



سازمان کاروزیان حقوقی - ۱۴

مقدمه علم حقوق و

مطالعه در نظام حقوقی ایران

با تجدید نظر و اضافات

دکتر ناصر کاتوزیان





آثار برزیده حقوقی - ۴

مقدمه علم حقوق

و
مطالعه در نظام حقوقی ایران

با تجدید نظر و اضافات

دکتر ناصر کاتوزیان



سرشناسه، عنوان و نام پدیدآور، مشخصات نشر،	کاتوزیان، ناصر، ۱۳۰۶- مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران / ناصر کاتوزیان تهران: انتشار، ۱۳۷۴. چاپ هفتاد و نه: ۱۳۹۰. ص. ۳۸۴
مشخصات ظاهری، شابک، وضعیت فهرست‌نویسی، یادداشت، یادداشت، موضوع، موضوع، موضوع، رده‌بندی کنگره، رده‌بندی دیویی، شماره کتاب‌شناسی ملی،	ISBN 978-964-5735-03-4 فیبا عنوان عطف: مقدمه علم حقوق. کتابنامه: ص. [۳۸۱] ۳۸۳؛ همچنین به صورت زیرنویس. ۱. حقوق. ۲. حقوق-ایران. ۳. حقوق مدنی. ۴. حقوق مدنی-ایران. الف. عنوان. ب. عنوان: مقدمه علم حقوق. K ۳۲۰/۵۲م۷ ۳۴۰ ۹۱۶۶ - ۷۷م

مقدمه علم حقوق

و

مطالعه در نظام حقوقی ایران

تألیف: دکتر ناصر کاتوزیان
ناشر: شرکت سهامی انتشار
(ویرایش جدید با آخرین اصلاحات)
چاپ هفتاد و نه: ۱۳۹۰
چاپخانه حیدری: ۵۲۰۰ نسخه
۹۵۰۰ تومان



دفتر مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نرسیده به میدان بهارستان، جنب خیابان ملت، شماره ۹۲
کدپستی: ۱۱۴۳۹۶۵۱۱۸ تلفن: ۳۳۹۰۴۵۹۲ دورنگار: ۳۳۹۷۸۸۶۸
Email: info@entesharco.com WWW.ENTESHARCO.COM
فروشگاه مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نبش خیابان ملت، شماره ۹۲، تلفن: ۳۳۱۱۴۰۴۴
فروشگاه شماره ۱: تهران، میدان انقلاب، بازارچه کتاب، تلفن: ۶۶۴۱۳۶۸۴ دورنگار: ۶۶۹۶۷۱۰۴

مقدمه علم حقوق

و

مطالعه در نظام حقوقی ایران

فهرست عنوان‌های اصلی

۹	پیشگفتار چاپ اول
۱۱	یادداشت چاپ بیست و دوم
۱۳	مقدمه

بخش نخست

۱۵	قواعد حقوق
۱۷	فصل اول: مبنا و هدف حقوق
۱۸	مبحث اول - مبناي حقوق (ش ۵ تا ۲۰)
۳۵	مبحث دوم - هدف قواعد حقوق (ش ۲۱ تا ۲۸)
۴۵	مبحث سوم - حقوق و دولت (ش ۲۹ تا ۳۳)
۵۳	فصل دوم: اوصاف قاعده حقوقی
۵۴	مبحث اول - اوصاف و تعريف قاعده حقوقی (ش ۳۵ تا ۴۱)
۵۹	مبحث دوم - رابطه حقوق با ساير قواعد اجتماعی (ش ۴۲ تا ۵۰)

۶۹	فصل سوم: دانش حقوق و شاخه‌های آن
۶۹	مبحث اول - دانش حقوق (ش ۵۱ تا ۶۱)
۸۱	مبحث دوم - شاخه‌های علم حقوق (ش ۶۲ تا ۸۳)
۱۰۵	مبحث سوم - نظام‌های حقوقی (ش ۸۴ تا ۹۲)
۱۱۹	فصل چهارم: منابع حقوق
۱۲۰	مبحث اول - قانون (ش ۹۴ تا ۱۴۷)
۱۷۷	مبحث دوم - عرف (ش ۱۴۹ تا ۱۵۹)
۱۸۹	مبحث سوم - رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی (ش ۱۶۰ تا ۱۹۸)
۲۲۳	فصل پنجم: قلمرو اجرای حقوق
۲۲۴	مبحث اول - قلمرو حقوق در مکان (ش ۲۰۰ تا ۲۰۳)
۲۲۸	مبحث دوم - قلمرو حقوق در زمان (ش ۲۰۵ تا ۲۲۵)
بخش دوم	
حق فردی	
۲۴۷	
۲۴۹	فصل اول: کلیات (ش ۲۲۷ تا ۲۳۴)
۲۵۷	فصل دوم: اقسام حق
۲۵۸	مبحث اول - حقوق مالی و غیرمالی (ش ۲۳۶ تا ۲۴۹)
۲۷۲	مبحث دوم - تقسیم حق به اعتبار موضوع آن (ش ۲۵۰ تا ۲۵۵)
۲۷۶	مبحث سوم - تقسیم حق به اعتبار قیود و عوارض آن (ش ۲۵۶ تا ۲۶۰)
۲۸۱	فصل سوم: منابع حق فردی
۲۸۲	مبحث اول - اعمال حقوقی (ش ۲۶۳ تا ۲۷۸)
۲۹۵	مبحث دوم - وقایع حقوقی - مسؤولیت مدنی (ش ۲۷۹ تا ۲۸۴)

۲۹۹ فصل چهارم: تملک و انتقال و زوال حق
۳۰۰ مبحث اول - تملک حق (ش ۲۸۶ تا ۲۸۹)
۳۰۴ مبحث دوم - انتقال حق (ش ۲۹۰ تا ۲۹۴)
۳۰۸ مبحث سوم - زوال حق (ش ۲۹۵ تا ۲۹۸)
۳۱۳ فصل پنجم: اجرای حق
۳۱۴ مبحث اول - نسبی بودن اجرای حق (ش ۳۰۰ تا ۳۰۳)
۳۱۹ مبحث دوم - ضمانت اجرای حق (ش ۳۰۴ تا ۳۲۴)
۳۳۹ مبحث سوم - اثبات حق (ش ۳۲۵ تا ۳۶۱)
۳۶۹ فهرست تحلیلی مطالب

بسم الله الرحمن الرحيم

پیشگفتار چاپ اول

این کتاب برای دانشجویان حقوق تدوین یافته است تا مقدمه‌ای بر کاوش‌های آینده آنان باشد. هدف این است که ذهن دانشجو آماده‌ی فراگرفتن مطالب اصلی این دانش شود و پیش از گام نهادن در راهی چنین دشوار به اجمال آن را بشناسد. سالهاست این ضرورت احساس شده که آموختن علم حقوق به مقدمه‌ای نیاز دارد و آنچه را که نویسندگان در آغاز کتابهای حقوق مدنی و برای این رشته خاص می‌آورده‌اند به‌طور کامل این نیاز را برنمی‌آورد. «کلیات حقوق» نویسنده نیز که تاکنون دو مجلد آن انتشار یافته پاسخگوی این نیاز نیست. زیرا دوره کامل آن بیش از هزار صفحه است و چگونگی بسیاری از مباحث آن از حوصله دانشجوی مبتدی و درسی که تنها در نیمسال تحصیلی گفته می‌شود بیرون است و به کار کسی می‌خورد که دوره تحصیل مقدماتی را گذرانده و اکنون در صدد است تا مبانی کار خویش را به دقت روشن سازد و برای پژوهش‌های آینده شیوه مستقل و خاصی برگزیند. برای او مسائل جزئی و مقدماتی حل شده و پیش پا افتاده است و به کلیات عمیق تری نیاز دارد. به‌عنوان مثال، کسی که با کار قضاء آشنا شده و بارها به‌عنوان کارآموز یا دادرس و وکیل در دعاوی شرکت داشته است، دیگر نیازی ندارد که دلایل اثبات حق را بخواند؛ یا

دانشجویانی که درس حقوق مدنی و آیین دادرسی را به تفصیل دیده‌اند از مطالعه تعریف این دو رشته یا مباحث مربوط به منابع و تشریفات تملک و انتقال حق بهره‌ای نمی‌برند؛ در حالی که آوردن همین مطالب در «مقدمه حقوق» از واجبات است.

به‌طور خلاصه، در «کلیات» مبانی حقوق و پایه‌های اصلی و شیوه تفسیر قواعد آن مورد گفتگوست و به مسائل جزئی و ویژه حقوق ایران کمتر توجه می‌شود، لیکن در «مقدمه علم حقوق» همه نکاتی که برای مطالعه دانش حقوق ضرورت دارد یکسان مورد نظر است. بی‌تردید این دو کتاب در بسیاری از عنوان‌ها مشترک است، ولی هیچ کدام نمی‌تواند جای دیگری را پر کند.

درس «مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران» در دو باب فراهم آمده. در باب نخست گفتگو از «قواعد حقوق» می‌شود و مطالب آن برگزیده‌ای از دوره «کلیات حقوق» است که، برای رعایت تناسب درس و تطبیق با قوانین جدید، با تغییراتی خلاصه شده و گاه نیز نظرهای تازه‌ای در آن آمده است. لیکن، باب دوم ویژه «حق فردی» است و مسائلی از حقوق خصوصی ایران در آن مطرح می‌شود که در «کلیات حقوق» نیامده و ضرورت هم نداشته است.

به هر حال، این مقدمه ترکیبی از مطالب گوناگون فلسفه حقوق و شعبه‌های حقوق خصوصی است. نویسنده ادعا ندارد که اثری اصیل یا تحقیق بدیعی را عرضه می‌کند، ولی کوشیده است با ساده کردن و گردآوری نظریه‌های کلی حقوق، دانشجویان را با شیوه‌های علمی تحقیق آشنا سازد و معلومات عمومی لازم را در اختیارشان بگذارد تا در پژوهش‌های خود خطا و درست را از هم بازشناسند.

طبیعی است چنین تألیفی نباید سطحی یا گمراه‌کننده باشد، زیرا اثری که به منظور شکل بخشیدن به ذهن دانشجو به‌وجود می‌آید باید نمایشگر واقعیت‌ها باشد و اگر جلوه‌گاه تمام حقیقت نیست، پرتوی از آن را نمودار سازد و در این معماری خشت اول را کج نهد.

جمع همه این اوصاف به آسانی میسر نیست و تجربه و ذوق فراوان می‌خواهد. من نیز به دشواری آن آگاهم ولی به لطف حق و عنایات او نیز امیدوار هستم و در این راه از همه دانشمندان و استادان فن یاری می‌طلبم.

یادداشت چاپ بیست و دوم

کتاب «مقدمه علم حقوق» در آستانه سی سالگی است؛ یعنی در این دوران پرفراز و نشیب به سی نسل از حقوقدانان تعلیم داده شده و صدها استاد و دانشجو درباره آن به بحث و گفتگو پرداخته‌اند. سه بار به مناسبت‌های گوناگون بازسازی شده تا تازه و جوان در نظام حقوقی بماند و این بار، به دلیل تدریس آن در مؤسسه‌ها و مراکز آموزشی گوناگون، تدوینی تازه می‌یابد تا انعطاف‌پذیر شود و استاد بتواند مطالب متناسب با درک دانشجویان و برنامه‌های آموزشی را انتخاب کند. در واقع، «مقدمه علم حقوق» در صورت تازه خود راهنمای تدریس نیز هست:

۱. عنوان‌هایی که با حروف درشت نوشته شده متن اصلی کتاب و حاوی مطالبی است که به نظر نویسنده برای یادگیری دانشجویان ضروری است. ولی، این انتخاب تنها راهنماست و مانع از این نمی‌شود که استاد مطلب دیگری را نیز از بخش اصلی خارج کند.

۲. مطالب و عنوان‌هایی که با حروف ریزتر عرضه شده، بخشی است که یا دشوارتر از معمول است و برای خاصان گفته می‌شود یا موضوعی است فرعی که برای فهم یا کمال مطلب مفید به نظر می‌رسد، ولی استاد می‌تواند تمام یا بخشی از آن را درس

ندهد یا امتحان نکند.

۳. توصیه می‌شود که در رشته قضایی تکیه بیشتر بر بخش نخست کتاب (قواعد حقوق) باشد، زیرا تفصیل مطالب بخش دوم را دانشجویان به تدریج و ضمن دروس دیگر خود فرا می‌گیرند. برعکس، در سایر رشته‌های علوم اجتماعی یا اقتصادی یا علوم تجربی و ریاضی که می‌خواهند از حقوق نیز معلوماتی داشته باشند، بخش دوم بیشتر به کار می‌آید و از بخش نخست «نظریه عمومی قانون» در منابع حقوق همراه با شناخت مختصری از مفهوم حقوق کافی است.

برای بجای آوردن شرط بلاغ، این توصیه نیز ضروری است که دانشجویان دوره کارشناسی قضایی، پس از پایان این دوره نیز مقدمه را بار دیگر با دقت بخوانند تا خود را برای تحصیل در رشته‌های بالاتر و به‌ویژه خواندن فلسفه حقوق آماده سازند و در آن فضا تنها به قیل و قال مدرسه و تفسیر قدرت نپردازند؛ به انسان و عدالت بیندیشند.

امیرناصرکاتوزیان

بهمن‌ماه ۱۳۷۵

مقدمه

۱. معانی حقوق:

در زبان فارسی واژه «حقوق» به معانی گوناگون به کار می‌رود که از جمله مهم‌ترین آنهاست:

۱. مجموع قواعدی که بر اشخاص، از این جهت که در اجتماع هستند، حکومت می‌کند: انسان موجودی است اجتماعی که میان همگنان خود به سر می‌برد. به حکم طبیعت، شخص در اجتماع کوچک پدر و مادر زاده می‌شود و در سایه مراقبت و تربیت این گروه نیازهای مادی و معنوی خویش را تأمین می‌کند. ولی، پس از دوران کودکی نیز او با دیگران زندگی می‌کند و با همکاری آنان به خواسته‌های خود می‌رسد.

از سوی دیگر، خواسته‌های آدمیان به حکم فطرت باهم شباهت زیاد دارد. کم و بیش همه یک چیز را طالبند. پس، نزاع بر سر جلب منافع بیشتر و تأمین زندگی بهتر در می‌گیرد. انسان اندیشمند از آغاز خودشناسی دریافت که بقای اجتماع او با آشوب و زورگویی امکان ندارد و ناچار باید قواعدی بر روابط اشخاص، از جهتی که عضو جامعه‌اند، حکومت کند و ما امروز مجموع این قواعد را «حقوق» می‌نامیم.

۲. برای تنظیم روابط مردم و حفظ نظم در اجتماع، حقوق برای هر کس امتیازهایی در برابر دیگران می‌شناسد و توان خاصی به او می‌بخشد. این امتیاز و توانایی را «حق»

می‌نامند که جمع آن حقوق است و «حقوق فردی» نیز گفته می‌شود: حق حیات، حق مالکیت، حق آزادی شغل و حق زوجیت به اعتبار معنی اخیر است که گاه با عنوان «حقوق بشر» مورد حمایت قرار می‌گیرد. ولی، واژه حقوق، به معنی نخست، همیشه با ترکیب جمع به کار می‌رود و برای نشان دادن مجموع نظام‌ها و قوانین است: مانند حقوق ایران، حقوق مدنی، حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام.

۳. حقوق معانی دیگری هم دارد: برای مثال، وقتی سخن از حقوق کارمندان دولت یا حقوق دیوانی می‌شود، مقصود دستمزد کارکنان و پولی است که دولت بابت ثبت اسناد رسمی از دو طرف معامله می‌گیرد. این معانی، که بیشتر در امور مالیاتی و حقوق اداری به کار می‌رود، در واقع از شاخه‌های «حق» است که رنگ اصطلاح پذیرفته.

۴. گاه مقصود از واژه «حقوق» علم حقوق است، یعنی دانشی که به تحلیل قواعد حقوقی و سیر تحول و زندگی آن می‌پردازد. «دانشکده حقوق» و شعبه‌های گوناگون حقوق (مانند حقوق مدنی و اساسی و کیفری) از شایع‌ترین موارد استعمال همین معنی است که به آن می‌پردازیم.

۲. طرح مقدمه :

این مقدمه را، که در واقع اساس مطالعه دانش حقوق و به‌ویژه رشته‌های حقوق خصوصی است، در دو بخش بررسی می‌کنیم: در بخش نخستین به قواعد حقوق و در بخش دوم به حق و منابع و اجرای آن می‌پردازیم. ولی، باید دانست که هدف از طرح و تدوین این‌گونه مقدمه‌ها مطالعه عمیق مسائل راجع به فلسفه حقوق و ارکان رشته‌های گوناگون آن نیست؛ انگیزه اصلی آماده کردن ذهن مبتدیان برای فراگرفتن مطالب اصلی این علم است.

آنچه در بخش دوم گفته می‌شود، به مسائل حقوق خصوصی و به‌ویژه حقوق مدنی نزدیک است و استخوان‌بندی این رشته از حقوق را برای دانشجویان روشن می‌سازد. ولی، باب نخست به علم حقوق نظر دارد و مطالب آن برای تمام کسانی که خواهان آشنا شدن با این دانش هستند مفید به نظر می‌رسد. بی‌گمان، چنان‌که مرسوم در طرح این‌گونه مقدمه‌هاست، گاه مباحث رنگ حقوق خصوصی پیدای کند. ولی، نباید این پندار را به وجود آورد که برای حقوق عمومی یا کیفری به کار نمی‌آید یا کافی به نظر نمی‌رسد. اصول و پایه‌ها مشترک است و آن‌گاه که نوبه طرح فروع و احکام ویژه هر یک فرامی‌رسد، باید در هر رشته جداگانه بررسی شود.

بخش نخست:

قواعد حقوق

۳. تقسیم مطالب :

بخش مربوط به قواعد حقوق را در پنج فصل مطالعه می‌کنیم:

۱. مبنا و هدف حقوق؛

۲. اوصاف قاعده حقوقی؛

۳. علم حقوق و شاخه‌های آن؛

۴. منابع حقوق؛

۵. قلمرو اجرای قواعد حقوق.

این عنوان‌ها در کتاب‌های «فلسفه حقوق» نیز با دید و هدف دیگری طرح می‌شود^۱. در این مقدمه، هدف این است که دورنمای علم حقوق و پایه‌های اصلی آن برای محققان جوان ترسیم شود. ولی، در فلسفه حقوق منظور این است که فکر حقوقدانان ورزیده جهت یابد و تابع جهان‌بینی و آرمان‌های اخلاقی و اقتصادی و سیاسی آنان قرار گیرد.

۱. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، در سه مجلد.

فصل اول

مبنا و هدف حقوق

۴. ریشه و مبناى اختلاف :

درباره مبنا و هدف قواعد حقوق اختلاف بسیار است، چندان که می‌توان گفت تاکنون در هیچ یک از مسائل اجتماعی بدین پایه بحث و گفتگو نشده است. کاوش در این باره که حقوق بر چه مبنایی استوار است و هدف از قواعد آن چیست، پیشینه‌ای درخشان دارد و از زمان حکیمان یونان تاکنون اندیشه هزاران نویسنده و متفکر و دانشمند را به خود مشغول داشته است.

این اختلاف را اسباب گوناگون دامن می‌زند؛ چنان که پیروان مذاهب و دانشمندانی که فکر ایجاد حقوق جهانی را در سر می‌پرورانند سهم بسزایی در این راه دارند. ولی، رابطه اصلی همه گفتگوها را باید در این دو نکته جستجو و خلاصه کرد:

۱. تاریخ زندگی بشر ستم‌هایی را که حکمرانان زورگو بر مردم روا داشته‌اند هیچ‌گاه از یاد نمی‌برد. قربانیان این جنایات همیشه در پی آن بوده‌اند تا چاره‌ای برای

این درد بیابند و به وسیله‌ای از خودکامگی فرمانروایان بکاهند. احترام به حقوق فطری یکی از این وسایل است: گروهی از خردمندان کوشیده‌اند تا با طرح این فکر که «قواعدی برتر از اراده حاکم نیز وجود دارد و حقوق باید از آن قواعد عالی و طبیعی پیروی کند» مانعی در راه تجاوز حکومت ایجاد کنند و قیام و مقاومت مردم را در برابر بی‌عدالتیها موجه سازند.

از سوی دیگر، طرفداران حکومت نیز بیکار ننشسته‌اند و در برابر پیروان حقوق فطری این فکر را پرورده‌اند که مبنای اصلی حقوق اقتدار دولت است و حاکم نماینده خداوند و مأمور اجرای فرمان‌های اوست.

۲. انسان موجودی است مستقل و با خواسته‌ها و نیازهای ویژه خود، شخصیتی ممتاز از دیگران دارد. ولی، زندگی همین فرد مستقل چنان به سرنوشت دیگران آمیخته است که گویی پاره‌ای از اجتماع است و هیچ وجود مستقلی در برابر آن ندارد. زندگی فردی و اجتماعی انسان دو چهره گوناگون از حقیقت زندگی اوست و مهم‌ترین مسأله درباره هدف حقوق این است که چگونه باید ضرورت‌های این دو زندگی را باهم جمع کرد و مقصود نهایی از قواعد حقوق تأمین کدام یک از آنهاست؟

از همین جاست که دو مکتب اصلی تمام مسائل حقوقی و اقتصادی را تحت تأثیر قرار داده است: بعضی طرفدار اصالت فرد و تأمین آزادی او شده‌اند و بعضی دیگر منافع جامعه و ضرورت‌های زندگی مشترک را بر حقوق فردی برتری داده‌اند.

مبحث اول: مبنای حقوق

۵. مکتب‌های آرمانی و تحقیقی:

بدیهی‌ترین مفهومی که همه از حقوق و قانون دارند این است که قواعد آن بر اشخاص تحمیل می‌شود و ایجاد الزام می‌کند. پس این پرسش در ذهن هر اندیشمند

طرح می‌شود که چرا باید از قانون اطاعت کرد؟ چه نیرویی پشتیبان آن است و چه جاذبه‌ای ما را به اجرای قواعد آن وادار می‌سازد؟ این نیرو و جاذبه پنهانی را «مبنای حقوق» می‌نامند.

گفته شد که انسان موجودی اجتماعی است و برای نگاهداری اجتماع خود لازم دیده است که قواعدی بر روابط اشخاص حکومت کند. پس، از لحاظ تاریخی، مفهوم حقوق با دولت (به معنی عام) ارتباط نزدیک دارد و هدف اصلی آن ایجاد نظم است که این همزیستی را تأمین کند. ولی، با ازبین رفتن حکومت‌های خودکامه، این بحث به میان آمده است، که آیا نقش حقوق تنها نگاهداری اجتماع و تضمین بقای حکومت است، یا باید بر پایه عدالت و انصاف باشد و برای هر کس حق و تکلیفی را شناسد که شایسته و سزاوار است؟

به این پرسش دو پاسخ گوناگون داده شده است:

۱. **مبنای اصلی حقوق عدالت است:** بدین ترتیب، هم قانونگذار باید از قواعد عدالت پیروی کند و هم پیروان قانون در صورتی ناگزیر از اجرای آنند که دستورهای حکومت را عادلانه ببینند. بر پایه این نظر، قاعده‌ای که با مبنای اصلی خود (عدالت) در تعارض است، فقط صورت قانون را دارد و اگر به ظاهر نیز اشخاص ملزم به اطاعت از آن شوند، در وجدان خویش تکلیفی در این باب ندارند. لزوم احترام به اصول حقوقی ناشی از اراده حکومت نیست؛ به خاطر آن است که انسان به حکم فطرت خویش خواهان دادگستری است و به اصولی که این هدف را تأمین کند احترام می‌گذارد.

به طور خلاصه، قاعده‌ای به عنوان «حقوق» قابل احترام است که، علاوه بر تأمین آسایش و نظم عمومی، حافظ عدالت نیز باشد.

۲. **مبنای حقوق قدرت حکومت است نه عدالت:** قاعده حقوقی، خودبه‌خود و به دلیل پشتیبانی دولت، همیشه محترم است، خواه هدف آن حفظ نظم یا اجرای اصول عدالت باشد. پس هیچ کس نمی‌تواند به بهانه بی‌عدالتی از اجرای قاعده حقوقی سر باز زند یا در برابر آن مقاومت کند.

در این پاسخ، به حقایق مادی و خارجی بیش از آرمان‌های حقوقی توجه می‌شود. گویندگان آن بی‌هیچ پیرایه‌ای اعلام می‌کنند که آنچه حقیقت دارد این است که طبقه حاکم سایرین را وادار به اجرای قواعد حقوق می‌کند و این گروه نیز ناگزیر از رعایت آن هستند.

آنان که عدالت را مبنای حقوق می‌شمرند، معتقد به وجود قواعدی والا و طبیعی هستند که برتر از اراده حکومت است و دولت‌ها وظیفه دارند که آن قواعد را به دست آورند و حمایت کنند. ولی، طرفداران نظر اخیر حقوق را ناپایدار و ناشی از وضع حکومت و سیر تاریخی هر جامعه می‌دانند. به همین مناسبت، نظر گروه نخست را «مکتب حقوق فطری یا طبیعی» و نظر دیگر را «مکتب تحقیقی» می‌نامند.

در دو گفتار آینده می‌کوشیم تا اصول عقاید این دو مکتب را به اختصار یادآور شویم و سیر تاریخی هر یک را باز نماییم.

گفتار نخست: مکتب حقوق فطری یا طبیعی

ع. مفهوم حقوق فطری و تحول آن:

مرسوم است که اصطلاح «حقوق فطری» را در برابر «حقوق موضوعه» به کار می‌برند تا نشان دهند که در برابر قواعدی که در زمان معین حکومت می‌کند و اجرای آنها از طرف دولت تضمین می‌شود، قواعد ثابتی نیز هست که برتر از اراده حکومت و غایت مطلوب انسان است و قانونگذار باید بکوشد تا آنها را بیابد و سرمشق خود قرار دهد.^۱ درباره مبنای و اوصاف این قواعد اختلاف بسیار است، ولی از دیرباز گروه بزرگی از نویسندگان پذیرفته‌اند که قوانینی والاتر و برتر از اراده قانونگذار وجود دارد. منتها،

۱. به بیان دیگر، در حقوق موضوعه به «آنچه هست» تکیه می‌شود و در حقوق فطری به «آنچه باید باشد».

تحول اندیشه‌ها دربارهٔ منبع و هدف این قواعد عالی سه مرحله اصلی را پیموده است:
 (۱) عصر مذهبی (۲) خردگرایی (۳) تجربی.

الف: عصر مذهبی

۷. حقوق فطری در مذهب مسیح:

پیش از سدهٔ هفدهم، حقوق فطری به قواعد مطلوب و عالی گفته می‌شد که عقل انسان بر آن حکم می‌کرد. در این دوران، خردگرایان چیره بودند و توانایی عقل در یافتن به قواعد عدالت را می‌پذیرفتند. نفوذ مذهب مسیح را هم در دامن زدن به این فکر نباید انکار کرد؛ چنانکه سن توماس داکن، حکیم مذهبی سدهٔ سیزدهم، قوانین را به سه دستهٔ الهی و فطری یا طبیعی و بشری بدین شرح تقسیم کرده بود:

(۱) قوانین الهی، که ناشی از ارادهٔ پروردگار و حاکم بر جهان هستی است و عقل ناقص بشر به آن دسترسی ندارد، و تنها آفریدگار و فرستادگانش از دریچهٔ وحی بر آن آگاهند.

(۲) قوانین طبیعی یا فطری، که پرتوی از مشیت الهی است که بشر آن را به فراست درمی‌یابد.

(۳) قوانین بشری که زادهٔ فکر انسان است و باید اجرای قوانین فطری را در جهان بیرون تأمین کند.

منبع حقوق فطری ارادهٔ خداوند است و هدف آن اجرای ارادهٔ او، یعنی اقامهٔ عدل و مهربانی، است. این قوانین، چنان با طبیعت امور و فطرت بشر سازگار است، که عقل هر کس بی‌هیچ واسطه بر آن حکم می‌کند و به اندازه‌ای طبیعی و درست و عادلانه است که هیچ مقامی نمی‌تواند آن را منکر شود. پس حقوق فطری تغییرناپذیر و عام است و تغییر زمان و مکان به اعتبار و قدرت آن خلل نمی‌رساند.

۸. حقوق فطری در مذهب امامیه :

در مذهب امامیه نیز حقوق فطری، به همان صورت که فیلسوفان مسیحی گفته‌اند، با عنوان «مستقلات عقلی» مورد گفتگو قرار گرفته است. مقصود از «مستقلات عقلی» اموری است که عقل انسان، مستقل و جدای از احکام شرعی، بر آن حکم می‌کند و چندان بدیهی است که جای هیچ تردیدی در درستی آن باقی نمی‌ماند: مانند لزوم پرداختن دین و رد و دبیعه و حرمت ظلم و مانند اینها^۱.

در علم اصول فقه این مسأله مطرح شده است که آنچه را عقل نیکو یا ناپسند می‌شمارد آیا شرع نیز به همان‌گونه آن را واجب و حرام می‌داند یا نه؟

جمعی در پاسخ گفته‌اند: لطف‌پروردگار ایجاب می‌کند که ثواب و عقاب مخصوص اموری باشد که او به طور صریح یا ضمنی، حکمی درباره آن داده است. ولی، بیشتر نویسندگان تأیید کرده‌اند که خداوند منبع فیض و خیر مطلق است و چگونه ممکن است امری را که عقل قبیح می‌داند مجاز شمرد یا به کاری که عقل نیکو و پسندیده می‌داند فرمان ندهد؟ و نتیجه گرفته‌اند که: «هرچه را عقل حکم کند شرع نیز حکم می‌کند، و به هر چه شرع فرمان دهد عقل نیز فرمان می‌دهد» و آن را به صورت قاعده حقوقی به کار می‌برند^۲.

پس، در اسلام نیز قواعد فطری از منابع حقوق است. منتها، امتیازی که تحلیل فقیهان بر نظر حکیمان طرفدار حقوق فطری دارد این است که به نظر ایشان اعتبار احکام عقلی به لحاظ بدیهی یا فطری بودن آنها نیست؛ به خاطر دلالتی است که بر وجود احکام شرع دارد: یعنی، حکم عقل کاشف از این است که شرع نیز همان حکم را می‌کند و اعتبار قواعد فطری نیز متکی بر شرع است و خود منبع مستقلاً محسوب نمی‌شود.

نتیجه مهمی که از انعطاف فقیهان و متکلمان اسلامی گرفته می‌شود این است که داوری‌های عقل هیچ‌گاه نمی‌تواند برخلاف احکام شرع باشد و تنها برای تکمیل و تفسیر آن احکام مورد استناد قرار می‌گیرد.

۱. اصطلاح «مستقل عقلی» در برابر «استلزام عقلی» است که عقل، در نتیجه تفسیر و استنباط احکام شرعی، بدان دست می‌یابد و لازمه آن احکام می‌بیند: مانند نهی از آزردن و اهانت به پدر و مادر که لازمه عقلی حکم «با آن دو ترش رویی مکنید» است: رک. ش ۹۱ و ۱۸۹.

۲. محقق قمی قوانین الاصول. ج ۲، ص ۱ به بعد.

ب: خردگرایی

۹. حقوق فطری در سده‌های ۱۷ و ۱۸ میلادی:

در این دوران، رفته رفته حقوق فطری ریشه مذهبی و الهی خود را در اروپا از دست داد. پیشرو این نهضت را باید گروسیوس (Grotius) هلندی دانست، ولی پس از او پوفندرف آلمانی و دکارت فرانسوی نیز حقوق فطری را محصول عقل بشر و ناشی از طبیعت امور دانستند و کانت در تحلیل عقل، حقوق را از دستورهای عقل عملی شمرد.

مفهوم حقوق فطری در این دوره و نزد خردگرایان از چند جهت متمایز از دوران مذهبی است:

۱. منبع حقوق فطری انسان است نه خداوند: نه تنها عقل بشر در همه حال به قواعد حقوق فطری حکم می‌کند، این حقوق لازمه شخصیت انسان و همیشه با اوست. حقوق فطری چنان با سرشت آدمی آمیخته است که هیچ عاملی نمی‌تواند آن را از او جدا یا به دیگران منتقل سازد.

۲. هدف حقوق فطری حمایت از حقوق فردی است: پیش از سده هفدهم، طرفداران مذهب مسیح هدف حقوق فطری را اجرای اراده پروردگار و تأمین اطاعت از او می‌دانستند. ولی، در نظر نویسندگان قرن هجدهم، هدف این قواعد نیز حمایت از حقوق و شخصیت انسان است.

۳. آزادی ارزش برتر است: در بیشتر آثار فلسفی این عصر، آزادی جوهر زندگی و مهم‌ترین آرمان مطلوب انسان و گرانبهاترین ارزش هاست:

به گفته روسو، بشر آزاد به دنیا آمده است و باید آزاد زیست کند. بی‌تردید زندگی در اجتماع آزادی فردی را محدود می‌کند، ولی این محدودیت تا جایی مشروع است که

مستند به رضای خود او (قرارداد اجتماعی) باشد. انسان تا جایی می‌تواند از آزادی خود برای شرکت در اجتماع بگذرد که ضرورت‌های این زندگی ایجاب کند. پس آزادی فردی همیشه به صورت قاعده کلی محترم است و دولتی که نماینده افراد است تنها به طور استثنایی و محدود می‌تواند آن را سلب کند. وانگهی، بهترین وسیله تأمین سعادت جامعه احترام به آزادی و اراده فرد است: آزادی سیاسی بهترین حکومت‌ها را به وجود می‌آورد و آزادی اقتصادی بهترین وسیله تولید و توزیع ثروت ملی است. با این ترتیب، بر طبق نظری که در این دوره پذیرفته شده است: «حقوق فطری مجموع قواعدی است که از حقوق فردی حمایت و حداکثر آزادی را تأمین کند».

۱۰. حقوق بشر:

نفوذ این عقیده 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 و در متن آن بارها صحبت از حقوق انتقال‌ناپذیر و غیرقابل مرور زمان انسان شده است. در ماده اول طرح قانون مدنی فرانسه در سال هشتم انقلاب نیز گفته شده است: «حقوق عام و تغییرناپذیری وجود دارد که منبع حقوق موضوعه است»، و ماده ۷ قانون ۱۸۱۱ اطریش در همین زمینه می‌گوید: «در مورد سکوت قانون باید به حقوق طبیعی مراجعه کرد».

حقوق بشر، گذشته از نفوذ اخلاقی و فلسفی، از نظر حقوقی نیز بر پیمان بین‌المللی اعلامیه جهانی تکیه دارد و دولت‌های امضاءکننده متعهد به رعایت آن در قوانین داخلی شده‌اند، چندان که امروز هیچ دولتی نمی‌تواند در پناه حاکمیت ملی بر انسانیت ستم کند و مصون از تعقیب بماند.

ج: عصر تجربی

۱۱. حقوق فطری تجربی:

در قرن نوزدهم و بیستم عصر خردگرایی پایان یافت و انسان در جستجوی

حقیقت به تجربه روی آورد. علوم اجتماعی نیز از این تحول دور نماند و توجه به واقعیت‌های خارجی و یافتن علت رویدادها و قانون حرکت آنها جای آرمانگرایی و تحلیل‌های عقلی را گرفت. در نتیجه، مکتب حقوق فطری هم از جهات گوناگون مورد انتقاد قرار گرفت و توان عقل آدمی در استنباط بهترین قواعد حقوقی انکار شد.

ولی، چون نتیجه انکار این حقوق اطاعت بی‌چون و چرا از اراده حکومت و منع هرگونه انتقاد از آن است، نویسندگان فلسفه حقوق بر آن شده‌اند که از مفهوم حقوق طبیعی و فطری تعبیرهای تازه کنند و آنرا با عقاید جامعه‌شناسان و طرفداران مکتب تاریخی سازگار نمایند.

۱۲. گرایش‌های نو و تعدیل شده:

در عصر تجربه و علم، پیروان حقوق فطری کوشیده‌اند تا گزافه‌های پیشین را تعدیل کنند و حداقلی از مفهوم فطری یا طبیعی حقوق را، برای حفظ آرمان‌ها و ارزش‌ها در برابر قدرت دولت، از انتقاد مصون دارند. منتها، برای دست یافتن به این هدف مشترک، هر گروه به راهی رفتند که از جمله آنهاست:

۱. گروهی از نویسندگان، با تأیید مفهوم سنتی حقوق فطری، آنرا به چند قاعده عمومی و بدیهی (مانند لزوم وفای به عهد و احترام به پیمان و عدم تأثیر قوانین در گذشته و جبران ضرری که برخلاف حق وارد شده است) محدود ساختند و سایر قواعد را تغییرپذیر و ناشی از اراده دولت و مولود تحولات اجتماعی دانستند.

۲. بعضی دیگر ثبات حقوق فطری را رها کردند و موضوع قواعد آنرا در هر دوره متفاوت شمردند. در واقع، اینان دریافتند که داوری‌های عقل نیز تابع شرایط زمان و مکان است و پایدار نمی‌ماند و به این ترتیب از آن نظریه باشکوه تنها نامی آشنا را نگاه داشتند.*

۳. گروهی هم در این راه رفته‌اند که فطرت تنها مسیر حرکت فکر به سوی عدالت

* در نظر استامر، جامعه‌شناس و حقوق‌دان اتریشی، حقوق طبیعی ثابت و جاودانی نیست و در هر محیط جداگانه تعیین می‌شود و ممکن است قاعده عادلانه و درست‌دیروز فردا ظلم محض باشد. آنچه ثابت می‌ماند شوق رسیدن به عدالت است که در هر جامعه حقوق طبیعی ویژه‌ای را ایجاب می‌کند: رک. کلیات حقوق، ش ۱۶.

را نشان می‌دهد. اینان مفهوم حقوق فطری را همان حس عدالتخواهی دانسته‌اند و عدالت را پایه و مبنای قواعد حقوقی و اخلاقی شمرده‌اند:

گورویچ، جامعه‌شناس فرانسوی، در تعریف حقوق می‌گوید: «کوششی است که برای تحقق عدالت در جامعه معین انجام می‌شود». رویه، حقوقدان فرانسوی، نیز می‌پذیرد که هدف تمام قواعد حقوقی اجرای کامل عدالت است، هرچند که گاه ضرورت‌های اجتماعی سبب شود که انحرافی رخ دهد^۱.

گفتار دوم: مکتب تاریخی و تحقیقی

۱۳. اوصاف مشترک این مکتب‌ها:

در این مکتب‌ها با هرگونه قواعد آرمانی و برتر از حقوق حاکم بر اجتماع مخالفت شده و توانایی عقل انسان در یافتن بهترین راه‌حل‌ها و عام بودن حقوق فطری یکسره انکار گردیده است:

انسان تنها و دور از اجتماع موجودی است خیالی و آنچه حقیقت دارد اجتماع انسان‌ها و زندگی مشترک ایشان است و چگونگی همین زندگی است که باید مورد مطالعه و گفتگو قرار گیرد. مشاهده این زندگی نشان می‌دهد که قواعد حاکم بر آن یکسان نیست و هر جامعه قوانینی ویژه خود دارد. هر گروه در زمان و مکان و در شرایط اقتصادی و تاریخی و جغرافیایی خاص است و برای ایجاد نظم از قواعد معینی پیروی می‌کند. با این وصف، چگونه می‌توان حقوق را عام و تغییرناپذیر دانست و قدرت حکومت هر جامعه و این همه شرایط گوناگون را نادیده گرفت؟

دربارۀ مبنای حقوق موضوعه نیز گفتگو بسیار است و به‌ویژه در دو سده اخیر، نظریه‌های گوناگونی در این باب مطرح شده است، ولی تمام این نظریه‌ها در دو نکته مشترکند: (۱) رد حقوق فطری (۲) اتکای به حقوق تحقق یافته در اجتماع.

۱. برای مطالعه درباره نفوذ حقوق طبیعی در اندیشه‌های حقوقدانان معاصر، رک. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ش ۳۳ به بعد.

۱۴. مکتب تاریخی:

به موجب این مکتب، که بنیانگذار آن را باید ساوینی (Savigny) حقوقدان مشهور آلمانی دانست، حقوق نیز مانند زبان و عادت‌ها محصول وجدان عمومی و تحول تاریخی اجتماع است و اراده فرد و تغییر دولت‌ها هیچ دخالتی در ایجاد آن ندارد. وظیفه علم حقوق تنها شناساندن و منظم ساختن قواعدی است که خود به خود از وجدان اجتماع تراوش می‌کند و حقوقدان، جز بیان و دسته‌بندی قواعد موجود، نقشی در ایجاد نظم حقوقی ندارد.

به نظر ساوینی، سازنده قواعد حقوقی ملت است؛ ولی ملت را نباید مردمی دانست که در زمان معین باهم زندگی می‌کنند. ملت مفهوم واحدی است که در آن نسل‌های پیاپی وجود داشته‌اند و سنن و آداب آنان قواعد حقوقی را به وجود آورده و به عنوان میراث برای نسل‌های بعد به یادگار نهاده است. حقوق، نتیجه و بازتاب نیازهای عمومی است که به تدریج و در طول زمان، به وسیله ملت ایجاد می‌شود و امری نیست که یکباره بتوان آن را به وجود آورد یا دگرگون ساخت.

در مکتب تاریخی، سهم شخصیت‌ها و قدرت‌های سیاسی در ایجاد حقوق نادیده گرفته شده است و به گمان طرفداران آن: «حقوق چیزی جز صرف توده‌های مردم نیست که در اراده قانونگذار منعکس شده است. همان‌گونه که زبان ناخواسته و به تدریج به وجود می‌آید و تحول پیدا می‌کند، حقوق نیز نتیجه قهری زندگی اجتماعی است نه محصول تدبیر قانونگذار».

اشتباه مکتب تاریخی در این است که حقوق را نتیجه قهری زندگی اجتماعی و در شمار اعمال غیرارادی ملت‌ها آورده است، در حالی که مشاهده و تجربه‌های تاریخی نشان می‌دهد که حقوق پدیده‌ای است که از عقل و به خاطر رسیدن به هدف معین تراوش می‌کند و طبیعت اجتماعی آن را خود به خود نیافریده است.

مکتب تاریخی در فرانسه پیروان زیادی پیدا نکرد و در آلمان نیز بسیاری از نویسندگان با آن به مخالفت پرداختند. به ویژه، ایرینگ (Ihering)، ضمن انتقاد شدید از

مکتب تاریخی، اظهار نظر کرد که حقوق ناشی از اراده اشخاص است و قدرت آن بر نیروی دولت تکیه دارد.

ایرینگ در کتاب «نزاع به خاطر حقوق» می‌نویسد: برخلاف آنچه پیروان مکتب تاریخی ادعا کرده‌اند، حقوق مانند زبان خود به خود بازماندگرگون نمی‌شود. ایجاد هر قاعده نو و حتی حفظ قواعد گذشته، با منافع خصوصی گروهی از مردم تعارض دارد و به همین جهت تحول قواعد حقوقی همیشه با نزاع و کشمکش همراه بوده است. تمامپروزیهایی که در زمینه الغای بردگی و آزادگی فکر و مالکیت خصوصی تاکنون به دست آمده نتیجه مبارزه‌های دامنه‌داری است که گاه قرن‌ها به درازا کشیده و بلخونریزیهای فراوان همراه بوده است. پس چگونه می‌توان سهم کسانی را که برای حقوق خود مبارزه کرده و پیروز شده‌اند در ایجاد این گونه قواعد نادیده گرفت.

به نظر او «روح قواعد حقوقی» در میان مردم احساس می‌شود، ولی حقوقدان است که آن را محقق می‌سازد و از قوه به فعل درمی‌آورد و به همین جهت، باید او را پیشرو مکتب‌های مادی به‌شمار آورد.

با وجود این، باید پذیرفت که «مکتب تاریخی» در اندیشه همه حقوقدانان معاصر کم و بیش تأثیر کرده است. زیرا، این نظریه اساس حقوق طبیعی و ساخته عقل را بر هم ریخت و در قرن بیستم، به دلیل انتقادهای شدید همین مکتب، دیگر طرفداری برای «حقوق طبیعی» به صورت سابق باقی نمانده است.

۱۵. مکتب‌های تحقیقی^۱:

این مکتب‌ها را، که بر واقعیت‌های خارجی تکیه دارد، به دو گروه اجتماعی و حقوقی می‌توان تقسیم کرد:

(۱) در مکتب تحقیقی اجتماعی، مبنای قواعد حقوق در اراده عمومی و رویدادهای اجتماعی است.

(۲) در مکتب تحقیقی حقوقی، منشأ حقوق اراده مقام‌های صالح دولت است و

فقط باید در پی یافتن و مطالعه نیروهایی بود که قواعد آنرا به وجود می‌آورد.

۱۶. مکتب تحققی اجتماعی^۱:

پیروان این مکتب، به جای تکیه بر چگونگی ایجاد قاعده حقوقی و سرگذشت آن، برای شناخت این قاعده به نفوذ واقعی آن در نظم اجتماعی روی می‌آورند. نیروی الزام‌کننده حقوق وابسته به قدرت دولت نیست؛ ناشی از احترامی است که قواعد آن در جامعه پیدا کرده است؛ اگر قاعده‌ای که از طرف دولت وضع شده است در عمل متروک بماند و به طور واقعی در زندگی اجتماعی اثر نکند، آنرا نباید در شمار قواعد حقوقی آورد. برعکس، قواعد ساخته عرف، که در عمل از طرف عموم رعایت می‌شود، در زمره قواعد حقوقی است، هرچند که دولت در وضع آن دخالتی نداشته باشد. پس برای یافتن قواعد «حقوق زنده» باید به بررسی وقایع اجتماعی پرداخت و داورهای «وجدان اجتماعی» را جستجو کرد تا معلوم شود کدام قاعده در نظم اجتماعی نفوذ واقعی یافته است. آنچه در کتاب‌های قانون آمده یا تخیل حکیمان با نام «آرمان‌های حقوقی» پرورده است با واقعیت‌های خارجی نباید اشتباه شود.

این نکته را همه کم و بیش پذیرفته‌اند که حقوق ناشی از زندگی اجتماعی است و باید قواعد آنرا در اجتماع جستجو کرد، ولی بعضی پنداشته‌اند که تنها اجتماع سیاسی، یعنی دولت، توانایی ایجاد حقوق را دارد. این پندار اشتباه است، زیرا گروه‌های انسانی دیگر نیز رفته رفته قواعدی را میان خود مرسوم و الزام‌آور می‌سازند و این قواعد هیچ چیز از قوانین دولتی کم ندارد.

بدین ترتیب، وسیله کشف و احراز قواعد اجتماعی، تجربه و مشاهده به شیوه جامعه‌شناسی است و حقوق شاخه‌ای از این علم است که به پدیده‌های حقوقی

۱. Positivisme sociologiste - رک. ناصرکاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، چاپ سوم (تجدید نظر

شده)، ش ۹۱ به بعد.

می پردازد.

در انتقاد از مکتب اجتماعی، باید پذیرفت که حقوق بی نیاز از جامعه شناسی نیست، زیرا حقوقدان نمی تواند تنها به قدرت دولت و ارزش آرمان ها تکیه کند و از تجزیه و تحلیل رویدادهای اجتماعی غافل بماند.

با وجود این، درباره ارزش جامعه شناسی نباید چندان مبالغه کرد که علم حقوق نیز یکی از شعبه های آن قرار گیرد. جامعه شناسی تنها به عنوان وسیله ای مفید به کار حقوقدان می خورد: با تجربه و مشاهده آنچه می گذرد، ممکن است نیازهای کنونی اجتماع و قواعد ناشی از «وجدان عمومی» را تشخیص داد، ولی هدف حقوق به همین اندازه محدود نمی شود. تأمین پیشرفت جامعه احتیاج به هدفی بالاتر از وضع موجود دارد و در تلاش به سوی عدالت، حقوق پیشگام است نه دنباله رو.

حقوق شامل امر به پاره ای کارها و نهی از پاره ای دیگر است. پس باید، جز آنچه هست، در پی معیاری برای خوب و بد باشد و نمی تواند به روش علوم طبیعی به کشف واقع اکتفا کند. وانگهی، قانونگذار، برای حفظ نظم و استقرار عدالت، از هنر و ابداع خویش در حکومت کردن استفاده می کند و نقش فرمانده لایق را به عهده دارد نه مدیر آزمایشگاه را.

نه تنها سهم قانونگذار را نباید در ایجاد حقوق فراموش کرد، باید دانست که نیروهای اخلاقی و سنن گذشته نیز در وادار کردن او به ایجاد قاعده حقوقی نقش مؤثر دارد.

از سوی دیگر، قاعده حقوقی باید الزام آور باشد و دولت آنرا، به وسایلی که در اختیار دارد به اجبار اجرا کند. پس چگونه می توان این قاعده را از مفهوم دولت جدا ساخت و با تجربه و آزمایش به دنبال آن بود؟ به بیان دیگر، آیا ممکن است ادعا شود که صدها قانون و تصویب نامه و آیین نامه ای که بر ما تحمیل می شود همه ساخته وجدان عمومی است، و داوری توده مردم است که به صورت قاعده حقوقی ظاهر شده و اعتبار یافته است؟

۱۷. مکتب تحققی دولتی یا حقوقی^۱:

به نظر پیروان این مکتب، حقوق مجموع قواعدی است که از طرف دولت وضع و اجرای آن تضمین می‌شود. نظریه‌های گوناگونی که در باب مبناي حقوق ابراز شده است تنها از جهت تعیین قواعدی که قانونگذار را رهبری می‌کند مفید است، وگرنه از نظر حقوق‌دانان، آنچه اهمیت دارد قواعد حقوق موضوعه است.

درست است که هر کس هدف خاصی را برای قواعد حقوق مطلوب و مفید می‌داند و برای رسیدن به آن هدف نیز مبارزه می‌کند؛ ولی، باید دانست که قواعد حقوق، همین که از طرف دولت وضع شد، معتبر است و هیچ قاعده‌عالی و طبیعی برتر از آن وجود ندارد: یعنی قانون بد نیز همان اندازه اجباری است که کامل‌ترین قسم آن.

آرمان‌های حقوقی، خواه ناشی از طبیعت اشیاء و خواه متکی بر عادات و رسوم اجتماعی باشد، نمی‌تواند با حقوق موضوعه معارضه کند و تطبیق این حقوق با آن قواعد مطلوب از موضوع علم حقوق خارج است.

با این ترتیب، تنها مسأله‌ای که باقی می‌ماند تشخیص نیروهایی است که دولت را وادار به قانونگذاری می‌کند: یعنی باید دید چه عواملی در وضع قانون مؤثر است و چه نیروهایی آن را بر دولت تحمیل می‌کند؟

به نظر ریپر (Ripert)، استاد فرانسوی، که از طرفداران این مکتب است، حقوق ناشی از قدرت دولت است، ولی قانونگذار در وضع این قواعد آزاد و خودمختار نیست، چرا که او نیز خود تابع ضرورت‌های اجتماعی و اخلاقی و مذهب و تمدن مردم است. ویژگی نظر ریپر در این است که مهم‌ترین نیروی سازنده حقوق را در فرانسه اخلاق ناشی از مذهب مسیح می‌داند.^۲

به طور خلاصه، حقوق هر جامعه نماینده‌مدنیت و اخلاق خاص مردم آن است و هیچ قانونگذاری نمی‌تواند بدون توجه به این عناصر قانون وضع کند. ولی، باید این

1. Positivisme juridique

۲. ریپر، قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی، ش ۱۳ به بعد؛ ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۳۵ همچنین رک. ناصرکاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ش ۱۴۵ به بعد.

نکته را نیز پذیرفت که تا دولت از قاعده‌ای حمایت نکند نباید آنرا در شمار قواعد حقوقی آورد.

نتیجه

۱۸. تمیز مبنای مستقیم حقوق :

مبنای مستقیم حقوق اراده دولت است: یعنی، مقام صالح دولت در وضع قانون یا تصمیم قوه مقننه مهم‌ترین منبع حقوق است و هیچ دادرسی نمی‌تواند، به بهانه مخالفت این تصمیم‌ها با قواعد حقوق فطری یا آنچه از سیر تاریخی و مطالعه روابط اجتماعی استنباط می‌شود، از اجرای آنها امتناع ورزد. مردم نیز تابع این قواعد هستند و حق مقاومت در برابر آنرا ندارند.

مقصود این نیست که نقد راه‌حل‌های موجود و ارائه پیشنهاد‌های عادلانه و مفید در قلمرو حقوق نیست و تنها باید به شرح قوانین و جستجوی اراده قانونگذار پرداخت. مهم‌ترین وظیفه حقوقدان تلاش در راه شناسایی و اجرای عدالت است. ولی، باید به خاطر داشت، تا زمانی که مهر تأیید دولت بر راه‌حل‌های خصوصی زده نشود، قاعده‌ای به جهان حقوق راه نمی‌یابد، خواه این تأیید از راه قانونگذاری باشد یا ایجاد رویه قضایی. قاعده عرفی نیز هنگامی به کمال می‌رسد که در یکی از دو منبع دولتی نفوذ کند یا دست کم این اعتقاد را به وجود آورد که رعایت آن الزامی است و از سوی دولت حمایت می‌شود.

متنها، قدرتی را باید ستود و اطاعتی را معقول شمرد که رابطه آن با مردم همانند استاد و شاگرد و بر پایه هدفی مشترک باشد نه بسان خواجه و بنده که یکی سروری بنخواهد و دیگری فرار از کهتری. دولتی که در جهت برتری جویی و قدرت‌نمایی گام برمی‌دارد، به جای بذر ستایش و احترام، تخم کین و نفرت می‌باشد و هر روز بر فاصله خود با مردم می‌افزاید.

۱۹. نیروهای سازنده حقوق :

لزوم پشتیبانی دولت از قواعد حقوق به این معنی نیست که قانونگذار در وضع

این قواعد آزاد است. اگر در زمینه تمیز مبنای حقوق تنها به گفتن این جمله قناعت شود که «دولت آنرا به وجود می‌آورد و حمایت می‌کند» بخش مهمی از واقعیت ندیده گرفته شده است. این ظاهر کار است و در واقع، دولت خود گرفتار ضرورت‌ها و نیازهایی است که نباید از نظر دور داشت. پس برای دست یافتن به تمام حقیقت، باید نیروهای سازنده حقوق را نیز شناخت.

اگر مقصود تشخیص نیروهایی باشد که در ایجاد حقوق به واقع مؤثر است باید پذیرفت که غالب مکتب‌های موجود راه مبالغه پیموده‌اند. زیرا، مبنای حقوق را به تنهایی نمی‌توان عدالت یا جبر تاریخ یا اراده طبقه حاکم شمرد؛ تمام عواملی که تمدن و اخلاق ملتی را به وجود آورده است در ایجاد حقوق آن ملت مؤثر است. مهم‌ترین نیروهای سازنده حقوق را می‌توان بدین‌گونه خلاصه کرد:

۱. عوامل اقتصادی: قانونگذار باید عوامل اقتصادی جامعه خود را بشناسد، و قانونی که بدون توجه به این عوامل بگذرد به هدف‌های خود نمی‌رسد. برای مثال، برای تنظیم قواعد مربوط به مالکیت و قراردادها، باید آثار اقتصادی هر یک از آنها به دقت بررسی شود. ولی در این راه نباید به اندازه‌ای مبالغه کرد که حقوق را نتیجه وقوع تحولات اقتصادی دانست، و مبنای منحصر تمام وقایع تاریخی و حقوقی را ضرورت‌های مادی و اقتصادی تصور کرد. برخلاف آنچه مارکس و پیروان او ادعا کرده‌اند، برای ایجاد یک رویداد اجتماعی عوامل گوناگون و پیچیده‌ای وجود دارد که به دشواری می‌توان اثر مخصوص هر یک را تشخیص داد، و اثبات رابطه علیت بین تمام حوادث بزرگ تاریخ با تحولات اقتصادی امکان ندارد.

۲. اخلاق و مذهب: دو نیرویی که بیگمان باید در زمره نیروهای سازنده حقوق آورد؛ نیرویی که همیشه کارساز و پرتوان است و گاه بر همه عوامل دیگر غلبه می‌کند. در میان قواعد حقوقی موجود نیز بسیار است آنها که به اصول اخلاقی و مذهبی بیش از عوامل اقتصادی ارتباط دارد. برای نمونه می‌توان از قواعد مربوط به طلاق و نکاح و نسب و ارث و وصیت نام برد. به‌ویژه، در کشور ما، حتی کسانی که پای‌بند مذهب نیستند، نمی‌توانند نفوذ اسلام را در ساختمان حقوقی بسیاری از سازمان‌ها

انکار کنند.

۳. آرمان‌های سیاسی و اجتماعی: در عرض عوامل اقتصادی و اخلاقی باید از آرمان‌های سیاسی و اجتماعی نیز، به عنوان یکی از قدرت‌های سازنده حقوق، نام برد. زیرا، بسیاری از مفاهیم حقوق موضوعه کنونی نتیجه دموکراسی سده‌های اخیر و اصول آزادی و تساوی در برابر قانون و احترام به مالکیت است.

۲۰. حقوق و نظام ارزش‌ها:

آنان که تنها به قوانین موجود می‌اندیشند و علم حقوق را محدود به شناسایی اراده دولت و مهارت یافتن در تفسیر و اجرای قوانین می‌کنند، از مسأله دشوار ارزش قواعد حقوقی نیز فارغ هستند و ورود در آن‌را در صلاحیت خود نمی‌دانند. ولی، نویسندگانی که کاوش درباره مبنا و هدف حقوق را نیز وظیفه خود می‌شناسند و به امر حکومت قانع نمی‌شوند، با این پرسش روبه‌رو هستند که چگونه باید قانون خوب را از بد بازشناخت و معیار این شناسایی چیست؟

جامعه‌شناسان سعی دارند که به شیوه علمی ترازوی درست را بیابند. از دیدگاه آنان آنچه «متعارف» است خوب نیز هست و آنچه از قواعد جاری و واقعی دور می‌شود بد است. ولی، این ضابطه لغزان و ناپایدار ذهن حق پرست و تعالی خواه را قانع نمی‌کند و حقوق را دنباله روی توده‌های عوام می‌سازد و نقش رهبری را از آن می‌گیرد. زیرا آنچه شایع است متعارف و عادی هم هست و، با این ترتیب، هیچ‌گاه برخوردی میان قانون خوب و عادات ناپسند و زیانبار پیدا نمی‌شود: برای مثال، اگر در جامعه‌ای سقط جنین یا رشوه‌خواری رایج و عادی باشد، قانون خوب آنها را منع نمی‌کند.

پس، ما نیز به گروهی می‌پیوندیم که «عدالت» را میزان خوبی و بدی قوانین قرار می‌دهند. عدالتی را که به آن نظر داریم مفهومی اخلاقی است. در نتیجه، در نظام ارزش‌ها «اخلاق» سخن آخر را می‌گوید و معیار نهایی را به دست می‌دهد و به زودی رابطه آن‌را با حقوق بررسی می‌کنیم.

مبحث دوم: هدف قواعد حقوق

۲۱. اهمیت هدف در ایجاد قواعد:

در مبحث مربوط به مبنای حقوق دیدیم که عوامل گوناگون در ساختمان این قواعد مؤثر است و ضرورت‌های اقتصادی و سیاسی و آرمان‌های اخلاقی و مذهبی هر کدام در این راه سهم بسزا دارد. قانونگذار باید به وسیله تجربه و مشاهده و به یاری جامعه‌شناسی این ضرورت‌ها را بشناسد. ولی، حقوق مانند علوم تجربی تنها در پی احراز واقعیت‌ها نیست. نتیجه این کاوش‌ها در ترازوی عقل سنجیده می‌شود و قانونگذار می‌کوشد تا بهترین قاعده را در این میان بیابد و در انتخاب آن نظم عمومی و عدالت را هر چه بیشتر رعایت کند.

پس هدفی که دولت به دنبال آن قاعده وضع می‌کند در ایجاد و چگونگی مفاد آن بسیار مؤثر است و در واقع رهبر و راهنمای قانونگذار است. به همین جهت، باید پذیرفت که شناختن مبانی حقوق جز با تشخیص هدف آن امکان ندارد.

درست است که هدف تمام قواعد حقوقی تأمین آسایش و نظم عمومی و اجرای عدالت است، ولی معلوم نیست این مفاهیم مجرد و کلی را چگونه باید با حقایق خارجی تطبیق کرد و معیار تشخیص عدالت چیست؟ هنوز انسانیت به پاسخ قاطعی دست نیافته است که آیا هدف از ایجاد همه قواعد باید آسایش و آزادی فرد باشد و شخص انسان مبنا و هدف آنها قرار گیرد، یا هدف اصلی تأمین نیازهای اجتماعی است و فرد به عنوان جزئی از آن مورد توجه است یا سرانجام باید امر سومی را هدف اصلی قرار داد؟

پاسخ دادن به همین پرسش‌هاست که موضوع این مبحث را تشکیل می‌دهد، و به عنوان مقدمه، یادآوری می‌شود که گروه بزرگی از دانشمندان هدف قواعد حقوق را فرد می‌دانند و مکتب آنها را حقوق فردی یا اصالت فرد می‌نامند و مکتب مخالف آنها را «حقوق اجتماعی و دولتی» یا اصالت اجتماعی نامیده‌اند.

گفتار نخست: نظریه حقوق فردی یا اصالت فرد^۱

۲۲. مبانی اندیشه؛ آزادی و قرارداد اجتماعی :

در این نظریه، هدف قواعد حقوق تأمین آزادی فرد و احترام به شخصیت و حقوق طبیعی اوست، زیرا آنچه در عالم خارج وجود دارد انسان است و اجتماع جز توده‌ای از انسان‌ها نیست. بی‌گمان، انسان به تنهایی نمی‌تواند موضوع علم حقوق قرار گیرد و روابط اشخاص است که تصور وجود حق و تکلیف را ممکن می‌سازد. ولی آنچه هدف اصلی قواعد حقوق را تشکیل می‌دهد حمایت از منافع اوست و اجتماع وسیله‌ای است که با استفاده از آن شخص می‌تواند حقوق خود را اجرا کند. برای دست یافتن به مبانی اندیشه فردگرایان، نظری گذرا بر دو مفهوم آزادی و قرارداد اجتماعی و نقش هر کدام در ایجاد نظم حقوقی ضروری است:

۱. انسان آزاد به دنیا آمده است و حق دارد آزادانه فعالیت‌های مادی و معنوی خود را گسترش دهد و از ثمره آنها بهره‌مند شود. ولی برای حفظ حقوق همه شهروندان، ناچار باید حدودی برای آزادی هر یک از آنها به وجود آید: یعنی آزادی هر کس محدود به آزادی دیگران شود. قواعد حقوق اشخاص را ناگزیر می‌سازد که حق دیگران را محترم بشمارند و بدین‌گونه در برابر هر حق برای سایرین ایجاد تکلیف می‌شود و مفهوم حق و تکلیف در روابط اشخاص به‌عنوان دو امر ملازم و متقابل به وجود می‌آید.

بدین ترتیب، وظیفه حقوق هماهنگ ساختن آزادی‌هاست، و باید ترتیبی دهد که همه بتوانند از این حق فطری استفاده کنند. چنان که کانت در تعریف مشهور خود از حقوق می‌گوید: «حقوق مجموع شرایطی است که در نتیجه آن اختیار هر کس با اختیار دیگران جمع می‌شود».

۲. حکیمان قرن ۱۷ و ۱۸ میلادی، جامعه را امر فرعی و ناشی از قرارداد بین اشخاص می‌دانند و فرض وجود این قرارداد را ضامن حفظ حقوق افراد در برابر تجاوز دولت‌ها می‌پندارند. از این تحلیل نتیجه می‌گیرند که سلطه واقعی با افراد ملت است نه دولت. جان لاک (Locke) در این زمینه می‌گوید: «اشخاص به اندازه‌ای از آزادی و حقوق خود می‌گذرند که برای تشکیل دولت ضرورت دارد و مبنای اعلامیه‌ها و تضمین‌هایی که در قوانین اساسی وجود دارد همین امر است».

در نظریه قرارداد اجتماعی، نه تنها جامعه زائیده توافق ضمنی اشخاص است و وجود طبیعی و اصیل ندارد، برای ادامه زندگی بشر ضروری هم نیست. زیرا پیش از تشکیل دولت، انسان‌ها به طور طبیعی و بدون هیچ حکومتی می‌زیسته‌اند. روسو این دوره را، که به نظر او بشر در آرامش و صلح زندگی می‌کرده، ستوده است و عقیده دارد که تمدن و میل به تملک اموال و به دست گرفتن قدرت سیاسی این آسایش و صفا را به هم ریخته است. برعکس، هابز (Hobbes) در نكوهش از این وضع آن‌را دوره بدبختی و لجام‌گسیختگی و خودخواهی بشر دانسته است.

پس از این دوره است که اشخاص به وسیله قرارداد اجتماعی دولت و جامعه را به وجود می‌آورند و هر کدام از بخشی از آزادی‌های خود چشم می‌پوشد تا از مزایای زندگی اجتماعی بهره‌مند شود.

منتها باید دانست که بیشتر این نویسندگان «قرارداد اجتماعی» را رویداد واقعی نمی‌پندارند و آن‌را فرضی می‌دانند که شایسته است مبنای تشکیل دولت و تنظیم‌کننده روابط آن و اشخاص قرار گیرد، و تنها گروسیوس (Grotius) و معدودی از پیروان او هستند که «قرارداد اجتماعی» را رویدادی تاریخی اعلام کرده‌اند.

۲۳. مفهوم عدالت :

در مکتب حقوق فردی، اشخاص از نظر حقوقی در برابر هم مستقل و آزادند و چون گاه منافع آنان در جامعه تعارض پیدا می‌کند، وظیفه حقوق این است که همزیستی افراد را با منظم ساختن روابطشان فراهم سازد. قواعدی که اشخاص به رضای خود و در

نتیجه قرارداد اجتماعی به وجود آورده‌اند، هدفی جز هماهنگ ساختن آزادی انسان‌ها ندارد و تا جایی می‌تواند آن را محدود کند که برای تأمین آزادی دیگران لازم است. پس، در چنین جامعه‌ای، عدالت مفهومی جز برابری و تناسب سود و زیان ناشی از معاملات ندارد. حقوق بدون توجه به شایستگی و نیازمندی افراد، باید زمینه ایجاد تعادل بین اموالی را که مبادله می‌شود فراهم سازد. این عدالت خودبه‌خود و در نتیجه احترام به قراردادها ایجاد می‌شود و دولت هیچ سهمی در توزیع ثروت و سنجش لیاقت‌ها ندارد؛ یعنی عدالت به مفهومی که ارسطو و دیگران گفت‌هاند «عدالت معاوضی» است. در اعمال حقوقی، آنچه دو طرف اراده کنند عادلانه است و چون هر کس بیش از دیگران سود و زیان خود را تشخیص می‌دهد، امکان بسته شدن قراردادهای غیرعادلانه نمی‌رود. پس حقوق باید مفاد تراضی را به هر صورت محترم شمارد و از دخالت در آن پرهیز کند. کافی است که آزادی عهد بستن و سلامت اراده دو طرف تأمین شود؛ عدالت خودبه‌خود رعایت می‌شود و جایی برای شکایت باقی نمی‌ماند.

۲۴. نتایج این نظریه :

از نظر کسی که فرد را اصیل می‌داند و آزادی او را مقدم بر هر چیز می‌شمارد، تمام سازمان‌های اجتماعی رنگ خاصی پیدا می‌کند. توضیح تمام نتایج فردگرایی در این مقدمه ممکن نیست، ولی آثار مهم آن مشرب را بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:

۱. از نظر سیاسی: تمام قوای مملکت ناشی از ملت است و دولت‌ها وظیفه دارند که حداکثر آزادی را برای فرد تأمین کنند. آزادی پیشه و بیان و قلم از حقوق فطری و تغییرناپذیر انسان است و هیچ قاعده‌ای نمی‌تواند به این حقوق عالی تجاوز کند. بر همین پایه است که در اعلامیه حقوق بشر به دقت از این‌گونه حقوق یاد شده و غالب قوانین اساسی نیز فصلی را به حقوق ملت و آزادی‌های او اختصاص داده‌اند. برای تأمین استقلال فرد، تمام گروه‌ها و انجمن‌هایی که واسطه بین او و دولت است باید حذف شود (چنان‌که در انقلاب کبیر نیز تمام سندیکاهای صنفی و اتحادیه‌ها

لغو شد)، زیرا این گروه‌های واسطه نیز رعایت قواعدی را میان خود الزامی می‌سازند و آزادی شخص را بیش از حد لزوم ازین می‌برند. وانگهی، این واسطه‌ها با توانایی اقتصادی که پیدا می‌کنند قادرند شرایط خود را بر مصرف‌کنندگان تحمیل سازند.

۲. از نظر اقتصادی: رقابت در امور تجارتي پایه و اساس اقتصاد است و مبارزه‌ای که اشخاص برای حفظ منافع خصوصی خود می‌کنند، در نتیجه به سود منافع عمومی است. دولت نباید در این‌گونه امور دخالت کند. وظیفه او این است که آسایش و نظم عمومی را فراهم سازد و زمینه را برای فعالیت‌های اشخاص فراهم آورد. قیمت‌ها را قانون «عرضه و تقاضا» معین می‌سازد و مبارزه اشخاص در راه به‌دست آوردن سود بیشتر سرانجام به حفظ منافع عمومی منجر می‌شود.

آدام اسمیت در کتاب «تحقیقات درباره اسباب ثروت ملت‌ها» می‌گوید: «هر یک از افراد پیوسته تمام نیروی خود را برای به‌دست آوردن سرمایه و استفاده بهتر از آن به کار می‌برد. درست است که او تنها منافع خصوصی خود را در نظر دارد، ولی دقت‌هایی که برای به‌دست آوردن سود می‌کند، او را در انتخاب راهی که منجر به تأمین منافع بیشتر جامعه می‌شود رهبری می‌کند... در حالی که او تنها در پی منافع خصوصی است، چنان برای تأمین منافع جامعه کار می‌کند که گویی به واقع به همین منظور فعالیت کرده است.»

۳. از نظر حقوقی: اراده فرد روح قواعد حقوقی است و قرارداد مبنای اصلی تمام سازمان‌ها و راه‌حل‌های حقوقی به‌شمار می‌رود. اصل حاکمیت اراده، نه تنها در زمینه قراردادها، در ضمان قهری و جرائم و ارث نیز به شدت محترم است. دولت باید حامی و مجری توافق اشخاص باشد. آثار عقد تابع اراده واقعی دو طرف آن است. بستن عقد هیچ‌گونه تشریفات ندارد و مفاد آن تنها درباره کسانی مؤثر است که در انعقاد آن مداخله داشته‌اند.

حق مالکیت فردی محترم است و مالک می‌تواند هر تصرفی را که مایل است در اموال خود بکند و دیگران را از بهره‌برداری از آن محروم سازد و محدودیت مالک امری است استثنائی و نادر.

در مورد خانواده، احترام به آزادی روابط ناشی از عقد نکاح را سست‌تر می‌کند و

طلاق را که در مذهب کاتولیک ممنوع بود مجاز می‌شمرد: انسان آزاد را نباید به ادامه همسری با دیگری اجبار کرد و ناچار بایستی چاره‌ای برای رهایی او اندیشید.

۲۵. انتقاد از مکتب فردی :

مبانی این مکتب، از لحاظ حمایت از آزادی فردی بسیار مفید و جالب است و مانع از تجاوز به حقوق اشخاص می‌شود. به همین جهت افکار پیروان آن تحولی در حکومت‌ها به وجود آورد که باید آنرا تحول به آزادی و آزادگی نامید.

در اهمیت و استقلال اجتماع هر اندازه مبالغه شود، باز هم این نکته قابل انکار نیست که هدف از تشکیل اجتماع تأمین آسایش و سعادت انسان است، و نباید حقوق فردی را یکسره فدای ترقی اجتماع کرد. زیرا، اگر اعضای ملتی احساس امنیت و نیک‌بختی نکنند، بر پیشرفت جمعی آنان سودی بار نیست.

ولی ایراد مهمی که بر این نظریه وارد است، در این مطلب خلاصه می‌شود که اجتماع از گروهی اشخاص آزاد و مستقل تشکیل نشده است و همه ضرورت‌های آنرا بر مبنای «قرارداد اجتماعی» نمی‌توان حل کرد. تقسیم کارهای عمومی و نیازهای متقابل اعضای اجتماع چنان سرنوشت اشخاص را مربوط به یکدیگر ساخته است که ناگزیر باید، در عرض حیات فردی، حیات جمعی دیگری برای آنها پذیرفت و اعتراف کرد که این زندگی مشترک نیازها و ضرورت‌های ویژه‌ای دارد که آزادی فردی همیشه آنرا تأمین نمی‌کند.

برخلاف آنچه پیروان این مکتب ادعا کرده‌اند، اصل حاکمیت اراده همیشه عدالت و برابری را در روابط مردم سبب نمی‌شود. زیرا آزادی اراده هنگامی تأمین‌کننده عدالت است که دو طرف قرارداد از نظر اقتصادی، دست کم به طور نسبی برابر باشند. در قرن ما که پیشرفت صنایع سنگین موجب شده است تا گروه بزرگی از مردم به‌عنوان کارگر برای صاحبان سرمایه‌های بزرگ کار کنند، چگونه می‌توان ادعا کرد که قرارداد بین این دو گروه عادلانه است؟ آیا معقول است گفته شود که چون کارگر خود به مفاد قرارداد رضایت داده است، بهترین وسیله حفظ حقوق او احترام به این قرارداد است؟

همچنین آیا می‌توان قراردادهای حمل و نقل و بیمه را به مفاد توافق دو طرف سپرد و ادعا کرد که آزادی قراردادی «عدالت» را نیز خودبه‌خود تأمین می‌کند؟

آزادی فعالیت‌های اقتصادی سبب می‌شود که به زودی سرمایه‌داران بزرگ تولید و فروش بسیاری از کالاها را در انحصار خود بگیرند و با توانایی روزافزونی که دارند، نه تنها باب رقابت آزاد را در تجارت مسدود سازند، از نیروی طبقه ناتوان به سود خود بهره‌برداری کنند:

فرض کنیم در جامعه‌ای با تشکیل شرکت‌های سهامی و کارتل‌های بزرگ، جمعی از صاحبان سرمایه تولید و فروش برق و آب و دخانیات را در انحصار خود بگیرند و با آزادی کامل شرایط فروش آن‌را تعیین کنند. در چنین وضعی، آیا قرارداد مصرف‌کنندگان برق و آب و دخانیات با این گروه، به خاطر آزادی که اشخاص در بستن قرارداد دارند، عادلانه است و در این محیط می‌توان آنها را آزاد نامید؟

بی‌گمان اشخاص آزادند که شرایط این مؤسسه‌ها را نپذیرند، ولی این آزادی به همان اندازه معنی دارد که بگوییم اشخاص آزادند که زندگی نکنند. زیرا وضع زندگی کنونی نیازهای خاصی را به وجود آورده است که جز با رفع آنها ادامه زندگی مفهومی ندارد. نگرانی از ایجاد همین وضع سبب شد که در صدر انقلاب کبیر فرانسه تشکیل هر نوع انجمن و سندیکای صنفی ممنوع شود و گروه‌های واسطه بین مردم و دولت از بین برود.

گفتار دوم: نظریه حقوق اجتماعی و دولتی

۲۶. مبانی این نظریه :

تمام مکتب‌های پیرو این نظریه در انتقاد از مبانی حقوق فردی توافق دارند و هدف قواعد حقوق را تأمین سعادت اجتماعی و ایجاد نظم در روابط زندگی مشترک اشخاص می‌دانند. به نظر اینان، حقوق محصول زندگی اجتماعی فرد است: یعنی، به

خاطر حفظ نظم و عدالت در روابط اجتماعی است که وجود این گونه قواعد ضرورت پیدامی‌کند. پس، اگر حقوق فقط به زندگی و تأمین آزادی فرد توجه داشته باشد و نیازهای زندگی مشترک او را فراموش کند، چگونه می‌توان ادعا کرد که به هدف نهایی خود رسیده است؟

جامعه مفهوم اعتباری نیست که از تصور گروهی از افراد مستقل به وجود آمده باشد؛ حقیقتی است که با ضرورت‌ها و نیازهای ویژه خود وجود دارد، و نباید ادعا کرد که تأمین آزادی فرد به طور ضمنی همیشه به سود اجتماع نیز هست. زیرا در بیشتر موارد حفظ منافع جمع با محدود کردن آزادی فردی ملازمه دارد.

برخلاف آنچه طرفداران حقوق فردی ادعا می‌کنند، فرد هیچ حق مطلقى در برابر منافع عمومی ندارد، و فقط زندگی با دیگران یک سلسله تکالیف گوناگون برای او به وجود آورده است. آزادی او چه در زمینه‌های سیاسی و اقتصادی و چه در قراردادها، تا جایی محترم است که منافع عمومی آن را ایجاب کند.

اختلاف مبنای دو نظریه حقوق فردی و اجتماعی را باید در این دانست که در نظریه نخست، قواعد حقوق، با تأمین آزادی و تساوی اشخاص، تعیین تکالیف و حقوق را به تراضی آنها واگذار می‌کند و قرارداد را منشأ اصلی همه روابط قرار می‌دهد. ولی، در نظریه حقوق اجتماعی، وضع اشخاص به وسیله قوانین و عرف و عادت معین می‌شود و چهره امری و اجباری دارد.

به موجب نظریه حقوق اجتماعی، فرد ساخته اجتماعی است که در آن به سر می‌برد و حتی مردان بزرگ تاریخ نیز تنها نماینده کشور خود و محصول آداب و رسوم و شرایطی هستند که آنها را احاطه کرده است. به همین جهت، کسانی که در ایجاد گروه‌های انسانی شرکت دارند، دارای طرز فکر و هدف‌های یکسانند و تاریخ به زندگی این گروه‌ها بیشتر از افراد توجه دارد.

۲۷. مفهوم عدالت :

مطابق این نظریه، وجود فرد خارج از اجتماع قابل تصور نیست و هر کس وابسته

به گروه انسانی است که در آن به سر می‌برد: قواعد حقوق باید تکالیف او را در برابر این گروه‌ها و برعکس تکالیف گروه‌ها را نسبت به اعضای خود معین سازد: برای مثال، از طرفی دولت می‌تواند از اعضای خود بخواهد که برای تحقق بخشیدن به آرمان‌های عمومی مالیات پردازند و خدمت نظام وظیفه را انجام دهند و، از سوی دیگر، وظیفه دارد که عواید ملی را از نظر مادی و معنوی عادلانه بین افراد تقسیم کند. پس عدالتی که در این مکتب هدف قواعد حقوق است «عدالت توزیعی» است نه معاوضی.

تفاوت عدالت توزیعی و معاوضی در این است که در قسم نخست، دولت به عنوان اصیل و ذینفع در تقسیم ثروت آمرانه دخالت می‌کند و در قسم دوم وظیفه دولت محدود بر این است که مانند شخص خارجی حقوق افراد را تضمین کند، تا عدالت به خودی خود در روابط معاملاتی مردم و بر طبق قوانین داد و ستد محقق شود.

۲۸. انتقاد از نظریه حقوق اجتماعی :

این نظریه، از حیث تعدیل افکار تند و مبالغه‌آمیز طرفداران حقوق فردی، بسیار مفید است. زیرا نشان می‌دهد که اجتماع موجودی است اصیل، با خواسته‌ها و نیازهای خاص، و قوانین طبیعی عرضه و تقاضا و رقابت مشروع همیشه نمی‌تواند نظم و آسایش را در آن تأمین کند. از ایرادهایی که بر نظریه حقوق فردی شده است این حقیقت آشکار می‌شود که اجتماع را نمی‌توان با حمایت از خودبینی و سودپرستیهای فردی اداره کرد و پاره‌ای از آزادی‌ها سبب تباهی اجتماع و ازین رفتن آسایش عمومی می‌شود.

در این نظریه، حق موهبتی الهی یا ودیعه فطری نیست؛ امتیازی است که به منظور تأمین منافع عمومی به انسان داده شده و بیشتر نیز با تکالیف گوناگون همراه است. پس صاحب حق نمی‌تواند به هر ترتیب که مایل است آن را به کار برد. از این امتیاز باید به گونه‌ای استفاده شود که با مبنای اجتماعی و هدفی که قانونگذار از ایجاد آن داشته است مخالف نباشد. این مفهوم حق به دولت اجازه می‌دهد که با وضع قوانین لازم از سوء استفاده اشخاص جلوگیری کند و هیچ کس نتواند، در پناه حق و به بهانه اجرای آن،

باعث اضرار به دیگری شود.^۱

با وجود این، قدرت بی‌انتهای دولت و ناچیز شمردن حقوق فردی نیز خطرناک و زیان‌آور است. زیرا به بهانه حفظ حقوق عمومی و بی‌آنکه معیار مسلمی در این راه وجود داشته باشد، آزادی‌های فردی ازین می‌رود و همیشه احتمال دارد که حقوق اشخاص بازیچه هوی و هوس طبقه حاکم قرار گیرد. اگر در جامعه آزاد این خطر وجود دارد که شرکت‌های بزرگ و سرمایه‌داران به زور پول به حقوق دیگران تجاوز کنند، در اجتماعی که دولت همه قدرت‌ها و وسایل تولید را در انحصار خود گرفته است و حربۀ قانون را نیز در اختیار دارد، از این خطر بیشتر باید هراس داشت.

در اجتماعی که حقوق فردی محترم است، قدرت سرمایه را با وضع قانون می‌توان محدود کرد. ولی در جایی که سلاح قانونگذاری نیز در خدمت سیاست دولت است، دیگر تضمینی برای تأمین آسایش ملت وجود ندارد. اجتماع اشتراکی که در نظریه مارکس پیش‌بینی شده آرمانی است که رسیدن به آن دشوار به نظر می‌رسد. تجربه نشان داده است که دولت‌های سوسیالیستی با گذشت زمان به روش سرمایه‌داری نزدیکتر شده‌اند تا به حکومت کمونیستی. پس آنچه حقیقت دارد حکومت‌های مقتدری است که به نام هموار کردن راه رسیدن به جامعه مطلوب، اختیار تام و مطلق دارند و برخلاف آنچه گاه ادعا شده است، در چنین حکومتی وجود فرد و درجه لیاقت و امانت او سهم بسیار مؤثر دارد و همیشه امکان دارد که حکومت حزبی و جمعی تبدیل به حکومت فردی و مطلق شود.

از همه مهم‌تر، در حکومت‌های سوسیالیست ملی، و به‌ویژه آنها که نژاد را مبنای تشخیص ملت قرار داده‌اند، غرور و خودبینی‌هایی وجود دارد که از نظر حفظ صلح در روابط بین‌المللی زیان‌آور است و بخش مهمی از بدبختی‌های ناشی از جنگ جهانی دوم ناشی از همین غرورها و تعصب‌های نژادی بود.

به‌عنوان نتیجه، باید اعتراف کرد که وجود فرد و اجتماع هر دو حقیقت دارد، و هدف

۱. ماده ۱۳۲ قانون مدنی، که تصرفات مضر به حال همسایگان را ممنوع کرده است نمودار خاصی از همین طرز فکر است (مفاد قاعده لاضرر، استخراج شده از حدیث سمره بن جندب).

حقوق باید حفظ شخصیت انسان و در عین حال تأمین منافع عمومی باشد. به همین جهت، باید پذیرفت که حق با کسانی است که عدالت را ایجاد تعادل و توازن بین منافع فردی و اجتماعی دانسته‌اند.^۱

مبحث سوم: حقوق و دولت

۲۹. معنی عام و خاص دولت:

در زبان حقوقی ما «دولت» به دو معنی خاص و عام به کار می‌رود:

۱. دولت، به معنی خاص، به مدیران کشور گفته می‌شود و سازمان‌های اداری و اجرایی را دربر می‌گیرد. اداره این سازمان‌ها به‌طور معمول به عهده هیأت وزیران است و احتمال دارد به ریاست نخست‌وزیر یا رئیس‌جمهور تشکیل و هدایت شود؛ چنان که پیش از اصلاح قانون اساسی، نخست‌وزیر این وظیفه را به عهده داشت و اکنون با رئیس‌جمهور است.

۲. دولت، به معنی عام، که مرادف با «حکومت» است و شامل تمام سازمان‌های اداری و قضایی و قانونگذاری می‌شود و وصف بارز آن «حاکمیت» و سلطه در روابط داخلی و بین‌المللی است. برای مثال، در موردی که گفته می‌شود «دولت جمهوری اسلامی ایران» یا دولت عهدنامه دوستی با بلژیک را امضا کرد یا دولت ایران عضو سازمان ملل متحد است، مقصود همین معنی عام است. منتها در درون هر دولت منظم، نوعی تقسیم کار رعایت می‌شود: قوای سه‌گانه قانونگذاری و قضایی و اجرایی، در عین جمع آمدن در نهاد عام دولت، از یکدیگر جداست؛ سازمان صالح برای قانونگذاری

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۸- کولن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۱، ش ۳۱. در میان حکمای اسلام نیز گاه سخن از جمع بین عدالت معاوضی و توزیمی رفته است: ملاجلال‌الدین دوانی، اخلاق جلالی، ص ۱۱۳ و ۱۱۴.

«مجلس نمایندگان» است، امر قضاء به دادگاه‌ها و اگذار شده، و امور اجرایی و اداری با وزیران است (دولت به معنی خاص).

در فصل مربوط به «مبنا و هدف حقوق»، هر جا نامی از دولت برده می‌شود، اشاره به همین معنی عام است. بنابراین وقتی می‌گوییم «دولت قانونگذار»، یعنی سازمانی از دولت به معنی عام که صالح برای قانونگذاری است. همچنین در جایی که گفته می‌شود «مبنای مستقیم حقوق اراده دولت است» مقصود سازمان صالح دولتی است که حق وضع قواعد حقوقی را دارد و نباید آنرا با مفهوم شایع و خاص دولت (هیأت وزیران) اشتباه کرد.

۳۰. شخصیت حقوقی دولت :

دولت، خواه به معنی خاص یا عام آن اراده شود، دارای «شخصیت حقوقی» است: یعنی دارای وجود اعتباری و صلاحیت‌های ویژه‌ای جدا و مستقل از اعضاء و مدیران آن است. بسی گمان انسان‌ها به نام دولت تصمیم می‌گیرند و وظایف و صلاحیت‌های آنرا انجام می‌دهند، ولی آنان در واقع نماینده یا اندامی از پیکر دولت هستند و همه چیز به نام وجود اعتباری و مجردی انجام می‌گیرد که حقوق از مجموع سازمان‌ها و اشخاص طبیعی و قدرت‌ها و صلاحیت‌ها انتزاع کرده است. به همین جهت، شخصیت سازمان دولت را به حقوق نسبت می‌دهند و «شخصیت حقوقی» را در برابر «شخصیت طبیعی» که ویژه انسان است به کار می‌برند.^۱

موجودی دارای شخصیت است که از خود «اراده» داشته باشد؛ بتواند تصمیم بگیرد و آنرا اجرا کند. ولی، علاوه بر این وصف اساسی، شخص حق و تکلیف پیدا می‌کند؛ تابعیت و اقامتگاه دارد و می‌تواند طرف خطاب قانون باشد. شخص حقوقی، به دلیل ماهیت اعتباری خود، کم و بیش شخصیتی محدودتر از انسان دارد و حتی عالی‌ترین مصداق آن، یعنی دولت، همه صلاحیت‌ها و حقوق و تکالیف انسان را ندارد.

۱. بارتلمی، رساله مقدماتی حقوق اداری، ص ۲۵ به بعد.

ماده ۵۸۸ قانون تجارت در این باره اصلی عام مقرر داشته است که به موجب آن: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد، مانند حقوق و وظایف ابوت و بنوت و امثال ذلک». ماده ۵۸۹ نیز تصریح می‌کند که: «تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته می‌شود».

قانون اساسی به منزله اساسنامه دولت است و در آن صلاحیت و حدود اختیار قوای سه‌گانه و سازمان‌های اصلی دولت معین می‌شود و نمایندگان و دادرسان و مدیرانی که در مقام تصدی مشاغل عمومی تصمیم می‌گیرند، همه به نام و برای دولت است. در نتیجه، مرگ و حجر و عزل و استعفای این اشخاص طبیعی به اعتبار تصمیم‌های گذشته آن صدمه نمی‌زند و شخصیت دولت را تغییر نمی‌دهد.

۳۱. حاکمیت دولت :

در هر کشور، سخن نهایی و آخرین را دولت می‌گوید. تصمیم او برتر از دیگران است و هیچ قاعده‌ای نمی‌تواند اراده حکومت را محدود کند. این سلطه نهایی، که منبع صلاحیت را در درون خود دارد، در اصطلاح «حاکمیت» نامیده می‌شود.

بدین ترتیب، جوهر حاکمیت اقتدار و چیرگی است و نهادی را که در عمل نتواند قدرت را در دست گیرد و بر دیگران چیره شود نباید دولت نامید. منتها به این سؤال نیز باید پاسخ گفت که آیا داشتن قدرت برای تشکیل دولت کافی است یا قدرت باید مشروع هم باشد و مبنای اخلاقی یا مذهبی یا ملی قدرت است که حاکمیت دولت را توجیه می‌کند

در پاره‌ای از نظریه‌ها، دولت خود منبع قدرت و حاکمیت است و به هیچ نیروی زمینی یا ماورایی تکیه ندارد. ولی این مفهوم حاکمیت، به‌ویژه پس از انقلاب کبیر فرانسه، مهجور مانده است. خودسری‌ها و جنایات خودکامگان تاریخ به انسان کنونی

آموخته است که شیفتگی در برابر قدرت، همچون شیفتگی پروانه در برابر شمع، خطرناک است. حاکمیت باید لجام پذیرد و مطلق باقی نماند تا بتوان به گونه‌ای در برابر آن مقاومت کرد:

آزادینخواهان بر این باورند که حاکمیت از آن ملت است و دولت، به‌عنوان کارگزار و نماینده، از آن بهره‌مند می‌شود. در نتیجه، قدرت دولت زمانی مشروع است که برای مصلحت ملت به کار رود و دولتی از این موهبت برخوردار می‌شود که برگزیده و منتخب ملت باشد.^۱ دولت‌های مذهبی نیز حاکمیت را از آن خدا می‌دانند که به ملت واگذار شده است، چنان که در اصل ۵۶ قانون اساسی ما می‌خوانیم: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ‌کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت این حق خداداد را از طرفی که در اصول بعد می‌آید اعمال می‌کند».

پس در هر دو نظر، حاکمیت به ملت بازمی‌گردد و دولت عامل اجرایی آن است و نمی‌تواند روبه‌روی ملت قرار گیرد و مصالح عموم را زیر پا نهد. منتها امتیاز حکومت مذهبی در این است که چون ملت نیز حاکمیت را از خداوند می‌گیرد، در اعمال آن محدود به فرامین پروردگار است و نمی‌تواند به آنها تجاوز کند.

پاره‌ای از نویسندگان واقعگرا، نظریه «حاکمیت ملی» را نیز، چنان که روسو و دیگران عنوان کرده‌اند، خطرناک شمرده‌اند. نگرانی آنان در ایجاد قدرت بی‌انتهای دولت خلاصه می‌شود: اگر اراده ملی حاوی اراده توده‌های مردم و در عین حال مستقل از آن باشد، چون دولت آن را بیان می‌کند، می‌تواند در پناه اصطلاح فریبنده «اراده ملی» از هر انتقاد مصون ماند. در نتیجه، حکمرانان به آسانی می‌توانند اراده خود را زیر سرپوش اراده ملی بر دیگران تحمیل کنند.^۲

دوگی، استاد نامدار حقوق عمومی فرانسه، اعتقاد به وجود حق حاکمیت را خطرناک و زیانبار می‌شمرد

۱. ودل، حقوق اداری، ص ۲۶.

۲. دوگی، دروس حقوق عمومی، ص ۱۲۹ به بعد.

و دولت را مکلف به اداره و اجرای خدمات عمومی می‌بیند و مبنا و حدود اختیار دولت را در همین «تکلیف» می‌داند. او می‌خواهد «دولت خدمتگزار» را جانشین «دولت حاکم» سازد. حق نیز با او است.^۱ زیرا دولت خدمتگزار و مسؤول است که خود را در کنار و حتی پیرو ملت می‌بیند و پایبند به اصول حقوقی است. از دولت حاکم و برتری طلب انتظاری جز فرماندهی نمی‌رود؛ مزاحمی است زورمند که پیوسته روبه روی مردم قرار می‌گیرد.^۲

بی‌گمان اعتقاد به حاکمیت ملی و جدایی قوای سه‌گانه (قانونگذاری و قضایی و اجرایی) و تکیه بر انتخابات همگانی و آزاد و تدوین قانون اساسی تضمین‌های مؤثر و نیرومند برای جلوگیری از استبداد و فرمانروایی است، ولی تجربه نشان داده است که همه این مفاهیم فریبنده را می‌توان به بازی گرفت. در مسیر سیل بنیان‌کن قدرت، هر چه خاکریز و سد برپا شود، از کجروی و انحراف آن می‌کاهد و نهال آزادی را مصون می‌دارد. آزادی به تنهایی توان حفظ خویش را ندارد؛ به سختی آسیب‌پذیر است و برپای نمی‌ایستد.

پس باید اعتراف کرد که راه صواب این است که اصول عالی و محترمی حاکمیت دولت‌ها را مقید و محدود سازد، خواه این اصول از اخلاق و مذهب گرفته شود یا آرمان جهانی حقوق بشر یا حقوق فطری یا نهادهای سیاسی و فلسفی «آزادی» و «تساوی». مهم این است که راه تصنع و ریا مسدود شود و دیو قدرت در بطری سحرآمیز محبوس بماند. دنیا نیز بدین سو می‌رود و اخلاق جهانی به هیچ دولتی اجازه نمی‌دهد که در پناه «حاکمیت» بر انسانیت ستم کند.

۱. رک. ناصرکاتوزیان، دولت خدمتگزار و مسؤول به جای دولت حاکم، مقاله منتشر شده در مجله آرش، ۲۹ اسفند ۱۳۵۷: گذری بر انقلاب ایران، ص ۱۰۶ به بعد.
 ۲. به گفته جان لاک: «...منظور و غایت از تشکیل اجتماع سیاسی آن است که اشخاص ناملایماتی را که از زندگی در وضع طبیعی تحمل می‌کردند چاره‌کنند و به جای این که هر کس در احقاق حق خود بکوشد همه قدرتی را بر خود فرمانروا سازند که هر وقت آسیبی به آنان می‌رسد یا نزاعی پیش می‌آید بتوانند بدان قدرت متوسل شوند. جایی که کسی نباشد تا مستمیدگان بدو متوسل شوند آنجا اجتماع سیاسی موجود نیست و اشخاص هنوز در وضع طبیعی اند...»: محمود صنلعی، آزادی فرد و قدرت دولت، ص ۱۹۴.

۳۲. دولت و اخلاق و مذهب:

از آنچه درباره حاکمیت دولت گفته شد، این نتیجه به دست آمد که اقتدار دولت «حق» او به عنوان شخص نیست؛ نتیجه ضرورت «اجتماعی زیستن» انسان‌ها و تکلیف مربوط به اداره امور و انجام دادن خدمات عمومی است. «تکلیف» دولت، به عنوان امانتدار و نماینده و کارگزار مردم، بیش از هر چیز یک مفهوم اخلاقی است. پس برای شناسایی مفهوم دولت باید رابطه آن را با اخلاق بررسی کرد. از این دیدگاه، دولت‌ها را به سه گروه می‌توان تقسیم کرد^۱:

۱. دولت مقید به اخلاق یا مذهب: در این گروه دولت‌هایی قرار می‌گیرند که خود را مقید و تابع اخلاق یا مذهب خاص می‌دانند: مانند حکومت اسلامی یا مسیحی، یا دولت‌های مقید به حقوق طبیعی همچون جمهوریت افلاطون، یا کمونیستی.

در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی آمده است: «حکومت از دیدگاه اسلام، برخاسته از موضع طبقاتی و سلطه‌گری فردی یا گروهی نیست بلکه تبلور آرمان سیاسی ملتی همکیش و همفکر است که به خود سازمان می‌دهد تا در روند تحول فکری و عقیدتی راه خود را به سوی هدف نهایی (حرکت به سوی الله) بگشاید...» و در اصل چهارم می‌خوانیم: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» درجه وابستگی دولت‌ها به اخلاق و مذهب تفاوت می‌کند: گاه دولتی متمهد است که برخلاف قوانین شرعی قانون وضع نکند (مانند قانون اساسی مشروطیت) و گاه بنا بر این دارد که همه سازمان‌های قضایی و اداری و قانون‌گذاری را شرعی کند و دولت اسلامی یا مسیحی باشد. بی‌گمان دولت به عنوان شخصیت حقوقی نمی‌تواند مذهب داشته باشد. پس قید اسلامی برای جمهوری ایران به معنی پایبند بودن به نظام اسلامی است.

۲. دولت در کنار اخلاق یا مذهب: در این فرض، دولت از هر جریان فلسفی و اعتقادی شایع در میان مردم جداست و تنها به شکل معین و بارعایت قواعد ویژه به اداره سازمان‌های سیاسی و قضایی می‌پردازد،

۱. کلود دوپاکیه، مقدمه بر نظریه عمومی و فلسفه حقوق، فصل ۶۵ (مفهوم دولت)، ش ۳۵۷.

بی طرف است و به منزله ابزاری در اختیار حکمرانان قرار می‌گیرد.

۳. دولت حاکم بر اخلاق: در این مفهوم دولت، حکومت بر اخلاق هم چیره است و هر چه را اراده

کند اخلاقی و نیک است: مانند مفهوم دولت در نظر هگل، فاشیسم و سوسیالیسم ملی در آلمان نازی. هگل حکیم آلمانی، ندای درون یادآوری وجدان را معیار تمیز داد از ستم و نیک از بد نمی‌داند. به نظر او اخلاق حکم می‌کند که شخص از قانون پیروی کند، دولت را مقدس شمارد و به جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کند وفادار بماند. در فلسفه هگل، آزادی چیزی بیش از حق اطاعت از قوانین دولتی نیست و تنها در چهارچوب نظم قابل پذیرفتن است. اخلاق نیز چهره دولتی و اجتماعی دارد. فرد پیشرفت و تکامل اخلاقی خود را مدیون دولت است و در سایه نظم و اراده دولت است که مفهوم حق و تکلیف به وجود می‌آید.^۱

۳۳. دولت و حقوق:

دولت مفهومی حقوقی است: از یک سو دولت بر حقوق تکیه دارد و سازمان و وظایف آن را قواعد حقوق معین می‌کند، چنان که به طور معمول در قوانین اساسی کشورها طرز تشکیل حکومت و نظام آن و قوای قانونگذاری و قضایی و اجرایی مقرر می‌شود. از سوی دیگر، چنان که گفته شد (ش ۱۸)، مبنای مستقیم حقوق دولت است و باید آن را مرکز آفرینش قواعد حقوق شمرد. زیرا، قطع نظر از قوانینی که از مجلس می‌گذرد یا آیین نامه‌هایی که مقام‌های اجرایی و اداری در حدود صلاحیت خود وضع می‌کنند، قواعد ساخته شده در اجتماع نیز تا مهر تأیید دولتی نداشته باشد و در رویه‌های قضایی نیاید به جهان حقوق وارد نمی‌شود. ارتباط حقوق و دولت چندان نزدیک است که پاره‌ای از حکیمان، از جمله هگل، را وادار ساخته تا از اتحاد حقوق و دولت سخن بگویند.^۲ ولی در عین حال که رابطه ناگسستنی این دو مفهوم را نمی‌توان انکار کرد، باید از این مبالغه پرهیز کرد. حقوق حاکم بر دولت است و شیوه استفاده از قدرت را معین می‌کند. نه تنها هیچ دولتی حق تجاوز به قانون اساسی را ندارد، به قواعدی که خود نیز وضع می‌کند پای بند است. اگر این سلاح محدودکننده نیز در اختیار دولت قرار گیرد و تفاوت حقوق و دولت از بین برود، بانهادی خودکامه و قدرتمند و به‌رومی شویم که هیچ نیرویی نمی‌تواند جلودار آن شو.

۱. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، چاپ دوم، ش ۵۳ به بعد.

۲. همان کتاب.

فصل دوم

اوصاف قاعده حقوقی

۳۴. مباحث این فصل:

برای شناختن قواعد حقوق و تمیز آنها از سایر قواعدی که بر فرد و زندگی اجتماعی او حکومت می‌کند، در مرحله نخست، باید عناصری که جوهر حقوق را تشکیل می‌دهد معین شود، سپس با مقایسه قواعد حقوق و اخلاق و مذهب و عدالت، مقامی که این‌گونه قواعد در میان سایر نظام‌های اجتماعی دارد روشن گردد.

بر همین مهنا، نخستین مبحث این فصل را به بیان اوصاف قاعده حقوقی اختصاص می‌دهیم، و در مبحث دوم از رابطه حقوق با سایر قواعد اجتماعی سخن می‌گوییم.

مبحث اول: اوصاف و تعریف قاعده حقوقی

۳۵. شمار این اوصاف:

برای قواعد حقوق اوصاف گوناگون شمرده‌اند، ولی دربارهٔ اساسی بودن هیچ یک از آنها اتفاق نظر وجود ندارد. این خصوصیت‌ها عبارت است از:

۱. قاعده حقوقی الزام‌آور است؛
۲. رعایت قاعده حقوقی از طرف دولت تضمین شده است؛
۳. قاعده حقوقی کلی و عمومی است؛
۴. حقوق نظامی است اجتماعی: یعنی هدف آن تنظیم روابط اجتماعی است، نه پاکی روح و وجدان انسان.

۳۶. الزامی بودن حقوق:

برای این که حقوق بتواند به هدف نهایی خود، یعنی استقرار نظم و عدالت، برسد باید رعایت قواعد آن اجباری باشد. اعلام‌هایی که گاه در قوانین دیده می‌شود و همراه با هیچ تکلیفی نیست، چهرهٔ حقوقی ندارد و تنها مقدمهٔ اوامر و نواهی قانونگذار است. بی‌گمان در این خصوصیت نیز درجه‌های گوناگون وجود دارد و همهٔ قواعد از این حیث یکسان نیستند: رعایت پاره‌ای از اصول به طور مطلق الزامی است و در هیچ صورت گریزی از اجرای آنها نیست و پاره‌ای فقط در صورتی اعمال می‌شود که اشخاص در پیمان‌های خود راه‌حل دیگری را انتخاب نکرده باشند. به این دلیل است که گروه نخست را امری و دستهٔ اخیر را تکمیلی یا تفسیری نامیده‌اند.

ولی این تفاوت فقط در شرایط اجرای قواعد حقوق است و هرگاه شرط اجرای قواعد تکمیلی (نبودن پیمان مخالف) نیز محقق شود، در اجباری بودن چیزی از قواعد

امری کم ندارد و بر اشخاص تحمیل می‌شود. زیرا وظیفه حقوق اندرزگویی و راهنمایی کردن نیست و قواعد آن همیشه با نوعی اجبار همراه است. با وجود این، الزامی بودن را نمی‌توان از ویژگی‌های قاعده حقوقی شمرد. زیرا هر قاعده در حدود موضوع خود اجباری است. اخلاق نیز مانند حقوق، ایجاد تکلیف می‌کند و پیروان مذهب در انجام وظایف خود ناگزیرند. بنابراین، هرچند که «الزام آور بودن» از اوصاف مسلم حقوق است، در تمیز قواعد آن از اخلاق و مذهب معیار دآوری قرار نمی‌گیرد.

۳۷. حقوق و ضمانت اجرا:

قاعده‌ای را که اجرای آن از طرف دولت تضمین نشده است نباید در شمار قواعد حقوقی آورد. زیرا، اگر اشخاص در اجرای آن آزاد باشند و در برابر تخلف خود هیچ مکافات نمی‌بینند، چگونه می‌توان ادعا کرد که نظمی در جامعه وجود دارد؟ منتها، باید متوجه بود که ضمانت اجرای پاره‌ای از قواعد حقوقی هنوز هم ناقص است و به‌ویژه این مسأله در حقوق عمومی و روابط بین‌المللی بیشتر محسوس است، تا جایی که پاره‌ای از نویسندگان ناچار شده‌اند که داشتن ضمانت اجرا را از اوصاف قواعد حقوقی حذف کنند.^۱

برای مثال، تکالیفی که قانون اساسی برای قوه مجریه یا نمایندگان مجلس تعیین کرده ضمانت اجرای مؤثر و مستقیمی ندارد، یا اگر در روابط بین‌المللی دولتی از اجرای تعهدهای خود سر باز زند، هیچ نیروی مؤثری برای اجبار او موجود نیست. ولی، همچنان که بسیاری از مؤلفان گفته‌اند، در این‌گونه موارد نیز قواعد حقوقی بی‌ضمانت اجرا نیست و مسؤولیت‌های سیاسی مأموران قوه مجریه در حقوق اساسی و در خطر

۱. مارتی و رینو، ج ۱، ش ۳۴ - این نویسندگان عقیده دارند که تمام قواعدی که ضمانت اجرا دارد از قواعد حقوق است، ولی برعکس تمام قواعد حقوق از طرف قوای عمومی تضمین نشده است (کلود دوپاکیه، مقدمه نظریه عمومی و فلسفه حقوق، ش ۲۶۲).

افتادن حیثیت بین‌المللی دولت‌ها و معامله به مثل از طرف زیان‌دیده ضامن اجرای آنهاست.^۱

۳۸. وسایل اجبار قواعد:

اجباری که با قواعد حقوق همراه است به صورت‌های گوناگون جلوه می‌کند:

۱. کیفر متجاوزان: ساده‌ترین وسیله اجبار اشخاص مجازات کسانی است که از فرمان قانون سرپیچی می‌کنند. کیفر قانون ممکن است مربوط به شخص متجاوز باشد: مانند اعدام و حبس و تبعید، یا به اموال او: مانند غرامت و مصادره دارایی.

۲. اجرای مستقیم قاعده: گاه قاعده حقوقی به‌طور مستقیم به وسیله قوای عمومی اجرا می‌شود. برای مثال، غاصبی که مال دیگری را به زور تصرف کرده است به حکم دادگاه از آن ملک اخراج می‌شود یا مال بدهکاری که از پرداختن دین خود امتناع می‌ورزد به طلبکار داده می‌شود، یا کودکی که خانه پدری خود را ترک کرده است به دستور دادگاه به اقامتگاه قانونی خود بازمی‌گردد.

۳. بطلان اعمال حقوقی: در پاره‌ای موارد اجبار اشخاص به‌صورت بطلان اعمال خلاف آنها انجام می‌شود: چنان که صلحنامه‌ای که به‌صورت سند رسمی درنیامده است، در دادگاه پذیرفته نیست، یا طلاق‌ی که نزد دو شاهد عادل بیان نشود در نظر قانون اعتبار ندارد.

۴. مسؤلیت مدنی: کسی که در اثر تجاوز به قواعد حقوقی به دیگری ضرر زده است باید آن را جبران کند: یعنی مسؤلیتی که از این راه ایجاد می‌شود، وسیله اجبار او به اطاعت از حقوق است.

این نکته را نیز باید دانست که گاه جبران زیان تجاوز از قواعد حقوقی با دو یا چند

۱. رویه، نظریه عمومی حقوق، ص ۳۵.

وسیله گوناگون ضمانت اجرا می‌یابد. برای مثال، دزدی که اموالی را به سرقت برده و نیمی از آن را تلف کرده است باید زیان‌های مالک را جبران کند و مجازات سرقت را نیز متحمل شود و قوای عمومی نیز به‌طور مستقیم برای گرفتن اموال باقیمانده دخالت می‌کند.^۱

۳۹. کلی بودن حقوق :

مقصود از کلیت داشتن قاعده حقوقی این نیست که همه مردم موضوع حکم آن قرار گیرند. قواعد حقوق باید هنگام وضع مقید به فرد یا اشخاص معین نباشد و مفاد آن با یک‌بار انجام شدن از بین نرود، هرچند که تنها یک یا چند تن مشمول مقررات آن باشند. بنابراین، قوانین مربوط به مسئولیت وزیران و اختیارات رئیس‌جمهور با کلی بودن قواعد آن منافات ندارد، زیرا نسبت به تمام کسانی که در آن وضع خاص قرار دارند قابل اجراست.

«کلی بودن» قواعد حقوق از صفات اساسی آن است. زیرا برای این که حقوق بتواند به هدف نهایی خود برسد، باید مقید به شخص معین نباشد. قانونگذار نمی‌تواند برای هر یک از اعضای اجتماع حکم خاصی مقرر دارد و نتیجه هر کار را از پیش معین کند. پس ناچار بایستی نوع روابط را بدون توجه به خصوصیت‌های فردی، در نظر بگیرد و برای آن قاعده وضع کند، و تنها همین قواعد نوعی است که موضوع علم حقوق قرار می‌گیرد.

قانونگذار ما نیز وضع طبیعی حقوق را در نظر داشته و چون فرض می‌کند که قانون جنبه عمومی دارد، اجرای آن را موکول به انتشار در روزنامه رسمی کرده است (ماده ۱ قانون مدنی). از لزوم تساوی مردم در مقابل قوانین (اصل بیستم قانون اساسی) و اصل حکومت قانون (اصل ۵۸ همان قانون) نیز اساسی بودن این صفت استنباط می‌شود. زیرا، اگر قانون ناظر به فرد معین باشد، یا حکمرانان ناگزیر از رعایت قواعد کلی در

۱. رویه، نظریه عمومی حقوق، ص ۳۵ به بعد، چاپ دوم ۱۹۵۱.

رفتار خود نباشند، چگونه می‌توان ادعا کرد که همه مردم در برابر قوانین حقوق مساوی دارند یا بر آنها قانون حکومت می‌کند نه اراده فرد؟

با این ترتیب، تصمیم‌هایی که به حکم قانون اساسی باید از طرف مجلس گرفته شود و ناظر به موضوع خاص است، مانند گرفتن وام و استخدام کارشناسان خارجی (اصول ۸۰ و ۸۲)، اگرچه به ظاهر صورت قانون را دارد، از نظر ماهوی قاعده حقوقی ایجاد نمی‌کند و سهمی در ایجاد نظام عمومی ندارد.

با این همه، کلی بودن را نباید وسیله تمیز حقوق از سایر قواعد پنداشت. زیرا هر قاعده، خواه طبیعی باشد یا اجتماعی، کلی و مجرد است و این صفت اختصاص به حقوق ندارد.

۴۰. حقوق نظام اجتماعی است :

هدف حقوق تنظیم روابط اجتماعی است. زندگی دو چهره گوناگون دارد: فردی و اجتماعی. از نظر فردی، انسان نیازمندی‌های خاص و تکالیف مختلفی دارد که به طور معمول در قلمرو حقوق نیست. پاکی وجدان و تأمین سلامت روح و جسم و رفع نقیصه‌های بشری با اخلاق است، ولی اداره زندگی اجتماعی انسان را حقوق به عهده دارد.

اگر در حقوق نیز گاهی به اعمال انسان و حسن نیت او توجه می‌شود، به خاطر اثری است که این امور در اجتماع دارد. اگر انسانی تنها و دور از اجتماع فرض شود، برای او از نظر حقوقی نه حقی متصور است و نه تکلیفی. ساده‌ترین مفاهیم حق تنها در اجتماع جلوه گر است: چنان که، قواعد مربوط به اسم و حقی که اشخاص بر نام خانوادگی خود دارند، در صورتی مورد پیدا می‌کند که دو شخص یا دو خانواده وجود داشته باشند و هر کدام به اسم خاصی نامیده شود.

۴۱. تعریف قاعده حقوقی :

با توجه به اوصافی که برای حقوق شمردیم، در تعریف آن به اجمال می‌توان گفت: «قاعده‌ای الزام‌آور است که، به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود». پس، تکلیفی که پدر و مادر نسبت به نگاهداری فرزند خود دارند و الزامی که شوهر درباره پرداختن نفقه زن پیدا می‌کند جنبه حقوقی دارد و حکمی که آنرا مقرر می‌دارد «قاعده حقوقی» است.

مبحث دوم: رابطه حقوق با سایر قواعد اجتماعی

گفتار نخست: حقوق و اخلاق

۴۲. مفهوم اخلاق :

اخلاق مجموع قواعدی است که رعایت آنها برای نیکوکاری و رسیدن به کمال لازم است. قواعد اخلاق میزان تشخیص نیکی و بدی است و بی‌آنکه نیازی به دخالت دولت باشد، انسان در وجدان خویش آنها را محترم و اجباری می‌داند. پاره‌ای از نویسندگان قواعد اخلاق را برتر از عادات و رسوم اجتماعی و ثابت می‌پندارند و جامعه‌شناسان به اخلاق نیز جنبه اجتماعی می‌دهند و هیچ نیک و بدی خارج از «وجدان اجتماعی» قائل نیستند. شاید حقیقت چیزی میان این دو باشد. زیرا، از یک سو نمی‌توان اثر عادات و رسوم و داوری مردم را در اخلاق انکار کرد و رنگی را که قواعد آن در هر جامعه پیدا می‌کند از یاد برد. از سوی دیگر، اخلاق نباید دنباله‌رو اجتماع قرار گیرد؛ باید رهبر و راهنمای آن باشد. پس باید وجدان پرهیزکاران و خردمندان را معیار گرفت نه توده مردم را. این مفهوم «اخلاق» را که واسطه میان خلق و خوی اجتماعی و اخلاق برترین و

ثابت است، در فلسفه حقوق «اخلاق والای اجتماعی» نام نهادیم^۱. این اخلاق، در عین حال که نقش رهبری و هدایت خود را حفظ می‌کند، ثابت و جاودانه نیست و با جامعه و نیازهای آن و باور عمومی حرکت می‌کند و تحولی آرام می‌یابد.

۴۳. رابطه حقوق و اخلاق:

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 به‌شمار آورد.

قانونگذار، خواه و ناخواه، از نفوذ اخلاق محیط خود مصون 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 می‌شمارند و عادت‌ها را نهد که وجدان عمومی هم از آن‌ها گریزان است.

در حقوق کنونی، ریشه بسیاری از مقررات اخلاق است: چنان که لزوم وفای به عهد و ضرر نزدن به دیگران و پای‌بند بودن به قراردادها و رد امانت از احکام اخلاقی است که از طرف قانونگذار تضمین شده و در زمره قواعد حقوقی درآمده است. گاه نیز دولت به‌طور صریح احترام به اخلاق را واجب می‌شمرد و تجاوز به آن را از اسباب بطلان قرارداد و حتی مانع اجرای پاره‌ای از قوانین می‌سازد؛ چنان که در ماده ۹۷۵ قانون مدنی می‌خوانیم: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده به‌موقع اجراگذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». و ماده ۱۹۱ یکی از شرایط اساسی صحت معامله را «مشروعیت جهت» آن قرار داده است.

۴۴. تفاوت حقوق و اخلاق:

حقوق و اخلاق، با وجود همبستگی و ارتباط کامل، مفهومی یگانه نیست که با دو

۱. رک. ناصرکاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ش ۱۹۹.

نام آورده می‌شود؛ دو مفهوم جداگانه است که از پاره‌ای جهات باهم تفاوت دارد و همین تفاوت‌هاست که لزوم وضع قوانین را در کنار قواعد اخلاقی نشان می‌دهد:

۱. تفاوت هدف‌ها: هدف از اخلاق اصلاح معایب شخص و ایجاد جامعه فاضله است و بر وجدان و افکار باطنی نیز حکومت می‌کند. ولی، حقوق به حفظ صلح و نظم در اجتماع بیش از پاکی روح و حسن‌نیت توجه دارد.^۱ مقصود از قواعد حقوقی این است که در روابط اجتماعی نظم و عدالت نسبی برقرار شود، هرچند که در این راه اخلاق نیز رعایت نشده باشد. به‌عنوان نمونه، با آن که نشنیدن دعوا به سبب مرور زمان امری خلاف اخلاق است، گاه قانون به خاطر پایان دادن به دعاوی کهنه و ایجاد آرامش در اجتماع آن‌را مقرر می‌کند.

۲. تفاوت دو قلمرو: تفاوتی که بین هدف اخلاق و حقوق وجود دارد و همچنین اشکال‌های مربوط به فنون قانونگذاری و اجرای آن سبب شده است که قلمرو این دو نیز یکسان نباشد.

برای مثال، دروغگویی در اخلاق ناپسند و مذموم است، ولی حقوق تنها در شرایط خاصی برای آن مجازات معین می‌کند. اخلاق دستگیری از مستمندان را واجب می‌شمرد، در حالی که حقوق، جز در مورد پاره‌ای از خویشاوندان، آن‌را مقرر نکرده است. برعکس، بسیاری از قوانین مربوط به سازمان‌های اداری و تشریفات تنظیم اسناد و گرفتن عوارض جنبه اخلاقی ندارد.

۳. تفاوت ضمانت اجراها: قواعد حقوقی ضمانت اجرای مادی و اجتماعی دارد و قانونگذار به انواع وسایل اشخاص را ناگزیر از اطاعت آنها می‌سازد؛ چنان که نتیجه

۱. نخستین نویسنده‌ای که بر تفاوت هدف نظام حقوق و اخلاق پای فشرده تمایز یوس یاسن توماس داکن، حکیم مسیحی بود (۱۷۱۳). او هدف اخلاق را تأمین صلح درونی و وجدانی می‌شمرد و هدف حقوق را ایجاد صلح خارجی می‌دانست و از آن نتیجه می‌گرفت که تکالیف اخلاقی، برخلاف تعهدهای حقوقی، خارج از قلمرو اجبار مقام‌های عمومی است: نقل از: بوریس استارک، هانری رولان و لوران بویه، مقدمه حقوق، ج ۲، پاریس، ۱۹۸۸.

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 دادگاه و اجبار به انجام تعهد است. در امور کیفری نیز زندان و تبعید و محروم شدن از حقوق اجتماعی و اعدام قواعد آن را تضمین می‌کند. در حالی که ضمانت اجرای قواعد اخلاقی فقط جنبه درونی و مذهبی دارد و مکافات بی‌اعتنایی به آن پاداش روز جزا یا تأثر وجدان شخص است.

گفتار دوم: حقوق و مذهب

۴۵. اهمیت نیروهای مذهبی:

مذهب یکی از مهم‌ترین نیروهای سازنده حقوق است. حتی در کشورهایی که حکومت مذهب رسمی ندارد و حقوق را به کلی از مذهب جدا ساخته‌اند، اثر عقاید مذهبی را در تدوین و اجرای قانون انکار نمی‌کنند (اصل ۱۶۷ قانون اساسی). در کشور ما، نه تنها مذهب رسمی اسلام است و قوه مقننه وظیفه دارد تا از مقررات مذهب جعفری پیروی کند، قوانین کیفری و مدنی، به‌ویژه در امور خانوادگی و عقود معین، بر مبانی فقه امامیه استوار شده و بخش‌های مهمی از آن ترجمه کتب فقهاست. بنابراین، مذهب اسلام در عمل بخش مهمی از حقوق کنونی را به وجود می‌آورد و قواعد آن مورد احترام دادرسان است. وانگهی، در مواردی که قانون حکم خاص ندارد، دادرس باید «با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید». این تکلیف، به‌ویژه در امور مدنی که گسترش قواعد آن با مانعی روبه‌رو نمی‌شود، حقوق ما را بیش از گذشته وابسته به مذهب می‌کند، چندان که گروهی سخن از وحدت این دو مفهوم می‌گویند یا این وحدت را از آرمان‌های حکومت اسلامی می‌شمارند.

۴۶. اخلاق و مذهب :

چنان که گفته شد، مذهب منبع منحصر قواعد اخلاقی نیست: عادات و رسوم اجتماعی، قوانین دولتی، وضع اقتصادی و سیاست‌های جهانی در آن قواعد اثر می‌کنند و اخلاق تازه می‌سازند. بسیاری از قواعد اخلاق نیز به آیین خاص ارتباط ندارد و عقل، در نتیجه تجربه و تحلیل اسباب رویدادها، آنها را لازمه نیکوکاری و ایجاد اجتماع سالم و خوشبخت می‌داند. با وجود این مذهب مهم‌ترین منبع اخلاق است. بیشتر قواعدی که امروز چهره اخلاقی دارد از دستورهای مذهبی و اندیشه‌های بلند پیامبران متأثر شده است:

اقامة عدل، برابری، دستگیری از مستمندان، حمایت از ناتوان، حفظ خانواده، پرهیز از دروغ و نیرنگ، وفای به عهد، گریز از اضرار به دیگران و لزوم جبران خسارت، از تعلیم‌های بنیادین همه ادیان است. به‌ویژه در اسلام، که پیروی از احکام عقل در زمره دستورهای مذهبی قرار گرفته است، اخلاق مذهبی گسترش بیشتری یافته است (ش ۸). بنابراین، اخلاق یکی از دریچه‌های مهم نفوذ مذهب به جهان حقوق است؛ نیروی مقاومت‌ناپذیر که دولت را وادار به وضع قاعده و حمایت از سنت‌های مذهبی می‌کند و گاه بر همه نیروهای اقتصادی و سیاسی چیره می‌شود.

اخلاق مذهبی، برخلاف ارزش‌های اخلاقی ناشی از عادات یا نیازهای اقتصادی، قواعد ثابت و روشن دارد. دستورهای مذهبی قاطع و از دیدگاه معتقدان مقدس و مفید است و گفتگوهای اجتماعی کمتر در آن راه می‌یابد. به خاطر همین امتیازها، اوصاف قواعد مذهبی، بیش از سایر دستورهای اخلاقی به حقوق شباهت دارد و به همین دلیل نیز زودتر به قلمرو حقوق جذب می‌شود.

۴۷. تفاوت حقوق و مذهب :

گذشته از آنچه در تفاوت حقوق و اخلاق گفته شد، دو نکته زیر جدایی حقوق و مذهب را به خوبی روشن می‌سازد:

۱. منشأ قواعد مذهبی احکام الهی است: فقه امامیه از چهار منبع قرآن و سنت و اجماع و عقل سرچشمه می‌گیرد، ولی منبع اصلی حقوق قانون است و دادرس باید در مرحله نخست به متن و مفاد قوانین پای‌بند باشد.

با وجود این در جایی که قانون ناقص یا مجمل است، دادگاه می‌تواند به‌طور مستقیم به قواعد مذهبی استناد کند.

وانگهی، چون مجلس شورا نباید قانونی برخلاف احکام مذهب امامیه وضع کند (اصل ۷۲ قانون اساسی) و فرض این است که قوه مقننه این دستور را به کار می‌بندد و هیچ‌گاه از قواعد مسلم این مذهب تجاوز نمی‌کند، در مواردی که قانون هیچ حکمی ندارد و از مواد موجود در قانون نیز نمی‌توان استنباط دیگری کرد، دادرس اختیار دارد و باید قواعد مذهبی را به‌عنوان روح قانون مورد استناد قرار دهد.

۲. قانون از عقل ناقص بشری سرچشمه می‌گیرد: به همین جهت نمی‌تواند به پایداری احکام شرع باشد. وانگهی، از دیدگاه مذهبی، اجتماع باید خود را متناسب با قواعد الهی سازد؛ در حالی که حقوق یا بخش مهمی از آن نتیجه اوضاع اجتماعی ملت‌هاست و قانونگذار عاقل و دلسوز آن است که در دستورهای خود نیازمندی‌های کنونی جامعه را هر چه بیشتر مراعات کند.

به بیان دیگر، با این که حقوق‌های مذهبی یکسره تابع ضرورت‌های اجتماعی نمی‌شود و تنها در چهارچوب معینی امکان تحول و تغییر دارد، چون شیوه زندگی دایم در حال دگرگونی است، قواعد حاکم بر آن نیز خواه و ناخواه تغییر می‌یابد. حقوق نقش هدایت‌کننده خود را از دست نمی‌دهد، ولی از حرکت نیز باز نمی‌ایستد^۱ و اجتهادهای نو بستر این حرکت را در میان امور مباح شرعی و «حوادث واقعه» می‌گشاید.^۲

۱. برای دیدن نقش حقوق و مجلس قانونگذاری در جمهوری اسلامی، رک. ناصرکاتوزیان، مقدمه‌ای بر جمهوری اسلامی: گذری بر انقلاب ایران، تهران، ۱۳۶۰، ص ۶۵ به بعد.

۲. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۱۵۴.

گفتار سوم: حقوق و عدالت

۴۸. تعریف عدالت:

بیشتر تعریف‌هایی که تاکنون از عدالت شده، با اندکی تفاوت، همان است که افلاطون و ارسطو حکیمان یونانی گفته و حقوقدانان رومی، مانند اولپین (Ulpian) و سیسرون تکرار کرده‌اند.

افلاطون، عدالت را در این می‌دانست که هر چیز بر جای شایسته خود قرار گیرد و بر این مبنا نتیجه می‌گرفت که حکومت باید در اختیار حکیمان و خردمندان باشد، همان‌گونه که برای ایجاد تعادل در بدن عقل باید بر غضب و شهوت حاکم شود.

به نظر ارسطو، عدالت به معنی عام، اعتدال در کارها و شامل تمام فضایل (میانروی) است^۱، زیرا هر کس به کار ناشایسته‌ای دست زند ستم کرده است و به معنی خاص، به مفهوم برابر داشتن و فضیلتی است که به موجب آن «باید به هر کس آنچه را که حق اوست داد»^۲.

این تعریف در نوشته‌های اولپین حقوقدان رومی و در کتاب دیزست مورد قبول قرار گرفته و سیسرون عامل دیگری بر آن افزوده است و عقیده دارد: «باید به هر کس آنچه را که حق اوست داد به شرط این که به منافع عمومی زیان نرسد»^۳ و مفاد آن در نوشته‌های بسیاری از عالمان حقوق و اخلاق دیده می‌شود.

پاره‌ای از نویسندگان عدالت را نظامی دانسته‌اند که در مقام جمع دو نفع متعارض، برتری منافع قابل احترام‌تر را تأمین می‌کند. به گفته اینان، بدون وجود این مفهوم، نظم

۱. چنان که شجاعت فضیلت است و صفتی میانه ترس و تهور که باید هر دو را مذموم شمرد.
 ۲. برای مطالعه روابط حقوق و عدالت و تعاون، رجوع شود به جلد اول کتاب مبانی حقوق، تألیف دکتر موسی جوان، تهران، ۱۳۲۶.
 ۳. رویه، نظریه عمومی حقوق، ص ۱۱۳ و ۱۱۴.

اجتماعی بر مبنای زور قرار می‌گیرد و تنها منافع قوی‌تر قابل احترام می‌شود.^۱ در مفهوم کلی عدالت، به صورتی که بیان شده است، هیچ گفتگویی وجود ندارد. ولی، همین که بخواهند از این مفهوم کلی قواعد جزئی بسازند و آن را با واقعیت‌های اجتماعی منطبق سازند، اختلاف سلیقه‌ها شروع می‌شود و در این جا است که پاره‌ای از مردم قاعده‌ای را با مفهوم برابری و دادن حق به صاحب آن منطبق می‌دانند و پاره دیگر آن را ظالمانه می‌شمرند. بنابراین، دشواری اصلی در تمیز عدالت است نه در مفهوم آن. در مقام تمیز عدالت، جامعه‌شناسان بر این باورند که «وجدان عمومی» معیار تمیز عدالت است و آنان که وجدان عمومی را مبهم دیده‌اند، می‌گویند: قاعده‌ای عادلانه است که وجدان گروه بزرگی از مردم آن را درست بدانند. به گفته برتراند راسل: «عدالت عبارت از نظامی است که آنچه را به تصدیق عموم زمینه‌هایی را برای نارضایی مردم فراهم می‌کند به حداقل برساند». ولی گروهی از حکیمان و حقوقدانان، به جای رأی اکثریت یا عموم مردم، رأی جامعه حقوقدانان و دادرسان یا پرهیزکاران و صالحان را به عنوان معیار می‌پذیرند.^۲

۴۹. رابطه حقوق و عدالت:

مشهور است که دولتی پایدار می‌ماند که اقامه عدل کند و در رفتار خود با مردم جانب انصاف بدارد.^۳ قاعده‌ای را که مردم با عدالت و انصاف منطبق ندانند هیچ‌گاه به رغبت اجرا نمی‌کنند و برای فرار از این بی‌عدالتی به انواع وسایل دست می‌زنند. پس دولت برای حفظ نظام عمومی و ایجاد آرامش اجتماعی، ناگزیر است که تا حد امکان قواعد حقوقی را با عدالتی که نزد مردم محترم است سازگار کند. ولی، باید افزود که

۱. رویه، همان کتاب، ص ۱۱۶.

۲. رک. ناصرکاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، ش ۲۴۳.

۳. مضمون حدیثی که حکومت را با کفر باقی ماندنی می‌بیند ولی با ظلم ناسازگار اعلام می‌کند (الملك یبقی مع الکفر ولا یبقی مع الظلم).

هرگاه نظم در روابط اجتماعی ایجاب کند، هیچ حکومتی در وضع قواعد خلاف عدالت تردید نخواهد کرد: چنان که نشیندن درخواست صاحب حقی که در مدت معین اقامه دعوا نکرده یا از حکمی نادرست تمیز نخواست به طور مسلم خلاف انصاف و عدالت است، در حالی که قانون به خاطر حفظ نظم دادرسی و کاستن از شمار دعاوی آن را مقرر می‌دارد.

به اضافه، عدالت و نیک و بد مفهوم‌های نسبی است و بسیار اتفاق می‌افتد که قاعده‌ای به نظر گروهی عادلانه و به نظر گروه دیگر ظلم محض باشد. با تمام کوششی که دانایان حقوق و اخلاق در باب معنی درست عدالت کرده‌اند، هنوز نتوانسته‌اند مفهوم مشخص و عامی از آن به دست دهند. تمام تعاریفی که از عدالت شده است نمودار مفهوم مجردی است که بر حسب سلیقه‌ها و مشرب‌های سیاسی و اجتماعی، مصداق خارجی آن تغییر می‌کند و به همین دلیل است که گاه سخن از عدالت مذهبی و اخلاقی و گاه دیگر از «عدالت اجتماعی» می‌شود^۱ تا این واژه فریبنده و آرمانی مفهوم مشخص پیدا کند.

برای مثال، دیدیم که درباره مبادله اموال و توزیع ثروت، پیروان حقوق فردی گفته‌اند که عدالت ایجاب می‌کند که بین ارزش کار یا کالاهایی که مبادله می‌شود تساوی نسبی برقرار باشد و قواعد حقوقی باید این «عدالت معاوضی» را حفظ کند. ولی طرفداران حقوق اجتماعی می‌گویند این روش با انصاف منطبق نیست، زیرا در آن وضع بدنی و موقعیت اجتماعی افراد به حساب نیامده است. انصاف حکم می‌کند که تمام ثروت ملی بین مردم به تناسب تقسیم شود. در چگونگی این تقسیم نیز اختلاف شده است که آیا ثروت باید به تساوی بین همه مردم تقسیم شود یا به نسبت نیاز آنها یا سرانجام به نسبت ارزش و مقدار کاری که

۱. ژرژ ریبر، نیروهای سازنده حقوق، ص ۴۱۴ - عدالت مذهبی ملاک روشن و ثابت دارد، زیرا عادل کسی است که مرتکب گناهان کبیره نشود و اصرار بر ارتکاب گناهان صغیره نداشته باشد. اصطلاح عدالت اجتماعی نیز مخصوص علمای جامعه‌شناسی است که عقیده دارند تمام قواعد حاکم بر افراد را باید در وجدان عمومی و اجتماعی جستجو کرد، و بنابراین کسانی که از عدالت سخن می‌گویند باید از این پس «عدالت اجتماعی» را مبنای قواعد حقوق قرار دهند: ریبر، همان کتاب، ص ۱۵۸.

انجام می دهند (عدالت توزیعی)^۱.

۵۰. گرایش حقوق به سوی عدالت :

انسان طالب اجرای عدالت است، یا دست کم وانمود می کند که چنین شوقی را در دل دارد. قواعد حقوق نیز تمایل به اقامه عدل دارد و بر همین مبنا همه را در پیشگاه قانون برابر می داند. با وجود این، در جستجوی این گمگشته نزاعها برمی خیزد و ستیزها رخ می دهد، چندان که ظلمها می کنند تا اثبات نمایند که منشی عادلانه دارند. تاریخ زندگی بشر را تلاش در راه تمیز و اجرای عدالت تشکیل می دهد. ولی، نه تنها به دلیل مجرد بودن این مفهوم، به خاطر نسبی بودن آن نیز این تلاش پایان نمی پذیرد و همچنان ادامه می یابد. عدالت در هر زمان و مکان، با توجه به مجموع شرایط اقتصادی و سیاسی و اجتماعی خاص آن، بایست معین شود و نباید آنرا ثابت پنداشت. به بیان دیگر، عدالت مفهومی اخلاقی است و همراه با اخلاق دگرگون می شود. به طور خلاصه، به دلیل مجرد و نسبی بودن مفهوم عدالت و برخورد اجرای آن با نظم، قواعد حقوق گاه از عدالت فاصله می گیرد، هر چند که گرایش به سوی آنرا، به عنوان آرمانی مطلوب، همیشه حفظ می کند. به همین جهت است که در تعریف حقوق «عدالت» را در زمره هدف های اصلی آن می آوریم.

۱. در اصطلاح ارسطو، عدالت معاوضی ناظر به روابط معاملاتی مردم و عدالت توزیعی در مقام توزیع مناصب و مقامات عمومی، یعنی در روابط بین دولت و مردم است (محمدعلی فروغی، سیر حکمت در اروپا، ج ۱، ص ۵۷).

فصل سوم

دانش حقوق و شاخه‌های آن

مبحث اول: دانش حقوق

دانش حقوق را از دیدگاه‌های مختلف می‌توان مطالعه کرد. در این مقدمه، نظری گذرا بر ماهیت علمی و هنری حقوق داریم و شیوه‌های تحقیق در این نظام را در مراحل قانونگذاری و دادرسی و تنظیم و تعلیم خواهیم دید. در پایان مبحث نیز به رابطه حقوق با سایر علوم می‌پردازیم:

گفتار نخست: ماهیت نظام حقوقی

۵۱. حقوق علم است یا هنر:

رومیان حقوق را هنر دادگری می‌دانستند و پیروان مکتب تحقیقی آن‌را در شمار سایر علوم آورده‌اند. در میان نویسندگان کنونی نیز اختلاف است که آیا حقوق را باید در زمره هنرها آورد یا در شمار علوم؟ درباره معنی درست علم و هنر و تفاوت این دو گفتگو بسیار است: مرسوم است که می‌گویند، علم

شناسایی اصولی و منظم قواعدی است که بر طبق آنها حوادث جهانی که در آن به سر می‌بریم رخ می‌دهد. دانشمندان رویدادها را چنان که در خارج هست، در نظر می‌گیرد و در پی استنباط قوانین حاکم بر پدیده‌ها و تشخیص رابطه علیت بین آنهاست؛ در حالی که در نظام هنری برای رسیدن به هدف خاص تلاش می‌شود و بر پایه ابداع فکر بشر و شوق رسیدن به کمال مطلوب استوار است. هنرمند تأثر خود از عالم خارج را مبنای کاوش قرار می‌دهد و تنها به دسته‌بندی حوادث خارجی قناعت نمی‌کند.

به نظر پیروان مکتب تحقیقی اجتماعی، وظیفه حقوق عبارت از کشف و مطالعه قواعدی است که بر گروه‌های انسانی حکومت دارد: یعنی حقوق علم محض است و موضوع آن بررسی حوادث اجتماعی و سیر تاریخی آنها و کشف قواعد حاکم بر رویدادهای اجتماعی است. ولی، چنان که در مبنای حقوق دیدیم، باید انصاف داد که در ایجاد قواعد حقوقی تنها مشاهده و تجزیه و تحلیل امور اجتماعی دخالت ندارد و دولت در هنر حکومت کردن و وضع قانون از شوق رسیدن به هدف‌ها و آرمان خاص نیز الهام می‌گیرد.

وانگهی، این نکته مسلم است که قانون نمی‌تواند حکم تمام وقایعی را که در اجتماع رخ می‌دهد پیش‌بینی کند و خواه و ناخواه، دانشمندان حقوق و دادرسان باید قانون را تفسیر کنند و قواعد کلی را بر مصداق‌های آن منطبق سازند، و در این راهی تردید از آنچه موافق عدالت می‌بینند پیروی خواهند کرد و عقاید اخلاقی و مذهبی ایشان در ساختن و پرداختن احکامی که به دست می‌آورند تأثیر فراوان دارد.

پس، بر مبنای تعریفی که از علم و هنر شد، باید گفت نظام حقوقی هر دو جنبه را داراست. زیرا در ایجاد قواعد آن از حوادث اجتماعی و آرمان‌های اخلاقی هر دو استفاده می‌شود: از طرفی باین نیاز مندیهای اجتماع را با مشاهده وقایع خارجی تشخیص داد و به روش سایر علوم رابطه علیت بین حوادث را دریافت. از سوی دیگر، بایستی در پی بهترین قواعد بود و از میان مقررات به دست آمده آن را برگزید که باین نیاز مندیهای اجتماعی سازگارتر باشد. به گفته ژنی، حقوق هنری است که بر مبنای علم استوار شده^۱: بدین تعبیر که هنر در گزینش نهایی به کار می‌رود، ولی قواعد به شیوه علمی به دست می‌آید.

۵۲. علم حقوق و فن حقوق:

گاه اصطلاح «علم حقوق» در برابر «فن حقوق» به کار می‌رود. پاره‌ای از نویسندگان نیز آن دو مفهوم را جدای از هم دانسته‌اند. «فن حقوق» از دو جهت در برابر «علم حقوق» استعمال شده است:

۱. ژنی، علم و فن در حقوق خصوصی، ج ۱، ش ۲۳.

۱. به گمان بعضی، مطالعه علم حقوق با آنچه دادرسان و وکلای در مقام فصل یا دفاع از دعوا به کار می‌برند دو نظام مختلف است: عده‌ای به تجزیه و تحلیل مبانی حقوق و ریشه قواعد آن می‌پردازند و نظری به شیوه اجرای آنها و آنچه در خارج می‌گذرد ندارند. گروهی نیز به دادرسی و اجرای قواعد حقوق می‌پردازند و خود را بی‌نیاز از مطالعات نظری و شناختن اصول حقوقی می‌بینند. زبانزد عموم است که دادرسی را باید در محاکم فراگرفت و نوشته‌های حقوقی در این فن به کار نمی‌آید، همچنان که در گوشه و کنار ادعای می‌شود که دادرسی در حکم سایر امور اداری است و توجه به آرای که از محاکم صادر می‌شود هیچ اثری در پیشرفت و تحول حقوق ندارد.

ولی، باید دانست که این هر دو گروه در اشتباهند و حقوق را نمی‌توان به دو رشته عملی و نظری تقسیم کرد: درست است که پاره‌ای از دانایان حقوق در عمل به دادگستری نمی‌پردازند و در راه چگونگی دسته‌بندی قواعد و مطالعه مبانی و ساختمان اصلی آنها تحقیق می‌کنند و عده دیگری نیز به کار وکالت یا قضا مشغولند و فعالیت خود را بیشتر در فصل دعاوی به کار می‌برند. ولی نه حقوق‌دانی که به حوادث اجتماعی خود بی‌اعتنا مانده است در جستجوهای علمی کامیاب می‌شود و نه دادرسی که به ریشه و مبانی اصول حقوقی جاهل است می‌تواند آن اصول را به درستی اجرا کند.

حقوق مجموع قواعد زندگی ماست. پس قانونی که جدای از حوادث اجتماعی بماند فایده لازم را ندارد. به کار بستن قانون نیز مستلزم شناسایی کامل اصولی است که رهبر قانونگذار در وضع مواد قانون بوده است. کسی که معنی و ریشه قواعدی را نمی‌داند چگونه می‌تواند ادعا کند که آن را به جای خود استعمال می‌کند؟

۲. نسبت به تفاوت «علم» و «فن» تعبیرهای گوناگون شده است. ولی موافق نظر مشهور، علم به کاوش و تحقیق درباره کشف قواعدی پردازد و فن طرز استفاده از آن قواعد را نشان می‌دهد. بر این مبنا، برخی از نویسندگان علم و فن حقوق را از هم جدا کرده‌اند و می‌گویند، در علم حقوق یا «سیاست حقوق» قواعدی که باید بر روابط اجتماعی مردم حکومت کند کشف و تهیه می‌شود و فن حقوق آن قواعد را به لباس قانون درمی‌آورد و طرز به کار بستن و اجرای آنها را معین می‌سازد. در واقع این گروه می‌خواهند ماهیت کار قانونگذاری را از کار دادرسان و استادان حقوق ممتاز سازند.

این امتیاز هم قابل انتقاد به نظر می‌رسد: حقوق نیز مانند سایر علوم و هنرها قواعد فنی خاص دارد که حقوق‌دان باید آن را بداند و به جای خود به کار برد. ولی کار او در تنظیم مواد قانون منحصر به اعمال آن قواعد فنی نیست. به گفته هوریو: «عالم حقوق را نباید به منزله سنگ تراشی دانست که قطعه‌های مرمر را به

دستور هنرمند مجسمه‌ساز و بدون اطلاع از اصول کار او می‌تراشد^۱». زیرا از طرفی در منطبق ساختن سیاست حقوقی با وقایع اجتماعی ابتکارهایی به کار می‌رود که از حیث اهمیت دست کمی از آن ندارد، و از طرف دیگر، در تهیه اصول سیاست حقوقی نیز، خواه و ناخواه، از قواعد فنی حقوق استفاده می‌شود. به‌طور خلاصه، کار مربوط به کشف و تهیه قواعد حقوق چنان با اجرای آن به هم آمیخته است که وظیفه هیچ حقوقدانی را نمی‌توان محدود به یکی از آن دو کرد.

گفتار دوم: روش‌های تحقیق در این علم

۵۳. اصالت این روش‌ها :

با این که راه‌های شناخت حقیقت محدود و در تمام علوم یکسان است، در هر علم از این راه‌ها به شیوه‌ای خاص استفاده می‌شود. زیرا، روش تحقیق باید با موضوع و هدف آن علم ملایم و متناسب باشد. در حقوق نیز کم و بیش تعبیرهای منطقی متداول در سایر علوم به کار می‌رود و از این حیث هیچ امتیازی ندارد. ولی عالمان حقوق در تمهید قواعد این علم و تفسیر و اجرای آن روش خاصی دارند که سبب استقلال و امتیاز آن شده است.

برای شناختن روش‌های تحقیق در این علم باید کار حقوقدانی را که مأمور کشف و تنظیم قواعد حقوقی و تفسیر و اجرا یا آموختن آن است جداگانه مورد بررسی قرار داد و ویژگی‌های هر کدام را بازگو کرد.

۵۴. روش قانونگذاری :

در این باره عالم حقوق دو وظیفه مهم به عهده دارد: زیرا در مرحله نخست باید بهترین و عادلانه‌ترین قواعد را بیابد، سپس آنها را به زبان حقوقی بیان کند و چنان منظم

۱. نقل از مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۸.

سازد که هیچ ابهامی در اجرای آن باقی نماند:

۱. روش یافتن بهترین قواعد: نخستین وظیفه قانونگذار یافتن قواعدی است که عادلانه‌ترین راه حل‌ها را در روابط اجتماعی ارائه دهد. در این کاوش، باید از سایر علوم اجتماعی، مانند اخلاق و جامعه‌شناسی و تاریخ و علوم سیاسی و اقتصادی، یاری خواست.

ولی، کار قانونگذاری به این گونه کاوش‌ها محدود نمی‌شود. زیرا، گذشته از این که نتایج حاصل از پژوهش‌های علمی گاه مبهم و گاه متعارض است، حفظ نظم و آسایش عمومی نیز بی‌گمان نیاز به سیاست‌های دیگر دارد و هیچ قانونگذاری حاضر نیست که به بهای ایجاد اخلاق و آشوب عدالت را مستقر سازد. پس باید گفت که خوبی و درستی قانون تا حد زیادی به ذوق سلیم و احتیاط و بصیرت قانونگذار بستگی دارد، زیرا اوست که باید از ترکیب همه این عوامل نتیجه‌گیری درست کند و قاعده‌ای فراهم آورد که با طبع اجتماعی و وظایفی که به عهده دارد ملایمتر باشد.

بی‌گمان در این راه استفاده از تجربه‌های دیگران راهنمای ارزنده‌ای است. زیرا قانونگذار با توجه به نتایجی که اجرای قانون در سایر کشورها به بار آورده است، می‌تواند بهترین آنها را انتخاب کند. ولی، باید دانست که تقلید حقوق خارجی‌ان نیز محتاج روشن‌بینی و احتیاط فراوان است: بارها گفته شد که حقوق از علوم اجتماعی است و هر جامعه آداب و رسوم ویژه‌ای دارد که با سایر اجتماعها قابل قیاس نیست و همیشه این خطر وجود دارد که قاعده‌ای در کشوری مفید و در کشور دیگر زیان‌آور باشد.

پس اقتباس از حقوق خارجی نیز در صورتی مفید واقع می‌شود که قانونگذار تمام عوامل محیط خارجی را با اجتماع خود مقایسه کند و هنگام وضع قانون، اخلاق و مذهب و وضع سیاسی و اقتصادی و موقعیت جغرافیایی و تاریخ ملت خود را از یاد نبرد. برای مثال، در جامعه‌ای که مردم آن از رفاه نسبی و آزادی برخوردارند، زندانی کردن اشخاص مجازات سنگینی است؛ ولی برای تیره‌بختانی که در جستجوی سرپناهی در تکاپو هستند، نوعی احسان است. پس نباید انتظار داشت که کیفر زندان در این دو

جامعه اثر یکسان داشته باشد.

۲. فنون مربوط به تنظیم قواعد و نوشتن قانون: برای وضع قانون مفید پی بردن به قواعد مفید کافی نیست. قواعد حقوقی باید به زبانی گفته شود که برای عموم قابل فهم باشد، و باید به اندازه‌ای صریح باشد که دادرس را در اجرای آن دچار تردید نسازد^۱ و در عین حال به او مجال توجه به اوضاع و احوال خاص هر دعوا را بدهد و راهی برای اجرای عدالت باز بگذارد. رعایت نکردن این امور از ارزش قوانین و میزان احترام نسبت به آن می‌کاهد و مأموران اجرای قانون را نیز با دشواری‌های گوناگون روبه‌رو می‌سازد. جمع این صفات در قانون به آسانی فراهم نمی‌شود. ذوق و تجربه و معلومات فراوان می‌خواهد و به شکیبایی و بی‌نظری نیاز دارد. مردم عادی و سیاستمداران ممکن است نظرهای صائب و آرمان‌های مفید ارائه کنند، ولی آوردن این آرمان‌ها در قالب قوانین جز به وسیله اهل فن امکان ندارد و نتیجه مطلوب را نمی‌دهد.

۵۵. روش دادرسی:

برخلاف آنچه در روش قانونگذاری گفته شد، کار قضایی بیشتر جنبه منطقی دارد. وظیفه دادرس اجرای قواعدی است که از طرف قانونگذار وضع شده نه اعمال اصولی که به نظر او مفیدتر است. ولی، در این مرحله نیز نباید چنین پنداشت که قاضی فقط مجری قانون است و هیچ نقش سازنده‌ای به عهده ندارد. این نقش را باید در دو مرحله متمایز بررسی کرد:

۱. قانونگذار نمی‌تواند تمام وقایع و دعاوی آینده اجتماع را پیش‌بینی کند. گاه نیز قانون مجمل یا متناقض است و دادرس ناچار باید قانون را تفسیر کند، یعنی مفهوم درست و قلمرو آنرا معین سازد و اراده قانونگذار را به یاری منطق دریابد. در این راه نیز روش دادرس استفاده از طرز تحقیق در سایر علوم است: چنان‌که با

۱. گفته‌هایی مانند «از جمله موانع ارث» که عنوان فصل سوم از باب ارث قرار گرفته یا عبارت «خللی وارثی آورد» در ماده ۲۰۱ قانون مدنی از مثال‌های بارز قوانین مجمل است.

استفاده از تاریخ می‌تواند منظور قانونگذار را هنگام تدوین قانون دریابد، یا با استفاده از قیاس و استقراء برای مسائل گوناگون اجتماعی راه‌حل مناسب تعیین کند.

وظیفه دادرس کم و بیش جنبه اجتماعی نیز دارد: یعنی باید از تاب قوانین برای اجرای عدالت و هماهنگ ساختن قانون با نیازهای حادث اجتماع استفاده کند، و خود را محدود به الفاظ و عبارات قانون نسازد. در مبحث مربوط به تفسیر قانون در این باب به تفصیل سخن خواهیم گفت.

۲. کار دادرسی به همین جا پایان نمی‌پذیرد. زیرا مقصود اصلی از آن اجرای قانون در دعاوی است. دادرس باید راه‌حلی را که از قوانین یافته است در مورد خاص به کار بندد و اصحاب دعوا را ناگزیر از پیروی آن کند. پس، باید ماهیت دعوایی را که پیش آمده است معین سازد، تا بتواند قاعده‌ای را که قانون حاکم بر آن قرار داده است بشناسد. برای مثال، می‌دانیم که پدر مکلف است، به‌عنوان رهبر و مدیر خانواده، از فرزند خود نگاهداری کند، ولی این قاعده باید جایی اعمال شود که رابطه پدر و فرزندی مسلم باشد. پس دادرس ابتدا باید احراز کند که این رابطه وجود دارد: یعنی دعوا از مصداق‌های موردی است که باید حکم مربوط به تکلیف نگاهداری را اجرا کرد.^۱

۵۶. روش تعلیم:

در نوشته‌های حقوقی، سهم نویسنده بیشتر در این است که قواعد را از مجموع مواد استخراج کند و اصولی را که رهبر قانونگذار در تنظیم و انشای آنها بوده است نشان دهد. استاد حقوق، با تجزیه و تحلیل رویه قضایی و کاوش در اسباب حکم قانونگذار، چنان مطالب را منظم می‌سازد که در موارد اجمال و تناقض مواد، به آسانی بتوان روح قانون را به دست آورد و دعاوی گوناگون را با احکام موجود حل و فصل کرد.

آموختن علم حقوق امروز روش خاصی پیدا کرده است که نباید با شرح و تفسیر

۱. برای ملاحظه ساختمان حقوق اعمال قضایی و طرز اجرای قانون در دعاوی، رک. «اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی مدنی» تألیف نویسنده، چاپ چهارم، ش ۴۸ به بعد.

مواد قانون اشتباه کرد: پس از وضع قانون مدنی، چندی رسم بر این بود که کتاب‌های حقوق محدود به طرح مواد قانون شود و به ترتیب آن مواد، جداگانه و در پی هم، مورد مطالعه قرار گیرد. به اضافه، تصور می‌شد که نویسنده، بی‌آن که متوجه به تحولات رویه قضایی و در تلاش اصلاح قوانین باشد، باید نظر قانونگذار را در زمان وضع قانون بیابد و آن‌گونه که منطقی او حکم می‌کند، روح قانون را در مسائل گوناگون به دست آورد. ولی، در اثر آشنا شدن نویسندگان ما با حقوق اروپا، این روش ناپسند رفته رفته از میان می‌رود و کتاب‌های حقوقی و رساله‌ها به نظامی درمی‌آید که، دست کم از نظر نویسنده، رابطه منطقی مطالب آن را ایجاب می‌کند.

درست است که قانون مهم‌ترین منبع حقوق است، ولی باید دانست که معنی واقعی قانون در محاکم تعیین می‌شود و در آنجاست که قاعده کلی و بی‌جان به صورت مقررات زنده درمی‌آید. پس چگونه می‌توان، بدون توجه به رویه قضایی و نقد و شرح آن، سخن از حقوق واقعی به میان آورد؟

به اضافه، کار عالم حقوق نباید محدود به روشن ساختن حقوق کنونی باشد. بایستی ارزش قواعد آن را نیز معین کند و برای قانونگذار راهگشا و مشاور باشد. اوست که باید از تمام علوم اجتماعی و مذهب و اخلاق الهام و یاری بگیرد و با توجه به وضع اقتصادی و سیاسی و تاریخی کشور، بهترین و عادلانه‌ترین قواعد را پیشنهاد کند و آنها را به گونه‌ای منظم به صورت قواعد قابل فهم و اجرا درآورد.

گفتار سوم: رابطه حقوق با سایر علوم

۵۷. رابطه حقوق و جامعه‌شناسی :

حقوق از علوم اجتماعی است، زیرا هدف آن جستجوی قواعدی است که بر اشخاص، از این جهت که عضو جامعه‌اند، حکومت می‌کند. حقوق با جامعه‌شناسی ارتباط نزدیک دارد، زیرا حقوق رشته‌ای از علوم اجتماعی است که اجتماع انسان‌ها را

تنها به منظور کشف قواعدی که نظم و صلح را تأمین می‌کند، مورد مطالعه قرار می‌دهد. از سوی دیگر، اجرای قواعد حقوقی مستلزم ایجاد یک سلسله وقایع اجتماعی است که به نوبه خود باید از طرف جامعه‌شناس بررسی شود. قانونگذار و دادرس، و به طور کلی هر عالم حقوق، برای به دست آوردن قواعد حقوقی و تفسیر قوانین موجود، باید به روش تحقیق در جامعه‌شناسی آگاه باشد و با استفاده از شعبه‌های گوناگون این علم، آن قواعد را متناسب با نیازهای اجتماع کند.

با وجود این، نباید پنداشت که حقوق، به گونه‌ای که امروز وجود دارد، تنها شعبه ویژه‌ای از جامعه‌شناسی است و در برابر آن استقلال ندارد. زیرا گذشته از روش‌های تحقیق خاص، دیدیم که حقوق تنها علم نیست و از پاره‌ای جهات چهره هنری دارد. هدف حقوق تنها کشف قواعد حاکم بر تحول اجتماع و بررسی عادات و رسوم موجود نیست. هدف نهایی این است که با استفاده از وسایل علمی، به قواعدی دست یابد که بهتر بتواند عدالت و نظم را در جامعه مستقر سازد و سعادت مردم را تأمین کند.^۱

وانگهی در نظام‌های حقوقی مکتبی، قواعد حقوق در چهارچوب معین و برای رسیدن به هدف‌های ویژه‌ای تدوین می‌شود که با روش آزاد و تجربی جامعه‌شناسی منافات دارد.

۵۸. رابطه حقوق و اقتصاد سیاسی :

حقوق و اقتصاد سیاسی از علوم وابسته به یکدیگر است. برخلاف آنچه بعضی ادعا می‌کنند، نه در کاوش‌های اقتصادی می‌توان به قواعد حقوقی بی‌اعتنا ماند و نه در وضع و اجرای قوانین ممکن است عوامل اقتصادی را نادیده گرفت. پدیده‌های حقوقی و اقتصادی در یکدیگر اثر متقابل دارد؛ برای مثال، همان‌گونه که وضع تولید و توزیع ثروت در چگونگی قواعد مربوط به مالکیت اثر دارد، قوانین ناظر به حدود اختیار

۱. رک. لوی برول، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه دکتر ابوالفضل قاضی، انتشارات دانشگاه تهران،

مالکان و تنظیم روابط آنها نیز در مقدار و کیفیت تولید مؤثر است. دانشمند اقتصادی که می‌خواهد بهترین راه را برای ازدیاد تولید و عادلانه‌ترین شیوه توزیع ثروت بیابد، ناچار باید قواعد حقوقی را که بر این امور حاکم است بداند و مقررات بیع و تقسیم و اجاره را که وسیله انتقال و بهره‌برداری از اموال است، بشناسد. از سوی دیگر، قاعده‌ای که بدون توجه به ضرورت‌های اقتصادی وضع شود و با نتایج علمی که از اقتصاد سیاسی به دست آمده است مخالف باشد، نمی‌تواند نظم و صلح را در جامعه مستقر سازد و چه بسا که کهنگی و بی‌تناسبی این‌گونه قواعد سبب انقلابات خونین نیز بشود.*

در جهان امروز، اقتصاد سیاست دولت‌ها را نیز رهبری می‌کند و یکی از مبانی اصلی قواعد حقوقی است، منتها در این راه نباید مبالغه کرد. زیرا درست است که نیازمندیهای مادی و اقتصادی برای ادامه زندگی اهمیت فراوان دارد، ولی انسان غرایز و نیازمندیهای دیگری هم دارد که در ساختمان قواعد حقوقی مؤثر است. نیاز انسان به محبت و آزادگی و میل به تعالی و دانستن و داشتن اختیار و قدرت و بسیاری غرایز دیگر را باید به نیازهای مادی او افزود و قدرت مذهب و رسوم و سنت‌های پیشین را به حساب آورد تا مبانی واقعی قواعد حقوق از اختلاط آنها به دست آید. به همین جهت است که علوم فلسفی و اخلاقی را نیز در زمره مبانی مسلم حقوق می‌آورند.

۵۹. رابطه حقوق و علوم سیاسی :

موضوع علوم سیاسی مطالعه روش حکومت در جامعه است. در این علم مبانی قدرت عمومی و چگونگی ایجاد و اعمال آن مورد بررسی واقع می‌شود. با این ترتیب، علوم سیاسی در مطالعه قواعد حقوق سهم بسیار مؤثر دارد. زیرا حقوق زاینده قدرت عمومی است و تنها با تحقیق در چگونگی این قدرت است که می‌توان به روند ایجاد و اساس هدف قواعد حقوقی پی برد.^۱

*. برای دیدن کتاب حقوقی برپایه نیازهای اقتصادی و رابطه این دو نظام، رک. ناصرکاتوزیان، مسؤلیت ناشی از عیب تولید، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۱.
۱. رک. دکتر عبدالحمید ابوالحمد، مبانی سیاست، جلد اول، چاپ سوم، ۱۳۶۵.

برای مثال، در حکومت‌های پارلمانی، قدرت رأی اکثریت است که حقوق را به وجود می‌آورد و اساس آن را آرمان‌ها و اصولی تشکیل می‌دهد که در ایجاد قواعد حقوقی و تحولات آنها تأثیر فراوان دارد. اصل آزادی قراردادها، که هم‌اکنون مبنای بخش مهمی از قواعد مربوط به معاملات است، از اندیشه‌های فلسفی مربوط به حاکمیت اراده و آزادی انسان ناشی شده است. اصل سیاسی تساوی مردم در برابر قانون سبب می‌شود که جز در مورد حمایت از محجوران، هیچ امتیازی برای پاره‌ای از مردم در برابر دیگران نباشد.^۱

منتها، باید توجه داشت که در وضع قوانین هیچ‌گاه نمی‌توان از تمام نتایج این اصول پیروی کرد و در بسیاری از موارد جمع بین آنها امکان ندارد. برای مثال، می‌توان گفت «برابری مدنی» مردم مستلزم این است که از نظر اجتماعی نیز همه وضع مساوی داشته باشند و تأمین این برابری با اصل لزوم رعایت آزادی منافات دارد. زیرا در اثر آزادی معاملات قدرت‌های بزرگ اقتصادی به وجود می‌آید که به آسانی می‌تواند دیگران را در نفوذ خود بگیرد و تساوی مورد نظر را از بین ببرد. به همین جهت، پاره‌ای از نویسندگان به درستی دریافته‌اند که در دولت‌های کنونی فکر تساوی بر اصل آزادی غلبه دارد و دولت‌ها، با مداخله در چگونگی انعقاد قراردادها و محدود ساختن شرکت‌های بزرگ، اصل آزادی قراردادها را به منظور ایجاد تساوی بین اشخاص محدود ساخته‌اند.

۶۰. رابطه حقوق و علوم طبیعی و ریاضی :

علوم طبیعی و ریاضی با حقوق رابطه مستقیم ندارد. ولی اختراع و پیشرفت در دانش تجربی و عقلی از دو جهت در حقوق و چگونگی اجرای قواعد آن مؤثر واقع شده است:

۱. استفاده از قوای مربوط به بخار و برق و اتم محیط زندگی اجتماعی و نیازهای

۱. ریبر و بولانژه، ج ۱، ش ۵۴ به بعد.

انسان را به کلی دگرگون ساخته و وضع قواعد جدید حقوقی را ایجاب کرده است؛ چنان که قواعد مربوط به حمل و نقل در زمانی که از نیروی حیوان و انسان برای باربری استفاده می‌شد، برای حل مسائل مربوط به حمل و نقل هوایی و دریایی امروز کافی به نظر نمی‌رسد. آسان شدن تجارت بین‌المللی قواعد تازه‌ای در زمینه اسناد تجارتي و حمایت از صنایع و اختراعات و قواعد مربوط به بیع ایجاد می‌کند، و امکان تملیح مصنوعی و تحولی که در زمینه زیست‌شناسی ایجاد شده در حقوق خانوادگی و رابطه زن و شوهر مؤثر واقع شده است.

۲. علم حقوق در بسیاری از کاوش‌های اجتماعی از علوم طبیعی و ریاضی استفاده می‌کند؛ وسایل علمی مربوط به انگشت‌نگاری و کاوش‌های روانی و پزشکی دربارهٔ بزه‌کاران تحول اساسی در حقوق جزا به وجود آورده است.

۶۱. شاخه‌های حقوقی سایر علوم:

با آن که حقوق از علوم اجتماعی و فلسفی متأثر است، اهمیت و آثار آن به اندازه‌ای است که در همین علوم نیز رشته‌های خاصی به آثار اجتماعی حقوق اختصاص یافته است. ایجاد این رشته‌ها، نه تنها به دانشمندان سایر علوم امکان بررسی وقایع حقوقی را می‌دهد، سبب می‌شود که عالمان حقوق نیز بتوانند از نتایج آن علوم بهتر استفاده کنند.

مهم‌ترین این رشته‌ها عبارت است از:

۱. فلسفه حقوق: موضوع این رشته تحقیق دربارهٔ مبانی و هدف حقوق و کشف اسباب ایجاد قواعد حقوقی و فایده آنهاست.^۱

۲. جامعه‌شناسی حقوقی: که واقعه اجتماعی را از جهتی که مربوط به حقوق می‌شود، مطالعه می‌کند و اسباب اجتماعی و نتایج قواعد حقوقی را نشان می‌دهد.

۳. تاریخ حقوق: این رشته از تاریخ به بررسی سازمان‌های حقوقی گذشته و ریشه قواعد کنونی و تحولاتی که در زمان‌های مختلف یافته است اختصاص دارد. فهم قواعد کنونی حقوق مستلزم این است که

۱. برای مطالعه دربارهٔ موضوع فلسفه حقوق و هدف از طرح مطالب فلسفی دربارهٔ حقوق، رک. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، مقدمه.

ریشه اصلی آن و تغییرهایی که در طول تاریخ پیدا کرده است به دقت معلوم شود و تحقیق در این باره، جز از کسی که به روش تحقیق در این علم آگاه باشد، ساخته نیست؛ یعنی فقط عالم حقوق است که بایاری خواستن از تاریخ می‌تواند از این دگرگونیها استفاده مطلوب را ببرد. هیچ علمی به اندازه حقوق متکی بر سنن و رسوم گذشته نیست و مطالعه تاریخی یکی از بهترین وسایلی است که معنی درست قانون و «روح» آن را معین می‌کند. به همین دلیل است که در برنامه بیشتر دانشکده‌های حقوق «تاریخ حقوق» به‌عنوان یکی از دروس مهم و اساسی گنجانیده شده است.

مبحث دوم: شاخه‌های علم حقوق

۶۲. فایده و طرح تقسیم:

به همان نسبت که روابط اجتماعی پیچیده و گوناگون است، قواعد حقوق نیز مختلف و بی‌شمار به نظر می‌رسد. پس، برای فراگرفتن این قواعد لازم است که اصول مشابه در گروه‌های ممتاز قرار گیرد و طبیعت و نظام ویژه هر گروه جداگانه بررسی شود. در زمان ما، علم حقوق چندان توسعه یافته است که هیچ انسانی قادر به مطالعه و دقت در تمام اصول آن نیست. حتی می‌توان گفت، عمر هیچ محققی کفاف خواندن کتاب‌های رشته تخصصی خود را به یک‌بار هم نمی‌دهد. بنابراین، دسته‌بندی قواعد و ایجاد رشته‌های متعدد از لوازم تحقیق در این علم است و اگر از نظر علمی نیز پاره‌ای از آنها قابل انتقاد باشد، در فواید آن از جهت تقسیم کار تردیدی نیست.

در علم حقوق دو تقسیم اساسی وجود دارد که غالب‌نویسندگان مبنای آن را پذیرفته‌اند:

۱- حقوق عمومی و حقوق خصوصی؛

۲- حقوق ملی یا داخلی و حقوق بین‌المللی یا خارجی.

این تقسیم‌ها، نه فقط شامل رشته‌های حقوقی سایر علوم اجتماعی نمی‌شود، از نظر رشته‌های اصلی علم حقوق نیز کامل نیست. زیرا پاره‌ای از آنها به اعتباری از حقوق عمومی و به لحاظ دیگر در شمار حقوق خصوصی قرار دارد و خواهیم دید که رشته حقوق بین‌الملل خصوصی را به دشواری می‌توان در گروه حقوق خارجی آورد.

گفتار نخست : حقوق عمومی و خصوصی

الف : مفهوم و تشخیص این دو گروه

۶۳. تعریف :

تمیز بین حقوق عمومی و خصوصی پیشینه بسیار طولانی دارد و حتی در میان رومیان نیز مرسوم بوده است^۱. ولی جدایی این دو شعبه با تدوین قانون ناپلئون قطعیت بیشتری یافت، زیرا این قانون فقط ناظر به روابط خصوصی اشخاص بود و از ابتدا نیز قانون مدنی نامیده شد.

هرچند که در اثر دخالت روزافزون دولت در روابط مردم مفهوم حقوق خصوصی مورد انتقاد پاره‌ای از نویسندگان قرار گرفته است، در تعریف آن مرسوم است که می‌گویند: حقوق عمومی قواعدی است که بر روابط دولت و مأموران او با مردم حکومت می‌کند و سازمان‌های دولتی را منظم می‌سازد، و حقوق خصوصی مجموع قواعد حاکم بر روابط افراد است^۲. پس، تمام مقرراتی که مربوط به قوای سه‌گانه و طرز اعمال حاکمیت دولت و سازمان‌های عمومی است، از قواعد گروه نخست و تمام اصولی که بر روابط تجارتي و خانوادگی و تعهدات اشخاص در برابر هم حکومت می‌کند، در زمره قواعد حقوق خصوصی است.

۶۴. ملاک تشخیص، طرح اشکال :

در زمانی که مکتب اصالت فرد و آزادی اراده مبنای حقوق بود و حدود دخالت دولت در اقتصاد به دقت معین می‌شد و اصل این بود که کار مردم به خود آنها واگذار

۱. کولن و کاپتیان و لاموراندر، ج ۱، ش ۴۶ - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۲۴.

۲. مارتی و رینو، ج ۱، ش ۴۱، ص ۶۱ - دالوز، فرهنگ حقوق مدنی ۱۹۵۲، واژه Droit، ش ۲۱.

شود، حد بین حقوق عمومی و خصوصی نیز به آسانی قابل رسم بود. زیرا، از طرفی خدمات عمومی محدود به یک سلسله اقدامهای خاص بود و دولت به صورت‌های گوناگون در روابط مالی اشخاص دخالت نمی‌کرد و در نتیجه تشخیص اموری که به دولت ارتباط داشت با اشکال مهمی روبه‌رو نمی‌شد؛ از سوی دیگر، در امور مالی و به‌ویژه قراردادهای، اراده فرد حاکم بر سرنوشت او بود و به ندرت اتفاق می‌افتاد که دولت، به نام حفظ حقوق عمومی، رعایت اصلی را اجباری کند یا بستن پیمانی را بر کسی تحمیل سازد.

ولی از اواخر سده نوزدهم، که رفته رفته مفهوم اجتماعی حق طرفدارانی پیدا کرد و وظایف دولت در اداره امور گسترش یافت، مرز بین حقوق عمومی و خصوصی نیز به صورت سابق باقی نماند: دولت نه تنها به طور مستقیم در غالب امور مداخله کرد، با ملی کردن پاره‌ای از مؤسسه‌های مالی، به صورت اشخاص حقوقی و در زمره دیگران، به تجارت پرداخت و برای این کار از بسیاری امتیازهای حقوقی خود گذشت.

در حقوق کنونی، اصل حاکمیت اراده قلمرو پیشین خود را از دست داده است و توافق دو طرف عقد دیگر آن احترام گذشته را ندارد. قواعد امری قراردادهای رو به فزونی گذارده است و در پاره‌ای از آنها، مانند قرارداد کار، تراضی دو طرف تغییر مهمی در شرایط و آثار قانونی عقد نمی‌دهد. چهره اجتماعی بعضی از عقود چنان اهمیت یافته است که قانون انعقاد آنها را بر اشخاص تحمیل می‌کند: یعنی آنها را طرف قراردادی می‌داند که راضی به بستن آن نبوده‌اند.

در میان روابط دولت و افراد و روابط خصوصی آنها مفاهیم تازه‌ای به وجود آمده است که تشخیص قواعد حاکم بر آن به آسانی ممکن نیست و با معیارهای قدیمی نمی‌توان به درستی معلوم کرد که این قواعد در شمار حقوق عمومی است یا خصوصی.

۶۵. معیارهای ماهوی :

پاره‌ای از نویسندگان کوشیده‌اند تا ماهیت قواعد حقوق عمومی و خصوصی را از هم ممتاز سازند، و برای این منظور معیارهای گوناگون پیشنهاد کرده‌اند، که مهم‌ترین

آنها عبارت است از:

۱. قواعد حقوق عمومی امری است: یعنی اشخاص، حتی با تراضی بین خود نیز نمی‌توانند از آنها سرپیچی کنند. در حالی که قواعد حقوق خصوصی بر مبنای احترام به اراده اشخاص استوار است و هدف آن تکمیل شرایط قرارداد و تعیین اراده احتمالی دو طرف است.

ولی، امری یا تکمیلی بودن یک قاعده، ملاک درستی برای تشخیص عمومی یا خصوصی بودن آن به دست نمی‌دهد. زیرا بسیاری از قواعد حقوق خصوصی به خاطر ارتباط با نظم عمومی جنبه امری دارد (مانند قواعد مربوط به خانواده و ارث) و هیچ تردید نیست که رابطه بین زن و شوهر یا پدر و فرزند به دولت ارتباط ندارد و قواعد حاکم بر آن از مصداق‌های بارز حقوق خصوصی است.

۲. هدف قواعد حقوق عمومی حمایت از منافع جامعه است، لیکن هدف حقوق خصوصی تأمین نفع اشخاص است: ولی باید دانست که در هر قاعده حقوقی کم و بیش منافع عموم مورد نظر است، جز این که گاهی راه تأمین این منافع را قانونگذار در حمایت از حقوق خصوصی دیده است. اگر قانون از حق مالکیت یا زوجیت و ابوت حمایت می‌کند، به خاطر این است که بهترین راه ایجاد ثروت ملی و حفظ خانواده را در آن می‌بیند و اگر قراردادهای خصوصی را محترم می‌شمارد، از این جهت است که حاکمیت اراده را عادلانه‌ترین وسیله توزیع ثروت دیده است. هدف اصلی همیشه ایجاد آسایش و نظم عمومی است. به همین جهت، هیچ کس نمی‌تواند حقوقی را که به او اعطا شده برخلاف هدف اصلی آن به کار برد و در پناه اجرای حق آسایش عمومی را بر هم زند یا آن را وسیله رسیدن به هدف‌های نامشروع خویش سازد (اصل ۴۰ قانون اساسی).

۶۶. معیار شخصی و سازمانی:

جمعی دیگر از نویسندگان، حقوق عمومی را قواعد حاکم بر سازمان‌های دولتی و عمومی دانسته‌اند. این معیار از جهت قواعد مربوط به تشکیلات اداری درست است، ولی در حقوق کنونی پذیرفتن آن با دو اشکال مختلف روبه‌رو شده است:

۱. پاره‌ای از شخصیت‌های حقوقی، که ساخته دولت و در شمار سازمان‌های عمومی است، به کارهایی پرداخته‌اند که هدف آن سودجویی است نه اجرای حاکمیت عمومی، و همه پذیرفته‌اند که مؤسسه‌های دولتی در این‌گونه امور از امتیازهای مربوط به حقوق عمومی بهره‌مند نیستند؛ چنان که اگر دولت شرکتی برای صادرات فرش یا امور بانکی تشکیل دهد، در روابط تجارتي این شرکت با دیگران، قواعد حقوق خصوصی حکمفرماست.

۲. برعکس، بعضی از شخصیت‌های حقوقی که جنبه خصوصی دارند، عهده‌دار امور عمومی شده‌اند: یعنی در خدمات عمومی با دولت همکاری می‌کنند (مانند اتاق بازرگانی، کانون وکلای دادگستری، کانون سردفتران و سندیکاهای کارگری) و قوانین کم و بیش این‌گونه سازمان‌ها را نیز از امتیازهای مربوط به حقوق عمومی برخوردار کرده است.

پس، نباید ادعا کرد که حقوق عمومی مخصوص سازمان‌های دولتی و عمومی است و همیشه بر روابط آنها با مردم حکومت می‌کند.

۶۷. حقوق عمومی و اعمال حق حاکمیت :

حقیقت این است که مفهوم حقوق عمومی با حاکمیت دولت ملازمه دارد و نمی‌توان قواعد آن را جدای از اقتدار عمومی تصور کرد. سبب جدایی قواعد حقوق عمومی از حقوق خصوصی این است که دولت و سایر مؤسسه‌های عمومی با افراد مردم در یک وضع قرار ندارند: هدف اشخاص در فعالیت‌هایی که می‌کنند سودجویی و حفظ منافع خصوصی خودشان است، در حالی که منظور از اعمال اداری حمایت از حقوق عمومی و اجرای حاکمیت است. درست است که سازمان‌های عمومی نیز به وسیله انسان‌ها اداره می‌شود، اما چون سود کارهایشان به‌طور مستقیم به خودشان نمی‌رسد، هنگام اجرای وظیفه تنها نفع عموم و اجرای درست قوانین را می‌بینند و برای رسیدن به این هدف نیز از حق حاکمیت و اقتدار مخصوص به حکومت برخوردارند. پس، منطقی است که قواعد حاکم بر روابط این‌گونه سازمان‌ها، با مقرراتی که رابطه خصوصی افراد

را تنظیم می‌کند، از هم متمایز و مستقل باشد. ولی، هنگامی که اشخاص حقوق عمومی به کارهای خصوصی می‌پردازند و هدفشان اعمال حاکمیت ملی نیست، روابطشان با مردم تابع قواعد حقوق خصوصی است، و به کار بردن قواعد استثنائی حقوق عمومی مبنای واقعی خود را از دست می‌دهد.

پس، می‌توان در تعریف حقوق عمومی گفت: «قواعد حاکم بر تشکیلات دولت و روابط سازمان‌های وابسته آن با مردم است، تا جایی که این سازمان‌ها در مقام اعمال حق حاکمیت و اجرای اقتدار عمومی هستند».

۶۸. فایده تشخیص :

تمیز حقوق عمومی و خصوصی تنها از لحاظ نظری مفید نیست؛ از جهت عملی نیز آثار فراوان دارد که به پاره‌ای از مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

۱. بسیاری از تصمیم‌های مأموران دولت قابل اجراست: برای مثال، تصمیم شهرداری در باب ایجاد و توسعه معابر، با تصویب انجمن شهر، به زیان مالکان قابل اجراست، یا تشخیص مأمور مالیاتی در حدود صلاحیت خود نسبت به مؤدیان اجرا می‌شود.

۲. در قراردادهایی که بین مؤسسه‌های دولتی و مردم بسته می‌شود، پاره‌ای از قواعد کلی معاملات اجرا نمی‌گردد؛ چنان که در مقام تفسیر قرارداد حقوق عمومی، به جای تحقیق درباره قصد مشترک دو طرف، باید دید حفظ منافع عمومی چه اقتضا دارد و کدام یک از معانی مورد اختلاف بهتر می‌تواند از این نفع حمایت کند. همچنین، در قراردادهایی که دولت در مقام اعمال حق حاکمیت است (مانند قرارداد مربوط به آب و برق)، می‌تواند، بدون رضای طرف دیگر در نرخ آنها تجدیدنظر کند.^۱

۳. اموال و مشترکات عمومی، که دولت با ولایت از طرف عموم اداره می‌کند، تابع

۱. درباره قراردادهای حقوق عمومی، رک. ش. ۲۲۶.

قواعد کلی مربوط به سایر اموال نیست؛ چنان که مرور زمان درباره آن جاری نمی‌شود و جز با وضع قانون خاص، قابل انتقال به اشخاص نیست.

۴. دادرسی دعاوی دولت و مردم نیز تابع قواعد خاصی است: برای مثال، دولت از پرداخت هزینه دادرسی معاف است و پاره‌ای از دعاوی مردم و دولت باید در محاکم اختصاصی رسیدگی شود؛ مانند هیأت‌های حل اختلاف مالیاتی، یا شورای حل اختلاف شهرداری، یا دیوان عدالت اداری که به شکایت از «تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی، اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری...» می‌پردازد.

ب: شعبه‌های حقوق خصوصی

۶۹. اختلاط حقوق عمومی و خصوصی:

نفوذ متقابل حقوق عمومی و خصوصی تشخیص ماهیت شعبه‌های علم حقوق را دشوار می‌سازد. آمیختگی این دو گروه از قواعد به جایی رسیده است که گویی از ابتدا علم حقوق را بدون توجه به ماهیت قواعد آن تقسیم کرده‌اند. به‌ویژه گسترش روزافزون حقوق عمومی و دخالت دولت در امور اقتصادی، حتی قدیمی‌ترین رشته‌های حقوق خصوصی را خالص نگذاشته است؛ چنان که امروز پاره‌ای از قواعد حقوق مدنی، که بی‌گمان اساس و پایه حقوق خصوصی است، با مقررات حقوق عمومی به هم آمیخته و ماهیت طبیعی و معمولی خود را از دست داده است.

پس، اگر گفته می‌شود که حقوق مدنی یا تجارت از رشته‌های حقوق خصوصی است، یا آیین دادرسی و حقوق جزا در زمره قواعد عمومی به‌شمار می‌آید، مقصود این نیست که تمام احکام این رشته‌ها جنبه خصوصی یا عمومی دارد. در این طبقه‌بندی، باید موضوع اصلی هر شعبه را، صرف‌نظر از پاره‌ای جهات فرعی، مورد توجه قرار داد و به‌طور نسبی معین کرد که قواعد آن ناظر به روابط دولت و سازمان‌های عمومی است یا

روابط خصوصی اشخاص را منظم می‌کند.

۷۰. حقوق مدنی :

اصطلاح «حقوق مدنی» از رومیان گرفته شده و ترجمه واژه‌های لاتینی «Jus Civile» است. این حقوق مخصوص اتباع رومی بود و در برابر حقوق بشر (Jus Jentium)، که قواعد عمومی برای تمام ملت‌ها بود، به کار می‌رفت. به همین مناسبت، در تمام قرون وسطی و قتی سخن از حقوق مدنی (Jus Civile) می‌شد، مقصود حقوق روم بود که در برابر «حقوق کلیسا» استعمال می‌شد.

ولی، رفته رفته حقوق مدنی مفهوم اصلی خود را از دست داد و به معنای «حقوق خصوصی» در مقابل «حقوق عمومی» به کار رفت. علت اصلی این تغییر اصطلاح از بین رفتن قدرت امپراتوری روم بود. در زمان اقتدار حکومت روم، مطالعه حقوق عمومی نیز فایده عملی داشت و نویسندگان حقوق اساسی امپراتوری و قواعد حاکم بر آنرا نیز مورد گفتگو قرار می‌دادند. اما، پس از برچیده شدن اساس این حکومت، حقوق عمومی روم نیز متروک و بی‌فایده ماند و هر کس نامی از حقوق روم یا «حقوق مدنی» می‌برد مقصود حقوق خصوصی رومیان بود، که مورد تقلید بسیاری از ملت‌ها و از جمله فرانسویان قرار گرفت. به ویژه در سده هفدهم، با انتشار کتاب‌های دوما، حقوقدان فرانسوی، در زبان حقوقی این ملت حقوق مدنی به معنای حقوق خصوصی به کار رفت و بعد از انقلاب کبیر ۱۷۸۹ نیز همین معنی مورد قبول واقع شد؛ چنان که قانون ۱۸۰۴ ناپلئون نیز به این نام خوانده شد و امروز نیز به قانون مدنی ناپلئون مشهور است.^۱

در ایران نیز چون نویسندگان قانون ۱۳۰۷ با تمدن و فرهنگ فرانسه آشنایی بیشتر داشتند، آنرا قانون مدنی نامیدند و امروز نیز هر جا از «حقوق مدنی» گفتگو شود مقصود شرح و تفسیر قواعد موجود در این قانون است.

۱. ریبر و بولانژه، ج ۱، ش ۶۳ - مارتین و رینو، ج ۱، ش ۴۳ - مازو و دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۲۴.

با این ترتیب، حقوق مدنی در آغاز شامل تمام رشته‌های خصوصی بوده است. ولی، به تدریج در روابط پاره‌ای از مردم تحولاتی به وجود آمد که ممکن نبود همه آنها را تابع قواعد مدنی قرار داد، یعنی رعایت مصالح عموم ایجاب کرد که برای این روابط قواعدی ویژه وضع شود:

برای مثال، معلوم شد که اجرای قواعد مربوط به اجاره اشخاص و احترام به اصل حاکمیت اراده در رابطه کارگر و کارفرما ممکن نیست، و عدالت اقتضا دارد که قانونگذار از کارگر حمایت کند و مانع از این شود که کارفرما بتواند نظر خود را بر او تحمیل سازد. همین ضرورت اجتماعی سبب شد که دولت‌ها مجموعه‌هایی به نام «قانون کار» فراهم آورند و رشته خاصی به نام «حقوق کار یا صنعتی» از حقوق مدنی جدا شود.

همچنین، کامل شدن وسایل حمل و نقل و توسعه روابط تجارتي ایجاب می‌کرد که در بین بازرگانان قواعد ساده‌تری حکمفرما باشد، تا در همان حال که معاملات سریعتر و ساده‌تر انجام می‌شود، احتمال تقلب و تزویر نیز به حداقل ممکن رسد. قواعد مدنی پاسخگوی این نیاز نبود، پس رشته دیگری به نام «حقوق تجارت» به وجود آمد و بعدها تجارت دریایی و هوایی نیز به نوبه خود شعبه مستقلی را تشکیل داد.

بنابراین، حقوق مدنی را نباید یکی از رشته‌های حقوق خصوصی شمرد. زیرا از نظر تاریخی، مبنای حقوق خصوصی و مادر سایر شعبه‌هاست: در مطالعه تاریخی تقسیم حقوق معلوم شد که سایر رشته‌های حقوق خصوصی جنبه استثنائی و خلاف اصل دارد: یعنی تمام روابط مالی و خانوادگی مردم تابع قواعد مدنی است، مگر وقتی که در سایر رشته‌ها حکم خاصی برای آن پیش‌بینی شده باشد.

حقوق مدنی، روابط اشخاص را تنها از این لحاظ که عضو جامعه و مدینه هستند تنظیم می‌کند و توجهی به خصوصیت‌های مربوط به مشاغل گوناگون ندارد. با وجود این، در مسائل مدنی، به‌ویژه در قواعد مربوط به مالکیت اموال غیرمنقول نیز حقوق عمومی رخنه کرده است. چنان که با تصویب قوانین اصلاحات ارضی، قواعد حاکم بر مالکیت

زمین‌های مزروعی ویژگی‌هایی یافته است که باید موضوع رشته خاصی به نام «حقوق روستایی» قرار گیرد و در شمار حقوق عمومی درآید، یا در قانون روابط موجر و مستأجر، دخالت دولت در تنظیم این مسأله مهم اجتماعی آشکار است.

مسائل حقوق مدنی را می‌توان به بخش‌های زیر تقسیم کرد:

۱- اشخاص و خانواده؛

۲- مالکیت؛

۳- قراردادها و مسؤولیت مدنی؛

۴- ارث^۱.

۷۱. حقوق تجارت :

حقوق تجارت مجموع قواعدی است که بر روابط بازرگانان و اعمال تجارتي حکومت می‌کند. گفته شد که ساده‌تر کردن تشریفات مربوط به امور تجارتي و ایجاد حس

۱. درباره حقوق مدنی، به دلیل اهمیت تاریخی و علمی و نیز از جهت بومی بودن مطالب آن، ادبیات گسترده‌تری از سایر شعبه‌ها وجود دارد: گذشته از رساله‌های دکتری و کتاب‌های خاص یک موضوع، از این دوره‌های عمومی می‌توان نام برد:

۱) مصطفی عدل (منصورالسلطنه)، حقوق مدنی در یک مجلد.

۲) محمدر و جردی عبده، حقوق مدنی در یک مجلد.

۳) سیدعلی حائری شاهیباغ، شرح قانون مدنی در ۷ مجلد.

۴) دکتر سیدعلی شایگان، حقوق مدنی، جلد اول (مقدمه، اشخاص و خانواده).

۵) دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی (دوره کامل) در شش مجلد.

۶) دکتر محمدجعفر جعفری لنگر وی، حقوق مدنی، در ده جلد مستقل و پراکنده: مانند وصیت، ضمان، حواله، کفالت، خانواده، ارث.

۷) دکتر سیدحسین صفایی: دوره مقدماتی حقوق مدنی در چهار مجلد.

۸) دکتر عبدالمجید قائم مقامی، حقوق تعهدات، در دو مجلد.

۹) دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، در دوره‌های جداگانه: عقود معین، قواعد عمومی قراردادهای

مسؤولیت مدنی، خانواده، نظریه عمومی تعهدات: ایقاع، وصیت، اثبات و دلیل اثبات که تاکنون ۲۰

مجلد آن منتشر شده است. همچنین دوره مقدماتی حقوق مدنی در هشت مجلد: خانواده، اموال و

مالکیت، اعمال حقوقی، وقایع حقوقی، عقود معین، ارث، ارث و شفعه و وصیت.

اعتماد بین بازرگانان، موجب شد که حقوق تجارت رشته مستقلی شود و قواعد آن از حقوق مدنی جدا گردد. ولی، اگر این دلایل از نظر ایجاد یک حقوق صنفی بین بازرگانان و روابط بین آنها کافی باشد، برای جدا ساختن اعمال تجارتي از مدنی قانع‌کننده نیست. درست است که در حقوق تجارت تشریفات خاص اسناد تجارتي و مقررات ورشکستگی با قواعد مدنی تفاوت دارد، اما عمل تجارتي از نظر ماهوی هیچ امتیازی بر اعمال مدنی ندارد. برای مثال، ماهیت قرارداد خرید و فروشی که به منظور سودجویی بین دو تاجر بسته می‌شود چیزی جز عقد بیع نیست، یا قرارداد حمل و نقل ماهیتی خارج از اجاره اشیاء ندارد، جز این که در روابط بین بازرگانان چهره تازه‌ای یافته است.^۱

در قانون تجارت ما، به تقلید از قانون تجارت ۱۸۰۸ فرانسه، غالب قواعد مربوط به اعمال تجارتي است، خواه به وسیله تاجر یا سایرین انجام پذیرد، در حالی که حق این بود که این گونه مقررات ویژه روابط تجار می‌شد و حقوق تجارت به صورت یک حقوق صنفی بین تجار درمی‌آمد. این تمایل، آشکارا در قوانین جدید دیده می‌شود و داشتن کارت بازرگانی معیار شناسایی تاجر قرار گرفته است.

به هر حال، در حقوق تجارت نیز قواعد حقوق عمومی نفوذ فراوان کرده است؛ چنان که قوانین کیفری مربوط به مجازات تاجر ورشکسته به تقلب و تقصیر یا قواعد مربوط به تجارت خارجی و بسیاری از قواعد مربوط به بانکداری و صرافیه و ثبت شرکت‌ها و بیمه شرکت‌ها و بیمه کارگران جزو حقوق عمومی است. دخالت روزافزون دولت در امور تجارتي، سبب است که پاره‌ای از نویسندگان حقوق تجارت را مخلوطی از حقوق عمومی و خصوصی به‌شمار آورند.^۲ ولی باید دانست که این رشته نیز در مرحله نخست ناظر به روابط اشخاص و داد و ستدها و سودجوییهای فردی است و در دسته‌بندی شعبه‌ها باید آنرا در زمره حقوق خصوصی آورد.

۱. برای ملاحظه دلایل طرفداران استقلال حقوق تجارت یا ضمیمه شدن آن به حقوق مدنی، مراجعه شود به: مقدمه درس لئون مازو، استاد دانشکده حقوق پاریس در سال سوم لیسانس ۱۹۶۲-۱۹۶۳.
 ۲. دکتر عبدالحمید اعظمی زنگنه، حقوق تجارت - مارتی و رینو، ج ۱، ش ۴۴ برویه، ش ۳۵.

حقوق تجارت نیز در سه بخش عمده: (۱) تاجر و شرکت‌های بازرگانی
(۲) اسناد و معاملات تجارتي (۳) ورشکستگی، مطالعه می‌شود.^۱

۷۲. حقوق دریایی و هوایی؛ اختلاط نظام‌ها:

حقوق دریایی را باید شاخه‌ای از حقوق تجارت شمرده که در آن از قواعد حاکم بر کشتی‌های بازرگانی و حمل و نقل با آن گفتگو می‌شود. پس حقوق دریایی^۲ را نباید با حقوق دریاها^۳ اشتباه کرد. زیرا حقوق دریاها شعبه‌ای از حقوق بین‌الملل عمومی است و از حق حاکمیت دولت‌ها بر آب‌های ساحلی و منابع کف این بخش از دریا و وضع حقوقی دریاها و آزادگفتگو می‌کند و ارتباطی به مقررات تجارت دریایی ندارد.

در کشور ما تا سال ۱۳۴۳ قانون خاصی برای تجارت دریایی وضع نشده بود، ولی در دوم آبان‌ماه آن سال، قانون دریایی ایران در ۱۹۴ ماده به تصویب رسید. در این قانون، از تابعیت و رهن و اجاره کشتی و حقوق ممتاز دریایی، باربری دریایی، مسؤولیت مالکان کشتی و فرمانده و کارکنان آن، حمل مسافر، تصادم و کمک و نجات در دریاها و خسارات و دادگاه دریایی صحبت شده است.

پس نظام این رشته را مخلوطی از قواعد حقوق عمومی و خصوصی تشکیل می‌دهد: قواعد مربوط به مالکیت کشتی‌ها و مسؤولیت ناخدا و حمل و نقل دریایی و بیمه و خسارات بحری و کشتیرانی در آب‌های داخلی جزو حقوق خصوصی است، و برعکس مقررات مربوط به سازمان بنادر و راهنمایی کشتی‌ها و تابعیت آنها از قواعد حقوق عمومی است و مسائل مربوط به آزادی کشتیرانی و صید در دریا به حقوق بین‌المللی ارتباط پیدا می‌کند.^۴

با این همه چون اساس حقوق دریایی تنظیم قواعد حمل و نقل با کشتی‌های بازرگانی است، آن را باید از شعبه‌های حقوق خصوصی دانست.

۱. رک. دکتر عبدالحمید اعظمی زنگنه، حقوق تجارت در یک مجلد - محمدعلی عبادی، حقوق تجارت در یک مجلد - دکتر حسن ستوده، حقوق تجارت در سه مجلد - دکتر منصور صفری، حقوق تجارت، تاجر و شرکت‌های تجاری و شرح قانون تجارت (شرکت‌های سهامی) دروس لیسانس و فوق لیسانس.

2. Droit maritime

3. Droit des mers

۴. کلود دوپاکیه، کلیات نظریه عمومی و فلسفی حقوق، شماره ۳۳ - مارتی و رینو، همان کتاب - ریر،

حقوق دریایی، ج ۱، ش ۱ به بعد.

حقوق هوایی نیز همین وضع را دارد و حمل و نقل به وسیله هواپیما را مخلوطی از قواعد حقوق خصوصی و عمومی به وجود آورده است: قواعد مربوط به حمل بین‌المللی بار و مسافر و مسؤلیت متصدی ناشی از پیمان‌های بین‌المللی است و قرارداد نقش محدودی در آن دارد. در این دورشته، یکی از منابع مهم حقوق پیمان‌های بین‌المللی است و این عامل نیرومند که پیوسته بر گستره آن افزوده می‌شود، حقوق هوایی و دریایی را از یک سو به حقوق عمومی و از سوی دیگر به حقوق بین‌المللی نزدیک می‌کند و نمونه بارز اختلاط نظام‌های گوناگون در این شعبه هاست.

ج: شعبه‌های حقوق عمومی

۷۳. حقوق اساسی:

حقوق اساسی پایه و مبنای حقوق عمومی است. زیرا در آن ساختمان حقوقی دولت و رابطه سازمان‌های آن با یکدیگر مطرح می‌شود. در این رشته از حقوق، شکل حکومت و قوای سازنده آن (مقننه و مجریه و قضاییه) و طرز شرکت افراد در ایجاد قوای سه‌گانه و حقوق و آزادیهای آنان در مقابل دولت مورد گفتگو قرار می‌گیرد. پس، نه تنها در عمومی بودن این شعبه از حقوق تردید نمی‌توان کرد، باید آن را ریشه و اساس این قواعد به‌شمار آورد.^۱

منبع اصلی حقوق اساسی کنونی ما قانون اساسی جمهوری اسلامی است که در همه‌پرسی ۲۴ آبان‌ماه ۱۳۵۸ در ۱۷۵ اصل به تصویب ملت رسید. در این قانون آرمان مکتبی اسلام، مذهب رسمی، زبان و خط و پرچم کشور، حقوق ملت، اقتصاد و امور مالی، حق حاکمیت و قوای ناشی از آن، شوراها، رهبری یا شورای رهبری، قوه مجریه (رئیس‌جمهور و دولت)، ارتش و سپاه پاسداران انقلاب، سیاست خارجی، قوه قضاییه

۱. رک. دکتر ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ج ۱، مبانی و کلیات، دانشگاه تهران،

و رسانه‌های گروهی، به‌عنوان نهادهای انقلابی، مطرح و موضوع حکم قرار گرفته است. در سال ۱۳۶۸ این قانون مورد تجدیدنظر قرار گرفت و به‌ویژه قوه اجرایی به سوی تمرکز هدایت شد. رئیس‌جمهوری اختیار گسترده‌ای یافت و شامل وظایف نخست‌وزیر هم شد. پیش‌بینی تجدیدنظر در قانون اساسی و تشریفات آن، حذف شورای عالی قضایی و ایجاد مقامی به‌عنوان رئیس قوه قضاییه از اصلاحات چشمگیر این تجدیدنظر است.

۷۴. حقوق اداری :

این رشته از حقوق درباره اشخاص حقوقی اداری و تشکیلات و وظایف وزارتخانه‌ها و ادارات دولتی و شهرداریها و تقسیم‌های کشوری و روابط این سازمان‌ها با مردم گفتگو می‌کند، و به همین جهت با حقوق اساسی رابطه بسیار نزدیک دارد. در اثر خدماتی که دولت‌ها به تازگی عهده‌دار شده‌اند، روزبه‌روز بر وسعت حقوق اداری افزوده می‌شود. چنان‌که خواهیم دید، نفوذ این رشته حقوق کار را در زمره شعبه‌های حقوق عمومی درآورده است و احتمال دارد «حقوق روستایی» نیز به همین سرنوشت دچار شود.

از مسائل مهم حقوق اداری، بررسی سازمان و شیوه رسیدگی و رویه‌های «دیوان عدالت اداری» است؛ نهاد نوپایی که زاده قانون اساسی جمهوری اسلامی است و می‌تواند با تصمیم‌های خود پایه‌های حقوق اداری اصیل و بومی را در کشور ما بنیان گذارد و ضامن حقوق اشخاص در برابر تجاوز قوه مجریه و مسؤولیت‌های دولت باشد.^۱

۷۵. حقوق مالیه :

قواعد مربوط به وضع مالیات‌ها و عوارضی که مأموران دولت می‌توانند از افراد مطالبه کنند و همچنین

۱. برای مطالعه در حقوق اداری، رک:

(۱) دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی، حقوق اداری در دو مجلد.

(۲) دکتر عبدالحمید ابوالحمد، حقوق اداری، در دو مجلد.

مقررات ناظر به بودجه عمومی و وظایف دیوان محاسبات را «حقوق مالیه» می‌نامند.

با این که حقوق مالیه به طور مسلم از رشته‌های حقوق عمومی است، با حقوق خصوصی نیز بی‌ارتباط نیست. زیرا بیشتر این گونه مالیات‌ها و عوارض، به مناسبت معاملات و اعمالی که اشخاص انجام داده‌اند بر آنها تحمیل می‌شود، و لازمه فراگرفتن حقوق مالیه شناسایی مفاهیم حقوق خصوصی (مانند قراردادوارث و بخشش و انتقال مالکیت) و آثاری است که بر این گونه وقایع بار می‌شود.

۷۶. حقوق جزا:

حقوق جزا یا حقوق جنایی «مجموع قواعدی است که بر چگونگی مجازات اشخاص از طرف دولت حکومت می‌کند.» در این رشته از حقوق سخن از اعمالی است که به منافع و نظم عمومی زیان می‌رساند و اثر آن به اندازه‌ای شدید است که دولت باید، به وسیله اعدام یا حبس و غرامت و تبعید، خطاکار را کیفر دهد.

در حقوق کنونی، مجازات مجرم کمتر جنبه انتقامجویی و تصفیة حساب شخصی دارد، و دولت کیفری را که قانون برای اصلاح مجرم و تنبیه سایرین مفید و سزاوار می‌داند درباره مرتکب اجرا می‌کند. پس حقوق جزا در مرحله نخست با روابط دولت و مردم ارتباط دارد و در زمره شعبه‌های حقوق عمومی است.

منتها، باید دانست که در حقوق جزا تنها سخن از جرایم بر ضد حکومت یا حقوق عمومی نیست و بسیاری از قواعد آن از حقوق خصوصی اشخاص در برابر یکدیگر حمایت می‌کند؛ مانند جرایم مربوط به سرقت و کلاهبرداری و خیانت در امانت و توهین و افتراء. در این گونه موارد، زیان‌دیده از جرم می‌تواند به‌عنوان «مدعی و شاکی خصوصی» در دادرسی شرکت کند و علاوه بر مطالبه زیان‌های ناشی از جرم، مأموران عمومی را در جمع‌آوری دلایل کمک و راهنمایی کند و به دادرسی کیفری حرارت و جنبش بیشتری دهد. قوانین مربوط به مجازات اسلامی، به‌ویژه قصاص قتل عمد و دیه

جرح و نقص عضو، نیز می‌تواند مؤید اختلاط حقوق خصوصی و کیفری قرار گیرد. به همین جهت، پاره‌ای از نویسندگان حقوق جزا را ترکیبی از حقوق عمومی و خصوصی دانسته‌اند.^۱

با وجود این، پذیرفتن این نظر به آسانی ممکن نیست. درست است که در غالب موارد دادرسی کیفری به سود زیان‌دیده نیز تمام می‌شود؛ یعنی شاکی خصوصی می‌تواند، با ملاحظه کیفر دیدن مجرم و گرفتن خسارت از او، داد خویش بستاند و زیان‌های مالی خود را جبران کند. ولی هدف اصلی از این‌گونه دادرسی‌ها، حفظ نظم و آسایش عمومی است، و فوایدی که مدعی و شاکی خصوصی از آن

می‌برند جنبه تبعی و فرعی دارد. اگر قانونگذار کلاهبردار یا دزد را مجازات و ملزم به جبران خسارت می‌کند، به خاطر این است که کار او نظم عمومی را برهم زده است و جبران آن، جز با سلب آزادی مجرم و الزام او به پرداختن خسارت مدعی خصوصی، ممکن نیست. پس، جز در پاره‌ای موارد استثنائی، رهبری دادرسی کیفری را اشخاص در دست ندارند و این دولت است که گاه اجرای وظیفه خود را در حمایت از مظلوم می‌داند.

به همین ترتیب، آیین دادرسی کیفری و حقوق جزای نظامی را هم باید از شعبه‌های حقوق عمومی به حساب آورد. زیرا در این رشته‌ها نیز از قواعدی گفتگومی شود که طرز دادخواهی و اجرای کیفر را از طرف دولت معین می‌سازد.

باید افزود که حقوق جزا را نیز به دو رشته عمومی و اختصاصی تقسیم کرده‌اند: در حقوق جزای عمومی، سخن از جرم و مجازات و مسؤولیت کیفری می‌شود؛ کلیاتی که به همه جرایم نظر دارد و قواعد عمومی است.^۲ ولی در حقوق کیفری اختصاصی، جرایم خاص (مانند قتل و دزدی و کلاهبرداری) مورد

۱. مارتی‌ورینو، ج ۱، ش ۴۶، ص ۷۰.

۲. برای نمونه از کتاب‌های حقوق جزای عمومی، رک: مرحوم دکتر عبدالحسین علی‌آبادی، حقوق جنائی و قوانین جزائی تطبیقی در چهار مجلد ۱۳۳۷ به بعد - جلد سوم کتاب مربوط به قلمرو قوانین جزا در زمان و مکان (۱۳۵۴) و جلد چهارم مربوط به آیین دادرسی کیفری است (۱۳۶۱).

مطالعه قرار می‌گیرد و ارکان هر جرم و کیفر ویژه آن در قوانین معین می‌شود.^۱

۷۷. حقوق کار :

حقوق کار از آن رشته‌هایی است که ریشه در حقوق خصوصی دارد و دخالت دولت آنرا در ردیف شعبه‌های حقوق عمومی درآورده است؛ رابطه حقوق کارگر و کارفرما تابع قواعد مربوط به اجاره اشخاص است که قانون مدنی به اجمال از آن سخن می‌گوید (مواد ۵۱۴ و ۵۱۵). ولی، چنان که اشاره شد، تحولات دو قرن اخیر اجازه نمی‌داد که تمام مسائل ویژه و حساس این رابطه به وسیله دو ماده مجمل و نارسا حل شود، و حاکمیت اراده در قرارداد کار نیز مبنای حقوق و تکالیف دو طرف قرار گیرد. پیشرفت صنایع و زیاد شدن شمار کارگران و ایجاد کارگاه‌های بزرگ، رابطه کارگر و کارفرما را به صورت یکی از مهم‌ترین مسائل اجتماعی درآورده است. امروز دیگر دولت نمی‌تواند نسبت به شرایط کار و اختلاف بین این دو دسته بی‌اعتنا بماند و آنرا رابطه خصوصی بین اشخاص بداند.

با این که کشور ما هنوز هم بیشتر جنبه کشاورزی دارد، دولت از مدتها پیش نیاز به وضع قانون خاصی را در این باب احساس کرد. ابتداء در سال ۱۳۲۵ تصویب نامه‌ای مقرر کرد که کار را منظم ساخت و بعد در سال ۱۳۲۸ نخستین قانون کار در ۲۱ ماده به تصویب مجلس شورای ملی رسید. از این پس چندین بار برای تجدیدنظر و تکمیل مواد قانون اقدام شد، تا سرانجام طرح نهایی در ۶۹ ماده در ۲۶ اسفندماه ۱۳۳۷ به تصویب کمیسیون مشترک دو مجلس رسید. پس از پیروزی انقلاب نیز، مدتها سخن از تدوین قانون کاری بود که هم با موازین اسلامی مخالف نباشد و هم بانیازهای امروز سازگار شود. در این زمینه اختلاف مجلس شورای اسلامی که خواهان تحول در نظام سنتی بود و شورای نگهبان که در لزوم رعایت قواعد فقهی پافشاری می‌کرد بالا گرفت و سرانجام شورای تشخیص مصلحت نظام پارا از داوری فراتر نهاد و در آبان ۱۳۶۹ قانون کار را تصویب کرد. علاوه بر قانون کار، شورای عالی کار و هیأت وزیران آیین نامه‌های متعددی در باب حفاظت و بهداشت

۱. رک: دکتر ابراهیم پاد، حقوق کیفری اختصاصی، ج ۱، جرایم نسبت به اشخاص (صدمات بدنی و صدمات معنوی)، تهران ۱۳۸۴. دکتر ایرج گلدوزیان، حقوق جزای اختصاصی، ج ۱، جرایم علیه تمامیت جسمانی، اموال، امنیت و آسایش عمومی، ۱۳۶۸.

عمومی در کارگاه‌ها و تهیه مسکن برای کارگران وضع کرده‌اند، که مجموع آنها به ضمیمه‌مقاوله‌نامه‌های راجع به منع کار اجباری و قانون شرکت‌های تعاونی، منابع اصلی حقوق کار را تشکیل می‌دهد.

با وضع این مقررات گوناگون، دولت حقوق کار را به صورت شعبه‌ای از حقوق اداری درآورده است: مدت کار و حداقل دستمزد و مرخصی و تعطیلات کارگر به گونه‌ای امری تعیین شده، و سندیکاها و اتحادیه‌هایی برای کارگران و کارفرمایان با نظارت دولت پیش‌بینی گردیده است. این سندیکاها و اتحادیه‌ها، با انعقاد پیمان‌های جمعی، شرایط کار را در هر صنف معین می‌کنند.^۱

راست است که در حقوق کار، در هر صورت رابطه کارگر و کارفرما مطرح است و قواعد آن با حقوق مدنی ارتباط نزدیک دارد، ولی چون در حقوق کار حدود و نحوه مداخله دولت در این رابطه مورد گفتگو قرار می‌گیرد، برخلاف نظر مشهور، باید آن را از رشته‌های حقوق عمومی شمرد.

۷۸. آیین دادرسی مدنی^۲:

مرسوم است که آیین دادرسی مدنی را در زمره شعبه‌های حقوق خصوصی می‌آورند. سبب شهرت این نظر رابطه نزدیکی است که قواعد دادرسی با حقوق مدنی دارد. در حقوق روم و اسلام نیز آیین دادرسی یکی از مباحث حقوق مدنی بوده است. پس از جدا شدن قوانین مدنی و آیین دادرسی نیز این رابطه محفوظ ماند، و قانونگذار قواعد ماهوی و دادرسی را به کلی مجزا نکرد: پاره‌ای از قواعد مدنی، مانند مواد مربوط به دلایل اثبات دعوا و تقسیم مال مشاع و انتقال املاک، با تشریفات دادرسی آن همراه است. از سوی دیگر، بسیاری از قواعد حقوق مدنی در قانون آیین

۱. برای مطالعه در حقوق کار ایران مراجعه شود به: (۱) دکتر شمس‌الدین جزایری، حقوق کار و بیمه‌های اجتماعی، تهران ۱۳۴۴ شمسی (۲) دکتر عزت‌الله عراقی، حقوق کار در دو مجلد، انتشارات دانشگاه ملی، ۱۳۵۶ (۳) حقوق بین‌المللی کار، از همان مؤلف، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۷.
۲. رک. دکتر متین‌دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی در سه مجلد.

دادرسی آمده است؛ چنان که بخش مهمی از مواد مربوط به خسارت و پاره‌ای از مواد مربوط به سازش و داوری و کلیات قانون آیین دادرسی مدنی حاوی قواعد ماهوی و مدنی است.

به اضافه، غالب قوانین دادرسی ناظر به راه مطالبه حق و دفاع از آن است: یعنی غرض از وضع آنها حمایت و تضمین حقوق مدنی است. در حقوق کنونی ما هنوز هم رهبری دعوا را دو طرف به عهده دارند و دادرس باید برحسب دلایلی که به او تقدیم شده و درخواست‌هایی که از او کرده‌اند، فصل خصومت کند. در قوانین جدید به دادرس اجازه داده شده است که برای کشف واقع تحقیق کند، لیکن از این اختیار که حریم بی‌طرفی دادرس را می‌شکند کمتر استفاده می‌شود. بنابراین، دعوا به رابطه خصوصی بین مدعی و منکر شبیه‌تر است تا به انجام دادن یک خدمت عمومی از طرف دادرس. با همه اینها، جنبه عمومی قواعد دادرسی غلبه دارد، و طبیعت این رشته با حقوق عمومی سازگارتر به نظر می‌رسد. دلایل این ادعا را در دو نکته می‌توان خلاصه کرد:

۱. تمام قواعد مربوط به تشکیلات و صلاحیت دادگاه‌ها بی‌تردید از حقوق عمومی است، زیرا بحث درباره یکی از ارکان دولت (قوة قضاییه) و چگونگی وظایف آن است. در اجرای احکام نیز که طرز اعمال قدرت عمومی و اقتدار دولت مورد گفتگو قرار می‌گیرد، نفوذ حقوق عمومی آشکار است. به همین جهت، پاره‌ای از نویسندگان، به جای آیین دادرسی مدنی، اصطلاح «حقوق قضایی» را برای نام این شعبه انتخاب کرده‌اند.^۱

۲. تمیز حق و اقامه عدل یکی از وظایف اصلی هر دولت است و قواعدی که طرز اجرای این وظیفه را بیان می‌کند با حقوق عمومی نزدیک‌تر است. بی‌طرفی دادرس و مؤثر بودن توافق اصحاب دعوا در بعضی امور، ماهیت خدمت عمومی او را دگرگون نمی‌سازد. زیرا به هر حال این دولت است که از حق فردی حمایت می‌کند و هم اوست که با استفاده از حاکمیت خود دعاوی را فیصله می‌دهد. به‌ویژه، اختیار تحقیق درباره

۱. سلوس (Solus) و پرو (Perrot) نام دوره آیین دادرسی مدنی خود را «حقوق قضایی خصوصی و آیین دادرسی» گذارده‌اند.

اموری که از دادرس خواسته نشده و به نظر او ضروری است، دادرسی را به اجرای خدمت عمومی و آمیخته با حاکمیت نزدیک تر می‌کند. پس قواعد آیین دادرسی به معنی خاص را نیز باید در شمار حقوق عمومی آورد^۱.

گفتار دوم: حقوق داخلی و خارجی (بین‌المللی)

۷۹. حقوق داخلی یا ملی :

حقوق داخلی مجموع قواعدی است که بر دولت معین حکومت می‌کند، و در آن از روابطی گفتگو می‌شود که هیچ عامل خارجی در آنها نیست. به عنوان مثال، اگر دو ایرانی مالی را که در ایران واقع است مورد معامله قرار دهند، بر رابطه آنان حقوق داخلی ایران حاکم است، یا شکل اداره حکومت و رابطه آن با اتباع داخلی را حقوق ملی ایران معین می‌کند.

پس حقوق ملی وابسته و مخصوص به دولت و ملت معین است و هنگامی که سخن از «حقوق ایران» یا «حقوق سوئیس» گفته می‌شود، مقصود حقوق ملی این کشورهاست.

به طور معمول، حقوق ملی در سراسر کشور یکسان است و تمام مردمی که ملت معینی را تشکیل می‌دهند از یک حقوق پیروی می‌کنند. ولی، در کشورهایی که به صورت دولت‌های متحد اداره می‌شود و هر یک از استان‌های آن از نظر داخلی دولت نیمه مستقلی است، علاوه بر قواعد عمومی که روابط بین دولت‌های متحد را تنظیم می‌کند، هر یک از آنها نیز قواعدی ویژه خود دارد، مانند ایالات متحده آمریکا شمالی و دولت متحده سوئیس و جمهوری فدرال آلمان.

۱. مورل، رساله مقدماتی آیین دادرسی مدنی، چاپ دوم، ۱۹۴۹، ش ۹.

۸۰. حقوق خارجی یا بین‌المللی :

حقوق بین‌الملل قواعدی است که روابط بین دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و روابط اتباع دولت‌ها را باهم تنظیم می‌کند. پس، قلمرو حکومت این حقوق محدود به دولت و ملت معین نیست و از روابطی سخن می‌گوید که عاملی خارجی (غیرملی) در آن دخالت دارد.

حقوق بین‌الملل نیز، مانند حقوق داخلی، به دو شعبه عمومی و خصوصی تقسیم شده است. در این گفتار، موضوع اصلی بحث تعریف و ماهیت حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی است که جداگانه مورد گفتگو قرار می‌گیرد:

۸۱. حقوق بین‌الملل عمومی :

این رشته، که گاه «حقوق بشر» نامیده می‌شود، روابط بین دولت‌ها و وضع سازمان‌های بین‌المللی را مورد گفتگو قرار می‌دهد. مبنای حقوق بین‌الملل بر پایه احترام به قراردادهای نهاده شده است و منبع اصلی آن پیمان‌های بین دول و عرف و عادت و رویه دادگاه‌های بین‌المللی است.

با وجود این، ضمانت اجرای قواعد بین‌المللی بسیار ناقص است. زیرا هنوز هیچ نیرویی برتر از اقتدار دولت‌ها به وجود نیامده است تا آنها را به طور قهری وادار به رعایت این‌گونه قواعد کند. قواعد بین‌المللی بی‌شبهت به اصول اخلاقی نیست و دولت‌ها به خاطر حفظ نزاکت و موافق ساختن افکار عمومی جهانیان از آنها پیروی می‌کنند. تجربه نشان داده است که اگر دولتی منافع حیاتی خود را در خطر ببیند، در تجاوز به این قواعد تردید نمی‌کند و هیچ یک از سازمان‌های بین‌المللی هم توانایی اجبار او را ندارد. به همین جهت، پاره‌ای از نویسندگان وجود حقوق بین‌الملل عمومی را انکار می‌کنند و پایه آن را نیروی نظامی و زور می‌دانند. با وجود این، وجود سازمان ملل متحد نوید روزی را می‌دهد که حقوق بین‌الملل به کمال مطلوب نزدیک شود. این کمال

در صورتی تحقق می‌پذیرد که سازمان قضایی بین‌المللی نیروی مقتدری در اختیار داشته باشد و بتواند احکام خود را بدون نیاز به قدرت نظامی دولت‌های عضو اجرا کند. همانند شعبه‌هایی که در حقوق داخلی عمومی وجود دارد، در حقوق بین‌الملل نیز می‌توان به‌طور ناقص مشاهده کرد: چنان که قواعد مربوط اساسنامه سازمان ملل متحد، به منزله حقوق اساسی بین‌دولت‌هاست، و اتحادیه‌های پستی و قواعد مربوط به بانک بین‌المللی و طرز ادار فرودخانه‌ها و بنادر بین‌المللی، حقوق اداری بین‌المللی، و تشکیلات مربوط به دیوان بین‌المللی و داوری لاهه، حقوق قضایی بین‌المللی را تشکیل می‌دهد.

۸۲. حقوق بین‌الملل خصوصی:

حقوق بین‌الملل خصوصی رابطه اشخاص در زندگی بین‌المللی را تنظیم می‌کند: یعنی هر جا که در رابطه اشخاص یک عامل خارجی وجود داشته باشد، قواعد حاکم بر آن‌را باید در این شعبه از حقوق جستجو کرد. در این‌گونه موارد، مهم‌ترین مسأله تشخیص قانونی است که باید بر اعمال و رویدادهای حقوقی حکومت کند. برای مثال، اگر یک ایرانی خانه‌ای را که یک فرانسوی در سوئیس دارد بخرد، این پرسش به میان می‌آید که رابطه حقوقی خریدار و فروشنده تابع قانون ایران است یا فرانسه یا سوئیس و اگر اختلافی بروز کند، دادگاه چه کشوری صلاحیت رسیدگی به آن‌را دارد؟ ولی، چون حل این‌گونه مسائل با تابعیت اشخاص و حقوقی که خارجیان در هر کشور دارند بستگی دارد، حقوق بین‌الملل خصوصی از سه بخش اصلی تشکیل می‌شود:

تابعیت: یعنی رابطه سیاسی و معنوی که شخص را به دولتی مربوط می‌سازد. در این مبحث، اصولی که مبنای اعطای تابعیت هر دولت است و شرایط پذیرفتن و خروج از آن مورد گفتگو قرار می‌گیرد.

حقوق خارجیان: در این بخش، حقوق و تکالیف بیگانگانی که در خاک کشوری به سر می‌برند، در زمینه‌های سیاسی و حقوق عمومی و خصوصی، مورد بحث قرار می‌گیرد.

تعارض قوانین: در این مبحث، گفتگو از این است که روابط حقوقی اشخاص در زندگی بین‌المللی تابع چه قانونی است و کدام دادگاه صلاحیت رسیدگی به این‌گونه دعاوی را دارد.^۱

به این ترتیب، ماهیت مسائلی که در این شعبه از حقوق مطرح می‌شود، با نام و موقعیتی که برای آن گفته‌اند منطبق نیست و از دو جهت قابل انتقاد به نظر می‌رسد:

۱. قواعد مربوط به تابعیت و وضع خارجیان و تعارض قوانین در هر کشور متفاوت است: یعنی مقررات داخلی هر دولت آن‌را معین می‌کند و هیچ قاعده ثابتی برای تمام کشورها و در روابط بین‌المللی وجود ندارد. پس هر دولت حقوقی ویژه خود دارد و نام آن‌را نباید بین‌المللی گذارد؛ چنان که پاره‌ای از نویسندگان پیشنهاد کرده‌اند که حقوق بین‌الملل خصوصی همیشه با نام کشوری که مربوط به آن است همراه باشد: مانند حقوق بین‌الملل خصوصی ایران یا فرانسه یا آلمان^۲ و بعضی دیگر ترجیح داده‌اند که این شعبه را «حقوق خصوصی بین‌الملل» بنامند.^۳

۲. بیشتر قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ناظر به روابط دولت و فرد است: زیرا تابعیت رابطه معنوی است که فرد را از نظر سیاسی به دولتی منسوب می‌کند. در وضع خارجیان نیز، نه تنها حقوق سیاسی و عمومی مورد گفتگو است، تشخیص حقوق خارجیان در هر کشور از مسائل سیاسی و اقتصادی است که به حقوق اداری نزدیک‌تر است تا به حقوق مدنی. همچنین در تعارض قوانین نیز گفتگو بر سر برتری قانون یک کشور بر دیگری است و مطالعه فنون تمیز قانون حاکم، هرچند که موضوع آن نیز حقوق خصوصی باشد، ارتباط به سازمان‌های اداری و اساسی حکومت دارد.^۴ پس این رشته

۱. رک. دکتر محمدنصیری، حقوق بیگانگان و تعارض قوانین در یک مجلد - دکتر نجادعلی الماسی، تعارض قوانین، نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸.

۲. نی‌بوايه، دوره حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، چاپ دوم، ص ۵۶.

۳. نقل از: ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۶۸ - کلن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۱، ش ۴۴ - برای ملاحظه عقیده مخالف که برای این رشته جنبه بین‌المللی از نظر موضوع قائل شده است، ک. لربوری ژونیرو لوسوارن، دالوز، ۱۹۶۱، ش ۷۲.

۴. نی‌بوايه، همان کتاب، ش ۴۲.

را نمی‌توان به‌طور مطلق «خصوصی» و ناظر به روابط اشخاص در زندگی بین‌المللی دانست. چهره بین‌المللی این رشته در شیوه مرسوم انتخاب قانون حاکم و پیمان‌های بین‌المللی مربوط به حمایت از حقوق بیگانگان، اسناد تجارتي، بیع و حقوق ناشی از تألیف و اختراع و ابداعات هنری است.

۸۳. حقوق جزای بین‌المللی:

حقوق جزای بین‌المللی، به معنی مرسوم و قدیمی خود، قواعدی است که حدود حاکمیت ملی را در باب مجازات‌ها تعیین می‌کند. مباحث این شعبه با آنچه در حقوق بین‌الملل خصوصی و تعارض قوانین گفته می‌شود شباهت فراوان دارد؛ با این تفاوت که در این رشته سخن از قلمرو حکومت قوانین کیفری در میان است و در حقوق بین‌الملل خصوصی تعارض قوانین مدنی موضوع گفتگوست.

پس در حقوق جزای بین‌المللی صحبت از این است که قانون جزایی ایران تا چه اندازه بر جرایمی که توسط خارجیان در داخل کشور انجام می‌شود حکومت دارد؟ و برعکس، درباره جرایمی که ایرانیان در خارج از کشور مرتکب می‌شوند، تا چه حد قوانین ایران قابل اجراست؟ دادگاه صلاحیت‌دار برای رسیدگی به این‌گونه جرایم کجاست؟ آراء کیفری که در محاکم بیگانه صادر می‌شود چه آثاری در ایران دارد، و چگونه دولت‌ها برای مجازات مجرمان همکاری می‌کنند، و به‌ویژه چه قواعدی بر موضوع استرداد مجرمان حاکم است؟^۱

با این ترتیب، حقوق جزای بین‌المللی بیشتر جنبه داخلی دارد، و هر دولت از قواعد مخصوصی که خود وضع کرده است پیروی می‌کند. ولی در زمان ما این رشته نیز رفته رفته رنگ دیگر به خود می‌گیرد و به صورت یک حقوق جزای بین‌المللی درمی‌آید. مجازات‌هایی برای پاره‌ای از جرایم خلاف انسانیت (مانند کشتار دسته جمعی) پیش‌بینی می‌شود که جنبه محلی ندارد و یک سازمان بین‌المللی باید آنرا اجرا کند، و حتی بعضی پیشنهاد می‌کنند که دولت‌ها نیز مشمول این قواعد کیفری شوند و مانند سایر اشخاص به کیفر برسند؛ چنان‌که نمونه‌ای از آن در دادگاه نورنبرگ مشاهده شد. زیرا در این دادگاه قضات کشورهای فاتح جنگ جهانی سران نازی را به سبب جنایاتی که هنگام جنگ مرتکب شده بودند محاکمه کردند، و فصلی نو را در

۱. مرحوم دکتر عبدالحسین علی‌آبادی، حقوق جنایی، ج ۳، تهران ۱۳۵۴.

تاریخ حقوق بین‌المللی بنیان نهادند.

تشکیل دادگاه بین‌المللی رسیدگی به جنایات جنگی، مانند کشتارهای جمعی، آزار و هتک حرمت اسیران، در جنگ صربها و مسلمانان در بوسنی و هرزگوین، گامی دیگر در راه تکوین حقوق جزای بین‌المللی است.

مبحث سوم: نظام‌های حقوقی

گفتار نخست: حقوق تطبیقی

۸۴. تعریف و موضوع:

حقوق تطبیقی، که آنرا حقوق مقایسه نیز گفته‌اند^۱، از آغاز سده بیستم شعبه ممتاز و مستقلی در دانش حقوق به‌شمار آمده است. موضوع این رشته، مانند حقوق مدنی و تجارت یا اداری، قواعد خاصی نیست که بر روابط اشخاص یا رابطه دولت و مردم حکومت کند و به همین جهت هم نباید آنرا در زمره سایر رشته‌ها و در دسته‌بندیهای «حقوق عمومی و خصوصی» یا «حقوق داخلی و بین‌المللی» آورد. حقوق تطبیقی شیوه‌ای علمی است که به منظور مقایسه حقوق کشورها و تعیین نقاط مشترک و امتیازهای آنها، به کار می‌رود^۲.

شناسایی حقوق خارجیان، آن چنان که در نخستین نگاه جلوه می‌کند، کار آسانی نیست. زیرا، ترجمه متون قوانین هیچ کشوری نمی‌تواند وضع حقوقی آنرا به درستی نشان بدهد. معنی واقعی حقوق در دادگاه‌ها تعیین می‌شود و در آن جا است که قواعد مجرد و ذهنی جان می‌گیرد و به صورت احکام واقعی درمی‌آید. از طرف دیگر، عرف و عادات در ساختمان حقوق کشورها کم و بیش مؤثر است و تعبیرهایی که دانشمندان

۱. دکتر سیدعلی شایگان، حقوق مدنی ایران، ش ۳۸۲ و ۴۵۱ و ۵۹۵.

۲. مارتی و رینو، ج ۱، ش ۴۸ - ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۳۷۷.

حقوق از قوانین و عادات و رسوم می‌کنند در معنی و قلمرو قواعد حقوقی سهم بسزا دارد. پس، احاطه به حقوق هر کشور مستلزم این است که علاوه بر قوانین، رویه قضایی و عادات و رسوم و عقاید علمای حقوق نیز دانسته شود و این توفیق نتیجه‌ای است که به سادگی فراهم نمی‌شود.

به اضافه، یکی از مهم‌ترین هدف‌های حقوق تطبیقی اقتباس راه‌حل‌های مفید و اصلاح وضع حقوق داخلی است و برای رسیدن به این مقصود، شناسایی حقوق خارجی و ملاحظه نتایجی که از اجرای قاعده‌ای در خارج به دست آمده است به تنهایی کافی نیست. زیرا، بسیار اتفاق افتاده است که قاعده مفید کشوری در کشور دیگر زیان‌های فراوان به بار آورده و گاه نیز غیر قابل اجرا مانده است. پس، برای پذیرفتن قاعده حقوقی بیگانه، باید محیطی را که قاعده در آن مفید بوده است شناخت و وضع سیاسی و جغرافیایی و تاریخی و اقتصادی و اخلاق و مذهب آن را با محیط داخلی مقایسه کرد و آن‌گاه، اگر نتیجه قیاس برای اجرای قاعده مناسب بود، در این باره اقدام کرد.

به هر حال، گو این که استفاده از روش تطبیقی در تمام شعبه‌های حقوق عمومی و خصوصی امکان دارد، چون دولت‌ها قواعد حقوق عمومی را ضامن حاکمیت خود می‌شمارند و کمتر حاضرند راه‌حل‌های کشورهای دیگر را بی‌طرفانه بررسی کنند، در حقوق خصوصی بیشتر از آن استفاده می‌شود.

۸۵. فایده:

در سده‌های اخیر سرنوشت کشورها چنان به هم مربوط شده است که هیچ دولتی نمی‌تواند جدای از دیگران باشد. پیشرفت‌های حیرت‌آوری که در کامل ساختن وسایل حمل و نقل به دست آمده به تجارت بین‌المللی رنگ تازه داده است، و هر دولتی ناگزیر است که برای حفظ حیات خود سایر ملت‌ها را بشناسند و از عادات و رسوم و قوانین آنها آگاه شود. به همین جهت، از اواخر سده نوزدهم انجمن‌های گوناگونی برای ترویج روش تطبیقی و ایجاد وحدت حقوق به وجود آمده است که مؤسسه بین‌المللی اتحاد حقوق

خصوصی در رم و مجمع مقررات تطبیقی و مؤسسات حقوق تطبیقی پاریس و لیون و تولوز و دفتر بین‌المللی کار از جمله آنهاست.^۱

حقوق تطبیقی فوائد گوناگونی دارد که پاره‌ای از آنها را بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:

۱. مطالعه حقوق خارجی و مقایسه آن با قواعد داخلی بهتر می‌تواند ارزش حقوقی هر کشور را معین کند. اگر قانونگذار تمام راه‌هایی را که برای حل مشکلی انتخاب شده است نبیند، چگونه می‌تواند ادعا کند که بهترین آنها را انتخاب کرده است؟ این نکته مسلم است که هر کس در حدود دانش خویش می‌تواند میان بد و خوب را تمیز دهد، و چه بسا امکان دارد قانونگذاری که به اتکای توان اندیشه خود قاعده مفیدی را برگزیده است با ملاحظه راه حل دیگران دریابد که به خطا رفته است.

۲. در پاره‌ای موارد دادگاه‌های داخلی باید قانون خارجی را اعمال کنند و برای انجام این وظیفه ناگزیرند که حقوق سایر کشورها را بدانند. به‌ویژه، چون اجرای حقوق خارجی در صورتی ممکن است که با نظم عمومی و اخلاق حسنه منافی نباشد، دادرس باید پس از مقایسه حقوق خارجی و داخلی، تشخیص دهد که اجرای قاعده خارجی تا چه اندازه با اصول حقوقی داخلی مغایرت دارد و این اختلاف آیا به گونه‌ای است که آن را مخالف نظم عمومی سازد یا نه؟

۳. با توسعه تجارت بین‌المللی اهمیت حقوق تطبیقی نیز رو به فزونی نهاده است. زیرا، تاجری که قراردادی را در خارج از کشور امضا می‌کند، برای دانستن حقوق و تکالیفی که از آن ناشی می‌شود، باید حقوق آن کشور را بشناسد و امکان اجرای آن را در دادگاه‌های داخلی مورد بررسی قرار دهد.

۴. در مورد عهدنامه‌های بین‌المللی نیز حقوق طبیعی سهم شایان توجه دارد. زیرا، در مرحله نخست، ایجاد حسن تفاهم بین دو طرف منوط بر این است که هر کدام با

۱. برای مطالعه وضع این مؤسسات و فهرست اجمالی سایر مؤسسه‌ها، رک. دکتر حسن افشار، کلیات حقوق تطبیقی، ص ۲۸۴ به بعد.

اصول حقوقی دیگری آشنا باشد و بداند که چه پیشنهادی امکان پذیرفته شدن را دارد. در مرحله دوم، هر دولت باید بداند عهدنامه‌ای را که امضا می‌کند چگونه تفسیر می‌شود و شروط آن تا چه اندازه الزام‌آور است و بر پایه منابع حقوقی که مورد قبول مراجع بین‌المللی است چه معنا می‌دهد.

مطابق ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دایمی داوری بین‌المللی لاهه، یکی از منابع حقوقی معتبر، اصول کلی حقوقی است که ملت‌های متمدن پذیرفته‌اند. این اصول، جز با مقایسه حقوق ملت‌های متمدن، به دست نمی‌آید و تنها از راه سنجش اعتبار قواعد است که می‌توان نقاط مشترک و اصول مورد احترام همه حقوق‌ها را دریافت.

۵. به دست آمدن اصول مشترک در حقوق کشورها، زمینه را برای ایجاد وحدت حقوقی مساعد می‌کند. به ویژه موقعیت‌هایی که در زمینه بازرگانی بین‌المللی برای یکسان کردن قواعد حاصل شده است، همه را نسبت به امکان ایجاد وحدت حقوقی در پاره‌ای زمینه‌ها خوشبین کرده است.

گفتار دوم: نظام‌های حقوقی معاصر

۸۶. مبنای گروه‌بندی :

برای آسان کردن مطالعه تطبیقی، حقوق کشورها را به گروه‌های مختلف تقسیم کرده‌اند: این دسته‌بندی، نه تنها زمینه را برای ایجاد وحدت حقوقی آماده می‌کند، احاطهٔ اجمالی به تمام نظام‌های موجود را ممکن می‌سازد. در این باب نیز هنوز توافق به دست نیامده و هر یک از نویسندگان مبنای خاصی را برای خود انتخاب کرده است. زیرا به نظر بعضی اصول فلسفی و اخلاقی، که مبنای قواعد حقوقی قرار گرفته است، نباید ضابطهٔ تقسیم باشد و بعضی دیگر ترجیح داده‌اند که گروه‌ها را بر حسب منابع اصلی حقوق و قواعد فنی آن تعیین کنند.

ولی اگر هدف از این دسته‌بندی آسان کردن مطالعه تطبیقی باشد، بهتر این است که تمام عوامل مربوط به منابع و مبانی قواعد آن مورد توجه قرار گیرد. زیرا، بر فرض که حقوق کشور کمونیستی و اسلام از نظر اهمیتی که مبانی فلسفی حقوق در آنها دارد شباهت داشته باشند، مطالعه هیچ یک از آن دو نمی‌تواند راهنمای دیگری واقع شود و مشکلی را در این راه از میان بردارد. همچنین درست است که حقوق انگلستان و فرانسه از لحاظ مبانی جهات اشتراک فراوان دارد، ولی اختلاف فاحشی که در منابع و فنون حقوقی آنها دیده می‌شود ایجاب می‌کند که در دو گروه مختلف قرار گیرد^۱.

بر این مبنا، حقوق کشورها را به پنج گروه اصلی می‌توان تقسیم کرد: اروپای غربی، انگلیس و آمریکا، کشورهای کمونیستی، اسلام، هندوچین و خاور دور^۲.

۸۷. الف - حقوق اروپای غربی (رومی و ژرمنی):

این گروه شامل کشورهای اروپایی (جز انگلستان و گروه کشورهای کمونیست) و آمریکای لاتین است. مبانی حقوق این دسته را قواعد حقوق روم و تعلیم‌های اخلاقی مذهب مسیح و افکار آزادیخواهانه حکیمان قرن هجدهم تشکیل می‌دهد. با این که در دو سده اخیر اجتماعی شدن حقوق در غالب این کشورها مورد توجه واقع شده است، هنوز هم انسان و آزادیها و شخصیت او هدف و مبانی قواعد حقوق است. در بیان اوصاف مشترک و بارز حقوق کشورهای این گروه، می‌توان اشاره کرد: مالکیت خصوصی و اصل آزادی قراردادها محترم است. خانواده بر مبانی نکاح درست بنا شده است و قانون اطفال ناشی از روابط آزاد را نامشروع می‌داند.

۱. داوید نیز در کتاب «نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر» تصدیق کرده است که برای دسته‌بندی حقوق کشورها باید قواعد فنی و منابع اساسی و اقتصادی و فلسفی همه مورد توجه قرار گیرد، و در اثر همین فکر، در دسته‌بندی نوین خود حقوق کشورهای ژرمن و لاتین را از خانواده کامن‌لو (انگلیس و آمریکا) جدا ساخته است (ص ۱۸ به بعد). کتاب داوید را سه تن از استادان دانشکده حقوق (دکتر حسین صفایی، دکتر محمد آشوری و دکتر عزت‌الله عراقی) به فارسی ترجمه کرده‌اند: تهران، نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴.

۲. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۳۷۵.

عادات و رسوم محلی به حقوق هر یک از این کشورها رنگ خاصی بخشیده است و نمی توان ادعا کرد که در کشور فرانسه و ایتالیا منابع حقوق و قواعد فنی به کار بردن آن یکسان است. ولی نزدیکی درجه تمدن و نفوذ مبانی مشترک چندان نظام های حقوقی را به هم نزدیک ساخته است که باید همه را در یک گروه آورد.

در تمام این کشورها، قانون مهم ترین منبع حقوق است و اصول کلی را باید در متون قوانین جستجو کرد. قوای مملکت به سه شعبه ممتاز و مستقل تقسیم می شود: قوه مقننه مأمور وضع قوانین و قوه قضاییه و مجریه عهده دار اجرای آن است. برای جلوگیری از تجاوز به قانون و بازرسی آرای محاکم، دیوان عالی در رأس قوه قضاییه قرار گرفته است و هماهنگ ساختن آرای قضایی و رعایت قانون را تضمین می کند. با وجود این، در میان اعضای همین گروه، اختلاف در شیوه قانون نویسی و استنباط احکام فراوان است که نباید از نظر دور داشت^۱.

۸۸. ب - حقوق انگلیس و آمریکا (خانواده کامن لا):

این گروه شامل کشورهای انگلیس و آمریکا و کانادا (جز ایالت کبک) و ایرلند شمالی و استرالیا و جزایر آنتیل انگلستان است. مبنای اصلی حقوق این کشورها را نیز اخلاق ناشی از مذهب مسیح و سیاست مربوط به حمایت از فرد و آزادی او تشکیل می دهد و رفته رفته در حقوق آنها قواعدی وضع شده که با قواعد گروه رومی و ژرمنی شباهت فراوان دارد. از سوی دیگر، رویه قضایی در کشورهای اروپای غربی در سازگار کردن قوانین با نیازهای اجتماع چنان سهم مؤثری در قرن اخیر پیدا کرده است که می توان ادعا کرد، متن قانون دیگر احترام و قدرت گذشته را از دست داده است. به همین جهت، حقوقدانان روسی اختلاف فنی حقوق فرانسه و انگلستان را نادیده گرفته و هر دو را در گروه «حقوق های سرمایه داری» آورده اند^۲. پاره ای از استادان حقوق تطبیقی

۱. ناصرکاتوزیان، کلیات حقوق، ص ۲۹۴ به بعد.

۲. نقل از: مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۵۹ و ۶۰.

نیز هنوز مایلند که این دو دسته را در خانواده بزرگتری به نام «حقوق غرب» قرار دهند.^۱ ولی، باید دانست که حقوق کشورهای این گروه از دو جهت با حقوق اروپای غربی تفاوت کلی دارد:

۱. در گروه رومی و ژرمنی، مهم‌ترین منبع حقوق قانون است و دادگاه‌ها باید اراده قانونگذار را در دعاوی اجرا کنند. ولی، در حقوق انگلیس و آمریکا، منبع اصلی حقوق قواعدی است که قضات در دادگاه‌ها اعمال کرده‌اند. حقوق انگلستان حقوقی است عرفی، منتها نه به معنایی که ما از عرف و عادت می‌فهمیم. مقصود از عرف رویه‌ای است که دادگاه‌ها بین خود مرسوم کرده‌اند و اصولاً نیز پای‌بند به آن هستند. در این گروه، اصول حقوقی از قانون ناشی نمی‌شود؛ قانون استثنای‌های وارد بر عرف محاکم را تعیین می‌کند. پس، برای مطالعه حقوق انگلیس و آمریکا، به جای مراجعه به مجموعه‌های قوانین، باید رویه دادگاه‌ها را بررسی کرد. اصول ناشی از آراء را در اصطلاح حقوق انگلیس کامن‌لو (Common Law) می‌نامند.^۲

۲. قواعد کامن‌لا، آن‌گونه که در حقوق گروه رومی مرسوم است، مدون و مشخص نیست و به‌ویژه در حقوق انگلستان، قواعد انصاف (Equity) در بسیاری موارد عرف دادگاه‌ها را اصلاح کرده است. به اضافه، قواعدی که از کامن‌لا استنباط می‌شود در پاره‌ای موارد با حقوق فرانسه و ژرمن مخالف است. برای مثال، اهمیتی را که این گروه برای مبحث تعهدات در حقوق مدنی قائلند، علمای حقوق انگلیس و آمریکا به آن معتقد نیستند و آن‌را از امور فرعی و درجه دوم می‌پندارند.

در داخل این گروه نیز، بین اسلوب حقوقی انگلیس و آمریکا تفاوت‌هایی به چشم می‌خورد: طرز حکومت و اختیارات ایالات متحده ایجاب می‌کند که حقوقی، به نام دولت فدرال و برتر از حقوق ایالت وجود داشته باشد. این حقوق ناشی از تصمیم مجالس قانونگذاری و دادگاه‌های مرکزی است و همین امر موجب شیاع قانونگرایی است.

۱. رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوق معاصر، چاپ دوم، ش ۱۵.

۲. برای مطالعه حقوق انگلستان، رجوع شود به دو کتاب: الف لوی اولمان، کلیات حقوق خصوصی انگلستان، ب رنه داوید، مطالعه حقوق خصوصی انگلستان.

۸۹. ج- گروه حقوق کشورهای کمونیستی :

پیش از فروپاشی اردوگاه سوسیالیسم، جمهوریهای متحده شوروی و پاره‌ای از کشورهای اروپای شرقی و کوبا و چین کمونیست را از اعضای این گروه می‌دانستند. مبنای اصلی حقوق این گروه عقاید فلسفی کارل مارکس و انگلس بود که توسط لنین با قواعد خارجی منطبق شده و به نام مارکسیسم لنینیسم مشهور گردیده است.^۱ ولی، امروز این گروه محدود به چند کشور، از جمله کوبا و چین و تاجیکستان (به احتمال) شده است. در این کشورها نیز، به ویژه چین، اصلاحاتی در جهت نزدیک‌تر شدن به حقوق غرب صورت گرفته و پیوسته در راه تحول است. ما نیز سخن از ویژگی‌های حقوق کمونیستی می‌گوییم و به کشور خاص نظر نداریم:

در حقوق کمونیستی، مبنا و هدف حقوق تأمین عدالت اجتماعی و هدایت جامعه به سوی حکومت کمونیستی کامل است و نظری به حفظ حقوق و آزادیهای فردی ندارد. جدایی قوای مجریه و مقننه و قضایه که از اصول مهم حقوق سرمایه‌داری است، رعایت نشده و حکومت حزبی و جمعی همه آنها را به خود اختصاص داده است. قانون پشتیبان و ضامن حفظ آزادیهای فردی در برابر حکومت نیست؛ قواعدی است که دولت برای تأمین آسایش عمومی وضع می‌کند.

خصوصیت مهم حقوق این گروه، ملی کردن غالب وسایل تولید است. مالکیت خصوصی به طور محدود و استثنائی پذیرفته شده و برعکس مالکیت جمعی و عمومی دامنه گسترده‌ای پیدا کرده است. بنابر نظریه مارکس، عامل مهمی که روابط مردم را در جامعه منظم می‌سازد ساختار اقتصادی آن است، و حقوق عمومی است که شکل حقوقی این ساختمان اقتصادی را تعیین می‌کند. به همین جهت، تقسیم بین حقوق خصوصی و عمومی باید ازین برود؛ چنان که لنین در یکی از نامه‌های خود به صراحت اعلام می‌کند

۱. برای ملاحظه اهمیتی که نظریه مارکسیسم لنینیسم در حکومت و جامعه شوروی دارد، رجوع شود به کتاب نظام‌های بزرگ حقوق معاصر، نوشته‌ترنر داوید، چاپ دوم، ش ۱۱۱.

که: «دیگر حقوق خصوصی وجود ندارد، و همه امور در شمار حقوق عمومی آمده است» حقوقدانان روسی این حکم را بارها تکرار کرده‌اند که در شوروی حقوق خصوصی وجود ندارد.^۱

ولی، باید دانست که در اثر مرور زمان، نه حقوق کشورهای کمونیست به صورت سابق مانده و نه حقوق کشورهای آزاد از ملی کردن وسایل تولید و اجتماعی کردن حقوق مصون مانده است. وانگهی، تحول سیاسی و نهضتی که به تازگی در احترام به حقوق انسان‌ها و زدودن پلیدیهای خودکامگی در کشورهای سوسیالیستی آغاز شده است، بی‌گمان دگرگونیهای بنیادین حقوقی را نیز به همراه دارد.

از سوی دیگر، حقوق کشورهای غرب نیز، با ملی کردن صنایع خود و وضع قوانین خاص در باب اجاره مسکن و اداره زمین‌های زراعتی، از فکر اجتماعی شدن حقوق پیروی کرده‌اند.^۲ در نتیجه، می‌توان پیش‌بینی کرد که خانواده جهانی به سوی همگامی و اتحاد می‌رود و مرزهای قاطع نظام‌های حقوقی نیز همچون دیوار برلین فرو می‌ریزد.

۹۰. د- حقوق اسلام: مبانی:

حقوق اسلام حقوق مذهبی است، یعنی قواعد آن از منبع وحی سرچشمه گرفته است. مذهب اسلام و مسیح، از نظر احترام به رعایت قواعد اخلاقی و دعوت به یکتاپرستی و بقای روح، مبنای مشترک دارند. با وجود این، چون حقوق کلیسا در هیچ کشوری جز واتیکان اجرا نمی‌شود و همه جا با عادات و رسوم محلی و مبانی حکومت‌های آزاد آمیخته شده است و بیشتر قواعد آن ناشی از رسوم کلیساست، در گروه‌بندی، حقوق اسلام را از کشورهایایی که دارای مذهب مسیح هستند جدا کرده‌اند. حقوق اسلام، از نظر روش استنباط حکم و وسایل فنی آن، با حقوق غرب شباهت فراوان دارد، منتها، چون قواعد این حقوق چهره الهی و فطری دارد، بیشتر کوشش حقوقدانان اسلامی مصروف به شناختن منظور شارع و استنباط نظر واقعی اوست، و بحث

۱. رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوق معاصر، چاپ دوم، ش ۲۰۹.

۲. کاربونی، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۶، ص ۵۶- مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۶۰۱.

و انتقاد درباره ارزش قواعد و فواید و زیان‌های اجتماعی آن جای کمتری دارد. به همین جهت، در حقوق اسلام به کار بردن اصول عقلی و استفاده از تاریخ اهمیت ویژه دارد. بخش مهمی از حقوق اسلام «امضایی» است، یعنی عادات و رسوم متداول مردم و احکام ادیان سابق را امضا و تأیید کرده است. همچنین فقها در استنباط فروع احکام، خواه و ناخواه از پاره‌ای قواعد حقوق روم و ایران و یهود استفاده کرده‌اند. ولی احکام تأسیسی و نو در حقوق اسلام چندان فراوان است که اصالت آنرا انکارناپذیر می‌سازد.

۹۱. منابع:

منابع فقه اسلام عبارت است از:

۱. قنوان: مهم‌ترین منبع حقوق اسلام قرآن است. قرآن مجموع قواعد اخلاقی و تاریخ پیامبران بنی اسرائیل و احکام حقوقی است که از طریق وحی بر پیامبر اسلام نازل شده و پایه تمام علوم و معارف دینی گردیده است. کتاب مبین شامل یکصد و چهارده سوره است که به تدریج در زمان حیات پیغمبر نازل و به مسلمانان ابلاغ شده و بنابر نظر مشهور خلیفه سوم (عثمان) آنرا به شیوه کنونی تدوین کرده است. هرچند که فقها از بیشتر آیه‌های قرآن در تمهید قواعد حقوقی استفاده کرده‌اند، آیاتی که به طور مستقیم ناظر به بیان احکام فقهی است جزء کوچکی از آنرا تشکیل می‌دهد. این آیه‌ها، که شاید شمار آن از ۵۰۰ متجاوز نباشد، در کتاب‌های جداگانه‌ای به نام «آیات الاحکام» جمع‌آوری و شرح شده است.^۱

بر قرآن تفسیرهای عمومی متعدد نیز نوشته شده که از جمله آنهاست: تفسیر امام فخر رازی و ابوالفتوح رازی و مجمع‌البیان (شیخ طبرسی) و کشاف زمخشری و تبیان شیخ طوسی و المیزان فی شرح القرآن نوشته مرحوم سیدمحمد حسین طباطبایی.

۱. رک. «کنزالمرفان فی فقه القرآن» تألیف فاضل مقداد «زبدۃالبیان فی احکام القرآن» نوشته مقدس اردبیلی «آیات الاحکام» جزایری و «فقه القرآن» تألیف قطب‌الدین راوندی. برای ملاحظه ترجمه فارسی کتاب کنزالمرفان، رجوع شود به جلد دوم کتاب «ادوار فقه» تألیف مرحوم استاد محمود شهابی.

۲. سنت: گفتار و کردار و تقریر معصوم را در امور شرعی سنت می‌گویند.^۱ بدین معنی که هر چه را معصوم درباره احکام شرعی بگوید یا به هرگونه که رفتار کند یا هر کار را که دیگران در حضور او انجام دهند و منع یا انکار نکند، مانند قرآن، از احکام دین است. حکایت سنت را در حقوق اسلام «خبر» یا «حدیث» گویند.

درباره این که سنت از منابع احکام شرع است هیچ اختلاف مهمی وجود ندارد. تمام گفتگوها در این است که با چه شرایطی اخبار منقول از معصوم باید پذیرفته شود، و اخبار درست و نادرست را چگونه باید شناخت؟ با وجود این، درباره مبنا و نقل سنت دو اختلاف اساسی بین مذهب شیعه و عامه (حنفی و مالکی و شافعی و حنبلی) وجود دارد:

الف - در مذاهب چهارگانه عامه، تنها گفتار و کردار و تقریر پیامبر به عنوان سنت پذیرفته می‌شود، ولی در شیعه گفتار و کردار و تقریر امام نیز جزو سنت است؛ چنان که در مذهب امامیه، آنچه از پیامبر و دوازده امام او نقل شده است، به عنوان «سنت» از منابع فقه به شمار می‌رود.

ب - در فقه امامیه، هر خبری که سلسله روایانش به یکی از معصوم نرسد معتبر نیست، ولی عامه به همین اندازه که خبر به یکی از صحابه یا تابعین منتهی شود اکتفا می‌کنند.^۲

۳. اجماع: درباره تعریف و مبنای حقوقی اجماع نیز بین مذاهب عامه و امامیه

۱. محقق قمی قوانین الاصول، ج ۱، ص ۴۰۹.

۲. اهل سنت و جماعت احادیث مورد اعتماد خود را در شش کتاب، که به صحاح ششگانه معروف است، جمع آوری کرده‌اند و اخبار مربوط به احکام مذهب جعفری یا امامیه در چهار کتاب «کافی» تألیف محمدبن یعقوب کلینی و «من لایحضره الفقیه» شیخ صدوق معروف به ابن بابویه و «تهذیب» و «استبصار» تألیف شیخ طوسی آمده است. در میان متأخران نیز باید از سه کتاب «وافی» تألیف فیض کاشانی و «مسائل الشیعه» شیخ حر عاملی و «بحارالانوار» مجلسی نام برد. درباره شرح این کتاب‌ها، رک. کاظم مدیر شانه‌چی، علم الحدیث و درایة الحدیث، ص ۷۵ به بعد.

اختلاف است: گروه نخست، به دلیل آیات و احادیث^۱ معتقدند که اجتماع مسلمانان هیچ‌گاه به خطا نمی‌رود و هرگاه تمام مجتهدان در زمان معین بر امری اتفاق کنند، نظر آنها از احکام دین است. ولی علمای امامیه، که دلایل آنها را قانع‌کننده نیافته‌اند، اعتبار اجماع را به لحاظ کاشف بودن از رأی معصوم می‌دانند و در تعریف آن می‌گویند: اتفاق جماعتی است که کاشف از رأی معصوم باشد.

۴. عقل و قیاس: فقهای عامه قیاس را منبع چهارم حقوق می‌دانند: بدین ترتیب که، هرگاه حکم ثابت در موضوعی، به دلیل اشتراک در علت، در موضوع دیگر اجرا شود، گویند که موضوع دوم با قضیه نخست قیاس شده است. موضوع نخست را که حکم آن از طرف شرع معین شده است، در اصطلاح علم اصول «اصل» و موضوع دوم را «فرع» و علت مشترک آن دو را «جامع» می‌گویند. برای مثال، اگر حرمت شرب خمر در شرع معلوم باشد و مشروب الکلی دیگری در اثر قیاس با آن حرام دانسته شود، حرمت خمر را اصل یا مقیس عنه و حرمت آن مشروب الکلی را فرع یا مقیس و مسکرا آور بودن را که علت حکم و در هر دو مشترک است، جامع یا قدر جامع بین آنها می‌نامند.

در فقه امامیه، قیاس در صورتی جایز است که علت حکم در شرع معین باشد. زیرا عقل بشر قادر به درک علت حقیقی احکام نیست. ولی اهل سنت قیاس را درباره علت استنباط شده نیز درست می‌دانند و به‌ویژه حنفیان، در این باره افراط می‌کنند و به اندک شباهتی قانع می‌شوند.

در مذهب امامیه «عقل» یا «دلایل عقلی» منبع چهارم حقوق است و مقصود از آن احکام عقلی است که از راه دانستن آنها حکم شرع معلوم می‌شود. «احکام عقلی» را به دو دسته اصلی تقسیم کرده‌اند:

۱. آنچه عقل، به‌طور مستقیم و بدون دخالت شرع، بدان حکم می‌کند که

۱. از جمله آنهاست آیه «ولذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس» و آیه «فان تنازعتم في شئ فرتوه الى الله والرسول» و دو حدیث «لا تجتمع امتی علی الخطاء» و «كونوا مع الجماعة ویدالله علی الجماعة» - احمد بن حنبل، برخلاف سه مذهب مشهور دیگر، اجماع را حجت نمی‌داند.

«مستقلات عقلی» نامیده می‌شود.

۲. احکامی را که عقل از اوامر و نواهی شرع استنباط می‌کند: مانند مفاهیم (موافق یا مخالف) و استلزامات عقلی. برای مثال، وقتی عقل امری را به خاطر این که مقدمه امر واجب است، واجب می‌داند، یا امری را به لحاظ این که ضد امر واجبی است حرام می‌شمارد، حکم به وجوب «مقدمه واجب» و حرمت ضد را «استلزامات عقلی» احکام شرع می‌نامند.

به این ترتیب، قرآن و سنت دو منبع اصلی حقوق اسلام و عقل و اجماع وسیله تفسیر قواعد شرع و انطباق آنها با مسایل تازه زندگی است و اگر از پاره‌ای تعصبا مصون بماند، منبعی است زاینده که می‌تواند این حقوق را با نیازمندیهای کنونی اجتماع نیز همگام سازد.

۹۲. ه- هندوچین و ژاپن :

در گروه بندی حقوق کشورها، هندوچین را نباید در یک گروه آورد. زیرا مبانی حقوق هند و کشورهای خاور دور به کلی باهم متفاوت است. ولی، چون حقوق آنها از نظر مطالعه در حقوق خصوصی ما اهمیت سایر گروه‌ها را ندارد، همه را زیر یک عنوان و به طور اجمال بررسی می‌کنیم:

۱. منبع اصلی حقوق هند عادات و رسوم قدیمی است که بیشتر جنبه مذهبی دارد. ولی در اثر تسلط ممتد انگلستان، قوانین گوناگونی نیز به تصویب رسیده و جزو منابع حقوق هند درآمده است: مانند قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۸۸۹ و قانون ۱۹۰۸ درباره دلایل اثبات دعوا و انتقال حقوق عینی و مانند اینها.

۲. حقوق چین را بعد از تغییر حکومت آن باید در گروه حقوق کشورهای کمونیستی آورد و معلوم نیست که عقاید حکیمان بزرگ چین (مانند کنفوسیوس) تا چه حد در روش حقوقی فعلی آن مؤثر واقع شده است.^۱

۳. تا سال ۱۸۶۰ مبنای حقوق ژاپن را مخلوطی از فلسفه چینی و عقاید مذهب ملی ژاپن (شینتوئیزم) تشکیل می‌داد. ولی، از این تاریخ مجموعه‌های قوانین به سبک اروپایی تنظیم شد. در سال ۱۸۹۶ قانون مدنی

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۱، ش ۳۳۲.

ژاپن، که تحت نفوذ قانون ناپلئون و طرح قانون مدنی آلمان قرار گرفته بود، به تصویب رسید. این قانون از ۱۹۴۷ تا ۱۹۵۰ چندبار مورد تجدیدنظر قرار گرفت و بسیاری از مفاهیم حقوق آمریکا در آن وارد شد. باید دانست که این قوانین در اثر نفوذ رسوم ملی ژاپن طوری تفسیر و اجرامی شود که در عمل با حقوق آمریکایی و اروپایی تفاوت فراوان دارد.

فصل چهارم

منابع حقوق

۹۳. طرح بحث :

در این فصل گفتگو درباره نیروهای سازنده حقوق و دلیل الزامی بودن قواعد آن نیست. در مبانی حقوق دیدیم که این‌گونه قواعد زاده چه رویدادهایی است و مکتب‌هایی که در این باره به وجود آمده است تا چه حد راه صواب پیموده‌اند. بنابراین، مقصود از «منابع حقوق» صورت‌های ایجاد قواعد حقوق است: یعنی باید دید نیروهای گوناگون اجتماعی و روانی از چه وسایلی برای وضع قواعد استفاده می‌کنند و مظهر خارجی عوامل یاد شده کدام است؟

در هر کشور، حقوق ناشی از مقام و قدرتی است که حق وضع قواعد و تحمیل رعایت آنرا دارد و همین مقام است که «منبع حقوق» نامیده می‌شود. سخن ما نیز درباره چگونگی و شمار این منابع است.

در حکومت‌های آزاد، منبع اصلی تمام قواعد حقوقی اراده عموم است، که گاه به‌طور مستقیم و به‌صورت عرف و عادت منشأ حقوق می‌شود و گاه دیگر به وسیله قوه

مقننه و به صورت قانون ایجاد قاعده می‌کند. ولی حکم تمام مسائل زندگی اجتماعی را نمی‌توان در قانون و عرف پیدا کرد. مردم فصل دعاوی خود را ناچار از محاکم می‌خواهند و آنها نیز با استفاده از متون قوانین و عادات و رسوم و عقل و عدالت، قواعد حقوقی را درباره دعاوی اعلام و اجرا می‌کنند.

پس، ناگزیر این بحث به میان می‌آید که آیا منبع حقوق منحصر به قانون و عرف است یا رویه قضایی و عقاید علما را نیز باید از منابع حقوق شمرد؟ اصل ۱۶۷ قانون اساسی، دادرس را موظف ساخته است که در مورد سکوت و اجمال و نقص قانون، به «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» رجوع کند. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ اصول حقوقی را که مغایر با موازین شرعی نباشد، بر آن منبع افزوده است. پس، این بحث نیز مطرح می‌شود که آیا از این دو متن نیز می‌توان برای اثبات اعتبار اندیشه‌های حقوقی و عرف استفاده کرد؟

مبحث اول: قانون

۹۴. معنی عام و خاص قانون:

وقتی در منابع حقوق از قانون سخن گفته می‌شود و این منبع در برابر عرف به کار می‌رود، مقصود تمام مقرراتی است که از طرف یکی از سازمان‌های صالح دولت وضع شده است، خواه این سازمان قوه مقننه یا رئیس دولت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد. پس، در این معنی عام، قانون شامل تمام مصوبات مجلس و تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌های اداری نیز می‌شود.

ولی، در اصطلاح حقوق اساسی ما، قانون به قواعدی گفته می‌شود که یا با تشریفات مقرر در قانون اساسی، از طرف مجلس شورای اسلامی وضع شده است، یا از راه همه‌پرسی به طور مستقیم به تصویب می‌رسد (اصول ۵۸ و ۵۹). یعنی قانون مفهوم ویژه‌ای دارد که با تصمیم‌های قوه مجریه متفاوت است و آنها را نباید به جای هم

استعمال کرد. به همین جهت، پاره‌ای از نویسندگان پیشنهاد کرده‌اند که هر جا مقصود معنی عام قانون باشد، کلمه «متون» در برابر عرف گفته شود و بعضی نیز اصطلاح «حقوق نوشته» را ترجیح داده‌اند.^۱

در کشور ما، قانون مهم‌ترین منبع حقوق است و قدرت آن را با سایر منابع نباید برابر دانست، ولی همه متونی که به نام قانون مشهور است از حیث اعتبار برابر نیست، و سلسله مراتبی بین آنها وجود دارد که در مرحله نخست باید مورد توجه قرار گیرد. پس از این مرحله و شناسایی قانون به معنی خاص، بررسی تشریفات وضع و انتشار قانون و اعتبار و نسخ آن لازمه احاطه بر مفهوم این منبع حقوق است. بنابراین، مبحث مربوط به قانون را در چهار گفتار مطالعه می‌کنیم:

- ۱ - طبقه‌بندی قوانین؛
- ۲ - وضع و انتشار قانون؛
- ۳ - اعتبار و قدرت قانون؛
- ۴ - نسخ قانون.

گفتار نخست: طبقه‌بندی قوانین

۹۵. مبنا و فایده:

قانون را از جهات گوناگون تقسیم کرده‌اند، که از جمله آنهاست قانون عام و خاص و مجمل و مبین و نظایر اینها. ولی مقصود از این طبقه‌بندی، بیان سلسله مراتبی است که از جهت اعتبار و قدرت بین مقررات حقوق نوشته وجود دارد. به این اعتبار قوانین را به سه گروه مهم می‌توان تقسیم کرد:

- ۱ - قانون اساسی؛
- ۲ - قوانین عادی؛

۱. کاربونی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۸۱، ش ۲۲ - بودان و لربور پی‌ژونیر، ج ۱، ش ۴۲ به بعد.

۳- احکام و نظامنامه‌های قوه مجریه که در عرف اداری ما تصویب‌نامه و آیین‌نامه و بخشنامه نامیده می‌شود. در داخل این دسته نیز درجه‌های گوناگون وجود دارد: چنان که بخشنامه‌ها و آیین‌نامه‌هایی که به امضای یکی از وزرا یا استانداران می‌رسد، نباید با تصویب‌نامه‌های هیأت وزیران مخالف باشد. ولی، این درجه‌ها از نظر اهمیت جنبه فرعی و ثانوی دارد.

فایده مهم این دسته‌بندی در لزوم پیروی مقررات هر دسته از طبقه عالی است: بدین ترتیب که قوانین عادی باید اصول اساسی حکومت را محترم شمارد و احکام و نظامنامه‌های دولتی نیز هیچ‌گاه نباید مخالف قوانین باشد. در گفتار سوم این مبحث، ضمانت اجرای این ترتیب را در حقوق موضوعه خواهیم دید.

الف: قانون اساسی

۹۶. معنی ماهوی :

قواعدی که حاکم بر اساس حکومت و صلاحیت قوای مملکت و حقوق آزادی‌های فردی است، از نظر ماهوی، قانون اساسی نام دارد و برتر از سایر قواعد حقوق است. در غالب حکومت‌های آزاد، به خاطر نگهداری اساس حکومت و جلوگیری از تجاوز دولت‌ها به پیمانی که رابط بین آنها و ملت است، برای قوانین اساسی احترام و حیثیت خاص قائلند و آنها را ممتاز از سایر قوانین ساخته‌اند.

تعیین حدود اختیار قوه مقننه و رابطه آن با دو قوه مجریه و قضاییه با قانون اساسی است. به همین جهت، مجلس قانونگذاری عادی حق نسخ و تجدیدنظر در آن را ندارد و در همه حال باید از قواعد عالی آن پیروی کند.

۹۷. معنی صوری و اعتباری قانون اساسی :

تشخیص قوانین عادی و اساسی همیشه با این معیار ماهوی ممکن نیست. زیرا گاه

پاره‌ای از قواعد فرعی در زمره قوانین اساسی درمی‌آید و احتمال دارد که یکی از قواعد مربوط به اساس حکومت در شمار قوانین عادی محسوب شود. پس، مطمئن‌ترین نشانه قانون اساسی تشریفات مخصوص وضع آن است:

قوانین عادی را مجالس قانونگذاری به اکثریت آرا وضع می‌کنند و پس از امضای رئیس حکومت، قوه مجریه و قضاییه آن را به موقع اجرا درمی‌آورد. نسخ این‌گونه قوانین نیز تشریفات مهمی ندارد و قوه مقننه می‌تواند، با تصویب قانون جدید، قاعده سابق را لغو کند.

ولی، قانون اساسی را به این سادگی نمی‌توان تغییر داد. مرسوم است که پس از هر انقلاب و تحولی، دولت جدید اساس حکومت واژگون شده را درهم می‌ریزد و مبنای تازه‌ای برای حکومت سیاسی خود انتخاب می‌کند. در سایر موارد نیز، هرگاه دولتی تجدیدنظر در قانون اساسی را لازم بداند، نمی‌تواند به آسانی آن را تغییر دهد. زیرا یا باید مجلس فوق‌العاده‌ای عهده‌دار این امر شود، یا دست کم قوه مقننه عادی با تشریفات زیادتری تصمیم خود را اعلام کند.

ب: قوانین عادی

۹۸. معنی ماهوی و صوری:

در قانون اساسی ما، قانون تعریف نشده است. پاره‌ای از دانشمندان حقوق برای تمیز ماهیت قانون از سایر نظامات حکومتی گفته‌اند، آن بخش از اراده حکومت که عمومی و دایمی است قانون نامیده می‌شود.

ولی، از نظر شکل، امتیاز قانون بر سایر قواعد حقوقی در تشریفات وضع آن است. تمام مقرراتی که با شرایط مندرج در قانون اساسی از تصویب مجلس شورای اسلامی بگذرد، قانون است. ولی استقرار و اجرای آن منوط است به تأیید شورای نگهبان، از نظر مخالفت نداشتن با قانون اساسی و احکام شرع، و امضای ریاست جمهوری (اصول ۵۸ و

۹۴ و ۱۲۳ قانون اساسی). همچنین قواعدی که از راه همه‌پرسی به تصویب ملت رسیده است در شمار قوانین می‌آید.

بنابراین، فقط مصوبات مجلس و نتایج همه‌پرسی قانون است، و هر قاعده‌ای که با تشریفات لازم به تصویب قوه قانونگذاری برسد قانون نامیده می‌شود، خواه مربوط به عموم مردم یا ناظر به شخص و موضوع معینی باشد. برای مثال، وقتی کارشناس خارجی استخدام می‌شود، یا مقرری خاصی به منظور قدردانی از خدمات کسی برقرار می‌گردد، مصوبات قوه مقننه از همان اعتبار قوانین عمومی برخوردار است.^۱ برعکس، تصمیم‌هایی که مأموران قوه مجریه در مقام اجرای قوانین و اداره امور می‌گیرند، هرچند که ناظر به حقوق عموم هم باشد، به تناسب موارد تصویب‌نامه و آیین‌نامه و نظامنامه و بخشنامه خوانده می‌شود.

۹۹. قوانین آزمایشی کمیسیون‌های داخلی مجلس:

گفتگوی نمایندگان در مجلس قانونگذاری و تشریفات که برای وضع و اجرای قانون ضرورت دارد گاه مدت‌ها ادامه می‌یابد. به همین جهت، در مواردی که لزوم تحول سریعی احساس می‌شود، مجالس قانونگذاری به دولت یا کمیسیون‌های خاصی اختیار می‌دهند که قواعد لازم را تدوین و به موقع اجرا گذارند و نتیجه کار خود را برای تصویب نهایی به مجلس تقدیم کنند.

تصویب‌نامه‌ای را که دولت در چنین شرایطی صادر می‌کند در عرف حقوق‌اداری «تصویب‌نامه قانونی» می‌گویند. سبب رواج این اصطلاح تفاوتی است که این تصویب‌نامه‌ها با سایر تصمیم‌های قوه مجریه دارد: وظیفه قوه اجرایی اداره امور و حفظ نظم و تأمین اجرای قوانین است و هیچ‌گاه در شرایط عادی حق ندارد مصوبات قوه مقننه را نسخ کند یا تغییر دهد. ولی، هرگاه مجلس اختیار وضع قانون را به آن قوه تفویض کند، دیگر پای بند و محدود به قوانین نیست و می‌تواند هر قاعده را که مصلحت می‌بیند در حدود نیابت خود وضع کند.

درباره مشروع بودن تفویض اختیار قانونگذاری به دولت یا کمیسیون‌های خاص گفتگو بسیار است:

۱. ولی از نظر ماهوی، تصمیم مجلس اگر ناظر به فرد معین باشد «قاعده حقوقی» نیست و تنها صورت قانون را دارد.

به طور خلاصه، می توان گفت دلایلی که در تأیید این اقدام آورده شده است قانع کننده به نظر نمی رسد.^۱ زیرا صلاحیت قوه مجریه و مقننه از یکدیگر ممتاز و منفصل است و هیچ یک از آنها نباید وظایف دیگری را عهده دار شود. قانونگذاری حق نمایندگان نیست تا بتوانند به اختیار از آن صرف نظر کنند یا به طور موقت به مرجع دیگری بسپارند؛ وظیفه ای است که قانون اساسی بر عهده ایشان گذارده است. مردم نیز با توجه به خصوصیت های اخلاقی و شخصیت آنها نمایندگی در وضع قوانین را به ایشان داده اند و چنین نماینده ای اصولاً نمی تواند اختیار خود را به دیگری منتقل کند و منصبی را که ملت به او سپرده است از دست بدهد.^۲

با وجود این، چون حفظ مصالح عمومی و نجات کشور از بحران های سیاسی و اقتصادی بر همه چیز مقدم است، قانون اساسی اجازه داده است که اختیار وضع بعضی از قوانین به کمیسیون های داخلی مجلس تفویض شود (اصل ۸۵). این قوانین موقتی و آزمایشی است و تصویب نهایی آن با مجلس است. منتها، باید دانست که تفویض اختیار قانونگذاری همیشه باید به عنوان عمل اضطراری تجویز شود. هیچ ضرورتی ایجاب نمی کند که تکلیف مربوط به طرح قانون آزمایشی در مجلس از بین برود و مصوبات کمیسیون ها به عنوان یک قانون قطعی معتبر باشد. در مواردی عادی نیز نمی توان به این بهانه که اجرای قانون سریعتر انجام می پذیرد و در اصلاح امور تأخیر نمی شود، برای هر امر پیش پا افتاده ای از این وسیله استثنائی استفاده کرد.

تجربه نشان داده است، غالب لویایحی که با عجله و بدون طرح در مجلس تنظیم می شود ناپخته و خلاف اصول حقوقی و قانونگذاری است و هیچ نتیجه ای جز به هم ریختن و خراب کردن وضع سابق ندارد.

نکته دیگری که درباره این شیوه قانونگذاری باید در نظر داشت این است که کمیسیون ها فقط در حدودی که به آنها اختیار داده شده است حق قانونگذاری دارند و در صورت تجاوز از این اختیار، دادگاه ها تکلیفی در اجرای تصمیم های آنها ندارند. زیرا، پیش از تصویب نهایی در مجلس، این تصمیم ها از قدرت و اعتبار قانون کامل بهره مند نیست و اعتبار آنها محدود به قانونی است که مبنای اعطای اختیار قرار گرفته است.

۱۰۰. نتایج همه پرسی :

دخالت مستقیم مردم در وضع قانون با روح حکومت ملی سازگارتر از سایر اقسام قانونگذاری است.

۱. مارتی و رینو، ج ۱، ش ۹۰، ص ۱۵۴ رولان (Roland)، مجله حقوق عمومی ۱۹۲۴، ص ۴۲.

۲. در اصل ۸۵ قانون اساسی، قاعده را چنین می خوانیم: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل

واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند...»

با وجود این، چون در کشورهای پرجمعیت رجوع به آراء عمومی برای همه احکام مورد نیاز دشوار است، بیشتر قوانین اساسی حکومت غیر مستقیم مردم را ترجیح می دهند: به عنوان قاعده، مردم باید نمایندگان برگزینند و وظیفه قانونگذاری را به امنای خود واگذارند.

قانون اساسی مانیز با این که اعمال قوه مقننه را با مجلس شورای اسلامی می داند (اصل ۵۸)، در اصل ۵۹ مقرر می دارد: «در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه پرسی و مراجعه مستقیم به آراء مردم صورت گیرد. درخواست مراجعه به آراء عمومی باید به تصویب دو سوم مجموع نمایندگان مجلس برسد».

در این باب که با وضع کنونی مجلس قانونگذاری، آیا مراجعه به آراء عمومی به مصلحت است یا باید از آن پرهیز شود، گفتگو پایان پذیرفته است: نویسندگان حقوق عمومی و اساسی در مشروع بودن و آثار اجتماعی همه پرسی اختلاف نظر دارند^۱.

مخالفان، برای اثبات نظر خود، دلایل گوناگونی دارند که مهم ترین آنها عبارت است از:

۱. مسائل مهم سیاسی و حقوقی چنان پیچیده و دشوار است که توده مردم توان داوری درباره آن را ندارند. پس ممکن است فریفته تبلیغات سیاسی شوند و به گمراهی روند و ندانسته به زیان خویش تصمیم بگیرند. در نتیجه، بهتر است که ملت شایسته ترین فرزندان خود را برگزیند و امر قانونگذاری را به آنان بسپارد. زیرا انتخاب دانایان و صالحان به مراتب آسانتر از تمیز خوب و بدقوانین است. چنان که متسکیو، با تأیید این امر که ملت شایستگی تمیز منافع واقعی خود را ندارد، لیاقت و صلاحیت مردم را در انتخاب نمایندگان شایسته تصدیق می کند.

او می گوید: «اگر کسانی که درجه صلاحیت نمایندگان را می شناسند اندک باشند، هر کس شایستگی تمیز این امر را دارد که برگزیده او از بیشتر مردم داناتر است»^۲.

۲. مراجعه به آراء عمومی زمینه را برای ایجاد حکومت استبدادی و محدود ساختن آزادی های سیاسی آماده می کند. زیرا توده مردم را آسانتر از خبرگان و صالحان قوم می توان فریفت. پس، اگر حکومت بتواند از این راه در برابر مجلس بایستد، آیا نمی توان گفت به بهانه حفظ مصلحت عموم در مقابل قوه مقننه عصیان کرده است؟

۱. برای مطالعه این نظرها، رک دوئوز و بارتلمی، رساله حقوق اساسی فرانسه، ص ۱۲۳ به بعد - وودل، رساله مقدماتی حقوق اساسی فرانسه، ص ۱۳۹، پاریس، ۱۹۴۹.
 ۲. دوئوز و بارتلمی، همان کتاب، ص ۱۲۵.

موافقان، این دو دلیل را قاطع نمی‌دانند: درست است که مردم عادی بینش لازم را در مسائل جزئی سیاسی و حقوقی ندارند، لیکن هر ملتی به اجمال می‌داند که اجرای یک سیاست معین چه نتیجه‌ای به بار می‌آورد و به خوبی می‌تواند برنامه کلی دولت را تعیین کند.

امکان اظهار نظر مستقیم ملت، به قشر روشنفکر و دانشمندی که مایل نیستند سیاست را پیشه خود سازند و دست از کتابخانه و آزمایشگاه خود بشویند، مجال آن را می‌دهد که در تعیین سرنوشت حکومت سهمی داشته باشند. زیرا در چنین مواردی، به طور معمول چشم‌ها به آنان دوخته می‌شود. به ویژه، اگر امری که به داوری ملت واگذار شده است، در رشته تخصص دانشمندی باشد، ملت فرصت آن را می‌یابد که از تجربه و دانش او به طور عمومی نیز استفاده کند.^۱

ممکن است در تاریخ سیاسی ملت‌ها به مواردی برخوردیم که همه پرسى مقارن با ایجاد حکومت استبدادی باشد، ولی در رابطه این دورویداد اجتماعی نباید مبالغه کرد. زیرا، چگونه ممکن است آزادی اظهار نظر برای ملتی سبب از بین رفتن آن گردد؟

هر یک از دلایل دو طرف با بخشی از حقیقت همراه است. ولی مسائل اجتماعی، به ویژه آنجا که به باورها و داوری‌های انسان مربوط می‌شود، چنان قابل انعطاف و تابع اوضاع و احوال است، که به دشواری می‌توان نیک و بد مطلق را باز شناخت؛ همه چیز نسبی است و به چگونگی اجرای آن بستگی دارد. با وجود این، چون در همه پرسى‌ها امکان انتخاب محدود است و اراده عمومی با گفتن «آری» یا «نه» نمی‌تواند تمام خواسته‌های خود را بیان کند، بهتر این است که تنها برای امور مهم و کلی مورد استفاده قرار گیرد و چهره استثنائی داشته باشد و قانونگذاری به مجلس نمایندگان و بحث‌های آزاد آنان واگذار شود.

۱۰۱. عهدنامه‌های بین‌المللی :

در روابط بین دولت‌ها، عهدنامه حکم قانون را دارد و تنها ضمانت اجرای مؤثر در حقوق بین‌الملل است. مفاد این قراردادها را نه تنها دولت‌های امضاکننده در روابط خود محترم می‌شمارند، در داخل هر یک از آنها نیز محاکم باید عهدنامه را به منزله قانون بدانند. ماده ۹ قانون مدنی در این باره می‌گوید:

«مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد

۱. رک. ناصرکاتوزیان، کلیات حقوق، ج ۱، ش ۱۷۴.

در حکم قانون است».

برای این که عهدنامه حکم قانون را پیدا کند، امضای نماینده سیاسی یا وزیر مسؤل کافی نیست. عهدنامه در صورتی الزام آور است که از طرف دولت به مجلس شورا اظهار شود و تصمیم نهایی را این مجلس در باب تنفیذ آن بگیرد (اصل ۷۷ قانون اساسی).

با این ترتیب، اجرای عهدنامه وقتی در محاکم داخلی مطرح می شود که مفاد آن به تصویب مجلس رسیده باشد. این نکته را هم باید دانست که مفاد عهدنامه فقط جایی قابل طرح در دادگاه های داخلی است که مربوط به حقوق و تکالیف اتباع دولت ها و وضع خارجیان باشد و اشخاص برای استفاده از مقررات آن اختلاف پیدا کنند. زیرا، اجرای تکالیف سیاسی دولت را هیچ محکمه ملی نمی تواند مقرر دارد.

ج: تصویب نامه ها و آیین نامه های دولتی

۱۰۲. مبنای صلاحیت قوه اجرایی:

با این که صلاحیت مجلس عام است، تعیین تمام جزئیات مربوط به اجرای قوانین و تنظیم امور اداری، مجلس را از انجام وظایف مهم تر خود باز می دارد. به همین جهت، در غالب قوانین تنظیم آیین نامه اجرایی به عهده هیأت وزیران یا یکی از وزرا واگذار می شود.

صلاحیت قوه مجریه در وضع آیین نامه ها محدود به مواردی نیست که در قوانین مقرر شده است. زیرا اختیارات و تکلیف های این قوه در اجرای قوانین و تنظیم امور اداری ایجاب می کند که بتواند، برای حسن انجام تکالیف خود، مقرراتی را که لازم می داند وضع کند.

صلاحیت هیأت وزیران در وضع احکام و نظامنامه های اجرایی عام است: یعنی، در هر جا که قوه مجریه حق انشای مقرراتی را داشته باشد، هیأت وزیران از

این حق بهره‌مند است و می‌تواند با وضع «تصویب‌نامه» از آن استفاده کند. این تصویب‌نامه‌ها را، اگر حاوی قواعد کلی در زمینه اجرای قوانین باشد، «آیین‌نامه» نیز می‌گویند؛ مانند آیین‌نامه سندیکاها و اتحادیه‌ها مصوب ۱۳۳۴ و آیین‌نامه هیأت کمک به آسیب‌دیدگان و آیین‌نامه اجرای قانون تأسیس شرکت واحد اتوبوس‌رانی.

هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خاص خود، از این حق بهره‌مند است، با این تفاوت که در صورتی می‌تواند آیین‌نامه‌های اجرای قانونی را امضا کند که این اختیار در آن قانون تصریح شده باشد؛ مانند آیین‌نامه قانون وکالت و اجرای اسناد رسمی و امور خلافی... و مانند اینها. ولی، در صدور بخشنامه‌هایی که برای تنظیم امور اداری لازم می‌بیند در مورد ادارات تابع خود آزاد است.

از میان آیین‌نامه‌های اجرایی، گروهی را که مربوط به تشریفات سازمان‌ها و طرز کار آنهاست، نظامنامه نیز می‌گویند؛ مانند نظامنامه دفاتر اسناد رسمی و نظامنامه قانون ثبت احوال و مانند اینها. با وجود این، در عرف اداری ماگاه «نظامنامه» و «آیین‌نامه» به‌عنوان دو اصطلاح مترادف به کار می‌رود و امتیازی بین آنها موجود نیست.

باید افزود که بر طبق اصل ۱۲۶ قانون اساسی، رئیس‌جمهور نگاهبان قوانین در برابر تجاوز تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی بود، ولی در تجدیدنظر قانون اساسی این اختیار به رئیس مجلس شورای اسلامی واگذار شد «... تا در صورتی که آنها را برخلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیأت وزیران بفرستد».

۱۰۳. حدود صلاحیت این قوه:

از آنچه گفته شد، به‌خوبی برمی‌آید که صلاحیت قوه اجرایی در وضع قواعد از لوازم وظایف اجرایی است؛ تابع و محدود به قوانین است و اصالت ندارد. پس این قوه نه حق وضع قاعده جدید دارد و نه می‌تواند قواعدی را که مجلس وضع کرده است تغییر

دهد^۱.

تأمین اجرای قانون و اداره جامعه خود نیازمند اصولی است که اختیار وضع آنها از امور اداری و در صلاحیت قوه اجرایی است. این قوه نمی تواند نهاد یا سازمان حقوقی نو بیافریند، ولی حق دارد سازمان های قانونی را با واقعیت های اجتماعی منطبق کند و طرحی را که قانونگذار در نظر دارد در سازمان اداری کشور پیاده سازد.

درواقع، همچنان که دادرس ناچار است در مورد اجرای قانون به آن حیات اجتماعی بخشد، دولت نیز در سطحی محدودتر باید آنچه را در دسترس دارد تفسیر و معنی کند. منتها، اگر رویه قضایی درباره معنی و قلمرو قانون قاطع شود، مقام های اداری نیز باید از آن پیروی کنند و نظم دستگاه حکومت را بر هم نزنند.

۱۰۴. تفاوت قانون با آیین نامه و تصویب نامه :

از آنچه گفته شد چنین برمی آید که قانون از جهت اعتبار و تشریفات صدور با مقررات اداری تفاوت بسیار دارد، و اصول این تفاوت ها را بدین شرح می توان خلاصه کرد:

۱. از حیث تشریفات وضع: قانون ناشی از قوه مقننه است و شرایط تصویب آنرا قانون اساسی معین می کند. ولی تصویب نامه ها و آیین نامه های اداری از طرف قوه مجریه وضع می شود و نیازمند به تشریفات خاصی نیست.

۲. قانون حاکم بر تمام مردم و سازمان های دولتی است و اگر بر طبق تشریفات مقرر در قانون اساسی تصویب و امضا شود، هیچ مرجعی حق الغای آنرا ندارد و فقط قوه مقننه می تواند با وضع قانون دیگری، به طور صریح یا ضمنی، آنرا نسخ کند. ولی اعتبار تصمیم های قوه مجریه محدود به مفاد قوانین است و در صورتی اعتبار دارد که مخالف مصوبات مجلس نباشد. در این صورت، نه تنها دادگاه ها باید از اجرای این گونه تصمیم ها خودداری کنند (اصل ۱۷۰ قانون اساسی)، هر ذینفع نیز حق دارد از دیوان

۱. بودانولر بورسی ژونیر، ج ۱، ش ۶۷، ص ۷۳- ناصر کاتوزیان، کلیات حقوق، ج ۲، ش ۱۷۸.

عدالت اداری ابطال آنها را بخواهد.

به اضافه، تصویبنامه‌ها و آیین‌نامه‌های اداری قوه مجریه را پای‌بند نمی‌کند، زیرا مقام تصویب‌کننده یا مقام بالاتر می‌تواند با گرفتن تصمیم تازه‌ای آن را نسخ کند.

گفتار دوم: وضع قانون

۱۰۵. مراحل وضع قانون:

وضع قانون سه مرحله گوناگون دارد، که پس از گذشتن این مراحل به صورت قاعده حقوقی درمی‌آید و احترام آن بر همه واجب می‌شود: (۱) تصویب قانون (۲) امضای قانون (۳) انتشار قانون. بنابراین، احاطه به شرایط وضع قانون مستلزم این است که مراحل تصویب و امضاء و انتشار قانون جداگانه بررسی می‌شود و ماهیت و آثار حقوقی هر یک از آنها معین گردد.

تشریفات تصویب و امضای قانون از مسائل مربوط به حقوق اساسی است و در این مقدمه نمی‌توان به تفصیل از آنها سخن گفت، ولی انتشار قانون در زمره مباحث مربوط به «نظریه عمومی قوانین» قرار دارد. به همین جهت، پس از توضیح مختصری در باب تصویب و امضای قانون، انتشار آن را مطالعه می‌کنیم:

الف: تصویب و امضای قانون

۱۰۶. تصویب قانون:

به موجب اصل ۵۸ قانون اساسی، جز در موارد رجوع مستقیم به آراء عمومی، قوه مقننه از طریق مجلس شورا اعمال می‌شود. درباره آیین وضع قانون مجلس تصمیم می‌گیرد، ولی «مذاکرات مجلس شورای اسلامی باید علنی باشد و گزارش کامل آن از طریق

رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم منتشر شود...» (اصل ۶۹ قانون اساسی).
 با این که در متن نهایی قانون اساسی شورای نگهبان از صورت دادگاه حافظ قانون اساسی درآمد و اکنون نظارت استصوابی بر مجلس دارد، نباید آنرا در زمره ارکان قانونگذاری آورد. زیرا، نه تنها شورا وظایف دیگری نیز برعهده دارد، حق انشای قانون یا اصلاح آنرا دارا نیست و فقط می تواند از نظر تعارض قانون با شرع و اصول اساسی، بر مصوبات مجلس نظارت کند. بنابراین، باید گفت، شورای نگهبان قانون مصوب را تأیید می کند و نقش آن اعتبار دادن به امر موجود است^۱. وانگهی، شورای نگهبان حق دخالت در سیاست قانونگذاری را ندارد و تنها می تواند بر انطباق مصوب مجلس با قانون اساسی و شرع نظارت کند.

در اصل ۹۴ قانون اساسی آمده است: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آنرا حداکثر ظرف مدت ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آنرا مغایر ببیند برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجراست».

در فرضی که بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان قانون اساسی درباره تعارض یا انطباق قانون با شرع یا قانون اساسی اختلاف می شود، مجمع تشخیص مصلحت نظام درباره سرنوشت قانون تصمیم می گیرد (اصل ۱۱۲ قانون اساسی)، ولی خود نمی تواند به قانونگذاری پردازد. اصلاح متنی که به تصویب مجلس رسیده است، اگر ضرورت پیدا کند، با مجلس شورای اسلامی است و سرانجام نمایندگان مردم باید وضع قانون را به عهده گیرند (اصل ۵۸ قانون اساسی).

در این که مطابقت قوانینی که از راه همه پرسی به تصویب می رسد با شرع و قانون اساسی چگونه باید اجرا شود و آیا شورای نگهبان در این مورد نیز صلاحیت اظهار نظر دارد یا نه، حکم صریحی وجود ندارد. ظاهر از اصل ۹۱ و ۱۲۳ این است که در این گونه موارد، رأی ملت قاطع است. برعکس، اجرای اصل چهارم قانون اساسی ایجاب می کند

۱. به اصطلاح فقهی، نقش شورای نگهبان برای «اعتبار ماوقع است نه ایجاد مالم یقع».

که نظر شورای نگهبان جلب شود. برای جمع این دو مفهوم، بهتر این است که دولت پیش از اجرای همه‌پرسی نظر آن شورا را درباره‌ی طرح خود جلب کند.

۱۰۷. امضای قانون :

قانون، پس از تصویب مجلس شورای اسلامی به وجود می‌آید و امضای رئیس‌جمهور آنرا به صورت قاعده‌ی قابل اجرا درمی‌آورد. زیرا فقط از این تاریخ است که مأموران قوه‌ی مجریه و قضاییه و افراد ملت مکلف به رعایت آن می‌شوند.

لزوم امضای قوانین ناشی از اصل جدایی قوه‌ی مقننه و اجراییه است. قوه‌ی مقننه صلاحیت وضع قانون را دارد، ولی نمی‌تواند آنرا اجرا کند یا دستوری در این باب بدهد. پس، رئیس‌جمهور باید به‌عنوان رئیس قوه‌ی مجریه، فرمان اجرای آن را صادر کند، تا قاعده‌ای که اکثریت مجلس به وجود آورده است کامل و قابل اجرا شود.

معنی دیگر امضای قانون این است که رئیس دولت اعلام می‌کند که قانون بر طبق اصول اساسی به تصویب رسیده است و از این پس همه باید از آن اطاعت کنند. باید دانست که امضای قانون برای ریاست جمهوری اجباری است و او نمی‌تواند از صدور دستور اجرای آن خودداری کند (اصل ۱۲۳ قانون اساسی).

این اجبار در موردی است که قانون با رعایت تشریفات قانون اساسی تصویب شده باشد و بتوان نام قانون بر آن نهاد. رئیس‌جمهوری موظف به امضای «قانون» است و می‌تواند از امضای مصوبات ناقص خودداری کند.

ماده‌ی اول قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۷۰/۸/۱۴ در مورد اجرای تکلیف رئیس‌جمهور مقرر می‌دارد:

«مصوبات مجلس شورای اسلامی و نتیجه‌ی همه‌پرسی پس از طی مراحل قانونی به رئیس‌جمهور ابلاغ می‌شود. رئیس‌جمهور باید ظرف مدت ۵ روز آنرا امضا و به مجریان ابلاغ نماید...».

و در تبصره آن ماده آمده است:

«در صورت استنکاف رئیس جمهور از امضا یا ابلاغ به دولت در مدت مذکور در این ماده، به دستور رئیس مجلس شورای اسلامی، روزنامه رسمی موظف است ظرف مدت ۷۲ ساعت مصوبه را چاپ و منتشر نماید».

این ماده حق مقام ریاست جمهوری را در خودداری از مصوباتی که به دلیل عدم رعایت تشریفات لازم جنبه قانونی ندارد به ظاهر محدود می‌سازد و از این جهت مخالف اصول است. به نظر می‌رسد که رئیس جمهور هیچ وظیفه‌ای در امضای مصوباتی که صورت قانون را پیدا نکرده است ندارد.

ب: انتشار قانون

۱۰۸. لزوم و چگونگی انتشار قانون:

هنگامی باید انتظار اجرای قانون را داشت که مفاد آن منتشر شود و به اطلاع عموم برسد. زیرا تا شخص حقوق و تکالیف خود را نداند، چگونه می‌توان او را به لحاظ تخلف از قانون و انجام ندادن وظیفه مسؤول دانست؟ به همین جهت، قانون مدنی در پایان ماده اول اصلاح شده مقرر می‌دارد: «روزنامه رسمی موظف است ظرف مدت ۷۲ ساعت مصوبه را چاپ و منتشر نماید».

انتشار قانون لازمه اجرای آن است، و بدین ترتیب مهلت مقرر برای اجرای قانون آغاز می‌شود. پیش از انتشار قانون، همه جاهل به آن محسوب می‌شوند، و مفاد آن را نسبت به هیچ کس نمی‌توان رعایت کرد، و فقط سازمان‌های اداری هستند که با امضای رئیس جمهور موظف به اجرای قانون می‌گردند.

طرز انتشار قانون در اختیار قوه مجریه نیست، و دولت اختیار ندارد آنرا به هر وسیله که صلاح می‌داند به اطلاع عموم برساند. همه باید از پیش بدانند که قوانین در کجا درج می‌شود تا با مراجعه مستمر به آن از حقوق و تکالیف خویش آگاه گردند؛ چنان که ماده ۳ قانون مدنی می‌گوید: «انتشار قوانین باید در روزنامه رسمی به عمل آید».

مدتها اداره روزنامه رسمی از سازمان‌های وابسته به مجلس شورا بود. ولی از چندی پیش به موجب تبصره ۱۸ ماده واحده قانون بودجه ۱۳۳۸ طبع و نشر آن به وزارت دادگستری واگذار شده است.

۱۰۹. انتشار عهدنامه‌ها :

به موجب ماده ۹ قانون مدنی: «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است». پس برای این که دادگاه‌های کشور بتوانند مفاد عهدنامه را، همچون قانون، در دعاوی رعایت کنند، باید مقررات مربوط به انتشار قانون و مهلت اجرای آن درباره عهدنامه‌ها نیز اجرا شود.^۱ لزوم انتشار عهدنامه در هیچ یک از قوانین مقرر نشده است و در روابط بین‌الملل نیز اجرای آنرا نمی‌توان موقوف به انتشار در روزنامه رسمی کرد. ولی از مفاد ماده ۹ به خوبی برمی‌آید که اجرای عهدنامه در دادگاه‌های داخلی منوط به رعایت تشریفات اجرای سایر قوانین است.^۲

۱۱۰. انتشار تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها :

ماده اول قانون مدنی ناظر به مصوبات قوه قانونگذاری است و در هیچ متن دیگری هم به لزوم انتشار تصمیم‌های قوه مجریه اشاره نشده است. با وجود این، ناپسند بودن «عقاب بلا بیان» چندان بدیهی است که در لزوم انتشار این‌گونه قواعد نیز جای

۱. نبوی، درس حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، ش ۲۹.

۲. ماده ۵۵ قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه (جمهوری پنجم) اجرای عهدنامه‌های بین‌المللی را در روابط اشخاص موقوف به انتشار آنها کرده است: ابری و رو، چاپ هفتم، ش ۱۶۰، ص ۱۰۱ لربوری ژونیر و لوسوآرن، حقوق بین‌الملل خصوصی، ش ۴۹.

تردید باقی نمی‌گذارد. اگر اراده نمایندگان مردم پیش از انتشار در برابر آنها قابل استناد نباشد، به طریق اولی نمی‌توان ادعا کرد که مصوبات قوه مجریه، بی‌آنکه نیاز به انتشار داشته باشد، قابل اجراست.

منتها، باید دانست که رعایت تشریفات لازم برای انتشار قانون برای این‌گونه تصمیم‌ها ضرورت ندارد و دولت می‌تواند، به هر صورت که مقتضی می‌داند، مردم را از مفاد آنها آگاه سازد. همچنین، اگر تصویب‌نامه‌ای مربوط به شخص یا سازمان خاص باشد، اعلام تصویب‌نامه به آن مرجع کافی است و نباید اجرای آنرا موکول به اعلان مفاد تصمیم دولت کرد.

ج: مهلت اجرای قانون

۱۱۱. مهلت اجرای قانون در داخل کشور:

تردید نیست که قانون را به اطلاع همه مردم نمی‌توان رساند. به‌ویژه در کشورهای پرجمعیت، هیچ وسیله‌ای وجود ندارد که مفاد قانون را به یکایک ملت تفهیم کند. از طرفی، به بهانه این اشکال، نباید از انتشار قانون به کلی چشم پوشید و بی‌هیچ تشریفات اراده قوه مقننه را الزام آور ساخت. پس، ناچار باید بعد از گذشتن مهلتی همه را آگاه فرض کرد و به یاری تأسیس اماره خاص این مشکل اجتماعی را ازین برد.

راه حلی که قانونگذار انتخاب می‌کند بر یکی از این دو مبنا استوار است: یا مهلت معینی از تاریخ امضای قانون معین می‌شود و پس از آن در سراسر کشور همه آگاه فرض می‌شوند، یا ترتیبی داده می‌شود که قانون در دسترس همه قرار گیرد، و دست کم کسانی که مایلند وسیله آگاه شدن از قانون را در اختیار داشته باشند.

قانون مدنی مبنای دوم را به‌طور ناقص انتخاب کرده بود. زیرا پس از انتشار قانون در روزنامه رسمی، مهلتی نیز برای خواندن روزنامه و رسیدن آن به همه شهرستانها مقرر می‌داشت. به موجب ماده ۲ سابق: «قوانین در تهران ده روز پس از انتشار و در ولایات بعد از انقضای مدت مزبور. به اضافه یک روز برای هر

شش فرسخ مسافت تا تهران، لازم الاجراست، مگر این که خود قانون ترتیب خاص برای اجرا مقرر کرده باشد».

همه می دانیم که در کشور مهنوز بی سواد زیاد است، و روزنامه رسمی را بیشتر با سوادان نیز نمی شناسند و جز شماری اندک آن را نمی خوانند. به اضافه، این روزنامه به تعداد همه مردم کشور چاپ نمی شود و شاید به پاره ای از نقاط هنوز هیچ نسخه ای از آن فرستاده نشده است. بنابراین، وسیله ای را که قانونگذار ما برگزیده بود هیچ فایده عملی نداشت، تظاهری نابجا به انتشار قانون بود که برای اجرای آن دشواری های گوناگون ایجاد می کرد.

مهلت های مقرر در این ماده با وسایل حمل و نقل امروز متناسب نبود. وسعت خاک کشور و این مهلت های وسیع موجب می شد که اشخاص از مدت ها پیش تصویب قانون را بدانند و با فرصت کافی برای فرار از اجرای مقررات آن تمهید مقدمه کنند و در دعاوی نیز دادرس برای تعیین قانون حاکم بر دعوا دچار تردید شود.

در حالی که می دیدیم طرح ها و لوایح در جلسه عمومی مجلس مطرح می شود؛ گفتگوی نمایندگان به وسیله روزنامه ها و رادیو و تلویزیون به اطلاع مردم می رسد و هیچ ضرورت ندارد که برای آگاه ساختن نسبی آنها برای هر شش فرسخ یک روز اجرای قانون به تأخیر افتد.

همین انتقادات سبب شد که قانونگذار در مقام چاره جویی برآید و ماده ۲ قانون مدنی را به موجب ماده واحده مصوب ۸ آذر ماه ۴۸ اصلاح کند. در این ماده نظام گذشته ترک شده و آمده است که: «قوانین پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم الاجراست، مگر آنکه در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد».

۱۱۲. مهلت اجرای قانون در خارج از کشور :

در قلمرو قواعد حقوق خواهیم دید که ایرانیان مقیم خارج از کشور در مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود تابع قانون ایران هستند (ماده ۶ قانون مدنی). بنابراین، تشخیص تاریخ اجرای قوانین داخلی در خارج نیز اهمیت فراوان دارد؛ به موجب قاعده ای که ماده ۲ اصلاحی قانون مدنی انتخاب کرده است، هیچ قانونی را نباید پیش از انتشار آن اجرا کرد، و هیچ قانونی بعد از امضای درنگ در خارج از کشور

اجرا نمی‌شود. پس باید دید، آیا فرضی را که این ماده در باب آگاهی مردم از قوانین می‌کند، با توجه به وسایل حمل و نقل و میزان علاقه مردم به این‌گونه مقررات است و نباید آن‌را درباره تمام کشورها تعمیم داد، یا باید گفت که قانون بعد از پانزده روز از تاریخ انتشار روزنامه رسمی بر همه ایرانیان حکومت می‌کند، خواه مقیم ایران یا خارج باشند؟

در پاسخ ممکن است گفته شود که ماده ۲ اصلاحی ناظر به اجرای قانون در داخل کشور است و چون درباره کشورهای بیگانه هیچ حکمی در قوانین وجود ندارد، دادرس باید در هر مورد خاص تاریخ اجرای قانون را با توجه به قرائن کار معین کند: بدین ترتیب که ابتدا تاریخ وصول روزنامه رسمی را به کنسولگری ایران در آن کشور احراز کند و پس از آن، به تناسب دوری و نزدیکی اشخاص به محل کنسولگری و چگونگی وسایل حمل و نقل، روز اجرای قانون را معین سازد.

ولی، عیب مهم این گفته در این است که با واگذاری تشخیص مهلت اجرای قانون به دادرس، این مهلت هیچ‌گاه به‌طور قطع معین نخواهد شد و اشخاص نمی‌توانند به درستی تشخیص دهند که چه موقع قانون جدید حاکم بر آنهاست؟ باید عمل مورد نزاع انجام گیرد و قضیه در دادگاه مطرح شود، و آن‌گاه دادرس روز اجرای قانون را تعیین کند و تازه این حکم در سایر وقایعی که در همان محل رخ می‌دهد قابل اعتماد نیست، زیرا همیشه احتمال دارد که در دعوی دیگر دادگاه حکم پیشین را نپذیرد و روز اجرای قانون را تغییر دهد.

وانگهی، لازمه پذیرفتن نظر یاد شده این است که اگر ایران در کشوری کنسولگری نداشته باشد یا روزنامه رسمی به کشوری فرستاده نشود، ایرانیان مقیم آن کشور هیچ‌گاه تابع قوانین نو در ایران نشوند، و این نتیجه با طبع این‌گونه قوانین که بیشتر به خاطر حمایت از اشخاص وضع شده است منافات دارد.

قانونگذار ما با انشای ماده ۲ اصلاحی نشان داد که به نظم عمومی بیش از آگاه شدن اشخاص از قانون اهمیت می‌دهد و نمی‌خواهد اجرای قانون در هیچ حالتی بیش از پانزده روز به تأخیر افتد. همان‌گونه که دوری و نزدیکی اشخاص به تهران در داخل

کشور اهمیت ندارد، در خارج از ایران نیز این فاصله مؤثر نیست. همه ایرانیان، خواه در داخل یا خارج از کشور باشند، پس از پانزده روز از تاریخ انتشار قانون مشمول آن می‌شوند.

با وجود این، اگر کشور خارجی در وضعی قرار گرفته باشد که همه ایرانیان مقیم در آن جاهل به قانون مانده باشند، کسی که از این وضع زیان دیده است می‌تواند جهل خود را به قانون در دادگاه اثبات کند و بدین وسیله از مکافات اجرا نکردن آن مصون بماند.

۱۱۳. مواعد استثنائی :

ترتیبی که برای انتشار قوانین تاکنون گفته شد، ناظر به مواردی است که قانونگذار در این باب سکوت اختیار کرده باشد، ولی این تشریفات هیچ الزامی برای او به وجود نمی‌آورد، و مجلس قانونگذاری همیشه می‌تواند ترتیب دیگری را برای انتشار قانون خاص مقرر دارد (بخش اخیر ماده ۲ قانون مدنی).

پس، ممکن است روز اجرای قانون چند ماه بعد از تصویب یا انتشار آن معین شود، چنان که در تیرماه قانونی بگذرد، و اعلام کند که از ابتدای سال آینده از واردات اتومبیل فلان مقدار مالیات گرفته می‌شود یا ورود آن به کلی ممنوع است.

همچنین قوه مقننه می‌تواند اجرای فوری قانونی را مقرر دارد، و حتی در مورد لزوم اجرای آن را به گذشته نیز سرایت دهد (بخش اخیر ماده ۴ ق. م.).

گفتار سوم: قدرت اجبارکننده و اعتبار قانون

۱۱۴. الزام ناشی از قانون :

پس از انتشار و گذشتن مهلت اجرای قانون، رعایت احکام آن بر همه واجب است. قوه قضاییه باید قانون نو را مبنای دادرسی‌ها قرار دهد، و قوه مجریه باید آیین‌نامه‌های اجرایی قانون را تهیه کند و مأموران اداری خدماتی را که قانون مقرر داشته

است آغاز کنند. مردم نیز بایستی اوامر و نواهی قانونگذار را به کار بندند و هیچ کس نمی تواند، به بهانه جهل به قانون، از اجرای آن خودداری کند. تنها قوه مقننه است که در برابر قوانین عادی الزامی به عهده ندارد و می تواند ساخته های خود را تغییر دهد یا از بین ببرد.

بنابراین، اقتدار قانون را در برابر قوه مجریه و قوه قضاییه و اشخاص به طور جداگانه بررسی می کنیم، تا خصوصیت های هر مورد بهتر معین شود:

الف: اقتدار قانون در برابر قوه مجریه

۱۱۵. تکالیف قوه مجریه در برابر قانون:

اجرای مصوبات مجلس به دو صورت از طرف قوه اجرائیه انجام می شود.

۱. اجرای قانون به طور مستقیم: نخستین وظیفه قوه مجریه در برابر قانون تهیه آیین نامه های اجرایی آن است، بدون این که بتواند اجرای قانون را بدین وسیله تعطیل یا توقیف کند. هیأت وزیران مکلف است، با تدوین آیین نامه های لازم، سازمان های اجرایی قانونی را تشکیل دهد و مأموران لازم را به کار گمارد. ولی، چون ضمانت اجرای این تکلیف وزیران تنها مسؤلیت سیاسی آنان در برابر مجلس است و نمایندگان نیز اهتمام لازم را در این گونه امور ندارند، بسیاری از قوانین به بهانه های گوناگون سالها در بوته اجمال مانده است: چنان که قانون شورای دولتی مصوب ۱۳۳۹، با آنکه متضمن تحول مفیدی در زمینه حفظ حقوق افراد در برابر تجاوز احتمالی دولت ها بود، تا تشکیل سازمان دیوان عدالت اداری در قانون اساسی

۱. پاره ای از نویسندگان حقوق عمومی عقیده دارند که چون قوه مجریه در برابر قوه مقننه مستقل است، تکلیفی در تهیه آیین نامه اجرایی ندارد (هوریو، حقوق اداری، ص ۳۰۹). ولی این نظر را به خاطر وظیفه ای که قوه مجریه در اجرای قوانین دارد همه نپذیرفته اند.

جمهوری اسلامی، در بوته فراموشی باقی ماند.

علاوه بر این، اگر از تصمیم وزیران که جنبه سیاسی دارد بگذریم، کارکنان دولت و مأموران اداری، در برابر امتناع از اجرای قوانین، مسؤولیت کیفری دارند. ماده ۵۶ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) در این باب می گوید:

«هر یک از مستخدمین دولتی، در هر مرتبه و مقامی که باشد، هرگاه برای جلوگیری از اجرای اوامر کتبی یا اجرای قوانین ملکیت یا اجرای احکام یا اوامر دادگاه‌ها و دادرها یا هرگونه امری که از طرف مقامات قانونی صادر شده باشد قدرت رسمی خود را اعمال کند، از خدمت منفصل خواهد شد.»

۲. اجرای آرای محاکم: قوه مجریه مکلف است احکام دادگاه‌ها را در امور کیفری و حقوقی اجرا کند و نمی‌تواند به این بهانه که تفسیر دادگاه از قانون درست نیست، از اجرای اوامر آن امتناع کند. در مواردی که اجرای قانون به طور مستقیم با مأموران اداری است، خواه و ناخواه ایشان هم باید قانون را تفسیر کنند: یعنی، در موارد اجمال، معنی درست آن را تعیین و اجرا کنند. ولی، این‌گونه تفسیرها در برابر حکم دادگاه ارزشی ندارد. اگر مقام‌های قضایی نظر دیگری را در دعوا خاص انتخاب کنند، مأموران اداری باید آن نظر را محترم شمارند و تفسیر دادگاه را بپذیرند.

۱۱۶. وضع قوه مجریه در برابر آیین‌نامه‌های دولتی:

تغییر آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها با قوه مجریه است. بنابراین، ممکن است ادعا شود که قوه مجریه در برابر این‌گونه مقررات هیچ الزامی ندارد. ولی، این ادعا را به طور مطلق نباید پذیرفت: به طور مسلم قوه مجریه می‌تواند مصوبات خود را در حدود قوانین تغییر دهد، ولی تا وقتی که این تغییر صورت پذیرفته است، دولت و کلیه مأموران قوه مجریه باید مقررات آن را اجرا کنند و نظمی را که خود به وجود آورده‌اند محترم شمارند.^۱

۱. بودان لژیورپی ژونیر، ج ۱، ش ۱۸۱.

۱۱۷. سهم قوه مجریه در تأمین اقتدار قانون :

از لحاظ نظری، قوه اجرایی باید از قانون اطاعت کند و تنها وظیفه آن اجرای درست قوانین است. با وجود این، سهم دولت را در تأمین اقتدار قانون نباید فراموش کرد: هیأت وزیران می‌تواند، با تأخیر در تهیه آیین‌نامه‌های اجرایی قانون و خودداری از پیشنهاد بودجه لازم، به‌طور غیرمستقیم اجرای آنرا به تأخیر اندازد. هنگام اجرای قانون نیز، تفسیر نادرست مأموران اداری ممکن است مفهوم واقعی آنرا از بین ببرد.

تفسیر قانون از اختیارات دادگاه است و هر جا ابهامی پیش آید، مقام‌های اداری باید نظر دادگاه را محترم شمارند. ولی از آنجا که اجرای قانون مستلزم تعیین مفهوم و قلمرو آن است، مأموران اداری آن چنان که قانون را می‌فهمند رعایت می‌کنند. دیوان عدالت اداری می‌تواند تفسیرهای منحرف را با ابطال تصمیم‌های اداری، از بین ببرد. لیکن، تا قوه قضاییه بخواهد رویه ثابتی در پیش گیرد و در نظم اداری نفوذ کند، مدتها مردم باید مطیع دستورهای قوه اجرایی باشند. وانگهی، در کشوری که رو به تحول می‌رود و قوانین آن پیوسته در تغییر است، اشخاص فرصت کافی برای دستیابی به معنی درست قانون را ندارند و ناچار پیرو مأموران قوه مجریه می‌شوند.

درباره اقتدار قانون نسبت به قوه اجرایی هر اندازه پافشاری شود، باز هم نمی‌توان اراده مأموران دارایی را در چگونگی اجرای قوانین مالیاتی، یا کارمندان ثبت را در پذیرش درخواست ثبت املاک و شیوه تنظیم اسناد، یا کارکنان گمرک را در چگونگی ترخیص کالا انکار کرد. اجرای قوانین اصلاحات ارضی و اراضی شهری با مأموران اداری است و معنی قانون همان است که آنان می‌فهمند. اداره ثبت با صدور بخشنامه مفاد اسناد را معین می‌کند و شرایطی در آن می‌گذارد که دو طرف معامله، یا راضی به آن نیستند، یا دست کم توجهی به مفاد شرط ندارند (مانند اسقاط همه اختیارات در خرید و فروش املاک). شورای عالی و هیأت نظارت ثبت در فصل پاره‌ای از دعاوی نقش مؤثر

دارد و مقررات ثبت اسناد و املاک را تفسیر می‌کند؛ مأموران وزارت نیرو در دعاوی مربوط به حریم دادرسی می‌کنند^۱... و مانند اینها.

پس باید پذیرفت که نظم حقوقی تا اندازه زیادی وابسته به اراده قوه اجرایی است: یعنی، برخلاف آنچه در نخستین نگاه به نظر می‌آید، این قوه مطیع محض و مجری فرمان‌های دو قوه دیگر نیست و خود نیز در این باب سهم مؤثر دارد.

گذشته از اینها، قوه مجریه، گاه با چشم‌پوشی از پاره‌ای جرایم، ضمانت اجرای قوانین رابی اثر می‌سازد. در مواردی که جرم به حقوق اشخاص صدمه می‌زند، دعاوی خصوصی زیان دیده مانع از تجاوز به قانون است. ولی جایی که جرم بیشتر جنبه عمومی دارد، ضابطان دادگستری در کشف و تعقیب جرایم نقش اساسی دارند. در مواردی که دولت اجرای کیفری را صلاح نمی‌داند، تأکید قانونگذار به تنهایی در این باره اثر ندارد: چنان که نمونه بارز آن را در تعقیب دوره‌ای گرانفروشان و محتکران و معتادان به خوبی می‌توان دید.

۱۱۸. اثر تصمیم‌های قوه مجریه در اجرای عهدنامه :

در پاره‌ای از عهدنامه‌ها تصریح می‌شود که هر یک از دو طرف می‌تواند، در صورتی که طرف دیگر شرایط عهدنامه را رعایت نکند، از اجرای آن امتناع ورزد. گاه نیز شرط می‌شود که هر دولت امضاکننده می‌تواند در مهلت معین عهدنامه را فسخ و به دیگری اعلام کند.

در این گونه موارد، تنها قوه مجریه می‌تواند در باب تعلیق اجرا یا فسخ عهدنامه تصمیم بگیرد و محاکم حق ندارند، پیش از اعلام این تصمیم، درباره تحقق شرط و امکان تعلیق اجرای عهدنامه اظهار نظر کنند یا رأی دولت را نادرست شمارند. زیرا تصمیم گرفتن درباره اجرای عهدنامه‌ها امری است مربوط به سیاست دولت و مصلحت عمومی و اداری.

۱. به تبصره ماده ۲۵ قانون آب و نحوه ملی شدن آن توجه کنید: «در صورتی که حفر این قبیل چاه‌ها موجب کاهش یا خشکانیدن آب چاه و یا قنات مجاور گردد، وزارت آب و برق می‌تواند در صورت عدم توافق مالکین به شکایت شاکی رسیدگی و در صورت احراز این موضوع چاه جدید را مسدود و یا از حفر و بهره‌برداری آن جلوگیری کند».

در تمام مواردی هم که اجرای عهدنامه منوط به عمل متقابل است، قوه اجرایی درباره ارزش قرارداد تصمیم می‌گیرد. دولت اختیار دارد، به دلیل عهدشکنی طرف مقابل، از اجرای تعهدهای خود امتناع کند و این تصمیم برای دادگاه‌ها محترم است. بدین ترتیب، اراده قوه مجریه می‌تواند نظام حقوقی را در حدود معاهدات تغییر دهد. این قاعده که هر یک از دو طرف معاهده می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد طرف مقابل سازد، عرف بین‌المللی است که از حقوق خصوصی الهام می‌گیرد.^۱ در فرضی که بین دولت‌های طرف قرارداد جنگ درمی‌گیرد، اجرای عهدنامه معلق به ترک مخاصمه می‌شود و پیمان صلح اجرای دوباره یا از نو آن را اعلام می‌کند. ولی اگر در پیمان صلح نیز شرط خاصی در این زمینه نشود، تعلیق در اجرای عهدنامه با تمام شدن جنگ خودبه‌خود از بین می‌رود.^۲

باید افزود که عرف بین‌المللی درباره تعلیق اجرای عهدنامه ناظر به وقوع جنگ است. قطع روابط سیاسی بین دو کشور نباید بهانه عهدشکنی قرار گیرد. همچنین، اگر قراردادی را چند کشور امضا کرده باشند، وقوع جنگ بین دو کشور اثری در رابطه کشورهای بی‌طرف یا رابطه هر یک از دو طرف جنگ با سایرین ندارد. در تفسیر عهدنامه‌ها نیز نظر قوه مجریه، دست کم در پاره‌ای موارد، برای دادگاه‌ها الزام‌آور است.

ب: اعتبار و قدرت قانون در برابر قوه قضاییه

۱۱۹. ارزیابی و اجرای قوانین:

اعتبار و قدرت قانون در برابر قوه قضاییه از دو جهت مطالعه می‌شود:

۱. حق حبس، ماده ۳۷۷ ق.م. - در حقوق فرانسه: ابری ورو، ج ۱، چاپ هفتم به وسیله پونسار، ش ۶۳ و ۶۴ غی‌بوایه، درس حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، ص ۴۲.
۲. پاره‌ای از نویسندگان و دادرسان فرانسوی اعتقاد دارند که عهدنامه با اعلام جنگ منفسخ می‌شود: ابری ورو، همان کتاب، ش ۶۵.

۱. آیا دادرس می‌تواند قوانینی را که برای اجرا ابلاغ شده است ارزیابی کند، و از اعمال قوانینی که برخلاف قانون اساسی وضع شده یا در تصویب آن رعایت تشریفات قانون اساسی نشده است امتناع ورزد، یا فقط وظیفه دارد که قانون را در دعاوی اشخاص به کار بندد و تشخیص درستی یا نادرستی قانون در صلاحیت او نیست؟

۲. قوه قضاییه در برابر قانون درست چه وظیفه‌ای دارد و چگونه باید آن را اجرا کند؟

اکنون، این دو وظیفه را که در طول هم قرار داد، جداگانه بررسی می‌کنیم و در هر مورد به طرح و تحلیل مسائل مهم می‌پردازیم:

۱. ارزیابی قوانین

۱۲۰. تشخیص مطابقت قوانین عادی و اساسی :

حدود صلاحیت قوای سه‌گانه را قانون اساسی معین می‌کند، پس تصمیم‌های قوه قانونگذاری نباید با آن اصول مخالف باشد و قوانینی که در این حدود وضع نشود بی‌تردید باطل است. منتها، درباره‌ی مقام صالح برای این داوری گفتگو بسیار است و در هر حکومت شیوه خاص برای بازرسی قوانین به کار می‌رود.

در قانون اساسی، شورای نگهبان برای بازرسی قوانین عادی پیش‌بینی شده است. پس، دادرس به‌طور مسلم حق ندارد قانون را باطل کند، زیرا چنین اختیاری به او داده نشده است. ولی این بحث به میان می‌آید که آیا دادرسان محاکم می‌توانند در دعاوی مفاد قانون اساسی را مقدم دارند یا نه؟ و در مرحله دوم، آیا دادرس حق دارد به شرایط صوری قوانین مورد استناد رسیدگی کند، و از اجرای مقرراتی که بر طبق شرایط مقرر در قانون اساسی تصویب نشده است امتناع ورزد، یا مانند سایر مأموران اداری وظیفه دارد که فرمان اجرای قانون را بی‌چون و چرا بپذیرد؟

۱۲۱. صلاحیت دادرس در اعلام مخالفت قانون عادی با قانون اساسی :

بسیاری از نویسندگان دادرس را برای رسیدگی به مشروع بودن قانون صالح ندانسته‌اند. اینان، برای اثبات نظر خود به دو دلیل اصلی استناد می‌کنند:

۱. قانون ناشی از اراده عمومی است و چون در حکومت‌های آزاد سلطه واقعی با این اراده است، هیچ مقامی حق بازرسی و محدود کردن آن را ندارد.

۲. به موجب اصل استقلال قوای سه گانه (اصل ۵۷ قانون اساسی) قانونگذاری در صلاحیت خاص قوه مقننه است. قوه قضاییه مأمور است که قوانین را در دعاوی اجرا کند، و بحث درباره خوب و بد آنها یا چگونگی مطابقتشان با قانون اساسی از حدود وظیفه دادرسان بیرون است. زیرا اگر آنها بتوانند به بهانه جلوگیری از تجاوز به قانون اساسی، از مصوبات مجلس خودداری کنند، قوه مقننه همیشه زیر نفوذ و بازرسی قوه قضاییه خواهد بود، و این امری است که قانون اساسی با اعلام استقلال قوه مقننه آن را منع کرده است. این دلایل کم و بیش نویسندگان حقوقی و محاکم ما را قانع ساخته است که دادرس حق ارزیابی قوانین را ندارد. به گفته ایشان، چون در قانون اساسی اختیاری نسبت به رسیدگی یاد شده به قضات داده نشده است و مرجع صالح دیگری دارد، تشخیص مطابقت قوانین عادی و اساسی با قوه مقننه است و دادرس باید مصوبات مجلس را اجرا کند، هرچند که به نظر او نیز با قانون اساسی مخالف باشد.

ولی، باید انصاف داد که هیچ یک از این دو دلیل قاطع نیست و از لحاظ نظری قابل انتقاد به نظر می‌رسد. زیرا قانون تصمیم‌گسائی است که توانست‌هاند اکثریت را در مجالس قانونگذاری به دست آورند. قدرت این اکثریت ناشی از اختیاری است که قانون اساسی به آنها تفویض کرده است. پس، تصمیم‌نمایندگان در صورتی ارزش دارد که در حدود صلاحیت آنان و مقررات قانون اساسی باشد.

دادرس مأمور اجرای قوانین (اعم از عادی و اساسی) است و هنگامی که در دعوا با دو متن متعارض روبه‌رو می‌شود، باید برحسب قواعد یکی از آن دو را مقدم شمارد. حال، اگر فرض کنیم که یکی از این متون مربوط به قانون اساسی و دیگری از قوانین

عادی باشد، عقل حکم می‌کند که قاعده عالی تر بر مقررات پایین تر حکومت کند. درست است که قوه مقننه در برابر قوه قضاییه استقلال دارد و دادرس نمی‌تواند تصمیم‌های آن قوه را ابطال کند، ولی استقلال قوه قضاییه نیز ایجاب می‌کند که دادرس بتواند آزادانه در برابر قوانین متعارض مطابق اصول حقوقی تصمیم بگیرد، و ناگزیر نباشد که در تجاوز به قانون اساسی با قوه مقننه همداستان شود.

پیش‌بینی شورای نگهبان نیز صلاحیت قاضی را در تمیز قانون حاکم بر دعوا ازین نمی‌برد. شورای نگهبان می‌تواند از تحقق قانون جلوگیری کند و به طور نوعی مانع اجرای آن شود. ولی، دادرس تنها حق دارد در دعوی طرح شده قانون اساسی را به عنوان «قاعده حاکم» برگزیند و آن را مقدم بر قانون عادی دارد. پس این دو صلاحیت ارتباط و تعارضی باهم ندارد تا بتوان ادعا کرد که پیش‌بینی شورای نگهبان به منزله نفی صلاحیت قضات است.

به اضافه، چون مخالفت قوه مقننه با قانون اساسی امری است استثنائی و خلاف اصل، دادرس در مقام تفسیر قوانین باید مفاد آن را بر معنایی حمل کند که با اصول قانون اساسی منطبق باشد؛ یعنی در مواردی که قانون عادی مجمل است، یا احکام متناقض در آن وجود دارد، دادرس می‌تواند و موظف است معنایی را بپذیرد که با اصول قانون اساسی موافق به نظر می‌رسد، زیرا فرض این است که قانونگذار هیچ‌گاه از آن اصول تجاوز نمی‌کند. این صلاحیتی است که با هیچ استدلالی نمی‌توان از قوه قضاییه سلب کرد و حربه بسیار مفیدی است که در بسیاری از موارد این قوه می‌تواند برای حفظ اصول حکومت و آزادی‌های فردی به کار برد!

۱۲۲. ایراد به شرایط تصویب قانون :

در این فرض، دادرس نمی‌خواهد مطابقت قانون را با اصول قانون اساسی تشخیص دهد. بحث در این است که آیا امضای قانون، همان‌گونه که مأموران اداری را ناگزیر از اجرای قانون می‌کند، قوه قضاییه را نیز ملزم می‌سازد، یا دادرس فقط مقرراتی

را باید اعمال کند که موافق قانون اساسی تصویب شده باشد؟ برای مثال، اگر قانون به تصویب اکثریت لازم نمایندگان نرسد یا عده نمایندگان برای گرفتن رأی کافی نباشد یا قانون بدون حضور تماشاچی و روزنامه‌نویس و در جلسه خصوصی و سری مجلس به تصویب برسد، آیا دادرس می‌تواند، به این استناد که تجاوز به این اصول قانون را از اعتبار می‌اندازد و مفاد تصمیم مجلس را نمی‌توان قانون نامید، از اجرای آن خودداری کند؟^۱

در برابر این پرسش نیز پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند، که تشخیص رعایت اصول لازم در وضع قانون با خود قوه مقننه است، و وقتی رئیس‌جمهور آن‌را به‌عنوان قانون امضا کند، دادرس حق اظهارنظر درباره چگونگی آن‌را ندارد، زیرا او وظیفه دارد تصمیم‌های قوه مقننه را که حاکم بر تمام امور است به کار بندد.^۲

ولی، این گفته با استقلال قوه قضاییه منافات دارد، زیرا از پیش دانستیم که اصول اساسی حکومت را قانون اساسی معین می‌کند و این قانون، که حاکم بر همه قواست، اراده اکثریت نمایندگان را با شرایط خاص قانون نامیده است. بر فرض هم که دادرس حق اظهارنظر درباره خوب و بد قوانین را نداشته باشد، او را برای تشخیص قواعدی که باید به‌عنوان قانون اجرا کند نمی‌توان ناصالح پنداشت. زیرا او مأمور اجرای قانون است و همین وظیفه به او حکم می‌کند که تشخیص دهد آیا قانونی به معنای درست خود به‌وجود آمده است یا نه.^۳

به هر حال، به دلایلی که اشاره شد، در محاکم ما این‌گونه مسائل کمتر مطرح می‌شود و دادرسان هنوز مجال داوری درباره چنین مشکلی را نیافته‌اند.

۱. ناصرکاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ش ۱۰۴.

۲. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۹۹ - مارتی و رینو، ج ۱، ش ۷۰ و ۸۸ - ریپر، نیروهای سازنده حقوق، ش ۱۵۷.

۳. در حقوق عمومی فرانسه، با آنکه دادرس برای تشخیص مطابقت قوانین عادی و اساسی صلاحیت ندارد، می‌تواند درباره این مسأله که آیا قانون به‌وجود آمده است یا نه اظهارنظر کند؛ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۱۵ بار تلمی و دوئز، حقوق اساسی فرانسه، ص ۲۱۱ - دوگی، حقوق اساسی فرانسه، ج ۳، ص ۷۲۹ به بعد.

۱۲۳. اعتبار عهدنامه‌ها :

گفته شد که به موجب ماده ۹ قانون مدنی، عهدنامه در حکم قانون است و از همان اعتبار برخوردار می‌شود. اکنون باید افزود که ویژگی عهدنامه در این است که در روابط بین‌المللی دولتی را در برابر دولت دیگر پای‌بند می‌کند. پس، اگر دولت متعهد بتواند در داخل خود پیمانی را که با دیگری بسته است نسخ کند، دیگر اعتمادی به سرنوشت این پیمان‌ها نمی‌توان داشت.

از سوی دیگر، محاکم هر کشور وظیفه دارند که قوانین را اجرا کنند و هنگامی که به رو شدن با دو متن متعارض آخرین اراده قانونگذار را مقدم دارند. در نتیجه، دادگاه نمی‌تواند به بهانه رعایت عهدنامه از اجرای قانون جدیدی که برخلاف آن است خودداری کند.

اجرای این دو قاعده (یعنی پای‌بندی دولت به عهدنامه و الزام دادگاه به رعایت آخرین قانون) گاه در تزامن است: دادگاه، به‌عنوان پیکره‌ای از حکومت، به اجرای عهدنامه مقدم ملتزم است و به‌عنوان قوه قضاییه، باید از آخرین قانون اطاعت کند. پس این پرسش به ذهن می‌رسد که آیا باید تکلیف نخست را مقدم دارد یا التزام معارض با آن را؟ به بیان دیگر، در مقام رفع تزامن دو قاعده، کدام یک بر دیگری حکومت دارد؟ و آیا دادگاه می‌تواند از اجرای قانون (جدید) به استناد عهدنامه سابق امتناع کند؟

برای پاسخ دادن به این پرسش، باید چهره بین‌المللی آن را از وضع آن در درون حکومت جدا کرد و از این راه به تزامن و سرگردانی پایان داد:

۱. در روابط بین‌المللی: اعتبار عهدنامه بیش از قوانین داخلی است، زیرا هیچ قانونی نمی‌تواند آن را نسخ یا معلق کند، در حالی که نسخ قوانین به وسیله عهدنامه ممکن است: اگر دولت‌ها بتوانند، با وضع قوانین داخلی، مقررات عهدنامه را از بین ببرند، تمام قراردادهای بین‌المللی به صورت جایز و دلخواه در می‌آید: دولت طرف پیمان می‌تواند به آسانی از زیر بار تعهدهای خود شانه خالی کند و نظم جامعه جهانی را برهم زند. این نتیجه، با اصل لزوم قراردادهای و هدف از بستن عهدنامه تعارض دارد و باید از آن پرهیز کرد.

دولت، به هنگام امضای عهدنامه، به‌طور ضمنی حق الغای آن را از خود سلب می‌کند و دیگر نمی‌تواند

آن را بدین وسیله از اعتبار بیندازد.^۱

۲. در محاکم داخلی: دادگاه نمی تواند، به استناد الزامی که دولت در برابر طرف متعاقد خود پیدا کرده است، از اجرای قانون امتناع ورزد. قانون اساسی، قوه قضاییه را ملزم به اجرای قوانین می کند. در تعارض بین مفاد دو قانون، بر طبق قواعد عمومی، باید حکم جدید را که حاوی آخرین اراده قانونگذار است ناسخ قدیم دانست. ماده ۹ قانون مدنی، عهدنامه را در حکم قانون می داند. پس در تعارض زمانی عهدنامه و قانون، احکام عمومی نسخ قانون حکومت دارد.^۲

اجرای عهدنامه در روابط بین المللی، بستگی به سیاست عمومی کشور و عمل متقابل و عوامل دیگری دارد که رسیدگی و تصمیم گرفتن درباره آنها در صلاحیت دادگاه قضایی نیست. قوه قضاییه از شاخه های حکومت و همراه با آن است و دادرس دادگاه داخلی نمی تواند قواعد بین المللی را بر قانون اساسی و عادی ترجیح دهد.

۱۲۴. اعتبار احکام و نظامنامه های دولتی:

دروضع کنونی، صلاحیت قضات در برابر تصویب نامه ها و آیین نامه ها و نظامنامه های دولتی روشن است. زیرا مطابق اصل ۱۷۰ قانون اساسی: «قضات دادگاه ها مکلفند از اجرای تصویب نامه ها و آیین نامه های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیار قوه مجریه است خودداری کنند».

پس، محاکم باید این گونه نظامات را تا جایی که برخلاف قوانین نمی دانند، محترم شمارند و به کار بندند؛ ولی حق دارند از اجرای مقرراتی که برخلاف قانون به تصویب رسیده است خودداری کنند (مواد ۱ تا ۵ قانون آیین دادرسی مدنی).

۱. به موجب ماده ۲۸ قانون اساسی فرانسه در جمهوری چهارم که در اصل ۵۵ قانون اساسی ۱۱۴ کتبر ۱۹۵۸ نیز تکرار شده است، اعتبار عهدنامه ها پیش از قانون است، مشروط به این که به وسیله طرف دیگر قرارداد اجرا شود.

۲. ابری ورو، ج ۱، چاپ هفتم به وسیله پونسار، ش ۶۹ لربورپی ژونیرو لوسو آرن، حقوق بین الملل خصوصی، ش ۵۰ به بعد.

۲. اجرای قوانین در دادگاه

۱۲۵. ممنوع بودن قضات از دادن حکم کلی:

وظیفهٔ قوهٔ قضائیه این است که قوانین مصوب را در موارد اختلاف اجرا کند^۱. جدایی و استقلال قوهٔ مقننه ایجاب می‌کند که اعتبار رأی محدود به دعوا و دو طرف آن باشد و برای دادگاه‌ها در آینده محدودیتی به وجود نیاید. به اضافه، اگر قرار بر این شود که هر دادرس بتواند نظر خود را به صورت قاعدهٔ کلی اعلام کند و این نظر او و سایرین را پای‌بند سازد، دیری نخواهد پایید که در هر گوشه‌ای از کشور قاعدهٔ خاصی حکمفرما شود و اصل تساوی مردم در برابر قانون و وحدت حقوقی دچار اختلال گردد.

به همین جهات، مادهٔ ۴ قانون آیین دادرسی مدنی، اصل ممنوع بودن دادگاه از صدور حکم کلی را به صراحت اعلام می‌کند و می‌گوید:

«دادگاه‌ها مکلفند در مورد هر دعوا به‌طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر کنند».

با وجود این در پاره‌ای موارد قانونگذار ما مصالح یاد شده را فراموش کرده و به خاطر حفظ وحدت رویهٔ قضایی به بعضی از آرای دیوان کشور اعتبار مطلق داده است.

مادهٔ واحدهٔ مصوب تیر ماه ۱۳۲۸، در باب اختلاف نظریین شعبه‌های دیوانعالی کشور، مقرر می‌دارد: «هرگاه در شعب دیوانعالی کشور نسبت به موارد مشابه رویه‌های مختلف اتخاذ شده باشد، به تقاضای وزیر دادگستری یا رئیس دیوان کشور یا دادستان کل، هیأت عمومی دیوانعالی کشور، که در این مورد لااقل با حضور سه ربع از رؤسا و مستشاران دیوان مزبور تشکیل می‌یابد، موضوع مختلف لهه را بررسی کرده و نسبت به آن اتخاذ نظر می‌نماید. در این صورت نظر اکثریت هیأت مزبور برای شعب دیوانعالی کشور و برای دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است و جز به موجب نظر هیأت عمومی یا قانون قابل تغییر نخواهد بود». و مادهٔ ۳ الحاق شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷، با تعمیم حکم به همهٔ دادگاه‌ها، تجاوز به آن اصل را کامل ساخته است. مطابق این ماده: «هرگاه از

۱. در باب وظیفهٔ قوهٔ قضائیه و تحلیل عمل قضایی، رک. ناصرکاتوزیان، کتاب «اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی مدنی»، ش ۳۸ به بعد، از انتشارات کانون وکلای دادگستری، اسفند ۱۳۶۸.

طرف دادگاه‌ها اصم از جزایی و حقوقی رویه‌های مختلفی اتخاذ شده باشد، دادستان کل پس از اطلاع مکلف است موضوع را در هیأت عمومی دیوان کشور مطرح نموده رأی هیأت عمومی را در آن باب بخواهد. رأی هیأت عمومی در موضوعاتی که قطعی شده بی‌اثر است، ولی از طرف دادگاه‌ها باید در موارد مشابه پیروی شود».

بی‌گمان فواید عملی این موارد را نباید انکار کرد، زیرا دیوان کشور بدین وسیله می‌تواند وظیفه خود را در بازرسی نسبت به اجرای درست قوانین و هماهنگ ساختن آرای محاکم بهتر انجام دهد. ولی از نظر اصول، این مواد به طور مسلم با اصل جدایی قوای سه‌گانه و قانون اساسی مخالف است. زیرا به این وسیله دیوان کشور مجاز شده است که در وظایف ویژه قانونگذاری دخالت کند و به وضع قواعد کلی، که از خصایص قانون است، مبادرت ورزد.

به اضافه، تحمیل نظر دیوان کشور بر دادرسان محاکم پایین‌تر، قدرت ابتکار و استنباط را از آنان می‌گیرد، و موجب می‌شود که نتوانند نیازمندیهای اقتصادی و اجتماعی را در تفسیر قوانین در نظر بگیرند و قواعد کهنه را جان تازه بخشند. اگر تمام محاکم ناگزیر باشند که در مسأله خاصی از نظر دیوان کشور پیروی کنند، باب بحث و گفتگو درباره آن مسأله بسته می‌شود، و نه تنها دادرسان فرصت آن را نمی‌یابند که به نیازهای اجتماعی و عدالت توجه کنند، از نظر علمی نیز متوقف می‌مانند و چنان که کم و بیش می‌بینیم، به جای تحقیق و تفکر، به صورت مقلد دادگاه‌های عالی در می‌آیند. از طرفی، چون بعید است که هیأت عمومی به خودی خود متوجه کهنگی نظرهای خود شود و آن را تغییر دهد، رویه قضایی قدرت تحرک خویش را از دست می‌دهد.

۱۲۶. اصل جایز نبودن خودداری از احقاق حق :

همین که دعوا نزد دادرس صالح مطرح شود، او باید به هر حال با اجرای قانون فصل خصومت کند و تکلیف نزاع را روشن سازد. یکی از آثار مهم اقامه دعوا این است که دادگاه را ناگزیر از صدور رأی می‌کند، و هیچ دادرسی حق ندارد، به بهانه سکوت و اجمال یا تناقض قوانین، از اعلام تصمیم خودداری کند. دادرسی را که به این تکلیف عمل نکند «مستکف از احقاق حق» می‌گویند (ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی) و ماده ۷۲ قانون مجازات اسلامی کیفر او را انفصال از شغل قضایی و جبران خسارات وارد به

اشخاص قرار داده است.

حکمت اجبار قضات به دادن رأی این است که نظم عمومی ایجاب می‌کند که مردم، به جای انتقامجویی و توسل به زور، برای گرفتن حق مورد ادعای خود به محاکم رجوع کنند. رعایت این مصلحت هنگامی ممکن است که مدعی مطمئن باشد که سرانجام دادگاه درباره حقایق او اظهار نظر می‌کند، وگرنه، چگونه ممکن است اشخاص را از دادرسی درباره خودشان ممنوع داشت، در حالی که به کمک مقام‌های عمومی نیز مطمئن نیستند؟*

آنچه گفته شد درباره امور حقوقی است. در دعوی کیفری، همین که دادرس نتواند برای عمل ارتكابی مجازاتی در قوانین بیابد، باید حکم به برائت متهم دهد، هرچند که آن کار را از نظر اخلاقی زشت و شایسته کیفر بداند. این کار استتکاف از حقگزاری نیست؛ لازمه اجرای اصل برائت و نتیجه احترازناپذیر اصل قانونی بودن مجازات‌هاست.

۱۲۷. لزوم استناد دادگاه به حکم قانون:

دادگاه قانونگذار دعوا نیست، مجری آن است و باید چنان حکم کند که قانون مقرر کرده است. اجرای این تکلیف باید در متن حکم بیاید تا دو طرف دعوا و دیوان عالی به روشنی مستند حکم را دریابند و قاضی نیز خود را در صدور رأی آزاد نبیند. تصریح دادرس به مبانی حکم تضمین مهمی برای حق و اقتدار قانون در دادگاه است و چندان اهمیت دارد که در قانون اساسی نیز به آن امر شده است: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است» (اصل ۱۶۶ ق. ۱.). ضمانت اجرای این تکلیف، گذشته از محکومیت انتظامی دادرس

* تبصره ماده ۳ ق. آ. د. م. مصوب ۱۳۷۹ به قاضی مجتهد اختیار می‌دهد که، اگر قانون را خلاف شرع بداند، پرونده را برای رسیدگی به شعبه دیگر ارجاع کند؛ تبعیضی خلاف اصول که ممکن است مورد سوءاستفاده قرار گیرد.

(ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه عمومی و انقلاب)، نقض حکم در دیوان عالی کشور است.

۱۲۸. نقش دیوان کشور در تأمین اقتدار قانون :

دیوان کشور عالی ترین مرجع قضایی است که به منظور تأمین اجرای درست قوانین و ایجاد رویه واحد بین دادگاه های کشور ایجاد شده است (اصل ۱۶۱ ق.م.ا.:

۱. دیوان کشور بر اجرای درست قوانین نظارت می کند:

دیوان کشور را نباید مرجع خاصی برای رسیدگی به دعاوی پنداشت. زیرا، برخلاف آنچه در رسیدگی های پژوهشی مرسوم است، دیوان کشور هیچ گاه در دعوایی حکم قابل اجرا صادر نمی کند. وظیفه دیوان کشور این است که حکم مورد فرجام را از نظر اجرای درست قوانین بررسی کند: اگر دادگاه های تالی قانون را درست اجرا کرده باشند، استدعای تمیز رد و حکم ابرام می شود و در صورتی که تجاوز به یکی از قواعد حقوقی شده باشد، حکم نقض خواهد شد. ولی، دیوان کشور در باب صدور حکم مجدد اقدامی نمی کند، و فقط پرونده را برای صدور حکم به دادگاه دیگری، مطابق قواعد آیین دادرسی، ارجاع می کند (مواد ۳۶۶ ق.آ.د.م. به بعد).

به اضافه، در دیوان کشور، رأی تنها از نظر اجرای قانون ارزیابی می شود، و دادرسان دیوان عالی نمی توانند درباره وقایعی که در دادگاه پایین احراز شده است اظهار نظر کنند: یعنی نقض و ابرام در دیوان کشور باید مبتنی بر دلایل قانونی باشد نه ماهوی.

فرض کنیم مدعی برای اثبات طلبی به سند عادی استناد کند و دادگاه، پس از احراز اصالت سند، مدعی علیه را به تأدیه دین آمده در آن سند محکوم سازد؟ اگر از این حکم فرجام خواسته شود، دیوان کشور نمی تواند به دلایلی که فرجام خواه درباره انکار سند تقدیم کرده است توجه کند و حکم را از این جهت که سند از ناحیه محکوم علیه صادر نشده است، بشکند. زیرا رسیدگی به انتساب سند به او از وقایع ماهوی و خارجی است و ربطی به اجرای درست قوانین ندارد. ولی، اگر همین سند عادی در جایی مورد استناد واقع شود که مطابق قانون سند عادی پذیرفته نیست (مانند صلحنامه و هبه نامه و شرکتنامه) و محکوم علیه از این باب به

حکم اعتراض کند، دیوان کشور آن را نقض خواهد کرد. زیرا در این فرض، دادگاه برخلاف حکم قانون سند عادی را پذیرفته است (ماده ۳۷۱ ق. آ. د. م.).

این نکته را هم باید در نظر داشت که بازرسی دیوان کشور محدود به تجاوز از مواد قانون نیست، و در هر جا که دادگاه تالی در تفسیر قوانین و اعمال اصول کلی و عرف به خطا رفته باشد، آن دیوان اختیار دارد به نام حفظ قانون حکم را نقض و رسیدگی را به دادگاه دیگر ارجاع کند.

۲. دیوان کشور وحدت رویه قضایی را تأمین می‌کند:

علاوه بر مواردی که نظر دیوان کشور بر تمام دادگاه‌ها تحمیل می‌شود، قواعد دادرسی به گونه‌ای است که دیوان عالی به خوبی می‌تواند در سراسر کشور رویه محاکم را یکسان کند. زیرا دادگاهی که بعد از نقض مأمور به رسیدگی می‌شود سرانجام باید از نظر دیوان عالی پیروی کند، و حق ندارد نظر دیگری را در موضوع مورد اختلاف ترجیح دهد (مواد ۴۰۵ به بعد ق. آ. د. م.).

از نظر اصول، دادگاه تنها درباره همان دعوا موظف به رعایت رأی هیأت عمومی است، و در سایر دعاوی مشابه هیچ الزامی در پیروی از نظر دیوان عالی ندارد، و سایر محاکم نیز هیچ اجباری در پذیرفتن آن ندارند. ولی، از لحاظ عملی، چون آرای هیأت عمومی تا مدتها ثابت می‌ماند و محاکم می‌دانند که سرانجام باید نظر دیوان عالی اجرا شود، به طور معمول از همان نظر پیروی می‌کنند. بدین ترتیب، سنتی را که دیوان کشور در تفسیر قوانین رعایت می‌کند، رویه مشابهی برای تمام محاکم به وجود می‌آورد.

۱۲۹. قوانین ماهوی و شکلی:

برای فهم چگونگی اقتدار قانون، تمیز بین قوانین ماهوی و شکلی نیز مفید است: قوانینی که شرایط ایجاد و زوال و انتقال حق فردی را معین می‌کند، به تناسب موضوع خود، ماهوی یا «موجد حق» نامیده می‌شود؛ و به قواعدی که ناظر به صورت خارجی

اعمال حقوقی و تشریفات اسناد و دادرسی و اثبات دعوا است، قوانین شکلی می‌گویند. پس، موادی که شرایط اساسی صحت معاملات یا مقدار قابل تصرف در وصیت و سهام وارثان یا جرایم را تعیین می‌کند از قوانین ماهوی است؛ و مقررات مربوط به طرز تنظیم وصیتنامه و تشریفات اسناد رسمی و چگونگی دعوت طرفین به دادرسی و مانند اینها، در زمره قواعد شکلی است.

با این ترتیب، قوانین ماهوی با حقوق فردی ارتباط نزدیکتر دارد و به همین جهت قانونگذار تجاوز به این‌گونه قواعد را با دقت و سختگیری بیشتری منع کرده است؛ در حالی که رعایت قوانین شکلی یا تشریفات در پاره‌ای موارد ضروری شناخته نشده و گاهی نیز اجرای آنها بدون ضمانت اجرا مانده است. این تفاوت در دو مورد به خوبی مشاهده می‌شود:

۱. در دادرسی‌های عمومی، دادرس وظیفه دارد تمام احکام تشریفات را به دقت رعایت کند. با وجود این، تجاوز به همه آنها موجب نقض حکم در دیوان کشور نخواهد شد. قانونگذار به دیوان کشور اختیار داده است که این‌گونه قوانین را ارزیابی کند، و در صورتی حکم را به سبب تجاوز به قانون بشکند که تشخیص دهد «... عدم رعایت اصول دادرسی و قواعد امره و حقوق اصحاب دعوا، در صورتی که به درجه‌ای از اهمیت باشد که رأی را از اعتبار قانونی بیندازد» (بند ۳ ماده ۳۷۱ ق. آ. د. م.)، در حالی که تجاوز به هر یک از قوانین ماهوی سبب نقض حکم در دیوان می‌شود.

فرض کنیم در دعوایی دادگاه رعایت قوانین مربوط به ابلاغ اخطاریه را به یکی از اصحاب دعوا نکرده است، ولی او از جریان دادرسی آگاه شده و دفاع لازم را به دادگاه نوشته است. در این فرض، یکی از قوانین شکلی مورد تجاوز قرار گرفته است. لیکن، چون در اصل حقگزاری اثر ندارد و حکم را از اعتبار نمی‌اندازد، دیوان کشور به این استناد حکم را نقض نمی‌کند، در حالی که اگر در تقسیم ترکه‌ای سهم پسر و دختر برابر تعیین شده باشد، بی‌تردید باید حکم شکسته شود.

۲. در مواردی که دعوا به داوری ارجاع شده است، داور نیز وظیفه دارد که تمام

قوانین موجد حق را در دادرسی رعایت کند و تجاوز از آنها یکی از اسباب بطلان رأی است (بند ۱ ماده ۶۵۷ ق. آ. د. م.).

ج: اقتدار قانون در برابر اشخاص

۱۳۰. نتایج این اقتدار:

پس از امضای رئیس جمهور و انتشار قانون، رعایت آن بر همه مردم واجب است. از این پس مفاد قانون در شمار قواعد زندگی در اجتماع درمی آید و اشخاص ناگزیرند که روابط خود را بر طبق آن تنظیم کنند.

اعتبار و قدرت قانون در برابر اشخاص دو نتیجه مهم و اساسی دارد:

۱) رعایت قانون الزامی است و اشخاص نمی توانند به میل خود از اجرای آن امتناع کنند.

۲) پس از انتشار قانون و گذشتن مهلت های مقرر، هیچ کس نمی تواند خود را جاهل به مفاد آن بداند و به این بهانه از تحمل نتایج تجاوز به قانون معاف شود.

متنها، باید دانست که این دو نتیجه تنها به عنوان اصل قابل پذیرفتن است و موارد استثنائی چندان است که برای احاطه به حقوق کنونی، توجه به همه آنها ضروری است: الزامی که از احکام قانون پیدا می شود همیشه به یک اندازه نیست و گاه اشخاص می توانند به وسیله قراردادهای خصوصی از اجرای پاره ای از آنها خودداری کنند.

همچنین، به طور مطلق نباید گفت که ادعای جهل به قانون در هیچ صورتی پذیرفته نیست. زیرا در بعضی موارد، اجرای خود قانون ملازمه با شنیدن این ادعا دارد.

۱. درجه‌های اجبار ناشی از قانون

۱۳۱. قوانین امری و تکمیلی:

یکی از اوصاف قانون امری و اجباری بودن آن است. تمام قوانین کم و بیش با منافع عمومی ارتباط دارد و اجرای آنها از طرف قوای دولت تضمین شده است. بنابراین، مقصود از تقسیم قوانین به «امری و تکمیلی» این نیست که اشخاص در اجرای قوانین دسته دوم آزادند. مبنای این تقسیم را بایستی در درجه اجبار ناشی از قانون جستجو کرد^۱:

(۱) گاه جهات و مبانی قانون به اندازه‌ای در نظر قانونگذار مهم است که به اشخاص اجازه نمی‌دهد که برخلاف آن باهم تراضی کنند؛ چنان که هرگاه سخن از حقوق و تکالیف زن و شوهر یا عده وفات و طلاق می‌شود، منظور حفظ خانواده و بقای نسل است، و به همین جهت توافق اشخاص برای گریز از این قواعد هیچ اثری ندارد.

(۲) همیشه منظور قانونگذار وضع قواعد تخلف‌ناپذیر نیست، و گاه نیز می‌خواهد، یا اراده ضمنی طرفین عقد را بیان کند، یا ترتیبی را که به نظر او مفیدتر می‌رسد یادآور شود. در این موارد نیز قانون الزام‌آور است، منتها این الزام ناظر به صورتی است که دو طرف عقد برخلاف آن تراضی نکرده باشند: برای مثال، بخش مهمی از قواعد عمومی قراردادهای اختصاص به اختیارات دارد، با وجود این، متعاملین می‌توانند سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را در آن شرط کنند (ماده ۴۴۸ قانون مدنی). ولی، اگر ضمن قرارداد برای سقوط اختیار یا موعده پرداختن اجاره شرطی نشود، طرفی که اجرای قانون به زیان اوست حق ندارد، به بهانه امری نبودن قانون، از اجرای آن امتناع کند. زیرا، در این

۱. رپرنیروهای سازنده حقوق، ش ۱۲۸.

حالت، دیگر هیچ تفاوتی بین قوانین امری و تکمیلی وجود ندارد و اطاعت از دسته اخیر نیز واجب می‌شود.

با این ترتیب، تفاوت قوانین امری و تکمیلی در این است که قوانین دسته نخست به طور مطلق ایجاد الزام می‌کند. ولی، اجبار ناشی از دسته دوم مشروط بر این است که از پیش برخلاف آن تراضی نشده باشد.

۱۳۲. فایده قوانین تکمیلی :

ممکن است پرسیده شود که اگر اشخاص بتوانند آزادانه برخلاف قوانین تکمیلی تراضی کنند، دیگر چه فایده‌ای بر وضع این قوانین بار است؟ وظیفه قانونگذار اندرزگویی و راهنمایی کردن اشخاص نیست، و باید قواعد زندگی در اجتماع را معین و اجرای آنها را تضمین کند، در حالی که در قوانین تکمیلی اطاعت از قانون به اختیار اشخاص است و آنها هستند که باید تصمیم نهایی را درباره آثار عقد بگیرند.

ولی، باید دانست که فایده مهم این‌گونه قوانین این است که راه حل‌های عرفی و عادلانه را در هر قرارداد پیش‌بینی می‌کند، و دو طرف عقد ناگزیر نیستند که تمام جزئیات حقوق و تکالیف خود را در عقد ذکر کنند. به همین مناسبت آنها را قوانین «تفسیری» و «تعویضی» نیز گفته‌اند.

در غالب موارد، در اثر بی‌اطلاعی یا شتابزدگی، دو طرف عقد راه حل مسائلی را که با آن روبه‌رو خواهند شد در اسناد خود نمی‌آورند، و نتیجه مهم قوانین تکمیلی در این است که در چنین موردی حکم قانون را به طور امری بیان می‌کند و دادرس را از سرگردانی در باب احراز قصد مشترک آنان می‌رهاند.

چنان که دیدیم، هنگامی که زمان اجرای قوانین تکمیلی می‌رسد، دیگر حکم قانون جنبه پند و اندرز ساده را ندارد و تخلف از اجرای آن به وسایل گوناگون تضمین شده است.

وانگهی درست است که قانونگذار در موارد عادی گریز از قوانین تکمیلی را مجاز

می‌شمرد؛ ولی، در مواردی که زورمندان بخواهند به نیروی سرمایه و انحصار و با دستاویز به «قراردادهای الحاقی»^۱ از نیاز مصرف‌کنندگان بهره‌برداری کنند و شرایط خود را زیر سرپوش قرارداد و، برخلاف قوانین تکمیلی، بر آنان تحمیل نمایند، با وضع قواعد خاص دامنه قراردادهای خصوصی را نیز محدود می‌سازد.^۲

۱۳۳. تمیز قوانین امری و تکمیلی؛ مفهوم نظم عمومی:

تمیز قوانین امری و تکمیلی از جهت تشخیص درستی و فساد معاملات اهمیت فراوان دارد. زیرا، همین که قراردادی با مفاد یکی از قوانین مخالف باشد، این پرسش به میان می‌آید که آیا این قانون امری است یا تکمیلی؟ اگر قانون امری باشد قرارداد باطل، وگرنه درست است.

تمیز این دو دسته از قوانین کار ساده‌ای نیست و دادرس باید، با ملاحظه وضع سیاسی و اقتصادی و اخلاق عمومی جامعه، اراده قانونگذار را در این باره احراز کند و چون این عوامل همیشه در تغییر و تحول است، نمی‌توان ضابطه ثابت و روشنی برای این تحقیق به دست داد.

در زمانی که قانون مدنی نوشته می‌شد، قانونگذار ما به حاکمیت اراده و آزادی قراردادی اهمیت بیشتری می‌گذارد، در حالی که امروز، به سبب دخالت روزافزون دولت در امور اقتصادی و تجارتي، غالب قوانین امری است و در پاره‌ای از آنها به این نکته تصریح شده است.

ضابطه‌ای که برای تعیین قوانین امری مرسوم شده این است که هرگاه قانون مربوط به نظم عمومی باشد، امری است و در صورتی که هدف از وضع قانون تنها حفظ منافع خصوصی افراد باشد، تکمیلی است (مستفاد از ماده ۹۷۶ قانون مدنی).

۱. مقصود قراردادی است که شرایط آن از پیش به وسیله یکی از دو طرف معین می‌گردد و دیگری تنها می‌تواند به آن ملحق شود؛ مانند قراردادهای بیمه و آب و برق و تلفن و حمل و نقل هوایی و دریایی... و مانند اینها.

۲. رپرنیروهای سازنده حقوق، ش ۱۸۶، ص ۴۰۰.

در تعریف نظم عمومی نیز گفتگو بسیار است. در این مقدمه، همین اندازه می‌توان گفت:

«قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی است که هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز بدان نظامی را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی یا اقتصادی یا حفظ خانواده است برهم زند».

بدین ترتیب، نظم عمومی نیز در امور اداری و سیاسی و اقتصادی و خانوادگی چهره‌های گوناگون می‌یابد. به همین جهت، گاه گفته می‌شود: «نظم عمومی اقتصادی» یا «نظم عمومی خانوادگی».

بی‌گمان در وضع همه قوانین کم و بیش منافع عمومی مورد نظر است، ولی باید دید ارتباط قاعده‌ای با منافع عموم به اندازه‌ای هست که اصل حاکمیت اراده در برابر آن بی‌ارزش باشد؟ این مشکلی است که در هر زمان راه‌حل آن تغییر می‌کند و دادرس باید، با ملاحظه تمام سازمان‌های اداری و اقتصادی و اخلاق و مذهب زمان خود، حدود قواعد مربوط به نظم عمومی را تعیین کند.^۱

با وجود این، می‌توان گفت که در مقام تردید باید بین قوانین مربوط به امور مالی و قواعد ناظر به احوال شخصی و اهلیت تفاوت گذارد: هرچند در امور مالی نیز قواعد امری فراوان است، اصل تکمیلی بودن قانون است (ماده ۳۰ قانون مدنی). برعکس، غالب قواعد مربوط به خانواده و ارث و وصیت و اهلیت امری است، مگر این که خلاف آن به دلیلی احراز شود. همچنین، باید اضافه کرد که تمام قوانین مربوط به حقوق عمومی، مانند قوانین اساسی و اداری و کیفری و بخش مهمی از آیین دادرسی، از قوانین مربوط به نظم عمومی و در شمار قوانین امری است.^۲ به همین جهت، اشکال مربوط به

۱. برای مطالعه بیشتر درباره نظم عمومی، رک. ناصرکاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۹۵ به بعد.

۲. همچنین اگر هدف از وضع قانونی حفظ اشخاص ثالث باشد (مانند تنظیم سند رسمی و ثبت در دفتر املاک در معاملات غیرمنقول) یا امری استثنائی و خلاف قواعد معاملات و اراده مفروض طرفین باشد (مانند تلف مبیع پیش از قبض به عقیده بعضی) قانون امری است نه تکمیلی.

تمیز نظم عمومی در این گونه قوانین کمتر است.

۱۳۴. قوانین اذنی:

پاره‌ای از قوانین به ظاهر هیچ امر و نهی یا حکمی را انشاء نمی‌کند و الزامی به وجود نمی‌آورد. به همین جهت نیز آنها را «اذنی» یا «اختیاری» نامیده‌اند: مانند قوانینی که تنها احکام پیش از خود را نسخ می‌کند، یا نهاد و مفهوم معینی را تعریف می‌نماید (مواد ۱۲ و ۱۹ ق.م. در تعریف اموال منقول و غیر منقول)، یا انجام دادن کاری را مباح می‌سازد (ماده ۹۲ ق.م.).

این گونه قوانین وجود مستقل ندارد و هدف از وضع آنها بیان قلمرو و حدود اقتدار سایر قواعد است و از توابع امر و نهی قانونگذار به شمار می‌آید. پس نباید چنین پنداشت که هیچ اقتداری در برابر اشخاص ندارد.

۱۳۵. انتخاب قانون حاکم:

اقتدار قانون با اختیار اشخاص در انتخاب قانون حاکم بر آنان منافات دارد. زیرا بدین وسیله به آسانی می‌توان از اجرای قوانین امری گریخت. با وجود این، برای جلوگیری از تعارض قوانین، گاه این اختیار با شرایطی به اشخاص داده شده است: ماده ۹۶۸ ق.م. در این باره اعلام می‌کند:

«تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر این که متعاقدین اتباع خارجه بوده و آنرا صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

برای توجیه این اختیار، پاره‌ای نویسندگان گفته‌اند: در روابط بین‌المللی هیچ قاعده امری برای دو طرف عقد وجود ندارد و آنان می‌توانند درباره قانون حاکم بر قرارداد توافق کنند. بر طبق اصل حاکمیت اراده، تعیین آثار ناشی از توافق با دو طرف است و اعتبار قانون خارجی مورد انتخاب آنها مبتنی بر همین اصل و نفوذ قراردادی است که در این باره بسته‌اند. به همین جهت هم، اگر قانون انتخاب شده تغییر کند، پیمان آنان همچنان تابع قانون سابق است. برای مثال، اگر در پیمانی آثار تعهدهای دو طرف تابع قانون سوئیس قرار داده شود، آن آثار تابع قانون حاکم در زمان امضای قرارداد است و تغییر قانون سوئیس اثری در این رابطه ندارد. این نظر که بر پایه حکمت فردگرایی و حاکمیت اراده شخص بر روابط اجتماعی استوار است، با حقوق کنونی ما سازگار به نظر نمی‌رسد: امروز حکومت اراده بر قراردادها تنها به عنوان یک وسیله مفید

اجتماعی پذیرفته شده است؛ وسیله‌ای که همه اعتبار خود را از قانون می‌گیرد و محدود به قواعد آن است. منشأ اصلی تمام تمهدهایی که اشخاص در روابط خود با دیگران پیدا می‌کنند قانون است و اگر می‌بینیم که توافق می‌تواند برای آنان ایجاد دین کند، از آن روست که قانون چنین مقرر می‌کند.

پس، اعتبار قانونی که دو طرف قرارداد برای حکومت برگزیده‌اند، ناشی از حاکمیت اراده آنان نیست؛ به این دلیل است که قانون مدنی آن را وسیله مفیدی برای حل تعارض قوانین می‌داند. به همین جهت هم تمام تغییرهایی که در قانون منتخب رخ می‌دهد، در حدود قواعد عمومی اجرای قوانین، در رابطه آن دو مؤثر است.

نتیجه مهمی که از این تحلیل گرفته می‌شود این است که امکان انتخاب قانون امری استثنائی است و باید در حدود قانون انجام شود.^۱ ماده ۹۶۸ قانون مدنی نیز در زمینه اعطای اختیار انتخاب قانون، تفسیر محدود می‌گردد:

برای این که انتخاب قانون حاکم از سوی دو طرف قرارداد ممکن باشد، باید:

- ۱) هر دو خارجی باشند. قرارداد ایرانی و خارجی، اگر در ایران واقع شود، تابع قانون ایران است، هر چند که دو طرف قانون دیگری را انتخاب کرده باشند.
- ۲) انتخاب قانون به منظور حکومت بر آثار عقد باشد نه شرایط اساسی صحت آن.

۲. جهل به قانون

۱۳۶. قاعده:

پس از انتشار قانون و گذشتن موعد اجرای آن، دیگر ادعای «جهل به قانون» پذیرفته نمی‌شود. وضع هر قانون کم و بیش به منافع جامعه ارتباط دارد و قانونگذار بنا به مصلحتی آن را تصویب کرده است. پس، نظم عمومی اقتضا دارد که اراده او بر تمام

۱. برای ملاحظه عقاید نویسندگان در سده‌های نوزدهم و بیستم و رویه قضایی در فرانسه، رک. لربوری ژونیر، حقوق بین الملل خصوصی، دالوز ۱۹۶۲، ش ۳۵۰ تا ۳۵۳ نی بوایه، دوره حقوق بین الملل خصوصی فرانسه، چاپ دوم، ص ۵۹۸ تا ۶۰۰.

مردم یکسان حکومت کند. درست است که برای آگاه شدن عموم چاره‌جویی‌هایی شده و نشر قانون همراه با تشریفات است که هر کس علاقه‌مند به دانستن آن باشد به آسانی می‌تواند روزنامه رسمی را بخواند، ولی از این تشریفات نباید نتیجه گرفت که شرط اجرای قانون درباره هر کس علم او به مفاد قانون است. زیرا، در این صورت تنها حقوقدان‌های ورزیده، آن هم در رشته خاص خود، مکلف به رعایت قوانین می‌شوند و قانون، به جای حفظ نظم، سبب ایجاد هرج و مرج در روابط حقوقی اشخاص خواهد شد.

به اضافه، کسانی که در صدد آگاه شدن از قانون برنیامده‌اند، فرض این است که در این راه مسامحه کرده‌اند و به بهانه این تقصیر نباید از تحمیل نتایج آن معاف گردند.

به طور خلاصه، پس از انتشار قانون ظاهر این است که همه از آن آگاه شده‌اند و قانون نیز به اتکای حکم ظاهر همه را مطلع فرض کرده است، و نظم عمومی ایجاب می‌کند که خلاف این فرض را نتوان اثبات کرد. این است که می‌گویند: «جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند».

پاره‌ای از نویسندگان اساس این قاعده را به شدت مورد انتقاد قرار داده‌اند. به نظر این گروه، که از عقاید طرفداران فردی الهام گرفته‌اند، چون وسایل انتشار قانون برای آگاه شدن همه مردم کافی نیست و بسیاری از آنها به علت بی‌سوادی و نداشتن دسترسی به روزنامه رسمی نمی‌توانند از مفاد قانون آگاه شوند، پذیرفتن ادعای جهل به قانون عادلانه نیست.^۱

اگر قدرت قانون متکی بر رضای اشخاصی بدان باشد، و آن چنان که حکیمان قرن ۱۷ و ۱۸ می‌پنداشتند، اساس اجتماع مبتنی بر توافق اعضای آن فرض شود، این انتقاد بجاست. ولی، امروز لزوم حفظ نظم در روابط اجتماعی بیش از احترام به حقوق فردی مورد توجه است و، چنان که اشاره شد، نظم اجتماع با پذیرفتن ادعای جهل به قانون

۱. روسل، حقوق تعهدات سوئیس، ص ۵۲ - برای مطالعه دلایلی که در این زمینه اقامه شده است، رجوع شود به: دکتر سید حسن امامی، ج ۴، ص ۸۲ به بعد.

اصولاً منافات دارد.

۱۳۷. انحراف از قاعده:

قاعده «جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند» در حقوق خصوصی قاعده مطلقه نیست و گاه به طور استثنائی رعایت نمی‌شود. در بیان این استثناء به طور خلاصه می‌توان گفت:

هرگاه هدف قانونگذار حمایت از کسانی باشد که عمل ارادی را به اشتباه انجام داده‌اند، یا مقصود از وضع قانون حفظ منافع اشخاصی باشد که با حسن نیت مرتکب عمل نامشروعی شده‌اند، ادعای جهل به قانون پذیرفته خواهد شد. زیرا، اگر در این موارد نیز ادعای جاهل پذیرفته نشود، مقصود قانونگذار و هدف از وضع قانون تأمین نخواهد شد: یعنی نپذیرفتن ادعای جهل با اجرای درست قانون منافات دارد.

این‌گونه امور در قانون مدنی ماندهای فراوان دارد و برای روشن شدن امر به آوردن دو مثال قناعت می‌شود:

۱. گاهی در اثر تصور غلطی که اشخاص از قانون دارند خود را مدیون می‌پندارند، و پولی را که مدیون نیستند به طلبکار تصوری خود می‌پردازند. به حکم ماده ۳۰۲ این پول قابل استرداد است، و لازمه اجرای این حکم پذیرفتن ادعای جهل نسبت به قانون است. برای مثال، اگر وارثی نداند که به حکم قانون وصیت زاید بر ثلث نافذ نیست و در اثر این نادانی وصیتی را که از آن میزان تجاوز کرده است اجرا کند، می‌تواند پس از ثابت کردن ادعای جهل خود، پولی را که به تصور مدیون بودن پرداخته است پس بگیرد.

۲. اگر زن و مردی از مواعینی که در قانون برای نکاح مقرر شده است مطلع نباشند و در اثر نادانی و به تصور این که نکاح بین آن دو مشروع است، باهم زناشویی کنند، قانون رابطه آنان را در حکم زنا نمی‌داند و آثار نکاح درست را بر روابط آنان بار می‌کند. این رابطه را در اصطلاح حقوق ما «نزدیکی به شبهه» می‌گویند. در مبحث نکاح خواهید دید که با وجود بطلان نکاح، فرزندان این دو اولاد مشروع پدر و مادر خود محسوب می‌شوند و مطابق معمول از آنها ارث می‌برند و مقررات مربوط به انفاق خویشاوندان و عده طلاق

در این گونه موارد اجرا خواهد شد.^۱

۱۳۸. جهل همگانی:

در مواردی که به سبب وجود قوه قاهره، مانند جنگ و اشغال نظامی یا زلزله و طوفان، مردم منطقه‌ای از قانون بی اطلاع می‌مانند و همچنین در صورتی که متن قانون مبهم است و معنایی را که عموم از آن فهمیده‌اند با تعبیر قاطع دیوان کشور منافات دارد، پذیرفتن ادعای جهل به قانون ظالمانه به نظر می‌رسد، و عدالت اقتضا می‌کند که در این گونه موارد نیز محاکم به ادعای جاهل رسیدگی کنند؛ چنان که دادگاه‌های فرانسه نیز، به خاطر رعایت همین عدالت، با شرایطی ادعای جهل را می‌پذیرند و غالب‌بنویسندگان فرانسوی از این رویه طرفداری کرده‌اند.^۲

دادگاه‌های ماهنوز تصمیمی در این باره نگرفته‌اند و شاید بتوان گفت که هنوز با چنین ایرادی رویه‌رو نشده‌اند. ولی، همچنان که پاره‌ای از استادان گفته‌اند^۳، اتخاذ چنین رویه‌ای از طرف دادگاه‌های مانیز بسیار بجا و شایسته است.

۱۳۹. اثبات ادعای جهل:

در موارد استثنایی ادعای جهل به قانون پذیرفته می‌شود، این ادعا را باید ثابت کرد: یعنی مدعی جهل باید مطابق اصول ادعای خود را در دادگاه ثابت کند و اقامه دلیل را بر عهده گیرد. زیرا انتشار قانون در روزنامه رسمی و گذشتن مهلت مقرر در ماده ۲ قانون مدنی این فرض را به وجود می‌آورد که همه از آن آگاه شده‌اند. پس، هر که خلاف این فرض را درباره خود ادعا کند، باید دلیل بیاورد، و در هیچ موردی ادعای جهل به قانون بدون دلیل پذیرفته نخواهد شد.

۱. ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، ج ۱، ش ۵۷؛ ج ۲، ش ۳۴۸ و ۳۴۹.

۲. مارتینورینو، ج ۱، ش ۹۷- مازو و بدروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۹۱- ریروبولانژه، ج ۱، ش ۱۲-

رای دوم ژوئیه ۱۸۰۷ شورای دولتی و رای دوم نوامبر ۱۹۵۹ دیوان کشور (نقل از مازو، همان کتاب).

۳. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۴، ص ۸۷.

پاره‌ای از استادان گفته‌اند که، هنگام تردید دربارهٔ اطلاع از قانون، اصل عدم این اطلاع است. پس کسی که ادعا می‌کند دیگری از وجود قانون آگاه بوده است باید دلیل بیاورد و مدعی جهل نیازی به اثبات آن ندارد^۱. ولی در پاسخ این ایراد باید گفت: استناد به اصل در صورتی جایز است که دلیلی بر آگاه بودن اشخاص از قانون در دست نباشد و در این‌گونه موارد، که انتشار قانون امارهٔ آگاهی از قانون دانسته شده است، کسی که می‌خواهد نادرستی فرض قانونگذار را در مورد خود ثابت کند باید دلیل بیاورد.

گفتار چهارم: نسخ قانون

۱۴۰. تعریف:

نسخ قانون عملی است که به موجب آن قانونگذار، به‌طور صریح یا ضمنی، اعتبار قانون را سلب می‌کند. از این پس، اعتبار و قدرت قانون از بین می‌رود و مقررات سابق جای خود را به قواعد نو می‌دهد.

نسخ قانون را با ابطال آن نباید اشتباه کرد. در حکومت‌هایی که ابطال قوانین توسط دیوانعالی پیش‌بینی شده، و همچنین در مواردی که دولت جدید حکومت سابق بر خود را غاصب می‌داند، دیوان عالی یا مجلس ملی جدید اعلام می‌کند که قوانین گذشته، به سبب تجاوز به قانون اساسی، از آغاز درست نبوده است. به همین جهت آثار این‌گونه قوانین به کلی از بین می‌رود و نتیجهٔ ابطال به گذشته نیز سرایت می‌کند.

ولی، نسخ قانون به موردی گفته می‌شود که قانونگذار وجود قانونی را که تشریفات وضع آن درست بوده است، بنا به مصالحی، زاید یا مضر تشخیص می‌دهد. بنابراین، در اثر نسخ قدرت قانون در آینده از بین می‌رود و آثار گذشتهٔ آن حفظ می‌شود. برای مثال،

۱. برای ملاحظهٔ این عقیده، رجوع شود به: جلد چهارم حقوق مدنی مرحوم دکتر امامی، ص ۴۵۷ که ادعای فراموشی نسبت به قانون را نیز قابل استماع دانسته‌اند.

اگر قانون مالیات مخصوصی را که تاکنون گرفته می شده است حذف کند، نسخ این قانون ناظر به آینده است: یعنی از این پس مالیات را نمی توان گرفت، ولی مالیاتهای گذشته را هم نباید بازگرداند.

الف: مقام صالح

۱۴۱. نسخ و مرجع آن؛ طبقه بندی قوانین:

نسخ قانون تنها از طرف مرجعی که آن را وضع کرده، یا در طبقه بندی قوانین مرجع عالی تر است، امکان دارد. بنابراین، قانون عادی هیچ گاه قانون اساسی را نسخ نمی کند، یا تصویب نامه هیأت وزیران قانون را ملغی نمی سازد. ولی قانون اساسی می تواند همه قوانین و مقررات پایین تر را نسخ کند، یا تصویب نامه وزیران بخشنامه وزیری را از بین ببرد.

با وجود این، در مواردی که دولت به نمایندگی از طرف مجلس قاعده ای را به طور موقت وضع و اجرا می کند، تصمیم او در حکم قانون است و با تصویب نامه یا آیین نامه دیگری نمی تواند آن را نسخ کند. زیرا در این گونه امور استثنائی نیز قاعده یاد شده ناشی از قوه مقننه است و هیأت وزیران نقش وکیل و نماینده آن قوه را دارد.

در مورد تعارض عهدنامه ها با قوانین داخلی، به نظر می رسد که عهدنامه می تواند ناسخ قانون باشد، چرا که در حکم قانون است. ولی، در روابط بین المللی، عهدنامه اختیار دولت را در وضع قانون معارض با آن محدود می کند، هر چند که محاکم داخلی ناگزیر از اجرای قانون جدید باشند.

۱۴۲. آیا شورای نگهبان حق نسخ یا ابطال قوانین موجود را دارد؟

شورای نگهبان، از اختیاری که اصل چهارم قانون اساسی درباره تمیز مشروع بودن

قوانین به آن نهاد اعطا کرده، نتیجه گرفته است که حق الغای قوانین موجود را نیز دارد. ولی این اقدام، که فراتر از نسخ قانون و در حکم ابطال آن است، قابل انتقاد به نظر می‌رسد. زیرا استفاده از قوای عمومی تنها از راه تشریفات و آیین ویژه آن امکان دارد؛ چنان که هیچ کس قاضی را در خیابان و منزل خود و خارج از پرونده‌ای که به او ارجاع شده دارای صلاحیت نمی‌داند و برای مردم کوچه و بازار، با این که خداوند آنان را حاکم بر سرنوشت اجتماعی خویش ساخته است (اصل ۵۶ قانون اساسی)، حق وضع قانون نمی‌شناسد و تردید نیست که باید این قوه از طریق انتخابات و مجلس اعمال شود (اصل ۶ و ۵۸). شورای نگهبان نیز تنها از راه آیین ویژه‌ای که در قانون اساسی برای اعمال صلاحیت او پیش‌بینی شده و در همان حدود می‌تواند از اختیار مندرج در اصل چهارم، که ناظر به اصول کلی است، استفاده کند.

شیوه اجرای صلاحیت شورای نگهبان در اصل ۹۱ به بعد قانون اساسی آمده است و بر مبنای قواعد اعلام شده در این اصول: ۱) شورای نگهبان مانع از قانونگذاری نامشروع می‌شود و بر تصویب قوانین جدید نظارت دارد و سخنی از قوانین گذشته نیست (۲) شورای نگهبان در هیچ حال حق ابطال قانون را ندارد و تنها می‌تواند مصوب مجلس را برای تجدیدنظر به مرجع صالح بازگرداند. پس، ادعای داشتن اختیار ابطال قانون بر مبنای این اصول، قابل پذیرفتن نیست. به‌ویژه که ابطال قانون، بدون این که متنی جایگزین آن شود، نظام حقوقی را دچار خلأ می‌کند و باعث آشفتگی حقوقی است. بر مبنای اصل چهارم، می‌توان قوانینی را که از این پس نیز تصویب می‌شود ابطال کرد، در حالی که هیچ کس این نتیجه را نمی‌پذیرد.

مرجع نهایی قانونگذاری در نظام حقوقی ما مجلس شورای اسلامی است و همین مرجع باید درباره ابقاء یا نسخ قوانین موجود تصمیم بگیرد. مجلس نیز تکلیف رعایت قوانین اساسی و شرع را بر دوش دارد و احساس می‌کند. پس اگر قاعده‌ای را نسخ نکند، ناچار باید گفت آن را مفید و مشروع می‌بیند. در نتیجه، اگر شورای نگهبان چنین قاعده‌ای را به‌طور مستقیم و بدون صوابدید مجلس ابطال کند، به کاری دست می‌زند که قانون اساسی در شرح اجرای صلاحیت شورا مباح نمی‌داند.

چنان که گفته شد، شورای نگهبان مرجع قانونگذاری نیست و ولایتی که در این زمینه دارد باید محدود به مصرحات قانون اساسی باشد. به بیان دیگر، در هر فرضی که در امکان دخالت شورا در امر قانونگذاری تردید شود، اصل عدم ولایت است.

ب: اقسام و چگونگی

۱۴۳. نسخ صریح و ضمنی:

از تعریف نسخ چنین برمی آید که قانونگذار گاه به طور صریح اراده خود را در الغای قانون بیان می کند، و گاه دیگر از اعمال قوه مقننه استنباط می شود که از تصمیم گذشته خود عدول کرده است. بنابراین، نسخ قانون به دو صورت امکان دارد: صریح و ضمنی.

نسخ صریح به صورتی گفته می شود که ضمن قانون جدید بی اعتباری مقررات گذشته اعلام شود. برای مثال، در ماده ۷۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی پانزده قانون گذشته، از جمله قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۹ ذیقعدة ۱۳۲۹ (به استثنای باب ششم)، به صراحت نسخ شده است، و ماده ۴۰ قانون اعسار مصوب ۲۰ آذر ۱۳۱۳ می گوید: «قانون اعسار و افلاس مصوب ۲۵ آبان ماه ۱۳۱۰ نسخ... و این قانون از تاریخ تصویب به موقع اجرا گذارده می شود».

نسخ ضمنی هنگامی است که پس از انتشار قانون مقرراتی تصویب شود که با قانون سابق قابل جمع نباشد. در این صورت، چون اجرای هر دو قانون امکان ندارد و معقول به نظر نمی رسد که قانونگذار اجرای دو امر متضاد را فرمان دهد، به ناچار تنها رعایت یکی از دو متن ممکن است. از طرفی، نظر به این که قانون جدید آخرین اراده قانونگذار است و اگر نیازی به وجود آن نبود از طرف قوه مقننه تصویب نمی شد، ناگزیر باید قانون اخیر را نسخ مقررات سابق قرار داد. بنابراین، عبارتی که گاه در انتهای قوانین

آورده می‌شود و مقنن اعلام می‌کند که: «کلیه مقرراتی که مخالف این قانون است نسخ می‌شود» تأکید و زاید است، زیرا نسخ ضمنی بدون آن نیز محقق می‌شود. در نسخ ضمنی، گذشته از وحدت موضوع و اختلاف جمع ناشدنی بین دو حکم، باید میان آن دو فاصله زمانی باشد، به گونه‌ای که در دید عرفی قانونگذاری نتوان گفت دو حکم مقارن یکدیگر است و در یک زمان انشاء شده است. زیرا، تنها در این صورت است که احتمال لغو حکم قدیم و قطع اعتبار آن معقول به نظر می‌رسد. پس، در مجموعه‌هایی از مواد هماهنگ، مانند قانون مدنی یا تجارت، که در یک زمان تصویب شده است، نباید سخن از نسخ ماده مقدم به وسیله ماده مؤخر گفت، هرچند به ظاهر میان آنها تعارض باشد. ولی، ماده‌ای از یک مجموعه می‌تواند منحصص ماده دیگر از همان مجموعه باشد: یعنی از قلمرو شمول عام بکاهد.^۱

۱۴۴. صورت‌های نسخ ضمنی:

در تشخیص نسخ ضمنی، بیش از هر چیز باید به اراده قانونگذار توجه داشت، زیرا تنها اوست که می‌تواند قانون را از بین ببرد. نسخ قانون امری استثنائی و خلاف اصل است و در صورتی باید پذیرفته شود که در تصمیم قانونگذار نسبت به عدول از قانون تردید نباشد. به همین جهت، در میان علمای اصول مشهور است که «الجمع مهما امکن اولی» و همه آنرا به عنوان یک قاعده عقلی و بدیهی به کار می‌برند. برای اجرای درست این قاعده، باید دید قانون قدیم و جدید تا چه اندازه باهم منافات دارد و در چه حدود این دو قانون قابل جمع است: اگر قانون جدید در پاره‌ای امور با قانون پیشین مخالف باشد، تنها در همان حدود قدرت آنرا از بین می‌برد و در سایر جهات حکم نخست به اعتبار خود باقی است. توضیح آنکه، هرگاه موضوع حکم قانون در عالم خارج متعدد باشد، آنرا در اصطلاح «هام» و اگر

۱. رک. ناصرکاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ش ۱۶۴.

حکم ناظر به موضوع معینی باشد «خاص» می‌نامند. در رابطه بین قانون قدیم و جدید، هر کدام که مصداق بیشتری داشته باشد نسبت به دیگری عام و حکمی که قلمرو اجرای آن وسعت کمتری دارد خاص است؛ چنان که اگر حکمی ناظر به کارمندان دولت و دیگری مربوط به قضات باشد، حکم نخست عام و دیگری خاص است.

اکنون چگونگی نسخ ضمنی را به تناسب عام و خاص بودن قانون قدیم و جدید، در سه فرض مطالعه می‌کنیم:

۱۴۵. قانون قدیم و جدید از حیث عموم و خصوص باهم برابر است:

فرض این است که دو قانون قلمرو مساوی دارد، و حکم جدید با آنچه در سابق وجود داشته معارض است. در این صورت، قانون جدید مقررات گذشته را نسخ می‌کند؛ چنان که اگر قانونی مدت مرور زمان دعاوی را بیست سال معین کند، و قانون دیگری آن را به ده سال کاهش دهد، قانون دوم ناسخ حکم نخست است. همچنین است موردی که قانون قدیم مهلتی برای درخواست تجدیدنظر معین نکند و قانون جدید آن را محدود به مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ حکم کند.

۱۴۶. قانون سابق عام است، و قانون جدید حکم خاص:

در این حالت نیز در نسخ ضمنی قانون سابق تردیدی نیست، جز این که قاعده خاص نمی‌تواند عام را از هر جهت نسخ کند و فقط اجرای حکم آن را در مورد خاص منع می‌کند. در این فرض به طور معمول، قاعده دوم «مخصص» حکم نخست است و به لحاظ باقی ماندن اصل حکم، از به کار بردن اصطلاح «نسخ» پرهیز می‌شود، مگر این که معلوم شود مقصود نسخ جزئی حکم نخست بوده است؛ برای مثال، اگر قانون قدیم مرور زمان تمام دعاوی را ده سال معین کند و قانون جدید مرور زمان دعاوی غیرمنقول را بیست سال مقرر دارد، این دو قانون در مورد دعاوی غیرمنقول قابل جمع نیست و به

ناچار حکم دوم اقتدار قانون نخست را در مورد این گونه دعاوی از بین می برد. ولی، درباره دعاوی منقول، حکم عام به اعتبار خود باقی است و هیچ موجبی برای نسخ آن وجود ندارد. در واقع، حکم دوم قانون عام را که پیش از آن در تمام دعاوی اجرا می شد، مخصوص به دعاوی منقول کرده است.

مثال دیگر: قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ که احکامی درباره اجاره مسکن دارد، قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ را که شامل اجاره مسکن و محل کسب بود و نسبت به قانون جدید عام محسوب می شود، تخصیص داد.

تفاوت مهم دو اصطلاح «نسخ» و «تخصیص» در این است که هرگاه قانونی به موجب مقررات جدیدتر نسخ شود، به کلی از نظام حقوقی حذف می گردد و با نسخ قواعد جدید (ناسخ) نیز دوباره حیات حقوقی پیدا نمی کند. پس، اگر قانونگذار مایل باشد که قانون منسوخ دوباره اجرا شود، باید به وضع دوباره دست زند یا به گونه ای اراده خود را درباره احیای قاعده منسوخ بیان کند. ضرورت انشاء حکم به ویژه در جایی احساس می شود که نسخ صریح باشد. زیرا، در مورد نسخ ضمنی، حذف حکم معارض و سکوت درباره وضع قاعده پیشین به طور معمول قرینه بر این است که قانونگذار مایل است آن قاعده را دوباره احیاء کند.^۱

ولی، در مورد تخصیص، چون فرض این است که قانون عام به جای خود باقی مانده و تنها گستره آن محدود یا مقید شده است، با حذف «منخص» دوباره عام قلمرو خود را باز می یابد، مانند این که از اصل قیدی نداشته است: برای مثال، نظر به این که ماده ۱۱۳۳ ق.م. در مورد طلاق به اراده شوهر، به موجب قوانین حمایت خانواده مقید به شرایط ویژه ای شده بود، لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ با اعلام این که «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده...» آن قیود را برداشت و دوباره اختیار شوهر را بازگرداند و این بار او را موظف ساخت که به منظور

۱. برای دیدن تفصیل بیشتر درباره تفاوت نسخ و تخصیص، رک. ناصرکاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲،

رجوع به داوری به دادگاه برود و از آن اذن به طلاق بگیرد^۱ (قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱).

۱۴۷. قانون سابق خاص است و قانون جدید عام:

به عنوان مثال، به موجب ماده ۵۶۲ قانون تجارت ۱۳۱۰، طلبکارها نمی توانند از تاجر ورشکسته بیش از ۷٪ در سال مطالبه خسارت کنند. ولی قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۱۸ نرخ خسارت تأخیر تأدیه را صدی دوازده در سال معین کرده است (ماده ۷۱۹). در این صورت وضع دو قانون در برابر هم روشن نیست، و اختلاف شده که آیا عام ناسخ خاص می شود، یا باید هر دو متن را محترم شمرد و حکم خاص را استثناء دانست؟

پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند: وقتی حکم عامی وضع می شود، برای تمام مصداق‌های آن، و از جمله موضوع خاص، تعیین تکلیف شده است و بنابراین قضیه تابع موردی است که حکم خاصی برخلاف قانون سابق تصویب شده باشد. پس، وقتی قانونگذار می گوید: «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است خسارت تأخیر تأدیه صدی دوازده در سال است» حکم او شامل تمام دعاوی مربوط به پول و از جمله دعاوی طلبکاران ورشکسته نیز هست، و به منزله این است که حکم درباره یکایک این دعاوی تکرار شود. این حکم عام، ماده ۵۶۲ قانون تجارت را در مورد دعاوی طلبکاران ورشکسته به طور ضمنی نسخ کرده است.^۲

ولی مبنای این گفته قابل انتقاد است. زیرا، اگر قانون خاصی برخلاف قاعده خاص گذشته وضع شود، چون جمع بین آن دو امکان ندارد، چاره‌ای جز قبول نسخ قانون باقی نخواهد ماند. لیکن، هرگاه قانون دوم نسبت به قاعده نخست عام باشد، چون

۱. رک. ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، ج ۱، چاپ سوم، ش ۲۱۲ به بعد.

۲. شیخ طوسی و سیدمرتضی (نقل از: قوانین میرزای قمی، ج ۱، ص ۳۱۹).

هر عام قابل تخصیص است و در همه قوانین احکام استثنائی کم و بیش دیده می شود، احتمال دارد قانونگذار مایل به حفظ حکم خاص باشد و به ویژه از این که قانونگذار حکم خاص را از همه ماندهای خود جدا ساخته و موضوع حکم قرار داده است، این احتمال بیشتر تقویت می شود که از ابتدا نیز به نظر او این موضوع از سایر افراد عام ممتاز بوده است. پس، قانون سابق به طور یقین دلالت دارد که مقنن مایل به اجرای حکم آن است، و در اثر وضع قانون عام در نسخ آن تردید پیدا می شود، و عقل سلیم حکم می کند که به احتمال و گمان نباید قطع و یقین را نادیده گرفت. به همین جهت غالب نویسندگان گفته اند که عام ناسخ خاص نمی شود.

برای مثال، اگر حکم عامی درباره اهلیت و نکاح و طلاق وضع شود، حکم خاص قانون رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه (۱۳۱۰) را نسخ نمی کند. زیرا از آغاز قانونگذار مایل بوده است که ایرانیان غیر شیعه (اقلیتهای مذهبی) از حیث احوال شخصی تابع قانون مذهب خویش باشند و مشمول قواعد عمومی، که مبتنی بر مذهب اکثریت است، نشوند.

باید دانست که تشخیص نسخ ضمنی در این مورد بسته به تعبیری است که دادرس از نظر قانونگذار می کند. به طور کلی نمی توان ادعا کرد که عام هیچ گاه ناسخ خاص نمی شود، همچنان که نمی توان گفت اگر عامی متعارض با حکم خاص وضع شود آن را نسخ می کند. زیرا در پاره ای موارد قرائن کار و مفاد حکم به خوبی دلالت دارد که قانونگذار مایل نیست هیچ گونه استثنائی بر حکم او باقی بماند، و گاه نیز حفظ خاص گذشته از مقدمات وضع قانون برمی آید.

۱۴۸. قوانین موقت :

در صورتی که قانون به صورت آزمایشی و موقت تصویب شود، پس از پایان مدت اعتبار آن خود به خود از بین می رود، بدون این که نیاز به نسخ داشته باشد. ولی گاه برای مقابله با بحرانهای اقتصادی و یاسی و وضع ویژه ای که در زمان جنگ ایجاد می شود قوانینی می گذرد که پس از مدتی مبنای اجتماعی و

حکمت وضع خود را از دست می دهد. پس اختلاف می شود که در این موارد، آیا باید قانون را نسخ شده انگاشت؟ یا تازمانی که قانونگذار به طور صریح یا ضمنی آن را نسخ نکرده است، اعتبار قانون باقی است و به استناد تحول وضع اقتصادی و سیاسی اجتماع نمی توان اعتبار حکم موجود را از بین برد^۱؟

در پاسخ، به عنوان قاعده باید گفت: نسخ قانون با مقامی است که آن را وضع کرده و به بهانه کهنه بودن یادگرگونی محیط اجرای قانون، دادرسی نمی تواند آن را نسخ شده پندارد. با وجود این، اگر قانونی به طور ضمنی مقید به وضع یا زمان ویژه باشد، یا نهادهای طرف خطاب قانونگذار و موضوع اجرای آن از بین برود، در نسخ قانون نباید تردید کرد. برای مثال، اگر قانونی برای تعیین صلاحیت و رفع اختلاف درباره صلاحیت دادگاه عمومی و اختصاصی وضع شود و پس از چندی آن دادگاه اختصاصی حذف شود، قانون نیز نسخ شده است. از جمله قوانینی که در پایان یافتن مدت اعتبار آنها تردید می شود، قواعدی است که در تبصره های بودجه سالیانه کشور تصویب می گردد: مبنای تردید در این است که قانون بودجه از نظر اصول برای یک سال است. ولی مرسوم شده است که دولت ها، برای گذراندن سریع پاره ای از قوانین مورد نیاز یا پنهان داشتن آنها در سایه بودجه عمومی، از این وسیله استفاده می کنند و موادی را که مایل نیستند درباره آن زیاد گفتگو شود، به شکل تبصره در قانون بودجه می آورند. در نتیجه، این بحث مطرح می شود که پس از گذشتن سال مالی، آیا اعتبار این تبصره ها نیز به خودی خود از بین می رود یا بجا می ماند^۲؟

برای جلوگیری از اختلاف، در بعضی از قوانین بودجه تبصره ها را به دو گروه تقسیم کرده اند: تبصره هایی که اعتبار آنها محدود به مدت یک سال است و آنها که دائمی است^۳. ولی در مواردی که این تقسیم انجام نمی شود، چاره در این است که از موضوع قانون و ارتباط آن با بودجه اراده قانونگذار در بقا یا نسخ این گونه تبصره ها به دست آید:

در مواردی که تبصره ها ناظر به دخل و خرج کشور و وضع مالیات و تقسیم درآمد و مانند اینهاست، اعتبار قانون محدود به سال مالی است و اگر در قانون بودجه سال بعد نیاید، لغو شده محسوب است. برعکس، تبصره هایی که غلط افتاده و مفاد حکم چنان است که نمی تواند موقت باشد، پس از پایان سال نیز

۱. کاپیتان، مقدمه بر مطالعه حقوق مدنی، چاپ پنجم، ش ۵۰ - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش

۹۰.

۲. مانند این سؤال در مواد برنامه های پنج ساله عمرانی و توسعه نیز مطرح است.

۳. رک. قانون بودجه ۱۳۳۸ و ۱۳۳۹.

به‌عنوان قانونی مستقل، قابل اجراست. برای مثال، اگر ضمن قانون بودجه صلاحیت دادگاه‌ها یا سن بازنشستگی تغییر داده شود، این قواعد رانمی توان موقتی و محدود به سال مالی دانست.

۱۴۹. قانون متروک:

پاره‌ای از قوانین، که به‌طور صریح یا ضمنی نسخ نشده است، در عرف متروک می‌شود و مدت‌ها بدون اجرا می‌ماند در نتیجه، این بحث به‌میان می‌آید که آیا ترک قانون و کهنگی آن می‌تواند نوعی نسخ ضمنی تلقی شود و اعتبار قانون را سلب کند یا نه؟ برای نمونه، قانون راجع به نحوه مطالبه دیون مصوب اردیبهشت ۱۳۳۹ به‌ندرت موردی برای اجرا پیدا کرده و رفته رفته به‌صورت قانون متروک درآمده است و اگر مدت‌ها به‌همین منوال بگذرد، در ردیف ادبیات حقوقی درمی‌آید.^۱ پس، باید دید این قانون در اثر متروک بودن از بین رفته و دیگر قابل استناد نیست، یا قانون کهنه تازمانی که از طرف قانونگذار نسخ نشده است حیات حقوقی دارد؟ پاسخ دادن به این سؤال بستگی به نقشی دارد که عرف در ساخت قواعد حقوقی عهده‌دار است: اگر عرف در ردیف قانون به‌شمار آید، همان‌گونه که قانون جدید می‌تواند اعتبار قانون سابق را در حدودی که با آن مخالف است از بین ببرد، عرف نیز قادر به نسخ ضمنی قانون است، و در صورتی که منبع اصلی حقوق قانون فرض شود و عرف پیرو و مکمل آن باشد، هیچ‌گاه نمی‌تواند قانون را نسخ کند. به‌همین جهت، پاسخ این مشکل را باید در مبحث مربوط به عرف پیدا کرد (ش ۱۵۹).

مبحث دوم: عرف

مبحث مربوط به عرف را در دو گفتار جداگانه مطالعه خواهیم کرد:

۱) در گفتار نخست مفهوم عرف و ارکان تشکیل دهنده آن را بررسی می‌کنیم.

۱. نمونه دیگر از این قوانین متروک، قانون شورای دولتی مصوب ۱۳۳۹ بود که سالیانی دراز بر صفحه کاغذها و درون مجموعه‌های قوانین عاطل بماند و سرانجام جای خود را به دیوان عدالت اداری سپرد (قانون مصوب ۴ بهمن ۱۳۶۰).

(۲) در گفتار دوم عرف و جایی که قواعد آن در میان منابع حقوق دارد سخن می‌گوییم.

گفتار نخست: مفهوم و ارکان عرف

۱۵۰. معنی عرف:

در نوشته‌های حقوقی عرف به دو معنی عام و خاص به کار رفته است: (۱) گاه عرف را به تمام قواعدی گفته‌اند که از وقایع اجتماعی استخراج شده و بدون دخالت قانونگذار به صورت قاعده حقوقی درآمده است. به این معنی، عرف جز قانون شامل تمام منابع دیگر حقوق، همچون رویه قضایی و قواعد ناشی از عقاید عالمان و عادات و رسوم تجارتي، نیز می‌شود.^۱

این تعریف هیچ کمکی به روشن ساختن ماهیت حقوقی عرف و ویژگی‌های آن در برابر سایر منابع حقوق نمی‌کند و باید در جستجوی تعریفی بود که معنی خاص عرف را در میان آنها معین سازد.

(۲) برای ایجاد عرف به معنی خاص، باید هنگام رویه‌رو شدن با رویداد خاص رعایت قاعده‌ای بین مردم مرسوم شود و این رسم چنان قوت گیرد که به اعتقاد آنها الزام‌آور باشد. به اصطلاح ژنی (Gény) حقوقدان فرانسوی، عرف مجموع وقایعی است که وجود یک حس حقوقی را بین مردم نشان می‌دهد، و همین احساس اجباری بودن عرف است که آن را از سایر عادات و رسوم ممتاز می‌سازد.^۲

پس، در تعریف عرف می‌توان گفت: «قاعده‌ای است که به تدریج و خودبه‌خود، میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است».

بدین ترتیب، مقصود از واژه «عرف» در منابع حقوق، عاداتی است که چهره

۱. ژوسران، ج ۱، ش ۹۶ - بودان، ج ۱، ش ۸۳ به بعد - و برای انتقاد از این گونه تعریف‌ها، رجوع شود به ژنی، روش تفسیر و منابع حقوق خصوصی موضوعه، ج ۱، ش ۱۱۰ - مارتی و رینو، ج ۱، ش ۱۱۳.
 ۲. روش تفسیر و منابع حقوق خصوصی موضوعه، ج ۱، ش ۱۰۹ و ۱۱۰.

الزامی یافته و قاعده حقوقی ایجاد کرده است و آن را نباید با عرفی که در قراردادها اراده ضمنی دو طرف را بیان می‌کند اشتباه کرد.

۱۵۱. ارکان عرف :

عرف دو عنصر اساسی دارد که جمع آنها برای ایجاد قاعده حقوقی عرفی ضروری است:

۱. عنصر مادی: برای ایجاد عرف لازم است که عادت به مدت طولانی بین عموم مرسوم شود، و همه در برابر واقعه معین آن را به کار بندند. عنصر مادی عرف در صورتی کامل است که عمومی و پایدار باشد.

منظور از عمومی بودن عادت این نیست که تمام مردم جامعه‌ای به آن خو گرفته باشند. زیرا بسیاری از عاداتها مخصوص به محل یا گروهی معین از اشخاص است (مواد ۴۸۶ و ۴۲۶ قانون مدنی). باید در میان دسته‌ای از مردم که شغل یا اقامتگاه معین دارند عادت مورد نظر جنبه عمومی پیدا کرده باشد؛ یعنی به اندازه‌ای رعایت شود که بتوان گفت همه آن را محترم می‌شمارند. برای مثال، اگر عادت به عنوان عرف در تجارت نفت یا اتومبیل مورد استناد قرار می‌گیرد، باید در میان بازرگانان این مواد چنان مرسوم باشد که تخلف از آن را همه استثنائی شمارند، و در وجود آن عادت تردید نباشد (مستفاد از بخش اخیر ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی).

۲. عنصر روانی: عادت می‌تواند به عنوان عرف مورد استناد قرار گیرد که به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می‌کنند الزام‌آور باشد، یعنی در زمره قواعد حقوقی به شمار رود. بسیاری از عاداتها، با این که مدتها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده است، چون به نظر مردم اجباری نیست و آن را به عنوان قاعده حقوقی محترم نمی‌دارند، به معنای خاص کلمه «عرف» نیست و جزو آداب و رسوم و نزاکتهای اجتماعی محسوب می‌شود؛ مانند آدابی که مردم در طرز معاشرت و برخورد باهم رعایت می‌کنند یا مراسم محلی که در پاره‌ای از جشنها و سوگواریها برپا می‌سازند.

۱۵۲. عرف اندیشمندان؛ اصول کلی حقوقی :

گاه بین عالمان حقوق مرسوم می‌شود که هنگام روبه‌رو شدن با واقعه‌ای همیشه از یک اصل پیروی کنند و آن را به عنوان اصل کلی حقوقی محترم شمارند: مانند این که، «هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند» یا «هیچ کس نباید به زیان دیگری استفاده بدون جهت کند» یا «هرکس از منافع امری بهره‌مند شد باید زیان‌های ناشی از آن را هم متحمل شود» یا «مشروع بودن دفاع» یا «زشتی عقاب پیش از بیان» یا «منع ازدواج با محارم» و مانند اینها. بخش از این اصول، رفته‌رفته به چهره بخش مهمی از زندگی حقوقی و رکنی از مبانی تمدن ملت‌ها درمی‌آید و معیار تمیز خوب و بد قوانین قرار می‌گیرد، چندان که قانونگذار نیز در تجاوز به آنها احتیاط می‌کند.

تفاوت این‌گونه اصول با عرف در این است که عادت و رسم دانایان حقوق آنها را به وجود آورده است، یعنی استنباطی است که متخصصان از اصول مورد احترام قانونگذار و مفهوم عدالت در زمان خود کرده‌اند، در حالی که عرف، به معنی خاص کلمه، عادت توده مردم است. وانگهی، اعتبار عرف متکی بر تکرار و عادت است، ولی اصول حقوقی نتیجه تحلیل عقلی و تلاش دانایان حقوق در راه استقرار نظم و عدالت است. اعتبار این اصول به درستی استدلال و حیثیت طرفداران آن بستگی دارد و ممکن است نظر معدودی از اهل فن چنان اعتباری پیدا کند که دیگران ناچار آن را بپذیرند. در واقع، باید آن را حصار از عقل بر قلمرو قدرت دانست.

اهمیت اصول کلی حقوقی، که گاه نیز به صورت قواعد و ترکیب‌های خاص درآمد^۱، تا جایی است که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادرسی بین‌المللی اصول حقوقی مورد قبول ملت‌های متمدن را از منابع حقوق بین‌الملل شمرده است. به‌ویژه، در رشته‌هایی از علم حقوق که هنوز قواعد مفصل و خاصی پیدا نکرده است، مانند حقوق اداری و بین‌الملل عمومی، این اصول از منابع مهم حقوق به‌شمار می‌رود. همچنین،

۱. مانند اصل (لاضرر) و (من له الغنم فعليه العزم). برای مطالعه مفصل درباره اصول حقوقی، رک. ناصر

کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج. ۲، ش. ۳۶۷ به بعد.

دیدیم که ماده ۳ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ اصول حقوقی را یکی از منابع و مستندهای فصل دعوا در صورت اجمال و سکوت و تناقض قوانین موضوعه قرار داده است.

۱۵۳. عرف و رویه قضایی :

پاره‌ای از نویسندگان، با ملاحظه چگونگی ایجاد حقوق عرفی در انگلستان، عرف را نتیجه آرای محاکم و یکی از آثار رویه قضایی دانسته‌اند. به نظر اینان، رویه قضایی است که عادات و رسوم را به قواعد حقوقی عرفی تبدیل می‌کند. برای ایجاد عرف باید عادت‌تی به تکرار در آرای محاکم به‌عنوان قاعده حقوقی پذیرفته شود، و این رسم دادگاه‌هاست که باید عنصر اصلی عرف به‌شمار آید. سهم رویه قضایی در ایجاد عرف، مانند نقشی است که کارگر و ماشینهای صنعتی در تبدیل مواد خام اولیه به محصولات صنعتی دارد. با این ترتیب، عرف چیزی جز قواعد مورد احترام دادگاه‌ها نیست، و نباید به‌عنوان منبع مستقلی برای قواعد حقوقی، در ردیف قانون و رویه قضایی، محسوب شود.

در ارزیابی این نظر باید گفت، سهم رویه قضایی در ایجاد اعتقاد به الزامی بودن عرف انکارناپذیر است، زیرا در بسیاری موارد وقتی می‌توان گفت مردم به اجباری بودن عادت‌تی اعتقاد دارند که مطمئن باشند هنگام مراجعه به محاکم رأی مطابق آن به سود خود تحصیل می‌کنند. ولی نباید درباره اثر رویه قضایی تا جایی مبالغه کرد که عرف را محصول و نتیجه آرای محاکم دانست و این دو مفهوم را باهم مخلوط کرد. محاکم وظیفه‌دار اجرای قواعد حقوقی هستند و از پیش خود قاعده نو ایجاد نمی‌کنند. بنابراین، وقتی دادگاه اصلی را به‌عنوان حکم عرف مورد قبول قرار داد، معنی تصمیم او این است که قاعده عرفی موجود را استخراج کرده و به کار بسته است.

گفتار دوم: قدرت و نقش عرف در حقوق کنونی

۱۵۴. مبنای اقتدار عرف :

داناتان حقوق و جامعه‌شناسی در باب مبنای اقتدار عرف گفتگو بسیار کرده‌اند. این بحث‌ها در واقع

ناشی از اختلافی است که درباره مبنای حقوق وجود دارد و، برای نتیجه گیری از آنها، می توان مکتب های موجود را بدین ترتیب خلاصه کرد:

۱. در حکومت های پارلمانی، ملت حق وضع قواعد حقوقی را به مجلس واگذار کرده، و این مرجع نیز تنها از راه تصویب قوانین و با شرایط خاص می تواند حق خود را اعمال کند. به این ترتیب، دیگر ملت نمی تواند حقی را که یک بار واگذار کرده است خود اعمال کند و از راه ایجاد عرف قاعده حقوقی به وجود آورد. پس عرف تنها در جایی معتبر است که قانون استناد به آن را مجاز شمرده است، و در این مورد نیز عادت مورد نظر به عنوان قانون ضمنی اعتبار دارد و تمام اقتدار خود را از تصویب قوه مقننه می گیرد.^۱

۲. قانون و عرف فقط از نظر صورت خارجی باهم تفاوت دارد. اقتدار هر دو ناشی از وجدان عمومی است، با این تفاوت که قانون به طور غیر مستقیم از این منبع الهام می گیرد و عرف محصول مستقیم وجدان عمومی است. عرف و عادت که بین مردم مرسوم می شود و اعتقادی که اشخاص به اجباری بودن قواعد آن پیدا می کنند نشانه حقوق عرفی است که از وجدان عمومی سرچشمه گرفته و در اجتماع وجود دارد.

باید دانست که این هر دو نظر تا اندازه ای با حقیقت همراه است و هیچ کدام نیز به صورتی که مطرح شده قانع کننده نیست:

وقتی ملتی به صورت واحد سیاسی درآمد و برای اداره آن میثاقی به نام قانون اساسی نوشته شد، باید قوای ملی را به شیوه ای استعمال کند که آن قانون معین کرده است. وجدان عمومی مفهوم مجرد و ذهنی است که به آسانی نمی توان مظهر خارجی آن را پیدا کرد و بیشتر نظریه هایی که بر مبنای اراده عمومی وظایف و حقوق دولت را معین می کند، با حقایق خارجی تفاوت فراوان دارد. پس، با وضعی که قانون اساسی مادارد، به دشواری می توان ادعا کرد که چون عرف از وجدان عمومی سرچشمه گرفته است، در ردیف قانون از منابع حقوق موضوعه است.

از سوی دیگر، وجود قواعد ناشی از عرف را نباید یکسره انکار کرد و آن را نوعی قانون ضمنی دانست. زیرا این ادعا، نه تنها با حقایق تاریخی منافات دارد و در همه ملت ها قواعد عرف پیش از قانون وجود داشته است، در حکومت های کنونی نیز مبنای عرف و قانون یکی نیست. قانون محصول اراده اکثریت نمایندگان مجلس است که پس از شور و بحث آن را یکبار به وجود آورده اند، و عرف زائیده نیازهای اجتماعی است که در میان توده مردم به صرافت طبع و خود به خود ایجاد شده و به طور دائم در تحول است.

پس، اگر قانون هم این منبع متغیر را به رسمیت بشناسد، چگونه می‌توان ادعا کرد که تمام قواعد موجود و آینده آن به طور ضمنی مورد تصویب قانونگذار قرار گرفته و مقنن به امری که خود از آن بی‌اطلاع بوده رضایت داده است؟

مبنای واقعی عرف را باید ضرورت‌های زندگی اجتماعی و خواسته‌های طبیعی انسان دانست. مردم برای حفظ منافع خود نیازمند امنیت و ثبات و برابری در مقابل قانون هستند، و برای رفع این احتیاج، می‌کوشند که مقررات ثابتی را بین خود مرسوم سازند. علاوه بر این، بشر به حکم فطرت خود پای‌بند آداب و رسوم است و از تجاوز به این گونه سنتها می‌پرهیزد. به‌ویژه، وقتی عاداتی ضامن حفظ منافع عمومی باشد و خود به‌خود با خواسته‌های آنان به وجود آید، ثبات و دوام بیشتری می‌یابد و به جایی می‌رسد که همه خود را پای‌بند به آن می‌بینند.

۱۵۵. قلمرو کنونی عرف :

با این که در کشور ما «حقوق نوشته و مدون» احترام فراوان دارد، و منبع اصلی حقوق قانون است، عرف نیز در ساختمان قواعد حقوقی اثر بسزا دارد. شاید در بادی نظر آثار مهم عرف در حقوق خصوصی محسوس نباشد. به‌ویژه، از این که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ ق.آ.د.م. سخنی از امکان رجوع به عرف برای حل و فصل دعاوی نرفته است، ممکن است چنین استنباط شود که عرف در زمره منابع حقوق نیامده است. ولی با اندکی دقت معلوم می‌شود که قدرت عادات و رسوم در حقوق ما به حدی است که پیش از احاطه بدان، مطالعه قوانین تا اندازه‌ای بیهوده به نظر می‌رسد. وانگهی، عرف دانایان و عادات و رسوم پا گرفته مردم یکی از منابع اصلی اصول حقوقی است که در ماده ۳ ق.آ.د.م. در زمره مستندهای فصل دعاوی آمده است.

اشاره به تمام مواردی که عرف در ایجاد قواعد حقوقی ما مؤثر است، نیازمند به رساله خاصی است. ولی، در این مقدمه، آنها را بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:

۱. مواردی که به طور صریح به عرف ارجاع شده؛

۲. مواردی که به طور ضمنی عرف پذیرفته شده؛
 ۳. مواردی که عرف قواعد موجود را تکمیل می کند یا قاعده جدید می سازد.

۱۵۶. موارد رجوع صریح به عرف:

در بسیاری از موارد قانونگذار به صراحت حکم مسائل را به عرف احاله کرده است: چنان که در ماده ۱۳۲ ق.م. که حدود اختیار مالک در تصرفات خود معین شده و یکی از مهم ترین قواعد مدنی مربوط به حقوق مالکیت است، برای داوری عرف سهم بسزایی معین گردیده است. به موجب این ماده:

«کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد».

در آثار قراردادها نیز، عرف اهمیت بسیار دارد. ماده ۲۲۰ قانون مدنی در باب اعتبار «عادات قراردادی» می گوید:

«عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند».

۱۵۷. موارد رجوع ضمنی به عرف:

در پاره ای مواد، قانون از حکم عرف سخن نگفته است، ولی به طور ضمنی از آن یاری گرفته و حکم عرفی را به عنوان قاعده حقوقی پذیرفته است. به عنوان مثال، ماده ۹۷۵ قانون مدنی اجرای قراردادهای خصوصی و قوانین خارجی را که برخلاف اخلاق حسنه است ممنوع می دارد. ولی، اخلاق حسنه امری جز عرف محسنین و پرهیزکاران نیست، و تنها به این وسیله می توان حکم ماده ۹۷۵ را به درستی اجرا کرد.

همچنین، وقتی قانون سخن از قیمت یا مهلت عادلانه می گوید (مواد ۱۶۷ و ۲۷۷ قانون مدنی) به طور ضمنی داوری عرف را درباره عادلانه بودن آنها می پذیرد، یا اگر

تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت می‌شناسد (ماده ۳۵) ناچار حکم عرف را دربارهٔ تحقق تصرف معتبر می‌داند.

۱۵۸. قواعد عرفی مستقل از قانون :

در صورتی که قانون حکمی ندارد یا مفاد آن مجمل است، و از منابع معتبر اسلامی و فتاوی نیز دادرس نمی‌تواند حکم قضیه را به دست آورد، حق دارد از عرف و عادات مسلم برای تکمیل و رفع اجمال و تعارض قوانین استفاده کند. هرچند که محاکم به ندرت از این اختیار استفاده می‌کنند و در رویه قضایی مثال روشنی برای آن نمی‌توان یافت، پاره‌ای از استادان حقوق در تفسیر قانون مدنی آن را از یاد نبرده‌اند و در بسیاری از مسائل مربوط به خانواده عرف و عادت مسلم را مبنای نظر خویش قرار داده‌اند.^۱ در حقوق کنونی نیز عرف می‌تواند زیر سرپوش اصول حقوقی و فتاوای شایع و معتبر متمم قانون قرار گیرد. ضرورت فصل خصومت در صورت سکوت قانون نیز می‌تواند به پذیرش قواعد عرفی در نظام حقوقی کمک کند. استناد به پذیرش ضمنی عرف در قراردادهای نیز راه دیگر نفوذ عرف در آن نظام را نشان می‌دهد.

یکی از موارد مهمی که عرف قاعده‌ای نوبه وجود آورد و سرانجام قوه مقننه رانیز وادار به شناسایی آن کرد، سرقتی دکانها پیش از قانون روابط مالک و مستأجر مصوب خرداد ۳۹ بود. در قانون مدنی عنوان خاصی برای سرقتی وجود ندارد و حتی الزام مالک به رعایت این حق با احترام به مالکیت او سازگار نیست. ولی ضرورت‌های اجتماعی این امتیاز را برای مستأجر به وجود آورد و خرید و فروش و مطالبه آن چندان تکرار شد که همه مالکان و مستأجران به رعایت آن خو گرفتند، و به اعتقاد همه احترام به این حق امری الیوم آوری نمود، تا این که قانون ۱۳۳۹ حق کسب و پیشه و تجارت را به صراحت پذیرفت و شاهدزنده‌ای برای اثبات قدرت عرف به وجود آورد.

مثال دیگر، در خصوص اثر عرف، حکم تعدد زوجات و حدود آن در قانون مدنی است. از مفاد مواد ۹۴۲، ۱۰۴۸ و ۱۰۴۹ قانون مدنی همین اندازه برمی آید که در حقوق ما مردمی تواند زنان متعدد بگیرد، ولی

۱. دکتر امامی، ج ۴، ص ۷۷، ۳۳۶، ۳۴۳، ۳۴۷، ۳۸۵، ۴۱۲ و ۴۴۷ و همچنین جلد پنجم.

معلوم نیست دامنه این اختیار تا کجاست، و یک مرد چند زن می تواند در نکاح خود داشته باشد؟ پاسخ این پرسش را همه می دانند، زیرا حکم مذهبی درباره تعدد زوجات میان مردم به صورت عرف و عادت مسلم درآمده است و نکاح پنجم در برابر وجدان عمومی باطل شناخته می شود و هیچ دادگاهی نیز در این خصوص تردید نمی کند.

با وجود این، باید دانست که با تصویب اصل ۱۶۷ قانون اساسی، برای استناد به احکام شرعی که در رسوم اجتماعی نیز نفوذ کرده است، نیازی به سرپوش عرف نیست و قاضی می تواند به طور مستقیم به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر برای تکمیل قوانین استفاده کند.

۱۵۹. تعارض عرف و قانون - قوانین متروک :

پیروان مکتب تاریخی منبع اصلی تمام قواعد حقوقی را وجدان عمومی می دانند، و به همین جهت عرف را که به طور مستقیم از این منبع ناشی شده است برتر از قانون می شمارند.

پاره ای از نویسندگان فرانسوی نیز از عقاید این مکتب الهام گرفته و از راه استناد به قدرت اراده عمومی در حکومت های آزاد، ارزش عرف را برابر قانون و مطابق قواعد عمومی ناسخ آن دانسته اند. مبنای استدلال نویسندگان این است که در حکومت های پارلمانی، همه قوانین ناشی از ملت است و اراده اوست که باید بر همه چیز حکومت کند. این اراده، اگر به طور غیرمستقیم و از راه اعطای نمایندگی به مجلس وضع قاعده کند، قانون است، و اگر بی هیچ وسیله ای عهده دار این مهم شود، نتیجه تصمیم او عرف نام دارد. بنابراین، عرف و قانون از نظر ماهوی نماینده یک حقیقت است و بی هیچ امتیازی می تواند قاعده گذشته را در صورت تعارض نسخ کند.

ولی، همان گونه که در تحلیل راجع به مبنای قدرت عرف گفته شد، این نظر با ساختمان حقوقی قانون اساسی ما سازگار به نظر نمی رسد. زیرا «اراده عمومی» امری است مبهم که با وسایل و راه ابراز آن رابطه نزدیک دارد. وقتی قانون اساسی طریق استعمال قوای عمومی را معین ساخت، معنی آن محدود ساختن اراده عمومی به صورتی است که در آن معین شده است. بارها گفته شد که قانون، برخلاف آنچه از لحاظ نظری

گفته‌اند، محصول اراده عمومی نیست و در بسیاری از موارد با آن مخالفت دارد. قانون نظامی است که از طرف اکثریت طبقه حاکم (نمایندگان) برای حفظ نظم و قدرت سیاسی و اقتصادی دولت ضروری شناخته شده است. پس تا آن سازمان سیاسی وجود دارد، عادات و رسوم به هیچ صورتی نمی‌تواند آن نظام را از بین ببرد.

درست است که عرف را از نظر ماهوی باید یکی از منابع مهم حقوق به‌شمار آورد. ولی قدرت آن هیچ‌گاه با قانون برابر نیست و دادرس نیز وقتی می‌تواند به‌طور مستقیم به آن استناد کند که قانون مجاز شناخته باشد، و هیچ قانونی اقتدار نسخ قانون را به عرف نمی‌دهد.

در عمل نیز قوانینی را که مدتها فراموش شده است، نسخ شده نمی‌دانند. برای نمونه می‌توان قانون مربوط به «لزوم ارائه گواهینامه پزشک قبل از ازدواج» مصوب ۱۳ آذرماه ۱۳۱۷ را یادآور شد. به موجب ماده دوم این قانون: «کلیه دفاتر ازدواج مکلفند که قبل از وقوع ازدواج از نامزدها گواهینامه پزشک را بر نداشتن امراض مسریه مهم، که نوع آنها از طرف وزارت دادگستری معین و اعلام می‌گردد، مطالبه نموده و پس از بایگانی آن به عقد ازدواج و ثبت آن با قید موجود بودن گواهی پزشک بر تندرستی نامزدها، اقدام نمایند».

با این که اجرای قانون یاد شده نزدیک بیست سال در بوتۀ اجمال ماند، و حتی پاره‌ای از استادان به‌عنوان قانون متروک از آن یاد کردند، اداره ثبت با ابلاغ بخشنامه‌ای آنرا اجرا کرد و هم‌اکنون نیز دفاتر ازدواج گواهی نداشتن امراض ساری را از نامزدها مطالبه می‌کنند.

با وجود این، از نظر جامعه‌شناسی، قانون متروک را در این حال نمی‌توان در شمار قواعد حقوقی آورد، زیرا به منزله جسم بی‌روحي است که هیچ اثری در زندگی روزانه و برقراری نظم و عدالت ندارد و، به گفته ریپر، تنها مورخان و وقایع‌نویسان باید از آن یاد کنند.^۱ قاعده حقوقی باید به زور دولت یا به خاطر اقبال عموم سهمی در زندگی اجتماعی داشته باشد. قانونی که از این صفت محروم است، هرچند که از لحاظ نظری

۱. ریپر، نیروهای سازنده حقوق، ش ۱۷۳، ص ۴۰۹.

و به صورت چیزی از سایر قوانین کم ندارد، در معنی کلامی است که باید به عنوان «ادبیات حقوقی» در کتاب‌ها آورده شود.

در مورد تعارض عرف و قوانین امری بیگمان باید قانون را مقدم شمرد، خواه حکم قانون مؤخر از عرف باشد و اجرای آن را ممنوع کند یا مقدم که مانع تبدیل عادت به قاعده حقوقی می‌شود. در واقع، تعارض میان عرف و قانون امری یکی از چهره‌های تعارض نظم عمومی با عرف است و شرط معقول بودن عرف را از بین می‌برد و به اعتبار آن صدمه می‌زند. به بیان دیگر، عرف مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه، به دلیل تعارض با ارزش‌ها و ضرورت‌های برتر اجتماعی، مشروع نیست و نمی‌تواند به نظام حقوقی پیوند خورد. یکی از نتایج مهم این قاعده بی‌اعتباری عرف در ایجاد جرم و از بین بردن آن است. اصل ۳۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»

۱۶۰. تعارض عرف و روح قانون:

ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی به دادگاه اجازه داده است که در صورت سکوت و اجمال و تناقض قوانین، به روح قانون و عرف عادت مسلم رجوع کند. ولی معلوم نیست که اعتبار این دو منبع در برابر هم چگونه است و هنگام تعارض کدام یک از آنها باید مقدم شناخته شود: یعنی اگر عرف و عادت با مفهوم قانون یا آنچه به وسیله قیاس از آن گرفته شده است مخالف باشد، دادگاه کدام را باید مقدم بشمارد؟ برای اثبات مقدم بودن روح قانون ممکن است گفته شود که در حقوق ما عرف نمی‌تواند هیچ‌گاه با قدرت قانون معارضه کند. از طرفی، آنچه به وسایل تاریخی و منطقی از قانون استنباط می‌شود، قواعدی است که به حکم عقل به قانونگذار نسبت داده می‌شود (قانونگذار عاقل بی‌شک قواعد عقلی را در کلام خود رعایت کرده است، پس آنچه را که عقل از گفتار او درمی‌یابد موافق با اراده اوست). بنابراین، روح قانون نیز مانند متن آن در برابر عرف محترم است و باید در هر حال بر آن مقدم داشته شود.

این استدلال، که به ظاهر نیز قوی است، برای اثبات ادعا کافی به نظر نمی‌رسد. زیرا آنچه به وسیله قانونگذار به صراحت بیان شده به یقین ناشی از اراده اوست، ولی حکمی را که دادرس از گفتار او استنباط می‌کند به این درجه از قوت نیست و انتساب آن به قانونگذار جز به ظن قوی و گاه احتمال امکان ندارد. به اضافه، دادرس هر اندازه که پای بند به اراده قانونگذار باشد، خواه و ناخواه در این تلاش فکری از اخلاق و

مذهب و عادات و رسوم خود تأثر می‌پذیرد، و حکمی که او در سایه این عوامل اجتماعی و درونی استنباط می‌کند، نمی‌توان به یقین نظر قوه مقننه دانست و در هر حال بر عرف مقدم داشت.

برای یافتن پاسخ درست این مشکل، باید بین قوانین امری و تکمیلی تفاوت گذارد:

۱. در صورتی که عرف با روح قوانین تکمیلی منافات داشته باشد، بی‌گمان حکم عرف مقدم است. زیرا برای تعبیر اراده دو طرف قرارداد، عادات و رسوم آنها از قانون صالحتر است و سکوت دو طرف ظاهر در این است که خواسته‌اند حکم عرف را محترم شمارند، و خواسته آنها بر قواعد تکمیلی قانون برابری دارد.

۲. ولی، در مورد قوانین امری، یکی از دلایل ترجیح، ملاحظه شدت و وضوح و مسلم بودن آنهاست: بدین ترتیب که باید روح قانون و عرف مقایسه شود، و روشن‌ترین و مسلم‌ترین آنها مبنای تفسیر قرار گیرد. در جایی که مقصود قانونگذار چندان روشن است که تردید در آن نمی‌توان کرد، قاعده استنباط شده در حکم قانون است و هیچ‌گاه عرف نمی‌تواند با آن برابری کند.

برای مثال، حکمی که در نتیجه قیاس منصوص العلة به دست می‌آید، در واقع جزو قانون است، و بحث در جایی مورد پیدا می‌کند که حکم استنباط شده مفهوم مخالف قانون یا نتیجه قیاس مستنبط العلة باشد. در این‌گونه موارد نیز، همین که وجدان دادرس درباره استنباط حکم از قانون اقناع شود، باید حکم را بر عرف مقدم دارد. با وجود این، باید دانست که تغییر عرف در این قناعت وجدانی و استنباط دادرس از قانون اثر دارد و نمی‌توان ادعا کرد که همیشه روح قانون بر عرف حکومت می‌کند.

مبحث سوم: رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی

۱۶۱. رابطه این دو مفهوم:

در تفسیر قواعد حقوق خواهیم دید که قانونگذار در پیش‌بینی همه روابط ناتوان است، و تاکنون در هیچ قانونی راه‌حل تمام مسائل دیده نشده است. به همین جهت، وظیفه واقعی علم حقوق از جایی شروع می‌شود که دادرس یا نویسنده‌ای بخواهد از راه توسعه دادن متون موجود این نقص طبیعی را جبران کند، و قواعد مجرد را با واقعیت‌های

خارجی منطبق سازد.

اجرای این وظیفه مهم به عهده دادگاه‌هاست که تفسیر رسمی قوانین را انجام می‌دهند و نظر آنها را هرگاه درباره راه‌حلی ثابت شود، «رویه قضایی» می‌نامند. ولی همراه با این نظر، استادان و نویسندگان حقوقی نیز در تعلیم‌ها و نوشته‌های خود همین وظیفه را به عهده دارند و به‌طور خصوصی در روشن ساختن معنی قوانین و چگونگی اجرا و تفسیر آنها اقدام می‌کنند. بنابراین، رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی از حیث نوع کار و سبک خاصی که در تفسیر قوانین به کار می‌برند باهم جهات اشتراک فراوان دارند: هیچ یک از آن دو منبع رسمی و ظاهری قواعد حقوقی نیستند، و در عین حال هر دو در ایجاد قواعد تازه سهم مؤثر دارند؛ چنان‌که پیروان مکتب تاریخی، رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی را زیر عنوان «علم حقوق» از منابع حقوق می‌شمردند و آن‌را میانه عرف و قانون قرار می‌دادند.

از سوی دیگر، نظری که دادگاه‌ها در تعیین معنی قانون و قلمرو آن می‌دهند جنبه رسمی دارد و نه تنها برای اصحاب دعوا حقوق و تکالیف تازه‌ای به‌وجود می‌آورد، در پاره‌ای موارد باید آن‌را از منابع حقوق شمرد و از نظر ماهوی نیز تردید در قدرت سازندگی آن نمی‌توان کرد. ولی اعتبار اندیشه‌های حقوقی بیشتر جنبه اخلاقی دارد و از نظر حقوقی هیچ الزامی ایجاد نمی‌کند.

با این ترتیب، رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی از نظر ماهوی و روش تحقیق تفاوتی باهم ندارند، جز این که نظر قضات، به خاطر منصب اجتماعی و دولتی آنان، اعتبار ویژه‌ای دارد که عقیده سایر علمای حقوق از آن بی‌بهره است. پس، برای مطالعه روش تفسیر در این دو گروه و ویژگی‌های رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی، مبحث سوم را ضمن سه گفتار جداگانه بررسی می‌کنیم:

در گفتار نخست، از مفهوم و مبای حقوقی و اعتبار رویه قضایی سخن می‌گوییم. در گفتار دوم اعتبار اندیشه‌های حقوقی و تحولات آن‌را مطرح می‌سازیم و سرانجام در گفتار سوم از تفسیر قواعد حقوق بحث می‌کنیم:

گفتار نخست: رویه قضایی

۱۶۲. تعریف:

اصطلاح «رویه قضایی»، اگر بدون قید و به طور مطلق استعمال شود، مقصود مجموع آرای قضایی است. ولی به معنی خاص خود، در جایی به کار می‌رود که محاکم یا دسته‌ای از آنها در باب یکی از مسائل حقوقی روش یکسانی در پیش گیرند، و آرای راجع به آن مسأله چندان تکرار شود که بتوان گفت، هرگاه آن محاکم با دعوایی روبه‌رو شوند، همان تصمیم را خواهند گرفت.

رویه قضایی به همین معنی است که از منابع حقوق به‌شمار آمده و گاه با نام دادگاه و موضوع آن همراه است: مانند رویه دادگاه‌های حقوقی در خصوص درخواست تحریر ترکه و افراز، و رویه دیوان کشور درباره اماره تصرف و مانند اینها. با این ترتیب، «رویه قضایی» صورت خاصی از عرف است، جز این که عادت عمومی مردم نیست و مبنای آن را رسمی تشکیل می‌دهد که دادرسان محاکم از آن پیروی می‌کنند.

نکته مهمی که در مقدمه این گفتار باید یادآور شد این است که، جز در موارد خاص و استثنائی، اعتبار هر رأی مخصوص دعوایی است که درباره آن اظهار نظر شده است. هیچ دادگاهی نمی‌تواند برای خود یا سایر محاکم قاعده حقوقی به وجود آورد، و به همین جهت است که می‌گویند «اعتبار امر قضاوت شده نسبی است» یا «دادگاه وابسته به آرای پیشین خود نیست». ولی، چون در عمل دادگاه‌ها مایلند که از روش سابق مراجع عالی‌تر پیروی کنند، گاه خود به خود نظر آنها نسبت به یکی از مسائل حقوقی یکسان می‌شود: یعنی ایجاد رویه قضایی نیز مانند عرف، طبیعی و غیرارادی است.

۱۶۳. رابطه رأی با رویه قضایی:

عنصر اصلی رویه قضایی رأی دادگاه است، و این بستگی چندان محکم است که

بیشتر نویسندگان رویه قضایی را دسته‌ای از آرای محاکم دانسته‌اند که در مسأله‌ای خاص از یک راه حل پیروی کرده‌اند.^۱

ولی باید دانست که رویه قضایی عادت‌ی است که دادگاه‌ها برای حل یکی از مسائل حقوقی به صورت خاص پیدا کرده‌اند. هرچند که این عادت و راه حل نتیجه تکرار آراء است، آن را با خود رأی نباید اشتباه کرد:

در مباحث گذشته دیدیم که رأی دادگاه تنها نسبت به اصحاب دعوا و موضوع مورد نزاع معتبر است، و هیچ الزامی برای دادگاه صادرکننده حکم و سایر محاکم در پیروی از آن ایجاد نمی‌کند. ممکن است دادگاهی نسبت به یکی از مسائل حقوقی راه حلی انتخاب کند که روز گذشته آن را مردود می‌دانسته است. پس، رویه قضایی و یکسان شدن نظر محاکم، در عین حال که نتیجه رأی است و همه اقتدار خود را از آن می‌گیرد، مفهومی مستقل از رأی دادگاه است. به ویژه، که در ایجاد رویه‌های قضایی، انتقادهای استادان حقوق و وکلای دادگستری از رأی نیز عامل مؤثری است. وقتی تصمیم دادگاه از طرف دانایان حقوق مورد انتقاد قرار گرفت و ارزش دلایل مبنای آن معلوم شد، بی‌گمان برای ایجاد رویه زمینه مساعدتری فراهم می‌شود و شاید به دلیل بی‌اعتنایی همین گروه به آراء محاکم و تدوین نشدن آنهاست که در کشور ما رویه قضایی اقتدار لازم را ندارد، و در غالب موارد مبهم و ناقص باقی مانده است.

۱۶۴. عوامل ایجاد رویه قضایی :

این عوامل را به دو دسته مهم می‌توان تقسیم کرد:

(۱) عوامل روانی و اجتماعی؛

(۲) عوامل ناشی از طبقه‌بندی و درجه دادگاه‌ها.

۱. ریبر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۲۴ - کولن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۱، ش ۲۹۷ - مارتی و رینو، ج ۱،

۱۶۵. عوامل روانی و اجتماعی :

وقتی دادرسی نظری را در باب یکی از مسائل حقوقی پذیرفت، حمایت از آن را برای حفظ حیثیت خود لازم می‌داند.

وانگهی، چون این‌گونه نظرها در نتیجه تلاش و کوشش فراوان ایجاد می‌شود، میل طبیعی هر دادرسی این است که آن را به آسانی از دست ندهد و از حاصل زحمات پیشین خود در سایر دادرسی‌ها استفاده کند. اصحاب دعوا و وکلای دادگستری نیز که به خوبی از این احساس طبیعی دادرسی آگاهند، هیچ‌گاه از استناد به آرای سابق او غافل نمی‌شوند، و در این راه بیش از همه دلایل پافشاری می‌کنند، چندان که می‌توان گفت، هر بار که دادگاهی نسبت به یکی از مسائل حقوقی اظهار نظر می‌کند، در ذهن خود سابقه‌ای از آن می‌سازد، و در نتیجه تکرار این سابقه‌ها اعتقاد و قاعده‌ای به وجود می‌آید که به آسانی حاضر به ترک آن نیست.

۱۶۶. عوامل ناشی از طبقه‌بندی و درجه‌دادگاه‌ها :

هر چند که در قوانین جدید درخواست تجدیدنظر از حکم به ظاهر چهره استثنائی یافته است، در تمام دعاوی مهم مرجع تجدیدنظر دیوان کشور است: یعنی طرف ناراضی هر حکم در عمل می‌تواند استدعای تمیز کند (به استثنای موارد مذکور در ماده ۳۶۷). این درخواست مانع اجرای حکم نمی‌شود و دیوان کشور دلایل و ادعای جدید از طرفین دعوا نمی‌پذیرد؛ رأی را با قانون تطبیق می‌کند و اگر از جهت اجرای قانون و رعایت اصول دادرسی اشکال نبیند، آن را ابرام خواهد کرد. ولی، هرگاه از مفاد قوانین و عرف و عادت تجاوز شده باشد، یا دادگاه از آنها تفسیر نادرست کرده باشد، دیوان کشور رأی را نقض و رسیدگی مجدد را به همان دادگاه (در مورد قرارها) یا دادگاه دیگری هم عرض با آن رجوع می‌کند، دادگاه که حکم به آن ارجاع می‌شود سرانجام باید از نظر دیوان عالی پیروی کند.

به اضافه، دیدیم که دیوان کشور، برای حفظ وحدت رویه قضایی، می‌تواند با شرایط مخصوص در باب اجرای درست قوانین اظهارنظر کند، و همه ناگزیرند که در موارد مشابه از تصمیم هیأت عمومی پیروی کنند.

با این ترتیب، سلسله مراتبی که بین دادگاه‌ها وجود دارد، عامل مؤثری در ایجاد رویه قضایی است. دادگاه پایین‌تر به‌طور معمول از نظر دادگاه عالی پیروی می‌کند، زیرا سرانجام رویه آن دادگاه است که سرنوشت دعوا را معین خواهد کرد. پس، دادرسی دادگاه تالی، برای این که اصحاب دعوا را بیهوده گرفتار هزینه دادرسی نکند، آن‌را رعایت می‌کند. بدین ترتیب، گذشته از مواردی که پیروی از نظر هیأت عمومی دیوان کشور الزام‌آور است، همه محاکم سعی دارند که از رویه دیوان کشور تجاوز نکنند.

۱۶۷. اعتبار رویه قضایی به‌عنوان منبع حقوق :

گروهی از نویسندگان، رویه قضایی را از منابع حقوق دانسته‌اند. به نظر اینان، دادرسی در مقام تفسیر قانون نباید در پی یافتن اراده قانونگذار باشد؛ باید به روش مرسوم در سایر علوم، آزادانه تحقیق کند و قواعدی را به کار بندد که با مصالح اقتصادی و سیاسی و اخلاقی جامعه سازگار است: یعنی رویه قضایی در ایجاد قواعد تازه شرکت می‌کند و نقش آن محدود به تفسیر اراده قانونگذار نیست.

با این ترتیب، در کنار قوانین، دسته‌ای از قواعد عرفی حقوق ایجاد می‌شود که ساخته محاکم است و در کامل ساختن قوانین و منطبق کردن آنها با نیازمندیهای اجتماع سهم بسیار مؤثر دارد.

گروه دیگر با این که نفوذ معنوی و سهم رویه قضایی را در تحول حقوق انکار نمی‌کنند، آن‌را از منابع حقوق نمی‌شمارند.

بنای استدلال این گروه بر جدایی و استقلال قوه قضاییه و مقننه استوار است. بدین ترتیب که، مطابق قوانین اساسی، قوه قضاییه مأمور اجرای قوانین است و نباید در ایجاد قواعد حقوقی شرکت کند. قانونگذار نیز به وسایل گوناگون دادگاه‌ها را از دادن حکم کلی ممنوع کرده است. دادگاه باید دعوا را با قانون تطبیق کند و نسبت به همان موضوع

تصمیم بگیرد.

اعتبار رأی دادگاه نسبی است و فقط در همان دعوا و بین اشخاصی که در دادرسی شرکت داشته‌اند ایجاد الزام می‌کند. قواعدی که از رویه قضایی استخراج می‌شود، صفات قواعد حقوقی را دارا نیست، زیرا در برابر عموم ضمانت اجرایی ندارد، و جز محکوم علیه، هیچ کس ناگزیر از اطاعت آن نمی‌شود.

برای نتیجه‌گیری از این بحث می‌توان گفت که، چون ماده اصلی رویه قضایی را حکم دادگاه تشکیل می‌دهد و اعتبار رأی نسبی و محدود به دعوی خاص است، روش‌های مرسوم بین محاکم را نمی‌توان از قواعد حقوقی شمرد. منتها، این اصل در دو مورد اجرا نمی‌شود و رویه قضایی در ردیف منابع رسمی حقوق قرار می‌گیرد:

۱. در صورتی که رویه قضایی از طرف سایر علمای حقوق نیز پذیرفته شود، و احکام آن به صورت عرف و عادت مسلم درآید.

۲. در مواردی که دیوان کشور می‌تواند، برخلاف اصل کلی، «آراء نوعی» صادر کند و سایر محاکم را ناگزیر از رعایت آن سازد.

وانگهی، اگر پذیرفته شود که رویه قضایی در اعمال قواعد حقوقی، به ویژه جایی که حکم خاصی در قوانین وجود ندارد، نقش تعیین‌کننده دارد، به این اعتبار باید آن را در زمره منابع حقوق آورد.

۱۶۸. نقش رویه قضایی در ایجاد حقوق :

وظیفه دادرسی اجرای قانون در دعاوی است (ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی). دادگاه در مرحله نخست طبیعت حقوقی دعوا را معین می‌سازد، سپس حکمی را که در قوانین یافته است در آن دعوا اجرا می‌کند.

تحلیل حکم، به گونه‌ای که بیان شد، پاره‌ای از نویسندگان را بر آن داشته است، که سهم دادرسی را در اجرای قانون انکار کنند و اراده او را در این راه بی‌اثر شمارند.

این نظر، که به ظاهر از لوازم استقلال قوه مقننه در برابر قوه قضاییه است، با طبیعت عمل قضایی سازگار نیست. زیرا، گذشته از این که دادرسی در تصدیق دعوا اثر

فراوان دارد و اوست که باید دلایل دو طرف را ارزیابی کند، در تفسیر قانون هم عقاید سیاسی و اجتماعی او خواه و ناخواه مؤثر است: یعنی در استنباط قواعد حقوقی نیز سهم او را نباید فراموش کرد. دلیل این ادعا را در لزوم تفسیر قانون به تفصیل خواهیم دید. ولی، همین اندازه یادآور می‌شویم که برای دست یافتن به حقوق واقعی و زنده، مطالعه رویه قضایی یک ضرورت است.

۱۶۹. موارد دخالت رویه قضایی در قانون:

دادگاه در چهار مورد ناچار است به عرف و روح قانون و اندیشه‌های حقوقی (فتاوی معتبر) استناد کند:

۱. در صورت نقص قانون؛

۲. در حالت سکوت قانون؛

۳. در مورد اجمال قانون؛

۴. در مورد تناقض قوانین.

در این موارد است که قانون باید تفسیر شود و دادرس، با ملاحظه روابط اجتماعی، عرف و عادت مسلم را به دست آورد. بی تردید، روشی که دادگاه‌ها برای تفسیر انتخاب می‌کنند، در میزان نفوذ رویه قضایی و سهم آن در ایجاد حقوق مؤثر است. ولی، هر اندازه که دادرس پای بند به قانون و در جستجوی اراده قانونگذار باشد، باز هم نقش او را نمی‌توان در این راه فراموش کرد. دادرس نیز بیش از هر چیز انسان است. خواسته‌ها و باورهای دارد که خواه و ناخواه اراده او را رهبری می‌کند. او قانون را از دریچه اخلاقی ویژه خود می‌بیند و در جایی که حکم صریحی در آن نیست، قواعد حقوقی را که عادلانه می‌پندارد استنباط می‌کند.

۱۷۰. نقص قانون:

قانون وقتی ناقص است که نتواند اعمال و وقایع حقوقی را که به حکم عقل و

انصاف باید مشمول آن باشد، دربر گیرد^۱. در چنین موردی، دادرس می‌تواند با استفاده از هدف قانونگذار، متمم حکم ناقص او را بیابد. برای مثال، به موجب مواد ۳۳۳ و ۳۳۴ قانون مدنی، صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه و همچنین مالک یا متصرف حیوان مسؤول خساراتی است که به سبب تقصیر او به وسیله آنها به دیگران وارد شده است. حکم این دو ماده به ظاهر اشیاء منقول را دربر نمی‌گیرد، در حالی که سخن از مسؤولیت مالک و حافظ اشیاء است، و حق این بود که قانونگذار تکلیف مالک همه اموال را معین می‌کرد. پس، دادرس باید تصمیم بگیرد که تا چه اندازه ممکن است حکم موجود را تعمیم داد. برای مثال، اگر شخصی اتومبیل خود را در اختیار کسی گذارد که مهارت کافی در راندن ندارد، و در اثر تصادم اتومبیل خسارتی وارد آید مالک را می‌توان مسؤول دانست یا نه؟^۲

باید افزود که تلاش رویه قضایی در تکمیل قانون، در امور کیفری محدود به آیین رسیدگی و تعقیب است و نمی‌تواند امر زشتی را که عقل شایسته مجازات می‌بیند و قانون در آن باره حکمی ندارد کیفر دهد.

۱۷۱. سکوت قانون :

در بسیاری از فروع، قانون هیچ حکمی ندارد، و بر دادرس است که از روح قوانین و عرف و عادت راه‌حلی برای آنها بیابد.

برای مثال، هیچ یک از قوانین ما درباره مهلت اجرای قانون در خارج از کشور حکمی ندارد، و دادگاه باید تصمیم بگیرد که آیا در هر مورد خاص با توجه به قراین کار باید این مهلت را معین کرد، یا از مفاد قانون می‌توان راه‌حل کلی برای این مشکل پیدا کرد؟

اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی را موظف کرده است که در مورد سکوت قانون به

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۳۴.

۲. از این گونه مثال‌ها در قانون مدنی فراوان است: از جمله نقص ماده ۲۰۴ در مورد اکراه نسبت به

دوستان و نامزد شخص - و نقص ماده ۲۰۹ درباره اثر امضاء معامله که آیا ناقل است یا کاشف؟

استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رأی بدهد. ولی، آنچه از نظر نویسندگان قانون دور مانده این است که در بسیاری موارد از منابع و فتاوی نیز نمی‌توان حکمی به دست آورد، آن‌گاه این پرسش به میان می‌آید که دادرس چه باید بکند؟ از سویی ناچار به صدور حکم است، و از سوی دیگر، منبع کافی در اختیار ندارد. در چنین حالی است که ناچار باید به عرف و عقل متوسل شود. عقل او را در یافتن حکم یاری می‌کند، ولی عقل مستقل نیز تابع ضرورت‌ها و نیازهای اجتماعی است و در واقع یکی از عوامل مهمی که آن را رهبری می‌کند «عرف» است. در آخرین تحلیل، آن‌گاه که دست دادرس به قانون نمی‌رسد، در پی آن است که عدالت چه راه‌حلی را توصیه می‌کند و در جستجوی عدالت است که از عقل (عملی) الهام می‌گیرد و به دامان عرف پناه می‌برد؛ بدین امید که جوهر حقوق را در این منابع پنهانی و نوشته نیابد.

۱۷۲. اجمال قانون :

گاهی عبارت قانون به ظاهر نقصی ندارد، ولی برای بیان حکم نارساست: یعنی از واژه‌هایی که به کار برده شده ممکن است دو یا چند معنی متعارض استنباط کرد. برای مثال، به موجب ماده ۲۰۱ قانون مدنی:

«اَشْتَبَاهُ در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد، مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد».

واژه «خلل» در زبان حقوقی مفهوم مشخص ندارد و معلوم نیست خللی که اشتباه به درستی معامله وارد می‌سازد تا چه میزان است؟ آیا عقد را باطل می‌کند و اجازه مشتبه نیز اثری در آن ندارد، یا عقد «غیرنافذ» است و رضای او می‌تواند به آن حیات حقوقی ببخشد.^۱

۱. به خاطر همین اجمال پاره‌ای از نویسندگان بطلان عقد را ترجیح داده‌اند (دکتر امامی، ج ۱، ص ۱۹۸ - دکتر موسی عمید، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، ص ۳۴، ش ۹۷ - ناصرکاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اجمال حقوقی، ش ۹۷) و دسته دیگر از عدم نفوذ عقد طرفداری کرده‌اند (مصطفی عدل، ش ۲۳۳ - محمدری و جردی عبده، ص ۱۱۲ - دکتر امامی، ج ۴، ص ۱۴۱).

در این گونه موارد، دادرس باید در جستجوی حکمی برآید که مبین اراده قانونگذار باشد، و در همین کاوش است که «رویه قضایی» نقش بسیار مؤثر دارد. به عنوان مثال، در ماده ۷۶۲ قانون مدنی اشتباه در طرف مصالحه از اسباب بطلان عقد صلح است. رویه قضایی می تواند این حکم را به عنوان مبین ماده ۲۰۰ پذیرد و در تمام قراردادهایی که شخصیت طرف علت عمده عقد است اشتباه را سبب بطلان عقد بداند. و نیز می تواند ماده ۷۶۲ را ویژه صلح تلقی کند و به استناد ظاهر مواد ۱۹۹ و ۲۰۰، حکم به عدم نفوذ چنین قراردادهایی بدهد.

۱۷۳. تناقض قوانین :

هرگاه اجرای یکی از اوامر قانونگذار با اطاعت از حکم دیگر او مخالف باشد، آن دو حکم را «متعارض» و نسبت میان آنها را «تعارض» یا «تناقض» گویند. در مواردی که تاریخ وضع این دو قانون یکی نباشد، قانون جدید ناسخ قدیم است و احکام آن را باید در گفتار مربوط به نسخ قانون مطالعه کرد. ولی، گاه اتفاق می افتد که در یک مجموعه قواعدی بیان می شود که جمع آنها ممکن نیست و مسلم است که مقصود قانونگذار نیز نسخ ضمنی هیچ یک از آنها نبوده است. زیرا معقول به نظر نمی رسد که ماده اول قانون حکمی را انشاء کند، و ماده دوم همان قانون ناسخ حکم نخست باشد.

برای مثال، بر طبق ماده ۲۱۲ قانون مدنی، معاملات غیررشید به واسطه عدم اهلیت باطل است، در حالی که ماده ۱۲۱۴ این گونه معاملات را «غیرنافذ» و در پاره ای موارد صحیح دانسته است.

به اضافه، گاه اجرای دو قاعده، که در اصل هیچ گونه تعارضی باهم ندارد، در دعوایی که از مصداقهای هر دو آنهاست امکان ندارد: یعنی به اصطلاح علمای اصول، نسبت میان دو قاعده «تزام» است نه تعارض: به عنوان مثال، به موجب قاعده «تسلیط» مالک حق هرگونه تصرف و انتفاع را در ملک خود دارد (ماده ۳۳ قانون مدنی) و مفاد قاعده «الاضرر» این است که هیچ کس نمی تواند به دیگری ضرر برساند.

این دو قاعده در مرحله قانونگذاری هیچ تعارضی باهم ندارد. ولی، هرگاه مالک بخواهد تصرفی در ملک خود کند که به زیان همسایه باشد، بر طبق «قاعده تسلیط» مجاز و موافق «قاعده لاضرر» ممنوع است: یعنی این دو قاعده در دعوی بین همسایگان مزاحم یکدیگر است.

در موارد تعارض و تزام قوانین، رویه قضایی باید قلمرو اجرای هر یک از آنها را معین کند، و با توجه به روح قانون و عرف و عادت مسلم، راه جمع کردن یا حاکم قرار دادن یکی را بر دیگری اعلام دارد.

در این کاوش، دادرس متمایل به چیره ساختن قاعده‌ای می‌شود که او را به اصول کلی رهبری کند و چهره استثنائی و نامعقول نداشته باشد. هنر دادرسی در تمیز همین اصول رهبری‌کننده است و در همین مسیر است که جاذبه عدالت را باید از عوامل مهم هدایت اندیشه دادرس شمرد.

۱۷۴. تفسیر قانون به معنی خاص:

وقایع خارجی و دعاوی بین مردم چندان گوناگون و پیچیده است که حتی در مواردی که قانون هیچ‌گونه ابهام و نقصی ندارد، دادرس ناگزیر از تفسیر آن است. دادگاه باید مظهر خارجی اجرای قانون را تعیین کند: یعنی به مفاهیم قانونی جنبه مادی بدهد و معنی واقعی گفته‌های قانونگذار را روشن سازد. برای مثال، به موجب ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹، در دعاوی که موضوع آن وجه نقد نیست، اگر مدعی تقاضای خسارت از دادگاه بکند، در صورتی به سود او حکم صادر می‌شود که: «ثابت کند که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن یا عدم تسلیم خواسته بوده است...». در این ماده، به ظاهر هیچ‌گونه اجمالی وجود ندارد؛ ولی اجرای آن در دعاوی نیازمند به این است که رویه قضایی معنی درست «ضرر بلاواسطه» را معین کند و در مواردی که ضرر مستقیم ناشی از کاری خود سبب ایجاد خسارتهای دیگر می‌شود، اعلام دارد که تا چه اندازه می‌توان بین عمل خطا کار و

زیان‌های ناشی از آن «رابطه علیت» را پذیرفت؟ منافع از دست رفته در چه شرایطی در حکم ضرر است؟ و آیا خسارت معنوی را در همه جا می‌توان به پول تقویم کرد^۱. پاسخ این پرسش‌ها را باید رویه قضایی معین کند. با این ترتیب، قاعده حقوقی عبارت از معنایی است که دادرسان برای قوانین کرده‌اند، و اراده ایشان نیز از نیروهایی است که در ساختمان حقوقی هر کشور سهم مؤثر دارد.

گفتار دوم: اندیشه‌های حقوقی

۱۷۵. تعریف:

حقوق مجموع قواعد زندگی در اجتماع است و از دیرباز چگونگی ایجاد و اجرای آن مورد تحقیق بوده است. به‌ویژه، در مواردی که قاعده روشنی برای فصل دعاوی دیده نمی‌شود یا قانون سابق با شرایط تازه زندگی ناسازگار می‌نماید، طرز تفسیر و تحول این قواعد بایستی مورد مطالعه واقع شود. مجموع عقایدی که در باب توجیه و بیان و تفسیر قواعد حقوق از طرف دانایان فن اظهار شده است «اندیشه‌های حقوقی» یا «عقاید علما»^۲ نامیده می‌شود.

این اندیشه‌ها به وسایل گوناگون ابراز می‌شود: استادان در دروس و وکلای دادگستری در دفاع خود بیان می‌کنند، نویسندگان در کتاب‌ها و مقاله‌ها و یادداشت‌های علمی می‌نویسند، سردفتران و مشاوران حقوقی در تنظیم اسناد معامله نتایج آن را به کار می‌برند، و گاه نیز در مجامع علمی و بین‌المللی به صورت سخنرانی ایراد می‌شود. در واقع، همان‌گونه که دادرسان به‌طور رسمی معنی درست قواعد را معین می‌سازند، اندیشمندان حقوق نیز با طرح پیشنهادهای تازه و نقد آرای محاکم و نشان دادن مصالح و مفاسد

۱. ناصر کاتوزیان: دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۲۸۰ و ۲۸۱؛ الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری) ج ۱، مسؤولیت مدنی، ش ۹۴ به بعد.

۲. Doctrine

قوانین و دسته‌بندی کردن آرا و اصول عرفی و مورد احترام قانونگذار، در این تلاش علمی و فنی شرکت می‌کنند. با این تفاوت که نظرهای ایشان جنبه رسمی ندارد و قدرت سیاسی دولت از آن حمایت نمی‌کند و به همین دلیل است که پاره‌ای از نویسندگان عقاید علما را «ادبیات حقوقی» نامیده‌اند.^۱

۱۷۶. آیا اندیشه‌های حقوقی از منابع حقوق است؟

پیروان حقوق فطری اندیشه‌های دانایان را از منابع حقوق شمرده‌اند: به گفته آنان، اگر قواعدی برتر از اراده حکومت وجود داشته و مبنای حقوق «عدالت» باشد، عقاید علمای حقوق مهم‌ترین منبع آن است. زیرا بهترین وسیله یافتن قواعد عادلانه جستجو در همین عقاید است؛ نظریه هنرمندانی که در تشخیص داد و ستم تخصص دارند و بیش از دیگران در راه استقرار عدالت تلاش می‌کنند.

ولی، در مکتب‌های تحقیقی و تاریخی با این نظر به شدت مخالفت شده است. نظر هر دانشمند جنبه خصوصی و فردی دارد، ولی حقوق ناشی از تاریخ زندگی ملت یا ضرورت‌های ناشی از «همبستگی اجتماعی» است.^۲ هیچ مقامی نمی‌تواند برای اجتماع قاعده حقوقی به وجود آورد، و هیچ اصل ثابت و فطری وجود ندارد تا عقاید عالمان حقوق معیار شناسایی آن قرار گیرد.

کسانی هم که حقوق را ناشی از قدرت صالح دولت می‌دانند، یا حمایت دولت را برای تبدیل قواعد اخلاقی به حقوق ضروری می‌شناسند، این اندیشه‌ها را از منابع حقوق نمی‌شمرند. زیرا، تا زمانی که نظری را همه محاکم نپذیرند، نباید ادعا کرد که قاعده حقوقی به وجود آمده است. پس، نفوذ اندیشه‌های حقوقی بیشتر جنبه اخلاقی دارد تا حقوقی.

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۳۴ - کاربونی، ج ۱، ش ۴۵، ص ۱۲۲.

۲. اشاره است به نظر دوگی، استاد فرانسوی، که در پاورقی شماره ۱۵ از آن یاد شده و تفصیل مطلب در فلسفه حقوق ج ۱، چاپ دوم، ش ۷۹ به بعد آمده است.

با وجود این، اندیشه‌های حقوقی در ساختمان حقوقی هر کشور سهم بسیار مؤثر دارد و به‌طور غیرمستقیم از منابع حقوق است: قانونگذار را در یافتن قواعد عادلانه رهبری می‌کند، گاه عرف حقوقی می‌سازد، در ایجاد رویه قضایی اثر دارد، و با تجزیه و تحلیل قانون و رویه قضایی، اصول حقوقی مورد احترام را در هر جامعه معین می‌کند. وانگهی، در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، رجوع به فتاوی معتبر که تعبیر دیگری از اندیشه‌های حقوقی است، پیش‌بینی شده است و به دشواری می‌توان این متن را اختصاص به فتاوی معتبر فقهی داد و از اندیشه‌های سایر متفکران غافل ماند.

۱۷۷. اثر این اندیشه‌ها در ایجاد حقوق :

اندیشه‌های دانایان بی‌تردید در ایجاد قواعد حقوقی اثر دارد. گذشته از راه‌حل‌های تازه‌ای که رویه قضایی، با استفاده از این عقاید و به یاری آنها، در مقام تفسیر قواعد حقوقی به‌دست می‌آورد، آثار این نیروی علمی را در ایجاد قانون و عرف (یعنی منابع مستقیم حقوق) نیز نمی‌توان انکار کرد:

۱. عالمان حقوق هیچ‌گاه به تعبیر و توضیح قوانین قناعت نمی‌کنند. ارباب نظر در نوشته‌های خود آزادتر از محاکم هستند؛ قواعد را ارزیابی می‌کنند و سود زیان هر حکم را می‌سنجند و آنچه را عادلانه‌تر می‌بینند به قلم می‌آورند. این نوشته‌ها و گفته‌ها در افکار عمومی اثر می‌کند و زمینه را برای نسخ قوانین نادرست و تحول قواعد کنونی آماده می‌سازد. بیشتر لوایح و طرح‌های قانونی از طرف علمای حقوق تهیه و تدوین می‌شود، و اگر اساس فکر نیز ناشی از سیاست عمومی دولت باشد، به وسیله اهل فن به لباس قانونی درمی‌آید و در میان رویدادهای اجتماعی پیاده می‌گردد. نظم منطقی مواد، پیش‌بینی اماره‌ها و فرض‌های قانونی، تعیین مقامی که هر قانون در میان سایر قواعد دارد و ضمانت اجرایی که باید از تجاوز به آنها جلوگیری کند، و سرانجام تدوین اصولی که بتواند هدف قانونگذار را به روشنی بیان کند و رهبر دادرسان باشد، از مواردی است که به وسیله حقوقدان و با استفاده از اندیشه‌های حقوقی تأمین می‌شود.

۲. در مواردی که قانون مجمل یا ناقص است، شیاع اندیشه دانایان می‌تواند عرفی

به وجود آورد که آن نقص را جبران کند و در مقام تفسیر قانون، مورد استناد محاکم قرار گیرد (ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی).

عرف‌هایی که در اثر نفوذ عقاید عالمان به وجود می‌آید، گاه چنان مسلم و نیرومند است که رویه قضایی را به دنبال خود می‌کشد؛ چنان که تمیز بین عقود قابل ابطال و غیر موجود در حقوق فرانسه ناشی از همین عرف است.^۱

۱۷۸. اندیشه‌های حقوقی و رویه قضایی :

نفوذ عقاید عالمان را در ایجاد و ثبات رویه قضایی بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:
 ۱. در هر مورد که قانون تازه‌ای به تصویب می‌رسد، پیش از آنکه دعاوی راجع به آن در دادگاه مطرح شود، علمای حقوق به شرح و تفسیر قانون می‌پردازند، فایده و زیان‌های آن را بازگو می‌کنند، و هدف قانونگذار را مورد بررسی قرار می‌دهند. بی‌تردید، این‌گونه نوشته‌ها تمام اشکال‌های مربوط به اجرای قانون را پیش‌بینی و حل نمی‌کند، ولی زمینه را برای تحقیق دادرسان آماده می‌سازد. بیشتر رویه‌ها از همین گفتگوها مایه می‌گیرد و اصول تحقیقات عالمان را می‌پذیرد.

۲. عقاید عالمان، نه فقط زمینه تحقیق را برای دادگاه‌ها فراهم می‌سازد، بعد از صدور رأی نیز در نفوذ و اعتبار آن اثر دارد. حکمی که مورد قبول نویسندگان حقوقی قرار گیرد، به خاطر حیثیت خاصی که پیدا می‌کند، از طرف سایر دادرسان نیز تقلید می‌شود، و راه‌حلی را که علمای حقوق عادلانه و درست ندانند، به صورت رویه قضایی در نمی‌آید. نفوذ اندیشه‌ها در رأی دادگاه‌ها چندان است که گاه نظر استاد معروفی به کلی رویه محاکم را دگرگون می‌سازد.

۳. رأی دادگاه با اوضاع و احوال خاص هر دعوا ارتباط دارد، و اعتبار آن محدود به کسانی است که در دادرسی شرکت داشته‌اند. ولی علمای حقوق، با تحلیل حکم و یافتن اسباب مستقیم آن و ترکیب راه‌حل‌هایی که در موارد مشابه انتخاب شده است، راه را برای ایجاد رویه قضایی و تعیین خط‌مشی دادگاه‌ها هموار می‌سازند. نظرهایی که از آرای محاکم استخراج می‌شود، راهنمای قضات در شناختن سیر و تحول رویه قضایی است.

۱. ژنی، روش تفسیر و منابع حقوق خصوصی، ج ۲، ش ۱۵۰ - مارتی و رینو، ج ۱، ش ۱۲۷ مکرر.

۱۷۹. اثر اندیشه‌ها در تعلیم و شناختن نظام حقوقی :

زبان حقوقی هر کشور ساخته‌ی عالمان حقوق است، و همین زبان است که وسیله‌ی تفهیم معانی به دانشجویان قرار می‌گیرد و قانونگذار نیز از آن پیروی می‌کند. در بیشتر قوانین تعریف کاملی از سازمان‌های حقوقی دیده نمی‌شود؛ چنان‌که در قانون مدنی از مالکیت و حق و تعهد و نکاح هیچ تعریفی نشده است، و تعاریف مربوط به حق ارتفاق و عقد ناقص و مجمل است. علمای حقوق، با جمع‌آوری مشخصات هر یک از این عنوانها و یافتن اصولی که رهبر قانونگذار است، تعریفی تهیه می‌کنند که در شناساندن نظام حقوقی و تعلیم آن فراوان دارد.

این عالمان از قوانین و رویه قضایی به عنوان مصالح تحقیق استفاده می‌کنند، ولی نقش مهمی را که در تنظیم و ترکیب آنها به عهده دارند نباید فراموش کرد. در کتاب‌های حقوق، قواعد پراکنده‌ای که در تنظیم رابطه خاصی قابل استفاده است جمع‌آوری می‌شود و نویسنده به آشفته‌ها نظم منطقی می‌بخشد. اصول حقوقی، با استفاده از قیاس و استقراء و تمثیل، مشخص می‌گردد و، به‌طور خلاصه، ساختمان حقوقی هر قوم و فنون استنباط آن معین می‌شود.

به‌ویژه، در پاره‌ای از رشته‌های حقوق (مانند حقوق بین‌الملل خصوصی و عمومی) که مقررات مفصلی در قوانین ندارد، اندیشه‌های حقوقی یکی از مهم‌ترین منابع غیرمستقیم حقوق است. زیرا، بدین وسیله است که اصول حقوقی به وسیله تجزیه و تحلیل قواعد پراکنده به دست می‌آید.

گفتار سوم: تفسیر قواعد حقوقی

۱۸۰. لزوم تفسیر قانون :

قانونگذار، هر اندازه دقیق و نکته‌سنج باشد، نمی‌تواند تمام مسائلی را که مردم در

زندگی روزانه خود با آن روبه‌رو هستند پیش‌بینی کند. عبارتهای قانون نیز گاهی برای فهماندن مقصود او رسا نیست و نسبت به پاره‌ای از فروع مجمل باقی مانده است. به اضافه، پیشرفت تمدن و مقتضیات سیاسی هر روز ممکن است مسائل نویی را به وجود آورد که در زمان وضع قانون مطرح نبوده است. وضع مقررات جدید نیز راه‌حل مطلوبی برای ازین بردن این مشکل نیست. زیرا، نه تنها قوه مقننه قادر نیست برای تمام روابط گوناگون مردم قواعد خاص وضع کند، تفصیل زیاده از حد قوانین نیز به نوبه خود اشکال تازه‌ای در یافتن راه‌حل مسائل به وجود خواهد آورد.

از سوی دیگر، به بهانه اجمال و ابهام و تناقض یا نداشتن نص صریح، نه از فصل دعاوی می‌توان امتناع کرد و نه هیچ حقوقدانی می‌تواند از یافتن راه‌حل دشواری‌های زندگی منصرف شود. ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی در این باب می‌گوید: «اگر دادرس دادگاه به عذر این که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نیست و یا متناقض است و یا اصولاً قانونی وجود ندارد از رسیدگی و فصل دعوا امتناع کند، مستتکف از احقاق حق محسوب خواهد شد». و ماده ۷۴ قانون مجازات اسلامی کیفر چنین دادرسی را انفصال از شغل قضایی و محکوم شدن به جبران خسارت وارد به اشخاص قرار داده است.

مشهور است که قوانین کیفری را نباید تفسیر کرد. اگر این گفته به معنی منع دادرسی از مجازات عملی باشد که در قانون به صراحت جرم شناخته نشده، درست است. زیرا شکستن مرز آزادی و سلامت اشخاص باید با احتیاط صورت پذیرد و از حدود قوانین فراتر نرود. پس به استناد عرف یا زشتی اخلاقی یا تجاوز به مصالح عمومی و قیاس با جرایم قانونی نمی‌توان کاری را که در قانون کیفری ندارد جرم شمرد و مکافات کرد. ولی، هرگاه مبنای شهرت این باشد که قانون کیفری نیاز به تفسیر ندارد، باید از آن دست کشید. زیرا دادرسی ناچار است که پیش از اجرای قانون آن را معنی کند و ارکان و شرایط جرم را از آن بیرون کشد. همین اقدام تفسیر است و اختلافهایی که درباره عناصر جرایم و میزان کیفر و چگونگی اجرای آن دیده می‌شود ناشی از تفسیرهای گوناگون است.

بنابراین، آنچه حقیقت دارد این است که قوانین کیفری تفسیر محدود می‌شود: یعنی دادرسی در تشخیص اراده قانونگذار از مرحله یقین یا چیزی نزدیک به آن فراتر نمی‌رود.

باید افزود که تفسیر قاعده حقوقی اختصاص به قانون ندارد و در قواعد ساخته

رویه قضایی و عرف نیز ضرورت پیدا می‌کند، منتها چون در غالب موارد از تفسیر قانون یا مهم‌ترین منبع حقوق، سخن گفته می‌شود، بر مبنای غلبه، قانون موضوع اصلی تفسیر قرار می‌گیرد.

۱۸۱. انواع تفسیر:

تفسیر قانون را به اعتبار مرجع تفسیر کننده، می‌توان به سه نوع تقسیم کرد:

۱) تفسیر قانونی؛

۲) تفسیر قضایی؛

۳) تفسیر شخصی.

مانیز این سه نوع تفسیر را جداگانه بررسی می‌کنیم:

۱۸۲. تفسیر قانونی:

این تفسیر به وسیلهٔ مجلس شورا انجام می‌شود. اصل ۷۳ قانون اساسی در همین زمینه می‌گوید: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است...». بعضی از نویسندگان این طرز تفسیر را بر سایر انواع آن ترجیح می‌دهند و برای اثبات نظر خود استدلال می‌کنند که قانونگذار بیش از هر مقام دیگر به مقصودی که از وضع قانون داشته آگاه است و تنها اوست که می‌تواند معنی درست قانون را تعیین کند. به اضافه، تفسیر قانونی با اصل جدایی قوای سه‌گانه موافق‌تر است. زیرا، بر فرض که مجلس در این مقام از حدود قوانین تجاوز کند، مصوبات آن به‌عنوان قانون جدید نیز قابل پذیرفتن است و دست کم این حسن را دارد که از اختلاف سلیقه‌های متضاد جلوگیری می‌کند و مانند اصل قانون برای همهٔ مقام‌ها محترم و الزام‌آور است.

ولی، چنان که اشاره شد، لزوم تفسیر قانون به لحاظ رفع مشکلی است که دادرس در مقام فصل خصومت با آن روبه‌روست. دخالت قوهٔ مقننه، که بیش و کم با اغراض سیاسی آلوده و مستلزم تشریفات زیادی است، نه فقط دادرسی را از حالت بی‌طرفی و عدالتخواهی خارج می‌سازد، در عمل نیز امکان ندارد. تجربه نشان داده است که قوهٔ مقننه، به بهانهٔ تفسیر و شرح، قوانین جدیدی وضع می‌کند که به کلی با روح و مفاد قانون

سابق منافات دارد و چون قوانین تفسیری به حکم طبیعت خاص خود به گذشته سرایت می‌کند، ممکن است در این خلال بی‌هیچ ضرورتی به حقوق ثابت اشخاص تجاوز شود. به هر حال، صلاحیت مجلس شورا در تفسیر قوانین اختصاص به قوانین عادی دارد و تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود. (اصل ۹۸ ق.ا.).

۱۸۳. تفسیر قضایی:

تفسیر قضایی در اصل ۷۳ قانون اساسی، به‌عنوان یکی از لوازم تمیز حق، پیش‌بینی شده است.

این تفسیر به وسیله دادرسان در دعاوی بین اشخاص انجام می‌شود و اعتبار آن نیز محدود به همان دعوا است: یعنی تفسیری را که دادرس در دعوای خاص از قانون می‌کند، نه در دعوای دیگر برای او الزام‌آور است نه سایر دادرسان موظفند از آن پیروی کنند؛ چنان که ماده ۵ قانون آیین دادرسی مدنی، در تأیید این اصل که ضامن استقلال قوه مقننه در برابر قوه قضاییه است، می‌گوید:

«دادگاه هر دعوا را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تعیین می‌نماید و نباید به‌طور عموم و قاعده کلی حکم بدهد.»

با وجود این، برای جلوگیری از اختلاف رویه قضایی و تأمین وحدت نظر بین محاکم، قانون در پاره‌ای موارد تفسیر دیوان عالی کشور را برای دادگاه‌ها الزام‌آور شناخته است.

۱۸۴. تفسیر شخصی:

نویسندگان حقوقی نیز بنا به ذوق و سلیقه خود و مشرب خاصی که در امور اجتماعی دارند، مواد قانون را تفسیر و رویه قضایی را تجزیه و تحلیل و انتقاد می‌کنند. این تفسیر جنبه رسمی ندارد و هیچ قاعده حقوقی ایجاد نمی‌کند، ولی اثر آن در ایجاد

قواعد حقوقی انکارناپذیر است.

از میان تفسیرهای شخصی، بعضی از اندیشه‌ها به دلیل اعتبار و نفوذ گویندگان یا قدرت استدلال به کار رفته در آنها، اعتباری ویژه می‌یابد و گاه رویه قضایی را نیز با خود همداستان می‌کند. این‌گونه نظرها را در اصطلاح «دکترین» می‌نامند که معادل آن در زبان فارسی «اندیشه‌های حقوقی» انتخاب شده است تا نشانی از تفکر نو و نافذ در آن باشد.

۱۸۵. مبانی تفسیر قانون :

تفسیر قانون دشوارترین مراحل دادرسی و دادن فتوا است. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی قاعده کلی تفسیر قانون را بدین شرح مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشد، یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد». در اصل ۱۶۷ قانون اساسی منابع حقوق به قانون، منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر محدود شده است.

این متن منابع مورد استناد قاضی را دچار ابهام ساخته است. ولی، با اندک دقتی می‌توان دریافت که سرانجام دادرسی ناچار است که به «روح قانون و عرف» نیز رجوع کند. زیرا، یکی از منابع معتبر اسلامی «عقل» است. استلزام‌های عقلی در واقع همان «روح قانون» یا معانی و هدف‌هایی است که در پس پرده الفاظ قانون وجود دارد و به نیروی عقل کشف می‌شود. عقل مستقل نیز وسیله احراز قواعدی است که در هر زمان لازمه اجرای «عدالت» است؛ بازتابی از همه نیازها و ضرورت‌ها و عادات و رسوم اجتماعی و عرف است که عقل را به سوی «عدالت زمانه» رهبری می‌کند و چهره دیگری از «روح قانون» است.

پس، تمام گفتگوها و اختلاف مکتب‌ها نیز در این دو پرسش خلاصه می‌شود که این دو چهره عقل چه وزن و اثری در منابع حقوق باید داشته باشد؟ آیا داوری‌های عقل مستقل در کنار استزاهای عقلی مورد استناد قرار می‌گیرد، یا جز در موارد نادر نوبه به آن نمی‌رسد و تفسیر منطقی قانون نقایص را جبران می‌کند؟

به بیان دیگر، ریشه اصلی همه گفتگوها در این است که برای استنباط حکم به ملاحظات تاریخی و ادبی و منطقی بیشتر باید توجه داشت یا مقتضیات سیاسی و اجتماعی روز را در نظر گرفت؟ به همین جهت دو مکتب اصلی در این باره به وجود آمده که لازم است خلاصه عقاید طرفداران هر کدام را مورد مطالعه قرار دهیم. ولی، یادآور می‌شویم که شیوه‌های معتدلی در این زمینه پیشنهاد شده است تا نظم و عدل را باهم جمع کند و تفسیر را به سویی هدایت کند که، با التزام به رعایت قانون، از اجرای عدالت غافل نماند و از اخلاق نیز الهام بگیرد.

الف: مکتب تفسیر لفظی یا تحلیلی

۱۸۶. مبنای این مکتب:

این روش در قرن نوزدهم در فرانسه طرفداران زیادی داشت و در تمام کتب حقوقی و آرای محاکم از آن پیروی می‌شد. شیوه تفسیر لفظی در میان حقوقدانان ما نیز هم‌اکنون طرفداران زیادی دارد، تا جایی که می‌توان گفت به‌طور معمول روح قانون، با توجه به مبانی قبول شده در این مکتب، مورد استناد قرار می‌گیرد:

به نظر پیروان این مکتب، در هر جامعه قدرت نهایی و سلطه واقعی به اراده نمایندگان ملت تعلق دارد و رعایت احترام و قدرت قانون بزرگترین ضامن حفظ آزادی افراد است. دادرس مجری قانون است و نمی‌تواند به‌نام و به میل خود حقوقی برای اشخاص ایجاد کند. پس، در مواردی که قانون حکم صریحی ندارد، باید کوشش کند تا

از مفاد و معانی مواد موجود اراده قانونگذار را درباره مسائل مورد نزاع به دست آورد^۱. در اثر نفوذ همین مکتب، رساله‌های حقوقی به شرح مواد قانون اختصاص می‌یابد و نظم مطالب تابع ترتیب مواد می‌شود؛ روشی که امروز مهجور مانده است. زیرا، نویسندگان می‌کوشند نظم منطقی و معقول منتخب خود را جانشین ترتیب مواد قانون سازند.

۱. فنون استنباط در این مکتب

۱۸۷. استفاده از تاریخ:

از لحاظ نظری، برای تعیین اراده واقعی قانونگذار اعمال مقدماتی تهیه قوانین، از قبیل مذاکره‌های انجام شده در مجلس و گفتگوهای اعضای کمیسیونها بهترین راهنماست. به‌ویژه، در مورد اجمال و ابهام قانون، با مطالعه این مدارک به‌خوبی می‌توان معنایی را که مورد نظر مقنن بوده دریافت و نقص بیان او را جبران کرد. ولی، باید دانست که در بیشتر موارد، به‌ویژه در جایی که قانون به‌صورت ماده واحده به تصویب مجلس می‌رسد^۲، از این مطالعه استفاده مطلوب را نمی‌توان برد. پس باید، با استفاده از تاریخ، عقایدی را که در زمان وضع قانون مورد توجه بوده و مسلم است که در تدوین مواد از آن عقاید الهام گرفته شده است تشخیص داد و هدف اجتماعی قانونگذار و اصول مورد احترام او را تعیین کرد و با مطالعه کتاب‌هایی که مورد مراجعه نویسندگان قانون بوده است، به روح آن دست یافت. برای مثال، برای تعیین اراده نویسندگان قانون مدنی، مراجعه به عقاید مشهور فقهای امامیه، و به‌ویژه کتاب‌های

۱. به بیان دیگر، لوازم عقلی قانون بر عقل مستقل مقدم است و دادرس باید در مرحله نخست بر آن تکیه کند؛ همانند اعتبار و احترامی که در فقه برای قوانین الهی و منبعث از وحی قائل می‌شوند.
 ۲. تصویب قانون به‌صورت ماده واحده به این معنی است که تمام مواد آن جداگانه در مجلس طرح نمی‌شود و نمایندگان باید به مجموع لایحه، به‌عنوان یک واحد تجزیه‌ناپذیر، رأی موافق یا مخالف بدهند.

شرح لمعه، شرایع محقق، تذکره علامه و مکاسب شیخ مرتضی انصاری بسیار مفید است.

۱۸۸. تعبیرهای منطقی و اصولی:

پیروان مکتب تحلیلی به عقل انسان و درستی نتایجی که از این راه به دست می آید اعتقاد و اعتماد کامل دارند و احکامی را که عقل از متن قوانین استنباط می کند بی تردید موافق با نظر شارع می دانند. می گویند قانونگذار عاقل به طور مسلم در گفتار خود رعایت قوانین عقل و منطق را کرده است و بنابراین، آنچه به وسیله این قواعد از راه حل های موجود در قانون استنباط شود، همان است که او می خواسته.

برای به دست آوردن این نتایج منطقی، از وسایل گوناگون استفاده می شود که مهم ترین آنها بدین قرار است:

۱۸۹. قیاس:

هر جا که حکم قانون ناظر به مورد خاص باشد و به موضوع دیگری که با آن شباهت کامل دارد سرایت داده شود، گویند آن موضوع با موردی که قانون پیش بینی کرده قیاس شده است. بنابراین، قیاس وسیله گسترش حکم خاص به موارد مشابه است. شباهتی که بین دو موضوع احراز می شود و مبنای قیاس قرار می گیرد، به طور معمول بر علت مشترک بین آنها استوار است: بدین معنی که، هرگاه علتی که وجود حکم را اقتضا داشته در هر دو مشترک باشد، آنها را شبیه به یکدیگر می گویند.

این علت گاه در خود قانون معین است؛ چنان که ماده ۱۹۵ قانون مدنی می گوید: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است» پس در هر مورد که به دلیل حجر یا اشتباه یا اکراه، معامله کننده قصد نداشته باشد، می توان وضع او را با مست و بیهوش قیاس کرد و گفت که «معامله باطل است».

ولی گاه دادرس باید علت حکم را استنباط کند؛ چنان که در قیاس مهلت اجرای

قانون در خارج از کشور با مهلت اجرای آن در داخل، مبنای شباهت را ما استنباط کردیم و قانونگذار در این باب چیزی نگفته بود (ش ۱۱۲). به همین مناسبت، این قسم از قیاس را (مستنبط العلة) می‌نامند و آنرا در برابر قیاس (منصوص العلة) به کار می‌برند.

۱۹۰. مفهوم موافق (قیاس اولویت):

اگر جهات و دلایلی که وجود حکم را در موضوع خاص ایجاب کرده است در موضوع دیگر قوی‌تر باشد، باید آن حکم را در مورد دوم نیز جاری دانست. بنابراین، استنباط مفهوم موافق نیز نوعی قیاس است، با این تفاوت که علت در فرع قوی‌تر از اصل است و به همین جهت آنرا قیاس اولویت نیز گفته‌اند.^۱

مثال: در قانون نیامده است که قیم نمی‌تواند مال غیرمنقول صغیر را به دیگری ببخشد. ولی، از مفهوم ماده ۸۳ قانون امور حسبی و ماده ۱۲۴۱ قانون مدنی به خوبی برمی‌آید که قیم دست کم بدون اجازه دادستان چنین اختیاری ندارد. زیرا، اگر فروش یا رهن اموال غیرمنقول صغیر محتاج به اجازه دادستان باشد، به طریق اولی بخشیدن این اموال نیز از طرف قیم به طور مستقل امکان ندارد.^۲

۱۹۱. مفهوم مخالف:

هرگاه حکمی که از قانون فهمیده می‌شود از لحاظ نفی و اثبات با آن مخالف باشد، حکم را «مفهوم مخالف» قانون گویند. پس، مفهوم مخالف قانون حکمی است که برای فرض مخالف موضوعی که در قانون آمده، استنباط می‌شود و از حیث نفی و اثبات با آن مخالف است.

برای مثال، در قانون مدنی ما حکمی وجود ندارد تا ضمان دینی را که فقط سبب

۱. برای دیدن معنی دو اصطلاح «اصل» و «فرع» رجوع شود به ش ۹۱.

۲. مثال دیگر در باب قیاس عقد ناشی از اکراه با معامله فضولی، در این خصوص که آیا اجازه مکره اثر به گذشته دارد و عقد را از ابتدا تنفیذ می‌کند یا از زمان صدور اجازه مؤثر است؟ همچنین، ک. ش ۱۱۰ درباره لزوم انتشار تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها.

آن ایجاد شده و هنوز ثابت در ذمه نیست تجویز کند. ولی، از مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ به آسانی درستی این ضمان استفاده می شود. این ماده می گوید: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است» و مفهوم مخالف آن چنین می شود: «ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده است صحیح است».

مثال دیگر: اگر در مقررات دانشگاه آمده باشد که «دانشجویانی که معدل دوره لیسانس آنان (۱۴) باشد می توانند به دوره فوق لیسانس راه یابند» مفهوم مخالف حکم این است که: «دانشجویانی که معدل (۱۴) ندارند نمی توانند به دوره فوق لیسانس راه یابند». چنان که می بینیم حکم استنباط شده با آنچه در مقررات وجود دارد از نظر اثبات و نفی مخالف است و به همین جهت نیز مفهوم مخالف آن نامیده می شود.

۲. نقد مکتب تحلیلی

تفسیر منطقی و تاریخی مواد قانون و روش طرفداران مکتب تفسیر لفظی از دو جهت مورد انتقاد واقع شده است:

۱۹۲. تظاهر احترام به قانون :

به دست آوردن منظور قانونگذار بیشتر جنبه تظاهر به قانون دارد. هر عالم حقوق برای درست جلوه دادن نظر خود می کوشد تا آن را به قانونگذار نسبت دهد. منظور مقنن از وضع ماده ای که مجمل است و همچنین نظر او در موضوعی که بدون حکم باقی مانده است از مقدمات تهیه قانون به دست نمی آید. زیرا صورت مجلسی که از گفتگوهای نمایندگان و اعضای دولت تهیه می شود، حاوی تمام نظرهای موافق و مخالف است و به دشواری می توان از بین آنها نظر قانونگذار را، به گونه ای کامل و صریح، استنباط کرد. بنابراین، هر دادرس برای اثبات نظر خود به بخشی از مذاکره ها که برای تأیید آن عقیده مفید است استناد و در زیر سرپوش اراده مقنن نظر خود را اعمال می کند.

۱۹۳. عقب ماندگی حقوق :

در این مکتب، مواد قانون باید برحسب اراده نویسندگان آن تفسیر شود: یعنی، تفسیر قانون باید از عقاید و اندیشه‌هایی الهام گیرد که در زمان تصویب آن وجود داشته است. پس، قبول این نظر مستلزم بی‌اعتنایی به تمام تحولات اجتماعی و انکار ضرورت‌ها و لوازم این تحولات است.

نتیجه پیروی از مکتب تفسیر لفظی این است که قانون مدنی در عصر ماشین و برق و هواپیما و استفاده از قوای اتمی و تسخیر فضا به همان شیوه که در سابق اجرا می‌شده است مورد استفاده واقع گردد و تمام ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی امروز بشر نادیده گرفته شود، در حالی که حقوق قانون زندگی است و باید همگام با آن باشد. حقوق زنده و پیشرفته رهبر و راهنمای زندگی است، ولی حقوق وامانده مزاحم و دست و پاگیر است. فشار ضرورت‌های اجتماعی باعث می‌شود که تمام نیروها صرف تمهید حیل‌ها و نیرنگ‌ها برای پرهیز از اجرای قانون شود.

ب : مکتب تحقیق علمی آزاد

۱۹۴. روش تفسیر :

از اواخر سده نوزدهم، شیوه پیروان مکتب لفظی به شدت مورد انتقاد قرار گرفت و روش جدیدی پیشنهاد شد که به موجب آن دادرسی با آزادی بیشتری بتواند نیازمندیهای جامعه را در تفسیر قوانین مورد توجه قرار دهد.

به نظر پیروان این مکتب، که تحقیق علمی آزاد نامیده شد، قدرت و سلطه واقعی را باید در خود قانون جستجو کرد نه در کسانی که به عنوان مقنن آن را وضع کرده‌اند. پس از انجام تشریفات مقدماتی، همین که قانون به صورت قاعده الزام‌آور درآمد، گذشته از

ارادهٔ کسانی که آن را وضع کرده‌اند، به خودی خود معتبر است. دادرس مجبور به اطاعت از قانون است و نمی‌تواند حکم آن را در فصل دعاوی نادیده بگیرد. ولی، در برابر این تکلیف، اختیار دارد که قانون را تفسیر و معنی واقعی آن را تعیین کند و در مقام استفاده از این اختیار، آزاد است که مانند سایر دانشمندان به تحقیق پردازد و خود را پای‌بند به ارادهٔ قانونگذار نبیند.

حقوق مجموع قواعد زندگی است و با اجتماعی که بر آن حاکم است باید هماهنگ باشد و همگام با زندگی رو به تکامل رود. بنابراین، به جای استفاده از عقایدی که در گذشته و زمان وضع قانون رواج داشته است، برای تفسیر قانون باید خواسته‌های کنونی اجتماع را در نظر گرفت. برای این منظور، دادرس باید آزادانه و به همان شیوه‌ای که در سایر علوم مرسوم است، این خواسته‌ها را تشخیص دهد و تا آن جا که متون قوانین اجازه می‌دهد، مواد را چنان تفسیر کند که با عادات و رسوم اجتماعی ملایم و سازگار باشد. با این ترتیب، هیچ‌گاه مواد قانون به صورت قواعد کهنه و مهجور در نمی‌آید؛ همگام با تحولات سیاسی و اقتصادی مفاهیم جدید پیدا می‌کند و متناسب با اوضاع و احوال زمان می‌گردد.

بی‌تردید، عالم حقوق در این راه به تعبیرهای منطقی نیاز دارد و همان‌گونه که در سایر علوم نیز متداول است، در علم حقوق نیز باید از قواعد عقلی استفاده کرد. ولی این قواعد نباید وسیلهٔ احراز نظر قانونگذار باشد؛ باید در راه تأمین منافع اجتماع و برآوردن نیازهای عمومی به کار رود. به جای کاوش در مقدمات تهیهٔ قوانین، دادرس باید به وقایع اقتصادی و اجتماعی زمان توجه کند و در کار خود از جامعه‌شناسی و اقتصاد سیاسی و حقوق تطبیقی یاری بخواهد و از تجربه‌های دیگران عبرت بگیرد.

همچنین، استفاده از تاریخ نباید به منظور تشخیص ارادهٔ قانونگذار سابق باشد. باید به این وسیله دگرگونی‌های اجتماع را مطالعه کرد و، در مقام تفسیر قانون، احکام را چنان اجرا کرد که با آنها سازگار باشد. قاضی باید عرف و عادت را در نظر بگیرد و تا حدود امکان قواعد حقوقی را با عدالت اجتماعی منطبق سازد.

۱۹۵. نقد این روش :

تحقیق علمی آزاد این حسن را دارد که مانع از کهنه شدن و عقب ماندگی قوانین می شود و مقررات را متناسب با آداب و رسوم زمان و نیازهای مادی و معنوی جامعه می سازد. اجرای درست این شیوه سبب می شود که مردم قوانین را باری گران به دوش خود ندانند و در اجرای آنها احساس زحمت نکنند. دادگاه ها به تدریج قانون را با عدالت منطبق سازند و دیگر نیازی به تغییر آن و درهم ریختن سازمان های حقوقی نباشد.

با وجود این، آزادی محاکم در تفسیر قانون معایب بزرگی نیز دارد و خطر آن به اندازه ای است که هر عقل دوراندیشی در پذیرفتن آن به تردید می افتد.

اگر دادرس به مقصود قانونگذار پای بند نباشد و مواد قانون را به سلیقه خود و آن چنان که مصالح اجتماع را تشخیص می دهد تفسیر کند، همیشه بیم آن می رود که قانون پس از تصویب قوه مقننه برخلاف منظور آن قوه اجرا شود و حکومت به دست دادرسان باشد نه نمایندگان ملت. آزادی کامل دادرس باعث می شود که قوه قضاییه بتواند به بهانه رعایت مصلحت اجتماع، در وظایف خاص مجلس قانونگذاری دخالت کند و اصل استقلال این دو قوه از بین برود.

از اینها گذشته، اگر دادرس محدود به مفاد قوانین نباشد، دیگر چه عاملی می تواند بی طرفی کامل او را در دعاوی تضمین کند؟ آیا ممکن نیست که با پیروی از آرمان های ویژه خود قوانین را چنان تعبیر کند که با فلسفه وضع قانون و در عین حال ضرورت های زندگی اجتماعی مخالف باشد؟

مفاهیم اجتماعی و اقتصادی مانند قواعد ریاضی و طبیعی روشن و مسلم نیست و هر کس بنا به ذوق و سلیقه خاص خود ممکن است راهی برای تأمین سعادت جامعه انتخاب کند که دیگران آن را نپسندند. پس، اگر انگیزه دادرس در تفسیر قوانین فقط رعایت مصالح اجتماعی باشد، اختلاف رویه ها چنان شدید خواهد شد که هیچ کس نمی تواند به اعتماد مفاد قوانین، وضع ثابتی برای خود فرض کند.

ج: نتیجه

۱۹۶. روش قابل قبول در حقوق ایران:

از عبارت اصل ۱۶۷ قانون اساسی به خوبی برمی آید که در حقوق ما در مرحله نخست رأی دادگاه باید متکی به متن و روح قانون باشد، ولی دادرس نیز تنها در بند الفاظ گرفتار نیست؛ حق دارد و به خوبی می تواند راه حل هایی عادلانه بیابد و حقوق را متناسب با نیازهای جامعه کند. زیرا اگر عقل در زمره منابع حقوق درآید و حسن و قبح عقلی معیار ارزیابی قرار گیرد، هر نوع مصلحت گرایی نیز در این قالب امکان پذیر است. دادرس می تواند به عنوان مظهر عدالتخواهی و تمدن جامعه، پای از دایره ذهنیات بیرون نهد و به نیازها و ضرورت های عینی توجه کند. دیگر وجدان قاضی و روح دادگستر او در زندان منطق و عبارات محبوس نمی ماند و می تواند جولانگاه طبیعی و تجربی خود را حفظ کند. پس دشواری در این است که چگونه باید احترام به قانون و رعایت عدالت را با هم جمع کرد؟ چه باید کرد تا رویه قضایی عامل پویایی قواعد و متناسب ساختن آنها با ضرورت ها شود و در عین حال قاضی نیز تابع احکام قوانین باشد؟

باید در جستجوی راهی بود که از احترام دادرس به قوانین نکاهد و مانع از پیشرفت حقوق و رعایت عدالت نیز نشود. برای رسیدن به این منظور، یکی از بهترین راه حل ها این است که متن هیچ قانونی بدون توجه به سایر قوانین و مقررات تفسیر نشود و روح قانون از مجموع همه اصول استنباط گردد. برای مثال، برای پیدا کردن راه حل مسأله ای که در قانون مدنی حکم صریح ندارد، کافی نیست که فقط اصول و قواعد موجود در آن قانون بررسی شود؛ در این راه باید به تمام قوانینی که از آن به بعد تاکنون به تصویب رسیده است توجه کرد و از ترکیب همه آنها منظور قوه مقننه را به دست آورد. در هر یک از قوانین آیین دادرسی مدنی، مسؤولیت مدنی، روابط موجر و مستأجر و قوانین ثبت و آیین دادرسی کیفری و امثال اینها، به تناسب نیازهای کنونی زندگی

اجتماعی و اقتصادی، از قواعدی پیروی شده که برای به دست آوردن روح قانون باید مورد مطالعه دقیق قرار گیرد.

بدین ترتیب، دادرس از حدود اراده قانونگذار تجاوز نمی‌کند، ولی در همین چهارچوب از کاروان تمدن عقب نمی‌ماند و از مظاهر زندگی نو غافل نمی‌شود؛ از ابزارهای منطقی و تاریخی استفاده می‌شود، با این تفاوت که موضوع کاوش یک قانون معین نیست و روح نظام حقوقی کشور به دست می‌آید. به بیان دیگر، برای این که دادرس در پی یافتن اراده قانونگذار در زمان وضع قانون باشد، بایستی دریابد که اگر مسأله مورد نظر هم‌اکنون در مجالس مقننه طرح شود، به احتمال قوی چه پاسخی به آن داده خواهد شد؟

راه حل دیگر این است که دادرس، در فرض ابهام و اجمال قوانین و قرار گرفتن بر سر دوراهی تفسیر، در انتخاب خود به عدالت توجه کند و آن را یکی از جهات مهم ترجیح نظر منتخب قرار دهد. این توجه و ترجیح با روح قانون و اراده قانونگذار نیز سازگار می‌نماید. زیرا، بی تردید هدف هر قانونگذار اجرای عدالت است و تفسیر قانون بر مبنای هدف قانونگذار اطاعت از نظام حقوقی است نه سرکشی. این شیوه تفسیر را می‌توان چنین خلاصه کرد: «فرا تر از قانون، اما به وسیله قانون»^۱.

بدین سان، راه نفوذ اخلاق به جهان حقوق باز می‌شود و به آن طراوت و قابلیت انعطاف می‌بخشد، بی آنکه از استحکام و قدرت آن بکاهد. وانگهی، چون این اقدام زیر سرپوش تفسیر قانون صورت می‌پذیرد، نظارت دیوان کشور را از بین نمی‌برد و این مقام می‌تواند وحدت رویه قضایی را در زمینه راه حل های عادلانه نیز تأمین کند و به قانون کمال بخشد.

۱۹۷. تفسیر قانون مدنی :

تاریخ ایران و چگونگی تدوین قانون مدنی، و به ویژه سازمان قضایی و آیین دادرسی محاکم، تفسیر قانون مدنی را که پایه تمام رشته های حقوق خصوصی است، دشوارتر ساخته.

۱. Au delà du code civil, mais par le code civil. نقل از مقدمه سالی برنخستین چاپ کتاب «روش تفسیر و منابع حقوق خصوصی» نوشته ژنی، الهام گرفته از: ایرینگ، حقوقدان آلمانی.

قانون مدنی ایران بر روی مبانی فقه امامیه استوار شده و صریحتر بگوییم بسیاری از بخش‌های آن ترجمه کتب فقهاست. پس، نخستین شرط مطالعه و فهم آن احاطه بر مبنای فقه امامیه و قواعد شرعی است. ادعای جدایی کامل قانون مدنی از فقه و بی‌نیازی از کتب فقها ادعایی است که هیچ منطق سلیم و بی‌غرضی آن‌را نمی‌پذیرد. اهمیت فقه امامیه نسبت به قانون مدنی فقط از لحاظ تاریخی نیست؛ قانون مدنی بر روی قواعد و اصولی استوار شده است که فهم آنها جز با مطالعه دقیق فقه امکان ندارد. اجتهاد در حقوق اروپایی و روم به تنهایی برای مطالعه حقوق مدنی ایران کافی نیست و چه بسا موجب انحرافها و خطاهای بسیار نیز می‌شود.

به‌طور خلاصه، قانون مدنی طبیعی‌ترین مقررات ماست که توده مردم آن‌را می‌شناسند و بیشتر آنها به مبانی مذهبی و عرفی این قانون احترام می‌گذارند و به آسانی نمی‌توان چنین درخت کهنسالی را از ریشه‌های خود جدا کرد.

از سوی دیگر نیز، باید دانست که سازمان‌های حقوقی ما چنان است که آگاهی از قواعد و مبانی فقه اسلامی، در عین حال که کمال ضرورت را دارد، برای مطالعه و تحقیق در مسائل مدنی کافی نیست؛ نیازهای تازه‌ای به وجود آمده است و ما با مسائلی نورو به‌رو هستیم؛ مسائل و نیازهایی که در فقه سابقه ندارد. پس ناچار بایستی از تجربه‌های دیگران استفاده کنیم. ضرورتی ندارد که تابع آنان باشیم، ولی به تجربه‌ها و راه‌حل‌های مفیدشان نیاز داریم.

در دنباله همین نیاز، قوانینی که مآخذ حقوق مدنی ما را تشکیل می‌دهد، گاه از حقوق اروپایی متأثر شده و پاره‌ای از اصول حقوقی کشورهای مغرب‌زمین، به‌ویژه فرانسه، را به ارمغان آورده است. برای مثال، اصل آزادی اراده به وسعتی که در ماده ۱۰ قانون مدنی بیان شده، در فقه طرفداران زیادی ندارد. بنابراین، طبیعی است فقیه اسلامی که معتقد است اراده انسان جز در قالب عقود معین یا به صورت شرط ضمن عقد نفوذ حقوقی ندارد، در حل بسیاری از مسائل حقوق مدنی دچار اشتباه خواهد شد.^۱ همچنین، تفسیر قواعدی که از منبعی خارج از فقه اسلامی سرچشمه می‌گیرد، جز با تجزیه و تحلیل مبانی آن امکان ندارد.

۱. این اعتقاد مشهور در فقه امامیه است. ولی پاره‌ای از مفسران و فقها نیز آیه مبارکه «و فوا بالعهود» را ناظر به تمام قراردادهای داند و الف و لام «العهود» را عهدی نمی‌شناسند (شیخ طبرسی، مجمع البیان، ج ۳، ص ۱۵۱ - سید محمد کاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب - شیخ مرتضی انصاری، مکاسب و عروة الوثقی، ج ۲، ص ۲۸۸ - و برای دیدن نظر مخالف و مشهور: شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۱۳).

جمع نظام اسلامی با نیازها و ضرورت‌های نو به ذوق سلیم و مطالعه فراوان احتیاج دارد. عرصه سیمرخ است و باید به آرامی و روشن بینی در آن گام نهاد. شتابزدگی و تعصب این بنای کهن را درهم می‌ریزد و آن‌گاه به دشواری می‌توان ساختمانی دلخواه را جانشین آن کرد.^۱

۱۹۸. اشکال ویژه تفسیر قوانین کیفری :

در امور کیفری، وضع از این هم پیچیده تر است: از یک سو، به موجب اصل ۳۶ قانون اساسی: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد»، یعنی قانون منبع منحصر تعیین مجازات برای اشخاص است. از سوی دیگر، در اصل ۱۶۷ می‌خوانیم که: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

اصل ۱۶۷ ناظر به امور مدنی است نه کیفری، زیرا امکان استناد به «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» با اصل قانونی بودن مجازات‌ها، که در اصل ۳۶ اعلام شده است، تعارض دارد. پس جمع دو اصل بدین گونه است که حکم عام اصل ۱۶۷ در اثر حکم خاص اصل ۳۶ در امور کیفری، مخصوص به مواردی شود که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد.

با وجود این، در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، بدین پندار که اصل ۱۶۷ شامل تمام دعاوی کیفری و مدنی می‌شود، آمده است: «... دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند». پس این سؤال مطرح می‌شود که آیا دادرسی می‌تواند به استناد «منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر» کاری را که در قوانین مجازات ندارد جرم بشناسد و کیفر دهد؟

پاسخ سؤال بی‌گمان منفی است. زیرا فرض این است که قانونگذار عادی از اصول قانون اساسی

۱. در مورد ضرورت جمع فقه و نیازهای اجتماعی، رک. ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، مسؤولیت مدنی، سرآغاز.

تجاوز نمی‌کند و اصل قانونی بودن مجازاتها را محترم می‌دارد. پس، ماده ۲۱۴ باید چنین معنی شود که، جز در مورد حکم به مجازات که دادرس محدود به متون قوانین است، دادگاه باید از منابع معتبر اسلامی و فتاوی‌های مشهور برای تکمیل قوانین استفاده کند. وانگهی، اگر هم مسلم شود که مقصود نویسندگان ماده ۲۱۴ این بوده است که به دادگاه اختیار دهد کاری را که در قانون جرم نیست مجازات کند، باید در مقام اجرا، اصل ۳۶ قانون اساسی را که یکی از پایه‌های تمدن کنونی است و در اصول دیگر آن قانون تأیید شده (اصل ۳۲ و ۳۳)، بر حکم ماده ۲۱۴ مقدم دارد. زیرا همان‌گونه که گفته شد (ش ۱۲۱)، پیش‌بینی شورای نگهبان قانون اساسی صلاحیت دادرس را در تمیز قانون حاکم بر دعوا از بین نمی‌برد و او می‌تواند قانون عالی را بر مقررات عادی و پایین حاکم سازد.

بنابراین، باید پذیرفت که در مورد مجازاتها و تمیز جرم‌نقش عرف و رویه قضایی و عقاید علما جنبه فرعی دارد و تنها از منابع تفسیری است و همه چیز به نام قانون صورت می‌پذیرد.

۱۹۹. تفسیر قانون اساسی:

تفسیر قانون اساسی اهمیت ویژه‌ای در هر کشور دارد، زیرا به پایه‌های نظام حکومت مربوط می‌شود. به دلیل همین اهمیت استثنائی است که به طور معمول این اقدام را به مجالس قانونگذاری عادی واگذار نمی‌کنند و در پی نهادی هستند که یا سیاست در آن رخنه نکند (مانند دیوان کشور) یا شیوه انتخاب سیاستمداران و آیین رأی‌گیری و اکثریت لازم چنان باشد که، در عین دشواری، هر چه بیشتر به آراء عمومی نزدیک شود و از منبع اصلی حاکمیت الهام بگیرد.

در قانون اساسی ماتفسیر این میثاق ملی به عهده شورای نگهبان است که با اکثریت خاص انجام می‌شود. در اصل ۹۶ قانون اساسی آمده است: «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود». مبنای این تفسیر باید اصول و هدف‌های موجود در قانون اساسی باشد.

به نظر می‌رسد که صلاحیت شورای نگهبان در تفسیر نوعی قانون اساسی، باعث نفی صلاحیت دادگاه در تفسیر و اجرای آن قانون در دعوی خاص نمی‌شود؛ چنان که در اصل ۷۳ نیز، با این که تفسیر قوانین عادی را به مجلس سپرده است، می‌خوانیم: «مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست».

فصل پنجم

قلمرو اجرای قواعد حقوق

۲۰۰. تقسیم مباحث :

قلمرو اجرای قواعد حقوق را ضمن دو مبحث مطالعه می‌کنیم:

مبحث اول: قلمرو حقوق در مکان - در این مبحث باید دید قانون در چه سرزمینی اجرا

می‌شود و بر چه اشخاصی حکومت می‌کند و کدام دسته از اموال تابع آن است؟

مبحث دوم: قلمرو حقوق در زمان - در مبحث دوم این پرسش مورد گفتگو است که آیا

قانون ناظر به اعمال حقوقی پیش از آن نیز هست یا تنها بر آینده حکومت دارد؟ در

مرحله دیگر، آیا قانون پس از نسخ شدن نیز نسبت به وقایع آینده اعتبار دارد، یا

حکومت بر آینده در انحصار قانون جدید است؟

مبحث اول: قلمرو حقوق در مکان

۲۰۱. قاعده کلی:

مطابق ماده ۵ قانون مدنی: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع خارجه و داخله، مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». بنابراین، قوانین ایران اصولاً در داخل مرزهای سیاسی کشور اجرا می‌شود و بر تمام اشخاص و اموال موجود در آن حکومت می‌کند. این قاعده را اصل محلی یا درون مرزی بودن قانون می‌نامند. ولی، باید توجه داشت که این قاعده استثناهای فراوان دارد: در پاره‌ای امور خارجیان مقیم ایران در حکومت قوانین دولت متبوع خود هستند و بعضی از قوانین داخلی درباره ایرانیان مقیم خارج از کشور نیز اجرا می‌شود. این دسته از قوانین را که به اعتبار تابعیت اشخاص در خارج از کشور قابل اجراست، «قوانین شخصی» می‌گویند.

بحث درباره محلی یا شخصی بودن قوانین در زمره مسائل ویژه حقوق بین‌الملل خصوصی است. ولی، در این مقدمه، از نظر شناسایی قلمرو اجرای حقوق، بررسی قواعد ابتدایی آن به‌طور اجمال مفید است. قوانین هر کشور را به لحاظ قلمرو حکومت آن به چهار دسته اصلی می‌توان تقسیم کرد.

۲۰۲. الف - قوانین مربوط به احوال شخصی:

مجموع اوصافی که وضع شخص را در خانواده و جامعه معین می‌کند و از شخصیت او جداشدنی نیست، در اصطلاح «احوال شخصی» می‌نامند: مانند نکاح و طلاق و نسب و سن و حجر و ولایت قهری و قیمومت و جنس و امثال اینها. امروز در بیشتر قوانین موضوعه قبول شده است که انسان از جهت احوال شخصی تابع قانون ملی است و در هر

کجا باشد آثار وضع شخصی او را قانون دولت متبوعش تعیین می‌کند.^۱ برون مرزی بودن قوانین مربوط به احوال شخصیه چندان در قوانین کشورها تکرار شده که باید آن را یکی از اصول مسلم حقوق بین الملل خصوصی در گروه حقوق رومی و ژرمنی به شمار آورد. قانون مدنی نیز در پیروی از همین اصل در ماده ۶ می‌گوید: «قوانین مربوط به احوال شخصیه، از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث، در مورد کلیه اتباع ایران، ولو این که مقیم در خارجه باشند، مجری خواهد بود». و ماده ۷ در تکمیل آن مقرر می‌دارد: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران، از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود، همچنین از حیث حقوق ارثیه، در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

بنابراین، اصولاً قلمرو حکومت این دسته از قوانین محدود به مرزهای کشور نیست و به تبعیت از شخصیت اتباع هر کشور در خارج از مرزها نیز قابل اعمال است و به همین جهت بعضی آن را به سایه اشخاص تشبیه کرده‌اند.^۲ با وجود این باید به دو نکته زیر توجه داشت:

۱. اعمال قوانین ملی درباره احوال شخصیه قاعده مطلق نیست. زیرا در موردی که اجرای قانون خارجی با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالف باشد یا احساسات عمومی را جریحه دار کند، هیچ کشوری حاضر به قبول آن نیست. برای مثال، اگر در کشوری رابطه آزاد زن و مرد سبب رابطه نسبی و تکالیف خانوادگی شود و این دو بیگانه پس از مدتی زندگی مشترک به ایران بیایند، با آنکه روابط خانوادگی آنان باید تابع دولت متبوع خودشان باشد، دادگاه‌های ایران بر این نکاح اثری بار نخواهند کرد و به این استناد که قانون خارجی با اخلاق حسنه و نظم عمومی ایران مخالفت دارد، از اعمال آن خودداری می‌کنند. ماده ۹۷۵ قانون مدنی در همین زمینه می‌گوید:

«محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

۱. در حقوق انگلیس و کشورهای پیرو آن، احوال شخصی تابع قانون اقامتگاه است.

۲. مصطفی عدل (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، ص ۲۱.

۲. به موجب ماده واحده مصوب ۳۱ تیرماه ۱۳۱۲: «ایرانیان غیرشیعه، که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، در احوال شخصیه و حقوق ارضیه و وصیت تابع قواعد و عادات مسلمة مذهب خود هستند».

مفاد این ماده در اصل ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی نیز آمده است و از این لحاظ قانون ایران استثنای مهمی برای گروهی از اتباع خود قائل شده و آنان را در حکم اتباع خارجی قلمداد کرده است. باید افزود که رعایت این قوانین نیز تا حدی مجاز است که با نظم عمومی داخلی و اخلاق حسنه منافات نداشته باشد.

۲۰۳. ب - قوانین راجع به اموال و قراردادها:

اموال موجود در خاک هر کشور تابع قوانین و نظامات داخلی است و اتباع خارجی نمی‌توانند به استناد قوانین کشور خود، از اجرای مقررات محل وقوع مال خودداری کنند. ماده ۸ قانون مدنی می‌گوید: «اموال غیرمنقوله که اتباع خارجه در ایران مطابق عهد تملک کرده یا می‌کنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود». و ماده ۹۶۶ نیز حکم این ماده را به اموال منقول سرایت داده و تصرف و مالکیت را به طور کلی مشمول قانون محل وقوع مال دانسته است. درون مرزی بودن این قوانین، نه تنها ناشی از لزوم اقتدار دولت در داخل کشور است، نظم در روابط بین‌المللی نیز آنرا ایجاب می‌کند. زیرا قوانین راجع به اموال به تناسب محیط و موقعیت خاص هر محل وضع شده و اجرای آن در محیط دیگر بی‌مورد و گاهی نیز غیرممکن است.

نکته مهمی که باید در قوانین راجع به اموال یادآوری شود آن است که بر طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی: «تمهدهات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر این که متعاقدين اتباع خارجی بوده و آنرا صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند»؛ چنان که اگر عقد اجاره‌ای در ایران بسته شود، مستأجر باید تمام اجاره را پس از وقوع اجاره بپردازد، هر چند که بین دو تن تابع خارجی باشد.

امکان انتخاب قانون حاکم بر تعهدهای قراردادی راه‌حلی است که قانون برای رفع

تعارض قوانین در روابط بین‌المللی اندیشیده است و نباید آن را نتیجه حاکمیت اراده شمرد. به همین جهت، ماده ۹۶۸ نیز باید تفسیر محدود شود. پس، انتخاب قانون از سوی دو طرف در صورتی مؤثر است که: (۱) هر دو خارجی باشند (۲) انتخاب قانون به منظور حکومت بر آثار عقد باشد نه شرایط صحت آن^۱.

۲۰۴. ج- قوانین مربوط به طرز تنظیم اسناد:

مطابق ماده ۹۶۹ قانون مدنی: «اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می‌باشد». پس، برای آنکه سندی از حیث صورت معتبر باشد، باید به شکلی درآید که قوانین محلی مقرر داشته است. مثلاً، اگر یکی از اتباع انگلستان بخواهد اموال غیرمنقول خود را در ایران بفروشد، باید طبق مقررات سند رسمی تنظیم کند، یا اگر مایل باشد که در ایران وصیت کند، باید وصیتنامه را به یکی از اشکال خود نوشت و سری و رسمی درآورد. همچنین، اگر ایرانی مقیم انگلستان بخواهد اموال خود را وصیت کند، کافی است که وصیتنامه را بر طبق مقررات موجود در انگلستان تنظیم کند. باید افزود که هرگاه تشریفات تنظیم سندی با نظم عمومی (یعنی نظم در دولت و قواعد حقوقی) بستگی داشته باشد، رعایت قوانین ایران در هر حال ضروری است. تنظیم سند رسمی در مورد نقل و انتقال املاک بستگی کامل به منافع عموم و حفظ نظم در روابط اجتماعی مردم دارد و سند عادی، در هر کجا تنظیم شده باشد، در محاکم ایران قابل پذیرش نیست (ماده ۹۷۵ قانون مدنی). ولی تشریفات تنظیم سند رسمی تابع قانون محل آن است.

۲۰۵. د- قوانین مربوط به نظم عمومی و امنیت:

مهم‌ترین وظیفه هر دولت حفظ نظم است و بنابراین هیچ دولتی اجازه نمی‌دهد که در سرزمین او قانون دیگری در نظم و امنیت عمومی اخلال کند. قواعدی که به این

۱. رک. ش ۱۳۵ لربورپی ژونیر، دالوز، ۱۹۶۲، ش ۳۵۰ تا ۳۵۳.

منظور وضع شده بر تمام ساکنان کشور حکومت می‌کند و از مصادیق بارز قوانین درون مرزی است. بهترین مثال برای این‌گونه مقررات، قوانین جزایی و آیین دادرسی و شهرداریها و نظامات شهربانی است.

ماده ۹۷۱ قانون مدنی در مورد قوانین آیین دادرسی می‌گوید:

«دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می‌شود، مطرح بودن همان دعوا در محکمه خارجی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود».

ماده ۳ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۲۱ مهرماه ۶۱ نیز مقرر می‌دارد:

«قوانین جزایی درباره کلیه کسانی که در قلمرو حاکمیت جمهوری اسلامی ایران (اعم از زمینی، دریایی و هوایی) مرتکب جرم شوند اعمال می‌گردد، مگر آنکه به موجب قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد».

در بند الف همین ماده آمده است: «هرگاه قسمتی از جرم در ایران واقع و نتیجه آن در خارج از قلمرو ایران حاصل شود و یا قسمتی از جرم در خارج و نتیجه در ایران حاصل شود و یا قسمتی از جرم در ایران و نتیجه آن در ایران حاصل شود آن جرم واقع شده در ایران محسوب است».

در این قانون، حتی پاره‌ای از جرایم که در خارج کشور رخ می‌دهد و با نظم عمومی ارتباط دارد تابع قانون مجازات شناخته شده است.

مبحث دوم: قلمرو حقوق در زمان

۲۰۶. تقسیم مطالب و حدود بحث:

برای تعیین قلمرو اجرای قانون در زمان، مسائل زیر را باید مورد مطالعه قرار داد:

۱. قانون از چه لحظه‌ای قابل اجراست؟

۲. در چه زمانی سلطه و اقتدار قانون پایان می‌پذیرد؟

۳. قانون آیا ناظر به آتیه است، یا شامل وقایعی که قبل از آن نیز اتفاق افتاده است می‌شود؟ و آیا حکومت بر وقایع آینده در انحصار قانون جدید است، یا قانون قدیم پس از نسخ نیز در پاره‌ای امور اعتبار دارد؟ دو مسأله نخست ضمن فصل «منابع حقوق» آمده است و در این مبحث تنها از قواعد حاکم بر رفع تعارض قوانین در زمان سخن می‌گوییم.

۲۰۷. تعارض قوانین در زمان :

در فصل چهارم دیدیم که قانون جدید در قسمتی که با قانون سابق مخالف است آنرا نسخ می‌کند (ش ۱۳۰ به بعد). پس، با وضع هر قانون این پرسش به میان می‌آید که آیا مفاد آن با مقررات گذشته منافات دارد یا نه و اگر مفاد دو قانون متعارض است، وقایعی که در زمان حکومت این دو قانون روی داده تابع کدام یک از آنهاست؟ در این‌گونه موارد، مسائل مورد بحث مانند موردی است که قانون دو کشور باهم تعارض پیدا می‌کند، چنان که به همین مناسبت نیز آنرا تعارض زمانی قوانین نام نهاده‌اند. تفاوت عمده تعارض قوانین در زمان و مکان این است که در صورت نخست، مرجع وضع هر دو قانون یکی است، ولی در حالت دوم، هر یک از دو قانون به کشوری تعلق دارد و در واقع تعارض بین قدرت عالی دولت‌هاست.

پیش از این، همه قواعد حاکم بر رفع تعارض قوانین را زیر عنوان «عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته» بررسی می‌کردند و چنین می‌پنداشتند که تمام مسائل مربوط به تعارض قوانین در زمان با اجرای درست این قاعده حل می‌شود، در حالی که بی‌اثر بودن قانون در گذشته تنها یکی از چهره‌های مربوط به این تعارض است و علاوه بر آن حکومت قانون بر آینده نیز بایستی مورد توجه باشد.

۲۰۸. تحلیل ماده ۴ قانون مدنی :

ماده چهارم قانون مدنی در بیان قلمرو قانون در زمان می‌گوید:
 «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد، مگر این که در

خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد.»
این حکم که از ماده ۲ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، حاوی دو قاعده مهم است که به طور جداگانه باید مورد مطالعه واقع شود:

۱. قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد: یعنی قانون فقط بر وقایعی حکومت می‌کند که پیش از وضع آن روی داده است و آنچه در زمان اقتدار قانون سابق رخ داده تابع همان قانون است و تغییر قوانین نسبت به اعمال گذشته اثر ندارد.

۲. اثر قانون نسبت به آتی است: در این عبارت اقتدار قانون به اجمال بیان شده و از جمع آن با اصول حاکم بر تعارض قوانین برمی‌آید که قانون جدید، همین که قابل اجرا شد، بر تمام امور حکومت می‌کند و قانون سابق سلطه خویش را از دست می‌دهد. نویسندگان حقوقی، حکومت قانون بر تمام امور آینده را به «اثر فوری قانون» تعبیر کرده‌اند.

تفاوت این دو قاعده در جایی ظاهر می‌شود که حادثه‌ای در زمان قانون قدیم رخ دهد و آثار آن بعد از تصویب قانون جدید نیز ادامه یابد، یا بخشی از یک واقعه پیش از اجرای قانون جدید و بخش دیگر پس از آن روی دهد. زیرا بر طبق قاعده «عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته» قانون سابق حاکم بر این‌گونه وقایع و آثار است، ولی قاعده «اثر فوری بودن قانون» ایجاب می‌کند که قاعده جدید بر آنها حکومت کند!

قاعده نخست در سده نوزدهم بیشتر مورد استناد بود و برای حفظ آزادی افراد، دانشمندان حقوق کوشش می‌کردند تا از نتایج آن به طور کامل پیروی کنند. ولی در سده بیستم، که اندیشه اجتماعی بودن حقوق رونق گرفت، بیشتر تکیه بر این است که قانون جدید بی‌درنگ جانشین مقررات سابق می‌شود و قانون سابق قدرت اجرایی خویش را از دست می‌دهد.

۱. برای دیدن مثال‌ها، رجوع کنید به بحث مربوط به قاعده دوم.

قاعده نخست: قانون در گذشته اثر ندارد

۲۰۹. مبنای اعتبار قاعده:

فردگرایان این قاعده را یکی از اصول مهم قانونگذاری و ضامن آزادی در برابر قانون می‌دانند. به نظر آنان، اشخاص به رضای خود مطیع قانون می‌شوند و برای حفظ آزادی دیگران سهمی از اختیارهای خویش را از دست می‌دهند. پس، افراد جامعه در صورتی به قلمرو حکومت قانون درمی‌آیند که به طور صریح یا ضمنی، با آن موافقت کرده باشند و این امر در صورتی امکان دارد که قانون از پیش به اطلاع آنان رسیده باشد. ولی پیروان مکتبهای اجتماعی دلیل اثر نکردن قانون در گذشته را حفظ مصالح عموم می‌دانند نه حمایت از حق فردی؛ می‌گویند چون قانون جدید بهتر می‌تواند منافع اجتماع را تأمین کند، باید کوشید تا قلمرو حکومت آن توسعه یابد. قانون جدید، نه تنها بر آینده حکمفرماست، اصولاً باید شامل روابط حقوقی گذشته نیز بشود. منتها، حفظ ثبات و استقرار خود قانون ایجاب می‌کند که آنچه در گذشته روی داده است تابع قانون زمان خود باشد. اگر اثر قانون به گذشته سرایت کند و روابطی را که بر طبق قانون سابق برقرار شده است درهم بریزد، دیگر هیچ‌کس نمی‌تواند به ثبات وضع خویش مطمئن باشد. زیرا هر لحظه بیم آن می‌رود که قانون جدیدی وضع شود و حقوق ثابت گذشته را از بین ببرد و این کار، علاوه بر آنکه با انصاف و منطق مطابقت ندارد، با اعتبار قانون نیز منافی است. بی‌اعتمادی مردم به قانون سبب می‌شود که سرمایه‌داران به دشواری حاضر به داد و ستد گردند. در نتیجه، پول از گردش طبیعی خود باز می‌ماند و اقتصاد کشور مختل می‌شود.

۲۱۰. حدود اقتدار قاعده:

در زمانی که نظریه حقوق فردی در قوانین نفوذ کامل داشت، «بی‌اثر بودن قانون در گذشته» به‌عنوان نگهبان آزادی در برابر حکومت محترم بود. مفاد آن در قوانین

اساسی پاره‌ای از کشورها آمده بود و حتی قانونگذار را پای‌بند می‌کرد؛ چنان که در قوانین اساسی سال ۱۷۹۱ و ۱۷۹۳ فرانسه، این قاعده در زمره اصول حقوق بشر بود. ولی به تدریج که مکتبهای اجتماعی رونق گرفت، از اهمیت این قاعده کاسته شد و به صورت قانون عادی درآمد. تصریح انتهای ماده ۴ نیز به این منظور است که دادرسان در اجرای قوانینی که به گذشته عطف شده تردید نکنند و آنرا در شمار اصول اساسی نپندارند. بنابراین، قانونگذار آزاد است تا هرگاه صلاح بداند قانونی را به گذشته سرایت دهد، چنان که ماده ۹۵۵ قانون مدنی می‌گوید: «مقررات این قانون در مورد کلیه اموری که قبل از قانون واقع شده معتبر است».

ولی، در مواردی که این نکته تصریح نشده است، محاکم باید قانون جدید را درباره اعمالی که پیش از آن واقع شده اجرا نکنند، و به حقوقی که از این راه به دست آمده احترام گذارند.

همچنین، حکم ماده ۴ برای هیأت دولت و هر یک از وزیران و به طور کلی برای هر مقام که صلاحیت وضع تصویبنامه و آیین‌نامه را دارد، ایجاد الزام می‌کند. مقررات هیچ یک از تصویبنامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها نباید به گذشته عطف شود، و تجاوز به این اصل، دادرس را مجاز می‌سازد تا از اجرای این‌گونه مقررات خودداری کند (اصل ۱۷۱ قانون اساسی).

۲۱۱. اهمیت ویژه قاعده در قوانین کیفری :

در امور کیفری، تأثیر قوانین در گذشته زندگی بیشتر دارد و اخلاق جهانی آنرا نمی‌پذیرد. به همین جهت، در حقوق غالب کشورها قانونگذار از مجازات کردن اعمال مباح گذشته منع شده است. در اصل ۱۶۹ قانون اساسی ما نیز آمده است: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود».

آمدن این قاعده در قانون اساسی بدین معنی است که قانونگذار عادی نیز حق ندارد قوانین کیفری را به گذشته سرایت دهد و عقابی را بدون بیان مقرر دارد. ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز در تعقیب همین اصل به صراحت عدم تأثیر

قوانین کیفری به گذشته را اعلام می‌کند.

باید افزود که این اهمیت ویژه مربوط به قوانینی است که ارتکاب عملی را جرم می‌شناسد. قوانین مربوط به آیین دادرسی کیفری و صلاحیت دادگاه کیفری و قلمرو قانون در مکان و مانند اینها تابع قاعدهٔ عمومی است.

۲۱۲. استثنای قاعده:

بی‌اثر بودن قوانین نسبت به گذشته قاعدهٔ مطلق نیست. نظم عمومی و طبیعت پاره‌ای از قوانین ایجاب می‌کند که مقررات آن بر اعمال گذشته نیز حکومت کند و از جمله آنهاست:

۱. قوانین تفسیری: گفته شد که این دسته از قوانین معنی درست مقررات گذشته را بیان می‌کند و به حکم طبیعت خود در گذشته اثر دارد (ش ۱۸۱). اجرای قوانین تفسیری دربارهٔ اعمال گذشته با مفاد مادهٔ ۴ قانون مدنی به ظاهر منافات ندارد. زیرا، بنا به فرض، قاعدهٔ جدیدی وضع نشده و آنچه تصویب شده معنی درست قانون سابق است. ولی، چون قانونگذار گاه قاعده تازه‌ای به نام تفسیر قوانین وضع می‌کند، تأثیر قوانین تفسیری به گذشته در عمل استثنای مهمی بر قاعدهٔ کلی است.

۲. قوانین مربوط به حذف یا تخفیف مجازات‌ها: قوانین کیفری نیز مانند سایر مقررات، بر اعمال گذشته حکومت نمی‌کند. ولی، به لحاظ رعایت عدالت و انسان‌دوستی، هرگاه قانونی بعد از ارتکاب جرم مجازات آنرا تخفیف دهد یا با حذف کیفر مقرر آنرا در زمرهٔ اعمال مباح درآورد، مقررات جدید دربارهٔ اعمال گذشته نیز رعایت خواهد شد. مادهٔ ۱۱ قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در این خصوص می‌گوید:

«در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده باشد و هیچ فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به‌هنوان جرم به موجب قانون متأخر مجازات نمود. لیکن اگر بعد از ارتکاب جرم قانونی وضع شود که مبنی بر تخفیف یا عدم مجازات بوده و یا از جهات دیگر مساعدتر به حال مرتکب باشد، نسبت به

- جرایم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی مؤثر خواهد بود.»
- به موجب این ماده، صدور حکم قطعی نیز مانع از اجرای قانون خفیف تر جدید نیست؛ چنان که در بخش دوم ماده آمده است: «... در صورتی که به موجب قانون سابق حکم قطعی و لازم‌الاجرا صادر شده باشد، به ترتیب زیر عمل خواهد شد:
۱. اگر عملی که در گذشته جرم بوده به موجب قانون لاحق جرم شناخته نشود، در این صورت حکم قطعی اجرا نخواهد شد و اگر در جریان اجرا باشد موقوف‌الاجرا خواهد ماند و در این دو مورد و همچنین در موردی که حکم قبلاً اجرا شده باشد هیچ‌گونه اثر کیفری بر آن مترتب نخواهد بود. این مقررات در مورد قوانینی که برای مدت معین و موارد خاصی وضع گردیده است اعمال نمی‌گردد.
 ۲. اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق تخفیف یابد، محکوم علیه می‌تواند تقاضای تخفیف مجازات تعیین شده را بنماید و در این صورت دادگاه صادرکننده آن و یا دادگاه جانشین با لحاظ قانون لاحق مجازات قبلی را تخفیف خواهد داد.^۱
 ۳. اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق به اقدام تأمینی و ترتیبی تبدیل گردد فقط همین اقدامات مورد حکم قرار خواهد گرفت.»

قاعده دوم: حاکمیت قانون نسبت به آینده

۲۱۳. اثر فوری قانون:

همین که قانون قابل اجرا شود بر تمام وقایع حکومت می‌کند. از این پس اعتبار قانون سابق از بین می‌رود، و برای تنظیم روابط حقوقی، تنها مرجع حاکم قانون جدید است. بر مبنای این اقتدار که «اثر فوری قوانین» نامیده شده است، بسیاری از نویسندگان

۱. رک. ناصرکاتوزیان: رفع تعارض قوانین و اجرای قوانین کیفری خفیف تر، مجله حقوقی وزارت دادگستری، دوره جدید، ش ۱۰، آبان ۱۳۵۴. ص ۲۴ تا ۱۵ حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، چاپ دوم، ش ۷۴.

مسائل مربوط به تعارض قوانین در زمان را حل کرده‌اند. در حدود اجرای این قاعده اختلاف شده است، ولی امروز همه پذیرفته‌اند که باید بین اثر فوری قانون و تأثیر آن نسبت به گذشته تفاوت گذارد؛ قانون جدید ناظر به گذشته نیست، ولی همین که قابل اجرا شد بر تمام وقایع آینده حکومت می‌کند.

۲۱۴. مبنای قاعده:

در توجیه مبنای این قاعده گفته شده است که قانون جدید آخرین اراده قانونگذار است و احترام به خواسته‌های او ایجاب می‌کند که از آن پس تنها این قانون به روابط اشخاص حکومت داشته باشد. به‌ویژه که، بنا به فرض و ظاهر امور، قانون جدید عادلانه‌تر و با نیازهای اجتماعی سازگارتر است و اگر چنین نبود نیازی به وضع آن احساس نمی‌شد.

از اینها گذشته، در نظام درست قانونگذاری، اشخاص باید در برابر قانون مساوی باشند و بر موقعیت‌های یکسان قوانین متعارض حکومت نکند. اگر بنا شود که قانون قدیم پس از نسخ نیز همچنان بر روابطی که در زمان اعتبار آن به‌وجود آمده است حکومت

کند، در درون نظام حقوقی تعارض به‌وجود می‌آید و قانون حاکم بر روابط گذشته و آینده مختلف می‌شود. برای مثال، اگر قانونی حقوق و تکالیف زن و شوهر را در برابر هم تغییر دهد و بنا شود که نکاح‌های پیش از این قانون تابع مقررات گذشته باقی بماند، دو گروه زن و شوهر به‌وجود می‌آید (آنان که پیش از تغییر قانون ازدواج کرده‌اند و گروهی که بعد از آن زناشویی می‌کنند) و هر گروه قانونی جداگانه پیدا می‌کنند.

۲۱۵. اشکال‌های ناشی از اجرای قاعده:

اگر همه رویدادها در یک زمان رخ می‌داد و آثار آن نیز بی‌درنگ ظاهر می‌شد، در اجرای ماده ۴ قانون مدنی هیچ اشکالی پیش نمی‌آمد. زیرا حادثه‌ای که پیش از اجرای قانون جدید رخ می‌داد تابع مقررات سابق بود، و آنچه در آینده می‌گذشت در حکومت

قانون جدید قرار می‌گرفت.

ولی، بیشتر پدیده‌های حقوقی دارای عناصر گوناگونی است که به تدریج واقع می‌شود، یا آثاری دارد که ماهها و سالها ادامه می‌یابد. اگر در خلال این جریان قانون تغییر کند، تشخیص قاعده‌ای که حاکم بر هر یک از این عناصر و آثار است به آسانی امکان ندارد و دادرسان، در مقام اجرای قانون، با دو مشکل مهم روبه‌رو خواهند شد:

۱. گاهی دادرس با موقعیتی روبه‌روست که عناصر آن به تدریج جمع می‌شود:

به عنوان مثال، فرض کنیم برای استفاده از مرور زمان، باید بیست سال تمام مال غیرمنقول را در تصرف داشت. پس، اگر در خلال این مدت قانونی مدت مرور زمان را طولانی‌تر کند، معلوم نیست که آیا این قانون می‌تواند در حق متصرف نیز مؤثر شود یا اثر آن تنها درباره تصرفاتی است که بعد از وضع قانون شروع شده است؟ فرض کنیم نوزده سال از تاریخ تصرف می‌گذرد و در این مدت مرور زمان بیست سال بوده است، ولی در سال آخر قانون جدیدی آنرا به سی سال ترقی می‌دهد، آیا شخص متصرف در پایان سال بیستم می‌تواند از مرور زمان استفاده کند یا باید ده سال دیگر نیز در انتظار بماند؟^۱

۲. پاره‌ای از اعمال حقوقی آثاری از خود می‌گذارد که مدتها باقی می‌ماند: فرض کنیم زن و مردی پیمان زناشویی می‌بندند. عقد نکاح مرد را مکلف به دادن نفقه و حسن سلوک با خانواده می‌کند و زن را موظف به تمکین از زوج و سرپرستی کودکان خود می‌سازد. حال اگر در این میان قانونی بگذرد و حقوق و تکالیف زن و شوهر را در برابر هم تغییر دهد، آیا این قانون شامل آثار عقد نکاح سابق نیز می‌شود یا نه؟ به عبارت دیگر، قانون سابق بعد از نسخ نیز صلاحیت تنظیم این روابط را دارد یا قانون جدید بر

۱. مثال دیگر: شخصی وصیت می‌کند که ثلث اموال او را پس از مرگ به مستمندان شهر دهند یا به مصرف عمومی دیگر برسانند. به موجب مستفاد از مواد ۸۱۷ و ۸۲۸ قانون مدنی این وصیت در روز فوت موصی محقق می‌شود. یعنی عمل حقوقی دارای دو عنصر متفاوت است: انشاء وصیت و فوت موصی. حال اگر در فاصله بین تنظیم وصیتنامه و فوت موصی قانونی وضع شود و شرایط اساسی و صورتی وصیت را تغییر دهد، باید دید کدام قانون بر این عمل حکومت می‌کند و شرایط انعقاد آنرا بر طبق چه قانونی باید مطالعه کرد؟ قانون حاکم در زمان تنظیم وصیتنامه یا قانون جدیدی که پیش از فوت وضع شده است؟

آنها حکومت خواهد کرد؟

۲۱۶. تحلیل این اشکالها و چاره‌آن:

راه‌حل این دو مشکل منوط بر این است که در چه مواردی اجرای فوری قانون جدید با تأثیر آن در گذشته ملازمه دارد و در کجا می‌توان بدون تجاوز به ماده ۴ قانون مدنی، مقررات نو را به اقتضای طبیعت خود فوری اجرا کرد؟ در پاسخ همین پرسش است که پاره‌ای از نویسندگان مبنا را «عدم تأثیر قانون نسبت به گذشته» قرار می‌دهند و بعضی دیگر «اثر فوری» قانون را به‌عنوان اصل می‌پذیرند. در این باره گفتگو بسیار است^۱، ولی همه آنها را در دو راه‌حل اساسی می‌توان خلاصه کرد:

۱) نظریه‌ای که به موجب آن معیار تمیز امور گذشته و آینده حقوقی است که اشخاص بر طبق قوانین به‌دست آورده‌اند: بدین معنی که اگر پیش از اجرای قانون جدید حق ثابتی به‌وجود آمده باشد، باید آن را حفظ کرد و در شمار امور تمام شده قرار داد. ولی، هرگاه چنین حقی به‌وجود نیامده باشد، ایجاد آن تابع قانون جدید است. به همین جهت، این عقیده را «نظریه حقوق مکتسب» می‌نامند.

۲) نظریه‌ای که بر مبنای آن، وقایع را به‌طور نوعی و بدون توجه به حقوق ناشی از آنها بررسی می‌کنند: وقایع گذشته را تابع قانون قدیم و آینده را در حکومت قانون جدید می‌شمارند.

الف: نظریه حقوق مکتسب

۲۱۷. مبنای این نظریه:

به موجب این نظریه، باید بین حقوق مکتسب و انتظارهای اشخاص تفاوت گذارد:

۱. رک. ناصرکاتوزیان، حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، چاپ دوم، تهران ۱۳۶۹.

قانون جدید نمی‌تواند حقوق ثابتی را که در زمان حکومت قانون قدیم به دست آمده است از بین ببرد، ولی انتظارها و حقوق احتمالی که در سابق امید رسیدن به آنها می‌رفته است مانع از اجرای کامل قانون جدید نمی‌شود. درباره آثار وقایع گذشته نیز باید لوازم آنها را از نتایجی که فقط احتمال بروزشان می‌رود جدا کرد:

۱. آثار مستقیم و ضروری این پدیده‌ها در زمره لوازم حق مکتسب و تابع قانونی است که در زمان ایجاد آن حکومت می‌کرده است، زیرا هر کس سبب امری را در اختیار داشته باشد، مانند این است که خود آنرا نیز به دست آورده. برای مثال، ریاست شوهر بر خانواده از آثاری است که بی‌گمان بر عقد نکاح بار می‌شود. پس، اگر نکاح در زمانی واقع شود که قانون مرد را رئیس خانواده می‌شناسد، حق او در این باره مکتسب است و قانونی که بعدها زن و شوهر را برابر می‌شناسد نمی‌تواند آنرا از بین ببرد.^۱

۲. آثاری که غیرمستقیم و به احتمال از وقایع گذشته حاصل می‌شود تابع قانون جدید است، زیرا فقط احتمال تحقق این نتایج می‌رفته است و اجرای قانون حق ثابتی را از بین نمی‌برد. برای مثال، پدری فوت می‌کند و میراث او به فرزندش می‌رسد. این فرزند نیز پسر و دختری دارد و پس از فوت او پسر دو برابر دختر ارث می‌برد. حال، اگر پیش از مرگ این مورث قانونی بگذرد و میراث پسر و دختر را برابر کند، پسر نمی‌تواند مدعی شود که این مال از پدر بزرگ به آنها رسیده و او در زمانی مرده است که میراث پسر دو برابر دختر بوده است، پس اکنون نیز به همان نسبت باید ترکه بین او و خواهرش تقسیم شود. زیرا ارث بردن نواده‌ها از آثار غیرمستقیم و احتمالی فوت پدر بزرگ بوده است.

۱. مثال‌های دیگر: مدیونی با طلبکار خود قرار می‌گذارد که دین را پس از یک سال بپردازد و در صورت تخلف صدی چهل در سال خسارت بپردازد؛ قانونی در این فاصله می‌گذرد و گرفتن خسارت بیش از صدی دوازده را ممنوع می‌سازد. این قانون نمی‌تواند اثر مستقیم عقد سابق را از بین ببرد و طلبکار را از حق ثابت خود محروم سازد. کودکی به سن رشد می‌رسد و در نتیجه این پدیده می‌تواند در اموال خود تصرف کند، قانونی سن رشد را بالا می‌برد، تا جایی که او در شمار کودکان درمی‌آید، این قانون نمی‌تواند حق معامله کردن را از او بگیرد. زیرا این حق از لوازم رشد است که پیش از قانون جدید محقق شده.

۲۱۸. معیار تشخیص حق مکتسب :

پيروان نظریه حقوق مکتسب در این باره توافق ندارند. پاره‌ای از آنها در تعریف حق مکتسب گفته‌اند: «حقی است که به طور قطع به ملکیت شخص درآمده و هیچ کس نمی‌تواند آن را از بین ببرد». بنابراین، طلبی که در اثر قرارداد به وجود می‌آید، هرچند که مدت دار یا معلق باشد، حق مکتسب است. زیرا امید یون نمی‌تواند بدون رضای طلبکار آن را ساقط کند.

بعض دیگر می‌گویند: «حقی مکتسب است که بتوان اجرای آن را از دادگاه خواست». امکان اقامه دعوا معیار تمیز حق از امیدها و انتظارات است: حق مکتسب همیشه از این امتیاز بهره‌مند است، در حالی که نه تنها برای مطالبه انتظارات، برای حفظ آنها نیز نمی‌توان به دادگاه رجوع کرد. هیچ یک از این دو معیار روشن و کامل نیست. وانگهی در خانواده، که حق و تکلیف در بیشتر موارد همراه است، به آنها نمی‌توان اعتماد کرد: چنان که پیروان این نظریه نیز پذیرفته‌اند که به استناد امتیازی که حق ولایت یا حضانت برای پدر و مادر ایجاد می‌کند، نباید از اجرای قانون جدید خودداری کرد و اینها در زمره «حقوق مکتسب» در نمی‌آید.

۲۱۹. انتقاد از این نظر :

نظریه «حقوق مکتسب» از جهات گوناگون مورد انتقاد واقع شده است که اصول آنها را می‌توان در سه نکته خلاصه کرد:

۱. همین که حق به وجود می‌آید مکتسب است و قید «مکتسب» نه تنها هیچ مشکلی را از بین نمی‌برد، تشخیص حق فردی را دچار ابهام می‌سازد. برای حق دو حالت بیشتر وجود ندارد: یا موجود است یا معدوم، و نمی‌توان تصور حقی را کرد که به وجود آمده ولی هنوز مکتسب نیست.

۲. معلوم نیست کدام یک از آثار پدیده‌های ضروری و مستقیم است و نسبت به آن حق ایجاد شده و کدام بخش از نتایج از آثار احتمالی و غیر مستقیم است و نسبت به آن فقط انتظار و امید وجود دارد.

۳. نظریه «حقوق مکتسب» مانع ترقی و تکامل سریع اجتماع است. زیرا بر طبق آن از اجرای قانون جدید، که متضمن تحول مفید اجتماعی است، به استناد مخالفت با حقوق مکتسب جلوگیری می‌شود. در برابر

اقتدار قانون نمی‌توان حقوق ثابتی برای اشخاص تصور کرد و به این بهانه مانع اجرای آن شد. برای مثال، رابطه بین زن و شوهر نهاد حقوقی ویژه‌ای است که قطع نظر از ریشه قراردادی آن به وسیله قوانین اداره می‌شود. بنابراین، هرگاه قانون نظم مقرر در آن را تغییر دهد، باید این رابطه نیز با نظم جدید سازگار شود و به استناد حق مکتسب نمی‌توان از اجرای فوری سیاست جدید جلوگیری کرد. به همین جهت، پیروان کنونی نظریه «حق مکتسب» نیز کوشیده‌اند تا بین «حق فردی» و آثار موقعیت‌هایی که قانون به وجود می‌آورد و از بین می‌برد تفاوت گذارند و هر جا که نظم عمومی به سختی در خطر باشد از احترام به حق مکتسب دست بردارند.

این‌گونه اصلاح‌ها تا اندازه‌ای نتایج نادرست این نظریه را تعدیل می‌کند، ولی از ابهام آن نمی‌کاهد. پس، باید اعتراف کرد حق با کسانی است که از این نظریه دست کشیده‌اند و موقعیت‌های گذشته و آینده را بدون توجه به حق ناشی از آن از هم متمایز ساخته‌اند.

ب: تمیز نوعی رویدادهای گذشته

۲۲۰. معیار شناسایی:

نتایج نادرستی که نظریه «حقوق مکتسب» به بار آورد و انتقادهای بجا و شدیدی که از آن شد، نویسندگان حقوقی را بر آن داشت که معیار «حق مکتسب» را رها سازند و رویدادهای گذشته و آینده را به شیوه نوعی، یعنی بدون توجه به حقوق ناشی از آن، متمایز کنند. در این شیوه که پایه گذار آن در فرانسه «رویه^۱» است، به جای گفتگو درباره حقوق و انتظاری که وقایع حقوقی برای اشخاص به وجود می‌آورد، به خود آنها توجه می‌شود: بدین ترتیب که برای تمیز قانونی که بر این وقایع حکمفرماست، با ملاحظه عناصر تشکیل‌دهنده و آثار هر واقعه، باید تشخیص داد که در چه زمانی کامل شده و در آن زمان کدام قانون اعتبار داشته است؟

1. Roubier, Droit transitoire, Conflits des loi dans is temps, Paris, 1960, 2^e. ed.

پدیده‌های حقوقی، از لحاظ تعیین قانونی که بر آنها حکومت می‌کند، به دو گروه ممتاز تقسیم می‌شود:

- ۱) گروهی که انجام پذیرفته است و قانون جدید بر آنها حکومت ندارد؛
- ۲) گروهی که در جریان وقوع است و هنوز نمی‌توان آنها را در زمره امور گذشته آورد و به همین جهت تکامل آنها را در آینده قانون جدید اداره می‌کند.

۲۲۱. گروه نخست؛ پدیده‌های انجام شده :

۱. موقعیت‌های حقوقی که در زمان قانون قدیم به وجود آمده یا ازین رفته است و اکنون قانون تازه‌ای طرز ایجاد و زوال آنها را تغییر داده است. برای مثال، پدری فوت کرده و اموال او به نسبت پسر دو برابر دختر به بازماندگانش رسیده است. قانونی بعد از این واقعه میراث پسر و دختر را برابر کرده است. این قانون درباره حق آن پسر و دختر اثر ندارد و موقعیت ایجاد شده را ازین نمی‌برد.

مثال دیگر: مرور زمانی کامل شده و حق دادخواهی را ازین برده است. پس از آن قانونی می‌گذرد و بر مدت مرور زمان می‌افزاید. این قانون وضع پیشین را برهم نمی‌زند و حقی را که در نتیجه مرور زمان ازین رفته است زندگی نو نمی‌بخشد.

۲. آثار حقوقی که از موقعیت‌های پیشین به وجود آمده است. اگر قانون جدید آثار پدیده‌های گذشته را دگرگون سازد، این قانون در آثار تمام شده آن تغییری نمی‌دهد. برای مثال، انحلال نکاح اثری است که در نتیجه طلاق به وجود می‌آید و هیچ قانون جدیدی نمی‌تواند این اثر را از طلاق سابق بگیرد. همچنین، شوهر در نتیجه ازدواج ملزم به انفاق زن می‌شود و قانون جدید نمی‌تواند دین شوهر را نسبت به نفقه گذشته ازین ببرد.

۲۲۲. گروه دوم؛ پدیده‌های در حال جریان :

پدیده‌هایی که در جریان وقوع است و هنوز کمال نیافته، در زمره این گروه است.

پدیده‌های حقوقی در حالت ناتمام خود تابع قانون جدید قرار می‌گیرد. زیرا اثر فوری قانون و حکومت انحصاری آن بر آینده اقتضا دارد که قاعده نو همه روابط را (غیر از آنچه در گذشته به طور کامل ایجاد شده است) اداره کند. برای روشن شدن این قاعده، چند مثال درباره قوانین مربوط به ایجاد و زوال موقعیت‌ها و آثار آنها جداگانه آورده می‌شود:

۱. درباره ایجاد و زوال موقعیت‌های حقوقی: فرض کنیم، مرور زمانی در حال جریان است که قانونی بر مدت آن می‌افزاید. موقعیت ناشی از مرور زمان (شنیده نشدن دعوا) هنوز ناتمام است، پس مشمول قانون جدید قرار می‌گیرد و هنگامی می‌توان دعوا را به استناد مرور زمان رد کرد که مدت پیش‌بینی شده در قانون جدید سپری شود. ولی، هرگاه قانون جدید از مدت مرور زمان بکاهد، به دلیل پایان گرفتن مدت کوتاهتر، دعوا مشمول مرور زمان نمی‌شود. زیرا قانون جدید نمی‌تواند به پدیده‌ای که در زمان وقوع مرور زمان به‌شمار نمی‌آمده است چنین اثری ببخشد. بنابراین، گذشتن مدت کوتاهتر، اگر در زمان حکومت قانون جدید انجام شود، اثر پیش‌بینی شده در آن قانون را دارد و در فرض ما، باید بقیه مدت مقرر در قانون قدیم بگذرد.

۲. درباره آثار در حال جریان: می‌دانیم که «مالکیت» آثار گوناگونی دارد، از جمله این که مالک می‌تواند در ملک خود به هر عمق که می‌خواهد، چاه بزند یا ساختمان بسازد یا آنرا به دیگران بفروشد و ببخشد. حال اگر قانونی بگذرد و با کاستن از اختیار مالک پاره‌ای از این آثار را از بین ببرد، حکم آن شامل همه مالکان گذشته و آینده می‌شود.

مثال دیگر: قوانین جدید مربوط به حجر و قیمومت آثار آینده این موقعیت‌ها را اداره می‌کند، بدون این که در گذشته خود اثری داشته باشد. به موجب قوانین کنونی، اعمال سفیه^۱ در اموالش غیرنافذ است، یعنی اگر سرپرست سفیه آنرا به سود او بداند،

۱. سفیه کسی است که تصرفات او در امور مالی به شیوه خردمندان نباشد، هرچند که در سایر امور خود بتواند عاقلانه تصمیم بگیرد.

می تواند با اجازه خود به تصرفات مالی سفیه نفوذ حقوقی ببخشد. حال اگر فرض کنیم که قانونی اعمال سفیه را باطل اعلام کند، این قانون معاملات گذشته او را باطل نمی کند، ولی تصرفات آینده او دیگر قابل تنفیذ نیست. به همین قیاس، آثار نکاح و روابط زن و شوهر در آینده تابع قوانین جدید است و هیچ کس نمی تواند به این بهانه که پیش از اجرای آن ازدواج کرده است، خود را مشمول آن نداند.

ج: آثار آینده قراردادها

۲۲۳. قاعده؛ حقوق خصوصی:

قاعده‌ای که در مورد آثار در حال جریان پدیده‌های حقوقی گفته شد، نسبت به آثار آینده قراردادها اجرا نمی شود. امروز همه کم و بیش پذیرفته‌اند که آثار قرارداد و مسؤولیتهای دو طرف آن تابع قانون روز عقد است^۱. دلیل این تابعیت را به شیوه‌های گوناگون بیان کرده‌اند. ولی به اختصار می توان گفت: تغییر آثار عقد به وسیله قوانین جدید، تعادل بین تعهدهای دو طرف را چنان که آنان در نظر داشته‌اند، برهم می زند و این کاری است که قانونگذار در شرایط عادی انجام نمی دهد و تا ضرورتی استثنائی پیش نیاید در نظام قراردادی مداخله نمی کند. هنگامی که دو تن درباره امضای پیمانی به گفتگو می پردازند، همه آثار دور و نزدیک و قوانین حاکم بر این آثار را در نظر می گیرند و در مجموع به آنچه قرارداد می نامیم رضایت می دهند. پیمان مورد اراده آنان تجزیه ناپذیر است و برهم خوردن جزئی از آن اساس پیش‌بینی‌ها و فلسفه قرارداد را بیهوده می کند.

۱. رویه، حقوق انتقالی، ش ۷۵-ریپر و بولانژه، ش ۳۱۱-ابری ورو، ج ۱ به وسیله پونسار، ش ۱۰۶-
مارتی وورینو، ج ۱، ش ۱۰۸-کاربونی، ج ۱، ص ۹۹-دوگی، ج ۲، ص ۲۳۹-کولن و کاپیتان و لاموراندر،
ج ۱، ش ۳۸۳-مازو، ج ۱، ش ۱۴۷.

در مورد قراردادهای راجع به حقوق عینی، چون مالکیت یا حق انتفاع اثری است که به طور قطع از عقد جدا شده و وجود مستقل یافته است، هرگاه قانونگذار آثار مالکیت یا حق انتفاع را تغییر دهد، در واقع مفاد عقد و تعادل تعهدهای دو طرف را برهم زده است. ولی، حقوق دینی را نمی توان از عقدی که مبنای آن است جدا کرد، چرا که هرگونه تغییری در آن داده شود باعث دخالت در عقد است. برای مثال، فروشنده متعهد است که، هرگاه معلوم شود کالایی را که فروخته ملک دیگران بوده است، پولی را که از بابت آن گرفته است به خریدار پس بدهد. حال اگر قانونی بعد از عقد به تصویب برسد و فروشنده را در چنین موردی ملزم به پس دادن پول خریدار نداند، آیا می توان گفت پیمانی که پس از این تغییر به جای می ماند همان است که دو طرف می خواسته اند؟

۲۲۴. قراردادهای حقوق عمومی :

قاعده ای که درباره مصون بودن نظام قراردادی در برابر قوانین گفته شد، ویژه حقوق خصوصی است. جایی که آزادی قراردادها به عنوان اصل پذیرفته می شود، بی اثر بودن قانون جدید نسبت به آثار در حال جریان باید مورد قبول قرار گیرد. زیرا، اگر قوانین جدید بتواند موقعیت حقوقی را که طرفین به وجود آورده اند دگرگون سازد، دیگران نمی توان ادعا کرد که آنان حاکم بر سرنوشت روابط خویش هستند و عقد از قصد پیروی می کند. ولی در حقوق عمومی و اداری، که همه چیز فدای نفع عمومی می شود و نظام آن بر پایه حاکمیت و مدیریت بنا شده است، قاعده یاد شده مبنای حقوقی خود را از دست می دهد. فرض این است که قانون تازه عادلانه تر و بانفع عمومی سازگارتر است، پس باید آن را حاکم بر قراردادهای در حال جریان دانست.

همین وضع درباره پاره ای از قراردادهای خصوصی نیز پیش آمده است. برای مثال، در رابطه بین کارگر و کارفرما تنها نامی از قرارداد باقی مانده است و حاکمیت اراده در آن سهم بسیار ناچیزی دارد. در چنین وضعی، قرارداد کار چنان حرمتی ندارد که مانع از بروز اثر فوری قوانین شود.

نکاح نیز از قدیم چنین وضعی را دارا بوده است و رابطه مالک و مستأجر نیز دست کم در زمینه های

تجارتی، به همین سرنوشت دچار شده است.

۲۲۵. مواردی که اجرای قرارداد مستلزم عمل حقوقی دیگری است :

فرض کنیم دو تن قولنامه‌ای تنظیم می‌کنند که به موجب آن خرید و فروش خانه‌ای با شرایط معین بایستی انجام شود. در چنین حالتی، عقدی که بر مبنای قولنامه درباره فروش خانه باید انجام شود تابع قانون روز انعقاد آن است. بنابراین، هرگاه قانون پس از تنظیم قولنامه، مقررات تازه‌ای برای خرید و فروش خانه و آثار آن وضع کند، نمی‌توان ادعا کرد که چون انعقاد بیع در مقام اجرای حقوق ناشی از قولنامه انجام می‌شود، مقررات جدید درباره آن اعتبار ندارد.

۲۲۶. اجرای حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد :

با این که آثار عقد تابع قانون حاکم در روز انعقاد آن است، چگونگی اجرای این آثار (حقوق و تکالیف طرفین)، تابع قانونی است که در زمان اجرای حق اعتبار دارد. برای مثال، اگر قانونی تشریفات مربوط به وخواست و شیوه مطالبه حق و صلاحیت دادگاه را تغییر دهد، این قواعد نسبت به حقوقی که از قراردادهای سابق بر آن ایجاد شده است اجرامی شود.

این گونه مسائل فرعی در بسیاری از موارد با اصل حق رابطه مستقیم ندارد و جزء پیکره عقد نیست و به همین جهت نیز باید تابع قانون جدید قرار گیرد.

بخش دوم:

حق فردی

۲۲۷. تقسیم مطالب :

- در این مقدمه مجال گفتگو درباره تمام مطالب مربوط به حق فردی نیست. به همین جهت کلیاتی از آن را در پنج فصل مورد مطالعه قرار می‌دهیم:
۱. کلیات، که در آن از مبنا و جوهر حق و مفهوم آن در برابر تکلیف و سازمان‌های حقوقی سخن می‌گوییم؛
 ۲. اقسام حق فردی: در این فصل دسته‌بندی‌های گوناگون «حق» و مختصات و آثار آن را بررسی می‌کنیم؛
 ۳. منابع حقوق: در این فصل نیز سهم اراده و قانون را در ایجاد حق و مظاهر گوناگون آنها خواهیم دید و با ساختمان اصلی قراردادها و مسؤولیت مدنی آشنا می‌شویم؛
 ۴. تملک و انتقال و زوال حق؛
 ۵. اجرای حق: در فصل پنجم از نظریه نسبی بودن حق و راه مطالبه آن و چگونگی اثبات حق در دادگاه سخن خواهیم گفت.

فصل اول

کلیات

الف: مفهوم حق

۲۲۸. ارتباط حق با شخص و دولت:

همان‌گونه که در آغاز این درس آمد، حقوق در زبان فارسی به دو معنی اصلی به کار می‌رود:

(۱) مجموع قواعدی که بر اشخاص حکومت می‌کند.

(۲) امتیازی که قواعد حقوق، برای تنظیم روابط اشخاص، به سود پاره‌ای از آنان در برابر دیگران ایجاد می‌کند.

برخلاف آنچه پیروان حقوق فطری می‌پنداشتند، حق ودیعه فطری یا موهبت الهی نیست که همه موظف به رعایت آن باشند؛ امتیازی است که قوای صالح دولت برای شخص در برابر دیگران می‌شناسد و تنها در اجتماع است که به وجود می‌آید. حقوق هر کشور، مفهوم حق و چگونگی اجرای آن را معین می‌کند و صاحب حق در حدود قوانین

می تواند از آن استفاده کند نه به دلخواه خود.

بنابراین، ممکن است امری در زمانی از جمله حقوق فردی به شمار رود و در زمان دیگر حق نباشد. صفت بارز حق در برابر امتیاز ناشی از فرمانهای اخلاقی این است که دولت اجرای حق را تضمین می کند، ولی ضمانت اجرای قواعد اخلاقی تأثر وجدان و شماتت دیگران و پاداش روز واپسین است.

حق فردی، چنان که از نام آن نیز برمی آید، مانند قاعده حقوقی مجرد و کلی نیست و همیشه مربوط به شخص معین است؛ چنان که حق مالکیت یا طلب به مالک و طلبکار تعلق دارد و روابط آنها را با سایرین منظم می سازد.

۲۲۹. مبنا و جوهر حق :

درباره مبناى حق گفتگو بسیار است.^۱ پاره‌ای از نویسندگان اراده را منبع حق شمرده‌اند و گفته‌اند: «حق عبارت از توانایی است که به اراده اشخاص داده شده». بنابراین، عنصر اصلی حق اراده‌ای است که به وسیله قوانین حاکمیت یافته است.

گروه دیگر، در تعریف حق گفته‌اند: «نفعی است که از نظر حقوقی حمایت شده». بر طبق این نظر، صاحب واقعی حق کسی است که از آن سود می برد نه آنکه اراده می کند.

ولی بیشتر نویسندگان حقوق مدنی مفهوم حق را از شخصیت جدانمی بینند و آن را در اختیار شخص خلاصه می کنند و به نظر اینان، حق از اختیارهای شخص است، خواه طبیعی باشد یا حقوقی.

هر انسان شخص طبیعی است، هر چند که اراده نداشته باشد. دیوانه و کودک نیز می توانند صاحب حق شوند، منتها این حق را به وسیله نمایندگان خود (ولی یا وصی یا قیم) اجرا می کنند: یعنی «اهلیت تملک حق» را دارند، ولی از «اهلیت تصرف در حق» بی بهره‌اند.^۲

درباره «شخص حقوقی» بحث و انتقاد بیشتر است، ولی به اجمال باید گفت: در مواردی که گروهی هدف و نفع مشترکی را به اجتماع دنبال می کنند، یا دسته‌ای از اموال و حقوق برای رسیدن به منظور

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، رک. ناصرکاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، ش ۲۳۳ به بعد.

۲. اهلیت تملک یا تمتع عبارت از صلاحیت شخص برای دارا شدن حق است. ولی اهلیت تصرف، که اهلیت استیفا نیز نامیده می شود، داشتن صلاحیت برای اجرای حق است.

معین اختصاص داده می‌شود، ممکن است قانونگذار شخصیت مستقلی برای جمع آن اشخاص یا اموال بشناسد که آن را «شخصیت حقوقی» می‌نامند: مانند دولت^۱، شرکت تجاری، انجمنها و وقف. بنابراین، دربارهٔ مبنا و جوهر حق می‌توان نتیجه گرفت: «سلطه و اختیاری است که حقوق هر کشور به منظور حفظ منافع اشخاص به آنها می‌دهد» و بر همین پایه تعریف حق و آثار آن را استوار ساخت^۲.

۲۳۰. تعریف حق و دین و تکلیف:

با توجه به آنچه گذشت، در تعریف حق می‌توان گفت: «توانایی است که حقوق هر کشور به اشخاص می‌دهد تا از مالی به‌طور مستقیم استفاده کنند یا انتقال مال و انجام دادن کاری را از دیگری بخواهند»^۳.

صاحب حق را چنان که معمول است، برحسب طبیعت اختیار او مشخص می‌کنند: مانند این که می‌گویند فلان شخص مالک است یا منتفع است یا طلبکار است. ولی گاه نیز به اعتبار منبع زایندهٔ حق او را ممتاز می‌سازند؛ چنان که به اعتبار عقد اجاره یا بیعی که واقع شده است، دو طرف را موجر و مستأجر یا خریدار و فروشنده می‌نامند. در برابر هر حق تکلیفی مقرر شده است. گاهی این تکلیف ناظر به اجرای موضوع حق است و شخص باید کاری را که صاحب حق می‌خواهد انجام دهد. در این صورت، هرگاه کاری که باید انجام شود مربوط به امور مالی باشد، او را «مدیون» یا متعهد یا ملتزم می‌نامند. بنابراین، اگر شخص حق داشته باشد که از دیگری مقداری پول یا انتقال زمین یا ساختن بنایی را بخواهد، کسی که این تکلیف بر او بار شده، مدیون و متعهد است^۴. ولی در پاره‌ای موارد، تکلیفی که در برابر حق ایجاد شده در احترام به آن و خودداری از تجاوز به حق خلاصه می‌شود: حق به‌طور مستقیم و به وسیلهٔ صاحب آن

۱. رک. ش ۳۰.

۲ و ۵. برای دیدن تعریفی دیگر، رک. فلسفهٔ حقوق، ج ۳، ش ۲۴۰.

۴. واژهٔ «دین» ویژهٔ امور مالی است و وظیفهٔ اشخاص را در امور غیرمالی، حتی اگر ناظر به انجام دادن کاری باشد، «تکلیف» می‌نامند: مانند تکلیف مربوط به حضانت و حسن معاشرت و تمکین. در واقع، این‌گونه تکالیف الزامی است در برابر حکم قانونگذار نه در برابر حق دیگری.

اجرا می‌شود، و دیگران تنها وظیفه دارند که آن را محترم شمارند؛ چنان که مالک، به طور مستقیم و بدون این که نیازی به رجوع به دیگران داشته باشد، حق تصرف و استفاده از ملک خود را دارد. در این گونه موارد، سایر اشخاص را که وظیفه‌دار احترام به حق هستند «مکلف» می‌نامند و از به کار بردن اصطلاح «مدیون» و «ملتزم» پرهیز می‌کنند. بنابراین، در تعریف دین می‌توان گفت: «تکلیفی است که شخص نسبت به اجرای مفاد حق مالی در برابر صاحب آن پیدا می‌کند»^۱.

به هر حال، حق و تکلیف نمی‌تواند باهم جمع شود. حق سلطه‌ای است که شخص در حدود قوانین بر دیگری پیدا می‌کند و چون تسلط انسان بر خود او معقول به نظر نمی‌رسد، باید پذیرفت که صاحب حق و تکلیف نمی‌تواند یک تن باشد؛ چنان که پاره‌ای از فقها به همین دلیل انتقال حق را در هیچ صورتی به مدیون آن درست ندانسته‌اند.^۲

با وجود این، گاه موقعیت شخص آمیزه‌ای از حق و تکلیف است؛ حق از آن جهت که می‌توان مطالبه کرد و تکلیف، از آن رو که قابل واگذارن و اسقاط نیست؛ مانند حضانت (نگاهداری کودک) که حق و تکلیف پدر و مادر است.

ب : حق و حکم

۲۳۱. طرح درست بحث :

از لحاظ نظری، تفاوت بین حق و حکم روشن است. زیرا حکم عبارت از اوامر و نواهی قانونگذار است که یا به طور مستقیم کاری را مباح یا واجب و ممنوع می‌دارد، یا

۱. تفاوت دیگر حق و تکلیف در این است که در برابر هر دینی ناچار حقی وجود دارد، ولی گاه تکلیف در رابطه بین دولت و مردم ایجاد می‌شود و با هیچ حق فردی همراه نیست؛ مانند تکالیف مربوط به انجام دادن خدمت نظام وظیفه یا دادن شهادت در امور کیفری.

۲. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۷۹ - میرزای نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیة الطالب، ج ۱، ص ۴۳.

آثار حقوقی خاص بر اعمال اشخاص بار می‌کند، در حالی که حق اختیار و تسلطی است که برای شخص در روابط او با دیگران ایجاد می‌شود.

ولی، تشخیص مصداق‌های این دو مفهوم به آسانی امکان ندارد. اشکال در این است که قانونگذار برای تنظیم روابط اجتماعی ناچار است که پاره‌ای از مردم را در برابر دیگران مکلف به انجام دادن اموری سازد. این تکلیف سبب می‌شود که دسته دوم برای خود امتیازی احساس کنند و بتوانند اجرای تکالیف دسته نخست را از ایشان بخواهند. در این‌گونه موارد، هدف قانونگذار حفظ مصالحی بالاتر از نفع اشخاص معین است. او ناگزیر است که موقعیت هر شخص را در اجتماع معین سازد و بر آن آثاری بار کند. در ایجاد این موقعیت‌ها، یا اراده شخص و خواسته‌های او اثر ندارد یا شرط اجرای حکم است نه علت حق. ولی امتیازی که از این راه برای اشخاص ایجاد می‌شود با حق شباهت دارد و تشخیص آنها را دشوار می‌سازد.

برای مثال، حفظ نظم و تأمین پرورش کودکان ایجاب می‌کند که پدر و مادر مکلف به نگاهداری آنان شوند. خواستن این تکلیف با شناسایی حق تأدیب برای ایشان ملازمه دارد. باید پدر و مادر محترم باشند و اختیار اداره زندگی کودک را در دست گیرند. پس این بحث به میان می‌آید که آیا سلطه پدر و مادر حق آنهاست یا نتیجه اجرای تکالیفشان؟

۲۳۲. تحلیل بحث :

تمیز حق و حکم تا حدودی بستگی به تشخیص قوانین امری و تکمیلی دارد. حق و حکم هر دو نتیجه قانون است. منتها، در پاره‌ای موارد مصلحتی که در وضع قانون مورد نظر بوده چنان مهم است که اراده اشخاص در برابر آن ارزش ندارد. این قانون را امری و موقعیتی را که به وجود آورده است «حکم» می‌گویند. ولی گاه هدف اصلی قانونگذار حفظ منافع خصوصی افراد یا تکمیل اراده اشخاص و رعایت عدالت در قراردادهاست. در این جا نیز مصلحت عمومی در نظر است اما نه چندان که «حاکمیت اراده» را از بین ببرد. پس قانون تکمیلی است و موقعیت ناشی از آن نیز «حق» نامیده می‌شود.

راه تشخیص قوانین امری و تکمیلی را پیش از این دیده‌ایم. اما باید دانست که این

تشخیص همه اشکال‌های تمیز حق و حکم را ازین نمی‌برد و آن‌گونه که بعضی گمان کرده‌اند، این دو مسأله یکسان نیست. برای روشن شدن موضوع توجه به این دو نکته ضروری است:

۱. در اثر زیاد شدن قوانین امری و دخالت روزافزون دولت در امور اقتصادی و خانواده، در بسیاری موارد حق و تکلیف باهم مخلوط شده و همراه حق تکالیف گوناگون نیز آمده است. برای مثال «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است» یا انفاق به زوجه و اقارب، در عین حال که حق آنان است، در زمره تکالیف شوهر و خویشان است. پس، دادرس باید حدود این حق و تکلیف را باز شناسد؛ حاکمیت اراده را در قلمرو حکم نپذیرد و اجرای حق را واگذار به اراده صاحب آن کند. این تلاش با تشخیص امری و تکمیلی بودن قانون به تنهایی به ثمر نمی‌رسد.

۲. گاه طبیعت حق ایجاب می‌کند که پاره‌ای از تصرفها در آن مجاز نباشد. برای مثال، اختیار شفیع در گرفتن سهم شریک از خریدار به‌طور مسلم در زمره حقوق است (ماده ۸۰۸ قانون مدنی). این حق را می‌توان ساقط کرد و پس از مرگ شفیع نیز به وارث او می‌رسد (مواد ۸۲۲ و ۸۲۳)؛ ولی قابل انتقال نیست، زیرا مخصوص شریک و برای رفع ضرر او به‌وجود آمده است. بنابراین، نمی‌توان ادعا کرد که چون حق در نتیجه قانون تکمیلی ایجاد شده است، اراده بر آن حکومت دارد.

۲۳۳. نتیجه :

پس از این تحلیل، درمی‌یابیم که چرا تقابل حق و حکم، چنان که باید، طرح نشده است و چرا کاوش‌های نویسندگان و فقیهان به نتیجه مطلوب نمی‌رسد: همه دشواری‌ها در این دو نکته پنهان نهفته است: ۱) حق و تکلیف نسبی و متغیر است و نباید آنرا ثابت پنداشت ۲) دو مفهومی که باید روبه‌روی هم قرار گیرد «حق» و «تکلیف» است نه حق و حکم. زیرا حق نیز از آثار حکم است و باید این‌گونه گونه‌گونی را در انواع حکم جستجو کرد؛ حکمی که حق می‌آفریند و حکمی که تکلیف به‌بار می‌آورد و موقعیت‌های حقوقی را ایجاد می‌کند.

رفته رفته همه معیارهای گذشته ارزش خود را از دست می‌دهد و اصل حاکمیت اراده نیز محدودیتهای بسیار می‌یابد. بنابراین، هیچ اصل قابل اعتمادی در این باره وجود ندارد. در هر مورد دادرس باید با ملاحظه اصول کلی حقوق و لوازم حفظ نظم و اخلاق حسنه و به طور خلاصه روح نظام حقوقی کشور، تشخیص دهد که امتیازی در زمره احکام است یا حقوق و اگر حق است، تا چه حد اراده صاحب حق بر آن حکومت می‌کند.

ج : سازمان حقوقی

۲۳۴. تعریف :

کلمه «سازمان» که گاه مرادف با تشکیلات نیز به کار می‌رود، به امری گفته می‌شود که نظم و ثبات یافته و از بی ترتیبی وزودگذری خارج شده است. در هر «سازمان» این فکر نهفته است که اجزای تشکیل دهنده آن از پراکندگی و استقلال بیرون آیند، باهم ارتباط منطقی پیدا کنند و همه یک مجموعه و واحد رابه وجود آورند.

اصطلاح «سازمان حقوقی» نیز با این معنی بسیار نزدیک است. زیرا هرگاه چند قاعده حقوقی، به منظور رسیدن به هدف خاص، یکی از روابط اجتماعی را احاطه کند و بین آنها چنان ارتباطی باشد که بتوان همه را یک مجموعه منظم به شمار آورد، گویند «سازمان حقوقی» خاص به وجود آمده است.

۲۳۵. عناصر :

در هر سازمان حقوقی دو عنصر اصلی وجود دارد:

۱. اتحاد چند قاعده حقوقی برای دنبال کردن هدف مشترک؛
 ۲. ایجاد ثبات و هماهنگی بین تمام روابطی که در قالب خاص قرار می‌گیرد.
- برای مثال، خانواده یک «سازمان حقوقی» است. همه قواعدی که بر روابط زن و شوهر و فرزندان ایشان حکومت می‌کند یک هدف دارد (استحکام خانواده و تربیت درست کودکان). هر کس خانواده‌ای

تشکیل دهد تابع همین قواعد است و به سختی می توان موردی را یافت که نظم آن به اراده اشخاص واگذار شده باشد. اراده زن و شوهر تنها از این جهت مؤثر است که پیمان اتحاد را امضا کنند و خود را در این قالب نهند. در واقع، تراضی آنان شرط اجرای قواعد حقوق است و از آن پس قانون رابطه آن دو و فرزندانشان را معین می سازد. همچنین است نکاح و طلاق و ولایت، که سازمان های کوچکتری را تشکیل می دهند و همه در سازمان بزرگ خانواده شرکت دارند.

۲۳۶. نقش مهم سازمان های حقوقی :

در حقوق امروز، قوانین امری زندگی اقتصادی و خانوادگی اشخاص را احاطه کرده و برای هر کدام وضع خاص حقوقی به وجود آورده است. حق و تکلیف به هم آمیخته و در برابر هر امتیاز تکالیف گوناگون مقرر شده است. پس، برای شناختن وضع شخص و تمیز حقوق و تکالیف او، باید دید در کدام «سازمان حقوقی» قرار گرفته است.

پاره ای از نویسندگان تا جایی مفهوم «سازمان حقوقی» را توسعه داده اند که دیگر جایی برای «حق» باقی نماند. ولی، اگر تا این حد نیز در اجتماعی شدن حقوق مبالغه نشود، باید پذیرفت که هیچ حقی را به طور مطلق و مستقل نمی توان مطالعه کرد و به این سازمان های ویژه در خانواده و مالکیت، باید توجه داشت^۱.

۱. پاره ای از نویسندگان این گونه سازمان ها را «تأسیس حقوقی» گفته اند. ولی این اصطلاح نه تنها مفهوم هماهنگ شدن قواعد را به مانند «سازمان» نمی رساند، این توهم را به وجود می آورد که به وسیله قانونگذار ایجاد و تأسیس شده است، در حالی که «سازمان حقوقی» ساخته او نیست. گذشته از اینها، در حقوق اسلام، احکام به دو دسته تأسیسی و امضایی تقسیم شده است و احکام تأسیسی به قواعدی گفته می شود که در قوانین سلف سابقه نداشته و به وسیله شارع اسلام مقرر شده است. بنابراین، اصطلاح «تأسیس حقوقی» با «احکام تأسیسی» نیز مخلوط و اشتباه می شود. جمعی، به این گونه سازمان ها «نهاد حقوقی» نیز گفته اند. ولی باید دانست که این اصطلاح نیز مانند «نهاد اجتماعی» به ماهیت ابتدایی رابطه یا موقعیتی گفته می شود که هنوز به وسیله مقررات پیرایه های گوناگون نیافته، ولی در اجتماع یا حقوق به وجود آمده است. پس نکاح به این اعتبار که به وسیله اجتماع و خود به خود ایجاد شده است «نهاد اجتماعی» نامیده می شود و گاه نیز به اعتبار وجود بسیط آن در حقوق «نهاد حقوقی» گفته می شود. ولی واژه «سازمان حقوقی» نهاد آرایش یافته ای را می رساند که کانون دسته ای از قواعد هماهنگ قرار گرفته است.

فصل دوم

اقسام حق

۲۳۷. حقوق سیاسی و عمومی و خصوصی :

حق فردی را به سه گروه اصلی تقسیم کرده‌اند^۱ :

۱. **حقوق سیاسی** : حق سیاسی اختیاری است که شخص برای شرکت در قوای عمومی و سازمان‌های دولت دارد؛ مانند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجالس قانونگذاری و پذیرفتن تابعیت.
۲. **حقوق عمومی** : حق عمومی مربوط به شخصیت انسان و ناظر به روابط دولت و مردم است؛ مانند حق حیات، آزادی وجدان و بیان. عنوان فصل سوم قانون اساسی درباره «حقوق ملت» ناظر به همین گروه است. هرچند که حقوق عمومی بیشتر در برابر قدرت دولت‌ها مورد استناد قرار می‌گیرد، در روابط خصوصی

۱. آلکس ویل (Alex Weill)، حقوق مدنی، ج ۱، دالوز ۱۹۶۸.

نیز قابل اجراست. هر کس باید به حیات و آزادی و شرافت و شخصیت دیگران احترام گذارد.^۱

۳. حقوق خصوصی: حق خصوصی اختیاری است که هر شخص در برابر دیگران دارد: مانند حق مالکیت، حق ابوت و بنوت، حق شفعه و حق انتفاع.

با ملاحظه تحلیلی که در تفاوت حق به معنی خاص و موقعیت‌های حقوقی گفته شد، دو گروه حقوق سیاسی و عمومی را باید در زمره «موقعیت‌های حقوقی» آورد و تنها در گروه سوم است که تمیز بین حق و حکم دشوار است. به همین مناسبت ما نیز تقسیم‌های حق را اختصاص به این گروه می‌دهیم و از این پس اقسام حقوق خصوصی را بررسی می‌کنیم:

مبحث اول: حقوق مالی و غیر مالی

۲۳۸. تعریف و تفاوت این دو حق:

حق غیر مالی امتیازی است که هدف آن رفع نیاز مندیهای عاطفی و اخلاقی انسان است. موضوع این حق روابط غیر مالی اشخاص است، ارزش داد و ستد را ندارد و به طور مستقیم قابل ارزیابی به پول و مبادله نیست: مانند حق زوجیت و ولایت و حضانت. بر بیشتر این حقوق آثار مالی بار است، چنان که حق وراثت سبب می‌شود که شخص دارایی مورث خود را تملک کند و حق زوجیت امکان مطالبه نفقه و میراث را به دنبال دارد. ولی، در هر حال اصل حق را نمی‌توان وسیله تحصیل مال قرار داد.

حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور، به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص، به آنها می‌دهد. هدف از ایجاد حق مالی تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیاء بین اشخاص وجود دارد. این دسته از حقوق، برخلاف گروه نخست،

۱. پاره‌ای از نویسندگان حقوق عمومی و سیاسی را در یک گروه آورده‌اند: مارتی و رینو، ج ۱،

قابل مبادله و تقویم به پول است: مانند حق مالکیت و حق انتفاع و حق مطالبه مبلغی پول یا انجام دادن کار معین.

نه تنها آثار مالی حقوق غیرمالی این دو گروه را به هم نزدیک می‌کند، در پاره‌ای از حقوق جنبه مالی و غیرمالی باهم مخلوط شده است. برای مثال، حقی که مؤلف بر آثار خود دارد هر دو جنبه را داراست. به همین جهت، هنگامی که نویسنده‌ای حق انتشار آثار خود را به دیگری واگذار می‌کند، می‌گویند جنبه مالی حق تألیف را انتقال داده است، ولی حق اخلاقی او در باب دفاع از انتقادهای نابجای دیگران و جلوگیری از تحریف و تقلید آن باقی و محفوظ مانده است. در عین حال، جنبه مالی و اخلاقی این تألیف باهم ارتباط نزدیک دارد، چنان که خرده‌گیری از یک کتاب، نه تنها به حق معنوی نویسنده لطمه می‌زند، در منافع مادی آن نیز اثر می‌کند.

همچنین، یادگارهای خانوادگی، با این که به طور معمول ارزش مالی ندارد، اگر به امضای شخص مشهور یا اثر هنرمند برجسته‌ای باشد، هر دو جنبه مالی و معنوی را داراست.

بنابراین، می‌توان گفت جدایی حقوق مالی از غیرمالی مطلق نیست: پاره‌ای از حقوق را که جنبه مالی آنها رجحان داشته است حقوق مالی گفته‌اند و گروهی را که بیشتر جنبه اخلاقی آن مورد توجه بوده است «غیرمالی» نامیده‌اند.^۱

۲۳۹. تقسیم مبحث:

امروز بیشتر حقوق غیرمالی، به‌ویژه آنها که در امور خانواده و احوال شخصی وجود داشته، به لحاظ ارتباط با نظم عمومی و اخلاق حسنه، به صورت حکم و در زمره (موقعیت‌های حقوقی) درآمده است. به همین دلیل، نویسندگان نیز به تقسیم‌بندی این گروه کمتر پرداخته‌اند. حقوق مالی به دو دسته عینی و دینی تقسیم شده و مجموع حقوق و تکلیف مالی مفهوم مستقلی به نام «دارایی» یافته است که در دو گفتار جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۵۸.

گفتار نخست: حق عینی و دینی

۲۴۰. تعریف حق عینی:

حق عینی سلطه‌ای است که شخص نسبت به چیزی دارد و می‌تواند آن را به گونه‌ای مستقیم و بی‌واسطه اجرا کند. حق عینی دو رکن اصلی دارد: ۱) شخصی که صاحب حق است، اعم از شخص طبیعی یا حقوقی (۲) چیزی که موضوع حق قرار می‌گیرد. حق عینی به‌طور مستقیم بر موضوع خود اعمال می‌شود و لازم نیست که اجرا و رعایت آن از شخص دیگری مطالبه شود. ولی، هرگاه موضوع حق در تصرف شخص دیگری باشد و او مانع اجرای آن گردد، صاحب حق می‌تواند رد مال را از متصرف بخواهد.

۲۴۱. حق عینی اصلی و تبعی:

الف: حق عینی اصلی، که به شخص اختیار استعمال و انتفاع از چیزی را به‌طور کامل یا ناقص می‌دهد: کامل‌ترین حق عینی اصلی «مالکیت» است که به موجب آن مالک حق همه‌گونه انتفاع و تصرف را در ملک خود پیدا می‌کند. حق انتفاع و ارتفاق از شاخه‌های مالکیت است و صاحب آن به‌طور محدود می‌تواند در عین مال تصرف کند و از منافع آن بهره‌مند شود.

تعریف و مشخصات حق انتفاع و ارتفاق را باید در کتابهای حقوق مدنی (مالکیت) مطالعه کرد.^۱ ولی، به اجمال در تعریف آنها می‌توان گفت:

۱. حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن

۱. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۷۶ به بعد.

ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند (ماده ۴۰ قانون مدنی)، مانند حق سکونت در خانه و استفاده از وقف.

۲. ارتفاق حقی است که به موجب آن صاحب ملکی، به اعتبار مالکیت خود، می‌تواند از ملک دیگری استفاده کند. بنابراین، حق ارتفاق وابسته به مالکیت و تابع آن است و برخلاف انتفاع، حق مستقلی به‌شمار نمی‌رود؛ مانند حق عبور و بردن آب و داشتن پنجره به ملک همسایه.

ب: حق عینی تبعی، که به موجب آن عین معینی وثیقه طلب قرار می‌گیرد و به طلبکار حق می‌دهد که، در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، طلب خود را از آن محل استیفا کند. در این حالت، حقی که طلبکار بر وثیقه دارد تابع طلب اوست و با پرداختن آن از بین می‌رود و به همین جهت «حق عینی تبعی» نامیده می‌شود.

۲۴۲. تفاوت این دو حق :

تفاوت‌های حق عینی اصلی و تبعی را در این دو نکته می‌توان خلاصه کرد:

۱. در حق عینی اصلی، صاحب حق به‌طور کامل یا ناقص می‌تواند از منافع مال استفاده کند. ولی، در حق عینی تبعی، منافع وثیقه به مدیون تعلق دارد و مرتهن فقط می‌تواند، در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین، طلب خود را از حاصل فروش عین بردارد.

۲. حق عینی تبعی مستقل نیست و در صورت پرداختن دین از بین می‌رود، ولی حق عینی اصلی تابع هیچ دینی نیست و اصالت دارد. از نتایج همین عدم استقلال است که، برای استفاده از حق عینی تبعی، ابتدا باید طلب را از شخص مدیون خواست.

۲۴۳. حق دینی :

حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را دائن یا طلبکار و کسی را که

ملزم به انجام امری است مدیون یا بدهکار می نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن طلب است و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام دارد.

کسی که دارای حق دینی است فقط به وسیله مدیون و به طور غیرمستقیم می تواند آنرا بر روی اشیاء اعمال کند و راه عملی اجرای حق این است که الزام مدیون را به اجرای تعهد از دادگاه بخواهد.

موضوع حق دینی ممکن است یکی از این سه امر باشد:

۱. انتقال مال: مانند این که مالک زمینی در قولنامه تعهد می کند که با شرایط معین آنرا به دیگری منتقل سازد.

۲. انجام دادن کاری: مانند تعهد بر ساختن مجسمه، کشیدن نقاشی، انجام عمل جراحی و حمل کالا.

۳. خودداری از انجام دادن کار: که به موجب آن مدیون تعهد می کند که از انجام کار معین خودداری کند: مانند تعهد انتقال دهنده حق سرقفلی بر این که در آن شهر یا محله با انتقال گیرنده رقابت تجارتي نکند و سازمانی مشابه با او دایر نسازد.

۲۴۴. مقایسه حق عینی و دینی :

حق عینی از جهات گوناگون با حق دینی تفاوت دارد:

۱. همان گونه که گفته شد، در حق عینی فقط دو عنصر موضوع حق و شخص مالک حق وجود دارد، ولی برای تصور حق دینی وجود سه رکن ضروری است: طلبکار و بدهکار و موضوع حق.

۲. موضوع حق عینی شیئ مادی است و باید در خارج معین باشد. ولی، حق دینی ممکن است ناظر به انجام دادن کار و خودداری از آن نیز باشد و اختصاص به اشیاء ندارد. در مواردی هم که موضوع حق دینی شیئ است، می تواند عین معین باشد (مانند تعهد بر تسلیم خانه معین) یا کلی (مانند فروش یک بلیط راه آهن یا چند خروار

گندم).

۳. شمار حقوق عینی را قانون معین می‌کند. حق عینی اقتداری است که شخص به طور مستقیم بر مالی پیدا می‌کند و می‌تواند احترام به آن را از همه مردم بخواهد. پس منطقی است که حدود این اقتدار و چگونگی ایجاد آن را قانون مقرر دارد. ولی، حق دینی رابطه‌ای است که بین طلبکار و بدهکار به وجود می‌آید و تابع اراده آنهاست. یکی از منابع مهم حق دینی «قرارداد» است و بر طبق اصل «آزادی قراردادها» طرفین عقد می‌توانند تعهدهای ناشی از آن را چنان که خود می‌خواهند معین سازند. به همین جهت، حقوق دینی محدود به چند رابطه خاص و محدود نیست.^۱

۴. حق عینی در برابر همه قابل استناد است، ولی حق دینی نسبت به شخص مدیون قابل اجراست و دائن، برای وصول طلب خود و اجرای تعهد، تنها به او می‌تواند رجوع کند. به همین مناسبت است که می‌گویند: حق عینی مطلق و حق دینی نسبی است.

۵. حق عینی متضمن حق تعقیب است: یعنی صاحب آن می‌تواند مال خود را در دست هر کس بیابد مطالبه کند، ولی حق دینی حاوی حق تعقیب نیست و موضوع آن را فقط از شخص مدیون می‌توان خواست. برای مثال، هرگاه شخصی تعهد کند که اتومبیل خود را در روز معین در اختیار دیگری بگذارد و اتومبیل را پیش از رسیدن آن روز بفروشد، طلبکار نمی‌تواند از مالک جدید بخواهد تا تعهد فروشنده را بجای آورد. در صورتی که اگر همین شخص اتومبیل خود را می‌فروخت و بعد آن را به شخص دیگری می‌داد، خریدار می‌توانست مال خود را هر کجا و نزد هر کس که می‌دید مطالبه کند.

۶. حق عینی متضمن حق تقدم برای مالک آن است: بدین معنی که هرگاه در خصوص استفاده از مال معین بین طلبکار و صاحب حق عینی اختلاف شود، اجرای حق عینی بر طلب ساده برتری دارد. زیرا او به طور مستقیم می‌تواند حق خود را بر آن اعمال کند، در صورتی که طلبکار فقط می‌تواند به وسیله الزام مدیون از آن بهره‌مند شود. برای مثال، اگر دارایی تاجری کفاف پرداخت دیون او را نکند، صاحبان حقوق عینی (اعم از

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۶۴ - الکس ویل، حقوق مدنی، ش ۲۰۶.

اصلی و تبعی) بر سایر طلبکارها حق تقدم دارند و پس از اجرای حقوق ایشان، بقیه بین سایرین به نسبت طلبشان تقسیم خواهد شد.

۲۴۵. انتقاد از این تقسیم:

تمیز حقوق عینی از دینی، آن‌گونه که مرسوم پیشینیان بوده، مورد انتقاد بسیاری از نویسندگان قرار گرفته است و پاره‌ای از آنان تا جایی در این راه پیش رفته‌اند که مبنای این تقسیم راموهوم و نادرست شمرده و ماهیت همه حقوق مالی را یکسان دانسته‌اند. ولی مخالفان تقسیم حقوق مالی همه از یک مبنای پیروی نمی‌کنند و آنان را باید به دو گروه ممتاز تقسیم کرد:

۱. بعضی گفته‌اند حق مفهومی است اجتماعی و فقط در روابط اشخاص قابل تصور است. وجود حق همیشه با تکلیف دیگران در احترام به آن همراه است و، چون شیئی نمی‌تواند دارای تکلیف باشد، رابطه حقوقی بین شخص و مال نیز امکان ندارد. در حقوق عینی نیز مانند حق دینی، سه رکن وجود دارد، جز این که در برابر حق دینی تنها مدیون ملزم است. ولی، در حق عینی تمام مردم مکلف به احترام به آن هستند. نامحدود بودن متعهدان حق عینی تنها از لحاظ نظری مشکل به نظر می‌رسد. زیرا این رابطه حقوقی زمانی مطرح می‌شود که شخصی مزاحم صاحب حق عینی شود یا در موضوع حق بدون رضای او تصرف کند. در این مورد، صاحب حق می‌تواند بر شخص معین (متصرف یا مزاحم) دعوا کند. بنابراین، در اثر تجاوز به حق عینی، متعهد آن خود به خود ظاهر می‌شود و با اقامه دعوا، دینی که او در احترام به حق داشته است، مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۱

۲. گروه دیگر خواسته‌اند که حق دینی را نوعی حق عینی جلوه دهند، و از این راه جدایی بین این دو حق را نادرست شمارند. می‌گویند هدف حق دینی رسیدن به یک نفع مادی است، و در واقع صاحب آن اجرای حق خود را بر مالی از مدیون می‌خواهد. برای کسی که مبلغی از دیگری طلبکار است، وصول این پول اهمیت دارد و شخص مدیون در این میان تنها وسیله است. زیرا چه تفاوت می‌کند که آن پول را مدیون اصلی

۱. پلنیول، رساله مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۲۵۸ به بعد ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۶۶۰-

دموگ، تعهدات به طور کلی، ج ۱، ش ۴.

پیردازد یادگیری. بنابراین، حق دینی نیز در واقع مربوط به اشیاء است و هیچ تفاوتی با حق عینی ندارد.^۱ باید دانست که این هر دو مکتب در انکار تفاوت بین حق عینی و دینی مبالغه کرده‌اند. درست است که تکلیف با اراده و شخصیت ملازمه دارد و برای جسم بی جان نمی توان تصور تکلیف کرد، ولی مال همیشه می تواند موضوع حق قرار گیرد، و مقصود از رابطه بین شخص و مال نیز همین امر است. صاحب حق عینی، به لحاظ طبیعت این حق، اختیار و قدرت خاصی پیدا می کند که به موجب آن می تواند در برابر هر متجاوزی اقامه دعوا کند و همین قدرت است که حقوق عینی را از دینی ممتاز می سازد.

از طرفی، در تمام حقوق دینی نباید شخصیت مدیون را در اساس حق فراموش کرد. زیرا در بسیاری امور، مهارت و امانت و حتی خصوصیت های ظاهری مدیون از ارکان و لوازم دین است؛ چنان که اگر جراحی تعهد به انجام دادن عمل خطرناکی کند، آیامی توان گفت برای بیمار تفاوت نمی کند که شخص جراح عمل را انجام دهد یا دیگری؟

و انگهی، تفاوت هایی که در طرز استفاده از این دو حق و چگونگی اجرای آنها بر اشیاء وجود دارد، لزوم این تقسیم را انکارناپذیر می سازد.^۲

۲۴۶. قص این تقسیم و نزدیک شدن آثار حق عینی و دینی :

با این که تقسیم حق به عینی و دینی نادرست نیست، آن گونه که ادعا شده است همه حقوق مالی را دربر نمی گیرد، و گاه نیز پاره ای از حقوق هر دو جنبه را داراست. توجه به این دو نکته نقص این تقسیم و ارزش کنونی آن را روشن می سازد:

۱. تحولات زندگی کنونی حقوقی به وجود آورده است که ماهیت آن با هیچ یک از حقوق عینی و دینی قابل انطباق نیست. برای مثال، حقی که مؤلف بر نوشته های خود دارد، هر چند که در برابر همه قابل استناد است و از لحاظ انحصاری بودن با مالکیت شباهت تام دارد^۳، برخلاف سایر حقوق عینی، موضوع آن شیئی نیست و ناظر به ابداع

۱. سالی و لامبرولر بوری ژونیر (نقل از کولن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۱، ش ۱۲ - دکتر احمد السنهوری، نظریة العقد، ش ۱۵).

۲. پلنیول نیز با همه انتقادهایی که از مبانی حق عینی کرده، این تقسیم را پذیرفته است.

۳. به همین مناسبت هم آن را مالکیت ادبی و صنعتی گفته اند، ولی حقوق معنوی گاه با حق غیر مالی نیز همراه است و تمام آن را در استفاده انحصاری از حق خلاصه نمی توان کرد.

فکر نویسنده است. امروز حقوق معنوی به اندازه‌ای اهمیت پیدا کرده است که دیگر نمی‌توان تقسیم حق به عینی و دینی را کامل شمرد. طبیعت این حقوق ایجاب می‌کند که گروه خاصی به‌شمار آید و حق مالی به سه دسته عینی و دینی و معنوی تقسیم شود. همچنین، حقی که شریکان در شرکت‌های تجاری دارند طبیعت خاص دارد و با ساختمان هیچ یک از این دو حق یکسان نیست. بدون تردید، آنان حق عینی بر اموال شرکت ندارند، زیرا این اموال متعلق به شخصیت حقوقی است و، بنا به فرض، این شخصیت وجود ممتاز و مستقل دارد؛ ولی طلبکار شرکت نیز به حساب نمی‌آیند، چون سهم معینی از سود را می‌برند و هنگام انحلال شرکت نیز اموال بین آنها تقسیم می‌شود. طلبکار می‌تواند اصل طلب و بهره آنرا، بدون توجه به میزان سود و زیان شرکت، بخواهد و پس از وصول این مبلغ نیز هیچ حقی بر اموال شرکت ندارد.

۲. حق دینی در ابتدا رابطه بین شخص طلبکار و بدهکار بود و قابل انتقال به دیگران به‌شمار نمی‌رفت. همین ارتباط نزدیک با شخصیت طرفین یکی از مختصات حق دینی در برابر مالکیت بود و نسبی بودن آنرا روشن می‌ساخت. ولی امروز انتقال طلب و دین بیش و کم پذیرفته شده است.

اسناد تجاری را به آسانی و گاه تنها به وسیله تسلیم ورقه، می‌توان انتقال داد و حقوق صاحبان این‌گونه اسناد با حق مالکیت شباهت زیاد پیدا کرده است.

۲۴۷. تمیز حق و اختیار؛ حق بر روابط :

این نکته را باید افزود که در کنار حقوق مالی مرسوم، گروهی از اختیارها وجود دارد که توانایی و امتیاز است، ولی اوصاف کامل حق را ندارد؛ در دارایی به حساب نمی‌آید و به میراث نمی‌رسد.

برای مثال، حق اقامه دعوا، با این که توانایی حقوقی است و امکان دارد وسیله تحصیل مال نیز قرار گیرد، در این تقسیم جای نمی‌شود. زیرا نه حق عینی است و نه دینی. به همین جهت نیز آنرا اختیار یا اباحه می‌نامند تا مرتبه ضعیف‌تر آن از حق نمودار شود. از این‌گونه است اختیاری که طرف خطاب ایجاب به قبول و رد آن دارد، یا

اختیاری که از شاخه‌ها و توابع یک حق است (مانند اختیار فروش مال و تصرف در آن) یا اختیار آرش (تفاوت بهای کالای سالم و معیوب) یا فسخ معامله (خیار عیب) به وسیله خریدار کالای معیوب (بر این مبنا که ریشه این اختیار قاعده لاضرر باشد، ولی در صورتی که ناشی از قرارداد باشد، حق اوست).

با وجود این، استقراء در قوانین نشان می‌دهد که موضوع پاره‌ای از حقوق نه سلطه بر شخص است (دینی) نه بر عین مال (عینی)؛ حق بر روابط است: مانند حق فسخ. به بیان دیگر، توانایی بر تملک و ایجاد و زوال حق شخصی است (ملک ان یملک).^۱ امتیاز این گونه اختیارها بر اباحه و توانایی و آزادی‌های عمومی، در شرایطی است که آنها را به شخص یا گروه معین اختصاص می‌دهد: به عنوان مثال، اختیار رد ترکه مشروط به اعلام این انتخاب در مدت معین است به دادگاه (مواد ۲۴۹ و ۲۵۰ ق.ا.ح.) و امتیاز دیگر انتساب ریشه آنها به قانون است نه قرارداد یا رابطه حقوقی پیشین. به همین جهت، گفته شد که خیار عیب در صورتی که به مفاد قرارداد منسوب شود حق است نه اختیار ساده.^۲

۱. در حقوق سوئیس، حق یا اختیار تغییر موقعیت‌های حقوقی را که با یک اراده انجام می‌شود، حقوق آفریننده و نظم‌دهنده (Les droits formateurs) می‌نامند و یکی از استادان آن را «حق مشکل» نامیده است (دکتر عبدالمجید قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۱، ص ۸۵ به بعد). پیرآنژل، حقوقدان سوئیس، این حقوق را که حق بر روابط نامیدیم به سه گروه تقسیم می‌کند (رساله تعهدات در حقوق سوئیس، ش ۵):

(۱) حقی که سبب ایجاد رابطه حقوقی می‌شود و موجب تازه‌ای است: مانند حق (اختیار) قبول ایجاب و انعقاد قرارداد و حق پرکردن برگ سفید امضاء و حیات و تنفیذ قرارداد.
 (۲) حق تغییر دهنده روابط حقوقی گذشته: مانند حق شخص ثالث در پذیرفتن شرطی که به سود او شده است، اختیار حق العمل کار در این که خود خریدار یا فروشنده مال باشد و حق انتخاب یکی از چند تعهد هم‌عرض.

(۳) حق فاسخ یا منحل‌کننده رابطه حقوقی: مانند حق فسخ قرارداد، حق عزل وکیل و استعفای او، حق درخواست ابطال قرارداد، حق استناد به تهاتر. ولی چنان که ملاحظه می‌شود، در این نظریه دو مفهوم حق و اختیار به هم آمیخته و درجه توانایی که به اشخاص داده می‌شود به حساب نیامده است. با وجود این، مؤلفان سوئیس پذیرفته‌اند که «حق بر روابط» فرعی است و همیشه بر یک حق اصلی شخصی یا مالی تکیه دارد.

۲. درباره اوصاف اختیار در حقوق فرانسه، رک. بوریس استارک، هانری رولان و لوران بوایه، مقدمه حقوق، ش. ۹۰۸ به بعد.

گفتار دوم: دارایی

۲۴۸. مفهوم دارایی :

مجموع حقوق و تکالیف مالی شخص را دارایی او می‌گویند. مفهوم دارایی را با اموال و دیون تشکیل دهنده آن نباید اشتباه کرد. روابط مالی شخص با دیگران دائم در تغییر است: پاره‌ای از بدهیها پرداخته می‌شود و دیون تازه جای آنرا می‌گیرد؛ اموال به دیگران منتقل می‌شود و مطالبات تغییر می‌کند. ولی، دارایی او واحد مستقلی است که از جمع این روابط به دست می‌آید و همیشه ثابت می‌ماند.

برخلاف آنچه در زبان عرفی مشهور است، در این مجموعه تنها اموال و مطالبات شخص به حساب نمی‌آید؛ دیون او نیز از ارکان دارایی است: شخصی که بیش از اموال و مطالبات خود بدهی دارد، از نظر وجود دارایی، با اشخاص ثروتمند برابر است. هیچ شخصی بدون دارایی فرض نمی‌شود. زیرا، هراندازه مستمند باشد، مالک لباس و غذایی که به مصرف می‌رساند هست.

بنابراین، دارایی به مفهومی که مرسوم شده است، سه خصوصیت اصلی دارد که پاره‌ای از آنها در نظریه‌های جدید انکار شده است. این خصوصیت‌ها عبارتند از:

۱. دارایی کلی است حقوقی و مستقل از اجزای خود؛
۲. تنها حقوق و تکالیف مالی جزو دارایی است؛
۳. دارایی از مفاهیم وابسته به شخص است.

۲۴۹. الف - دارایی کلی است حقوقی و مستقل از اجزای خود :

چنان که گفته شد، دارایی کلی است که جدای از اجزای خود آثار حقوقی دارد.

چنان که گفته شد، دارایی کلی است که جدای از اجزای خود آثار حقوقی دارد. اجزای این کل نیز مستقل از یکدیگر باقی نمانده است و یک رابطه حقوقی خاص آنها را به هم مربوط می‌سازد. در مقام تشبیه می‌توان گفت، همان‌گونه که اشخاص نمی‌توانند در اجتماع مستقل از یکدیگر باشند و سرنوشت آنان به هم مربوط است، اجزای دارایی نیز در این کل حقوقی جدای از هم نیست. از این ارتباط حقوقی و استقلال دارایی سه نتیجه مهم گرفته می‌شود:

۱. دارایی هر شخص ضامن دیون اوست: وضع مالی شخص برای او اعتباری به وجود می‌آورد که دیگران به اعتماد آن حاضر به معامله با او می‌شوند. طلبکاران اموال مدیون را وثیقه طلب خود می‌شمارند و، به طور غیرمستقیم، خود را در حفظ آن محق می‌پندارند. پس، اگر دارایی وجود مستقلی در برابر اجزای آن فرض نمی‌شد، لازم می‌آمد که شخص، به خاطر حفظ حقوق طلبکاران، از تصرف در اموال خود ممنوع شود و مدار معاملات و گردش پول به هم بریزد. ولی، با وضع کنونی، وثیقه طلبکار با تغییر اجزای دارایی از بین نمی‌رود. مدیون از اداره اموال خود محروم نمی‌شود و اموال و مطالبات آینده بدهکار نیز وثیقه طلب می‌گردد.

۲. در نتیجه استقلال دارایی در برابر اجزای آن، حق جدیدی که به جای حق سابق قرار می‌گیرد تابع همان وضع حقوقی است. برای مثال، اگر مال مورد رهن از بین برود و مال دیگری به عنوان خسارت از تلف‌کننده یا بیمه گرفته شود، این مال نیز به خودی خود در رهن طلبکار قرار می‌گیرد و بدل مال تلف شده است (ماده ۷۹۱ قانون مدنی). هرچند که خسارت یا بدلی که گرفته شده از لحاظ فردی وجود دیگری است، ولی چون در کل به جای مورد رهن قرار می‌گیرد، تابع همان وضع حقوقی می‌شود.

۳. دارایی شخص با فوت او به همان صورت که هنگام مرگ داشته است به وارث می‌رسد. بازماندگان متوفی در مجموع دارایی قائم مقام مورث خود می‌شوند: یعنی در حدود ترکه مالک اموال و بدهکار دیون او خواهند شد.^۱

۱. پلنیول و ریپر و پیکار، ج ۳، ش ۱۵ - کاپیتان، مقدمه حقوق مدنی، ش ۹۲ و ۹۳ - دکتر سیدعلی

۲۵۰. ب- تنها حقوق و تکالیف مالی در شمار دارایی است :

دارایی مفهوم مالی است و فایده آن نیز در روابط مالی شخص با دیگران ظاهر می شود. پس، طبیعی است که تنها حقوق و تکالیف مالی باید از اجزای آن به شمار رود و حقوق غیرمالی، مانند حقوق مربوط به شخصیت و خانواده و حقوق عمومی و سیاسی، نباید در این مجموعه به حساب آید. با وجود این، پاره‌ای از نویسندگان، به لحاظ آثار مالی که بر این گونه حقوق بار است، آنها را نیز در شمار دارایی دانسته‌اند. برای مثال، حق زوجیت، با این که به طور مستقیم قابل مبادله با پول نیست و ارزش مالی ندارد، در اثر آن زن از همسر خود نفقه می‌گیرد و ارث می‌برد، و همچنین است در روابط بین فرزند و پدر و مادر^۱.

به نظر می‌رسد که در این نظریه اصل حق و آثار مالی آن باهم مخلوط شده است. حق غیرمالی به طور مستقیم سهمی در روابط اقتصادی ندارد، نه ارزش مالی دارد و نه به درخواست طلبکاران قابل توقیف و استفاده است. ولی، آثار مالی آن پس از تحقق در زمره سایر اموال است و می‌تواند از اجزای دارایی به شمار رود.

۲۵۱. ج- رابطه دارایی با شخصیت :

فردگرایان، مبنای دارایی و رابطه بین اجزای آنرا حاکمیت اراده شخص دانسته‌اند. به نظر آنان، دارایی یکی از مختصات شخص است و مانند شخصیت، غیر قابل انتقال و تقسیم است. از این رابطه چهار نتیجه مهم گرفته می‌شود:

۱. تنها شخص می‌تواند دارایی داشته باشد، زیرا فقط اوست که قابلیت دارا شدن حق و تکلیف را دارد. بنابراین، هیچ دارایی نمی‌تواند بدون مالک باشد.
۲. فرض شخص بدون دارایی ممکن نیست. دارایی را با ثروت نباید اشتباه کرد.

شایگان، ش ۵۲۶ به بعد.

۱. مازو و دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۲۹۲.

دارایی ممکن است از مقداری دین تشکیل شود و هیچ ارزش مالی نداشته باشد.
 ۳. هر شخص فقط یک دارایی می‌تواند داشته باشد. این واحد از مجموع دیون و مطالبات او تشکیل می‌شود.

دارایی از شخص جداشدنی نیست. تا زمانی که شخص زنده است نمی‌تواند دارایی خود را به دیگری منتقل سازد، هرچند که در اجزای آن انواع تصرفات را بکند. زیرا، مفهوم مستقل دارایی از عناصر شخصیت اوست.^۱

با این که رابطه بین شخصیت و دارایی را نمی‌توان نادیده گرفت، نباید در این راه چندان افراط کرد که دارایی را از عناصر شخصیت دانست. در حقوق کنونی، فرض دارایی بدون صاحب پیش‌بینی شده، زیرا ممکن است بدون این که شخصی (اعم از طبیعی یا حقوقی) مالک دارایی باشد، دسته‌ای از اموال خود نوعی شخصیت حقوقی بیابد و، به‌عنوان واحد مستقل، رابطه حقوقی با دیگران پیدا کند. چنان که خواهیم دید، مال موقوف، به‌ویژه در جایی که وقف بر جهات یا مصارف عمومی شده است، مالک ندارد و متولی می‌تواند، به‌نام وقف، با سایرین معامله کند.

همچنین ممکن است شخصی دو دارایی مستقل، با مطالبات و دیون خاص، داشته باشد. ترکه متوفی به محض فوت به وارثان او می‌رسد، ولی این دارایی وجود مستقل دارد: هزینه کفن و دفن و دیون متوفی باید از این محل پرداخته شود و بر اموال ورثه تحمیل نمی‌گردد (مواد ۲۲۵ به بعد قانون امور حسبی)، موصی به نیز جزو همین واحد است و پس از قبول موصی له، باید از ترکه اخراج شود (ماده ۸۶۹ قانون مدنی)، دعاوی راجعه به ترکه در دادگاه آخرین اقامتگاه متوفی اقامه می‌شود (ماده ۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی). در صورتی ترکه ضمیمه دارایی ورثه می‌شود که حقوق و دیونی که به آن تعلق گرفته پرداخته شود و پیش از آن اموال و دیون خاص دارد.

در حقوق آلمان و سوئیس، شخص می‌تواند دارایی خود را به دیگری منتقل کند، چند دارایی داشته باشد، و قسمتی از آن را اختصاص به وقف و صرف در امور خیریه

۱. ابری ورو، جلد ۹، بخش ۵۷۴ - دکتر سیدعلی شایگان، ش ۵۲۱ به بعد. به‌ویژه ش ۵۲۹.

دهد. در حقوق فرانسه نیز بسیاری از نویسندگان متمایل شده‌اند که مبنای دیگری برای دارایی انتخاب کنند. در نظریه جدید: «در هر مورد که دسته‌ای از اموال، به منظور رسیدن به هدف معین و مشترک اختصاص داده شود، دارایی به وجود می‌آید»^۱.

مبحث دوم: تقسیم حق به اعتبار موضوع آن

۲۵۲. مال منقول و غیرمنقول:

ماده ۱۲ قانون مدنی در تعریف مال غیر منقول می‌گوید: «مال غیر منقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود، اعم از این که استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان، به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود» و ماده ۱۹ همان قانون، مال منقول را چنین تعریف می‌کند: «اشیایی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون این که به خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است».

پس ضابطه اصلی در تشخیص مال غیر منقول، قابلیت و امکان حمل و نقل است: بدین ترتیب که، هرگاه مالی قابل حرکت دادن باشد، بی‌آنکه برای عین یا محل آن خرابی به بار آید، آن را منقول می‌نامند. برعکس، اگر مالی قابل نقل مکان نباشد، یا اگر در عمل نیز نقل آن ممکن شود، این تغییر موجب ویرانی و خرابی عین یا محل مال گردد، آن را غیر منقول می‌گویند.

با وجود این، گاهی در اصطلاح قانون مدنی، غیر منقول به اموال قابل حمل (آلات و ادواتی که به زراعت و آبیاری اختصاص داده شده) نیز گفته می‌شود. ولی این تجاوز از قاعده استثنائی و محدود به مواردی است که قانونگذار بنا به مصالحی اموال قابل حمل را به صراحت در حکم اموال غیر منقول قرار داده باشد.

۱. پلنیول و ریپرو و پیکار، ج ۳، ش ۲۱ - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۲۹ - کولن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۱۱، ش ۹۸ - مارتی و رینو، ج ۱، ش ۲۹ - دوگی، رساله حقوق اساسی، ج ۳، ص ۳۰۹.

۲۵۳. منقول و غیرمنقول تبعی :

این طبقه‌بندی ناظر به اموال مادی و خارجی است و «حق» را نمی‌توان به منقول و غیرمنقول تقسیم کرد. ولی آثار گوناگونی که بر این تقسیم بار می‌شود، ایجاب می‌کند که حق نیز به تبعیت از موضوع آن در زمره یکی از این دو گروه درآید. پس حقی که موضوع آن مال غیرمنقول است، به تابعیت از موضوع خود غیرمنقول تبعی به‌شمار می‌رود و حقی که بر مال منقول وجود دارد منقول تبعی است^۱، چنان که حق انتفاع از یک خانه «غیرمنقول» و از یک اتومبیل یا اسب «منقول» است.

۲۵۴. فایده این تقسیم :

گذشته از آثار مهمی که بر تقسیم اموال منقول و غیرمنقول بار است، تقسیم حق نیز از جهت تعیین صلاحیت محاکم مفید است. قانون آیین دادرسی مدنی دعاوی را به دو دسته منقول و غیرمنقول تقسیم می‌کند: رسیدگی به دعاوی گروه نخست در صلاحیت دادگاه محل اقامت مدعی علیه است (ماده ۱۱) و دعاوی گروه دوم در دادگاه محل وقوع مال رسیدگی می‌شود (ماده ۱۱). بنابراین، اگر طلبکاری که در تهران سکونت دارد بخواهد برای وصول طلب خود از شخصی که مقیم اصفهان است اقامه دعوا کند، باید به دادگاه اصفهان دادخواست بدهد. ولی، هرگاه همین تهرانی و اصفهانی درباره ملک واقع در مشهد اختلاف پیدا کنند، دادگاه مشهد صالح برای رسیدگی است. تشخیص طبیعت دعوا منوط به شناسایی نوع حقی است که مورد رسیدگی قرار گرفته، بدین معنی که هرگاه حق موضوع اختلاف غیرمنقول باشد، دعوا نیز به تابعیت از آن غیرمنقول است و باید در دادگاه محل وقوع مال رسیدگی شود. برعکس، اگر حق مورد نزاع منقول به حساب آید، دعوا نیز منقول است و دادگاه محل اقامت مدعی علیه

۱. قانون مدنی در مورد حق منقول تغییر اصطلاح داده و آنرا «منقول حکمی» نامیده است.

صالح برای رسیدگی است.

۲۵۵. حقوق معنوی :

همان‌گونه که در تقسیم حق به عینی و دینی اشاره شد، پاره‌ای از حقوق مالی بر اشیاء عالم خارج اعمال نمی‌شود و موضوع آن فعالیت و فکر انسان است. برای تعریف این دسته از حقوق می‌توان گفت: «حقوقی است که به صاحب آن اجازه می‌دهد تا از منافع و شکل خاصی از کار و فکر انسان به انحصار استفاده کند». برای مثال، حقی که تاجر و صنعتگر نسبت به نام تجارتي یا شکل خاص کالاهای خود دارد، یا حقی که مؤلف یا مخترع به نوشته‌ها یا اختراع خود پیدا می‌کند، از حقوق معنوی است که موضوع آن جنبه مادی و خارجی ندارد.

از آنجا که تشخیص احکام مربوط به اموال ایجاب می‌کند که نوع تمام اشیاء و حقوق مالی از حیث منقول و غیرمنقول بودن تعیین شود، جز آن بخش از حقوق مالی که مطابق قانون غیرمنقول شناخته شده است، بقیه حقوق منقول شناخته می‌شود. به همین جهت، بیشتر نویسندگان منقول بودن را موافق قاعده دانسته و حقوق غیرمنقول را اختصاص به مواردی داده‌اند که از قانون بتوان خلاف این قاعده را استنباط کرد.

این اصل از روح ماده ۱۸ قانون مدنی، که حقوق غیرمنقول را شمرده، و مفاد مواد ۲۱ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی (در مورد صلاحیت استثنائی درباره دعای غیرمنقول) نیز استنباط می‌شود. بنابراین، چون موضوع حقوق معنوی ابداع فکری و کار انسان است و دلیلی بر غیرمنقول بودن آن در قانون وجود ندارد، این دسته از حقوق مالی را باید منقول شمرد.

۲۵۶. حق شریکان (سهم شرکت) :

هرگاه دو یا چند مالک، به منظور سودجویی یا مقاصد دیگر، اموالی را بین خود مشترک قرار دهند،

اجتماع آنها را شرکت می‌نامند.^۱ برای تشکیل شرکت، هر یک از شریکان مالی به عنوان سرمایه می‌دهد و در برابر مالک سهم مشاعی از تمام اموال شرکت می‌شود. حال باید دید، اگر سرمایه شرکت را مقداری مال منقول و غیر منقول تشکیل دهد، آیا سهم هر یک از شرکاء به تناسب موضوع آن منقول یا غیر منقول است، یا راه حل دیگری باید انتخاب کرد؟

در صورتی که اجتماع مالکان دارای شخصیت حقوقی نباشد، طبیعت حق شریکان تابع ماهیت حقوقی هر یک از اجزای سرمایه است؛ چنان که اگر دو تن برای ساختن بنایی مقداری پول به شرکت گذارند، سهم هر یک از آن دو در این عمارت غیر منقول است.

ولی، هرگاه اجتماع شریکان از نظر حقوقی شخصیت مستقل پیدا کند، تمام سرمایه شرکت اعم از منقول و غیر منقول، به این شخصیت تعلق دارد و هیچ یک از آنان، تا زمانی که شرکت منحل نشده است، نمی‌تواند ادعا کند که به طور مشاع در هر یک از اجزای سرمایه حق مالکیت دارد. در شرکت‌های تجاری، که دارای چنین شخصیتی است، حق شریک منحصر به مطالبه سود حاصل در زمان بقای شرکت و تملک باقیمانده سرمایه پس از انحلال آن است؛ این حق، به طور مستقیم مربوط به سرمایه و اموال شرکت نیست؛ حق خاصی است که شرکاء در برابر مالک سرمایه (شخصیت حقوقی) دارند؛ یعنی، در اثر تشکیل شرکت، حق عینی شرکاء بر سرمایه تبدیل به حق خاصی می‌شود که موضوع آن پول مربوط به منافع سالیانه است و به همین جهت به تابعیت از موضوع آن باید منقول محسوب شود.^۲

۲۵۷. حق کسب و پیشه یا تجارت (سرقفلی):

در حقوق فرانسه، سرقفلی حقی است بر مشتریان دائمی و سرمایه تجارتخانه. این حق شامل حق تقدم در اجاره و افزار کار و نام تجاری و پروانه کسب و تزیینات مغازه است، ولی عنصر اصلی آن حفظ مشتریان تاجر و امتیازی است که او در اثر کار و فعالیت و امانت خود به دست آورده است. به همین جهت هم سرقفلی

۱. گروهی که هدف آن سودجویی نباشد در اصطلاح حقوق تجارت «انجمن» نامیده می‌شود.
 ۲. گولن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۱، ش ۶۸۰ - پلنیول و ریپر، ج ۳، ش ۱۴۴.

یا مایه تجارت را در زمره حقوق منقول آورده اند.^۱

ولی در ایران، مفهوم سرقتی بدین وسعت نیست. قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ از «حق کسب یا پیشه یا تجارت» نام برده است و در تعریف آن می توان گفت: «حقی است که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می شود».

در عرف تجارت نیز وقتی می گویند تاجری سرقتی مغازه اش را فروخت، یعنی آن را تخلیه کرد و به دیگری واگذار نمود و این مفهوم هیچ گاه شامل انتقال سرمایه تاجر و نام تجاری او نمی گردد. صفت ممتاز و عنصر اساسی سرقتی، حق تقدم در اجاره و مالکیت منافع عین مستأجره در برابر اجاره بهای ثابتی است که طرفین بر آن تراضی کرده اند، و از این لحاظ شباهت تام با حقوق غیر منقول تبعی (ماده ۲۸ قانون مدنی) دارد.^۲

مبحث سوم : تقسیم حق به اعتبار قیود و عوارض آن

۲۵۸. حق معلق و حق منجز :

حق منجز حقی است که وجود آن منوط به امر دیگری نباشد و حق معلق حقی است که به وجود آمدن آن وابسته به تحقق امری در خارج باشد. به عنوان مثال، اگر کسی مالی را به دیگری بدون قید ببخشد، حقی که متهب بر آن مال دارد حق منجز است. ولی، هرگاه پدری قلم خود نویس خود را به فرزندش، بدین شرط که او در امتحان قبول شود، ببخشد، حقی که فرزند پیش از قبول شدن در امتحان بر آن قلم دارد معلق است: یعنی در صورت قبول شدن مالک آن خود نویس خواهد شد و در صورت رد شدن معلوم می شود

۱. لیون کان ورونو، حقوق تجارت، ج ۳، ش ۱۴۱ - کولن کاپیتان، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۶۸۸ چلنیول

و ریپر، ج ۳، ش ۱۰۹.

۲. برای مطالعه تفصیلی در این باره، رجوع شود به ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، ش

۳۷۲ به بعد؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۵۰ به بعد.

که حقی وجود نداشته است. به هر حال، اثر حادثه‌ای که ایجاد حق منوط به آن شده ناظر به آینده است و نسبت به گذشته اثری ندارد؛ چنان که در مثال یاد شده، فرزند از تاریخ قبول شدن مالک خودنویس می‌شود.

۲۵۹. حق مؤجل و حق حال :

حق حال حقی است موجود و قابل مطالبه. صاحب این حق می‌تواند، هرگاه بخواهد، اجرای آنرا از مدیون بخواهد. برای مثال، اگر کسی از دیگری چکی به تاریخ روز داشته باشد، حقی که بر موضوع چک دارد حال و قابل مطالبه است. حق مؤجل حق موجودی است که اجرای آنرا پس از گذشتن مدتی می‌توان درخواست کرد؛ چنان که اگر براتی وعده‌دار صادر بشود، پیش از رسیدن وعده نمی‌شود مبلغ آنرا مطالبه کرد.

تفاوت حق مؤجل و معلق در این است که حق مؤجل حقی است که به وجود آمده و فقط قابل مطالبه و اجرا نیست، در حالی که حق معلق نهادی است که هنوز کامل نشده و پیش از تحقق شرط وضع آن روشن نیست.

۲۶۰. حق دائم و حق موقت :

حق دائم حقی است که وجود آن محدود به زمان خاصی نباشد؛ مانند حق مالکیت که همیشگی است و حتی پس از فوت مالک به وارث می‌رسد و او به قائم مقامی مورث خود از این حق استفاده می‌کند. ولی حق موقت حقی است که وجود آن پس از مدتی از بین می‌رود؛ مانند حق انتفاعی که محدود به زمان معین است یا حقی که مستأجر بر عین مستأجره برای مدت معینی دارد.

۲۶۱. حق ثابت و حق متزلزل :

حق ثابت، که گاه حق مستقر نیز نامیده می‌شود، حقی است که هیچ کس بدون

رضای صاحبش نمی تواند آنرا ازین ببرد. برای مثال: حقی که وارث بعد از فوت مورث بر اموال او دارد و جز با رضای صاحب حق ازین نمی رود، یا حقی که مالک بر اموال خود دارد با اراده هیچ کس زایل نمی شود.

حق متزلزل امتیازی است که به وجود آمده، ولی شخص دیگری می تواند آنرا تا مدت معینی ساقط کند؛ چنان که به موجب قانون مدنی، تا زمانی که خریدار و فروشنده از مجلس عقد خارج نشده اند، اختیار برهم زدن آنرا دارند. این اختیار را «خیار مجلس» می نامند. بنابراین، حقی که آنان به محض وقوع معامله پیدا کرده اند تا هنگام جدا شدن از یکدیگر متزلزل است، زیرا طرف قرارداد می تواند آنرا ساقط کند. همچنین، اگر در عقد بیع شرط شود که فروشنده می تواند تا یک سال پولی را که گرفته به خریدار پس بدهد و عقد را فسخ کند، حقی که خریدار بر موضوع معامله دارد تا پایان یک سال متزلزل است.

در مواردی هم که طرفین معامله حادثه ای را سبب انحلال عقد قرار می دهند، حقی را که در نتیجه آن معامله ایجاد شده است باید متزلزل نماید. مثلاً شخصی از داشتن فرزند ناامید است و به همین دلیل سهم عمده دارایی خویش را به برادرش واگذار می کند، ولی در معامله شرط می کند که اگر تا دو سال از تاریخ وقوع معامله صاحب فرزند شد، عقد خودبه خود منحل شود و اموال به او بازگردد. حقی که انتقال گیرنده تا دو سال بر این اموال دارد متزلزل است، زیرا با تولد فرزند انتقال دهنده ازین می رود.

۲۶۲. تعدد اطراف حق (مسئولیت تضامنی):

طلبکار و بدهکار در حق دینی همیشه یک شخص نیست. ممکن است دو یا چند تن در برابر گروه دیگر عهده دار انجام دادن کاری شوند و اطراف حق متعدد باشند؛ چنان که شریکان ملکی به اجتماع قراردادی درباره کندن قنات با مقاطعه کار می بندند، چند تن باهم سفته ای را به سود دیگری امضا می کنند، شخصی پشت چکی را که از طرف دوستش صادر شده امضا و پرداخت آنرا تضمین می کند و مانند اینها.

در این گونه موارد، حق به تناسب کسانی که عهده دار اجرا یا مالک آن شده‌اند تقسیم می‌شود و در صورتی که سهم هر یک معین نباشد، ظاهر این است که به تساوی طلبکار و بدهکار شده‌اند (مستفاد از ماده ۱۵۳ قانون مدنی)^۱. پس، هرگاه دو تن سفته‌ای را به مبلغ ده هزار ریال صادر کنند، دارنده سفته از هر کدام پنج هزار ریال می‌تواند مطالبه کند، یا اگر وصیتی به سود چهار وارث بدون تعیین سهم آنان بشود، هر کدام مالک یک چهارم از موصی به خواهند شد. در واقع دین یا حق به چند دین و حق تجزیه می‌شود و هر کدام دارای طلبکار و بدهکار جدا می‌گردد.

تجزیه و تقسیم حق در دو مورد انجام نمی‌شود:

۱. در مواردی که موضوع تعهد تجزیه‌ناپذیر است، یعنی باید تمام آن انجام پذیرد، چنان که چند هنرمند نقاش کشیدن تصویری را باهم تعهد کنند یا چند تن از متصدیان حمل و نقل ملتزم شوند که بلیط هواپیمایی را برای روز معین در اختیار طلبکار بگذارند. در چنین موردی، طلبکار می‌تواند تمام دین را از هر کدام از بدهکاران بخواهد.
 ۲. در صورتی که به حکم قانون یا قرارداد بتوان از هر کدام از بدهکاران تمام دین را خواست، چنان که ممکن است شخصی از بدهکار در برابر طلبکار ضمانت کند و قرار گذارند که طلبکار بتواند تمام طلب خود را از مدیون یا ضامن یا هر دو بخواهد (مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت). یا در مورد غصب، اگر مال مغبوب در دست اشخاص متعدد قرار گیرد، همه آنها نسبت به عین و منفعت مال در برابر مالک مسؤولیت دارند (مواد ۳۱۶ به بعد قانون مدنی). یا صادرکننده و ظهرنویس‌ها و گیرنده برات در برابر دارنده آن مسؤولیت دارند و او می‌تواند تمام وجه برات را از هر کدام بخواهد و، به اجتماع یا جداگانه مطالبه کند (ماده ۲۴۹ قانون تجارت).
- مسئولیتی را که چند شخص برای پرداختن تمام یک دین دارند «مسئولیت

۱. ماده ۱۵۳: «هرگاه نهی مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود، حکم به تساوی نصیب آنها می‌شود، مگر این که دلیلی برزیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد» (ناصرکاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۷۷).

تضامنی» می‌نامند. در مسؤلیت تضامنی، طلبکار می‌تواند برای مطالبهٔ یک دین به چند تن رجوع کند، ولی وصول دین از هر بدهکار مسؤلیت دیگران را نیز در برابر طلبکار از بین می‌برد. او بیش از طلب خود حقی ندارد و تعدد بدهکاران هیچ‌گاه سبب نمی‌شود که مالی زیادتر از استحقاق خود به دست آورد. بنابراین، اگر سهمی از طلب خود را از یکی از بدهکاران بگیرد، فقط برای بقیهٔ آن به سایرین رجوع می‌کند و همین که به تمام طلبش برسد، مسؤلیت بدهکاران نیز پایان می‌پذیرد. در برابر یک حق نمی‌تواند چند دین به وجود آید، ولی تصور مسؤلیت چند تن برای پرداختن یک دین اشکالی به بار نمی‌آورد. اختلاط بین دو مفهوم «دین» و «مسؤلیت» باعث شده است که پاره‌ای از نویسندگان نتوانند اشتغال ذمهٔ چند شخص را برای یک دین بپذیرند، در حالی که آثار مسؤلیت تضامنی با یکی بودن دین منافات ندارد.^۱

تضامن بین طلبکارها نیز ممکن است ایجاد شود، به گونه‌ای که هر یک از آنها بتواند تمام دین را از بدهکار بخواهد. ولی، این‌گونه قراردادهای به ندرت دیده می‌شود و مستلزم این است که طلبکارها باهم اعتماد کامل داشته باشند.

۱. ممکن است شخص مدیون حقی نباشد ولی مسؤلیت پرداختن آن را داشته باشد. در این صورت، اگر طلبکار به او مراجعه کند، حق رجوع به مدیون اصلی برای مسؤل محفوظ است، چنان که در برات، ظهرنویسان مدیون اصلی نیستند و از وثائق دین به شمار می‌روند و به همین دلیل ظهرنویسی که وجه برات را پرداخته بظهرنویس‌های پیش از خود و برات‌دهنده رجوع می‌کند تا سرانجام دین بر مدیون اصلی (صادرکننده یا محال‌علیه) تحمیل شود.

فصل سوم

منابع حق فردی

۲۶۳. اعمال و وقایع حقوقی :

حوادثی که در اجتماع رخ می‌دهد و بر آن آثار حقوقی بار است، به دو گروه ممتاز «اعمال حقوقی» و «وقایع حقوقی» تقسیم شده است:

۱. وقایع حقوقی، دسته‌ای از وقایع است که آثار حقوقی آن نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون به وجود می‌آید، اعم از این که ایجاد واقعه ارادی باشد: مانند غصب و اتلاف مال غیر، یا غیرارادی: نظیر فوت و تولد شخص.

۲. اعمال حقوقی، کارهای ارادی است که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص انجام می‌شود و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می‌کند. به عبارت دیگر، عمل حقوقی کار ارادی است که اثر حقوقی آن با آنچه فاعل می‌خواسته منطبق است: مانند عقود و ایقاعات.

این تقسیم از لحاظ نظری منطقی است و جای هیچ ایرادی ندارد، ولی باید دانست

که اعمال و وقایع حقوقی شامل تمام اسباب ایجاد و زوال و انتقال حق می شود و اختصاص به «منابع حق» ندارد.

۲۶۴. اسباب ارادی و غیرارادی :

قانون مدنی دیون را به اعتبار اسباب آن به دو گروه تقسیم کرده است:

۱. تعهدات ناشی از قراردادها؛

۲. الزامات خارج از قرارداد یا ضمان قهری، که شامل غصب و اتلاف و تسبیب و استیفاء است.

این تقسیم را در مورد تعهدات می توان پذیرفت. زیرا درست است که از لحاظ نظری هیچ مانعی ندارد که اراده واحد بتواند ایجاد دین کند، ولی چون در حقوق ما مثال روشن و مسلمی برای آن وجود ندارد و ایجاد دین به وسیله ایقاع، بر فرض که پذیرفته شود، امری استثنائی و نادر است، نیامدن ایقاع در این تقسیم عیب مهمی به شمار نمی رود.

اما در نظریه عمومی حق، این تقسیم ناقص است و همه منابع حق را دربر نمی گیرد. زیرا حیازت مباحات و اخذ به شفعه، که در زمره اسباب تملک آمده و حق عینی ایجاد می کند، در شمار قراردادها یا ضمان قهری در نمی آید. پس بهتر این است که تقسیم مشهور «اعمال و وقایع حقوقی» مبنای این بررسی قرار گیرد.

مبحث اول : اعمال حقوقی

۲۶۵. عقود و ایقاعات :

اعمال حقوقی را می توان به دو گروه ممتاز تقسیم کرد: ۱) عقود (۲) ایقاعات. عقد که «قرارداد» و در امور مالی «معامله» نیز نامیده می شود، عمل حقوقی است

که برای ایجاد آن نیاز به دو اراده است. دو یا چند شخص باید توافق کنند تا از برخورد اراده‌های ایشان عقد به وجود آید: مانند عقد بیع که از توافق خریدار و فروشنده حاصل می‌شود، یا نکاح که در نتیجه تراضی زن و شوهر به وجود می‌آید.

ایقاع دسته‌ای از اعمال حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود. در ایقاع نیازی به توافق نیست. یک شخص تصمیم می‌گیرد و اثر حقوقی بر آن بار می‌شود: مانند طلاق که به اراده شوهر (با اذن دادگاه) واقع می‌شود و اراده زن در ساختمان آن اثر ندارد، یا فسخ قرارداد و ابراء... و نظایر اینها. بنابراین، مبحث مربوط به «اعمال حقوقی» را در دو گفتار، قراردادها و ایقاعات بررسی می‌کنیم.

گفتار نخست: قراردادها

۲۶۶. تعریف عقد:

مطابق ماده ۱۸۳ قانون مدنی: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». پس عملی را می‌توان عقد نامید که دارای دو صفت اساسی باشد:

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

۲. منظور از آن ایجاد تعهد باشد: اگر دو شخص به منظور از بین بردن تعهدهای گذشته خود باهم تراضی کنند، نتیجه آن هر چند که ماهیت قراردادی دارد، «عقد» نامیده

نمی‌شود. برای مثال، اگر موجر و مستأجر به تراضی اجاره را بر هم زنند، عمل آنان در اصطلاح حقوق مدنی «اقاله» نام دارد. انتقال دین نیز در حکم ایجاد آن است، زیرا در اثر انتقال، برای انتقال گیرنده حق ایجاد می‌شود.

۲۶۷. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی :

از تعریف ماده ۱۸۳ چنین برمی‌آید که رکن اساسی هر عقد توافق دو اراده است: یعنی در قرارداد اراده کسانی که آن را واقع ساخته‌اند مهم‌ترین عامل ایجاد حق است. به همین جهت مشهور شده است که در عقود اراده افراد حاکمیت دارد. اصل حاکمیت اراده که ریشه فلسفی آن در گفته‌های فردگرایان است، در حقوق کنونی به «آزادی قراردادی» تعبیر می‌شود که مفهومی تعدیل شده است و در ماده ۱۰ قانون مدنی به این عبارت بیان شده است:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

و از آن چهار نتیجه اساسی گرفته می‌شود:

۱. اشخاص می‌توانند قرارداد را به هر صورتی که مایلند منعقد سازند و نتایج و آثار آن را آزادانه معین کنند. قانونگذار آثار و شرایط پاره‌ای از عقود را که مورد استعمال و اهمیت فراوان داشته پیش‌بینی کرده است و به همین مناسبت این دسته از عقود را (عقود معین) می‌گویند: مانند بیع، اجاره، صلح، هبه، ودیعه، قرض و امثال اینها. ولی، باید توجه داشت که پیش‌بینی این دسته از عقود بدان معنی نیست که اشخاص موظف باشند اراده خود را در این قالبهای معین بریزند.

۲. قرارداد با تراضی دو طرف محقق می‌شود و تشریفات خاصی ندارد و دو طرف عقد ملزم نیستند الفاظ مخصوصی را به کار ببرند:

۳. پس از انعقاد قرارداد دو طرف ملزم به رعایت آن هستند و باید تعهدهای ناشی از آن را اجرا کنند و دادگاه نمی‌تواند به بهانه رعایت عدالت و انصاف، مدیون را از آنچه به عهده دارد معاف کند (مواد ۲۱۹ و ۲۳۰ قانون مدنی).

۴. معاملات فقط بین دو طرف و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است. در اجتماع منظم، آزادی هر شخص محدود به آزادی دیگران است و هیچ کس نمی تواند، جز در موارد استثنائی، تعهدی بر دیگری تحمیل کند یا به سود او حقی به وجود آورد. این چهار نتیجه در حقوق ما استثنای فراوان دارد و روز به روز نیز اصل حاکمیت اراده (آزادی قراردادها) اهمیت پیشین خود را از دست می دهد. بازرسی دولت در قراردادها فزونی می یابد و قوانین امری از هر سو دامنه آزادی معاملات را محدود می سازد. با وجود این، از این نتایج به عنوان «اصل» یا «قاعده کلی» می توان استفاده کرد: یعنی، هر جا که نسبت به حدود آزادی دو طرف و اثر قرارداد تردید به میان آید، این قواعد حکومت دارد تا خلاف آن اثبات شود.

الف: شرایط صحت قرارداد

۲۶۸. شمار این شرایط و ضمانت اجرای آن^۱:

به موجب ماده ۱۹۰ قانون مدنی: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: (۱) قصد طرفین و رضای آنها (۲) اهلیت طرفین (۳) موضوع معین که مورد معامله باشد (۴) مشروعیت جهت معامله». در اثر فقدان این شرایط عقد ممکن است باطل یا غیرنافذ باشد.

عقد باطل عقدی است که به نظر قانونگذار وجود خارجی ندارد و به هیچ عنوان نیز نمی توان اثری بر آن بار کرد، ولی عقد غیرنافذ، با این که در حالت عدم نفوذ همانند باطل است، با تنفیذ بعدی اصلاح پذیر است. برای مثال، عقدی که در اثر اکراه واقع می شود هیچ تعهدی ایجاد نخواهد کرد. ولی، هرگاه شخص مکره عقد را تنفیذ کند بر آن

۱. برای مطالعه تفصیلی در این باره. رک: ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ و ۲، تهران، ۱۳۶۵ و ۱۳۶۶.

آثار عقد صحیح از ابتدا بار می‌شود.

۲۶۹. قصد و رضای دو طرف:

در حقوق ما اراده به دو عنصر «قصد» و «رضا» تجزیه شده است: انجام دادن عمل حقوقی معلول یک سلسله فعالیت‌های دماغی و درونی است که هر شخص با مراجعه به وجدان خویش می‌تواند آن‌را دریابد. انسان ابتدا تصور وجود عمل را می‌کند و پس از سنجش میزان نفع و ضرر آن و ملاحظه نیازهای مادی و معنوی خود، لزوم ایجاد آن عمل را تصدیق می‌کند و در باطن مشتاق به آن کار می‌شود. این اشتیاق به انجام دادن را «رضا» می‌نامند.

پس از گذشتن این مرحله و احساس رضایت از انجام دادن کار، انسان تصمیم می‌گیرد و آن‌را اجرا می‌کند، یعنی عمل حقوقی مورد نظر را در ذهن خود ایجاد می‌نماید و همین مرحله است که انشاء عمل حقوقی یا «قصد» نامیده می‌شود.

پس، مبنای هر «قصد» میل و رضایی است که در اثر تصدیق عمل از پیش در ذهن به وجود آمده است و این دو (قصد و رضا) برای ایجاد عقد لازم و ملزوم یکدیگر است: یعنی، نه تنها رضایی که منتهی به قصد انشاء نگردد هیچ اثری در عالم حقوق ندارد، قصدی هم که مبتنی بر رضای حقیقی نباشد به طور کامل مؤثر نیست.

برای این که اراده باطنی بتواند مؤثر در بستن عقد شود باید حائز دو شرط زیر باشد: الف: اعلان شود، یعنی به وسیله لفظ یا نوشته یا کار یا اشاره، اراده جنبه خارجی پیدا کند و برای طرف قرارداد مفهوم باشد. حقوق از علوم اجتماعی است و تا زمانی که اراده جنبه بیرونی و خارجی پیدا نکرده بر آن اثری بار نمی‌کند. اراده‌ای را که بدین گونه اعلان شده است «اراده ظاهری» می‌گویند.

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

۱. اشتباه: اشتباه تصور نادرستی است که انسان از حقیقت پیدا می‌کند. اشتباه ممکن است نسبت به نوع عقد یا شخصیت طرف عقد یا موضوع معامله باشد.

اشتباه در نوع عقد: مانند این که کسی پیشنهاد فروش مالی را به دیگری می‌کند و او به گمان این که مقصود مالک بخشیدن آن مال است عقد را می‌پذیرد.

اشتباه در موضوع معامله: مانند این که کسی خانه تهران خود را بفروشد و دیگری به تصور این که باغ شمیران مورد معامله است آن را بپذیرد.

اشتباه در شخصیت طرف معامله: مانند این که شخصی به این تصور که طرف قرارداد پزشک است با او درباره عمل جراحی قرارداد می‌بندد، ولی معلوم می‌شود که او دکتر در ادبیات بوده است. اشتباه در شخصیت طرف معامله در صورتی موجب بطلان عقد است که شخصیت طرف علت عمده عقد باشد: یعنی ثابت شود که اگر مشتبّه حقیقت امر را می‌دانست به معامله راضی نمی‌شد.

۲. اکراه: در قانون مدنی ما اکراه تعریف نشده است، ولی با توجه به شرایط آن و تلفیق مواد ۲۰۲ تا ۲۰۸ می‌توان گفت:

«اکراه عبارت از فشار غیرعادی و نامشروعی است که، به منظور وادار ساختن شخص بر انجام دادن یک عمل حقوقی، بر او وارد می‌شود».

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

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

نمی‌توان خرده گرفت.

۲۷۰. اهلیت :

اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق دارد. این صلاحیت دارای دو چهره ممتاز است:

۱. اهلیت تمتع یا تملک: صلاحیتی است که شخص به موجب آن می‌تواند از حقوق خصوصی بهره‌مند باشد و صاحب حق و تکلیف شود. هر انسان از هنگام تولد و گاه از زمان انعقاد نطفه، در صورتی که زنده به دنیا بیاید، تا زمان مرگ اهلیت تمتع از حقوق را، جز در پاره‌ای موارد استثنائی، دارد.

۲. اهلیت تصرف: یا صلاحیت اجرای حقی که به حکم قانون به کسی داده شده است: برای این که شخص اهلیت تصرف در حقوق خود را داشته باشد، باید بالغ و عاقل و رشید باشد. رشید کسی است که تصرف او در اموالش به شیوه خردمندان باشد. عاقل ضد مجنون است، کسی است که رفتار و گفتار او به نظر عرف عاقلانه باشد. جنون ممکن است دائمی باشد یا ادواری: جنون دائمی حالتی است که مجنون در آن بیماری با اندک تفاوت در یک حال به سر می‌برد، ولی مجنون ادواری کسی است که گاه در حال جنون است و گاه دیگر افاقه پیدا می‌کند. اعمال صغیر غیر ممیز و مجنون باطل است، ولی اعمال صغیر ممیز و سفیه در امور مالی غیر نافذ است: یعنی اگر قیم یا ولی قهری آن اعمال را تنفیذ کند نافذ می‌شود.

۲۷۱. موضوع معامله :

برای این که معامله درست باشد مورد معامله باید دارای شرایط زیر باشد:

۱. هنگام عقد موجود باشد: بنابراین اگر کسی عین معینی را که هنگام عقد موجود نبوده است به دیگری بفروشد، این بیع باطل است. ولی موجود نبودن عین کلی به درستی معامله زیان نمی‌رساند.

۲. قابل نقل و انتقال باشد: بنابراین انتقال مال وقف، جز در پاره‌ای موارد استثنائی، ممنوع است و خرید و فروش اسلحه و مواد مخدر و مانند اینها اصولاً امکان ندارد.

۳. معلوم و معین باشد، مگر در مواردی که علم اجمالی به حکم قانون کافی است: مانند این که ضامن می‌تواند بدون اطلاع از مقدار و کیفیت دین، از مدیون ضمانت کند.

۴. تسلیم آن مقدور باشد.

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

۲۷۲. مشروعیت جهت معامله :

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

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

ب : آثار قرارداد

۲۷۳. اصل لزوم قراردادهای :

همین که قرارداد به درستی بسته شد، هیچ یک از دو طرف حق بر هم زدن آنرا جز در موارد استثنایی ندارد. این موارد را که به موجب قانون معین شده است، «خیار فسخ» می‌نامند: مانند خیار غبن و خیار عیب و خیار تدلیس. با وجود این، پاره‌ای از قراردادهای جایز است: یعنی هر یک از دو طرف می‌تواند هرگاه بخواهد عقد را منحل سازد؛ چنان که در وکالت، وکیل می‌تواند استعفا دهد و موکل نیز حق دارد وکیل را عزل کند. جایز بودن عقد امری است استثنایی که نیاز به تصریح قانون دارد. هر جا که نسبت به لزوم و جواز عقد تردید شود، باید آنرا لازم شمرد و همین قاعده را «اصل لزوم قراردادها» می‌نامند.

۲۷۴. قدرت اجبارکننده قرارداد :

دو طرف عقد باید مفاد آنرا محترم شمارند و آنچه را که به عهده دارند انجام دهند. در فرضی هم که عقد جایز است، تا زمانی که از خیار فسخ استفاده نشده، این قدرت باقی است؛ چنان که هر قانون نیز پیش از نسخ اعتبار و حاکمیت دارد. ماده ۲۱۹ قانون مدنی در این باره می‌گوید:

«*عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است.*»

کسی که به موجب قرارداد طلبکار شده، نه تنها می‌تواند الزام بدهکار را از دادگاه بخواهد، حق دارد از بابت تأخیر یا عدم انجام تعهد از او خسارت بگیرد. میزان این خسارت را، اگر در قرارداد معین نشده باشد، دادگاه پس از رسیدگی معین می‌کند، جز در مورد تعهدی که موضوع آن پول رایج کشور است، که قانون خسارت را صدی دوازده در

سال مقرر داشته است.

۲۷۵. نسبی بودن اثر قرارداد :

همان‌گونه که در اصل حاکمیت اراده آمد، اثر قرارداد محدود به کسانی است که در انعقاد آن شرکت داشته‌اند و اشخاص خارجی نه از آن سود می‌برند و نه زیان. در واقع، قانونی که دو طرف عقد به وجود آورده‌اند تنها برای خود ایشان محترم است. با وجود این، برای شناختن اثر نسب قرارداد، باید به دو نکته زیر توجه داشت:

۱. پاره‌ای از اشخاص جانشین طرفین قرارداد هستند. اینان را در اصطلاح «قائم‌مقام» می‌گویند. قائم‌مقام، درست مانند طرف قرارداد، در اثر عقد طلبکار و بدهکار می‌شود؛ چنان که وارثان شخص، به قائم‌مقامی مورث خود و در حدود ترکه، مکلف به اجرای قراردادهای مورث هستند و از حقوقی که او به دست آورده بهره می‌برند. همچنین، خریدار ملک باید حق عبوری را که همسایه آن در اثر قرارداد با فروشنده به دست آورده است محترم شمارد، چرا که قائم‌مقام خاص فروشنده درباره ملک است.
۲. گاه نیز اثر قرارداد به‌طور استثنائی دامنگیر اشخاص خارجی (ثالث) می‌شود؛ چنان که دو طرف می‌توانند ضمن قرارداد تعهدی به نفع ثالث کنند. نمونه بارز این تعهد در بیمه عمر دیده می‌شود. زیرا قرارداد بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار بسته می‌شود، ولی شخص خارجی که توسط بیمه‌گذار معین شده از آن سود می‌برد.

ج: انحلال قرارداد

۲۷۶. انحلال قرارداد به تراضی - اقاله :

- قاعده این است که همان اراده‌هایی که عقد را به وجود آورده است توان منحل ساختن آفریده خود را دارد. برای انحلال عقد، به تراضی دیگر نیاز است؛

به قراردادی که هدف آن بازگرداندن وضع پیشین دو طرف است. به این تراضی، که ماهیت آن قراردادی است ولی معامله (بیع) جدید محسوب نمی‌شود، «اقاله» می‌گویند.

قانون مدنی اقاله را در شمار اسباب سقوط تعهد آورده است^۱ و در تعریف آن می‌گوید: «بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آنرا اقاله یا تفاسخ کنند». برای مثال، اگر خریدار قالیچه‌ای آنرا متناسب با خانه خود نیابد و با فروشنده توافق کند که قالیچه را پس بدهد و بهایی را که پرداخته بگیرد، عمل حقوقی انجام شده اقاله بیع است نه دست زدن به بیع دیگر.

۲۷۷. فسخ ارادی :

چنان که گفته شد، اصل این است که یکی از دو طرف قرارداد نمی‌تواند بدون رضای دیگری آنرا برهم زند و باید به پیمانی که بسته است احترام گذارد. با وجود این، گاه که قرارداد خود امکان برهم زدن عقد را پیش‌بینی می‌کند، یا از آن ضرری ناروا به بار می‌آید، قانون به زیان‌دیده یا مشروط‌له حق فسخ می‌دهد. این حق را «خیار فسخ» می‌نامند: مانند خیار شرط، خیار غبن، خیار عیب و خیار تدلیس.

وجود خیار در عقد لازم، نه تنها خلاف اصل است، با نظم عمومی هم ارتباط ندارد و دو طرف می‌توانند ضمن عقد سقوط تمام یا بعض از خیارها را شرط کنند.

۲۷۸. انفساخ قهری :

تلف موضوع معامله، اگر به دلایل خارجی و بدون اهمال فروشنده صورت پذیرد، باعث انحلال قهری و خودبه‌خود عقد می‌شود. به همین جهت، می‌گویند تلف مبیع پیش از قبض باعث انفساخ بیع می‌شود: یعنی عقد را نسبت به آینده برهم می‌زند. در نتیجه،

۱. برای نقد این اقدام، رک. قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۸۴۷.

فروشنده باید پولی را که بابت بهای مبیع تلف شده گرفته است بازگرداند و اگر پولی نگرفته است طلب او ازین می‌رود.

گفتار دوم: ایقاعات

۲۷۹. نقش ایقاع در زندگی اجتماعی :

برخلاف آنچه در نخستین نگاه به نظر می‌آید، ایقاع در زندگی اجتماعی سهم بسیار مؤثری دارد. ارادهٔ یک تن ممکن است سبب تملک حقوق عینی شود؛ چنان که شخص می‌تواند زمین مواتی را آباد و آب مباحی را متصرف و مالک شود (حیازت مباحات)، یا حقی را ساقط کند؛ مانند این که در نتیجهٔ «ابراء» حق دینی ازین می‌رود و در اثر اعراض حق عینی بر مالی زایل می‌شود همچنین تنفیذ قراردادهای غیرنافذ نوعی ایقاع است که قرارداد ناقص را معتبر می‌سازد.

نظریه‌های جدید متمایل بر این است که ایقاع را به‌عنوان منبع حق دینی نیز پذیرد؛ چنان که بسیاری از نویسندگان پیشنهاد بستن عقد (ایجاب) را به همین دلیل الزام‌آور شمرده‌اند. هرچند که ایجاد دین به وسیلهٔ ایقاع هنوز جنبهٔ استثنائی دارد، آثار مهم آن سبب شده است که نظریه پردازان قواعد کلی ایقاعات را نیز مانند قراردادها فراهم آورند.

به هر حال، شرایط وقوع و آثار ایقاعات، جز در موارد استثنائی، تابع قواعد کلی قراردادهاست: بدین ترتیب که، هرگاه قاعده‌ای با اصول کلی موافق باشد، در ایقاع نیز جاری می‌شود و مواردی که جنبهٔ استثنائی دارد به‌طور محدود تفسیر می‌شود.

۲۸۰. لزوم اعلان اراده در ایقاعات :

در کلیات مربوط به شرایط درستی قرارداد دیدیم که ارادهٔ باطنی هیچ اثری در روابط حقوقی و طرفین ندارد. اراده باید به وسیله‌ای اعلان شود و جنبهٔ خارجی پیدا کند.

ولی این پرسش به میان می‌آید که لزوم اعلان اراده به خاطر آگاه شدن هر کدام از مقصود طرف دیگر است و اختصاص به قرارداد دارد، یا در همه اعمال حقوقی (اعم از عقد و ایقاع) اجرا می‌شود؟

پاره‌ای از استادان گفته‌اند که لزوم اعلان اراده در قراردادهای به خاطر این است که در هر عقد حداقل دو تن باید درباره موضوع آن توافق کنند و این امر بدون اعلام اراده آنان امکان‌پذیر نیست. ولی در ایقاع تنها یک اراده مؤثر است و شخص دیگری دخالت ندارد تا کاشف خارجی در وقوع آن مؤثر باشد. بنابراین، در ایقاعات الفاظ و نوشته‌هایی که به کار می‌رود تنها از نظر اثبات وقوع عمل و آگاه ساختن اشخاص ذینفع مؤثر است.^۱

در برابر این استدلال می‌توان گفت که کاشف اراده را نمی‌توان به کلی از نیت باطنی جدا کرد. اراده‌ای که اعلان نشده تنها از نظر اخلاقی ارزش دارد و حقوق اصولاً نه به آن توجه می‌کند و نه وسیله کشف آن را در اختیار دارد. وجود این اراده را بدون دلیل نمی‌توان پذیرفت، زیرا ایقاع با حقوق دیگران رابطه پیدا می‌کند و پذیرفتن این ادعا مستلزم این است که حق آنها دستخوش میل و خواسته‌های ایقاع‌کننده قرار گیرد. ایقاع‌کننده نیز وسیله‌ای برای اثبات وقوع آن ندارد. پس، اراده اعلان نشده تنها جنبه نظری دارد و در روابط اجتماعی هیچ سهمی نمی‌تواند داشته باشد.

قانون مدنی نیز به این حقیقت توجه داشته و در موارد گوناگون به لزوم اعلان اراده در ایقاعات اشاره کرده است؛ چنان که مواد ۲۴۷ و ۲۴۸ در اجاره مالک و ۴۴۹ در فسخ و ۱۱۴۹ در رجوع و ۱۱۳۴ در طلاق از جمله شواهد این ادعاست.^۲

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۸۴ و ۱۸۵.

۲. در حقوق کشورهای آلمان و سوئیس و فرانسه لزوم اعلان اراده از مسلمات است و جمعی از فقهای امامیه نیز به لزوم آن در ایقاعات تصریح کرده‌اند (میرزای نائینی و شیخ موسی خوانساری، ج ۱، ص ۲۱۰ و ۴۰۷ - میرفتاح، عناوین سید محسن حکیم، نهج الفقاهة، ص ۲۱۰).

مبحث دوم: وقایع حقوقی - مسئولیت مدنی

۲۸۱. اسباب ضمان قهری^۱:

بر طبق ماده ۳۰۷ قانون مدنی، امور ذیل موجب ضمان قهری است:

۱. غصب و آنچه در حکم غصب است؛

۲. اتلاف؛

۳. تسبیب؛

۴. استیفاء.

در کلیات مربوط به باب دوم (الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می شود) مواردی پیش بینی شده که با هیچ یک از چهار عنوان یاد شده انطباق ندارد. به همین جهت پاره ای از نویسندگان این موارد را زیر عنوان «استفاده بلاجهت» یا «دارا شدن غیر عادلانه» یا «شبه عقد» آورده اند. اصطلاح «استفاده بدون جهت» که در ماده ۳۱۹ قانون تجارت آمده در هیچ یک از قوانین به عنوان منبع حق ذکر نشده، ولی قاعده ای است عادلانه، که به موجب آن هیچ کس نمی تواند به زیان دیگری و بدون مجوز قانونی سود ببرد.

بنابراین، اسباب ایجاد ضمان قهری را در پنج بخش می توان مطالعه کرد:

۲۸۲. الف - استفاده بدون جهت:

برای این که کسی به زیان دیگری «استفاده بدون جهت» کند و در نتیجه ملزم شود که چیزی را به او بپردازد باید این سه شرط جمع باشد: ۱) در اثر کاری بر دارایی او

۱. برای مطالعه تفصیلی در این باره، رک: ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، ج ۱، مسئولیت مدنی، تهران، ۱۳۷۵.

افزوده شده باشد (۲) این فزونی به زیان دیگری باشد (۳) استفاده نامشروع باشد. قانون مدنی برای موارد «استفاده بدون جهت» در مواد ۳۰۱ تا ۳۰۶ نمونه‌هایی آورده است که می‌توان آنها را به شرح زیر خلاصه کرد:

۱- پرداخت نابجا: ماده ۳۰۱ در این باب می‌گوید: «کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم نماید». و ماده ۳۰۲ در تأیید آن اضافه می‌کند: «اگر کسی که اشتبهاً خود را مدیون می‌دانست آن دین را تأدیه کند، حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید».

۲- اداره فضولی مال غیر: مطابق ماده ۳۰۶: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند، باید حساب زمان تصدی خود را بدهد. در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است، حق مطالبه مخارج نخواهد داشت، ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت‌کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است».

۲۸۳. ب- غصب:

غصب در لغت به معنای ستم و زور است و ماده ۳۰۸ قانون مدنی آن را به این عبارت تعریف می‌کند: «غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان». پس، برای این که غصب روی دهد، باید شخص مسلط بر مال دیگری شود و این تسلط نیز به رضای او نباشد و به زور و قهر انجام گیرد.

همچنین، کسانی که مالی را از طرف دیگری به عنوان امانت در دست دارند و در برابر مطالبه مالک وجود مال را نزد خود انکار می‌کنند، از تاریخ انکار در حکم غاصب محسوب می‌شوند؛ یعنی، اگر مال نزد آنان تلف شود، (برخلاف امین) مسئول خواهند بود و به اصطلاح حقوقدانان، در اثر این انکار، ید امانی آنها تبدیل به ید غاصبانه خواهد

شد^۱.

غاصب ملزم است در صورتی که عین مال نزد او باشد آنرا با منافعش به مالک مسترد دارد و اگر تلف شده باشد، به تفاوت موارد مثل یا قیمت آنرا پردازد. بدین ترتیب که، هرگاه اشباه و نظایر مال عرفاً فراوان باشد، باید مثل آنرا تهیه کند و در غیر این صورت بهای آن پرداخته می‌شود، مگر این که دادگاه ترتیب دیگری را مقرر کند (ماده ۳ قانون مسؤلیت مدنی). در صورتی که چند غاصب به ترتیب برای مدتی مال منسوب را در تصرف داشته باشند، همه آنها در برابر مالک مسؤلیت تضامنی دارند: یعنی مالک می‌تواند برای جبران خسارت خود در مورد تلف مال به هر کدام که می‌خواهد مراجعه کند (ماده ۳۱۷ قانون مدنی) و هر غاصب ضامن منافع زمان تصرف خود و غاصبان بعدی است (ماده ۳۲۰).

۲۸۴. ج- اتلاف:

به موجب ماده ۳۲۸ قانون مدنی: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آنرا بدهد، اعم از این که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از این که عین باشد یا منفعت و اگر ناقص یا معیوب کند، ضامن نقص قیمت آن مال است». بنابراین، اتلاف وقتی صورت می‌گیرد که کسی مال دیگری را به طور مستقیم تلف کند، هر چند که در این راه تقصیری نیز نداشته باشد.

ماده ۱ قانون مسؤلیت مدنی مصوب اردیبهشت ماه ۳۹، تقصیر را در تمام موارد شرط ایجاد مسؤلیت قرار داده و بعضی گمان کرده‌اند که قانون مدنی را به طور ضمنی در این باب نسخ کرده است ولی گروه دیگری به حق دریافته‌اند که این دو قانون قابل جمع است: بدین ترتیب که اتلاف به طور کلی تابع قانون مدنی است، اما استفاده از مقررات قانون ۳۹ منوط بر این است که مرتکب تقصیر کرده باشد.

۲۸۵. د- تسبیب :

تفاوت تسبیب با اتلاف در این است که در تسبیب کسی مال دیگری را به طور مستقیم تلف نمی‌کند؛ سبب می‌شود که مال او تلف شود. برای مثال، کسی چاهی در معبر عمومی می‌کند و عابری در آن سقوط می‌کند یا معماری بنایی را سست می‌سازد و در نتیجه تقصیر او بنا خراب می‌شود و به جمعی ضرر می‌رسد. در تسبیب، برخلاف اتلاف، برای این که شخص مسبب مسؤول شناخته شود، باید مقصر باشد، یعنی خسارت در نتیجه مسامحه و تعدی و تفریط او حاصل شده باشد.^۱

چنان که ماده ۳۳۴ قانون مدنی می‌گوید: «مالک یا متصرف حیوان مسئول خسارتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود، مگر این که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد، لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود».

۲۸۶. ه- استیفاء :

«هرگاه کسی برحسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر این که ثابت شود از ابتدا قصد تبرع داشته است». همچنین «هرگاه کسی برحسب اذن صریح یا ضمنی دیگری از مال او استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود، مگر این که معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است».

۱. تعدی عبارت از انجام عملی است که به حکم قانون و عرف یا به موجب قرارداد ممنوع است و تفریط خودداری از کاری است که به حکم قانون یا عرف یا قرارداد انجام دادن آن لازم است.

فصل چهارم

تملك و انتقال و زوال حق

۲۸۷. طرح بحث :

در دو فصل گذشته حق را در حال سکون و بدون توجه به چگونگی ورود و خروج آن در زندگی اجتماعی بررسی کردیم. ولی، سیرحیات این رابطه اعتباری را نیز نباید از نظر دور داشت. مطالعه ایجاد و انتقال حق، برای احاطه بر این مفهوم و سهمی که در تنظیم روابط اجتماعی دارد، به ویژه به عنوان مقدمه ضرورت کامل دارد.

بحث درباره تمام مسائل مربوط به تملك حق و تشریفات و وسایل انتقال آن به اشخاص یا مطالعه عواملی که سبب از بین بردن حق می شود، از حوصله این مقدمه خارج است. در تمام رشته های حقوق خصوصی گفتگو از همین مسائل است و شاید بتوان گفت، علم حقوق برای تعیین آنها بنا شده است. در مقدمه دورنمای مسائل و پایه های اصلی آن مطرح می شود و جزئیات آن را باید در کتاب های اختصاصی هر رشته دید.

مبحث اول : تملک حق

۲۸۸. راه‌های تملک حق :

گفته شد که حق امتیازی است که تنها به شخص داده می‌شود. گاه قانون به دلیل موقعیت خاص شخص یا وقوع حادثه‌ای این امتیاز را به‌طور مستقیم برای او به‌وجود می‌آورد، چنان‌که به زیان‌دیده حق می‌دهد تا جبران خسارت خود را از مجرم بخواهد یا به زن حق می‌دهد که از شوهر نفقه بگیرد.

ولی، در بسیاری موارد، حقی را که شخص به‌دست آورده از دیگری به او انتقال داده شده، یعنی به‌عنوان طرف قرارداد یا قائم‌مقام آن‌را تملک کرده است؛ چنان‌که خریدار حق مالکیت بر مبیع را از فروشنده می‌گیرد و دارنده برات ممکن است طلب خود را از دیگری انتقال گرفته باشد.

راه دوم را در مبحث آینده (انتقال حق) بررسی می‌کنیم. در این جا سخن از تملک حق به‌طور مستقیم و اصیل است و همین راه است که به معنی خاص خود تملک حق می‌نامیم.

پاره‌ای از نویسندگان «تملک حق» را امری نادر و استثنائی شمرده‌اند. زیرا ایجاد حق برای هر شخص ملازمه با شناسایی دین برای دیگری دارد و اسباب خاصی می‌تواند این اقتدار را به‌وجود آورد.^۱ ولی ایجاد حق تنها در حقوق عینی نادر است، زیرا دولت به شیوه‌های گوناگون اموال مباح را به خود اختصاص داده و مالکیت اشخاص همیشه از دیگران گرفته می‌شود. برعکس، در حقوق دینی و غیرمالی، به‌طور معمول حق به‌وجود می‌آید و کمتر از دیگران انتقال گرفته می‌شود.^۲

۱. ریبر و بولانژه، ج ۱، ش ۶۷۶.

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۲۴۲.

۲۸۹. حقوق غیرمالی :

حقوق مربوط به شخصیت و روابط خانوادگی، مانند حق ابوت و بنوت و حضانت و ولایت و آزادی و شرافت، قابل واگذار شدن به دیگری نیست. این گونه امتیازها در زمره احکام است، وضعی است که قانون به وجود آورده و به گونه‌ای امری اداره می‌کند. به همین جهت، به کار بردن واژه «حق» درباره آنها رسمی است که بدون مسامحه نباید پذیرفت. سلطه‌ای که این احکام برای شخص به وجود می‌آورد با حق شباهت زیاد دارد، ولی از حیث طبیعت و مبنا با آن یکی نیست. قانونگذار باید لزوم ایجاد این اقتدار را تشخیص دهد، پس باید گفت تملک آن همیشه به طور مستقیم انجام می‌گیرد.

پاره‌ای از نویسندگان حقی را که مؤلف بر نوشته‌های خود دارد، قابل انتقال دانسته و آن را استثنائی بر قاعده «انتقال ناپذیر بودن حقوق غیرمالی» گفته‌اند. مؤید این گفته اختیاری است که وراثت مؤلف بر نوشته‌های او دارند و می‌توانند انتشار و بهره‌برداری از آن را به هر کس که می‌خواهند واگذارند. ولی، باید دانست که حق مؤلف به دو حق ممتاز تحلیل می‌شود: ۱) حق بر انتشار و بهره‌برداری از تألیف، که جنبه مالی دارد و در شمار سایر اموال مؤلف به بازماندگان او می‌رسد ۲) حق معنوی بر تألیف که خاص نویسندگان است و در واقع جزئی از شخصیت او به شمار می‌رود.

حق معنوی بر تألیف را وارثان چنان که هست می‌توانند اجرا کنند، ولی اصل حق به ایشان منتقل نشده است؛ چنان که مؤلف می‌تواند نوشته خود را به کلی دگرگون سازد، نظرهای مخالف گذشته بدهد یا آن را از بین ببرد، ولی بازماندگان او چنین اختیاری ندارند. آنان وظیفه دارند که میراث خویش را حفظ کنند و با استفاده از وسایل اجرایی حق، از مزایای مالی آن بهره‌مند شوند. پس، می‌توان گفت حق معنوی مؤلف به صورت یک تکلیف به بازماندگان او می‌رسد و استثنائی بر قاعده «انتقال ناپذیر بودن حقوق غیرمالی» محسوب نمی‌شود.^۱

۱. دبوآ (Desbois)، حق مؤلف در فرانسه، چاپ دوم، ش ۴۶۶ به بعد - مازو، دروس حقوق مدنی،

۲۹۰. حقوق عینی :

چنان که گفته شد، حق عینی به طور معمول از راه انتقال ایجاد می شود: فروشنده مال خود را می فروشد، مالک آن را به اجاره می دهد یا وقف می کند و در نتیجه این انتقال، طرف قرارداد صاحب حق عینی می شود.

ولی، با این که دولت تملک اموال مباح را بسیار محدود کرده است، هنوز هم مواردی وجود دارد که شخص به وسیله آباد ساختن زمینهای موات و کندن چاه و مهار کردن آب های مباح (در جایی که قانون ملی شدن آب ها اجرا نمی شود) یا شکار حیوانات وحشی و صید ماهی و کشف معدن، مالک حق عینی می شود. اموالی که مالک خاص ندارد و اشخاص می توانند، با رعایت نظامات خاص، آنها را تملک کنند «مباح» نامیده می شود و استیلا بر این گونه اموال و فراهم آوردن وسایل از استفاده از آنرا «حیازت» می گویند (مواد ۲۷ و ۱۴۶ قانون مدنی). برای مثال، اگر شخصی زمین بدون مالک را به قصد تملک آباد سازد (یعنی آنرا آماده سکونت یا زراعت یا درختکاری کند) می گویند «حیازت مباح» کرده است.

حق شفعه نیز که به موجب ماده ۸۰۸ قانون مدنی پیش بینی شده است، به طور مستقیم برای شریک به وجود می آید. به موجب این ماده:

«هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میمه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آنرا شفیع می گویند.»

با این که حق شفعه تنها اختیار تملک مال است و پیش از آن شفیع حق استفاده و تصرف در مالی را پیدا نمی کند، بسیاری از اوصاف حقوق عینی را داراست: اجرای آن بر حقوق دینی مقدم است و صاحب حق در زمره طلبکاران خریدار قرار نمی گیرد. شفیع حق تعقیب نیز دارد، زیرا اگر خریدار پیش از اخذ به شفعه مال را به دیگری منتقل کرده

باشد، با اعلام استفاده از این حق، معامله سابق نیز باطل خواهد شد (ماده ۸۱۶ قانون مدنی).

بنابراین، هرچند که «حق شفعه» تمام اوصاف حقوق عینی را ندارد، به این گروه نزدیکتر از حقوق دینی است، و همان طور که در ماده ۸۰۸ آمده، در اثر فروختن حصه مشاع از جانب یکی از دو شریک، به طور مستقیم برای دیگری به وجود می آید.

حق عینی تبعی نیز معمولاً به طور مستقیم به وجود می آید. زیرا، در اثر قرارداد بین راهن (بدهکار) و مرتهن (طلبکار) عین معینی وثیقه طلب او قرار می گیرد، یا به حکم قانون این وثیقه به وجود می آید، چنان که اعیان ترکه متوفی وثیقه وصول سهم زوجه (قیمت یک چهارم یا یک هشتم اعیانی) از ترکه است (ماده ۹۴۸ قانون مدنی).

با وجود این، نباید پنداشت که تملک این حقوق از راه انتقال امکان ندارد. زیرا، ممکن است طلبی با تضمین های آن مورد انتقال واقع شود (ماده ۲۹۳ قانون مدنی).

۲۹۱. حقوق دینی و غیرمادی :

حقوق دینی (تعهدات) در اثر اراده طرفین قرارداد یا به حکم قانون به وجود می آید: چنان که شرکتی تعهد می کند که کالا را به مقصد برساند و بازرگانی نیز پرداختن مبلغی پول را به عهده می گیرد.

مثال دیگر: راننده ای در اثر بی احتیاطی به رهگذری صدمه می زند و قانون او را مکلف می سازد که زیان های ناشی از تقصیر خود را جبران کند.

در این دو مثال، عمل و واقعه حقوقی سبب ایجاد دین شده و برای طرف قرارداد و زیان دیده «حق» به وجود آورده است. ولی، گاه نیز حق از راه انتقال تملک می شود، چنان که دارنده سفته آنرا ظهن نویسی می کند و به طلبکار خود می دهد و در اثر این انتقال حق ظهن نویس به دارنده کنونی آن می رسد.

حقوق غیرمادی نیز به طور معمول، برای مؤلف یا مخترع ایجاد می شود و حاصل زحمات و ابداع فکری اوست، لیکن گاه نیز در اثر قرارداد به دیگری انتقال می یابد.

مبحث دوم : انتقال حق

۲۹۲. اصل انتقال پذیر بودن حقوق مالی :

برخلاف آنچه در حقوق غیرمالی گفته شد، حق مالی انتقال پذیر است. حق عینی به طور معمول از این راه ایجاد می شود. قانون مدنی به مالک اجازه داده است که تمام حق خود را از راه فروش یا صلح و هبه به دیگران واگذار کند، یا پاره ای از این حق را منتقل سازد و مالکیت عین را برای خود محفوظ دارد؛ چنان که در اثر عقد اجاره، مستأجر مالک منافع مورد اجاره می شود و موجر مالک عین باقی می ماند، یا در حق انتفاع جزئی از حق مالکیت به منتفع واگذار می شود و جزء دیگر آن همچنان در اختیار مالک است.

در حقوق دینی نیز این اصل پذیرفته شده است. طلبی را که شخص از دیگری دارد، حتی بدون رضای مدیون، می تواند به دیگری منتقل سازد (بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی). ولی انتقال دین، جز با موافقت طلبکار و از راه خاص، امکان ندارد. در حقوق ما دو عقد ضمان و حواله وسیله انتقال دین است. در عقد ضمان، همین که ضامن در برابر طلبکار عهده دار تأدیه دین گردد، مدیون اصلی بری و تنها او بدهکار می شود؛ یعنی، پس از عقد ضمان، دین از ذمه ضامن منتقل خواهد شد. همچنین در حواله، وقتی مدیون با طلبکار خود موافقت می کند که او طلبش را از محال علیه (گیرنده حواله) بگیرد و بر این مبنا حواله صادر می کند، پس از قبول حواله از طرف محال علیه، دین مدیون به ذمه او منتقل می شود.

تفاوت انتقال طلب و دین ناشی از این است که وصول دین با شخصیت بدهکار و اعتبار و امانت او بستگی دارد. اگر دین به شخص معسر منتقل شود، مانند این است که طلب ازین رفته. پس، طلبکار باید موافق با انتقال باشد و مدیون نتواند به میل خود حق او را زایل سازد.

۲۹۳. استثنای این اصل :

انتقال پذیر بودن حقوق قاعده مطلق نیست. در بسیاری موارد، به حکم قانون یا بنا بر مفاد قرارداد یا که منبع حق بوده است، صاحب حق نمی تواند آن را به دیگری منتقل سازد و گاه دلز فوت نیز به باز ماندگان او نمی رسد:

۱. در حقوق عینی، گذشته از مواردی که قانون انتقال پاره ای از اموال را محدود می سازد، در قرارداد انتقال نیز ممکن است این حق برای مدتی از خریدار سلب شود. برای مثال، پدری خانه خود را به پسرش می بخشد و او را تا ده سال از انتقال خانه منع می کند، یا باغی به اجاره داده می شود و حق انتقال به غیر از مستأجر سلب می گردد.

همچنین حق عینی، هرگاه جنبه تبعی داشته باشد، جز با اصل مال قابل انتقال نیست؛ چنان که حق ارتفاق (مانند حق عبور و بردن آب) را جدای از مالکیت زمین نمی توان به دیگری واگذار کرد، یا شریک ملک مشاع نمی تواند حق شفعه خود را به شخص خارجی منتقل کند و مالکیت سهم مشاع را نگاه دارد.

۲. در هر مورد که حق وابسته به شخصیت طلبکار و به خاطر او باشد، انتقال ناپذیر است؛ چنان که اگر حق انتفاعی برای حفظ شؤون شخص معین برقرار شود، منتفع نمی تواند آن را منتقل کند. همچنین، در تعهدهایی که مهارت و شهرت و امانت مدیون از عناصر تشکیل دهنده حق است، دین حتی به وارثان نیز منتقل نمی شود (مانند تعهد وکیل و پزشک و نقاش) و به همین دلیل است که در شرکت های تضامنی فوت و حجر هر یک از شریکان سبب انحلال شرکت می شود (ماده ۱۳۶ قانون تجارت)^۱.

۲۹۴. اسباب انتقال حق :

انتقال حق ممکن است ارادی و نتیجه یکی از اعمال حقوقی باشد؛ چنان که در عقد بیع یا معاوضه، توافق دو طرف عقد سبب انتقال حق مالکیت می شود، یا

۱. شرکت تضامنی شرکتی است در تحت اسم مخصوص که برای امور تجاری بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می شود و اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد، هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است (ماده ۱۱۶ قانون تجارت) همچنین، رک. (ریپر و یولانزه، ج ۱، شماره ۸۶۰).

ظهنویسی سفته و برات و چک طلب دارنده این برگها را منتقل می‌کند. گاه نیز انتقال به حکم قانون انجام می‌پذیرد و اراده صاحب حق در آن اثر ندارد، چنان که در اثر مرگ همه حقوق متوفی به بازماندگان او می‌رسد. مرور زمان نیز با این که سبب انتقال یا سقوط اصل حق نمی‌شود، از لحاظ نتیجه با انتقال قهری حق بسیار نزدیک است. زیرا اگر کسی مال دیگری را به عنوان مالک متصرف شود و تا پایان مدت مقرر در قانون این وضع ادامه یابد، دیگر هیچ دعوی در باب مالکیت آن مال بر متصرف شنیده نمی‌شود. قانون از او حمایت می‌کند و حال او مانند کسی است که مال را به یکی از وسایل قانونی انتقال گرفته است.^۱

از جهت زمان انتقال نیز می‌توان این‌گونه اسباب را به دو دسته تقسیم کرد:
 (۱) اسباب انتقال حق در زمان حیات شخص که در اصطلاح حقوقی ماگاه «منجزات» نامیده می‌شود.^۲

(۲) اسباب انتقال حق بعد از فوت، مانند وصیتی که سبب انتقال موصی به از زمان مرگ موصی می‌شود و ارث، که به موجب احکام آن، ترکه به وارثان متوفی می‌رسد.

۲۹۵. انتقال کلی و خاص :

انتقال دارایی شخص در زمان حیات او ممکن نیست، ولی پس از مرگ دارایی به وارث منتقل می‌شود و او در تمام حقوق و تکالیف مالی جانشین متوفی خواهد شد. به همین مناسبت وارثان را در زبان حقوقی «قائم‌مقام عام» می‌نامند.

۱. در حقوق ما مرور زمان تنها سبب سقوط دعوا می‌شود و اصل حق را از بین نمی‌برد. به همین دلیل ماده ۷۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی اعلام می‌کند: «مرور زمان، هرچند حق اقامه دعوا را ساقط می‌کند لیکن اگر مدیون طلب دائن راداده باشد، نمی‌تواند به استناد این که مرور زمان حاصل شده بود آنچه را که داده است مطالبه نماید». پس نمی‌توان ادعا کرد که در اثر مرور زمان حق منتقل شده است، بلکه وضع کسی که از مرور زمان استفاده می‌کند در عمل شبیه کسی است که حق را انتقال گرفته است.

۲. منجزات در برابر وصایای شخص که معلق به فوت اوست به کار می‌رود؛ چنان که وقتی می‌گویند «منجزات مریض» یعنی تصرفاتی که مریض در زمان حیات خود و به طور منجز در مال خود کرده است: برای مثال آن را به دیگری فروخته یا بخشیده است.

در مواردی که شخص تمام اموال خود را به سود دیگری وصیت می‌کند، اگر وارثان این وصیت را تنفیذ کنند، انتقال حق به طور کلی انجام می‌شود. زیرا پس از وضع دیون و اجرای تعهدات متوفی، آنچه باقی می‌ماند به موصی له می‌رسد و حال او مانند وارث متوفی است و همچنین است اگر وصیت به سهم مشاعی از تمام ترکه (مانند ثلث یا ربع) شده باشد.^۱

انتقال حق در زمان حیات به طور خاص انجام می‌شود و انتقال‌گیرنده را در زبان حقوقی «قائم‌مقام خاص» می‌گویند. قائم‌مقام خاص در باب حق یا مالی که به او انتقال داده شده جانشین انتقال‌دهنده است. بنابراین، اگر در خانه‌ای حق عبور به همسایه داده شده باشد، خریدار این خانه نیز باید حق عبور همسایه را محترم شمارد.

۲۹۶. آثار انتقال حق :

در مواردی که حق از صاحب آن به دیگری منتقل می‌شود، مالک حق تغییر می‌کند، بدون این که در طبیعت و حدود آن تغییری به وجود آید. حق با همان خصوصیت‌ها و آثار خود منتقل می‌شود و مانند مالی است که از دستی به دست دیگر می‌رسد. بنابراین، اگر ملکی محل عبور آب ملک مجاور باشد و فروخته شود این حق ارتفاق همچنان باقی می‌ماند و بر مالک جدید تحمیل می‌شود. در انتقال حق، این قاعده منطقی حکمفرماست که «هیچ کس نمی‌تواند بیش از آنچه دارد به دیگری منتقل کند». پس، اگر انتقال‌دهنده مالک حقی نباشد، از قرارداد بین او و انتقال‌گیرنده نیز حقی به وجود نمی‌آید، انتقال‌گیرنده قائم‌مقام اوست و بیش از او نمی‌تواند ادعایی کند.

با وجود این، قانونگذار همیشه از این قاعده پیروی نمی‌کند و گاه برای انتقال‌گیرنده مزایایی بیش از مالک پیشین شناخته یا تضمین دین را باقی نگذاشته است: ۱. به موجب ماده ۲۴۹ قانون تجارت: «برات‌دهنده، کسی که برات را قبول کرده و

۱. قائم‌مقامی موصی له در هر دو مورد ناقص است. زیرا وصیت پس از اداء دیون و واجبات متوفی اجرا می‌شود و تصفیه ترکه و انجام تعهدات موصی اصولاً باورته است و موصی له در این باب تکلیفی ندارد، مگر این که به عنوان «قائم‌مقام خاص» در مال معین طرف دعوا قرار گیرد.

ظهنویس‌ها در مقابل دارنده برات مسؤولیت تضامنی دارند...». از این مسؤولیت دادگاه‌ها چنین نتیجه گرفته‌اند که در هر حال دارنده برات می‌تواند به همه مسؤولان رجوع کند و این ادعا که وجه برات به ظهنویس پرداخته شده، در برابر او مسموع نیست.^۱ بنابراین، اگر پول برات به دارنده برات پرداخته شود و او به وسیله ظهنویسی آن را به دیگری منتقل سازد، انتقال‌گیرنده (دارنده کنونی) حق مطالبه برات را دارد، در حالی که انتقال‌دهنده به او این حق را نداشته است.

۲. بر طبق ماده ۲۹۳ قانون مدنی:

«در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق خواهد گرفت، مگر این که طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند».

این ماده به خودی خود هیچ اشکالی به وجود نمی‌آورد و ناظر به تبدیل تعهد است نه انتقال دین. ولی ماده ۲۹۲، انتقال دین و طلب را یکی از اقسام تبدیل تعهد شناخته و با این وصف می‌توان ادعا کرد که در انتقال حق تضمین‌های دین ازین می‌رود، مگر این که بقای آن شرط شده باشد.

پاره‌ای از محققان به ظاهر مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ اعتماد نکرده و به استناد اصول کلی انتقال حق، تضمین تعهد سابق را باقی دانسته‌اند. بر طبق این نظر، ماده ۲۹۳ ناظر به تبدیل تعهد است و ماده ۲۹۲ در اثر ترجمه نادرست قانون مدنی فرانسه بدین صورت درآمده است.^۲

مبحث سوم: زوال حق

۲۹۷. تفاوت زوال حق با انتقال حق:

در مواردی که حق به دیگری منتقل می‌شود، مالک پیشین آن را از دست می‌دهد و به اعتبار او حق زوال می‌پذیرد. ولی، باید دانست که در این‌گونه موارد، حق با تمام

۱. دیوان کشور، حکم شماره ۲۰۱ - ۴۷/۲/۴ شعبه ۳، حکم شماره ۱۴۹۵ - ۲۷/۹/۲۷ شعبه ۶، مجموعه رویه قضایی متین، ص ۱۳۰ و ۱۳۱.
 ۲. دکتر سیدحسن امامی، ج ۱، ص ۳۴۱ و ۳۴۲.

خصوصیت‌های خود باقی است، جز این که از دارایی انتقال‌دهنده جدا شده و به دارایی انتقال‌گیرنده پیوسته است. در واقع، شخصی به‌عنوان قائم‌مقام صاحب حق از آن بهره‌مند می‌شود و تصرف او دنباله دست انتقال‌دهنده است، در صورتی که زوال حق پایان اختیار ناشی از آن است. در این مورد، حق منحل و ساقط می‌شود و هیچ کس از آن سود نمی‌برد. برای مثال، هنگامی که طلبکار به اختیار از حق خویش می‌گذرد و بدهکار را ابراء می‌کند حق ساقط می‌شود، در حالی که اگر آن را به دیگری منتقل سازد، هرچند که طلب او از بین می‌رود، انتقال‌گیرنده می‌تواند همان حق را از بدهکار مطالبه کند. اسباب زوال حق را می‌توان به دو گروه ارادی و قهری تقسیم کرد: همچنان که اعمال حقوقی می‌تواند حق را از بین ببرد، بسیاری از وقایع حقوقی نیز آن را زایل می‌سازد.

۲۹۸. زوال ارادی حق :

زوال حق ممکن است به اراده صاحب حق یا مدیون یا تراضی آن دو انجام شود: ۱. صاحب حق می‌تواند از امتیازی که به او داده شده است بگذرد. متنها، در مواردی که حق همراه با تکلیف است و در زمره احکام درمی‌آید، اسقاط آن در اختیار شخص نیست؛ چنان که می‌گویند، حقوق غیرمالی و حقوق مالی مربوط به نظم عمومی را نمی‌توان اسقاط کرد^۱. ولی این‌گونه حقوق در شمار احکام است و ساقط شدن آنها استثناء بر اصل به حساب نمی‌آید.

صرفنظر کردن از حق را در مورد حقوق دینی «ابراء» می‌گویند. قانون مدنی ابراء را یکی از موارد سقوط تعهدات شمرده و در تعریف آن می‌گوید: «ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرفنظر نماید» (ماده ۲۸۸).

صرفنظر کردن از حق مالکیت «اعراض» نامیده می‌شود. قانون مدنی اعراض را به صراحت از اسباب سقوط مالکیت شمرده، ولی در ماده ۱۷۸ از آن به همین عنوان نام می‌برد. به موجب این ماده:

۱. الکس ویل، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۳۰۰.

«مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آنرا بیرون بیاورد».

اعراض از حق مالکیت در اموال منقول بیشتر مورد پیدا می‌کند. زیرا، پس از اجباری شدن ثبت املاک، مالکی که سند مالکیت به نام او صادر شده، تا زمانی که حق خود را به دیگری منتقل نساخته یا در اثر فوت او به بازماندگانش نرسیده است، مالک شناخته می‌شود و اعراض نمی‌تواند حق او را ساقط کند (ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک).
 اعراض از حق انتفاع و ارتفاق نیز سبب سقوط آن می‌شود و مالکیت صاحب عین را کامل می‌سازد^۱. انصراف از حق رهن نیز در ماده ۷۸۷ قانون مدنی اجازه داده شده است.
 ۲. در حقوق دینی، مدیون همیشه می‌تواند با «وفای به عهد» آن را ساقط کند. در مواردی که موضوع دین مبلغی پول باشد، وفای به عهد با پرداختن آن پول انجام می‌شود.
 ۳. توافق طلبکار و بدهکار نیز می‌تواند حق را ساقط کند. آنها می‌توانند ضمن قرارداد لبنای دین شرط کنند که هرگاه حادثه معینی روی دهد، دین خود به خود از بین برود. همچنین می‌توانند با توافق هم دین موجود را تبدیل به تعهد دیگری سازند (بند ۱ ماده ۲۹۲ قانون مدنی). برای مثال، اگر کسی ده هزار ریال پول به دیگری بدهکار باشد، می‌تواند با او قرار بگذارد که به جای پول ده خروار گندم بدهد. در اثر این توافق دین ده هزار ریالی از بین می‌رود و دین مربوط به ده خروار گندم جای آن را می‌گیرد و به همین مناسبت آن را «تبدیل تعهد» می‌نامند^۲.

۲۹۹. زوال قهری :

بسیاری از وقایع سبب زوال حق فردی می‌شود و بدون این که صاحب حق یا مدیون خواسته باشد آن را از بین می‌برد.

۱. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۲۳۶.
 ۲. تهاثر قراردادی نیز در زمره همین اسباب است. زیرا طلبکار و بدهکار توافق می‌کنند که دودینی که از یک جنس نیست یا موعد پرداختن آنها یکی نیست، تا حدودی که باهم معادله می‌کند، در اثر تهاثر ساقط شود.

حقوق عینی در اثر تلف مال موضوع آن ساقط می‌شود. برای مثال، اگر خرمن کشاورزی بسوزد یا کاسه چینی شخصی بشکند، حق مالکیت بر آنها نیز از بین می‌رود. همچنین حق انتفاعی که به مدت عمر منتفع یا مالک برقرار شده باشد، با مرگ او پایان می‌پذیرد (این حق انتفاع را عمری می‌نامند).

در حقوق دینی، هرگاه اجرای تعهد ناممکن شود، حق نیز به دلیل از بین رفتن موضوع آن ساقط می‌شود. منتها، اگر این عدم امکان ناشی از خطای مدیون باشد، صاحب حق می‌تواند به جای اصل حق، خسارات ناشی از انجام ندادن تعهد را از او بخواهد. ولی هرگاه مانع خارجی و اجتناب‌ناپذیر سبب انجام نشدن تعهد گردد، حق از بین رفته محسوب است. این حادثه خارجی و اجتناب‌ناپذیر را «قوة قاهره» و گاه «حادثه ناگهانی» گفته‌اند، مانند سیل و زلزله و جنگ و اعتصاب کارگران.

در تمام مواردی که دو صفت مالک و مدیون حق در یک شخص جمع شود، اجرای آن امکان ندارد و حق ساقط می‌شود. برای مثال، اگر فرزندی به پدر خود بدهکار باشد و پس از فوت پدر طلب او را نیز به ارث ببرد، چون هیچ کس نمی‌تواند طلبکار از خود باشد، حق از بین می‌رود. قانون مدنی این حالت را «مالکیت مافی‌الذمه» نامیده و در تعریف آن می‌گوید: «اگر مدیون مالک مافی‌الذمه خود گردد ذمه او بری می‌شود، مثل این که اگر کسی به مورث خود مدیون باشد، پس از فوت مورث دین او نسبت به سهم الارث ساقط می‌شود» (ماده ۳۰۰). همچنین است اگر حق انتفاع به مالک عین منتقل شود یا شخصی مالک زمینی شود که بر ملک او حق ارتفاق دارد.

تہاتر قہری را نیز باید در زمره این حوادث شمرد. به موجب ماده ۲۹۵ قانون مدنی: «تہاتر قہری است و بدون این کہ طرفین در این موضوع تراضی نمایند، حاصل می‌گردد. بنابراین، بہ محض این کہ دو نفر در مقابل یکدیگر در آن واحد مدیون شدند، ہر دو دین تا اندازہ‌ای کہ باہم معادلہ می‌نمایند بہ طور تہاتر برطرف شدہ و طرفین بہ مقدار آن در مقابل یکدیگر بری می‌شوند».

گذشتہ از اینہا، گاہ زوال حق بہ سود عموم و بہ طور قہری از طرف دولت انجام می‌گیرد، چنان کہ مالکیت زمینہای زراعتی از بین می‌رود یا مقداری از املاک جزو

کوچه و خیابان می شود یا آب ها و جنگل ها ملی می گردد... و مانند اینها.

۳۰۰. وضع مرور زمان :

استفاده نکردن از حق، اگر مدتی ادامه پیدا کند، مهم ترین امتیاز آن یعنی رجوع به دادگاه و اجبار مدیون را از بین می برد. حق بدون ضمانت اجرا می ماند و مدیون در ایفای آن آزاد است. این مدت را که معمولاً ده سال است در اصطلاح حقوق ما «مرور زمان» می نامند. ماده ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی در تعریف مرور زمان می گوید:

«مرور زمان عبارت از گذشتن مدتی است که به موجب قانون پس از انقضای آن مدت دعوا شنیده نمی شود».

باید دانست که مرور زمان اصل حق را زایل نمی کند؛ امتیاز مطالبه آن را از بین می برد؛ چنان که در اثر ایراد مدعی علیه (مدیون) دعوا مطالبه حق رد می شود، ولی اگر مدیون آن را بپذیرد، دین خود را ادا کرده است و نمی تواند پولی را که داده پس بگیرد (ماده ۷۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی). حتی را که امتیاز مطالبه آن از بین رفته «حق طبیعی» می نامند و در فصل اجرای حق باز هم از آن سخن خواهیم گفت.

مرور زمان شامل همه حقهائی می شود؛ چنان که بر طبق ماده ۷۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی: «نسبت به املاکی که در دفتر املاک به ثبت رسیده است مرور زمان جاری نمی شود». و از مجموع مواد آن قانون به خوبی بر می آید که در حقوق خانوادگی و غیر مالی مرور زمان اثر ندارد.

باید افزود که، چون به نظر مشهور در فقه مرور زمان دعوا را ساقط نمی کند، پاره ای از دادگاه ها نیز ایراد مرور زمان را نمی پذیرند. ولی قانونی که مرور زمان را مقرر داشته است از سوی قانونگذار نسخ نشده و به اعتبار خود باقی است.

فصل پنجم

اجرای حق

۳۰۱. مباحث این فصل و کلیات :

اجرای حق برای استفاده از اختیاری است که به صاحب آن داده شده. پس، نخستین پرسشی که به میان می‌آید این است که آیا صاحب حق در این استفاده آزاد است یا باید او را محدود به مبانی اجتماعی حق ساخت؟ آیا امتیاز صاحب حق مطلق است یا نسبی؟

پس از این مرحله، باید دید قانون چگونه اجرای حق را تضمین می‌کند؟ صاحب حق در چه موارد و به چه ترتیب می‌تواند اجرای آن را از دادگاه بخواهد، و آیا می‌توان تصور حقی را کرد که از این امتیازی بهره باشد و مدیون را نتوان به زور قوای عمومی به اجرای حق مجبور کرد؟

سرانجام، اجرای حق را در صورتی می‌توان از دادگاه خواست که صاحب حق بتواند وجود آن را اثبات کند. حقی که ثابت نشود از نظر حقوقی ارزش ندارد و اجرای آن وابسته به میل مدیون است. اثبات حق، که گاه اثبات دعوا نامیده می‌شود، از مسائل مشترک حقوق مدنی و آیین دادرسی است و جادارد که درس

مستقلی به آن اختصاص یابد.

بنابراین، فصل مربوط به «اجرای حق» را در سه مبحث مطالعه می‌کنیم:

مبحث اول: نسبی بودن حق و نظریه سوءاستفاده از حق؛

مبحث دوم: ضمانت اجرای حق؛

مبحث سوم: اثبات حق.

مبحث اول: نسبی بودن اجرای حق

۳۰۲. نظریه سوءاستفاده از حق^۱:

برخلاف آنچه در گذشته تصور می‌شد، صاحب حق در اجرای آن آزاد نیست. رعایت حقوق دیگران کم و بیش برای حق هر کس حدودی به وجود می‌آورد. اگر در اجتماع همه برابر باشند، ناگزیر باید آزادی دیگران مراعات شود و اجرای هر حق با توجه به حقوق سایرین انجام پذیرد.

نتیجه مهمی که از این تحلیل گرفته می‌شود، جلوگیری از ضرر زدن به دیگران است، هرچند که به بهانه اجرای حق باشد. هیچ کس نمی‌تواند در پناه استفاده از اختیاری که قانون به او اعطا کرده به دیگری زیان برساند.

منع سوءاستفاده از حق، یا بهتر بگوییم «سوءاستعمال حق» در حقوق اروپا تازگی دارد. بعد از انقلاب کبیر، در نتیجه نفوذ پیروان حقوق فردی، مرسوم این بود که صاحب حق را در اجرای آن آزاد گذارند. او می‌توانست به هر شکل و با هر اندیشه‌ای که داشت، تا جایی که از حدود قانون و مفاد اختیار خود تجاوز نکند، حق خود را به کار برد. بر طبق این نظر، در هیچ حالت نمی‌توان بر کسی که حق خود را اجرا می‌کند خرده گرفت یا اگر از کار مشروع او زیانی به بار می‌آید، از او مطالبه خسارت کرد؛ چنان که در حقوق

انگلیس و آمریکا هنوز هم این نظریه غلبه دارد.^۱

ولی، در حقوق اسلام اضرار به دیگری به موجب اصل «لاضرر» ممنوع شده و همه پذیرفته‌اند که هر جا اجرای حق مالکیت با این اصل تزامم داشت، باید «لاضرر» را مقدم داشت؛ یعنی مالک را از تصرفاتی که به زیان دیگران انجام می‌شود ممنوع کرد. فقیهان از این اصل، به وسعتی که امروز مرسوم شده استفاده نکرده‌اند، لیکن مبنای محدود بودن اجرای حق را به خوبی می‌توان در روایات و اصول حقوق اسلام دید.

به هر حال، سوءاستفاده از حق به موردی گفته می‌شود که شخص کار مباحی را در حدود حق خویش انجام می‌دهد، ولی هدف از انجام دادن آن ضرر زدن به دیگران است نه رفع احتیاج خود.^۲ اصل ۴۰ قانون اساسی در این باره اعلام می‌کند: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». برای مثال، مالکی به منظور تاریک کردن خانه همسایه و بدون این که فایده‌ای ببرد، دیوار پشت‌بام خود را بالا می‌برد یا لوله بخاری نامتعارفی در آن می‌سازد.^۳ یا شوهری برای آزار کردن زن خود با پیشه او به بهانه منافات داشتن با مصالح خانوادگی، مخالفت می‌کند. یا نامزدی به منظور توهین به همسر آینده‌اش با هوسبازیهای نابجا پیمان نامزدی را برهم می‌زند. همچنین است جایی که صاحب حق حدود متعارف در چگونگی استفاده از آن را رعایت نمی‌کند (ماده ۱۳۲ ق.م.).

بنابراین، اگر صاحب حق از حدود اختیاری که قانون به او داده یا در قرارداد مقرر شده است تجاوز کند، برخلاف حق رفتار کرده ولی نمی‌توان گفت از حق سوءاستفاده کرده است؛ چنان که اگر صاحب حق عبور پیاده با اسب یا اتومبیل از آن محل بگذرد یا امین در حفظ مال تقصیر کند، از موارد تعدی و تفریط است نه سوءاستعمال حق.^۴

۱. ژوسران، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۶۱ به بعد کاربونی، ج ۱، ش ۴۵، ص ۱۵۲-ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۶۷۱ به بعد.

۲. ریپر، قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی، ش ۹۶ به بعد.

۳. رأی دادگاه استان کماردر ۱۸۵۵: دالوز ۵۵، ۲، ۹.

۴. برای ملاحظه نظر مخالف که دو مفهوم تعدی و سوءاستفاده از حق را مخلوط کرده رجوع شود به

دکتر سیدعلی شایگان، حقوق مدنی، ش ۲۰۹ به بعد، به ویژه ش ۲۱۴.

۳۰۳. تفاوت سوء استفاده از حق و تقلب نسبت به قانون^۱ :

تقلب نسبت به قانون کاری است که به موجب آن یک یا چند تن به یاری هم از اجرای قانون امری می‌گیرند. این تقلب در زبان حقوقی ما گاه حیلۀ قانونی نامیده می‌شود. برای مثال، برای این که از پرداختن مالیات معاف شوند، دو طرف عقد بهای موضوع معامله را کمتر از میزان واقعی در سند می‌نویسند یا به صورت خرید و فروش درمی‌آورند، یا برای گرفتن بهره بیش از ۱۲٪ در سال، طلبکار و کیل بدهکار می‌شود که مقداری از اموال او را به رایگان به خود منتقل کند. تقلب نسبت به قانون در صورتی موجب ابطال عمل حقوقی می‌شود که آن عمل نامشروع باشد، وگرنه هر بار که نیرنگی نسبت به قانون انجام شود، نمی‌توان حکم به بطلان کار تقلب آمیز کرد.^۲

بنابراین، در تقلب نسبت به قانون، شخص در مقام اجرای حق خود نیست؛ در صدد است که از اجرای قانون بگریزد. در حالی که سوء استعمال حق به موردی گفته می‌شود که شخص کار مشروعی را برای اجرای حق می‌کند، ولی هدف او زیان زدن به دیگران است یا در اجرای حق از اندازه متعارف تجاوز می‌کند و در اثر این تقصیر به دیگری ضرر می‌زند.

۳۰۴. موارد اعمال این نظریه در حقوق ایران :

نظریه سوء استفاده از حق در اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی به صراحت آمده است. در این اصل می‌خوانیم:

«هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

همچنین، در قوانین عادی نیز گاه مفاد آن رعایت شده و کسی که به قصد اضرار به دیگری حقی را اجرا کرده به جبران خسارت یا منع از انجام دادن کار زیان بار محکوم شده است. از جمله این موارد است:

1. Fraude à la loi.

۲. پلنیول و ریپر و اسمن، ج ۶، ش ۳۴۷- ریپر، قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی، ش ۱۷۳ و ۱۷۴- کاربونیو، ش ۴۵- رجوع شود به ماده ۳۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب خرداد ۱۳۵۶.

۱. ماده ۱۳۲ قانون مدنی می‌گوید:

«کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضییع همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع ضرر از خود باشد».

در این حکم، متعارف بودن تصرف حدود حق را معین می‌کند، ولی قید انتهایی ماده برای جلوگیری از تصرفی است که به منظور اضرار به دیگری انجام می‌شود.

۲. به موجب قانون مدنی، هر یک از نامزدها می‌تواند، تا زمانی که عقد نکاح جاری نشده از وصلت امتناع کند و پیمان نامزدی را برهم زند (ماده ۱۰۳۵). ماده ۱۰۳۶ اضافه می‌کند: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم بزند، در حالی که طرف مقابل یا ابوی او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مفرور شده و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارات وارده برآید و خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارف خواهد بود».

این ماده در اصلاح سال ۶۱ حذف شد. با وجود این، هرگاه سوءاستفاده از حق رخ دهد، الزام به جبران خسارت بر مبنای آن صورت می‌پذیرد.

۳. قانون آیین دادرسی مدنی اقامه دعوانا درست را ضمان آور شناخته و کسی را که بیهوده در این راه اقدامی کرده به جبران خسارات طرف محکوم شناخته است (مواد ۱۰۸ و ۱۰۹ و قواعد مربوط به هزینه دادرسی).

از ملاک این مواد چنین برمی‌آید که هیچ‌کس نمی‌تواند حق خود را تنها به منظور ضرر زدن به دیگری اجرا کند. کسی که به عمد یا در اثر خطای خود به دیگری ضرر می‌زند، باید آن را جبران سازد، هرچند که در مقام اجرای حق خویش باشد. پس، اگر شخصی بداند که توانایی انجام دادن معامله‌ای را ندارد و باین وصف پیشنهاد انجام آن را به دیگری بکند و، به این بهانه که پیش از قبول الزامی برای او به وجود نیامده است، پیشنهاد خود را پس بگیرد، باید از عهده خسارات طرف برآید. زیرا از حق «پس گرفتن پیشنهاد» سوءاستفاده کرده است.

۳۰۵. نظریه نسبی بودن حق :

پاره‌ای از نویسندگان از این پیشتر رفته و حق را نسبی و محدود به هدف‌های اجتماعی دانسته‌اند. بر طبق این نظر، مبنای حق فردی قواعدی است که بر اجتماع حکومت می‌کند و هدف از ایجاد آن حفظ منافع

عمومی است: اگر قانونگذار حق مالکیت را محترم می‌دارد، به خاطر این است که بهترین راه اداره اموال و بهره‌برداری از زمینهای زراعتی را در حفظ آن حق دانسته است، و اگر به طلبکار حق می‌دهد که اموال مدیون را برای رسیدن به طلب خود بفروشد، ایجاد نظم در معاملات را در آن دیده است. بنابراین، هیچ حقی نمی‌تواند خودسرانه مورد استفاده قرار گیرد و همیشه محدود به هدفی است که قانونگذار از ایجاد آن داشته است.

دولت تنها از حقی دفاع می‌کند که با هدف‌های او در استقرار نظم و عدالت منطبق باشد. برای مثال، حق مالکیت تا جایی محترم است که قصد مالک رفع نیازهای مشروع خود باشد نه اضرار به دیگران، و غرض از حفظ آزادی نامزدها در به هم زدن این پیمان تأمین سلامت آینده خانواده و آزادی اراده زن و شوهر است و فقط در همین راه می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.^۱

نظریه «نسبی بودن حق» در پاره‌ای از قوانین کشورهای سوسیالیستی پذیرفته شده است؛ چنان که ماده ۵ اصول قانونگذاری مدنی در اتحاد جماهیرهای سوسیالیستی شوروی، اجرای حقوق مدنی را محدود به اصول اخلاقی جامعه کمونیسم و قواعد زندگی سوسیالیستی می‌کرد.

نظریه نسبی بودن حق را بسیاری از نویسندگان خطرناک و زیانبار شمرده‌اند. زیرا با این ترتیب، حق به صورت یک تکلیف اجتماعی درمی‌آید و باز یحیه دست دولت‌ها می‌شود. برای تشخیص سوء استفاده از حق ضابطه معینی در دست نیست و دادرس باید معین کند که اجرای حق با هدف اجتماعی آن سازگار است یا نه؟ و همین امر سبب می‌شود که حق اشخاص در معرض گفتگو قرار گیرد و آنها نتوانند به سرنوشت اعمال خود، که به ظاهر در حدود قوانین انجام می‌شود، مطمئن باشند.^۲

تشخیص این که دادن حقی به مصلحت یا زیان جامعه تمام می‌شود یا قانونگذار است. ولی، همین که حقی به وجود آید، دادرس نمی‌تواند در هر مورد تمام جهات درونی و نیت صاحب حق را بازرسی و با هدف‌های اجتماعی قانون مقایسه کند و به این بهانه اختیار او را ازین ببرد. صاحب حق آن را به مصلحت خود اجرا می‌کند نه به سود جامعه، منتها نباید آن را وسیله اضرار به دیگران سازد.^۳

۱. ژوسران، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۶۱ به بعد.

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۵۰-ریبر، قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی. ش ۱۰۳ مکرر؛ نظام دموکراسی و حقوق مدنی جدید، ش ۱۱۷ به بعد-ریبر و بولانژه، ج ۱، ش ۶۷۳.

۳. ریبر و بولانژه، ج ۱، ش ۶۷۳.

برای نتیجه گیری از این بحث، باید به طبیعت امتیازی که به شخص داده شده است توجه کرد و حق را از حکم تمیز داد. استدلال هیچ یک از این دو دسته را برای تمام حقوق (به معنی عام) نمی توان پذیرفت: هدف از برقراری پاره‌ای از آنها رفع نیاز مندیهای شخص و ایجاد اختیار به سود اوست، یعنی حق به معنی خاص است. در این مورد نمی توان ادعا کرد که شخص باید مصالح عمومی را رعایت کند و دادرسی حق بازرسی مقصود او را دارد، زیرا قانونگذار خواسته است سلیقه و میل صاحب حق حاکم باشد؛ چنان که اگر پدری با نکاح دختر بالغ خود مخالفت کند یا تاجری مقداری از کالای خود را ذخیره نماید^۱، یا مالکی بخشی از ساختمان منزل خود را اجاره ندهد، او را به بهانه نسبی بودن حق و مخالفت با مصالح عمومی نمی توان اجبار کرد. ولی در جایی که از مفاد حق و آثار آن چنین برمی آید که با تکلیف آمیخته شده یا آثار موقعیتی است که شخص در آن واقع شده و به طور خلاصه، امتیازی که برقرار شده حکم است نه حق، بازرسی هدف شخص و مقایسه آن با هدف های اجتماعی قانونگذار ضروری است؛ چنان که مرد نمی تواند حقی را که به عنوان رئیس خانواده به او اعطا شده خودسرانه اجرا کند، یا بدون جهت معقول فرزند خود را تنبیه کند و مانند اینها. با این ترتیب، نسبی یا مطلق بودن حق وابسته به اصول حقوقی حاکم در هر کشور و تصمیمی است که قانونگذار در این باب می گیرد. دادرسی ابتدا باید طبیعت امتیازی را که به شخص داده شده تشخیص دهد، سپس درباره حدود اجتماعی آن تصمیم بگیرد. پذیرفتن نظریه نسبی بودن حق در همه امور با انکار حق فردی و اجتماعی کردن همه روابط خصوصی ملازمه دارد و این نتیجه را حقوق مانمی پذیرد.

مبحث دوم: ضمانت اجرای حق

۳۰۶. تقسیم مبحث:

در آغاز این مقدمه، هنگامی که سخن از اوصاف قاعده حقوقی بود، یاد آور شدیم که داشتن ضمانت اجرا از اوصاف بارز این قواعد است^۲. حق نیز اختیاری است که از قواعد حقوق ناشی می شود و به حکم

۱. جز در مورد احتکار ارزاق عمومی که در زمره جرایم است.

۲. رک. ش. ۳۷.

طبیعت خود همراه با یکی از اقسام ضمانت اجراست. بنابراین، نخستین گفتار این مبحث را به کلیاتی درباره چگونگی تضمین حق اختصاص می‌دهیم.

هرچند که ضمانت اجرای حق گاه خارج از دادگاه اعمال می‌شود (چنان که اگر حق در سند رسمی اعلام شده باشد طلبکار می‌تواند به وسیله اجرای ثبت و بدون رجوع به دادگاه آنرا از بدهکار بگیرد). به طور معمول تضمین حق از راه دادرسی انجام می‌پذیرد. اگر بدهکار وفای به عهد نکند، طلبکار در دادگاه اقامه دعوا می‌کند و از راه درخواست حکم او را مجبور به پرداختن دین می‌سازد. پس دومین گفتار این مبحث باید به اقامه دعوا و طبیعت و آثار حکم اختصاص یابد.

با این همه، پاره‌ای از حقوق امتیاز رجوع به دادگاه را ندارد. مدیون در ایفای به عهد آزاد است و نمی‌توان او را به وسیله مقامات عمومی اجبار کرد؛ ولی هرگاه به میل خویش دین را بپردازد، دیگر نمی‌تواند آنرا پس بگیرد. این دسته از حقوق را «حقوق طبیعی» می‌نامند که موضوع گفتار سوم این مبحث است.

گفتار نخست: چگونگی و اقسام ضمانت اجرا

۳۰۷. کلیات:

ضمانت اجرا وسیله جلوگیری از تجاوز به حق و اجبار به رعایت آن است. بنابراین، ضمانت اجرای حق را به دو دسته اصلی می‌توان تقسیم کرد:

۱. پیش‌گیری از تجاوز به حق: بهترین راه حمایت از حق این است که دولت وسایلی برانگیزد که از وقوع تجاوز جلوگیری کند. زیرا طولانی بودن تشریفات دادرسی و هزینه زیاد آن سبب می‌شود که صاحب حق نتواند به آسانی متجاوز را به جای خود بنشاند. حقوق کنونی به مدیون چنان آسان گرفته که هیچ هراسی از رجوع به دادگاه و مکافات تجاوز به حق باقی نمانده است. مدیون ماهر می‌تواند سالها صدور حکم را به تأخیر اندازد و سرانجام نیز با پنهان کردن یا انتقال اموال خود اجرای آنرا ناممکن سازد!

۱. ریپر، نظام دموکراسی و حقوق مدنی جدید، ش ۱۸ به بعد - ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۷۰۱.

پیش‌گیری از تجاوز به حق مستلزم دخالت دولت در روابط خصوصی اشخاص است و در حقوق مانیز گاه دیده می‌شود. برای مثال، سردفتر پیش از ازدواج دختر اجازه ولی قهری او را می‌خواهد یا در معاملات املاک وضع مورد معامله را از اداره ثبت می‌پرسد. دادگاه برای حفظ ترکه امین معین می‌کند و به درخواست طلبکار قرار تأمین خواسته می‌دهد (مواد ۱۰۸ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی).^۱

۲. اجبار مدیون به اجرای حق و جبران خسارات صاحب حق: معمولاً حق از راه اجبار مدیون و محکوم ساختن او به جبران زیانهای صاحب آن تضمین می‌شود. یکی از راههای شایع اجبار کیفر دادن مدیون است، چنان که قانون دزدی و خیانت در امانت و کلاهبرداری را جرم می‌شناسد. همچنین مجازات‌های انتظامی و ضمانت اجراهای اداری در اجبار به رعایت قانون مؤثر است. ولی، ضمانت اجرای حق را گذشته از مواردی که قانون به حربه مجازات متوسل می‌شود، می‌توان به چهار گروه تقسیم کرد و ماکلیاتی از هر گروه را به اجمال مطالعه می‌کنیم.

۳۰۸. الف - بطلان و عدم نفوذ و فسخ قراردادها:

اگر وسیله تجاوز به حق قرارداد باشد، قانون یکی از این وسایل را برای رفع تجاوز انتخاب می‌کند:

۱. بطلان: حالت عقدی است که به نظر قانونگذار وجود خارجی ندارد و به هیچ عنوان نیز نمی‌توان اثری بر آن بار کرد. نقصی که موجب بطلان عقد می‌شود قابل جبران نیست و هیچ‌گاه نمی‌توان عقد باطل را نافذ ساخت. چنان که اگر متولی مال موقوفه را بفروشد معامله او باطل است و بدین وسیله حق موقوف علیهم حفظ می‌شود و معامله دیوانه و صغیر غیر ممیز و نکاح زن شوهردار در نظر قانون هیچ اثری ندارد.

۲. عدم نفوذ: عقد غیر نافذ نیز موجود ناقصی است که در آن حال هیچ اثری ندارد.

عدم نفوذ عقد به خاطر حمایت از حق شخص معین مقرر شده و او می‌تواند با اعلام رضای خود آنرا تنفیذ کند. برای مثال، کسی مال دیگری را بدون داشتن نمایندگی از طرف او می‌فروشد، یا مالک را با تهدید و زور وادار به معامله می‌سازد، یا بیش از ثلث دارایی خود را وصیت می‌کند، عمل او نفوذ حقوقی ندارد. ولی هرگاه مالک یا وارث (در مثال دوم) آنرا اجازه دهد، عقد از ابتدا نافذ می‌شود و مانند سایر اعمال حقوقی اثر مطلوب را به جا می‌گذارد.

۳. قابلیت فسخ : حالت عقدی است درست که نفوذ حقوقی دارد ولی، به حکم قانون یا تراضی دو طرف، می‌توان آنرا منحل ساخت. اختیار برهم زدن عقد را در حقوق مدنی «خیار» می‌نامند. این اصطلاح در جایی به کار می‌رود که طبیعت عقد انحلال‌ناپذیر (لازم) باشد، وگرنه در عقود جایز (مانند وکالت و عاریه) که هر یک از دو طرف می‌تواند به دلخواه خویش آنرا به هم بزنند، گفتگو از خیار فسخ معنی ندارد.^۱

خيارات قانونی برای جبران ضرر و تجاوزی است که به حق یکی از طرفین وارد شده است: چنان که در معامله‌ای که شخص مغبون شده یا طرف قرارداد او را فریب داده یا عیب پنهانی در موضوع معامله بوده است، او می‌تواند به استناد خیار غبن یا تدلیس یا عیب، عقد را فسخ کند.

۳۰۹. ب - اجرای مفاد حق به طور مستقیم :

اجرای مفاد حق، اگر میسر شود، بهترین وسیله تضمین حق و رعایت قانون است. زیرا، به طور مستقیم صاحب حق را از سود آن بهره‌مند می‌سازد. در حقوق کنونی نمی‌توان شخص را از نظر مادی و به طور مستقیم مجبور به انجام دادن کاری کرد. مثلاً نقاش را به زور یا شکنجه وادار به کشیدن تصویری ساخت یا زن را به همراه پاسبان به

۱. درباره فسخ عقد و خيارات گوناگون، رک. ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج

خانه شوهر برد یا معماری را به ترسیم نقشه‌ای که تعهد کرده واداشت^۱: یعنی به‌طور معمول فشار مقامات عمومی بر شخص مدیون انجام نمی‌شود.

بنابراین، اجرای مستقیم حق معمولاً اختصاص به امور مالی دارد. در صورتی که موضوع حق مقداری پول باشد، این پول را می‌توان از حساب مدیون برداشت یا با توقیف و فروش سایر اموال مدیون آنرا تهیه کرد. قاعده این است که در حکم دادگاه مدیون به پرداخت پول محکوم می‌شود و اجرای دادگاه، اگر دسترس به پول نقد نیابد، با فروش اموال مدیون مفاد حکم را اجرا می‌کند.

همچنین، در مواردی که حق ناظر به تسلیم مالی است، دادگاه آنرا از مدیون می‌گیرد و به طلبکار می‌دهد (ماده ۴۲ قانون اجرای احکام مصوب ۱۳۵۶). در جایی که برخلاف حق ساختمانی احداث یا درختی کاشته شود دادگاه حکم به قلع بنا و درخت می‌دهد... و مانند اینها.

۳۱۰. ج- فشار بر مدیون برای اجرای حق :

در مواردی که اجرای حق به‌طور مستقیم ممکن نیست، ناگزیر باید مدیون را به وسایلی در فشار گذارد تا ناچار شود که خود مفاد حق را رعایت کند. این وسیله‌ها را می‌توان در دو امر خلاصه کرد:

۱. تهدید به توقیف مدیون: در امور مالی و همچنین در کارهایی که به هزینه مدیون ممکن است انجام شود، باید مدیون ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجراییه مفاد حکم را اجرا کند یا مالی از خود نشان دهد که با فروش آن بتوان حکم را اجرا کرد، و هرگاه چنین نکند و ظرف سه سال معلوم شود که بدهکار قادر به اجرای حکم و پرداخت دین بوده لیکن برای فرار از آن اموال خود را معرفی نکرده یا صورت خلاف واقع از دارایی خود داده یا پس از تحصیل مالی که قبلاً مالک نبوده و بعداً به‌دست آورده وجود آنرا اعلام

۱. الکس ویل، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۳۹۸- ولی‌گه اجبار شخص تجویز شده است، چنان که اگر کودکی خانه پدر را ترک کند به‌زور می‌توان او را به خانه پدر برگرداند.

نموده به نحوی که اجرای تمام یا قسمتی از مفاد اجراییه متعسر گردیده است، به حبس جنحه‌ای از ۶۱ روز تا شش ماه محکوم خواهد شد (قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی مصوب آبان ۱۳۵۲ و ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مصوب ۱۳۵۶).

۲. اجبار: «در موردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز به وسیله شخص متعهد ممکن نیست، دادگاه می‌تواند به درخواست متعهدله، در حکم راجع به اصل دعوا یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند، مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم له بپردازد» (ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی). مثلاً اگر نقاش نامدار یا طبیب سرشناسی تعهد به کاری کند که انجام دادن آن از طرف سایرین ممکن نباشد، از راه معین کردن جریمه می‌توان او را اجبار کرد. مفاد ماده ۷۲۹ در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نیامده است، ولی از اصول کلی مربوط به اجرای حکم استنباط می‌شود.

۳۱۱. د- الزام به جبران خسارت - مسؤولیت مدنی :

در صورتی بابت انجام ندادن تعهد حکم به جبران خسارت داده می‌شود که اجرای مفاد حق ممکن نباشد. این خسارت بدل اصل حق قرار می‌گیرد و به همین جهت خسارت و اصل حق را باهم نمی‌توان خواست. برای مثال، در موردی که شخصی تعهد کرده است زمین خود را انتقال دهد ولی آنرا به دیگری فروخته و اجرای تعهد را غیرممکن ساخته، طرف تعهد حق دارد خسارات ناشی از این کار را از او بخواهد.

خسارت ممکن است به علت تأخیر در انجام دادن تعهد باشد، مانند این که متصدی حمل و نقل کالا را دیرتر از موعد مقرر به مقصد برساند و صاحب کالا از این بابت زیان ببیند. الزامی که مدیون در نتیجه تأخیر یا عدم انجام تعهد نسبت به جبران خسارت پیدا می‌کند و به طور کلی الزامی را که به دلیل ازین بردن حق کسی و جبران خسارت او ایجاد می‌شود «مسؤولیت مدنی» می‌نامند.

گفتار دوم: اقامه دعوا

الف: کلیات

۳۱۲. لزوم مطالبه حق از این راه:

راه طبیعی اجرای حق این است که مدیون، به میل خویش و بی آنکه اجبار خارجی در میان باشد، آنرا رعایت کند. ولی، همیشه بدهکار این حسن نیت را ندارد. بسیاری کسانی که وضع خویش را در اجتماع از یاد برده‌اند، هر سودی را تنها برای خود می‌خواهند و تا ناچار نشوند حقی را بجا نمی‌آورند. گاه نیز درباره اصل حق اختلاف است: یکی دیگری را بدهکار می‌داند ولی به نظر او این ادعا بیجاست؛ کسی که حق از او مطالبه شده اعتقاد به برائت خود دارد و ادعای طرف را زورگویی می‌شمارد.

از سوی دیگر، نظم اجتماع ایجاب می‌کند که هیچ کس داور کار خود نباشد؛ دادرسی خصوصی و انتقامجویی باید از میان برود و هر کس خود را صاحب حق می‌پندارد از مقام عمومی یاری بخواهد و متوسل به زور نشود. پس، لازم است که مرجعی برای تمیز و اجبار بدهکار به رعایت حق طلبکار به وجود آید. این مرجع دادگاه است و دادخواهی از آنرا «اقامه دعوا» می‌نامند.

۳۱۳. طبیعت دعوا و رابطه آن با حق:

هرگاه دو یا چند تن درباره وجود حق یا چگونگی اجرای آن اختلاف داشته باشند، هر یک از آنها می‌تواند از دادگاه رفع این اختلاف را بخواهد. در این هنگام «دعوا» محقق شده است. کسی را که از دادگاه درخواست رسیدگی می‌کند «مدعی» یا

«خواهان» می‌نامند و به طرف او «مدعی علیه» یا «خوانده» گفته می‌شود.^۱ رابطه نزدیک دادخواهی و اصل حق سبب شده است که پاره‌ای از نویسندگان اختیار طرح دعوا و حق را یکی بدانند. به نظر اینان، حقی را که نتوان از دادگاه خواست حق نیست و کسی هم که حق ندارد نمی‌تواند «اقامه دعوا» کند. دعوا همان حق است که از حالت سکون بیرون آمده و با طرح شدن در دادگاه حالت تحرک پیدا کرده است.^۲ ولی، بیشتر محققان بین اختیار رجوع به دادگاه و حق فردی تفاوت گذارده‌اند. هر کس می‌تواند برای رسیدگی به ادعای خود به دادگاه برود، در حالی که بسیاری از آنها هیچ حقی ندارند و سرانجام نیز به خسارت دادرسی محکوم می‌شوند. وانگهی، خواهیم دید پاره‌ای از حقوق وجود دارد که برای مطالبه آنها نمی‌توان به دادگاه رجوع کرد (حق طبیعی).^۳

۳۱۴. شرایط اقامه دعوا:

اختیار دادخواهی را در صورتی می‌توان به کار برد که این سه شرط در دادخواه جمع باشد:

۱. داشتن نفع: برای اقامه دعوا وجود حق به تنهایی کافی نیست. باید خواهان در این کار نفع مشروع و عقلایی داشته باشد. اگر اثبات دعوا و صدور حکم هیچ نفع مادی یا معنوی برای او نداشته باشد، درخواست مدعی پذیرفته نمی‌شود (ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی). برای مثال، اگر مدعی طلبکار پولی باشد که از ارزش افتاده، دادخواهی برای محکوم ساختن بدهکار، به دلیل نداشتن نفع، رد می‌شود.^۴ همچنین، هرگاه طلبی مستند به سند رسمی باشد و هیچ نفعی نتوان از رجوع به دادگاه و صدور

۱. برای ملاحظه تعریف دعوا و معانی گوناگون آن رجوع شود به: ناصرکاتوزیان، امر قضاوت شده در دعاوی مدنی، ش ۴۵ به بعد.

۲. گارسونه و سزاربرو، رساله آیین دادرسی مدنی، چاپ سوم، ج ۱، ش ۳۵۱ به بعد - پل کوش، ش ۱۲۴ - دکتر احمد متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، ش ۶۱.

۳. رک. ش ۳۲۴ به بعد.

۴. رأی ۲۵ مه ۱۹۳۶ دیوان کشور فرانسه - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۳۳۳.

حکم برای طلبکار فرض کرد، دعوای او پذیرفته نیست. زیرا، نتیجه نهایی آن به دست آوردن دستور اجرا برای گرفتن طلب است و سند رسمی خود این امتیاز را دارد.

۲. داشتن اهلیت: اقامه دعوا یک عمل حقوقی است. پس، برای انجام دادن آن باید اهلیت تصرف داشت. صغیر و سفیه و مجنون و ورشکسته در امور مالی خود صلاحیت اقامه دعوا ندارند. خواننده دعوا می تواند از پاسخ دادن به ادعای این اشخاص امتناع ورزد و دادگاه مکلف است که قرار رد دعوا را صادر کند (شق ۱ ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی). مدعی علیه نیز برای دفاع از دعوا باید اهل محسوب شود و هیچ دادخواستی به طرفیت محجوران قابل رسیدگی نیست (ماده ۲۰۰ همان قانون).

۳. داشتن سمت: به طور معمول کسی دادخواهی می کند یا به دفاع از دعوا می پردازد که برای خود نفعی تصور کند، ولی لازم نیست که شخص ذینفع در دعوا شرکت داشته باشد. وکیل یا نماینده قانونی اصحاب دعوا نیز می تواند به جای آنها در دادرسی دخالت کند.

۳۱۵. صلاحیت دادگاه:

صلاحیت اختیاری است که قانون برای رسیدگی به دعاوی معین به دادگاه داده است. مدعی در انتخاب دادگاه آزاد نیست و باید به دادگاهی رجوع کند که برای رسیدگی صلاحیت دارد. این صلاحیت را به دو گروه ممتاز می توان تقسیم کرد:

۱. صلاحیت ذاتی: در مرحله نخست باید نوع دادگاه را تشخیص داد. آیا برای رسیدگی به ادعا دادگاه های عمومی صلاحیت دارند یا مراجع اختصاصی (مانند هیأت حل اختلاف شهرداری و مالیاتی). پس از این مرحله، بر فرض که دانسته شد دعوا باید در مراجع عمومی مطرح شود، باید دید کدام یک از دادگاه های کیفری یا حقوقی یا

اداری صالح برای رسیدگی هستند^۱. در مرحله سوم و پس از تعیین نوع و صنف دادگاه، نوبت به تمیز درجه آن دادگاه می‌رسد.

بنابراین، تشخیص نوع و صنف و درجه دادگاه همیشه کار آسانی نیست و اشتباه در این انتخاب سبب سرگردانی اصحاب دعوا و رسیدگی‌های بیهوده می‌شود. قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب تا اندازه زیادی از اختلافها کاسته ولی آنرا از بین نبرده است.

۲. صلاحیت نسبی: بعد از تمیز دادگاهی که صلاحیت ذاتی برای رسیدگی به دعاوی دارد، تازه دادخواه با این پرسشها روبه‌روست که دعوا را در دادگاه کدام محل باید طرح کند و رسیدگی نخستین آن با کدام دادگاه است؟

در پاسخ پرسش نخست به اجمال می‌توان گفت، که اصولاً دادگاه محل اقامت خوانده صالح است، مگر این‌که در قانون محل دیگری پیش‌بینی شده باشد (ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی)؛ چنان‌که در دعاوی راجع به غیرمنقول دادگاه محل وقوع ملک (ماده ۱۲) و در دعاوی بطلان تقسیم، دادگاهی که تقسیم به وسیله آن انجام شده است، صلاحیت رسیدگی دارند.

در پاسخ پرسش دوم نیز باید گفت، رسیدگی به مرحله نخستین تمام دعاوی اعم از کیفری و حقوقی با دادگاه عمومی است، (ماده ۳ قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب)، مگر این‌که قانون آنرا در صلاحیت دادگاه دیگری قرار داده باشد.

در امور اداری، دیوان عدالت اداری صالح برای رسیدگی است و تجدید نظر از احکام دیوان نیز در همان مرجع رسیدگی می‌شود (ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری) و دیوان کشور نظارتی بر آن ندارد و باید صلاحیت آن جداگانه مورد توجه قرار گیرد.

۱. بر این سه گروه، می‌توان دادگاه انقلاب را نیز افزود. زیرا بایستادن دادگاه‌های انقلاب به تشکیلات قوه قضاییه و امکان تجدیدنظرخواهی از حکم این دادگاه‌ها در دیوان کشور، دیگر نباید آنها را در شمار دادگاه‌های اختصاصی آورد. دادگاه انقلاب در وضع کنونی شاخه‌ای از دادگاه‌های کیفری است که به پاره‌ای از جرایم می‌رسد.

۳۱۶. دیوان عدالت اداری :

قانون شورای دولتی در سال ۱۳۳۹ مرجع رسیدگی به امور اداری را معین کرد. ولی آرمان داشتن دادگاهی که به شکایت از تصمیم‌های نادرست اداری رسیدگی کند، تا سال ۱۳۶۲ تحقق نیافت. لزوم تشکیل مرجع تظلم از تجاوز دولت به قوانین چنان احساس می‌شد که در قانون اساسی جمهوری اسلامی تأسیس آن اعلام گردید. در اصل ۱۷۳ آمده است: «به منظور رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها و یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر شورای عالی قضایی تأسیس می‌گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند».

با وجود این، تصویب قانون عدالت اداری تا بهمن سال ۶۰ به تأخیر افتاد و در ۱۳۶۰/۱۲/۱۸ منتشر گردید. ماده ۱۱ قانون صلاحیت دیوان را بدین شرح معین می‌کند:

۱. رسیدگی به شکایات از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران آنها در امور راجع به وظایف خود و رسیدگی به ادعای مخالفت نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها با قانون و احقاق حقوق اشخاص در نتیجه سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین.

۲. رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء قطعی دادگاه‌های اداری، هیأت‌های بازرسی و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، شورای کارگاه، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما.

۳. رسیدگی به شکایات استخدامی قضات و سایر مأموران دولتی، اعم از لشکری و کشوری.

آیین دادرسی دیوان نیز در ۱۳۶۲/۶/۱۰ به تصویب شورای عالی قضایی رسید و دیوان عدالت، در ردیف دادگاه‌های عمومی، یکی از مراجع صالح رسیدگی به دعاوی شد.

قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۷۸ مورد تجدید نظر قرار گرفت و پاره‌ای از

مواد آن تغییر کرد یا موضوع تفسیرهای گوناگون شد؛ از جمله، در ماده ۱۳ صلاحیت و حدود اختیار دیوان بدین شرح معین شده است:

۱- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی و حقوقی از: الف - تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی، اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها.

ب - تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند الف در امور راجع به وظایف آنها.

۲- رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی دادگاه‌های اداری، هیأت‌های بازرسی و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، شورای کارگاه، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما. کمیسیون موضوع ماده «۱۰۰» قانون شهرداری‌ها، کمیسیون موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و منابع طبیعی و اصلاحات بعدی آن، منحصراً از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها.

۳- رسیدگی به شکایات قضات و مشمولین قانون استخدام کشوری و سایر مستخدمان مذکور در بند «۱» و مستخدمان مؤسساتی که مشمول این قانون نسبت به آنها محتاج ذکر نام است، اعم از لشگری و کشوری، از حیث تضييع حقوق استخدامی. نکته جالب دیگر، پیش‌بینی صدور دستور موقت از سوی دیوان برای توقف اجرای اقدامات و تصمیم‌ها و آرای مورد شکایت است.

۳۱۷. دفاع از دعوا:

خواننده در برابر دعوا از دو راه می‌تواند از خود دفاع کند: (۱) ایراد (۲) دفاع به معنی خاص. در مورد نخست، او پاسخ مدعی را در ماهیت ادعا نمی‌دهد (مثلاً اگر ادعا در باب مطالبه پول یا تخلیه ملکی باشد، نمی‌گوید که مدیون نیست یا بر ملک مورد تصرف حق دارد)؛ یا ضمن پاسخ به ماهیت دعوا، در مورد پذیرش و جریان دعوا ایراد می‌کند و آنرا قابل شنیدن نمی‌داند: برای مثال، دادگاه را برای رسیدگی صالح نمی‌داند. یا ادعا می‌کند که خواهان نفع مشروعی در دنبال کردن دعوا ندارد، یا دعوا متوجه او

نیست... و مانند اینها (مواد ۸۴ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی). در این گونه موارد، دادگاه سخنی درباره اصل حق نمی‌گوید؛ درباره درستی دعوا نظر می‌دهد و در صورتی که دادگاه ایراد را وارد بداند، قرار عدم صلاحیت یا رد دعوا صادر می‌کند. برعکس، در دفاع به معنی خاص، خواننده منکر وجود حق مدعی می‌شود. اگر او خود را طلبکار دانسته، خواننده اعلام براءت می‌کند و هرگاه ادعای مالکیت یا تجاوز کرده خواننده حق مالکیت او یا تجاوز خود را منکر می‌شود. در این مورد، اگر دفاع موجه باشد، دادگاه خواهان را به بی‌حقی محکوم می‌کند.

۳۱۸. اصل بی‌طرفی دادرسی و تعدیل آن^۱:

جز در پاره‌ای موارد استثنائی، دادرسی در امور مدنی به‌عنوان نگهبان حقوق عمومی یا پشتیبان حق و عدالت دخالت نمی‌کند. او بی‌طرف است و تنها به دلایلی می‌رسد که طرفین دعوا تقدیم کرده‌اند و به اموری می‌رسد که آنها خواسته‌اند. این‌که گفته‌اند «حق‌گرفتنی است نه دادنی» اشاره به همین نکته است که در دعوا کسی پیروز می‌شود که بهتر دلیل بدهد و شایسته‌تر بخواهد.

اصل بی‌طرفی دادرسی از دو اصل دیگر به‌دست می‌آید که نخستین آنها «ممنوع بودن تحصیل دلیل است» و دوم را می‌توان «محدود بودن دادرسی به خواسته‌های دو طرف» نامید (ماده ۲ همان قانون).

نتیجه مهمی که از این اصل گرفته می‌شود، نسبی بودن اعتبار حکم است. بدین معنی که آثار رأی دادگاه محدود به کسانی است که در دادرسی شرکت داشته‌اند و اشخاص خارجی از آن متأثر نمی‌شوند. زیرا، مفاد رأی در واقع محصول کاردانی و چیره‌دستی آنهاست و دادرسی در جستجوی حقیقت آزاد نبوده است.

باید افزود که اصل بی‌طرفی دادرسی نیز در قوانین جدید به‌طور مطلق باقی نمانده است. بی‌گمان، هنوز هم دادرسان از جمع‌آوری دلایل یا تحقیق به سود یکی از دو طرف دعوا پرهیز می‌کنند. ولی قانون دست آنان را نبسته و قاعده سنتی بی‌طرفی دادرسی را تعدیل کرده است. چنان که در ماده ۸ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری

۱. ناصرکاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی مدنی، ش ۱۳۹.

مصوب تیرماه ۱۳۵۶، بعد از اعلام تأیید قانون آیین دادرسی مدنی درباره ارزش و موعد اقامه دلیل برای اصحاب دعوا، می خوانیم که: «... ولی دادگاه می تواند هرگونه تحقیق و یا اقدامی را برای کشف واقع بعمل آورد...». ماده ۱۹۹ ق. آ. د. م. مصوب ۱۳۷۹ نیز اعلام می کند: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه، علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام خواهد داد».

با وجود این، رویه قضایی این حکم را تفسیر محدود می کند و می کوشد که در چارچوب اعلامهای دو طرف و مستندهای موجود در پرونده محصور بماند و حقیقت را در درون این حصار جستجو کند.*

۳۱۹. داوری :

اشخاص اجباری ندارند که اختلاف خود را به دادگاه ببرند. آنها می توانند، به جای دادرسی عمومی و دولتی، داوری خصوصی افراد را بپذیرند و ضمن قراردادی دعوا را به حکمیت شخص مورد اعتماد رجوع کنند. شخصی را که با توافق طرفین دعوا برای دادرسی برگزیده می شود «داور» یا «حکم» می نامند و قراردادی که مبنای انتخاب و صلاحیت داور قرار گرفته «قرارداد حکمیت یا داوری» است.

ارجاع به داوری ممکن است پیش از ایجاد اختلاف باشد؛ چنان که در قراردادی که برای حمل و نقل کالا یا بیمه آن بسته می شود، دو طرف می توانند شرط کنند که اگر در اجرای قرارداد اختلافی پیدا کردند، شخص معین داور کارشان باشد.

داور یا داورانی که انتخاب می شوند، ملزم به رعایت تشریفات دادرسی های عمومی نیستند ولی نمی توانند برخلاف قوانین موجد حق یا مفاد اسناد رسمی که بین طرفین تنظیم یا در دفتر املاک ثبت شده اظهار نظر کنند. تخلف از این دستور سبب ابطال رأی داور می شود. بدین ترتیب، کسی که از رأی زیان می بیند، می تواند از دادگاه ابطال آن را بخواهد (ماده ۶۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی).

برای مثال، بر طبق ماده ۵۸۹ قانون مدنی، شریک مال مشاع می تواند تقسیم مال

*. رک. ناصرکاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، ش ۲۳ و ۲۴.

مشترک و افراز سهم خود را بخواهد. حال اگر داور شریک را از این حق محروم سازد یا برخلاف سند مالکیت او را مالک شناسد، دادگاه این رأی را ابطال خواهد کرد.

ب: رأی دادگاه

۳۲۰. تفاوت قرار و حکم:

رأی دادگاه در صورتی «حکم» نامیده می‌شود که دارای دو صفت ممتاز باشد:

۱. راجع به ماهیت دعوا باشد. بنابراین، تصمیمی که دادگاه در پاسخ ایرادهای طرفین می‌گیرد حکم نیست. باید وجود حقی را که مستند دادخواهی قرار گرفته است بشناسد یا انکار کند.

۲. قاطع دعوا باشد، یعنی تمام نزاع یا جزئی از آن را تمام کند و پرونده را از دادگاه ببرد. برای رسیدگی به دلایل طرفین و تأمین حقوق احتمالی آنها و مشورت با کارشناس، دادرس ناچار است که پیش از تصمیم نهایی خود آرای صادر کند. هدف از این آراء تهیه مقدمات حقگزاری است و به همین جهت آنها را «آراء مقدماتی» می‌نامند: مانند قرار تأمین خواسته و ارجاع به کارشناس و توقیف اجرائیه و تحقیق محلی... و مانند اینها. این تصمیم‌ها راجع به ماهیت دعواست ولی چون آن را قطع نمی‌کند، حکم نامیده نمی‌شود. هر تصمیمی که این دو صفت را نداشته باشد «قرار» است، خواه قاطع دعوا باشد (مانند قرار رد دعوا یا عدم صلاحیت)، یا پرونده را آماده رسیدگی و صدور حکم سازد. ماده ۱۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی در این باره می‌گوید:

«رأی دادگاه، اگر راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن جزئاً یا کلاً باشد، حکم والا قرار نامیده می‌شود».

۳۲۱. رأی اعلامی و تأسیسی:

مهم‌ترین اثر رأی تمیز «حق» است. دادگاه بدین وسیله اعلام می‌کند که از دو طرف دعوا کدام یک حق دارد و کدام متجاوز است. برای مثال، کسی به استناد طلبی که

از دیگری دارد او را به دادرسی می خواند و از دادگاه اجرای حق خود و الزام مدیون را تقاضا می کند. دادرس گفته او را می شنود، به دلایلش رسیدگی می کند و سرانجام اعلام می دارد که حق با کیست و چگونه باید آن را اجرا کرد.

ولی، گاه نیز رأی به اعلام حقی که وجود داشته نمی پردازد؛ خود وضع جدیدی به وجود می آورد؛ چنان که در دعوا جبران خسارت، دادگاه حکم به پرداختن مبلغی به زیان دیده می دهد و بدین وسیله او را طلبکار مقداری پول می کند، یا حکم به طلاق زوجه غایب می دهد، یا حکم ورشکستگی تاجر و حجر سفیه را صادر می کند... و مانند اینها. این دسته از آرا را «تأسیسی یا موجد حق» می گویند و آنها را در برابر «آرای اعلامی» قرار می دهند.

۳۲۲. آثار رأی دادگاه :

رأی دادگاه سه اثر مهم دارد: ۱) قدرت اجرایی ۲) فراغ دادرس ۳) اعتبار امر قضاوت شده.

۱. احترام به رأی دادگاه بر همه مقام ها و اشخاص واجب است. اگر محکوم علیه آن را اجرا نکند، به درخواست محکوم له اجراییه صادر می شود و با رعایت تشریفات خاص، مأموران اجرا حکم را به زور تحمیل می کنند. مقام های اداری نیز، اگر مانعی در این راه به وجود آورند، به انفصال از خدمت و زندان محکوم می شوند. قدرت اجرایی به آرای قطعی، یا رأیی که به طور موقت قابل اجرا شناخته شده است، تعلق دارد.

۲. فراغ دادرس: همین که دادگاه درباره موضوعی تصمیم گرفت، از رسیدگی به آن فارغ می شود و دیگر نمی تواند نظر خود را تغییر دهد (ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی). تمام آراء اعم از قطعی و پژوهش پذیر و حکم و قرار، برای مرجع صادرکننده آن همین منع را به وجود می آورد. با وجود این، قرارهای موقت سبب فراغ دادرس نمی شود؛ چنان که دادگاه می تواند دستور موقتی را که در موارد فوری صادر می کند با شرایطی الفا

کند^۱.

۳. اعتبار امر قضاوت شده: همین که رأی قطعی صادر شد، نه تنها دادگاه صادرکننده فارغ از دعوا می‌شود، هیچ دادگاهی حق استماع مجدد آن را ندارد. دعوا را در این حالت «مختوم» می‌نامند و اعتبار حکمی که درباره آن صادر شده «اعتبار امر قضاوت شده» و گاه «حاکمیت امر مختوم» نامیده می‌شود. اگر کسی درباره امر مختوم از نو درخواست رسیدگی کند، دادگاه مکلف است از پیش خود یا در اثر ایراد خواننده، قرار رد دعوا را بدهد (بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی).

۳۲۳. نسبی بودن اعتبار امر قضاوت شده:

دادگاه در صورتی می‌تواند به استناد این قاعده از رسیدگی به دعوا امتناع کند که بین امر قضاوت شده و دعوا جدید تفاوتی نباشد. این یگانگی به دو شرط حاصل می‌شود: ۱) اتحاد اصحاب دعوا (۲) اتحاد مسائل مورد دعوا. چنان که ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی می‌گوید:

«در موارد زیر خواننده می‌تواند، ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوا، ایراد کند...
ع دعوای طرح شده سابقاً بین همان اشخاص، یا اشخاصی که اصحاب دعوا قائم مقام آنان هستند، رسیدگی شده نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد».

مقصود از اتحاد اصحاب دعوا این نیست که در دو دعوا اشخاص شرکت‌کننده یکسان باشند. این شرط در صورتی تحقق می‌یابد که نتیجه دادرسی در دعوا دوم عاید همان اشخاصی شود که از حکم سابق متأثر شده‌اند. بنابراین، دعوایی را که شخص به وسیله نماینده خود طرح کرده است نمی‌تواند دوباره آغاز کند و برعکس هیچ مانعی ندارد دعوایی را که شخص به عنوان نماینده در آن شرکت داشته از نو به نام خود مطرح

۱. پاره‌ای از محاکم و نویسندگان قرارهای مقدماتی را نیز قابل عدول می‌دانند. برای ملاحظه دلایل آنان و گفتگوهایی که در این باب شده است، رجوع شود به اعتبار امر قضاوت شده، ش ۹۳ به بعد.

سازد.

قائم مقام اصحاب دعوا نیز مانند خود ایشان است و نمی تواند خود را خارجی بداند. پس، اگر صاحب باغی در برابر همسایه خود محکوم شود که به ملک او راه عبور بدهد، خریدار این باغ نمی تواند حق عبور همسایه را انکار و در این باب دوباره اقامه دعوا کند.

برای تمیز اتحاد مسائل مورد دعوا، باید به رابطه حکم سابق و درخواست مدعی کنونی توجه کرد. اگر دادرس تشخیص دهد که رأی او در این دعوا تکرار رأی سابق است و از نظر حقوقی فایده ای بر آن بار نیست، یا دریابد که مورد تقاضا با آنچه در گذشته موضوع رأی قرار گرفته تناقض دارد، باید از رسیدگی امتناع کند.

بسیاری از نویسندگان شرط اتحاد دو دعوا را به دو شرط تحلیل کرده اند: اتحاد موضوع و اتحاد سبب. منظور از اتحاد موضوع، یگانگی حقی است که دوباره مورد مطالبه قرار گرفته است و مقصود از اتحاد سبب این است که در هر دو دعوا مبنای حق موضوع دعوا نیز یکسان باشد. برای مثال، فرض کنیم مستأجری بر موجد اقامه دعوا کند و تسلیم خانه مورد اجاره را بخواهد. در این دعوا مبنای حق مطالبه خانه عقد اجاره است. حال اگر دعوا دیگری برای تسلیم خانه بین همان اشخاص مطرح شود و این بار خواهان به سبب خریدن خانه تقاضای تسلیم آن را بکند، با آنکه حق مورد مطالبه و اصحاب دعوا در هر دو یکی است، سبب دعوا و مبنای حق تغییر کرده است. به همین جهت مسأله مورد دعوا همان نیست که در گذشته مطرح شده و هیچ منعی ندارد که دادرسی به این درخواست دوباره بر مبنای جدید رسیدگی کند.

گفتار سوم: حقوق طبیعی

۳۲۴. مفهوم حق طبیعی :

در تعریف حق دیدیم که اختیاری است ناشی از قانون و چون دولت اجرای قانون را تضمین می کند، از

این اختیار نیز به طور غیر مستقیم حمایت می‌شود. دین حقوقی قابل مطالبه است و طلبکار می‌تواند الزام مدیون را از دادگاه بخواهد، ولی تکالیف اخلاقی را تنها وجدان بدهکار احساس می‌کند و هیچ مقام دولتی او را مجبور به انجام وظیفه نخواهد کرد.

از سوی دیگر، مطابق اصول کلی، هر کس مالی را که مدیون نبوده است بپردازد حق دارد آن را پس بگیرد (مواد ۳۰۲ به بعد قانون مدنی). بنابراین، اگر دینی قابل مطالبه باشد، و بعد از پرداختن نیز نتوان آن را پس گرفت، باید گفت مرحله‌ای است بین حقوق و اخلاق: یعنی جایی که دین اخلاقی یکی از اوصاف دیون حقوقی را پیدا کرده و مورد حمایت دولت قرار گرفته است.

حقی که بدین ترتیب میانه حق مدنی و اخلاقی قرار گرفته «حق طبیعی» نامیده می‌شود و در تعریف آن می‌توان گفت: «حقی است که طلبکار آن نمی‌تواند الزام مدیون را بخواهد ولی اگر مدیون به میل خود آن را بپردازد، وفای به عهد کرده و حق ندارد آنچه را که پرداخته است پس بگیرد».

۳۲۵. مبنای حق طبیعی:

وضع خاص دیون طبیعی سبب شده است که نویسندگان درباره مبنای آن دچار تردید شوند، زیرا چگونه می‌توان تصور حقی را کرد که ضمانت اجرا نداشته باشد: و اگر چنین حقی را در نظام حقوقی بتوان موجود دانست، آیا دیگر تفاوتی بین حقوق و اخلاق باقی می‌ماند؟

پاره‌ای از آنان، به دلیل اعتقادی که به «حاکمیت اراده» دارند، می‌گویند اگر دونه‌بر برای ایجاد دین باهم توافق کنند و اراده سالم داشته باشند، از توافق آنان رابطه حقوقی ناقصی به وجود می‌آید. این رابطه، هرگاه با قانون مخالف باشد نفوذ حقوقی ندارد و به استناد آن نمی‌توان به دادگاه رجوع کرد. ولی، اگر مدیون با علم به این که اجباری ندارد به ندای وجدان خویش پاسخ دهد، گویی دین واقعی خویش را پرداخته است. بنابراین، در مواردی که به علت رعایت نکردن تشریفات خاص یا نداشتن اهلیت طرفین، توافق ایشان نفوذ حقوقی ندارد «دین طبیعی» ایجاد شده است.

همچنین، در جایی که قانونگذار مصلحت می‌بیند که حق رجوع به دادگاه را از طلبکار بگیرد، دین مدنی ازین می‌رود ولی حق طبیعی به جلی می‌ماند: مانند دینی که مشمول مرور زمان شده یا خساراتی که در مورد

پول بیش از ۱۲٪ در سال معین گردیده است.^۱

بر این نظریه ایراد شده است که وقتی قانونگذار از صاحب حق حمایت نکند، دیگر نمی توان ادعا کرد که از نظر حقوقی دین باقی مانده است و اراده اشخاص قدرتی جدا و ممتاز از قوانین دارد. شناسایی حق طبیعی برای این است که قانون تکلیف اخلاقی را محترم شمارد. بنابراین، در هر مورد که اخلاق عمومی شخصی را مدیون دیگری بداند و او نیز احساس تکلیف کند و به ندای وجدان خود پاسخ گوید، دین خویش را پرداخته و نمی تواند آن را پس بگیرد.^۲

برای مثال، می دانیم که به موجب قوانین، برادر توانگر هیچ تکلیفی در تأمین معاش خواهر در مانده خود ندارد، ولی اخلاق او را ملزم به انفاق می شناسد. پس، اگر این برادر به قصد پرداختن دین وجدانی خود، مالی به خواهرش بدهد، حق استرداد آن را ندارد و کار او پرداخت دین است نه بخشش.

بدین ترتیب، مبنای حق طبیعی اخلاق عمومی و تکالیف وجدانی مدیون است و آثار حق طبیعی را باید از موارد بارز نفوذ اخلاق در حقوق شمرد.^۳

۳۲۶. آثار حق طبیعی :

به موجب ماده ۲۶۶ قانون مدنی :

«در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی باشد، اگر متعهد به میل خود آن را ایفا نماید، دعوا استرداد او مسموع نخواهد بود».

بنابراین، مهم ترین اثر دین طبیعی این است که پس از پرداختن مانند دین مدنی می شود. متها، باید دانست که این اثر مخصوص موردی است که بدهکار به میل خود و با علم به نداشتن اجبار آن را پرداختد. پس، اگر به حيله یا به زور و تهدید از مدیون طبیعی مالی گرفته شود، حق استرداد مالی را که پرداخته است دارد. نتیجه دیگری که از تفاوت بین حق طبیعی و اخلاقی ناشی می شود این است که اگر کسی به انگیزه

۱. ابری ورو، ج ۴، بخش ۲۹۷ بودری لاکانتینوری وبارد، تعهدات، ج ۲، ش ۱۶۵۲ به بعد -بودان ولربوری ژونیر، ج ۸، ش ۶۷۲ به بعد.
۲. پلنیول وریپرواسمن، ج ۷، ش ۹۸۲ -مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۳۶۲ -مارتی ورینو، ج ۱، ش ۲۷۲ -الکس ویل، ج ۱، ش ۴۲۸.
۳. ریپر، قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی، ش ۱۹۲ -ناصرکاتوزیان، کلیات حقوق، ج ۱، ش ۱۰۰.

شفقت و ترحم مالی به دیگری بدهد، عمل او بخشش است و تابع قواعد خاص عقد هبه در قانون مدنی است، در حالی که پرداخت دین طبیعی «وفای به عهد» است. برای مثال، واهب اصولاً می‌تواند تا زمانی که موضوع هبه از بین نرفته است، از آن رجوع کند (ماده ۸۰۳ قانون مدنی) ولی مالی را که شخص به عنوان «وفای به عهد» به دیگری می‌دهد نمی‌تواند پس بگیرد، هرچند که عین آن نیز موجود باشد.

مبحث سوم: اثبات حق

گفتار نخست: کلیات

۳۲۷. اهمیت اثبات حق و آوردن دلیل:

برای استفاده از حق وجود آن کافی نیست. اگر حق همراه با دلیل نباشد و به اثبات نرسد، اجرای آن منوط به میل بدهکار می‌شود و نمی‌توان از نیروی دولت در این راه یاری خواست. چه بسا حقوقی که به دلیل بی‌تجربگی یا حسن‌نیت صاحب آن از بین می‌رود و چه بسیاری کسانی که چون وسیله اثبات حق خود را ندارند، یا از دادخواهی منصرف می‌شوند یا دعوا را می‌بازند و به جبران خسارت متجاوز نیز محکوم می‌شوند. آوردن دلیل به‌طور معمول وقتی ضرورت پیدا می‌کند که وجود حق انکار شده و دعوا به جریان افتاده است. به همین جهت، بیشتر نویسندگان «دلیل» را از وسایل اثبات دعوا یا دفاع از آن می‌شمرند. قانون مدنی جلد سوم را به «ادله اثبات دعوا» اختصاص داده (مواد ۱۲۵۷ به بعد) و قانون آیین دادرسی مدنی در تعریف دلیل می‌گوید: «... عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات دعوا یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌نمایند». (ماده ۳۵۳).

با وجود این، نباید چنین پنداشت که دلیل تنها در اثبات یا دفاع از دعوا به کار می‌آید. اجرای حق در روابط اجتماعی با آوردن دلیل بستگی دارد، هرچند که این روابط به‌صورت دعوا در دادگاه مطرح نشده باشد. کسی که می‌خواهد زمینی را بفروشد باید

برای اثبات مالکیت خود به سردفتر و خریدار دلیل بدهد. مردی که مایل به ازدواج است باید ثابت کند که به سن بلوغ رسیده است. شخصی که درخواست ثبت ملکی را به نام خود دارد، باید ثابت کند که متصرف آن ملک است... گذشته از اینها، گاه دلیل از لوازم حق است؛ چنان که طلاق در صورتی مؤثر است که نزد دو شاهد عادل انجام شود، یا انتقال املاک جز با سند رسمی و ثبت در دفتر مخصوص امکان ندارد.

۳۲۸. اثبات حق با کیست ؟

اثبات حق با کسی است که اجرای آنرا از دادگاه می خواهد. این شخص را در اصطلاح «مدعی» یا «خواهان» می نامند. مثال: کسی ادعا می کند که از دیگری طلبکار است و بدهکار حق او را نداده است. دیگری از دادگاه می خواهد که غاصبی را از ملکش بیرون کند. در این دو دعوا، کسی که به دادگاه رجوع کرده و تغییر وضع موجود را می خواهد باید دلیل بدهد: او باید ثابت کند که حقی بر عهده بدهکار دارد یا صاحب ملکی است که به وسیله خواننده غصب شده است.

ولی، اشکال در این است که گاه طرف دعوا نیز در مقام دفاع به اموری استناد می کند که نیازمند اثبات است. برای مثال، خواننده وجود طلب را می پذیرد ولی ادعا می کند که آنرا پرداخته، یا تصرف در ملک را قبول دارد لیکن مدعی است که آنرا تخلیه کرده یا از خواهان خریده است. پس نمی توان گفت کسی که ابتدا به دادگاه رجوع کرده و تغییر وضع موجود را می خواهد همیشه عهده دار اثبات امور است. باید در پی معیاری بود که به وسیله آن معلوم شود دلیل را از که باید خواست؟

مرسوم است که می گویند اثبات به عهده مدعی است (البینه علی المدعی) ولی در گیرودار گفتگوهای دو طرف تمیز مدعی و منکر چندان ساده نیست. در تشخیص مدعی باید به مفاد گفته او توجه داشت و سمت اصلی او را در دعوا اصلی از یاد برد. مدعی کسی است که برخلاف ظاهر و اصل سخن می گوید:

۱. در مسائل اجتماعی و طبیعی پاره ای از وقایع بیشتر رخ می دهد، چندان که

گویی طبیعت امور آنرا ایجاب می‌کند. خلاف این سیر طبیعی امری است استثنائی و خلاف ظاهر. پس، هرگاه تردید شود که امری بر مدار طبیعی و غالب خود روی داده یا در زمره امور استثنائی است، کسی که وقوع استثنا را تأیید می‌کند «مدعی» است و باید آنرا ثابت کند.

برای مثال، زن و شوهری در یک خانه با آرامش زندگی می‌کنند. پس از چندی زن ادعا می‌کند که شوهر او نفقه نپرداخته و مرد پاسخ می‌دهد که هزینه زندگی را بر طبق متعارف به عهده داشته است. در این دعوا، زن مدعی است زیرا در اجتماع ما مرسوم است که معاش خانواده را شوهر تأمین می‌کند و برای اثبات خلاف آن باید دلیل آورد. گاه قانونگذار همین ظهور را به صورت دلیل مقرر می‌دارد و بر مبنای آن تکلیف آوردن دلیل را به عهده مدعی خلاف ظاهر می‌گذارد. دلایلی که بدین گونه بر مبنای غلبه و ظهور قرار گرفته است «اماره قانونی» می‌گویند. برای مثال، طفلی که در زمان زوجیت به دنیا می‌آید، به طور معمول از آن شوهر است و کسی که ادعای نامشروع بودن آنرا می‌کند باید دلیل بدهد و همین امر را قانونگذار به صورت «اماره فراش» مقرر می‌دارد (ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی) یا ظاهر حکم می‌کند کسی که به عنوان مالکیت مالی را در تصرف دارد مالک است و بر مبنای همین ظهور قانون «اماره تصرف» را ایجاد کرده است (ماده ۳۵ قانون مدنی).

۲. گاه نیز قانونگذار برای فصل دعوا اصولی ایجاد می‌کند که هدف اساسی آن رفع سرگردانی دادرس است نه کشف واقع: مانند اصل برائت، که ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی درباره آن می‌گوید: «اصل برائت است». بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد، باید آنرا اثبات کند، وگرنه مطابق این اصل حکم به برائت مدعی علیه داده خواهد شد. همچنین است اصل استصحاب که آنرا «بقاء ماکان» تعریف کرده‌اند: بدین معنی که هرگاه وجود امری به یقین در گذشته معلوم باشد و پس از آن بقایش مورد تردید قرار گیرد، به همان حالت سابق حکم می‌شود. ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی یکی از موارد اجرای این اصل را بدین شرح بیان می‌کند:

«در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقای آن است، مگر خلافش

ثابت شود».

۳۲۹. اثبات چه امری بر عهده مدعی است :

ادعاهای طرفین بر دو مبنای ممتاز استوار است :

(۱) وقایع و اعمال حقوقی که ریشه و سبب حق مورد ادعا قرار می‌گیرد؛

(۲) قواعد حقوقی که بر روابط آنها حکمفرماست.

برای این که دادرس بتواند ادعا را با قانون تطبیق کند و حکم شایسته بدهد، باید این هر دو مبنا را احراز کند. امری که در باب وقایع مورد ادعا رخ می‌دهد «مسائل ماهوی» و چگونگی اجرای قواعد حقوقی را درباره آنها «مسائل قانونی» می‌نامند. فرض کنیم شخصی ادعا دارد که در نتیجه بی‌مبالاتی خواننده سگ او به من آسیب رسانده است، و از دادگاه می‌خواهد که صاحب سگ را به جبران خسارات محکوم کند. محکوم ساختن خواننده منوط بر این است که در مرحله نخست بی‌مبالاتی او در نگهداری از سگ و آسیب دیدن خواهان به وسیله این حیوان ثابت شود (مسائل ماهوی) و در مرحله دوم احراز شود که قانون صاحب حیوان را مسئول خساراتی که در نتیجه تقصیر در حفظ حیوان به بار آمده است می‌داند (مسألة قانونی).^۱

اثبات «مسائل ماهوی» به عهده مدعی است و او باید دلایل وقوع حوادثی را که مبنای حق خویش می‌داند به دادگاه بدهد، ولی تشخیص قانون حاکم بر دعوا با دادگاه است و هیچ دادرسی نمی‌تواند، به بهانه سکوت طرفین و نقص دلایل آن، از اجرای قانون خودداری کند؛ چنان که در مثال یاد شده، مدعی باید دلیل مالکیت حیوان و تقصیر در حفظ آن و ورود ضرر را به دادگاه بدهد، لیکن تشخیص قانونی که بر این رابطه حکومت می‌کند و چگونگی اجرای ماده ۳۳۴ قانون مدنی با دادگاه است.

با وجود این، در مواردی که دادگاه به حکم قوانین ایران باید قانون خارجی را اجرا

۱. مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود، مگر این که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد... (ماده ۳۳۴ قانون مدنی).

کند، از دادرسی نمی‌توان انتظار داشت که به حقوق تمام کشورها احاطه داشته باشد. پس، ناچار بایستی طرفین دعوا او را یاری کنند و وجود قانون خارجی و عرف و رویه قضایی و عقاید علمای آن کشور را در دادگاه مدلل دارند. هرچند که از لحاظ نظری دادرسی در این باب مأمور اجرای قانون خارجی است و باید آنرا از پیش خود احراز کند، اشکال‌های عملی این کاوش بسیاری از علمای حقوق را بر آن داشته است که وجود قانون خارجی را در زمره مسائل ماهوی شمارند.

این توجیه، از لحاظ امکان مشاوره با اصحاب دعوا و استفاده از مدارک آنان منطقی است، ولی هرگز نمی‌تواند مانع از کاوش مستقیم دادرسی شود و او را چنان که در سایر امور ماهوی پذیرفته شده است، پای‌بند و محدود به دلایل اصحاب دعوا سازد.^۱

۳۳۰. سهم دادرسی در ارزیابی و پذیرش دلایل :

چنان که گفته شد، در امور مدنی دادرسی مأمور کشف واقع نیست. در پی اجرای عدالت است ولی با چراغی که طرفین دعوا بر سر راهش نهاده‌اند. تحصیل دلیل برای او ممنوع است و در هر حال پای‌بند خواسته‌ها و دلایل اصحاب دعواست.

با این همه، نباید سهمی را که او در اداره و بررسی و ارزیابی دلایل دارد از یاد برد. دادرسی باید تشخیص دهد که آیا دلیل بموقع داده شده و برای اثبات ادعا پذیرفته است یا نه؟ شهادت گواهان وجدان او را باید قانع کند، رجوع به کارشناس و معاینه محل بسته به نظر اوست و می‌تواند آنچه را که درباره دعوا لازم می‌بیند از گواه و کارشناس پرسد، قرار ابراز دفاتر تجارته را صادر کند یا شخص مدعی و منکر را برای ادای توضیح به دادگاه بنخواند... و مانند اینها.

وانگهی، در امور حسبی، که نزاعی در بین نیست، دادرسی عنوان مشاور و نگهبان حقوق عمومی را دارد و می‌تواند هر تحقیقی را که لازم می‌داند انجام دهد (ماده ۱۴

۱. برای مطالعه در این باره رجوع شود به: لربوری و نیرو لوسو آرن، حقوق بین‌الملل خصوصی، ش ۳۱۵- مازو و دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۳۷۱- ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۷۱۸- لبری و رو و پونسار، ج ۱، چاپ هفتم، ش ۱۳۰.

قانون امور حسبی). برای مثال، در رسیدگی به درخواست حجر و نصب قیم و انحصار وراثت و تقسیم ترکه و مهر و موم آن، مسائل گوناگونی مطرح می‌شود که دادرس با آزادی می‌تواند آنها را حل کند.

ماده ۸ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب تیرماه ۵۶، این حکم را به تمام دعاوی سرایت داده است و به دادگاه اجازه می‌دهد که هرگونه تحقیق یا اقدامی را برای کشف واقع به عمل آورد و دیدیم که ماده ۱۹۹ ق. آ. د. م. مصوب ۱۳۷۹ آزادی تحقیق دادرس را چگونه تأمین کرده است.

گفتار دوم: دلایل اثبات حق

۳۳۱. شمار این دلایل :

بر طبق ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی: «دلایل اثبات دعوا از قرار ذیل است: ۱) اقرار ۲) اسناد کتبی ۳) شهادت ۴) امارات ۵) قسم».

به این دلایل باید مشاهده‌های دادرسی را نیز افزود. زیرا گاه از معاینه محل و مشورت با کارشناس حقایق به دست می‌آید که در هیچ کدام از اقسام پنجگانه دلیل احراز نشده است.^۱

الف: اقرار^۲

۳۳۲. تعریف اقرار:

ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی در تعریف اقرار می‌گوید: «... اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود».

۱. دکتر سیدعلی شایگان، حقوق مدنی، ش ۲۲۲.
۲. برای مطالعه در این باره، رجوع شود به جلد ششم کتاب حقوق مدنی آقای دکتر امامی و رساله دکتری آقای فتح‌الله امیری دولتشاهی. همچنین، رک. ناصرکاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، ش ۱۱۲ به بعد.

بنابراین، اقرار نمی تواند حقی را به وجود آورد یا از بین ببرد. اقرار وسیله اعلام حق است و نشان می دهد که اقرارکننده دینی به عهده داشته و اکنون آن را می پذیرد. پس، نباید اقرار را در شمار اعمال حقوقی (ایقاع) آورد. همچنین، باید دانست که اعتبار و نیروی اثبات کننده اقرار محدود به رویدادهاست و درباره قواعد حقوق اثر ندارد. پس اگر خواننده دعوا اقرار کند که قانون مورد استناد خواهان وجود دارد یا همان معنی مورد نظر او را داراست، این اقرار نه خواننده را پای بند می کند نه دادگاه را از جستجو و اجتهاد بی نیاز می سازد. اعلان حق را در همه موارد نمی توان اقرار نامید. باید شخص وجود حقی را به زیان خود و به سود دیگری بپذیرد. پس اگر شخصی وجود حقی را در روابط بین دیگران اعلام کند، کار او را «شهادت» یا «گواهی» می نامند.

۱. شرایط درستی اقرار

۳۳۳. سلامت و اعلام اراده:

اقرار کار ارادی است و در صورتی اثر دارد که به قصد «اخبار» از وجود حق انجام گیرد. پس، اگر شخصی به قصد شوخی یا استهزاء دینی را برای خود تصدیق کند، اقرار انجام نشده است. اکراه نیز اثر اقرار را از بین می برد، زیرا نفوذ هر کار ارادی منوط به داشتن اختیار است.

اصل ۳۸ قانون اساسی برای زدودن آثار اقراری که به اکراه یا شکنجه گرفته می شود، اعلام می کند: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار و سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می شود».

قانون مدنی در مبحث اقرار نیز یک بار دیگر تجزیه اراده را به دو عنصر قصد و رضا تأیید می کند و در ماده ۱۲۶۲ می گوید:
«اقرارکننده باید... قاصد و مختار باشد».

برای وقوع «اقرار» اراده باید اعلام شود. این اعلام تشریفات خاص ندارد و ممکن

است به وسیله نوشتن یا گفتن در دادگاه یا خارج از آن انجام پذیرد (مواد ۲۰۳ و ۲۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی و ۱۲۶۰ قانون مدنی). ولی تنها به اعلان اراده مقرر واقع می‌شود و نیازی به موافقت «مقرله» ندارد.

ماده ۱۲۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صحت اقرار تصدیق مقرله شرط نیست، لیکن اگر مفاد اقرار را تکذیب کند اقرار مزبور در حق او اثری نخواهد داشت».

۳۳۴. اهلیت و اختیار :

اقرارکننده باید اهلیت داشته باشد. دیوانه و صغیر غیرممیز در هیچ مورد صلاحیت اقرار را ندارد و سفیه و ورشکسته و صغیر ممیز نیز تنها به اموری می‌توانند اقرار کنند که برای انجام دادن آن صلاحیت دارند. بنابراین اقرار سفیه در امور مالی نافذ نیست، ولی در مسائل غیرمالی پذیرفته می‌شود. برای نشان دادن موارد نفوذ اقرار، دانایان حقوق قاعده‌ای فراهم آورده‌اند که به موجب آن «هر کس اختیار انجام دادن کاری را دارد اختیار اقرار به آن را نیز داراست». (من ملک شیئاً ملک الاقرار به).

در مورد مقرله، اهلیت تصرف شرط نیست. زیرا اراده او در تحقق اقرار مؤثر نیست ولی اهلیت تملک ضرورت دارد: «در مقرله اهلیت شرط نیست، لیکن برحسب قانون باید بتواند دارای آنچه که به نفع او اقرار شده است بشود». (ماده ۱۲۶۶ ق.م.).

۳۳۵. بطلان اقرار معلق :

خبر دادن از هیچ امری نمی‌تواند معلق باشد. اراده خلّاق می‌تواند زمینه‌ای بسازد که در صورت وقوع حادثه‌ای تبدیل به حق شود، ولی معقول به نظر نمی‌رسد که واقع را به گونه‌ای معلق اعلام دارد. به همین جهت ماده ۱۲۶۸ قانون مدنی می‌گوید: «اقرار معلق مؤثر نیست».

۳۳۶. تعیین و امکان وقوع موضوع :

مقرله و موضوع اقرار نیز باید قابل تعیین باشد و حقی که به موجب اقرار تأیید

شده، بر طبق عقل و عادت و قوانین، بتواند به سود او ایجاد شود (ماده ۱۲۶۹ قانون مدنی).

تعیین کامل مقرله ضروری نیست و همین که درباره موضوع آن علم اجمالی ایجاد شود کافی است. چنان که ماده ۱۲۷۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مقرله، اگر به کلی مجهول باشد، اقرار اثری ندارد و اگر فی الجمله معلوم باشد، مثل اقرار برای یکی از دو نفر معین، صحیح است».

۳۳۷. اقرار به نسب :

قانون مدنی برای نفوذ اقرار به نسب شرایط ویژه‌ای مقرر داشته است که باید مورد توجه قرار گیرد. این شرایط عبارت است از^۱:

۱. امکان تحقق نسب بر حسب عادت و قانون. پس اگر کسی اقرار به فرزندگی کسی کند که مسن تر از اوست یا به حکم قانون منسوب به دیگری است (شوهر مادر)، اقرار اثری ندارد.
۲. تصدیق کسی که به نسب او اقرار شده است، زیرا اقرار در این فرض در حقوق مقرله نیز مؤثر است. با وجود این، صغیری که به فرزندگی او اقرار شده تابع این حکم نیست.
۳. نبودن منازع. پس اگر درباره نسب نزاعی در بین باشد، اقرار یکی از مدعیان (که به زیان دیگری است) اثری ندارد.

۲. آثار اقرار

۳۳۸. قاطعیت اقرار :

«هرگاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل حقانیت طرف است، خواستن دلیل دیگر برای ثبوت آن حق لازم نیست» (ماده ۲۰۲ ق. آ. د. م.). اقرار دعوا را از بسین می‌برد و اقرارکننده و قائم مقام او به مفاد آن پای‌بند هستند. باید دانست که قطع دعوا به وسیله

۱. ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، ج ۲، ش ۳۵۷ به بعد.

اقرار تنها به عنوان اصل پذیرفته می شود. زیرا، اگر دروغ بودن گفته مقرر در دادگاه ثابت شود، اثری بر آن بار نیست (ماده ۱۲۷۶ قانون مدنی).

بر طبق ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی:

«انکار بعد از اقرار مسموع نیست، لیکن اگر مقرر ادعا کند که اقرار فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده می شود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد، مثل این که بگوید اقرار به گرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده، لیکن دعوی مذکور مادامی که اثبات نشده مضر به اقرار نیست».

در امور کیفری، اقرار متهم در صورتی مؤثر است که در دادرس ایجاد یقین کند. پس، اگر در راستگویی متهم یا سازگاری اقرار با واقعیت تردید باشد، دادرس می تواند به آن اعتنا نکند و به منظور کشف واقع به دلایل دیگر برسد، زیرا احتمال فراوان دارد که اقرار به منظور مصون داشتن مرتکب واقعی از مجازات باشد. پس، ارزیابی و تمیز اعتبار چنین اعلامی از رابطه خصوصی فراتر می رود و به حقوق عمومی ارتباط پیدا می کند.

۳۳۹. اصل تجزیه ناپذیر بودن اقرار:

اگر خواننده تمام ادعا یا بخش معینی از آن را تصدیق کند، اقرار او ساده است و هیچ گفتگویی در باب تجزیه آن به میان نمی آید. ولی، اشکال در این است که پذیرفتن بی چون و چرای دعوا کمتر اتفاق می افتد. خواننده می داند که اقرار او به محکومیتش منتهی می شود. پس، اگر واقعه مورد استناد مدعی را به ناچار بپذیرد، سعی می کند به آن رنگ خاصی ببخشد و قیودی بر آن بیفزاید که اثر دلخواه برای مدعی به بار نیاید. در این صورت، اقرار را «موصوف» و «مقید» می خوانند و این پرسش به میان می آید که آیا مدعی می تواند بخشی از اقرار را که به سود اوست بپذیرد و برای اثبات بخش دیگری از مقرر دلیل بخواهد، یا باید گفته او را به طور در بست و با همه قیود و اوصافش قبول یا انکار کند؟

برای مثال، خواهان ادعا دارد که مالی به امانت نزد خواننده دارد یا پولی از او می خواهد که از دادن آن امتناع می کند. خواننده به تصرف داشتن مال موضوع دعوا یا

داشتن بدهی اقرار می‌کند، ولی نه به شکل ساده: می‌گوید مال مورد اشاره را مدعی به من داده لیکن به‌عنوان بخشش بوده است نه امانت؛ از من طلب دارد، ولی طلب بدون بهره که باید به اقساط طولانی پرداخته شود. یا می‌گوید پولی را که به من پرداخته به منظور تأدیة دینی بوده است که داشته و نمی‌تواند آن را دوباره پس بگیرد.

ماده ۱۲۸۲ قانون مدنی پاسخ این پرسش را داده است. موافق این ماده:

«اگر موضوع اقرار در محکمه مقید به قید یا وصفی باشد، مقررله نمی‌تواند آن را تجزیه

کرده

و از قسمتی از آن که به نفع اوست بر ضرر مقرر استفاده نماید و از جزء دیگر آن صرف‌نظر کند». بنابراین، در مثال‌های یاد شده، خواهان نمی‌تواند تصرف خواننده را بر مال بپذیرد و بخشیدن به او را تکذیب کند، یا اقرار به اصل طلب را درست و ادعای بی‌بهره بودن یا مدت داشتن بدهی را نادرست شمارد و از مقرر در این باره دلیل بخواهد.

۳۴۰. امکان استثنائی تجزیه اقرار :

اصل «تجزیه‌ناپذیر بودن اقرار» در دو مورد اجرا نمی‌شود:

۱. در موردی که مدعی بخشی از اقرار را که به سود اوست می‌پذیرد و نادرست بودن بخش دیگر را اثبات می‌کند: مانند این که در فرض‌های گذشته مدعی در دادگاه ثابت می‌کند که تسلیم مال به‌عنوان بخشش نبوده یا پول بدون مدت قرض داده شده و باید تمام آن پرداخته شود. در این مورد، مقررله از جزء دوم اقرار صرف‌نظر نکرده؛ برای اثبات خلاف آن دلیل داده است.^۱

۲. گاهی خواننده واقعه مورد استناد خواهان را می‌پذیرد، ولی مدعی حادثه دیگری می‌شود که با واقعه نخست ارتباط نزدیک دارد و اثر آن را ازین می‌برد: مانند این که دین را همان‌گونه که ادعا شده تصدیق می‌کند، ولی مدعی می‌شود که آن را پرداخته یا در اثر توافق طرفین تبدیل به دین دیگری شده یا به سبب تهاتر ساقط شده است. این اقرار را

۱. مرحوم دکتر سیدحسن امامی، ج ۶، ص ۶۰.

که دو جزء مستقل دارد، اقرار مرکب می‌خوانند و تجزیه آن هیچ اشکالی ندارد (ماده ۱۲۸۳ قانون مدنی).

ب: اسناد*

۳۴۱. تعریف:

بر طبق ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی:

«سند عبارت است از هر نوشته که در مقام اثبات دعوا یا دفاع قابل استناد باشد». هر نوشته‌ای ممکن است در اثبات یا دفاع از دعوایی به کار آید. بنابراین، قید انتهای ماده ۱۲۸۴ بدین منظور است که «نوشته» در دعوایی «سند» به‌شمار می‌رود که برای اثبات یا دفاع قابل استناد باشد. بدین ترتیب، ممکن است نوشته‌ای در یک دعوا سند باشد و در دعوای دیگر به این وصف خوانده نشود. سند به‌طور معمول برای اثبات اعمال حقوقی به کار می‌رود (مانند اجاره‌نامه و شرکت‌نامه و طلاق‌نامه و سند خرید و فروش) و به‌ندرت اتفاق می‌افتد که در وقایع حقوقی از این وسیله استفاده شود؛ چنان که برای اثبات تولد و مرگ اشخاص اسناد ثبت احوال تنظیم می‌شود و سند مالکیت نیز ممکن است بر مبنای تصرف صادر شود^۱. نوشته‌ای که در اثبات اعمال حقوقی به کار می‌رود در صورتی «سند» است که به وسیله شخص یا اشخاصی که در ایجاد آنها اثر دارند تنظیم شود. اگر کسانی که در وقوع آن عمل دخالت نداشته‌اند اطلاعات خود را بنویسند، نوشته‌ای که تنظیم می‌شود «شهادت‌نامه» است نه سند. همچنین است گواهی اشخاص در وقوع حوادث خارجی؛ چنان که قانون مدنی در ماده ۱۲۸۵ اعلام می‌دارد که: «شهادت‌نامه سند محسوب نمی‌شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت».

* برای مطالعه بیشتر در مورد اسناد، رک. ناصرکاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، ش ۱۷۰ به بعد.

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۷۵۱- دکتر سیدحسن امامی، ج ۶، ص ۶۵.

۳۴۲. فایده و اهمیت :

سند رایجترین وسیله اثبات حق است. هزینه دادرسی و تشریفات طولانی آن سبب شده است که اشخاص در پیمودن این راه دشوار تأمل کنند؛ با طرف خود به گفتگو پردازند و راه گریزی بیابند. پس، دعوا هنگامی آغاز می‌شود که امید هرگونه اصلاح ازین رفته است و هر دو طرف در مطالبه و انکار حق مصمم هستند. در این شرایط کمتر اتفاق می‌افتد که خواننده یکباره به سود طرف اقرار کند و دادرس را از استناد به سایر دلایل بی‌نیاز سازد.

شهادت و سوگند در قراردادها کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد و بیشتر برای تقویت و تکمیل اسناد به کار می‌رود. امارات نیز در همه دعاوی قابل استناد نیست. وانگهی، خواهیم دید که اماره بر مبنای غلبه و ظاهر استوار است و دادگاه به یاری آن به طور مستقیم به حقیقت نمی‌رسد.

سند پیش از دعوا تنظیم می‌شود و چون هنوز نزاعی در بین نیست، دو طرف با حسن نیت و دقت بیشتر آن را می‌نویسند و گاه نیز حقوقدانی، به‌عنوان سردفتر یا مشاور حقوقی، آنان را راهنمایی می‌کند. این نوشته ثابت می‌ماند و گذشت زمان از اعتبار آن نمی‌کاهد، در حالی که خاطره‌ها ازین می‌رود و چه بسا گواهان از دسترس مدعی خارج می‌شوند.

از همه مهم‌تر این‌که، ارزیابی سند با دادگاه نیست و ضرورتی ندارد که مانند شهادت دادرس را قانع کند. «دادگاه نمی‌تواند به مفاد اسنادی که صدور آن از کسی که سند به او نسبت داده شده محرز باشد بدون دلیل ترتیب اثر ندهد» (ماده ۳۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی).

۳۴۳. اقسام سند :

سند را به اعتبارهای گوناگون می‌توان تقسیم کرد؛ چنان‌که پاره‌ای از نوشته‌ها

بدون امضا نیز اعتبار دارد (مانند دفاتر تجارتي) و دسته بزرگی از آنها بی امضا پذیرفته نمی شود. ولی، به لحاظ اعتبار و قدرت اجرایی و تشریفات تنظیم، اسناد به دو گروه ممتاز تقسیم شده است: ۱) اسناد رسمی ۲) اسناد عادی.

۱. اسناد رسمی

۳۴۴. شرایط رسمی بودن سند :

نوشته ای سند رسمی است که دارای این سه شرط باشد:

۱. وسیله مأمور رسمی تنظیم شود: امتیازهای سند رسمی به خاطر این است که تنظیم کننده آن تابع نظامات مخصوص است و برای اجرای قوانین مسئولیت دارد؛ شاهد ممتازی است که قانون به او اعتماد دارد و گفته هایش را درست می شمارد. بنابراین، اسنادی که اشخاص در روابط خود تنظیم می کنند، به هر شکل و در هر شرایطی که باشد، سند عادی محسوب است.

۲. مأمور رسمی برای تنظیم سند صالح باشد: مأموران رسمی باید در حدود قوانین انجام وظیفه کنند. هر صنف صلاحیت خاص دارند و کاری را که بیرون از این مرز انجام دهند رسمیت ندارد. بیشتر اسناد را سردفتران می نویسند، ولی سندی که نزد مأمور رسمی صالح نوشته شود، در هر مقام که باشد، رسمی است؛ چنان که صورت مجلس و رأی دادگاه و اسناد سجلی و گزارش های مأموران شهربانی و ژاندارمری از نمونه های بارز این گونه اسناد است.

بنابراین، اگر مأمور مالیات سند نکاح تنظیم کند یا کلانتر شهربانی اجاره نامه بنویسد، اسناد تنظیم شده عادی است؛ همچنان که هرگاه سردفتر نیز سند سجلی صادر کند، نوشته او امتیاز سند رسمی را ندارد.

۳. تشریفات سند رسمی: رعایت نکردن تشریفات که برای اثبات اسناد رسمی مقرر شده است اعتبار سند رسمی را از بین می‌برد؛ چنان که اگر سردفتری هویت طرفین معامله را احراز نکند یا سند را برای آنان نخواند، سندی که تنظیم شده عادی است. از این قاعده مقررات مربوط به حق تمبر استثنا شده و تجاوز به آنها سند را از رسمیت خارج نمی‌کند (ماده ۱۲۹۴ قانون مدنی).

۳۴۵. اعتبار سند رسمی :

به موجب ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی:

«در مقابل اسناد رسمی، یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد، انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده.»

برای فهمیدن این ماده توجه به نکات زیر ضروری است:

۱. هرگاه کسی که سند عادی به زیان او ابراز شده درستی انتساب آنرا تصدیق کند، یا اصالت سند عادی در دادگاه ثابت شود، این سند اعتبار سند رسمی را پیدا می‌کند (ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی). بنابراین، مقصود از عبارت «... یا اسنادی که اعتبار سند رسمی را دارد» اشاره به این‌گونه اسناد عادی است.

۲. اگر سند عادی که مورد استناد قرار گرفته منتسب به خواننده باشد و او منکر صدور سند از طرف خود شود، دفاع او را «انکار» گویند و هرگاه سند منتسب به دیگری باشد و خواننده اصالت آنرا نپذیرد، می‌تواند «تردید» کند (ماده ۲۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی). اگر انکار یا تردید پذیرفته شود، اثبات اصالت سند با کسی است که به آن استناد می‌کند و انکارکننده در این دعوا نقش «مدعی‌علیه» را دارد.

برای مثال، فرض کنیم مدعی به استناد چند برگ سفته ادعا کند که مبلغی از خواننده طلبکار است و او نیز در مقام دفاع امضای سفته‌ها را تکذیب کند. در این حالت، مدعی باید دلیل اصالت سفته‌ها را بدهد، وگرنه محکوم به بی‌حقی می‌شود و برعکس طرف او

از دادن هرگونه دلیلی فارغ است.

به هر حال، در برابر سند رسمی انکار و تردید مسموع نیست و کسی که صحت انتساب یا مفاد سند رسمی را منکر می‌شود باید گفته خود را با دلیل اثبات کند.

۳. ادعای نادرست بودن امضا یا مفاد سند رسمی را، اگر ناظر به اعلام مأمور رسمی باشد، «ادعای جعل» می‌نامند و رسیدگی به آن با تشریفات خاص انجام می‌گیرد. ولی، باید دانست که اثبات نادرستی مفاد سند، هرچند که مربوط به اعلام اشخاص باشد، هیچ‌گاه بدون دلیل پذیرفته نمی‌شود.

۳۴۶. اعتبار مفاد سند :

رسمی بودن سند در اعتبار عمل حقوقی موضوع آن اثر ندارد. ماده ۱۲۸۸ قانون مدنی در این زمینه می‌گوید:

«مفاد سند در صورتی معتبر است که مخالف قوانین نباشد».

بنابراین، اگر کسی دیگری را به اکراه و ادار به امضای سند رسمی کند یا به موجب سند رسمی مال وقف را بفروشد، این سند اعتباری ندارد.

اعتبار مفاد سند رسمی محدود به طرفین و قائم‌مقام آنان است و اثر آن نسبت به اشخاص ثالث در صورتی است که قانون تصریح کرده باشد (ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی). از جمله این موارد تاریخ سند رسمی است که به زیان اشخاص ثالث نیز اعتبار دارد (ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی).

۳۴۷. قوه اجرایی سند رسمی :

تعهدهایی که ضمن سند رسمی آمده است، اگر منجز و قابل مطالبه باشد، بدون احتیاج به صدور حکم نیز قابل مطالبه است. طلبکار می‌تواند از دفتر اسناد رسمی یا اداره ثبت درخواست صدور اجراییه کند (مواد ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت اسناد). در این مورد، اگر مدیون دستور اجرا را مخالف با مفاد سند یا قانون بداند، می‌تواند از دادگاه

توقیف و ابطال آن را بنخواهد (قانون ۲۷ شهریورماه ۱۳۲۲).
باید دانست که گاه اسناد عادی نیز از قوه اجرایی بهره‌مند می‌شود، چنان که قانون خاصی چک را از این حیث در حکم اسناد رسمی قرار داده است.

۳۴۸. لزوم تنظیم سند رسمی :

در مواردی که قانونگذار نظارت دولت را بر انجام معامله‌ای ضروری می‌بیند، تنظیم سند رسمی را اجباری می‌سازد. منتها، ضمانت اجرای این تکلیف همیشه یکسان نیست و به یکی از دو صورت اعمال می‌شود:

۱. معامله درست است، ولی سند عادی برای اثبات آن پذیرفته نمی‌شود: مانند صلحنامه یا شرکتنامه یا هبه‌نامه که باید رسمی باشد و سند عادی برای اثبات آنها اعتبار ندارد (مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت) و انتقال املاک ثبت نشده در نقاطی که دفتر اسناد رسمی وجود دارد و دولت هم مقتضی می‌داند. ممکن نبودن اثبات معامله در حکم بطلان آن است. ولی در این فرض، معامله با اقرار طرف (خوانده) ثابت می‌شود.
۲. معامله جز با تنظیم سند رسمی و نزد سردفتر واقع نمی‌شود: مانند انتقال ملک ثبت شده (ماده ۲۲ قانون ثبت) و انتقال حق کسب و پیشه و تجارت از طرف مستأجر کنونی ملک به مستأجر جدید (قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶).

۲. اسناد عادی

۳۴۹. آزادی در تنظیم این اسناد :

جز در پاره‌ای موارد استثنائی، تنظیم سند عادی هیچ تشریفات ندارد. اشخاص می‌توانند سند را به هر زبان و با هر وسیله که مایلند تنظیم کنند. منتها، باید دانست که در بیشتر اسناد عادی امضاء رکن اصلی آن است. به وسیله امضاء، شخص اراده قطعی خود

را بر پذیرفتن سند اعلام می‌دارد و پیش از آن هیچ الزامی در رعایت نوشته خود ندارد و فقط خواهیم دید که دفاتر تجارتي مشمول این قاعده نیست. برای نمونه اسنادی که تشریفات خاص برای تنظیم آنها مقرر شده است، می‌توان وصیتنامه‌ها (خودنوشت و سری و رسمی) و اوراق تجارتي (برات و سفته و چک) را نام برد^۱.

۳۵۰. اعتبار اسناد عادی :

چنان که گفته شد، در برابر سند عادی انکار و تردید پذیرفته است. دارنده سند باید به دادگاه رجوع کند و بار اثبات سند را نیز به دوش بگیرد. ولی، باید دانست که اصولاً سند عادی برای اثبات همه دعاوی پذیرفته می‌شود و فقط درباره نقل و انتقال املاک و هبه‌نامه و صلحنامه و شرکتنامه تنظیم سند رسمی اجباری است (مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک).

اعتبار سند عادی همیشه محدود به طرفین معامله و قائم مقام آنان است؛ چنان که ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی، حتی در مورد تاریخ این اسناد می‌گوید:

«... در اسناد عادی تاریخ فقط درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آنها داشته و ورثه آنان و کسی که به نفع او وصیت شده معتبر است».

۳۵۱. دفاتر تجارتي :

به موجب قانون تجارت، هر بازرگان (به استثنای کسبه جزء) ناگزیر است که داد و ستد تجارتي و دیون و مطالبات خود و حتی پولی را که برای هزینه‌های شخصی برمی‌دارد، در دفاتر مخصوص ثبت کند. این دفاتر، گذشته از این که در مورد ورشکستگی و پرداختن مالیات اهمیت بسیار دارد، در روابط تاجر با دیگران نیز

۱. به کار بردن کاغذ تمبر شده را نباید در زمره این تشریفات شمرد، زیرا تخلف از آن اعتبار تجارتي سند را از بین نمی‌برد.

به عنوان دلیل مورد استفاده قرار می‌گیرد. اعتبار دفاتر تجارتي را بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:

۱. دفتر تاجر در هر حال به زیان او قابل استناد است. هر کس ادعایی بر تاجر دارد می‌تواند برای اثبات گفته خود به دفاتر او استناد کند. در این صورت، باید دفاتر بازرگانی در دادگاه ابراز شود و نداشتن دفتر در این باب عذر موجه به شمار نمی‌رود (ماده ۲۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی). ضمانت اجرای تخلف از این حکم بسیار شدید است، زیرا «هر بازرگانی که به دفاتر او استناد شده است از ابراز دفاتر خود امتناع نماید و تلف یا عدم دسترسی به آنرا هم نتواند ثابت کند، دادگاه می‌تواند آنرا از ادله مثبتة اظهار طرف قرار دهد». (ماده ۲۱۰ همان قانون).

به هر حال، قید دین در دفتر تاجر به منزله اقرار کتبی است و به همین جهت کسی که به آن استناد می‌کند نمی‌تواند مندرجات دفتر را به سود خود تجزیه کند (مواد ۱۲۸۱ و ۱۲۹۸ قانون مدنی).

۲. «دفتر تاجر در مقابل غیرتاجر سندیت ندارد و فقط ممکن است جزء قرائن و امارات قبول شود...» (ماده ۱۲۹۸ قانون مدنی). پس، اعتبار و دلالت دفتر تاجر در روابط او با اشخاص عادی بستگی به نظر دادگاه دارد و هیچ‌گاه نیز از اعتبار «اماره قضایی» بیشتر نخواهد بود.

۳۵۲. سند و امضاء الکترونیکی :

پیش از تصویب قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲*، چنین اظهار نظر می‌شد که نشانه‌های الکترونیکی (مانند عکس و ایمیل) در زمره اماره‌های قضایی قابل پذیرش است و اعتبار آن تابع اوضاع و احوال و وابسته به استنباط دادگاه است. ولی، در این قانون پیام الکترونیکی می‌تواند در حکم سند باشد و حتی امضاء الکترونیکی مطمئن (ماده ۲) دارای همان اعتبار امضاء اسناد رسمی است. ماده ۶ قانون در این باره مقرر می‌دارد: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده پیام در حکم نوشته

است، مگر در موارد زیر: الف) اسناد مالکیت اموال غیرمنقول (ب) فروش مواد دارویی به مصرف‌کنندگان نهایی (ج) اعلام، اختصار، هشدار و یا عبارت مشابهی که دستور خاصی به صورت فعل یا ترک فعل، منع می‌کند».

و در ماده ۷ آن می‌خوانیم: «هرگاه قانون وجود امضاء را لازم بداند، امضای الکترونیکی مکفی است» و در ماده ۱۰ درباره امضای مطمئن اعلام می‌کند: «امضای الکترونیکی مطمئن باید دارای شرایط زیر باشد:

الف - نسبت به امضاءکننده منحصر به فرد باشد.

ب - هویت امضاءکننده (داده پیام) را معلوم نماید.

ج - به وسیله امضاءکننده یا تحت اراده انحصاری وی صادر شده باشد.

د - به نحوی به یک داده پیام متصل شود که هر تغییری در آن داده پیام قابل تشخیص و کشف باشد.

ماده ۱۵ نسبت به اعتبار پیام و امضای مطمئن می‌گوید: «نسبت به داده پیام سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن انکار و تردید مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعلیت به داده پیام وارد و یا ثابت نمود که داده پیام مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است.

ج: شهادت

۳۵۳. تعریف:

شهادت یا گواهی عبارت از بیان اطلاعاتی است که شخص به طور مستقیم از واقعه‌ای دارد. مقصود از قید «به طور مستقیم» این است که شهادت در صورتی پذیرفته است که گواه ناظر واقعه مورد نزاع باشد و آنچه را که خود دریافته است بگوید و اطلاع او متکی به گواهی دیگران و شایع بین مردم نباشد. ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی در این باب می‌گوید:

«شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته یا به واسطه مانع

دیگری، مثل بیماری و سفر و حبس و غیره، نتواند حاضر شود.»
 پس، شهادت با واسطه در صورتی پذیرفته است که منشأ آن، یعنی شاهد اصلی، معلوم باشد و به دلیل قوه قاهره نتواند در دادگاه حاضر شود.
 اعلام اطلاعات شخص، اگر به صورت نوشته باشد، شهادتنامه یا شهادت کتبی خوانده می شود و، همان گونه که گفته شد، اعتبار آن تابع شهادت است نه سند.

۳۵۴. اعتبار شهادت :

اعتبار شهادت را در اعمال و وقایع حقوقی جداگانه باید مطالعه کرد:
 در مورد وقایع حقوقی، شهادت اصولاً پذیرفته است. بیشتر این وقایع ناگهان رخ می دهد و اراده شخص در بسیاری از آنها مؤثر نیست. پس، امکان تنظیم سند وجود ندارد و برای اثبات واقعه ناچار باید از شهادت استفاده کرد. برای مثال، اگر در نتیجه تقصیر راننده ای زبانی به بار آید، چه دلیلی جز گواهی می تواند وقوع حادثه و چگونگی بی احتیاطی راننده را اثبات کند؟

در قانون مدنی نیز به این حقیقت توجه شده است. زیرا بند ۵ ماده ۱۳۱۲ احکام مربوط به حدود و اعتبار شهادت را «در موارد ضمان قهری و امور دیگری که داخل عقود و ایقاعات نباشد» قابل اجرا نمی داند.

برعکس، در اعمال حقوقی، چون اعلان اراده به منظور ایجاد اثر خاص انجام می شود، امکان تنظیم سند همیشه وجود دارد و مزایای آن سبب شده است که قانونگذار موقع را برای محدود ساختن اعتبار شهادت مناسب شمرد.^۱

احتمال دروغگویی و اشتباه و فراموشی شاهد قانونگذاران را بر آن داشته است که اعتبار شهادت را محدود سازند: ماده ۱۳۰۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ اعتبار شهادت را محدود به موردی می کرد که موضوع عقد یا ایقاع بیش از پانصد ریال ارزش نداشته باشد و تنزل ارزش پول نیز به تدریج و مرتب از این اعتبار می کاست. قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب کمیسیون قضایی مجلس (۶۱)، این ماده و مواد ۱۳۰۷ و ۱۳۰۸ در مورد بی اعتباری شهادت نسبت به وفای به عهد و سقوط دین در برابر سند معتبر را حذف کرد.

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۳۹۰.

با وجود این، بر طبق ماده ۱۳۰۹ :

«در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوای مخالف با مفاد مندرجات آن باشد، به شهادت اثبات نمی‌گردد».

۳۵۵. موارد استثنائی :

با این‌که ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی اعتبار شهادت را در اعمال حقوقی محدود می‌کند، در پاره‌ای موارد، به خاطر حفظ و رعایت رسوم اجتماعی، از اصول کلی تجاوز کرده و شهادت را پذیرفته است. ماده ۱۳۱۲ قانون مدنی این موارد استثنائی را به ترتیب زیر معین می‌کند:

۱. در مواردی که اقامه شاهد برای تقویت یا تکمیل دلیل باشد، مثل این‌که دلیلی بر اصل دعوا موجود بوده ولی مقدار یا مبلغ مجهول باشد و شهادت بر تعیین مقدار یا مبلغ اقامه گردد.

۲. در مواردی که به واسطه حادثه‌ای گرفتن سند ممکن نیست، از قبیل حریق و سیل و زلزله و غرق کشتی که کسی مال خود را به دیگری سپرده و تحصیل سند برای صاحب مال در آن موقع ممکن نیست.

۳. نسبت به کلیه تعهداتی که عادتاً تحصیل سند معمول نمی‌باشد، مثل اموالی که اشخاص در مهمانخانه و قهوه‌خانه و کاروانسراها و نمایشگاه‌ها می‌سپارند و مثل حق الزحمه اطباء و قابله و همچنین انجام تعهداتی که برای آن عادتاً تحصیل سند معمول نیست مثل کارهایی که به مقاطعه و نحو آن تعهد شده، اگرچه اصل تعهد به موجب سند باشد.

۴. در صورتی که سند به واسطه حوادث غیرمنتظره مفقود یا تلف شده باشد...

د: امارات

۳۵۶. تعریف اماره :

در پاره‌ای از امور مدعی نمی‌تواند به‌طور مستقیم واقعه مورد استناد خود را ثابت

کند، یعنی راهی برای پیدا کردن علم به حقیقت وجود ندارد. از طرفی، به تجربه ثابت شده است که این واقعه در بیشتر موارد همراه با اوضاع و احوال دیگری است، چندان که می توان گفت نوعاً هرگاه آن اوضاع و احوال وجود داشته باشد، واقعه مورد نظر نیز روی می دهد. در چنین موردی ناچار باید از آن اوضاع و احوال برای اثبات واقعه استفاده کرد. بنابراین «هرگاه پدیده‌ای بنا بر ظاهر و سیر طبیعی امور نشانه وجود واقعه‌ای باشد، آن را در اصطلاح «اماره» وجود آن واقعه می نامند».

برای مثال، با این که احتمال دارد شخص به زور و از راه نامشروع بر مالی تسلط پیدا کرده باشد، در غالب موارد متصرف مالک چیزی است که در اختیار دارد. پس، هرگاه قانون یا دادرس به این غلبه و ظاهر اعتماد کند و تصرف را دلیل مالکیت بداند، گویند تصرف اماره مالکیت است. ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی در تعریف اماره می گوید:

«اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته می شود»^۱.

۳۵۷. تفاوت اماره با سایر دلایل :

از تحلیلی که درباره مفهوم «اماره» گفته شد، دو نتیجه مهم به دست می آید که تفاوت اماره و سایر دلایل را نیز روشن می سازد:

۱. اماره بر مبنای ظن و ظاهر استوار است، یعنی همیشه احتمال دارد که واقع برخلاف آن باشد. استناد به «اماره» به خاطر نبودن دلیل بر وجود حقیقت است و بدین وسیله مدعی و منکر از هم ممتاز می شوند و گاه نیز محل طبیعی آنها تغییر می کند.^۲ در سایر دلایل نیز احتمال خطا وجود دارد، چنان که ممکن است سندی جعل شود یا دارنده

۱. برای مطالعه در باب «اماره»، علاوه بر جلد ششم کتاب حقوق مدنی آقای دکتر امامی، رجوع به این کتاب ها نیز توصیه می شود: (۱) ناصرکاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده، ش ۷ به بعد؛ اثبات و دلیل اثبات، ج ۲، ش ۳۴۴ به بعد. (۲) دکتر فرج الله ناصری، امارات در حقوق مدنی ایران، رساله دکتری، تهران، ۱۳۴۴. (۳) ابری ورو، دوره حقوق مدنی فرانسه، ج ۱۲ با حاشیه بارتن، بخش ۷۴۹ به بعد. (۴) کتاب های درسی حقوق مدنی در فرانسه، تألیف مازو، کولن و کاپیتان، ریپر و بولانژه در جلد اول.

۲. چنان که اگر اماره فراش نبود، در دعوانسب پدر منکر محسوب می شد ولی در اثر اماره مدعی به حساب می آید.

آن از سفید امضای طرف خود سوءاستفاده کند و در دادگاه این مراتب احراز نگردد. ولی، چون موضوع دلیل به طور مستقیم اثبات واقعه مورد گفتگوست، احتمال خطا بودن آن ضعیفتر از اماره است^۱. بنابراین، اگر دلیل دیگری مخالف با اماره وجود داشته باشد، آن دلیل بر اماره مقدم است و بر طبق آن حکم داده می شود.

برای مثال، در اماره تصرف، اگر سندی به دادگاه ارائه شود که حاکی از مالکیت طرف دیگر دعوا باشد، دادگاه نمی تواند تصرف را دلیل مالکیت شمارد.

۲. چون نقش اساسی اماره تمیز مدعی از منکر است، از حیث لزوم استناد به آن و بی طرفی دادرس تابع احکام سایر دلایل نیست. بنابراین، لزومی ندارد که اصحاب دعوا به آن استناد کنند و دادگاه می تواند از پیش خود و در هر مرحله از دادرسی آنرا مورد توجه قرار دهد؛ چنان که در قانون آیین دادرسی مدنی نیز معاینه محل و ارجاع به کارشناس، که یکی از مهم ترین وسایل احراز اوضاع و احوال خصوص مورد دعوا است، به نظر دادرس واگذار شده و استناد به امارات قانونی (مانند اماره تصرف و فراش) نیز در واقع اجرای حکم قانون و از وظایف دادرس است.

۳۵۸. اقسام اماره (قانونی و قضایی) :

اوضاع و احوالی که به عنوان «اماره» مورد استناد قرار می گیرد به حکم قانون دلیل بر وجود امری است: یعنی قانونگذار ظنی را که در نتیجه اعتماد به ظاهر به دست می آید توسعه می دهد و در همه دعاوی آنرا نشانه وجود واقع می شمرد. این اماره را «اماره قانونی» می نامند و ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی در تعریف آن می گوید:

«... امارات قانونی اماراتی است که قانون آنرا دلیل بر امری قرار داده...».

برای مثال، قانون مدنی طفل متولد در زمان زوجیت را از آن شوهر می داند (ماده ۱۱۵۸) یا تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت می شمرد (ماده ۳۵) یا وقوع دیوار را در بین دو ملک اماره اشتراکی بودن آن محسوب می دارد (ماده ۱۰۹)... و مانند اینها. ولی، گاه دادرس به اوضاع و احوالی برمی خورد که در دعوا خاص به نظر او دلیل بر

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۱، ش ۵۲۱.

حادثه مورد ادعاست؛ چنان که مدیونی ادعای پرداختن بدهی خود را می‌کند و اصل سند طلب را در دست دارد، یا شوهری مدعی است که مخارج زن را پرداخته و ثابت شده است که طرفین در یک خانه و با مسالمت زندگی کرده‌اند. پس، اگر دادگاه وجود سند را در دست بدهکار قرینه بر پرداخت دین و زندگی مشترک زن و شوهر را نشانه تأدیة نفقه بداند، به «اماره قضایی» استناد کرده است.

ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی در تعریف اماره قضایی می‌گوید:

«اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوال در خصوص

مورد...».

۳۵۹. اعتبار اماره :

اعتبار اماره کمتر از سایر دلایل است؛ اماره قانونی را می‌توان در زمره دلایل اثبات حق نیاورد، زیرا قانونگذار بدین وسیله به طور کلی مدعی و منکر را از هم تمیز داده است. کسی که اماره قانونی به سود اوست از آوردن دلیل معاف است و طرف باید این بار سنگین را تحمل کند. ولی، هرگاه دلیلی به میان آید، اثر اماره قانونی از بین می‌رود و دادگاه به مقتضای دلیل حکم می‌دهد.

اماره قضایی، اوضاع و احوال ویژه مورد دعواست؛ قراینی است که وجدان دادرس را قانع می‌سازد و بنابراین امکان تعارض بین اماره و دلیل وجود دارد. قانون مدنی درباره تقدم سایر دلایل بر اماره حکمی ندارد، ولی پاره‌ای از استادان در این حالت نیز دلیل را مقدم شمرده‌اند^۱ و این گفته با تحلیلی که از مبنای اماره قضایی شد موافق است. از حیث پذیرفته شدن در دعاوی، اماره قانونی و قضایی برابر نیست. زیرا «امارات قانونی در کلیه دعاوی، اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست، معتبر است...» (ماده ۱۳۲۳) در حالی که اماره قضایی «... در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند» (ماده ۱۳۲۴).

۱. مرحوم دکتر سیدحسن امامی، ج ۶، ص ۲۲۲.

۳۶۰. تعارض اماره قانونی و قضایی :

این تعارض در صورتی مطرح می‌شود که اماره قضایی به‌عنوان دلیل قابل پذیرفتن باشد، یعنی بتوان

اصل دعوا را تنها به وسیله شهادت اثبات کرد.

در چنین مواردی، بی‌گمان باید اماره قضایی را مقدم داشت. زیرا گفته شد که اماره قانونی در حقیقت دلیل نیست. ظن نوعی که قانونگذار در اثر استقراء پیدا کرده سبب می‌شود تا طرفی را که احتمال راستگویی او بیشتر است از آوردن دلیل بی‌نیاز کند. به همین جهت، اعتبار این اماره تا جایی است که دلیلی نباشد. ولی اماره قضایی دلیل است، وضعیتی است که دادرس را در تمیز حق از باطل یاری می‌کند. پس به حکم عقل باید بر اماره قانونی حکومت کند.

برای مثال، به موجب ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». ولی، اگر ثابت شود که شوهر به علت بیماری یا کهولت نمی‌توانسته بچه‌دار شود و زن نیز با مردان دیگر معاشرت داشته است، دادرس درمی‌یابد که طفل از آن شوهر نیست، و می‌تواند اماراتی را که در این حالت خاص وجود دارد بر اماره قانونی فراش مقدم دارد^۱.

ه : قسم یا سوگند

۳۶۱. مفهوم سوگند :

سوگند اخبار به حقی است که شخص برای خود و به زیان دیگری می‌کند و خداوند را گواه راستگویی خویش می‌گیرد. گاه نیز سوگند به التزامی گفته می‌شود که

۱. برای ملاحظه مثال دیگر درباره اماره تصرف، رجوع شود به جلد ششم حقوق مدنی مرحوم دکتر امامی ص، ۲۲۳ و ۲۲۴ - و در تأیید اماره قانونی به وسیله اماره قضایی، رک. ناصرکاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۲۰۶.

شخص درباره انجام دادن یا پرهیز از کاری به عهده می‌گیرد و با گواه گرفتن خداوند آن را مؤکد می‌سازد؛ چنان که پیش از ادای گواهی، گواهان «سوگند یاد می‌کنند که تمام حقیقت را بگویند و غیر از حقیقت چیزی نگویند» (ماده ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی)^۱. ولی، این شکل سوگند در دلایل اثبات حق مورد نظر نیست.

در گفت و شنودهایی که در دعوا می‌شود، هر یک از دو طرف مطالبی را به سود خود عنوان می‌کند و دادگاه هیچ یک از آنها را بی دلیل نمی‌پذیرد. ولی، گاه در پاره‌ای امور، اگر شخص گفته خود را به طور رسمی و با تشریفات خاص بیان کند، قانون ادعا را می‌پذیرد. این گونه گفته‌هاست که در زبان حقوقی ما «سوگند» یا «قسم» نامیده می‌شود.

سوگند چهره مذهبی دارد. ضامن راستگویی اشخاص تنها بیداری وجدان آنها و اعتقادشان به نیرویی برتر از جهان مادی و خاکی است. هرچند که در قانون مدنی و آیین دادرسی به تشریفات ادای سوگند اشاره‌ای نشده، در عمل بیشتر سوگندنامه‌ها به نام خداوند تنظیم می‌شود و در ماده ۱۶ آیین‌نامه اتیان سوگند مصوب ۱۳۲۱ آمده است که: «سوگند باید به نام خدای تعالی و صفات مختصه او باشد و دادگاه می‌تواند به مناسبت ملیت کسی که سوگند یاد می‌کند کیفیت سوگند را از حیث زمان و مکان و غیره تعیین کند».

۳۶۲. اقسام سوگند :

گاهی سوگند به عنوان دلیل مستقل در اثبات حق به کار می‌رود و قاطع دعواست و گاه دیگر سایر دلایل را تکمیل می‌کند و بر بقای حق ادا می‌شود. سوگند نخست را «بتی» و دوم را «استظهاری» می‌نامند.

۱. سوگند «بتی» در موردی به کار می‌رود که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات است و موضوع آن نیز منتسب به شخص طرف دعواست. «بنابراین، در دعاوی بر صغیر و

۱. سوگندی که رؤسای دولت‌ها هنگام زمامداری یاد می‌کنند یا پزشکان و وکلای دادگستری و کارشناسان ملزم به گفتن آن هستند به همین معنی است.

مجنون نمی‌توان قسم را بر ولی یا وصی یا قیم متوجه کرد، مگر نسبت به اعمال صادره از شخص آنها، آن هم مادامی که به ولایت یا وصایت یا قیمومت باقی هستند» (ماده ۱۳۲۷ قانون مدنی).

در چنین موردی «مدعی می‌تواند حکم به دعوای خود را که مورد انکار مدعی علیه است منوط به قسم او نماید». (ماده ۱۳۲۵) و «مدعی علیه نیز می‌تواند در صورتی که مدعی سقوط دین یا تعهد یا نحو آن باشد حکم به دعوی را منوط به قسم مدعی کند» (ماده ۱۳۲۶).

۲. سوگند استظهاری در موردی به کار می‌رود که دین مستند به سند رسمی نیست و مدیون فوت کرده است و وارثان به قائم‌مقامی او طرف دعوی قرار گرفته‌اند. در این صورت، اگر «اصل حق ثابت شده و بقای آن در نظر حاکم ثابت نباشد حاکم می‌تواند از مدعی بخواهد که به بقای حق خود قسم یاد کند. در این مورد کسی که از او مطالبه قسم شده است نمی‌تواند قسم را به مدعی علیه رد کند...» (ماده ۱۳۳۳).

بنابراین، سوگند استظهاری را نه فقط دادرسی می‌تواند بدون نیاز به درخواست طرف از مدعی بخواهد، اختیار رد سوگند نیز از او گرفته شده است. پس مدعی، در برابر دستور دادگاه، یا باید بر بقای دین دلیل بدهد یا سوگند یاد کند، وگرنه محکوم به بی‌حقی خواهد شد.

۳۶۳. قلمرو اجرای سوگند :

زندگی مادی کنونی اهمیت پیشین سوگند را ازین برده است. شاید به آسانی نتوان مثالی در آرای محاکم پیدا کرد که مبنای آن سوگند باشد. درخواست سوگند کار خطرناکی است و در صورتی می‌توان از آن استفاده کرد که شخص به حسن‌نیت و ایمان طرف اعتقاد داشته باشد. پس، بی‌دلیل نیست که مراجعان به دادگاه کمتر این شهادت را در خود می‌بینند.

قانون نیز به همین دلیل اعتبار سوگند را محدود کرده است. نه تنها سوگند در دعاوی که به شهادت شهود ثابت نمی‌شود اثر ندارد، ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی در لایحه

اصلاحی کمیسیون امور قضایی مجلس مصوب ۱۳۶۱ اعتبار سوگند را ویژه دعاوی دانسته است که «دلایل مذکور در کتاب‌های اول تا چهارم جلد سوم این قانون برای اثبات مدعی موجود نباشد. در این صورت، مدعی می‌تواند حکم به دعوا خود را که مورد انکار مدعی علیه است، منوط به قسم او نماید^۱».

۳۶۴. آثار سوگند:

مهم‌ترین اثر سوگند پایان دادن به دعواست. کسی که باید سوگند یاد کند اگر این تکلیف را انجام دهد دعوا را برده است و هرگاه امتناع ورزد و سوگند را نیز به طرف دیگر رد نکند، محکوم می‌شود و دیگر نمی‌تواند هیچ‌اظهاری که منافی با آن باشد بکند (ماده ۱۳۳۱ قانون مدنی): حکمی که بر مبنای سوگند صادر می‌شود قطعی است و فرجام ندارد (بند ۱ ماده ۳۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی). حتی اگر دروغ بودن سوگند در دادگاه کیفری نیز اثبات شود، طرف دعوا نمی‌تواند به‌عنوان مدعی خصوصی، مبلغی را که به استناد حکم مستند به سوگند پرداخته است از او به بهانه ضرر و زیان ناشی از جرم بگیرد^۲.

ولی، باید دانست که اعتبار سوگند نیز، مانند اصل حکم نسبی است، چنان که ماده ۱۳۳۲ قانون مدنی می‌گوید: «قسم فقط نسبت به اشخاصی که طرف دعوا بوده‌اند و قائم‌مقام آنها مؤثر است».

۱. ماده ۱۳۳۵، پیش از اصلاح قانون بدین شرح بود: «در دعاوی ذیل قسم مورد ندارد:
 - ۱- در دعاوی که یک طرف آن اشخاص حقوقی مثل ادارات دولت و شرکت‌ها هستند.
 - ۲- دعاوی راجع به ضرر و زیان ناشی از جرم و خسارات ناشی از محاکمه.
 - ۳- دعواتصرف عدوانی.
 - ۴- دعوا مزاحمت، در صورتی که منتهی به اختلاف در حقی که موجب مزاحمت شده است نباشد.
 - ۵- دعاوی راجع به اصل امتیازاتی که از طرف دولت داده می‌شود.
 - ۶- دعاوی راجع به علایم صنعتی و اسم و علایم تجارتهی و حق‌التصنیف و حق اختراع و امثال اینها.
۲. کولن و کاپیتان و لاموراندریر، ج ۱، ش ۵۴۳- رأی دادگاه روتل، ۲۵ ژانویه ۱۹۵۰: دالوز ۱۹۰۵، ۲،

فهرست تجلیلی مطالب

- ۱۳ مقدمه
۱. معانی حقوق - ۲. طرح مقدمه.
- ۱۵ بخش نخست
قواعد حقوق
۳. تقسیم مطالب.
- ۱۷ فصل اول
مبنا و هدف حقوق
۴. ریشه و مبناي اختلاف.
- ۱۸ مبحث اول: مبناي حقوق
۵. مکتب‌های آرماتی و تحقیقی.
- ۲۰ گفتار نخست: مکتب حقوق فطری یا طبیعی
۶. مفهوم حقوق فطری و تحول آن.
- ۲۱ الف: عصر مذهبی
۷. حقوق فطری در مذهب مسیح - ۸. حقوق فطری در مذهب امامیه.
- ۲۳ ب: خردگرایی
۹. حقوق فطری در سده‌های ۱۷ و ۱۸ میلادی - ۱۰. حقوق بشر.

۲۴

ج : عصر تجربی

۱۱. حقوق فطری تجربی. - ۱۲. گرایش‌های نو و تعدیل شده.

۲۶

گفتار دوم : مکتب تاریخی و تحقیقی

۱۳. اوصاف مشترک این مکتب‌ها. - ۱۴. مکتب تاریخی. - ۱۵. مکتب‌های تحقیقی.

۱۶. مکتب تحقیقی اجتماعی. - ۱۷. مکتب تحقیقی دولتی یا حقوقی.

۳۲

نتیجه

۱۸. تمیز مبنای مستقیم حقوق. - ۱۹. نیروهای سازنده حقوق. - ۲۰. حقوق و نظام ارزش‌ها

۳۵

مبحث دوم : هدف قواعد حقوق

۲۱. اهمیت هدف در ایجاد قواعد.

۳۶

گفتار نخست : نظریه حقوق فردی یا اصالت فرد

۲۲. مبانی اندیشه؛ آزادی و قرارداد اجتماعی. - ۲۳. مفهوم عدالت. - ۲۴. نتایج این نظریه.

۲۵. انتقاد از مکتب فردی.

۴۱

گفتار دوم : نظریه حقوق اجتماعی و دولتی

۲۶. مبانی این نظریه. - ۲۷. مفهوم عدالت. - ۲۸. انتقاد از نظریه حقوق اجتماعی.

۴۵

مبحث سوم : حقوق و دولت

۲۹. معنی عام و خاص دولت. - ۳۰. شخصیت حقوقی دولت. - ۳۱. حاکمیت دولت.

۳۲. دولت و اخلاق و مذهب. - ۳۳. دولت و حقوق.

۵۳

فصل دوم
اوصاف قاعده حقوقی

۳۴. مباحث این فصل.

۵۴

مبحث اول : اوصاف و تعریف قاعده حقوقی

۳۵. شمار این اوصاف. - ۳۶. الزامی بودن حقوق. - ۳۷. حقوق و ضمانت اجرا.

۳۸. وسایل اجبار قواعد. - ۳۹. کلی بودن حقوق. - ۴۰. حقوق نظام اجتماعی است.

۴۱. تعریف قاعده حقوقی.

- ۵۹ مبحث دوم: رابطه حقوق با سایر قواعد اجتماعی
- ۵۹ گفتار نخست: حقوق و اخلاق
۴۲. مفهوم اخلاق. - ۴۳. رابطه حقوق و اخلاق. - ۴۴. تفاوت حقوق و اخلاق.
- ۶۲ گفتار دوم: حقوق و مذهب
۴۵. اهمیت نیروهای مذهبی. - ۴۶. اخلاق و مذهب. - ۴۷. تفاوت حقوق و مذهب.
- ۶۵ گفتار سوم: حقوق و عدالت
۴۸. تعریف عدالت. - ۴۹. رابطه حقوق و عدالت. - ۵۰. گرایش حقوق به سوی عدالت.
- فصل سوم
۶۹ دانش حقوق و شاخه‌های آن
- ۶۹ مبحث اول: دانش حقوق
- ۶۹ گفتار نخست: ماهیت نظام حقوقی
۵۱. حقوق علم است یا هنر. - ۵۲. علم حقوق و فن حقوق.
- ۷۲ گفتار دوم: روش‌های تحقیق در این علم
۵۳. اصالت این روش‌ها. - ۵۴. روش قانونگذاری. - ۵۵. روش دادرسی. - ۵۶. روش تعلیم.
- ۷۶ گفتار سوم: رابطه حقوق با سایر علوم
۵۷. رابطه حقوق و جامعه‌شناسی. - ۵۸. رابطه حقوق و اقتصاد سیاسی. - ۵۹. رابطه حقوق و علوم سیاسی. - ۶۰. رابطه حقوق و علوم طبیعی و ریاضی. - ۶۱. شاخه‌های حقوقی سایر علوم.
- ۸۱ مبحث دوم: شاخه‌های علم حقوق
۶۲. فایده و طرح تقسیم.

۸۲

گفتار نخست: حقوق عمومی و خصوصی

۸۲

الف: مفهوم و تشخیص این دو گروه

۶۳ تعریف. - ۶۴ ملاک تشخیص، طرح اشکال. - ۶۵ معیارهای ماهوی. - ۶۶ معیار شخصی و سازمانی. - ۶۷ حقوق عمومی و اعمال حق حاکمیت. - ۶۸ فایده تشخیص.

۸۷

ب: شعبه‌های حقوق خصوصی

۶۹ اختلاط حقوق عمومی و خصوصی. - ۷۰ حقوق مدنی. - ۷۱ حقوق تجارت. - ۷۲ حقوق دریایی و هوایی؛ اختلاط نظام‌ها.

۹۳

ج: شعبه‌های حقوق عمومی

۷۳ حقوق اساسی. - ۷۴ حقوق اداری. - ۷۵ حقوق مالیه. - ۷۶ حقوق جزا. - ۷۷ حقوق کار. - ۷۸ آیین دادرسی مدنی.

۱۰۰

گفتار دوم: حقوق داخلی و خارجی (بین‌المللی)

۷۹ حقوق داخلی یا ملی. - ۸۰ حقوق خارجی یا بین‌المللی. - ۸۱ حقوق بین‌الملل عمومی. - ۸۲ حقوق بین‌الملل خصوصی. - ۸۳ حقوق جزای بین‌المللی.

۱۰۵

مبحث سوم: نظام‌های حقوقی

۱۰۵

گفتار نخست: حقوق تطبیقی

۸۴ تعریف و موضوع. - ۸۵ فایده.

۱۰۸

گفتار دوم: نظام‌های حقوقی معاصر

۸۶ مبنای گروه‌بندی. - ۸۷ الف - حقوق اروپای غربی (رومی و ژرمنی). - ۸۸ ب - حقوق انگلیس و آمریکا (خانواده کامن‌لا). - ۸۹ ج - گروه حقوق کشورهای کمونیستی. - ۹۰ د - حقوق اسلام: مبانی. - ۹۱ منابع. - ۹۲ ه - هند و چین و ژاپن.

۱۱۹

فصل چهارم
منابع حقوق

۹۳ طرح بحث.

- ۱۳۹ گفتار سوم : قدرت اجبارکننده و اعتبار قانون
۱۱۴. الزام ناشی از قانون.
- ۱۴۰ الف : اقتدار قانون در برابر قوه مجریه
۱۱۵. تکالیف قوه مجریه در برابر قانون. - ۱۱۶. وضع قوه مجریه در برابر آیین نامه های دولتی. - ۱۱۷. سهم قوه مجریه در تأمین اقتدار قانون. - ۱۱۸. اثر تصمیم های قوه مجریه در اجرای عهدنامه.
- ۱۴۴ ب : اعتبار و قدرت قانون در برابر قوه قضائیه
۱۱۹. ارزیابی و اجرای قوانین.
- ۱۴۵ ۱. ارزیابی قوانین
۱۲۰. تشخیص مطابقت قوانین عادی و اساسی. - ۱۲۱. صلاحیت دادرس در اعلام مخالفت قانون عادی با قانون اساسی. - ۱۲۲. ایراد به شرایط تصویب قانون. - ۱۲۳. اعتبار عهدنامه ها. - ۱۲۴. اعتبار احکام و نظام نامه های دولتی.
- ۱۵۱ ۲. اجرای قوانین در دادگاه
۱۲۵. ممنوع بودن قضات از دادن حکم کلی. - ۱۲۶. اصل جایز نبودن خودداری از احقاق حق. - ۱۲۷. لزوم استناد دادگاه به حکم قانون. - ۱۲۸. نقش دیوان کشور در تأمین اقتدار قانون. - ۱۲۹. قوانین ماهوی و شکلی.
- ۱۵۷ ج : اقتدار قانون در برابر اشخاص
۱۳۰. نتایج این اقتدار.
- ۱۵۸ ۱. درجه های اجبار ناشی از قانون
۱۳۱. قوانین امری و تکمیلی. - ۱۳۲. فایده قوانین تکمیلی. - ۱۳۳. تمیز قوانین امری و تکمیلی؛ مفهوم نظم عمومی. - ۱۳۴. قوانین اذنی. - ۱۳۵. انتخاب قانون حاکم.
- ۱۶۳ ۲. جهل به قانون
۱۳۶. قاعده. - ۱۳۷. انحراف از قاعده. - ۱۳۸. جهل همگانی. - ۱۳۹. اثبات ادعای جهل.

۱۶۷

گفتار چهارم: نسخ قانون

۱۴۰. تعریف.

۱۶۸

الف: مقام صالح

۱۴۱. نسخ و مرجع آن؛ طبقه‌بندی قوانین. - ۱۴۲. آیا شورای نگهبان حق نسخ یا ابطال قوانین موجود را دارد؟

۱۷۰

ب: اقسام و چگونگی

۱۴۳. نسخ صریح و ضمنی. - ۱۴۴. صورت‌های نسخ ضمنی. - ۱۴۵. قانون قدیم و جدید از حیث عموم و خصوص باهم برابر است. - ۱۴۶. قانون سابق عام است، و قانون جدید حکم خاص. - ۱۴۷. قانون سابق خاص است و قانون جدید عام. - ۱۴۸. قوانین موقت. ۱۴۹. قانون متروک.

۱۷۷

مبحث دوم: عرف

۱۷۸

گفتار نخست: مفهوم و ارکان عرف

۱۵۰. معنی عرف. - ۱۵۱. ارکان عرف. - ۱۵۲. عرف اندیشمندان؛ اصول کلی حقوقی. ۱۵۳. عرف و رویه قضایی.

۱۸۱

گفتار دوم: قدرت و نقش عرف در حقوق کنونی

۱۵۴. مبنای اقتدار عرف. - ۱۵۵. قلمرو کنونی عرف. - ۱۵۶. موارد رجوع صریح به عرف ۱۵۷. موارد رجوع ضمنی به عرف. - ۱۵۸. قواعد عرفی مستقل از قانون. - ۱۵۹. تعارض عرف و قانون؛ قوانین متروک. - ۱۶۰. تعارض عرف و روح قانون.

۱۸۹

مبحث سوم: رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی

۱۶۱. رابطه این دو مفهوم.

۱۹۱

گفتار نخست: رویه قضایی

۱۶۲. تعریف. - ۱۶۳. رابطه رأی با رویه قضایی. - ۱۶۴. عوامل ایجاد رویه قضایی. - ۱۶۵. عوامل روانی و اجتماعی. - ۱۶۶. عوامل ناشی از طبقه‌بندی و درجه دادگاه‌ها. - ۱۶۷. اعتبار رویه قضایی به عنوان منبع حقوق. - ۱۶۸. نقش رویه قضایی در ایجاد حقوق ۱۶۹. موارد دخالت رویه قضایی در قانون. - ۱۷۰. نقص قانون. - ۱۷۱. سکوت قانون ۱۷۲. اجمال قانون. - ۱۷۳. تناقض قوانین. - ۱۷۴. تفسیر قانون به معنی خاص.

- ۲۰۱ **گفتار دوم: اندیشه‌های حقوقی**
 ۱۷۵. تعریف. - ۱۷۶. آیا اندیشه‌های حقوقی از منابع حقوق است؟. - ۱۷۷. اثر این اندیشه‌ها در ایجاد حقوق. - ۱۷۸. اندیشه‌های حقوقی و رویه قضایی. - ۱۷۹. اثر اندیشه‌ها در تعلیم و شناختن نظام حقوقی.
- ۲۰۵ **گفتار سوم: تفسیر قواعد حقوق**
 ۱۸۰. لزوم تفسیر قانون. - ۱۸۱. انواع تفسیر. - ۱۸۲. تفسیر قانونی. - ۱۸۳. تفسیر قضایی. - ۱۸۴. تفسیر شخصی. - ۱۸۵. مبانی تفسیر قانون.
- ۲۱۰ **الف: مکتب تفسیر لفظی یا تحلیلی**
 ۱۸۶. مبانی این مکتب.
- ۲۱۱ **۱. فنون استنباط در این مکتب**
 ۱۸۷. استفاده از تاریخ. - ۱۸۸. تعبیرهای منطقی و اصولی. - ۱۸۹. قیاس. - ۱۹۰. مفهوم موافق (قیاس اولویت). - ۱۹۱. مفهوم مخالف.
- ۲۱۴ **۲. نقد مکتب تحلیلی**
 ۱۹۲. تظاهر احترام به قانون. - ۱۹۳. عقب ماندگی حقوق.
- ۲۱۵ **ب: مکتب تحقیق علمی آزاد**
 ۱۹۴. روش تفسیر. - ۱۹۵. نقد این روش.
- ۲۱۸ **ج: نتیجه**
 ۱۹۶. روش قابل قبول در حقوق ایران. - ۱۹۷. تفسیر قانون مدنی. - ۱۹۸. اشکال ویژه تفسیر قوانین کیفری. - ۱۹۹. تفسیر قانون اساسی.
- ۲۲۳ **فصل پنجم
 قلمرو اجرای قواعد حقوق**
 ۲۰۰. تقسیم مباحث.

۲۲۴

مبحث اول: قلمرو حقوق در مکان

۲۰۱. قاعده کلی. - ۲۰۲. الف: قوانین مربوط به احوال شخصی. - ۲۰۳. ب: قوانین راجع به اموال و قراردادهای. - ۲۰۴. ج: قوانین مربوط به طرز تنظیم اسناد. - ۲۰۵. د: قوانین مربوط به نظم عمومی و امنیت.

۲۲۸

مبحث دوم: قلمرو حقوق در زمان

۲۰۶. تقسیم مطالب و حدود بحث. - ۲۰۷. تعارض قوانین در زمان. - ۲۰۸. تحلیل ماده ۴ قانون مدنی.

۲۳۱

قاعده نخست: قانون در گذشته اثر ندارد

۲۰۹. مبنای اعتبار قاعده. - ۲۱۰. حدود اقتدار قاعده. - ۲۱۱. اهمیت ویژه قاعده در قوانین کیفری. - ۲۱۲. استثنای قاعده.

۲۳۴

قاعده دوم: حاکمیت قانون نسبت به آینده

۲۱۳. اثر فوری قانون. - ۲۱۴. مبنای قاعده. - ۲۱۵. اشکالهای ناشی از اجرای قاعده. - ۲۱۶. تحلیل این اشکالها و چاره آن.

۲۳۷

الف: نظریه حقوق مکتسب

۲۱۷. مبنای این نظریه. - ۲۱۸. معیار تشخیص حق مکتسب. - ۲۱۹. انتقاد از این نظر.

۲۴۰

ب: تمیز نوعی رویدادهای گذشته

۲۲۰. معیار شناسایی. - ۲۲۱. گروه نخست؛ پدیدههای انجام شده. - ۲۲۲. گروه دوم؛ پدیدههای در حال جریان.

۲۴۳

ج: آثار آینده قراردادهای

۲۲۳. حقوق خصوصی. - ۲۲۴. قراردادهای حقوق عمومی. - ۲۲۵. مواردی که اجرای قرارداد مستلزم عمل حقوقی دیگری است. - ۲۲۶. اجرای حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد.

۲۴۷

بخش دوم**حق فردی**

۲۲۷. تقسیم مطالب.

- ۲۴۹ فصل اول
کلیات
- ۲۴۹ الف : مفهوم
۲۲۸. ارتباط حق با شخص و دولت. - ۲۲۹. مینا و جوهر حق. - ۲۳۰. تعریف حق و دین و تکلیف.
- ۲۵۲ ب : حق و حکم
۲۳۱. طرح درست بحث. - ۲۳۲. تحلیل بحث. - ۲۳۳. نتیجه.
- ۲۵۵ ج : سازمان حقوقی
۲۳۴. تعریف. - ۲۳۵. عناصر. - ۲۳۶. نقش مهم سازمان‌های حقوقی.
- ۲۵۷ فصل دوم
اقسام حق
۲۳۷. حقوق سیاسی و عمومی و خصوصی.
- ۲۵۸ مبحث اول : حقوق مالی و غیر مالی
۲۳۸. تعریف و تفاوت این دو حق. - ۲۳۹. تقسیم مبحث.
- ۲۶۰ گفتار نخست : حق عینی و دینی
۲۴۰. تعریف حق عینی. ۲۴۱. حق عینی اصلی و تبعی. - ۲۴۲. تفاوت این دو حق. - ۲۴۳. حق دینی. - ۲۴۴. مقایسه حق عینی و دینی. - ۲۴۵. انتقاد از این تقسیم. - ۲۴۶. نقص این تقسیم و نزدیک شدن آثار حق عینی و دینی. - ۲۴۷. تمیز حق و اختیار؛ حق بر روابط.
- ۲۶۸ گفتار دوم : دارایی
۲۴۸. مفهوم دارایی. - ۲۴۹. الف: دارایی کلی است حقوقی و مستقل از اجزای خود. - ۲۵۰. ب: تنها حقوق و تکالیف مالی در شمار دارایی است. - ۲۵۱. ج: رابطه دارایی با شخصیت.

۲۷۲

مبحث دوم: تقسیم حق به اعتبار موضوع آن

۲۵۲. مال منقول و غیرمنقول. - ۲۵۳. منقول و غیرمنقول تجوی. - ۲۵۴. فایده این تقسیم
 ۲۵۵. حقوق معنوی. ۲۵۶. حق شریکان (سهم شرکت). - ۲۵۷. حق کسب و پیشه یا تجارت
 (سرقفلی).

۲۷۶

مبحث سوم: تقسیم حق به اعتبار قیود و عوارض آن

۲۵۸. حق معلق و حق منجز. - ۲۵۹. حق مؤجل و حق حال. - ۲۶۰. حق دائم و حق موقت
 ۲۶۱. حق ثابت و حق متزلزل. - ۲۶۲. تعدد اطراف حق (مسئولیت تضامنی).

فصل سوم

۲۸۱

منابع حق فردی

۲۶۳. اعمال و وقایع حقوقی. - ۲۶۴. اسباب ارادی و غیرارادی.

۲۸۲

مبحث اول: اعمال حقوقی

۲۶۵. عقود و ایقاعات.

۲۸۳

گفتار نخست: قراردادها

۲۶۶. تعریف عقد. - ۲۶۷. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی.

۲۸۵

الف: شرایط صحت قرارداد

۲۶۸. شمار این شرایط و ضمانت اجرای آن. - ۲۶۹. قصد و رضای دو طرف. -
 ۲۷۰. اهلیت. - ۲۷۱. موضوع معامله. - ۲۷۲. مشروعیت جهت معامله.

۲۹۰

ب: آثار قرارداد

۲۷۳. اصل لزوم قراردادها. - ۲۷۴. قدرت اجبارکننده قرارداد. - ۲۷۵. نسبی بودن اثر
 قرارداد.

۲۹۱

ج: انحلال قرارداد

۲۷۶. انحلال قرارداد به تراضی؛ اقاله. - ۲۷۷. فسخ ارادی. - ۲۷۸. انفساخ قهری.

۲۹۳

گفتار دوم: ایقاعات

۲۷۹. نقش ایقاع در زندگی اجتماعی. - ۲۸۰. لزوم اعلان اراده در ایقاعات.

۲۹۵

مبحث دوم: وقایع حقوقی - مسؤولیت مدنی

۲۸۱. اسباب ضمان قهری. - ۲۸۲. الف: استفاده بدون جهت. - ۲۸۳. ب: غصب -
 ۲۸۴. ج: اتلاف. - ۲۸۵. د: تسبیب. - ۲۸۶. ه: استیفاء.

۲۹۹

**فصل چهارم
تملك و انتقال و زوال حق**

۲۸۷. طرح بحث.

۳۰۰

مبحث اول: تملك حق

۲۸۸. راه‌های تملك حق. - ۲۸۹. حقوق غير مالى. - ۲۹۰. حقوق عينى. - ۲۹۱. حقوق
 دینى و غير مادی.

۳۰۴

مبحث دوم: انتقال حق

۲۹۲. اصل انتقال پذیر بودن حقوق مالى. - ۲۹۳. استثناهای این اصل. - ۲۹۴. اسباب انتقال
 حق. - ۲۹۵. انتقال کلی و خاص. - ۲۹۶. آثار انتقال حق.

۳۰۸

مبحث سوم: زوال حق

۲۹۷. تفاوت زوال حق با انتقال حق. - ۲۹۸. زوال ارادى حق. - ۲۹۹. زوال قهرى. -
 ۳۰۰. وضع مرور زمان.

۳۱۳

**فصل پنجم
اجرای حق**

۳۰۱. مباحث این فصل و کلیات.

۳۱۴

مبحث اول: نسبی بودن اجرای حق

۳۰۲. نظریه سوءاستفاده از حق. - ۳۰۳. تفاوت سوءاستفاده از حق و تقلب نسبت به قانون. -
 ۳۰۴. موارد اعمال این نظریه در حقوق ایران. - ۳۰۵. نظریه نسبی بودن حق.

۳۱۹

مبحث دوم: ضمانت اجرای حق

۳۰۶. تقسیم مبحث.

۳۲۰

گفتار نخست : چگونگی و اقسام ضمانت اجرا

۳۰۷. کلیات. - ۳۰۸. الف: بطلان و عدم نفوذ و فسخ قراردادها. - ۳۰۹. ب: اجرای مفاد حق به طور مستقیم. - ۳۱۰. ج: فشار بر مدیون برای اجرای حق. - ۳۱۱. د: الزام به جبران خسارت؛ مسؤولیت مدنی.

۳۲۵

گفتار دوم : اقامه دعوا

۳۲۵

الف : کلیات

۳۱۲. لزوم مطالبه حق از این راه. - ۳۱۳. طبیعت دعوا و رابطه آن با حق. - ۳۱۴. شرایط اقامه دعوا. - ۳۱۵. صلاحیت دادگاه. - ۳۱۶. دیوان عدالت اداری. - ۳۱۷. دفاع از دعوا. - ۳۱۸. اصل بی طرفی دادرس و تعدیل آن. - ۳۱۹. داور.

۳۳۳

ب : رأی دادگاه

۳۲۰. تفاوت قرار و حکم. - ۳۲۱. رأی اعلامی و تأسیسی. - ۳۲۲. آثار رأی دادگاه. - ۳۲۳. نسبی بودن اعتبار امر قضاوت شده.

۳۳۶

گفتار سوم : حقوق طبیعی

۳۲۴. مفهوم حق طبیعی. - ۳۲۵. مبنای حق طبیعی. - ۳۲۶. آثار حق طبیعی.

۳۳۹

مبحث سوم : اثبات حق

۳۳۹

گفتار نخست : کلیات

۳۲۷. اهمیت اثبات حق و آوردن دلیل. - ۳۲۸. اثبات حق با کیست؛ - ۳۲۹. اثبات چه امری بر عهده مدعی است؟ - ۳۳۰. سهم دادرس در ارزیابی و پذیرش دلایل.

۳۴۴

گفتار دوم : دلایل اثبات حق

۳۳۱. شمار این دلایل.

۳۴۴

الف : اقرار

۳۳۲. تعریف اقرار.

۳۴۵

۱ - شرایط درستی اقرار

۳۳۳. سلامت و اعلام اراده. - ۳۳۴. اهلیت و اختیار. - ۳۳۵. بطلان اقرار معلق. -
 ۳۳۶. تعیین و امکان وقوع موضوع. - ۳۳۷. اقرار به نسب.

۳۴۷

۲ - آثار اقرار

۳۳۸. قاطعیت اقرار. - ۳۳۹. اصل تجزیه‌ناپذیر بودن اقرار. - ۳۴۰. امکان استثنائی تجزیه
 اقرار.

۳۵۰

ب : اسناد

۳۴۱. تعریف. - ۳۴۲. فایده و اهمیت. - ۳۴۳. اقسام سند.

۳۵۲

۱ - اسناد رسمی

۳۴۴. شرایط رسمی بودن سند. - ۳۴۵. اعتبار سند رسمی. - ۳۴۶. اعتبار مفاد سند. -
 ۳۴۷. قوه اجرایی سند رسمی. - ۳۴۸. لزوم تنظیم سند رسمی.

۳۵۵

۲ - اسناد عادی

۳۴۹. آزادی در تنظیم این اسناد. - ۳۵۰. اعتبار اسناد عادی. - ۳۵۱. دفاتر تجارתי. - ۳۵۲. سند
 و امضای الکترونیکی.

۳۵۸

ج : شهادت

۳۵۳. تعریف. - ۳۵۴. اعتبار شهادت. - ۳۵۵. موارد استثنائی.

۳۶۰

د : امارات

۳۵۶. تعریف اماره. - ۳۵۷. تفاوت اماره با سایر دلایل. - ۳۵۸. اقسام اماره (قانونی و قضایی).
 ۳۵۹. اعتبار اماره. - ۳۶۰. تعارض اماره قانونی و قضایی.

۳۶۴

ه : قسم یا سوگند

۳۶۱. مفهوم سوگند. - ۳۶۲. اقسام سوگند. - ۳۶۳. قلمرو اجرای سوگند. - ۳۶۴. آثار
 سوگند.

فهرست کتابهایی که به اختصار از آنها یاد شده است:

الف - به زبان فرانسه

- Aubry et Rau. – Cours de droit civil français 6 et 7^e éd. par Ponsard, Paris, 1964.
- Bekaert (Hermann). – Introduction à l'étude du droit, 2^e éd, Brukelles, 1965.
- Beudant (Charles). – Cours de droit civil français, 2^e ed. par Robert Beudant et Lerbours-Pigeonnière, T. I. Paris, 1943.
- Bonnecase (Julien). – Introduction à l'étude du droit, notions élémentaires, 3 éd. Paris, 1939.
- Capitant (Henri). – Introduction à l'étude du droit, notions générales, 5 éd. Paris, 1928.
- Carbonnier (Jean). – Droit civil, T. I. Paris, 5 éd. 1964.
- Colin et Capitant. – Traité de droit civil français, refondu par Léon Julliot de la Morandière. T. I. Paris. 1957.
- Davide (René). – Les grands systèmes de droit contemporains, 2 éd. Paris, 1966.
- Demogue (René). – Traité des obligations en général, VII volumes, Paris, 1922 et sui.
- Duguit (Léon). – Traité de droit constitutionnel, 3^e ed. Paris, 1927 et sui.
- Du Paquier (Claud). – Introduction à La philosophie du droit, 3 éd. Neuchatel, 1948.
- Duverger (Maurice). – Institutions politiques et droit constitutionnel, 8 éd. Paris, 1965.
- Gény (François). Méthode d'interprétation et source en droit Privé positif, T. I-II, 2^e éd. Paris, 1919.
- Science et technique de. droit positif, 4 volumes, Paris 1927 et sui.
- Haesaert (J.). – Théorie général de droit, Bruxelles. 1948.
- Josserand (Louis). Cours de droit civil français, 3^e ed. T. I. Paris, 1939.
- Julliot de la Morandière, Esmein, Scell, Levy-Bruhl. – Introduction à l'étude de droit, T. I, Paris, 1951.
- Marty et Raynaud. – Droit civil, T. I. Paris, 1961.
- Mazeaud (Henri-Léon et Jean). – Leçons de droit civil, T. I. Paris, 1962.
- Planiol et Ripert – Traité pratique de droit civil français, Paris, 1951 et sui.
- Roubier. – Théorie général de droit, Paris, 1951.
- Ripert (Georges). – La règle morale dans les obligations civiles, 4 éd. Paris, 1949;
- Les forces créatrices du droit, Paris, 1955.
- Ripert et Boulanger. – Traité de droit civil d'après de M. Planiol, T. I, Paris 1957.
- Weille (Alex). – Droit civil, précis Dalloz, T. I, Paris, 1968.

ب - به زبان فارسی

- امامی (دکتر سید حسن). حقوق مدنی در شش مجلد، تهران ۱۳۳۳ به بعد.
 دل و کیو (ژرژ). - تاریخ فلسفه حقوق، ترجمه دکتر جواد واحدی، تهران ۱۳۳۶.
 شایگان (دکتر سید علی). - حقوق مدنی ایران؛ جلد اول، چاپ سوم، تهران ۱۳۲۴.
 عدل (مصطفی). - حقوق مدنی، تهران، چاپ چهارم.
 کاتوزیان (ناصر). - دوره مقدماتی حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران، ۱۳۴۷؛ اموال و مالکیت، ۱۳۷۴؛
 وقایع حقوقی، ۱۳۷۱؛ اعمال حقوقی، ۱۳۷۰. - اعتبار امر قضاوت شده در امور مدنی، چاپ سوم،
 تهران، ۱۳۶۸. - وصیت در حقوق مدنی ایران، چاپ سوم، ۱۳۶۹. - کلیات حقوق، جلد اول، تهران،
 ۱۳۴۷؛ جلد دوم، تهران، ۱۳۴۹.
 متین (احمد). - مجموعه رویه قضایی، از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰.

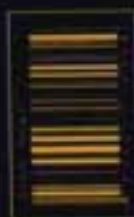
ج - به زبان عربی

- بلغة الفقیه: تألیف سید بحر العلوم، چاپ سنگی، ۱۳۲۹ هجری قمری.
 جواهر الکلام: تألیف شیخ محمد حسن نجفی معروف به صاحب جواهر، چاپ سنگی حاج خوانساری، جلد
 متاجر.
 حاشیة المکاسب: سید محمد کاظم یزدی، چاپ سنگی در یک مجلد و چاپ سری، قم، در دو مجلد.
 عناوین: تألیف میرفتاح، چاپ سنگی.
 فرائد الاصول: تألیف حاج شیخ مرتضی انصاری، در دو مجلد.
 قوانین الاصول: تألیف میرزا ابوالقاسم جیلانی معروف به محقق قمی، چاپ عبدالرحیم در دو مجلد.
 کفایة الاصول: تألیف آخوند ملا محمد کاظم خراسانی.
 مسالک الافهام: شرح بر شرایع محقق، تألیف شهید ثانی، چاپ سنگی در دو مجلد.
 معالم: تألیف ابو منصور جمال الدین حسن بن زین الدین، چاپ سنگی.
 مکاسب: تألیف شیخ مرتضی انصاری، چاپ سنگی در یک مجلد، به خط طاهر خوشنویس.
 منیة الطالب: تقریرات میرزا حسین نائینی، نوشته آقا شیخ موسی خوانساری در شرح بر مکاسب، چاپ سنگی
 تهران در دو مجلد.
 نظریة العقد: تألیف دکتر عبدالرزاق احمد السهوری، چاپ قاهره.
 نهج الفقاهة: شرح بر مکاسب شیخ تا ابتدای باب خیارات، تألیف سید محسن حکیم، نجف ۱۳۷۱ هجری
 قمری.



آمار برگزیده حقوقی بنیاد حقوقی کاتوزیان که به وسیله شرکت سهامی انتشار منتشر شده است.

- | | |
|-------------------------|---|
| دکتر علی ابادی | ۱. موازین قضایی - جلد ۱ تا ۴ |
| دکتر ناصر کاتوزیان | ۲. عقود معین - جلد ۱ و ۲ |
| " " " | ۳. اعمال حقوقی |
| " " " | ۴. مقدمه علم حقوق |
| " " " | ۵. وقایع حقوقی |
| دکتر حسن بادینی | ۶. فلسفه مسؤلیت مدنی |
| دکتر ناصر کاتوزیان | ۷. کلیات حقوق |
| " " " | ۸. فلسفه حقوق - جلد ۱ تا ۳ |
| " " " | ۹. خانواده - جلد ۱ و ۲ |
| " " " | ۱۰. قواعد عمومی قراردادها - جلد ۱ تا ۵ |
| دکتر محسن ایزانلو | ۱۱. شروط محدود کننده مسؤلیت در قراردادها |
| دکتر مجید غمami | ۱۲. قابلیت پیش بینی ضرر در مسؤلیت مدنی |
| دکتر حسن جعفری تبار | ۱۳. فلسفه تفسیری حقوق |
| دکتر ناصر کاتوزیان | ۱۴. شیوه تجربی تحقیق در حقوق |
| دکتر عبدالله خدابختی | ۱۵. جبران خسارت کارگران در نظام مسؤلیت مدنی |
| دکتر حسن محسنی | ۱۶. اداره جریان دادرسی مدنی |
| دکتر شهرام کیوانفر | ۱۷. مبانی فلسفی تفسیر قانون |
| دکتر غمami - دکتر محسنی | ۱۸. آیین دادرسی مدنی فراملی |



فروشگاه و دفتر مرکزی: خیابان جمهوری اسلامی، جنب خیابان ملت
شماره ۹۲ • کد پستی ۱۱۴۳۹۶۵۱۱۸ • دورنکار ۳۳۹۲۸۸۶۲
تلفن فروشگاه مرکزی ۳۳۱۱۲۰۶۶ • دفتر مرکزی ۳۳۹۰۲۵۹۲
فروشگاه شماره ۱ - میدان انقلاب - بازار چادگان - تلفن ۶۶۲۱۳۶۸۴

WWW.ENTESHARCO.COM
Email: info@entesharco.com

