



دانشگاه تهران  
مدرسه عالی قضائی و علوم اداری

# حقوق تطبیقی (۲)

استاد:

جناب آقای دکتر نورعلی تابنده

سال تحصیلی ۱۳۵۶-۵۷

## یادآوری

جزوه حاضر ملخص و چکیده درس حقوق تطبیقی (۲) در مدرسه عالی قضائی و اداری است و بهیچ وجه بعنوان تألیف جدید حقوق تلقی نمی شود.

مطالعه جزوه فقط یادآور دروس کلاس بوده و بمنزله یادداشت تلقی می شود و دانشجو را از حضور در کلاس مستغنی نمی سازد.

## فهرست مطالب حقوق تطبیقی (۲)

سیستم حقوق رومانوژرمانیک.....	۸
دوران قدیم در حقوق رومانوژرمانیک.....	۸
دوران مقارن صلیبی.....	۸
تجدید حقوق رم دوران بعد از صلیبی.....	۹
مکتب حقوق فطری و آثار آن.....	۹
تقسیم بندی علم حقوق به عمومی و خصوصی و مبنای آن.....	۱۰
دورانهای قبل از انقلاب کبیر فرانسه.....	۱۱
پارلمانهای فرانسه.....	۱۱
دوران تدوین قوانین.....	۱۲
سود و زیان تدوین.....	۱۲
تقسیم بندی و نظریات حقوقی.....	۱۳
پیدایش حقوق عمومی و بررسی وظیفه دولت و کنترل آن.....	۱۳
نقش سه قوه مملکتی در سیستم رومانوژرمانیک.....	۱۳
منابع حقوق در سیستمهای حقوق نوشته.....	۱۴
اول: قانون.....	۱۴
سلسله مراتب قانون.....	۱۴
مطابقت قانون عادی با قانون اساسی و کنترل آن.....	۱۵
معاهدات بین المللی.....	۱۵
لوايح قانونی.....	۱۵
آئين نامه ها و نظامنامه ها.....	۱۶
دوم: عرف.....	۱۶
تشکیل تدریجی عرف.....	۱۶
فرق عرف و مد.....	۱۷
موافقین و مخالفین عرف.....	۱۷
سوم رویه قضائی.....	۱۸
الزام یا عدم الزام اطاعت در رویه قضائی.....	۱۹
چهارم نظریات علمای حقوق.....	۱۹
پنجم اصول کلی حقوقی.....	۲۰
نظام حقوقی کامن لاو انگلستان.....	۲۰
نحوه تشکیل حقوق انگلستان و مراحل آن.....	۲۰

۲۱	وجه اشتراک سیستم حقوق انگلستان و حقوق رومانوژرمانیک
۲۱	دوران نرماندها
۲۲	دادگاههای دوران نورماندها
۲۲	ایجاد و تحول کامن لاو
۲۳	انصاف در برابر کامن لاو
۲۳	مواردی که انصاف رفع نقص از کامن لاو کرده است
۲۳	رقابت انصاف و کامن لاو و قطع این رقابت
۲۴	خصوصیات تحول دوران جدید- قرن نوزدهم
۲۴	سازمان حقوق انگلستان، تقسیم بندیها و اصطلاحات
۲۵	اهم تفاوت سیستم کامن لاو و رومانوژرمانیک
۲۵	تقسیم بندی به انصاف و کامن لاو
۲۶	تفاوتهای انصاف و کامن لاو
۲۶	اهم قواعد انصاف
۲۷	ادغام دادگاه کامن لاو و مراجع انصاف (اصلاحات اخیر)
۲۷	تعریف تراست
۲۸	نحوه مالکیت تراستی
۲۸	حقوق اشخاص ذینفع در تراستی
۲۹	آثار انصاف
۲۹	ماهیت و شکل (مبدا و علت تاریخی اهمیت تشریفات دادرسی)
۲۹	طرز فکر قاضی انگلیسی
۳۰	کنترل دادگاههای قوه قضائیه و تمام مراجع
۳۰	قاطعیت محاکم
۳۰	منابع حقوق در سیستم کامن لاو انگلستان و تفاوت آن با سیستم رومانوژرمانیک
۳۰	قانون در حقوق انگلستان
۳۰	عقل در حقوق انگلستان
۳۱	سازمان قضائی انگلستان
۳۱	طرز انتخاب قضات
۳۱	استقلال قضات
۳۲	نظارت کلی قوه قضائیه
۳۲	رعایت سابقه آراء قضائی
۳۳	محدودیت تئوری و عملی در رعایت سابقه
۳۳	آراء لازم الرعایه

۳۴	رابطه قانون و رویه قضائی
۳۴	برداشت قوه قضائیه از قانون
۳۵	اصول کلی حقوقی و قانون
۳۵	مقایسه قواعد و اصول کلی حقوقی در دو سیستم
۳۶	مسئولیت مدنی (اصل کلی)
۳۶	وضعیت امروز و تحول قانونگذاری
۳۶	عرف در حقوق انگلستان
۳۷	عقل در سیستم فرانسه و انگلستان
۳۷	دکترین
۳۷	بررسی با سیستم فعلی حقوق ایران
۳۸	سیستم حقوق آمریکا
۳۸	تاریخچه مختصر تشکیل آمریکا
۳۹	جهت تفوق سیستم حقوقی کامن لاو در آمریکا
۴۰	سازمان قضائی آمریکا
۴۰	دادگاههای فدرال و ایالتی
۴۱	تقسیم صلاحیت هر گروه دادگاهها
۴۱	انتخاب قضات
۴۲	منابع حقوق آمریکا
۴۲	صلاحیت فدرال و ایالتی در تصویب قانون
۴۲	کنترل مطابقت قوانین عادی با حقوق اساسی
۴۳	مرجع تفسیر قانون
۴۳	تعارض قوانین ایالتی، کامن لاو و ایالتی
۴۴	تعارض قوانین ایالتی، کامن لاو و فدرال
۴۴	تعارض قوانین
۴۴	توسعه انصاف
۴۴	رعایت سابقه قضائی
۴۵	جریانهای وحدت جوئی
۴۵	سیستم حقوق هندوستان
۴۵	مبارزه مذهب برهمنی و بودائی و وضع بعدی هندوستان در سیستم حقوق هندوستان
۴۵	طبقات جامعه در مذهب برهمنی
۴۶	اهداف زندگی در مذهب برهمنی
۴۷	دوران تسلط پادشاهان مسلمان بر هندوستان

۴۷	دوران تسلط کمپانی هند شرقی بر هندوستان
۴۷	خلع ید از کمپانی واستعمار مستقیم
۴۷	دو اثر عمده تسلط انگلستان
۴۸	دوران قانونگذاری
۴۸	دوران استقلال، قانون اساسی
۴۹	حقوق فدرال و ایالتی
۴۹	صلاحیت قانونگذاری
۴۹	کنترل مطابقت قانون عادی با قانون اساسی
۴۹	جهات تشابه حقوق هندوستان با حقوق کامن لاو وانگلستان
۵۰	جهات افتراق حقوق هندوستان با حقوق کامن لاو وانگلستان
۵۰	سیستم حقوق روسیه
۵۰	تشکیل اولیه روسیه
۵۱	دوران تسلط مغول بر روسیه
۵۱	شکست مغول و کسب استقلال
۵۱	دوران پتر کبیر و بعد از آن
۵۲	مکتب مارکسیسم، حقوق روسیه سوسیالیستی
۵۲	مالکیت خصوصی و سائل تولید و اولین تحول جامعه بشری
۵۳	اصول حقوق سوسیالیستی
۵۳	آزادی عقیده
۵۴	سه هدف اصلی نظام سوسیالیستی
۵۴	منابع حقوقی، قانون
۵۴	منابع حقوقی، رویه قضائی
۵۵	بررسی بعضی نهادها
۵۵	مالکیت خصوصی
۵۵	ارث
۵۵	خانواده و تحول آن
۵۶	حقوق جزا، هدف از مجازات
۵۶	مبتنی بودن جرم و مجازات بر قانون و تحول آن
۵۷	سیستم حقوق اسلامی
۵۷	دوران تشریح و مبانی اصلی اولیه حقوق اسلام
۵۸	دوران تفسیر
۵۸	مراحل وادوار فقه در شیعه و سنی

۵۸.....	اجتهاد و تقلید در شیعه و سنی.....
۵۹.....	اجتهاد و تقلید.....
۶۰.....	علل دور شدن کشورهای اسلامی از حقوق اسلامی.....
۶۱.....	بیمه.....
۶۲.....	بانکداری.....
۶۲.....	اخلاق و حقوق اسلام.....
۶۳.....	جهات تشابه و افتراق حقوق اسلامی و حقوق سوسیالیستی.....
۶۳.....	جهات تشابه حقوق اسلام با حقوق نوشته.....
۶۴.....	جهات تشابه حقوق اسلام با حقوق عرفی.....
۶۴.....	تقسیم بندیهای علم حقوق.....
۶۵.....	وضع حقوق اسلام در تقسیم‌بندی حقوق پیرو و پیشرو.....
۶۶.....	نحوه ایجاد حقوق و نظر حقوق اسلام در مکتب تاریخی و مکتب فطری.....
۶۷.....	منشأ حکومت و اطاعت مردم.....
۶۷.....	حقوق جزای اسلامی.....
۶۷.....	مبتنی بودن جرائم و مجازاتها بر قانون در حقوق اسلام.....
۶۷.....	هدف از مجازات.....
۶۷.....	نصب قاضی و اقتدار وی.....

## سیستم حقوق رومانوژرمانیک

### دوران قدیم در حقوق رومانوژرمانیک

۱- برای درک وضع فعلی هر سیستم حقوقی ناچاریم سوابق آن را از دیرباز لافل بطور مختصر تحت مطالعه قرار دهیم.

سیستم حقوقی فرانسه که بعنوان نمونه این سیستم برمی‌گزینیم (و حقوق ما نیز شباهت کاملی به آن دارد) در طی تاریخ به حقوق رم متصل می‌گردد. رم دارای تمدن عظیم و حکومت مقتدری بود و جلوه این تمدن حقوقی مدون و قوی بود که اصول آن در مجموعه‌هائی جمع‌آوری گردیده بود بالاخره این امپراطوری عظیم بدو با دین مسیحی درافتاده و مسیحیان را طعمه شیران گرسنه قرار می‌داد. بالاخره خود کانون استقرار مسیحیت گردید و مدتها پرچمدار این مذهب و حقوقی منطبق با اخلاق مسیحیت شد اما بالاخره بدنباله حملات متعددی که به این امپراطوری شد هجوم بربرها و ژرمنها بالاخره روم ساقط شد و تجزیه گردید. با از بین رفتن مرکزیت رم اجرای حقوق وابسته به آن امپراطوری در قلمرو آن تعطیل شد و در هر حوزه فئودالیتة عرف و عادات مردم محل اجرا می‌گردید و یا ارباب برحسب مصلحت خویش در اموری که به اداره ملت بستگی داشت قواعدی وضع می‌کرد و اجراء می‌نمود. غالباً این فئودال‌ها قصد داشتند وانمود کنند که مقررات موضوعه با دین مسیح کاملاً منطبق است و علیهذا خود را تحت تعلیم مراجع دینی قلمداد می‌کردند. در این دوران چند بار سعی شد که دوباره حقوق رم مدون و به مرحله اجرا درآید ولی عملی نشد به این معنی که اسپانیا بعد از شروع چنین کاری به تصرف مسلمین درآمد و ایتالیا نیز از طرف لمبارسا تصرف شد، در این دوران حقوق قلمرو بسیار کوچکی داشت و بر روابط مختصر بین مردم حکومت می‌کرد.

### دوران مقارن صلیبی

۲- از قرن ۱۲ و ۱۳ میلادی در واقع جنبشی بوجود آمد که حقوقدانان آن را رنسانس حقوق می‌نامند و بقول رنه داوید<sup>۱</sup> این رنسانس شاید از پیروزی دمکراسی در قرن ۱۸ و پیروزی افکار سوسیالیستی در قرن ۲۰ کمتر نباشد.

ایده صرف مذهبی و آرزوی مدینه فاضله‌ای که مبتنی بر اخلاق مسیحیت باشد رها شد و این اعتقاد آمد که برای اداره شهرها در روابط و تجارت نمی‌توان منتظر تشکیل چنان مدینه‌هائی شد و یا مقررات مربوط به روابط افراد را آن چنان نوشت که گوئی می‌خواهد مدینه فاضله اجرا گردد، با توجه به سطح فعلی فکر و روح هر جامعه روابط بین مردم باید مبتنی بر علم حقوق و مقرراتی باشد که متناسب با مقررات آن روز تدوین می‌گردد. در انگلستان بعد از استقرار سلسله نرماندها و تشکیل دادگاههای شاهی یک نحوه تمرکزی بوجود آورده و برای تسهیل حکومت پادشاه به تدوین کامن لاو (قواعد مشترک) اقدام می‌شد و در واقع تدوین حقوق برای آن بود که پادشاه بهتر و سهل‌تر حکومت کند و مردم نیز آسان‌تر روابط خویش را تنظیم نمایند اما

<sup>۱</sup> - René David



در اروپا چنین تمرکزی نبود تدوین قواعد حقوقی بهیچ وجه جنبه سیاسی نداشت و نمی‌خواست قواعد مشتت را وحدت بخشد بلکه می‌خواست قواعدی مبتنی بر تمدن و عادات و رسوم مشترک اروپا را جمع‌آوری و تثبیت نماید.

۳- به تاریخ این تحول که بنگریم توجه می‌شود که مقارن با جنگهای صلیبی و تماس اجباری تمام طبقات اعم از لشگری و کشوری و بخصوص تجار با مشرق زمین است آشنائی با تمدن عظیم اسلامی موجب شد که روابط جدیدی بوجود آید و در مقام حل مشکلات این روابط نیاز به حقوق مدنی احساس می‌شد. در دو طرف این برخورد از یک طرف تمدن اسلامی با تدوین مقررات و آزادی عقود و قبول عرفهای محلی و خاصیت انعطاف‌پذیری خود را قادر به حل همه این مشکلات می‌دید اما از آن طرف: عرفهای پراکنده و ضعف مقررات حقوقی احساس می‌شد بدین جهت ناچار این جنبش بوجود آمد و برای اینکه حقوق مدنی را برابر حقوق اسلام قرار دهند دانشمندان به حقوق رم که در زمان خویش مدون بود توجه کردند و بدیهی است عرفها با اتصال به سنن و گذشته‌ها از چشمه حقوق رم سیراب می‌شد و این توجه به حقوق رم کاملاً طبیعی و عادی بود. ولی چه بسا احساس حقارت در برابر حقوق اسلام موجب توجه بیشتر به حقوق رم شد تا خاطره عظمت رم را در اذهان زنده کند.

#### تجدید حقوق رم دوران بعد از صلیبی

۴- این امر موجب شد که علماء مکاتب توجه کنند که در مدارس حقوق رم تدریس گردد و چون تا این تاریخ حقوق حاکمی وجود نداشت و تمام مسائل اجتماعی توسط روحانیون و به کمک قواعد اخلاقی و انصاف مبتنی بر مسیحیت حل می‌شد این جنبش جدید بحثی را بوجود آورد که حقوق رم چون قبل از مسیحیت بوده است آیا از لحاظ مذهب منسوخه نیست؟ و آیا اعمال و تدریس آن کفر نمی‌باشد؟ سن توماس داکن<sup>۲</sup> روحانی فیلسوف به این پرسش پاسخ منفی داد زیرا مسیحیت مجموعه قواعد اخلاقی است و قاعده حقوقی رم مبتنی بر منطق حقوقی می‌باشد و تا منافات یک قاعده و قانون خاص با اخلاق مسیحیت روشن نباشد نمی‌توان آن را برخلاف مذهب دانست بدین نحو در قلمرو تئوری و بحث علمی حقوق رم از نو زنده شد و زبان لاتین نیز که زبان علمی و عمومی تمام علمای زمان بود به توسعه این بحث‌ها کمک نمود.

#### مکتب حقوق فطری و آثار آن

۵- بحث علمی در مورد مبنای قواعد حقوقی موجب ظهور و تکامل مکتب حقوق فطری شد. این مکتب معتقد بود که قواعد حقوقی برحسب مکان و زمان متغیر می‌باشد و به قول پاسکال یک خط فرضی رودخانه یا سلسله جبال موجب می‌شود امری که در یک طرف مجاز و مستحسن است در طرف دیگر ممنوع و مستوجب مجازات باشد. این مکتب می‌کوشید به کمک عقل و منطق این قوانین مطلق و عمومی که از فطرت و طبیعت انسان و اشیاء سرچشمه می‌گیرد جستجو کرده و بیابد و پس از یافتن آنها را مدون نماید استفاده از عقل و منطق حقوقی که در رم متداول بود توسط این مکتب بکار بسته شد پس از یافتن قواعد به زعم خویش به جمع‌آوری

<sup>2</sup> - St. Thomas d'Aquin

و تدوین آنها اهتمام گردید تمایل به تدوین و تنظیم قوانین از دنباله‌های این مکتب است. مکتب جدید در قلمرو حقوق خصوصی چندان کاری نکرد زیرا تمام روابط افراد در حقوق رم مورد تنظیم و قانونگذاری قرار گرفته بود این مکتب قواعد مزبور را جمع‌آوری نموده و سپس می‌کوشید که آنها را با حالات جدید تطبیق دهد و از طرفی قاعده کلی و همگانی را استنتاج کرده و همه اروپا را در تحت آنگونه قواعد وحدت بخشد.

در حقوق رم اصولاً برای دولت و یا حکومت وظیفه‌ای نمی‌شناختند و به نظر آنان وظیفه دولت حکومت کردن و ایجاد نظم بوده و وظیفه مردم اطاعت، علیهذا حقوق عمومی در دوران عظمت رم موضوع نداشت. مکتب حقوق فطری در این زمینه که خالی بود قدمهای مفید و مؤثری برداشته است و علم حقوق را به ماوراء حکومت تسری داد، به نحوی که اساس مسئله دولت و حکومت را نیز تحت ضابطه‌ای درآورد. بدین طریق سه اثر از این مکتب مشاهده می‌شود:

اول- رواج مجدد حقوق و اتکای به عقل و منطق حقوقی

دوم- تدوین قوانین و مقررات.

سوم- توسعه علم حقوق و میان کشیدن مسئله حکومت و دولت:

#### تقسیم بندی علم حقوق به عمومی و خصوصی و مبنای آن

۶- تقسیم‌بندی علم حقوق به حقوق عمومی و حقوق خصوصی در این دوران وارد حقوق اروپائی شد. در انگلستان از قرن ۱۱ میلادی وحدت حقوقی ایجاد گردید - بعداً مشروحاً مورد بحث قرار خواهد گرفت که - تقسیم‌بندی علم حقوق به عمومی و خصوصی موضوع نداشت زیرا مبنای ورود این تقسیم‌بندی آن بود که تا قبل از پیدایش مکتب حقوق فطری برای دولت وظیفه‌ای نمی‌شناختند و حقوق فطری برای دولت نیز حدود وظیفه ایجاد نموده بود، به دنباله آن سیستمهای حقوقی مانند انگلستان دولت و افراد را در مقام حل اختلاف برابر می‌دانستند و لذا چنین تقسیم‌بندی قابل پذیرش نبود اما سیستمهای مانند فرانسه در حقوق نوشته به دنباله تأثیر قبلی در حقوق اسلام که از قرن هفتم میلادی آغاز شد خلیفه در رأس سیستم حکومتی حقوقی قرار دارد و مردی عادی است همسان سایر مردم و مانند همانها تحت مقررات قانونی است. داستان تقاضای عمر در بدو خلافت از مردم و پاسخ تند یکی از مستمعین نمایانگر این حقیقت است و همچنین داستانهای فراوانی از محاکمات خلفای راشدین (چه بعنوان فردی و چه بعنوان خلیفه) یا افراد عادی نیز حاکی از این حقیقت است که حکومت و حاکمها محدود به حدود قانونی است و حتی در مقابل اخذ مالیاتها موظف به انجام وظایفی هستند که اگر انجام ندهند ممکن است مورد بازخواست و محاکمه عادی قرار گیرند، همچنین در انگلستان در زمان غلبه گیوم فاتح از ۱۰۶۹ روشی که اخلاف او در پیش گفتند (در موقع خود تفصیلاً بحث خواهد شد) سیستم حقوقی را بوجود آورد که در آن نیاز به چنین تقسیم‌بندی احساس نمی‌شد و چنین تقسیم‌بندی که به نظر ما کاملاً طبیعی و غیر قابل اجتناب است در حقوق فعلی انگلستان موضوع ندارد.

در اروپا توجه علماء و مکاتب علمی و همچنین دروس دانشگاهها متوجه حقوق رم شد و این فکر در ذهن خواص ایجاد گردید که برای تدوین حقوق می‌باید حقوق رم را احیاء نمود. روابط افراد و خلاصه حقوق ملتها

همان عرف و عادت محلی بود که برحسب ولایات قلمرو فئودالها متفاوت بود معهداً بعد از انقراض رم نیز حقوق آن به نحو غیرمستقیمی و بصورت نیمه جانی ادامه حیات می داد. بسیاری از قواعد عرفهای محلی در ذهن مردم جای گرفته بود برای تدوین حقوق دو راه بنظر می رسید اول آنکه عین حقوق رم احیاء شود دوم آنکه عرف و عادت محلی مستقر گردد.

#### دورانهای قبل از انقلاب کبیر فرانسه

۷- در انگلستان تمرکزی که ایجاد شده بود و نرماندها بعد از تصرف خاک انگلستان می خواستند سراسر قلمرو خود را وحدت بخشیده و حکومت خویش را استقرار دهند دادگاههایی که تأسیس نمودند در این مسیر قدم برداشت که عرفهای متفاوت را بهم نزدیک کرده و عرف مشترکی را برای تمام مملکت بوجود آورد که تشکیل کامن لاو (قانون مشترک) نتیجه و محصول این کوشش است. اما در اروپا با استقرار عادات مختلف محلی، نبودن یک حکومت که بخواهد این تفاوتها را وحدت بخشد چنین مسیری برگزیده نشد و حقوق از جنبه تئوری و تدریسی همان حقوق رم بود و از جنبه عملی مقررات عرفهای متفاوت محلها را کوشیدند در مجموعه های مدونی جمع آوری کنند و مورد عمل قرار دهند. اما چون عرف همواره از گذشته سرچشمه می گیرد و قادر به حل و فصل مسایل آینده و بدون سابقه نیست لذا مسائلی که جدیداً در میان مردم مطرح می شد قابل حل و فصل با عرف نبود، در اینجا بود که تحت تأثیر علمی علماء راه حل آن طبق عقل و منطق حقوقی از حقوق رم استخراج می گردید.

#### پارلمانهای فرانسه

۸- دادگاههای محلی که بنام پارلمان نامیده می شدند کم کم در تدوین و اعلام حقوق نقش مؤثری را ایفا نمودند این دادگاهها گرچه با نظریات علمی حقوقی نیز آشنا بودند ولی نقش مستقل از دانشگاه داشته برای خود وظیفه دیگری قایل بودند که آن اداره مملکت و استقرار نظم صلح قضائی بود. در این مسیر چه به حقوق رم و چه به عرف استناد می کردند اما به هر جهت مصلحت شاه یعنی حفظ آرامش را رعایت کرده و بر طبق اصول انصاف رأی می دادند.

پارلمانها در قضیه ای که مطرح می شد اگر سابقه نداشت بجای اینکه حکم مورد را صادر نمایند حکم کلی می دادند و این احکام به منزله قانون آینده تلقی می شد و به همین نحو حقوقی مبتنی بر عرف به توسط مراجع یا محاکمی که تحت تأثیر حقوق رم بودند تدوین می شد. آراء پارلمان پاریس کم کم بواسطه تفوقی که بر سایرین داشت بیشتر مورد اقبال واقع شده عمومیت می یافت. شاه در قلمرو کار و علم این دادگاهها دخالتی نمی کرد فقط در مورد مسائل مربوط به حفظ و نگهداری نظم و امنیت و همچنین تشکیل و طرز دادگاهها احیاناً فرامینی صادر می نمود.

در زمینه حقوق خصوصی بنا به گفته ژرژ ریر<sup>۳</sup> فیلسوف و حقوقدان فرانسوی «لوئی چهاردهم که ما او را دیکتاتور می نامیم هرگز جرئت نمی کرد و به خود اجازه نمی داد در زمینه مسائلی که امروز قوه مقننه به سهولت

<sup>3</sup> - George Ripert

قانون لازم الاجرا تصویب می‌نماید دستوری صادر نماید، وی مثلاً هرگز در مورد روابط زوجین و مسائل صرفاً شخصی و عاطفی مردم فرمان صادر نمی‌کرد اما مقنن به اصطلاح دمکرات امروز در تمام شئون برای مردم تعیین تکلیف می‌کند». رنه داوید دخالت پادشاه را در صدور فرامین به اختیارات خلیفه اسلامی تشبیه می‌کند که بدون داشتن حق تغییر قانون می‌تواند فرامینی در مورد بهتر اجراء شدن آن صادر نماید.

#### دوران تدوین قوانین

۹- دو رشته حقوق به موازات یکدیگر در حرکت بودند. در دانشگاه‌ها حقوق رم تدریس و بحث می‌شد و با ریزه کاری‌های خاص فنی مسائل حقوقی مطرح می‌گردید و در جامعه و روابط عادی بین مردم مقررات مدون نشده عرف حاکم بود، پارلمان که بصورت دادگاه و مقنن تشکیل شده بود ضمن اینکه از لحاظ علمی در سطح عالی قرار داشته طبعاً با علما در تماس بوده و تحت تأثیر حقوق رم نیز بود اما حقوق عرفی را مورد عمل قرار می‌داد. بارها تصمیم گرفته شد مقررات حقوقی جمع‌آوری و تدوین گردد و حتی لوئی ۱۴ قصد داشت مقررات حقوقی و قانون فرانسه را جمع‌آوری و تدوین کند اما توفیق نیافت.

مکتب حقوق فطری معتقد بود که قوانین فطری و طبیعی باید به کمک عقل و منطق حقوقی جستجو و استخراج شده جمع‌آوری گردد کامباسرس فیلسوف و حقوقدان این مکتب می‌گفت: «بایستی مجموعه قوانین فطری که آزادی ضامن وجود آن عقل ضمانت اجرای آن محسوب می‌شود تدوین گردد» وی گرچه حکومت را مجاز نمی‌دانست که قانون تصویب و اجرا نماید اما بمنظور وصول به هدف خود یعنی استقرار مجموعه قوانین فطری این بدعت را مجاز می‌دانست که رئیس مملکت یکبار چنین قانونی را تصویب و دستور اجراء صادر کند. اما قبول این بدعت ولو برای یکبار موجب آن می‌شود که از آن پس رئیس مملکت خود را مجاز بداند که هرچه را اراده کرد بعنوان قانون تصویب و بر ملت تحمیل نماید بدون اینکه مطابقت آن را با قانون فطری در نظر گیرد.

بعد از انقلاب بارها کمیونتهائی مأمور تدوین قانون مدنی فرانسه شدند ولی توفیق نیافتند تا در زمان ناپلئون شورای دولتی فرانسه که از علماء و حقوقدانان دانشمند تشکیل یافته بود این قانون را فراهم آورد. ناپلئون معتقد بود که دیگر دوران «ویران کردن» انقلابی گذشته است و باید سازندگی را شروع کرد و می‌گفت: «داستان انقلاب تمام شد باید تاریخ آن را شروع کرد و متوجه جنبه‌های واقعی و ممکن الوصول بود...». در غالب جلسات این شورا ناپلئون شخصاً حضور می‌یافت و چند مورد معدود خود نیز در مباحثات علمی شرکت کرده اظهار نظر می‌نمود. وی تصویب کدهای قانونی را آنقدر مهم می‌دانست که آن را هم ارج تمام فتوحات جنگی خویش قلمداد می‌نمود.

#### سود و زیان تدوین

۱۰- تدوین قانون مدنی فرانسه موجب گردید که عرفهای متفاوت محلی کم‌کم محو شد و زیر لوای قانون واحد وحدت سیاسی بهتر تأمین شود. مقدمات این امر را قبلاً پارلمانها فراهم کرده بودند و بخصوص متدرجاً که پارلمان پاریس اهمیت بیشتری یافته بود آراء آن مورد استفاده و استنتاج سایر پارلمانها قرار می‌گرفت حتی

قبل از تدوین قانون مدنی فرانسه گروه‌های مهاجرین فرانسوی و کانادا در ایالت کبک مجموعه آراء پارلمان فرانسه را بصورت قانون مدنی در آوردند بطوری که بعد از تدوین قانون مدنی فرانسه مهاجرین احتیاج به اقتباس آن نداشتند. با توجه به سوابق تاریخی و همچنین نظریه مکتب حقوق فطری اهمیت شایانی که تهیه‌کنندگان این کدها برای مجموعه قوانین خود قائل بودند موجب شده بود که آن را لایتغیر تلقی کرده و حتی ناپلئون ضمن فتوحات خود به هر جا که می‌رفت قانون مدنی را هم همراه قشون خود می‌برد. بعدها متدرجاً ممالک مزبور آن قانون را طرد کردند و خود قوانین جدید تصویب نمودند که بدیهی است اثر قانون مدنی فرانسه در آنها کاملاً مشهود است.

این ایراد را بر تدوین قانون وارد می‌کنند که وحدت حقوقی که تقریباً در اروپا برقرار بود در اثر این امر دچار تزلزل شد و در داخله سیستمهای حقوقی رومانو-ژرمانیک انشعابات بوجود آورد.

### تقسیم بندی و نظریات حقوقی

#### پیدایش حقوق عمومی و بررسی وظیفه دولت و کنترل آن

۱۱- در رم قدیم تقسیم‌بندی حقوق عمومی و حقوق خصوصی وجود نداشت و رشته‌ای بنام حقوق اساسی یا حقوق اداری شناخته نبود و حتی حقوق جزا نیز از انشعابات حقوق خصوصی تلقی می‌شد زیرا غالباً برای ضمانت اجرای روابط افراد وضع می‌شد. با پیدایش مکتب حقوق فطری و نیز نفی جنبه الهی بودن حکومت کوشش شد مقرراتی که تشکیل و اداره حکومت را منظم می‌سازد تدوین گردد و بر مبنای یافتن قواعد مطابق در واقع حکومت و دولت هم در قلمرو علم حقوق قرار داده شود. در این زمینه دو سوال پیش می‌آید که کوشش حقوقی عمومی در راه پاسخ به آن نتایج و آراء متفاوت منتج شده و هر سیستمی روش بخصوصی در این مورد اتخاذ می‌کند.

اولاً اگر قانون مظهر اداره ملت‌ها بوده مردم هرچه را بخواهند قانون تلقی می‌شود و دولت نیز نماینده و مظهر ملت است پس دیگر دولت چگونه می‌تواند مقید باشد.

ثانیاً با تدوین تعهدات و وظایف دولت چگونه می‌توان رعایت آن وظایف را کنترل نمود و محاکمی که خود به هر جهت جزئی از این پنیر (دستگاه حاکمه) هستند چگونه می‌توانند قضاوت کنند و نتیجه قضاوت را اجرا نمایند.

#### نقش سه قوه مملکتی در سیستم رومانوژرمانیک

۱۲- در سیستم‌های حقوقی گروه حقوق نوشته یا رومانو-ژرمانیک امروز قوه مقننه را مظهر اراده ملت می‌دانند و بهمین جهت این قوه در تدوین قانون هیچ محدودیتی ندارد و حتی کنترل مطابقت قوانین عادی با قوانین اساسی غیرممکن است و دو قوه دیگر یعنی مجریه و قضائیه نسبت به مقننه تابعیت دارند و بنابراین مقننه برای ایجاد وظایف و محدودیتهای آن دو قوه دیگر مقررات و قوانینی را تصویب نموده و رابطه آنان با ملت بواسطه تصمیمات قوه مقننه تدوین می‌گردد اما قوه مقننه خود به هیچ قیدی مقید نیست. در این سیستمها قوه مجریه و قضائیه در واقع قدرت خود را از قانون یعنی تصمیم قوه مقننه می‌گیرند نه از اراده مستقیم ملت اما در سیستم

انگلستان هر سه قوه خود را مأمور از طرف ملت می‌دانند و قوانین مصوبه عملاً وقتی در زندگی مردم وارد می‌شود که بر مبنای آنها آرائی از مراجع قضائی قوه قضائیه صادر شود یا در آمریکا دیوان عالی حق دارد قوانین مخالف قانون اساسی را باطل نماید.

۱۳- در سیستمهای رومانو- ژرمانیک (که ما فرانسه را بعنوان مدل تحت بررسی بیشتر قرار می‌دهیم) تقسیم‌بندیهای مشابهی از رشته‌های علم حقوق دارد و بخصوص در زمینه حقوق خصوصی و مبحث تعهدات و ازدواج که از حقوق رم و عرف و حقوق کلیسا سرچشمه می‌گیرد غالب نهادهای حقوقی در این کشورها مشابه است و اصطلاحات مشابهی بکار برده می‌شود و بهمین جهت ترجمه متون حقوقی به یکدیگر آسان است.

#### منابع حقوق در سیستم‌های حقوق نوشته

۱۴- منابع اصلی علم حقوق در این سیستمها را بطور کلی عبارت می‌دانند از:

۱. قانون
۲. عرف
۳. رویه قضائی
۴. عقاید علمای حقوق

و بعضی بر این چهار منبع پنجمی نیز اضافه کرده و اصول کلی حقوقی را بعنوان منبع اسم می‌برند. گرچه اصول کلی حقوقی مبنائی مسلم در علم حقوق است اما این اصول اگر مذکور در قانون باشند عنوان قانون آن را در بر می‌گیرد و اگر مبتنی بر رویه قضائی باشد جزء رویه قضائی محسوب می‌شود و بنابراین بعنوان منشأ مستقلی نمی‌توان از آن نام برد.

#### اول: قانون

۱۵- در سیستم حقوق نوشته قانون منشأ اصلی حقوق و حق است بنحوی که در خارج از قانون وجود حق تصور نمی‌شود. ازدیاد قدرت مقننه و دخالت تدریجی دولت‌ها در کلیه امور و توسعه حقوق عمومی کم‌کم قانون را در اذهان عمومی از حق به معنای اخلاقی آن متمایز ساخت اما علم حقوق همواره مبنای خود را در قانون جستجو می‌کند در این زمینه ژرژ پیر حقوقدان مشهور فرانسوی معتقد است که: «وظیفه حقوقدان در تفسیر آنچه به تصویب می‌رسد خلاصه نمی‌شود بلکه علم حقوق محدوده وسیعتری دارد که خود مقننه را نیز در بر می‌گیرد».

#### سلسله مراتب قانون

۱۶- منظور از قانون نه تنها مصوباتی است که مقننه به تصویب می‌رساند بلکه آئین‌نامه‌ها و نظاماتی که قوه مجریه نیز در حدود اختیار قانونی خویش تصویب می‌کند در زمره منابع حقوق و بعنوان قانون نام برده می‌شود. سلسله مراتب این مقررات بنحو زیر است:

۱. قانون اساسی

۲. قوانین عادی و قراردادهای منعقدہ بین دول

۳. لوایح قانونی مصوبه

۴. آئین‌نامه‌ها و نظامنامه‌ها

۵. بخشنامه‌ها

#### مطابقت قانون عادی با قانون اساسی و کنترل آن

۱۸- قانون اساسی در سیستمهای حقوق نوشته منطقی‌اً از برتری برخوردار است و مقننه و مجریه موظف هستند مصوبات خود را با آن تطبیق دهند اما چون برای مطابقت قانون عادی با قانون اساسی ضمانت اجرای موثری وجود ندارد در عمل قانون اساسی و قانون عادی ارزش قضائی برابری دارند حتی می‌توان گفت قانون عادی اعتبار و قدرت بیشتری دارد و در واقع حیثیت خاص قانون اساسی بواسطه خصوصیت سیاسی آن است که محصول کار هیئت مقننه فوق‌العاده می‌باشد.

در آلمان ماده ۳۰ قانون اساسی فدرال می‌گوید «قوه مقننه باید قانون و حقوق را رعایت کند و در برابر دستوری مخالف با این قاعده هر آلمانی حق دارد در صورتی که نتواند از طریق دیگری آن را ابطال کند در برابر آن مقاومت نماید». دیوان عالی فدرال سوئیس قوانین کانتون‌ها را در صورت تضاد با قانون اساسی فدرال ابطال می‌کند یا در شرایط خاصی که عده معینی از مردم تقاضا نمایند قانون تصویب شده قطعی را برای قبول یا رد عمومی در معرض رفراندوم قرار می‌دهند.

#### معاهدات بین‌المللی

۱۸- قوانین عادی و معاهدات بین‌المللی هر دو به تصویب مجلس مقننه عادی می‌رسد و بنابراین غالب حقوقدانها و سیستمهای حقوق نوشته آن دو را هم‌ردیف می‌دانند ولی بعضی معتقدند که چون در انعقاد معاهدات بین‌المللی اراده دو ملت ابراز می‌شود و متوافق می‌گردد باید آن را بر قانون داخلی که مظهر اراده یک ملت است برتری داد و قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه از این قبیل است.

#### لوایح قانونی

۱۹- لوایح قانونی هر چندگاه یکبار به اشکال مختلف در بعضی سیستمهای حقوقی (فرانسه، ایران و سوئیس و...) به چشم می‌خورد که مقنن به شخصی معین یا مرجع معین اختیار می‌دهد در قلمرو خاصی وضع قانون کرده به اجرای آزمایشی آن اقدام نماید و نتیجه امر را برای اتخاذ تصمیم نهائی به قوه مقننه گزارش دهد. هم‌اکنون در حقوق ما لوایح قانونی فراوانی مورد عمل است که مقنن به کمیسیونهای مجلسین اختیار تصویب بعضی مقررات را داده است.

در مورد این لوایح قانونی از این نظر که بمنزله قانون تلقی می‌شود ظاهراً مرجعی نباید بتواند مطابقت آنها را با قانون اساسی کنترل نماید اما چون تصویب لوایح قانونی به مستند اعطای اختیارات تقنینی است و مقنن گرچه خود عملاً قانونی مخالف با قانون اساسی تصویب می‌کند اما از نظر اصول حق این کار را ندارد در اعطای

اختیارات نیز قوه مقننه اختیاراتی را می‌تواند اعطا کند که خود حائز باشد و علیهذا تصویب لایحه برخلاف قانون اساسی علی القاعده باید بعنوان تجاوز از اختیارات تلقی گردد و ابطال شود. در ایران لوایح مصوبه کمیسیونهای مجلسین را مشمول کنترل نمی‌دانند اما لوایح مصوبه شخص فقط در صورتی که از موارد مصرحه اختیارات تجاوز شده باشد را مشمول می‌دانند.

#### آئین نامه‌ها و نظامنامه‌ها

۲۰- آئین نامه‌ها و نظامنامه‌ها باید فقط در اموری باشد که تصویب آن علی الاصول در اختیار قوه مقننه است و یا بموجب اختیاری باشد که مقنن در طی قانون بقوه مجریه اعطا می‌کند و نیز باید با قوانین عادی و اساسی منطبق باشد. محاکم قضائی (در فرانسه بلژیک، سوئیس، آلمان، ایران) آئین‌نامه‌ای را که برخلاف مقررات قانون و یا خارج از حدود اختیارات باشد اجرا نخواهند کرد. اصل ۸۹ متمم قانون اساسی ایران مقرر می‌دارد (دیوانخانه عدلیه و محکمه‌ها وقتی احکام و نظامنامه‌های عمومی و یا ایالتی را مجری خواهند داشت که آنها مطابق با قانون باشند).

در ایران و فرانسه محاکم قضائی در هر مورد به چنین آئین‌نامه یا تصویب‌نامه‌ای برخورد کردند موظف هستند در همان مورد و پرونده خاص از اجرای آن خودداری کنند اما نمی‌توانند بطور کلی آن را ابطال نمایند اما در فرانسه بررسی قرار داده و چنانچه آن را با قانون منطبق ندانست ابطال کند.

#### دوم: عرف

۲۱- روانشناسان حرکات انسان را از جنبه نیروی محرکه‌ای که باعث عمل شده است به چهار گروه تقسیم کرده‌اند:

۱. حرکات غریزی
۲. حرکات واکنشی
۳. حرکات ارادی
۴. حرکات عادی

عادت در اصطلاح علم حقوق عبارت است از اتخاذ روش خاصی برای رفع نیازمندیهای خویش به نحوی که برای رفع هر نیازمندی همیشه روش واحدی اتخاذ شود. عرف عبارت است از عادت‌تی که منشأ اولیه آن تفکر و اختیار بوده و افراد یک جامعه حرکات ارادی مسبوق به تعقل و اختیار را مدت‌های مدید بصورت واحد و یکنواختی تکرار کرده بصورت عادی در آورند بنابر این عرف خاص از عادت تلقی می‌شود.

#### تشکیل تدریجی عرف

۲۲- تشکیل عرف و عادت مراحل دارد که می‌توان بدین نحو خلاصه کرد: بدو موضوعی بصورت عادی در بین مردم شایع می‌شود و افراد بدان عادت پیدا می‌کنند بدون اینکه آن امر الزامی تلقی شود مانند بسیاری عادات شخصی، در مرحله بعد این عادت به صورت متداول درآمده و حالت روانی الزام‌آور آن از افراد تجاوز



می‌کند. در مرحله سوم این معمول در منطقه وسیعی و فی‌المثل در مملکتی متداول شده و همگانی می‌شود بطوری که هر فرد توقع دارد که سایرین بدانگونه رفتار نمایند.

#### فرق عرف و مد

۲۳- از همین تعریف و ذکر مراحل عرف می‌توانیم فرق بین عرف و مد را تشخیص دهیم زیرا عرف در طی سالیان دراز نوعی حالت اجبار پیدا کرده و افراد از لحاظ روانشناسی خود را ملزم به رعایت آن می‌دانند و سایرین نیز انجام این الزام را کنترل می‌کنند و حال آنکه مد این الزام را ندارد و صرفاً جنبه زیباپسندی را برحسب سلیقه شخصی (یا اشخاص) تأمین می‌کند.

فی‌المثل اگر کسی رعایت صف و نوبت را که عرف است ننماید مورد ملامت شدید و اعتراض سخت دیگران واقع می‌شود اما اگر کراوات نزند و شلوار و لباس برحسب مد روز نپوشد مورد ملامت همگانی واقع نمی‌شود. به عبارت دیگر عادت تقلید از گذشته است و ریشه آن در سابقه جامعه است ولی مد مانند چنگک و شاخه به آینده قلاب شده و بزعم خویش جامعه را می‌خواهد رو به آینده ببرد. عادت بیشتر جنبه عمومی و هماهنگی داشته و مسبوق به تعقل و اختیار است ولی مد اختصاصی تر بوده و بستگی به سلیقه‌های فردی دارد.

۲۴- عرف منبع مستقل حقوق تلقی نمی‌شود بلکه در سیستمهای حقوق نوشته از آن جهت به عرف اعتبار می‌دهند که قانون خود در موارد متعددی رجوع به عرف را دستور داده است و در واقع اعتبار آن ناشی از دستور قانون است.

عرف برای اینکه الزام‌آور باشد باید مسلم و قطعی باشد و قانون مدنی ایران بارها امر را به «عرف مسلم» ارجاع می‌نماید و حتی در سیستمهای حقوقی عرفی نیز مسلم بودن عرف که نتیجه قدمت آن است شرط اساسی اعتبار به آن می‌باشد مثلاً در حقوق انگلستان عرفی مسلم و قدیمی به حساب می‌آید که قبل از ۱۱۸۹ موجود بوده است. به استثنای مسائل حقوق تجارت که عرف مؤخر از آن تاریخ نیز قابل قبول است. اما همینکه عرفی موجود بود فرض بر آن است که این عرف قدیمی و مسلم است مگر اینکه حدوث آن ثابت شود و یا نحوه عرف مقتضای حدوث آن باشد (فی‌المثل عرف در مورد مسایل مربوط به اتومبیل و غیره).

#### موافقین و مخالفین عرف

۲۵- موافقین و مخالفین عرف سیستمهای حقوق نوشته و حقوق عرفی، قانون و عرف را منبع حقوق می‌دانند اما در سیستم اهمیت و اولویت را به یکی از آن دو می‌دهند.

اولویت عرف را می‌توان جلوه‌ای از حقوق پیرو دانست که پیروی حقوق از آراء مردم مستقیم و دائمی است. در سیستمهای دموکراسی که اولویت و قاطعیت با قانون است گرچه اساس سیستم حقوقی بر پیروی از آراء مردم قرار دارد ولی این پیروی بصورت تصویب قانون (بر مبنای خواست مردم) جلوه می‌کند و قانون بعد از تصویب پیشرو علم حقوق و ملت قرار می‌گیرد.

عمده ادله موافقین اولویت عرف در انتقاد بر قانون آن است که با استناد به مکتب تاریخی حقوق و تحول مداوم آن می‌گویند:

اولاً قانون چون عمومیت بیشتری دارد بر همگان و بالنتیجه بر بسیاری افراد که آشنا بدان نیستند تحمیل شده و نمی‌تواند همه جا مطابق عدالت باشد حال آنکه عرف آن عمومیت را ندارد. ثانیاً قانون ثابت است و تغییر آن ممکن نیست مگر آنکه بعد از مدت‌ها اجرا و احساس نارضایتی مردم اقدام به تغییر آن شود و گرچه خود ثبات موجب اطمینان خاطر می‌گردد اما نارضایتی‌های فراوانی احیاناً ایجاد می‌کند.

ثالثاً قانون نمی‌تواند تمام حالات ممکنه را پیش بینی کند.

بعضی از حقوق‌دانان انگلیسی حقوق و طرز اداره جامعه را به طرز تربیت و نگاه داری حیوان خانگی مثلاً سگ تشبیه کرده می‌گویند شما هرگز برای سگ خود قانون وضع و ابلاغ نمی‌کنید هر وقت کار بدی کرد او را تنبیه می‌کنید و هر وقت کار خوبی کرد پاداش می‌دهید و خود آن حیوان متدرجاً از مجموعه تنبیهات و پاداشها روش متناسب را درک می‌کند.

اما موافقین اولویت قانون همان عدم ثبات را بر عرف ایراد می‌کنند و معتقدند که عرف ناشی از عواطف و احساسات مردم است و بیشتر تابع غریزه است تا تعقل از طرفی بواسطه ابهام و مجمل بودن دستاویز مناسبی است برای اینکه حکومت‌های خودکامه آنچه را می‌خواهند بنام عرف تحمیل می‌نمایند.

#### سوم رویه قضائی

۲۶- در سیستم‌های حقوق نوشته قاضی تابع قانون است و برای رأی خویش باید از مواد مصوبه قبلی استفاده نماید.

با توجه به اینکه مقنن نمی‌تواند کلیه حالات را پیش‌بینی کند و جامعه در رشد و حرکت اجتماعی خود به مسائلی برخورد می‌کند که قانون پیش‌بینی نکرده است ولی قاضی نمی‌تواند به هیچ بهانه‌ای از صدور رأی خودداری کند و ناچار است مسائل مطروحه را حل کند لذا در این مورد تفسیری که قوه قضائیه از قانون بعمل می‌آورد و یا اصول کلی حقوقی که ابداع می‌نماید یکی از منابع حقوق محسوب می‌شود.

در چنین مواردی قاضی با توجه به روح قانون و نیت مقنن حکم مسئله را حل می‌کند اما به قول بالو بوپره رئیس وقت دیوان کشور فرانسه در ۱۹۰۸ وقتی عبارت قانون مبهم باشد قاضی نباید درصدد برآید تا بفهمد فرضاً نظر قانونگذار در صد سال قبل چه بوده است بلکه باید تحقیق نماید که هرگاه این قانون در عصر حاضر به تصویب می‌رسد قانونگذار از آن چه منظوری باید داشته باشد.

چنین است که مثلاً قانون جزای فرانسه سرقت را ربودن مال غیر به نحو متقلبانه تعریف می‌کند. بعدها که برق بوجود آمد همان ماده سرقت را بر سرقت برق نیز تطبیق دادند و حال آنکه مسلماً تعریف فوق بر سرقت برق تطبیق نمی‌کند (حقوق ایران نیز همین گونه است). یا در تفسیر قوانین اصولی از قبیل سوءاستفاده از اعمال حق، مسئولیت دارنده شیئی بی‌جان، غنی شدن بدون جهت که موجب اضرار به غیر باشد اصولی استنتاج کرده است که حتی گاهی در قوانین بعدی مقنن نیز به آن اشاره کرده است.

یا در قوانین اسلام خمر تحریم شده است و بر این تحریم آثار حقوقی از قبیل عدم مالکیت مسلمان بر آن یا عدم صحت بیع آن بار شده است، در بدو تشریح این حرمت لغت خمر بر شراب انگور و خرما تلقی می‌شد زیرا

هنوز نمی‌توانستند از سایر مواد مشروب تهیه نمایند اما بعداً که علیرغم عده معدودی از فقهای اهل سنت و فقهای شیعه آن را بر هر یک از انواع شراب که سکر بیاورد اطلاق نمودند و از صد سال قبل فقهای شیعه حرمت را به مواد مخدر از قبیل تریاک و غیره نیز تسری دادند (کتاب ذوالفقار<sup>۴</sup> و تفسیر بیان السعاده<sup>۵</sup>).

#### الزام یا عدم الزام اطاعت در رویه قضائی

۲۷- در سیستم حقوق عرفی چون محاکم موظف به رعایت آراء سابق الصدور می‌باشند در واقع عرف وقتی بصورت قاعده حقوقی درمی‌آید که مورد رأی محکمه‌ای قرار گیرد اما الزام به رعایت سابقه در سیستم حقوق نوشته وجود ندارد و رویه قضائی ممکن است تفسیر جدیدی از قانون و اصول که مخالف آراء سابق باشد بعمل آورد. استثنائاً در آلمان آراء صادره از «دیوان فدرال عدالت اساسی» برای محاکم لازم الاجراست و از این حیث رعایت سابقه الزامی است و همچنین در سوئیس رأی دیوان عالی فدرال مبنی بر «مخالف بودن قانون ایالتی با قانون اساسی فدرال» سابقه الزامی تلقی می‌شود. در ایران نیز تحت شرایط خاصی رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور الزام‌آور بوده و حکم قانون را دارد و این امر شاید تا حدی تحت تأثیر حقوق اسلامی بوده که حجیت اجماع را با روش حقوق غربی تلفیق کرده است.

#### چهارم نظریات علمای حقوق

۲۸- نظریات علمای حقوق گرچه بطور مستقیم اثری محسوس ندارد اما تأثیر فراوان و غیرمستقیم آن از جهات متعدد محسوس است.

الف- بسیاری از دانشمندان و علمای حقوق خود منشأ خدمات قضائی نیز هستند و نظریات خویش را بصورت آراء ابراز می‌کنند و یا به اشتغال به شغل و کالت نظریات خویش را در معرض قضاوت گذارده و قاضی با بررسی دو نظر مخالف یا متضاد رأیی صادر می‌کند که از یکی از دو دکتترین متفاوت متأثر است.

ب- بسیاری از نمایندگان مقننه خود صاحب نظر بوده و یا تحصیلات حقوقی کرده و از نظریات علمی آگاه می‌شوند و عندالاقضاء باعث می‌شوند آن نظریات بصورت قانون مدون درآید در اینجا نظریه و انتقاد ژرژریپیر را یادآور می‌شویم که معتقد است علم حقوق نباید مصنوعات مقننه را موضوع علم قرار دهد بلکه خود مقننه نیز باید تابع علم حقوق باشد با تکیه بر این نقش اخیر دکتترین و توسعه

<sup>۴</sup> - حضرت حاج ملا علی بیدختی گنابادی، ذوالفقار، در حرمت کشیدن تریاک، چاپ چهارم، انتشارات حقیقت، ۱۳۸۲، تهران، باب ششم از فقره چهارم، صص ۷۳-۶۹.

<sup>۵</sup> - حضرت حاج ملا سلطانمحمد بیدختی گنابادی، بیان السعاده فی مقامات العبادة، چاپ دوم، در چهار مجلد قطع رقعی در سال ۱۳۴۴ شمسی در چاپخانه دانشگاه تهران به طبع رسیده است. این تفسیر به زبان عربی است و ظرافت کلامی منحصر به فردی دارد که ترجمه آن کیفیات عبارات و اشارات آن را تنزل می‌دهد. ترجمه فارسی آن توسط محمدآقا رضاخانی و دکتر حشمت‌الله ریاضی، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۷، تهران، موجود است ولی استفاده از آن بدون مراجعه به متن اصلی کافی نیست لذا مترجمان متن فارسی را با متن عربی در مجلدات چاپی با هم آورده‌اند.

آن تا حدی نظر ژرژپیر نیز تأمین می‌گردد.

### پنجم اصول کلی حقوقی

۲۹- اصول کلی حقوقی- در سیستم حقوق نوشته مقنن ضمن تنظیم قانون قواعدی را به عنوان اصول کلی حقوقی بیان می‌کند این اصول اگرچه جزء قانون است و تعیین و تغییر آن در اختیار مقنن می‌باشد معهذا عمومیت و دوام آن از سایر مواد قانونی و سایر مصوبات مقننه بیشتر است زیرا با روحیه مردم متناسب بوده و عامه بدان آشنائی بیشتری دارند و در واقع برنامه زندگی آنها را تعیین می‌کند تا رفتار خود را بر طبق آن تنظیم کنند و این اصول در قوانین متعدد بطور صریح یا ضمنی مورد اتکاء قرار می‌گیرد. مثلاً اصل لزوم عقود، اصل آزادی اراده فردی در انعقاد عقد.

گاهی اصول موضوعه و مقررات قانونی کافی نبوده و یا مصلحت جامعه و روح قانون قوه قضائیه را رهبری می‌کند که بنحو خاصی اتخاذ تصمیم کند. چنین تصمیماتی با تکرار و مورد اقبال واقع شدن بعنوان اصل کلی در متن حقوق وارد می‌شود. مثلاً مسئولیت دارنده مال در برابر خسارتی که از این مال به دیگران وارد می‌شود اول بار بعنوان اصل از طرف رویه قضائی بلژیک مستند به ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی ناپلئون اعلام شد و سپس در رویه قضائی فرانسه نیز وارد گردید یا نظریه سوءاستفاده از حق که از طرف علمای حقوق مطرح می‌شد اول بار در سوئیس مطرح شد و سپس در فرانسه مورد قبول رویه قضائی واقع گردید و در موارد مختلف مورد استفاده قرار گرفت.

## **نظام حقوقی کامن لا و انگلستان**

### نحوه تشکیل حقوق انگلستان و مراحل آن

۳۰- حقوق فعلی انگلستان با کمک سیستم خاص خود به نحوه تدریجی تشکیل شده است و در واقع هر وقت ضرورتی و موردی پیشآمد کرده قاعده حقوقی مخصوص آن مورد از طرف محاکم انشاء گردیده است. بنابر این بررسی حقوق انگلستان از بررسی تاریخچه آن جدا شده و فهم آن بیشتر از هر سیستم حقوقی دیگری نیازمند به مطالعه تاریخ تدوین آن می‌باشد.

این سیستم در طی قرون ضامن استقلال و حیثیت انگلستان و ازدیاد روزافزون نفوذ وی در خارج مملکت و تأمین آزادی‌ها و عظمت آن در داخل کشور بوده است. قاضی انگلیسی دادگاه لاهه در دعوی مطروحه بین ایران و انگلستان حکم به نفع ایران صادر کرد و استقلال و حیثیت قوه قضائیه انگلستان را به دنیا نشان داد. زیرا وی معتقد بود همانگونه که ملت او قوه معجزه را مأمور اجراء و پیشبرد سیاست نموده است قوه قضائیه را مأمور اعلام حق کرده است.

دولت انگلستان در تمام مستعمرات نظام کلی حقوق خود و طرز دادرسی را که متکی به عرف و عادت و سنن بود و از اخلاق و عقل استمداد می‌کرد پیاده نمود اما در قلمرو امور شخصی و روابط خصوصی افراد آن

مملکت دادگاههای تأسیس نموده عرف محلی را پیاده می کرد نه عرف انگلستان را و بدین نحو شاید سنگینی بار این استعمار چندان محسوس نبود تا سایر استعمارها.

۳۱- تقنین و تشکیل تدریجی حقوق سیستمهای حقوق نوشته که مبتنی بر تقنین است قواعد کلی را قبلاً بوسیله قانون اعلام می کنند و قضات موظفند در موارد خاص حکم قضیه را با منطقی حقوقی استنتاج کنند و بعبارت دیگر یک قیاس منطقی تشکیل دهد که کبرای آن قاعده قانونی است و صغرای آن دعوی مورد طرح و نتیجه این قیاس بصورت حکم قضائی اعلام می شود.

اما حقوقدانان انگلیسی معتقدند که سیستم تصویب قانون به منزله آن است که قاعده‌ای که دیروز نبود امروز بطور ناگهانی بوجود آید و بنابر این حقوق بصورت مقطع و بریده بریده و بدون ارتباط با گذشته خلق می شود حال آنکه در جامعه بشری حقوق بطور ناگهانی توسط قانون بوجود نمی آید بلکه این ملت است که طی تحولات تاریخی خود قواعد حقوقی را تدریجاً بوجود می آورد. بنابر این در لحظه‌ای که دعوی طرح می گردد قاضی باید در عرف مسلم مردم که بصورت آراء محاکم قضائی درآمده است جستجو کند که برای چنین موردی چه قاعده‌ای تجویز کرده‌اند و بعد از یافتن عرف مناسب و رعایت جانب انصاف بر طبق آن رأی صادر کند و اگر این رأی بدون سابقه قبلی باشد ممکن است خود مبناء و مستند آراء بعدی قرار گیرد در واقع رأی قاضی اعلامیه رسمی است مبنی بر اینکه چنین قاعده‌ای وجود دارد.

#### وجه اشتراک سیستم حقوق انگلستان و حقوق رومانوژرمانیک

۳۲- وجه اشتراک دو سیستم - گرچه سیستم حقوق فرانسه به منطقی بودن خود افتخار دارد و سیستم حقوق انگلستان به سنتی بودن و ارتباط مداوم با گذشته افتخار می کند معیناً در هر یک از دو سیستم نشانه‌های خصوصیت دیگری نیز هست.

در سیستم حقوقی فرانسه در تدوین قانون و همچنین صدور آراء و تشکیل رویه قضائی به عرف و سنتهای ملت توجه کامل می شود و همچنین در حقوق انگلستان نیز عقل و منطق خاص آن سیستم حکومت می کند و قواعد انصاف مبتنی بر استنباط عقلانی قاضی است و غالباً دستور انصاف دریچه‌ای است که قضات در موقع مقتضی نظریات علمی جدیدی که در دنیا ابراز می شود از آن دریچه وارد قلمرو علم حقوق می نماید.

۳۳- تاریخ تدوین حقوق انگلستان و رسیدن آن به وضع فعلی را می توان به چهار مرحله تقسیم کرد:  
اول دوران ملوک الطوائفی و قبایل وحشی.

دوم از سال ۱۰۶۹ تصرف انگلستان توسط فرماندها دوران جدید و شروع کامن لاء (بمعنای اخص).

سوم از سال ۱۴۸۵ تا سال ۱۸۳۲ دوران تدوین قواعد انصاف.

چهارم از سال ۱۸۳۲ دوران جدید و وضع فعلی حقوق انگلستان.

#### دوران فرماندها

۳۴- در دورانی که قبایل وحشی بر اروپا تسلط یافته و رم منقرض شده بود ژوت‌ها انگلس‌ها و ساکسون‌ها بر انگلستان فعلی مسلط شده و هفت دولت تشکیل دادند که بعدها متدرجاً تمرکز یافت. حقوق این دوران چندان

مدون و مجهز نبود. با آمدن نورماندها و استیلای کامل آنان در سال ۱۰۶۹ میلادی گرچه بنا به ظاهر غالبین حقوق انگلوساکسن را باقی گذاشتند اما عملاً حقوق خود را به انگلستان وارد نمودند و بدین نحو دوران جدید حقوق انگلستان پایه گذاری شد.

در این دوره گیوم فاتح که خود از فئودالها بود از تجربیات سابق استفاده کرده به هریک از فئودالها میزان کمتری اراضی داد تا قدرت آنان بدان اندازه نرسد که مزاحم قدرت دولت مرکزی باشند. از طرفی دیگر در مواقع ضروری برای ازدیاد مالیاتها و اطمینان از وصول مالیاتهاى جدیدالتصویب از هر فئودالیه نمایندگانی نزد شاهان می آمدند و شاه بعنوان مشورت وضع مالیاتهاى جدید یا ازدیاد آن را بنظر این نمایندگان می رسانید و با تصویب آنان دستور اجراء می داد. این نمایندگان هر بار در برابر تسلیم به پیشنهاد شاه حقوق مزایای جدید برای مردم می گرفتند.

#### دادگاههای دوران نورماندها

۳۵ - در دوران ملوک الطوائفی دادگاههای محلی مذهبی خانی، شاهی وجود داشت. در اواخر قرن سیزدهم دادگاههای شاهی قدرت کامل یافته و سایر مراجع متدرجاً حذف شدند. دادگاههای شاهی سه نوعند:

۱. دادگاههای مالی (دادگاه خزانهدار که مأمور رسیدگی به امور مالی شاه یا ملکه است).
۲. دادگاه دعاوی عمومی مأمور رسیدگی به دعاوی عادی حقوقی افراد مرد بود.
۳. دادگاه شاه (یا ملکه) در مورد کلیه دعاوی وابسته به شاه یا ملکه و بخصوص مربوط به اختلال صلح پادشاه صلاحیت داشت. که هر یک از این دادگاهها می کوشیدند با تفسیر خاص دامنه صلاحیت خود را توسعه دهند.

اگر کسی از احکام این دادگاهها شکایت داشت می توانست مستقیماً به شاه شکایت کند و شاه شکوائیه را به مهرداد خویش که سمت کشیش و مشاور مذهبی را نیز داشت ارجاع می نمود تا وی رسیدگی نماید.

#### ایجاد و تحول کامن لائو

۳۶- بدو عرفهای متفاوت و مختلف در مناطق انگلستان اجرا می گردید و هر ناحیه عرف خود را داشت. بدو قضاتی از طرف پادشاه تعیین شدند که به بازرسی به ایالات می رفتند و سپس به این قضات اختیار داده شد که به امور جزائی و بعداً طی اجازه ای دیگر به امور حقوقی در محل پردازند، از آن پس مقرر شد که این دادگاههای سیار عرض حالها را در محل قبول کرده و آنها را همراه خویش به لندن بیاورند تا در آنجا رسیدگی شود. این رفت و آمد قضات سیار موجب شناسائی عرفهای متفاوت شد و آنها را نیز بهم شناساند و در موضوع عرف معقول تر مورد پذیرش قرار گرفت که این امور و همچنین صدور آراء و تشکیل رویه قضائی موجب وحدت عرفها گردید. لغت کامن لائو حاکی از این مرحله وحدت عرفهاست و در برابر عرفهای محلی بکار برده می شد.

## انصاف در برابر کامن لائو

۳۷- شکایت از دادگاههای شاهی را پادشاه یا ملکه به مهرداد ارجاع می نمودند متدرجاً به مهرداد اختیار داده شد که بدون ارجاع و مستقیماً این شکایات را بپذیرد و تحت رسیدگی قرار دهد، ازدیاد این شکایات باعث شد که مهرداد به تنهایی نتواند به همه آنها رسیدگی کند و قضات خاصی را مأمور رسیدگی بدانها کند که بدین نحو دادگاههای مهرداد بوجود آمد.

++++++

صفحه ۳۰ در جزوه افتاده بود

مرجع شکایت از دادگاه (رای) کامن لائو

مبنای رأی مهرداد

دستور انصاف و ضمانت اجرای آن

++++++

انجام تعهد باید تعهد خود را نیز انجام دهد.

مهرداد دستور می داد نه رأی و این دستور بدنبال خود اجرائی نداشته بلکه متعهد رأساً موظف به انجام دستور مهرداد بود و هرگاه از دستور مهرداد سرپیچی می نمود اموالش مصادره می شد یا خودش بازداشت می گردید تا شخصاً بر طبق انصاف عمل کند بدین طریق با وجود اینکه دستور مهرداد بصورت رأی دادگاه نبود اما عملاً ضمانت اجرای حبس و مصادره مال به آن قدرت می بخشید.

## مواردی که انصاف رفع نقص از کامن لائو کرده است

- اینک برای روشن شدن موضوع چند مورد که انصاف از کامن لائو رفع نقص کرده است ذکر می کنیم:
- الف- در تراست که نهاد حقوقی خاص انگلیس است شخص دارائی خود را به دیگری می سپارد که بعد از مرگش درآمد آن را به فرزندانش برساند، در سیستم کامن لائو شخص امین مذکور مالک اموال می شود و کامن لائو نمی توانست او را از بهره برداری اموال منع کند که قواعد انصاف در این مورد به کمک آمد و مقررات تراست را تدوین کرد. در این باره مفصل تر بحث خواهد شد.
  - ب- کامن لائو حق مالکیت و اختیار مالک را مطلق می دانست. قاعده انصاف این اختیار را محدود کرد و قاعده ای شبیه لاضرر را ایجاد نمود.
  - ج- در مورد عدم انجام تعهدات کامن لائو قاعده ای برای الزام ممتنع نداشت که انصاف رفع این نقیصه را نمود و متعهد را ملزم به انجام تعهد کرد.
  - د- کامن لائو خواننده دعوا را نمی توانست الزام به ارائه اسناد کند یا شخص ثالث ذینفع را در دعوی بپذیرد ولی مقررات انصاف بر حسب مورد این نقیصه را جبران کرد.

## رقابت انصاف و کامن لائو و قطع این رقابت

۴۰- رقابت انصاف و کامن لائو- گرچه انصاف کامن لائو را بعنوان مبنای حقوق معرفی می کرد و آن را محترم

می‌دانست و هیچگاه مدعی نبود که با دستور مهرداد آن را فسخ می‌کند معهدا چون قدرت اجرایی آن متکی به قدرت سلطنت بود قواعد آن به رقابت با قواعد کامن لائو توسعه می‌یافت و هر یک از این دو رشته مستقلاً در توسعه قلمرو خود می‌کوشیدند. این رقابت روز به روز بیشتر می‌شد. دادگاههای کامن لائو به همراهی و کمک پارلمان که طرفدار محدودیت شاه و مامورینش بود جلو این رقابت را گرفتند بدین شرح که در ۱۶۱۶ مأمورین پلیس برای اجرای دستور مهرداد (ضبط مال و بازداشت متمرده) با مقاومت مواجه شدند و مقاوم پلیسی را کشت. دادگاه کامن لائو متهم به قتل را تبرئه کرد و گفت که چون هیچ مرجعی جز دادگاه حق بازداشت شخصی را ندارد مقاومت متهم دفاع مشروع تلقی می‌شود و در مقام دفاع مشروع از مال و جان، کشتن مهاجم جرم نیست این رأی با آزادیخواهان پارلمان به تأیید ژاک اول پادشاه رسید. اثر دیگر این رأی آن بود که سیر حقوق انگلستان را به سمت حقوق رم کند نمود و بعدها با تلفیق قواعد کامن لائو و انصاف این حرکت متوقف شد.

#### خصوصیات تحول دوران جدید- قرن نوزدهم

- ۴۱- در قرن نوزدهم تحولی در حقوق انگلستان پدیدار شد که اهم آنها را می‌توان چنین خلاصه کرد:
- الف- در ۱۸۳۲، ۱۸۳۳ و ۱۸۵۲ متدرجاً قوانینی تصویب شد و با تغییر آئین دادرسی در واقع قاضی انگلیسی را از تقید کامل و بی‌حدی که به تشریفات دادرسی داشت رها کرده و ذهن او را متوجه «ماهیت» نمود تا از آن پس در سیستم کامن لائو به دنباله گروه بندی مطالب برحسب ماهیت باشد.
- ب- قبلاً برای حصول به یک راه حل کامن لائو باید به دادگاه مخصوص آن و برای تحصیل دستور انصاف به دادگاه انصاف رجوع می‌شد و هر نوع دادگاه قواعد مخصوص خود را اجراء می‌کردند اما در تحولات جدید به همه دادگاهها اجازه داده شد، که متساویاً قواعد کامن لائو یا انصاف را اعمال کنند.
- ج- تحت تأثیر افکار آزادیخواهی و نفوذ افکار بنیادین روش تقنینی که سابقه قبلی نداشت شروع گردید و در قرن نوزدهم به بعد نیز ادامه یافت.
- د- با پیدایش افکار جدید سوسیالیستی به مسائل جدید کارگری که کامن لائو به حل آنها قادر نبود مقنن دخالت کرده و برای تنظیم این رشته امور قوانین متعددی تصویب کرد و در قرن ۲۰ جریان افکار سوسیالیستی جانشین افکار آزادیخواهی قرن ۱۹ گردید.

#### سازمان حقوق انگلستان، تقسیم بندیها و اصطلاحات

۴۲- اصولاً اصطلاحات خاصی در سیستم حقوق انگلستان وجود دارد که قابل ترجمه به لغت دیگری نیست و در موقع ترجمه باید شرح آن را بیان کرد. مانند آنکه گلهای خاصی در یک منطقه از زمین می‌روید یا غذای مخصوص یک گروه از مردم که در همان محل یا نزد همان مردم نامی مخصوص به خود دارد غیرقابل ترجمه است و برای نقل به زبان دیگر باید عین همان لغت را بکار برد یا شرح و ترجمه نموده مثلاً «تراست» خاص حقوق انگلیس است و قابل ترجمه نیست زیرا نهاد خاصی است مخلوط از مالکیت و وقف و حبس.



همچنین تقسیم‌بندی‌هایی که در سیستم حقوق نوشته از رشته‌های مختلف حقوق بعمل می‌آورند و به نظر ما بدیهی می‌رسد در حقوق انگلستان وجود ندارد. مثلاً تقسیم‌بندی به حقوق عمومی و حقوق خصوصی یا رشته‌های مختلف حقوق مدنی تجارت و غیره به نحوی که در حقوق فرانسه موجود است در حقوق انگلستان موجود نیست و دو تقسیم‌بندی عمده که برای تسهیل مطالعه حقوقی لازم است مورد نظر قرار گیرد انصاف کامن لاو یا ماهیت و تشریفات است.

#### اهم تفاوت سیستم کامن لاو و رومانوژرمانیک

۴۳- اهم تفاوت‌هایی که بین سیستم رومانوژرمانیک و سیستم انگلستان وجود دارد می‌توان بطور خلاصه ذکر کرد:

۱. مبنای استنتاج و حقوق رم مبنی بر استنباط منطقی از قواعد و مقررات پیش‌ساخته است ولی اساس حقوق انگلیس مبنی بر کشف قواعد حقوقی است در مورد قضیه‌ای که مطرح می‌شود. بنابر این در حقوق نوشته چه بسیار مقرراتی که حتی یکبار مورد عمل پیدا نکرده‌اند ولی در حقوق انگلستان تا مورد خاص پیدا نشود قاعده تدوین نمی‌گردد.
۲. حقوق نوشته مبتنی بر منطق خاص حقوقی و قیاس است - حقوق انگلستان مبتنی بر عرف و رویه قضائی است.
۳. در حقوق نوشته قانون اصل بوده و اقوی است در سیستم حقوق انگلستان سابقه آراء قضائی اقوی است گرچه از قرن نوزدهم جریان قانونگزاری اهمیت بیشتری یافته است هنوز هم اولویت با رویه قضائی است.
۴. قاعده حقوق نوشته دستورالعمل رفتار آینده است قاعده حقوق انگلستان اعلامیه نحوه حل اختلاف.
۵. قاعده حقوقی در حقوق نوشته برای برقراری نظم اجتماع است و در حقوق انگلستان برای هدف اخص یعنی سازش دادن و حل اختلاف است.

#### تقسیم‌بندی به انصاف و کامن لاو

۴۴- اهم تقسیم‌بندی موجود در حقوق انگلستان این تقسیم‌بندی است که در واقع تمام تقسیم‌بندی‌های حقوق رومانو- ژرمانیک را در برمی‌گیرد. کامن لاو عبارت است از قاعده‌ای صرفاً حقوقی و بر مبنای رأی دادگاه شاهی دادگاه عرفهائی را که مسلم باشد قبل از سال ۱۱۸۹ موجود بوده است مبنای رأی قرار می‌دهد و در صورتی که دلیل بر شروع عرف یافت نشود فرض قانونی بر آن بود که آن عرف قبل از ۱۱۸۹ موجود بوده است مگر در مورد اموری که مسلم بود عرف مربوطه نمی‌توانست در آن سنوات موجود باشد مانند مسائل مربوط به هواپیمائی و اتومبیل و غیره.

آرائی که در هر قضیه صادر می‌شود مبنای آراء آینده تلقی می‌شود از همین تعریف کاملاً روشن می‌گردد که کامن لاو به تنهایی قادر به حل صحیح و منطقی تمام مشکلات نبوده و در برخورد با مسائل جدید و دنیای جدید سرگردان می‌شود. یافتن آرائی که منطبق با موضوع دعوی و احتیاجات جامعه باشد دشوار و بسیاری

اوقات محال است. قواعد انصاف که مبتنی بر عقل و اخلاق و انصاف است جبران این کمبود را می‌نماید. انصاف برای هر مورد خاص قاعده مجزائی دارد و در دعاوی ظاهراً شبیه ممکن است نظریات متضادی بدهد مثلاً «فرض کنیم که آقای الف در ساختمان خود پنجره‌ای به سمت منزل آقای ب دارد که از قدیم حق روشنائی داشته است. اگر ب ساختمانی کند که مزاحم نور باشد بدیهی است که الف می‌تواند به کامن لائو شکایت کند کامن لائو ب را به پرداخت خسارت محکوم می‌نماید. طبق قواعد انصاف متضرر از جرم می‌تواند تقاضای دستور موقت مبنی بر منع ساختمان یا تقاضای تخریب ساختمان ب را بنماید اما دادگاه انصاف موظف به قبول این تقاضا نیست و تصمیم او منوط به مطالعه در این امر است که آیا رفتار ب در این مورد خصمانه و به قصد اضرار است یا از روی عدم اطلاع به حق الف و اینکه آیا الف رفتار دوستانه داشته است و بموقع ب را آگاه ساخته است یا عمداً منتظر مانده تا ب ساختمان خود را تمام کند آنگاه تقاضای تخریب نماید». دادگاه انصاف برحسب مورد حکم به نفع الف ممکن است بدهد و یا تقاضای او را رد کند که در صورت اخیر مشارالیه فقط حق دارد از کامن لائو جبران خسارت را بخواهد.

#### تفاوت‌های انصاف و کامن لائو

۴۴- تفاوت‌های انصاف و کامن لائو را می‌توان در ۶ مورد خلاصه کرد:

اول- منشأ مقررات انصاف دادگاه‌های خزانه‌دار و منشأ قواعد کامن لائو دادگاه‌های شاهی می‌باشند گرچه امروزه دادگاه‌ها می‌تواند به هر دو گروه قواعد استناد کند معهداً تفاوت‌هایی بین آنها برقرار است.

دوم- طرز اجرای دو نوع احکام متفاوت است.

سوم- آئین دادرسی در سیستم انصاف کتبی است نه شفاهی بعکس آئین دادرسی در کامن لائو.

چهارم- در دادگاه‌های انصاف ژوری شرکت نمی‌کند.

پنجم- قلمرو مسائل قابل طرح متفاوت است. مثلاً تراست، الزام به انجام تعهد در صلاحیت انصاف است و جبران خسارت و مسئولیت‌های مدنی در صلاحیت کامن لائو.

ششم- اعطای امتیازات مقررات انصاف الزامی نیست وابسته به تصمیم دادرس است.

#### اهم قواعد انصاف

۴۶- گرچه در هر قضیه دستور دادگاه انصاف به شخص طرفین بستگی دارد معهداً قواعد کلی از آن استنتاج و تدوین شده است که اهم آنها بقرار زیر است.

۱- انصاف هیچ تجاوزی به حق بدون علاج را نمی‌کند گرچه کامن لائو نیز همین ادعا را دارد اما در مورد حقوقی که خود برسمیت می‌شناسد تجاوز را محکوم می‌کند: کامن لائو مستنکف از انجام تعهد را به پرداخت خسارت محکوم می‌نماید و اما انصاف ممکن است او را به اجرای تعهد نیز ملزم سازد.

<sup>۶</sup> - مثال از کتاب عدالت در انگلستان آقای دکتر خادم

- ۲- انصاف مبنای حقوقی عمل قضایا را قبول دارد و آن را نسخ نمی‌کند، و حتی در آراء خود غالباً آرائی را از کامن لاو انتخاب کرده و با قیاس آن را مبنا قرار می‌دهد و فقط برای قناعت وجدان است که ممکن است از کامن لاو دور شود.
- ۳- در صورتی که انصاف نسبت به طرفین متخاصمین متساوی باشد مهردار به کسی که کامن لاو او را محق بشناسد کمک می‌کند.
- ۴- در صورت تعارض چند انصاف با یکدیگر و تساوی آنها آنکه از لحاظ زمان مقدم است مرجح خواهد بود مثلاً اگر چند نفر یک ملک را رهن کرده باشند آنکه تاریخ رهن او مقدم است در استیفای حق مرجح است.
- ۵- کسی می‌تواند از انصاف استفاده کند که روش خودش منصفانه نباشد مثلاً در مورد یک رهن باطل در صورتی رهن می‌تواند استرداد مال را بخواهد که پول اخذ شده را مسترد کند.
- ۶- انصاف به قصد واقعی توجه دارد نه صورت ظاهر قضایا یعنی در واقع همان قاعده «العقود تابعه للقصد».
- ۷- انصاف تقلب در قانون را قبول ندارد- مثلاً اگر مدیون با حيله طلبکار را از طلب خود بیخبر نگه دارد (مثلاً به مورث بدهکار باشد) مرور زمان جاری نمی‌شود.

#### ادغام دادگاه کامن لاو و مراجع انصاف (اصلاحات اخیر)

۴۷- در سال ۱۸۷۳ و ۱۸۷۵ قوانینی در مورد سازمان قوه قضائیه گذشت که بنام Judicature Acts موسوم است. بموجب این اصلاحات دو سیستم حقوق با هم تا حدی اختلاط یافتند به این معنی که آئین دادرسی واحدی برای تمام دادگاهها مقرر شده و دادگاههای عالی از آن پس حق داشتند که هر یک از قواعد دو گروه را که لازم دانستند اعمال کنند و متقاضیان نیز در خلال دعوای واحد حق داشتند اجرای هر دو نوع مقررات را در خواست نمایند. در دادگاههای عالی از آن پس دو شعبه وجود دارد که قضات آنها با هم متفاوتند یک شعبه طبق مقررات انصاف و یک شعبه طبق مقررات کامن لاو رسیدگی می‌کند. موارد جدیدی که بموجب قانون بوجود می‌آیند مثلاً مسائل مربوط به شرکتهای سهامی در صلاحیت شعبه انصاف است امروز دیگر انتخاب انصاف یا کامن لاو بستگی به موضوع اختلاف دارد. مثلاً دعوای و مسائل راجعه به حقوق جزا، حقوق تعهدات، مسئولیت‌های مدنی جزء قلمرو کامن لاو است و تابع مقررات آن، حقوق عینی تراست، مبحث شرکتهای تجاری و ورشکستگی و مسائل ارث و وصیت در قلمرو انصاف است و تابع مقررات مختصر بدان می‌باشند.

#### تعریف تراست

۴۸- تراست<sup>۷</sup> نهاد حقوقی مختص انگلستان است که ترجمه صحیح آن به زبانهای دیگر ممکن نیست. در

<sup>7</sup> - Trust

حقوق سیستم رومانو- ژرمانیک نمونه ندارد و در حقوق اسلام شاید بتوان گفت مخلوطی از وقف و حبس و وصیت است.

شخصی که مطمئن نیست وراثت او لیاقت اداره اموالش را داشته باشند برای بعد از مرگ خود اموالش را به یک یا چند نفر می‌دهد که بنام تراستی<sup>۸</sup> نامیده می‌شوند. تا این اشخاص بعنوان مالک در ماترک دخالت کنند و آن را به مصرف بازماندگان برسانند.

#### نحوه مالکیت تراستی

۴۹- نحوه مالکیت تراستی مالکیت در سیستم حقوق رومانو- ژرمانیک و حقوق ایران که در مسئله مالکیت با حفظ سابقه اسلامی تحت تأثیر آن قرار گرفته است به سه جزء تقسیم می‌شود:

۱. حق استعمال و اداره اموال

۲. حق انتقال

۳. حق مالکیت بر نتایج و عواید حاصله

مالک یک مال هر سه حق را بر ملک خود دارد. تجزیه این حقوق و حذف بعضی از آنها از مجموعه مالکیت صحیح تلقی نمی‌شود. اما در تراست اینطور نیست و تراستی حق اداره کردن و انتقال مال را دارد اما حق استفاده شخصی از آن را ندارد. بدین نحو سه عنصر مالکیت مفروض در حقوق رومانو- ژرمانیک بنحوی تجزیه می‌گردد که تصور و قبول آن برای حقوقدانان آن رژیم تعجب‌آور است.

در زمانی که تراست در حقوق انگلستان ایجاد شد هنوز عقود ضمانت اجرائی را که بعدها در اثر توسعه قواعد انصاف پیدا کرد فاقد بود و چون از لحاظ تئوری حق مالکیت اموال به تراستی تعلق داشت و وی به هیچکس حساب پس نمی‌داد تعهد او در برابر ذینفع وراثت مالک اولیه تعهدی اخلاقی بود و ضمانت اجرای حقوقی نداشت.

در اثر شکایات عدیده‌ای که به مهرداد داده می‌شد هر بار وی در اختلافات مطروحه علیه تراستی خائن دستور بازداشت را می‌داد تا او را مجبور سازد که به وظیفه اخلاقی خود عمل نماید ولی این دستور موجب تغییر تئوری حقوقی نبوده و تراستی کماکان مالک تلقی می‌گردید. متدرجاً قواعد انصاف مالکیت شخصی تراستی را محدود نمود مثلاً مقرر داشت که اگر تراستی مال را فروخت قیمت آن مال جزء تراست خواهد بود و همچنین اگر خریدار عالم به موضوع بود و یا بصورت قهری مال را انتقال گرفته بود گرچه انتقال مالکیت بعمل می‌آید اما مال کماکان جزء تراست باقی مانده و مالک جدید تراستی محسوب می‌شود. هر نفر از تراستی‌ها (در صورت تعدد آنان) بمیرد کسی بجای او معین نمی‌شود و سهم او بین سایر تراستی‌ها تقسیم می‌شود.

#### حقوق اشخاص ذینفع در تراستی

۵۰- اشخاص ذینفع که تراست در واقع نفع آنان مقرر شده است و Cestui نامیده می‌شوند حق قانونی ندارند و سیستم کامن لاء برای آنان حقی قائل نیست چون سیستم انصاف. چون انصاف تضمین کننده و مجری قواعد

<sup>8</sup> - Trustee

عقلی و اخلاقی است با تحول تدریجی در سیستم انصاف متدرجاً حقوق منتفعین تثبیت شده و عملاً به آنان حق داده شد که منافع ملک را مطالبه کنند.

#### آثار انصاف

۵۱- به این نحوه می‌بینیم که انصاف (بعنوان مثال تحولات در مورد تراست و آراء انصاف را در نظر می‌گیریم) در واقع برخلاف حقوق (بمعنای اخص) و عرف که جلوه‌گاه آنها مقررات کامن لاء است قدم برمی‌دارد و عرف را تغییر می‌دهد و در صورت تعارض قاعده انصاف و کامن لاء قاعده انصاف مقدم است و در واقع انصاف زمینه‌ای است که توسط آن مقررات اخلاقی یا مذهبی و یا نظریات علمی جدید متدرجاً وارد علم حقوق می‌شود.

#### ماهیت و شکل (مبدا و علت تاریخی اهمیت تشریفات دادرسی)

۵۲- بدواً و علت تاریخی اهمیت تشریفات در محاکمات انگلستان همواره (حتی در دعاوی حقوقی) ژوری شرکت می‌کرد. ژوری چه بسا از افراد بی‌سواد و عامی تشکیل یافته و به ماهیت قضایا چندان وارد نبود و لذا می‌بایست توجه شود که مسئله بنحو صحیحی بر آنان عرضه گردد و در جلسه دادرسی که شفاهی و بدون پرونده بود موضوع دعوی چنان روشن و مشخص گردد که بتواند در قالب سؤالهای منجزی که امکان پاسخ (بله یا نه) در آن متصور است درآید، در سیستم حقوق انگلستان که قاضی ایجاد کننده حقوق است معتقدند که اگر تشریفات دادرسی صحیح باشد مسلماً به رأی عادلانه‌ای منجر خواهد شد بعکس سیستم‌های حقوقی رم که معتقدند ماهیت قضیه اهمیت بیشتری دارد و وقتی در ماهیت امر رأی مطابق عدالت باشد به مسائل حواشی و تشریفات با آن دقت و ریزه کاری نگریسته نمی‌شود.

#### طرز فکر قاضی انگلیسی

۵۳- قاضی انگلیسی چون موجد حق و حقوق است و قبل از رأی او در واقع قاعده حقوقی و حقی وجود ندارد لذا خود را موظف نمی‌داند که رأی را مدلل و موجه صادر نماید و حتی این اواخر قاضی انگلیسی چنین الزامی را توهین به حیثیت قضائی خود تصور می‌کرد اما متدرجاً با تصویب قوانین فراوان و نزدیک شدن سیستم حقوقی آنها به سیستم حقوقی فرانسه و اینکه متدرجاً در دانشگاهها دروس حقوق تدریس می‌شد و از لحاظ حقوق تطبیقی نیز این نیاز برای بیگانگان ایجاد شد که از حقوق انگلستان مطلع باشند قضات مبانی آراء خود را می‌نوشتند تا بتواند مورد مطالعه محققین قرار بگیرد.

در هر دادرسی باید توجه شود که اصحاب دعوی و متهم رفتار قانونی بعمل آورده و در جریانات دادرسی کلیه حقوق حقه اصحاب دعوا از حق دفاع و غیره کاملاً رعایت شده باشد که در این صورت ماهیت حتماً صحیح است.

## کنترل دادگاههای قوه قضائیه و تمام مراجع

کنترل محاکم عالی انگلستان بیشتر در مورد نحوه جریان دادرسی است و بخصوص در مورد محاکم اداری فقط دقت فراوان می‌شود تا جریان تشریفات امر کاملاً مطابق مقررات قانون باشد منتها بمنظور حفظ حقوق اجتماعی مردم در برابر تعدیات احتمالی دولت محاکم عالی موجود در نظام حقوقی انگلستان مراجع اداری را موظف می‌کند که رأی را مدلل و مشروح بنویسند بعکس نظام حقوقی فرانسه که شورای دولتی در فرانسه صرفاً متن تصمیم را مورد نظر قرار می‌دهد و شرح و تفصیل نمی‌خواهد.

## قاطعیات محاکم

۵۴- بعد از آئین دادرسی مهمترین نکته‌ای که مورد نظر قاضی انگلیس قرار می‌گیرد قاطعیات رأی و قابلیت اجرای سریع و قاطع آن است نه اینکه باز برای اجرای این رأی به صدور رأی دیگری نیاز افتد. در غالب سیستمهای نوشته منجمله حقوق ایران آراء محاکم از چنین قابلیت اجرائی برخوردار نیست. قاضی انگلیسی حق دارد دستور بازداشت هر شخص عادی یا مرجع شغلی را که در اجرای رأی کوتاهی کند صادر نماید و بنا به مثل قضائی «آدم متمرد بهتر است در گوشه زندان آب خنک بخورد تا مزه مقاومت در برابر رأی محاکم را بچشد» مجازات متمرد فوراً اجرا می‌گردد.

## منابع حقوق در سیستم کامن لائو انگلستان و تفاوت آن با سیستم رومانوژرمانیک

۵۵- منابع حقوق انگلستان عبارت است از:

۱. رویه قضائی
۲. قانون
۳. عرف و عادت
۴. عقل

دو تفاوت با منابع حقوق سیستم فرانسه مشاهده می‌شود:

## قانون در حقوق انگلستان

اول در سیستم انگلستان رویه قضائی بر قانون تقدم دارد و در تدوین حقوق نقش مؤثری را بعهدده دارد و این از نکات جالب و مشخص این سیستم حقوقی است که بررسی کردیم و مفصلاً در سطور آینده نیز بحث خواهیم کرد.

## عقل در حقوق انگلستان

دوم دکترین که در حقوق فرانسه نقش مؤثری را دارد و زائیده مطالعات تجربیدی حقوقدانان است گرچه خود بر عقل استوار است اما در حقوق انگلستان جای خود را به عقل داده است. منظور از عقل در اینجا یافتن آن راه حلی است که قناعت وجدانی و اخلاقی قاضی را تأمین کند و عقل متعادل قاضی آن راه حل را متناسب‌تر با

انصاف و اخلاق بدانند. بدین نحو «عقل» در سیستم حقوقی انگلستان از «دکترین» در سیستم حقوق فرانسه متحول تر بوده و به اندازه آن ذهنی و تجربیدی نیست بلکه نظر به واقعیات عالم خارج دارد. نقطه تحول و تکامل عمده حقوق انگلستان نیز از این منبع است.

#### سازمان قضائی انگلستان

قبل از بررسی در رویه قضائی که مهمترین منبع حقوق بشمار می رود حق آن است که راجع به قضاوت و قوه قضائیه که بوجود آورنده رویه قضائی هستند و طرز فکر آنها، بررسی مختصری معمول داریم.

#### طرز انتخاب قضاوت

۵۶ - امروز قضاوت در انگلستان از بین کسانی که به شغل و کالت اشتغال داشته و سوابق فنی و اخلاقی آنان روشن است آن هم توسط خود قوه قضائیه انتخاب می گردند و با توجه به اینکه تعداد وکلای حائز شرایط تقریباً ده برابر تعداد قضاوت است و اینکه انتخاب قضاوت برای تمام عمر می باشد هرگاه به یک یا دو قاضی احتیاج افتد انتخاب اصلح ممکن است. شأن قضائی آن قدر در جامعه زیاد است که انتخاب یک وکیل بعنوان قاضی بالاترین افتخار و موفقیت بشمار می رود.

قاضی برای تمام عمر انتخاب می شود و به هیچوجه سرنوشت او ارتباط با هوا و هوس قوه مجریه ندارد. در صورت انتساب تقصیر به قاضی بر طبق سنت و قانون مجلس عوام و لردها مدافعات قاضی را استماع می کنند و در صورت اثبات تقصیر حکم به عزل او می دهند اما از سیصد سال پیش تا کنون حتی یکبار چنین موردی پیدا نشده است. از لحاظ مادی نیز زندگی آنان کاملاً تأمین است و مثلاً رئیس دادگاه عالی (معادل رئیس دادگاه شهرستان) سالیانه هشت هزار پوند دریافت می دارد.

پرداخت حقوق قضاوت نیز باقوه مجریه نیست بلکه همواره مقدار معینی از بودجه مملکت به صندوق مخصوصی داده می شود و پرداخت حقوق قضاوت از این صندوق است تا اینکه هیچوقت قوه قضائیه محتاج قوه مجریه نباشد.

انتخاب قاضی با در نظر گرفتن جهات اخلاقی و سابقه کار است و داشتن لیسانس حقوق یا دکترا هنوز هم جزء شروط محسوب نمی شود. حتی مدت ها در دانشگاه رشته ای که حقوق تدریس کند موجود نبود و علاقمند به مطالعات و تحصیلات حقوقی می باید عملاً در کار محاکم باشد، تا از جهت علمی و فنی و بالخصوص اخلاقی مورد تعلیم و تربیت و کنترل قرار گیرد اکنون نیز که به لحاظ تدوین مقررات و شناختن و شناساندن حقوق تدریس علوم حقوقی در دانشگاه معمول شده است به هیچوجه لیسانس حقوق و اخذ دیپلم دانشگاهی در انتخاب قاضی موثر نیست.

#### استقلال قضاوت

۵۷ - تا اواخر قرن ۱۷ مسئله استقلال قضاوت بنحو فعلی مطرح نبود بلکه حکومت سعی می کرد قضاوت را تحت نظر داشته باشد تا نیات او را اجراء کند و نمونه های معدودی از این قضاوت نام برده اند. در اواخر قرن ۱۷ مجلس

عوام جیمز دوم را از سلطنت خلع کرد و استقلال قضات را تأمین نمود و انتخاب یا عزل آنها را در اختیار مجلس عوام قرار داد. در سیستم حقوق انگلستان که قوه مجریه حق هیچگونه دخالت و نظارتی در قوه قضائیه ندارد وجود دادرها نیز که همواره مجری اوامر مجریه هستند ضرورت ندارد و خود دادگاهها همانطور که دیدیم مراقب اجرای آراء خود بوده و متمرکز از حکم دادگاه را بازداشت می کنند. این استقلال در نظر خود قضات وزنه معتبر و ضمانت اجرائی قوی است برای حفظ آزادیهای فردی و اینکه اتحاد معنوی دو قوه مقننه و مجریه و تبانی آنها موجب تضییع حقوق مردم نگردد. در مورد اجرای دستورات محاکم خود آنان نظارت قاطع دارند و تمام مأمورین (جز مأمورین گارد سلطنتی) تابع دستورات محاکم می باشند، انتشار جریان دعاوی سرّی از طرف هر مقامی باشد موجب تعقیب است و دادگاه دستور مجازات متخلف را می دهد.

#### نظارت کلی قوه قضائیه

۵۸- قوه قضائیه در سیستم حکومت انگلستان از ملت کسب نیرو می کند و بنابر این حق دارد بر تمام امور مملکت نظارت نماید و هیچ اختلافی ممکن نیست مطرح شود مگر اینکه نظر قاطع و نهائی در مورد آن از طرف قوه قضائیه ابراز می شود. تمام ادارات و مراجع اداری ممکن است مانند افراد عادی مدعی علیه یا متهم قرار گیرند. گرچه دادگاههای اختصاصی و تخصصی از قبیل دادگاه اداری، دادگاه مالیاتی، دادگاه مالک و مستاجر و ... وجود دارد اما از آراء آنها می توان شکایت کرد و این شکایت در مرحله استینافی در عدلیه مورد نظر قرار می گیرد.

دادگاههای عالی که اینگونه دعاوی را بررسی می کنند چون جامعیت در صلاحیت ندارند اگر رای بدوی را غلط دانستند خود رای می دهند و اگر کارها زیاد بود می توانند بعضی امور را به سایر دادگاهها ارجاع نمایند، آئین دادرسی دادگاهها را خود دادگاههای عالی تهیه می کنند.

در واقع همانگونه که ناپلئون از تنظیم کدهای فرانسه بخود می بالید کشور انگلستان نیز حق دارد از داشتن چنین قوه قضائیه ای بخود ببالد. سرّ سیادت چندین قرن انگلستان بیشتر در داشتن قوه قضائیه ای مستقل و قوی است.

#### رعایت سابقه آراء قضائی

۵۹- از خصوصیات سیستم حقوقی مبتنی بر رویه قضائی آن است که رویه های سابق لازم الرعایه باشند. قبلاً گرچه محاکم در هر مورد جستجو می کردند که آراء سابق را در موارد مشابه بیابند معهداً از لحاظ تئوری رعایت سابقه الزامی نبود ولی عملاً رعایت می شد اما در قرن نوزدهم و معاصر دورانی که در فرانسه مکتب «تفسیر تحت اللفظ» نفوذ و اعتبار یافت در انگلستان نیز مکتب مشابه آن رعایت سابقه را الزامی تلقی نمود تا آنکه در ۱۹۶۶ مجلس لردان قانونی گذرانده و دیوان عالی لردان را از رعایت سابقه معاف نمود. دیوان عالی لردان که بجای دیوان عالی کشور است مجلسی است مرکب از ۹ نفر حقوقدانان که عضو مجلس لردان نیز می باشند و برای مادام العمر منصوب شده اند باضافه وزیر دادگستری و سایر لردانی که سابقاً در دادگستری قاضی بوده اند.



### محدودیت تئوری و عملی در رعایت سابقه

۶۰- رعایت سابقه گرچه در تمام سیستمهای قضائی کم و بیش سابقه دارد و قضات به آراء پیشینیان اجر می‌نهند و مثلاً در ایران آراء هیئت عمومی دیوان کشور الزامی تلقی می‌شود اما در سیستم کامن لائو انگلستان قاطعیت آراء و سابقه استناد بدانها رکن اول حقوق تلقی می‌شود.

دکتر خادم<sup>۹</sup> بعد از ذکر این خصیصه فعلی حقوق انگلستان و تفاخر آنان بانحصار در داشتن چنین روشی می‌نویسد: «تاریخ حقوق ملل دیگر نیز ما را به این حقیقت می‌رساند که استناد برویه قضائی و آراء علمای سابق حقوق یا قضات قدیم در کشورهای دیگر قبل از تولد کامن لائو سابقه داشته است. از جمله تا آنجا که اطلاع داریم در شبه جزیره عربستان با ظهور دین اسلام علمای شیعه و شعب مختلف اسلام این طرز استناد به احکام را باب کردند. علمای صدر اسلام در موارد مختلف و در قضایائی که در حل آنها به این علماء مراجعه می‌شد فتاوی و احکامی داده‌اند که بعد از آنها مورد استناد دیگران قرار می‌گرفت و هنوز هم که هنوز است این رسم در بین علمای مذاهب اسلام معمول و متداول است. فتاوی احادیث و اخبار که حتی قبل از ایجاد دادگستری بشکل فعلی ملاک احکام قرار می‌گرفت این سنت در بین علمای اسلام زمانی معمول گردیده که در آن زمان هنوز انگلستان فاقد حکومت واحد بوده و از حقوق در آن کشور اثری موجود نبوده است. در حدود قرن ۱۲ یعنی ششصد سال بعد از اسلام بود که کامن لائو بوجود آمد و بعید نیست که این مقررات از شبه جزیره عربستان به روم و از آنجا به انگلستان رفته باشد و یا اصولاً خود رومی‌ها هم دارای چنین سنتی بوده‌اند که قبلاً به انگلستان برده و زمینه را برای کامن لائو فراهم کرده باشند. (هزاران مثل در این مورد می‌توان ذکر کرد که اهم آنها قضیه سمره بن جندب است که از آن قاعده لاضرر در مقابل اصل تسلیط استنتاج می‌شود) ... حال آنکه در کشورهای مختلف اسلامی چنین همتی را نداشتند و شاید هم بتوان گفت که تعصب مذهبی و پیروی بدون چون و چرا از دستورات ... و یا آنکه در این امر و ادامه ابداعات قصور روا داشتند».

### آراء لازم الرعایه

۶۱- رعایت سابقه در مقررات و قواعد انصاف نیست زیرا انصاف بستگی به شخص دارد و برحسب هر شخص و هر پرونده متفاوت است و در سایر امور هم وقتی قاضی سوابق متعددی در برابر خود داشت شخصاً کوشش می‌کند و آنچه را با پرونده عمل مطروحه نزد او متناسب است انتخاب می‌نماید. رعایت سابقه مطلق نیست و محدودیتهائی از نظر تئوری و عملی دارد.

۱- از جنبه نظری آراء صادره برحسب محاکم تقسیم می‌شوند.

الف- آراء صادره از طرف استیناف<sup>۱۰</sup> برای خود او و سایر محاکم مادون سابقه لازم الرعایه است.

<sup>۹</sup> - کتاب عدالت در انگلستان - دکتر خادم ص ۷۱.

<sup>۱۰</sup> - Court of Appeal

ب- آراء صادره از دیوان عالی عدالت<sup>۱۱</sup> بدون اینکه سابقه الزام آور برای خود آن محکمه یا محاکم مادون محسوب گردند اما مورد استناد و مطالعه و اعتماد قضات قرار می گیرند.

ج- آراء سایر مراجع سابقه لازم الرعایه تلقی نمی گردند.

۲- از لحاظ عملی مجموعه آرای جمع آوری شده ملاک عمل قضات است. در این مجموعه‌ها تمام آراء جمع آوری نشده، فقط آرائی که جنبه قضائی جالبی دارند گردآوری می شود. عملاً سایر آراء مورد رعایت واقع نشده و جزء سابقه لازم الرعایه به حساب نمی آیند و بدین طریق الزام رعایت سابقه بطور غیرمستقیم نرمش پیدا میکند.

بطور متوسط ۷۵ درصد آراء مجلس لردان (دیوان عالی) و ۲۵٪ آراء محاکم استیناف و ۱۰٪ آراء دیوان عالی عدالت در مجموعه‌ها منتشر می شود.

#### رابطه قانون و رویه قضائی

۶۲- سیستم قضائی انگلستان مبتنی بر رویه قضائی است و بندرت ضرورت تصویب قانون احساس شده است و لذا اصل در حقوق انگلستان سابقه قضائی است و باید برای یافتن راه حل به سوابق آراء مراجعه نمود و آنگاه برای اطمینان از اینکه سابقه نسخ شده است یا نه در صدد جستجوی قانون برآیند یا اگر سوابقی در رویه قضائی یافت نشد در قلمرو قانون به جستجو پرداخت. از این مطلب و استثنائی بودن قانون دو نتیجه گرفته می شود.

اولاً قانون چون استثناست باید محدود تفسیر شده و به موارد نص محدود گردد.

ثانیاً در تأمین همین نظر باید مقررات قانونی را تحت اللفظی تفسیر نمود.

#### برداشت قوه قضائیه از قانون

۶۳- قانون بطور مجرد در نظر قاضی انگلیسی ارزشی ندارد. وی معتقد است مادام که بر مبنای یک قانون رائی صادر نشده است وجود قانون کان لم یکن می باشد. بعد از اینکه به مستند مقررات مختلفه یک قانون آرائی صادر شد این آراء در مجموعه رویه قضائی ثبت شده و برای آیندگان الزام آور است و از این لحظه است که می توان گفت این قانون در قلمرو حقوق انگلستان وارد شده است و محاکم بعدی در صدور آراء خود دیگر به قانون استناد نمی کنند بلکه به آراء سابق که به مستند آن صادر شده است نظر می دهند. و از اینجاست که می بینیم بسیاری قوانین بجهت آنکه مبتنی بر آنها آرائی صادر نشده است مورد استناد قضات قرار نمی گیرد، قانون بدین نحو متروک شده و بحال عدم اجراء درمی آید، حالتی که در حقوق رومانوژرمانیک بنام Desuetude موسوم بوده ولی رسمیت ندارد، هر چندگاه یکبار مقنن انگلیسی ناچار می شود اینگونه قوانین را ملغی کند. در ۱۸۶۱ نهصد قانون و در ۱۸۶۷ هزار و سیصد قانون متروکه یکبار الغاء گردید.

قانون به آن نحوی که مورد قبول و عمل قضات قرار گیرد در حقوق انگلستان مؤثر است، نه بحسب ظاهر عبارات. مثلاً قانونی تصویب شد که بازداشت مدیون جایز نیست مگر در صورتی که عدم پرداخت بعلت سوءنیت باشد. محاکم تا مدتها این قانون را بلااجراء گذاشتند و به این مستمسک که علی القاعده مدیونی که از

<sup>۱۱</sup> - High court of justice

انجام دستور دادگاه مبنی بر پرداخت دین خویش خودداری می‌کند نسبت به رأی دادگاه ترمّد کرده و باید توقیف شود. لذا دستور بازداشت می‌دادند تا قانون دیگری در ۱۹۷۰ تصویب شد و مقررات صریحی وضع کرد و بازداشت مدیون را جز در مورد نفقه اشخاص واجب النفقه، مالیات بر درآمد و بدهی بیمه ممنوع نمود.

#### اصول کلی حقوقی و قانون

۶۴- حقوق انگلستان توأم با وقایع است نه مبتنی بر تئوریهای مجرد. بنابراین اصول کلی حقوقی بنحوی که در سیستم رومانو-ژرمانیک متداول است بنظر آنان قاعده حقوقی نیست بلکه دستور اخلاقی است و فی‌المثل اصل منع رقابت مکارانه، اصل غنی شدن بی‌جهت بقیمت خسارت دیگری، سوء استفاده از حق، ... و غیره بنظر حقوقدانان انگلیسی قاعده اخلاقی است و نه اصل حقوقی. وقتی می‌توان آن را اصل حقوقی دانست که بر مبنای آن آرائی صادر شود.

اصول حقوقی در سیستم کامن لاء و آن کلیت و شمولی را که در سیستم حقوق نوشته از آن برخوردار است ندارد. مثلاً قانونی تصویب شد که اختیار تعیین هزینه دادرسی را به قاضی واگذار نمود. برحسب حالات مختلف و متفاوت میزان هزینه دادرسی متفاوت می‌شد و آنقدر تعداد حالات و اصول مربوطه به تعیین هزینه دادرسی متعدد شد که قانون دیگری برای کم کردن این تعداد و جبران «تورم اصل» حالات را به ۳۵ مورد محدود کرد و آراء سابقه درباره این موارد در ۱۴۸ صفحه جمع‌آوری شد.

#### مقایسه قواعد و اصول کلی حقوقی در دو سیستم

۶۵- قواعد حقوقی (اعم از قانونی و قضائی) در سیستم حقوق فرانسه بیشتر وابسته به اخلاق و احیاناً مذهب است تا به آئین دادرسی و تشریفات و لذا روش کلی و برنامه زندگی و رفتار مردم را برای آینده تعیین می‌کند. مثلاً اصل کلی حقوقی سوء استفاده از حقوق یا اصل محدودیت آزادی عقود در برابر نظم عمومی و اخلاق حسنه روش کلی زندگی است که ربطی به فرد خاصی از مردم یا پرونده مخصوصی از محاکمات و دعاوی ندارد و در هر دعوی فقط قاضی باید بکوشد اصل لازم را بر مورد خاص منطبق کند، اما در انگلستان اصول کلی حقوقی به آئین دادرسی نیز مرتبط است و اصول کلی حقوقی در حقوقی انگلستان بلافاصله و به سهولت بر قضیه منطبق است. فهم اصل حقوقی بدون مطالعه و درک جزئیات پرونده‌ای که منجر به اعلام آن اصل شده است ممکن نیست، اصل حقوقی در فرانسه عام‌تر و مجردتر است. مثلاً در مورد قرارداد منعقد بین دو نفر که با هم مواجه نیستند حقوق رومانو-ژرمانیک بحث می‌کند که آیا نظریه اعلام عرضه را بپذیرد یا نظریه دریافت پیشنهاد را و اینکه قرارداد آیا در لحظه‌ای منعقد می‌شود که قبول کننده اعلامیه قبول خود را ارسال داشته یا در لحظه‌ای که این قبول به پیشنهاددهنده برسد. و حال آنکه همین مثال از نقطه نظر قاضی انگلیسی نمی‌تواند بنا بر یک اصل کلی حل شود. بلکه برحسب اینکه قرارداد مستقیماً بین طرفین (تلفن یا تلکس) بسته شده با وساطت (ارسال نامه یا پست) منعقد شده باشد و همچنین برحسب اینکه تاریخ انعقاد قرارداد یا محل آن مورد نظر باشد، متفاوت است.

## مسئولیت مدنی (اصل کلی)

در مورد مسئولیت مدنی اصطلاح خاص «تقصیر»<sup>۱۲</sup> بمعنای کاملاً معادل حقوق فرانسه وجود نداشته و اصطلاح «روش نامشروع» که انواع و اقسامی دارد مورد عمل است. در مورد اصطلاح «غفلت»<sup>۱۳</sup> که یکی از شقوق تقصیر است توجه می‌شود که آیا شخص در چنین موردی موظف به انجام دقت و احتیاط خاص بوده است یا نه؟ مثلاً هرگاه مسئولیت مدنی مالکی مورد بحث باشد برحسب اینکه متضرر آیا حق داشته است در ملک این مالک وارد شود یا نه؟ آیا مالک او را به دعوت ورود به ملک کرده است یا نه؟ آیا متضرر صغیر است یا کبیر؟ آیا خسارت بدنبال اعمال مربوط به اداره و تنظیم ملک و اسباب کشی است یا نه؟ اصل حقوقی متفاوت خواهد بود.

بدین نحو حقوق فرانسه را می‌توان سیستم «بسته» نامید که تمام حقوق در مجموعه محدود بسته‌ای جمع‌آوری شده است و حل هر موضوع را در داخل این محدوده باید جستجو کرد و اما حقوق انگلیس «باز» است که درهای آن بروی ورود قواعد و اصول جدید باز است و در واقع محاکمات و دعاوی جدید اصول جدیدی به علم حقوق می‌افزاید.

## وضعیت امروز و تحول قانونگذاری

۶۶- از یک قرن قبل و بخصوص بعد از جنگ دوم جهانی بواسطه امواج فکری جهانی و پیش آمدن مسائل جدید در زمینه امور اقتصادی، کارگری، بیمه و بهداشت و حمل و نقل و مسائل بازار مشترک نیاز بداشتن مقررات جدید که با مقررات سایر ملل نیز منطبق باشد انگلستان به تصویب قوانین جدید و فراوانی اقدام کرد بطوری که امروز دیگر قانون نقش مهمتری را بازی می‌کند و از این حیث به حقوق رومانو-ژرمانیک نزدیک شده است. همچنین مسائل جدید موجب ابتلائات و اقدامات نوینی در دستگاههای اداری می‌شود که نیازمند به مقررات نوینی است لذا در زمینه امور اداری قوانین فراوانی تهیه شده است.

اما قدرت مشترک تمام این قوانین آن است که با اجرای آن مستقیماً به قوه قضائیه واگذار شده یا اجراکنندگان کماکان تحت کنترل این قوه قرار دارند. از طرف دیگر چون اجرای این قوانین تا حدی فوریت دارد و نمی‌توان منتظر ماند که حقوق و رویه قضائی با سیستم خاص خود این قوانین را هضم کرده و بر مبنای آن آراء صادر نماید لذا کمیسیونهای خاصی برای رفرمها و تفسیر قانون تشکیل می‌شود.

بدین نحو متدرجاً روحیه قدیم قضائی که رعایت رویه را مقدم بر قانون می‌شمرد تغییر یافته و امروز اگر نگوئیم قانون را بر رویه مقدم می‌دارند لاقلاً باید آن دو را هم تراز تلقی کرد که از این حیث نیز تشابه و نزدیکی با حقوق فرانسه پیدا شده است.

## عرف در حقوق انگلستان

۶۸- حقوق انگلستان عرفی بوده ولی کوشش برای جمع‌آوری عرفها و وحدت دادن بدانها کامن لاو عرف را

<sup>۱۲</sup> - Fault

<sup>۱۳</sup> - Negligence

بصورت رویه قضائی درآورد و امروز حقوق انگلستان مبتنی بر رویه قضائی است که از عرف ناشی شده است نه مستقیماً مبتنی بر عرف.

قانون مصوبه ۱۲۶۵ عرفی را معتبر می‌داند که قبل از ۱۱۸۹ موجود بوده است اما در صورت شک در تاریخ تحقیق عرف باید فرض کرد که عرف قبل از این تاریخ وجود داشته است مگر در مواردی که بلکه مسلم باشد عرف بعد از آن تاریخ بوجود آمده است. عرفهای تجارتی شامل این محدودیت نیست.

#### عقل در سیستم فرانسه و انگلستان

۶۸- سیستم حقوق فرانسه «بسته» است یعنی به کامل بودن و کفایت قوانین اعتقاد دارد و فقط عقل را برای استنتاج حکم قضیه از قوانین پیش‌نوشته بکار می‌برد و حال آنکه در «سیستم باز» حقوق انگلستان عقل برای رفع نقیصه قانون یا رویه قضائی موجود و ایجاد قانون و قاعده جدید بکار رفته است. اثر عقل در حقوق انگلستان بسیار مهم است و قواعد عمده انصاف مثل «منع حیل‌های قانونی» از این طریق ایجاد شده و همچنین قواعد مناسب حقوق رم یا مسیحیت از این طریق توسط قضات وارد حقوق انگلستان شده و در آن حل گردیده است. حقوقدانان انگلیسی به این خصیصه حقوق خود می‌بالند و به این جهت آن را لایق می‌دانند که خاصیتی مافوق «ملی» داشته باشد. بدیهی است بعد از دخالت عقل و صدور آراء بر مبنای آن همان آراء بعداً بعنوان سابقه مورد استناد قرار می‌گیرد و قضات بعدی عقل را در جستجوی پیدا کردن سابقه مناسب نیز با قضیه بکار می‌گیرند. بطور خلاصه نقش عمده و تعریف عقل در حقوق انگلستان عبارتست از نظریات جاری زمان، اعمال عرفهای تثبیت شده، هماهنگی لازم بین تصمیمات قضائی، اعمال اصولی که قبلاً قبول و مرتباً اعمال شده و ... خلاصه عقل متوجه نفع دائمی و نفع و ثبات حق و امنیت قضائی می‌باشد.

#### دکترین

۶۹- در حقوق انگلستان که حقوق تجربیدی نیست و قاضی بدون نیاز به تحصیل علم حقوق عملاً باید بدین امور وارد شود دکترین نقش عمده‌ای نمی‌تواند داشته باشد گاه نظریات جدید از راه عقل وارد حقوق انگلستان شده و می‌شود اما مقارن با تحولات اخیر و هماهنگی و ارتباط بیشتر با سیر جهان کرسی‌های علم حقوق تأسیس گردید و بدین ترتیب دکترین شروع به جلوه‌گری کرد و نقش آن در جمع‌آوری رویه‌ها و انتخاب رویه مناسب مشهود است.

#### بررسی با سیستم فعلی حقوق ایران

۷۰- سیستم حقوقی ایران در کلیات از سیستم حقوق فرانسه اقتباس شده است و جهات متعددی می‌توان برای این اقتباس ذکر کرد در کتاب عدالت در انگلستان<sup>۱۴</sup> در این مورد چنین اظهار نظر شده است: «علاوه بر آنکه

<sup>۱۴</sup> - عدالت در انگلستان، دکتر علی خادم ص ۷۵.

پیشروان تحصیلات خارجه به علل فراوانی به فرانسه عزیمت نمودند و با سرزمینهای سیستم کامن لاو به جهت ظاهر پیچیده قوانین آنها کاری نداشتند و اصولاً آمادگی و ساخته و پرداخته بودن سیستم لاتین که با طبع راحت و فرمولپسند شرقی بیشتر جور بوده باعث گردید که ایران نیز سیستم قضائی خود را با عجله و شتاب فراوان و بدون تأمل و دقت از سیستم فرانسوی تقلید کند و متأسفانه این شتاب نتایج و ثمرات نیکویی برای سازمان قضائی ایران نداشت تا آنجا که می‌توان به جرأت قبول کرد که قسمت اعظم نابسامانی تشکیلات قضائی ایران و فقدان امنیت اجتماعی ما معلول عدم توجه به این نکات و ناپختگی کسانی بود که در سازمان‌دادن دستگاه قضائی کاردانی لازم را نداشتند... موفقیت عدالت انگلستان را در قضات آن باید جستجو کرد نه در قوانین آن سرزمین...» نمی‌توان گفت صرفاً «طبع راحت طلب شرقی و...» موجب انتخاب این سیستم شده است.

سیستم حقوق اسلام که قبلاً در ایران مستقر بود با تکیه فراوان به عقل و عرف که موجب تحرک و تحول آن است و در حقوق انگلستان نیز نکته مثبت آن شمرده می‌شود با آسایش و راحتی ملت متناسب‌تر بود، اگر سیستم قضائی انگلستان مورد نمونه قرار می‌گرفت ناچار رویه قضائی و رعایت سابقه و انصاف و عرف باید مبنای حقوقی قرار می‌گرفت و تمام اینها مبتنی بر اسلام بود و موجب تجدید نیروی آن و انطباق با شرایط جدید جهان می‌گردید و حال آنکه غرب‌زدگی که از دوران ناصرالدین شاه شروع شده مرتباً تب آن تاکنون بالا رفته است و عکس‌العمل غلط آن «ملیت بدون ملت» است که فعلاً مشهود است و در آرزوی زیر و زبر کردن همه مسائل بنیادی بوده و هست. از طرفی دیگر بعضی وقایع تاریخی این ایده را بوجود آورده بود که ایران باید به سمت لائیک‌ی پیش برود. قانون اساسی خود قدمی در این راه بود و برای اینکه با مقاومت روبرو نشود ماده دوم متمم قانون اساسی تصویب شد ولی هرگز اجراء نگردید. ماده ۱ قانون سابق مجازات عمومی عوض شد و در قانون جدید حتی بعنوان تعارف خشک و خالی از امور شرعیه نامی برده نشده است. در قانون جدید حمایت خانواده مواردی که قانوناً ممکن بود با شرع تطبیق داده شود بدون اینکه چنین زحمتی را بخود راه دهند گنجانند اما مشاهده می‌شود هرچه بسمت لائیک شدن پیش می‌رویم نابسامانی دستگاه عدالت بیشتر می‌شود. این نابسامانی صرفاً معلول قبول سیستم حقوق نوشته نیست بلکه معلول آنست که اولاً نوشته‌ها برخلاف چندین قرن روحیات مردم است و ثانیاً قانون و قوه قضائیه مستقل و قدرتمند از لحاظ معنوی نداریم.

## سیستم حقوق آمریکا

### تاریخچه مختصر تشکیل آمریکا

۷۰- قاره آمریکا قبل از کریستف کلمب مسکن تعداد معدودی سرخپوستان بود و این تعداد به اندازه‌ای کم بود که می‌توان آن قاره را در آن ایام بدون سکنه تلقی کرد. بعد از کشف آمریکا از سایر ممالک اروپائی و بخصوص انگلستان و فرانسه و اسپانیا و پرتغال بدانجا مهاجرت کردند و در جستجوی طلا و شرایط زندگی بهتر با هر مانعی برخورد نمودند از میان برداشتند و سرخپوستان را نیز کشتند و اراضی آنان را تصرف کردند.

بنابراین در محل جدید سیستم حقوقی و حتی جامعه انسانی باقی نماند بلکه تقریباً اولین جامعه انسانی همان گروه‌های مهاجرین بود. بدیهی است چون در بین مهاجرین اولیه قاضی و حقوقدانان مجربی نبود اختلافات به نحو ساده و بر مبنای تصور آنان از سیستم حقوقی مملکت اولیه خویش حل می‌شد و در این راه دو ایده الهام‌گر آنان و پایه اولیه حل اختلافات این جوامع بود.

اول توجه به متون مذهبی و حقوقی مسیحیت.

دوم اقتصاد محلی. در واقع مقتضیات خاص اقتصاد جدید الولاده‌ای که این گروه‌ها را به سمت خود می‌کشاند.

در قرن ۱۸ شرایط زندگی بهتر شد و روحیه مهاجرین که اکثریت عددی و نیروئی آن انگلیس بود نیز اقتضا داشت که سیستم حقوقی مشخصی داشته باشند. از طرفی دیگر برای مقاومت در برابر استبداد شاه بهترین دست‌آویز همان کامن لائو بود. کامن لائو بدست تعدادی حقوقدانان که مهاجرت کرده بودند پی‌ریزی می‌گردید. در این جریانات کانادا مستقل شد و مهاجرت موجب جذب تعدادی از مهاجرین فرانسوی گردید و نیز انقلاب فرانسه و رواج افکار آزادیخواهی در آمریکای جدید آنان را در مقاومت و مبارزه با انگلستان و استقلال طلبی تأیید نمود و همچنین در این ادوار چون مهاجرین اسپانیائی نیز استقلال یافته بودند و سیستم حقوقی نوینی می‌خواستند اقبال به سمت سیستم رومانو-ژرمانیک زیادتر شد اما به نتیجه قطعی نرسید زیرا:

اولاً گرچه مهاجرین انگلیسی با دولت انگلستان در مبارزه بودند اما روحیه و عادات آنان متناسب با کامن لائو بوده منتها سیستم حقوقی مستقلی را طلب می‌کردند.

ثانیاً ایالات ثروتمندتر در اختیار مهاجرین انگلیسی بود. بدین لحاظ نفوذ آنان تفوق داشت.

ثالثاً حقوقدانان مهاجر در آمریکا فقط از گروه کامن لائو بودند.

رابعاً فرانسه در این ایام چنان به خویشتن و امور داخلی مشغول بود که مجال کمک به پیشبرد نظریات سیستم حقوقی خود را نداشت.

#### جهات تفوق سیستم حقوقی کامن لائو در آمریکا

نتیجه این مبارزه گرچه به تفوق کلی سیستم کامن لائو منجر شد و امروز طرز استدلال در سیستم حقوقی و منابع حقوقی در آمریکا مقتبس از حقوق کامن لائو است اما آثاری از نفوذ سیستم رومانو-ژرمانیک نیز در آن دیده می‌شود. استقلال حقوقی ایالات و میل اینکه ایالات بتوانند همزیستی داشته و دولت فدرال واحد تشکیل دهند موجب شد که عادات و رسوم و سیستمهای حقوقی را مطابق میل هر گروه آزاد گذارند. قوانین و آرای صادره در انگلستان قبل از ۱۷۷۶ که آمریکا استقلال یافت مورد قبول و مستند آمریکاست زیرا در آن ایام همان قانون بر آمریکا حکومت می‌کرد و گرچه قوانین و آراء بعدی قانون خارجی تلقی می‌شود معهما آرای مراجع قضائی دو مملکت خیلی بهم نزدیک است زیرا روحیه و طرز کار قضات همواره تحت تأثیر سیستم انگلستان قرار دارد. بنابراین در بررسی فعلی ما نکات افتراق این دو سیستم را بیشتر مورد توجه قرار می‌دهیم. در سایر جهات چون هر دو حقوق از یک خانواده تلقی می‌شوند آنان را مشابه باید دانست.

۷۰- اصول اساسی سیستم کامن لائو به شرح زیر به دو صورت متفاوت در این دو سیستم تکامل یافته است:

الف- اصل تفوق حقوق: بدان معنی است که تمام افراد مردم و سازمانهای دولتی نیز تابع نظم و مقررات حقوقی هستند و نظارت در این امر به عهده دادگستری است. مدتها شکایت اداری نیز مانند تمام دعاوی خصوصی نزد دادگاههای عمومی مطرح می گردید، اما مقتضیات زمان و توجه به احتیاجات جدید زندگی و ضرورت اخذ تصمیمات فوری و قاطع که نیازمند اظهار نظر افراد متخصص است تدریجاً موجب ایجاد مراجع خاصی گردید که می توان بدانها نام دادگاههای اداری داد. در آمریکا دادگاههای اداری هم ایالتی و هم فدرال تأسیس شده است اما بهرجهت تصمیمات این دادگاهها قطعی نیست و شکایت از آنها در دادگستری مطرح می گردد و رای قطعی از مراجع قضائی صادر می شود.

ب- اصل احترام به سابقه قضائی: تحت تأثیر عناد با انگلستان و در دوران مبارزه استقلال طلبانه و حتی تا مدتها بعد از آن ارزش سابقه قضائی مورد قبول نبود و حملاتی بدین اصل می شد بعد از آن که هیجان استقلال طلبانه به هدف خود رسید و بحران مبارزه با یادگارهای انگلستان فروکش کرد این افراط تعدیل شد. امروز رعایت سابقه گرچه الزامی نیست ولی معمولاً به سوابق قضائی احترام می گذارند مگر اینکه رعایت سابقه آراء را مخالف عدالت تشخیص دهند. با استقلال هر ایالت قوه قضائیه آن نیز مستقل بوده و رویه قضائی هر ایالت نیز مجزا است.

ج- هیات منصفه مدنی: یکی از وجوه اشتراک دو سیستم دخالت ژوری در دعاوی مدنی است. در انگلستان متدرجاً موارد شرکت هیئت منصفه را در امور مدنی تقلیل داده و تقریباً حذف کردند اما در آمریکا این روش چون جزء اصول قانون اساسی درآمده است موارد رجوع به آن تصویب گردیده است و قوانین عادی نمی تواند آن را لغو کند.

#### سازمان قضائی آمریکا

۷۲- آمریکا چون از ایالات مختلف تشکیل گردیده است برای ایجاد یک وحدت سیاسی و استحکام آن ناچار از رعایت استقلالهای محلی است و با این ایده و هدف و به این نحو دولت فدرالی تشکیل گردیده که ایالات آن در داخله خویش استقلال داشتند. علیهذا دو سیستم حقوقی بموازات هم ایجاد گردیده است: حقوق فدرال و حقوق ایالتی.

#### دادگاههای فدرال و ایالتی

دادگاههای فدرال و ایالتی- دو سلسله دادگاه «ایالتی و فدرال» در آمریکا وجود دارد. سلسله دادگاهها عبارتند از دادگاه بدوی و استیناف که آن در دیوان عالی است، بعکس بعضی کشورهای فدرال (مانند آلمان فدرال، استرالیا، کانادا، سوئیس) که دادگاههای بدوی فقط ایالتی هستند و فقط دیوان عالی تمیز است که فدرال می باشد در آمریکا ممکن است که هدایت و استیناف نیز در دادگاه فدرال مطرح گردد. استیناف دادگاه بدوی فدرال در دادگاه استیناف فدرال مطرح می شود و آراء مهمی که به تشخیص دیوان عالی کشور ارزش طرح شدن از آن دیوان داشته باشد قابل شکایت فرجامی است.

تعداد قضات دیوان عالی یک رئیس و ۸ عضو است که همگی در رأی شرکت می کنند. دادگاههای



اختصاصی فدرال نیز وجود دارند که بهر جهت آراء آنها قابل اعتراض در دادگاه شهرستان یا استیناف فدرال است. در داخله هر ایالت سلسله دادگاههای ایالتی نیز وجود دارد که در بعضی ایالت‌ها سه مرحله است (بدوی، استیناف، دیوان عالی ایالتی) و در بعضی ایالات دیوان عالی وجود ندارد. ژوری در بیشتر محاکمات شرکت دارد زیرا قانون اساسی اجازه داده است در محاکماتی که مدعی به زاید بر ۲۰ دلار باشد و بشرطی که موضوع بعنوان انصاف مطرح نشده باشد هر یک از اصحاب دعوی می‌توانند تقاضا کنند ژوری دخالت کند.

#### تقسیم صلاحیت هر گروه دادگاهها

۷۴- در تشکیل ایالات متحده آمریکا چون توجه خاص به استقلال هر ایالت شده است در مسئله مبانی حقوق و همچنین صلاحیت دو سلسله دادگاهها اصل بر صلاحیت دادگاههای ایالتی است نه دادگاه فدرال. برای تشخیص موارد صلاحیت دادگاههای فدرال دو مبنا وجود دارد:

۱- از نظر موضوع دعوی - دعاوی که موضوع مورد بحث مربوط به قانون اساسی یا یکی از قوانین فدرال باشد دادگاههای فدرال صلاحیت دارند.

۲- از نظر شخصی اصحاب دعوی - هرگاه دولت ذینفع باشد یا اصحاب دعوی تبعه دو ایالت باشند یا یکی از آنان دیپلمات خارجی باشد موضوع در صلاحیت دادگاههای فدرال است.

در غالب مواردی که دادگاه فدرال صالح به رسیدگی است این صلاحیت انحصاری نیست و اصحاب دعوی می‌توانند برحسب تراضی به دادگاه ایالتی رجوع نمایند که در این صورت آخرین حکم قطعی دادگاه ایالتی قابل فرجام در دیوان عالی است. تمرکز قضائی که در سیستم انگلستان وجود دارد - تقریباً همه دادگاههای عالی در لندن وجود دارد - در آمریکا نیست و این تفاوت هم بمناسبت خصوصیت فدرال بودن آمریکا و میل به حفظ استقلال داخلی ایالات بوجود آمده است.

#### انتخاب قضات

۵۷- قضات فدرال با پیشنهاد رئیس جمهور و تصویب کنگره برای همه عمر انتخاب می‌شوند. رسیدگی به تقصیرات و محاکمه آنها در صلاحیت کنگره است. اما قضات ایالتی به سابقه قضائی آمریکا و اینکه هر گروه از مهاجرین اولیه در موقع اختلاف کسی را بعنوان قاضی و حکم برمی‌گزیدند انتخابی می‌باشد. این روش انتخابی گرچه ظاهراً با دموکراسی سازگارتر است ولی ممکن است این عیب را ایجاد کند که چه بسا قاضی برای تحصیل آراء بیشتر وعده‌های ناروا بدهد و با اشخاص ذینفع بند و بست نماید و در جریان کار نیز برای جلب نظر موکلین و تهیه مقدمات انتخاب بعدی از بیطرفی خارج شود. با قبول سیستم انتخابی و نتایج نامطلوبی که از آن حاصل شد تعدادی ایالات این روش را ترک کردند و تعدادی دیگر متوجه جبران نقایص آن گردیدند بطوری که امروز انتقادات مذکور چندان وارد نیست. هر یک از ایالات که سیستم انتخابی را حفظ نموده‌اند به یکی از طرق ذیل متوسل شده و یا چند روش را با هم اجرا نمودند:

اول - اصلاحیه‌های قانونی تصویب گردید و تدریجاً استقلال قضات را در برابر موکلین حفظ و تأمین

نمود.

دوم- متدرجاً قوانینی تصویب گردید و مدت انتخاب را طولانی تر کرد.  
سوم- مجمع خاص دولتی تشکیل گردید تا صلاحیت کاندیداها را بررسی کند و فقط به کسانی حق انتخاب شدن داده می شود که این مجامع اعلام می نمایند.

### منابع حقوق آمریکا

منابع حقوق آمریکا همان منابع حقوق در انگلستان است، منتها در مورد قانون رویه قضائی و رعایت سابقه لازم است نکاتی را یادآور شویم.

### صلاحیت فدرال و ایالتی در تصویب قانون

۷۶- در مجموعه حقوق آمریکا در همه امور و نیز در تشخیص مرجع صالح برای تصویب قانون اصل بر صلاحیت مراجع ایالتی است. آمریکا دارای قانون اساسی مدونی است - بعکس انگلستان که قانون اساسی ندارد و سازمان حقوق اساسی آن نیز مانند سایر رشته های حقوقی بر مبنای رویه قضائی است- که تمام ایالات و تمام مراجع فدرال تابع آن هستند. موارد صلاحیت دولت مرکزی برای تهیه قوانین منحصر به مواردی است که در قانون اساسی مطرح می باشد که اصلاحیه های بعدی مواردی را بر آن افزوده است، در غیر این موارد مراجع ایالتی حق تصویب قانون را دارند قوانین چه ایالتی و چه فدرال باید با قانون اساسی مطابقت داشته باشند.

### کنترل مطابقت قوانین عادی با حقوق اساسی

۷۷- محاکم اجراء هر قانونی که با قانون اساسی منطبق نباشد (چه ایالتی و چه فدرال) استثنا و بدان امتناع می کنند. صرف نظر از ایراد اصحاب دعوی خود دادگاه نیز رأساً موظف است از اجرای چنین قانونی خودداری کند، طریقه دوم کنترل آن است که دیوان عالی مستقلاً می تواند قانونی را که با قانون اساسی منطبق نباشد ملغی سازد. نمونه عمده آن در چند سال قبل بود که در یکی از ایالات سیاهپوستان را از نام نویسی در یک دانشگاه بخصوص که به سفیدپوستان اختصاص داده شده بود محروم نمودند سیاه پوستی از جواب ردی که به او دادند شکایت کرد و دیوان عالی قانون ایالتی مزبور را ملغی نموده و بالتیجه دانشگاه را به قبول آن متقاضی ملزم نمود.

قاعده الغای کلی یک قانون در قانون اساسی آمریکا ذکر نشده است اما رویه قضائی در سال ۱۸۰۳ آن را استنتاج کرده بصورت یک اصل حقوقی مستقر نموده است. در سال ۱۸۰۲ جان آدامس رئیس جمهور در آخرین روزهای ریاست جمهوری خود انتصاب ماربوری را به قضاوت فدرال به کنگره پیشنهاد نمود. کنگره نیز آن را تصویب کرد. اما ابلاغ انتصاب وی وقتی آماده امضاء شد که جفرسن رئیس جمهور جدید و کابینه او شروع به کار نموده بودند و وزیر مربوطه از ارسال ابلاغ امتناع کرد. ماربوری به استناد قانونی به دیوان عالی حق می دهد وزیر را ملزم به ارسال ابلاغ نماید استناد کرده و الزام او را از دیوان عالی خواست. اما دیوان عالی قانون مورد استناد را با قانون اساسی مخالف دانسته آن را ابطال نمود.

احترام مردم به قانون اساسی: ناشی از آن است که این قانون به قیمت فداکاریها و جنگهایی تهیه و حفظ شده

است مظهر وحدت سیاسی و مبنای ایجاد تشکیلات ملیت واحد است، در مقابل استقلال ایالات همین قانون است که مظهر وحدت آنهاست. اصولاً اختیارات تمام مراجع منبعث از قانون اساسی است و حتی اعتبار و قدرت کامن لائو نیز از آن جهت است که قانون اساسی به آن اعتبار داده است.

#### مرجع تفسیر قانون

تفسیر قانون اساسی در صلاحیت دیوان عالی است: دیوان عالی برحسب موقعیت‌ها و جریانهای جهانی با تفسیرهای منطقی از قانون اساسی قواعدی تازه بمنظور حل مسائل نوین بوجود آورده است مثلاً معتقد است چون آزادی در اداره اموال و حق حیات برای همه مردم شناخته شده است لذا هر قانونی که این حقوق را محدود کند باید موجه بوده و دلیل صحیحی داشته باشد و لذا تصویب قوانین مصادره مال یا محدودیت‌هایی در تساوی افراد باید جهت قانونی و صحیح داشته باشد.

#### تعارض قوانین ایالتی، کامن لائو و ایالتی

۷۸- اول- موارد صلاحیت ایالتی - ظاهراً بنظر می‌رسد که مواد و موضوعاتی که اختیار قانونگذاری آن در صلاحیت ایالات است دعاوی مربوط نیز در صلاحیت دادگاههای ایالتی باشد و بالعکس اما همیشه و بطور مطلق این ملازمه وجود ندارد. مثلاً تصویب قوانین مسئولیت جزائی در صلاحیت مقننه ایالتی است معهداً ممکن است چنین دعوائی در دادگاه فدرال مطرح گردد فی‌المثل وقتی که مقصر و زیان‌دیده تبعه دو ایالت باشند. قانون مصوبه ۱۷۸۹ در چنین موردی دادگاه را موظف به اجرای قوانین ایالتی می‌کند اما اگر قانون ایالتی وجود نداشته باشد چه باید کرد؟ آیا کامن لائو ایالتی را می‌توان اجراء کرد و عبارت قانون ایالتی شامل کامن لائو آن هم می‌شود یا نه؟ بدواً رویه قضائی آمریکا معتقد بود که چون اصطلاح «قوانین» بکار برده شده است باید فقط قوانین مصوبه را اجرا کرد. و اگر قانون ایالتی در موضوع دعوی موجود نباشد باید کامن لائو همگانی کشور را اجراء نمود اما بعد از ۱۹۳۸ رویه تغییر کرد و دادگاه فدرال را موظف به اجرای مجموعه حقوق ایالتی (اعم از قانون و کامن لائو) نموده یک مورد آن هم رائی بود که در دعوی مطروحه توپکینس<sup>۱۵</sup> علیه راه آهن خصوصی اری<sup>۱۶</sup> صادر شد ترن باری متعلق به این کمپانی که در واگن آن بازمانده بود حین عبور از ایالت پنسیلوانیا خواهان دعوی را مجروح کرده بود. دادگاه فدرال طبق قانون فدرال موظف بود مقررات ایالت محل وقوع حادثه (پنسیلوانیا) را اجراء نماید، کمپانی تقصیر و غفلت را متوجه خود مجروح دانسته و ایراد کرد که بر طبق رویه قضائی پنسیلوانیا در چنین موردی مجروح حق مطالبه خسارت ندارد. دادگاه بدوی و استیناف بنا بر رویه قضائی قبلی معتقد بودند چون «قانون مصوبه‌ای» در پنسیلوانیا راجع به این موضع وجود ندارد باید کامن لائو همگانی کشور اجراء گردد نه کامن لائو ایالتی. اما دیوانعالی رای را نقض کرد و نظر داد که کامن لائو ایالتی نیز مثل قانون لازم الاجرا است.

15 - Tompkins

16 - Erie

## تعارض قوانین ایالتی، کامن لائو و فدرال

۷۹- دوم موارد صلاحیت فدرال- در موارد صلاحیت قانونگذاری کنگره کامن لائو همگانی کشور ایجاد می‌شود. مثلاً ثبت علائم و اختراعات جزء صلاحیت کنگره است که در مورد آن و حتی موارد وابسته بدان مثل رقابت مکارانه کامن لائو فدرال تشکیل گردیده.

## تعارض قوانین

۸۰- مسئله تعارض قوانین و قلمرو قانونی هر ایالت بنحو واحد و توسط قانون فدرال حل نشده است بلکه در هر یک از ایالات در این زمینه مقررات خاص وجود دارد. مثلاً تلافی‌های صادره از محاکم رنو (مرکز نوادا) در نظر بسیاری ایالات مفتضحانه بوده و آن ایالات علیرغم قانون اساسی که آراء صادره از هر ایالت را در سایر ایالات نیز معتبر می‌داند بعنوان مخالفت با اخلاق حسنه از قبول آن خودداری می‌کردند تا بالاخره قضیه بنحو بینابین حل شد که این احکام را از بعضی آثار معتبر و از جهات دیگر قبول نکنند. یا قانونی در ماساچوست گذشت و میزان خسارتی که مسدوم یا وارث معدوم متوفی می‌توانست از مرتکب عمل تصادف مطالبه کند محدود کرد. بسیاری از ایالات این قانون را با نظم عمومی خود منافی دانسته و اجراء نمی‌کردند. در مواردی که قاضی باید مقررات خارجی (ایالات دیگر) را اجرا کند - نسبت به کامن لائو هر ایالت فرض بر این است که قضات سایر ایالات از آن اطلاع دارند و رأساً آن را اجراء می‌کنند. اما در مورد قانون سایر ایالات فرض بر آن بود که اگر اصحاب دعوی ایراد کرده و قانون ایالت دیگر را عرضه کنند قاضی آن را اجراء می‌کند و الا رأساً موظف نبود از آن مطلع بوده و به اجرای آن اقدام کند. اما این رویه عوض شده و در غالب ایالات فعلاً قوانین خارجی را قاضی رأساً اجراء می‌کند.

## توسعه انصاف

۸۱- مراجع خاصی بنام دادگاههای انصاف وجود دارد مسایلی را که علم حقوق حل نکند به آن مراجع ارجاع می‌شود. توسعه این محاکم بسیار زیاد بوده و راه نفوذ قواعد مسیحیت در حقوق آمریکا بشمار می‌رود. مثلاً قبل از تصویب قانون راجع به طلاق مسایل مربوط به زوجیت و بطلان نکاح و امثال آن در انصاف مطرح می‌شد.

## رعایت سابقه قضائی

۸۲- قاعده انصاف رعایت سابقه قضائی رکن تشکیل سیستم کامن لائو است. اما در آمریکا بواسطه فدرال بودن نظام مملکتی قاعده مذکور دچار نوسانات خاصی شده است. زیرا اگر ایالات بطور قاطع موظف باشند سابقه قضائی را رعایت کنند این امر بضرر وحدت مملکت تمام شده و فاصله‌های حقوق بین ایالات را تشدید می‌کند و بهمین جهت فکر و روال کار قضات آمریکا بین این دو هدف نوسان دارد.

دادگاههای عالی موظف به رعایت سابقه نیستند و ممکن است نظریه جدیدی اتخاذ نمایند. تغییر رویه از طرف دیوان عالی غالباً بمنظور تأمین نظریات علمی و اجتماعی و قضائی جدید بوده و بمنظور وحدت بخشیدن به رویه ایالات است تا اینکه اگر حقوق یک ایالت از مسیر کلی منحرف شد آن را به مسیر کلی قضائی ایالات

متحده باز آرد. قبل از جنگها و انفصال دیوان عالی اعلام کرد که کنگره حق ندارد ایالات را از قبول بردگی منع کند ولی بعداً رویه را تغییر داد. همچنین در ۱۹۰۵ دیوان کشور قانونی را که در نیویورک گذشته و ساعات هفتگی کارگران نانوائی را به ۶۰ ساعت تقلیل داده بود ابطال کرد و در ۱۹۱۰ قانون کنگره را در مورد تقلیل ساعات کارگران صغیر مخالف قانون اساسی تشخیص داد و حال آنکه در همه این موارد دیوان عالی بعداً رویه خود را تغییر داد.

#### جریانهای وحدت جوئی

۸۳- در آمریکا کوششهای معنوی فراوانی می شود که حقوق ایالات به سمت وحدت گرایش پیدا کند، و بدین منظور دادگاههای ایالتی به آراء و رویه های قضائی سایر ایالات نیز استناد می کنند و آنها را تا حدی قبول دارند و به موازات کامن لا و ایالتی رویه قضائی فدرال توسعه می یابد. از طرف دیگر با اصلاحیه های متعددی که بر قانون اساسی نوشته شده و می شود صلاحیت کنگره و مراجع فدرال را در اتخاذ تصمیم و تصویب مقررات زیاده تر می کنند. و همچنین هر قانونی که در ایالات تصویب می شود بخصوص اگر در مسایل اقتصادی یا اموری باشد که ارتباط با روابط افراد ایالات مختلف داشته باشد آئین نامه اجرائی را مراجع فدرال می نویسند تا در همه ایالات معتبر بوده و حقوق ایالات را به وحدت سوق دهد. همچنین طرح قوانین جزائی، تجارت و مسایل مشترک بصورت نمونه از طرف مراجع فدرال تهیه و به همه ایالات پیشنهاد می گردد.

## **سیستم حقوق هندوستان**

#### مبارزه مذهب برهمنائی و بودائی و وضع بعدی هندوستان در سیستم حقوق هندوستان

۸۴- سیستم حقوقی فعلی هندوستان مخلوطی از حقوق قدیم هندوستان و سیستم حقوقی انگلستان است و این مخلوط بنحوی است که حقوق فعلی را می توان گفت در مقابل هر دو عنصر تشکیل دهنده خویش استقلال ذاتی داشته با روحیه مردم آن سرزمین و نظریات جدید تطابق دارد. لذا در کلیه مناطقی که تحت تأثیر افکار برهمنائی است و از این جهت نزدیکی با حقوق قدیم هندوستان دارد (مانند جنوب آفریقا و جنوب شرقی آسیا) مورد نمونه برداری قرار گرفته است.

مذهب بودائی در هندوستان ایجاد شد و تا سده ۸ میلادی در زور آزمائی با مذهب برهمنائی توفیق یافت ولی در این سده مذهب برهمنائی تفوق قطعی یافت و برافکار جامعه تسلط پیدا کرد.

#### طبقات جامعه در مذهب برهمنائی

۸۵- در مذهب برهمنائی هر بشری از بدو تولد به یکی از طبقات چهارگانه اجتماع تعلق دارد و این تعلق جزئی از هویت و شخصیت اوست. طبقات چهارگانه عبارتند از:

۱- برهمنها (روحانیون)

۲- لشکریان

۳- کشاورزان

۴- سایر طبقات

نجنس‌ها خارج از طبقات هستند و همچنین بالاترین مجازات (که بمنزله مرگ اجتماعی است) اخراج فرد است از طبقه خویش که چون چنین شخصی در هیچ طبقه‌ای راه ندارد بمنزله مرده تلقی می‌شود. این طبقات چهارگانه مکمل یکدیگر تلقی گردیده و وجود آنان برای حفظ اجتماع ضروری تشخیص داده می‌شود ولی سلسله مراتب اولویت به همان ترتیبی که ذکر شد در روابط آنها برقرار است.

#### اهداف زندگی در مذهب برهمنائی

۸۶- مذهب برهمنائی بدون اینکه قواعد و مقررات قاطعی برای امور حقوقی مقرر دارد ولی اصولاً چون طرز زندگی بشر را بطور کلی و همه جانبه مورد نظر قرار می‌دهد، برحسب نظریه خویش - بعنوان مقررات حقوقی - توصیه‌هایی نموده است. در مذهب برهمنائی هدف زندگی سه است:

اول- فضیلت یا اخلاق: که تنظیم کننده آن برهمن هستند، قواعد اخلاقی تنظیم شده را دهارما می‌گویند.

دوم- نفع: که مجموعه قواعد آن بنام آرته‌ها به سلطان حکومت کردن و به مردم ثروتمند شدن را می‌آموزد.

سوم- لذات: مجموعه دستورات آن بنام کاما می‌باشد.

مرد کامل باید بنحوی رفتار کند که هر سه این هدفها را تأمین نماید.

۸۷- مجموعه مقررات دهارما که از نظم طبیعی اشیاء سرچشمه می‌گیرد بعنوان مدل زندگی بوده و توصیه‌های اخلاقی است. دهارما در واقع وظیفه مردم را معنی می‌کند و بهیچوجه ایجاد حق نمی‌نماید. لذا به قضات توصیه می‌کند اگر در موردی قانونی نبود برحسب وجدان عدالت و انصاف حکم کنند. از طرف دیگر برهمنائی معتقد است که دنیا در حال سراسیمگی انحطاط است و در این مسیر چهار دوران مشخص شده است که دنیای ما اینک در دوران چهارم قرار دارد. دهارما توصیه می‌کند که اگر عرف و مردم قوانین دهارما را تحقیر نمودند و مخالف آن عمل کردند باید همان عرف را معتبر دانست و بدین نحو احترام فراوانی برای عرف قایل است که ولو آن را با دهارما (که بهرجهت جنبه الهی دارد) مخالف بداند بدون اینکه بآن جنبه الهی بدهد ولی آن را می‌پذیرد. دستگاه حکومت مختار است در تمام زمینه‌ها (جز در قلمرو دهارما) برحسب مقتضیات زمان وضع قانون کند و مردم باید اطاعت نمایند، سلطان حافظ و مراقب مقررات می‌باشد.

لذات: در جوامع بشری زن بمنزله وسیله تأمین لذات است.

حکومت عرف: تغییرپذیری سریع عرف سابقه قضائی نمی‌تواند لازم الاجرا باشد زیرا با حکومت دائمی عرف منافات دارد.

### دوران تسلط پادشاهان مسلمان بر هندوستان

۸۸- در دوران تسلط اسلام فقط دادگاههای جزائی تشکیل می‌شد که نظم عمومی را طبق مقررات اسلامی حفظ کند و چون مردم آزاد بودند که روابط شخصی خویش را هرگونه مایلند تغییر و تبدیل دهند و تنظیم نمایند لذا عملاً در روابط خصوصی افراد همان مقررات مذهبی اجرا می‌گردید.

### دوران تسلط کمپانی هند شرقی بر هندوستان

۸۹- کمپانی هند شرقی با اعمال نفوذ بدو از جنبه تجاری و سپس سیاسی هندوستان را قبضه کرد. کمپانی با راجه‌ها و شاهان هندوستان قرارداد بسته و میزان مالیات مناطق زیر نفوذ خود را یکجا پرداخت می‌کرد تا آزاد باشد بهرنحوی که می‌خواهد مالیاتها را جمع‌آوری کند و برای تأمین این نظر اختیار تأسیس دادگاه را نیز در این مناطق از راجه و شاه گرفت. در مناطق و شهرهای دیگر دادگاههای انگلیسی تشکیل شد که بدعاوی اتباع خارجه هندیها و یا خارجی‌های دیگر رسیدگی می‌کرد تا در سال ۱۸۵۸ که انگستان از کمپانی خلع ید کرد و اداره مستعمره را مستقیماً بدست گرفت.

### خلع ید از کمپانی واستعمار مستقیم

۹۰- انگلستان در نظر نداشت حقوق و قواعد حقوق خود را عیناً در هندوستان پیاده کند بلکه می‌خواست مردم را در روابط خودشان و مقررات حقوقی آزاد بگذارد و علیهذا در صدد تدوین و اجرای حقوق هند برآمده و در دادگاهها نیز از مشاورین محلی که Pundit نامیده می‌شدند استفاده می‌کرد. در تدوین حقوق هندوستان دولت انگلستان دچار اشتباه شد و تصور کرد که دهارما جامع تمام مقررات حقوقی بوده و لازم الاجرا است. علیهذا به جمع‌آوری و ترجمه آن اقدام کرده قسمتی در حدود ثلث یا نصف آن ترجمه شد که غلطهای فراوانی در این ترجمه‌ها مشهود است. این دستور اجرای الزامی دهارما بدون توجه به عرف موجب شد حقوق هند از مسیر اصیل خود منحرف شود و همچنین تصویری که انگلیسها از سابقه قضائی در حقوق خود داشتند و حقوق هند را نیز همانگونه تصور می‌کردند این انحراف را تشریح و تسهیل کرد. ناشی بودن و جهل مشاورین قضائی این اشتباه را بوجود آورد و انگلستان بعد از وقوف بر این اشتباه در ایالات شمالی به تصحیح آن اقدام کرد اما در ایالات جنوب تغییر روش را مصلحت ندانست و به اشتباه ادامه داد. دادگاهها در بعضی مسائل مانند ارث، خانواده، ازدواج، مقررات مذهب اسلام یا هندورا (برحسب مذهب متداعیین) اجرا می‌کردند و در موارد دیگری مقررات انصاف و عدالت را.

### دو اثر عمده تسلط انگلستان

دو اثر عمده تسلط انگلستان در حقوق هند عبارت بود از:

اول- حقوق هندو که تا آن تاریخ بواسطه تسلط پادشاهان مسلمان در خفا بود آشکار شد و هم تراز با اسلام گردید.

دوم- مقرراتی واحد که بر همه حکومت می‌کرد از هم پاشید. محلی کردن حقوق و وجود عرفهای

مختلف ناحیه‌ای باعث تفرقه شد.

### دوران قانونگذاری

۹۰- از ۱۸۳۳ تحولی در مسیر تدوین قوانین جدید پیدا شد که می‌توان آن را دوران قانونگذاری دانست. در این سال به هیئت سه نفری مشاورین (مانند هیئت وزراء) فرماندار کل هندوستان یک نفر بنام وزیر دادگستری افزوده شد و وی کمیونی را مأمور تهیه قوانین کرد. اولین برنامه این بود که سه مجموعه قوانین تهیه شود: یکی در مورد مسائل خاص مسلمین، دیگری در مورد هندوها و سومی مجموعه قوانین محلی برای همگان. گرچه این طرح عیناً اجراء نشد ولی کمیونهای مأمور قانونگذاری که بعداً تأسیس شد در مسائلی که حقوق ساکت بوده و یا تلون داشت قوانینی گذراندند، در تهیه این قوانین تمام نظریات نوین حقوقی و تحولات علمی حقوق انگلیس را در نظر گرفتند و عملاً این قوانین بمنزله مرحله تکاملی حقوق انگلیس بود منتها بصورت قانون درآمد. نواقص سیستم کامن لا و را در مسایل عقود، مسئولیت مدنی و امثال آنها رفع کردند. دو نکته به این کار کمک کرد و بسیاری از قواعد حقوقی انگلستان را همراه سیستم آن به هند آورد و با حقوق محلی هندو مخلوط کرده و سیستم خاصی را بوجود آورد:

اولاً اهمیتی که در حقوق هندو به عرف داده می‌شود، الزام قاضی باینکه در مورد سکوت مقررات به ندای وجدان و عدالت و انصاف توجه کرده طبق آن رأی دهد موجب شد در بسیاری موارد بخصوص راجع به مقتضیات نوین جوامع بشری قواعد معموله انگلستان مطابق انصاف تلقی شده و اجراء گردد.

ثانیاً اعتقاد هندوان به اینکه حاکم برای حفظ نظام حکومت و تدوین عرفهای مطابق وجدان و اخلاق و نظم عمومی می‌تواند مقرراتی وضع کند موجب می‌شد که بسیاری از قوانین و مقررات موضوعه مورد قبول واقع گردد و به دستگاه حاکمه مملکتی این اجازه داده شود که قوانین را تغییر و تبدیل دهند که هنوز این اثر حقوق هندو در حقوق اساسی هندوستان مشهود است و اصلاح قانون اساسی با سهولتی بیش از سیستم‌های حقوق مشابه امکان پذیر است.

### دوران استقلال، قانون اساسی

۹۱- قانون اساسی هندوستان در ۱۹۵۰ تصویب شد و بموجب نص این قانون سیستم حقوقی مستقر در هندوستان ابقاء گردید و ادامه یافت. در این قانون طبقات اجتماعی حذف شد و آزادی مذاهب برقرار گردید. این قانون اساسی مدیون سالها مبارزه و فداکاریهای ماهاتما گاندی و شاگردان مکتب او بود.

در قوانین بعدی هم که متدرجاً به تصویب رسید و اساس نوینی فراهم کرد نقش آزادیخواهی و آرامش طلبی پیداست. قانون ازدواج در ۱۹۵۵ سیستم قبلی هندوستان را منقلب کرد. بموجب عرف قدیم زن بمنزله هدیه‌ای بود که از جانب خاندانش به داماد داده می‌شد. زن شخصیت انسانی نداشت و فقط وسیله تأمین لذت جوئی (کاما) به حساب می‌آمد و علیهذا اعلام رضایت او در ازدواج ضروری نبود. قانون جدید رضایت زن را در ازدواج لازم دانسته و حداقل سن برای ازدواج برقرار کرد. ممنوعیت از ازدواج بین طبقات و مذاهب مختلف را



حذف نمود. تعداد زوجات را منع کرد. طلاق را که در حقوق هندو نبود قبول کرده وارد حقوق نمود. زن را جزء وراثت قرار داد ...

### حقوق فدرال و ایالتی

۹۲- دولت هندوستان بواسطه اینکه از جوامع متعدد با آداب و رسوم متفاوت تشکیل شده است به صورت فدرال اداره می‌شود و ایالات تا حدودی در اداره امور خویش خودمختار هستند. زبانهای رسمی جمعاً در هندوستان بعدد ۱۵ می‌رسد که از چهار زبان اصلی منشعب است.

### صلاحیت قانونگذاری

طرز تنظیم صلاحیت قانونگذاری با سیستم آمریکا (در آمریکا اصل بر صلاحیت مقننه ایالتی است) متفاوت است به این منی که در قانون اساسی در ۶۶ مورد قانونگذاری در صلاحیت مراجع ایالتی و ۹۷ مورد در صلاحیت مراجع فدرال ذکر شده و مواردی که ذکر نشده است در صلاحیت هر دو مرجع است. بعقیده ذی‌نظران حقوق هندی این روش موجب می‌شود که سیر تکامل ملت به سوی وحدت حقوقی تسهیل گردد.

### کنترل مطابقت قانون عادی با قانون اساسی

دیوان عالی (که فدرال است و در رأس سایر دادگاهها که فقط ایالتی می‌باشند قرار دارد) قوانین ایالتی یا فدرال را که مخالف با قانون اساسی باشد ابطال می‌نماید اما چون تغییر قانون اساسی امکانپذیر است اگر قانون مورد بحث هدف سیاسی بسیار مهمی را تأمین کرده باشد به تغییر قانون اساسی اقدام می‌گردد. مثلاً قانون اصلاحات ارضی مصوبه در بنگال شرقی چون مخالف با قانون اساسی بنظر می‌رسید به تغییر قانون اساسی اقدام شد؛ یا در مورد محاکمه اخیر بانو ایندیرا گاندی به تغییر قانون اساسی اقدام شد و علیهذا دیوان عالی رای دادگاه بدوی را مبنی بر محکومیت ایندیرا گاندی فسخ کرد. دیوان عالی از ۱۳ نفر قضات به ریاست وزیر دادگستری تشکیل می‌شود. آئین دادرسی را خود دیوان عالی تصویب می‌نماید که به امضای رئیس جمهور قابل اجراست.

### جهات تشابه حقوق هندوستان با حقوق کامن لاو وانگلستان

۹۳- جهات تشابه با سیستم کامن لاو بطور ملخص از این قرار است:

الف- تفوق آراء محاکم بر مصوبات مقننه. البته چون هندوستان در مسیر تحول است و تأمین این

تحول با تدوین قانون می‌باشد لذا قانون در هندوستان بیش از انگلستان قدرت و ارزش دارد.

ب- قوه قضائیه کاملاً مستقل بوده و بهیچوجه تابع مقامات اجرائی فدرال یا ایالتی نیست و بر تمام دستگاهها نظارت دارد. تمام اختلافات ولو در مراجع اختصاصی مطرح شوند بالاخره اعتراض یا استیناف آنها در دادگستری مطرح می‌گردد.

ج- تقسیم‌بندی حقوق عمومی و حقوق خصوصی در هندوستان نیز موضوع ندارد.

د- تئوریه‌ها و اصطلاحات و تکنیک‌های حقوقی مشابه حقوق انگلستان هستند. گرچه قانون در

هندوستان از اعتبار حقوقی بیشتری برخوردار است تا انگلستان، معهدا تصویب قوانین بیشتر برای تنظیم تدوین و تشریح تئوریه‌ها و اصول است تا ایجاد امر نوین.

#### جهات افتراق حقوق هندوستان با حقوق کامن لائو و انگلستان

۹۴- جهات افتراق با سایر سیستم‌های کامن لائو بطور مختصر از این قرار است:

الف- هندوستان نیز مانند آمریکا قانون اساسی مدونی دارد که حاکم بر همه مملکت است، بعکس انگلستان که دارای قانون اساسی نیست.

ب- سیستم حکومت و حقوق هندوستان مانند آمریکا فدرال است، اما در صلاحیت قانونگذاری اصل و استثناء نیست و صلاحیت هر دو مرجع ذکر شده است. انگلستان فدرال نیست.

ج- دادگاه‌های پائین فقط ایالتی هستند (در انگلستان همه دادگاهها متمرکز در سازمان مرکزی، در آمریکا دو سری دادگاه فدرال و ایالتی) و دیوان عالی فدرال است.

د- فرقی بین انصاف و کامن لائو وجود ندارد. تفاوت این دو در انگلستان بعلت سابقه تاریخی وجود دادگاههای مهردار بود که چون در هندوستان چنین دادگاهی ایجاد نشد لذا چنین تفاوتی نیز بوجود نیامد.

ه- در زمینه مالکیت زارعی و مالکیت دسته‌جمعی خانواده همان روش قدیم هندو معمول است منتهی اصطلاحات حقوق انگلیس بکار برده می‌شود.

## **سیستم حقوق روسیه**

### تشکیل اولیه روسیه

۹۵- اول در اواسط قرن ۹ هجری قبایلی که ظاهراً از اسکاندیناوی آمده بودند به جنوب روسیه مهاجرت کرده و در ۸۶۲ تسلط خود را بر روسیه مستقر ساخته و شهر «کیف» را مرکز قرار دادند و این حکومت تا سال ۱۲۳۶ میلادی که توسط مغول برچیده شد ادامه یافت. در سال ۹۸۹ سن ولادیمیر پادشاه وقت به دین مسیحی درآمد و علیهذا جامعه روس به سمت مسیحیت کشیده شد. برای استقرار مبانی مسیحیت، نفوذ آن در عرف و عادات متداول مردم در اوایل قرن ۱۱ هجری شروع به تدوین مجموعه قانونی عرف و عادات نمودند و بدینوسیله حقوق کلیسا در لوای حقوق بیزانس وارد روسیه شد. با انقراض بیزانس مسیحیت روسیه مبنای کلیسایی خارج از مملکت را از دست داد و می‌توان گفت تا حدی خود جانشین بیزانس گردید. از این مرحله حقوق بیزانس (حقوق رم) و حقوق مسیحیت (مجزا از پاپ و رم) به موازات و تماس با هم در روسیه تحول یافت و روسیه از دنیای سایر مسیحیان اروپا در انزوا افتاد.

## دوران تسلط مغول بر روسیه

۹۶- مرحله دوم از سال ۱۲۳۶ که مغول به روسیه تسلط یافت شروع می‌شود. در این دوران حقوق روسیه از تحول بازماند و دچار رکود شد. در دورانهای بعدی و حقوق متداول در آن دورانها چندان آثاری از سلطه مغولان باقی نمانده است زیرا مغولها دارای حقوق قوی و مستقلی نبودند. در این دوران علاقه به حفظ شخصیت و حیثیت ملی باعث شد که کشیشها بعنوان مظهر ملیت و مذهب متدرجاً نفوذ یافتند. تجمع در اطراف آنان قوی‌تر و فشرده‌تر گردید و با توجه به اینکه کلیسای آنان تابع رم نبود سلطه مغول باعث شد که مسیحیت روسیه بیشتر از پیش در لاک انزوای خود فرورفته و از سایر مسیحیان منزوی گردد و حتی بعد از احیای استقلال نیز این انزوا مرتفع نشد، زیرا مبنای اصلی آن اختلاف مذهب بود با سایر مسیحیان جهان. مسیحیان روسیه ارتدکس بودند. اثر دیگر آن دوران این بود که روسها به شهر جدید الولاده مسکو توجه یافتند و از لحاظ ملت مرکزیت از کیف به مسکو منتقل گردید که این اثر هنوز هم باقی است.

## شکست مغول و کسب استقلال

۹۷- مرحله سوم- بعد از قریب صد سال مبارزه بالاخره ایوان سوم در ۱۴۸۰ موفق به آزاد کردن روسیه شد و مرحله جدیدی در تاریخ و حقوق روسیه شروع گردید. در این دوران فئودالیتته مستقر شد و لزوم مقابله با حملاتی که از مغرب کشور عملی می‌گردید و نگرانی حفظ استقلال موجب ایجاد دیکتاتوری شدید تزارها شد. در این دوران روسیه سخت مشغول بخود بود و چون کلیسای روسیه پایگاهی در خارج نداشت در تحت اختیار تزارها قرار گرفت. در این دوران اقدام اساسی در زمینه تنظیم حقوق بکار نرفت اهم کارهای اصلاحی تدوین حقوق مسیحیت و حقوق عرفی به دستور تزار الکسیس میخائیلویچ بود که مجموعه حقوق عرفی آن در ۱۶۴۹ تدوین شد.

## دوران پترکبیر و بعد از آن

۹۸- مرحله چهارم از ۱۶۸۹ یعنی جلوس پترکبیر شروع شد. در این دوران فئودالیتته لغو گردید، حقوق خصوصی طبق مقررات عرفی حل و فصل می‌شد. پتر کبیر از روی مدل اروپای غربی و بخصوص فرانسه سازمان اداری مملکت را اصلاح نمود با بیرون آمدن از انزوا و ایجاد روابط با اروپای غربی و بخصوص فرانسه متدرجاً مجموعه‌های قانون جزا و سازمان قضائی تدوین گردید.

خصوصیات حقوق روسیه عبارت بود از:

۱- حقوق جاری همان حقوق بیزانس «و بالتیجه رم و مسیحیت» و عرف محلی بود.

۲- سازمان قضائی مملکت و رویه‌های قضائی ضعیف بود.

در این مرحله حقوق روسیه تحول یافت و به حقوق اروپائی نزدیک شد و کم کم در ردیف سیستم‌های حقوقی رومانو- ژرمانیک قرار گرفت. در این دور که تا انقلاب کمونیستی ۱۹۱۷ طول کشید در واقع حقوق روسیه از شعب رومانو- ژرمانیک بود و بعد از ۱۹۱۷ نیز جزء نکات مشخصی که هدف انقلاب بود سایر جهات سیستم حقوقی روسیه همان رومانو- ژرمانیک باقی ماند بنحوی که بعضی مصنفین هنوز هم آن را رشته‌ای خاص از

آن خانواده می‌دانند و می‌گویند وقتی می‌توان سیستم حقوقی روسیه را مجزا دانست که انقلاب کمونیستی بوقوع پیوندد و الا اینکه که روسیه بزعم رجال مملکت در حالت سوسیالیسم بوده و در مسیر وصول به کمونیسم است سیستم حقوقی خاصی ندارد.

#### مکتب مارکسیسم، حقوق روسیه سوسیالیستی

۹۶- مکتب مارکسیسم گو اینکه بنام مارکس نامیده می‌شود ولی از قدیم الایام در تاریخ بشر آثاری از آن بچشم می‌خورد. مارکس و انگلس شاگرد و همکار او که هر دو در محیط اجتماعی و حقوقی اروپائی غربی بزرگ شده بودند مکتب جدیدی را بنا نهادند. آنچه که از این مکتب به مسایل حقوقی و اجتماعی مرتبط است از این قرار است. آنان معتقدند که بشر اولیه بصورت کمون<sup>۱۷</sup> (که لغت کمونیست از آن ریشه است) زندگی می‌کرده و دارای دولت و حقوق نبوده است زیرا وسایل تولید در اختیار همگان قرار داشت. از روزی که گروهی از انسانها وسایل تولید را تحت اختیار خویش گرفتند دیگران برای حفظ حیات ناچار به پیروی از آنها گردیدند و این امر مبنای تشکیل دولت و سلطه بعضی بر بعضی دیگر شد، مسلط برای حفظ سلطه خویش و توجیه آن به ایجاد علم حقوق و مذهب دست زد.

مالکیت وسایل تولید در طی تاریخ تحول می‌یابد این تحول تحت ضابطه منطق ماتریالیستی (ماتریالیسم دیالکتیک) و عبور از مراحل فتودالیت، بورژوازی و سرمایه‌داری می‌باشد. سرمایه‌داری که به اوج خود رسید کارگران طغیان می‌کنند و حکومت را واژگون می‌سازند و آنگاه که قدرت را بدست گرفتند بلحاظ اشتراک منافع با تمام کارگران جهان در همه جهان حکومت را بدست می‌گیرند. قدرت که قرن‌ها بصورت مطلق در دست مالکین وسایل تولید بود، بدست کارگر می‌افتد و دیکتاتوری کارگر راه را برای حصول به کمونیسم و بی‌نیازی از حقوق و دولت هموار می‌سازد و وسایل تولید از مالکیت خصوصی خارج می‌شود. اولین و مهمترین تاریخ بشریت روزی بود که مالکیت وسایل تولید به انحصار عده‌ای درآمد و دومین تحول عظیم تاریخ در روزی خواهد بود که مجدداً این مالکیت سلب گردد و دیگر به وجود دولت و حقوق نیازی نباشد. گروهی که در وصول به این هدف عجله داشتند از همان اول نابود کردن دولتها و سیستم‌های حقوقی را نیز جزء برنامه کار خود قرار دادند که بنام «آنارشپیست» مشهورند. این انشعاب را می‌توان به خوارج در تاریخ اسلام تشبیه کرد.

#### مالکیت خصوصی وسایل تولید و اولین تحول جامعه بشری

۱۰۰- علیرغم پیش‌بینی مارکس اولین کشوری که انقلاب کمونیستی در آن بوقوع پیوست (روسیه) کشوری بود که تمدنی کشاورزی داشت و تعداد کارگران آن از سایر ممالک کمتر بود. مارکسیسم تا قبل از تاریخ ۱۹۱۷ (انقلاب روسیه) بصورت یک فلسفه صرف بود که قسمت اجتماعی و فلسفی آن بعنوان اثبات نظر خویش به وقایع تاریخی استناد می‌کرد. مبحث سیاسی آن از وقتی اهمیت یافت و مورد بحث قرار گرفت که حزب کمونیست روسیه بر اوضاع آن کشور تسلط یافت. این مکتب چون محتاج بود که بطور روزمره با اوضاع

17 - Commune

سیاسی داخلی و جهان تطابق یابد و به همین جهت صفت لنیسم نیز بآن اضافه شد. گرچه اساس این تطابق روزمره و تحول مداوم در مبنای اصول مارکسیسم وجود دارد معهداً انطباق عملی آن با پیروزی انقلاب میسر گردید. هگل به تحول تاریخ و حقوق معتقد بود و منشأ تحول را در تکامل روحیه بشری می‌دانست؛ اما مارکس با قبول تحول معتقد بود که نحوه تولید و توزیع کالا و اقتصاد سیاسی مبنای این تحول و تکامل روحیه بشری است، اقتصاد زیربناست و سایر مظاهر جامعه روبنائی است که برحسب زیربنا متفاوت می‌باشد.

#### اصول حقوق سوسیالیستی

۱۰۱- لنین با تسلط بر قدرت به زعم خویش حکومت سوسیالیستی کارگری برقرار کرد. این سیستم طبق نظر انقلابیون دیکتاتوری طبقه کارگر است و بعنوان وضعیت واسطه و محلل به حساب می‌آید تا با ایجاد و استقرار اخلاق کمونیستی و نظم و تساوی جامعه را به سمت کمونیستی بکشاند و در راه فراهم کردن این زمینه باید با هر مخالف داخلی و خارجی که مانع تکامل جامعه باشد به شدت مبارزه کرد. حقوقدان سوسیالیست معتقد است که تمام تحولات بشری در گذشته و آینده مبتنی بر تحول اقتصادی است و اقتصاد است که عادات، حقوق و اخلاق را بوجود می‌آورد و با هر تحولی در اقتصاد که بمنزله زیربنای جامعه است تمام مظاهر دیگر جامعه که روبناست تغییر می‌کند. تغییر و تحول وسایل تولید و در نتیجه کمیت و کیفیت تولید و بالتبع مصرف موجب تحول و تغییرات مقررات جوامع بشری است و در واقع ابزار تولید که مخلوق انسان است خالق جامعه و مقررات حاکمه بر جامعه است. این تحول مبتنی بر قواعد طبیعی است نه الهی. از جمع شدن نظریه تحول اجتماعی و نظریه ماتریالیسم مکتب مارکسیسم ایجاد می‌شود که می‌گوید دنیا برحسب قوانین طبیعی در حرکت است که باید آن قوانین را کشف کرد نه اینکه جبر باشد بلکه این بشر است که تاریخ می‌سازد و منتها قوانین این ساختن را باید کشف کرد.

#### آزادی عقیده

۱۰۲- سیستم حقوقی فعلی شوروی بر این مبنا قرار دارد که آزادی را بمعنای موجود در غرب خطائی می‌داند که هیئت حاکمه با عوام فریبی آن را مستمسک خویش قرار داده‌اند تا بر دوش ملت سوار باشند بدون اینکه ملت توجه پیدا کند، ملت را به بهانه انتخابات و دخالت مستقیم در امور و ظاهر آزادی می‌فریبند و حال آنکه در معنا و نتیجه آن استبداد و اجباری است که خود خواسته‌اند، همانطور که منتسکیو می‌گوید «آزادی آن نیست که هر فرد هرچه خواهد بکند بلکه آزادی واقعی آن است که افراد آنچه را حقاً و عقلاً باید بخواهند بتوانند بکنند». کمونیسم و حقوق آن درصدد است که افراد را تربیت کند که چه بخواهند و چه نخواهند و قبل از تحقق چنین تربیتی برای مردم آزادی را هرج و مرج و انحطاط اخلاقی می‌داند. فرد در وصول و انجام دادن آنچه باید بخواهد آزاد است، شده اینکه آزاد باشد هرچه به او تلقین کردند بخواهد و نباید شده آزاد باشد که به چنین هدف تلقینی سرمایه‌داری برسد چون غیر از نظام کمونیستی نجات و حقیقی در جهان وجود ندارد. دولت سوسیالیستی اقتدار کامل دارد که ملت را در این مسیر و بمنظور وصول به کمونیستی رهبری کند و قواعد حقوق وسیله است که دولت در این مسیر از آن استفاده کرده و دشمنان تعالی و تحول جامعه را در هم

بکوبد. سایر دول و نظام‌های موجود دنیا خطری برای بشریت تلقی می‌شوند زیرا برای رفع تضادها و تسلط بر بحرانهای اقتصادی در دنیا جنگ براه می‌اندازند یا استعمار می‌کنند.

#### سه هدف اصلی نظام سوسیالیستی

۱۰۳- حقوق سوسیالیستی در مسیر خود سه هدف اصلی دارد که از آن نظام مورد نظر است:  
اول- حفظ امنیت مملکت تا اینکه جامعه با آرامش بتواند در مسیر تکامل قدم بردارد.  
دوم- پیشرفت اقتصادی و تأمین رفاه و آسایش اقتصادی مردم.  
سوم- تربیت افراد جامعه بمنظور تخلق به اخلاق کمونیستی تا اینکه پس از وصول به آن مرحله و بی‌نیازی از دولت و قانون مجهز به اخلاقی باشد که بتواند قائم مقام قواعد حقوقی گردیده انسان را از دولت بی‌نیاز سازد.

#### منابع حقوقی، قانون

۱۰۴- حقوق در نظام سوسیالیستی برای آماده کردن و آماده داشتن جامعه بمنظور حرکت به سوی کمونیستی و قبول آن نظام است. رهبری جامعه از این حیث به هیئت حاکمه سپرده شده است و قانون زبان هیئت حاکمه است. در انجام این وظیفه مهمترین منبع حقوق قانون است و هیئت حاکمه نیز خالق آن می‌باشد. اختیار قانونگذاری بموجب قانون اساسی ۱۹۳۶ با دولت مرکزی بود ولی از ۱۹۵۳ بعد این اختیار به جمهوری‌ها واگذار شد، فقط دولت مرکزی در هر زمینه اصول و کلیاتی را تصویب می‌کند که قوانین جمهوری‌ها نباید با آن اصول مخالف باشد. در هر جمهوری شورای عالی و همچنین در مسائل فدرال شورای عالی اتحاد جماهیر شوروی تصمیم می‌گیرد. ولی عملاً حتی در مورد تغییر قانون اساسی هیئت رئیسه شورا در فاصله جلسات به تصویب مقررات اقدام نموده و با افتتاح جلسه شورا مجموعه مقررات مصوبه را تسلیم می‌دارد تا یکجائی تصویب گردد.

#### منابع حقوقی، رویه قضائی

۱۰۵- مسئله انفصال قوا و استقلال قوه قضائیه بنحوی که در سیستم‌های غربی مطرح است مورد قبول شوروی نیست و آنان قوه قضائیه را نیز وسیله‌ای برای نیل به هدف اجتماعی می‌دانند. قاضی نیز باید با نظارت در اجرای قوانین و اطاعت از نظام سوسیالیستی جامعه را به سمت جلو سوق دهد. قاضی کمونیستی در اساس نظام موجود بحثی ندارد و نمی‌تواند مجری عقاید مختلف باشد وی باید بکوشد نیت مقنن را از قانون کشف کند و با تفسیر دقیق و تحت اللفظی قانون سعی کند دقیقاً آن را اجراء نماید. رویه قضائی بنحوی که در نظام‌های غربی مطرح است و صدور آرائی که نشان دهنده تحولات دکترین و عقاید جامعه باشد در شوروی موضوع پیدا نمی‌کند و بعقیده آنها در نظام سرمایه‌داری قاضی با آراء خود پایه‌های قدرت استعمار را تقویت می‌کند و اگر احياناً گاهی آرائی بنفع کارگر صادر می‌گردد برای فریب آنها و تسکین دادن حالت هیجان کارگران می‌باشد. دیوان عالی و سرداور (قائم مقام دیوان عالی در محاکمات اداری) حق تفسیر قانون دارند و این تفسیر برای محاکم لازم

الاتباع است. معهداً چون تحولات اقتصادی شوروی بعد از انقلاب مشابه غرب است (با این تفاوت که دولت کارفرمای منحصر می‌باشد) علیهذا رویه قضائی و اصول کلی حقوق مجموعاً تشابه زیادی با حقوق غرب دارد.

#### بررسی بعضی نهادها

بطور نمونه وضع فعلی و تحول قبلی بعضی نهادهای مهم را در حقوق شوروی مختصراً بررسی می‌کنیم.

#### مالکیت خصوصی

۱۰۶- مبنای اقتصادی رژیم کمونیستی بر سخت‌گیری نسبت به مالکیت خصوصی و حذف آن در مورد وسایل تولید است اما حذف مطلق مالکیت خصوصی در مورد اراضی نتیجه مفیدی نداد و عملاً مشاهده شده که از بازدهی کار کشاورزی کاسته گردید لذا مجدداً اراضی را بعنوان حق انتفاع دائم به افراد واگذار کردند و بعداً این انتفاع دایم به کلخوزها واگذار شد. در مورد اموال مصرفی امکان مالکیت شخصی با محدودیتی مجاز است و هر کس می‌تواند منزل، اتومبیل، موتور و دوچرخه و لباس و لوازم مصرفی باندازه معین داشته باشد ولی برای جلوگیری از رکود سرمایه در مقام تهیه وسایل مصرفی در داشت این گونه اموال نیز نمی‌توان افراط کرد مثلاً مساحت منزل محدود به حدودی می‌باشد که برحسب وضعیت و نیاز مالک متفاوت است و حق تعویض آن مطلق نیست. متدرجاً با بهبود وضع اقتصادی و استقرار و استحکام نظام حاکمه محدودیتها کمتر شده و قلمرو مالکیت شخصی توسعه پیدا کرد.

#### ارث

مقررات ارث در ۱۹۱۸ بنحو خیلی محدود باقی ماند و ماترک در مورد خانه و اثاثیه مصرفی تا میزان ده هزار روبل قابل انتقال قهری تلقی شد و مازاد آن به دولت تعلق گرفت. ولی متدرجاً بموازات بهبود اقتصادی قلمرو مالکیت شخصی توسعه یافته و محدودیتهای ارث هم کمتر گردید.

#### خانواده و تحول آن

۱۰۷- بموجب فرمان صادره در ۱۹۱۷ ازدواج بین کبار معتبر شناخته شده و منوط به اعلام رضایت شخص زوجین گردید. برای ازدواج سهولت فراوانی قائل شدند و همینکه دو نفر رأساً به دفتر مراجعه نموده و نام خود را بعنوان زوجین ثبت می‌کردند قانون آنها را زن و شوهر می‌دانست و امر طلاق هم به همین سهولت و صرفاً با همین تشریفات بود، سهولت طلاق موجب ازهم پاشیدگی خانوادگی گردید لذا ناچار به اصلاحاتی شدند که طی مراحل عملی شده. بنابه نوشته‌های حقوقدانان شوروی تمام این مراحل و تصمیمات حساب شده بود. اول طلاق آزاد شد تا اینکه تمام زنان و مردانی که در دوران تزاری تحت فشارهائی ازدواج کرده بودند بتوانند به سهولت از هم جدا شوند و بعد از گذشتن مدتی که این منظور عملی گردید نسبت به طلاق سخت‌گیری شد و انجام آن موکول به رأی دادگاه گردید. همچنین مقررات جامعی برای ازدواج تدوین شد و تقریباً همان سیستم حقوقی غرب در این زمینه عملی گردید.

در بدایت امر شاید نظام کمونیستی چندان به استحکام خانواده اعتقادی نداشته و وجود آن را جزء ضروریات نمی‌دانست اما چون یکی از هدفهای سه‌گانه حکومت سوسیالیستی تربیت مردم و تخلق آنان به اخلاق کمونیستی و آماده کردن آنان برای قبول آن نظام است و در طی تجربه ثابت شد که دولت نمی‌تواند برای کودک مربی خوب و مؤثری باشد مجدداً به استحکام خانواده همت گماشته شد و در این زمینه قواعد مضبوطی مقرر گردید تا وظیفه خطیر تربیت اولاد به این کانون عاطفی واگذار شود. شاید در همین مسیر باشد که مقرر شده است یکی از موارد طلاق مجاز وقتی است که کانون خانوادگی به جهتی از جهات دیگر نتواند به وظیفه تربیتی خویش پردازد و بقای خانواده با تربیت کمونیستی منافات داشته باشد.

اصول کلی مربوط به خانواده از طرف دولت مرکزی تنظیم گردیده و جمهوریها در تدوین قواعد مفصل و مشروح اختیار و استقلال دارند. در شوروی مقررات مربوط به خانواده را مستقلاً و بنام «حقوق خانواده» بررسی می‌کنند نه جزء حقوق مدنی.

#### حقوق جزا، هدف از مجازات

۱۰۸- در نظر حقوقدانان سوسیالیست حقوق جزا برای تنبیه مجرمین و از بین بردن موانع تحول و تکامل جامعه است و علیهذا در نظر انقلابیون اولیه هر جرمی که به امنیت جامعه و همچنین تکامل اقتصادی لطمه بزند شدیدترین مجازات را دارد. و چون انواع و اقسام چنین جرایمی را نمی‌توان شمرد لذا قاضی کمونیست خود حق دارد با قیاس و تشبیه جرایم را تشخیص دهد.

#### مبتنی بودن جرم و مجازات بر قانون و تحول آن

در نظر مقننین اولیه انقلاب اصل مبتنی بودن جرایم بر قانون، اصلی ضروری تلقی نمی‌گردید و لزومی ندارد که قاضی کمونیست را به چنین اصلی مقید ساخت، بلکه وجدان اجتماعی قاضی کافی است، قانون ۱۹۲۲ و ۱۹۲۶ جزا از این اصل نامی نمی‌برد جرم «ضد انقلاب، تضعیف سیاست اقتصادی دولت، خرابکاری» تعریف روشنی ندارد و قاضی در تفسیر وسیع مواد مربوط به این جرم یا سایر جرایم آزاد است. این تفسیر وسیع وسیله‌ای شد در دست ارباب قدرت که مخالفین خود را به بهانه‌ای بکوبند و دروکنند.

قاضی کمونیست نیز نشان داد که تعلق قضات به حزب بی‌طرفی به آنان لطمه می‌زند و آنان را مانند عروسکی در دست حزب دولتی و عقیده سیاسی حکومت قرار می‌دهد. این قضات آنقدر در تفسیر موسع بخصوص از جرم ضد انقلاب افراط کردند که در ۱۹۳۶ دیوان عالی رأی داد: «در مورد جرایمی که نقص خاص وجود دارد قضات نمی‌توانند ماده دیگری را موسعاً تفسیر کنند و عمل مذکور را مشمول آن بدانند».

با تحولات اقتصادی و استقرار حکومت جدید و کم شدن بیم از مخالفین و همچنین نرمی خاصی که بعد از استالین پیدا شد، بدنال قانون ۱۹۵۳ که اختیار قانونگذاری به خود جمهوریها سپرده شد حقوق جزا هم تحولی پیدا کرد. از طرف دولت مرکزی اصول اساسی آئین دادرسی کیفری و حقوق جزا تدوین گردید و مقرر شد که قوانین جمهوریها باید با رعایت این اصول تنظیم شود. اصل مبتنی بودن جرایم و مجازات‌ها بر قانون پذیرفته شد و همچنین تربیت مجرم بعنوان هدف عمده مجازات اعلام شد و بدین نحو دو گام اساسی برداشته



شد و از این حیث حقوق جزای آنان به حقوق غرب نزدیک شد.

## سیستم حقوق اسلامی

حقوق اسلامی خود موضوع درس جداگانه‌ای قرار گرفته و علیهذا از آن اطلاع مجملی حاصل است بنابراین در درس حقوق تطبیقی فقط بذکر بعضی از مباحث آن اکتفا شده و نکاتی را که بیشتر مطمح نظر مطالعات تطبیقی قرار می‌گیرد یادآور می‌شویم.

### دوران تشریح و مبانی اصلی اولیه حقوق اسلام

۱۰۹- در دوران حیات پیامبر تدریجاً قرآن نازل می‌گردید به هر مناسبتی آیات مربوط به حل قضیه‌ای می‌شد. مجموعه این آیات بعداً جمع‌آوری گردید که به اتفاق آراء کلیه محققین قرآن را تشکیل می‌دهند. ژول لایوم<sup>۱۸</sup> قرآن را مورد بررسی قرار داده و برحسب تعداد آیات مربوط به هر موضوع و تعداد صفحاتی را که این آیات در قرآن اشغال می‌کنند تقسیم‌بندی خویش را تنظیم کرده است که جالب توجه می‌باشد.

۱- تهذیب اخلاق ۱۸۴ صفحه

۲- در عقاید ۹۶ صفحه

۳- نظام اجتماع (ازدواج خانواده- رحم- خدمه- قبیله- شوری- شرکت- دولت- ظلم- مالکیت و مالیات قشون و جنگ، مقررات و قوانین) ۹۱ صفحه

۴- در توحید ۸۸ صفحه

۵- پیروزی (پیروزی، ابتکار عمل، کمک) ۸۴ صفحه

۶- تورات ۸۴ صفحه

۷- دین (پرهیزگاری، ایمان، اهل کتاب، روز حساب، قضا و قدر، گناه، توبه و غیره) ۷۵ صفحه

۸- محمد ۳۳ صفحه

۹- عبادات (نماز و روزه و زکات و حج و مساجد و غیره) ۳۴ صفحه

۱۰- تبلیغ ۳۲ صفحه

۱۱- قرآن ۲۹ صفحه

۱۲- ماوراءالطبیعه ۱۶ صفحه

۱۳- نصاری ۱۵ صفحه

۱۴- شریعت (قصاص، عفو و غیره) ۱۴ صفحه

۱۵- بنی اسرائیل ۱۳ صفحه

۱۶- علوم و فنون ۸ صفحه

<sup>۱۸</sup> Jules La Baume به نقل از کتاب زمینه حقوق تطبیقی در اسلام و...

شاید بتوان همین تقسیم‌بندی را از بعضی جهات مبنای اهمیت امور در سیستم اسلام قرار داد. بسیاری نکات که در قرآن نیامده است در مورد بعضی مسائل دستوری کلی داده شده ولی جزئیات آن ذکر نشده (طرز تازیانه زدن، میزان دقیق دیه‌ها، رکعات نماز و...) در اینگونه امور روش پیغمبر اسلام (ص) بمنزله قانون بود زیرا آیه قرآن مقرر کرده بود «ولکم فی رسول اللہ... اسوة حسنه» روش پیغمبر بهترین نمونه و روش است. لذا در این دوران دو منبع اساسی حقوق قرآن و سنت بود. این دو منبع به اتفاق تمام حقوقدانان اسلامی جنبه خلاقه حقوقی داشته و به عبارت دیگر مبنای تشریح است. دوران حیات پیامبر را دوران تشریح نامیده‌اند.

#### دوران تفسیر

۱۱۰- بعد از رحلت پیغمبر دو نظریه در میان امت پیدا شد. نظریه اول که علی (ع) و پیروان او بدان معتقد بودند بر این مبنا قرار دارد که رهبری مذهبی و اجتماعی جامعه بعهدہ کسی است که پیغمبر تعیین کرده است و این شخص کسی جز علی نیست. (بعدها کسی که علی تعیین کند و اصولاً امامت قوم برحسب تعیین امام قبلی است) و اینان بهتر از هر کسی از معانی واقعی قرآن و سنت پیامبر (ص) اطلاع دارند. به این گروه در طی تاریخ بمناسبت نامهای مختلفی از قبیل شعوبی، شیعه، خاصه می‌گفتند. گروه دوم معتقد بودند که «کتاب خدا و سنت پیغمبر ما را بس است». به این گروه اهل سنت، سنی، عامه می‌گفتند.

#### مراحل وادوار فقه در شیعه و سنی

۱۱۱- عامه حتی قبل از جمع‌آوری عملی احادیث (و حتی قرآن) شروع به اجتهاد کردند. یعنی آیات قرآن و احادیثی را که شنیده بودند مورد بررسی و استدلال قرار داده و از آن استخراج رأی می‌کردند، گرچه بعداً توجه نمودند که استناد به سنت بدون جمع‌آوری مدارک آن موجب خودسری در آراء می‌شود و به جبران مافات به جمع‌آوری احادیث همت گماشتند، معهداً مضرات این روش در تاریخ اسلام و حقوق آن باقی ماند. این دوران برای اهل سنت دوران اجتهاد است. اما در همین دوران شیعه چون معتقد به عصمت ائمه بود و آنان را رهبر مذهبی و اجتماعی می‌دانست در هر موضوعی به آنان رجوع کرده و نظرشان را جمع‌آوری و بمنزله مبنای حقوق قرار می‌داد. شیعه معتقد است که دوران تشریح با وفات پیامبر خاتمه یافت و دوران ائمه در واقع دوران تفسیر است و در این دوران هیچکس جز امام به تمام معانی قرآن و سنت وارد نیست و لذا آنان منبع حقوق هستند.

#### اجتهاد و تقلید در شیعه و سنی

۱۱۲- افراط در اجتهاد از طرف اهل سنت و حتی اجازه دادن به مجتهد که در برابر نص اجتهاد کند موجب تفرقه و تشتت عظیمی گردید لذا در دوران عباسیان بعد از مأمون دستور داده شد که فقط رأی چهار نفر از فقها (ابوحنیفه، مالک، شافعی و احمد حنبل) معتبر است و همه موظفند از رأی این چهار نفر پیروی کنند. گرچه در

اوایل ایجاد این وضع عده‌ای شخصاً به اجتهاد ادامه می‌دادند و رأی خود را به اجرا می‌گذاشتند اما متدرجاً این عقیده را تزیق نمودند که این چهار نفر دارای نیروی الهی بودند که هیچکس بعد از آنان قوه قدسیه را نخواهد داشت و علیهذا همگان باید از آنان تقلید نمایند، حتی علماء نیز تقلید کنند و بدینگونه باب اجتهاد مسدود شد و فقه اهل سنت به حال جمود ماند. مستشرقین نیز از اسلام فقط اهل سنت را می‌شناسند و با این سد باب اجتهاد برخورد می‌کنند. تعجب است که چگونه محرز گردید الی الابد کسی که دارای قوه قدسیه باشد نخواهد آمد و باز تعجب بیشتر آنکه با بودن و قرب زمانی به جعفر بن محمد صادق (ع) و اخلاف دانشمند او مذهب جعفری را در این ردیف نشمردند تا اینکه در حدود بیست سال قبل شیخ شلتوت عالم عالیقدر مصری و رئیس جامع الازهر این نقیصه و غرض‌ورزی را در حدود امکانات خویش جبران کرد.

۱۱۳- دوران تفسیر در فقه شیعه با غیبت امام خاتمه می‌یابد و دوران اجتهاد شروع می‌شود. در این دوران مجتهدین و حقوقدانان اسلامی باید با توجه به قرآن و سنت و تفاسیری که ائمه از آنها نموده‌اند و آرائی که به عنوان حکم قضیه صادر کرده‌اند استنتاج احکام نمایند و تمام مسائل مبتلابه جامعه اسلامی را حل کنند. در این دوران اجماع و عقل نیز جزء منابع حقوق به حساب آمده و گرچه ظاهراً دوران تشریح تمام شد معهذا با دامنه وسیعی که برای آزادی اراده فردی باقی است و همچنین اعتبار عرف و عادات محلی مجتهد می‌تواند به مناسبت‌های روزگار احکام خاصی مقرر دارد. بخصوص که تعداد قواعد آمره در حقوق اسلام چندان زیاد نیست. اسنوک هورگوئر<sup>۱۹</sup> می‌گوید حقوق اسلام «در استراحت و رکود مطلق فرورفته است و سکوتی چون گورستان بر او مستولی است». وی به نقش اجتهاد در حقوق اسلام وارد نیست و لایتغیر بودن قرآن و سنت را به معنای رکود تفسیر می‌کند. بدیهی است این چنین تفسیری از ناحیه حقوقدانان کاملاً منطبق با هدف و غرض دولتهای آنهاست که از تحقیقات علماء ولو بی‌غرضانه باشد در هدفهای مغرضانه خود بهره‌برداری می‌کنند. مثلاً رنه داوید در مبحث «کوشش رهبران کشورهای اسلامی بمنظور ترک حقوق اسلامی و گرویدن به حقوق مغرب زمین» می‌نویسد: «تجربه نشان داده است که با یک نوک قلم نمی‌توان از همه گذشته‌ها گذشت ... حقوق کشورهای اسلامی نه رومانو- ژرمانیک است نه کامن لاء، اقل مدتی طولانی لازم دارد تا به یکی از این دو گروه بپیوندد، اگر بخواهند آثار سنن قضائی اسلام را محو کنند، این تمام جامعه است که باید تحول یابد نه تنها علم حقوق و این تمدن اسلامی است که باید یکجا بدور انداخته شود».

#### اجتهاد و تقلید

۱۱۴- در نظر امامیه مجتهد گذشته از آشنائی به مبانی حقوقی اسلام و مسلماً آشنائی به مبانی مذهبی و اخلاقی که روح قانون محسوب می‌شوند باید دارای قوه قدسیه‌ای بوده و هدف او خدمت به اسلام و جامعه بشریت باشد تا اینکه علو هدف در بسیاری موارد راه حلهای قضایا را برای او روشن کند. چنین کسی با اعلام نظری فقهی اگر نظر او با واقعیت حکم الهی منطبق باشد دو اجر دارد، اجر کوشش علمی و اجر برای اجرای حکم الهی و اگر هم نظرش با واقعیت حکم الهی منطبق نباشد چون از روی خلوص نیت کار کرده است به احدی

<sup>19</sup> - Christiaan Snouck Hurgronje (1857-1936)

الصوابین (یکی از دو اجر) می‌رسد.

شخصی که اطلاعات فقهی و حقوقی اسلامی ندارد در امور خود باید از نظر مجتهد پیروی کند همانگونه که بیمار از نظر طبیب یا کسی که ساختمان می‌سازد از نظر مهندس ساختمان پیروی می‌کند و این پیروی که بمنزله اطاعت از نظر کارشناس است در فقه تقلید نام دارد. در فقه امامیه تقلید عالم از عالم جایز نیست، بعکس فقه عامه که جز ۴ مجتهد دیگری را قبول ندارند.

نقش اجتهاد در تمام زمینه‌های حیات اسلامی نمودار است فتوای مشهور مرحوم میرزای شیرازی در زمان ناصرالدین شاه موجب لغو امتیاز رژی شد و شاید از آن روز به قدرت و تحرک این امر توجه شد و استعمار به محو و تضعیف و فاسد کردن آن پرداخت.

#### علل دور شدن کشورهای اسلامی از حقوق اسلامی

۱۱۵- علل دور شدن کشورهای اسلامی از حقوق اسلام مورد توجه همه محققین است و حتی رنه داوید ضمن اینکه نکات مثبت فراوانی را از حقوق اسلام توجه کرده و آن را تحت بررسی قرار داده است، از یک طرف حس غرور ملل مغرب زمین و اعتقاد کامل به اینکه در هیچ جای دنیا مقررات و قواعدی بهتر از آنچه خود دارند وجود ندارد موجب گردید که با تصرف و استعمار مشرق زمین الزاماً و تدریجاً حقوق خود را پیاده کردند. روشنفکران غربزده نیز که مورد تقویت استعمار قدیم و جدید هستند مقهور عظمت و رفاه مادی مغرب زمین واقع شده و هرچه را به گذشته ملت مربوط است تحقیر می‌کنند. در این میان اگر هم جنبشی بعنوان ملیت بوجود آید غرب زدگی و استعمار سعی می‌کند آن را هم تحت اختیار بگیرد و یا جنبش تصنعی ساخت خویش ایجاد کرده تحت همان لوا و زیر همان ماسک به اعمال خود ادامه دهد. فی‌المثل بعنوان جانبداری از ملیتی بدون ملت هزار و اند سال سابقه ملی را ندیده می‌گیرند و در این راه غالباً رجزخوانیهای همان استعمارگران از حلقوم بیطرفانه یا چه بسا مغرضانه محققین درمی‌آید. مثلاً رنه داوید است که می‌گوید: «ایران مفتخر بداشتن سنتی است که غلبه و تصرف اسلام آنها را بفراموشی نسپرد». این جمله را اگر زیر ذره بین بگذاریم چنین معنا می‌دهد که ما در صورتی مفتخر خواهیم بود که از قریب هزار و چهار صد سال عرف و سنت‌های ملی و اخلاقی بگذریم و حتی لغات متداول در این دوران را طرد کنیم و برگردیم به قبل از این ۱۴۰۰ سال مخلوطی باشیم از ۱۵۰۰ سال قبل فراموش شده امروز مغرب زمین. شاید در این امر حقوق‌دانان اسلامی بخصوص در قرون اخیر بیش از همه قصور ورزیده باشند زیرا با عدم قدرت معنوی رهبری جامعه را از دست داده‌اند نه فقیه ولایت داشته است و نه والی فقاقت. این انحراف حقوق جاریه از مسیر صحیح اسلامی نتیجه و معلول قصور و عدم لیاقت حقوق‌دانان اسلامی بوده است.

۱۱۶- رنه داوید ضمن آنکه در موارد متعددی جهات استحکام و تحول‌پذیری حقوق اسلام را بیان کرده است اضافه می‌نماید که دول و جوامع اسلامی در موارد متعددی ناچار از قبول حقوق مغرب زمین شدند زیرا اسلام نتوانسته است همه امور را تنظیم کند و چون با تکامل تمدن مسایل جدیدی در جهان امروز به وجود می‌آید که حقوق اسلام ... قادر به حل آن نبوده و ناچار است قواعد غربی را بپذیرد و بدین نحو متدرجاً حقوق اسلام در کشورهای اسلامی متروک گردید و جز مسائل شخصی از قبیل ازدواج و ارث چیزی در قلمرو اسلام باقی

نماند.

بر این نظریه انتقاداتی وارد است به این معنی که صرف نظر از معنویت اسلام اصولاً حقوق اسلامی متأخر بر حقوق رم که مبنای حقوق فعلی غرب است بوده مسلماً از آن جلوتر است و بخصوص نرمش آن وی را بی‌نیاز می‌کند که دست توسل به حقوق رم دراز کند، ثانیاً در این زمینه کوتاهی از علمای قرون اخیر اسلامی بوده است که سم استعمار خون آنها را مسموم و فکرشان را راکد گذاشت که از تحول بی‌بهره بمانند، ثالثاً فشارهای استعماری و نفاق ملل مسلمان موجب شد که حکومت‌ها به تحت سیطره مغرب زمین قرار گیرند و بدیهی است که نوکر در خط مشی خویش از ارباب تقلید می‌کند و چنین است که می‌بینیم رکود و جمود قواعد حقوقی بیشتر در قلمرو حقوق عمومی است و حقوق خصوصی به آن اندازه دچار رکود نبوده است و از طرفی چون قواعد حقوق خصوصی مستقیماً با عواطف عامه مردم و روابط روزمره آنان بستگی دارد تغییر آنها مشکل بوده و ارزش چنین اقدامی را ندارد.

#### بیمه

۱۱۷- یکی از علل گرایش ممالک اسلامی را به حقوق مغرب زمین آن می‌دانند که بعضی نهادها در حقوق اسلام وجود ندارد و تأمین نظر جامعه‌های فعلی بشری در آن موارد ممکن نیست لذا دولتهای ممالک اسلامی ناچار به حقوق مغرب زمین التجا می‌جویند بعنوان مثال به بیمه اشاره می‌کنند.

حقوق اسلامی بالذات پویا و در تحریک است و همه مسائل را در چارچوب اصول کلی می‌تواند حل کند، در این امور نیز اگر حقوقدانان اسلامی بیکار و ساکن نمی‌ماندند و در مواجهه با هر پدیده‌ای نوین و نیازی جدید مقررات لازم را اعلام می‌کردند و چنین توهمی بوجود نمی‌آمد روزهای اولیه که نیاز به بیمه احساس می‌شد می‌بایستی آن نیاز را طبق مقررات اسلامی حل نمایند. بیمه به اعلاترین حد ممکن در حقوق اسلام وجود دارد و فقط نام آن فرق می‌کند. ملت تابع حقوق اسلام با مالیاتهایی که به خزانه (بیت‌المال) می‌دهند حق دارند خدماتی را از خزانه بخواهند و بیت‌المال ضامن جان و مال ناموس آنهاست. تمام مردم در قبال همه خطرات: بیماری، فقر، بیکاری و غیره بیمه هستند و حتی بیمه ازدواج نیز می‌باشند. داستانهای زمان خلافت خلفای راشدین و بعدها همه نشان دهنده این تضمین است، با توجه به روش معمول که بعنوان رویه قضائی اسلامی تلقی می‌گردد و می‌بینیم اولاً همه مردم در مقابل ضروریات زندگی بیمه هستند. ثانیاً بیمه‌گر بیت‌المال است و این نشان‌دهنده اعتقاد به ملی بودن بیمه است. مصلحت نیست نسبت به ضروریات حیات فردی و اجتماعی هر شرکت خصوصی بیمه‌گر باشد پولها را جمع کند و احیاناً حق بیمه شده را نیز نپردازد و یا نتواند بپردازد. اسلام معتقد به ملی شدن بیمه حداقل ضروریات زندگی است و همه مردم بدون قرارداد اختصاصی نزد «بیمه ملی» بیمه هستند. گرچه اهمّ بیمه‌ها که احیاناً ضروری می‌باشند بعهد خزانه ملی (بیت‌المال) است ولی با توجه به آزادی اراده فردی در انعقاد هر عقد و نیز توسل به قلمرو عقد صلح و شرکت و غیر آن انعقاد بیمه بین افراد و در قلمرو حقوق خصوصی نیز بلامانع است و بیمه‌هایی در ضرورت درجه دوم یا ضرورت برای طبقه خاصی (مثلاً بیمه حریق کالا یا غرق کشتی مورد ضرورت تجار است نه همگان) با رعایت شرایط عقد بصورت خصوصی نیز قابل اجراست.

## بانکداری

۱۱۸- نکته دیگری که بعنوان مشکل قرن جدید ذکر می‌شود لزوم بانکها و منافات آن با قاعده حرمت ریاست. این حرمت منصوص قرآن است. توجه داشته باشیم که حقوق اسلام از اخلاق جدا نیست و اخلاقاً ربا بدترین استثمار بوده و بسیار زشت است که شخصی برای نیازهای ضروری: بیماری، مسکن و ... ناچار باشد با وام پولی بگردد و چند برابر پس بدهد.

عقد مضاربه، مزارعه و مساقات یعنی وام دادن بمنظور تجارت یا زراعت و شرکت در نفع یا ضرر آن جایز است و حتی می‌توان این نفع احتمالی را به مبلغ معینی صلح کرد. اما اگر این مضاربه و صلح بعنوان حيله شرعی باشد جایز نیست و خلاف اخلاق است. جامعه خود باید توجه کند که به حيله شرعی تمسک نشود و واقعاً وام در راه تولید (زراعت دامداری، تجارت ...) بکار رود، تا از سود آن هم مبتکر کار و هم وام‌دهنده استفاده نمایند. در مورد نیازهای مردم به وام برای تأمین بعضی هزینه‌های ناگهانی باید وام بدون بهره داده شود. اخیراً صندوقهای ملی قرض الحسنه‌ای ایجاد شده که امید است پروپائی بگیرد.

مسئله بانکهای خصوصی که برای نفع شخصی کار می‌کنند در اینکه کار تولیدی (زراعت، تجارت و غیره ...) انجام شود ذینفع نبوده و نسبت بآن بی تفاوت می‌باشند. آنان از وامی که می‌دهند سود می‌خواهند خواه وام گیرنده وام را به صرف هزینه بیمارستان برساند یا تجارت کند. حکومت اسلامی منطقاً نباید چنین بی‌توجهی را آزاد بگذارد باید اصولاً بانکداری را ملی اعلام کند، بعد از آنکه بانکداری کاملاً ملی شد خزانه با تعهدات بیمه‌ای که دارد ناچار است وام‌های مصرفی را بدون بهره پردازد. در مورد وام به منظور کار تولیدی نیز توجه می‌کند تا در هر رشته از تولید که مصلحت جامعه بود وام پردازد و می‌تواند سهم خود را از سود مضاربه یا مزارعه و مساقات به مبلغ معینی صلح کند. اگر وام گیرنده سود برد اشکالی پیش نمی‌آید و اگر زیان برد زیان او از محل بیمه اجباری پرداخت می‌گردد و از این طریق حرمت ربا با ملی شدن بانکها و بیمه‌ها و نظارت دقیق دولت عملی می‌گردد.

بنابراین اینگونه سر و صداها در مورد بیمه و ربا غالباً از حلقوم‌های عوام‌فریبانه‌ای است که به بهانه آزادیخواهی می‌خواهند سرمایه‌داران عظیم آزاد باشند تا بتوانند کمپانی‌های عظیم بانک و بیمه تشکیل دهند و در بهره‌برداری و انتفاع از ضعف مالی مردم مقید نباشد.

## اخلاق و حقوق اسلام

۱۱۹- اسلام همانطوری که همه محققین می‌گویند مجموعه کلی است که در آن از وظایف انسان نسبت به خدا، نسبت به خود، و نسبت به جامعه سخن رفته است و ترکیبی است که قابل تجزیه نیست در اسلام «در پس هر قاعده حقوقی اصل دیگری نهفته و مستقر است که عبارت است از عدالت»<sup>۲۰</sup>، و همین روح اخلاقی است که به قواعد حقوقی هدف می‌بخشد. در سیستمهای دیگر جهان رعایت مقررات حقوقی و حفظ نظم اجتماع

<sup>۲۰</sup> - کتاب زمینه حقوق تطبیقی در اسلام و ...

هدف تلقی می‌شود ولی در اسلام وسیله‌اند برای تعالی اخلاق و ظرفند برای پرورش انسان اصیل چنین است که حیل شرعی بر فرض از نظر حقوقی مجاز باشد و مرتکب بگریزد (حیله شرعی برای ربواخواری، حیله شرعی برای زنا) ولی از نظر اخلاقی گناهکار است و مجازات الهی دارد، این اخلاق آنگونه که مکتب مارکسیسم می‌گوید مبتنی بر اقتصاد نیست بلکه زیربنای جامعه تلقی می‌شود که اقتصاد و حقوق و غیره ... همه باید بر آن مبتنی باشد.

به اقتصاد نقش مهمی داده می‌شود و دو حد افراط و تفریط (غنا و فقر) هر دو مورد مذمت است. «انسان اگر خود را بی‌نیاز ببیند طغیان می‌کند»<sup>۲۱</sup>، آیه قرآن «نزدیک است که فقر به کفر انجامد»<sup>۲۲</sup>.

#### جهات تشابه و افتراق حقوق اسلامی و حقوق سوسیالیستی

۱۲۰- بنابراین وجه تشابهی بین سیستم‌های حقوق سوسیالیستی و اسلامی وجود دارد که هر دو سیستم وضع و اجرای قواعد حقوقی را هدف خود ندانسته بلکه آنها را در خدمت اخلاق خاص مکتب خویش می‌دانند منتها آنکه این سیستم‌ها بوسیله دو وجه افتراق متمایز می‌گردد.

۱- اخلاق مارکسیستی مبتنی بر اقتصاد و زائیده آن است یعنی روبنا تلقی می‌شود، اما در اسلام اخلاق و تعالی اخلاقی افراد مردم زیربنا و اصل تلقی شده همه نهادهای جامعه و گرایش اقتصاد مبتنی بر آن است.

۲- مبانی اخلاقی در نظام کمونیستی بوضوح و روشنی اخلاق در اسلام نیست و از این هیئت رهبران جامعه سوسیالیستی که واضع حقوق هستند معیار و بنیاد تشخیص آن می‌باشند و حال آنکه اخلاق اسلامی مبتنی بر اصول اعتقادی و روشی است که در قانون اساسی آن (قرآن) و رویه پیغمبر بیان و ارائه شده است.

#### جهات تشابه حقوق اسلام با حقوق نوشته

۱۲۱- بهترین تضمین برای اجرای مقررات حقوقی انقیاد باطنی مردم و همکاری آنان با دستگاه حکومت است. بداندان که فیلسوف بزرگی مانند سقراط به احترام قانون جام شوکران را سرمی‌کشد. در سیستم‌های حقوقی کنونی مردم به قوانین چندان اعتقادی ندارند یا لااقل بخود اجازه می‌دهند گاهی در خفا آن را نقض کنند. دعاوی فراوان دادگستریها، مالیاتها و عوارض ممنوعیتها دلیل این امر است. حقوق اسلام در زمینه حقوقی بالنسبه معدودی مقرراتی وضع کرده است که مردم با اعتقاد به تقدس آنها و با انقیاد باطنی باید بدان گردن نهند و در زمینه وسیعی به عرف و آزادی اراده فردی عقل و اجتهاد مجال داده است تا آنچه را همه مردم بخواهند و مصلحت جامعه باشد خود وضع نمایند.

<sup>۲۱</sup> - سوره علق، آیات ۶- ۷. «إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ أَلْفُ مِائَةٍ أَسْفَىٰ نَسْفَىٰ».

<sup>۲۲</sup> - «كاد الفقر أن يكون كفراً». حدیث نبوی.

## جهات تشابه حقوق اسلام با حقوق عرفی

۱۲۲- قانون اساسی در حقوق اسلام مقررات قرآن و سنت است که هیچ قاعده بعدی و یا عرف حق ندارد آن را نقض نماید و مقرراتی که با این قانون و سنت پیغمبر منافات داشته باشد از درجه اعتبار ساقط است. از این دو منبع تنها قرآن مدون شده و در صحت صدور آن شکی نیست اما در صحت احادیث که بیان کننده سنت هستند می توان شک کرد که آیا واقعاً امر مشخصی جزو سنت هست یا نه، اما همینکه تشخیص داده شد که در صحت صدور حدیث تردیدی نیست حجیت آن دیگر قابل شک نیست. در مذهب شیعه اخباری که از ائمه رسیده است بمنزله تفسیر قرآن است نه بمنزله شارع، بیان یکی از ائمه که می فرماید: اگر خبری از ما بشما برسد که با قرآن مخالف باشد باور نکنید و آن را دور بیندازید، مبین همین امر می باشد. از این حیث یعنی داشتن قانون اساسی مدون و نیز مقدار زیادی سنت مسلم سیستم حقوق اسلامی با حقوقهای نوشته تشابه دارد اما تفاوت آنها در آن است که اسلام قوانین نوشته دیگری بر آنها اضافه نمی کند که بتواند هم عرض باشد ولی سیستم های حقوق نوشته مرتباً مجموعه های قانونی منتشر می کنند.

## تقسیم بندیهای علم حقوق

۱۲۳- تقسیم بندی متداول حقوق بنحوی که در سیستم نوشته وجود دارد در اسلام موجود نیست و از این حیث سیستم حقوق اسلامی مانند حقوق انگلستان خود را نیازمند به چنین تقسیم بندیهایی نمی داند.

حکومت و افراد هیئت حاکمه مانند مردم معمولی تابع قوانین هستند و لذا دولت با کارکنان آن را نیز در مراجع عمومی قضائی می توان تعقیب نمود. علیهذا نیازی به تمایز حقوق عمومی نیست. مبارزه طبقاتی (که بمنزله حفظ منافع هر طبقه ولو بضرر طبقه دیگر است) و خلاصه اختلاف طبقاتی بدین معنا در حقوق اسلام وجود ندارد زیرا هرگونه مبارزه در داخله جامعه بضرر جامعه است و همه موظف به حل اختلاف هستند «و إن طائفتان من المؤمنین اقتتلوا فأصلحوا بینهما فإن بعت إحدیهما علی الأخری فقاتلوا الّتی تبغی حتی تغیی الی امرٍ...»<sup>۲۳</sup> اگر دو گروه از مؤمنین مجادله کردند بین آنان (دو برادر) اصلاح کنید و اگر یکی از آن دو بر دیگری ستم کرده و تجاوز می نماید با او مبارزه کنید تا به سمت حق و راستی (امر خداوند) برگشت نماید، به محض اینکه برگشت کرد بین آنان بعدالت رفتار کرده حکم به حق دهید... بنابراین فی المثل سیستم خاصی بنام حقوق کار ضرورت ندارد و فی المثل اعتصاب هرگاه بمنزله مبارزه باشد شامل آیه «اجازه داده شد بکسانی که مورد ستم قرار گرفتند که مقابله کنند...»<sup>۲۴</sup> یا آیه دیگر «صدا بلند کردن به ناسزا مورد بغض خداست مگر وقتی که مظلوم صدا را بلند کند»<sup>۲۵</sup> خواهد بود و مجاز شمرده می شود لاغیر.

و علیهذا از لحاظ احترام عرف و باز بودن سیستم حقوقی تشابهی با حقوق انگلستان وجود دارد با این تفاوت که قاضی در اسلام قانون اساسی مدونی دارد که از آن نمی تواند سرپیچی کند.

<sup>۲۳</sup> - سوره حجرات، آیه ۹.

<sup>۲۴</sup> - آیه ۳۹، سوره حج. «أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنفُسِهِمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ».

<sup>۲۵</sup> - سوره نساء آیه ۱۴۸، لا يُجِبُ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ.



۱۲۴- مکتب اسلام راجع به نحوه ایجاد حقوق بین مکتب فطری و تاریخی قرار دارد. بعضی قواعد و اصول وجود دارد که به فطرت بشر مرتبط است و این فطرت قابل تغییر نیست. در این زمینه مقرراتی وضع شده است که در همه ازمه و امکانه باید اجرا شود مانند حرمت قتل نفس و سرقت و لواط و در سایر زمینه‌ها آیات مختلف قرآن که انسان را خلیفه خدا در روی زمین می‌داند و بنا به حدیث «چیزی را که همه مسلمین خوب بدانند مسلماً خوب است» می‌توان عرفهای مردم را و اراده افراد را مبنای تشریح دانست.

#### وضع حقوق اسلام در تقسیم‌بندی حقوق به پیرو و پیشرو

۱۲۵- از جهت نقش اراده افراد در تدوین حقوق می‌توان حقوق را به پیشرو و پیرو تقسیم کرد. می‌دانیم که از لحاظ ارزش جامعه و فرد و رابطه آن دو با هم دو مکتب فلسفی متقابل هم قرار دارند (اصالت فرد و اصالت جامعه). مکتب اصالت فرد هدف زندگی اجتماعی را تأمین آسایش فردی دانسته و هدف جامعه را در آن می‌داند که هرچه کلیه افراد و یا اکثریت گفتند ولو غیرمنطقی باشد تحقق بخشد. حقوق ناشیه از چنین اعتقادی و یا روشی در واقع پیرو اراده مردم است و اثر آن را می‌توان حقوق پیرو نامید. تقریباً غالب کشورهای غربی امروز کم و بیش حقوقشان دارای این خصوصیت است منتها در سیستم حقوقی عرفی این پیروی روشن‌تر و صریح به چشم می‌خورد. مکتب اصالت جامعه افراد را بعنوان یک فرد جامعه و عضوی از یک پیکر در نظر می‌گیرد قواعد و مقررات را فقط هیئت حاکمه که بزعم خویش مظهر ملت هستند وضع می‌کنند و مردم به دنباله‌روی آن موظفند و چنین حقوقی را پیشرو می‌توان نامید. حکومتها و حکام مطلقه‌ای که برای خویش ادعای رسالتی اجتماعی دارند مانند هیتلر و موسولینی (رهبران حکومت آلمان و ایتالیا قبل از خاتمه جنگ دوم جهانی) را می‌توان از این گروه دانست.

آزادی بحث و انتقاد که از جمله ضروریات حیات انسانی است در چنین سیستم مطرود است. در سیستم حقوقهای پیرو در واقع علم حقوق و دانشمندان آن مانند لاه‌ای هستند که از بچه‌ای نگهداری می‌کنند، بچه‌ای که مختار و آزاد است به هرجا برود هرکار بکند فقط آنان موظفند خواسته او را برآورند و تسهیل کنند. مسلماً چنین وضعیتی نمی‌تواند صد در صد منطبق بر منطق عقل و ایده‌آل بشری باشد زیرا در انسان عقل و منطق تا حدود ممکن در غرایز مهارزده و آنها را رهبری می‌کند، سست کردن این مهار کشش خودسرانه غرایز را باعث می‌شود و با سرکشی غرایز را باعث می‌شود و با سرکشی غرایز انحرافات پیدا می‌شود و حتی صورت قانونی بخود می‌گیرد. هم‌اکنون نمونه‌هایی از آن در بعضی کشورها بچشم می‌خورد و مباحثی که در محافل رسمی مطرح می‌شود دورنمایی زشت را بچشم می‌رساند.

سیستمهای حقوق پیشرو افراد عادی مردم را عملاً نادان و صغیر تلقی می‌کنند و آنان را موظف می‌دانند هرچه سرپرست مقرر داشته است اطاعت کنند در چنین سیستمهایی افراد مانند پیچ و مهره می‌باشند. آقای دکتر افشار<sup>۲۶</sup> بعنوان مثال حقوق پیشرو، از حقوق اسلام و روسیه نام برده است: «افراد انسان و فعالیت‌های اجتماعی که در سایر دسته‌های حقوقی پیشرو هستند در این دسته پیرو تلقی می‌گردند. هر مطالعه حقوقی که از طرف پیروان

<sup>۲۶</sup> - در کتاب کلیات حقوق تطبیقی.

بعمل آید یا بمنظور تطبیق این اصول است با موارد یا توضیحی است در خصوص اجرای حقوق مزبور یا بیشتر از نظر توجیه و تمجید اصول موجود در آن حقوق می‌باشد. تمایل عالم‌گیر شدن را نیز از مختصات حقوق پیشرو می‌توان دانست بعلاوه این دسته از حقوق در موقع ایجاد مخالفت شدید و عمیقی با اصل معمول سابق ابراز می‌دارند و همین مخالفت در واقع علت موجودیت آنها می‌باشد. مهمترین و کامل‌ترین نمونه‌های حقوق مذهبی حقوق اسلام است، در مدت ۱۴ قرن اصول حقوق اسلام بخصوص در قسمت حقوق مدنی قابلیت تطبیقی فوق‌العاده با احتیاجات مختلف ملتها که از لحاظ تمدن نیز تفاوت بسیار داشته‌اند نشان می‌دهد ولی بدلایلی که فعلاً بحث آنها مورد نظر نیست امروز حقوق بسیاری از کشورهای مسلمان منطبق به حقوق اسلام نمی‌باشد. قوانین ترکیه و ایران نمونه‌هایی از این عدم انطباق را نشان می‌دهند. برای نمونه کامل حقوق سیاست اقتصادی، حقوق روسیه شوروی را می‌توان ذکر کرد. زندگی بیش از یکصد و هفتاد میلیون از مردم مستقیماً تابع حقوق سویت می‌باشد. متأسفانه ملل سیاسی و تبلیغی مانع بزرگی در راه مطالعه علمی این حقوق ایجاد نموده است این حقوق انقلابی که منظورش اجرای نظریات سیاسی و اقتصادی خاصی است خصوصیت آشتی‌ناپذیر با کلیه دسته‌های حقوقی اعلام داشته است و بهمین علت بیشتر مطالعاتی که از طرف پیروان و یا دیگران در خصوص حقوق سویت بعمل آمده است از شائبه اعراض سیاسی مصون نمانده است». در مورد اسلام این نظر صحیح نیست و حتی قول مذکور دچار تناقض است زیرا یکجا حقوق اسلام را پیشرو صرف دانسته و در چند سطر دیگر از قابلیت تطبیق فوق‌العاده این حقوق با ملل مختلف سخن رفته است. سیستم حقوق شوروی را می‌توان حقوق پیشرو دانست منتها این خصوصیت در اوایل انقلاب کاملاً بارز و قاطع بود ولی بعداً که حکومت جدید در اذهان مردم تسلط یافت نرمشی در آن پیدا شد. بدین نحو که فعلاً اصول کلی قانونگذاری از طرف شورای عالی اتحاد جماهیر شوروی تعیین می‌شود و هر جامعه‌ای قوانین خود را بنحوی که با این اصول مخالف نباشد تدوین می‌نماید.

#### نحوه ایجاد حقوق و نظر حقوق اسلام در مکتب تاریخی و مکتب فطری

۱۲۶- حقوق اسلام نه حقوقی است پیرو مانند حقوق مغرب زمین که مطیع خاص مردم بوده و هر چه را که آنان بگویند معتبر بدانند، این سیستمها بسیاری اعمال خلاف فطرت را مجاز دانسته و حتی کنگره هموسکسوتل‌ها را در سالن شهرداری آمستردام و به ریاست یکی از وزرای کابینه تشکیل می‌دهند ... و غیره و غیره. و نه حقوقی است پیشرو مانند روسیه و سیستمهای کمونیستی که مدعی است آنچه را حکومت در مسیر اصول کمونیسم لازم بداند قانون و حقوق است و مردم خواه ناخواه باید پیرو آن باشند. بنابراین موضع خاص اسلام بین نظریه تاریخی و فطری حقوق قرار دارد. در این زمینه نیز نه پیرو صرف است و نه پیشرو صرف هدف را تعیین می‌کند که انحراف از آن جایز نیست ولی مسیرهای متفاوت به سوی هدف را می‌پذیرد. مثلاً کسی که از تهران بخواهد به سوی مشهد برود رهبر قوم باید روی او را به سمت مشرق نموده و او را آزاد بگذارد از هر مسیری می‌خواهد برود اما این شخص حق ندارد پشت به مشرق یا رو به شمال و جنوب برود زیرا از هدف دور می‌گردد.

۱۲۷- حقوق عمومی بمعنائی که در سیستم حقوق مغرب زمین وجود دارد در سیستم حقوق اسلام وجود

ندارد. دولت و حکومت نیز مانند همه افراد مردم تابع قانون است. رنه داوید بعنوان نیمه انتقاد می‌گوید: «جامعه‌ای که دولت آن اعتبار ندارد مگر بعنوان خادم مذهب» ولی همین عبارت خود نشاندهنده آنست که دولت اسلامی خادم انسانیت است لذا نه مخدوم جامعه و ارباب آنها است و نه خادم خواستها و امیال افراد انسانها بلکه خادم هدف اخلاقی اسلام می‌باشد. داستان عمر و پاسخ عربی که او را به شمشیر حواله کرد را می‌دانیم و نیز می‌دانیم که هرگز حدت و غضب عمر پاسخگو را در بر نگرفت. قضاوت‌های قضات اسلام رویه قضائی روشنی است که نشان می‌دهد تمام افراد ملت و حتی شخص خلیفه و عمال او در برابر قاضی یکسان می‌ایستند.

#### منشأ حکومت و اطاعت مردم

۱۲۸- منشأ حکومت و اطاعت مردم از آن مبتنی بر آیه<sup>۲۷</sup> «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» می‌باشد اهل سنت هر کس را که بر حکومت مسلط شد ولو چنگیز و تیمور لنگ باشد او را اولی الامر دانسته و اطاعت او را واجب می‌دانند. معلوم نیست این نظریه و با این قاطعیت در چه زمانی برای آنان پیدا شد و حال آنکه ائمه اهل سنت غالباً در دورانی از زمان با خلفا نحوه‌ای مبارزه داشته‌اند. شاید محققین بعدی اهل سنت بمنظور توجیه خلافت خلفای راشدین قبل از علی، توجیه معاویه و یزید، توجیه اطاعت از خلفاء و احکام خلاف شرع بعضی از آنان چنین تعبیری را نموده‌اند.

در نظر امامیه اولی الامر ائمه می‌باشد و در زمان غیبت حقوقدانان پاک نیت (مجتهدین

+++++

صفحات انتهایی جزوه افتاده بود.

#### حقوق جزای اسلامی

مبتنی بودن جرائم و مجازاتها بر قانون در حقوق اسلام

#### هدف از مجازات

#### نصب قاضی و اقتدار وی

---

<sup>۲۷</sup> - سورة نساء، آیه ۵۹.