

مقدمه علم حقوق

تعریف حقوق

- ۱- مجموعه مقرراتی است که بر روابط انسانها از آن جهت که در جامعه زندگی میکنند حاکم و آن را تنظیم میکند. حقوق به این معنی همیشه جمع استفاده میشود و مفرد ندارد.
- ۲- امتیازاتی است که قانون برای هر انسانی در نظر میگیرد و از آن حمایت میکند = حق فردی = حق بشری = حق عدلی (نفسی) برخلاف آفاقی، به این تعریف به شکل مفرد استفاده میشود.
- ۳- معاش
- ۴- علم حقوق (علمی که به تحلیل و بررسی مقررات و قوانین می پردازد)

هدف حقوق : تنظیم روابط اجتماعی

- انسان ها زندگی اجتماعی دارند و در جامعه زندگی میکنند
- انسان ها نیاز های مادی و معنوی مشابه دارند
- انسان ها برای برآورده شدن نیازهای شان باهم رقابت میکنند
- چون چارچوب و چوکاتی برای اندازه گیری رفع نیاز ها و رقابت وجود ندارد رقابت ها افسار گسیخته شده تبدیل به هرج و مرج و قانون جنگل میشود که از شان آدمی به دور است لذا برای سالم سازی رقابت نیاز به چارچوب و مقرراتی است که رقابت ها را برای رفع نیازها تنظیم و سالم نماید و این چارچوب و مقررات حقوق نامیده میشود. به همین خاطر ادیان و حکماء مقررات و قوانین را برای سالم سازی رقابت ها و جلوگیری از ظلم و تعدی وضع کرده اند که حقوق نامیده میشود.

مبنای الزام قاعده حقوقی در چیست؟

عدالت یا حفظ نظم (حکومت)

چون عدالت یک مفهوم آرمانی است و برداشتهای متفاوت از آن وجود دارد لذا نمی تواند به تنهایی مبنایی برای الزام حقوق باشد، و اراده حکومت هم به تنهایی ممکن است سلب آزادی های مردم باشد. پس معیار این است که برای حفظ نهال آزادی از دست طوفانهای قدرت به معیار های عدالت نیز پناه ببریم. یعنی ترکیبی از عدالت و حکومت ولی نباید به بهانه عدالت نظم و امنیت را برهم زده با شورش ، هرج و مرج را بوجود آورد. ولی در مقابل بی عدالتی باید به اعتراضات مدنی دست زد.

مبنای الزام قاعده حقوقی از نظر مکتب ها

دو مکتب وجود دارد

۱- اصالت فرد (لیبرالیسم) که معتقد است حقوق از منافع افراد دفاع و آزادی را به بهتری وجه تامین نماید. اینها طرفدار عدالت معاوضی است (عدالت معاوضی عدالتی است که بر مبنای مبادله و معاوضه حاصل شود) هر کس که استعداد دارد و تلاش بکند از قدرت و ثروت بیشتر برخوردار میشود.

عدالت معاوضی الف: در عرصه سیاسی دموکراسی را پیشنهاد میکند (رقابت آزاد برای بدست آوردن قدرت)

ب: در عرصه اقتصادی بازار آزاد و قانون عرضه و تقاضا را پیشنهاد میکند

ج : از نظر حقوقی اصل حاکمیت اراده و آزادی قرارداد ها را پیشنهاد میکند

انتقاد از نظریه عدالت معاوضی

عدالت معاوضی به بی عدالتی منجر میشود. زیرا با آزادی های بی قید و شرط ثروتمندان ثروتمند تر شده فقیران فقیر تر میشوند و فرصت چانه زنی برای مشتری باقی نمی ماند و تبدیل به ظلم میشود. پس باید یک برابری وجود داشته باشد. عدالت معاوضی لازم هست اما کافی نیست.

۲- اصالت جمع (سوسیالیسم)

این مکتب معتقد است یک واقعیّت بنام جامعه وجود دارد. باید آزادی افراد را فدای جامعه کرد. با تامین سعادت جامعه سعادت فرد تامین میشود. اینها طرفدار عدالت توزیعی هستند. از نظر آنها حکومت باید عدالت را (قدرت و ثروت) بین افراد جامعه تقسیم نماید. با شعار کار به اندازه قدرت و معاش به اندازه ضرورت.

عدالت توزیعی الف : در عرصه سیاست منتهی به دولت کمونیستی میشود

ب : در عرصه اقتصاد به اقتصاد دولتی و بازار کنترل شده منجر میگردد

ج : در عرصه حقوق به منع آزادی قرارداد و محدودیت حاکمیت اراده فردی می انجامد.

انتقاد از نظریه عدالت توزیعی

این مکتب مانع از تلاش و رشد و شگوفایی استعداد ها میشود و از طرف دیگر باعث سلب آزادی و اراده افراد میگردد.

راه حل

دولت رفاه محصول جمع دو مکتب است: توزیع ثروت و تامین آزادی های فردی.

رابطه حقوق و دولت

رابطه حقوق و دولت دو طرفه است هم حقوق به دولت خدمت میکند و هم دولت به حقوق خدمت میکند

الف : حقوق به دولت خدمت میکند:

۱- از طریق اعطای شخصیت حکمی به دولت که بزرگترین شخصیت حکمی است. این شخصیت شخصیتی است که وابسته به فرد و شخص نیست (شخصیت حکمی شخصی است که دارای حق و تکلیف است که یا اموال است مثل وقف، یا اشخاص و اموال است مثل شرکت های سهامی، یا اشخاص است مثل موسسات. ماده ۳۳۷ قانون مدنی افغانستان شخصیت حکمی را اینگونه تعریف میکند: شخصیت حکمی معنوی است که واجد اهلیت حقوقی و بنا بر اهداف معین به شکل موسسه، شرکت یا جمعیت تشکیل میگردد)

۲- حقوق به تنظیم روابط دولت با مردم و تنظیم روابط قوای دولتی باهم میردازد. حقوق اساسی مندرج در قانون اساسی، حقوق عمومی و حقوق اداری همه اینها برای ایجاد تسهیلات دولت و اداره دولت است و در این قسمت هدف دولت و حقوق مشترک است زیرا هدف هر دو تنظیم روابط و حفظ نظم و امنیت عامه است.

ب : خدمت دولت برای حقوق

۱- دولت واضع حقوق است

۲- دولت مجری حقوق است (ضمانت اجرای قانون)

حقوق یا دولت کدام مقدم هستند؟

بستگی به دیدگاه دارد که مذهبی یا غیر مذهبی باشد

- اگر دیدگاه مذهبی باشد دولت از سوی خدا تشکیل شده است و رابطه موازی است
- اگر دیدگاه غیر مذهبی باشد و حاکمیت برخواسته از مردم است پس حقوق باید قبل از دولت وجود داشته باشد تا مشروعیت دولت را تعیین کند. یعنی باید اول حقوق چارچوبی را برای ساختار و رفتار دولت مشخص کند تا جلو خود کامگی و ظلم دولت گرفته شود.

یکسری حقوق وجود دارد که حقوق ذاتی بشر نامیده میشود و همیشه وجود داشته.

مردم حق نافرمانی مدنی در مقابل قوانین نا عادلانه دولت را دارند.

اوصاف قاعده حقوقی

- ۱- الزامی بودن (اجباری است و یک باید در آن وجود دارد) برای هیچکس استثنا قایل نیست.
- ۲- ضمانت اجرا
- ۳- حکمی بودن
- ۴- اجتماعی بودن

قواعد حقوقی هر چهار وصف را باید باهم داشته باشد.

قواعد حقوقی بر دو دسته تقسیم میشوند:

- ۱- قواعد امری : باید اجرا گردد و توافق بر خلاف آن ممکن نیست. مثل ماده ۵۹۲ قانون مدنی که میگوید: موضوع قرارداد نباید مخالف نظم عمومی باشد. مثلا در حقوق خانواده سرپرستی به عهده مرد است یا حق نفقه که به عهده مرد است جزء قواعد امری میباشد.
- ۲- قواعد تکمیلی و تفسیری. قواعد حقوقی الزام آوری است که توافق بر خلاف آن ممکن مثلا توافق برای دیر پرداختن قیمت معامله و یا تحویل جنس در محل دیگری غیر از محل معامله، اگر چه حق طلاق به عهده مرد است اما زن میتواند شرط کند که اگر مرد معتاد شد یا سفری طولانی رفت یا زن دوم گرفت زن حق طلاق داشته باشد. این قواعد تکمیلی و تفسیری هستند.

اوصاف قاعده حقوقی

۱- الزامی بودن الف: امری = نظم عمومی ب: تکمیلی

۲- ضمانت اجرایی مادی الف: در حقوق بین الملل ضعیف و رفتار متقابل یا نزاکت بین المللی (عرف) است.

که کشورها رفتار مناسبی را در نظر میگیرند.

ب: در حقوق داخلی ضمانت اجرا قوی و به انواع مختلف است.

۳- کلی بودن: هر قاعده حقوقی کلی است و جزئی نیست و با یکبار انجام عمرش تمام نمیشود.

۴- اجتماعی بودن: قواعد حقوقی قواعد اجتماعی است و فردی نیست.

ضمانت اجرا در حقوق داخلی

۱. کیفر و جزا (بخاطر نقض حقوق)
۲. اجرای قاعده حقوقی (تطبیق قاعده حقوقی مثل قاعده تصرف .
۳. بطلان عمل حقوقی مثل بطلان معاملات و ازدواجی که در آن نقض قاعده شده باشد .
۴. مسئولیت مدنی.

مسئولیت ۱- کیفری که در آن ناقض قاعده حقوقی مجازات میشود

۲- مدنی که ناقض قاعده حقوقی باید جبران خسارت بکند مثل جبران خسارت تصادف یا شکستن شیشه همسایه توسط اولاد شخص یا چریدن مزرعه توسط مال شخص. باتوجه به قاعده حقوقی ممکن است چندین ضمانت اجرایی باهم باشد.

در حقوق داخلی هم قواعدی وجود دارد که ضمانت اجرایی محکمی ندارد.

رابطه حقوق با سایر قواعد اجتماعی

حقوق و اخلاق

خدماتی که اخلاق به حقوق میکند

۱- ریشه بسیاری از قواعد حقوقی اخلاق است

۲- اخلاق از بسیاری از قواعد حقوقی حمایت میکند بخاطر هدف مشترک مثلا حفظ نظم.

خدماتی که حقوق به اخلاق میکند

حقوق تلاش میکند قاعده ای برخلاف اخلاق وضع نشود. مثلا ماده ۳۵ قانون مدنی افغانستان مقرر میدارد که: قوانین و مقررات خارجی در افغانستان در حدی اجرا می شود که مخالف آداب عامه نباشد و ماده ۵۹۰ قانون مدنی میگوید: هرگاه موضوع وجبیه مخالف نظام و آداب عامه باشد باطل پنداشته میشود.

تفاوت اخلاق و حقوق

۱- ضمانت اجرا

۲- قلمرو الف: هدف اخلاق تصفیه درون و پالایش آن است.

ب: هدف حقوق تنظیم روابط اجتماعی است.

رابطه حقوق و مذهب

۱- ریشه و منبع بسیاری از قواعد حقوق مذهب است

۲- مذهب باری حقوق چارچوب تعیین میکند. ماده (۳) قانون افغانستان

۳- گاهی قانون مستقیماً به احکام مذهب ارجاع می‌دهد. ماده (۱) قانون مدنی افغانستان: اجتهاد در مقابل قانون جواز ندارد. اگر حکم مسئله در قانون یافت نشد قاضی مطابق به اساسات کلی فقه حنفی مذهب اسلام حکم سئله را فیصله می‌کند به شرط اینکه عدالت را به بهترین وجه تامین نماید. و مواد (۱۳۰) و (۱۳۱) قانون اساسی هم به مذهب جعفری ارجاع می‌دهد.

رابطه حقوق و علوم سیاسی

- ۱- حقوق زاینده قدرت عمومی در جامعه است. قدرت حقوق را ایجاد می‌کند. و به همین دلیل حقوقدانان در خدمت سیاست مداران است و همه برای توجیه و مشروعیت بخشی قدرت عمومی تلاش می‌کند.
- ۲- حقوق از بسیاری از آموزه های علوم سیاسی استفاده می‌کند. اصل برابری (سیاسی) منتج به اصل آزادی قراردادها در حقوق شده است.

رابطه حقوق و عدالت

عدالت از آرمانها و اهداف حقوق است زیرا عدالت از آرمانهای متعالی بشر است. لذا قاضی موظف است عادلانه ترین حکم را صادر کند.
عدالت یک مفهوم مجرد و مبهم است. عدالت یک مفهوم نسبی است.

شاخه های علم حقوق

- ۱- حقوق خصوصی: آنچه که مربوط به روابط افراد و مردم با مردم است
- ۲- عمومی: روابط حاکم با ماموران و رابطه ماموران با مردم. دولت ← ماموران ← مردم

ملاک تقسیم بندی به حقوق عمومی و خصوصی

- ۱- منافع: مربوط به منافع عمومی حقوق عمومی و مربوط به منافع خصوصی حقوق خصوصی
- ۲- معیار سازمانی: آنچه مربوط به سازمانها میشود حقوق عمومی و خارج از آن حقوق خصوصی است.
- ۳- اعمال حاکمیت: هر کاری که مربوط به اعمال قدرت میشود حقوق عمومی و هر کاری که به اعمال حاکمیت مربوط نباشد حقوق خصوصی است.

معیار منافع قابل انتقاد است زیرا فرد جزئی از جامعه است و منافع او باز به منافع جامعه باز می‌گردد.

معیار سازمانی هم قابل انتقاد است چون همه سازمانها برای منافع عمومی کار نمیکنند و خصوصی هستند.

حقوق خصوصی

- ۱- حقوق مدنی
- ۲- حقوق تجارت

معانی حقوق مدنی

- ۱- در قدیم حقوق مدنی مساوی با حقوق بشر یعنی حقوق داخلی بود
- ۲- گاهی حقوق مدنی مساوی با حقوق خصوصی بوده که مخالف حقوق عمومی است

۳- حقوق مدنی بخشی از حقوق خصوصی شامل ۱- خانواده

۲- ارث

۳- وصیت

۴- قراردادها

حقوق تجارت: مجموعه قوانین و مقرراتی است که برای تنظیم معاملات تجاری و بر روابط تجار حاکم است. زیرا خصوصیت و لازمه تجارت سرعت است و سهولت.

در افغانستان اصولنامه تجارت در سال ۱۳۳۴ به تصویب رسیده از سال ۱۳۸۵ به بعد قانون شرکت های سهامی (تضامنی)، محدود المسئولیت، اسناد قابل معامله (۱۳۸۷) و قانون حاکمیت تجاری به تصویب رسیده.

تضامنی: یعنی تمام سرمایه شرکت تضمین دین شرکت است.

اقسام حقوق عمومی

۱- حقوق اساسی: مهمترین سند حقوق اساسی قانون اساسی است که بر حقوق ملت بر دولت، ساختار تفکیک قوا، تعیین وظایف هر یک از قوا و وظایف دولت است.

۲- حقوق اداری: به تشکیلات و ساختار اداری دولت می پردازد، تعداد و نوعیت پست ها و ادارات، تعامل ادارات، رتب و معاشات.

۳- حقوق مالیه: مربوط به مالیات و عایدات است.

۴- حقوق جزا: مجموعه قواعد و مقرراتی است که به تعریف جرایم و تعیین میزان مجازات متخلفین می پردازد. از این جهت جزء حقوق عمومی است که برای تامین آسایش عمومی، برقراری نظم به کار می رود.

۵- حقوق کار

۶- اصول محاکمات

حقوق جزا:

مجموعه قواعد و مقرراتی است که به تعریف جرایم و تعیین میزان مجازات متخلفین می پردازد. از این جهت جزء حقوق عمومی است که برای تامین آسایش عمومی، برقراری نظم به کار می رود.

حقوق جزا

۱- حق العبد

۲- حق الله

- هر جرم که یک شخص مرتکب میشود صدمه به منافع عمومی وارد میکند

- هر جرم که یک شخص مرتکب میشود صدمه به منافع افراد وارد میکند

مثلا یک دزد وقتی سرقت میکند ۱- مال کسی را برده اگر صاحب مال ببخشد باز هم رها نمیشود

۲- به دلیل اینکه به منافع عمومی هم صدمه زده حق الله را هم بای بپردازد.

حقوق کار

مجموعه مقرراتی است که بر روابط کارگر و کارفرما میپردازد و از طرف حکومت وضع میشود

در قدیم حقوق کار جزء حقوق خصوصی بود بعد از تحولاتی به حقوق عمومی انجامید.

- تحولات در نهادها: شرکت، کمپنی، کارتل، ترانسپورتهای سبب شد که کارگر و کارفرما به اساس یک قانون باهم قرارداد ببندند.

حقوق کارگر

۱- ساعات کار

۲- حد اقل دستمزد

۳- رخصتی با معاش و رخصتی استعلاجی درمانی (مریضی و امثالهم)

۴- تقاعد

۵- تعطیلی رسمی

۶- ممنوعیت بهزی کارها برای بعضی افراد (زنان و کودکان)

اصول محاکمات

مجموعه قواعد و مقرراتی است که روش دادرسی (رسیدگی به دعوی) در محاکم را بیان میکند. یک دعوی با چه شرایط قابل تحویل دهی به محکمه است. شرایط رسیدگی محاکم (ابتدایی، تجدید نظر، فرجام تمیز)

حقوق ۱- داخلی الف: عمومی - اساسی

- اصول محاکمات

ب: خصوص - مدنی

- تجارت

۲- خارجی الف: عمومی

ب: خصوصی - تابعیت

- اقامتگاه

- تعارض قوانین

حقوق بین الملل عمومی: عبارت است از مجموعه مقرراتی که بر روابط میان کشورهای مختلف حاکم است و توسط سازمانهای بین المللی از جمله سازمان ملل متحد وضع میگردد.

حقوق بین الملل خصوصی: مجموعه مقرراتیست که از حقوق اشخاص در صحنه بین المللی بحث مینماید و شامل سه مبحث مهم است:

- ۱- تابعیت: رابطه معنوی - حقوقی و سیاسی میان یک شخص و دولت است.
- ۲- محلی که زندگی میکند و محل اصلی اداره امور انسان است.
- ۳- تعارض قوانین: مثل فرد افغانی که در کشور خارج باید در خصوص مسایل حقوقی چگونه باشد:

 - تابع قانون کشور متبوع شخص
 - قانون کشور اقامتگاه شخص

نظام های حقوقی معاصر

فایده مطالعه مقایسوی حقوق

- ۱- با مطالعه مقایسوی حقوق ما به ارزش حقوق داخلی خود پی میبریم و ارزش حقوق داخلی بهتر تعیین میگردد.
- ۲- گاهی نیازمند اعمال حقوق خارجی هستیم
- ۳- توسعه تجارت بین المللی روز به روز بر اهمیت مطالعه تطبیقی می افزاید
- ۴- نوشتن عهدنامه های بین المللی نیازمند مطالعه تطبیقی است
- ۵- زمینه یافتن اصول مشترک میان کشورها را فراهم میسازد

نظام های حقوقی عبارتند از:

- ۱- نظام حقوقی رومی - جرمنی
- ۲- نظام حقوقی کامن لا
- ۳- نظام حقوقی کشورهای کمونیستی
- ۴- نظام حقوقی اسلامی

نظام حقوقی	قلمرو	منابع	اهداف	اوصاف
رومی - جرمنی (از نظر تاریخی)	۱- اروپا بجز انگلستان و کشورهای کمونیستی ۲- امریکای لاتین	- قواعد حقوق رم - تعالیم مذهب مسیح	تامین حقوق و آزادی های انسان	- مالکیت خصوص - آزادی قرار دادی

هم در آلمان و هم در ایتالیا ریشه داشته		- افکار حکیمان قرن ۱۸ (بنتهام، منتسکیو، روسو، ولتر و کالون)		- نظام خانواده مبتنی بر عقد و نکاح - تفکیک قوا به سه قوه
کامن لا (عرفی)	۱- انگلستان ۲- امریکا ۳- کانادا بجز کبک ۴- ایرلند ۵- استرالیا	- تعالیم مذهب مسیح - عرف - رویه محاکم	حمایت از انسان و آزادی های او	- نقش برجسته رویه محاکم - مدون نبودن قواعد حقوق - رواج قواعد انصاف
کمونیسیتی	کشورهای کمونیستی (شوروی سابق - چین - کیوبا - اروپای شرقی - کره شمالی)	- عقاید فلسفی کارل مارکس و انگلس - این عقاید توسط لنین تطبیق و اجرا شد	تامین عدالت اجتماعی و هدایت به سوی جامعه و حکومت کمونیستی	- ملی کردن غالب وسایل - توسعه مالکیت جمعی - از بین بردن مرز میان حقوق خصوصی و عمومی

نظام حقوقی اسلام

قلمرو : کشور های اسلامی میباشد.

منابع : ۱- قرآن کریم ۲- سنت ۳- اجماع ۴- عقل/ قیاس

اول - قرآن کریم

بالا ترین منبع قرآن کریم است که توسط وحی بر پیامبر نازل شده ، به مردم منتقل گردیده است. سندی که تمام مسلمانها بالای آن اتفاق نظر دارند. که بخش هایی از آن منبع حقوق اسلامی قرار گرفته است:

۱- آیات احکام حدود ۵۵۰ آیه که بیشتر مربوط به نظام خانواده شامل ارث، ازدواج و طلاق و معاملات

۲- سرگذشت پیامبران

۳- توصیه های اخلاقی

۴- اوصاف معاد

قرآن تنها کتابی است که تحریف نشده است. در زمان خلیفه اول نسخه های مکتوب جمع آوری شد. در زمان خلیفه سوم نرد حفصه دخترش محفوظ بود. در زمان خلیفه سوم بدلیل توسعه سرزمین های اسلامی، غیر عرب زبان ها نمی توانستند آن را بخوانند لذا وی تمام نسخ قرآن را جمع آوری کرده سوزاند و تنها نسخه حفظ شده نزد حفصه را نگهداشت.

دوم : سنت

قول و رفتار پیغمبر اکرم (احادیث) سنتی است که همه قبول دارند.

منابع سنت:

اهل سنت (صحاح سته) ۱- صحیح بخاری ۲- صحیح مسلم ۳- سنن ابن ماجه ۴- سنن ترمذی ۵- سنن ابی داود ۶- سنن حاکم

اهل تشیع: ۱- اصول کافی ۲- تهذیب ۳- استبصار ۴- من لایحضر

مرتبه سنت بعد از قرآن است. یعنی حدیث نمی تواند با قرآن معارضه نماید.

سوم : اجماع

یعنی اتفاق همه علمای دین در یک مسئله

چهارم : عقل یا قیاس

قیاس یعنی حکم یک مسئله بخاطر وجود شباهت به مسئله دیگر تطبیق داده شود. در قیاس دو طرف وجود دارد :

اصل، که حکم آن ثابت است. و فرع، که شباهت با اصل دارد.

قیاس یا منصوص العله است یعنی علت آن در نص تصریح شده ، و یا مستنبط العله است و علت آن استنباطی است.

نظر مذاهب در باب قیاس

۱- موافقان قیاس: حنفیه ، مالکیه، شافعیه

۲- مخالفان قیاس: امامیه، حنابله، ظاهریه (صاحب کتاب المحلی)

دیگر منابع فقهی اسلام

پنجم : استحسان

یعنی مطلبی به ذهن مجتهد و فقیه برسد و او به عقل خود آن را نیکو بداند. نظریات مذاهب اسلامی در باره استحسان :

۱- موافق، حنفیه و مالکیه

۲- مخالف، شافعیه ، حنابله، امامیه و ظاهریه

ششم : سد ذرایع

ذرایع جمع ذریعه یعنی وسیله است. در فقه به معنای آنست که مقدمات هر ممنوع شرعی و قانونی ممنوع است.

در قانون جزا معاون جرم هم مانند مباشر جرم میباشد و هر دو مجازات دارند، با تفاوت کمتر و بیشتر.

نظر مذاهب در باب سد ذرایع

۱- موافق: مالکیه و حنابله از منابع فقهی صریح میدانند

۲- مخالف: حنفیه، شافعیه و امامیه سکوت کرده اند.

هفتم : مصالح مرسله

یک قاعده اتفاقی است بین همه فرق اسلامی که احکام تابع مصالح و مفاسد است.

واجب: حتماً یک مصلحت دارد

حرام : حتماً یک مفسده دارد.

مصلحت به معنای جلب نفع و دفع ضرر است اما تعریف غزالی: مصلحت عبارت است از تأمین هدف شارع. هدف شارع عبارت است از مواظبت دین، حیات، عقل، نسل و مال. و هر قاعده ای که به اینها ضرر بزند مفسده است.

منابع حقوق

منظور از منابع نیروهای سازنده قواعد حقوقی نیست، بلکه صورت های ایجاد قاعده حقوقی است. یعنی یک قاضی در برخورد با یک قضیه سراغ چه منابعی می رود.

- قانون
- عرف
- رویه محاکم
- دکترین (عقاید دانشمندان)

منبع اول : قانون

معنای عام: مقررات مصوب توسط مراجع ذی صلاح (قوه مقننه، قضائیه، مجریه و در افغانستان لویه جرگه)

معنای خاص: ماده ۹۴ قانون اساسی (قانون عبارت است از مقرراتی که توسط مجلس شورای ملی تصویب و به توشیح رئیس جمهور برسد) یا اینکه در شرایط اضطراری و در حالت تعطیلی ولسی جرگه رئیس جمهور مطابق ماده ۷۹ قانون اساسی میتواند فرمان تقنینی صادر نماید. فرمان تقنینی در حکم قانون است.

در سیستم حقوقی ما قانون مهمترین منبع است.

طبقه بندی قوانین

همه قوانین دارای ارزش برابر نیستند. بلکه دارای سلسله مراتب می باشد. بعضی از آنها ارزش بیشتری دارند و بعضی ارزش کمتر. به این لحاظ قوانین به سه طبقه تقسیم می شود.

- ۱- قانون اساسی
- ۲- قانون عادی
- ۳- مقرر و لوایح قوه مجریه

فایده تقسیم بندی قوانین به این سه دسته در این است که قانون اساسی دارای اهمیت و ارزش بالاتر از همه قوانین میباشد. قانون عادی به هیچ وجه نمی تواند اصول قانون اساسی را نادیده بگیرد. و قانون عادی نسبت به مصوبات قوه مجریه دارای ارزش بیشتری میباشد. یعنی مصوبات قوه مجریه نمی تواند قوانین عادی را نقض نماید و این سلسله مراتب به این معنی است که قانون پایبندتر نمی تواند برخلاف قانون بالاتر تصویب گردد.

- قانون اساسی

- قانون عادی

- مصوبه قوه مجریه

قانون اساسی تشریفات خاصی برای تصویب و تعدیل دارد و توسط لویه جرگه تصویب و تعدیل میشود.

ماده (۱۴۹) می گوید: اصل پیروی از دین مقدس اسلام و نظام جمهوری اسلامی تعدیل نمی شوند. تعدیل حقوق اساسی اتباع صرف به منظور بهبود حقوق آنان مجاز میباشد. تعدیل دیگر محتویات این قانون اساسی نظر به تجارب و مقتضیات عصر با رعایت احکام مندرج مواد ۶۷ و ۱۴۶ این قانون اساسی با پیشنهاد رئیس جمهور یا اکثریت اعضای شورای ملی صورت میگیرد.

ماده (۱۵۰) : به منظور اجرای پیشنهاد تعدیل هیئتی از بین اعضای حکومت، شوری و استره محکمه به فرمان رئیس جمهور تشکیل گردیده طرح تعدیل را تهیه میکند. برای تصویب تعدیل، لویه جرگه بر اساس فرمان رئیس جمهور دایر میگردد. هرگاه لویه جرگه با اکثریت دو ثلث کل اعضاء طرح تعدیل را تصویب کند بعد از توشیح رئیس جمهور نافذ میگردد.

تاریخچه قانون اساسی

اولین قانون اساسی در سال ۱۷۸۶ در ایالت ویرجینیای امریکا به تصویب رسید و اندکی پس از آن فرانسه قانون اساسی خویش را تصویب نمود. اکنون اغلب کشورهای جهان دارای قانون اساسی می باشد. اولین قانون اساسی افغانستان در سال ۱۳۰۱ در زمان امان الله خان بنام نظام نامه اساسی تصویب گردید. دومین قانون اساسی افغانستان در زمان نادر شاه در سال ۱۳۰۹ بنام اصول نامه اساسی تصویب شد. سومین قانون اساسی افغانستان در سال ۱۳۴۳ در زمان ظاهر شاه بنام قانون اساسی تصویب شد.

چهارمین قانون اساسی افغانستان در زمان محمد داود در سال ۱۳۵۵ تصویب شد. پنجمین قانون اساسی افغانستان در سال ۱۳۵۹ توسط شورای انقلابی جمهوری دمکراتیک خلق تصویب شد و ششمین قانون اساسی در سال ۱۳۶۶ توسط داکتر نجیب الله به تصویب رسید و هفتمین قانون اساسی افغانستان در سال ۱۳۷۱ در زمان ربانی نوشته اما اجرایی نشد. و هشتمین قانون اساسی در سال ۱۳۸۲ در زمان حکومت موقت توسط لویه جرگه تصویب شد.

مصوبات قوه مجریه – فرمان تقنینی

- مقررہ

- لایحه

- طرز العمل

فرمان تقنینی

حکومت میتواند درحالت تعطیلی ولسی جرگه در صورت ضرورت عاجل به استثنای امور مربوط به بودجه و امور مالی فرامین تقنینی را ترتیب کند. فرامین تقنینی بعد از توشیح رئیس جمهور حکم قانون را حایز میشود. فرامین تقنینی باید در خلال ۳۰ روز از تاریخ انعقاد نخستین جلسه شورای ملی به آن تقدیم شود. در صورتیکه از طرف شورای ملی رد شود از اعتبار ساقط می گردد (ماده ۷۹ قانون اساسی)

مقررہ

حکومت میتواند مطابق به ماده ۷۶ قانون اساسی برای تطبیق خطوط اساسی سیاست کشور و تنظیم وظایف خود مقررات وضع و تصویب کند. این مقررات باید مناقض نص و یا روح هیچ قانونی نباشد.

لایحه

هریک از وزارت خانه ها در حدود وظیفه خاص خویش این صلاحیت را دارد که به وضع یک سلسله قواعد معین به شرط آنکه با هیچ یک از اسناد تقنینی مخالف نباشد، بپردازد که به آن لایحه گفته میشود.

طرز العمل

عبارت است از مقررات جزئی و عملیاتی که توسط ریاست ها و سایر سازمانهای اداری در چارچوب قوانین وضع میگردد. دو مورد اخیر در قانون اساسی تذکر نیافته و بیشتر تجربی است. ممکن است موارد واضع طرز العمل و لایحه تفاوت کند (باید تحقیق شود)

تفاوت مصوبه قوه مجریه و قانون - تشریفات تصویب و الغاء

- قلمرو

از نظر تشریفات قانون را تنها قوه مقننه می تواند لغو نماید ولی مصوبات را هر یک از سه قوای مجریه، مقننه و قضائیه لغو نماید. اما از نظر قلمرو، قانون شامل همه مردم میشود ولی مصوبات، دایره اش محدود به قوه مجریه و ادارات آن میشود.

مراحل وضع قانون - تصویب و لسی جرگه بعد مشرانو جرگه

- توشیح

- انتشار

توضیح: جلسات شورای ملی علنی می باشد مگر اینکه ده نفر از اعضای مجلس سری بودن آن را درخواست نماید. اگر با اکثریت آراء تصویب شد جلسه سری میشود.

بر اساس ماده ۹۷ مشرانو جرگه باید ظرف ۱۵ روز نظر خود در باره مصوبه و لسی جرگه را اعلان کند. در صورت اختلاف، هیئت مرکب به تعداد مساوی از هر دو مجلس تشکیل می گردد و در صورت توافق به توشیح رئیس جمهور می رسد. در غیر آن، مصوبه رد شده حساب میشود. و اگر در جلسه بعدی و لسی جرگه رای دو سوم کل اعضاء را بدست آورد نیاز به تصویب مشرانو جرگه ندارد (ماده ۱۰۰)

توشیح

مصوبه ای که تصویب و لسی جرگه و مشرانو جرگه را سپری نموده غرض امضاء نزد رئیس جمهور میرود. براساس ماده (۹۴) قانون اساسی رئیس جمهور در صورتیکه قانون را توشیح نکند، ظرف ۱۵ روز با ذکر دلایل مصوبه را به و لسی جرگه مسترد میدارد. در صورت موافقه نظر رئیس جمهور را اعمال میکند و مصوبه را دوباره به مشرانو جرگه و آنها برای توشیح به رئیس جمهور میفرستد. در غیر آن، مجلس و لسی جرگه میتواند با اکثریت دو سوم آرای اعضا آن را تصویب نمودند این بار نیاز به توشیح ندارد و نافذ میگردد.

انتشار

ماده (۱۰) قانون مدنی میگوید : هر قانون بعد از انتشار در جریده رسمی تطبیق میگردد.

فلسفه انتشار قانون این است که قانون برای عام مردم نوشته میشود، وقتی بر آنها تطبیق میشود که از آن آگاهی یابد. نشر قانون در جریده رسمی نشانه آگاهی و اطلاع مردم از قانون تصویب شده دانسته میشود. علاوه بر انتشار باید مدت معقول نیز بگذرد تا جریده رسمی بدست مردم برسد. این مدت میتواند حد اقل ۱۵ روز باشد.

اعتبار قانون - در مقابل قوه مجریه

- در مقابل قوه قضائیه

وظایف قوه مجریه - اجرای مستقیم قانون (رعایت کند و مصوبات خود را مطابق قانون وضع نماید)

- اجرای احکام صادره از سوی محکمه (اجرای غیر مستقیم)

وظایف قوه قضائیه

در این مورد اختلاف نظر وجود دارد: عده ای میگویند در صورت تشخیص تعارض با قانون اساسی، قاضی میتواند قانون اساسی را ترجیح داده قانون عادی را اجرا نکند. به نظر عده ای از حقوقدانان، چون قانون برگرفته از اراده عمومی است و مراحل خود را طی نموده است، قاضی نمیتواند در مقابل آن مقاومت نماید و موظف است قانون عادی را اجرا نماید حتی اگر آن را مخالف قانون اساسی بداند.

وظیفه قوه قضائیه (وظیفه قاضی) ۱- حق ندارد حکم کلی صادر کند

۲- حق ندارد به بهانه نبودن حکم مسئله ای در قانون از رسیدگی امتناع ورزد

۳- حکم خود را مستند نماید. ماده (۱۲۹) قانون اساسی

وظیفه قاضی فصل خصومت است. و محکمه موظف است اسباب حکمی را که صادر می نماید در فیصله ذکر کند. محکمه قانون گزار نیست بلکه مجری آن است و باید چنان کند که قانون مقرر کرده است. اجرای این تکلیف باید در متن حکم بیاید تا دو طرف دعوی بروشنی حکم را دریابند.

قوانین و ارتباط آن با نظم عمومی

ارتباط قوانین با نظم عمومی یکسان نیست. بعضی قوانین با نظم و امنیت عامه ارتباط محکم و وثیق دارد و بعضی قوانین با نظم عمومی نزدیک نیست و ارتباط محکم ندارند. قوانین امری با نظم عمومی ارتباط نزدیک و محکم دارد و الا باعث بی نظمی و حرج و مرج خواهد شد. قوانین تکمیلی با نظم عمومی (اجتماعی) ارتباط کمتری دارد و نادیده گرفتنش باعث بی نظمی و حرج و مرج نخواهد شد.

پس قوانینی که با نظم عمومی ارتباط محکم و نزدیک دارند قوانین امری هستند که نادیده گرفتن آنها باعث بی نظمی و حرج و مرج خواهد شد. و قوانینی که با نظم عمومی زیاد مرتبط نیستند قوانین تکمیلی هستند که نادیده گرفتن آنها سبب بی نظمی نمی شود.

مقررات و قوانین جزایی، کار، مالیه و خانواده (مهر، نفقه، ارث و طلاق) قوانین امری هستند. مقررات معاملاتی جزو قوانین تکمیلی هستند و بعضی از مقررات حقوق خانواده هم جزء قوانین تکمیلی هستند مثل تعیین محل زندگی که در قانون در اختیار مرد است اما میتوان خلاف آن توافق نمود.

چون منافع باهم فرق میکند و شرایط تفاوت میکند و هدف از قوانین تکمیلی آن است که افراد بتواند منافع خود را بهتر تأمین کرده و منافع متضاد و مختلف را با هم جمع نمایند.

قوانین امری بیشتر برای تامین منافع عامه و نظم عمومی است و قوانین تکمیلی برای تامین منافع افراد است.

نسخ قانون

نسخ در مورد قانون و فسخ در مورد قراردادها استفاده میشود.

نسخ یعنی پایان یافتن عمر قانون و بطلان یعنی اینکه از اصل قانون وجود نداشته و عمری نداشته است. پس معاملاتی که در زمان اجرای آن انجام شده غیر معتبر میباشد و اسناد آن اعتبار ندارد.

چه کسی حق نسخ قانون را دارد؟

۱- هر مرجعی که میتواند قانون را وضع و تصویب نماید میتواند آن را نسخ کند.

۲- هر مرجعی که بالاتر است قوانین مرجع پایینتر را میتواند نسخ کند.

آیا استره محکمه حق نسخ قانون را دارد؟

ماده ۱۲۱ قانون اساسی و وظایف و صلاحیت های استره محکمه را بیان میکند :

- تطابق قوانین عادی، کنوانسیون های بین المللی که افغانستان به آن پیوسته و قراردادهایی که بین افغانستان و دیگر کشور ها منعقد شده با قانون اساسی.

- تفسیر قوانین به درخواست رئیس جمهور، ولسی جرگه و استفتاء قضات.

در این مورد که آیا استره محکمه حق نسخ قانون را دارد یا نه؟ دو نظر وجود دارد:

- از نظر عملی حق این است که حق نسخ داشته باشد

- اما از نظر علمی مشکل دارد زیرا استره محکمه قوه قضائیه است و این امر مداخله در وظایف قوه مقننه است. و در این صورت بهتر است که استره محکمه در صورت برخورد با موارد متناقض با قانون اساسی به قوه مقننه اعلام کند که قانون مورد نظر را اصلاح کند.

اقسام نسخ

- صریح : در قانون جدید به صراحت اعلام شود که قانون قبلی ملغا میشود

- ضمنی : که در قانون جدید از نسخ قانون سابق نامی برده نمیشود اما احکام قانون جدید با قانون سابق متعارض است. چون قانون جدید اراده جدید قانون گذارست پس قانون سابق نسخ میباشد.

منبع دوم : عرف

عرف از نظر لغوی به معنای پسندیده و شناخته شده میباشد

از نظر حقوقی عرف به معنی رواج مسئله ایست در بین جامعه به گونه ای که مردم آن را برای خود لازم الاجرا بدانند.

عرف دارای دو رکن است:

- رکن مادی : رواج بین اکثر مردم

- رکن معنوی: مردم آن را الزام آور بدانند تا موثر باشد و منبع حقوق قرار بگیرد.

رواج های نا پسند عرف نیستند بلکه عادت هستند یا آداب و رسوم هستند.

عرف از چند جهت منبع حقوق است

۱- منشأ بسیاری از قواعد حقوق عرف است

۲- عرف خلأ قانون را پر میکند. ماده ۲ قانون مدنی افغانستان میگوید: هرگاه حکم مسئله ای در قانون و احکام مذهبی وجود نداشته باشد. مسئله بر اساس عرف فیصله پیدا میکند، بشرط آنکه عرف مخالف عدالت و احکام قانون نباشد.

۳- عرف مفسر قانون است. مثلاً پرداخت نفقه که در قانون آمده با عرف تفسیر میشود که منظور از نفقه چیست و معیار و میزان نفقه چقدر است.

منبع سوم : رویه قضایی

رویه قضایی به معنی عرف قضات است که بین قضات رواج داشته و قدرت الزام بوجود بیاورد. مثل پیروی ۱۰ شاگرد از نظر ۱۰ شاگرد ممتاز صنف که رواج بین ۲۰ شاگرد رکن مادی و پیروی بقیه رکن معنوی آن میباشد.

رویه قضایی با آراء قضات فرق میکند. در آراء قضات رکن معنوی (الزام) وجود ندارد. اما رویه قضایی هم رکن معنوی و هم رکن مادی را دارد. آراء قضات منبع حقوق نیست.

مواردی که رویه قضایی منبع حقوق است

۱- خلأ قانونی باشد

۲- نقص قانون

۳- رجحان قانون

منبع چهارم : دکترین

دکترین نظریه و عقاید علمای حقوق است

البته دکترین الزام آور نیست. یعنی دکترین منبع غیر مستقیم حقوق است. یعنی قاضی در حکم خود به دکترین استناد کرده نمیتواند.

قلمرو قانون

الف : قلمرو در مکان

- قانون احوال شخصیه محدود به مرزهای جغرافیایی نیست و بر اساس قوانین اکثر کشور های جهان افراد در مورد احوال شخصیه تابع کشور متبوع خود است. یعنی خارجی ها در احوال شخصیه تابع کشور خود است.

ماده (۳۵) قانون مدنی افغانستان هم راجع به این موضوع است. دلیل این امر احساس آزادی و شخصیت افراد است که باید به افراد شخصیت داده شود و آزاد باشد.

- قرار داد ها و اسناد تابع قوانین محل تنظیم و انعقاد است و قلمرو آن محدود به مرزهای جغرافیایی کشور محل قرارداد است

ب : قلمرو قانون در زمان

قانون مثل هر پدیده اجتماعی دارای عمر است، بوجد می آید و از بین میرود.

اصلی وجود دارد که میگوید: قانون عطف به ماسبق نمیشود.

اما استثناهایی از این اصل هم وجود دارد در سه مورد:

۱- در مواردی که خود قانون تصریح نماید که عطف به ماسبق میشود

۲- در قوانین تفسیری که تفسیر جدید به گذشته سرایت میکند

۳- قوانین مربوط به تخفیف و حذف مجازات هم عطف به ماسبق میشود. بخاطر اینکه بر اساس قاعده تفسیر قانون همیشه باید به نفع متهم باشد.

حقوق - مجموعه مقررات برای تنظیم روابط افراد از آن جهت که در اجتماع زندگی میکنند (حقوق آفاقی)

- امتیازاتی که قانون به یک فرد اعطا میکند = حقوق عندی = فردی

بخشی در قانون اساسی به عنوان حقوق ملت آمده که حقوق عندی است، یعنی امتیازاتی است که قانون به رسمیت شناخته و از آن حمایت میکند و مقررات نیست.

حقوق فردی - سیاسی

- عمومی

- مدنی (خصوصی)

- اقتصادی

حقوق خصوصی دامنه وسیعی از حقوق را در بر میگیرد

۱- حقوق خانواده (بیشتر حقوق غیر مالی است و ممکن است آثار مالی هم داشته باشد)

۲- حقوق قراردادها (مالی است)

حق مالی

اقسام حق مالی - حق عینی (عین یعنی چیزی که قابل اشاره و دیدن باشد)

- حق دینی

- حق معنوی

حق عینی

در خارج یک شیء وجود دارد و یک شخص که رابطه بین آنها مالکیت است. حق عینی یعنی حقی که شخص بر شیء دارد.

حق دینی

حق مالی است که شخص بر ذمه (گردن) شخص دیگری دارد. که شخص اول داین، طلب کار یا متعهد له بوده به شخص دوم مدیون، بدهکار یا متعهد گفته میشود. و روابط بین آنها هم به ترتیب دین، طلب یا تعهد است.

بخاطر اینکه از شان انسان بدور است که ملک شخص دیگری شود لذا یک فضای مجازی برای رابطه دین بنام ذمه (گردن) در نظر گرفته شده است که این رابطه ملکیت را بیان کند.

ضمانت عبارت از انتقال ذمه است که در آن ذمه های بیشتری مشغول میشود.

حق معنوی: مالکیت فکری

مالکیت فکری محصول انقلاب صنعتی است به خصوص وقتی که صنعت چاپ به وجود آمد. یعنی هرکس چیزی را که خلق، ایجاد و اختراع میکند از منافع آن برخوردار میشود.

در ماده ۴۷ قانون اساسی افغانستان از این حق حمایت شده. دو قانون در سال ۱۳۸۷ در ارتباط به این حق وضع شده است:

۱- حق اختراع و اکتشاف

۲- حق مولف و مصنف و هنرمند

ماده (۴۹) قانون مدنی افغانستان هم به این حق میپردازد.

پس حقوق مالکیت فکری (کپی رایت) دو بخش دارد. الف- حق اختراع و اکتشاف ب: حق مولف، مصنف و هنرمند.

سازمان جهانی که از این حق حمایت میکند (wipo) میباشد

منابع حق فردی

یکسری حقوق حقوق ذاتی است مثل حقوق بشر و منظور از منابع در این بخش حقوق ذاتی نیست که یکسان است و بدون تعبیر است، بلکه حقوقی است که قابلیت کم و زیاد شدن دارد.

۱- اعمال حقوقی (اعمالی که با اراده انجام شده و ایجاد حق میکند)

۲- حادثه حقوقی (اتفاقاتی که بدون اراده فردی اتفاق افتاده و ایجاد حق میکند) مثل اتلاف در حوادث اتلاف هم حق فردی ایجاد میشود. بر اساس حادثه حقوقی. هم چنین در مورد غصب هم حق فردی ایجاد میشود که غاصب باید خسارت وارده را بپردازد. مرگ نیز یکی دیگر از حادثات حقوقی است که بدون اراده افراد به وقوع پیوسته برای یک تعداد ایجاد حق (ارث) میکند.

هرکسی که کاری انجام میدهد (با اراده) انجام میدهد و گاهی:

۱- دو اراده (طرف) دخالت دارد. مثل قرارداد و عقد که دو طرفه است. در عقد و قراردادها یکطرف ایجاب (عرضه میکند) و طرف دیگر قبول.

۲- یک اراده (انفرادی) دخالت دارد (ایقاع) مثل طلاق و مثل ابراء (بخشیدن) که رضایت طرف مقابل شرط نیست.

در عقد ۱- دو طرف و ایجاب و قبول است

۲- رضایت است

۳- اهلیت یعنی سزاواری و شایستگی دارا شدن حق و تکلیف است

مواردی که در عقد رضایت نیست یا - اکراه است - و جبر تام دارد پس عقد باطل است

- یا جبر ناقص دارد و عقد غیر نافذ است

- غلطی در نوع معامله است

اهلیت

- وجوب (تمتع) شایستگی دارا شدن حق و تکلیف که با تولد بوجود می آید و با مرگ از بین می رود. مثل بخشیدن مال به طفل که طفل مالک آن میشود و مالک عواید و فواید آن نیز میگردد.

- اداء (استیفاء) که طفل مذکور حق اداء و نمی تواند مالی و خانه خود را بفروشد قبل از اینکه به سن قانونی برسد.

کسیکه فاقد اهلیت باشد محجور است (محجور از حجر به معنی سنگ چینی است یعنی کسیکه قانون برای محافظتش دور او را سنگ چینی و محدود و بند کرده است، زیرا یا

۱- مجنون است

۲- سفیه است و.....