (6) حقوق مدنی اعمال حقوقی، ناصر کاتوزیان.
- (7) فلسفه حقوق، دل وکیو.
- (8) رابطه حقوق با اجتماع، پرویز صناعی.
- (9) دوره مقدماتی حقوق مدنی، سیدحسین صفایی.
- (10) مبانی و کلیات علم حقوق، سیدجلال الدین مدنی.
- (11) جامعه مدنی، نای بن سعدرن.
- (12) حقوق و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، محمد آشوری.
- (13) مبانی و کلیات علوم سیاسی، سید جلال الدین مدنی.
- (14) فلسفه اخلاق در قرن بیستم، مری ورنوک.
- (15) دادرسی در حقوق اسلام، محمد حسین ساکت.
- (16) فرهنگ حقوقی، مهر داد مصلحی.
- (17) حقوق و مسئولیت پزشکی، قیس بن محمدآل شیخ مبارک.
- (18) حقوق پزشکی، بلیندابیونت.
- (19) فرهنگ اصطلاحات حقوقی انگلیسی به فارسی، لاهه.
- (20) فرهنگ لغات حقوقی انگلیسی به فارسی، اسدالله کریمی.

- (21) فرهنگ حقوقی مجد، محمد تقی رفیعی.
- (22) دایره المعارف حقوقی نیرو، حمید رشیدی.
- (23) تحولات حقوقی جهان اسلام، نورمن اندرسون.
- (24) منابع قانون‌گذاری در حکومت اسلامی، سیف الله صرامی.
- (25) در باره عدالت، آلتفرید هوفه.
- (26) گامی به سوی عدالت، ناصر کاتوزیان.
- (27) دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، محمد حسن مرعشی.
- (28) قرارداد اجتماعی، ژان ژاک روسو.
- (29) مبسوط ترمینولوژی حقوق، سه جلدی، داکتر جعفر لنگرودی.
- (30) فرهنگ فرهیخته سیاسی حقوقی، دکتر شمس‌الدین فرهیخته.
- (31) منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، حسن حبیبی.
- (32) کلیات حقوق اسلام، محمد عبده، بروجردی.
- (33) دولت و حقوق، برتران بدیع.
- (34) قرآن‌کرم.
- (35) تفاسیر قرآن‌کریم.
- (36) احادیث نبوی.
- (37) قانون مجازات اسلامی، ایرج گلدوزیان.
- (38) دادرسی در حقوق اسلام، محمد حسین ساکت.
- (39) واژه‌نامه حقوق اسلامی، حسین میر محمد صادقی.
- (40) تحولات حقوقی جهان اسلام، نورمن اندرسون.
- (41) شرح قانون مجازات اسلامی، فتاح مرتضوی.
- (42) سیری در پارلمان‌های افغانستان، پوهنمل ستانکزی.
- (43) حقوق و وظایف غیر مسلمانان در جامعه اسلامی، روح الله شریعتی.
- (44) دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، محمد حسن مرعشی.
- (45) سیستم‌های حقوقی کشور های اسلامی.
- (46) فقه سیاسی، عباسعلی زنجانی.
- (47) قانون مدنی، غلام رضا حجتی اشرفی.
- (48) حقوق و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، محمد آشوری.
- (49) قانون مدنی افغانستان.
- (50) حقوق جزای عمومی، ایرج گلدوزیان.
- (51) دفاع مشروع در حقوق بین‌المللی، فرید محمد علی پور.
- (52) حقوق تجارت، حین حسنی.
- (53) تجارت بین‌المللی، دومینیک سالواتوره.

- (54) اموال و مالکیت، ناصر کاتوزیان.
- (55) حقوق تجارت به زبان ساده، محمود عرفانی.
- (56) حقوق تجارت، محمود عرفانی .
- (57) قانون حاکم در داوری های تجارت بین المللی، جنیدی.
- (58) ارث، مهدی شهیدی.
- (59) بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، محمود سلجوقی.
- (60) اصول مسئولیت مدنی، پاتدیس ژوردن.
- (61) حقوق بین الملل خصوصی، محمود سلجوقی.
- (62) حقوق بین الملل عمومی، ضیا بیگدلی.
- (63) حقوق بین الملل عمومی پوهاند ودیر صافی.
- (64) بایسته های حقوق جزای عمومی، ایرج گلدوزیان.
- (65) حقوق جزای عمومی، محمد علی اردبیلی.
- (66) حقوق جزای عمومی، هوشنگ شامیبانی.
- (67) حقوق جزای عمومی، محمد باهری .
- (68) حقوق جزای اختصاصی، ایرج گلدوزیان .
- (69) حقوق بین الملل، حسین میرمحمد صادقی .
- (70) حقوق کیفری بین المللی، کریانگساک.
- (71) حقوق بین المللی کیفری، محمد علی اردبیلی .
- (72) درآمد جرم و جرم شناسی، راب وایت فیوناهین.
- (73) زمینه حقوق جزای عمومی، رضا نوربها.
- (74) حقوق بین الملل عمومی، هوشنگ مقتدر.
- (75) بایسته های حقوق بین الملل عمومی، رضا موسی زاده.
- (76) حقوق کیفری محیط زیست، مصطفی تقی زاده .
- (77) حقوق کیفری مالکیت ادبی و هنری، سانا الستی .
- (78) اسلام و حقوق بین الملل عمومی، محمد ابراهیمی.
- (79) حقوق بین الملل عمومی، گرهارد دفن گلان.
- (80) نظریه های جرم شناسی، فرانک پی ویلیامز.
- (81) حقوق بین الملل خصوصی، محمد نصیری .
- (82) حقوق بین الملل و حقوق اقلیت ها، پاتریک ترنبری.
- (83) حقوق بین الملل و واپسین سال های قرن بیستم، ریال برانلی.
- (84) حقوق بین الملل خصوصی، سید جلال الدین مدنی.
- (85) حقوق اساسی و تحولات اساسی، علی وفادار.
- (86) نشریه حقوق اساسی، علی اکبر گرجی .

- (87) جرایم علیه اشخاص، محمد هادی صادقی.
- (88) زیان زندان، عباس علی محمودی .
- (89) حقوق سازمان‌های بین‌المللی، مصطفی تقی زاده انصاری.
- (90) حقوق معاهدات بین‌المللی، محمد رضا ضیایی.
- (91) مختصر حقوق خانواده، فرانک ربیعی.
- (92) حقوق کار، سید عزت الله عراقی .
- (93) حقوق کار، منصور ابادری قومی .
- (94) حقوق مدنی خانواده، ناصر کاتوزیان.
- (95) حقوق مدنی - کلیات عقود و حقوق تعهدات، جواد افتخاری.
- (96) حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، ناصر کاتوزیان.
- (97) حقوق زن از آغاز تا امروز، نای بن سعدون.
- (98) حقوق زن در اسلام، سید محمد خاتمی.
- (99) کنوانسیون زنان، مهدی رستمی.
- (100) حقوق تجارت، محمود عرفانی .
- (101) حقوق تجارت، حسن ستوده تهرانی.
- (102) سیر انکشاف حقوق مالی و مالیه عامه در افغانستان، پوهاند محمد موسی.
- (103) حقوق مدنی شفع، وصیت وارث، ناصر کاتوزیان.
- (104) قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح.
- (105) حقوق اساسی (پنج جلدی) دکتر جعفر بوشهری.
- (106) فقه خانواده در جهان معاصر، وهبه زحیلی.
- (107) آموزش حقوق انسانی زنان و دختران، جولی مه توس
- (108) حقوق اداری، منوچهر طباطبایی.
- (109) حقوق عینی، نظام الدین عبدالله .
- (110) حقوق و تخلفات اداری، سید حسین میر حسینی.
- (111) قانون رسیدگی و تخلفات اداری، محمود عباس.
- (112) درباره عدالت، آفرید هوفه.
- (113) متونی از حقوق عمومی، محمود آخوندی.
- (114) حقوق مدنی، اعمال حقوقی، دکتر ناصر کاتوزیان.
- (115) حقوق بشر در هزاره جدید، مهدی ذکریان.
- (116) حقوق بشر در نظریه ها و رویه ها، حسین شریفی.
- (117) حقوق بشر، ژاک مورکه کون.
- (118) حقوق و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، محمد آشوری.
- (119) مختصر حقوق خانواده، سید حسین صفایی.

- (120) حقوق قراردادها، فرانک ربیعی.
- (121) آشنای با حقوق بشر دوستانه بین‌المللی.
- (122) اندیشه های حقوقی، فلیپ مالوری.
- (123) د حقوقو ویشنه – پوهندوی نصرالله ستانکزی.
- (124) د حقوقو بنسټونه – پوهنیار نصرالله ستانکزی.
- (125) مجلات حقوق – ارگان نشراتی پوهنځی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون کابل.
- (126) مجلات قضاء – ارگان نشراتی ستره محکمه.
- (127) مجلات عدالت – ارگان نشرات وزارت عدلیه.
- (128) مجلات حارنوال – ارگان نشراتی لوی خارنوالی.
- (129) جراید رسمی – انتشارات وزارت عدلیه.