

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مبادئ حقوق افغانستان

(ويرايش چهارم)
نظام الدين عبدالله

سال: ۱۴۰۵ خورشیدی

نام کتاب:

مبای حقوق افغانستان

مؤلف:

نظام الدین عبدالله

برگ آرای:

مؤلف

ناشر:

نوبت و سال چاپ:

چهارم، ۱۴۰۵ خورشیدی

فهرست مطالب

۱	مقدمه.....
۴	بخش اول: تعریف، انواع، هدف و مبانی حقوق.....
۶	فصل اول: تعریف و انواع حقوق.....
۶	مبحث اول: تعریف.....
۷	گفتار اول) تعریف غایی و آرمانی حقوق.....
۸	گفتار دوم) تعریف تحقق‌ی حقوق.....
۱۶	مبحث دوم) انواع.....
۱۶	گفتار اول) حقوق طبیعی.....
۲۳	گفتار دوم) حقوق الهی.....
۲۳	گفتار سوم) حقوق موضوعه.....
۲۷	فصل دوم: موضوع، هدف، مبانی حقوق و تعریف مبادی حقوق.....
۲۷	و فرق حقوق با حق.....
۲۷	مبحث اول) هدف و موضوع حقوق.....
۲۷	گفتار اول) هدف حقوق.....
۳۳	گفتار دوم) موضوع حقوق.....
۳۳	گفتار سوم) فرق حقوق با حق.....
۳۴	مبحث دوم) تعریف مبادی حقوق و هدف آن و مبانی حقوق.....
۳۴	گفتار اول) تعریف مبادی حقوق.....
۳۵	گفتار دوم) هدف مبادی حقوق.....

۳۵	گفتار سوم) تعریف مبنا و برخی مبانی حقوق
۳۸	فصل سوم: رابطه حقوق با برخی علوم
۳۸	مبحث اول) رابطه حقوق با فلسفه
۳۹	مبحث دوم) رابطه حقوق با اخلاق
۴۰	مبحث سوم) رابطه حقوق و جامعه شناسی
۴۰	مبحث چهارم) رابطه حقوق و اقتصاد
۴۱	مبحث پنجم) رابطه حقوق و علوم سیاسی
۴۲	مبحث ششم) رابطه حقوق با تاریخ
۴۳	بخش دوم: منابع حقوق افغانستان
۴۷	فصل اول: قوانین در مفهوم عام
۴۷	مبحث اول) معنی لغوی و تعریف قانون در مفهوم خاص و عام
۵۰	مبحث دوم) انواع قانون در افغانستان
۵۱	مبحث سوم) قانون اساسی
۵۲	مبحث چهارم) قانون عادی
۵۳	مبحث پنجم) فرمان
۵۳	مبحث ششم) مقررہ
۵۵	مبحث هفتم) اساسنامه
۵۵	مبحث هشتم) لایحه
۵۶	مبحث نهم) طرز العمل
۵۹	فصل دوم: سایر تقسیمات و سلسله مراتب و تفسیر و قوانین
۵۹	مبحث اول) تقسیمات قوانین از شکل
۵۹	گفتار اول) قوانین ماهوی
۵۹	گفتار دوم) قوانین شکلی
۵۹	گفتار سوم) قوانین ماهوی و شکلی
۶۰	مبحث دوم) تقسیمات قانون از نظر درجه الزام
۶۰	گفتار اول) قوانین امری
۶۰	گفتار دوم) قوانین اختیاری
۶۱	مبحث سوم) سلسله مراتب قواعد حقوقی و نظارت بر آن
۶۱	گفتار اول) تعریف سلسله مراتب قواعد حقوقی
۶۲	گفتار دوم) نظارت بر سلسله مراتب قواعد حقوقی
۶۲	مبحث چهارم) تفسیر قانون
۶۳	گفتار اول) تعریف تفسیر و فرق آن با تعبیر و تأویل

گفتار دوم) اهمیت.....	۶۴
گفتار سوم) اقسام و مرجع تفسیر.....	۶۴
فصل سوم: شریعت	۷۰
مبحث اول) جایگاه دین در نظام های حقوقی.....	۷۰
مبحث دوم) دین رسمی دولت افغانستان.....	۷۵
مبحث سوم) جایگاه مذاهب در نظام حقوقی افغانستان.....	۷۶
مبحث چهارم) جایگاه فقه به عنوان منبع حقوق در نظام حقوقی افغانستان.....	۷۹
مبحث پنجم) عدم وضع قوانین مخالف شرع و رابطه این قوانین با شرع.....	۸۶
مبحث ششم) نظارت بر شرعی بودن قوانین.....	۹۱
مبحث هفتم) منابع فقه.....	۹۴
فصل چهارم: عرف و عادات	۱۰۰
مبحث اول) تعریف و ارکان.....	۱۰۰
مبحث دوم) ضمانت اجرا.....	۱۰۱
مبحث سوم) جایگاه عرف و عادات در نظام حقوقی افغانستان و رابطه عرف با قوانین.....	۱۰۲
فصل پنجم: اصول کلی حقوق و فرق اصل با قاعده	۱۱۱
مبحث اول) تعریف.....	۱۱۱
گفتار اول) معنی لغوی.....	۱۱۱
گفتار دوم) تعریف فقهی.....	۱۱۱
گفتار سوم) تعریف حقوقی.....	۱۱۲
مبحث دوم) تقسیمات اصول کلی حقوق.....	۱۱۴
گفتار اول) تقسیم بندی برخی اصول در حقوق افغانستان.....	۱۱۴
گفتار دوم) جایگاه اصول حقوقی در میان منابع حقوق.....	۱۳۹
مبحث سوم) تعریف قاعده و فرق قاعده با اصل.....	۱۴۰
گفتار اول) تعریف فقهی.....	۱۴۰
گفتار دوم) تعریف قاعده حقوقی و فرق آن با اصل حقوقی.....	۱۴۱
گفتار سوم) فرق بین قاعده حقوقی و اصل حقوقی.....	۱۴۳
مبحث چهارم) خصوصیات قواعد حقوقی.....	۱۴۳
گفتار نخست) موضوعه، مدون، مکتوبه و مصوب مرجع ذیصلاح بودن.....	۱۴۴
گفتار دوم) عمومیت و عدم مجرد بودن.....	۱۴۴
گفتار سوم) الزام آور بودن.....	۱۴۵
گفتار چهارم) برخورداری از ضمانت اجراء.....	۱۴۵
گفتار پنجم) مخاطب ساختن اشخاص.....	۱۵۱

گفتار ششم) قواعد حقوقی، قواعد رفتاری است	۱۵۲
گفتار هفتم) آمره و ناهیه بودن قواعد امری	۱۵۲
گفتار هشتم) علنیت و معطوف به آینده بودن	۱۵۲
فصل ششم: متحدالمال ها و مصوبات ستره محکمه و دکترین	۱۵۴
مبحث اول) متحدالمال های ستره محکمه	۱۵۴
مبحث دوم) دکترین	۱۶۰
بخش سوم: تقسیمات حقوق	۱۶۷
فصل اول: حقوق ملی	۱۶۹
مبحث اول) کلیات	۱۶۹
گفتار اول) تعریف	۱۶۹
گفتار دوم) تقسیمات و پیشینه تقسیم	۱۶۹
گفتار سوم) روش های تقسیم	۱۷۰
گفتار چهارم) معیار تمیز حقوق عمومی و خصوصی	۱۷۲
مبحث دوم) تقسیم حقوق ملی در نظام حقوقی افغانستان	۱۷۵
گفتار اول) حقوق خصوصی	۱۷۵
الف) تعریف، هدف و اهمیت	۱۷۵
ب) پیشینه حقوق خصوصی در جهان و افغانستان	۱۷۶
ج) تقسیمات	۱۸۲
۱) حقوق مدنی	۱۸۲
اول) تعریف	۱۸۲
دوم) پیشینه	۱۸۲
سوم) روش های تقسیم و موضوعات مورد بحث حقوق مدنی	۱۸۲
چهارم) تفاوت حقوق مدنی با حقوق خصوصی و احوال شخصیه	۱۸۳
پنجم) تقسیمات حقوق مدنی در افغانستان	۱۸۶
اولاً) حقوق فامیل	۱۸۶
ثالثاً) حقوق عینی	۱۹۱
رابعاً) حقوق میراث	۱۹۳
خامساً) حقوق مالکیت های معنوی	۱۹۴
۲) حقوق تجارت	۱۹۵
گفتار دوم) حقوق عمومی	۱۹۵
الف) تعریف و پیشینه	۱۹۵
ب) هدف	۱۹۶

بخش اول: تعریف، انواع، هدف و مبانی حقوق | ۵

ج) اهمیت	۱۹۷
د) تقسیمات	۱۹۸
۱) حقوق عامه ماهوی	۱۹۹
اول) حقوق اساسی	۲۰۰
دوم) حقوق و آزادی های عمومی و اساسی شهروندان	۲۰۳
سوم) حقوق اداری	۲۰۵
چهارم) حقوق مالیه	۲۰۸
پنجم) حقوق کار	۲۰۹
ششم) حقوق تأمین اجتماعی	۲۱۳
هفتم) حقوق محیط زیست	۲۱۵
هشتم) حقوق جزا	۲۱۶
نهم) حقوق رسانه	۲۱۷
دهم) حقوق بانكدارى	۲۱۷
۲) حقوق عامه شكلی	۲۱۷
اول) اصول محاکمات مدنی	۲۲۰
دوم) اصول محاکمات تجارتي	۲۲۱
سوم) اصول محاکمات جزایی	۲۲۱
چهارم) اصول محاکمات اداری	۲۲۲
پنجم) اصول محاکمات کار	۲۲۳
ششم) اصول محاکمات مالیه	۲۲۵
هفتم) دادرسی اساسی Judicial review	۲۲۷
فصل دوم: حقوق بین الملل	۲۲۹
مبحث اول) حقوق بین الملل عمومی	۲۳۰
مبحث دوم) حقوق جزای بین الملل	۲۳۸
مبحث سوم) حقوق معاهدات بین الملل	۲۳۹
مبحث چهارم) حقوق بین الملل دریاها	۲۳۹
مبحث پنجم) حقوق دیپلماتیک و کنسولی	۲۳۹
مبحث ششم) حقوق بین الملل محیط زیست	۲۳۹
مبحث هفتم) حقوق بین الملل خصوصی	۲۴۰
مبحث هشتم) حقوق بین الملل پناهندگی	۲۴۱
مبحث نهم) حقوق تجارت بین الملل	۲۴۱
مبحث دهم) حقوق بشر دوستانه بین الملل	۲۴۲

۲۴۴	بخش چهارم: حق
۲۴۶	فصل اول: تعریف، مصادر و ارکان حق
۲۴۶	مبحث اول) تعریف
۲۴۷	گفتار اول) تعریف فقهی
۲۴۹	گفتار دوم) تعریف حقوقی
۲۵۲	گفتار سوم) تعریف طبیعی
۲۵۳	مبحث دوم) مصادر
۲۵۴	گفتار اول) در فقه
۲۵۵	گفتار دوم) در حقوق
۲۵۷	مبحث سوم) ارکان
۲۵۷	گفتار نخست) اعطا کننده حق
۲۵۷	گفتار دوم) صاحب حق
۲۶۱	گفتار سوم) محل حق
۲۶۱	گفتار چهارم) داشتن ضمانت اجراء
۲۶۳	فصل دوم: تقسیمات حق در حقوق خصوصی
۲۶۳	مبحث اول) تقسیمات حق به اعتبار صاحب آن
۲۶۳	گفتار نخست) حق الله
۲۶۴	گفتار دوم) حق العبد
۲۶۶	گفتار سوم) حق مشترک
۲۶۷	مبحث دوم) تقسیمات حق به اعتبار اسقاط و عدم اسقاط
۲۶۷	گفتار اول) عدم اسقاط پذیری حق الله
۲۶۷	گفتار دوم) اسقاط حق مشترک
۲۶۷	گفتار سوم) اسقاط حق العبد
۲۶۹	مبحث سوم) تقسیم حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضا
۲۶۹	گفتار اول) حق دینانی
۲۶۹	گفتار دوم) حق قضایی
۲۷۰	گفتار سوم) فایده تقسیم حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضاء
۲۷۰	مبحث چهارم) تقسیم حق به اعتبار محل آن
۲۷۰	گفتار نخست) حق غیر مالی
۲۷۱	گفتار دوم) حق مالی و انواع آن
۲۷۳	الف) حق عینی
۲۸۱	ب) حق شخصی (تعهد/ حق دینی، وجیهه، التزام) و فرق آن با تکلیف

بخش اول: تعریف، انواع، هدف و مبانی حقوق | ۷

۲۹۳	ج) فرق بین حق عینی و حق دینی.....
۲۹۴	مبحث پنجم) سایر تقسیمات.....
۲۹۴	گفتار اول) تقسیمات حق العبد به اعتبار به ارث بردن.....
۲۹۵	گفتار دوم) تقسیم حق به اعتبار دایره وسعت.....
۲۹۵	گفتار سوم) تقسیم حق به اعتبار زمان پیدایش.....
۲۹۶	گفتار چهارم) تقسیم حق به اعتبار مدت.....
۲۹۷	گفتار پنجم) تقسیم حق به اعتبار زمان اجراء.....
۲۹۷	گفتار ششم) تقسیم حق به اعتبار ثبات و عدم ثبات.....
۲۹۸	گفتار هفتم) حق معنوی.....
۳۰۰	فصل سوم: تقسیمات حق در حقوق عامه و بین الملل.....
۳۰۰	مبحث سوم) تقسیمات حق در حوزه حقوق بین الملل.....
۳۰۰	گفتار اول) حق دولت ها.....
۳۰۰	گفتار دوم) حق های بشر.....
۳۰۲	مبحث دوم) تقسیمات حق در ساحه حقوق عامه.....
۳۰۳	گفتار اول) تعریف حق های عمومی.....
۳۰۳	الف) حق های دولت.....
۳۰۳	ب) حق های اتباع.....
۳۰۴	۱) حق های سیاسی.....
۳۰۴	۲) حق های مدنی.....
۳۰۴	۲) حق های اساسی.....
۳۰۹	فصل چهارم: نقل و زوال حق.....
۳۰۹	مبحث اول) نقل حق.....
۳۱۰	مبحث دوم) زوال حق.....
۳۱۱	بخش پنجم.....
۳۱۱	نهاد های حقوقی.....
۳۱۲	فصل اول: لویه جرگه.....
۳۱۲	مبحث اول) تعریف و ترکیب.....
۳۱۴	مبحث دوم) حالات تدویر، انتخاب رئیس و هیأت اداری، نصاب و مباحثات.....
۳۱۶	فصل دوم: دولت.....
۳۱۶	مبحث اول) تعریف دولت.....
۳۱۹	مبحث دوم) حکومت.....
۳۱۹	مبحث سوم) اداره.....

۳۲۴ گفتار اول) ادارات مرکز حکومت
۳۲۵ گفتار دوم) وزارت ها
۳۲۶ گفتار سوم) ادارات مستقل
۳۲۶ گفتار چهارم) شرکت های دولتی
۳۲۶ گفتار پنجم) نهاد های محلی
۳۲۷ مبحث چهارم) شورای ملی
۳۲۷ مبحث پنجم) قوه قضائیه
۳۳۳ فصل سوم: سایر نهاد های حقوقی
۳۳۳ مبحث اول) لوی څارنوالی
۳۳۴ مبحث دوم) انجمن مستقل وکلای مدافع
۳۳۶ مبحث سوم) کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی
۳۴۱ فهرست منابع

اختصارات:

قانون اساسی	ق. ۱
قانون مدنی	ق. م
قانون مدنی افغانستان	ق. م. ۱
قانون اصول محاکمات تجارتي	ق. ا. م. ت
قانون اصول محاکمات مدنی	ق. ا. م. م.
قانون مدنی جديد مصر	ق. م. ج. م
قانون جزاء	ق. ج
جلد	ج
رجوع کنید به	ر. ک
نگاه کنید به	نک
هجری شمسی	ه. ش
هجری قمری	ه. ق
ميلادی	م
صفحه	ص
صفحات	صص
چاپ	چ
بدون تاریخ	بی تا

مقدمه

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَي سَيِّدِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ وَعَلَى آلِهِ وَاصْحَابِهِ أَجْمَعِينَ!

اما بعد! مبادی حقوق و نظام حقوقی هر مملکت یکی از مباحث مهم در نظام های حقوقی کشورها از جمله افغانستان است. در مبادی حقوق بحث در مورد چگونگی نظام حقوقی یک مملکت معین است. از همین رو، استادان حقوق اکثر کشورها، کتاب های در مورد مبادی حقوق که در عین حال مُعرف نظام حقوقی آن کشور است، به رشته تحریر در آورنده اند.

به رغم اهمیت معرفی نظام حقوقی افغانستان تا اکنون پژوهش مستقلانه که نظام حقوقی افغانستان را معرفی نماید، صورت نگرفته است. البته، در افغانستان تعداد محدود استادان در این باره کتاب های به رشته تحریر در آورنده اند. اما، این کتاب ها در واقع مُعرف نظام حقوقی افغانستان نیستند و بیشتر به نظریه های عمومی در علم حقوق پرداخته اند. نوشتن کتابی در مورد مبادی حقوق افغانستان که واقعاً مُعرف نظام حقوقی افغانستان باشد کار آسانی نیست، زیرا:

۱) مبادی حقوق افغانستان یکی از مغلق و مشکل ترین مضامین است. مغلق و مشکل ترین از این جهت است که دانستن این رشته از حقوق مستلزم دانستن تخصصی تاریخ حقوق، فلسفه حقوق، جامعه شناسی حقوق، منابع حقوق، مبنای حقوق، تقسیمات حقوق و دانستن کلیات هر رشته، رابطه قوانین وضعی با شریعت و ... است.

در نتیجه، نویسنده این رشته باید در همه این رشته ها تا اندازه تخصص داشته باشد، در غیر این صورت، کتابی که ارایه می نماید، ناقص و غیرتخصصی خواهد بود. در نتیجه، نویسنده مبادی حقوق

باید تا اندازه ای متخصص حقوق خصوصی، عامه و بین الملل باشد و مطالعه این سه رشته عمده حقوق که به شاخه های فرعی متعدد تقسیم می شوند، به طور تخصصی خیلی زمانگیر، طولانی و مشکل است؛

۲) نوشتن کتاب در مبادی حقوق افغانستان مستلزم آشنایی و شناخت نهادهای حقوقی افغانستان اعم از قوه مقننه، مجریه، قضائیه و سایر نهاد های مستقل مانند: کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، شورای عالی کار، شورای عالی رسانه ها و امثال اینها است. در عین حال، مبادی حقوق افغانستان یکی از با اهمیت ترین مضامین نیز است، زیرا: ۱) این رشته حقوق خواننده را با نظام حقوقی افغانستان آشنا می نماید. به صورت مشخص تر: این مضمون حقوق را تعریف، فرق هایی را که میان حق و حقوق وجود دارد بیان، منابع حقوق و رشته های حقوق افغانستان و نیز نهادهای حقوقی افغانستان را معرفی و قواعد حقوقی را از سایر قواعد اجتماعی مجزا می نماید؛

۲) مبادی حقوق مُعرّف نوع نظام حقوقی افغانستان و جایگاه آن در میان نظام های حقوقی مرسوم کامن لا، رومن ژرمنیک، اسلام، کمیونیسیم و مختلط است؛

۳) دانستن دقیق یکی از شاخه های حقوق و ریشه های آن در افغانستان و نیز رابطه آن با شاخه های دیگر مستلزم دانستن مبادی حقوق افغانستان است؛

۴) مبادی حقوق افغانستان علم فن استنباط قواعد حقوقی از منابع مختلف حقوق افغانستان است که عبارت اند از: قوانین به مفهوم عام، شرع، عرف و عادات، اصول کلی حقوق، رویه قضایی، معاهدات بین المللی و دکترین؛

۵) مبادی حقوق بیانگر تقسیمات حقوق به شاخه ها و رشته های مختلف حقوق است. بنابراین، جهت دانستن تقسیمات و شاخه های مهم حقوق چاره ای جز مطالعه مبادی حقوق نیست. با توجه به اهمیت مبادی حقوق در نظام حقوقی افغانستان، این کتاب در روشنایی قوانین نافذ افغانستان تألیف گردیده است. هدف از تألیف این کتاب فراهم نمودن فهم و نگرش حقوقی برای همه علاقمندان در مورد نظام حقوقی افغانستان است. در این کتاب از نظریه های عمومی در مورد حقوق و حقوق مقایسوی اجتناب صورت گرفته است. بنابراین، این کتاب بیشتر متمرکز بر حقوق افغانستان و نهاد های حقوقی آن است. این کتاب شامل چهار بخش است: بخش اول کلیات در مورد حقوق؛ بخش دوم: منابع حقوق افغانستان. بخش سوم: تقسیمات حقوق افغانستان و بخش چهارم: حق و بخش پنجم نهاد های حقوقی در افغانستان. مؤلف آرزومند است این کتاب برای علاقمندان مبادی حقوق و نظام حقوقی افغانستان مؤثر واقع شود.

بخش اول: تعريف، انواع، هدف و مباني حقوق | ۳

نظام الدين عبدالله حقوق
كابل، جوزای ۱۴۰۵ هجري شمسی

بخش اول: تعریف، انواع، هدف و مبانی حقوق

مانند حق در مورد حقوق نیز بحث و گفتگو فراوان است. برخی بر این نظر اند که حقوق را نمی توان تعریف کرد، مگر این که اول آن را تقسیم و سپس تعریف نماییم. این برداشت محل ایراد به نظر می رسد، زیرا، چنانچه در فصل اول این بخش کتاب خواهیم دید، حقوقدانان از زمان ایجاد فلسفه در حدود ۲۵۰۰ سال پیش حقوق را تعریف نموده اند و هنوز هم دانشمندان حقوق در صدد تعریف حقوق اند. از نظر منطقی نیز این نظر محل ایراد به نظر می رسد، زیرا از نظر منطقی اول باید یک پدیده تعریف و سپس تقسیم شود.

برخی دیگر بر این نظر اند که حقوق به حقوق عندی و حقوق آفاقی تقسیم می شود و ابتدا حقوق عندی و سپس حقوق آفاقی را باید جداگانه تعریف کرد. این نظر نیز بی اساس به نظر می رسد و با کلمات بازی صورت گرفته است و در نظام حقوقی افغانستان مغالطه ایجاد کرده است زیرا در منابع معتبر علمی - پژوهشی حقوق که حداقل به لسان های عربی، انگلیسی و دری نوشته اند مفاهیمی به نام های حقوق عندی و حقوق آفاقی وجود ندارد. آنچه را برخی نویسندگان زیر نام حقوق عندی مطرح می نمایند، همان حق (Right) است و حقوق آفاقی نیز همان حقوق در مفهوم مجموعه قواعد است که بحث هر دو در این کتاب به صورت مفصل خواهد آمد.

با توجه به آنچه گفته شد، بخش اول این کتاب که در مورد حقوق در مفهوم مجموعه قواعد (Law) است، حاوی دو فصل است. در این بخش، تعریف و انواع حقوق (فصل اول) و موضوع، مبنا، اهداف، تعریف مبادی حقوق و فرق حق با حقوق (فصل دوم) و سپس تقسیمات حقوق را مورد بحث قرار می دهیم. در بخش دوم تعریف حق، ارکان حق، منابع حق و تقسیمات حق را مورد بحث قرار می دهیم.

فصل اول: تعریف و انواع حقوق

مبحث اول: تعریف

در انگلیسی در افغانستان معمول است که هم به حقوق و هم به قانون «Law» می‌گویند. اما، اگر به منابع انگلیسی مراجعه صورت بگیرد، به حقوق در انگلیسی «Law» و به قانون «act/ statute» می‌گویند. اینکه در کجا منظور قانون است و در کجا حقوق باید خواننده و نویسنده آن را تفکیک نماید برای دانشجویان حقوق و اشخاص غیر حقوقدان بسیار مشکل است. اما، در فرانسوی برای این دو مفهوم دو کلمه جداگانه وجود دارد. در لسان فرانسه «Droit» به حقوق و «Loi» به قانون می‌گویند.^۱

در لسان عربی برخلاف فرانسه و مانند لسان انگلیسی برای کلمات حقوق و قانون دو کلمه جداگانه و مستقل وجود ندارد. بنابراین، در لسان عربی «القانون» به حقوق می‌گویند. در عربی حقوق را در مفهوم جمع حق استعمال می‌نمایند. در لسان دری مانند لسان فرانسه برای حقوق و قانون مفاهیم جداگانه وجود دارد که تفصیل هر دو در فصل اول و دوم این بخش و بخش دوم خواهد آمد. حقوق در زبان دری دارای چهار معنی به قرار شرح ذیل است:

۱) حق: گاهی حقوق به صورت جمع حق به کار می‌رود. در این صورت منظور از حقوق امتیازها، سلطه‌ها و ... است. حقوق بشر نیز به همین معنی به کار می‌رود و منظور از آن مجموعه قواعد نیست، بلکه مجموعه امتیازهای است که بشر دارد.

از همین جهت، آن را در انگلیسی «Human rights» می‌گویند نه «Human law» زیرا ترجمه «Human law» «قانون بشر» می‌شود. تفصیل حق در بخش اخیر این کتاب خواهد آمد.

۲) معاش: حقوق به معنی دستمزد (معاش) ماهانه نیز به کار می‌رود.

۱. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۳۳.

۳) **قاعده:** در این صورت، حقوق مجموعه قواعدی است حاکم بر یک مملکت، مانند: حقوق امریکا، فرانسه، افغانستان و امثال اینها.

۴) **علم:** حقوق به معنی تفسیر قانون و علم بررسی قانون به کار می رود مانند اینکه می گویند: دانشکده حقوق و علم حقوق. حقوق از جمله امور ذهنی است. همچنین، حقوق از جمله علوم اعتباری و هنجاری است. لذا، در مورد تعریف حقوق مانند سایر پدیده های اجتماعی و ذهنی تعریف واحدی وجود ندارد. آقای دل وکیو در این مورد می نویسد که: «همه کس می داند که حقوق چیست، ولی تعریف آن مشکل است.»^۲ امانوئل کانت فیلسوف شهیر آلمان نیز در این مورد می نویسد که: «حقوقدانان هنوز در جستجوی تعریف از مفهوم حقوق اند.»^۳ باوجوداین، در طول تاریخ حقوق، راجع به تعریف حقوق دیدگاه ها و تعاریف ذیل وجود داشته است:

گفتار اول) تعریف غایی و آرمانی حقوق

عده زیادی از متفکرین حقوق، حقوق را آن گونه که باید باشد نه آن گونه که است، تعریف کرده اند؛ به این توضیح که: این گروه وضعیت مطلوب و آرمانی حقوق را در نظر گرفته و فکر کرده اند که با پیروی از عقل می توان این وضعیت را در جوامع بشری به وجود آورد.

از قدیمی ترین این نظریات «حقوق طبیعی» است که در ابتداء توسط فلاسفه روم و یونان بیان شد و سپس توسط کلیسا رنگ و بوی مذهبی گرفت و به «حقوق الهی» در آمد. طرفداران نظریه حقوق طبیعی به وجود دو نوع حقوق معتقد اند: حقوق طبیعی یا فطری که در طبیعت انسان و دنیای اطراف او وجود دارد و ازلی و تغییر ناپذیر است و حقوقی که توسط قانونگذار وضع و توسط قضات اجراء می شود. سیسرون که از طرفدان این مکتب است می گوید که: «حقوق حد اعلی منطق است که در طبیعت نهاده شده؛ حکم به انجام اعمالی می کند که باید صورت گیرد و عکس آن را منع می کند.» ارسطو نیز منطق را اساس و مبنای حقوق تصور می کند.

سن توماس داکن می گوید: «حقوق قاعده و ضابطه اعمال است و به وسیله آن بشر به انجام و یا خودداری از انجام عمل مجبور می گردد.» در این هر سه نظر، منطق ریشه و مبنای حقوق است؛ در حالی که در زندگی روزمره مشاهده می کنیم که همه قوانین منطقی نیستند. گاهی اوقات منطقی که در قوانین رعایت شده، منطق حفظ منافع اقلیت محدودی است که توانسته اند خواست های خویش را به صورت قانون در آورند.

علاوه بر این، این تعاریف مبهم هستند، زیرا صرف استفاده از منطق نمی تواند ماهیت اصول و قواعدی را که باید بر سرنوشت انسان های جامعه حکومت کند، مشخص و معین نماید. امانوئل کانت فیلسوف شهیر آلمانی نیز برای حقوق جنبه غایی و آرمانی قایل است.

۲. دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۹.

۳. همان، دل وکیو، ص ۹.

به عقیده کانت: «حقوق عبارت است از مجموعه شروطی که مطابق آن اراده یک نفر، بر طبق اصل آزادی مشترک، با اراده دیگران تلفیق پیدا می کند.» در این تعریف، یک هدف و آرمان اخلاقی و سیاسی که «اصل آزادی مشترک» است، مبنای حقوق است. در حالی که، افراد در بسیاری از روابط حقوقی خود از جمله در مسایل جزایی و یا مواردی که فرد در برابر قدرت حاکمیت دولت قرار می گیرد، از آزادی برخوردار نیست و این وضعیت مطلوب و غایی نیز در عمل جنبه تحقق به خود نمی گیرد.

بلاکسون حقوقدان انگلیسی در تعریف حقوق می گوید که: «حقوق قاعده رفتار اجتماعی است که توسط قدرت عالی در یک کشور وضع می شود، به انجام اعمال صواب حکم می کند و از ارتکاب خطا منع می کند.» قسمت اول این تعریف که حقوق را قاعده وضع شده از طرف قدرت عالی کشور می داند، به تعریفی شبیه است که طرفداران مکتب تحقیقی از حقوق ارایه می نمایند، اما چون در قسمت دوم به مفاهیم «صواب» و «خطا» اشاره شده است، آن را در طبقه تعاریف و نظریات غایی حقوق قرار می دهد.

در انتقاد از این تعریف باید گفت که: اولاً همه قوانین که وضع می شوند لزوماً افراد را به خیر و صواب راهنمایی نمی کند؛ ثانیاً مفاهیم صواب و خطا کاملاً نسبی و ذهنی اند و ذکر اینها در تعریف حقوق مبهم و گمراه کننده است، زیرا این سؤال همیشه مطرح است که صواب و خیر چه است! داکتر امامی حقوقدان شهیر مدنی ایران در تعریف حقوق می گوید که: «حقوق [...] عبارت است از مجموعه قواعد الزامی که برای نظم روابط افراد و بهبود وضعیت جامعه وضع گردیده است.»

بر این تعریف نیز انتقاداتی که بر تعاریف در بالا ذکر شد، وارد است، زیرا در این تعریف نیز هدف و غایتی تصور شده است که «نظم روابط افراد و بهبود وضعیت جامعه» است که توسط قوانین که وضع می شود، تأمین نمی شود و یک وضعیت مطلوب و آرمانی در نظر می آورد که با حقایق خارجی جامعه مطابقت ندارد.^۴

گفتار دوم) تعریف تحقیقی حقوق

طرفداران حقوق تحقیقی، حقوق را آنگونه که است می شناسند، نه آنگونه که باید باشد. برخی از حقوقدانان اروپایی که نظریه «حقوق طبیعی» را مبهم و گمراه کننده و غیرواقعی می دانستند، از اوایل قرن نوزدهم در صدد برآمدند که «حقوق» را به طور کلی از مفاهیم اخلاقی و فلسفی جدا کنند و در بررسی و مطالعه آن نظم و ترتیب علمی را برقرار سازند. به عقیده این عده، علی الرغم اینکه می توان مسایل حقوقی را از جهات مختلف فلسفی و اخلاقی مطالعه و در باره آن قضاوت کرد، اما وظیفه قاضی و حقوقدان تنها این است که به قواعد و اصولی که حکم قانونی پیدا کرده اند، توجه کنند و در درک و اعمال آن بکوشند. به عقیده این گروه، از زمانی چنین قوانین وضع می شوند، دیگر بحث و انتقاد راجع به

بخش اول: تعریف، انواع، هدف و مبانی حقوق | ۹

ماهیت و جنبه اخلاقی آن بی فایده است و قاضی و حقوقدان باید صرفاً در درک معنای قانون و اجرای آن بکوشند.^۵ به عقیده این گروه، حقوق دارای سه خصوصیت است:

- حقوق از قواعدی تشکیل می شود که به رفتار انسان ناظر است؛ به این توضیح که: با جنبه فعلی و عکس العمل های انسان سر و کار دارد و در صدد تنظیم احساس و فکر انسان نیست؛

- این قواعد از طرف مقام یا مقامات صلاحیتدار وضع می شود؛ و

- این قواعد دارای ضمانت اجرا است که توسط دولت تضمین و اجراء می شود.^۶

طرفداران حقوق تحققی تعاریف ذیل را برای حقوق ارایه کرده اند:

۱- **تعریف امری حقوق:** در دوران جدید برخی از حقوقدانان انگلیس حقوق را «امریه» می دانند که از طرف حاکم صادر می شود. توماس هابز فیلسوف شهیر انگلیسی به این عقیده است که: «حقوق به معنای اخص آن، کلام کسی است که حتماً نسبت به سایرین اختیار امر دارد». نوشته های گرانسنگ جرمی بنتام (۱۷۴۸-۱۸۳۳) یکی دیگر از طرفداران حقوق تحققی سهم بزرگی در فلسفه حقوق اثبات گرا و ارایه تحلیل نظام مند از حقوق و نظام حقوقی دارد. بنتام تحت تأثیر روح حاکم بر عصر روشنگری، کوشید تا کامن لا را در پرتو نور کم فروغ عقل، مورد مطالعه قرار دهد. وی کوشید تا از حقوق راز زدایی کرده و به شیوه برنده و دقیق، از آنچه پشت نقاب حقوق وجود داشت، پرده بردارد. این جمله معروف از او است که توسل به حقوق طبیعی چیزی جز «یک عقیده شخصی ملبس» یا «عقیده صرف اشخاصی که خود را به عنوان قانونگذار معرفی کرده اند»، نیست. از نظر بنتام، ابهام و عدم قطعیت کامن لا، در سراسر آن وجود دارد. حقوق نانوشته، فی نفسه مبهم و نامتعیین است. چنین حقوقی نمی تواند یک ضابطه عمومی و مورد اعتماد به دست بدهد.

ضابطه ای که به نحو معقولی بتوان از آن انتظار داشت که رفتار افراد را هدایت کند. با آشفتگی و هرج و مرج کامن لا^۷ باید به طور نظام مند برخورد کرد. بنتام، به سادگی، کدیفیکاسیون^۸ (مدون کردن) را راه حل این برخورد نظام مند به شمار می آورد. کد^۹ های (مجموعه های مدون) قانونی آشکارا قدرت قضات را کاهش می دهند. به این ترتیب، وظیفه آنها بیش از آنکه تفسیر باشد، اجرای قانون خواهد بود. همچنین، مدون کردن قوانین، بخشی بزرگی از نیاز ما به وکلا را برطرف خواهد کرد، زیرا در این صورت، مجموعه های مدون قوانین به آسانی و بدون کمک مشاوران حقوقی می توانند پاسخ هر مسأله را به دست دهند.

۵. همان، پرویز صانعی، ص ۴۰.

۶. همان، پرویز صانعی، ص ۴۱.

7. Common law.

8. Codification.

9. Code.

برخلاف نظام های حقوقی اروپای بری که مدت ها پیش براساس حقوق روم، کدهای ناپلئونی را پذیرفته اند در دنیای کامن لا، کدیفیکاسیون در حد یک رؤیا باقی مانده است. جان آستین به عنوان یکی از شاگردان جرمی بنتام، برداشت خود از حقوق را بر اندیشه دستور بنا کرده است. هرچند هر دو حقوقد مذکور بر لزوم تبعیت اشخاص از قدرت حاکم تأکید می کنند، اما با توجه به تأکید جان آستین بر مسأله کنترل رفتار، گاهی گمان رفته است که تعریف او فراتر از حقوق جزا را در بر نمی گیرد.^{۱۰} جان آستین نیز به این عقیده است که: «قانون قاعده ای است که برای رهنمایی یک فرد هوشمند از طرف موجود هوشمند دیگری که نسبت به او صاحب قدرت و اختیار است، وضع شده باشد.».

طبق این تعریف، حقوق موضوعه حقوقی است که از طرف موجود سیاسی برتر برای موجود تابع وضع می شود و آن را باید از اخلاق موضوعه یعنی مقررات و اصولی که به وسیله «عقاید عمومی» یا یک منبع غیرسیاسی برای افراد زیردست وضع می شود، تفکیک کرد. به این منظور، آستین به توضیح مفهوم «حقوق موضوعه» می پردازد و می گوید که: «هر قانون یا قاعده [...] یک امر است». مقصود آستین از لفظ «امر» این است که حقوق باید اولاً از طرف مقام ذیصلاحیت وضع شود؛ ثانیاً با ضمانت اجراء و تحمیل مجازات همراه باشد و ثالثاً در میان افراد تابع تکلیفی در اطاعت از قانون به وجود آورد.^{۱۱} جان آستین ضمانت اجراء را ضرر، درد و شری می داند که در صورت عدم تبعیت یک شخص از خواسته حاکم متوجه آن شخص می شود. جرمی بنتام و جان آستین بنیاد های اثبات گرایی حقوقی مدرن را پی ریزی کردند. اما، اندیشه های آنها تا حد زیادی به دست اثبات گرایان حقوقی معاصر پالایش یافته و توسعه پیدا کرده و حتی رد شده است.^{۱۲}

۳- حقوق به مثابه قواعد اجتماعی: هارت (۱۹۰۷-۱۹۹۲) اثبات گرایی حقوق خود را از فایده گرایی جرمی بنتام و نظریه دستور جان آستین جدا می کند. در خصوص نظریه دوم، مبنای مخالفت وی آن است که حقوق، بیش از دستور یک فرد مسلح است: دستوری که ضمانت اجراء دارد. هسته اصلی نظریه هارت، وجود قواعد بنیادی است که از سوی مقامات رسمی به عنوان قواعد الزام آور فرض شده و قانون از طریق آنها تصویب می شود. در تحلیل هارت، حقوق نظامی از قواعد است.

۴- حقوق به مثابه هنجارها: هانس کلسن حقوقدان اتریشی (۱۸۸۱-۱۹۷۳م) در کتاب پیچیده خود تحت عنوان «نظریه ناب حقوق» یک بررسی دقیق و عمیق از شیوه فهم حقوق به دست می دهد. وی تأکید دارد که برای فهم حقوق باید آن را به عنوان نظامی از «باید» یا «هنجارها» در نظر گرفت. از نظر کلسن، حقوق از اعمال حقوقی تشکیل می شود که این اعمال به نوبه خود، توسط این هنجارها به

۱۰. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۲۹ و ۳۰.

۱۱. پرویز صانعی (۱۳۸۱). حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو، صص ۴۱-۴۳.

۱۲. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۳۳ و ۳۶.

وجود می آیند. کلسن با پیروی از ایمانوئل کانت فیلسوف قرن هجدهم، بر این باور است که واقعیت عینی را تنها با استفاده از برخی مقولات شکلی مانند زمان و مکان که در طبیعت وجود دارند می توان فهمید. ما این مقولات را به کار می گیریم تا به وسیله آنها جهان را برای خود معنا کنیم.

به همین ترتیب، برای فهم «حقوق» به مقولات شکلی مانند هنجار بنیادی نیاز داریم که همانطور که از اسمش پیدا است در بُن و ریشه هر نظام حقوقی قرار می گیرد. کلسن می گوید که نظریه حقوقی به لحاظ علم بودن، کمتر از فزیک یا کیمیا نیست. بنابراین، ما باید حقوق را از ناخالصی های اخلاقی، روانشناسی، جامعه شناسی و نظریه سیاسی رها کنیم. سپس، نوعی پاکسازی اخلاقی را بیان می کند که در پرتو آن، تحلیل ما به سمت هنجاری های حقوق موضوعه هدایت می شود: «باید هایی» که اعلام می کنند اگر رفتاری خاص «الف» صورت گیرد، مقام دولتی، ضمانت اجرایی «ب» را بر متخلف باید تطبیق کند.

بنابراین، نظریه ناب کلسن، اموری را که نمی توان به طریق عینی درک کرد، نظیر کارکرد های اخلاقی، اجتماعی و سیاسی حقوق، از تعریف حقوق خارج می کند. به نظر وی، حقوق تنها یک هدف دارد و آن ایجاد انحصار در قدرت است. از نظر کلسن هر هنجار برای این که معتبر باشد، باید مورد حمایت هنجار دیگری قرار بگیرد که خود آن هنجار هم به نوبه خود باید توسط یک هنجار حقوقی برتر موجود در نظام، مورد حمایت باشد.

بنابراین، مدلی که کلسن از نظام حقوقی ترسیم می کند عبارت است از توالی هنجارهای مرتبط که از «باید های» بسیار کلی شروع شده و به باید های بسیار جزئی ختم می شود. هر هنجاری در این نظام سلسله مراتبی، اعتبار خود را از یک هنجار بالاتر اخذ می کند. اعتبار تمامی هنجارها، نهایتاً بر هنجار اصلی و بنیادی مبتنی است. با توجه به این که اعتبار هر کدام از هنجارها به هنجار عالی و اعتبار آن هم به هنجار عالی تر وابسته است، نهایتاً به هنجاری می رسیم که به هیچ هنجاری وابسته نیست. این هنجار همان هنجار پایه است. از آنجا که بنابر تعریف، اعتبار هنجار اصلی را نمی توان به هنجار دیگر وابسته دانست، بنابراین، اعتبار آن را باید مفروض گرفت.^{۱۳} نظریه هانس کلسن منجر به ایجاد سلسله مراتب قواعد حقوقی و ایجاد مدل دادرسی اساسی اروپایی گردیده است.

۵- تعریف حقوق به عنوان مجموعه قواعد: اکثر حقوقدانان اروپایی که طرفدار نظریه تحقیقی یا موضوعه حقوق هستند، حقوق را به عنوان مجموعه قواعد و مقررات تعریف کرده اند. برخی حقوقدانان انگلیسی در تعریف حقوق می گویند: «تعریف دقیق حقوق مشکل، اما به نظر می رسد حقوق قواعد رفتاری برای مردم در مملکت معین است که فعالیت های آنها را نسبت به همدیگر در زندگی خصوصی و مسایل تجارتی و روابط آنها را با دولت تنظیم می نماید.»^{۱۴} به عقیده پلانبول استاد حقوق مدنی فرانسه

۱۳. همان، پرویز صانعی، صص ۴۲-۴۴.

جامعه مدنی بدون وجود مجموعه از مقررات الزامی قابل دوام نیست. «این قواعد نظم را در جامعه مستقر می سازد و بدون آنها هرج و مرج در جامعه ایجاد می شود. این قواعد «غیرشخصی» و «دایمی» هستند. مجموعه قواعد حقوقی «حقوق» را به وجود می آورند.».

همچنین، به نظر کاپیتان یکی دیگر از حقوقدانان مدنی فرانسه: «حقوق مجموعه احکام، مقررات یا قواعدی است که بر رفتار انسان در جامعه حاکم است و رعایت آن - در صورت لزوم- به وسیله محدودیت اجتماعی که «جبر عمومی» نیز نامیده می شود، تأمین می گردد.» برخی استادان حقوق جمهوری اسلامی ایران نیز از نظریه حقوق موضوعه پیروی کرده اند و «حقوق» را مجموعه قواعد دانسته اند. داکتر علی شایگان بر این عقیده است که: «حقوق مجموعه قوانین، نظام ها و رسومی است که حاکم بر اعمال و روابط مردم است و در صورت لزوم افراد به رعایت آن مجبور می شوند.» منصور السلطنه عدل نیز بر این نظر است که: «حقوق عبارت است از مجموعه نظام ها و اصولی که روابط افراد مردم را با یکدیگر منظم نموده و باید به وسیله قوه قهریه به منصفه اجرا گذاشته وشد.^{۱۵}

داکتر کاتوزیان در تعریف حقوق می گوید که: «حقوق مجموعه ای از قواعد الزام آور و کلی است که، به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می شود.»^{۱۶} داکتر مدنی در تعریف حقوق می گوید که: «به مجموعه مقرراتی که حاکم بر یک جامعه سیاسی است و از طرف دولت تضمین شده، حقوق می گویند.»^{۱۷} آقای علی پاشا صالح در تعریف حقوق می گوید که: «علم حقوق مجموع قواعدی قضایی و نظامات و اصولی است که ناظر بر اعمال و افعال و امور مردم است و نتیجه تحولات و تطوراتی است که در گذشت ایام روی داده است و به یک اعتبار رشته از تاریخ است.»^{۱۸}

۶- تعریف حقوق به مثابه تفسیر: در دهه ۱۹۷۰ بنیان های فلسفه حقوق با اندیشه های یک حقوقدان امریکایی به نام رونالد دورکین^{۱۹} متولد ۱۹۳۱ میلادی به لرزده در آمد. وی از سال ۱۹۶۹ به عنوان استاد فلسفه حقوق جانشین هارت در دانشگاه اکسفورد شد. نفوذ اثبات گرایی حقوقی به ویژه در انگلستان، طی سه دهه گذشته، آماج حملاتی بوده است که وی در قالب یک نظریه حقوقی پیچیده مطرح کرده است. در میان عناصر متعدد فلسفه پیچیده او، این ادعا وجود دارد که حقوق تقریباً برای همه مسایل راه حل دارد.

ادعای مذکور با این نظر سنتی و اثبات گرایانه مغایرت دارد که قاضی هنگام مواجهه با یک دعوی مشکل که نه قانونی برای اعمال بر آن پیدا می کند و نه آرای که قبلاً صادر شده باشند، صلاحدید و

۱۵. پرویز صانی (۱۳۸۱). حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو، صص ۴۳ و ۴۴.

۱۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۶۶۶.

۱۷. سید جلال الدین مدنی، (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار، ص ۳۵.

۱۸. علی پاشا صالح، (۱۳۴۸). سرگذشت قانون، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۱۶.

تشخیص خود را اعمال می کند و دعوی را بر مبنای آنچه درست می داند حل و فصل می کند. دورکین با چنین فرضی مخالف است و نشان می دهد که در این دعاوی، قاضی قانون را نمی سازد، بلکه آنچه را که جزئی از مواد و متون قانونی است تفسیر می کند. او از طریق تفسیر به بیان ارزش هایی می پردازد که نظام حقوقی به آنها ملتزم است. برای فهم کلیدی ترین نظریه دورکین برای این که حقوق یک نظام بدون خلاء است به دو مثال ذیل توجه کنید:

یک منتفع از وصیت، صبر نمی کند و موصی خود را می کشد. آیا او باید از ارث محروم شود یا نه؟ یک استاد بزرگ شطرنج با خندیدن مداوم به چهره رقیبش او را پریشان می کند. رقیبش به او اعتراض می کند. آیا این خندیدن نقص قواعد بازی شطرنج است؟ هر دو مورد فوق، در زمره دعوی دشوار قرار دارند، زیرا در هیچ کدام از آنها قاعده قابل تعیینی برای حل دعوی وجود ندارد. این امر اثبات گرایان حقوقی را دچار سردرگمی می کند زیرا همانطور که گذشت، اثبات گرایان عموماً معتقد اند که حقوق متشکل از قواعدی است که واقعیت های اجتماعی تعیین کرده اند. هر جا که این قواعد قابل اعمال نباشند، مانند مثال فوق، مشکل تنها با اعمال صلاحیت شخصی و احتمالاً خودسرانه حل خواهد شد: امری که برای یک وکیل در حکم کابوس است.

اما، چنانچه حقوق متضمن چیزی بیش از قواعد باشد، آنگونه که دورکین ادعا می کند، راه حل مشکل در خود حقوق یافت خواهد شد. معمای اول که ذکر شد (قتل مؤرث به دست وارث) از تصمیم محکمه نیویارک در دعوی ریگز علیه پالمر^{۲۰} در سال ۱۸۹۹ اقتباس شده بود. در این دعوی، وصیت نامه مورد بحث اجراء شده و قاتل نیز از آن منتفع شده بود. اما ارث بردن یا نبردن قاتل مذکور، مبهم بود: قواعد راجع به وصیت استثنایی در این خصوص پیش بینی نکرده بود. لذا، قاتل باید حق ارث بردن را داشته باشد. باوجود این، محکمه نیویارک چنین رأی داد که اعمال قواعد تابع این اصل است که: «هیچ کس نباید از عمل خطای خود منتفع شود».

از این رو، قاتل نمی تواند از قربانی خود ارث ببرد. دورکین اظهار می دارد که این تصمیم، آشکار می کند که حقوق علاوه بر قواعد، متضمن اصول نیز می باشد. دورکین در باره معمای دوم می گوید که برای تصمیم گیری در این باره که آیا خندیدن، نقص قواعد شطرنج می باشد یا نه باید داور متوسل شد. چون قواعد در این خصوص ساکت هستند او باید ماهیت شطرنج را به عنوان بازی مهارت های فکری مدنظر قرار دهد و اعلام کند که آیا این بازی متضمن استفاده از تهدیدهای روانی نیز می باشد.

به عبارت دیگر: وی باید پاسخی را که بیشترین مطابقت را با بازی شطرنج دارد و آن را تبیین می کند بیابد. برای چنین پرسشی، یک پاسخ درست وجود دارد. همین وضع در مورد قضاوت که در خصوص یک دعوی دشوار تصمیم گیری می کند نیز صادق است. نظام های حقوق، قضایای مناقشه آمیز یا دشوار مانند قضایای فوق ایجاد می کنند که در تصمیم گیری راجع به آنها، قاضی با این سؤال مواجه است که آیا

در تعیین آنچه که باید باشد، باید به فراتر از امر و نص قانون برود یا نه. بنابراین، دورکین مانند هارت معتقد است که حقوق صرفاً از قواعد تشکیل نشده است، بلکه موازین و معیارهایی غیر از قواعد نیز سازنده آن هستند. محکمه هنگام تصمیم گیری در باره دعوی دشوار، این موازین و معیارهای (اخلاقی یا سیاسی)، اصول و سیاست ها را مطرح می کند تا به تصمیم برسد.^{۲۱}

از آنچه در مورد تعریف حقوق گفته شد، به خوبی نتیجه گرفته می شود که: طرفداران حقوق طبیعی که آرمان گرا^{۲۲} بوده اند، تعریف آرمان گرایانه و قطع نظر از واقعیت اجتماعی حقوق، به حقوق ارایه کرده اند. برعکس، طرفداران مکتب حقوق تحققی که واقع گرا^{۲۳} بوده اند حقوق را واقع گرایانه با توجه به واقعیت اجتماعی آن تعریف کرده اند. در نتیجه، طرفداران حقوق طبیعی حقوق را آنگونه که باید باشد تعریف کرده اند، نه آنگونه که است. برعکس، طرفداران مکتب حقوق تحققی حقوق را آنگونه که است تعریف کرده اند، نه آنگونه که باشد.

نکته دیگری که در تعاریف طرفداران حقوق طبیعی و تحققی جالب است این است که این دانشمندان حقوق را مجموعه قواعدی می دانند که حاکم بر زندگی انسان است که شخص طبیعی و فرد نیز در برخی تعاریف نامیده شده است. بنابراین، طرفداران حقوق طبیعی و تحققی توجه به «شخص حکمی» نکرده اند و تعاریف طرفداران هر دو مکتب امروزه ناقص به نظر می رسد، زیرا امروزه اشخاص حکمی چه در ساحت حقوق خصوصی، چه در ساحت حقوق عامه و چه در ساحت حقوق بین الملل یکی از تابعین حقوق اند.

اهمیت شخص حکمی اعم از عامه، خصوصی و بین الملل امروزه در علم حقوق به اندازه ای است که معاهدات بیان المللی، قوانین اساسی، قوانین عادی، مقررات، لوائح و طرز العمل ها که قواعد حقوقی و قواعد حقوقی «حقوق» را تشکیل می دهد، علاوه بر اشخاص طبیعی، به منظور تنظیم امور «اشخاص حکمی» وضع شده اند. به حیث مثال، در حقوق بین الملل دولت ها، سازمان های بین المللی، شرکت های چندین ملیتی و نهضت های آزادی بخش ملی که شخصیت های حکمی بین المللی اند یکی از مباحث مهم حقوق بین الملل اند.

در حقوق عامه، دولت ها و سایر شخصیت های حکمی یکی از مباحث عمده حقوق عامه اند. در حقوق خصوصی، شخصیت های حکمی خصوصی مانند: شرکت ها، جمعیت ها که شامل احزاب سیاسی، مؤسسات تحصیلات عالی، انجمن ها، شوراها، بنیادها، اوقاف و ... می شود یکی از مباحث مهم در حقوق خصوصی اند. امروزه باید تعریفی از حقوق ارایه کرد که نه تنها متوجه رفتار شخص حقیقی، بلکه متوجه رفتار شخص حکمی در حوزه های مختلف حقوق نیز باشد. بنابراین، امروزه حقوق

۲۱. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۵۳-

۵۶.

22. Idealist.

23. Realist.

را می توان چنین تعریف کرد: «حقوق مجموعه قواعد حقوقی، اصول کلی، عرف، رویه های قضایی و تفسیر های است که روابط اشخاص حقیقی و ایجاد، فعالیت و انحلال اشخاص حکمی را تنظیم می نماید و اجرای آن از طرف دولت ها تضمین می شود.» این تعریف عام است که طبق آن:

اولاً: مصدر حقوق صرف قواعد حقوقی که مستنبط از قانون به مفهوم عام است نیست، بلکه علاوه بر قواعد حقوقی، عرف، اصول کلی حقوق، رویه های قضایی و تفسیر های که توسط نهادهای صیانت از قانون اساسی صادر می شود نیز مصدر حقوق است؛

ثانیاً: طبق این تعریف حقوق نه تنها روابط اشخاص حقیقی (انسان ها) بلکه روابط اشخاص حقوقی مانند: مؤسسات، شرکت ها، دولت ها و امثال اینها را تنظیم می نماید.

ثالثاً: طبق این تعریف، اجرای قواعد حقوقی توسط دولت تضمین می شود، به عنوان مثال، قواعد مربوط به تدویر انتخابات، دوره اعضای شورای عالی ستره محکمه، دادن رأی اعتماد ولسی جرگه به وزراء و ... که توسط دولت تضمین و تطبیق می شود.

رابعاً: پدیده های مادی دنیوی تقسیم می شود به انسان ها، نباتات، حیوانات و جمادات. در علم حقوق به انسان شخص حقیقی می گویند. حقوق زندگی اشخاص حقیقی را از زمان انعقاد نطفه الی فوت تنظیم می نماید. بنابراین، حقوق برای تنظیم حیات نباتات و حیوانات وضع نمی شود.

همچنین، حقوق با جمادات سر و کاری ندارد، زیرا حیوانات، نباتات و جمادات موجودات دارای حق و تکلیف نیستند. البته، در برخی موارد استثنایی موضوع قواعد حقوقی حیوانات و جمادات نیز قرار می گیرند، مانند: قواعدی که برای حفظ نسل حیوان وضع می شوند و قوانینی که احکام مربوط به استفاده از منابع طبیعی مانند: طلا، نقره، مس، آهن و ... را تنظیم می نماید. علاوه بر اشخاص حقیقی، حقوق ایجاد، فعالیت و انحلال اشخاص حکمی اعم از بین المللی، عامه و خصوصی را نیز تنظیم می نماید.

تعریف دیگری که به نظر می رسد می توان برای حقوق ارایه کرد این است که حقوق علم هنجاری، تخنیکی و اعتباری است که حیات اشخاص حقیقی و حکمی را تنظیم می نماید. طبق این تعریف حقوق مانند سایر رشته های علوم انسانی مانند فلسفه، سیاست و نظیر اینها علم است. همچنین، طبق این تعریف حقوق علم هنجاری (Normative) است زیرا حقوق متشکل از هنجارهای است که باید ها و نباید ها و اجازه ها را تنظیم می نماید. این هنجارها برآمده از قانون، فقه، عرف، اصول کلی، رویه های قضایی و دکترین است.

همچنین، طبق این تعریف حقوق هنجارهای اعتباری است زیرا توسط شارع و دولت وضع می شود و به برخی پدیدهها اعتبار می دهد و اعتبار برخی پدیده ها را سلب نمی نماید. به حیث مثال، سبب عقد، محل عقد، ارکان عقد همه اعتباری اند زیرا عقد حقیقتاً رکن و محل ندارد اما قانونگذار به آن اعتبار بخشیده است. همچنین، برخی اعمال در گذشته در ممالک اروپایی جرم بود مانند لواط و مساحقه، اما امروزه جرم بودن این اعمال در برخی ممالک غربی دیگر اعتبار ندارد برعکس ممالک اسلامی.

همچنین، حقوق علم تخنیکي است. به حیث مثال، اگر یک فرد عادی دعوی جزایی، مدنی، تجارتی و نظیر اینها داشته باشد، بسیار برای این فرد مشکل است تا بتواند صورت قانون حاکم را پیدا و تفسیر نماید، دعوی را ترتیب بدهد، محکمۀ ذیصلاح و مراحل محاکماتی، زبان قانون و نظیر اینها را بداند. از همین رو، معمولاً افراد برای پیشبرد دعوی خویش وکیل استخدام می نمایند.

مبحث دوم) انواع

تاریخ حقوق حاکی از آن است که در درازای تاریخ دانشمندان و فلاسفه حقوقدانان معتقد به سه نوع حقوق بوده اند: حقوق طبیعی، حقوق الهی و حقوق موضوعه که هر یک ذیلاً به صورت مختصر مورد بحث قرار می گیرد:

گفتار اول) حقوق طبیعی

مرسوم است که اصطلاح «حقوق فطری» را در برابر «حقوق وضع شده» به کار می برند. حقوق موضوعه مجموع قواعدی است که توسط قوه قانونگذاری وضع و در زمان معین بر ملتی حکومت می کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می شود. ولی، حقوق فطری به قواعدی گویند که برتر از اراده حکومت و غایت مطلوب انسان است، و قانونگذار باید کوشش کند تا آنها را بیابد و راهنمای خود قرار دهد. برخی نویسندگان در تعریف حقوق طبیعی می گویند: «معیار مطلق عدل بنا بر سنن موجود «حقوق طبیعت» نامیده می شود؛ یعنی: حقوقی که بر ساختمان اشیاء استوار است نه به صرف تمایل و تغنن قانونگذار.»^{۲۴}

قدیمی ترین مکتب^{۲۵} حقوقی که حداقل دارای بیش از دو هزار سال سابقه تاریخی است و هنوز نیز به عنوان یک نظریه معروف جهانی مطرح است و از جاذبه مهمی برخوردار می باشد مکتب حقوق طبیعی و یا فطری^{۲۶} است. طرفداران این مکتب برخلاف مکتب اثبات گرایی معتقد به پدیده های میتافزیک و طبیعی اند. پرسش این است که طبیعی در چه مفهومی استعمال می شود؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که: طبیعی در چندین معنی استعمال می شود. برخی طبیعی را به معنی خدایی استعمال می نمایند، زیرا این گروه بر این نظر اند که طبیعت اراده ندارد. از نظر لغوی طبیعی اسم منسوب به طبیعت است که به معنی ذاتی و فطری است و در مقابل مصنوعی استعمال می شود.^{۲۷} در فلسفه حقوق، طبیعی در این مفهوم استعمال نمی شود. رواقیون یونانی که علاقه خاصی به

۲۴. دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۲.

۲۵. مکتب اسم مکان از ریشه کتب گرفته شده است که به معنی جای و محل کتابت است. به نظر می رسد در فلسفه و فلسفه حقوق مکتب در مفهوم لغوی آن استعمال نمی شود بلکه مفهوم ویژه دارد. مکتب حقوقی در واقع نقشی را که مذهب در شریعت ایفاء می نماید در فلسفه حقوق ایفاء می نماید. لذا، مکتب حقوقی به مجموعه نظریاتی اطلاق می گردد که عده ای از فلاسفه حقوق در مورد آن توافق نظر دارند. بنابراین، مکتب چیزی بالاتر از نظریه است. هرگاه فرضیه مورد تأیید علما قرار بگیرد به نظریه تبدیل می شود.

26. Natural law.

۲۷. حسن عمید (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۴۳.

قانون طبیعی داشتند از نظر آن‌ها طبیعی عبارت بود از مطابق با عقل بودن. از همین رو، آنها اعتقاد داشتند که قوانین ناسازگار با عقل بی اعتبار است.^{۲۸}

در هر حال، این مکتب به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم بسیاری از مکاتب دیگر حقوقی را تحت تأثیر قرار داده است. طرفداران حقوق طبیعی به حقوق برتر و مقدم بر دولت باور دارند و می‌گویند دولت در اعمال حاکمیت محدود به قواعد ناشی از حقوق طبیعی است.^{۲۹} حقوق فطری حتی در میان سوفسطائیان یونان مطرح بوده و فلاسفه‌ای مانند سقراط و افلاطون و ارسطو نیز طرفدار آن بوده‌اند و در موارد متعددی به اصول حقوق طبیعی استدلال نموده‌اند و پس از یونانیان این نظریه در میان رومیان طرفداران زیادی داشته و دانشمندانی مانند سیزرون و غیره در باره حقوق طبیعی و حتی بداهت اصول و مبانی آن به تفصیل بحث نموده‌اند. هم‌اکنون نیز نظریه حقوق طبیعی مورد تأیید بسیاری از دانشمندان حقوق و سیاست غرب و شرق می‌باشد.

بعضی از نویسندگان را عقیده بر این است که اولین دانشمندی که سخن از حقوق طبیعی به میان آورده فیثاغورس، حکیم معروف یونانی، بوده است. او معتقد بود که جهان دارای نظمی خلل ناپذیر و مبتنی بر قواعد ریاضی است که با روابط کمی و عددی قابل بیان است. وی نتیجه می‌گرفت که باید برای تطبیق دادن خود با این نظم تلاش کرد.

آنچه مسلم است این است که نظریه حقوق طبیعی پیش از سقراط در میان سوفسطائیان یونان به صورت جدی مطرح بوده است و آنان معتقد بوده‌اند که حقوق طبیعی حقوق واقعی است و حقوق موضوعه حقوق تصنعی است و لذا باید تسلیم مقرراتی بود که به صورت تکوینی بر عالم طبیعت حکم فرماید. افلاطون که خود از پیروان مکتب حقوق طبیعی و از بزرگترین فلاسفه یونان است در آثار خودش همیشه بر این اساس نظر می‌دهد و از جمله طرح مدینه فاضله خود را نیز قبل از هر چیز بر اساس نظریه حقوق طبیعی مطرح ساخته است و در تمامی کتاب معروف «جمهوری» همین معنی را مطرح می‌نماید.

خلاصه نظریه افلاطون در کتاب جمهوری این است که اگر می‌خواهیم مدینه فاضله تشکیل دهیم و عالی‌ترین نظم را بر جامعه انسانی حکمفرما کنیم تا فرد و جامعه به سعادت نایل آیند باید فرد انسان را به عنوان الگوی طبیعی مورد مطالعه قرار دهیم و اصولی را که منجر به سعادت فرد می‌شود، الگوی تقسیم کار اجتماعی در جامعه قرار دهیم چه این که سعادت جامعه از همان طریقی حاصل می‌شود که سعادت فرد حاصل می‌شود. او می‌گفت: ما موقعی که انسان را مورد مطالعه قرار دهیم خواهیم یافت که طبیعت سه قوه عاقله و شهویه و غضبیه را در وجود او به ودیعت نهاده است.

۲۸. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، ص ۱۰.

۲۹. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۱۵۷.

آنگاه افلاطون از این بررسی نتیجه می‌گیرد که در جامعه نیز سه نهاد باید وجود داشته باشد: دولت، تجار و اردو. هیأت دولت در جامعه نقش قوه عاقله در فرد را ایفاء می‌کند و اصناف و تجار کار امیال و انگیزه‌ها را انجام می‌دهند و ارتش در صدد است نقش قوه غضبیه و یا دافعه را ایفاء کند. بنابراین، دولت وظیفه‌ای جز درک مصالح و مفساد جامعه و راه تأمین آن و صدور فرمان برای تأمین این مصالح و دفع این مفساد ندارد و اصناف و تجار و ارتش وظیفه دارند که از فرمان هیأت حاکمه اطاعت کنند.

آنگاه نتیجه می‌گیرد که دولت یا شخص حاکم که می‌خواهد کار عقل را در جامعه عهده دار شود باید از قوی‌ترین قوه عاقله برخوردار باشد و لذا برای تشکیل دولت فلاسفه را بهترین می‌داند؛ چه این که فلسفه کاوشی است عقلانی برای درک جهان در حدود قدرت انسان و قهراً فلاسفه که دائماً به مطالعه عقلانی جهان مشغول اند از نظر عقل از دیگران قوی‌تر و بالنتیجه برای حاکمیت و رهبری از همه دیگران مناسب‌ترند و شعار معروف افلاطون که می‌گفت «جامعه سعادت‌مند جامعه‌ای است که حاکمانش فیلسوف و فلاسفه اش حاکم بوده باشند» از همین نظریه ناشی می‌شده است. ولی از آن‌جا که افلاطون انسانها را از نظر نژادی با یکدیگر مساوی نمی‌دانست و معتقد بود که افراد از نظر اصالت نژادی به گروه‌های پست و پیشرفته تقسیم می‌شوند افرادی را برای قبول مسئولیت رهبری پیشنهاد می‌کرد که ضمن فیلسوف بودن از اصالت نژادی برتری برخوردار باشند. به هر حال، ترسیم مدینه فاضله افلاطون بر اساس اصول حقوق طبیعی و الهام از طبیعت است.

یکی دیگر از طرفداران حقوق طبیعی ارسطو فیلسوف معروف یونانی است که در موارد زیادی از اصول حقوق طبیعی به عنوان معیار حقوق و امتیازات اجتماعی یاد نموده است. وی در کتاب سیاست می‌نویسد: بعضی بر این عقیده‌اند که برده داری برخلاف طبیعت است زیرا بر پایه زور استوار است، اما اگر در طبیعت مطالعه کنیم می‌بینیم در طبیعت افراد زیادی وجود دارند که برای بردگی آفریده شده‌اند و نیز می‌گویند: طبیعت همیشه خواسته که بدن‌های بردگان و آزادگان را از یکدیگر متفاوت سازد. بدن‌های بردگان را برای انجام وظایف پست زندگی نیرومند ساخته اما بدن‌های آزادگان را اگرچه برای این گونه پیشه‌ها ناتوان کرده در عوض شایسته زندگی اجتماعی آفریده است.

پس ثابت شد که به حکم طبیعت برخی از آدمیان آزاد و گروهی دیگر بنده‌اند و بندگی برای ایشان هم سودمند است و هم روا... از اینجاست که حتی فن جنگ به نحوی فن به دست آوردن مال به شیوه طبیعی است. آنچنان فنی که باید نه فقط بر ضد جانوران درنده بلکه بر ضد مردمی که به حکم طبیعت برای فرمانبرداری زاده شده‌اند ولی از تسلیم به این حکم سر باز می‌زنند به کار رود. این گونه جنگ طبعاً رواست.

نظریه حقوق طبیعی از یونانیان به رومیان منتقل شد. پیروان مکتب رواقی نیز عقیده داشتند که انسان، به حکم طبیعت، از قانون سرمدی و جهانی پیروی می‌کند و سعادت او نیز در سازگاری با طبیعت است.

او شهروند همه جهان است و به این میهن بزرگ تعلق دارد؛ و در نتیجه همین فکر می گفتند: «همه دولتها باید جای خود را به يك دولت جهانی واگذار کنند.»

سیسرون حقوقدان رومی به حقوق طبیعی و ثابت اطمینان داشت. او می گفت: قانون ثابتی، که ناشی از عقل و فطرت آدمی است، همیشه و همه جا وجود دارد و کسی که از این قانون اطاعت نکند از خویش می گریزد و طبیعت انسان را از نظر دور می دارد. به گفته او، نه تنها طبیعت قوانین واقعی را وضع و تحمیل می کند، طبیعت هر انسان به گونه ای است که قابلیت درک قانون طبیعی و سازگاری با آن را دارد و بدین ترتیب از افلاطون که این درک را ویژه حکیمان می دانست فاصله می گیرد. قوانین وضع شده را نیز تا جایی باید احترام کرد که با قانون طبیعی موافق باشد، وگرنه حکم زور است.

سیسرون به هنگام طرح فلسفه رواقی سه عنصر اصلی برای هر نوع فلسفه پردازی در باره قانون طبیعی معرفی کرده است: «قانون حقیقی همان عقل سلیم است که در هماهنگی با طبیعت قرار دارد. این قانون، جهانشمول، غیرقابل تغییر و ابدی است [...] تلاش برای تغییر این قانون گناه است، لغو هیچ بخشی از آن مجاز نیست و نسخ کلی آن غیر ممکن است [...] خداوند ﷻ خالق این قانون و اشاعه دهنده آن و ضامن آن است.»

این نظریه، جهانشمولی، تغییر ناپذیری، قانون برتر و قابل کشف بودن به کمک عقل را مهمترین اوصاف قانون طبیعی می داند.^{۳۰} رومیان حقوق را به سه گروه تقسیم می کردند: ۱) حقوق مدنی که موضوعه و ویژه شهروندان جامعه معین است؛ ۲) حقوق بشر که حقوق پذیرفته شده برای تمام جامعه های انسانی در زمان معین است و در باره خارجیان نیز باید رعایت شود؛ و ۳) حقوق طبیعی که آرمانی و تغییر ناپذیر و جاودانه است.

حقوق طبیعی از روم و یونان وارد مسیحیت شد. معروفترین و قدیمی ترین طرفدار حقوق طبیعی از مسیحیان ظاهراً سنت آگوستین است. او که در سال ۳۵۴ میلادی در شهر «تاگاست» واقع در آفریقای شمالی متولد شد در دوران قدرت امپراطوری روم می زیسته است و معاصر با کنستانتین - اولین قیصر مسیحی روم - بوده است. برای خنثی کردن تبلیغات ضد مسیحیت «سنت آگوستین» فلسفه رواقیون را وارد حقوق ناشی از کتاب مقدس کرد؛ به طوری که کلیسا بتواند علاوه بر استفاده از کتب دینی از فلسفه رواقیون نیز بهره مند گردد. نوآوری آگوستین به منزله انقلابی است که به عقل بشر اجازه می دهد به عنوان سایه ای از عقل الهی احکام الهی را تفسیر کند.

در زمینه قانون طبیعی «سنت آگوستین» معتقد است که خداوند ﷻ به انسان عقل و دل و روحی اعطا کرده که می تواند به کمک آنها قانون طبیعی را کشف کند. به علاوه، وی اختلاف قوانین موجود در شرایط مختلف زمانی و مکانی را نیز از طریق تنوع شیوه های دخالت عقل بشری در استنتاج قانون الهی و قانون طبیعی توجیه می کند. اما، اولین جلوه های بارز قانون طبیعی، در نوشته های سنت توماس اکویناس

(۱۲۲۵-۱۲۷۴) به چشم می خورد. اثر اصلی وی موسوم به رساله الهیات حاوی جامع ترین تصویر از آموزه های مسیحیت در باره این موضوع است. او بین چهار نوع قانون تمایز قایل می شود: قانون ازلی^{۳۱} (حکمت الهی که تنها برای خداوند ﷻ معلوم است)، قانون طبیعی (قانون ازلی در میان مخلوقات واجد عقل که با عقل قابل کشف است)، قانون الهی^{۳۲} (که در کتاب مقدس آمده است) و قانون انسانی^{۳۳} (که مورد تأیید عقل است و برای خیر عمومی وضع شده است).

یکی از جنبه های نظریه اکویناس توجه زیادی به خود جلب کرده و مناقشه زیادی در آن شده است. وی می گوید: «قانونی که با قانون طبیعی یا الهی مطابق نباشد اصلاً قانون نیست». این نظریه غالباً به این صورت ابراز شده است که: «قانون غیر عادلانه قانون نیست». اما، متفکران معاصر بر این باور اند که خود اکویناس هرگز چنین عبارتی را نگفته است، بلکه آن را صرفاً از آگوستین نقل قول کرده است. افلاطون، ارسطو و سیسرون نیز اظهار نظر های مشابهی داشته اند، اما این فرضیه وجود دارد که نظر مذکور به احتمال زیاد به اکویناس تعلق داشته و منظور وی این بوده است که قوانینی که با مقتضای قانون طبیعی در تعارض قرار گیرند اخلاقاً الزام آور نخواهد بود.^{۳۴}

در سده های ۱۷ و ۱۸ میلادی، رفته رفته حقوق فطری ریشه مذهبی و الهی خود را در اروپا از دست داد. پیشرو این نهضت را باید گروسیوس^{۳۵} (۱۶۴۵ - ۱۵۸۳م) حقوقدان و سیاستمدار هلندی دانست. اثر معروف گروسیوس، رساله «حقوق جنگ و صلح» است که در سال ۱۶۴۵م انتشار یافت. با این که هدف نویسنده کتاب مبانی حقوق بین الملل عمومی بود و به همین جهت او را مؤسس این رشته از حقوق می دانند، از نظر فلسفه حقوق نیز افکار او اهمیت خاص دارد. گروسیوس سخن خود را از اصل ارسطویی نیاز طبیعی انسان به وجود اجتماع آغاز می کند و حقوق را قاعده ای می داند که عقل سلیم با فطرت اجتماعی او سازگار می بیند.

به بیان دیگر: او اعتقاد داشت که «حقوق طبیعی» قواعدی است که عقل آنها را موافق طبیعت اجتماعی انسان می داند. این قواعد، حتی اگر خدایی هم نبود، یا در کار انسان دخالت نمی کرد، باز وجود داشت. انسان موجودی است عاقل و اجتماعی، و همین دو صفت او را از سایر موجودات مشخص و ممتاز می سازد. پس، آنچه در پرتو عقل برای تنظیم روابط اجتماعی او به دست می آید، با طبیعت انسان موافق است، مانند: لزوم وفای به عهد و جبران ضرر ناشی از تقصیر. او به ویژه بر لزوم احترام به قرارداد، به عنوان یکی از ضرورت های زندگی اجتماعی، تکیه می کند و در روابط بین دولتها نیز

31. Eternal law.

32. Divine law.

33. Man - made law.

۳۴. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۱۰ و

35 Grotius.

پیمان‌های بین‌المللی را اساس حقوق طبیعی حاکم بر آنها می‌شمارد. پس از گروسیوس، پوفندرف آلمانی و دکارت فرانسوی نیز حقوق طبیعی را محصول عقل بشر و ناشی از طبیعت امور دانستند.

حاصل اندیشه خردگرایان در جمع میان قدرت سیاسی و طبیعت انسان را در این جمله می‌توان خلاصه کرد که: «قدرت، واضح و آفریننده حقوق نیست؛ عقل است که گام‌های انسانیت را منظم می‌کند». از سوی دیگر، جان لاک، فیلسوف مشهور انگلیسی، اعلام کرد که قوانین طبیعی احترام به مالکیت و حیات و آزادی دیگران را به همه فرمان می‌دهد و دولت وظیفه دارد این حقوق را محترم بشمارد و مفاد «قرارداد اجتماعی» را رعایت کند. عقاید او، که به وسیله ژان ژاک روسو و دیگران تکمیل شد، مکتب حقوق فردی را به وجود آورد، و به نوبه خود سبب تقویت و تکمیل نظریه حقوق فطری گشت.

نفوذ این عقیده پیش از سده بیستم به اندازه‌ای بود که، در مقدمه اعلامیه حقوق بشر، نمایندگان مجلس ملی فرانسه تمام بدبختی‌ها و گرفتاریهای اجتماعی را ناشی از تجاوز به حقوق طبیعی بشر دانستند. در متن اعلامیه بارها سخن از «حقوق انتقال‌ناپذیر و غیر قابل مرور زمان» انسان گفته شده است. همچنین، در ماده اول طرح قانون مدنی فرانسه در سال هشتم انقلاب گفته شده است: «حقوق عام و تغییرناپذیری وجود دارد که منبع تمام حقوق موضوعه است» و ماده ۷ قانون ۱۸۱۱ اتریش در همین زمینه می‌گوید: «در مورد سکوت قانون باید به حقوق طبیعی مراجعه کرد».^{۳۶}

ماده ۱ قانون مدنی مصر در این باره حکم می‌نماید که: «(۱- احکام قانون از حیث لفظ و مضمون بر کلیه موضوعات مشمول حاکمند؛ ۲- در صورت نبود قانون قابل اجراء، قاضی به اقتضای عرف و در صورت نبود عرف به اقتضای اصول شریعت اسلامی و در صورت نبودن چنین اصولی، به اقتضای حقوق طبیعی و قواعد عدالت حکم صادر خواهد کرد».^{۳۷} حقوق طبیعی مصوون از انتقاد نمانده است. مهمترین نقضی که در این مکتب حقوقی وجود دارد و بسیاری از حقوقدانان نیز به آن اشاره نموده‌اند این است که قواعد حقوق طبیعی به صورت کامل و مشخص، به گونه‌ای که بتواند در همه قواعد اجتماعی راهگشا باشد، به وسیله هیچ یک از طرفداران این مکتب تبیین و دسته‌بندی نگردیده است، و تنها بر این تأکید می‌شده که حقوقدانان و قانونگذاران موظف‌اند با مطالعه طبیعت اشیاء قوانین موضوعه را وضع و اجرا نمایند.

به نظر می‌رسد که علت تأکید و پافشاری بعضی از نظام‌های حقوقی غرب مانند انگلوساکسون بر «رویه قضایی و دکتربین» نیز همین بوده است که برای جبران نامشخص بودن مقتضای طبیعت بدین

۳۶. جهت مطالعه مفصل در مورد حقوق طبیعی ر. ک: دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، صص ۱۲-۱۳؛ هانری لوی بروئل (۱۳۷۶). جامعه‌شناسی حقوق، مترجم: ابوالفضل قاضی، چاپ سوم، تهران: نشر دادگستر، صص ۲۸ و ۲۹؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۱۳۸-۴۴.

۳۷. محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۱۵.

وسيله در فهم این قواعد از افکار دانشمندان استفاده شود. پیداست که مدون نبون حقوق یک جامعه، فرصت زیادی در اختیار سوء استفاده کنندگان از حقوق و قانون گذاشته به آنها اجازه می دهد که قوانین را به دلخواه خود تفسیر کنند و به ادعای این که مقتضای طبیعت نیز همین است توده ها را به نفع خود استثمار نمایند. چنانکه سوفسطائیان و همچنین فاشیست ها در قرون اخیر چنین سوء استفاده هایی داشته اند. «هارت» حقوقدان معروف، می گوید: «اگر این فلاسفه راه پوزیتیویسم را پیش گرفته اند برای این است که با هرج و مرج حقوقی و دلخواه مسؤولین امر یا افراد دیگر مبارزه کنند. پوزیتیویسم مانع از این می شود که افراد به میل خود رفتار کنند و با خود سری های بی رویه، جامعه را به هر راه که مایل باشند بکشانند.».

اشکال مهمتر در مکتب حقوق طبیعی مبتنی بودن آن بر واقعیات خارجی است در حالی که حقوق بیشتر از آن که از شرایط خارجی متأثر باشد از ارزش های انسانی پیروی می کند. همچنین، معیارها و اصولی که طرفداران این مکتب، مانند: آزادی، برابری، مالکیت و حق حیات ذکر نموده اند، ارزش هایی است که به هیچ وجه نمی تواند از واقعیات خارجی استنتاج گردد. گذشته از این که ارزش هایی مانند عدالت کلیاتی هستند که در مقام عمل نمی توانند راهگشا باشند، زیرا لزوم احقاق حق و اجرای عدالت به ما نمی گوید که حق چیست و بر اساس چه عواملی به وجود می آید. از این جاست که همان گونه که سقراط دیدگاه خود را بر اساس قوانین طبیعت توجیه می کرد سوفسطائیان نیز چنین می کردند.

از نظر ارسطو که بردگی اکثریت مردم جهان را بر اساس حقوق طبیعی ضروری می دانست و در این زمینه جنگ و کشتار را توجیه می نمود و در عصر حاضر گرایش های فاشیستی، نیز از این نوع استدلال ها بهره می گیرند. لذا همان گونه که افراد پاک و انساندوست عمل خود را مطابق با قوانین طبیعی می دانسته اند، جنایتکارانی مانند هیتلر نیز خود را طرفدار واقع دانسته آن همه کشتار و جنایت را حق طبیعی خود می دانست.^{۳۸} گذشته از اینها، حقوق طبیعی، موهوم و ذهنی (انتزاعی) است و مصادیق آن روشن نیست. همچنین، همیشه وقایعی تأریخی مؤید حقوق طبیعی نبوده است و نتیجتاً حقوق طبیعی تصویری بیش نیست.^{۳۹} ایرادی دیگری که بر حقوق طبیعی وارد می شود این است که حقوق طبیعی مانند حقوق موضوعه مدون و الزامی نیست.^{۴۰}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که به نظر می رسد نخست این که حقوق طبیعی امروزه به تأریخ مبدل شده است. دوم این که حقوق طبیعی ذهنی (انتزاعی) و فلسفی است که برآمده از ذهن طرفداران آن مخصوصاً فلاسفه حقوق است نه از اراده دولت و اراده خداوند ﷻ. سوم این که مصادیقی را که طرفداران حقوق طبیعی ارایه می نمایند بسیار محدود و موهوم است و نمی تواند همه مشکلات

۳۸. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۱۰۶-

۱۰۹.

۳۹. دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۳.

۴۰. همان، دل وکیو، ص ۱۳.

پیچیده حقوقی امروز را حل نماید. چهارم این که هیچ قانون دست کم در افغانستان دولت و به طور خاص قضات را مکلف به تطبیق حقوق طبیعی نمی نماید و بنابراین به نظر می رسد که نمی توان در محکمه و در ادارات دولتی به حقوق طبیعی استناد کرد. پنجم این که حقوق طبیعی را می توان صرف در کتاب های فلسفه حقوق پیدا کرد.

با وجود این ایرادها، نقشی را که حقوق طبیعی در طول تاریخ ایفا کرده است نمی توان نادیده گرفت. زیرا، حقوق طبیعی مبای حقوق بشر امروزه در غرب است. زیرا، نویسندگان اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر اسناد حقوق بشری، قواعد این اعلامیه و اسناد تقنینی بین المللی حقوق بشر را از حقوق طبیعی گرفته اند و سپس حقوق بشر منبع مهم برای حق های اساسی و آزادی های عمومی کم و بیش همه کشور های غربی و اسلامی قرار گرفته است. زیرا، نویسندگان قوانین اساسی اسلامی و غیراسلامی، حق ها و آزادی های عمومی مندرج در قوانین اساسی را از حقوق بشر (و در برخی موارد در ممالک اسلامی از فقه اسلامی) گرفته اند.

گفتار دوم) حقوق الهی

حقوق الهی حقوقی است که از طرف خداوند عز و جلاله وضع گردیده است. مصادیق این حقوق در درازای تاریخ متفاوت بوده است. مانند حقوق یهود، حقوق مسیحیت و حقوق اسلام که در مورد آن در فصل دوم، بخش دوم این کتاب بحث خواهیم نمود.

گفتار سوم) حقوق موضوعه

حقوق موضوعه^{۴۱} برخلاف حقوق طبیعی استعمال می شود. این حقوق ناشی از نظر طرفداران مکتب اثبات گرایی است. اثبات گرایی ترجمه «Positivism» است که مشتق از واژه لاتین «Positum» می باشد. هسته اصلی اثبات گرایی را این دیدگاه تشکیل می دهد که اعتبار هر قانون را می توان براساس منبعی که به لحاظ عینی قابل اثبات است ارزیابی کرد. به بیان دیگر: اثبات گرایی حقوقی همانند اثبات گرایی علمی، این اندیشه طرفداران حقوق طبیعی را که حقوق مستقل از تدوین و تصویب بشری وجود دارد، رد می کند.

مهم ترین وجه مشترک اثبات گرایان حقوقی این است که در مطالعات و تحلیل های خود، باید حقوقی را که وضع شده از حقوقی که اخلاقاً باشد یعنی حقوق طبیعی، جدا در نظر گرفت. به بیان دیگر: باید بین «امری که باید باشد» (چیزی که اخلاقاً پسندیده است) و «امری که هست» (چیزی که واقعاً وجود دارد) یک تمایز روشن قابل شد.^{۴۲}

۴۱. موضوعه اسم مؤنث مفعول از ریشه وضع گرفته شده است که در لغت به معنی ساخته شده و وضع شده است. با فاعل این فعل، واضع می گویند.

۴۲. ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، صص ۲۸ و ۲۹.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که دانشمندان پوزیتویست همانطور که از نام این مکتب پیداست معتقد به تجربه و تحلیل اند و این امر بیشتر در علوم تجربی مانند فزیک، کیمیا، طب و ... امکان پذیر است. بنابراین، دانشمندان اثباتگرا معتقد به پدیده های میتافزیک و حقوق طبیعی نیستند. به نظر ریمونک کاره دو مالبرگ حقوقدان فرانسوی که طرفدار حقوق موضوعه است دولت حقوق را ابداع می کند و بیش از دولت حقوقی وجود ندارد.^{۴۳}

در این مکاتب مبنای حقوق واقعیت های خارج از عقل محض است. این مکاتب، برای تعیین منشأ، محتوی و هدف حقوق، حقوق طبیعی را مناسب ندانسته، آن را رد می کنند و به طور کلی حقوق را تابع واقعیت های محسوس مانند قانون، عرف، تفسیر قضایی و نظیر اینها می دانند که به برخی مثال های آن در فوق اشاره صورت گرفت.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در طول تاریخ سه نوع حقوق وجود داشته است: حقوق طبیعی، حقوق الهی و حقوق وضعی. به نظر می رسد تفاوت هایی که میان این سه نوع حقوق وجود داشته است قرار ذیل اند:

(۱) از نظر تاریخی: هرچند گفته می شود که قدیمی ترین حقوق، حقوق طبیعی است، اما به نظر می رسد قدیمی ترین حقوق حقوق الهی است. به نظر می رسد اول حقوق الهی، سپس حقوق وضعی در مفهوم بسیار ابتدایی و سپس حقوق طبیعی به وجود آمده است. زیرا، خداوند عز و جل برای حضرت آدم عز و جل، حضرت شیث عز و جل و حضرت ابراهیم عز و جل صحایف و به حضرت داود عز و جل زبور، حضرت موسی عز و جل انجیل، حضرت عیسی عز و جل تورات و حضرت محمد صلی الله علیه و آله قرآن را نازل نموده است. این صحایف و کتب به ویژه تورات، انجیل و قرآن منابع مهم حقوق الهی بوده اند. حقوق یهودیت و مسیحیت امروزه به تاریخ حقوق تبدیل شده اند.

هرچند به حقوق اسلام امروزه به عنوان حقوق کلاسیک که موضوعیت برخی احکام را از دست داده است، به حیث مثال بردگی، نگرسته می شود. اما، به نظر می رسد حقوق اسلام هنوز هم به عنوان یکی از نظام های حقوقی زنده دنیا مطرح است. صحایف، زبور و تورات قبل از ایجاد مکتب حقوق طبیعی نازل شده اند و بنابراین بر حقوق طبیعی مقدم اند. پس از حقوق الهی، حقوق وضعی به صورت بسیار ابتدایی به وجود آمده است مانند قانون حمورابی که در حدود ۱۸۰۰ سال پیش از میلاد نوشته شده است. حقوق طبیعی چنانچه گفته شد، در یونان و حقوق وضعی به صورت امروزی بعد از ایجاد مکتب اثبات گرایی به وجود آمده است.

(۲) از نظر منبع: منبع حقوق طبیعی، طبیعت و ذات انسان، منبع حقوق الهی وحی (قرآن و حدیث در اسلام) و منبع حقوق وضعی امروزه قوانین، عرف، اصول کلی حقوق، رویه قضایی و دکترین اند که تفصیل آن در بخش دوم این کتاب خواهد آمد.

۴۳. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۱۵۶.

۳) از حیث استناد محاکم: در محاکم کمتر و یا هیچ به حقوق طبیعی استناد می شود با آنکه حقوق طبیعی مبنای حقوق بشر و حق های اساسی بوده است. اما، محاکم در نظام حقوقی افغانستان مکلف اند قوانین وضعی و در صورت سکوت قوانین وضعی قانون الهی را تطبیق نمایند.

۳) از نظر مصداق: مصداق های حقوق الهی و حقوق موضوعه به صورت واضح امروزه وجود دارد. به حیث مثال، حق حیات، حق کار، حق تشکیل خانواده، حق داشتن وکیل مدافع و نظیر اینها از مصداق های روشن حقوق الهی و حقوق وضعی اند، اما مصداق های حقوق طبیعی چندان روشن نیست، زیرا چنانچه گفته شد، طرفداران حقوق طبیعی بر این نظر بوده اند که این حقوق در طبیعت وجود دارد و باید این حقوق را با عقل کشف کرد.

۵) از نظر واضح: حقوق طبیعی با عقل کشف می شود و به نظر پیروان این حقوق، این حقوق در طبیعت و ذات انسان وجود دارد. واضح حقوق الهی، خداوند عز و جل و واضح حقوق وضعی قوای قانونگذاری دولت است.

۶) از نظر مبنا: به نظر طرفداران حقوق طبیعی، مبنای حقوق طبیعی در ابتداء انسان و طبیعت بوده است. بنابراین، حقوق طبیعی در ابتدا انسان محور و سپس طبیعت محور بوده است. اما، به نظر طرفداران حقوق موضوعه، حقوق محصول دولت است. در نتیجه، حقوق طبیعی عجین و توأم با حقوق اخلاقی بوده است، اما به نظر طرفداران حقوق موضوعه، حقوق اخلاقی و ذاتی از حقوق موضوعه خارج می شود.

۷) از نظر تقدم و تأخر: به نظر پیروان مکتب حقوق طبیعی و حقوق الهی، حقوق طبیعی و حقوق الهی قبل از دولت وجود داشته اند. بنابراین، حقوق طبیعی و حقوق الهی مسبق بر دولت بوده اند. اما، حقوق موضوعه بعد از ایجاد دولت ها به وجود آمده است.

فصل دوم: موضوع، هدف، مبنای حقوق و تعریف مبادی حقوق و فرق حقوق با حق

مبحث اول) هدف و موضوع حقوق

گفتار اول) هدف حقوق

اهداف حقوق یکی از مباحث مهم و بحث بر انگیز در فلسفه حقوق است. در رابطه به هدف حقوق میان علمای حقوق و فلسفه حقوق اتفاق نظر وجود ندارد. برخی بر این نظر اند که هدف حقوق تأمین آسایش، نظم عمومی و عدالت است.^{۴۴} برخی حقوقدانان انگلیسی بر این نظر اند که هدف حقوق تأمین عدالت است.^{۴۵}

به طرفداران اصالت فرد هدف حقوق را تأمین آزادی فرد و احترام به شخص و حقوق طبیعی او می دانند.^{۴۶} اما، طرفداران مکتب اصالت جمع هدف حقوق و قواعد حقوقی را تأمین سعادت اجتماع و ایجاد نظم در زندگی مشترک افراد می دانند.^{۴۷} اعتدالیون یعنی پیروان نظریه های معتدل که میان دو مکتب حقوق فرد و اجتماعی قرار دارند بر این نظر اند که هدف حقوق پیشرفت تمدن و ترقی ملت ها است.^{۴۸}

۴۴. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: ریموند واکس (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدانه، ص ۱۱۷.

۴۵. WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (___), Sweet and Maxwell, p 2.

۴۶. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۱۷

۴۷. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: همان، دل وکیو، ص ۱۷۹.

۴۸. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: همان، دل وکیو، ص ۱۳۷.

برخی دیگر بر این نظر اند که هدف حقوق تحقق عدالت، نظم عمومی، ایجاد روابط مسالمت آمیز و آرام و احقاق عدالت اجتماعی است.^{۴۹}

عدالت در فلسفه، علوم سیاسی، شریعت، حقوق و غیره یکی از مفاهیم بنیادین است. عدالت یکی از پایه های اساسی قضا و دولت ها است چنانچه مقوله مشهوری وجود دارد که دولت ها با کفر باقی مانند اما با ظلم نه. عدالت گوهر گمشده اشخاص غریب، فقیر، مظلوم، بیکار، تحصیل نکرده ای غریب و نظیر اینها است. زیرا، دنیا عادلانه طراحی نشده است و ظالمانه است و اکثریت اشخاص نمی توانند به دلیل فقر، مرض، فلج، مریضی روانی، ظلم، مهاجرت، عدم داشتن تخصص، علم، وظیفه، فن و مهارت نیازهای اولیه زندگی خویش را تأمین نمایند. همچنین، در بسیاری مورد شهروندان توسط دولت ها مورد ظلم به دلیل نقض حقوق آنها قرار می گیرند. همچنین، اشخاصی که مورد ظلم قرار گرفته اند مانند تجاوز جنسی، غصب مال، نقض قرارداد، متحمل شدن خسارت و نظیر اینها دنبال عدالت اند. وظیفه دولت ها، حکام، موظفین عامه، مأمورین دولت، قضات، وکلا، اشخاص ثروتمند این است که عدالت را تأمین نمایند. بنابراین، دغدغه دولت ها و ثروتمندان عدالت نیست. عدالت همواره دغدغه ضعفا و مظلومین و اشخاص فقیر و غریب است. بنابراین، مظلوم دنبال عدالت و حاکم و قاضی و سایر اشخاصی که در فوق ذکر شده باید عدالت را تأمین نمایند. عدالت در لغت به معنی دادگری، تعادل، انصاف داشتن و عادل بودن، انصاف و برابری است.^{۵۰} در اصطلاح تعاریف متعدد راجع به عدالت وجود دارد:

۱- از نظر ارسطو عدالت به معنای عام شامل تمام فضایل است، زیرا هر کس به کار ناشایست ای دست زند ستم کرده است. او می گوید: فضیلت انسان به دو آفت بزرگ افراط و تفریط گرفتار است که باید از هر دو پرهیز کرد و میانه روی و اعتدال را در پیش گرفت. ارسطو عدالت را به معنی خاص برابر داشتن اشیاء و اشخاص می داند و می گوید: «عدالت آن است که بر هر کس آنچه را که حق او است داد.»

۲- سیسرون در تعریف عدالت می گوید: «عدالت آن است که باید هر کس آنچه را سزاوار است داد مشروط بر این که به منافع عمومی زیان نرسد.» به حیث مثال، اگر احمد ارث خواهرش فریده را ندهد و فریده به محکمه اقامه دعوی نماید و محکمه حکم نماید که احمد ارث حمیده را بدهد، این عمل قاضی عدالت است زیرا دادن حق به مستحقش است.

۳- آگوستین: «عدالت را مبتنی بر عشق بر خیر اعلی یا خدا می دانند.»^{۵۱} این تعریف محل ایراد است و معنی درست را افاده نمی کند.

۴۹. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۱۰۶-۱۰۹.

۵۰. (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۵۱. حفیظ الله زکی (۱۳۸۴). گفتمان عدالت در اسلام و مکاتب دیگر، ماهنامه عدالت، شماره بیست و هفتم، صص ۶۳-۶۶.

۴- فقها عدالت را گذاشتن اشیا در محل مناسب آن می دانند. به حیث مثال، اگر به عوض یک شخص متخصص و تحصیل کرده، یک شخص بی سواد در یک وظیفه ای تخصصی گماشته شود، این ظلم است و عدالت نیست. همچنین، فقها عدالت را اجرای فرایض و اجتناب از نواهی می دانند.

۵- عدالت مجازات مجرم است. به حیث مثال، اگر احمد محمود را قتل کند و سپس محکوم به مجازات معین و مقرر در قانون شود، این عدالت است. مفهوم مخالف عدالت ظلم است. ظلم ندادن حق به مستحق است. همچنین، عدالت رفتار مناسب و خوب با سایر اشخاص است. به حیث مثال، رفتار مناسب و محترمانه قاضی و مأمور دولت با مراجعین و اصحاب دعوی.

عدالت انواع مختلف تقسیم می شود. ارسطو سپس عدالت را به عدالت معاوضی و توزیعی تقسیم یم کند. مقصود از عدالت معاوضی، تعادل میان دو عوض در معامله است به گونه ای که یکی از دو طرف قرارداد نتواند به بهای فقر دیگری ثروتمند شود یا هر دو عوض را به دست آورد. اما، عدالت توزیعی یا اجتماعی مربوط به تقسیم ثروت و مناصب اجتماعی است و ناظر بر زندگی عمومی و نقش دولت است. بنابراین، عدالت اجتماعی توزیع امکانات، قدرت، مناصب، امتیازات به شهروندان توسط دولت با توجه به استعداد های آنها قطع از نظر جنس، مذهب، قوم و ... آنها است. نتیجه عدالت توزیعی نظام های سوسیال و برابری شهروندان حداقل از لحاظ مسکن، بیمه صحی، غذا و لباس است مانند آلمان، انگلستان، فرانسه و بیشتر ممالک اروپایی که نظام های سوسیال را پذیرفته اند. در نظام های سرمایه داری عدالت اجتماعی وجود ندارد زیرا ثروت و قدرت در دست یک تعداد اشخاص معین است مانند ایالات متحده امریکا و سایر ممالک سرمایه داری. نظام اسلامی نیز منجر به عدالت اجتماعی می شود مشروط بر این که همه زکات، عشر خویش را بدهند و سرمایه در دست عده ای محدود افراد متراکم نشود.

عدالت جزایی عبارت از مجازات مجرم است. عدالت ماهوی ناظر بر قوانین است. قوانینی را که دولت وضع می نماید باید عادلانه باشد. عدالت شکلی ناظر بر رسیدگی به دعوی به نحو عادلانه است. عدالت ترمیمی عبارت از مجازات جنایتکاران جنگی در ممالک پسا جنگ است. عدالت مادی رعایت مساوات میان فرزندان اعم از دختر پسر و زوجات در صورت تعدد زوجات در تهیه نفقه است. عدالت معنوی عبارت از رعایت برابری میان فرزندان و زوجات در صورت تعدد زوجات میان فرزندان اعم از دختر و پسر در محبت، علاقه و نظیر اینها است.

عدالت دنیوی عبارت از تأمین عدالت توسط دولت میان شهروندان و افراد است مانند عدالت پدر در خانواده، عدالت پادشاه، رئیس جمهور، حاکم و ... دادن حق به شهروندان. عدالت اخروی عبارت از عدالتی است که میان انسان ها توسط خداوند جلاله تأمین خواهد شد.

هرچند علمای اصول تحقق عدالت را در زمره مقاصد الشریعت ذکر نکرده اند اما به نظر می رسد که تحقق عدالت یکی دیگر از اهداف شریعت است. در حقوق اسلامی تأکید فراوان بر تحقق عدالت شده

است چه عدالت دنیوی و چه عدالت اخروی. این تأکید به اندازه ای است که بر سایر اهداف شریعت نشده است:

۱- ﴿ذَلِكَ بِمَا قَدَّمْتُمْ أَيْدِيكُمْ وَ أَنْ اللَّهَ لَيْسَ بِظَلَامٍ لِلْعَبِيدِ﴾ - [آل عمران، ۱۸۲]

«این [عقوبت] به خاطر کار و کردار پیشین شما است، [و گرنه] خداوند هرگز نسبت به بندگان [خود] بیدادگر نیست (یعنی به عدالت رفتار می کند).»

۲- ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَ الْمَلَائِكَةُ وَ أُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ - [آل عمران، ۱۸]

«خدا گواهی می دهد که جز او هیچ معبودی نیست، فرشتگان و صاحبان علم نیز (بر این حقیقت) گواه هستند که (کارهای خدا همه) بر عدل و داد استوار است و جز خدای عزیز و حکیم، هیچ معبودی نیست.»

۳- ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ وَ إِنْ تَكَ حَسَنَةً يُّضَاعِفْهَا وَ يُؤْتِ مِنْ لَدُنْهُ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ - [نساء، ۴۰]

«در حقیقت، خدا به مقدار ذره‌ای ستم نمی کند (تمام رفتارهایش بر اساس عدل است) و اگر [آن ذره، کار] نیکی باشد دو چندانش می کند، و از نزد خویش پاداشی بزرگ می بخشد.»

۴- ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ - [نساء، ۵۸]

«خدا به شما فرمان می دهد که سپرده‌ها را به صاحبان آنها رد کنید و چون میان مردم داوری می کنید، به عدالت داوری کنید. در حقیقت، نیکو چیزی است که خدا شما را به آن پند می دهد. خدا شنوای بیناست.»

۵- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَ لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَانُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ - [مائده، ۸]

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید، همواره برای خدا قیام کنید و از روی عدل و عدالت گواهی دهید. کینه و دشمنی با گروهی شما را به ترک عدالت وادار نسازد. عدالت کنید که به پرهیزکاری نزدیکتر است و از خدا بترسید که خدا از اعمال شما کاملاً آگاه است.»

۶- ﴿إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ - [المائده ۴۲]

«اگر داوری کردی، میان آنان به عدل داوری کن که خدا دادگران را دوست دارد.»

۷- ﴿وَ قُلْ أَمَرْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ وَ أُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ﴾ - [شوری، ۱۵]

«بگو من به هر کتابی که خدا فرستاده ایمان آورده‌ام و فرمان یافته‌ام که در میان شما دادگری کنم.»

۸- ﴿قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ وَ أَقِيمُوا وُجُوهَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَ ادْعُوهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ كَمَا بَدَأَكُمْ تَعُودُونَ﴾ - [اعراف، ۲۹]

«بگو، پروردگارم بر عدل و داد امر فرموده است و روی خود را در هر مسجد (هنگام عبادت و نماز) به سوی او کنید و او را بخوانید و دین خود را برای خدا خالص و پاک نمایند (و بدانید) بدانسان که در آغاز شما را آفرید (بار دیگر روز رستاخیز به همان وضع) بر می گردید.»

۹- ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ رَسُولٌ فَإِذَا جَاءَ رَسُولُهُمْ قُضِيَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ﴾ - [یونس، ۴۷]
«و برای هر امت رسولی است و زمانی که رسول آنها بیاید میان آنها به قسط و عدل قضاوت می شود و آنها مورد ظلم قرار نمی گیرد.»

۱۰- ﴿وَ يَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾ - [هود، ۸۵]

«ای مردم، پیمانه و ترازو را از روی عدالت بسنجید و از حق مردم کم و کسر نکنید و در زمین فساد و آشوب بر پا نسازید.»

۱۰- ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ - [نحل، ۹۰]

«در حقیقت، خدا به دادگری و نیکوکاری و بخشش به خویشاوندان فرمان می دهد و از کار زشت و ناپسند و ستم باز می دارد. به شما اندرز می دهد، باشد که پند گیرید.»

۱۱- ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ - [حدید، ۲۵]

«ما پیامبران خود را با حجتی روشن (برای هدایت مردم) فرستادیم و به آنان کتاب و میزان عدالت نازل کردیم تا مردم بعدل و عدالت قیام کنند.»

۱۲- ﴿وَ أَقْسَطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ - [حجرات، ۹]

«مطابق عدل عمل کنید، همانا خداوند دوست می دارد آنها را که طالب عدالت هستند.»

۱۳- ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسَطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ - [متحنه، ۸]

«[اما] خدا شما را از کسانی که در [کار] دین با شما نجنگیده و شما را از دیارتان بیرون نکرده اند، باز نمی دارد که با آنان نیکی کنید و با ایشان عدالت ورزید، زیرا خدا دادگران را دوست می دارد.»

برخی دیگر از نویسندگان بر این نظر اند که غایت تمامی شاخه های حقوق کوشش برای نظم بخشیدن به زندگی فردی و گروهی آدمیان است. بنابراین، اگر هدف حقوق را انسان بما هو انسان بدانیم، می توان تنظیم حقوق و آزادی های فردی و گروهی را وظیفه جوهری حقوق دانست.^{۵۲}

جرمی بنتام انگلیسی (۱۸۳۲ - ۱۷۴۸ م) را پایه گذار مکتب سود جویی دانسته اند. بنتام که در اندیشه حقوقی آیندگان تأثیر به سزایی گذاشت، باور داشت که نفع اصلی است که هر گونه کنش (عمل) را تأیید و یا رد می کند. او نفع اجتماع را چیزی جز مجموعه مصالح و منافع چندین عضوی که آن را می بافند، نمی داند. از دیدگاه بنتام، کار دولت رشد سعادت جامعه یا فراهم آوری هر چه بیشتر لذت و شادی از نیکبختی و امنیت بخشیدن در برابر رنج است.

قانونگذاری که می خواهد برای جامعه نیکبختی تضمین کند باید چهار هدف: معاش، فراوانی، برابری و امنیت را برای شهروندان به دست آورد. او اشاره می کند که امنیت شخص است که شرف و آبرو، دارایی و وضع آنان را پاسداری و پایداری می کند. در دیدگاه بنتام، آزادی مهم ترین شاخه والای درخت امنیت است. قوانین باید جز در راه آزادی به کار نیایند.^{۵۳}

ایرینگ (۱۸۱۸ - ۱۸۹۲) حقوقدان بزرگ آلمانی نیز، در تعیین مبنای قواعد حقوق، از نظریه سودجویی به صورت دیگر استفاده می کند. به نظر او، حقوق نه تابع سنتهای تاریخی است و نه پیرو قواعد اخلاقی. جوهر حقوق را باید در هدف آن جستجو کرد، و این هدف عبارت است «از انجام زدن بر خودخواهی فرد به منظور تأمین شرایط زندگی در اجتماع». چنان که در انتقاد از مکتب تاریخی آمد، ایرینگ عقیده داشت که هر گروه، برای موافق ساختن حقوق با منافع خود، مبارزه می کند و سرانجام دولت جهتی را بر می گزیند که منافع عمومی در آن است.^{۵۴}

علاوه بر این ها، به نظر می رسد هدف حقوق حفظ مال اشخاص، به حیث مثال، در منع سرقت، قطاع الطریقی، رهنزی و نظیر اینها، حفظ جان، به حیث مثال، منع قتل، ضرب، جرح، اختطاف و نظیر اینها، حفظ آبرو و حیثیت، به حیث مثال، در منع تهمت و افتراء و حفظ عقل انسان، به حیث مثال، در منع شرب خمر، استعمال مواد مخدر است. همچنین هدف حقوق حمایت از دین انسان، به حیث مثال، منع ارتداد است. این مقاصد را در شریعت مقاصد الشریعة می گویند. مقاصد شریعت در شریعت پنج است که عبارت اند از: حفظ دین، حفظ عقل، حفظ نفس، حفظ آبرو، حفظ نسب و حفظ مال.^{۵۵}

همچنین، هدف حقوق تنظیم قدرت و تأمین آزادی ها و حقوق اساسی شهروندان است، همچنین، هدف حقوق تأمین منافع فرد و دولت است که تفصیل آن در مبحث حقوق خصوصی و حقوق عامه

۵۲. علی اکبر گرجی ازندریانی (۱۳۸۹). مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جاویدان، ص ۱۵۸.

۵۳. محمد حسین ساکت (۱۳۸۰). حقوق شناسی، چاپ اول، تهران: نشر ثالث، صص ۱۷۶ و ۱۷۶.

۵۴. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۱۵۴ - ۱۶۴.

۵۵. مهدی رهبر و منیره خطیبی (۱۳۹۶). ماهیت پول از منظر فقه اسلامی، دو فصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن، سال پنجم،

شماره ۹، ص ۲۵.

خواهد آمد. همچنین، هدف حقوق زندگی مسالمت آمیز میان اشخاص اعم از خصوصی، عامه و بین الملل است. به عنوان مثال، قواعد حقوقی که تجاوز، قتل، ظلم و نظیر اینها را منع می نماید.

در صورتی که اشخاص بر همدیگر ظلم و تجاوز نمایند، می توانند زندگی مسالمت آمیز در سطح ملی و بین الملل داشته باشند. همچنین، هدف حقوق رفع ظلم است. به حیث مثال، اگر احمد مال محمود را غصب نماید یا احمد حمیده را از حق ارث محروم نماید، احمد بر محمود و حمیده ظلم کرده است. در صورتی که محمود یا حمیده در محکمه اقامه دعوی نمایند و محکمه حق محمود و حمیده را اعاده نماید، محکمه رفع ظلم کرده است.

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که حقوق اهداف متعدد دارد مانند: مشروعیت بخشیدن به دولت، تنظیم دولت و قدرت، تقسیم قدرت، مهار قدرت، حفظ حقوق و آزادی های اساسی شهروندان، تأمین عدالت و رفع ظلم، حفظ جان، مال، ناموس و عزت و کرامت انسان، حفظ عقل انسان، حفظ دین انسان مسلمان، حفظ نظم، حل اختلافات میان افراد و افراد و دولت و دولت ها، بخشیدن مشروعیت به دولت، تأمین منافع فرد و دولت و ... است.

گفتار دوم) موضوع حقوق

موضوع حقوق اشخاص است. اشخاص به دو دسته تقسیم می شوند: شخص حقیقی و شخص حکمی. در ابتداء اشخاص حقیقی بیشتر موضوع حقوق قرار می گرفته است. اما، امروزه با رشد و توسعه حقوق عامه و حقوق بین الملل اشخاص حکمی عامه و اشخاص حکمی بین المللی از موضوعات مهم حقوق اند. در برخی موارد نادر و استثنایی اشیاء و حیوانات نیز موضوع حقوق قرار می گیرند مانند قوانین مربوط به معادن، آب، جنگلات و امثال اینها که موضوع این قوانین غیر از اشخاص است. در برخی موارد حیوانات نیز موضوع حقوق قرار می گیرند، اما این موارد نادر و استثنایی است. به حیث مثال، قوانین و فرامین تقنینی ای که در مورد ابقای حیات وحش وضع می شوند، موضوع آنها حیوانات است.

گفتار سوم) فرق حقوق با حق

میان حق^{۵۶} در مفهوم امتیاز، سلطه، نفع و ... و حقوق^{۵۷} در مفهوم مجموعه قواعد، اصول، رویه ها، تفسیر ها و ... به نظر می رسد تفاوت های ذیل وجود دارد:

۱) حق از سنخ امتیاز، سلطه، توانایی و ... است در حالی که حقوق از سنخ قاعده است. این مهم ترین تفاوت بین حق و حقوق است. در نتیجه، هرگاه بگوییم حقوق عینی منظور مجموعه قواعدی است که رابطه انسان را با اموال و ملکیت تنظیم می نماید. اما، اگر بگوییم حق عینی منظور امتیاز و سلطه است که انسان نسبت به اموال و ملکیت دارد. همچنین، هرگاه بگوییم حقوق اطفال منظور مجموعه قواعدی است که حقوق اطفال را تنظیم می نماید، مانند: احکام مربوط به ثبوت نسب، حضانت و نفقه و

56. Right.

57. Law.

امثال اینها. اما، اگر بگوییم حق طفل منظور امتیازی است که قانون برای اطفال معین نموده است. همچنین، هرگاه بگوییم حقوق اساسی منظور از آن مجموعه قواعدی است که روابط قوا و وظایف مقامات عمومی را تنظیم می نماید. اما، اگر بگوییم حق های اساسی منظور از آن امتیاز هایی است که اتباع در ساحة حقوق اساسی دارند، مانند: حق انتخاب کردن، انتخاب شدن و امثال اینها. لذا، قابل توصیه است تا حق به شیوه دری حق ها نه به شیوه عربی حقوق جمع شود، زیرا تفکیک این دو در اکثر موارد مشکل است و موجب ایجاد ابهام در ذهن حقوقدانان به خصوص مبتدیان حقوق می شود.

۲) حق همواره توسط قاعده حقوقی مورد حمایت قرار می گیرد، مانند: حق حیات، حق کار، حق تحصیل، حق ازدواج که قواعد حقوقی این حق ها را از یک طرف پیش بینی می نماید و از طرف دیگر برای ناقضین این حق ها مؤیدات را برحسب سنخ حق پیش بینی می نماید. در نتیجه، مؤیدات حقوقی اعم از مدنی، جزایی و ... برای حمایت حق است.

۳) در حقوق موضوعه حق همواره توسط قواعد حقوقی به اشخاص حقیقی و حکمی اعطا می گردد، مانند: حق تشکیل جمعیت ها، حق داشتن وکیل مدافع، حق اقامه دعوی، حق داشتن ترجمان حین محاکمه و امثال اینها در حالی که قواعد حقوقی را قوه مؤسس و قوه مقننه وضع می نمایند. بنابراین، حق در حقوق موضوعه توسط قواعد حقوقی اعطاء می گردد که در قوانین پیش بینی و متبلور می شوند.

۴) برخی حق ها که تفصیل آن در بخش اخیر این کتاب خواهد آمد، قابل انتقال به ورثه اند، اما حقوق به مفهوم مجموعه قواعد قابل انتقال به غیر نیست.

۵) همانطور که حق در حقوق وضعی توسط قواعد حقوقی به شخص اعطا می شود، توسط قواعد حقوقی از طریق پیش بینی ضمانت اجراهای مدنی، جزایی و سیاسی تضمین می شود. بنابراین، اجرای حق توسط حقوق (قواعد حقوقی) حمایت و تضمین می شود. اما، وجه مشترکی که حق و حقوق دارد از حیث منبع است. چنانچه تفصیل آن در بخش حق خواهد آمد و چنانچه تفصیل آن در بخش دوم این کتاب خواهد، منابع حق و حقوق همان قانون، شریعت، اصول کلی حقوق، عرف، رویه قضایی و دکترین است. بنابراین، این نظریه که منبع حق تصرفات و حوادث حقوقی است محل ایراد به نظر می رسد، زیرا تصرفات و حوادث حقوقی منبع حق شخصی (تعهد/ وجیبه) است که یکی از مصادیق حق است.

مبحث دوم) تعریف مبادی حقوق و هدف آن و مبنای حقوق

گفتار اول) تعریف مبادی حقوق

مبادی لغت عربی است که جمع مبدأ است که در لغت به معنی خاستگاه، آغاز گاه و مکان و زمان آغاز چیزی را گویند.^{۵۸} همچنین، مبدأ در لغت به معنی منبع، سرچشمه، منشأ، آغاز و اصل است.^{۵۹} در اصول: به سرمنشأ و خاستگاه و مبدأ اصول و احکام مبادی می گویند. چنانکه به تعریف، موضوع،

۵۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۸۵.

(آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 59.

غایت، منشأ و نسبت یک علم با سایر علوم، واضع و حکم شرع در آن باره و همچنین موضوعات مورد بحث آن مبادی علم گویند.^{۶۰}

با توجه به آنچه گفته شد تعریفی که می توان برای مبادی حقوق ارایه کرد این است که: مبادی حقوق علمی است که در آن از تعریف حقوق، منبع حقوق، مبنای حقوق، روابط قواعد حقوق با سایر رشته ها، تقسیمات حقوق و ... مورد بحث قرار می گیرد. اکثریت نویسندگان مبانی را، که تفصیل آن در مبحث مبنای حقوق خواهد آمد، مترادف با مبادی استعمال می نمایند که محل ایراد به نظر می رسد.

به نظر می رسد در مبادی حقوق صرف کلیات و اساسات حقوق از نظر حقوقی مورد بحث قرار می گیرد، اما در مبانی حقوق فلسفه کلیات و اساسات حقوق مورد بحث قرار می گیرد. لذا، استعمال مبادی و مبانی حقوق برای کتاب های مبادی حقوق که حاوی هر دو جنبه اند مناسب به نظر می رسد.

گفتار دوم) هدف مبادی حقوق

هدف اساسی مبادی حقوقی آشنا سازی مبتدیان علم حقوق به کلیات حقوق است. با مطالعه مبادی حقوق مبتدیان حقوق می توانند الفبا و کلیات حقوق را فرا گیرند و سپس وارد جزئیات شوند. هدف دیگر مبادی حقوق، ارایه تصویر کلی از نظام حقوقی مملکت معین است. در مبادی حقوق، نویسنده سعی می نماید تصویر کلی از نوع نظام حقوقی مملکت متبوع در میان نظام های حقوقی مرسوم در دنیا ارایه نماید.

گفتار سوم) تعریف مبنا و برخی مبانی حقوق

مبنا که جمع آن مبانی است در لغت به معنی بنا، ریشه، پایه، اساس و بنیان است.^{۶۱} همچنین، مبنا در لغت به معنی شالوده، اصل، ساختار است که در انگلیسی به آن «base» می گویند.^{۶۲} در مورد تعریف مبنای حقوق میان حقوقدانان اختلاف وجود دارد. بعضی حقوقدانان بر این نظر اند که: واژه «مبنا» در دانش حقوق عبارت است از نیروی الزام آور حقوق و مقامی که ارزش قواعد حقوق را تأمین می کند و پایه همه قواعد آن به شمار می آید. به این گونه که نظام حقوقی مبتنی بر آن و قواعد و مقررات حقوق بر اساس آن وضع می گردد. بنابراین نیرو و جاذبه ای که پشتیبان قانون است و آدمی را به اجرای آن وامی دارد، «مبنای حقوق» نامند.^{۶۳}

طبق این تعریف مبنا عبارت از پایه های حقوق است. برخی دیگر به این عقیده اند که: در اصطلاح حقوقی به فلسفه وجودی یک پدیده مبنا می گویند. به عبارت دیگر: مبنا عبارت از عواملی است که توسط آن می توان یک مفهوم حقوقی را توجیه نمود. فرق مبنا با منبع این است که «منبع» پاسخ به کجایی یک مفهوم است حال آنکه مبنا نشان از «چرایی» یک پدیده می دهد.^{۶۴}

۶۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۸۵.

۶۱. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۰۴۸.

۶۲. (آخرین بازدید ۲۵/۱۶/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 62.

۶۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۷.

۶۴. الیزابت زولر (۱۳۸۹). درآمدی بر حقوق عمومی، مترجم: سید مجتبی واعظی، چاپ اول، تهران: انتشارات جاویدانه جنگل، ص ۲.

اما، برخی دیگر گفته اند که: مبنا در اصطلاح حقوقدانان عبارت است از «اصل یا قاعده ای کلی که نظام حقوقی مبتنی بر آن باشد و قواعد و مقررات حقوقی براساس آن وضع گردد». چنانچه گفته شد، حقوق از امور اعتباری و قراردادی است و اعتبارها و قراردادها حقوقی بشر براساس نیازها و ارزش ها که یک فرد یا یک جامعه احساس می نماید، وضع می گردد. ارزش های هر جامعه با جامعه دیگر متفاوت است.

به عبارت دیگر: هر فرد یا جامعه ای می تواند در زندگی به ارزش های خاص معتقد باشد و در تأمین نیازمندی ها و روابط اجتماعی روش مخصوص پیشنهاد کند. از این رو، هر یک از نظام های حقوقی بشری براساس مبانی مخصوص به خود استوار می باشد. حقوقدانان با روش های خاص می توانند ارزش ها و معیار های مورد نظر در یک نظام حقوقی را برای رفع نیازمندی ها کشف و به کمک آنها در مواردی که دستور صریح از جانب قانونگذار وجود نداشته باشد، تصمیم مناسب گرفته خلاً موجود را پر نماید. به اصول و قواعدی که در حقوق می تواند چنین نقشی داشته باشد، اصطلاحاً مبانی حقوق می گویند. این اصل یا اصول در هر نظام حقوقی کلی ترین قواعد و ملاک های است که قواعد کلی دیگر نیز بر آن مبتنی می گردد.^{۶۵} داکتر لنگرودی نیز بر این عقیده است که: «قواعد حقوقی که مصرح در قوانین و مستنبط از قوانین موضوعه نباشد و از مطالعه مصالح اجتماع و طبع نظام حقوقی کشف شود، مبانی می گویند.^{۶۶} مهم ترین خصوصیات مبانی حقوق قرار ذیل است:

(۱) مبانی حقوق همیشه از کلیت برخوردار است. بنابراین، عملاً تعداد مبانی در هر نظام حقوقی محدود است؛

(۲) این مبانی از نظر حقوقدانان وضع شدنی نیست. بنابراین، اطلاق قانون یا قاعده بر آنها صحیح نیست،

(۳) در مورد ابهام یا سکوت قانون، این مبانی برای حقوقدانان و قضات جنبه راهگشایی و رهنمونی دارند، زیرا قانونگذاران قوانین و مقررات را با توجه به این مبانی و براساس آنها وضع می نمایند؛ و

(۴) منشأ الزامی بودن قوانین و مقررات اجتماعی همین مبانی است؛ به این توضیح که: حقوق تا حدود زیادی مشروعیت و الزامیت خود را از این مبانی کسب می نماید.^{۶۷} از آنچه در خصوص مبانی حقوق گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

نخست این که راجع به مبنا سه تعریف وجود دارد:

۶۵. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۱۶۹ و ۱۷۰.

۶۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۱۱۹۴.

۶۷. ____ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۱۶۹ و ۱۷۰.

بخش اول: تعریف، انواع، هدف و مبانی حقوق | ۳۷

۱- مبنا پایه های است که حقوق بر آن استوار است. بنابراین، مبنا عبارت از پایه ها و اساسات حقوق است. مبنا در مفهوم پایه اعتباری و قراردادی است. زیرا، حقوق در عالم حقیقی پایه ندارد. به نظر می رسد برخی مبانی حقوق عبارت اند از: عدالت، انصاف، منافع عمومی، نظم عمومی، امنیت عمومی، آسایش عامه، کرامت انسانی و امثال اینها است.

۲- مبنا پاسخ به چرایی یک مفهوم حقوقی است. در این مفهوم مبنا مترادف به فلسفه وجودی یک مفهوم حقوقی است.

به نظر می رسد میان منبع و مبنا تفاوت های ذیل وجود دارد: نخست این که منابع حقوق قانون، شریعت، عرف، اصول کلی حقوق، رویه قضایی و دکترین است. اما، مبانی حقوق عدالت، منافع عمومی، نظم عمومی، امنیت عمومی، آسایش عامه، کرامت انسانی و امثال اینها است. دوم قلمرو منابع حقوق گسترده و از مبانی محدود است. زیرا، قوانین، فقه، اصول کلی حقوق، رویه قضایی و دکترین ساحه گسترده را در بر می گیرند، اما مبانی حقوق بسیار محدود اند که به برخی آن در بالا اشاره صورت گرفت. سوم این که مبانی در علم حقوق نسبت به منبع از جایگاه بالاتری برخوردار است. معمولاً زمانی که منابع مسکوت باشند، به مبانی مراجعه صورت می گیرد.

فصل سوم: رابطه حقوق با برخی علوم

حقوق از یک طرف با برخی علوم ارتباط دارد و از طرف دیگر ارتباط علم حقوق با برخی علوم دیگر به پیدایش علوم میان رشته ای و مختلط مانند فلسفه حقوق، تأریخ حقوق، جامعه شناسی حقوق و ... منجر شده است.^{۶۸} حقوق با علوم مختلف نظری و تجربی ارتباط دارد. در این فصل رابطه حقوق با برخی علوم دیگر را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) رابطه حقوق با فلسفه

فلسفه از کلمه انگلیسی «Philosophy» به عاریت گرفته شده است که در دری به آن حکمت هم می گویند. فلسفه در لسان لاتین به معنی دوست داشتن خرد و دانایی است. در اصطلاح تعاریف مختلف راجع به فلسفه وجود دارد. فلسفه علم اندیشیدن به مجهولاتی است که وجود عینی ندارند. همچنین، فلسفه علمی است که به چرا های بنیادین در مورد جهان، انسان، حقیقت، دانش، اخلاق و معنا پاسخ می دهد. از جمع شدن حقوق و فلسفه علمی میان رشته ای به نام فلسفه حقوق ایجاد شده است.

برای دانستن فلسفه از یک طرف باید حقوقدان بود و از طرف دیگر متخصص در فلسفه. بنابراین، فلاسفه حقوق هم حقوق می داند و هم فلسفه. فلسفه حقوق منجر به ایجاد مکاتب حقوق در طول تأریخ شدن است مانند مکتب حقوق طبیعی، مکتب حقوق اثباتی یا حقوق موضوعه، مکتب تأریخی حقوق، مکتب جامعه شناسی حقوق، مکتب واقع گرایی، مکتب فایده گرایی و نظیر اینها که هر کدام نظریات مشخص خویش را راجع به مفاهیم حقوق داشته اند. علاوه بر این، بسیاری اکثر مفاهیم حقوقی، مانند:

۶۸. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۳.

دولت، حاکمیت، قدرت، تفکیک قوا، قانون اساسی، حاکمیت قانون، قرارداد اجتماعی و ... مبانی فلسفی دارند و موجد آنها فلاسفه حقوق بوده اند.

همچنین در فلسفه حقوق ما می توانیم به علل هر یک از قواعد حقوق بی اندیشیم و به چرا های مختلف پاسخ گوئیم. به حیث مثال، چرا طلاق در حقوق افغانستان حق مرد است؟ چرا تعدد زوجات در حقوق افغانستان جواز دارد؟ چرا مرد در عقد ازدواج به زن مهر پردازد؟ چرا سهم پسر در حقوق افغانستان دو برابر سهم دختر است؟ هدف حقوق چیست؟ مبانی حقوق چیست؟ و هزاران سؤال حقوقی دیگر.

مبحث دوم) رابطه حقوق با اخلاق

اخلاق به معنی خوی ها و جمع خلق است که^{۶۹} در لغت به معنی خوی، رفتار، رفتار خوب و خصلت است. راجع به اخلاق تعاریف ذیل وجود دارد:

۱) اخلاق عبارت از قواعدی است که رفتار انسان ها به خصوص خوب و بد درست و نادرست را تنظیم می نماید.

۲) اخلاق قواعد مورد قبول جامعه است که نشان دهنده درستی و نادرستی رفتار اشخاص است.^{۷۰}

۳) اخلاق مجموع قواعدی است که رعایت آنها برای نیکوکاری و رسیدن به کمال لازم است.

۴) اکثریت فلاسفه اخلاق را عالی ترین معیار رفتار و کردار انسان می دانند.^{۷۱} با این که زندگی مادی بشر و افکار پیروان اصالت فرد باعث جدایی قواعد حقوق و اخلاق شده است، هنوز هم اخلاق را باید مهمترین منبع حقوق به شمار آورد.

قانونگذار، خواه و ناخواه، از نفوذ اخلاق محیط خود مصوون نیست و ناچار است که برای حفظ نظم و تأمین اجرای قانون، قواعد اخلاقی جامعه را رعایت کند؛ یعنی: تا حد امکان به کاری فرمان دهد که مردم نیز آن را نیکو شمارند و عادتت را نهی کند که وجدان عمومی هم از آن گریزان است. در حقوق کنونی، ریشه بسیاری از قواعد اخلاق است: چنان که لزوم وفای به عهد و ضرر نزدن به دیگران و پای بند بودن به قراردادهای و رد امانت از احکام اخلاق است که از طرف قانونگذار تضمین شده و در زمره قواعد حقوقی درآمده است.

بنابراین، به نظر می رسد وجه تشابه حقوق با اخلاق این بوده است که: نخست این که: هر دو مناسبات انسان ها را با همدیگر تنظیم می نمایند منتها حقوق مناسبات حقوقی - تجاری و اخلاق مناسبات و روابط اخلاقی را. دوم این که برخی قواعد در اخلاق و حقوق مشترک اند مانند وفا به عهد، پرداخت جبران خسارت، عدم ضرر رسانیدن به دیگران و نظیر اینها. سوم این که در گذشته حقوق و

۶۹. حسن عمید (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۰.

۷۰. (آخرین بازدید ۶/۱۷/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۷۱. _____ (۲۰۰۷-۲۰۱۱ م)، دایرة المعارف آریانا، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان، ص ۳۲۷.

اخلاق در هم تنیده بوده اند. اما امروزه هرچند مبنای بسیاری از قواعد حقوقی اخلاق است اما حقوق از اخلاق کاملاً جدا شده است به ویژه با مطرح شدن اصل مستدل و مستدل بودن رأی قاضی. بنابراین، امروزه خارنوال، وکیل مدافع، قاضی و ... نمی توانند به قواعد اخلاقی استناد نمایند.

حقوق و اخلاق، با وجود همبستگی و ارتباط کامل از برخی جهات ذیل با هم تفاوت دارد:

(۱) **تفاوت هدف ها:** هدف از اخلاق اصلاح معایب شخص و ایجاد جامعه فاضله است و بر وجدان و افکار باطنی نیز حکومت می کند. ولی، حقوق به حفظ صلح و نظم در اجتماع بیش از پاکی روح و حسن نیت توجه دارد. مقصود از قواعد حقوقی این است که در روابط اجتماعی نظم و عدالت نسبی برقرار شود، هر چند که در این راه اخلاق نیز رعایت نشده باشد. به عنوان نمونه، با آن که نشنیدن دعوی به سبب مرور زمان امری خلاف اخلاق است، گاهی قانون به خاطر پایان دادن به دعاوی کهنه و ایجاد آرامش در اجتماع آن را مقرر می کند.

(۲) **تفاوت ضمانت اجراها:** قواعد حقوقی ضمانت اجرای مادی و اجتماعی دارد و قانونگذار به انواع وسایل اشخاص را ناگزیر از اطاعت آنها می سازد؛ چنان که نتیجه به کار نبستن قواعد مربوط به شرایط درستی قرارداد، بطلان یا عدم نفوذ آن است و پشتوانه اجرای تعهدی که شخص در برابر دیگری دارد رجوع به محکمه و اجبار به انجام تعهد است. در امور جزایی نیز زندان و تبعید و محروم شدن از حقوق اجتماعی و اعدام قواعد آن را تضمین می کند. در حالی که ضمانت اجرای قواعد اخلاقی فقط جنبه درونی و مذهبی دارد و مکافات بی اعتنایی به آن پاداش روز جزا یا تأثر وجدان شخص است.^{۷۲}

مبحث سوم) رابطه حقوق و جامعه شناسی

از اجتماع حقوق و جامعه شناسی امروزه رشته جدید به وجود آمده است که «جامعه شناسی» حقوق نامیده می شود. در جامعه شناسی حقوق بحث از تأثیر و تأثر وقایع اجتماعی بر حقوق و قواعد حقوقی بر وقایع اجتماعی است. به بیان دیگر: در جامعه شناسی حقوق، جامعه شناسان حقوق، علل و عوامل تطبیق و عدم تطبیق قواعد حقوقی را در اجتماعات مختلف مورد بررسی قرار می دهند. بنابراین، جامعه شناسی حقوق، حقوق در عمل^{۷۳} است.

جامعه شناسی حقوق امروزه به شاخه های مختلف تقسیم می شود، مانند: جامعه شناسی حقوق فامیل که در آن علل و عوامل تطبیق و عدم تطبیق قواعد حقوق فامیل در خانواده مورد بحث قرار می گیرد، جامعه شناسی حقوق کار که در آن علل و عوامل تطبیق و عدم تطبیق قواعد حقوق کار در کارگاه ها را مورد بحث قرار می گیرد، جامعه شناسی حقوق عمومی که در آن قواعد حقوق عمومی در نهادهای حقوق عمومی، مانند: پولیس، محاکم، قوه مجریه، پارلمان و امثال اینها مورد بررسی قرار می گیرد.

مبحث چهارم) رابطه حقوق و اقتصاد

۷۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، صص ۱۹۴-۲۰۲.

اقتصاد به معنی میانه راه رفتن، میانه روی کردن، به اندازه خرج کردن، تعادل دخل و خرج را نگه داشتن و میانه روی است.^{۷۴} اقتصاد در اصطلاح میان روی را گویند که از طریق آن میان دخل و خرج تعادل حفظ گردد.^{۷۵} حقوق با اقتصاد رابطه دارد. مقننین در وضع قوانین از محاسبات اقتصادی استفاده می نمایند. همچنین، برخی طرح های قانونی مستلزم پیش بینی وجه مالی است که قانونگذار را مکلف به استفاده از محاسبات اقتصادی می نماید. موضوعات اقتصادی نیز لجام گسیخته نیست و توسط قانون تنظیم می شود، مانند: گزینش نوع اقتصادی، سرمایه گذاری، بانک ها، تجارت، شرکت های تجاری، قرارداد های تجاری و امثال اینها که توسط قواعد حقوقی تنظیم می شوند.

مبحث پنجم) رابطه حقوق و علوم سیاسی

سیاست به معنی اداره کردن امور حکومت، مراقبت امور داخلی و خارجی مملکت، اصلاح امور خلق، رعیت داری و مردم داری است.^{۷۶} همچنین، واژه سیاست ریشه در زبان عرب دارد و از ساس، یسوس اخذ شده است و در معانی ذیل به کار رفته است:

(۱) سست الرعية السیاسة؛ یعنی: رعیت را سیاست کردم سیاست کردنی. این جمله وقتی به کار می رود که رعیت را به کاری امر و یا نهی کرده باشند.

(۲) سوس فلان امور الناس؛ یعنی: فلان امور مردم را سیاست کرد.

(۳) السیاسة: القيام على الشیء بما یصلحه؛ یعنی: سیاست اقدام کردن به اصلاح یک چیز است.

(۴) و ساس السلطان والوالی الرعية؛ یعنی: سلطان و والی رعیت را سیاست نمود یعنی کار های رعیت را سرپرستی و تدبیر کرد.

(۵) فهی بلمعنی اللغوی مطلق التدبیر و بالمعنی المصطلح التدبیر فی الامور الاجتماعی بالحکم و السلطة؛ یعنی سیاست در لغت به معنی مطلق تدبیر اما در اصطلاح تدبیر امور اجتماعی مربوط به حکومت و قدرت است.^{۷۷} در مورد تعریف اصطلاحی سیاست میان صاحب نظران حقوق و علوم سیاسی اتفاق نظر وجود ندارد. در یونان سیاست را علم حکومت بر شهر می دانستند.^{۷۸} نولی تعاریف گوناگون برای سیاست ارائه کرده است: (۱) سیاست هنر استفاده از امکانات است؛ (۲) سیاست حکومت کردن بر انسان ها است؛ (۳) سیاست مبارزه برای به دست آوردن قدرت است؛ (۴) همه فعالیت هایی که مستقیم یا غیر مستقیم با کسب قدرت دولت، تحکیم قدرت دولت و استفاده از قدرت دولت همراه است سیاست است.^{۷۹} رابطه حقوق با سیاست در موارد ذیل واضح می گردد:

۷۴. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۴۳.

۷۵. _____ (۲۰۰۷-۲۰۱۱ م). دایرة المعارف آریانا، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان، ص ۵۹۸.

۷۶. همان، _____، ص ۱۷۸.

۷۷. _____ (۱۳۷۹). دین و سیاست، چاپ اول، تهران: مؤسسه فرهنگی تعلیم، صص ۴۷ و ۴۸.

۷۸. عبدالرحمن عالم (۱۳۸۱). بنیاد های علم سیاست، چاپ نهم، تهران: نشر نی، ص ۲۳.

۷۹. همان، عبدالرحمن عالم، ص ۷۵.

(۱) بسیاری از رشته های علوم اجتماعی مانند سازمان های بین المللی، اصول روابط، مبادی علم سیاست، مبادی علم حقوق و نظیر اینها بحث هایی اند که هم در علم حقوق و هم در علوم سیاسی مورد مطالعه قرار می گیرند. همچنین، در برخی کشورها از جمله افغانستان حقوق و علوم سیاسی به صورت مشترک در دانشکده های حقوق تدریس می شوند.

(۲) بسیاری از مقامات سیاسی از نظر تشریفات و سلسله مراتب در رأس ادارات قرار دارند. اما از نظر معلومات حقوقی کمتر یا هیچ معلوماتی ندارند. زیرا، کمتر خود را زحمت می دهند تا قوانین و مقررات را مطالعه نمایند. در برخی موارد مشاورین حقوقی به دلیل عدم جرأت، عدم موجودیت وقت کافی و نظیر اینها مشوره درست به مقامات سیاسی نمی دهند. بنابراین، بسیاری از تصامیمی را که مقامات سیاسی اتخاذ می نمایند خلاف قانون می باشد. در صورت نقض قوانین، مقامات سیاسی مورد انتقاد افکار عمومی قرار می گیرند. بنابراین، افکار عمومی به خصوص افکار حقوقدانان همواره در صدد تحت حاکمیت قانون در آوردن مقامات سیاسی است و مقامات سیاسی به دلیل عدم فهم قوانین، تأمین منافع فردی و حزبی در صدد گریز از حاکمیت قانون. در این گونه موارد رابطه حقوق با سیاست روشن می شود.

(۳) یکی از موضوعات علم سیاست کسب قدرت است. بنابراین، سیاسیون همواره در صدد کسب و حفظ قدرت اند. اما، حقوق می خواهد قدرت را تقسیم و تنظیم نماید. به عبارت وسیع تر: سیاست علم حصول و حفظ قدرت است. بنابراین، سیاسیون همواره در صدد کسب و حفظ قدرت اند. اما، حقوق قدرت را قانونمند می نماید و نه تنها به کسب و حفظ، بلکه به انتقال قدرت نیز می پردازد.

مبحث ششم) رابطه حقوق با تاریخ

تاریخ مجموعه حوادثی است که از آغاز فعالیت اجتماعی انسان در زندگی وی روی داده است. تاریخ سه نوع است: ۱- تاریخ نقلی که به نقل وقایع ای که در طول تاریخ به وقوع پیوسته است می پردازد. ۲- تاریخ تحلیلی که عبارت از علمی است که وقایع را در بستر تاریخ مورد تحلیل قرار می دهد. ۳- تاریخ فلسفی که عبارت از علمی است که فلسفه وقایع را در بستر تاریخ مورد بحث قرار می دهد. از یکجا شدن تاریخ و حقوق مضمون جدیدی به وجود می آید که تاریخ حقوق نامیده می شود. در این رشته شکل گیری حقوق در بستر تاریخ مورد مطالعه قرار می گیرد. بنابراین، تاریخ حقوق سوابق و تحولات حقوق را ارائه می دهد.

تأسیسات حقوقی محصول قانون يك روزه نیستند. هر کدام سرگذشتی طولانی دارند. این سرگذشت حقوق را ما در تاریخ حقوق می بینیم. قواعد حقوقی مربوط به مالکیت، مربوط به زوجیت، خانواده، حتی جزئی ترین قواعد حقوقی مثل خسارت معنوی دارای سوابقی است و باید سیر تحولات آن را در تاریخ حقوق ملاحظه نمود. حقوق زمانی به تاریخ حقوق مبدل می شود که قواعد حقوقی نسخ گردند.

بخش دوم: منابع حقوق افغانستان

در گذشته در جهان به صورت عموم هفت نظام حقوقی وجود داشت. نظام حقوقی رومن ژرمنیک، کامن لا، سوسیالیسم، اسلام، حقوق یهودیت، کشور های افریقای جنوبی و هند و چین. اما، امروزه از این میان نظام ها، چهار نوع آن باقی مانده است که عبارت اند از:

۱) نظام حقوقی رومن ژرمنیک که منابع آن عبارت اند از: قانون اساسی، معاهدات بین المللی به شمول معاهدات اتحادیه اروپا، عرف و عادات، رویه قضایی،^{۸۰} اصول کلی حقوق و دکترین.^{۸۱} فرانسه، جرمنی و بسیاری از کشورهای اروپایی پیروی این نظام هستند؛

۲) نظام حقوقی کامن لا که منابع آن عرف و عادات، قانون، دکترین و رویه قضایی است. کشورهای انگلستان، امریکا و برخی کشورهای دیگر پیرو این نظام هستند؛^{۸۲}

۳) نظام حقوقی مارکسیسم که منابع آن عبارت اند از قانون، رویه قضایی، عرف و عادات، قواعد زندگی مشترک سوسیالیستی و دکترین.^{۸۳} کشورهای اتحاد جماهیر شوروی سابق پیروی این سیستم بوده اند؛

۴) نظام حقوقی اسلام که منابع آن عبارت اند از: قرآن، سنت، اجماع، قیاس، استحسان، مصالح مرسله، استصحاب الحال، سد الذرایع، قول صحابی، عرف و شرایع آسمانی که چهار منبع ای اول اتفاقی و سایر منابع اختلافی است و علمای اصول این منابع را منابع تشریح می گویند. کشورهای مانند عربستان سعودی امروزه پیروی این نظام به صورت ناب آن است.

به نظر می رسد نظام های حقوقی رومن ژرمنیک و کامن لا نه تنها توانسته اند اصالت خویش را حفظ نمایند، بلکه در نتیجه، نقل انتقال نهاد ها و پالیسی و عقب ماندگی کشورهای دیگر و استعمارگرایی و در نتیجه تقلید کشور های دیگر از الگوی های حقوقی این نظام ها، اشغال نظامی کشور های دیگر وارد این کشور ها نیز گردیده اند.

برخی کشورهای عقب مانده به صورت کلی این نظام ها را پذیرفته اند و برخی کشورهای دیگر نیز به نحوی از انحاء از این دو نظام متأثر شده اند. به نظر می رسد نظام حقوقی افغانستان الی سال ۱۳۰۱ به

80. Case law/ Jurisprudence.

81. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, pp 13- 36.

۸۲. رنه داوید و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۸۱). دو نظام بزرگ حقوقی، مترجم: سید حسین صفایی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.

۸۳. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۴.

صورت ناب اسلامی بوده است. اما، بعد از سال ۱۳۰۱ به نحوی از انحاء از نظام حقوقی رومن ژرمنیک متأثر شده است. این تأثیر پذیری بیشتر از طریق نظام حقوقی مصر، عراق، جمهوری اسلامی افغانستان و ... صورت گرفته است. زیرا کشورهای مذکور به تقلید از کود ناپلیون قانونگذاری و نقل انتقال نهادها و ساختارها را از نظام حقوقی فرانسه شروع نمودند. این تأثیر پذیری تا به حال ادامه دارد. علی الرغم تأثیری پذیری نظام حقوقی افغانستان از نظام رومن ژرمنیک، نظام حقوقی افغانستان تا اندازه ای توانسته است، اصالت خویش را مانند اکثر کشورهای اسلامی دیگر حفظ نماید.

در نتیجه، نظام حقوقی افغانستان از یکطرف تأثیر پذیر از قوانین موضوعه بوده است و از طرف دیگر از نظام حقوقی اسلام و منابع آن. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه به دست می آید که: نوع پنجم نظام های حقوقی در جهان ایجاد شده است که همان «نظام حقوقی مختلط» است، مانند نظام حقوقی پاکستان که اخلاطی از نظام حقوق اسلامی و نظام حقوقی کامن لا است و مانند نظام حقوقی ایران و مصر که در واقع اخلاطی از نظام حقوقی اسلام و رومن ژرمنیک هستند.

به نظر می رسد نظام حقوقی افغانستان را نیز با توجه به منابع آن که بحث آن در فصل های بعدی خواهد آمد می توان در زمره نظام های حقوقی مختلط آورد. زیرا، نظام حقوقی افغانستان از یکطرف اسلامی و از طرف دیگر به دلیل وجود قوانین موضوعه رومن ژرمنیک است.

با توجه به این خصوصیت، منابع آن را نیز از یکطرف منابع نظام حقوقی رومن ژرمنیک و از طرف دیگر فقه اسلامی تشکیل می دهد. منابع جمع منبع است و منبع از ریشه نوع اشتقاق یافته که در لغت به معنی خاستگاه، اصل و سرچشمه است که به آن مصدر که جمع آن مصادر است نیز می گویند. پس، تعریفی که در اصطلاح حقوقی برای منبع ارایه می نمایند این است که خاستگاه یا سرچشمه یک پدیده منبع است.^{۸۴}

به عبارت دیگر: منبع عبارت از یافتگاه های قواعد حقوقی است که اشخاص برای تنظیم روابط حقوقی و اجتماعی و قاضی برای یافتن قاعده حاکم بر دعوی به آن مراجعه می کند.^{۸۵} گاهی به عوض منابع حقوق از مصادر حقوق نیز استفاده می شود. مصادر جمع مصدر از ریشه صدر گرفته شده است. مصدر اسم مکان است که در لغت مترادف منبع است.

اهمیت تعیین و تشخیص منابع حقوق این است که این امر قاضی، مدعی العموم، وکیل مدافع، مشاور حقوقی و ... را کمک می نماید تا در صورت مواجه شدن با یک مسأله یا قضیه حقوقی به این منابع مراجعه و قواعد حقوقی حاکم بر آن مسأله یا قضیه را پیدا و مشکل را حل نماید. با توجه به اینکه نظام حقوقی افغانستان مدون و مختلط است، منابع آن عبارت اند از: قوانین، معاهدات بین الملل فرامین

۸۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۸۲.

۸۵. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۱۵.

بخش دوم: منابع حقوق | ۴۵

تقنینی، مقررات، اساسنامه ها، لوایح، طرز العمل ها، ایزاد، تعدیل، ضمیمه، فقه، عرف و عادات، اصول کلی حقوق، متحدالمآل های ستره محکمه امارت اسلامی افغانستان و دکترین:

فصل اول: قوانین در مفهوم عام

اولین و مهم ترین منابع حقوق افغانستان از زمان شاه امان الله خان الی سقوط جمهوریت دوم قوانین بوده است. در این فصل به صورت بسیار مختصر قوانین و انواع قوانین را مورد مطالعه قرار می دهیم. علاقمندان می توانند به کتاب انواع قانون و مراحل قانونگذاری اینجانب جهت معلومات بیشتر مراجعه نمایند. قانون به عنوان یکی از منابع مهم حقوق به سه دسته تقسیم می شود: قانون الهی که ناشی از اراده خداوند ﷻ است. قانون طبیعی که ناشی از طبیعت است. قانون بشری که ناشی از ذهن بشر است.

قانون بشری در نظام حقوقی افغانستان به قانون اساسی، قانون عادی، فرمان تقنینی، بودجه ملی، اصول و وظایف داخلی مجلسین شورای ملی (در گذشته)، مقررہ ها، اساسنامه ها، طرز العمل ها، لوائح و ضمیمه، معاهدات و موافقتنامه های بین المللی و بودجه ملی تقسیم می شود. در این فصل معنی لغوی قانون، تعریف قانون در مفهوم عام و خاص (مبحث اول)، پیشینه قوانین در افغانستان (مبحث دوم) و انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان (مبحث سوم) را مورد بحث قرار می دهیم و در فصل های بعدی سایر مباحث مربوط به قانون را.

مبحث اول) معنی لغوی و تعریف قانون در مفهوم خاص و عام

در خصوص اصل واژه «قانون» که عربی است، دری یا یونانی میان حقوقدانان^{۸۶} و لغت شناسان اتفاق نظر وجود ندارد. به طور کلی، در این مورد سه نظریه وجود دارد:

۸۶. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۸؛ علی پاشا صالح، (۱۳۴۸). سرگذشت قانون، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۸؛ و ___ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، صص ۲۹۱ و ۲۹۲.

۱) گروهی آن را عربی الاصل ندانسته و از واژه های دخیل در عربی می دانند که از واژه لاتین «kanon» یعنی خط کش مأخوذ است. دلیل این گروه، تشابه آوایی (صوتی) بین لفظ «قانون» و «kanon» و نزدیک بودن معنای این دو و احتمال معرب شدن این کلمه در اثر تعامل فرهنگی اسلام و غرب است.

۲) گروه دوم نیز در غیر عربی بودن و معرب بودن این واژه تردید ندارد، اما آن را گرفته شده از زبان رومی، فارسی، سریانی یا عبری دانسته اند.

۳) سومین گروه اعتقاد دارد که «قانون» لفظاً و اصلاً عربی بوده و اصل آن «قن» است. طبق عقیده این گروه، قانون به لحاظ شکلی بر وزن «فاعول» است. وجود تشابه بین لفظ «قانون» و «kanon» یا «canon» دلیل بر غیر عربی بودن آن نیست و تغییر حرف «کاف» به «قاف» موجه به نظر نمی رسد، زیرا حرف «ک» مثل حرف «ژ» یا «گ» فارسی نبوده که نیاز به تعریب داشته باشد. نظریه این گروه به صواب نزدیک تر است زیرا هم دلایل قوی است و هم با نظر برخی از بزرگان علم فقه اللغه از جمله ابن منصور موهوب بن احمد جوالبقی در کتاب المعرب سازگاری دارد که او هم لفظ قانون را معرب ندانسته است.

با توجه به تتبعات واژه قانون مانند: تقنین، تقنینیه، مقننه، مقنن که همه بر اوزان عربی اند، می توان با نظر اخیر هم عقیده شد. در زبان عربی «قانون» به معنای «مقیاس کل شیء» یعنی مقیاس هر چیز است. در زبان فارسی با آنکه اکثر واژه شناسان لفظ «قانون» را عربی دانسته، برخی بزرگان در فارسی بودن این واژه و مأخوذ بودن آن از «کانون» تردید نکرده اند. از جمله کسانی که گفته اند که قانون عربی نیست جوهری در صحاح، طریحی در مجمع البحرین، ابن منظور در لسان العرب و محمد بن عبدالقادر در مختار الصحاح می باشند. برخی اهل لغت مانند زبیدی در تاج العروس ذکر کرده اند که گفته می شود که قانون کلمه رومی یا فارسی است.^{۸۷}

در واقع، تعریف ادبای فارسی از این واژه همدیف با تعاریف لغویان عرب است و از جمله گفته شده است که قانون به معنی اصل و مقیاس چیزی یا رسم و قاعده، روش، آئین، شکل، طریقه و ترتیب، نظم و دستور و منوال و طرز و کانون، و آداب و شریعت است.^{۸۸} واژه قانون در استعمالات فقهاء چندان کاربرد ندارد و به جای آن از واژه هایی چون: «شرع»، «شریعت» یا «حکم شرعی» به کار رفته است.

البته، برخی از فقهاء از جمله فقیه مالکی ابن جزری که در اوایل قرن هشتم (۷۴۱-۶۹۳ هجری شمسی) می زیسته، لفظ «قانون» را در کتابی که آن را «قوانین الفقهیه» نامیده در همین معنای مصطلح به کار برده است. همچنین، ابن قیم جوزیه در کتاب اعلام الموقعین عن رب العالمین، عنوان «قوانین سیاسیه» را برای دلالت بر آنچه حکمرانان به منظور اداره امور اجرایی و سیاسی وضع می کنند، استفاده

۸۷. زکی ناظر حسین ذکی (____). نگاهی به قانون و بایستگی های آن، مجله عدالت، شماره ۴۴، ص ۶۷.

۸۸. صفر بیگ زاده (۱۳۸۷). شیوه نگارش قانون، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ص ۲۰.

کرده است. کتاب قوانین الاصول میرزای قمی نیز از جمله کاربردهای واژه «قانون» در فقه شیعه است. کثرت کاربرد این واژه را باید از آثار اقبال کشور عثمانی در قرن نوزدهم به وضع قانون به سبک جدید دانست که با فروپاشی این دولت این امر همچون سایر میراث های این امپراتوری به دولت های بزرگ عرب رسید. البته، در ابتداء معنای «قانون» بیشتر همان شرعیات مدون به سبک جدید بود، چنانکه در «المجلة = مجلة الاحکام» این امر به وضوح آشکار است. البته، در تمام کشور های عربی قانون به معنای جدید آن با همین لفظ «قانون» به کار نمی رود، بلکه در مراکش «مدونة»، در تونس «المجلة»، در مصر «تقنین» و در عربستان سعودی «نظام» گفته می شود.^{۸۹}

بسیاری از استادان حقوق قانون را به معنی عام و خاص تعریف نموده اند. قانون به معنی عام در برگرفته قانون اساسی، قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، اساسنامه ها، لوایح و طرزالعمل ها می شود. اما، قانون به معنی خاص صرف شامل قوانین عادی مصوب پارلمان می شود. آقای صالح علی پاشا در این باره در کتاب سرگذشت قانون می نویسد: قانون به معنی اعم قاعده کار است در همه علوم و فنون و بر همه چیز عالم حاکم است. ولی، به مفهوم خاص، قانون دستور زندگانی اجتماعی است که از طرف مقام صلاحیت دار (مصدر قدرت و مسند امر و نهی و مرجع قانون گذاری هر کشور) به اعتبار عرف و عادات و رسوم دیرین پیرامون حق و ناحق و سزا و جزا و تشخیص نیک و بد با ضمانت اجراء مقرر و اعلام می شود.

طبق این تعریف، منظور از قانون به معنی اعم خارج از علم حقوق است. اما، قانون به معنی اخص، قانون در علم حقوق است. در این خصوص برخی حقوقدانان می نویسند که: قانون مجموعه قواعدی است که توسط دولت وضع می شود و در مجموعه به نام کُد پیدا می شود.^{۹۰}

داکتر کاتوزیان در تعریف قانون به مفهوم عام و خاص در کتاب مقدمه علم حقوق می نویسد: وقتی در منابع حقوق از قانون سخن گفته می شود و این منبع در برابر عرف به کار می رود، مقصود تمام مقررات است که از طرف یکی از سازمان های صالح دولت وضع شده است، خواه این سازمان قوه مقننه یا رئیس حکومت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد.

پس، در این معنی عام، قانون شامل تمام مصوبات مجلس و تصویبنامه ها و بخش نامه های [در حقوق افغانستان: لوایح و طرزالعمل ها] اداری نیز می شود. ولی، در اصطلاح حقوق اساسی ما، قانون به قواعدی گفته می شود که یا با تشریفات مقرر در قانون اساسی، از طرف مجلس شورای اسلامی وضع شده است، یا از راه همه پرسی به طور مستقیم به تصویب می رسد (اصول ۵۸ و ۵۹ قانون اساسی

۸۹. همان، صفر بیگ زاده، صص ۲۰ و ۲۱.

90. Barry Nicholas, (2005). The French Law of Contract, second edition, Exford university press, p 5.

جمهوری اسلامی ایران). یعنی: قانون مفهوم ویژه ای دارد که با تصمیم های قوه مجریه متفاوت است و آنها را نباید به جای هم استعمال کرد.^{۹۱}

داکتر لنگرودی نیز در این مورد می نویسد که: «قانون در معنی اعم شامل تصویب نامه و آیین نامه [مقررات و لوایح] است، ولی در معنی اخص شامل اینها نمی شود.»^{۹۲}

به نظر می رسد که قانون به معنای عام اعم است از تمام قوانین مدون که با طی تشریفات خاص وضع می شوند فارغ از اینکه واضح آنها قوه مؤسس، قوه مقننه یا سایر مقامات و مراجع صلاحیتدار باشد. اما، قانون به معنای خاص به مصوبات قوه مقننه اطلاق می شود. در حقوق افغانستان نیز تعریف قانون به مفهوم عام و خاص امکان پذیر به نظر می رسد.

به مفهوم عام قانون در برگیرنده تمام قواعد مدون اعم از قانون اساسی، قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، اساسنامه ها، لوایح و طرزالعمل ها می شود، زیرا این اسناد موجد هنجارهای حقوقی اند. اما، به مفهوم خاص قانون براساس ماده ۹۴ قانون اساسی در افغانستان صرف شامل قوانین عادی مصوب شورای ملی می شود.

مبحث دوم) انواع قانون در افغانستان

طبق ماده ۲ فقره ۱ مقررۀ طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی: «اسناد تقنینی: شامل قانون، فرمان تقنینی، فرمان رئیس جمهور، مقررۀ، اساسنامه و تعدیل، ضمیمه، ایزاد، حذف، تعلیق یا تعدیل در آنها و مصوبۀ کابینه است که دارای ماهیت تقنینی باشد». نص این ماده انواع اسناد تقنینی در نظام حقوقی افغانستان را احصاء کرده بود. در این که قانون اعم از اساسی و عادی، فرمان تقنینی، مقررۀ، اساسنامه اسناد تقنینی اند شکی وجود ندارد. همچنین، تعدیل، ضمیمه ایزاد که ممکن است در قانون، مقررۀ، اساسنامه صورت پذیرد، پس از طی مراحل قانونی که تفصیل آن خواهد آمد به سند تقنینی تبدیل می شود. آنچه طبق نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد این است که لوایح و طرزالعمل ها طبق نص این ماده سند تقنینی تلقی نمی شوند، در حالی که لوایح و طرزالعمل ها طبق رویۀ عملی اسناد تقنینی اند، زیرا از صفت دوام، داشتن ضمانت اجراء و ... که صفات قواعد حقوقی اند برخوردار اند و نمی توان نقش و اهمیت لوایح و طرزالعمل ها را در نظام حقوقی افغانستان نادیده گرفت.

همچنین، طبق نص این ماده حذف (برخی مواد سند تقنینی) سند تقنینی تلقی می شود، در حالی که آنچه حذف شود صرف از نظر تاریخی سند تقنینی است. همچنین، فرمان که در این ماده به صورت مطلق تذکر یافته است محل ایراد به نظر می رسد. به نظر نمی رسد منظور از فرمان رئیس جمهور در این

۹۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمۀ علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۱۲۰.

۹۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه شماره ۱۰۵۹۰.

ماده فرمان تقنینی است، زیرا فرمان غیر تقنینی ماهیت هنجاری ندارد و از صفت دوام برخوردار نیست و سند تقنینی محسوب نمی شود.

همچنین، عبارت مصوبه کابینه که دارای ماهیت تقنینی باشد در این ماده محل ایراد به نظر می رسد، زیرا اسناد تقنینی ای را که کابینه صلاحیت تأیید آنها را دارد عبارت اند از قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات و اساسنامه ها، در حالی که قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات و اساسنامه ها در این ماده به عنوان مصادیق اسناد تقنینی احصاء شده اند.

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که در نظام حقوقی افغانستان به مفهوم عام قوانین به قانون اساسی و قانون عادی، فرامین تقنینی، مقررات، اساسنامه ها، لوایح و طرز العمل ها تقسیم می شود. با توجه به این دلایل، ماده ۳ جزء ۱ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در خصوص انواع اسناد تقنینی می گوید: «اسناد تقنینی مشتمل است بر قانون اساسی، قانون، فرمان تقنینی، بودجه ملی، اصول و ضوابط داخلی مجلسین شورای ملی، مقرره ها، اساسنامه ها، طرز العمل ها، لوایح و ضمیمه، معاهدات و موافقتنامه های بین المللی و سایر اسناد حقوق بین الملل که افغانستان به آن ملحق شده است.»

با توجه به آنچه گفته شد، در فصل های بعدی قانون اساسی، قانون عادی، فرمان تقنینی، بودجه ملی، اصول و ضوابط داخلی مجلسین شورای ملی، مقرره، اساسنامه، طرز العمل، لایحه، ضمیمه و معاهده و موافقت نامه را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث سوم) قانون اساسی

اولین نوع قانون در نظام حقوقی افغانستان قانون اساسی است. به نظر می‌رسد قانون اساسی در نظام حقوقی افغانستان مجموعه قواعد حقوقی برتر است که شکل دولت، تشکیلات دولت، مبنای دولت، اصول حاکم بر دولت و وظایف دولت و حقوق و جایب اساسی اتباع را تنظیم می‌نماید و به تصویب لویه جرگه و توشیح رئیس جمهور یا شاه رسیده است.

مبحث چهارم) قانون عادی

نوع دوم قانون در نظام حقوقی افغانستان قانون عادی است. ماده ۹۴ ق. ا که نسخه برداری ماده ۶۹ قانون اساسی ۱۳۶۶ با اندکی تغییر است از نظر شکلی در تعریف قانون مقرر می‌داشت: «قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد، مگر اینکه در این قانون اساسی طوری دیگری تصریح گردیده باشد. در صورتی که رئیس جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته باشد، می‌تواند آن را در ظرف پانزده روز از تاریخ تقدیم با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید. با سپری شدن این مدت و یا در صورتی که ولسی جرگه آن را مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضاء تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می‌گردد.» طبق نص این ماده که در کمیسیون تدقیق و لویه جرگه به اتفاق آراء مورد تأیید قرار گرفت،^{۹۳} یک اصل در مورد تعریف قانون وجود داشت و شش استثنای: طبق این ماده اصل این بود که قانون از نظر شکلی مصوبه مجلسین شورای ملی بود که به توشیح رئیس جمهور رسد. اما، به طور استثنایی موارد ذیل مشمول تعریف قانون به مفهوم خاص می‌شد: ۱- در صورتی که رئیس جمهور با مصوبه شورای ملی موافقه نداشته، باید آن را با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید. در صورت عدم استرداد و انقضای پانزده روز، مصوبه توشیح شده پنداشته شده و قانون تلقی می‌شد.

۲- در صورتی که قبل از انقضای ۱۵ روز رئیس جمهور، مصوبه شورای ملی را با ذکر دلایل رد و به ولسی جرگه مسترد نماید، اما ولسی جرگه آن را مجدداً با دو ثلث آرای کل اعضاء به تصویب رساند، مصوبه توشیح شده محسوب می‌گردد و نافذ است. به نظر می‌رسد در این دو حالت، مصوبه شورای ملی قبل از انتشار نافذ بود.

۳- استثنای سوم راجع به سند بودجه بود (ماده ۹۸ و ماده ۹۰ بند ۲ ق. ا) که مشرانو جرگه در مورد آن نظر مشورتی ارایه می‌نمود و ولسی جرگه آن را تصویب می‌کرد که تفصیل آن در فصل بودجه خواهد آمد.

۴- استثنای چهارم مصوبه هیئت مختلط بود که تفصیل آن در این فصل خواهد آمد.

۵- به نظر می‌رسد استثنای پنجم فرمان تقنینی قبل از تصویب شورای ملی بود که قبل از تصویب در حکم قانون (قانون حکمی) بود که تفصیل آن در فصل فرمان خواهد آمد.

۹۳. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، ص ۳۵۶.

۶- به نظر می‌رسد استثنای ششم تصدیق معاهدات بین‌المللی توسط شورای ملی بود که تفصیل آن در فصل معاهدات خواهد آمد.

مبحث پنجم) فرمان

نوع سوم قانون در مفهوم عام فرمان تقنینی است. فرمان^{۹۴} در لغت به معنی امر، حکم، حکمی که از جانب شخص بزرگ صادر شود است که جمع آن فرامین می‌باشد.^{۹۵}

مقرره طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی میان فرمان تقنینی و فرمان غیر تقنینی تفکیک قایل شده و هر یک را جداگانه تعریف نموده است. ماده ۲ جزء ۳ مقرره طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۸۱ مؤرخ ۲۰ سرطان ۱۳۹۱ هجری شمسی در تعریف فرمان تقنینی می‌گفت: «فرمان تقنینی مجموعه قواعد حقوقی الزامی است که مطابق ماده ۷۹ قانون اساسی افغانستان طی مراحل گردیده باشد.» ماده ۲ جزء ۴ مقرره طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف فرمان رئیس جمهور می‌گفت: «فرمان رئیس جمهور دستور کتبی رئیس جمهور است که به منظور اعمال صلاحیت‌های مندرج قانون اساسی افغانستان و سایر قوانین نافذ در ساحات مربوط، صادر و ثبت باشد.»

به نظر می‌رسد قانونگذار عادی در قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی میان فرمان تقنینی و غیر تقنینی تفکیک قایل شده است. قانونگذار عادی در این قانون فرمان غیر تقنینی را تعریف نکرده است. اما، در تعریف فرمان تقنینی ماده ۳ جزء ۳ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی می‌گوید: «فرمان تقنینی حکومت: عبارت از قواعد حقوقی عام و الزام آور است که در صورت ضرورت عاجل، براساس ماده ۷۹ قانون اساسی توسط حکومت ترتیب و توسط رئیس جمهور توشیح گردیده باشد.»

مبحث ششم) مقرر

نوع چهارم قانون در نظام حقوقی افغانستان مقرر است. مقررات^{۹۶} جمع مقرر است و مقرر^{۹۷} اسم مفعول از ریشه «قر» گرفته شده است که در لغت به معنی قرار داده شده، برقرار، برجای و استوار است. همچنین، در علم حقوق و فقه مقرر معانی مختلفی به قرار ذیل دارد:

- ۱) امری که مورد تقریر قرار گرفته باشد؛
- ۲) امری که تعیین و تحدید شده باشد؛
- ۳) امری که به آن حکم شده باشد؛ یعنی: «محکوم بها»؛ و

94. Decree/ Ordinance.

95. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۱۱.

96. Regulations.

97. Declared.

۴) امری که بر آن اقرار شده باشد.^{۹۸}

از آنچه گفته شد، به خوبی واضح می‌گردد که حکمی که در قانون پیش بینی شده باشد، به آن مقرر می‌گویند. به عبارت دیگر: به نص یا متن و یا منطوق قانون مقرر می‌گویند. اما، مقرر در نظام حقوقی افغانستان این گونه شناخته نشده است. در نظام حقوقی افغانستان به «آیین نامه» مقرر می‌گویند. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به نص (متن/ منطوق) قانون مقرر می‌گویند که کاملاً استعمال درست به نظر می‌رسد. به عنوان مثال، می‌گویند، مقررات قانون جزا، مقررات قانون اساسی، مقررات قانون مدنی و ... که منظور آنها احکام یا نصوص و یا متون این قوانین است نه متن مصوبه کابینه که در رأس آن رئیس جمهور قرار دارد. بنابراین، این اصطلاح در حقوق افغانستان همواره موجب سردرگمی حقوق دانان به خصوص محصلین مبتدی حقوق افغانستان می‌شود. زیرا، مفهوم مقرر قانونی و مقرر به مفهوم خاص در افغانستان در ذهن آنها مغالطه می‌شود.

به نظر می‌رسد در نظام حقوقی افغانستان، مقرر مصوبه کابینه است که توسط رئیس جمهور یا رئیس الوزرا یا امیر المؤمنین منظور و در جریده رسمی نشر گردیده باشد. این تعریف شکلی است و ناظر بر تشریفات و نهاد تصویب کننده مقرر است. بنابراین، از نظر شکلی، مقرر عبارت از مصوبه کابینه است که قوه مؤسس یا پارلمان (شورای ملی) صلاحیت وضع آن را به قوه مجریه اعطا نموده است. اما، در مفهوم ماهوی، مقرر مجموعه قواعد حقوقی است حکومت آن را برای اجرای وظایف خویش وضع می‌نماید. نویسندگان مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در ماده ۲ جزء ۵، مقرر را چنین تعریف می‌نمود: «مقرر مجموعه قواعدی است که به منظور تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور، تکمیل بهتر احکام قانون و تنظیم وظایف وزارت ها و ادارات دولتی از طرف حکومت وضع گردیده باشد.»

اما، ماده ۳ جزء ۱۱ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۵ در تعریف مقرر می‌گوید: «مقرر مجموعه قواعد حقوقی الزام آور است که به منظور تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور، تکمیل بهتر احکام قوانین، تنظیم وظایف وزارت ها و ادارات دولتی و غیردولتی مطابق ماده ۷۶ قانون اساسی از طرف حکومت وضع و تصویب گردیده باشد.»

عبارت «ادارات غیردولتی» در نص این ماده زاید به نظر می‌رسد. زیرا، ادارات غیردولتی برای پیشبرد و اجرای وظایف خویش مقرر وضع نمی‌نمایند. صلاحیت وضع مقررات را چنانچه در ق. ا پیش بینی شده است صرف حکومت دارد نه ادارات غیردولتی. این تعریف هم ماهوی است زیرا ناظر بر ماهیت قواعد پیش بینی شده در مقرر است و هم شکلی است زیرا ناظر بر واضع مقرر یعنی حکومت است.

۹۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۴۹.

نوع ششم قانون در نظام حقوقی افغانستان اساسنامه است. در این فصل تعریف اساسنامه (مبحث اول) و فرایند وضع اساسنامه (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث هفتم) اساسنامه

اساسنامه در لغت به معین بنیاد نامه و قانون است.^{۹۹} طبق ماده چهارم «اساسنامه^{۱۰۰} انستیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی» اساسنامه ها نوع دیگر اسناد تقنینی است. ماده ۳ جزء ۱۲ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۶ در تعریف اساسنامه می گوید: «اساسنامه مجموعه قواعد حقوقی و الزام آور است که به منظور تنظیم امور مربوط به تشکیل و صلاحیت مؤسسات علمی یا تحقیقاتی وزارت، ادارات، شرکت ها و تصدی های دولتی از طرف حکومت وضع گردیده باشد.»

از نص این ماده دو عنصر در مورد تعریف اساسنامه قابل برداشت است: نخست این که اساسنامه مانند سایر اسناد تقنینی مجموعه قواعد حقوقی است. دوم این که اساسنامه تشکیل و وظایف برخی نهاد های علمی و تحقیقاتی مانند انستیتوت امور قانونگذاری و تحقیقات علمی - حقوقی وزارت عدلیه، انستیتوت دیپلوماسی وزارت امور خارجه و نظیر اینها، تصدی ها و شرکت های دولتی مانند شرکت آریا، برشنا و نظیر اینها را تنظیم می نماید. بنابراین، اساسنامه ها معمولاً مختص انستیتوت ها، تصدی ها و شرکت ها اند.

تشکیل و صلاحیت برخی ادارات دیگر دولتی یا توسط قانون، مانند قانون خدمات ملکی که تشکیل و وظایف کمیسیون اصلاحات اداری، یا توسط مقرر مقرر مانند تنظیم تشکیل و وظایف وزارت عدلیه و نظیر اینها تنظیم می گردد. این تعریف صرف شامل اساسنامه شخصیت های حکمی عامه مانند: شرکت آریانا، شرکت افغان تیلی کام، شرکت برشنا، تصدی های دولتی و امثال اینها می گردد و در برگیرنده اساسنامه شخصیت های حکمی خصوصی، مانند: شرکت های تجارته، انجمن ها، شورا ها، احزاب سیاسی و امثال اینها نیست، زیرا اساسنامه این اشخاص توسط مؤسسه آن تسوید و تصویب می گردد و از نظر شکلی فرایند اساسنامه گذاری که عبارت اند از: تسوید، تدقیق، تأیید و منظوری است را طی نمی نماید.

مبحث هشتم) لایحه

نوع هفتم قانون در مفهوم عام لایحه است. لایحه مؤنث لایح، از ریشه «لوح» گرفته شده است که در لغت به معنی طرح، مکتوب، نوشته و ظهر است. در اصطلاح حقوقی لایحه دارای دو معنی است:

99. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۱۵/۵) (آخرین بازدید ۵/۱۵/۲۰۱۶)

100 Statute.

۱) قواعد پیش نویس که حکومت برای قانونگذاری به شورای ملی ارایه می نماید. در این مفهوم، لایحه معادل «پیش نویس قانون»^{۱۰۱} است.^{۱۰۲} این نوع لایحه را در نظام حقوقی افغانستان طرح قانون می گویند.

۲) لایحه عبارت از قواعد حقوقی است که توسط ادارات ذیربط وضع و منظور می شوند، مانند: لایحه امتحانات شمول در مؤسسات تحصیلات عالی و نیمه عالی، لایحه تحصیلات دوره ماستری، لایحه تبدیل محصلان، لایحه امتحانات مؤسسات تحصیلات عالی، لایحه نظارت و ارزیابی از مؤسسات تحصیلات عالی خصوصی، لایحه سیستم کرایت مؤسسات تحصیلات عالی، لایحه نظم و دسپلین، لایحه شمولیت در کادر علمی مؤسسات تحصیلات عالی افغانستان و نظیر اینها.

لویح در نظم حقوقی افغانستان توسط ادارات حکومتی تسوید و توسط وزیر و یا رئیس اداره تصویب می شود و ضرورت به تصویب کابینه و کابینه ندارد که بحث آن در فصل چهارم خواهد آمد. ماده ۳ جزء ۱۳ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۵ در تعریف لایحه می گوید: «لایحه مجموعه قواعد حقوقی است که چگونگی اجراات و فعالیت های وزارت ها یا ادارات دولتی را در موضوعات خاص و استقامت دهی معنی تنظیم و در مطابقت با قانون توسط وزارت یا اداره مربوط وضع و تصویب می گردد.»

مبحث نهم) طرزالعمل

نوع هشتم قانون در مفهوم عام در نظام حقوقی افغانستان طرزالعمل است. طرزالعمل^{۱۰۳} عبارت از قواعد حقوقی است که برای تنظیم وظایف ادارات دولتی توسط خود اداره وضع و تصویب می شود و نیازی به تصویب کابینه ندارد. طرزالعمل ها در نظم حقوقی افغانستان توسط ادارات حکومتی تسوید و توسط وزیر یا رئیس اداره تصویب می شود و ضرورت به تصویب کابینه ندارد.

طرزالعمل ها در نظام حقوقی افغانستان مکمل لویح هستند و احکام موضوعاتی را تنظیم می نمایند که خیلی جزئی اند و مقررات و لویح به تنظیم آنها پرداخته است، مانند: طرزالعمل توزیع دیپلوم به فارغان مؤسسات تحصیلات عالی افغانستان و فارغ خارج مرز، طرزالعمل آموزش نیمه حضوری و غیر حضوری و ارزیابی اسناد آن، طرزالعمل اصلاح نام محصلان و فارغان مؤسسات تحصیلات عالی، طرز العمل ارزیابی معیار های علمی، اداری و زیربنایی دانشگاه ها و مؤسسات تحصیلات عالی دولتی و امثال اینها.

101. Draft of the law.

۱۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۲۷؛ و محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۱۱۵۵۴.

103. Procedure.

ماده ۳ جزء ۱۴ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی ۱۳۹۵ در تعریف طرز العمل می گوید: «طرز العمل: مجموعه قواعد حقوقی است که به منظور سهولت در اجراءات، چگونگی فعالیت یک نهاد دولتی را در موضوعات معین تنظیم و در مطابقت با قانون توسط خود آن نهاد وضع و تصویب می گردد.»

فصل دوم: سایر تقسیمات و سلسله مراتب و تفسیر وقوانین

مبحث اول) تقسیمات قوانین از شکل

به نظر می رسد قوانین عادی در نظام حقوقی افغانستان به قوانین ماهوی، شکلی، شکلی و ماهوی، امری و اختیاری تقسیم می شوند:

گفتار اول) قوانین ماهوی

قوانین ماهوی^{۱۰۴} که قوانین متنی نیز نامیده می شوند عبارت از قوانین اند که ماهیت و محتوی قانون را تشکیل می دهند و ایجاد کننده حق و تکلیف اند.^{۱۰۵} به عبارت دیگر: قوانینی که ناظر به اسباب و از بین رفتن حق است یا شرایط اصلی اعمال و حوادث حقوقی را معین می کند، ماهوی یا «موجد» حق هستند. بنابراین، قوانینی که صحت معاملات و عقود، شرایط صحت وصیت، سهم ورثه ها و ... را تنظیم می نمایند، قوانین ماهوی هستند، مانند: قانون مدنی، اصولنامه تجارت، قانون جزاء، اصولنامه جزایی محاکم، اصولنامه تفریق زوجین و امثال اینها.

گفتار دوم) قوانین شکلی

قوانین شکلی^{۱۰۶} عبارت از قوانینی اند که ناظر بر شکلیات و تنظیم جریان دعوی هستند مانند: قانون اصول محاکمات مدنی، قانون اصول محاکمات تجارتي، قانون اجراء جزایی و امثال اینها. تطبیق قوانین شکلی زمان مطرح می شود که قوانین متنی نقض شوند.

گفتار سوم) قوانین ماهوی و شکلی

برخی قوانین به طور مطلق متنی و برخی به طور مطلق شکلی است. اما، برخی قوانین وجود دارد که هم متنی و هم شکلی است. معمولاً این گونه قوانین حاوی قواعد ماهوی و شکلی است که از یکطرف

104 . Substantive law.

۱۰۵. سید جلال الدین مدنی، (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار، ص ۱۹۰؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۵۰ و ۳۵۱.

106 . Procedural law.

حق و تکلیف اشخاص را معین نموده است و از طرف دیگر برای پیشبرد دعوی در صورت نقض قواعد متنی احکام معین را پیش بینی نموده است، مانند قانون کار، قانون مالیات بر عایدات، قوانین گمرکات و امثال اینها.

تقسیم قوانین به ماهوی و شکلی بحث نظری محض نیست. فایده عملی این تقسیم این است که از قوانین ماهوی حقوق ماهوی، مانند حقوق مدنی، حقوق تجارت، حقوق جزاء و امثال اینها و از قوانین شکلی حقوق شکلی مانند: اصول محاکمات مدنی، اصول محاکمات تجارتي و اصول محاکمات جزایی ناشی می شود. بحث حقوق ماهوی و شکلی در فصل بعدی خواهد آمد.

مبحث دوم) تقسیمات قانون از نظر درجه الزام

قوانین از این ناحیه به دو دسته ذیل تقسیم می شود:

گفتار اول) قوانین امری

برخی حقوقدانان بر این نظر اند که قانون امری، قانون است که متضمن امر و نهی است؛ به این معنی که: قانونگذار در این گونه قوانین انجام دادن برخی اعمال را نهی می کند و یا دستور می دهد که مردم فعلی را انجام دهند.^{۱۰۷}

در نگاه اول به نظر می رسد قانون مالیات بر عایدات که به موجب آن همه اشخاص واجد شرایط باید مالیات بپردازند از مصادیق قوانین امری است، اما اگر اندکی دقت نماییم در می یابیم که هیچ قانونی به طور مطلق امری نیست، زیرا در این گونه قوانین برخی احکام وجود دارد که به اشخاص حق انجام و یا ترک فعل را می دهد.

گفتار دوم) قوانین اختیاری

قوانین اختیاری قوانین اند که برای مخاطبین ایجاد تکلیف نمی نمایند بلکه مخاطبین را در فعل و یا ترک یک عمل مخیر می نمایند.^{۱۰۸} ایرادی که بر قانون امری وارد است بر قانون اختیاری نیز وارد است، زیرا به نظر می رسد هیچ قانونی وجود ندارد که همه قواعد آن اختیاری باشد. از آنچه در مورد قوانین امری و اختیاری گفته شد، به این نتیجه می رسیم که برخی قواعد یک قانون امکان دارد امری و برخی اختیاری باشد. برخی قواعدی دیگر قانون امکان دارد ناهیه باشد.

قواعدی که در متن قانون پیش بینی می شوند به چهار دسته تقسیم می شوند. قواعد آمره، قواعد ناهیه، قواعد اختیاری و قواعد اعلامی. قواعد آمره موجب ایجاب تکلیف می گردند. قواعد آمره معمولاً با عبارت «مکلف است» آغاز می شود. قواعد ناهیه قواعدی اند که اجرای یک عمل را ممنوع قرار می دهند. قواعد اختیاری قواعدی اند که موجب ایجاد حق می شوند. معمولاً قواعد اختیاری با عبارت «می

۱۰۷. صفر بیگ زاده (۱۳۸۷). شیوه نگارش قانون، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ص ۱۶۱

۱۰۸. همان، صفر بیگ زاده، ص ۱۶۱.

تواند»، «جواز»، «حق دارد» تصریح می‌شوند که به مخاطب حق صلاحیت انجام و یا ترک فعل را می‌دهد. قواعد اعلامی قواعدی اند که از وجود یک امر خبر می‌دهند، مانند کابل پایتخت افغانستان است.

مبحث سوم) سلسله مراتب قواعد حقوقی^{۱۰۹} و نظارت بر آن

با انفاذ قانون اساسی جدید، قانون اساسی سابق و نظام حقوقی مبتنی بر آن منسوخ می‌گردد. قانون اساسی جدید الهام بخش قوانین فرعی و مبنای آنها قرار می‌گیرد. برای عدم مخالفت قوانین فرعی با قانون اساسی کنترل مطابقت قوانین فرودین با قانون اساسی یکی از ابزای های مهم به شمار می‌رود. در این مبحث تعریف سلسله مراتب هنجارها (گفتار اول)، نظارت بر سلسله مراتب قواعد (گفتار دوم) را مطالعه می‌نماییم.

گفتار اول) تعریف سلسله مراتب قواعد حقوقی

میان قواعد حقوقی ای که در نظام حقوقی افغانستان وجود دارد، سلسله مراتب وجود دارد. سلسله مراتب قواعد حقوقی در نظام حقوقی به این معنی است که تمامی قواعد موجود در نظام حقوقی براساس نظم خاص سازمان یافته‌اند؛ به این گونه که: برخی از برخی دیگر پیروی می‌کنند. هر قاعده^{۱۱۰} (هنجار)^{۱۱۱} فرودین قانونی اعتبار خویش را از هنجار قوانین فرازین می‌گیرد.

در واقع شرط اعتبار قواعد قوانین فرودین، اعتبار قواعد قوانین فرازین است. در نظام حقوقی داخلی، هنجارهای قانون اساسی به عنوان هنجارهای فرازین این نظم به شمار می‌روند و تمامی هنجارهای موجود دیگر در نظام حقوقی اعتبار خویش را از هنجارهای قانونی اساسی اخذ می‌نمایند.^{۱۱۲} در میان میان هنجارهای قانونی در نظام حقوقی افغانستان، اول هنجارهای قانون اساسی، سپس قوانین عادی قرار دارند.

فرامین تقنینی مطابق ماده ۷۹ ق. ا قبل از تصویب شورای ملی در حکم قوانین عادی و بعد از تصویب شورای ملی به قوانین عادی تبدیل می‌شدند. بنابراین، از نظر ارزش هنجاری فرامین تقنینی همسطح و هم ارزش با قوانین عادی بودند. معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی قبل از تصویب شورای ملی فراتر از قوانین عادی بودند چون مبنای قوانین عادی قرار می‌گرفتند مانند قانون رسیدگی به تخلفات اطفال و قانون منع خشونت علیه زن که علاوه بر قانون اساسی مبنای آنها کنوانسیون حقوق اطفال و کنوانسیون منع خشونت علیه زن بوده است.

109 . Hierarchy of norms.

110 . Rule.

111 . Norm.

۱۱۲. محمد رضا ویژه (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه راهبرد، سال هجدهم، شماره پنجاه، ص ۱۰.

اما، بعد از تصویب معاهدات و میثاق های بین المللی در حکم قوانین عادی بودند (ماده ۹۴ ق. ا). بعد از قوانین عادی در نظام حقوقی افغانستان مقررات و اساسنامه قرار دارند چون هر دو از نظر فرایند تابع تشریفات واحدی اند. بعد از مقررات و اساسنامه ها لوایح و طرز العمل ها قرار دارند. اما، قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی که در سال ۱۳۹۶ وضع و نافذ گردیده است، جایگاه معاهدات بین المللی را از نظر سلسله مراتب قوانین پایین تر از فرمان تقنینی قرار داده است که محل ایراد به نظر می رسد. ماده ۸ این قانون در این خصوص می گوید: «(۱) اسناد تقنینی مندرج در این قانون از حیث قوت به ترتیب ذیل قرار دارند:

- ۱- قوانین عادی؛
- ۲- فرامین تقنینی؛
- ۳- اسناد حقوق بین الملل که افغانستان به آن ملحق شده باشد؛
- ۴- اصول و وظایف داخلی مجلسین شورای ملی؛
- ۵- مقررده ها و اساسنامه ها؛
- ۶- طرز العمل ها و لوایح.»

گفتار دوم) نظارت بر سلسله مراتب قواعد حقوقی

نظارت بر سلسله مراتب هنجارها که به نام کنترل سلسله مراتب قوانین نیز یاد می شود به این معنی است که هنجارهای قوانین عادی که فرامین تقنینی و معاهدات نیز در نظم حقوقی افغانستان در حکم قوانین عادی اند، نباید مخالف هنجارهای قانون اساسی، هنجارهای مقررات و اساسنامه ها نباید مخالف قوانین عادی و هنجاری های لوایح نباید مخالف مقررات و هنجارهای طرز العمل ها نباید مخالف هنجارهای لوایح باشد.

به عبارت ساده تر: نظارت بر سلسله قوانین فرعی با اساسی این است که باید نظارت صورت بگیرد که طرز العمل ها مخالف لوایح، لوایح مخالف مقررات و اساسنامه ها، مقررات و اساسنامه ها مخالف قوانین عادی و قوانین عادی مخالف قانون اساسی نباشند. مبنای نظارت بر سلسله مراتب قواعد حقوقی اصل برتری قانون اساسی^{۱۱۳} است. طبق ماده ۱۲۱ ق. ا صلاحیت نظارت بر سلسله مراتب قواعد حقوقی را در نظام حقوقی افغانستان ستره محکمه داشت.^{۱۱۴}

مبحث چهارم) تفسیر قانون

معمولاً قانون ساز و قانونگذار به دلیل عدم دقت، عدم داشتن تخصص لازم، تحت الشعاع قرار گرفتن مسایل حقوقی توسط مقامات سیاسی نمی توانند آنچه را که می خواهند در قالب قانون پیش بینی

113 . Supremacy of constitution.

۱۱۴. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی (۱): حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ دوم، فصل اخیر، کابل: انتشارات سعید.

نمایند. زمانی قانون به مرحله تطبیق می رود، چون معنی و اراده در ذهن قانونگذار و قانون نویس بوده است و خود قانونگذار و یا قانون نویس وجود ندارد و یا وجود دارد اما قابل دسترس نیست تا آنچه را در قالب قانون تصویب کرده است تفسیر و بیان نماید که چه خواسته است، از اراده و منظور و مقصود او برداشت های مختلف و تفسیر های متفاوت توسط مجریان قانون صورت می گیرد.

این برداشت ها و تفسیر های متفاوتی زمانی از متن قانون صورت می گیرد که متن مبهم باشد. بنابراین، در صورتی که متن واضح و روشن باشد به گونه ای که همه یکسان متن و نص قانون را بفهمند، بحث تفسیر به دلیل برداشت واحد منتفی به نظر می رسد. اما، در صورتی که نص مبهم باشد تفسیر قانون مطرح می شود.

علاوه بر این، عبارت و یا نص قانون امکان دارد برحسب اوضاع و احوال مطلق و مقید، صریح و دلالی، عام و خاص، اشارت النص و نظیر اینها باشد که ضرورت تفسیر قانون را ایجاب می نماید. علم حقوق برای کشف و درک اراده و مقصود قانونگذار و رفع این معضل، مفهوم ویژه را ایجاد نموده است که تفسیر نامیده می شود.

گفتار اول) تعریف تفسیر و فرق آن با تعبیر و تأویل

تفسیر از ریشه فسر گرفته شده که در لغت به معنی واضح ساختن و آشکار ساختن است. همچنین، تفسیر در لغت به معنای بیان و کشف مقصود گوینده اطلاق می گردد. به شخص و یا نهادی که قانون را تفسیر می نماید مفسر می گویند. طبق تعریفی که در کتاب لسان العرب یکی از کتب معتبر در فرهنگ لغات لسان عربی مسجل گردیده است، «الفسر: البیان» تفسیر به معنای بیان و روشنگری است؛ یعنی: تفسیر الشی به معنای تبیین آن است.

تأویل از ریشه فعل اول گرفته شده است که به معنی تفسیر کردن و بیان کردن است.^{۱۱۵} ماده ۴ جزء ۴ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه در تعریف تأویل می گوید: «تأویل: تعبیر حکم ماده مشخص قانون مبنی بر اخذ معنی احتمالی آن می باشد». تعبیر از ریشه عبر گرفته شده است که در لغت به معنی به عبارت آوردن، به سخن آوردن، بیان کردن، خواب را تفسیر کردن و شرح دادن است.^{۱۱۶} به شخصی که تعبیر می نماید معبر می نامند.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یاید که تأویل، تفسیر و تعبیر در لغت دارای معنی تقریباً مشابه اند. اما، تعبیر برای شرح و بیان خواب و تأویل در شریعت مترادف با تفسیر است. در اصطلاح حقوقی تفسیر قانون عبارت از کشف مراد و مقصود و اراده قانون گذار است در صورت مبهم بودن لفظ قانون. ماده ۴ جزء ۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف تفسیر می گوید: «تفسیر توضیح و تشریح مقصود حکم قانون و ابراز اراده مقنن است.».

۱۱۵. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۹۶.

۱۱۶. همان، محمد معین، ص ۳۲۸.

گفتار دوم) اهمیت

تفسیر قانون در علم حقوق دارای همان اهمیت است که تفسیر در شریعت است. زیرا همانطور که فقیه با تفسیر قرآن و حدیث احکام را از قرآن و حدیث استنباط می نماید، حقوقدان نیز با استفاده از فنون تفسیر قواعد را از قانون به مفهوم عام استنباط می نماید.

بنابراین، تفسیر قانون حقوقدان را در استنباط قواعد از متون قوانین کمک می نماید. از این رو، بر قاضی، وکیل مدافع، خارنوال (مدعی العموم/ دادستان)، مشاور حقوقی و سایر دست اندرکاران بخش های عدلی و قضایی دانستن فنون تفسیر قانون ضروری است. همچنین، تفسیر قانون در توسعه علم حقوق نقش مهم را ایفاء می نماید. زیرا، دانشمندان حقوق با تفسیر قوانین علم حقوق را رشد و توسعه می دهند.

گفتار سوم) اقسام و مرجع تفسیر

تفسیر قانون را به عبارات مختلف به پنج نوع ذیل تقسیم نموده اند:

۱) به اعتبار مرجع تفسیر کننده: به این اعتبار، تفسیر را به تفسیر شخصی، قضایی و قانونی تقسیم

نموده اند:

۱- **تفسیر شخصی:** تفسیر شخصی که به نام تفسیر نظری و علمی نیز یاد می شود عبارت از تفسیری است حقوقدانان و استادان حقوق در نوشته ها و سخنرانی های و دروس خویش از قوانین می کنند. به اعتبار اینکه این تفسیر جنبه رسمی ندارد و دولت عهده دار آن نیست آن را «تفسیر شخصی» می گویند.

همچنین، به دلیل این که فهم، عقل، درجه تحصیل، هوش و ... هر حقوقدان متفاوت است، معمولاً تفسیر هایی را که حقوقدانان از نصوص قوانین ارایه می نمایند متفاوت و متعارض است. به حیث مثال، اگر یک ماده قانون را که مبهم و مجمل باشد، چندین حقوقدان تفسیر نمایند، چندین تفسیر و استنباط ارایه خواهند نمود.

۲- **تفسیر قضایی:** تفسیر قضایی عبارت از تفسیری است که توسط قضات صورت می گیرد، زیرا زمانی که دعوی نزد قاضی غرض حل و فصل اقامه می شود، قاضی مطابق اصل مستند و مستدل بودن حکم و ماده ۲۴۷ ق. ا. م. م باید فیصله خویش را مستند به قوانین صادر نماید. در این صورت، قاضی مکلف است قانون را به ویژه در صورتی که دارای ابهام و غموض باشد تفسیر نماید.

این تفسیر توسط قاضی در دعاوی بین اشخاص صورت می گیرد و اعتبار آن محدود به همان دعوی است. بنابراین، تفسیری که قاضی در دعوی خاص از قانون می نماید، نه در دعوی دیگر برای او الزام آور است و نه سایر قضات را مجبور به رعایت آن می نماید.

۳- **تفسیر رسمی و مرجع ای آن:** تفسیر رسمی عبارت از تفسیری است که توسط مرجع مفسر قانون صورت می گیرد. ارزش و اعتبار این نوع از تفسیر، مانند خود قانون است و برای تمام افراد و

محاکم الزام آور است. اهمیت تفسیر قانونی و شناسایی مرجع تفسیر قانونی این است که تفسیر قانونی حلال مشکل است و به تفسیر های متفاوت شخصی که توسط حقوقدانان از نصوص قوانین به خصوص قانون اساسی صورت می گیرد، پایان می دهد.

به حیث مثال، تفسیر های مختلفی را که حقوقدانان در مورد این که قانون تشکیل و صلاحیت کمیسیون مستقل انتخابات و کمیسیون رسیدگی به شکایات انتخاباتی جزء قانون انتخابات است یا نیست یا این که وظیفه رئیس جمهور در اول جوزای سال پنجم بعد یا قبل از انتخابات ختم می شد (ماده ۶۱ ق. ۱) یا این که دوره کاری ولسی جرگه به تاریخ اول سرطان سال پنجم بعد یا قبل از انتخابات ختم می شد (ماده ۸۳ ق. ۱) خاتمه می داد. پرسش این است که کدام نهاد صلاحیت این گونه تفسیر را دارد؟ در پاسخ به این پرسش دو روش وجود دارد: روش امریکایی و روش اروپایی.

در روش امریکایی صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دیوان عالی و یا ستره محکمه دارد مانند ایالات متحده امریکا. در روش اروپایی صلاحیت تفسیر قانون اساسی را نهاد های صیانت از قانون اساسی دارد، مانند محکمه قانون اساسی و شورای قانون اساسی دارد. به حیث مثال، در نظام حقوقی فرانسه شورای قانون اساسی صلاحیت تفسیر قانون اساسی و در آلمان محکمه قانون اساسی این صلاحیت را دارد. به نظر می رسد در نظام حقوقی افغانستان این صلاحیت را ستره محکمه داشت.^{۱۱۷}

فرقی که بین تفسیر قانونی، قضایی و شخصی وجود دارد این است که تفسیر قانونی الزام آور، تفسیر قضایی بر طرفین قضیه مطروحه الزام آور و تفسیر شخصی فاقد الزام است. این تقسیمات تفسیر به اعتبار مرجع و یا نهاد تفسیر است. پرسش این است که با چه روش های این اشخاص و نهاد ها می توانند قانون را تفسیر نمایند؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که علم حقوق برای این که مفسر بتواند قانون را تفسیر نماید، روش های معین را در دسترس مفسر قرار داده است. این روش ها، روش تفسیر به اعتبار وسعت و شیوه استنباط قواعد است.

۲) به اعتبار وسعت قواعد: به اعتبار وسعت قواعد تفسیر را به تفسیر وسیع و محدود تقسیم نموده اند:

۱- تفسیر محدود: تفسیر محدود که به نام تفسیر مضیق نیز نامیده می شود تفسیری است که در آن از معنای مواد قانونی تجاوز ننموده و حدود اجرای آن را توسعه ندهند. اصولاً تفسیر مضیق در قوانین مربوط به نظم عمومی به کار می رود زیرا این قبیل قوانین با مصالح اساسی جامعه پیوند دارد و بر اساس آن، آزادی های فردی حفظ می گردد. مطابق اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تمامی قوانین جزایی باید به طور مضیق و محدود تفسیر گردند و کاملاً طبق همان الفاظ و عباراتی که قانون گذار برای بیان اغراض خود به کار برده است، صورت گیرد.

۱۱۷. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک: نظام الدین عبدالله، شرح قانون اساسی (۱۳۹۶). حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۱)، فصل اخیر، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

۲- تفسیر وسیع: تفسیر وسیع (موسع) آن است که معنی مواد قانونی را تا آنجا که قابلیت کشش دارد را با رعایت انصاف و عدالت توسعه دهند. در تفسیر موسع تنها پای بندگی به الفاظ و عبارات قانون کافی نیست و باید به مصالح مورد نظر قانون‌گذار نیز مراجعه کرد. بر اساس این روش، حکمی که قانون برای موضوعی معین در نظر گرفته به موضوعات و حالات مشابه تسری داده می‌شود زیرا قانون‌گذار به همه این اعمال و رفتار انسان‌ها احاطه و اشراف ندارد تا آن‌ها را پیش‌بینی کند یا برای هر یک حکمی مستقل در قانون در نظر گیرد.

لذا با استناد به روح و هدف قانون‌گذار و عرف و عادت، تفسیری موسع از قانون ارایه می‌شود. در حقوق خصوصی به سبب انعطاف‌پذیری بیش‌تر متون قانونی و نپرداختن به جنبه‌های نظم عمومی و مصالح اجتماعی، قاضی می‌تواند با توسل به این شیوه، راه حلی مناسب پیدا نماید، اما بر عکس در امور جزایی که عموماً جنبه نظم عمومی دارد و به مصالح اجتماعی مربوط می‌گردد، تفسیر موسع به سلب حقوق و آزادی‌های فردی می‌انجامد و با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها سازگاری ندارد.

به حیث مثال عبارات ضرر و جبران خسارت در ماده ۵۱ ق. ا را که تصریح می‌نمود: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند [...]». دو گونه می‌توان تفسیر کرد: تفسیر محدود و تفسیر وسیع. هرگاه عبارات ضرر و جبران خسارت را تفسیر محدود نماییم، نتیجه این می‌شود که منظور قانونگذار اساسی از ضرر و جبران خسارت صرف ضرر و جبران خسارت مادی است. اما، هرگاه عبارت ضرر و جبران خسارت را در این ماده تفسیر وسیع نماییم، نتیجه این می‌شود که ضرر و جبران خسارت در این ماده شامل ضرر مادی، معنوی، مختلط و عدم النفع می‌شود.

۳) تقسیم تفسیر بر اساس وسیله استنباط: به اعتبار وسیله استنباط تفسیر قانون را به ادبی، تأریخی و منطقی تقسیم نموده‌اند:

۱- تفسیر ادبی: در تفسیر ادبی، مفسر تنها به الفاظ و عبارات قانون توجه دارد و می‌کوشد تا به یاری فنون مربوط به قواعد و دستور زبان، معنی درست آن را بفهمد و اجمال و نقص قانون را برطرف سازد. به عبارت دیگر: در این روش مفسر برای درک اراده قانونگذار از عبارات، اصطلاحات و واژه‌ها استفاده می‌نماید.^{۱۱۸}

این روش یکی از پرکاربردترین روش‌ها در علم حقوق به نظر می‌رسد، زیرا این روش به کثرت توسط استادان و دانشمندان علم حقوق در تفسیر قوانین مورد استفاده قرار می‌گیرد. به حیث مثال، ماده ۲۲ ق. ا را که تصریح می‌نمود: «هر نوع تبعیض و امتیاز میان اتباع ممنوع است [...]». است می‌توان تفسیر لفظی نمود. تبعیض در لغت به معنی جزء جزء کردن، جدا کردن برخی از برخی، برخی را قبول و

برخی را رد کردن، تقسیم و جدا کردن بعضی از بعضی و رجحان بعضی بر بعضی است.^{۱۱۹} امتیاز در لغت به معنی جدا شدن از یکدیگر، برتری داشتن و مزیت داشتن است.^{۱۲۰} به نظر می رسد منظور قانونگذار اساسی از امتیاز در ماده ۲۲ ق. ا برتری و رجحان یک تبعه بر تبعه دیگر براساس معیار های مانند جنس، قوم، زبان، منطقه و امثال اینها است.

۲- تفسیر منطقی / ساختاری: تفسیر منطقی - ساختاری عبارت از تفسیری است که مفسر غرض کشف اراده و مقصد قانونگذار از نظم منطقی فصل، ابواب و مواد قانون استفاده می نماید. به حیث مثال، دولت در حقوق بین الملل بر مجموعه افرادی اطلاق می گردد که در سرزمین معین زندگی می نمایند و دارای حکومت و حاکمیت اند.

اما، هرگاه قانون اساسی افغانستان را در مورد دولت تفسیر منطقی نماییم، با توجه به این که در فصل اول ق. ا احکامی که در فصل اول قانون اساسی زیر عنوان دولت آمده بود مربوط به کل نظام سیاسی می شد و در فصل سوم، رئیس جمهور در رأس نظام سیاسی قرار داشت، در فصل چهارم حکومت، فصل پنجم شورای ملی، فصل هفتم قضاء این نتیجه به دست می آمد که دولت در افغانستان بر مجموعه قوای ثلاثه گفته می شد. از این رو، عناصر متشکله دولت در افغانستان عبارت بود از حکومت، شورای ملی و قوه قضائیه.

۳- تفسیر تاریخی: چنانچه مفسر از اسناد تاریخی برای کشف منظور قانونگذار استفاده نماید، تفسیر را تاریخی می نامند. به عبارت دیگر: در صورت مبهم، مجمل و ناقص بودن متن قانون، مفسر می کوشد با استفاده از اسناد و مدارک مربوط به زمان وضع قانون و بحث های صورت گرفته در پارلمان به قصد واقعی مقنن دست یابد.^{۱۲۱}

به عنوان مثال مفسر از مقدمات تهیه قانون و مباحثه نمایندگان مجلس، مطالعه مشروح مذاکرات منظور قانون گذار را کشف و قانون را تفسیر می کند.^{۱۲۲} مانند مشروح مذاکراتی که توسط دارالانشای کمیسیون تسوید قانون اساسی در دو جلد زیر عنوان: دارالانشای قانون اساسی، قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، ۲ جلد، کابل: دارالانشای قانون اساسی، حوت ۱۳۸۲ هجری شمسی به نشر رسید و در برگزیده بحث های اعضای کمیسیون تدقیق قانون اساسی بود و مانند مشروح مذاکراتی که توسط کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان در مورد قانون اساسی افغانستان زیر عنوان: جاوید، دین محمد و ولوالجی، اسدالله، لویه جرگه اضطراری (جلد اول) و جلد های دوم، سوم و چهارم تحت عنوان فرایند شکل گیری قانون اساسی: موضع گیری ها، چالش ها و تفاهات در لویه توسط کمیسیون مستقل

۱۱۹. _____ (۲۰۰۷-۲۰۱۱ م). دایرة المعارف آریانا، جلد (۲)، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان، ص ۷۱.

۱۲۰. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۱۲۱.

۱۲۱. همان، محمد معین، ص ۱۴۴.

۱۲۲. در مورد تفسیر ر. ک: ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۵۵-۵۲۷.

حقوق بشر افغانستان در سال، ۱۳۸۱ هجری شمسی به نشر رسید و در برگیرنده بحث های اعضای لویه جرگه تصویب قانون اساسی و تفاهماتی که در این جرگه در مورد قانون اساسی صورت پذیرفت است. به دلیل نبودن مشروح مذاکرات قوانین، این روش در افغانستان کمتر و یا اصلاً مورد استفاده قرار نمی گیرد.

۴) تفسیر مبتنی بر عمل (Pragmatism): تفسیر مبتنی بر عمل عبارت از تفسیری است که مفسر قانون را بادر نظر داشت عمل و تطبیق قانون تفسیر می نماید مانند تفسیر ماده ۸۴ قانون اساسی و نظیر آن.

۵) تفسیر مبتنی بر قضیه قضیه (Precent): تفسیر مبتنی بر قضیه قبلی عبارت از تفسیری است که مفسر قانون را مطابق قضیه های قبلی تفسیر می نماید مانند تفسیر ماده ۱۲۱ قانون اساسی و نظیر آن.

فصل سوم: شریعت

منبع دوم حقوق در نظام حقوقی افغانستان فقه بود. جایگاه شریعت به طور عام و فقه به طور خاص در نظام حقوقی افغانستان در ماده ۱، ماده ۲، ماده ۳، ماده ۱۳۰ و ماده ۱۳۱ ق. ا، ماده ۱ ق. م، ماده ۲ فقره ۴ قانون احوال شخصیه اهل تشیع و ماده ۲ کد جزا تنظیم شده بود. در روشنایی این مواد، جایگاه دین در نظام های حقوقی (مبحث اول)، دین رسمی دولت افغانستان (مبحث دوم)، جایگاه مذاهب در نظام حقوقی افغانستان (مبحث سوم)، جایگاه فقه به عنوان منبع حقوق در نظام حقوقی افغانستان (مبحث چهارم)، رابطه قوانین با فقه (مبحث پنجم)، نظارت بر شرعی بودن قوانین (مبحث ششم) و منابع فقه (مبحث هفتم) و جمع بندی و پیشنهادها را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) جایگاه دین در نظام های حقوقی

با توجه به جایگاه دین در نظام های حقوقی، نظام های حقوقی به طور کلی به چهار دسته تقسیم می شوند:

۱) نخست نظام های حقوقی که در آن ها دین از سیاست جدا است که به نام نظام های سکولار نامیده می شود. غالب نظام های اروپایی از این گونه اند، زیرا در اروپا بعد از دوره رنسانس دین را از سیاست جدا کردند. امروزه دانشمندان سکولار اروپایی به این عقیده اند که دین رابطه انسان را به خداوند تعالی تنظیم می نماید. روابط انسان ها را با همدیگر قواعد حقوقی، پالیسی ها، استراتژی ها و ... که همه ناشی از خرد و علم بشر اند تنظیم می نماید.

به عبارت دیگر: به عقیده سکورالیست ها دین صرفاً رابطه اخلاقی و معنوی انسان را به خداوند ﷻ تنظیم می نماید و در حوزه های سیاست، حکومت، اقتصاد، حقوق، مدیریت و ... احکام و برنامه ندارد. این برداشت ناشی از انجیل است که بیشتر به اخلاقیات می پرداخت و فاقد احکام بود. واژه سکولاریسم^{۱۲۳} مشتق از کلمه لاتینی «Speculum» به معنای «دنیا» یا «گیتی» است که در لغت به معنای دنیا پرستی، عرف گرایی و اعتقاد به اصالت امور دنیوی، مخالفت با تعلیم شرع و مطالب دینی، جدا انگاری دین و دنیا و دین زدایی می باشد. از نظر اصطلاحی این واژه دارای معانی گوناگون و مختلفی است. در یک تعریف جامع متخصصین علوم انسانی می گویند: «سکولاریسم عبارت است از گرایشی که طرفدار حذف یا بی اعتنایی و به حاشیه راندن نقش دین در ساحات مختلف انسانی از قبیل سیاست، حکومت، علم، عقلانیت، اخلاق و ... است.».

با توجه به این تعریف، سکولاریسم امروزه به انواع مختلف مانند سکولاریسم فلسفی؛ یعنی: جدایی مسایل فلسفی از مسایل دینی، سکولاریسم علمی؛ یعنی: جدایی مسایل علمی از مسایل دینی تقسیم می شود که از موضوع مورد بحث ما خارج است. سکولاریسم سیاسی که موضوع مورد بحث ما است، عبارت است از جدایی دین از سیاست و دولت.

طبق این تعریف، علمای دینی نباید با مسایل سیاسی و دولتی و دولتمردان نباید در مسایل دینی دخالتی داشته باشند. علل و عواملی که باعث ایجاد سکولاریسم در غرب شد عبارت اند از: نارسائی متون دینی مسیحیت، گفته ها و نوشته های حواریون، ضعف عقاید و الهیات مسیحی، اختلاف میان دولت و کلیسا، فساد در دستگاه کلیسا، خشونت های کلیسا، خرید و فروش بهشت و دوزخ توسط کلیسا، دستگاه تفتیش عقاید کلیسا، به آتش زدن دانشمندان توسط کلیسا و امثال اینها. مبانی سکولاریسم قرار ذیل اند:

۱- علم گرایی:^{۱۲۴} یعنی اعتقاد به اینکه فقط آموزه هایی معنا دارند که مبتنی بر حس و تجربه باشند. به این ترتیب آموزه های وحیانی و دینی بی معنا اند چراکه غیر تجربی اند. بر این اساس، تمام رویدادهای عالم یک مبنا یا دلیل علمی قابل آزمایش و تجربه دارد. در این دیدگاه واژه هایی مانند روح، غیب، آخرت و خدا غیر علمی و در نتیجه ماحصل توهم انسان تعبیر می شود. در علم گرایی امروزی غرب در تعارض بین علم و وحی، علم دارای ارجحیت است.

۲- عقل گرایی:^{۱۲۵} عقل گرایی در قرن هجدهم پدیدار شد و به معنای اعتقاد به برتری و سلطه عقل و بسندگی آن برای هدایت بشر در تمام شئون زندگی بشر است و بر اساس آن انسان دیگر هیچ نیازی به دین ندارد. به عبارت دیگر: عقل گرایی به این معناست که انسان با تکیه بر عقل خود قادر است همه

123 . Secularism

124 . Scientism.

125 . Rationalism.

مسائل را درک کند و به حل آنها بپردازد. باید به این نکته توجه کنیم که عقل مورد نظر در این تفکر عقل بریده از وحی است.

۳- انسان گرایی: ۱۲۶ انسان گرایی نامی است که مؤرخان برای جریان نظری خاصی در دوره رنسانس در نظر گرفته اند که این جریان بر ارزش های انسانی در مقابل تحقیر انسان و جهان توسط راهبان مسیحی قرون وسطی تأکید می کرد. انسان گرایی تنها شناخت و معرفتی را معتبر می داند که ناشی از انسان باشد و به این صورت معرفتی که از طریق وحی و از جانب خداوند ﷻ باشد هیچ اعتباری ندارد.

انسان گرایی هویت فرهنگی عصر جدید غرب است. براساس این اعتقاد انسان محور و مدار همه اشیاء و خالق ارزشها و ملاک تشخیص خیر و شر و حق و باطل است. در واقع در انسان گرایی انسان جای خدا نشسته و با دو اهرم عقل و علم خود را از دین بی نیاز می بیند.

۴- لیبرالیسم: ۱۲۷ لیبرالیسم که اباحی گری نیز ترجمه شده است به این معنا است که انسان آزاد به دنیا آمده و صاحب اختیار و اراده است به طوری که مجاز است تا هر جا که برایش ممکن است آزاد زندگی کند. این آزادی بی حد و مرز موجب می شود انسان در تضاد با آرمان های متعالی انسانی و تعالیم دینی قرار بگیرد و دین را انکار کند.

۵- الحاد: در اواخر سده هجدهم عقل گرایان افراطی ظهور یافتند که ایمان به خدا ﷻ را آموزه ای «عقل گریز» می دانستند. بدین معنا که خداوند ﷻ از اموری نیست که بتوان با عقل او را شناخت یا به او ایمان آورد بلکه اساساً عقل انسان نمی تواند به هیچ گونه شناختی در باره خداوند ﷻ دست یابد. بدین سان دین نه تنها در سایه عقل بسندگی از صحنه اجتماع و سیاست حذف شد بلکه اصل حقانیت آن نیز از اندیشه عقلی انسان به بوته فراموشی سپرده شد.

۶- تجدد گرایی: ۱۲۸ این مکتب از قرن هفدهم به بعد در اروپا ظهور یافت. انقلاب صنعتی و تکنولوژی مدرن موجب شد انسان به زندگی راحتی دست پیدا کند و قدرت تسلط او بر طبیعت افزایش یابد. انسان مدرن احساس می کرد دیگر نیازی به ارزش ها و هنجارهای کهن ندارد و بنابراین از دیانت پیشین خود هم دست کشید. برخی ممالک اسلامی نیز با پیروی از نظام های اروپایی دین را از سیاست جدا کرده اند مانند ترکیه و قزاقستان. عواملی که موجب جدایی دین از سیاست در برخی ممالک اسلامی شد قرار ذیل اند:

۱- نفوذ فرهنگ غرب در جهان اسلام: فرهنگ سکولار غرب پس از شکل گیری، همراه با سلطه اقتصادی و زرق و برق مادی خود، مشرق زمین را مورد هجوم خود قرار داد. با هجوم ناپلئون به مصر، جنگ های ایران و روس، تسلط فرانسه بر الجزایر، نخستین اندیشه های سکولاریسم به جهان اسلام نفوذ

126 . Humanism.

127 . Liberalism.

128 . Modernism.

کرد. پس از اشغال نظامی مصر از سوی ناپلئون، حکومتی به ریاست محمد علی پاشا در مصر تشکیل شد.

این حکومت سرآغاز پیاده کردن اندیشه‌های سکولاریسم در جهان عرب به حساب می‌آید. بیشتر فرمان‌های وی از جمله قانون احوال شخصیه و قانون‌های مدنی مطابق قوانین سکولار غربی صادر می‌شد. کشورهای دیگر عربی مانند عراق، سوریه و لیبی نیز از مصر متأثر شدند. شکست حکومت عثمانی در جنگ جهانی اول و تزلزل پایه‌های آن، نیز فرصت مناسبی برای هجوم فرهنگ سکولار به بلاد اسلامی بود.

علاوه بر این، مبلغان مسیحی با ایجاد مراکز خیریه و تعلیم و تربیت، نقش مهمی را در اشاعه اندیشه سکولاریسم ایفا نمودند. ادیان ساختگی، اقلیت‌های مذهبی و تشکیل احزاب، انجمن‌ها (از جمله فرماسونری) از دیگر راه‌های نفوذ فرهنگ غرب می‌باشند. در کشورهای عربی، اقلیت‌های مسیحی از پیشگامان پذیرش و تبلیغ سکولاریسم به شمار می‌روند.

۲- جریان روشنفکری غربزده و دگراندیشی: این جریان عمدتاً از سوی تحصیل‌کرده‌های غرب آغاز شد که سعی در تطبیق همان جریان جدایی دین از سیاست در فضای غرب بر حوزه اسلام داشتند. مصطفی کمال در ترکیه، علی عبدالرزاق در مصر و میرزا ملکم خان ناظم‌الدوله و میرزا فتح علی آخوندزاده در ایران از چهره‌های شاخص این جریان هستند.^{۱۲۹}

۲) نوع دوم نظام‌ها، نظام‌هایی کاملاً ضد دینی اند. غالب ممالک کمیونیستی از این گونه اند. ۳) نوع سوم نظام‌ها، نظام‌هایی کاملاً دینی اند مانند عربستانی سعودی. در این گونه نظام‌ها تفکر رایج این است که دین سه رابطه را تنظیم می‌نماید: نخست رابطه انسان را به خداوند ﷻ دوم رابطه انسان را به خودش و سوم رابطه انسان‌ها را به سایر انسان‌ها و اجتماع. از همین رو، شریعت را به سه شاخه بزرگ تقسیم می‌نمایند: عقاید، اخلاق و فقه. به عبارت دیگر: دانشمندان اسلامی بر این نظر اند که دین علاوه بر تنظیم رابطه معنوی و اخلاقی انسان با خداوند ﷻ در حوزه‌های سیاست، حکومت، اقتصاد، حقوق، مدیریت و ... برنامه و احکام دارد.

۴) نوع چهارم نظام‌ها، نظام‌هایی اند که دین از سیاست در آن‌ها جدا نیست، مانند جمهوری اسلامی ایران، مصر، پاکستان و امثال اینها. افغانستان نیز در دوره جمهوری از نوع نظام‌هایی چهارم بود. ماده ۱ ق. ۱ در این باره می‌گفت: «افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیرقابل تجزیه می‌باشد.» از نص این ماده ق. ۱ به خوبی فهمیده می‌شود که نظام حقوقی افغانستان نظام جمهوری بود. در مفهوم وسیع کلمه منظور از نظام جمهوری، نظامی است که ریاست جمهوری در آن مؤروثی نیست.

۱۲۹. جهت مطالعه مفصل در این زمینه ر. ک: محمد جواد نوروزی (۱۳۸۰). فلسفه سیاست، چاپ هفتم، تهران: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، صص ۴۵-۵۴.

به عبارت دیگر: نظام جمهوری ضد نظام شاهی است که در آن رئیس جمهور توسط مردم انتخاب می شود. رژیم جمهوری یا ریاستی و یا پارلمانی است. در رژیم ریاستی، رئیس جمهور عضو قوه مقننه نیست و قوه مقننه می تواند رئیس جمهور را به علت خطاهایش که در قانون اساسی پیش بینی شده است، محاکمه کند. در نظام پارلمانی، سمت ریاست جمهوری تشریفاتی است.^{۱۳۰}

پسوند اسلامی در کنار جمهوری به این معنی است که دولت افغانستان دولت سکورال نبود. به عبارت دیگر: در افغانستان دین از سیاست جدا نبود. نظام جمهوری اسلامی نظامی است که رئیس جمهور از طریق انتخابات مستقیماً انتخاب می شود و در عین حال احکام دین در مملکت تطبیق می شود.

با روی کار آمدن دوباره امارت اسلامی در سال ۱۴۰۰ طالبان دوباره مدل امارت اسلامی را احیا کردند. در اسلام، پیامبر ﷺ در مدینه منوره اولین دولت اسلامی را با عناصر سرزمین، جمعیت و حاکمیت تأسیس کرد. در این دوره همه اهالی مدینه و حتی مسلمانی که در مکه زندگی می کردند امت اسلامی تلقی می شدند. قوانین در این دوره قرآن و حدیث بود. پیامبر ﷺ هم قانونگذار بود، هم قاضی و هم حاکم. بنابراین، در این دوره قانونگذاری، قضاوت و حکومت همه مربوط پیامبر ﷺ بود البته از طریق وحی جلی که عبارت از قرآن بود و وحی خفی که عبارت از سنت و حدیث بود.

قانونگذاری در این دوره از طریق قرآن و حدیث صورت می گرفت. در این دوره تفکیک قوا در مفهوم مدرنی که ما می دانیم وجود نداشت. اما، به نظر می رسد پیامبر ﷺ مدل خاص از حکومتداری ارایه نکرد. زمانی که پیامبر ﷺ وفات کرد مدل های مختلفی از نظام سیاسی و دولت در ممالک اسلامی ظهور کرد مانند خلافت، امارت، امپراتوری اسلامی، پادشاهی موروثی و نظیر اینها. البته خلافت و امپراطوری های اسلامی نیز بعد ها به نحوی از انحاء موروثی شدند مانند خلافت اموی ها، عباسی ها، عثمانی ها و نظیر اینها. مدل خلافت در دوره ابوبکر صدیق رضی الله عنه ایجاد شد زیرا بعد از وفات پیامبر ﷺ مهاجرین و انصار حضرت ابوبکر رضی الله عنه را به عنوان خلیفه پیامبر صلی الله علیه و آله تعیین کردند. خلافت به معنی جانشینی و خلیفه به معنی جانشین است.

بعد از وفات حضرت ابوبکر رضی الله عنه اصحاب کرام اصطلاح امیرالمؤمنین را در دوره حضرت عمر رضی الله عنه استعمال نمودند چون نمی توانستند اصطلاح خلیفه را استعمال نماید. مدل دوم نظام اسلامی در این مرحله ابداع شد. به نظر می رسد خلافت و امارت از نظر محتوی هیچ فرقی ندارد. این فرق اسمی است.

سلسله خلافت بعد به حضرت عثمان رضی الله عنه، حضرت علی رضی الله عنه، اموی ها و عباسی رسید. البته، نقل و انتقال خلافت به شکل خاندانی بعد از دوره حضرت علی رضی الله عنه بود. در این دوره ها شریعت و فقه

اسلامی قوانین خلافت اسلامی، همه مسلمان امت اسلامی تلقی می‌شد. بعد از فتح هر مملکت توسط مسلمان‌ها، خلیفه در آن مملکت یک امیر تعیین می‌کرد. میان ممالک اسلامی مرز وجود نداشت. بعد از سقوط خلافت عباسی‌ها در اثر تهاجم بیزانس‌ها از روم و مغل‌ها از مغلستان، ممالک اسلامی هر کدام دولت را با الگوبرداری از اسلام و مدل‌های غربی ایجاد کردند. برخی امارت اسلامی ایجاد کردند. برخی نظام‌های شاهی ایجاد کردند. بعد از این مرحله امپراطوری اسلامی توسط عثمانی‌ها ایجاد شد و بعد از سقوط امپراطوری عثمانی‌ها دوباره ممالک اسلامی مدل‌های مختلف نظام سیاسی را با الگوبرداری از اسلام و غرب ایجاد کردند.

برخی جمهوری، برخی جمهوری اسلامی، برخی امارات، برخی نظام‌های شاهی و برخی امارت اسلامی ایجاد کردند. برخی نیز نظام اسلامی را با نظام جمهوری تلفیق نمود و جمهوری اسلامی به وجود آوردند مانند جمهوری اسلامی ایران. در ق. ۱۳۸۲ با الگوبرداری از جمهوری اسلامی ایران، نظام جمهوری اسلامی برگزیده شد. طالبان در دوره اول امارت اسلامی تشکیل دادند. با روی کار آمدن طالبان در سال ۱۴۰۰، طالبان در دوره دوم نیز امارت اسلامی تشکیل دادند.

مبحث دوم) دین رسمی دولت افغانستان

در خصوص دین رسمی دولت افغانستان ماده ۲ ق. ۱ می‌گفت: «دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است [...]». ^{۱۳۱} طبق نص این ماده دین دولت افغانستان دین اسلام بود. دین یکی از نیازهای معنوی اشخاص حقیقی (انسان‌ها) است. پرسش این است که دولت که شخص حکمی عامه است چگونه می‌تواند دین داشته باشد و چه نیازی به دین دارد؟

این سؤال ذهن وکلا در لویه جرگه تصویب قانون اساسی را نیز مشغول کرده بود، زیرا مسأله دوم که راجع به دین تصمیم می‌گرفتند این بود که ماده ۲ ق. ۱ ناظر بر دین رسمی دولت جمهوری اسلامی افغانستان یا دین مردم و یا هر دو است. در این زمینه میان وکلاء اختلاف نظر وجود داشت و راه حل‌های مختلف ارایه شد، مانند دین مردم و دولت افغانستان، دین اکثریت مردم افغانستان، دین رسمی مردم افغانستان، دین ملت و دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مردم افغانستان، دین مردم و دولت جمهوری اسلامی افغانستان.

زمانی که این ماده در کمیته تفاهم با نظریات و نتایج آرای کمیته‌های ده گانه مطرح گردید، در آنجا نیز همین اختلاف پیش آمد که کدام یکی از این نظریات پذیرفته شود. استاد سیاف این تعدیل را پیشنهاد که دولت سه جزء [سه عنصر شاکله] دارد: خاک، حکومت و مردم. همین که دین دولت باشد، دین هر

۱۳۱. ____ (____). فرایند شکل‌گیری قانون اساسی (۴) موضع‌گیری‌ها، چالش‌ها و تفاهمات در لویه جرگه، جلد (۴)، کابل: انتشارات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، صص ۱۹ و ۲۰.

سه خواهد بود یعنی افغانستان، دولت و مردم را شامل می شود. سر انجام، این پیشنهاد پذیرفته شد و اختلاف حل شد.^{۱۳۲} در حال حاضر، واضح است که دین امارت اسلامی، اسلام است.

مبحث سوم) جایگاه مذاهب در نظام حقوقی افغانستان

در اکثر قوانین اساسی گذشته افغانستان مذهب حنفی به عنوان مذهب رسمی پذیرفته شده بود.^{۱۳۳} اما، نویسندگان ق. ا جدید افغانستان در این زمینه نگاه دموکراتیک تر و کثرت گرایی مذهبی تر داشته اند. در این زمینه نویسندگان ق. ا بر این نظر بوده اند که:

«در کشور ما دو مذهب حنفی و جعفری بر علاوه فرقه های اسماعیلیه وجود دارد و مردم ما از این مذاهب پیروی می کنند. در قوانین اساسی گذشته افغانستان نسبت به این موضوع، برخورد های متفاوت صورت گرفته است. بنابراین، در کمیسیون تسوید تصمیم گرفته شد که روی اسلام و رعایت اساسات دین تکیه و تأکید روشن صورت بگیرد زیرا به طور طبیعی وقتی اساسات دین در این کشور، رسمی و مورد احترام باشد، همه مذاهب اسلامی کشور هم پا برجا و مورد احترام خواهند بود. لذا، هیچ مذهبی به عنوان مذهب رسمی ذکر نشود تا پیروان مذاهب دیگر خود را غیر رسمی و خارج از حیز قانون و نظام حقوقی کشور احساس نکنند.

همچنین، بر این نکته تأکید شود سیستم حقوقی کشور سیستم واحد است و در همه جا یک قانون حاکم است که قانون اساسی و قوانین دولت می باشند تا از تعدد نظام حقوقی و قضایی اجتناب شود و در سراسر کشور یک نظام حاکم باشد. همچنین، بر اساس حقوق بشری افراد و رعایت اصول عدالت، به پیروان هر دو مذهب اجازه داده شود که در زمینه مناسک و مراسم مذهبی، تعلیمات دینی و احوال شخصی، مطابق به احکام مذهب خود عمل نمایند.»^{۱۳۴}

در نتیجه نویسندگان ق. ا جدید افغانستان در ق. ا از مذهب خاصی نام نبردند. لذا، ماده سوم ق. ا تنظیم کننده رابطه شریعت با قوانین وضعی به صورت عام بود و ناظر به فقه مذهب خاص و یا احکام اعتقادی مذهب خاصی نبود. به عبارت دیگر: در فقه مذاهب مختلف مانند: حنفی، شافعی، حنبلی، مالکی، جعفری، ظاهری و ... وجود دارد و در ساحة اعتقادات نیز مذاهب مختلف مانند: اشاعره، معتزله، امامیه و برخی مذاهب فرعی دیگر وجود دارند.

البته، تمام این مذاهب در اساسات دین کاملاً با هم متفق هستند. اما، در مسایل متعدد فرعی با هم اختلاف دارند. بنابراین، اگر قانونی به طور مثال مخالف معتقدات و احکام تنها مذهب حنبلی یا مالکی یا زیدی یا حنفی باشد، آیا این قانون مخالف «معتقدات و احکام اسلام» است؟ در مورد جواب این سؤال آقای سرور دانش در کتاب حقوق اساسی می نویسد که:

۱۳۲. همان، ____، جلد (۴)، صص ۱۹ و ۲۰.

۱۳۳. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص ۲۴۶ و ۲۴۷.

۱۳۴. به حیث مثال، نک: ماده ۲ نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان، ماده ۱ اصول اساسی دولت علیه افغانستان.

«بدون شک ظاهر ماده سوم ق. ۱ مطلق است، یعنی: اسلام به مذهب کلامی و یا فقهی خاصی مقید نشده است. بنابراین، نباید آن را تفسیر محدود (مضیق) کنیم، بلکه باید «معتقدات و احکام اسلام» را تفسیر وسیع کنیم تا شامل تمام مذاهب کلامی و فقهی اسلامی شود. به این توضیح که: آن قانون یا قوانینی که مخالف اسلام تلقی می شود، مخالف تمام مذاهب و مکتب های اسلامی باشد؛ و به طور طبیعی این نوع مخالفت یعنی «مخالفت با تمام مذاهب» در صورتی امکان عملی خواهد یافت که «معتقدات و احکام» را به معنی «اساسات اسلام» یا آنچه «تمام مذاهب در آن مشترک هستند» تفسیر کنیم.

در این مورد می توان گفت که: تعبیر قوانین اساسی گذشته افغانستان که «اساسات دین اسلام» را ملاک قرار داده بودند، بسیار بهتر از تعبیر «معتقدات و احکام» است که در قانون اساسی فعلی آمده است. زیرا، اساسات همان، اصول بنیادی مورد اتفاق همه فقهای اسلامی است. نتیجه تفسیر بالا این می شود که: اگر احکام یک قانون با یکی از مذاهب اسلامی مطابقت داشته باشد، تصویب و عمل به آن از نظر ماده سوم مانعی ندارد. زیرا، در این حالت، مخالف معتقدات و احکام اسلام نیست، هرچند ممکن است مخالف احکام یک یا چند مذهب فقهی دیگر باشد. این دقیقاً موافق همین روشی است که در بعضی از قوانین مدنی و جزایی مطابق فتوای یکی دیگر از مذاهب فقهی عمل شده است.

همچنین، این نوع تفسیر با فلسفه اصلی «اجتهاد» و تعدد فتوا و مذاهب در اسلام سازگارتر است. زیرا، اختلاف فقهاء یا مذاهب اسلامی با توجه به همین نگرش، «رحمت» تلقی شده است. اجتهاد برای این است که هرکس به اندازه استعداد و توان فکر خود، احکام را از منابع اصلی آن؛ یعنی: قرآن و سنت، استنباط کند که به طور طبیعی به اختلاف نظر و تفاوت در آراء منتهی خواهد شد. اما، همه این آراء و نظریات چهارچوب وسیعی است که مردم می توانند مطابق هر کدام از آنها، که برای آنها آسان تر و به عدالت و انصاف نزدیک تر باشد، عمل کنند، چون همه این آراء و مذاهب داخل در حدود شریعت هستند.»^{۱۳۵}

حال که موقف ماده ۳ ق. ۱ در رابطه به مذهب روشن شد، مسأله اساسی رابطه ماده ۳ با ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ۱ است. پرسش این است که آیا ماده ۳ توسط ماده های ۱۳۰ و ۱۳۱ تخصیص نخورده اند؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد ماده ۳ ق. ۱ توسط ماده های ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ۱ تخصیص نخورده بودند. به عبارت دیگر: به نظر می رسد نویسندگان ق. ۱ ماده ۳ ق. ۱ را توسط ماده های ۱۳۰ و ۱۳۱ تخصیص نزنده بودند. زیرا، طبق ماده ۱۳۰ ق. ۱ در صورت مسکوت بودن قوانین، قضات مکلف بودند، در صورت رجوع به فقه، به مذهب حنفی مراجعه و دعاوی مطروحه را مطابق فقه حنفی حل و فصل نمایند.

ماده ۱۳۰ ق. ۱ در این زمینه حکم می نمود «محاکم در قضایی مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نماید که عدالت را به بهترین وجه تامین نماید.» در کمیسیون تسوید ق. ۱ در باره این ماده به ویژه در مورد مراجعه به فقه حنفی بحث های مفصل به شرح ذیل صورت گرفت:

«مهدوی: بعد از عبارت «فقه حنفی» عبارت، فقه جعفری نیز اضافه گردد. در غیر آن، دموکراسی خدشه دار شده و وحدت ملی صدمه می بیند و یک بخش از پیکر جامعه افغانی معدوم خواهد گردید. معراج الدین: اگر با ذکر عبارت «فقه جعفری» متن ماده خدشه دار می گردد، پیشنهاد می نمایم که در اخیر ماده (۱۳۱) به حیث فقره جدا درج گردد. کمالی: به تأیید پیشنهاد معراج الدین، چون پیشنهاد شان ساحوی است، بهتر است در اخیر ماده (۱۳۱) درج گردد. رسولی: قبلاً در قوانین گذشته چنین حکمی موجود بود. اهل مذهب فقه جعفری هموطن و اهل قبله اند و حق دارند مسایل مربوط به آن براساس احکام مذهب جعفری حل و فصل شود.

صدیقه بلخی: در قانون احکام فقه حنفی برای پیروان مذهب حنفی و احکام فقه جعفری برای پیروان مذهب جعفری پیش بینی می گردد. مذهب شیعه یک مذهب وارداتی نیست و نباید در مورد به قانون اساسی ۱۳۴۳ اتکا نماییم. هر دو مذهب ساختار و هسته گذاری کشور را تشکیل می دهد که در طول هزار سال وجود داشته است.

در گذشته موضوع قدرت مطرح بود و امروز ما از عدالت، حقوق بشر و وحدت ملی صحبت می کنیم مبادا که این امر در بیرون انعکاس یابد. هاشمی: تفکیک این مسأله از جمله مسایل مهم است و بکوشیم تا تخریش را کم سازیم. اگر ذکر یک کلمه مشکل اجتماعی را حل کند بسیار خوب است که در قانون اساسی درج گردد باوجودی که مشکلات قضایی را به بار خواهد آورد، اما طرفدار هستم که در اخیر ماده ۱۳۱ ذکر شود.

احمدی: [...] اگر مشکل در احوال شخصیه حل نشده باشد باید در یکی از مواد از فقه جعفری یاد آوری شود. عظیمی: اصلاً نظر اول این بود که در قانون مذهب ذکر شود و در اثر ملاقات ها و نظریات نهادهای مختلف به این نتیجه رسیدیم تا هیچ مذهب ذکر نشود. باید به این مسأله پایان بدهیم و به نظر من ماده ۱۳۰ به حال خود باقی بماند و در ماده ۱۳۱ موضوع فقه جعفری درج گردد.» در نتیجه این بحث ها، متن ماده ۱۳۰ به اتفاق آراء بدون تعدیل مورد تأیید قرار گرفت و متن ماده ۱۳۱ در ق. ۱ اضافه گردید.»^{۱۳۶}

۱۳۶. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص ۳۷۵ و ۳۷۴.

در هر حال، از نص ماده ۱۳۰ به خوبی بر می آید که مذهب حنفی مذهب رسمی دولت افغانستان نبود، اما در صورت مسکوت بودن قوانین قضات می توانستند به جز در مسایل جزایی به فقه حنفی مراجعه و قضیه را حل و فصل نمایند.

علاوه بر مذهب حنفی، مذهبی دیگری که قضات می توانستند به آن مراجعه و دعاوی مطروحه پیروان اهل تشیع را حل و فصل نمایند، مذهب شیعه بود (ماده ۱۳۱ ق. ۱) که بحث هر دو در مبحث بعدی خواهد آمد. در حال حاضر، صرف مذهب حنفی مذهب رسمی کشور است و قضایا مطابق احکام این مذهب در محاکم حل و فصل می شود.

مبحث چهارم) جایگاه فقه به عنوان منبع حقوق در نظام حقوقی افغانستان

در خصوص جایگاه فقه به عنوان یکی از منابع مهم نظام حقوقی افغانستان در قوانین افغانستان احکام متعدد وجود داشت مانند ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ۱، ماده ۱ ق. م، ماده ۲ فقره ۴ قانون احوال شخصیه اهل تشیع و ماده ۲ کُد جزا که همه توسط امارت اسلامی افغانستان منسوخ شده اند:

۱) طبق ماده ۱۳۰ ق. ۱ منسوخ: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کنند. هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نماید که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.» از نص ماده ۱۳۰ ق. ۱ منسوخ چهار حکم استنباط می گردید:

۱) محاکم در قضایی مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می کردند. محاکم جمع محکمه است. محاکم در نص این ماده مطلق و عام است شامل محاکم ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه می شد. قضایا جمع قضیه است. قضیه به امر متنازع فیه گفته می شود. به عبارت دیگر: قضیه عبارت از موضوع مورد اختلافی است که آن را به قاضی برده باشند.^{۱۳۷} ماده ۳ جزء ۱۵ قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه منسوخ در تعریف قضیه می گفت: «قضیه: واقعه است که به وسیله طرفین دعوی در موارد جزائی، مدنی، حقوق عامه، احوال شخصیه و تجارتی به محکمه احاله می گردد و مورد انفصال قضائی قرار می گیرد.»

به حیث مثال، اگر یک قضیه راجع به ارث، ازدواج، طلاق، دعوی اداری، دعوی مالیاتی، دعوی جزایی، دعوی شفعه، عقد، ملکیت، کار، تأمین اجتماعی میان فرد و فرد و فرد دولت در محکمه اقامه می شد، محاکم اعم از ابتدائیه، استیناف و ستره محکمه مکلف بودند احکام قانون اساسی و سپس سایر قوانین را تطبیق نمایند. به نظر می رسد سایر قوانین در نص این ماده در مفهوم عام استفاده شده بود و شامل قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، لوایح و طرزالعمل ها می گردید.

۲) هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نمی بود، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نمودند که عدالت را به بهترین وجه تأمین نمایند. به حیث مثال، در خصوص لقطه، تفریق به سبب ظهار و ایلاء در قوانین افغانستان حکم وجود نداشت. هرگاه قضیه در خصوص تملک مال لقطه در یکی از محاکم افغانستان اقامه می شد، محاکم با توجه این که در این خصوص قانون خاص وجود ندارد، احکام فقه حنفی را تطبیق می نمودند.

قانونگذار اساسی در نص این ماده از محاکم سخن می گوید. بنابراین، به نظر می رسد نص این ماده را نباید در قضایای جزایی تسری داد و نتیجه گرفت که در قضایای جزایی نیز در مواردی که حکم در قانون نمی بود، محاکم به فقه حنفی مراجعه می نمودند، زیرا فقه حنفی طبق ماده ۹۴ ق. ا منسوخ قانون نبود. در صورت تطبیق فقه حنفی در قضایای جزایی، اصل قانونیت جرایم و مجازات ها نقض می شد. توجیه این نظر این بود که قضایای مدنی از ریاست حقوقی و محاکم ابتدائیه یا مستقیماً از محاکم ابتدائیه شروع می شد. اما، قضایای جزایی معمولاً با گرفتاری مظنون توسط پولیس شروع، تحقیق توسط شارنوال و سپس حکم محکمه و تنفیذ حکم محکمه خاتمه پیدا می نمود.

۳) محاکم مکلف اند احکام فقه حنفی را در حدود احکام قانون اساسی تطبیق نمایند. در خصوص این حدود قانونگذار اساسی سکوت اختیار نموده بود که محل ایراد به نظر می رسد. بنابراین، روشن نبود حدود احکام قانون اساسی کدام حدود است.

۴) محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می نماید که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید. شرط دوم تطبیق احکام فقه حنفی این بود که تطبیق احکام فقه حنفی موجب تأمین عدالت شود.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که طبق نص ماده ۱۳۰ ق. ا منسوخ محاکم در قضایای مورد رسیدگی احکام قانون اساسی و سایر قوانین را باید تطبیق می نمودند. قضایا در نص این ماده مطلق استعمال شده است. بنابراین، اگر نص این ماده را تفسیر وسیع نماییم شامل تمام قضایا اعم از مدنی، تجارتی، جزایی و ... می شود. اما، اگر نص این ماده را تفسیر محدود نماییم قضایا شامل تمام قضایا به جز قضایای جزایی به دلیل اصل قانونیت جرایم و مجازات ها که در ماده ۲۷ ق. ا منسوخ پیش بینی شده بود و بحث آن خواهد آمد می شود.

بنابراین، در صورت تفسیر محدود، قضایا شامل قضایای جزایی نمی شد. در صورت عدم موجودیت حکم قانونی، محاکم مکلف بودند قضایا را مطابق احکام فقه حنفی حل و فصل نمایند. برای تطبیق احکام فقه حنفی دو قید در نص ماده ۱۳۰ ق. ا منسوخ پیش بینی شده بود. قید اول در حدود احکام قانون اساسی است که مبهم است، زیرا به نظر می رسد نمی توان از احکام ق. ا حدود تطبیق احکام فقه

حنفی را استنباط نمود. دوم این که تطبیق احکام فقه حنفی منجر به تأمین عدالت به بهترین وجه می‌گردید.

همچنین، در صورتی که ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ا منسوخ را جمع و ق. ا را تفسیر منطقی - ساختاری نماییم، این نتیجه به دست می‌آید که ماده ۱۳۰ ق. ا منسوخ صرف بر پیروان مذهب حنفی قابل تطبیق بود. به نظر می‌رسد ذکر محکمه از باب تمثیل است نه تحدید. بنابراین، نه تنها محاکم بلکه وکلای مدافع، خارنوالان و سایر اشخاصی که در حوزه های عدلی و قضایی ایفای وظیفه می نمودند نص این حکم را باید رعایت می کردند.

به نظر می‌رسد تطبیق فقه حنفی در ماده ۱۳۰ ق. ا منسوخ دلایل فراوان داشت: اولین و مهم ترین آن حنفی مذهب بودن اکثریت مردم افغانستان است؛ دومین دلیل آن ایجاد سهولت برای قضات جهت حل و فصل دعاوی است. زیرا، در صورتی که قضات بتوانند به همه مذاهب مراجعه نمایند، این امر موجب ایجاد دو مشکل فرعی دیگر می‌شود: اول عدم التزام پذیری به فقه سه مذهب اهل سنت توسط پیروان فقه حنفی و دوم ایجاد مشکل برای قاضی جهت مراجعه و مطالعه نظریات فقهی و در نتیجه طولانی شدن حل و فصل دعوی. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ترجیح قوانین بر فقه، به رسمیت شناختن قانون اساسی و سایر قوانین و فقه به عنوان دو منبع مهم حقوق افغانستان و سلسله مراتب این منابع و پیش بینی شرایط احکام فقه حنفی بوده است.

۲) وفق ماده ۱ فقره دوم ق. م منسوخ: «(۲) در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق به اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می نماید که عدالت را به بهترین وجه ممکن آن تأمین نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که حکم قانون موجود نباشد، قاضی در قضایای مدنی مکلف به صدور حکم مطابق اساسات کلی فقه حنفی است مانند تملک لقطه، لعان، ظهار، ایلاء و نظیر اینها. مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت وجود حکم قانون قاضی نباید به فقه مراجعه می نمود بلکه اول باید حکم قانون را تطبیق می نمود. پرسش این است که منظور از اساسات کلی فقه حنفی در ماده ۱ فقره دوم ق. م چیست؟

در پاسخ به این پرسش برخی با توجه به مفهوم لغوی اساسات که جمع اساس است و در لغت به معنی بنیاد، پایه، اصل و شالوده^{۱۳۸} است، بر این نظر اند که: عبارت «اساسات کلی فقه حنفی» به معنی اصول فقه است. این نظر ناقص به نظر می‌رسد. زیرا، اصول فقه مرکب از دو کلمه است: اصول و فقه. اصول جمع اصل است و اصل به معنای هر چیزی است که بتوان چیزی را بر آن مبتنی ساخت یا دیگر چیزها به آن نیاز داشته باشد.

همچنین، اصل در لغت به معنی بیخ، ریشه، علت، سبب، پدر، تبار، سرچشمه و اساس است.^{۱۳۹} فقه در لغت به معنی فهمیدن است و در اصطلاح فقه به نظر امام ابو حنیفه رحمته: عبارت است از معرفت انسان تمام حقوق و تکالیف خویش را.^{۱۴۰} و به نظر امام شافعی رحمته: فقه عبارت از: علم به احکام شرعی عملی است که از ادله تفصیله گرفته شده است.^{۱۴۱} و ^{۱۴۲} اما، اصول فقه عبارت از: قواعدی است که با آنها احکام شرعی از دلیل های تفصیلی آنها گرفته می شود.

پس، اصول فقه فن استنباط احکام از ادله تفصیلیه است. در صورت مسکوت بودن قوانین قضات باید مطابق ق. م «اساسات کلی فقه حنفی» را جهت حل و فصل دعاوی مدنی تطبیق نمایند، نه «اصول فقه» را که مربوط به فن قواعد استنباط احکام از ادله تفصیلیه می گردد. برخی دیگر بر این نظر اند که: منظور از «اساسات کلی فقه حنفی» «قواعد کلیه فقهی» است، مانند: قاعده لاضرر و لا ضرر و امثال آن که اکثر این قواعد در مجله الاحکام و برخی نیز در ق. م پیش بینی گردیده است.

این نظر نیز محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، حقوق مدنی شامل مسایل بی نهایت وسیع و مغلق مانند: تطبیق قانون از حیث زمان و مکان، اهلیت، اشخاص، فامیل، اموال، تعهدات، ارث و غیره می شود و مراجعه قاضی به قواعد کلیه فقهی در صورت مسکوت بودن قوانین نمی تواند مشکل را به تنهایی حل نماید. بنابراین، قواعد کلیه فقهی جوابگوی همه نیازمندی ها جهت حل و فصل دعاوی مدنی نیست.

برخی دیگر بر این نظر اند که منظور از اساسات کلی فقه حنفی قرآن، حدیث، اجماع و قیاس است. این نظر نیز محل ایراد به نظر می رسد زیرا به قرآن، حدیث، اجماع و قیاس منابع تشریح و یا ادله احکام می گویند نه اساسات. تا آنجا که مؤلف تحقیق نموده است عبارت «اساسات کلی فقه حنفی» وجود ندارد و به نظر می رسد که این اصطلاح غیرمتداول ابداع نویسندگان ق. م است اما اساسات دین وجود دارد.

بسیاری از علمای عقیده و کلام بر این نظر اند که به اساسات دین اصول دین نیز می گویند. اصول دین، اصطلاح کلامی است و بر مجموعه از باور های اطلاق می شود که اساس دین را تشکیل می دهد. اعتقادات دین دو دسته است:

۱۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۱۲-۳۱۶؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۴۲۱.

۱۴۰. «معرفة النفس ما لها و ما علیها».

۱۴۱. «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصیلیة».

۱۴۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۱۹-۲۳؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹-۱۱؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۱)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۹؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۵۴-۵۷.

۱) بخش عقیده ای و نظری که اساس و بنیاد دین است.

۲) احکام عملی که برآمده از عقاید است.

معمولاً بخش اعتقادی را اصول دین و احکام عملی را فروع دین می گویند. بنابراین، اصول مربوط به اعتقادات و فروع مربوط به احکام است. در مذهب اهل سنت توحید، نبوت و معاد و در مذهب اهل تشیع علاوه بر این سه امامت و عدل از اصول دین اند.^{۱۴۳} با توجه به این که در مذهب حنفی تا آنجا که مؤلف تحقیق کرده است مقاله یا رساله یا اثری زیر عنوان اساسات کلی فقه حنفی وجود ندارد، به نظر می رسد اساسات فقه حنفی همان اساسات دین است.

با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که اساسات دین در عین حال اساسات کلی فقه حنفی نیز است. در این صورت و با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که در صورت سکوت قوانین اساسات دین که عبارت از معاد، توحید و نبوت است در حل و فصل قضایا قابل تطبیق نیست، زیرا معاد، نبوت و توحید احکام نیست.

به نظر می رسد منظور از عبارت «اساسات کلی فقه حنفی»، «احکام فقه حنفی» است. این نظر که مبتنی بر تفسیر مبتنی بر عمل (Pragmatism) است موجب رهایی تطبیق کننده ق. م را از سرگردانی می گردد. زیرا، در عمل قضاوت در صورت سکوت قوانین به فقه حنفی مراجعه می کنند. مراجعه قاضی به احکام فقه حنفی نیز منوط بر تأمین عدالت است، زیرا قانونگذار مدنی از «تأمین عدالت به بهترین وجه آن» در این ماده سخن می گوید.

به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه شهری کابل قاضی باشد و دعوی در خصوص شرایط صحت عقد ازدواج، تفسیر قرارداد، تقسیم ترکه، تقسیم ملکیت و نظیر اینها که در خصوص آنها در ق. م حکم وجود دارد، اقامه شود احمد مکلف بود حکم قانون را تطبیق نماید. اما، در صورتی که یک قضیه در خصوص مال لقطه، ایلاء و نظیر اینها وجود داشته باشد که در این موارد ق. م مسکوت است، احمد می توانست احکام فقه حنفی را تطبیق نماید.

همچنین، طبق ق. ا. م. م احکام مربوط به تزکیه شهود، نصاب شهادت، شرایط شهادت به فقه واگذار شده اند. بنابراین، در این خصوص قضاوت می توانستند به فقه مراجعه نمایند. نص این ماده را باید در ساحه حقوق مدنی تطبیق نمود و به سایر ساحات، به حیث مثال، جزایی و نظیر آن تسری ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اولویت دادن به قوانین به عنوان اولین منبع حقوق مدنی در رسیدگی به قضایای مدنی است.

۳) طبق ماده ۱۳۱ ق. ا. منسوخ: «محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می نمایند. در سایر دعوی نیز اگر در این قانون

اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می نمایند.». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط بود:

نخست این که در صورتی که طرفین دعوی شیعه می بودند و دعوی در مورد یکی از مسایل احوال شخصیه مانند ارث، فامیل، اهلیت، اشخاص، وصیت و هبه می بود محاکم مکلف بودند احکام مذهب اهل تشیع را تطبیق نمایند تفصیل احوال شخصیه در فصل تقسیمات حقوق خواهد آمد. چنانچه گفته شد، در قوانین اساسی قبلی افغانستان این حق به پیروان اهل تشیع به رسمیت شناخته نشده بود. به حیث مثال، اگر علی و فاطمه زن و شوهر می بودند و فاطمه ادعای مهر یا فسخ عقد ازدواج را در محکمه ذیصلاح می نمود، محکمه مکلف بود احکام مذهب اهل تشیع را مطابق احکام قانون بر این دعوی تطبیق نماید. تطبیق احکام مذهب اهل تشیع مستلزم این بود که قاضی یا پیرو مذهب اهل تشیع باشد یا اگر پیرو مذهب حنفی باشد، احکام مذهب اهل تشیع در خصوص احوال شخصیه را بداند.

دوم این که در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و قوانین دیگر حکمی موجود نمی بود، محاکم مکلف بودند قضیه را مطابق به احکام مذهب اهل تشیع حل و فصل می نمایند. قانونگذار اساسی در نص این ماده از سایر دعاوی سخن می گفت. سایر دعاوی هر دعوی ای ماسوای دعوی مربوط به احوال شخصیه بود مانند: اموال، عقود، حدود، قصاص، دیات، تجارت و نظیر اینها.

پس، فقه اهل تشیع یکی از منابع دیگری بود که در صورت مسکوت بودن قوانین قضات می توانستند در دعاوی پیروان اهل تشیع به آن مراجعه نمایند؛ و ثانیاً این که طرفین دعوی از پیروان مذهب شیعه می بود.

۴) رابطه ماده ۱۳۰ ق. ۱ منسوخ با ماده ۱ ق. ۱ منسوخ و ماده ۲۷ ق. ۱ منسوخ: در ساحه حقوق خصوصی و سایر ساحات حقوق بجز از حقوق جزاء در صورت مسکوت بودن قوانین، قضات در حل و فصل دعاوی می توانستند بدون هیچ شک و تردیدی به فقه مراجعه و قضیه متنازع فیه را حل و فصل نمایند. اما، این که طبق ماده ۱۳۰ منسوخ قضات می توانستند در ساحه حقوق جزاء نیز در صورت مسکوت بودن قوانین به فقه مراجعه و قضیه متنازع فیه را حل و فصل نمایند محل بحث است.

در افغانستان میان حقوقدانان و فقهاء در این مورد دو نظریه وجود داشت: برخی حقوقدانان و فقهاء بر این نظر بودند که باید ماده ۱۳۰ قانون اساسی منسوخ را تفسیر موسع (وسیع) نمود و مطابق آن قضایای جزایی را نیز حل و فصل نمود. زیرا:

۱- نص این ماده در ساحه حقوق جزاء نیز سرایت دارد. بنابراین، حکم ماده ۱۳۰ ق. ۱ منسوخ محدود و منحصر به ساحه حقوق خصوصی نیست؛

۲- منبع اول حقوق جزاء فقه حنفی است. ماده دوم کد جزای منسوخ در این مورد به صراحت حکم می نمود که: «این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می نماید. مرتکب جرایم حدود قصاص و

دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد.». طبق نص ماده ۱ ق. ج منسوخ جرایم و جزاها به سه دسته تقسیم می‌شد: جرایم و جزاهای تعزیری، جرایم و جزاهای حدود و قصاص و دیات.

۱- **جرایم تعزیری:** تعزیر در لغت به معنی تأدیب است. در اصطلاح شرع تعزیر عبارت از جزایی است که مقدار و کیفیت آن در شرع تعیین نگردیده بلکه به ولی امر مسلمین یا قاضی محول گردیده است مانند سود گرفتن، خیانت در امانت و نظیر اینها. قاضی می‌تواند از بین مجازات‌های جائز یکی را انتخاب کند که از نصیحت تا اعدام را در بر می‌گیرد.^{۱۴۴}

۲- **جرایم حدود:** حدود جمع حد است که در لغت به معنی فاصل و مانع بین دو چیز است. در زبان عرب حد به معنی منع است و در اصطلاح شرع، عقوبات و کیفرها را حدود می‌گویند، زیرا اغلب این حدود، گناهکار را بعد از اجرای آنها از بازگشت مجدد به گناهی که برای آن مجازات شده است، باز می‌دارد و گاهی به خود گناه و معصیت «حد» می‌گویند.

حد شرعاً عقوبت و کیفری است که به جهت حق الله اجرا می‌گردد.^{۱۴۵} به عبارت دیگر: حدود عبارت از جزایی است که از جانب شارع جهت تأمین منافع عامه مقرر گردیده است.^{۱۴۶} بنابراین، تعزیر داخل حدود نیست، زیرا میزان و نوع آن معین نشده است و به رأی و نظر حاکم شرع موکول گردیده است و قصاص نیز از تعریف حدود خارج می‌شود، زیرا قصاص حق بشر است نه حق الله. به طور عموم، جرایم حدود عبارت اند از: سرقت، قطاع الطریق (که به نام های رهنزی، حرابت و محاربه نیز یاد می‌شود)، زنا، بغاوت، قذف، شرب خمر (نوشیدن شراب) و ارتداد.^{۱۴۷}

۳- **قصاص:** قصاص در لغت به معنی پی جویی، کشتن قاتل به مثل، مجازات، عقوبت، سزا، عقاب، جبران و تلافی است. در اصطلاح قصاص عبارت از عقوبتی است که در صورت قتل عمد مشروط بر تحقق شرایط آن بر جانی تطبیق می‌گردد.^{۱۴۸}

۴- **دیات:** دیات جمع دیه است و دیه در لغت به معنی خون بها است.^{۱۴۹} در اصطلاح شرع دیه عبارت تعویض مالی است که به ورثه مقتول توسط قاتل داده می‌شود. اگر قاتل مسلمان باشد، خون بهای مقتول صد شتر، یا دو صد گاه یا یک هزار گوسفند یا یک هزار دینار طلا و یا ده هزار درهم نقره است.^{۱۵۰} دیه جبران خسارت نفس است. اما، در صورتی که جنایت بر عضو بدن وارد شود، جبران

۱۴۴. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۹۶.
۱۴۵. اسعد محمد سعید الصاغرچی (____). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۳۱۹.
۱۴۶. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۹۱.
۱۴۷. همان، داد محمد نذیر، صص ۲۹۲-۲۹۵.
۱۴۸. همان، داد محمد نذیر، ص ۲۹۵.
۱۴۹. آخرین بازدید ۳/۶/۲۰۱۷ (۲۰۱۷). <https://www.vajehyab.com>

۱۵۰. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۹۵.

خسارت آن ارش است. ارش در لغت به دیه جراحات است.^{۱۵۱} ارش عبارت از تعویض مالی است که از طرف جانی به خود مجنی علیه در برابر اعتدا بر اعضای بدن پرداخته می شود.^{۱۵۲}

طبق نص این ماده، در عمل قصات حدود، قصاص، دیات و ... را مطابق این ماده تطبیق می نمودند. به نظر می رسد میان ماده ۲ کُد جزای منسوخ و ماده ۱۳۰ ق. ا منسوخ تعارض وجود داشت، زیرا طبق نص ۱۳۰ ق. ا منسوخ قصات مکلف بودند اول قوانین را تطبیق نمایند و در صورت عدم وجود قوانین به فقه حنفی مراجعه نمایند. اما، مطابق ماده ۲ کُد جزای منسوخ قصات در رسیدگی به جرایم حدود، قصاص و دیت می توانستند اول به فقه مراجعه نمایند.

اما، برخی دیگر حقوقدانان و فقهاء بر این نظر بودند که در صورت مسکوت بودن قوانین جزائی قصات نمی توانند به فقه حنفی مراجعه و قضیه متنازع فیه را حل و فصل نمایند. زیرا:

۱- نص این ماده محدود به ساحه حقوق خصوصی و سایر ساحات حقوق به جز حقوق جزاء است؛
 ۲- مراجعه قاضی به فقه حنفی در صورت مسکوت بودن قوانین و حل و فصل دعاوی جزایی مخالف اصل قانونیت جرایم و جزاها است که تفصیل آن در مبحث اصول کلی حقوق خواهد آمد، زیرا، فقه طبق ماده ۹۴ ق. ا منسوخ، قانون نبود.

در صورتی قصات در مسایل جزایی به فقه مراجعه نمایند، رجوع آن ها باعث نقض ماده ۲۷ ق. ا منسوخ می شود که تصریح می نمود: «هیچ عملی جرم شمرده نمی شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. هیچ شخص را نمی توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخص را نمی توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه باصلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.».

برای رفع این معضل در برخی ممالک اسلامی، به حیث مثال، جمهوری اسلامی ایران بخش عقوبات فقه را در قانونی زیرعنوان «قانون مجازات اسلامی» مدون ساخته اند. راه حل دیگر تعدیل ماده ۲۷ ق. ا در صورت تعدیل ق. ا بود.

۳- قانونگذار اساسی در ماده ۱۳۰ ق. ا منسوخ از محاکم سخن می گفت. معمولاً دعاوی مدنی از ریاست حقوق و محکمه شروع می شود. اما، دعاوی جزایی از گرفتاری مظنون توسط پولیس، تحقیق توسط شارنوال، صدور حکم توسط محکمه و تطبیق حکم توسط حکومت. بنابراین، نص ماده ۱۳۰ ق. ا منسوخ در ساحه مدنی قابل تطبیق بود نه ساحه حقوق جزایی.

مبحث پنجم) عدم وضع قوانین مخالف شرع و رابطه این قوانین با شرع

موضوع عدم وضع قوانین مخالف شریعت چنانچه گفته شد، در ماده ۳ ق. ا پیش بینی شده بود. این ماده در نظام حقوقی افغانستان بسیار با اهمیت به نظر می رسید، زیرا این ماده مانع ورود قواعد (هنجار)

های مخالف شرع در نظام حقوقی می شد. همچنین، این ماده موجب می شد تا قانونگذاران عادی همه قواعد قوانین را پسوند شرعی زنند و صرف به این ماده اکتفا نمایند. ماده ۳ ق. ۱ منسوخ حکم می نمود: «در افغانستان هیچ قانونی نمی تواند نافذ شود که مخالف احکام و معتقدان دین مقدس اسلام باشد.» این ماده به گونه های مختلف در افغانستان تفسیر شده است. آقای مشتاقی در رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان در این باره می نویسد که:

«شکل بندی ماده ۳ قانون اساسی منسوخ افغانستان نسبتاً مبهم بوده و می تواند به صورت وسیع تفسیر شود. این اصطلاحات نه تنها به نحو قابل استدلالی ناظر به شریعت در معنای دقیق آن می باشند، بلکه ناظر به فقه نیز می تواند باشند. از طرف دیگر، ممکن است بتوان چنین استدلال کرد که ماده ۳ قانون اساسی افغانستان صرف ناظر به اصول غیر اختلافی و مشترک میان مذاهب مختلف فکری در میان مسلمانان است، زیرا در قانون اساسی افغانستان صرف نظر از ماده ۱۳۰ که صرف دارای معنای فرعی و مکمل می باشد، هیچ نوع برتری و اولویتی به یک مذهب داده نشده است.

در مطالب ذیل استدلال خواهد شد که حداقل فقه هر کدام از مذاهب اسلامی نمی تواند مشمول اصطلاح «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» به ترتیب مذکور در ماده ۳ قانون اساسی افغانستان باشد. نخست آنکه، این نکته باید مورد تاکید قرار گیرد که اصل جمهوری اسلامی به گونه ای که در ماده ۱ قانون اساسی افغانستان آمده است، در این رابطه هیچ نوع راهنمایی نمی کند. تا کنون نشان داده شده است که در این خصوص سایر جمهوری های اسلامی در رابطه با سطح و میزان ضروری انطباق قوانین با موازین اسلامی در آنها، بسیار با یکدیگر متفاوتند.

در حالی که اصطلاح «موازین اسلامی» مذکور در اصل چهارم قانون اساسی ایران نه تنها شامل شریعت بلکه شامل فقه و فتاوی فقهای مذهب جعفری می گردد، پاراگراف ۱ ماده ۲۲۷ قانون اساسی پاکستان صرف ناظر به شریعت است، بدون آنکه به فقه یا مذهب خاص به طور کلی ارجاع دهد. قانون اساسی موریتانی حتی دارای الزام کمتری است. با وجود آن که در مقدمه قانون اساسی موریتانی التزام و پایبندی به «احکام اسلامی، به حیث تنها منبع قانون» ذکر شده است اما چنین جمله ای جامعه را ملزم می نماید که «در مقابل ضروریات دنیای جدید پاسخگو» باشد.

دوم آن که شرایط ضروری نهادهای مسؤول بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و نیز ماده ۳ آن قانون بیانگر تفسیر محدود ماده ۳ قانون اساسی افغانستان در رابطه با عبارات «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» می باشد. در قانون اساسی افغانستان ارگانی که صلاحیت بررسی انطباق قوانین با اسلام را داشته باشد، پیش بینی و معین نشده است.»^{۱۵۳}

۱۵۳. رامین مشتاقی (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ چهارم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، صص ۶۱ و ۶۲.

این تفسیر از این جهت که ماده ۳ ق. ۱ ناظر بر مذهب فقهی خاص نیست صحیح است. اما، از جهتی که عبارت «احکام و معتقدات» همان «اساسات کلی اسلام» که همه فقهاء در مورد آن اتفاق نظر دارند به سه دلیل محل ایراد به نظر می رسد:

۱) از نظر تفسیر لفظی ماده ۳ ق. ۱ منسوخ: اگر ماده ۳ ق. ۱ منسوخ را تفسیر لفظی کنیم در می یابیم که نص ماده ۳ ناظر به رابطه قوانین با شریعت و شاخه های آن است^{۱۵۴} نه ناظر بر رابطه قوانین با «اساسات کلی اسلام» که همه فقهاء در مورد آنها اتفاق نظر دارند». چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، شریعت به سه شاخه تقسیم می شود: فقه، عقاید و اخلاق. در نتیجه، ماده ۳ ق. ۱ منسوخ صرف شامل فقه و اعتقادات می شود و اخلاقیات را در بر نمی گیرد. علت این امر واضح است و آن همان عدم مداخله قوانین در امور اخلاقی است و امروزه حقوق از اخلاق کاملاً جدا شده است. در مورد «معتقدات» آقای دانش در کتاب حقوق اساسی می نویسد:

«از آن جا که ماده سوم مربوط به ساحت قانون و قانونگذاری است، به نظر می رسد که ذکر کلمه «معتقدات» چندان موجه نیست. زیرا، قانونگذاری برای وضع و جعل «حکم» است که در عربی به آن «تشریح» می گویند و جعل حکم یا قانونگذاری با «احکام فقهی» اسلام ارتباط دارد، نه با اصول اعتقادی و اخلاقی. زیرا، قانون مربوط به حیات اجتماعی و اعمال و رفتار انسان ها است، نه اعتقاد و باور دینی در باره توحید، نبوت، معاد و ... به همین جهت، هیچ قانونی معمولاً نیز دیده نشده است که برای امور اعتقادی و اخلاقی تنظیم شده باشد.

شاید تنها دلیل توجیه کننده این باشد که ما با افزودن کلمه «معتقدات» از رفتار و کردار و تبلیغات ضد دین و باورهای ایمانی و اعتقادی جلوگیری کنیم. ولی، باید گفت که: اگر چنین هدفی نیز در کار باشد، جای آن در ماده سوم ق. ۱ نیست. زیرا، ماده سوم ق. ۱ مربوط به تصویب قانون است که برای تأمین این هدف ماده دوم ق. ۱ کفایت می کند. زیرا، در ماده دوم ق. ۱ آمده است که: «دین دولت جمهوری افغانستان دین مقدس اسلام است.» یعنی: در ماده دوم تنها به کلمه «دین» اکتفاء شده و دین اسلام همانطور که گفتیم شامل هر سه عرصه «اصول اعتقادی، اصول اخلاقی و احکام فقهی» می شود.^{۱۵۵}

۲) از نظر تفسیر تاریخی: اگر این ماده را تفسیر تاریخی نیز کنیم در می یابیم که منظور از احکام و معتقدات «اساسات کلی اسلام» نیست. زیرا، در مسوده قانون اساسی به عوض عبارت «اساسات کلی اسلام» صرف کلمه «احکام» استعمال شده بود. اما، در لویه جرگه تصویب قانون اساسی یکی از وکلا پیشنهاد کرد که کلمه «معتقدات» نیز اضافه شود و ماده سوم به حالت فعلی در آمد. آیت الله العظمی

۱۵۴. آقای سرور دانش در کتاب حقوق اساسی نیز بر همین نظر است (نک: سرور دانش (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا، صص ۲۳۷-۲۴۰).
۱۵۵. همان، سرور دانش، ص ۲۳۹.

شیخ محمد آصف محسنی عضو کمیته تفاهم ایجاد تعدیل در بند اول ماده ۳ ق. ا منسوخ را چنین توضیح می دهد:

«قبلاً در متن مسوده اساسات دین مقدس اسلام بود و من با مقامات بالا در همان موقع تدویر و تدقیق صحبت کردم که اساسات اسلام توحید، نبوت و معاد است کدام قانون می تواند مخالف اساسات شود، تا این ماده بیاید و از آن جلوگیری نماید؟ گفتم یا دین بنویسید یا احکام دین. بالاخره قبول کردند و اساسات را برداشتند. بعد دیدم دوباره آن تعبیر را پس آوردند. رئیس دولت گفت که یک عده ملاها آمدند نزد من که چرا اساسات دین مقدس اسلام را برداشتید؟ گفتم: کلمه اساسات مسخره کردن دین است. قانون مخالف اساسات شده نمی تواند، بلکه مخالف احکام شریعت می شود و بالاخره دوباره قبول کردند و در کمیته تفاهم هم همان آمد که مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام نمی تواند باشد.»^{۱۵۶}

۳) از نظر عدم ضرورت ذکر احکام و معتقدات: اگر منظور قانونگذار اساسی در ماده ۳ ق. ا منسوخ «اساسات کلی اسلام» می بود، بدون شک، به عوض عبارت «احکام و معتقدات» عبارت «اساسات کلی اسلام» را استعمال می کرد و ضرورتی نداشت تا عبارت «احکام و معتقدات» را استعمال نماید به ویژه که اکثر اعضای کمیسیون تسوید و تدقیق قانون اساسی فقیه و متخصص اصول فقه بودند، مانند: پوهاند نعمت الله شهرانی، سرور دانش، پوهاند عبدالسلام عظیمی، قاضی امین وقاد و امثال اینها که می توانستند به وضوح میان «اساسات کلی اسلام» و «احکام و معتقدات» تفکیک قایل شوند. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که عبارت «احکام و معتقدات» به معنی اساسات کلی اسلام نیست.

پرسش این است که منظور از «معتقدات و احکام» چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که منظور از معتقدات «عقاید اسلامی» و منظور از احکام «احکام فقه اسلامی» است که دو شاخه های مهم شریعت اند. شریعت به دو معنی استعمال شده است. اول جایی که مردم از آنجا آب می گیرند و دوم راه راست. شریعت در اصطلاح علم اصول فقه به معنی استعمال شده است که مقصود از آن احکام خداوندی ﷻ است.^{۱۵۷}

به مفهوم ساده تر: شریعت احکامی است که از طریق قرآن و سنت تشریح شده است. شریعت عام است و شامل سه بخش اخلاق، عقاید و فقه می شود. بنابراین، فرق های که میان فقه و شریعت وجود دارد قرار آتی است:

۱۵۶. ____ (____). فرایند شکل گیری قانون اساسی (۴) موضعگیری ها، چالشها و تفاهمات در لویه جرگه، جلد (۴)، کابل: انتشارات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ص ۲۴.
۱۵۷. غلام محی الدین دریز (۱۳۸۳). اساسات حقوق اسلام، کابل: انتشارات سعید، صص ۲۱ و ۲۲.

نخست این که: احکام شریعت اسلامی نسبت به احکام فقه اسلامی عام تر است. زیرا، شریعت اسلامی در تمام زمینه ها؛ یعنی: اعتقادی، اخلاقی، عبادی، معاملاتی و ... احکام دارد. اما، فقه صرف شامل احکام عبادی و معاملاتی، عقوبات و ... است. پس، شریعت عام است و فقه خاص؛ شریعت درخت تووند است و فقه یکی از شاخه های آن؛

دوم این که: مصادر شریعت را صرف دو منبع قرآن و سنت تشکیل می دهد و نظر و رأی بشر به هیچ وجه در شریعت دخیل نیست. اما، مصادر فقه علاوه بر قرآن و سنت، اجماع و قیاس و ... است. بنابراین، در فقه نظر بشر نیز دخیل است: ۱۵۸

سوم این که: فقه شریعت است اما همه شریعت فقه نیست زیرا شریعت علاوه بر فقه شامل اخلاف و عقاید نیست است. بنابراین، میان شریعت و فقه رابطه کل و جزء وجود دارد. شریعت کل است و فقه جزء شریعت.

چهارم این که از حیث منابع، منابع شریعت محدود است زیرا شریعت دو منبع دارد که عبارت اند از قرآن و سنت اما از حیث منابع فقه وسیع تر است زیرا فقه تقریباً یازده منبع دارد که بحث آن در مبحث بعدی خواهد آمد.

۱- اخلاق: منظور از اخلاقیات امور معنوی مانند: زهد، صبر، رضا و حضور قلب در نماز و امثال اینها است.

۲- عقاید: منظور از معتقدات که بخش دیگر شریعت اسلامی است اعتقادات مانند وجوب ایمان به خداوند ﷻ، پیامبران و ... است که آن کلام نیز می گویند.

۳- فقه: فقه در لغت به معنی فهمیدن است. در اصطلاح فقهاء تعاریف متعددی برای فقه ارایه کرده اند: امام ابو حنیفه رحمته در تعریف فقه گفته است: فقه عبارت است از معرفت انسان تمام حقوق و تکالیف خویش را. ۱۵۹ این تعریف عام است و شامل احکام اعتقادی مانند وجوب ایمان و امثال آن، اخلاقیات و تصوف، عملیات (احکام عبادی و معاملاتی)، مانند: نماز، روزه، بیع و امثال اینها می شود. این تعریف در زمان امام ابو حنیفه رحمته معمول بود. زیرا، در آن زمان فقه از سایر علوم شرعی جدا نشده بود.

اما، بعداً علم کلام (اعتقادات) و علم اخلاق و تصوف مانند زهد، صبر، رضا و حضور قلب در نماز و امثال اینها (اخلاقیات) از فقه جدا شد و علم فقه محصور به معرفت نفس تمام حقوق و تکالیف خویش را گردید. بنابراین، فقهای حنفیه در اخیر تعریف کلمه «عملی» را اضافه نمودند تا اعتقادات و اخلاقیات را از ساحة فقه خارج نمایند. از همین رو، فقه در مجله الاحکام به معنی محدود تعریف گردیده است. ماده ۱ مجله الاحکام در تعریف فقه می گوید: «علم فقه عبارت از علم آوردن به مسایل

۱۵۸. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۵۶ و ۵۷.

۱۵۹. «معرفة النفس ما لها و ما علیها».

شرعی عملی است. مسایل شرعی عملی یا به امور اخروی تعلق می‌گیرد و آن عبادات را تشکیل می‌دهد و یا به امور دنیوی تعلق می‌گیرد که به مناکحات و معاملات و عقوبات تقسیم می‌شود.».

اما، تعریف مختار برای فقه تعریف امام شافعی رحمته است که گفته است: فقه عبارت از: علم به احکام شرعی عملی است که از ادله تفصیلیه گرفته شده است.^{۱۶۰} از آنچه گفته شد، این نتایج ذیل به دست می‌آید که: نخست این که: تفسیر ماده ۳ ق. ۱ این می‌شود که: «هیچ قانونی در افغانستان نمی‌تواند خلاف احکام فقه اسلامی و عقاید اسلامی باشد.» دوم این که قوای تأسیسی نمی‌توانستند قانونی را وضع نمایند که خلاف عقاید اسلامی و فقه اسلامی باشد.

مبحث ششم) نظارت بر شرعی بودن قوانین

در کشور های اسلامی تا اواسط قرن نوزدهم قانون در مفهوم امروزی آن وجود نداشت و شریعت اسلامی تنظیم کننده روابط حقوقی میان افراد بود. در دو قرن اخیر، این کشور ها به تأثیر پذیری از نهضت تدوین قوانین در اروپای قرن نوزدهم به تدوین قوانین روی آوردند.^{۱۶۱} اما، این تحول کشور های مذکور را از نظر چگونگی انطباق قوانین جدید با فقه اسلامی با چالش اساسی روبرو کرده است که در بسیاری از آنها همچنان ادامه دارد.^{۱۶۲}

نظام حقوقی افغانستان نیز از این حکم مستثنی نبوده است. از زمان ظهور اسلام الی دوره امان الله خان، نظام حقوقی افغانستان، نظام حقوقی اسلام بوده است. از زمان عبدالرحمن خان و در مفهوم دقیق از زمان امان الله خان الی سقوط جمهوریت دوم، نظام حقوقی افغانستان به نحوی از انحا به دلیل وجود قوانین وضعی مبدل به نظام حقوقی اسلام- رومن ژرمنیک شد. در این دوره نظارت بر شرعی بوده قوانین یکی از دغدغه ها بوده است. در دوره جمهوریت دوم، در نظام حقوقی افغانستان نیز مانند بسیاری کشور های اسلامی طبق ماده سوم ق. ۱ اساسی منسوخ تمام قوانین باید مطابق با احکام و معتقدات دین اسلام می بود. در حقوق برخی کشورهای دیگر نهادی که صلاحیت بررسی مطابقت قوانین با شریعت را دارند

۱۶۰. «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية».

۱۶۱. حتی امروزه بسیاری از متخصصین علوم فقه از ایفای وظیفه منحنی قانونساز و قانونگذار اجتناب می‌ورزند. استدلال این گروه این است که قانونگذاری مخالف اصل حاکمیت الهی که به موجب آن قدرت تشریع از آن خداوند است، می‌باشد. در ضمن، در صورت وجود فقه که مانع و جامع است و همه مسایل را پیش بینی نموده است ضرورت به قانونگذاری نیست. اما عده ای دیگر بر این نظر اند که قانونگذاری جواز دارد. استدلال این گروه این است که نخست این که: برخی مسایل مستحدثه وجود دارد که احکام صریح و حتی ضمنی در خصوص آن ها در شریعت وجود ندارد مانند مسایل مربوط به هوانوری، ترافیک جاده و نظیر اینها.

لذا، چاره جز این که در خصوص این مسایل در روشنایی، اهداف، مبانی و روح شریعت قانونگذاری نماییم، نیست. دوم این که: در فقه مذاهب مختلف وجود دارد. در داخل یک مذهب نیز نظریات مختلف وجود دارد. لذا، قانونگذار می‌تواند برای سهولت و تطبیق یکسان قوانین، یکی از این نظریات را در قالب قوانین، مدون نماید. سوم این که به نظر می‌رسد فقه مانع و جامع نیست و با بسته شدن باب اجتهاد به ویژه در فقه اهل سنت، فقه (کلاسیک) نمی‌تواند به همه مسایل امروزی جوابگو باشد.

۱۶۲. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۳۱.

به صورت واضح پیش بینی شده است. به عنوان مثال، در جمهوری اسلامی ایران این صلاحیت را شورای نگهبان دارا است.

پرسش این بود که کدام نهاد باید بر عدم مخالفت قوانین با معتقدات و احکام فقهی که آن را نظارت بر شرعی بودن قوانین می نامند، نظارت نماید؟ زیرا صرف بیان این که در افغانستان هیچ قانون نمی توانست مخالف عقاید و احکام شریعت اسلامی باشد کافی نیست. زیرا، اگر چنین قانونی وجود می داشت و نافذ می شد تکلیف چه بود؟

داکتر مشتاقی در این مورد نوشته است که: در حقوق افغانستان از زمان انفاذ قانون اساسی تا کنون از سه نهاد تصور می رفت که در رابطه به بررسی مطابقت قوانین وضعی با شریعت اسلامی ذیصلاح تلقی شوند: کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، رئیس جمهور و ستره محکمه:^{۱۶۳}

۱) کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی: کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی طبق قانون این کمیسیون صلاحیت بررسی مطابقت قوانین با شریعت اسلامی را نداشت.

۲) رئیس جمهور: داکتر رامین مشتاقی در این مورد بر این نظر بود که: مطابق ماده ۶۳ قانون اساسی منسوخ افغانستان رئیس جمهور باید نزد شورای ملی سوگند یاد می کرد که: «دین مقدس اسلام را رعایت و از آن حمایت کنم، قانون اساسی و سایر قوانین افغانستان را رعایت و از تطبیق آنها مواظبت نمایم [...]».

اگر چه این حکم مربوط به صلاحیت رئیس جمهور نبود، اما پیش بینی می کرد که پیش از تصدی وظیفه توسط رئیس جمهور باید سوگندی یاد شود؛ سوگندی که دارای نتایجی در ارتباط به مسؤولیت های رئیس جمهور می باشد.

به علاوه، فقره ۱ ماده ۶۴ قانون اساسی منسوخ افغانستان به رئیس جمهور صلاحیت مراقبت از اجرای قانون اساسی از جمله نظارت بر تطبیق ماده ۳ آن قانون را داده بود. به این ترتیب از رئیس جمهور نیز انتظار می رفت که به عنوان حافظ قانون اساسی عمل کند.

با وجود این، اگر چه فقره ۱ ماده ۶۴ قانون اساسی منسوخ افغانستان کاندیداهای ریاست جمهوری را ملزم می کرد که مسلمان باشند، لیکن هیچ گونه شرطی برای آنکه آنها ضرورتاً دارای آگاهی و دانش لازم در فقه اسلامی بوده، یا در فقه حنفی یا هر مذهب فقهی اسلامی دیگر مسلکی باشند، وجود نداشت. بنابراین، رئیس جمهور به عنوان حافظ قانون اساسی و نیز معاونان او معمولاً فاقد صلاحیت لازم برای اتخاذ تصمیم در باره پرسش ها و مسایل تخصصی مربوط به فقه حنفی و یا سایر مکاتب فقهی اسلامی بودند.^{۱۶۴}

۱۶۳. رامین مشتاقی (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ چهارم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ص ۶۶.

۱۶۴. همان، رامین مشتاقی، صص ۶۲ و ۶۳.

۳) **ستره محکمه:** داکتر مشتاقی در این مورد می نویسد که آخرین نهادی که صلاحیت بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و اسلام را دارد، واضحاً ستره محکمه افغانستان است. ماده ۱۲۱ قانون اساسی منسوخ افغانستان به ستره محکمه صلاحیت بررسی مطابقت قوانین و فرامین تقنینی را با قانون اساسی حسب تقاضای حکومت یا یک محکمه داده بود. از آنجا که ماده ۳ قانون اساسی منسوخ نیز جزئی از قانون اساسی است، این حکم به ستره محکمه صلاحیت بررسی انطباق قوانین با «معتقدات و احکام دین مقدس اسلام» را می داد.

باوجوداین، نظر به صلاحیت‌های حرفوی قضات ستره محکمه، ماده ۱۱۸ قانون اساسی منسوخ افغانستان صرف پیش بینی می نمود که قضات مذکور باید دارای تحصیلات عالی در علوم حقوقی یا فقهی بوده و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشند. بنابراین کاندیداهای قضاوت در ستره محکمه ضرورتاً ملزم به داشتن تحصیلات فقهی به طور کلی نبودند.

باوجوداین، از آنجا که حقوق افغانستان عمیقاً ریشه در فقه اسلامی دارد، یک قاضی بدون برخورداری از دانش کافی در فقه اسلامی نمی تواند تخصص کافی در نظام قضایی افغانستان را نیز دارا باشد، تخصصی که حداقل صلاحیت خاص او در فقه اسلامی را تضمین و تامین می نماید.

باوجوداین، هیچ حکمی که متضمن ضرورت وجود دانش و تخصص گسترده در قضاوت و تعالیم فقه حنفی یا سایر مذاهب اسلامی در قضات ستره محکمه باشد، وجود نداشت. به فرض احتمال آنکه در یک زمان معین هیچ کدام از قضات ستره محکمه دارای دانش و تحصیلات گسترده در فقه حنفی یا حقوق اسلامی نباشند و فقط دارای دانش عمومی مذکور در فقره ۳ ماده ۱۱۸ قانون اساسی منسوخ افغانستان باشند، بسیار غیر محتمل به نظر می رسد که این محکمه بتواند در خصوص مسایل مرتبط با مطابقت قوانین با موازین فقه و تعالیم یک مذهب خاص اتخاذ تصمیم کند.^{۱۶۵}

این نظر نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا قوه مؤسس (لویه جرگه) این صلاحیت را به ستره محکمه به صورت واضح و حتی ضمنی نداده بود. بنابراین، نظر آقای مشتاقی از دو جهت محل ایراد به نظر می رسد. اول این که برخلاف نظر آقای مشتاقی شریعت جزء ماده سوم ق. ا نیست، بلکه یک منبع مستقل است، منتها جایگاه آن در نظام حقوقی افغانستان در ماده ۳ ق. ا منسوخ مشخص شده است؛ ثانیاً این که نظر آقای مشتاقی خلاف اصل حاکمیت قانون و اصل عدم صلاحیت که هر دو از اصول عمده حقوق عامه اند و تفصیل آنها در مبحث اصول کلی حقوق خواهد آمد، است.

طبق این دو اصل، هیچ اداره و مقام دولتی نمی تواند عملی را انجام دهد، مگر این که این صلاحیت توسط قانون به آن اعطا شده باشد.^{۱۶۶} سوم این که رویه عملی خلاف این نظر را به اثبات رساند، زیرا تا

۱۶۵. همان، رامین مشتاقی، صص ۶۵ و ۶۶.

۱۶۶. آنچه گفته شد، از حیث نظری است، اما، در عمل، تجارب و مشاهدات نشان می دهد در همه مراحل قانونگذاری مسوودین و مصوبین قوانین در مفهوم عام سعی بر این می نمایند تا قوانین را مخالف شرع تدوین و تصویب نمایند. از همین رو، ماده ۲ جزء

ختم دوره جمهوری در سال ۱۴۰۰ هیچ نظارتی بر شرعی بودن قوانین توسط ستره محکمه صورت نگرفته است. به نظر می رسد در این خصوص خلا نهادی در نظام حقوقی افغانستان وجود داشت.

مبحث هفتم) منابع فقه

منابع فقه عبارت از قرآن، سنت، اجماع، قیاس، استحسان، مصالح مرسله، استصحاب الحال، سد الذرایع، قول صحابی، عرف و شرایع آسمانی که چهار منبع ای اول اتفاقی و سایر منابع اختلافی است و علمای اصول این منابع را منابع تشریح می گویند:

۱) قرآن: قرآن مصدر است و در لغت به معنی قرائت است. در اصطلاح قرآن عبارت از سخن خداوند ﷻ با لفظ عربی فصیح که بر رسول الله ﷺ نازل شده است و به طریق تواتر به ما رسیده است، و در مصحف مکتوب و ابتدای آن سوره فاتحه و انتهای آن سوره ناس است و تلاوت آن عبادت است.

۲) سنت: سنت در لغت، به معنی طریقه و راه و روش و سیرت است، چه خوب و چه بد و در اصطلاح اصول فقه سنت، عبارت از گفتار و کردار و تقریری است که از رسول الله ﷺ سرزده است.^{۱۶۷}

۳) اجماع: اجماع در لغت به معنی عزم و تصمیم بر یک شی است. در اصطلاح اجماع عبارت است از اتفاق مجتهدین اسلامی بعد از وفات پیامبر ﷺ در یک عصری از عصور در مورد یک حکم شرعی. از تعریف فوق به خوبی امور آتی بر می آید:

۱- اتفاق غیر مجتهدین بر یک حکم شرعی اجماع نامیده نمی شود؛

۲- منظور از اتفاق مجتهدین اتفاق تمام مجتهدین می باشد. بنابراین، اگر برخی از مجتهدین در مورد حکم شرعی اختلاف نمایند، اجماع تحقق نمی یابد؛

۳- باید مجتهدین مسلمان باشند. زیرا، دلایل دال بر حجت اجماع بیانگر این امر است که باید اعضای اجماع مسلمان باشند؛

۴- باید اتفاق مجتهدین بر یک حکم شرعی در همان لحظه اجماع تحقق پیدا کند. بنابراین، رجوع برخی از مجتهدین از رأی خویش و یا ظهور مجتهد دیگر که در وقت اجماع نبوده است، بعد از اجماع، اجماع را متضرر می سازد؛

۱۵ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف تدقیق می گفت: «تدقیق ارزیابی دقیق کلمات، اصطلاحات، جملات و عبارات طرح ابتدایی سند تقنینی از نظر شکل و محتوا و مطابقت آن با احکام شریعت اسلامی، قانون اساسی، سایر قوانین نافذ، رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ها الحاق نموده است و عرف سالم جامعه می باشد.» اما، ماده ۳ جزء ۳۲ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی که ناسخ مقرر مذکور است در تعریف تدقیق می گفت: «تدقیق ارزیابی همه جانبه شکل و محتوی مسوده سند تقنینی است که قبل از مرحله تأیید و تصویب به منظور مؤثریت، کارایی و سازگاری با احکام دین مقدس اسلام، قانون اساسی و قوانین نافذ توسط مرجع ذیصلاح صورت می گیرد.» طبق این ماده انستیتوت امور قانونگذاری می توانست بر شرعی بودن مسودات اسناد تقنینی نظارت نماید. شورای ملی نیز بر شرعی بودن قوانین نظارت می نمود. به همین دلیل، شورای ملی نتوانست قانون منع خشونت علیه زن را که توسط فرمان تقنینی نافذ گردیده بود تصویب نماید.

۱۶۷. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۴۹-۴۵۵؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۶۱-۱۷۷؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۱۷۰-۱۷۲.

۵- اتفاق مجتهدین زمانی اجماع نامیده می شود که در باره یک حکم شرعی، مانند: وجوب، حرمت، ندب و امثال اینها باشد؛

۶- اجماع وقتی معتبر است که بعد از وفات پیامبر ﷺ صورت پذیرفته باشد؛ و

۷- صدور اجماع از مجتهد واحد صحیح نیست.^{۱۶۸}

۴) قیاس: قیاس از ریشه قیس است که در لغت به معنی برابر کردن و اندازه کردن است. در اصطلاح علم اصول فقه قیاس عبارت است از برابر کردن حادثه ای که حکم آن منصوص نیست با حادثه ای که حکم آن منصوص است در حکم منصوص علیه بخاطر برابر بودن دو حادثه در علت حکم. از تعریف فوق به خوبی استنباط می شود که قیاس دارای چهار رکن است:

۱- اصل: که آن را مقیس علیه می گویند؛

۲- حکم اصل: که عبارت از حکم شرعی است که در مورد اصل وجود دارد؛

۳- فرع: که آن را مقیس می گویند و در مورد حکم آن نص نیامده و قرار است حکم اصل با شیوه

قیاس به آن داده شود؛

۴- علت: که عبارت است از وصف مشترک در میان اصل و فرع که براساس آن حکم اصل به فرع انتقال داده می شود. جهت فهم تعریف و ارکان قیاس در ذیل برخی مثال های قیاس را ارایه می نماییم:

۱) خداوند ﷻ راجع به حرام بودن شراب می فرماید:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ - [النساء: ۸۳]

«ای کسانی که ایمان آورده اید شراب و قمار و بتها و تیرهای قرعه پلیدند [و] از عمل شیطانند پس از آنها دوری گزینید باشد که رستگار شوید.»

این آیه بر حرمت خمر دلالت دارد. زیرا، خمر مسکر و نشه آور است. اما، در مورد نبیذ که از خرما یا جو ساخته می شود، نصی؛ یعنی: آیتی یا حدیثی وجود ندارد که دلالت بر حرمت آن کند. اما، نبیذ مسکر و نشه آور است. چون خمر و نبیذ هر دو دارای علت اسکار هستند در نتیجه نبیذ بر خمر قیاس می شود و حکم خمر را می گیرد که عبارت از حرمت است. در این مثال، خمر اصل، نبیذ فرع، علت مشترک در بین خمر و نبیذ اسکار حرمت حکم آن می باشد.

۲) پیامبر ﷺ در مورد محروم شدن وارث از میراث می فرماید:

«لیس لقاتل میراث.»^{۱۶۹}

۱۶۸. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۸۹ - ۴۹۱؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۷۹ - ۱۹۴؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۱۷۷

«قاتل مستحق میراث نمی شود.».

این حدیث به وضوح دلالت بر این امر می نماید که قاتل از مقتول ارث نمی برد. زیرا، قتل عمد وسیله به دست آوردن ارث قبل از موعد آن است. اما، در مورد این که موصی له، موصی را به قتل برساند، مستحق موصی به، می شود یا خیر؟ هیچ نصی موجود نیست. اما، علت محروم شدن قاتل به قتل عمد از میراث در این مورد نیز موجود می باشد و آن عبارت است از قرار دادن قتل وسیله برای به دست آوردن میراث قبل از موعد آن است. چون هر دو حادثه دارای علت واحد هستند در نتیجه حادثه دوم بر حادثه اول که حکم آن منصوص است قیاس می شود و حکم آن را به خود می گیرد. بنابراین، موصی له قاتل، از موصی به، به واسطه قتل موصی محروم می شود.

۳) پیامبر ﷺ در مورد حرام بودن بیع و خواستگاری بر خواستگاری برادر مسلمان فرموده

است:

«الْمُؤْمِنُ أَخُ الْمُؤْمِنِ فَلَا يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبَاعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْتَبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ.»^{۱۷۰}

«مسلمانان برادر همدیگر اند، برای هیچ مسلمانی حلال نیست که بر معامله برادر مؤمنش معامله کند. همچنین برای هیچ مسلمانی حلال نیست که خواستگاری برخواستگاری برادر مؤمنش انجام بدهد.».

طبق این حدیث بیع مسلمان بر بیع برادر مسلمان و خواستگاری بر خواستگاری برادر مسلمان حرام است و علت آن تجاوز بر حق دیگران است. اما، در ارتباط به اجاره بر اجاره دیگری در شرع نصی وجود ندارد تا دلالت بر حرمت آن نماید.

بنابراین، واقعه دوم بر واقعه اول قیاس می شود. زیرا، هر دو دارای علت واحد هستند و در نتیجه حادثه دوم حکم حادثه اول را می گیرد که عبارت از حرمت اجاره بر اجاره دیگران است.^{۱۷۱}

از آنچه در توضیح ماده ۱، ۲، ۳ و ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ا. ق. ا منسوخ گفته شد، نتایج ذیل به دست می

آید:

۱) در افغانستان دین از سیاست جدا نبود؛ به این توضیح که نظام حقوقی افغانستان، نظام حقوقی

سکولار نبود.

۱۶۹. رواه مالک فی الموطأ و أحمد و ابن ماجه و الشافعی و عبدالرزاق و البيهقی عن عمر رضي الله عنه.

۱۷۰. رواه مسلم.

۱۷۱. وهبة الزحيلي (____). اصول الفقه اسلامي، جلد (۱)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، صص ۶۰۱-۶۰۶؛ عبدالكريم زيدان (۱۳۸۵). الوجيز في اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۹۴-۱۹۶؛ و داد محمد نذير (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، كابل: مطبعة نعماني، صص ۱۸۰-۱۸۳.

۲) دولت افغانستان دولت جمهوری اسلامی و دین رسمی آن اسلام بود. پس از سقوط جمهوریت در سال ۱۴۰۰، حکومت طالبان جمهوریت را از بین برده و امارت اسلامی اعلان کردند.

۳) در افغانستان هیچ قانونی نمی توانست مخالف احکام فقهی و عقاید اسلام باشد. اما نهادی که بر شرعی بودن قوانین نظارت نماید، در قانون اساسی منسوخ افغانستان پیش بینی نشده بود. لذا، در نظام حقوقی افغانستان نهاد صیانت از شرعی بودن قوانین وجود نداشت. قابل توصیه است در صورت تدوین قانون اساسی جدید این نهاد در نظام حقوقی افغانستان شناسایی و مشخص شود.

۴) منظور از معتقدات در ماده ۳ ق. ۱ منسوخ عقاید اسلامی که یکی از شاخه های شریعت است و منظور از احکام، احکام فقهی بود.

۵) در نظام جمهوری اسلامی افغانستان هیچ مذهبی، مذهب رسمی دولت نبود.

۶) احکام فقه حنفی برای پیروان مذهب حنفی و برای پیروان اهل تشیع فقه شیعه متمم قوانین موضوعه افغانستان بود. بنابراین، در صورت نبودن قوانین قضات می توانستند به احکام این دو فقه مراجعه و مطابق احکام آن دعاوی مطروحه را حل و فصل نمایند. در ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ مراجعه به این احکام این دو فقه به صورت مطلق ذکر گردیده بود. مراجعه قضات به فقه در حوزه حقوق جزاء موجب نقض اصل قانونیت جرایم و مجازات که در ماده ۲۷ ق. ۱ منسوخ تضمین شده بود، می گردید.

۷) منبع دوم حقوق افغانستان را فقه که یکی از شاخه های شریعت است تشکیل می داد بنابر دلایل ذیل:

۱- نفوذ فقه که یکی از شاخه های شریعت است در نظام حقوقی افغانستان به اندازه ای است که حتی امروزه در برخی از ولایات افغانستان مردم و حتی قضات و وکلا و سایر دست اندرکاران نهاد های عدلی و قضایی قوانین را برخلاف شریعت می دانستند و تمایل به تطبیق شریعت اسلامی داشتند؛

۲- قانونگذاران در افغانستان براساس ماده ۳ ق. ۱ منسوخ مکلف بودند قانونی را وضع نمایند که مخالف احکام فقه و عقاید اسلامی باشد؛

۳- احکام قوانین، به خصوص در ساحت حقوق مدنی از فقه گرفته شده بود، مانند قانون مدنی که اکثر قواعد آن از فقه گرفته شده بود.

۴- در صورت سکوت قوانین نیز قضات مکلف بودند مطابق ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ ق. ۱ منسوخ احکام فقه را (در ساحت غیر جزایی) جهت حل و فصل قضایا تطبیق نمایند؛

۵- دو شاخه دیگر شریعت؛ یعنی عقاید و اخلاق نقش چشمگیری در حوزه حقوق در افغانستان نداشتند.

۸) در ق. ۱ هم شریعت پذیرفته شده بود و هم حقوق بشر. برای جمع این دو، به معاهداتی که دولت جمهوری اسلامی افغانستان ملحق می شد، باید دقت صورت می گرفت و نسبت به آن دسته از قواعد معاهدات که مخالف شریعت اند، حق شرط گذاشته می شد، در غیر آن، تطبیق این معاهدات در

افغانستان به چالش های جدی مواجه می گردید. امروزه و با امارت اسلامی دوم منبع اول حقوق افغانستان فقه حنفی است.

۹) برخی حقوقدانان پا را از اینها نیز فراتر نهاده و بر این نظر اند که: «این حکم (حکم ماده سوم ق. ا منسوخ)، آن قوانینی را که حتی پیش از سال ۱۳۸۲؛ یعنی: پیش از تصویب این قانون اساسی منسوخ، به تصویب رسیده و در واقع مخالف اسلام باشند، نیز شامل می شود. به این توضیح که: این حکم از آن مواردی نیست که قاعده عطف به ما سبق نشدن یا عدم رجعت به ماقبل، آن را شامل شود. زیرا، زمانی که قانون اساسی، احکامی را لغو می کند یا ممنوع قرار می دهد منظور تنها آن قوانینی نیست که در آینده تصویب می شوند، بلکه گذشته را نیز شامل می شود. علاوه بر این، در پهلوی قانون اساسی منسوخ، تمام قوانین اساسی افغانستان حداقل از سال ۱۳۴۳ بعد بعد، حکم این ماده را در خود داشته اند. بنابراین، هر قانونی که در گذشته نیز تصویب و نافذ شده و مخالف اسلام باشد، ملغی است.»^{۱۷۲}

۱۰) در صورت تعارض میان قانون و شرع، شرع مقدم است و بر قانون غلبه دارد، زیرا قوانین باید مطابق شرع باشند.

۱۱) قضات، وکلا، روحانیون، مردم عوام و ... نباید در تطبیق قوانین وضعی تعلل می ورزیدند زیرا فرض بر این بود که قوانین وضعی در افغانستان شرعی اند، زیرا نظارت بر شرعی بودن این قوانین صورت گرفته است مگر این که خلاف آن ثابت شود.

فصل چهارم: عرف و عادات

منبع سوم حقوق افغانستان (در ساحة حقوق خصوصی) عرف و عادات است.

مبحث اول) تعریف و ارکان

در خارج از علم حقوق به عرف و عادات رسم و رواج هم می گویند. اما، در علم حقوق عبارت عرف و عادات بیشتر استعمال می شود. رسم در لغت به معنی طریق، آیین، روش، قاعده، قانون و عادت است که جمع آن رسوم است.^{۱۷۳} رواج در لغت به معنی روا شدن، روایی یافتن و روان و در جریان بودن است. همچنین، رواج به معنی روا و روایی است.^{۱۷۴} عادت در لغت به معنی خوی، آنچه که به آن خوی بگیرند، کاری که انسان به آن خوی بگیرد و در وقت معین انجام دهد است که جمع آن عادات است.^{۱۷۵} عرف در لغت به معنی خوی و عادت است.^{۱۷۶}

برخی بر این نظر اند که عرف عبارت از هنجار و یا قاعده رفتاری است که توسط جامعه به رسمیت شناخته شده است.^{۱۷۷} در مفهوم وسیع تر: در اصطلاح حقوقی عرف عبارت از اعمال و اموری است که مردم انجام می دهند، بقیه افراد اعتراض نمی نمایند و پس از تأیید و تکرار در اثر اجراء مردم به الزام آور بودن آن اعتقاد پیدا می نمایند. پس عرف مجموعه اموری است که از بطن جامعه برخاسته و در اثر اجرای

۱۷۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۶۵۱.

۱۷۴. همان، حسن عمید، ص ۶۶۳.

۱۷۵. همان، حسن عمید، ص ۸۵۴.

۱۷۶. همان، حسن عمید، ص ۸۶۲.

آگاهانه توسط مردم به صورت متداوم به قاعده تبدیل گردیده بدون آنکه قانونگذار در ایجاد آن مداخله کرده باشد.

بنابراین، عرف قواعد نانوشته ای است که حیات اشخاص حقیقی و حکمی را تنظیم می نماید. از تعریف فوق به خوبی بر می آید که عرف و عادات دارای دو رکن است: اول: اجرای عرف توسط مردم به صورت آگاهانه به صورت متداوم. پرسش این است که چند بار یک امر باید انجام شود تا عرف به وجود بی یاید؟

در پاسخ به این پرسش معمولاً حقوقدانان سکوت اختیار می نمایند. آنچه مسلم است این است که یک امر باید تکرار شود تا عرف به وجود بی یاید، زیرا در حقوق یک اصل کلی وجود دارد که تصریح می نماید با یک بار انجام شدن عمل عرف به وجود نمی آید. عنصر دوم اعتقاد مردم مبنی بر الزام آور بودن عرف است. به عنصر اول عنصر مادی و به عنصر دوم عنصر معنوی می گویند.

مبحث دوم) ضمانت اجرا

در نگاه اول به نظر می رسد ضمانت اجرای عرف و عادات افکار عمومی مردم است، زیرا در صورت عدم اجرای عرف و عادات مردم شخص را که مطابق عرف عمل ننموده است مورد انتقاد قرار می دهند. شخصی که مورد انتقاد قرار گرفته است برای جلوگیری از انتقاد بعدی و عدم قطع علایق و روابط با افراد جامعه کوشش می نماید، در آینده مطابق عرف عمل نماید.

به حیث مثال، هرگاه شخصی اشخاصی را که می شناسد در عروسی خویش دعوت ننماید، معمولاً توسط اشخاص مذکور مورد انتقاد مبنی بر عدم دعوت آنها قرار می گیرد. یا هرگاه شخصی به جنازه یکی از رفقاه و یا خویشاوندان اشتراک ننماید به رغم این که اشتراک در جنازه از نظر فقهی فرض کفایی است، مورد انتقاد قرار می گیرد و در نتیجه خود را ملزم به اشتراک می نماید.

این نظر درست است اما در مورد عرف های اجتماعی زیرا عرف و عادات را می توان به دو دسته تقسیم کرد: عرف و عادات اجتماعی که امکان دارد برخی جنبه های مذهبی داشته باشند مانند مثال های فوق. عرف و عادات حقوقی. عرف و عادات حقوقی عرف های اند که در حوزه حقوق سرایت دارند. به حیث مثال، اطعام اجاره گیرنده مانند چاه کن، رنگ مال، گلکار و امثال اینها مطابق عرف معروف است هرچند این امر در عقد اجاره در قانون مدنی پیش بینی نشده است. در صورتی که شخصی یکی از افراد مذکور را به اجاره بگیرد، مطابق عرف باید برای آن ها صبحانه و نان چاشت را فراهم نماید.

همچنین، تعیین مقدار مهر براساس عرف و عادات صورت می گیرد. حال هرگاه صاحب کار از اطعام اجاره شونده امتناع ورزد یا مقدار مهر زوجه تعیین نگردد و زوجه غرض تعیین مهر به محکمه اقامه دعوی نماید و اجاره شونده و زوجه ادعای طعام و تعیین مقدار مهر را براساس عرف نمایند، قاضی می تواند براساس عرف و عادات صاحب کار و شوهر زوجه را مکلف به دادن طعام و تعیین مقدار مهر نماید. زیرا،

طبق ماده ۱ فقره ۱ ق. م منسوخ قاضی در صورت نبود قوانین و احکام فقه حنفی برای پیروان فقه حنفی و نبود قوانین و احکام فقه جعفری برای پیروان مذهب جعفری مکلف است عرف و عادات را تطبیق نماید.

مبحث سوم) جایگاه عرف و عادات در نظام حقوقی افغانستان و رابطه عرف با قوانین

در مورد نقش عرف و عادات در افغانستان دو نظریه مختلف وجود دارد. برخی بر این نظر اند که عرف و عادات نقش خیلی مهمی را در افغانستان ایفاء می نماید. برخی دیگر کاملاً مخالف آن هستند. دلایل طرفداران عرف و عادات در افغانستان قرار ذیل است:

۱) وجود جرگه ها و لویه جرگه ها: جرگه و مشوره سران و بزرگان در افغانستان قدامت چندین هزار ساله دارد. افغانستان از آریانا تا خراسان و افغانستان کنونی شاهد برگزاری مجالس عمومی و جرگه های متعدد بوده که از تخت نشینی یما پادشاه نخستین پادشاه بلخ و باختر می توان یاد آور شد که بعد از شور و مشوره صورت گرفت.

بعد ها در دوره های متعدد از دولت های مستقل و نیمه مستقل یونانو باختری گرفته تا کوشانی ها، یفتلی ها، سامانی ها، هنگام استیلای اعراب تا قیام ابومسلم خراسانی، دور صفاری ها، سامانی ها، طاهری ها، غزنوی ها، سلجوقی ها، غوری ها و همچنین در دوره های استیلای چنگیز خان و مغلها تا صفوی ها و تا ایجاد دولت مستقل افغانستان هنگام هوتکی ها و ابدالی ها، حکومت حامد کرزی و حکومت داکتر محمد اشرف غنی جرگه و مشوره به اشکال و شیوه های گوناگون چه هنگام انتخاب زمامداران، چه هنگام دفع استیلای خارجی و بیگانه گان تدویر و انعقاد یافته است.^{۱۷۸}

۲) از نظر حل و فصل دعاوی در حقوق فعلی افغانستان: در حقوق فعلی افغانستان جرگه ها و شورای نقش مهمی را در حل و فصل دعاوی ایفاء می نمایند. زیرا، در اثر جنگ، ناامنی و غیره محاکم دولتی در اکثر نقاط افغانستان یا اصلاً وجود ندارد یا وجود دارد، اما مردم به دلیل فساد اداری، بوروکراسی، زمان گیر بودن حل و فصل قضایا، محصول فیصله به این محاکم مراجعه نمی نمایند. بنابراین، نقش عرف و عادات به خصوص جرگه ها و شورا ها بی نهایت مهم است. چنانچه داکتر علی وردک در گزارش بر این نظر بوده است که ۸۰ فیصد دعاوی توسط شورا ها و جرگه های حل و فصل می شود. سپس، ستره محکمه ج. ا. این گزارش را هم از نظر محتوی و هم از نظر شکل باطل اعلان کرد.

۳) از نظر اسلامی و حل و فصل دعاوی از طریق حکمیت و وساطت: جرگه ها و شورا اکثر دعاوی را از طریق حکمیت و وساطت حل و فصل می نمایند. حکمیت و وساطت دو تا از طرقی است که شخص ثالث در دعوی مداخله نموده و آن را بدون اینکه طرفین به محکمه بروند حل و فصل می نمایند. فرقی که بین حکمیت و وساطت وجود دارد این است که در حکمیت طرفین دعوی نزد شخص ثالث می

۱۷۸. جهت مطالعه مفصل در مورد جرگه ها نک به صفحه انترتی ذیل:

روند و در وساطت شخص ثالث خود بدون اینکه طرفین نزد او بروند، مداخله می نماید. حکمیت و وساطت در نظام حقوقی افغانستان و اسلام پذیرفته شده است. حل و فصل دعوی از طریق حکمیت و وساطت می تواند توسط شخص ثالث و یا جرگه ها و شورا های صورت پذیرد. همانطور که حقوق تعاملی در افغانستان طرفدارانی دارد، مخالفینی نیز دارد. مخالفین عرف و عادات و حقوق تعاملی در افغانستان بیشتر روشنفکران، حقوقدانان، نهادهای جامعه مدنی، زنان، نهادهای حقوق بشری و ... اند. دلایلی را مخالفین عرف و عادات در افغانستان ارایه می نمایند قرار ذیل است:

(۱) وجود جرگه یا لویه جرگه ها یعنی سلب اراده مردم: مخالفین جرگه ها و لویه جرگه ها این سؤال را مطرح می نمایند که چرا با وجود مجلس نمایندگان و مجلس سنا در افغانستان بازهم گرایش های قومی به لویه جرگه ها بیشتر می باشند؟ لویه جرگه ها همیشه در افغانستان خواست بخش مشخصی از مردم افغانستان که در آن صلاحیت های ویژه به اقوام و قبایل داده شده و آنها همیشه امتیاز های خاصی را در پروسه سیاسی افغانستان به دست آورده اند و اعضای این جرگه ها همیشه به درخواست و تعیین حاکمان وقت بوده و توده های مردم در آن اصلاً نقشی نداشته اند.

ما در گذشته ها نیز شاهد جرگه ها یا لویه جرگه های بودیم که زنان، جامعه مدنی و فرهنگیان افغانستان در آن حضور نداشتند. در واقع، وجود چنین جرگه های پروسه دموکراسی را در افغانستان که حاصل تفکر قبیلوی می باشد ده ها سال به تعویق انداخته است و هنوزهم این پدیده ضد مردم سالاری و امتیاز دادن به بخش مشخص از جامعه افغانستان است. این جرگه ها در افغانستان توسط حاکمان وقت گاه گاهی به منظور راضی نگاه داشتن ناراضیان دایر شده است.^{۱۷۹}

(۳) مخالفت با اسلام: اکثر تصامیمی را که شورا و جرگه ها اتخاذ می نمایند، مخالف شریعت اسلام، حقوق بشر، حقوق زنان و کودکان است. مصادیق و مثال های بارز این تصامیم بد دادن دختران و امثال آن است. از آنچه در فوق در مورد عرف و عادات گفته شد، به خوبی نتیجه گیری می شود که: نظر اول افراطی است، زیرا اولاً فیصله هایی را که جرگه ها و شورا ها در مورد مسایل جزایی صادر می نمایند خلاف قانون است. طبق ق. ا شورا ها و جرگه ها صلاحیت رسیدگی به قضایا چه حقوقی و چه جزایی را ندارند.

قوة قضائیه به طور کلی دو نوع است. قوة قضائیه واحد و قوة قضائیه دو گانه. در قوة قضائیه واحد همه دعاوی اعم از اداری، جزایی، مدنی، تجارتي، مالیاتی و ... مورد رسیدگی قرار می گیرد. اما در قوة قضائیه دو گانه محاکم اداری و محاکم اساسی مانند فرانسه و آلمان و نظیر اینها از چهارچوب قوة قضائیه خارج اند.

۱۷۹. جهت مطالعه مفصل در مورد جرگه ها نک به صفحه انترنی ذیل:

پرسش این است که قوه قضائیه افغانستان تابع قضای واحد بود یا دوگانه؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۱۲۰ ق. ۱ تصریح می نمود: «صلاحیت قوه قضائیه شامل رسیدگی به تمام دعاوی است که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی، به شمول دولت، به حیث مدعی یا مدعی علیه در پیشگاه محکمه مطابق به احکام قانون اقامه شود.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شد که صلاحیت قوه قضائیه شامل تمام دعاوی است. به نظر می رسد که واژه صلاحیت در این ماده به مفهوم صلاحیت موضوعی است. پرسش این است که دعوی چیست؟

پرسش دیگر این است که چند نوع دعوی وجود دارد؟ در پاسخ به پرسش اول باید گفت که دعوی از مصدر ادعا و از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است که جمع آن دعاوی می باشد. در اصطلاح فقهی - حقوقی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حقی برای شخص دیگر «دعوی» گویند. ماده ۵ ق. ۱. م. م منسوخ در تعریف دعوی می گفت: «دعوی خواستن حق توسط یک شخص از شخص دیگر در نزد محکمه است.»

به نظر می رسد این تعریف عام است و شامل همه دعاوی می شود. در پاسخ به پرسش دوم باید گفت که در گذشته دعوی را با توجه به مدعی بها و طرفین دعوی به سه نوع تقسیم می کردند: دعوی مدنی که راجع به مسایل مدنی، مانند جبران خسارت، اعاده حالت اولی، خلع، ارث، طلاق، اموال و ملکیت، عقود و تعهدات، میان اشخاص حقوقی خصوصی (فرد علیه فرد) صورت می گرفت. دعوی تجارتي که راجع به مسایل و موضوعات تجارتي، مانند: تفسیر عقود تجارتي و شرکت های تجارتي میان اشخاص حقوق خصوصی (فرد علیه فرد) صورت می گرفت. دعوی جزایی که راجع به مسایل جزایی میان اجتماع و متهم و مظنون (خارنوال به نمایندگی از دولت و دولت به نمایندگی از اجتماع) صورت می پذیرفت.

این گونه تقسیم بندی دعوی، تقسیم سنتی و کلاسیک به نظر می رسد. زیرا با رشد و توسعه نقش دولت دعاوی دیگری مانند دعوی اداری، مالیاتی، کار و اساسی به وجود آمده است. دعوی اداری راجع به ابطال تصامیم اداری و پرداخت جبران خسارت توسط دولت است. دعوی کار، راجع به مسایل کار میان کارگر و کارفرما (و اداره در افغانستان) است مانند: تفسیر قواعد کار، مزد و امثال اینها. دعوی مالیاتی که راجع به مسایل مالیاتی میان فرد و دستگاه مالیاتی صورت می پذیرد. دعوی اساسی که میان پارلمان و حکومت و یا میان نهاد های مختلف حکومت راجع به تقسیم و توزیع قدرت صورت می پذیرد.

بنابراین، تقسیم دعوی به مدنی، تجارتي و جزایی امروزه محل ایراد به نظر می رسد و امروزه دعوی به هفت نوع تقسیم می شود: دعوی مدنی، تجارتي، جزایی، اداری، کار، مالیه و اساسی. این دعاوی چه از

طرف شخص حقیقی و چه حکمی که در قوه قضائیه اقامه شود قوه قضائیه صلاحیت رسیدگی به همه این دعاوی را دارد. مدعی یا مدعی علیه قرار گرفتن دولت ناظر بر دعاوی اداری و مالیه است، زیرا در این گونه دعاوی امکان دارد دولت مدعی و یا مدعی علیه قرار بگیرد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قانونگذار اساسی در ماده ۱۲۰ ق. ا منسوخ حدود صلاحیت موضوعی قوه قضائیه را بیان نموده بود که از نظر موضوعی شامل همه دعاوی می شد. قانونگذار اساسی به این امر بسنده نکرده و در ماده ۱۲۲ ق. ا منسوخ قانونگذاران عادی را دستور داد تا هیچ قانون عادی را وضع ننمایند که این قانون بتواند قضیه را به نهاد دیگر غرض حل و فصل راجع نماید. ماده ۱۲۲ ق. ا منسوخ در این باره حکم می نمود: «هیچ قانونی نمی تواند در هیچ حالت، قضیه یا ساحه ای را از دایره صلاحیت قوه قضائیه به نحوی که در این فصل تحدید شده، خارج بسازد و به مقام دیگر تفویض کند. این حکم مانع تشکیل محاکم خاص مندرج مواد شصت و نهم، هفتاد و هشتم و یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی و محاکم عسکری در قضایای مربوط به آن نمی گردد. تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می گردد.».

به نظر می رسد قانون در این ماده در مفهوم وسیع (موسع) استعمال شده بود و شامل قانون عادی، فرمان تقنینی، مقرر، طرز العمل و لایحه می شود.

پرسش این است که منظور از قضیه یا ساحه چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که قضیه به امر متنازع فیه گفته می شود. به عبارت دیگر: قضیه عبارت از موضوع مورد اختلافی است که آن را به قاضی برده باشند.^{۱۸۱} ماده ۳ جزء ۱۵ قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه منسوخ در تعریف قضیه می گفت: «قضیه: واقعه است که به وسیله طرفین دعوی در موارد جزائی، مدنی، حقوق عامه، احوال شخصیه و تجارتی به محکمه احاله می گردد و مورد انفصال قضائی قرار می گیرد.».

ساحه (ساحت یا ساحه) به معنی ناحیه، فضای خانه، حیاط، زمین که سقف نداشته باشد و میدان است که جمع آن ساحت می باشد.^{۱۸۲} به نظر می رسد ساحه در ق. ا منسوخ در این مفهوم استعمال نشده است، بلکه در مفهوم قضیه استعمال شده است، زیرا قانونگذار اساسی کلمه «یا» را بعد از قضیه استعمال نموده بود.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قضای افغانستان تابع نظام قضای واحد بود زیرا از یکطرف صلاحیت قوه قضائیه شامل تمام دعاوی می شد و از طرف دیگر قانونگذار عادی نمی توانست توسط هیچ قانونی قضیه ای از قضایا را از صلاحیت قوه قضائیه خارج نماید. بخش اخیر ماده ۱۲۲ ق. ا منسوخ که صریح می نمود: «این حکم مانع تشکیل محاکم خاص مندرج مواد شصت و نهم، هفتاد و

۱۸۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۵۷.

۱۸۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۰۴.

هشتم و یکصد و بیست و هفتم این قانون اساسی و محاکم عسکری در قضایای مربوط به آن نمی گردد. تشکیل و صلاحیت این نوع محاکم توسط قانون تنظیم می گردد. استثنای بر اصل قضای واحد بود. بنابراین، برخی محاکم خاص می توانستند خارج از قوه قضائیه ایجاد شود. این محاکم عبارت بودند از محکمه خاص محاکمه رئیس جمهور، محکمه خاص محاکمه وزرا، محکمه خاص محاکمه اعضای شورای عالی ستره محکمه و محاکم عسکری. دعاوی مربوط به منسوبین نظامی در سطح ابتدائیه و استیناف توسط محاکم خاص مورد رسیدگی قرار می گرفت و در مرحله تمیز توسط دیوان جرایم عسکری، جرایم نظامی و جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی.

همچنین، طبق ماده ۴۹۰ ق. ا. م. م منسوخ: «تصامیم و قرارهای مجالس غیرقضایی در موضوعات مدنی و حقوق عامه مدار اعتبار نیست.» طبق نص این ماده تصامیم شوراها و جرگه در مسایل مربوط به حقوق مدنی و حقوق عامه بی اعتبار نداشت.

نظر دوم نیز تفریطی است، زیرا عرف و عادات در نظام حقوقی افغانستان از طریق دو منبع حقوق افغانستان را تشکیل می دهد: اول؛ از طریق فقه اسلامی، زیرا عرف یکی از منابع فقه اسلامی و فقه یکی از منابع حقوق افغانستان است. دوم؛ از طریق تأثیر پذیری نظام حقوقی افغانستان از نظام حقوقی رومن ژرمنیک، زیرا عرف در نظام حقوقی رومن ژرمنیک یکی از منابع حقوق است.

بنابراین، در افغانستان نیز عرف و عادات یکی از منابع حقوق است. در نتیجه، به صورت کلی عرف و عادات یکی از منابع حقوق افغانستان را تشکیل می دهد. اما، این به این معنی نیست که عرف و عادات یکی از منابع تمام رشته های حقوق در افغانستان است. در حوزه های حقوق عامه اعم از ماهوی و شکلی که تفصیل آن خواهد آمد عرف و عادات اصلاً نقشی ندارد و نمی تواند یکی از منابع حقوق افغانستان را تشکیل بدهند.

در ساحت حقوق مدنی، عرف و عادات عمومی یکی از منابع حقوق مدنی را تشکیل می دهد. طبق ماده ۲ ق. م منسوخ: «در مواردی که حکمی در قانون یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد.» نص این ماده مربوط احکام عمومی بود و بر بقیه مواد ق. م قابل تطبیق بود. تعریف حکم، قانون، اساسات کلی فقه حنفی، عرف و عادات در بالا گذشت.

عرف به گونه ای که از تعریف آن واضح است گاه قولی یا عملی می باشد و گاه عام و خاص. عرف با این همه انواع صحیح و فاسد می باشد:

۱- عرف عملی: عرف عملی آن است که مردم به انجام آن عادت کرده باشند مانند: فروش به داد و گرفت و یا تقسیم مهر به مؤجل و معجل، داخل شدن به حمام ها، گرمابه های عمومی بدون معین ساختن مدت مکث و درنگ در آن و بدون تعیین مصرف شدن آب.

۲- **عرف قولی:** عرف قولی آن است که مردم در گفتار شان به آن تعارف داشته باشند و آنکه مقصود شان در آن يك معنای معین غیر از معنای موضوع له باشد مانند: تعارف شان به اطلاق لفظ ولد بر مذکر بدون مؤنث و یا اطلاق اسم لحم (گوشت) بر غیر گوشت ماهی و یا اطلاق اسم دابه (جنبنده) بر حیوانات که چهارپای اند با آنکه این لفظ در اصل وضعش اسم هر آن چیزی است که در زمین حرکت داشته باشد.

۳- **عرف عام و خاص:** عرف عملی و قولی گاه عام می باشد در صورت شایع شدن و فاش شدنش در تمام کشور های اسلامی و گاه خاص به آنکه شیوع آن در يك منطقه بدون منطقه دیگر یا شیوع آن میان ارباب يك حرفه معین با صنعت معین خاص بوده باشد. از جمله عرف عملی خاص: در عراق و افغانستان تقسیم مهر به مؤجل و معجل. از جمله عرف قولی عام اطلاق لفظ دابه: بر چهار پایان است که آن را بر انسان اطلاق نمی کنند و همچنین تعارف شان بر استعمال لفظ طلاق بر ازاله رابطه زوجیت (زنا شوهری) و از جمله عرف قولی خاص الفاظ اصطلاحی اهل علوم و صاحبان حرفه و صنعت ها است که مقصود شان در وقت اطلاق معانی اصطلاحی بدون معانی لغوی می باشد.

۴- **عرف صحیح:** عرف صحیح آن است که مخالف هیچ نص از نصوص شریعت نباشد و نه آنکه مصلحت معتبره از آن فوت شود و یا مفسده جلب شود مانند: تعارف مردم به آنچه شخص خاطب (خواستگاری کننده) به مخطوبه (نامزدش) از لباس و امثال آن تقدیم می کند که هدیه تلقی می گردد نه مهر یا مانند: تعارف شان در وقت عقد مهر به فراخواندن اکثر مردم و تقدیم نمودن شیرینی به ایشان.

۵- **عرف فاسد:** عرف فاسد آن است که مخالف نص شارع باشد یا آنکه ضرر را جلب نموده مصلحت را دفع سازد مانند: تعارف مردم به استعمال نمودن و کارگذاری به عقد های باطل مثل: قرض خواهی به سود.^{۱۸۳}

از نص این ماده ۲ ق. م منسوخ به خوبی استنباط می گردد که اگر قواعد قانون یا حکمی در فقه حنفی وجود نمی داشت، قاضی محکمه ذیصلاح می توانست مطابق عرف عمومی حکم نماید. بنابراین، عرف عمومی می توانست یکی از منابع حقوق مدنی را تشکیل دهد. باوجوداین، در عرف و عادات منعیث منبع ای حقوق مدنی شرط بود اینکه: اولاً: عرف و عادات مخالف احکام قانون نباشد؛ ثانیاً: عرف و عادات مخالف اساسات عدالت نباشد. ثالثاً: عرف عمومی می بود. پرسش این است که عرف مخالف احکام قانون کدام عرف ها است؟ عرف عمومی چیست؟ و منظور از اساسات عدالت در این ماده چیست؟ در پاسخ به پرسش اول باید گفت در خصوص عرف های مخالف احکام قانون تعریفی وجود ندارد. به نظر می رسد منظور از عرف های مخالف احکام قانون عرف های اند که با نصوص قوانین متعارض اند. به نظر می رسد در ساحه حقوق مدنی بد دادن دختران، محروم نمودن زنان از حق ارث و نظیر اینها از مصادیق

عرف های مخالف قانون است. در اصول فقه از چنین عرف ها، به نام عرف های فاسد یاد می نمایند و در تعریف آن می گویند: عرف فاسد آن است که مخالف نص شارع باشد یا آنکه ضرر را جلب نموده مصلحت را دفع سازد مانند: تعارف مردم به استعمال نمودن و کارگذاری به عقد های باطل مثل: قرض خواهی به سود.^{۱۸۴}

در پاسخ به سؤال دوم برخی حقوقدانان می گویند که: عرف عام روشی است که همه یا بیشتر مردم در زمان و مکان زندگی و دانش و زبان و رنگ و نژاد آن را پذیرفته اند.^{۱۸۵} برخی متخصصین اصول فقه در تعریف عرف عمومی می گویند: عرف عملی و قولی گاه عام می باشد در صورت شایع شدن و فاش شدنش در تمام کشور های اسلامی و گاه خاص به آنکه شیوع آن در يك منطقه بدون منطقه دیگر یا شیوع آن میان ارباب يك حرفه معین با صنعت معین خاص بوده باشد.^{۱۸۶}

با توجه به تعریف عرف عام به نظر می رسد پیدا کردن مصادیق عرف عام در افغانستان بسیار مشکل به نظر می رسد، زیرا نخست این که عرف ها معمولاً مدون نیستند تا قضات آن ها را فرا گیرند؛ دوم این که در افغانستان اقوام مختلف زندگی می نمایند و عرف و عادات این اقوام از یک ولایت تا ولایت دیگر متفاوت است و بنابراین مردم هر ولایت تقریباً تابع عرف و عادات خاص اند. سوم این که قانونگذار مدنی به قضات اجازه نمی داد به عرف های خاص استناد نمایند. لذا، ماده ۲ ق. م منسوخ ساحة عرف و عادات و استناد به عرف و عادات را بسیار محدود ساخته بود و قضات نمی توانستند به عرف های خاص استناد نمایند که محل ایراد به نظر می رسید.

در پاسخ به سؤال سوم باید گفت که قید اساسات عدالت در ماده ۲ ق. م منسوخ بی فایده به نظر می رسد. زیرا، خود عدالت یک مفهوم فلسفی است و در مورد آن تعریف واحدی وجود ندارد که بحث آن گذشت. پس، زمانی که نتوان خود عدالت را که مفهوم فلسفی است تعریف نمود، چگونه می توان مصادیق اساسات را آن تعیین نمود. آنچه در ماده ۲ قانون مدنی مصر پیش بینی شده است مناسب تر از ماده ۱ ق. م منسوخ به نظر می رسد. زیرا، مفهوم حقوق طبیعی به رغم پیچیدگی های آن واضح تر و روشن تر از اساسات عدالت است. ماده ۱ قانون مدنی مصر در این باره می گوید: «۱- احکام قانون از حیث لفظ و مضمون بر کلیه موضوعات مشمول حاکمند؛ ۲- در صورت نبود قانون قابل اجراء، قاضی به اقتضای عرف و در صورت نبود عرف به اقتضای اصول شریعت اسلامی و در صورت نبود چنین اصولی، به اقتضای حقوق طبیعی و قواعد عدالت حکم صادر خواهد کرد.»^{۱۸۷} از آنچه گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

۱۸۴. جهت مطالعه بیشتر در مورد عرف و عادات در اسلام ر. ک: همان، عبدالکریم زیدان، صص ۲۳۰-۲۷۱.

۱۸۵. سید محمد تقی علوی (۱۳۸۳). عرف و عادات در حقوق اسلام و ایران، دانشگاه تبریز، ص ۳۸.

۱۸۶. جهت مطالعه بیشتر در مورد عرف و عادات در اسلام ر. ک: عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران:

انتشارات احسان، صص ۲۳۰-۲۷۱.

۱۸۷. محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۱۵.

(۱) در ماده ۲ ق. م منسوخ برخی منابع مورد استناد حکم شناسایی شده بود. این منابع عبارت بودند از قانون، احکام فقه حنفی و عرف عمومی. با وجود این، در این ماده برخی منابع دیگر حقوق مدنی که قاضی می توانست در صدور حکم به آنها استناد نماید، مانند اصول کلی حقوق و رویه قضایی مغفول مانده بود در حالی که طبق رویه های عملی اصول کلی حقوق و رویه قضایی منابع مهم دیگری اند که قاضی می توانست و می تواند در صدور حکم به آنها استناد نماید.

(۲) قانونگذار مدنی سلسله مراتب میان منابع حقوق مدنی را معین نموده است که عبارت بودند از: قانون، در صورت نبود قانون، احکام فقه حنفی و در صورت مسکوت بودن احکام فقه حنفی عرف عمومی. منتها، در استناد به عرف شرط بود که عرف مخالف احکام قانون و عدالت نباشد و عرف عمومی باشد. ماده ۱ و ۲ ق. م منسوخ با برخی تفاوت ها متأثر از ماده ۱ ق. م. ج. م است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده های ۱ و ۲ ق. م شناسایی منابع حل و فصل دعاوی مدنی و سلسله مراتب میان این منابع برای قضات بوده است. در خصوص این ماده مصوبه ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱):

(عرف عمومی) مندرج ماده (۲) قانون مدنی توضیح شود که عرف یک ولسوالی یا یک ولایت است.

توضیح:

منظور از عرف عمومی مندرج ماده (۲) عرفی است که محدود به یک صنف و محل نمی باشد و اکثریت مردم منطقه آن را تائید می کنند. اگر در پهلوی مطلب فوق مواد (۷۲۱-۷۲۲) قانون مدنی مطالعه گردد مفهوم عرف عمومی واضح می شود.

عرف به معنی روش مستمر قوم یا مردم محیط است که در معاملات از آن پیروی می نمایند و آن را عادت هم می نامند. در اصطلاح فقها از عرف عام و عرف خاص تذکر داده شده است. در تحقق مفهوم عرف دو روش موجود است. یکی آن است که یک عمل در تعامل همه مردم شایع و قبول شده باشد و دیگر آن که چنین تعریف گردیده که اکثر مردم آن را قبول نموده باشد اولی عرف شایع و دومی عرف عام نامیده می شود. عرف خاص عبارت از عرف متداول در محل معین و یا متداول بین صنف و دسته معین می باشد.^{۸۸}

همچنین، ماده ۲ اصولنامه تجارت منسوخ در خصوص عرف و عادات می گوید: «مسایل تجارتي ذريعه مقاوله نامه های معتبره قانونی و در صورتی که چنین مقاوله موجود نباشد به موجب صراحت و یا دلالت قوانین تجارتي حل و فصل می گردد. اگر به این ترتیب حل و فصل شده نتواند عرف و عادات تجارتي تطبیق می گردد. عرف و عادات محلی و خصوصی بر عرف و عادات عمومی ترجیح داده می شود. در صورت نبودن عرف و عادات احکام قوانین دیگری که به آن استناد می شود تطبیق می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردید:

(۱) مسایل تجارتي ذريعه مقاوله نامه های معتبره قانونی حل و فصل می گردد. به حیث مثال، اگر احمد تاجر علیه حمیده تاجر دعوی تجارتي داشته باشد، محکمه تجارتي باید قرارداد تجارتي میان احمد و حمیده را تطبیق می نمود.

(۲) در صورتی که مقاوله موجود نمی بود به موجب صراحت و یا دلالت قوانین تجارتي حل و فصل می گردید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قرارداد میان احمد و حمیده وجود نمی داشت، محکمه تجارتي مکلف بود قوانین تجارتي را تطبیق نماید.

(۳) اگر قوانین تجارتي حکمی نمی داشت، عرف و عادات تجارتي تطبیق می گردید.

(۴) عرف و عادات محلی و خصوصی بر عرف و عادات عمومی ترجیح داده می شد.

همچنین، طبق ماده ۴۹۸ ق. ا. م. م منسوخ: «قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه و قوف کافی داشته باشد.» نص این ماده قاضی را مکلف به دانستن قوانین، شرع و عرف و عادات می نمود.

اما، در ساحه حقوق عامه، چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، عرف و عادات منابع حقوق عامه را تشکیل نمی دهد. در ساحه حقوق مالیه هیچ عرف و عاداتی وجود ندارد. در حقوق اداری با توجه به اصل حاکمیت قانون و اصل عدم صلاحیت عرف و عادات وجود ندارد. در ساحه حقوق جزا نیز با توجه به اصل قانونیت جرایم و مجازات ها عرف و عادات وجود ندارد. در ساحه حقوق کار نیز عرف و عادات وجود ندارد.

فصل پنجم: اصول کلی حقوق و فرق اصل با قاعده

منبع دیگر حقوق افغانستان با توجه با تأثیر پذیری آن از نظام حقوقی رومن ژرمنیک، اصول کلی حقوق است:

مبحث اول) تعریف

گفتار اول) معنی لغوی

اصل به معنای هر چیزی است که بتوان چیز را بر آن مبتنی ساخت یا دیگر چیزها به آن نیاز داشته باشد. همچنین، اصل در لغت به معنی بیخ، ریشه، علت، سبب، پدر، تبار، سرچشمه و اساس است.

گفتار دوم) تعریف فقهی

در اصطلاح فقهی میان فقهاء در مورد اصل تعریف واحد وجود ندارد. فقهاء تعاریف ذیل را برای اصل ارایه کرده اند:

۱) راجح: چون عرب گوید: «الاصل الحقیقت = اصل حقیقت است» به این معنی است که حقیقت رجحان دارد و راجح است. بنابراین، به هنگام تعارض میان حقیقت و مجاز می گویند، حقیقت اصل یعنی راجح است.

۲) قاعده: چنانچه گویند: «الاصل رفع الفاعل = اصل در فاعل رفع است» به این معنی است که قاعده این است که فاعل مرفوع است، مانند: سعیدٌ یقرأ القرآن.

۳) دلیل: چنانچه گویند: «الاصل فی هذا الحکم الكتاب = اصل در باره این حکم کتاب است».

۴) اصل در مقابل فرع: چنانکه گویند: «اصل النبیذ الخمر = اصل نبید خمر است».

۵) مستصحب: چنانکه به متهمی که در مورد تهمت او تردید وجود داشته باشد، گویند: «اصل در انسان برائت است». مفهوم این عبارت این است که ما به ابقای وضع پیشین انسان که برائت است حکم کرده ایم.

۶) ادله: در فقه مراد از اصل ادله احکام است که عبارت از قرآن، سنت، اجماع و قیاس می باشند.

۷) مهم تر: از امر مهم تر نسبت به امر ثانوی یا امر ملحق به آن نیز اصل تعبیر می کنند.^{۱۸۹}

گفتار سوم) تعریف حقوقی

حقوقدانان تعاریف ذیل را برای اصول کلی حقوق ارایه کرده اند:

۱) تعریف هرمان بکر: هرمان بکر حقوقدان اتریشی که با دیدی جامعه شناسانه سعی در تحلیل نهادها و مفاهیم حقوق دارد، در تعریف اصول کلی حقوق می گوید: «اصول کلی حقوق، قواعد نانوشته ای است که در یک جامعه معین، از سوی وجدان عمومی، به منزله قانون، پذیرفته شده اند.» تعریف مزبور، تنها به قواعد نانوشته حقوق، عنوان اصول کلی حقوقی اطلاق می نماید و بخش عمده ای از واقعیت را به همراه دارد زیرا کم نیستند اصول کلی حقوقی که هنوز نانوشته باقی مانده اند و اعتبار آنها در میان اقشار جامعه بیش از قوانین موضوعه است. اما این تعریف با سه ایراد مواجه است:

۱- اصول کلی حقوق نانوشته اند، در حالی که امروزه اکثر اصول کلی حقوق به صورت نوشته در آمده اند.

۲- اصول کلی حقوق مورد پذیرش وجدان عمومی اند. وجدان عمومی را برخی نویسندگان مانند لئون دوگی موهوم می پندارد و برخی می گویند که: «وجدان عمومی مجموعه باورها و احساسات مشترک در بین حد وسط اعضای یک جامعه است.» هرگاه وجدان عمومی را باورها و احساسات کل اعضای جامعه بدانیم، اصولی که مورد توافق دانشمندان حقوق است از این تعریف خارج می شود.

۳- این تعریف هم بر اصول کلی حقوق و هم بر عرف قابل انطباق است زیرا عرف نیز چیزی جز قواعد نانوشته نیست در حالی که عرف و اصول کلی حقوق دو منبع مستقل و جداگانه اند.

۲) تعریف کاهن فرود، لوی و رادن: حقوقدانان مزبور بر این باور اند که: «اصول کلی حقوق، اصولی هستند که راهنمای قانونگذار (در وضع قوانین)، قاضی (در مقام صدور حکم) و مفسر (در تفسیر قوانین) هستند.» این تعریف نیز قابل ایراد است زیرا در این تعریف ماهیت و طبیعت اصول کلی حقوق مبهم باقی مانده و به اهمیت آن توجه شده است در حالی که در یک تعریف باید به ماهیت و طبیعت یک مفهوم توجه شود نه به اهمیت آن.

۳) لئون دوگی: لئون دوگی از اصول به «بنیادها و هنجارها» تعبیر می کند و آنها را اصولی می داند که ریشه همه قواعد حقوقی قرار گرفته و محصول دو عنصر تعاون اجتماعی و احساس عدالت می داند. او معتقد است که ساختمان حقوق خصوصی، تنها سه اصل کلی وجود دارد: اصل احترام به مالکیت فردی، اصل آزادی قراردادی و اصل جبران خسارت.

۱۸۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۱۲-۳۱۶؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۴۲۱.

تعریف دوگی با این ایراد مواجه است که از میان اصول کلی که در حقوق خصوصی وجود دارد صرف سه اصل محصول همبستگی و میل حقوقی مردم است دیگر نمی توان سایر اصول را حاصل تعاون اجتماعی دانست. گذشته از این، برخی اصول انعکاسی از یک امر طبیعی، برخی مبتنی بر اخلاق و بعضی از آنان برگرفته شده از عقل و منطق هستند.^{۱۹۰} ایراد دیگری که بر این تعریف وارد می شود این است که در این تعریف اصول کلی حقوق همان هنجار حقوقی است در حالی که خواهیم دید که میان اصول کلی حقوق و هنجار (قاعده حقوقی) تفاوت وجود دارد.

۳) تعریف دکتر جعفر تبار: دکتر جعفر تبار در تعریف اصول کلی حقوق می گوید: «اصول کلی حقوق قواعد کلی اند که در تمام نظام های حقوقی پذیرفته شده اند و شامل اساسی ترین احکام حقوقی اند و بر تمام احکام جزئی حقوق حاکم اند.» این تعریف با دو ایراد مواجه است: نخست این که این تعریف ناظر بر اصول مشترک در تمام نظام ها است در حالی که برخی اصول جهانی و برخی مربوط نظام های خاص است چنانچه ریپر حقوقدان فرانسوی تهیه فهرستی از اصول کلی حقوق و ذکر مصادیق آن را ناممکن و بیهوده می داند. دوم این که در این تعریف اصول و قاعده مترادف استعمال شده در حالی که میان این دو، چنانچه خواهیم دید، تفاوت وجود دارد.

۴) تعریف ژان بولانژه: بولانژه، اصل حقوقی را ایده ای اصلی می داند که مجموعه مواد قانونی حول آن ارایه می شود و به تعبیر دیگر نظم خاصی است که براساس آن، قواعد حقوق شکل می پذیرد.» این تعریف نقایص تعاریف گذشته را ندارد و نسبت به آنها جامع تر است، اما از آنجا که فاقد ویژگی های ممیز اصول است، به برخی نهاد های مشابه نیز صدق می کند به عنوان مثال، روح قانون نیز گاه به عنوان ایده اصلی تشکیل دهنده چند قاعده حقوقی است.

۵) تعریف محسن صادقی: محسن صادقی حقوقدان ایرانی با بر شمردن خصوصیات اصول کلی حقوق، در تعریف اصول کلی حقوق می گوید: «اصول کلی حقوق، اصولی کلی و دایمی هستند که منشأ وضع چند قاعده جزئی و نماینده ارزش های حقوقی حاکم بر جامعه به شمار می آیند.» برای دفاع از این تعریف، آقای صادقی بر این نظر است که وصف «کلی بودن» اصول حقوق را از مسائل جزئی و موردی حقوق متمایز می سازد. قید «دایمی بودن» اصول را از قواعد حقوقی جدا می کند. «منشأ وضع چند قاعده جزئی تر» بودن، وصف منبع بودن آن را نشان می دهد و بخش آخر تعریف نیز روشنگر بار ارزشی اصول کلی حقوق است.^{۱۹۱}

این تعریف بیشتر به خصوصیات اصول کلی حقوق توجه داشته است نه کنه و ماهیت آن در حالی که در یک تعریف نخست باید، چنانچه آقادی صادقی معتقد است، به کنه و ماهیت پدیده توجه شود و سپس

خصوصیات آن بر شمرده شود. تعریف دقیق تری که شاید بتوان برای اصول کلی ارایه کرد این است که: اصل امری است که رفع تکلیف از مکلف می کند و در صورت ابهام به آن مراجعه می شود. به حیث مثال، هرگاه تردید شود که شخص مجرم است یا خیر، اصل بر برائت او از ارتکاب جرم است، مگر اینکه جرم او در محکمه ذیصلاح توسط خرنوال ثابت شود؛ یا هرگاه شخص بداند که یک عمل جرم است یا خیر، اصل بر عدم جرم بودن عمل است مگر اینکه آن عمل توسط قانون جرم پنداشته شود؛ یا هرگاه شخص بخواهد حل و حرمت اشیاء را بداند، اصل بر اباحه اشیاء است مگر اینکه شی به موجب نص حرام گردیده باشد؛ یا هرگاه دعوی واقع شود که عقد صحیح و لازم است و موضوع عقد عاری از عیب است، اصل صحت، لزوم عقد و سلامت میعه از عیب است. دلیل دیگر که به نظر می توان برای اصل و اصل های کلی حقوق ارایه کرد این است که: «الاصل دلیلٌ حیثٌ لا دلیل» (اصل دلیلی است که زمانی به آن استناد می شود که دیگر دلیل و وسایل اثبات وجود نداشته باشد).

به حیث مثال، طبق ق. م منسوخ و ق. ا. م. م منسوخ وسایل اثبات عبارت اند از: اسناد، شهود، اقرار، سوگند و قراین. در صورت نبود این وسایل مدعی و مدعی علیه می توانند به اصول مراجعه نمایند. به حیث مثال، در صورت اقامه دعوی ملکیت علیه احمد، احمد می تواند به اصل استصحاب، اصل ید و نظیر اینها مراجعه نماید. در صورت ارتکاب قتل توسط احمد، احمد می تواند به اصل برائت استناد نماید.

مبحث دوم) تقسیمات اصول کلی حقوق

گفتار اول) تقسیم بندی برخی اصول در حقوق افغانستان

برخی حقوقدانان با توجه به ملاک های مختلف اصول کلی حقوق را به شرح ذیل دسته بندی کرده اند:

۱- اصول حقوقی مذکور در قوانین و اصول فراقانونی، اصول حقوقی زاینده و اصول حقوقی عقیم، اصول حقوقی فراملی (مشترک) و اصول حقوقی ملی، اصول حقوقی ماهوی اصول حقوقی شکلی و اصول حقوقی ثابت و اصول حقوقی تغییر پذیر.^{۱۹۲} به نظر می رسد، به طور کلی، احصاء نه حصراً اصول کلی حقوق افغانستان به دو دسته اند:

۱) اصولی کلی حقوق مصرح یا پیش بینی شده در قوانین: برخی اصول کلی حقوق وجود دارند که علاوه بر این که اصل اند، در قوانین نیز پیش بینی شده اند. برخی از این دسته از اصول کلی حقوق عبارت اند:

۱- اصل برائت: طبق ماده ۲۵ ق. ۱ منسوخ: «برائت ذمه حالت اصلی است. متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود.» طبق نص این ماده اتباع افغانستان دارای حق برائت ذمه بودند. برائت مصدر است و از ریشه «برء» گرفته شده است و به معنای وارستگی، سلامت از عیب، رهایی، بیزاری، بیزاری جستن، پاک شدن و دور شدن است. در فقه به

پاکی ذمه افراد در برابر تعهدی برائت گویند.^{۱۹۳} به نظر می رسد این تعریف در حقوق خصوصی صادق است. اما، در حقوق جزا ماده ۳ فقره ۲۶ قانون اجراءات جزایی منسوخ در تعریف برائت می گفت: «برائت: حالتی است که محکمه بنا بر فقدان موجودیت دلایل اثبات به بی گناهی متهم و رد اتهام در همان قضیه حکم نموده باشد.».

ذمه از ریشه «ذم» گرفته شده که به معنای امان، عهد، ضمان، و پیمان است، چنانچه در تعریف جرجانی آمده است: ذمه در لغت به معنای عهد است. زیرا، شکستن آن موجب سرزنش و مذمت می گردد. در اصطلاح حقوقی ذمه عبارت از صفتی است که انسان به موجب آن اهلیت التزام پذیری را می یابد. در اصطلاح فقهی چنانچه استاد مصطفی احمد الزرقاء و داکتر وهبة الزحیلی می گویند: ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد. به موجب تعریف فوق، هرگز نمی توان دینی را بر عهده انسان ثابت کرد، مگر به تصور محل اعتباری فرض شده ای که وجود آن در هر انسانی مقدر باشد که به این محل مفترض ذمه گویند. در نتیجه، ذمه از اهلیت متفاوت است. زیرا، اهلیت عبارت از صلاحیت شخص برای ثبوت حقوق برای او و تحمل واجبات است، آنگاه تحمل واجبات و التزامات (تعهدات) مستلزم وجود محلی در شخص است تا آن واجبات یا دیون در آن استقرار یابد. بنابراین، اهلیت صلاحیت است و ذمه محل اعتباری که در آن التزامات واقع می گردد.^{۱۹۴}

اصل برائت به این مفهوم است که هیچ شخص مسؤول نیست مگر این که مسؤولیت او در محکمه ذیصلاح ثابت شود و شخص با حکم قطعی محکمه ذیصلاح محکوم علیه شناخته شود. طبق ماده ۴ فقره ۱۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم منسوخ: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضایی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهایی از لحاظ آثار یکی می باشد.» حقوقدانان در مورد این اصل بیشتر در حوزه های حقوق جزا و مدنی بحث نموده اند. در ساحه حقوق جزا هرچند بند اول ماده ۲۵ ق. ا منسوخ که مفت برائت ذمه حالت اصلی است کفایت می کند که شخص بری الذمه شناخته شود، اما به نظر می رسد برای رفع ابهام و تأکید بند دوم ماده ۲۵ ق. ا منسوخ که تصریح می نمود «متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود» ناظر بر بی گناهی متهم است. متهم در لغت به معنی در مظان اتهام، مورد تهمت قرار گرفته، بدنام و تهمت زده شده و در

۱۹۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۳۸.

۱۹۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۸۸۸ - ۲۸۹۰.

معرض اتهام است.^{۱۹۵} طبق ماده ۳ فقره ۱۳ قانون اجراءات جزایی منسوخ: «متهم: شخصی است که بنا بر ارزیابی دلایل اثبات جمع آوری شده هنگام تحقیق، به حیث مرتکب جرم تشخیص و اتهام بر وی وارد گردیده باشد.» قبل از این مرحله شخص مظنون است. مظنون اسم مفعول از ریشه «ظن» گرفته شده است که در لغت به معنی مشکوک و مورد بد گمانی واقع شده است.^{۱۹۶} ماده ۳ فقره ۱۱ قانون اجراءات جزایی منسوخ در تعریف مظنون می گفت: «مظنون: شخصی است که به اساس سوء ظن به نسبت ارتکاب جرم تحت اشتباه قرار گرفته یا اینکه قبل از نسبت دادن اتهام به وی در مورد او تدابیر احتیاطی اتخاذ شده باشد.» زمانی که حکم محکمه صادر شد، یا شخص برائت می گیرد و یا مجرم شناخته می شود. در دعاوی جزایی اثبات عدم برائت متهم بر عهده خارنوال است.

در ساحه حقوق مدنی از نص بند اول ماده ۲۵ ق. ا منسوخ به خوبی استنباط می گردد که اصل برائت ذمه انسان از هر نوع مسؤولیت است، زیرا زمانی انسان یا به عرصه هستی می گذارد نه مدیون است و نه مسؤولیت مدنی دارد، بلکه ذمه او، که تفصیل آن گذشت، از هر نوع مسؤولیت بری و خالی است. زمانی که حقوقی بر ذمه او ثابت می شود بر اسباب عارض متکی است که بعد از ولادت دامنگیر او می گردد، زیرا در امور عارضه عدم اصالت دارد.^{۱۹۷} طبق این قاعده، هر کس بر دیگری تعهدی را ادعا می نماید مانند: دین، انجام دادن تعهدی و امثال اینها سبب آن هرچه باشد، مانند: عقد، اتلاف و یا سایر اسباب ضمان، در صورتی که طرف منکر باشد، مدعی باید ادعای خود را به اثبات برساند، زیرا مدعی علیه در حالت اصلی قرار دارد که آن فراغت ذمه است و ظاهر الحال نیز مؤید حالت او است و این فراغت ذمه تا وقتی ادامه می یابد که عکس آن ثابت شود.

چون ادعای مدعی خلاف اصل و خلاف ظاهر است وی باید بتواند با ارایه وسایل اثبات، ادعای خود را ثابت کند. زیرا، اصل بر برائت اشخاص از هرگونه جرم و اشتغال ذمه اشخاص از هرگونه تعهد و یا دینی است. بنابراین، کسی که خلاف آن را ادعا می کند باید با ارایه دلیل، ادعای خویش را ثابت کند یا چنانچه در صحت و یا عدم صحت یک عمل حقوقی تردید گردد اصل صحت آن است و مدعی خلاف آن باید ادعای خویش را اثبات نماید. همچنین، هر عقدی که در لزوم و یا جواز آن تردید گردد اصالت اللزوم آن را لازم می داند و چنانچه مدعی ادعای جایز بودن و یا به هم خوردن آن را دارد باید ادعای خویش را اثبات نماید. بنابراین، مدعی مسؤول اثبات عدم برائت مدعی علیه است.

بند اول ماده ۲۵ ق. ا منسوخ که تصریح می نمود برائت ذمه حالت اصلی است را مانند اصل برابری اتباع در برابر قانون باید عام دانست و تفسیر موسع نمود و در ساحه های جزایی، مدنی، تجارتی، اداری، کار و مالیه تسری داد. لذا، به نظر می رسد در همه عرصه ها شخص بری الذمه است مگر این که

195. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳۱/۸)

196. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳۱/۸)

۱۹۷. «اصل فی الصفات العارضه العدم». (ماده ۹ مجله الاحکام).

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۱۱۷

مسئولیت او ثابت گردد. اصل برائت نه تنها در مورد اشخاص حقیقی (انسان ها) بلکه در مورد اشخاص حقوقی نیز قابل تسری و صادق است. بنابراین، ذمه اشخاص حکمی نیز بری است و اشخاص حکمی هیچ گونه مسئولیتی ندارند مگر اینکه مسئولیت آن در امور مدنی، جزایی و ... توسط مدعی ثابت گردد. برخی مثال های این حق قرار ذیل است:

۱- اگر احمد ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است اصل این است که محمود مدیون نیست. استثنای این اصل این است که احمد دین را در محکمه ثابت نماید.

۲- اگر احمد متهم به قتل محمود شود، اصل این است که احمد قاتل نیست مگر این که جرم او در محکمه ذیصلاح توسط خرنوال ثابت شود.

۳- اگر احمد ادعا نماید که شرکت تجارتي محمود و جمشید صد لک افغانی مدیون من است، اصل این است که شرکت تجارتي محمود و جمشید مدیون نیست مگر این که احمد با ارایه وسایل اثبات ثابت نمایند که شرکت تجارتي محمود و جمشید مدیون احمد اند.

اهمیت این حق این است که مطابق این حق اتباع بری الذمه شناخته می شوند و این حق مانع ادعاهای ناحق می شود زیرا شخصی که علیه دیگری ادعا می نماید باید آن را با ارایه وسایل اثبات ثابت نماید. اهمیت دیگر این حق این است که براساس این حق هر تبعه هرچند مظنون هم باشد می تواند برای دفع اتهام وکیل مدافع استخدام نماید. اصل برائت در شرع به رسمیت شناخته شده است. ماده نوزدهم اعلامیه جهانی حقوق بشر می گوید: «متهم، بی گناه است تا این که محکومیتش از راه محاکمه عادلانه ای که همه تضمین ها برای دفاع از او فراهم باشد ثابت گردد.» همچنین، ماده ۸ مجله الاحکام می گوید: «الاصل برائت الذمه.» یعنی: «برائت ذمه حالت اصلی است.»

۲- اصل عدم رجعت قانون به ماقبل: اصل عدم رجعت قانون به ماقبل (عطف به ما سبق نشدن قانون) یکی از اصول عمده حقوق عامه است. طبق ماده ۱۰ فقره دوم ق. م منسوخ: «احکام قانون به ماقبل رجعت نمی کند، مگر در حالاتی که در خود قانون تصریح شده یا احکام آن متعلق به نظام عامه باشد.» از نص این ماده یک قاعده و دو استثناء استنباط می گردد. اصل این است که احکام قانون به ماقبل رجعت نمی کند، زیرا قانون مسایلی را که از زمان نشر آن مطرح اند تنظیم می نماید. استثنای اول این اصل رجعت دادن قانون به ماقبل (گذشته) توسط قانونگذار است.

بنابراین، در صورتی که در خود قانون پیش بینی شده باشد، که قانون به گذشته رجعت می کند، قانون از تاریخی که قانونگذار معین نموده است به گذشته رجعت می کند. استثنای دوم این است که احکام قانون مربوط به نظام عامه باشد. پرسش این است که نظام عامه چیست؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد هم دانشمندان حقوق مدنی، هم دانشمندان حقوق عامه و هم دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی نظم عمومی را می شناسند، اما از ارایه تعریف قانع کننده در مورد آن عاجز به نظر می رسند.

به حیث مثال، کاپیتان حقوقدان فرانسوی در تعریف نظم عمومی می گوید: نظم عمومی مجموعه تأسیسات و قوانینی است که به منظور حسن جریان امور عامه و یا برای تأمین و رعایت روابط افراد جامعه مقرر شده است و افراد نمی توانند برخلاف آن قرارداد منعقد نمایند.^{۱۹۸} این تعریف همانطور که داکتر لنگرودی معتقد است اگر بر ابهام نظم عمومی نیافزاید، اجمال آن را رفع نمی کند و گره ای نمی گشاید.^{۱۹۹} داکتر محمد نصیری حقوقدان ایرانی در تعریف نظم عمومی می گوید: «مجموع تأسیسات و قواعدی که در کشور به منظور حفظ حسن جریان خدمات عمومی، امنیت و فضیلت اخلاقی در روابط مردم بر قرار شده و افراد اصولاً نمی توانند به وسیله قرارداد آنها را نقض نمایند نظام عامه نامیده می شود.^{۲۰۰} این تعریف نیز مشکلی را حل نمی نماید و مورد توافق دانشمندان حقوق قرار نگرفته است و شبیه تعریف کاپیتان حقوقدان فرانسوی است. ماده ۲ بند قانون پولیس منسوخ منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۴، مؤرخ ۵/ ۶/ ۱۳۸۸ در تعریف نظم عامه می گفت: «نظام عامه: آرامش اجتماعی است که طبق احکام قانون توسط پولیس تأمین می گردد.» این تعریف نیز مبهم به نظر می رسد و بیانگر ماهیت نظام عامه نیست. به نظر نمی رسد که نظام عامه آرامش اجتماعی باشد. برخی دیگر در تعریف نظام عامه می گویند: نظم عمومی بر وضعیت عادی و حسن جریان جامعه اطلاق می گردد.^{۲۰۱} برخی دیگر می گویند: نظم عمومی رفاه عمومی جامعه است.^{۲۰۲}

با توجه به ابهام در تعاریف، بسیاری از دانشمندان حقوق مدنی، حقوق عامه و حقوق بین الملل سعی می نمایند، نظم عمومی را از طریق مصادیق آن تعیین و تعریف نمایند. در حقوق مدنی ارایه مثال های نظام عمومی که طرفین قرارداد نمی توانند برخلاف آنها توافق نمایند واضح است مانند قرارداد های مربوط به تغییر جنسیت، قتل، عدم تغییر در احکام عقد ازدواج مانند دادن مهر و نفقه و نظیر اینها. از آنچه در خصوص نظم عمومی گفته شد، به نظر می رسد نخست این که: نظم عمومی اصطلاح مبهم، بسیار کلی، گمراه کننده و پیچیده است و در مورد آن تعریف واضح و قابل فهم وجود ندارد. دوم این که مصادیق نظم عمومی در حقوق واضح نیست. نص این ماده ۱۰ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، به نظر می رسد که قوانین مربوط به نظام عامه به صورت خودکار به ماقبل رجعت نمی نماید، زیرا این امر برای دولت موجب ایجاد مشکلات می گردد.

به حیث مثال، هرگاه قانون سابق مقدار معاش کارکنان را تعیین نموده باشد و قانون لاحق نافذ گردد و مقدار معاش کارکنان را افزایش دهد، در این صورت مطابق قانون جدید، کارکنان می توانند مقدار معاش

۱۹۸. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش، ص ۲۱۴.

۱۹۹. همان، محمد جعفر جعفری لنگرودی، ص ۲۱۴.

۲۰۰. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸۸.

اضافی را که در قانون سابق پیش بینی نشده بود ادعا نمایند. مثال دیگر: هرگاه قانون سابق مقدار و فیصدی پرداخت مالیات توسط کارکنان را تعیین نموده باشد و قانون لاحق این مقدار و فیصدی را افزایش دهد. در این صورت، قوانین مالیاتی که مربوط به نظام عامه است موجب می شود که کارکنان تفاوت مقدار مالیات را پرداخت نمایند. همچنین است قوانین مربوط به اخذ محصول و عوارض گمرگی توسط دولت.

۳- اصل بی خبری از قانون عذر پنداشته نمی شود: اصل بی خبری از قانون یکی دیگر از اصول عمده حقوق عامه به خصوص حقوق جزا است. طبق ماده ۵۶ ق. ا منسوخ: «پیروی از احکام قانون اساسی، اطاعت از قوانین و رعایت نظم و امن عامه و جیبه تمام مردم افغانستان است. بی خبری از احکام قانون عذر دانسته نمی شود». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردید:

نخست این که اتباع افغانستان مکلف به پیروی و اطاعت از قانون اساسی، قوانین، نظم و امن عامه بودند. عبارت قوانین را باید در این ماده تفسیر وسیع نمود و بر همه اسناد تقنینی سرایت داد تا مقررات، فرامین تقنینی، لوایح و طرزالعمل ها را در بر بگیرد. تعریف نظام عامه گذشت.

دوم این که پیروی و اطاعت از قوانین مستلزم این بود که اتباع از قوانین در مفهوم عامه آگاه باشند. به نظر می رسد به همین سبب، قانونگذار اساسی در بند دوم این ماده تصریح می نماید که بی خبری از قانون عذر پنداشته نمی شود. مردم به دو صورت از موجودیت قانون مطلع می شوند. اطلاع واقعی و اطلاع فرضی. هرگاه اطلاع واقعی مردم را مدنظر بگیریم، اجرای قانون در عمل با مشکل مواجه می شود، زیرا هر کس می تواند ادعا نماید که از قانون آگاه نبوده است.

از همین رو، در علم حقوق اطلاع فرضی مدنظر قرار می گیرد؛ به این توضیح که: با انتشار قانون در جریده رسمی فرض بر این گرفته می شود که مردم از موجودیت قانون مطلع شده اند. با قبول اطلاع فرضی به عنوان یک قاعده عام، مردم سعی خواهند کرد که همیشه از انتشار جریده رسمی اطلاع یافته و از قوانین و مقررات انتشار یافته در جریده رسمی با خبر شوند.

به حیث مثال، اگر احمد مالیه نپردازد و سپس به دلیل عدم پرداخت مالیه مورد محاکمه و مجازات قرار بگیرد، احمد نمی تواند ادعا نماید که از قوانین آگاهی نداشته است. همچنین، اگر حمیده جمیله را به قتل برساند حمیده نمی تواند ادعا نماید که از قوانین جزایی آگاهی نداشته است. اهمیت بند اخیر این ماده این است که از طریق این تکلیف اتباع از موجودیت قانون آگاه می شوند و حقوق و تکالیف خویش را می دانند و نمی توانند ادعا نمایند که از قانون بی خبر بوده اند و مسؤولیت حقوقی ندارند.

۴- اصل شخصی بودن جرایم و مجازات ها: جرم یک عمل شخصی است. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به قتل برساند، عمل احمد مربوط به خودش است. این اصل در فقه اسلامی نیز وجود دارد. خداوند ﷻ می فرماید:

﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ - [فاطر: ۱۸]

«و هیچ بردارنده بار دیگری را نبردارد.»

ماده نوزدهم اعلامیه جهانی حقوق بشر اسلامی می گوید: «مسئولیت در اصل شخصی است.» طبق نص این ماده جرم یک عمل شخصی است. به حیث مثال، اگر شخصی به نام احمد دو پسر به نام محمود و اکبر داشته باشند و اکبر بعد از ارتکاب جرم فرار نماید، مراجع کشفی و تحقیقاتی مانند پولیس، امنیت ملی و خازن والی نمی توانند محمود را به دلیل ارتکاب جرم توسط اکبر دستگیر، توقیف، استنطاق و از محکمه مطالبه مجازات نمایند.

۵- اصل منع جمع مشاغل دولتی: اصل منع جمع مشاغل عمومی که اصل مانعة الجمع بودن مشاغل عمومی نیز نامیده می شود، یکی از اصول حقوق عامه به ویژه حقوق اداری و اساسی است. طبق این اصل مأمور دولت نمی تواند در عین زمان دو سمت دولتی را احراز نماید. فلسفه اصل جمع منع مشاغل دولتی این است که اولاً به تجربه ثابت شده است که یک شخص قادر نخواهد بود دو کار را همزمان به طور درست و کامل انجام دهد؛ ثانیاً در صورتی که یک نفر دو سمت را احراز نماید، این امر باعث بیکاری عده دیگر از مردم می شود؛ و ثالثاً اگر یک شخص دو کار را انجام دهد، مستحق دو معاش و امتیازات می شود.

این اصل در ق. ا منسوخ نیز پیش بینی شده بود. ماده ۱۵۲ ق. ا در این مورد حکم می نمود: «رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور، وزراء، رؤسا و اعضای شورای ملی و ستره محکمه، لوی خازنوال و قضات نمی توانند در مدت تصدی وظیفه به مشاغل دیگری اشتغال ورزند». اگرچه در این ماده صرف رئیس جمهور، معاونین رئیس جمهور و ... ذکر شده است، اما این ماده به سایر کارکنان خدمات ملکی نیز تسری می نماید.

۶- اصل تفهیم اتهام و داشتن وکیل مدافع: بسیاری از افراد عادی جامعه به قوانین به اندازه ای که بتوانند آنها را به صورت دقیق بفهمند و به آنها استناد نمایند، آگاه نیستند. به همین دلیل، معمولاً طرفین دعوی یا متهم زبان قاضی و محکمه را درست نمی فهمد، زیرا حقوق و قضا مانند سایر علوم ادبیات تخصصی و ویژه دارد. با در نظر داشت این مشکل، امروزه یکی از حق های اساسی اتباع در بسیاری از نظام ها از جمله افغانستان حق داشتن وکیل مدافع است. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی بر مدیون دین داشته باشد برای اثبات دین خویش در محکمه می تواند وکیل مدافع تعیین نماید. همچنین، اگر احمد شرکت داشته باشد و با دولت دعوی حقوقی داشته باشد، می تواند برای اثبات حق خویش وکیل مدافع استخدام نماید. همچنین، «متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد». لذا، مراجع کشف و تحقیق باید علت اتهام را به متهم تفهیم نماید. منظور از تفهیم اتهام این است که توسط مراجع کشفی و تحقیقاتی به متهم اطلاع داده شود که تحت چه عنوان و یا عناوین جزائی و به چه علت تحت

تعقیب قرار گرفته است تا بتواند خود را برای دفاع مناسب آماده سازد.^{۲۰۳} به حیث مثال، اگر احمد متهم به ارتکاب قتل باشد و پولیس بخواهد احمد را دستگیر نماید، باید به احمد بگوید که به دلیل اتهام ارتکاب قتل شما را دستگیر می نمایم.

۷- اصل کرامت انسانی: طبق ماده ۲۴ ق. ۱ منسوخ: «...» کرامت انسان از تعرض مصون است. دولت به احترام و حمایت [...] کرامت انسان مکلف می باشد.». طبق نص این ماده اتباع دارای کرامت اند. کرامت واژه عربی است. به دلیل این که معادل فارسی آن گویا و روشن نیست، در ترجمه فارسی نیز از واژه «کرامت» استفاده شده است. به حیث مثال، برخی لغت شناسان بر این نظر اند که کرامت در لغت به معنی بزرگی ورزیدن، جوانمرد بودن، بزرگی و ارجمندی و بخشندگی است.^{۲۰۴}

برخی دیگر بر این نظر اند که کرامت در لغت معانی مختلفی دارد. مهم ترین آنها عبارتند از: ارزش، حرمت، حیثیت، بزرگواری، عزت، شرافت، انسانیت، شأن، مقام، موقعیت، درجه، رتبه، جایگاه، منزلت، نزاهت از فرومایگی و پاک بودن از آلودگی ها، احسان و بخشش، جوانمردی و سخاوت.

معادل انگلیسی واژه «کرامت انسانی»، «Human dignity» است که به معنای شرف، افتخار، استحقاق احترام، عنوان، رتبه و مقام، امتیاز و شرافت برجسته می باشد. در دایرة المعارف انگلیسی آکسفورد، در مورد معنای واژه «کرامت» چنین آمده است: «واژه کرامت (Dignity) از عبارت لاتینی «Dignitas» گرفته شده و به معنای شرافت، حیثیت، افتخار و استحقاق احترام است.»^{۲۰۵}

اگر معنای لغوی کرامت انسانی را به دقت مورد توجه قرار دهیم، می بینیم که کرامت دارای دو خصوصیت کاملاً جدا از همدیگر در موجود انسانی است. برخی از این ویژگی ها جنبه ارزشی دارند و رتبه، درجه، موقعیت و جایگاه اجتماعی سیاسی، دینی و خانوادگی افراد را بیان می کنند مانند کرامت شاه و شهزاده و کرامت مومن. این نوع کرامت قابل اکتساب و سلب است و ممکن است زیاد و کم شود. اما بعضی از این ویژگی ها مثل انسانیت ذاتی انسان همانگونه که قابل وضع نیست قابل سلب از انسان نیز نیست. این نوع کرامت هیچ نوع رتبه و درجه را شامل نمی شود بلکه به ذات و هسته انسان بر می گردد.^{۲۰۶} در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد در اسناد بین الملل حقوق بشری و قوانین افغانستان کرامت انسانی تعریف نشده است. برخی از حقوقدانان، فلاسفه و فقهاء از تعریف کرامت انسانی اجتناب ورزیده و به معنی لغوی آن اکتفا نموده اند.

۲۰۳. محمد داود داود (۱۳۹۲ ش پایان نامه ماستری). جایگاه کرامت انسانی در قانون اساسی افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، دانشگاه آزاد اسلامی - واحد افغانستان، ص ۵۷.

۲۰۴. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۶۱۹.

۲۰۵. اسماعیل رحیمی نژاد (۱۳۹۰). نگرش اسلامی به کرامت انسانی، مجله معرفت حقوقی، سال اول، شماره دوم، ص ۱۱۳.

۲۰۶. محمد داود داود (۱۳۹۲ ش پایان نامه ماستری). جایگاه کرامت انسانی در قانون اساسی افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، دانشگاه آزاد اسلامی - واحد افغانستان، ص ۷.

برخی دیگر تعریف اصطلاحی کرامت انسانی را از معنی لغوی آن اقتباس نموده اند. محمد تقی جعفری ضمن تقسیم کرامت انسانی به کرامت ذاتی و اکتسابی در اسلام، بر این نظر است که در اسلام دو نوع کرامت برای انسان ثابت است: نخست کرامت ذاتی و حیثیت طبیعی که همه انسان ها مادامی که با اختیار خود به جهت ارتکاب به خیانت و جنایت برای خود و دیگران آن را از خود سلب نکنند از این صفت گرانبها برخوردار می باشند و دوم کرامت ارزشی که از به کار انداختن استعداد ها و نیروهای مثبت در وجود آدمی در مسیر رشد و کمال و خیرات ناشی می شود. این نوع کرامت، اکتسابی و اختیاری است و ارزش نهائی و غائی انسان به همین کرامت است.

از دقت و تأمل در سخنان محمد تقی جعفری چنین معلوم می شود که به عقیده وی، کرامت ذاتی انسان همان حیثیت طبیعی است که همه انسان ها تا وقتی که به اراده و اختیار خود مرتکب جرم و جنایت نگردیده اند، به طور فطری از آن برخوردار هستند. در این تعریف تناقض به نظر می رسد. زیرا، محمد تقی جعفری در عین حال که معتقد به کرامت ذاتی انسان بوده و آن را با حیثیت طبیعی انسان مرتبط می داند، بر این نظر است که کرامت تا وقتی است که انسان به اختیار خود، علیه خود و دیگران مرتکب جرم و جنایت نشود از او قابل سلب نیست. در حالی که از نظر منطق، ذاتی شی ای است که نه قابل وضع است و نه قابل سلب. در واقع، به نظر می رسد آنچه که با جرم و جنایت سلب می شود، کرامت اکتسابی است نه کرامت ذاتی.

امانوئل کانت، فیلسوف معروف آلمانی با طرح نظریه خود مختاری اخلاقی و استقلال ذاتی انسان، می گوید کرامت انسانی حیثیت و ارزشی است که تمام انسانها به جهت استقلال ذاتی و توانائی اخلاقی که دارند، به طور ذاتی و یکسان از آن برخوردار اند. به نظر وی، این کرامت به طور اجتناب ناپذیر با عقلانیت خود آگاه انسان ارتباط دارد. به نظر می رسد تعریف کانت از کرامت ذاتی انسان با وجود اهمیت آن، از جامعیت لازم برخوردار نیست، زیرا افرادی که از توانائی عقلانی و اخلاقی برخوردار نیستند، شامل این تعریف نمی شود.

برخی دیگر از اندیشمندان در تعریف کرامت می گویند کرامت انسانی به آن نوع حرمت و ارزشی گفته می شود که انسان از آن جهت که انسان است، از آن برخوردار است. این دسته از اندیشمندان مبنای این کرامت را در انسانیت انسان و فرزند آدم بودن او جستجو کرده بر این نظر اند که: این انسانیت در تمام انسانها به طور مساوی وجود دارد. به نظر می رسد این تعریف نیز دارای ابهام است، زیرا به این سؤال اساسی که چرا انسان بما هو دارای کرامت است، پاسخ روشنی نمی دهد.^{۲۰۷} با توجه به آنچه که گفته شد، برخی نویسندگان قابل به تفصیل شده و کرامت ذاتی و اکتسابی را به شرح زیر تعریف نموده اند:

کرامت ذاتی به آن نوع شرافت و حیثیتی گفته می‌شود که تمام انسانها به جهت داشتن استقلال ذاتی، توانائی تعقل و تفکر و وجه و نفخه الهی که دارند، به طور فطری و یکسان از آن برخوردار هستند. کرامت اکتسابی عبارت از شرافت و حیثیتی است که انسان‌ها به صورت ارادی و از طریق به کار انداختن استعدادها و توانائی ذاتی خود در مسیر رشد و کمال و کسب فضائل اخلاقی، آن را به دست می‌آورند.^{۲۰۸} از آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد نخست این که تقسیم کرامت به ذاتی و اکتسابی که مبتنی بر دیدگاه فقهاء است به دلیل قابل سلب بودن از انسان مورد پذیرش نیست، زیرا افرادی که فاقد فضایل اخلاقی اند نمی‌توانند از این گونه کرامت بهره مند شوند، در حالی که همه انسان‌ها دارای چنین کرامتی اند و دوم این که کرامت عبارت از شرف، احترام و حیثیت است که انسان ذاتاً از آن برخوردار است و موجب تمیز انسان از سایر موجودات می‌شود.

بند چهارم ماده ۲۴ ق. ا منسوخ دولت را مکلف نموده است تا از یکطرف کرامت اتباع را احترام نماید و از طرف دیگر مورد حمایت قرار دهد. به نظر می‌رسد منظور از حمایت دولت این است که در صورتی که دیگران بر کرامت انسان تعرض نمایند، دولت شخصی را که کرامت او مورد تعرض قرار گرفته است مورد حمایت قرار داده و مزاحمت و تعرض را رفع نماید. اهمیت این حق این است که این حق موجب تکریم و احترام به شخصیت انسان‌ها می‌شود و انسان را از سایر موجودات متمایز می‌نماید.

اصل کرامت انسانی در فقه اسلامی نیز تضمین شده است. حق احترام به کرامت انسانی یکی از حق‌هایی است که در حقوق اسلام مورد شناسایی قرار گرفته است. خداوند (ج) در قرآن کریم می‌فرماید: [وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا] - [الاسراء: ۷۰]

«ما آدمی‌زادگان را گرامی داشتیم؛ و آنها را در خشکی و دریا حمل کردیم و از انواع روزیهای پاکیزه به آنان روزی دادیم؛ و آنها را بر بسیاری از موجوداتی که خلق کرده‌ایم، برتری بخشیدیم.» همچنین احترام به کرامت انسان در اعلامیه جهانی حقوق بشر در اسلام به رسمیت شناخته شده است. ماده بیستم این اعلامیه می‌گوید: «دستگیری یا محدود ساختن آزادی یا تبعید، یا مجازات هر انسانی جایز نیست مگر به مقتضای شرع. و نباید او را شکنجه بدنی یا روحی کرد یا با او به گونه‌ای حقارت آمیز یا سخت، یا منافی حیثیت انسانی، رفتار کرد. [...]».

۸- اصل منع شکنجه: به ممنوعیت شکنجه در اعلامیه جهانی حقوق بشر در اسلام به رسمیت شناخته شده است. ماده بیستم این اعلامیه می‌گوید: «دستگیری یا محدود ساختن آزادی یا تبعید، یا مجازات هر انسانی جایز نیست مگر به مقتضای شرع. و نباید او را شکنجه بدنی یا روحی کرد یا با او به گونه‌ای حقارت آمیز یا سخت، یا منافی حیثیت انسانی، رفتار کرد. [...]».

تعذیب انسان ممنوع است. تعذیب مترادف شکنجه است. تعذیب به معنی عذاب دادن، آزار دادن و شکنجه کردن است.^{۲۰۹} این بند مطلق است و در نص این بند مشخص نشده است که کی توسط چه کسی نباید مورد تعذیب قرار بگیرد. همچنین، در نص این ماده شکنجه به شکنجه جسمی و روحی تقسیم شده است. طبق نص این ماده هیچ شخص نمی تواند حتی به معمولاً مظنونین و اشخاص تحت تعقیب در زمان تحقیق به منظور کشف حقایق مورد تعذیب یا شکنجه قرار می گیرند. به حیث مثال، اگر احمد مظنون و متهم به ارتکاب جرم باشد، پولیس، امنیت ملی و خائرنوال نباید ناخن های احمد را بکشند یا چشمان او را کور نمایند یا آلت تناسلی او را با سیخ بسوزانند. زیرا، این اعمال از مصادیق شکنجه محسوب می شوند.

طبق ماده ۲۹ ق. ۱ منسوخ: «تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخص نمی تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد. تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط بود:

نخست این که تعذیب انسان ممنوع بود. تعذیب به معنی عذاب دادن، آزار دادن و شکنجه کردن است.^{۲۱۰}

دوم این که هیچ شخص نمی توانست حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد. به حیث مثال، اگر احمد مظنون و متهم به ارتکاب جرم باشد، پولیس، امنیت ملی و خائرنوال نمی توانند احمد را تعذیب نمایند یا به تعذیب احمد امر دهند. نص این بند اجمال بند اول را تکمیل می نماید.

سوم این که قانونگذار اساسی تعذیب اتباع را حتی در صورتی که به موجب حکم نهایی محکمه ذیصلاح محکوم علیه شناخته شوند توسط مراجع تنفیذ حکم ممنوع اعلام می کرد. چهارم این که تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی می بود، ممنوع است.

۹- اصل بهره مندی از مترجم: طبق ماده ۱۳۵ ق. ۱ منسوخ: «اگر طرف دعوا زبانی را که محاکمه توسط آن صورت می گیرد، نداند، حق اطلاع به مواد و اسناد قضیه و صحبت در محکمه به زبان مادری، توسط ترجمان برایش تامین می گردد.» اصل بهره مندی مترجم ناظر بر اصول محاکمات است. این اصل باید در سراسر محاکمه از تحقیق گرفته تا صدور حکم رعایت شود. این اصل و حق مربوط به خارجی های است که زبان های رسمی دولت افغانستان را نمی فهمند. به حیث مثال، اگر جان یک تبعه جرمی در

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۱۲۵

افغانستان به ظن ارتکاب جرم محاکمه شود و زبان های محاکمه را که عبارت اند از دری و پشتو است نداند، جان حق اطلاع به مواد و اسناد مربوط به قضیه، صحبت به جرمنی و داشتن ترجمان را دارد.

۱۰- اصل برخورداری از محکمه باصلاحیت، مستقل، بی طرف و قانونی: این اصل در ماده ۱۲۲ ق. ا منسوخ تضمین شده بود.

۱۱- اصل صلاحیت انحصاری مراجع قضایی: این اصل در ماده ۱۲۲ ق. ا منسوخ تضمین شده بود.

۱۲- اصل علنی بودن محاکمه: طبق ماده ۱۲۸ ق. ا منسوخ: «در محاکم افغانستان، محاکمه به صورت علنی دایر می گردد و هر شخص حق دارد با رعایت احکام قانون در آن حضور یابد. محکمه می تواند در حالاتی که در قانون تصریح گردیده، یا سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد، جلسات سری دایر کند ولی اعلام حکم باید به هر حال علنی باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط بود: نخست این که اصل این است که محاکمه باید به صورت علنی دایر شود و هر شخص بتواند در آن حضور یابد. علنی در لغت به معنی آشکارا و هویدا است.^{۲۱۱} به حیث مثال، تمام دعوی مربوط به اشخاص، تعهدات و قراردادها، فامیل، اموال، میراث، تجارتی، جزایی و نظیر اینها باید در محاکم مدنی و جزایی علنی می بود و شهروندان می توانستند در آن اشتراک نمایند.

دوم این که به طور استثنایی محاکمه می توانست به صورت سری دایر شود و آن در صورتی بود که در قوانین تصریح می شد. یکی از مثال و مصداق حالاتی که در قانون سری بودن پیش بینی شده است رسیدگی به قضایای تخلفات اطفال است. ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات اطفال منسوخ در این خصوص می گفت: «(۱) رسیدگی به تخلفات قانونی اطفال طور سری و ابلاغ حکم در هر حالت به صورت علنی صورت می گیرد.»

سوم این که سری بودن محاکمه ضروری تشخیص گردد که در این صورت نیز اعلان حکم باید علنی باشد. به حیث مثال، اگر حمیده علیه محمود ادعای عنینیت و مقطوع بودن آلت تناسلی و تفریق را نماید، محاکمه می تواند به صورت سری دایر شود، زیرا عنینیت محاکمه موجب افشار سر یا راز محرمانه محمود می گردد. اهمیت اصل عنینیت این است که این اصل زمینه نظارت بیرونی بر اعمال محاکم را فراهم می نماید. همچنین، این اصل موجب می شود تا قاضی به دلیل نظارت بیرونی در صدور حکم از دقت لازم استفاده نماید.

۱۴- اصل تعدد مراحل رسیدگی: اجراءات جزایی در نظام حقوقی افغانستان در چهار مرحله: کشف و تعقیب، تحقیق، محاکمه، صدور حکم و اجرای حکم انجام می شود. کشف جرم از صلاحیت پولیس، تحقیق از صلاحیت خازنوالی (در زمان جمهوریت)، محاکمه از صلاحیت محاکم و تنفیذ حکم از

صلاحیت حکومت است. البته در دور دوم امارت (در حال حاضر) خارنوالی در قضایای جزایی دخیل نیست و تحقیق نمی کند. این امر به اندازه مهم است که امروزه به شکل یک اصل کلی حقوق در آمده است که به نام اصل ترتیب یا سلسله مراتب اجراءات جزایی است. اجراءات جزایی از مراحل مختلف تشکیل می شود. در این اجراءات ارگان های تعقیب، تحقیق، محاکم و اجرای حکم وظایف خود را انجام می دهند.

اصل این است که همه این مراحل در یک مقام یا مرجع جمع نشوند، بلکه مراجع مختلفی عهده دار انجام مراحل مذکور باشند. این امر نه تنها به دلیل تخصصی بودن هر کدام از مراحل مذکور، قابل توجیه است، بلکه از جمله دیگر فواید آن، ایجاد امکان نظارت بر عملکرد های نهادی های قبلی است. به این ترتیب، احاله و وظیفه تعقیب به پولیس، این امکان را فراهم می کند که خارنوال بر اقدامات آن نظارت کند، چنانکه بر اقدامات خارنوال نیز قضات محکمه ابتدائیه و بر عملکرد آنها قضات محاکم فوقانی نظارت نمایند. فایده دیگر این اصل این است که مانع تجمع قدرت اجرای عدالت جزایی در دست یک شخص و در نتیجه مانع از استبداد قضایی یا پولیسی می شود. توزیع قدرت اجرایی عدالت جزایی در امور جزایی، دارای همان فوایدی است که در تفکیک قوای مقننه، مجریه و قضائیه از یکدیگر است.^{۲۱۲}

۱۵- اصل قانونیت جرایم و مجازات ها: این اصل در ماده ۲۷ ق. ا منسوخ پیش بینی شده بود.

اصل شرعی بودن جرایم و مجازات ها در شرع پیش بینی شده است. خداوند در این مورد می گوید:

﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ - [اسراء: ۱۷]

«ما بدون اینکه پیامبری را [برای هدایت و اتمام حجت به سوی مردم] نفرستیم، عذاب کننده [آنان] نبودیم».

طبق ماده نوزدهم اعلامیه حقوق بشر اسلامی: «هیچ جرمی یا مجازاتی نیست مگر به موجب احکام شریعت.» طبق نص این ماده نخست این که اصل این است که هیچ عملی جرم شمرده نمی شود. جرم در لغت به معنی گناه، خطا، اثم، بزه، معصیت و خلاف است.^{۲۱۳}

طبق نص این ماده همانطور که عمل جرمی باید در چهارچوب شرع معین شود، مجازات این عمل جرمی نیز باید در چهارچوب شرع معین شود. جرایم در حقوق جزای اسلامی به سه دسته تقسیم می شود:

۱- جرایم تعزیری: تعزیر در لغت به معنی تأدیب است. در اصطلاح شرع تعزیر عبارت از جزا هایی است که مقدار و کیفیت آن در شرع تعیین نگردیده بلکه به ولی امر مسلمین یا قاضی محول

۲۱۲. حسین غلامی (۱۳۸۵). مبای حقوق و تطبیق عدالت جزایی در افغانستان، کابل: (___)، ص ۲۰۳.

۲۱۳. (.۲۱۳) <https://www.vajehyab.com> آخرین بازدید ۹/۲/۲۰۱۷.

گردیده است مانند سود گرفتن، خیانت در امانت و نظیر اینها. قاضی می تواند از بین مجازات های جائز یکی را انتخاب کند که از نصیحت تا اعدام را در بر می گیرد.^{۲۱۴}

۲- جرایم حدود: حدود جمع حد است که در لغت به معنی فاصل و مانع بین دو چیز است. در زبان عرب حد به معنی منع است و در اصطلاح شرع، عقوبات و کیفرها را حدود می گویند، زیرا اغلب این حدود، گناهکار را بعد از اجرای آنها از بازگشت مجدد به گناهی که برای آن مجازات شده است، باز می دارد و گاهی به خود گناه و معصیت «حد» می گویند. حد شرعاً عقوبت و کیفری است که به جهت حق الله اجرا می گردد.^{۲۱۵} به عبارت دیگر: حدود عبارت از جزایی است که از جانب شارع جهت تأمین منافع عامه مقرر گردیده است.^{۲۱۶} بنابراین، تعزیر داخل حدود نیست، زیرا میزان و نوع آن معین نشده است و به رأی و نظر حاکم شرع موکول گردیده است و قصاص نیز از تعریف حدود خارج می شود، زیرا قصاص حق بشر است نه حق الله. به طور عموم، جرایم حدود عبارت اند از: سرقت، قطاع الطریقی (که به نام های رهنزی، حرابت و محاربه نیز یاد می شود)، زنا، بغاوت، قذف، شرب خمر (نوشیدن شراب) و ارتداد.^{۲۱۷}

۳- قصاص: قصاص در لغت به معنی پی جویی، کشتن قاتل به مثل، مجازات، عقوبت، سزا، عقاب، جبران و تلافی است. در اصطلاح قصاص عبارت از عقوبتی است که در صورت قتل عمد مشروط بر تحقق شرایط آن بر جانی تطبیق می گردد.^{۲۱۸}

۴- دیات: دیات جمع دیه است و دیه در لغت به معنی خون بها است.^{۲۱۹} در اصطلاح شرع دیه عبارت تعویض مالی است که به ورثه مقتول توسط قاتل داده می شود. اگر قاتل مسلمان باشد، خون بهای مقتول صد شتر، یا دو صد گاه یا یک هزار گوسفند یا یک هزار دینار طلا و یا ده هزار درهم نقره است.^{۲۲۰}

این اصول در حقوق جزای موضوعه برای اولین بار توسط جزاره بکاریا در کتاب جرایم و مجازات ها ارایه شد. از نظر او مجازات کردن عملی خارج از فهرست از پیش تصویب شده جرایم ممنوع است. عملی جرم تلقی می شود که با طی مراحل قانون گذاری در پارلمان به تصویب رسیده باشد و به امضای رئیس جمهور رسیده و زمان مقرر پس از نشر آن در جریمه رسمی گذشته باشد. در این حالت

۲۱۴. داد محمد نذیر، اساسات حقوق اسلام، ص ۲۹۶.

۲۱۵. اسعد محمد سعید الصاغر جی، الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، ص ۳۱۹.

۲۱۶. داد محمد نذیر، اساسات حقوق اسلام، ص ۲۹۱.

۲۱۷. همان، داد محمد نذیر، صص ۲۹۲-۲۹۵.

۲۱۸. همان، داد محمد نذیر، ص ۲۹۵.

۲۱۹. (آخرین بازدید ۳/۶/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 219.

۲۲۰. داد محمد نذیر، اساسات حقوق اسلام، ص ۲۹۵.

همه افراد از قانون مطلع فرض شده و عذر جهل به قانون مسموع نخواهد بود.^{۲۲۱} اهمیت این اصل این است که قانونگذار با رعایت این اصل جرایم و مجازات ها را در یک قانون پیش بینی و برای اتباع معرفی می نماید. اتباع می دانند که کدام عمل جرم است و مجازات این جرم چیست.

۱۶- اصل برابری اتباع در برابر قانون: حق برابری در اعلامیه جهانی حقوق بشر اسلامی به رسمیت شناخته شده است. ماده ششم اعلامیه جهانی حقوق بشر اسلامی در این مورد می گوید: «در حیثیت انسانی، زن با مرد برابر است و به همان اندازه که زن وظایفی دارد، از حقوق نیز برخوردار است و دارای شخصیت مدنی و ذمه مالی مستقل و حق حفظ نام و نسبت خویش را دارد.».

همچنین، ماده نوزدهم اعلامیه جهانی حقوق بشر اسلامی در این مورد می گوید: «مردم در برابر شرع مساوی هستند. در این امر حاکم و محکوم نیز با هم برابرند.».

ماهیت این حق ایجاب می کند که تمام افراد به صورت مساوی و عادلانه به تمام خدمات، تسهیلات و امکانات دسترسی داشته باشند، چون هرگونه منابع در جامعه بصورت محدود می باشند و لازم و ضروری است که همه شهروندان کشور بتوانند از منابع کشور به صورت عادلانه بهره گیرند.

حق برابری رابطه نزدیک با حق عدم تبعیض دارد. حق عدم تبعیض یکی از مهمترین اصل در تحقق اهداف حقوق بشری محسوب می گردد، چون با رعایت این اصل، همه افراد به عنوان انسان بصورت برابر به حقوق و آزادی هایت خود دسترسی پیدا خواهند نمود. روی این دلیل تعصب در حقوق اسلام حرام است. خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ - (حجرات: ۱۳)

«ای مردم، ما شما را از یک مرد و یک زن (آدم و حوا) آفریدیم؛ بنابراین هیچ قبیله ای در آفرینش بر دیگری برتری ندارد؛ ما شما را به صورت های گوناگون و قبیله های مختلف قرار دادیم تا یکدیگر را بشناسید نه آن که به نژادپرستی روی آورید و به نژاد خود افتخار کنید و هر ملتی خود را از دیگر ملّت ها گرامی تر بدانند؛ به یقین گرامی ترین شما نزد خدا با تقواترین شماست.».

تبعیض در شرع حرام است. برخی احادیثی که بر حرام بودن آن دلالت می کند قرار ذیل است:

۱) از حضرت جبر بن مطعم رضی الله عنه روایت است که پیامبر ﷺ فرمودند:

«لَيْسَ مِنْنَا مَنْ دَعَا إِلَىٰ عَصِيَّةٍ وَلَيْسَ مِنْنَا مَنْ قَاتَلَ عَلَىٰ عَصِيَّةٍ وَلَيْسَ مِنْنَا مَنْ مَاتَ عَلَىٰ عَصِيَّةٍ».^{۲۲۲}

۲۲۱. محمد صدر توحید خانه، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای

عمومی افغانستان، ص ۴۳.

۲۲۲. رواه ابو داود.

«نیست از ما (یعنی از پیروان من آن شخص نمی باشد) که دعوت میکنند به سوی عصیبت (تعصبات قومی و لسانی) و نیست از ما (یعنی از پیروان من آن شخص نمی باشد) کسی که می جنگد بخاطر عصیبت (تعصبات قومی و لسانی) و نیست از ما (یعنی از پیروان من) شخصی که بمیرد بخاطر عصیبت (تعصبات قومی و لسانی)».

۲) از واثله بن الاسقع روایت شده است: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا الْعَصَبِيَّةُ؟ قَالَ: «أَنْ تُعِينَ قَوْمَكَ عَلَى الظُّلْمِ»^{۲۳۳}

«گفتم ای رسول خدا ﷺ عصیبت چیست؟ گفت آن است که قوم یا فامیل خود را بر ظلم کمک کنی، و گرچه ناحق باشند آنان را تائید و یاری دهی».

۳) در حجة الوداع در حالی که در ماه ذیحجة الحرام و شهر حرام مکه در وسط ایام التشریق هزاران مسلمان با تمام حواس خود به خطبه خدا حافظی پیغمبر ﷺ توجه می کردند، یکی از اصول و پایه های مهم اسلامی که به وسیله حضرت رسول الله ﷺ اعلام شد این بود که فرمود: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ، أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى عَجَمِيٍّ، وَلَا لِعَجَمِيٍّ عَلَى عَرَبِيٍّ، وَلَا لِأَحْمَرَ عَلَى أَسْوَدَ، وَلَا لِأَسْوَدَ عَلَى أَحْمَرَ إِلَّا بِالتَّقْوَى إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ».

«ای مردم خدای شما یکی است، و عرب بر عجم و عجم بر عرب و سرخ پوست بر سیاه پوست و سیاه پوست بر سرخ پوست برتری ندارند مگر به تقوا و محترم ترین شما نزد خدا با تقواترین شما است».

در اعلامیه جهانی حقوق بشر اسلامی نیز روی ممنوعیت تعصب تأکید شده است. ماده یک این اعلامیه می گوید: «الف) بشر به طور کلی، یک خانواده می باشند که بندگی نسبت به خداوند و فرزندی نسبت به آدم آن ها را گرد آورده و همه مردم در اصل شرافت انسانی و تکلیف و مسؤولیت برابرند بدون هر گونه تبعیضی از لحاظ نژاد، یا رنگ یا زبان یا جنس یا اعتقاد دینی یا وابستگی سیاسی یا وضع اجتماعی و غیره.

ضمناً عقیده صحیح، تنها تضمین برای رشد این شرافت از راه تکامل انسان می باشد.

ب) همه مخلوقات به منزله عائله خداوندی هستند و محبوب ترین آنان نزد خدا سودمندترین آنان به همنوع خود است. و هیچ احدی بر دیگری برتری ندارد مگر در تقوا و کار نیکو».

همچنین، ماده ۲۲ این اعلامیه می گوید: «برانگیختن احساسات قومی یا مذهبی و یا هر چیزی که منجر به برانگیختن هر نوع حس تبعیض نژادی گردد، جایز نیست.».

تبعیض در لغت به معنی جزء جزء کردن، جدا کردن برخی از برخی، برخی را قبول و برخی را رد کردن، تقسیم و جدا کردن بعضی از بعضی و رجحان بعضی بر بعضی است.^{۲۲۴} در مورد تعریف اصطلاحی تبعیض دیدگاه های متفاوت وجود دارد: دکتر لنگرودی در تعریف تبعیض می گوید: «تبعیض در لغت به معنی تجزیه است. در حقوق سیاسی، تبعیض به هم زدن اصل مساوات در حقوق است بدون مجوز عقلی، قانونی و عرفی.»^{۲۲۵} به نظر می رسد این تعریف اضدادی است نه وجودی و بنابراین بیانگر کنه و ماهیت تبعیض نیست.

در دایرة المعارف آریانا تبعیض چنین تعریف شده است: در کلی ترین مفهوم آن، تبعیض توجه دارد به تمیز و یا ایجاد تمایز میان چیزها.^{۲۲۶} این تعریف ناظر بر تمایز قایل شدن میان اشیاء است در حالی که تبعیض ناظر بر تمیز و تفکیک قایل شدن میان اشخاص است. برخی دیگر در تعریف تبعیض می گویند: برخورد متفاوت با افراد و اشیاء با توجه به وابستگی آنها به یک گروه.^{۲۲۷} این تعریف با اندکی تسامح قابل پذیرش به نظر می رسد. به نظر می رسد تبعیض عبارت است از برخورد متفاوت با اشخاص حقیقی براساس زبان، نژاد، قوم، منطقه، مذهب، دین، جنس و نظیر اینها.

طبق این تعریف اول این که: تبعیض تفاوت قایل شدن و انجام برخورد های متفاوت در برابر اتباع براساس معیار های مانند زبان، رنگ، نژاد، قوم، منطقه و نظیر اینها است. دوم این که: تبعیض منجر به دادن حق و امتیاز بر یک فرد و یا یک گروه و محروم کردن یک فرد و یا گروه دیگر می شود. سوم این که تبعیض مخالف عدالت اجتماعی و عدالت توزیعی است زیرا عدالت اجتماعی و عدالت توزیعی اقتضا می نماید تا همه امتیازات و امکانات به صورت مساویانه میان همه اتباع توزیع شود. چهارم این که: تبعیض به اقسام ذیل تقسیم می شود:

۱- تبعیض زبانی: که عبارت است از برخورد متفاوت با اتباع براساس زبان.

۲- تبعیض قومی: که عبارت است از برخورد متفاوت با اتباع براساس قوم.

۲۲۴. ____، دایرة المعارف آریانا، جلد (۲)، ص ۷۱.

۲۲۵. دکتر محمد جعفر، جعفری لنگرودی، مسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، واژه ۴۲۵۸.

۲۲۶. ____، دایرة المعارف آریانا، جلد (۲)، ص ۷۱.

۳- تبعیض منطقی: که عبارت است از برخورد متفاوت با اتباع براساس منطقه.

۴- تبعیض مذهبی: که عبارت است از برخورد متفاوت با اتباع براساس مذهب.

۵- تبعیض دینی: که عبارت است از برخورد متفاوت با اتباع براساس دین.

۶- تبعیض جنسیتی: که عبارت است از برخورد متفاوت با اتباع براساس جنس.

پنجم این که اعمال کننده تبعیض مقامات و کارمندان دولتی اند. به نظر می رسد هدف از منع تبعیض تأمین و تضمین اصل برابری شکلی اتباع در برابر قانون است. زیرا، انسان ها تکویناً با هم برابر نیستند به این دلیل که از نظر تکوینی و پیدایش عقل، ضریب هوش، توانایی فیزیکی، زیبایی و ... انسان ها متفاوت اند. به عبارت دیگر استعداد های ذاتی و بالقوه انسان ها متفاوت است. به نظر می رسد علت این امر این است که اگر همه انسان ها از نظر استعداد، توانایی و ... ذاتاً برابر می بودند. به حیث مثال، همه پولدار، وزیر، معین، وکیل، استاد پوهنتون، داکتر طب و نظیر اینها می بودند، بقیه نیاز های انسان ها تأمین نمی شد. بنابراین، به نظر می رسد اراده خالق حکیم این بوده است تا انسان ها تکویناً متفاوت آفریده شوند.

به نظر می رسد این نابرابری تکوینی موجب نابرابری های اجتماعی و در نتیجه ایجاد تبعیض و امتیاز میان انسان ها گردیده است و تفاوت های اجتماعی باعث تفاوت های حقوقی گردیده است. به حیث مثال، در فرانسه قبل از دوره رنسانس افراد به سه طبقه تقسیم می شدند: روحانیون، نجباء و مردم عوام که حقوق و امتیازات آنها بر حسب موقف طبقاتی آنها فرق می نمود. برای رفع این معضل، قانونگذاران اساسی اصل را بر برابری افراد در برابر قانون گذاشته اند. بنابراین، انسان ها قانوناً نه تکویناً مساوی اند. بنابراین، نص اعلامیه جهانی حقوق بشر اسلامی که همه انواع تبعیض اعم از تبعیض نژادی، منطقی، لسانی، قومی، مذهبی، جنسی و ... را میان انسان ممنوع قرار می دهد ناظر بر برابری شکلی و قانونی انسان ها در برابر قانون است.

به نظر می رسد می توان اصل برابری و عدم تبعیض را به بخش های مدنی، جزایی، اداری، اصول محاکمات تسری داد. در این صورت، در دعاوی مدنی طرفین دعوی در برابر محکمه مساوی و برابر اند. در موضوعات مدنی زن و مرد دارای حقوق و وجایب مساوی اند. در حقوق اداری در مسأله استخدام، مراجعه به اداره همه اتباع برابر اند. در ساحه حقوق جزا همه در برابر قانون از حقوق مساوی برخوردار اند.

اصل منع تبعیض و برابری اتباع که در واقع یکی از اصول حقوق عامه است. مفهوم این اصل این است که همه افراد قطع نظر از رنگ، نژاد، زبان، منطقه و ... در برابر قانون مساوی و برابر اند. اصل برابری اتباع در برابر قانون با اصل بی طرفی اداره رابطه نزدیک دارد، زیرا اصل تبعیض، تبعیض و امتیاز را میان اتباع ممنوع قرار می دهد و اصل بی طرفی اداره، ادارات را مکلف به برخورد بی طرف مقامات اداری با اتباع می نماید.

۲) اصول فراقانونی: برخی از این اصول عبارت اند از:

۱- اصل تفکیک قوا: اصل تفکیک قوا: اصطلاح تفکیک قوا به نوشته های جان لاک، لرد بولین برگ و بالاتر از همه نویسنده فرانسوی مونتسکیو نویسنده کتاب روح القوانین باز می گردد، کتابی که وی در آن اعلام نموده است قدرت دولت باید به سه قوه مقننه، اجراییه و قضائیه تقسیم شود. هدف اصلی تفکیک قوا نخست از جهت منفی آن یعنی پرهیز از تمرکز قدرت در دست یک ارگان دولت است که می تواند منجر به اجرای غیرقابل کنترل آن توسط قوه مذکور و در نتیجه استبداد آن گردد. تمرکز قدرت یکی از خصوصیات است که در پادشاهی های مطلقه و در نظام های دیکتاتوری و کمیونیستی یافت می گردد.

در این زمینه می توان به اظهارات مادیسون^{۲۲۸} در مجله «Federalist Papers» شماره های ۴۷ و ۵۱ ارجاع داد که می گوید:

«جمع شدن تمام قوای مقننه، اجراییه و قضائیه، در یک جا، خواه در یک نفر یا در تعدادی چند یا در دست افراد بیشتر و خواه به صورت موروثی، خود انتصابی یا انتخابی، در اظهار عقیده ای منصفانه همان شکل دقیق استبداد است» و «تنها قدرت می تواند قدرت را کنترل کند».

این کلمات هنوز نیز تطبیق می شوند. سه شعبه سنتی قوای دولتی یعنی مقننه، اجراییه و قضائیه یکدیگر را محدود و مهار نموده و از این طریق همدیگر را در مقابل برخورداری از قدرت غیر قابل واری (چک) و استفاده نامحدود از قدرت، متوازن و هم اندازه می سازند. در نتیجه، جهت تأمین و تضمین این وظیفه و عمل، هر کدام از شعب قدرت دولتی باید دارای میزان معینی از استقلال و خود مختاری بوده و جهت تضمین این استقلال، برای صلاحیت های مستقل هر کدام از قوای دولتی باید محدودیتی وجود داشته باشد. به عبارت دیگر: باید تضمینی وجود داشته باشد که به موجب آن قوه مقننه صرف نسبت به وضع قانون اقدام نموده و خود به اجرای آن اقدام ننماید، قوه اجراییه تنها اقدام به اجرای قانون کند و نسبت به تصویب قانون اقدام ننماید و قضات صرف نسبت به قضاوت و تطبیق قانون اقدام کنند و نه وضع قانون از طرف خویش.^{۲۲۹}

۲۲۸. چارلز مادیسون یکی از بنیانگذاران قانون اساسی ایالات متحده امریکا است.

۲۲۹. رامین مشتاقی (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ چهارم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، صص ۱۱۷-۱۲۶.

۲- اصل حاکمیت قانون: سابقه استعمال اصطلاح «حاکمیت قانون» به پروفیسور انگلیسی حقوق آ. وی. دیسی برمی‌گردد که این اصل را چنین تعریف نموده است: «منظور ما، در نقطه اول، آن است که هیچ انسانی قابل مجازات نیست یا به نحو قانونی متحمل ضرر و زیانی بر جسم و اموال خود نباید شود مگر آنکه به نحو مشخص اقدام به نقض قانونی نماید که طی یک روش معمول و متعارف حقوقی نزد یک محکمه عادی کشور ایجاد شده است.

در این معنا حاکمیت قانون با هر گونه نظام حکومتی که مبتنی بر اختیار و اقتدار گسترده اشخاص، استبداد یا صلاحدید قوای زور است منافات دارد» و ... «در نقطه دوم، وقتی در باره حاکمیت قانون صحبت می‌کنیم، منظور ما این است که ... نه تنها از دیدگاه ما هیچ شخص بالاتر از قانون نیست، بلکه (آنچه که متفاوت است) در اینجا هر انسان، موقعیت یا شرایط او هر چه که باشد، تحت حاکمیت قانون عادی یک کشور قرار داشته و در مقابل محاکم عادی مسؤول و پاسخگو می‌باشد.».

جنبه‌های مختلف حاکمیت قانون را می‌توان از این بیان و تشریح استادانه استخراج کرد: ابتدا و پیش از همه، باید ساحه‌ای از آزادی‌های شخصی که توسط قوانین حمایت و تضمین شده است، وجود داشته باشد. دوم، قدرت دولت باید توسط قانون مقید شود و سوم اعمال و اقدامات تأثیرگذار بر حقوق و آزادی‌های شخصی توسط دولت باید مبتنی بر قانون و موضوع بررسی قانونی باشد تا مطابقت اقدامات اجرایی با قانون تضمین گردد چرا که در صورت فقدان نظارت یک طرف ثالث و عدم اعمال نتیجه‌ای بر نقض قانون توسط قوه اجرائیه، تأثیر حاکمیت قانون، منحصرأً منوط به اراده مجریان خواهد شد.

در نهایت، بر اساس نظر دیسی، حاکمیت قانون مستلزم تساوی در برابر قانون است به گونه‌ای که هر کس مشمول قانون باشد. اگر قوه اجرائیه یا به عنوان مثال پادشاه به عنوان عالی‌ترین مقام مشمول قانون نباشد، به سختی می‌توان از حاکمیت قانون سخن گفت؛ زیرا امکان سوء استفاده مستبدانه از قانون، بدون هیچ پیامدی، وجود خواهد داشت.

در نگاهی نزدیک‌تر، ضرورت تفکیک قوا و استقلال قضایی را نیز می‌توان از توضیح دیسی استخراج نمود. هر سه قوه دولتی، یعنی قوای تقنینی، اجرائیه و قضائیه، باید از یکدیگر جدا بوده و بسیار مهم‌تر آنکه باید دارای صلاحیت‌ها و وجایب جدا از هم باشند. بالآخره مقنن، قوانینی را تنظیم می‌کند که هم قدرت مجریان را محدود و هم آنها را در انجام اقداماتشان توانایی می‌بخشد.^{۲۳۰}

۳- اصل آزادی انعقاد عقود: اصل احترام به حاکمیت اراده طرفین و آزادی قراردادی که یکی از اصول حقوق مدنی است. طبق این اصل، افراد در انعقاد انواع عقود دو یا چندین جنبه آزاد هستند و در نتیجه کسی نمی‌تواند در این باره هیچ گونه محدودیتی را بر اراده آنها تحمیل کند. باوجواین، این اصل مطلق نیست و در ق. م در این باره یک سلسله قیود وجود دارد. این قیود عبارت اند از: نظام و آداب عامه و

اخلاق حسنه. اما، در قرارداد های اداری اصل بر تشریفاتی بودن قرارداد های اداری است.^{۲۳۱} این قاعده در قواعد کلیه فقهی نیز وجود دارد. عبارت این قاعده چنین است: «الاصل فی العبادات التوقیف، و الاصل فی المعاملات الاباحه». یعنی: اصل در عبادات منع و در معاملات اباحه است.

۴- اصل ارایه خدمات عامه: خدمات نظریه «خدمات عمومی» در اثر لزوم تأمین خدمات عمومی در زندگی اجتماعی به وجود آمده و به مرور زمان تحولات بسیاری را پذیرفته است.^{۲۳۲} در گذشته خدمات عامه را مجموعه فعالیت های می دانستند که ادارت دولتی جهت رفع نیازهای عمومی مردم ارایه می نمود، مانند: تأمین آب، برق، احداث سرک، شفاخانه، تهیه زمین و امثال اینها.

این تعریف بیشتر در نظام های پیرو تفکر سوسیالیسم و کمیونیسم مصداق دارد و در نظام های پیرو تفکر کپیتالیسم (سرمایه داری) و کاپیتالیسم - سوسیالیسم محل ایراد به نظر می رسد، زیرا امروزه خدمات عامه توسط دولت، سکتور خصوصی و دولت و سکتور خصوصی ارایه می شود. بنابراین، در تعریف جدید، برخی نویسندگان بر این نظر اند که: «خدمات عمومی، فعالیت هایی هستند که نهادهای عمومی یا خصوصی، زیر نظر اشخاص عمومی برای برآورده کردن نیازهای همگانی انجام می دهند».

در حقوق افغانستان و اکثر کشور ها ارایه خدمات عمومی یکی از وظایف دولت شناخته شده است. مقدار و نوع خدمات عامه بستگی به تفکر سیاسی حاکم بر دولت دارد. در دولت های پیرو تفکر سیاسی سوسیالیسم و کمیونیسم ارایه خدمات عامه حداکثری است. در دولت های پیروی نظام سرمایه داری ارایه خدمات عامه حداقلی است. در گذشته و در نظام های پیرو تفکر سوسیالیسم و کمیونیسم معمولاً خدمات توسط دولت فراهم می شد. اما، امروزه با ایجاد نظام های سرمایه داری خدمات عامه به طور عموم امکان دارد از سه طریق ارایه شود:

- توسط دولت: خدمات عامه در دولت های پیروی تفکر سوسیالیسم و کمیونیسم توسط دولت ارایه می شود. در نظام های حقوقی - سیاسی که نظم، حاکمیت قانون، تعهد و پاسخگویی مقامات عمومی وجود ندارد، مانند: افغانستان خدمات عامه دولتی غیرسریع و معمولاً بی کیفیت است ضمن این که اصول حاکم بر آن توسط مقامات رعایت نمی شود.

- توسط سکتور خصوصی: بیشترین خدمات عامه در نظام های پیرو تفکر کپیتالیسم توسط بخش خصوصی ارایه می شود. خدمات عامه در این کشور ها معمولاً سریع و با کیفیت است. منتها، در نظام های فاقد حاکمیت قانون و عدم پاسخگو و متعهد، قیمت این خدمات بسیار زیاد است، مانند ارایه

۲۳۱. جهت مطالعه مفصل راجع به اصل آزادی انعقاد عقود نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی: حقوق وجایب،

جلد (۱) چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، صص ۲۶-۳۳.

۲۳۲. محمد جواد رضایی زاده و داود کاظمی (۱۳۹۱). بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره پنجم، ص ۲۳.

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۱۳۵

خدمات صحی، تعلیمی، مخابراتی، تحصیلی و ... در افغانستان که افراد طبقه فقیر نمی توانند از آن مستفید شوند.

- **توسط دولت و سکتور خصوصی:** برخی خدمات عامه هم توسط دولت و هم توسط سکتور خصوصی تأمین می شود. به حیث مثال، خدمات صحی، تعلیمی، تحصیلی، مخابراتی و نظیر اینها در افغانستان هم توسط دولت و هم توسط سکتور خصوصی تأمین می شود.^{۲۳۳}

۶- **اصل تضمین صلاحیت ها در حقوق اداری:** هر شخصی که در اداره کار می نماید، دارای صلاحیت است. بنابراین، نمی تواند از این صلاحیت تجاوز نماید. در صورت تجاوز، تصمیم متخذه باطل و شخص نیز ممکن است مورد مجازات قرار بگیرد.

۷- **اصل سلسله مراتب:** اصل سلسله مراتب اداری ناظر بر صدور دستور توسط مأمور مافوق به مأمور مادون و تبعیت دساتیر قانونی مأمور مادون از مأمور مافوق در اجرای وظایف محوله است. لذا، هر مأمور مادون باید از مأمور مافوق پیروی و تبعیت کند مگر این که امر مأمور مافوق خلاف قانون باشد که در این صورت مأمور مادون باید کتباً به مأمور مافوق اعلام نماید که امر او خلاف قانون است.

در صورت تأکید، مأمور مافوق و اجرای امر توسط مأمور مادون، مسؤولیت اداری مأمور مادون مرتفع است. به نظر می رسد فلسفه اصل سلسله مراتب اداری این است تا نظم و انضباط در اداره مستقر و مستحکم شود و کارها به نحو احسن انجام شود. به حیث مثال، مأمور مکلف است از امر مدیر، مدیر از مدیر عمومی، مدیر عمومی از آمر، آمر از رئیس، رئیس از رئیس عمومی، رئیس عمومی از معین و معین از وزیر و وزیر از رئیس جمهور اطاعت نماید.

۸- **اصل نابرابری رابطه حقوقی طرفین در حقوق عمومی:** یکی از اصول در حقوق عمومی به ویژه در قراردادهای اداری اصل نابرابری طرفین رابطه حقوقی؛ یعنی قرارداد اداری است. در حقوق خصوصی اصل در انعقاد قراردادها برابری طرفین در آزادی انعقاد و اشتراط در عقود است. اما، در حقوق عمومی، ماهیت حقوق عمومی اقتضای نابرابری طرفین را می نماید. بنابراین، در قرارداد های اداری طرفین از حقوق برابر برخوردار نیستند و دولت می تواند در قراردادهای اداری از قدرت عمومی و حق فسخ یکطرفه قرارداد استفاده نماید.

۹- **اصل عدم صلاحیت:** اصل دیگر حقوق عمومی به خصوص حقوق اداری اصل عدم صلاحیت است. طبق این اصل هیچ مأمور نمی تواند در اداره اجراءات نماید، مگر اینکه طبق قانون صلاحیت داشته باشد. در صورت عدم داشتن صلاحیت و اجراءات، چنین اجراءاتی باطل و قابل ابطال است. صلاحیت در لغت به معنی صالح بودن، شایسته بودن، شایستگی، سزاوری و اهلیت است.^{۲۳۴} در اصطلاح صلاحیت

۲۳۳. همان، محمد جواد رضایی زاده و داود کاظمی، صص ۲۳ و ۳۲.

۲۳۴. همان، محمد جواد رضایی زاده و داود کاظمی، ص ۸۲۶.

عبارت از اختیار و اجازه ای است که قانون به مقام عمومی غرض اجرای امور محوله اعطاء می نماید.^{۲۳۵} صلاحیت به دو نوع می باشد: صلاحیت تکلیفی که مقام عامه به موجب آن مکلف به انجام فعل است. در صلاحیت تکلیفی مقام عمومی حق انتخاب میان چند گزینه را از دست می دهد. صلاحیت اختیاری که عبارت است از اختیار اتخاذ تصمیم مقام عمومی در راستای انجام وظایف و در شرایط و اوضاع و احوال خاص و شخصی براساس گزینه های پیش رو که براساس آن مقام عمومی در انتخاب یک یا چند تصمیم آزادی نسبی دارد.^{۲۳۶}

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که مأمور در صلاحیت تکلیفی حق ارزیابی ندارد و مکلف به اجرای فعل است. اما در صلاحیت تخییری مأمور گاه اختیار انتخاب یکی از گزینه ها از میان چند گزینه را دارد. معمولاً در موارد مربوط به نظم عمومی مأمور حق انتخاب یک گزینه از میان چندین گزینه را دارد. به حیث مثال، در صورت بروز مظاهره و متفرق کردن مظاهره کنندگان توسط پولیس، پولیس میان استفاده از ماشین آب پاش، فیر هوایی، استفاده از بلندگو و نظیر اینها اختیار دارد.

در چنین حالت، پولیس باید تشخیص دهد که کدام اقدام را انجام دهد. گاه مأمور انتخاب یک گزینه از میان دو گزینه را دارد، مانند: اعطای جواز سیر در صورت تکمیل شرایط قانونی و عدم اعطای جواز سیر در صورت عدم تکمیل شرایط قانونی. لذا، صلاحیت تکلیفی قلمرو محدود و صلاحیت اختیاری قلمرو وسیع دارد. پرسش این است که مأمور چطور تشخیص دهد که در کدام حالات صلاحیت وی تکلیفی و در کدام حالات صلاحیت وی اختیاری است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که مأمور باید به نص قانون مراجعه نماید. معمولاً صلاحیت تکلیفی با عبارت «موظف است، مکلف است» آغاز می شود. اما، صلاحیت اختیاری با عبارت «حق دارد، می تواند و نظیر اینها» آغاز می شود.

۱۰- اصل قدرت عمومی: از نظر ماهوی قدرت عمومی عبارت از امتیازات و ترجیحاتی است که حکومت برای اعمال حاکمیت آن را مورد استفاده قرار می دهد. در نظام های دموکراتیک، این قدرت را مردم به دولت می دهد، مانند: قدرت قانونگذاری، سیاست گذاری، پالیسی و استراتژی (راهکار و راهبرد) سازی. اما، از نظر سازمانی قدرت عمومی همان دولت است.

۱۱- اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری: اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری یکی دیگر از اصول حقوق عمومی خصوصاً حقوق اداری است. طبق این اصل تمام اعمال اداری توسط متصدیان امور باید با رعایت تشریفاتی که در قوانین، مقررات، لوایح و طرزالعمل ها پیش بینی شده است، انجام شود. نتیجه عدم رعایت این تشریفات منجر به بطلان اعمال اداری می شود.^{۲۳۷} بر خلاف اعمال اداری (قراردادها و

۲۳۵ . جهت مطالعه مفصل در مورد اصل عدم صلاحیت ر. ک: مهدی هداوند و علی مشهدی (۱۳۹۰). اصول حقوق اداری، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی، صص ۱۱۲.

۲۳۶ . جهت مطالعه مفصل در مورد اصل عدم صلاحیت ر. ک: همان، مهدی هداوند و علی مشهدی، صص ۱۱۲.

۲۳۷ . ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، ص ۱۴۴.

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۱۳۷

ایقاعات اداری) در قراردادهای خصوصی، اصل بر غیرتشریفاتی بودن است. بنابراین، طرفین رابطه حقوقی، حقوق خصوصی می توانند هر قراردادی را به صورت غیرتشریفاتی منعقد نمایند. این اصل در حقوق خصوصی، استثنا نیز دارد که مربوط عقد ازدواج و برخی عقود دیگر می شود.

۱۲- اصل منع محاکمه مجدد: این اصل یکی از اصول حقوق جزاء است. طبق این اصل، یک شخص نمی تواند برای ارتکاب جرم واحد دو بار محاکمه شود، زیرا این امر موجب ضیاع وقت قاضی، مدعی العموم (دادستان/ خارنوال) و ... می شود.

۱۳- اصل احتیاط: به اصالت و اعتبار بخشیدن به رعایت جانب احتیاط با عمل به حکمی که در باره موضوع آن علم قطعی وجود ندارد، اصل احتیاط گویند، چنانکه ملتزمی نداند که متعهد انجام تعهدی نسبت به کدام یک از دو کس است.^{۲۳۸}

۱۴- اصل سرعت: اصل سرعت یکی از اصول پذیرفته شده در حقوق تجارت و تعهدات است؛ به این توضیح که: وقتی کسی اقدام به انجام معامله ای کند، باید ملتزم به این امر باشد که تعهد خود را هرچه سریع تر انجام دهد. این اصل دو اثر مهم دارد: نخست آنکه حقوق متعهد له هرچه بیشتر تأمین می شود و دوم اینکه متعهد له می تواند بر مبنای آن خسارت ناشی از تأخیر اجرای تعهد را از جانب مقابل، مطالبه نماید.^{۲۳۹}

۱۵- اصل تخییر: به اعتبار و اصالت دادن به توان گزینش مکلف در میان دو تکلیف قطعاً الزامی به نحوی که فراهم آوردن جمع و ترک هر دو ممکن نباشد، اصل تخییر گویند.^{۲۴۰}

۱۶- اصل عدم: اصل در پیدایش یک شی، رخداد و واقعه عدم است مگر اینکه وجودش توسط مدعی ثابت شود،^{۲۴۱} زیرا کائنات حادث اند و به وجود آمدن چیزی در صحنه کائنات حاجت به اقامه دلیل دارد، زیرا کسی بی دلیل وجود چیزی را باور ندارد. این اصل تا بشر در کره زمین بوده است، جاری بوده است.^{۲۴۲}

۱۷- اصل سلامت موضوع معامله: معنی اصل سلامت این است که علی الاصول معامله در مورد مال سالم صورت گرفته است. پس، اگر بعد از معامله یک طرف ادعا کند که مال مورد معامله عیب داشته است و خیار عیب برای طرف مقابل وجود دارد، باید آنچه را که جانب مقابل ادعا می نماید، ثابت نماید.^{۲۴۳}

۲۳۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۱۷.

۲۳۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۳۱۸ و ۳۱۹.

۲۴۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۲۲.

۲۴۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۲۸.

۲۴۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۸). الفارق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۱۶.

۲۴۳. همان، محمد جعفر جعفری لنگرودی، جلد (۱)، ص ۳۱۰.

- ۱۸- اصل منع سوء استفاده از حق: این اصل یکی از اصول مهم در حقوق مدنی است. طبق این اصل، شخص نمی تواند از حق خویش به نحوی استفاده نماید که موجب ضرر دیگران گردد.
- ۱۹- اصل اباحه: اصل اباحه یکی از اصول کلی حقوق مدنی است. طبق این اصل، اصل در اشیاء اباحه است، مگر این که آن شی به موجب نص ممنوع قرار داده شده باشد.
- ۲۰- اصل برتری قانون لاحق بر قانون سابق: اصل برتری قانون لاحق بر قانون سابق یکی از اصول حقوق عامه است. طبق این اصل، در صورتی که دو قانون همسطح (به حیث مثال، دو قانون عادی) با همدیگر در تعارض قرار بگیرند، اصل بر برتری قانون لاحق بر قانون سابق است. بنابراین، قانون لاحق برتر و غالب تر بر قانون سابق است.
- ۲۱- اصل لزوم: در قرارداد های خصوصی اصل بر لزوم عقود است. بنابراین، عقود خصوصی به مجرد انعقاد مشروط بر اینکه فاقد خیار باشند، بر طرفین لازم اند. اما، این اصل در قرارداد های اداری، برعکس است. در نتیجه، در قرارداد های اداری، اصل بر لزوم نیست و اداره می تواند براساس قواعد ترجیحی قرارداد اداری را به صورت یکجانبه فسخ نماید.
- ۲۲- اصل همکاری مشترک متعاقدين در اجرای قرارداد اداری: در عقود خصوصی، فکر غالب این است که متعهد یک قرارداد با حسن نیت تمام، به تعهدات قراردادی خود عمل می کند و طرف مقابل هیچ تعهدی بر کمک و پشتیبانی ندارد و موضوع از این حد فراتر نمی رود، اما در قراردادهای اداری اصل دیگری حاکم است. به این توضیح که در قرارداد های اداری طرفین باید در اجرای موضوع قرارداد اداری با همدیگر همکاری نمایند.^{۲۴۴}
- ۲۳- اصل نسبی بودن قراردادها: اصل در قرارداد ها در حقوق خصوصی، نسبی بودن آن است؛ به این توضیح که در قرارداد های خصوصی اثر عقد متوجه طرفین عقد و قائم مقام آنها می شود.^{۲۴۵} اما، در قرارداد های اداری، اصل بر نفوذ قرارداد های اداری علاوه بر طرفین بر اشخاص ثالث است. به این توضیح که هرگاه میان اداره و فرد خصوصی عقدی منعقد می شود، در برخی موارد اثر عقد بر اشخاص ثالث نیز سرایت می نماید. به عنوان مثال، هرگاه دولت زمین شخص حقوق خصوصی را غرض تأمین منافع عامه استملاک نماید که، قرارداد اداری است، اثر عقد بر تمام اشخاصی که در مسیر زمین خانه و زمین آنها موقعیت دارد سرایت می کند.^{۲۴۶}

۲۴۴. ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، صص ۱۷۲ و ۱۷۳.

۲۴۵. در باره نسبی بودن قرارداد های خصوصی، ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی: حقوق وجایب، جلد (۱) چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، صص ۲۰۶-۲۲۲.

۲۴۶. در باره عدم نسبی بودن قرارداد های اداری نک: ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، صص ۱۷۵-۱۷۶.

۲۴- اصل عدم مداخله دولت در حریم خصوصی: یکی از اصول حقوق عامه که بر قانونگذاری حاکم است، اصل عدم مداخله دولت در حریم خصوصی افراد است. طبق این اصل دولت نمی تواند در اموری که مربوط به حریم خصوصی افراد می شود، مداخله نماید. به نظر می رسد حریم خصوصی شامل اموری است که دولت و اشخاص حقیقی حق مداخله در آن را ندارند. برخی مصادیق عدم مداخله دولت که در ق. ا تضمین شده است، اصل مصونیت مسکن (ماده ۳۸ ق. ا) و حق محرمت مراسلات و مخایرات است (ماده ۳۷ ق. ا).

۲۵- اصل تفویض اختیار: اصل تفویض اختیار یکی از اصول حقوق عمومی به ویژه حقوق اداری است. باوجوداین، تفویض اختیار یک حالت استثنایی است و اصل این است که مأمور وظایف خویش را اصالتاً انجام دهد. بنابراین، مقامات سیاسی و اداری حق ندارند اختیارات خویش را به مأمورین مادون تفویض نمایند مگر در مواقع خاص مانند سفر، غیابت و نظیر اینها. پرسش این است که چرا تفویض اختیار اصل نیست؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که مأمور و مقام سیاسی با توجه به توانایی های علمی، مهارت ها، ویژگی های شخصیتی مطابق قانون در اداره انتصاب، انتخاب و مقرر می شود. اگر این توانایی های علمی، مهارت ها و ویژگی های شخصیتی او مطمح نظر نبود، امکان داشت اصلاً در اداره انتصاب، انتخاب و مقرر نشود. لذا، این شخص باید رأساً و اصالتاً امور اداره را انجام دهد.

برخی قواعد کلی حاکم بر اصل تفویض اختیار قرار ذیل است: نخست این که تفویض اختیار نمی تواند کلی باشد، زیرا در این صورت موجودیت پست زیر سؤال می رود. دوم این که: تفویض اختیار نباید دایمی باشد، زیرا چنانچه گفته شد پست را معمولاً مأمور با توجه به ویژگی های علمی و مهارت ها احراز می نماید و اگر شخصیت او مدنظر نبود اصلاً استخدام نمی شد. سوم این که در صورت تفویض اختیار مقام تفویض کننده اختیار مسؤولیت سیاسی و اداری در برابر مقامات مافوق دارد. اما، مسؤولیت مدنی و جزایی مختص به مقامی است که صلاحیت به او وگذار شده است. چهارم این که در صورت تفویض اختیار، نظارت مقام تفویض کننده اختیار همچنان بر مقامی که اختیار به او تفویض شده است باقی است. بنابراین، مقام تفویض کننده اختیار باید مقامی را که اختیار به او تفویض شده است نظارت نماید.

گفتار دوم) جایگاه اصول حقوقی در میان منابع حقوق

پرسش این است که در میان منابع حقوق جایگاه اصول کلی حقوق کجا است؟ در پاسخ به این پرسش به عقیده برخی نویسندگان در نظام حقوقی رومی و ژرمنی قانون مهم ترین منبع حقوق به شمار می آید و اصول مبنایی که قوانین که روح آنها را تشکیل می دهد، به منزله قانون بوده و در میان منابع حقوق، اعتباری فراتر از عرف و دکترین دارد.

لذا، در نظام حقوقی کامن لا که رویه قضایی مهم ترین منبع است، اصول حقوقی مورد توجه محاکم است و قانون نوشته تنها بر مبنای این اصول شکل می گیرد. بنابراین، می توان اصول حقوقی را منبع دوم این

خانواده حقوقی دانست.^{۲۴۷} نظام حقوقی سوسیالیستی که ابتداء در شوروی سابق مطرح گردید و پس به کشور هایی که مارکسیسم را پذیرفتند انتقال کرد که منابع حقوق در این نظام حقوقی عبارت اند از قانون، رویه قضایی، عرف و عادات، قواعد زندگی مشترک سوسیالیستی و دکترین.^{۲۴۸}

پرسش این است که در نظام حقوقی افغانستان جایگاه اصول کلی حقوق کجا است. در پاسخ به این پرسش باید گفت که تکلیف جایگاه اصول کلی حقوق هنوز در نظام حقوقی افغانستان روشن به نظر نمی رسد. مطابق ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی منسوخ قاضی در صدور حکم باید به قانون، در صورت مسکوت بودن قوانین به فقه، مطابق ماده ۲ ق. م منسوخ قاضی در صدور حکم باید به قانون، فقه، عرف عام و اساسات عدالت استناد نماید. علاوه بر این، اصل مستند و مستدل بودن حکم ایجاب می نماید تا قاضی به منابع ای که مورد شناسایی قرار گرفته است استناد نماید.

از آنچه گفته شد، به نظر می رسد قاضی در نظام حقوقی افغانستان نمی تواند به اصول کلی حقوق مستقلاً استناد نماید، زیرا قوانین افغانستان این اجازه را به قاضی اعطا نموده است و اهمیت منابع حقوق منحیث منبع زمانی مطرح است که قاضی بتواند به آن در صدور حکم استناد نماید. بنابراین، قاضی نقش مهمی را در شناسایی منابع حقوق ایفا می نماید. زیرا منابع زمانی اعتبار پیدا می نماید که مورد استناد قرار بگیرد.

به همین دلیل، دکترین منبع مستقیم حقوق نیست زیرا در مراجع عدلی و قضایی مورد استناد قرار نمی گیرد. اما، اگر بگوییم که در زمینه منابع حقوق، حقوق افغانستان علاوه بر نظام حقوقی اسلام، برخی منابع مانند: قانون، رویه قضایی، دکترین و اصول کلی حقوق را از نظام حقوقی فرانسه به عاریت گرفته است، در این صورت، به این نتیجه می رسیم که اصول کلی حقوق هم یکی از منابع حقوق افغانستان است. برعکس قوه قضائیه، در حکومت و پارلمان به اصول کلی حقوق استناد می نمایند مانند اصل حاکمیت قانون، اصل تفکیک قوا، اصل تفویض اختیار، اصل عدم صلاحیت، اصل سلسله مراتب و نظیر اینها.

مبحث سوم) تعریف قاعده و فرق قاعده با اصل

گفتار اول) تعریف فقهی

قاعده^{۲۴۹} مؤنث قاعد در لغت اسم فاعل از ریشه «قعد» گرفته شده است که به معنای هر آن چیزی که دیگر امور را بر آن بنا نهند. همچنین، قاعده در لغت به معنای قانون، اصل و بنیاد و اساس نیز است، چنانکه از اساس و بنیاد ساختمان «قاعده» آن نیز یاد کرده اند و به آن «ضابط» نیز گفته اند.^{۲۵۰} به قاعده

۲۴۷. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۲۰۴.

۲۴۸. همان، محسن صادقی، ص ۱۴.

249. Rule.

۲۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص

۱۴۷۱؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۳۴.

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۱۴۱

حقوقی هنجار حقوقی^{۲۵۱} نیز می گویند. بنابراین، هنجار و قاعده حقوقی مترادف همدیگر استعمال می شود.^{۲۵۲}

فقهاء قاعده کلی را چنین تعریف کرده اند: «حکمی است کلی که بر تمام جزئیاتش منطبق باشد». به عبارت دیگر: قواعد کلی همان اصول عمومی است که بیشتر جزئیات را در بر می گیرد. در ماده دوم تا صدم مجله الاحکام، نود و نه قاعده کلی مندرج است که مهم ترین آنها از کتاب الاشباه و النظائر ابن نجیم و برخی از کتاب المجامع و دیگر کتب حنفی گرفته شده است.^{۲۵۳}

گفتار دوم) تعریف قاعده حقوقی و فرق آن با اصل حقوقی

مفهوم و مصادیق قاعده های فقهی در فقه واضح است. در علم حقوق نیز قاعده بسیار زیاد استعمال می شود. به عنوان مثال، گفته می شود که حقوق اساسی، اداری، کار، فامیل، عینی و ... مجموعه قواعد حقوقی است که ... پرسش این است که در علم حقوق قاعده به چه معنی استعمال می شود و منابع قواعد حقوقی کدام ها اند؟ پرسش این پاسخ آسان نیست، زیرا حقوقدانان تعاریف مختلف برای قاعده حقوقی ارائه کرده اند. برخی از حقوقدانان به این نظر اند که قاعده عبارت از هر نوع معیار الزامی قانونی است که در کلیت خویش قابل تطبیق با تمامی مصادیق آن باشد، مانند قاعده حل تعارض قوانین.^{۲۵۴}

این تعریف غامض و مبهم به نظر می رسد، زیرا معلوم نیست که معیار الزامی قانونی چیست. شرفاوی به این نظر اند که قاعده حقوقی عبارت واحدی است که مجموعه آن قانون را تشکیل می دهد. بنابراین، قانون مجموعه قواعد است.^{۲۵۵} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا طبق این تعریف قانون مجموعه قواعد است. بنابراین، منبع قانون قواعد است، در حالی که واقعیت عکس این است، زیرا قواعد حقوقی بر گرفته از قانون است. به عبارت دیگر: قانون موجب ایجاد قواعد حقوقی می شود. برخی دیگر به این عقیده اند که قاعده حقوقی عبارت است از هر مفهوم کلی حقوقی که بیرون از فرض قانونی باشد.^{۲۵۶} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا مفهوم کلی حقوقی و فرض قانونی خود ایجاب تفسیر و تعریف را می نمایند. داکتر کاتوزیان در مورد تعریف قاعده حقوقی می نویسد که: «قاعده حقوقی، قاعده

251. Legal norm.

۲۵۲. محمد رضا ویژه (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله مراتب هنجارهای حقوقی در نظام جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه راهبرد، سال هجدهم، شماره پنجاه.

۲۵۳. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۲۳۶؛ و جهت مطالعه مفصل در مورد تعریف قاعده وقواعد فقهی نک: ژوبل، محمد عثمان (۱۳۷۱). مجله الاحکام، جلد (۱)، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا و مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند.

۲۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۷۱.

۲۵۵. داد محمد نذیر (۱۳۸۹). مبادی علم حقوق، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت، ص ۳۹.

۲۵۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۲۸۳۹.

ای الزام آور است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می شود.». پس، تکلیفی که پدر و مادر نسبت به نگاهداری فرزند خود دارند، و الزامی که شوهر در باره پرداختن نفقه زن پیدا می کند، جنبه حقوقی دارد و حکمی که آن را مقرر می دارد «قاعده حقوقی» است.^{۲۵۷}

این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد. زیرا، طبق این تعریف معلوم نیست که منبع قاعده حقوقی چیست؟! علاوه بر این، این تعریف از نظر منطقی نیز محل ایراد به نظر می رسد، زیرا طبق بخش اول این تعریف «قاعده حقوقی»، «قاعده» است و بخش های بعدی بیانگر اوصاف قواعد حقوقی است. همچنین، این تعریف، تعریف وجودی در خصوص قاعده حقوقی به نظر نمی رسد و بیانگر حقیقت و ماهیت قاعده حقوقی نیست. برخی دیگر بر این نظر اند که: قاعده حقوقی گزاره کلی، عام، دستوری، لازم الاجرا با ضمانت اجرای دولت در باره یک رفتار اجتماعی است.^{۲۵۸}

این تعریف نیز بیانگر ماهیت قاعده حقوقی نیست و بیشتر به بیان اوصاف قاعده حقوقی پرداخته است. با توجه به آنچه گفته شد و با توجه به این که امروزه حقوق صرف قواعد حقوقی نیست و علاوه بر قواعد حقوقی، اصول کلی حقوق، رویه های قضایی و دکترین نیز در کنار قواعد حقوقی منابع حقوق اند، به نظر می رسد قاعده حقوقی حکمی است که قانونگذار در قوانین برای تنظیم امور اشخاص حقیقی و حکمی پیش بینی می نماید.

طبق این تعریف قاعده حقوقی حکمی است برگرفته شده از نصوص قوانین به مفهوم عام. به عبارت عام تر و مشخص تر: «به هر نص و متن قوانین اعم از قانون اساسی، قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، لوایح و طرزالعمل قاعده حقوقی گویند. بنابراین، هر ماده قانون، مقرره، لایحه و طرزالعمل یک قاعده حقوقی است.».

قاعده حقوقی هنجار حقوقی نیز نامیده می شود. پس، در علم حقوق به نص (متن) قانون اعم از اساسی و عادی، فرامین و مقررات هنجار حقوقی می گویند. از همین جهت، امروزه به سلسله مراتب قواعد حقوقی سلسله مراتب هنجار های حقوقی گویند. به عنوان مثال، ماده ۱۰ فقره اول ق. م که می گوید: «(۱) احکام قانون بعد از نشر قابل تطبیق می گردد.» یک هنجار حقوقی است.

همچنین، ماده ۴ مقرره امور ذاتی کارکنان خدمات ملکی منسوخ که تصریح می نمود: «اداره نمی تواند مأمورین خدمات ملکی را بدون مجوز قانونی یا حکم محکمه با صلاحیت از کار محروم نماید.» یک هنجار (قاعده) حقوقی است. به عوض قاعده حقوقی، حکم هم استعمال می شود. به حیث مثال، هر

۲۵۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص

۱۵۹.

۲۵۸. مصطفی دانش پژوه (۱۳۹۱). شناسه حقوق، انتشارات جنگل، ص ۱۳۹.

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۱۴۳

قانونی حاوی احکام عمومی، فصل‌ها و احکام متفرق است. حکم در لغت به معنی فرمان، امر، دستور و قضاوت است.^{۲۵۹}

گفتار سوم) فرق بین قاعده حقوقی و اصل حقوقی

فرق‌های ذیل میان اصل حقوقی و قاعده حقوقی وجود دارد:

- ۱) اصول کلی حقوق عمومی تر از قواعد حقوقی اند، زیرا هر اصل دربرگیرنده چند قاعده حقوقی است. اصول همچنین از دوام بیشتر نسبت به قواعد حقوقی برخوردارند.^{۲۶۰}
- ۲) بسیاری از اصول حقوقی در جوامع و نظام‌های حقوقی مشترک اند و این امر به نزدیکی نظام‌های حقوقی می‌انجامد. اما، این اشتراک در قواعد حقوقی کمتر دیده می‌شود.
- ۳) اصول حقوقی برای این که جزء پیکره نظام حقوقی باشند برخلاف قواعد به تضمین قانونگذار نیازی ندارند و اگر قانونگذار برای آنها ضمانت اجراء مقرر نماید، این ضمانت اجراء برای اصول کلی وصف کمال است نه شرط مقوم.^{۲۶۱}

۴) قاعده حقوقی قاعده است که از یک نص قانون به مفهوم عام ناشی شده است. بنابراین، منبع قاعده حقوقی نصوص قوانین به مفهوم عام است. برعکس، اصل حقوقی، چنانچه تفصیل آن گذشت، اصلی است که در اثر توافق علمای حقوق به اصل حقوقی تبدیل شده است.

در نتیجه، قاعده حقوقی جزء و متفرع از نصوص قوانین به مفهوم عام است و اصول کلی حقوقی فی نفسه یکی از منافع مستقل حقوق اند. قواعد حقوقی مدون اند، اما اکثر اصول کلی حقوق غیرمدون اند مانند اصل تفکیک قواء، اصل حاکمیت قانون و امثال اینها هرچند امروزه گرایش به طرف مدون کردن اصول کلی حقوق وجود دارد.

مبحث چهارم) خصوصیات قواعد حقوقی

قواعد حقوقی در واقع احکامی اند که در سندی به نام قانون متجلی و متبلور می‌شوند. بنابراین، خصوصیات را که علمای حقوق برای قواعد حقوقی بر می‌شمارند، این خصوصیات در واقع «خصوصیات قانون» است، زیرا قواعد حقوقی متفرع و برآمده از قوانین اند. از همین رو، امروزه به این خصوصیات، خصوصیات ذاتی قوانین می‌گویند.

خصوصیات قواعد حقوقی موجب تمیز و تفکیک قواعد حقوقی از سایر قواعد می‌شود. به حیث مثال، قواعد عرفی معمولاً غیرمدون و غیرمکتوب اند. قواعد اخلاقی نیز غیرمدون اند. اما، قواعد حقوقی بر خلاف این است. قواعد حقوقی در جوامع انسانی و برای جوامع انسانی وضع و تطبیق می‌شوند و انتزاعی نیستند. به طور عمومی قواعد حقوقی دارای خصوصیات ذیل اند:

259. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/ 1/ 2018)

۲۶۰. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان صص ۲۰۱ و ۲۰۲.

۲۶۱. همان، محسن صادقی، ص ۲۰۲.

گفتار نخست) موضوعه، مدون، مکتوبه و مصوب مرجع ذیصلاح بودن

موضوعه اسم مفعول از ریشه وضع گرفته شده است که در لغت به معنی وضع شده، مقرر، گذارده شده، نهاده شده است.^{۲۶۲} قواعد حقوقی، برخلاف قواعد عرفی قواعد موضوعه اند؛ به این توضیح که قواعد حقوقی توسط قوه قانونگذار در قالب یک قانون وضع می شوند، مانند قواعد مندرج در قانون مدنی، قانون جزا، قانون اساسی و امثال اینها که همه موضوعه اند. به وضع کننده این قواعد واضع می گویند. همچنین، قواعد حقوقی مدون اند. مدون اسم مفعول از ریشه «دون» گرفته شده است که در لغت به معنای تدوین شده، گردآوری شده، جمع شده و فراهم آمده است. مدون در حقوق وصفی است برای قوانینی که کدبندی و نظام یافته باشند. در حقوق فرانسه بر قوانین مدون به «code» تعبیر می شود که از اصل لاتینی «codex» گرفته شده است چنانکه از قوانین مدنی به «code civil» تعبیر می کنند.^{۲۶۳} همچنین، قواعد حقوقی برخلاف قواعد عرفی، در یک سند به نام قانون مکتوبه است. مکتوبه اسم مفعول از ریشه «کتب» به معنای نوشته شده و تحریر یافته است.^{۲۶۴} همچنین، قوانین مصوب مرجع ذیصلاح است. مصوب اسم مفعول است که به معنی تصویب شده است. مرجع این تصویب در خصوص قانون اساسی می تواند قوه مؤسس اصلی و فرعی (لویه جرگه تصویب و تعدیل قانون اساسی) و در خصوص قوانین عادی، مقررات، لوایح و طرزالعمل ها، قوای تأسیسی (شورای ملی و حکومت) باشد.

گفتار دوم) عمومیت و عدم مجرد بودن

قواعد حقوقی به فرد خاصی نظر ندارد و در مورد تمام افراد جاری است. این خصوصیت را حقوقدانان عمومی و عدم مجرد بودن و یا عمومیت و غیرشخصی بودن نامیده اند. دکتر مدنی عمومیت قواعد حقوقی را از خصوصیات آن می شمارد و این عمومیت را همان توجه قاعده به همگان معرفی می کند، نه فرد خاص.^{۲۶۵} به عنوان مثال، ماده ۵۵ ق.ا که حکم می نمود: «دفاع از وطن وجیهه تمام اتباع افغانستان است [...]» عام است و مربوط همه اتباع واجد شرایط می شود. در این قاعده، قانونگذار اساسی به طور عموم همه اتباع واجد شرایط را مخاطب قرار می دهد و به فرد خاصی، به حیث مثال، احمد، محمود و نظیر اینها نظر ندارد.

باوجوداین، عمومیت به عنوان یک ویژگی قواعد حقوقی به این معنی نیست که این قواعد در باره تمام افراد اجتماع جاری است و همگان موضوع حکم آن قرار می گیرند، بلکه تنها افرادی مشمول این قواعد هستند که در یک صفت با دیگران مشترك اند.

۲۶۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۲۸.

۲۶۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۷۷۲.

۲۶۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۹۵۴.

۲۶۵. سید جلال الدین مدنی، (۱۳۸۶). مبانی کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار، ص ۳۰.

به عنوان مثال، آن دسته از قواعد که بیانگر حقوق کارگران است بر داکتران و فرهنگیان و تاجران قابل تطبیق نمی باشند، اما نسبت به تمام کسانی که طبق قوانین در شمار کارگران قرار دارند قابل تطبیق است. یا قواعدی که مربوط به قضات می شوند، صرف بالای قضات قابل تطبیق اند. با این شرط، قاعده حقوقی از اوامر و احکام فردی تفکیک می شود. به حیث مثال، حکم محکمه به پرداخت قرض از سوی قرضدار، یا مجوز استخدام رسمی برای مستخدم قراردادی يك دستگاه، یا دادن تابعیت به يك فرد خارجی، هیچ يك قاعده حقوقی شناخته نمی شوند.

گفتار سوم) الزام آور بودن

ویژگی دیگر قواعد حقوقی الزام آوری آنهاست.^{۲۶۶} الزام آور در لغت به معنی تعهد آور، تکلیف آور و اجبار کننده است.^{۲۶۷} تکلیف و یا تعهدی که قواعد نسبت به اشخاص ایجاد می نماید یا تعهدات نسبت به اجتماع و دولت است و یا تعهدات به نفع اشخاص دیگر. به حیث مثال، قواعد که ارتکاب جرایم مانند سرقت، اختطاف، قاچاق مواد مخدر، غصب و امثال اینها را منع می نماید نسبت به همه تعهد ایجاد می نماید تا این اعمال را انجام ندهند.

در صورت عدم ارتکاب این اعمال نفع آن به اجتماع می رسد، زیرا نظم در اجتماع مستقر می شود. برخی قواعد دیگر تعهدات به نفع اشخاص ایجاد می نمایند، مانند منع تضرر دیگران، پرداخت جبران خسارت و امثال اینها که در نتیجه این قواعد از يك سو برخی از افراد، صاحب حق می شوند، و از سوی دیگر گروهی از اشخاص ناگزیر از رعایت حق صاحب حق. برخی مثال های الزام آور بودن قواعد حقوقی قرار ذیل اند:

۱) طبق ماده ۵۶ ق. ۱ منسوخ: «پیروی از احکام قانون اساسی، اطاعت از قوانین و رعایت نظم و امن عامه و جیبیه تمام مردم افغانستان است [...]». نص این ماده که یک قاعده حقوقی است برای همه اتباع در خصوص رعایت قوانین و نظم و امنیت عامه تعهد (تکلیف) ایجاد می نماید.

۲) طبق ماده ۱۰ ق. ۱ منسوخ: «دولت، سرمایه سرمایه گذاری ها و تشبثات خصوصی را مبتنی بر نظام اقتصاد بازار، مطابق به احکام قانون، تشویق، حمایت و مصونیت آن ها را تضمین می نماید...». نص این ماده دولت را ملزم و مکلف به تشویق، حمایت و تضمین مصونیت سرمایه گذاری می نماید. بنابراین، نص این ماده نسبت به دولت الزام آور است.

گفتار چهارم) برخورداری از ضمانت اجراء

انسان مخلوطی از غرایز، نیازها، امیال و آرزوها است که او را به طرف اموری می کشاند که این امور بقای انسان را تضمین می کند. برای این که این آرزوها برآورده شود، انسان ها روزمره یک سلسله اعمال را

انجام می دهند. این اعمال از درون انسان ها سرچشمه می گیرد. منابع اعمال انسان ها از درون عبارت اند از: قلب و عقل است.

بنابراین، اعمالی را که انسان ها انجام می دهند یا عقلی است یا احساسی یا شهوی. در اجرای هر یک از این اعمال به نظر می رسد که حکمت های نهفته است. اگر عقل وجود نمی داشت، علم، فلسفه، ساینس و فن آوری پیشرفت نمی کرد. اگر قلب وجود نمی داشت عشق، احساس، ترحم، مهربانی، انسان دوستی، عطوفت و نظیر اینها وجود نمی داشت و انسان ها موجودات فاقد احساس مانند رباط ها می بودند. اگر شهوت وجود نمی داشت، ازدواج، تشکیل خانواده و تولد و تناسل وجود نمی داشت و چرخ حیات متوقف می شد.

باوجوداین، برای این که اعمال انسان ها منجر به ورود ضرر به دیگران اعم از فرد و اجتماع نشود، قواعد متعدد بر اعمال و روابط انسان ها از بیرون حاکم است. این قواعد در درازای تاریخ بشر متعدد بوده است. ظاهراً اولین نوع این قواعد، قواعد مذهبی بوده است که توسط خداوند ﷻ برای رهنمایی بشر از طریق پیامبران ابلاغ گردیده است.

نوع دوم قواعد، قواعد اخلاقی بوده است که این قواعد ظاهراً بیشتر متأثر از دین بوده است. نوع سوم، قواعد عرفی بوده است که در اثر انجام توسط انسان ها به قواعد تبدیل شده اند. نوع چهارم، قواعد حقوقی بوده است که توسط قوای قانونگذاری برای تنظیم حیات و روابط حقوقی اشخاص وضع گردیده اند. برای این که اشخاص این قواعد را رعایت نمایند، در شرع، اخلاق، عرف و حقوق برای این قواعد ضمانت اجراها پیش بینی شده است.

بنابراین، قواعد دینی، اخلاقی، عرفی و حقوقی دارای ضمانت اجراء است که بر مسؤلین تطبیق می گردد. از همین رو، حقوقدانان به این نظر اند که نه تنها قواعد حقوقی بلکه قواعد اخلاقی، عرفی و شرعی دارای ضمانت اجراء است. پرسش این است که ضمانت اجراء چیست و پرسش دیگر این است که مسؤل کیست؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که به ضمانت اجراء در عربی مؤیده و کیفر می گویند. همچنین، به ضمانت اجراء جزاء و عقوبت می گویند. به نظر می رسد اصطلاح ضمانت اجراء ابداع نویسندگان ایرانی است. به نظر می رسد ضمانت اجراء تضمین و وسیله است برای تطبیق و تنفیذ قواعد حقوقی. در فقه، دکتر وهبة الزحیلی، بر این نظر است که: ضمانت اجراها عبارت است از احکامی که به دنبال احکام اصلی و در پی تخلف از آنها صادر شده است مثل حدود، تعزیران، کفارات و جبران خساره.^{۲۶۸}

۲۶۸. سید احمد سجادی نژاد (۱۳۸۸). جهل به حکم و رافعییت آن نسبت به مسؤولیت کیفری در فقه امامیه، مجله آموزه های فقهی، شماره ۳، ص ۱۰۳.

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۱۴۷

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که مسؤولیت از ریشه «سأل» گرفته شده که به معنای بازخواست، مواخذه، ضمانت و ضمان است.^{۲۶۹} به طور عموم کسی که سؤال می کند را سائل (سوال کننده) و شخصی که از او سؤال می شود را مسؤول می گویند. به وضعیت شخص مسؤول، مسؤولیت می گویند. در حقوق مدنی به شخص مسؤول معمولاً مدیون و متعهد له و به شخصی سؤال کننده داین و متعهد له می گویند. در اصطلاح حقوقی مسؤول کسی است که از وی بازخواست و سؤال کنند و در مقابل دیگران باید پاسخگویی فعل و یا ترک فعل خویش باشد.

امروزه مسؤولیت به دلیل اهلیت، شخصیت و عقل مختص انسان ها است. بنابراین، حیوانات، نباتات و جمادات موجودات مسؤول نیستند زیرا حیوانات، نباتات و جمادات موجودیت های تکلیف پذیر نیست. صرف انسان موجودیت مسؤولیت پذیر است. با وجود این، با در نظر داشت «اصل برائت» اصل این است که ذمه انسان ها از هر نوع مسؤولیت مدنی، جزایی، اداری، اساسی، اخلاقی و دینی بری است. استثنای این اصل مسؤولیت است که در اثر نقض قواعد متوجه انسان می شود. قواعدی را که انسان ممکن است نقض نماید، قواعد دینی، اخلاقی، عرفی، سیاسی، اداری، جزایی و مدنی است. نتیجه نقض این قواعد مسؤولیت دینی، مسؤولیت اخلاقی، مسؤولیت عرفی، مسؤولیت سیاسی، مسؤولیت اداری، مسؤول جزایی و مسؤولیت مدنی است.

برخی از این مسؤولیت ها حقوقی اند مانند مسؤولیت سیاسی، جزایی، اداری و مدنی و برخی مسؤولیت های غیر حقوقی اند. مسؤولیت غیر حقوقی، مسؤولیت است که نمی توان تطبیق ضمانت اجرای آن را از محکمه مطالبه کرد. مسؤولیت غیر حقوقی به مسؤولیت دینی، اخلاقی و عرفی تقسیم می شود.

مسؤولیت دینی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر خداوند عز و جل است.^{۲۷۰} در صورت نقض احکام دینی دو نوع مسؤولیت متوجه نقض کننده احکام می شود: مسؤولیت دنیوی که مجازات دنیوی است و مسؤولیت اخروی که شخص مسؤول در قیامت مواخذه و مجازات خواهد شد. البته، این امر بستگی به سکولار و دینی بودن نظام دارد. در نظام های سکولار فرد مسؤول صرف مسؤولیت اخروی دارد، اما در نظام های دینی فرد مسؤول امکان دارد هم مسؤولیت دنیوی و هم مسؤولیت اخروی داشته باشد. به حیث مثال، در صورت ارتکاب قتل یا زنا در نظام های دینی اسلامی فرد هم مسؤولیت جزایی و هم مسؤولیت اخروی دارد.

مسؤولیت اخلاقی مسؤولیتی است که قانونگذار متعرض آن نشده باشد، مانند: مسؤول بودن انسان نسبت به خود یا خدای خویش.^{۲۷۱} به عبارت دیگر: مسؤولیت اخلاقی عبارت از پاسخگو بودن فرد در

۲۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۳۹.

۲۷۰. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۵.

۲۷۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۶۴۲.

برابر وجدانش است.^{۲۷۲} مسؤولیت اخلاقی در اثر نقض قواعد اخلاقی متوجه انسان می شود. برخی مصداق های نقض قواعد اخلاقی دروغ گفتن، عدم اطاعت از پدر و مادر، داشتن سلوک زشت با مردم و نظیر اینها است. ضمانت اجرای مسؤولیت اخلاقی، ضمانت اجرا های اخلاقی است مانند پشیمانی، ندامت و شرمسار بودن انسان در برابر وجدان خودش است.

مسؤولیت عرفی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر عرف و عادات و جامعه است. این مسؤولیت در اثر نقض قواعد عرفی متوجه شخص می شود. برخی مثال های قواعد عرفی داشتن حسن سلوک با مهمان، پذیرایی مهمان، دعوت دوستان نزدیک به محفل عقد ازدواج و نظیر اینها است. جزای نقض قواعد عرفی، قطع روابط مردم با شخصی است که قواعد عرفی را نقض نموده است، گله کردن از وی و در نتیجه انزوای ناقص قواعد عرفی است.

مسؤولیت حقوقی «تکلیف وارد کننده زیان نسبت به پاسخگویی به زیان در برابر محکمه و بر عهده گرفتن آثار مدنی، جزایی و ... آن است اعم از این که چنین تکلیفی در مقابل زیان دیده باشد یا جامعه ...». طبق این تعریف مسؤولیت به مسؤولیت مدنی، جزایی و ... تقسیم می شود.^{۲۷۳} در عالم حقوق مسؤولیت به انواع ذیل تقسیم می شود:

۱) مسؤولیت مدنی: ظاهراً مسؤولیت مدنی قدیمی ترین نوع مسؤولیت بوده است. مسؤولیت مدنی عبارت است از: «وظیفه حقوقی است که شخص در برابر دیگری به انجام یا ترك عملی دارد اعم از این که منشأ آن عمل حقوقی و یا احکام قانونی باشد.^{۲۷۴} به عبارت دیگر: مسؤولیت مدنی عبارت است از تعهد به جبران خسارت توسط ضرر زنده به زیان دیده (متضرر) در اثر عدم اجرای عقد، اجرای با تأخیر عقد و حوادث حقوقی.

هدف از مسؤولیت مدنی جبران خسارت زیان دیده و تسلی ظاهری وی، مجازات خطاکار و بازداشتن وی و دیگران از ارتکاب مجدد فعل زیانبار و ایجاد صلح و ثبات و برقراری اخلاق خاص در جامعه است. برخی از این اهداف متوجه زیان دیده، برخی دیگر متوجه جامعه و برخی نیز متوجه سایر وارد کنندگان زیان بالقوه و جامعه به طور کلی است.^{۲۷۵} از آنچه گفته شد به خوبی واضح می گردد که مسؤولیت مدنی دو نوع است: مسؤولیت مدنی عقدی و مسؤولیت مدنی غیر عقدی

۱- مسؤولیت مدنی قراردادی (ضمان عقدی): مسؤولیت مدنی قراردادی عبارت از مسؤولیتی است که برای متعهد به دلیل عدم اجراء و یا اجرای با تأخیر عقد در برابر متعهد له ایجاد می شود. چون این

۲۷۲. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۵.

۲۷۳. همان، حسن بادینی، صص ۲۷ و ۲۸.

۲۷۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص

۱۸۳۹ و ۱۸۴۰.

۲۷۵. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۲۰ و ۳۲۱.

مسئولیت برای فرد در برابر فرد دیگر ایجاد می شود به آن مسئولیت مدنی می گویند. همچنین، چون این مسئولیت ناشی از عدم اجراء یا اجرای با تأخیر قرارداد است، به آن مسئولیت مدنی قراردادی می گویند.^{۲۷۶} مطابق ق. م ریشه مسئولیت مدنی قراردادی، قرارداد است.

۲- مسئولیت مدنی غیرقراردادی (ضمان فهری): مسئولیت غیر قراردادی که «ضمان فهری» نیز گفته می شود ویژه حالتی است که شخص از تعهدهای قانونی و عمومی سرپیچی کند و در نتیجه به دیگری ضرر بزند. به عنوان مثال، قانون حکم می نماید که در رفتار و گفتار خود محتاط باشید، بی مبالاتی نکنید، تهمت نزنید، آدم نکشید، مال دیگری را غصب و تلف ننمایید. اکنون اگر کسی به این تکالیف عمومی که حقوق برای همه مقرر داشته است عمل نکند و در نتیجه این تخلف خسارتی به دیگری برساند، باید آن را جبران کند. ریشه این مسئولیت، عقد بین او و متضرر نیست، تخلف از تکالیف قانونی است که برای همه وجود دارد.

مطابق ق. م. ا مسئولیت مدنی غیرقراردادی از حادثه حقوقی ناشی می شود. منبع حادثه حقوقی مطابق ق. م. ا فعل مضر بر مال مانند اتلاف و غصب، فعل مضر بر نفس مانند قتل، ضرب و جرح، فعل مفید مانند استیفای ناروا و عمل فضولی است. همچنین، فعل با تقصیر شخص که منجر به ورود ضرر به شخص دیگر گردد و رابطه سببیت میان عمل و ضرر وجود داشته باشد منبع حادثه حقوقی و مسئولیت مدنی غیرقراردادی است.^{۲۷۷}

(۲) مسئولیت جزایی: مسئولیت جزایی، مسئولیت مرتکب جرم از جرایم مصرحه در قانون را گویند و شخص مسؤوَل به یکی از مجازات های مقرر در قانون خواهد رسید. در مسئولیت جزایی، متضرر از جرم، اجتماع است بر خلاف مسئولیت مدنی که متضرر آن فرد است.^{۲۷۸} ضمانت اجراهای مسئولیت جزایی، حبس، اعدام، پرداخت جریمه و ... است.

(۳) مسئولیت اداری: مسئولیت اداری عبارت از پاسخگو بودن کارکن در برابر اداره به دلیل نقض قواعد اداری است. مجازات اداری، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قوانین اداری مرتب می شود. این مجازات عبارت اند از: توصیه، اخطار، کسر معاش، تبدیلی و غیره است.

(۴) مسئولیت سیاسی: مسئولیت سیاسی عبارت از پاسخگویی وزرا در برابر پارلمان و تطبیق مجازات سیاسی است. مجازات سیاسی، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قواعد حقوق اساسی که

۲۷۶ . جهت مطالعه مفصل در مورد ارکان، شرایط و آثار مسئولیت مدنی قراردادی نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان، حقوق و جابج، جلد (۱)، چاپ ششم، کابل، انتشارات سعید، صص ۲۳۹-۲۴۷.

۲۷۷ . جهت مطالعه مفصل در مورد ارکان، شرایط و آثار مسئولیت مدنی غیرقراردادی نک: همان، نظام الدین عبدالله، جلد (۱)، بخش حوادث حقوقی.

۲۷۸ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۶۴۲.

مربوط به وزراء می شود مرتب می شود. این مجازات توسط شورای ملی در قالب استیضاح و در نتیجه رأی عدم اعتماد اعمال می شود. از آنچه گفته شد، دو نتیجه به دست می آید:

اول این که: ضمانت قواعد مدنی تنفیذ اجباری وجبیه یا تعهد، فسخ، بطلان، اعاده حالت اولی و در صورت عدم امکان جبران خسارت است؛ ضمانت اجرای قواعد جزایی مجازات است؛ ضمانت اجرای قواعد اداری مجازات اداری است و ضمانت اجرای قواعد حقوق اساسی استیضاح و سلب اعتماد است. برای این که این مجازات ها بر شخص مسؤل تطبیق شود لازم است تا مسؤولیت شخص ثابت گردد که این امر فی نفسه مستلزم مراجع شبه قضایی و قضایی و اصول محاکمات است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که نقض قواعد حقوقی موجب ایجاد مسؤولیت حقوقی می گردد. برای اثبات مسؤولیت حقوقی باید شخص متضرر و یا نماینده دولت (مدعی العموم/ دادستان/ خارنوال) مسؤولیت شخص را ثابت نماید. اثبات مسؤولیت شخص معمولاً در محکمه به حیث مثال مسؤولیت مدنی، جزایی و یا خارج از محکمه معمولاً در مسؤولیت اداری و یا سیاسی صورت می گیرد. برای صدور حکم در مورد مسؤولیت شخص مراجع شبه قضایی یا محکمه باید مطابق قواعد اصول محاکمات حکم صادر نماید یا مسؤولیت را تشخیص دهد. ضمانت اجراها در مراجع معین صورت می گیرد. به حیث مثال، ضمانت اجراهای جزایی در خارنوالی، ضمانت اجرای مدنی توسط ریاست حقوق، ضمانت اجراهای اداری در اداره و ضمانت اجراهای سیاسی در شورای ملی بر شخص مسؤل تطبیق می شود.

دوم این که: مسؤولیت مختص انسان ها است و حیوانات، نباتات و جمادات مسؤولیت ندارند. جدول ذیل بیانگر انواع مسؤولیت و ضمانت اجرای عدم نقض قواعد حقوقی است:

نوع	قواعد	مسؤولیت	جزا	تطبیق کننده

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۱۵۱

دولت	اعاده حالت اولی، فسخ، بطلان، تنفیذ جبری تعهد، پرداخت جبران خسارت	مسئولیت مدنی	قواعد مدنی	۱
دولت	حبس، اعدام، جریمه نقدی، حرمان از برخی حقوق مدنی و امثال اینها	مسئولیت جزایی	قواعد جزایی	۲
آمر	توصیه، اخطار، کسر معاش، تبدیلی و امثال اینها	مسئولیت اداری	قواعد اداری	۳
شورای ملی	استجواب، استیضاح و سلب اعتماد	مسئولیت سیاسی	قواعد حقوق اساسی	۴
مردم	قطع روابط، گله، شکایت و امثال اینها	مسئولیت عرفی	قواعد عرفی	۵
دولت اسلامی و خداوند ﷻ	مجازات دنیوی و اخروی	مسئولیت مدنی	قواعد دینی	۶
وجدان	سرزنش کردن خویشتن، پشیمان، ندامت و نظیر اینها	مسئولیت اخلاقی	قواعد اخلاقی	۷

گفتار پنجم) مخاطب ساختن اشخاص

ویژگی دیگر قواعد حقوقی این است که این قواعد موجوداتی را مخاطب قرار می دهد که از شخصیت حقوقی برخوردارند. اشخاص نیز دو دسته اند: اشخاص حقیقی و اشخاص حکمی. بنابراین، موضوع و

مخاطب قواعد حقوقی اشخاص حقیقی و حکمی اند و جمادات، نباتات و حیوانات را در بر نمی گیرد، زیرا، جمادات، نباتات و حیوانات فاقد شخصیت اند و تکلیف پذیر نیستند.

باوجوداین، در برخی موارد استثنایی امکان دارد حیوانات و جمادات موضوع قواعد حقوقی قرار بگیرند، مانند قواعد مندرج در قانون معادن، آب، قانون شکار و امثال اینها که موضوع آنها جماد و حیوان است. باوجوداین، حتی در این گونه موارد مخاطب اصلی اشخاص اند، زیرا این اشخاص اند که قواعد حقوقی را بر حیوانات، نباتات و جمادات تطبیق می نمایند.

گفتار ششم) قواعد حقوقی، قواعد رفتاری است

قاعده حقوقی يك قاعده رفتاری است؛ به این معنی که قاعده حقوقی شیوه عمل (چگونگی رفتار) اشخاص را ترسیم می کند و آنها را به پیروی از آن ملزم می کند. به عنوان مثال، قاعده ای که مشتری را ملزم می کند که ثمن مبیع را بپردازد، وی را به شیوه خاصی از رفتار وادار می کند که لازم است آن را در رفتارش مراعات کند. مثال دیگر: قواعد مربوط به اصول ووظایف داخلی شورای ملی، نمایندگان و سناتوران را مکلف می نمایند، در رأی دهی، ابراز نظر و امثال اینها رفتار های خاص را رعایت نماید. همچنین، قواعد مربوط به اصول محاکمات، قضات و طرفین دعوی را مکلف به رعایت رفتار های معین در محاکم می نماید.

گفتار هفتم) آمره و ناهیه بودن قواعد امری

چنانچه تفصیل آن گذشت، قواعد به اعتبار ایجاد تکلیف و حق به قوانین امری و اختیاری تقسیم می شود. قواعد امری برخلاف قواعد اختیاری امر و نهی می نمایند و افراد نمی توانند برخلاف آن توافق نمایند. بنابراین، قواعد امری آمره (امر کننده) و ناهیه (نهی کننده/ منع کننده) اند. به حیث مثال، ماده ۴۲ ق. ا منسوخ که حکم می نمود: «هر افغان مکلف است مطابق به احکام قانون به دولت مالیه و محصول تأدیبه کند [...]». یک قاعده آمره است زیرا طبق این قاعده هر تبعه افغانستان مشروط بر این که واجد شرایط باشد باید به دولت مالیه و محصول بدهد.

همچنین، ماده ۲۹ ق. ا منسوخ که حکم می نمود: «تعذیب انسان ممنوع است. هیچ شخص نمی تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد. تعیین جزایی که مخالف کرامت انسانی باشد، ممنوع است.» یک قاعده ناهیه است. این قاعده تعذیب انسان در مرحله تعقیب، گرفتاری و توقیف را هرچند به مقصد کشف حقیقت باشد ممنوع اعلام می کند. لذا، پولیس و خازنوالی نمی توانند در این مرحله مظنون و متهم را تعذیب نمایند.

گفتار هشتم) علنیت و معطوف به آینده بودن

قواعد حقوقی باید بر همگان علنی باشد. به عبارت دیگر: قانون نباید پنهان باشد. لذا، قوانین باید در دسترس همگان قرار داشته باشد. قاعده جهل به قانون عذر پنداشته نمی شود (ماده ۵۶ ق. ا منسوخ) ناشی

بخش دوم: منابع حقوق: اصول کلی حقوق | ۱۵۳

از همین خصوصیت قانون است. اصل این است که قوانین برای آینده است و به گذشته رجعت نمی کند که تفصیل آن در ذیل اصل عدم رجعت قانون به ماقبل گذشت.

برخی حقوقدانان بر این نظر اند که قانونگذار همچنان که نمی تواند برای هر فرد، قاعده حقوقی وضع کند، قادر نیست برای لحظه لحظه زندگی حقوقی وی نیز قاعده وضع کند. قاعده حقوقی حاکم بر روابط اجتماعی است و دایمی بودن آن مرهون همین نقش است.^{۲۷۹} واژه دایمی در زبان فارسی مرادف «جاویدان و ابدی» است. اما، در اصطلاح علم حقوق مراد از دایمی آن چیزی است که مقید به زمان خاص نبوده و تا زمانی که توسط موضوع جایگزین، نسخ نگردیده است دارای اعتبار بوده و قانونگذار در مقام وضع قانون و قاضی در صدور حکم و تفسیر قانون نمی توانند آن را نادیده بگیرند.^{۲۸۰}

قواعد حقوقی از جهت زمان نیز به زمان مشخصی محدود نمی شود و می توان این قواعد را در تمام زمان ها مورد بهره برداری قرار داد مگر اینکه نسخ شوند. پلانپول، حقوقدان برجسته فرانسوی در این باره می نویسد: «قواعد حقوقی سبب ایجاد و استقرار نظم و امنیت در جامعه می گردد. این قواعد عام و دایمی هستند و به فرد خاص یا زمان معینی محدود نمی شوند.»^{۲۸۱} ریپر، دیگر حقوقدان غربی می گوید: قواعد حقوقی زمان مند نیست.^{۲۸۲}

دایمی بودن قواعد حقوقی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا هیچ قانون وضعی دایمی نیست، بلکه تا زمانی که قانون نافذ است، قواعد حقوقی دایمی است و با نسخ شدن قانون قواعد ناشی از آن صفت دوام را از دست می دهند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قانون به طور مطلق دایمی نیست و در صورت منسوخ شدن این وصف را از دست می دهد.

۲۷۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۵۳۸.

۲۸۰. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۳۴.

۲۸۱. پرویز صانعی (۱۳۸۱). حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران: انتشارات طرح نو، ص ۲۶.

۲۸۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۴۴۵.

فصل ششم: متحدالمال ها و مصوبات ستره محکمه و دکترین

متحدالمال ها و مصوبات ستره محکمه و دکترین منابع دیگر حقوق افغانستان اند.

مبحث اول) متحدالمال های ستره محکمه

در افغانستان میان حقوقدان معروف است که رویه قضایی یکی از منابع حقوق افغانستان است. این دسته از حقوقدانان بر این نظر اند که رویه قضایی^{۲۸۳} به نظر می رسد از نظام حقوقی فرانسه و انگلستان وارد نظام حقوقی افغانستان شده است. در حقوق کامن لا برخی حقوقدانان در تعریف رویه قضایی می گویند: رویه قضایی عبارت از تصمیم قبلی قضایی است که می تواند به عنوان معیار یا رهنمود در قضیه بعدی استفاده شود.^{۲۸۴}

همچنین، صدور آراء متعدد توسط محاکم در موضوع واحد و تأیید آن توسط مرجع عالی قضایی است.^{۲۸۵} این نظر محل ایراد است زیرا نظام حقوقی افغانستان رویه قضایی و قضیه های قبلی^{۲۸۶} به نظر می رسد که در نظام حقوقی افغانستان منبع نیست^{۲۸۷} زیرا نظام حقوقی افغانستان نظام حقوقی رومن ژرمنیک و اسلام است. قضات مکلف نیستند از تصمیم قبلی محاکم فوقانی تبعیت نمایند. حتی قضایا و

283. Precedents / judicial decisions.

284 . William P. Statsky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 6.

۲۸۵ . حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۱۱.

286. Precedents.

۲۸۷ . در خصوص قضایای قبلی در نظام حقوقی کامل لا نک:

Frank August Schubert (2008). Introduction to Law and the Legal Systems, eleventh edition, USA: Cengage Learning, pp 102- 110.

فیصله های محاکم نشر نمی شوند و در دسترس حقوقدانان و شهروندان قرار نمی گیرد. از زمان ایجاد ستره محکمه تاکنون صرف دو بار فیصله های محاکم به قرار ذیل نشر شده است:

۱) _____ (۱۳۸۸). آشنایی با احکام قضایی محاکم، جلد (۱)، قرار های قضایی دیوان های ستره محکمه جمهوری افغانستان، کابل: پروژه امور عدلی و قضایی افغانستان، اداره انکشافی بین المللی ایالات متحده امریکا.

۲) _____ (۱۳۹۸). راپور فیصله های قطعی و نهایی محاکم، چاپ اول، کباتل: ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان.

قضات در این قضایا برخلاف نظام حقوقی کامن لا قواعد جدید ایجاد نکرده اند بلکه منابع حقوق مانند قوانین، فقه، عرف و ... را تطبیق نموده اند. بنابراین، در نظام حقوقی افغانستان برخلاف نظام حقوقی کامن لا اصلاً قضیه قبلی وجود ندارد که موجب قواعد حقوقی جدید باشد. آنچه در نظام حقوقی افغانستان وجود دارد متحدالمآل ها و مصوبات ستره محکمه است.

در خصوص متحدالمآل های ستره محکمه در نظام حقوقی افغانستان چهار سؤال مطرح است: اول این که متحدالمآل چگونه ایجاد می شود؟ دوم این که متحدالمآل چیست؟ سوم این که اهمیت متحد المآل چیست؟ چهارم این که آیا متحدالمآل های ستره محکمه به عنوان منبع حقوق توسط قوانین افغانستان به رسمیت شناخته شده است یا خیر؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که طبق مواد ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی منسوخ و ماده ۱ ق. م منسوخ در رسیدگی به قضایا قضات مکلف اند احکام قوانین، احکام فقه حنفی را برای پیروان مذهب حنفی و احکام فقه شیعه را در مسایل مربوط به احوال شخصیه برای پیروان اهل تشیع تطبیق نمایند.

در صورت عدم موجودیت حکم در فقه، قضات مکلف اند عرف و عادات را تطبیق نمایند. در صورت نبود عرف و عادات را تطبیق می نمایند. پرسش است که هرگاه عرف نیز وجود نداشته باشد، تکلیف چیست؟ آیا قاضی می تواند از صدور فیصله و تأمین عدالت امتناع ورزد؟ پاسخ این پرسش منفی به نظر می رسد، زیرا در صورت نبود حکم در قوانین، فقه، عرف و عادات و اصول کلی حقوق، قضات می توانند از شورای عالی ستره محکمه استهداء نمایند.

معمولاً محاکم در قضایای مورد رسیدگی قانون اساسی و قوانین را تطبیق می نمایند و در ساحه ای که قانون موجود نباشد، محکمه با مراجعه به احکام شریعت حکم قضیه را در می یابد که عدالت را تأمین نماید و در حالی که قانون ساکت، ناقص، غامض (مبهم)، مجمل (کوتاه) و متناقض بوده محتاج تفسیر، یا توجیه باشد و یا سؤال مطابقت آن با قانون اساسی مطرح گردد، ستره محکمه صلاحیت ابراز نظر در مورد مطابقت آن با قانون اساسی و یا تفسیر و توجیه قانون را دارا می باشد که به درخواست حکومت یا محاکم صورت می گیرد.

محاکم به ارتباط موضوع در دو حالت از ستره محکمه خواهان رهنمایی می باشند. یکی در حالی که حکم قانون موجود نباشد که در این صورت با رعایت تصویب مندرج فقره (۱۰۳) دومین سیمینار رؤسای محاکم ولایات منعقدہ سال ۱۳۵۰ هـ. ش، به مآخذ فقهی مراجعه نموده به منظور توحید و انسجام و تعمیم قواعد و مسایل مفتی به فقه، دلایل رجحان قول را با ارایه مرجع و دلایل حکم به ستره محکمه ارسال می نماید. دوم در حالی که قانون محتاج تفسیر و توجیه باشد که در این صورت محاکم مطابق طرز العمل توضیح به استهدآت مصوب سیمینار عالی رؤسای محاکم منعقدہ سال ۱۳۸۶ هـ. ش اقدام می نماید.

در ماده چهارم طرز العمل توضیح با استهدآت مصوب ۱۳۸۶ هجری شمسی تصریح گردیده است که: «هر محکمه در قضایای وارده اولاً به رهنمایی قانون و کتب فقهی، غور نموده و حتی المقدور بکوشد در روشنایی احکام قانون و استفاده از منابع فقهی در زمینه رسیدگی و اصدار حکم نماید. هرگاه در موضوع وارده به چنان مشکلاتی مواجه شود که تناقص در مواد قانون و یا ابهام و اشکال مطلق به نظر برسد که احتیاج به تفسیر قانون داشته باشد، در این صورت مراتب استهدآتیه را در سه بخش ترتیب دهند: در بخش اول محتویات اصل موضوع را به تفصیل کامل درج نماید.

در بخش دوم نظر خود را که از مطالعه قوانین و منابع فقهی در موضوع مذکور حتی المقدور به دست آورده است، ارایه کند.

در بخش سوم موضوع ضرورت به تفسیر و توجیه قانون را با مدارک مورد مطالعه شان با رعایت سلسله مراتب به ستره محکمه ارجاع نماید.

البته موضوعاتی که ایجاب توضیح، توجیه و تفسیر قانون را می نماید، به مقام شورای عالی ستره محکمه تقدیم و مطابق هدایت مقام موصوف نتیجه ابلاغ می گردد». طوری که در ماده پنجم طرز العمل پیش بینی شده است، محاکم در تنظیم و ترتیب استهدآت مراتب ذیل را در نظر می گیرند:

۱) در موضوعاتی که به اساس قوانین و احکام فقهی حل می گردد، بدون ضرورت جدی از استهدآت خودداری ورزیده باعث سرگردانی مراجعین و شعب مربوط نگردند.

۲) در صورتی که علی الرغم مطالعات مقدماتی محکمه، ضرورت به توضیح، توجیه و یا تفسیر موجود باشد با در نظر داشت قواعد مندرج این طرز العمل استهدآت شان را ترتیب نمایند.

۳) نظریات تدقیقی و مشورتی که از طریق شعبات ستره محکمه تنظیم می شود جنبه الزامی نداشته اساس حکم محکمه قرار نمی گیرد بلکه محکمه مربوط می تواند به حیث یک نظر مشورتی از آن استفاده نماید و در اصدار حکم و اتخاذ تجویز آزادی کامل دارند».

با رعایت ماده ششم طرز العمل، زمانی که محکمه به مشکل قانونی مواجه می گردد و راه حل را نمی یابد، موضوع را به جلسه هیأت قضایی مطرح می کند و در صورتی که هیأت قضائی نیز نتواند پاسخ تهیه کند، استهدآت به جلسه مشترك دیوان های ریاست محکمه استیناف محول می گردد. محکمه استیناف،

محکمه مربوط را رهنمایی می نماید و در صورتی که موضوع قابل توضیح، توجیه و تفسیر دانسته شود، تفصیل موضوع را به مقام ستره محکمه می نگارد.

طوری که در مواد ۸ - ۱۲ طرز العمل توضیح شده است، رسیدگی به استهدآت و توضیح قانونی بر آن مطابق ماده ۳۱ فقره ۶ قانون تشکیل و صلاحیت محاکم قوه قضائیه مصوب ۱۳۹۲ / ۴ / ۹ هـ. ش از صلاحیت شورای عالی ستره محکمه می باشد. در آغاز ریاست عمومی تدقیق و مطالعات بر استهدآت واصله غور نموده نظر تدقیقی را ابراز می نماید. نظر مذکور به ریاست دارالانشاء ارسال می گردد. در صورتی که نظر حاوی توضیح و تشریح قوانین باشد بعد از منظوری قاضی القضاة به مرجع آن اخبار می شود و در حالی که نظر متضمن توجیه و تفسیر قانون باشد در این صورت جهت غور به شورای عالی محول می گردد.

هرگاه نظر تدقیقی جنبه عام داشته و از طرف قاضی القضاة یا شورای عالی ستره محکمه تأیید گردد، ریاست دارالانشاء موضوع را جهت توحید رویه قضائی و تطبیق یکسان قوانین به محاکم طور متحد المآل تعمیم می نماید^{۲۸۸} و به این ترتیب رویه قضایی ایجاد می گردد که یک مثال آن در ذیل ذکر می گردد:

طبق ماده ۱۷۶ ق. م منسوخ و فقه در صورتی که زوج عین و محبوب و خنثی مشکل باشد، زوجه می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی به دلیل عیب جنسی شوهر نماید. اما، در صورتی که شوهر عقیم باشد تکلیف چیست؟ آیا زوجه می تواند به دلیل عقامت شوهر از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق به سبب عقامت شوهر نماید؟ در این خصوص ق. م ساکت است. در فقه نیز در این خصوص فقهاء برخلاف سایر عیوب جنسی زوج ابراز نظر نکرده اند. در این باره عرف و اصول کلی حقوق نیز وجود ندارد. در خصوص این موضوع محکمه استیناف بدخشان از شورای عالی ستره محکمه استهداء کرد و شورای عالی ستره محکمه نظر داد که زوجه می تواند به سبب عقامت شوهر از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی نماید و به این ترتیب رویه قضایی ایجاد که در ذیل متن این نظر نقل می گردد:

متحدالمال شماره (۸۲۶-۹۰۳) مورخ ۱۳۹۴/۴/۲۴ دارالانشاء شورای عالی:

ریاست محکمه استیناف ولایت بدخشان ذریعه نامه شماره (۶۷۸۶/۷۸۴۹) مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۶ خویش مطالب ذیل را استهدا نموده اند:

«۱- دوسیه حقوقی یکن از اصحاب دعوی راجع به عیب عقامت به محکمه شهری اصل و خواهان تفریق نکاح شده است. از آنجائی که به مواد (۱۷۶/۱۷۹) قانون مدنی مراجعه گردید، قانون مدنی از تفریق

به سبب مرض و عیب بحث نموده اما موارد آن را مشخص نکرده است. حسب هدایت ماده ۱۳۰ قانون اساسی حین که به فقه حنفی مراجعه شد، نظر امام ابوحنیفه رحمته و ابو یوسف رحمته بر این است که تفریق به استثنای جب عنین و خصی بودن زوج در دیگر عیوب صورت نمی گیرد، اما فقهای غیر احناف و بعضی از حقوق دانان معاصر عیب عقامت را سبب تفریق می دانند. در چنین موارد اختلاف آراء قضایی وجود داشته جهت دریافت نظریه های صائب و درست طالب هدایت و رهنمایی می باشیم.

عقامت زوج عیب است یا خیر؟ در قانون مدنی عقامت زوج را عیب نگفته است و طبق هدایت مواد قانون اساسی کشور به فقه احناف مراجعه صورت گرفته است در فقه احناف عقامت زوج را اسباب تفریق نخوانده و فقهاء غیر احناف و حقوق دانان معاصر عقامت زوج را ضرر و اسباب تفریق گفته اند.

این استهدائیه در جلسه هئیت رهبری دیوانهای استیناف تحت غور همه جانبه قرار داده شد. در این جلسه تصویب گردید که این دعوی پیش آمده یک معضله عمومی و قانونی بوده است. هئیت رهبری دیوان های ریاست محکمه استیناف ولایت با مطابقت به نظر هئیت قضائی دیوان مدنی و حقوق عامه ریاست محکمه ابتدائیه شهری ولایت بدخشان عقامت زوج را ضرر و اسباب تفریق می دانند.

با آن هم موضوع قابل استهداء می باشد. طبق هدایت فقره سوم ماده ششم طرز العمل استهداآت بعد از نظر هئیت رهبری دیوان های ریاست محکمه استیناف به مقام محترم عالی ستره محکمه تقدیم شد. در زمینه خلأ این معضله رهنمایی لازم و رهنمود قانونی بفرمایند.»

راجع به موارد فوق الذکر مدققین قضائی چنین ابراز نظر نمودند: ماده (۱۷۶) قانون مدنی در مورد تفریق به سبب عیب چنین صراحت دارد: «زوجه وقتی می تواند مطالبه تفریق نماید که زوج مبتلا به مرضی باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به نحوی که معاشرت با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد».

در ماده فوق الذکر برای صحت دعوی تفریق به سبب عیب دو شرط در نظر گرفته شده است:

زوج مبتلا به مرضی باشد که باعث ایجاد ضرر در معاشرت زوجیت گردد.

مرض باید قابل علاج نباشد و یا حد اقل مدت طولانی (بیشتر از یکسال) برای علاج آن لازم باشد.

بنابراین، از این که عقامت زوج که در نتیجه با خصی بودن یکسان است در اهداف معاشرت زوجیت از جمله تولید نسل باعث ضرر می گردد. بنابراین، از جمله امراضی شمرده می شود که موجب صحت دعوی تفریق به سبب عیب پیشبینی گردیده است.

موضوع در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۱/۱۱ شورای عالی ستره محکمه گزارش یافت. بالاثرتی مصوبه شماره

(۶۰) چنین هدایت صادر گردید:

نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید شد به مرجعش اخبار گردد. مراتب فوق طی نامه شماره (۹)

مورخ ۱۳۹۴/۱/۲۵ به ریاست محکمه استیناف ولایت بدخشان اخبار و بدین وسیله طور متحدالامال تعمیم

شد تا ریاست های محاکم استیناف ولایات با رعایت آن اجراءات شان را عیار نموده موضوع را به محاکم مربوط خویش نیز اطلاع دهند.

حال که دانسته شد متحدالمآل ها در نظام حقوقی افغانستان چگونه صادر می گردد، در پاسخ به سؤال دوم باید گفت متحد المآل اسم مرکب است و از دو کلمه متحد و مآل گرفته شده است. متحد به معنی واحد و یکپارچه است. مآل از «آل یا أول اولاً» گرفته شده است که در لغت به معنی عودت و برگشت به مرجع واحد می باشد.

در نظام حقوقی افغانستان متحدالمآل را باید به طور جداگانه در نظام اداری و قضایی تعریف کرد. در اصطلاح حقوق اداری، به مکاتیب متعدد که دارای موضوع و مرجع واحد باشد، متحدالمآل می گویند. در اصطلاح قضایی نیز این تعریف صادق است. بنابراین، در اصطلاح قضایی نیز متحدالمآل عبارت از اسنادی اند است که طی آن تجویز مقام ذیصلاح ستره محکمه در زمینه توضیح، تفسیر و توجیه قوانین و رویه های قضائی به محاکم تحتانی ابلاغ می گردد.^{۲۸۹}

اهمیت متحدالمآل این است که رعایت متحدالمآل های قضائی ستره محکمه باعث توحید رویه قضایی و تطبیق بلاانحراف و یکسان قوانین می شود. متحدالمآل های ستره محکمه در مجله قضاء به صورت ماهوار و در نشریه میزان در هر ده روز یکبار نشر می گردد. از سال ۱۳۸۵ هـ تا اخیر سال ۱۳۸۸ هـ ش، ۲۳۱ متحدالمآل از طریق ادارات ذیصلاح ستره محکمه به محاکم صادر شده است که از آن جمله ۵۰ موضوع آن در سال ۱۳۸۵ هـ ش، ۷۵ موضوع آن در سال ۱۳۸۶ هـ ش و ۶۴ موضوع آن در سال ۱۳۸۸ هـ ش تعمیم یافته است.^{۲۹۰} همچنین، از سال ۱۳۰۹ الی کنون متحدالمآل های ذیل چاپ و نشر شده است:

- ۱) محمد عثمان ژوبل (۱۳۵۳). مجموعه متحدالمآل های اداری و قضایی مربوط به محاکم، بخش اول، مربوط سال های ۱۳۰۹ الی ۱۳۳۹، نشرات قضایی وزارت عدلیه؛
- ۲) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه متحدالمآل های اداری و قضایی مربوط به محاکم، بخش اول، مربوط سال های ۱۳۴۰ الی ۱۳۴۶، نشرات قضایی وزارت عدلیه؛
- ۳) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه متحدالمآل های اداری و قضایی مربوط به محاکم، بخش اول، مربوط سال های ۱۳۴۶ الی ۱۳۴۷، نشرات قضایی ستره محکمه؛
- ۴) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه متحدالمآل های اداری و قضایی مربوط به محاکم، بخش اول، مربوط سال های ۱۳۴۸ الی ۱۳۴۹، نشرات قضایی ستره محکمه؛

۲۸۹. همان، محمد عثمان ژوبل، صص ۹-۱۴.

۲۹۰. همان، محمد عثمان ژوبل، صص ۹-۱۴.

۵) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه مجموعه متحده المال، مصوبات و رهنمودها سال های ۱۳۸۵-۱۳۸۸، کابل: ستره محکمه؛ و

۶) محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه مجموعه متحده المال، مصوبات و رهنمودها سال های ۱۳۸۹-۱۳۹۳، کابل: ستره محکمه.

۷) احمد فهیم قویم (۱۳۹۸). مجموعه متحده المال، سال های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، کابل: ستره محکمه. مبنای متحده المال ها قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه مصوب ۱۳۹۲ منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ است. ماده ۳۱ فقره ۶ این قانون در این خصوص می گوید: «شورای عالی ستره محکمه در ساحه قضائی دارای وظایف و صلاحیت های ذیل می باشد: ۶- بررسی استهدآت و رایه توضیحات برای محاکم به منظور تطبیق سالم قانون و تأمین وحدت رویه قضائی.» طبق نص این ماده طبق نص این ماده بررسی استهدآت و رایه توضیحات برای محاکم و تأمین وحدت رویه قضایی یکی از وظایف شورای عالی ستره محکمه است.

مبحث دوم) دکترین

به نظر می رسد نظریات دانشمندان حقوق منحیث یکی از منابع غیرمستقیم حقوق از نظام حقوقی رومن ژرمنیک و کامن لا وارد نظام حقوقی افغانستان شده است که در انگلیسی به آن (Doctrine) می گویند. نظریات دانشمندان حقوق، عقاید و نظریات دانشمندان حقوق است که در باره توضیح، تشریح و بسط قوانین، اصول کلی حقوق، عرف های حقوقی و رویه قضایی رایه می گردد.

این نظریات به وسایل گوناگون ابراز می شود. استادان در دروس و تألیفات، وکلای مدافع در دفاع خود، نویسندگان در نوشته ها و یادداشت های خود و بعضاً نیز در مجامع علمی و کنفرانس های ملی و بین المللی به صورت سخنرانی ایراد می شود. دانشمندان حقوق با پیشنهاد های تازه و نقد آرای محاکم و نشان دادن مصالح و مفساد قوانین و دسته بندی کردن آراء و اصول تلاش می نمایند نظریات خویش را ارائه نمایند.

نظریه های دانشمندان حقوق جنبه رسمی ندارد و قدرت سیاسی دولت نیز از آن حمایت نمی کند. روی همین دلیل این نظریه ها الزام آور نیست. ^{۲۹۱} علاوه براین، نظریات دانشمندان حقوق متعارض و گوناگون است. بنابراین، برای قاضی مشکل خواهد بود که کدام نظر را قبول نماید. همچنین، نظریات دانشمندان حقوق امکان دارد که هنوز در قالب فرضیه باشد و به نظریه علمی تبدیل نشده باشد. همچنین، نظریات دانشمندان حقوق نظریات شخصی و علمی آنها است و امکان دارد یک حقوقدان به دلیل عدم دقت علمی، نداشتن تخصص، فهم و دانایی لازم و تجربه در رایه نظریه مرتکب اشتباه شود.

دکترین منبع رسمی حقوق افغانستان را تشکیل نمی دهد. باوجوداین، دکترین در توسعه حقوق از اهمیت به سزایی برخوردار است. زیرا، دکترین نقش مهمی در ایجاد، تفسیر و اعمال قواعد حقوقی دارد به اندازه ای که برخی حقوقدان گفته اند که: «از نظر علم حقوق، نظریات دانشمندان حقوق همواره چراغ هدایت قانونگذار، قضات و مجریان قانون هستند.»^{۲۹۲} این تأثیر عملاً یا به وسیله آموزش یا هم در اثر تفسیر و گزارش های کتبی و یا تحقیقات و تتبعات انجمن های علمی صورت می پذیرد:

(۱) آموزش: افکار و نظریه های حقوقی که در دانشکده های حقوق و شرعیات تدریس می شود، بالاخره در کسانی که بعدها، قانونگذار یا قاضی می شوند اثر خود را می گذارد. زیرا، قانونگذار و قاضی چیزی از خود ابداع نمی کنند، بلکه نظری از نظریه های را که آموخته اند در متن قانون می آورند و سپس به منصفه اجراء می گذارند و به این ترتیب دکترین عامل غیرمستقیم ایجاد حقوق می گردد.

(۲) تفسیر ها و گزارش های کتبی: علاوه از طریق آموزش، نظریاتی که از طرف دانشمندان و استادان حقوق در مقالات، کتب و رسائل ارائه می گردد نیز برای مقننین و قضات یکی از منابع غیرمستقیم حقوق را تشکیل می دهد.^{۲۹۳}

نقش دکترین در توسعه حقوق بی نهایت مهم است. زیرا، دکترین قوانین، عرف، رویه قضایی را نقد می نمایند و نظریات جدید ارایه می نمایند. قانونگذار نیز در اصلاح قوانین از این نظریات استفاده می نماید. در نتیجه حقوق ساخته دانشمندان حقوق است. زیرا، اگر دانشمندان حقوق نباشد، حقوق جز چند قانون خشک، عرف و رویه قضایی نخواهد بود. بنابراین، نقش دانشمندان حقوق در حقوق مانند نقش فقهاء در شریعت است. زیرا، همانطور که فقه در روشنائی قرآن و حدیث ساخته فقهاء است، حقوق نیز ساخته دانشمندان حقوق است. از آنچه در باره منابع حقوق افغانستان بیان شد سه نتیجه مهم به دست می یابد:

نخست اینکه: اولین منبع ای حقوق در افغانستان قوانین اعم از اساسی، مدنی و سایر قوانین ذیربط بود. معاهدات نیز بعد از تصویب، توشیح، نشر و انفاذ قانون عادی تلقی می گردیدند. فرامین تقنینی نیز بعد از توشیح رئیس جمهور در حکم قانون و پس از تصویب شورای ملی و توشیح رئیس جمهور قانون عادی بود. اهمیت قانون در نظام حقوقی افغانستان به اندازه ای است که می توان ادعا کرد اگر قانون نباشد، حقوق وجود ندارد. به حیث مثال، در حال حاضر، در افغانستان قانون جرایم انترنتی وجود ندارد.

لذا، حقوق جرایم انترنتی نیز وجود ندارد. قانون در نظام های حقوق نوشته از جمله افغانستان در مقایسه با سایر منابع از اهمیت ویژه برخوردار است و می توان آن را گوهر حقوق تلقی کرد، زیرا تعداد اصول کلی حقوق محدود است. در افغانستان رویه قضایی رشد نکرده است. عرف و عادات صرف در

۲۹۲. ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، ص ۹۵.

۲۹۳. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۲۵؛ و سید جلال الدین مدنی

(۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۳۷.

حوزه حقوق مدنی نقش دارد. منبع دوم فقه بود. منبع سوم عرف و عادات عمومی است (ماده ۱۳۰ ق.ا. منسوخ، ماده ۱ فقره دوم ق. م منسوخ، ماده ۴۹۸ ق.ا. م. م منسوخ). محاکم در عمل در صورت نبودن قوانین، فرامین، احکام فقهی، عرف و عادات و متحد المال های ستره محکمه را تطبیق می نمودند. آنچه گفته شد، از لحاظ نظری است. اما، در عمل سلسله مراتب میان منابع حقوق افغانستان به این ترتیب بود:

۱) قوانین به معنی عام که شامل قانون اساسی، قوانین عادی، مقررات، اساسنامه ها، لوایح و طرزالعمل ها می شود. قوانین در مفهوم عام یکی از منابع کلاسیک و مهم حقوق است. معمولاً قانونگذاران در تدوین قوانین، از عرف، شریعت، اصول کلی حقوق، نیاز های جامعه، اصول حقوق طبیعی، تجارب دولت های توسعه یافته و ... استفاده می نمایند. بنابراین، منابع قانون عرف جامعه، شریعت، اصول کلی حقوق، اصول حقوق طبیعی، نیاز های جامعه، تجارب ممالک پیشرفته و ... است. در این صورت، در نگاه اول به نظر می رسد آنچه در مورد منبع قانون و حقوق گفته شد، تعارض وجود دارد، زیرا چطور امکان دارد عرف، شریعت، اصول کلی حقوق و ... هم منابع حقوق و هم منابع قانون شوند، اما اگر اندکی دقت نماییم در می یابیم که حقوقدانان گاهی به صورت مستقل از شریعت در صورت مسکوت بودن قوانین، عرف، اصول کلی به صورت مستقیم استفاده می نمایند و گاهی نیز در تدوین و تسوید قوانین از این منابع استفاده می نمایند. به همین جهت، می بینیم که شریعت، عرف، اصول کلی هم منبع مستقیم و هم منبع قانون قرار می گیرد و سپس قانون منبع حقوق؛ (۲ فقه؛

۳) عرف و عادات: به رغم این که عرف و عادات یکی از منابع حقوق افغانستان است، اما نقش آن صرف در ساحة حقوق خصوصی (و حقوق بین الملل) براننده است. در ساحة حقوق خصوصی نیز مراجعه به عرف مشروط بر عدم مخالفت عرف با اسلام، قوانین وضعی و عدالت است. بنابراین، به نظر می رسد عرف و عادات هیچ نقشی در نظام حقوقی افغانستان در ساحة حقوق عامه ندارد.

با توجه به تعریف عرف عام به نظر می رسد پیدا کردن مصادیق عرف عام در افغانستان بسیار مشکل به نظر می رسد، زیرا نخست این که عرف ها معمولاً بدون نیستند تا قضات آن ها را فرا گیرند؛ دوم این که در افغانستان اقوام مختلف زندگی می نمایند و عرف و عادات این اقوام از یک ولایت تا ولایت دیگر متفاوت است و بنابراین مردم هر ولایت تقریباً تابع عرف و عادات خاص اند. سوم این که قانونگذار مدنی به قضات اجازه نمی دهد به عرف های خاص استناد نمایند. لذا، ماده ۲ ق. م منسوخ ساحة عرف و عادات و استناد به عرف و عادات را بسیار محدود ساخته است که و قضات نمی توانند به عرف های خاص استناد نمایند که محل ایراد به نظر می رسد.

۴) هرچند متحدالمال های ستره محکمه از لحاظ نظری یکی از منابع حقوق افغانستان را تشکیل می دهد اما نقش متحدالمال های ستره محکمه در نظام حقوقی افغانستان بسیار ناچیز و کم اهمیت

است، زیرا نظام حقوقی افغانستان مانند نظام های حقوقی رومن ژرمنیک مبتنی بر قانون^{۲۹۴} است نه برخلاف نظام های حقوقی کامن لا مبتنی بر رویه قضایی.^{۲۹۵} بنابراین، از یکطرف در نظام حقوقی افغانستان رویه های قضایی مانند نظام حقوقی کامن لا وجود ندارد و از طرف دیگر قضات مکلف نیستند از قضیه های قبلی^{۲۹۶} تبعیت و پیروی نمایند.

علاوه بر این، در عمل نیز در دانشگاه ها و مجامع علمی و اکادمیک به قضایا منحیث «رویه قبلی» استناد نمی شود. همچنین، در نظام حقوقی افغانستان برخلاف نظام حقوقی کامن لا قضات مکلف نیستند از قضیه ای که قبلاً توسط قضات دیگر فیصله شده است منحیث «قضیه قبلی» استفاده نمایند. بنابراین، به نظر می رسد آنچه را که در نظام حقوقی افغانستان رویه قضایی می نامند چیزی جز نظریات شورای عالی ستره محکمه نیست و رویه قضایی در نظام حقوقی افغانستان مانند نظام حقوقی انگلستان وجود ندارد.

در این نظام رویه های قضایی قواعد حقوقی جدید ایجاد می نمایند. در حالی که در نظام حقوقی افغانستان چنانچه از لابلای مطالعات نظریات ستره محکمه معلوم می گردد ستره محکمه از طریق ارایه نظریات «قواعد جدید حقوقی» ایجاد نمی نماید بلکه بیشتر قضات را رهنمایی به تطبیق قوانین می نماید و موارد بسیار اندک آن هم در ساحه مدنی، تجارتی، جزایی، اصول محاکمات قواعد جدید ایجاد می نماید.

همچنین، در نظام حقوقی افغانستان برخلاف نظام حقوقی انگلستان «راپور/ گزارش های قضایی» وجود ندارد. البته، در موارد محدود ستره محکمه در برخی حالات در مجله قضاء و ماهنامه میزان صرف تعداد قضایای را که حل و فصل نموده است گزارش می داد که آن با سقوط نظام جمهوریت به دست گروه طالبان متوقف شد. دسترسی به قضاء در نظام حقوقی افغانستان بسیار مشکل است. از یکطرف قضایا نشر و پخش نمی شوند و از طرف دیگر قضات قضایای حل و فصل شده را به دسترسی محققین قرار نمی دهند و آن را محرم تلقی می نمایند.

۵) نظریات دانشمندان حقوق که یکی از منابع غیرالزام آور و غیرمستقیم حقوق افغانستان را تشکیل می دهد. نقش این منبع نیز در نظام حقوقی افغانستان بسیار کم اهمیت است زیرا بسیاری از علمای حقوق مولد اندیشه حقوقی در افغانستان نیستند، بلکه مصرف کننده اندیشه های حقوقی دیگران به خصوص علمای حقوق نظام های حقوقی توسعه یافته هستند.

۶) قوانین و قاضی در شناسایی منابع حقوق نقش مهمی را ایفا می نمایند. قوانین نافذ افغانستان، اصول کلی حقوق را هنوز برخلاف عرف، رویه قضایی و فقه به رسمیت نشناخته است و قضات هم

294. Act made law.

295. Judge made law.

296. Precedent.

مكلف به تطبيق قوانين، فقه و عرف و عادات اند نه اصول كلي حقوق، اما با توجه به تأثير پذيری نظام حقوقی افغانستان از نظام حقوقی فرانسه، اصول كلي حقوق هم یکی از منابع حقوق افغانستان به شمار می آید هرچند جایگاه آن در میان منابع و سلسله مراتب حقوقی افغانستان روشن نیست. به نظر می رسد نقش اصول كلي حقوقی نیز در نظام حقوقی افغانستان به دليل اندک بودن اصول كلي حقوق براننده نیست.

دوم این که: در نظام حقوقی افغانستان استراتژی^{۲۹۷} که راهبرد نیز نامیده می شود و پالیسی^{۲۹۸} که راهکار نیز نامیده می شود، شامل اسناد تقنینی نمی شوند. ماده ۲ جزء ۱ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در مورد مصادیق اسناد تقنینی می گوید: «اسناد تقنینی شامل قانون، فرمان تقنینی، فرمان رئیس جمهور، مقرر، اساسنامه و تعديل، ضمیمه، ایزاد، حذف، تعلیق یا تعديل آنها و مصوبه شورای وزیران است که دارای ماهیت تقنینی باشد.»

ایجاد استراتژی ها و پالیسی ها در نظام سیاسی افغانستان از سال ۲۰۰۱ به این طرف؛ یعنی از زمان حضور جامعه بین المللی به خصوص امریکا و اروپا مروج شده است. در افغانستان استراتژی ها و پالیسی های متعدد در عرصه های مختلف وجود دارد. اما، تعریفی که مورد توافق همه دانشمندان باشد در مورد استراتژی و پالیسی وجود ندارد. استراتژی عبارت است از سند رهنمونی است که اهداف دولت و طُرق رسیدن به این اهداف توسط قوای دولتی را معین می نماید. اما، پالیسی در برگیرنده تصامیم سیاسی جهت تطبيق برنامه ها به منظور رسیدن به اهداف اجتماعی است.^{۲۹۹}

استراتژی ها و پالیسی ها با اینکه سند اند، توسط ادارات مختلف دولت تسوید می شوند و توسط کابینه مورد تأیید قرار می گیرند، اسناد تقنینی نیستند و ارزش حقوقی ندارند، زیرا اولاً استراتژی ها و پالیسی ها موجد قواعد حقوقی و در نتیجه حق و تکلیف برای اشخاص حقیقی و حکمی که موضوع حقوق اند، نیستند؛ ثانیاً استراتژی ها و پالیسی ها صرف قوه مجریه وضع و تأیید می گردد و در نتیجه مورد تصویب شورای ملی قرار نمی گیرند؛ ثالثاً استراتژی ها و پالیسی ها در جریده رسمی نشر نمی شوند.

در نتیجه، قاضی در حل فصل دعوی، وکیل مدافع در اقامه و دفع دعوی و خارنوال (دادستان) در اقامه دعوی نمی توانند به استراتژی ها و پالیسی ها استناد نمایند. فلسفه وجودی استراتژی ها و پالیسی ها تعیین خطوط اساسی دولت، اهداف کوتاه مدت، میان مدت و دراز مدت دولت و قوای مختلف

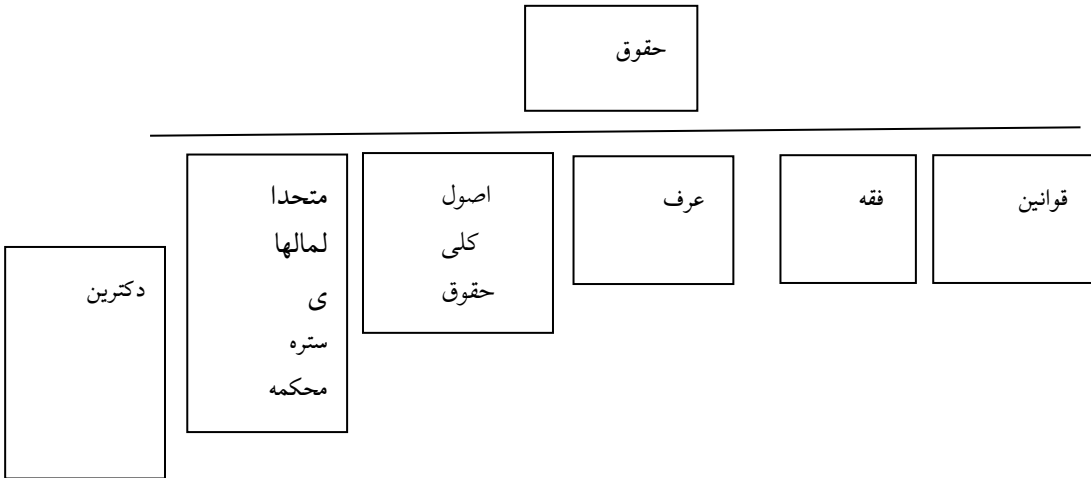
297. Strategy.

298. Policy.

299. Ramesh Kumar Tiwiri and Aasha Kapur Mehta (2012). Public Policy and Administration, Delhi: Gyan publishing, p 2.

بخش دوم: منابع حقوق افغانستان: متحدالمآل های ستره محکمه و دکترین | ۱۶۵

دولت است، مانند: استراتژی انکشاف ملی افغانستان، استراتژی عدالت برای همه، استراتژی قانون و عدالت، استراتژی ملی سکتور عدلی و قضایی^{۳۰۰} و پالیسی ادارات محلی ۱۳۸۹ و امثال اینها. سوم اینکه: فرقی که بین قانون و حقوق وجود دارد این است که: حقوق کل است و قانون جزء؛ به این توضیح که حقوق منابع متعدد دارد که یکی از آن ها قانون است. بنابراین، اگر قانون را با استفاده از فقه، رویه قضایی، اصول کلی، عرف و عادات تفسیر، تحلیل، تشریح و نقد نماییم نتیجه آن حقوق است. به عنوان مثال، اگر قانون مدنی را به نحوی که گفته شد، شرح و تفسیر نماییم، نتیجه آن حقوق مدنی است. همچنین، اگر اصولنامه تجارت را به نحوی که گفته شد، شرح، تفسیر، تحلیل و نقد نماییم، نتیجه آن حقوق تجارت است. همین طور است شرح و تفسیر قانون جزاء، قانون اساسی و امثال اینها. علاوه بر این، قانون صرف قواعد است. اما، حقوق علاوه بر قواعد، اصول کلی، رویه قضایی، عرف و عادات و نظریات دانشمندان حقوق است که در نمودار ذیل ارایه می گردد:



بخش سوم: تقسیمات حقوق

در یونان قدیم به علم فلسفه می گفتند و به شخصی که فلسفه می دانست فیلسوف و یک فیلسوف قادر بود همه علوم را فراگیرد. با گسترش ساحه علم آهسته آهسته علم به شاخه های متعدد تقسیم شد. یکی از کلان ترین تقسیمات، تقسیم علوم به علوم انسانی (نظری) و علوم تجربی بود. چون حوزه های علوم انسانی نیز توسعه یافت، علماء علوم انسانی را نیز به شاخه های مختلف مانند فلسفه، حقوق، سیاست و ... تقسیم کردند.

ارایه تقسیم بندی مانع و جامع از حقوق حتی در نظام های حقوقی بسیار پیشرفته مشکل به نظر می رسد، زیرا نخست این که امروزه یکی از منابع مهم و اولی حقوق در نظام های حقوق نوشته قوانین است و قوانین در حوزه های مختلف وجود دارند مانند: بانکداری، جنگلات، آبیاری، تصدی ها، ادارات، مالیات، گمرکات، حفظ حیوانات، ساخت و ساخت، شهرداری، مخابرات و امثال اینها. هرچند علمای حقوق کوشش کرده اند قواعد این قوانین را با استفاده از روش کل و جزء علمی منطقی نمایند و در زیر شاخه های کلان حقوق قرار دهند، اما هنوز هم اکثر قواعد قوانین در تقسیماتی که دانشمندان حقوق ارایه کرده اند چپش و جابجا نمی شود.

به حیث مثال، قواعد قوانین مربوط به اصلاحات قوای پولیس، قوانین مربوط به جیودیزی و کارتوگرافی، قوانین مربوط به حمل و نقل زمینی و جواز سیر، قوانین مربوط به تخم های بذری، قوانین مربوط به صحت عامه، قوانین مربوط به قانون رهن اموال منقول در معاملات بانکی، قوانین مربوط به مصالحه ملی و عفو عمومی و ثبات ملی، قوانین مربوط به لیلیه ها و دانشگاه ها، ادویه و امثال اینها. دوم این که حقوق علمی است که در برابر تحولات واکنش (عکس العمل) نشان می دهد. این واکنش گاهی

پیشینی (متقدم) و گاهی پسینی (متأخر) است. در واکنش پیشینی حقوق تحول ایجاد می نماید، اما در واکنش پسینی، حقوق تحولی که واقع شده است را تنظیم می نماید. این واکنش ها بیشتر توسط قوانین و رویه قضایی صورت می گیرد. بنابراین، حقوق علم ایستا نه، بلکه علم پویا و متحرک است.

باوجوداین، امرزوه علم حقوق به شاخه های تقسیم نموده اند. پرسش این است که برای تقسیم حقوق چه معیاری وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که با توجه به معیار «مرز» حقوقدانان در یک تقسیم کلی حقوق را به حقوق داخلی یا ملی و حقوق خارجی یا بین المللی دسته بندی کرده اند. به عبارت دیگر: حقوق براساس قلمرو قاعده حقوقی و ارتباط آن فقط با یک یا چند «دولت-کشور» به دو شاخه حقوق ملی (داخلی) و حقوق بین الملل (خارجی) تقسیم گردیده است.^{۳۰۱}

در این کتاب بر آنیم که تصویر کلی از رشته های مختلف حقوق افغانستان ارایه نماییم. زیرا، اولاً هدف این کتاب این است که حقوق افغانستان را به طور خیلی کلی معرفی نماییم نه کل حقوق افغانستان را؛ ثانیاً: بحث در مورد کل حقوق افغانستان حداقل مستلزم نوشتن بیشتر از حداقل ۲۱ جلد کتاب است؛ و ثالثاً چیدمان (تنظیم) دانش حقوق در مبادی حقوق به صورت افقی است نه عمودی، زیرا دانشجویان دانش حقوق را در مقاطع لیسانس، ماستری و دوکتورا به صورت عمودی فرا می گیرند. بنابراین، در این کتاب، صرف در مورد تعریف، منابع و موضوعات مورد بحث هر رشته حقوقی به صورت گذرا و حاشیه ای بحث صورت خواهد گرفت و خوانندگان محترم می توانند به کتاب های مرجع در این زمینه ها مراجعه نمایند.

فصل اول: حقوق ملی

مبحث اول) کلیات

گفتار اول) تعریف

در خصوص حقوق ملی تعاریف ذیل وجود دارد:

۱) حقوق داخلی یا ملی عبارت از رشته ای از حقوق است که موضوع آن مطالعه قواعد حقوقی ناظر بر روابط اشخاص در کشور معین است.

۲) حقوق ملی^{۳۰۲} حقوقی است که در داخل مرزهای یک دولت قابل تطبیق است.^{۳۰۳}

۳) حقوق ملی مجموعه قواعد حاکم بر روابط حقوقی اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی در چهارچوب یک دولت معین است مانند روابط اتباع با دولت، روابط ارکان دولت با یکدیگر و روابط دولت با مردم.^{۳۰۴} امروزه در جهان ۱۹۵ مملکت وجود دارد و هر کدام این ممالک دارای حقوق ملی با اندکی تفاوت اند. حقوق ملی این ممالک را به طور کلی یکی از چهار خانواده کلان حقوقی رومن ژرمنیک، کامن لا، اسلام و مارکسیسم تشکیل می دهد.

گفتار دوم) تقسیمات و پیشینه تقسیم

حقوق ملی به حقوق خصوصی و حقوق عمومی تقسیم می شود. برخی از علمای حقوق نظیر ساواتیه و ریپر اصطلاحی نظیر «اشغال حقوق خصوصی به وسیله حقوق عمومی» یا «افول حقوق» به معانی

302 . Municipal law/ national law.

303. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 5.

۳۰۴. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۳.

کلاسیک را عنوان می‌کنند و عملاً مرزهای تمایز بین حقوق عمومی و خصوصی را از بین می‌برند.^{۳۰۵} این نظر محل ایراد است، زیرا درست است که امروزه در حقوق خصوصی بر اراده آزاد طرفین قرارداد محدودیت‌های وضع شده است و توافق طرفین نباید مخالف قانون، نظام و آداب عامه باشد. همچنین، درست است که بر تصرف شخص بر ملکیت محدودیت‌های وضع شده است، اما نظریه افول حقوق خصوصی درست نیست، زیرا حقوق خصوصی هنوز هم مانند گذشته در همه نظام‌های حقوقی وجود دارد. در دنیای حقوق، فرق گذاری بین حقوق عمومی و خصوصی از دیرباز جزء والاترین تقسیم بندی‌ها است، چرا که از همان آغاز، ماهیت قواعد مورد بحث را به روشنی مشخص می‌سازد.

پیشینه تاریخی تقسیم حقوق به عامه و خصوصی به روزگار روم باستان بر می‌گردد. در آغاز مجموعه ژوستین می‌خوانیم که مطالعه حقوق به دو شاخه تقسیم شده است: حقوق عمومی که باید به حکومت امپراتور روم پردازد و حقوق خصوصی؛ یعنی بخشی که به مصالح و منافع افراد پیوند می‌گیرد. در روم باستان، فرد و دولت هر کدام زمینه‌های پهناور و گسترده‌ای برای انجام کارهای مستقل و جدا از هم به دست آورده بودند. با فروپاشیدن قدرت عالی مرکزی روم در سده‌های میانه، این تقسیم بندی کاهش یافت.

فرانسه در آن روزگاران میان حقوق عمومی و خصوصی جدایی نمی‌شناخت. حقوق انگلیس از گذشته‌ها و هنوز هم بر پایه جدایی میان دو بخش حقوق استوار است. حقوقدانان معاصر بار دیگر، این تقسیم بندی را از سر گرفتند و آن را در ادبیات حقوقی رواج دادند.^{۳۰۶}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که در حقوق، تقسیم حقوق و قواعد حقوقی به دو بخش خصوصی و عمومی ریشه در حقوق روم دارد. مراد از حقوق عمومی قواعدی بود که به تشکیلات حکومت و دولت روم شکل می‌داد و حقوق خصوصی به قواعدی گفته می‌شد که ناظر بر منافع افراد و تنظیم کننده مناسبات حقوقی آنها بود.^{۳۰۷} اما، تقسیم حقوق به عمومی و خصوصی در نظام حقوقی سوسیالیستی پذیرفته نشده است و این سخن مشهور لنین است که: «دیگر حقوق خصوصی وجود ندارد. همه چیز در کشور ما جزو حقوق عمومی است.»^{۳۰۸}

گفتار سوم) روش‌های تقسیم

به طور کلی، در مورد تقسیمات حقوق ملی سه روش وجود دارد: روش انگلیسی، فرانسوی و آلمانی:

۳۰۵. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۳.

۳۰۶. محمد حسین ساکت محمد حسین ساکت (۱۳۸۰). حقوق شناسی، چاپ اول، تهران: نشر ثالث، صص ۲۲۲-۲۲۴.

۳۰۷. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۱۲.

۳۰۸. محسن صادقی (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۱۴.

(۱) روش انگلیسی: در حقوق انگلیس حقوق ملی به حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم می شود. حقوق عمومی شامل حقوق اساسی، حقوق اداری و حقوق حقوق جزاء می شود. حقوق مدنی^{۳۰۹} که در نظام حقوقی انگستان گاهی حقوق خصوصی^{۳۱۰} نیز نامیده می شود، شامل حقوق وجایب، حقوق میراث، حقوق فامیل و حقوق عینی می شود.^{۳۱۱}

(۲) روش فرانسوی: در فرانسه حقوق ملی را به حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم می نمایند. حقوق عامه شامل حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالیه و حقوق جزاء می شود. حقوق خصوصی شامل حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق وجایب، حقوق تجارت و حقوق کار می شود.^{۳۱۲}

(۳) روش آلمانی: در حقوق جرمنی برخی نویسندگان بر این نظر اند که حقوق به طور سنتی به سه شاخه مهم حقوق خصوصی، حقوق عمومی و حقوق جزا می شود.^{۳۱۳} هرچند حقوق جزا به طور سنتی به عنوان یک شاخه جدا تقسیم شده است و از حقوق عامه مستقل محسوب می شود، اما حقوق جزا جزء حقوق عامه است، زیرا صرف دولت حق اعمال مجازات را دارد.^{۳۱۴} حقوق عامه در جرمنی شامل حقوق اساسی و حقوق اداری می شود. حقوق اداری به سه بخش تقسیم می شود:

(۱) اصول عمومی حقوق اداری (General principles of administrative law) که شامل مباحث

ذیل می شود:

۱- وجایب و تشکیلات ادارات عامه.

۲- انواع مختلف اعمال اداری.

۳- ملکیت های عامه.

۴ اجراءات اداری (Administrative procedure).

۵- مسؤولیت مدنی دولت و حق دریافت جبران خسارت.

(۲) حقوق اداری خاص (Special administrative law) که شامل شاخه های ذیل می شود:

۱- حقوق پولیس (Police law).

۲- حقوق اداره همگانی (The law of communal administration).

۳- حقوق ساخت و ساز عمومی (The law of public construction).

309 . Civil law.

310 . Private law.

311 . D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 4.

312 . John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, first edit, Tehran: Dadqaster publication, pp 139- 659.

313. Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated into English by: Miceal Jewll, 5th edi (___), p 16.

314 . Ibid, p 16.

- ۴- حقوق اتباع خارجی و پناهندگی (The law on foreigners and asylum).
- ۵- حقوق اسناد و ثبت اقامتگاه (Identifying documents and residence registration).
- ۶- حقوق حمایت از اطلاعات (Date protection).
- ۷- حقوق خدمات عامه (Public service law).
- ۸- حقوق اداره زراعت (The law relating to agricultural administration).
- ۹- حقوق رسانه (Media law).
- ۱۰- حقوق ترافیک (Traffic law).
- ۱۱- حقوق تأمین اجتماعی (Social security law).
- ۱۲- حقوق اداره اقتصادی (Economic administrative law).
- ۱۳- حقوق محیط زیست (Environmental law).
- ۱۴- حقوق مالییه (Taxation law).

۳) اصول محاکمات اداری (Administrative procedure law). حقوق جزا در حقوق جرمنی به سه شاخه تقسیم می شود: حقوق جزای عمومی، حقوق جزای اختصاصی و اصول محاکمات جزایی. حقوق خصوصی در جرمنی به حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق فامیل، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی (تعارض قوانین) حقوق تجارت و شرکت ها، برات و اوراق بهادار (Negotiable instrument and securities)، رقابت و حمایت از حقوق ملکیت معنوی (Competition and protection of intellectual property)، حقوق طبع و نشر (Copyrights)، حقوق کار، حقوق ورشکستی (The law of insolvency) و اصول محاکمات مدنی دعاوی مدنی و اصول محاکمات مدنی مسایل متفرق تقسیم می شود.^{۳۱۵}

به نظر می رسد تقسیمات حقوق در نظام حقوقی جرمنی نسبت به نظام حقوقی فرانسه، انگلستان و افغانستان توسعه یافته تر است و از جامعیت لازم برخوردار است و برخی از شاخه های جدید حقوق مانند حقوق محیط زیست، حقوق رسانه و امثال اینها را به طور علمی - منطقی در زیرمجموعه های حقوق اداری و حقوق ورشکستی، حقوق طبع و نشر و امثال اینها را در زیرمجموعه های حقوق خصوصی قرار داده است.

گفتار چهارم) معیار تمیز حقوق عمومی و خصوصی

منتسکیو حقوق سیاسی (عمومی) را «در روابط میان آنهايي که حکومت می کنند و آنهايي که زیر سیطره حکومت به سر می برند» تعریف کرده است و حقوق خصوصی را که اصطلاحاً حقوق مدنی می نامند، در قالب رابطه ای می داند که همه شهروندان میان خودشان دارند. این تعریف، به طور کلی، هنوز

هم در تمیز بین این دو رشته، ارزش و استحکام خود را ازدست نداده است، اما برای ایجاد نقاط تفاوت کافی به نظر نمی‌رسد.^{۳۱۶}

با توجه به این تعریف، در نگاه اول به نظر می‌رسد که معیار تمیز حقوق عمومی از حقوق خصوصی دخالت عنصر دولت در رابطه حقوقی است. براساس این معیار، هر رابطه حقوقی که در آن عنصر دولت دخیل باشد، آن رابطه جزء حقوق عمومی پنداشته می‌شود. براساس این معیار، حقوق عامه ماهوی و شکلی که تفصیل آن خواهد آمد، جزء حقوق عامه تلقی می‌شود. اما، اگر اندکی دقت شود، این نظر ناقص به نظر می‌رسد، زیرا دولت به وضع و تنفیذ اجباری قواعدی حقوق خصوصی از طریق قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه دخیل است. چنانچه دکتر ابوالفضل قاضی در این مورد می‌نویسد که: «... مثلاً قواعد مربوط به ارث دست کم دو عامل عمومی را در خود دارد: منابع و ضمانت اجرای آن».^{۳۱۷}

همچنین، در حقوق کامن لا یکی از حقوقدانان می‌نویسد که: «حقوق خصوصی که در برخی حالات حقوق مدنی نامیده می‌شود در برابر حقوق جزا استعمال می‌شود. حقوق جزا جرایم علیه دولت را مورد بحث قرار می‌دهد در حالی که حقوق مدنی و یا حقوق خصوصی روابط خصوصی افراد را در یک جامعه تنظیم می‌نماید».

همچنین، این حقوقدان می‌نویسد که: «هرچند حقوق خصوصی روابط خصوصی افراد را تنظیم می‌نماید، اما این به این معنی نیست که دولت در حقوق خصوصی دخیل نیست. دولت قواعد حقوق خصوصی را ایجاد می‌نماید تا این قواعد روابط خصوصی افراد را تنظیم نماید. همچنین، دولت محاکم را غرض رسیدگی به دعاوی خصوصی ایجاد و اداره می‌نماید».^{۳۱۸}

این نظر از این جهت که همه قواعد حقوقی توسط قوه مؤسس و قوه قانونگذاری وضع می‌شود درست است، اما از این جهت که در اجرای قواعد حقوق عامه دولت مستقیماً دخیل است و در اجرای قواعد حقوقی خصوصی مستقیماً دخیل نیست، درست نیست، بلکه دولت در تطبیق قواعد حقوقی خصوصی دخیل نیست، بلکه این افراد حقوق خصوصی هستند که قواعد حقوق خصوصی را در روابط حقوقی خویش تطبیق می‌نمایند.

به نظر می‌رسد مهم ترین معیار تمیز میان حقوق خصوصی و حقوق عمومی دخالت دولت در تطبیق قواعد حقوقی است. در نتیجه، هر قاعده حقوقی را که دولت رأساً تطبیق نماید، آن قاعده جزء حقوق عامه است. در پهلوی این، زنده یاد دکتر ابوالفضل قاضی بر این نظر است که: میان حقوق عمومی و خصوصی از جهات ذیل تفاوت وجود دارد:

۳۱۶. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۸۲.

۳۱۷. همان، سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، ص ۳۱.

- ۱) از نظر موضوعی: موضوع حقوق عمومی، دولت است. در صورتی که موضوع حقوق خصوصی، فرد است. اعتبار این ضابطه نسبی است، چرا که در حقوق عمومی نیز فرد مطمح نظر قرار می گیرد. هیچ عملی را نمی توان یافت که در نهایت امر، هدف آن ارضای نیازهای فردی نباشد؛
- ۲) از نظر تنظیم روابط: حقوق عمومی مربوط به طبقه فرمان روا در برابر طبقه فرمان بر است. در این حیطه، حقوقی مورد نظر است که به سازمان بندی و تشکیلات دستگاه های حاکم ارتباط می یابد؛ یعنی: ۱- روابط افراد و نهادهای حاکم؛ و ۲- روابط بین فرمان روایان و فرمانبران، موضوع مورد مطالعه و بررسی واقع می شود. در حالی که، حقوق خصوصی روابط بین فرمان بران را مورد مطالعه قرار می دهد؛
- ۳) از نظر هدف: حقوق عمومی، مجموعه قواعدی است که منافع عمومی جامعه را زیر عنوان مصلحت اجتماعی یا خیر عام (منفعت عمومی) می پژوهد. نقطه عطف، در حقوق عمومی سود همگانی است. اما، در حقوق خصوصی، توجه به سود فرد و امور خصوصی، اهمیت نخستین را دارد. این فرق گذاری را نمی توان قاطعاً پذیرفت، زیرا مجموعه قواعد حقوقی را هدف، منافع عمومی است و با این دید، حقوق خصوصی نیز دارای چنین خصلتی است. لذا، بهتر است گفته شود که حقوق عمومی آن است که در آن منافع عمومی تسلط دارد و حقوق خصوصی آن که در آن منافع افراد واجد اهمیت است؛
- ۴) از نظر شکلی: در حقوق عمومی، نوع رابطه مطروح در ذات قواعد، یک طرفه است. عامل اجبار و عمل اقتدار گرایانه در آن نقش مهمی دارد. انسان در درون ترکیبی از قواعد آمه محاط شده است. در صورتی که در حقوق خصوصی، در نهایت امر، اراده آزاد طرفین قرارداد، شکل دهنده روابط حقوقی است. انسان در برابر انسان واقع می شود. برابری، فرض نخستین شکل گیری قرارداد و آزادی قبول، شرط پایه ای عقد است؛
- ۵) از نظر ماهیت قواعد: قواعد مورد بحث حقوق عمومی، از کلیت و عمومیت بیشتری برخوردار است. منافع مورد حمایت به وسیله حقوق عمومی متعلق به همه شهروندان یا کلیه اعضای جامعه است. حمایت از این منافع عمومی، به گونه الزامی آن، ماهیتاً به این گونه قواعد کلیت بیشتری می بخشد. در صورتی که حمایت حقوق خصوصی مربوط به افراد، خانواده و یا مشتری تجارتي است؛
- ۶) از لحاظ پویایی: قواعد حقوق عمومی از حقوق خصوصی، پویایی و تحرک بیشتر دارد. مجالس مؤسسان و قانونگذار عادی، هرگاه بخواهند، بنا به اراده خود قادر به تغییر مبانی حقوق عمومی اند. در حالی که، در محدوده حقوق خصوصی، قانونگذار باید اوضاع حاصله از حقوق مکتسبه افراد را بیشتر مراعات کند؛ یعنی: تصمیمات جدید را با عطف توجه به گذشته بگیرد و همین امر، به ایستایی قواعد حقوق خصوصی کمک می کند.^{۳۱۹} علاوه بر این، حقوق خصوصی با توجه به این که ریشه دینی دارد

قواعد آن از پویایی کمتری برخوردار است اما حقوق خصوصی با توجه به این که نسبتاً جدید است و با تغییر دولت و مقامات دولتی از تحرک و پویایی بیشتری برخوردار است.

علاوه بر این معیارها، به نظر می رسد از حیث اصول حاکم نیز میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی فرق های ذیل وجود دارد:

(۱) از نظر رابطه حقوقی: در حقوق خصوصی، طرفین رابطه حقوقی برابر اند. اما، در حقوق عامه، فرد و دولت از نظر حقوقی در روابط نابرابر قرار دارند، زیرا دولت می تواند از امتیازات قدرت عمومی استفاده نماید. به عنوان مثال، در قراردادهای مدنی طرفین قرارداد برابر اند، اما در قرارداد های اداری دولت می تواند از امتیازات قدرت عمومی استفاده نماید.

(۲) از نظر شکل و تشریفات: در حقوق خصوصی اصل بر غیرتشریفاتی بودن اعمال است و تشریفات استثنا است، مانند خرید و فروش، اجاره و نظیر اینها که امکان دارد به صورت شفاهی منعقد شوند. اما، در حقوق عمومی تشریفات اصل و غیرتشریفات استثنا است، مانند تصامیم اداری، قراردادی های اداری و نظیر اینها که باید مکتوبه باشند و به امضای مقام صلاحیتدار برسند. دلیل تشریفاتی بودن اعمال اداری این است تا زمینه نظارت بر این اعمال فراهم شود.

(۳) از نظر صلاحیت: اصل در حقوق خصوصی بر صلاحیت (اهلیت) است. اما، در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت است مگر این که قانون به کارکن و مقام عمومی صلاحیت اعطا نموده باشد.

(۴) از نظر آزادی اراده: در حقوق خصوصی اصل بر آزادی اراده افراد است. بنابراین، افراد می توانند قرارداد های دو یا چندین جانبه را مشروط بر این مخالف قانون، اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد، منعقد نمایند. اما، در حقوق عمومی اصل بر حاکمیت قانون است. بنابراین، تمام اعمال مقامات عمومی باید مطابق و تابع قوانین باشد.

مبحث دوم) تقسیم حقوق ملی در نظام حقوقی افغانستان

حقوق ملی مانند نظام حقوقی فرانسه و انگلستان، در نظام حقوقی افغانستان به حقوق خصوصی و حقوق عامه تقسیم می شود:

گفتار اول) حقوق خصوصی

الف) تعریف، هدف و اهمیت

حقوق خصوصی عمدتاً ماهوی یا متنی است. حقوق خصوصی^{۳۲۰} مجموعه قواعدی است که روابط خصوصی اشخاص را تنظیم می نماید، مانند: روابط ناشی از تصرفات و حوادث حقوقی، ارث، ازدواج و امثال اینها. هدف حقوق خصوصی تنظیم روابط خصوصی و تأمین منافع افراد است. حقوق خصوصی

یکی از قدیمی ترین رشته های حقوق است به اندازه که گفته می شود که حقوق خصوصی مادر حقوق است.

حقوق خصوصی به مفهومی که گذشت اول در روم ایجاد شد. با ایجاد دانشگاه ها در اروپا در قرن سیزدهم میلادی حقوقدانان اروپایی حقوق مدنی تدریس می نمودند و این امر باعث رشد حقوق خصوصی شد. سپس، این حقوق در خارج از اروپا راه یافت.^{۳۲۱} بنابراین، به نظر می رسد دانشمند حقوق عمومی و حقوق بین الملل اکثر قواعد حقوق عامه و حقوق بین الملل را از حقوق مدنی اقتباس کرده اند. به عنوان مثال، معاهدات بین المللی متأثر از قواعد عمومی عقود است. اصطلاح کفالت ریاست جمهوری گرفته شده از مفهوم کفالت در حقوق مدنی، استیضاح وزرا گرفته شده از استیضاح طرفین دعوی در اصول محاکمات مدنی، نمایندگی که به آن وکالت نیز می گویند گرفته شده از حقوق مدنی، نظارت استصوابی و اطلاعاتی پارلمان گرفته شده از نظارت اطلاعاتی و استصوابی از حقوق مدنی (مثلاً در وقف و وصیت)، اعمال اداری که به قراردادها و ایقاع های اداری تقسیم می شود، الهام گرفته از اعمال حقوقی در حقوق مدنی و تقسیمات آن به عقد و ایقاع است. مسؤولیت مدنی دولت در حقوق اداری گرفته شده از مسؤولیت مدنی در حقوق مدنی است.

ب) پیشینه حقوق خصوصی در جهان و افغانستان

حقوق خصوصی در روم شکل گرفت. مهم ترین قانونی که در روم تدوین شد، الواح دوازده گانه و مجموعه های ژوستینین^{۳۲۲} بود. این مجموعه که به دستور امپراتور ژوستین فراهم شد شامل سه مجموعه به نام های کد، دایژست و انستیتوت بود که از ۵۲۹ تا ۵۳۴ میلادی منتشر و بعدها تکمیل شد. این مجموعه ها تأثیر بسیاری در شکل گیری قوانین در کشور های اروپایی داشت و به عنوان دایرة المعارف کهن در حقوق خصوصی، پایه های اصلی نظام حقوقی نوشته را تشکیل داد.

شرح و تفسیر این مجموعه ها، محور مطالعات و آموزش های حقوقی در دانشگاه های ایتالیا از قرن پنجم تا نهم بود. مباحث و دیدگاه های مزبور از ایتالیا به اسپانیا و سپس به فرانسه و آلمان راه یافت و دانشکده های حقوق در این کشورها شکل گرفت. تلاش های علمی یاده شده به مرور زمان نظام حقوقی جدیدی را بر پایه حقوق روم بنیان نهاد که به نظام حقوق نوشته یا رومی - ژرمنی مشهور شد.^{۳۲۳}

در کشور های اسلامی تا اواسط قرن نوزدهم قانون در مفهوم امروزی آن وجود نداشت و شریعت اسلامی تنظیم کننده روابط حقوقی میان اشخاص اعم از فرد و دولت بود. در دو قرن اخیر، این کشور ها به تأثیر پذیری از نهضت تدوین قوانین در اروپای قرن نوزدهم به تدوین قوانین روی آوردند. اما، این تحول

۳۲۱. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۱۳.

322. Justinien.

۳۲۳. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۲۳.

کشور های مذکور را از نظر چگونگی انطباق قوانین جدید با فقه اسلامی با چالش اساسی روبرو کرده است که در بسیاری از آنها همچنان ادامه دارد.^{۳۲۴}

حکومت عثمانی از جمله نخستین کشور های اسلامی بود که تحول مذکور در آن صورت گرفت. از قرن نوزدهم، حاکمان عثمانی تحت فشار عوامل درونی و بیرونی، از جمله اصرار دولت های اروپایی و اصلاح طلبان داخلی، به اصلاحات گسترده دست زدند که به تنظیمات معروف شده و هدف از آن جایگزین کردن نهاد های سنتی حکومتی با نهادهای جدید و بعضاً الگو گرفته از غرب بود.

در تدوین قرارداد و تعهدات، مسؤولیت مدنی و برخی اصول، اصول محاکمات مدنی چالش میان طالبان اقتباس از الگوی فرانسوی و آنان که به تدوین قوانین بر پایه اصول شریعت اعتقاد داشتند به نفع گروه اخیر خاتمه یافت و حقوق خانواده تا ۱۹۱۷ میلادی همچنان در محاکم اختصاصی شریعت به شیوه سنتی اجراء می شد.^{۳۲۵}

در زمینه حقوق مدنی، مجله الاحکام در ترکیه تدوین شد. مجله الاحکام العدلیه، یکی از کتب معتبر فقه حنفی می باشد. در سال ۱۸۶۹ میلادی مطابق ۱۲۸۶ هجری قمری دولت عثمانی کمیته را که مرکب از هفت تن فقهای جید آن کشور به ریاست احمد جودت بادشاه، ناظر دیوان احکام عدلیه مؤظف نمود. در ابتداء اعضای این کمیته عبارت بود از: احمد خلوصی و احمد حلمی از اعضای دیوان احکام عدلیه، محمد امین جندی و سیف الدین از اعضای شورای دولتی، سید خلیل خرنوال اوقاف و شیخ محمد خالدین بن عابدین. اما، در اثنای عمل، در شمار اعضای این کمیته تغییراتی به وقوع پیوست. هدف از این کمیته که به نام «جمعیت مجله» نامیده می شد، تألیف کتاب بود در معاملات فقهی که دقیق و سهل المآخذ و عاری از اختلافات و نیز شامل اقوال مختار و مشهور بوده، مطالعه آن بر هر فرد آسان باشد.

سبب تدوین این کتاب را می توان از تقریری که خود انجمن در سال ۱۲۸۴ (۱۸۶۹ م) به پیشگاه صدراعظم وقت، علی پاشا عرض می دارد، دریافت: «علم فقه، دریای است بیکران و استخراج گوهرها و مروارید های آن متوقف بر داراء بودن ملکه کلی و مهارت علمی است. به خصوص در مذهب حنفی که دانشمندان بسیاری با استعداد های متفاوت در آن برخاسته اند و اختلاف های زیادی در آن مذهب به وجود آمده است و با وجود این، چون فقه شافعی منقح (پاک سازی) نشده و مسایل آن به صورت پراکنده باقی مانده است. پس، جدا کردن قول صحیح از میان آن همه عقاید گوناگون و تطبیق قضایا بر آنها سخت دشوار است. به علاوه، باگذشت زمان، مسایلی که بر اساس عرف و عادات استوار است در معرض تغییر قرار گرفته است.».

این کمیته بعد از زحمت کشی های مسلسل و متداوم طی هفت سال کار پیگیر توانست از انجام این وظیفه مؤقف بدر آید. در سال ۱۲۹۳ این مجموعه تدوین شد و منحیث قانون مدنی دولت عثمانی نشر گردید و به نام مجله الاحکام العدلیه مسمی گردید. مجله الاحکام دارای یک مقدمه و ۱۶ کتاب بوده جمعاً ۱۸۵۱ ماده را احتوی و مسایل مربوط به معاملات را تنظیم می نماید.

فصل های مجله الاحکام قرار ذیل است: مقدمه، مواد ۱ الی ۱۰۰: تعاریف و قواعد کلی فقه؛ فصل اول، مواد ۱۰۱ الی ۴۰۳: خرید و فروش؛ فصل دوم، مواد ۴۰۴ الی ۶۱۱: اجاره؛ فصل سوم، مواد ۶۱۲ الی ۶۷۲: کفالت؛ فصل چهارم، مواد ۶۷۳ الی ۷۰۰: انتقال ملکیت؛ فصل پنجم، مواد ۷۰۱ الی ۷۶۱: رهن؛ فصل ششم: مواد ۷۶۲ الی ۸۳۲: امانت؛ فصل هفتم، مواد ۸۳۳ الی ۸۸۰: هبه؛ فصل هشتم، مواد ۸۸۱ الی ۹۴۰: غصب؛ فصل نهم، مواد ۹۴۱ الی ۱۰۴۴: حجر؛ فصل دهم، مواد ۱۰۴۵ الی ۱۴۴۸: قیمومیت، شرکت؛ فصل یازدهم، مواد ۱۴۴۹ الی ۱۵۳۲: وکالت؛ فصل دوازدهم، مواد ۱۵۳۳ الی ۱۵۷۱: صلح و ابراء؛ فصل سیزدهم، مواد ۱۵۷۲ الی ۱۶۱۲: اقرار؛ فصل چهاردهم، مواد ۱۶۱۳ الی ۱۶۷۵: دعوی؛ فصل پانزدهم، مواد ۱۶۷۶ الی ۱۷۸۳: سوگند؛ و فصل شانزدهم، مواد ۱۷۸۴ الی ۱۸۵۱: احکام مربوط به قضاء.

به طور کلی، احکام مجله الاحکام از کتاب های «ظاهر الروایة» مذهب حنفی گرفته شده و در مواردی که میان امام ابوحنیفه رحمته و اصحابش اختلاف قول وجود داشته، مجله الاحکام گفتاری را پذیرفته که با نیازمندی های زمان و مصالح عمومی سازگار بوده است. به عنوان مثال، در حجر سفیه، مجله الاحکام از نظر امام ابو یوسف رحمته و محمد رحمته استفاده کرده و نظر امام ابوحنیفه رحمته را نادیده گرفته است. همچنین، در عقد استصناع، قول امام ابو یوسف رحمته را پذیرفته است. در اندکی از احکام، از محتویات کتاب های «ظاهر الروایة» حنفی اعراض گردیده و به مذاهب دیگر توجه شده است.

به عنوان مثال، در ضمان منافع مال مغضوب، رأی فقهای متأخر حنفیه را که به قول امام شافعی رحمته نزدیک تر است پذیرفته است. همچنین، قول ابو لیث سمرقندی، صاحب النوازل را در مورد جواز بیع وفاء پذیرفته است. در بعضی موارد، مجله الاحکام از قول حنفی، شاید بر سبیل خطا عدول کرده است. به عنوان مثال، در تعریف غبن فاحش، مجله الاحکام صراحت دارد بر اینکه غبن در اموال و امتعه، یک بیستم و در بیع حیوان، یک دهم و در غیر منقول، یک پنجم یا بیشتر باشد. در حالی که در فقه حنفی، با توجه به نظریه نصیرین بن یحیی بلخی، غبن فاحش وقتی است که از این اندازه بیشتر باشد. برخلاف فتاوی عالمگیری و دیگر مجموعه های فقهی، مجله الاحکام در احکام عبادی و جزایی حکمی ندارد و مواد آن محدود به احکام فقهی متعلق به معاملات مدنی است. اگر مجله الاحکام را با قوانین مدنی اروپایی و ق. م افغانستان مقایسه نماییم، برخی نقایصی در آن پیدا می شود که قرار ذیل است:

(۱) مجله الاحکام در مورد احوال شخصیه که شامل مسایلی چون: ازدواج، طلاق، نفقه، بنوت، نسب، ولایت، وصایت، اهلیت و شخصیت و ... می شود حکمی ندارد، به جز کتاب نهم که یک سلسله احکام

راجع به حجر را پیش بینی نموده است. همچنین، در مجله الاحکام احکامی در مورد ارث، وصیت، مفقود و وقف وجود ندارد. علت این امر اختلاف نظر های زیاد در برخی از این مسایل و نرمش سیاست دولت وقت در رفتار با خارجی ها مقیم در کشور عثمانی در امور مذهبی و احوال شخصیه آنها بوده است. تا سال ۱۹۱۷ میلادی وضع به این منوال ادامه داشت تا دولت عثمانی قانون ازدواج را در ۸ محرم ۱۳۳۶ هـ. ق. به نام قانون خانواده وضع کرد.

۲) در مورد تعهدات و عقود، نظریه عمومی در مجله الاحکام وجود ندارد. به عنوان مثال، احکام مربوط به ایجاب و قبول که مربوط تمام عقود می شود، در مبحث بیع پیش بینی شده است و احکام مربوط به مسؤولیت مدنی در مبحث غضب و اتلاف به صورت پراکنده تنظیم گردیده است. به هر حال، بعد از اینکه این مجله در ترکیه به طبع رسید متعاقب آن در قلمرو دولت عثمانی به استثنای عربستان سعودی، یمن و مصر مورد تطبیق قرار گرفت. در لیبیا و طرابلس غربی نیز الی هنگام تحت سیطره قرار گرفتن مناطق متذکره در سال ۱۹۱۲ میلادی قواعد، ضوابط و احکام مندرج مجله الاحکام مورد تطبیق قرار می گرفت و تا ختم جنگ جهانی اول مرعی الاجراء بود.

مقارن ختم جنگ اول جهانی روی یکسلسله عوامل از جمله ختم نفوذ و سیطره دولت عثمانی، ارزش تطبیقی مجله به حیث بقایای دولت عثمانی از نظر سیاسيون آن وقت افتاد. ولی با آن هم در بعضی مناطق علی الرغم اختتام سیطره دولت عثمانی اهمیت تطبیقی خود را از دست نداده است. به طور مثال، در سوریه الی زمان توحید آن کشور با مصر قابلیت تطبیق رسمی داشت. در اردن تاهنوز هم ارزش تطبیقی دارد. در لبنان با اینکه پیروی از قوانین جدید در تنظیم روابط حقوق آن کشور یکسلسله تعدیلات به میان آورده است در بعضی مسائل حقوق مدنی از قبیل حجر، مواد مجله الاحکام ارزش تطبیقی دارد. در افغانستان نیز قواعد، ضوابط و احکام شرعی مجله الاحکام قابلیت تطبیق داشته و در محاکم مطابق آن عمل گردیده تا اینکه به اساس تصریح در اصولنامه اجراءات حقوقی محاکم و اصولنامه اداری محاکم عدلی به حیث سند تقنینی قابل نفاذ در آمده است.

در دومین سیمنار روسای محاکم منعقدہ سال ۱۳۵۰ هجری شمسی تصمیم اتخاذ شد که به عوض کتاب های فقهی متعدد از شرح مجله الاحکام محمد خالد اتاسی استفاده شود.^{۳۲۶} گذشته از این، مصر به عنوان کشور مهم و تأثیر گذار در جهان عرب، از آغاز حکومت محمد علی پاشا تحولات ویژه ای داشته و در زمینه قانونگذاری از سلطه عثمانیان آزاد بوده است. در مصر احکام مجله الاحکام هیچ گاه به اجراء در نیامد، بلکه وکیلی فرانسوی الاصلی به نام مانوری (Manoury) با اقتباس از قوانین مدنی فرانسه و ایتالیا و

۳۲۶. جهت معلومات مزید در این مورد ر. ک: محمد عثمان ژوبیل (۱۳۷۱). مجله الاحکام، جلد (۱)، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا و صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۶۷-۷۲.

با رعایت شریعت اسلامی در برخی مواد، قانون مدنی مصر را در ۱۲۹۲ هجری خورشیدی (۱۸۷۵ میلادی) به زبان فرانسوی تدوین کرد. این قانون به عربی ترجمه شد.

با توجه به تقلید محض این قانون از قانون مدنی قدیم فرانسه و انتقاد از آن به سبب ناهماهنگی با مقتضیات جامعه مصر، قانون مدنی جدید که شامل مبحث مسؤولیت مدنی نیز بود با اقتباس از قوانین مدنی برخی کشورهای غربی و برخی احکام اسلامی در سال ۱۳۲۸ هجری خورشیدی (۱۹۴۹ میلادی) به تصویب رسید. البته، احکام ارث و وصیت خارج از چهارچوب قانون مدنی و مطابق با شریعت اسلامی بود. پس از تجزیه کشور دولت عثمانی، کشورهای تازه استقلال یافته در صدد اصلاح قوانین و بازسازی ساختار حقوقی خود شدند.

در این مسیر، قوانین کشورهای غربی به خصوص فرانسه و نیز مصر مورد توجه آنان قرار گرفت. مهم ترنی قانون لبنان در قلمرو حقوق خصوصی، قانون تعهدات و قراردادها (موجبات و عقود) است که پیش نویس آن را ژوسران (Jusserand) رئیس دانشکده حقوق دانشگاه لیون فرانسه تهیه کرد و پس از تنقیح و تطبیق آن با قواعد کلی حقوق لبنان و عرف و عادات آنجا با تلاش گروهی از حقوقدانان لبنانی در سال ۱۳۱۱ هجری شمسی (۱۹۳۲ میلادی) تصویب شد.

پیش نویس قانون تجارت لبنان را هم چند حقوقدان فرانسوی فراهم کرد و پس از بررسی و اصلاحات توسط هیأتی از قانونگذاران لبنانی در سال ۱۳۲۱ هجری خورشیدی (۱۹۴۲ میلادی) تصویب شد و قانون تجارت عثمانی منسوخ شد. قانون مدنی عراق دو سرچشمه داشت: حقوق اسلامی و حقوق اروپایی. بخش عمده این قانون برگرفته از مجله الاحکام و بخش های دیگر از جمله مبحث حقوق و تعهدات، برگرفته از قانون مدنی جدید مصر است. بعد ها تغییراتی در این قانون حاصل شد از جمله این که بخش تجارت آن تفکیک و مفصل تر شد. با توجه به حضور جدی دو مذهب شیعه و حنفی در عراق، قانونگذاران عراقی کوشیده اند که قانون مدنی مواضع جانبدارانه به یک مذهب خاص نداشته باشد.^{۳۲۷}

در افغانستان مانند بسیاری از ممالک اسلامی ق. م در دهه چهل هجری شمسی به ابتکار مرحود داکتر محمد موسی شفیق که در آن زمان متصدی بخش قوانین وزارت عدلیه بود، توسط سه استاد مصری در مدت ۲ الی ۳ سال به زبان عربی تدوین و پس از ترجمه به زبان های دری و پشتو نافذ گشت. (ر.ک: جریده میزان، شماره ۱۳۷، سه شنبه ۲۰ میزان، ۱۳۸۹ هجری شمسی).

در مورد روند تدوین ق. م اسنادی در دسترس قرار ندارد، اما مطابق برخی مصاحبه ها با برخی از کارمندان وزارت عدلیه و ستره محکمه و مقایسه ق. م. ا با قانون مدنی جدید مصر، مجله الاحکام، قانون مدنی عراق، قانون احوال شخصیه مصر، قانون شماره ۷۷ سال ۱۹۴۳ موازیث مصر و قانون شماره ۷۱

سال ۱۹۴۶ وصیت مصر به نظر می‌رسد تدوین‌کنندگان قانون مدنی احکام و قواعد این قوانین را در یک قانون به نام قانون مدنی نخست به زبان عربی تدوین کرده‌اند.

سپس این قانون به زبان‌های دری و پشتو ترجمه شده است. به نظر می‌رسد، به دلیل ترجمه از متن عربی، ق. م تدقیق نشده است. همچنین، این قانون توسط شورای ملی (پارلمان) وقت مورد تصویب قرار نگرفته است، بلکه توسط شورای وزیران حکومت داود خان مورد تأیید قرار گرفته و توسط فرمان نافذ گردیده است. به نظر می‌رسد دلیل مشکل بودن فهم بسیاری از قواعد قانون مدنی نیز وارداتی، ترجمه از متون عربی، عدم تدقیق و تصویب قانون مدنی توسط شورای ملی وقت است.

حقوق خصوصی در افغانستان به یک بارگی به وجود نیامده است، بلکه ناشی از تحولاتی است که در هر رشته آن صورت پذیرفته است. در مورد حقوق خصوصی قبل از اسلام افغانستان اسنادی در دست نیست. اما، بعد از استقرار اسلام در افغانستان، حقوق خصوصی افغانستان کاملاً فقهی بوده است. حقوق خصوصی که شامل شاخه‌های حقوق فامیل، وجایب، عینی، میراث، تجارت می‌شود جزء مباحثی است که در فقه اسلامی تحت ابواب نکاح، طلاق، عقود، ارث و ... مطرح می‌شود. به صورت دقیق‌تر: کتاب‌های فقه اسلامی چه کتاب‌های متون فقه و چه کتاب‌های فتاوی‌های حاوی مباحث و مطالبی پیرامون احکام حقوق فامیل، وجایب، عینی، میراث و تجارت بوده‌اند. به هر حال، این وضع تا سال ۱۳۰۱ هـ. ش یعنی دوره ایجاد قوانین مدون در افغانستان ادامه پیدا کرد.

بعد از سال ۱۳۰۱ هـ. ش آهسته آهسته و به تدریج شاخه‌های حقوق خصوصی وضعی افغانستان ایجاد شد. چنانچه در عرصه حقوق فامیل در زمان امان‌الله خان دو قانون (نظامنامه) مهم وضع و نافذ گردید. اولین قانون در این باره نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه‌سوری بود که به تاریخ اول سنبله ۱۳۰۳ هـ. ش وضع و نافذ گردید. سپس، نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه‌سوری در سال ۱۳۰۶ هـ. ش تعدیل شد که تعدیل آن به نام نظامنامه نکاح و سنتی یاد می‌گردد که در ۱۱ دلو ۱۳۰۶ هـ. ش نافذ گردید که اهداف مشابه نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه‌سوری را تعقیب می‌نمود. در دوره نادر شاه نظامنامه نکاح و سنتی لغو گردید و به عوض آن اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه‌سوری به تاریخ ۱۱، ۶، ۱۳۲۸ هـ. ش نافذ گردید.

در این دوره، در ساحة حقوق تجارت نیز تحولاتی به وقوع پیوست. دو اصولنامه: اصولنامه تجارت و اصولنامه افلاس و ورشکست در این دوره وضع و نافذ شد که منابع مهم حقوق تجارت افغانستان را تا به حال تشکیل می‌دهند. در زمان حکومت محمد ظاهر شاه اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه‌سوری ملغی و به عوض آن قانون ازدواج^{۳۲۸} وضع و نافذ گردید. در دوره سردار محمد داود خان تحول عمیق در ساحة حقوق مدنی به وقوع پیوست. اولین قانون مدنی^{۳۲۹} در این دوره وضع و نافذ گردید.

۳۲۸. قانون ازدواج (____) ۱۰۹ جریده رسمی.
۳۲۹. قانون مدنی (۱۳۵۵/۱۰/۱۵). ۳۵۳ جریده رسمی.

ج) تقسیمات

حقوق خصوصی در نظام حقوقی افغانستان به حقوق مدنی، حقوق تجارت و حقوق ملکیت های معنوی تقسیم می شود:

۱) حقوق مدنی

اول) تعریف

امروزه اصطلاح حقوق مدنی^{۳۳۰} در دو مفهوم به کار می رود: در مفهوم جمع حق و در مفهوم مجموعه قواعد. در مفهوم جمع حق، حقوق مدنی^{۳۳۱} که به نام حقوق شهروندی نیز یاد می شود از میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ منشأ می گیرد، مجموعه امتیاز های شهروندان پیرامون موضوعات مدنی از قبیل: حق تشکیل انجمن ها، حق آزادی فکر و بیان، حق برخورد مساوی توسط قانون و امثال اینها است. اما، در مفهوم قاعده، حقوق مدنی مجموعه قواعد حقوقی است که روابط خصوصی افراد به جز مسایل تجارتي را تنظیم می نماید.

دوم) پیشینه

اصطلاح حقوق مدنی از حقوق روم گرفته شده است و ترجمه کلمه لاتینی (Jus Civil) است. این حقوق مخصوص اتباع رومی بود و در برابر حقوق بشر (Jus Gentium) که قواعد عمومی برای تمام ملتها بود، استعمال می شد. روی همین دلیل، در تمام قرون وسطی وقتی سخن از حقوق مدنی می شد، مقصود حقوق روم بود که در برابر «حقوق کلیسا» استعمال می شد. ولی، رفته رفته حقوق مدنی مفهوم اصلی خود را از دست داد و به معنای «حقوق خصوصی» در مقابل «حقوق عمومی» استعمال گردید.

استعمال کلمه حقوق مدنی مورد تقلید بسیاری از ملت ها و از جمله فرانسوی ها قرار گرفت. به ویژه در قرن هفدهم، با انتشار کتاب دوما، حقوقدان مشهور فرانسوی، در زبان حقوقی این ملت حقوق مدنی به معنای حقوق خصوصی به کار رفت و بعد از انقلاب کبیر ۱۷۸۹ م نیز همین معنی مورد قبول واقع شد، چنانکه قانون ۱۸۰۴ م ناپلئون نیز به این نام خوانده شد و امروز نیز به قانون مدنی ناپلئون مشهور است.^{۳۳۲} قبل از تصویب قانون مدنی ۱۳۵۵ هـ ش حقوق مدنی افغانستان تابع احکام فقه اسلامی بوده است. حقوق مدنی موضوعه با تصویب قانون مدنی ۱۳۵۵ هـ ش در افغانستان ایجاد شد.

سوم) روش های تقسیم و موضوعات مورد بحث حقوق مدنی

330 . Civil law.

331 . Civil rights.

۳۳۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۷۱ و ۲۷۲؛ و محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۲۷.

از مجموع مطالعات کتاب های حقوق مدنی در حقوق موضوعه و فقه این نتیجه به دست می یابد که به طور کلی، در مورد تقسیمات حقوق مدنی چهار روش وجود دارد: روش فرانسوی و انگلیسی، روشی که کم و بیش در ممالک عربی معمول است و روش که دانشمندان حقوق ایران ایجاد نموده اند و روشی که فقهاء به کار برده اند:

(۱) روش فرانسوی و انگلیسی: در حقوق فرانسه و انگلیس حقوق مدنی را مستقیماً به حقوق فامیل، وجایب، عینی و میراث تقسیم می نمایند.

(۲) روش برخی ممالک عربی: در برخی ممالک عربی حقوق مدنی را به حق های شخصی و حق های (حقوق) عینی تقسیم می نمایند. در حقوق شخصی تعهدات افراد در برابر همدیگر مورد بحث قرار می گیرد. در حقوق عینی رابطه افراد با اموال و ملکیت مورد بحث قرار می گیرد.

(۳) روش حقوقدانان ایرانی: حقوقدانان معاصر ایران حقوق مدنی را به حقوق مدنی ۱ الی ۸ تقسیم می نمایند. در هر یک از این حقوق مدنی ها مباحثی مانند: اهلیت و شخصیت، اموال، قرارداد ها، ازدواج، عقود معین، ارث و وصیت و... را مورد بحث قرار می دهند.

(۴) روش فقهاء: برخی فقهاء مباحث حقوقی مدنی را به احوال شخصیه، معاملات و حقوق عینی تقسیم می نمایند.

چهارم) تفاوت حقوق مدنی با حقوق خصوصی و احوال شخصیه

در ابتداء به صورت عموم حقوق مدنی به معنای حقوق خصوصی استعمال می شد. ولی، امروزه، حقوق مدنی به معنی حقوق خصوصی استعمال نمی شود.^{۳۳۳} زیرا، طبق قانون مدنی افغانستان، حقوق مدنی صرف شامل حقوق فامیل، حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق میراث و اموال و اشخاص می شود که احکام آنها را قانون مدنی تنظیم نموده است. ولی، حقوق خصوصی علاوه بر حقوق فامیل، حقوق تعهدات، حقوق عینی و حقوق میراث، حقوق تجارت را نیز در بر می گیرد که احکام آن را اصولنامه تجارت، قانون اصول محاکمات تجارتي، قانون افلاس و ورشکست و غیره تنظیم نموده است.^{۳۳۴}

در برخی کشورها از جمله ایتالیا و انگلستان، قواعد حقوق تجارت در ضمن قوانین مدنی پیش بینی شده و حقوق تجارت مستقلی وجود ندارد. باوجوداین، به دلیل اوصاف و ضرورت های خاصی که برای مناسبات تجاری وجود دارد مانند: سرعت مبادلات تجاری، سرعت بیشتر در مورد اثبات تعهدات تجاری، در همه کشورها این دیدگاه غالب است که قوانین مدنی نمی تواند پاسخگوی مناسبات تجارتي کنونی

۳۳۳. در برخی نظام ها مانند نظام حقوقی کامن لا هنوز هم حقوق مدنی و حقوق خصوصی مترادف استعمال می شوند، نک: (WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (___), Sweet and Maxwell, p 5).

۳۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۵۲؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۲۳۹.

باشد. از این رو، کشور هایی که حقوق تجارت ندارند، فصل ویژه ای از قانون مدنی خود را به قواعد تجارت اختصاص داده اند.^{۳۳۵}

حقوق خصوصی با احوال شخصیه^{۳۳۶} نیز فرق دارد. احوال شخصیه در لغت ترکیب وصفی، متشکل از دو کلمه «احوال» جمع حال و شخصیه، اسم منسوب به شخص است. در باره تعریف اصطلاحی احوال شخصیه حقوقدانان اتفاق نظر ندارند و بسیاری از حقوقدانان سعی کرده اند با بر شمردن مصادیق آن، احوال شخصیه را تعریف نمایند. دکتر ناصر کاتوزیان در تعریف احوال شخصیه می گوید که: احوال شخصیه به معنی اوصاف و خصوصیات است که وضع و هویت شخصی و حقوق و تکالیف فرد را در اجتماع معین می کند. این تعریف مورد پذیرش بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته و شامل اهلیت و وضعیت می شود.

دکتر سید حسین صفائی و دکتر سید مرتضی قاسم زاده در کتاب حقوق مدنی اشخاص و محجورین احوال شخصیه را چنین تعریف می نمایند: «احوال شخصیه اوصافی است که مربوط به شخص است صرف نظر از شغل و مقام خاص او در اجتماع، و قابل تقویم و مبادله با پول نیست و از لحاظ حقوقی مدنی آثار بر آن مترتب است، مانند: ازدواج، طلاق و نسب.^{۳۳۷}

دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی احوال شخصیه را چنین تعریف می نماید: «احوال شخصیه عبارت است از مجموع صفات انسان که به اعتبار آنها یک شخص در اجتماع دارای حقوق شده و آن حقوق را اجراء می کند، مانند: تابعیت، ازدواج، اسم، اقامتگاه، اهلیت و غیره.^{۳۳۸} دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی در تعریف دیگر بر این نظر است که: احوال شخصیه عبارت از مجموعه صفات انسان است که با عقد آنها یک شخص در اجتماع دارای حقوق شده و آن حقوق را اجراء می نماید، مانند: طلاق، افتراق، جهیز و مهر، ابوت، نسب، فرزند خواندگی، اهلیت، رشد، قیمومیت، ولایت، حجر، ارث، وصیت و تصفیه ترکه.^{۳۳۹} در پاره ای از قوانین مصر این اصطلاح به معنی عام به کار رفته و شامل ارث و وصیت می گردد.

قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳م، قانون احوال شخصیه مراکش مصوب ۱۹۵۷-۱۹۵۸م، قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶م و قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹م شامل قواعدی در باره ارث و وصیت است. دیوان تمیز مصر در تعریف احوال شخصیه بیان داشته است که احوال

۳۳۵. حسین آراسته و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب، ص ۳۰.

336. Personal status.

۳۳۷. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسم زاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۰.

۳۳۸. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۷.

۳۳۹. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۱۹۳.

شخصیه مجموعه صفات طبیعی یا خانوادگی است که موجب تمایز انسان از دیگران و منشأ اثر حقوقی در زندگی اجتماعی می گردد. ولی، امور مالی، مانند: وقف، هبه، وصیت تملیکی و نفقه از احوال عینی (مالی) به شمار می آید نه احوال شخصیه با وصف آنکه قانونگذار مصری این امور را با توجه به جنبه مذهبی آنها از صلاحیت محاکم مدنی خارج کرده و مانند احوال شخصیه در صلاحیت محاکم شرع قرار داده است.^{۳۴۰}

دکتر وهبة الزحیلی در کتاب الفقه الاسلامی و ادلته جلد نهم می نویسد: احوال شخصیه اصطلاح است که از حقوق خارجی وارد فقه اسلامی گردیده و احکامی را که رابطه انسان را با فامیلش تنظیم می نماید، احتوا می نماید که از ازدواج آغاز و به تصفیة ترکه و میراث منتهی می گردد که به صورت عموم شامل موارد آتی می گردد:

اول) احکام اهلیت، ولایت و وصایت بر صغار؛

دوم) احکام حقوق فامیل، مانند: خواستگاری، نامزدی، نکاح، حقوق مالی و غیرمالی زوجین، مانند: مهر و نفقه و ... انحلال عقد ازدواج از طریق، طلاق، خلع، تفریق قضائی از قبیل: تفریق به اساس عیب، عدم انفاق، ضرر، لعان، ظهار، ایلاء، حقوق اطفال از قبیل: نسب، رضاع، فراهم نمودن نفقه و ...؛ سوم) احکام اموال مربوط به فامیل از قبیل: میراث، وصیت، وقف و امثال اینها که تصرفات مربوط به بعد از مرگ اند.^{۳۴۱}

همچنین، در کتاب احکام الاحوال الشخصیه تألیف دوکتور محمد موسی احوال شخصیه چنین توضیح شده است: معنای احوال شخصیه: صرف نظر از اینکه موضوع ازدواج و متعلقات آن نوعی از مباحث را در فقه اسلامی تشکیل می دهد، به طور مستقل نیز مورد بحث قرار می گیرد که به آن حقوق اسره یا حقوق فامیل گفته می شود که در اصطلاح جدید به نام احوال شخصیه یاد می گردد.

طوری که در اصول و قواعد علم الاجتماع نیز ضبط است، انسان موجود اجتماعی بوده و امکان زیست وی به تنهایی میسر نیست. بنابراین، انسان باید در اجتماع زندگی نماید خواه اجتماع بزرگ باشد یا کوچک. زیست اجتماعی انسان ها با یکدیگر باعث ایجاد روابط و علاقه های ویژه می گردد که برای استحکام آن قوانین و مقررات نقش به سزا دارد. از جمله این علایق آنچه به ذات انسان و شخصیت او رابطه مستقیم دارد عبارت از علاقه فردی شخص با خانواده اوست از قبیل: علاقه زوجیت، ابوت، بنوت و قرابت. این علایق و روابط در احوال مختلف و خاص با وفات انسان خاتمه می یابد که همه مربوط احوال شخصیه است. اصطلاح احوال شخصیه مأخوذ از حقوق غربی بوده و از حقوق فرانسه اقتباس گردیده است و قانونی که در چنین احوال حکمروایی می نماید، در لبنان به نام قانون اسره، قانون فامیل و خانواده

۳۴۰. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۱۰-۱۱.

۳۴۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۴۸۷.

یاد می‌گردد و این وجه تسمیه به صورت کامل صحیح و مناسب است. بدین ترتیب، احوال شخصیه مسائل مربوط به ازدواج و متعلقات آن، نسب و آثار آن، وصیت و میراث می‌شود که تمام این موارد به احوال انسان به ویژه به شخصیت او ارتباط دارد.^{۳۴۲} طبق قانون احوال شخصیه اهل تشیع احوال شخصیه شامل اهلیت، شخصیت، فامیل، ارث، وصیت، وقف و هبه می‌شود.

از آنچه در باره حقوق خصوصی و احوال شخصیه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می‌شود که حقوق خصوصی عام و احوال شخصیه خاص است. به عبارت دیگر: احوال شخصیه جزء حقوق خصوصی است. زیرا، در نظام حقوق افغانستان حقوق خصوصی به: حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق تجارت، حقوق میراث و حقوق فامیل تقسیم می‌شود و احوال شخصیه بیشتر مطالب مربوط به حقوق فامیل، حقوق میراث و برخی مطالبی دیگر مانند: وصیت و غیره را احتوی می‌نماید.

پنجم) تقسیمات حقوق مدنی در افغانستان

به نظر می‌رسد نویسندگان ق. م در تقسیمات حقوق مدنی از روش انگلیسی، فرانسوی و اسلامی پیروی نموده‌اند. احکام مربوط به حقوق مدنی افغانستان را ق. م تنظیم نموده است. ق. م در چهار جلد تنظیم گردیده است. موضوعاتی که شامل جلد اول ق. م می‌گردد عبارتند از: (۱) منابع حقوق مدنی؛ (۲) استعمال حق؛ (۳) تطبیق قانون از حیث زمان و مکان؛ (۴) اشخاص حقیقی که شامل مسائل فرعی چون: اسناد سجالات، تابعیت، اقامتگاه و فامیل می‌گردد؛ (۵) اشخاص حقوقی؛ و (۶) اموال.

موضوع عمده مورد بحث جلد دوم قانون مدنی تعهدات است که شامل تصرفات و حوادث حقوقی می‌گردد. چون منبع ای تعهدات تصرفات و حوادث حقوقی است. جلد دوم ق. م احکام معین را در باره تصرفات حقوقی؛ یعنی: عقد و ایقاع، و حوادث حقوقی؛ یعنی: تقصیر، غصب، اتلاف، پرداخت بدون حق و عمل فضولی وضع نموده است. چون هر تعهد موجب ایجاد آثار معین می‌گردد و نیز در موارد خاص منتهی می‌گردد و راه‌های برای اثبات آن وجود دارد. جلد دوم علاوه بر تصرفات و حوادث حقوقی، احکام معین را راجع به آثار، انتهاء و اثبات تعهد وضع نموده است. جلد سوم به عقود معین از قبیل: بیع، اجاره، رهن، عاریت، شرکت، کفالت، وکالت و غیره پرداخته است که در واقع یکی از منابع تصرفات حقوقی است و احکام جلد چهارم احکام حقوق عینی، و حقوق میراث را تنظیم نموده است. با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که موضوعات مورد بحث حقوق مدنی افغانستان شامل مباحث چون: استعمال حق، تطبیق قانون از حیث زمان و مکان، اشخاص حقیقی و حکمی، اهلیت، تابعیت، اقامتگاه، اسناد سجالات، حقوق فامیل، حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق میراث و غیره می‌شود:

اولاً) حقوق فامیل

حقوقدانان، حقوق فامیل را به گونه های مختلف تعریف نموده اند: عده ای بر این نظر اند که: حقوق فامیل مجموعه قواعدی است که مناسبت فرد را با خانواده اش که، تشکیل شده است و یا در حال تشکیل است، بیان می کند.

این تعریف ناقص به نظر می رسد. زیرا، آنچه در این تعریف مطرح نظر است تنظیم مناسبات یا روابط شخص با فامیلش است که در حال تشکیل شدن است؛ یعنی: در مرحله خواستگاری و یا نامزدی قرار دارد و یا تشکیل شده است، یعنی: نکاح صورت گرفته است. در حالی، حقوق فامیل نه تنها قواعد و احکام مربوط به تشکیل و بقای فامیل را تنظیم می نماید، بلکه قواعد و احکام مربوط به انحلال فامیل را نیز تنظیم می نماید. زیرا، فامیل نیز نهاد حقوقی مؤقت است که با نکاح دختر و پسر و یا زن و مرد ایجاد می گردد و با طلاق دادن مرد زوجه اش را و یا مطالبه تفریق توسط زوجه به سبب عیب، عدم انفاق، ضرر و ... از محکمه ذیصلاح و طلاق زوجه توسط محکمه ذیصلاح، خلع، فسخ و نیز مرگ یکی از زوجین منحل می گردد.^{۳۴۳}

بنابراین، این تعریف قواعد و احکام مربوط به انحلال فامیل را در بر نگرفته است و ناقص به نظر می رسد. برخی حقوقدانان دیگر در تعریف حقوق فامیل به مفهوم خاص می گویند: حقوق فامیل مجموعه مقررات و قواعد حقوقی است که براساس آن، روابط و مناسبات اشخاصی که در یک خانواده زندگی می نمایند و معمولاً شامل پدر، مادر و فرزندان می شوند، تنظیم می شود. اما، به مفهوم عام، حقوق فامیل عبارت از مجموعه مقررات و قواعد حقوقی است که روابط و مناسبات افرادی را که در بین ایشان قرابت و خویشاوندی وجود داشته باشد، تنظیم می کند.^{۳۴۴}

این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد. زیرا، عبارت روابط و مناسبات در این تعریف مبهم است. پس، تعریفی که می توان برای حقوق فامیل ارائه کرد این است که: «حقوق فامیل مجموعه قواعد حقوقی، احکام فقهی و قواعد فقهی است که احکام متعلق به تشکیل، بقاء و انحلال فامیل و حقوق و تکالیف اشخاصی را که در فامیل دارای قرابت هستند، تنظیم می نماید.» برخی حقوقدانان در تعریف حقوق فامیل می گویند: حقوق فامیل مجموعه قواعدیست که تشکیل، روابط، حق ها، وجایب، ادامه و انحلال عقد ازدواج را تنظیم می نماید.^{۳۴۵} طبق این تعاریف حقوق فامیل احکام مربوط به تشکیل فامیل، استمرار

۳۴۳. به نظر می رسد فرقی که میان انحلال ازدواج از طریق طلاق، خلع، تفریق و فسخ و مرگ یکی از زوجین وجود دارد این است که انحلال ازدواج از طریق طلاق، خلع، تفریق و فسخ موجب انحلال فامیل می گردد. اما، انحلال رابطه زوجیت از طریق مرگ یکی از زوجین موجب انحلال فامیل نمی گردد مشروط بر اینکه زن و شوهر دارای اولاد باشند. از همین جهت، میان فقهاء و حقوقدانان معروف است که: وجود زن و مرد شرط حدوث فامیل است نه شرط بقای آن. به این توضیح که: هیچ فامیلی تشکیل نمی شود، مگر اینکه زن و مرد با همدیگر نکاح نمایند. اما، اگر یکی از زوجین وفات نمایند هرچند رابطه زوجیت میان آنها منقطع می گردد، با آن هم فامیل با برجا است.

۳۴۴. عبدالقادر عدالتخواه (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند، ص ۱۹.

۳۴۵. William P. Statsky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 19.

و بقای فامیل و انحلال آن و نیز حقوق و تکالیف زن در برابر شوهر، شوهر در برابر زن و زن شوهر در برابر اولاد و اولاد در برابر والدین را تنظیم می نماید. منابع حقوق فامیل افغانستان قرار ذیل است:

(۱) قوانین: برخی قوانینی که منابع حقوق فامیل افغانستان را تشکیل می دهند عبارت اند از:

۱- قانون اساسی منسوخ: اولین منبع حقوق فامیل ق. ۱ بوده است که اکنون توسط امارت اسلامی منسوخ شده است.

۲- قانون مدنی منسوخ: ق. م در واقع یکی از مهم ترین منابع حقوق فامیل در افغانستان بود. زیرا، جلد اول، مواد ۵۶ الی ۳۳۶ ق. م احکام معین را در رابطه به نامزدی، نکاح، آثار نکاح، انحلال نکاح و آثار آن و حقوق اطفال ناشی از نکاح صحیح وضع نموده است؛

۳- ق. م. خ. ع. ز: ق. م. خ. ع. ز احکام معین جزایی را راجع خشونت علیه زن وضع نموده بود که برخی احکام آن مربوط به فامیل نیز می شود. این قانون توسط امارت اسلامی منسوخ شده است.

۴- قانون مراسم عروسی: قانون مراسم عروسی نافذۀ منتشرۀ جریده رسمی شماره ۱۲۸۰، ۹ جلدی، ۱۳۹۶ منبع دیگری حقوق فامیل بود که توسط امارت اسلامی منسوخ شده است.

(۲) فرامین تقنینی: برخی فرامینی که منابع حقوق فامیل را در حقوق افغانستان تشکیل می داد عبارت بود از: فرمان شماره ۲۲۰ مؤرخ ۱۳۶/۲/۳۰ منتشرۀ جریده رسمی ۷۱۹ مؤرخ ۱۳۶۹/۴/۱۶ دوکتور نجیب الله در مورد الغای فرمان شماره ۷ در بارۀ مهر و مصارف عروسی منتشرۀ جریده رسمی شماره ۴۰۹ مؤرخ ۲۷، ۷، ۱۳۵۷، فرمان شماره ۷۷ مؤرخ ۱۳۶۵/۴/۱۰ بربک کارمل در مورد ایزاد و تکمیل قانون مدنی، منتشرۀ جریده رسمی شماره ۶۱۵ مؤرخ ۱۳۶۵/۶/۱۵ در مورد ثبت طلاق، فرمان شماره ۲۰۰۷ مؤرخ ۲۹ جلدی، ۱۳۵۸ مقام ریاست جمهوری منتشرۀ جریده رسمی شماره ۳۹۱، مؤرخ ۱۳۵۶/۱۱/۳۰ در مورد ایزاد ق. م، فرمان شماره ۲۵۵ مؤرخ ۱۳۶۶/۸/۷ هیأت رییسۀ شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان در بارۀ ضمیمۀ شماره سوم ق. م و غیره. همه این فرامین توسط امارت اسلامی منسوخ شده اند. برخی قوانین توسط امارت اسلامی وضع شده است که حقوق فامیل را تنظیم می نمایند مانند اصولنامه تفریق زوجین و فرامین امیر المومنین در خصوص حقوق خاص زنان و نظیر اینها.

(۳) فقه: منبع سوم حقوق فامیل را فقه تشکیل می دهد (مادۀ ۱ ق. م). فقه شامل عبادات (نماز، روزه، زکات، حج)، معاملات، مناکحات، ارث، صلح، عقوبات و ... می گردد و مناکحات تمام احکام حقوق فامیل را در بر می گیرد. بنابراین، فقه یکی از منابع مهم حقوق فامیل را تشکیل می دهد.

(۴) عرف و عادات عمومی: عرف و عادات یکی دیگر از منابع حقوق فامیل را تشکیل می دهد. برخی استادان به صورت مطلق عرف و عادات را منبع حقوق فامیل می دانند.^{۳۴۶} این اطلاق محل ایراد به نظر می

رسد، زیرا طبق ماده ۲ ق. م منسوخ در عرف و عادات منحصیث منیع ای حقوق فامیل شرط بود اول اینکه عرف و عادات مخالف قانون و عدالت نباشد و دوم اینکه عرف و عادات عام باشد:

۱- عرف و عادات مخالف احکام قانون نباشد: شرط اول عرف و عادات برای اینکه یکی از منابع حقوق فامیل را تشکیل می داد این است که عرف و عادات مخالف قانون نباشد. با توجه به این شرط عرف و عاداتی که مخالف شرع و قانون اند، مانند: بد دادن دختران، ازدواج های اجباری، مصارف بی نهایت سنگین عروسی، توارث زنان ثبیه و عدم اجازه دادن آنها جهت ازدواج، نامزدی دختر و پسر بدون اینکه همدیگر را ببینند و ... منیع حقوق فامیل را تشکیل نمی دهند. زیرا، این نوع عرف و عادات خلاف قوانین موضوعه افغانستان است.

۲- عام بودن: عرف و عاداتی می تواند منیع ای حقوق فامیل را تشکیل بدهد که عام باشد. مثالی که می توان برای عرف و عادات عام در افغانستان ارایه کرد عبارت از پرداخت مهر به صورت معجل و مؤجل است.

۵) اصول کلی حقوق: برخی اصول کلی حقوق مانند اصل صحت قراردادها، اصل عدم، اصل منع سوء استفاده از حق، اصل برابری و نظیر اینها منابع حقوق فامیل اند. همچنین، متحدالمال های ستره محکمه و دکترین منیع دیگر حقوق فامیل اند.

موضوعات مورد بحث حقوق فامیل خواستگاری، نامزدی، نکاح، آثار نکاح، انحلال نکاح اعم از فسخ، طلاق، خلع و تفریق قضایی، آثار انحلال نکاح اعم از عدت و رجعت، حقوق اطفال مانند حق حیات، رضاع، حضانت، ولایت، وصایت، قیمومیت و نظیر اینها است که تفصیل این همه از حوصله این کتاب خارج است. جهت دانستن این مطالب خواننده گان محترم می توانند به کتاب حقوق فامیل نویسنده مراجعه نمایند.

ثانیاً) حقوق وجایب

حقوق تعهدات که در افغانستان به نام حقوق وجایب نیز یاد می گردد مجموعه قواعد حقوقی، عرف، اصول کلی، احکام فقهی و رویه های قضایی است که تعهدات ناشی از تصرفات و حوادث حقوقی اشخاص خصوصی را در برابر همدیگر تنظیم می نماید. به عبارت محدود: حقوق تعهدات، تعهدات را میان متعهد و متعهدله تنظیم می نماید.^{۳۴۷}

347. Gerhard Robbers (2002). An introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi, (____). p 161.

موضوع مورد بحث حقوق تعهدات، تعهداتی است که اشخاص حقوق خصوصی به دلیل تصرفات و حوادث حقوقی در برابر همدیگر دارند مانند تعهدات ناشی از عقود، ایقاع ها و حوادث حقوقی. طبق این تعریف، نخست این که حقوق تعهدات مانند سایر رشته های حقوقی مجموعه قواعد حقوقی است. دوم این که حقوق تعهدات، تعهدات ناشی از اعمال یا تصرفات حقوقی و حوادث حقوقی اشخاص حقیقی و حکمی را در برابر همدیگر تنظیم می نماید. بنابراین، تعهداتی که ناشی از قانون اساسی و سایر قوانین عامه اند در حقوق تعهدات مورد بحث قرار نمی گیرد.

به حیث مثال، اشخاص حقیقی و حکمی مطابق قانون اساسی و قانون مالیات بر عایدات باید مالیه پرداخت نمایند. پرداخت مالیه هر چند تعهد شخص حقیقی و حکمی است، اما منبع و سبب این تعهد قانون اساسی است نه تصرف و حادثه حقوقی. همچنین، اشخاص حقیقی مکلف اند نماز بخوانند، روزه بگیرند، حج بروند و سایر تکالیف و تعهدات شرعی را انجام دهند. منبع و سبب این تعهدات شریعت است و این تعهدات در حقوق وجایب مورد مطالعه قرار نمی گیرد. تفصیل این همه از حوصله این کتاب خارج است. خوانندگان محترم می توانند به کتاب حقوق وجایب و عقود معین اینجانب مراجعه نمایند.

منابع حقوق وجایب که یکی از شاخه های حقوق مدنی است عبارت اند از:

۱) قوانین: مانند: ق. ا منسوخ، ماده های ۳۱ و ۳۲، ق. م منسوخ به خصوص جلد دوم و سوم، قانون وکلای مدافع و قانون بیمه.

۲) فقه: منبع دوم حقوق وجایب فقه است (ماده ۲ ق. م منسوخ). فقه شامل عبادات (نماز، روزه، زکات، حج)، معاملات، مناکحات، ارث، صلح و عقوبات و ... می گردد و معاملات قسمت زیادی احکام حقوق وجایب را در بر می گیرد، مانند: عقود معین، ایقاعات مانند: وصیت، سوگند و امثال اینها.

۳) اصول کلی حقوق: برخی اصول کلی حقوق مانند: اصل برائت، اصل صحت عقود، اصل آزادی انعقاد عقود، اصل لزوم، اصل عدم، اصل داشتن وکیل مدافع، اصل منع سوء استفاده از حق و امثال اینها منبع حقوق وجایب اند.

۳) عرف و عادات عمومی: عرف و عادات عمومی یکی از منابع حقوق وجایب را تشکیل می دهد که به برخی مثال های آن در این کتاب اشاره صورت خواهد گرفت.

۴) آراء ستره محکمه: منبع ای دیگر حقوق وجایب در افغانستان آراء ستره محکمه است که برخی مثال های آن در کتاب خواهد آمد.

۵) دکترین: دکترین منع غیرمستقیم و غیرالزام آور حقوق وجایب است. ۳۴۸

ثالثاً) حقوق عینی

تعریف حق های عینی به مفهوم مفرد حقوق در بخش حق خواهد آمد. در مفهوم قاعده، حقوق عینی مجموعه قواعدی است که رابطه انسان را به مال و ملکیت تنظیم می نماید. منابع حقوق عینی عبارتند از: قوانین، فرامین تقنینی، فقه، رویه قضایی و دکترین است:

حقوق عینی به نام های مختلف نامیده می شود. در زبان انگلیسی به حقوق عینی «Property law» و «Law of the things» می گویند. در حقوق جمهوری اسلامی ایران به حقوق عینی، حقوق اموال، حقوق اموال و مالکیت می گویند.

در افغانستان این رشته را به نام حقوق عینی یاد می نمایند. به نظر می رسد اصطلاح حقوق عینی از ادبیات حقوق کشور های عربی به خصوص مصر وارد نظام حقوقی افغانستان شده است. بنابراین، این اصطلاح متأثر از حقوق اسلامی و حقوق کشور های عربی است. در مفهوم مجموعه قواعد حقوق عینی مجموعه قواعد حقوقی، عرف های حقوقی، اصول کلی و رویه های قضایی است که روابط انسان را با اشیاء، اموال و ملکیت تنظیم می نماید. منابع حقوق عینی قرار ذیل است:

۱- قانون اساسی منسوخ: در ق. ۱۳۸۲ که امروزه نسخ شده است مواد متعددی وجود داشت که احکام مربوط به حقوق عینی را تنظیم می نمود. به عنوان مثال، ماده ۹ ق. ا ناظر بر ملکیت پنداشته شدن منابع زیر زمینی توسط دولت، ماده ۱۴ ق. ا ناظر بر تکلیف دولت در رابطه به فروش و توزیع زمین های دولتی به اتباع به منظور تهیه مسکن، ماده ۴۰ ق. ا ناظر بر مسئولیت ملکیت، تضمین کسب ملکیت توسط اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و حق تصرف در آن و نیز عدم صلاحیت دولت مبنی بر گرفتن ملکیت اشخاص حقیقی و حقوقی مگر به غرض تأمین منافع عامه از طریق استملاک و پرداخت عوض عادلانه، و ماده ۴۱ ق. ا ناظر بر منع خرید عقار توسط اشخاص حقیقی و حکمی خارجی بود که تفصیل هر یک در لابلای این کتاب خواهد آمد؛

۲- قانون مدنی منسوخ: ق. م منسوخ در واقع یکی از مهم ترین منابع حقوق عینی در افغانستان بود. زیرا، جلد دوم، کتاب دوم، باب اول، مواد ۴۸۴ الی ۴۸۷ احکام معینی را راجع به تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی و تقسیم حقوق عینی به حقوق عینی اصلی و حقوق عینی تبعی وضع نموده است. همچنین، جلد اول، فصل سوم، مواد ۴۷۲ الی ۴۸۳ ق. م احکام معین را در باره تقسیمات اساسی اموال و تفکیک اموال عامه از خصوصی و تعریف مال وضع نموده بود. همچنین، جلد چهارم، باب اول مواد ۱۹۰۰ الی ۲۲۹۸ حاوی احکامی معین در باره تعریف ملکیت، قیود ملکیت، ساحت ملکیت، ملکیت مشاع و تقسیم

آن و در نتیجه تفریز آن به ملکیت مفروز، ملکیت مشاع اجباری و ملکیت طبقات منازل، اسباب کسب ملکیت که شامل: تصاحب مباحات، ارث، وصیت، التصاق، شفع، عقد و حيازت و ... می شود، بود. جلد سوم، مواد ۱۷۷۰ الی ۱۸۹۹ ق. م که احکام مربوط به رهن حيازی و رهن رسمی را تنظیم نموده بود؛

۳- قانون تنظیم امور زمینداری: ۳۴۹ ق. ت. ا. ز که احکام مربوط به اصلاحات زمین، تفکیک زمین های دولتی از شخصی، توزیع زمین های زراعتی، بکر و بایر به مستحقین، تشویق سرمایه گذاری خصوصی، دسترسی اتباع به زمین، جلوگیری از غصب املاک دولتی، ثبت زمین بر اساس اسناد شرعی و قانونی و اجاره زمین های زراعتی را تنظیم نموده است.

۴- قانون استملاک: ۳۵۰ که مسایل مربوط به استملاک اموال غیر منقول اشخاص حقیقی و حُکمی را توسط دولت به منظور تأمین منافع عامه تنظیم می نماید. ۵- قانون علفچر: ۳۵۱ که احکام مربوط به زمین های مرعی یا علفچر را تنظیم می نماید.

۶- قانون نفت و گاز: ۳۵۲ که احکام متعلق به نفت و گاز و طرز استفاده از نفت و گاز را تنظیم می نماید؛

۷- قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و سازمانهای بین المللی: ۳۵۳ که احکام متعلق به فروش عقار را به نمایندگی های دول خارجی و سازمانهای بین المللی تنظیم می نماید؛

۸- قانون آب: ۳۵۴ که احکام متعلق به ملکیت و طرز استفاده از آب را تنظیم می نماید؛

۹- قانون شکار و ابقای حیات وحش: ۳۵۵ که احکام مربوط به شکار را تنظیم می نماید؛

۱۰- قانون تنظیم امور جنگلات: ۳۵۶ که احکام مربوط به جنگلات را تنظیم می نماید؛

۱۱- قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی: ۳۵۷ که احکام مربوط به آثار فرهنگی و تاریخی منقول و غیر منقول را تنظیم می نماید؛ و

۱۲- قانون معادن: ۳۵۸ که احکام مربوط به طرز استفاده از منابع را تنظیم می نماید.

۱۳- فرامین تقنینی رئیس دولت جمهوری اسلامی افغانستان نیز یکی از منابع حقوق عینی را تشکیل می دهد، مانند: فرمان شماره ۸۳ مؤرخ ۱۳۸۲/۸/۱۸ رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان منتشره

-
۳۴۹. قانون تنظیم امور زمینداری (۱۳۹۶). ۱۲۵۴ جریده رسمی.
 ۳۵۰. قانون استملاک (۱۳۶۹). ۱۲۵۸ جریده رسمی.
 ۳۵۱. قانون علفچر (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.
 ۳۵۲. قانون نفت و گاز (۱۳۸۷). ۹۷۲ جریده رسمی.
 ۳۵۳. قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و سازمانهای بین المللی (۱۳۸۷). ۹۴۷ جریده رسمی.
 ۳۵۴. قانون آب (۱۳۸۸). ۹۸۰ جریده رسمی.
 ۳۵۵. قانون شکار و ابقای حیات وحش (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.
 ۳۵۶. قانون تنظیم امور جنگلات (۱۳۹۱). ۱۰۸۷ جریده رسمی.
 ۳۵۷. قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی (۱۳۸۳). ۸۲۸ جریده رسمی.
 ۳۵۸. قانون معادن (۱۳۹۷). ۱۳۱۵ جریده رسمی.

جریده رسمی شماره ۸۱۶ مؤرخ ۱۸ / ۸ / ۱۳۸۲ هـ. ش در باره املاک که احکام متعلق به تفکیک زمین های دولتی از شخصی و اعاده زمین های دولت را تنظیم می نماید. فرمان شماره ۹۹ مؤرخ ۴ / ۲ / ۱۳۸۱ هـ. ش رئیس اداره مؤقت در مود عدم توزیع زمین های بکر و بایر دولتی منتشره جریده رسمی ۸۰۲ مؤرخ ۲۸ / ۳ / ۱۳۸۱، فرمان شماره ۸۳۰ مؤرخ ۱۱ / ۲ / ۱۳۸۱ هـ. ش رئیس اداره مؤقت در رابطه به منع توزیع زمین های دولتی خلاف ماستر پلان منتشره جریده رسمی ۸۰۲ مؤرخ ۲۸ / ۳ / ۱۳۸۱ هـ. ش.

این قوانین و فرامین توسط امارت اسلامی منسوخ شده اند. برخی قوانین مانند قانون فروش زمین های امارتی و مقرر استرداد زمین های امارت در حال حاضر از منابع حقوق عینی اند.

(۲) فقه: منبع دوم حقوق عینی را فقه تشکیل می دهد (ماده ۱ فقره ۲ ق. م منسوخ). در کتاب های فقهی جدید باب ها و یا فصول مشخص راجع به اموال و ملکیت و حتی منابع طبیعی مانند: آب، معدن و کنز و سایر منابع طبیعی که موضوعات عمده مورد بحث حقوق عینی را تشکیل می دهند وجود دارد که در این کتاب به صورت مفصل مورد بحث قرار خواهد گرفت.

(۳) عرف و عادات عمومی و صحیح یکی دیگر از منابع حقوق عینی است (ماده ۱ فقره ۲ ق. م منسوخ).

(۴) برخی اصول کلی حقوق مانند: اصل تسلیط، اصل لاضرر (عدم ضرر)، اصل عدم، اصل منع سوء استفاده از حق و ... منابع حقوق عینی را تشکیل می دهند.

(۵) برخی متحد المال های ستره محکمه منبع دیگر حقوق عینی است.

(۶) نظریات دانشمندان حقوق غیرالزام آور و غیرمستقیم حقوق عینی است.

موضوعات مورد بحث حقوق عینی، شی، مال، تقسیمات اموال، ملکیت، تقسیمات ملکیت، اسباب کسب ملکیت، حق عینی، حق عینی اصلی، حق عینی تبعی اعم از رهن، حق حبس، حق اختصاص و حق تقدم است. تفصیل این مباحث از حوصله این کتاب خارج است. خوانندگان محترم می توانند به کتاب حقوق عینی اینجانب مراجعه نمایند.

رابعاً) حقوق میراث

راجع به حقوق میراث تعاریف مختلف وجود دارد:

(۱) حقوق میراث عبارت از مجموعه قواعد حقوقی و احکام فقهی است که مسایل تقسیم ماترک متوفی را بعد از مرگ مؤرث میان ورثه تنظیم می نماید.^{۳۵۹}

(۲) حقوق میراث مجموعه قواعدی است که احکام مربوط به ترکه، مستحقین ارث و کیفیت تقسیم ارث را میان ورثه تنظیم می نماید.

۳۵۹. اسعد محمد سعید الصاغرجی (___). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۲۸۸؛ عبدالحمید محمود طهماز (___). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۵۱؛ و محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المکرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، ص ۶۲۶.

۳) حقوق میراث قواعدی است که راه های انتقال ملکیت متوفی را به مالکین جدید تنظیم می نماید.^{۳۶۰}

اولین منبع حقوق میراث در نظام حقوقی افغانستان قانون مدنی بود. جلد چهارم، باب اول، قسمت دوم، مواد ۱۹۹۳ الی ۲۱۰۲ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. این احکام مربوط به ارکان، اسباب، شرایط، موانع، مستحقین ارث از قبیل ذوی الفروض، عصبات، ذوی الارحام و مقرله به نسب، حمل، خنثی مشکل، ولد زنا و ولد لعان، تصفیة ترکه، تجرید ترکه، تسویه دیون ترکه و تسلیم اموال متروکه و تقسیم آن میان ورثه می شود. قانون مدنی توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده است.

منبع دوم و در حال حاضر منبع اول حقوق میراث در نظام حقوقی افغانستان فقه است. فقه شامل عبادات (نماز، روزه، زکات، حج)، معاملات، مناکحات، ارث و جهاد، عقوبات و ... می گردد. در فقه نیز بیشتر احکام ارث براساس قرآن، سنت و اجماع ثابت گردیده است و چون احکام ارث بیشتر نقلی است قیاس را در آن راهی نیست. موضوع حقوق میراث ماترک و اموالی است که از مردگان بر جای می ماند و نیز کیفیت تقسیم ترکه میان ورثه و بررسی احوال میراثی ورثه است.^{۳۶۱} موضوعات مورد بحث حقوق میراث ترکه، ورثه، حق مؤرث بر ترکه، دسته بندی ورثه، سهم ورثه ها، حجب، عول، تقسیم ترکه و امثال اینها است. تفصیل این مباحث از حوصله این کتاب خارج است. خوانندگان محترم می توانند به کتاب حقوق میراث اینجانب مراجعه نمایند.

خامساً) حقوق مالکیت های معنوی

تعریف حق های معنوی در مفهوم جمع حق ها در بخش حق خواهد آمد. در مفهوم مجموعه قواعد حقوقی، حقوق معنوی مجموعه قواعدی است که روابط حقوقی اشخاص را با مالکیت های معنوی تنظیم می نماید. برخی منابع حقوق مالکیت های معنوی در افغانستان عبارت اند از ق. ا منسوخ، ق. م منسوخ و برخی قوانین عادی است. ماده ۴۷ ق. ا منسوخ حکم می نمود: «دولت برای پیشرفت علم، فرهنگ، ادب و هنر پروگرام های مؤثر طرح می نماید. دولت حقوق مؤلف، مخترع و کاشف را تضمین می نماید و تحقیقات علمی را در تمام عرصه ها تشویق و حمایت می کند و استفاده مؤثر از نتایج آن را، مطابق به احکام قانون، تعمیم می بخشد.»

ق. م نیز تنظیم مسایل متعلق به حقوق معنوی را به قانون خاص محول نموده بود چنانچه ماده ۴۹۱ آن در این باره تصریح می نمود که: «حقوق معنوی که بر شی غیر مادی وارد می گردد، تابع احکام قوانین خاص می باشد.» در روشنایی ق. ا و ق. م دو قانون عمده در افغانستان وضع و نافذ گردید که عبارت اند

360 . WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (___), Sweet and Maxwell, p 252.

۳۶۱ . جهت مطالعه مفصل در این مورد نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل: انتشارات سعید.

از: قانون حمایت از حقوق مؤلف، مصنف، هنرمند و محقق (کاپی رایت) و قانون حمایت حقوق مخترع و مُکتشف^{۳۶۲} است. این دو قانون توسط امارت اسلامی افغانستان نسخ شده است.

۲) حقوق تجارت

حقوق تجارت مجموعه قواعدی است که روابط تجار، اعمال تجارتي، طرز ایجاد، فعالیت و انحلال شرکت های تجارتي را تنظیم می نماید. منابع حقوق تجارت افغانستان عبارت بودند از: اصولنامه تجارت نافذه سال ۱۳۳۶ هجری شمسی و تعديلات آن، اصولنامه افلاس و ورشکست، قانون شرکت های سهامی و محدودیت المسئولیت منتشره جريده رسمی شماره ۹۱۳، ۱۳۸۵ هجری شمسی، قانون شرکت های تضامنی منتشره جريده رسمی شماره ۹۱۳، مؤرخ ۱۰/۱۱/۱۳۸۵ هجری شمسی، قانون حکمیت تجارتي منتشره جريده رسمی شماره ۹۱۳، مؤرخ ۱۰/۱۱/۱۳۸۵ هجری شمسی، قانون میانجگیری (مصالحه) تجارتي منتشره جريده رسمی شماره ۹۱۳، مؤرخ ۱۰/۱۱/۱۳۸۵ هجری شمسی، قانون سرمایه گذاری خصوصی منتشره جريده رسمی شماره ۸۶۹، ۳۰/۹/۱۳۸۴ هجری شمسی، قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال، منتشره جريده رسمی شماره ۱۱۵۰، ۱۳۹۳ هجری شمسی. این قوانین توسط امارت اسلامی نسخ شده اند. عرف و عادات تجارتي و متحدالمال های شورای عالی ستره محکمه امارت اسلامی افغانستان نیز منابع حقوق تجارت اند. نظریات دانشمندان حقوق نیز یکی از منابع غیرمستقیم و غیرالزام آور حقوق تجارت افغانستان است. موضوعات مورد بحث حقوق عبارت اند از تجار، اهلیت تجارتي، معاملات تجارتي، احکام عمومی شرکت های تجارتي، شرکت ها اعم از شرکت های تضامنی، سهامی، تضامنی مختلط، اسناد تجارتي مانند برات و چک، عقد تجارتي و احکام عمومی آن، بیمه تجارتي و امثال اینها.

گفتار دوم) حقوق عمومی

شاخه دوم حقوق ملی، در نظام حقوقی افغانستان حقوق عامه است.

الف) تعریف و پیشینه

برخلاف حقوق خصوصی که رابطه فرد را با فرد تنظیم می نماید و دولت در تنظیم این روابط نقشی ندارد، مانند: ازدواج، خرید و فروش، عاریت، وصیت، ارث و امثال اینها جز وضع قوانین، در حقوق عامه پای دولت دخیل است. برخی حقوقدانان انگلیسی در تعریف حقوق عامه می گویند: «حقوق عامه مجموعه قواعدی است که روابط افراد را با دولت در مملکت معین و روابط دولت ها را با همدیگر تنظیم می نماید.»^{۳۶۳}

۳۶۲. قانون حمایت از حقوق مؤلف، مصنف، هنرمند و محقق (کاپی رایت) و قانون حمایت حقوق مخترع و مُکتشف (۱۳۸۷).

۹۵۶ جريده رسمی.

این تعریف با این ایراد مواجه است که حقوق عامه تنها روابط افراد با دولت بلکه دولت ها را تنظیم می نماید در حالی که حقوق عامه نه بلکه حقوق بین الملل عمومی روابط دولت ها را به همدیگر تنظیم می نماید. به نظر می رسد حقوق عامه مجموعه قواعدی است که روابط قوای دولت و روابط دولت را با افراد تنظیم می نماید.

از این تعریف به نظر می رسد حقوق عامه حاوی دو نوع قواعد است: نخست قواعد حاکم بر روابط حقوقی ارگان های مختلف دولت که بیشتر قواعد حقوقی اساسی این رابطه را تنظیم می نماید. دوم قواعد حاکم بر روابط ارگان های دولت با افراد که قواعد حقوق اداری، کار، مالیه، جزا، انتخابات و ... این روابطه حقوقی را تنظیم می نماید. به حیث مثال، معرفی کاندید وزیر به ولسی جرگه توسط رئیس جمهور ناظر بر روابط قوه مجریه با قوه مقننه و پرداخت مالیه توسط شهروندان به دولت ناظر بر روابطه شهروند با دولت است.

حقوق عامه مانند حقوق خصوصی پیشینه کهن دارد، اما در مفهوم نوین حقوق عامه در قرن هجده با تدوین اولین قانون اساسی مدون جهان ایجاد شده است. در واقع، در قرن هجده این تفکر به وجود آمد که دولت و حکومت تابع و مقید به حقوق باشند. قانون اساسی ایالات متحده آمریکا در تاریخ ۱۷۸۹ به تصویب رسید. با تدوین قانون اساسی دولت و حقوق و آزادی های اساسی اتباع در مفهوم مدرن پا به عرصه وجود گذاشت.

آهسته آهسته حقوق اداری، مالیه، تأمین اجتماعی و سایر رشته های حقوق به وجود آمد. در افغانستان حقوق عامه در مفهوم مدرن با اولین قانون اساسی سال ۱۳۰۱ هجری شمسی زیرنام «نظامنامه اساسی دولت علیه افغانستان» که در ۷۳ ماده توسط رژیم شاه امان الله تهیه شد و در زمستان همان سال (۱۰ حوت ۱۳۰۱ هجری شمسی) در لویه جرگه جلال آباد که مرکب بود از ۸۷۲ نفر به تصویب رسید و در لویه جرگه ماه سرطان ۱۳۰۳ هجری شمسی در پغمان به دلیل عدم حضور نمایندگان تمام ولایات کشور که مرکب بود از ۱۰۵۰ نفر دوباره مورد تصویب قرار گرفت به وجود آمده و آهسته آهسته رشد کرده و به مرحله کنونی رسیده است.

ب) هدف

گفته شد که حقوق عامه مجموعه قواعدی است که روابط حقوقی فرمانرویان را با فرمانبران تنظیم می نماید. با توجه به این تعریف به نظر می رسد هسته های حقوق عامه با ایجاد دولت ها گذاشته شده است. فلسفه وجودی حقوق عامه را تعیین و تنظیم تشکیلات دولت، تعیین حدود صلاحیت های مقامات عامه، تعیین و تضمین حقوق و آزادی های اساسی اتباع توسط دولت تشکیل می دهد. لذا، هدف حقوق عامه تنظیم قدرت و تضمین حقوق و آزادی های اساسی اتباع است. هدف دیگر حقوق عامه فانونمند کردن

دولت و حکومت است تا زمانداران در برابر مردم مسؤول باشند و ابتکار عمل به دست مردم باشد.^{۳۶۴} همچنین هدف حقوق عامه مشروعیت بخشیدن به دولت است.

ج) اهمیت

حقوق عامه امروزه از جهات مختلف دارای اهمیت است:

۱) از جهت تنظیم تشکیلات و وظایف قوای عمومی: قواعد حقوق عامه تشکیلات و وظایف قوای عمومی اعم از مقننه، مجریه و قضائیه را تنظیم می نماید.

۲) از جهت مهار شدن قدرت دولت: برخی اصول حقوق عامه مانند اصل حاکمیت قانون، اصل عدم صلاحیت، اصل تفکیک قوا و اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری قدرت دولت را محدود می نماید. به حیث مثال، اصل تفکیک قوا باعث تجزیه و تقسیم قدرت میان قوای عمومی و مهار شدن قدرت یک قوه توسط قوه دیگر و اصل حاکمیت قانون، اصل عدم صلاحیت و اصل تشریفاتی بودن اعمال عمومی دولت را تابع قانون اساسی و قانون مصوب شورای ملی که هر دو ناشی اراده عمومی اند می نماید.

۳) از جهت تضمین و تأمین حقوق و آزادی های اساسی اتباع: قواعد حقوق عمومی، حقوق و آزادی های اساسی اتباع را پیش بینی و تضمین می نماید.

۴) از جهت نظارت بر اعمال اداری: قواعد حقوق عمومی زمینه نظارت بر اعمال دولت را فراهم می نماید. لذا، با استفاده از این قواعد، اتباع می توانند ناظر بر اعمال دولت باشند. انجام نظارت بر دولت باعث مؤثریت وظایف دولت، شفاف شدن مصارف و نیز تطبیق صحیح برنامه های عمرانی و پلان های ملی می شود. به طور کلی، عمومی دانان نظارت بر اعمال دولت را به نظارت بیرونی و نظارت داخلی تقسیم می نمایند.

نظارت بیرونی بر اعمال دولت توسط رسانه، نهاد های جامعه مدنی و مردم صورت می گیرد. نظارت بیرونی بیشتر به عنوان وسیله فشار علیه دولت استعمال می شود و کمتر ضمانت اجرایی دارد و به اندازه نظارت درونی از مؤثریت برخوردار نیست. نظارت درونی نظارتی است که توسط نهادهای دولتی صورت می گیرد. این نظارت به نظارت سیاسی، نظارت اداری و نظارت قضایی تقسیم می شود.

۱- نظارت سیاسی: نظارت سیاسی توسط شورای ملی از طریق استجواب و استیضاح از وزرا صورت می گیرد.

۲- نظارت اداری: نظارت اداری بر اعمال اداری از طریق شکایت به آمرین کارکنان اداری و نهاد های شبه قضایی صورت می گیرد.

۳- نظارت قضایی: نظارت قضایی بر اعمال اداری قوه مجریه توسط قوه قضائیه صورت می گیرد. مبنای نظارت اصل حاکمیت قانون است.^{۳۶۵}

د) تقسیمات

تقسیمات حقوق عامه نوین بعد از ایجاد دولت های مدرن یکی از مباحث مهم در اکثر نظام های حقوقی است. در حقوق جمهوری اسلامی ایران برخی نویسندگان حقوق عمومی را مستقیماً به حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالیه، حقوق جزا و اصول محاکمات مدنی تقسیم نموده اند.^{۳۶۶} برخی دیگر حقوق عامه را رأساً به حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کار، اصول محاکمات مدنی و اصول محاکمات جزایی، حقوق جزا و حقوق مالیه تقسیم نموده اند.^{۳۶۷} در حقوق فرانسه نیز برخی نویسندگان حقوق عامه را مستقیماً به حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالیه و حقوق جزاء تقسیم نموده اند.^{۳۶۸} در حقوق انگلیس بسیاری از نویسندگان حقوق عامه را رأساً به حقوق اساسی، حقوق اداری و حقوق جزا تقسیم نموده اند.^{۳۶۹} برخی دیگر در امریکا حقوق خصوصی را حقوق عینی، حقوق فامیل، حقوق خطا (Tort law) حقوق میراث و وصیت و حقوق عامه را به حقوق اساسی، حقوق جزا و حقوق اداری تقسیم می کنند.^{۳۷۰} این تقسیمات کلاسیک و سنتی است و با توجه توسعه حقوق عامه، این گونه تقسیم بندی حقوق عامه امروزه محل ایراد است، زیرا:

۱) این گونه تقسیم بندی، تقسیم حقوق عامه به حقوق ماهوی و شکلی را نفی می نماید. بدون شک، حقوق خصوصی حقوق ماهوی است. اما، حقوق عامه با توجه به این که حق و تکلیف فرد و دولت را در برابر همدیگر معین می نماید و در صورت نقض حقوق ماهوی حقوق شکلی مطرح می شود، به حقوق ماهوی و شکلی تقسیم می شود.

۲) در این تقسیم بندی ها، برخی شاخه های جدید حقوق عامه، مانند: حقوق تأمین اجتماعی، حقوق محیط زیست، حقوق رسانه، حقوق بانکداری و نظیر اینها پیش بینی نشده است. به نظر می رسد علت این امر کلاسیک بودن این تقسیم بندی ها و جوان بودن رشته حقوق تأمین اجتماعی و برخی رشته های دیگر حقوق عامه است.

۳۶۵. جهت مطالعه مفصل راجع به نظارت قضایی بر اعمال اداری نک: منوچهر طباطبایی (۱۳۸۷). حقوق اداری، چاپ پانزدهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، صص ۴۹-۵۴.

۳۶۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۷۵-۲۸۰.

۳۶۷. محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، صص ۱۷۳-۲۶۴.

368. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, first edit, Tehran: Dadqaster publication, pp 137- 244.

369. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 4; and WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (___), Sweet and Maxwell, pp 4 and 5.

370. Frank August Schubert (2008). Introduction to Law and the Legal Systems, eleventh edition, USA: Cengage Learning, p 6.

۳) در این تقسیم بندی ها، برخی شاخه های حقوق عامه شکلی، مانند: اصول محاکمات اداری، حقوق محاکمات مالیه، اصول محاکمات کار، اصول محاکمات اساسی پیش بینی نشده است، در حالی که اصول محاکمات اداری، مالیه، کار و اساسی امروزه هم از لحاظ نظری و هم از لحاظ عملی مباحث مهم و بنیادین حقوق عامه اند. در واقع، قواعد حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کار، حقوق مالیه و حقوق جزا بدون اصول محاکمات فاقد جنبه عملی اند.

امروزه قواعد حقوق عامه یا وجود حق در روابط دولت با فرد را تنظیم می نماید یا اثبات حق را به نفع فرد و علیه دولت یا به نفع فرد و علیه فرد دیگر. در نتیجه، حقوق عامه به دو دسته تقسیم می شود: حقوق عامه ماهوی و حقوق عامه شکلی. چون برای اقامه دعوی وجود مراجع رسیدگی به دعوی ضروری است، تشکیلات قوه قضائیه نیز جزء حقوق عامه محسوب می شود. در ذیل، حقوق عامه ماهوی (۱) و حقوق عامه شکلی (۲) را مورد بحث قرار می دهیم:

۱) حقوق عامه ماهوی

حقوق عامه ماهوی^{۳۷۱} مجموعه قواعدی حقوقی است که محتوا و ماهیت حقوق را تشکیل می دهد و حق ها و تکالیف افراد را در برابر دولت و از دولت را در برابر افراد تنظیم می نماید.^{۳۷۲} همچنین، حقوق عامه ماهوی مشروعیت و عدم مشروعیت اعمال را تعیین می نماید.

به عبارت وسیع تر: حقوق ماهوی در برگیرنده حقوق و وجایب تابعین حقوق (Legal subjects) و همچنین مبنای نهادهای حقوقی مانند قرارداد، اداره عامه و امثال اینها است.^{۳۷۳} به عنوان مثال، حقوق و آزادی های اساسی و عمومی افراد، تکلیف افراد مبنی بر پرداخت مالیات و حق دولت مبنی بر اخذ مالیات، امتناع ورزیدن افراد از ارتکاب جرایم، ارائه خدمات توسط دولت به اتباع، ایجاد ادارات توسط دولت و امثال اینها همه موضوعاتی اند که شامل حقوق عامه ماهوی می شوند.

تاریخ حقوق عمومی نشان می دهد که براساس نظریه حاکمیت مردم این هدف از طریق ایجاد قوه مؤسس و تدوین و تصویب قانون اساسی متحقق شده است؛ به این توضیح که قوه مؤسس که برآمده از مردم است برای تنظیم قدرت دولت و تضمین حقوق و آزادی های اساسی اتباع قانون اساسی را وضع و تصویب نموده است.

قانون اساسی این دو هدف را متحقق می نماید؛ یعنی: از یکطرف تشکیلات قوای ثلاثه و حدود اختیارات مقامات سیاسی، قانونگذاری و قضایی، انتخابات، تفکیک قوا، تعیین نوع رژیم سیاسی، شکل

371 . Substantive public law.

372 . Cannie Scuderi (2007). Introduction to Law and Paralegal Studies, (____), p 2; and Frank August Schubert (2008). Introduction to Law and the Legal Systems, eleventh edition, USA: Cengage Learning, p 24.

373 . Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated into English by: Miceal Jewll, 5th edi (____), p 16.

دولت و غیره را معین می نماید و از طریق دیگر حقوق و آزادی های اساسی اتباع را بیان می نماید. به این ترتیب، اولین و مهم ترین رشته حقوق عامه که حقوق اساسی است و در آن تشکیلات قوای عمومی و حقوق و آزادی های اساسی اتباع مورد بحث قرار می گیرد، ایجاد می شود.

در حقوق اساسی تشکیلات اساسی دولت که شامل قوه مقننه، مجریه و قضائیه می شود و وظایف سیاسی و قضایی مقاماتی که در هر یک از این ادارات قرار دارند، مورد بحث قرار می گیرد. تشکیلات اداری قوه مجریه و وظایف اداری مقاماتی که در قوه مجریه ایفای وظیفه می نمایند در حقوق اداری مورد بحث قرار می گیرد.

از همین رو، در گذشته حقوق اداری را شاخه از حقوق اساسی تلقی می نمودند. دولت برای اجرای وظایف ضرورت به پول دارد. قسمتی از این پول از طریق اخذ مالیات، عوارض گمرکی و محصول از اتباع تأمین می گردد. همه عواید و مصارف دولت باید از طریق بودجه جمع و به مصرف برسد. لذا، شاخه دیگر حقوق عامه که حقوق مالیه نامیده می شود، عرض وجود می نماید که در آن مالیات، عوارض گمرکی و بودجه مورد بحث قرار می گیرد.

دولت وظایف متعدد دارد. برخی از این وظایف عبارت اند از: تأمین نظم و امن عامه و از بین بردن فساد اداری و تعمیم احکام قوانین و فیصله های قطعی محاکم (ماده ۷۵ قانون اساسی) برای اجرای این وظایف، دولت مکلف است مظنونین را گرفتار، در مورد جرم تحقیق و علیه آنها اقامه دعوی و فیصله های محاکم را که بر مبنای قوانین صادر شده است، تطبیق نماید. تعیین جرم و جزا و توقیف مظنونین و متهمین باعث ایجاد شاخه دیگر حقوق که حقوق جزا نامیده می شود، شده است که در یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دولت قرار دارد. در امریکا برای اولین بار حقوق تأمین اجتماعی با تصویب قانون تأمین اجتماعی^{۳۷۴} ایجاد شد.

در این قانون تمام کسانی که در اثر نابسامانی های اقتصادی و اجتماعی زندگی شان دچار بحران می شد، را در بر می گرفت و مسائلی از قبیل: عایله مندی، کمک به زنان بیوه، نابینایان، بیمه بازنشستگی و پیری، مستمری بازماندگان کارگران متوفی توجه شده بود. آلمان امروزه پیشرفته ترین نظام تأمین اجتماعی را دارد. سپس، حقوق تأمین اجتماعی در سایر کشورها ایجاد شد.

این شاخه ها در حقوق عامه ماهوی اکثر کشورها از جمله افغانستان با تفاوت های جزئی وجود دارد. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که: حقوق عامه ماهوی به حقوق اساسی، حقوق اساسی و آزادی های عمومی، حقوق اداری، حقوق مالیه، حقوق کار، حقوق تأمین اجتماعی، حقوق جزا، حقوق رسانه و امثال اینها تقسیم می شود. حقوق محیط زیست نیز از شاخه های جدید حقوق عامه است:

اول) حقوق اساسی

تقریباً همه اساسی دانان اتفاق نظر دارند که: حقوق اساسی مجموعه قواعد حقوقی است که تشکیلات عمومی دولت (قوای مقننه، مجریه و قضائیه) و روابط آنها با یکدیگر و حقوق و آزادی های اساسی اتباع را تنظیم می نماید. به حیث مثال، دکتر بیژن عباسی در تعریف حقوق اساسی می گوید که: حقوق اساسی رشته ای از حقوق عمومی داخلی است که به بررسی قواعد مربوط به تنظیم (سازماندهی) قدرت دولت و تضمین حقوق و آزادی های ملت می پردازد.^{۳۷۵}

همچنین، دکتر قاضی که متخصص علوم سیاسی و حقوق اساسی بود، پس از نقل و نقد نظریات متخصصین حقوق اساسی در تعریف و موضوع مورد بحث حقوق اساسی می نویسد که: «به گمان ما، موضوع حقوق اساسی، عبارت است از: بررسی و مطالعه پدیده های نهادی شده سیاسی، با شیوه های حقوقی؛ یعنی مطالعه صورت بندی حقوقی پدیده های نهادی شده سیاسی، موضوع حقوق اساسی را تشکیل می دهد و بر این مدار، سازمان عمومی دولت، رژیم سیاسی، ساخت حکومت، روابط قوا، حد و مرز نهادها، انتخابات، پارلمان، وزرا و حقوق و آزادی ها فردی مورد توجه و هدف بررسی حقوق اساسی است.^{۳۷۶}»

این تعاریف وسیع به نظر می رسد و براساس این تعاریف دو موضوع عمده مورد بحث حقوق اساسی را تشکیل می دهد. نخست تشکیلات و وظایف ارکان سه گانه دولت و دوم حقوق و آزادی های اساسی اتباع، انتخابات، ساخت و نوع حکومت ها و نظیر اینها. با توجه به تخصصی شدن و جدا شدن حقوق و آزادی های عمومی از حقوق اساسی این تعاریف بنا بر دلایل ذیل محل ایراد به نظر می رسد:

۱) اکثر اساسی دانانی که این تعاریف را برای حقوق اساسی ارائه کرده اند، خود در کتاب های حقوق اساسی خویش صرف در مورد تشکیلات و وظایف قوای عمومی بحث نموده، یا حقوق و آزادی های اساسی اتباع را اصلاً مورد بحث قرار نداده اند یا اشاره گذرا و حاشیه ای به حقوق و آزادی های اساسی اتباع داشته اند؛

۲) امروزه با توجه به وسعت ساحت حقوق و آزادی های اساسی، تخصصی شدن رشته های مختلف حقوق عمومی، حقوق و آزادی های عمومی کاملاً از حقوق اساسی جدا شده و به عنوان مضمون مستقلی زیر نام «حقوق و آزادی های عمومی» یا «حقوق بشر و آزادی های عمومی» و یا «حقوق بشر و آزادی های اساسی» در دانشکده (فاکولته) های حقوق (مثلاً: دانشگاه آزاد اسلامی - واحد کابل) تدریس می شود؛

۳) برخی نویسندگان حقوق اساسی، حقوق و آزادی های عمومی را از تشکیلات و وظایف قوای عمومی جدا نموده و به صورت مستقل کتاب های در این مورد به رشته تحریر در آورده اند، مانند: کتاب دکتر هاشمی در مورد حقوق بشر و آزادی های عمومی، کتاب دکتر مؤتمنی در مورد حقوق بشر و آزادی

۳۷۵. بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۲۱.

۳۷۶. سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان، ص ۲۱.

های عمومی، کتاب خانم مندانا کنست راسخ افشار در مورد رهنمود ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد دوم: رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر و امثال اینها. در نتیجه، امروزه در حقوق اساسی صرف تشکیلات و وظایف قوای عمومی با ترکیز بیشتر بر قوه مجریه و مقننه مورد مطالعه قرار می گیرد.

حتی قوه قضائیه در برخی کتاب های حقوق اساسی مورد بحث قرار نگرفته و یا به صورت حاشیه ای مورد بحث قرار گرفته است. با توجه به آنچه گفته شد، به نظر می رسد می توان به عنوان نتیجه حقوق اساسی را چنین تعریف کرد: «حقوق اساسی مجموعه قواعدی حقوقی، اصول کلی و آراء نهاد های صیانت از قانون اساسی است که تشکیلات و وظایف قوای عمومی و روابط این قوا را با همدیگر تنظیم می نماید.»، تفصیل حقوق اساسی از حوصله این کتاب خارج است. خوانندگان محترم می توانند به کتاب حقوق اساسی اینجانب مراجعه نمایند.

منابع حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان عبارت بودند از: قانون اساسی ۱۳۸۲ که حالا توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده است، قوانین عادی، فرامین تقنینی، اصول وظایف داخلی ولسی و مشرانو جرگه که منسوخ شده اند، شریعت، اصول کلی حقوق مانند اصل تفکیک قوا اصل حاکمیت قانون و نظیر اینها، آرای ستره محکمه و مشوره های حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و نظریات دانشمندان حقوق اساسی. برخی نویسندگان حقوق اساسی عرف های حقوق اساسی را نیز یکی از منابع حقوق اساسی می دانند.

به حیث مثال، داکتر بیژن عباسی در این مورد می نویسد که: عرف های حقوق اساسی برخلاف عرف و عادات در حقوق خصوصی، رویه ای است مرسوم میان قوای عمومی، دولتمردان که به دلیل تکرار آن در طول زمان، آن را همانند حقوق شمرده و از آن پیروی کنند. لذا، عرف اساسی برگرفته از رفتار و عملکرد حکومتگران است و قاعده ای است که به تدریج میان قوای عمومی به عنوان قاعده الزام آور مرسوم شده است. عرف اساسی، در حقوق اساسی مانند شاخه های دیگر حقوق هنگامی به وجود می آید که واجد دو شرط (ورکن) ذیل است:

۱- تکرار (رکن مادی): یک رویه باید در زمان نسبتاً طولانی تکرار گردد. به عبارت دیگر: برای شکل گیری یک عرف سیاسی تنها یک عمل کافی نیست واقع شود. زیرا، به قول معروف «با یک بار [انجام شدن عمل] عرف به وجود نمی آید» زیرا عمل به صورت مشابه باید تکرار شود تا آن را «پیشینه» بنامیم.

۲- احساس تکلیف یا اجماع میان نهادی های عمومی و غالب حقوقدانان (رکن معنوی): شرط دوم برای تحقق عرف اساسی این است که این عقیده به وجود آید که رویه معین یک قاعده حقوقی الزام آور

است؛ به این توضیح که: زمامداران و مردم پیروی از آن را لازم و ضروری بدانند و معتقد به الزامی بودن آن باشند.^{۳۷۷}

باوجوداین، برخلاف سایر رشته های حقوق (خصوصی و بین الملل) اکثر اساسی دانان عرف اساسی را به عنوان یکی از منابع حقوق اساسی نمی شناسند به این دلیل که هیچ قانون اساسی برخلاف قوانین مدنی و تجارتي و معاهدات بین المللی عرف اساسی را منحیث یکی از منابع حقوق اساسی صریحاً به رسمیت نمی شناسد.

با توجه به آنچه گفته شد، میان اساسی دانان در مورد عرف اساسی و شروط تحقق آن، اختلاف نظر وجود دارد. اساسی دانان در مورد اعتبار رویه موافق با قانون اساسی یا عرف تکمیلی تقریباً متفق القول اند. اما، اکثر اساسی دانان، رویه های را که خلاف اصول و قواعد صریح قانون اساسی باشند، نمی پذیرند.^{۳۷۸} با توجه به آنچه تذکر یافت، پرسش این است که آیا در حقوق اساسی افغانستان، عرف سیاسی یکی از منابع حقوق اساسی افغانستان را تشکیل می دهد یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که اولاً: نقش عرف های اساسی به جز در حقوق اساسی انگلستان در سایر نظام های حقوقی از جمله افغانستان کم رنگ به نظر می رسد، زیرا در این نظام ها به طور عموم و در نظام حقوقی افغانستان به طور خاص نمی توان عرف اساسی پیدا کرد؛ ثانیاً: امروزه اجرای اعمال عمومی توسط مقامات عمومی تابع اصل حاکمیت قانون است که این اصل یکی از اصول کلی مسلم حقوق در همه نظام های حقوقی است. در صورت مغایرت اعمال عمومی با این اصل، عمل باطل تلقی می شود.

لذا، این اصل مانع اجرای عرف های اساسی می شود؛ ثالثاً: امروزه ایجاد عرف های اساسی مخالف اصل عدم صلاحیت که یکی از اصول مسلم حقوق عامه است، می باشد. طبق این اصل، هیچ مقام عمومی نمی تواند عملی را انجام دهد مگر اینکه قانون این صلاحیت را به او اعطا نموده باشد. لذا، در صورت عدم تصریح قانون، مقامات عمومی نمی توانند عملی را به صورت مداوم انجام دهند.

دوم) حقوق و آزادی های عمومی و اساسی شهروندان

حقوق بشر و آزادی های اساسی در گذشته در حقوق اساسی مورد مطالعه قرار می گرفت. اما، امروزه با توجه به توسعه حقوق، حقوق بشر و آزادی های اساسی اتباع از حقوق اساسی جدا شده و در دانشکده های حقوق عامه (مثلاً دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی) به عنوان یک مضمون مستقل حقوق عامه تدریس می شود. بدون شک، حقوق و آزادی های عمومی یکی از شاخه های حقوق عامه است، زیرا یک طرف آن فرد قرار دارد و طرف دیگر آن دولت.

۳۷۷. همان، سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، ص ۷۵.
۳۷۸. همان، سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، صص ۴۳ و ۴۴.

حقوق و آزادی های عمومی که به نام های حقوق اساسی اتباع (فصل دوم ق. ۱ منسوخ)، حقوق یا آزادی های فردی، حقوق اساسی فرد، حقوق عمومی شهروندان، حقوق بشر و شهروند یا آزادی های عمومی نیز نامیده می شود، یکی از شعب مهم حقوق عمومی است و موضوع آن بررسی حقوق و آزادی هایی است که از طرف دولت برای اتباع به رسمیت شناخته شده است.^{۳۷۹}

این حقوق را نباید با حقوق بشر یکی دانست. درست است که پیش بینی این حقوق توسط قوه مؤسس برای اتباع در قانون اساسی متأثر از اعلامیه ها، میثاق ها و معاهدات حقوق بشری است، اما میان حقوق اساسی اتباع و آزادی های عمومی و حقوق بشر تفاوت وجود دارد. حقوق اساسی اتباع مجموع حقوق و آزادی هایی است که قوه مؤسس برای اتباع در قانون اساسی پیش بینی نموده است و دولت اجرای این حقوق را طبق قوانین داخلی از جمله قانون اساسی برای اتباع خود تأمین و تضمین می کند و محتوای آن نیز ممکن است از یک کشور تا کشور دیگر متفاوت باشد، در حالی که حقوق بشر، حقوق و آزادی هایی است که در سطح بین الملل و جهانی مطرح است و به مثابه معیار های جهانی حقوق بشر محسوب می شود.

از همین رو، نیل به این حقوق را سازمان ملل متحد آرمان خود قرار داده و کوشش می کند دولت ها حقوق مزبور را به رسمیت بشناسد و اجرای آن را تضمین نمایند.^{۳۸۰} تفصیل حقوق و آزادی های اساسی شهروندان از حوصله این کتاب خارج است. خوانندگان محترم می توانند به کتاب حقوق و وجایب اساسی اینجانب مراجعه نمایند.

منابع حقوق و وجایب اساسی اتباع قرار ذیل بودند که این منابع حالا توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده اند:

- ۱) فصل دوم مواد ۲۲-۵۹ ق. ۱۳۸۲۱.
- ۲) برخی اصول کلی حقوق که تفصیل آنها در فصل اول کلی حقوق گذشت.
- ۳) برخی قوانین عادی ذیل:
 - ۱- قانون مدنی (۱۳۵۵). ۳۵۳ جریده رسمی.
 - ۲- قانون انتخابات (۱۳۹۲). شماره ۱۱۱۲ جریده رسمی.
 - ۳- قانون احزاب سیاسی (۱۳۸۳). ۸۱۲ جریده رسمی.
 - ۴- قانون حق دسترسی به اطلاعات (۱۳۹۳). ۱۱۵۶ جریده رسمی.
 - ۶- قانون اجراءات جزایی (۱۳۹۳). ۱۱۳۲ جریده رسمی.
 - ۷- قانون رسانه های همگانی (۱۳۸۸). ۹۸۶ جریده رسمی.

۳۷۹. منوچهر طباطبائی (۱۳۸۳). آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ص ۱۷.
 ۳۸۰. همان، منوچهر طباطبائی، ص ۲۳.

(۴) آراء و نظریات ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.

(۵) نظریات دانشمندان حقوق منحیث منع غیرالزام آور.

سوم) حقوق اداری

حقوق اداری را در افغانستان مجموعه قواعد حقوقی می دانند که رابطه کارکن یا کارمند را با اداره تنظیم می نماید. این تعریف، از این جهت که کارکن و رابطه کارکن با اداره یکی از مباحث حقوق اداری افغانستان است، صحیح است، اما حقوق اداری فراتر از این است. در حقوق اداری تشکیلات اداری قوه مجریه، حدود صلاحیت مقامات اداری که در قوه مجریه ایفای وظیفه می نمایند و روابط اداره با شهروندان (مثلاً از طریق قراردادهای اداری، تصمیمات اداری، مسؤولیت مدنی دولت و نظیر اینها) مورد بحث قرار می گیرد.

لذا، حقوق اداری مجموعه قواعدی است که احکام مربوط به تشکیلات قوه مجریه، حدود صلاحیت مقامات اداری، فعالیت و طرز اجراء ادارات و رابطه این ادارات را با اتباع تنظیم می نماید. منابع حقوق اداری در نظام حقوق افغانستان عبارت بودند از که امروزه توسط امارت اسلامی افغانستان منسوخ شده اند:

الف) قانون اساسی: اولین منبع ای حقوق اداری افغانستان قانون اساسی ۱۳۸۲ بود. به عنوان مثال، ماده ۱ شکل اداره را تنظیم می نمود. ماده ۵۰ ق. ا دولت را مکلف به ایجاد اداره سالم می نمود، ماده ۵۱ ناظر بر مسؤولیت مدنی دولت بود، فصل هشتم مواد ۱۳۶ - ۱۴۲ راجع به اداره بود. همچنین، طبق ماده ۵۳ ق. ا دولت حقوق متقاعدین را تضمین می نمود. همچنین، ماده ۱۴۲ ق. ا صلاحیت ایجاد ادارات را به دولت می داد. همچنین، ماده ۹۰ ق. ا صلاحیت ایجاد واحد های اداری را به رئیس جمهور می داد.

ب) قوانین عادی: منبع دوم حقوق اداری افغانستان قوانین عادی بود. قوانین عادی ای که منابع حقوق اداری در افغانستان را تشکیل دهد عبارت بودند از:

(۱) قانون کار که روابط عام مأمورین را با اداره تنظیم می نماید، مانند: رخصتی ها، ساعات کار، شرایط ایمنی و امثال اینها.

(۲) قانون کارکنان خدمات ملکی و تعدیلات آن منتشره جریده رسمی شماره ۹۵۱ منتشره ۱۶ سرطان ۱۳۸۷ هجری شمسی؛

(۳) قانون خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۱، سال ۱۳۸۴؛ و

(۴) قانون تدارکات منتشره جریده رسمی شماره ۹۵۷ نافذه ۸ اسد سال ۱۳۸۷ هجری شمسی که قرارداد های مربوط به تهیه اجناس، خدمات و امور ساختمانی را تنظیم می نماید.

(۵) قانون سرپرستی وزارت خانه ها منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۵۱ مؤرخ ۲۱ جوزای سال ۱۳۹۰

هجری شمسی.

- ۶) قانون اجراءات ادارات که اجراءات ادارات، اعمال اداری و اصول حاکم بر اداره را تنظیم می نماید.
- ۷) قانون شهرداری ها.
- ۸) قانون پولیس.
- ۹) قانون کارکنان دیپلماتیک. همه این قوانین توسط امارت اسلامی افغانستان منسوخ شده اند.
- ج) فرامین: فرامین رئیس جمهور منبع حقوق اداری است مانند فرمان ایجاد شورای عالی مصالحه، ریاست اجرائیه، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی و نظیر اینها که همه منسوخ شده اند. مقررات: برخی مقررات که منبع حقوق اداری افغانستان را تشکیل می داد عبارت اند از:
 - ۱) مقررہ تنظیم بست های خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۹۶۰ مؤرخ ۱۶ سنبله ۱۳۸۷؛
 - ۲) مقررہ طرز سلوک مأمورین خدمات ملکی منتشره جریده رسمی ۹۰۰، سال ۱۳۸۵ هجری شمسی؛
 - ۳) مقررہ امور ذاتی کارکنان خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۲ مؤرخ ۲۸ اسد ۱۳۸۸ هجری شمسی؛
 - ۴) مقررہ تنظیم حقوق تقاعد کارکنان خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۲ مؤرخ ۲۸ اسد ۱۳۸۸ هجری شمسی؛
 - ۵) مقررہ امتیاز کار اقلیمی و منطقوی ساحوی منتشره جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۴۲۰؛
 - ۶) مقررہ استخدام اتباع خارجی در افغانستان؛
 - ۷) مقررہ تنظیم امور کرایه، سفریه و جیب خرچ؛
 - ۸) مقررہ بورس ها و تحصیلات در خارج؛
 - ۹) مقررہ تنظیم امور اضافه کاری؛ و
 - ۱۰) مقررہ کار بالمقطع.^{۳۸۱}
- د) طرز العمل ها: طرز العمل های ذیل منابع حقوق اداری افغانستان است:
 - ۱- طرز العمل تنظیم رژیم کاری به منظور جلوگیری از شیوع بیماری کرونا (کووید ۱۹) در ادارات خدمات ملکی.
 - ۲- ضمیمه شماره (۱) طرز العمل تنظیم رژیم کاری به منظور جلوگیری از شیوع بیماری کرونا (کووید ۱۹) در ادارات خدمات ملکی.
 - ۳- تعدیل ضمیمه شماره (۱) طرز العمل تنظیم رژیم کاری به منظور جلوگیری از شیوع بیماری کرونا (کووید ۱۹) در ادارات خدمات ملکی.

۳۸۱. کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، ۱۰ اسد، ۱۳۹۹ ش

- ۴- طرز العمل استخدام بست‌های ردیف «د».
- ۵- طرز العمل پذیرش و رسیدگی به امور مراجعین.
- ۶- طرز العمل استخدام اشخاص دارای معلولیت در ادارات خدمات ملکی.
- ۷- طرز العمل رسیده‌گی به شکایات آزار و اذیت زنان در محل کار.
- ۸- رهنمود مراسلات اداری.
- ۹- مجموعه طرز العمل های تعیینات خدمات ملکی.
- ۱۰- طرز العمل رسیده‌گی به شکایات کارکنان خدمات ملکی.
- ۱۱- طرز العمل اختصاصی ارزیابی اجراءات دفاتر ساحوی.
- ۱۲- طرز العمل تنظیم شرایط و طرز ارتقای قدم و بست معلمین، استادان، مدرسین مکاتب، مدارس و موسسات تربیه معلم، مکاتب تخنیکي - مسلکی و سواد حیاتی.
- ۱۳- طرز العمل تقرر شاروالان مراکز ولایات و شاروالان بست ۲ ولسوالی ها.
- ۱۴- رهنمود اختصاصی امتحان جمعی اتشه های وزارت تجارت و صنایع.
- ۱۵- طرز العمل تعیینات کارکنان خدمات ملکی.
- ۱۶- طرز العمل شیوه اطلاع رسانی.
- ۱۷- طرز العمل دسترسی به اطلاعات.^{۳۸۲}

این مقررات و طرز العمل ها توسط امارت اسلامی افغانستان منسوخ شده اند. برخی نویسندگان^{۳۸۳} بر این نظر اند که: عرف و عادات یکی از منابع حقوق اداری افغانستان است. این نظر ناقص به نظر می رسد، زیرا:

- ۱) این نظر مخالف برخی اصول حاکم بر اداره، مانند: اصل حاکمیت قانون، اصل عدم صلاحیت، اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری و ... است که تفصیل آنها در فصل منابع حقوق افغانستان گذشت.
- ۲) تجارب و مشاهدات نشان می دهد که در افغانستان عرف و عادات اداری به طور کلی در قوه مجریه و در بخش های اداری قوه مقننه و قضائیه وجود ندارد، زیرا همه امور بر مبنای قوانین، فرامین، مقررات، لوایح، طرز العمل ها و رهنمود ها تنظیم می شود. در نظام اداری افغانستان حداقل از لحاظ نظری و مبنایی هر اداره تابع قوانین، مقررات و ... مربوطه اند.

۳۸۲. کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، ۱۰ اسد، ۱۳۹۹ ش

ز) برخی اصول کلی حقوق نیز یکی از منابع حقوق اداری افغانستان را تشکیل می دهد، مانند: اصل سلسله مراتب، اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری، اصل حاکمیت قانون، اصل نابرابری رابطه حقوقی طرفین، اصل عدم صلاحیت و ... که تفصیل آنها در فصل منابع حقوق افغانستان گذشت. نباید تصور کرد که موضوعات مورد بحث حقوق اداری افغانستان صرف تشکیلات اداره و استخدام مأمورین و تنظیم رابطه مأمور با اداره است. امروزه موضوعات مورد بحث حقوق اداری از این فراتر رفته و موضوعات گوناگون مانند: اعمال عمومی، اشخاص اداری، مسؤلیت مدنی دولت، اصول فعالیت های اداره خوب، نظارت بر اعمال اداری، محاکم اداری و نظیر اینها موضوعات مورد بحث حقوق اداری افغانستان اند.

چهارم) حقوق مالیه

حقوق مالیه را نباید با حقوق مالی (=حق های مالی) یکی دانست. چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور، به منظور تأمین نیاز های مادی اشخاص به آنها می دهد. در این مفهوم حقوق مالی در مفهوم جمع حق استعمال می شود. اما، حقوق مالیه در مفهوم مجموعه قواعد، مجموعه قواعدی است که روابط مالیه دهندگان را با دولت تنظیم می نماید. منابع حقوق مالیه افغانستان عبارت بودند از:

۱) قانون اساسی ۱۳۸۲ که اکنون نسخ شده است. طبق ماده ۴۲ ق. ا منسوخ: «هر افغان مکلف است مطابق به احکام قانون به دولت مالیه و محصول تأدیه کند. هیچ نوع مالیه و محصول، بدون حکم قانون، وضع نمی شود. اندازه مالیه و محصول و طرز تأدیه آن، با رعایت عدالت اجتماعی، توسط قانون تعیین می گردد. این حکم در مورد اشخاص و مؤسسات خارجی نیز تطبیق می شود. هر نوع مالیه، محصول و عواید تأدیه شده، به حساب واحد دولتی تحویل داده می شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط بود:

۱) هر تبعه افغانستان مکلف است به دولت مالیه و محصول بدهد. ماده ۱ فقره دوم قانون مالیات بر عایدات در تعریف مالیه می گفت که: «(۲) مالیه، تأدیه الزامی است که به منظور تقویه بنیه مالی دولت و رفاه عامه بدون انجام خدمت متقابل یا ارایه جنس از اشخاص حقیقی و حکمی طبق احکام این قانون اخذ می گردد.»

طبق این تعریف مالیه عبارت از مبلغی است که به موجب قانون جهت تأمین مخارج عمومی به طور بلاعوض به وسیله اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت می شود. پرداخت مالیه تحمیلی است. به این توضیح که: دولت مالیات را از دارایی و درآمد اشخاص حقیقی و حقوقی برداشت می کند بدون اینکه تعهدی نسبت به پرداخت کننده به عهده بگیرد.^{۳۸۴}

پرداخت مالیات برای دولت برای اولین بار در انگلستان صورت گرفت و از آنجا در سایر ممالک اروپایی مروج شد و از ممالک اروپایی وارد ممالک اسلامی شد. در حقوق اسلامی به عوض مالیه زکات، عشر و ...

وجود دارد. امروزه در بسیاری از ممالک اسلامی از جمله افغانستان مسلمانان هم مکلف به پرداخت مالیات سنگین و هم مکلف به پرداخت زکات اند. مالیات که پدیده ای اروپایی است آفتی است که مسلمانان دچار آن شده اند.

برای مسلمانان بسیار مشکل به نظر می رسد تا از یکطرف به دولت مالیه بپردازند و از طرف دیگر زکات بدهند. زیرا، از یکطرف در بسیاری ممالک اسلامی از جمله افغانستان فقر حاکم است و از طرف دیگر عاید افغان ها به اندازه ای نیست که بتوانند هر دو مالیه و زکات بپردازند.

محصول عبارت از مبلغی است که دولت آن را در برابر خدمات اخذ می نماید، مانند: محصول وثایق که در محاکم اخذ می گردد. قانونگذار اساسی اندازه مالیه و محصول و طرز پرداخت آن را به قوانین عادی واگذار نمود بود.

۲) اشخاص و مؤسسات خارجی مکلف به دادن مالیه به دولت اند. به نظر می رسد منظور از اشخاص اعم است از اشخاص حقیقی و حکمی خارجی.

۳) بند سوم ماده ۴۱ که تصریح می نمود «هر نوع مالیه، محصول و عواید تأدیه شده، به حساب واحد دولتی تحویل داده می شود» مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر اصل وحدت بودجه است. طبق این اصل همه عواید دولت باید در حساب دولت جمع شود.

۱) قوانین عادی: مهم ترین قوانین که منابع حقوق مالیه افغانستان را تشکیل می دادند عبارت بودند از:

۱- قانون مالیات بر عایدات منتشره جریده رسمی ۹۷۴ نافذۀ سال ۱۳۸۷/۱۰/۲۵ هجری شمسی.

۲- قانون گمرکات منتشره جریده رسمی شماره ۸۴۷ نافذۀ ۱۳۸۴/۱/۱۰ هجری شمسی.

۳- قانون اداره امور مالی و مصارف عامه منتشره جریده رسمی شماره ۸۵۶ مؤرخ ۱۳۸۴/۴/۶ هجری شمسی. این قوانین توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده اند.

موضوعات اصلی مورد بحث حقوق مالیه، مالیه، عوارض گمرکی و محصول است. اما، چون دولت از افراد جهت اجرای مصارف عمومی، ارایه خدمات و ... مالیه می گیرد و همه مصارف دولت از طریق تنظیم، تصویب و نظارت بر بودجه صورت می گیرد، بودجه نیز در حقوق مالیه مورد بحث قرار می گیرد.

پنجم) حقوق کار

در مورد حقوق کار که آیا شاخه حقوق عمومی است یا خصوصی اختلاف نظر فراوان میان علمای حقوق وجود دارد. در حقوق فرانسه چنانچه گفته شد، حقوق کار جزء حقوق خصوصی است. در حقوق جمهوری اسلامی ایران در این مورد اختلاف وجود دارد: دکتر کاتوزیان حقوق کار را جزء حقوق عامه

محسوب می نماید.^{۳۸۵} داکتر قدرت الله عراقی، یکی از متخصصین و استادان حقوق کار در جمهوری اسلامی ایران حقوق کار را جزء حقوق خصوصی محسوب می نماید.^{۳۸۶}

برخی دیگر از نویسندگان مانند منصور اباذری فومشی حقوق کار را حقوق تأمین اجتماعی می داند و در این مورد می نویسد که: برخی حقوق کار را یکی از رشته های حقوق عامه، برخی خصوصی، برخی دیگر مستقل از هر دو رشته می دانند که و ادعا می نمایند که حقوق کار گرفته شده از قواعد حقوق خصوصی و عمومی است و حقوق مختلط را به وجود آورده است؛ برخی نیز آن را حقوق شغلی می دانند و برخی نیز حقوق اجتماعی.^{۳۸۷}

پرسش این است حقوق کار در نظام حقوقی افغانستان مانند فرانسه جزء رشته های حقوق عامه و یا خصوصی تلقی می گردد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که به نظر می رسد در نظام حقوقی افغانستان حقوق کار جزء حقوق عمومی محسوب می شود. زیرا

۱) یکی از منابع خیلی عمده حقوق کار در نظام حقوقی افغانستان قانون کار بود. قانون کار افغانستان نه تنها بالایی کارگران و کارفرمایان در بخش خصوصی بلکه بالایی مأمورین دولت که مطابق قانون خدمات ملکی کارکنان نامیده می شود نیز قابل تطبیق بود. به عبارت دیگر: قانون کار افغانستان روابط عام (ماده ۵ فقره اول ق. ک)، مانند: رخصتی ها، ساعات کار، پرداخت مزد و ... کارکن که شامل کارگر، مأمور قراردادی، مأمورین رسمی دولت می شود را با ادارات دولتی تنظیم می نمود و در نتیجه حقوق کار را در زمره حقوق عامه قرار می داد. قانون کار افغانستان که یکی از منابع مهم حقوق کار افغانستان را تشکیل می داد که هنوز هم متأثر از حقوق کار نظام های کمیونیستی است.

در نظام های کمیونیستی چون مالکیت خصوصی وجود ندارد، قانون کار بر مأمورین دولت تطبیق می شود، اما در نظام های سرمایه داری قانون کار صرف رابطه کارگر را با کارفرما در بخش خصوصی تنظیم می نماید و حقوق کار را جزء رشته های خصوصی قرار می دهد. قانون کار افغانستان نیز به رغم این که در سال ۱۳۸۸ تعدیل گردیده است، هنوز هم رنگ و بوی کمیونیستی می دهد و علاوه بر بخش خصوصی، بر روابط عام کارکنان با اداره دولتی مانند: رخصتی ها، ساعات کار، قرارداد کار، تأمینات اجتماعی و ... قابل تطبیق است.

۳۸۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۹۷.

۳۸۶. کورش استوار سنگری (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، صص ۵۵ و ۵۶.

۳۸۷. منصور اباذری فومشی (۱۳۸۷). حقوق کار و نحوه عملی رسیدگی به شکایات، دعاوی و جرایم در قانون کار، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی، صص ۳۰-۳۱.

علاوه بر این، وزارت کار، امور اجتماعی، شهداء و معلولین عملاً بر تطبیق قانون کار بر کارکنان دولت علاوه بر بخش خصوصی نظارت می نمود. این دو امر، از یک طرف حقوق کار را در زمره حقوق عامه قرار می داد و از طرف دیگر، ترسیم مرز میان حقوق اداری و حقوق کار در افغانستان را مشکل می نمود.

۲) قانون کار افغانستان رابطه کارکن را با اداره تنظیم می نمود. وفق ماده ۳ فقره ۱ ق. ک: «اداره عبارت وزارت ها، ادارات دولتی و غیر دولتی، کمیسون های مستقل، تصدی ها، تشبثات خصوصی و مختلط و مؤسسات خارجی مقیم جمهوری اسلامی افغانستان که کارکن در آن مصروف کار تولیدی یا خدماتی می باشد.».

۳) وزارت کار، امور اجتماعی، شهداء و معلولین علاوه بر بخش خصوصی عملاً بر تطبیق قانون کار بر مأمورین دولت نظارت می نمود. لذا، دخالت این وزارت جهت تطبیق قواعد حقوق کار، این رشته را در زمره حقوق عامه قرار می داد.

۴) امری و حمایتی بودن قواعد حقوق کار که طرفین قرارداد کار نمی توانند برخلاف این دو توافق نمایند، نیز حقوق کار را در زمره رشته های حقوق عامه قرار می داد. در حقوق جمهوری اسلامی ایران برخی استادان حقوق کار را چنین تعریف می نمایند: «حقوق کار، مقررات حاکم بر روابط کارگر و کارفرما است به نحوی که انجام کار به وسیله کارگر همراه با تبعیت او از کار فرما می باشد».^{۳۸۸}

چنانکه از تعریف حقوق کار معلوم می شود، حقوق کار شامل هر نوع کاری نیست، یکی از شرایط مهم حقوق کار، انجام کار برای دیگری است. کارهایی که خود اشتغالی نامیده می شود یا افرادی که برای خود کار می کنند، شامل قانون کار نمی شوند. این تعریف در حقوق ایران درست است، اما نمی توان این تعریف را در حقوق افغانستان در مورد حقوق کار پذیرفت، زیرا حقوق کار در نظام حقوقی افغانستان بر مأمورین دولت توسط ادارات دولت نیز تطبیق می شود. بنابراین، حقوق کار در نظام حقوقی افغانستان عبارت از مجموعه قواعد حقوقی است که رابطه کارکن را با ادارات دولتی و کارگر را در بخش خصوصی با کارفرما تنظیم می نماید. منابع حقوق کار افغانستان قرار ذیل بودند:

۱) قوانین: منبع اول حقوق کار افغانستان قوانین است:

۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ منسوخ، مانند ماده ۴۸ و ۴۹ که کار را حق هر افغان تلقی می نمود و کار اجباری را منع می نمود.

۲- قانون کار منتشره جریده رسمی شماره ۹۶۶ نافذ ۱۶ قوس ۱۳۸۷ هجری شمسی.

۲) مقررات: برخی مقررات که منابع حقوق کار افغانستان را تشکیل می داد عبارت اند از:

۱- مقررہ اضافه کاری کارکنان منتشره جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.

- ۲- مقررۀ مسؤولیت مالی کارکنان منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۳- مقررۀ شرایط کار شبانه منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۴- مقررۀ شرایط کار کارکنان روز مزد منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۵- مقررۀ جبران خسارت و ضرر صحی مرتبط به کار منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۶- مقررۀ مراکز آموزش فنی و حرفوی منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۷- مقررۀ توزیع البسه کار و وسایل تحفظی منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۸- مقررۀ معیار های عمدۀ حفاظت کار و طرق ایمنی منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۹- مقررۀ کار روز نامکمل، هفته نامکمل، حاصل کار و کار انجام شده منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۱۰- مقررۀ تنظیم مراقبت کار منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۱۱- مقررۀ حل اختلاف ناشی از کار منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۳۲۰ هجری قمری.
 - ۱۲- مقررۀ مزد اضافی کارکنانی که در عین اداره با چند ماشین و یا در چند حرفه کار می نمایند منتشرۀ جریده رسمی شماره ۷۹۱ سال ۱۴۲۰ هجری قمری. این قوانین و مقررات توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده اند.
- ۳) مقاله نامه ها و توصیه نامه های سازمان بین المللی کار: سازمان بین المللی کار در سال ۱۹۱۹ م به موجب پیمان صلح ورسای به وجود آمد و اساسنامه آن در فصل سیزدهم قرارداد صلح ورسای گنجانیده شده است. این سازمان که دفتر آن در ژنو مستقر شده با آنکه از لحاظ حقوقی مستقل بود در عمل وابستگی تامی به جامعه ملل داشت. پس از آنکه جامعه ملل بر اثر وقوع جنگ جهانی دوم خاصیت وجودی خود را از دست داد، سازمان بین المللی کار همچنان پابرجا ماند تا اینکه در سال ۱۹۴۶ م قراردادی را با سازمان ملل امضاء کرد و جزء مؤسسات تخصصی سازمان ملل در آمد.
- از لحاظ حقوقی، این سازمان اتحادیه ای است که دولتها برای حفظ صلح و تعمیم عدالت اجتماعی به وجود آورده اند. خدمات بین المللی سازمان از این جهت در حفظ صلح مؤثر است که عدالت اجتماعی را تعمیم می دهد و شرایط نامساعد زندگی بشر را که پیوسته باعث ظلم، فقر، بدبختی و تهدید صلح جهانی بوده است از بین می برد و موجبات تامین صلح پایدار را میسر می گرداند. بنابراین، هدف سازمان بین المللی کار عبارت است از ایجاد عدالت اجتماعی و خدمت به مردان و زنانی که در نقاط مختلف جهان کار می کنند.

این سازمان حافظ حقوق اکثریت بزرگی از جامعه بشریت است و سعی می کند حقوق کارگران و حداقل زندگی مادی و معنوی آنها را تأمین نماید و مورد حمایت بین المللی قرار دهد تا ضمن فراهم آمدن موجبات توسعه اقتصادی اجتماعی کلیه مظاهر عقب ماندگی را از میان بر دارد و به آرزوی مشترك بشریت، یعنی عدالت اجتماعی نزدیک شود. سازمان بین المللی کار، دارای سه ارگان اساسی است که عبارتند از: (۱) کنفرانس بین المللی کار؛ (۲) هیأت مدیره؛ (۳) دفتر بین المللی کار. البته، علاوه بر این سه رکن چندین کمیسیون سازمان مذکور را در انجام وظایفش کمک می کنند.

افغانستان در سال ۱۹۳۴ عضو سازمان بین المللی کار شده است. بنابراین، توصیه نامه ها و مقاله نامه های این سازمان که مربوط حقوق کار می شود و توسط دولت افغانستان تصویب شده است یکی دیگر از منابع حقوق کار در افغانستان را تشکیل می دهد. موضوع مورد بحث حقوق کار عبارت اند از: مشمولین حقوق کار، قرارداد کار، اوقات کار، مزد کارگر و تکالیف کارگران است. مشمولین حقوق کار عبارت اند از: کارگر، کارفرما و کارگاه:

(۱) کارفرما: طبق ماده ۳ فقره ۷ ق. ک منسوخ: «کارفرما: شخص حقیقی یا حکمی است که کارکن به موافقه یا منظوری وی به کار استخدام و مزد، معاش و سایر حقوق مربوط به کارکن توسط یا به منظوری او اجراء و پرداخته می شود.»

(۲) کارگر: طبق ماده ۳ فقره چهارم ق. ک منسوخ: «کارگر کارکنی است که براساس قرارداد معین در اداره استخدام می شود.»

(۳) اداره: وفق ماده ۳ فقره ۱ ق. ک منسوخ: «اداره عبارت وزارت ها، ادارات دولتی و غیردولتی، کمیسیون های مستقل، تصدی ها، تشبثات خصوصی و مختلط و مؤسسات خارجی مقیم جمهوری اسلامی افغانستان که کارکن در آن مصروف کار تولیدی یا خدماتی می باشد.» استعمال «اداره» در قانون کار به عوض «کارگاه» یادگار دوره حاکمیت کمیونیسیم افغانستان است. زیرا، در نظام کمیونیسیم سرمایه گذاری خصوصی، کارگاه های خصوصی تولیدی، صنعتی و ... وجود ندارد.

بنابراین، استعمال اداره به عوض کارگاه محل انتقاد است. زیرا، این امر تفکیک میان حقوق اداری و حقوق کار را مشکل می نماید. زیرا، مأمور نیز در اداره کار می نماید و در نتیجه نمی توان میان حقوق کار و اداره تفکیک قایل شد. به هر حال، طبق این ماده اداره شامل مؤسسات عامه مانند: وزارت خانه ها، کمیسیون ها، تصدی ها، مؤسسات خارجی و تشبثات خصوصی مانند: شرکت ها و امثال آن می شود. علاوه بر مطالب یاد شده، قانون کار افغانستان حاوی احکام مفصل راجع به وقت کار، حق استراحت و رخصتی ها، مزد، آموزش مسلکی، مسؤولیت مالی کارکنان، تأمین شرایط ایمنی کار در اداره و کارگاه، کار نوجوانان و جوانان، کار زنان، تأمینات اجتماعی و ... است.

ششم) حقوق تأمین اجتماعی

یکی از رشته های جدید حقوق عامه حقوق تأمین اجتماعی است. تأمین اجتماعی در گذشته یکی از مباحث حقوق کار بوده است. به حیث مثال، فصل سیزدهم قانون کار منسوخ افغانستان هنوز هم حاوی احکام معین راجع به تأمین اجتماعی است. به اعتبار دخالت عنصر دولت این رشته نیز در حقوق افغانستان شامل حقوق عامه می شود. زیرا، یکطرف این رابطه فرد و طرف دیگر آن دولت است. پیدایش نظام تأمین اجتماعی به مفهوم نوین و امروزی بعد از سال های بحران اقتصادی در امریکا (۱۹۲۹-۱۹۳۳) شروع و در اروپا از جنگ جهانی دوم به بعد مطرح و سازماندهی شده است. در امریکا برای اولین بار واژه تأمین اجتماعی با تصویب قانون تأمین اجتماعی^{۳۸۹} ابداع شد.

در این قانون تمام کسانی که در اثر نابسامانی های اقتصادی و اجتماعی زندگی شان دچار بحران می شد، را در بر می گرفت و مسائلی از قبیل: عایله مندی، کمک به زنان بیوه، نابینایان، بیمه بازنشستگی و پیری، مستمری بازماندگان کارگران متوفی توجه شده بود. آلمان که امروزه پیشرفته ترین نظام تأمین اجتماعی را دارد، اساس نظام تأمین اجتماعی آن سه قانون به شرح ذیل است: (۱) بیمه بیماری (۱۸۸۳؛ ۲) بیمه حوادث ناشی از کار (۱۸۸۴؛ ۳) بیمه از کار افتادگی و پیری ۱۸۸۹. اکثر کشورهای اروپایی از قوانین مذکور اقتباس نمودند.^{۳۹۰}

به این ترتیب، حقوق تأمین اجتماعی ایجاد شد. در اصطلاح حقوقی تأمین اجتماعی مجموعه کمک های و خدمات سازمان یافته ای است که دولت برای حمایت از اعضای خود به هنگام تنگناهای اقتصادی و اجتماعی مانند: بیماری، بیکاری، حوادث ناشی از کار، پیری، از کار افتادگی، مرگ سرپرست خانواده که فرد و خانواده اش را دچار بحران می کند پیش بینی و انجام می دهد.^{۳۹۱} اما، حقوق تأمین اجتماعی^{۳۹۲} مجموعه قواعد و مقررات حاکم بر اقداماتی است که جامعه به نحو سازمان یافته برای حمایت از اعضای خود به هنگام پریشانی ها و تنگناهای اقتصادی و اجتماعی انجام می دهند.^{۳۹۳} منابع حقوق تأمین اجتماعی در افغانستان عبارت بودند از:

(۱) قوانین: قوانین ذیل منابع حقوق تأمین اجتماعی افغانستان را تشکیل می داد:

(اول) قانون اساسی ۱۳۸۲ منسوخ. در ق. ۱۳۸۲۱ منسوخ احکام متعددی وجود داشت که می توانست منابع حقوق تأمین اجتماعی را تشکیل دهد، مانند: ماده ۵۲ ق. ادر مورد ارایه خدمات صحی به صورت رایگان برای اتباع و ماده ۵۳ در مورد تأمین حقوق معلولین، معیوبین، ورثه شهداء و امثال اینها. این ماده تصریح می نمود: «دولت به منظور تنظیم خدمات طبی و مساعدت مالی برای بازماندگان شهداء و مفقودین

389. Social security law.

۳۹۰. کورش استوار سنگری (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، صص ۹ و ۳۱-۳۲.

۳۹۱. همان، کورش استوار سنگری؛ صص ۹ و ۱۱.

392. Social security law.

۳۹۳. کورش استوار سنگری (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، ص ۱۳.

و برای بازتوانی معلولین و معیوبین و سهم گیری فعال آنان در جامعه، مطابق به احکام قانون، تدابیر لازم اتخاذ می نماید. دولت حقوق متقاعدین را تضمین نموده، برای کهنسالان، زنان بی سرپرست، معیوبین و معلولین و ایتم بی بضاعت مطابق به احکام قانون کمک لازم به عمل می آورد.

دوم) قانون حقوق و امتیازات معلولین و معیوبین منتشره جریده رسمی ۱۰۳۷ نافذه ۱۵ / ۶ / ۱۳۷۹: این قانون احکام مربوط به حقوق و امتیازات معلولین، معیوبین و ورثه شهداء را تنظیم می نماید. سوم) قانون آمادگی مبارزه با حوادث منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۸۹ میزان ۱۳۹۱ هجری شمسی. این قوانین توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده اند.

۲) مقاله نامه های سازمان بین المللی کار: مقاله نامه های سازمان بین المللی کار که مربوط به تأمین اجتماعی می شود، نیز یکی از منابع حقوق تأمین اجتماعی افغانستان را تشکیل می دهد. برخی مقاله نامه های که مربوط به تأمین اجتماعی می شوند عبارت اند از: مقاله نامه شماره ۱۰۲ در مورد حداقل معیار های تأمین اجتماعی، مقاله نامه ۱۱۸ راجع به حمایت اتباع و بیگانه، مقاله نامه ۱۲۱ راجع به مستمری حوادث ناشی از کار، مقاله نامه ۱۲۸ راجع به مستمری ناتوانای و سالمندی، مقاله نامه ۱۳۵ راجع به مراقبت های صحی، مقاله نامه ۱۵۱ راجع به حفظ حقوق مکسبه، مقاله نامه ۱۰۶۸ راجع به ترویج اشتغال و حمایت در برابر بیکاری و مقاله نامه ۱۸۳ راجع به حمایت بارداری.^{۳۹۴}

موضوعات مورد بحث حقوق تأمین اجتماعی متعدد است و از مملکتی تا مملکتی دیگر بدر نظر داشت توسعه و رشد آن فرق می نماید. به طور عموم موضوعات تأمین اجتماعی قرار ذیل اند: (۱) بیکاری؛ (۲) پیری و از کار افتادگی؛ (۳) در راه ماندگی، بی سرپرستی و آسیب های اجتماعی؛ (۴) ناتوانی های جسمی، ذهنی و روحی؛ (۵) مراقبت های صحی؛ (۶) مراقبت های دوران حاملگی و ولادت؛ (۷) حمایت های بیکاری؛ (۸) حوادث ناشی از کار؛ (۹) عایله مندی؛ و (۱۰) کمک با بازماندگان متوفی.

هفتم) حقوق محیط زیست

حقوق محیط زیست، مجموعه قواعد و مقرراتی است که محیط زیست را که توسط فعالیت های انسان ها در معرض خطر، تغییر و تخریب قرار دارد حمایت می نماید. به عبارت دیگر: حقوق محیط زیست مجموعه ای قواعد حاکم بر حفظ محیط زیست و روابط انسان با محیط زیست است. برخی منابع حقوق محیط زیست در حقوق افغانستان عبارت بودند از ماده ۱۵ ق. ا منسوخ، قانون محیط زیست، قانون شکار و ابقای حیات وحش منتشره جریده رسمی شماره ۷۹۵ مؤرخ یکشنبه ۱۴۲۱ ه. ق. که احکام مربوط به شکار را تنظیم می نماید. قانون تنظیم امور جنگلات منتشره جریده رسمی شماره ۱۰۸۷، ۱۳۹۱ ه. ش. که احکام مربوط به جنگلات را تنظیم می نماید و قانون علفچر منتشره جریده رسمی شماره ۷۹۵

۳۹۴. جهت مطالعه مفصل در مورد سازمان بین المللی کار و مقاله نامه ها و توصیه نامه های این سازمان ر. ک: دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی، سازمان بین المللی کار؛ و کورش استوار سنگری (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان، صص ۴۷-۵۰.

مؤرخ ۱۲ شوال المکرم ۱۴۲۱ هـ. ق. که احکام مربوط به زمین های مرعی یا علفچر را تنظیم می نماید. این قوانین توسط امارت اسلامی افغانستان نسخ شده اند.

هشتم) حقوق جزا

در حقوق افغانستان حقوق جزاء را با اعتبار عنصر دخالت دولت می توان یکی از شاخه های حقوق عامه پنداشت. زیرا، هرگاه فرد مرتکب جرمی شود، جرم باآنکه خطرات مالی و جانی را متوجه مجنی علیه می نماید، نظم اجتماع را نیز بر هم می زند. بنابراین، مدعی العموم (دادستان/ خارنوال) به نمایندگی از دولت علیه متهم اقامه دعوی می نماید و یک طرف این دعوی فرد و طرف دیگر مدعی العموم به نمایندگی از دولت است. حقوق جزاء به حقوق جزای عمومی و حقوق جزای اختصاصی تقسیم می شود: ۳۹۵

اولاً) حقوق جزای عمومی

حقوق جزای عمومی مجموعه قواعد و اصول حقوقی است که جرایم و مجازات ها به صورت کلی مورد مطالعه قرار می دهد. منابع حقوق جزای عمومی عبارت اند از اصولنامه جزایی محاکم و فقه اسلامی. رویه قضایی نیز یکی دیگر از منابع حقوق جزای عمومی افغانستان است. برخی اصول کلی حقوق، مانند: اصل قانونیت جرایم و مجازات ها، اصل برائت و نظیر اینها نیز یکی دیگر از منابع حقوق جزای عمومی اند.

اما، به نظر می رسد عرف و عادات در حقوق جزا هیچ نقشی ندارد، زیرا عرف و عادات خلاف اصل قانونیت جرایم و مجازات ها است. دکترین نیز یکی از منابع غیر الزام آور حقوق جزای عمومی است. موضوعات مورد بحث حقوق جزای عمومی جرم، تصنیف جرایم، جزاها، عناصر متشکله جرم (قانونی، معنوی و مادی) است. ۳۹۶

ثانیاً) حقوق جزای اختصاصی

۳۹۵. حقوق جزای ماهوی و شکلی خود شاخه اصلی «علوم جنایی حقوقی» می باشند (شاخه تکمیلی علوم جنایی حقوقی شامل حقوق جزای اختصاصی، حقوق جزای بین المللی، حقوق جزای منطقه‌ای، تاریخ حقوق جزا و حقوق جزای مقایسوی می شود). شاخه دیگر علوم جنایی «علوم جنایی تجربی» است. این شاخه علمی را در بر می گیرد که محتوای حقوقی هنجاری نداشته و تجربی هستند: علوم جرم یابی (پلیس علمی، طب عدلی، ...)، علوم جرم شناسی نظری (زیست شناسی جنایی، جامعه شناسی جنایی و روان شناسی جنایی)، علوم جرم شناسی کاربردی (جرم شناسی بالینی، جرم شناسی جلوگیری، جرم شناسی انتقادی) و مجنی علیه شناسی از شاخه های تجربی و غیر حقوقی علوم جنایی به شمار می روند.

علوم جنایی علاوه بر علوم جنایی حقوقی و تجربی شامل رشته های فلسفه جزا و سیاست جنایی نیز می شود (نک: محمد صدر توحید خانه (۱۳۸۹). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ دوم، کابل افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، ص ۱۷) چون این علوم غیر هنجاری اند به نظر می رسد نمی توان این علوم را در زمره تقسیمات حقوق آورد.

۳۹۶. جهت مطالعه مفصل در مورد حقوق جزای عمومی در افغانستان ر. ک: محمد صدر توحید خانه (۱۳۸۹). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ دوم، کابل افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.

حقوق جزای اختصاصی مجموعه قواعد حقوقی است که هر جرم را به طور جداگانه مورد مطالعه قرار داده، ارکان، شرایط تحقق و مجازات آن را پیش بینی می نماید. منابع حقوق جزای اختصاصی عبارت اند از:

(۱) قوانین: برخی قوانینی که منابع حقوق جزای اختصاصی در افغانستان را تشکیل می داد عبارت اند از:

- کد جزا.

- قانون منع خشونت علیه زن منتشره جریده رسمی شماره ۹۸۹ مؤرخ ۱۰/۵/۱۳۸۸. این دو قانون توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده اند. اکنون اصولنامه جزایی محاکم یکی از منابع حقوق جزا است.

(۲) فقه اسلامی: فقه اسلامی (بخش عقوبات) یکی دیگر از منابع مهم حقوق جزای اختصاصی در افغانستان را تشکیل می دهد. حقوق جزای اختصاصی تعریف، ارکان، شرایط تحقق و مجازات هر جرم را به صورت جداگانه مورد بحث قرار می دهد، مانند: سرقت، قتل و امثال اینها است.

نهم) حقوق رسانه

به نظر می رسد حقوق رسانه یکی از شاخه های جدید حقوق عامه است که منشعب از شاخه حقوق و وجایب اساسی اتباع است، زیرا در گذشته حقوق رسانه را یکی از حق های اساسی اتباع تلقی می کردند. اما، با ایجاد و رشد رسانه ها، امروزه حقوق رسانه به یکی از شاخه های مستقل حقوق عامه تبدیل شده است. حقوق رسانه مجموعه قواعد حقوقی است که رفتار رسانه ها و ژورنالستان را در امور خبرنگاری و رسانه ای تنظیم می نماید. به عبارت دیگر: حقوق رسانه مجموعه قواعد حقوقی است که حقوق، آزادی ها و تکالیف خبرنگاران و رسانه را در عرصه خبرنگاری و رسانه ای تنظیم می نماید.

دهم) حقوق بانکداری

حقوق بانکداری مجموعه قواعد حاکم بر بانک ها اعم از دولتی و خصوصی است. منابع مهم حقوق بانکداری قانون اساسی ۱۳۸۲ و قانون بانکداری است.

۲) حقوق عامه شکلی

حقوق عامه شکلی^{۳۹۷} مجموعه قواعد حقوقی است که به منظور تطبیق و تنفیذ حقوق ماهوی عامه و خصوصی به کار می رود.^{۳۹۸} به عبارت دیگر: حقوق شکلی قواعدی است که بیان می نماید چگونه حق

397 . Public procedural law .

398 . Cannie Scuderi (2007). Introduction to Law and Paralegal Studies, (____), p 2.

ها تنفیذ و اجرا می شوند.^{۳۹۹} حقوق عامه شکلی در واقع قواعد «اصول محاکمات» را تشکیل می دهد که در حقوق جمهوری اسلامی ایران آن را «آیین دادرسی» می گویند. چنانچه گفته شد، اصول جمع اصل است که در لغت به معنی قاعده، ریشه، بنیاد و ... است.

محاکمات جمع محاکمه است. محاکمات اسم جمع مؤنث سالم است. محاکمه در لغت به معنی قضاوت و دادرسی است.^{۴۰۰} پس، اصول محاکمات مجموع قواعدی است که نهادهای قضایی باید مطابق آن دعاوی را حل و فصل نمایند. اصول محاکمات را نیز به اعتبار «دخیل بودن دستگاه های شبه قضایی و قضایی دولت» می توان جزء حقوق عامه شمرد، زیرا اصول محاکمات توسط نهادهای شبه قضایی و قضایی دولت در اثر اقامه دعوی فرد علیه فرد و یا فرد علیه دولت، رعایت می شود و در نتیجه یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دستگاه دولتی است. هدف از اصول محاکمات حل و فصل دعوی است.

تأریخ حقوق حاکی از آن است که در صورتی که حق نقض می شده است یا افراد تکالیف حقوقی خویش را در برابر دیگران انجام نمی داده اند یا شخص مرتکب جرم می شده است، مجنی علیه خود به انتقام جویی می پرداخته است که مؤرخین حقوق جزا این مرحله را به نام مرحله انتقام خصوصی یاد می کنند. سپس، قبیله و قوم به نمایندگی از مجنی علیه برای حمایت از مجنی علیه به انتقام جویی می پرداخته است. با به وجود آمدن دولت ها مجنی علیه و زیان دیده به دولت مراجعه می کرده اند. در نتیجه مراجعه افراد به دولت مرحله سوم که حل و فصل دعاوی توسط دولت است به وجود آمده است. وظیفه حل و فصل دعوی براساس اصل تفکیک قواء به قواء قضائیه واگذار شده است.

در گذشته دعوی را با توجه به مدعی بها و طرفین دعوی به سه نوع تقسیم می کردند: دعوی مدنی که راجع به مسایل مدنی، مانند جبران خسارت، اعاده حالت اولی، خلع، ارث، طلاق، اموال و ملکیت، عقود و تعهدات، میان اشخاص حقوقی خصوصی (فرد علیه فرد) صورت می گرفته است. دعوی تجارتي که راجع به مسایل و موضوعات تجارتي، مانند: تفسیر عقود تجارتي و شرکت های تجارتي میان اشخاص حقوقی خصوصی (فرد علیه فرد) صورت می گرفته است.

دعوی جزایی که راجع به مسایل جزایی میان اجتماع و متهم و مظنون (خارنوال به نمایندگی از دولت و دولت به نمایندگی از اجتماع) صورت می پذیرفته است. این گونه تقسیم بندی دعوی، تقسیم سنتی و کلاسیک است. زیرا با رشد و توسعه نقش دولت دعاوی دیگری مانند دعوی اداری، مالیاتی، کار و اساسی به وجود آمده است. دعوی اداری راجع به ابطال تصامیم اداری و پرداخت جبران خسارت توسط دولت است. دعوی کار، راجع به مسایل کار میان کارگر و کارفرما (و اداره در افغانستان) است مانند: تفسیر قواعد کار، مزد و امثال اینها. دعوی مالیاتی که راجع به مسایل مالیاتی میان فرد و دستگاه مالیاتی صورت می

399 . Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated into English by: Miceal Jewll, 5th edi (___), p 16.

400. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۱۷/۱) آخرین بازدید

پذیرد. دعوی اساسی که میان پارلمان و حکومت یا میان نهاد های مختلف حکومت راجع به تقسیم و توزیع قدرت صورت می پذیرد.

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که تقسیم دعوی به مدنی، تجارتي و جزایی امروزه محل ایراد به نظر می رسد و امروزه دعوی به هفت نوع تقسیم می شود: دعوی مدنی، تجارتي، جزایی، اداری، کار، مالیه و اساسی. در حقوق عامه شکلی برای حل و فصل هر یک از این دعاوی، دستگاه های دولتی شبه قضایی و قضایی مانند: کمیسیون، بورد، شورا و محکمه وجود دارد. بنابراین، اصول محاکمات در نظام حقوقی افغانستان به هفت نوع تقسیم می شود: اصول محاکمات مدنی، جزایی، تجارتي، اداری، کار، مالیه و اساسی مطابق جدول ذیل:

حقوق ملی						
مراجع رسیدگی	نوع محاکمه	موضوع دعوی	طرفین دعوی	نوع دعوی	حقوق نقض شده	شماره
محاکم مدنی	اصول محاکمات مدنی	مسایل مدنی	فرد علیه فرد خصوص	مدنی	حقوق مدنی	حقوق خصوص ماهوی
محاکم تجارتي	اصول محاکمات تجارتي	مسایل تجارتي	تاجر علیه تاجر	تجارتي	حقوق تجارت	
محاکم جزایی	اصول محاکمات جزایی	نقض قواعد حقوق جزا	دولت (پولیس و خارنوال) علیه مظنون و متهم	جزایی	حقوق جزا	حقوق عامه ماهوی
محاکم مدنی و محاکم حقوق عامه	اصول محاکمات کار	مسایل حقوق کار	کارگر علیه کارفرما و یا برعکس	کار	حقوق کار	

محاکم حقوق عامه	اصول محاکمات اداری	مسایل اداری	شهروند/ مأمور علیه دولت و یا برعکس	اداری	حقوق اداری		
محاکم حقوق عامه	اصول محاکمات مالیه	مسایل مالیاتی	مالیه دهنده علیه دولت و یا برعکس	مالیه	حقوق مالیه		
شورای عالی ستره محکمه و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی	اصول محاکمات اساسی	مسایل حقوق اساسی	یک ارکان دولت علیه ارکان دیگر و یا شهروند علیه دولت	اساسی	حقوق اساسی و حقوق و وجایب اساسی اتباع		

اول) اصول محاکمات مدنی

اصول محاکمات مدنی مجموع قواعد حقوقی است که اقامه دعوی مدنی، صدور حکم توسط محکمه ذیصلاح مدنی، استیناف خواهی، فرجام خواهی و تجدیدنظر بر فیصله های محاکم را تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات مدنی افغانستان عبارت بودند از:

۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ مخصوصاً فصل قضاء که اکنون توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده است؛

۲- قانون اصول محاکمات مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، منتشره جریده رسمی شماره ۷۲۲ مؤرخ ۳۱ اسد ۱۳۶۹ هجری شمسی. این قانون توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده و به عوض آن اصولنامه اداری محاکم عدلی و اصولنامه اجراءات محاکم توسط امارت اسلامی افغانستان نافذ شده اند.

۳- قانون مدنی افغانستان (جلد دوم، وسایل اثبات دعوی) که منسوخ شده است.

۴- قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی که منسوخ شده است.

۴- فقه؛

۵- برخی اصول کلی، مانند: اصل بی طرفی قاضی، اصل علنی بودن جلسه محاکمه و امثال اینها؛

۶- رویه قضایی؛ و

۷- دکترین به عنوان یکی از منابع غیر مستقیم و غیر الزام آور.

موضوع مورد بحث اصول محاکمات مدنی دعوی مدنی است. دعوی مدنی دعوی است که میان دو شخص راجع به مسایل خصوصی مانند: نامزدی، ازدواج، طلاق، نفقه، ارث و یا اموال واقع می شود.^{۴۰۱} تفصیل اصول محاکمات مدنی از حوصله این کتاب خارج است. خوانندگان محترم می توانند به کتاب شرح قانون اصول محاکمات مدنی اینجانب مراجعه کنند.

دوم) اصول محاکمات تجارتي

اصول محاکمات تجارتي، مجموعه قواعد حقوقی است که اقامه دعوی تجارتي، صدور حکم توسط محکمه ذیصلاح تجارتي، استیناف خواهی و فرجام خواهی توسط یکی را طرفین دعوی را تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات تجارتي در افغانستان عبارت اند از:

۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ منسوخ.

۲- قانون اصول محاکمات تجارتي نافذ ۱۳۴۳ هجری شمسی. چنانچه ماده اول این قانون تصریح می نمود: «رسیدگی به تمام اختلافاتی که از معاملات تجارتي نشأت می کند، وظیفه محاکم ثلاثه تجارتي بوده و تابع احکام این قانون می باشند.» همچنین، ماده ۳ قانون اصول محاکمات تجارتي در این باره حکم می نماید که: «محاکم تجارتي مکلف اند دعوی تجارتي را مطابق اصولنامه تجارتي و این قانون رسیدگی نمایند.»

۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی. این قوانین منسوخ شده اند.

۲- رویه قضایی و متحدالمال های ستره محکمه.

۴- برخی اصول کلی مانند: اصل بی طرفی قاضی، اصل برابری طرفین دعوی در محکمه و امثال اینها.

۵- نظریات دانشمندان حقوق منحصیث یک منبع غیر مستقیم و غیر الزام آور. موضوع مورد بحث اصول محاکمات تجارتي دعوی تجارتي و صدور حکم در مورد آن است.^{۴۰۲}

سوم) اصول محاکمات جزایی

اصول محاکمات جزایی عبارت است از مجموعه قواعد و اصول حقوقی که مراحل کشف جرم، تحقیق، تعقیب، محاکمه، تطبیق فیصله های محاکم و تضمین حقوقی متهمین و محکومین رادر پروسه اجرای عدالت جزایی را تنظیم می نماید.^{۴۰۳} منابع اصول محاکمات جزایی افغانستان عبارت بودند از:

۴۰۱ . جهت مطالعه مفصل در مورد موضوعات مورد بحث اصول محاکمات مدنی افغانستان ر. ک: هاشم احمدی (۱۳۹۰). اصول محاکمات مدنی، چاپ اول، کابل: انتشارات مقصودی، صص ۷۰-۸۱.

۴۰۲. جهت مطالعه مفصل در مورد موضوعات مورد بحث اصول محاکمات تجارتي نک: شمس الرحمن شمس و همکاران (۲۰۰۸). اصول محاکمات تجارتي، چاپ اول، کابل: پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا، سپتمبر.

- ۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ منسوخ مانند: مواد ۲۵، ۳۲، ۳۸، ۳۹، ۴۰ و ۱۳۴.
- ۲- قانون اجراءات جزایی منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۳۲ مؤرخ ۱۳۹۳/۲/۱۵ هجری شمسی.
- ۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی.
- ۴- قانون کشف و تحقیق جرایم و نظارت خارنوالی بر قانونیت تطبیق آن با تعدیلات آن منتشره جریده رسمی شماره ۴۲۴ نافذه ۱۳۵۸/۵/۱۵ هجری شمسی.
- ۵- قانون پولیس منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۲ نافذه ۱۳۸۴ هجری شمسی.
- ۶- قانون محابس و توقیف خانه ها منتشره جریده رسمی شماره ۸۵۲ نافذه سال ۳۸۴ هجری شمسی.
- ۷- رویه قضایی و متحدالمال های ستره محکمه. این قوانین توسط امارت اسلامی افغانستان ملغی شده اند.

۸- اصول کلی حقوق: برخی اصول کلی حقوق مانند اصل داشتن مترجم، اصل تفهیم اتهام و ... از منابع اصول محاکمات مدنی است.

۸- دکترین منحیث یک منبع غیرمستقیم و غیرالزام آور.

موضوع مورد بحث اصول محاکمات جزایی اجراءات جزایی در مورد قضیه جزایی است.

چهارم) اصول محاکمات اداری

اصول محاکم اداری مجموعه قواعد حقوقی است که طرح دعوی اداری، رسیدگی به آن توسط مراجع شبه قضایی و محاکم و صدور حکم در مورد دعوی اداری توسط مراجع شبه قضایی و قضایی را تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات اداری در نظام حقوقی افغانستان عبارت اند از:

- ۱- قانون اساسی ۱۳۸۲ منسوخ به خصوص ماده ۵۱ و فصل قضاء؛
- ۲- قانون اصول محاکمات مدنی منسوخ، زیرا در مرحله قضایی، رسیدگی به دعاوی اداری از نظر شکلی تابع قانون اصول محاکمات مدنی است؛
- ۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی منسوخ؛
- ۴- قانون خدمات ملکی منتشره جریده رسمی ۸۶۱ نافذه سال ۱۳۸۴ هجری شمسی منسوخ که وظایف و تشکیلات بورد رسیدگی به شکایات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی را تنظیم می نماید.
- ۴- طرزالعمل بورد رسیدگی به شکایات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی؛
- ۵- متحدالمال های ستره محکمه؛ و

۶- نظریات دانشمندان حقوق به حیث منبع غیر مستقیم و غیر الزام آور.

پنجم) اصول محاکمات کار

اصول محاکمات کار مجموعه قواعد حقوقی است که طرح دعوی ناشی از کار، رسیدگی به آن و صدور حکم توسط مراجع شبه قضایی و قضایی را تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات کار عبارت بودند از:

۱- قانون کار افغانستان منسوخ که حاوی احکام معین راجع به دعاوی کار در مرحله شبه قضایی است.

۲- قانون اصول محاکمات مدنی منسوخ جمهوری اسلامی افغانستان، منتشره جریده رسمی شماره ۷۲۲ مؤرخ ۳۱ اسد ۱۳۶۹ هجری شمسی.

۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی منسوخ؛

۴- نظریات دانشمندان حقوق منحصیث منبع غیر مستقیم و غیر الزام آور.

اختلافات کار به انواع ذیل تقسیم می شود:

۱) از نظر طرفین: از نظر طرفین اختلافات ناشی از کار را می توانیم به دو دسته تقسیم کنیم: دسته اول اختلافات فردی و آن زمانی است که میان یک کارگر و یک کارفرما اختلاف بروز نماید. دسته دوم اختلافات جمعی است و آن زمانی است که میان تشکل های کارگری و کارفرما یا کارفرمایان اختلاف بروز نماید.

۲) از نظر ریشه اختلاف: از نظر ریشه اختلاف، اختلافات ناشی از کار به دو دسته تقسیم می شود:

۱- اختلافات حقوقی مانند اختلاف بر سر تفسیر یا اجرای قواعد حقوقی حاکم بر قرارداد کار. ۲- اختلافات غیرحقوقی و آن اختلافی است که بر اوضاع و احوال و موضوعات اقتصادی، مانند: ازدیاد مزد و امثال این مربوط می شود.

جهت حل اختلافات کار دو روش وجود دارد: روش شبه قضایی و روش قضایی. در روش شبه قضایی بیشتر کوشش می شود میان دیدگاه های متفاوت ناشی از منافع متعارض سازش بر قرار شود. در روش قضایی سعی می شود دعاوی ناشی از کار توسط محاکم عمومی یا اختصاصی حل و فصل شود.

در حقوق افغانستان اختلافات ناشی از کار در دو مرحله حل و فصل می شود: مرحله شبه قضایی و مرحله قضایی. در این مورد ماده ۸۹ قانون کار منسوخ تصریح می نمود که: «در صورتی که در تثبیت معیارها و قواعد کار بین اداره و کارکن اختلاف به میان آید، از طریق مراجع ذیل حل و فصل می شود:

الف) در وزارت ها، ادارات دولتی، تصدی ها و تشبثات خصوصی و مختلط که سهم دولت در آن بیشتر از (۵۰) فیصد باشد، توسط آمرین ذیصلاح به اشتراک وزارت کار و امور اجتماعی، شهداء و معلولین و نمایندگان اتحادیه کارگران بخش مربوط؛ و

ب) در سازمان های اجتماعی و کوپراتیفی و سکتور خصوصی و مختلطی که سهم دولت کمتر از (۵۰) فیصد باشد، به اشتراک طرفین تحت نظر وزارت کار و امور اجتماعی، شهداء و معلولین و نمایندگان اتحادیه های کارگران و کارفرمایان بخش مربوط.».

همچنین، ماده ۱۳۱ فقره اول قانون کار منسوخ در این مورد حکم می نمود که: «(۱) اختلافات ناشی از کار میان اداره و کارکن یا کار آموز بر اساس احکام این قانون و مقررهای مربوط و قرارداد های کار، از طریق تفاهم مستقیم میان اداره و کارکن یا کار آموز رفع شده می تواند؛ و (۲) هرگاه اختلاف ناشی از کار توسط اداره و کارکن یا کار آموز رفع شده نتواند، موضوع در مرحله اول از طریق کمیسیون حل اختلافات اداره به شمول نماینده اتحادیه کارگری بخش مربوط، در مرحله دوم از طریق کمیسیون عالی حل اختلافات کار، به شمول نماینده اتحادیه کارگران و کارفرمایان بخش مربوط مرفوع و در غیر آن از طرف محکمه ذیصلاح حل و فصل می شود.».

از نصوص این مواد به خوبی استنباط می گردد که قانون کار افغانستان برای حل و فصل دعاوی ناشی از کار طریقه شبه قضایی و طریقه قضایی را پیش بینی نموده است:

۱) طریقه و مراجع شبه قضایی: طریقه شبه قضایی نیز حاوی سه مرحله فرعی است:

۱- صلح میان کارگر و کارفرما: در این مرحله کارگر و کارفرما می توانند از طریق صلح دعوی را حل و فصل نمایند. در صورتی که طرفین دعوی قادر بر حل و فصل دعوی در این مرحله نشوند، چاره ای جز مراجعه به کمیته حل اختلاف اداره نیست.

۲- حل و فصل دعوی توسط کمیته حل اختلاف اداره: ایجاد این کمیته، چنانچه تذکر یافت، در ماده ۱۳۱ فقره دوم قانون کار منسوخ پیش بینی شده است. احکام تفصیلی این کمیته را طرز العمل ایجاد کمیته و طرز رسیدگی به حل اختلافات ناشی از کار در وزارت ها و ادارات مستقل نافذ مؤرخ ۱۷/۱/۱۳۸۸ تنظیم نموده است. ماده ۳ این طرز العمل در مورد ترکیب کمیته می گوید که: «۱- ترکیب کمیته حل اختلافات در وزارت ها و ادارات مستقل دولتی و ولایات متناسب به کمیته کارکنان بین (۳-۵) نفر در نظر گرفته می شود؛ ۲- رئیس منابع بشری وزارت یا اداره مستقل و یا آمر ارتباط مأمورین اداره مربوط به حیث رئیس؛ ۳- نماینده با صلاحیت از شورای زنان و یا مسؤول نظارت از پالیسی جنسیت در منابع بشری وزارت یا اداره مستقل مربوط به حیث منشی دائمی کمیته؛ ۴- انتخاب سایر اعضاء به پیشنهاد ریاست منابع بشری و منظوری مقام ذیصلاح مربوط براساس معیارها و مواصفات مندرج این طرز العمل صورت گیرد؛ و ۵- آمر ذیصلاح اداره قبل از منظوری کمیته از صحت بودن اوصاف و توانمندی های رئیس، اعضاء و منشی کمیته در رابطه به حل اختلافات و داشتن قضاوت بیطرفانه مطابق احکام قانون مسؤول بوده در صورت داشتن مؤثریت، کار کمیته برای یکسال دیگر تمدید می شود.».

در مورد صلاحیت های این کمیته ماده ۶ طرز العمل تصریح می نماید که: «صلاحیت های کمیته حل اختلاف عبارت اند از:

- مطالبه اسناد و شهود غرض رسیدگی به اختلافات، دلایل و مدارک مورد نیاز از شاکی و یا مراجع ذیربط در صورت ضرورت؛

- تأیید، رد و یا محول ساختن نتایج اجراءات به هدایت مقامات ذیصلاح اداره مربوط به مورد رسیدگی به شکایات خدمات ملکی یا محکمه ذیصلاح طبق احکام قانون؛

- ترتیب و پیشنهاد نهایی در مورد اعاده حقوق شاکی و ارایه آن به مقام وزارت یا اداره مستقل دولتی بخاطر اخذ منظوری؛

- آمریت ارتباط مأمورین و انکشاف پالیسی های منابع بشری خدمات ملکی کمیسیون مستقل اصلاحات اداری در سطح خدمت مشوره های تخنیکی و نظارت این طرزالعمل را به عهده دارد. این کمیته عملاً وجود دایمی ندارند و برحسب ضرورت ایجاد می شوند.

۳- کمیسیون عالی حل اختلافات کار: این کمیسیون در قانون کار منسوخ پیش بینی شده است. ماده ۱۴۵ قانون کار منسوخ در مورد ایجاد و تشکیل این کمیسیون تصریح می نمود: «(۱) شورای عالی کار عالی ترین مرجع تصمیم گیری در مسایل مربوط به کار می باشد که در وزارت کار و امور اجتماعی، شهداء و معلولین ایجاد می گردد؛ و (۲) تشکیل، وظایف و صلاحیت های شورای عالی کار توسط سند تقنینی مربوط تنظیم می گردد.»

(۲) **طریقه و مرجع ای قضایی:** طریقه دوم طبق قانون کار، طریقه و مرجع ای قضایی است. در صورت عدم قادر گردیدن کمیسیون عالی حل اختلافات کار و یا عدم قناعت کارگر، کارگر می توانست به محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. پرسش این است که منظور از محکمه ذیصلاح در ماده ۱۳۱ فقرة دوم قانون کار منسوخ کدام محکمه یا محاکم است؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت که: به نظر می رسد محکمه ذیصلاح با توجه به اینکه دعوی میان کارگر و اداره سکتور خصوصی یا کارگر و یا اداره دولتی به وقوع پیوسته باشد، متفاوت است. بنابراین، اگر دعوی میان کارگر و اداره خصوصی بروز نماید، محکمه ذیصلاح محاکم مدنی است، زیرا چنین دعوی، دعوی مدنی است که میان دو شخص: یکی شخص حقیقی که همان کارگر است و دیگری شخص حقوقی که همان اداره، یا فابریکه، یا رسانه و یا شفاخانه خصوصی و امثال اینها است صورت پذیرفته است. برعکس، هرگاه اداره اداره دولتی باشد، در این صورت محکمه ذیصلاح محاکم حقوق عامه اند، زیرا این دعوی، دعوی اداری است که یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دولت است. در هر دو صورت، دعوی تابع قواعد اصول محاکمات مدنی است. در افغانستان محاکم اختصاصی و عادی دعاوی کار وجود ندارد.

ششم) اصول محاکمات مالیه

اصول محاکمات مالیه مجموعه قواعد حقوقی است که دعاوی مالیه دهنده را با اداره مالیاتی در مرحله شبه قضایی و قضایی و صدور قرار و حکم توسط مراجع شبه قضایی و قضایی تنظیم می نماید. منابع اصول محاکمات مالیه عبارت بودند از:

- ۱- قانون مالیات بر عایدات که حاوی احکام شکلی راجع به نهادهای شبه قضایی است؛
 - ۲- قانون گمرکات که حاوی احکام شکلی راجع به نهادهای شبه قضایی است.
 - ۲- قانون اصول محاکمات مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، منشره جریده رسمی شماره ۷۲۲ مؤرخ ۳۱ اسد ۱۳۶۹ هجری شمسی.
 - ۳- قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان منشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۹ سال ۱۳۹۲ هجری شمسی؛ و
 - ۴- قانون اصول محاکمات تجارتی نافذه ۱۳۴۳ هجری شمسی. این قوانین توسط امارت اسلامی افغانستان منسوخ شده اند.
 - ۴- نظریات دانشمندان حقوق منحیث منبع غیرمستقیم و غیرالزام آور.
- در نظام حقوق افغانستان مانند اکثر ممالک نهاد های شبه قضایی حل و فصل دعاوی مالیاتی وجود دارد. باوجوداین، در حقوق افغانستان باید میان نهادهای شبه قضایی و قضایی رسیدگی به دعاوی ناشی از عوارض گمرکی و مالیات تفکیک قایل شد. مرجع شبه قضایی دعاوی ناشی از عوارض گمرکی در گمرکات اداره حکمیت گمرکی است.
- ماده ۱۹ قانون گمرکات منسوخ در مورد تشکیل اداره حکمیت گمرکی تصریح می نمود: «(۱) به منظور رسیدگی به اعتراضات وارده بر تصامیم ادارات گمرک اداره حکمیت گمرکی در چوکات وزارت مالیه ایجاد می گردد؛ و (۲) اداره حکمیت گمرکی متشکل از سه عضو بوده که به پیشنهاد وزیر مالیه و منظوری رئیس جمهور تعیین می گردند.»
- مطابق ماده ۲۰ این قانون: «(۱) قرار گمرکی در منازعاتی که دین گمرکی الی پنجاه هزار (۵۰۰۰۰) افغانی باشد، نهایی و قابل تطبیق می باشد؛ و (۲) هر گاه دین گمرکی مورد منازعه متجاوز از پنجاه هزار (۵۰۰۰۰) افغانی باشد در صورت عدم قناعت، طرفین می توانند به محکمه تجارتی مربوط مراجعه نمایند. حکم محکمه در این مورد نهایی و واجب التنفیذ می باشد.»
- از نصوص این مواد به خوبی بر می آید که مراجع شبه قضایی و قضایی دعاوی ناشی از پرداخت و عدم پرداخت عوارض گمرکی اداره حکمیت گمرکی و محاکم تجارتی بود. به نظر می رسد در صورت مراجعه طرفین به محاکم تجارتی، چنین دعاوی از نظر شکلی تابع قواعد اصول محاکمات تجارتی است. اما، دعاوی مربوط به مالیات در مرحله شبه قضایی توسط ریاست عمومی عواید مورد رسیدگی قرار می گیرد. طبق رهنمود شماره ۱۱ وزارت مالیه هر شخصی که از سنجش مالیه رضایت نداشته باشد، طبق ماده ۸۹ قانون مالیات بر عایدات، می تواند علیه سنجش مالیه اعتراض نماید. اعتراض علیه سنجش مقدار مالیه سه مرحله دارد: اول تقاضای تعدیل سنجش مالیه، دوم در صورت عدم رضایت از نتایج درخواست اعتراض علیه سنجش و سوم در صورت عدم رضایت ناشی از نتایج حاصله اقامه دعوی در محکمه ذیصلاح؛ در صورت اول درخواست تعدیل باید به شکل تحریری در فورم مخصوص ریاست عمومی

عواید به بخش عملیاتی که مسئولیت جمع آوری اظهارنامه ها و یا صدور یادداشت سنجش مالیه را به عهده دارد، تسلیم داده شود.

ریاست عمومی عواید با در نظرداشت دلایل و اسناد ارایه شده توسط مالیه دهنده مبنی بر تعدیل یادداشت سنجش مالیه، موضوع را مورد بررسی قرار می دهد. ریاست عمومی عواید تصمیم خویش را در ظرف ۶۰ روز از تاریخ تسلیمی درخواست تعدیل صادر می نماید. در صورت عدم قناعت، مالیه دهنده می تواند به محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید.

پرسی می مطرح می گردد این است که محکمه ذیصلاح در این گونه دعوی کدام محکمه است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که: چون یک طرف این دعوی فرد حقوق خصوصی و طرف دیگر اداره دولتی است، اصولاً محکمه ذیصلاح در این گونه دعوی، دیوان های حقوق عامه است. بنابراین، این گونه دعوی، از نظر شکلی تابع قواعد اصول محاکمات مدنی است که تفصیل آن گذشت. در افغانستان محاکم مالیاتی عادی و اختصاصی در حال حاضر وجود ندارد.

هفتم) دادرسی اساسی Judicial review

دادرسی اساسی ترجمه عبارت انگلیسی (Judicial review) است. برخی این اصطلاح را مرور قضایی ترجمه نموده اند. برخی دیگر اصطلاح صیانت از قانون اساسی را استفاده می نمایند. در جمهوری اسلامی ایران، اصطلاح دادرسی اساسی مصطلح شده است. معادل این اصطلاح در افغانستان اصول محاکمات اساسی است. از مجموع مطالعات در مورد دادرسی اساسی می توان به این نتیجه رسید که: دادرسی اساسی مجموعه قواعد حقوقی است که نهاد های صیانت از قانون اساسی را جهت حل و فصل اختلافات میان نهادهای مختلف دولت، تضمین برتری و مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، اعاده حقوق و آزادی های اساسی نقض شده اتباع و تفسیر قوانین اساسی کمک می کند.

از این تعریف به خوبی بر می آید که: نخست این که: دادرسی اساسی مجموعه قواعد حقوقی است که از قانون اساسی، قوانین ارگانیک و قوانین عادی محاکم قانون اساسی و یا شورا های قانون اساسی گرفته شده است. دوم این که: نهادهای صیانت از قانون اساسی عبارت اند از محاکم عالی، کم قانون اساسی، دیوان های قانون اساسی و شورای های قانون اساسی. سوم این که: نهادهای صیانت از قانون اساسی مانند شورای های قانون اساسی، محاکم قانون اساسی و دیوان ها این قواعد را جهت حل و فصل دعوی میان نهادهای مختلف دولت، مطابقت قوانین عادی و ارگانیک با قانون اساسی و اعاده حقوق نقض شده اتباع اعمال می نمایند. چهارم این که: نهادهای صیانت از قانون اساسی نه تنها به حل و فصل توزیع قدرت میان نهادهای مختلف دولت، مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی و اعاده حقوق اتباع، بلکه به تفسیر قانون

اساسی نیز می پردازند.^{۴۰۴} برخلاف دوره جمهوریت و دوره های قبلی، در حال حاضر، نه دادرسی اساسی و نه نهادهای دادرسی اساسی در افغانستان وجود دارد.

۴۰۴. جهت مطالعه بیشتر در خصوص دادرسی اساسی ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، فصل اخیر، کابل: انتشارات سعید.

فصل دوم: حقوق بین الملل

حقوق بین الملل مجموعه قواعد حقوقی است که بر همه دولت ها و سازمان های بین المللی قابل تطبیق است. در مورد تقسیمات حقوق بین الملل سه روش وجود دارد: روش کلاسیک، روش جدید و روش تقسیم حقوق بین الملل به حقوق بین الملل و حقوق بین الملل خصوصی. طبق روش کلاسیک حقوق بین الملل را به حقوق بین الملل عمومی، حقوق جزای بین الملل و حقوق بین الملل خصوصی تقسیم می نمایند.

البته، این تقسیم بندی در گذشته در افغانستان و ایران معمول بوده است. اما، طبق روش جدید، حقوق بین الملل را به شاخه های مختلف تقسیم می نمایند، مانند: حقوق بین الملل عمومی، حقوق جزای بین الملل، حقوق معاهدات بین الملل، حقوق محیط زیست بین الملل، حقوق بشر دوستانه بین الملل، حقوق بشر، حقوق دیپلماتیک و کنسولی، حقوق تجارت بین الملل، حقوق بین الملل دریاها، حقوق بین الملل خصوصی و نظیر اینها.

این تقسیم بندی بیشتر ناشی از توسعه شاخه های جدید حقوق بین الملل است که در گذشته منحنی یکی از مباحث حقوق بین الملل مورد مطالعه قرار می گرفت. اما، طبق روش سوم مطالب حقوق بین الملل را به حقوق بین الملل و حقوق بین الملل خصوصی تقسیم می نمایند. در تحت حقوق بین الملل مسایل مربوط به حقوق بین الملل عمومی، حقوق جزای بین الملل، حقوق تجارت بین الملل، حقوق بشر دوستانه بین الملل و... را مورد مطالعه قرار می دهند.

البته، در این روش با جزئیات در مورد هر مبحث بحث نمی نمایند. اما، در حقوق بین الملل خصوصی مسایل مربوط به تعارض قوانین را مورد مطالعه قرار می دهند. امروزه هر سه روش در دنیا

معمول است. در این کتاب حقوق بین الملل را به روش جدید به صورت بسیار مختصر تقسیم می نماییم:

مبحث اول) حقوق بین الملل عمومی

حقوق بین الملل عمومی مجموعه قواعدی است که در قدم نخست روابط حقوقی دولت ها و نیز نهاد ها مانند سازمان های بین المللی و در برخی موارد افراد را در سطح بین الملل تنظیم می نماید.^{۴۰۵} چون حقوق بین الملل فاقد نهادهای شناخته شده جهانی تقنینی، اجرایی و قضایی است، تعیین منابع آن مشکل به نظر می رسد. طبق نظر غالب، ماده ۳۸ (۱) اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت واضح ترین و معتبر ترین بیان در مورد منابع حقوق بین الملل است: «۱. به موجب این بند، محکمه به منظور حل و فصل اختلافات موازین زیر را اجرا خواهد نمود:

الف) معاهدات بین المللی که مؤجد قواعد حقوقی است و از سوی طرف های درگیر در اختلاف صریحاً مورد پذیرش قرار گرفته است؛

ب) عرف بین المللی که حاکی از رویه ای عمومی است و به عنوان قاعده ای حقوقی پذیرفته شده است؛

ج) اصول کلی حقوق پذیرفته شده از سوی ملل متمدن؛ و بالآخره

د) تضامیم قضایی و تألیفات برجسته ترین صاحب نظران حقوقی ملل مختلف، به عنوان ابزار فرعی تشخیص قواعد حقوقی.»^{۴۰۶} به طور کلی، نص این ماده، صرف محکمهٔ بین المللی عدالت را در مورد این سؤال که در حل و فصل قضایا میان طرفین کدام قانون را تطبیق نماید، مخاطب قرار می دهد. اما، چون تمام دولت های که تا کنون اساسنامهٔ سازمان ملل متحد را تصویب کرده اند، عضو اساسنامهٔ محکمهٔ بین المللی عدالت نیز تلقی می گردند، نص این ماده به صورت جهانی مدار اعتبار است و منابع حقوق بین الملل را معین می نماید.^{۴۰۶}

بنابراین، منابع حقوق بین الملل قرار آتی است: معاهدات بین المللی، عرف بین المللی، اصول عمومی حقوق، و منحیث منبع فرعی، تضامیم محاکم بین المللی و نظریهٔ دانشمندان حقوق (دکترین). کنوانسیون های بین المللی یا معاهدات توافق میان دولت های مختلف یا دولت ها و سایر تابعین حقوق بین المللی که طبق حقوق بین الملل به رسمیت شناخته شده اند می باشد که یک جنبهٔ روابط بین المللی را در بر می گیرد و از نظر حقوقی بر طرفین الزام آور هستند. معاهدات می توانند دوجانبه باشند؛ به این معنی که: معاهده میان دو عضو (دولت) منعقد شده باشد و چندین جانبه؛ به این معنی که: میان بیشتر از دو دولت منعقد شده باشد. زمانی که معاهده نافذ شود، موجب ایجاد تعهدات و اعطای حقوق برای

405. Julia, Pfeiffer (2011). Max Planck Manul on Public International Law in Afghanistan, first edition, Kabul: Maxplanck Institute for Comparative Public Law and International law, pp 1 and 2.

406. Malcham Shaw (2008). Public nternatnional law, sixth edition, Cambrige: Cambridge University Press, p 71.

طرفینی که عضو آن هستند، می شود. ماهیت الزام آور (اجباری) معاهدات بین المللی می تواند از اصل عرفی بین المللی اصل وفا به عهد^{۴۰۷} استنباط شود که قدیمی ترین اصل حقوق بین الملل به نظر می رسد.^{۴۰۸} این اصل تصریح می نماید که زمانی یک معاهده منعقد شود، و این معاهده مورد پذیرش یک دولت دیگر قرار بگیرد، بر آن دولت الزام آور است. در مورد معاهدات بین الملل این اصل تضمین می نماید که یک معاهده بین المللی زمانی که توسط یک دولت تصویب شود، بر آن دولت الزام آور است.^{۴۰۹}

حقوق عرفی مجموعه قواعد رفتاری است که بیان می نمایند چه اموری در یک جامعه مجاز و چه اموری غیرمجاز است. معمولاً، این قواعد مدون نیستند، اما در اثر تطبیق متداوم برای مدت مدید، مشروعیت حاصل نموده اند. به رسمیت شناخته شدن حقوق بین الملل عرفی منحصراً منعی حقوق بین الملل بیش از این میان دانشمندان حقوق بین الملل بدون چون و چرا نیست.

یکی از دلایل عدم پذیرش عرف و عادات منحصراً منعی حقوق بین الملل این واقعیت است که توسعه حقوق عرفی نسبتاً آهسته است و بنابراین نمی تواند دیگر جوابگوی نیازهای سریع الظهور حقوق بین الملل در ۶۰ سال اخیر باشد. بنابراین، نقش حقوق عرفی با توجه به رشد جامعه بین المللی و در نتیجه افزایش فرهنگ های مختلف و اوضاع و احوال سیاسی احتمالاً کم اهمیت تر می گردد.

حقوق عرفی بازتاب دهنده خصوصیت کل جامعه بین المللی است و بنابراین قواعد آن در رابطه به توسعه حقوق نباید دست کم گرفته شود. حقوق عرفی بر همه دولت ها بدون ضرورت به عملکرد بیشتر دولت ها، الزام آور است. با وجود این، البته هر عرفی که توسط یک جامعه پیروی شود، نمی تواند منحصراً منعی حقوق بین الملل عرفی شناخته شود. بنابراین، باید محتاطانه ثابت شود که کدام قاعده در واقع به حدی که ضرورت است، برسد تا حقوق عرفی محسوب شود. اساساً دو رکن موجودیت حقوق عرفی را به اثبات می رساند:

(۱) رکن مادی: رفتار تکراری دولت ها و عمل دولت که (diuturnitas) نامیده می شود.

(۲) رکن معنوی: عقیده مبنی بر اینکه چنین رفتار مربوط به تعهد حقوقی است که (Opinio juris sive necessitas) نامیده می شود. گاهی ممکن است قاضی به قضیه مواجه شود که در مورد آن حکمی در قانون وجود نداشته باشد. مسأله خلای قانونی می تواند هم در حقوق ملی و هم در حقوق بین المللی وجود داشته باشد. چون حقوق بین الملل نسبتاً رشد کافی نکرده است، برخی با خالاهای قانونی متعدد بدون ارایه روشی که چگونه اوضاع جدید را تنظیم نمود، مواجهه اند. در نتیجه، ماده ۳۸ (۱) (ج) اساسنامه محکمه بین المللی عدالت «اصول کلی حقوق که توسط ملت های متمدن به رسمیت شناخته

407. Pacta sunt servanda.

408. Malcham Shaw (2008). Public international law, sixth edition, Cambridge: Cambridge University Press, p 904.

409. Ibid, p 96 with reference to the ICJ Nicaragua case.

شده است» را منحيث منبع حقوق پيش بين مي نمايد.^{۴۱۰} اصول كلي حقوق در صورت خلاي قانوني در چهارچوب حقوق بين الملل اجراء مي شود. عبارت «اصول كلي» تعريف نشده است.

بنابراين، دو نظريه مختلف در مورد اصول كلي توسط دانشمندان حقوق بين الملل ارايه شده است: طبق يك نظر، اصول كلي، مفهوم حقوق طبيعي را در بر مي گيرد كه مفهوم بنيادي حقوق بين الملل محسوب مي شود. نظر مخالف، اصول كلي را منحيث يكي از تقسيمات فرعي حقوق معاهدات و عرفي كه نمي توانند معرف امر جديد باشد مگر اينكه براساس رضاي دولت ها منعكس شده باشند مي داند. به منظور پيدا كردن راه ميانه، اكثريت دانشمندان آن اصول را كه در تصايم محكمه دايمي بين المللي عدالت^{۴۱۱} و محكمه بين الملل عدالت به آنها اشاره شده است منحيث اصول كلي حقوق بين الملل قبول مي نمايند. برخي از اين اصول وسيعاً از مفاهيم شناخته شده حقوق ملي گرفته شده اند، مانند:

۱) هر تخلفي كه منجر به تكليف پرداخت جبران خسارت شود، جبران خسارت بايد متناسب به ضرري باشد كه دولت متضرر متحمل شده است. اين اصل شامل جبران خسارت كامل ضرر واقعي (*damnum emergens*) و نيز نفعي از دست رفته است، مي شود (*lucrum cessans*).

۲) نظر عدم دوام حقوق شخصي بعد از تغيير مقام.

۳) قبول قرينه.

۴) به رسميت شناختن مفهوم (*Res judicata*) كه به اين مفهوم است كه فيصله در قضيه نهايي، الزام آور و بدون استيناف خواهي است.

۵) اصل ممانعت (*Estoppel*) كه به اين مفهوم است كه يك عضو كه نسبت به وضعيت معين توافق کرده است، نمي تواند با آن مخالفت نمايد.

۶) اصل احترام به حقوق مکتسبه.

۷) اصل وفای به عهد كه قبلاً تذکر یافت.

۸) اصل حسن نيت (*bona fida*) كه به معني عمل نمودن با قصد صادق و بدون سوء استفاده غير متناسب از جانب مقابل و يا عمل نمودن مطابق وعده است هرچند برخي شكليات حقوقي انجام نشود. اين اصل احتمالاً يكي از اصول بسيار مهم در حقوق بين الملل است. اين اصل حتي در ماده ۲ (۲) منشور سازمان ملل متحد و يا اعلاميه روابط دوستانه تصريح شده است. باوجوداين، اين اصل صرف در مورد انجام تعهدات واقعي مدار اعتبار است.

۹) اصل (*ex injuria jus non oritur*) كه دلالت مي نمايد كه اعمال خلاف قانون نمي تواند

حقوق را ايجاد نمايد.

۴۱۰. كلمه «متمدن» محل انتقاد قرار گرفته و امروزه نادیده گرفته می شود.

۴۱۱. محكمه دايمي بين المللي عدالت سلف (ماقبل) محكمه بين المللي عدالت بود.

- ۱۰) اصل آزادی اراده در انعقاد معاهدات بین المللی؛
 - ۱۱) اصل حسن نیت در اجرای تعهدات بین المللی؛
 - ۱۲) اصل تساوی حقوق ملت ها؛
 - ۱۳) اصل حق تعیین سرنوشت؛
 - ۱۴) اصل تساوی حاکمیت کشورها؛
 - ۱۵) اصل عدم مداخله؛
 - ۱۶) اصل منع تهدید به اعمال زور؛
 - ۱۷) اصل احترام و رعایت جهانی حقوق بشر و آزادی های اساسی (مقدمه معاهده ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات)؛
 - ۱۸) اصل عدم استناد به تغییر اساسی اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده (Res sic stanibus)؛
 - ۱۹) اصل اختیاری بودن صلاحیت محاکم بین المللی.
- باآنکه رویه قضایی منبع فرعی حقوق تلقی می شود و ماده ۵۹ اساسنامه محکمه بین المللی عدالت تصریح می نماید که تصامیم محاکم صرف در قضیه معین و نسبت به طرفین الزام آور است، اما تصامیم محاکم تأثیر به سزایی در توسعه حقوق بین الملل دارد. تصامیم قضایی سابق محکمه دایمی بین المللی عدالت معمولاً در دفاعیات فعلی در محکمه بین المللی عدالت توسط دولت های دخیل [درقضیه] و یا دانشمندان حقوق استفاده می شود. باوجوداین، تصامیم گذشته، دائماً توسط قضات اصلاح می شوند و در برخی حالات، نظریه اصلی تعدیل و یا متروک می گردد.
- منحیث منبع فرعی دیگر ماده ۳۸ اساسنامه محکمه بین المللی عدالت اظهارات معروف ترین دانشمندان بین المللی را در این زمینه یاد آوری می نماید. در آغاز ظهور حقوق بین الملل، نوشته های دانشمندان مشهور سنگ بنای حقوق بین الملل بوده و اظهار نظر های آنها در ایجاد و محتویات نظام حقوقی فعلی خیلی تأثیر گذار بوده است. امروزه، نوشته های اکادمیک تا اندازه مؤثر است. به عوض، مفهوم اثبات گرایی و نظریه استقلال دولت، معاهدات و عرف را در موقف برجسته قرار داده است.
- باوجوداین، در برخی ساحات خاص جدید حقوق بین الملل، تاکنون برخی دانشمندان با تأثیر به سزا در توسعه قواعد جدید وجود دارد. بر علاوه تمام محاکم و محاکم داور، دولت ها حین اقامه دعوی و همچنین سازمان ها حین تسوید یک معاهده بین المللی به نوشته های دانشمندان حقوق بین الملل استناد می کنند.^{۴۱۲}

۴۱۲ . جهت مطالعه مفصل در مورد موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل عمومی ر. ک: جولیا پیفیر (۲۰۱۱). رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول: کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.

طبق ماده ۷ ق. ا منسوخ: «دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین الدول، میثاق های بین المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می کند[...].» از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط به نظر می رسد:

(۱) دولت افغانستان مکلف به رعایت منشور سازمان ملل متحد است. منظور از منشور سازمان ملل متحد سند مؤسس سازمان ملل متحد است. این تکلیف در ق. ا به صورت مطلق تذکر یافته است.

(۲) دولت افغانستان مکلف به معاهدات و میثاق های بین المللی است. تعریف معاهده در فصل معاهدات گذشت. شرط رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی الحاق افغانستان به آنها است. بنابراین، طبق نص ماده ۷ دولت افغانستان در صورتی مکلف به رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی است که به آنها ملحق شده باشد.

مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت عدم الحاق دولت افغانستان طبق ماده ۷ ق. ا تکلیفی جهت رعایت معاهدات و میثاق های بین المللی ندارد. الحاق پیوستن به یک معاهده و یکی از طرق انعقاد معاهدات است. بنابراین، زمانی که امضای یک معاهده ناممکن گردد، به عنوان مثال، مهلت امضای معاهده منقضی گردد، یک دولت می تواند از طریق الحاق عضو یک معاهده شود (ماده ۱۵ کنوانسیون وین در مورد معاهدات).

(۳) دولت افغانستان مکلف به رعایت اعلامیه جهانی حقوق بشر است. تعریف حقوق بشر در مبحث های بشری خواهد آمد. پرسش این است که منظور قانونگذار اساسی از کلمه «رعایت» چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که رعایت در لغت به معنی نگاهداشتن حرمت و حق کسی و تعظیم کردن و احترام کردن است.^{۴۱۳} در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد رعایت عبارت است از احترام کردن است. چنانچه ملاحظه گردید، رعایت به معنی احترام کردن و حرمت گذاشتن است. بنابراین، دیدگاهی که تصریح می نماید میان رعایت و احترام فرق وجود دارد مردود به نظر می رسد. طبق این دیدگاه فرقی که میان رعایت و احترام وجود دارد این است که در احترام الزام برای دولت وجود ندارد، اما در رعایت الزام وجود دارد. به عبارت دیگر: در احترام دولت باید اعمال سلبی انجام دهد، اما در رعایت اعمال ایجابی.

راجع به این ماده و سایر مواد مربوط به حقوق بشر در ق. ا بحث و گفتگو در بین نمایندگان لویه جرگه تصویب ق. ا صورت گرفته است. راجع به فقره پنجم مقدمه ق. ا یعنی رعایت منشور ملل متحد و احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر در کمیته ها بحث های مفصل صورت گرفته و مقید به چهارچوب شریعت و ارزش های دینی گردید.

در کمیته ۱ یک وکیل گفت: اعلامیه جهانی حقوق بشر و منشور ملل متحد در بعض موارد با نصوص قرآن و احکام دین در تضاد است. ما تا جایی قبول داریم که در تضاد با احکام دین ما نباشد. رئیس جلسه استاد ربانی گفت: کشور های اسلامی راجع به حقوق بشر ملاحظاتی دارند و در موارد تعارض از ارزش

های ملی و مذهبی خود پیروی می کنند. چند وکیل دیگر نیز گفتند که: بین منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر باید تفکیک قابل شویم. منشور هیچ گونه مخالفتی با دین ندارد.

در ارتباط به حقوق بشر هر کشور استثناء قابل است و هیچ کشور به صرف امضاء ملزم به رعایت آن نیست، بلکه زمانی که در پارلمان تصمیم گرفته شد الزامی می شود و تکلیف این موضوع را در ماده ۳ ق. روشن کرده ایم. در سایر کمیته ها در این زمینه بحث های مفصلی صورت گرفت و تقریباً همه وکلاء بر این نظر بودند که حقوق بشر را تا جایی رعایت می کنیم که مخالف اسلام نباشد.

در کمیته ۱۰ یک وکیل گفت: باید قید «تاجایی که با احکام اسلامی تناقض نداشته باشد» علاوه شود. صدیقه بلخی عضو کمیسیون تدقیق گفت: تمام کشورهای اسلامی این اعلامیه را امضاء کرده اند ولی روی مواد مخالف آن با اسلام، خط کشیده اند. تشویش شما در ماده ۳ حل شده است. داکتر شیر زوی نیز توضیح داد: واژه های احترام، رعایت و الزام فرق دارد و در اعلامیه حقوق بشر احترام به کار رفته است که لازم رعایت نیست.

در کمیته ۱۰ یکی از وکلاء در مخالفت با تعدیل گفت: ضرور نیست که در هر جا کلمه اسلام را علاوه کنیم. این کار از ما یک چهره بی سواد می سازد. در کمیته ۴ نیز جمعی از وکلاء خواهان تقیید ماده به اساسات اسلام شدند. وکیل خپلواک گفت: اگر در یک ماده کلمه اسلام، اعتقادات و اساسات اسلام که در بر گیرنده تمام موضوعات باشد، جا داده شود همان کافی است و تکرار کلمه اسلام در همه ماده ها صحیح نیست.^{۴۱۴}

در کمیته تفاهم نیز بحث های نمایندگان مطرح شد. طبق اظهار یکی از اعضای کمیته تفاهم و منشی لویه جرگه (آقای شفق): «قبل از تفاهم روی مواد اختلافی، جالب بود که در کمیته ها هر جا نام حقوق بشر و دموکراسی بود، قید «مطابق شریعت اسلامی» یا در «چهارچوب شریعت» و نظیر اینها بدون استثناء مطرح می شد. اما، زمانی این مباحث در کمیته تفاهم مطرح شد، نماینده های کشورهای خارجی و سازمان ملل متحد از این موضوع ابراز نگرانی کردند و گفتند که دنیا با این چنین قانون اساسی علاقمند نخواهد بود و افغانستان را مورد توجه قرار نخواهد داد[...].»

آیت الله شیخ محمد آصف محسنی عضو دیگر کمیته تفاهم نیز جریان و ابراز نگرانی نماینده های یونامای سازمان ملل و جامعه جهانی را این چنین بیان می کند:

«فرانسیس وندرل روزی آمد پیش من. در همان موقع که کمیسیون تفاهم دایر و مشغول کار بود و به یک خیمه نشستیم و گفت: من آمدم که از طرف اتحادیه اروپا به شما اخطار دهم. شما چه کار کردید.

۴۱۴. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: (____). فرایند شکل گیری قانون اساسی (۴) موضعگیری ها، چالشها و تفاهمات در لویه جرگه، جلد (۴)، کابل: انتشارات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، صص ۳۰۲-۳۱۴.

شما دموکراسی و حقوق بشر و غیره همه را پسوند اسلامی زدید. دیگر چیزی باقی نماند و ممکن است کمک های اتحادیه اروپا قطع شود [...]». ۴۱۵

به نظر می رسد در نتیجه این ابراز نگرانی ها، آن اعضای کمیسیون تسوید و تدقیق که در کمیته های منحیث اشخاص متخصص و صاحب نظر کار می کردند، به آنچه تسوید و تدقیق کرده بودند به ویژه ماده ۳ ق. ا اکتفاء کردند و تغییر بنیادین در این زمینه وارد نکردند غافل از این که مرجع نظارت بر شرعی بودن قوانین را معین ننموده اند. به حیث مثال، محمد آصف محسنی این جریان را در کمیته تفاهم چنین بیان می نماید:

«من در همان اثنای تدویر لویه جرگه رفتم پیش کرزی و شورای امنیت ملی و اعضای ارشد کمیسیون قانون اساسی هم بودند. یکی از وزراء گفت: در باره قانون اساسی صحبت کنیم. من شروع کردم و گفتم: ما و غربی ها چه از این قانون خوش ما بیاید و چه نیاید. این قانون در حد ذات خود مشتمل بر تناقض است و همین ماده ۳ را مثال زدم که یکی از ارزش های قانون اساسی حقوق بشر است و دموکراسی و این دو دیدگاه با اسلام در تضاد است. به کدام باید عمل کنیم؟

قانون اساسی می گوید هر دو را بگیرید. اگر هر دو را بگیریم تناقض است. اگر یکی را بگیریم خلاف قانون اساسی است. مثال زدم به زنا به غیرعنف که حقوق بشر می گوید اگر زنا به غیرعنف باشد اشکال ندارد، اما اسلام می گوید باید مجازات شود و جرم است. آقای کرزی توجیه کرد و من رد کردم و گفتم به این سادگی نیست. بعد خودش گفت چاره چیست؟ سیاف صاحب گفت: از خودش سؤال کن، جوابش هم نزد خودش است. کرزی صاحب از من جواب و راه حل خواست. من گفتم: اگر یک تبصره به این ماده بزنی که: «در فرض تعارض بین ارزش های این قانون و احکام دین، احکام دین مقدم می شود» تناقض بر طرف می شود [...]». ۴۱۶

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که نویسندگان و مصوبین ق. ا خواسته اند شریعت را با حقوق بشر جمع نمایند. به عبارت دیگر: طبق ماده ۳ و ماده ۷ ق. ا در نظام حقوقی افغانستان هم شریعت نافذ است و هم حقوق بشر. از همین رو، گرایش در مورد تطبیق حقوق بشر در افغانستان کمتر مشاهده می شود.

تجارب نشان می دهد که محاکم حتی کنوانسیون ها و معاهداتی که را شورای ملی تصویب کرده است و بعد از توشیح رئیس جمهور در جریده رسمی نشر شده اند، در فیصله ها مورد استناد قرار نمی دهند. مردم در ولایات حقوق بشر را ضد دین تلقی می نمایند. پرسش این است که برای رفع این نقیصه چه راه حل های وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که: از نظر حقوقی با توجه به این که در

۴۱۵. همان، (____)، صص ۲۲ و ۲۳.

۴۱۶. همان، (____)، صص ۲۳ و ۲۴.

نظام حقوقی افغانستان نظریه یگانگی^{۴۱۷} پذیرفته شده است، برای رفع این مشکل، راه حل ذیل به نظر می رسد:

۱- استفاده از حق شرط: به طور کلی، دولت ها مکلف هستند خود را مطمئن نمایند که میان قوانین ملی آنها و معاهده ای که قصد انعقاد آن را دارند، تناقض وجود نداشته باشد. اما، اگر تعارضی وجود داشته باشد، و دولت قصد نماید تا عضویت این معاهده را کسب نماید، ضرورت به تعدیل قوانین ملی و حتی قانون اساسی خویش قبل از امضای معاهده دارد. دولت ها نیز می توانند به عوض تعدیل قوانین داخلی، توسط حق شرط نسبت به برخی احکام معاهده، تأثیر معاهده بین المللی را محدود نمایند. جهت تأمین مصلحت دولت ها، حق شرط، در حقوق بین الملل جایز است.

حق شرط بیانیه یک جانبه است که توسط یک عضو معاهده که در صدد استثناء کردن و یا اصلاح کردن اثر حقوقی برخی احکام معاهده است صادر می گردد (ماده ۲ (۱) کنوانسیون وین در مورد معاهدات). حق دولت ها مبنی بر گذاردن حق شرط نسبت به احکام خاص یک معاهده ناشی از اصل حاکمیت دولت ها است. البته، حق شرط گذاشتن در معاهده دو جانبه بی معنی است، زیرا چنین معاهده ای نمی تواند وجود داشته باشد، اگر یکی از طرفین از پذیرش تمام احکام معاهده امتناع ورزد. بنابراین، حکومت افغانستان می تواند حین امضای یک معاهده حق شرط بگذارد.^{۴۱۸}

۳- عدم تصویب آن دسته از قواعد معاهدات که مخالف احکام و معتقدات اسلامی است: حق شرط معمولاً قبل از امضای معاهده صورت می گیرد. پرسش این است که معاهداتی را که حکومت افغانستان قبل از انفاذ ق. ا امضاء کرده است چگونه می توان با احکام و معتقدات اسلامی سازگار و موافق نمود؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که شورای ملی آن چنان که مصوبین ق. ا در لویه جرگه اعتقاد داشتند می تواند از تصویب آن دسته از قواعد معاهدات که مخالف احکام و معتقدات دین اسلام است امتناع ورزد. پرسش این است که علت اینکه نویسندگان ق. ا خواسته اند حقوق بشر، دموکراسی و نظیر اینها را در ق. ا با اسلام جمع نمایند چیست؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت از یکطرف در آن زمان افغانستان فاقد نظام مبتنی بر قانون اساسی و قانون اساسی بود و تدوین کنندگان و اعضای کمیسیون تسوید قانون اساسی می خواستند دست آوردی داشته باشند و از طرف دیگر فشار جامعه بین المللی و طبقه روحانی بر حکومت افغانستان. نتیجه این، فشارها و عجله ماده ۳، ماده ۴، ماده ۷، ماده ۹، ماده ۲۲، ماده ۲۷، ماده ۱۳۰ و ماده ۱۳۱ بود که با همدیگر در تعارض قرار داشتند. به حیث مثال، ماده ۴، ماده ۷، ماده ۹ با ماده ۳ و ماده ۲۷ با ماده ۱۳۰ در تعارض قرار داشتند.

۴۱۷. در خصوص نظریه یگانگی حقوق بین الملل نک: جولیا پفیفر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، مترجم: نظام الدین عبدالله، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، صص ۱۷ و ۱۸.

۴۱۸. در مورد حق شرط ر. ک: همان، جولیا پفیفر، ص ۵۶.

مبحث دوم) حقوق جزای بین الملل

حقوق جزای بین الملل مجموعه‌ای از قواعد بین المللی است که جرایم بین المللی را منع کرده است و دولت‌ها را ملزم به تعقیب و مجازات این جرایم یا حداقل کسانی که نمونه‌های شنیع این جرایم را مرتکب می‌شوند، می‌کند. همچنین این رشته حقوقی، شیوه تعقیب و محاکمه این دسته از مجرمان را در محاکم جزایی بین المللی تبیین می‌کند.

البته عده ای بین «حقوق جزای بین الملل» و «حقوق بین الملل جزایی» قائل به تفاوت هستند، به این ترتیب که معتقدند حقوق جزای بین الملل رشته‌ای از حقوق جزا است که در مورد جرایم مغل نظم داخلی در زمانی که یک یا چند عنصر و عامل (بعد) خارجی و برون مرزی در وقوع جرم مداخله دارند بحث و گفتگو می‌کند و این عنصر و عامل (بعد) خارجی ممکن است تابعیت شخص مرتکب جرم یا یکی از شرکای او یا شخص معینی علیه یا متضرر از جرم باشد یا ممکن است سرزمینی باشد که جرم در آنجا صورت گرفته و یا نتیجه نهایی در آنجا حاصل شده است؛ به همین جهت عده‌ای اصطلاح «حقوق جزای بین الملل به معنی اخص» یا «حقوق جزای بین الملل خصوصی» را مناسب تر می‌دانند.^{۴۱۹}

اما آن قسمت از حقوق جزای بین الملل را که مربوط به مسؤولیت دولت‌ها و یا به مخاطره انداختن صلح بین المللی و یا جنایات علیه انسانیت و بشریت است «حقوق بین الملل جزایی» یا «حقوق جرائم بین المللی» یا «حقوق جزای بین الملل به معنی عام» می‌نامند.^{۴۲۰} اگر چه تفکیک فوق از سوی برخی از استادان حقوق جزا و حقوق بین الملل مطرح شده است، اما عده زیادی از استادان این دو رشته حقوقی نیز اعتقادی به این تقسیم‌بندی ندارند و اصطلاح حقوق جزای بین الملل را هم در مورد «حقوق جزای بین الملل خصوصی» و هم در مورد «حقوق بین الملل جزایی» قابل تسری می‌دانند.

منابع حقوق جزای بین المللی عبارت اند از: معاهدات بین المللی، عرف و عادات بین المللی، اصول کلی حقوق، رویه قضایی و دکترین که تفصیل هر یک در فوق گذشت.^{۴۲۱}

موضوعات مورد بحث حقوق جزای بین المللی چنانچه در تعریف حقوق جزای بین المللی به آن اشاره شد، برخی جرایم مانند کشتار جمعی، جنایت علیه بشریت، جنایات جنگی، جنایت تجاوز و برخی جرایم بین المللی دیگر مانند قاچاق مواد مخدر، تروریسم بین المللی ... است. در حقوق جزای بین المللی عناصر متشکله و مصادیق این جرایم به صورت مستقل مورد بحث قرار می‌گیرد. همچنین، در حقوق جزای بین المللی برخی محاکم بین المللی مانند محاکم نورنبرگ، توکیو، محکمه بین المللی جزایی یوگوسلاوی (سابق) و روندا و محکمه بین المللی جزایی (ICC) و کیفیت محاکمه مرتکبان جرایم بین المللی در گذشته و حال مورد بحث قرار می‌گیرد.

۴۱۹. محمد صالح ولیدی (۱۳۹۴). حقوق جزای عمومی، جلد (۱)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، صص ۱۰۰-۱۰۲.

۴۲۰. محمد رضا ضیایی بیگدلی (۱۳۹۰). حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و هشتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ص ۲۱۶.

۴۲۱. کریانگسا کیتجا یسار (۱۳۸۷). حقوق کیفری بین المللی، مترجم: حسین آقایی جنت مکان، چاپ دانشور، ص ۵.

مبحث سوم) حقوق معاهدات بین الملل

حقوق معاهدات بین الملل در گذشته در حقوق بین الملل عمومی مورد مطالعه قرار می گرفت. اما، امروزه، حقوق معاهدات بین الملل به عنوان یک رشته جدید حقوق بین الملل مورد مطالعه قرار می گیرد. حقوق معاهدات بین الملل مجموعه قواعد حقوقی است که تعهدات دولت ها و سازمان های بین المللی را با همدیگر تنظیم می نماید. موضوعات مورد بحث حقوق معاهدات بین المللی، تعریف معاهده، انواع معاهده، تشریفات انعقاد معاهدات، اجرای معاهده، تفسیر معاهده، انحلال معاهده، تعدیل معاهده و نظیر اینها است.

مبحث چهارم) حقوق بین الملل دریاها

حقوق بین الملل دریاها یکی از شاخه های جدید حقوق بین الملل عمومی است که در گذشته در حقوق بین الملل عمومی مورد مطالعه قرار می گرفت. حقوق بین الملل دریاها مجموعه قواعدی است که کشورها باید آن را در مناطق مختلف دریایی رعایت کنند.^{۴۲۲}

مبحث پنجم) حقوق دیپلماتیک و کنسولی

حقوق دیپلماتیک و کنسولی مجموعه قواعد حاکم بر روابط کنسولی و دیپلماتیک دولت ها است.^{۴۲۳} قواعد حاکم بر مأموریت های دیپلماتیک تا قرن ها با توجه به عرف بین المللی تعیین می شد. از مهمترین ویژگی های اصل مصونیت و امنیت نمایندگان بود که حتی در زمان جنگ میان دو کشور مورد احترام قرار داشت. اما از ابتدای دهه ۱۹۶۰ میلادی با تدوین کنوانسیون های وین: «کنوانسیون راجع به روابط دیپلماتیک» ۱۹۶۱ میلادی و «کنوانسیون راجع به روابط کنسولی» ۱۹۶۳ میلادی که توسط کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل نوشته و بسیاری از کشورها به آن پیوستند، این رشته از وضعیت عرفی به حالت مدون درآمد.

کنوانسیون دیگر که اهمیت محوری در تعیین قواعد حقوق دیپلماتیک دارد شامل «کنوانسیون راجع به مأموریت های ویژه» مصوب ۱۹۶۹ میلادی در مجمع عمومی سازمان ملل، «کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین المللی» مصوب ۱۹۷۳ میلادی در مجمع عمومی و «کنوانسیون راجع به نمایندگی دول در روابط خود با سازمان های بین المللی جهانی» مصوب ۱۹۷۵ در کنفرانس وین می شود.

مبحث ششم) حقوق بین الملل محیط زیست

حقوق محیط زیست بین المللی یکی از شاخه های حقوق بین الملل است که رفتار دولت ها و سازمان های بین المللی را در رابطه به محیط زیست تنظیم می نماید.^{۴۲۴}

۴۲۲ . محمد رضا ضیایی بیگدلی (۱۳۹۰). حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و هشتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ص ۳۰۸.

۴۲۳ . همان، محمد رضا ضیایی بیگدلی، ص ۴۲۸.

424. https://www.law.cornell.edu/wex/international_environmental_law (last visit: 24 february, 2015).

مبحث هفتم) حقوق بین الملل خصوصی

در رابطه به تعریف حقوق بین الملل خصوصی^{۴۲۵} تعاریف متعدد وجود دارد. عده ای از استادان حقوق، حقوق بین الملل خصوصی را مجموعه قواعدی می دانند که روابط خصوصی افراد را در سطح بین الملل تنظیم می نماید.^{۴۲۶} طبق این تعریف، هرگاه یک تبعه افغانی به مصر برود و در آنجا اقامت، ازدواج، خرید و فروش و غیره نماید، مسائل اقامت، ازدواج و خرید و فروش چنین تبعه ای تابع حقوق بین الملل خصوصی است.

با آنکه اقامت، ازدواج، خرید و فروش و غیره مسائل مربوط به حقوق خصوصی است. ولی، چون این امور در خارج صورت می پذیرد، مربوط به حقوق بین الملل خصوصی می گردد. بنابراین، زمانی می توان گفت موضوعی مربوط به حقوق بین الملل خصوصی است که به طریقی چند کشور در آن دخیل باشند. عده ای دیگر حقوق بین الملل خصوصی را مجموعه قواعدی می دانند که از روابط افراد در زندگی بین الملل بحث می کند.^{۴۲۷}

قواعد حقوق بین الملل خصوصی از دو منبع سرچشمه می گیرد که عبارتند از: منابع داخلی و منابع خارجی. منابع داخلی حقوق بین الملل خصوصی قوانین اعم از قانون اساسی و قوانین عادی، مقرره امور اتباع خارجی، رویه قضائی، عرف و عادات، نظریات دانشمندان حقوق^{۴۲۸} و فقه است. علاوه بر منابع داخلی یک سلسله منابع دیگر نیز وجود دارد که حقوق بین الملل خصوصی از آن سرچشمه می گیرد که این منابع عبارت اند از: معاهدات بین المللی، رویه قضائی، عرف و عادات، دکترین و اصول حقوق بین الملل خصوصی.^{۴۲۹}

در مورد موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی و ایجاد رابطه میان موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی میان علمای حقوق بین الملل خصوصی توافق نظر وجود ندارد. دانشمندان امریکایی و انگلیسی حقوق بین الملل خصوصی صرف «تعارض قوانین» را در این مضمون مورد مطالعه قرار می دهند.

از همین جهت، در امریکا و انگلستان حقوق بین الملل خصوصی را به نام «تعارض قوانین» یاد می نمایند و اکثر کتاب های که به لسان انگلیسی در مورد حقوق بین الملل خصوصی تألیف شده است به

425. Private international law.

۴۲۶. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۰.

۴۲۷. سید جلال الدین مدنی (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ص ۲۵.

۴۲۸. محمود سلجوقی (۱۳۷۷). بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، ص ۴۰-۴۷؛ محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۳۰-۳۷.

۴۲۹. محمود سلجوقی (۱۳۷۷). بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، صص ۴۰-۴۷؛ محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸؛ و سید نصرالله ابراهیمی (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، صص ۳۰-۳۷.

نام «تعارض قوانین» یاد می‌شوند نه حقوق بین الملل خصوصی. با وجود این، چون حل تعارض قوانین مستلزم دانستن برخی مباحث فرعی دیگر مانند: تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان است، برخی نویسندگان فرانسوی و ایرانی تابعیت و اقامتگاه و حقوق تکالیف بیگانگان را ضمن فصل و یا مبحث تعارض قوانین مورد مطالعه قرار می‌دهند. این روش عاری از ایراد نیست. زیرا، در این روش رابطه و یا زنجیره میان تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان و تعارض ها وجود ندارد و این امر موجب سردرگمی و پراکندگی و عدم وجود رابطه میان موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی می‌شود.

با توجه به این ایراد، برخی نویسندگان حقوق بین الملل خصوصی در ایران، موضوعات مورد بحث حقوق بین الملل خصوصی را به دو بخش: تقسیم جغرافیایی اشخاص که شامل تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان می‌شود و تعارض ها که شامل تعارض محاکم، تعارض قوانین و تنفیذ حکم محکمه خارجی و ... تقسیم می‌نماید و بخش اول را به نام حقوق بین الملل ماهوی که مؤجد حق و تکلیف اند و بخش دوم را حقوق بین الملل خصوصی شکلی که ناظر بر حل و فصل دعاوی ناشی از روابط خصوصی افراد در سطح بین المللی اند تقسیم می‌نمایند.^{۴۳۰}

مبحث هشتم) حقوق بین الملل پناهندگی

حقوق بین الملل پناهندگی (International refugee law) مجموعه قواعد حقوقی است که حقوق و حمایت های پناهندگان را مورد رسیدگی قرار می‌دهد.^{۴۳۱} مهم ترین منابع حقوق پناهندگان کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو و پروتکل ۱۹۷۶ است. کنوانسیون ۱۹۵۱ ژنو را می‌توان اصلی ترین منبع حقوق پناهندگان در مقررات بین المللی دانست که در ۲۸ جولای ۱۹۵۱ در ژنو به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسیده است.

مبحث نهم) حقوق تجارت بین الملل

حقوق تجارت بین الملل (International trade law) مجموعه قواعد و مقررات است که حاکم بر آن دسته از روابط تجارتي است که در عین حال دارای ماهیت حقوق خصوصی است که به کشور های گوناگون مربوط می‌شود.^{۴۳۲} منابع حقوق تجارت بین الملل عبارت اند از: معاهدات دو و یا چندین جانبه بین المللی، رویه های تجارتي بین المللی، اصول کلی حقوق، حقوق عرفی تجارتي و قوانین و مقررات داخلی کشور ها.^{۴۳۳}

۴۳۰ . جهت مطالعه مفصل در مورد حقوق بین الملل خصوصی افغانستان نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دهم: کابل: انتشارات سعید.

431. https://en.wikipedia.org/wiki/Refugee_law (Last visit 6, September, 2015).

۴۳۲ . عبدالحسین شیروی (۱۳۹۳). حقوق تجارت بین الملل، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، صص ۲۰ و ۲۱.

۴۳۳ . همان، عبدالحسین شیروی، ص ۳۴.

مبحث دهم) حقوق بشر دوستانه بین الملل

حقوق بشر دوستانه بین الملل مجموعه قواعدی است که مسایل مربوط به منازعات مسلحانه را تنظیم می نماید. در اخیر این بخش خلاصه تقسیمات حقوق در جلد ذیل ارایه می گردد:

بخش چهارم: حق

حق یکی از مباحثی مهم و بسیار پیچیده در علم حقوق، فلسفه حقوق و فقه است. اهمیت حق در علم حقوق به اندازه ای است که می توان ادعا کرد که یکی از اهداف و حتی فلسفه وجودی قواعد حقوقی اعطای حق به اشخاص و حمایت حق اشخاص است.

به رغم اهمیت حق در نظام حقوقی افغانستان، کتابی که تصویر و ایده کلی از حق در تمام شاخه های حقوق افغانستان ارایه نماید و بر مبنای قوانین نافذ افغانستان به رشته تحریر در آمده باشد، وجود ندارد. در نظام حقوقی افغانستان برخی استادان کتاب های ارزشمندی در مورد نظریه عمومی حق به رشته تحریر در آورده اند، اما این کتاب ها بیشتر از دید حقوق خصوصی و فقه به رشته تحریر در آمده است.

این کتاب، با کتاب های که این استادان به رشته تحریر در آورده اند، متفاوت است. تفاوت این کتاب با سایر کتاب ها که در مورد نظریه عمومی حق به رشته تحریر در آمده اند، در این است که این کتاب نظریه های عمومی حق را در روشنایی قوانین نافذ افغانستان به طور کلی در رشته های مختلف حقوق خصوصی، حقوق عمومی و حقوق بین الملل مورد بحث قرار می دهد.

بنابراین، با عنایت به اهمیت حق از نگاه علم حقوق نه یکی از رشته های حقوق، ما در این کتاب بر آنیم تا ایده یا نظریه کلی از حق در حوزه های مختلف حقوق و فقه ارایه نماییم. این بخش کتاب حاوی چهار فصل است: تعریف، مصادر و ارکان حق (فصل اول)، تقسیمات حق در حقوق خصوصی (فصل دوم)، تقسیمات حق در حقوق عامه و حقوق بین الملل (فصل سوم) و انتقال و زوال حق (فصل چهارم).

فصل اول: تعریف، مصادر و ارکان حق

تعریف حق، عناصر شاکله حق، منابع ای که حق از آن استخراج می شود یکی از بحث های چالش برانگیز در نظام حقوقی افغانستان است. لذا، در این فصل حق؟ (مبحث اول)، و منابع حق (مبحث دوم) و ارکان حق (مبحث سوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف

حق که جمع آن حقوق است مصدر است و در لغت دارای معنی های متعدد است، چنانچه حق در لغت به معنی ثبوت به کار رفته است. همچنین حق به معنی نصیب و حصه نیز به کار رفته است. همچنین، حق در معنی حقیقت استعمال شده است.

همچنین، حق در لغت عرب به معنی تصدیق آمده است، چنانچه اعراب می گویند: حَقَّقَهُ، یعنی: او را تصدیق کرد. حق همچنین به معنی سلطه، مکنت (قدرت، نیرو، توانایی و توانگری)، اسمی از اسماء خداوند عز وجل و به قول برخی صفتی از صفات خداوند عز وجل، یقین، راستی، درستی، حقیقت، مزد، سزاواری و شایستگی است.^{۴۳۴}

۴۳۴. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: منشورات مكتب رشيدية، ص ۲۸۳۸؛ ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۷؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، ص ۹؛ مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۸۳۳؛ حسن عميد (۱۳۸۳). فرهنگ فارسي عميد، تهران: مؤسسه انتشارات امير كبير، ص ۵۲۶؛ عبدالكريم زيدان (۱۳۸۷). حقوق و تكاليف زن در اسلام، مترجم: سهيلا رستمى، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۲۵؛ محمد معين (۱۳۸۲). فرهنگ فارسي يکجلدى، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرايش، ص ۳۹۹؛ و علي محي الدين القره داغي (۱۴۰۳ ق). المقدمة في المال، والاقتصاد والملكية والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۲۲۲.

علاوه بر این برخی از معانی دیگر در لغت نامه دهخدا برای حق ذکر شده است، از جمله: راست کردن سخن، درست کردن وعده، یقین نمودن، ثابت شدن، غلبه کردن به حق و موجود ثابت. فرهنگ المنجد نیز برای واژه «حق» چند معنای دیگر ذکر می کند که برخی از آن از این قرار است: مال و ملک و سزاوار.

گفتار اول) تعریف فقهی

فقهاء و اصولیین از نظر اصطلاحی تعاریف متعدد برای حق ارایه کرده اند. برخی فقهاء حق را بر مبنای معنی لغوی آن به کار برده و آن را بر هر چیزی اطلاق کرده اند که با ثبوت شرعی ثابت باشد؛ یعنی آنچه به حکم شرع و اقرار آن به اثبات رسیده و به سبب آن اثبات، پشتوانه شرعی هم دارد. بر این اساس، برخی فقهای اهل حدیث، حق را چنین تعریف نموده اند: «حق آن است که با بیان شارع به اثبات رسیده و شارع از آن پشتیبانی کرده باشد.»^{۴۳۵} بخش اول این تعریف که تصریح می نماید حق آن است که با بیان شارع به اثبات رسیده باشد بسیار مبهم و کلی و محل ایراد به نظر می رسد.

برخی علمای اصول به صورت عام در تعریف حق می گویند: «به وحی الهی و اوامر پیامبر ﷺ حق گویند.»^{۴۳۶} این تعریف بسیار مبهم و کلی است و بیانگر ماهیت حق به نظر نمی رسد. برخی دیگر نیز می گویند: حق عبارت از حکم است و حکم عبارت از خطاب شارع به روش اقتضاء یا تخییر یا وضع که به افعال مکلفین تعلق می گیرد.

مقصود از افعال مکلفین که خطاب شارع به آنها تعلق می گیرد، یا برای دستیابی به مصلحت عمومی است یا مصلحت خاص. چنانچه از دسته نخست (مصلحت عام) باشد، جزو حق الله و اگر از دسته دوم (مصلحت خاص) باشد، جزو حق الناس به شمار می آید. البته، گاهی هر دو حق (حق الله و حق الناس) در امری واحد جمع می شوند که گاهی حق الله غالب است و گاهی نیز هر دو در چیزی جمع می شوند که حق الناس در آن غالب است. بر این اساس، حق به چهار دسته تقسیم می شود که عبارت اند از:

۱) حق الله: آنچه سودش به همگان می رسد و به شخص خاص اختصاص داده نشده است. به همین دلیل و به سبب ارزش و اعتبار والا و فراگیر بودن منفعت آن، مانند: عبادات و جهاد به خداوند ﷻ نسبت داده شده است.

۲) حق الناس: آنچه به مصلحتی خاص تعلق دارد، مانند: حرمت خوردن مال دیگران و ضمانت جبران چیزهای تلف شده.

۳) اموری که دو حق در آن جمع شده و حق الله در آن برتر است را نیز چنین تعریف نموده اند. آنچه هدف از آن به دست آوردن دو مصلحت است، اما قصد دست یابی به مصلحت همگانی قوی است،

۴۳۵. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۷). حقوق و تکالیف زن در اسلام، مترجم: سهیلا رستمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۲۵.
۴۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۴.

مانند: حد قذف، یا عقوبت گناه قذف، زیرا این عقوبت سبب زجر مردم می شود و از ارتکاب آینده آن جلوگیری به عمل می آورد و به این ترتیب، منفعتش به عموم مردم می رسد. در عین حال، حد قذف مصلحت خاصی نیز دارد و آن پاک شدن لکه های ننگ و عار از دامن مقذوف است که پاکی او پس از اجرای حکم قذف آشکار می شود. باوجوداین، در این حق، حق الله غالب است.

۴) اموری که دو حق در آن جمع شده و حق الناس غالب است، مانند: قصاص در جرم قتل عمد. در قصاص دو مصلحت نهفته است: مصلحت عمومی به سبب کارکرد بازدارنده آن و مصلحت خاص که باعث آرامش خاطر اولیای مقتول می گردد. در قصاص، مصلحت خانواده مقتول غالب است.^{۴۳۷} این تعریف دقیق به نظر نمی رسد. زیرا، میان حق و حکم تفاوت وجود دارد: حکم عبارت از خطاب شارع و حق عبارت از اثر مرتب بر خطاب است.

بسیاری از فقهاء از حق به اعتبار موضوع آن تعریف کرده اند، چنانکه برخی فقهاء گفته اند که: «حق حکم ثابت شرعی است».^{۴۳۸} این تعریف ناقص است. زیرا، این تعریف تمام چیزهای را که لفظ حق بر آنها اطلاق می گردد، در بر نمی گیرد.

به عنوان مثال، بر مال مملوک حق اطلاق می گردد. در حالی که، مال مملوک حکم نیست و صرف خود ملک حق است. همچنین، حق بر وصف شرعی مانند: حق ولایت، حضانت و خیار، و بر حقوق ارتفاق از قبیل: حق مسیل، مجری و مرور و نیز بر آثار مرتب بر عقد نیز حق اطلاق می گردد. برخی از فقهای معاصر از جمله استاد شیخ علی خفیف که از استادان شناخته شده عصر معاصر فقه اسلامی است و نیز داکتر محمد یوسف موسی در تعریف حق می گویند که: «حق منفعتی است که بر مبنای شریعت به استحقاق برده می شود».^{۴۳۹}

این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد. زیرا، آنچه در این تعریف مطمح نظر است، غایه و هدف حق است، نه ذات و حقیقت آن در حالی که در تعریف یک امر تعریف ماهیت آن ضروری است. تعریف جامع ای که از حق تا به حال در فقه صورت گرفته است، تعریفی است که استاد مصطفی احمد الزرقاء از حق ارایه نموده و گفته است: «حق اختصاصی است که شریعت به واسطه آن سلطه و تکلیف می دهد».^{۴۴۰}

این تعریف عام است. زیرا، این تعریف شامل حقوق دینی، مانند: حق خداوند ﷻ بر بندگان از قبیل: روزه، نماز و غیره، و حقوق مدنی مانند، حق تملک، حقوق اخلاقی، مانند: حق اطاعت فرزند از والدین، زوجه از زوج، حقوق عامه، مانند: دفع جرایم، امر به معروف و نهی از منکر، نشر دین و دعوت و نظیر این

۴۳۷. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۸ و ۹.

۴۳۸. «الحق هو الحكم الثابت شرعاً».

۴۳۹. «الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً».

۴۴۰. «الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطه او تكليفاً».

ها، حقوق مالی، مانند: حق نفقه و حقوق غیرمالی، مانند: حق ولایت بر نفس می‌گردد. همچنین، در این تعریف ماهیت حق که عبارت از رابطه اختصاصی به شخص معین است بیان گردیده است، مانند: حق بایع در ثمن که این حق به وی اختصاص یافته است. زیرا، در صورتی که رابطه اختصاصی مربوط به شخص نباشد، حق نیست، بلکه اباحه عامه است، مانند: شکار حیوانات وحشی، استفاده از هیزم جنگل، استفاده و تمتع از تأسیسات عامه که حق نه، بلکه رخصت عمومی (اباحه) نامیده می‌شود.

سلطه نیز طبق این تعریف دو نوع است: سلطه شخص بر شخص و سلطه شخص بر شی: سلطه شخص بر شخص مانند: حق ولایت بر نفس، که ولی این سلطه را اعمال و مولی علیه قاصر را تأدیپ، تعلیم، تزویج و غیره می‌نماید و مانند: حق حضانت بر طفل صغیر که حاضنه و یا حاضن این سلطه را بر محضون صغیر یا صغیره اعمال می‌نماید.

اما، تکلیف دائماً بر عهده انسان است که این تعهد یا شخصی است، مانند: قیام به اجرای عملی که تعهد نموده است یا مالی است، مانند: وفای دین توسط مدیون که پرداخت آن را به داین تعهد نموده است. همچنین، طبق این تعریف، مصدر حق شرع است. بنابراین، اقرار شرع در انشای اختصاص که منتج به ایجاد سلطه و تکلیف می‌گردد شرط است. پس، آنچه به آن شرع اقرار نموده باشد، حق است و آنچه به آن اقرار ننموده باشد، حق نیست.^{۴۱} عبارت تکلیف در این تعریف محل ایراد به نظر می‌رسد زیرا حق افراد موجب ایجاد تکلیف برای دیگران اعم از فرد و دولت می‌شود اما خود حق از جنس تکلیف نیست.

گفتار دوم) تعریف حقوقی

در مورد تعریف اصطلاحی حق در حقوق تعاریف گوناگون ذیل وجود دارد:

۱) **تعریف اول:** «حق» عبارت است از: قدرت یا سلطه ارادی که قانون در اختیار شخص قرار می‌دهد. این تعریف از سوی ویند شاید (Windscheid) و ساوینی (Savigny) ارائه شده است. دلیل آنان این است که قانون در تنظیم روابط اجتماعی افراد با یکدیگر، چهارچوب‌های خاصی را تعیین می‌کند و هر یک از افراد در این محدوده، اراده خویش را اعمال می‌کنند و اساساً در این چهارچوب است که «حق» ایجاد می‌شود. در این تعریف، از قدرت ارادی سخن به میان آمده است، در حالی که افرادی مانند مجنون، اطفال و سفیه فاقد اراده عقلایی هستند. لازمه تعریف مزبور آن است که این افراد از «حق» بی بهره باشند.

ممکن است گفته شود که قانون از طریق «ولی» یا «نایب» این نقیصه را جبران ساخته است، ولی باید گفت: حق آن است که بالاصاله و نه از طریق ولی یا نایب باشد. به عبارت دیگر، مجنون و صبی نمی‌

۴۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۳۸ و ۲۸۳۸؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۰-۱۴.

توانند مباشرةً ایفای حق نمایند.^{۴۴۲} همچنین، براساس این تعریف حق برای اشخاص بدون اراده آنها ثابت نمی‌شود؛ در حالی که گاهی اوقات حق برای افراد بدون اینکه اراده نمایند، ثابت می‌شود. به طور مثال، حق ارث، حق وصیت برای وارث و موصی له با اراده آنها ثابت نمی‌شود، بلکه در اثر موت مؤثر و موصی ثابت می‌شود. همچنین، حق برای جنین و شخص غایب بدون اراده آنها ثابت می‌شود. همچنین، طبق این تعریف اشخاص حکمی که فاقد قدرت ارادی اند، نباید از حق برخوردار شوند؛ حالانکه اشخاص حکمی نیز دارای حق‌های مانند حق اقامه دعوی، حق داشتن نام، تابعیت، اقامتگاه و امثال اینها اند.^{۴۴۳}

۲) تعریف دوم: «حق عبارت از مصلحتی است که قانون از آن حمایت می‌کند.» این تعریف از سوی یکی از حقوق دانان آلمانی به نام اهرنج (Ihering) ارایه شده است.^{۴۴۴} این تعریف از جهات مختلف مورد انتقاد قرار گرفته است:

۱- طبق این تعریف حمایت قانونی جزء تعریف و یکی از عناصر متشکله آن است؛ به این معنی که: هیچ حقی تشکیل نمی‌شود مگر اینکه مورد حمایت قانون قرار بگیرد. این تعریف ناقص به نظر می‌رسد، زیرا حمایت قانونی عنصر تشکیل دهنده حق نیست بلکه بعد از ثبوت حق و تکوین آن به وجود می‌آید. به عبارت دیگر: نخست حق در اثر تحقق عناصرش تحقق می‌یابد. سپس، دعوی قضایی طرح می‌شود و سپس از حق حمایت می‌شود.

۲- از نقطه نظر منطقی زمانی که یک پدیده تعریف می‌شود، باید حقیقت و ماهیتش تعریف شود؛ در حالی که طبق این تعریف، حق نظر به ماهیت آن تعریف نشده است، بلکه نظر به غایت آن تعریف شده است، زیرا نفع هدف حق است که بعد از ثبوت حق متحقق می‌شود نه طبیعت و ماهیت حق.

۳) تعریف سوم: «حق عبارت از قدرت ارادی است که قانون در اختیار شخص قرار داده است و از این طریق، مصلحت معینی را ایجاد می‌کند.» در این تعریف، سعی شده است بین «قدرت ارادی» و «مصلحت» جمع شود. باید گفت: همان طور که هیچ یک از قدرت ارادی و مصلحت به تنهایی جوهر و ذات حق نیستند، جمع بین آن دو نیز بیان کننده جوهره حق نیست.

۴) تعریف چهارم: «حق عبارت از امتیازی است که قانون در اختیار شخص قرار داده است و آن را از طرق گوناگون تضمین کرده است.» این تعریف از سوی یکی از حقوق دانان بلژیکی به نام دابین (Dabin) بیان شده است. بیان مزبور اشکالات تعاریف سابق را ندارد. از این رو، مورد قبول عده ای

۴۴۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۲۱ و ۴۲۲.

۴۴۳. داد محمد نذیر (۱۳۸۹). مبادی علم حقوق، جلد (۲)، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت، صص ۵ و ۶.

۴۴۴. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۲۱ و ۴۲۲.

دیگر از حقوق دانان قرار گرفته است. با این حال، تعریف مزبور کامل نیست و تنها به بخشی از ماهیت حق، یعنی «امتیاز» توجه کرده است.

۵) تعریف پنجم: داکتر کاتوزیان در تعریف حق می گوید که: «حق توانایی است که حقوق هر کشور به اشخاص می دهد تا از مالی به طور مستقیم استفاده کند یا انتقال مال و انجام دادن کاری را از دیگری بخواهد.»^{۴۴۵} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا این تعریف از دیدگاه حقوق خصوصی به حق ارایه شده و ناظر بر توانایی شخص در برابر شخص و شی است که به اولی حق دینی و به دومی حق عینی می گویند.

۶) تعریف ششم: داکتر سنهوری در تعریف حق می گوید که: «حق عبارت از مصلحت دارای قیمت مالی است که توسط قانون حمایت می شود.»^{۴۴۶} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد و صرف شامل حق عینی می شود و حق شخصی را در بر نمی گیرد. همچنین، طبق این تعریف مصدر حق قانون است، نه شرع، در حالی که در فقه مصدر حق شرع است.

۷) تعریف هفتم: داکتر لنگرودی در تعریف حق می گوید که: «حق عبارت از توانایی است که شخص بر چیزی و یا بر کسی داشته باشد.»^{۴۴۷} این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا صرف حق دینی و عینی را در بر می گیرد. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که: نقص عمده این تعاریف این است که این تعاریف اساساً از دید حقوق خصوصی به حق ارایه شده است. بنابراین، حق بشر، حق اساسی، حق شهروندی، اقتصادی، اجتماعی و ... را در بر نمی گیرد. به عنوان مثال، در حقوق بین الملل یکی از مباحث عمده حق های بشر است. در حوزه حقوق عامه نیز یکی از مباحث عمده حق های اساسی اتباع هر کشور است.

پرسش این است آیا می توان ادعا کرد که حق بشری نیز نفع و توانایی است که قانون به اشخاص اعطا می نماید؟ آیا می توان ادعا کرد که حق اساسی حقی است که شخص در برابر شخص دیگر یا شی دیگر دارد؟ پاسخ این پرسش ها بدون شک منفی به نظر می رسد.

در نتیجه، ابتداء به حق باید یک تعریف کلی و جامع ارایه کرد که هم مورد توافق و پذیرش حقوقدانان بین الملل، هم حقوقدانان عامه و هم حقوقدانان خصوصی باشد. نقص دیگر این تعاریف این است که این تعاریف صرف شامل اشخاص حقیقی می شود و اشخاص حقوقی را در بر نمی گیرد؛ در حالی که امروزه اشخاص حکمی از صاحبان مهم حق در حوزه های مختلف حقوق اعم از ملی و بین المللی اند. به نظر

۴۴۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۴۹.

۴۴۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۰ م). مصادر الحق، جلد (۱)، چاپ دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ص ۱۹.

۴۴۷. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۶۵۸۹.

می رسد «حق عبارت از امتیاز، توانایی، اجازه، سلطه و نفعی است که برای اشخاص حقیقی و حکمی توسط قواعد حقوقی اعطاء و مورد حمایت قانون قرار می گیرد.» طبق این تعریف:

۱- حق از سنخ توانایی، امتیاز، سلطه و نفع است که اشخاص حقیقی و حکمی در برابر اشخاص، اشیاء و امور در حوزه های مختلف حقوق اعم از ملی و بین المللی دارند؛

۲- موضوع حق نیز نفع، امتیاز، سلطه و توانایی است که نه تنها توسط قانون، بلکه توسط قواعد حقوقی به اشخاص حقیقی و حکمی اعطاء می گردد؛

۳- این نفع، سلطه، امتیاز و توانایی توسط قواعد حقوقی مورد حمایت قرار می گیرد و این حمایت قانونی، موجب تمیز حق حقوقی از حق اخلاقی می شود؛

۴) صاحب حق شخص اعم از حقیقی و حکمی است. بنابراین، طبق این تعریف حق مختص به اشخاص حقیقی نیست؛ و

۵- منبع حق قواعد حقوقی است که به طور کلی توسط قوه قانونگذار در حقوق داخلی و دولت ها در حقوق بین الملل وضع می شود؛ و

۶- طبق این تعریف حق گاهی امتیاز است، مانند: حق انتخاب کردن و انتخاب شدن، حق کار، گاهی سلطه و توانایی است، مانند: توانایی و سلطه شخص بر شخص در حق دینی و شخص بر شی در حق عینی. گاهی نیز حق نفع است، مانند: نفع شخص در حق مالی. همچنین، حقی که اولیاء به ترتیب ابوت، اخوت، عمومت و بنوت بر مولی علیه و مادر و سایر حواضن بر طفل دارند، از سنخ سلطه است.

از آنچه گفته شد چنین نتیجه گرفته می شود که: فقهاء و حقوقدانان حق را با توجه به منشأ و موضوع آن تعریف نموده و فقهاء آنچه را خداوند ﷻ به انسان اعطا کرده حق می دانند و حقوقدانان آنچه را قانون اعطاء و مورد حمایت قرار داده حق می دانند. پس، تعریفی عامی که بتوان به حق ارایه کرد که متناسب به نظام حقوقی افغانستان که مختلط است باشد، که حقوق الهی، حقوق طبیعی و حقوق موضوعه را در بر بگیرد این است که: حق عبارت از امتیاز، سلطه، نفع، اجازه، قدرت و اجازه ای است که توسط شرع، حقوق و طبیعت برای شخص حقیقی و حکمی نسبت به اشیاء، اشخاص دیگر و اجتماع اعطاء گردیده و مورد حمایت قرار گرفته است.

این تعریف که منبع آن شریعت، حقوق و طبیعت است هم شامل حق عینی، مانند: سلطه شخص بر شی، هم شامل حقوق شخصی، مانند: رابطه داین با مدیون و نیز سایر حقوقی که شخص در اجتماع دارد، مانند: حق اساسی، از قبیل رأی دادن، انتخاب شدن، حق کار و حق تمتع از خدمات عامه و غیره می گردد. طبق این تعریف، حق امتیاز، سلطه، نفع، قدرت، توانایی، اجازه و نظیر اینها است. موضوع حق، اشخاص است. شخص هم یا حقیقی است و یا حکمی.

گفتار سوم) تعریف طبیعی

حق های طبیعی را در برابر حق های موضوعه (Legal rights) استعمال می نمایند. همانطور که حقوق طبیعی در مفهوم مجموعه قواعد در مفهوم (Natural law) استعمال می شود که تفصیل آن در بخش اول این کتاب گذشت، در مفهوم جمع حق نیز استعمال می شود.

در این مفهوم به حقوق طبیعی در انگلیسی (Natural rights) می گویند. قایلین به حقوق طبیعی در تعریف آن می گویند: حق های طبیعی حق هایی اند که طبیعی اند؛ به این مفهوم که این حق ها مصنوعی و یا موضوعه نیستند مانند حق هایی که از منطق، طبیعت انسان و یا حکم خدا اقتباس و گرفته می شوند. این حق ها به دلیل این که مربوط همگان می شوند و مقتبس از حقوق کشور خاص نیستند، جهانی اند. این حق ها نسبت به هر فرد ذاتی و غیرقابل سلب اند مانند حق حیات. این حق ها را گاهی حق هایی لایتجزا از انسان، ذاتی و محروم نشدنی می نامند.^{۴۴۸}

همانطور که حقوق طبیعی مورد انتقاد قرار گرفته است، حق های طبیعی نیز محل انتقاد است، زیرا نخست اگر این حق ها ناشی از حکم خداوند ﷻ باشد، به آن حق الهی می گویند، دوم این که مصادیق این حق ها بسیار واضح و روشن نیست و سوم این که این نظر قایلین به حقوق طبیعی که معتقد اند منبع حق هایی طبیعی، طبیعت و ذات انسان است و این حق ها با عقل انسان قابل کشف اند این امکان را برای همه افراد فراهم می نماید تا خود را در جای قانونگذار و شارع قرار داده و بگویند کدام حق ها طبیعی و کدام حق های غیرطبیعی اند. برعکس، حق های موضوعه، حق هایی اند که براساس قوانین، عرف و ... برای یک تبعه وجود دارد، مانند حق رأی.^{۴۴۹}

مبحث دوم) مصادر

بسیاری از حقوقدانان در نظم حقوقی افغانستان با توجه به ماده ۴۹۲ ق. م منسوخ که می گفت: «منابع حق عبارت از عوامل حقوقی ای است که حق را به وجود آورده و مشتمل بر تصرف حقوقی و حادثه حقوقی می باشد» بر این نظر اند که منابع حق تصرفات و حوادث حقوقی است. این نظر محل ایراد به نظر می رسد، زیرا نخست این که در این ماده به عوض کلمه تعهد «حق» ذکر گردیده است که محل ایراد است و دوم این که در بسیاری از نظام های حقوقی از جمله نظام حقوقی افغانستان تصرفات حقوقی (اعمال حقوقی) و حوادث حقوقی منبع تعهد (وجوبه/ حق شخصی) است.^{۴۵۰}

به نظر می رسد حق نه در شرع و نه در حقوق امر تکوینی است. به عبارت دیگر: حق یک امر تشریعی است که در شرع توسط خداوند ﷻ به اشخاص اعم از حقیقی و حکمی و در حقوق توسط قوای قانونگذاری از طریق قواعد حقوقی اعطا می گردد. در نتیجه، اگر احیاناً شخصی در جزیره به تنهایی

448 . <http://en.wikipedia.org/wiki/Rights> (Last visit: 21, April, 2015).

449 . Ibid, (Last visit: 21, April, 2015).

۴۵۰ . جهت مطالعه مفصل در این زمینه ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۱)، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید.

زندگی نماید و تابع هیچ مملکت و پیرو هیچ دینی نباشد، نمی توان حقی برای او قایل شد. برای این که شخص مستحق حق شناخته شود، اول باید دینی را بپذیرد و یا تابعیت یک مملکتی را به دست آورد. حق های بشری نیز، چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، حق تکوینی نیست، بلکه تشریحی است و در اعلامیه جهانی حقوق بشر پیش بینی شده است. چون این اعلامیه فاقد ضمانت اجرای حقوقی است، حق های بشر در میثاق های بین الملل مانند میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ و میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ که در واقع دو معاهده بین المللی و بر کشور های که به این معاهدات ملحق شده اند، قابل تطبیق است.

در نتیجه، به نظر می رسد بشر حق ذاتی ندارد، مگر حقی که توسط شرع و قواعد حقوق برای او اعطا شده است مگر این که قایل به حق های طبیعی شویم. در این صورت، اشخاص طبیعتاً دارای یک سلسله حق ها مانند حق حیات، حق تنفس، حق استراحت و نظیر اینها اند. در شرع به ویژه شریعت اسلام فرد نه تنها از وقت تولد، بلکه از زمان تشکیل جنین دارای برخی حقوق مانند: حق دریافت موقوفه، حق وصیت، ارث و ... شناخته می شود. در نتیجه، حق پدیده متحول است. علاوه بر متحول بودن، حق پدیده نسبی است و مصادیق آن از مملکتی تا مملکتی دیگر متفاوت است. به طور مثال، تعدد زوجات در اکثر کشور های اسلامی حق مردان است؛ در حالی که تعدد زوجات در ممالک اروپایی مانند آلمان جرم است. برعکس، همجنسگرایی در برخی ممالک اروپایی مانند آلمان و برخی ایالت های ایالات متحده امریکا مثلاً ماسوچست حق همجنسگرا ها است، در حالی که در ممالک اسلامی جرم است. برخی حق ها در اکثر کشور ها حق است، مانند: حق داشتن وکیل مدافع. برعکس، برخی حق های دیگر، در کشور های حق است، اما در برخی کشور ها اصلاً وجود ندارد. به عنوان مثال، پدیده آزادی بیان در کشور های دموکراتیک حق است، اما در کشور های استبدادی چنین حقی اصلاً وجود ندارد. برخی حق ها نظر به زمان ها متفاوت بوده است.

به حیث مثال، بردگی در گذشته حق بوده است، اما امروزه بردگی حق نیست. بنابراین، حق پدیده متحول، نسبی، مکانمند، زمانمند، قابل اعطاء، سلب و تحدید است. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: حق از نظر منبع دو نوع است: حق الهی و حق وضعی. به نظر می رسد حق بشری نیز حق وضعی است.^{۴۵۱} با توجه به آنچه گفته شد، پرسشی که مطرح می گردد این است که: منبع حق در نظام های حقوق الهی و نظام های حقوق وضعی چیست؟ پاسخ این پرسش را در ذیل مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) در فقه

۴۵۱ . مگر این که قایل به حقوق طبیعی شویم که تفصیل آن خواهد آمد.

در حقوق اسلام، شارع یگانه منبع ای حق است. زیرا، شریعت گاهی مصدر مستقیم حقوق بدون اینکه این حقوق متوقف بر وجود سایر مصادر باشد، می گردد، مانند: امر به عبادات مختلفه از قبیل: نماز، روزه، پرداخت زکات و حج، امر به انفاق بر اقارب، نهی از جرائم و محرمات و اباحه طیبات از خوردنی ها که در چنین حالات شرع مصدر مستقیم حقوق مزبور است.

گاهی نیز شارع حقوق و احکام خاص را بر اعمالی که مردم آن را اجراء می نمایند، ایجاد می نماید، مانند: عقد ازدواج که موجب پرداخت نفقه توسط زوج به زوجه و توارث زوجین از همدیگر می گردد، و مانند: عقد بیع که موجب ایجاد حق دریافت ملک برای مشتری و از ثمن برای بایع می گردد؛ و غصب که سبب پرداخت ضمانت توسط غاصب به مغضوب منه می گردد؛ که در چنین حالات عقد و غصب سبب مباشر و مستقیم حق و شرع اسباب و مصادر غیرمستقیم حق تلقی می گردند.^{۴۵۲} در نتیجه حق در فقه اسلامی دارای دو مصدر است: مصدر مستقیم و مباشر و مصدر غیرمستقیم که مصدر مستقیم آن اراده شارع و مصدر غیرمستقیم آن وقایع و حوادث شرعی است.

گفتار دوم) در حقوق

اما، در حقوق موضوعه مصدر حق قواعد حقوقی است. قواعد حقوقی یا قواعد قانون اساسی، یا قواعد قانون عادی و یا قواعد ناشی از مقررات، لوایح و طرزالعمل ها است. براساس اصل حاکمیت مردم (ماده ۴ ق. ۱) مردم از طریق ایجاد قوه مؤسس (لویه جرگه در افغانستان) به وضع قانون اساسی می پردازند. قانون اساسی حاوی دو گونه قواعد است: قواعد مربوط به حقوق و آزادی های اساسی اتباع و قواعد مربوط به تشکیلات و وظائف قوای تأسیسی (قوای مقننه، مجریه و قضائیه). قوای تأسیسی به ویژه قوه مقننه (شورای ملی) که منتخب مردم است به وضع قوانین عادی می پردازد.

قوه مجریه نیز در موارد خاصی می تواند مقررات، لوایح و طرزالعمل ها مطابق قانون اساسی وضع نماید. بنابراین، در حقوق موضوعه مصدر حق براساس نظریه حاکمیت مردم، خود مردم اند که از طریق قانون اساسی و قوانین عادی برای خویش حق اعطا می نمایند. بنابراین، در حقوق موضوعه، حق ها ناشی از قوه مؤسس و قوه قانونگذاری است که هر دو براساس اصل حاکمیت مردم برآمده از رأی مردم اند. این مثال در حقوق موضوعه، بیشتر در حقوق ملی صادق است. در حقوق بین الملل، حق ها برآمده از معاهدات بین المللی، عرف و عادات بین المللی، اصول کلی حقوق و رویه قضایی بین المللی که این منابع را نیز دولت ها و سازمان های بین المللی که دولت ها برآمده از سازمان های بین المللی برآمده از دولت ها اند، به وجود آورده اند.

۴۵۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۲۸۵۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۱۱ و ۱۲.

از آنچه در مورد منابع حق گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: انسان ذاتاً دارای حق نیست مگر این که قایل به حق های طبیعی شویم. در شرع، حق به انسان توسط شارع و در حقوق توسط قوای قانونگذاری از طریق قواعد حقوقی اعطاء می گردد. پس، به عنوان نتیجه می توان گفت که: «هیچ حقی برای شخص وجود ندارد مگر حقی که شارع حکیم در شریعت و در حقوق موضوعه قوای قانونگذاری از طریق قواعد حقوقی به شخص اعطا کرده باشد». استثنای این نتیجه، حق های طبیعی به نظر طرفداران این مکتب است. از همین جهت، مصادیق حق برحسب نوع نظام حقوقی متفاوت می شود که در ذیل به برخی مثال های آن اشاره صورت می گیرد:

- ۱) در نظام حقوق اسلامی جنین دارای حق حیات، حق ارث، حق وصیت و ... است؛ در حالی که در حقوق اروپایی چنین نیست و حتی سقط جنین جواز دارد.
 - ۲) همجنسگرایی در حقوق برخی کشور های اروپایی مانند آلمان و برخی ایالت های ایالات متحده آمریکا مانند ماسوچست حق همجنسگراها است؛ در حالی که همجنسگرایی در نظام حقوقی اسلامی و ممالک اسلامی جرم تلقی می شود.
 - ۳) در نظام های پیرو حقوق اسلامی تعدد زوجات با رعایت برخی شرایط حق مردان است؛ در حالی که تعدد زوجات در برخی ممالک اروپایی مانند آلمان جرم پنداشته می شود.
 - ۴) تبنی (فرزند خواندگی) در نظام حقوق اسلامی حرام است؛ در حالی که طبق کنوانسیون حقوق اطفال، تبنی حق والدین بدون طفل است.
 - ۵) طبق اعلامیه جهانی حقوق بشر، تغییر دین حق هر انسان است؛ در حالی که تغییر دین (از اسلام به دین دیگر و یا هیچ دینی) در حقوق اسلامی جرم پنداشته می شود.
 - ۶) در نظام حقوق اسلامی طلاق حق مرد است؛ در حالی که طبق اعلامیه جهانی حقوق بشر و حقوق اکثر کشور های غیر اسلامی طلاق حق مرد و زن است.
 - ۷) در نظام حقوق اسلامی و پیرو آن افغانستان تفریق قضایی حق زن و خلع حق زن و مرد است؛ در حالی که در سایر نظام های حقوقی چنین حقی اصلاً وجود ندارد. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: حق نفع، امتیاز، توانایی و سلطه است که در شرع توسط خداوند ﷻ در حقوق توسط قواعد حقوقی اعطا می شود و به نظر می رسد انسان طبیعتاً موجود محق نیست. باید اضافه نمود که: حق امری نیست که صرف توسط قانون اعطا و حمایت شود. در بعضی اوقات امکان دارد، حق توسط سایر قواعد حقوقی مانند: رویه قضایی، عرف و اصول کلی اعطا و حمایت شود:
- ۱- قواعد عرفی: إطعام مستاجر در عقد اجاره در افغانستان هر چند در عقد اجاره نیز تصریح نگردد، به موجب عرف به اجیر توسط مؤجر اعطا می گردد. در صورتی موجد از إطعام اجیر امتناع ورزد، اجیر می تواند در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید، زیرا در این مورد قاعده فقهی و حقوقی وجود دارد که: آنچه در عرف معروف باشد، مانند این است که شرط شده باشد.

۲- قواعد ناشی از رویه قضایی: حق تکفل اجتماعی، حقی است که توسط متحدالمال ستره محکمه به اشخاص اعطا گردیده است.

۳- اصول کلی حقوق: مانند: حق بری الذمه شناخته شدن افراد توسط قانون. البته، موارد عرف، رویه قضایی و اصول کلی بسیار نادر و استثنایی اند و بیشتر حق ها توسط قواعد ناشی از قوانین به طور عام اند.

مبحث سوم) ارکان

ارکان جمع رکن است و رکن در لغت به معنی جزء بزرگتر و قوی تر يك چیز، عضو عمده، آنچه که به آن قوت گیرند و تکیه دهند و پایه و ستون است،^{۴۵۳} و در اصطلاح رکن امری است که وجود شی متوقف بر آن، و جزء حقیقت شی و داخل در شی باشد، مانند: قرائت، قیام، رکوع و سجده که ارکان نماز است.^{۴۵۴} پس، رکن به اجزای عمده ای یک پدیده گویند. چنانچه در فصل دوم خواهیم دید، حق به انواع مختلف تقسیم می شود که هر کدام دارای ارکان خاص اند. اما، به طور کلی، می توان گفت که حق دارای چهار رکن است:

گفتار نخست) اعطا کننده حق

اعطا کننده حق که در حقوق الهی خداوند تعالی است و در حقوق موضوعه قوه مؤسس و قوه قانونگذاری و در سطح بین الملل دولت است که حق را به اشخاص اعم از حقیقی و حکمی از طریق قواعد حقوقی، معاهدات بین المللی و رویه های قضایی اعطا می نمایند. به نظر طرفداران حقوق طبیعی، طبیعت هم یکی از منابع حق ها است. بنابراین، اعطا کننده حق یا شریعت است یا حقوق (Law) یا هم طبیعت.

گفتار دوم) صاحب حق

مراد از صاحب حق کسی است که حق متعلق به اوست. صاحب حق نظر به حقوق دینی و سایر حقوق فرق می نماید. صاحب حق در حقوق دینی (حق الله) خداوند تعالی است. منظور از حق الله در فقه اسلامی، حق اجتماع است. پس، صاحب حق در حقوق دینی اجتماع است. صاحب حق در سایر حقوق اشخاص طبیعی (انسان) و حکمی است که به صورت خیلی مختصر مورد بحث قرار می گیرد:

۱) شخص حقیقی:^{۴۵۵} شخص در همه جا به يك معنی به کار نمی رود و در رشته های مختلف علمی دارای معانی متفاوت است، چنانچه شخص در لغت به معنی آدمی و انسان است که جمع آن

۴۵۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۶۵۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی

طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۳۹.

۴۵۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۳۰ و ۳۰۷۹.

455. Natural person.

اشخاص، اشخص و شخوص نیز می باشد.^{۴۵۶} ولی، از نظر حقوقی، شخص موجود است که دارای حق و تکلیف است.^{۴۵۷} به عبارت دیگر: کس یا چیزی که موضوع حق قرار گیرد، مانند: انسان، شرکت های تجاری، انجمن ها و دولت شخص نامیده می شود.^{۴۵۸} همچنین، از نظر حقوقی، به موجودی که از شخصیت حقیقی یا حقوقی برخوردار باشد شخص می گویند.^{۴۵۹} شخص حقیقی که آن را انسان و شخص طبیعی نیز می نامند از نظر حقوقی به هر انسان با در نظر گرفتن چنان وضعیتی که قانون برای او در نظر گرفته است، شخص طبیعی گفته می شود.

به عبارت دیگر: شخص انسان که قانون او را برای وجوب و استیفای حق اهل دانسته باشد، شخص طبیعی گفته می شود.^{۴۶۰} بنابراین، شخص طبیعی افراد انسانی را گویند که موضوع حق و تکلیف قرار می گیرند.^{۴۶۱} اما، شخصیت از حقوق اروپائی گرفته شده است که به معنی ذات هر شخص، خلُق و خوی مخصوص هر شخص است.^{۴۶۲} به مفهوم مشخص تر: شخصیت از کلمه یونانی «persona» گرفته شده است و آن نقابی بوده که بازیگران نمایشنامه ها در روم بر چهره های خویش می زدند. این نقاب دهان باز داشت و با صفحه فلزی نازک که با صدای هنرپیشه طنین بیشتر می داد، رو پوش می شد. چون هر بازیگر نقش ویژه به عهده داشت، همینکه تماشای آن نقاب را می دید آن بازیگر را می شناخت.

از همین جهت، واژه «persona» مفهوم «نقش» و سهم را به خود گرفت. چون هر کسی در اجتماع سهم و نقشی دارد، این ویژگی به این مفهوم مسمی گردید. کلمه شخصیت در روانشناسی، جامعه شناسی و ... دارای مفهوم ویژه است.^{۴۶۳} ولی، از نظر حقوقی به حالت تشخص شخص از اینکه موضوع حقوق و تکالیف است شخصیت گویند.^{۴۶۴} به عبارت دیگر، شخصیت عبارت از صفت و شائستگی شخص است

۴۵۶. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۹۷؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.
۴۵۷. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۶.
۴۵۸. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۸.
۴۵۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۳.
۴۶۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۱۲۳.
۴۶۱. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳). طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۴۰؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۹.
۴۶۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۹۷؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.
۴۶۳. محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۵۷.
۴۶۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۹.

برای اینکه طرف و صاحب حق و تکلیف قرار بگیرد.^{۴۶۵} هر يك از افراد انسان در جامعه دارای شخصیت است و می تواند به وسیله آن دارای حق و تکلیف گردد و آن را اجراء نماید.

در ملل قدیمه برای همه افراد انسانی شخصیت قابل نبودند و عده ای از افراد بودند که به جهتی از جهات اجتماعی در قید بردگی در آمده و نسبت به آنان مانند اموال رفتار می شد؛ به این توضیح که: در ملکیت افراد دیگری بودند و مورد خرید و فروش قرار می گرفتند.

ولی، اکنون زمان بردگی سپری شده است و هر فردی دارای شخصیت است. کودکان و مجانین که دارای اراده و شعور نیستند از این موقعیت نیز بهره مند می باشند و در ردیف افراد کامل دارای شخصیت حقوقی هستند. ولی، اجرای آن به واسطه نایب قانونی آنها (ولی، وصی و قیم) صورت می پذیرد.^{۴۶۶} ماده ۴۲ ق. م در این باره تصریح می نماید که: «شخص ناقص الاهلیت و فاقد آن تابع احکام وصایت، ولایت و قوامت مطابق به شرایط و قواعد پیش بینی شده این قانون می باشند.»

(۲) شخص حکمی: اشخاص حقوقی به طور کلی به سه نوع تقسیم می شوند: اشخاص حکمی حقوق خصوصی:^{۴۶۷} اشخاص حقوق عمومی و اشخاص حقوق بین الملل:

(۱) شخص حکمی حقوق خصوصی: حقوقدانان می گویند: شخص حکمی حقوق خصوصی هنگامی پدید می آید که دسته ای از افراد، که دارای منابع و فعالیت مشترک هستند، یا برخی از اموال، که به اهداف خاصی اختصاص داده شده اند، در کنار هم قرار بگیرند و قانون آنها را طرف حق و تکلیف بشناسد و برای آنها شخصیت مستقلی قائل گردد، مانند: شرکت های تجارتي و مدنی، انجمن ها، موقوفات و امثال اینها.^{۴۶۸}

ماده ۳۳۷ ق. م منسوخ با اقتباس از تعریف حقوقدانان در تعریف شخص حکمی می گوید: «شخص حکمی، شخصیت معنوی است که واجد اهلیت حقوقی بوده و بنابر اهداف معین به شکل مؤسسه، شرکت یا جمعیت تشکیل می گردد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که: شخص حقوقی، شخص معنوی است که از اجتماع گروهی از اشخاص طبیعی که غرض اجرای اهداف معین سیاسی، قضائی، اداری، تجارتي، اقتصادی، فرهنگی، ادبی، هنری، خیریه و ... ایجاد می گردد و توسط قانون طرف

۴۶۵ . سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۵.

۴۶۶ . سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ص ۱۵۰؛ سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۶ و ۷.

۴۶۷ . در مورد اشخاص حقوق خصوصی، ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.

۴۶۸ . سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۱۴۶ و ۱۴۷.

حق و تکلیف قرار می گیرد، مانند: احزاب سیاسی، نهاد های فرهنگی، اجتماعی، ادبی، هنری، شرکت های تجارتي، رسانه ها و موقوفات.

۲) **شخص حکمی حقوق عمومی:** در پهلوی شخصیت های حکمی خصوصی، شخصیت هایی حکمی عامه نیز وجود دارد. شخصیت های حکمی عامه شخصیت های اند که بر خلاف شخصیت های حکمی خصوصی بر اساس اراده دولت ایجاد و منحل می گردند. ماده ۳۳۸ فقره ۱ ق. م منسوخ در تعریف شخص حکمی عامه می گوید: «شخصیت حکمی عام شامل دولت، ارکان، ادارات فرعی یا شعبات مربوط به آن و تأسیسات عامه می باشد.»

از نص این ماده به خوبی بر می آید که شخصیت های حکمی عامه خود دولت، ارکان آن؛ یعنی: قوه مقننه (پارلمان)، قوه قضائیه (ستره محکمه)، قوه اجرائیه (حکومت) و هر اداره ای که در چهارچوب این سه رکن ایجاد گردد شخصیت حکمی عامه پنداشته می شود. علاوه براین ها، به موجب این ماده، هر تأسیس که غرض پیش برد امور مربوط به منافع عامه ایجاد گردد، شخصیت حکمی عامه پنداشته می شود. بنابراین، دولت و ادارات فرعی آن شخصیت حکمی عامه پنداشته می شود. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که بزرگ ترین شخص عمومی دولت است.

دولت در این معنی قدرت مرکزی است. بنابراین، دولت در این معنی از قوه مجریه شروع می شود که در رأس آن رئیس جمهور قرار دارد. اجزای این قدرت دارای شخصیت حقوقی مستقل نیست، بلکه دارای شخصیت حقوقی تابع است. بنابراین، وزارت صحت عامه، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، اداره ملی مبارزه با حوادث و امثال اینها شخص حقوقی تابع اند. در نتیجه، اموال این اشخاص متعلق به قدرت مرکزی است و رئیس جمهور می تواند اموال این ادارات را به وزارت و یا اداره دیگر منتقل کند. آثار ایجاد شخصیت حکمی عامه قرار ذیل است:

- ۱- شخص حقوقی دارای اموال مستقل از اعضای تشکیل دهنده آن است؛
- ۲- شخص حقوقی به طور مستقل صاحب حقوق و تکالیف می شود و می تواند به طور مستقل طرف دعوی قرار بگیرد و علیه اشخاص حقوقی و حقیقی دیگر اقامه دعوی نماید. وجه افتراق اشخاص حقوق خصوصی با حقوق عمومی قرار ذیل اند:

- ۱- هدف: اشخاص حقوق خصوصی برای تأمین منافع شخصی یا فردی ایجاد می شوند. نفع نیز می تواند مادی و یا معنوی باشد. معمولاً اشخاص حقوق عمومی برای تأمین منافع عامه ایجاد می شوند؛
- ۲- تفاوت در نظام حقوقی حاکم: اشخاص حقوق عمومی تابع قواعد حقوق عامه اند. برعکس، اشخاص حقوق خصوصی تابع قواعد حقوق خصوصی اند؛

- ۳- منشأ پیدایش: اشخاص حقوق خصوصی ناشی از اراده اشخاص حقیقی اند. برعکس، اشخاص حقوق عمومی ناشی از اراده مقامات عمومی اند و معمولاً با وضع قانون تشکیل می شوند. البته، برخی اشخاص حقوق عمومی مستقیماً توسط قانون ایجاد می شوند، مانند: کمیسیون مستقل انتخابات،

کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی. برخی دیگر غیرمستقیم ایجاد می شوند، مانند: جمعیت ها.

۴- لزوم و عدم لزوم ثبت: اشخاص حقوق خصوصی بعد از ثبت ایجاد می شوند، مانند ثبت جمعیت ها و مؤسسات غیردولتی و دانشگاه های خصوصی بالترتیب در وزارت عدلیه، وزارت اقتصاد و وزارت تحصیلات عالی. برعکس، اشخاص حقوق عمومی نیاز به ثبت ندارد، بلکه نیاز به قانون مؤسس دارد. به عنوان مثال، قانون مؤسس قوه مجریه، قضائیه، مقننه و اداراتی که در چهارچوب قوه مجریه در افغانستان ایجاد می شوند، قانون اساسی، قانون تشکیلات اساسی و قانون تشکیلات و صلاحیت های محاکم است.

۵- استفاده از قدرت عمومی: اشخاص حقوق عمومی در صورت لزوم می توانند از امتیازات قدرت عمومی استفاده نمایند. اما، اشخاص حقوق خصوصی نمی توانند از امتیازات قدرت عمومی استفاده کنند.^{۴۶۹}

۳) اشخاص حکمی حقوق بین الملل: علاوه بر شخصیت های حکمی خصوصی و عامه، شخصیت های حکمی بین المللی مانند: دولت ها، سازمان هان بین الملل، شرکت های چندین ملیتی وجود دارد که یکی از صاحبان حق در حقوق بین الملل شناخته می شوند. شخصیت های حکمی بین الملل ناشی از اراده دولت ها است. باید اضافه نمود که اشخاص حقوق خصوصی تابع قواعد حقوق خصوصی، اشخاص حقوق عمومی تابع قواعد حقوق عامه و اشخاص حقوق بین الملل تابع قواعد حقوق بین الملل اند.

گفتار سوم) محل حق

محل حق چیزی است که حق به آن تعلق می گیرد. محل حق عبارت از امتیاز، سلطه، اقتدار، توانایی، نفع و امثال اینها است که به اشخاص حقیقی و حکمی اعطا می شود. موضوع حق نظر به نوع حق امکان دارد متفاوت باشد. به حیث مثال، محل حق در حق دینی می تواند فرائض، مانند: پرداخت زکات، ادای نماز، گرفتن روزه، امتناع از اضرار همسایه، امتناع از ارتکاب جرائم، پرداخت دین و ثمن مبیع، اطاعت فرزند از والدین، امتناع از استعمال ودیعه و نظیر اینها باشد.^{۴۷۰}

اما، موضوع حق شخصی پرداخت دین، اجرای عمل یا امتناع از اجرای عمل است. محل حق های بشری و اساسی نیز امتیازها و مصلحت های افراد منحصیث انسان و اتباع است که نسبت به مسایل مختلف بشری و اساسی مانند: زندگی، کار، اشتراک در مسایل سیاسی، آزادی بیان و ... دارند.

گفتار چهارم) داشتن ضمانت اجراء

۴۶۹. محمد امامی و کورش استوار سنگری (۱۳۸۷). حقوق اداری (۱)، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، صص ۴۹-۵۳.
۴۷۰. همان، محمد امامی و کورش استوار سنگری، جلد (۱)، صص ۲۸۴۰-۲۸۴۲؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۲ و ۱۳.

رکن چهارم حق عبارت از جزاء است، و آن حمایتی است که شارع و قانونگذار می تواند از حق بنماید. این جزاء در حقوق الهی، مجازات دنیوی و اخروی است؛ در حق عینی، مثلاً: در غصب و اتلاف مال، پرداخت جبران خساره و جزاء است؛ و در حقوق دینی یا شخصی مجبور گردانیدن مکلف به اجرای تعهد است. حق های اساسی و بشری نیز دارای ضمانت اجرا اند که این ضمانت اجرا توسط دولت ها تضمین می شوند. تفصیل ضمانت اجرا در مبحث خصوصیات قواعد حقوقی این کتاب گذشت.

فصل دوم: تقسیمات حق در حقوق خصوصی

در حوزه حقوق خصوصی، فقهاء و حقوقدانان حق را به اعتبارات مختلف به تقسیمات متعدد منقسم نموده‌اند. چنانچه فقهاء و حقوقدانان حق را به اعتبار صاحب آن به حق الله، حق العبد و حق مشترک، و به اعتبار محل آن به حق مالی و غیر مالی و به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضاء به حق قضائی و حق دنیائی و به اعتبار اسقاط و عدم اسقاط به حق قابل اسقاط و حق غیر قابل اسقاط، به اعتبار توارث و عدم توارث به حق قابل توارث و حق غیر قابل توارث، به اعتبار دایره وسعت به حق مطلق و حق نسبی، به اعتبار زمان پیدایش به حق منجز و حق معلق، به اعتبار مدت به حق مؤقت و حق دائم، به اعتبار زمان اجراء به حق حال و حق مؤجل و به اعتبار ثبات و عدم ثبات به حق ثابت و حق متزلزل و به اعتبار باقی ماندن اثر به حق مجرد و حق غیر مجرد تقسیم نموده‌اند: ۴۷۱

مبحث اول) تقسیمات حق به اعتبار صاحب آن

حق به اعتبار صاحب آن به سه نوع منقسم گردیده است که عبارت از: حق الله یا حق الاجتماع، حق العبد و حق مشترک می باشد:

گفتار نخست) حق الله

۱) تعریف: برخی فقهاء در تعریف حق الله می گویند: حق الله عبارت از حقی است که هدف از آن تقرب جستن به خداوند ﷻ، تعظیم و اقامه شعایر دین او و تحقق نفع عموم در عالم بدون اختصاص آن به فردی از افراد می باشد. ۴۷۲ به نظر می رسد در این تعریف بیشتر به اهداف حق الله اشاره شده است و این تعریف بیانگر ماهیت و کنه حق الله نیست. به نظر می رسد در خصوص حق الله سه تعریف می توان ارایه کرد:

۱- حق الله حق های خداوند ﷻ نسبت به اشخاص است مانند پرداخت زکات، ادای نماز و نظیر اینها.

۲- با توجه به این که خداوند ﷻ بی نیاز است، ضرورت به داشتن حق ندارد. بنابراین، منظور از حق الله حق های اجتماع بر افراد است.

۴۷۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۳۵ و ۸۳۶؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۴۳-۲۸۵۴. ۴۷۲. همان، وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، صص ۲۸۴۳-۲۸۵۴.

۳- چون نماینده اجتماع دولت است، حق الله حق هایی است که اجتماع بر افراد دارد. هر حق الله، تکلیف شخص و هر تکلیف شخص حق الله است مانند پرداخت زکات (و مالیه در حقوق مدرن) که حق دولت و تکلیف فرد و تکلیف فرد و حق دولت است.

برخی فقهاء در خصوص حق الله می گویند که حق الله نظر به کلیت نفع و عظمت خطر آن به خداوند ﷻ منسوب می گردد، زیرا حق الله، حق اجتماع می باشد. به عنوان نمونه، عبادات مختلف مانند: نماز، روزه، حج، زکات، ادای نذور، سوگند و تسمیه نام خداوند ﷻ حین ذبح حیوان، دست برداشتن از جرایم، تطبیق حد و تعزیرات شرعی، صیانت مرافق عامه، مانند: انهار، راه ها، پرداخت زکات، پرداخت کفارات مثلاً: کفاره ظهار، حنث در یمین، کفاره فطر، کفاره رمضان، پرداخت خمس آنچه از زمین استخراج می شود و غیره همه برای اجتماع است. حکم حق اجتماع این است که در اثر صلح، عفو و تنازل قابل اسقاط نمی باشد. به همین ترتیب، تغییر آن جواز ندارد.

بنابراین، حد سرقت در اثر عفو مسروق منه یا صلح وی با سارق بعد از ارجاع و وصول قضیه به محکمه ساقط نمی گردد، و یا حد زنی به عفو زوج و یا اباحت زوجه نفسش را به زانی ساقط نمی گردد. همچنین، حق اجتماع قابل توارث نیست. پس، بر ورثه اداء عباداتی که توسط مؤثر فوت گردیده است لازم نمی باشد و همچنین وارث از جرم مؤثر مسؤل پنداشته نمی شود.

ولی، باید متذکر شد که حق اجتماع تداخل را می پذیرد. پس، کسی که چند بار مرتکب سرقت و یا زنی شود و در هر بار عقوبت نگردد و به سبب تمام جرایمی که مرتکب شده است یکبار عقوبت گردد به عقوبت واحد اکتفاء صورت می گیرد، زیرا مقصود از عقوبت زجر است که به یکبار نیز متحقق می شود که تطبیق کننده آن حاکم یا قاضی می باشد.

از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که حق الله، حق عمومی جامعه است. زیرا، حق الله نمی تواند بر صاحب حقیقی خود حمل شود چرا که خداوند ﷻ بی نیاز است و از هیچ جهت نفع و فایده برای او قابل تصور نیست. پس، حقی را که شارع در رابطه به جامعه اسلامی تشریح کرده، در اصطلاح شرعی حق الله نامیده می شود که در حقوق موضوعه از آن به حق های عمومی تعبیر می شود.^{۴۷۳}

(۲) ارکان: در حق الله سه رکن وجود دارد: (۱) صاحب حق (خداوند ﷻ)؛ (۲) شخص مکلف که می تواند حقیقی و یا حکمی باشد؛ و (۳) موضوع حق.

گفتار دوم) حق العبد

۴۷۳. همان، وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، صص ۲۸۴۳-۲۸۵۴؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۴-۱۸؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۳۵ و ۸۳۵؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۱۴؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۲۲۵.

(۱) **تعریف:** برخی فقهاء در تعریف حق العبد می گویند که: حق العبد عبارت از حقی است که هدف از آن حمایت از مصلحت شخص می باشد اعم از اینکه حق عام باشد مانند حفظ صحت، اولاد و اموال شخص، تأمین امنیت، دفع ظلم و تمتع از خدمات عامه و یا خاص باشد، مانند: رعایت حق مالک در ملکیت، حق بایع در ثمن و از مشتری در مبیعه، حق شخص در بدل مال متلوفه، رد مال مغضوبه، به مغضوب منه، حق نفقه زوجه بر شوهر، حق حضانت مادر نسبت به طفل و حق پدر نسبت به ولایت اولاد و غیره.^{۴۷۴}

به نظر می رسد در این تعریف بیشتر به اهداف حق العبد اشاره صورت گرفته است و بنابراین این تعریف بیانگر کنه و ماهیت حق العبد نیست. به نظر می حق العبد عبارت از حق هایی است که شخص که از آن در فقه هنوز هم عبد (بنده) تعبیر می شود، در برابر دولت و اجتماع دارد. هر حق عبد تکلیف دولت و اجتماع و هر تکلیف اجتماع حق شخص است مانند حق حیات که حمایت آن تکلیف دولت و خود حق حیات، حق شخص است.

برخی فقهاء بر این نظر اند که: حکم مرتبه بر حق العبد این است صاحب آن می تواند از آن تنازل نماید. پس، صاحب حق العبد می تواند حق خود را در اثر عفو، صلح و ابراء و اباحه ساقط نماید. همچنین، در حق العبد توارث جاری می شود و نیز تغییر را می پذیرد همچنانی که تداخل را نمی پذیرد و مرتکب آن تکراراً مجازات می گردد و استیفاء آن منوط به صاحب حق یا و لی او می باشد.^{۴۷۵} پس، حق العبد حقی است که آن را شارع به منظور تحقق مصلحت فرد خاص و یا گروهی از افراد وضع نموده که در روشنایی آن بتوانند به منافع مقصود دست یابند.

(۳) **فرق بین حق الله و حق العبد:** با توجه به آنچه فوقاً تذکر یافت میان حق الله و حق العبد تفاوت های ذیل ظاهر می گردد:

۱- از نقطه نظر هدف: حق الله حق های خداوند عزوجلله بر بندگان است. هدف از حق الله تقرب جستن به خداوند عزوجلله و تحقق نفع عموم در جامعه است. به حیث مثال، در پرداخت زکات نفع به اجتماع می رسد، زیرا در صورتی که افراد زکات بپردازد، یک فرد خیلی پولدار نمی شود و افراد دیگر فقیر باقی نمی مانند و برابری نسبی در جامعه ایجاد می شود. حق العبد حق بندگان بر دولت و اجتماع و افراد دیگر است. هدف از حق العبد حمایت از مصلحت شخص است اعم از اینکه حق عام باشد یا خاص مانند احترام به حق مالکیت، حق شفعه، حق حیات و نظیر اینها که نفع آن به فرد می رسد.

۴۷۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۴۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، ص ۱۸.
۴۷۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۴۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، ص ۱۸.

۲- از نقطه نظر اسقاط: حق الله به هیچ صورت در اثر صلح، عفو، ابراء و غیره قابل اسقاط نیست مگر در برخی موارد که حاکم یا اولی الامر حق عفو را دارد.^{۴۷۶} به نظر می رسد با اقتباس از همین نظریه، قانونگذار اساسی صلاحیت عفو و تخفیف مجازات ها را به رئیس جمهور اعطا کرده بوده. ماده ۶۴ جزء ۱۸ ق. ۱ حکم می نمود: «رئیس جمهور دارای صلاحیت ها و وظایف ذیل می باشد: ۱۸- تخفیف و عفو مجازات مطابق به احکام قانون.» معمولاً رئیس جمهور در مناسبت های خاص، مانند: فرا رسیدن عید و امثال این مجازات محبوسین را توسط فرمان تخفیف می داد و یا عفو می نمود. ولی، حق العبد ممکن است در اثر صلح، ابراء، عفو و غیره توسط صاحب آن ساقط گردد؛

۳- از نقطه نظر توارث: حق الله قابل توارث نیست. اما، حق العبد قابل توارث می باشد؛ و

۴- از نقطه نظر تداخل در مجازات و استیفاء کننده مجازات: جرایم ناشی از حقوق الله قابل تداخل است و استیفاء کننده آن قاضی می باشد. ولی، جرایم ناشی از حق العبد قابل تداخل نیست و استیفاء کننده آن صاحب حق؛ یا ولی او می باشد.

۵- اجرای حکم در حق الله منوط به درخواست شاکی نیست، اما در حق الله اجرای حکم منوط بر درخواست شاکی است.

۶- حق الله جنبه عمومی و عامه المنفعه دارد، اما حق الله جنبه اختصاصی و فردی دارد.^{۴۷۷}

گفتار سوم) حق مشترک

حق مشترک، حقی است که در آن حق الله و حق العبد اجتماع نموده است. ولی، بعضاً در آن جنبه های حق الله بر حق العبد و بعضاً هم جنبه های حق العبد بر حق الله غالب می باشد. بنابراین، حق مشترک ممکن است به دو نوع ظهور نماید:

۱) حق الله و حق العبد با غالب بودن حق الله بر حق العبد: مانند: عده مطلقه که در آن حق الله یعنی حفظ انساب انسان از اختلاط و حق العبد یعنی محافظت نسب اولاد مُطَلَّق است، حق الله غالب می باشد، زیرا در صیانت انساب انسان نفع عام به اجتماع متصور است. مثال دیگر حق الله و حق العبد با غلبه حق الله بر حق العبد به نظر فقهای حنفیه اجرای حد قذف بر قافذ است. زیرا، در حد قذف دو حق نهفته است: حق مقذوف که دفع عار و اثبات شرف و حصانت او، و حق الله که عبارت است از حفظ اعراض و آبروی انسان ها و جلوگیری از فساد که در اجرای حد قذف، حق الله بر حق العبد غالب است؛ و

۲) حق الله و حق العبد با غلبه حق العبد بر حق الله، مانند: قصاص که برای ولی مقتول ثابت است حاوی دو نوع حق می باشد: حق الله و حق العبد. حق الله که عبارت از تطهیر اجتماع از ارتکاب جرایم و

(آخرین بازدید: ۱۲، ۱۰، ۲۰۱۶) Pajoohi.ir . 476

(آخرین بازدید: ۱۲، ۱۰، ۲۰۱۶) . Ibid, 477

حق العبد که عبارت از فروکش کردن خشم ولی مقتول به وسیله قتل قاتل می باشد حق العبد غالب می باشد زیرا، مبنای قصاص مماثله است.^{۴۷۸}

مبحث دوم) تقسیمات حق به اعتبار اسقاط و عدم اسقاط

چنانچه تذکر یافت، حق یا حق خالص الله، یا حق خالص بنده، یا حق مشترک است که یا در آن حق الله بر حق العبد غالب است و یا برعکس حق العبد بر حق الله غالب است. پس، اسقاط و عدم اسقاط حق در هر يك را به صورت جداگانه مورد مطالعه قرار می دهیم:

گفتار اول) عدم اسقاط پذیری حق الله

اسقاط از ریشه سقط گرفته شده که در لغت به معنی افگندن، انداختن، برافگندن و از ارزش انداختن است. در فقه به از اعتبار انداختن حق اعم از مالی و یا غیرمالی را اسقاط گویند.^{۴۷۹} حق الله اعم از اینکه عبادات باشد، مانند: نماز، روزه و غیره و یا عقوبات باشد، مانند: حدود، یا بین عبادت و عقوبت متردد باشد، مانند: کفارات یا سایر حقوقی که شرع آن را به انسان به اعتبار انسان بودن اعطاء نموده است، مانند: حق ولایت بر صغیر، حق ابوت، امومت و نظیر اینها قابل اسقاط نیست. زیرا، هیچ فرد به اعتبار اینکه این حق، متعلق به خداوند جل جلاله است، نمی تواند آن را اسقاط نماید.

گفتار دوم) اسقاط حق مشترک

حق مشترک اخلاطی از حق الله و حق العبد است. بنابراین، در صورتی که در حق مشترک حق الله غالب باشد، حکم حق الله به اعتبار غالب بودن آن بر آن مرتب می شود. اما، در صورتی که حق العبد در آن غالب باشد، به اعتبار غلبه حق العبد بر حق الله، اسقاط چنین حقی تابع حکم حق العبد است.^{۴۸۰}

گفتار سوم) اسقاط حق العبد

حق العبد به اعتبار اسقاط و عدم اسقاط شامل اسقاط اعیان، منافع و دیون می گردد. در باره اسقاط حق العبد اصل این است که هر صاحب حق مشروط بر اینکه جایز التصرف؛ یعنی: غیرمحمجور علیه باشد و نیز محل حق قابل اسقاط باشد؛ یعنی عین و یا شی حرام نباشد و مانع دیگری مانند: تعلق حق غیر به آن وجود نداشته باشد، می تواند حق خویش را ساقط نماید. با رعایت این اصل، اسقاط دین، منفعت و حق العبدی را که قابل اسقاط نیست در ذیل مورد مطالعه قرار می دهیم:

۴۷۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.

۴۷۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۴۹؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۸.

۴۸۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۴۶؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۴ و ۲۵.

۱) اسقاط عین: ماده ۱۹۸۶ ق. م تصریح می نماید که: «هرگاه مالک مال منقول از ملکیت آن صرف نظر نماید، به مال مباح تبدیل می گردد.» از نص این ماده به خوبی روشن می شود که شخصی که از ملکیت مال منقول صرف نظر نماید، شی منقول به منقول بدون مالک تبدیل می شود. در نتیجه، هر شخصی می تواند از طریق استیلاء آن را تملک نماید، مانند اینکه: شخصی اشیا را که برای وی دیگر ذی نفع نباشد، در راه و یا در زباله دانی بی اندازد، یا شخصی حیوانی وحشی را از طریق استیلاء تملک نماید و سپس از ملکیت آن تنازل نماید و شخصی دیگری دو باره آن را تملک نماید. در صرف نظر نمودن از ملکیت منقول تحقق دو عنصر (رکن) ضروری است: ۱) رکن مادی که عبارت از ترک منقول است به نحوی که از حیات مالک خارج شود؛ و ۲) عنصر معنوی که همان نیت تنازل از ملکیت منقول است.^{۴۸۱}

۲) اسقاط دین: در اصل همه حقوق شخصی قابل اسقاط است، مانند: حق قصاص، حق شفعه و حق خیار که اسقاط حقوق فوق ممکن است معوض یا غیر معوض باشد که در صورت غیر معوض بودن ایقاع و در صورت معوض بودن عقد است. پس، به اتفاق نظر همه فقهاء اسقاط دین جواز دارد اعم از اینکه دین ثمن مبیع، نفقه مفروضه ماضیه زوجه و غیره باشد. همچنین، همانطوری که اسقاط تمام دین جواز دارد، اسقاط قسمتی از آن نیز جواز دارد که می تواند به صورت صلح، خلع و غیره صورت پذیرد.^{۴۸۲}

۲) اسقاط منفعت: همچنانی که اسقاط دین جواز دارد، اسقاط منفعت نیز جواز دارد اعم از اینکه مُسقط مالک رقبه و یا منفعت باشد، و یا صرف مالک منفعت براساس عقد اجاره، عاریت و وصیت به منفعت باشد، یا بر اساس غیر عقد، مانند: اسقاط تحجیر زمین موات به مقصد احیای موات. در نتیجه، منافع در صورت عدم وجود مانع، قابل اسقاط است که می تواند ضمن عقد و یا به طور مستقل صورت پذیرد.^{۴۸۳}

۳) حق شخصی غیر قابل اسقاط: حقوق شخصی که قابل اسقاط نمی باشد قرار ذیل اند:

۱- حقوقی که در آینده ثابت نخواهد شد: مانند اسقاط حق مسکن و نفقه آینده توسط دختر قبل از ازدواج، اسقاط حق خیار رویت توسط مشتری قبل از رویت، اسقاط حق شفعه توسط شفیع قبل از فروش مبیعه که حقوق فوق الذکر قابل اسقاط نمی باشد، زیرا در فروض فوق حق بالذات هنوز به وجود نیامده است.

۴۸۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۳-۱۶.
 ۴۸۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۴؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۲۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.
 ۴۸۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۴؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۲۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.

۲- حقوق معتبر شرعی که شرعاً اوصاف ذاتی شخص پنداشته می شود و ملازمه با شخصیت او دارد: حقوقی که شرعاً خصوصیت ذاتی انسان تلقی می گردد قابل اسقاط نیست، مانند: حق ولایت پدر یا پدر کلان بر اولاد صغیر. بنابراین، هرگاه پدر یا پدر کلان بخواهد حق ولایت بر اولاد صغیر خود را ساقط نماید، حق مذکور در اثر اسقاط، ساقط نمی گردد.

۳- حقوقی که در اثر اسقاط آن احکام شرعی تغییر می نماید: حقوقی که در اثر اسقاط آن احکام شرعی تغییر می نماید قابل اسقاط نمی باشد مانند: اسقاط حق رجوع شوهر به زوجه مُطلقه، اسقاط حق رجوع واهب در هبه، اسقاط حق رجوع موصی از وصیت و غیره.

۴- حقوقی که به آن حق غیر تعلق می گیرد: حقوقی که به آن حق غیر تعلق می گیرد نیز قابل اسقاط نیست، زیرا انسان می تواند حق خود را ساقط نماید. ولی، حقی را که به آن حق غیر تعلق بگیرد نمی تواند ساقط نماید مانند: اسقاط حق حضانت توسط مادر، اسقاط حق رجوع توسط زوج به زوجه در مدت عده، اسقاط حد سرقت توسط مسروق منه، زیرا حقوق فوق از زمره حقوق مختلط می باشد.^{۴۸۴}

مبحث سوم) تقسیم حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضا

حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضا به دو نوع منقسم گردیده است که عبارت اند از: ۱) حق دینایی؛ و ۲) حق قضایی:

گفتار اول) حق دینایی

حق دینایی عبارت از حقی است که تحت ولایت قضا در نمی آید و قاضی را قادر به الزام مدعی علیه بنابر سببی از اسباب مانند: عجز صاحب حق از اثبات آن در محضر قضا، نمی نماید. پس، در چنین موارد انسان نزد خداوند عز و جلاله و ضمیرش مسؤول می باشد.

به طور مثال، دینی که صاحب آن از اثبات آن در محضر قضا عاجز شود به این معنی نیست که صاحب دین غیر مستحق تلقی می گردد، بلکه بر مدیون اداء دین دیناً واجب می باشد، یا ازدواج های عرفی و غیرمسجل در محاکم شرعی ازدواج های دینایی تلقی می گردد و بر آنها آثار شرعی ازدواج مانند: نفقه، ثبوت نسب اولاد و غیره مرتب می گردد. حق دینایی در حقوق موضوعه به نام تعهد طبیعی یاد می شود.^{۴۸۵}

گفتار دوم) حق قضایی

حق قضایی عبارت از حقی است که تحت ولایت قضا می آید و امکان اثبات حق را توسط صاحب آن در قضا مساعد می نماید، مانند اینکه مدعی دعوی خویش را توسط یکی از وسایل اثبات دعوی ثابت

۴۸۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۴۷ و ۲۸۴۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.
۴۸۵. در مورد تعهد طبیعی ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی، حقوق وجایب، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، صص ۳۹۱-۳۹۶.

نماید و قاضی نیز به نفع مدعی حکم خویش را صادر نماید. حق قضایی در حقوق موضوعه به نام تعهد مدنی یاد می شود.^{۴۸۶}

گفتار سوم) فایده تقسیم حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضاء

فایده ای که در اثر این تقسیم ظاهر می گردد این است که احکام حق دینی بر نیت، واقعیت و حقیقت امر استوار است. ولی، احکام حق قضائی مبتنی بر ظاهر امر است و در آن به نیت، واقعیت و حقیقت امر نگریده نمی شود.

به طور مثال، هرگاه زوج زوجه اش را از روی خطا طلاق دهد و قصد طلاق را نداشته باشد و قاضی با توجه به ظاهر و حقیقت امر حکم به وقوع طلاق نماید، در چنین مورد قضاء حکم به وقوع طلاق صورت می گیرد، ولی دیناً حکم به وقوع عدم طلاق صورت می گیرد. بنابراین، در چنین موارد انسان باید مطابق آنچه میان او و پروردگارش است عمل نماید.^{۴۸۷}

مبحث چهارم) تقسیم حق به اعتبار محل آن

حق به اعتبار محل آن به حق غیر مالی و حق مالی تقسیم می شود:

گفتار نخست) حق غیر مالی

فقهاء در تعریف حق غیر مالی می گویند: حق غیر مالی عبارت از حقی است که به مال تعلق نمی گیرد، مانند: حق قصاص، حق آزادی، حق زوجه در طلاق و یا تفریق به سبب عدم انفاق، عنینیت، ضرر، سوء آمیزش، غیبت، حبس، حق حضانت، حق ولایت بر نفس و سایر حقوق از این قبیل مانند: حق های سیاسی، از قبیل: حق انتخاب کردن و انتخاب شدن و حق طبیعی، مانند: حق آزادی.^{۴۸۸} برخی استادان حقوق نیز در تعریف حق غیر مالی می گویند: حق غیر مالی عبارت از امتیازی است که هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است.^{۴۸۹}

به عبارت دیگر: حق غیر مالی عبارت از آن حق های است که اجرای آن، منفعتی که مستقیماً قابل تقویم به پول باشد، ایجاد نماید، مانند: حق بنوت، حق زوجیت و امثال اینها. موضوع حق غیر مالی روابط غیر مالی انسان است و ارزش داد و ستد (مبادله) را ندارد و قابل ارزیابی به پول و مبادله با آن نیست، مانند: حق زوجیت، حق ابوت و بنوت، حق ولایت یا حق که پدیده آورنده اثر ادبی و هنری است. ولی، اکثر این

۴۸۶. همان، نظام الدین عبدالله، صص ۳۹۱-۳۹۶..

۴۸۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۵۳-۲۸۵۴؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۶؛ و ___ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۴۱.

۴۸۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵؛ و ___ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۴۰.

۴۸۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۱؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶.

حقوق آثار مالی دارد. چنانچه حق وراثت سبب می شود که شخص دارائی خود را تملک کند، و حق زوجیت امکان مطالبه نفقه و، ارث را به دنبال دارد، ولی اصل حق را نمی توان به دیگری واگذار کرد و وسیله تحصیل مال قرار داد. حق غیر مالی به وارثان انتقال نمی یابد و داینین نیز نمی توانند با تملک و فروش آن وسیله تأمین وصول دین خود را فراهم آورند. برخی حق های غیر مالی غیر قابل زوال است، مانند: بنوت که پدر و مادر نمی توانند به هیچ وجه نسبت مزبور را از خود سلب کنند.^{۴۹۰}

گفتار دوم) حق مالی و انواع آن

حق مالی عبارت از حقوقی است که به مال و منافع تعلق می گیرد و موضوع آن مال و منفعت می باشد، مانند: حق ملکیت اعیان، منافع و دیون، حق بایع بر ثمن و از مشتری بر میبعه، حق شفیع در شفعه، حق ارتفاق، حق خیار و حق مستأجر در سکنی عین مستأجره.^{۴۹۱} حق مالی به موجب حقوق نیز آن است که اجرای آن مستقیماً برای دارنده ایجاد منفعتی نماید که قابل تقویم به پول باشد، مانند: حق مالکیت نسبت به خانه که مستقیماً برای دارنده آن ارزش پولی دارد.^{۴۹۲}

به عبارت دیگر: حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور، به منظور تأمین نیاز های مادی اشخاص به آنها می دهد. هدف از ایجاد حق مالی تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیاء؛ بین افراد وجود دارد و موضوع آن تأمین حمایت از نفع مادی می باشد. نمونه بارز حق مالی در قدم نخست حق مالکیت و شاخه های آن (حق انتفاع و حق ارتفاق) است و در مرحله دوم حق طلب است که بر مبنای آن شخص می تواند از دیگری مبلغی پول یا تسلیم مال دیگر یا انجام دادن کار و امتناع از انجام دادن کاری را بخواهد.^{۴۹۳} میان حق مالی و غیر مالی دو فرق عمده وجود دارد که قرار ذیل اند:

- ۱) حق مالی بر خلاف حق غیر مالی، قابل مبادله و تقویم به پول است، مانند: حق مالکیت، حق انتفاع، حق مطالبه مبلغ پول و یا انجام دادن کار معین.
- ۲) حق غیر مالی قابل مبادله به پول نیست. اما، حق مالی قابل مبادله به پول است. قابل مبادله بودن حق مالی به پول سبب می شود که حق مالی اصولاً انتقال پذیر باشد و به ورثه شخص برسد و هم قابل

۴۹۰ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۲؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۴۸ و ۴۴۹.

۴۹۱ . وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۴۹ - ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷ - ۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۰.

۴۹۲ . سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴.

۴۹۳ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۴۷ و ۴۴۸.

معاوضه و داد و ستد باشد و وارثین نیز بتوانند با فروش حق به طلب خود برسند، در حالی که این امور در حق غیرمالی قابل اجراء نیست.^{۴۹۴} باوجود تفاوتی که میان حق مالی و غیرمالی وجود دارد، نباید این دو را کاملاً از هم مُفترَق دانست. زیرا، برخی حق های غیرمالی است که جنبه های مالی نیز دارد:

(۱) حقی را که مؤلف بر آثار خود دارد هر دو جنبه را درآورد. روی همین دلیل، هنگامی که نویسنده ای حق انتشار آثار خود را به دیگران واگذار می کند، می گویند: جنبه مالی حق تألیف را انتقال داده است. ولی، حق اخلاقی او در باره دفاع از انتقاد های نابجای دیگران و جلوگیری از تحریف و تقلید آن برای آفریننده اثر باقی مانده است. در عین حال، جنبه مالی و غیرمالی این تألیف باهم ارتباط نزدیک دارد، چنانکه انتقاد از یک کتاب، نه تنها به حق معنوی نویسنده لطمه می زند، بلکه در منافع مادی آن نیز اثر دارد؛ به این توضیح که موجب کاهش قیمت آن در بازار می گردد؛

(۲) یادگارهای خانوادگی به طور معمول ارزش مالی ندارد، ولی اگر به امضای شخصیتی نامدار یا اثر هنرمند برجسته ای باشد، هر دو جنبه مالی و غیرمالی را درآورد. به این توضیح که: هم سبب سربلندی و افتخار خانواده است و هم وسیله تحصیل عاید و قابل مبادله با پول؛

(۳) نام شخص یکی از خصوصیات شخص است و حقی که شخص در باره نام خود دارد، جزء دارایی او نیست و در نتیجه در بازار مورد خرید و فروش قرار نمی گیرد. ولی، همین نام، بعضی اوقات از شخصیت جدا و به دارایی می پیوندد. بنابراین، نام های که شهرت می یابد و وسیله جلب مشتری می شود، از نام ساده به نام تجارتي تبدیل شده و در نتیجه مورد خرید و فروش قرار می گیرد.

همچنین، حقی که شخص بر تصویر یا عکس خود دارد، نمی تواند مورد خرید و فروش و تجارت قرار بگیرد. باوجوداین، احتمال دارد در شرایط خاص، تکثیر و انتشار آن وسیله کسب مال شود و اجازه صاحب عکس یا تصویر ارزش تجارتي پیدا کند. با توجه آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: تقسیم و جدایی حق مالی از حق غیرمالی مطلق نیست. روی همین دلیل، برخی حقوقدانان و استادان حقوق، حقوقی را که جنبه مالی آنها رجحان و برتری دارد، حق مالی گفته اند و برخی حقوق دیگر را که جنبه مالی آن مورد توجه نبوده و رجحان نداشته حق غیرمالی گفته اند.^{۴۹۵}

حق مالی به حق عینی و شخصی تقسیم می شود. تقسیم حق به عینی و دینی، از گذشته ها، مورد توجه نویسندگان حقوق مدنی و فقهاء بوده است. مبنای این تقسیم چگونگی استفاده از اشیای خارجی است.

۴۹۴ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶ و ۲۵۷

۴۹۵ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۵۰ و ۴۵۱؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۷.

زیرا، انسان برای ادامه زندگی به این اشیاء نیاز دارد و حق دارد از آنها استفاده کند. انتفاع از اشیاء از دو طریق ممکن بوده است:

- (۱) صاحب حق از مال خویش بلاواسطه و مستقیم استفاده نماید؛ و
 - (۲) صاحب حق، از حق خویش به واسطه دیگران استفاده نماید و از دیگران بخواهد که مالی را به او تسلیم نمایند و یا عملی را به او انجام دهند و یا از انجام عملی امتناع ورزند.
- با توجه چگونگی استفاده از حق، فقهاء و حقوقدانان حقوقی را که امتیاز استفاده به شخص را می دهد، به دو دسته تقسیم کرده اند: حق عینی که حاوی امتیاز انتفاع مستقیم از حق است و حق دینی که به شخص اختیار می دهد اعطای مال، اجرای عمل و یا امتناع از اجرای عمل را از شخص دیگر مطالبه نماید.^{۴۹۶} در نتیجه، فقهاء و حقوقدانان حق مالی را به حق عینی و حق دینی (شخصی) تقسیم کرده اند.^{۴۹۷} این تقسیم در ق. م نیز رسوخ کرده است. ماده ۴۸۴ ق. م در این باره می گوید: «حقوق مالی به حقوق عینی و حقوق شخصی تقسیم می شود.»:

الف) حق عینی

به موجب فقه حق عینی عبارت از حقی است که یک شخص بر شی معین بر اساس شرع دارا می شود و بر مبنای همین حق علاقه ای اختصاصی میان صاحب حق و شی مادی قایم می شود و به موجب آن صاحب حق بر شی مادی به صورت مستقیم اعمال صلاحیت می نماید که همین اعمال صلاحیت به صورت مباشر را حق عینی می گویند، مانند: حق مالکیت که مالک را به همه انواع تصرفات در ملک قادر می نماید از قبیل: حق تصرف، استثمار و استعمال آن، حق استفاده از حق ارتفاق مانند حق مرور، حق مسیل و غیره. حقوقدانان نیز در تعریف حق عینی می گویند: حق عینی عبارت از سلطه است که قانون آن را برای شخص بر عین معین اعطاء کرده است که به موجب آن شخص می تواند از عین انتفاع اقتصادی بگیرد. لذا، حق عینی، حقی است که اشخاص بر اشیاء دارند.^{۴۹۸}

در تعریف حق عینی ق. م منسوخ از تعریف حقوقدانان پیروی نموده و ماده ۴۸۵ آن در باره تعریف حقوق عینی می گوید: «حقوق عینی عبارت است از تسلط مستقیم شخص بر ذات عین که توسط قانون اعطاء می گردد». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که حق عینی، حقی است که شخص نسبت به عین دارد، مانند: حق مالکیت نسبت به عین و منفعت عین و امثال اینها. در حق عینی چهار رکن وجود

۴۹۶ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۵۲ و ۴۵۳.

۴۹۷ . مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۸۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴.

498 . Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated into English by: Miceal Jewll, 5th edi (___), p 191.

دارد: اول صاحب حق یا مالک، دوم: موضوع حق یا ملک، و آن چیزی است که شخص مالک نسبت به آن حق دارد؛ سوم: مالکیت و آن یک رابطه حقوقی یا مفهوم تصویری بین «مالک» و «ملک» است که قانون آن را معتبر شناخته و مردم را مکلف به احترام آن نموده است. از این رو، گفته می شود که «حق عینی» در مقابل تمام افراد جامعه است و در اثر این امر، حق تعقیب به صاحب حق عینی داده می شود و مالک می تواند مال خود را در دست هر کس بیابد بگیرد؛ چهارم: جزا، که آن در خارج به دوگونه ظهور می نماید: یکی حمایت قانون از صاحب حق، تا کسی نتواند به مالک تعدی کند؛ و دیگر اجبار به رفع تجاوز، در صورتی که تعدی صورت گرفته باشد؛ مثلاً: هرگاه کسی مال دیگری را غصب کند، قانون او را مجبور می کند که مغضوبه را مسترد دارد و اگر تلف شده باشد ملزم می شود بدل آن را به مالک بدهد.

طبق فقه و حقوق، حق های عینی به حق های عینی اصلی و حق های عینی تبعی تقسیم می شود.^{۴۹۹} این تقسیم در ق. م نیز پیش بینی گردیده است. ماده ۴۸۵ فقره ۲ ق. م منسوخ در این باره تصریح می نماید که: «حق عینی، اصلی یا تبعی می باشد.»

۱) حق عینی اصلی

ماده ۴۸۶ ق. م منسوخ که مقتبس از فقه است در تعریف حق های عینی اصلی می گوید: «حقوق عینی اصلی عبارت است از حقوق تصرف و انتفاع بر عین که منحصر به حقوق آتی می باشد: ۱) حق ملکیت رقبه و منفعت آن؛ ۲) حق منفعت ملکیت عین بدون ملکیت رقبه؛ و ۳) حقوق ارتفاق.» حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. از نص این ماده به خوبی بر می آید که حق های عینی اصلی عبارت از حق تصرف و انتفاع است. مثال های حق تصرف هبه، وقف، وصیت، خرید و فروش، اجاره و نظیر اینها است. همچنین، طبق نص این ماده حق عینی اصلی علاوه بر حق تصرف حق انتفاع نیز است. طبق نص این ماده حق های عینی اصلی به سه دسته تقسیم می شود:

اول) حق ملکیت کامل

حق ملکیت کامل عبارت از حقی است براساس آن شخص هم مالک ذات و هم مالک منفعت مال است. به حیث مثال، اگر شخص خانه داشته باشد و در آن خودش سکونت نماید، این شخص هم مالک ذات (رقبه) خانه است و هم مالک منفعت آن و ملکیت او کامل است.

دوم) حق ملکیت ناقص

ملکیت ناقص عبارت از ملکیت عین بدون منفعت و یا منفعت بدون رقبه شی است.^{۵۰۰} به عبارت دیگر: ملکیت ناقص خالی از دو حالت نیست: حالت اول این است که شخص مالک منفعت شی بدون رقبه آن باشد، مانند: اینکه شخص شی ای را از دیگری به اجاره و عاریت بگیرد و یا شخصی منفعت شی

۴۹۹. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۰؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۸. ۵۰۰. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۵۵۰.

را به دیگری وقف و یا وصیت نماید. حالت دوم این است که شخص مالک رقبه بدون منفعت باشد، مانند اینکه: شخص منفعت شی ای خویش را برای مدت معین به دیگری وصیت نماید و بعد از وفات موصی منفعت موصی به، به موصی له و رقبه آن به وارث موصی تعلق بگیرد،^{۵۰۱} یا شخصی ملکیت خویش را به دیگری به کرایه بدهد که در این صورت منفعت ملک متعلق به کرایه نشین و رقبه آن متعلق به صاحب خانه یا مالک می شود و ملکیت هر دو ناقص می گردد. از این تعریف به خوبی استنباط می گردد که ملک ناقص شامل ملک عین فقط و یا ملک منفعت فقط می گردد که ملک منفعت فقط را ملک منفعت شخصی یا حق انتفاع نیز می نامند.^{۵۰۲} بنابراین، ملک ناقص شامل: ملک عین فقط و ملک منفعت فقط می گردد:

۱- **ملک عین فقط:** ملک عین فقط عبارت از ملک است که ذات (رقبه) ملک متعلق به شخصی و منفعت آن متعلق به شخصی دیگری باشد، مانند اینکه: شخصی سکنی خانه خود را به دیگری برای مدت معین یا غیر معین وصیت نماید. در چنین حالت، هرگاه موصی فوت نماید و موصی له بعد از فوت موصی وصیت را قبول نماید، عین ملک، ملکیت ورثه موصی و منفعت آن ملکیت موصی له پنداشته می شود. بنابراین، موصی له می تواند از منفعت ملک مطابق وصیت الی ختمت مدت وصیت انتفاع بگیرد و زمانی که مدت انتفاع خاتمه یابد، منفعت عین موصی به را به ورثه موصی انتقال دهد تا ملکیت آنها کامل گردد. در چنین حالت، مالک عین موصی به، نمی تواند از منفعت موصی به، انتفاع بگیرد یا در عین و منفعت آن تصرف نماید. بنابراین، مالک رقبه عین مکلف است عین را به منتفع (موصی له) جهت استیفاء منفعت تسلیم نماید. در صورتی که از تسلیم آن امتناع ورزد به تسلیم آن اجبار می گردد.^{۵۰۳} از آنچه گفته شد، معلوم می گردد که ملکیت عین فقط ملکیت دایمی بوده و همیشه به ملک کامل مبدل می گردد. ولی، ملکیت منفعت شخصی ملک مؤقت می باشد، زیرا به عقیده فقهای حنفی منافع قابل توارث نمی باشد.^{۵۰۴}

۲- **ملک منفعت فقط:** نوع دوم ملک ناقص طبق فقه ملک منفعت فقط یا حق انتفاع است که در فقه ملک منفعت شخصی نیز یاد می شود. طبق فقه ملک منفعت فقط عبارت از ملکیتی است که عین ملک متعلق به شخص دیگر و صرف منفعت آن متعلق به شخص منتفع است مانند اجاره که رقبه عین مستأجره متعلق به مؤجر و منفعت آن در جریان عقد اجاره متعلق به مستأجر است. همچنین، در عاریت منفعت

۵۰۱. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۵۹ و ۲۶۰.

۵۰۲. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۵۵۰.

۵۰۳. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۲۸۹۶.

۵۰۴. همان، همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۴۵۵۱.

عین مستعاره متعلق به مستعیر و رقبه آن متعلق به معیر است. در این دو مثال، ملکیت مستأجر و مستعیر هر دو ملکیت منفعت فقط اند.

سوم) حق ارتفاق

ارتفاق از ریشه «رفق» گرفته شده است که در لغت به معنی انتفاع گرفتن از شی،^{۵۰۵} تکیه کردن بر مرفق یا آرنج و رفیق و همراه بودن است.^{۵۰۶} در اصطلاح فقهی تعاریف ذیل راجع به حق ارتفاق وجود دارد:

- (۱) حق ارتفاق نوعی حق عینی و عبارت از حقی است بالای عقار جهت منفعت عقار دیگر، مانند: حق شرب، حق مجری، حق مسیل، حق مرور و حق جوار.^{۵۰۷}
- (۲) حق ارتفاق حق مقرر بر یک عقار به منفعت عقار دیگر که مملوک مالک عقار اول نباشد است.^{۵۰۸}
- (۳) ماده ۲۳۴۰ ق. م منسوخ در تعریف حق ارتفاق می گوید که: «ارتفاق، عبارت از حقی است بالای عقار جهت منفعت عقار شخص دیگر.».

(۲) حق عینی تبعی

نوع دوم حق عینی، حق عینی تبعی است. ماده ۴۸۷ ق. م منسوخ در تعریف حق های عینی تبعی می گوید که: «حقوق عینی تبعی عبارت است از حقوق مرتب بر عین برای تضمین دین که منحصر به حقوق آتی می باشد: (۱) حقوق رهن رسمی؛ (۲) حقوق رهن حیازی؛ (۳) حق حبس عین؛ (۴) حق اختصاص؛ و (۵) حق تقدم.».

حقوق عینی در این ماده در مفهوم جمع حق استفاده شده است. بنابراین، حقوق در این ماده به معنی حق های عینی تبعی است. طبق این تعریف حق های عینی تبعی حق هایی است که بر مال و یا ملکیت مدیون ثابت می گردد برای تضمین دین داین.

از همین رو، این حق ها برخلاف حق عینی اصلی که مستقیماً بر عین وارد می گردد، بر عین وارد نمی گردد، بلکه به صورت غیر مستقیم بر عین وارد می گردد و تابع دین است. از همین رو، این حق را حق عینی تبعی می گویند. تبعی اسم منسوب به تبع است که به معنی پیروی، دنباله روی و تابعیت است. لذا، برای ایجاد این حق شرط است که دین وجود داشته باشد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یاید که حق عینی تبعی حقی است که برای داین بر اموال مدیون او ثابت می گردد. به حیث مثال، هرگاه شخصی مدیون باشد و جهت پرداخت دین خویش پول نداشته باشد یا پول وی پرداخت دیون وی را تکافو ننماید، می تواند اموال عقار و منقول خویش را جهت

۵۰۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۶۵۶.

۵۰۶. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۹.

۵۰۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۶۵۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۷؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۶.

۵۰۸. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۲۰۶.

تضمین دین به داین به رهن دهد. پس، داین می تواند اموال عقار و منقول مدیون را جهت تضمین دین خویش به رهن بگیرد و در صورت عدم پرداخت دین توسط مدیون، آن را به فروش رسانیده و از ثمن آن دین خویش را استیفاء نماید.

همچنین، در صورتی که مدیون تعهد خویش را ایفاء ننماید، داین حق حبس مال مدیون را الی استیفاء دین دارا می باشد. همچنین، از نص ماده ۴۸۷ ق. م منسوخ به خوبی استنباط می گردد که همچنانی که داین می تواند مال مدیون را به رهن بگیرد، می تواند مال مدیون را به خود اختصاص دهد و از ثمن فروش آن دین خویش را استیفاء نماید. همچنین، از نص ماده ۴۸۷ ق. م منسوخ به خوبی استنباط می گردد که نوع پنجم حقی عینی تبعی ای که بر مال اعم از منقول و عقار مدیون وارد می گردد حق تقدم است.

اول) حق رهن

رهن که جمع آن رهون و رهان و رهن به ضم راء و ها است در لغت به معنی گرو، گرو کردن چیزی نزد کسی، گرو دادن، ثبوت، دوام، حبس و لزوم است، چنانچه عرب ها به آب راکد، «الماء الراهن» و به وضع ثابت «حالتة راهنة» می گویند. شخصی که مال خود را به دیگری به رهن می دهد، راهن، شخصی که مال دیگری را به رهن می گیرد، مرتهن و شی و یا مالی که به رهن داده می شود، عین مرهونه یا مرهونه نامیده می شود. رهن در قوانین موضوعه از جمله مصر و افغانستان به دو نوع منقسم گردیده است که عبارت از رهن حیازی و رهن رسمی می باشد.^{۵۰۹} ولی، در شریعت اسلامی رهن صرف یک نوع می باشد که عبارت از رهن حیازی است:^{۵۱۰}

۱) رهن حیازی: به موجب ماده ۱۷۷۰ ق. م منسوخ: «رهن حیازی، عقدی است که به موجب آن رهن دهنده تعهد می نماید تا مال خود را به تصرف رهن گیرنده یا شخص امین دیگری به مقابل حق مالی قرار دهد که ادای تمامی یا قسمتی از آن بر حق داینین درجه اول یا داینینی که نسبت به داینین مذکور به مرتبه پایین تر قرار دارند، مقدم باشد.» حیازی اسم منسوب به حیازت است. حیازت چنانچه گفته شد در لغت به معنی به دست آوردن است. طبق نص این ماده رهن حیازی دارای خصوصیات ذیل است:

۱- رهن حیازی مانند سایر عقود عقد است که میان رهن دهنده و رهن گیرنده منعقد می گردد. به موجب این عقد رهن دهنده تعهد می نماید که تا مال خویش را به تصرف رهن گیرنده در مقابل حق مالی قرار دهد. به نظر می رسد منظور از حق مالی دین (قرض) است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد و موتر خویش را به تصرف محمود بدهد، این عقد، رهن حیازی است.

۵۰۹. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۱۰۲.
۵۱۰. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۲۳.

۲- در صورت عدم اعتبار رهن دهنده به رهن گیرنده رهن دهنده می تواند عین مرهونه را به تصرف شخص امین قرار دهد. منظور از شخص امین (امانتدار) شخص ثالث است. به حیث مثال، هرگاه عقد رهن میان «الف» و «ب» منعقد شود و «الف» بر «ب» اعتماد نداشته باشد، «الف» و «ب» می توانند عین مرهونه را نزد «ج» الی پرداخت دین توسط «الف» به «ب» بگذارند.

۳- محل رهن حیازی می تواند اموال عقار و منقول باشد زیرا قانونگذار در نص این ماده از مال سخن می گوید و عقار و منقول بودن آن را مقید نساخته است. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد می تواند موتر یا خانه خویش را به تصرف محمود بدهد.

۴- در صورت ناممکن گردیدن پرداخت دین توسط راهن و فروش مال مرهونه، مرتبه نسبت به داینین عادی راهن حق تقدم پیدا نماید. به نظر می رسد منظور از داینین درجه اول داینین دارای حق تقدم و منظور از داینین پایین رتبه داینین عادی اند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود خانه یا موتر احمد را به تصرف بگیرد و در عین حال احمد پنج لک افغانی مدیون قیوم و پنج لک افغانی مدیون جمشید باشد و در نهایت خانه یا موتر احمد به فروش رسد، محمود نسبت به جمشید و فاروق حق تقدم دارد. در این مثال، محمود داین دارای حق تقدم و جمشید و قیوم داینین عادی اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف رهن حیازی است.

حقوقدانان نیز در تعریف رهن می گویند: رهن عقدی است که به موجب آن مال مدیون و وثیقه «تضمین» دین قرار می گیرد.^{۵۱۱} رهن در شرع عبارت است از حبس شی در برابر حقی است که استیفای آن حق از آن شی ممکن باشد؛ یعنی رهن وثیقه قرار دادن عینی که دارای قیمت مالی است به دیگری به نحوی که بتواند از آن تمام و یا قسمتی از عین دین خویش را اخذ نماید. ماده ۷۰۱ مجله الاحکام در تعریف رهن می گوید: «رهن عبارت از حبس مال و توقیف آن است در مقابل حقی که استیفای آن از این مال ممکن باشد و به آن مال مرهونه و رهن نیز گفته می شود.»

برخی فقهای دیگر به عبارت ساده تر: رهن را عبارت از عقدی می دانند که به موجب آن مالی وثیقه دین قرار می گیرد.^{۵۱۲} از تعاریف فوق به خوبی بر می آید که عقد رهن برای «تضمین دین» است نه بر ذمه شخص. فرقی که میان رهن و کفالت نیز وجود دارد در همین نقطه ممتاز می گردد. زیرا، در کفالت توثیق و اعتماد بر ذمه کفیل است نه به مالی که در قبض داین است.^{۵۱۳}

۵۱۱ . ناصر کاتوزیان (۱۳۹۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود ادنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۴۳۸۲.

۵۱۲ . عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۶.

۵۱۳ . وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۲۰۷ و ۴۲۰۸؛ _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، صص ۱۷۵ و ۱۷۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۷۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری

۲) رهن رسمی: طبق ماده ۱۸۳۲ ق. م منسوخ: «رهن رسمی عقدی است که به سبب آن داین حق عینی را بر عقاری که برای ایفاء دین تخصیص یافته، کسب می نماید و به مقتضای آن بر سایر داینین عادی و داینین پایین مرتبه از خود حق تقدم را داشته و دین خود را از عقار مذکور به هر دستی که باشد حصول نموده می تواند». طبق نص این ماده رهن رسمی دارای خصوصیات ذیل است:

۱- رهن رسمی مانند رهن حیازی عقد است که میان رهن ردهنده و رهن گیرنده منعقد می گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را تضمین دین به محمود بدهد، دادن خانه به محمد عقد رهن رسمی است.

۲- رهن رسمی صرف بر عقار مرتب می شود نه بر منقول. بنابراین، در رهن رسمی عقار مرهونه تحت حیازت رهن باقی می ماند ولی برای پرداخت دین داین مرتهن تخصیص می آید. پس، رهن صلاحیت فروش آن را دارا می باشد و در صورتی که پرداخت دین توسط مدیون یا رهن متعذر گردد و عقار مرهونه به فروش رسد مرتهن یا داین نسبت به سایر داینین در حصول دین خود حق تقدم پیدا می نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را به عنوان تضمین دین به محمود بدهد، دادن خانه به محمد عقد رهن رسمی است. اگر در این صورت، احمد مدیون جمشید نیز باشد و جمشید خانه احمد را به رهن نگیرد، محمود داین مرتهن دارای حق اولویت و جمشید داین عادی است. در صورت فروش خانه، اول محمود دین خویش را می گیرد و سپس جمشید.

۳- عقار در هر دستی که باشد داین مرتهن می تواند از آن پول خویش را حاصل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف رهن رسمی است.

دوم) حق حبس

طبق ماده ۲۳۶۸ ق. م منسوخ: «حق حبس مال، حق تبعی ای است که به منظور تضمین دین بر مال مرتب می گردد». طبق نص این ماده حق حبس مال عبارت از حق عینی تبعی است که به منظور تضمین دین داین توسط مدیون بر مال مدیون مرتب می گردد. بنابراین، این حق به نفع داین و به ضرر مدیون بر مال مدیون مرتب می گردد. به نظر می رسد منظور از حق حبس مال، تضمین دین داین است تا در صورت عدم پرداخت دین، داین مال را به فروش رسانیده و از پول فروش مال دین خویش را حصول و نسبت به سایر داینین عادی مدیون حق تقدم داشته باشد.

به حیث مثال، اگر احمد ده عراده موتر را به محمود به فروش رساند و محمود پول موتر را به احمد تسلیم ننماید، احمد می تواند موتر را حبس نماید و به حق حبس موتر در برابر محمود و داینین محمود

استناد نماید. احمد در این مثال بایع، محمود مشتری و کسانی که بر محمود دین یا قرض دارند داینین محمود اند.

سوم) حق اختصاص

اختصاص در لغت به معنی خاص کردن، خاص گردانیدن و ویژه شدن است.^{۵۴} در اصطلاح حقوقی حق اختصاص حق عینی تبعی است که به موجب حکم محکمه ذیصلاح برای داین به وجود می یابد و محل آن عقار است. بنابراین، هر داینی که حکم واجب التنفیذ را مبنی بر الزام مدیون به شی معین به دست داشته باشد، می تواند حق اختصاص را بر عقار مدیون خویش به منظور تضمین اصل دین و مصارف حاصل نماید.^{۵۵} وجه اشتراک حق اختصاص با رهن رسمی این است که هر دو از حیث آثار مشابه هستند. اما، وجه افتراق حق اختصاص و رهن رسمی این است که منبع رهن رسمی عقد و منبع حق اختصاص حکم واجب التنفیذ محکمه ذیصلاح است.^{۵۶}

فرق دیگر حق اختصاص و رهن این است که رهن امکان دارد بر عقار و منقول واقع گردد، اما حق اختصاص صرف بر عقار مدیون ثابت می گردد. وجوه اشتراک دیگر رهن و حق اختصاص این است که هر دو از شاخه های حق های عینی تبعی اند و هر دو برای تضمین دین داین به ضرر مدیون بر اموال او مرتب می گردند. هدف از حق اختصاص تضمین دین داین است. به حیث مثال، اگر مدیون در کابل زندگی نماید و عقار وی در پغمان باشد، داین مکلف است عریضه را به محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان تقدیم نماید.

در هر حال، داین مکلف است در عریضه اسم، لقب، حرفه، اقامتگاه خود و مدیون، تاریخ صدور حکم الزامیت مدیون، اسم محکمه ذیصلاح که عریضه به آن تقدیم می شود، مقدار دینی را که بر مدیون دارد، موقعیت عقاری که می خواهد حق اختصاص را بر آن ایجاد نماید ذکر نماید. همچنین، داین باید سندی را که در آن قیمت عقار تعیین شده است ضمیمه عریضه نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یابد که داین برای ایجاد حق اختصاص مکلف است: عریضه، کاپی حکم الزامیت مدیون و سند تعیین قیمت عقار مورد نظر را به محکمه ذیصلاح ارایه نماید.

چهارم) حق تقدم

طبق ماده ۲۳۸۶ ق. م منسوخ: «تقدم، عبارت از برتری است که قانون برای حق معین به اساس وصف آن حکم می نماید. حق برتری به اساس حکم صریح قانون ثابت می گردد.» از این ماده به خوبی استنباط می گردد که حق امتیاز عبارت از تقدم حق ممتاز بر سایر حقوقی است که حق ممتاز نسبت به آنها تقدم دارد. حق تقدم به موجب نص قانون نظر به وصف آن معین می گردد. پس، قانون برخی حقوق را نظر به

۵۴. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۶.

۵۵. داد محمد نذیر (۱۳۸۹). مبادی علم حقوق، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت، ص ۵۰.

۵۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱۰)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۶۶۰.

وصف آنها ممتاز می‌سازد. بنابراین، نه اراده اشخاص و نه قاضی می‌تواند حقی را نسبت به سایر حقوق مقدم بشمارد. پس، به عنوان یک قاعده می‌توان گفت که: هیچ حق امتیازی وجود ندارد مگر به موجب نقص قانون. سبب امتیاز این حقوق بر حسب نوع حق فرق می‌نماید.

مبنای برخی این حقوق اعتبارات انسانی است، مانند: حق امتیاز اجرت خدمه و عمال، زیرا این نوع اجور جهت معیشت آنها ضروری است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را در برابر دین خویش به رهن یا حق اختصاص بگیرد و در عین حال محمود قرضدار جمشید نیز باشد اما جمشید خانه را به رهن نگیرد، در صورت فروش خانه، دین احمد نسبت به جمشید مقدم و برتر است. این برتری براساس حکم قانون صورت می‌گیرد.

به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین محمود را به اجاره بگیرد و محمود قرضدار جمشید باشد و جمشید اموال منقول محمود را که با آن در زمین کار می‌نماید مانند تراکتور، مرکب، گاو و نظیر اینها را به رهن حیازی بگیرد و در نهایت این اموال به فروش رسد، اجرت زمین احمد و سایر حق‌هایی را که احمد بر محمود بر به موجب عقد اجاره دارد باید پرداخت شود.

با توجه به آنچه بیان گردید در موارد آتی فرق بین حق عینی اصلی و حق عینی تبعی ظاهر می‌گردد:

(۱) در حق عینی اصلی صاحب حق، مالک رقبه و منفعت شی‌پنداشته می‌شود و به صورت مستقیم و بلاواسطه به صورت تام می‌تواند از آن استفاده نماید. ولی، در حق عینی تبعی رقبه و منافع ملک به مدیون تعلق دارد و داین می‌تواند در صورت عدم پرداخت دین توسط مدیون، به اجازه محکمه ذیصلاح عین را تحت رهن قرار داده و از طریق بیع مال مرهونه دین خود را وصول نماید؛

(۲) حق عینی اصلی مستقل است و تابع هیچ دینی نیست. در حالی که حق عینی تبعی تابع دین است و در صورت پرداخت دین از بین می‌رود؛

(۳) صاحب حق عینی اصلی مالک ملکیت منفعت و رقبه آن می‌باشد. در حالی که صاحب حق عینی تبعی نه مالک ملکیت رقبه (ذات عین) و نه هم مالک منفعت آن می‌باشد؛ و

(۴) صاحب حق عینی اصلی از ملکیت خود به صورت مستقیم استفاده می‌نماید و صلاحیت هر گونه تصرف در آن را دارد. در حالی که صاحب حق عینی تبعی به صورت غیرمستقیم به وسیله محکمه ذیصلاح حق خود را بالای عین اعمال می‌نماید.

ب) حق شخصی (تعهد / حق دینی، وجیهه، التزام) و فرق آن با تکلیف

به نظر می‌رسد نویسندگان ق.م زمانی که می‌خواستند، احکام مندرج جلد دوم ق.م را از روی قانون مدنی جدید ۱۹۴۹ مصر ترجمه کنند، در ترجمه «التزام» که به آن حق شخصی نیز می‌گویند، گیج شده و به عوض این کلمه گاهی کلمه حق شخصی (ماده ۴۸۸)، حق (ماده ۴۹۲)، تعهد (ماده ۴۸۸)، وعده (ماده ۷۰۱) و وجیهه (ماده ۴۹۵) را به کار برده اند که این امر از یکسو متشرح، قاضی، محصل حقوق و ... را دچار اشتباه و سردرگمی می‌نماید، و از سوی دیگر فهم احکام مربوط به تعهدات را بی

نهایت مشکل می نماید. اما، به نظر می رسد ترجمه دقیق التزام که در عربی به آن حق شخصی نیز می گویند، تعهد است.

التزام از ریشه «لزم» به معنای پای بندی، کاری را بر خود لازم گرفتن، ملتزم شدن، متعهد شدن و بر عهده گرفتن است و در اصطلاح حقوقی هر آن تصرفی است که متضمن انشای حق یا انتقال، تعدیل یا پایان دادن به آن باشد که گاه از یک فرد صادر می شود مانند: وقف، ابراء، طلاق بدون مال و گاهی هم از دو کس مانند: بیع، اجاره و طلاق در برابر مال. این واژه در فقه گاهی اوقات مترادف با کلمه عقد به کار برده می شود که البته مراد از آن عقد به معنای عام است. ولی، در معنای خاص کلمه با عقد متفاوت است، چرا که در این صورت عقد تنها نوعی خاصی از التزام است که عبارت از هر آن تعهدی است که از دو شخص صادر شود مانند: بیع، اجاره، رهن و نظیر اینها، در حالی که التزام از این تعریف عقد عام تر بوده و هر آنچه را نیز که از یک شخص صادر شود، در بر می گیرد مانند: وقف، نذر، سوگند و امثال اینها.^{۵۱۷}

بآنکه تعهد را در عربی التزام می گویند و بسیاری از کتاب های که در باره تعهدات به زبان عربی تألیف گردیده است، نیز به نام احکام التزام، منابع التزام، آثار و اثبات التزام و غیره یاد می شوند، اما به نظر می رسد نویسندگان ق. م این اصطلاح را مستقیماً در ق. م به کار نبرده اند. بنابراین، این اصطلاح در ق. م استعمال نگردیده است.

وجوبه نیز ترجمه التزام است که در مواد متعدد در ق. م به کار رفته (مثلاً: ماده ۴۹۵). روی همین دلیل، در افغانستان حقوق تعهدات را حقوق وجایب می گویند. اما، وجوبه از ریشه «وجب» گرفته شده که در لغت به معنی لازم و ضروری است، چنانچه در لسان العرب، معجم الوسیط، مصباح المنیر و سایر فرهنگ های دری و عربی به این معنی آمده است. در اصطلاح فقهی و اصولی نیز واجب، عبارت از هر آن فعلی است که شارع آن را به طور حتم و الزام از مکلف خواسته باشد.

برخی دیگر نیز می گویند: واجب به معنی ثابت و لازم است، و در اصطلاح اصولیان عبارت از چیزی است که شرع عقوبتی را بر ترک آن اشعار کند. برخی گفته اند: چیزی را واجب گویند که تارک آن بر بعضی وجوه شرعاً مذموم است و بعضی دیگر گویند: واجب چیزی است که تارک آن مستحق عقاب است. چنانچه گفته اند: واجب آن است که فاعلش مستحق ستایش و تارکش سزاوار نکوهش باشد.^{۵۱۸} در

۵۱۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۲۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۲۹؛ و مهدی شهیدی (۱۳۸۴). تشکیل تعهدات و قراردادها، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، صص ۴۱ و ۴۲.

۵۱۸. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۳۱؛ وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه الاسلامی، جلد (۱)، پاکستان: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۶؛ ____ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۳۲۹؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۲۱۰۵؛ حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۸۲؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی محمد معین، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۱۱۴۸.

حالی که فقهاء در تعریف حق شخصی یا التزام که در دری به آن تعهد می گویند، می گویند که: حق شخصی یا التزام عبارت از حقی است که شرع آن برای شخص معین بر شخص معین دیگر می دهد تا صاحب حق بتواند جانب مقابل را به دادن شی، اجرای عمل و امتناع از عمل وادار نماید.^{۵۱۹}

حقوقدانان نیز در تعریف حق شخصی می گویند که: حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می کند و به موجب آن می تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را داین و کسی را ملزم به انجام امری است مدیون می نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن دین است و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام دارد.^{۵۲۰}

به هر حال، چون حقوق تعهدات را در افغانستان به نام حقوق وجایب یاد می نمایند، ما نیز این کتاب را به نام حقوق وجایب مسمی نمودیم هرچند استعمال کلمه و جیبه به عوض تعهد و التزام در حوزه حقوق خصوصی محل ایراد است. به نظر می رسد ترجمه دقیق و صحیح التزام تعهد است. تعهد از ریشه «عهد» به معنای شرط یا عهده را پذیرفتن،^{۵۲۱} به گردن گرفتن کاری، به عهده گرفتن، نگاه داشتن، و عهد و پیمان بستن است که به نام حق شخصی و حق دینی نیز یاد می گردد.^{۵۲۲} در حقوق جرمنی تعهد عبارت است از رابطه حقوقی که به موجب آن یک شخص می تواند از شخص دیگر اجرا و یا پرداخت شی را تقاضا نماید.^{۵۲۳}

در فقه تعهد رابطه ای است قانونی میان دو شخص که به موجب آن ذمه یکی به نفع دیگری مشغول می شود. به عبارت دیگر: حقی که انسان بر عهده دیگری دارد یا عینی است که عبارت از قدرتی معین است که قانون برای شخص معین بر شی معین مقرر داشته است و یا شخصی است که عبارت از رابطه ای است میان دو کس (متعهد و متعهدله) که به موجب آن یکی فعل و یا ترك فعلی را بر عهده دیگری دارد.^{۵۲۴} برخی حقوقدانان تعهد را به دو معنی: معنی مصدری و اسم مفعولی تعریف نموده اند: در معنی مصدری

۵۱۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۸۵۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (- ۱۹۶۸ م) المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، ص ۱۶؛ و داد محمد نذير (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، كابل: مطبعة نعماني، ص ۱۶.

۵۲۰. ناصر كاتوزيان (۱۳۸۳). مقدمة علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شركت سهامی انتشار با همكاری بهمن برنا، ص ۲۶۰؛ سيد حسن امامي (۱۳۷۷). حقوق مدني، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات كتاب فروشی اسلاميه، ص ۴؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۸۵۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (- ۱۹۶۸ م) المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، ص ۱۶؛ و داد محمد نذير (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، كابل: مطبعة نعماني، ص ۱۶.

۵۲۱. مسعود انصاري و محمد علی طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۷۱۱.

۵۲۲. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی محمد معین، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۳۵.
523. Gerhard Robbers (2002). An introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi (____). p 161.

۵۲۴. مسعود انصاري و محمد علی طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۷۱۱.

تعهد عبارت است از به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد، مانند این که: کسی در برابر مالک کارخانه ای تعهد نماید که در برابر مبلغ معینی ماشین آلات کارخانه را نصب کند. شخصی را که انجام یا ترک عمل را به عهده می گیرد «متعهد» و شخصی که تعهد به نفع او به عهده گرفته می شود «متعهد له» و موضوع تعهد (نصب ماشین آلات) را «متعهد به» می گویند. به معنی اسم مفعولی تعهد عبارت است از وظیفه ای حقوقی که قانوناً بر عهده شخص متعهد، ثابت می شود که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضایی، ملزم به انجام آن می شود.^{۵۲۵}

برخی دیگر تعهد را به همان معنی حق شخصی یا حق دینی تعریف نموده اند: از این نقطه نظر، تعهد یا حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می کند و به موجب آن می تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را داین و کسی را که ملزم به انجام امری است مدیون می نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن دین است و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام دارد.^{۵۲۶} ماده ۴۸۸ ق. م منسوخ تعهد یا حق شخصی را چنین تعریف می نماید: «حق شخصی یا تعهد عبارت از رابطه ای است بین ذمه داین و مدیون که به اساس آن داین می تواند اعطاء شی، اجراء عمل یا امتناع از آن را از مدیون مطالبه نماید». قانونگذار مدنی در نص این ماده حق شخصی را مترادف با تعهد استعمال نموده است. نکات مهمی که در ماده مذکور ایجاب تفصیل را می نمایند عبارت اند از: رابطه، ذمه، اعطای شی، اجرای عمل و یا امتناع از اجرای عمل که هر یک ذیلاً به صورت خیلی مختصر توضیح می گردد:

(۱) رابطه: مقصود از رابطه در ماده مذکور بین ذمه داین و مدیون تسلطی است که داین بر اموال مدیون پیدا می کند و به موجب آن داین می تواند، با استفاده از دارایی او، وسایل اجرای تعهد را فراهم کند. این سلطه در ادوار مختلفی تاریخ در حال دگرگونی بوده است. چنانچه در ابتداء این سلطه به صورت سلطه که داین بر جسم و جان مدیون داشت ظهور کرد. سلطه مذکور در این دوره بی نهایت گسترده بود و شامل حق اعدام و به بردگی گرفتن مدیون نیز می شد. سپس این سلطه کم رنگ تر شد و به تسلط بر جسم و بدن مدیون مانند: حبس کردن مدیون گردید.

در زمان رومی ها و حقوق روم، تعهد دو ویژگی اکتساب نمود: به اعتبار رابطه شخصی میان داین و مدیون و به اعتبار موجودیت عنصر مالی که، حقی را برای داین و دینی را بر ذمه مدیون ایجاد می نمود که ویژگی اول به نام نظریه شخصی تعهد و ویژگی دوم به نام عنصر مادی یا موضوعی تعهد نامیده می شود. باوجود این اختلاف دیدگاه ها در باره تعهد، این دو ویژگی تا کنون حفظ گردیده است. نظریه ای که جنبه

۵۲۵. مهدی شهیدی (۱۳۸۴). تشکیل تعهدات و قراردادها، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص ۴۲.

۵۲۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص

۲۶۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۵، جواد افتخاری (۱۳۸۲). حقوق مدنی: کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، صص ۱۵ و ۱۶.

شخصی تعهد را غالب می‌داند، نظریه ای فرانسوی است که از بقایای قانون روم است، و نظریه ای که جنبه مالی تعهد را غالب می‌داند، نظریه ای جدید آلمانی است:

۱- نظریه شخصی تعهد: در نظریه شخصی تعهد، عنصر اصلی در تعهد، رابطه شخصی میان داین و مدیون است؛ یعنی؛ اجازه تصرف در مال مدیون، به لحاظ رابطه ای حقوقی است که بین داین و شخص مدیون ایجاد می‌شود. در حقوق فرانسه، همین امر استاد پلنیول را وادار کرده است که در تعریف تعهد، رابطه شخصی را ملاک قرار بدهد. از همین رو، وی تعهد را رابطه ای حقوقی بین دو شخص تعریف کرده است که به اقتضای این رابطه داین حق استیفای شی معین را از مدیون اکتساب می‌نماید. از حقوقدانان آلمانی مشهورترین حقوقدانی که طرفدار این نظریه است، ساوینی (Savigny) است. وی تعهد را رابطه ای شخصی می‌داند که به موجب آن مدیون در برابر داین تسلیم می‌گردد.

به اعتقاد ساوینی این رابطه محدود تر از بردگی مدیون است. پس، سلطه ای که در برابر مدیون به داین داده می‌شود، گاهی موجب سلب کامل حریت؛ یعنی؛ رقیت کامل و ملکیت مطلق مدیون و گاه نیز موجب سلب بخشی از تحرک مدیون می‌گردد. در نوع اخیرالذکر، داین دارای حقی نزدیک به ملکیت می‌گردد، ولی نه خود ملکیت، بلکه حق خاص نسبت به عملی معین از زمره اعمالی که مدیون می‌تواند آن را انجام بدهد که «تعهد» نامیده می‌شود. بنابراین، تعهد، سلطه ای معینی است که به شخص جهت اعمال بر دیگری داده می‌شود. در نتیجه، ملکیت و تعهد در نظر ساوینی دو شی دارای ماهیت یکسانند. منتها، در ملکیت، تسلیم مدیون کلی است و در تعهد جزئی، ولی در هر دو عنصر تسلیم مدیون در برابر داین وجود دارد.

۲- نظریه مادی یا موضوعی: نظریه ای ساوینی چنانچه فوقاً بدان اشاره شد، منطبق بر نظریه ای رومی و برخلاف نظریه ای حقوقدانان آلمانی است. حقوقدانان آلمانی و در صدر آنها جی یرک (Gierke) نظریه ای شخصی تعهد را نپذیرفته اند و نظریه ای دیگری ارایه کرده اند، هرچند در نوشتن قانون از آن بهره جسته اند. ولی، به عنوان یک اصل نظریه ای آلمانی را بر آن غلبه داده اند. جی یرک ثابت کرد که دیدگاه آلمانی در مسأله تعهد، برخلاف حقوق رومی، رابطه ای شخصی را اصل نمی‌داند، بلکه به موضوع تعهد، جدا از رابطه شخصی، به عنوان عنصر اساسی می‌نگرد تا جایی که تعهد به عنصر مالی بیشتر نزدیک می‌شود تا به یک رابطه شخصی؛ بدین معنی که: از شخص و مدیون منفصل می‌گردد و به موضوع خود عجین می‌گردد و در نتیجه به یک شی مادی تبدیل می‌شود که اعتبار آن به ارزش مالی اوست. باید دانست که نظریه ای مادی تعهد محدود و منحصر به آلمان نماند، بلکه از طرف سالی (Salleilles) در فرانسه گسترش داده شد، ولی در حقوق فرانسه جای باز نکرد.

۳- نتایج عملی نظریه مادی تعهد: نظریه ای مادی تعهد یک دیدگاه نظری محض نبوده، بلکه موجب ایجاد نتایج عملی نیز گردیده است. این نظریه موجب افزایش سرعت معاملات و تشدید حرکت تولید و

توسعه صنایع بزرگ شد. در ضمن، نظریه مادی تعهد، رابطه بین شخص و مدیون را تضعیف نموده و موجب ایجاد آثار ذیل گردید:

- چون در تعهد توجه اصلی به موضوع آن است، نه طرفین تعهد، به راحتی می توان تغییر طرفین تعهد را تصور کرد. این تغییر چنانچه فوقاً بدان اشاره شد، نه تنها منوط به داین بوده، بلکه شامل مدیون نیز می شود چنانچه قانون مدنی فرانسه با وصف آنکه نظریه ای شخصی تعهد را نپذیرفته است، این انتقال را مورد پذیرش قرار داده است. بنابراین، در حقوق فرانسه در کنار انتقال طلب، انتقال مدیون نیز مرعی الاجراء است. حقوق کشورهای پیرو نظریه ای مادی نظیر: آلمان و سویس نیز بدان معترف اند و ق. م. ج. م نیز از این نظر متأثر گردیده است و قانون مدنی افغانستان نیز از آن پیروی نموده است.

- از آنجا که رابطه شخصی عنصر اساسی تعهد پنداشته نمی شود، ممکن است تعهدی در زمان ایجاد، بدون مدیون ایجاد گردد و تعهد صرف به مدیون مستند باشد، ولی هرگاه رابطه شخصی عنصر اساسی تعهد باشد، از آنجایی که تعهد عبارت از رابطه شخصی میان داین و مدیون است، ایجاد تعهد بدون داین و مدیون متصور نیست و بنابراین هرگاه یکی از این دو وجود نداشته باشد، این رابطه برقرار شده نمی تواند.

با وجود این، هرگاه نظریه مادی تعهد برگزیده شود، امکان آن میسر خواهد شد که تعهدی متصور شود که باری را بر عهده مدیون نسبت به مال وی ایجاد کند بدون اینکه در زمان ایجاد این تعهد، داین وجود داشته باشد. پس، کافی است در زمان اجرای تعهد، داین جهت استیفای تعهد به مدیون قدم پیش گذارد. بدون تردید، در تحلیل تعهد بدین شکل، اغلب از مسایل حقوقی که تفسیر آنها با التزام به نظریه شخصی قابل تفسیر نمی باشد، ممکن می گردد که مهم ترین آنها قرار آتی اند:

- تعهد مدیون به تنهایی، بدون وجود داین مشخص: مواردی ملاحظه می شود که شخص بدون موجودیت شخص متعهد به اجرای عملی می گردد مانند: تعهد یک شخص به اعطای جایزه به شخصی که گمشده وی را دریابد. در این مثال، وعده دهنده براساس اراده خود به تنهایی متعهد گردیده و تعهد بدون مدیون است، ولی با این فرض که به هنگام اجرای تعهد پیدا خواهد شد شکل گرفته است. چنین تحلیلی، جز با پذیرش نظریه ای مادی میسر نیست، ولی بر مبنای نظریه ای شخصی، جز با وجود داین و مدیون در زمان شکل گیری تعهد، ایجاد تعهد میسر نمی باشد؛ و

- اشتراط به نفع شخص ثالث: این نظریه در مورد عقد بیمه به نفع شخص غیر معین یا شخصی که هنگام انعقاد تعهد به دنیا نیامده است، قابل تطبیق است، مانند اینکه: شخصی خود را به سود فرزنداناش که هنوز به دنیا نیامده اند، بیمه عمر کند که در محل آن در باره آن صحبت خواهیم نمود. بنابراین، هرگاه در

این مثال، معتقد به نظریه ای شخصی تعهد باشیم، تغییر تعهد ممکن نیست، مگر اینکه آن را براساس نظریه ای مادی تفسیر کنیم.^{۵۲۷}

۲) ذمه: ذمه از ریشه «ذم» گرفته شده که به معنای امان، عهد، ضمان، و پیمان است، چنانچه در تعریف جرجانی آمده است: ذمه در لغت به معنای عهد است. زیرا، شکستن آن موجب سرزنش و مذمت می گردد. در اصطلاح حقوقی ذمه عبارت از صفتی است که انسان به موجب آن اهلیت التزام پذیری را می یابد. در اصطلاح فقهی چنانچه استاد مصطفی احمد الزرقاء و وهبت الزحیلی می گویند: ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد.

به موجب این تعریف، هرگز نمی توان دینی را بر عهده انسان ثابت کرد، مگر به تصور محل اعتباری فرض شده ای که وجود آن در هر انسانی مقدر باشد که به این محل مفترض ذمه گویند. در نتیجه، ذمه از اهلیت متفاوت است. زیرا، اهلیت عبارت از صلاحیت شخص برای ثبوت حقوق برای او و تحمل واجبات است، آنگاه تحمل واجبات و التزامات (تعهدات) مستلزم وجود محلی در شخص است تا آن واجبات یا دیون در آن استقرار یابد. بنابراین، اهلیت صلاحیت است و ذمه محل اعتباری که در آن التزامات واقع می گردد. ذمه با ولادت انسان آغاز و با وفات وی منتهی می گردد و دارای خصایص آتی می باشد:

۱- ذمه از جمله صفات اشخاص طبیعی، مانند: انسان یا حکمی، مانند: شرکتهای می باشد. بنابراین، جنین قبل از ولادت دارای ذمه نمی باشد. پس، اتهام به جنین صحیح تلقی نمی گردد. ولی، وصیت به جنین به شرط زنده متولد شدن وی صحیح تلقی می گردد. همچنین، حیوان دارای ذمه نمی باشد و در صورتی که شخص به حیوان شی را به قصد تملیک وصیت نماید، چنین وصیتی باطل است؛

۲- هر شخص بعد از ولادت دارای ذمه می باشد، زیرا ذمه از جمله توابع شخصیت است؛

۳- ذمه قابل توسیع و عدم توسیع نمی باشد. بنابراین، ذمه همه انواع دیون را ولو بزرگ باشد می پذیرد، زیرا آن محل اعتباری در شخص می باشد؛

۴- ذمه متعلق به شخص است نه بر اموال و ثروت شخص؛

۵- تعدد ذمه در اشخاص وجود ندارد. پس، هر شخص دارای ذمه واحد می باشد. علت این امر این است تا شخص بتواند با آزادی کامل اعمال تجارتي را انجام دهد و در صورت مدیون شدن قادر به ایفاء دین گردد؛ و

۶- ذمه محل عام برای همه انواع دیون با عدم در نظر داشت تفوق یک دین بر دین دیگر می باشد.^{۵۲۸}

۵۲۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱۵-۱۲۵.

۵۲۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و وهبت الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۸۸۸ - ۲۸۹۰

۳) اعطای شی، اجرای عمل و امتناع از اجرای عمل: موضوع حق شخصی یا تعهد ممکن است عمل باشد، مانند: حق بایع در تسلیم ثمن و از مشتری در تسلیم میعه، یا دین باشد، مانند: حق داین بر مدیون، یا امتناع از اجرای عمل باشد، مانند: حق مؤدع بر مستودع در عدم استعمال ودیعه.^{۵۲۹} بنابراین، به موجب تعهد یا حق شخصی، صاحب حق شخصی یا داین می تواند اعطای شی، مانند: پرداخت دین، اجراء عمل، مانند: رد مال مغضوبه توسط غاصب؛ یا امتناع از عمل، مانند: عدم استعمال ودیعه توسط مستودع را از مدیون مطالبه نماید:

۱- اعطای شی: منظور از اعطای شی انتقال حق عینی؛ یعنی: مال یا حق شخصی: یعنی، دین توسط مدیون به داین است مانند: انتقال مبیع توسط بایع به مشتری و یا انتقال دین توسط مدیون به داین.

۲- اجرای عمل: منظور از اجرای عمل، انجام کاری است که مدیون اجرای آن را به عهده می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را غرض پیش بردن دعوی وکیل بگیرد، احمد داین و محمود مدیون است و محمود مکلف است دعوی احمد را در محکمه پیش ببرد. همچنین، اگر احمد محمود را غرض رنگمالی خانه اش به اجاره بگیرد، احمد داین است و محمود مدیون و محمود متعهد است تا خانه را رنگمالی نماید.

۳- امتناع از اجرای عمل: مقصد از امتناع از اجرای عمل، عدم اجرای کاری است که مدیون تعهد می نماید تا آن را اجراء ننماید، مانند: امتناع مستودع از استعمال ودیعه. برخی مثال های دیگر امتناع از عمل قرار ذیل است:

۱- اگر یک شرکت ساختمانی یک انجینیر را غرض طرح نقشه استخدام نماید و در قرارداد پیش بینی شود که انجینیر برای سایر شرکت ها نقشه طراحی ننماید، انجینیر مکلف به امتناع از طرح نقشه برای سایر شرکت ها است.

۲- اگر یک پوهنتون (دانشگاه) خصوصی یک استاد لایق را استخدام نماید و در قرارداد پیش بینی شود که استاد به سایر دانشگاه ها تدریس ننماید، استاد مکلف به امتناع از اجرای عمل است.

در اخیر این مبحث باید متذکر شد که تعهد با تکلیف فرق دارد. تکلیف از ریشه کلف گرفته شده که در لغت به معنی وادار کردن به کاری دشوار است، چنانچه در لسان العرب آمده است: کلفه تکلیفاً، أى امره بما شق علیه؛ یعنی او را به کاری دشوار فرمان داد. در اصول به درخواست (امر نهی شارع) از مکلف در انجام یا عدم انجام (فعل و ترک فعل) کاری دشوار تکلیف گویند.

بنابراین، تکلیف اولاً متوجه مکلف است و غیر مکلف تکلیفی ندارد. موضوع تکلیف نیز حتماً فعل یا ترک فعل است. در شرع تکلیفی قابل پذیرش است که از طرف شارع باشد و بالآخره تکلیف همیشه باید

توأم با نوعی مشقت (حتی ظاهری) باشد. در نتیجه، اموری از قبیل نفس کشیدن هیچ وقت نمی تواند موضوع تکلیف قرار گیرد.^{۵۳۰}

در حقوق نیز تکلیف به امری گویند که فرد ملزم به انجام آن می باشد و هرگاه برخلاف آن رفتار نماید به جزایی که در خور آن امر است، دچار می گردد. در هر موردی که قانون حقی را برای شخصی پیش بینی نماید، ناچار تکلیفی برای دیگری یا دیگران ایجاد می نماید. بنابراین، در برابر هر حقی، تکلیفی موجود است. حق و تکلیف مانند دو کفه ترازو هستند که توازن آن در عالم عدالت باید رعایت گردد. از همین جهت می گویند: هرگاه شخصی پیدا شود که تنها در جزیره گمنام سکونت داشته باشد که هیچ ساکن دیگری نداشته باشد، هیچ گونه حقی نمی تواند دارا گردد و اموالی که در آنجا یافت می شود و از آن استفاده می نماید، ملک او شناخته نمی شود. کسی که تکلیف به عهده او گذارده شده ناچار غیر از کسی است که دارای حق می باشد.

به عنوان مثال، در مورد ملکیت خانه مالک خانه دارای حق مالکیت است و افراد دیگر مکلف به احترام آن حق هستند و نمی توانند به حق او تجاوز نمایند. پس، تکلیف نسبت به تعهد عامتر است و همه افراد را در بر می گیرد، مانند: احترام به حق عینی که همه مکلف اند عینی دیگری را محترم بشمارند. اما، تعهد نسبت به تکلیف خاص تر است و صرف شامل مدیونین می شود، مانند: پرداخت دین که صرف مدیون مکلف است آن را به داین بپردازد.

به عبارت دیگر: در برابر هر حق تکلیفی وجود دارد. گاهی این تکلیف ناظر به اجرای موضوع حق است و شخص باید کاری را که صاحب حق می خواهد، انجام دهد. در این صورت، هرگاه کاری که باید انجام شود، مربوط به امور مالی باشد، او را «مدیون» یا متعهد یا ملتزم می نامند. بنابراین، اگر شخص حق داشته باشد که از دیگری مقداری پول، یا احداث بنایی را بخواهد، کسی که مکلف است این تکلیف را انجام دهد، مدیون و متعهد است. بنابراین، کلمه مدیون و متعهد ویژه امور مالی است و وظیفه اشخاص را در امور غیرمالی حتی اگر مربوط به انجام دادن کاری باشد، تکلیف می نامند، مانند: تکلیف مربوط به حضانت و حسن معاشرت و تمکین.

در واقع، این گونه تکالیف الزامی است در برابر حکم قانونگذار نه در برابر حق دیگری.^{۵۳۱} بنابراین، تکالیف ناشی از قانون را تکلیف و اشخاصی که مکلف به رعایت این تکالیف اند را مکلف و تکالیف ناشی از دین را تعهد و مدیون را متعهد می نامند. پس، میان تکلیف و تعهد رابطه عموم و خصوص وجود دارد؛ به این توضیح که: هر تعهد تکلیف است، ولی هر تکلیف تعهد نیست. همچنین، وجبیه با وظیفه

۵۳۰ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۴.

۵۳۱ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۲۴۹ و ۲۵۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۱۱.

فرق دارد. وظیفه در لغت به معنی کار و خدمت، کاری که انسان مکلف به انجام آن است، می باشد که جمع آن وظایف است.^{۵۳۲} به نظر می رسد تفاوتی که میان وظیفه، تکلیف و وجیبه وجود دارد این است که تکلیف عام است و وظیفه خاص. به این معنی که وظیفه بیشتر در ادارات استعمال می شود و تکلیف در هر موردی که فرد مکلف به اجرای کاری باشد. وجیبه بیشتر در ساحهٔ اصول فقه و حقوق وجایب (تعهدات) استعمال می شود و ناظر بر تعهداتی است که از اعمال و حوادث حقوقی ناشی می شوند. تفاوت وجیبه، تعهد، تکلیف و وظیفه در جدول ذیل بیان می گردد:

تفاوت ها	شخصی که عمل به نفع او اجرا، عدم اجرا و یا شی پرداخت می شود	شخصی که عمل را اجرا، عدم اجرا و یا شی را پرداخت می نماید	اجرا و عدم اجرای عمل و پرداخت شی
فرد به نفع فرد در ساحهٔ حقوق خصوصی	متعهد له	متعهد	تعهد
فرد به نفع فرد در ساحهٔ حقوق مدنی	ملتزم	ملتزم	التزام
فرد به نفع فرد در ساحهٔ حقوق مدنی	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	وجیبه
فرد به نفع اداره در ساحهٔ حقوق عامه	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	موظف	وظیفه
فرد در برابر دولت و فرد به طور عام در ساحات مختلف	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	مکلف	تکلیف

حقوق			
------	--	--	--

طبق فقه تعهد یا حق شخصی دارای سه رکن است: صاحب حق (داین)، محل حق (پرداخت شی، اجرای عمل و یا امتناع از عمل) و مدیون (مکلف).^{۵۳۳} در حقوق نیز تعهد دارای سه رکن است: (۱) رابطه قانونی میان ذمه داین و مدیون که بر اساس آن داین می تواند ادای دین، اجراء و یا امتناع از اجرای عمل را از مدیون مطالبه نماید؛ (۲) محل وجبیه که ممکن است پرداخت شی و یا اجراء و یا امتناع از اجرای عمل باشد؛ و (۳) طرفین وجبیه یا تعهد که همان متعهد و متعهد له اند. نویسندگان ق. م مسأله موضوع تعهد را در جلد دوم، مواد ۴۸۹ و ۴۹۰ تنظیم نموده است:

(۱) طبق ماده ۴۹۰ ق. م منسوخ: «تعهد به عین، آن است که آن را ذات عین معین به غرض تملیک عین یا منفعت آن و یا به غرض تسلیم یا حفاظت عین تشکیل بدهد». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که موضوع تعهد امکان دارد عین باشد. منظور از محل تعهد قرار گرفتن عین، تملیک عین منفعت عین، تسلیم و حفاظت آن است:

۱- تملیک عین: منظور از تملیک عین، انتقال ملکیت عین از متعهد به متعهد له است. به حیث مثال، در عقد بیع، بایع متعهد می شود تا مبیع معین را در برابر ثمن به مشتری تملیک نماید. همچنین، در عقد قرض، قرض دهنده عین پول و یا مال مثلی را به قرض دهنده منتقل می کند و قرض گیرنده در زمان مقرر مثل آن را به قرض دهنده منتقل می نماید.

۲- تملیک منفعت: منظور از تملیک منفعت، تملیک منفعت عین توسط متعهد به متعهدله است. به حیث مثال، در عقد اجاره، مؤجر منفعت عین مستأجره (مثلاً سکونت در خانه و یا رکوب موتر) را به مستأجر در برابر اجرت تملیک می نماید. باید علاوه نمود که تسلیم در ماده ۴۹۰ مترادف با تملیک است به رغم این که از نظر لغوی تملیک به معنی انتقال ملکیت و تسلیم به معنی سپردن و تحویل دادن موضوع تعهد توسط متعهد به متعهد له است.

۳- حفاظت عین: منظور از حفاظت عین، حفاظت عین توسط متعهد به نفع متعهد له است. به حیث مثال، در عقد امانت، امانت گیرنده متعهد می شود تا آنچه را که نزد او امانت دهنده گذاشته است، حفظ و نگهداری نماید. همچنین، طبق ق. م امکان دارد موضوع تعهد پرداخت دین باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف تعهد به عین است.

(۲) طبق ماده ۴۸۹ فقره اول ق. م منسوخ: «تعهد به دین، آن است که موضوع آن نقود یا اشیای مثلی باشد». از نص این ماده به خوبی بر می یاید که موضوع تعهد می تواند دین باشد. منظور از دین در این ماده قرض است. چنانچه تفصیل عقد قرض در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م خواهد آمد، محل قرض امکان دارد پول نقد و یا شی مثلی باشد. بنابراین، در عقد قرض، قرض

دهنده مکلف است ملکیت پول نقد و یا شی مثلی را به قرض گیرنده انتقال دهد و قرض گیرنده در موعد مقرر پول و یا شی مثلی را به قرض دهنده رد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نصوص این مواد پیش بینی اموری است که می توانند محل تعهد قرار بگیرند. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که طبق ق. م موضوع تعهد می تواند تملیک عین، تملیک منفعت، حفظ عین و نقل و تملیک دین باشد.

موضوع قرار گرفتن تملیک عین، منفعت و انتقال دین که اعطای شی نامیده می شود و حفاظت عین امروزه ناقص به نظر می رسد، زیرا امروزه علاوه بر اینها اجرا و امتناع از اجرای عمل نیز موضوع تعهد قرار می گیرد: تعهد به اجرای عمل انواع مختلف دارد و نمی توان همه انواع آن را احصاء نمود، مانند: تعهد به ترمیم شی، صنع شی که شامل تعهد هر اجیر به عمل اجاره می گردد.

همچنین، تعهد به عمل شامل تعهد به عین و دین نیز می گردد. زیرا، رد ودیعه و مغضوبه نوع عمل است همانظوری که ایفای دین نوع عمل است. تعهد به امتناع از اجرای عمل، برخلاف تعهد به انجام عمل که جنبه ایجابی دارد، جنبه سلبی دارد، مانند: تعهد مودع در عدم تعدی ودیعه، تعهد مرتهن مبنی بر عدم استعمال مرهون مگر به اجازه راهن، تعهد مستأجر مبنی بر استفاده معتاد و متعارف از عین مأجور و تعهد شریک مبنی بر عدم استعمال مال مشاع به نحوی که موجب تضرر شریک دیگر گردد.^{۵۳۴}

انسان ها برای ابقا و ادامه حیات، رفع نیاز و اجرای امور روزمره یکسلسله اعمال را به صورت ارادی انجام می دهند. همچنین، یک سلسله حوادث به صورت ارادی و یا غیرارادی از اشخاص سر می زند. اجرای اعمال و وقوع حوادث همه موجب ایجاد تعهد در عالم حقوق نمی شوند. به عنوان مثال، انسان ها روزمره ورزش می نمایند، تفریح می نمایند، صحبت می کنند، استحمام می نمایند، خرید و فروش می نمایند، کار می نمایند و ... همه این اعمال و حوادث برای انسان ها تعهد ایجاد نمی نمایند. در عالم حقوق اعمال و حوادثی که موجب ایجاد تعهد می شوند، از قبل معین شده اند.

لذا، پرسش این است که سبب چیست و سبب تعهد در علم فقه و حقوق چیست؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت که سبب تعهد که آن را باعث و موجب نیز می گویند عبارت است از امری که موجب ایجاد تعهد می شود. در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که اسباب تعهدات در فقه پنج است که عبارت اند از: شرع، مانند: التزام پرداخت نفقه برای اقارب و زوجه و التزام ولی و وصی مبنی بر ولایت و وصایت بر صغار، عقد، مانند: بیع، اجاره و هبه؛ اراده منفرد (ایقاع)، مانند: نذر و وعده جایز (جعلیه)؛ فعل نافع، مانند: پرداخت بدون حق و فعل مضر، مانند: التزام

۵۳۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۸-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۰-۷۶.

متعدی و غاصب مبنی بر پرداخت ضمان آنچه غصب و تلف نموده است. امکان ادخال تمام مصادر مذکور در واقعه شرعی وجود دارد. واقعه شرعی یا طبیعی است، مانند: قرابت، مرض، همسایگی و نظیر اینها، و یا اختیاری.

واقعه اختیاری نیز ممکن است اعمال مادی مضر، مانند: فعل مضر و یا اعمال مادی مشروع باشد، مانند: فعل نافع و تصرفات شرعی باشد. تصرفات شرعی نیز ممکن است یکجانبه باشد که عبارت از اراده منفرد یا ایقاع است و یا چند جانبه باشد، که عقد است. چنانچه ملاحظه می شود، مصادر مذکور اسباب و مصادر مستقیم تعهد است. ولی، مصادر غیر مستقیم کلیه تصرفات شرعی و افعال مادی شرعی است.^{۵۳۵}

نویسندگان ق. م منابع تعهد را به دو گروه: تصرفات حقوقی و حوادث حقوقی تقسیم نموده اند. ماده ۴۹۲ ق. م. ا منسوخ در این باره می گوید: «منابع حق عبارت از عوامل حقوقی ای است که حق را به وجود آورده و مشتمل بر تصرف حقوقی و حادثه حقوقی می باشد.» طبق نص این ماده منابع تعهد تصرف و حادثه حقوقی است. منتها، نقصی که در این ماده به نظر می رسد این است که در این ماده به عوض کلمه تعهد «حق» ذکر گردیده است.

استعمال کلمه حق به عوض تعهد و یا هم حق شخصی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا تعهد چنانچه گفته شد، دارای سه رکن است: رابطه قانونی میان ذمه داین و مدیون که بر اساس آن داین می تواند ادای دین، اجراء و یا امتناع از اجراء عمل را از مدیون مطالبه نماید؛ محل وجبیه که ممکن است پرداخت شی و یا اجراء و یا امتناع از اجراء عمل باشد؛ و طرفین وجبیه یا تعهد که همان متعهد و متعهد له اند. رکن اول تعهد متشکل از دو رکن فرعی است که عبارتند از دین و حق می باشد.

به عنوان مثال، هرگاه احمد مقداری پول به محمود به عنوان قرض بدهد و یا هم به موجب عقدی احمد متعهد به اجراء و یا امتناع از اجراء عملی در برابر محمود گردد، هرگاه به چنین دین و یا تعهد از نظر احمد نگریسته شود، حق و هرگاه از نظر محمود نگریسته شود، دین نامیده می شود. باید اضافه نمود که طبق ق. م. تقصیر که منبع مسؤولیت مدنی غیر قراردادی اند که تفصیل آن حوصله این کتاب خارج است. خوانندگان محترم می توانند به کتاب حقوق وجایب اینجانب مراجعه کنند.

ج) فرق بین حق عینی و حق دینی

بین حق عینی و حق دینی فرق های ذیل وجود دارد:

۵۳۵. هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۵۵؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۸۴-۱۱۱.

(۱) در حق عینی چهار عنصر وجود دارد که عبارت اند از: (۱) صاحب حق؛ و (۲) موضوع یا محل حق؛ (۳) مالکیت که رابطه حقوقی بین «مالک» و «ملک» است؛ و (۴) جزا که عبارت از حمایت قانونی است. در حق دینی سه رکن وجود دارد که عبارت اند از: (۱) صاحب حق؛ (۲) موضوع حق یا دین؛ و (۳) مدیون. (۲) موضوع حق عینی همیشه عین یا یک شیء مادی می باشد. ولی، موضوع حق دینی ممکن است دین، اجراء عمل یا امتناع از اجراء عمل می باشد؛^{۵۳۶}

(۳) صاحب حق عینی نسبت به مال دارای حق تقدم و حق تعقیب است ولو مال را نزد هر کس و هر کجا پیدا نماید. به طور مثال، هرگاه شخصی مال شخصی را غصب نماید و آن را بفروشد و در آن تبادل ایدی صورت گیرد، مالک حق عینی می تواند بر علیه شخصی که مال را حایز می باشد اقامه دعوی نماید. ولی، در حق شخصی صاحب حق شخصی یا داین نمی تواند دین را از کسی به استثناء مدیون و یا نائب وی مانند کفیل و غیره مطالبه نماید؛

(۴) حق عینی متعلق به عین معین می باشد نه بر ذمه شخص. همچنین، حق عینی قابل نقل از یک شخص به شخص دیگر است. ولی، حق شخصی متعلق به ذمه مکلف و یا مدیون می باشد و کسی دیگر جز کفیل و غیره قابل تعقیب نیست،

(۵) در صورت فوت محل حق عینی، حق عینی ساقط و عقد باطل تلقی می گردد. به طور مثال، هرگاه مبیعه قبل از تسلیم توسط بایع به مشتری هلاک گردد، عقد بیع باطل تلقی گردیده و حق مشتری در تسلیم مبیعه ساقط می گردد؛ یا هرگاه خانه مورد اجاره حریق گردد، عقد اجاره باطل تلقی گردیده و حق انتفاع مستأجر از عین مستأجره ساقط می گردد. ولی، در صورتی که محل حق شخصی هلاک گردد، حق ساقط نگردیده و عقد باطل نمی شود. بنابراین، در صورتی که اموال مدیون هلاک گردد، حق داین ساقط نمی گردد، زیرا دین متعلق به ذمه است نه به مال؛ و^{۵۳۷}

(۶) از نظر رابطه حقوقی، یک طرف حق عینی فرد و طرف دیگر مال است در حالی که هر دو طرف رابطه حقوقی در حق شخص فرد (داین و مدیون) اند.

مبحث پنجم) سایر تقسیمات

گفتار اول) تقسیمات حق العبد به اعتبار به ارث بردن

به اتفاق آرای فقهاء، حقوقی که هدف از آن توثق (وفا به عهد و پیمان) است، مانند: حبس مال مرهونه جهت اداء دین، حبس مبیعه توسط مشتری جهت استیفاء ثمن و حق کفالت در برابر دین و غیره، قابل توارث است چراکه اینها از زمره حقوق لازم و مؤکده است.

۵۳۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۸.
۵۳۷. وهبه الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵.

همچنین، به اتفاق نظر همه فقهاء حقوق مالی، مانند: عقار، منقول، نقد، دین، دیه و غره و حقوق ارتفاق از قبیل: حقه، حق مرور و حق مسیل نیز قابل توارث می باشد، زیرا حقوق مذکور تابع زمین است. به همین ترتیب، فقهاء در باره ارث خیار تعیین و خیار عیب اتفاق نظر دارند. اما، فقهاء در رابطه به توارث حقوق و منافع اختلاف نظر دارند: فقهای حنفی به این عقیده اند که حقوق و منافع مال تلقی نمی گردد. بنابراین، توارث در آنها جاری نمی شود، زیرا ارث در مال موجود یعنی اعیان جاری می شود.

همچنین، در رابطه به توارث دیون فقهای حنفی به این نظر اند که تا زمانی که دین بر ذمه مدیون ثابت است مال تلقی نمی گردد، زیرا آن وصفی است که مدیون به آن متصف شده است که قبض آن حقیقتاً متصور نیست و داین آنچه معادل دین است را از مدیون قبض می نماید. باوجوداین، دین به عقیده فقهای حنفیه قابل توارث است، زیرا مال حکمی تلقی می گردد که در سرمایه مدیون موجود می باشد.

برعکس، فقهای غیرحنفی به این نظر اند که حقوق، منافع و دیون قابل توارث است، زیرا حقوق، منافع و دیون، به نظر جمهور فقهاء مال تلقی می گردد. اما، تمام حقوقی که متعلق به نفس مؤثر است و با موت وی منتهی می شود به ارث برده نمی شود، مانند: فکر و آنچه متعلق به آن است. همچنین، آنچه که متعلق به شخص مؤثر است، مانند: ولایت عامه، ولایت بر نفس، ولایت بر مال، مناصب و وظایف مؤثر، مانند: وکالت و غیره قابل توارث نیست.^{۵۳۸}

گفتار دوم) تقسیم حق به اعتبار دایره وسعت

برخی حقوقدانان حق را به اعتبار دایره وسعت آن بر دو قسم تقسیم نموده اند:

۱) **حق مطلق:** حق مطلق عبارت از حقی است که ایجاد تکلیف برای همگان می نماید. بنابراین، در صورتی که حق مطلق باشد همگان مکلف اند به آن احترام بگذارند. همه انواع حقوق عینی مانند حق ملکیت مطلق، حق ملکیت ناقص، حق ارتفاق، حق حبس و نظیر اینها از این قبیل هستند. زیرا، حق مالکیت حقی است که تمامی افراد مکلف اند آن را احترام نموده و به آن تجاوز نکنند.

۲) **حق نسبی:** حق نسبی عبارت از حقی است که در مقابل یک یا چند نفر است؛ یعنی: فقط ایجاد تکلیف برای اشخاص معدودی می نماید که آنها باید آن را احترام نموده و تکالیف خود را در برابر آن انجام دهند. تمام اقسام حقوق دینی از این قبیل است، مثلاً: هرگاه کسی ده هزار افغانی قرضدار دیگری باشد، حق داین صرف در برابر قرضدار (مدیون) است و داین می تواند از مدیون پرداخت دین را مطالبه نماید و هیچ گونه تکلیفی برای افراد دیگر ایجاد نمی کند.^{۵۳۹}

گفتار سوم) تقسیم حق به اعتبار زمان پیدایش

حق به اعتبار زمان پیدایش به دو نوع تقسیم می شود: حق منجز و حق معلق:

۵۳۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴) صص ۲۸۴۸ و ۲۸۴۹؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، صص ۳۷ و ۳۸.
۵۳۹. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، صص ۵ و ۶.

۱) حق منجز: منجز اسم مفعول از ریشه «نجز» گرفته شده و به معنای قطعی، مسلم و وفاشده است.^{۵۴۰} حق منجز آن است که پس از پیدایش سبب، بلافاصله به وجود می آید و بستگی به وجود یا عدم وجود امر دیگری ندارد، به عنوان مثال: هرگاه کسی خانه خود را پنج میلیون افغانی به دیگری به فروش رساند، پس از ایجاب و قبول و تسلیم و تسلیم خانه و پول توسط بایع و مشتری، حق مشتری نسبت به خانه و حق بایع نسبت به پول حق منجز است.

۲) حق معلق: معلق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویخته، آویزان و وابسته است.^{۵۴۱} حق معلق آن است که پس از پیدایش سبب، موجود نگردد و بستگی به وجود یا عدم وجود امر دیگری داشته باشد. به حیث مثال: هرگاه شخصی مال خود را به دیگری وصیت نماید، و موصی له نیز وصیت را در زمان حیات موصی قبول نماید، موصی له مالک آن نمی گردد، مگر پس از فوت موصی. در این مثال، حق موصی له نسبت به تملک باغ موصی به معلق بر فوت موصی است.

به عبارت دیگر: حق منجز حقی است که وجود آن منوط به امر دیگری نباشد و حق معلق حقی است که به وجود آمدن آن وابسته به تحقق امری در خارج باشد. به عنوان مثال، اگر کسی مالی به دیگری بدون قید و شرط ببخشد، حقی که موهوب له بر موهوبه دارد، حق منجز است. ولی، هرگاه پدری مثلاً قلم خود رنگ خود را به فرزندش، به این شرط که او در امتحان اول نمره شود، ببخشد، حقی که فرزند پیش از امتحان و اول نمره شدن بر قلم دارد، حق معلق است. بنابراین، در صورت امتحان دادن و اول نمره شدن، مالک قلم خود رنگ خواهد شد و در صورت عدم اول نمره شدن، مالک چیزی نخواهد شد.^{۵۴۲}

گفتار چهارم) تقسیم حق به اعتبار مدت

حق به اعتبار مدت به دو نوع تقسیم می شود: حق مؤقت و حق دائم:

۱) حق مؤقت: حق مؤقت عبارت از حقی است که دارای مدت باشد، مانند: حق مستأجر نسبت به منافع عین مستأجره که تا زمان انقضای مدت اجاره است و یا حق منتفع نسبت به حق انتفاع. به حیث مثال، هرگاه احمد خانه ای خود را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد، حق محمود نسبت به خانه حق مؤقت است. همچنین، هرگاه احمد موتر خویش را به محمود برای مدت یک هفته به عاریت بدهد، حق محمود نسبت به موتر حق مؤقت است.

۲) حق دائم: حق دائم آن است که مدت نداشته باشد، مانند: حق مالکیت که حق دائم است و در صورت فروش یا فوت مالک منتهی نمی گردد و به مشتری و ورثه منتقل می شود. بنابراین، حق دائم حقی

۵۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۸۴.

۵۴۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۰۷.

۵۴۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۷۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۶.

است که وجود آن محدود به زمان خاصی نیست، مانند: حق مالکیت که همیشگی است و حتی پس از فوت مالک به ورثه می رسد و ورثه به قائم مقامی وارث خود از آن استفاده می کند. ولی، حق مؤقت، حقی است که وجود آن پس از مدتی منتهی می شود، مانند: حق انتفاعی که محدود به زمان معین است مانند حق انتفاعی که کرایه نشین در خانه کرائی دارد.^{۵۴۳}

گفتار پنجم) تقسیم حق به اعتبار زمان اجراء

حق به اعتبار زمان اجراء به دو قسم است: حق حال و حق مؤجل:

(۱) **حق حال:** حق حال آن است که پس از پیدایش بتوان بلافاصله آن را اعمال کرد. به عنوان مثال، کسی که خانه خویش را به ده ملیون افغانی به دیگری به فروش رساند، بایع پس از انعقاد عقد بیع بلافاصله می تواند ده ملیون افغانی را از مشتری بخواهد و قبض نماید. حق بایع نسبت ثمن حق حال است و در نتیجه می تواند پرداخت آن را توسط مشتری مطالبه نماید.

(۲) **حق مؤجل:** حق مؤجل آن است که پس از مدتی معین می توان آن را اعمال نمود. به عنوان مثال، هرگاه شخصی خانه خود را به دیگری به فرض به صورت مؤجل به فروش رساند و موعد پرداخت قرض را نیز مثلاً یک سال بعد معین نماید، بایع نمی تواند ثمن فروش خانه را از مشتری مطالبه نماید، مگر اینکه یک سال سپری شود. حق بایع نسبت به ثمن فروش خانه حق مؤجل است. فرق حق معلق و مؤجل در این است که حق مؤجل حقی است که به وجود آمده و فقط قابل مطالبه و اجراء نیست، در حالی که حق معلق حقی است که هنوز کامل نشده و پیش از تحقق شرط وضع آن روشن نیست.^{۵۴۴}

گفتار ششم) تقسیم حق به اعتبار ثبات و عدم ثبات

حق به اعتبار ثبات و عدم ثبات به حق ثابت و حق متزلزل تقسیم می شود:

(۱) **حق ثابت:** حق ثابت حقی است که هیچ کس بدون رضای صاحبش نمی تواند آن را از بین ببرد. به عنوان مثال، حقی که مالک بر اموال خود دارد، با اراده هیچ کس زایل نمی شود.

(۲) **حق متزلزل:** حق متزلزل حقی است که می توان آن را در مدت معینی زایل کرد. به طور کلی، هر حقی که در آن برای یکی از طرفین خیار (حق تأیید و فسخ عقد) وجود داشته باشد، حق متزلزل است. عنوان مثال:

۱- تازمانی که خریدار و فروشنده از مجلس عقد خارج نشده اند، اختیار فسخ عقد را دارند که این اختیار را «خیار مجلس»^{۵۴۵} یاد می کنند.

۵۴۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۷۵؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ص ۷.
۵۴۴. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۷۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، صص ۷ و ۸.
۵۴۵. در باره خیار مجلس ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷) شرح قانون مدنی: حقوق وجایب، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ص ۲۰۵.

- ۲- اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و شرط نماید که اگر عیبی در موتر وجود داشته باشد، احمد حق فسخ معامله را دارد، حق احمد نسبت به موتر متزلزل است.
- ۳- اگر احمد خانه موتر را خریداری نماید و آن را ندیده باشد، دارای خیار رویت است. در صورت پسندیدن خانه می تواند عقد را نافذ و در صورت عدم پسند، می تواند عقد را فسخ نمایند. در این این مثال، حق احمد نسبت به خانه متزلزل است.^{۵۴۶}

گفتار هفتم) حق معنوی

علاوه بر حق مالی و غیر مالی که شرح آن در مبحث قبلی گذشت، در حقوق کنونی ارزشهای شناخته شده است که قابل مبادله به پول است. ولی، نه بر شخص دیگری است و نه بر عینی؛ موضوع این حق تراوش ها و ابتکارات ذهنی است. به همین جهت نیز چنین حق در دایره تقسیم حقوق عینی و دینی نمی گنجد و خود گروهی خاص از اموال را تشکیل می دهد که وصف مشترک آنها تکیه بر حاصل ابتکار و اندیشه انسان است و به همین اعتبار نیز حقوق معنوی نامیده می شود مانند: حق تألیف، حق اختراع، مالکیت صنعتی و تجارתי و حق بر علایم تجارתי و صنعتی.

در تعریف حقوق معنوی می گویند که حق معنوی حقی است که به صاحب آن اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت فکر و ابتکار انسان را می دهد. به طور مثال، حقی را که تاجر و صنعتگر نسبت به نام تجارتي و علامت کالا های خود دارد؛ یا حقی را که نویسنده اثر ادبی؛ یا مخترع نسبت به اثر و اختراع خود پیدا می کند، حق معنوی است.

حق معنوی در واقع ماهیت مختلطی از حقوق مالی و حقوق غیر مالی دارد. به طور مثال، مؤلف حق انتشار اثر خود را به دیگران واگذار می نماید که واگذاری فوق نوع حقوق مالی تلقی می شود. ولی، حق او در باره دفاع از اثر و تجدید نظر در آن باقی است و مانند سایر حقوق غیر مالی به دیگران انتقال نمی یابد که حق دفاع و تجدید نظر در اثر حقوق معنوی تلقی می گردد.^{۵۴۷}

گفتار هشتم) حق مجرد و حق غیر مجرد

تصنیف دیگر حق در فقه، تصنیف حق به حق مجرد و حق غیر مجرد است:

۱) حق مجرد: حق مجرد که از آن به حق محض نیز تعبیر می شود، عبارت از حقی است که اگر دارنده حق از آن روی صلح و ابراء در گذرد، هیچ اثری از آن باقی نمی ماند، بلکه محل حق نزد مکلف یا مدیون باقی می ماند، مانند: حق دین در ذمه مدیون بعد از ابراء و تنازل.

۲) حق غیر مجرد: حق غیر مجرد، حقی است که اثر آن به تنازل صاحب آن حق باقی می ماند، مانند: حق قصاص که قاتل بعد از عفو معصوم الدم می گردد. فرقی که بین حق مجرد و غیر مجرد وجود دارد

۵۴۶ . جهت مطالعه بیشتر در خصوص خيارات ر. ک: همان، نظام الدین عبدالله.

۵۴۷ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص

۲۷۱ و ۲۷۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، صص ۲۳-۲۴.

این است که در حق غیرمجرد معاوضه جواز دارد، ولی در حق مجرد عوض گرفتن به نظر احناف جواز ندارد. ولی، فقهای سایر مذاهب جواز گرفتن را جایز می‌شمرند.^{۵۴۸}

۵۴۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۲۸۵۲ و ۲۸۵۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۶.

فصل سوم: تقسیمات حق در حقوق عامه و بین الملل

امروزه مهم ترین تقسیم حق در حوزه حقوق عامه نوین، حق های اساسی است. این حق ها متأثر از حقوق بشر، برخی اصول کلی حقوق و فقه است، زیرا با تدوین قوانین اساسی در بسیاری از کشورها، نویسندگان ق. ا حق های بشری، اصول کلی حقوق، برخی احکام فقه اسلامی را به عنوان حق های اساسی اتباع به رسمیت شناخته اند. بنابراین، اکثر قواعد مربوط به حقوق بشری در ق. ا پیش بینی شده است. در این فصل، به صورت مختصر تقسیمات حق در حوزه حقوق بین الملل و حق های بشری (مبحث اول) و تقسیمات حق در حوزه حقوق عامه (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث سوم) تقسیمات حق در حوزه حقوق بین الملل

با توجه به این که صاحبان و محل حق در حوزه حقوق بین الملل اشخاص است و شخص به شخص حقیقی و اشخاص حکمی تقسیم می شود و اشخاص حکمی به طور عموم به سه دسته تقسیم می شوند: اشخاص حکمی حقوق خصوصی، اشخاص حکمی حقوق عامه و اشخاص حکمی حقوق بین الملل مانند سازمان های بین المللی و دولت ها در حقوق بین المللی که منبع آن اراده دولت ها است و در قالب معاهدات، عرف بین المللی و تصامیم محاکم و سازمان های بین المللی تبلور می یابد، حق ها به دو دسته تقسیم می شود: حق دولت ها و سازمان های بین المللی و حق اشخاص حقیقی. حق اشخاص حقیقی در حقوق ملی به نام حق فرد یاد می شود. اما، در سطح بین الملل حق شخص حقیقی حق های بشر نامیده می شود:

گفتار اول) حق دولت ها

در سطح بین المللی اولین دسته حق مربوط به دولت ها و سازمان های بین المللی که شخصیت های حکمی بین الملل اند، می شود، مانند: حق دفاع مشروع، حق انعقاد قرارداد، حق برابری، حق ملت ها در تعیین سرنوشت، حق دریافت جبران خسارت، حق وفای به عهد و امثال اینها.

گفتار دوم) حق های بشر

دسته دوم حق هایی است که مربوط اشخاص حقیقی می شود. حق هایی که در حقوق بین الملل مربوط اشخاص می شود، به نام حقوق بشر مرسوم است. اصطلاح حقوق بشر (Human rights) اصطلاح نسبتاً جدیدی است که پس از جنگ جهانی دوم و تأسیس سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۵ وارد گفتگوهای سیاسی و حقوقی شده است. اصطلاح حقوق بشر برای نخستین بار در اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه ۱۷۸۹ به کار رفت و سپس همین عنوان در اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقهای بین المللی مورد استفاده قرار گرفت. در مورد حقوق بشر تعاریف متعدد و گوناگون ارائه شده است.

در یک تعریف حقوق بشر به معنای امتیازات کلی که هر فرد انسانی طبعاً دارای آن است آمده است که از دید این تعریف منشأ حقوق انسان از اندیشه (حق طبیعی) نشأت می‌گیرد یعنی طبیعت است که این حقوق را به انسان می‌بخشد. مثلاً وقتی می‌گوییم انسان حق حیات و مسکن را دارد، این طبیعت انسان است که چنین حقی را به او می‌دهد و اگر نتواند از حق حیات برخوردار باشد یا نتواند از خودش دفاع کند نسل بشر منقرض می‌شود و بدین ترتیب وجود انسان لغو و بی‌ثمر می‌شود.

بنابراین، این طبیعت است که این حق را به انسان عطا می‌کند، اما در تعریف دیگر که رویکرد اسلامی دارد چنین آمده است: «حقوق بشر حد اقل حقوقی است که خداوند ﷻ به انسان که از آن جهت که انسان است و فارغ از رنگ، نژاد، زبان، ملیت، جغرافیا، اوضاع و احوال متغیر اجتماعی یا میزان قابلیت و صلاحیت ممتاز فردی او اعطا کرده است. بنا بر دید این تعریف، حق نه از جانب طبیعت و نه دیگران بلکه از جانب خدا ﷻ به انسان عنایت گردیده است.

قاطعانه‌ترین دلیل که برای این نظریه اقامه گردیده این است آن کس که قدرت آفریدن بشر را دارد به طور یقین برنامه زندگی و قوانین نظم دهنده فردی و اجتماعی حیات جامعه بشری را بهتر و کاملتر از هر کس دیگری می‌تواند تدوین نماید و به انسان هدیه کند زیرا که آفریدگار هستی بیشتر و بهتر از هر کس دیگر انسان را می‌شناسد و به راز و رمزهای درونی او آگاه است و بر تواناییها و نیروهای ساختار وجود انسان کاملاً احاطه دارد و می‌داند چه عواملی او را وادار به انجام جرم جنایت می‌نماید و چه نیروهای دیگری اراده انسان را تقویت و موجب پرورش اخلاق نیک در وجودش می‌گردد. بنابر این نظریه، منشأ و خاستگاه حقوق بشر خداوند ﷻ است که به انسان احترام می‌گذارد و به او برتری و کرامت می‌بخشد. از این نظر، کرامت و شرف انسانی برای ادامه حیات انسان ضرور و لازم است.^{۵۴۹}

این تعاریف محل ایراد به نظر می‌رسند، زیرا تعریف اول ناظر بر حقوق طبیعی و تعریف دوم ناظر بر حقوق الهی است. علاوه بر این، به نظر می‌رسد که حق‌های بشری تکوینی نیست بلکه تشریحی است زیرا این حق‌ها توسط دولت‌ها از طریق سازمان ملل متحد از طریق اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های حقوق بشری قطع نظر از تابعیت، نژاد، رنگ، مذهب و... آنها اعطا شده است.

برخی دیگر در تعریف حقوق بشر می‌گویند: حقوق بشر به طور کلی، آزادی‌ها، مصوونیت‌ها و منافعی است که از طریق ارزش‌های پذیرفته شده معاصر، تمام انسان‌ها باید قادر به ادعای آن به عنوان یک حق، در جامعه‌ای که زندگی می‌نمایند، باشند.^{۵۵۰} ارزش‌های معاصر در این تعریف مبهم است. برخی دیگر می‌گویند یا حقوق بشر مجموعه امتیازهای متعلق به افراد یک جامعه و مقرر در قواعد موضوعه

۵۴۹. بازتاب حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان، ۵ اسد ۱۳۹۹ ش

<http://www.taha14.com/index.php/umumi/34-paiannama/119-qanon?showall=1>

۵۵۰. امیر حسین رنجبریان (۱۳۷۳). تأملی بر حقوق بشر، مجله راهبرد، شماره ۴، ص ۱۳۸.

است که افراد به اعتبار انسان بودن و در روابط خود با دیگر افراد جامعه یا قدرت حاکم، با تضمینات و حمایت های لازم از آن برخوردار است.^{۵۵۱} عبارت قواعد موضوعه در این تعریف روشن نیست زیرا روشن نیست که این قواعد موضوعه قواعد حقوق داخلی است یا خارجی.

به نظر می رسد حق های بشر حق های است که در اسناد بین المللی حقوق بشر مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق های مربوط به حقوق بشر پیش بینی شده است و همه اشخاص در سراسر دنیا قطع نظر از رنگ، نژاد، دین، زبان، جنسیت و نظیر اینها می توانند از آن بهره مند شوند.

مصادیق حق های بشری که در اعلامیه جهانی حقوق بشر سی ماده ای ۱۰ دسامبر، ۱۹۴۸ پیش بینی شده اند، عبارت اند از: (۱) حق آزادی و احترام به کرامت انسانی (ماده ۱؛ ۲) حق زندگی و مصونیت شخصی (ماده ۳؛ ۳) حق منع شکنجه شدن توسط دولت (ماده ۵؛ ۴) حق به رسمیت شناخته شدن شخصیت حقوقی شخص توسط قانون (ماده ۶؛ ۵) حق برخورد مساوی توسط قانون (ماده ۷؛ ۶) حق مراجعه به محکمه ذیصلاح در صورت نقض حق های اساسی شخص (ماده ۸؛ ۷) حق منع توقیف خودسرانه (ماده ۹؛ ۸) حق برخورداری از محاکمه عادلانه توسط محکمه بی طرف (ماده ۱۰؛ ۹) حق برائت الذمه (ماده ۱۱؛ ۱۰) حق حفظ امور شخصی (ماده ۱۲؛ ۱۱) حق عبور و مرور و تغییر اقامتگاه (ماده ۱۳؛ ۱۲) حق دریافت پناهندگی (ماده ۱۴؛ ۱۳) حق داشتن تابعیت (ماده ۱۵؛ ۱۴) حق ازدواج (ماده ۱۶؛ ۱۵) حق طلاق (ماده ۱۶؛ ۱۶) حق مالکیت فردی و جمعی (ماده ۱۷؛ ۱۷) حق آزادی فکر و دین (ماده ۱۸؛ ۱۸) حق آزادی اندیشه (ماده ۱۹؛ ۱۹) حق اشتراک در فعالیت های سیاسی (ماده ۲۰؛ ۲۰) حق اشتراک در اداره امور عمومی کشور (ماده ۲۱؛ ۲۱) حق مصونیت اجتماعی (ماده ۲۲؛ ۲۲) حق کار و تشکیل اتحادیه کارگری (ماده ۲۳؛ ۲۳) حق استراحت و تفریح (ماده ۲۴؛ ۲۴) حق داشتن تأمین اجتماعی (ماده ۲۵؛ ۲۵) حق آموزش و پرورش (تعلیم و تربیه) (ماده ۲۶؛ ۲۶) و حق سهم گیری در فعالیت های علمی و فرهنگی (ماده ۲۷).

بحث پذیرش حقوق بشر توسط دولت ها، تعارض حقوق بشر غربی با حقوق بشر اسلامی و ضمانت اجراهای حقوق بشر در محث کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان خواهد آمد.

مبحث دوم) تقسیمات حق در ساحة حقوق عامه

به نظر می رسد برخلاف تقسیمات حق ها در حقوق خصوصی، در حقوق عمومی حق ها به صورت علمی و منطقی دسته بندی نشده است، زیرا نخست این که حقوق عمومی نسبت به حقوق خصوصی از قدامت کمتری برخوردار است و دوم این که حق ها در حقوق عمومی بیشتر متأثر از حقوق بشر به خصوص سه نسل حقوق مدنی و سیاسی، حقوق اقتصادی و حقوق اجتماعی فرهنگی بوده است. در هر حال،

تعریف حقوق عمومی در مفهوم مجموعه قواعد در بخش حقوق این کتاب گذشت. در این مبحث تعریف حقوق عمومی در مفهوم جمع حق ها؛ یعنی: حق های عمومی را مورد مطالعه قرار می دهیم.

گفتار اول) تعریف حق های عمومی

برخی حقوقدانان در تعریف حق های عمومی می گویند: حق های عمومی مربوط به شخصیت انسان و ناظر بر روابط دولت و مردم است، مانند: حق حیات، آزادی وجدان و بیان.^{۵۵۲} بخش اول این تعریف که می گوید حق های عمومی مربوط به شخصیت انسان است مبهم است. در مفهوم جمع حق ها، به نظر می رسد حق های عمومی عبارت از حق هایی است که اتباع نسبت به دولت و دولت نسبت به اتباع دارند مانند حق آزادی، برابری که حق اتباع تلقی می شود و حق پرداخت مالیه، رعایت قوانین و نظیر اینها که حق دولت تلقی می شود. با توجه به این تعریف به نظر می رسد حق های عمومی به دو دسته تقسیم می شود:

الف) حق های دولت

حق های دولت عبارت از حق های است که دولت در حقوق عامه بر اتباع دارد مانند: مانند پرداخت مالیات، دفاع از وطن، رعایت قوانین و مقررات و نظیر اینها که حق دولت تکلیف تبعه است. در حقوق عامه، هر حق دولت تکلیف تبعه محسوب می شود. بنابراین، حق دفاع از وطن، پرداخت مالیه و رعایت قوانین، تکلیف و تعهد پرداخت مالیه، دفاع از وطن و رعایت قوانین را توسط اتباع ایجاد می نماید. حق دولت در حقوق عمومی شبیه و مانند حق الله در فقه است.

ب) حق های اتباع

به نظر می رسد حق های اتباع عبارت از حق هایی است که اتباع نسبت به دولت دارند مانند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن، حق برابری، حق عدم تبعیض و نظیر اینها. در حقوق عمومی، حق های اتباع برای دولت تکلیف ایجاد می نماید. به حیث مثال، حق کار تبعه تکلیف فراهم نمودن زمینه های کار را برای دولت فراهم می نماید.

همچنین، حق حیات برابری اتباع تکلیف رعایت این توسط دولت را فراهم می نماید. حق اتباع در حقوق عمومی مانند حق العبد در فقه به نظر می رسد. به نظر می رسد تفاوت حق های عمومی اتباع با حق های خصوصی این است که حق های خصوصی مربوط به روابط افراد میان همدیگر است مانند حق شخصی و حق عینی، اما حق های عمومی مربوط به روابط اتباع با دولت است. بنابراین، حق های خصوصی اتباع باید بیشتر توسط اتباع رعایت شود و حق های عمومی اتباع عمدتاً توسط دولت. به طور عموم، حق های عمومی امروزه به حق های سیاسی، حق های مدنی و حق های اساسی تقسیم می شود:

۱) حق های سیاسی

حق سیاسی اختیاری است که شخص برای شرکت در قوای عمومی و ادارات دولت دارد، مانند: حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجالس قانون گذاری و ریاست جمهوری.^{۵۵۳} به عبارت دیگر: حق های سیاسی، حق های است که قانون برای یک شخص از آن رو که در سرزمین یک کشور معین پرورش می یابد، تعیین می کند تا بتواند در کار های حکومت و برپایی نظام با اجتماع به همکاری بپردازد.^{۵۵۴} به نظر می رسد برخی مثال های حق های سیاسی عبارت اند از: حق رأی، حق نامزد شدن به سمت های انتخابی، حق آزادی بیان، حق تشکیل حزب سیاسی و نظیر اینها.

۲) حق های مدنی

امروزه اصطلاح حقوق مدنی^{۵۵۵} در دو مفهوم به کار می رود: در مفهوم جمع حق و در مفهوم مجموعه قواعد. در مفهوم جمع حق، حقوق مدنی^{۵۵۶} که به نام حقوق شهروندی نیز یاد می شود از میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ منشأ می گیرد. با توجه به مفهوم مدنی، راجع به حق های مدنی تعاریف مختلف وجود دارد. برخی بر این نظر اند که حق های مدنی عبارت از حق های شهروندان نسبت به آزادی ها و برابری های سیاسی و اجتماعی است.^{۵۵۷} برخی دیگر بر این نظر اند که حق های مدنی حق هایی شخصی است که یک شخص به دلیل تبعه بودن از آن بهره مند می شود.^{۵۵۸} این تعاریف مبهم به نظر می رسند.

اگر کلمه شهروند را در مفهوم محدود آن که بر اشخاصی اطلاق می گردد که در شهر زندگی می نمایند پذیریم، این نتیجه به دست می آید که حق های مدنی حق های شهروندان است. در این صورت، اشخاصی که در دهات زندگی می نمایند مستحق این حق شناخته نمی شوند. اما، اگر کلمه شهروند را مترادف با اتباع بدانیم این نتیجه به دست می آید که حق های مدنی حق های اتباع است.

۲) حق های اساسی

به عنوان اشخاص ما دسته های مختلف از حق ها داریم. عالی ترین و مهم ترین این حق ها، حق های اساسی است.^{۵۵۹} امروزه بسیاری از حق های که در گذشته حق سیاسی، حق عمومی، و حق شهروندی شناخته می شدند، در قوانین اساسی پیش بینی شده اند که به نام حق های اساسی^{۵۶۰} یاد می شوند، زیرا به

۵۵۳. همان، ناصر کاتوزیان، ص ۲۵۵.

۵۵۴. محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۵۸.

555 Civil law.

556 Civil rights.

557. <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/civil-rights> (last visit: 21, April, 2015).

558. <http://www.businessdictionary.com/definition/civil-rights.html> (last visit: 21, April, 2015).

559. William P. Statsky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 158.

560. Constiitutional rights.

نظر می‌رسد حق‌های اساسی، عمومی، شهروندی و نظیر اینها از طریق میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی وارد حوزه حقوق عمومی گردیده است. امروزه، بسیاری از حق‌های پیش‌بینی شده در دو میثاق مذکور در قوانین اساسی بسیاری از کشورها از جمله افغانستان تسجیل شده است. لذا، به نظر می‌رسد امروزه با گسترش و توسعه دستورگرایی^{۵۶۱} از یکطرف تقسیم حق‌ها به حق‌های عمومی، سیاسی، مدنی جذابیت سابق خویش را از دست داده است و از طرف دیگر تعاریفی را که حقوقدانان در مورد تعریف حق‌های مدنی، سیاسی و عمومی و مصادیق این حق‌ها را ارایه نموده‌اند، به دلیل عدم انسجام و دقت نظر مورد پذیرش قرار نگرفته است. حق‌های اساسی در برابر حق‌های غیراساسی استعمال می‌شود. حق‌های غیراساسی عبارت از حقی است که اساسی نیست^{۵۶۲} مانند حق حضانت و نظیر آن. راجع به حق‌های اساسی تعاریف مختلف وجود دارد:

(۱) حق‌های اساسی حقی‌هایی‌اند که توسط قانونگذار اساسی برای اتباع اعطا و تضمین شده‌اند.^{۵۶۳}
(۲) حق اساسی حق و یا آزادی‌ای است که حمایت آن از مداخله دولت در قانون اساسی تضمین شده است.^{۵۶۴}

(۳) حق‌های اساسی، حق‌های است که در قانون اساسی تضمین شده است.^{۵۶۵} چنانچه ملاحظه می‌شود، در این تعاریف نگاه به واضع حق‌های اساسی است نه به کنه و ماهیت حق‌های اساسی. به نظر می‌رسد دلیل این امر این است که از یکطرف مصادیق حق‌های اساسی در قوانین اساسی اکثر کشورها، تأثیر پذیر از حقوق بشر بوده است. بنابراین، حق‌های اساسی از یک مملکت تا مملکت دیگر بر حسب قوانین اساسی ممالک امکان دارد متفاوت باشد و از طرف دیگر حق‌های اساسی متعدد و متنوع‌اند که دسته بندی آن‌ها در یک دسته مشکل به نظر می‌رسد. حق‌های اساسی ناشی از قانون اساسی است و قانون اساسی، قانون برتر نسبت به قوانین عادی است. بنابراین، به نظر می‌رسد حق‌های اساسی از حیث اهمیت در رأس هرم حق‌ها قرار دارد.

تدوین و تصویب قانون اساسی نقطه عطف در تاریخ یک ملت و کشور به حساب می‌آید، زیرا در وجود قانون اساسی این کافی نیست که تنها به بررسی رژیم‌های اساسی و نهاد‌های حاکم در دولت بپردازد بلکه حقوق و آزادی‌های شهروندان را نیز باید شامل باشد. اهمیت حقوق بشر در قانون اساسی به میزانی است که در ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر فرانسه آمده است: «هر جامعه‌ای که در آن تضمین حقوق افراد تأمین نشده باشد و اصل تفکیک قوا حاکم نشده باشد، قانون اساسی وجود ندارد.» اصل وجود قانون

561. Constitutionalism.

562 . William P. Stasky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 168.

563 . <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/constitutional-rights> (Last visit: 20, April, 2015).

564 . <http://www.yourdictionary.com/constitutional-right> (Last visit: 20, April, 2015)

565 . William P. Stasky (____). Family Law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 158.

اساسی در این اعلامیه منوط و مشروط به تضمین حقوق فردی و آزادی‌های عمومی شده است. پس از اعلام اعلامیه حقوق بشر توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد محتویات و مندرجات اعلامیه جهانی حقوق بشر، وارد قوانین اساسی کشورهای مختلف از جمله افغانستان گردید و جنبه جهانی و بین‌المللی به خود گرفت.^{۵۶۶}

حقوق و آزادی‌های عمومی که به نام‌های حقوق اساسی اتباع (فصل دوم ق. ا)، حقوق و یا آزادی‌های فردی، حقوق اساسی فرد، حقوق عمومی شهروندان، حقوق بشر و شهروند و یا آزادی‌های عمومی نیز نامیده می‌شود، یکی از شعب مهم حقوق عمومی است و موضوع آن بررسی حقوق و آزادی‌هایی است که از طرف دولت برای اتباع به رسمیت شناخته شده است.^{۵۶۷}

این حقوق را نباید با حقوق بشر یکی دانست. درست است که پیش‌بینی این حقوق توسط قوه مؤسس برای اتباع در قانون اساسی متأثر از اعلامیه‌ها، میثاق‌ها و معاهدات حقوق بشری است، اما میان حقوق اساسی اتباع و آزادی‌های عمومی و حقوق بشر تفاوت وجود دارد. حقوق اساسی اتباع مجموع حقوق و آزادی‌هایی است که قوه مؤسس برای اتباع در قانون اساسی پیش‌بینی نموده است و دولت اجرای این حقوق را طبق قوانین داخلی از جمله قانون اساسی برای اتباع خود تأمین و تضمین می‌کند و محتوای آن نیز ممکن است از یک کشور تا کشور دیگر متفاوت باشد، در حالی که حقوق بشر، حقوق و آزادی‌هایی است که در سطح بین‌الملل و جهانی مطرح است و به مثابه معیارهای جهانی حقوق بشر محسوب می‌شود. از همین رو، نیل به این حقوق را سازمان ملل متحد آرمان خود قرار داده و کوشش می‌کند دولت‌ها حقوق مزبور را به رسمیت بشناسند و اجرای آن را تضمین نمایند.^{۵۶۸} و ^{۵۶۹}

صاحب حق‌های اساسی شهروندان اند. به نظر می‌رسد این حق‌ها را شهروندان در برابر دولت دارند. بنابراین، این حق‌ها تکلیف رعایت و احترام توسط دولت را فراهم می‌نماید. به عنوان مثال، اتباع حق برابری در برابر قانون را دارند و همه ادارات دولتی مکلف به رعایت این حق اند. اتباع حق بری‌الذمه شناخته شدن را دارند، نهاد‌های کشفی، تحقیقی و عدلی مکلف اند تبعه را بری‌الذمه بشناسند مگر این که

۵۶۶. بازتاب حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان، ۵ اسد ۱۳۹۹ ش

<http://www.taha14.com/index.php/umumi/34-paiannama/119-qanon?showall=1>

۵۶۷. منوچهر طباطبائی (۱۳۸۳). آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ص ۱۷.

۵۶۸. همان، منوچهر طباطبائی، ص ۲۳.

۵۶۹. در مورد حقوق بشر نک: سید محمد هاشمی (۱۳۸۴). حقوق بشر و آزادی‌های عمومی، چاپ اول، تهران: نشر میزان؛ منوچهر طباطبائی (۱۳۸۳). آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران؛ ماندانا کنوست راسخ افشار، (۱۳۸۶). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد دوم: رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر، مترجم: حسین غلامی، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین‌الملل ماکس پلانک.

جرم تبعه در محکمه ذیصلاح مطابق قوانین ثابت شود. اتباع حق دریافت جبران خسارت را دارند و اداره که به تبعه ضرر زده است باید جبران خسارت را بپردازد.

اکثر حق های اساسی مندرج در فصل دوم ق. ۱ اصول کلی شناخته شده و پذیرفته شده حقوق عامه و حقوق جزا اند که مدون و اساسی شده اند، مانند: اصل برابری اتباع در برابر قانون (ماده ۲۲ ق. ۱)، اصل برائت یا فرض بی گناهی (ماده ۲۵ ق. ۱)، اصل شخصی بودن مسؤلیت جزایی (ماده ۲۶ ق. ۱)، اصل قانونیت جرایم و مجازات ها (ماده ۲۷ ق. ۱)، اصل منع تعذیب (ماده ۲۹)، اصل داشتن وکیل مدافع و تفهیم اتهام منسوبه (ماده ۳۱ ق. ۱)، اصل دریافت جبران خسارت (ماده ۵۱ ق. ۱)، اصل بی خبری از قانون عذر پنداشته نمی شود (ماده ۵۶ ق. ۱). لذا، اکثر حق های اساسی که در فصل حقوق و جایب اساسی اتباع پیش بینی شده اند در عین حال اصول کلی حقوق نیز اند.

بنابراین، این حق ها هم در چهارچوب و قالب قواعد حقوقی و هم در قالب اصول کلی حقوق که هر دو منابع مستقل مهم حقوق اند برای اتباع افغانستان به رسمیت شناخته شده اند. فصل دوم ق. ۱ مواد ۲۲ الی ۵۹ در برگیرنده احکام معین در باره حقوق و جایب اساسی شهروندان است. در این فصل، نویسندگان ق. ۱ میان حق و وجیبه تفکیک قابل نشده اند و همه احکام را در ذیل مواد ۲۲ تا ۵۹ چیده اند که محل ایراد به نظر می رسد. بسیاری از حقوقدانان حق های اساسی اتباع را با تأثیر پذیری از تقسیم حقوق بشری و تأثیر پذیری از تقسیم حق های اساسی در نظام حقوقی ایالات متحده امریکا تقسیم بندی کرده اند.

بنابراین، برخی حقوق های اساسی اتباع را در ذیل نسل اول، دوم و سوم حقوق بشر مورد مطالعه قرار داده و برخی دیگر حق های اساسی اتباع را در ذیل حق های مدنی، سیاسی، اجتماعی - فرهنگی و اقتصادی مورد بحث قرار داده است. این روش محل ایراد به نظر می رسد زیرا، این تقسیم بندها مربوط به حقوق بشر است، زیرا در میثاق بین المللی حقوق مدنی، سیاسی و میثاق بین المللی حقوق حقوق اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی حقوق بشر در ذیل این حقوق تقسیم بندی شده است.

فصل چهارم: نقل و زوال حق

حق پدیده مطلق نیست و ایجاد می شود، انتقال می نماید و از بین می رود. در این فصل، نقل و انتقال حق (مبحث اول) و زوال حق (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) نقل حق

نقل حق عبارت است از انتقال حق از یک شخص به شخص دیگر. نقل حق در اثر اسباب انتقال حق صورت می گیرد. برخی اسباب انتقال حق از باب تمثیل قرار ذیل اند:

(۱) عقد: در اثر عقد بسیاری از حق ها از یک شخص به شخص دیگر منتقل می شود مانند حق ملکیت در مبیع که از بایع به مشتری به سبب عقد بیع منتقل می گردد؛ حق منفعت که در اثر عقد اجاره از اجاره دهنده به اجاره گیرنده منتقل می شود. همچنین، در اثر حواله، حق از حواله دهنده به حواله گیرنده منتقل می شود.

(۲) وفات: در اثر وفات حق مالکیت بر مال از مؤثر به ورثه منتقل می شود.

(۳) ایقاع: در اثر برخی ایقاع ها حق از یک شخص به شخص دیگر منتقل می شود مانند وصیت که در اثر آن حق از موصی به موصی له و از واقف به موقوف له منتقل می شود. در این خصوص داکتر وهبة الزحیلی می نویسد که: انتقال حق به سبب اسباب انتقال حق جواز دارد خواه حق مالی باشد، مانند حق ملکیت در مبیع که از بایع به مشتری به سبب عقد بیع منتقل می گردد؛ و حق دین که از ذمه دائن به سبب وفات به ترکه وی منتقل می شود یا حق غیرمالی باشد، مانند: حق ولایت بر صغیر که از پدر به پدر کلان به سبب فوت پدر منتقل می گردد؛ و حق حضانت که از مادر به مادرکلان در صورتی که مادر به مردی که

از زمره محارم صغیر نباشد ازدواج نماید انتقال نماید. اسباب انتقال حق فراوان است: که می توان به عنوان مثال از عقد، ایقاع، وفات، حواله و غیره نام برد.^{۵۷۰}

آنچه گفته شد، مربوط به نقل حق در ساحة حقوق خصوصی است. پرسشی که مطرح می گردد این است که آیا حق های اساسی و بشری نیز به دیگران قابل نقل است یا خیر؟ پاسخ این پرسش منفی به نظر می رسد، زیرا حق های اساسی و بشری برخلاف حق های خصوصی به تک تک انسان ها اعطا می گردد و ضرورتی وجود ندارد تا حق از یکی به دیگری منتقل شود. بنابراین، به نظر می رسد حق های اساسی و بشری قابل نقل از شخصی به شخص دیگر نیست.

مبحث دوم) زوال حق

حق پدیده ای حادث است. همانطور که ایجاد و انتقال حق اسباب و منابع دارد، زوال حق هم اسباب و منابع دارد. بنابراین، در اثر اسباب زوال حق، حق از بین می رود. حق در اثر تحقق سببی از اسباب زوال حق که در شریعت و قانون پیش بینی شده است منتهی می گردد که بر حسب نوع حق فرق می نماید. بنابراین، حق فراهم نمودن نفقه برای پسر در اثر از دست دادن قدرت کسب و کار پدر، حق ملکیت در اثر فروش ملکیت و انتقال آن از بایع به مشتری، حق انتفاع در اثر فسخ عقد اجاره و یا انتهای مدت اجاره و یا فسخ عقد اجاره در اثر بروز اعداری مانند: انهدام بناء، حق دین در اثر پرداخت، مجرائی و ابراء و غیره منتهی می گردد.^{۵۷۱}

آنچه گفته شد، در مورد زوال حق در ساحة حقوق خصوصی است، بنابراین پرسش این است که آیا در ساحة حقوق عامه و حقوق بین الملل نیز حق قابل زوال است یا خیر؟ پاسخ این پرسش مثبت به نظر می رسد، زیرا همانطور که حق در ساحة حقوق خصوصی قابل زوال است، در ساحة حقوق عامه و حقوق بین الملل نیز قابل زوال است.

در ساحة حقوق عامه، چنانچه گفته شد، اکثر حق های اساسی توسط قوه مؤسس از طریق قانون اساسی به اتباع اعطا گردیده است. بنابراین، این حق ها با الغا و تعلیق قانون اساسی قابل زوال است. در حقوق بین الملل نیز همین طور است. به حیث مثال، اگر دولت ها روزی بخواهند، می توانند با ابطال معاهدات بین المللی حق های که به اشخاص حقیقی و حکمی اعطا کرده اند، از بین ببرند.

باوجوداین، زوال حق در ساحة حقوق عامه و حقوق بین الملل به آسانی امکان پذیر به نظر نمی رسد، زیرا این حق ها را دولت ها و فرمان روایان در اثر مبارزات و انقلاب های مردم، مبارزه دانشمندان و ... به انسان اعطا نموده اند. بنابراین، در عمل سلب حق های بشری و اساسی از بشر مشکل به نظر می رسد.

۵۷۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۷۴.

۵۷۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۲۸۷۴.

بخش پنجم
نهاد های حقوقی

فصل اول: لویه جرگه

هرگاه حاکمیت از آن ملت باشد، ملت می تواند با ایجاد قوه مؤسس به تدوین قانون اساسی مبادرت ورزد. با تدوین قانون اساسی قوای تأسیسی (قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه) ایجاد می شود. همچنین، قوه هایی که صلاحیت تعدیل و تفسیر قانون اساسی را دارند، ناشی از قوه مؤسس است. این قوا که مصادیق آن برحسب نظام های حقوقی امکان دارد متفاوت باشد، به نام قوه مؤسس فرعی و جانشین قوه مؤسس نامیده می شوند.^{۵۷۲}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که لویه جرگه برآمده از مردم، قانون اساسی برآمده از لویه جرگه، قوای تأسیسی و حقوق و وجایب اساسی اتباع برآمده از قانون اساسی است. لذا، لویه جرگه نقش مهمی را در تصویب قانون اساسی و ایجاد نظام حقوقی ایفا می نماید. به نظر می رسد با توجه به اهمیت لویه جرگه نویسندگان ق. ا منسوخ در فصل ششم مواد ۱۱۰ تا ۱۱۵ احکام مربوط به لویه جرگه را به صورت مستقل تنظیم نموده اند. در این فصل تعریف و ترکیب لویه جرگه (مبحث اول) و انتخاب رئیس و هیأت اداری و نصاب لویه جرگه (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف و ترکیب

لویه جرگه مرکب از دو کلمه پشتو و به قول برخی نویسندگان ترکی است. لویه به معنی بزرگ است. در مورد کلمه «جرگه» برخی نویسندگان بر این نظر اند که: این کلمه در اصل، منشأ ترکی دارد و به مفهوم صف، حلقه، دسته، گروه، گرد آمدن عده ای از مردم و محاصره شکار توسط سپاهیان و شکارچیان

۵۷۲. جهت مطالعه مفصل در مورد قوه مؤسس اصلی، فرعی و قوه جانشین مؤسس ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). انواع قانون و فرایند قانونگذار در نظام حقوقی افغانستان، فصل دوم، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

است.^{۵۷۳} اکثریت نویسندگان در افغانستان بر این نظر اند که: لویه جرگه یک پدیده خاص افغانی است و مثال آن در کشور های دیگر دیده نشده است.^{۵۷۴} درست است که لویه جرگه ها را افغان ها از نظام های دیگر نقل و انتقال نداده اند، اما این فرضیه که مثال لویه جرگه در سایر ممالک وجود ندارد، محل ایراد است، زیرا تاریخ لویه جرگه ها و حقوق اساسی ثابت می نماید که لویه جرگه در افغانستان مقام صلاحیت دار تصویب و تعدیل قانون اساسی است.

بنابراین، لویه جرگه قوه ای مؤسس اصلی و فرعی است. ماده ۱۱۰ ق. ا منسوخ در تعریف لویه جرگه می گفت: «لویه جرگه عالی ترین مظهر اراده مردم افغانستان می باشد. لویه جرگه متشکل است از: ۱- اعضای شورای ملی؛ ۲- رؤسای شوراها و ولایات و ولسوالی ها. وزراء، رییس و اعضای ستره محکمه و لوی خانونال می توانند در جلسات لویه جرگه بدون حق رأی شرکت ورزند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که لویه جرگه عالی ترین مظهر اراده مردم افغانستان می باشد. مظهر اسم مکان از ریشه «ظهر» گرفته شده است که در لغت به معنی محل ظهور است. دوم این که در گذشته ها در تعیین اعضای لویه جرگه هیچ نوع ضابطه و معیاری رعایت نمی شد و غالباً افرادی از سران قبایل و متنفذین و اعضای دولت به عضویت لویه جرگه ها انتخاب می شدند و این وضعیت به طور طبیعی لویه جرگه را در سطح بسیار پایین تنزل می داد و زمینه سوء استفاده از آن را برای سلاطین فراهم می نمود.^{۵۷۵}

جهت رفع این نقایص و منصوصه کردن احکام مربوط به لویه جرگه، از سال ۱۳۴۳ به این طرف، در همه قوانین اساسی افغانستان احکام معین برای لویه جرگه پیش بینی شده است، مانند: فصل پنجم، مواد ۷۸-۸۴ در قانون اساسی ۱۳۴۳، فصل ششم مواد ۶۵-۷۴ در قانون اساسی ۱۳۵۵، فصل سوم در اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان و فصل چهارم قانون اساسی ۱۳۶۶. بنابراین، لویه جرگه از حالت سنتی برآمده است.

این نظر را مشوره حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نیز تأیید می نماید، زیرا این کمیسیون در مشوره حقوقی شماره ۳۱ مؤرخ ۲۲/۸/۱۳۹۰ در مورد لویه جرگه چنین ابراز نظر نموده است: «[...] در قانون اساسی لویه جرگه به رسمیت شناخته شده است و طبعاً طرز تشکیل و صلاحیت آن نیز مشخص شده است. در واقع، با تعریف لویه جرگه و طرز تشکیل آن در ماده ۱۱۰ و تعیین صلاحیت

۵۷۳. جهت مطالعه بیشتر در مورد معنی لغوی جرگه نک: دین محمد جاوید و اسدالله ولوالجی (۱۳۸۱). لویه جرگه اضطراری،

جلد (۱)، کابل: کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، صص ۷-۹.

۵۷۴. همان، دین محمد جاوید و اسدالله ولوالجی، ص ۱.

۵۷۵. همان، دین محمد جاوید و اسدالله ولوالجی، صص ۶۶ و ۶۷.

های آن در ماده ۱۱۱ قانون اساسی، لویه جرگه از حالت عنعنوی برآمده و به یک نهاد منتخب تبدیل شده است که اصل قانونی بودن نظام نیز چنین اقتضاء دارد [...]». ^{۵۷۶}

در قانون اساسی ۱۳۸۲ نیز مانند اکثر قوانین اساسی افغانستان، ضابطه ای دموکراتیک برای عضویت در لویه جرگه، پیش بینی شده بود. مطابق ماده ۱۱۰ قانون اساسی منسوخ افغانستان لویه جرگه متشکل از اعضای شورای ملی و رؤسای شوراهای ولایات و ولسوالی‌ها می باشد. وزراء، رئیس و اعضای ستره محکمه و لوی څارنوال می توانند بدون حق رأی در جلسات لویه جرگه اشتراک ورزند. بنابراین، فقط نمایندگان و سناتور های شورای ملی و رؤسای شوراهای ولایتی و ولسوالی ها که به جز یک ثلث مشرانو جرگه همه انتخابی اند صلاحیت رأی دادن در لویه جرگه را دارند. بنابراین، ترکیب لویه جرگه مطابق ق. ۱ قرار ذیل بود:

۱- ۲۴۹ تن از اعضای ولسی جرگه؛

۲- ۱۰۲ از اعضای مشرانو جرگه؛

۳- ۳۴ تن از اعضای شورای ولایتی؛ و

۴- اعضای شورای ولسوالی.

این امر، اقدامی جالبی دیگری در جهت دموکراتیک و حقانی کردن لویه جرگه و رفع نقایص آن بود. با توجه به این که از زمان انفاذ قانون اساسی تا ختم دوره جمهوری در سال ۱۴۰۰ انتخابات شوری های ولسوالی ها دایر نشد، لویه جرگه مخالف ماده ۱۱۰ ق. ۱ دایر شد و به همین جهت اسم آن را لویه جرگه مشورتی گذاشتند مانند لویه جرگه مشورتی در خصوص صلح با طالبان در زمان داکتر محمد اشرف غنی دو بار.

مبحث دوم) حالات تدویر، انتخاب رئیس و هیأت اداری، نصاب و مباحثات

طبق ماده ۱۱۱ ق. ۱ منسوخ: «لویه جرگه در حالات ذیل دایر می گردد: ۱- اتخاذ تصمیم در مورد مسایل مربوطه به استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی و مصالح علیای کشور؛ ۲- تعدیل احکام این قانون اساسی؛ ۳- محاکمه رییس جمهور مطابق به حکم مندرج ماده شصت و نهم این قانون اساسی.» طبق نص این ماده لویه جرگه در حالات ذیل دایر می گردد:

۱- اتخاذ تصمیم در مورد مسایل مربوطه به استقلال، حاکمیت ملی، تمامیت ارضی و مصالح علیای کشور که تعریف هر یک قبلاً گذشت.

۲- تعدیل قانون اساسی. ^{۵۷۷}

۵۷۶. کمیسیون مستقل نظارت بر قانون اساسی، مصوبه شماره ۳۱ (۸/ ۱۳۹۰)، نظریه حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد لویه جرگه، نقل از: کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، سالنامه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱/ ۴/ ۱۳۹۰-۲۹-۱۳۹۰)، صص ۲۳ و ۲۴.

۳- محاکمه رئیس جمهور. در دو مورد اول لویه جرگه توسط خود رئیس جمهور دایر می شد. اما، در مورد اخیر، لویه جرگه توسط ولسی جرگه دایر می شد. علت این امر متهم بودن خود رئیس جمهور و منفصل شدن او از وظیفه توسط لویه جرگه بود.

در خصوص انتخاب رئیس و هیأت اداری ماده ۱۱۲ ق. ا منسوخ حکم می نمود: «لویه جرگه در اولین جلسه، از میان اعضا یک نفر را به حیث رییس و یک نفر را به حیث معاون و دو نفر را به حیث منشی و نایب منشی انتخاب می کند.» مطابق حکم ماده ۱۱۳ ق. ا منسوخ: «نصاب لویه جرگه هنگام رأی دهی، با حضور اکثریت اعضا تکمیل می گردد. تصامیم لویه جرگه، جز در مواردی که در این قانون اساسی صریحاً ذکر گردیده، با اکثریت آرا کل اعضا اتخاذ می گردد.» مطابق ماده ۱۱۴ ق. ا منسوخ: «مباحثات لویه جرگه علنی می باشد، مگر اینکه یک ربع اعضا سری بودن آن را درخواست نمایند و لویه جرگه این درخواست را بپذیرد.» مطابق حکم ماده ۱۱۵ ق. ا منسوخ: «در هنگام دایر بودن لویه جرگه، احکام مندرج در مواد یکصد و یکم و یکصد و دوم این قانون اساسی، در مورد اعضای آن تطبیق می گردد.»

فصل دوم: دولت

از نظر تاریخی لویه جرگه مرجع تصویب قانون اساسی و نهاد تصویب شاه یا پادشاه بوده است. از لویه جرگه قانون اساسی و از قانون اساسی دولت ناشی می شود. دولت مرکب از نهاد های متعدد است مانند حکومت، شورای ملی، قوه قضائیه. اداره نیز از بطن حکومت بیرون می شود. برخی نهاد های دیگری نیز وجود دارد که به نحوی از انحا حقوقی تلقی می شوند مانند کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و نظیر آن. در این فصل دولت و در فصل بعدی سایر نهادهای های حقوقی را به صورت مختصر مورد مطالعه قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف دولت

واژه دولت عربی است که در لغت به معنی آنچه به گردش زمان و نوبت از یکی به دیگری برسد، گردش نیکی به سود کسی، دارایی، مال و ثروت است.^{۵۷۸} در برخی کتاب های حقوق اساسی که به زبان فارسی توسط استادان حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به رشته تحریر در آمده اند، دولت به مفهوم حکومت در نظام حقوق اساسی افغانستان استعمال شده است و این امر همواره موجب سردرگمی خوانندگان افغانستانی را فراهم ساخته است، زیرا برخی نویسندگان جمهوری اسلامی ایران دولت را در مفهوم حکومت و حکومت را در مفهوم هیأت وزیران (شورای وزیران در افغانستان) استعمال می نمایند. اما، در نظام حقوق اساسی افغانستان، دولت، حکومت، شورای وزیران و کابینه دارای مفهوم واضح و مشخص اند. طبق ق. ا دولت به مفهوم قوه مقننه، مجریه و قضائیه است.

بخش سوم: نهادی های حقوقی: دولت

قوة مجریه معادل حکومت است و شورای وزیران یکی از نهاد های تصمیم گیرنده و نظارت کننده بر نهاد های که در چهارچوب قوة مجریه فعالیت می نمایند در مرکز حکومت است. در انگلیسی به دولت «State»، به حکومت «Government» و به هیئت/ شورای وزیران «Council of ministers» می گویند. اساسی دانان، تقریباً اتفاق نظر دارند که در اصطلاح حقوق اساسی، دولت عبارت از جامعه ای متشکل از یک سرزمین و جمعیتی پیرو یک قدرت سیاسی (حاکمیت) است.

به عبارت ساده تر: دولت به گروهی از افراد اطلاق می شود که در سرزمین معین سکونت داشته و تابع یک قدرت سیاسی عالی می باشند. براساس این تعریف، دولت دارای سه رکن است: جمعیت، سرزمین و قدرت سیاسی.^{۵۷۹} به نظر می رسد، این تعریف را اساسی دانان از تعریف دولت در حقوق بین الملل اقتباس کرده اند. زیرا، در حقوق بین الملل، دولت را گروهی از افراد که در سرزمین معین زندگی می نمایند و دارای حاکمیت اند، تعریف می نمایند.

این تعریف، در حقوق بین الملل درست به نظر می رسد، زیرا نگاه متخصصین حقوق بین الملل به دولت نگاهی از بالا با پایین است؛ به این توضیح که حقوقدانان بین الملل دولت را شخصیت حکمی بین الملل می دانند که در سرزمینی که دارای جمعیت است، ایجاد شده است. لذا، می گویند دولت دارای سه رکن است: سرزمین، جمعیت و دولت.

اما، در حقوق عامه به خصوص حقوق اساسی این تعریف محل ایراد به نظر می رسد، زیرا، در حقوق عامه نگاه به دولت نگاهی از پایین به بالا است؛ به این توضیح که: دولت را مردمی ایجاد می نمایند که در سرزمینی زندگی می نمایند؛ به این گونه که: مردم برای تمثیل اراده آنها در سطح بین الملل، دفاع از آنها در برابر تجاوز بیگانگان، وضع قانون، ارائه خدمات، تأمین عدالت، امنیت، بهداشت، نظم عمومی و امثال اینها، از طریق قوة مؤسس و تصویب قانون اساسی دولت را تشکیل می دهند.

لذا، دولت برآمده از قانون اساسی و قانون اساسی از قوة مؤسس و قوة مؤسس از مردم است. برای این که قدرت، قدرت را مهار نماید و فساد نیاورد، براساس اصل تفکیک قوا، دولت را به چند رکن که هر رکن یک قوة تأسیسی نامیده می شود، تقسیم می نمایند و به هر رکن وظایف و تشکیلات خاص را معین می نمایند. به حیث مثال، قانونگذاری را بر عهده قوة مقننه، صدور حکم بر مبنای قوانین را بر عهده قوة قضائیه و اجرای فیصله های قوة قضائیه و سایر امور اجرایی را به عهده قوة مجریه می گذارند. مجموع این سه قوه ارکان دولت را تشکیل می دهد. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که قوة مقننه، مجریه و قضائیه ارکان دولت اند. اما، مردم و سرزمین، برخلاف نظریه حقوقدانان بین الملل، شرط ایجاد دولت اند نه رکن

۵۷۹. به حیث مثال، نک: بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۱۳۷؛ و منوچهر طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۰). حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۲۳.

آن. بنابراین، اگر سرزمین و مردم وجود نداشته باشد، دولتی به وجود نخواهد آمد. دانستن این نظر، مستلزم دانستن رکن و شرط در اصول فقه است.

تعریف رکن در مبحث ارکان حق گذشت. شرط در لغت به معنی مقدمه و علامت و التزام به چیزی است و در اصطلاح تعاریف متعددی برای آن ارایه شده است: چنانچه در اصول شرط به هر آن چیزی که وجودی متوقف بر آن باشد، به نحوی که با وجود آن موجود باشد و با عدم وجود آن موجود نباشد، شرط گویند. پس، شرط امری است که اگر نباشد مشروط به وجود نمی آید.^{۵۸۰}

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که شرط اجزای خارجی یک پدیده و رکن اجزای داخلی آن است. به این ترتیب، سرزمین و جمعیت شروط ایجاد دولت و قوه مقننه، مجریه و قضائیه ارکان دولت اند. این نظر را، مشروح مذاکرات ق. انیز تأیید می نماید. در ق. ۱ منسوخ دولت مفهوم ویژه ای دارد. از تجمیع و تفسیر منطقی فصل اول، مواد ۱، ۲، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۰، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۱۶ و ۱۷ ق. ۱ منسوخ که اشاره بر تکالیف دولت دارد، فصل دوم ماده ۶۰ که تصریح می نمود که: «رئیس جمهور در رأس دولت جمهوری اسلامی افغانستان قرار داشته، صلاحیت های خود را در عرصه های اجرائیه، تقنینیه و قضائیه مطابق به احکام این قانون اساسی، اعمال می کند [...]». فصل پنجم، شورای ملی، فصل هفتم به خصوص ماده ۱۱۶ که تصریح می نمود: «قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می باشد [...]». به خوبی نتیجه گرفته می شود که دولت بر قوای عمومی افغانستان اطلاق می شود که شامل قوه مقننه، مجریه و قضائیه می شود. پس دولت در افغانستان متشکل از سه قوه بود: قوه مجریه، مقننه و قضائیه که هر کدام یک رکن دولت را تشکیل می دهد. در حال حاضر در افغانستان قوه مقننه وجود ندارد.

این نظر را مشروح مذاکرات قانون اساسی نیز تأیید می نماید. نویسندگان قانون اساسی نوین افغانستان در پاسخ به پرسشی که چرا نخستین فصل قانون اساسی افغانستان دولت است؟ بر این نظر بوده اند که: «[...] دولت متشکل از نهادها یا ارگان و اداراتی است که عمدتاً سه قوای مقننه، اجرائیه و قضائیه در داخل چوکات یک دولت فعالیت می کنند. از این لحاظ، در اصطلاح حقوقی دولت متشکل از سه قوه و حکومت یکی از اجزای آن است. ولی، در هر جایی که از دولت یا مکلفیت های آن بحث می شود، مقصود از شخصیت حقوقی دولت است که وظایف یا مکلفیت های مشخص را در هر یک از اندام ها یا

۵۸۰. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، صص ۲۹۳۰ و ۳۰۷۶؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰). كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۰۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، صص ۳۰ و ۳۰۱؛ و علي محي الدين القره داغي (۱۴۰۳ ق). المقدمة في المال، والاقتصاد والملكية والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۲۱۵-۲۱۹.

بخش سوم: نهادهای های حقوقی: دولت

قوا سپرده شده و باید طبق دستور قانون انجام دهد.^{۵۸۱} در ق. ۱۳۸۲۱ منسوخ با الگوبرداری از جمهوری اسلامی ایران، نظام جمهوری اسلامی برگزیده شد. طالبان در دوره اول امارت اسلامی تشکیل دادند. با روی کار آمدن طالبان در سال ۱۴۰۰، طالبان در دوره دوم نیز امارت اسلامی تشکیل دادند.

مبحث دوم) حکومت

حکومت در لغت به معنی فرمان دادن، امر کردن، فرمان روایی کردن، سلطنت کردن، پادشاهی کردن، داوری کردن، قضاوت کردن، فرمانروایی، سلطنت، پادشاهی، داوری و قضاوت است.^{۵۸۲} طبق ماده ۷۱ ق. ا منسوخ: «حکومت متشکل است از وزرا که تحت ریاست رئیس جمهور اجرای وظیفه می نماید. تعداد وزرا و وظایف شان توسط قانون تنظیم می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که طبق این تعریف حکومت صرف شامل رئیس جمهور و وزراء بود که وظایف شان در قانون پیش بینی می شد. ریاست رئیس جمهور بر وزراء به اعتبار شأن اداری رئیس جمهور بود. به حیث مثال، رئیس جمهور و وزراء در نظام حقوقی افغانستان حکومت را تشکیل می دادند.

دوم این که تعداد وزرا و وظایف شان توسط قانون تنظیم می گردید. قانونی که عمدتاً وظایف وزراء را تنظیم می نمود قانون تشکیلات اساسی بود. همچنین، برخی قوانین و مقرراتی دیگری وظایف و صلاحیت های وزارت خانه را تنظیم می نمود.

از جمله ۵۳ اداره دولتی، اکثر این ادارات قانون یا مقرره تشکیل و وظایف دارند که تشکیلات و وظایف آنها را تنظیم می نماید. تعریف ماده ۷۱ ق. ا خیلی محدود به نظر می رسد و صرف شامل رئیس جمهور و وزرا می شد. بنابراین، به نظر می رسد این تعریف از حکومت ناقص است، زیرا حکومت در عمل مرکب بود از: نهاد ریاست جمهوری، شورای وزیران، وزارت ها، کمیسیون های مستقل، ادارات مستقل و ادارات محلی مانند: ولایت و ولسوالی. به نظر می رسد هدف قانونگذار اساسی در ماده ۷۱ ق. ا تعریف حکومت و ارجاع وظایف وزراء و وزارت ها به قوانین مربوطه است.

اما، در دوره اول و دوم امارت اسلامی افغانستان، حکومت شامل رئیس الوزراء و وزراء، کمیسیون های مستقل و ادارات مستقل می شد و می شود. در رأس حکومت رئیس الوزراء قرار داشت و دارد.

مبحث سوم) اداره

۵۸۱. _____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، ص ۵۶۸.

۵۸۲. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۴۰۰.

اداره کلمه عربی است و در لغت به معنی دور دادن، گرداندن، چرخاندن، به گردش در آوردن، روبراه کردن، گرداندن کار، کار گردانی کردن است.^{۵۸۳} در اصطلاح حقوقی استادان حقوق از دو لحاظ اداره را تعریف نموده اند:

(۱) از لحاظ شکلی: از لحاظ شکلی اداره شامل تمام واحد های اداری قوه مجریه مانند وزارت خانه ها، کمیسیون ها، ادارات مستقل مانند اداره ملی محیط زیست، اداره احصائیه مرکزی و امثال اینها، ادارات محلی مانند: ولایت و ولسوالی می شود. همچنین، ادارات غیر قضایی و تقنینی که در چهارچوب قوه قضائیه و مقننه وجود دارند شامل اداره از نظر شکلی می شوند، مانند: اداره عمومی قوه قضائیه، دارالانشا های ولسی و مشرانو جرگه.

به مجموعه این ادارات (در عمل) ادارات خدمات ملکی می گویند. باوجوداین، پولیس، امنیت ملی و اردوی ملی شامل اداره خدمات ملکی نمی شود. در علم اداره عامه، به این ادارات، ادارات عامه می گویند. لذا، ادارات خدمات ملکی و یا اداره عامه شامل ادارات ملکی در قوه مجریه، اداراتی که در چهارچوب قوه مقننه و مجریه کار های اداری، مالی و لوژستیکی را انجام می دهند ادارات خدمات ملکی شامل ادارات خدمات ملکی می شوند و در حقوق اداری مورد مطالعه قرار می گیرند. به افرادی که در این ادارات کار می نمایند، مأمورین و یا کارکنان خدمات ملکی می گویند.

(۲) از لحاظ ماهوی: مجموعه اعمال و فعالیت هایی است که توسط دولت و یا زیر نظر دولت برای تأمین نیازهای همگانی (خدمات عامه) و تأمین امنیت، بهداشت و آسایش همگان (نظم عامه) انجام می شود و تحت رژیم حقوق عامه قرار دارد.^{۵۸۴} تعریف اداره از لحاظ ماهوی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا مجموعه اعمال و فعالیت های اداری را اعمال اداری می گویند، نه اداره. ادارات در قوه مجریه دارای سه شکل است: متمرکز، غیرمتمرکز و عدم تراکم.

اول) نظام اداری متمرکز: نظام اداری متمرکز اداری عبارت از نظامی است که امور توسط کابینه و شورای وزیران اداره می شود و این کابینه و شورا در مرکز مستقر است. برای تحقق نظام اداری متمرکز تحقق دو شرط ضروری است: نخست اختیار تصمیم گیری در مرکز و دوم اختیار اجرایی در مرکز. نظام اداری متمرکز موجب ایجاد آثار آتی می گردد: نخست شخصیت حکمی واحد حکومت، دوم سلسله مراتب اداری و سوم کنترل سلسله مراتبی. نظام اداری متمرکز دارای محاسن و معایب است.

۵۸۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۲.

۵۸۴. طارق عزیز (۲۰۱۱). حقوق اداری افغانستان، مترجم: مسعود مخلص، کابل: انتشارات انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ص ۱۹.

بخش سوم: نهادهای های حقوقی: دولت

نظام اداری متمرکز موجب تأمین وحدت ملی و تقسیم منابع به صورت عادلانه می گردد، اما معایب این نظام عدم مشارکت عموم مردم در تصمیم گیری ها، اطاعت محض زیردستان از مقامات مافوق، ایجاد بوروکراسی و موانع برای حسن اجرای امور اند.

دوم) نظام اداری غیر متمرکز: عدم تمرکز اداری نظامی است که در آن، صلاحیت های تصمیم گیری در باره امور به مقاماتی که کم و بیش مستقل از قوه مرکزی هستند سپرده می شود. نظام عدم تمرکز اداری به اقسام ذیل تقسیم می شود:

(۱) عدم تمرکز محلی: عدم تمرکز محلی عبارت از اعطای صلاحیت تصمیم گیری به یک محل مانند: ولایت، ولسوالی و قریه نسبت به برخی امور محلی است.

(۲) عدم تمرکز فنی: عدم تمرکز فنی عبارت است از واگذاری اختیار تصمیم گیری به یک اداره و یا گروهی از متخصصین برای اداره برخی امور فنی و تخصصی که بتوانند دور از جریانات سیاسی و اداری به کار پردازند و زیاد تابع مرکز نباشند و دارای هیأت منتخب از خود ارگان باشند و یا برای مدت طولانی توسط دولت مرکزی منصوب شوند.

محاسن نظام اداری غیرمتمرکز این است که این نظام از نظر روانی موافق با تمایلات بشری است، از نظر فنی و تخصصی باعث می شود تا کارها به گونه مسلکی و فنی انجام شود، از نظر حس همکاری افراد تقویت شود و، وظایف مرکز سبک شود و موجب ابتکار توسط کارمندان شود، اما معایب این نظام این است که این نظام امکان دارد باعث ایجاد تشتت گردد و مصالح عمومی متحقق نشود و اغراض شخصی بر منافع عمومی غلبه نماید و برنامه های عمومی دچار وقفه شود.

سوم) نظام اداری غیرمتراکم: با توجه به معایب نظام اداری متمرکز و غیرمتمرکز، نوع سوم نظام اداری که گرفته شده از هر دو است، نظام اداری غیرمتراکم است. نظام اداری غیر متراکم نوع تمرکز اداری است که در آن برخی از اختیارات تصمیم گیری در ولایات و ولسوالی ها به نماینده اداره مرکزی داده می شود. هدف نظام اداری غیرمتراکم حذف تشریفات زاید، رفع تراکم کارها در مرکز، تأمین حسن اداره امور و سرعت عمل در کارها است.

محاسن این نظام این است که باعث افزایش اختیارات مأموران دولت در ولایات و ولسوالی ها و کاهش اختیارات قوه مرکزی می گردد و از بوروکراسی (دیوان سالاری) و کندی امور جلوگیری می نماید و موجب اخذ و اجرای تصمیم در سطح ولایات و ولسوالی در حدود صلاحیت توسط مأموران می شود. اما، معایب این نظام این است که امکان دارد این گونه نظام موجب تعدی و تجاوز حکام محلی در صورت

ضعیف بودن دولت مرکزی و فلج شدن نظم و انضباط در محلات گردد و در نتیجه سیاست ها و برنامه های واحد دولت در سراسر کشور تطبیق نگردد.^{۵۸۵}

چهارم) شکل نظام اداری افغانستان: شکل نظام اداری را ماده ۱۳۷ ق. ا منسوخ معین نمود. این ماده تصریح می نمود: «حکومت با حفظ اصل مرکزیت به منظور تسریع و بهبود امور اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سهم گیری هرچه بیشتر مردم در انکشاف حیات ملی، صلاحیت های لازم را مطابق به احکام قانون، به اداره محلی تفویض می نماید...». پرسش این است که طبق این ماده قانونگذاری اساسی نظام اداری متمرکز، غیر متمرکز و یا غیر متمرکز را پذیرفته است؟

در پاسخ به این پرسش در میان حقوقدانان دیدگاه های مختلف وجود دارد: آقای عزیزی بر این نظر است که: «دولت مرکزی مطابق به حکم ماده ۱۳۷ قانون اساسی بعضی از مقامات را به حیث نماینده در واحد های اداره محلی با حفظ اصل مرکزیت دولت افغانستان مؤظف می کنند. به همین دلیل، این سیستم بیشتر نزدیک به عدم تراکم اداری بوده، نه عدم تمرکز اداری...».^{۵۸۶}

استاد نیاز در این خصوص بر این نظر است که: «دولت جمهوری اسلامی افغانستان دولت بسیط به شمار می رود که عمدتاً به صورت متمرکز اداره می شود. اما زمینه های عملی برای اجرای یک سیستمی که بیشتر به سبک عدم تراکم نزدیکی دارد، نیز پایه گذاری شده است. ولی شواهدی از عدم تمرکز به مشاهده نمی رسد. زیرا نقشی که برای شورا ها اعم از ولایتی و ولسوالی در ساختار سیاسی - اداری افغانستان تعیین شده، می رساند که این شورا ها از صلاحیت قانونی برای اعمال قدرت تقنینی و سیاسی برخوردار نیست؛ یعنی این نهاد ها هیچ گونه نقشی در راستای تمرکز زدایی در کشور بازی کرده نمی تواند. به عبارت بهتر: چهارچوب صلاحیت های شورا ها بیشتر در امور مشورتی یا معاونتی تمرکز یافته است نه تصمیم گیری. با آن هم، نقش غیر مستقیم شورا های ولایتی و ولسوالی در تقویت و برانگیختن حس مشارکت، جامعه پذیری، تمرین دموکراسی غیر قابل انکار است...».^{۵۸۷}

آقای دانش در این خصوص بر این نظر است که: «نظام اداری افغانستان نظام بسیط است نه مرکب و فدرال، اما در عین حال با حفظ اصل مرکزیت، ساختار اداری کشور بر مبنای تمرکز مطلق نیست، زیرا تمرکز مطلق در دنیای امروز غیر عملی است و امروز در همه کشور ها کوشش می شود که از تراکم و تمرکز

۵۸۵. جهت مطالعه مفصل در مورد سبک های نظام های اداری ر. ک: منوچهر طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۷). حقوق اداری، چاپ پانزدهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، صص ۷۱-۸۹؛ محمد امامی و کورش استوار سنگری (۱۳۸۷). حقوق اداری (۱)، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، جلد (۱)، صص ۵۴-۵۸؛ ولی الله انصاری (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، صص ۱۳۱-۱۶۵.

۵۸۶. طارق عزیزی (۲۰۱۱). حقوق اداری افغانستان، مترجم: مسعود مخلص، کابل: انتشارات انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ص ۴۵.

۵۸۷. عبدالحیوید نیاز (۱۳۹۳). مقدمه بر حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، ص ۵۰۶.

بخش سوم: نهادی های حقوقی: دولت

جلوگیری به عمل آید. در قانون اساسی ما نیز رویکردی به عدم تمرکز وجود دارد هرچند که هنوز هم حدود صلاحیت های ادارهٔ محلی و شورای های محلی با ابهامات مواجه است.^{۵۸۸} برخی دیگر از حقوقدانان منکر نظام اداری غیرمتمرکز در افغانستان اند. از آنچه گفته شد به نظر می رسد:

نخست این که: نظام اداری افغانستان از نظر شکل، نظام اداری متمرکز است. این اصل است. به نظر می رسد دلیل این امر ترکیب قومی و نگرانی از تجزیه شدن افغانستان است.

دوم این که: با توجه به نقایصی که نظام اداری متمرکز دارد، به طور استثنایی نظام اداری غیرمترکم نیز در ق. ا پذیرفته شده بود. زیرا، مادهٔ ۱۳۷ ق. ا منسوخ تصریح می نمود حکومت با حفظ مرکزیت صلاحیت های لازم را مطابق احکام قانون به اداره محلی واگذار می نماید. بنابراین، طبق نص مادهٔ ۱۳۷ ق. ا قانونگذاران عادی باید برخی صلاحیت های تصمیم گیری را به نهادهای محلی واگذار می نمود.

سوم این که: به نظر می رسد نظام اداری افغانستان غیرمتمرکز نیست. ولایات و ولسوالی ها از نهاد های عدم تمرکز محلی اند و تصامیمی را که در مرکز گرفته می شود اجرا می نمایند. شورای های ولایتی، شورای های ولسوالی، شورای قریه، مجالس شهرداری هرچند از برخی خصوصیات نهاد های غیرمتمرکز مانند محلی بودن، انتخابی بودن و نظیر اینها برخوردار اند، اما این شورا ها شخصیت حقوقی مستقل ندارند، در چهارچوب حکومت ایجاد می شوند و صلاحیت تصمیم گیری در امور محلی را ندارند.

بنابراین، با توجه به فقدان شرایط نهاد های عدم تمرکز اداری، به نظر نمی رسد که بتوان شورای ولایتی، شورای های ولسوالی، شورای قریه و مجالس شهرداری را از نهاد های عدم تمرکز اداری تلقی کرد. بنابراین، ایجاد شورای های ولایتی، ولسوالی، قریه و مجالس شهرداری که در مواد ۱۳۸-۱۴۱ ق. ا پیش بینی شده بودند با مادهٔ ۱۳۷ ق. ا که به عنوان اصل نظام اداری متمرکز و به عنوان استثناء نظام اداری غیرمترکم را پذیرفته است در تعارض به نظر می رسد.

مادهٔ ۱۳۶ ق. ا تصریح می نمود: «اداره جمهوری اسلامی افغانستان بر اساس واحدهای اداره مرکزی و ادارات محلی، طبق قانون تنظیم می گردد. اداره مرکزی به یک عده واحدهای اداری منقسم می گردد که در رأس هرکدام یک نفر وزیر قرار دارد. واحد اداره محلی، ولایت است. تعداد، ساحه، اجزا و تشکیلات ولایات و ادارات مربوط، بر اساس تعداد نفوس، وضع اجتماعی و اقتصادی و موقعیت جغرافیایی توسط قانون تنظیم می گردد.» براساس این ماده ادارهٔ جمهوری اسلامی به ادارهٔ مرکزی و محلی و مرکزی شامل وزارت ها و محلی شامل ولایت ها می شود. اما، در عمل ادارات از این تقسیم بندی وسیع تر است و آن را می توان اولاً به ادارات مرکزی و محلی و سپس ادارات مرکزی را به ادارات مرکز حکومت، ادارات مرکزی و ادارات مستقل تقسیم کرد:

اول) ادارات مرکزی: ادارات مرکزی به ادارات مرکز حکومت و ادارات مرکزی تقسیم می شود: ادارات مرکزی به ادارات مرکز حکومت، وزارت ها، ادارات مستقل، کمیسیون های مستقل و شرکت های دولتی تقسیم می شوند:

گفتار اول) ادارات مرکز حکومت

ادارات و مقام های مرکز حکومت قرار ذیل اند:

۱) **امیرالمؤمنین / صدراعظم / کابینه یا شورای وزیران:** در دور اول امارت اسلامی افغانستان دو مرکز قدرت وجود داشت. نخست قندهار و دوم کابل. امیرالمؤمنین در قندهار مقیم بود و از آنجا فرمان صادر می کرد و کابینه در کابل موقعیت داشت و بیشتر نقش اجرایی داشت. رئیس الوزراء کابینه را رهبری می کرد. معمولاً در اجندای کابینه مسایل مربوط به تأیید طرح قوانین، انتقال زمین، تصویب بودجه، تأسیس ادارات، تخصیص وجه مالی اضافی در جریان سال، تصویب پالیسی ها و ستراتیژی و سایر مسایل براساس هدایات رئیس الوزراء شامل می شد.

در حال حاضر نیز قدرت میان قندهار و کابل تقسیم است. امیرالمؤمنین در قندهار مقیم است و صلاحیت های سیاسی، مذهبی و نظامی را اعمال می نماید و رئیس الوزراء و کابینه در کابل موقعیت دارد. به دلیل نبود قانون اساسی تفکیک وظایف امیرالمؤمنین و رئیس الوزراء روشن نیست. آنچه روشن است این که امیرالمؤمنین عالی ترین مقام سیاسی، مذهبی و نظامی است و رئیس الوزراء نقش اجرایی دارد و فرد دوم مملکت تلقی می شود.

۲) **معاونین رئیس الوزراء:** در حال حاضر امیرالمؤمنین فاقد معاون است. رئیس الوزراء دارای سه معاون است. معمولاً معاونین رئیس الوزراء وظایفی را که رئیس الوزراء به آنها می سپارد انجام می دهند. این معاونین عبارت اند از معاون اداری، سیاسی و اقتصادی.

۳) **اداره امور:** تمام برنامه های اجرایی وزارت ها و ادارات مستقل و کمیسیون های مستقل از طریق این اداره با ریاست الوزراء هماهنگ و تنظیم می شود. همچنین، اداره امور سکرتریت کابینه یا شورای وزیران را به عهده دارد. تمام مکاتیب از طریق اداره امور به رئیس الوزراء فرستاده می شود. همچنین، اداره امور فعالیت های ادارات مختلف را هماهنگ می نماید. همچنین، اداره امور رئیس الوزراء را کمک می نماید تا صلاحیت ها و اختیارات خویش را اعمال نماید. اداره امور هم در دوره اول امارت اسلامی افغانستان وجود داشت. با روی کار آمدن امارت اسلامی در سال ۱۴۰۰ امارت اسلامی افغانستان اداره امور را ابقاء نمودند.

بخش سوم: نهادهای های حقوقی: دولت

۴) اداره تدارکات ملی: ادارات تدارکان ملی توسط رئیس جمهور ایجاد شد. رئیس این اداره توسط رئیس جمهور منصوب می شد. این ادارات پروژه ها و قراردادهای بزرگ تدارکاتی را تصویب می نمود. این اداره با روی کار آمدن امارت اسلامی در سال ۱۴۰۰ ابقاء شد و معاون اقتصادی رئیس الوزراء عهده سمت ریاست آن است.

گفتار دوم) وزرات ها

وزارت عبارت از واحد اداری مرکزی است که تحقق یک یا چند هدف از اهداف حکومت را بر عهده دارد و توسط امیرالمؤمنین ایجاد می شود و توسط وزیر اداره می شود. وزیر نیز شخصی بود که توسط امیرالمؤمنین توظیف می شود و در رأس وزارت قرار دارد. تعداد وزارت ها را نمی توان به صورت دقیق احصاء کرد زیرا در زمان جمهوریت رئیس جمهور و در حالت حاضر امیرالمؤمنین تصمیم گیرد که کدام وزارت ها وجود داشته باشد و کدام منحل یا مدغم گردد. برخی از وزارت ها در افغانستان وجود داشت که وزیر از پارلمان رأی اعتماد نمی گرفت مانند وزارت دولت در امور حوادث، وزارت دولت در امور پارلمانی، وزارت دولت در امور صلح که محل ایراد بود. تعداد وزارت ها همیشه در حال تغییر است.

۲- ادارات غیروزارتی: ادارات غیروزارتی در مرکز به کمیسیون ها، ادارات مستقل و شرکت های دولتی تقسیم می شود:

کمیسیون ها: کمیسیون ها عبارت از نهاد غیر وزارتی اند که به صورت صریح یا ضمنی ایجاد آنها در قانون اساسی یا اسناد مؤسس دولت جمهوری اسلامی افغانستان، مانند: توافقات بن پیش بینی شده بود. کمیسیون های مستقل توسط رئیس عمومی و بورد اداره می شد و مکلف به ارائه گزارش به رئیس جمهور و در حال حاضر به کابینه اند.

طبق قانون اساسی چهار کمیسیون مستقل وجود داشت: کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی و کمیسیون مستقل انتخابات. همچنین، کمیسیون رسیدگی به شکایات انتخاباتی جزء کمیسیون ها است اما ایجاد آن در ق. ا پیش بینی نشده بود. همچنین، کمیسیون انرژی اتومی در افغانستان وجود دارد. همچنین، کمیسیون حق دسترسی به اطلاعات از دیگر کمیسیون ها در افغانستان بود. با روی کار آمدن امارت اسلامی در سال ۱۴۰۰، امارت اسلامی کمیسیون مستقل انتخابات، کمیسیون مستقل رسیدگی به شکایات های انتخاباتی، کمیسیون مستقل حقوق بشر، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی را منحل کرد.

ریاست عمومی استخبارات: ریاست عمومی استخبارات یکی از ادارات مرکزی در کابل است. این ریاست وظیفه کشف جرایم، دستگیری متهمین، تحقیق جرم و تأمین امنیت را دارد. رئیس این ریاست توسط امیر المؤمنین منصوب می شود.

گفتار سوم) ادارات مستقل

ادارات مستقل توسط توسط امیرالمؤمنین ایجاد و فعالیت های خویش را در چهارچوب قوه اجرائیه براساس اسناد تقنینی مربوط اجراء می کنند. وظایف ادارات مستقل در اسناد مؤسس آنها پیش بینی می شود. ادارات مستقل توسط رئیس اداره می شوند و مکلف به ارایه گزارش به نهاد ریاست الوزراء و کابینه اند. شمار ادارات مستقل در نظام حقوق اداری افغانستان متعدد است که عبارت اند از: شهرداری کابل، اداره مستقل احصائیه مرکزی، اداره مستقل ارگان های محل، اداره ملی حفاظت از محیط زیست، جمعیت عالی سره میاشت، اداره عالی کنترل و تفتیش، اکادمی علوم، کمیته ملی المپیک، اداره جیودیزی و کارتوگرافی، اداره مستقل نورم و ستندرد، اداره هوانوردی، اداره ملی امتحانات و نظیر اینها.

گفتار چهارم) شرکت های دولتی

شرکت های دولتی (مانند شرکت هوایی آریانا، افغان تیلی کام، برشنا) عبارت از شرکت های اند که غرض ارایه خدمات خاص به صورت انتفاعی توسط قانون ایجاد می شوند.

گفتار پنجم) نهاد های محلی

ادارات محلی عبارت اند از:

۱) ولایت: ولایت یکی از واحد های اداره محلی است. در رأس واحد اداره محلی والی قرار دارد. والی نماینده با صلاحیت قوه اجرائیه است. وظایف و صلاحیت های والی در قانون ارگان های محلی پیش بینی شده است. در حال حاضر، ۳۴ ولایت در افغانستان وجود دارد. والی توسط امیرالمؤمنین منصوب می شود. همچنین، در هر ولایت یک قوماندانی امنیت وجود دارد. قومان امنیت ولایت توسط امیرالمؤمنین منصوب می شود. همچنین، در هر ولایت یک محکمه استیناف و (و در دوره جمهوری خارنوالی استیناف) وجود دارد. همچنین، در برخی ولایات مانند کابل، هرات و غیره شورای علمای ولایتی وجود دارد که اعضای آن توسط امیرالمؤمنین منصوب می شوند. همچنین، در ولایات، ریاست های ولایتی برخی وزارت ها وجود دارد مانند: ریاست عدلیه، ریاست صحت عامه، ریاست اطلاعات و

بخش سوم: نهادهای های حقوقی: دولت

فرهنگ، ریاست امنیت ملی و نظیر اینها که برنامه ای وزارت های مربوطه را به در ولایات انجام می دهند و تحت نظر والی ولایت مربوطه و وزارت مربوطه کار می نمایند. در هر ولایت یک شهرداری وجود دارد. شهردار توسط امیر المومنین توظیف می شود. همچنین، در ولایت مستوفیت ها وجود دارند که تحت نظر والی ولایت مربوطه و وزارت مالیه کار می نمایند مسؤول جمع آوری مالیات و سایر امور مالی ولایت مربوطه اند. دلیل این ریاست ها متمرکز بودن نظام اداری افغانستان است.

(۲) ولسوالی: هر ولایت جهت تأمین تسهیلات قضایی و اداری و تأمین اهداف ادارهٔ محلی براساس تناسب نفوس و ساحه به واحد های فرعی ولسوالی تقسیم می شوند. در رأس ولسوالی، ولسوال قرار دارد. وظایف و صلاحیت های ولسوال در قانون ارگان های محلی پیش بینی شده است. ولسوال توسط امیرالمؤمنین منصوب می شود. همچنین، در هر ولایت ولسوالی یک قوماندانی امنیت ولسوالی وجود دارد. قوماندانی ولسوالی توسط امیرالمؤمنین منصوب می شود. همچنین، در هر ولایت یک محکمهٔ ابتدائیه ولسوالی و (و در دورهٔ جمهوریت ثارنوالی ابتدائیه) وجود دارد. همچنین، در برخی ولسوالی ها، آمریت های ولایتی برخی وزارت ها وجود دارد مانند: آمریت عدلیه و نظیر اینها.

مبحث چهارم) شورای ملی

مادهٔ ۸۱ ق. ۱ منسوخ در تعریف شورای ملی می گفت: «شورای ملی جمهوری اسلامی افغانستان به حیث عالی ترین ارگان تقنینی مظهر اراده مردم آن است و از قاطبه ملت نمایندگی می کند.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که شورای ملی عالی ترین ارگان تقنینی است. در این ماده به یکی از وظایف ذاتی شورای ملی که قانونگذاری است تصریح شده است. باوجوداین، صلاحیت ها و وظایف شورای ملی محدود و منحصر به قانونگذاری نیست، بلکه وظایف و صلاحیت های دیگری نیز دارد که تفصیل آن خواهد آمد. دوم این که شورای ملی مظهر ارادهٔ مردم است. مظهر اسم مکان از ریشهٔ ظهر گرفته شده است که در لغت به معنی محل ظهور است. چون اعضای شورای ملی به جز اعضای انتصابی توسط رئیس جمهور نمایندگان مستقیم مردم اندو ارادهٔ آنها را تمثیل می نمایند، شورای ملی مظهر ارادهٔ مردم نامیده شده است که از قاطبه ملت نمایندگی می نماید. قاطبه در لغت بع معنی همه، همگان و عموم است.^{۵۸۹} سوم این که نمایندگی وظیفه دیگری ذاتی اعضای شورای ملی است که به نیابت از مردم انجام می شود. شورای ملی مرکب از ولسی و مشرانو جرگه بود. امارت اسلامی افغانستان در سال ۱۴۰۰ شورای ملی را منحل کرد. بنابراین، در حال حاضر شورای ملی در افغانستان وجود ندارد.

مبحث پنجم) قوهٔ قضائیه

نویسندگان ق. احکام مربوط به قوه قضائیه را در فصل هفتم، مواد ۱۱۶ تا ۱۳۵ تنظیم نموده بودند که حالا منسوخ شده اند. همچنین، در دوره جمهوریت، قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم تشکیلات و صلاحیت های قوه قضائیه را به صورت مفصل تنظیم می نمود که حالا منسوخ شده است. در دوره دوم امارت اسلامی سه قانون به صورت پراکنده و متشت احکام مربوط به تشکیلات و صلاحیت محاکم و اجراءات محاکم را تنظیم می نمایند. این قوانین عبارت اند از اصولنامه اداری محاکم عدلی، اصولنامه اجراءات اداری محاکم عدلی و لایحه محاکم. این سه قانون به صورت جزئی و تفصیلی تشکیلات و صلاحیت های قوه قضائیه را برخلاف قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم تنظیم نموده است. ویسایت ستره محکمه نیز بروز (جدید شده) نشده است. در نتیجه، تشریح تشکیلات و صلاحیت های قوه قضائیه امارت اسلامی مشکل است.

اما، ویسایت مربوط به اداره امور تشکیلات قوه قضائیه را تشریح نموده است. طبق این ویسایت تشکیلات قوه قضائیه مرکب از محاکم ذیل است:

۱) **ستره محکمه:** محکمه امارت اسلامی افغانستان از جمله ارگان های بسیار مهم و در اجراءات خود کاملاً مستقل می باشد که وظیفه تأمین عدالت، سپردن حق به حقدار و جلوگیری از ضایع شدن حقوق خلق الله و تطبیق شریعت مطهره را بر عهده دارد. در رأس ستره محکمه قاضی القضاة قرار دارد که توسط امیرالمؤمنین منصوب می گردد.

ستره محکمه تحت اثر خود چهار معاونیت (معاونیت قضائی مرکز، معاونیت قضائی زون جنوب غرب، معاونیت نظامی و معاونیت اداری)، دو ریاست عالی تمیز (ریاست عالی تمیز مرکز و ریاست عالی تمیز جنوب غرب) دارد.

ریاست عمومی دفتر مقام عالی، ریاست امور امنیتی و اجرائیوی ستره محکمه و ریاست تحریرات مقام عالی نیز تحت اثر مستقیم مقام عالی ستره محکمه فعالیت دارد.

معاونیت قضائی ستره محکمه: معاونیت قضائی ستره محکمه از جمله معاونیت اول و مهم ستره محکمه می باشد که وظایف عمده ذیل را بر عهده دارد:

۱- تائید نظریات تدقیقی و مطالعاتی ریاست عمومی تدقیق و مطالعات ستره محکمه و هدیایات لازم در این رابطه.

۲- نظارت از گزارشات ریاست عمومی تفتیش قضائی و هدیایات لازم به مراجع مربوطه.

۳- رسیدگی به پیشنهادات و موارد تخلفات قضائی راجع شده از ریاست عمومی دارالانشاء ستره محکمه، تنبیه و توصیه به مراجع مربوطه.

۴- ثبت و احکام عرایض واصله موضوعات مختلف که به معاونیت قضائی راجع می شود.

بخش سوم: نهادهای های حقوقی: دولت

- ۴- رسیدگی به مکاتب عنوانی مقام عالی ستره محکمه و معاونیت قضائی.
- ۵- عفو زندانیان مستحق و دادن تخفیف در مدت برخی زندانیان دیگر واجد شرایط.
- ۶- بررسی دقیق دوسیه‌های واصله به هدف قرار نظارتی و صادر کردن قرار نظارتی در رابطه به آن.
- ۷- انجام وظایف دیگر که از طرف مقام عالی ستره محکمه به معاونیت قضائی سپرده می‌شود.
- ریاست‌های تحت اثر معاونیت قضائی عبارت اند از ریاست عمومی دارالانشاء، ریاست عمومی تفتیش قضائی، ریاست عمومی تدقیق و مطالعات که تحت اثر آن دو ریاست دیگر (ریاست تدقیق قضائی، ریاست مطالعات قضائی و حقوقی) فعالیت دارد، ریاست دارالافتاء و ریاست تعلیمات قضائی.
- معاونیت نظامی ستره محکمه:** معاونیت نظامی ستره محکمه در سراسر کشور تحت اثر خود (۸) زون نظامی دارد که این (۸) زون در ولایات مختلف (۱۹) بخش دارد؛ همچنان در شش زون، شش دیوان منسوبین نظامی و در ریاست‌های عالی تمیز مرکز و تمیز جنوب غرب هفت دیوان منسوبین نظامی دارد.
- تمام قضایایی که مدعی علیه در آن نظامی باشد به محاکم نظامی راجع می‌شود. همچنین در وقت ضرورت به اساس هدایت مقام عالی رهبری امارت اسلامی افغانستان، مقام عالی ریاست الوزراء، مقام عالی ستره محکمه بعضی دوسیه‌های خاص هم بخاطر بررسی به محاکم نظامی راجع می‌شود.
- معاونیت اداری ستره محکمه:** معاونیت اداری ستره محکمه تحت اثر خود ریاست عمومی مالی و اداری، ریاست عمومی حقوق، ریاست عمومی امور کارکنان، ریاست پلان و پالیسی، ریاست ارتباط خارجه، عامه و مطبوعات و ریاست دعوت و ارشاد دارد که ریاست عمومی مالی و اداری زیر اثر خود (ریاست امور مالی و حسابی، ریاست امور اداری) دارد. همچنین، ریاست عمومی امور کارکنان ستره محکمه زیر اثر خود (ریاست استخدام و سوانح، ریاست ارزیابی اجراءات و ارتقای ظرفیت) دارد.
- وظایف مهم معاونیت اداری عبارت است از انسجام امور داخلی ریاست‌های محاکم، ثبت مکتوب‌های وارده، ثبت پیشنهادها، ثبت تصویب‌ها و احکام، برابر نمودن تفصیلات و احصائیه تقرر و عزل قضات، اعضاء و محررین محاکم، نظارت امور مالی، جمع‌آوری گزارشات فعالیت‌ها از تمام محاکم، تهیه نمودن گزارش مجموعی محاکم مربوطه، چاپ کتوب، مجله و جریده، رهبری ملاقات و هماهنگی با مؤسسات خارجی و ادارات دیگر می‌باشد.
- ریاست‌های عالی تمیز:** ریاست‌های عالی تمیز تحت اثر خود پنج دیوان (دیوان عمومی جزاء، دیوان منسوبین نظامی، دیوان امنیت عامه، دیوان مدنی و دیوان تجارتي) دارد.
- محاکم استیناف:** در سطح هر ولایت یک محکمه استیناف ایجاد وجود دارد. هر محکمه استیناف دارای یک رئیس و چندین دیوان است. افغانستان دارای ۳۴ ولایت و در مرکز هر ولایت یک محکمه استیناف وجود دارد.

محاکم ابتدائیه: در حوزه قضائی هر محکمه استیناف و هر ولایت، محاکم ابتدائیه محکمه ابتدائیه شهری. محکمه ابتدائیه تجارتي و محکمه ابتدائیه ولسوالی وجود دارد. به حیث مثال، در ولایت بدخشان در هر ولسوالی یک محکمه ولسوالی و در مرکز ولایت یعنی فیض آباد محکمه ابتدائیه شهری وجود دارد.

دعاوی در افغانستان در سه مرحله مورد رسیدگی قرار می گیرد:

مرحله محکمه ابتدائیه: در صورت که یک شخص یا یک طرف فکر می کند، حق اش ضایع می شود یا از سوی شخص یا طرف دیگر حق اش داده نمی شود، شخص اول میتواند برای بدست آوردن حق شان به محکمه ابتدائیه عارض شود، محکمه ابتدائیه طبق صورت دعوی تمام اسنادهای عارض را می بیند و در روشنای احکام شریعت و اصول محاکم امارت اسلامی افغانستان دوسیه را به پیش برده فیصله می نماید. مرحله محکمه مرافعه: اگر یک تن از طرفین دوسیه بالای فیصله محکمه ابتدائیه قناعت نداشته باشد و فکر می کند که فیصله نواقص شرعی دارد می تواند در مدت معین (مدت مرافعه طلبی محاکم مرافعه ملکی و نظامی بعد از ابلاغ فیصله محکمه ابتدائیه تا دو ماه می باشد) به محکمه مرافعه مراجعه کند و آنجا خواستار حق شان شود، محکمه مرافعه طبق عریضه فیصله محکمه ابتدائیه را چک میکند؛ اگر درست بود آن را تأیید میکند و اگر نواقص داشت آن را نقض میکند به محکمه ابتدائیه.

محکمه تمیز: در مرحله سوم اگر یک تن از طرفین دوسیه بعد از هدایت محکمه مرافعه بالای فیصله نهایی قناعت نداشته باشد میتواند در مدت معین (مدت قانونی تمیز طلبی پس از ابلاغ محکمه مرافعه الی شش ماه می باشد؛ البته این مدت متعلق به امر امیر می باشد) خواستار تمیز طلبی شود، در این صورت به ریاست عالی تمیز عارض می شود و دلایل که چرا بالای فیصله نهایی قناعت ندارد در عریضه ذکر می کند و عریضه را به ریاست عالی تمیز تسلیم می نماید، ریاست عالی تمیز دوسیه را به دیوان مربوطه راجع می کند، در صورت عدم ملاحظه شرعی و اداری فیصله نهایی را تأیید میکند و اگر باز هم کدام نواقص داشت آن را نقض میکند و دوباره به محکمه مربوطه هدایت میدهد که نواقص فیصله را تصحیح کند.

محاکم اجرای وثایق: محاکم امارت اسلامی افغانستان بخاطر اجرای وثایق و رفع نیازهای هموطنان در مرکز کابل تحت اثر محکمه مرافعه شش حوزه وثایق و در (۳۳) لایات دیگر در هر ولایت تحت اثر محکمه مرافعه آمریت وثایق و مخزن فعال کرده است؛ اما در ولایت کابل آمریت مخزن جدا و تحت اثر محکمه مرافعه فعالیت میکند. علاوه بر این در ولسوالی های کشور محاکم ابتدائیه هر ولسوالی طبق درخواست مرافعه کنندگان وثایق مختلف مثل: نکاح خط، قبالة های شرعی، وکالت خط و ... را اجراء مینماید.

بخش سوم: نهادی های حقوقی: دولت

محکمه اختصاصی جلوگیری از غصب زمین های امارتی: در چهار زون کشور (زون کابل، زون بلخ، زون هرات، زون کندهار) برای جلوگیری از غصب زمین های امارتی محاکم اختصاصی ایجاد شده و طبق دستورالعمل خود به دوسیه های مربوط به غصب زمین های امارتی رسیدگی می نمایند.

محکمه اختصاصی که بخاطری بررسی فیصله های ناطببق اداره قبلی ایجاد شده است: این محکمه خاص فیصله های را بررسی میکند که در دوران اداره قبلی جمهوریت صادر؛ اما تطبیق نشده باشد؛ اگر خلاف شریعت باشد در رابطه به آن دوسیه دوباره طبق احکام شریعت مطهره فیصله صادر می کند و اگر طبق شریعت باشد آن را تطبیق می کند.

محکمه اختصاصی رسیدگی به موضوعات مربوط به مواد مخدر: بخاطری رسیدگی به موضوعات مربوط به مواد مخدر در ولایت کابل محکمه اختصاصی ایجاد شده است؛ البته در ولایات دیگر دوسیه های مربوط به مواد مخدر به دواوین امنیت عامه واصل میگردد.

محکمه اختصاصی اجراء حقوق متقاعدین: این محکمه نیز تحت اثر ستره محکمه در ولایت کابل فعالیت دارد و مسؤولیت اساسی آن رسیدگی به موضوعات مربوط به اجراء حقوق متقاعدین می باشد. در بخش حقوق: ریاست عمومی حقوق که زیر اثر ستره محکمه امارت اسلامی افغانستان فعالیت دارد و در مرکز، ولایات و تمام ولسوالی های کشور بخش ها دارد دو وظایف عمده را انجام میدهد:

- ۱: ثبت و بررسی آنعده از عرایض حقوقی که قبل از محکمه به این اداره مواصلت می ورزد.
- ۲: تطبیق فیصله های صادر شده از سوی محاکم مربوطه، پیرامون دوسیه های حقوقی.^{۵۹۰}

فصل سوم: سایر نهاد های حقوقی

طبق قوانین افغانستان سایر نهادهای های حقوقی قرار ذیل اند:

مبحث اول) لوی څارنوالی

لوی څارنوالی قبل از سال ۱۳۸۲ وجود داشت.^{۵۹۱} زمانی که قانون اساسی ۱۳۸۲ نافذ شد، ماده ۱۳۴ آن به لوی څارنوالی اختصاص یافت. این ماده می گفت: «کشف جرایم، توسط پولیس و تحقیق جرایم و اقامه دعوی علیه متهم در محکمه از طرف څارنوالی مطابق به احکام قانون صورت می گیرد. څارنوالی جزء قوه اجرائیه و در اجراءات خود مستقل می باشد. تشکیل، صلاحیت و طرز فعالیت څارنوالی توسط قانون تنظیم می گردد. کشف و تحقیق جرایم وظیفه ای منسوبین قوای مسلح، پلیس و موظفین امنیت ملی، توسط قانون خاص تنظیم می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) کشف جرم توسط پولیس صورت می گرفت. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را به قتل برساند، قتل جرم است و وظیفه پولیس این است که مطابق قانون این جرم را کشف نماید.

۲) تحقیق جرایم و اقامه دعوا علیه متهم در محکمه از طرف څارنوالی مطابق به احکام قانون صورت می گیرد. به حیث مثال، در مثال بالا، وظیفه لوی څارنوالی این بود که در خصوص قتل تحقیق نماید و علیه احمد متهم در محکمه مطابق احکام قانون اقامه دعوی نماید.

۳) څارنوالی جزء قوه اجرائیه و در اجراءات خود مستقل می بود.

۴) تشکیل، صلاحیت و طرز فعالیت څارنوالی توسط قانون تنظیم می گردید. قانونگذار اساسی مسایل مربوط به تشکیل و صلاحیت و طرز فعالیت لوی څارنوالی را به قانون عادی واگذار نموده بود. قانون عادی مربوطه قانون تشکیلات و صلاحیت لوی څارنوالی (۱۳۹۲). ۱۱۱۷ جریده رسمی است. در خصوص تشکیل لوی څارنوالی خوانندگان می توانند به وب سایت لوی څارنوالی به دلیل بازنگری تشکیل لوی څارنوالی هر سال مراجعه نمایند.^{۵۹۲}

۵) کشف و تحقیق جرایم وظیفه ای منسوبین قوای مسلح، پلیس و موظفین امنیت ملی، توسط قانون خاص تنظیم می گردد. قانونگذار اساسی مسایل مربوط به کشف و تحقیق جرایم منسوبین قوای مسلح (اردو)، پولیس و امنیت ملی را به قانون عادی واگذار نموده بود. منسوبین اردو، پولیس و امنیت ملی از نظر ماهوی و شکلی تابع قوانین خاص نظامی بودند. بنابراین، جرایم منسوبین اردو، پولیس و امنیت ملی

۵۹۱. لوی څارنوالی جمهوری اسلامی افغانستان، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

۵۹۲. لوی څارنوالی جمهوری اسلامی افغانستان، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

از نظر ماهوی و شکلی تابع قوانین خاص نظامی تابع کُد جزایی و سایر قوانین جزایی ملکی و اصول محاکمات جزایی نبود بلکه محاکم نظامی، قوانین جزایی ماهوی نظامی و قوانین شکلی نظامی مسایل مربوط به جرایم منسوبین نظامی را تنظیم می نمود مانند قانون جرایم عسکری و نظیر آن. برای این که منحصراً خرنوال ایفای وظیفه می کرد، متقاضی باید فارغ دانشکده یا فاکولته حقوق یا شرعیات می بود و برای مدت یک سال کورس ستاژ خرنوالی را می خواند. این کورس بعدی از قبول درخواست توسط مقامات مربوطه توسط اداره مربوطه لوی خرنوالی دایر می شد. با روی کار آمدن امارت اسلامی، امارت اسلامی لوی خرنوالی را به لوی اداره نظارت بر فرامین امیر المومنین تغییر داد که تشکیل و صلاحیت های آن را قانون لوی اداره نظارت بر فرامین امیر المومنین تنظیم می نماید. مقر این اداره در کابل است. بنابراین، در دعاوی جزایی خرنوال یکی از ارکان دعوی نیست. اگر شخصی مرتکب جرم شود، معمولاً توسط پولیس یا استخبارات دستگیر می شود. تحقیق را به عوض خرنوال، پولیس و استخبارات انجام می دهد. پولیس و استخبارات دوسیه را محول محکمه می نماید و محکمه براساس این دوسیه حکم می نماید و حکم محکمه را وزارت داخله تطبیق می نماید.

مبحث دوم) انجمن مستقل وکلای مدافع

بعد از ظهور اسلام الی سال ۱۳۳۶ وکالت در افغانستان طبق شریعت اسلامی به خصوص مذهب حنفیه و مجله الاحکام صورت می پذیرفت. اما، در سال ۱۳۳۶ وزارت عدلیه وقت تعلیمات نامه وکالت دعوی را تسوید نمود و این تعلیمات نامه به تاریخ ۲۱ ثور نافذ شد. سپس، در سال ۱۳۴۳ قانون امور تنظیم مدافعين وضع و نافذ شد. متعاقباً همین قانون با تبدیل کلمه دولت به امارت و تزئید و تنقیص بعضی جملات به عین نام (قانون تنظیم امور وکلای مدافع) نشر شد.^{۵۹۳}

در سال ۱۳۵۵ ق. م احکام معین را با اقتباس از فقه حنفیه و مجله الاحکام در مورد وکالت وضع کرد. اما، بعد از وضع و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان تحول مفید در ساحه وکالت در افغانستان به وقوع پیوست. در ق. ا برای اولین بار ایجاد انجمن مستقل وکلای مدافع پیش بینی گردید. ماده ۳۱ ق. ا در این زمینه می گفت: «هر شخص می تواند برای دفع اتهام به مجرد گرفتاری و یا برای اثبات حق خود، وکیل مدافع تعیین کند. متهم حق دارد به مجرد گرفتاری، از اتهام منسوب اطلاع یابد و در داخل میعاد که قانون تعیین می کند، در محکمه حاضر گردد. دولت در قضایای جنایی برای متهم بی بضاعت وکیل مدافع تعیین می نماید. محریمیت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین متهم و وکیل آن، از هر نوع تعرض مضمون می باشد. وظایف و صلاحیت های وکلای مدافع توسط قانون تنظیم می گردد.»

۵۹۳. انجمن مستقل وکلای مدافع، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

در روشنایی نص این ماده در سال ۱۳۸۶ ذریعه فرمان ۱۱۱ مورخ ۱۳۸۷/۹/۴ حامد کرزی رئیس جمهور، جمهوری اسلامی افغانستان قانون وکلای مدافع در پنج فصل و ۴۴ ماده توشیح گردید و وزارت عدلیه مؤظف شد تا در خلال سه ماه بعد از انفاذ قانون تدابیر لازم را به منظور ایجاد انجمن مستقل وکلای مدافع اتخاذ نماید. در نتیجه، مجمع عمومی انجمن به تاریخ ۶ اسد ۱۳۸۷ توسط وکلای مدافع سرتاسر کشور در هوتل انترکانتیننتل دایر و دو روز اول اساسنامه انجمن تصویب در دو روز دوم اعضای شورای رهبری هیأت اجرائیه و هیأت نظارت به شکل آزاد، سری و مستقیم انتخاب گردیدند و انجمن منحیث یک نهاد مستقل غیر سیاسی و غیر حکومتی شروع به فعالیت نمود.

انجمن مستقل وکلای مدافع یک انجمن مسلکی بود که تمام امور مسلکی و اداری وکلای مدافع را تنظیم می نمود. این امور شامل صدور جوازنامه برای وکلای مدافع واجد شرایط، ایجاد پروگرام های آموزشی مؤثر جهت ارتقای سطح دانش مسلکی وکلای مدافع، حفظ و دفاع از استقلالیت وکلای مدافع و منافع صنفی آنها، نظارت بر چگونگی فعالیت وکلای مدافع، و غیره می شد. برعلاوه، انجمن مستقل وکلای مدافع نقش مهمی را در تأمین حاکمیت قانون، عدالت اجتماعی، حقوق بشر و رعایت آزادی های شناخته شده اتباع بازی می نمود.

طبق ماده ۲ اساسنامه انجمن وکلای مدافع، انجمن مستقل وکلای مدافع به منظور تحقق اهداف ذیل فعالیت می نمود:

- ۱- حمایت از تطبیق احکام دین مقدس اسلام حاکمیت قانون و عدالت؛
- ۲- دفاع از حقوق بشر و مبارزه علیه هر نوع تبعیض و امتیاز جنسی، نژادی، زبانی، رنگ، منشأ اجتماعی و قومی، میزان دارایی، معلولیت و امثال آن؛
- ۳- رعایت حقوق و آزادی های شناخته شده اتباع در مراجع حقوقی و عدلی؛
- ۴- مساعد ساختن زمینه دسترسی به عدالت در محاکم و مراجع کشف و تحقیق از طریق عرضه خدمات حقوقی مناسب و معیاری؛
- ۵- توزیع جواز وکالت دفاع به اشخاصی که شرایط مندرج قانون وکلای مدافع و این اساسنامه را تکمیل نموده باشند؛
- ۶- ایجاد کورس های آموزشی و تطبیق پروگرام های مؤثر جهت ارتقای سطح دانش مسلکی وکلای مدافع بارعایت معیار های ملی و بین المللی؛
- ۷- حفظ و دفاع از استقلالیت وکلای مدافع و منافع صنفی آنها؛
- ۸- رعایت معیار های اخلاقی و مسلکی از طرف اعضاء و تشویق آنها به رفتار مناسب با مؤکلین؛
- ۹- تشویق وکلای مدافع بخاطر حفظ حیثیت ووقار مسلکی، جلب اعتماد مؤکلین و مبارزه با هر نوع فساد اداری؛
- ۱۰- مساعد ساختن زمینه خدمات حقوقی برای متقاضیان در موضوعات جزائی، مدنی، و تجارتي؛

- ۱۱- نظارت بر فعالیت مسلکی وکلای مدافع؛
- ۱۲- انسجام فعالیت وکلای مدافع، حمایت و دفاع از حقوق آنها؛
- ۱۳- تأمین خدمات حقوقی رایگان به مظنونین و متهمین بی بضاعت مطابق احکام قانون؛
- ۱۴- تلاش جهت ارائه آگاهی حقوقی عامه با استفاده از طرق و وسایل مختلف؛ و
- ۱۵- تشریک مساعی میان انجمن و سایر مراجع کشفی عدلی و قضایی.
- ماده ۳ اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع در مورد استقلالیت انجمن تصریح می نمود: «انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان نهاد مستقل، غیر دولتی و غیر سیاسی بوده، منحیث ممثل وکلای مدافع در راه تحقق اهداف مندرج این اساسنامه، مطابق احکام قانون اساسی، قانون وکلای مدافع و سایر اسناد تقنینی فعالیت می نماید.» قانون وکلای مدافع نیز به صراحت در ماده چهارم خویش بیان می نمود که انجمن وکلای مدافع یک نهاد مستقل و غیر دولتی می باشد.
- فارغین فاکولته های حقوق و شرعیات بعد از طی کردن امتحان وکالت دفاع و سپری نمودن کورس ستاژ قضایی برای مدت معمولاً یک سال می توانستند جواز وکالت اخذ نمایند و به عنوان وکیل مدافع کار کنند.^{۵۹۴}

در دوره جمهوری انجمن مستقل وکلای مدافع، مستقل بود. اما، با روی کار آمدن امارت اسلامی افغانستان، امارت اسلامی افغانستان آن را مانند دور اول، با وزارت عدلیه مدغم کردند. در حال حاضر، امور مربوط به وکلای مدافع را وزارت عدلیه، ریاست عمومی وکلای مدافع عهده دار است.

مبحث سوم) کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی

در موافقتنامه بن که تقریباً شبیه قانون اساسی کشور جدیدالتأسیس بود، به چند مسأله اصلی پرداخته شد که عبارت بودند از: ۱- ساختار سیاسی اداره مؤقت و انتقالی افغانستان؛ ۲- چهارچوب حقوقی و نظام عدلی و قضایی؛ ۳- پیش بینی کمیسیون هایی در مورد موضوعات مهم؛ و ۴- نقش و وظایف سازمان ملل متحد.^{۵۹۵}

این کمیسیون ها عبارت بودند از: کمیسیون مستقل ویژه برای تشکیل لویه جرگه اضطراری، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری، کمیسیون بازسازی اصلاحات عدلی و قضایی و کمیسیون تدوین قانون اساسی.^{۵۹۶} زمانی که ق. ا تدوین می شد سعی شد نام کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی مانند کمیسیون مستقل حقوق بشر و

۵۹۴. انجمن مستقل وکلای مدافع، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

http://www.aiba.af/dari/More_index.php

۵۹۵. ____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، صص ۲۴ و ۲۳.

۵۹۶. در باره این کمیسیون هار. ک: همان، (____)، صص ۲۲۰-۲۲۲.

کمیسیون مستقل انتخابات در ق. ا ذکر شود، اما این نظر مورد تأیید نویسندگان ق. ا قرار نگرفت و در نتیجه ماده ۵۰ ق. ا را به گونه که امروزه در ق. ا تسجیل شده است تدوین نمودند. اگر ماده ۵۰ ق. ا را تفسیر لفظی و موسع نماییم به نظر می رسد ماده ۵۰ ق. ا می تواند مبنای برای هر تدبیر دولت برای آوردن اصلاحات در سیستم اداری کشور گردد.

مطابق بند ۲ ماده ۵۰ ق. ا منسوخ ادارات مکلف بودند اجراءات خود را با بیطرفی کامل و مطابق به احکام قانون عملی سازند. در نص این ماده یکی از اصول حقوق عامه به ویژه حقوق اداری که اصل بی طرفی اداره است پیش بینی شده است. طبق این اصل که شبیه اصل بی طرفی محاکم و قضات است تمام ادارات باید وظایف خویش را بی طرفانه انجام دهند. اداره شخصیت حکمی عامه است و اراده ادارات توسط شخصیت های حقیقی که همان کارمندان اند تمثیل می شود. بنابراین، مقامات و کارمندان ادارات باید در اجراءات خویش بی طرف باشند. بی طرفی در مفهوم عدم جانبداری از یک جریان سیاسی و مقام است. لذا، در نظام های دموکراتیک طرفداران حزب برنده در اجراءات خویش در ادارت باید بی طرفی را نسبت به طرفداران حزب بازنده و اتباع رعایت نمایند. بی طرفی مأمور به دو دسته تقسیم می شود: بی طرفی عینی^{۵۹۷} و بی طرفی ذهنی.^{۵۹۸}

بی طرفی عینی این است که مأمورین عملی را انجام ندهند که بیانگر حمایت آنها از یک جریان و گروه باشد. بی طرفی عینی معمولاً قابل اثبات و احراز است. معمولاً در قوانین اجراءات اداری و سایر قوانین اداری و اساسی کشورها در این زمینه تدابیر و تمهیداتی پیش بینی می شود، مانند: بی طرفی در تصمیم گیری، برخورد با مراجعین، استخدام، اجراءات، قرارداد اداری، رسیدگی به شکایات و سایر موارد مشابه. بی طرفی ذهنی به این مفهوم است که مأمور ذهناً از یک جریان و گروه جانبداری ننماید. مشکل عمده در بی طرفی ذهنی است زیرا حقوق ابزار کاوش ذهنی افراد را در اختیار ندارد. بنابراین، در قوانین و مقررات باید بیشتر مصداق های بی طرفی عینی پیش بینی شود.

۳) مطابق بند سوم ماده ۵۰ ق. ا منسوخ اتباع افغانستان حق دسترسی به اطلاعات از ادارات دولتی را در حدود احکام قانون دارا بودند.

۴) اتباع افغانستان حق داشتند بر اساس اهلیت و بدون هیچ گونه تبعیض و به موجب احکام قانون به خدمت دولت پذیرفته شوند. در روشنایی این ماده، قانون خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۱ مؤرخ ۱۳۸۴ / ۶ / ۱۴ و قانون کارکنان خدمات ملکی منتشره جریده رسمی

597. Objective.

598. Subjective.

شماره ۹۵۱ مؤرخ ۱۶ / ۴ / ۱۳۸۷ وضع و نافذ گردید که تشکیل و صلاحیت کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی و نحوه استخدام در اداره خدمات ملکی را تنظیم می نمود. دلیل این قاعده این بود که کارمندان یکی از ارکان مهم اداره خدمات ملکی افغانستان بودند. کارمندان ادارات خدمات ملکی یا قراردادی اند یا کارکنان دایمی. کارکنان قراردادی مطابق قانون کار و براساس قرارداد کار استخدام می شوند. کارکنان دایمی براساس رقابت از طریق کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی.

کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی براساس فرمان شماره ۲۵۷ اداره مؤقت به تاریخ ۱۳۸۱ / ۳ / ۲ ایجاد شد. در این فرمان به طور کلی تشکیل و وظایف کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی تنظیم گردید. همچنین، در این فرمان پیش بینی شد که کمیسیون دارای نه عضو است.

بر بنیاد حکم ماده دوم فرمان شماره ۲۵، ۲۰ جوزای ۱۳۸۲ رییس دولت انتقالی اسلامی افغانستان، نام کمیسیون مستقل اداره ملکی، به «کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی» تغییر یافت و به همین تاریخ، این کمیسیون عملاً به کار آغاز کرد. بر بنیاد حکم ماده اول این فرمان، طرح، تنظیم، رهبری و تطبیق برنامه سراسری اصلاحات، و بر بنیاد حکم ماده سوم این فرمان، موضوعاتی چون تشخیص، انتخاب و پیشنهاد تقرر مأموران عالی رتبه ملکی، بررسی و تأیید پیشنهادهای اداره‌های ملکی، نظارت از تعیینات مأمورین پایین رتبه و بررسی عرایض و شکایات‌های مأمورین ملکی درباره استخدام، از وظایف کمیسیون اصلاحات اداری و خدمات ملی شمرده می شدند. بر اساس حکم ماده ششم فرمان یادشده، وزارت‌ها و اداره‌های دولتی موظف بودند تا از تصامیم این کمیسیون پی‌روی کنند.

سپس، در جریان سال ۱۳۸۲ مقرر تنظیم اجراءات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۸۱۰ نافذ شد. زمانی قانون اساسی ۱۳۸۲ تدوین شد، ماده ۵۰ آن به مسایل مربوط به اصلاحات اداری را تنظیم نمود. سپس، قانون خدمات ملکی به تاریخ ۱۳۸۴ نافذ و در جریده رسمی ۸۶۱ نشر گردید. با این انفاذ این قانون، فرمان شماره ۲۵۷ اداره مؤقت به تاریخ ۱۳۸۱ / ۳ / ۲ نافذ گردیده بود، ملغی شد (ماده ۳۰ قانون خدمات ملکی). همچنین، با انفاذ این قانون، مقرر تنظیم و اجراءات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری ملغی شد. نام این قانون گمراه کننده است و مُعرف محتوی آن نبود.

براساس ماده ۵ این قانون کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، متشکل از نه کمیشنر بود که برای مدت سه سال توسط رئیس جمهور تعیین و یک تن از آنان از سوی رییس جمهور به حیث رییس کمیسیون گماشته می شد. رئیس کمیسیون پنج تن از اعضای این کمیسیون

را به بورد تعیینات و سه تن را به بورد رسیدگی به شکایات توظیف می نمود. طبق ماده ۶ قانون خدمات ملکی کمیسیون دارای سه ریاست عمومی و دو بورد بود:

۱) بورد تعیینات خدمات ملکی: طبق ماده ۱۴ قانون خدمات ملکی بورد تعیینات خدمات ملکی به منظور استخدام کارکنان عالی رتبه دولت (بست های دوم و اول) متکی بر معیارهای اهلیت و شایستگی، نظارت از تعیینات کارکنان پایین رتب و برنامه های اصلاحات در نهادهای خدمات ملکی و نیز همکاری با نهادهای خدمات ملکی برای ایجاد اداره سالم، فعالیت می کرد.

۲) بورد رسیدگی به شکایات های خدمات ملکی: طبق ماده ۱۸ قانون خدمات ملکی این بورد در راستای رسیدگی به شکایات های کارکنان خدمات ملکی ناشی از مؤیدات تادیبی غیرموجه، هدایات و اوامر غیرقانونی، تخطی از احکام مندرج مقرر طرز سلوک، عدم دسترسی به سوانح شخصی، امتناع از پذیرش درخواست ها بدون دلایل معقول، برخوردهای تبعیض آمیز از سوی بورد تعیینات خدمات ملکی، کمیته های استخدام در وزارت ها و سایر شکایات های موجه کارکنان خدمات ملکی، کار می کرد.

۳) ریاست عمومی دارالانشاء: طبق ماده ۲۱ قانون خدمات ملکی این ریاست در امور اجرایی، مالی و اداری کمیسیون، طبق لایحه مربوط، زیر نظر رییس کمیسیون فعالیت می کند و همچنین جریان تطبیق برنامه ها، پروژه ها و فعالیت های اصلاحات اداری را ارزیابی و نظارت می کند و گزارش آن را به رییس کمیسیون ارائه می کرد.

۴) ریاست عمومی اداره خدمات ملکی: طبق ماده ۱۱ قانون خدمات ملکی این ریاست به هدف اداره، تنظیم و عرضه خدمات دولتی، طرح و ترتیب قوانین، فرمان ها، مقرره ها و پالیسی های ملکی، ارائه مشوره های مسلکی و نظارت از تطبیق پالیسی ها، ایجاد شد.

۵) ریاست عمومی انستیتوت خدمات ملکی: انستیتوت خدمات ملکی یک نهاد آموزشی و اکادیمیک است که به منظور بلند بردن ظرفیت کارکنان خدمات ملکی و فارغان پوهنتون ها فعالیت می کرد.^{۵۹۹}

با روی کار آمدن امارت اسلامی افغانستان، کمیسیون تشکیلات اداری امارت اسلامی با آوردن برخی تغییرات در تشکیل این کمیسیون، این کمیسیون را ابقاء کردند. اکنون این کمیسیون یک رئیس دارد و جزء ادارات اداره امور است.

۵۹۹ . برای تفصیل ساختار تشکیلاتی این کمیسیون نک: کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، ۹ میزان، ۱۳۹۹

ش

و من الله توفيق

پایان

فهرست منابع

الف) دری:

اول: در فقه

۱. بصیرت، عبدالولی (۱۳۸۷). رهن از نظر مذهب حنفی و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات ریاست نشرات اکادمی علوم افغانستان.
۲. دریز، غلام محی الدین (۱۳۸۳). اساسات حقوق اسلام، کابل: انتشارات سعید.
۳. زرقاء، مصطفی (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند.
۴. زیدان، عبدالکریم (۱۳۸۷). حقوق و تکالیف زن در اسلام، مترجم: سهیلا رستمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان.
۵. زیدان، عبدالکریم (۱۳۸۸). اصول فقه، مترجم: ابو عاصم عبدالناصر زاهدی درواری، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت.
۶. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۵). مجله الاحکام، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا.
۷. محمسانی، صبحی رجب (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه.
۸. نذیر، داد محمد (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل، افغانستان: مطبعه نعمانی.

دوم: در حقوق

۹. آراسته، حسین و دیگران (۱۳۸۹). در باره علم حقوق، چاپ اول، تهران: نشر کتاب.
۱۰. اباذری فومشی، منصور (۱۳۸۷). حقوق کار و نحوه عملی رسیدگی به شکایات، دعاوی و جرایم در قانون کار، چاپ دوم، تهران: انتشارات خُرسندی.
۱۱. ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۸۳). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱۲. احمد السنهوری، عبدالرزاق (۱۳۸۲). دوره حقوق تعهدات (۳)، مترجمان: سید مهدی دادمزری و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول (—)، نشر سپهر.
۱۳. احمدی، هاشم (۱۳۹۰). اصول محاکمات مدنی، چاپ اول، کابل: انتشارات مقصودی.
۱۴. استوار سنگری، کورش (۱۳۹۰). حقوق تأمین اجتماعی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
۱۵. افتخاری، جواد (۱۳۸۲). حقوق مدنی (۳) کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۱۶. امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، (۶) جلد، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه.
۱۷. امامی، محمد (۱۳۸۷). مالیه عمومی، چاپ دوم، ایران: انتشارات میزان.
۱۸. امامی، محمد و استوار سنگری، کورش (۱۳۸۷). حقوق اداری (۱)، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۱۹. انصاری، ولی الله (۱۳۹۰). کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان.
۲۰. بادینی، حسن (۱۳۹۲). فلسفه مسؤلیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۱. بیگزاده، صفر (۱۳۸۷). شیوه نگارش قانون، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
۲۲. توحید خانه، محمد صدر (۱۳۸۹). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ دوم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۲۳. پیغفر، جولیا (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق بین الملل عمومی در افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۲۴. جاوید، دین محمد و ولوالجی، اسدالله (۱۳۸۱). لویه جرگه اضطراری، جلد (۱)، کابل: کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان.
۲۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش.
۲۶. دانش، سرور (۱۳۸۹). حقوق اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات دانشگاه ابن سینا.
۲۷. داوید، رنه و ژوفره اسپینوزی، کامی (۱۳۸۱). دو نظام بزرگ حقوقی، مترجم: سید حسین صفایی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
۲۸. رسولی، محمد اشرف (۱۳۸۹). نقد و تحلیل قانون اساسی افغانستان، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۲۹. زارعی، محمد حسین (۱۳۸۴). مطالعه تطبیقی مجالس قانونگذاری، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
۳۰. زولر، الیزابت (۱۳۸۹). درآمدی بر حقوق عمومی، مترجم: سید مجتبی واعظی، چاپ اول، تهران: انتشارات جاویدانه جنگل.
۳۱. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۶۹). اقرار در حقوق مدنی افغانستان، (۴) جلد، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۳۲. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه.
۳۳. ساکت، محمد حسین (۱۳۸۰). حقوق شناسی، چاپ اول، تهران: نشر ثالث.
۳۴. ساکت، محمد حسین (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل.
۳۵. سلجوقی، محمود (۱۳۷۷). بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان.

۳۶. شمس، شمس الرحمن و همکاران (۲۰۰۸). اصول محاکمات تجارتي، چاپ اول، کابل: پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا.
۳۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۴) تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۳۸. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳). حقوق تجارت بین الملل، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۳۹. صالح، علی پاشا (۱۳۴۸). سرگذشت قانون، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۴۰. صانعی، پرویز (۱۳۸۱). حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران: (____).
۴۱. صادقی، محسن (۱۳۸۴). اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۴۲. صفایی، سید حسین قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات مهر.
۴۳. ضیایی بیگدلی، محمد رضا (۱۳۹۰). حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و هشتم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴۴. طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۳). آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۴۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷). حقوق اداری، چاپ پانزدهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۴۶. طباطبایی، منوچهر (۱۳۸۵). حقوق اداری تطبیقی، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
۴۷. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۰). حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۴۸. ظریف، محمد عالم (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه.
۴۹. عالم، عبدالحمن (۱۳۸۱). بنیاد های علم سیاست، چاپ نهم، تهران: نشر نی.
۵۰. عباسی، بیژن (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل.
۵۱. عبدالله، نظام الدین، شرح مختصر قانون اساسی (۲) حقوق و وجایب اساسی اتباع، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۵۲. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل: انتشارات سعید.
۵۳. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دهم، کابل: انتشارات سعید.
۵۴. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۰). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۲): عقود معین، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
۵۵. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۰). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.
۵۶. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۱). مبادی حقوق افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۵۷. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). انواع قانون و فرایند قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۵۸. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.
۵۹. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۳). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه، چاپ چهارم، کابل: انتشارات سعید.
۶۰. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۰). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

۶۱. عدالتخواه، عبدالقادر (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند.
۶۲. عراقی، سید عزت الله (۱۳۸۱)، حقوق کار، چاپ دهم، تهران (____).
۶۳. عزیززی، طارق (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اداری افغانستان، مترجم: سید مسعود مخلص، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۶۴. غلامی، حسین (۱۳۸۵). مبانی حقوق و تطبیق عدالت جزایی در افغانستان، کابل: (____).
۶۵. قاسمی، عبدالخالق (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب.
۶۶. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۸۳). گفتارهایی در حقوق عمومی، چاپ یازدهم، تهران: میزان.
۶۷. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهاد های سیاسی، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.
۶۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قرار داد ها، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۶۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۷۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۷۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا.
۷۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
۷۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، (۳) جلد، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۷۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). کلیات حقوق، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷۶. کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱/۴/۱۳۸۹ / ۲۹ / ۳ / ۱۳۹۰). سالنامه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، (____)، (____).
۷۷. کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱۳۹۱). سالنامه کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی.
۷۸. کمیسیون مستقل نظارت بر قانون اساسی، مصوبه شماره ۱۱ (۲۵ / ۴ / ۱۳۹۱)، نظریه حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد عدم جواز نسبت دادن جرم و عناوین مجرمانه به مظنونین و متهمین.
۷۹. کمیسیون مستقل نظارت بر قانون اساسی، مصوبه شماره ۳۱ (۸ / ۱ / ۱۳۹۰)، نظریه حقوقی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در مورد لویه جرگه.
۸۰. کنوست راسخ افشار، ماندانا (۱۳۸۶). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، جلد (۲): رویه مبتنی بر قانون اساسی و حقوق بشر، مترجم: حسین غلامی، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۸۱. کیتجایسار، کریانگسا (۱۳۸۷). حقوق کیفری بین المللی، مترجم: حسین آقایی جنت مکان، چاپ دانشور.
۸۲. گرجی ازندیانی، علی اکبر (۱۳۸۹). مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جاویدان.

۸۳. لوی برول، هانری (۱۳۷۶). جامعه‌شناسی حقوق، مترجم: ابوالفضل قاضی، چاپ سوم، تهران: نشر دادگستر.
۸۴. محمودی، فیروز (۱۳۹۰). رهنمود ماکس پلانک برای حقوق جزای اختصاصی افغانستان، چاپ اول، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۸۵. مدنی، جلال الدین (۱۳۸۴). حقوق بین الملل خصوصی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل.
۸۶. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار.
۸۷. مشتاقی، رامین (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اساسی افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ چهارم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۸۸. مشتاقی، رامین (۱۳۹۰). تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان، مترجم: حسین غلامی، چاپ سوم، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
۸۹. موسی زاده، رضا (۱۳۷۷). حقوق معاهدات بین المللی، تهران: نشر دادگستر.
۹۰. محمدی، عبدالعلی (___). بررسی و تبیین فرمان تقنینی در نظام حقوقی افغانستان (___)، (___).
۹۱. نذیر، داد محمد (۱۳۸۹). مبادی علم حقوق، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت.
۹۲. نصیری، محمد (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه.
۹۳. نوری محمد علی (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۹۴. نوروزی، محمد جواد (۱۳۸۰). فلسفه سیاست، چاپ هفتم، تهران: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۹۵. نیاز، عبدالوحدید (۱۳۹۳). مقدمه بر حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۹۶. واکس، ریموند (۱۳۸۲). فلسفه حقوق، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، چاپ اول، تهران: انتشارات جاویدانه.
۹۷. وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۸۵). مبانی مسؤولیت مدنی قراردادی، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۹۸. وزارت عدلیه (___). فهرست تاریخوار جریده رسمی و فهرست کامل چهل و سه ساله اسناد تقنینی از ۶ حوت سال ۱۳۴۱ الی ۱۶ حوات ۱۳۸۵.
۹۹. وکیو، دل (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، مترجم: جواد واحدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۰۰. ولیدی، محمد صالح (۱۳۹۴). حقوق جزای عمومی، جلد (۱)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۱۰۱. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۴). حقوق بشر و آزادی‌های عمومی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۰۲. هداوند، مهدی، مهدی علی (۱۳۹۰). اصول حقوق اداری، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی.
۱۰۳. هریسی نژاد، کمال الدین (۱۳۹۰). حقوق اساسی تطبیقی، چاپ دوم، تبریز: آیدین.
۱۰۴. ___ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).
۱۰۵. ___ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، (۲) جلد، کابل: دارالانشای قانون اساسی.
۱۰۶. ___ (۱۳۹۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، ۲۲-۲۵ حوت، ۱۳۹۵، چاپ اول، ریاست نشرات ستره محکمه.
۱۰۷. ___ (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)

۱۰۸. ____ (____). فرایند شکل گیری قانون اساسی (۴) موضعگیری ها، چالشها و تفاهمات در لویه جرگه، جلد (۴)، کابل: انتشارات کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان.
۱۰۹. ____ (۱۳۷۹). دین و سیاست، چاپ اول، تهران: مؤسسه فرهنگی ثقلین.
۱۱۰. ____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه.
- سوم) مقالات:**
۱۱۱. تقی زاده، جواد (۱۳۹۰). مسأله اساسی سازی نظم حقوقی، مجموعه مقالات اساسی سازی، جزوه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی - واحد کابل.
۱۱۲. خمایی زاده، فرهاد (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، مجله آموزه های حقوقی، شماره ۱۲.
۱۱۳. داود، محمد داود (۱۳۹۲ ش پایان نامه ماستری). جایگاه کرامت انسانی در قانون اساسی افغانستان در پرتو اسناد بین المللی، ص، دانشگاه آزاد اسلامی - واحد افغانستان.
۱۱۴. رحیمی نژاد، اسماعیل (۱۳۹۰). نگرش اسلامی به کرامت انسانی، مجله معرفت حقوقی، سال اول، شماره دوم.
۱۱۵. رضایی، محمد جواد زاده و کاظمی، داود (۱۳۹۱). بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره پنجم.
۱۱۶. رنجبریان، امیر حسین (۱۳۷۳). تأملی بر حقوق بشر، مجله راهبرد، شماره ۴.
۱۱۷. رهبر، مهدی و خطیبی، منیره (۱۳۹۶). ماهیت پول از منظر فقه اسلامی، دو فصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن، سال پنجم، شماره ۹.
۱۱۸. زکی، حمید (۱۳۸۸). آزادی در گستره حقوق شهروندی و حقوق بشر، فصلنامه عدالت، شماره ۸۰.
۱۱۹. زکی، ناظر حسین (____). نگاهی به قانون و بایستگی های آن، مجله عدالت، شماره ۴۴.
۱۲۰. زکی، حفیظ الله (۱۳۸۴). گفتن عدالت در اسلام و مکاتب دیگر، ماهنامه عدالت، شماره بیست و هفتم.
۱۲۱. ژوبل، محمد عثمان (____). احوال شخصیه در حقوق مدنی، ماهنامه عدالت، شماره ۴۲.
۱۲۲. سجادی نژاد، سید احمد (۱۳۸۸). جهل به حکم و رافعییت آن نسبت به مسؤولیت کیفری در فقه امامیه، مجله آموزه های فقهی، شماره ۳.
۱۲۳. فارابی، محمد عظیم (۱۳۸۸). نگاهی به پیشینه قانونگذاری در افغانستان، مجله قضاء (____).
۱۲۴. قیومی، عبدالقدیر (۱۳۸۵). تاریخچه قانونگذاری در افغانستان، مجله عدالت، شماره ۴۴.
۱۲۵. کبری اصفهانی، خدیجه (____). مسؤولیت مدنی دولت، صص ۲ و ۳.
- (آخرین بازدید: ۶ فروردی ۲۰۱۵) ww.haqqastar.ir
۱۲۶. محمدی، عبدالعلی (____). بررسی و تبیین فرمان تقنینی در نظام حقوقی افغانستان (____)، (____).
۱۲۷. مخدوم، حمید رضا (۱۳۸۷). نقش انترپول در استرداد مجرمین و راه های بهینه کردن آن، مجله کلاگاه، دور دوم، شماره ۴۰.

۱۲۸. ویژه، محمد رضا (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله مراتب هنجارهای حقوقی در نظام جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه راهبرد، سال هجدهم، شماره پنجاه.

۱۲۹. ____ (____). بازتاب حقوق بشر در قانون اساسی افغانستان، منتشر در صفحه اینترنتی:

<http://www.taha14.com/index.php/umumi/34-paiannama/119-qanon?showall=1>

چهارم: فرهنگ‌ها

۱۳۰. انصاری مسعود و طاهری محمد علی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
۱۳۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۳۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸). الفارق، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۳۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش.
۱۳۴. عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۱۳۵. فرید، محسن و ملکزاده، بنفشه (۱۳۸۷). فرهنگ اصلاحات حقوق بشر و حقوق بین الملل، مترجم: شریف پسندی، چاپ دوم، کابل: سازمان بین المللی انکشاف حقوق.

۱۳۶. معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش.
۱۳۷. نصرالله ستانکزی و دیگران (۱۳۸۷). قاموس اصطلاحات حقوقی، کابل: پوهنتون کابل - فاکولته حقوق و علوم سیاسی.
۱۳۸. ____ (۲۰۰۷-۲۰۱۱ م). دایرة المعارف آریانا، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان.

پنجم: قوانین

۱۳۹. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۸۲ ش). ۸۱۸ جریده رسمی.
۱۴۰. قانون مدنی (۱۵ / ۱۰ / ۱۳۵۵ ش). ۳۵۳ جریده رسمی.
۱۴۱. قانون تنظیم امور زمینداری (۱۳۹۶). ۱۲۵۴ جریده رسمی.
۱۴۲. قانون استملاک (۱۳۶۹). ۱۲۵۸ جریده رسمی.
۱۴۳. قانون علفچر (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.
۱۴۴. قانون نفت و گاز (۱۳۸۷). ۹۷۲ جریده رسمی.
۱۴۵. قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و سازمانهای بین المللی (۱۳۸۷). ۹۴۷ جریده رسمی.
۱۴۶. قانون آب (۱۳۸۸). ۹۸۰ جریده رسمی.
۱۴۷. قانون شکار و ابقای حیات وحش (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.
۱۴۸. قانون تنظیم امور جنگلات (۱۳۹۱). ۱۰۸۷ جریده رسمی.
۱۴۹. قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی (۱۳۸۳). ۸۲۸ جریده رسمی.
۱۵۰. قانون معادن (۱۳۹۷). ۱۳۱۵ جریده رسمی.

۱۵۱. قانون حمایت از حقوق مؤلف، مصنف، هنرمند و محقق (کاپی رایت) و قانون حمایت حقوق مخترع و مُکتشف (۱۳۸۷). ۹۵۶ جریده

۱۵۲. تعديل قانون کارکنان خدمات ملکی (۱۳۹۶). جریده رسمی ۱۲۹۴.
۱۵۳. قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱۳۸۸). ۹۸۶ جریده رسمی.
۱۵۴. قانون اصول محاکمات مدنی (۱۳۶۹). ۷۲۲ جریده رسمی.
۱۵۵. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال (۱۳۸۴). ۸۴۸ جریده رسمی.
۱۵۶. گد جزا (۱۳۹۶). ۱۲۶۰ جریده رسمی.
۱۵۷. قانون مراسم عروسی (۱۳۹۶). ۱۲۸۰ جریده رسمی.
۱۵۸. قانون انتخابات (۱۳۹۲). ۱۱۱۲ جریده رسمی.
۱۵۹. قانون احزاب سیاسی (سال ۱۳۸۳). ۸۱۲ جریده رسمی.
۱۶۰. قانون اجراءات جزایی (۱۳۹۳). ۱۱۳۲ جریده رسمی.
۱۶۱. قانون استرداد مجرمین و همکاری های عدلی (۱۳۹۲). ۱۱۰۳ جریده رسمی.
۱۶۲. قانون رسانه های همگانی (۱۳۸۸). ۹۸۶ جریده رسمی.
۱۶۳. قانون پولیس (۱۳۸۸). ۹۹۴ جریده رسمی.
۱۶۴. قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۹۲). ۱۱۰۹ جریده رسمی.
۱۶۵. قانون جلوگیری از تمویل تروریسم (۱۳۹۳). ۱۱۴۶ جریده رسمی.
۱۶۶. قانون جمعیت ها (۱۳۹۲). ۱۱۱۴ جریده رسمی.
۱۶۷. قانون تابعیت (۱۴۲۱). ۷۹۲ جریده رسمی.
۱۶۸. قانون تنظیم امور زمینداری (۱۳۸۷). جریده رسمی ۹۵۸.
۱۶۹. قانون حمایت از حمایت حقوق مخترم و مکشف (۱۳۸۷). ۹۵۶ جریده رسمی.
۱۷۰. قانون حکمیت تجارتي (۱۳۸۵). ۹۱۳ جریده رسمی.
۱۷۱. اصولنامه تجارت (۱۳۶۶). (____).
۱۷۲. قانون میانجیگری تجارتي (۱۳۸۵). ۹۱۳ جریده رسمی.
۱۷۳. قانون کار (۱۳۸۵). ۹۱۴ جریده رسمی.
۱۷۴. قانون محابس و توقیف خانه ها (۱۳۸۴). ۹۲۳ جریده رسمی.
۱۷۵. قانون د افغانستان بانک (۱۳۸۲). ۸۱۹ جریده رسمی شماره.
۱۷۶. قانون مراسم عروسی (1396). 1280 جریده رسمی.
۱۷۷. قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی (۱۳۸۸). ۹۸۶ جریده رسمی.

ششم: وبسایت ها

178. <https://www.vajehyab.com>

179. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳/۹)

180. <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۳ / ۹)
181. <http://www.shahrwandan.ir/news> (آخرین بازدید: ۱ اپریل ۲۰۱۵).
182. dadneqar.blogfa.com (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۱۷ / ۶).
183. nesashalhavi.blogfa.com (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۱۷ / ۶).
184. www.mariam-webster.com (Last visit: 26/ 4/ 2017).
185. <https://en.oxford.com> (Last visit: 26/ 4/ 2017).
186. www.translategoogle.com (Last visit: August, 2014)
187. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/constitutional+rights> (Last visit: 20, April, 2015).
188. <http://www.yourdictionary.com/constitutional-right> (Last visit: 20, April, 2015).
189. <http://www.taha14.com/index.php/umumi/34-paiannama/119-qanon?showall=1> . ۱ / ۲۱ (آخرین بازدید ۲۰۲۵)
190. <http://www.ibnesina.edu.af/riyasat/modiriyat-tahqiqat> (آخرین بازدید ۲۸ جنوری، ۲۰۱۵)
191. http://en.wikipedia.org/wiki/Right_to_privacy (Last visit: 21, April, 2015).
192. <https://en.m.wikipedia.org> (Last visit: 6/12/2017).
193. <http://www.almaany.com/fa/dict/ar-fa> (آخرین بازدید ۱ / ۲۲ / ۲۰۱۶).
194. <http://www.almaany.com/fa/dict/ar-fa> (25/1/2016).
195. <https://thelawdictionary.org/elected-domicile/>(last visit:4/4/2018).
196. <https://fa.m.wikipedia.org> (Last visit: 2017/10/9).
197. <https://fa.wikipedia.org/wiki/> (آخرین بازدید ۶ / ۲۳ / ۲۰۱۷).
198. <http://www.shahrwandan.ir/news> (آخرین بازدید: ۱ اپریل، ۲۰۱۵).
199. www.marriem-webster.com (Last vistit: 6/ 9/ 2017).
200. www.dictionary.cambridge.org (Last vistit: 6/ 9/ 2017).
201. www.thefreedictionary.com (Last vistit: 6/ 9/ 2017).
202. www.marriem-webster.com (Last vistit: 6/ 9/ 2017).
203. A/RES/49/60 (1994), online: <http://www.un.org/documents/ga/res/45> (Last visit: Januray, 2011).
204. SC Resolution 731 (1992) of 21 January 1992, online <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/010/90/IMG/NR001090.pdf?OpenElement>. This approach was reaffirmed in several subsequent resolutions ((Last visit: February, 2011).
205. <http://www.un.org/en/sc/ctc/> (Last visit: February, 2011)
206. nesashalhavi.blogfa.com (آخرین بازدید ۶ / ۱۷ / ۲۰۱۶).

207. www.translategoogle.com (Last visit: August, 2014).
208. <http://www.iranhrdc.org/persian> (Last visit: 23, 6, 2015).
209. <http://en.wikipedia.org/wiki/Rights> (Last visit: 21, April, 2015).
210. <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/civil-rights> (last visit: 21, April, 2015).
211. <http://www.businessdictionary.com/definition/civil-rights.html> (last visit: 21, April, 2015).
212. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/constitutional+rights> (last visit: 20, April, 2015).
213. <http://www.yourdictionary.com/constitutional-right> (last visit: 20, April, 2015).
214. [/fa.m.wikipedia.org](http://fa.m.wikipedia.org) (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۹ / ۳).
215. www.hawzah.net (آخرین بازدید ۲۰۱۷ / ۶ / ۳).
216. <http://www.yjc.ir/fa/news> (last visit: 12/3/2018).
217. <http://wikifeqh.ir> (last visit: 5/5/ 2018).
218. [En.m. wikipedia.org](http://en.m.wikipedia.org) (آخرین بازدید ۲۰۱۷ / ۱۰ / ۳).
219. www.law.cornel.edu (آخرین بازدید ۲۰۱۷ / ۱۰ / ۳).
220. [Fa.m.wikipedia.org](http://fa.m.wikipedia.org) (آخرین بازدید ۲۰۱۷ / ۱۰ / ۳).
221. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۳ / ۹).
222. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۳ / ۹).
223. <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> (Last visit: 9/ 3/ 2016).
224. <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> (Last visit: 9/ 3/ 2016).
225. <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348> (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۱۴ / ۲).
226. www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).
227. www.www.study.com (Last visit: 6/12/2017).
228. https://www.law.cornell.edu/wex/international_environmental_law (last visit: 24 february, 2015)
229. <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/civil-rights> (last visit: 21, April, 2015).
230. <http://www.businessdictionary.com/definition/civil-rights.html> (last visit: 21, April, 2015).
231. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/constitutional+rights> (Last visit: 20, April, 2015).
232. <http://www.yourdictionary.com/constitutional-right> (Last visit: 20, April, 2015)
232. <http://da.azadiradio.org/content/article/27052660.html>

<https://supremecourt.gov.af/>

۲۳۴. لوی څارنوالی جمهوری اسلامی افغانستان، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

<https://ago.gov.af/www>

۲۳۵. انجمن مستقل وکلای مدافع، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

http://www.aiba.af/dari/More_index.php

۲۳۶. کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان، ۷ اسد، ۱۳۹۹ ش

<http://icoic.gov.af/fa/page>

۲۳۷. کمیسیون مستقل انتخابات، ۸ اسد، ۱۳۹۹ ش

<http://icoic.gov.af/fa/page><http://www.iec.org.af/fa/2012-05-29-07-07-28/media-section-dari>

۲۳۸. کمیسیون مستقل رسیدگی به شکایات انتخاباتی، ۱۹ اسد، ۱۳۹۹ ش

<http://icoic.gov.af/fa/page><https://iecc.gov.af>

۲۳۹. کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، ۹ میزان، ۱۳۹۹ ش

<https://iarcsc.gov.af/fa>

ب) عربی

۲۴۰. الزحیلی، وهبة (____). الفقه الاسلامی و ادلته، ۱۲ جلد، کویت، انتشارات مکتب رشیدیہ

۲۴۱. الزحیلی، وهبة (____). اصول الفقه اسلامی، ۲ جلد، کویت، انتشارات مکتب رشیدیہ.

۲۴۲. احمد السنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۲م). الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، ۱۴ ج، بیروت، لبنان، چاپ دار احیاء التراث العربی.

۲۴۳. احمد السنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۰م). مصادر الحق، جلد (۱)، چاپ دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان.

۲۴۴. اسماعیل، محمد بکر (۱۴۱۰). الفقه الواضح، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع.

۲۴۵. القره داغی، علی محی الدین (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية.

۲۴۶. زیدان، عبدالکریم (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان.

۲۴۷. سعید الصاغرجی، اسعد محمد (____). الفقه الحنفی و ادلته، ۳ ج، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیہ.

۲۴۸. عبدالحمید، محمد محی الدین (۲۰۰۷م). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر.

۲۴۹. عبدالله البرشومی، عبد الفتاح (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم: مصر: الازهر.

۲۵۰. مصطفی احمد، زرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، (۳) جلد، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر.

۲۵۱. محمود، طهماز، عبدالحمید (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجديد، (۵) جلد، پاکستان: چاپ مکتب حقانیہ.

۲۵۲. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة.

ج) انگلیسی:

253. Azizy, Tarek (2011). Maxplanck Manual On Administrative Law Of Afghanistan, first edition, Kabul, Maxplanck Institute For Comparative Public Law and International Law.
254. Barendt, Eric (1998). An Introduction To Constitutional Law, first edition, London, Exford University.
255. Barker, D. L. A and Padfield C. F (1375). Law, first edition, Tehran, Arian Bookshop.
256. Bell, John, Boyron, Sophie and Whittaker, Simon (1380). Principles Of French Law, first edition, Tehran, Dadqaster Publication.
257. Brown, WJ (1999). GCSE Law, seventh edition, (___), Sweet and Maxwell.
258. Hillar, Tim (1998). Sourcebook On Public International Law, first edition, London, Cavendish Publishing.
259. Ghai, Yash (2006). The Of Constituent Assemblies in Constitution Making, Isntitute for Democracy and Electoral Assistance.
https://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-08/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_-_200606.pdf
260. Jian, M P (2008). Indian Constitutional Law, fifth edition, New Delhi, Wadha Naqpur.
261. Pfeiffer, Julia (2011). Max Planck Manul On Public International Law in Afghanistan, first edition, Kabul, Maxplanck Institute For Comparative Public Law And International law.
262. Raden Aji Haqqi, Abdul- Rahman (2009). *The Philosophy of Islamic Law of Transctions*, first edition, Malaysia, Center For Reasch And Training.
263. Robbers, Gerhard (2002). An Introduction To German Law, Translated into Elish by Miceal Jewll, fifth edit, (___).
264. Schubert, Frank August (2008). Introduction To Law And The Legal Systems, eleventh edition, USA, Cengage Learning.
265. Statsky, William P (____). Family Law, sixth edition, New York, Delmar Gengage Learning.
266. Scuderi, Cannie (2007). Introduction To Law And Paralegal Studies, (___).
267. Shaw, Malcham (2008). Public nternatnional law, sixth edition, Cambrige, Cambridge University Press.

268. Tiwari, Ramesh Kumar and Mehta, Aasha Kapur (2012). Public Policy And Administration, Delhi, Gyan Publishing.

نظام الدین عبدالله فرزند عبدالرحیم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکرده ولایت کابل چشم به جهان گشوده است. او در سال ۱۳۸۳ از دانشکده فاکولته حقوق و علوم سیاسی دانشگاه پوهنتون کابل فارغ گردیده است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی واحد افغانستان اخذ نموده است. او از ماه سنبله سال ۱۳۹۹ الی حمل ۱۴۰۳ در دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی استان تهران- واحد تهران مرکزی دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی بود. او در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۴ مضامین حقوق و جایب، حقوق عینی، حقوق میراث، مبادی حقوق، حقوق فامیل، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، عقود معین، قانونگذاری، روش تحقیق در حقوق و... را در پوهنتون کاردان، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک و پوهنتون کاروان و غیره تدریس کرده است. او از سال ۱۳۹۵ الی حمل ۱۴۰۴ استادیار حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه پوهنتون های خصوصی افغانستان بوده است. او در این جریان مضامین حقوق و جایب (قواعد عمومی عقود)، حقوق و جایب (حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی)، حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی، قانون نویسی، حقوق اساسی، مبادی حقوق، حقوق اداری، روش تحقیق در حقوق، اسلام و حقوق بشر و... را در این دانشگاه پوهنتون به زبان انگلیسی تدریس نموده است. برخی آثاری را که او تا اکنون تألیف و ترجمه نموده است قرار آتی است:

- ۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات و جیبه، چاپ ششم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۶) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۸) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۹) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۰). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت چاپ اول، کابل- افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
- ۱۰) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۸) انواع قانون و مراحل قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ دوم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.

- ۱۲) جولیا پیفیر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.
- ۱۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و وجایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید.
- دوم) مقالات:**
- ۱) نظام الدین عبدالله و دکتر جواد تقی زاده (۱۳۹۳). انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان، مجله وکالت، شماره های ۲۶ و ۲۷.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۳). حق تشکیل حزب سیاسی، مجله وکالت، شماره ۲۸.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۲۰۱۷). مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، جلد (۲)، کابل: بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون و صلح بین الملل.
- سوم) به انگلیسی:**

- 1) Nezamuddin Abdullah (2007). A Brief Comparative Analysis of United Nations Convention on Rights of Children (UNCRC), Islam, Afghan Legislations & Customary Practices, Kabul: Save the Children, Sweden – Norway.
- 2) Nezamuddin Abdullah (2011). Max Planck Manual on Property and Ownership in Afghanistan, first edition, Kabul: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

