

مباحث درباره حقوق

شرح مختصر یک تعداد قواعد و نظام های حقوقی

تألیف

دکتور سید هاشم صاعد

حقوق علمی است که از پاره ای اصول و نظریه ها تشکیل شده و
بهترین راه یادگیری هر یک از این اصول بررسی تاریخی در باره چگونگی
پیدایی و رشد آن است.»
لانگدل (Langdell) امریکائی (1871)

مباحث در باره حقوق
مؤلف : دکتور سید هاشم صاعد
به کوشش ولید صاعد
سال چاپ : 2009 میلادی
تهیه و ترتیب : سال 1992
ناشر : ولید صاعد
محل چاپ : لیموز فرانسه
سال چاپ : 2009
تیراژ : 500 جلد

نام خداوند

نوشته ای حاضر (مباحث در باره حقوق) یک جزوه ی درسی بوده که توسط قبله گاه معزم دکورسید هاشم صاعد در سال 1992 جهت تدریس در « اکادمی برای افغانها » که از طرف « کمیته بازسازی برای افغانستان » در کشور آلمان دایر گردیده بود ، تهیه و ترتیب گردیده و برای یک تعداد افغانان علاقه مند تدریس گردید .

تهیه این رساله حقوقی در وقت کم صورت گرفته چنانچه مؤلف خود می فرماید: « کار این درس به تعجیل و سرعت انجام شده زیرا مدرس یک و نیم ماه قبل از موجودیت اکادمی برای افغانها اطلاع یافت. در آوارگی جز سیاست عام بخاطر آزادی وطن مشغله ای نداشته و نه با حقوق و تدریس از بیست سال به اینسو طرفه بسته است. با اینهم از چند کتابی که یافته است و با تجربه ای که اندوخته است به این درس عاجل پرداخته است .»

همین کمبود وقت ناشی از کار و فعالیت سیاسی مجال این را میسر ساخت تا آنها نوشته های شانرا به اتمام می رسانیدند، روی این اصل آنها نوشتن و دنباله تحقیقات شانرا به فردا موکول نموده بودند و آرزو داشتند تا در صورت فراغت و دستیابی وقت مساعد به این امر اقدام فرمایند. ولی متأسفانه در اثر مریضی مزمنی که به سراغ ایشان آمد این آرزو برآورده نشد. یقین است که اگر قبلاً وقت دست میداد و آنها نوشته های شانرا به اتمام می رسانیدند و خود اقدام به چاپ آنها می کردند کار زیبا تر و عالی تری را برای هم میهنان و خوانندگان گرامی عرضه میداشتند.

با این هم آرزو دارم تا با تهیه و چاپ این رساله کوچک و ارزنده حقوقی، گرد آوری «اشعار» و مجموعه ای گفتار های شان « درنگی بر برخی دریافتها و رویداد های افغانستان در قرن بیستم »، هموطنان عزیز و خوانندگان گرامی را در مطالعه و استفاده این آثار ارزشمند با خود شریک نموده به آروز و خواست قلبی پدر را، که آموزش و رهنمائی نسل جوان کشور به سوی آزادگی و علم و کمال می باشد، به جا آورده باشم .
معترف ام که از دریای بیکران حقوق قطره ای هم نگرفته ام ، بناً از کم و کاست که در چاپ این جزوه رخ داده پوزش طلبیده و یاد آور می گردم که فقط آرزوی خدمت داشتم و بس.

سید ولید صاعد (پاریس نوامبر 2009)

فهرست مطالب

صفحات	عناوین
7	چند سخن
11	بخش اول : نظامهای حقوقی
	1 - نظام حقوقی رومی - ژرمنی
	2 - نظام حقوقی (کامن لا)
	3 - نظام حقوقی اسلام
25	بخش دوم : منابع حقوق
	1 - قانون به طور کلی
	2 - تعاملات یک جامعه
	3 - رویه قضایی
	4 - عقاید و نظرات علمای حقوق
31	بخش سوم : قواعد حقوقی
	1 - آیا قانون و حقوق یکی است و یا
	2 - مرور زمان چیست
	3 - اهلیت
39	بخش چهارم : حقوق خصوصی و حقوق عامه
	1 - حقوق خصوصی
	2 - حقوق عامه
	3 - شخصیت حکمی حقوقی
44	بخش پنجم : قراردادها
	1 - قرارداد حقوق عامه
	2 - فسخ چیست و چگونه تطبیق میشود ؟
49	بخش ششم : حقوق تجارت
	1 - حقوق شرکتها
	الف : مشارکت تضامنی

ب : شرکت محدود المسؤلیت

ج : شرکت سهامی

57

بخش هفتم : حقوق جزاء

1 - مقدمه و بحثی در باره جرم

2 - تحول جرم

3 - تغییر مجازات

4 - انواع مجازات

5 - چه وقت تعقیب جزایی تحت مرور زمان واقع می شود؟

6 - دفاع مشروع

71

بخش هشتم : بیان مختصر در باره سیستم حقوقی افغانستان

1 - سیستم حقوقی افغانستان چگونه پی ریزی شده؟

2 - حقوق تعاملی یا عرفی افغانستان

82

منفردات

87

مأخذ مهم حقوقی

پند سخن

انسان از کهن ترین روزگار در بین گروه های مختلف به سر میرد تا آنکه نیروی آفریننده عقل انسان در پرتو تجارب حاصله، در ابعاد مادی و معنوی، زندگی را انکشاف داده است.

انسان اگر عقل و تفکر و نطق و پویایی نداشت، محال بود که پا از محدوده حیات عادی سایر مخلوقات فرأ تر نهد. اکنونکه در مرز تحول قرار دارد بار گران تکامل خودش و هم ماحولش در رابطه ی کشف قوانین و انتظامات طبیعت و جامعه بدوش وی افتاده تا خود را به قله ی تعالی و فضایل انسانی نایل گرداند. تسلط نسبی انسان بر گونه ها و گوشه های طبیعت کاری بود مشکل و اجباری و طاقت فرسا که تا رسیدن به مراحل امروزی ضایعات فراوان و مشقات عدیده را با خود حمل کرده است.

انسان بر طبق خصلت اجتماعی و اوصاف همگرایی خود در هیچ مرحله ای از تاریخ بصورت منفرد نه زیسته و نه موضع رشد یابنده و آگاهانه ی بشر فرآورده ی دماغ یک انسان و یا چند انسان و یا یک جامعه ی مشخص بوده است.

زندگی در چهارچوب اجتماع همیشه مستلزم نظمی بوده که از عادات و سنن غیر مکتوبه آغازیده و با اخلاقیات و مذاهب و ادیان و حکمرانان و دولتها رابطه ای تنگاتنگ یافته است.

مصطلحات عدالت و انصاف و مروت و دادخواهی و نیکی و بدی، وفا و حسن نیت همیشه در مقابل نزاع و جنگ و ظلم و تناقض و تضاد قرار گرفته است که وقتی از دریچه اخلاق با پند و اندرز در آمیخته ، گهی با جاذبه ی فلسفه عجین یافته و زمانی با ادیان و امرونهی الهی دمساز گشته تا سر انجام بحیث قواعد در چهارچوب حقوق و وجایب آذین یافته است.

امروز حقوق یک علم مغلق و پیچیده است، ولیک ضروری و اجتناب ناپذیر که سر انجامش به اشکال نظامهای مختلف عرضه شد که گفتنی هایش در بایگان تاریخ هفتاد من مثنوی میشود. پس مشت نمونه ی خروار باید گفت که در اینجا سخن گفتن از تمام قواعد و رشته های حقوقی کاریست دشوار و ناممکن و این دال بر این است که اولاً قدمت تاریخی حقوق و تکامل نسبی آن در جنب سایر علوم اجتماعی در همه کشورها و مدنیتها هم آهنگ و یکسان نبوده و دوم آنکه پهنا و ژرفنای آن توأم با انبوهی از شعبات تخصصی و اندازه و میزان قوانین آنقدر مبرهن است که به کمتر عالمی مجال میدهد که خویشتن را در همه رشته ها حجت و صاحب نظر بداند.

اگر روزی حقوق روم قدیم داعیه ی حقوق مشترک در سر داشت و یا اگر نظام حقوقی رومی - ژرمنی به حیث حقوق تکامل یافته روم قدیم زمینه هر چه بیشتر تحقیق و مطالعات و دکتترین حقوق را بر مبنای عقل و استدلال گسترش داد، و شیوه قانونگذاری را تا سطح تدوین کدها (code) متبلور نمود، باز هم نتوانست که خود را در جایگاهی حقوق عمومی و مشترک جهانی قرار دهد.

به همین روال حقوق انگلیس بنام « کامن لا » به آن مقدرتی نرسید تا غیر از محدوده خودش و چند کشور دیگر پا به عرصه ای جهان بگذارد. هکذا حقوق اسلام از حدود کشور های اسلامی تجاوز نه نمود. پس هر کشوری را داعیه بر اینست تا از طریق کشف قواعد حقوقی خواه مبتنی بر اصول رومی - ژرمنی خواه بر مبنای اصول کامن لا باشد، بیشترینه مساعی خود را در مورد غنای حقوق ملی به خرج دهد. اما این دال بر این نیست که کشورها بالای یکدیگر تأثیر متقابل نه نمایند و یا خود را از قواعد و قوانین دیگر کشورها بی نیاز احساس کنند، به ویژه در مسیر تکامل امروزی و در چهارچوب خانواده بین المللی که انواع داد و ستد و معاهدات و مانند اینها اگر از یک طرف تعارض قوانین و اصل صلاحیت محاکم را مطرح میکنند از دیگر طرف زمینه ی توسیع قواعد بین المللی و مؤسسات بین المللی را فراهم

نموده است که می توان مفاهیم و ارزش های آنرا در متون حقوق عمومی بین الدول و حقوق خصوصی بی المللی و دیگر حقوق بین المللی مورد مطالعه و بررسی قرار داد.

حقوق مانند هر مضمونی دیگر از خود نشیب و فراز و هم تاریخ طولانی دارد که در این گفتار نمی توان همه را سخن کرد، زیرا نه ممکن است و نه مقدور. به سخن کوتاه، حقوق ثمره جهد و حاصل فعل و انفعالات بشر است که هر گروهی و هر جامعه ای در خرمن نظم آن افزوده است.

سیر تکامل حقوق آنوقتی رو به سرعت گذاشت که گروههای گوناگون از طریق همسویی و معاضدت به تشکیل اجتماعات بزرگتر پرداختند که این تکامل بذات خود قانونمندی های داشت که در دل اجتماع نهفته بود. حقوق مجموعه ای قواعد اجتماعی است که با تاریخ رابطه نزدیک داشته و در تحت شرایط گوناگون مادی و معنوی جوامع بشر به اشکال نظامها و خانواده های مختلف تبلور یافته است.

علی هذا، مدنیت های بزرگ شرقی و غربی و ادیان و مذاهب و علماء و دانشمندان و بشر دوستان جهان هر کدام در گونه ها و بخش های حقوق و نظم و نسق جوامع از خود اثر گذاشته اند.

کلمه ی زیبا و مقدس عدالت بخصوص از زمان سقراط و افلاطون و ارسطو بر سر زبانها می افتد و مردم را بخود مجذوب می کند. اما عدالتی که آنها بنیاد می گذارند فاقد دو عنصر اساسی و عمده است. اول شناخت انسان به مفهوم کلی و بدون تبعیض و دوم تساوی انسان در بین جامعه و در مقابل قانون.

بآنکه امروز دولتهای جهان به سایقه ای دستآورد های علمی و تکنالوژی و بنا بر نیازمندیهای متقابلی که به همدیگر دارند، گامهای کوچکی بسوی یک خانواده ی بین المللی نهاده اند ولیک نتایج ناهمگون از تکامل عمومی در شرایط گوناگون کشور ها بدست آمده و در مقابل استعمار رنگارنگ و تبعیض و تجاوز به حقوق دیگران هنوز هم شاهد بی عدالتی و کمبود های عظیم مادی و معنوی هستیم.

پس بنابر دو دلیل عمده تا هنوز نمی توان به تشکیل یک خانواده بین المللی خوش بین و امیدوار بود. اول آنکه نتایج ناهمگون مادی و معنوی از تکامل عمومی جهان، بنابر شرایط گوناگون کشورها مختلف بوده و دوم آنکه تا هنوز حقوق بشر و عدالت بین المللی جایگزین واقعی استعمار و تجاوز و تبعیض و غیره نه شده است.

دکتور سید هاشم صاعد فرانسه سال 1992

بخش اول

نظام های حقوقی

- 1 - نظام حقوقی رومی - ژرمنی
 - 2 - نظام حقوقی کامن لا (common law) یا حقوق مشترک
 - 3 - نظام حقوقی اسلام
- قبل از رفتن به پای این سه نظام حقوقی، می پردازیم به بحث فشرده حقوق طبیعی و هم سیستم حقوقی اضلاع متحده امریکا که برای آن نمی توان یک نظام حقوقی مستقل قایل شد. در اول حقوق طبیعی که گاهی زیر خاکستر بوده و گاهی مانند یک عنصر ضروری و حیاتی در ساحت حقوق فراز و نشیب داشته و در ساحت حقوق بشر زبان زد خاص و عام گردیده، نیاز مطلوب است که از آن سخن به میان آوریم.

حقوق طبیعی :

حقوق طبیعی در عهد باستان، یعنی قبل از قرن پنجم دارای منشاء الهی بود و بر طبق آن چنان می پنداشتند که خداوند از طریق مشیت الهی خود شمه ی از حقوق طبیعی را در ذات و فطرت انسان دمانیده است. بدین لحاظ بود که بین اخلاق و مذهب و دولت و حکمران که هر کدام را عطیه ی خداوندی میدانستند، تفاوتی قایل نمی شدند.

در دوره ای قرون وسطی با وجودیکه یک سلسله تحولات رخ داد و لیک حقوق طبیعی هنوز بر منشاء الهی استوار بود. (یعنی از قرن پنجم تا آخر قرن چهاردهم).

در عصر جدید یعنی از قرن پانزدهم به بعد حقوق طبیعی مورد توجه جدی قرار گرفت و در قرون هفدهم و هجدهم و نوزدهم یک تعداد علماء و فلاسفه مانند گروسیوس هالنیدی (1645) پوفن دَرَف آلمانی (pufendorf)، دکارت فرانسوی حقوق طبیعی را محصول عقل بشر و ناشی از طبیعت امور دانستند. همچنان جان لاک، منتسکیو، ژان ژاک روسو، و بعضی دیگر در زمینه حقوق طبیعی و روابط اجتماعی انسان و تنظیم جوامع نظریات شانرا ارایه کردند که رفتن به پای آن ما را از موضوع و اختصار کلام بدر می کشد.

به سخن کوتاه تر، حقوق طبیعی مجموعه ای قواعدیست که از اراده و فطرت بشر منشأ گرفته و در هیچ زمان و مکانی تغییر نخواهد خورد.

در قرن نوزدهم، حقوق طبیعی از طرف مکتب تاریخی ساوگنی (savigny) مورد انتقاد شدید قرار گرفت و بر طبق انتقادات این مکتب، حقوق طبیعی از بنیاد ناقص بوده و می گفتند که فطرت و عقل انسان به آن مدارجی نیست که از خود قواعد عالی و تغییر ناپذیر و جاودانه عرضه بدارد. مکتب تاریخی معتقد بر این است که حقوق مظهر تعاملات و فرهنگ و سنن یک جامعه و یا یک ملت بوده که در مسیر تحول و رشد دایم، حالت نوسانی و متغییر بخود اختیار میکند.

اما دانشمندان قرن 20 انتقاد های قرن 19 بر حقوق طبیعی را نوعی برجسته ساختن قدرت دولت توجیه نمودند و بر عکس انتقادات آنها، به حقوق طبیعی ارجحیت بیشتر قایل شدند.

اما حقوق طبیعی از قرن 17 به بعد طرز فکر قدیمی ناشی از اراده ی الهی و طبیعت را کنار گذاشت و به جای آن «همه قواعد را به انسان به عنوان تنها واقعیت موجود متعلق دانست و حقوق دیگر پدیده ی فطری نبود بلکه مایه ی عقل انسان شمرده می شد.»

در حقوق روم، ساحت حقوق عامه مطرح نبود و همه چیز از دیگاه حقوق خصوصی ارزیابی میگردید. اما وقتی که حقوق طبیعی در باره ماهیت

حقوق توسعه یافت از آن به بعد هر دو بخش حقوق یعنی حقوق خصوصی و حقوق عامه نیز توجه علمای حقوق و دولتها را به خود جلب نمود و موجب گسترش قانونگذاری شد.

با آنکه حقوق طبیعی در این ساحه الهام بخش مسایل بود ولیک خود در رابطه حقوق خصوصی به جز از جزئیات و بهتر ساختن آن عمل عمده انجام نداد. سهم حقوق طبیعی را میتوان بیشتر در ساحه حقوق عامه ملاحظه کرد، مانند : حقوق اداره، حقوق اساسی و حقوق جزاء و غیره.

بلاخره در قرن بیستم حقوق طبیعی را به حق حیات، حق آزادی، حق شرافت، حق مالکیت، احترام به شخصیت انسان، وفا به عهد و جبران خساره خلاصه نمودند.

نظام حقوقی اضلاع متحده امریکا :

برای امریکا نمی توان یک نظام حقوقی مستقل قایل شد، یعنی بنحویکه نمی توان آنرا بحیث شجره ای جداگانه در پهلوی نظام حقوقی رومی - ژرمنی و کامن لا و حقوق اسلام قبول نمود.

قبل از تجاوز انگلیس به امریکا، سیستم حقوقی در آنجا دارای منشأ الهی بود و همه مسایل با استفاده از « تورات و انجیل » حل و فصل می گردید.

عوامل انگلیس سعی نمودند تا مردم امریکا را به سوی نظام کامن لا سوق دهند ولیک از آنجائیکه امریکا سنت دیرینه کامن لا را نداشت و نه از وجود حقوقدانهای با تجربه بر خوردار بود، تطبیق و پذیرش کامن لا برای مردم امریکا عاری از تناقضات و مشکلات عدیده نبود. اما مرور زمان مشکل را ساده ساخت و زمینه ی پذیرش کامن لا فراهم گردید.

بعد از حصول استقلال (1776) به ویژه بعد از اعلامیه حقوق و قانون اساسی در 17 سپتامبر 1787 روحیه جمهوری خواهی و تمایل به حقوق طبیعی و قانونگذاری تقویه گردید و مبارزه بین طرفداران کامن لا و هواخواهان قوانین مدون (تدوین کد ها) در تاریخ نظام حقوقی آنکشور براه

افتاد. سرانجام تأثیر زبان انگلیسی کامن لا را به پیروزی رساند و امریکا مانند کشور انگلیس در زمره نظام کامن لا قرار گرفت.

با آنکه انگلیس و امریکا کشور های تابع کامن لا گفته می شوند ولی در واقع بین کامن لای هر دو کشور تفاوت های بسیار وجود دارد. اول آنکه اضلاع متحده امریکا یک کشور فدرالی بوده و انگلستان غیر فدرالی است.

دوم اینکه تفاوت های جغرافیایی، اقتصادی، اجتماعی، صنعتی و غیره بین هر دو کشور زمینه یگانگی کامن لا را از بین برده است.

در مورد اختلاف اول :

1 - در ایالات متحده امریکا اصولاً هر ایالت دارای صلاحیت قانونگذاری بوده و تدوین قوانین از جانب مقام های فدرال باید متکی بر نص صریح قانون اساسی باشد. ایالات نباید برخلاف حقوق فدرال قانون وضع کنند.

2 - در ایالات متحده امریکا کنگره نیز قانون وضع میکند.

3 - حقوق به شیوه کامن لا توسط ایالات تطبیق میشود.

در ایالات متحده امریکا به دو نوع محاکم بر میخوریم :

1 - محاکم ایالات

2 - محاکم فدرال

محاکم فدرال صرف به قضائاتی رسیدگی می نمایند که کنگره در باره آن ها صلاحیت قانونگذاری نداشته باشد.

در ایالات متحده امریکا این امکان وجود دارد که مدعی خواهان تطبیق قانون یک ایالت دیگر شود به شرط آنکه قانون را با همه تفصیل و چگونگی آن به قاضی بگوید. شرح قانون از طرف مدعی بخاطر آنست که قاضی هر ایالت دلچسپی به قوانین خود دارد و غالباً از قوانین و فیصله های محاکم سایر ایالات اطلاعی در دست ندارد.

امروز در امریکا قوانین زیاد تدوین شده که ناشی از موقعیت خود امریکا است مثلاً: قانون مهاجرت، قانون مجازات برای کارفرمایانیکه مهاجرین غیر قانونی را استخدام می نمایند. در امریکا با وضع قانون جدید مهاجرت که در 1986 به تصویب رسید مجازاتها را تا ده هزار دالر و شش ماه زندان برای کارفرما تعیین کرده است.

همچنان قانون ازدواج های «گرین کارتی» که خارجی با یک امریکائی ازدواج می کندو اجازه اقامت مؤقت می یابد و بعد از گذشت دو سال به اقامت دائمی دست می یابد و غیره. نتیجتاً باید گفت با آنکه بین نظام حقوقی رومی - ژرمنی و کامن لا در مورد کشف قواعد حقوقی تفاوت زیاد وجود دارد اما بسا مفاهیمی هستند که آنها را با هم نزدیک ساخته است مانند اخلاق مسیح، نظرات فلسفی رایج، عصر رنسانس، فردگرایی، لیبرالیسم و مانند اینها.

1- نظام حقوقی رومی - ژرمنی :

پیش از قرن سیزدهم میلادی، حقوق روم به حیث حقوق عمومی و مشترک جهانی تصور میگردید. «حقوق روم که کلیسا بر طبق آن زندگی کرده بود، مدتی دراز در معرض انتقاد قرار داشت، یعنی حقوق روم زاینده جهان کفر بود و چهره ی از یک تمدن که مسیح را نمی شناخت و وابسته به فلسفه ای غیر از فلسفه انجیل و بنیانگذاران کلیسا و مسیحیت بود.»

در هر حال روم در خلال جنگها و ترکتازی ها و حملات اقوام دیگر رو به افول گذاشت ولی زمینه ای برای تدوین قواعد میسر نگردید و همان عرفها و تعاملات هر محل عنصر حل قضایا شمرده می شد.

در این وقت از دعاوی هم قواعدی بروز نمی کرد، زیرا جنبه الهی داشت و اصحاب دعوی را به سوگند سوق میدادند. در مسایل جزائی اگر زنی به شوهرش خیانت میکرد، دستان وی را در بین آب جوش قرار میدادند تا تقصیر و یا عدم تقصیر وی بر ملا گردد. در بین قبایل ژرمن اگر قتلی رخ

میداد قاتل را مجبور به جریمه نقدی می ساختند. نجبا بیشتر، افراد عادی کمتر و بردگان کمترین جریمه را می پرداختند.

از طرف دیگر مقولات مسیح از قبیل برادری و احسان نمی توانست به تنهایی مصدر عدالت و مایه نظم اجتماعی شود و بار اول ژوستین امپراتور روم مجموعه ای قواعد خود را تدوین نمود.

روی همین اوضاع ناهنجار بود که در خلال قرنهای دوازدهم و سیزدهم میلادی فکر تجدید حیات و باز سازی در همه ی امور آغاز گردید که در اینجا بحث ما بیشتر بروی احیای حقوق روم به شکل بهتر آن است.

نظام حقوقی رومی - ژرمنی بمنابۀ عامل تجدید حیات حقوقی نه مولود یک قدرت سیاسی بود و نه تکیه بر مذهب و اخلاق داشت، بلکه سعی می نمود تا نظام حقوقی را از نظام اخلاقی و اصول مذاهب تفریق نماید. در نظام حقوقی رومی - ژرمنی بیشترین خدمت را یونیورستی ها و علمای حقوق انجام دادند. آنها خود را به فیصله های محاکم وابسته نساختند و نه یونیورستی ها را لاپراتوار حقوق میدانستند، بلکه سعی آنها بر این بود تا از روش درسی، آن گونه قواعد حقوقی را بوجود آورند که مبین عدالت و حسن اخلاق و تأمین کننده روابط حقوقی و اجتماعی باشد. چه از نگاه دکترین یونیورستی ها حقوق عرفی و محلی را دیگر نه کافی میدانستند و نه عادلانه. در آغاز تجدید حیات حقوق روم قدیم، محتوای تدریس را حقوق روم و حقوق کلیسا تشکیل میداد. این نوع تدریس به تنهایی نمی توانست پاسخگوی همه روابط بشود به ویژه وقتی از قرن سیزدهم به بعد روح تحولات اجتماعی اکثریت کشور های اروپائی را فرا گرفت. این تحولات در قرن هفدهم زمینه ایجاد حقوق ملی را فراهم نمود، چنانچه سویدن و فرانسه کشور های بودند که در پهلوی حقوق روم و حقوق کلیسا، یک یک کرسی تدریس حقوق ملی را در دانشگاه ها تأسیس نمودند. در آلمان و یک تعداد کشور های دیگر این جنبش در قرن هجده آغاز گردید، بنحویکه حقوق روم و کلیسا اساس بود و حقوق ملی رو بنای آن بشمار میرفت.

اما بعد تر در ساحه حقوق روم در دانشگاه‌ها تحولی به میان آمد که با خود دو نوع مکتب را بوجود آورد. یعنی مکتب شارلمین اول که میخواست به قوانین رومی شرح و تفصیل دهد. به غیر از این کدام ابداع و ابتکاری از خود بجای نگذاشت. اما مکتب شارلمین دوم در قرن چهاردهم همه چیز را تغییر داد و مربوطین این مکتب متوجه حقوق روم نبودند، بلکه میخواستند تا خواسته های زمان را در قالب قواعد منطقی و عقلایی توجیه و تشریح نمایند. بنابراین حقوق رومی - ژرمنی پایگاه اساسی خود را در دانشگاه‌ها بنا نهاد و سعی نمود تا از طریق کشف قواعد حقوقی متکی بر عقل و استدلال، بر بی نظمی فرجام دهد و برای هر مسئله ای راه حل عادلانه جستجو کند.

به یک کلام حقوق رومی - ژرمنی بنیانگذار کشف قواعد و مشوق راه حل‌ها از طریق قانونگذاری است که در اروپای بری استحکام یافت و بعد از طریق استعمار و یا از طریق ارضای خاطر در بعضی کشور های دیگری جهان به اندازه و درجات مختلف مورد پذیرش قرار گرفت. مثلاً در جاپان و در تایوان در کره جنوبی در مصر، در عراق، در سوریه، در ایران، در افغانستان، در اندونیزیا، در امریکای جنوبی و در بعضی کشور های آفریقائی.

حقوق رومی - ژرمنی از آغازین مرحله خود با حقوق طبیعی عجین بود و بنابر تأثیر فلسفه ی افلاطون و ارسطو و رواقیون و دیگران، منشاء الهی داشت تا آنجائیکه قواعد حقوقی آن به حیث پدیده مستقل ناشناخته بود.

نتیجه بحث ما در مورد نظام حقوقی رومی - ژرمنی این است که بعد از بوجود آمدن حقوق ملی سعی به عمل آمد تا حقوق تطبیقی جدا از ساحه جامعه شناسی و تاریخ تطبیقی حقوق در ساحه ی تعریف و ماهیت حقوق تطبیقی گسترش و توسعه یابد. پس حقوق تطبیقی از قرن 20 رو به توسعه نهاد و بحیث پدیده ای ضروری تلقی گردید. در سال 1900 کنگره آن در پاریس دایر گردید.

به اعتبار حقوق طبیعی سعی در این است یک کشور تنها در محدوده حقوق ملی خود محصور نماند. پس راه مناسب برای اصلاح قوانین و قواعد و اصول را در آن می جویند که سایر مفاهیم و قوانین کشور ها را، خواه

دموکراتیک باشند یا نباشند، مطالعه نمایند و تقارب و فواصل را در یابند و به خلاء ها و کمبود های خود خاتمه دهند.

2 - نظام (common law) حقوق مشترک :

انگلستان و جزایر ماحول آن از جمله اروپای بری به شمار نمی روند. سنت پرستی و پای بندی به گذشته را باید در مبداء تشکل نظام حقوقی انگلیس قرار داد.

از اینجاست که انگلستان تا امروز قانون اساسی مکتوبه ندارد و تمام روابط اعم از مناسبات مدنی و آزادی های فردی و دموکراسی و سیستم پارلمنتاریزم آمیخته با ریشه های سنتی و تعاملی بوده و مانند اروپای بری ملهم از قوانین و کدها نمی باشد. البته این دال بر این نیست که در انگلستان قانون وجود ندارد، ولی سخن براین است که قانون به ذات خود تنظیم دهنده روابط اجتماعی و مناسبات فردی نبوده بلکه بیشتر در خدمت و تکمیل رویه قضایی محاکم قرار گرفته است. بدین لحاظ قاضی نه به قانون دلچسپی دارد و نه آنرا یگانه راه حل عادلانه میداند.

پس قانون پدیده ای است که بعد از رویه قضایی می تواند در هنگام ضرورت بحیث وسیله ی درجه دوم مورد استفاده قرار گیرد.

در انگلستان مانند اروپای بری قواعد حقوقی از پیش ساخته برای هر مسئله ای وجود ندارد. به سخن دیگر قواعد عام و برای یک مدت طولانی وجود ندارد. یعنی مجرد بودن قواعد مطرح نبوده، بلکه قواعد از قضایای مشخص استخراج میشود. بدین رو در انگلستان نمی توان از تفسیر قوانین بحث کرد چرا که در آنجا تفکیک جای تفسیر را اشغال کرده است.

نا گفته نباید گذاشت که بعد از جنگ جهانی اول در انگلستان حرکت نسبی به سوی قانونگذاری آغاز گردید و ساحات تعلیم و تربیت، امور اقتصادی، صحت عامه، حمل و نقل، شهر سازی و تأمینات اجتماعی را در خود احتواء نمود.

جان سخن در این است که اجرای قانون ولو مطمح نظر است اما با روحیه قوی سنتی قضات محاکم هم آهنگی ندارد.

همین روحیه سنت جویانه است که قوانین در انگلستان مانند اروپای بری دارای تشریفات نبوده و نه از طرف جریده رسمی اعلام میگردد، بلکه تمام قوانین به شمول اسناد رسمی و فیصله های پارلمان توسط ارگان سلطنتی به نشر میرسد.

در انگلستان بعد از رویه قضایی و قانون، عرف و تعامل دارای اهمیت درجه سوم پنداشته میشود، مشروط بر اینکه عرف سابقه طولانی و سنتی داشته باشد.

انگلستان با آنکه به سنن ارجحیت می بخشد و کامن لا بروی تعامل بناء یافته و جنبه عقلایی را توسعه داده است، باز هم نمی توان حقوق انگلیس را در مجموع حقوق تعاملی و یا عرفی قلمداد نمود.

حقوق انگلیس مظهر رویه قضایی آن کشور بوده که به تقسیم حقوق زیر عنوان حقوق عامه و حقوق خصوصی نپرداخته است.

به همین روال تشکیلات قضایی در نظام کامن لا غیر از آن تشکیلاتیست که در اروپای بری وجود دارد.

در سابق تنها محاکم سلطنتی به امور دعاوی رسیدگی می کردند. وقتی روابط انسانها پیچیده تر شد و تنازع و دعاوی بیشتر گردید، محاکم سلطنتی به تنهایی به همه امور رسیدگی نمی توانستند، کما اینکه جمعی از اصحاب دعوی (مدعی و مدعی علیه) از فیصله های محاکم شاهی اظهار رضائیت و قناعت نمی کردند و مستقیم از خود شاه طالب دادخواهی می شدند.

از دیگر طرف مقام سلطنت به هر دعوی رسیدگی نمی توانست و این معضله موجب آن گردید تا شاه در کنار خود مقامی را بنام مهرداد سلطنتی (وزیر عدلیه) تعیین نماید که قبل از فیصله شاه مقدمات دعوی را سروصورت داده و در هنگام ضرورت آنرا به مقام سلطنت احاله نماید. این موضوع توسعه بیشتر یافت و وزیر عدلیه یا مهرداد سلطنتی خود به حیث محاکم انصاف تکامل نمود و در پهلوی محاکم سلطنتی به داوری میپرداخت.

در انگلستان محکمه عالی به سه شعبه یعنی بنامهای شعبه ملکه، شعبه مهرباری و شعبه امور خانواده تقسیم شده و هر کدام در حدود صلاحیت خود به دعاوی رسیدگی می نمایند که بر علاوه شعب گفته شده، محاکم ابتدائی حد اکثر دعاوی را حل و فصل می نمایند.

محکمه عالی عدالت صرف به یک تعداد دعاوی می پردازد. جرایم کوچک توسط «ماجیستراها» معنی ماجسترا (magistrat) خیلی وسیع بوده و تمام آمرین قضائی، اداری و کشوری و هم مامورین مشاغل امور مربوط به قضاوت و امور اداری و پلیسی و تأمینی را در بر می گیرد. که مسلک شان حقوق نبوده، مورد بررسی قرار می گیرد، در صورتیکه جرم بزرگ باشد آنرا به محکمه سلطنتی احاله می کنند.

در انگلستان علی اکثر قاضی های هربخش سه گانه از بین وکلای مدافع انتخاب میشوند.

سر انجام باید گفت که حقوق کامن لا نه تنها در مورد مراجع کشف قواعد با حقوق رومی - ژرمنی تفاوت دارد، بلکه در مسایل عمده دیگر از قبیل ساخت حقوق، تقسیمات حقوق، بعضی مصطلحات حقوق و کسب دانش حقوق با اروپای بری تمایز نشان میدهد.

3 - نظام حقوقی اسلام :

هر نظام حقوقی را میتوان از روی اهمیت حقوقی و ساخت حقوقی و شیوه ی قاعده گذاری و منابع آن تشخیص داد. در باره ای منابع حقوق بحث جداگانه داریم که در جایش آنرا مطرح خواهیم کرد اما از آنجائیکه منابع حقوق اسلام غیر از منابع سایر نظامهاست باید آنرا در همین جا مورد بررسی مختصر قرار دهیم.

منابع حقوق اسلام :

حقوق اسلام چهار منبع زیرین را می شناسد :
قرآن - سنت - اجماع - قیاس (ادله اربعه)

- قرآن اصل و مبدا است که نصوص آن غیر قابل تغییر می باشد.
- سنت چیز است که از اعمال و رفتار و کردار پیامبر اسلام (ص)
نشأت نموده و مجموعه آن بنام احادیث نبوی یاد میشود.
راویان میگویند که یک لک و چند هزار حدیث وجود دارد که از این
هم بیشتر است، اما عقیده راسخ بر این است که در پهلوی احادیث ثقه و معتبر
یک تعداد احادیث موضوعی نیز وجود دارد که تفکیک آن کار ساده و بسیط
نیست.

در قرن نهم دو تن از علمای متبحر اسلامی بنام های امام بخاری و
امام مسلم سعی نمودند تا حدیث ثقه را از موضوعی تفکیک نمایند، بنابراین
کتابهای حدیث آنها بنام های صحیح بخاری و صحیح مسلم در جوامع
اسلامی از اعتبار و شهرت زیاد برخوردار گردید.

در ساحات عبادات و حقوق اسلام، سنت دارای اهمیت درجه دوم
بوده و بعد از آیات قرآن جنبه ی قدسی دارد.

- اجماع، جمع شدن و مشوره کردن و تصمیم گرفتن به اتفاق آرای
علمای دین اسلام را گویند.

وقتی مشکلی یا معضله ای صریحاً از طریق قرآن و سنت حل نشود و
عالم را به تفکر دور و دراز اندازد و جهت حقوقی را مورد سوال قرار دهد،
علماء مکلف اند تا قدرت حقوقی را از طریق اجماع یعنی توسط « اهل حل
و عقد » جستجو نمایند.

اهل حل و عقد به آنهایی گفته می شود که در علوم اسلامی حجت و
متبحر باشند و تقوی و نیکوئی و خیر خواهی آنان مورد قبول باشد. آنهاییکه
اقوال و رفتار و کردار پیامبر اسلام را در زمان حیات وی شنیدند و دیدند و
آنها را به دیگران گفتند و بعد آنهاییکه احادیث پیامبر را بعد از رحلت او به
دیگران روایت کردند و سر انجام آن راویانیکه به راویان دیگر گفتند از
مجموع آن همه روایات، اختلافات و تفاوتها به میان آمد که سر انجام
پیروان متعدد از خود به جا گذاشتند.

ابن معین سرخسی میگوید که « هزار هزار (یک میلیون) حدیث» نوشته است. در هر حال همین روایات شفاهی در آغاز از سینه به سینه انتقال می یافت که در طول زمان به اثر بیان راویان متعدد در گفتار تحریف و تبدیل و غموض و ابهام بوجود آمد.

و در نهایت امام بخاری کسی بود که با زحمت فراوان شهکار حدیث را بوجود آورد و ثقه را از موضوعی تجرید نمود. بنابراین صحیح بخاری در جهان اسلام اصح کتب احادیث به شمار میرود.

در آغاز نشر اسلام فقط قرآن و حدیث به حل مسایل می پرداخت اما توسعه اسلام با ازدیاد مسایل و مشاکل در جوامع اسلامی، مسایل فقهی و اجتهادی را توسعه بخشید.

فقه عبارت از حقوق اسلام، یعنی علم داشتن به احکام شرعی بوده که در عمل بایستی راه حل بیابد و اختلاف را مرفوع کند. همچنان « فقه در لغت به معنی دریافتن غرض سخن متکلم و نزد مسلمانان عبارت از علم با احکام شرعیه عملی است، که از دلایل تفصیلی با استدلال بدست آید، و اصابت و وقوف است به معنی خفی که حکم بدان تعلق میگیرد و به رأی و اجتهاد و نظر و تأمل حاصل میشود.»

روایات متعدد و آثار محدثان و تکیه آنها بر منابع شرعیت اسلامی، مذاهب متعددی را بوجود آورد که از جمله در جهان اسلام چهار مکتب و یا مذهب اهل سنت و یک مذهب اهل تشیع مورد بحث همگان است.

چهار مذهب سنی عبارتند از :

مذهب حنفی، مذهب مالکی، مذهب شافعی و مذهب حنبلی.

آن طور که گفتیم حقوق اسلام بر کتاب و سنت و اجماع و قیاس بنا یافته است که بنام ادله اربعه یاد میشود.

مذهب امام ابوحنیفه: بعد از قرآن و سنت بر مبنای رأی و قیاس

استوار است.

مذهب امام مالک: بعد از قرآن بر روی حدیث استوار است و اهل حدیث گفته می شود.

مذهب شافعی: رأی را نه پذیرفته و قیاس را مرجع کلی نمی داند و خود را بر اصول تقلید بناء کرده است و تقلید را صرفاً تابع قرآن و سنت میدانند.

مذهب امام حنبلی: بر اساس اجماع و استحسان بناء یافته و تقلید صالح را رد نمی کند.

پیروان مذهب حنفی بیشتر در افغانستان، پاکستان، ترکیه، هند، بنگال، اردن سوریه و در مناطق آسیای روسیه به سر می برند.

پیروان مکتب مالکی در افریقای شمالی، افریقای غربی و به خصوص در مصر به سر می برند.

پیروان مکتب شافعی در بین کرد ها، در مالیزیا، اندونیزیا، ساحل شرقی افریقا و همچنان در پاکستان اقامت دارند.

پیروان مکتب حنبلی در عربستان وجود دارند.

مذهب شیعه، مذهب جعفری امامیه می باشد که پیروان آن بیشتر در ایران، عراق و همچنان در افغانستان و لبنان به سر می برند.

پیامبر اسلام قبل از رحلت کسی را بجایش خلیفه مسلمین تعیین نکرد، بنابراین بعد از رحلت پیامبر فکر خلافت به دو نوع تقسیم شد. جمعی می

گفتند تعیین خلیفه وظیفه امت است (شکل انتخابی). جمعی دیگر به این نظر بودند که خلافت بعد از پیامبر حق آل رسول است (شکل انتصابی) و خلیفه

و امام بایستی از بین خاندان نبوت، بدون انتخاب از جانب امت، انتصاب گردد و حضرت علی را بعد از پیامبر اسلام مستحق خلافت میدانستند.

طرفداران اصول انتخابی در نتیجه بنام سنی و طرفداران اصول انتصابی و وراثت بنام شیعه مسمی شدند.

اهل شیعه اولین امام، حضرت علی را میدانند و پس از آن بالترتیب از بین خانواده علی به دوازده امام عقیده دارند. بدین لحاظ فرقه بزرگ شیعه را امامیه اثناعشریه گویند که مهدی غائب یا امام غائب را امام دوازدهم میدانند

در مذهب شیعه باب اجتهاد مفتوح است و مذهب امامیه قیاس و رأی را نمی پذیرد. به نظر این مذهب باید پیروان از طریق اجتهاد و تقلید بیاموزند. فقه اسلامی چند موضوع عمده را احتواء میکند از قبیل بخش عبادات، بخش مناکحات، بخش میراث، بخش معاملات و بخش مجازات. عرف به حیطه منبع حقوق اصولاً در فقه اسلامی قبول نشده مگر اینکه عرف جزئی از اجزای فقه باشد. اما در عمل دیده شده است که پیشوایان حقوق اسلام در مورد عرف وسیع که متضاد با نصوص نباشد سکوت اختیار کرده اند.

پس حقوق اسلام تمام اعمال انسان را به پنج دسته تقسیم میکند :
واجبات - مستحبات - مباحات - مکروهات - و محرمات.
عرف و تعامل می تواند تنها در مستحب و یا مباح حکم صادر کند اما در واجبات و محرمات دخالت نمی تواند. در مورد مکروهات هم نمی تواند تصمیم بگیرد و امر و نهی دهد در حقوق اسلام قراردادها جای خود را دارد و باید عادلانه عقد گردد.

در ساحه ی حقوق جزاء ، مجازات به دو دسته تقسیم شده : اول حدود، دوم تعزیر.

حدود با نص تصریح شده اما تعزیر که در لغت سرزنش کردن یا ملامت کردن معنی میدهد از جمله صلاحیت قاضی شرع است.
محاكم قضائی هر کشور مطابق پیروان اکثریت یک مذهب تأسیس شده ولی در مصر با وجود آنکه مذهب مالکی در اکثریت است، محاکم بر طبق اصول مذهب حنفی بناء یافته و فیصله های خود را نیز بر طبق احکام آن صادر می نمایند.

بخش دوم

منابع حقوق

منابع حقوق کدام ها اند :

منابع حقوق بحثی است که همه نظامها و علمای حقوق بر آن توافق نظر واحد نداشته و نه مراتب و تقدم و تأخر آن را به یک سان قبول کرده اند. با اینهم به استثنای نظام حقوقی اسلامی، در بین سایر نظامهای یاد شده نزدیکی و مشابهت های وجود دارد که کار علمای حقوق را آسان نموده و زمینه را برای مطالعه و تحقیق هموار ساخته است.

پس این منابع کدام ها اند و وجوه و اختلاف و تشابه را به چه نحوی تبارز میدهند ؟

- قانون بطور کلی به شمول مقررات اداری که بوسیله حکومت و وزراء و شعبات اداری بوجود میاید.
- تعاملات یک جامعه.
- رویه قضائی.
- عقاید و نظرات علمای حقوق.

1 - قانون در نظام حقوقی رومی - ژرمنی از اعتبار فوق العاده برخوردار بوده و یکی از منابع عمده و اساسی حقوق به شمار میرود. وقتی سخن از قانون میگویم، منظور ما قانون مکتوبه بوده که در رأس همه قوانین، قانون اساسی مدون قرار می گیرد.

قانون مکتوبه و ارجحیت قانون اساسی در بین کشور های شامل نظام حقوقی رومی - ژرمنی به مشکل روبرو نبوده و همه قانون را منبع حقوق دانسته و با تفسیر آن بر غنای حقوق خود می افزایند.

اما مسئله قانون در کشور های کامن لا بکلی مفهوم دیگر دارد و بجای آن رویه قضایی منبع عمده حقوق به شمار میرود. و دیگر اینکه در مهد کامن لا، یعنی در انگلستان، قانون اساسی مکتوبه وجود ندارد. رویه قضایی یعنی آراء و فیصله های محاکم از قرنهای رویم انباشته شده، با اینکه هر کدام و یا جمعی از آنها در مورد خاص و شرایط ویژه بوجود آمده است، ولی از لحاظ کلیت خود منبع حقوق بحساب نمی روند. آنچه در انگلستان منحصر به آن کشور بوده و در اروپای بری وجود نداشته، همانا موجودیت محاکم عالی است که عدالت عالی و یا نهائی را تأمین میکند، گر چه در پهلوی محاکم عالی یک تعداد قابل ملاحظه یی از محاکم پائینتر یا محاکم ابتدائی نیز وجود دارند.

محاکم کوچک از جانب خود فیصله های قضائی صادر نموده، علی رغم آن جزء قوه قضائیه به شمار نرفته و فیصله های شان در محدوده دعاوی باقی مانده است.

اما محاکم عالی از یک طرف به حل و فصل دعاوی می پردازند و از طرف دیگر مجموع فیصله های آنها مأخذ و منبع قضایی بوده که بر غنای قواعد حقوقی می افزاید. پس در کامن لا اراده مقنن مطرح نبوده بلکه سوابق قضایی و راه حل های پیشینه و رویه های اختیار شده است که مبنای حقوق را می سازد و با کشور های اروپای بری تفاوت اساسی نشان میدهد.

آنطور که دیدیم در نظام حقوقی رومی - ژرمنی قانون منبع معتبر حقوق بشمار میرود ولی این منبع به تنهایی نه کافیتست و نه وسعت حقوق را در خود فرا می گیرد و این دال براین است که حقوق به شکل مکتوبه و غیر مکتوبه تبارز نموده و گاهی این نظر را بوجود آورده است که گویا حقوق و

قانون یکی بوده و با هم مترادف است. در حالیکه حقوق حاصل کشف حقوقدانها و قانون عنصر شناخت آن گفته میشود.

در نظام رومی - ژرمنی بعد از قرن 19 بخصوص در فرانسه روحیه قانونگذاری تقویت گردید و باعث بوجود آمدن کد ها شد. کد (code) در قدیم مجموعه ای قوانین مختلف بود اما امروز زیر عنوان کد آنچیزی را می شناسیم که قوانین یک رشته ی معین در آن مدون شده باشد.

کشور های طرفدار قانون وضعی بیشتر سعی نموده اند تا برای تدوین قوانین تشریفات و اهمیت فوقانی و تحتانی قایل شوند. بدین لحاظ قانون اساسی و یا قانون بنیادی بحیث وثیقه ای ملی دارای جوانب سیاسی - اداری و حقوقی بوده که بنا بر همین وصف، تدوین و تصحیح و تنقیح و تعدیل آن با یک سلسله مراتب تشریفاتی صورت میگیرد. اما از نظر حقوقی، قانون اساسی مانند هر قانون عادی بشمار میرود.

قوانین در مجموع اعم از قانون اساسی و قانون عادی در بین اتباع یک کشور لازم الرعایه و قابل احترام است. چنانچه قانون اساسی جمهوریت فدرال آلمان در ماده بیستم و بند سوم و چهارم میگوید :

« قوه قانونگذاری مکلف است به قوانین احترام گذارد، اگر کسی بخواهد این نظم را بر هم زند، هر آلمانی حق دارد در برابر او مقاومت کند، هر گاه امکان استفاده از وسیله دیگری وجود نداشته باشد.»

قوانین عادی را نمی توان مغایر نصوص قانون اساسی تدوین نمود به دیگر سخن هر قانون باید با روحیه قانون اساسی برابر باشد. از اینجاست که فکر کنترل و نظارت قوانین هر کشوری مراجع خاص را بوجود آورده تا مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی را مورد نظارت خویش قرار دهند. فی المثل در اضلاع متحده امریکا نظارت قضایی وظیفه کنترل را انجام می دهد. در جاپان و امریکای لاتین هر قاضی از اجرای قوانینی که با قانون اساسی تناقض داشته باشد خود داری نموده و آنرا بعد از تصویب به محکمه عالی ارجاع می نماید.

در اکثر کشور های اروپائی این وظیفه را محکمه ی قانون اساسی انجام میدهد. قضات سایر محاکم چنین مشاکلی را از جانب خود حل نه نموده و آنرا به محکمه ی قانون اساسی احاله می نمایند.

در سویدن، ناروی و دنمارک هر محکمه صلاحیت عدم اجرای قانونی را دارند که با قانون اساسی مغایر باشد. در فرانسه و هالیند محکمه قانون اساسی وجود ندارد، بخصوص در فرانسه بعد از سال 1958، وظیفه نظارت به شورای قانون اساسی سپرده شده است.

همچنان تناقضات میان قوای مقننه، قضائیه و اجرائیه توسط محکمه عالی و محکمه قانون اساسی و شورای قانون اساسی حل و فصل میشود.

2 - حقوق تعاملی یا عرفی :

حقوق عرفی و یا تعاملات یک جامعه بخاطری دارای اهمیت است که در مسیر تاریخ بمثابة ای حقوق غیر مکتوبه روابط انسانها را تنظیم می نمود. امروز در ورای قانونگذاری آن اهمیت برازنده ای را که عرف و تعامل در قدیم داشت از دست داده ولیک با اینهم هیچ کشوری حتی کشور های اروپای بری و غیر بری نمی توانند خود را از وجود عرف و تعامل بکلی بی نیاز احساس نمایند.

تأثیر جامعه شناسی در ساحه حقوق، پایبندی به عرف و تعامل را ناگریز میداند اما سایر روشها به نقش عرف بسنده نکرده و در صورتیکه عرف با قانون تطابق کند، به آن ارج می گذارند.

آنچه مطمح نظر بوده، سرعت پدیده های اقتصادی - اجتماعی است که در مسیر تکامل عمومی نقش عرف و تعامل را تضعیف نموده و بجای آن نقش قانون را برازنده ساخته است.

سیستم حقوقی فرانسه نقش عرف و تعامل را بخاطری آنکه بحیث منبع حقوق در ازمئه گذشته مؤثر بوده آنرا پذیرفته است و میگوید که بعد از حاکمیت قانون، عرف دیگر در محیط اجتماعی آن قدرت و صلاحیت گذشته را ندارد. در فرانسه امروزی فقط به آن عرف و تعاملی اتکاء مینمایند که قانون

به آن اشاره ضمنی و یا اشاره صریح کرده باشد اما در آلمان در تحت تأثیر اینکه حقوق مولود وجدان عمومی قبول شده تا هنوز عرف و تعامل بحیث منبع و مساوی با قانون شمرده شده است.

در انگلستان چنین تصویری وجود ندارد، یعنی در نظام حقوقی انگلیس بعد از رویه قضایی و قانون، عرف به درجه سوم بحیث منبع حقوق به شمار می‌رود به شرط آنکه عرف و تعامل سابقه طولانی داشته باشد. بدین ترتیب دیگر عرف هر محل بحیث منبع حقوق مورد قبول نخواهد بود.

حقوق اسلام عرف و تعامل را بحیث منبع حقوق نمی‌داند اما در عمل فقهای اسلام آنرا در حدود مکروهات و مباحات قبول کرده‌اند، یعنی عرف و تعامل که در یک مدت زمان طولانی و در بین یک جماعت وسیع قبول و اقتناع را فراهم کرده باشد. بعد از خلفاء و صحابه ی کرام دیگر پیشوایان دین اسلام به ویژه فقهای اسلام در مقابل عرف و تعامل از نرمش و تسامح کار گرفته‌اند.

3 - رویه قضائی :

بحث رویه قضائی از دیدگاه کشورها و از نظر علمای حقوق سر دراز دارد که رفتن به پای جزئیات و مناقشات آن در محدوده این جزوه و در چهارچوب مبادی حقوق مقدور نمی‌نماید. پس به کلیات بسنده می‌کنیم مبنی بر اینکه محور گفت و شنود همانا قاعده حقوقی است که در جای مناسب روی آن صحبت خواهیم کرد.

آنچه در اینجا مطرح است همانا کشف و ایجاد قاعده حقوقی است که از طرف علماء قانونگذار و قضات به آن پرداخته میشود که ما را به دو نوع سیستم و طرز دید بین کشور های اروپای بری و انگلستان و دیگر طرفداران کامن لا آشنا می‌سازد.

از نظر علمای اروپای بری رویه قضائی بحیث قاعده حقوقی نمی‌تواند هم کافی و هم مؤثر باشد، چه به عقیده آنان رویه قضائی برای قضایای عملی مختلف اتخاذ شده و قاضی اکثراً خود را تابع یک رویه ندانسته است.

چیز دیگری که علمای حقوق را به خود جلب می کند همانا فقدان وجهه تصمیم است که آرای قضائی را به خوب و بد، کافی و ناکافی تقسیم می نماید. در هر حال رویه قضائی یکی از منابع حقوق بوده و هر کشوری در محدوده ی سیستم قضائی خود به آن مبادرت ورزیده است. در فرانسه دیوان تمیز به نشر آرای قضائی می پردازد و در آلمان دیوان عالی محکمه اداری به نشر آرای قضائی مبادرت می ورزد. اما در هر حال قاضی حق ندارد خود را به جای قانونگذار قرار دهد و از جانب خود قاعده حقوقی وضع کند. رویه قضائی در کشور های اروپای بری برای تفسیر قانون و یا پر کردن خلای قانون است که در هیچ حالتی قاعده ی جدید به شمار نمی رود.

4 - عقاید علمای حقوق :

عقاید علمای حقوق در اروپای بری از سالیان متمادی به اینسو سازنده قواعد بوده و منبع اصلی حقوق را تشکیل داده است. بعد از وسعت قانونگذاری این طرز فکر بمیان آمد که عقاید علمای حقوق در ساحه عمل نباید بحیث منبع حقوق تلقی گردد چرا که پذیرش آگاهانه آن در واقع قدرت دولت را در تعیین قواعد حقوقی تبیین میکند. اما در عمل تا هنوز نظرات و پژوهش علمای حقوق به مثابه ی مواد و مآخذ در خدمت قانونگذاری قرار دارد.

بنابراین نظرات علمای حقوق در کشور های حقوق رومی - ژرمنی بحیث منبع حقوق بوده و اگر اختلافی وجود داشته باشد در سطح است و نه در عمق، در میزان است و نه در اصول.

بخش سوم

قواعد حقوقی

در هر جامعه برخورد و مناسبات افراد خواه مدرک و آگاهانه باشد یا نباشد در حیطه قواعد عرفی، اخلاقی و مذهبی قرار میگیرد. اما صرف نظر از آن ما به قواعد حقوقی نمی بر میخوریم که بنابر خصلت و اوصاف خود از قواعد اخلاقی و مذهبی متمایز میگردند.

عرف در یک جامعه بخاطر سنتی بودن آن مدار اعتبار است اما به مفهوم امروزی کار آیی قاعده حقوقی را ندارد، چرا که اولاً طوری با جزئیات در آمیخته که از وصف کلی و مستدل دور شده است که نمی توان آنرا بحیث یک قاعده ای کلی و مستدل شمرد. دوم اینکه عرف و تعامل از قدرت اجرائی بر خودار نیست.

قوانین مدنی اکثر کشور ها به ویژه در ساحه قرارداد، آن عرف و تعاملی را الزامی میداند که قانون آنرا پیش بینی کرده باشد. و بر علاوه بعضاً بدون صراحت قانون بنابر اعتبار دوامدار و سنتی عملی میشود. فی المثل : ماده 220 قانون مدنی فرانسه میگوید : «قرارداد ها نه تنها عاقدین را به انجام چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید، بلکه عاقدین به کلیه نتایجی هم، که بموجب عرف و عادات یا بموجب قانون، از عقد حاصل میشود، ملزم می باشند.»

به سایر قواعد عرفی که تحت ضمانت اجرائی قرار ندارند نمی توان اوصاف قاعده حقوقی قایل شد.

قواعد حقوقی از قواعد اخلاقی بخاطری متمایز میگردد که اخلاق از یک طرف پند و اندرز میدهد و از طرف دیگر برای پاکیزگی روح و تصفیه باطن انسان بکار میرود. اما در هر حال اخلاق کیفر مدنی و جزائی ندارد. آنچه از مسایل اخلاقی که دارای کیفر مدنی و جزائی باشد از ساحه اخلاق در بساط حقوق راه می یابد.

پس قواعد حقوقی نه پند و اندرز بوده و نه دعوی رشد و تکامل جامعه را نموده است، بلکه از نظر کشور های طرفدار قانون حد فاصل میان رویه قضائی و اصول به شمار میرود.

نظام کامن لا قاعده ی حقوقی را از رویه قضایی استخراج می کند. این شیوه مورد نظر علمای حقوق اروپای بری نبوده، زیرا به عقیده ای آنها فیصله های موردی و مشخص نه کلیت داشته و نه از اطمینان برخوردار است. بدین لحاظ رویه قضایی را قاعده حقوقی ثانوی میدانند. به عقیده ای آنها یک قاعده ی حقوقی خوب آنست که دارای اوصاف و خصوصیات زیرین باشد :
اول - کلی باشد، البته نه به آن اندازه نیکه زمینه تفسیر و توجیه را فراهم کند.

دوم - نباید آنقدر به جزئیات پردازد که شکل قواعد عرفی را بگیرد و درک قاعده واضح و روشن را از میان ببرد.

سوم - قاعده حقوقی دارای آن کلیتی باشد که فوقیت آن از تیوری و عمل (فیصله های قضایی) به درستی تشخیص گردد. بنابراین قاعده ی حقوقی به اثر تحقیق و پژوهش طالبان حقوق و جستجوگری قانونگذاران بوجود می آید.

چهارم - قاعده ی حقوقی باید دارای ضمانت اجرائی باشد. اما باید گفت که با وصف آن حقوق عمومی بین الدول از ضمانت اجرائی برخوردار نیست. پس عمده ترین وصف قاعده ی حقوقی در پهلوی ضمانت اجرائی، ایجاد حق و تکلیف است که چنین چیزی در قواعد اخلاقی وجود ندارد، یعنی قواعد اخلاقی بیشتر متکی بر وجائب بوده و حق را در توازی آن قرار نداده است.

البته تنها بخش حقوق خصوصی است که حق و وجوبه را در مقابل هم نشانده، در حالیکه حقوق عامه به چنین امری نه پرداخته و وجوبه را در تقابل حق قرار داده است.

بلاخره حقوق به اراده دولت بوجود نمی آید و لیک قدرت الزام آور خود را از دولت و مقامات می گیرد.

در پایان سخن باید گفت با اینکه ایجاد قاعده ی حقوقی در کشور های طرفدار نظام اروپای بری و طرفداران نظام کامن لا در یک سطح نظر قرار ندارد، هر دو نظام در کشف قاعده حقوقی از تحقیق و آثار علمای حقوق و دست آورد های مقنن و رویه قضایی بر طبق اصول نظامهای خویش استفاده می کنند، منتها با این تفاوتی که در کشور های دارای نظام حقوقی رومی - ژرمنی هیچگاهی رویه قضایی بحیث مبدا مرجع و مستحسن قواعد حقوقی نبوده است.

در هر حال « نقش اساسی دکترین و رویه قضایی در ایجاد قاعده و تحول حقوقی » یک امر قبول شده است و هیچ کسی نمی تواند از آن انکار کند.

سر انجام اگر فکر و تلاش بسوی قانونگذاری و رسیدگی به قضایا و روابط انسانی آسان و ساده و مشهود گردیده از دیگر طرف با تقویت روحیه حقوق ملی گرایش بسوی حقوق روم بحیث حقوق جهانی خدشه دار شده است. و بنا بر همین وجوه قانونگذاریست که در بین اروپای بری نیز اختلاف و تفاوتی حقوقی از ناحیه قانونگذاری و سازمان قضائی وجود دارد.

با این هم در مجموع بین کشور های لاتین مانند فرانسه، ایتالیا، پرتغال و اسپانیه بسا وجوه مشترک دیده می شود اما حقوق ژرمنی، یعنی حقوق آلمان، که در ساحه حقوق مدنی، اصول روم قدیم را به تنظیم بهتر رسانده، در بسیار موارد نسبت به حقوق فرانسه و دیگر کشور های لاتین تفاوت دارد.

1- آیا حقوق و قانون یکی است و یا معانی و مفهوم جداگانه دارد ؟

حقوق یک مفهوم کلی و عام بوده که در ساحات مختلف حیات بشر تجلی نموده و بایستی آنرا از درون اجتماع جست و جو نمود. اما قانون وسیله شناخت حقوق است که از طریق کشف قواعد حقوقی در کشور های تابع حقوق رومی - ژرمنی زیر عنوان قانون تنفیذ میگردد. مع هذا قانون یک بخش ناچیز از حقیقت بوده که همه راه حل ها را به کمال نرسانده است، به دیگر کلام قانون به دو مفهوم مطرح می شود :

اول - از نگاه مادی یا محتوی به نحوی است که هر دستور حقوقی یا هر نظم قابل اعتبار که برای یک تعداد متناهی افراد وضع گردد قانون گفته می شود. به سخن دیگر قانون مادی همان قانونی را گویند که مربوط به ماهیت حق و طرز تحصیل و اعمال حق گفته شود مانند قانون مدنی.

دوم - از نظر شکلی آن مراحل را گویند که از طرف مراجع قضائی و مقامات به منصفه اجرا قرار می گیرد، یعنی قانون شکلی، قانونیست مربوط به شکل و طریقه احراز و اثبات حق، مانند اصول محاکمات.

بنابراین هیچ قانونی بدون رعایت محتوی و شکل نمی تواند به معنی قانون پنداشته شود. مثلاً پلان بودجه را نمی توان قانون گفت و این دال براین است که نخست در آن محتوای قانون وجود ندارد، یعنی برای افراد حقوق و وجائب ایجاد نه کرده، بلکه در محدوده دوایر دولت باقی مانده است.

همچنان از نظر محتوی می توان حقوق تعاملی را قانون گفت (از نظر حقوق آلمان) اما مقررات اداری از نظر مادی یا محتوی، قانون گفته نمی شود و این دال برین است که مقررات اداری برای نظم عمومی نبوده، بلکه روابط شعبات اداری را تنظیم می کند.

ما در پهلوی قوانین عام و دائمی به قوانین مؤقتی نیز بر می خوریم مانند قانون حکومت نظامی، قانون عفو عمومی، قانون محدودیت تجارت و غیره.

بحث بیشتر قوانین را در تحت عنوان منابع حقوق نمودیم و در اینجا از تکرار آن خود داری می کنیم.

2 - مرور زمان چیست ؟

مرور زمان عبارت از گذشتن مدتی است که به موجب قانون پس از انقضای آن حکم صادر نمی شود. مبداء مرور زمان تاریخ صدور آنست.

حقوق و وجایب محور حقوق به ویژه کلید اساسی حقوق خصوصی به شمار می رود و وقتی در بین دو فرد و یا چندین فرد مطرح می شود که هر یک از طرفین قضیه مکلفیت شانرا مطابق قرارداد ها و یا بر طبق اصول و قوانین مدنی و یا قوانین عمومی و یا اختصاصی با همه جوانب تبعی آن در قبال یکدیگر انجام دهند. مثلاً مؤجر و مستأجر، متعهد و متعهد له ، راهن و مرتهن، بایع و مشتری و غیره و غیره.

حقوق و ادای وجیبه در یک موضوع اختیار شده جاویدانی نبوده و بعد از مدتی به اختتام می رسد. ختم مکلفیت در بهترین صورت آن انجام وظایف متقابل است که با حسن نیت به پایان برسد. ثانیاً مکلفیت ها در ساحه قرارداد یا در ختم مقاولات و یا قبل بر آن بر اساس انفساخ یکی از طرفین قرارداد به پایان می رسد.

ثالثاً یک قضیه حقوقی بعد از دعوی و فیصله محاکم به انجام می رسد. غیر از چند اصل گفته شده بالا، حقوق و مکلفیت ها بعد از سپری شدن یک مدت معین به فرجام می رسد.

پس مرور زمان یک مدت تعیین شده ای قانونیست که ادعا در تحت شرایط خاص آن از اعتبار ساقط می گردد.

طرفین معامله اصولاً میتوانند مدت مرور زمان را کوتاه تر فی ما بین خود تعیین بدارند، اما به هیچ وجه حق ندارند مدت قانونی را به اختیار خود مطول گردانند.

مدتهای از پیش تعیین شده که غالباً در کتاب قانون مدنی هر کشور با چگونگی و شرایط تذکار رفته است بحث ما را تشکیل نمی دهد اما آنچه باید بدانیم آنست که زیاد ترین مدت مرور زمان از سی سال تجاوز نمی کند. در بقیه حقوق و وجایب مانند : داکتر و مریض، وکیل دعوی و موکل، بایع و

مشتری راهن و مرتهن، مؤجر و مستأجر، تاجران، پیشه وران، کارگر و کار فرما و مستخدمین و در امور مهندسی و غیره و غیره بین دو تا چهار سال تعیین شده است.

از نظر پرنسیب در روابط اداری مرور زمان وجود ندارد. در بحث حقوق جزاء بعضی از مجازات ها در تحت شرایط و پیش بینی های قانونی تحت مرور زمان قرار می گیرند که آنرا در بحث حقوق جزاء مورد بررسی قرار خواهیم داد. همچنان خدمات اجتماعی مطابق پیش بینی قوانین مرور زمان را می پذیرد.

3- اهلیت :

هر موجود زنده در حلقه اجتماع نیاز به انواع اهلیت دارد که در تحت شرایط خاص بوجود میاید. در حیات روزمره هر انسان برای تأمین زندگی شخصی و تکامل حیات اجتماعی با همنوعان خود و حتی با مقامات و نهاد های متنوع در برخورد و معامله قرار می گیرد.

در این جا سوال مطرح می شود که آیا انسان در تحت هر گونه احوال شخصی به ایجاد روابط حقوقی می پردازد و یا آغاز و انجام آن مستلزم شرایط است.

الف: اهلیت حقوقی : اهلیت حقوقی عبارت از کسب حقوق و ایفای وجائب است که هم فرد و هم جمع بالقوه ی آن به معامله می پردازد. در قدم اول شخصیت طبیعی یا حقیقی بوده که شرایط آن با خروج از رحم مادر و تکمیل زایمان برآورده می شود. بعد از شخصیت طبیعی به شخصیت های حقوقی بر می خوریم که آنها نیز دارای اهلیت حقوقی می باشند. اهلیت حقوقی هر شخصیت حقوقی بعد از تسجیل و اعلان و شروع کار آغاز و بعد از انجام کار به پایان می رسد. حالات دیگری نیز برای شخصیت حقوقی وجود دارد که بوجود آمدن و اختتام آن حتمی است که آنرا در جای خودش بحث خواهیم کرد.

معنی ظریف اهلیت حقوقی اینست که فرد (ولو کودک) می تواند مالک دارائی و حامل ادعا باشد. از اینجاست که اهلیت حقوقی مستقل از اهلیت معامله و اهلیت جزائی شناخته می شود. پس اهلیت معامله چیست؟
ب: اهلیت معامله: آن امکاناتی را گویند که انسان به مسئولیت خویش ضمن انجام معامله ای به اکتساب حقوق و به ایفای وجائب قادر شناخته شود.

یعنی آیا هر انسان می تواند بدون مانع و رادع به انجام کارهای مانند: خرید و فروش، ضمانت و کفالت، نکاح، قبول یک مذهب و غیره بپردازد و یا مواعینی اصولی وجود دارد. در درجه اول کودک ولو دارای اهلیت حقوقی است نمی تواند مستقیماً به معامله ی حقوقی مبادرت ورزد. پس بجای طفل نماینده ی او حق معامله را خواهد داشت.

به درجه دوم صحت و کمال عقل مطرح است یعنی افراد محجور و ناقص العقل بدون وصی و قیم حق معامله را ندارند. زنها بعد از تساوی حقوق از اختیار و صلاحیت تام برخوردار شده و مانند شوهران حق انجام معاملات حقوقی را دارند. به همین روال شخصیت های حکمی حقوقی اعم از حقوق عامه و حقوق خصوصی دارای اهلیت حقوقی شناخته میشوند.

ج: اهلیت کیفی: در ساحه حقوق خصوصی جبران خساره و در قلمرو حقوق عامه (بخش حقوق جزاء) مجازات مطرح بحث قرار می گیرد. سوال اینست که آیا قاضی می تواند بر هر فردی که تقصیر وی به اثبات برسد جبران خساره مدنی و یا کیفر جزائی را تطبیق کند؟ به عبارت دیگر آیا میتوان بر هر فردی مسئولیت مدنی و یا مسئولیت جزائی را جاری ساخت؟

در این موضوع مشخص به درجه اول سن و به درجه دوم صحت سلامت عقلی مطرح نظر قرار می گیرد. در جبران خساره مدنی روحیه حقوق آلمان چنین است: کسی که سن هفت سالگی را تکمیل نکرده باشد از پرداخت جبران خساره ی ناشی از عمل غیر مجاز معاف پنداشته می شود.

همچنان انسان که به اثر نوشیدن الکل و یا استعمال مواد مخدر لایعقلی باشد و یا آنهاییکه به امراض عقلی گرفتار اند و مانند اینها از مسئولیت مبرا پنداشته میشوند.

همچنان کسانی که سن هفت سالگی را تکمیل نموده ولی به هجده سال نه رسیده و یا آنهاییکه کرو گنگ هستند در یک عمل غیر مجاز وقتی مستقیماً مسئول گفته نمی شوند که قدرت شناسائی مسئولیت عمل خود را نه داشته باشند.

مسایل جزائی را که روی آن بحث مفصل خواهیم داشت می گذاریم به آینده و در اینجا به این اکتفاء می کنیم که اگر کسی در هنگام ارتکاب جرم هنوز چهارده ساله نیست صغیر گفته می شود. نو جوان کسی را گویند که چهارده سال را تکمیل نموده و لی هنوز به سن هجده نرسیده است. نو جوان وقتی مسئول عمل جزائی خود گفته می شود که از لحاظ اخلاقی و عقلی پخته و رسیده شناخته شود.

به صورت عموم تطبیق مجازات از هجده آغاز می شود ولی با اینهم تا تکمیل نشدن سن بیست و یک بعضی تسامح و مخففات وجود دارد که در بحث جزای عمومی آنرا مورد بحث قرار خواهیم داد.

بخش چهارم

حقوق خصوصی و حقوق عامه

تفکیک حقوق عامه از حقوق خصوصی، و یا کشیدن مرز دقیق و حد فاصل در میان هر دو مسئله، کار مشکل و حتی ناممکن به نظر می‌رسد. به ویژه وقتی می‌بینیم که حقوق خصوصی دارای تاریخ طولانی بوده و مقابلتاً حقوق عامه موضوع نو پا و جدیدیست که به معنی واقعی کلمه از قرن 19 به بعد به خصوص وقتی که حقوق طبیعی از ریشه‌های ماوراء الطبیعی آن جدا می‌گردد، بحیث یک حقوق زنده با روش عقلانی در می‌آید و زمینه را برای حقوق اداری و حقوق اساسی و سایر رشته‌های حقوق عامه به استثنای حقوق جزاء که در حقوق روم قدیم نیز مطرح بود، فراهم مینماید.

1 - حقوق خصوصی :

مجموعه ای مقرراتی را گویند که روابط ذات البینی افراد را تنظیم می‌نماید. حقوق خصوصی به این مضمون اشتغال دارد که وجبیه چگونه و چه وقت بوجود می‌آید و آیا یک جانبه است یا دو جانبه ؟ آیا ناشی از قانون است یا از قرار داد ؟ و در تحت کدام شرایط به سقوط روبرو می‌شود. رشته‌های حقوق خصوصی امروز در کشور های اروپای بری تقریباً یکسان مورد قبول بوده و اگر اختلاف و تباینی وجود داشته باشد تنها در ساحه قوانین حاکم بر ساحه حقوق خصوصی خواهد بود نه در اصل شناسائی حقوق خصوصی و نه در مدار اصول. وجبیه و حسن نیت دو اصلاتی است که در ساحه حقوق به ویژه در ساحه حقوق خصوصی از ارجحیت خاص برخوردار است.

رشته های حقوق خصوصی کدام ها اند ؟

مهم ترین رشته حقوق خصوصی را حقوق مدنی تشکیل میدهد زیرا همین حقوق مدنیست که بخش عمده و وسیع معاملات و روابط افراد را در خود احتواء می نماید. به دیگر سخن حقوق مدنی مجموع قواعد و رسوم و نظامات مخصوص به روابط مالی و شخصی افراد یک کشور است که خود ایشان آنرا بوجود آورده اند و به دو حصه بنام حقوق مکتوبه و حقوق تعاملی، یعنی غیر مکتوبه، تقسیم می شود.

در اکثر کشور های بری و حتی در قاره های دیگر حقوق مدنی از لحاظ تقسیم بندی، عمومیات و مختصات و از نگاه حجم و فصل بندی تفاوت دارد. در اروپای بری، آلمان غرب حقوق مدنی را بنام BGB به چند بخش تقسیم نموده که سر آغاز آنرا عمومیات تشکیل داده است. بناً در مجموع قانون مدنی از نام و نسب، خویشاوندی و قرابت خانواده، حقوق زن و شوهر و حق نفقه حق طلاق، حق وصیت، حقوق میراث، و از انواع اهلیت بحث می کند. همچنان حقوق مدنی از حقوق و وجائب در مجموع سخن می راند. بر علاوه این، زیر عنوان حقوق خصوصی، حقوق تجارت شرکتها، حقوق عینی و بخشی از حقوق کار بررسی می شود.

در آلمان حقوق خصوصی به دو بخش عمده تقسیم شده و هر بخش از خود رشته های جداگانه دارد.

بخش اول قانون مدنی است که از حقوق و وجائب، حقوق عینی، حقوق فامیل و حقوق میراث بحث می کند. بخش دوم حقوق تجارت و حقوق اقتصاددست که از حقوق شرکتها، حقوق اسناد بهادار، حقوق بانک و حقوق بورس، حقوق حمایت حرفه ها و حقوق آثار معنوی بحث می کند.

حقوق تجارت از لحاظ تاریخی نخست با حقوق مدنی یکجا بود ولی بعداً برای آن گد جدا گانه تدوین نمودند و امروز بحیث یک بخش مستقل در

ساحه حقوق خصوصی تدریس می شود. با این هم روحیه ادغام تا هنوز در بعضی کشورها وجود دارد و در سویس بیشتر برانندگی یافته است.

2- حقوق عامه :

حقوق عامه مجموع مقرراتی را گویند که به وسیله آن مناسبات افراد با مقامات حاکم تنظیم میشود.

قبلاً گفتیم که حقوق عامه بخصوص از قرن نهم به بعد پا به پای حقوق طبیعی در پرتو عقاید و نظریات علمای آلمان و فرانسه در حال توسعه و شگوفائی قرار گرفت.

پیش کسوتان راه حقوق عامه به خصوص ژان ژاک روسو و منتسکیو در زمینه خدمات ارزنده ای انجام داده اند. قرار داد اجتماعی روسو و کتاب روح القوانین منتسکیو از آثار قابل قدریست که هنوز خوانندگان زیاد دارد. در کشور های اروپای بری حقوق عامه و رشته های اختصاصی آن به صورت کرسی های واحد تدریس میشود.

رشته های حقوق عامه عبارتند از حقوق اساسی، حقوق اداره، حقوق جزاء، حقوق عمومی بین الدول، حقوق کلیسا، اصول محاکمات، حقوق مالی و بودجه و حقوق اجتماعی.

البته باید گفت که حقوق خصوصی بین الدول از جمله موضوعات حقوق خصوصی به شمار میرود. حقوق کار تابع هر دو ساحه بوده و در تحت تأثیر یک ساحت مشخص قرار نگرفته است.

کشور های اروپای بری همه مؤید حقوق عامه بوده و اگر بین آنها خرده اختلافی وجود داشته باشد، قسمی که قبلاً هم یا آور شدیم، تنها در میزان است نه در اصول.

حال بعد از فشرده گفته شده باید بدانیم که فرق بین شخصیت حکمی حقوق خصوصی و شخصیت حکمی حقوق عامه چیست و چگونه از هم دیگر تفکیک می شوند ؟

3- شخصیت حکمی حقوقی :

شخصیت حکمی حقوقی آن اتحاد اشخاص یا مقاصد انتفاعی را گویند که استقلالیت شان توسط قانون تثبیت شده باشد. هر شخصیت حکمی حقوقی می تواند حامل حقوق و وجایب باشد.

وقتی یک شخصیت حکمی حقوقی تشکیل می شود و پا به عرصه عمل می گذارد، دیگر اعضاء و مربوطین آن یک یک مورد بحث حقوقی قرار نمی گیرند، و اعضاء می توانند به تناسب سهم و موقعیت شان در چهارچوب شخصیت حکمی در تشویق و رهبری آن صاحب نقش جداگانه باشند.

شخصیت حکمی حقوقی دارای اهلیت معامله بوده که آنرا از طریق ارگان خویش انجام می دهد همچنان شخصیت حکمی حقوقی دارای اهلیت جزائی است که در عمل غیر مجاز باید آنرا متحمل شود.

شخصیت حکمی حقوقی خصوصی برای تشکیل و شناسائی خود به مراتب زیرین ضرورت دارد :

1- باید دارای نام و مشخصات باشد.

2- باید شرایط قانونی را فراهم نماید.

3- باید مرکزیت آن واضح و روشن باشد.

4- موجودیت خود را در دوائر مربوط تسجیل نماید.

شخصیت حکمی حقوق خصوصی می تواند در محدوده معین خود فعالیت نماید اما مانند شخصیت حکمی حقوق عامه از قدرت و اتوریته زیاد برخوردار نیست.

در عمل غیر مجاز و عدول از حدود معین تحت تعقیب و بازپرس قانونی مؤسسات دولتی و یا مقاماتی که دارای شخصیت حکمی حقوق عامه میباشند، قرار می گیرد.

مؤسسات حقوق عامه در مجموع بر طبق قوانین به ویژه قانون اساسی بوجود می آیند و تحت نظارت دولت قرار می گیرند.

هر مجتمعی که در بین افراد و مطابق احکام قانون و در طی مراتب شناخت تشکیل گردد به حیث شخصیت حکمی حقوق خصوصی شناخته می

شود، مانند شرکت های سهامی، بانکهای خصوصی، شرکتهای محدود
المسؤولیت و انجمن های خیریه و غیره.

اما آن جماعات منظم و متشکل که از طریق مقامات حاکم به اجازه
قانون اساسی و قوانین عادی بوجود می آیند و حق خود اداری را بوسیله
منشور و یا اساسنامه و نظامنامه کسب می نمایند، از جمله شخصیت حکمی
حقوق عامه به شمار میروند.

پرداختن به همه رشته های حقوق خصوصی و حقوق عامه کاریست
دشوار، بنابر این از ساحه حقوق خصوصی صرف به تعهداتی می پردازیم که
از طریق عقد قرار داد های خصوصی بوجود می آید و بعد یک مرور بسیار
کوتاه و فشرده به حقوق تجارت و شرکتهای که در ساحه حقوق خصوصی
قدمت طولانی دارند، می اندازیم. در فرجام این رساله از بین حقوق عامه
فشرده ی حقوق جزاء را خواهیم گفت و با بیان چند سطری از سیستم حقوقی
افغانستان خاتمه خواهیم داد.

بخش پنجم

قراردادها

روابط تعهدی و یا روابط وجبیه ای قاعداً بوسیله قرارداد بمیان می آید قرارداد توافق و بیان اراده بین دو یا چند نفر است که قانوناً الزام آور باشد. بنابراین هر قرارداد نخست با ایجاب یک طرف و قبول جانب دیگر بدون جبر و اکراه آغاز می یابد.

قراردادها جزئی از حیات روزمره بوده و در موارد زیاد از جمله در ساحه خرید و فروش، اجاره قرضه، معاوضه، استخدام و غیره برگزار می شود. گفتیم که قراردادها اصولاً با ایجاب و قبول آغاز می شود، اما هستند مواردیکه در آن سکوت جانب مقابل نیز موجب اعتبار یک قرارداد می شود، مثلاً تاجری به عمده فروشی یک مقدار مال ارسال می کند ولی عمده فروش از قبول و عدم قبول خود ابا می ورزد بنحویکه بدون معذرت اموال تاجر را برای یک مدت نزد خود نگه می دارد و یا به فروش آن می پردازد. در این احوال قرارداد نافذ بوده و حق رد کل و یا جزء اموال ساقط می گردد.

عموماً برای چنین قراردادها توسط قانون مدنی و یا بنابر عرف یک مدت تعیین شده است که با انقضای آن قرارداد نافذ گفته می شود.

هر قرارداد بایستی مطابق روح قوانین منعقد گردد در غیر آن مورد مناقشه و ابطال خواهد بود. بطور مثال ماده دهم قانون مدنی فرانسه میگوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

دومین پرنسیپ همانا مقوله وفا و حسن نیت است که باید طرفین قرارداد در هنگام ایجاب و قبول و عقد آنرا مرعی دارند. وقتی حسن نیت مطرح نباشد باز هم قرارداد بنابر غبن و یا فریب و یا تبدیل موضوع قرارداد، مورد مناقشه قرار می گیرد.

قراردادها اکثراً در عمل به صورت تحریری منعقد میگردند و در بعضی موارد قرارداد به صورت شفاهی نیز برگزار میشود. اما غالباً قرارداد های شفاهی اشکالاتی در بر داشته و شاید موضوعی به شکل دیگر بخاطر آید و یا تصویری ایجاد نماید که اثبات آن برای طرفین ساده نخواهد بود. هستند قراردادهائی که نه تحریری بوده و نه شفاهی، بلکه با ایجاب یک طرف یعنی با قبول مجرد منعقد گردیده و بمجرد انجام عمل خاتمه می یابد، مانند خریداری از ماشین های اتوماتیک.

اما یک تعداد قراردادها بصورت حتمی تحریری منعقد می شوند، مانند قراردادهای اموال غیر منقول.

مطابق حقوق اضلاع متحده امریکا « هرگونه قرارداد راجع به مال غیر منقول از قبیل خرید، فروش، اجاره بیش از یکسال، و قراردادهای رهنی بایستی تحریری باشند.» قراردادهائی که ارزش آن ها بیشتر از پانصد دالر باشد و یا قراردادهای خرید و فروش سهام و اوراق قرضه به شمول قرارداد ضمانت و قرارداد حق الوکاله که بین وکیل و مؤکل منعقد می شود، مستلزم عقد مکتوبه می باشند.

از نظر حقوق آلمان قاعدهتاً بیان اراده مستلزم شکل خاص یعنی تحریری یا شفاهی نیست. اما این قاعده استثناء دارد و اصولاً قوانین مدنی مراعات شکل را پیش بینی کرده است. مثلاً وصیت باید مراتب خود را از آغاز تا فرجام در دوائر مربوط به شکل تحریری و امضاء طی نماید. در وصیت نامه نام مخفف یا تنها نام ذاتی کافی نبوده بلکه بایست همه نام های ذاتی و فامیل با دقت تمام تحریر شود. همچنان در قراردادهای نمایندگی شکل تحریری شرط است. در قراردادهای اجاره و یا کرایه شکل تحریری

حتمی بشمار میرود، هکذا قرارداد ضمانت مستلزم شکل تحریری است، همچنان در بسا مسایل دیگر.

1- قرارداد حقوق عامه :

عبارت از آن عقود است که رابطه ی حقوقی را در ساحت حقوق عامه فراهم می کند یا تغییر میدهد و یا از بین می برد. قراردادهای حقوق عامه بنام عقد اداری یاد می شوند. اما باید در نظر داشت که عقد اداری هیچگاه مقاولات بین المللی و یا قراردادهای دولتی و حکومتی را در خود احتواء نمی نماید.

اصولاً تمام قراردادهای حقوق عامه مانند ساحه حقوق خصوصی تابع آن است که از ظوابط قانون مدنی برخوردار باشد، یعنی آنچه قانون مدنی در مورد چگونگی قرارداد تبیین کرده باید در هنگام قرارداد مد نظر قراردادده شود.

قراردادهای حقوق عامه عموماً بین مؤسسات حقوق عامه و یا بین مؤسسات و افراد برگزار میشود.

قراردادهای حقوق عامه در مجموع تحریری بوده و اگر در آن ظوابط قانونی مراعات نشود و از قاعده ی حسن نیت عدول نماید منجر به ابطال می شود. مناقشات که از ناحیه قراردادهای حقوق عامه به میان آید در محاکم اداری مورد بررسی و فیصله قضائی قرار می گیرد.

- فسخ چیست و چطور تطبیق میشود ؟

فسخ آن عملیه ای است که مبتنی بر بعضی شرایط و پیش آمدها، قرارداد را از اعتبار ساقط می کند و یا آنرا مورد مناقشه قرار می دهد.

فسخ در عمل آنرا گویند که یکی از عاقدین بنابر دلایل متنی و یا شکلی برای جانب مقابل فسخ را پیشنهاد میکند. حالت دوم آنست که به اراده هر دو جانب منفسخ شود.

در قراردادهای دراز مدت غالباً فسخ یکی از عوامل ختم قرارداد به شمار می‌رود مثلاً در قرارداد اجاره، کرایه، شرکت، قرارداد کار و خدمت. فسخ در مجموع به دو حصه تقسیم شده و زیر عنوان فسخ عادی و فسخ فوق العاده مورد بررسی قرار گرفته است.

فسخ عادی : فسخ عادی بوسیله قوانین یا بنا بر ذکر فرضیه‌ها و یا در محدوده مدت معین مندرجه قرارداد، انجام می‌شود. در فسخ عادی جریحه دار شدن پرنسیپ « حسن نیت » مطرح نیست.

فسخ فوق العاده : آنست که بدون مدت معین، قرارداد از جانب یکی از متعاقدين در حالت انفساخ قرار گیرد.

شرایط فسخ فوق العاده در قراردادها مختلف بوده اما آنچه در همه مشترک پنداشته شده همانا موجودیت عامل عمده است که عاقد را به فسخ قرارداد مجبور می‌سازد. در چنین موارد، مبطل از حمایت قانون برخوردار است.

فسخ عادی در واقع فسخ دو جانبه بوده در حالیکه فسخ فوق العاده عمل یکجانبه است. بنابراین اکثر قراردادها بصورت دوجانبه فسخ می‌شود و کمتر مقاولاتیست که در آن فسخ بصورت یک جانبه انجام یابد.

مقوله ی مشهور این است که باید در هر قراردادی طرفین بر اقاله ی آن تراضی¹ کنند.

مطابق نظام حقوقی ایالات متحده، صغار هم می‌توانند در بعضی موارد به عقد قرارداد بپردازند اما فسخ برای افراد خردسن زمینه بیشتر دارد. مثلاً اگر یک جوان هفده ساله یک پایه رادیو را به اقساط خریداری کند و قسط را به موعد معین نپردازد، قبل از رسیدن به سن هجده می‌تواند رادیو را مسترد و پول خود را واپس ستاند. اما صغیر قرارداد های مربوط به ضروریات زندگی روزمره مانند غذا، لباس، و مشابه اینها را نمی‌تواند فسخ کند.

¹ اقاله : فسخ کردن و برهم زدن تراضی : از هم راضی شدن

در هر حال پرنسیپ این است که تنها اشخاصی به عقد قرارداد می پردازند که واجد قوای عاقله باشند.

قراردادهاییکه با تقلب و یا تدلیس (پوشاندن عیب کالا، عوامفریبی) منعقد شده و یا تحت تأثیر و نفوذ ناروا بوجود آمده باشد، قابل فسخ اند. همچنان جبر و زور و اکراه باعث ابطال قرارداد می شود. هکذا قرارداد در باره ی اعمال غیر مجاز مانند: قمار، فحشاء، خرید و فروش مواد مخدر و غیره لازم الاجرا نیستند.

برای رسیدگی مناقشات و دعوای قراردادهای علی العموم محاکم عادی ذیصلاح شناخته می شود. در قراردادهای مربوط حقوق کار، محاکم اختصاصی کار فیصله صادر میکنند و در امور تجارتي محکمه تجارتي.

بخش ششم

حقوق تجارت

حقوق تجارت، حقوق اختصاصی تاجر را گویند که از قانون مدنی و قانون تجارت تأثیر می پذیرد.

حقوق تجارت به معنای وسیع کلمه چهارچوبیست که در خود حقوق شرکتهای، اسناد بها دار، بانکها، حقوق بورس را احتواء نموده و از حقوق حرفه حمایت میکند. اما به معنای محدود، حقوق تجارت از شرکتهای بحث نموده و بقیه به عهده ی حقوق اقتصادی افتاده است.

منابع حقوق تجارت را قانون مدنی، قانون تجارت، قوانین فرعی، تعامل تجارتي و قرارداد های بین المللی تشکیل میدهد. هر تاجر به مفهومی که قوانین یک کشور آنرا تعریف نموده است، مکلف به راجستر و اعلان است که بدینوسیله از تاجر کوچک و عادی تفریق میگردد.

تجارت انفرادی یک فعالیت ساده اقتصادی است که هم مالک گفته می شود و هم اداره امور را بدست خود میگیرد. به سخن دیگر شخصاً مسئول امور خویش میباشد. بعد از فوت تاجر، دیون و تعهدات وی از اموال تاجر تادیه و انجام میشود.

همچنان تاجر انفرادی در هر زمانیکه خواسته باشد به امور تجارتي خود خاتمه میدهد. دعوی تجارتي متکی به قضایائی مدنی بوده و حل و فصل آن در محاکم تجارتي انجام میشود.

عمده ترین فصل حقوق تجارت را حقوق شرکتها تشکیل میدهد که در اینجا به فشرده کلیات آن می پردازیم.

1- حقوق شرکتها : مشارکت عبارت از مجتمع افراد است که از طریق معامله حقوقی برای یک مقصد مشترک و معین به منظور انتفاع بوجود می آید. بدین لحاظ حقوق مشارکت به صورت عمومی در تحت تأثیر قواعد حقوق مدنی قرار می گیرد.

در این جا به تشریح شرکتهای می پردازیم که هم در جهان شهرت داشته و هم در افغانستان رایج است.
الف - مشارکت تضامنی :

اصولاً شرکت تضامنی مشارکت افراد را گویند و اعتبار شرکت به رویت اعتبار افراد آن استوار میگردد.

شرکت تضامنی بر اساس قرارداد بین دو نفر و یا چندین نفر بوجود می آید و در تحت تأثیر قواعد حقوق مدنی قرار می گیرد.

قرارداد شرکت تضامنی اصولاً می تواند شفاهی یا تحریری باشد. خصوصیت شرکت تضامنی در این نهفته است که شرکاء در مجموع و فرداً صاحب اختیار و صلاحیت بوده و هر کدام بخشی از امور شرکت را انجام میدهند.

برای آنکه در انجام امور بین شرکاء اختلاف و تناقضی رخ ندهد آنها می توانند وظایف شانرا در متن قرارداد تصریح نمایند. یعنی بجای اینکه هر شریک از طرف خود تعهدات قانونی ایجاد نماید بنابر تصریح وظایف، می توانند هر کدام یکی از وظایفی مانند تولید، نظارت، خرید و فروش و امور اداری را به عهده گیرند.

سهمی را که شرکاء از قبیل پول نقد و یا جنس به شرکت می گذارند جزو شرکت بوده و به هر نوعی که شرکت خواسته باشد آنها به مصرف میرساند.

در شرکت تضامنی مسئولیت شرکاء محدود نبوده، بلکه در هنگام ایفای دیون بر علاوه آنچه جزو اموال شرکت محسوب می شود هر شریکی مسئول تمام دیون و تعهدات شرکت خواهد بود. به سخن دیگر هر شریک در مقابل انجام عمل یک شریک دیگر و یا سایر شرکاء « شخصاً و متضامناً » مسئول استیفای دیون شناخته می شود. در شرکت تضامنی قید نام یکی از شرکاء بدنبال نام شرکت ضروریست، اگر شرکاء برادر باشند شرکت تضامنی «فلانی و برادران» یاد می شود.

شرکت می تواند به توافق آرای شرکاء، افراد دیگر را قبول نماید به شرط آنکه موضوع قبول شریک جدید از قبل در قرارداد مذکور باشد. شرکت بعد از فوت یا فسخ و یا افلاس شریک و یا با رسیدن به هدف و یا نه رسیدن به هدف به پایان میرسد مگر اینکه در موارد فوت و فسخ و افلاس یک شریک در قرارداد ذکر رفته باشد که شرکت ادامه می یابد و مسئولیت را شرکای باقیمانده متقبل می شوند. اگر شرکت خاتمه می یابد در آنصورت تحت تصفیه قرار می گیرد و تا وقتی اعلان کار هئیت تصفیه، شرکت از اعتبار رسمی ساقط نمی شود.

ب - شرکت محدود المسئولیت :

شرکت محدود المسئولیت یک شرکت سرمایه بوده و بدین لحاظ است که در اجرای مقصد حرفه ای خود آزاد پنداشته می شود. شرکت محدود المسئولیت توسط یک فرد و یا افراد متعدد تأسیس میشود. در شرکت محدود المسئولیت همه افراد مسئولیت عام را بر نمی دارند و بنا بر همین مفهوم است که شرکت بحیث شخصیت حکمی حقوق خصوصی مسئولیت را به عهده می گیرد. شرکت محدود المسئولیت بر اساس یک قرارداد تحریری بنام اساسنامه شرکت، اهداف و مشخصات و هئیت اداری و حالت محدود و نامحدود خود را تبیین نموده و مکلف به راجستر تجارتي و اخذ تصدیق نوتاریات شناخته شده است. همچنان اعلان شرکت محدود حتمی

و لازمی است. نوتار به آنهائی گفته میشود که از طرف اداره عدلی تعیین شده و وظیفه دارند تا اسناد و مدارک را مورد دقت و کنترل قرار دهند.

شرکت محدود المسئولیت با یک سرمایه ابتدائی یا اساسی که از طرف مؤسسین پرداخته می شود، بوجود می آید. بقیه سرمایه به هر مقداری که خواسته باشند توسط پذیرش شرکای جدید که آنرا شرکای موجود به تصویب می رسانند، جمع آوری خواهد شد.

در شرکت محدود المسئولیت طوری که از نامش پیداست، هر شریک به اندازه ی مبلغ پرداخته ای خود بدون آنکه به دارائی شخصی او تجاوز کند، مسئولیت دارد.

در شرکت محدود المسئولیت سهم قابل نقل و انتقال نیست مگر با رضائیت سه بر چهار شرکاء البته شرکای محدود هیچگاهی حق ریاست و اداره ی شرکت و ایجاد تعهدات حقوقی و معاملات را ندارند. این نوع شرکاء عموماً آنهائی هستند که سرمایه اصلی شرکت را می پردازند.

در شرکت محدود المسئولیت حد اقل یک تن بنام شریک غیر محدود تعیین و تثبیت می شود و شرکت بنام وی مسمی می گردد.

شریک غیر محدود حق ریاست، حق اداره و حق ایجاد تعهدات را به عهده دارد. مگر اینکه مجمع شرکاء رویه ی دیگری اختیار کرده باشند. در هر حال همه شرکاء در مقابل شرکت محدود المسئولیت و در قبال اداره و تعهدات آن مکلف به انجام حسن نیت می باشند.

شرکت محدود المسئولیت دارای یک رئیس، هیأت مدیره، مجمع شرکاء بوده و در صورتیکه تعداد کارمندان آن در بخش عمله و فعله به قدر کافی باشد (تعداد نظر به قوانین کشورها متفاوت خواهد بود) می تواند یک هیئت نظار هم انتخاب نماید.

اداره ی شرکت مکلف است به شرکای خود معلومات مورد نظر آنها را رایبه دهد. شرکت محدود المسئولیت مکلف به توزیع مفاد است و در سال یک

مرتبه و یا در حالت ضروری دو مرتبه یا بیشتر از آن مجمع شرکاء را دایر نموده و راپور بیلانس و نحوه ی مفاد و ضرر را به آنها بازگو می کند. شرکت محدود المسؤلیت یا توسط احکام قانون یا توسط پیش بینی مقاوله شرکت از بین می رود بر علاوه این حالات، شاید عوامل دیگری نیز منجر به اختتام شرکت شود.

در شرکت محدود المسؤلیت اگر افلاس مطرح شود و یا هدف به پایان رسد و یا شرکت مغایر قانون به عمل غیر مجاز دست یازد، تحت تصفیه قرار می گیرد و تا زمانیکه صورت تصفیه ابلاغ نگردد، شرکت کماکان اعتبار خود را حفظ می نماید.

ج - شرکت سهامی :

شرکت سهامی یک شرکت تجارتي است که دارای شخصیت حکمی حقوق خصوصی می باشد. یعنی بنابر همین شخصیت حکمی آنست که شرکت با همه دارائی آن در مقابل دائین قرار گرفته و مستقل از وجود اعضای خود فعالیت می کند.

فروش سهام اینگونه شرکت ها توسط قوانین حمایت می شود به ویژه کسور های که دارای اصولنامه سهام می باشند.

همین فروش سهام در واقع شرکت را بوجود می آورد. اما شرکت برای فعالیت عملی خود به اساسنامه، به راجستری تجارتي و به یک مقدار سرمایه ابتدائی یا اساسی که اصولاً مقدار آن بیشتر از شرکت های محدود المسؤلیت میباشد، ضرورت دارد.

مؤسسين شرکت سهامی اصولاً مکلف اند که سرمایه ابتدائی را تکمیل نمایند، در غیر آن شرکت سهامی مراحل تسجیل و تصدیق نوتار را نخواهد پیمود.

باز هم برای فعالیت عملی و قانونی شرکت سهامی بایستی اولاً مجمع شرکاء را دایر و از بین آن هئیت نظار انتخاب گردد. بعداً هئیت نظار هئیت مدیره یا هئیت رئیسه را تعیین می نماید.

مراحل تأسیس و فعالیت شرکت سهامی توسط اعضاء و توسط محکمه کنترل شده و بعد از اعلان رسمی به فعالیت آغاز می کند.

هر شرکت سهامی دارای سه ارگان زیرین است :

1 - مجمع عمومی : اعضای مجمع عمومی را کسانی تشکیل می دهند که با خریداری سهام حیثیت سهامدار را کسب می نمایند.

مجمع عمومی به صورت عادی در سال یک مرتبه دایر شده در باره بیلانس عمومی و چگونگی نفع و ضرر و فعالیت عمومی شرکت و هیئت مدیره بحث و تصمیم اتخاذ می نمایند. همچنان مجمع عمومی به انتخاب رئیس، معاون، اعضای هیئت مدیره و هیئت نظار می پردازند.

2 - هیئت مدیره پالیسی عمومی شرکت را طرح و آنرا به مجمع عمومی پیشنهاد میکند.

3 - رئیس و معاون و منشی مجالس و خزانه دار عمومی بیشترین سعی شانرا در امور اداری و فعالیت عمومی شرکت به خرج می دهند. سهامداران و اعضای هیئت مدیره را انتخاب می نمایند.

رئیس و معاون و منشی مجالس و خزانه دار شرکت عموماً افرادی هستند که از طرف شرکت استخدام میشوند.

اما در شرکتهای کوچک هیئت مدیره و هیئت عامل از بین خود سهامداران انتخاب می شود.

در شرکتهای سهامی، هر سهام دار (در مجمع عمومی) دارای یک حق رأی است. اما در بعضی کشور ها مانند اضلاع متحده امریکا آن فردیکه شصت فیصد سهام را دارد، حق تصمیم گیری نیز به او محول میشود.

در شرکتهای سهامی تصمیمات مجمع عمومی بر اساس رأی اکثریت قابل اجراست. در شرکتهای سهامی کوچک میتوان از قبل تعیین نمود که بعضی مسایل عمده به اتفاق آراء به تصویب رسد و یا در صورت بروز اختلاف میان سهامداران موضوع به حکمیت ارجاع شود.

چون شرکت سهامی دارای استقلال و شخصیت حکمی است سهامداران در هنگام افلاس و بحران و دعاوی در معرض خطر قرار ندارند و چیزیکه از دست می دهند فقط همان مبلغی است که در ازای خریداری سهام پرداخته اند.

از نظر حقوقی وقتی دارندگان سهام دست به خدعه و تقلب زنند و یا سرمایه شرکت را تادیه نه نمایند و از مراعات اصول اداری سر باز زنند، در چنین موارد و یا موارد مشابه آن، شرکت حیثیت شخصیت حکمی خود را قرار فیصله محکمه از دست داده و دارائی شخصی شرکاء نیز به حیث منبع پرداخت دیون شرکت تثبیت و تحت مراقبت و باز پرسی واقع می شود.

شرکت سهامی بنابر داشتن شخصیت حکمی حقوق خصوصی مستقل از شخصیت طبیعی سهامداران خود بوده و میتواند به حقوق و وجائب بپردازد و دعوی را در مقابل مدیونین و معامله داران بد قول خود براه اندازد و هم دائین میتواند در مقابل شخصیت حقوقی شرکت دعوی دایر نمایند. شرکت سهامی دائمی بوده مگر اینکه مجمع عمومی سهامداران به انحلال آن نظر دهند. فوت یک یا چند سهامدار باعث انحلال شرکت نمی شود.

شرکت سهامی می تواند فعالیت وسیع اقتصادی داشته باشد، میتواند خریداری کند، تولید کند به فروش رساند و همچنان می تواند به خریداری اموال غیر منقول به منظور اجاره و کرایه بپردازد.

شرکتهای دیگری هم وجود دارند مانند شرکتهای نسبی، شرکتهای مختلط غیر سهامی، و غیره. شرکت نسبی شرکت تجارتي است که در زیر نام دو یا چند نفر تشکیل می شود و مسؤلیت هر شریک متناسب به مقدار سهمی است که در شرکت تادیه نموده. مثلاً در یک شرکت نسبی نفر اول یک میلیون افغانی می پردازد، نفر دوم نیم میلیون. نفر سوم سه صد هزار. وقتی شرکت مقروض گردید نفر اول پنجاه فیصد نفر دوم سی فیصد و نفر سوم بیست فیصد قرض و دیون را می پردازد.

شرکت مختلط غیر سهامی شرکته تجارته را گویند که تحت اسم
مخصوص بین یک نفر و یا چند نفر شریک ضامن و یا چند نفر شریک
محدود المسؤل تشکیل می شود.

بخش هفتم

حقوق جزاء

حقوق جزاء مجموعه ی قواعدی را گویند که محتوی و وسعت قدرت مجازات از جانب دولت را در خود احتوا می کند. حقوق جزاء مربوط حقوق عامه است که روابط حقوقی بین دولت و ارگانهای دولتی و افراد را تنظیم می کند.

سالی (Saleilles) میگوید : « حقوق جزاء ترجمان ضروری است که برای دفاع اجتماعی بکار میرود.» این تعریف قبول نه شد و مورد انتقاد دیگر علماء قرار گرفت.

بوزات (Bouzat) میگوید : « حقوق جزاء رشته ای از حقوق است که همه کوشش خود را در راه ایجاد ارباب بکار می برد تا بتواند از بروز اعمال یا ترک اعمالی که بوجود آورنده اختلال و مخل نظم عمومی است، ممانعت به عمل آورد و در صورت لزوم به وسائلی مختلفی که در اختیار دارد، این اعمال را مورد مجازات قرار میدهد.»

1- مقدمه و بحثی در باره جرم :

عدالت و بی عدالتی، ترحم و قساوت مقولاتی هستند که تاریخ بشریت را در خود احتواء نموده و هر چه از تاریخ معاصر دورتر رویم و به ازمه های گذشته و باستان نظر اندازیم و شرایط ناهنجار قرون وسطی را در مد نظر قرار دهیم به این مضمون نزدیک تر می شویم که مجازات در قالب عدالت و هاله ای ترحم جای نداشته، بلکه تابع انگیزه ای انتقام جویانه بوده

است که حتی در اکثر موارد بجای مجرم مجهول و نامعلوم و یا مجرم فراری، خانواده ها و اقوام و قبایل آنها تحت مجازات انتقام جویانه قرار می گرفتند. انتقام و قصاص و عمل بمثل مانند جان برای جان، دست برای دست، دندان برای دندان و جرح برای جرح و مانند اینها تاریخ طولانی دارد ولی این دال برین نیست که در بعضی جماعات امروزی به همچون مجازات ها بر نمی خوریم.

با اینکه دنیا به سرعت بسوی ترقی و آفرینش های شگفت انگیز می رود ولی متأسفانه در مورد جرم و مجازات انسان و حتی حیوان تا هنوز آثار و روش باستانی و قرون وسطائی به چشم می خورد. در طی قرون و اعصار علماء و دانشمندان و بشر دوستان پا به عرصه ی کار و زار نهادند و به این اندیشه افتادند تا در امور مجازات راه های عادلانه جستجو نمایند. در قدم اول در مقابل صحنه های دهشتناک فریاد بر آورند که:

« نکشید بلکه درمان کنید »

« شکنجه ندهید بلکه بیاموزید »

« منهدم نسازید بلکه سازندگی ایجاد کنید »

انسان تابع محیط اجتماعی خود است. وقتی محیط پر از آلودگی و نارسائی مادی و معنوی باشد، لابد زمینه ارتکاب جرم فراهم شده و جمعی را به آن سوق میدهد. از اینجاست که برای جرم نمی توان یک تعریف مورد قبول همگانی ارایه داد، و اینکه جرم را نمی توان به جرأت تعریف کرد بخاطر آنست که هر مسلکی جرم را از دیدگاه خودش مورد بررسی قرار میدهد.

(Tarde) « جرم را تجاوز به حق و وظیفه میداند. »

(Maxwell) فرانسوی می گوید : « تجاوز به حق و وظیفه وقتی

جرم گفته می شود که قانون از آن حمایت کرده باشد. »

ویکتور هوگو جرم را « عمل تند و سنگین علیه حقوق » میدانند.

(Hamon) « جرم را عملی علیه آزادی فردی » میدانند.
(Seelig) اطریشی « جرم را عملی بر خلاف قانون » میدانند.
(littre) فرانسوی « جرم را عمل خلاف قانون و اخلاق » میدانند.
(Kinberg) سوئدی « جرم را عملی ضد اجتماعی » میدانند.
(Durkheim) « جرم را عملی میدانند که عکس العمل جامعه در آن باره به شکل قانون تبارز میکند.»

به قول (dupreél) جرم در هر زمان و مکان وجود داشته و دارد اما عمل نظر به زمان و مکان تغییر می خورد.
سر انجام جمعی از علماء می گویند که جرم دو نوع است یکی جرم تغییر ناپذیر مانند دزدی و قتل انسان. دوم جرم تغییر پذیر که مانند هر نهاد دیگر حیات اجتماعی تغییر میخورد.

بلاخره جرم را چنین تعریف می نمایند :

« جرم عمل یا خود داری از عملی است که طبقه روشنفکر جامعه آنرا عامل آشفتگی در نظم و هم آهنگی اجتماعی محسوب کنند و بر خلاف موازین اخلاقی بدانند و آسیبی به احساسات و وجدان به شمار آورند.»

2- تحول جرم : جامعه را باید جامعه شناسان تعریف نمایند چنانکه

تعریف نموده اند. ولی تعریف جامعه نیز از دیدگاه دانشمندان متفاوت بوده و به آنهاییکه مسایل مادی و اقتصادی را کلید همه نهاد های دیگر می دانند از خود توصیف و تعریف جداگانه ای در مورد جامعه و تحول آن از ابتداء تا امروز عرضه داشته اند که با تعاریف دیگر در تناقض قرار گرفته است. ما در اینجا به جامعه شناسی نمی پردازیم، ذکر این موضوع صرف برای این است که جرم نظر به جوامع و کتله های بشری در ضمن تحول شعور جمعی و یا وجدان جمعی در حال تغییر و تحول می باشد.

ما به بحث جوامع و چگونگی تشکل جامعه نمی رویم اما ناگزیریم به طور اشاره به آن پردازیم.

Steinmetz می گوید : « تشخیص جوامع اولیه از سایر جوامع، نه به علت زیادی افراد آن است، نه به علت آنکه چون واحد بزرگی را تشکیل می دهند و در عین حال بطور جداگانه از هم و بی تفاوت یا بصورت دشمن و رقیب زندگی می کنند، بلکه برعکس این جوامع بدین صورت شناخته می شوند که تعدادی محدود از افراد دور از یکدیگر گرد می آیند و واحد های کوچک را بوجود می آورند که در آن واحد ها بین خود هم بستگی بسیار نزدیکی را ایجاد می نمایند.»

مردم این جوامع بسیار زود باور، خرافاتی، افسانه پسند و طرفدار داستانهای خیالی بودند کارل ریموند می گوید : « در جوامع بسته، یعنی در جوامع ابتدائی و قبیله ئی، مردم نوعاً از دریچه ی سحر و جادو به امور می نگرند و می پندارند که در حلقه ای طلسم شده ای از محرّمات و قوانین و آداب و رسوم زندگی میکنند و اینها مانند طلوع و غروب خورشید و آمد و رفت فصول و دیگر نظامات طبیعی گریز ناپذیر هستند.»

فرهنگ جوامع اولیه، فرهنگ وحشی و پر خاشگراانه بود و همه را بسوی ستیزه جوئی و خشونت سوق میداد. بنابراین جرم به سویه قبول شده چه در داخل خانواده بود و چه در بین قبیله و یا از طرف یک قبیله مقابل قبیله ی دیگر در هر حال با بی رحمی و بدون در نظر داشت عوامل جرم و بدون تفکیک تقصیر (قصد و یا سهو) به کیفر می رسید.

در جوامع امروزی تحول سریع و تکامل ماشین احساسات و عواطف را تحت سیطره ی خود قرار داده و مادیات جائی عمده در جوامع گرفته است، اما سطح فکری و آراء و عقائد جدید و آموزش و پرورش نیز توأم با تحولات شگفت انگیز اقتصادی میرود که فرهنگ جوامع را پا به پای قدرت اقتصادی به شکل فرهنگ واحد درآورد. بیجا نیست اگر بگوئیم که فرهنگهای قدیم هند، مصر، ماوراءالنهر و چین با همه عظمتی که داشتند از محدوده خود شان و ماحول شان کمتر تجاوز نمودند اما برعکس فرهنگ غرب (اروپای بری) بنا بر قدرت ماشین و اختراعات و تسلط اقتصادی و پیشرفت علوم در

ساحات مختلف به ویژه در ساحه سیانس و تکتالوژی تقریباً در همه ی قاره های جهان سرایت نموده و معضله عمده در امر اصطکاک با فرهنگ های ملی و بومی را بوجود آورده است.

بنابر همین سیر تحول و تکامل اجتماعی است که می توان جرم را در سه مرحله ای زندگی بشر مورد بررسی قرارداد :

الف : جرم در جوامع اولیه معنی وسیع داشت یعنی عمل آشوبگرانه علیه نظم اجتماعی را جرم می دانستند.

شدید ترین جرم علیه محرمات (Tabou) بود مانند « زنا با محارم » که اینگونه جرم ها با شدید ترین نوع مجازات روبرو می گردیدند. رفتار ضد مقدسات مذهبی نیز مورد مجازات قرار می گرفت.

سر انجام در جوامع اولیه جرم به دو نوع تبارز می کرد. اول در داخل یک خانواده و گروه و قبيله و دوم آنکه ارتکاب جرم یک گروه علیه یک گروه دیگر و یا یک قبيله علیه قبيله دیگر. انتقام و قصاص و شکنجه های گوناگون جنبه ی فردی داشت و بخاطر ارضای فرد و خانواده بود.

اما در جوامع پیشرفته بنابر تحولاتیکه رخ داده است دیگر تسلی خاطر فرد مطرح نیست، بلکه در ارتکاب جرم و رسیدگی بدان بر علاوه وجدان عمومی، علت جرم، سن مجرم، صحت و عدم صحت مندی مجرم و موقعیت اجتماعی مجرم به شمول قصد و عمد و سهو و خطا و دفاع مشروع و حالت اجبار و اکراه و غیره و غیره در نظر گرفته می شود. بر علاوه در کشور های پیشرفته ی جهان بی حرمتی علیه مذاهب با قتل و شکنجه و عذاب کیفر نمی شود.

با اینهم در جهان ما کشور های زیادی وجود دارند که بیشترین قسمت فرهنگ آنها را فرهنگ مذهبی و Tabou تشکیل میدهد. در چنین جوامع حرکت متضاد با مذاهب، وجدان عمومی را جریحه دار نموده و باعث بر افروختگی گروه های مذهبی میشود. بدین لحاظ تا هنوز کیفر به معنی مذاهب جای خود را در کشور های غیر اروپائی به درجات مختلف حفظ کرده است.

در جوامع مذهبی بین زیان و گناه تفکیک وجود ندارد، به دیگر سخن دیگر هر عملی که از نظر مذهب گناه پنداشته شود زیان آور است و بدین لحاظ قابل مجازات است.

در جوامع امروزی و پیشرفته با اینکه تحولات ریشه ای در ساحه جرم و مجازات بوجود آمده، مقابلتاً ایجاد مالکیت فردی در کشور های سرمایه داری و عدم توجه به احساسات و اقتصاد و آزادی فرد در کشور های دیکتاتوری فردی، نظامی و تک حزبی باعث آن شده است که در ارتکاب جرم نیز مهارت و ابتکار به عمل آید. مانند اختلاسها، تشکیل باند ها، دزدی بانکها با افزار ماشینی، آدمکشی ها، جرائم حيله گرانه، فحشای پنهانی و غیره.

امروز جرم را به سه دسته ی زیرین تقسیم می نمایند :

1 - « حيله گری، حقه بازی و کلاه برداری. »

2 - « جرائم غیر عمدی. »

3 - « جرائم شدید و سنگین »

3 - تغییر مجازات : « حقوق جزای کلاسیک، مجازات را فقط

تحمیل مفید و سود بخش رنج و درد میداند. »

« در آغاز باید گفت که مجازات حاصل جرم است و در سابق چنین فکر می شد که با نابود کردن مجرم و سلب آزادی و دار و ندار آن می توان جرم را از میان برد. آنها در مورد شناخت و علت جرم تصور روشن نداشتند. »
به دیگر سخن آنها جرم را عمده می شمردند نه مجرم را و نه به احوال شخصی و اجتماعی اش وقتی می گذاردند.

پس نتیجه این است که مجازات نیز به چند مرحله تقسیم میگردد :
الف - در جوامع اولیه، مجازات یک نوع عکس العمل دفاعی و انتقام فردی و اجتماعی بود که بدون ملاحظه سهو و خطا و حالات شخصی مجرم و علت جرم بصورت فوری عملی می گردید.

ب - در مرحله مذهبی، مجازات جنبه ی انتقام الهی داشت.

ج - در مرحله اخلاقی، مجازات قرون وسطائی مطرح می شود.
د - در مرحله قضائی، حقوق جزاء متکی بر مکتب کلاسیک شکل می گیرد.

4 - انواع مجازات :

« کشتار دسته جمعی یا انتقام جمعی » : در مرحله اولیه مثلاً قبل از اسلام میان اعراب دو نوع انتقام وجود داشت، شخصی و جمعی. « انتقام در نزد آنها افتخار و شرف به شمار میرفت. »

در صورت کشته شدن پسر کسی اعراب می گفتند : « یا پسر مرا مجدداً زنده کنید یا منزلم را از تمام ستارگان آسمان پر نمائید. » مسلم است که هر دو کار ناممکن بود، پس معنی همانا انتقام بود و بس.

« پرداخت غرامت - در بعضی جوامع (بعضی قبایل عرب و یونان) بجای انتقام و خونریزی، خونبها رایج گردید. »

« تبدیل طایفه » : قاتل با بیوه مقتول ازدواج میکرد و فرزند خانواده مقتول را در بین طایفه آن قبول می کردند و برای همیشه از خانواده و طایفه خود می برید.

« جنگ تن به تن » : اهانت کننده و اهانت شده در حضور چند شاهد یا قاضی به جنگ تن به تن می پرداختند.

« قصاص به حیث یک پدیده ای شخصی و نهایت شدید و سنگین برای تعادل مجازات اجرا می شد. در مقابل یک چشم، چند چشم کور میشد. »
در مقابل ظلم، ظلم روا می داشتند و هکذا اگر حیوانی باعث خسارت می شد مورد قصاص قرار می گرفت. این پدیده در فرانسه تا قرن پانزدهم رایج بود.

« بردگی و آزار » : نیز در جای خود در بین رومی ها و یونانی ها به شکل بیرحمانه تطبیق می گردید. یعنی مجرم را با انواع مختلف شکنجه تعذیب نموده و سرانجام آنرا برده می ساختند.

« فروش مدیون توسط دائن در روم و آتن رواج داشت. وضع زندانها بذات خود شکنجه به بار میآورد. زندان، سردابهای وحشتناک و تنگ و تاریک و غارها و دخمه‌ها بود و نور و هوا نداشت. مجرم بعد از مدتی تحمل در آنجا می‌مرد و یا بعد از رهایی در مقابل روشنی و هوا چشم خود را از دست می‌داد. در جوامع اولیه و قرون وسطی زندان اصولاً ناشناخته بود فقط زندان در حالت تخفیف مجازات مطرح بود و بس.»

« تبعید » : تبعید هم در جوامع اولیه و هم در روم قدیم وجود داشت «بار اول در سال 1597 در انگلستان قانونی به تصویب رسید که چاقوکشان، ولگرد ها و گدا ها را به تبعید سوق می‌دادند.»

تحقیر کردن و تعجیز کردن و مسخره کردن مجرم نیز رایج بود. اما از قرن نوزده تا امروز علماء و دانشمندان و فلاسفه و بشر دوستان علیه خشونت و شدت مجازات قیام کردند و کوشیدند تا سبعیت و انتقام جوئی جنبه انسانی و عادلانه بخود بگیرد.

در ایتالیا «ژان کابوس» در بین سالهای 1313-1375 علیه وحشت و دهشت و خشونت اقدام نمود.

بعداً در هسپانیا بین سالهای 1492 - 1540 یک فیلسوف بنام ژان لویی علیه یک چنین طرز تفکر به مبارزه پرداخت. که بعد ها در آلمان مبارزه بزرگ و پیگیر علیه خشونت و انتقام جوئی برافه افتاد. حاصل این اقدامات آن بود که بایستی بین طبیعت جرم و مجازات تناسب کامل ایجاد شود.

دانشمندان قرن هجده اعدام و مرگ مجرم را موجب اصلاحات اجتماعی نمی‌دانستند و می‌گفتند که اعدام و مرگ، جنایت را از بین نمی‌برد، بلکه بر آن می‌افزاید.

در اواخر قرن هجدهم دانشمندانی مانند ویکتور هوگو، منتسکیو، دیدرو، دلباخ، روسو و ولتر در باره ای انسانی کردن مجازات جهد بسیار نمودند. از این به بعد بین علماء این نظر بوجود آمد که « مجرم اصلاً یک فرد

بیمار است یا یک نادان، باید او را شفاء داد و آموخت و نباید خفه کرد.» به نظر آنها « شکنجه یک بدعت ظالمانه است.»

حقوق در سیر تاریخی خود در مورد دگرگونی مجازات به چندین نظریه برخورد مانند :

- ساختمان اجتماعی و رابطه اش با مجازات : میگویند اگر ساختار جامعه بنحوی بیرحمی و خشونت باشد، مجازات هم با آن تناسب و هم آهنگی دارد. و اگر ساختار ملایم باشد و مردم به صلح و دوستی و عاطفه کشانده شوند، مجازات نیز از خشونت و شدت دور می ماند.

- هم آهنگی فرهنگی : « تا دو قرن قبل رایج بود که شکم مجرم را پاره میکردند، چهارشقه می کردند، به زنجیر می آویختند، به چرخ می بستند، در آب می انداختند، با آهن می گذاختند، دست و پا را می بریدند و می سوزاندند.» یعنی این عکس العمل ها با هر نهاد دیگری هم آهنگی فرهنگی داشت.

- شرایط اقتصادی : وقتی بازار ها رونق گرفت، کارگاه ها بمیان آمد و کار و فعالیت در ساحات مختلف نیاز به کارگر و عمله پیدا کرد، مجازات اندکی تخفیف یافت. همچنان نظراتی دیگری وجود دارد که از شرح آن در اینجا خودداری میکنیم.

مکاتب و اندیشه های مختلف اندریاب جرم و شکنجه بوجود آمد که در اینجا به بررسی مختصر یک تعداد آنها می پردازم.

- سزار بکاریا (1737 - 1794) دانشمند جوانی بود که علیه مجازات شدید و سنگین قیام کرد. این دانشمند بنیان گزار مکتب کلاسیک گفته می شود و کتاب او بنام « جرائم و مجازاتها » در امور جزائی انقلاب بوجود آورد و انقلاب فرانسه آنرا به مرحله اجرا قرار داد. او می گفت که : « مجازاتها باید از صورت استبدادی خارج شود و شکل قانونی بخود بگیرد و آنچه قانون مجاز بداند اجرا گردد. همچنان او طرفدار سوگنددادن مجرم نبود، او میگفت قوانین نباید تحت احساسات گروه خاص تدوین گردد، بلکه قوانین مجازاتی وقتی صحیح است که بتواند آرامش اجتماع و افراد را تضمین کند و

جلو هرگونه تجاوز را بگیرد و در صورتی نادرست می باشد که از حد لازمی که برای حفظ سلامت اجتماع ضروری است، تجاوز نماید.»
او معتقد بود که باید بین جرم و مجازات تناسب وجود داشته باشد. همچنان شکنجه های قبل از اثبات جرم را مورد انتقاد قرار داد و آنرا غیر عادلانه دانست.

- بنتام (Bentham) فیلسوف انگلیسی نظرات خود را بر پایه سودپرستی بنا کرد، یعنی هر شخص می خواهد با بهره و سود ارضای خاطر کند. به گفته ی وی انسان بین ارضای خاطر و مجازات قرار دارد و می تواند یکی را اختیار کند. او می گوید: « فردی که از اولیه ترین حوائج زندگی محروم باشد بدون شک بوسیله عوامل غیر قابل مقاومت به طرف جرم رانده می شود، پس باید جلو فقر و بیکاری گرفته شود.»

- *مکتب سلب آزادی*: از سال 1791 به بعد، در حالیکه سنت گرایان هنوز طرفدار شکنجه و عذاب و خشونت بودند، به مسئله زندان به صورت منطقی و گسترده توجه شد. مکتب سلب آزادی بر مبنای سه اصل قرار دارد، منزوی کردن، کار کردن، و آموزش (مخصوصاً آموزش مذهبی).
و از این سه اصل، سه نتیجه گرفتند:
1 - « مجازات زندان باعث پیشگیری فردی و جمعی از ارتکاب جرم است.»

2 - « مجازات زندان باعث سازندگی و اصلاح مجرم است.»
3 - « مجازات زندان باید با جرم ارتكابی مجرم متناسب باشد تا ثمر بخش و سودمند باشد.»

مکتب روانکاووی : به اساس این مکتب دیگر دیوانه ها و افراد مختل المشاعر را از غل و زنجیر رها کردند و به محالجه و شفا دادن آنها همت کماشتند.

- مخالفان زندان جمعی : جمعی طرفدار زندان جمعی نبودند، بلکه می گفتند که زندان جمعی به ذات خود اضرار اجتماعی بیار می آورد و به نظر آنها زندان انفرادی و تغییر مکان زندانیان مفید و ثمر بخش است.
- طرفداران مکتب اصلاحی : طرفداران این مکتب از اصلاح اخلاق و اصلاح قضائی دفاع می نمودند.
- طرفداران مکتب طرد : به عوض مجازات سنگین، طرفدار طرد مجرم از محیط بودند.

- مکتب دفاع اجتماعی نو در امور جنائی : این مکتب مراتب زیرین را بمیان آورد :

- 1 - انسانی شدن مجازات.
- 2 - دگرگونی در امور زندانها.
- 3 - طبقه بندی شدن مجرمان.
- 4 - توجه باصلاح و بازسازی مجرمان.
- 5 - اجرای مجازات بر حسب شخصیت و درجه انحرافات مجرم.
- 6 - اعمال مجازات تدریجی مختلف از مرحله زندان انفرادی تا مرحله نیمه آزادی.

7 - تشکیل شدن سازمان کمکهای اجتماعی و صحی و روانی.

8 - عمومیت یافتن آزادی مشروطه.

9 - تشکیل شدن سازمانی برای قاضی ناظر اجرای مجازات.

برخی اصول یاد شده در اولین کنگره سازمان ملل متحد که در سال 1955 برای پیشگیری از جرم و محالجه مجرم تشکیل شد، مورد قبول اعضاء قرار گرفت. در پایان باید گفت که حقوق جزای امروزی به جای اینکه مجرم

را مورد بررسی قرار دهد اصل عملیه جرم را مورد دقت بیشتر قرار می دهد. عمل جرمی از دو چیز نشأت می کند :

اول انجام دادن یک عملی که ترک آن مجازات بیار می آورد. دوم ترک کردن یک عمل که عدم ترک آن باعث مجازات می شود.

5 - چه وقت تعقیب جزائی تحت مرور زمان واقع می شود؟
در آلمان مطابق قانون جزاء ، مرور زمان در مورد جرمیات مختلف به ترتیب زیرین عملی می شود.

- در مورد قتل و قتل عام که علی اکثر به حبس عمری یا حبس ابد محکوم می شود، بعد از سی سال تحت مرور زمان قرار می گیرد.
- در باره جرم ناشی از مبلغ گزاف که اصولاً به بیش از ده سال حبس محکوم میشود، بعد از بیست سال تحت مرور زمان می آید.
- در بعضی جرائم مرور زمان تا سه سال است.
- در جرائم طباعتی و ترافیکی یعنی در بر هم زدن نظم آنها، مرور زمان تا سه ماه تعیین شده است.
البته باید گفت که شروع جرم زمانی است که مجرم آن عمل را تکرار کرده باشد البته بدون ملاحظه به نتیجه ی آن.

6 - دفاع مشروع :

دفاع از خود یا دفاع مشروع از اهمیت زیاد برخوردار بوده و در قضایای جرمی اکثراً مطرح بحث واقع می شود. پس دفاع مشروع چیست ؟
دفاع مشروع آن عملیه ای جرمی است که مغایر با قانون گفته نمی شود. به سخن دیگر دفاع مشروع آنست که انسان در مقابل یک عمل مغایر قانونی شخص ثالث از خود و یا به طرفداری از شخص دیگری به دفاع برخیزد.

اما دفاع مشروع به این سادگی مورد قبول نیست و باید حایز شرایط زیرین باشد :

حتمی و لابدیست که حمله و تجاوز به طور صریح و عینی وجود داشته باشد. اما حتمی نیست که تجاوز و حمله علیه جان انسان باشد، بلکه می تواند در مورد سایر حقوق انسان رخ دهد. و هم می تواند موضوع دفاع از یک شخص دیگری که در حالت احتیاج و اضطرار قرار دارد، به وقوع پیوندد. دفاع مشروع بایستی در حال و در حالت جاری باشد. بعد از ختم تجاوز و حمله، دفاع مشروع مطرح شده نمی تواند. انتقام جوئی به هیچ وجه دفاع مشروع گفته نمی شود.

همچنان حتمی است که تجاوز و حمله ی غیر، مخالف و مغایر قانون باشد، اما بی تفاوت است که متجاوز از روی نادانی و یا اشتباه دست به حمله می زند و یا شخص مست و لایعقل است. اما در هر حال دفاع مشروع باید حتمی و ضروری و بدون راه حل دیگر باشد.

ثقلت و نحوه تجاوز و حمله اساس و میزان کار را تشکیل میدهد. اگر مدافع بنام دفاع مشروع بخواهد کسی را بخاطر ترس و واهمه و آشفته فکری خود از اندازه ی آن بیشتر متضرر گرداند، مسئول پنداشته میشود. در اینجا بطور مثال دوسیه یک قتل مشروع را که در محکمه امریکا حل و فصل شده توضیح میدهیم. این در واقع یک قضیه ایست که انواع جرم و تعداد افراد را در بر می گیرد.

« جوان 19 ساله ای که به اتهام شروع به قتل پدرش محاکمه می شد، بی گناه اعلام گردید. هیأت منصفه چنین تشخیص داد که جوان در مقابل پدر خشن و متجاوز خود به دفاع مشروع دست یازیده بود.

تا پیش از این محاکمه تاریخی، معمولاً کلیه جوانانی که به اتهام قتل یا شروع به قتل والدین خود محاکمه شده اند محکوم شناخته شده بودند. اصولاً در نظام های حقوقی دنیا پدرکشی در عداد سنگین ترین جرائم و برای مرتکبین آن مجازاتهای شدیدی پیش بینی شده است.

قضیه از این قرار بود که جوان نوزده ساله و برادر بیست و دو ساله اش شخص سومی را استخدام کرده بودند که پدر شان را به قتل برساند. آن شخص پدر آنها را در رستورانش با ضرب چاقو زخمی نمود. پدر به شفاخانه

منتقل شد. دوست دختر ضارب لباس پرستاری به تن کرد و به عنوان مداوا، آمپول زهر را به مضروب تزریق نمود ولی باز هم او نمرد و زنده ماند. در اثر شکایت او، فرزند نوزده ساله اش به اتهام شروع قتل پدر دستگیر گردید. ضارب یعنی آن مرد استخدام شده به عنوان شروع قتل و ضرب و جرح به شش سال زندان محکوم گردید و دوست دختر او به عنوان ادامه دهنده قتل به پنج سال زندان محکوم گردید. در این میان محرک اصلی یعنی پسر نوزده ساله مضروب تبرئه حاصل کرد، زیرا پدرش به کرات او را لت و کوب نموده و توهین و تهدید به قتل نموده بود. در 14 سالگی بنا بر اجبار پدر مدرسه را ترک گفته و در رستوران او بیگاری می کرده است. یک بار هم فرار کرده و پدر او را یافته و در مقابل چشمان همسایگان طناب پیچ کرده و به شدت مضروب نموده بود.» اگر جوان نوزده ساله تبرئه نمی شد ممکن به سیزده سال حبس محکوم می گردید.

بخش هشتم

سیستم حقوقی افغانستان

افغانستان دارای تاریخ چند هزار ساله است که در مسیر آن فرازها داشته و هم نشیب‌ها. موقعیت بری افغانستان در چهار راهی آسیای میانه موجب آن گردیده است که پیوسته تحت هجوم کشور کشایان و استعمارگران جهان قرار بگیرد. جنگهای داخلی و فتودالی عامل دیگری بود که مبادی و زیر بنای تحول اقتصادی و اجتماعی به صفر تقرب کند و همه آبادیها ویرانه گردد و همه اداء و اصولها زیر پا گذاشته شود.

آنچه برای مردم افغانستان به ارث مانده همانا جامعه قبیله ای و طایفه ای وقومی بوده که فقدان شاهراه های عمومی و کمبود وسایل نقلیه، مردم را در حدود اماکن خود شان قرار داده و با این اساس زندگی برای مدت ها در محدوده ی اقتصاد طبیعی و بسته ادامه یافت.

افغانستان از قرن شانزدهم تا نیمهٔ قرن هجدهم توسط صفوی ها و دولتهای ماوراءالنهر و بابری های هند بسوی تجزیه سیاسی کشانده شد. در این مرحله دشوار حد اکثر هستی مادی و افتخارات فرهنگی کشور ما تا سرحد سقوط قرار گرفت.

اوضاع کشاورزی و تجارتي و پیشه وری سیر نزولی خود را می پیمود، مالیات و عوارض و باج و خراج بر دوش روستائیان سنگینی می کرد. هر منطقه در تحت مقررات جداگانهٔ دولتهای اشغالگر به سر می برد و زمینداران بزرگ افغانستان نیز به پیروی از امیال حکام دست نشانده مردم را تحت فشار قرار میدادند.

این اوضاع تا وقتی ادامه یافت که مردم افغانستان تحت قیادت میرویس خان هوتکی قندهار را از زیر سیطره صفویان آزاد نمودند. هنوز گوشه ای از مشکلات کشور حل نشده بود که میرویس چشم از جهان پوشید و کشور بدون سرپرست باقیماند.

در دوره هوتکی ها با اینکه « حکومت آزاد ملی » در قندهار تأسیس گردید ولیک وضع اقتصادی کشور چندان مطمئن نبود و نه دولت هوتکی فرصت بیشتر برای بهتر ساختن اوضاع اقتصادی پیدا کرد.

از نظر حقوق سیاسی، عصر احمد شاه درانی (1747 - 1773) دارای اهمیت فراوان است ولی امیر شیر علی خان (1863) برای نخستین بار از سنگینی مالیات و عوارض دولتی که دوش دهقانان را خمیده بود، بکاست و بیگار بدون معاش را ممنوع قرار داد. این عمل امیر شیر علی خان را در ساحه مسایل حقوقی نمی توان از نظر دور داشت.

همچنان امیر شیر علیخان اصلاحاتی در ساحه اداری و نظامی بوجود آورد که از نظر حقوق اداره به ویژه بخش تشکیلات و تقسیم وظایف اداری، ولو ابتدائی بود، در تاریخ حقوق اداری افغانستان قابل یادآور است.

تاریخچه ی حقوق وضعی یعنی حکومت قانون از زمان امیر امان الله خان (1919 - 1929) آغاز می گردد.

از نظر حقوق اساسی، تحصیل استقلال و تشکیل دولت مستقل و آزاد و تطبیق حقوق طبیعی و آزادیهای اساسی پدیده های نو به شمار میرفتند. از نظر حقوق بین الدول، برای بار اول کشور های آزاد جهان افغانستان را بحیث یک کشور واحد و مستقل برسمیت شناختند.

جرگه های افغانستان که شباهت با اسامبله های ملی جهان امروزی دارد، در جامعه افغانستان در بین تمام اقوام، بخصوص در بین پشتون های افغانستان ارجحیت خاص داشته و دارد. اولین جرگه رسمی در سال 1709 در موضع مانجه (30 میلی شمال شرق قندهار) دایر گردید که از آن به بعد در زمان امیر حبیب الله خان و هم سه مرتبه در عصر امیر امان الله خان و

همچنان در طول پنجاه و نه سال اخیر تا زمان ختم «جمهوریت» محمد داود خان بوقوع پیوسته است.

تا قبل از زمان امیر امان الله خان «جرگه» شکل و محتوای سنتی و تعاملی داشت و از جانب قانون و یا فرمانی به حیث یک نهاد قانونی توضیح و تنفیذ نیافته بود.

جرگه تعاملی برای بار اول در سال 1924 بنام «لویه جرگه» اعتبار قانونی یافت. به دیگر سخن امیر امان الله خان اهمیت جرگه و مشوره را در امور کشور و دولت بخاطر مصالح علیای مردم چنین اعلام نمود: «بدیهی است که حیات و زندگی معنوی و فراهم نمودن وسایل سعادت و ترقی و استراحت یک قوم، یک ملت، اولین وظیفه و تکلیف واجبی دولت است. باید دولت متحمل این بار گران گردیده وظیفه ی خود را انجام دهد و از دیگر طرف حتمی است که ملت با حکومت معاضدت و مساعدت نموده در پیشرفت مقاصد و ترقیات دولت خود قولاً و فعلاً مسامحه و کوتاهی نکند تا متفقاً به آرزو و مرام خود نایل و کامیاب شوند.

لذا باتباع و اقتضای امر موکده (وشاورهم فی الامر فاذا غرمت فتوکل علی الله) همیشه چنین آرزو دارم که در تمام جریانات مهمه ی امور مملکت و سعادت و آسایش ملت آرای قومی نیز تا حد امکان فکراً و قولاً معاضد و مساعد باشند ...»

علاوتاً از چندیست که دراین مورد مقصد دیگری را بخاطر می پرورانم که تشکیل یک «مجلس لویه جرگه» که باید لااقل در سال یکدفعه علی العموم وکلاء و نمایندگان قومی و علمای ملت در آن مجلس اجتماع نموده همه مسایل مهمه و افکاریکه در تعالی و ترقی مملکت خویش مد نظر داشته باشیم مواجهتهً بالمشاوره تصویب آراء تصفیه دهیم و بعد استصواب مجلس مذکور در معرض اجرا گذاریم ...»

روی همین اندیشه بود که اولین قانون اساسی افغانستان در لویه جرگه جلال آباد مورد شور و مذاکره و تصویب قرار گرفت و در جرگه سال 1303 شمسی (1924 م) به توشیح رسید.

بعد از دوره ی امیر امان الله خان و سپری شدن حکومت 9 ماهه ی امیر حبیب الله، در زمان محمد نادر خان قانون اساسی تجدید نظر شد و از آن به بعد در دوره محمد ظاهر شاه و حکومتات متعدد آن دوره، ساحه ی قانونگذاری وسعت پیدا کرد به ویژه قانون اساسی (1963- 1973)، قانون مدنی، قانون جزا، قانون تجارت، قانون کار، اصولنامه ترافیک، قانون مالیات، قانون سرمایه گذاری و ده ها قانون دیگر.

در ساحه ی قانونگذاری شرط عمده این بود که قوانین وضعی نباید با نصوص و احکام اسلامی در تضاد و تناقض واقع شود. به عبارت دیگر مقنن مکلف بود و است که در هنگام تدوین قوانین روحیه قواعد اسلامی را جریحه دار نه کند و به آن قوانینی پردازد که در احکام صراحت ندارد. تا جائیکه معلوم است قوانین مدونه ی افغانستان به پیروی از نظام حقوق رومی - ژرمنی، یعنی به پیروی از اروپای بری به ویژه از آلمان، فرانسه، بلژیک و اطریش بوده و هیچگونه توافق و همسوئی با نظام حقوق کامن لا نداشته است.

پیش از سیستم قانونگذاری در افغانستان، حقوق اسلام (فقه حنفی) و حقوق تعاملی یا عرفی تمام روابط فردی و اجتماعی را تنظیم میکرد.

1 - سیستم حقوقی افغانستان چگونه پی ریزی شده است ؟
پیش از سلطه دین اسلام روابط مردم توسط اخلاقیات عنعنوی و سنتی و هم به وسیله دینانان و مذاهب متعدد بودائی، هندوئی، شیوائی، و غیره و غیره تنظیم می گردید. گروه ها و دسته های متفرق و تابع مذاهب جداگانه، هر کدام در محدوده ی خودش تحت تأثیر عرف و دینانان آزمان قرار داشتند. بعد از آنکه دین اسلام در قرن هفتم از طریق دروازه های هرات وارد افغانستان گردید مردم را از حالت پراکنده بیرون نمود و در زیر لوای وحدانیت اسلامی قرار داد. عبادات اسلامی در رگ و خون مردم جای گرفت، اما احکامی از فقه اسلامی بنابر موجودیت حقوق تعاملی و عرفی و رسم و رواج مذهبی، فرهنگی و ملی قسماً محل تطبیق نیافت مانند :

- از نظر مذهب قدیم : روشن کردن شمع در مقابر و زیارتگاه ها، بوسیدن توغ و قفل، بند بستن در توغها، دود کردن اسفند در جنازه، انواع نذر ها، موی نذری، حلقه پای، چشم مهره، قیچی گرداندن، خود داری از قرض دادن به روز های چهارشنبه، جاروب نکردن در روز های چهارشنبه.

- از نظر فرهنگ ملی : کلچه نوروزی، شربت نوروزی، غذای خوب در شب اول سال نو، هفت میوه، سبزه لگد کردن، اتن و موسیقی ملی، شب شش، روز چهل، مراسم عروسی و مرده داری و ورزش های ملی.

- از نظر فرهنگ صوفیانه : تفأل در کلیات حافظ شیرازی، پیری و مریدی (مرید و مراد)، عقیده به فقرا و پیران و غیره.

- در ساحه حقوقی : انواع اجاره، ندادن میراث به دختران، عفو قاتل بدون در نظر داشت جانب حق الله، نگه داشتن بیوه جوان بخاطر عروسی با پسران صغیر تا هنگام جوان شدن آنها و غیره و غیره.

گر چه بسیاری از رسم و رواجها در شهر ها به ویژه در کابل به حد اقل رسیده ولی برخی از آنها تا امروز در اکثر مناطق افغانستان به اعتبار خود باقی مانده است. اما رواج و تعامل دال بر این نیست که دین و فقه اسلامی در جامعه مسلمان افغانستان تا سطح روابط زن و شوهر تأثیر ندارد. واقعیت اینست که عمده ترین بخش فرهنگ یک هزار و چهار صد سال اخیر افغانستان را فرهنگ اسلامی و مکارم اخلاقی آن تشکیل می دهد.

بنابراین اسلام بحیث دین واحد و بمثابة بخش عمده فرهنگ افغانستان عنصر اساسی و عمده را در سیستم حقوقی افغانستان تشکیل می دهد.

در پهلوی دین اسلام، حقوق تعاملی یا عرفی دومین پایه و مبنای حقوق است که در سیستم حقوقی افغانستان از خود تأثیر نسبی بجا مانده است. در باره حقوق اسلام در صفحات گذشته صحبت شد و اینک می پردازیم به حقوق تعاملی یا عرفی افغانستان.

2 - حقوق تعاملی یا عرفی افغانستان :

در بحث منابع حقوق دیدیم که عرف و تعامل یکی از پایه ها و منابع حقوق بشمار میرود عرف و تعامل از محل تامحل فرق نموده و بجای ایجاد کلیات بیشتر به جزئیات پرداخته و حدود و ثغور آن به آن اندازه ای نبوده است که به تنهایی پاسخگوی تمام نیازمندیها و ایجاد روابط تازه و نو گردد. تغییر عرف در محلات نه تنها از نظر محتوای بلکه از نظر کلمات و مصطلحات متباین بوده که شاید برای یک قوم و محل دیگر ناشناخته و ناما'نوس باشد. بطور مثال در زبان پشتو برای دختران جوان یا دوشیزه دو کلمه وجود دارد. اول «پیغله» و دوم کلمه «گتلكه». پیغله یعنی دوشیزه و گتلكه بمعنی انگشت نما بوده که همان دختر جوان را می گوید. همچنان کلمه «پور» که به معنی عاریت بوده، در عمل بنام قرض، دین و وام ترجمه شده و در مسایل جزائی به معنی تاوان تعبیر شده است که حتی معنی قریب به «دیت» را میرساند. همچنان «سپین» به معنای سفید بوده اما مصطلحاً آن زخم هائی را گویند که قابل رویت باشد مثلاً در چشم، درگوش، دربینی، درلب و دستها.. همچنین کلمه سپین در مورد افراد پاکدامن بکار میرود. کلمه تور به معنی سیاه بوده و در اصطلاح زخمی را میگویند که مستور باشد و هم به اشخاصی اطلاق می گردد که مرتکب جرم شده باشند.

کرشده معنی خط را میدهد و دراصطلاح جزائی اکراه و جبر را می گویند. از این قبیل کلمات فراوان است که بحث آنها صرف برای مقدمه عرف و تعامل بوده و نه از برای زبان شناسی.

اگر تحقیقات علمی صورت بگیرد تمام اقوام و طایفه های افغانستان از خود عرف و تعاملاتی دارند که بیشترین منازعات و روابط حقوقی شان بدان وسیله حل و فصل می گردد.

از میان سایر تعاملات می توان به عرف و تعامل پشتونهای افغانستان بیشتر پرداخت، زیرا از قرنهای به اینسو جریان داشته و امروز که قبایل بنا بر تحولات نسبی اقتصادی و روابط زمینداری و توسعه حرفه های متعدد در بین

پشتونها بخود درزها و شگافها برداشته و به شکل شبه قبیله در آمده، باز هم تعاملات پشتونابه اعتبار نسبی خود بجا مانده است.

جای شک نیست که خصلت عام نظام قبیله ای پشتونان مانند هر قبیله دیگری بوده منتها با این تفاوتی که جنبه های محیطی، عنعنوی و مذهبی به آن رنگ و ویژگیهای داده است که نمی توان آنرا با همه قبایل دیگر یکسان دانست. ویژگیهای نظام قبیله ای پشتونهای افغانستان را در همه ابعاد «پشتونوالی» (حقوق تعاملی) تبیین می کند، چیزیکه از خیال شاعران و از خامه ی نویسندگان تراویده، بلکه از بلندپها و از هموارپها و از درون مذاهب گونه گون و روابط انسانها به قوام رسیده و سر انجام بنام مجموعه ای قواعد شفاهی و بمنابه تنظیم کننده روابط فردی و جمعی توصیف شده است.

به دیگر سخن «پشتونوالی» را می توان تصویر کلی ارزشهایی نامید که بار اول در سال 1815 توسط «انفستون» در دستگاه واژگانی افغان و انگلیس زیر عنوان «حقوق پشتونها» بکار رفته است.

اما به نظر اینجانب «پشتونوالی» نه تنها مجموعه ای حقوق تعاملی بوده، بلکه قالبی است که همه نهاد های مادی و معنوی را در خود گنجانیده و باز آنرا به اشکال عرف و سنن ویژه ای بیرون داده است.

قواعد پشتونوالی بدون آنکه در نوشتار آمده باشد، از سینه ها بر خاسته و به دلها نشسته است که بنا بر همین تکرار مکرر بوده که در فهم و درک قضایا از خود نقطه ی ابهام بجا نمانده است.

پس مصطلحات و مقوله های عمده در «پشتونوالی» کدام ها اند ؟
«غیرتمند» - «تنگ» - «تنگیالی» - «تیژه» - «کرشنده» - «سپین»
«تور» - «توریالی» - «توربور» - «بدل» - «نوات» - «روغه» - «بدرگه» - «میلمستیا» -
«ولور» - «حجره» - «مرکه» - «جرگه» ..

همچنان پشتونوالی بر این وجیزه استوار است : « در بین قبیله بی قوم و در بین قوم بی برادر و در بین برادران بی پسر نباشی.»

وجیزه گفته شده بنابر خصوصیت جامعه قومی و طایفه ای و نزاع و جنگ و جدل و کمبود حاکمیت قانون تا هنوز در بین تمام اقوام و طایفه های افغانستان مروج است.

فرهنگ قبیله، فرهنگی است محافظه کارانه و مملو از یادمانهای (خاطرات) رزمی، حماسی و عشقی و استوار بر اسطوره ها و خیالات زیبای شاعرانه، یا فرهنگی است محصور و دور از برخورد و اصطکاک. پس پشتونوالی گر چه در بین پشتونها عام است اما در بخش های « مجازات »، « میراث »، « مناکحات »، و جرگه ها از عشیره تا عشیره فرق می کند.

در ساحه مجازات، متهم بدون در نظر داشت حالات عمد و خطا و قاعده مرور زمان و تفکیک حالات شخصیه به کیفر می رسد. مگر آنکه شخصاً معذرت بخواهد و شرایط عنعنوی و هزینه ی مهمانی بزرگ و هدایا را متقبل شود.

در ساحه قضایی، قضاوت مربوط به رؤسا و پیشوایان و ریش سفیدان بوده و در امور عمده و مشکل به جرگه ها تفویض می شود.

رای گیری در جرگه به اتفاق آراء بوده و اعضای جرگه تا آزمانی به بحث و گفتگو خود ادامه میدهند که به یک فیصله برسند.

در ختم این رساله از جمله مصطلحات پشتونوالی، به دو سه اصطلاح آن روشنی می اندازیم.

ننوات یا ننواتی : ننوات از کلمه ننواتل یعنی در آمدن گرفته شده است. ننواتی معذرت خواهی از جانب مجرم را گویند که با تشریفات اجراء می شود. طور مثال مجنی علیه به تنهائی و یا همراهی یک تعداد اشخاص به خانه ی مجنی میرود و از اعضای خانواده مجنی با عجز وانکسار جداً معذرت میخواهد و اظهار ندامت میکند. مجنی علیه مجبور است که معذرت خود را به دیگران هم بگوید و از آن انکار نکند. اگر در نزد سایر افراد انکار کند، معذرت وی از طرف خانواده مجنی از اعتبار ساق می شود.

البته ننواتی تنها در مسئله قتل مطرح نبوده، بلکه در سایر جنایات نیز مدار اعتبار خواهد بود. از لحاظ عنعنوی ننوات کننده را مانند مرده میدانند و یا مانند کسی که در محکمه ملامت و محکوم شده باشد. بدین لحاظ ننوات کار ساده نیست.

بر طبق عنعنه و تعامل برای خانوادهٔ مجنی علیه مشکل است که ننوات را نه پذیرد، زیرا مردم همچون خانواده ای را به نظر خوب نمی نگرند و خانواده حقوق خود را در مقابل قوم از دست میدهد.

بدرگه : بدرگه به کسی گفته می شود که برای حمایت قافله و یا شخص گماشته می شود و هم خیرات سر جنازه را بدرگه میگویند. در مسایل حقوقی به معنی حمایت آمده است. مثلاً دو خانواده با هم دشمنی دارند و از یک خانواده یک نفر زیاده تر کشته شده و جانب مقابل یک خون یا یک قصاص مدیون است. مدیون خون وقتی از مقابل قلعهٔ دائن خون می گذرد یقیناً کشته می شود، پس برای نجات خود یک تن را از قلعه حایل که بین قلعه دائن و قلعه مدیون واقع شده است، با خود می گیرد و به همراهی وی از مقابل قلعه دائن عبور می کند، دائن به احترام «بدرگه» از حمله علیه مدیون خون تا آنوقتی صرف نظر می کند که او را به تنهایی دستگیر نماید.

تسیژَه : از نظر لغت سنگ گفته می شود و در اصطلاح حقوق تعاملی معیاد صلح معنی میدهد مثلاً وقتی دو خانواده و یا دو قبیله با هم می جنگند موضوع به جرگه رویت داده می شود و جرگه به اصطلاح سنگ می ماند و یک مدت را بنام تیژه (مثلاً سه روز یا یک ماه یا سه ماه) تعیین می کند که در ظرف مدت معینه هیچ طرفی حق تجاوز به طرف دیگر را ندارد.

بلاخره کلمه مرکه تقریباً معنی جرگه را می دهد منتها در موارد غیر عمده و در بین یک تعداد افراد کم دایر می گردد.

اگر در مرکه یکی از ریش سفیدان بی آبرو شود، یک مبلغ معین پور می گیرد. اما جرگه مجالس بزرگ را میگویند که فیصلهٔ آن قاطع بوده و هیچ کسی حق تعدیل آنرا ندارد. فرضاً وقتی موضوع قتل به فیصله می رسد طرفین

دیگر حق قتل و قتال یکدیگر را ندارند و هر گاه مغایر فیصله جرگه عمل کنند دیگر در آن باره جرگه ای دایر نمی گردد.

با این مختصر در باره سیستم حقوقی افغانستان اکتفاء نموده می پردازیم به دادن چند تعریف از حقوق.

عادت بر این است که در برخی علوم اجتماعی، اول به تعریف می پردازند و بعد به تشریح. اما در حقوق بجا آوردن این عادت چندان خوش آیند و گوارا نیست، چرا که مضمون حقوق مشکل و پیچیده است و رشته ها و تقسیمات آن مستلزم آن است که قبل از تعریف به چگونگی و شناسائی تقسیمات و شاخه های آن پردازیم و بعد به تعریف آن. پس تعریف حقوق در ختم جزئیات مستحسن است.

تعریف حقوق: «حقوق، چندین حق، جمع کلمه حق که وابسته به افراد و اجتماعات و اشخاص حقوقی است و ناشی از قانون یا عرف یا رویه قضائی یا قرارداد است.»

از نظر عینی حقوق مجموعه ای مقررات را گویند که توسط آن روابط یک جماعت انسان در مقابل یکدیگر و همچنان روابط آنها با ارگانهای عالی و یا بین خودشان تنظیم می شود. این قواعد در واقع می توانند توسط قانون یا نورم های حقوقی توضیح گردند و به همین روال عادات و رسوم که در یک مدت طولانی بین مردم رایج و مورد استعمال قرار گیرد بحیث حقوق تعاملی شناخته می شود.

به کلام دیگر حقوق مجموعه ای آن قواعد را گویند که در محدوده زمان معین بر یک اجتماع سلطه داشته و مردم به مراعات آن مجبور پنداشته شوند.

«حقوق نظام اجتماعی است. حقوق مانند قواعد اخلاقی پند و اندرز نمی دهد و نه برای پاکی روح و وجدان بشر است. بلکه هدف حقوق تنظیم روابط اجتماعی میان کتله انسانها و مقامات است.»

«حقوق مجموع قوانینی است که از نظام جهان یا طبیعت انسان ناشی شده و آنچه را که عدالت است مشخص می کند.»

« حقوق مجموعه ای از قواعد الزام آور و کلی است که به منظور ایجاد و استقرار نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می شود.»

منفردات :

چون هدف مؤلف از تهیه این جزوه تدریس آن در اکادمی افغانها بود و نه نشر و چاپ آن، به این ملحوظ از دادن مأخذ در هر صفحه خود داری نموده که اینک با تصمیم بر چاپ آن، فهرست مأخذ را در اخیر این جزوه میآوریم. و اینک می پردازیم به شرح یک تعداد اصطلاحات حقوقی که برای خوانندگان عزیز وهم شاگردان رشته ای حقوق خالی از دلچسپی نخواهد بود.

قرارداد : قرارداد یک معامله حقوقی است که رابطه وجبیه را بطور منظم ایجاد می کند. همچنان قرارداد قاعدتاً یک معامله حقوقی دو جانبه است که حد اقل توسط اراده و توافق دو جانب بر گزار میشود . یا قرارداد عبارت از توافق بین دو یا چند نفر است که قانوناً الزام آور باشد. قرارداد بر اساس ایجاب یک طرف و قبول دیگر طرف برگزار میشود.

وجبیه : وجبیه سپردن، انجام دادن و خود داری از کاریست که از طرف مدیون به نفع داین انجام می پذیرد. وجبیه یا بر اساس قانون پیش بینی شده می باشد و یا مطابق قرارداد به میان می آید. وجبیه می تواند ناشی از جرم و یا شبه جرم باشد.

مالکیت معنوی : عبارت از مالکیت بر آثار و تألیفات و اکتشافات و ایجادات گفته می شود و بار اول در سال 1709 در انگلستان شامل قانون گردید و از قرن 19 به بعد در اکثر کشور ها جزو قانون شمرده شد. مالکیت معنوی اصلاً مربوط علم حقوق طبیعی است.

عدالت : « بمعنی خاص کلمه، برابر داشتن اشخاص و اشیاء است. هدف عدالت همیشه تأمین تساوی ریاضی نیست، مهم این است که بین سود و زیان و تکالیف و حقوق اشخاص تناسب و اعتدال رعایت شود. پس در

تعریف عدالت می توان گفت : فضیلتی است که بموجب آن باید هرکس آنچه را که حق اوست، داد.»

معاون جرم : « معاون جرم کسی که باعث و محرک ارتکاب جرم میشود و یا تبانی برای ارتکاب جرم میکند و یا آلات و اسباب جرم را آماده و یا تسهیلات در اجرای آن فراهم میکند. یعنی معاونت در جرم، کمک و همکاری با مجرم بشکل تحریک و آمریت و فراهم آوردن وسائل و نه به شکل شرکت در جرم.»

شبه جرم : « هر عمل موجب خسارت و غیر قانونی که ایجاد مسئولیت مدنی میکند و مستوجب تعقیب کیفری نیست مثل غضب »
شبه عقد : « تعهدی که بدون قرارداد ایجاد میشود، اقدام کاملاً ارادی شخص که منتهی به تعهد قهری شخصی در برابر شخص دیگر می شود مثل اداره اموال غیر یا استیفاء منافع.»

چندین حق تحت مرور زمان واقع نمی شود مثلاً : « حق صغیر و مجنون و مسلوب الاختیار بوسیله قوه قاهره و حق وراثت.»
حقوق بین الدول : « قواعد بین المللی مربوط به مناسبات بین دول است.»

حقوق بین المللی : « حقوق خارجی، مجموعه قوانین و قواعد و رسوم مربوط به روابط ملت های مختلف عالم با هم دیگر که به دو رشته عمومی و خصوصی تقسیم می شود.»

حقوق بین المللی عمومی : « مجموعه قواعد و رسوم مربوط به روابط دولت ها با همدیگر و مناسبات سیاسی آنها و تنظیم قراردادهای امور راجع به مؤسسات بین المللی.»

حقوق بین المللی خصوصی : « شاخه ای از حقوق خارجی که شامل قوانین و قواعد مربوط به روابط افراد یک ملت با اتباع و دول خارجی است.»

حقوق روم : « مجموعه قواعد و قوانین و مقرراتی که در روم قدیم چه در میان افراد شهر ها و چه در میان آنها و خارجیان مجرا بوده و یکی از منابع حقوق اروپا است.»

الواح دوازده گانه : « پس از تأسیس جمهوری در روم (450 ق. م)، ده نفر از قضات بنام قضات عشره مأمور شدند که کلیه قوانین رومی را جمع آوری نمایند. این عمل را انجام دادند و قوانین مزبور را که در دوازده لوح مفرغی ثبت شده بود، الواح دوازده گانه نامیدند.»

حقوق طبیعی : « حقوق طبیعی ریشه فلسفی و نظری خود را از عقائد حکمای یونان و روم گرفته و در قرن 17 نامگذاری شده و مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است.»

طرفداران حقوق طبیعی از پایداری و ابدی بودن قواعد حقوقی طرفداری می کنند، زیرا به عقیده آنها وقتی قاعده حقوقی متکی به امر الهی و مطابق طبیعت انسان و یا داوری عقل انسان است، باید ابدی باشد.

قوانین مؤقت : اما قوانین مؤقت هم وجود دارد مانند قواعد محدود کردن تجارت و عبور و مرور در هنگام جنگ، قواعد مربوط به ورود و صدور کالای معین در زمان محدود، قانون عفو عمومی، قانون حکومت نظامی و غیره.

قانون باید کلی و مجرد باشد : محدود کردن آن به وقایعی که در زمان معین اتفاق می افتد، درست و عادلانه نیست. به خاطر همین وصف طبیعی است که قانون را تنها به وسیله قانون دیگری می توان نسخ کرد و گذشت زمان و متروک بودن اعتبار آن را از بین می برد.

قانون چه وقت وجود مستقل پیدا می کند؟ « قانون پس از تصویب وجود مستقل پیدا میکند و از اراده مقامی که آنرا به وجود آورده است جدا می شود. بنابراین با زوال حکومت و قدرتی که از آن حمایت می کند، از بین نمی رود.»

قانون اساسی : « مجموعه ای مقررات و قواعد مربوط به اساس تشکیلات قوای قانونگزاری و قضائی و اجرائی و روابط ارگان ها و سازمانهای عالیة دولتی با هم و روابط افراد با دولت و حقوق و حدود دولت و افراد ملت.»

مکتب حقوقی اصالت تاریخی : « در قرن 19 از طرف دانشمندان آلمان تأسیس شده و مبتنی بر این نظریه است که حقوق از اعماق تاریخ سرچشمه گرفته و تحولات تاریخی و سیر تکاملی زندگی بشر پایه و موجد حقوق است.»

مکتب حقوقی فطری : « مبتنی بر اصالت فطرت که ریشه نظری و فلسفی آن در عقائد حکمای یونان و روم بوده و در قرن 17 نامگزاری و مورد بحث قرار گرفت.»

مکتب رویة قضائی نژادی : « بمنظور مطالعه در رویه ها و قوانین ملل و نژاد های مختلف برای تعیین پایه اساسی حقوق تطبیقی ...»

مکتب حقوقی اصالت اخلاقی : « مبنی بر وابستگی حقوق با اصول اخلاقی و وجدان انسان که در فلسفه قدیم بر اساس فضیلت نفسانی و اصل عدالت پایه گزاری شده و در قرن 19 و 20 هم به شکل منطقی تر از طرف دانشمندان فرانسه تحکیم گردیده است.»

مکتب حقوق اصالت اجتماع : « مبتنی بر تفوق منافع اجتماعی بر منافع فردی و تحلیل مسائل حقوقی بر اساس فکر سوسیالیسم علمی و قواعد جامعه شناسی که در اواخر قرن 19 پایه گزاری شده است.»

مکتب تاریخ تطبیقی حقوق : « به منظور مطالعات تاریخی در حقوق مثبتة تطبیقی « روی کار آمد.»

مکتب حقوقی اصالت فرد : « که در قرن 18 از طرف فلاسفه و حقوقدانان فرانسه تأسیس شده و مبتنی بر اینست که کلیة حقوق و تکالیف از ذات انسان طبیعی بحالت افراد نشأت میکند.»

مکتب حقوق الهی : « که در قرون وسطی تحت تأثیر کلیسا و فلسفه اهل مدرسه (اسکولاستیک) پایه‌گذاری شده و معتقد به مبداء و مبنای خدائی در تعیین حقوق و تکالیف افراد و کلیه مسایل و مواضع حقوقی است. »
مکتب تفسیر بر حقوق : « که در نیمه اول قرن 19 در فرانسه پیدا شده و پایه آن اعتقاد راسخ به اعلامیه حقوق بشر و قوانین اساسی و مدنی و تفسیر تحت اللفظی و تشریح قوانین مزبور است. »

مکتب حقوقی اصالت تاریخ : « که در قرن 19 از طرف دانشمندان آلمانی تأسیس شده و مبتنی بر این نظریه است که حقوق از اعماق تاریخ سرچشمه گرفته و تحولات تاریخی و سیر تکاملی زندگی بشر پایه و موجد حقوق است. »

مکتب حقوقی اصالت اراده : « که از عقائد فلاسفه و حقوقدانان قرن 18 آلمان نشأت کرده و مبتنی بر این نظریه است که حقوق ناشی از اراده انسان بحالت رابطه اجتماعی است. »

مکتب حقوقی مثبت : « که مبتنی بر قبول حقوق قانونی و تحقیقی بوده و این نظریه را بیان میکند که حقوق همانست که اجتماع به شکل نصوص قانونی پذیرفته و دارای ضامن اجراست. »

دوره کلاسیک حقوقی : « دوره ای در علم حقوق که از انقلاب کبیر فرانسه شروع و تا اواخر قرن 19 میلادی امتداد مییابد و از مشخصات آن تبعد در اصول موجوده و طرفداری از عقاید علمای حقوق روم و قرون وسطی و شرح و تفسیر قوانین و حقوق ناشی از انقلاب و بکار بردن عقل و منطق در تحقیق از مطالب حقوقی و دوری از توجه به ذوق و احساسات و تمایلات مردم... »

حقوق دینی، حقوق کلیسایی : « مجموعه قواعد و رسوم ناشی از قدرت مذهبی مربوط به اعضاء کلیسا که از موقع تشکیل آن در جنب دولت به عنوان شخصیت مستقل و اختصاصی به مقام اجرا درآمد و منشاء دستورات شرعی در مقابل دستورات قانونی بود. »

مآخذ مهم حقوقی:

- 1- فرهنگ حقوقی (فارسی - فرانسه)، تألیف دکتر حسینقلی کاتبی، تهران، سال 1367
- 2- مقالات حقوقی، دکتر عبدالقاسم گرجی، جلد اول، تهران، سال 1364
- 3- نظامهای بزرگ حقوق معاصر، نوشته : René David، ترجمه دکتر حسین صفایی و دیگران، مرکز نشر دانشگاهی تهران، چاپ اول، 1364
- 4- مقدمه عمومی علم حقوق، تألیف دکتر محمد جعفر لنگروردی، چاپ تهران، سال 1342
- 5- حقوق جزای عمومی، جلد اول، تألیف دکتر پرویز صانعی، از انتشارات دانشگاه ملی ایران
- 6- حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تألیف دکتر پرویز صانعی، از انتشارات دانشگاه ملی ایران
- 7- حقوق مدنی، تألیف دکتر ناصر کارتوزیان، چاپ اول، تهران، سال 1366
- 9- دوره حقوق مدنی، ارث، تألیف دکتر محمد جعفر جعفری، جلد دوم، تهران سال 1363
- 10- وکالت، از دکتر حسینقلی کاتبی، چاپ دوم، تهران، اردیبهشت ماه سال 2537
- 11- حقوق بین الملل (ملی کردن)، دکتر عبدالمجید قائم مقام فراهانی، چاپ اول، تهران، تابستان سال 1367
- 12- حقوق اساسی، نگارش دکتر قاسم زاده، از انتشارات کتابخانه ابن سینا، تهران، سال 1340
- 13- حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، سید مصطفی محقق داماد، ایران، بهار سال 1367
- 14- فلسفه حقوق، ماهیت و تعریف حقوق، جلد اول، چاپ دوم، « با تجدید نظر کامل و اضافات »، دکتر ناصر کارتوزیان، سال 1366
- 15- در آیین حقوق، مناظری در حقوق بین المللی، حقوق تطبیقی، دکتر حسن حبیبی، تهران، سال 1367
- 16- حقوق جزای عمومی، دکتر محمد بایری، تهران، سال 1339 - 1340
- 17- دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تألیف دکتر محمد جعفر جعفری، جلد اول، تهران سال 2537
- 18- حقوق بین الملل عمومی، دکتر محمد رضا ضیایی، چاپ چهارم، تهران، سال 1368
- 19- سو، استفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظامهای حقوقی، دکتر حمید بهرامی احمدی، تهران، سال 1366
- 20- تاریخ روابط بین الملل، بحران های قرن بیستم، جلد دوم، از 1929 تا 1940، نوشته پروفیسور Pierre Renouvin (استاد دانشگاه سوربن و عضو اکادمی فرانسه)، ترجمه احمد میر سندرسکی، تهران سال 2537
- 21- حقوق جزا و جرم شناسی، تألیف دکتر رضا مظلومیان، جلد دوم، انتشارات دانشگاه ملی ایران، فروردین 2535
- 22- حقوق اقلیت ها « بر اساس قانون قرارداد زمه »، بررسی گوشه ای از مفاهیم حقوق بین المللی از نظر فقه اسلامی، تألیف آیت الله عباس علی و حمید زنجانی، چاپ تهران
- 23- حقوق مدنی، تألیف دکتر حسین امامی، جلد سوم، تهران، آذرماه 1336

پایان