

۲۳

تاریخ حقوق ایران

تألیف: جناب آقای دکتر رودی



تاریخ حقوق ایران

از انقراض ساسانیان تا آغاز مشروطه

نگارش

جعفری لنگرودی

ناشر



کانون معرفت - تهران - لاله زار - تلفن ۳۲۴۳۷
کلیه حقوق چاپ و انتشار محفوظ و مخصوص «کانون معرفت» است

چاپ کیلان

بنام خدا

مقدمه

اولین سنک بنای شخصیت هر ملت از زوایای تاریخ آن استخراج می-شود، در میان رشته‌های مختلف تاریخ، تاریخ حقوق يك ملت والاترین مقام را داراست زیرا قسمت اعظم ضرورت‌های زندگی اجتماعی در فصول قانونی مقامی را اشغال کرده‌اند، داشتن تصور درست از زندگی اقوام و ملت‌ها بدون ادراك وضع حیات قضائی آنان امکان ندارد. تاریخی که بدون منظور داشتن اصول مشخصات زندگی قضائی ملل نوشته شود چیزی جز يك مشت مفاهیم تجرید شده نیست.

از انقراض ساسانیان تا مشروطه

مهمترین و طولانی‌ترین و غنی‌ترین دوره از دوره‌های تاریخ حقوق ما است، در این سیزده قرن يك حقوق ورزیده و وسیع بر روابط قضائی ما و ملل مشابه، حکومت نمود. حقوق اسلامی که عظمت آن بیشتر از حد تصویری است که اغلب از آن دارند هر چند که مقارن ظهور خود استقلال سیاسی کشورهای مختلف را از بین بردولی از آمیزش آن با فکر مردم سرزمین ما گنجینه‌های حقوقی و فرهنگی بزرگی پدید آمد، نوابغ حقوق اسلام غالباً از میان فرزندان این آب و خاک برخاستند، بهمین جهت فکر ایرانی در ذخایر حقوق اسلامی اصالتاً سهیم است و از چنین ذخایر عظیم گذشته‌ها خطا است.

تأثیر حقوق این دوره در دوره سوم از تاریخ حقوق ما روشن‌تر از آن است که نیاز به بیان داشته باشد و این یکی از اسباب تقدیم و تقدم مطالعۀ این قسمت از تاریخ حقوق ما بر دوره ماقبل آنست که از نظر اسناد و مدارک

در نهایت فقر و ناوانسی قرار گرفته و امید انتفاع از آن چندان قوی نیست.

رابطه استقلال سیاسی و تاریخ حقوق

در طی سیزده قرن مزبور مملکت ما در وضع متفاوت داشت مدتی بعنوان جزء قلمرو امپراطوری عظیم اسلامی شناخته میشد و سپس استقلال خود را دریافت ، در این صورت جای این سؤال باقی است که : در صورت اول آیا میتوان از تاریخ حقوق ایران بحث نمود ؟

بنظر می رسد که برای بحث از تاریخ حقوق يك ملت وجود استقلال فعلی آن کافی است و حقوق خارجی اگر بر کشوری تحمیل شود و بر روابط قضائی حکومت کند بعنوان حقوق همان ملت تلقی میشود .

تغییر اصطلاحات

در این کتاب بمنظور سهولت تعلیم ، مطالب حقوقی قدیم در لفافه اصطلاحات جدید و تقسیمات حقوقی مدرن بیان شده است و این را نباید تغییر مبحث تلقی نمود چه همانطور که ترجمه يك کتاب لطمه بمعانی آن نمیزند تبدیل اصطلاحات که نوعی از ترجمه است حقائق را تغییر نمیدهد فقط زحمتی است که نویسنده تحمل می کند و بهره آن عائد خواننده می شود مثلاً بجای اصطلاح «شرع» اصطلاح قانون و بجای شارع، مقنن و قانونگذار استعمال شده است. در تدوین این اوراق اساساً رفع نیاز دانشجویان که در این مورد فاقد کتاب بودند مورد نظر بوده اقناع اهل تتبع و تحقیق ولی معذک شاید اهل تفحص هم از آن بهره ای ببرند اگر چنین توفیقی حاصل شد باید سپاسگزار باشم و اگر نشد امری خلاف انتظار نبوده است .

جعفری لنگرودی

قبل از اینکه از تاریخ حقوق (۱) بحث کنیم مختصری راجع به حق (۲) و تقسیمات جدید آن که اساس حقوق جدید ایران است بحث مینمائیم تا مبادی تصویری این علم در دسترس قرار گیرد.

حق و معانی آن

۱- حق در این علم و سایر شعبات آن مدلول جدیدی است که از کلمه *Droit* فرانسوی گرفته شده است و یکی از سه معنی ذیل اطلاق میشود :

الف - حق موضوعی (۳) و آن مجموعه قواعدی است که دارای ضمانت اجراء (۴) بوده و حاکم بر روابط انسان در جامعه باشد. معذک پاره ای از حقوق فاقد ضمانت اجراء هم ندرتاً بنظر میرسد چنانکه در ماده ۲۶۶ قانون مدنی و ماده ۷۲۶ قانون آئین دادرسی مدنی این مطلب دیده میشود.

ب - حق شخصی (۵) و آن قدرتی است که شخص از قانون کسب نموده و بموجب آن میتواند دیگری را وادار باجاء عملی (اعم از ترك و فعل) نماید (مانند حق دینی) و یا ملزم بر رعایت وضع موجودی بکند (مانند حق عینی). این حق است که مورد

۱- L'histoire de droit

۲- Droit

۳- Droit objectif

۴- Sanction

۵- Droit subjectif

ترافع است و بمنظور تثبیت آن، حکم محکمه صادر میشود.
ج- درلسان اهل تعلیم Droit به علمی گفته میشود که از مجموعه قواعد الزامی و لازم الرعایه بحث میکند قواعد مزبور حاکم بر روابط افراد انسانست. در این معنی در زبان ما کلمه حقوق استعمال شده است.

تقسیمات حقوق

۲- حقوق از نظر اینکه نسبت بسکنه يك کشور قابل اجراء است یا نسبت بسکنه دویا چند کشور بدو قسمت عمده تقسیم میشود :
قسم اول - حقوق داخلی یا حقوق ملی (۱) و آن حقوقی است که در سراسر کشور معینی اجراء میشود.

قسم دوم - حقوق خارجی (۲) و آن حقوقی است که یکی از دو صورت ذیل باشد :

الف - حاکم بر روابط دول باشد و آنرا حقوق بین الملل عمومی و حقوق دولی عام (۳) نامند.

ب - حاکم بر روابط افراد ملل مختلف باشد که آنرا حقوق بین الملل خصوصی (۴) نامیده اند. بنابراین حقوق خارجی دو قسم است.

اقسام حقوق داخلی

۳- حقوق داخلی دو قسم است:

الف - حقوق عمومی داخلی (۵) و آن مجموعه قوانینی است که ناظر به تشکیلات

۱- Droit interne یا Droit national

۲- Droit externe

۳- Droit international public

۴- Droit international privé

۵- Droit public interne

کشوری و حاکم بر روابط دولت و مأمورین او با افراد است (مانند قانون اساسی و قانون اصول تشکیلات دادگستری، فصل سوم از باب سوم آئین دادرسی مدنی و غیره) (اصطلاح «حقوق عمومی» در حقوق اساسی بمعنی دیگری نیز استعمال شده است که فعلاً مورد بحث نیست)

نکته ۵- رشته های مختلف حقوق عمومی داخلی عبارت است از: حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق جزا و آئین دادرسی کیفری.

ب - حقوق خصوصی داخلی (۱) و آن بخشی است از حقوق داخلی که ناظر به روابط حقوقی افراد بایکدیگر است. رشته های مختلف حقوق خصوصی عبارت است از: حقوق مدنی - آئین دادرسی مدنی که بنظر بعضی جزو حقوق عمومی است .

حقوق موضوعه و حقوق طبیعی

۴- اول - حقوق موضوعه یا حقوق تحقق یافته (۲) و آن مجموعه قوانین جاری در زمان معین در جامعه معین است .

دوم - حقوق طبیعی یا حقوق فطری (۳) در طول تاریخ تعاریفات فراوانی از آن شده است بعضی میگویند: حقوق طبیعی محصول کار عقل سلیم است ! بعضی میگویند: حقوق طبیعی حقوقی است که در فطرت بشر وجود داشته و همه جایی و همیشگی است و هیچگونه تغییر نمیکند ، بعضی میگویند: حقوق طبیعی تفاهم مشترك بشر در زمان معین است مانند منع فروش برده در عصر حاضر؛ بنابراین تعریف حقوق طبیعی همیشگی نیست ولی همه جایی است. نظر صحیح آنست که :

اولا - اصول اولیه حقوق طبیعی از نظر ماهیت (۴) همیشگی و همه جایی است ولی از نظر محصول و نتایج متغیر است.

۱- Droit privé interne

۲- Droit positif

۳- Droit naturel

۴- Nature

ثانیاً - اصول حقوق طبیعی با حفظ موجودیت خود هم‌آهنگ کلیه تغییراتی است که ناشی از تمدن‌ها و حاجت‌های مختلف و متغیر است.

ثالثاً - حقوق طبیعی با طبیعت بشر وفق می‌دهد و ترجمان این طبیعت اصل واحدی است بنام اصل عدم محرومیت (۱)

۵- حقوق طبیعی باین معنی که آخرین طرز فکر حقوق طبیعی است بر اساس فکر رئالیسم قرار گرفته بهمین جهت در بسیاری از موارد این حقوق موضوعه است و بعکس تصور علماء حقوق گذشته قواعد و مقررات آن محدود نبوده و بسیار فراوان است و قابلیت تدوین مستخرجات آن را باید بزرگترین خاصیت منحصرش دانست .

نکته

۶- در تمام اقسام فوق حقوق از نظر ماهیت و آثارش مطالعه می‌شود نه از حیث تغییر آن درازمنه و امکانه؛ تاریخ حقوق تنها رشته حقوقی است که روی پایه مطالعه تحولات سازمانهای حقوقی (۲) بنا شده و همه رشته‌های حقوقی مذکور فوق را فرامی‌گیرد بهمین جهت آنرا «تاریخ عمومی حقوق» (۳) می‌گویند.

تاریخ حقوق

تعریف تاریخ حقوق

۷- و آن علمی است که از چگونگی پیدایش و تحول سازمانهای (۱) حقوقی در حقوق يك ملت بحث می‌کند.

۱- Principe de non-privation

۲- Institutions

۳- L'histoire général de Droit

۴ - هر سازمان حقوقی مجموعه قوانین و مقرراتی است که حافظ يك نفع اجتماعی است مانند: دولت، شرکت مدنی، نکاح، مرور زمان، بیع و غیره

موضوع تاریخ حقوق

۸- موضوع تاریخ حقوق عبارت است از حقوق موضوعه يك ملت (اعم از حقوق عمومی و حقوق خصوصی) بنا بر این تاریخ حقوق بر دو قسم است: تاریخ حقوق عمومی و تاریخ حقوق خصوصی. مجموع این دو قسم را تاریخ عمومی حقوق گویند.

غرض تاریخ حقوق

۹- غرض این علم عبارت است از:

اول- تشخیص و تفسیر قوانین موجود بوجه شایسته و درست بکمک سوابق حقوقی.
دوم- تنظیم قوانین بوجه انطباق.

هدف اول جنبه قضائی (۱) دارد و هدف دوم جنبه تقنینی. بنا بر این مطالعه این علم هم بحال قضات سودمند است و هم بحال قانونگذاران.

مؤلفان تاریخ حقوق تاجائی که مطالعه شده در اطراف غرض تاریخ حقوق کوچکترین توضیحی نداده اند و علت خفاء اهمیت تاریخ حقوق در پاره ای از جوامع و مجامع شاید همین امر باشد بنا بر این مقام، مقتضی تفصیل است و با ذکر سه مثال توضیح بیشتری در اطراف غرض تاریخ حقوق خواهیم داد:

مثال اول

۱۰- «ضرر» يك ماهیت حقوقی است که در متن قوانین موضوعه اسلامی تعریف نشده است، مستفاد از نصوص قوانین اسلامی این است که «ضرر» بمعنی مطلق تجاوز (اعم از تجاوز مالی و تجاوز غیر مالی) بکار رفته است (۲) و مؤلفان فقه هم آن را در همین معنی استعمال

Judiciaire - ۱

۲- مانند این حدیث: روایة الحلبي عن ابي عبداله (ع) سألته عن رجل ينفر برجل فيعقره و يعقر دابته رجلا. قال: (هو ضامن لما كان من شئني) وعن الشيباني يوضع على الطريق فتمردا به فتنفر بصاحبه فتنقره، (كل شئني ضرر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه) در حدیث سمره بن جندب هم ضرر در مورد کیفری بکار رفته است دستور کردن درخت خرماي صاحب درخت بعنوان تعزیر بوده است نه بعنوان اخذ خسارت.

نموده‌اند (۱) این بود کیفیت قوانین مربوط به ضرر (مانند لا ضرر و لا ضرار) در صدر اسلام.

در تاریخ تحول حقوق ایران در دوره وسطی چنین دیده می‌شود که مؤلفان علم حقوق ضرر را تفسیر مضیق نموده‌اند. باین معنی که عدم‌النفع را از آن خارج کرده و باقی‌مانده را ضرر میدانستند (بعضی از همان حقوق‌دانان مخالف این نظر بوده‌اند) این تفسیر مضیق چون نظر استنباطی بوده الزام آور و لازم‌الاتباع نیست.

در دوره حقوق جدید ایران در جریان تهیه قانون مدنی (در مبحث اتلاف و تسبیب) اشاره‌ای بتعریف ضرر نشد ولی تمایل اغلی می‌حاکم این بود که از تفسیر مضیق فوق تبعیت شود و باین ترتیب بطور غیر مستقیم یک سابقه حقوقی را رعایت می‌نمودند ولی رعایت این سابقه متناسب با اقتصاد روز نبوده و توسعه روزافزون قواعد مربوط به مسئولیت مالی (۲) ایجاب می‌کرد که آن تفسیر مضیق متروک گردد و سابقه اصلی که قبل از تفسیر مضیق مزبور وجود داشته رعایت گردد. اگر تفسیر مضیق مزبور مستمسک قرار نمی‌گرفت شاید حاجتی بوضع ماده ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی (که بعداً وضع شد) نبود هم اکنون نیز باتوجه بسابقه اصلی ضرر در متن قوانین موضوعه اسلامی و سایر جهات ضروری متناسب است که نظائر مواد ۳۳۴ قانون مدنی تفسیر موسع شود. این حقیقتی است که تاریخ حقوق می‌آموزد.

مثال دوم

۱۱- مسئولیت مالی دو قسم است: مسئولیت ناشی از قراردادها و مسئولیت خارج از قرارداد. مستفاد از نصوص قوانین موضوعه اسلام اینست که در مورد مسئولیت خارج

۱ - مثلاً علامه حلی در کتاب مختلف بطرفداری از جواز رد وصایت از طرف وصی (در دو صورت: ۱- قبل از اعلام قبول ۲ - بعد از اعلام قبول و قبل از موت وصی) چنین مینویسد: والوجه عندی المصیر الی ذلك وان كان قد قبل الوصية اولاً. وان لم یکن قبل ولا علم جاز الرجوع للاصل ولا زالة الضرر الاصل الیه بالتحمل غیر المستحق و قد قال لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام

۲- Responsabilité civile

از قرارداد صرف صدق «انتساب اضرار» کافی است (۱) که منتسب الیه را مسئول قرار دهد بدون اینکه عمد و خطا و تقصیر و مسامحه در نظر گرفته شود.

بعد از چند قرن که از صدر اسلام دور می‌شویم می‌بینیم که مؤلفان فقه تحت تأثیر فلسفه یونان قدیم «مسئولیت خارج از قرارداد» را روی دو پایه اتلاف و تسبیب بنا نمودند و با این فکر نه تنها نصوص قانونی توضیح داده نشد بلکه بمراتب پیچیده تر گردید یعنی در حقیقت يك تئوری ساده (انتساب اضرار) بدو تئوری پیچیده تر و گنگ (اتلاف و تسبیب) تبدیل شد.

در دوره سوم تاریخ حقوق ایران نویسندگان قانون مدنی تحت تأثیر تألیفات فقهی به تئوریهای اتلاف و تسبیب تکیه کرده و آنها را در مواد ۳۲۸ تا ۳۳۵ قانون مدنی منعکس ساختند در صورتیکه تئوری «انتساب اضرار» برای تفسیر موسع قضائی استعداد بیشتری داشته و لااقل فهم آن آسانتر بوده است. آیا نمی‌توان از این قسم مطالعات در تاریخ حقوق استفاده کرده و بوجه بهتری قوانین را تنظیم نمود؟

مثال سوم

۱۲- از مطالعه مجموع قوانین موضوعه اسلامی چنین استفاده میشود که دأب مقنن بر این است که متعرض تعریف و تحدید (۲) ماهیات حقوقی نشود مثلاً عقد، بیع، رهن، نکاح و غیره در نص قانون تعریف نشده است. در تمام این موارد مؤلفان فقه مجالی برای اعمال نظر دارند و با استفاده از وسائل مختلف (مانند مراجعه بعرف، تمسک باستدلالات لفظی و غیره) ماهیات مزبور را تحدید میکنند. این مطلب را تاریخ حقوق ایران در دوره وسطی برای ما مسلم میسازد. بنابراین وقتی که در زمینه تحدید ماهیات حقوقی میدان

۱ - این فکر که مبنای مسئولیت مالی در حقوق اسلامی است بکلی مغایر با تئوری فت *Théorie de faute* است و تقریباً نزدیک به تئوری ریسک *Théorie de risque de risque* است (رجوع شود بماده ۳۱ قانون مسئولیت مالی از کتاب مستنبط Limitation - ۲

اعمال نظر باز است آیا مناسب تر نبود که مقنن در عصر حقوق جدید ایران سر نوشت
تعریف ماهیاتی مانند وصیت را عمداً بدست ابهام نسپرد؟

این بود امثله و نمونه هائی که آثار مثبت این رشته از حقوق را روشن میسازد
مضافاً بر اینکه این رشته از حقوق در عصری پیداشده که انسان متوجه جنبه های عملی امور
شده است و این خود ما را از تفصیل بیشتر در بیان غرض تاریخ حقوق مستغنی میسازد.

دوره های مهم تاریخ حقوق ایران

۱۳- رسم مؤلفین تاریخ حقوق بر این است که تاریخ حقوق يك ملت را بچند
دوره مهم تقسیم میکنند و تحول حقوق آن ملت را در مسیر آن ادوار مطالعه مینمایند؛
بنظر ما مهمترین دوره های تاریخ حقوق ایران سه دوره است :

الف - دوره ایران باستان (یعنی از قدیمترین ازمه تا آخر دوره ساسانی)

ب - دوره وسطی یا دوره فقه (یعنی از ابتداء تسلط عرب بر ایران تا ابتداء بروز
حقوق جدید ایران)

ج - دوره حقوق جدید ایران

۱۴- نکته - باید دانست که فقه و حقوق از نظر مطالب مورد بحث باهم فرق
دارند زیرا فقه علاوه بر اینکه حاوی مباحث مندرج در حقوق است مشتمل بر مباحث
اخلاقی (مانند عبادات و مستحبات و مکروهات) میباشد و لذا اوسع از حقوق است. در
این کتاب در قسمت دوره وسطی آن قسمت از فقه که منحصرأ در کادر حقوق ایران قرار
میگیرد مورد مطالعه و بررسی است و زائد بر آن مقدار باید در تاریخ فقه مطالعه شود
نه در تاریخ حقوق ایران.

تاریخ حقوق ایران
دوره وسطی

کتاب اول

تاریخ حقوق عمومی

مبحث اول - حقوق اساسی

مبحث دوم - حقوق اداری

مبحث سوم - حقوق جزا

مبحث چهارم - آئین دادرسی کیفری ومدنی

مبحث پنجم - حقوق بین الملل عمومی

مبحث اول

(حقوق اساسی)

فصل اول - حاکمیت - تحولات آن - شکل حکومت و طرز اداره

فصل دوم - قوای عالیہ

فصل سوم - حقوق رئیس حکومت و حقوق مسلمانان (ملت) و حقوق بشر .

فصل چهارم - قوانین و مقررات مالی و نظامی

مبحث اول = حقوق اساسی

فصل اول

- حاکمیت - تحولات حاکمیت - شکل حکومت و طرز اداره
- قسمت اول - حق حاکمیت
- قسمت دوم - تحولات حق حاکمیت
- قسمت سوم - شکل حکومت و طرز اداره

قسمت اول

حق حاکمیت

مباحث مورد بحث در این قسمت عبارت است از :

الف - منشاء حق حاکمیت

ب - طرز انتقال حق حاکمیت .

مقدمه

۱۵- در این مقدمه دو نکته اساسی بیان میشود :

نکته اول - هر چند که پاره ای از مؤلفان دانشمند حقوق بنام « تاریخ حقوق

عمومی اسلام» تألیفی تهیه کرده اند ولی باید دید فکر (۱) حقوق عمومی (۲) بمعنی

اروپائی کلمه آیا در حقوق اسلامی منعکس است یا نه؛ برای اینکه باین سؤال پاسخ داده شود خوب است متوجه یک تحلیل حقوقی شرقی که در اطراف انواع «عام» صورت گرفته و جنبه لفظی هم ندارد بشویم: در علم اصول گفته اند عام سه قسم است: عام مجموعی، عام استغراقی، عام بدلی. اکنون باید دید مقصود از عموم در «حقوق عمومی» چه نوع عمومی است، مقصود از عموم در این اصطلاح عام جمعوعی است باین معنی حقوق عمومی حقوقی است که برای یک جامعه من حیث المجموع مقرر شده است و مثال بارز آن مدلول اصل بیست و ششم متمم قانون اساسی است (۱)

باتوجه بمقدمه بالا باید گفت که حقوق عمومی باین معنی در قوانین موضوعه اسلامی دیده نمیشود، حق در قوانین اسلامی یا حق الله است و یا حق الناس و در هر صورت متعلق بفرد است نهایت اینکه حق الله طعم حق عمومی را دارد، و باتوجه باین مطلب است که در این کتاب (دردوره وسطی) صحبت از حق عمومی میکنیم، سهولت تعلیم اینطور مقتضی است. ۱۶- نکته دوم - دردوره وسطی نظر بخاصیت قانون وقت ممکن است این سؤال در اندیشه آید که بحث از تاریخ حقوق در این دوره (بمنظور دانستن تحولات حقوقی) نمر ندارد زیرا جنبه ثبات این نوع قوانین، مانع ظهور حوادث تاریخی است.

پاسخ سؤال اینست که اولاً حقوق دردوره وسطی هر چند که کوچکترین تغییری نکند لا اقل سابقه و لاحقۀ آنرا هر گاه منظور بداریم تحول حقوقی ما را نشان میدهد سابقۀ آن حقوق ایران باستان تا عصر ساسانی است و لاحقۀ آن دوره حقوق جدید ایران است بنابراین در مسیر تحول حقوق ملت ما دوره وسطی قرارداد و از مطالعه آن ناگزیریم.

ثانیاً - دردوره وسطی هم دورشته تحولات حقوقی دامنه دار وجود دارد که متناسب با حقوق این دوره است:

اول - حقوق اداری بشرحی که در مطلب شماره ۱۳۳ بیعدگننه خواهد شد.

۱- قوای مملکت ناشی از ملت است، طریقه استعمال آن را قانون اساسی معین می نماید.

دوم - استنباطات کلی که با تقنین رابطه‌ای نزدیک دارد دائماً در تغییر بوده است و بالنتیجه قواعد حقوقی لازم‌الاجرائی را بوجود آورده است که بسیاری از آنها در قانون مدنی فعلی ما منعکس شده است و مطالعه این تحولات را نباید از نظر دور داشت.

منشأ حق حاکمیت

۱۷- در قوانین موضوعه ایندوره حق حاکمیت (که شامل قوای سه گانه است) ناشی از خداوند است این فکر در تمام ادیان وجود دارد؛ خوارج يك حزب متشکل بودند که در زمان حکومت علی (ع) قیام نمودند و می گفتند: لا حکم الا لله، و علی (ع) در جواب می فرمودند «کلمة حق اريد بها الباطل» از عبارت «کلمة حق» فهمیده میشود که این اصل در حقوق ایندوره مسلم است: که حق حاکمیت ناشی از خداوند است.

طرز انتقال حق حاکمیت

۱۸- انتقال حق حاکمیت بزرگترین مسأله مورد نزاع این دوره است، منازعه سیاسی بمشاجره علمی و تئوریک منتهی شده و تزلزل قابل ملاحظه‌ای در نظم اجتماع ایجاد نمود. در این کتاب فقط بجنبه حقوقی پرداخته میشود:

۱۹- اهل سنت معتقدند که حق حاکمیت یکی از دو شکل ذیل منتقل میشود (۱) الف - طریق انتخابی (یا طریقه بیعت) - باین ترتیب که يك یا چند نفر از مسلمین میتوانند اقدام بانتهاب خلیفه کنند باقی مردم ملزمند که اقدام آن يك یا چند نفر را محترم بشمرند، انتخاب کننده باید اهل حل و عقد (یعنی آشنای بمسأله حاکمیت)

(۱) الماوردی صاحب کتاب «الاحکام السلطانیة» می نویسد:

الامامة تنعقد من وجهين:

احدهما باختيار اهل العقد والحل

والثاني بعهد الام من قبل

صاحب «مواقف» می نویسد، الامامة تثبت بالنص من الرسول ومن الامام السابق بالاجماع و تثبت ايضا بيعة اهل الحل و العقد عند اهل السنة والجماعة ... خلافا للشیعة اکثرهم فانهم قالوا لا طريق الا للنص:

باشد. در صورتیکه هر گروهی شخصی را بخلافت انتخاب کنند بنا بنقل صاحب کتاب موافق آنکه «اعلم» است خلیفه است. و در صورت تساوی درجه علمی آنکه «اتقی» است مقدم است، و در صورت تساوی آنکه سنش بیشتر است حق تقدم دارد. اگر در شهرهای مختلف خلفای مختلف انتخاب شوند آنکه تاریخ انتخابش جلو است مقدم است، و اگر تقدم تاریخ محرز نشد انتخابات سابق باطل و تجدید انتخاب خواهد شد. تعدد خلفا در زمان واحد بشرط اینکه قلمرو کشور و وسعت زیاد داشته باشد (که یکنفر از عهده اداره بر نیاید) مانعی ندارد در این صورت هر حاکمی در قسمتی از قلمرو کشور خلافت خواهد نمود ولی این نظر مورد اتفاق نیست (۱)

بنظر شارح کتاب موافق، انتخاب حاکم، کاشف (۲) از این است که خداوند مقام خلافت را بشخص انتخاب شده داده است (۳) مردم در صورت مشاهده فقدان شرائط خلافت (پس از تعیین خلیفه) میتوانند او را معزول کنند (۴) مگر اینکه او مقاومت کند و زیان عزالش در این وضع بیشتر از زیان ابقائش باشد. این است خلاصه مقالات موافق ب - طریق نصب - که بر دو قسم است :

(۱) صرف نظر از عملی بودن و عملی نبودن اکثر مقررات فوق، مدرك منحصر بفرد آن اجماع است، و چنانکه در «علم اصول» تحقیق نموده ایم اجماع را نمیتوان یکی از منابع Sources حقوق اسلامی دانست.

۲ - باین ترتیب بر خلاف تصور بعضی حقوقدانان ما نمیتوان گفت که انتخاب کنندگان نمایندگی **Représentation** ضمنی از سایر مسلمین دارند زیرا ماهیت نمایندگی هیچوجه در این مورد صدق ندارد.

۳ - البیعة ایست عندنا مثبتة للامامة ... بل هی علامة مظهره لها.... (موافق)

۴ - شرائط خلافت عبارت است از:

۱ - عدالت

۲ - عقل

۳ - بلوغ

۴ - ذکورة

۵ - انتساب به قبیله قریش

اول - آنکه شخص معینی برای خلافت معین شود.

دوم - آنکه جماعتی معین شوند تا این آن جماعت یکنفر انتخاب شود و در حقیقت این يك طريقه بين انتخاب و نصب خواهد بود و باید آنرا طريقه بيناين نامید.

۲۰- معتقد شیعه اینست که باید انتقال حق حاکمیت فقط به طریق نصب باشد و اهمیت مسأله رژیم (۱) مقتضی است که تخییر بین نصب و انتخاب مقبول نباشد، و رژیم نصب با ماهیت حکومت فردی سازگار تر است. فرمان خلافت باید بنام شخص خلیفه باشد.

فرقه آنارشیست (۲) خوارج عقیده بتعیین حاکم بهیچ صورت ندارند و تعیین آنرا منشأ بروز جنک و فساد میدانند.

قسمت دوم

تحولات حق حاکمیت

الف - طرز انتقال حق حاکمیت از نظر حقوق شیعه

ب - حکومت قانونی و حکومت غیر قانونی

طرز انتقال حق حاکمیت از نظر حقوق شیعه (۱)

۲۱- مطالعه این قسمت مؤثر در روشن کردن وضع حاکمیت از ابتداء حکومت صفوی تا عصر حاضر است که قسمت اعظم این مدت، مربوط به «دوره وسطی» است. در این مدت حاکمیت بر مدار حقوق شیعه دور می‌زند و از این فکر انعکاسی در بعضی از اصول قانون اساسی (مخصوصاً اصل دوم متمم قانون اساسی) دیده می‌شود. اکثریت قریب باتفاق حقوق‌دانان شیعه معتقدند که پس از «غیبت» تمام اختیارات قانونی امام (ع) بحقوق‌دانان شیعه تفویض شده است (۲) و باین ترتیب حق حاکمیت هم که قانوناً از حقوق امام است بطور نیابت (۳) منتقل بآنان شده است؛ و این فکر

(۱) این بحث مطلب شماره ۲۰ را تکمیل می‌کند.

(۲) مجاری الامور والاحکام علی ایدی العلماء الامناعلی حلاله و حرامه (حدیث)

Representation (۳)

بر اصل دوم متمم قانون اساسی ماسایه انداخته است و بالنتیجه آن اصل را تفسیر می کند، این حقوقدانان را در اصطلاح «نواب» گویند.

۲۲- نواب قانونا حق دارند (۱) که قسمتی از اختیارات قانونی خود را بشخص یا اشخاصی که آشنای بامور سیاست باشند تفویض نمایند ولی معذک حقوق ذیل را برای خود محفوظ می داشتند :

الف - استنباط کلی غیر قضائی (افتاء) و نشر آن (مطلب شماره ۳۵)

ب - دادرسی مدنی و کیفری

ج - آنچه که امروز در صلاحیت دادسرا است (تعقیب مجرمین و رسیدگی بامور حسبی) در صلاحیت آنان بود .

د - برقرار کردن تشکیلات لازم برای فعلیت دادن به صلاحیت قانونی خود

حکومت قانونی - حکومت غیر قانونی

۲۳ - در دوره وسطی از تاریخ حقوق ایران دو اصطلاح «حکومت حقه» و

(۱) و از این قبیل است سند تاریخی ذیل که بموجب آن صاحب «کشف الغطاء» به

فتحعلی شاه قاجار اذن داده است، اینک عین عبارت او:

«الحرب الذی يتضمن دفاعا عن بيضة الاسلام ... اذالم يحضر الامام ... و جب علی-

المجتهدین القيام بهذا الامر ... فان لم يكونوا ... او كانوا من الوسواسيين الذين

لا يأخذون الا بظاهر شريعة سيد المرسلين و جب علی کل بصیر صاحب رای و تدبیر عالم

بطریق السياسة عارف بدقایق الریاسة .. و جب علیه-

مقاتلة الفرقة الشنية الاروسية (جنگهای روس تزاری با ایران) و غیرهم من

الفرق العادیه البغیه ولما كان الاستيدان من المجتهدین اوفق بالاحتياط . . .

فقد اذنت للسلطان . . . فتحعلی شاه ... فی اخذنا یتوقف علیه تدبیر العساكر

و رداهل الكفر ...

«حکومت جور» زیاددیده می شود، مقصود از اولی «حکومت قانونی» است و از دومی «حکومت غیر قانونی»

از نظر حقوقدانان عامه، کسی که از طریق انتخاب یا نصب قدرت را در دست بگیرد حکومتش قانونی است و گرنه حکومتش غیر قانونی است. از نظر حقوق شیعه هر حکومتی که در رأس آن امام (ع) و یانائب (۱) وی باشد حکومت قانونی است و گرنه آن حکومت غیر قانونی است.

(۱) کسانی که از طرف «نواب» مجاز در اجراء قسمتی از حاکمیت باشند حکومت آنان در حدود اذن قانونی است.

قسمت سوم

شکل حکومت - طرز اداره

الف - حکومت قانونی و نامحدود

ب - شکل حکومت

ج - طرز اداره

حکومت قانونی و نامحدود

۲۴- حکومت قانونی- در مقابل آن حکومت مطلقه یا حکومت استبدادی قرار میگیرد . حکومت قانونی حکومتی است که حاکم، کشورش را طبق قوانین اداره نموده و از تجاوز بحقوق اتباع خوددوری مینماید ولی در حکومت استبدادی حاکم مقید به هیچ اصل و قانون نبوده و درحقیقت دلخواه اوست که حکومت میکند.

نظر بشرح بالا حکومت اسلام حکومتی بوده است قانونی چه سران حکومت جامعه را طبق قوانین آسمانی موجود اداره مینمودند (من لم یحکم بما انزل الله فاولئك هم الکافرون - یعنی کسی که طبق قانون خدا حکم نکند از تابعیت اسلامی خارج است. باین مضمون درقرآن آیات زیادی دیده می شود مانند آیات ۵۱-۵۲-۵۳ سوره مائده) ۲۵- حکومت نامحدود - این عنوان بحکومتی داده میشود که رئیس آن

حکومت تمام اقتدارات دولتی را در دست داشته باشد و تمام عمال و متصدیان امور بنام او انجام وظیفه کنند. در مقابل این نوع حکومت، حکومت محدود قرارداد و آن حکومتی است که تمام اقتدارات در دست رئیس حکومت نیست و بلکه یکی از عوامل ذیل موجب محدود شدن قدرت رئیس حکومت میشود:

الف - مجمع عمومی ملت

ب - طبقات ممتاز

ج - نمایندگان ملت

بنا بشرح بالا حکومت اسلامی (و بالنتیجه حکومت در دوره وسطی از تاریخ حقوق ایران) حکومت قانونی و ناه محدود بوده است. نص «وشاورهم فی الامر» هم چون الزامی نیست و يك تکلیف قانونی ایجاد نمی کند مخالفتی با مندرجات فوق ندارد. شکل حکومت

۲۶ - حکومت اسلامی (و بالنتیجه حکومت در دوره وسطی از تاریخ حقوق ایران)

ماهیت مخصوصی است که با انواع حکومت های معمولی فعلی جهان (سلطنتی و جمهوری) از جهاتی مشابه و از جهاتی مغایر است . مشخصات آن حکومت از اینقرار است :

الف - در رأس حکومت فقط یک نفر قرار میگیرد (از این جهت با جمهوری فرق دارد) .

ب - رئیس حکومت علی الاصول مسئول عملیات خود می باشد (از این جهت با حکومت منارشی فرق دارد) .

ج - مدت حکومت وی موقت نیست (از این جهت با جمهوری فرق دارد) .

د - حکومت، موروثی و انتخابی بصور (۱) معمول به در نوع حکومت منارشی

(۱) صور مزبور عبارت است از:

الف - انتخاب مستقیم بوسیله افراد ملت

ب - انتخاب بوسیله نمایندگان ملت

ج - انتخاب از جانب اشراف و اعیان

نمی باشد (از این جهت با حکومت منارشی فرق دارد).

طرز اداره

۲۷ - در حقوق اساسی حکومت را از نظر طرز اداره بدو نوع تقسیم می کنند:

الف - حکومت دمکراسی .

ب - حکومت دیکتاتوری .

در حکومت دمکراسی قدرت عمومی ناشی از ملت است که آنرا مستقیماً یا غیرمستقیم اعمال می کند . باین معنی نمی توان عنوان دمکراسی بحکومت اسلامی داد . در حکومت دیکتاتوری قدرت عمومی در دست فرد است و دیکتاتور بحقوق مردم توجه نداشته و مطلق العنان امیال خود را صورت خارجی می دهد هر چند که با حقوق و خواسته های مردم وفق ندهد . باین معنی نمیتوان عنوان دیکتاتوری را هم بحکومت اسلامی داد . اساساً تقسیم حکومت ها از نظر اداره بدو قسم فوق صرفاً یک تقسیم تئوریک است و با واقعیات خارجی وفق نمیدهد .

فصل دوم

(قوای عالیہ)

قوۃ مقننہ و قانون - قوۃ مجریہ - قوۃ قضائہ

قسمت اول - قوۃ مقننہ و قانون .

قسمت دوم - قوۃ مجریہ

قسمت سوم - قوۃ قضائہ

قسمت اول

قوۃ مقننہ و قانون

الف - قوۃ مقننہ

ب - قوانین موضوعہ در اسلام

ج - فرامین رئیس حکومت و مأموران عالی رتبہ

د - استنباط کلی

هـ - منابع حقوقی

و - خواص عمومی قانون

ز - مشخصات قانونگزاری اسلامی

ح - تدوین قانون

ط - مکاتب حقوقی

۲۸ - در اسلام (و بالنتیجه در دوره دوم از تاریخ حقوق ما) قانونگزاری علی‌الاصول مختص خداوند است و پیغمبر (ص) واسطه رسانیدن قانون ب مردم است . آنچه که پیغمبر میگوید وحی است . قوة مقننه را پیغمبر بحد کمال خود می‌رساند (۱) با وفات وی این قانونگزاری پایان می‌یابد.

اگر قانون را بمعنی وسیع کلمه مورد ملاحظه قرار دهیم بطوریکه شامل «فرامین رئیس حکومت» (مطلب شماره ۳۰) و استنباط کلی (مطلب شماره ۳۴) بشود میتوان گفت قوة مقننه لااقل از دو مجرای اخیر برای تمام دوره دوم تاریخ حقوق ما بحیات خود ادامه میداده است . (۲)

قوانین موضوعه در اسلام

۲۹ - اساس قوانین موضوعه اسلام (و حقوق موضوعه در دوره دوم از تاریخ حقوق ایران) نص قانون (یعنی قرآن مجید و سنت) است . در این دوره دونوع قانون دیده می‌شود :

(۱) الیوم اکملت لکم دینکم (قرآن مجید)

(۲) از احادیث مسلم که اشاره بسکوت عمده قانون میکند این است: «ان الله سکت عن اشیاء لانسیانا بل رحمة علیکم» موارد سکوت قانون در اغلب حقوقهای جهان مسائل متفرقه ای است که نمیتوان آنها را بدسته های مهم تقسیم نمود ولی در حقوق اسلامی يك دسته مهم (که امروز قوانین سازمانی و اداری نامیده میشود و موضوع بحث رشته «حقوق اداری» است) از موارد سکوت قانون است ، سکوت قانون در این مورد بمنظور ایجاد امکان تطبیق قانون با اوضاع واحوال مختلف در قرون مختلف بر جوامع گوناگون است .

در این قسمت از سکوت قانون، اصالة الاباحة و اصالة البرائة و سایر اصول کوچکترین نفوذی ندارد مبین این سکوت مقررات ناشی از دستور رئیس حکومت است، که قانون را بگریبان می‌اندازد و منشاء «تقنین عرفی» میشود و منتهی بپیدایش اصطلاحات قانون عرفی، محاکم عرفی میگردد.

الف - قانونی که برای همیشه وضع شده است . معمولاً وقتی که در اسلام اسم از قانون و شرع برده می شود فقط همین یک قسم را منظور دارند و از قسم دیگر تحت عنوان «حکومت» یاد می کنند.

ب - قانونی که برای اجراء قوانین مذکور در بند (الف) مقرر شده است این قسم قوانین یک رشته مقررات اداری و سازمانی است که هر یک از رؤساء حکومتها در زمان خود حق وضع و تغییر آنرا دارا می باشند.

فرامین رئیس حکومت و مأموران عالی رتبه

۳۰- در این دوره از تاریخ حقوق ما که بر مدار قوانین موضوعه اسلامی گردش می کند قوانین اداری و سازمانی بسیار کم است ، اگر در تألیفات مؤلفان خصوصاً در قسمت دادرسی مقرراتی از این قبیل دیده می شود باید دانست که مأخذی در قوانین موضوعه ندارد و اغلب آنها انظار بدون دلیل است .

از طرف دیگر اداره کشور پهناوری مانند قلمرو اسلامی روزگار قدیم بدون برقرار کردن مقررات اداری و سازمانی امکان پذیر نیست ولی چون این مقررات جنبه «همیشگی» نداشت بآنها بنظر قانون نگاه نمی کردند و در ضبط و تدوین آن سعی نمی نمودند فقط مطالب متفرقه ای جسته و گریخته از مقررات مزبور بجا مانده است بهمین جهت تاریخ حقوق اداری دوره دوم از تاریخ حقوق ما در تاریکی عمیقی فرو رفته است و سالیان دراز صرف وقت لازم است تا کاملاً این مجهول حل گردد. مقررات اداری و سازمانی ولو اینکه جنبه همیشگی نداشته باشد ماهیت «قانون» را داراست . این مقررات در این دوره بصورت «فرامین رئیس حکومت» است که چون اجراء قانون بعهدۀ او است تعیین مقررات مزبور هم بمنظور اجراء قانون در صلاحیت او می باشد (۱)

(۱) تفویض صلاحیت وضع مقررات اداری بوی دو خاصیت عمده دارد :

الف - تطبیق قوانین موضوعه بقدر امکان بر اوضاع و احوال از منته و امکانه مختلف
ب - رعایت مصالح عمومی بوجه بهتری صورت می گرفت چه می دانیم قوانین سازمانی و اداری بیشتر از هر قانون دیگر در مقابل تغییرات زندگی اجتماعی حساسیت نشان می دهد.

مقررات مزبور نظیر مندرجات «آئین نامه‌های اجرائی قانون» در حقوق‌های مدرن است .

۳۱ - نکته - فرامین رئیس حکومت بچند دسته مهم ذیل تقسیم میشود :

الف - امور مربوط با استخدام (در اصطلاحات سابق بآن «استعمال» و بمستخدم «عامل» گفته می‌شد).

ب - امور مربوط به گرفتن مالیاتها (باصطلاح آنوقت «اخذ خراج و جبایات صدقات» نامیده می‌شد).

ج - امور مربوط به نگهداری ارتش (جند) و تربیت آن و اداره امور جنگ و دفاع

د - تقسیم اداری و قضائی قلمرو اسلامی و ایجاد سازمانهای عمومی (برای سراسر کشور) و خصوصی (برای نواحی مختلف مملکت)

ه - عزل و نصب قضات

و - ولایت در امور حسبی

۳۲ - فرامین مأمورین عالی‌رتبه - مأمورین عالی‌رتبه حکومت مانند والی و قاضی می‌توانستند برای اجراء وظیفه قانونی خود مقرراتی وضع کنند مثلاً قاضی که بفرمان رئیس حکومت متصدی دادرسی می‌شد برای انجام وظیفه حاجت با استخدام مترجم و منشی و مأمور احضار (محضر) و برقرار کردن تشکیلات اداری لازم داشت که مقررات مربوط بآنها را خود او معین می‌نمود هر چند که این مقررات برای قضاتی که بعداً بجای او منصوب می‌شدند بهیچوجه الزامی نبود (۱).

(۱) باتوجه باین مطلب ، طرح مسائل ذیل و پاسخ آنها اساساً درست نیست :

الف - آیا کسانی که به نیابت از قاضی و ظائفی را انجام می‌دهند بصرف فوت قاضی از سمت خود منعزل می‌شوند: لومات القاضی الاصلی الذی نصبه امام العدل انزل کل نائب له فی شغل معین کبیع علی میت او غائب او سماع بینة فی حادثة معینة بغیر خلاف کما فی المسالك (نقل از کتاب شرایط و جواهر)...

بقیه در صفحه بعد

۳۳- نکته- اصول ۷۱-۷۳-۷۵ متمم قانون اساسی که بحث از امور عرفی و محاکم عرفی می کند در تاریخ حقوق ایران منشاء و اساسی برای آنها وجود دارد که باید آن منشأ را در بررسی های مشروح فوق جستجو نمود.

استنباط کلی

۳۴- بدون شك استنباط کلی (۱) از منابع حقوقی (۲) حقوق اسلام است وقتی که «آراء و عقاید علماء حقوق» در حقوقهای مدرن يك منبع حقوقی بشمار می آید بطریق اولی باید استنباط کلی را از منابع حقوقی بشمار آورد زیرا استنباطات کلی در هر حال (خواه بصورت حکم باشد خواه بصورت فتوی) از ضمانت اجراء (۳) برخوردار است و حال اینکه «آراء و عقاید علماء حقوق» از ضمانت اجراء برخوردار نیست .

این منبع حقوقی اختصاص بدوره دوم از تاریخ حقوق ایران دارد و در دوره

اگر قاضی در حدود صلاحیت خود شغلی را بکسی محول نموده مجالی برای بحث مزبور نمی باشد و فوت قاضی عامل مؤثر در بحث نیست .

ب -- قاضی مکلف است که دعاوی رسیدگی شده هر هفته را در دفتری جمع نموده و روی آن تاریخ رسیدگی را بنویسد :- ینبغی ان یجمع قضا با کل اسبوع و وثائقه و حججه ... و یکتب علیها قضاء اسبوع کذا من شهر کذا من سنه کذا .

ایراد بر این نظر آن است که چنین تکلیفی بطور کلی نسبت به همه قضات در نص قانون وجود ندارد ، عین همین ایراد به «مقررات احضار» که در تأیفات مؤلفین ثبت شده است وارد است در این مورد در کتاب مسالك چنین نوشته شده است :

«فان استخفی بعث من بنادی علی باب داره انه ان لم یحضر الی ثلاث ، سمرت داره او ختم علیه فان لم یحضر بعد الثلاث وسأل المدعی التسمیر او التخم اجابه الیه (هر گاه مدعی علیه به محکمه حاضر نشود و متخفی گردد از طرف محکمه جلو خانه او اعلان می شود که : هر گاه تا سه روز به محکمه حاضر نشود در خانه اش مهور یا میخ خواهد شد ! پس از این اعلان تا سه روز اگر حاضر نشد بتقاضای مدعی در خانه اش مهور یا میخ خواهد شد) .

(۱) استنباطی است که صرف نظر از مورد خاص و بصورت کلی استخراج شود.

Sources (۲)

Sanction (۳)

سوم (یعنی دوره حقوق جدید ایران) چنین منبع حقوقی تقریباً وجود ندارد زیرا ماده پنجم قانون آیین دادرسی مدنی میگوید:

«دادگاه هر دعوی را با قانون تطبیق کرده و حکم آنرا تعیین می نماید و نباید بطور عموم و قاعده کلی حکم بدهد.»

۳۵- استنباط کلی در این دوره بدو شکل ذیل دیده شده است:

الف - استنباط کلی در مقام قضا و ترافع- در اینصورت اصطلاحاً آنرا حکم می نامند، مانند حکم به وجود خیارغبن باستنادنص لاضرر و لاضرار (۱) در ترافعی که بین طرفین عقدی رخ داده است.

ب - استنباط کلی در خارج مورد قضا (۲) در اینصورت اصطلاحاً آنرا «فتوی» می نامند.

۳۶- گفته شده که در قرون اولیه اسلامی استنباط کلی وجود نداشته و حقوقدانان از آن دوری می نمودند (۳) بعدها بر اثر توسعه جوامع اسلامی و فقدان کدهای منظم در اطراف و اکناف قلمرو اسلام این حاجت پیش آمد که استنباطات کلی بعمل آمده و نسخه‌هایی از آن تهیه و در اختیار مردم نهاده شود، و «رساله عملیه»

(۱) خیارغبن در حقوق اسلام نص خاص ندارد و فقهاء آنرا از حدیث لاضرر استخراج میکنند.

(۲) يك نمونه از این قسم استنباط در حقوق جدید ایران وجود دارد و بسیار کم اهمیت است، رجوع شود به «قانون اصول تشکیلات دادگستری» ماده ششم - فقره اول از وظائف اداره حقوقی.

(جوابی که اداره حقوقی در مقابل استعلامات قضائی می دهد ناشی از استنباط غیر قضائی و بصورت کلی است)

(۳) قدکان الاستنباط فی هذا العصر (یعنی عصر خلفاء) مقصوداً علی ماینزل بهم من- الحوادث، فلم یکونوا مسائل لم تقع و یقدرون وقوعها... كما فعل المتأخرون بل اقتصر و اعلی الافناء فیما یقع لهم... روی عن زید بن ثابت انه کان اذا استفتی فی مسأله سأل عنها: فان قیل له وقت افتی بها وان قیل له لم تقع قال دعوها حتی تکون.

نتیجه همین استنباطات کلی است این رساله‌ها در دوره وسطی عینا مانند کدهای قانونی موجود در دوره حقوق جدید ایران است .

منابع حقوقی

۳۷ - چنانکه در عام اصول تحقیق شده منابع حقوقی اسلام هفت چیز است:

الف - قانون (یعنی متن آیات حقوقی و احادیث حقوقی)

ب - فعل مقنن

ج - تقریر مقنن

(سابقا مجموع فعل و تقریر مقنن و احادیث حقوقی را تحت عنوان واحد «سنت» يك

منبع حقوقی تلقی می نمودند ولی چون ماهیت حدیث با ماهیت فعل و تقریر مقنن فرق داشت چنین مناسب دانستیم که این سه مطلب از هم تفکیک شود این عمل ضمن مقایسه منابع دوره وسطی را با دوره حقوق جدید ایران تسهیل خواهد نمود .

د - عرف (۱)

ه - استنباط کلی بشرحی که گذشت.

و - آراء و عقاید فقهاء

۳۸ - ز - بناء عقلاء و و آن یکنوع عمل کرد همیشگی و همه جایی است که

مستقما از ضرورت‌های حیات کسب وجود کرده است مانند استصحاب .

بنابر آنچه که در علم اصول تحقیق شده بناء عقلاء در صحنه حقوق همان حقوق

طبیعی است و عمل قابل تحسین حقوقدانان اسلامی این است که باستناد «تقریر مقنن (که خود یکی از منابع حقوقی اسلامی است) آنچه از بناء عقلاء را که صریحا در متون قانونی منعکس نشده با استدلالی دقیق وارد حقوق موضوعه نموده‌اند (۲) بنابر این

Coutume (۱)

۲- مثلاً می گویند عمل طبق حالت سابقه (استصحاب) در عصر مقنن معمول به عقلا بوده است و مقنن آنرا منع نکرده است و همین منع نکردن «تقریر» مجبوب است. بنابر این باستناد تقریر مقنن، استصحاب جزو حقوق موضوعه می شود.

بناء عقلاء کانالی است که حقوق طبیعی از مجرای آن وارد حقوق موضوعه می شود.
۳۹- در تعداد منابع حقوقی نه تنها حقوقدانان خاصه باهم اختلاف نظر دارند
حقوقدانان عامه هم باهم توافق ندارند .

خواص عمومی قانون

۴۰- برای اینکه خواص عمومی قانون در دوره وسطی معلوم شود ملاحظه
مجموع امور ذیل ضروری است :

الف - قانون در این عصر نمونه بارز قوانین مذهبی است .

ب - در موارد تجاوز از قانون ، علاوه بر مسئولیت های اینجهانی مسئولیت
اخروی هم ممکن است وجود پیدا کند .

ج - اخلاق بزرگترین زیربنای قانون است و تعالیم اخلاقی ضامن اجرایی غیر
مستقیم قوانین است و بنحو مؤثری اجراء قانون را تسهیل میکند ، شخص متدین بدون
وجود سند مدیونیت ، دین خود را می پردازد ، از تجاوز بحقوق دیگران خودداری
میکند و در صورتیکه دلیلی بر جرمش بدست نیامده با پای خود به محکمه حاضر شد ،
و برای تحصیل طهارت روحی اقرار بجرم خود می کند ؛ در چنین وضع روحی که ناشی
از تعالیم عالیة اخلاقی است ادله اثبات دعوی هر قدر هم که در عصر ما ضعیف بنظر
برسد (مانند اقرار و شهادت) در کادر تعالیم اخلاقی بسیار نیرومند و محترم و مؤثر
واقع میشود ، هدف مجازات نه تنها انتقام نیست بلکه هدف آن تطهیر جان در حضرت
پروردگار است .

۴۱- د - بعلاّت دخالت عامل اخلاق در حقوق ، احکام قانونی به پنج قسمت : امر

- نهی - اباحه - استحباب - کراهت تقسیم میشود و حال اینکه در حقوق جدید فقط
«امر - نهی - اباحه» وجود دارد .

۵ - تکلیف در ایندوره بارزتر از حق است حق به تبعیت تکلیف بیان می شود
یعنی افراد در مقابل قانون خدا مکلفند که حقوق یکدیگر را رعایت کنند .

۴۲ - و - حقوق ناشی از قوانین در ایندوره بدو قسمت عمده تقسیم می شود :
حق الله و حق الناس . حقوقی که قانون برای اشخاص (فرد - جمعیت) صریحاً شناخته
حق الناس است و گرنه حق الله است (۱)

مشخصات قانونگزاری اسلام

۴۳ - برای تصور طرز تقنین مربوط بدوره وسطی از تاریخ حقوق ایران ملاحظه
مجموع امور ذیل لازم است :

الف - اغلب قوانین معمول در دوره دوم اندکی قبل از شروع ایندوره (یعنی
مقارن افول سلسله ساسانی) وضع و مقرر شد یعنی اصول قوانین اسلامی در حیات
نبی اکرم (که مقارن دوره اول تاریخ حقوق ایران بوده است) وضع شد این قوانین
یکجا وضع نشد بلکه به مناسبت اتفاقاتی که در جامعه رخ میداد قانون وضع می شد.
فقط قسمتی از این قوانین که در قرآن مجید وجود داشته از ابتداء امر مدون بود (آنهم
در نسخه های معدود) ولی قوانین موجود در احادیث بعدها تدوین شد و در هر حال تدوین
قانون هیچوقت جنبه رسمی نداشت و هر کس که مایل بود نسخه هایی از قوانین تهیه
میکرد. امکانات آن روز گاهم اجازه تدوین قانون را نمیداد .

۴۴ - ب - چون مسائل مربوط بسازمانهای حکومتی و حقوق اداری غالباً در
قانون مزبور منصوص نبود و تنظیم مقررات مربوط بآنها در صلاحیت
رئیس حکومت قرار داشت (۲) بهمین جهت در این زمینه برای کسانی که
بنحوی از انحاء قدرت عمومی (۳) را بدست میگرفتند این میدان وجود داشت که

(۱) ماده سوم قانون جزای اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) رجوع شود به کتاب مستنبط - قسمت قانون اساسی - اصل پنجم

Pouvoir public (۳)

مقرراتی بدلخواه خود و متناسب با احتیاجات روز مقرر دارند و فقط در این زمینه بود که تقنین در طول مدت دوره وسطی لاینقطع ادامه داشت ، و بنابراین رشته حقوق اداری در طول دوره وسطی تنها رشته‌ای است که تحولات تاریخی بیشتری بخود دیده و از نظر «تاریخ حقوق ایران» موضوع جالب بررسی است ، فقط تأسف در کمبود منابع مطالعه است .

تدوین قانون (۱)

۴۵ - بی شك باید تدوین قانون را يك مرحله درخشان از زندگی قضائی جوامع بشری شمرد (۲) ولی بشر همیشه از این نعمت برخوردار نبوده است . در گذشته عدم تدوین قانون ببعضی از حادثه جویان مجال برخورداریهای نا- مشروع داده است .

در دوره وسطی ابتداء فقط قوانین مندرج در قرآن از تدوین برخوردار بود ولی طولی نکشید که احادیث حقوقی بسرعت مدون شد (۳) بطوری که در ابتداء قرن دوم هجری فقط در شیعه چهارصد کتاب مدون شد که آنها را «اصول اربعه» گویند در حقیقت باید کدیفیکاسیون را مقرون به ابتداء دوره وسطی دانست . بعدها مجموعه های قانونی مرتب و بزرگ تهیه شد مانند «صحاح ست» و کافی و استبصار و تهذیب و من لایحضر .

۴۶ - بر اثر پیدایش «استنباط کلی» در این دوره همیشه کدهای قانونی بصورت رساله عملیه در دسترس مردم قرار داده می شد معروفترین این کدها «جامع عباسی» است

Codification (۱)

(۲) حتی در سیستم حقوق عرفی هم رویه های قضائی *Règle du précédent*

تدوین می شود بنابراین تدوین اختصاص بحقوق نوشته *Droit écrit* ندارد .

(۳) در کتاب «کافی» تألیف کلینی در باب «روایة الکتب و فضل الکتابة و التمسک-

بالکتب» يك رشته احادیث وجود دارد که از مجموع آنها استفاده میشود مقنن اسلامی علاقه

بتدوین قانون داشته است .

که بسیار منظم و مرتب تنظیم شده است و دستور پادشاه وقت در تهیه و تنظیم این کد مؤثر بوده است. بنابراین فکر کدیفیکاسیون در حقوق ما سابقه نسبتاً درازی دارد.

مکاتب حقوقی

۴۷ - مکاتب حقوقی که مهد « آراء و عقائد علماء حقوق » است در حقیقت پایه منبع چهارم حقوقهای مدرن است و باید در تاریخ حقوق مورد توجه قرار گیرد. در حقوق دوره وسطی مکاتب حقوقی ذیل وجود داشته است :

الف - مکتب کلامی - این دسته حقوقدانانی بودند که بیشتر در کلیات حقوق بحث می کردند بنابراین مؤسسين اولیه علم اصول بشمار می روند و بهمین جهت است که در علم اصول پس از طی سیزده قرن هنوز هم مباحث کلامی (که ربط بحقوق ندارد!) فراوان دیده می شود (۱) و مؤلفان علم اصول با همه کوششی که در حذف آن مباحث بعمل آورده اند توفیق کامل نیافته اند. از سران این مکتب: هشام بن حکم و آل نوبخت را باید نام برد.

۴۸ - ب - مکتب لفظی - این مکتب بعد از مکتب اول بوجود آمده است، اینان مباحث الفاظ را تدریجاً وارد حقوق نمودند با اینکه نظر صحیح مقتضی است که گفته شود نصوص و اصول قوانین اسلامی بوقایع و حقایق نظر دارد و بهیچوجه رنک لفظی ندارد. هم اکنون مکتب اصولی در عین حال تابع مکتب لفظی هم هست ، بعکس مکتب اخباری که در این مورد واقع بین تر بوده و حتی المقدور گرد مکتب لفظی نمی گردد.

۴۹ - ج - مکتب اصولی - مهمترین مکاتب حقوقی اسلامی در دوره وسطی است ظاهراً اساس این مکتب را شافعی تهیه نموده است. این مکتب بعد از مکتب کلامی صورت بخود گرفته و موجب زوال آن شده است ولی هنوز هم تحت

۱ - نگارنده در کتاب اصول خود کلیه مباحث کلامی را از علم اصول جدا نمودم برای اطلاع بیشتر بآن کتاب مراجعه شود.

تأثیر مکتب کلامی قرار گرفته است و افکار مکتب کلامی در آن فراوان دیده میشود .
علم اصول که محصول این مکتب است و در حقیقت مدخل علم حقوق است بوسیله
این مکتب بصورت علمی مستقل و نمربخش در آمده است . ازسران مهم این مکتب
در گذشته شافعی ، امام غزالی ، رئیس طائفة امامیه شیخ طوسی و میرزا حسین
نائینی است .

بعلمت سد باب اجتهاد در اهل سنت رشد علم اصول در هفت قرن اخیر مدیون
همت فقهاء شیعه و بالخاص حقوقدانان ایرانی مانند میرزای قمی و شیخ انصاری و
نائینی بوده است .

۵۰ - د - مکتب اخباری - این مکتب مسلاماً پس از مکتب اصولی و تقریباً در
قرن ششم هجری بوجود آمده است و چون تنها منبع حقوقی را اخبار و احادیث می
دانند باین نام نامیده شده اند ، فکر حقوقی در این مکتب بسیار ضعیف است ولی
خصوصتاًش با مکتب اصولی قوی است ! ازسران این مکتب محدث استرآبادی (صاحب
کتاب فوائد المدنیه) و صاحب حدائق است و مهمترین اثر حقوقی پیروان این مکتب
کتاب معروف حدائق است که در پنج جلد بزرگ تألیف شده است و از مفاخر حقوقی
مردم ما است .

قسمت دوم

قوة مجریه

الف - رئیس قوة اجرائیه

ب - وزراء

ج - اصل تعاون

رئیس قوه اجرائیه

۵۱ - رئیس حکومت ایندوره رئیس قوه اجرائیه است این قدرت در زمان حیات نبی اکرم در دست او است و پس از او خلفا و جانشینان قانونی وی ریاست فائقه قوه اجرائیه را دارا می باشند عزل و نصب کلیه اعمال دولتی (مستخدمین) در صلاحیت او است و برای اجراء قوانین موضوعه میتواند هر گونه که صلاح است ترتیباتی مقرر دارد (۱) اختیارات رئیس قوه اجرائی در اجراء قوانین موضوعه فوق تصور است چه در قسمت تشکیلات و سازمانها در قوانین ایندوره کمتر نصی وجود دارد و فقط صلاحیت اداری رئیس قوه اجرائی است که کمبود نص را جبران می کند ، دستوراتی که بموجب صلاحیت اداری خود بمنظور اجراء قانون می دهد نظیر آئین نامه های اجرائی است و کلیه این دستورات پس از فوت وی قابل تغییر است و خود او هم می تواند دلی الاقتضاً آنها را تغییر دهد .

وزراء

۵۲ - در ابتداء عصر «دوره وسطی» از تاریخ حقوق ایران در حکومت مرکزی

وزراء متعدد وجود نداشت بلکه يك وزير وجود داشت که غالباً مشاور رئیس حکومت

(۱) اختیارات رئیس حکومت عبارتست از :

الف - اجراء قوانین موضوعه

ب - دادرسی در امور مدنی و کیفری

ج - ولایت در امور حسبه

د - برقرار نمودن سازمانهای اداری لازم و عزل و نصب قضات و کارمندان

(اصل پنجم از قانون اساسی از کتاب مستنبط)

منسوب می شد و ممکن بود احیاناً نماینده مخصوص وی بوده باشد (۱)
۵۳ - ماهیت وزارت درابتداء ایندوره از تاریخ حقوق ایران از حدود ماهیت

«معاونت» خارج نمی شود (۲)

۵۴ - وزیر عضو مسئول نبود یعنی مسئولیت خاصی نداشت. باین معنی علی (ع)
در عصر خلیفه اول و دوم سمت وزارت داشت و در هنگام انتخاب وی بخلافت ابتداء
استنکاف نموده و می گفت: وزیر شما باشم بهتر است تا اینکه امیر شما باشم (و انالکم
وزیراً خیر لکم منی امیراً)

۵۵ - عنوان وزیر در ایندوره انحصار به تشکیلات حکومت مرکزی ندارد
بلکه در حوزه هر یک از تقسیمات کشوری هم ممکن بود وزیر وجود داشته باشد چنانکه
در منشور حکومت مالک اشتر بر مصر دستور داده شده است که وزیر بد سابقه را در دستگاه
اداری خود راه ندهد (۳)

۵۶ - دخالت وزیر در امور جاری کشور در ابتداء این دوره از تاریخ حقوق ما
محدود بود ولی وضع باین منوال نگذشت و بعد ها دربار خلافت عباسی و دیگران
وزراء متعدد را در کارها دخالت دادند و دست آنان در کارها هر چه بازتر گردید
که برامکه نمونه بارز این امر محسوب می شوند. الماوردی مؤلف کتاب «الاحکام
السلطانیة» از دو نوع وزرات اسم می برد:

(۱) موسی (ع) از خداوند می خواهد که برادرش را وزیر قرار دهد چنانکه در قرآن
آمده: واجعل لی وزیراً من اهلی هرون اخی

(۲) موازرت در لغت بمعنی معاونت استعمال شده است، مقصود ما استدلال لفظی نیست
بلکه مطالعه اسناد حقوقی صدر اسلام نشان میدهد که ماهیت وزارت مصداقی از مصداق
ماهیت «معاونت» بوده است. (رجوع شود بمطلب شماره ۵۵)

(۳) شروزرائک من کان للاشرار قبلک وزیراً... فلا یکونن لک بطانة و انت واجد
منهم خیر الخلف... ممن لم یعاون ظالماً علی ظلمه... اولئک اخف علیک مؤنة واحسن لک
معونة... فاتخذ اولئک خاصة لخلواتک و حفلاتک

(نهج البلاغه)

الف - وزارت تنفیذ - که بموجب آن شخص وزیر احکام و فرامین خلیفه را به رعایا و والیان ابلاغ می کند و در حقیقت واسطه ای بیش نیست و لازم نیست که این وزیر دارای درجه اجتهاد بوده و شرائط اسلام و حریت را دارا باشد (بعکس وزیر تفویض که باید واجد هر سه شرط باشد) .

ب - وزارت تفویض که بموجب آن شخص وزیر میتواند متصدی همه عملیاتی که خلیفه صلاحیت آنها را دارد بشود جز سه کار:

یک - تعیین ولیعهد

دو - طلب استعفاء از مقام خود از ملت

سه - عزل مستخدمینی را که خلیفه استخدام کرده است .

اصل تعاون

۵۷ - این اصل که بتازگی در بعضی از قوانین ملل منعکس شده است از مفاخر حقوقی اسلام (۱) و ایران (در دوره وسطی) است. قانون نه تنها رئیس حکومت را مکلف با اجراء قوانین موضوعه نموده است بلکه برای اجراء قوانین مزبور:

اولا - مردم را مکلف بهمکاری با وی نموده است .

ثانیاً - مردم را مکلف ساخته که بر کارهای مجزیان قانون و عمال و مامورین وی نظارت کنند .

این اصل که در اسلام مانند سایر قوانین، معمول به بود بزودی بر اثر فقدان رشد اجتماعی مردم متروک ماند و احیاناً وسیله سوء استناد حادّه جویان قرار گرفت و اثری از آن در دوره سوم تاریخ حقوق ایران هم وجود ندارد .

قسمت سوم

قوة قضائيه

الف - رئيس قوة قضائيه

ب - نوع محاکم

ج - اصل علنی بودن محاکم

رئيس قوة قضائيه

۵۸ - رئيس حکومت رئيس قوة قضائيه نیز هست (۱) حکام از طرف او برای منصب قضاة معين می شوند قوة قضائيه و قوة مجريه بهیچوجه از یکدیگر جدا نیستند .

نوع محاکم

۵۹ - محاکم درابتداء دوره دوم ازتاریخ حقوق ما سه قسم است :

الف - داوری (حکمیت) که باید باذن رئيس حکومت تشکیل شود .

ب - محاکمی که قضاة آن مسلمان هستند .

ج - محاکمی که قضاة آن ذمی هستند و بدعاوی اهل ذمه رسیدگی میکنند

(مطلب شماره ۳۱۹)

ولی تدریجاً محاکم عرفی به محاکم مزبور (که بعد ها محاکم شرعی نامیده شد) افزوده شد . وجود محاکم عرفی در عصر مغول و تیموریان و صفویه (که جزو دوره دوم تاریخ حقوق ما است) محرز و مسلم است . بنابراین مفاد اصول ۷۱ - ۷۲ - ۷۳ متمم قانون اساسی نسبت بدوره دوم تاریخ حقوق ایران چندان تازگی ندارد .

(۱) اتقوا الحکومة انما هی للامام العالم بالقضاء الی ما دل بین المسلمین کتبی او وصی

(حدیث) فلا وربک لا یؤمنون حتی یحکموک فیما شجر بینهم... (قرآن مجید)

در این دوره از تاریخ حقوق ما دادسرا و دادگاه بعنوان دوسازمان قضائی وجود نداشته است و هر حاکم محکمه در عین حال تمام وظائف دادستان را انجام می داده است. احياناً پاره‌ای از امور حسبی را محتسب و یا مأموران دیگر تصدی می کردند.

اصل علنی بودن محاکم

۶۰ - از این اصل که بر اساس حفظ حقوق مردم و احترام بآنان بوجود آمده است اثری در دوره دوم تاریخ حقوق ما دیده نشده است. تنها چیزی که وجود دارد این است که اخلاقاً بقاضی توصیه شده است که عده‌ای از مطلعین بقوانین را بجلسه محاکمه دعوت کند تا بمنظور اجراء محاکمه درست از نظر آنان استمداد شود.

فصل سوم

- حقوق رئیس حکومت - حقوق مسلمانان - حقوق بیگانگان
- قسمت اول - حقوق رئیس حکومت
- قسمت دوم - حقوق مسلمانان
- قسمت سوم - حقوق بیگانگان

قسمت اول

حقوق رئیس حکومت

- الف - ریاست قوای سه گانه
- ب - اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت
- ج - استخدام مأمورین دولت
- د - اداره اموال عمومی و اراضی خراج
- ه - تحصیل مالیاتها و مصرف آنها
- و - اعلان جنگ و صلح

- ز- فرماندهی کل قشون
ح - عقد معاهدات
ط - مخارج دستگاه رئیس حکومت

ریاست قوای سه‌گانه

۶۱ - هرچند که وضع قانون در حقوق ایندوره با خداوند است ولی بحسب ظاهر امر عهده‌دار قانون، پیغمبر (ص) است و پس از او جانشین او است. توجه بوضع فوق و نیز توجه به «جواز استنباط کلی» (۱) کیفیت مخصوصی را در نظر مجسم می‌سازد که باید تصور مخصوص بخود داشته باشد. رئیس حکومت رئیس قوه مجریه (۲) و رئیس قوه قضائیه است.

اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت

۶۲ - در قسمت امور اداری و سازمانی نص قانون تقریباً وجود ندارد و چون رئیس حکومت مکلف با اجرای قانون است (۳) ناچار صلاحیت دارد که در کلیه امور اداری و سازمانی مقرراتی را معین نموده و طبق آن مقررات، قوانین موضوعه را به معرض اجراء بگذارد؛ باین ترتیب وی می‌تواند هرگونه مقررات برای استخدام مأموران حکومت تهیه کند، و هر قسم سازمان قضائی و مالی و نظامی و کشوری و بلدی برقرار سازد. اختیارات وی در این مورد بی اندازه وسیع و قابل ملاحظه است و شامل تمام موارد سکوت نص قانون می‌شود. از این اختیارات وسیع وجود يك اصل حقوقی (در حقوق اداری ایندوره) احساس می‌شود که از آن به «اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت» تعبیر نمودیم (۴)

(۱) مطلب شماره ۳۴

(۲) رجوع شود به فقره الف از اصل پنجم قانون اساسی و شرح آن (از کتاب مستنبط)

(۳) والحافظون لحدود الله (قرآن مجید). مقصود از حفظ حدود خدا حفظ مقررات

قانونی است که در اجراء محقق میشود.

(۴) بشرح اصل پنجم قانون اساسی (از کتاب مستنبط) مراجعه شود.

نکته - تصور کامل مراتب فوق وجود سازمانهای اداری (بمعنی اعم کلمه) عصر عباسیان و اعصار دیگر را توجیه می کند زیرا اصل مزبور مجال پیدایش سازمانهای مذکور را می داد .

استخدام مأمورین دولت

۶۳ - همانطور که در مطلب شماره ۶۲ بیان شد اساساً استخدام ماموران حکومت و نیز تهیه مقررات استخدام جزو اختیارات رئیس حکومت است وی می توانست برای سراسر قلمرو کشور قضات معین کند ، و نیز می توانست بمنظور اجراء «قوانین جنک» نظامیان را استخدام نماید و سازمانهای نظامی بوجود آورد ، و همچنین برای اجراء «قوانین مالی» سازمانهای لازم تهیه نموده و مستخدمین کافی را بخدمت دعوت کند . و بالاخره چیزی که باید بطور کلی در مد نظر داشت اختیارات وسیع وی در امور استخدامی است .

اداره اموال عمومی و اراضی خراج

۶۴ - اموال عمومی از قبیل موقوفات عام و نیز نگهداری اراضی خراج و طرز بهره برداری از این اراضی و مصرف عوائد آنها در کارهای عام المنفعه در اختیار رئیس حکومت است . نگهداری اراضی خراج مستلزم تشکیلات وسیع ، و ابواب جمعی آن بی اندازه قابل ملاحظه بوده است .

تحصیل مالیاتها و مصرف آنها

۶۵ - خمس و زکوة طبق مقررات مخصوصی از مردم گرفته می شد و برای وصول این عوائد ماموران حکومت گماشته بودند . تصدی این کار اساساً باریس حکومت بوده است . هر چند که نص قانون مورد مصرف این عوائد را بیان کرده است ولی معذک تعیین جزئیات امر بنظر وی بستگی داشت ، مخصوصاً زکوة که یکی ارمصارف آن امور عام المنفعه است و تشخیص امور عام المنفعه و نیازمندیهای مردم بحسب

مقتضیات زمان و مکان و اوضاع و احوال بعهدۀ او بوده است .

۶۶ - نکته - غنائم جنگ جزو هیچیک از اموال مورد بحث در مطالب شماره

۶۴ - ۶۵ نیست ولی تقسیم آن از اختیارات رئیس حکومت یا قائم مقام قانونی (۱)

او بوده است . این غنائم اساساً متعلق بشرکت کنندگان در جنگ بوده جز مواردی که

قانون مستثنی می کرد (۲)

اعلان جنگ و صلح

۶۷ - اعلان جنگ و صلح در صلاحیت رئیس حکومت بوده است . این قسم

اعلان جنگ ، مختص جنگهای دفاعی و جنگ با شورشیان داخلی بود ولی در جنگهای

تهاجمی بموجب نص قانون (۳) بین دولت اسلامی و سایر دول حالت جنگ وجود

داشت مگر اینکه دولت اسلامی بایک یا چند دولت ، عقد صلح منعقد کرده باشد .

فرماندهی کل قشون

۶۸ - در جنگهای تهاجمی فرماندهی کل قشون با پیغمبر و امام (ع) بود ولی

در جنگهای دفاعی و جنگ با شورشیان داخلی در هر عصری رئیس حکومت فرماندهی

کل قشون را به عهده داشت . داشتن این سمت از نتایج داشتن سمت ریاست قوه

مجریه است .

۱۰

عقد معاهدات

۶۹ - عقد معاهدات در اختیار رئیس حکومت است این معاهدات عبارت

است از:

۷۰ - اول - عقد ذمه - و آن عقدی است که بین رئیس حکومت یا نماینده

قانونی او با اجانب متدین بادیان یهود ، مسیحیت ، زرتشت منعقد می شد و حقوق

(۱) ماده ۵۳ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۱۰ قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده اول قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

و تکالیفی برای آنان ایجاد می کرد (۱): «تذ ذبه يك بيمان صلح دائمی است .

۷۱ - دوم - مهاده (یا قرارداد صلح موقت) و آن قرارداد موقت صلح است که رئیس حکومت (یا نماینده قانونی او) با اجانبی (اعم از اهل کتاب و غیر اهل کتاب) که بین آنان و دولت اسلام حالت جنگ حکم فرما بوده بسته می شد ، تعیین مدت در این عقد ضروری بوده است . (۲)

۷۲ - سوم - عقد صلح بدآوری - در جنگهای بین حکومت و اجانب هر گاه طرف متخاصم آمادگی خود را مبنی بر بستن عقد صلح از طریق حکمیت به دولت اسلامی (یا فرمانده لشکر مسلمین که از طرف رئیس حکومت سمت فرماندهی یافته) اطلاع می داد با وجود اقتضای مصلحت از راه داوری ، عقد صلح منعقد می شد (۳)

۷۳ - چهارم - عقود مزبور عقودی است که قانون از آنها بنحوی اسم برده است ولی رئیس حکومت از آنجا که ریاست قوه مجریه را در دست داشت در صورت اقتضاء مصلحت می توانست معاهدات دیگر (مانند معاهدات تجاری) برقرار کند و عموماً این معاهدات را برقرار می نمود .

مخارج دستگاه رئیس حکومت

۷۴ - ریاست حکومت بالطبع مستلزم هزینه‌هایی است که آن هزینه‌ها برای کسی که شاغل آن مقام نیست پیش نمی آید (مقامات مشابه این مقام هم همین خاصیت را دارد) بهمین جهت نص قانون املاک و عوایدی را بمقام مزبور اختصاص داده است . املاک و اموال و عواید مزبور دو قسم است :

اول - انفال (بفتح اول)

دوم - خمس

(۱) ماده ۲۸ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) « ۳۲ « « «

(۳) ماده ۳۴ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

انفال

۷۵ - انفال عبارت است از اموالی که بموجب قانون متعلق بشخص امام (یا پیغمبر)

است (۱) اموال ذیل ، انفال محسوب است (۲):

الف - اراضی انفال (مطلب شماره ۷۶)

ب - جنگل‌های طبیعی و نیز اراضی نظائر آنها

ج - اموال شخصی که وارث قانونی ندارد

د - اموال شخصی رؤساء ممالک خارجی مغلوب در جنگ با حکومت اسلامی

ه - اشیاء مطلوب و بندگان خوب و زیبا که از غنیمت جنگ قبل از تقسیم آن جدامی

کند و آنها را «صفایا» نامیده‌اند

و - غنیمت جنگی در جنگی که بدون دستور امام (ع) صورت گرفته باشد

ز - دریاها و اقیانوسها و رودهای طبیعی که ملک اشخاص شناخته نشده است

ح - آنچه که از دریاها و رودها صید می‌شود مانند مروارید و ماهی و غیره .

۷۶ - اراضی انفال عبارت است از:

الف - زمین موات .

ب - اراضی غیر موات اجانب در صورتی که بدون اعمال قدرت (بوسیله نیرو -

های مسلح مسلمین) بحکومت واگذار شده باشد .

ج - اراضی غیر موات اجانب در صورتیکه با اعمال قدرت نیرو های مسلح

در جنگی که بدون اذن امام (ع) صورت گرفته بیچنگ آمده باشد .

د - اراضی بدون مالک

ه - زمینهایی که صاحبین آنها بعلل سماوی یا ارضی بکلی نابود و یا از آنها

(۱) ماده يك قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) « دوم < < < < »

دست کشیده باشند .

و- اراضی خالصه رؤساء ممالك خارجی مغلوب در جنگ با حکومت

ز- اراضی متوفی که وارث قانونی ندارد .

ح - سواحل دریاها و رودخانه ها که از آب خارج می شوند (۱)

۷۷ - نکته - احیا کنندگان اراضی موات اجرت المثل زمین مورد احیاء را

بصاحب آن خواهند داد (۲) .

خمس

۷۸ - نصف خمس یعنی يك دهم اموال و عوائد ذیل مختص مقام ریاست

مسلمین (پیغمبر و امام) است :

الف - غنیمت جنگ (۳)

ب - مواد استخراج شده از معدن (۴)

ج - گنج (۵)

د - آنچه که از راه غواصی بدست آید (۶)

ه - مالی که یکی از وجوه ناقله منتقل شود و مخلوط با مالی باشد که تصرف

منتقل الیه در آن قانوناً ممنوع است (۷)

و - زمینی که شخص ذمی از مسلمان بخرد (۸)

(۱) ماده سوم قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۴ - ۸ « « « «

(۳) ماده ۱۸ قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)

(۴) « ۱۹ « « « «

(۵) « ۲۳ « « « «

(۶) کتاب عروة الوثقی - صفحه ۳۷۸

(۷) ماده ۲۶ قوانین مالی اسلام (از کتاب مستنبط)

(۸) عروة الوثقی - صفحه ۳۸۰

ز - کلیه منافع که شخص در کسب (هر نوع کسب) بدست آورد پس از جدا کردن خرج یکساله خود و خرج کسانی که قانوناً مکلف به دادن نفقه آنان می باشد (۱)

قسمت دوم

حقوق مسلمانان

الف - ملت و طبقات

ب - اصل حکومت قانون

ج - تساوی در مقابل قانون

د - تساوی در مقابل دادگاهها

ه - تساوی در پرداخت مالیات

و - تساوی در تصدی مشاغل رسمی

ز - تساوی از لحاظ خدمات نظامی

ح - آزادی شخصی

ط - مصونیت منزل

ی - اختیار مال

ک - آزادی شغل و کار

ل - آزادی عقاید مذهبی

م - آزادی عقاید سیاسی

ن - آزادی تعلیم و تربیت

(۱) عروة الوثقی - صفحه ۳۸۱

ملت و طبقات

۷۹- در حقوق اساسی از حقوق عمومی (۱) بحث می شود تحت این عنوان از آزادی و مساوات و اقسام هر يك از آنها صحبت می کنند ، مناسب است که بجای عنوان مزبور در این کتاب (که از تاریخ حقوق ملت ایران بحث می کند) در دو قسمت صحبت شود :

الف - حقوق مسلمانان (پس از يك تحول حقوقی در دوره سوم بجای این اصطلاح عنوان «تبعه» بکاررفته است) .

ب - حقوق بیگانگان .

نکته قابل ذکر اینکه ملت (۲) بمعنی امروزی کلمه در دوره دوم از تاریخ حقوق مادیده نشده ولی بجای آن اصطلاح «امت» بکاررفته است ، امت يك اصطلاح حقوق اساسی در دوره دوم از تاریخ حقوق ما است که در تألیفات مهم حقوقدانان (مانند کتاب الاحکام السلطانیة تألیف قاضی ابی یعلی) بکاررفته است .

۸۰ - در قلمرو اسلام (۳) سه طبقه بارز دیده شده است که از نظر حقوق در سه مرحله متفاوت قرار گرفته اند :

اول - احرار مسلمان که از همه مزایای حقوق ایندوره بهره مند بوده و اکثریت سکنه قلمرو اسلامی را تشکیل می دادند .

دوم - بردگان مسلمان که از بسیاری از حقوق محروم بوده اند ؛ هر چند که در حمایت قانون نسبت بازمینه قبل در وضع بسیار متری قرار گرفته بودند و مزایای قابل ملاحظه ای داشتند و همین قانون زمینه آزادی غلامان را فراهم ساخت (۴)

Les droits publics (۱)

Nation (۲)

(۳) در اصطلاحات حقوق اسلام قلمرو اسلام را «دارالهیجرة» و «دارالاسلام» نامیده اند و خارج قلمرو مزبور را «دارالحرب» و «دارالشرك» می نامیدند .

(۴) رجوع شود بمطلب شماره ۱۲۴

«امت» از مجموع این دو طبقه فراهم می‌شد و باقی سکنه قلمرو اسلامی جزو امت نبودند.

۸۱ - سوم - اهل ذمه که وضع خاصی داشتند: از نظر سیاسی تابع حکومت اسلامی بودند و استقلال سیاسی نداشتند (۱) ولی طبق قوانین موضوعه خود تاجائی که با قوانین اسلامی همبایت نداشت عمل می‌کردند، از نظر سیاست عمومی مملکت تابع حکومت اسلامی بودند و فقط حق داشتند محاکمی برای خود داشته باشند.

۸۲ - چون تابعیت (۲) در حقوقهای مذهبی (و بالنتیجه در دوره دوم از تاریخ حقوق ما) از روی مذهب اشخاص حساب می‌شود اهل ذمه را نمی‌توان تبعه حکومت وقت محسوب داشت ولی نظر بوضع فوق نمی‌توان آنرا اجنبی (۳) بمعنی امروزی کلمه دانست زیرا آنها بموجب «عقد ذمه» بکلی استقلال سیاسی را از دست می‌دادند و تحت حمایت دولت اسلامی وقت قرار می‌گرفتند؛ بهر حال میتوان آنها را اجنبی در مقابل تبعه بمعنی (تابعیت از مذهب معین) محسوب داشت مزایا و حقوق این دسته از اجانب بیشتر از سایر بیگانگان بوده است (رجوع شود به قسمت سوم همین فصل مطالب شماره ۱۰۲ بعد)

۸۳ - اجانب دیگر (مانند مستأمن و معاهد) که ذمی هم نبودند و ممکن بود بموجب پاره‌ای معاهدات در قلمرو کشور سکونت اختیار کنند، این افراد هم جزو سکنه قلمرو اسلام بودند و دارای حقوق و تکالیفی می‌شدند که کلیات آنها را بعداً ملاحظه خواهید نمود (مطالب ۱۰۵ - ۱۰۶)

۸۴ - نتیجه - طبقات امت (و عبارات دیگر طبقات مسلمین) دو دسته بودند: یکی احرار و دیگری بردگان. بدیهی است در حقوق این دوره اصل تساوی حقوق و تکالیف بین همه افراد مسلمین برقرار بوده است جز آنچه را که نص قانون مستثنی تلقی می‌کرد، ولی

(۱) ماده ۲۸ قانون حرب اعلام (از کتاب مستنبط)

(۲) Nationalité

(۳) Etranger

ذرموزدغلامان این استثناء فوق العاده قابل ملاحظه بوده است بطوری که باید اصل مساوات واصل آزادی را در طبقه احرار بررسی نمود .

اصل حکومت قانون

۸۵ - اصل نهم متمم قانون اساسی می گوید : « افراد مردم از حیث جان و مال و مسکن و شرف محفوظ و مصون از هر نوع تعرض هستند و متعرض احدی نمی توان شد مگر بحکم و ترتیبی که قوانین مملکت معین می نماید . » از مدلول این اصل تعبیر به « اصل حکومت قانون » می شود ، این اصل خود مختاری متصدیان اه و عمومی را نفی می کند و نیز « اصل حریت اراده افراد » را تضمین می نماید ، زیرا تصدیق هر يك از دو اصل نامبرده فوق ؛ مستلزم تصدیق اصل دیگر است . بهمین دلیل چون « اصل حریت اراده » در این دوره از تاریخ حقوق مادر طی « اصالة الاباحة - اصالة البرائة » تأیید شده است می توان گفت که بالنتیجه « اصل حکومت قانون » هم مورد تأیید قانونگذار دوره دوم است .

۸۶ - نتیجه وجود اصل نهم متمم قانون اساسی در دوره حقوق جدید ایران نسبت بدوره دوم از تاریخ حقوق این کشور مطلب تازه ای محسوب نمی شود در حقیقت اصل مزبور مطلب موجودی را تسجیل نموده است . « اصل حکومت قانون » دول را موظف می کند که اقتدارات خود را نسبت بحقوق افراد محدود بدانند و رعایت حقوق افراد را بنمایند و هر بخش بودن این اصل به مقدار رشد اجتماعی افراد بستگی دارد .

مساوات

تساوی در مقابل قانون

۸۷ - در قوانین این دوره ملت در مقابل قانون متساوی الحقوق بودند (۱) قوانین مدنی و جزائی درباره همه یکسان عمل می شد . طبقات اشراف ، روحانیون ، طبقه

(۱) مقایسه شود با اصل هشتم متمم قانون اساسی

سوم که در بعضی کشورهای غیر اسلامی آن روز هر يك مشمول قوانین مخصوص بخود بودند در کشورهای اسلامی در مقابل قانون متساوی الحقوق بوده اند.

تساوی در مقابل دادگاهها

۸۸ - در قوانین این دوره دادگاههای اسلامی صلاحیت رسیدگی کلیه دعاوی بین سکنه قلمرو اسلامی و کلیه جرائم واقع در قلمرو مزبور را دارا بودند و برای طبقات ممتاز (اشراف، روحانیان) محاکم مخصوصی تشکیل نمی شد، حضور علی (ع) در حکمه شریح قاضی معروف است. ولی بعداً در عصر عباسیان (مطلب شماره ۱۸۵) و عصر مغولان (مطلب شماره ۲۱۰) محاکم اختصاصی بوجود آمد.

تساوی در پرداخت مالیات

۸۹ - در قوانین این دوره از تاریخ حقوق ما پرداخت حقوق مالی، بطور تساوی بر عهده مؤدیان بود باین معنی که پاره ای از طبقات (مانند اشراف، روحانیان) معاف از اداء حقوق مالی نبوده اند (۱)

تساوی از لحاظ اشتغال بمشاغل دولتی

۹۰ - در قوانین این دوره از تاریخ حقوق ما تصدی مشاغل رسمی قانوناً مختص بصنف خاصی نبوده است، هر کس که واجد شرائط قانونی بوده می توانست حتی مناصب عالی را هم تصدی نماید، اگر مستثنیاتی بنظر می رسد، اختصاص باین دوره و حقوق ملت مانند اردر هر دوره و در حقوق هر ملت بحسب پاره ای مقتضیات، مستثنیاتی بوجود می آید ولی اصل تساوی مزبور بحال خود محفوظ است.

۹۱ - نکته - مطالعه مبحث دوم از کتاب اول (مطلب شماره ۱۳۳) ببعده نشان می دهد که عملاً در طی دوره دوم از تاریخ حقوق ما همیشه این اصل رعایت نمی شده بلکه بعضی اوقات امتیازاتی بنفع بعضی از طبقات مقرر می شد؛ در عصر صفویه مناصب عالی قضائی به اشخاصی داده می شد که با خانواده سلاطین صفویه وصلت کرده بودند (مطلب شماره ۲۵۳)

(۱) مقایسه شود با اصل ۹۷ متمم قانون اساسی.

تساوی از لحاظ خدمات نظامی و جنگی

۹۲ - درموقع اعلان جنگ تمام افراد ملت بدون در نظر گرفتن امتیازات طبقات باید بجزنگ بروند جزبندگان و اطفال و پیران و مریضان و دیوانگان و زنان . زنان م،نوع از شرکت در جنگ نیستند نهایت اینکه در عملیات جنگی شرکت نخواهند نمود

۹۳ - ترتیب نگهداری نظامیان و امور مربوط بجزنگ بنظر رئیس حکومت بسته است ولی در هر حال اصول قوانین اسلام و عملکرد مانع از این بوده است که مناصب عالی نظامی باشراف و اعیان اختصاص داده شود (۱)

آزادی

آزادی شخصی

۹۴ - آزادی شخصی ناظر بچند موضوع ذیل است :

الف - تملك آدمی ممنوع است . بدیهی است این قسم آزادی در دوره دوم تاریخ حقوق ما دیده نشده است . ماده واحده قانون منع خرید و فروش برده در خاک ایران مصوب بهمن ۱۳۰۷ يك تحول حقوقی بارزی است که اختصاص بدوره سوم از تاریخ حقوق ایران دارد .

ب - نمیتوان اشخاص را مجبور نمود که در محل معینی اقامت کنند یا از محل معینی خارج شوند (۲) این قسم آزادی شخصی را اصول حقوق دوره دوم (که در مطلب شماره ۸۵ ذکر شده است) از تاریخ حقوق منضمین می کند .

ج - جز در مورد جرم مشهود کسی را نمیتوان دستگیر نمود مگر بحکم کتبی مقام صالح قضائی . . . (۳) اصول حقوق دوره دوم (مطلب شماره ۸۵) تاریخ حقوق ما این قسم آزادی شخصی را تضمین نموده است .

(۱) مقایسه شود با اصل ۱۰۴ متمم قانون اساسی

(۲) اصل ۱۴ متمم قانون اساسی

(۳) اصل ۱۰ متمم قانون اساسی

ذ - هیچ عملی را نمیتوان جرم دانست مگر اینکه قانون آنرا جرم تشخیص داده باشد (۱) حقوق جزای دوره دوم از تاریخ حقوق ما این اصل را قبول نموده است (مطلب شماره ۲۲۶)

مصونیت منزل

۹۵ - ورود در منازل بدون اذن صاحبان آنها ممنوع است (۲) مگر در موارد استثنائی که قانون اجازه می دهد (۳) حقوق دوره دوم از تاریخ حقوق ما این معنی را پذیرفته زیرا از لوازم «اصل تسلیط» ممنوعیت دیگران از ورود بدون اذن در منازل اشخاص است. ورود بدون اذن در ملک غیر بکنوع «تصرف غیر قانونی» در مال غیر است (۴) که اگر با عناصر عمومی جرم ضمیمه شود بصورت غصب درمی آید و غصب در حقوق جزای این دوره جرم مستقلی محسوب است (۵)

اختیار مال

۹۶ - اشخاص حق تملك اموال منقول و غیر منقول را دارند و حق هر نوع تصرفاتی را دارا هستند جز آنچه که قانون منع نموده است و سلب مالکیت مالک باید بامجاز قانونی باشد.

حقوق در دوره دوم از تاریخ حقوق ما طی اصل تسلیط، مراتب فوق را تأیید نموده است و مواردی که بحکم قانون این دوره تسلط مالکانه محدود می شود کمتر از موارد مشابه آن در دوره سوم از تاریخ حقوق ما است، توضیح اینکه در دوره سوم از تاریخ حقوق ما بر اثر تغییر کلی وسائل تولید و اقتصاد، دخالت دولت ها عموماً در مسائل مالی رو بتوسعه گذاشت بهمین جهت این دخالت منجر بتجدید های بیشتری

-
- (۱) ماده دوم قانون مجازات عمومی
 - (۲) اصول ۹-۱۳ متمم قانون اساسی
 - (۳) مواد ۹۱ - ۹۲ - ۹۳ - ۹۴ - ۹۶ قانون اصول مجازات جزائی
 - (۴) رجوع شود بشرح ماده يك «قوانین مسئولیت مالی» (از کتاب مستنبط)
 - (۵) ماده ۲۵۴ قانون مجازات اسلام (از کتاب مستنبط)

نسبت بتسلط مالکانه افراد گردید که بهیچوجه با دوره دوم از تاریخ حقوق ما قابل قیاس نیست. بطورمثال میتوان قانون توسعه معابر را نام برد.

۹۷ - نکته - در دوره دوم از تاریخ حقوق ما يك اصل مترقی بعنوان «لاضرر» دیده میشود که قابلیت انعطاف فراوانی دارد و میتواند بمقدار زائد الوصفی محدود کننده اصل تسلیط باشد ولی يك اقلیت از حقوقدانان این دوره متوجه اهمیت مطلب شده معتقد شدند که استنباط جدید از «لاضرر» نباید نمود (۱)

آزادی شغل و کار

۹۸ - آزادی شغل و کار در این دوره از تاریخ حقوق ما بیشتر از دوره سوم است اساساً تشکل و تبلور جوامع مدرن، مستلزم محدود نمودن آزادیها بمقدار فراوانی است که یکی از آنها آزادی شغل و کار است.

آزادی عقائد مذهبی

۹۹ - در این دوره از تاریخ حقوق ما جز مذهب اسلام که مذهب رسمی است فقط سه مذهب دیگر (مذهب یهود، مذهب مسیح، مذهب زرتشت) پس از انعقاد عقد ذمه با حکومت وقت و دادن «جزیه» در حدود مندرجات و شرائط عقد مزبور آزادی عقیده داشتند.

آزادی عقائد سیاسی

۱۰۰ - در این دوره آزادی عقاید سیاسی در حدود عدم مخالفت با رژیم و عدم ایراد بقوانین موضوعه برقرار بود: افرادی توانستند در کارهای متصدیان امور نظارت کرده و ایراد کنند بخصوص در صدر اسلام که هنوز نهال تربیت اجتماعی جوان بود مردم عادی بنظارت مزبور راغب و از گزند محفوظ بودند نهضت عمومی علیه حکومت

(۱) این منع را بشکل علمی اینطور بیان کرده اند: عمل اصحاب در استناد به لاضرر لازم است، چه اگر بعمل اصحاب توجه نشود و استنباط جدید از «لاضرر» روا باشد «فقه جدیدی» پیدا می شود!

خلیفه سوم هرگاه از جنبه پلتيك تجزيه و تحليل شود مطلب فوق را تأييد خواهد نمود، ولي كم كم قدرت، رنگ خشونت گرفت و وضع دگرگون شد.
 ۱۰۱ - تکميل - اجتماعات و انجمن ها تا وقتي که مخالف مقررات نبوده جاز بود تعليم و تربيت در رشته از علوم که صريحاً با مقررات مخالفت نداشت بلا مانع محسوب مي شد .

قسمت سوم

حقوق بيگانگان

الف - بيگانگان

ب - منابع حقوق بيگانگان

ج - حقوق سياسي بيگانگان

د - حقوق عمومي بيگانگان

ه - حقوق خصوصي بيگانگان

الف - بيگانگان

بيمانه

۱۰۲ - در دوره دوم از تاريخ حقوق ما «بيگانه» بکسي گفته مي شد که مسلمان نبود خواه مذهب ديگري (مانند مذهب يهود وغيره) داشت يانه . اصطلاح حقوقی حقوق اين دوره بجای بيگانه «کافر» است ؛ اين لغت معانی فراواني دارد که يك معنی آن عیناً بجای اصطلاح بيگانه بکاررفته است .

طبقه بندي بيگانگان

۱۰۳ - بيگانه در اين دوره از تاريخ حقوق ما دو قسم است :

اول - کسی که وارد بمذهب اسلام نشده و بعبارت دیگر تابعیت اسلامی را نپذیرفته است .

دوم - کسی که تابعیت اسلامی را ترك نموده باشد که در اصطلاحات حقوقی قدیم بچنین کسی «مرتد» گفته می شود. در این بحث فقط از نوع اول گفته می شود و نوع دوم را در کتاب دوم (یعنی : تاریخ حقوق خصوصی) مورد بررسی قرار خواهیم داد:
۱۰۴ - بیگانه بمعنی اول دو قسم است :

قسم اول - ذمی (یا اهل ذمه) - که اصطلاحاً بدسته ای از یهودان و مسیحیان و زرتشتیان گفته می شد که با حکومت اسلامی «عقد ذمه» منعقد نموده بودند (رجوع شود بمطلب شماره ۱۱۲). این دسته از بیگانگان از نظر سیاسی فاقد استقلال بوده و خاک آنان از نظر سیاسی تابع حکومت اسلامی بوده است، بتعبیر دیگر اینان بیگانگانی بودند که بموجب قرارداد مزبور مقیم دائمی قلمرو اسلامی بوده اند .

۱۰۵ - قسم دوم - غیر ذمی که اصطلاحاً «حربی» و «کافر حربی» نامیده شده اند این دسته از اجانب ممکن بود پیرو یکی از ادیان موسی و عیسی و زرتشت باشند ولی عقد ذمه با حکومت اسلامی نداشته باشند و ممکن بود پیرو هیچیک از ادیان سه گانه نباشند .

۱۰۶ - این قسم بیگانگان (یعنی «حربی») از نظر حقوق این دوره دو گروه بودند: گروه اول - کسانی که بموجب معاهدات و قوانین داخلی (یعنی قوانین اسلامی) دارای حقوق و مزایایی بوده و احیاناً حق ورود و توقف در قلمرو اسلامی را دارا بوده اند این اشخاص نیز دوسته بودند :

الف - معاهد (مطلب شماره ۱۱۴)

ب - مستأمن (مطلب شماره ۱۱۱)

۱۰۷ - گروه دوم - کسانی که حکومت اسلامی هیچگونه حقوقی برای آنها

قائل نبود حتی از لحاظ جان و مال هم حقی برای آنها نمی شناخت .
نکته - در دوره سوم از تاریخ حقوق ما در این مورد بخصوص بمقتضای ضرورت وقت ، تحول حاصل شده زیرا اصول مسلم حقوق بین الملل عمومی مخصوصاً اصول ناشی از معاهدات و عرف بین المللی حداقل حقوقی را برای افراد انسانی صرفنظر از تابعیت و مذهب و نژاد و زبان و قومیت مجری میدارد . بلکه میتوان گفت که در نیمه دوم از دوره دوم (از تاریخ حقوق ما) هم اوضاع بین المللی تا اندازه ای بسال اجانب مساعد شده بود .

۱۰۸ - خلاصه - در حقوق دوره دوم از تاریخ حقوق ما فقط برای سه دسته از بیگانگان حقوق و مزایائی شناخته شده است که عبارتند از : ذمی (یا اهل ذمه) ، معاهد و مستأمن . بنابراین در این قسمت ، حقوق این سه دسته از بیگانگان مورد مطالعه است چه برای سایر بیگانگان هیچگونه حقوقی شناخته نشده است .

ب - منابع حقوق بیگانگان

۱۰۹ - در دوره سوم از تاریخ حقوق ما برای حقوق بیگانگان سه منبع وجود دارد :

الف - اصول حقوق بین الملل عمومی .

ب- قوانین داخلی

ج- معاهدات

برای رعایت نظم و حسن اسلوب متناسب است تحت سه عنوان فوق منابع حقوق بیگانگان در دوره دوم از تاریخ حقوق ما مورد مطالعه قرار گیرد :

اصول حقوق بین الملل عمومی

۱۱۰ - اصول حقوق بین الملل عمومی ناشی از یکی از آه ورذیل است :

اول- معاهدات بین المللی

دوم- عرف و عادت بین المللی

سوم- اصول حقوق فطری

محرز نشده است که باستناد چنین اصولی برای یگانان در حقوق اسلامی حقی شناخته شده باشد .

قوانین داخلی

۱۱۱- در دوره سوم از تاریخ حقوق ما قوانین داخلی حقوق برای «غیر تبعه» شناخته است (۱) قوانین داخلی دوره دوم تاریخ حقوق ما نیز چنین بوده است . آن قوانین عبارت است از :

يك - قانون تأمین (۲) که بموجب آن بهحربی نسبت بيك یا چند موضوع تأمین داده می شد ؛ هر فرد مسلمان عاقل بالغ رشید مختار می توانست (۳) چنین تأمینی بدهد و تأمین او قانوناً سایر مسلمین را مکلف می ساخت که رعایت تأمین مزبور را بنمایند و متعرض شخص تأمین یافته (که مستأمن نامیده می شود) نشوند . حق تأمین شامل همه چیز میشد (مانند تجارت در نقطه یا نقاط معین و یا توقف و اقامت و یا عبور و غیره) جز چیزی که بامصالح عمومی منافات داشت مثل تأمین دادن بجاسوس .

۱۱۲- دو - قانون پیمان صلح دائم (یا بقدمه) که بموجب آن صلح دائم بین ذمی و حکومت اسلامی برقرار می شد، و اهل ذمه تأمین مالی و جانی یافته و احدی حق تعرض بآنان و اموالشان را نداشت . ذمی در اینصورت ساکن قلمرو اسلامی بوده و حق مراجعه به محاکم اسلامی را داشت و در اجراء مراسم مذهبی و ایجاد روابط

(۱) رجوع شود بقوانین ذیل :

۱ - اصول ۶-۱۳ متمم قانون اساسی

۲ - مواد ۷۰-۹۶۱ قانون مدنی

۳ - مواد ۵۹-۵۹۱ قانون تجارت

(۲) رجوع شود بمواد ۲۲-۲۳-۲۴-۲۵ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

(۳) افراد مسلمان ، قبل از مغلوب شدن حربی بدست سپاهیان مسلمان ، حق دادن

تأمین را دارند نه پس از مغلوب شدن ولسی رئیس حکومت در هر حالت حق دادن تأمین دارد.

حقوقی طبق قوانین مذهبی خود در حدودی که مخالف شروط عقد ذمه دنیو آزاد بود (۱)

۱۱۳- سه- قانون پیمان صلح موقت (یا مهاده یا معاهده) که بموجب آن بین حکومت اسلامی و حکومت غیر اسلامی عقد صلح موقت بسته می شد. این پیمان گاهی بصورت پیمان عدم تجاوز و گاهی بصورت «پیمان متارکه موقت جنگ» بوده است.

۱۱۴- نکته- پس از تحقق این پیمان هر يك از افراد حربی تابع دولت طرف عقد مهاده را اصطلاحاً «معاهد» می گفتند، پیمان مزبور مزیت منفی داشت یعنی «عدم تجاوز» و یا «متارکه جنگ» تنها نتیجه آن بوده است.

معاهدات

۱۱۵- رئیس حکومت بموجب اصل صلاحیت اداری خود (رجوع شود بمطلب ۶۲) می توانست معاهدات دیگری (غیر از معاهدات نامبرده در نص قانون که در بالا بیان شد) با بیگانگان منعقد کند مثلاً با دولتی که «پیمان صلح موقت» داشت پیمان تجاری ببندد و در نتیجه برای افراد بیگانه حقوقی قائل شود.

ج- حقوق سیاسی بیگانگان

۱۱۶- بوسیله این قسم حقوق، شخص می تواند در اداره امور عمومی کشور شرکت کند مثلاً استانداری یا قاضی و غیره شود. بعلمت اهمیت این رشته حقوق در حقوق اسلامی (و حقوقهای مدرن) این قسم حقوق به بیگانگان داده نشده است.

د- حقوق عمومی بیگانگان

۱۱۷- جان و مال اتباع بیگانه (ذمی، مستأمن، معاهد) در حدود شرائط معاهدات محفوظ بوده است. جز ذمی که اساساً جز و سکنه دائمی قلمرو اسلامی بود

(۱) ماده ۲۶ بعد قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

مستأمن و معاهد در حدود معاهدات حق ورود بنحاک اسلام و توقف و اقامت و خروج از آن را دارا بودند .

بیگانگان مزبور اساساً حق آزادی مشاغل داشتند جز مشاغلی که بموجب قانون از آنها ممنوع بودند . بیگانگان مزبور اگر در قلمرو اسلامی مرتکب یکی از جرائم مذکور در قانون مجازات اسلامی می شدند در محاکم اسلامی مورد محاکمه و مجازات واقع می گردیدند .

ه - حقوق خصوصی بیگانگان

۱۱۸ - رجوع شود به « کتاب دوم » به بحث « حقوق خصوصی بیگانگان »

فصل چهارم

قوانین و مقررات مالی و نظامی

- قسمت اول - قوانین و مقررات مالی
- قسمت دوم - قوانین و مقررات نظامی

قسمت اول

قوانین و مقررات مالی

- الف - عوائد عمومی
- ب - زکوة
- ج - خمس
- د - عوائد زمین های خراجی

عوائد عمومی (۱)

۱۱۹- عوائد عمومی حکومت از سه محل بدست می آید: زکوة (یا صدقات) خمس، عوائد زمین های خراجی. چون مقام حکومت بستگی بعموم داشت می توان گفت آنچه از اموال و عوائد

(۱) مقایسه شود با اصل ۹۴ بیعد متعم قانون اساسی

که قانون بآن مقام اختصاص داده (مطلب شماره ۷۴) درحقیقت قسمت اعظم آن بطور غیر مستقیم صرف «صارف عمومی می‌شد و می‌توان آنها را بطور غیر مستقیم یکی از عوائد عمومی شمرد.

۱۲۰- نکته - غنیمت جنگی به‌بجوجه جزو عوائد عمومی نبوده است .

زکوة

۱۲۱- هر يك از افراد ملت که واجد شرایط قانونی بودند مکلف بودند که بترتیب مقرر در قوانین موضوعه از مال خود (۱) زکوة بدهند.

نکته - مطابق قانون مصرف این عایدی عبارت است از:

اول - تأمین معاش فقیر و مسکین یعنی کسی که از عهده تأمین هزینه یکسال خود بر نمی‌آید، داشتن خانه مسکونی و خادم و وسیله ایاب و ذهاب شخصی (که برای استفاده خود شخص بکار می‌رود) با عنوان «فقر» مانعة الجمع نیست!

۱۲۲- دوم - حقوق مأمورین وصول زکوة و مأمورین پرداخت آن (به فقراء و مساکین طبق شرایطی که قانون معین نموده است) را می‌توان از این محل داد. این مأمورین را «عاملین بر زکوة» و «عاملین صدقات» نامند.

در صورتی که مأموران مزبور شغل رسمی نداشته باشند قانوناً استحقاق اخذ اجرت عمل خود را از محل عایدی زکوة دارا می‌باشند مگر اینکه بمیل خود از گرفتن اجرت خودداری کنند.

۱۲۳- سوم - مؤلفه قلوب (دل بدست آمدگان یا سمپاتی) - برای پاره ای ملاحظات سیاسی یا نظامی از محل عایدی زکوة برای جلب تمایل بیگانگان (کفار)

(۱) این مال عبارت است از شتر، گاو، گوسفند، طلا و نقره، گندم، جو، خرما، کشمش بنظر جمعی از فقهاء تمام میوجاتی که قابل ذخیره و انبار کردن است (مانند گردو و فندق و غیره) جزو این اموال محسوب است.

وغيريگانگان بآنان می توان داد (۱)

۱۲۴- چهارم - برای آزاد کردن بندگان از محل مزبور می توان استفاده نمود.
پنجم - کسانی که از تأدیة دیون خود عاجز باشند از محل عایدی زکوة استفاده خواهند نمود.

۱۲۵- ششم - برای اعادۀ مسافرینی که بعلت حوادث غیر مترقبه تمکن ندارند که به محل خود مراجعه کنند از محل مزبور بآنان کمک می شود.
هفتم - در کلیۀ امور عام المنفعه صرف عایدی مزبور مجاز است.

خمس

۱۲۶- يك پنجم اموال و عوائد مذکور در مطلب شماره ۷۸ نصف می شود که يك دهم آن صرف ایتم و مساکین و مسافرین مذکور در مطلب شماره ۱۲۵ بشرط اینکه سید باشند می شود (۲)

عوائد زمینهای خراج

۱۲۷- اراضی آباد دشمن که از راه اعمال نیروهای مسلح مملکتی (بدستور رئیس حکومت) بچنگ آمده باشد پس از اخراج خمس متعلق بعموم ملت است بطوری که عین زمین غیر قابل انتقال است و بهره آن صرف نیازمندیهای عمومی ملت شود (۳)

قسمت دوم

قوانین و مقررات نظامی

الف - تأسیس ارتش

(۱) عروة الوثقی - صفحه ۳۵۴

(۲) < ۳۸۵

(۳) ماده ۱۴ بقانون مالی (از کتاب مستنبط)

ب - شرائط شرکت کنندگان در جنگ

ج - مقررات مختلف

تأسیس ارتش

۱۲۸- در قوانین موضوعه این دوره نص قطعی که اجازه تأسیس ارتش (یعنی سپاه ثابت از افرادی که شغلشان نظامی گری باشد) دیده نشده است ولی چون رئیس حکومت رئیس قوه مجریه است هر گاه بمنظور اجراء قوانین موضوعه تأسیس ارتش را مصلحت می دید می توانست (۱) سپاه ثابت بوجود آورد (مطلب شماره ۶۲).

در تألیفات فقهی از سپاه ثابت بنام مرصد (بضم میم و کسر صاد) و از سپاه موقتی (که از افراد تعلیم ندیده و غیر موظف که شغلشان نظامی گری نیست تشکیل می شود) بنام «مطوعه» اسم برده شده است (رجوع شود بتألیفات علامه حلی و کتاب الاحکام السلطانیة تألیف قاضی ابی یعلی).

۱۲۹- آنچه مسلم است این است که در اوائل دوره دوم از تاریخ حقوق ما حکومت، سپاه ثابت نداشته است و اولیاء امور بانفوذی که در قبائل داشتند افراد عادی را که ورزیده و اهل کارزار بودند بر ای حنک دعوت می کردند. هر چند که افراد واجد شرائط جنگ قانوناً مکلف بشرکت در جنگ بودند ولی برای اجرای این قانون در صورتی که تعداد متخلفین زیاد بودند فرس ماژراعمال نمی شد. عکس العمل تخلف این دسته از متخلفین بصورت نصیحت و اخلاق ظاهر می گردید (۲) و گاهی که امکانات اجازه می داد و متخلفین معدود بودند تعزیر می شدند (۳)

(۱) ماده ۲۳۲ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) یا ایها الذین آمنوا مالکم اذا قیل لکم انفر وافی سبیل الله. انانقلتم الی الارض ، ارضیتم بالحیة الدنیا من الاخرة فامتاع الحیة الدنیا فی الاخرة الاقلیل .

(آیه ۳۸ - سوره توبه)

(۳) لقد تاب الله . . علی الثلاثة الذین خلفوا حتی اذا ضاقت علیهم الارض بما رحبت

وضاقت علیهم انفسهم، وظنوا ان لاملجاً من الله الا الیه، ثم تاب علیهم ...

(آیات ۱۱۷ - ۱۱۸ سوره توبه)

۱۳۰ - تبصره - سپاهیان موقت دودسته بودند :

اول - سپاهیان غیر مزدور که از افراد مسلمان واجد شرایط جنگ تشکیل می شد و قانوناً مکلف بشرکت در جنگ بودند.

دوم - سپاهیان مزدور که خود دو صنف بودند :

الف - سپاهیان که بخرج سربازان (یعنی سپاهیان غیر مزدور) اجیر می شدند ، و نیز کسانی که نمی خواستند بجنگ بروند آنان را اجیر نموده و بجای خود بجنگ می فرستادند .

ب - دسته ای که حکومت وقت آنها را اجیر می نمود مانند « مؤلفه قلوب » که مسلمان نبودند (رجوع شود بمطابق شماره ۱۲۳) . رویهمرفته سپاهیان مزدور در درجه دوم اهمیت قرار داشتند.

شرایط شرکت کنندگان در جنگ

۱۳۱ - افرادی که در جنگ شرکت می کردند از میان واجدین شرایط ذیل (۱)

انتخاب می شدند:

الف - بالغ

ب - عاقل

ج - مرد

د - سلامت مزاج

ه - وجود وسائل حرکت بجهت جنگ و اسلحه جنگ (خواه بهزینه شخصی و خواه

بهزینه دولت)

و - حریت (غلامان معاف از جنگ بودند)

(۱) ماده ۳ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

مقررات مختلف

۱۳۲- الف - قبول مناصب نظامی در ارتش دول بیگانه و حکومتهای غیرقانونی

جرم بود (۱).

ب - تخلف از فرمان بسیج جنک جرم بوده و مجازات آن تعزیر بوده. است (۲).

ج - فرار از جنک جرم بوده و مجازات آن تعزیر بوده است (۳).

(۱) ماده ۶ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

» » » » ماده ۱۸

» » » » ماده ۱۷

مبحث دوم

حقوق اداری

مقدمه و طرح

فصل اول - حقوق اداری در ابتداء ظهور و استقرار اسلام

فصل دوم - حقوق اداری در عصر بنی عباس

فصل سوم - حقوق اداری در عصر مغول و تیموریان

فصل چهارم - حقوق اداری در عصر صفویه

حقوق اداری (۱)

مقدمه و طرح

۱۳۳ - برای بررسی این قسمت از تاریخ حقوق رعایت نکات ذیل لازم است:
الف- مقررات اداری و سازمانی که در حقیقت آلت اجراء سایر قوانین موضوعه است بالطبع باید خود را با زمان و مکان و اوضاع و احوال هر چه بیشتر وفق دهد بهمین جهت این قسمت از حقوق نسبت بتغییرات اوضاع و احوال، زیاد حساسیت نشان می دهد، و شاید بهمین نظر بوده که مقنن این دوره در حقوق اداری بذکر پاره ای از اصول بسیار کلی اکتفا کرده و برای رئیس حکومت اختیارات وسیعی مقرر داشته است تا هر طور که صلاح بداند سازمانهای اداری تشکیل بدهد و مقررات متناسب راتبیه کند.

۱۳۴ - ب- سکوت نص قانون در امور مربوط بحقوق اداری دوره دوم از تاریخ حقوق ما بسیار قابل ملاحظه است، وسعت میدان سکوت طبعاً پاره ای از زمامداران آن روزگار اجازه اظهار نظر بیشتری رامی داده است و لاقلاً مانع خود مختاری عده ای از آنان نبوده است بهمین جهت بنی عباس در برقرار کردن سازمانهای اداری و تهیه مقررات لازم بی دغدغه و تشویش گام برمی داشتند و حتی گاهی از اصول قوانین موضوعه هم تجاوز می کردند مثلاً شخص غیر مسلمان را بمقام وزارت می رساندند (۲) سلاطین مغول و تیموری و صفوی در مقررات اداری پابند اصول قوانین موضوعه نبوده و بدینخواه خود آن مقررات را وضع می کردند.

(۱) Droit administratif و آن بخشی است از حقوق عمومی داخلی که از تشکیلات و وظائف ادارات عمومی و روابط آنها با افراد از نظر مصالح عمومی بحث می کند.

(۲) مسلمان بودن وزیر در قانون اساسی شرط شده است (اصل ۵۸ متمم قانون اساسی) رجوع شود بمطلب شماره ۵۶

۱۳۵. ج - سکوت مزبور با توجه بجزریان فوق این نتیجه را بوجود آورد که :
در طی دوره دوم از تاریخ حقوق ما تنها رشته ای از رشته های حقوق که بیشتر از همه دچار تحولات شد رشته حقوق اداری بوده است، با توجه باین نکته باید معترف بود که :
اولاً - مطالعه تحولات حقوق اداری دوره دوم از تاریخ حقوق ما که تقریباً سیزده قرن طول کشیده مستلزم صرف وقت زیادتر و تألیفات جداگانه است و حق مطلب در این مختصر که از تاریخ همه رشته های حقوق بحث می کند ادا نخواهد شد.
ثانیاً - برای اطلاع دانشجویان این رشته از حقوق، مطالعه همه دقایق و نکات ضرورت ندارد چه کتاب درس مفتاح مطالعه است، بنا بر این در حدود ارائه طریق مطالعه، تذکر اصول تحولات حقوق اداری مناسب است.

۱۳۶ - د - بعلمت فقدان بیش از حد نصوص در این رشته از حقوق، در اکثر تألیفات مؤلفان سلف مبحث مخصوصی در زمینه حقوق اداری فراهم نیامده است، مثل اینکه گذشتگان ماضی این قسمت از مسائل حقوقی را از اند تشخیص می دادند ، شاید این پیش آمد از این فکر قدیمی سرچشمه گرفته که : علم از کلیات و مسائل ثابت بحث میکند و جزئیات و مسائل متغیر قابلیت آنرا ندارد که مورد بحث واقع شود؛ و چون مسائل مربوط بحقوق اداری زیادتر از سایر مسائل حقوقی در معرض تغییر و تحول است برای آنها اهمیت ضبط و تدوین قائل نبودند. در هر حال با توجه به مراتب فوق باین نتیجه میرسیم که منابع و مآخذ لازم برای کشف تحولات حقوق اداری دوره دوم ناقص است و این یکی از موانع بررسی در تحولات حقوق اداری این دوره است.

۱۳۷ - ه - مقررات حقوق اداری در دوره دوم غالباً ناشی از خودمختاری اشخاص مستبد است که هر آن رأی آنهاست خوش هوی و هوس بوده است، بهمین جهت تغییرات بدون قاعده و بی رویه و دستورات ضدونقیض در این مقررات بقدری زیاد است که نباید توقع داشت که مطالعه آنها بعد کامل ثمر بخش باشد. با توجه باین مراتب، مشکل دوم مطالعات حقوق اداری این دوره را باید بخاطر سپرد.

۱۳۸ - و - منابع موجود حقوق اداری این دوره دودسته است:
اول - دسته ای از تألیفات که نویسندگان آنها حقوقدان و احیاناً شاغل شغل رسمی بوده اند این منابع در درجه اول اهمیت قرار دارد. از این قبیل است «الاحکام السلطانیة» تألیف قاضی ابی یعلی حنبلی که خود قاضی دارالخلافه بغداد بوده است. در عین حال باید متوجه بود که در همین تألیفات هم به بحث علمی محض، بامطالب عملی و مسائل موجود در خارج مخلوط شده و کار مطالعه را دشوار ساخته است .

دوم - دسته ای از تألیفات که اشخاص غیر حقوقی نوشته اند و بعلمت عدم صلاحیت علمی مسائل حقوقی را سروته شکسته ضبط کرده اند و اعتماد زیاد باین مآخذ چندان شایسته نیست .

۱۳۹ - ز - با توجه به مراتب فوق بررسی تاریخ تحول حقوق اداری دوره دوم در اطراف چهار مطلب ذیل است که هر یک از آنها نقطه عطفی در حقوق اداری این دوره است:

یک - حقوق اداری در ابتداء ظهور و استقرار اسلام

دو - حقوق اداری در عصر بنی عباس

سه - حقوق اداری در عصر مغول و تیموریان

چهار - حقوق اداری در عصر صفویه

مطالعه حقوق اداری در این چهار عصر و مقایسه آنها با یکدیگر دورنمایی از تحول تاریخ حقوق اداری این دوره را در حدود نیاز مذکور در مطلب شماره ۱۳۵ مجسم خواهد ساخت .

فصل اول

حقوق اداری در ابتداء ظهور و استقرار اسلام

قسمت اول - اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت.

قسمت دوم - استخدام و مقررات آن

قسمت سوم - عناوین رسمی

قسمت چهارم - تقسیمات کشور

قسمت اول

اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت

الف - اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت

ب - پیدایش حقوق عرفی

اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت

۱۴۰- راجع باین اصل قبلاً بتناسب مقام توضیحاتی داده شد که خلاصه آن

چنین است: برای اداره امور مردم و کشور قوانین موضوعه این دوره در حدود کلیات، متضمن مطالب است ولی جزئیات امر در قانون منصوص نیست نهایت اینکه بمقام

زیاست حکومت این حق داده شده که در مقام اجراء قوانین موضوعه هر ترتیبی را که صلاح میدانند مقرر دارد؛ از این معنی به اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت تعبیر شد. و این اصل و پایه حقوق اداری این دوره است. با اتکاء باصل مزبور يك حقوق اداری بوجود آمد که مدتها حاکم بر زندگی قضائی مردم تمام قلمرو اسلام که ایران هم جزو آن بود شد ولی جای تأسف است که هنوز مشخصات کامل این حقوق اداری بدست نیامده و آنچه که برای اولین بار تحت اسلوب معین در این کتاب مندرج است بطور غیر مستقیم از متفرقات کتب فقهی و غیر فقهی بدست آمده است بهمین جهت مطالعه این قسمت برای طالبان فقه هم تازگی داشته و خالی از سود نخواهد بود.

پیدایش حقوق عرفی

۱۴۱- اصطلاحات حقوق عرفی، قانون عرفی، محاکم عرفی در تاریخ حقوق ماسابقه ممتد و طولانی دارد، آیا میتوان گفت اجراء اصل مذکور (در مطلب شماره ۱۴۰) زمینه وجود چنین چیزهایی را فراهم ساخته است؛ بنظر می رسد که اصل مزبور عامل منحصرا ایجاد چنین قانونی نبوده است ولی در پیدایش آن تأثیر بسزائی داشته است و عامل دوم (۱) پیدایش آن را باید در تمایل به کسب قدرت جستجو نمود و از اصل صلاحیت اداری در ابتداء امر فقط بمنظور اجراء قوانین موضوعه استفاده می شد ولی بعد از این اصل هم رسیده اجراء قوانین موضوعه شد و هم هسته سگ ارضاء تمایلات مزبور.

حقوق و قوانین عرفی بعنوان يك موجود قضائی برخوردار از ضمانت اجراء حتی در حکومت عباسیان هم دیده شده است تا چه رسد بحکومت های دیگری که در نواحی مختلف ایران بوجود آمده است مانند حکومت سلاجقه و مغول و حکومت تیمور.

(۱) عوامل دیگری نیز وجود دارد که در مباحث آتی بیان می شود مانند مطلب

شماره ۲۱۴.

عمال قدرتها هیچوقت نمی توانند که مدت درازی در چهار دیوار قانون معینی زندگی کنند.

قسمت دوم

استخدام و مقررات آن

الف - استخدام و مقررات آن

ب - حقوق مستخدمین رسمی

ج - پاره‌ای از مقررات استخدام در قومه شیعه

استخدام و مقررات آن (۱)

۱۴۲- هر چند که در این دوره از تاریخ حقوق ما بعنوان «قانون استخدام»

چیزی وجود ندارد ولی از مطالعه نصوص متفرق قوانین موضوعه چند اصل کلی و

چند شرط ذیل که مربوط با استخدام است بدست می آید:

الف - استخدام: نه‌ودن از حقوق شخص اول مملکت است وی مستقیماً یا بتوسط

عمال خود اشخاص را برای انجام امور عمومی استخدام می کند (مطلب شماره ۶۳)

ب - مستخدم دولت باید مسلمان باشد (۲)

ج - بلوغ و عقل شرط صحت استخدام است (۳)

(۱) در اصطلاحات سابق بجای استخدام «استعمال» و بجای خدمت رسمی «عمل» و بجای مستخدم رسمی «عامل» گفته می‌شد. استعمال بسیار محترمانه‌تر از استخدام است و اصطلاح «استخدام» رکیک است.

(۲) مستفاد از نص «الاسلام یملو ولا یعلی علیه شیئی» و نظائر آن

(۳) مستفاد از نصوصی که اعتبار حقوقی عمل صغار را نفی کرده است، مانند نص:

«... لا یجوز امره...» و نظائر آن

د - آشنائی بکاری که برای آن استخدام شده شرط استخدام است (۱)
ه - رضایت شخصی که استخدام می‌شود شرط نیست ، یعنی استخدام هیچوقت بصورت «قرارداد استخدام» (۲) در نمی‌آید زیرا قانون در صورت احتیاج دستگاه حکومت، افراد را مکلف بقبول خدمت مورد نیازی کند و با وجود چنین تکلیف (۳) رضایت از یکطرف وجود ندارد تا قرارداد صورت پذیر باشد.

حقوق مستخدمین رسمی

۱۴۳- ممکن است این فرض پیش آید که قبل از اینکه عملاً تکلیف استخدام بعداً معینی بشود و زمینه رضایت آنها از بین برود بعضی بمیل خود حاضر بقبول خدمت رسمی شوند در اینصورت چون رضایت ، وجود خارجی دارد مانعی برای تحقق قرارداد استخدام نیست.

بنظرمی‌رسد پس از مطالعه کیفیت حقوق و اجرت مستخدمین رسمی (مطلب شماره ۱۴۴) فرض مزبور برای تحقق قرارداد استخدام در حقوق دوره دوم از تاریخ حقوق ما کافی نباشد :

۱۴۴- کیفیت حقوق و اجرت مستخدمین رسمی- برای تحقق قرارداد استخدام باید عوض و معوضی را تصور نمود . عوض اجرت و حقوق است و معوض ، خدمت مستخدم (و در اینصورت عقد مزبور از مصادیق عقد اجاره است) علیهذا این عقد از عقود معاوضی است و تحقق ماهیت معاوضه ، شرط تحقق این قرارداد است . با توجه

(۱) استفاد از نص هل یتوی الذین یعلمون والذین لایعلمون
(۲) در کتاب « الاحکام السلطانیة » وزارت تفویض را که نوعی از وزارت است «عقد» دانسته ولی دلیل این نظر را ذکر ننموده است.

(۳) این تکلیف در نص قانونی ذیل منعکس است:

فی الدعائم عن جعفر بن محمد (ع) انه قال: ولاية اهل العدل الذین امر الله بولايتهم وتوليتهم وقبولها. والعمل لهم فرض من الله ، وطاعتهم واجبة . ولا یحل لمن امره بالعمل لهم ان یتخلف من امرهم.

بمقدمه فوق و با توجه بدو نکته ذیل ، ماهیت معاوضه در این مورد وجود خارجی پیدا نخواهد کرد :

۱۴۵- الف - تأمین معاش متوسط هر فرد ملت (خواه مستخدم رسمی باشد خواه نه) بعهده متصدی قدرت عمومی است (مطلب شماره ۱۲۱) در این صورت زائد است که متصدی قدرت عمومی برای احراء قانون ، قرارداد معاوضی استخدام را منعقد سازد

۱۴۶- ب - صرف نظر از نکته اول ، چون خدمت رسمی يك تکلیف قانونی است برای انجام تکلیف قانونی (ولو اینکه شخص بمیل خود حاضر بانجام این تکلیف شود) نمی توان تقاضای اجرت و عوض نمود بلکه مجری قانون مکلف است که برای تأمین قدرت مستخدم بر اجراء خدمت رسمی معاش او را تأمین کند؛ با وجود این نظر ماهیت معاوضه محقق نخواهد شد و قرارداد استخدام مأموران دولت در ابتداء دوره دوم وجود خارجی نداشته است.

پاره ای از مقررات استخدام در فقه شیعه

۱۴۷- در فقه شیعه اصولی که فوقاً ذکر شد مورد قبول واقع شده است ولی يك شرط اضافه بر شروط سابق در طی يك تفصیل تاریخی دیده شده است آن شرط این است که: فرد مسلمان حق استخدام در حکومت‌های غیر قانونی (۱) ندارد مگر بموجب اذن شخصی (۲) شخص اول مذهب

راجع با استخدام قضات مشخصات بیشتری در نصوص قوانین موضوعه وجود دارد که در بحث چهارم از کتاب اول مورد بررسی قرار گرفته است.

قسمت سوم

عناوین و مشاغل رسمی

الف - خلیفه (امام - امیر المؤمنین)

(۱) رجوع شود بمطلب شماره ۲۳ - و بکتاب فرهنگ حقوقی اصطلاح «جائز»
(۲) ماده ۱۲ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

ب - وزیر

ج - والی

د - سلطان

ه - قاضی

و - عامل زکوة

ز - قاسم

ح - حاسب

۱۴۸- بعیت در دست نبودن ماخذ مربوط بحقوق اداری در ابتداء ایندوره از تاریخ حقوق ما اطلاعات بسیار نا چیز از مشاغل رسمی و تشکیلات اداری در دست است :

خلیفه

۱۴۹- این اصطلاح بشخص اول مملکت پس از وفات پیغمبر (ص) گفته می شد. دره طلب شماره ۶۱ بعد راجع بحقوق وی صحبت شد. بجای اصطلاح بالا دو اصطلاح دیگر وجود داشت: یکی امیر المؤمنین و دیگری امام (۱)

وزیر

۱۵۰- این عنوان در قرآن مجید و سایر نصوص قوانین موضوعه اسلامی بکرات دیده شده است و پس از خلیفه مهمترین سمت رسمی است. در این عصر در حکومت مرکزی وزراء متعدد وجود نداشت بلکه يك وزیر بود که غالباً سمت مشاور رئیس حکومت را داشت. ماهیت وزارت در ایندوره از حد و ذمات ماهیت معاونت خارج نمیشد، وی عضو مسئول نبود.

(۱) در حدیث نبوی چنین ذکر شده است: الإمامة من قریش

در حوزه هر يك از تقسیمات بزرگ کشور ممکن بود وزیر وجود داشته باشد، این قسم
وزیر سمت مشاور و معاون « والی » را دارا بود (مطلب شماره ۵۲ بعد).

والی (۱)

۱۵۱ - این اصطلاح در حقوق اداری این زمان تا اندازه ای مبهم است ظاهراً
والی شهر بحاکم شهر اطلاق می شد ، و والی يك ناحیه وسیعتر (که در آن ازمنه «اقلیم»
می گفتند) حاکم آن ناحیه محسوب بود . معمولاً والی نظم محل حکومت خود را
حفظ نموده و مواظب حسن جریان قانون بود و امکان داشت صلاحیت قضائی را
هم دارا باشد و کار قضائی را هم انجام دهد ، و نیز ممکن بود نگهداری ارتش و امور
جنگ و دفاع ناحیه حکمرانی خود را بعهده داشته باشد بنا بر این توضیحات مقام
وی ممکن بود حاوی سمتهای از قبیل سمت فرماندار ، شهردار ، استاندار ، دادرس ،
فرماندهی سپاه بوده باشد .

سلطان

۱۵۲ - از متون بسیاری از نصوص قانونی این دوره استفاده می شود که «سلطان»
يك اصطلاح حقوق اداری بوده و سمتی در حدود سمت والی داشته است و مانند او
شغل قضاء را تصدی می نموده است ولی دقیقاً مدلول اصطلاحی آن در استعمالات این
زمان روشن نیست (هطب شماره ۲۱۸ بکر)

قاضی

۱۵۳ - صلاحیت قاضی و مدلول اصطلاحی آن در این دوره کاملاً روشن است
وی در مرافعات و امور کیفری بموجب قانون حکم داده و امور حسبی را هم تحت نظر

(۱) در لغت بمعنی صاحب اختیار است و ولایت (بکسر و او) سمت رسمی و شغل
دولتی را گویند . ولایت بکسر و فتح و او بمعنی شهرها و نواحی قلمرو و حکومت والی
را گویند .

داشت (به هجرت چهارم از کتاب اول رجوع شود) .

عامل زکوة

۱۵۴ - این اصطلاح در قرآن مجید هم وجود دارد . عامل زکوة بشخصی گفته می‌شد که متصدی وصول زکوة (مطلب ۱۲۱) بوده است . این طبقه معمولاً کارمندان مزدور دولت بوده‌اند ، ولی گماشتن کارمندان رسمی حقوق‌بگیر (که اصطلاحاً آنان را « مسترزقة » می‌گفتند) باین کارمانعی نداشت .

قاسم

۱۵۵ - بشخصی گفته می‌شد که از طرف حکومت در کارهای مربوط بتقسیم اموال مشاع اشتغال داشت .

حاسب

۱۵۶ - بکلیه کارمندانی که در محاسبات دخل و خرج مملکتی کار می‌کردند این عنوان گفته می‌شد .

قسمت چهارم

تقسیمات کشور

الف - تقسیمات اداری

ب - تقسیمات نظامی

ج - تقسیمات سیاسی

د - منطقه بیطرف

از تقسیمات ارضی قلمرو اسلامی بعلت فقدان و سکوت منابع مربوطه

چندان اطلاعاتی بدست نیست ، از متفرقات کتب مربوط باین دوره نکات ذیل استفاده شد :

تقسیمات اداری

۱۵۷ - از نظر اداره امور قلمرو پهناور اسلامی اراضی مملکت بدو قسمت

تقسیم می شد:

الف - بلد

ب - اقلیم

بلد نظیر شهرستان و اقلیم نظیر استان بود.

تقسیمات نظامی

۱۵۸ - از نظر وضع نظامی نواحی مملکت بدو قسمت تقسیم می شد :

الف - نغر (نواحی مرزی) یعنی نواحی هجاور کشورهای خارجی . و البیان این

نواحی معمولاً صلاحیت نظامی نیز داشتند و حال اینکه سایر و البیان ممکن بود این صلاحیت را نداشته باشند .

ب - نواحی غیر سرحدی

تقسیمات سیاسی

۱۵۹ - از نظر سیاسی تمام خاک اسلامی را بسه قسمت (۱) تقسیم می کردند:

الف - حرم - و آن خاک مکه و قسمتی از اطراف آن است که حدودش در کتب مربوطه

ضبط است .

(۱) بعضی از مؤلفین تقسیم مزبور را دو گانه نموده خاک اسلامی را بدو قسمت

ذیل تقسیم نموده اند :

الف - حرم

ب - حل (غیر از حرم)

ب - حجاز

ج- سایر قلمرو اسلامی

این تقسیم از نظر عبور و مرور و توقف و سکونت اتباع خارجه (ذمی - مستأمن - معاهد) مورد توجه است یعنی محدودیت و محرومیت‌هایی از نظرهای مزبور برای اتباع خارجه در قانون مقرر است .

منطقه بیطرف

۱۶۰ - از نظر مقررات جنک نیز خاک کشور بدو منطقه تقسیم شده بود :

الف - منطقه بیطرف که خاک مکه است (۱)

ب - منطقه غیر بیطرف که سایر نواحی است .

تذکر - چون حقوق اداری متمم حقوق اساسی است بنا بر این مندرجات مبحث اول از کتاب اول تا اندازه‌ای متضمن مقررات اداری خواهد بود .

(۱) ماده ۱۰۰ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

فصل دوم

حقوق اداری عصر بنی عباس

قسمت اول - مقدمه و اصطلاحات

قسمت دوم - وزارت و اقسام آن

قسمت سوم - امارت و اقسام آن

قسمت چهارم - ولایت مظالم

قسمت پنجم - نقابت

قسمت ششم - مصدقین و امامت جماعت

قسمت هفتم - دیوان و دوائر حسابداری

قسمت هشتم - محتسب (بکسر سین)

قسمت اول

مقدمه و اصطلاحات

الف - مقدمه

ب - عمل - عمل عام - عمل خاص - عامل - استعمال

مقدمه

۱۶۱ - همانطور که از تشکیلات و حقوق اداری اوائل (یعنی عصر خلفا) دوره دوم از تاریخ حقوق ما اطلاعات کافی بدست نیست از تشکیلات و حقوق اداری عصر امویان نیز تا کنون چیزی بدست نیامد ولی از سازمانها و حقوق اداری عصر عباسیان دو اثر نفیس که هر دو بنام «الاحکام السلطانیة» نامیده شد و مؤلفان آنها معاصر یکدیگر بوده اند بجا مانده است که یکی از آنها معروف و دیگری مجهول مانده است نویسنده کتاب اخیر در بغداد قاضی بوده و احاطه او بعلم حقوق از کتابش بخوبی هویدا است (۱) بعید نیست که قسمتی از تشکیلات مزبور در عصر امویان هم وجود داشته است. در هر حال این تشکیلات شگفت آور و از هر جهت قابل ملاحظه است، و اگر اسناد تاریخی، حقوق اداری ایران دوره قبل از اسلام را بر ما کاملاً ظاهر می ساخت معلوم می شد که عباسیان تا چه اندازه از فکر فرزندان این آب و خاک در تهیه سازمانهای اداری استفاده برده اند و از اتصال حوادث مجهول تاریخ حقوق، زنجیر قابل ملاحظه ای در نظر مجسم می شد.

۱۶۲ - نکته - در حقوق اداری این عصر هم تقسیم قلمرو اسلامی از نظر اداری عیناً همان است که در اوائل اسلام وجود داشته است (مطلب شماره ۱۵۷) یعنی کوچکترین این تقسیمات «شهر» (بلد) و بزرگترین آن اقلیم است، بنظر میرسد شعر معروف نظامی ناظر بهمین معنی باشد:

ای بساکور دل که از تعلیم گشت افضی القضاة هفت اقلیم

عنوان «اقلیم» حتی پس از عصر عباسیان هم در حقوق اداری ایران باقی ماند

(۱) تنها نقص این دو کتاب آن است که مقدار زیادی مباحث ثانویک را با مطلب عملی و موجود مخلوط نموده اند.

چنانکه مؤلف تاریخ غازانی می نویسد : «نوروز سی سال تمام در وسط ممالک ایران و بیضه دیارخراسان بنازونعیم ... در دولت خانان مغول زندگانی کرده و.. حل و عقد اقلیم ثالث و رابع در قبضه اقتدار پدرش ارغون آقا بود...»

عمل - عمل عام - عمل خاص - عامل - استعمال

۱۶۳ - « عمل » در اصطلاحات حقوق اداری ایندوره به محلی گفته می شود که منطقه حکومت و یا تصدی یک عضو رسمی یا یک مامور دولت است ، مثلاً کسیکه در یک شهر دادرس است آن شهر را اصطلاحاً « عمل » آن دادرس می گویند .
۱۶۴ - نکته - چون هر اقلیم شامل بر چند شهر است و هر شهر یک عمل است و خود اقلیم هم رویهمرفته یک عمل محسوب است در اینصورت اقلیم را « عمل عام » و شهر را « عمل خاص » گویند . بنا بر این قیاس ، اقلیم نسبت به مملکت (کشور) عمل خاص است و مملکت نسبت به اقلیم ، عمل عام است .

۱۶۵ - تبصره - آنچه از آبادیهای حومه که تابع شهر است اصطلاحاً (اعمال بلد) نامیده می شود ، مثلاً وقتی که گفته میشود (اعمال طهران) ، مقصود حومه طهران است که از جهت اداری تابع طهران محسوب است .

۱۶۶ - استعمال - در اصطلاحات حقوق اداری ایندوره بمعنی استخدام است مستخدم رسمی را « عامل » گویند و جمع آن اعمال و عاملین است .

والی - ولایت

۱۶۷ - والی در لغت بمعنی « صاحب اختیار » است مثلاً مالک مال ، والی بر مال خود می باشد . در اصطلاحات حقوق اداری والی بکسی گفته می شود که اداره امور یک یا چند ناحیه را از نظر حکمرانی در اختیار داشته باشد . حاکم شهر را « والی بلد » و حاکم اقلیم را « والی اقلیم » می گفتند . (جمع این کلمه « ولات » بضم واواست)

ولایت (بفتح و کسر واو) محللهائی است که تحت تسلط والی است . ولایت (بکسر واو) بمعنی سمت رسمی و شغل دولتی است مانند « ولایت قضاء » یعنی شغل رسمی که به دادرسی داده شده است ، و « ولایت جنگ » یعنی فرماندهی سپاه در همین اصطلاح وقتی که می گویند « ولایت امام » ، مقصود مشاغلی است که امام بأموران حکومت خود تفویض می کند (مطلب ۱۷۱ را ملاحظه نمائید)

طبقه بندی مشاغل رسمی در عصر عباسیان

۱۶۸ - مشاغل رسمی ایندوره به چهار طبقه تقسیم شده است :

الف - شغل عام در ناحیه وسیع - که آن ناحیه شامل چند « عمل » است مانند شغل وزارت ، وزیر در تمام امور کشوری و لشکری و قضائی و مالی و فرهنگی دخالت می کند . بهمین جهت شغلش عام است . و حوزه صلاحیت او تمام کشور است و کشور شامل چندین عمل (مطلب ۱۶۳) است .

ب - شغل عام در ناحیه کم و ست - مانند شغل امارت اقلیم و سعت اقلیم از سعت کشور که تراست ولی امیر اقلیم در اقلیم خود شغل عام دارد یعنی در امور کشوری و لشکری و قضائی و مالی و فرهنگی دخالت می کند .

ج - شغل خاص در ناحیه وسیع - مانند سمت قاضی القضاة که ناظر بدستگاه قضائی کشور است .

د - شغل خاص در ناحیه کم و سعت - مانند دادرسی در شهر معین یا در اقلیم معین .

نکته - در این طبقه بندی سلسله ه - راتب (۱) اداری بخوبی ملاحظه می شود .

Hiérarchie (۱)

قسمت دوم

وزارت و اقسام آن

- الف - اقسام وزارت
- ب - شرائط وزیر تفویض
- ج - صلاحیت وزیر تفویض
- د - شرائط وزیر تنفیذ
- ه - صلاحیت وزیر تنفیذ

اقسام وزارت

۱۶۹ - در عصر عباسیان (برخلاف زمان پیش از آن) وزارت بدو نوع مشخص

تقسیم شده است :

اول - وزارت تفویض که از هر جهت مهمتر از نوع دوم است .

دوم - وزارت تنفیذ

نکته - در این زمان کارمندان دولت (عمال) هم بدو صنف تقسیم می شدند :

اول - عمال تفویض

دوم - عمال تنفیذ

توضیح هر یک از این دو نوع پس از اداء توضیحات مربوط به دو نوع وزارت بدست می آید (مطلب ۱۷۴)

شرائط وزیر تفویض

۱۷۰ - وزیر تفویض دارای جمیع شرائطی است که رئیس حکومت دارا است

و نماینده او در جمیع اموری است که در صلاحیتش قرار دارد. وزیر تفویض نباید مسلمان و دارای شرائط تصدی شغل قضاء (مطلب شماره ۳۲۷) بوده و در امور

مالی کشور و امور نظامی اطلاعات کافی داشته باشد .

صلاحیت وزیر تفویض

۱۷۱- صلاحیت محلی - از این نظر صلاحیت او نسبت به تمام قلمرو کشور است نکته - عضو رسمی که در قسمتی از کشور، متصدی شغل رسمی بود (اعم از اینکه دارای « عمل عام » بود یا « عمل خاص » اصطلاحاً « والی » خوانده می شد . (این معنی اعم از معنی مذکور در مطلب ۱۶۷ می باشد، و هر وقت والی بطور مطلق گفته شود همان معنی سابق مورد نظر است) فرقی نداشت که شغل رسمی وی نظامی یا قضائی یا مالی بوده باشد یا نه. علیهذا امارت هم نوعی از ولایت بوده است و امیر یک نوع والی محسوب می شد، بعکس وزیر که عنوان والی با او داده نمی شد زیرا صلاحیت محلی او شامل تمام کشور بود نه قسمتی از کشور. و هم چنین والی بکسی گفته می شد که متصدی عمل خاص بود. ولی اصطلاح والی بطور مطلق منصرف به معنی مذکور در مطلب ۱۶۷ بود.

صلاحیت ذاتی - از این نظر در تمام شئون کشور دخالت داشت و صلاحیت او عیناً صلاحیت رئیس حکومت بود جز سه مورد ذیل :

الف - تعیین و لیاعهد که از مختصات رئیس حکومت بود .

ب - رئیس حکومت می توانست (در فقه امامیه) از امت ، استعفاً از مقام خود را بخواهد ولی وزیر تفویض فقط می توانست استعفاً از مقام خود را از رئیس حکومت بخواهد .

ج- کسانی را که رئیس حکومت شخصاً استخدام می نمود وزیر تفویض نمیتوانست بنظر خود آنان را معزول کند ولی رئیس حکومت می توانست هر يك از مأموران دولت را از شغلش منفصل نماید .

وزیر تفویض مکلف بود تصمیمات خود را بنظر شخص اول مملکت برساند تا آنچه را که او تصویب کند بمعرض اجراء بگذارد جز تصمیمات قضائی وزیر که

خود بخود اعتبار داشت .

شرائط وزیر تنفیذ

۱۷۲ - وزیر تنفیذ در حقیقت مأمور فوق العاده و مخصوص رئیس حکومت بود . وی می بایست لیاقت و شایستگی مقام مزبور را داشته باشد ولی بنظر مؤلفان حقوق عامه لازم نبود که او مسلمان بوده باشد (مثلاً ممکن بود ذمی ، مستأمن ، معاهد باشد) و نیز لازم نبود که شرائط قضارا داشته باشد .

صلاحیت وزیر تنفیذ

۱۷۳ - صلاحیت محلی وی مانند صلاحیت وزیر تفویض بود . صلاحیت ذاتی او مربوط بامور ذیل بوده است :

الف - ابلاغ اوامر رئیس حکومت بسایر مأموران دولت یا بمردم .

ب - اجراء احکام و دستورات وی

ج - ابلاغ سمت صاحبان مشاغل دولتی که از طرف ریاست حکومت تلقی شغل می نمودند .

د - ابلاغ فرامین نظامی بمأموران

ه ، ارائه گزارشها و شکایات رسیده از طرف ادارات و مردم بر رئیس حکومت .

وزیر تنفیذ حق نداشت کسی را استخدام کند و سمت قضائی نداشته و در امور مالی و نظامی کشور مداخله نمی کرد .

۱۷۴ - وزیر تنفیذ بارزترین عمال تنفیذ بود ، در هر اقلیم و شهری تحت نظر والیان ، (اعم از قضات و فرماندهان نظامی و غیره) عمال تنفیذ انجام وظیفه میکردند و صلاحیت آنان محدودتر از صلاحیت وزیر تنفیذ بوده است .

قدمت سوم امارت و اقسام آن

الف - اقسام امارت

ب- امارت عامه

ج- امارت خاصه

د- امارت جهاد

اقسام امارت

۱۷۵ - مهمترین مقام اداری پس از وزارت ، امارت بود . امارت بحسب

مقدار شمول صلاحیت ذاتی آن بدو قسم تقسیم می شد :

الف - امارت عامه

ب - امارت خاصه

امارت بحسب صلاحیت محلی بدو قسم تقسیم می شد :

الف - امارت اقلیم

ب - امارت بلد

(توضیح دو قسم اخیر در مطلب ۱۶۲ بیان شد)

امارت عامه

۱۷۶ - مقام امارت (مطلقا) ممکن بود از طرف رئیس حکومت و یا از

طرف وزیر تفویض بشخص امیر داده شود .

امیر در « امارت عامه » باید واجد تمام شرائط « وزیر تفویض » بوده یعنی

شرائط قضا را نیز باید داشته باشد .

امور ذیل در صلاحیت ذاتی امیر مزبور بوده است :

الف - دادرسی

ب - نگهداری ارتش و مستقر نمودن آن در نقاط مناسب، و تعیین حقوق افراد نظامی.

ج - گرفتن خراج (از اراضی خراج) و زکات

د - اجراء کلیه قوانین موضوعه در حوزه ماموریت خود

ه - استخدام مامورین در هنگام ضرورت بمنظور جریان دادن امور عمومی

و - در ولایات مرزی، جهاد بصورت جنگ تعرضی با اذن قبلی رئیس حکومت

بعهدده او بوده است. وی در این صورت متصدی تقسیم غنائم نیز بود.

ز - اعزام حاجیان و ترتیب امور آنان .

ح - امامت جمعه و جماعت شخصاً یا بتوسط قائم مقام خود. این شغل در این دوره

جزو مشاغل رسمی بود (مطلب شماره ۱۸۸)

امارت خاصه

۱۷۷ - وی همه شرائط امیر (در امارت عامه) را داشت جز شرائط قضا، زیرا

وی سمت قضائی نداشت، و نیز در جمع آوری خراج و زکات دخالت نمیکرد. امور

ذیل در صلاحیت ذاتی او بوده است :

الف - فرماندهی سیاه

ب - اجراء احکام صادر شده از محاکم . در حق الناس اجراء حکم، مشروط

بتقاضای ذینفع بوده است؛ در حق الله اجراء احکام صادر شده از محاکم مستقیمادر

صلاحیت این امیر بوده است. باین ترتیب معلوم میشود که اجراء احکام محاکم

این دوره داخل در ابواب جمعی این امیر بوده است.

ج - اداره امور مردم از قبیل حفظ نظم و امنیت و عمران شهریا. ناحیه مورد امارت،

بعهدده او بود. بنظر می رسد که از این جهت وی سمت محتسب را داشت (مطلب

شماره ۲۰۱)

امارت جهاد

۱۷۸ - این امارت يك منصب نظامی بود، و امیر جهاد نوعی از «امیر خاص» (مطلب شماره ۱۷۷) محسوب میشد و همان شرایط را داشت.

امارت جهاد دو قسم بوده است:

- الف - نگهداری لشکر و صدور فرامین جنگ و اداره امور جنگ
- ب - علاوه بر مراتب بالا حق بستن پیمان صلح و تقسیم غنائم را داشت.

قسمت چهارم

ولایت مظالم

۱۷۹ - مظالم جمع مظلومه (بکسر لام) چیزی است که بناحق (بر خلاف قانون) گرفته شده باشد و در این مورد مطلق تجاوز و تخلف را گویند. بنابراین «ولایت مظالم» یعنی شغل رسمی مربوط به رسیدگی به هر نوع تجاوز و تخلف که از اشخاص صادر میشود خواه از اعضاء دولت باشند خواه افراد عادی. کسی که شغل مزبور را داشت «والی مظالم» نامیده میشد.

ولایت مظالم دو قسم بوده است:

الف - ولایت مظالم درپاره‌ای از تخلفات مثل اینکه برای جلوگیری از تخلف از اجراء احکام محاکم و یا تعدیات در مورد مالیات و غیره کسی را منصوب نمایند، این را اصطلاحاً «ولایت مظالم خاصه» می‌گفتند. مدعی العمومی در دوره سوم یک نوع «ولایت مظالم خاصه» محسوب است.

۱۸۰ - ب - ولایت مظالم نسبت به جمیع تجاوزات و تخلفات - در این صورت

آنرا «ولایت مظالم عامه» می‌نامیدند. در این مورد، والی مظالم يك مأمور عالی رتبه دولت بوده و از بین وزراء تفویض و امراء اقلیم و وایعهد انتخاب می‌شد،

ولی برای « ولایت مظالم خاصه » مامورانی که از نظر مقام پائین تر از آنان بودند گماشته میشدند.

۱۸۰ مکرر - صلاحیت «والی عام مظالم» موارد ذیل بوده است :

الف - رسیدگی بهر نوع تعدی و تجاوز افراد یکدیگر ، و هر نوع تخلفات آنان از قانون. بنابراین والی مظالم سمت دادرسی هم داشت .

ب - رسیدگی بتخلفات اداری ماموران دولت و تخلفات و تعدیات که بمناسبت شغل خود مرتکب می شدند مانند تعدیات وصول کنندگان خراج یا تخلفات قضات و غیره .

ج - نظارت بر اجراء احکام محاکم ، بالاخره نظارت بمنظور حسن جریان قوانین موضوعه. نظریاره ای از مؤلفان بر آنست که این سمت از زمان علی (ع) بوجود آمد .

قسمت پنجم

نقابت

الف - نقابت

ب - نقابت خاصه

ج - نقابت عامه

نقابت (۱)

۱۸۱ - در حقوق ایندوره برای بعضی از گروهها (مانند عباسیین و طالییین)

مقررات خاصی در قانون پیش بینی شده بود ولی پس از گذشت یکی دو قرن بعضی

(۱) یا ولایت نقباء بر صاحبان نسب - نقیب در لغت بمعنی رئیس و اشتقاق آن از

نقب بمعنی طریق است زیرا رئیس قوم باید بطریق و مکنونات قوم خود وارد باشد.

از افراد منسوب بآنان (مانند خلفاء عباسی) طالب امتیازات بیشتری گشتند یعنی امتیازی زائد بر آنچه که قانوناً داشتند می خواستند: می خواستند اعمال عالی رتبه حکومت که بر این گروهها حکومت دارند از طبقه خود آنان باشند، بهمین جهت رئیسی ازدودمان آنان گماشته می شد که او را «نقیب» می گفتند مانند: نقیب طالیین و نقیب عباسیین؛ و این ریاست را اصطلاحاً «نقابت» می گفتند. هنوز هم در اسامی مردم کشور ما کلمه «نقیب السادات» و «نقابت» دیده می شود.

نقابت خاصه

۱۸۲ - نقیب در این قسم نقابت سمت قضائی نداشته و اجراء قوانین جزائی بعهده او نبود. صلاحیت وی محدود باه ور ذیل بود:

الف - حفظ انساب - باین معنی که شخص داخل در نسب، خارج نشود و شخص خارج از نسب، وارد نشود یعنی کسیکه ازدودمان عباسیان است خود را بدودمان دیگر منسوب نکند و کسیکه جزو این تیره نیست خود را جزو آنان قرار ندهد. به منظور فوق، نقیب مکلف به ثبت ولادت و فوت آنان بود (۱)

ب - نظارت بر مشاغل افراد نسب - باین معنی که آنان را از اشتغال بمشاغل پست باز دارد!

ج - در اخذ حقوق آنان کمک نماید.

د - از تعدیات افراد نسب جلوگیری کند.

ه - به نیابت از افراد نسب حقوق مالی (سهم خمس) آنان را وصول نماید.

نقابت عامه

۱۸۳ - نقیب در این قسم نقابت علاوه بر صلاحیت در کلیه امور فوق سمت

(۱) این يك نمونه از ثبت احوال در این دوره از تاریخ حقوق ما است (رجوع

شود بمطلب شماره ۱۹۲)

قضائی داشته و احکام جزائی صادر نموده و اجراء می کرد. وی امور حسبی مربوط بافراد نسب (مانند صدور حکم حجر و فك حجر و حفظ اموال ایتام و تزویج زنانی که ولی نداشتند و اذن ولی شرط صحت نکاح آنان بود) تصدی مینمود.

۱۸۴ - ممکن بود در فرمان «ولایت نقابت» ذکر شود که در حوزه صلاحیت

او قضات دیگر حق رسیدگی ندارند در این صورت اشکالی وجود نداشت ولی اگر تصریح بچنین چیزی در فرمان او نمیشد قضات دیگر صلاحیت رسیدگی را داشتند، و محکمه ای که مدعی بآن جا مراجعه می کرد صلاحیت رسیدگی داشت (۱) در صورت تساوی (مانند موارد تداعی) تعیین محکمه صالح با قرعه بود (۲) مؤلف کتاب «الاحکام السلطانیه» بحثی در اطراف مرافعاتی که یکطرف آن یکی از افراد نسب و طرف دیگر آن یکی از افراد خارج نسب باشد و اینکه چه محکمه ای صالح برای رسیدگی است نموده است.

۱۸۵ - باید دانست که مباحث مربوط به نقابت هر چند که در دوره عباسیان

وجود داشته است ولی اصول و نصوص قوانین موضوعه برخلاف آن بوده است زیرا اصول و نصوص مزبور دو چیز را طرد می کند:

(۱) بنقل صاحب کتاب «الاحکام السلطانیه» امیر الحاج (یعنی متصدی قافله حاجیان) ممکن بود رسماً سمت قضائی داشته باشد در این صورت وی بدعای و تغلفات افراد قافله رسیدگی می کرد ولی در صورتیکه چنین سمتی نداشت در دعای و تغلفات افراد قافله نزدیکترین دادگاه محل ورود قافله صالح برای رسیدگی بود. و هر گاه یکی از افراد قافله بایکی از اهالی بین راه ترافع داشتند دادگاه محل توقف یا اقامت شخصی که طرف ترافع بایکی از افراد قافله بود صلاحیت رسیدگی داشت و لو اینکه امیر الحاج هم رسماً سمت قضائی داشته است.

(۲) در موردی که با وجود محاکم معمولی فقط نقیب در دعای و تغلفات افراد نسب حق رسیدگی داشت بالطبع محکمه اختصاصی بوجود می آمد.

در بداء دوره دوم از تاریخ حقوق ما محاکم اختصاصی دیده نشده است بنابراین پیدایش محاکم اختصاصی در عصر بنی عباس يك تحول حقوقی بشمار میرود.

اول - محاکم اختصاصی

دوم - عدم مساوات در مقابل محاکم (مطلب شماره ۸۸)

و حال اینکه «نقابت» ملازم با قبول هر دو مطلب بالا است، یعنی هم محاکم اختصاصی و هم عدم مساوات در مقابل محاکم.

۱۸۶ - بنابر آنچه که صاحب کتاب الاحکام السلطانیه ذکر نموده، در عشایر

و قبایل هم وضعی نظیر «نقابت» موجود بوده است. معلوم نیست که وضع مزبور ناشی از ضرورتی نظیر آنچه که در زندگی قضائی بعضی ملل (۱) موجود است بوده است یا ناشی از حس امتیاز طلبی نظیر آنچه که در نقابت وجود داشته است.

قسمت ششم

مصدقین و ائمه جماعات

الف - مصدقین

ب - ائمه جماعات

مصدقین

۱۸۷ - مصدقین بکسانی گفته می شد که بامور وصول زکات (صدقه) بودند

و آنان را «عاملین صدقات» و «الیان صدقات» (۲) هم می گفتند. گرفتن زکات از اموال غیر قابل اختفاء (مانند گندم و مواشی و غیره) وظیفه این مأموران بوده است. تسلیم زکات اموال قابل اختفاء (مانند طلا و نقره) از وظایف صاحبان آنها بوده است، و در صورت تخلف از تسلیم تعزیر می شدند.

(۱) - مانند قانون راجع بامور قضائی و اداری لرستان مصوب ۱۸ تیر ماه ۱۳۱۲

(۲) - شغل آنان را «ولایت صدقات» می گفتند.

امامت جمعه و جماعات

۱۸۸ - این سمت در این دوره جزو مشاغل رسمی بود ولی نه بطور کلی چه مساجد را باعتبار این موضوع بدو دسته تقسیم میکردند :

الف - مسجد سلطانی

ب - مسجد عامی (یعنی غیر سلطانی)

چون مساجد سلطانی بوسیله سلاطین ساخته یا اداره می شد و مورد توجه خاص بود سمت امامت در این مساجد از طرف رئیس حکومت داده میشد . ولی در مساجد عامی مردم با هر کس که می خواستند نماز می گزاردند ، در این مورد سمت امام مسجد غیر رسمی بود .

قسمت هفتم

دیوان و دوائر حسابداری

- الف - دیوان
- ب - حسابداری اعمال
- ج - حسابداری ارتش (دیوان الجیش)
- د - دفتر آموز استخدام
- ه - دفتر خزانه (دیوان بیت المال)
- و - حقوق کارمندان و مأموران دولت

دیوان

۱۸۹ - برای حفظ امور مربوط بحقوق سلطنت (مانند رسیدگی برضاح نواحی مختلف کشور و اموال و عوائد عمومی) وجود دیوان راضروری تشخیص میدادند. می گویند در زمان خلافت عمر فکر تأسیس «دیوان مستمریها» در مرکز حکومت پیدا

شد و علت آن نیاز به نگهداری حساب کسانی بود که از بیت المال مستمری دریافت می داشتند .

۱۹۰ - بنقل «الماوردی» (متوفی در قرن پنجم هجری) دیوان وصول عوائد در طرف شام (سرحد غربی قلمرو اسلامی) بدست حسابداران رومی اداره گردیده و بزبان معمول محل نوشته می شد، چنانکه دیوان وصول عوائد در طرف ایران بدست حسابداران ایرانی اداره گردیده و بزبان معمول آنان نوشته می شد، در اواخر قرن اول هجری دفاتر حسابداری بزبان عربی و بدست مسلمین اداره می گردید .

بنابر مطالب فوق ضعف فکر حقوق اداری افراد غالب، مسلم می شود و باید ظن نزدیک یقین حاصل نمود که مقررات حقوق اداری عصر بنی عباس مأخوذ از ملل مغلوب مخصوصاً از ایرانیان است .

۱۹۱ - در خارج از مرکز یعنی در مقرر حکومت حکام اقالیم و بلدان هم دیوانهایی وجود داشته است که اطلاعاتی از آنها بدست نیست ، دور نیست که تشکیلات آنها شبیه تشکیلات دیوان مرکز (که «دیوان سلطنت» نامیده می شد) بوده باشد .
تشکیلات دیوان سلطنت یا «دوائر حسابداری مرکز» بقرار ذیل بوده است:

الف - حسابداری اعمال (مطلب شماره ۱۶۳)

ب - حسابداری ارتش

ج - دفتر امور استخدام

د - دفتر خزانه

حسابداری اعمال

۱۹۲ - وظائف این دائره عبارت بود از :

الف - تعیین حدود اعمال و حومه هر عمل (رجوع شود بمطابق شماره ۱۶۳)

ب - ثبت کیفیت اراضی محل از جهت اینکه زمینهای محل ، زمین خراجی است یا زمین عشر؛ در مورد اراضی خراجی ، مساحت آنها را ضبط می کردند چونکه خراج بحساب مساحت اراضی تعیین می شد. در مقابل اراضی خراج ، کیفیت خراج را (تقدی

یا جنسی) ضبط می‌نمودند. و در مورد جنسی که بطریق «مقاسمه» بعمل می‌آمد نسبت تقسیم را (نصف، ثلث، ربع) می‌نوشتند.

در مورد اراضی عشر (۱) نوع زراعت و طرز آبیاری (مصنوعی یا طبیعی) و اسم صاحب زراعت را می‌نوشتند زیرا در این مورد، عشر زراعت را می‌گرفتند و حاجت به ساحت اراضی نبود.

ج- ثبت اسامی اهل ذمه هر ناحیه و مقدار جزیه هر يك و ثبت فوت آنان (۲) و ثبت بلوغ صغار آنها و ثبت قبول تابعیت اسلامی از طرف آنها (فوت و قبول تابعیت از طرف آنها موجب اسقاط جزیه، و بلوغ موجب اثبات جزیه می‌شد).

د - ثبت معادن هر ناحیه به منظور وصول حق معدن

ه - ثبت عوارض و مالیاتهای اموال اجانب که از مرز وارد نواحی مرزی کشور می‌شد، این عوارض کمأ و کیفاً به موجب قرارداد قبلی موجود بین حکومت مرکزی و اجانب تعیین می‌گردید، و می‌بایست قرارداد مزبور در دفاتر ثبت شود.

۱۹۳- این تنها موردی است از «حقوق گمرکی» که در این دوره دیده شده است.

ولی در داخله کشور عوارض راهداری (که در عصر مغولان و تیهوریان و صفویه مرسوم بود) به چوجه گرفته نمی‌شد، و حمل کالا از یک نقطه داخلی کشور بنقطه داخلی دیگر از کشور مستلزم پرداخت چیزی بعمل دولت نبوده است. ولی در همان ایام و بلکه از ما قبل اسلام چنین عوارضی که مقدارش غالباً یا عموماً يك دهم (عشر) بود وجود

(۱) بنظر پاره‌ای از مؤلفان فقه زمین عشر عبارت است از:

الف - هر زمین موات که مسلمان آنرا احیاء کند.

ب - هر زمینی که مردم آن زمین بدون جنگ با سپاهیان اسلام و بمیل خود بتابعیت اسلامی درآیند.

ج - زمینی که «مفتوح عنوة» است (یعنی زمین خراجی)

(۲) این نیز نمونه‌ای از ثبت احوال در تاریخ حقوق ما است.

داشت که صریح قوانین موضوعه آنرا ملغی نمود بهمین جهت از عشار و عاشر و شغل مزبور در آثار اسلامی مذمت فراوان شده است.

حسابداری ارتش

۱۹۴ - در این دوره صورت اسامی لشکریان ضبط می شد و مشخصات بدنی اشخاص و سن و اسم آنان را یادداشت می نمودند، و برای رفع هرگونه اشتباه اسم رئیس فوج هر نظامی را در ردیف مشخصات بالا یادداشت می کردند.

حقوق نظامیان در این دفتر یادداشت می شد؛ میزان حقوق آنان به مجموع سه موضوع ذیل بستگی داشت:

الف - تعداد عیال و اولاد واجب النفقہ

ب - هزینه اسب (نسبت سوار) و اسلحه

ج - وضع اقتصادی محل انجام خدمت

در هر سال بوضع نظامیان رسیدگی می کردند تا تناسب حقوق آنها با تغییر عوامل سه گانه فوق همیشه محفوظ باشد.

پس از فوت نظامی یا کشته شدن در ضمن انجام خدمت حقوقش جزو ترکه او بورته می رسید (۱).

دفتر امور استخدام

۱۹۵ - در این قسمت اسامی مستخدمین و مشاغل آنان و محل کار آنها ضبط می گردید و عزل و نصب آنها ثبت می شد.

دفتر خزانه

۱۹۶ - (یاد دفتر بیت المال) - حقوق بیت المال هر حقی است که تمام مسلمانان

(۱) اذامات احدثهم اوقتل کان ما استحققه من عطاءه موروثاً عنه علی فرائض الله وهو دین لورثته فی بیت المال . (الاحکام السلطانیة)

مستحق آنها بوده و مالك معین ندارد (۱) و لازم نیست که در چهار دیوار مخصوصی جمع شده باشد .

حساب دخل و خرج بیت المال در این دیوان نگهداری می شد. رئیس این دیوان را کاتب دیوان و صاحب دیوان نامیده اند که نظیر سمت وزارت دارائی را داشت . وی در شکایاتی که مردم از عمالش می نمودند سمت قضائی داشته و رسیدگی می نمود ولی اگر یکی از عمالش از خود او شکایت می نمود رئیس حکومت رسیدگی می کرد .

حقوق کارمندان و مأموران دولت

۱۹۷ - مأموران دولت دو قسم بودند :

الف - قسمی که در مقابل اجرت معینی کار می کردند یعنی در مقابل عمل خود مزد دریافت می داشتند و این دادوستد از نظر حقوقی بصورت يك معاوضه بود ، مزدی که از بیت المال می گرفتند اصطلاحاً «اجر» نامیده می شد (۲) .

۱۹۷ مکرر - ب - قسم دیگر که برای حفظ مصالح عمومی بکار گماشته می شدند و کار آنها در مقابل حقوقی که می گرفتند يك معاوضه حقوقی را ایجاد نمی کرد ، مانند مستخدمین نظامی و منشیان دیوان و غیره . مالی که بیت المال باین دسته از مأموران می داد رزق (جمع آن «ارزاق» است) نامیده می شد و این دسته را «مسترزقه» (یا حقوق گیران) مینامیدند .

(۱) باین ترتیب می بینیم که حقوقدانان این دوره بارز ترین مشخصات شخصیت حقوقی را که عبارت از مالك شدن جمعی بدون اشاعه و مدیون شدن است برای بیت - المال ذکر نموده اند!

(۲) - الاجر یؤخذ من شخص بعینه علی المساومة و المعاوضة! و الرزق یؤخذ من بیت - المال او من الاوقاف العامة علی مصالح المسلمین، ولیس فیہ مساومة و لا معاوضة.
(حواشی الاحکام السلطانیة)

۱۹۸ - نکته - حقوق ممکن بود بصورت نقدی یا جنسی داده شود. گاهی حقوق بصورت اقطاعات (تیول) داده می شد ولی حقوق بگیر (مقطع) در این صورت مالک زمین نبود بلکه از منافع آن حقوق خود را وصول میکرد بهمین جهت این قسم اراضی را هچوقت بورثه گیرندگان اقطاعات نمی دادند (۱) و حتی در دادن اقطاعات بطور مادام العمر هم اشکال می کردند.

نکته - وفق دادن محتویات این قسمت (یعنی مطالب شماره ۱۸۹ تا ۱۹۸) با نصوص قوانین موضوعه عصر بنی عباس سهل نیست و باید آنهارا ناشی از نظر صاحب قدرت عالیة مملکت دانست .

قسمت هشتم

محتسب

الف - محتسب

ب - صلاحیت محتسب

ج - تنبیهات

محتسب

۱۹۹ - اساس و هدف تأسیس این سمت در مشاغل دولتی جلوگیری از بی نظمی و ناامنی در روابط مردم يك شهر یا يك قریه بود بهمین جهت محتسب در معنی اصطلاحی خود بامعنی لغوی تناسب دارد چه آن در لغت بمعنی معترض و متعرض است (۲) و محتسب

(۱) مستوری بشکل سیورغ - مال که در عصر صفوی مرسوم بود در این زمان وجود نداشت .

(۲) «احتسب» بمعنی انکر علیه

متعرض اعمال خلاف قانون می شود زیرا برخلاف قاضی که در مقام رفع تجاوز افراد ، انجام وظیفه می کند محتسب در مقام دفع تجاوز آنان سمت خود را بکار می برد یعنی پلیس اداری است.

کلیه وظائف شهربانی امروز و مقدار مهمی از وظائف شهرداری (از قبیل نظارت بر امور اصناف و پیشه‌وران و خواریبار شهر و غیره) و دادستان بعهده وی می باشد ، و از همین جا اهمیت سمت وی معلوم می شود.

۲۰۰ - تذکر - تعریف روشن و جامع و مانعی از این شغل بدست نیامد ، با توضیحی که بیان گردید و نیز بادر نظر گرفتن موارد صلاحیت او میتوان بین سایر مشاغل - مخصوصاً قاضی و والی مظالم (۱) - تصور درستی از این شغل بدست آورد (۲)

تبصره - محتسب باید بالغ ، عاقل ، مسلمان ، آزاد و مطلع بمقررات مربوط بمقام خود بوده و شایستگی تصدی مقام مزبور را داشته باشد :

صلاحیت محتسب

۲۰۱ - صلاحیت محتسب در امور ذیل است :

الف - حفظ نظم و امنیت شهر و جلوگیری از تجاوزات بمال و عرض و جان و حیثیت مردم

ب - نظارت در معاملات و داد و ستد ، باین معنی که از معاملات خلاف قانون و

(۱) مطلب شماره ۱۷۹ ملاحظه شود .

(۲) در کتاب «معالم القربه فی احکام الحسبة» محتسب را اینطور تعریف نموده است: المحتسب من نصبه الامام او نائبه للنظر فی احوال الرعيه والكشف عن اموره و مصالحهم .

این تعریف از هر جهت مبهم و غیر علمی است.

مضر بحال مردم جلوگیری کند، و بالاخره بر تمام تخلفات مربوط به داد و ستد نظارت داشت.

ج - دستورات مربوط به حفظ نظافت شهر را داده و از اعمال مخالف با این نظر جلوگیری می کرد.

د - نظارت بر اوزان و مقادیر بهمه او بود.

ه - تأمین آذوقه شهر و جلوگیری از احتکار در حدود اصول قانونی در صلاحیت وی بوده است.

و - نظارت در طرز ساختن ابنیه و نظارت بر اماکن عمومی (مانند حمامها و سایر مجامع) را بهمه داشت.

ز - و بالاخره نظارت بر امور اصناف و پیشه و ران در صلاحیت وی بود.

۲۰۲ - نکته - در تمام مسائل مربوط به صلاحیت محتسب شرط این بوده که قانون مربوط به آن مسائل نظری نباشد (۱).

تنبیهات

۲۰۳ - اول - در جرائمی که صریح قانون متذکر شده (و نظری نبوده) و مجازات قانونی آنها تعزیر بوده محتسب می تواند پس از تشخیص مجرم، مجازات را در حق او اجراء کند و ای در سایر جرائم نمی تواند دخالت نماید.

۲۰۴ - دوم - در مورد حق الناس محتسب با رعایت دو شرط ذیل مرجع تظلم و ترافع نیز بود:

(۱) من شرط المحتسب ان يكون ذلك (بمعنى مورد صلاحیت محتسب) معلوماً بغير اجتهاد، فكل ما هو في محل الاجتهاد فلاحسبة فيه.

(معالم القربة في احكام الحسبة)

الف - نظری نبودن قانون مربوط به مورد ترافع (این در حقیقت همان شرط مذکور در مطلب شماره ۲۰۲ می باشد) مانند تأخیر در اداء دین با داشتن قدرت پرداخت. بنابراین هرگاه محکوم علیه از اجراء حکم محاکم تخلف می ورزید محتسب می تواند وی را وادار با اجراء نماید.

ب - موضوع شکایت، مورد انکار مدعی علیه نباشد و اگر نه دعوی در صلاحیت حاکم محکمه بود.

۲۰۵ - سوم - بعکس قضات که پس از ترافع باید انجام وظیفه کنند محتسب منتظر ترافع نبوده وی در موارد صلاحیت خود حتی بمنظور دفع تجاوز و تخلف، نظارت می نمود؛ و در صورت وقوع تجاوز و تخلف در حدود صلاحیت خود برای رفع آن، اقدامات لازم را بعمل می آورد. و برای این منظورها می تواند اشخاصی را استخدام نماید.

۲۰۶ - چهارم - مقایسه محتسب با والی مظالم (۱) - این هر دو عضو قوه اجرائی هستند ولی سمت والی مظالم بمراتب مهمتر است (مطلب شماره ۱۸۰ ببعد ملاحظه شود) والی مظالم حتما باید مستنبط باشد ولی چنین شرطی در محتسب ضرورت نداشت، بهمین جهت والی مظالم سمت قضائی داشت بعکس محتسب که ممکن بود سمت قضائی نداشته باشد.

۲۰۶ مکرر - تذکر - آنچه که از مطلب شماره ۱۶۱ تا این جا تحت عنوان حقوق اداری در عصر بنی عباس مورد مطالعه قرار گرفت چیزی است که بعنوان اساس و اصول میتوان بآن نگاه کرد و باید بر این اصول و اساس در مطالب را ضمیمه نمود:
اول - فرق بین آنچه که بعنوان قانون و مقررات معنون شده با آنچه که در عمل

(۱) مقایسه این دو سمت در «معالم القربة» با بهام واکزار شده است.

وجودداشت ، این فرق در اغلب و شاید همه قوانین جهان وجود داشته و دارد و خواهد داشت .

دوم- همزمان حکومت عباسیان در نواحی مختلف ایران حکومت هائی بوجود آمد که بالطبع خود را ملتزم به پیروی از کلیه مقررات حقوق اداری دربار بغداد نمی دانستند شاید اسناد حقوقی که در آتیه بدست آید نکات جالب و مختص باین حکومت ها را روشن سازد و مطالب این فصل را تکمیل نماید.

فصل سوم

حقوق اداری در عصر مغول و تیموریان

قسمت اول - حقوق اداری در عصر مغول

قسمت دوم - حقوق اداری در عصر تیموریان

قسمت اول

حقوق اداری در عصر مغول

الف - مقدمه

ب - وضع عمومی ادارات دولتی

ج - وضع و نشر قانون:

مرور زمان سی ساله

هیأت منصفه

حق تنظیم اسناد معاملات
وحدت مسکوکات و اوزان و مقادیر
چگونگی نشر قوانین و مقررات
علل تقنین
د- عناوین رسمی

مقدمه

۲۰۷- مغول قومی بودند وحشی و جهانگشا، صفات عمده آنان در این سه کلمه خلاصه می شود: درندگی، سودجویی، سازشکاری. قومی بودند که بهیچ مذهب عقیده نداشتند (۱) ولی پس از فتح ایران بعضی از آنان پیر مذهب خود باقی ماندند و بعضی به پیروی از روح سازشکار خود تحت تأثیر پاره‌ای از حکام ارمنستان و فعالیت پاپ بمذهب مسیح گرویدند و عده بیشتر آنان به پیروی از همان روح سازشکار بدیانت اسلام وارد شدند تا بتوانند قدرتی را که بچنگ آورده‌اند نگهدارند و از طغیان مردم محفوظ باشند، زیرا که ترسناک‌ترین مردمان قوم غازان خان بود (از سلاطین مغولی سلسله ایلخانان ایران مدت سلطنت او بین سالهای ۶۹۴- ۷۰۲ بوده است) که خردمند خاندان مغول است، وی تقریباً پس از نیم قرن که از انقراض حکومت عباسیان بدست هلاکو گذشته بود بتخت سلطنت نشست. اکثریت قریب باتفاق مسلمین آنروز گار که اهل سنت بودند نسبت بتسلط مغولان بر بغداد و نابود کردن دستگاه خلافت بنظر بغض و کینه نگاه می‌کردند که شعر معروف سعدی نمونه این خشم عمومی است:

آسمان را حق بود گر خون بیارد بر زمین

بر زوال هلك مستعصم امیر المؤمنین

(۱) بنقل بعضی مورخین مغول بودائی مذهب و بت پرست بودند ولی عطا ملک جوینی در توصیف چنگیز چنین می نویسد:
«چون منقلد هیچ ملت نبود از تعصب... و جتنب بوده است چنانکه مسلمانان را بنظر توقیر می‌نگریسته ترسایان و بت پرستان را نیز عزیز می‌داشته».

گذشت نیم قرن برای از بین رفتن يك خشم عمومی نسبت بمغولان کافی نبوده و سلاطین مغول روی این نفرت عمومی حساب میکردند: پاره‌ای از آنان صلاح خود را در آن می‌دیدند که مذهب اهل سنت و جماعت اختیار کنند تا افکار عمومی پشتیبان آنان باشد، ولی غازان شاید این اقدام را بیفائده تشخیص می‌داد و چون بخوبی از تضاد فرق سنی و شیعه با خبر و از سوابق همکاری رجال سیاسی بزرگ شیعه مانند ابن‌العلقمی (۱) و وزیر مستعصم بالله و خواجه نصیرالدین طوسی با سلاطین سابق مغول اطلاع داشت بمذهب شیعه متمایل شد و باین ترتیب دوستانی جدی برای خود تهیه نمود که قابل اطمینان بودند، این ابتکار غازان که شاید سیاست دیالمه باو الهام داده بود پس از وی مورد اقتباس سلاطین دیگر واقع شد که از جمله آنها اولجایتو یا سلطان محمد خدابنده (۲) برادر غازان است (۳) مسلم این است که سلاطین صفویه هم

(۱) در تزوک تیموری چنین نوشته شده است: مستعصم بالله عباسی، ابن‌العلقمی را که بصفه حسد و کینه موصوف بود وزیر خود ساخت، بواسطه کینه‌ای که از خلیفه در خاطر داشت بسخنان منافقانه خلیفه را بازی داد و هلاکوخان را ترغیب نموده بر سر خلیفه آورد و وی را گرفتار ساخت.

(۲) در تالیفات مخالفینش و برا باینجهت «خربنده» گفته‌اند حتی در کتاب تاریخ غازان در نسخه چاپی انگلستان بتصحیح Karl jahn هم عنوان خرنده بکار رفته با اینکه قطعاً مؤلف کتاب چنان لفظی را بکار نبرده زیرا از مقریان دربار غازان و وزیر وی و خدابنده بوده است طبعاً پس از مؤلف در کتاب اودست برده‌اند.

(۳) استفاد از ظاهر کتاب تاریخ غازانی تألیف رشیدطیب اینست که غازان از بت پرستی بمذهب حنفی گروید ولی استفاد از مطالب دیگر کتاب مزبور آنست که وی بمذهب امامیه تمایل داشته است و حتی در زمان خود از طرف مردم باین مطلب متهم شد و بعنوان دفاع از خود گفت:

«... من منکر هیچکس نیستم و بیزرگی صحابه معترفم لکن چون حضرت رسول «رادر خواب دیدم و میان فرزندان خود و من برادری و دوستی داده هر آینه با اهل البیت دوستی زیادت می‌ورزم. والا معاذالله منکر صحابه شوم... کتاب مزبور و نیز در هنگام ضرب مکوکات دستور داد که اسامی دوازده امام (ع) بر آن نقش کنند در این مورد مورخ مزبور می‌نویسد:

«فرمود... تا... بخطوط تمامت ولایات نام خود بر آنجا سکه زد تا در همه مواضع چون بخوانند دانند که ضرب او است و آیات قرآن و اسامی دوازده امام علیه السلام بر آن سکه منقوش است و سکه‌ای بقایت خوب و لطیف است... کتاب مزبور

از همین سیاست پیروی کرده و بنحو اکمل از آن برخوردار شده‌اند چه سلسله صفویه تقریباً اقتباس (۱) بدون تصرفی است از تشکیلات تیموریان و مغولان .

مالك الرقابى مطلق و هر چه مرجع فراوان حکومت‌های مغول (و تیموریان) مقتضی وضع ثابت اداری در سراسر کشور نبود، تنوع و دوام ناچیز مقررات اداری نسبت مستقیم با تنوع هوسها و تمایلات سبکسرانه این اقوام داشت ، باین اشکال که بر راه مطالعه و بررسی قرار دارد اشکال نقص منابع مطالعه را باید افزود چه کتب موجود بدست اشخاصی نوشته شده که چندان بهره‌ای از علم حقوق نداشته‌اند (۲) با این همه از نظری که در مطالب شماره ۱۳۵ ذکر شد مطالبی باقی مانده و بما رسیده که از جهت مطالعه حقوق اداری و بلکه تحول رشته‌های دیگر حقوق ، قابل ملاحظه است و می‌توان آنها را کلید بررسی‌های دیگر قرارداد : مثلاً مقایسه مندرجات این فصل با مندرجات فصل چهارم ، میدان تعمق وسیع‌تر و اظهار نظر درست‌تر خواهد شد . قرائن تاریخی نشان می‌دهد که اوضاع حقوقی مختص عصر سلاجقه در حکومت مغولان تأثیر داشته (۳) بنابراین

(۱) از اینجاست که باید بمطالعه کنندگان کتاب تذکرة الملوك و حواشی آن که از بعضی مستشرقین است توصیه نمود که اطلاعات خود را درباره سازمانهای اداری حکومت صفوی از راه مطالعه سازمان های اداری مغولان و تیموریان کامل گردانند .

(۲) مثلاً عطا ملک جوینی که تقریباً شاهد تأسیس و نهضت سلسله چنگیز بود و تمام عمرش را در دستگاه امراء و سلاطین مغول بدبیری و صاحب دیوانی و وزارت و امارت گذراند نسبت بیاساهای چنگیز و قوانین موضوعه توسط جانشینان او ناچیزی بقلم آورده است و آنقدر که نوشته از نظر حقوقی فاقد ارزش است بعکس رشیدالدین فضل‌الله و زبیر غازان که مردی اجتماعی و دقیق بود بسیاری از قوانین عصرش را در تاریخ نفیس خود ضبط کرده است .

(۳) در تاریخ رشید طبیب چنین ذکر شده ، که غازان خان در یکی از فرامین خود می‌نویسد :

« چون سلطان ملک‌شاه بر موجب اتفاق ... ائمه عصر حکمی کرده و جهت مصلحت عالمیان مدون گردانیده که هر که وقعی بنهان کرده باشد ... مانیز فرمودیم تا قضاات مما ااک بر آن موجب برونند .

مطالعه مندرجات این فصل کمک بادرک پاره‌ای از روابط حقوقی زمان سلاجقه می‌نماید (رجوع شود بمطالب ۴۸۰-۴۸۱).

از نظر فوق، نمونه کامل برای بررسی دوره مغول، عصر غازان است و برای مطالعه دوره تیموریان عصر تیمور.

وضع عمومی ادارات دولتی

۲۰۸ - اعضاء ناشایسته در ادارات عصر مغول اکثریت داشتند و مقامات دولتی حتی مقام قضاء را بکمک رشود و توصیه و نفوذ متنفذین باین نوع مردم بی‌دادند معلوم است که در چنین وضعی امنیت قضائی از میان مردم رخت برمی‌بندد؛ خوب است که قسمتی از متن کتاب تاریخ غازانی که نویسنده آن وزیر غازان و وزیر سلطان خدا بنده بوده و بخوبی از جریان امور عمومی مطلع است نقل شود :

« در روزگار مغول چنان اتفاق افتاد که بتدریج مردم را معلوم شد که ایشان قضات و دانشمندان را به مجرد دستار و دراعه می‌شناسند... بدان سبب جهال و سفهاء دراعه و دستار وقاحت پوشیده بملازمت مغول رفتند و خود را بانواع تملق و خدمت و رشوت نزد ایشان مشهور گردانیدند و قضاء و مناصب شرعی بستند... چون مدتی بر این موجب بود علماء بزرگ متدین صاحب ناموس بتدریج دست از آن اشغال و اعمال بازداشتند، و مردم بزرگ چگونه اختیار کنند که خود را در معرض چنان کسان آرند... چون جهال و سفهاء دانشمند صورت در ممالک بسیار بودند و می‌دیدند که امثال ایشان را کارهای بزرگ دست می‌دهد بمعارضه یکدیگر برخاستند و از کثرت منازعت و مقالات ایشان مغولان را خساست و وقاحت جمله ایشان معلوم گشت... هر امیری و بزرگی حمایت یکی از ایشان کردی، و بپهر مدت یکی قاضی شدی و دیگر معزول و بعضی بجائی رسیدند که عمل قضاء را بضمآن می‌ستند... چون قضاء بضمآن و مقاطعه گیرد توان دانست که حال بر چه وجه باشد... بدین اسباب راه دعوی باطل باز داده بودند، هر آفریده که ملکی داشت او را از صد دشمن بتر بود... و چون قضاء بضمآن و مقاطعه بود آن معانی ملائم طبع قاضی و اصحاب دادر قضاء می‌افتاد و مدعیان را تهییج می‌کردند و بوعده عشو می‌دادند و قضیه را مهمل و موقوف می‌داشتند ماهها بلکه سالها، و در آن میان آنچه خلاصه بود می‌ستند... بسیاری

«از املاك سالها، در تنازع می بود و هر سال زیادت از منال آن بدارالقضاء خرج میرفت. و بعضی آن بودند که یکی را بدست می آوردند که انواع خطوط مشابه خطوط دیگران می تواند نوشت ... هر يك از آن جماعت بحمايت مغول و قوی دستی می رفتند و با مردم منازعت می کردند و مقاطعان قضاء هر چند حکمی بدان نمی کردند رعایت مصاحبت خویش را، در مطالب ایشان ساکت میشدند و کلمة الحق نمیگفتند و بر زبان اغوان مجلس حکم در خفیه بایشان می رسانیدند که این جماعت قوی دستاورد و جوابی مطلق نمی توانیم گفت، و بر این طریق روز میگذرانیدند و در میانه چیزی می ستدند.»

متنفذان عصر مغول در صدور احکام اعمال نفوذ میکردند و حتی اعمال نفوذ را علنی می ساختند یعنی به همراه صاحب دعوی به محکمه می رفتند و تقاضای صدور حکم بر علیه شخص مورد حمایت که غالباً بی حق بود می نمودند بطوریکه در ایام حکومت غازان دستور داده شد که قضات تا وقتی که حامیان اصحاب دعوی در محکمه حاضرند حق رسیدگی و رؤیت دعوی را ندارند؛ و نیز قضات را موظف نمود که اسامی کسانی را که در صدور احکام از محاکم اعمال نفوذ میکنند با اطلاع غازان برسانند تا مجازات «اعمال نفوذ» (۲) را در حق آنان مجری دارد. صاحب تاریخ غازانی در این باب می نویسد:

«... دومی که پیش قاضی روند اگر در حمایت کسی روند و جماعتی متغایبان را بدارالقضاء حاضر گردانند تا مدد ایشان دهند قاضی باید که مادام که ایشان از دارالقضاء بیرون نروند قضیه و دعوی نشنود.»

اگر قوی دستی برایشان الحاح کند و اصرار نماید و این معانی که بر ظاهر حجت نوشته مسموع ندارد و بر آن حکم نکنند نام آنکسان بنویسند و بحضورت مافرسند تا آنکسانی که گناه کرده باشند چنان سیاست فرمائیم که موجب عبرت عالمیان باشد.

(۱) ماده دوم «قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی مصوب ۲۹ آذر ۱۳۱۵» مقرر می دارد:

«هر کس از روابط خصوصی که با مامورین یا مستخدمین مذکور در ماده یک دارد سوء استفاده نموده و در کارهای اداری که نزد آنهاست بنفع یا ضرر کسی برخلاف حق و مقررات قانونی اعمال نفوذ کند از یکماه الی یک سال حبس تادیبی محکوم خواهد شد.»

این قسمتی از فرمان غازان است که در سال ۶۹۹ بقضات نوشته است. وقتی که قضات و صاحبان مشاغل عالی عصر مغول در چنان وضعی موهون قرار داشتند حال محاسب و شحنه و راهداران (راهداران در عصر مغول طبقه‌ای بودند که از نظر سمت و شغل شبیه به ژاندارم کنونی بودند - رجوع شود به مطالب شماره ۲۱۸) و طبقات دیگر بخوبی معلوم است. یک قسمت از کتاب تاریخ غازان حکایت از همکاری «راهداران» با دزدان و راهزنان می‌نماید باین عبارت:

«و راهداران زیادت از آن نمی‌کردند که هر چه میخواستند از راهگذریان می‌ستدند و کاروانرا بیهانه آنکه دزد ... در میان شما باشد موقوف میگردانیدند تا دزدان آگاه می‌شدند و براه می‌آمدند. و چون دزدان کاروانی را بزدندی هرگز بر عقب دزد نرفتندی و صادر و وارد راهرگز از دزدان چندان بریشانی نبود که از ... راهداران چه مضرت دزدان احیاناً اتفاق افتادی، و از آن ایشان در هر موضع بهر منزلی ... وای بسا کاروان که راه‌های مجهول بغایت دور پر مشقت اختیار کردند تا از دست ... راه داران خلاصی یابند ...»

اکنون از سنجش اوضاع دوره‌های دیگر با اوضاع عصر مغول می‌توان تصور نمود که تا چه اندازه از فساد اداری گذشته با صلاح آمده است علت وجودی توصیه و تشبث در عصر مغول این بود که کار بکار دان ارجاع نمی‌شد و مردم ناشایست متوسل باین وسیله می‌شدند چندانکه، صاحبان حقوق و مردمان شایسته اگر میخواستند حق خود بگیرند مجبور میشدند بهمان وسیله متوسل شوند که ناشایستگان بآن چنگ میزدند؛ آن علت وجودی، در جوامع مشابه همان معلول را بوجود آورده یعنی آن درخت هر جا که روئید همان میوه تلخ بیار آورد. خساراتی که ایران در حین جهان‌گشایی مغولان و تیموریان تحمل نمود هزاران بار کمتر از خسارات مادی و معنوی است که از فساد دستگماهیهای اداری اقوام مزبور باین کشور وارد آمده است.

وضع و نشر قانون

۲۰۹ - هر چند در این دوره علی‌الاصول روابط حقوقی جامعه تحت سیطره قوانین موضوعه اسلامی قرار داشت ولی بنابر عوامل مذکور در مطلب ۲۱۴ سلاطین مغول (و سلاطین بعد از مغول) تا اندازه‌ای متصدی وضع قوانین جدید شدند و برخلاف سلاطین بنی‌عباس که حتی المقدور دزدان و مقرران اداری (با توجه به مندرجات مطالب ۱۴۰)

قواعدی را مقرر می‌داشتند، سلاطین مغول بدون اعتناء ببعضی از قوانین موضوعهٔ روز از پیش خود قانون وضع می‌کردند. بیشتر این قوانین موضوعه (صرفنظر از قوانین سازمانی و اداری) در دو مورد ذیل بود:

الف - امور کیفری

ب - امور مالی در حدود گرفتن مالیاتها و غیره. در زمان غازان دستور این بود که صورتی از اسامی آبادیها با ذکر عایدات هر يك از آنها تهیه شود پس از آن مالیات هر آبادی را مطابق عایدات آن معین می‌کردند. عوارض راهداری نیز نسبت به هر چهارپائی (جز آنچه که محمولهٔ آن مأكولات و غله بود) وصول می‌شد و صرف حقوق و مواجب راهداران می‌گردید که امنیت طرق و شوارع را حفظ می‌کردند. معاملاتاتی که مردم در محکمه انجام می‌دادند؛ بابت حق‌الکتابهٔ منشی و محکمه طبق مقرراتی که قانون غازان معین کرده بود وجه نقد وصول می‌شد.

نکته - در عصر مغول دو دوره از نظر قانونگذاری قابل ملاحظه است: یکی زمان چنگیز مؤسس این سلسله و دیگری غازان. در زمان هر يك از این دو پادشاه ایران قطعه‌ای از يك امپراطوری بسیار وسیع بود و قوانینی که این دو وضع نمودند بر سراسر امپراطوری مـزبور حکومت می‌کرد: اینک اصول کلی این دو قانون را می‌بینیم:

۲۰۹ مکرر - الف - یاسا نامهٔ بزرگ - این نامه در حقیقت مجموعهٔ قوانین موضوعه توسط چنگیز بود که از ظواهر امر چنین استفاده می‌شود که قوانین مضبوط در آن چندان قابل ملاحظه نبوده و این نکته مطلب ۲۱۵ را از هر جهت تأیید می‌کند. عطا ملک جوینی سیاست مدار نامی عصر مغول در کتاب جهانگشای خود در بارهٔ یاساها (یا «یاسها») چنین می‌نویسد:

«... بر وفق و اقتضاء رأی خود هر کاری را قانونی و هر مصلحت را دستوری نهاد
در گناهی را حدی پدید آورد.

«چون اقوام تـاتـار را خطی نبوده است بفرمود تا از ابغوران، کـودکان مغولان

«خط آموختند و آن یاسها و احکام بر طوأمیر ثبت کردند و آنرا (یاسا نامه بزرگ) خواندند
«در خزانه معتبران پادشاهزادگان باشد بهر وقت که خانی بر تخت نشیند ... در مصالح
«ملك و تدبیر آن شروع پیوندند آن طومارها حاضر کنند و بنای کارها بر آن نهند و تهبیه
«لشکرها و محاربت (در بعضی نسخ تجارب و تخریب هم ذکر شده) بلاد و شهرها بر آن
«شیوه پیش گیرند.

مقررات مختلف یاسارا مطالب کم اهمیت تشکیل میداد از آن نمونه است

قوانین ذیل :

يك - اصل آزادی عقاید مذهبی - در این مورد تاریخ جهانگشا چنین

می نویسد :

«چون چنگیز متقلد هیچ دین و تابع هیچ ملت نبود از تعصب و رجحان ملتی بر ملتی
«و تفضیل بعضی بر بعضی مجتنب بوده است... چنانك مسلمانان را بنظر توقیر می نگریسته
«ترسایان و بت پرستان را نیز عزیز می داشته .

دو - نظامیان مکلف بودند هنگام صلح بشکار روند و مقرراتی برای شکار در
یاسانامه ذکر شده بود که تخلف از بعضی از آن مقررات مستلزم مجازات چوب زدن
یا اعدام بود ! از این نمونه میتوان بطرز فکر اقوام وحشی و قوانین نابخردانه
آنها پی برد .

سه - راجع به ترکه متوفی بدون وارث بنقل از جهانگشا مقرر بود که :
« اگر صاحب شغلی یا رعیتی متوفی شود آنچه از او بازماند اگر اندك باشد و اگر
« بسیار، تعلق نسازند و هیچ آفریده تعرض آن نکند. و اگر وارثی نداشته باشد بشاگرد
« یا غلام او دهند. و بهیچ وجه مال مرده در خزانه نگذارند و آنرا بفال نيك ندارند .

۲۱۰- ب - قوانین غازان - بعکس یاساها که نشانه کومه فکری و نابخردی

اقوام مغول است قوانین غازان بعلمت استفاده از فکر حقوقدانان و رجال اسلامی و
ایرانی نسبتاً قابل ملاحظه است چه در امور دادرسی و چه در امور اقتصادی و تجاری
که از باب مثال بعضی از قوانین مزبور بعنوان ثبت در تاریخ حقوق برای سنجش
تحولات در قانونگزاری (۱) دوره دوم بشرح ذیل درج می شود :

Législation (۱)

هر روز زمان سی ساله - بمنظور فصل خصومت در دعاوی راجع باملاك كه جمعی باستناد اسناد و نوشتجات قدیمی علیه متصرف ملك، طرح دعوی در محاکم می نمودند از زمان ملكشاه سلجوقی دستور داده شد كه هر سند ملكی كه سی سال از تاریخ صدور آن گذشته و دارنده آن باستناد آن سند علیه متصرف ملك، مذکور در سند، اقامه دعوی نكرده حق طرح دعوی باستناد چنان سندی را ندارد (رجوع شود بمطالب ۴۸۱ - ۴۸۲ - ۴۸۳) این قانون در حكومت سلاطین مغول هم وجود داشت ولی غالباً مورد مخالفت عملی و اجرائی حقوقدانان آن عصر واقع می شد، و وضع بر این منوال بود تا در عصر غازان كه پس از جلب نظر بعضی از حقوقدانان متنفذ وقت قدرتی بآن داده شد. مؤلف تاریخ غازانی در این باب می نویسد :

« ... حکایت آنكه سلطان ملكشاه نوشته كه دعاوی سی ساله نشوند، و در عهد «هلاكو خان ... هم بر آن موجب بر لیغ نافذ گشت و بعد از آن در زمان اباباغان و ارغون خان دو گیخا توخان امضاء آن حاصل گردانیدند لکن اثری از نفاذ آن بظهور نمی پیوست بدو سبب «یکی آنكه شرائطی چند شرعی و عرفی كه در آن باب معتبر است در آن احكام مذکور نبود؛ و چون مطلقاً فرموده بودند كه بعلمت قبالات كهنه سی ساله دعوی نشوند مشروع نمی نمود مهمل می ماند، سبب دوم آنكه احكام بر لیغ را باید حکام و پیشوایان جاری گردانند» و چون عموم ایشان می خواستند كه املاك بسیار بوجوه اندك بخرند و جز بدین طریق «ممکن نبود چگونه تمسیت منع آن معنی كردندی؛ بالضروره با آنكه خود عرضه می داشتند «آنها مهمل می گذاشتند. پادشاه اسلام چون خواست كه امضاء آن بر لیغ فرماید فرمود «تا سواد آن بر لیغ باتفاق و مشاورت قضات بزرگ عالم كامل و كافی، كنند و مرحوم «مولانا فخرالدین قاضی هرات كه از فحول علماء روزگار... بود... و قاضی القضاة وقت در قسم انشاء بی نظیر، سواد آن بر لیغ را مشتمل بر قیود و شرائطی چند كه در آن باب «معتبر است نوشتند... و فرمان شد تا در تمامت ممالك كسانی متقلد قضاء باشند كه ... «استعداد آن كار خطیر داشته باشند و وجه معاش ایشان معین فرمود تا بدان متقنع باشند «و هیچ علت هیچ چیز از کسی نستانند....»

هیأت منصفه - شرکت اشخاصی كه سمت قضائی نداشتند در بعضی از دادرسی ها به وجب فرمان غازان مقرر شده بود، این هیأت از قضات و حکام ولایات

(که در تألیفات این دوره بآنها ملوک گفته می‌شود. این مطلب آنچه را که در مطلب ۱۵۲ گذشت تأیید می‌کند) و منشیان دخل و خرج (بایتکچیان) و علویان و دانشمندان فراهم می‌شد و محل جلسه محاکمه در مسجد جامع شهر بود. در این باب مؤلف تاریخ غازانی عین فرمان غازان را چنین ضبط می‌کند:

«... دیگر دعوی که میان دو مغول یا میان یک مغول و یک مسلمان و دیگر قضایا که قطع و فصل آن مشکل باشد فرمودیم تا در هر ماهی دو روز... ملوک و بیتکچیان و قضات و علویان و دانشمندان در مسجد جامع به دیوان الظالم جمع شوند و دعاوی به جمعیت بشنوند و بکنه آن رسیده بموجب حکم شریعت بفیصل رسانند و مکتوب نویسند و سجل کرده خطهای خود بگواهی بنویسند ...»

حق تنظیم اسناد معاملات

۲۱۱ - معاملات آنی که محتاج به تنظیم سند بود در محکمه با حضور قاضی صورت می‌گرفت، منشی محکمه سند معامله را می‌نوشت و فرمان غازان این بود که: اگر معامله تا صد دینار باشد یک درم حق تنظیم و تحریر سند را دریافت می‌داشت اگر معامله زائد بر صد دینار بود یک دینار دریافت می‌داشت. مؤلف تاریخ غازانی در این مورد از فرمان غازان چنین نقل می‌کند:

«... دیگر فرمودیم که قضات بعلت سجل و دعاوی بر معهود، دانگی توقع ندارند و نستانند، بر سومی که فرموده ایم قناعت نمایند. و آن کاتب که حجت نویسد بهر حجتی که ببلوغ صد دینار باشد یک درم بستاند، و آنچه بالای صد دینار باشد یک دینار بستاند»

منشی محکمه

۲۱۱ مکرر - قضات مکلف به استخدام منشی برای محکمه بودند چنانکه غازان در یکی از فرامین خود به قضات چنین می‌نویسد:

«... دیگر باینکه حکمتدی متدین را نصب کند تا تاریخ حجتها نویسد و روزنامه داشته باشد و احتیاط تمام کند تا اگر کسی ملکی را فروخته باشد یا برهن نهاده و باری دیگر بفروشد یا بگردد نهد روشن شود... اگر کسی چنین کرده باشد ریش آن شخص بتراشند و کرده شهر بر آرند. تاریخ نویس نیز اگر از این قضایا چیزی فهم کند و پنهان و مخفی دارد گناهکار و مردنی باشد.»

ثبصره - مستفاد از فرمان بالا ممنوع بودن «رهن مکرر» يك ملك است .
غازان بمنظور جلوگیری از معامله مجدد يك ملك دستور داد که هر کس می‌خواهد
ملکی را بفروشد باید به محکمه برود و ملکیت خود را وسیله ینه اثبات کند ، سپس
آنرا بفروشد، و اگر سند (تمسک) دارد آنرا هم بمشتری بدهد و نزد قاضی اقرار ببطالان
هر نوع قباله‌ای که بعد ظاهر شود بکند . قاضی باید این دعوی را مشروحاً مسجل
کند و «تمسک» آنرا ذیل آن سجل قلمی نماید .

وحدت مسکوکات و اوزان و مقادیر

غازان در آغاز جلوس خود متوجه شد که مسکوکات گوناگون و اوزان و
مقادیر مختلف در نقاط ایران وجود دارد و باین ترتیب ضعف و سستی در روابط تجاری
پدید آمده است ، بدستور وی مقرراتی راجع به مسکوکات و اوراق و مقادیر برقرار
شد تا سکه واحد و اوزان متحد (مطابق وزن معمول تبریز) در سراسر کشور رایج و
مستقر گردید .

چگونگی نشر قوانین و مقررات

۲۱۲ - در مورد قوانینی که خطاب بمأموران دولت بود نسخه‌ای از آن قانون
برای آنان ارسال و رسید اخذ می‌شد ، و در مورد قوانینی که باید با اطلاع مردم
برسد (مانند قوانین مالیات و عوارض راهداری) روی پلاکهای سنگی یا فلزی حک
می‌شد و در آبادیها و راهها نصب می‌گردید تا با اطلاع مردم برسد در این باب متن
یکی از فرمانهای غازانی چنین میگوید :

«چون پیش از این عوانان و ظالمان باضعاف آن اموال باسم اخراجات و عوارض...
می‌ستدند و اکثر خود و عمال... می‌بردند و فائده‌ای از آن بدیوان و بیت‌المال نمی‌رسید
بلکه متضمن خلل و خرابی ملك و تلف مال بود. کسانی که اموال دیوانی بمقاطعه و ضمان
قبول می‌کردند غرض ایشان آنکه متصرف شوند و هر آنچه خواهند کنند و اصغاف مال
مقاطعه می‌ستدند و جزوی از اجزای آن اداء نمی‌کردند... اکنون چون بیاری حق تعالی

«میسر شد ... که مفصل اکثر مواضع ممالک که هرگز در هیچ عهد نوشته اند و دفاتر و نسخ آن جمع نکرده قانون آن دیه بدیه مفصل نوشتند و اموال آن مواضع مقرر و معین کردند... چون بموجب قانون دیه بدیه و مواضع بموضع مفصل و مقرر و مقنن گشته تمامت کتب ولایات را در کتب خانه که متصل گنبد و خانقاه و ابواب البر است... جمع گردانند و به معتبران سپرده و مرسوم ایشان داده و هر مشکل که من بعد افتد از آنجا مطالعه نمایند و اگر کسی را شرط نامه ای بالوحی که داده شده است ضایع گردد نسخه ای از آن جا بدهند... و نسخه ای از آن در دیوان بزرگ و یکی در هر ولایتی. و شرط نامه ها در دست قضات و ارباب و رعایا نهاده، فرمودیم تا به وجبی که مقنن گشته در هر دیهی و موضعی بر تخته ای با سنگی یا صحیفه مس و آهن در کدام که ایشان خواهند بنویسند و بر آن نقش کنند، و اگر خواهند بگچ کرده و بر در دیه یا مسجد یا مناره... بنویسند. و از آن یهود و نصاری بر دره ما بد، و در دیه و موضعی که خواهند؛ و از آن صحرا نشینان میل بسازند بموضعی که صلاح دانند... و رعایای هر دیهی و موضعی و هر صنفی را که در آن ولایات مال و متوجهات معین شده الزام کنند تا «بزودی هر یک در مدت بیست روز تمامت بموجب قانون آنچه آن که ذکر گرفته بگچ و میخ بر مواضع مستحکم بکنند چنانکه سالهای بسیار بماند و هیچ آفریده تغییر و تبدیل نکنند. نکته - مقصود از قانون در این فرمان، مقررات کلی و جزئی مالیات بود که بر سنگها یا صحیفه های فلزی یا در دیوار معابد یا شهرها می نوشتند و در هر صورت میتوان قسمی از انتشار قانون را در آن یافت.

تبصره

۲۱۳ - مطلب بالا تا اندازه ای مسأله کیفیت نشر قوانین موضوعه را در ادواری که صنعت چاپ وجود نداشته حل می کند؛ و این حدس را بوجود می آورد که در ادوار مشابه عصر غازان هم مسأله نشر قوانین شبیه وضع بالا بوده است (۱) ثبت مفاد وقف های عمومی بر سنگها و کاشی ها و صفحات فلزی هنوز هم تا عهد ما معمول بوده است و اخیراً صنعت چاپ و اوضاع دیگر حقوق جدید مانند قوانین ثبت بآن ترتیب خاتمه داده است.

(۱) چنانکه گفته اند قانون حموری بر سنگ نوشته شده بود که در سال ۱۹۳۱ در حفاری های شوش بدست آمد سنگ مزبور بجدول هائی تقسیم شده که قانون را بخط بابلی بر آن نوشته اند. ولی معلوم نشد که نوشتن بر سنگ برای حفظ قانون بود یا برای نشر قانون

غزل تقنین

۲۱۴ - پس از انقراض عباسیان عواملی بوجود آمد که بسلاطین مغول (و سلسله‌های مشابه آن) اجازه می‌داد که در زمینه وضع قوانین گام بردارند این عوامل عبارت بود از :

الف - سلاطین مغول اساساً بت پرست بودند بنابراین خود را مقید بپاره‌ای اصول که عباسیان پابند آنها بودند نمی‌دیدند بهمین جهت وضع قانون طبعاً بنظر آنها مطلبی عادی بود.

ب - حقوق‌دانان مسلمان که سلسله جنبان و حامی قوانین جاری روز بودند غالباً مغول را غاصب مقام «ریاست عامه» می‌شمردند و از حشر و نشر با آنان خودداری می‌کردند ، بنابراین وقتی که غازان و امثال او نمی‌توانستند مانند عباسیان از قوانین مالی اسلامی بهره‌مند شوند ناچار بودند که برای تهیه پول و مال که لازم است مقررات مالی جدید تهیه کنند و متعرض خس و زکوة و عوائد اراضی خراجی (مطلب شماره ۶۴) نشوند و بهمین قیاس قوانین دیگر وضع نمایند .

۲۱۵ - نکته - نباید از نظر دور داشت که قوانین موضوعه عصر مغول و تیموریان هر چند که ظاهراً بنام غازان یا تیمور یا فلان و بهمان بود نمی‌توان گفت که فکر ایرانی در تهیه و تنظیم آنها بهیچ وجه دخالت نداشته است (مخصوصاً با توجه به مطالب ۲۰۹ مکرر) .

عناوین رسمی

۲۱۶ - فهرست مفصل عناوین و مشاغل رسمی این عصر بدست نیامد ولی می‌توان بقرینه تشابه وضع زندگی مغولان و تیموریان اطلاعات لازم را از مباحث مربوط به تیموریان که مشروح‌تر است بدست آورد . مناسب است که از چهار عنوان رسمی که در تاریخ این عصر دیده شده ذکر می‌شود :

۲۱۷ - شحنة - فرمانده لشکری که در حوزه حکومت يك خاگم مستقر شده

بود عنوان شهنه راداشت (۱) باین ترتیب ممکن بود حوزه صلاحیت شهنه ، شهر یا مملکت (به معنی مصطلح در حقوق اداری دوره دوم) باشد.
اهل لغت معنی دیگری برای آن ضبط کرده اند که چون از فن آنان خارج است زیاد مورد اطمینان نیست . .

۲۱۷ مکرر - بیتکیچی - منشی جمع و خرج مالیات را می گفتند که در این عصر اهمیت قابل ملاحظه ای داشتند . مستوفیان دوره صفویه وقاجار جانشینان این منشیان هستند .

راهداران

۲۱۸ - این طبقه وضعی نظیر ژاندارم کنونی داشتند و عهده دار امنیت طرق و شوارع بودند . و از عوارضی که طبق مقررات دولتی وصول می داشتند حقوق و مواجب آنان داده می شد ، مقررات مزبور را بر سنگها و گچها نوشته بودند تا راهداران دستاویزی برای زیادتر گرفتن مالیات نداشته باشند ، راهداران مسئول سرقت اموال مسافرین بودند مگر اینکه دزد گرفته و تسلیم محاکم نمایند (مطلب ۲۰۸) مؤلف تاریخ غازانی در این مورد چنین می نویسد :

«... فرمود تا در تمامت راهها بهر موضع که مخوف باشد راهداران معین بنشینند »
«بهر چهارسر دراز گوش که بار بسته کاروان باشد نیم آنچه (۲) و بهر دیرس بشر نیم آنچه با سم باژ بستانند.. و از چهار پایان تهی و آنچه ما کولات و غله نقل کنند هیچ چیز نستانند. و اگر قطع (سرقت) افتد هر راهدار که بآن موضع نزدیکتر باشد دزد را بدست آورد والا از عهده مال بیرون آید. و برین موجب حجت از تمامت باز گرفتند.»
« فرمود تا احتیاط کرده در مواضع ضروری میلها بسنک و گچ بسازند و لوحی که به ذکر عدد راهداران آن موضع و شرائط یاساق که در این باب معین است بر آنجا نوشته

(۱) در زبان عربی به معنی پلیس و نیز به معنی «متصدی امری از امور شهر» و همچنین «والی از طرف سلطان» آمده است . در اصطلاحات عامیانه به معنی «امیر» بکار رفته است .

(۲) آنچه به معنی نقره است که در آنمصر واحد پول بوده است.

«باشند در آن میل محکم کنند تا بیرون از آن مواضع وعدد ملین منشینند و زیادت مقرر نستانند و آنرا نام لوح عدل است»

ملوك

۲۱۸ مكرر - به حکام ولایات گفته می شد. باین ترتیب این اصطلاح بجای «سلطان» که قبل از این عصر استعمال می شد (مطلب شماده ۱۵۲) بکار می رفت ولی ظاهراً ملوك این دوره سمت دادرسی را تصدی نمی کردند .

قسمت دوم

حقوق اداری در عصر تیموریان

- الف - وزراء
- ب - منشی حضور
- ج - مجلس نویس
- د - نویسندۀ کارخانجات سلطنت
- ه - مشاغل نظامی
- و - قضات شرعی وقضات عرفی (قاضی احداث)
- ز - تقسیمات کشوری
- ح - حکام - والیان
- ط - وزراء ولایات
- ی - راهداران
- ک - حقوق مأموران دولت

وزراء

۲۱۹ - در حقوق اداری ایندوره مانند دوران عباسیان و امویان و صدر اسلام وزیر در تشکیلات مرکز و ولایات وجود دارد چنانکه بعداً خواهیم دید این وضع در عصر صفویه هم وجود داشته است. ولی بعکس دوره عباسیان و قبل از عباسیان که تعداد وزراء در مرکز از دوفتر تجاوز نمی کرد در دوره تیموریان تعداد آنان در مرکز بنا بر مندرجات تزوک تیموری (۱) بهفت نفر می رسد. چنانکه بعداً خواهیم دید سلاطین صفوی هم از سازمانهای اداری تیموریان تقلید فراوان کرده و تعداد وزراء صفویه و صلاحیت و حتی اسامی و عناوین آنان هم کم و بیش از تیموریان اقتباس شده است.

۲۲۰ - در عصر عباسیان وزیر دارای مشاغل مختلف و گوناگون بود (مطاب شماره ۱۶۸ مطالعه شود) و حال اینکه از عصر تیموریان بعد بر اساس تقسیم کار هر یک از وزراء کار مخصوصی را تصدی می نمودند و بنابراین حقوق اداری تیموریان نسبت بعصر عباسیان روبه ترقی و توسعه می رفته است.

(۱) کتاب تزوک تیموری یا تیمور نامه در حقیقت مجموعه خلاصه ای از قوانین موضوعه بوسیله تیمور است که بعضی مباحث اخلاقی و تاریخ مختصر نهضت تیمور را هم در بر دارد ظاهر کتاب آنست که خود تیمور آنرا نوشته ولی شاید صحیح آن باشد که از زبان تیمور نگارش یافته باشد چه نویسنده آن شخصی است تحصیل کرده که در دستگاه اداری مملکت مقام مهمی داشته است از سبک نثر آن معلوم است که انشاء آن در عصر تیموریان تهیه شده است چه فارسی آن روان و جملات آن کوتاه و بدون سجع و قافیه است و هنوز هم بسیاری از لغات خالص ایرانی که در لهجه های شیرین گیلگی و امثال آنها موجود است در این کتاب دیده می شود، و هیچ اثری از انشاء مهوع عصر صفوی در این کتاب دیده نمی شود.

متأسفانه نسخه چاپ هند مغلوط است و رواست که افاضل کشور که حظی از تاریخ و حقوق داشته باشند این کتاب را با تصحیح و تحقیق و حواشی بچاپ برسانند چه بنظر نگارنده اهمیت آن بیشتر از تذکره الملوك و تتبعات بعضی از خاورشناسان در اوضاع اداری عصر صفوی است تزوک تیموری بسیاری از مبهمات حقوق اداری صفویه را حل خواهد نمود.

۲۲۱ - دیوان حضور - این عنوان در حقیقت از یک سازمان اداری عصر تیموری
جکاپت می‌کند که بسیار شباهت به «وزارتخانه» دارد نهایت اینکه وزراء مرکز بطور
دسته جمعی «دیوان حضور» را تشکیل می‌دادند (۱)

ریاست دیوان حضور (۲) یا دیوان بیگنی بوده است در تزوک می‌نویسد:
«این هفت وزیر تابع دیوان بیگنی باشند که مهمات و معاملات امور مالی را با اتفاق
دیوان بیگنی انجام داده بعرض رسانند»

۲۲۲ - نکته معلوم نیست که دیوان بیگنی عنوان وزیر هم داشته یا نه ولی مسلم
است که سمت وی فوق وزارت بوده است در این صورت بالطبع باید وزیر باشد این
مطلب در حقوق اداری صفویه دیده نشده است ولی عنوان دیوان بیگنی بعنوان یک
محکمه عرفی (۳) در تألیفات مؤلفان تاریخ اوضاع اداری صفویه دیده شده است (مطلب
شماره ۲۵۵)

۲۲۳ - وزراء دیوان حضور - تعداد این وزراء در تزوک تیموری گاهی چهار و
گاهی هفت ضبط شده است که عدد اخیر درست تر بنظر می‌رسد. وزراء باین شرح
بودند:

(۱) بنظر می‌رسد که مندرجات تزوک تیموری در مورد اعضاء دیوان حضور
بعلمت اغلاطی که در چاپ کتاب رخ داده تا اندازه ای ایجاد ابهام کرده باشد.

(۲) چون این دیوان در مرکز (یعنی در محل حضور شاه) قرار داشت به همین جهت
آنها دیوان حضور می‌گفتند در مقابل دیوان حضور، دیوانهای بی بی بود که در ولایات (خارج
از مرکز) تشکیل شده بود. دیوان حضور را در عهد عباسیان «دیوان سلطنت» می‌گفتند
(مطلب شماره ۱۹۱)

(۳) بنظر می‌رسد که عنوان «دیوان بیگنی» که اساساً اسم شخص و بمعنی رئیس
دیوانست در تزوک تیموری درست بکار رفته باشد. ولی دادن این عنوان بعالیترین
محاکم عصر صفوی آیلجاکلی از یک تحول در حقوق اداری مامی باشد؛ ظاهر این است که
تحولی صورت گرفته است ولی کیفیت این تحول مجهول مانده است.

اول - وزیر مملکت (۱) ورعیت - صلاحیت این وزیر عبارت بود از:
الف - رسیدگی باوضاع عمومی کشور ورعیت و عمران و آبادی مملکت
ب - نگهداری حساب عوائد مملکت .

بطور تقریب وی جامع صلاحیت وزیر کشور و وزیر دارائی بوده است .

۲۲۴ - دوم - وزیر سپاه - صلاحیت وی عبارت بود از :

الف - رسیدگی بامور مالی لشکر

ب - تهیه اطلاعات مربوط به لشکر و گزارشهای لازم جهت اطلاع سلطان .

نکته - فرمانده کل لشکر را «امیرالامراء» می گفتند که بر تمام ارتش زیاست داشت و از این نظر رسماً نایب شاه محسوب می شد . امیرالامراء غیر از «وزیر سپاه» بود و ظاهراً اهمیت مقام وی فوق مقام «وزیر سپاه» بوده است .

مؤلفان تاریخ اوضاع اداری عصر صفوی «قورچی باشی» (مطلب شماره ۲۴۸) را «امیرالامراء» و وزیر جنگ می دانند در صورتیکه نظر آنان خالی از اشتباه باشد باید معتقد به یکنوع تغییر و تحول در مورد مزبور شد .

۲۲۵ - سوم - وزیر کارخانه های سلطنت - صلاحیت وی عبارت بود از رسیدگی

بخرج و دخل خزانه و دواب (ظاهراً مقصود از خزانه در این جا «خزانه» بعنوان یکی از بیوتات سلطنتی است نه اینکه رسیدگی بحساب عوائد کشور در صلاحیت این وزیر بوده است) .

کارخانجات سلطنت که نویسندگان بیدوق عهد صفوی با لغت نادرست عربی

آنها را «بیوتات سلطنتی» نامیده اند (و هنوز هم در استعمالات زبان فارسی باقی مانده)

بهمان وضع که در عهد تیموریان موجود بوده مورد تقلید و اقتباس صفویه قرار گرفته است (مطلب شماره ۲۵۰) .

(۱) مملکت در اینجا بمعنی قلمرو استعمال شده است. اصطلاح «وزیر مملکت» هر چند با اصطلاح «وزیر کشور» در عصر کنونی قرابت دارد ولی عین آن نیست.

۲۲۶ - چهارم - وزیر سرحد‌ها و مملکت خالصه - در تزوك تیموری راجع بصلاحت این وزیر چنین نوشته شده: «امر نمودم وزیر بر سرحد‌ها و مملکت خالصه تعیین نمایند که سررشته معاملات مالی و ولایات نگهدارد.» از این عبارت آنطور که باید صلاحیت وی بدست نمی آید.

۲۲۷ - پنجم - وزیری که نسبت بامور متفرقه ذیل صلاحیت داشت:

الف - نگهداری اموال غایب و متوفی و فراریان. وی می بایست این اموال را بطور امانت نگهدارد و اموال غایب و اموات را بوراث آنان برساند. از این مطلب استفاده می شود که احکام موت فرضی را برای غایب مفقودالخبر (در اصطلاحات جدید بغلط غایب مفقودالاثرا گفته شده است) می شناخته‌اند.

ب - گرفتن عوارض مخصوص از مسافران و از مواشی و چراگاهها.

۲۲۸ - ششم - عرض بیگی - ظاهر عبارات تزوك تیموری این است که یکی

از وزراء دیوان حضور «عرض بیگی» باشد. عرض بیگی یارئیس عرائض بنقل تزوك تیموری کسی بود که: احوال سپاه و رعیت و دادخواهان و خرابی و معموری ملک و آنچه از مهمات که فیصل می یافت بعرض شاه می رساند.

مندرجات تزوك تیموری نسبت بوزیر هفتم کاملاً مبهم است و از قرائن و

امارات استفاده می شود که «صدرالصدور» از وزراء دیوان حضور بوده باشد (۱)

۲۲۹ - هفتم - صدرالصدور - در تزوك نوشته است: «امر نمودم که

صدرالصدور، سیورغالات سادات و ارباب و وظائف و اوقاف بعرض رساند» صریحتر از این

(۱) در عصر صفویه «صدر» و «شیخ الاسلام» دو قاضی عالی رتبه محسوب می شدند

(مطالب شماره ۲۵۳ - ۲۵۵). صدر باین معنی در عصر تیموریان هم وجود داشته است

و مقام وی صرفاً مقام قضائی بود برخلاف صدرالصدور که تا اندازه‌ای از نظر صلاحیت

شبه به «وزیر اعظم» در عصر صفویه است (مطلب شماره ۲۴۷)

این در آن کتاب چنین نوشته شده است :

- » یکی از سادات ذیقدر را « صدارت » اهل اسلام مقرر کردم که:
- » ضبط اوقاف نماید و متولیان تعیین کند.
- » و بهر شهر و بلدی اقصی القضاة و مفتی و محتسب معین سازد.
- » و سیورغال و وظائف از برای سادات و علماء و مشایخ و ارباب استحقاق مقرر گرداند .
- » و قاضی از برای برای عسکر و قاضی از برای رعیت نصب نمودم.
- » بهر مملکتی (شیخ الاسلام) فرستادم که اهل اسلام را از معاصی باز دارد و امر به معروف کند (۱)
- » امر نمودم که (صدر) و (قاضی) مهمات شرعی ممالک محروسه را بعرض من رسانیده... و
- » و امیر عدل تعیین نمودم که (مرافعات عرفی) سپاه و رعیت را بعرض رساند.

منشی محرم

۲۳۰ - در این مورد در تزوك می نویسد : «دستور دادم منشی محرم که صاحب اسرار است حاضر باشد» وی مطالب سری و مشورت‌های سری را یادداشت می‌کرد. اصطلاح «منشی حضور» در حقوق اداری قاچار ناشی از اصطلاح قدیمی «منشی محرم» است. اصطلاح «منشی محرم» در مقابل اصطلاح «مجلس نویس» است چه مجلس نویس منشی در مجالس بود و مطالب غیر سری را یادداشت می‌کرد. مجلس نویسان

۲۳۱ - در اصطلاحات اداری عصر صفوی آنان را «واقعہ نویس» هم می‌گفتند و حتی مقام وزارت برای آنان قائل شدند (مطالب شماره ۲۵۱).

بنقل از تزوك تیموری: مجلس نویسان نوبت بنوبت در «دیوان مجلس» حاضر شده و مهمات معاملاتی که فیصل می‌یافت صورت واقعہ را نوشته و بایگانی می‌کردند آنان باید آنچه که بعرض شاه رسد و شاه حکم کند و امور کلی و جزئی را بقلم آورند.

(۱) از این عبارت معلوم می‌شود که «شیخ الاسلام» قاضی کیفری بوده است و امور حسبی را تصدی می‌نموده است.

نویسنده کارخانجات سلطنت

۲۳۲ - در تزوك تیموری چنین آمده است که : برای هر کارخانه از کارخانه‌های سلطنت نویسنده‌ای تعیین شد که اخراجات و مداخل و مخارج یوهیه را می‌نوشت .

بنظر می‌رسد که شغل «صاحب جمع» که در حقوق اداری عصر صفوی دیده شده (مطلب شماره ۲۴۹) همین سمت باشد که صفویان آنرا از سازمانهای تیموریان اقتباس نهوده‌اند .

نکته - عنوان صاحب جمع در حقوق اداری عصر مغول در معنی دیگری دیده شده است چنانکه مؤلف تاریخ غازان مفاداً چنین می‌نویسد : در هر ناحیه ای از طرف مرکز مأمور عالی رتبه دولت فرستاده می‌شد تا مردم مالیات دولت را باو تسلیم دارند اوحق داشت که حوالجات دولتی را که مأموران دولت یا صاحبان مستمری در دست داشتند در محل وصول مالیات پردازد و مازاد را به خزانه می‌فرستاد این مأمور عالی رتبه را صاحب جمع می‌گفتند.

مشاغل نظامی

۲۳۳ - حکومت در عصر تیموریان (وبالتیجه در اعصار مشابه آن مانند عصر مغولان و صفویان و غیره) تقریباً در دست نظامیان بود حتی مطابق مقررات ترفیعات نظامی، کسی که فرمانده فوج ده نفری بود می‌توانست در صورتیکه فوجی از افواج دشمن را مغلوب کند بمقام حکومت شهر برسد و بهمین روش فرمانده فوج صد نفری اگر فوج دشمن را مغلوب می‌کرد والی مملکت (ایالت یا ولایت) می‌شد !

قسمت اعظم مندرجات تزوك تیموری مربوط بمشاغل و مناصب و مزایا و ترفیعات نظامیان است اساساً قشون از قبائل تهیه می‌شد و امراء قبائل ، فرماندهان نظامی و صاحبان مناصب و حقوق بودند .

۲۳۴ - تشکیلات نظامی - هرده نفر نظامی يك رئیس داشتند که «اون باشی» نامیده می شد ، هر يك از افراد تابع اون باشی را «تایین» می گفتند. بر هرده اون باشی یکنفر ریاست داشت بنام «یوزباشی» و بر هرده یوزباشی يك نفر ریاست می کرد بنام «مین باشی» یا «امیر هزاره» .

هر گاه یکی از تایینان فوت یا فرار می کرد اون باشی يك تایین جدیداستخدام می نمود، و اگر يك اون باشی فوت یا فرار می نمود یوزباشی يك اون باشی جدیداستخدام می کرد ، و اگر يك یوزباشی فوت یا فرار می کرد مین باشی يك یوزباشی استخدام می نمود .

۲۳۵ - در تمام لشکر سیصد و سیزده نفر «امیر» وجود داشت و هر امیری يك امیر بعنوان احتیاط داشت بنام «منتظر الامارة» که هر وقت حادثه ای رخ می داد بجای امیر مشغول کار می شد .

در تمام سیصد و سیزده امیر مزبور چهار نفر سمت «بیگلریگی» (۱) داشتند که مافوق سایر امراء بودند ، و یکنفر بر تمام امراء ارتش (۲) ریاست داشت که او را «امیر الامراء» می گفتند وی نایب شاه بود (در حقیقت بزرگترین فرمانده نظامی شاه بود) .

۲۳۶ - بین امراء ارتش سلسله مراتبی بشرح ذیل وجود داشت :

امیر اول - شخصی که عنوان امیر اول داشت امیر هزار سرباز بود. باین ترتیب حد اقل لازم برای امارت این بود که سمت «مین باشی» داشته باشد.

امیر دوم - امیر دوهزار نفر

امیر سوم - امیر سه هزار نفر

و بر همین قیاس تا امیر دوازدهم که امیر دوازده هزار نفر بود. در حقیقت رتبه

(۱) مؤلفان این عنوان را در عصر صفویه بمعنی « حاکم ولایت » بکار برده اند .

(۲) هنوز هم لفظ « امراء ارتش » در محاورات کنونی ما مانده است.

امراء از رتبهٔ يك شروع و برتبهٔ دوازدهم پایان می‌یافت. امیر اول نایب امیر دوم بود و امیر دوم نایب امیر سوم و قس علیهذا.

۲۳۷ - بهادر - کسی که فوجی را درهم می‌شکست یا ناحیه‌ای را بتصرف درمی‌آورد عنوان نظامی «بهادر» باو داده می‌شد. بهادران اگر در جنگی شرکت می‌کردند عنوان «اون باشی» می‌گرفتند.

هرگاه امیری ملکی را مسخر می‌کرد یا لشکری را شکست می‌داد علاوه بر گرفتن عنوان بهادری عضو شورای سلطنتی می‌شد و امارت یکی از ولایات سرحدی را می‌یافت (۱)

۲۳۸ - نکته - چنانکه سابقاً اشاره کردیم هر «اون باشی» که فوج شکنی می‌کرد بسمت «حاکم شهر» منصوب می‌شد و هر «یوزباشی» که چنین عملی می‌کرد «والی مملکت» می‌شد. ولی هر امیری که فوج شکنی می‌کرد يك رتبه ترفیع می‌یافت و مثلاً امیر اول به مقام امیر دومی می‌رسید و امیر دوم بمقام امیر سومی، از این وضع استفاده می‌شود که مقام «امیر لشکر» (که حداقل آن مقام «مین باشی» بود) ما فوق مقام حاکم شهر و والی مملکت بوده است. این نکته مؤید مطلبی است که در شماره ۲۳۳ بیان نمودیم.

قضات شرعی - قضات عرفی

۲۳۹ - در این عصر دو نوع قضات وجود داشتند: شرعی و عرفی و قطعاً سازمانهای قضائی صفوی از تشکیلات قضائی عصر تیموری متأثر شده است. قاضی عرفی را در این عصر «قاضی احداث» نیز می‌نامیدند چنانکه در تزوک تیموری می‌نویسد:

(۱) در کتیبه‌ها و نوشتجات مانده از دوران صفوی عنوان «بهادر» در مقابل بسیاری از اسامی رجال عصر قرار داده شده است و معلوم نیست که این عنوان بهمان معنی عصر تیموری بکار می‌رفته است یا نه. ولی اصطلاح عامیانه «بزن بهادر» (که باشخاص قوی اندام که ضرب دست دارند گفته میشود) یادگاری از استعمالات عصر تیموری است.

« آنچه امور شرعی باشد قاضی اسلام در آنها حکم نماید و آنچه عرفی باشد قاضی احداث تحقیق کرده بعرض من رساند.» در جای دیگر می نویسد: « هر گاه تخلفی باشد در دیوان قاضی اسلام و قاضی احداث اجلاس نموده آنچه امور شرعی است قاضی اسلام در آنها حکم نماید و آنچه عرفی باشد قاضی احداث تحقیق کرده بعرض من برساند ». معلوم می شود که قاضی شرعی در امور کیفری هم رسیدگی می کرده است چنانکه قاضی احداث هم در پاره ای از امور کیفری حق رسیدگی داشته است (۱)

تقسیمات کشوری

۲۴۰ - در حقوق این عصر مملکت بقسمتی کوچکتر از تمام قلمرو گفته می شود وضعی نظیر « استان » در اصطلاحات حقوق اداری کنونی داشته است . آنچه از تقسیمات کشوری که مسلم بود شهر و مملکت است یعنی قلمرو کشور بچند مملکت و هر مملکت بچند شهر تقسیم می شد.

حکام - والیان

۲۴۱ - حکام در اصطلاحات حقوق اداری این دوره بکسانی گفته می شد که امور عمومی « شهر » را اداره می کردند و والیان بکسانی گفته می شد که همین سمت را در « مملکت » داشتند .

(۱) تفکیک محکمه شرعی و عرفی در طول دوره وسطی در همه نقاط اسلامی اعم از ایران و غیره یک رسم متداول بود. ابن بطوطه در سفرنامه خود وضع قضائی یکی از ملوک الطوائف شرق نزدیک را چنین می نویسد:
 « و یقعد القاضی والوزراء و کاتب السر و اربعة من کبار الامراء للفصل بین الناس
 و اهل الشکایات فما کان متعلقاً بالاحکام الشرعیه حکم فیه القاضی ، و ما کان من سوی
 ذالک حکم فیه اهل الشوری و هم الوزراء و الامراء. صفحه ۱۹۰

وزراء ولایات

۲۴۲ - چنانکه در مطلب ۲۱۹ بیان شد در ولایات نیز وزراء وجود داشتند

مندرجات تزوك تیموری نسبت بتعداد وزراء ولایات صریحتر از منابع حقوقی دیگر است که راجع بوزراء ولایات در دوره دوم تاریخ حقوق ما مطالبی نوشته اند. اساساً در هر ملکی و مملکتی سه وزیر معین می شد :

الف - شخصی که متصدی نگهداری حساب عوائد حاصله از رعیت بود.

ب - شخصی که حساب مواجب و حقوق سپاهیان مقیم آن مملکت را داشت.

ج - شخصی که سمت وزیر مذکور در مطلب شماره ۲۲۷ را در حوزه مملکت دارا

بود. از پاره ای مندرجات تزوك تیموری استفاده می شود که هر ولایتی که بعنوان «تیول» به امیری داده می شد دو وزیر بیشتر نداشت و این دو وزیر ظاهر اهمان وزراء مذکور در فقرات (الف - ب) می باشند.

راهداران

۲۴۳ - ترتیب راهداری و امنیت طرق و شوارع در این عصر بهمان ترتیبی است

که در عهد مغولان (مطلب شماره ۲۱۸) برقرار بوده است. در راهها بمقدار هر منزل رباطی (۱) ساخته بودند که محل زندگی راهداران و مستحفظان راهها بود. راهداران مسئول سرقت اموال مسافران بودند.

حقوق مأموران دولت

۲۴۴ - حقوق مأموران دولت را بصورت جنسی و نقدی و یا تیول از محل عوائد

(۱) در این رباطات معمولاً اسبهای دولتی وجود داشت و سواران چابک در آنجا

مأموران ارتباطات (شاید عنوان «رباط» باین معنی نظر داشته باشد و ممکن است از عنوان

«رباط خیل» بمعنی «اسب بستن» گرفته شده باشد) بودند.

عمومی (۱) می دادند . هر ناحیه ای که به تیول داده می شد پس از سه سال بوضع آن رسیدگی بعمل می آمد اگر آن تیول آباد و رعایا راضی بودند تیول را در دست تیولدار می گذاشتند والا از او می گرفتند و سه سال بوی حقوق نمی دادند . بنا به مندرجات تزوك تیموری برای سپاهیانسی که بعلت کبر سن از کار افتاده بودند حقوق تقاعدی داده می شد .

(۱) بنقل از تزوك تیموری هر مملکت که مسخر می شد اگر رعایا طبق جمع قدیم مالیات می دادند بموجب همان قانون با آنان رفتار میشد و اگر رعیت راضی بدادن مالیات طبق قوانین مالی قدیم نبود طبق تزوك (قانون تیموری) مالیات می دادند. خراج جنسی و از جنس محصول ، و برابر ثلث محصول بود مگر اینکه خود زارع حاضر می شد که قیمت ثلث مزبور را نقداً بدهد در صورتی که زعایا تمایل نداشتند که بتربیب فوق عمل شود بمساحت مالیات می گرفتند : یعنی در جریب اول سه خروار و در جریب دوم دو خروار و در جریب سوم يك خروار گرفته می شد که نصف آن گندم و نصف آن جو بود در صورتی که به این ترتیب هم تمایل نداشتند برابر يك خروار گندم پنج مثقال نقره و برابر يك خروار جو دو مثقال و نیم نقره می دادند و موظف بودند که بعنوان « پیشکشی قلعه » هم اضافه بر مالیات مقرر بدهند (این پیشکش هنوز هم بین زارع و صاحب زمین در بسیاری از نقاط ایران وجود دارد) .

فصل چهارم

حقوق اداری در عصر صفویه

قسمت اول - وزراء

قسمت دوم - اطلاعات قضائی و نظامی

قسمت سوم - حقوق کارمندان دولت

قسمت اول

وزراء

الف - مقدمه

ب - اطلاعات عمومی راجع به وزراء

ج - وزیر اعظم (وزیر دست راست)

د - قورچی باشی

ه - ایشیک آقاسی باشی

و - وزیر بیوتات

ز - مجلس نویس (وزیر دست چپ)

ح - مستوفی الممالک

مقدمه

۲۴۵ - حکومت صفویه دنباله حکومت مغولان و تیموریان قرار گرفته و از نظر تشکیلات اداری کاملاً وارث و پیرو آنها است بطوری که برای فهمیدن اوضاع اداری عصر صفوی هیچ چیز بهتر از مطالعه و بررسی اوضاع اداری عصر مغول و مخصوصاً عصر تیموریان نیست بلکه می توان گفت فهم کامل و درست اوضاع اداری صفویه بدون مطالعه اوضاع اداری عصر مغول و تیموریان امکان ندارد . مطالعه کتبی که از اوضاع اداری عصر صفوی صحبت می کند بدون مطالعه قبلی تألیفات مربوط به حقوق اداری تیموریان چندان سودمند نیست . از مطالعه کتاب حاضر بخوبی معلوم می شود که مطالعه بعضی از شرق شناسان نسبت باوضاع اداری صفویه تا چه اندازه ناقص و بی رویه است علی الخصوص که وی آشنا به علم حقوق نبوده و ارزش اصطلاحات این علم را ندانسته است .

صفویه نه تنها از سازمان های اداری عصر مغول و تیموریان اقتباس نمودند بلکه از تدابیر مهم گذشته هم پیروی می کردند چندانکه بدنبال غازان به تشیع (مطلب شماره ۲۰۷) گردیدند . وحدت سیاسی ایران که مال مطلوب صفویه نبود، بلکه این وحدت سیاسی پرافتخار ایران باستان و تاریخ درخشان آن بود که محرک پیشوایان صفوی می شد و حس جاه طلبی آنان را باور ساخته و شاداب هینمود .

اطلاعات عمومی راجع بوزراء

۲۴۶ - تعریف جامع و مانعی از وزیر و وزارت در این دوره بدست نیامد؛

وزراء متعدد در مرکز حکومت وجود داشتند ، و در خارج مرکز نیز در رأس تشکیلات اداری وزراء بودند. از عناوین «وزارت تفویض - وزارت تنفیذ» (مطلب ۱۶۹) در این دوره هم اثری وجود ندارد و بنظر می رسد که با انقراض حکومت عباسیان این دو سمت هم از بین رفته است .

وزیر اعظم

۲۴۷- وی در مرکز حکومت انجام وظیفه می نمود و لقب رسمی او «اعتماد الدوله» بود (۱) و اختیارات فراوان وی از مدلول این لقب استفاده می شود. وظیفه وی عبارت بود از :

الف - تصدیق و امضاء حکم تصدی مشاغل رسمی

ب - اداره امور مالی کشور ، که در این مورد مستوفی الممالک با وی همکاری می کرد .

ج - نظارت در انجام وظیفه کارمندان حکومت

د - تعیین خط مشی سیاست خارجی کشور ، و مذاکره با سفراء خارجی و امضاء قراردادهای با ممالک خارج. از نظر اهمیت رتبه، مقام وزیر اعظم پس از «نائب السلطنه» بود که او را «وکیل» می نامیدند عنوان «وکیل الرعایا» هم بهمین اصطلاح بستگی دارد. وزیر اعظم چون در مجالس و اجتماعات در طرف راست شاه می نشست او را وزیر راست (وزیر دست راست) می نامیدند (مقایسه شود با مطلب شماره ۲۲۹)

فورچی باشی (۲)

۲۴۸ - پس از وزیر اعظم مهمترین مقام اداری در تشکیلات مرکزی حکومت، مقام «فورچی باشی» بود که او را بلقب «امیرالامراء» ملقب نموده بودند و سمت وزارت

(۱) بجای این لقب در دوره قاجاریه لقب «صدر اعظم» معمول شد.

(۲) فور بمعنی مهمات و سازوبرك است :

جنك، راداشت (مقایسه شود بامطلب شماره ۲۲۴)

ایشیک آقاسی باشی

۲۴۹- ایشیک آقاسی باشی (یعنی رئیس سران درگاه) وظیفه اش ریاست تشریفات در مجالس عمومی و سرپرستی دربانان و نگهبانان کاخ (عالی قاپو) و ریاست طبقه «آقاییان» (که مشخصات قطعی این طبقه بدست نیامد) بود. نمی توان مشابهی برای این شغل در حال حاضر پیدا نمود و ظاهراً مقام وی پایین تر از مقام ناظر بیوتات (۱) بود شاید سمت وی تا اندازه ای نظیر سمت «وزیر دربار» بوده است. مؤلفان این دوره در مقابل سمت «ناظر بیوتات» از «وزیر بیوتات» هم اسم می برند که مافوق «ناظر بیوتات» است در این صورت بعید است که خود ناظر بیوتات، عنوان وزیر بیوتات یا عنوان وزارت جداگانه ای از ناحیه همین شغل داشته باشد.

وزیر بیوتات

۲۵۰- بنقل مؤلفان این عرصه وی سرپرست بیوتات سلطنتی بوده و بنقل پاره ای از این مؤلفان، وی متصدی ضبط و ربط امور مالی (عایدات و هزینه ها) دستگاه سلطنت بوده است و حتی بشرکت وزیر اعظم به بعضی از امور اداری دیوان رسیدگی می نمود (مقایسه شود بامطلب شماره ۲۲۵).

(۱) در دون محوطه قصر شاه (عالی قاپو) عمارات متعدد که هر یک محل یک نوع کار بود (بهین جهت آنها را کارخانه های شاه می گفتند) وجود داشت مانند خزانه، قورخانه، ملبوسات، هنر (یعنی: کتباخانه و نقاشخانه) و غیره. هر کارخانه تحت نظر یک رئیس (که صاحب جمع نامیده می شد) و یک مشرف (بازرس) اداره می شد مجموع این کارخانه ها را بیوتات یا بیوتات سلطنتی می گفتند.

۲۵۱ - وی را «واقعہ نویس» نیز می گفتند و چون در مجالس عہومی سمت چپ سلطان می نشست اورا وزیر چپ (وزیر دست چپ در مقابل وزیر دست راست یا وزیر اعظم) هم می نامیدند . بنقل مؤلفان این عصر وی منشی سلطان بود و فرمانهای اورا بصورت و فرمول معین در نامه های مخصوص که حاوی نام سلطان و نشان مخصوص او بود و آنها را «طغرا» می نامیدند (۱) می نوشت . وقایع و عرایض را بسمع شاه میرساند و گزارشهای حکام و درخواستهای آنان را بشاه عرضه می داشت و مجاز بود که هر زمان که بخواهد بحضور شاه برسد (مقایسه شود با مطلب ۲۳۱).

تنظیم نامه ها برای دول خارجی و ضبط نامه ها و پاسخ های رسیده از آنها و حفظ نسخه های قراردادهای خارجی و سوابق امور سیاسی بعهده وی بوده است و بهمین جهت عنوان «وزارت امور خارجه» تا اندازه ای برای او زینده است (رجوع شود به فقره «د» از مطلب شماره ۲۴۷) . در غیبت وزیر اعظم امور مربوط باورا انجام میداد .

مستوفی الممالک

۲۵۲ - عنوان «وزارت دارائی» باونمی توان داد چه این سمت را وزیر اعظم عهده دار بود و مستوفی الممالک تحت نظر او انجام وظیفه می نمود، ولی در حقیقت بیشتر امور فنی مالی مانند حسابداری و تنظیم بودجه بعهده مستوفی الممالک بود. مستوفیان ولایات راوی بکار می گماشت و تکلیف و وظائف آنان را معین می کرد . اداره ای را

(۱) طغرا بهمین معنی در شعر حافظ استعمال شده است :

صاحب دیوان ما گوئی نمی داند حساب کاندرین طغرا نشان حسبہ الله نیست
بعید نیست که طغرا بعداً اسم هر نوع اوراق رسمی دولت شده باشد و چون سند مالکیت روی این اوراق تهیه می شد در محاورات معمولی میگفتند. يك طغرا سند چنانکه گویند يك تخته قالی یا يك فروند کشتی

که مستوفی الممالک در رأس وی کار می کرد دیوان ممالک (۱) می نامیدند که مقصود دیوان دخل و خرج مملکت است .

قسمت دوم

اطلاعات قضائی و نظامی

الف - قضات

ب - محاکم

ج - قوای نظامی

قضات

۲۵۳ - در این عصر نیز مانند عصر مغولان و تیموریان قوانین موضوعه دو

نوع بود :

الف - قانون شرع که مبنی و اساس زندگی قضائی مردم محسوب می شد .

ب - قانون عرف که بیشتر ناظر با امور سازمانی و اداری کشور و ترتیب دادرسی عرفی و دادگاههای عرفی و امور مالی دولت و بعضی امور کیفری بوده است این قسم از قوانین در عصر صفویه همان موقعیتی را داشت که در زمان تیموریان و مغولان دارا بود طبعاً محکم این دوره هم به محاکم شرعی و محاکم عرفی منقسم میشد و بالنتیجه دو نوع قضات می بایست وجود داشته باشند :

(۱) در آن عصر تقسیم ارضی کوچکتر از قلمرو « را مملکت (وابالت) می گفتند که نظیر استان در تقسیمات کشوری فعلی بوده است ، اصطلاح «ممالک محروسه» انعکاسی از وضع مزبور است . «ولایت» ظاهراً کوچکتر از مملکت بمعنی مزبور بوده است بهمین جهت مؤلفان این عصر اصطلاح «ولایات ممالک محروسه» را بکار برده اند .

الف - قضاة شرع (یا حکام محاکم شرع) که بنا بر مندرجات بعضی از کتب عصر صفوی در امور مدنی و در جرائم کوچک (۱) رسیدگی می کردند.
ب - قضاة عرفی (یا حکام محاکم عرف) که در سایر موارد رسیدگی می نمودند (مطلب شماره ۲۵۵)

بنقل مؤلفان تاریخ این عصر ، نفوذ قضاة عرفی بمراتب بیشتر بوده است در رأس محاکم عرفی دو قاضی عالی مقام بنام صدر (۲) و شیخ الاسلام قرار داشتند که حتماً می بایست با خاندان سلطنت وصلت کرده باشند چه سلاطین صفویه در نظر داشتند که از این راه قوه قضائیه را در اختیار خود داشته باشند.
فکر استقلال قضاة در حقوق جدید ایران یکی از ثمرات تحول حقوقی ایران است بطور کلی می توان گفت که در زمان صفویه قوه قضائیه آلت فعل قوه مجریه بود.

داروغه

۲۵۴ - مؤلفان تاریخ این عصر برای داروغه پایتخت (اصفهان) نوعی سمت قضائی قائلند . باین ترتیب شاید داروغه های سایر ولایات هم همان سمت را داشتند. داروغه تحت نظر «دیوان بیگی» انجام وظیفه می کرد و شاید نظیر ضابطین دادگستری بود .

بنظر پاره ای از مؤلفان تاریخ داروغه بمعنی حاکم بوده ولی بعداً اختصاص بحاکم پایتخت پیدا کرد. منشیان بزرگ ادارات که سمت ریاست سایر منشیان را داشتند نیز داروغه خوانده می شدند .

محاکم - دیوان بیگی

۲۵۵ - محاکم در این عصر دو نوع بوده است: محاکم شرعی و محاکم عرفی .

(۱) رجوع شود بمطلب شماره ۲۸۴

(۲) صدور را نواب نیز می گفتند.

از تألیفات این عصر استفاده می شود که سلاطین صفوی سعی داشتند از راه ایجاد محاکم عرفی از نفوذ سایر محاکم کم کنند. از سازمانهای محاکم عرفی اطلاع کافی بدست نیست فقط از محکمه ای بنام «دیوان بیگی» اطلاعات ذیل موجود است:

الف - دیوان بیگی يك محکمه عرفی بود که بر محاکم شرع کشور نظارت داشت.

ب - اجراء احکام و تصمیمات محاکم شرع بعهدۀ دیوان بیگی بود (۱)

ج - رسیدگی به جرائم بزرگ (مطلب شماره ۲۸۳) در تمام کشور بموجب قانون شرع در صلاحیت دیوان بیگی بود و محاکمه باتفاق «صدر» (مطلب شماره ۲۵۳) صورت می گرفت.

د - چون دیوان بیگی يك محکمه عرفی بود اساساً قوانین عرفی رامبنای کار خود قرار می داد. با توجه باینکه نفوذ مقررات عرفی زیادتر بود اهمیت این محکمه روشن می شود.

ه - نسبت بشکایات رسیده از سراسر کشور در حدود صلاحیت خود رسیدگی می نمود.

قوای نظامی

۲۵۶ - در اوایل ظهور سلسله صفویه قوای نظامی از ایلات و عشایر تشکیل می شد ولی در زمان شاه عباس اول سپاهی مجهز بسلاح جدید و متکی بحکومت مرکزی از دستۀ جدید الاسلام (گرجی و ارمنی) که روابط عشیره ای نداشتند تشکیل شد گویند این سپاه به پیشنهاد آنتونی شرلی مورد توجه پادشاه صفوی قرار گرفت از پاره ای تألیفات استفاده می شود که لشکریان به چهار سپاه قسمت شده بودند ولی اطلاعات بیشتری از این مطلب بدست نیست.

(۱) مقایسه شود باماده ۸ قانون اصول تشکیلات عدلیه

قسمت سوم

حقوق کارمندان دولت

الف - مالیاتها

ب - حقوق کارمندان دولت

مالیاتها

۲۵۷ - در این عصر مانند عصر تیموریان و مغول گرفتن مالیاتهای عرفی يك امر عادی بود (بعکس حکومت عباسیان) مثلاً از محصول نوغان سلطان صفوی نك را بعنوان خراج می گرفت از ابریشم و پنبه مالیات می گرفتند و هم چنین عوارض آب وصول می شد. از پیشه‌وران و کسبه و تجار مالیات می گرفتند و عوارض راهداری به پیروی از رسوم مغول و تیموریان اخذ می شد. گمرکات سواحل جنوب ایران عوائد بیشتری از گمرکات سواحل شمال داشت. از مردم غیرمسلمان و هندیان مقیم اصفهان جزیه گرفته می شد! معادن فلزات و احجار کریمه و صید مروارید تماماً مال سلطان بود. شاه طهماسب دستور داد که وجوه عاید از میخانه و قمارخانه و روسبی‌خانه از دفاتر مالی حذف شود! این بود خلاصه‌ای از آنچه که مؤلفان تاریخ این عصر بطور جسته و گریخته ضبط نموده‌اند.

حقوق کارمندان دولت

۲۵۸ - حقوق کارمندان نقدی و جنسی بود و بمأموران عالی رتبه غالباً اراضی خالصه (که معمولاً از مصادره اموال دیگران تهیه می شد) بصورت سیورغال و تیول بابت حقوق آنها داده می شد

سیورغال

یکنوع معافیت مالی بود که بنفع بعضی از اشخاص بطور موروثی برقرار می گردید، باین ترتیب يك ناحیه از پرداخت مالیات و عوارض بخرانه دولت معاف می شد سیورغال را بعنوان حقوق و مسته‌ری بعضو رسمی می دادند .

تیول

۲۵۹ - (سابقا اقطاع نامیده می شد) تیول نظیر سیورغال بود جز اینکه مدت آن منحصر ب مدت تصدی (یا مادام‌العمر) عضو رسمی شاغل بوده است . معمولاً تیول - داران و صاحبان سیورغال علاوه بر نرخ معین مالیات تاجائی که مقدورشان بود بعنوان مالیات از مردم استفاده می کردند و این تعدی و ستم نسبت معکوس بالاجراء عدالت در کشور داشت .

مبحث سہم

حقوق جزا

فصل اول - کلیات

فصل دوم - جرم و مجازات

فصل اول

کلیات

قسمت اول - کلیات حقوق جزای دوره وسطی
قسمت دوم - کلیات جرم و مجازات در حقوق جزای دوره وسطی

قسمت اول

کلیات حقوق جزا
(در دوره وسطی)

الف - خاصیت عمومی قانون جزا

ب - استنباط قاضی جزائی

ج - اصل قانونی بودن جرم و مجازات

د - حق الله - حق الناس

ه - قلمرو قانون جزا

خاصیت عمومی قانون جزا

۲۶۰ - قوانین جزائی ایندوره تحت تأثیر فوق العاده تعالیم اخلاقی قرار گرفته است . هدف مجازات حفظ نظم و خیر اجتماع است در این مورد مقنن می گوید: اثر اجراء کیفر بیشتر از بهره باران سودمند است (۱) و قصاص مایه حفظ زندگی انسانها است . اجراء قصاص و سایر مجازاتها باید بموجب حکم حاکم و تحت نظارت او باشد (۲) و در اجراء حکم اعدام باید آسانترین وسیله اعدام بکار برده شود (۳) همه این نکات يك معنی را اثبات می کند ، و آن این است که مجازاتها در ایندوره از تاریخ حقوق ما بر اساس انتقام شخصی و تشفی غریزه انتقام بنا نشده بود .

۲۶۰ مکرر - دور نیست که در قوانین دیات ، رعایت مسئولیت جزائی و مدنی توأمأ شده باشد ، و این نظر را وحدت نصوص مسئولیت (۴) تأیید می کند ؛ توضیح اینکه نصوص کلی قوانین مربوط بمسئولیت مدنی و جزائی در حقوق موضوعه ایندوره یکی است و از هم جدا نیست و عنوان «ضمان» بعکس آنچه که مشهور شده اختصاص به مسئولیت مالی ندارد بلکه مقنن آن را برای مسئولیت مالی و جزائی یکسان بکار برده است .

تأثیر اخلاق در قوانین کیفری بحدی است که مجرم پپای خود به محکمه میرود و بجرم خود اعتراف می کند و مجازات را با روحی باز و بمیل خود فقط بمنظور تطهیر جان می پذیرد در اینصورت نمی توان گفت : هدف مجازات در ایندوره انتقام بوده است چه اگر هدف مجازات انتقام باشد مجرم راضی نمی شود که پپای خود به محکمه به رود بقصد اینکه خود را هدف انتقام مجنی علیه یا کسان او قرار دهد .

(۱) عن سدير قال ابو جعفر (ع) حد بقم في الارض از کی فيها من مطر اربعين ليلة و ايامها .

(۲) ماده ۱۵ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده ۵۵ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

Responsabilité (۴)

۲۶۱ - صرف اینکه یکنوع مجازات بنام «قصاص» در قانون جزای ایندوره وجود دارد دلیل نمی‌شود که بگوئیم هدف قوانین جزائی این عصر انتقام جوئی بوده است زیرا امکان دارد که بوسیله زمینه اخلاقی و آموزشی که بدست مقنن ایندوره فراهم شده قصاص بکلی از صورت انتقام جوئی خارج شود ولو اینکه درابتداء پیدایش قصاص در جوامع اولیه فکر انتقام وجود داشته است. تجزیه و تحلیل قوانین بدون در نظر گرفتن محیطی که قوانین در آن محیط بوجود آمده و نشو و نما کرده اند درست نخواهد بود.

۲۶۲ - هدف مقنن دوره دوم (مانند قانونگذاران جدید حقوقهای جزا در عصر کنونی) نیز «اصلاح مجرم» بوده است نهایت اینکه طرز عمل و راه وصول به هدف فرق می‌کند: در حقوق جزای دوره وسطی از راه تهیه زمینه‌های اخلاقی وسیع و برنامه‌تعلیم و تعلم مخصوص و تأمین حداقل معاش افراد (مطلب شماره ۱۲۱) سعی میشود که مجرم اصلاح شود بطوری که طرز تفکر مجرم در تحمل مجازات قانونی طرز تفکر فرزند در مورد تأدیب پدر و مادر نسبت بخود باشد که بالنتیجه حالت عصیان در مجرمی که تحمل مجازات نموده و می‌کند بوجود نیاید و امید او بدستگاه همیشه وجود داشته باشد. بهمین جهت در این دوره مجرمیت مجرم از حقوق اجتماعی بسیار ناچیز بوده و در توبه همیشه باز است. این روش برای اصلاح مجرم با آنچه که در حقوقهای جدید معمول به است فرق دارد.

۲۶۲ مکرر - هر چند که در حقوق جزای ایندوره اثری از «اقدامات تأمینی»

دیده نمی‌شود ولی اصول کلی حقوق موضوعه ایندوره بمقامات مسئول اجازة تومنل

بآنرا میداده و اصول مزبور (مراجعه شود بمطالب شماره ۳۱ - ۱۴۰) استعداد و تحمل قبول «اقدامات تأمینی» را داشته است.

نکته - جنبه موضوعی بودن (۱) حقوق جزای دوره وسطی بترجیبه شخصی

بودن آن غلبه دارد بهمین جهت تأثیر غرض و داعی (۱) مجرم در کمیت و کیفیت مجازات تقریباً نامشهود است، بعکس در حقوق جزای جدید که غرض و داعی مجرم در کمیت و کیفیت مجازات مؤثر است.

تبصره - مقررات جزائی در ایندوره اختصاص بقوانین موضوعه در ابتداء دوره وسطی نداشت، حکام ممالک به پیروی از آداب و رسوم (رجوع شود بمطلب شماره ۲۰۹ مکرر) و بنا باقتضاء امیال آنی و هوسهای زودگذر قوانین جزائی وضع نموده یافرامین جزائی صادر می کردند که خاصیت مشترک این قوانین و فرامین جزائی بی نباتی و بی ملاکی بوده است، نه دوامی داشت و نه منشاء عقلی.

استنباط قاضی جزائی

۲۶۳ - در حقوقهای تازه قاضی مدنی اساساً مجاز است که از قانون، تفسیر موسع بنماید و تفسیر مضیق در قانون مدنی استثنائی است بعکس قاضی جزائی که اساساً مجاز نیست که تفسیر موسع نماید؛ در دوره دوم هر چند قاعده معروف: «الحدود تدرء بالشبهات» (۲) و «اصالة الاحتیاط در دماء» (۳) مانع از این است که قاضی جزائی یثناً مانند قاضی مدنی دستش در تفسیر موسع (۴) باز باشد ولی مستفاد از بعضی از تألیفات حقوقی مهم این دوره آن است که تا اندازه زیادی تفسیر موسع را در امور کیفری راه می دادند و بهمین جهت قیاس را در امور جزائی وارد می کردند که بطور نمونه دو مثال از دو شخصیت بزرگ حقوقی (که هر دو ایرانی هستند) ذکر می کنیم:

(۱) But

(۲) این قاعده نظیر قاعده معروف ذیل است:

Le doute profite à l'accusé

(۳) این اصل را مؤلفان حقوق دوره وسطی بیان کرده اند که مستفاد از قاعده

«الحدود تدرء بالشبهات» و «استصحاب برائت» است.

(۴) Interpretation extensive

اول - غزالی در کتاب مستصفی مفاداً می گوید : هر حکم قانونی که بتوان علت و فلسفه آنرا بدست آورد میتواند منشأ قیاس قرار گیرد ! بنابراین می توان لواط را از روی قیاس به زنا جرم تلقی نمود (۱)

دوم - شیخ انصاری در کتاب مکاسب مفاداً چنین می گوید : رشوه بمنظور صدور حکم بقاضی داده می شود ولی هدیه را برای جلب تمایل وی (که مآلاً ممکن است منتهی بصدور حکم بنفع هدیه دهنده گردد) میدهند پس هدیه دادن بقاضی و هدیه گرفتن هم جرم است زیرا هدیه... پس از قیاس حکم رشوه را دارد (۲) .
تذکر - نظرفوق مورد اتفاق بین حقوقدانان ایندوره نیست .

اصل قانونی بودن جرم و مجازات

۲۶۴ - مقصود از اصل قانونی بودن جرم این است که : هیچ عملی جرم نیست مگر بموجب قانون (۳) و مقصود از اصل قانونی بودن مجازات این است : مجازات باید بموجب قانونی باشد که قبل از ارتکاب آن عمل مقرر شده باشد و هیچ عملی را نمی توان بعنوان جرم بموجب قانون متأخر مجازات نمود (۴) .

دو اصل فوق در دوره سوم وجود دارد و مأخذ آنها حقوق اروپائی است ؛ ولی در دوره دوم وجود این دو اصل مسلم نیست و عقاید حقوقدانان در بود و نبود آن مختلف است . نص خاص در مورد هیچیک از دو اصل مزبور دیده نشده و مدلول آن دو اصل را

(۱) جلد دوم مستصفی - صفحه ۲۳۲ : کل حکم شرعی امکان تعلیله فالقیاس جار .
فیه . . . و الحكم بالاجازات ثابت فی الزنا و نقیس اللواط لاستلزامه ادخال الفرج فی الفرج المشتبه طبعاً .

ابو حنیفه قیاس را در حدود جائز ندانسته است (جلد دوم مستصفی - صفحه ۳۱۷)

(۲) الرشوة تبدل لاجل الحكم، والهدیه تبدل لایراث الحب المحرك له . علی الحكم علی وفق مطلبه ، فالظاهر حرمتها لانها رشوة او بحکمها بتقیح المناط (تقیح مناط نوعی از قیاس است)

(۳) ماده دو قانون مجازات عمومی

(۴) ماده شش قانون مجازات عمومی

باید از عموماًت قانون استخراج نمود (۱)

حق الله - حق الناس

۲۶۵ - قوانین جزای ایندوره بر این تقسیم تکیه دارد. همانطور که در حقوق جزای دوره سوم مجنی علیه ممکن است شخص با جاهه باشد (و بر این ه بنی مدعی خصوصی و مدعی عمومی تحقیق یافته است) در حقوق کیفری دوره دوم طرف تجاوز، یا حق شخص است یا حق خداوند، بهمین جهت مورد تجاوز دو قسم است: حق الناس و حق الله (۲)

۲۶۶ - حق الناس - حقی است که موضوع آن (۳) شخص یا اشخاص باشد مانند مالکیت بهر نحو که تصور شود. حق الناس از نظر متعلق (۴) دو صورت دارد: امور مدنی مانند مالکیت و نکاح، و امور کیفری مانند حق قصاص و غیره. حق الله - آنچه که حق الناس نیست حق الله است مانند موارد ارتکاب زنا و لواط و غیره.

احکام و آثار کیفری این دو قسم جرم (یعنی تجاوز به حق الناس و تجاوز به حق الله) غالباً باهم فرق دارد مثلاً عفو مجنی علیه در مورد زنا و لواط (و بطور کلی در حق الله) تأثیری در اسقاط مجازات فاعل جرم ندارد ولی عفو مجنی علیه (یا عفو اولیاء او) در مورد حق الناس موجب اسقاط مجازات است، مثلاً ولی مقتول می تواند از مجازات قاتل بگذرد.

(۱) ماده يك قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) در حقوق جزای مدرن حق مورد تجاوز دو قسم است:

الف - حق خصوصی

ب - حق عمومی

رجوع شود بماده دوم اصول محاکمات جزا

وجه تشابه این تقسیم با تقسیم حق الله و حق الناس چندان زیاد نیست ولی این دو

تقسیم خالی از تجانس و هم آهنگی نمی باشند.

Sujet (۳)

Objet (۴)

قلمرو قانون جزا

۲۶۷ - قوانین جزا در ایندوره نسبت بکلیه سکنة کشور (اعم از تبعه و بیگانه) هجری است ، و هیچ فردی از سکنة کشور مستثنی از آن نیست .

هر گاه تبعه در خارج قلمرو مرتکب یکی از جرائم مذکور در قانون جزای ایندوره می شد بموجب قانون متبوع خود محاکمه و مورد تعقیب واقع می گردید لکن اجراء مجازات نسبت بساو موکول بمراجعت یا اعاده وی به کشور بوده است (۱) .

قسمت دوم

کلیات جرم و مجازات

(در حقوق جزای دوره وسطی)

الف - شروع جرم - جرم محال - جرم عقیم

ب - تکرار جرم

ج - معاونت

د - عناصر عمومی جرم

ه - عمد - شبه عمد - خطاء

و - دفاع مشروع

ز - کیفیات مخففه - کیفیات مشدده

(۱) ماده ۱۵۲ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

شروع جرم - جرم محال - جرم عقیم

۲۶۸ - در قانون مجازات ایندوره قصداً ارتکاب جرم مادام که منتهی بعمل مادی نشود مستلزم مسئولیت جزائی نخواهد بود، ولی اگر منتهی بعمل مادی شود (اعم از اینکه مورد قصد مجرم حاصل گردد یا نه) جرم محقق می شود ولو اینکه جرم مورد نظر مرتکب جرم، حاصل نگشته باشد. بنابراین شروع بجرم و جرم تقیم و جرم محال مشمول حکم فوق بوده یعنی جرم محسوب است و مجازات این جرائم تعزیر است.

تکرار جرم

۲۶۹ - تکرار جرم در قانون جزای ایندوره نیز يك کیفیت شدید کننده مجازات است باین ترتیب:

الف - جز در مورد استعمال مسکرات و سرقت، تکرار سایر جرائم بزرگی (مطلب ۲۸۳) در دفعه چهارم مستلزم اعدام است (۱).

ب - تکرار جرم «استعمال مسکرات» در دفعه سوم مستلزم اعدام است.

ج - تشدید مجازات بعلمت تکرار جرم سرقت بترتیب ذیل است:

اولا - در دفعه دوم پای چپ سارق از کعب عموداً بر کف پا قطع می شود.

ثانیا - در دفعه سوم محکوم به حبس ابد است.

ثالثاً - در دفعه چهارم اعدام می شود (۲).

نکته - شرط تشدید مجازات در همه صور بالا آن است که مرتکب جرم

برای هر دفعه ای که مرتکب جرم شده محکوم گردیده و مجازات قانونی در حق او اعمال شده باشد.

(۱) ماده ۱۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۲۶۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

معاونت

۲۷۰ - معاونت مجرم جرم است بشرط اینکه معاون ، جهل موضوعی به جرم بودن عمل مورد معاونت نداشته باشد (۱)

عناصر عمومی جرم

۲۷۱ - یعنی عناصری که وجود آن شرط تحقق هر يك از جرائم است این عناصر عبارتند از :

يك - عنصر قانونی - باین معنی که برای تحقق جرم قبلاً باید قانون عملی را جرم تلقی کند . در اینکه چنین عنصری برای تحقق جرم در حقوق دوره دوم ضرورت داشت یانه بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد . تفصیل و شرح این قسمت را سابقاً (مطالب ۲۶۳ - ۲۶۴) بیان نمودیم .

دو - عنصر مادی - برای تحقق جرم صرف قصد کافی نیست (مطلب ۲۶۸) و باید يك عمل مادی نیز صورت بگیرد ؛ در حقوق جزای ایندوره وجود این عنصر شرط تحقق جرم شمرده شده است .

سه - عنصر معنوی - می توان آنرا بدو جزء تجزیه نمود :

الف - علم بجرم بودن عمل

ب - اراده - بنابراین ، عمد شرط تحقق جرم نیست بلکه صرف قصد کفایت می کند ، بهمین جهت است که جرائم غیر عمدی (یعنی شبه عمدی و خطائی) در قانون جزا دیده می شود .

۲۷۲ - نسبت به «علم» فرض قانون آن است که اشخاص عالم بقانون می باشند

و فقط (۲) در دو مورد ذیل عذر جهل بقانون مسموع است :

(۱) ماده ۱۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۶ قانون مدنی (از کتاب مستنبط)

اول - در موردی که جاهل قاصر باشد یعنی جهل بقانون از روی قصور باشد نه از روی تقصیر . مثل اینکه زندگی مجرم جاهل بقانون در اماکنی باشد که امکان اطلاع وی بر قانون عادتاً مستبعد شمرده شود ، مانند چوپانهای که دائماً در بعضی از بیابانهای دوردست زندگی می کنند .

دوم - در مواردی که جهل بقانون از روی قصور نباشد ولی قانون در موارد مخصوصی بطور استثناء عذر جهل بقانون را بپذیرد .

۲۷۳ - نسبت بمورد اراده ، اصول حقوق جزای ایندوره مقتضی است که برای تحقق جرم اراده شرط لازم است و بانبودن اراده نمی توان جرم را محقق شمرد (۱) .

۲۷۴ - تبصره - اکراه واضطرار اساساً با تحقق اراده و ماهیت جرم منافات ندارد ولی مانع مجازات است مگر در مورد جرم قتل که طبق صریح قانون ، اکراه تأثیری بحال مرتکب قتل ندارد (۲)

۱۷۵ - نکته - اکراه (۳) واضطرار مانع تحقق اراده نیست ولی مانع تحقق اختیار است . بنابراین باید گفت که «اختیار» در مقابل «اراده» يك موجود حقوقی مستقل است ، نهایت اینکه اراده شرط تحقق جرم است ولی اختیار شرط تحقق جرم نیست بلکه «عدم اختیار» موجب معافیت از مجازات است .

عمد - شبه عمد - خطا

۲۷۶ - بالاینکه در قوانین موضوعه ایندوره اساساً ماهیات حقوقی تعریف نشده بطور استثناء ماهیت عمد و شبه عمد و خطا تعریف شده است ولی نه بطور کلی بلکه نسبت بخصوص قتل :

-
- (۱) ماده ۱۷ و شرح آن از قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۲) ماده ۲۰ و شرح آن از قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۳) بشرط اینکه بعد اجبار نرسد.

قتل عمد - بیکی از سه صورت ذیل اتفاق می افتد :

اول - مجرم اراده کشتن کسی را نموده و او را بکشد، در این مورد مجرم قصد نتیجه را دارد.

دوم - مجرم اراده کشتن ندارد ولی عمل او طوری است که عادتاً کشنده است مثل ضربی که عادتاً کشنده باشد و ضارب قصد قتل نداشته باشد. مقنن در این مورد فرض عمد برای مجرم نموده است.

سوم - مجرم اراده کشتن ندارد ولی ابزار و آلت قتل بنحوی بکار رود که در آن کیفیت غالباً کشنده باشد. مثل اینکه با ضربات متوالی چوب بناحیه مغز زده شود. در این مورد هم قانون فرض عمد برای مجرم نموده است. بنابراین نمی توان در تعریف عمد گفت که عامد قصد نتیجه دارد زیرا در دو صورت اخیر قصد نتیجه وجود ندارد ولی میتوان گفت که عمد (۱) عبارت است از قصد نتیجه یا آنچه که بحکم قانون مانند قصد نتیجه فرض شده باشد.

۲۷۶ مکرر - اراده *Volonté* عبارت است از قصد انجام عمل بدون توجه بعنوان جرم بودن آن، عمد *Intention* عبارت است از قصد انجام عمل با توجه بعنوان جرم بودن آن. بنابراین هر جا عمد هست اراده هم هست ولی عکس قضیه صحیح نیست.

۲۷۷ - قتل شبهه عمد - در صورتی است که مجرم نسبت بانسانی عملی مرتکب می شود که آن عمل یا وسیله اجراء عمل عادتاً کشنده نباشد و خود او نیز قصد قتل نداشته باشد ولی تصادفاً موجب قتل شود.

۲۷۸ - قتل خطائی - و آن در صورتی است که مجرم هدفی را (اعم از انسان و یا غیر انسان) در نظر بگیرد و بر اثر عدم مهارت یا اتفاق، عماس متوجه هدف نشده بلکه شخصی که هدف او نبوده اصابت نماید و او کشته شود صرف نظر از اینکه عمل او عادتاً

intention (۱)

کشنده باشد یانه (۱) .

۲۷۹ - تبصره - عمد در تعریف بالا شامل اقسام ذیل می شود :

الف - عمد معین - هر گاه مجرم قصد جرم را بنماید ولی مجنی علیه مخصوصی را در نظر نگیرد اراده او را در ارتکاب جرم «عمد غیر معین» نامند مثل اینکه کسی تیری بطرف جمعیتی خالی کند. اگر مجرم ، مجنی علیه مخصوصی را منظور بدارد عمد او عمد معین است .

ب - عمد غیر معین

ج - عمد اشتباهی (اشتباه در هویت مجنی علیه باشد)

د - عمد احتمالی یا عمد مقید - اگر فاعل جرم نتایج عمل خود را پیش بینی کند و با اینکه اطمینان کامل بوقوع آن ندارد نتیجه محتمل الوقوع عمل خود را خواستار باشد اصطلاحاً اینگونه قصد را عمد احتمالی و یا عمد مقید نامند .

۲۸۰ - نکته - از تعاریف فوق ، تعریف عمد و شبه عمد و خطا در مورد سایر

جرایم بدست می آید .

دفاع مشروع (۲)

۲۸۱ - در قانون جزای ایندوره شخصی که برای دفاع از جان یا عرض یا مال

خود و خویشاوندان خود با رعایت شرایط ذیل مرتکب قتل شود معاف از مجازات است و تنهاسئولیت او قصاص است مگر اینکه دفاع کننده بتواند ادعای خود را علیه طرف متجاوز ، در محکمه با ثبات برساند در این صورت معاف از هر گونه مجازاتی است :

الف - دفاع مشروع باید در حین ارتکاب جرم طرف مقابل صورت گیرد :

ب - دفاع کننده دسترسی بحاکم و یا مأموران او نداشته باشد .

(۱) ماده ۱۷ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۸۴ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

ج - دفاع نباید از حد ضرورت و معقول خارج باشد (۱) .

کیفیات مخفیه - کیفیات مشدده

۲۸۲ - در قانون مجازات، ایندوره کیفیات مخفیه و مشدده (هم بصورت کیفیات مخفیه و مشدده قانونی و هم بصورت کیفیات مخفیه و مشدده قضائی) وجود دارد . کیفیات مخفیه و مشدده قضائی در مورد تعزیرات دیده می شود (۲) ، از جمله، مثلاً کیفیات مخفیه قانونی موردی است که پدری فرزندش را عمداً بکشد در اینصورت قصاص تبدیل به مجازات «دیه بضمیمه تعزیر و کفاره» می شود (۳) از جمله کیفیات مشدده قانونی عبارت است از ارتکاب جرم در آینه و امکانی که قانون برای آنها احترامی قائل است که مجرم در این مورد علاوه بر تحمل مجازات منصوص در قانون، تعزیر هم می شود؛ و نیز از این قبیل است تکرار جرم، و شیخوخت مرتکب جرم زنا و غیره .

(۱) ماده ۸۴ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) خبر حماد بن عثمان قتل له کم التعزیر؟ فقال دون الحد، قلت له دون ثمانین؟ قال لا ولكن دون اربعین فانها حد المملوک . قلت و کم ذاک؟ فقال: علی قدر ما یری الوالی من دنب الرجل وقوة بدنه.

از عبارت «من ذنب الرجل» میتوان استفاده مؤثر بودن عرض **But** مجرم را در کمیت و کیفیت مجازات نمود.

(۳) ماده ۴۳ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

فصل دوم

جرم - مجازات

قسمت اول - اقسام جرائم

قسمت دوم - اقسام مجازاتها - موانع و مستقطات مجازات

قسمت سوم - مسئولیت جزائی - عاقله

قسمت اول

اقسام جرائم

الف - جرائم بزرگ - جرائم کوچک

ب - تقسیم جرائم از جهت مورد جرم

ج - جرائم ضد جسم و جان

- د - جرائم مخالف عفت عمومی
- ه - جرائم ضد شرف و حیثیت
- و - جرائم علیه مصالح عمومی ملت و کشور
- ز - جرائم جنگ
- ح - جرائم متفرقه

جرائم بزرگ - جرائم کوچک

۲۸۳ - کلیه جرائم در قانون جزای ایندوره دو قسم است (۱) :

الف - جرائم بزرگ

ب - جرائم کوچک .

جرائم بزرگ عبارت است از :

یک - جرائمی که نص قانون بعنوان «جرم بزرگ» از آنها یاد نموده است مانند فرار سرباز از جنگ، قتل، اشتغال بسحر، زنا و غیره. ممکن است مجازات بعضی از جرائم بزرگ تعزیر باشد. بنابراین تعزیر علامت کوچک بودن جرم نیست.

دو - جرائمی که قانون علاوه بر مجازات دنیوی ارتکاب آنها را مستلزم مجازات اخروی شمرده است.

سه - جرائمی که بموجب نص قانون ملحق بنوع دوم شده است.

چهار - جرائمی که بموجب نص قانون میسپاری و یا اشد از جرائم مذکور در سه طبقه فوق شمرده شده است (۲).

۲۸۴ - نکته - تکرار جرم کوچک بشرط اینکه ارتکاب جرم در دفعه دوم

(۱) تقسیم مزبور بسیار شبیه بتقسیم مذکور در ماده ۷ قانون مجازات عمومی است.

(۲) ماده دوم قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

مسبوق بند امت مرتکب از گذشته نباشد جرم بزرگ محسوب است این نوع تکرار جرم را اصطلاحاً «اصرار بر صغیره» می نامند .
غیر از جرائم نامبرده فوق را اصطلاحاً جرم کوچک گویند .

تقسیم جرائم از جهت مورد جرم

۲۸۵ - مورد جرم ممکن است یکی از امور ذیل باشد :

الف - حق الناس مانند قتل

ب - حق الله مانند جرائم ضد عفت

ج - مشترك بين حق الناس و حق الله مانند جرم سرقت . بنا بر این سه قسم جرم

باعتبار این سه مورد وجود دارد (۱)

جرائم ضد جسم و جان

۲۸۶ - این جرائم که متوجه جسم و جان آدمی است شامل امور ذیل است:

الف - قتل (۲) و سقط جنین (۳)

ب - تجاوز به اطراف - یعنی هر نوع تجاوز بجزم آدمی بشرط اینکه بصورت

قتل و جرح نباشد مانند شکستن دست ، بریدن عضوی از اعضاء . اصطلاحاً این نوع

تجاوز را «جنایت بر اطراف» نامیده اند (۴)

۲۸۷ - ج - تجاوز بخاصیت اعضاء - یعنی هر نوع تجاوز بجزم آدمی که :

اولاً - بصورت قتل و جرح و جنایت بر اطراف نباشد .

ثانیاً - فائده ای که انسان از عضو مورد جنایت می برده همه یا پاره ای از آن

(۱) ماده سوم قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۳۴ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده ۸۵ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۴) ماده ۹۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

فائده زائل شود مثل اینکه میگز مجنی علیه بر اثر زدن خاصیت تعقل را از دست بدهد
و یا حس لامسه یا باصره ازین برود. اصطلاحاً این نوع تجاوز را «جنایت برمنافع»
نامیده اند.

۲۸۸ - د - جرح - مقصود هر نوع تجاوز بجهنم آدمی است که بهیچیک از
سه صورت فوق (مذکور در فقرات «الف - ب - ج») نباشد، اعم از اینکه مورد جرح
سرو صورت باشد که آنرا شجاج (بکسر اول) می نامند یا در سایر اعضا بدن باشد
که آنرا جراح (بکسر اول) نامیده اند. بنابراین جرائم ضد جسم و جان چهار قسم است:

یک - قتل و سقط جنین

دو - جنایت بر اطراف

سه - جنایت بر منافع

چهار - جرح (اعم از شجاج و جراح)

۲۸۹ - نکته - جرائم وارد به جسم مردگان هم مورد توجه مقنن بوده است
نهایت اینکه از مجرم دیده ای وصول می شد که مصرف آن کارهای عام‌المنفعه بود (۱)

جرائم مخالف عفت عمومی (۲)

۲۹۰ - مقصود جرائمی است که مربوط به عفت عمومی باشد، و عبارت است از:

الف - زنا

ب - مقاربت نامشروع با زنان غیر از زنا

ج - ملحقات (۳) زنا که جامع همه آنها تقریباً متمتع نامشروع است مانند مضاجعه،

تقییل، تفخیز و غیره.

(۱) ماده ۸۸ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۱۶۳ بیعه قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده ۱۷۹ - ۱۸۱ تا ۱۹۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

- ذ - ازاله بکارت (۲)
 ه - لواط (۲) وملحقات آن (۳)
 و - زنا ولواط با میت (۴)
 ز - موافقه با حیوانات (۵)
 ح - مساحقه وملحقات آن (۶)
 ط - قیاده (۷)

جرائم ضد شرف وحیثیت (۸)

۲۹۱ - این جرائم عبارت است از :

- الف - افتراء
 ب - توهین
 ج - غیبت
 د - افشاء اسرار ، خواه اسرار مربوط بحرفه وشغل باشد خواه نه
 ه - قذف (۹) یعنی اسناد زنا ولواط بشنونده یا بقایب بشرط اینکه :
 اولاً - گوینده علم بمدلول گفته خود داشته باشد.

- (۱) ماده ۱۸۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
 (۲) ماده ۱۹۲ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
 (۳) ماده ۱۹۵ - ۱۹۶ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
 (۴) ماده ۱۹۷ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
 (۵) ماده ۱۹۸ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
 (۶) ماده ۱۹۹ - ۲۰۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
 (۷) ماده ۲۰۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
 (۸) ماده ۲۰۳ - ۲۰۴ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
 (۹) ماده ۲۰۸ بعد قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

نانیاً - بقصد نسبت دادن زنا یا لواط گفته باشد نه بمنظورهای دیگر مانند اطفاء
خشم و نحو آن

ثالثاً - اسنادی که داده می شود صریح باشد .

رابعاً - مقذوف باید معین باشد .

جرائم علیه مصالح عمومی ملت و مملکت

۲۹۲ - این جرائم عبارت است از :

الف - سب نبی (۱)

ب - ادعاء نبوت (۲)

ج - معاملات کتب ضد دین (۳)

د - محاربه (۴) یعنی ایجاد اختلال در امنیت عمومی بوسیله استعمال اسلحه یا

بدون آن خواه مقرون بغارت باشد خواه نباشد.

جرائم جنك

۲۹۳ - مقصود جرائمی است که در روابط بین افراد نظامی یا غیر نظامی تابع

حکومت داخلی با نفرات و افراد خصم واقع می شود . جرائم مزبور (۵) عبارت

است از :

الف - استعمال سم در جنك

(۱) ماده ۲۷۷ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۲۳۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده ۲۵۲ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۴) ماده ۲۶۹ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۵) مواد ۱۴ تا ۱۸ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

ب - مثله

ج - غدر یعنی تجاوز بدشمن بعد از دادن تأمین قانونی در شرایطی که قانون حرب معین نموده است.

د - فرار سرباز از جنگ

ه - تخلف از فرمان بسیج

جرائم متفرقه

۲۹۴ - يك سلسله جرائمی است که قانون از آنها اسم برده و در هیچیک از طبقات فوق قرار ندارد مانند استعمال مسکرات، قمار، ترك تابعیت، سرقت، غصب، نبش قبر، غش و تدلیس و کلاهبرداری و خیانت در امانت، اختلاس (تصرف در مال غیر از روی خدعه)، جعل، تعدی صاحبان مشاغل رسمی، آزار و اذیت بهر نوع (۱) و غیره.

قسمت دوم

اقسام مجازاتها - موانع مجازات - مسقطات مجازات

الف - حد و تعزیر - قصاص و دیات

ب - حد و تعزیر

ج - قصاص

د - دیه

ه - حکومت (یا ارش)

(۱) ماده ۲۰۵ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

و - حبس وانواع آن
ز - زندانها

ح - موانع مجازات

ط - مسقطات مجازات

حد و تعزیر - قصاص و دیات

۲۹۵ - در این دوره جرائمی که موضوع آن حق الله است مجازات آنها یکی از دو صورت حد و تعزیر است و مجازات جرائم مربوط به حق الناس معمولاً بصورت قصاص یا دیات است. سایر مجازاتهای مربوط به جرائم راجع به حق الناس عبارت است از :
الف - حکومت (مطلب شماره ۳۰۰) -

ب - نفی حیثیت از مجنی علیه ، چنانکه تجاهر در ارتکاب جرم ، موجب جواز غیبت و افتراء شخص متجاهر می شود چه در این مورد قانون از متجاهر نفی حیثیت نموده است ؛ بهمین ترتیب قانون از صاحبان مشاغل رسمی که بمناسبت شغل خود تعدی و سنم کنند نفی حیثیت نموده است (۱)

ج - تسلیم مجرم و اموال او به اولیاء مجنی علیه (۲) مانند مورد قتل ، سلم بدست ذمی

د - حبس ابد مانند موردی که کسی دیگری را اکراه بقتل کند و قتل واقع شود شخص اکراه کننده محکوم به حبس ابد است .

حد - تعزیر

۲۹۶ - مجازات جرمی که در مورد حق الله است دو نوع است :

الف - حد - و آن مجازاتی است که :

(۲) ماده ۲۰۴ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۴۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

اولاً - کیفیت آن (یعنی حبس ، اعدام ، شلاق و غیره) در قانون معین شده باشد. ثانیاً - در مواردی که مجازات دارای کمیت است کمیت آنهم در قانون معین شده باشد مثلاً در مورد شلاق (۱) تعداد ضربات و در مورد حبس مدت حبس باید معلوم باشد. ۲۹۷. ب - تعزیر - و آن مجازاتی است که یا کیفیتش در قانون معین نشده و تعیین آن با اختیار حاکم است که معمولاً بصورت توییح ، حبس و تبعید اجراء می شود، یا در صورت تعیین کیفیت ، کمیت آن از طرف حداقل معین نشده و اختیار تعیین آن با حاکم محکمه است ، فقط قانون متذکر است که حد اکثرش نباید برابر با « حد » باشد ، مثلاً اگر مجازات تعزیر بصورت شلاق باشد نباید حداکثر تعزیر برابر با زدن تازیانه بعنوان « حد » باشد .

قصاص (۲)

۲۹۸ - قصاص مجازاتی است که بحکم قانون و بوسیلهٔ مجنی علیه یا اولیاء قانونی او در حق مجرم اعمال می شود. این مجازات باید در حدود قانون نظیر جرمی باشد که از طرف مجرم صورت گرفته است . بنابراین شرط اساسی قصاص آنست که جرم و مجازات باهم شباهت حاصل کنند. موارد قصاص عبارت است از :

الف - قتل عمد

ب - جنایت عمدی بر اطراف (مطلب شماره ۲۸۶)

ج - جنایت عمدی بر منافع (مطلب شماره ۲۸۷)

د - جرح عمدی یعنی جراح و شجاج (مطلب شماره ۲۸۸)

(۱) گاهی اصطلاح حدیه مجازات زدن شلاق (که کمیت آن در قانون معلوم باشد) گفته می شود و گاهی نیز بملق مجازات اعم از تعزیر و قصاص و غیره گفته شده است .

(۲) مواد ۳۴ - ۹۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

ذکر جمیع موارد فوق در صورتیکه جرم شبه عمدی یا خطائی باشد دیه باید داده شود.

دیه

۲۹۹ - و آن یکنوع مجازات نقدی است که در یکی از سه مورد ذیل از مجرم برفع مجنی علیه یا اولیاء قانونی او گرفته می شود.:

الف - در صورتیکه مجرم و مجنی علیه (یا اولیاء او) توافق کنند که بجای قصاص، دیه داده شود.

ب - در صورتیکه رعایت تشابه در موقع قصاص مقدور نباشد، مانند مورد «منقله» (بضم اول و فتح ثانی و تشدید و کسر ثالث) و آن جرمی است که بر اثر آن استخوان مجنی علیه جابجا شود در این مورد قصاص مقدور نیست زیرا امکان ندارد که بهمان وضع که استخوان مجنی علیه جابجا شده استخوان مجرم را جابجا کنند. در این مورد سه بیستم دیه مجنی علیه را از مجرم برفع مجنی علیه می گیرند.

ج - در صورتی که نص قانون، دیه را بعنوان مجازات معین کند مانند مورد قتل فرزند بدست پدر (۱).

حکومت (ارش)

۳۰۰ - آن نیز نوعی از مجازات نقدی است که در مواردی که نص قانون مقدار دیه را معین ننموده باشد بشرح ذیل از مجرم می گیرند:

(۲) دیه نفس × قیمت معیب مجنی علیه - قیمت صحیح مجنی علیه

قیمت صحیح مجنی علیه

رقمی که از حاصل ضرب فوق بدست می آید اصطلاحاً حکومت (یا ارش) خوانده شده است. برای توضیح گفته می شود که باید مجنی علیه را عبد فرض نمود تا قیمت

(۱) ماده ۴۳ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
(۲) دیه نفس هزار دینار طلا. یاده هزار در هم نقره است.

ضحیح و معیب آن بدست آید (۱). این بود تقسیم کلی مجازاتها در قانون مجازات
دوره وسطی (۲)

حبس و انواع آن

۳۰۱ - در قوانین جزای دوره وسطی سه نوع حبس وجود دارد :

اول - حبس هوقت - این حبس همیشه جنبه تعزیر دارد بهمین جهت تعیین حداقل

مدت حبس با دادرس است (۳)

دوم - حبس ابد - این حبس جزو حدود است ، مانند مجازات شخصی که دیگری

را اکراه بقتل کند و در نتیجه قتل واقع شود (۴) و همچنین است مجازات سارق که

برای بار سوم مرتکب جرم سرقت شود (۵) و برای دفعات قبل مجازات سرقت را

تحمل کرده باشد ، و نیز مجازات معاون جرم قتل بطوری که مقتول را نگهدارد تا

قاتل عمل قتل را صورت دهد (۶)

سوم - حبس ابد بضمیمه بعضی مجازاتهای دیگر. این حبس جزو حدود است ،

و مورد منحصر آن مجازات ترك تابعیت (ارتداد) است بشرط اینکه مرتکب جرم ،

زن باشد (۷) مجازاتهایی که به حبس ابد پیوسته می شود عبارت است از :

الف - زدن محبوس (پنج بار در هر ۲۴ ساعت)

(۱) ماده ۱۵۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۴ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده ۸ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۴) ماده ۲۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۵) ماده ۲۶۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۶) ماده ۵۱ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۷) ماده ۲۲۹ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

ب - سخت گیری از حیث غذا و لباس

زندانیها

۳۰۲ - از مقررات مربوط بزندانیها و زندانیان در این دوره اطلاعات مهمی بدست نیست ، در مورد حبس ابد (نسبت بتکرار جرم هرقت) نص قانون متذکر است که هزینه محبوس بعهده بیت المال است ، ولی نسبت بسایر موارد ، سکوت اختیار نموده است (۱) آنچه که از تاریخ عمومی این دوره استفاده می شود وضع زندان و زندانیان تابع مقررات یکسان و همیشگی نبوده است بلکه گاهی هوسهای صاحب دستوران و متصدیان زندان غالباً زندانیان را در وضع ناگواری قرار میداده است .

مواع مجازات

۳۰۳ - مواع مجازات (۲) عبارت است از :

الف - صغر، در این مورد و در مورد جنون بعلت نبودن اراده اساساً جرم محقق نمی شود ولی در مورد سوم جرم بعلت بودن اراده محقق می شود نهایت آنکه بعلت نبودن اختیار مجازات برای مجرم مقرر نشده است .

ب -- جنون قبل از ارتکاب جرم

ج - نداشتن اختیار (بشرح مذکور در مطلب شماره ۲۷۴)

۳۰۴ - نکته - عدم مسئولیت جزائی صغیر و دیوانه در موردی است که حق الله درین باشد و گرنه در موارد حق الناس (اعم از امور مدنی و امور کیفری) اساساً مسئول شناخته می شوند نهایت اینکه قانون در مورد امور کیفری صغار و دیوانگان کیفیت مسئولیت مخصوصی پیش بینی نموده است (مطلب شماره ۳۱۴)

(۱) ماده ۲۶۰ قانون مجازات و شرح آن (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۱۳ قانون مجازات و شرح آن (از کتاب مستنبط)

مسقطات مجازات (۱)

۳۰۵ - اموری که موجب اسقاط مجازات می شود عبارت است از :

الف - عفو ذینفع که ممکن است یکی از دو صورت ذیل مسقط مجازات باشد:

۱ - اسقاط مجازات مطلقاً یعنی بعد از شکایت بمحکمه و قبل از آن مانند مورد عفو اولیاء مقتول .

۲ - اسقاط مجازات قبل از شکایت ، مانند موردی که مسروق منه مال دزدی شده را « قبل از شکایت به محکمه » بسارق ببخشد ، یا یکی از وجوه ناقله باو منتقل کند در اینصورت مجازات سرقت ساقط شود .

۳۰۶ - ب - عفو رئیس حکومت باین شرح که فقط در جرائم مربوط به حق الله وی می تواند پس از اثبات جرم و نیز قبل از اثبات آن مجرم را عفو کند، جز در موردی که دلیل اثبات جرم ، شهادت باشد که بعد از اثبات ، حق عفو برای هیچ مقامی نخواهد بود.

ج - توبه قبل از اثبات جرم نه پس از آن. در حق الناس توبه مسقط مجازات نیست
د - فرار مجرم در جرم زنا قبل از رجیم یا حین رجیم ، در صورتی که دلیل اثبات جرم ، اقرار باشد .

ه - انکار بعد از اقرار بجرمی که مجازاتش رجیم است موجب اسقاط رجیم و تبدیل آن بتعزیر است.

و - تکرار جرمی که مسبوق به مجازات نشده است.

ز - دفاع مشروع (مطلب شماره ۲۸۱)

ح - جهل بقانون در حدود مطلب شماره ۲۷۲

(۳) ماده ۱۴ قانون مجازات و شرح آن (از کتاب مستنبط)

مسئولیت جزائی - عاقله

الف - مقایسه مسئولیت جزائی و مسئولیت مالی

ب - عاقله

مقایسه مسئولیت جزائی و مسئولیت مالی

۳۰۷ - در حقوق مدنی این دوره صرف صدق انتساب اضرار بکسی کافی است که او را مسئول قرار دهد حتی اراده و اختیار هم تأثیری در نبود و نبود مسئولیت مالی ندارد، بهمین جهت قوانین مسئولیت مالی این دوره کاملاً کلی و objective است بعکس در قوانین مسئولیت جزائی (مطلب شماره ۲۷۱) که تا اندازه قابل ملاحظه‌ای شخصی و Subjective است « اراده » شرط تحقق جرم و « اختیار » شرط صحت مجازات است.

۳۰۸ - در مورد مسئولیت مالی، شخص متجاوز مسئول است ولی در مورد مسئولیت جزائی استثناء قابل ملاحظه‌ای وجود دارد که این است: در موردی که مجرم از روی خطا جرمی را علیه جسم و جان (مطلب ۲۸۶) دیگری مرتکب شود و دلیل اثبات جرم هم اقرار نباشد (۱) مسئول پرداخت جزای نقدی (دیه یا حکومت) « عاقله مجرم » است نه خود مجرم.

عاقله (۲)

۳۰۹ - عاقله بچهار طبقه گفته می‌شود که از نظر مسئولیت جزائی قانوناً بین

(۱) ماده ۷۷ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۷۹ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

آنها سلسله مراتب وجود دارد ، باین معنی که با بودن طبقه اول، مسئولیت جزائی متوجه طبقه دوم نمی شود و قس علیهذا . طبقات مزبور عبارتند از :

۳۱۰ - الف - عصبه قاتل - یعنی خویشاوندان پدری قاتل جز زنان . بنا براین اولاد و پدر مجرم ، عصبیه نیستند . افراد عصبه اعم از فقیر و غنی مسئولیت دارند و تقدم و تأخر طبقات ارث در این جا رعایت نمی شود، ولی رئیس حکومت می تواند با رعایت وضع آنان جزای نقدی را بطور عادلانه بر آنها تحمیل کند ؛ حضور و غیبت افراد عاقله از محل ارتکاب جرم تأثیری در بود و نبود مسئولیت جزائی آنان ندارد (۱)

۳۱۱ - ب - آزادکننده بنده بشرط اینکه :

اولاً - قانون او را ملزم بآزاد کردن وی نکرده باشد ، یعنی با اختیار خود او را آزاد کرده باشد.

ثانیاً - اگر کسی بنده اش را آزاد کند و «حق و لاء» خود را که قانون با او داده اسقاط کند مسئولیت جزائی (در جرائمی که مسئولیت آنها بصورت دیه است) متوجه او نخواهد بود ولی اگر حق و لاء خود را اسقاط نکند قانوناً مسئولیت جزائی مزبور متوجه او بوده و بالنتیجه عاقله بنده خواهد بود مشروط آنکه شرط اول و سوم هم ضمیمه شود .

ثالثاً - برای بنده ای که آزاد می شود وارث نسبی وجود نداشته باشد. آزادکننده بنده با وجود سه شرط بالا عاقله است اگر زن نباشد و گرنه عصبه زنی که بنده مزبور را آزاد کرده بجای آن زن عاقله محسوب است .

۳۱۲ - ج - کسی که بموجب عقد ضمان جریره (۲) مسئولیت جنایات مستلزم

(۱) ماده ۷۸ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

(۲) عقدی است که بموجب آن یکی از طرفین عقد مسئولیت جنایات مستلزم دیه را

نسبت بطرف عقد قبول میکند باین شرط که از او ارث ببرد شخصی که ضامن جریره می شود باید وارث قانونی مضمون عنه نباشد .

دیه را نسبت بشخصی قبول نموده باشد.

۳۱۳ - د - امام (ع) در مرتبه چهارم عاقله است مشروط بر اینکه خود مجرم مالی برای دادن دیه خود نداشته باشد.

۳۱۴ - تبصره - چون عمد و شبه عمد نسبت بصغار و دیوانگان قانوناً ملحق به خطا است، بنابراین جرائم مقتضی دیه در صورتیکه از صغار و چنانچه صادر شود در هر حال مسئول آن عاقله است.

۳۱۵ - نکته - در روابط بین اهل ذمه «معاقله» وجود ندارد بنابراین اگر يك يک نفر ذمی مرتکب قتل خطائی شود خود او مسئول است نه عاقله.

مسلمان عاقله اجنبی نمی شود و اجنبی هم عاقله مسلمان نخواهد بود. در صورتی که ذمی مرتکب جرم مستلزم دیه شود و متمکن از پرداخت دیه نباشد امام (ع) عاقله ذمی خواهد بود (۱)

۳۱۶ - نکته - چون مسئولیت عاقله در حقوق جزای این دوره خلاف اصل تلقی شده در تمام موارد شك در مسئولیت عاقله، اصل بر ائت بنفع عاقله جاری است مثلاً در جرائمی که مشتبه بین شبه عمد و خطا است مرتکب جرم مسئول است نه عاقله.

(۱) ماده ۸۰ قانون مجازات (از کتاب مستنبط)

مبحث چہارم

آئین دادرسی مدنی و کیفری

فصل اول - تشکیلات محاکم

فصل دوم - آئین دادرسی مدنی

فصل سوم - آئین دادرسی کیفری

فصل اول

تشکیلات محاکم

قسمت اول - محاکم

قسمت دوم - سازمانهای قضائی

قسمت سوم - صلاحیت

قسمت چهارم - دادرسان و دادرسی

قسمت اول

محاکم

الف - اصل قانونی بودن انعقاد محاکم

ب - اعضاء محکمه

ج - محاکم اهل ذمه

د - محکمه مدنی و محکمه جزا

اصل قانونی بودن انعقاد محاکم (۱)

۳۱۷ - بموجب این اصل هیچ محکمه‌ای منعقد نمی‌گردد مگر بحکم قانون. اصل مزبور در قوانین موضوعه دوره وسطی مکرر گوشزد شده است (۲) حتی حکمیت هم بدون اذن رئیس حکومت مجاز نبوده است.

اعضاء محکمه

۳۱۸ - محکمه با وجود يك قاضی رسمیت پیدا می‌کرد ولی این امر مانع از این نبود که «طریقه تعدد قضات» لدی الاقتضاء برقرار شود: رئیس حکومت بموجب اختیاراتی که در اجراء قانون داشت (مطلب ۳۰-۱۴۰) می‌توانست محکمه را از دو یا چند قاضی تشکیل دهد، و بطور کلی انتخاب طریقه تعدد قضات یا وحدت قضات در صلاحیت او بوده است (۳).

در مواقع مقتضی برای محکمه اعضاء غیرقضائی انتخاب می‌شد که از آن جمله بود:
الف - مترجم - که می‌بایستی دارای عدالت قانونی بوده و در کار ترجمه تسلط داشته باشد (۴)

ب - منشی محکمه - که می‌بایست علاوه بر عدالت قانونی دارای سواد کافی باشد.

محاکم اهل ذمه (۵)

۳۱۹ - اهل ذمه پس از انعقاد عقد ذمه می‌توانستند در قلمرو کشور (دارالاسلام)

(۱) مقایسه شود با اصل ۷۴ متمم قانون اساسی

(۲) ماده اول قانون آئین دادرسی واصل دهم قانون اساسی (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده یازدهم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۴) ماده نهم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۵) اهل ذمه عبارتند از پیروان دین زرتشت و دین موسی و دین مسیح که پس از انعقاد يك قرار داد (بنام عقد ذمه) با رئیس حکومت دارای حقوق و تکالیفی از نظر قانون میشوند که یکی از آن حقوق داشتن محاکمی است که قاضی آن از اهل مذهب خود آنان باشد.

از خود محاکمی داشته باشند (۱) ولی حق دخالت درآموزی که در صلاحیت محاکم مسلمین بوده است نداشتند (مطلب شماره ۳۲۵)

چون بر اثر انعقاد عقد ذمه، استقلال سیاسی اهل ذمه از بین می‌رفت و محل سکونت آنان از نظر سیاسی و اداری جزو قلمرو اسلامی می‌شد بنابراین «محاکم اهل ذمه» را نمی‌توان «محکمه خارجی» تلقی نمود.

محکمه مدنی و محکمه جزا

۳۲۰ - رئیس حکومت بموجب اختیارات وسیع خود در اجراء قانون (مطلب ۱۴۰-۳۰) می‌توانست امور مدنی و جزائی را از هم جدا نموده و محکمه مخصوصی برای هر یک مقرر دارد ولی الزام قانونی به تفکیک این دو نوع محاکم نداشت. به همین جهت غالباً در دوره وسطی محکمه مدنی و جزا از هم جدا نبوده است ولی مؤلفان فقه از امکان تفکیک این دو نوع محاکم بحث کرده‌اند (مطلب ۳۲۶)

قسمت دوم

سازمانهای قضائی

الف - حوزه‌های قضائی کشور

ب - دیوان کشور

حوزه‌های قضائی کشور

۳۲۱ - رئیس حکومت به‌وجب اختیارات خود (مطلب ۱۴۰) صلاحیت داشت که کشور (دارالاسلام) را به‌حوزه‌های مختلف قضائی تقسیم کند و هر قاضی در صورت گرفتن اختیار حق داشت که در حوزه قضائی خود يك یا چند جانشین معین کند که

(۱) ماده ۲۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

او را اصطلاحاً «خليفة قاضی» می‌گفتند (۱) این ترتیب در این قرنها در ایران و قلمرو اسلامی وجود داشت و مندرجات تاریخ غازانی آنرا تأیید می‌کند چنانکه مؤلف آن در کتاب خود چنین می‌نویسد:

«در ولایاتی که از توابع فلان باشد و قضاء آن بدو تعلق دارد آنچه از شهر دور باشد ولایت آنکه قاضی نصب کند در چنان مواضع قاضی نصب کند و بهر ماهی احتیاط کار ایشان بکند.»

دیوان کشور .

۳۲۲- در طول دوره وسطی قانوناً و عملاً اسمی از مؤسسه‌ای که حافظ توحید رأیهای قضائی باشد وجود نداشت . با اینکه اصول قوانین موضوعه این دوره مانع تشکیل چنین مؤسسه‌ای نبوده است (۲) ظاهراً بین محاکم سلسله مراتبی وجود نداشته است . در چنین شرائطی شاید اداره کشور مشکل بنظر برسد و نوعی بی‌نظمی بر روابط مردم حکومت نماید بنابراین باید اعتراف نمود که عملاً برای ایجاد نظم و جلوگیری از تشتت خارج از حد آراء قضائی روشی از طرف اولیاء امور جامعه جاری بوده که حتی المقدور بحفظ نظم کمک می‌کرده است شاید سازمان قضائی و اداری « ولایت مظالم» مخصوصاً با توجه به صلاحیت وی (مطلب ۱۸۰ مکرر) این نظر را تأمین می‌کرده است. بررسی آینده در حقوق اداری دوره وسطی ممکن است بیشتر از این ما را به حل این مجهول کمک نماید.

۳۲۳- فکر وحدت آراء قضائی و هم‌آهنگی آنها حتی در ابتداء دوره وسطی و عصر خلفاء هم دیده شده است چه در این زمان فقط قرآن مدون بود ولی احادیث حقوقی مدون نبوده و هر قاضی بسلیقه خود بحدیثی استناد می‌کره و ناچار تشتت آراء قضائی بوجود می‌آمد. گویند (۳) عمر از این حوادث بیمناک گردید و چاره در این

-
- (۱) ماده دهم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
 - (۲) ماده ۲۲ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
 - (۳) کتاب تاریخ التشریح الاسلامی - صفحه ۹۶.

میدید که حتی المتدور بقرآن استنادشود نه به سنت. شورای قضات و علماء حقوق که بطور غیر دائم با حضور خلیفه وقت تشکیل می شد تا اندازه ای بوحدت آراء قضائی کمک می نمود در هر حال در این زمینه باید منتظر بدست آوردن اسناد بیشتری بود.

۳۲۴ - تبصره - در بدأ این دوره محاکم عمومی و محاکم اختصاصی وجود نداشت همه امور و همه مردم به محکمه واحد ارجاع می شدند ولی بعدها در عصر عباسیان (مطلب ۱۸۵ - ۱۸۶) واعصار دیگر محاکم اختصاصی بوجود آمد.

در این دوره بعلمت عدم تفکیک فکر «حقوق عمومی» (۱) از فکر حقوق خصوصی (۲) در سازمان متفاوت دادگاه و دادسرا وجود نداشت یعنی قاضی محکمه هم حاکم بود و هم مدعی العموم؛ هر چند پاره ای از آنچه که امروز در صلاحیت دادستان است (مانند موارد مذکور در مواد ۴۹-۵۲ قانون اصول تشکیلات عدلیه) در صلاحیت «والی مظالم» (مطلب ۱۷۹-۱۸۰ مکرر) بوده است ولی معذک نمی توان گفت که دادسرا در دوره وسطی وجود داشته است علاوه بر اینکه معلوم نیست سازمان قضائی «ولایت مظالم» پس از عصر عباسیان هم موجود بوده است چه این سازمان ظاهراً مختص بدوره عباسیان بوده و محتمل است در عصر امویان و خلفاء هم وجود داشته است. در هر صورت تفکیک دادگاه و دادسرا از یکدیگر از مختصات دوره سوم است.

قسمت سوم

صلاحیت (۱)

الف - صلاحیت محاکم

Droit public	(۱)
Droit privé	(۲)
Compétence	(۳)

صلاحیت محاکم

۳۲۵ - محاکم اسلامی دوره دسطی که قضات آنها مسلمان بودند نسبت بجمیع

دعاوی (اعم از مدنی و کیفری) صلاحیت رسیدگی داشتند باین شرح که:

الف - در دعاوی که يك طرف دعوی مسلمان باشد فقط محاکم اسلامی صالح

می باشند وهم چنین است در مورد جرائمی که مجرم دارای تابعیت اسلامی باشد.

ب - در دعاوی که طرفین دعوی ذمی باشند وعقد ذمه با حکومت اسلامی منعقد

نموده باشند محاکم اسلامی صلاحیت رسیدگی دارند ولی ملزم برسیدگی نیستند و

می توانند از رؤیت دعوی خودداری نمایند در اینصورت محاکم اهل ذمه حق رسیدگی

بدعوی راداشتند (۱)

ج - هر گاه طرفین دعوی مستأمن (۲) باشند محاکم اسلامی صلاحیت رسیدگی را

دارند ولی ملزم برسیدگی نیستند مگر اینکه تعهدی در این باب صورت گرفته باشد

که قانوناً محاکم را ملزم برسیدگی نماید مثل اینکه حکومت اسلامی طی اذن ورود

مستأمن بکشور ، عهده دار رسیدگی بدعای آنان شده باشد (۳)

تبصره - هر گاه طرفین دعوی «معاهد» (۴) بودند صلاحیت محاکم بشرحی

بود که در مورد مستأمن ذکر شد.

(۱) ماده ۲۵ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) و او کسی است که فاقد تابعیت اسلامی بوده و با حکومت اسلام عقد ذمه منعقد

نموده ولی بموجب اذن دولت بمنظور تجارت یا سفارت و با حاجت دیگر وارد قلمرو اسلامی

می شود . چون بوی امان (از تعرض) داده شده او را مستأمن گویند . امان مستأمن امان

مطلق است و مقید بوقت محدود یا نامحدود نیست.

(۳) ماده ۲۵ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۴) معاهد کسی است که امان موقت از راه «عقد مهاده» بدست آورده باشد .

صلاحیت ذاتی و محلی

۳۲۶ - تعیین صلاحیت ذاتی و محلی محاکم از اختیارات (مطلب ۱۴۰) رئیس حکومت است (۱) در کتاب جواهر الکلام و شرایع مفاداً چنین نوشته اند: میتوان برای يك شهر دو قاضی معین نمود که هر يك در بخشی از شهر ایفاء وظیفه نمایند یا اینکه در دو زمان متناوب کار کنند یا اینکه یکی قاضی در امور مالی و دیگری قاضی در امور کیفری و ازدواج باشد.

قسمت چهارم قضات و قضاء

الف - شرایط قاضی

ب - حقوق قضات

ج - عزل و نصب قضات

د - تخلفات قضات

ه - خطاء قضات

و - قضات نشسته و ایستاده

ز - مشخصات عمومی دادرسی

شرایط قاضی

۳۲۷ - از نظر قوانین موضوعه این دوره قاضی باید واجد شرایط ذیل باشد:

۱ - تشیع (۲) در صورتیکه لا اقل یکطرف دعوی مسلمان باشد.

(۱) ماده اول قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) از نظر حقوق عامه صرف اسلام کافی است.

- ۲ - عدالت ، یعنی درانظار مردم ازقوانین آمره وناهیه تخلف نکند (۱).
- ۳ - بلوغ وعقل ورشد. جنون ادواری هم نباید داشته باشد.
- ۴ - زن نباشد.
- ۵ - نداشتن نسب نامشروع
- ۶ - اطلاع از قوانین موضوعه اسلامی وداشتن قدرت استنباط (۲)

حقوق قضات

۳۲۸ - چون سازمانهای قضائی برای حفظ مصالح عمومی برقرار می شد، هزینه ایجاد ونگهداری آن را ازاموال مختص بمصالح عمومی (یعنی بیت المال) فنی برداختند، بقضاتی که بعلمت تمکن مالی احتیاج بحقوق نداشتند حقوق داده نمی شد دادرسی يك تکلیف قانونی بود وحقوق در مقابل انجام تکلیف قانونی نمیدادند بلکه برای تأمین قدرت قاضی برانجام وظیفه باحقوق داده می شد (مطلب ۱۴۲ تا ۱۴۶)

میزان حقوق بستگی به اندازه نیازمندی وی داشت. قاضی بهیچوجه حق اخذ مال بهیچ صورت ازمتداعیین نداشت (۳).

عزل و نصب قضات

۳۲۹ - عزل و نصب قضات در صلاحیت رئیس حکومت یا نایب قانونی وی بود (۴)

استخدام قضات مانند استخدام سایر عمال حکومت در صلاحیت او بوده است. در صورت احتیاج کادر قضائی بقضات واجد شرایط ، اشخاص مزبور مکلف بقبول شغل قضاء بودند ، در صورتیکه واجدین شرایط بیشتر از مقدار لازم بودند انتخاب مقدار

(۱) ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده سوم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده هفتم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۴) ماده يك قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

لازم بنظر وی بستگی داشت (۱) .

موارد عزل و یا انزال قاضی عبارت بود از:

الف - زوال یکی از شرائط قاضی (مطلب شماره ۳۲۷)

ب - صدور حکم عزل او از طرف رئیس حکومت

۳۳۰ - تبصره - فوت رئیس مزبور تأثیری در مشاغل رسمی صاحبان آنها

(خواه شغل قضائی باشد خواه شغل غیرقضائی) نداشت (۲)

۳۳۱ - نکته - استقلال قضات در قوانین موضوعه اسلامی منصوص نیست.

تخلفات قضات

۳۳۲ - دادرسی بین مردم طبق قوانین موضوعه بود (۳) هر چند که استناد به-

قانون در طی حکم لازم نبوده است. تخلف از صدور حکم جرم محسوب میشد و موجب

انزال قاضی از مقام قضاء بوده است (۴) و صادر کردن حکم برخلاف قوانین موضوعه نیز

جرم بوده و موجب انفصال از شغل محسوب می شد. قاضی متخلف علاوه بر اینکه از

جهت جرم مزبور مجازات (تعزیر) می شد هر گاه رأی غیر قانونی وی موجب تحقق

یکی از جرائم پیش بینی شده در قانون مجازات می گردید محکوم به مجازات آن

جرم نیز می شد. در صورتیکه از تخلف وی خسارتی ناشی می گردید مسئول خسارت

مزبور نیز شناخته می شد (۵)

(۱) ماده دوم قانون آئین دادرسی از کتاب مستنبط)

(۲) ماده چهارم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۳) اصل نهم قانون اساسی (از کتاب مستنبط) مقایسه شود با اصل ۸۷ متمم قانون

اساسی و ماده پنجم قانون آئین دادرسی مدنی

(۴) ان الذين يكتفون ما انزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب

اولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون الا الذين تابوا ... (سوره بقره- آيات ۱۶۰-۱۶۱)

(۵) ماده پنجم قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

خطاء قضات

۳۳۳ - هر گاه در دادرسی کیفری و مدنی پس از صدور حکم و اجراء آن ، خطاء حکم محکمه محرزمی شد در هر صورت بیت المال مسئولیت مالی داشت جز در صورتیکه عین مال مدعی به تلف نشده بود که در این صورت استرداد شده و بمالك اصلی داده می شد .

۳۳۴ - نکته - بحسب اقتضاء اصول قانون این دوره در روابط بین مأمورین حکومت و افراد هر گاه تجاوزی بمال یا جان مردم می شد مأمورین مزبور مسئولیت داشتند ، و مسئول تجاوز ناشی از اعمال سمت ، بیت المال بوده است .
اصل مزبور که حاکی از مسئولیت دولت در حقوق داخلی است اصلی است بسیار مترقی که مختص دوره وسطی است و در دوره سوم چنین اصلی وجود ندارد .

قضات نشسته و ایستاده

۳۳۵ - تفکیک این دو صنف ناشی از تفکیک حقوق عمومی از حقوق خصوصی است که اختصاص به دوره سوم دارد بنابراین در دوره های دیگر فقط يك صنف قاضی وجود دارد که در عین حال عهده دار وظائف قضات نشسته و قضات ایستاده است .

مشخصات عمومی قضاء

۳۳۶ - الف - اصل استناد بقانون در صدور حکم - این اصل از مشخصات دوره سوم است و قضات محاکم در سایر ادوار ملزم نبودند که در طی حکم خود از متن قانونی که هستند حکم آنها است اسم ببرند . در صدر اسلام غالباً متن قانون را ذکر می کردند استناد بمتن قانون در طی حکم محکمه یکی از ترقیات حقوقی است و آثار مفید دارد .
۳۳۷ - ب - ممنوعیت استنباط کلی - این ممنوعیت نیز از آثار دوره سوم است و در دوره وسطی استنباط کلی چه در حین صدور حکم و چه در موارد دیگر ممنوع نبوده است . در

دوره وسطی بعلت فقدان امکانات انتشار رسمی نسخه‌های قوانین موضوعه، جلوگیری از استنباط کلی مقدور نبوده است ولی در دوره سوم صنعت چاپ این امکان را در اختیار ما گذاشت بهمین جهت ه‌جال منع استنباط کلی پیش آمد. منع استنباط کلی بمنظور حفظ حریم قوه مقننه و منع ورود قوه قضائیه در حریم مزبور يك عمل سودمند است هر چند که منع مزبور بطور کامل از عهدۀ تاهین منظور فوق بر نمی آید.

فصل دوم

آئین دادرسی مدنی

قسمت اول - اصول کلی دادرسی

قسمت دوم - احکام صادر شده از محاکم

قسمت سوم - ادله اثبات دعوی

قسمت اول

اصول کلی دادرسی

الف - احضار

ب - استنطاق

ج - نوبت دعاوی

د - شروع محاکمه

ه - نظم جلسهٔ محاکمه

و - محاکمهٔ غیابی

احضار

۳۳۸ - هرگاه حاکم محکمه کسی را احضار می‌کند باید اطاعت نماید و در صورتی که از حضور امتناع می‌ورزید مجازات تعزیر در بارهٔ او اجراء می‌شد (۱).

استنطاق

۳۳۹ - استنطاق برای احقاق حق بهر وسیله‌ای که حاکم صلاح بداند جائز بوده است جز با وسائلی که بنحوی از انحاء مورد منع قانونی قرار گرفته بود مانند تهدید و شکنجه و آزار (۲).

نوبت دعاوی

۳۴۰ - تعیین نوبت دعاوی بنظر حاکم محکمه بوده است (۳)

شروع محاکمه

۳۴۱ - در حق الناس شروع محاکمه و صدور حکم و اجراء آن موقوف بتقاضای ذینفع است (خواه در امور مدنی و خواه در امور جزائی) ولی در حق الله تقاضای احدی شرط نیست و صرف اطلاع حاکم محکمه کافی برای شروع محاکمه و صدور و اجراء حکم است (۴)

(۱) ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۱۴ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۳) ماده ۱۵ - ۱۶ آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۴) ماده ۱۹ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

نظم جلسهٔ محاکمه

۳۴۲ - در صورتیکه متداعین و کسانیکه بنحوی از انحاء در جلسهٔ محاکمه شرکت کنند (مانند شهود) رعایت نظم جلسهٔ محاکمه را نکنند، در حدودی که حاکم محکمه مقتضی بداند اخلال کننده را تعزیر خواهد نمود (۱)

محاکمهٔ غیابی

۳۴۳ - محاکمهٔ غیابی در حق الناس جایز است و حاکم پس از صدور حکم علیه غائب از محل اموال او بمقدار مدعی به با اخذ ضامن از مدعی بوی خواهد داد. محکوم علیه تمام حقوق قانونی را در دفاع از حق خود دارا می باشد و پس از حضور و تقاضای وی دادرسی اعاده خواهد شد (۲) و بر حسب موارد مختلف ممکن است حکم سابق نقض یا ابرام شود (۳).

قسمت دوم

احکام صادر شده از محاکم

الف - اعتبار قضیهٔ محکوم بها

ب - اعتبار حکم نسبت به محاکم دیگر

اعتبار قضیهٔ محکوم بها

۳۴۴ - در بسیاری از گفتار مقنن این دوره بطور روشن بیان شده که غرض

(۱) ماده ۱۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) یکی از مواردی که در حقوق این دوره اجازهٔ اعادهٔ دادرسی داده شده است

(رجوع شود بمطلب ۳۴۹)

(۳) ماده ۱۸ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

از دادرسی (البته قدر متقین این گفتار در دادرسی مدنی است) فصل خصومت است نه احراز واقع. این يك مبني وپايه (۱) مسلم در حقوق این دوره است. از جهت دیگر از مسلمات تاریخ حقوق این دوره آن است که رسیدگی بدعاوی، يك درجه‌ای بوده است. ترجمه یکی از متون قانونی این دوره چنین است: عبدالله پسر وضاح گفت که با مردی یهودی معامله داشتم یهودی هزار درهم از مال مرا بخیانت ببرد او را نزد والی بردم و سوگندش دادم (یمین مدعی علیه) یهودی قسم به بی‌حقی من یاد نمود در صورتی که میدانستم سوگند بدروغ یاد کرده است، مدتی از این واقعه بگذشت و یهودی صاحب مالی فراوان گشت، اندیشیدم که مال خود از او بازستانم پس بر این نیت نامه‌ای به امام (ع) نوشتم و صورت قصه بازگفتم در جواب نوشت:

« لا تأخذ منه شيئاً ان كان قد ظلمك فلا تظلمه ؛ و لولا انك رضيت يمينه فحلف «(لا مرتك ان تأخذ من تحت يدك) و لكنك رضيت يمينه، فقد ذهب اليمين بما فيها.

یعنی چیزی از یهودی‌نگیر اگر او بتو ستم نمود تو باو ستم روا مدار؛ اگر تو بسوگند او خشنود نشده بودی دستور میدادم که مال خود را از تصرف او بیرون آوری ولی خود بسوگند او خشنود شده‌ای، و سوگند حق ترا ساقط نمود.

۳۴۵- چنانکه از متن قانونی بالا معلوم می‌شود سوگند که از ادله اثبات دعوی

است بمنظور فصل خصومت وضع و مقرر شده نه بمنظور احراز واقع. از این مطالب استفاده می‌شود که مقصود مقنن فصل خصومت است اگر در بعضی موارد (مانند طلب شماره ۱۳۴۳) مقنن خواسته است بمنظور رعایت پاره‌ای مصلحت‌ها تجدید دادرسی را برقرار سازد تصریح بر آن مـوارد نموده است ولی این يك مطلب استثنائی است و قاعده کلی «منع تجدید دادرسی» باید رعایت گردد فرق نمی‌کند که تجدید دادرسی نزد همان حاکمی باشد که حکم صادر کرده است یا نزد حاکم دیگر. در هر حال غرض «فصل خصومت» یا «تجدید دادرسی» مانعة‌الجمع است.

۳۴۶ - نکته - در تأیید بیان بالا میتوان گفت که: حکم صادر شده از محکمه، معرف و موجود يك وضع حقوقی معین است استصحاب وضع حقوقی مزبور (که ناشی از حکم محکمه است) ایجاب می کند که تجدید دادرسی در همان مورد، ممنوع باشد ۳۴۷ - در بعضی از نصوص قانونی این دوره بطور ضمنی تجدید دادرسی اجازه داده شده است. نص مزبور مفاداً چنین می گوید، «اگر بطلان شهادت شهود اثبات شد حکم صادر شده باستناد شهادت مزبور کان لم یکن فرض میشود و در اینصورت اگر عین محکوم به وجود داشته باشد آنرا بصاحب اصلی آن میدهند و گرنه شهود، مسئول خسارت صاحب اصلی محکوم به خواهند بود. (۱)

در مورد همین نص نیز نصوص دیگر وجود دارد که اجازه تجدید دادرسی نمی دهد و فقط شهود را مسئول خسارت صاحب اصلی محکوم به قرار می دهد (۲)

۳۴۸ - با وجود تعارض نصوص و تساقط آنها اصل کلی که عبارت از « منع تجدید دادرسی » است باید رعایت شود.

(۱) روایة جمیل عن الصادق (ع) فی شاهد الزور: « ان کان الشیئی قائماً بعینه ردعلی صاحبه وان لم یکن قائماً ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل » عبارت «ردعلی صاحبه» صریح در جواز تجدید دادرسی نیست چه ممکن است متصور مقنن این باشد که: محکوم له مکلف برد عین مال است و حق عینی صاحب اصلی مال باستناد حکمی که مبتنی بر شهادت باطل بوده از بین نمیرود، و معلوم نیست که در صورت امتناع محکوم له از رد عین مال و شکایت طرف بمحکمه، حاکم مجاز در تجدید دادرسی باشد بلکه در صورت بقاء عین مال حاکم حکم برد آن بصاحبش می نماید و در صورت نبودن مال حکم جبران خسارت می دهد و هیچیک از این دو عمل مستلزم تجدید دادرسی نیست (دقت!).

(۲) مرسل جمیل عن احدهما (ع) فی الشهود: « اذا شهدوا علی رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضی علی الرجل ضمنوا ما شهدوا به و غرموه... » صحیح محمد بن مسلم ... فی شهادة الزور ما توبته قال: « یؤدی من المال - الذی شهد علیه بقدر ما ذهب من ماله ان کان النصف او الثلث ان کان شهدوا و آخر معه. »

اعتبار حکم نسبت به محاکم دیگر

۳۴۹۰ - نقض حکم حاکم بوسیله حاکم دیگر ممنوع بوده است، هیچ حاکمی حق نداشت نظر حاکم محکمه دیگر را در تشخیص حکم و موضوع تخطئه و نقض کند معذک مقرر است اداری این دوره باتکاء «اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت» (مطلب شماره ۳۰-۶۲) اجازه می داد که حکم قضات پائین رتبه توسط بعضی مقامات قضائی عالی رتبه مانند والی مظالم (مطلب شماره ۱۷۹) نقض شود.

قسمت سوم

ادله اثبات دعوی

الف - ادله اثبات دعوی در امور مدنی

ب - اقرار

ج - علم قاضی

د - شهادت

ه - قسم

و - قسم بضمیمه شهادت

ادله اثبات دعوی در امور مدنی

۳۵۰ - این ادله عبارت است از :

الف - اقرار

ب - علم قاضی

ج - شهادت

د - قسم

ه - قسم بضمیمه شهادت

اقرار

۳۵۱ - اقرار در امور مدنی در دعاوی و غیر دعاوی وسیله اثبات است (۱)
ولازم نیست که حکم محکمه طبق آن صادر شود (۲).

اقرار باید صریح باشد و مورد تکذیب مقررله واقع نشود و کذب آن ظاهر نباشد (۳) مگر نباید مکره ، صغیر ، سفیه ، مست ، بیهوش ، خوابیده باشد (۴)
انکار بعد از اقرار مسموع نیست ولی تفسیر آن ولو بطور منفصل از اقرار جائز است هر چند که این تفسیر موجب تغییر کامل آثار حقوقی اقرار گردد (۵) بهمین جهت اقرار مقید (۶) قابل تجزیه نیست زیرا تجزیه فرع بر ترکب است و حال اینکه در در مورد اقرار مقید اساساً ترکب وجود ندارد. اساساً در آئین دادرسی اسلام اقرار چه در امور مدنی و چه در امور جزائی قابل تجزیه نیست (قانون جزا در حقوق دوره سوم نسبت بقابل تجزیه بودن و غیر قابل تجزیه بودن اقرار ساکت است) .
اقرار مرکب (۷) قابل تجزیه است (۸) .

(۱) ماده ۲۹ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) ۳۰ < < < < <

(۳) ۳۱ < < < < <

(۴) ۳۳ < < < < <

(۵) ۳۴ < < < < <

(۶) Aveu Qualifié به موجب این اقرار شخص مقرر اولاً -

بمطلبی اعتراف می کند. ثانیاً عنوانی بآن می دهد که آثار حقوقی اقرار را تغییر میدهد مثل اینکه اقرار می کند که مدعی به راز مدعی گرفتار ولی بعنوان هبه نه بعنوان وکالت.

(۷) Aveu Complex و آن اقراری است که دارای دو جزء مرتبط

باشد مثل اینکه مدعی علیه اقرار بدین خود کند با این ترتیب که می گوید آنرا پرداخته ام .

(۸) مقایسه شود باماده ۱۲۸۳ قانون مدنی

۳۵۱ مکرر - یکی از اصول مهم مربوط باقرار این است که : اصل تأثیریک دفعه اقرار است مگر در مواردی که مقنن تکرار اقرار را شرط تأثیر آن قرار دهد (مانند اقرار در اثبات زنا و لواط و غیره) .

علم قاضی

۳۵۲ - علم قاضی علاوه بر اینکه ارزش اثباتی دارد بر سایر ادله اثبات دعوی مقدم است باین معنی که هرگاه قاضی مطلع از حقیقت امر باشد استماع دلیل دیگر (مانند اقرار، شهادت و غیره) نخواهد نمود ولی در صورت فقدان اطلاع شخصی خود قانوناً مکلف است سایر ادله اثبات دعوی را استماع نماید؛ و قاضی در پذیرفتن این ادله از جانب خود اختیار ندارد یعنی ارزش این دلائل بنظر او بستگی ندارد زیرا قانون برای آنها ارزش قائل شده است (۱)

شهادت

۳۵۳ - شهادت هم مانند اقرار در دعوی و خارج دعوی ارزش اثباتی دارد؛ بعکس اقرار، اصل در شهادت تعدد است (یعنی دو مرد باید شهادت بدهند. شهادت دو مرد را اصطلاحاً بینه گویند) و جز این مستثنی است، و همچنین اصل عدم اعتبار شهادت زن است جز در مواردی که قانون تصریح بقبول آن نموده است (۲).

شهادت بر شهادت مسموع است ولی شهادت ثالث مسموع نیست. شهادت «شاهد اصل» بوسیله شهادت دو «شاهد فرع» اثبات میشود. زن ندی تواند شاهد فرع قرار گیرد (۳)

شهادت بر اقرار مسموع است (۴).

(۱)	ماده	۴۵	قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۲)	«	۴۶	« « « « «
(۳)	«	۴۷	« « « « «
(۴)	«	«	« « « « «

شاهد باید عاقل و غیر مکره و بالغ و رشید (۱) بوده و مست و بیهوش و مبتلی بغفلت و نقص حواس مربوط بشهادت نباشد (۲). شاهد باید دارای نسب مشروع بوده (۳) و نیز باید عادل باشد (مطلب شماره ۲۸۹)

۳۵۳ مکرر - موارد رد شاهد (۴) عبارت است از مواردی که عرفاً بتوان شاهد را

متهم بجانبداری از مشهود له نمود معذک موارد ذیل مستثنی است :

الف - شهادت شریک بنفع شریک در غیر مورد اشتراک

ب - شهادت زوج بنفع زوجه

ج - شهادت زوجه بنفع زوج (بشرط اینکه زن بتهنایی شاهد نباشد)

۳۵۴ - عدول شهود از شهادت خود قبل از صدور حکم موجب بطلان

شهادت است (۵)

در صورتیکه شاهد را دعوت بتحمل شهادت کنند و ضرری از این کار متوجه

او نشود مکلف است قبول کند (۶) و حق گرفتن اجرت برای این کار و برای اداء شهادت

(۷) ندارد ولی هزینه‌های لازم برای تحمل و اداء شهادت بعهده کسی است که استشهاد

می کند .

۳۵۵ - در دومورد ذیل شخص قانوناً مکلف باداء شهادت است :

الف - در صورتیکه قبلاً به تحمل شهادت دعوت شده و آنرا تحمل نموده باشد .

ب - در صورتیکه از پیش خود متحمل شهادت شده و بداند که امتناع از اداء

(۱) در حقوق امامیه باید شاهد شیعیه باشد.

(۲) ماده ۴۸ - ۶۰ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۳) ۵۰ < < < < <

(۴) ۵۳ - ۵۴ - ۵۵ - ۵۹ < < <

(۵) ماده ۶۱ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۶) ۶۳ < < < <

(۷) ۸ < < < <

شهادت موجب ضرر مشهودله است (۱)

۳۵۶ - شهادت در طلاق - در صورتیکه دلیل اثبات طلاق شهادت باشد باید

شهود دو مرد باشند قسم و نیز شهادت زن در این مورد مسموع نیست (۲)

۳۵۷ - شهادت در نکاح - علاوه بر بینه ، هر يك از دو دليل ذیل می تواند نکاح

را اثبات کند :

الف - يك شاهد مرد بضمیمه دو شاهد زن

ب - يك شاهد بضمیمه قسم مدعی (۳)

۳۵۸ - سلسله مراتب ادله اثبات - بین ادله اثبات ذیل ، سلسله مراتب وجود

دارد (۴) یعنی با بودن آنکه مقدم است نوبه استناد به آنکه مؤخر است نمی رسد :

الف - بینه

ب - شهادت یک مرد بضمیمه شهادت دوزن (مخصوص به حق الناس است)

ج - شهادت يك شاهد مرد بضمیمه قسم مدعی (مخصوص حق الناس است)

د - شهادت دو شاهد زن بضمیمه قسم مدعی (مخصوص حق الناس است)

۳۵۹ - اموری که عادتاً و یا قانوناً اطلاع مردان بر آنها دشوار و غیر ممکن

است (مانند اثبات بکارت) باشهادت يك زن اثبات می شود . در همه این امور شهادت

یک مرد هم کافی است (۵)

۳۶۰ - ولادت طفل بشهادت يك زن اثبات می شود ولی يك چهارم ارث بثبوت

می رسد ، بشهادت دوزن نصف ارث و بشهادت سه زن سه چهارم ارث و بشهادت چهار

زن تمام ارث اثبات می شود (۶) هر گاه شاهد از شهادتش عدول کند و یا شهادت

(۱) ماده ۶۴ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) « « « « « ۷۰ «

(۳) « « « « « ۷۱ «

(۴) « « « « « ۷۳ - ۸۷ «

(۵) « « « « « ۷۴ «

(۶) « « « « « ۷۵ «

دروغ بدهد در صورتیکه عین مدعی به ازین نرفته باشد به محکوم علیه رد میشود و در صورتیکه عین مدعی به ازین نرفته باشد شاهد مسئولیت مالی خواهد داشت و باید از عهده خسارت محکوم علیه بر آید (۱)

قسم

۳۶۱ - پس از طرح دعوی از طرف مدعی حالات ذیل ممکن است اتفاق افتد :
الف - مدعی علیه اقرار بحق مدعی کند در اینصورت حکم بنفع مدعی صادر می شود .

ب - مدعی علیه اقرار نکند در اینصورت حاکم از مدعی ، «بینه» می خواهد تا دعوی خود را اثبات کند : اگر اقامه بینه نمود حکم بنفع او صادر می شود .

ج - در صورتیکه اقامه بینه نکند حاکم باو اخطار می کند که می تواند از مدعی علیه مطالبه «قسم» نماید (قسم مدعی علیه یا قسم منکر) : اگر مدعی علیه سوگند بر بیحقی مدعی یاد نمود حکم بنفع مدعی صادر می شود و اعاده محاکمه ممنوع است و لولاینکه مدعی پس از صدور حکم ، اقامه بینه کند .

د - اگر مدعی علیه سوگند مزبور را یاد نکند و رد قسم بمدعی نماید یعنی از او بخواهد که قسم بر ذیحق بودن خود یاد کند مدعی مکلف است که «قسم» (قسم مدعی) یاد کند تا حکم له او صادر شود و در صورت نکول از قسم حکم قطعی علیه او صادر می شود (۲)

ه - اگر مدعی علیه سوگند یاد نکند و رد قسم بمدعی نیز ننماید یعنی نکول کند (نکول مدعی علیه از قسم و رد قسم) علیه او حکم صادر خواهد شد (۳)

۳۶۲ - قسم مدعی علیه دو قسم است :

اول - قسم بتی (تاء مشددة)

(۱) ماده ۲۰ قانون آیین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) > > > > > ۷۶

(۳) > > > > > ۷۸

دوم - قسم نفی العلم (۱)

۳۶۳ - قسم اساساً بعهده مدعی علیه است (۲) جز در موارد ذیل :

يك - قسمی که مدعی علیه بمدعی رد می کند (مطلب شماره ۳۱۱)

دو - در صورتیکه مدعی ، امین باشد .

سه - در موردی که شهادت يك شاهد مرد بضمیمه قسم مدعی قانوناً پذیرفته

می شود یعنی در حق الناس مربوط بامور غیر کیفری (۳) و در موردی که شهادت

دو شاهد زن بضمیمه قسم مدعی قانوناً پذیرفته می شود . این مورد بامورد بالا یکی

است فقط بین این دو دلیل اثباتی سلسله مراتب وجود دارد یعنی يك شاهد مرد بضمیمه

قسم مدعی مقدم است بر دو شاهد زن بضمیمه قسم مدعی (۴)

چهار - در مورد ادعاء قتل بطرفیت شخص یا اشخاص معین ، در این صورت مدعی

باید بوسیله قسامه (مطلب شماره ۳۸۲) اثبات دعوی کند . این مورد مربوط بآئین

دادرسی کیفری است (۵) .

۵ - در مورد لعان (مطلب شماره ۳۸۷)

۳۶۴ - قسم برای اثبات مال غیر بکار نمی رود بنا بر این ولی صفار در دعوی مالی

مربوط بآنان نمی تواند قسم یاد کند (۶)

(۱) ماده ۸۱ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) > ۸۲ > > > >

(۳) و نیز در حق الناس مربوط بامور کیفری در صورتیکه مجازات عمل

حد و تعزیر نبوده بلکه دیه یا زارش باشد.

(۴) ماده ۸۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۵) > ۸۸ > > > >

(۶) ماده ۸۳ - ۸۴ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

قسم بضمیمه شهادت

۳۶۵ - (مقصود از شهادت در عنوان بالا شهادت یکمرد یا شهادت دوزن است)

مورد استناد باین دلیل اثباتی فقط در حق الناس (جز مستثنیات قانون و امور

کیفری) است بشرط اینکه مدعی فاقد ادله ذیل باشد :

یک - ینه .

دو - یک شاهد مرد بضمیمه دو شاهد زن (به مطلب شماره ۳۸۱ نیز مراجعه شود)

فصل سوم

آئین دادرسی کیفری

- قسمت اول - اصول کلی دادرسی کیفری
- قسمت دوم - ادله اثبات مشترك بين امور جزائی و مدنی
- قسمت سوم - ادله اثبات مختص امور جزائی

قسمت اول

اصول کلی دادرسی کیفری

الف - اصل قانونی بودن جرم و مجازات

ب - تفسیر شك بنفع متهم

ج - خاصیت طرق اثبات امور جزائی

اصل قانونی بودن جرم و مجازات

۳۶۶ - دواصل فوق که صریحاً در قانون مجازات عمومی در دوره حقوق جدید ایران

مورد تصریح قرار گرفته است (۱) در حقوق جزای ایندوره نص صریحی نسبت بآنها وجود ندارد ولی بنظر می‌رسد (۲) که عمومات قانون این دوره این دو اصل را اقتضاء میکند زیرا اگر این دو اصل را نپذیریم ناچاریم «تفسیر موسع» را در امور جزائی نپذیریم (۳) و این تفسیر بدون قیاس امکان پذیر نیست و این قیاس هیچوقت قطعی نخواهد بود (۴) بنابراین نظر به نص «الحدود تدرء بالشبهات» و اصالة البرائة (۵) نمیتوان حکم محکومیت در مورد جرم غیر منصوص در قانون، یا مجازات غیر مذکور در آن صادر نمود.

۳۶۷ - نکته - مؤلفان فقه عامه و خاصه بطور ضمنی دو اصل مزبور را طرد نموده‌اند بدون اینکه دلیلی قاطع بر این نظر ذکر نموده باشند.

تفسیر شك بنفع متهم

۳۶۸ - اصل در حقوق جزای این دوره بربرائت متهم است تا دلیل قطعی بر مجرمیت او حاصل شود.

نص «الحدود تدرء بالشبهات» و مدرك قانونی «احتیاط در دماء» و «اصالة البرائة» این مطلب را اثبات میکنند.

-
- (۱) رجوع شود بمواد ۲ - ۶ قانون مجازات عمومی
 - (۲) رجوع شود بماده يك قانون مجازات (از کتاب مستنبط)
 - (۳) رجوع شود بمطلب شماره ۲۶۳
 - (۴) زیرا در تمام موارد این قسم قیاسات، این احتمال موجه است که: شاید مقنن از نظر حفظ مصالح جامعه از افراط و تفریط قضات مابیل نیست در کارهایی که نص قانون آنها را جرم ندانسته از راه قیاس جرم محسوب شود چه فتح باب در این مورد مستقیماً میدان بظهور افراط های قضائی می‌دهد.
 - (۵) بعضی از مؤلفان حقوق «قاعده قبح عقاب بلا بیان» را هم مدرك اصل قانونی بودن جرم و مجازات شمرده‌اند که بنظر درست نمیرسد. رجوع شود به «فرهنگ حقوقی» تألیف نگارنده (اصطلاح: قاعده قبح عقاب بلا بیان)

خاصیت طرق اثبات امور جزائی

۳۶۹ - علماء حقوق برای دلائل جزائی از نظر تحولات تاریخ چهار دوره بشرح

زیر قائل شده اند :

الف - دوره قدیم - در این دوره رد و قبول دلیل اثبات دعوی بنظر رؤساء و بانفوذان

قبیله‌ها بستگی داشت و اختیارات آنان در این مورد محدود بحدی نبوده است .

ب - دوره مذهبی - بادوره قبل فرقی ندارد جز اینکه بجای رؤساء و بانفوذان

قبیله‌ها ، رؤساء مذهبی قرار گرفته‌اند .

ج - دوره دلائل قانونی - در این دوره قانون قبلاً اقسام ادله اثبات و ارزش

هریک را بیان کرده است، اهم دلائل این دوره اقرار بوده است .

د - دوره دلائل معنوی یا ایمان قاضی - در این دوره قانون قبلاً ارزش هر

یک از دلائل و موارد قبول آنها را معین نکرده و در این خصوص اختیار کامل بقاضی

و هیأت منصفه میدهد .

امروزه ادله اثبات امور مدنی بصورت فقره (ج) و ادله اثبات امور جزائی

بصورت فقره (د) است .

۳۷۰ - بنظر نگارنده باتوجه بمطالب شماره ۳۵۲ و ۳۷۴ از نظر خاصیت

طرق اثبات امور جزائی در دوره دوم تاریخ حقوق ما:

اولا - بین امور مدنی و جزائی فرقی نمی باشد (بعکس دوره سوم) .

ثانیاً - ادله اثبات امور جزائی و مدنی ترکیبی است از دلائل معنوی و دلائل

قانونی باین شرح که با وجود دلائل معنوی (علم قاضی) نوبه بدلائل قانونی نمی رسد

و بین این دو قسم یک سلسله مراتب (و بقول قدهاء : ترتب) وجود دارد .

باتوجه به اینکه دلائل معنوی (یعنی علم قاضی) بر «دلائل قانونی» تقدم دارد

میتوان فهمید که مشخصات «دوره مذهبی» بشرحی که فوق بیان کرده‌اند درست نیست .

قسمت دوم

ادله اثبات مشترك بين امور جزائي و امور مدني

- الف - اقرار
- ب - علم قاضي
- ج - شهادت
- د - قسم
- ه - قسم بضميمه شهادت

اقرار

۳۷۱ - در امور كيفري نيز اقرار وسيله اثبات است ، ولي درجات مختلف ، تعداد دفعات اقرار فرق مي كند .

- ذيل اقرار هاي مثبت جرم را ملاحظه مي كنيم :
- الف - براي اثبات زنا چهار دفعه اقرار لازم است (۱)
 - ب - براي اثبات لواط چهار دفعه (۲)
 - ج - براي اثبات زنا ولواط با ميثت چهار دفعه (۳)
 - د - براي مساحقه چهار دفعه (۴)
 - ه - براي اثبات سرقت دو دفعه (۵)

(۱) ماده ۱۰۱ قانون آيين دادرسي (از كتاب مستنبط)

- (۲) > ۱۰۴ >
- (۳) > ۱۰۷ >
- (۴) > ۱۰۸ >
- (۵) > ۱۱۱ >

برای سائر جرائم علی‌الاصول يك بار اقرار کافی است و قذف و قیاده از این اصل مستثنی نیست (۱) .

۳۷۲- اقرار بعد از انکار مسموع نیست و از این جهت اقرار در امور کیفری مانند اقرار در امور مدنی است، لکن در امر کیفری استثنائی که وجود دارد صورتی است که «مقربه» جرمی باشد که مجازات قانونیش «رجم» است مانند زناى مخصنه و غیره، در این صورت هر گاه مقربس از اقرار انکار نمود رجم تبدیل به تعزیر می‌شود. (۲)

۳۷۳- در امور کیفری (بعکس امور مدنی) اقرار مبهم پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه مقر اقرار کند که مرتکب جرم مستوجب حد (بمعنی اخص کلمه) شده که در این صورت آنقدر شلاق زده میشود تا خود او بگوید بس است (۳)

علم قاضی

۳۷۴- علم قاضی بهمان ترتیب که در امور مدنی دلیل اثبات است در امور کیفری هم دلیل اثبات است و در این مورد هیچ‌فراق بین مسائل مدنی و کیفری دیده نشده است .

شهادت

۳۷۵- شهادت در امور کیفری نیز وسیله اثبات بوده است بترتیبی که ذیلاً دیده میشود :

الف- برای اثبات زنا شهادت چهار مرد یا شهادت سه مرد و دوزن (۴). شهود باید در مجلس واحد مجتمعاً شهادت دهند و الا اثری بر شهادت، ترتب نخواهد شد مضافاً بر اینکه شهود مزبور مستوجب مجازات «قذف» خواهند بود (۵)

(۱) > ۱۰۹ - ۱۱۰ قانون آیین دادرسی (از کتاب مستنبط)

> ۳۵ (۲)

> ۳۹ - ۳۸ مواد (۳) > (ب- مواد ۴۳-۴۴ نیز مراجعه شود.)

(۴) ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی (از کتاب مستنبط)

> ۱۰۳ (۵) > > >

ب - برای اثبات لواط شهادت چهارمرد (۱)
ج - برای اثبات زنا و لواط بامیت شهادت چهارمرد (۲)
د - برای اثبات مساحقه شهادت چهارمرد (۳)
۳۷۶- ۵ - در سایر امور کیفری علی الاصل فقط «بینه» (یعنی شهادت دو مرد) دلیل اثبات است و شهادت بهیچ صورت دیگر مطلقاً پذیرفته نیست مگر اینکه دو شرط ذیل جمع شود:

اولاً - مسأله کیفری جزو حق الناس باشد.

ثانیاً - مجازاتش حد و تعزیر نبوده بلکه دبه یا ارش باشد.

در صورت اجتماع این دو شرط میتوان بجای «بینه»، شهادت يك شاهد مرد بضمیمه دو شاهد زن را دلیل اثبات دانست، و در صورت فقدان آن میتوان شهادت يك شاهد مرد بانضمام قسم مدعی را دلیل اثبات تلقی نمود (۴)

۳۷۷ - «شهادت فرع» در حدود و تعزیرات مسموع نیست و نیز زن نمیتواند شاهد فرع قرار گیرد (۵)

۳۷۸ - بلوغ شرط قبول شهادت در امور مدنی و جزائی است ولی در امور جزائی يك استثناء وجود دارد و آن در موردی است که بین اطفال قتل واقع شود در اینصورت شهادت «طفل ذکور ممیز» مسموع است بشرط اینکه جمعیت اطفال متفرق

(۱) ماده ۱۰۴ قانون آیین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) » ۱۰۶ » » »

(۳) » ۱۰۸ » » »

(۴) تبصره سوم از ماده ۸۷ قانون آیین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۵) ماده ۴۷ قانون آیین دادرسی (از کتاب مستنبط)

نشده باشد. رجوع از این شهادت و تکذیب آن از طرف شاهد؛ مسموع نیست (۱).
۳۷۹- شرایط شهود (مطلب شماره ۳۵۳) جزائی باید از حین اداء شهادت تا
حین صدور حکم محکمه محفوظ باشد بر خلاف شهود مدنی که لازم نیست حین صدور
حکم محکمه هم واجد شرایط باشند (۲).

قسم

۳۸۰- قسم، همان کیفیت که در امور مدنی دلیل اثبات است در امور جزائی هم
دلیل اثبات محسوب میشود.
بعضی از اقسام قسم اختصاص با امور کیفری دارد که در مطلب شماره ۳۸۲ از آن
بحث شده است.

قسم بضمیمه شهادت (شهادت بکمر دوزن)

۳۸۱- قسم بضمیمه شهادت در صورت اجتماع دو شرط ذیل مجری است :
اولا - مسأله کیفری جزو حق الناس باشد .
ثانیاً - مجازات جرم، حد و تعزیر نبوده بلکه دیه و یا ارش باشد (۳).

قسمت سوم

ادله اثبات مختص امور جزائی

الف - قسامه

ب- لعان

-
- (۱) ماده ۴۹ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)
(۲) « ۶۰ « « « «
(۳) تبصره سوم از ماده ۸۷ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

قسامه

۳۸۲- و آن عبارت است از پنجاه قسم برای اثبات قتل عمد (وقسامه در قتل شبه عمد و خطائی بیست و پنج قسم است) که مدعی (یا مدعی علیه در صورت امتناع مدعی از قسم و برای رفع تهمت) بتنهائی یا بشرکت چهل و نه نفر از خویشاوندان فرد (اعم از اینکه این خویشاوندان از او ارث ببرند یا نه) و یا کمتر از چهل و نه نفر، اداء خواهد نمود (۱).

۳۸۳- در جرائم علیه جسم و جان (غیر از قتل) فرقی بین عمدی بودن و غیر عمدی بودن نیست و تعداد قسمهای قسامه در این جرائم بشرح ذیل است:

اول- جرمی که دیه اش مساوی دیه قتل است (یعنی هزار دینار) قسامه آن شش بار قسم است.

دوم- اگر دیه جرم ۱۶۶ دینار و دوسوم دینار باشد قسامه، یک قسم است. و در بیشتر از آن مقدار تا دو برابر آن، دو قسم است. و بهمین ترتیب تا هزار دینار ادامه پیدا میکند (۲).

۳۸۴- هرگاه مدعی علیه از اداء سوگندها یا بعضی از آنها نکول کند علیه او حکم صادر میشود و حق رد قسم بمدعی را ندارد (۳).

۳۸۵- هرگاه مدعی علیه در قتل، بیش از یک نفر باشد هر یک از مدعی علیه در قتل عمد پنجاه قسم و در قتل غیر عمد بیست و پنج قسم یاد میکنند. یعنی شرکت در قتل موجب توزیع قسامه بین شرکاء قتل نمیشود (۴).

۳۸۶- از مدعی قتل در صورتی قسامه پذیرفته میشود که نتواند اقامه بینه کند (۵) و نیز «لوث» وجود داشته باشد. لوث اماره‌ای است قضائی که موجب ظن حاکم بصدق

(۱) ماده ۹۷ قانون آیین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) < < < < < ۹۸ <

(۳) < < < < < ۹۶ <

(۴) < < < < < ۹۵ <

(۵) < < < < < ۹۱ <

مدعی شود؛ مثلاً اگر مقتول در خانه شخصی یافته شود لوث علیه ساکنین خانه (و بنفع مدعی قتل علیه آنان) وجود دارد (۱).

از جمله شرایط پذیرفتن قسامد آن است که مدعی علیه معین باشد و گرنه باید بوسیله سایر ادله اثبات، دعوی را بثبوت رسانید

لعان

۳۸۷- فقط در مورد اثبات دعوی زنا یا لواط از طرف زوج علیه زوجه بکار میرود بشرط اینکه مدعی، یمنه نداشته باشد (دعوی مزبور را اصطلاحاً « قذف زوجه بزنا و لواط » نامند).

تعداد قسمها در لعان ده دفعه است که بتساوی بین زوج و زوجه تقسیم میشود و تشریفات مخصوصی دارد (۲)

مؤلفان سلف، لعان را در ردیف ادله اثبات نیاورده‌اند با اینکه باید آنرا در ردیف ادله مزبور قرارداد.

(۱) ماده ۸۹ قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۱۰۰ مکرر و ماده الحاقی آن از قانون آئین دادرسی (از کتاب مستنبط)

و بکتاب « فرهنگ حقوقی » تألیف نگارنده مراجعه شود.

مبحث پنجم

حقوق بین الملل عمومی

فصل اول- روابط دول در موقع صلح

فصل دوم- اختلافات بین المللی

فصل اول

روابط دول در موقع صلح

قسمت اول - اطلاعات عمومی
قسمت دوم - عهود بین المللی و آثار آنها

قسمت اول

اطلاعات عمومی

الف - مقدمه

ب - منابع حقوق بین الملل (در ابتداء دوره وسطی)

ج - عهود بین المللی و اقسام آنها

مقدمه

۳۸۸ - در ایندوره برخلاف دوره سوم (که تابعیت ملل بستگی بمذهب ندارد)

ایران قطعه‌ای از کشور پهناوری بود که بر اساس مذهب بصورت یک موجود در روابط حقوق بین‌الملل وجود داشته است. مادر این مبحث، آنقدر از روابط بین‌الملل را که حاکم بر روابط دولتی که ایران هم جزء آن بوده، با سایر دول (یعنی دول غیر اسلامی) مورد مطالعه قرار میدهم زیرا مطالعه این قسمت است که میتواند بتاريخ حقوق کشور ما مربوط باشد.

منابع حقوق بین‌الملل (درابتداء دوره وسطی)

۳۸۹- مطالعه حقوق اسلامی مخصوصاً «قانون جنگ» آن که ناظر بر روابط بین‌المللی دربدأ دوره وسطی است نشان میدهد که دولت مزبور در روابط بین‌المللی تسلیم هیچ‌قسم مقررات دیگر (از قبیل عرف و عهد بین‌المللی) نبوده است، بلکه فقط از قوانین داخلی خود پیروی می‌نمود، ولی این مطلب مانع از آن نبود که پاره‌ای از رسوم و عادات بین‌المللی در قوانین موضوعه داخلی منعکس شود (۱) بعینست منع استعمال سم در جنگ و تحریم «مثله» ناشی از عادات و رسوم بین‌المللی (باین چند ملت) آن زمان بوده باشد. در هر حال مطالعه روابط حقوقی دولتی که ایران هم جزو آن بوده با سایر دول، از نظر تاریخ حقوق قابل ملاحظه است زیرا نتیجه این مطالعه وقتی که با روابط حقوق بین‌الملل در دوره سوم از تاریخ حقوق کشور ما مقایسه شود حکایت از یک تحول بارز حقوقی مینماید که نباید از نظر دور داشته شود.

عهد بین‌المللی و اقسام آن

۳۹۰- در این دوره بین دولتهای وقت و سایر دول در حالت صلح از نظر ارسال سفراء و نمایندگان روابط مهمی دیده نشده زیرا این نمایندگان برای مدت بسیار محدود (و فقط در حدود رساندن پیغام دولت متبوع بدولت دیگر) بین دول رد و بدل میشد و سفیر و نماینده مقیم وجود نداشت. مهمترین روابط دولت با سایر دول در

(۱) و با اصطلاح دانشمندان علم اصول جزو «احکام امضایی» گردد.

این عصر بصورت معاهدات بود. این معاهدات دو قسم بوده است :
الف - معاهداتی که قانون جنگ ، مشخصات و نوع آنها را معین کرده بود.
(مطلب شماره ۶۹ ب بعد)

ب - معاهداتی که مشخصات آنها در قانون ذکر نشده و تعیین مشخصات آنها
بنظر رئیس حکومت بستگی داشت (مطلب شماره ۷۳ و ۱۹۲)

قسمت دوم

عهود بین المللی و آثار آنها

- الف - پیمان صلح دائم (عقد ذمه یا «ذمه مؤبده»)
 - ب - پیمان صلح موقت (مهاده یا «معاهده»)
 - ج - پیمان صلح بطریق داوری (اعم از موقت و غیر موقت)
 - د - تأمین (پیمان صلح مطلق یا «ذمام»)
- پیمان صلح دائم

۳۹۱- (یا عقد ذمه) به موجب این عقد که بین دولت و اهل ذمه (بیروان مذهب
یهود، مسیح، زرتشت) منعقد میشود:

اولاً- استقلال سیاسی آنان ازین می رفت و خاک آنها از نظر سیاسی جزو دار-
الاسلام (قلمرو اسلام) بود، و تحت اداره سازمانهای مملکتی اسلام قرار میگرفتند.
بنابر این حالت جنگ بکلی و برای همیشه ازین میرفت .
ثانیاً- جاز و عرض و مال آنان در حمایت دولت اسلامی بود و دولت، مسئولیت

حمایت امور مزبور را داشت. این حق که بموجب این معاهده برقرار میشد جز درآمدت محدودی بخوبی رعایت نمیشد و غالباً حکمرانان با اهل ذمه بد رفتاری میکردند بدون اینکه برای عمل خود مستمسک قانونی و مشروع داشته باشند.

ثالثاً - حق مالکیت اموال غیر منقول و منقول را داشتند.

رابعاً - اراضی موات و معادن و جنگلها و کوهها و رودهای طبیعی و دریاها و خالصجات دولتی آنان از تصرفشان خارج و متعلق بر رئیس حکومت میگردد.

خامساً - هر يك از این اجانب مکلف به تأدیة سالیانه جزیه بنحزانه دولت بودند، و تخلف از پرداخت موجب میشد که متخلف، از مزایای «عقد ذمه» محروم گردد و متخاصم شناخته شود.

اشخاص ذیل معاف از پرداخت جزیه بودند:

الف - بردگان

ب - زنان

ج - صغیر و سفیه و مجنون

د - پیران و کلیة اشخاصی که کار جنگی از آنها ساخته نبود مانند مفلوج و

شل و غیره

تعیین کمیت و کیفیت جزیه بنظر رئیس حکومت بستگی داشت؛ ممکن بود جزیه سرانه یا ارضی یا مخلوطی از دو نوع باشد.

سادساً - اهل ذمه از ساختن معابد جدید (پس از انعقاد عقد ذمه) ممنوع بوده ولی میتوانند معابدی را که قبل از انعقاد عقد ذمه داشته‌اند تعمیر کنند و رسوم مذهبی خود را بکار ببرند. اهل ذمه از ورود بشهرهای مکه و مدینه ممنوع بوده‌اند (مطلب ۱۵۹)

۳۹۲ - سابقاً - اهل ذمه می‌توانستند طبق قوانین موضوعه خود (در حقوق خصوصی و حقوق عمومی تا جائیکه بامقررات مملکت مخالف نباشد روابط حقوقی خود را

تنظیم نموده و محاکم مخصوص بخود داشته باشند؛ و میتوانستند از محاکم اسلامی هم استفاده کنند ولی این محاکم ملزم به رسیدگی بدعاوی آنان نبوده اند (۱)

۳۹۳ - نکته - عقد ذمه فقط با اجانبی منعقد میشد که اهل ذمه بودند. این عقد ممکن بود حین جنگ و پس از جنگ و قبل از جنگ منعقد شود.

۳۹۴ - تبصره - عقد ذمه یکی از سه جهت ذیل منحل میشد و حالت جنگ و خصومت برقرار نمیگردید:

اول - ندادن جزیه

دوم - اقدام علیه امنیت، و ملی کشور

سوم - مخالفت با هر يك از شرائط مندرج در متن عقد ذمه

۳۹۵ - ارتکاب جرائم مذکور در قانون مجازات اسلامی از طرق اهل ذمه موجب انحلال عقد ذمه نبوده است بلکه مجرم مطابق قانون مزبور (مانند تبعه) تعقیب جزائی میشد و در بعضی جرائم مجازات آنان شدیدتر از مجازات تبعه بوده است.

۳۹۶ - نکته - جزیه جزو عوائد عمومی (عایدی بیت المال) بوده است رئیس حکومت با استفاده از اصل صلاحیت اداری خود (مطلب شماره ۶۲ بعد) کمیته و کیفیت جزیه را معین میکرد مثلاً رعایت حال فقراء و اغنیاء را از حیث مقدار جزیه می نمود (۲) مناسب است در اینجا ترجمه يك متن حقوقی که فهرستی از کمیته و کیفیت جزیه را در چهار ده از دهات مدائن بیان میکند ضبط کنیم:

شخصی بنام مصعب چنین میگوید: علی (ع) مرا برای گرفتن جزیه چهار ده از دهات مدائن استخدام نمود و دستور داد که بشرح ذیل جزیه بگیرم:

(۱) مواد ۲۸ بعد قانون حرب (از کتاب مستنبط)

(۲) زرارة قلت لا یبعده الله (ع) ما حد الجزیه علی اهل الكتاب و هل علیهم فی ذلك

شیئی موظف لا ینبغی ان یجوز لای غیره؟ فقال: ذلك الی الامام یاخذ من کل انسان منهم ما شاء علی قدر ما یطیق.

- الف - زراعتی که خوب روئیده باشد در هر جریب یکدرهم ونیم
- ب - زراعتی که خوب روئیده باشد در هر جریب دوسوم درهم
- ج - زراعتی که متوسط بین خوب و بد باشد در هر جریب یکدرهم
- د - از هر جریب درخت خرما ده درهم
- ه - از هر جریب زراعت انگور ده درهم
- و - هر جریب که درخت خرما و سایر اشجار در آن باشد ده درهم گرفته شود از درختان خرما که بطور انفراد و دور از باغات قرار دارد چیزی گرفته نشود.
- ز - از مالکین دهات چهل و هشت درهم
- ح - از طبقات متوسط مالکین اراضی و تجار بیست و چهار درهم
- ط - از طبقات پست و فقیر دوازده درهم
- مصعب میگوید هیجده میلیون درهم جمع میکردم (۱)

پیمان صلح موقت

- ۳۹۷- (یا معاهده یا مهادنه) این عقد صلح مانند عقد ذمه ممکن بود قبل از جنک یا حین جنک و یا بعنوان ختم جنک منعقد شود ولی :
- اولاً - برخلاف عقد ذمه که نتیجه اش صلح دائم است نتیجه مهادنه ، صلح موقت است و باید در متن عقد مدت آن معلوم گردد که ممکن است مدت مزبور بیش از یکسال باشد.
- ثانیاً - این عقد، استقلال سیاسی خصم را از بین نمیببرد.
- ثالثاً - ممکن بود طرف این عقد اهل ذمه و یا غیر اهل ذمه باشند، اصطلاحاً پس از انعقاد عقد ذمه هر يك از اهل ذمه را ذمی مینامیدند ولی پس از انعقاد قرار داد صلح موقت (مهادنه) هر يك از اتباع خصم را «معاهد» نامیده اند .

(۱) ماده ۲۸ قانون تجر و شرح آن (از کتاب مستنبط)

۳۹۸- نتیجه این قرارداد مانند «قرارداد صلح بطریق داوری» (مطلب شماره ۴۰۰) عدم تجاوز و تعرض از طرفین بوده است. اگر خصم طرف قرارداد صلح موقت؛ مرتکب اعمال و رفتاری میشد که بیم خیانت آنان میرفت رعایت تعهدناشی از قرارداد مزبور بر حکومت لازم نبود.

مخالفت با مقررات این قرارداد از طرف یکی از اتباع خصم موجب محرومیت همان فرد از مزایای مهادنه میشد یعنی همان فرد بخصوص؛ خصم محسوب میگردد مگر اینکه حکومت متبوعه او از وی حمایت میکرد که در اینصورت قرارداد مزبور بکلی منحل میشد.

۳۹۹- تبصره - مطابق قوانین حقوق بین الملل خصوصی ایندوره بیگانگانی که تابعیت اسلامی را میپذیرفتند قانوناً مکلف بودند که محل اقامت خود را در قلمرو اسلامی قرار دهند و از خاک بیگانه مهاجرت کنند (۱).

ممکن بود در متن عقد مهادنه شرط شود که مردان افراد خصم در صورتیکه تابعیت اسلامی را بپذیرند از تکلیف فوق (یعنی مهاجرت مزبور) معاف باشند (۲) ولی نسبت بزرگان بالغ از افراد خصم که تابعیت مزبور را میپذیرفتند شرط مزبور قانوناً ممنوع بود و زنان مزبور مکلف بمهاجرت بودند؛ شوهران آنان فقط حق تقاضای مهر آنان را از دولت اسلامی داشتند و دولت مکلف بود که از محل غنائم جنگ مهر

(۱) بهمین مناسبت قلمر اسلامی را « دارالهیجرة » نیز می گفتند.

(۲) در صورتی که چنین شرطی می شد و مردانی که معاهد بوده و بتابعیت اسلام در

آمده بودند و قلمرو اسلامی وارد می شدند دولت موظف باعاده آنان نبوده و مسئولیت اعمال آنان را علیه حکومت معاهد خودشان قبول نمی کرد ولی حکومت معاهد را در استرداد و دستگیری آنها آزاد می گذاشت.

آنان را بشوهران آنان پردازد. (۱)

پیمان صلح بطریق داوری

۴۰۰ - در جنگ‌هایی که بین دولت اسلام با سایر دول رخ میداد گاهی خصم حاضر میشد که از طریق حکمیت، پیمان صلح (موقت یا غیرموقت) برقرار کند این نوع پیمان صلح بین طرفین برقرار میشد؛ و فرمانده سپاه اسلامی بنام خود ولی از طرف دولت متبوعه پیمان صلح را مقرر میداشت. این پیمان ممکن بود با هر يك از دول بیگانه منعقد گردد اعم از اینکه اهل ذمه باشند یا نباشند.

۴۰۱ - داور ممکن بود به پیشنهاد خصم تعیین شود ولی میبایست مورد قبول دولت اسلامی قرار بگیرد. داور ممکن بود حکم بانحلال استقلال خصم بدهد، نظر داور حتی در این مورد هم قابل قبول بود؛ در این صورت قرارداد صلح نه جنبه موقت داشت و نه جنبه دائم. ولی در صورت بقاء استقلال خصم، این عقد همیشه موقت بوده است. داور میتواند پیشنهاد کند که قرارداد صلح بطریق مهادنه (مطلب شماره ۳۹۷) با همه شرایط آن برقرار شود. داور نمیتوانست بر خلاف قوانین امری اسلام پیشنهاد صلح کند مثلاً نمیتوانست که در مورد اجانبی که اهل ذمه نبوده‌اند پیشنهاد پیمان صلح دائم (مطلب شماره ۳۹۱) نماید زیرا صلح دائم مختص به اهل ذمه بوده است (۳)

۴۰۲ - اثر عقد صلح بطریق داوری - آثار این قرارداد باین ترتیب بوده

است :

الف- در صورتیکه قرارداد مزبور موقت بود طرفین از هر گونه تعرض بیکدیگر خودداری میکردند، چه پیمان مزبور بیش از هر چیز پیمان عدم تعرض بوده است.
ب- در صورتیکه قرارداد مزبور موقت نبود یعنی داور حکم به نابودی استقلال خصم

(۱) ماده ۳۳ قانون نجر ب (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۳۴ تا ۴۰ > > > >

عمل می‌شد:

نسبت به اجانبی که اهل ذمه نبودند در صورتیکه تابعیت اسلامی را نمیپذیرفتند مجدداً حالت جنگ حکم فرما بود .
نایباً - نسبت باجانبی که اهل ذمه بودند در صورتیکه تابعیت اسلامی و یا شرایط «قرارداد صلح دائم» را نمیپذیرفتند مجدداً حالت جنگ حکم فرما میشد ، ولی در صورت قبول تابعیت مزبور یا تسلیم بشرایط «قرارداد صلح دائم» (مطلب شماره ۳۹۱) حالت جنگ بکلی از بین میرفت .

پیمان صلح مطلق

۴۰۳ - (یا تأمین) هر مسلمانی که عاقل و بالغ و رشید بوده در شرائطی که اکراه وجود نداشته است میتواند بیک یا چند نفر و یا بتمام افراد خصم تأمین بدهد؛ این حق برای زنان و بردگان نیز شناخته شده بود، ولی تأمین در صورتی درست بود که: اولاً- قبل از پیروزی بر لشکر خصم داده شده باشد خواه اساساً جنگ صورت نگرفته باشد خواه اینکه اقدامات جنگی بعمل آمده ولی هنوز شکست خصم معلوم نشده باشد. فقط رئیس حکومت می‌توانست که پس از شکست خصم نیز بآنان تأمین بدهد .

نایباً تأمین خصم نمیبایست متضمن مخالفت مصالح عمومی باشد. بنابراین بجاسوس تأمین داده نمیشد .

۴۰۴ - تأمین ممکن بود بصورت قرارداد در آید و ممکن بود بصورت قرارداد نباشد باین معنی که بدون اینکه خصم تقاضای تأمین کند باو تأمین داده شود.
تأمین از طرف هر یک از افراد مسلمان که داده میشد برای سایر افراد مسلمان الزام آور و لازم الرعایه بود و نقض تأمین ممنوع بوده است و متخلف تعزیر میشد .

۴۰۵ - شخصی که تأمین میگرفت (مستأمن نامیده می‌شد) میتواند در قلمرو

اسلامی یا در کشورهای دیگر توقف یا سکونت کند مگر اینکه تأمین بشرط سکونت در ناحیه معین داده می‌شود .

نتیجه تأمین، صلح مطلق بوده است (یعنی نه موقت و نه دائم) بنابراین تأمین؛ مدت خاصی نداشت ولی تأمین دهنده همیشه حق داشت برای آن مدت معین کند .

۴۰۵ مکرر - چنانکه از شرائط هر يك از چهار قسم قرارداد م- زبور استفاده

میشود در تمام این قراردادها دولت اسلامی طرف فاتح قرار داد فرض شده است، این

وضع در تمام مدت دوره وسطی دوام نداشت : اولاً - خاک پهناور امپراطوری اسلامی به

کشورهای متعددی تجزیه شد و بین این کشورها که پس از تجزیه بوجود آمده بودند

جنگ‌هایی واقع شد، و قرارداد صلح بین آنان برقرار می‌شد این نوع قرارداد صلح

طبعاً نمیتوانست بصورت هیچیک از قراردادهای چهارگانه مزبور باشد. ثانیاً - کشور -

های اسلامی که پس از تجزیه بوجود آمده بودند گاهی طرف جنگ و صلح با کشور -

های غیر اسلامی قرار میگرفتند و قرارداد صلحی منعقد میکردند که نمیتوانست از

جنس قراردادهای چهارگانه مزبور باشد زیرا طرف مغلوب قرارداد صلح واقع میشدند

مانند معاهده ترکمانچای و امثال آن .

فصل سوم

اختلافات بين المللى

قسمت اول۔ اطلاعات عمومى راجع بجنك

قسمت دم۔ مقررات جنك و غنيمت

قسمت اول

اطلاعات عمومى راجع بجنك

الف۔ راه حل اختلافات بين المللى

ب۔ مشروعيت جنك تعرضى

ج۔ اصل حاكميت خارجى دول

د۔ قانون جنك

هـ۔ اعلان جنك

و۔ جنك داخلى و خارجى

ز - جنك تعرضى و تدافعى
ح - جنك قانونى و جنك غير قانونى
راه حل اختلافات بين المللى

٤٠٦ - در حقوق ايندوره نه تنها جنك ممنوع نبود بلكه قانوناً حالت جنك بين دولت اسلامى و كشورهاي خارجى حكه فرما بود و باستناد اين قانون؛ دولت در صورتى كه مستعد حمله بود و مصالحت را مقتضى ميديد مبادرت بعملیات جنگى ميگرد. بنا بر اين تنها راه حل اختلافات بين المللى جنك بوده است. بلكه جنك اساساً ضامن اجراء «دعوت بتابعيت» بود. قبل از جنك مذاكرات مستقيم بترتيب خاصى بعمل ميآمد يعنى خصم دعوت باسلام ميشد (مطلب شماره ٤١٠) در صورت رد دعوت، تنها قاطع اختلاف جنك بود.

مشروعيت جنك تعرضى (١)

٤٠٧ - از نظر قانون داخلى جنك تعرضى بمنظور نشر ايدئولوژى جديد و توسعه سعادت در بشر به عنوان «جهاد دعوت» مشروع شناخته شد بوسيله اين جنك دعوت اجانب باسلام بمرحله نهائى خود ميرسيد.

اصل حاكميت خارجى دول

٤٠٨ - قوانين ايندوره اساساً براى دول ديگر موجوديت قائل نبوده و آنها را برسميت نميشناخت بنا بر اين حاكميت خارجى آنها را هم بالطبع قبول نداشت؛ چه قبول حاكميت خارجى يك دولت فرع بر شناسائى آن دولت است از طرف دول ديگر، زيرا بوسيله اين شناسائى است كه يك موجود حقوقى در صحنه حقوق بين الملل عمومى متولد ميگردد و سپس داراى حق حاكميت خارجى ميشود.

(١) اين تعرض از نظر قانون اسلامى عارى از مفهوم تجاوز بوده است زيرا اين جنگ كه جهاد دعوت ناميده شده داراى هدف مقدسى بوده است.

قانون جنگ

۴۰۹- بعلت مشروعت جنگ تعرضی در قوانین موضوعه ایندوره يك رشته مقررات مفصل و مشروح راجع بجنگ دیده میشود این نکته از نظر تحول تاریخی حقوق ما و بلکه حقوق بشر قابل ملاحظه است .

اعلان جنگ (۱)

۴۱۰- در جنگهای تعرضی (جهاد دعوت) ایندوره قانون مقرر میداشت که قبلاً باید متخاصم را دعوت بپذیرفتن تابعیت اسلام نمود، اهل کتاب در صورت استنکاف از قبول تابعیت میتوانند قرارداد صلح دائم (مطلب شماره ۳۹۱) منعقد نمایند و در صورت خودداری از بستن این قرارداد جنگ حتمی میشود. خصم در صورتیکه اهل کتاب نبود قانوناً نمیتوانست قرارداد صلح منعقد کند بلکه قبول قرارداد صلح بنظر حکومت اسلامی بستگی داشت که بر حسب مقتضیات و مصالح بصور مختلف (مطالب شماره ۳۹۷-۴۰۰-۳-۴) پیمانهای صلح منعقد میشد (۲).

جنگ خارجی و داخلی

۴۱۱- جنگ در قوانین موضوعه ایندوره در قسم بود :

الف- جنگ داخلی (۳) و آن جنگی است که قوای دولت با شورشیان مسلح داخلی که علیه حکومت قیام میکردند مینمود مانند جنگ معروف نهران.

(۱) ماده ۱۱ قانون حرب اسلام (از کتاب مستنبط)

(۲) بعنوان ضبط در تاریخ حقوق مناسب است متن دعوتنامه ای که در ایندوره بطرف متخاصم ابلاغ می شود در آن منتهی بوقوع جنگ میگردد درج شود:

بسم الله ادعوك الى الله ودينه ، وجماعه امران: احد هما معرفة الله والآخر العمل برضوانه وان معرفة الله ان تعرفه بالوحدانية والشرافة والعلم والقدرة والعلو في كل شيئي، وانه الضار النافع الظاهر لكل شيئي، الذي لا تدرکه الابصار وهو يدرك الابصار وهو اللطيف الخبير وان محمداً عبده ورسوله ، وان ماجاء به هو الحق من عند الله ، وان ما سواه لهو الباطل

(۳) ماده ۴۱ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

ب- جنك خارجى كه با نفرات خارجى و كشورهاي بيگانه صورت ميگرفت. مقصود از خارجى كسانى بودند كه تابعيت اسلامى را نداشته‌اند خواه ساكن قلمرو اسلامى باشند خواه نه .

جنك تعرضى و تدافعى

۴۱۲- جنگهای خارجى در قوانين موضوعه ايندوره ذنوع بود :
۱- جنك تعرضى كه براى دعوت اجانب بتابعيت اسلامى صورت ميگرفت (مطلب شماره ۴۰۷)

۲- جنك تدافعى (كه اصطلاحاً دفاع ناميده شده است) كه بمنظور دفاع از قلمرو اسلامى ومنع اشغال نظامى آن وحفظ جان سکنه کشور صورت ميگرفت (۱)

جنك قانونى - جنك غير قانونى

۴۱۳- جنك در موارد ذيل غير قانونى بوده است:
الف - جنك بدستور حكومت غير قانونى
ب - جنك در ماههاى حرام (ذوالقعدة - ذوالحجه - محرم - رجب) با اجانبى كه در قانون خود جنك در اين اوقات را ممنوع ميدانستند .
جنك در غير موارد بالا قانونى بوده است .

قسمت دوم

مقررات جنگ و غنيمت

الف - صفت متخاصم

(۳) ماده ۵ قانون حرب (از كتاب مستنبط)

ب - حدود عملیات جنگی

ج - اسراء جنگی

د - مرضی و مجروحین

ه - آناز اشغال

و - غنائم جنگ

صفت متخاصم

۴۱۴ - در قوانین موضوعه ایندوره صفت متخاصم بطبقات ذیل داده شده است:

الف - کسانی که اهل کتاب نبوده و هیچ نوع پیمان صلح با دولت اسلامی

نداشتند .

ب - کسانی که اهل کتاب بوده ولی پیمان صلح با دولت اسلام نداشتند .

متخاصم را اصطلاحاً « کافر حربی » و بطور خلاصه « حربی » می گفتند .

حدود عملیات جنگی

۴۱۵ - نص قوانین موضوعه این دوره کشتن و تعرض نسبت باشخاص ذیل از

افراد خصم را ممنوع شمرده است:

الف - زن

ب - صغیر (نابالغ) و سفیه و دیوانه

ج - پیران و اشخاصی که قادر بعملیات جنگی نبوده اند .

د - قاصد جنگ مادام که در سمت خود انجام وظیفه میکرد .

ه - مرضی مادام که عملیات جنگی از آنان ساخته نبود (۱)

۴۱۶ - در صورتیکه پیشرفت امور جنگی اقتضاء می کرد که بیک یا همه طبقات

فوق تعرض شود مانعی برای تعرض وجود نداشت حتی اگر مسلمانی هم در لشکر

(۱) ماده ۱۲ قانون حرب (از کتاب مستنبذ !)

خصم وجود داشت و پیشرفت امور جنگی مستلزم تعرض بجان او بود مانعی برای تعرض نبود ولی دیه او از بیت المال داده میشود (۱).

۴۱۷- نکته- اصول کلی قوانین اسلامی، تخریب آبادی و اراضی و زراعت و نظائر آنها را بدون احتیاج جنگی ممنوع شمرده است. استعمال سم و ارتکاب «غدر» (یعنی تجاوز بدشمن پس از دادن تأمین قانونی - مطلب شماره ۴۰۳) و مثله را در جنگ مطلقاً منع نموده و مرتکب را قابل مجازات دانسته است.

اسراء جنگی

۴۱۸- این اسراء از نظر قوانین موضوعه این دوره سه گروه تقسیم میشدند:

الف - اسرائیکه حین عملیات جنگی دستگیر میشدند و تابعیت اسلامی را نمی پذیرفتند. این اسراء قانوناً کشته میشدند.

ب - اسرائیکه حین عملیات جنگی دستگیر شده و تابعیت اسلامی را می پذیرفتند، تمام مزایای تبعه را داشته و آزاد بودند.

۴۱۹- ج - اسرائیکه پس از ختم عملیات جنگی دستگیر میشدند مطلقاً (خواه حاضر بقبول تابعیت اسلامی می شدند خواه نه) بدستور رئیس حکومت یکی از سه امر ذیل نسبت بآنان مجری میشد:

یک - آزاد کردن اسیر بدون گرفتن عوض در مقابل آزاد کردن

دو - آزاد کردن اسیر در مقابل گرفتن عوض. این عوض اگر مال بود جزو غنائم جنگی محسوب میشد.

سه - حکم به بردگی اسیر داده میشد در این صورت جزو غنائم جنگی بود (۲).

۴۲۰- نکته- احکام فوق شامل حال اسرائی بود که:

اولا- مرد باشند.

(۱) ماده ۱۳ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

(۲) ماده ۱۹ « « « «

ثانیاً - بالغ باشند .

با فقدان هریک از این دو شرط حکم به بردگی اسیر داده میشود و جزو غنائم جنگی محسوب بود .

مرضی و مجروحین

۴۲۱- مجروحین از حیث مقررات مربوط باسراء که در بالا گفته شد فرقی با اشخاص سالم نداشتند جز در این مورد که هر گاه اسیر میشدند و نمیتوانستند به همراه شخص اسیرکننده حرکت کنند و وسائل حرکت آنان هم موجود نبود آنان را بحال خود در همان میدان جنگ میگذاشتند (۱) ولی مرضی مادام که عملیات جنگی از آنان ساخته نبود مصون از هر گونه تعرض بودند (مطلب شماره ۴۱۵)

آثار اشغال

۴۲۲- در صورتی که پس از اشغال پیمان صلح مشعر بر رفع اشغال منعقد نمیشد حق حکمرانی دولتی که خاکش اشغال شده از بین میرفت و بالنتیجه اموال دولتی دولت مغلوب بتصاحب دولت غالب درمیآمد (مطلب شماره ۷۵) و سکنه خاک اشغال شده حکم «اسیر بعد از جنگ» را داشتند (مطلب شماره ۴۱۹) یعنی ممکن بود حکم باسترقاق آنان داده شود. ولی عملاً بدون عوض یا در مقابل عوض (که «فداء» نامیده می شد) آزاد می شدند و غالباً تابعیت دولت غالب را میپذیرفتند؛ در این صورت اموال آنان هم محفوظ بود ولی در صورت عدم قبول تابعیت، اموال آنان جزو غنائم جنگ محسوب میشد؛ و اراضی آنان بشرحی که در فقره (ج) از مطلب شماره ۷۶ و در مطلب شماره ۱۲۷ بیان شد بمسلمین منتقل میشد .

غنائم جنگی

۳۲۳- غنائم جنگی عبارت بود از :

(۱) ماده ۲۱ قانون حرب (از کتاب مستنبط)

الف - اموال منقول و غیر منقول خصم مغلوب (اعم از نظامی و غیر نظامی)
ب - اسراء جنگی که حکم بیردگی آنان از طرف مقام صلاحیتدار داده
می شد .

قانون جنك ، حيازت غنيمت را از اسباب تملك غنيمت محسوب میداشت نهایت
اینکه تعیین حصه هر صاحب غنيمت بستگی بنظر رئیس حکومت یا قائم مقام او
داشت .

سایر مقررات مختلف مربوط بغنائم جنك در قوانین این دوره از نظر روابط بین-
المللی مورد مطالعه قرار نمیگیرد بلکه بحقوق داخلی مربوط است .

کتاب دوم

تاریخ حقوق خصوصی

مبحث اول - حقوق خصوصی

مبحث دوم - حقوق بین الملل خصوصی

مبحث اول حقوق خصوصی

- فصل اول - کلیات
- فصل دوم - اشخاص
- فصل سوم - مالکیت
- فصل چهارم - مسئولیت
- فصل پنجم - خانواده

فصل اول

کلیات

قسمت اول - جهل بقانون - تأثیر استنباط کلی در قانون - عطف قانون بماسبق
قسمت دوم - اصل اباحه - استصحاب
قسمت سوم - حقوق فرد

قسمت اول

جهل بقانون - تأثیر استنباط کلی در قانون - عطف قانون بماسبق
الف - عذر جهل بقانون (۱)
ب - استنباط کلی و تأثیر آن در قوانین تحقیقی

Ignorance de la loi(۱)

بخ - تغییر استنباط و عطف قانون بماسبق

عذر جهل بقانون

۴۲۴- ازابتداء، این دوره از تاریخ حقوق ما تا هفت قرن اطلاع درستی از طرز نشر قانون و خصوصیات آن در دست نیست. در مطالب ۲۱۲-۲۱۳ تا اندازه‌ای از کیفیت نشر قانون اطلاعاتی بدست آمده است ولی این اطلاعات مربوط بعصر حکومت غازان (و شاید سلطنت ایلخانان و سلاجقه) است و ممکن است شامل اعصار مشابه (مانند دوره تیموریان و صفویه) نیز باشد اما در اعصار ماقبل حکومت مغول ترتیب نشر قانون بجه کیفیت بوده اطلاعی بدست نیست.

نظر بجهت فوق در تألیفات حقوقدانان این دوره بین مؤلفان در مسأله «پذیرش عذر جهل بقانون» اختلاف نظر عمیق وجود دارد (۱) و بحث جامع و مانعی در اطراف این اصل مهم دیده نشده است، حتی نصوص مربوط باین موضوع با یکدیگر تعارض دارند (۲) ولی در پاره‌ای از نصوص در مورد زنی که با داشتن شوهر مجدداً ازدواج نموده بود می‌گوید:

« چون این زن ساکن قلمرو اسلامی بوده و در این زمان (یعنی آخر قرن اول هجری) کلیه زنان مسلمان میدانند که يك زن حق ندارد دو شوهر داشته باشد مجرم است چه اگر زنی مرتکب فجور شود و بگوید نمیدانستم یا اطلاع بجرمت «عمل نداشتیم و مجازات نبیند قانون جزا تعطیل میشود»

(۱) در حقوق جزای مدرن هم همین اختلاف دیده می‌شود زیرا تنها وجود صنعت چاپ و مطبوعات و رادیو و سازمانهای منظم کافی نیست که مردم بتوانند با آسانی از همه قوانین روز مطلع گردند.

(۲) مانند این دو نص:

الف - لا یسمع الناس حتی یسألوا و یتفقوا

ب - الناس فی سعة مالا یعلمون

باتوجه باین نص و نظائر آن بنظر میرسد که در قوانین ایندوره جز در مواردی که نص قانون، عذر جهل بقانون را مسموع دانسته‌اصل؛ عدم استماع عذر جهل بقانون است مگر از کسی که ادعاء کند «جهل قصوری» (۱) داشته‌است و ادعاء مزبور بر حاکم محکمه ثابت شود (۲) ولی در امور مدنی مقررات جهل بقانون حسب الموارد فرق می‌کند.

۴۲۵- نکته - در دوره سوم عقیده بعضی بر این است که مقررین پس از اجراء تشریفات نشر قانون (مواد ۱-۲-۳ قانون مدنی) فرض علم برای تمام افراد می‌کند، و این مطلب را ناشی از عملکرد میدانند. این نظر تقریباً در امور جزائی درست نیست چه جهل بقانون را عملاً موجب تخفیف مجازات میدانند.

استنباط کلی و تأثیر آن در قوانین تحقیقی

۴۲۶- استنباط از قوانین تحقیقی دو قسم است:

- الف- استنباط قضائی- این استنباطی است که قاضی بمنظور حل و فصل دعاوی از قوانین موضوعه می‌کند (مطلب شماره ۳۵)
- ب- استنباط غیر قضائی - این استنباط هم از قوانین موضوعه صورت می‌گیرد نهایت اینکه بمنظور حل و فصل دعاوی و قطع ترافع نبوده و ناظر بموردی که در خارج اتفاق افتاده نمیباشد (مطلب شماره ۳۵)
- ۴۲۷- نکته- هر یک از دو قسم استنباط بالا ممکن است بصورت استنباط کلی

(۱) جهل قصوری - در موردی است که شخص جاهل بقانون، عادتاً وسیله‌ای در اختیار نداشته باشد که بآن وسیله بتواند اطلاع از قانون حاصل نماید. کسی که چنان وسیله‌ای را در اختیار دارد معذرت از آن استفاده نمی‌کند و هم چنان جاهل بقانون می‌ماند جهل او را اصطلاحاً «جهل تقصیری» گویند. در حقوقهای جدید همین استثناء بر اصل «عدم استماع عذر جهل بقانون» را اینطور بیان کرده‌اند: شخص در وضعی باشد که عادتاً اطلاع از قانون برای او مقدور نباشد. این استثناء اعم از تعبیر فوق است.

عملاً محاکم از قدیم الایام تا امروز از استناد باین استثناء غالباً خودداری میکنند.

(۲) ماده ششم قانون مدنی (از کتاب مستنبط)

و یا استنباط جزئی در آید. در تمام دوره وسطی، استنباط کلی (اعم از قضائی و غیر قضائی) مجاز بوده است ولی در ابتداء این دوره تمایل بر این بود که از استنباط کلی غیر قضائی خودداری شود، معروف است که حقوقدانی از صحابه پیغمبر بنام زید بن- ثابت، عادت داشت که هر گاه از او استفتاء میشد میپرسید آیا آنچه که مورد استفتاء است عملاً واقع شده است یا نه، اگر میگفتند واقع شده است نسبت بآن مورد نظرمی- داد، و اگر میگفتند واقع نشده است از نظر دادن خودداری میکرد و میگفت: صبر کنید تا عملاً چنان چیزی واقع شود آنوقت نظر خود را خواهم گفت (مطلب شماره ۳۶) از این مطلب معلوم میشود که در مستنبطین آن عصر این توجه وجود داشت که استنباط کلی جنبه تقنین دارد و نباید در حریم آن وارد شد. ولی نظر حقوقدان مزبور در مقابل تحولات اجتماعی مسلمین تغییر یافت و استنباط کلی غیر قضائی (یا فتوی) روز بروز رونق گرفت، علت این بود که:

اولاً- روابط حقوقی افراد جامعه روز افزون بود.

ثانیاً- در آن ازمه کدهای قانونی متحدالشکل و فراوان بعزت فقد امکانات نشر کتب، در دسترس عموم قرار نداشت و از همه مهمتر آنکه مدرك قانونی بر منع استنباط کلی وجود نداشت. بنابراین جهات تنها راه علاج این بود که مردم برای اطلاع از قانون بمنظور تنظیم روابط حقوقی خود باشخاصی که حقوقدان محسوب میشدند مراجعه نموده و استعلام قانون نمایند، این حقوقدانان در صورت صراحت قانون عین یا مفاد آن را بمراجعین می گفتند و در صورت عدم آن، استنباط خود را در اختیار آنان می گذاشتند. این وضع هم پس از مدتی تبدیل بوضع مترقی تری شد و آن این بود که حقوقدانان مزبور استنباطات کلی خود را بدون نموده و با تهیه نسخ متعددی از آن، حاجت عمومی را مرتفع می ساختند. از همین جا يك رشته کتب حقوقی تحت عنوان کلی «رساله عملیه» بوجود آمد که پاره ای از آنها بسیار محققانه تنظیم شده است. باین ترتیب استنباطات قضات هم میتوانست بصورت کلی بیان شود.

۴۲۸- استنباط کلی چه قضائی باشد چه غیر قضائی از جنس تقنین است (۱)
به‌همین جهت میتوان استنباط کلی را از منابع حقوقی این دوره محسوب داشت (مطلب
۳۷) این است تأثیر استنباط کلی در قوانین موضوعه این دوره. در دوره سوم از تاریخ
حقوق ما استنباط کلی به‌دکثر محدودیت خود می‌رسد و این یک تحول بارز حقوقی
نسبت به دوره دوم محسوب است .

تغییر استنباط و عطف قانون بماسبق

۴۲۹- در حقوق دوره سوم حکم محکمه پس از قطعیت (۲) قانوناً صحیح
فرض میشود و از این معنی به «قاعده اعتبار امر مختوم» (۳) تعبیر شده است. این مطلب
در حقوق دوره دوم هم دیده شده است هرچند که پاره‌ای از مؤلفان آن دوره نسبت
بوجود این قاعده تردید دارند (مطلب شماره ۳۴۴)

۴۳۰- تمام مراتب بالا در مورد استنباطات قضائی است که فعلاً مورد بحث ما
نمی‌باشد آنچه که مورد بحث است استنباطات غیر قضائی است که در دوره دوم نقش
عمده‌ای را در تنظیم روابط حقوقی جامعه به‌عهده گرفته است ، استنباطات غیر قضائی
وقتی که بصورت استنباط کلی باشد و در اختیار مردم گذاشته شود که طبق آن عمل
نمایند (یعنی روابط حقوقی خود را بموجب آن تنظیم کنند) ارزش قانون را دارد ،
مردمی که طبق قانون مزبور عمل میکنند نتیجتاً دارای حقوق و تکالیفی می‌شوند، در
این صورت این سؤال پیش می‌آید که : هرگاه استنباطات مزبور تغییر کند آیا این تغییر
نسبت به حقوق و تکالیف سابق بر آن تغییر هم تأثیر دارد یا نه ؟

(۱) باین علت است که ماده پنجم قانون آئین دادرسی مدنی قضات را از رأی دادن
بطور قاعده کلی بر حذر داشته است (مطلب ۳۴)

(۲) هر حکم ترافعی که قابل شکایت (اعتراض- پژوهش) نباشد فرض قانون بر صحت
آن است و تجدید گفتگو در آن ممنوع است (ماده نه قانون آئین دادرسی مدنی و بند
چهارم از ماده ۱۹۸ همان قانون)

Autorité de la chose jugée (۳)

۴۳۱- اگر تغییر استنباط نسبت بحقوق و تکالیف سابق مؤثر باشد باید وجود نوعی از «عطف قانون بماسبق» (۱) را در ایندوره تصدیق نمود، چنانکه پاره‌ای از مؤلفان ایندوره همین عقیده را دارند که از آن جمله است فقیه اصولی معروف به میرزا حسین نائینی (۲)

۴۳۲- تحقیق این است که تغییر استنباط مزبور مؤثر در اوضاع حقوقی سابق نبوده است زیرا استنباطات مزبور چون بحکم مقنن، منشأ آثار حقوقی بوده برای اسقاط اعتبار آن آثار (حتی پس از تغییر استنباط) دلیل قطعی قانونی لازم است و چنان دلیل وجود ندارد. عده‌ای از مؤلفان دوره دوم این تئوری را انتخاب کرده‌اند یعنی عملاً همان معنی را تأیید می‌کردند که ماده چهارم قانون مدنی کنونی خواسته است.

قسمت دوم

اصل اباحه - استصحاب

الف - اصل اباحه (اصالة الاباحه)

ب - استصحاب

اصل اباحه

۴۳۳ - حقوق در این دوره بر اساس «حریت اراده افراد» قرار داشت یعنی

Rétroactivi Tédés lois (۱)

(۲) جلد اول از کتاب «فوائد الاصول» تألیف محمد علی کاظمی (صفحة ۱۳۸ تا

۱۴۴) که شامل تقریرات استادش نائینی می‌باشد.

آزادی اراده (۱) اصل بوده، و الزامات پیش‌بینی شده در قانون وارد بر اصل مزبور بوده است، بعبارت دیگر هدف قانون این نبود که برای افراد مردم قید و محدودیت ایجاد کند بلکه هدف قانون این بود که آن‌مقدار از قیود و محدودیت‌ها که بنظر مقنن برای اداة مردم و تضمین سعادت دو جهان آنان لازم می‌نموده در مطاوی قانون مقرر گردد بطوری که در خارج از این قیود و حدود، افراد آزادی دارند و میتوانند طبق اراده خود رفتار کنند، از این معنی باصل اباحه تعبیر شده است. بر این مبنی میتوان استنباط نمود که جنبه لیبرالیسم قوانین دوره وسطی قوی‌تر از جنبه مخالف آن بود.

۴۳۴ - آزادی اراده افراد در دومورد ظاهر میشود :

الف- در مورد بستن قراردادها - در این مورد بخصوص در دوره سوم ماده ده قانون مدنی دیده میشود که از مفاد آن با عبارت ناقص «اصل حاکمیت اراده» تعبیر شده است.

ب - در موارد خارج از قرارداد - در حقوق دوره سوم این موارد بنظر ما مشمول اصل نهم متمم قانون اساسی است که میگوید :

«افراد مردم از حیث جان و مال و مسکن و شرف محفوظ و مصون از هر نوع تعرض هستند، و متعرض احدی نمیتوان شد مگر بحکم و ترتیبی که قوانین مملکت معین مینمایند.»

۴۳۵- نکته- بنابه تشریح بالا «اصل اباحه» اعم از مدلول ماده ده قانون مدنی و اصل نهم متمم قانون اساسی است. تنها تحولی که در دوره سوم نسبت بدوره دوم (در مورد اصل اباحه) حاصل شده است آن است که يك اصل بدو اصل تجزیه شده است، البته تجزیه اصول بسیار وسیع که مستلزم اشکالات در عمل می‌شود خالی از مزیت نیست.

autonomie de la volonté (۱)

استصحاب (۱)

۴۳۶- در تألیفات حقوقی و استنباطات قضائی دوره دوم به اصل بااهمیتی بنام «استصحاب» (یا اعتبار حالت سابقه) بر خورد میکنیم که نصوص قوانین موضوعه این دوره متعرض آن نشده اند (۲) مستفاد از آثار این دوره آن است که این اصل در میان پیروان مکتب شافعی بوجود آمده و سپس پس از طی ده قرن بصورت بزرگترین اصول حقوق اسلامی ظاهر شده است. رشد اصل مزبور مدیون تبعات دانشمندان ایرانی و شیعی علم اصول در دو قرن اخیر است. در قرن اخیر اصل مزبور بتنهائی از هر يك از مباحث اصول وسیعتر، پیچیده تر، مشکل تر و با فلسفه محض آمیخته تر شده است؛ با اینکه مشخصات آن در این دو قرن روشنتر شده ولی درعوض ابهامات جدیدی بر آن اضافه شد که غالب آنها ناشی از خلط (۳) اصطلاحات و مبانی فلسفه محض بامسائل حقوقی بوده است.

۴۳۷- استصحاب چیست؟ در زندگی قضائی برای هر شخص، اوضاع حقوقی متعددی وجود دارد (مثل اینکه شخص معینی بنام حسن امر و زمالک فلان خانه و شوهر فلان زن و عضو فلان اداره یا شرکت تجاری است) ولی این اوضاع حقوقی نمیتواند در زندگی ما که لحظه بلحظه در تغییر است ثابت باشد و ناچار باید تغییراتی بکند و برای این تغییرات هم عوامل و موجباتی در قانون پیش بینی شده است؛ حال اگر بطور قطع یکی از عوامل تغییر دهنده وضع حقوقی آن شخص بوجود بیاید طبعاً باید آن

(۱) اصل استصحاب در استنباط مدنی بیشتر قابل استفاده است تا در استنباطات کیفری، بهمین مناسبت در این مقام از آن بحث میشود.

(۲) دانشمندان اصول دو قرن اخیر بعضی از احادیث بعنوان مأخذ قانونی استصحاب تمسک نموده اند ولی بنا بر آنچه که در علم اصول تحقیق شده آن اسناد کافی نیست. بهمین جهت دانشمندان حقوق تا قرن بازدهم هجری برای اثبات اعتبار قانونی استصحاب با سندلال عقلی اکتفاء می کردند و مدعی نبودند که برای آن، مدرک در نصوص قانون مشاهده شده است.

(۳) این نوع خلط و انحراف در دو قرن اخیر در غالب تألیفات اصول وفقه وارد شده و موجب کسر ارزش این تألیفات گردیده است.

وضع حقوقی تغییر بکند، ولی اگر در موجود شدن عامل تغییر دهنده وضع حقوقی او تردید حاصل شد آیا میتوان بصرف تردید مزبور، حکم به تغییر وضع حقوقی آن شخص داد؟ در هر زمان و در هر مکان که باشد بانندک تفکر میتوان عقیده به عدم تغییر وضع حقوقی آن شخص پیدا نه و دچه اگر بپذیریم که بصرف تردید در وجود عامل تغییر دهنده وضع حقوقی اشخاص، آن وضع، تغییر یافته تلقی شود مفاسد و محرومیت‌های بیشمار بوجود خواهد آمد که ادامه حیات جامعه را غیر مقدور میسازد بنابراین ضرورت زندگی اجتماعی اقتضاء می کند «حالت سابقه» محفوظ و محترم شمرده شود تا یقین بوجود عامل تغییر دهنده وضع حقوقی حاصل گردد، این است معنی استصحاب یا «اعتبار حالت سابقه» (۱)

۴۳۸- نکته - مدرك واقعی استصحاب (۲) در دوره دوم «بناء عقلاء» است که آنرا سیره عقلاء و بناء عرف (۳) هم نامیده اند. بناء عقلاء یک نوع از عمل کرد همیشه‌گی و همه جایی است که مستقیماً از ضرورت‌های حیات بر خاسته است .

۴۳۹- بناء عقلاء در حوزه زندگی قضائی عیناً همان حقوق طبیعی (۴) است و

(۱) استدلال بالا برای ارزش استصحاب از مختصات کتاب حاضر است . از جهت استدلال معلوم می شود که استصحاب از انشعابات «اصل عدم محرومیت» (مطلب شماره ۴) بوده و اصول «حقوق بکنصری» آنرا تأیید می کند .

(۲) یکی از حقوقدانان بزرگ ما در این مورد می گوید :

«لا ینبغي التامل فی ان الطريقة العقلية قد استقرت علی ترتیب آثار البقاء عند الشك فی الارتفاع ، و لیس عملهم علی ذلك لاجل حصول الاطمینان لهم بالبقاء ... بل لکون فطرتهم جرت علی ذلك فصار البناء علی بقاء المتیقن من المرتکزات فی اذهان العقلاء ولم یردع عنها الشارع ...

(۳) بناء عرف غیر از Coutume است .

(۴) یکی از حقوقدانان ما در این مورد می گوید :

«ان مبدء الطريقة العقلية لا یخلوا اما ان یکون بقهر قاهر وجبر سلطان جائر ، قهر جمیع عقلاء عصره علی تلك الطريقة و اتخذها العقلاء فی الزمان المتأخر طريقة لهم واستمرت الی ان صارت من مرتکزاتهم ، و اما ان یکون مبدءاً امر نبی من الانبیاء بهافی عصر حتی استمرت ، و اما ان یکون ناشئة عن فطرتهم المرتکزة فی اذهانهم حسبما اودعها الله فی طباعهم بمقتضى الحكمة البالغة حفظاً للنظام . ولا یخفی بعد الوجه الاول بل استحالة عاداتنا کذا الوجه الثاني فالمتعین هو الوجه الثالث . (فوائد الاصول - جزء سوم صفحه ۶۸)

دانشمندان ایرانی حقوق در دورهٔ وسطی بخوبی آنرا میشناختند و مهمتر از همه آنکه با استدلالی بسیارشگرف حقوق طبیعی را وارد حقوق موضوعه ساختند (مطلب شماره ۳۸)

۴۴۰ - تبصره - هرچند که مدلول استصحاب در علم اصول فقه شمول و وسعت مفهوم آن بیشتر از وسعت مدلول مواد ۳۵۶-۳۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی (۱) است و لکن عملکرد محاکم این نقص را جبران می کند .

قسمت سوم

حقوق فرد

الف - طبقه بندی حقوق افراد

ب - منافع حقوق افراد

ج - سلب حق تمتع یا اجراء حق

طبقه بندی حقوق افراد

۴۴۱ - در مباحث گذشته (مطلب شماره ۷۹ تا ۱۱۸) مشروحاً حقوق افراد

مورد مطالعه قرار گرفت ، در این جا فقط تقسیمات مهم حقوق فرد بیان می شود که بیشتر جنبه کلی و تئوریک دارد :

الف - حق مالی - حق غیر مالی - حق مالی بحقی گفته می شود که موضوع

(۱) اصل برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دین برد دیگری باشد باید آنرا اثبات کند و الا مطابق این اصل حکم به برائت مدعی علیه داده خواهد شد (ماده ۳۵۶) در صورتی که حق یادبنی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقاء آن است مگر خلافش ثابت شود (ماده ۳۵۷).

آن مال باشد مانند حق مالک خانه بر خانه خود و حق مستأجر بر منافع عین مستأجره و حق دائن بردینی که بعهده مدیون است و حق خیار. حق مالی در یک اصطلاح وسیعتر شامل تمام آنچه که دارائی شخص (۱) را تشکیل می دهد گفته می شود و باین ترتیب شامل دو قسمت ذیل می شود :

اول - اموال و مطالبات که آنها را قسمت مثبت دارائی نامند (۲)

دوم - دیون که آنها را قسمت منفی دارائی نامند (۳)

استعمال حق مالی بمعنی اخیر مختص دوره سوم است و در دوره دوم چنین استعمال دیده نشده است. آنچه از حقوق افراد که مشمول تعریف حق مالی نباشد «حق غیر مالی» است مانند پاره ای از حقوق زوجین نسبت بیکدیگر.

۴۴۲- ب - حق عینی - حق دینی - حق عینی (۴) حقی است که متعلق آن

عین خارجی باشد و آن سه قسم است :

اول - مالکیت (مالکیت عین و منفعت)

دوم - حق انتفاع (۵)

سوم - حق ارتفاق (۶)

حق دینی (۷) که بنام حق ذمی و حق شخصی هم خوانده شده است حقی است

که شخص بر ذمه دیگری دارد مانند حق دائن بر مدین، و حق متعهدنه (۸) بر متعهد (۹)

۴۴۳ - نکته - اصطلاح حق شخصی در معنی فوق فقط در دوره سوم استعمال

شده ، و در دوره دوم از تاریخ حقوق ماهمین اصطلاح در معنی دیگری بکار رفته است

Patrimoine (۱)

Elément passif (۳) Elément actif (۲)

Usufruit (۵) Droit réel (۴)

Droit personnel (۷) Servitude (۶)

Débiteur (۹) Créancier (۸)

چه در این دوره حق شخصی به حقی گفته می‌شود که غیر قابل انتقال بغير بوده مانند پاره‌ای از حقوق زوجین بر یکدیگر .

۴۴۴ - ج - حق معلق - حق منجز - حق معلق حقی است که :

اولاً - مقتضی (۱) قانونی آن بوسیله ایجادکننده حق وجود یافته باشد .

ثانیاً - ایجادکننده حق مزبور یک مانع بمقتضی مذکور پیوند نموده باشد باین منظور که پس از اینکه مانع از بین رفت کسی که حق مزبور بِنفع او تعیین شده صاحب حق شود . مثال : شخصی بِنفع شخص دیگری وصیت تملیکی (۲) می‌کند که خانه‌اش مال موصی له باشد . در این صورت اگر این وصیت در بوتۀ تحلیل حقوقی گذاشته شود این نتیجه بدست می‌آید که .

اولاً - موصی از راه وصیت کردن ، مقتضی «حق موصی له نسبت بنخاندۀ موصی» را ایجاد نموده است و این مقتضی همان «وصیت» است .

ثانیاً - مانعی را بمقتضی مزبور ضمیمه نموده است که «حیات موصی» است زیرا تاموصی زنده است موصی له بطور قطع مالک خانه نمیشود (۳)

۴۴۵ - نکته - حق معلق ممکن است ناشی از عقد معلق (۴) باشد و ممکن است ناشی از عقد معلق نباشد مثلاً وصیت تملیکی بنابر تحقیق (۵) ایقاع است و حال آنکه حق ناشی از چنین وصیتی حق معلق است .

(۱) مقتضی عبارت است از عامل مؤثری هر گاه مانع بآن نرسد بتواند تأثیری که مختص آن است بنماید ، مثال : آتش مقتضی سوختن است اگر آب بآن نرسد .

(۲) Testament

(۳) تعریفی که از حق معلق شد جدید است و مقصود از تجدید تعریف این بود که از نواقص تعریفات سلف پرهیز شده باشد چنانکه در یک تعریف چنین گفته‌اند : (حق معلق آن است که وجودش بسته بوقوع یا عدم وقوع شرطی باشد .

(۴) عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف بامر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود (ماده ۱۸۹ قانون مدنی)

(۵) رجوع شود به کتاب اصول فلسفی حقوق - مطلب شماره ۲۹۲

قوانین دوره دوم مصرح بوجود حق معلق نیست چنانکه در قوانین دوره سوم نیز تصریح باین معنی وجود ندارد ولی بنظر می‌رسد که ماده ۱۸۹ قانون مدنی بطور ضمنی وجود حق معلق را تأیید نموده است زیرا عقود از منابع حقوق فردی می‌باشد. بنابراین قبول عقد معلق مستلزم قبول حق معلق است.

تبصره - در صحت و بطلان «عقد معلق» در دوره دوم آراء مؤلفان حقوق مختلف است: اهل تحقیق چنان عقده را درست میدانند. در حقوق دوره سوم هم تمایل اهل این علم و بلکه صریح قانون بر صحت آن است مگر موردی که قانون مستثنی تلقی کند (۱).

منابع حقوق افراد

۴۴۶ - منبع منحصر حقوق افراد قانون است، ولی ناشی شدن حقوق افراد از قانون بطور کلی دو صورت دارد:

اول - وقتی که حقوق افراد مستقیماً و بلافاصله از قانون ناشی می‌شود مثل اینکه بعضی اشخاص بموجب قانون حق ارث بردن یا حق گرفتن نفقه را دارا می‌شوند.

دوم - وقتی که حقوق افراد بطور غیر مستقیم یعنی مع الواسطه از قانون ناشی می‌شود، این واسطه یکی از صور ذیل می‌تواند باشد:

(۱) مانند مورد ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی

مطالب مربوط به «حق معلق» چه در دوره دوم و چه در دوره سوم نشان می‌دهد که مقصود از تعلیق حق در نظر حقوقدانان تعلیق در «حدوث حق» است نه تعلیق در «بقاء حق»؛ ولی بنظر می‌رسد که تعلیق در «بقاء حق» هم تصور می‌شود مانند تعلیق حاصل از بیع شرط، چه از آثار تعلیق در بقاء حق است که مشتری حق ندارد بیع را به بیش از مدت مذکور در عقد بیع اجاره بدهد. (تفصیل این مطلب در شماره ۲۶۱ از کتاب «اصول فلسفی حقوق» و در اصطلاح «حق معلق» از کتاب «فرهنگ حقوقی» ملاحظه شود).

الف - عقد (۱) مثلاً با بیع در اثر عقد بیع حق بر ثمن پیدا می‌کند .
ب - تجاوز بغير و تجاوز بمال غير - مثلاً کسی که موجب خسارت و ضرر دیگری می‌شود عمل او خواه بصورت فعل (۲) و خواه بصورت ترك (۳) باشد برای متضرر (۴) ایجاد حق می‌کند .

ج - شبه عقد (۵) - و آن عبارت است از يك عمل ارادی که قانون آنرا منع ننموده و بدون اینکه عقدی منعقد گردد ایجاد تعهد در مقابل غير می نماید مانند ایفاء ناروا (ماده ۳۰۱ قانون مدنی) .

در قوانین دوره دوم (مانند قوانین دوره سوم) منابع حقوقی فوق وجود داشته است الا اینکه اصطلاح شبه عقد اختصاص بتألیفات حقوقی دوره سوم دارد ولی مصادیق آن در دوره دوم نیز وجود داشته است .

۴۴۷- نتیجه - منابع حقوق فرد دو دوره دوم عبارت بود از:

الف - قانون

ب - عقد

ج - تجاوز بغير و تجاوز بمال غير . (در دوره سوم ماده ۳۰۱ بعد از قانون مدنی ناظر باین مرحله و شبه عقد است چنانکه ماده ۱۸۳ بعد ناظر به عقد است) .

د - شبه عقد

سلب حق تمتع یا اجراء حق

۴۴۸ - ماده ۹۵۹ قانونی فعلی مامی گوید : « هیچکس نمی‌تواند بطور کلی

Contrat (۱) Action با Comission (۲)

omission (۳)

Victime (۴)

Quasi-Contrat (۵)

حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند . (۱)
در حقوق دوره وسطی مدلول همین ماده بنحو جامع تر در قوانین موضوعه منعکس شده و مؤلفان فقه در دومبحث از آن بحث نموده اند :

اول درمبحث شرط فاسد (در باب بیع)

دوم - درمبحث سوگند. سوگند در حقیقت یکنوع تعهد کاملاً دینی بود که شخص بوسیله آن خود را در پیشگاه خداوند متعهد بانجام عمل یا ترک عملی می نمود همانطور که شرط موجب پیدایش تعهد برای مشروط علیه می شد. بنابراین قدر مشترک این دومبحث همانا حصول تعهد و التزام است .

در قانون مدنی کنونی در ماده نامبرده عنوان « سلب حق تمتع و حق اجراء » وجود دارد در مقابل این عنوان در قوانین موضوعه دوره وسطی عنوان « تحریم حلال » دیده می شود یعنی شرط مستلزم تحلیل حرام و « تحریم حلال » فاسد است و برای مشروط علیه الزام آور نیست و هم چنین سوگند مستلزم تحلیل حرام و « تحریم حلال » الزام آور نمی باشد. اینک دو نمونه از نصوص قانونی مربوط باین دو موضوع :

الف - ... ان المسلمین عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما (۲)

ب - ... لا تجوز یمین فی تحلیل حرام ولا تحریم حلال ... (۳)

(۱) این ماده از حقوق اروپائی گرفته شده و تدوین کنندگان قانون مدنی متوجه نبوده اند که عین مدلول این ماده (و بلکه جامع تر از آن) در حقوق اسلامی وجود دارد این عدم توجه ناشی از پراکندگی مباحث در تألیفات فقهی و صعب الوصول بودن مطالب این تألیفات است مضافاً بر اینکه به نوعی از تفرس در تطبیق حقوق اسلامی و اروپائی نیازمند بود.

(۲) مسلمانان باید بشرطی که می کنند ملتزم باشند مگر شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند . شرط مستلزم تحلیل حرام شرط مخالف قانون است که در ماده ۲۳۲ قانون مدنی کنونی منعکس است . شرط مستلزم تحریم حلال است که برابر عنوان « سلب حق تمتع یا اجراء حق » قرار می گیرد .

(۳) سوگندی که بر ارتکاب حرام و یا بر عدم ارتکاب حلال یاد شود الزام آور

نخواهد بود .

نکته

سلب حق یا سلب اجراء حق در ماده ۹۵۹ قانون مدنی فعلی اعم از این است که بوسیله شرط ضمن العقد صورت گیرد یا در خارج عقد. اگر بمعنی معروف اصطلاح « شرط » (که عبارت از التزام ضمن عقد است) تکیه کنیم؛ نیز اگر بنا بقول مشهور که التزامات خارج از عقد (۱) را درست نمی دانند توجه نکنیم آنوقت این پرسش پیش می آید که هر گاه تعهدات خارج از عقد (که ضمن سوگند نباشد) مستلزم تحلیل حرام یا «تحریم حلال» شد آیا این تعهدات هم ممنوع است و اگر ممنوع است دلیل ممنوع بودن آن در حقوق دوره وسطی چیست؟ بنظر می رسد که همان اسناد به تنقیح مناط قطعی دلیل ممنوع بودن تعهدات مزبور خواهد بود. صرفنظر از اینکه معنی معروف اصطلاح « شرط » بنظر نگارنده اساس علمی ندارد و معنی شرط هر نوع التزام و تعهد است خواه ضمن - العقد باشد خواه خارج از عقد.

تنبيه - در ماده ۹۵۹ منع قانونی متوجه حقوق مدنی است ولی در نصوص قوانین دوره وسطی منع قانونی متوجه مطلق حقوق است اعم از حقوق مدنی و غیر آن. حق این بود که مدلول ماده ۹۵۹ را اختصاص بحقوق مدنی نمیدادند زیرا اعمال هم اختصاص نمی دهند.

حقی که سلب آن ممنوع است

۴۴۸ مکرر - عمده بحث بیان وسعت و حدود مدلول ماده ۹۵۹ (در قانون مدنی کنونی) و مدلول «تحریم حلال» (۲) در قوانین دوره وسطی است که تفسیر مستدلی از آنها تاکنون بنظر نرسیده است. برای بیان آن باید بكمك يك تحليل حقوقی شروط را (از جهت نوع تعهداتی که ایجاد می کنند) به شش طبقه ذیل تقسیم نمود:
الف - شرطی که مستلزم سلب يك حق شخصی (۳) در مورد معین است. مثل

(۱) اصطلاحاً این نوع التزام را « شرط ابتدائی » نامند.

(۲) تحریم هر حلالی در ضمن شرط یا سوگند مستلزم سلب حقی از حقوق است.

(۳) Droit subjectif

اینکه در بیع معینی اسقاط خیار غبن نماید (۱) .

ب- شرطی که مستلزم سلب یک حق شخصی در چند مورد معین است. مثل اینکه در چند بیع معین اسقاط خیار غبن شود .

ج- شرطی که مستلزم سلب چند حق شخصی در یک مورد معین است. مانند بیعی که در آن اسقاط جمیع اختیارات شود .

د - شرطی که مستلزم سلب چند حق شخصی در چند مورد معین است مثل اینکه در ضمن یک بیع معین شرط اسقاط جمیع اختیارات در چند بیع معین شود .

ه - شرطی که مستلزم سلب یک حق موضوعی (۲) در مدت کوتاه یا مدید یا بطور دائم در یک نوع از معاملات شود ، مثل اینکه ضمن عقدی شرط اسقاط خیار غبن در تمام بیعهای مشروط علیه ظرف یک ساعت یا یک سال یا بطور دائم بعمل آید .

و - شرطی که مستلزم سلب یک حق موضوعی در مدت کوتاه یا مدید یا بطور دائم در چند نوع از معاملات (یا جمیع معاملات) شود .

بنظر می رسد هر جا که شرط (یا هر عمل حقوقی دیگر) مستلزم سلب حق شخصی شود اشکالی نداشته باشد و عنوان تحریم حلال (وهم چنین ماده ۹۵۹ قانون مدنی) منصرف از این مورد است و « قدر متیقن » از ممنوعیت مستفاد از قانون منع تحریم حلال (و نیز ماده ۹۵۹) موردی است که سلب حق موضوعی شود و دلیلی برای ممنوع بودن خارج از قدر متیقن مزبور وجود ندارد بنابراین بر حالت جواز و اباحه باقی خواهد ماند (۳) .

(۱) و از این قبیل است مورد ماده ۱۲۰ قانون مدنی

Droit objectif (۲)

(۳) شاید نظر صاحب قوانین معروف به محقق قمی همین باشد هر چند که عبارت وی صراحت ندارد وی می گوید :

الظاهر من تحلیل الحرام و تحریم الحلال هو تأسیس القاعدة وهو تعلق الحكم بالحل
او الحرمة ببعض الافعال علی سبیل العموم من دون النظر الی خصوصية فرد ...

نکته

هر گاه در بعضی موارد مصداق مشتبهی (از این نظر که تحریم حلال یا سلب حقی لازم آمده یانه) پیدا شود آن شرط (یا آن عمل حقوقی) که منشاء وجود آن مصداق مشتبه شده صحیح و نافذ است زیرا همانطور که در تألیفات حقوقی و فقهی خود مستدل ساختیم اصل تأثیر اراده و رضایت افراد است مگر اینکه صریح قانون جلوی تأثیر اراده فرد را بگیرد و چون در مورد مصداق مشتبه صریح قانون وجود ندارد منعی برای تأثیر اراده دیده نمی شود (۱).

(۱) شیخ انصاری و میرزا حسین نائینی در این مورد دو نظر متفاوت دارند. ما از حیث نظر با شیخ انصاری موافقت نمودیم ولی از نظر استدلال دلیلی قابل اعتبار نبوده است رجوع شود به مکاسب صفحه ۲۷۷ و منیة الطالب جلد دوم - صفحه ۱۰۶

فصل دوم

اشخاص

قسمت اول - شخص طبیعی و حقوقی

قسمت دوم - مختصات اشخاص

قسمت اول

شخص طبیعی - شخص حقوقی

الف - تعریف شخص و اقسام آن

ب - شخصیت حقوقی ملت

ج - بیت المال و مؤسسات عام المنفعه

د - ابتداء وجود اشخاص

ه - انتهاء وجود اشخاص

تعریف شخص و اقسام آن

۴۴۹ - شخص (۱) از نظر حقوقی به انسان یا جمعی از انسان یا مؤسساتی گفته می‌شود که قانوناً موضوع حق قرار گرفته باشند. شخص باین معنی دو قسم است :
اول - شخص طبیعی که با افراد انسان گفته می‌شود. در حقوقهای بسیار قدیم فقط این نوع شخص شناخته شده بود .

۴۵۰ - دوم - شخص حقوقی (۲) که دو قسم است :

الف - جمعیتی که بعنوان موجود واحد حقوقی ، موضوع حق قرار گرفته باشند مانند شرکتهای تجارتي (۳) . می‌توان بطور صریحتر گفت . شخص حقوقی عبارت از چند شخص طبیعی است که بعنوان دسته جمعی م- موضوع حق و تکلیف واقع می‌شوند . (۴)

۴۵۱ - ب - مؤسسات عام‌المنفعه که صرفنظر از اداره کنندگان و بهره بران آن ، صاحب شخصیت حقوقی شناخته شده است زیرا دارای حقوق می‌باشند و می‌توانند مالک شده یا مدیون واقع شوند .

شخصیت حقوقی ملت

۴۵۲ - ملت که در اصطلاح حقوقی دوره دوم ، «امت» نامیده شده است و دارای شخصیت حقوقی (در حقوق عمومی) است ؛ این شخصیت حقوقی می‌تواند مالک شود: کلیه زمین‌های خراجی (مطلب شماره ۱۲۷) متعلق به جمیع امت است و همه انسان

Personne (۱)

Personne morale (۲)

Société Commercial (۳)

(۴) رجوع شود بکتاب اصول فلسفی حقوق - مطلب شماره ۱۳۶ بیعد

بطور مشترك (ولی نه بطور اشاعه چنانکه در شرکت مدنی وجود دارد) مالک آن می‌باشند. (۱)

بیت المال و مؤسسات عام المنفعه

۴۵۳ - مؤسسات عام المنفعه مانند موقوفات عامه می‌توانند موضوع حق قرار گیرند و باین جهت قوانین موضوعه دوره دوم از تاریخ حقوق ماشخصیت حقوقی را در این مورد شناخته است. از تألیفات پاره‌ای از علماء حقوق چنین استفاده می‌شود که « بیت المال » موضوع حقوق قرار می‌گیرد (مطلب شماره ۱۹۶) اعسار و عدم اعسار (یا « یسار ») را که دو حالت از مالکیت است مستقیماً به بیت المال نسبت می‌دادند و گاهی نیز بیت المال ، مدیون تشخیص داده می‌شد (مطلب شماره ۱۹۴) .

نکته - فکر شخصیت حقوقی اگر در حقوق دوره وسطی صورتی ابتدائی و نیمه متبلور داشت در حقوق خصوصی قرن اخیر لطیف و بارز و مشخص شده و در حقوق تجارت مورد استفاده فراوان قرار گرفته است بنابراین با وجود سابقه تاریخ حقوق ما راجع بشخص حقوقی باید باین حقیقت اعتراف نمود که فکر شخصیت حقوقی در حقوقهای جدید و دوره سوم از تاریخ حقوق ما تحولی بارز یافته است که بهیچوجه در دوره دوم سابقه نداشته است .

(۱) در این متن حقوقی کیفیت حقوقی زمینهای خراجی بیان شده است :

سألت اباعبدالله (ع) السواد مامن لته ؟ قال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ومن لم يخلق بعد ... (یعنی از امام پرسیدم که از نظر قانون وضع زمین عراق چگونه است ، گفت :

آن زمین ملك همه مسلمین است اعم از آنکه فعلاً مسلمان باشند یا اشخاصی که بعداً تابعیت اسلامی را می‌پذیرند و اشخاصی که هنوز بدنیا نیامده‌اند . بدیهی است با این تعبیر يك بشخصیت معنوی تجرید شده از نظر مقنن ، مالك اراضی مزبور شناخته شده است و همانطور که از لوازم شخص حقوقی است مالکیت مشاع برای این شخص وجود ندارد .

ابتداء وجود شخص

۴۵۴ - ابتداء وجود اشخاص حقوقی از وقتی است که قانون از آن تاریخ وجود آنها را بشناسد، مثلاً وقتی که در مورد وقف عام شرایط تحقق وقف کاملاً واقع شد یک شخص حقوقی بوجود آمده است. در مورد اشخاص طبیعی از نظر قوانین دوره دوم (و نیز قوانین دوره سوم) از تاریخ حقوق ما چون حمل موضوع حق واقع می‌شود بنابراین ابتداء وجود شخصی طبیعی از وقتی است که عنوان «حمل» بآن اطلاق می‌شود. حمل از حقوق مدنی متمتع می‌شود مشروط بر اینکه زنده متولد شود (ماده ۹۶۷ قانون مدنی) مدلول این ماده در قوانین دوره دوم وجود داشته و از آن جا اقتباس شده است بنابراین ابتداء وجود شخص طبیعی در دوره دوم و سوم از تاریخ حقوق مایکسان تلقی می‌شود.

۴۵۵ - نکته - مالک برای اینکه شخصی از نظر حقوقی شناخته شود آنست که

موضوع حق واقع شود نهایت اینکه موضوع حق واقع شدن دو قسم است :

الف - موضوع شدن برای حق بطور مشروط مانند «حمل»

ب - موضوع شدن برای حق بدون شرط مانند طفلی که زنده متولد شده و

افراد انسان .

انتهاء وجود شخص

۴۵۶ - انتهاه وجود شخص یکی از سه صورت دیده شده است :

اول - موت حقیقی - که آثار حیات بکلی در بدن وجود نداشته باشد. گاهی

مقنن برای تنظیم روابط حقوقی ناچار می‌شود که بطور استثنائی پس از موت

حقیقی هم برای میت، فرض وجود شخصیت کند، مثلاً صیادی دام را در آب می

اندازد و سپس لغزیده و در آب غرق می‌شود پس از غرق شدن مقداری ماهی در دام

می‌افتد، ورثه صیاد بطور وراثت مالک ماهی می‌شوند!

۴۵۷ - دوم - موت فرضی - و آن موتی است که بموجب حکم محکمه، شخصی که غیبت منقطعه دارد میت فرض می‌شود چنین شخصی را مؤلفان حقوق دوره وسطی « غائب مفقودالخبر » می‌گفتند و اکنون بغلط غائب مفقودالاثر گفته می‌شود چه از غائب مذکور ممکن است آثاری بر جا مانده باشد ولی خبر از او نمی‌رسد و فقدان اثر اعم از فقدان خبر است و ذکر عام و اراده خاص بلاجهت مورد ندارد .

۴۵۷ مکرر - نکته - در حقوق دوره وسطی اکثر مؤلفان فقه (در خصوص مبحث طلاق) معتقدند که ترتیب آثار موت فرضی باید بدستور (۱) حاکم محکمه باشد (حتی بعضی عقیده دارند که در حال غیبت امام احدی حق ندارد دستور ترتیب آثار موت فرضی را بدهد ولی این قول نادر است).

عده‌ای از حقوقدانان آن دوره معتقدند که در صورتیکه در محلی حاکم نباشد یا حاکم مبسوط‌الید نباشد مسلمان عادل حق دارد که حسب اقدام نموده و دستور ترتیب آثار موت فرضی را بدهد و هم چنین ولی زوج غائب می‌تواند دستور مزبور را بدهد .

ولی این نظر خلاف نصوص قانون است مضافاً بر اینکه اصل عدم ولایت عدول مؤمنین و ولی زوج غائب است مگر بدلیل قطعی و در این مورد دلیل قطعی وجود ندارد .

در هر حال نسبت بزوجه غائب مفقودالاثر تا وقتی که نفقه زوجه از مال غائب یا تبرعاً داده می‌شد حکم طلاق صادر نمی‌گردید ولی در غیر این صورت دستور داده می‌شد که زوجه بعد از گذشتن چهار سال از تاریخ مراجعه به محکمه بطلاق

(۱) موثق سماعة عن المفقود : فقال ان علمت انه في ارض فهي تنتظر له ابدأ حتى بأنيها موته او بأنيها طلاقه ، وان لم تعلم اين هو من الارض كلها ولم بأنيها منه كتاب ولاخبر فانها تأتي الامام فيأمرها ان تنتظر اربع سنين فبطلب في الارض فان لم يجد له اثر تمضي اربع سنين امرها ان تعتد اربعة اشهر و عشرأ ثم تحل للازواج . فان قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعة وان قدم وهي في عدتها فهو املك برجعتها .

وفات مطلقه گردد و عده او چهار ماه و ده روز است این طلاق رجعی است .

۴۵۸ - عنوان « مفقود » در نصوص قوانین ایندوره بنظر مؤلفان فقه شامل هر نوع مفقود میشود خواه در سفر مفقود شود خواه در دریا و خواه در جنگها .

بعضی از حقوقدانان این دوره عنوان مفقود را اختصاص به مفقودی داده اند که در مسافرت مفقود شده باشد، و در مورد سایر غائبین مفقود الخبر صدور حکم طلاق را از « محکمه » لازم ندانسته اند. حتی عقیده ندارند که چهار سال بین تاریخ مراجعه به محکمه و بین تحقق موت فرضی و مطلقه نمودن زن فاصله واقع شود بلکه بصرف وجود قرائن موت غائب میتوان حکم طلاق را صادر نمود . بنا بنقل صاحب جواهر از صاحب حدائق پس از واقعه جنگ شاه سلطان حسین با افغانیان که در نتیجه آن عده ای از لشکریان شاه سلطان حسین در بیابانهای حوالی کرمان مفقود شدند عده ای از زنان این غائبین بهمین ترتیب شوهر دیگر انتخاب کردند و بطلاق وفات مطلقه شدند (۱)

ولی صحیح آن است که عنوان مفقود شامل هر نوع مفقود می شود .

نکته - در ایندوره هیچوقت حکم محکمه حکم موت فرضی صادر نمی کرده بلکه حکم بیعضی از آثار موت (مثل حکم طلاق زوجة غائب) می داد . ما یملک غائب هم چنان در مالکیت او می ماند تا انقضاء مدتی که عادتاً انسان در پایان آن مدت زنده نمی ماند .

۴۵۹ - موت حکمی - در این مورد با وجود اینکه علم بوجود شخص حاصل است قانون دوره دوم پاره ای اشخاص را محکوم بحکم میت می داند . مثلاً مرتد

(۱) حکمی عن الاخواند ملامحمد جعفر الاصبهانی الشهیر بالکرباسی قال وقد زوج جملة من النساء اللاتی فقدت ازواجهن فی معركة قتال الافغان مع عسکر شاه سلطان حسین فی مفازة قرب کرمان جواهر الکلام - کتاب طلاق

فطری (۱) اگر مرد باشد از نظر جزائی بجهت ترك تابعیت محكوم به مجازاتهای ذیل می شود :

الف - سلب حق مالکیت و تملك

ب - انقطاع رابطه زوجیت او با زوجه خود

ج - اعدام

وی قبل از اجراء مجازات اعدام اساساً از نظر قانون موضوع حق نیست .

نکته - طبع این مجازات تناسب با قوانین ایدئولژیک دارد و قوانین دوره سوم

نسبت بآن ساکت است .

قسمت دوم

مختصات اشخاص

الف - اسم

ب - اقامتگاه

ج - ثبت احوال

د - اهلیت و حجر

اسم

۴۶۰.. روز بروز در تاریخ تحول زندگی قضائی بشر روابط حقوقی اشخاص

دقیق تر می شود و بالنتیجه اوضاع و احوال قوانین جدیدی را اقتضاء می کند ، مثلاً در

دوره دوم از تاریخ حقوق ما اسم اشخاص عنوان حقوقی نداشت و مقررات مندرج در

(۱) یعنی کسی که از حین انعقاد نطفه تا حین ترك تابعیت اسلامی تابعیت دیگری

نداشته است .

ماده ۹۹۲ ببعد قانون مدنی در دوره سوم از تاریخ حقوق ما بی سابقه است. در دوره دوم معمولاً در مورد احراز هویت شخص از شیعاع و شهادت عدول برای اثبات نسب و احراز هویت استفاده می شد، و این کارگردش چرخ زندگی قضائی جامعه انسان را دچار اشکال می نمود، فقط در عصر عباسیان آنهم فقط در حدود صلاحیت نقباء (مطلب شماره ۱۸۲) هویت اشخاص از طریق ثبت اسامی آنان احراز می شد.

اقامتگاه

۴۶۱ - در این دوره قانون و تألیفات حقوقی اسمی از اقامتگاه نمیبرند و آنرا بهیچوجه در زندگی قضائی افراد مؤثر ندانسته اند باین ترتیب مقررات ماده ۱۰۰۲ ببعد قانون مدنی در تاریخ حقوق ما مطالب بی سابقه تلقی می شود.

ثبت احوال

۴۶۲ - احوال شخصی باموری گفته می شود که کیفیت شخص را در خانواده و در کشور معین می کند مانند تابعیت، جنسیت (مرد بودن و زن بودن) صغرو کبر، تأهل و مجرد و غیره. از تابعیت در حقوق بین الملل خصوصی بحث می شود. ثبت احوال شخصی که در حدود مقررات (۹۹۳ قانون مدنی) دوره سوم از تاریخ حقوق ما به پیروی از قوانین فرنک معمول گردید در دوره دوم از تاریخ حقوق ما اجباری نبوده است مگر بطور استثناء، چنانکه در مطلب ۱۸۲ گذشت. ولی بطور اختیار کسانی که عقد نکاح و طلاق واقع می ساختند در دفتر مخصوصی آنها را ثبت می کردند. ثبت تاریخ ولادت معمولاً در پشت جلد کتابهای مقدس، و ثبت تاریخ وفات بر سنگنوشته مقابر مرسوم بود ولی مستند و مدرک محسوب نمیشد، بهمین جهت برای اثبات تاریخ تواد و وفات که مؤثر در مسائل ارث و مسائل دیگر بوده در محاکم بشهادت شهود متوسل میشدند.

۴۶۳ - نکته - بردگی و حریت در قوانین دوره دوم جزو احوال شخصی بوده

است، هر شخصی میتواندست اقرار به بندگی خود نماید و حریت خود را باین طریق سلب کند. ولی باید معترف بود که مقنن این دوره تمایل شدید داشته است که بردگان عملاً آزاد شوند و تا جائی که امکانات محیط اجازه میداد در قوانین موضوعه بنفع بندگان قدم برداشت، تا آنجا که يك رقم از عوائد بیت‌المال قانوناً باید برای خرید بندگان بمنظور آزاد کردن آنان صرف شود (عطلب شماره ۱۲۴)

۴۶۴- یکی از تحولات حقوقی مهم دوره سوم نسبت بدوره دوم از تاریخ حقوق ما وجود ماده ۹۶۰ قانون مدنی و «قانون منع خرید و فروش برده در خاک ایران و آزادی برده در موقع ورود بمملکت» مصوب بهمن ماه ۱۳۰۷ می باشد.

اهلیت و حجر

۴۶۵- مطابق مقررات این دوره از تاریخ حقوق ما هر انسانی متمتع از حقوق مدنی بود (۱) ولی هیچکس نمیتوانست حق خود را اعمال و اجراء کند مگر اینکه برای اینکار اهلیت قانونی (۲) داشته باشد (۳) مقصود از اهلیت قانونی در دوره دوم از تاریخ حقوق، حالتی بود که از فراهم آمدن همه شرائط عمومی ذیل حاصل میشد:

الف- بلوغ (۴)

ب- عقل و رشد

ج- مفلس نبودن

د- بنده نبودن

Capacité de Jouissance (۱)

Capacité d' exercice (۲)

(۳) مقایسه شود با ماده ۹۵۸ قانون مدنی

(۴) علامات بلوغ مذکور عبارت بود از: روئیدن موی صورت، روئیدن موی عانه، احتلام، گذشتن پانزده سال قمری از تاریخ تولد. علامات بلوغ اناث عبارت بود از: حیض، حمل، گذشتن نه سال قمری از تاریخ تولد.

بالغ در صورتی که رشیده-م بود از او رفع حجر میشد و رشد. قبل از بلوغ تأثیری در رفع حجر نداشت .

۴۶۶- نکته- در قوانین ایندوره مانند قوانین دوره سوم هیچکس نمیتوانست بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید (رجوع شود بمطلب شماره ۴۴۸ و بعد) .

فصل سوم

مالکیت

قسمت اول۔ کلیات

قسمت دوم۔ اعتبار سند۔ اسناد مالکیت و مرور زمان۔ قاعدہ ید

قسمت سوم۔ اراضی

قسمت چہارم۔ قاعدہ تسلیط۔ سوء استفادہ از حق۔ انقلاب نسبت بقانون۔ حیلہ

قانونی

قسمت اول

کلیات

الف۔ تعریف مالکیت

ب۔ اسباب تملک

ج- عقود وایقاعات:

A - اصل محدود بودن عقود

B - فرمالیسم در عقود

C - جهت معامله

D - ایقاعات

د- مالکیت منقول و غیر منقول

تعریف مالکیت

۴۶۷- قوانین این دوره مانند قوانین دوره سوم تعریفی از مالکیت (۱) ننموده است ولی در دوره سوم از تاریخ حقوق ما مالکیت نسبت با مورد مادی بکار می‌رود و بنابر این اصطلاح نمیتوان گفت که مستأجر مالک منافع عین مستأجره است.

۴۶۸- در دوره دوم حقوقدانان، مالکیت را در معنی وسیعتری بکار می‌برند که شامل امور ذیل میشود:

الف- مالکیت عین مانند مالکیت زمین

ب - مالکیت منفعت مانند مالکیت منافع عین مستأجره

ج - مالکیت انتفاع مانند حقی که مهمان در مال میزبان (که بعنوان پذیرائی و استفاده مهمان در اختیارش گذاشته شده) پیدا میکند.

د- مالکیت حقوق مانند مالکیت خیار برای صاحب خیار.

ه - حق ایجاد مالکیت (که اصطلاحاً «ملك ان يملك» نامیده شده است) مثل حق

رد وصیت زائد بر ثلث که قانون بورثه موصی داده است، چه ورثه میتوانند چنان وصیتی را تجویز نکنند و بالنتیجه پسر از فوت موصی مالک زائد بر ثلث شوند.

اسباب تملك

۴۶۹- اسباب تملك در قوانین دوره دوم عبارت است از:

(۱) بموجب یکی از احکام دیوان کشور کلمه مالکیت و مشتقات آن در صورت فقدان قرینه در مالکیت غیر منقول بکار می‌رود.

الف- حیازت مباحات

احیاء موات- بنظر عده ای احیاء موات از اسباب مالکیت است ولی تحقیق این است که آن از اسباب مالکیت نیست .

ب- عقود و تعهدات مانند بیع و جعاله و صلح

ج- اخذ بشفعه

د- ارث

ه- ایقاع مانند وصیت تملیکی بنابر نظر اهل تحقیق

عقود و ایقاعات

۴۷۰- مهمترین عامل در تملک، عقد است. باین مناسبت توجه به برخی از کلیات

راجع بعقود که متضمن نکات تاریخی است متناسب مینماید و بمناسبت ذکر عقود اشاره ای کوتاه بایقاعات میشود .

عقود

در قوانین موضوعه دوره دوم از تاریخ حقوق ما بهیچوجه تعریفی از عقد دیده نشده است، مولفان حقوق ایندوره نیز تعریفی جامع از آن ندارند باینکه تحلیل های مشروح و مباحث طولانی در اطراف عقد در مبحث «بیع» میان آورده شده معذک این مشکل همچنان لاینحل مانده است چه بحثی جامع راجع بعناصر سازنده عقد که تأثیر فراوانی در ارزش استنباطات قضائی وحل موارد سکوت قانون در مورد عقدها دارد نموده اند و در غالب موارد از غایت عجز در استدلال به «تفاهم عرف» (۱) تمسک جسته اند (۲) اینک خلاصه ای از آنچه که در کتاب مستنبط در این باب آورده ایم:

Foi Publique (۱)

(۲) تحولات قابل ملاحظه حقوق در دوره سوم هم چیزی در این مورد بر آنچه که

وجود داشته نیفزوده است .

عناصری که بطور قطع و یا بطور احتمال داخل در ماهیت عقد و یا خارج از آن میباشند بر سه گونه است :

اول - عناصری که بطور قطع، سازنده ماهیت عقد محسوب میشوند که عبارتند از :

الف - قصد طرفین عقد

ب - توافق قصد طرفین

ج - اظهار توافق بوسیله ایجاب و قبول

د - توالی عرفی ایجاب و قبول

ه - موضوع عقد

و - معلوم بودن عنوان موضوع عقد

ز - وحدت موضوع قصد طرفین

این عناصر در همه عقود وجود دارد. هر عقد معینی ممکن است عناصر اختصاصی هم داشته باشد مثلاً در عقد بیع عناصر اختصاصی عبارت است از : معلوم بودن کمیت و کیفیت مورد معامله، مالیت مورد معامله، قدرت تسلیم و تسلّم. در هر حال عناصر بالا مستفاد از بدیهیات این علم و تحلیل ماهیت عقد است و جای بحث در آنها نمیباشد.

دوم - عناصری که بطور قطع، خارج از ماهیت عقد است یعنی دخالتی در تحقق این ماهیت حقوقی ندارند:

الف - اهلیت طرفین عقد

ب - تقدیم ایجاب بر قبول

ج - تنجیز عقد (در مقابل تعلیق عقد)

د - تعیین منتفع از عقد. چه اصل، عدم دخالت تعیین شخصیت متعاقدین در تحقق عقد است مگر در موارد خاص و بدلیل مخصوص، بنابراین الزامات ناشی از عقد متوجه مباشرین عقد است مگر اینکه سمت عاقد معلوم باشد (مانند وکالت،

ولایت) یا اینکه عاقد تصریح کند که برای ثالث معامله میکند.
سوم - اهوری که دخالت آنها نفیاً و اثباتاً در ماهیت حقوقی عقد از نظر قانون
ایندوره محرز نشده است و عبارتند از :

الف - تعیین منتفع از عقد در قصد عاقد، بطوری که در طول مدت انعقاد عقد تغییر
نکند. مثال شخصی مال غیر را بعقد فضولی بثالث میفروشد و قصد دارد که مالک مال،
از این عقد منتفع شود ولی مالک مال پس از ختم معامله فضولی آنرا بیکی از وجوه
ناقل، به خود عاقد فضولی منتقل میکنند آیا عاقد فضولی میتواند عقد فضولی را تنفیذ
کند با اینکه در موقع اجازه، قصدش اینست که خود منتفع از عقد گردد. اگر عنصر
مزبور سازنده عقد باشد عاقد فضولی حق اجازه نمودن عقد فضولی مذکور را ندارد.
تحقیق این است که عنصر مزبور از عناصر سازنده عقد نیست.

ب - لفظی بودن ایجاب و قبول (۱)

ج - مالکیت اجازه کننده عقد فضولی در حین عقد فضولی (۲)

د - مالک بودن عاقد در حین عقد یا مأذون بودن عاقد از طرف مالک یا از طرف

قانون (۳)

ه - مقارنت رضا و قصد (۴)

و - لزوم عقد (۵)

ز - اراده صوری - در حقوق ایندوره سندی دیده نمیشود که بموجب آن

بتوان اراده عاقد (که سازنده ماهیت عقد است) را اعم از اراده واقعی و اراده صوری

(۱) بموجب ماده ۱۹۱ قانون مدنی این عنصر شرط تحقق عقد نیست.

(۲) راجع باین عنصر قانون مدنی ساکت است.

(۳) بموجب ماده ۲۴۸ قانون مدنی این عنصر شرط تحقق عقد نیست.

(۴) مستفاد از ماده ۱۹۹ قانون مدنی عدم دخالت این عنصر در ماهیت عقد است.

(۵) بموجب ماده ۱۸۶، این عنصر دخالتی در ماهیت عقد ندارد.

ذانت ولی عملاً باستناد استدلال عقلی، اراده‌صوری را هم کافی در تحقق ماهیت عقد میدانند و پیدایش خیار تبعض صفت و خیار غبن و خیار عیب و خیار رؤیت و خیار تدلیس بر همین پایه قرار گرفته است و این مبنی در حقوق مدنی دوره سوم از تاریخ ماقبول شده است.

۴۷۱ - اصل محدود بود حقوق - اکثریت حقوقدانان دوره دوم عقیده دارند که مقنن هر نوع عقدی را تجویز نکرده است بلکه فقط عقودی را که در عصر خود معمول بوده است و مورد منع قرار نداده قانونی شناخته است. بنابراین برای اینکه عقود تازه که به موازات تحولات اقتصادی و اجتماعی بشر خواه ناخواه پیش می‌آید اعتبار قانونی حاصل کند باید رعایت دو نکته ذیل درباره آنها بشود تا قانوناً منشاء اثر واقع گردد:

اولا - مشمول منع های مقرر در قانون نباشد نظیر ممنوع بودن بیع ربوی و بیع غری .

ثانیاً - علاوه بر رعایت نکته اول بطور مستقل بین طرفین قرارداد واقع نشود بلکه باید محصول این قرار داد بصورت شرط ضمن العقد در یکی از عقود که مجاز بودن آن مسلم است گنجانده شود. مثال همسایه ای می‌خواهد در مقابل همسایه اش تعهد شود که دیوار خانه خود را ارتفاع معینی بالاتر نبرد تا مانع نور و منظره خانه همسایه نشود و درازاء این تعهد مبلغی بگیرد برای اجراء این عمل که در دوره سوم با وجود ماده ۱۰-۳۰ قانون مدنی اشکالی دیده نمی‌شود در دوره دوم بنا بنظر اکثر حقوقدانان چون این قرارداد معنون به هیچیک از عقود مجاز در قانون نبوده است ناچار باید طرفین قرارداد قبلاً یک قرار داد دیگر (که معمولاً صوری است) مثلاً بصورت بیع یک قوطی کبریت واقع سازند و ضمن عقد بیع مزبور یکی از آنان تعهد نماید که دیوارش را از حد معینی بالاتر نبرد و در مقابل تعهد مزبور مبلغی بگیرد. بر اثر این سابقه است

که هنوز هم تنظیم کنندگان اسناد رسمی تعهداتی را که از عقود معینه ناشی نمیشود به صورت شرط ضمن عقد در آورده و در سند مینویسند «ضمن عقد خارج لازم شرط گردید...» و لو اینکه واقعاً در خارج عقدی صورت نگرفته باشد. باید دانست که بعضی از حقوقدانان در این دوره اصل محدود بودن عقدها را خالی از دلیل میدانستند.

معاوضه و عقد

۴۷۲- بعضی از حقوقدانان صاحب نظر این دوره که ایجاب و قبول لفظی را

شرط تحقق ماهیت «عقد» میدانند و قراردادهای مالی را که فاقد ایجاب و قبول لفظی است مطلقاً «معاوضه» مینامند عقیده دارند که معاوضات باین معنی دو قسم است: معاوضات معین و معاوضات غیر معین؛ نمونه بارز معاوضه معین بیع معاطات است و نمونه ای از معاوضات غیر معین، معاملاتی است که بصرف ایصال ثمن و اخذ ثمن صورت میگیرد بدون اینکه طرفین معامله باهم روبرو شوند مثل اینکه مشتری وارد دکانی میشود که فروشنده ای در آن نیست و قیمت یک قوطی سیگار همارا در دخل صاحب مغازه گذاشته و آن قوطی سیگار را برداشته و میبرد در اینجا ایجاب و قبول حتی بصورت دادوستد هم واقع نشده است.

نتیجه- باین ترتیب «اصل نامحدود بودن معاوضات» در کنار «اصل محدود

بودن عقود» در حقوق این دوره پذیرفته شده است (۱)

۴۷۳- فرمالیسم در عقود - در حقوق دوره دوم بر اثر تأثیر آراء و عقاید علماء

حقوق و اکثریت قریب باتفاق آنان این نظر پیدا شد که علاوه بر رضایت طرفین برای تحقق عقد باید الفاظ مخصوصی (که اصطلاحاً «صیغه» نامیده شد) از طرف متعاقدین

(۱) البیع یتحقق بانشاءه بالفعل او القول. ومجرد وصول كل عوض الى مالك الاخر

لیس یبعا... فالالتزام بكونه اباحة بالعوض (وان الدلیل علیه هو السیرة فی خصوص المحقرات)

لا بأس به لعدم دلیل علی انحصار باب المعاوضات بالعناوین الخاصة.

منية الطالب- جلد اول- صفحه ۶۹

میان شود تا جائی که گفته شد: معاطات عقد نیست بجهت اینکه فاقد صیغه است، و برخی از این فراتر رفته و صیغه را جزو اجزاء تشکیل دهنده ماهیت عقد میدانستند. بهمین جهت اساساً عقود صوری بود. ولی نظر تحقیقی این است که قوانین موضوعه این دوره تمایلی به صوری بودن عقود نشان نداده است. قانون مدنی دوره سوم نیز این نظر را انتخاب کرده است (مواد ۱۹۱-۱۹۳).

۴۷۴- جهت معامله - ماده ۲۱۷ قانون مدنی دوره سوم میگوید:

«در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است» تأثیر عدم مشروعیت جهت (۱) معامله در بطلان آن از اختراعات مقنن قانون مزبور است چه در قوانین دوره دوم سند قاطع که نامشروع بودن جهت معامله را موجب بطلان آن قراردادها باشد دیده نشده است. ولی پاره‌ای از اسناد مربوط باین دوره نشان میدهد که بطور استثنائی در بعضی موارد، نامشروع بودن جهت معامله به پیوست پاره‌ای امور دیگر موجب فساد معامله شناخته شده است چنانکه غازان (قرن هفتم هجری) دستور داد که کنیزان را به کسانی که برای اعمال نامشروع آنرا میخرند نفروشند (۲) بشرط اینکه خود کنیز نیز راضی بآن اعمال نباشد، بنابراین تنها نامشروع بودن جهت معامله کافی نبود بلکه عدم رضایت کنیز بضمیمه نامشروع بودن جهت معامله، مؤثر در فساد معامله بود.

ایقاعات (۳)

۴۷۵- ايقاع يك عمل قضائى يك طرفى است يعنى عملى است قانونى (۴) که به

Le motif (۱)

(۲) مؤلف تاریخ غازان در این مورد مینویسد: «... بدان سبب یرایغ اصدار افتاد که هر کنیز که او را میل بخرافات نباشد او را بآن جماعت نفروشند...»

Acte unilatéral (۳)

(۴) عنوان «عمل قانونی» موجب میشود که تعریف بالا شامل جرائم نشود چه جرم عمل غیر قانونی است که بنخواست یکطرفی مجرم منشأ آنار حقوقی میشود.

رضایت یکطرف منشأ اثر گردد مانند طلاق و اعراض و ابراء و غیره.
مصادیق ایقاع در قوانین موضوعه دوره دوم و سوم وجود دارد ولی تعریفی از
ایقاع در نصوص قانون این ادواردیده نشده است. مؤلفان حقوق این دوره در تعریف
ایقاع چنین گفته اند:

ایقاع يك عمل قضائی يكطرفی است که قابل فسخ و رد نباشد.
۴۷۶ - نکته - در دوره دوم سازمان ایقاع را مختص حقوق خصوصی دانسته اند
ولی بنظر ما اختصاص آن به حقوق خصوصی مورد ندارد (به فرهنگ حقوقی - اصطلاح
ایقاع مراجعه شود) و در تعریف بالا که از ایقاع بعمل آمده رعایت این فکر شده است.

مالکیت منقول - مالکیت غیر منقول

۴۷۷ تقسیم مال بمنقول (۱) و غیر منقول (۲) هر چند که بطور صریح در قوانین و
تالیفات حقوقی این دوره دیده نشده ولی بطور ضمنی این معنی در تالیفات آندوره
وجود دارد از آن جمله است موردی که از تسلیم مبیع به مشتری و کیفیت اقباض بحث
میکند باین معنی که اقباض بیع منقول و بیع غیر منقول در عمل فرق دارد. ولی آنچه
که مسلم است این است که قانون و عملگر داین دوره اثر حقوقی برای تقسیم اموال بمنقول
و غیر منقول قائل نیست؛ بنابراین مواد یازده تا بیست و دو از قانون مدنی دوره سوم
سابقه ای در حقوق این دوره ندارد.

قسمت دوم

اعتبار سند - اسناد مالکیت و مرور زمان - قاعده ید

الف - اعتبار سند

Meuble (۱)
Immeuble (۲)

ب - اسناد مالکیت و مرور زمان

ج - قاعده ید

اعتبار سند

۴۷۸ - در قوانین موضوعه ایندوره اعتبار سند بعنوان يك قرینه پذیرفته شده است ولی مستقلاً دلیل اثبات محسوب نمیشود. درقر آن مجید دستور داده شد (۱) که در معاملات که موجب حصول دین میشود مدیون نوشته‌ای به طلبکار بدهد که در آن نوشته، اقرار بدین و مدت دین بنماید، و برای ارزش اثباتی آن نوشته (بمنظور این که مجال ادعای جعل به مدیون داده نشود) اقرار مزبور نزد و شاهد صورت گیرد. نوشته مزبور (بعنوان سند مدیونیت) تسلیم دائن میشود و وثیقه دین او محسوب میگردد بطوری که جانشین رهن محسوب بود.

چنانکه ملاحظه میشود برای اعتبار سند « شهادت شهود » که خود دلیل اثبات جداگانه‌ای است بآن ضمیمه شده است نظر بتوجیه فوق است که در ایندوره اگر شاهد ذیل سندی را که حاکی از وقوع يك عمل قضائی بوده بخط خود تصدیق و به مهر خود ممهور و مینمود و پس از مدتی برای اداء شهادت در محکمه احضار میشود و بفرض شناختن خط و مهر خود از مفاد سند بعلمت فراموشی بی اطلاع میگردد. قانوناً مجاز نبود که شهادت بر صحت مندرجات سند بدهد، زیرا شاهد قانوناً باید مطلع به

(۱) ... اذا تداینتم بدین ... فا کتبوه... ولیملل الذی علیہ الحق ... واستشهدوا شهیدین من رجالکم ... ولانسأموا ان تکتبوه ... ذلکم... ادنی الا ترتابوا... و ان کنتم علی سفر ولم تجدوا اکتابا فرهان مقبوضه... (آیه ۲۸۲ سوره بقره) یعنی اگر دینی بعهده گزشتید آنرا بنویسید، مدیون باید آنرا بنویسد... و دو شاهد مسلمان بر اقرار مدیون که در سند نموده بگیرید. در نوشتن دین مسامحه نوزید چه اینکار برای رفع شبهات بعدی بهتر است. اگر در مسافرت (یا جایی که نویسنده وجود ندارد) معامله‌ای صورت دادند بمنظور اخذ وثیقه بچای سند، مدیون رهن به دائن بدهد.

مورد شهادت بوده باشد و سند قانوناً برای او علم و اطلاع ایجاد نمی‌کرد (۱)

۴۷۹ - نکته - نظر بمراتب فوق است که این Adage بین مؤلفان حقوق ایندوره مشهور شده است: لا اعتبار بالقرطاس یعنی نوشته در روابط حقوقی مذکور محسوب نمی‌شود. ولی مراتب فوق مورد اتفاق حقوقدانان ایندوره نبوده و اهل سنت از ابتداء ظهور اسلام برای سند اعتبار قائل می‌شدند. تاریخ حقوق ایندوره نشان می‌دهد که از عصر ملک‌شاه سلجوقی اسناد مالکیت که وسیله اثبات دعاوی در محاکم رسمی بود وجود داشته است، و از گرفتاریهای بزرگ سلاطین وقت مرافعاتی بود که از اسناد مالکیت متعارض یا مجعول برخاسته می‌شد و نشان می‌داد که مقررات سودمندی برای اعتبار کامل سند وجود نداشته است.

مقررات کنونی راجع باسناد هیچوقت در دوره مزبور وجود نداشته است، و از

(۱) این مراتب عیناً در حدیث ذیل دیده می‌شود:

خبر حسین بن سعید قال : کتب الیه جعفر بن عیسی ... جائنی جیران لنا بکتاب زعموا انهم اشهدونی علی مافیه، و فی الكتاب اسمی بخطی فدعته، و لست اذکر الشهادة و قد دعونی الیها، فاشهد لهم علی معرفتی ان اسمی فی الكتاب و لست اذکر الشهادة اولاً و لست اذکر الشهادة علی حتی اذکرها کان اسمی فی الكتاب اولم یکن، ؟ فکتب (ع) لا تشهد.

و همچنین است حدیث ذیل :

روایة زریق کنت عندا یعبدا لله (ع) يوماً اذ دخل علیه رجلان فقال احدهما: انه کان علی دین من رجل من بنی عمار وله بذلك ذکر حق و شهو، فاخذ المال ولم استرجع عنه الذکر بالحق و لا کتبت علیه کتاباً و لا اخذت منه برائة بذلك و ذلك لانی و نقت به و قلت له: مزق ذکر الحق الذی عندک، فمات و تهاون بذلك ولم یزقه؛ و عقیب هذا طاب البنی بالمال و رانه و حاکمونی و اخرجوا بذلك ذکر الحق و اقاموا العدول فشهدوا عند الحاکم فاخذت بالمال و کان المال کثیراً فتواریت عن الحاکم فباع علی قاضی الکوفه معیشة لی و قبض القوم المال و هذا رجل من اخواننا ابتلی بشراء معیشتی من القاضی ثم ان ورثة المیت اقرؤا ان اباهم قد قبض المال و قد سأوه ان یرد علی معیشتی و یعطوا به الثمن فی النجـم معلومة

مکاسب (صفحة ۱۲۶)

این جهت حقوق دوره سوم به ثبات و قرار قسمت بزرگی از روابط حقوقی مردم کمک کرده است .

اسناد مالکیت و مرور زمان

۴۸۰ - از ابتداء این دوره مدرکی که وضع اسناد مالکیت را در زندگی قضائی مردم روشن کند بدست نیامد باینکه در مقابل اهمیتی که برای حشم (۱) و خدم قائل بودند بمالکیت ارضی هم توجه داشتند. تدریجاً از اختلاط اقوام مهاجر و مهاجم تهیدست با ایرانیان متمدن ثروتمند میل بداشتن اراضی در آن اقوام پیدا شد، چنانکه مؤلف کتاب تاریخ غازان چنین مینویسد :

«چون مغول را برخلاف ازمان متقدم هوس املاک بادید آمده سعی در آن زیادت می نمودند ...»

در حدود عصر سلطان ملکشاه سلجوقی با اهمیت سند مالکیت از نظر اثبات مالکیت و جعل این نوع اسناد روبرو میشویم ، چنانکه مؤلف تاریخ مزبور مینویسد:

«در عهد سلطان سعید ملکشاه ... قبالات کهن ... در دست مردم بود و آنرا پیش قضات میبردند و حیلت ها ... می انگیزتند و آنرا بشبوت میرسانیدند ... چون ملکشاه و نظام الملك بر آنحال واقف شدند بر صورتی که مناسب شرع بوده مثال نوشتند و فرمودند که بعلت قبالات کهنه که مدت سی سال بدان دعوی نکرده باشند دعوی نکنند و نشنوند. و آن مثال هنوز موجود است و نسخ آن در اطراف منتشر ...»

۴۸۱ - از این مطلب استفاده میشود که اعتبار سند مالکیت برای غیر متصرف از حین صدور تاسی سال بوده است ، و پس از انقضاء سی سال از تاریخ صدور سند، ارزش اثباتی سند از بین میرفت . این قانون از عهد ملکشاه ناصر غازان مغول در ایران باقی بوده

(۱) عنوان محترم یادگار دورانی است که احشام و اغنام با اهمیت بود .

است، چنانکه بنقل مؤلف کتاب تاریخ غازانی در یکی از فرامین غازان چنین نوشته شده است :

« هر دعوی که از سی سال ... با وجود تمکن مدعی و ارتفاع موانع، متعرض آن نشده باشند اگر بعد از انقضاء آن مدت، دعوی کنند اصلاً نشوند چه فساد چنان دعوی ظاهر است و شنیدن آن مستهجن . و سلاطین سلجوقی پیش از این با آن معنی افتاده اند و بعد از اجتهاد ائمه وقت ، منع سماع آن کرده ... و بر لیغ پدران ما نیز در این باب صادر شده ...

۴۸۲ - از این مطلب معلومی شود که شرط سقوط ارزش اثباتی سند دو چیز بوده است .

الف - گذشتن سی سال از تاریخ صدور سند مالکیت

ب - عدم طرح دعوی مالکیت از طرف صاحب سند در صورتیکه مانعی برای طرح دعوی نداشته است ، بنابراین طرح دعوی در اثناء مدت سی سال قاطع مرور زمان بوده است .

۴۸۳ - از باره ای مندرجات فرمان غازان چنین استفاده می شود که علاوه بر شروط بالا شرط سومی نیز باید رعایت شود و آن این است که مدعی مالکیت که باستناد مالکیت اقامه دعوی می کند علیه کسی دعوی را طرح نماید که باستناد تصرف خود را مالک می داند؛ چنانکه در فرمان او چنین نوشته شده است:

« چه بسیار است که شخصی ملکی داشته است ... و بر ملکیت و استحقاق او نایق و حجج شرعی نوشته، بحکم قضات و حکام شرع مؤکد و مسجل گشته ، بعد از مدتی مدید آن ملک بناقلی شرعی از وی بگیری منتقل شده و آن گیری بدیگری و هلم جراً ، و آن حجت ها در خانه مالک اول مانده بدست چند وارث گشته، بعد از مدتی متداول یکی از وارثان فرصتجوی آن حجت های بیرون می آورد و بدان احتجاج می کند که در فلان تاریخ ملک جد من بوده و امروز بحکم ارث بمن می رسید ... سلاطین ماضی و خلفاء متقدم .. احتراز از امثال این احتمالات، حکم کرده اند که دعاوی پس از مدت سی سال در املاک و اسباب مقبول ندارند ... و بعد از ایشان بر لیغ ایلخان بزرگ ارغون خان بامضاء آن احکام پیوسته . چون در این باب رجوع باقاویل ائمه و اجتهادات علماء کرده شد معلوم شد که جمعی ... کثیر از ائمه و

«علماء متاخر اتفاق ... کرده اند بر آنچه اگر دو شخص در يك موضع باشند و یکی «متصرف ضیاعی مبین باشد و در آن موضع حاکی .. نافذ الحکم حاضر، و مانعی... از دعوی «استحقاق ظاهر اموال موجوده، و مدت سی سال کامل بگذرد که یکی از ایشان بر دیگری که «صاحب بدو متصرف باشد دعوی نکند، بعد از آن متمکن آن دعوی نباشد و قاضی آن دعوی را مسموع و مقبول (مطلب شماره ۲۰۰)

۴۸۴ - در این زمینه بر اثر ضعف سازمانهای اداری و عدم نظارت دقیق عدهای دست بسند سازی می زدند مثلاً برای ملکیتی که در حوزه ری واقع شده بود سندی تهیه می شد و بمهر و امضاء یکی از دادرسان که مقرر دادرسی او از ری نسبتاً دور بود می رسید، سپس صاحب سند در حکم داری ادعای مالکیت می نمود. غازیان در یکی از فرامین خود قضات نقاط دور دست (از محل وقوع ملک) را از تصدیق سند مالکیت بر حذر داشته و در این باب چنین نوشت:

« باید... تأنی را.. کار فرمودن در باب حکم نامه ها که مهر کنند چه .. اکثر قضایا که در موضع و خطه خویش نفاذ نمی یابد اصحاب آن پیش قضات دیگر ولایات آنرا بثبوت می رسانند، و بسبب آنکه در آن خطه غریب بر اسباب و احوال این قضیه اطلاع نمی افتد و صحت و سقم آن بر قضات پوشیده می ماند بی تحقیق حجت را مختوم بدیگر قضات فرستند تا می گشایند بثبوت آن حکم می کنند و باطل بصورت حق رواج می یابد.. و طریق خلاص از این وظیفه آن است که قضات تا بر... ضرورت رفع آن بموضعی غریب مطلع نگردند... ثبوت آن «نو بسند و بختم نرسانند.

۴۸۵ - نکته مندرجات فوق تصوری دقیق از اضطرارهای موجود در قسمتی از روابط قضائی مردم سرزمین مارادر قرون گذشته نشان می دهد. این وضع مسلماً در عهد تیموریان و صفویه تا اوائل دوره سوم نیز کم و بیش برقرار بوده است بنابراین مقایسه این اوضاع با قوانین ثبت و دفاتر اسناد رسمی که وجود آنها از مزایای حقوق دوره سوم محسوب است تغییر محسوسی را از نظر قانونگذاری نشان می دهد.

قاعده ید

۴۸۶ - در این دوره بموجب این قاعده کسی که بعنوان مالکیت، متصرف مالی

(اعم از منقول و غیر منقول) بود مالک آن مال محسوب میشود. مدلول این قاعده که يك دليل اثباتی است عیناً در ماده ۳۵ قانون مدنی فعلی ما منعکس شده است (۱) ولی باید دانست:

اولاً - استنباطات غیر قضائی (مطلب شماره ۳۶-۴۲۶ بعد) در دوره وسطی موجب شد که قاعده ید محدود بموردی شود که شرایط ذیل در آن وجود داشته باشد:

الف - ید متصرف «حالت سابقه» معلوم نداشته باشد؛ چه اگر حالت سابقه معلوم داشته باشد استصحاب جاری می شود و نوبه بقاعده ید نمی رسد؛ مثال: شخصی که سابقاً مالی را بامانت داشته باشد فعلاً باستناد «ید» مدعی مالکیت است در چنین موردی از قاعده ید (و ماده ۳۵ مزبور) بنفع او استفاده نمی شود.

ب - علاوه بر رعایت شرط بالا نباید مال مورد ادعای مالکیت از اموال غیر قابل انتقال (مانند وقف یا مشترکات عمومی) باشد چه در مورد این اموال هم باستناد قاعده ید نمیتوان بنفع مدعی حکم نمود بلکه بموجب استصحاب؛ حالت سابقه (مثل وقفیت) ابقاء و تثبیت می شود (۲)

۴۸۷ - نایباً - بنا بر مندرجات مطلب شماره ۴۸۰ بعد در تحولات حقوقی دوره وسطی تحت شرائطی که بیان شد (مطلب شماره ۴۸۲-۴۸۳) ید در اموال غیر منقول (ولا اقل در اراضی) مطلقاً دلیل مالکیت محسوب نمی شد بلکه سند مالکیت از نظر قانون این خاصیت را داشت که میتواندست علیه ذوالید و متصرف، دلیل مالکیت محسوب شود. باین ترتیب می بینیم ارزش اثباتی مطلق (در منقول و غیر منقول) ید؛ طی تحولات حقوقی دوره دوم تدریجاً محدود می شود یعنی گذشت زمان و نیازهای اجتماعی از اطلاق قاعده ید می کاهد.

(۱) تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

(۲) در تفسیر ماده ۳۵ قانون مدنی کنونی باید رعایت مراتب بالا را نموده زیرا وسعت بیش از اندازه آن ماده ممکن است ایجاد اشتباه نماید.

۴۸۸ - نکته - باین ترتیب میبیینیم فکری که در ماده ۲۲۷۹ قانون مدنی فرانسه دیده می شود (۱) در تاریخ زندگی قضائی ملت ما سابقه ممتدی دارد و آنچه که در دوره سوم در ماده ۲۲ قانون ثبت گفته شده:

« همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک ثبت رسید دولت فقط کسی را که « ملك باسم او ثبت شده و یا کسی را که ملك مزبور باو منتقل گ-ردیده .. مالك خواهد شناخت .

که بالنتیجه ارزشی اثباتی ماده ۳۵ قانون مدنی را محدود نموده نسبت بدوره دوم چندان تازگی ندارد زیرا در هر دو دوره نظر بر این بوده که لااقل در مورد اموال غیر منقول تحت شرایط خاصی سند مالکیت را حاکم بر قاعده قرار دهند.

قسمت سوم

اراضی

الف - اصول تقسیم اراضی

ب - زمین خراج

ج - اقطاعات یا تیول

اصول تقسیم اراضی

۴۸۹ - از نظر قوانین این دوره اراضی چهار نوع بود:

الف - اراضی که ملك شخصی اشخاص محسوب می شد.

۱ - ... En fait de meubles la possession vaut titre

ب - اراضی خراج که ملك همه مسلمین (اعم از موجودین و معدومین) بود.

ج - اراضی وقف و مشترکات عمومی نظیر معابر

د - اراضی انفال بشرح مذکور در مطلب ۷۶

زمین خراج

۴۹۰ - زمین خراج (مطلب ۱۲۷) ملك مشترك مسلمین محسوب میشود. مقررات

مربوط بزمین های خراج در حقیقت معدل مالکیت خصوصی اراضی بوده و قانون قابل دقت ایندوره است. قسمت مهمی از اراضی عراق کنونی (که «سواد» نامیده میشود) جز در اراضی خراج است که در بعضی از آثار سلف سی و شش میلیون جریب معین شده است. بر اثر فقدان فکر اجتماعی مردم چیزی نگذشت اراضی خراج بصورت اموال خصوصی اشخاص درآمد بطوری که اسناد مسلمی که اراضی خراج و حدود و مساحت آنها را معین نماید در دست نیست.

اقتاعات

۴۹۱ - در بدأ دوره وسطی دادن قطائع یا تیول باشخاص بندرت صورت میگرفت

معروف است که پیغمبر (ص) به بلال قسمتی از اطراف مدینه را ب تیول داد. ولی تیول گیرنده (یا مقطع) مالک زمین محسوب نمیشد.

مدرکی که اهمیت تیول را در عصر خلفاء عباسی اثبات کند بدست نیامد ولی پس از

انقراض این سلسله در عهد مغولان تیول اهمیت زیادی یافت بطوری که شاعر عصر مغول در مدح امیری می گوید:

در طالع تو نگاه کردم دیدم
اقتاع تو صد هزار جان خواهد بود!

ترتیب دادن تیول تا اواخر عصر قاجار بر اهمیت خود باقی بود.

۴۹۲ - در بدأ دوره وسطی اراضی انفال ب تیول داده می شد ولی در عهد مغولان و

تیموریان و ازمنه بعد يك ناحیه از ممالک (که جز و خالصه و اینجونی بود) بتیول داده میشود و تیول گیرنده موظف بود مالیات آنجا را طبق دستور حکومت مرکزی وصول نموده و بجزانه برساند یا طبق دستور دولت (معمولاً حواله هائی بعهده تیول گیرنده صادر می شد) مصرف نماید، و این بکلی مغایر با اقطاعاتی است که در بدو دوره وسطی وجود داشته است. چیزی که در خاطر هابیبادگار مانده است تعدیبات بیحد و حصر تیول داران بوده است. بعد از عصر عباسیان این معنی را در تألیفات این دوره مانند تاریخ غازانی و تزوک تیموری و غیره میتوان دید.

۴۹۳- در عصر مغول و شاید در ازمنه بعد از آن دولت مرکزی بوسیله صاحبان اقطاعات از اقطاعات مالیات میگرفت، و چنین نبود که تیولها از هر جهت تحت اراده صاحبان آنها باشد چنانکه مؤلف تاریخ غازان می نویسد:

» در هر ولایت که بخوانین و شهزادگان و بامراء داده می شد و باقطاع لشکر
» سپرده اند... بموجب قانون لوح هر موضعی بنهند تا متصرفان مذکور بدل خود (یعنی
» بمیل خود) متوجهات دیوانی (یعنی مالیاتها) زیادت از آن نتوانند ستد و اهل آن
» موضع نیز در زحمت نباشند.

۴۹۴- نکته- هر چند بعلت قوانین ارث اراضی وسیع از مالک واحد بمالکین متعدد منتقل میشد ولی در عوض بعلت خودمختاری، لاطین دوره وسطی و متفدین ولایات که بصورت مصادره اموال مردم ظاهر میشد مالکیت ارضی در دوره دوم غالباً متزلزل بوده است، مندرجات تاریخهای دوره وسطی گواه این معنی است. قوانین ثبت اسناد در دوره سوم ثبات و قرار بیشتری بمالکیت ارضی (و مالکیت اموال غیر منقول) میدهد و این مزیتی است که اختصاص باین دوره دارد.

قسمت چهارم

قاعده تسليط - سوء استفاده از حق - تقلب نسبت بقانون - حيله قانوني

الف - قاعده تسليط

ب - سوء استفاده از حق

ج - حل تعارض اصل تسليط ولاضرر

د - تقلب نسبت بقانون

ه - حيله قانوني

قاعده تسليط

۴۹۵- اين قاعده كه بعلت استفاده از نص «الناس مسلطون على اموالهم» بنام

قاعده تسليط ناميده شده است از قواعد معروف حقوق تحقيقي دوره وسطى است كه در قانون مدنى كنونى (ماده ۳۰) نيز منعكس شده است. حدود اين قاعده و تفسير آن از جهات گوناگون مورد اختلاف بين حقوقدانان بوده است كه ما دو جهت آنرا ذيلا ذكر ميكنيم :

۴۹۶- الف - شمول ذاتي قاعده تسليط - در اين مورد خود قاعده تسليط

بدون مقايسه و سنجش بايك قاعده حقوقى ديگر مورد بررسى قرار ميگيرد در اين مورد دو نظر وجود دارد :

اول- اينكه قاعده تسليط شامل دو دودسته «تسلط مالكانه» ميشود:

الف- نوعهاى تسلط مالكانه مانند رهن، بيع، صلح، مضاربه وغيره. هريك از اين

امور يك نوع تسلط مالكانه است بنا بر این اگر یكنوع تسلط مالكانه جدید (مانند بیمه) در زندگی قضائی جامعه پیدا شود لازم نیست حتماً نص خاص قانون آنرا تجویز کند بلکه باستناد نص عام «الناس مسلطون علی اموالهم» میتوان چنان تسلطی را (در صورتیکه مانع قانونی دیگری نداشته باشد) درست دانست.

ب- مصداق های نوع واحدی از تسلط مالكانه- مثلاً شخص میتواند تسلط مالكانه خود را بصورت بیع (که نوعی از تسلط های مالكانه است) اجراء نماید این نوع تسلط مالكانه مصداق های گوناگون دارد مانند: بیع معاطات و بیع غیر معاطات، حال اگر نص قانون نسبت بصحت بیع معاطات ساکت باشد میتوان چنین بیعی را باستناد قاعده تسلط درست و قانونی دانست.

۴۹۷- دوم- نظر دسته دیگر از حقوقدانان این دوره آن بود (۱) که قاعده تسلط فقط در مورد سکوت قانون نسبت به فقره (الف) میتواند مستند واقع شود نه در مورد فقره (ب). باین ترتیب می بینیم که مقدار شمول ذاتی قاعده تسلط مورد اختلاف است (۲). بنظر ما رأی اول مقرون بحقیقت است زیرا دو نظر فوق در حقیقت دو تفسیر است از یک قانون نهایت اینکه اولی تفسیر موسع است و دومی تفسیر مضیق، بدیهی است در قوانین مدنی اصل تفسیر موسع است مگر اینکه مانعی برای تفسیر موسع وجود داشته باشد و در این مورد چنین مانعی دیده نمیشود. مضافاً بر اینکه اصل حریت اراده مقتضی

(۱) یکی از حقوقدانان بزرگ ما میگوید:

قد يستدل علی حصول الملكية بالمعاطات بعموم «الناس مسلطون علی اموالهم» بتقريب ان من انحاء السلطنة تبدیل مال به مال غیره بالفعل، ولكنه لا يخفى ان عموم انحاء السلطنة انما هو باعتبار افراد السلطنة التي تثبت للمالك كالبیعه و القرض و الاجاره، فلو شك ان نوعاً آخر من انحاء السلطنة كالمصلح من افراد هذه العموم فيتمسك بعموم هذه الرواية لصحته و نفوذه. و اما الوعلم بتسلط المالك علی بیع ماله ولكنه شك ان الموجوده هو الفعل ایضاً و ينحصر بالقول فليس العموم ناظر ألیه ...

(۲) عین این اختلاف در تفسیر ماده ۳۰ قانون مدنی هم ممکن است مطرح شود.

جواز هر نوع تصرف مالک در مال خود می باشد، منع تصرف در مال خود به محتاج بدلیل قطعی است نه جواز تصرف.

۴۹۸- تبصره مدلول قاعده تسلط در دوره سوم از تاریخ حقوق ما بصورت ماده ۳۰

قانون مدنی مورد قبول قرار گرفت. شرح بالا سابقه تاریخی این ماده را که از اصول کلی حقوق فعلی ما است بیان می نماید.

نکته - مدلول ماده ده قانون مدنی نسبت به «قرارداد های خصوصی راجع به مالها» کاملاً در مدلول ماده ۳۰ قانون مدنی نیز منعکس است یعنی میتوان در قراردادهای خصوصی راجع بامور مالی بمدلول ماده ۳۰ نیز استناد نمود.

۴۹۹-ب- شمول نسبی قاعده تسلیط - در این مورد شمول «قاعده تسلیط» نسبت

بشمول قاعده دیگری بنام «قاعده لاضرر» مورد بررسی قرار میگیرد که تحت عنوان «سوء استفاده از حق» (۱) از آن بحث می کنیم :

سوء استفاده از حق

۵۰۰ - این عنوان بدون تعیین دقیق حدود آن از حقوق اروپا وارد حقوق

دوره سوم شده است ، تعریف هایی که در حقوقهای خارجی از این عنوان شده غالباً وسعت فوق العاده ای داشته و قاطعیت مطلوب را ندارد چنانکه در دو تعریف ذیل دیده می شود :

اول - هرگاه کسی به استناد داشتن حق شخصی و قانونی خود، در حین اعدال

آن حق، اصلی از اصول مربوط به نظم قضائی (۲) جامعه را زیر پا گذارد و موجب خسارت دیگری شود از حق خود سوء استفاده نموده است!

۱- Abus des droits

۲- Ordre Juridique

اولا - نظم قضائی يك مطلب مبهم وغير قابل تسخير است.

ثانيا - اصول مربوط بنظم قضائی معلوم نیست و ممکن است هر دادرسی اصلی از اصول حقوقی را مربوط بنظم قضائی تلقی کند.

۵۰۱ - دوم - هر گاه مقنن حقی را در قانون بطور ناقص تعریف کرده باشد و صاحب حق در چنین موردی حق خود را بشکل ضد اجتماعی بکاربرد از حق خود سوء استفاده نموده است (۱)

در این تعریف هم عبارت « استعمال ضد اجتماعی حق » مطلب مبهمی است.

۵۰۲ - بنظر می رسد که سوء استفاده از حق از سه عنصر تشکیل می شود:

الف - اجراء حق شخصی . وجود این عنصر است که « سوء استفاده از حق » را از « تقلب نسبت به ثالث » جدا می کند زیرا اجراء حق شخصی شرط حتمی تقلب به ثالث نیست مثل اینکه شريك الملك که ملك خود را فروخته است اقرار می کند که سهم خود را به مشتری بخشیده است و باین طریق حق شفعه دیگری ساقط می شود . در این مورد تقلب نسبت به ثالث شده ولی اجراء حق شخصی نشده است در هر صورت **Fraude** و **Abus** ذاتا دو چیزند یعنی تباین دارند (بصورت تباین جزئی) معذالك در بعضی موارد عنوان سوء استفاده از حق و عنوان تقلب نسبت به ثالث جمع می شوند مانند مورد ماده ۲۱۸ قانون مدنی .

ب - اضرار بغير بوسیله اجراء حق مزبور

ج - قصد اضرار بغير

دو عامل نخست، عنصر مادی « سوء استفاده از حق » است و عامل سوم عنصر معنوی آن میباشد.

۱- Tout usage anti-sociale d'un droit imparfaitement défini par le législateur

۵۰۳ - مستفاد از قوانین مسئولیت مدنی دوره دوم این است که مالک مال در صورت ذیل بعلمت سوء استفاده از حق، از تصرف در مال خود ممنوع است و در صورت تخلف علاوه بر مسئولیت مالی مسئولیت جزائی هم خواهد داشت:

الف - تصرف مالک در مال خود بطوری که از این تصرف بهره‌ای نبرد ولی بمنظور اضرار بغیر آن تصرف را عملی نماید.

ب - تصرف مالک در مال خود بطوری که از این تصرف بهره ببرد ولی بمنظور اضرار بغیر عمدا راهی را برای تصرف در ملک خود اختیار کند که موجب اضرار بغیر گردد با اینکه میتواند راهی دیگر را اختیار نماید که هم بمنظور خود برسد و هم موجب اضرار بغیر نشود (مقصود از اضرار در هر دو صورت بالا اعم است از زیان مالی و ایداء و آزار غیر)

نتیجه - در موارد فوق، بعلمت تحقق سوء استفاده از حق و ممنوع بودن آن، قاعده تسلیط معمول به نیست (۱)

۵۰۴ - ج - بعضی از تصرفات مالک در مال خود بدون استفاده و بدون سوء استفاده است این نوع تصرفات هر چند از اسباب مسئولیت جزائی (در دوره دوم) محسوب نشده است ولی موجب مسئولیت مالی مالک بوده و مالک نمیتواند از قاعده تسلیط استفاده نماید زیرا شان مقنن خردمند این نیست که تصرفات بدون حاجت و اسراف آمیز و نابخردانه را بزیان سایرین تجویز کند (۲) مثلاً مالک نمیتواند تصرف زائد بر حاجت در مال خود نماید که مستلزم اضرار بغیر است هر چند که قصد اضرار بغیر را هم نداشته باشد.

۱- با توجه بعبارت «رفع حاجت» در ماده ۱۳۲ قانون مدنی (در دوره سوم) می-توان گفت از نظر مقنن مدنی هر دو قسم سوء استفاده از حق منع شده است و ماده ۳۰ شامل آنها نمی‌شود.

۲- مستفاد از ماده ۱۳۲ قانون مدنی (در دوره سوم) نیز همین معنی است.

نکته - مدرك منع سوء استفاده از حق در ايندوره حديث معروف «لا ضرر ولا ضرار» است كه در آن ، وضع طرفين دعوتى كه يكطرف آن از حق ارتفاق خود سوء استفاده مى نمود بخوبى بيان گرديده است .

حل تعارض اصل تسليط و لا ضرر

۵۰۵ - مستفاد از قاعده لا ضرر، ممنوعيت سوء استفاده از حق است (۱) بنا بر اين هر جا كه بحث سوء استفاده از حق مطرح نباشد قاعده تسليط مجرى است (جز مورد مطلب ۵۰۴) ولو اينكه اعمال حق مالك مستلزم اضرار غير بوده باشد بنا بر اين هر گاه انتفاع مالك از مال خود (و نيز رفع ضرر مالك) بناچار مستلزم اضرار بمال غير يا ايداء آنان باشد مسئوليتى متوجه مالك نخواهد بود. ماده ۱۳۲ قانون مدنى در دوره سوم هم همين راه حل را قبول نموده است نهايت اينكه همين مقدار از آزادى عمل مالك در ملك خود گاهى موجب زحمات غير متعارف سايرين ميشود و اين نوع مشكلات در زندگى اجتماعى بالطبع پيش مى آيد و رفع آن با اصول و ضوابط حقوق خصوصى امكان پذير نيست (۲) بلكه فقط با مقررات ادارى بايد در هر مورد مناسب همان مورد راه حلى براى آن مقرر نمود چنانكه تاليفات ايندوره در امور حسبى مؤيد همين نظر است يعنى متصدى نسيان سياست و اداره مملكت (ولات) اين گونه مشكلات را با دستور ادارى حل

۱- در تاليفات اين دوره براى قاعده لا ضرر مفهومى بمراتب وسيع تر از اين در نظر گرفته شده است و بر اساس همين مدلول وسيع حل تعارض مزبور دشوار گرديده است بطوريكه كتب متعدد در تفسير قاعده لا ضرر و حل تعارض مزبور پرداخته شد.

۲- در برخى از تاليفات حقوقى اين دوره كه تحت تاثير فكر حقوق عمومى مخصوصاً (حقوق ادارى) روز قرار نگرفته است رعايت ابن طرز فكر نشده است بهمين جهت در اين نوع كتب اصرارى بكار مى رود كه تمام مشكلات مزبور در خلال قواعد و اصول كللى حقوق خصوصى حل شود. بديهى است كه اين مشكل با اين ترتيب حل نمى شود چنانكه نشد.

می کردند که از نظر قانونی این دستورات از اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت،
بارعایت سلسله مراتب ناشی می شد چنانکه در کتاب معالم القربه می بینیم که مالداران
که محمولاتی از قبیل بوته خار یا کود های حیوانی بد بو را حمل می کردند ملزم
بودند که از معابر وسیع بگذرند و در صورتیکه راه وسیع وجود نداشت در
ساعات معینی از شبانه روز از راه های کم وسعت عبور نمایند تا مزاحم سایرین
نشوند باینکه دستور مزبور مانع آزادی عبور و مرور آنان در معابر عمومی بوده
است ولی مصلحت عمومی مربوط بحفظ نظم اجتماع بمتصدیان امور مردم این حق را
می داد که با استفاده از صلاحیت اداری خود این ترتیب و نظائر آن را مقرر دارند.
این نوع مقررات، اختصاصی باموال عمومی و حقوق مربوط باموال عمومی نداشت بلکه
شامل اموال اختصاصی هم می شد.

تقلب نسبت بقانون (۱)

۵۰۶ - عناصری که تقلب نسبت بقانون را تشکیل می دهد عبارت است از:

الف - ارتکاب يك عمل قانونی که بهیچوجه جنبه صوری ندارد. این عنصر،
تقلب نسبت بقانون را از «حیله قانونی» (۲) جدا می کند زیرا در مورد حیله همین
عمل قانونی صورت میگیرد ولی کاملاً جنبه صوری دارد.

ب - قصد تقلب در ارتکاب عمل قانونی مزبور. این قصد است که مرتکب را
و ادار باحراء عمل قانونی مزبور نموده و غرض از اجراء آن کار رسیدن بیک هدف
غیر قانونی است. مثال: شخصی تابع کشوری است که طلاق در قانون آن منع شده
است وی برای انجام طلاق، تغییر تابعیت می دهد و تابعیت کشوری را قبول می کند

Fraude à la loi-۱

Simulation -۲

که طلاق در قانون آن مجاز است و پس از انجام طلاق بتابعیت کشور خود باز میگردد .

۵۰۷ - بیع شرط - از جمله موارد تقلب نسبت بقانون که در ایندوره سابقه ممتد تاریخی دارد مسأله بیع شرط است باین ترتیب که شخصی که میخواست پول قرض بگیرد و ربح بدهد چون ربا خواری در قوانین ایندوره جرم شناخته شده بود برای اینکه این جرم صورت نگیرد بیه بیع شرط متوسل می شد باین ترتیب که قرض گیرنده (مستقرض) پول را از قرض دهنده می گرفت و در مقابل آن مالی را بقرض دهنده می فروخت (و شرط خیار فسخ تا مدت معینی برای خود قرار می داد) بطوری که در رأس موعد مقرر مبلغی را که بقرض گرفته رد نمی کرد بیع، قطعی شده مال مزبور ملك منتقل الیه میشود، در ضمن برای اینکه ربح پول هم داده شده باشد صاحب پول (قرض دهنده) مال مستقرض را بخود او باجاره می داد و مال الاجاره ای که میگرفت در حقیقت جانشین ربح پول بوده و نظر اخذ ربح را تامین می نمود. چنانکه ملاحظه میشود بیع شرط مزبور يك عمل قانونی است که جنبه صوری ندارد ولی غرض از انجام این عمل قانونی تقلب نسبت بقانونی است که ربا خواری را جرم شمرده است، بطوری که اگر این قانون نبود بیع شرط صورت نمی گرفت بلکه فقط يك عقد قرض ساده واقع می شد که قرض دهنده پول بربح میداد. و در حقیقت این را نباید «کلاه قانونی» گفت بلکه بهتر است که «کلاه بر قانون!» نامیده شود زیرا افراد هستند که گاهی سر قانون کلاه میگذارند و الا هیچ مقنن عادل و مردم کلاه نمی گذارد.

حیله قانونی

۵۰۸ - عناصری که حیله قانونی را تشکیل می دهد دو چیز است:

الف - ارتکاب يك عمل قانونی که کاملاً جنبه صوری دارد.

ب - قصد تقلب در ارتکاب عمل قانونی مزبور

مثال: در همان مورد فرار از جرم رباخواری برای اینکه عوض و معوض از يك جنس نباشند یکی از طرفین معامله چیزی را که از جنس عوض یا معوض نبود ضمیمه عوض یا معوض مینمود مثلاً صد من گندم بضمیمه يك عدد سیگار را می داد و در است من گندم میگرفت و باین ترتیب بیع دو چیز متجانس (که موضوع ربا است) ظاهرأ صورت نمیگرفت (۱) بدیهی است ضم ضمیمه یکی از عوضین بشکل بالا يك عمل حقوقی صوری است.

۵۰۹ - نکته - در اصطلاحات حقوقی این دوره دو عنوان «حیله» و «فرار از حرام بحلال» دیده میشود (۲) هر يك از دو عنوان مزبور شامل مجموع دو اصطلاح مذکور فوق (شماره ۵۰۶-۵۰۸) میباشد.

شبهه عنوان «فرار از حرام بحلال» به عنوان «فرار از مقررات» در ماده ۱۹ «آئین نامه تعدیل مال الاجاره مستغلات» مصوب ۲۵ مهر ۱۳۲۴ دیده شده است. ماده ۱۹: کلیه طرق مستقیم یا غیر مستقیمی که طرفین بمنظور قرار از مقررات این آئین نامه اتخاذ نمایند پس از اثبات بلائیر و باطل خواهد بود.

سابقه تاریخی

۵۱۰ - در فقه عامه هم بحث فرار از حرام بحلال دیده می شود (۳) و عملاً در

۱- . الضمیمه علی الوجه المزبور من الجانبین او من جانب واحد من الحیل الشرعیة للتخلص من الربا جاریة علی مقتضى الضوابط لیس فیها اثر للتعبد اصلاً... میناها انه بذلك یتخرج عن صدق بیع المتجانسین متفاضلاً لان اجزاء الثمن مقابلة باجزاء المثلن علی الاشاء فلا تفاضل فی الجنس الواحد فی عقد البیع.

جواهر الکلام - بیع

۲- ... قلت له (ع) اشتری الف درهم و دینار بالفی درهم، فقال لا بأس بذلك. ان ابی (ع) کان اجری علی اهل المدینه معی و کان یقول هذا فیه قولون له: انما هذا الفرار لوجاء رجل بدینار لم یعط الف درهم، و لوجاء بالف درهم لم یعط الف دینار. و کان یقول (ع) لهم نعم الشیئی الفرار من الحرام الی الحلال.

جواهر الکلام - طلاق - صفحه ۳۳۴

۳- حتی صاروا (ع) مورداً لاعتراض العامة فی استعمال بعضها،

مکاسب - صفحه ۳۰۸

زمان سیطره آن، مردم متوجه گریز گاه قانون می شدند چنانکه فرمان غازان بشرح ذیل در این باب صادر شد :

«چون غازان خان دانست که ربا دادن و انواع معاملات نامشروع متضمن اختلال حال و جهت است خاصه در این روزگار که بیکبارگی پای از جاده انصاف بیرون نهاده اند در شعبان ۶۹۸ حکم یرلیغ روانه فرموده که در تمامت ممالک هیچ آفریده ربا ندهد و نستاند ... بعضی اکابر که مجال داشتند میگفتند که طریق معاملات بکلی مسدود گردد، پادشاه فرمود که جهت آن می فرمائیم تاراه معاملات نامحمود مسدود گردد... این زمان بواسطه آنکه هیچ آفریده زربسود نمی دهد تمامت خللها که واقع میشد مندفع گشت و انصاف میان مردم پیدا گشت. و بیشتر مردم بازراعت و بتجارت و پیشه های نافع مشغول شدند و بدین واسطه کادعالم از نو نوائی و آئینی یافت و ذوق اینحال اهل زمان دانند که آن مفسدتها را مشاهده کرده اند و کسانی که بعد از این در وجود آیند و آنرا ندیده، فائده این حکم را چگونه تصور توانند کرد. در این مدت که حکم بنفاذ پیوست بعضی مردم که ذوق ربا در دل ایشان مانده بود اجناسی چند، ببهای گران بقرض میدادند بحیث آنکه معاملات و بیع است و صورت ربا نیست و عاقبت الامر آن غریبان با دیوان میآمدند و تقریر می کردند که اجناس باین موجب داده اند و زر می طلبند پادشاه در غضب رفت و فرمود اگر ترک چنین حیل و تزویرات نگیرند فرمان فرمائیم تا هر آفریده که قرضی بستاند اصلارأس المال و ربح باز ندهد مردم را اگر زرهت چه لازم که بقرض دهند باید که املاک بخرند و عمارت و زراعت و تجارت کنند. مردم از آن هراسان گشتند و ربا کمتر شد و یقین حاصل که هر چه زودتر بکلی آن شیوه برافتد...»

۵۱۱ - در فقه خاصه يك رشته نصوص بعنوان تجویز حيله و فرار از حرام بحلال دیده شده که اغلب حقوقدانان این دوره بصحت آن معتقد و بر طبق آن عمل می - نموده اند چنانکه در جواهر الکلام گفته است: قد عرفت مشروعية الاحتيال في التخلص من الربا نصوص فتوی، اذ هو فرار من الباطل الى الحق.

۵۱۲ - الف - اکثر حقوقدانان این دوره بانظر موافق باین مسئله نگاه میکنند که در رأس آنسان صاحب کتاب جامع الشتات بزرگترین فقیه دو قرن اخیر قرار گرفته است و در این باب اشارات محققانه مختص بخود دارد و نیز رساله جداگانه ای

در «معامله محاباتی بشرط قرض» و «قرض بشرط بیع خیاری» نوشته است (۱) معامله محاباتی بشرط قرض را که یکی از طرق فرار ازحرام بحلال است (به پیروی از نظر مشهور) درست می داند مثل اینکه با بیع اتومبیلی را که ده هزار تومان میارزد به شصت و شش هزار تومان بفروشد و در این بیع تعهد کند که پنجاه هزار تومان بمشتری مزبور بمدت يك سال قرض بدهد؛ جهت این است که مانع صحت قرض ربوی، شرط نفعی است که در عقد قرض میشود و در عقد قرض مزبور که بعد از عقد بیع محاباتی واقع می گردد بشرط نفعی دیده نمی شود (۲) و ای اگر عقد قرضی بین دو نفر صورت گیرد و قرض دهنده طرف خود را متعهد بواقع ساختن يك معامله محاباتی بنفع خود (قرض دهنده) نماید این قرض ربوی است و باطل است.

۵۱۳- نکته- در مثال بالا دو جهت **Simulation** و **Fraude** جمع شده است زیرا:

اولا- واقع ساختن بیع محاباتی يك عمل قانونی واقعی (غیر صوری) است بمنظور فرار از ربا. بنابراین تمام شرایط **Fraude** (مطلب شماره ۵۰۶) در آن وجود دارد.

ثانیاً- بیع محاباتی را بصورت تعهد اصلی، و قرض را بصورت تعهد تبعی در آوردن (برای فرار از عکس همین قضیه) يك عمل صوری محض و **Simulation** است و تمام شرایط آن (مطلب شماره ۵۰۸) را دارا میباشد.

۵۱۴- تذنیب- حقوقدان مزبور بجهت کلیت و شمولی که برای «فرار از حرام بحلال» قائل است در مورد دو شرط قدرت بر تسلیم و معلوم بودن مبیع (که از شرطهای درستی بیع است) باستنادنصوصی چند معتقد به «حیله» شده و با وجود مجهول

۱- رجوع شود بکتاب غنائم الایام- صفحه ۵۷۷

۲- غنائم الایام- صفحه ۵۸۱- سطر ششم

بودن یا غیر مقدور التسلیم بودن قسمتی از مبیع، عقد بیع راصحیح دانسته است (۱) مثلاً هر گاه انبار حاوی کندی که وزنش معلوم نیست وجود داشته باشد مالک کندی می تواند آن را بدون توزین (مجهول المقدار) بفروشد باین ترتیب که يك من از آن را وزن کند و آن را در قصد خود مبیع قرار دهد و بقیه را ضمیمه مبیع تلقی نماید و به مشتری بگوید این يك من را بضمیمه باقی کندی موجوده در انبار به هزار تومان فروختم و مشتری هم میگوید قبول کردم و این بیع از نظری درست است. و همچنین است بیع مبیعی که قسمتی از آن مقدور التسلیم نیست. (۲)

۵۱۵ ب- بعضی از موافقین نظر (حیله) موافق مشروط آن هستند و اندکی در نظر مزبور تعدیل نموده اند که در رأس آنان فقیه فحل معروف صاحب حواهر - الکلام قرار دارد وی میگوید: هر عمل حقوقی که با اساس تشریح و تقنین يك قانون منافات داشته باشد محکوم ببطال است (کل شیئی تضمن نقض غرض اصل مشروعیه

۱- مسأله ضمیمه در این جا مبتنی است بر جواز حیله شرعی، و تصحیح حیله شرعیه باین است معهود و طریقه ای است ثابت الاصل که انکار آن نمیتوان کرد.

جامع الشتات - صفحه ۱۳۴

۲- بعضی از حقوقدان اخیر دوره دوم در مورد مبیعی که قسمتی از آن مجهول باشد گفته اند اگر:

اولاً- بین جزء معلوم و جزء مجهول رابطه تابع و متبوع وجود داشته باشد مانند شرط و مشروط .

ثانیاً- جزء معلوم متبوع باشد.

این بیع صحیح است (نه از باب حیله) بلکه از این جهت که متبوع در واقع، مبیع است نه تابع، علیهذا بملت معلوم بودن متبوع، معامله غرری نخواهد بود .

ولی بنظر ما درست آنست که مجموع تابع و متبوع محرك اراده عاقد در انجام عقد میباشد و چون این مجموع مجهول است نمیتوان با وجود این جهل، عقد غیر مغایه ای (مانند بیع) را واقع ساخت ولی ایجاد عقد مغایه ای مانند عقد صلح با وجود آن جهالت مانعی ندارد.

الحکم بحکم ببطالانه کماوماً الیه غیر واحد من الاساطین) وی براین مبنی می گوید. قوانین مالی برای نظم زندگی مردم و اداره امور انسان مقرر شده و حیلۀ در آنها ممنوع است (۱) وی حیلۀ در معاملات ربوی را مخالف با علمت تشریح آن ندانسته و آنرا تجویز نموده است (مطلب شماره ۵۰۸)

نکته

۵۱۶- ضابطه‌ای که صاحب جواهر در بالا ذکر نموده بسیار متین و استوار و غیر قابل تخصیص است زیرا اگر مقنن يك عمل حقوقی را برخلاف جهت علمت تشریح قانون خود بپذیرد نقض غرض نموده است و خردمند چنین نکند، منع معاملات ربوی با شدتی که در ضمانت اجراء آن دیده می شود (بطالان معامله و مجازات معامل و متعامل) در اقتصاد این دوره علمت معلومی دارد و آن علمت همان است که در فرمان غازان (مطلب شماره ۵۱۰) صریحاً و بحکم ضرورت زندگی روز منعکس شده است و شگفت آنکه همان علمت عیناً در متن یکی از احادیث باین شکل هست:

«هشام بن الحکم سأل ابا عبد الله (ع) عن علة تحريم الربوا فقال: انه لو كان حلالا لترك الناس التجارات من البيع والشراء فحرم الله الربا لتنفر الناس من الحرام الى التجارات من البيع والشراء فيبقى ذلك بينهم في القرض (۲) یعنی هشام از ابو عبد الله (ع) پرسید که علمت منع ربا چیست گفت اگر ربا ممنوع نبود مردم تجارتها و نیازمندی های عمومی را ترك می نمودند خداوند ربا را حرام نمود تا مردم رو بتجاراتها آورند»

۱- لعل من ذلك ما يتعاطاه بعض الناس في هذه الازمنة من التخلص مما في ذمته من الخمس والركوة ببيع شيئي ذي قيمة ردية بالف دينار من فقير برضاه ليحتسب عليه ما في ذمته عن نفسه... مما هو مناف للمعلوم من الشارع من كون المراد بمشروعية ذلك نظم العباد في العاجل والاجل .. (جواهر الكلام- طلاق)

۲- حدائق- بيع- صفحه ۱۴۸

واینوضع در روابط مالی آنان (از جمله قرض) برقرار باشد.

۵۱۷- ج- نظر بمراتب بالا معلوم است که بنا بر ضابطه‌ای که صاحب جواهر بیان نموده حیل در معاملات ربوی نمیتواند مطابق قوانین ایندوره باشد بهمین جهت جمعی از حقوقدانان بزرگ دو قرن اخیر تلویحاً و تصریحاً بطور کلی حیل را رد نموده‌اند که از آن جمله است استاد محقق قمی (۱) و مولانا احمد اردبیلی، چنانکه در شرح ارشاد گوید:

وینبغی الاجتناب عن الحیل مہما ممکن، و اذا اضطر يستعمل ما ینجیہ عند اللہ و لاینظر الی الحیل! یعنی شایسته است که مسلمان از حیل‌ها پرهیزد بقدری که او را از پیش می‌رود و اگر ناچار گردد راهی رود که مایه رستگاری او نزد پروردگار باشد و بحیلتهای نیا نندیشد. (۲)

نکته

۵۱۸- بعضی از حقوقدانان ایندوره نسبت باعمال حقوقی متضمن حیل قانونی و تقلب نسبت بقانون ایرادی باینصورت ذکر نموده‌اند: هر تکب این نوع اعمال حقوقی فاقد قصد (۳) آن عمل است و فقط می‌خواهد از عمل ممنوع فرار کند بنابراین معامله‌ای که فاقد قصد باشد باطل است. ظاهراً ماده ۴۶۳ قانون مدنی بر همین اساس می‌گوید:

«اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع

۱- بظہر من کلام بعض الاواخر القدح فی کثیر منها ومنہم استادنا المحقق العلامة ادام اللہ بقائه حیث کتب رسالۃ فی حرمة القرض بشرط المعاملة المجاباتیہ و ذکر ما یتلزم حرمة المعاملة المجاباتیہ بشرط القرض ایضاً . و یلازمہ حرمة سایر الحیل و یظہر ہذا المشی قبلہ من مولانا المحقق الاردبیلی ..

غنائم الایام- صفحہ ۵۷۸

۲- حدائق- بیع صفحہ ۱۴۷

۳- Volonté

در آن مجری نخواهد بود!»

این ایراد رد شده است زیرا مثلاً کسی که «بیع محاباتی به شرط قرض» میکند هر چند که ربح پول را میگیرد ولی واقعاً قصد بیع را مینماید نهایت اینکه غرض او از انجام بیع رسیدن بیک هدف غیر قانونی (گرفتن ربح پول) است .

۵۱۹ - تبصره - وجود ماده ۶۳ و ماده ۱۹ آئین نامه تعدیل مال الاجاره مستغلات (مطلب شماره ۵۰۹) حاکی از تمایل قانون بر منع حیلۀ قانونی و تقلب نسبت بقانون است ولی نه در حقوق دوره سوم و نه در حقوق دوره دوم این منع به صورت قانون معین در نیامده و در آراء و عقاید علماء حقوق هم دیده نشده است. به نظر ما هر گاه غرض *Motif* از یک عمل حقوقی از حراف از مفاد یک قانون امری باشد باشد آن عمل حقوقی:

اولاً متضمن حیلۀ قانونی و یا تقلب نسبت بقانون است.

ثانیاً - آن عمل حقوقی بعلمت اینکه مستلزم مخالفت با قانون امری است نافذ نمی باشد .

با این ضابطه غوغای این بحث از میان برمیخیزد و حاجتی بوجود نص خاص قانون، دایر بر منع حیلۀ و تقلب نسبت بقانون نیست.

۵۲۰ - بسیاری از مؤلفان معاصر خارجی بحث «حیلۀ قانونی و تقلب نسبت بقانون» را با بحث «تقلب نسبت بثالث» مخلوط می کنند و حال اینکه این دو بحث از هم جدا است مثلاً عقد بیع را که بمنظور اسقاط حق شفۀ شریک بصورت عقد صلح در آمده از مصادیق حیلۀ قانونی می شمارند و حال اینکه:

اولاً - این مثال از مصادیق تقلب (تقلب طرفین عقد صلح) نسبت بثالث (شریک الملك) است .

ثانیاً - همیشه صلح مزبور مستلزم تقلب نسبت به ثالث نیست مثلاً هر گاه

مشتری برای احترام از اعمال حق شفعه، از حقوق حاصل از دو قاعده «کلمیع تلف قبل قبضه فہومن مال بايعه» (۱) و «التلف فی زمن خيارالمجلس والحيوان والشرط ممن لا خيار له» (۲) صرف نظر کند (چون این حقوق مختص بیع است) و عقد بیع را به صورت صلح در آورد چون از مزایای بیع صرف نظر کرده بمنظور اینکه مزایای عقد صلح را بدست آورد نمیتوان گفت نسبت به ثالث تقلب کرده است. علت این است که از قانون شفعه استفاده امری بودن آن نمی شود و در صورت تردید در امری بودن امری نبودن اصل آن است که امری نباشد.

۵۲۱- نکته- هر گاه زوجه خیار را از زوج بارت برد و زوج قبل از فوت زمینی را خریده و مغبور شده و قبل از اعمال خیار غبن فوت نماید زوجه می تواند اعمال خیار غبن نموده و قیمت زمین را مسترد داند و از قیمت مزبور اربت برد. این نه حیلۀ قانونی است؛ تقلب نسبت بقانون.

در بعضی از موارد تقلب نسبت به ثالث میتوان از مطالب ۵۰۳-۵۰۴ پیرای ابطال عمل حقوقی حاوی تقلب استفاده نمود.

۱- ماده ۳۸۷ قانون مدنی

۲- ماده ۴۵۳ قانون مدنی

فصل چهارم

مسئولیت

- قسمت اول - مسئولیت و اقسام آن و تئوری‌های مسئولیت خارج از قرارداد
- قسمت دوم - ایراد خسارت بغير
- قسمت سوم - مسئولیت ناشی از قانون
- قسمت چهارم - تصرف غير قانونی
- قسمت پنجم - احکام تصرف غير قانونی
- قسمت ششم - غصب

قسمت اول

- مسئولیت - اقسام مسئولیت - تئوری‌های مسئولیت خارج از قرارداد
- الف - تعريف مسئولیت

- ب - اقسام مسئولیت
- ج - منشاء مسئولیت‌های مالی
- د - تئوریهای مسئولیت مالی خارج از قرارداد

تعریف مسئولیت

۵۲۲- مسئولیت (۱) عبارت است از تعهد یا الزامی که بدستور قانون برای رفع تجاوز متجاوز مقرر شده است. هرگاه تجاوز از جنس تجاوز مالی باشد مسئولیت را «مسئولیت مالی» و اگر تجاوز از جنس تجاوز جزائی باشد مسئولیت را «مسئولیت جزائی» یا کیفری» مینامند.

اقسام مسئولیت

۵۲۳ - مسئولیت در طبع خود از دو گونه بیرون نیست زیرا اثر تجاوز دو گونه است :

- الف - اثری که در طبع خود میتواند تقویم بیول شود؛ در این صورت مسئولیت متجاوز را مسئولیت مالی و تجاوز او را تجاوز مالی گوئیم.
- ب - اثری که در طبع خویش شایسته تقویم بیول نباشد در این صورت مسئولیت متجاوز را «مسئولیت غیر مالی» یا مسئولیت جزائی، و تجاوز مزبور را تجاوز غیر مالی یا تجاوز جزائی نامیم.

منشاء مسئولیت‌های مالی

- ۵۲۴ - مسئولیت‌های مالی از سه منشاء حاصل میشوند:
- الف - مسئولیت ناشی از قرارداد (۲) مانند مسئولیت کسی که از اجراء

Responsabilité ۱

Responsabilité contractuelle - ۲

قرارداد تخلف و یا در انجام آن تأخیر می‌کند.

ب - مسئولیت ناشی از قانون مانند ضمان تلف مبیع قبل از قبض

ج - مسئولیت خارج از قرارداد؛ و آن اختصاص بموارد ایراد خسارت بمال

دیگران و تصرف بدون مجوز در مال غیر دارد.

تئوریهای مسئولیت مالی خارج از قرارداد

۵۲۵ - این نظریه ها بر اثر پیشرفت فکر و نوع تمدن گوناگون شده گاهی

جنبه Objectif و زمانی جنبه Subjectif بخود گرفت، گاهی رنگ فردی و گاهی

صورت اجتماعی (۱) یافت. قابل بحث از نظر تاریخ حقوق ماسه نظریه است :

A - تئوری تقصیر (۲) - بموجب این نظر در خارج از قرارداد کسی بدون

تقصیر، مسئولیت مالی نخواهد داشت. برای صدور حکم جبران خسارت، زیان دیده باید

سه چیز را اثبات نماید: اول - وجود خسارت. دوم - تقصیر طرف. قانونا کسی قابلیت

دارد مقصر شناخته شود که: اولاً - عاقل و بالغ باشد بنابراین صغیر و دیوانه مسئولیت

مالی ندارند ثانیاً - رعایت احتیاطهای لازم را نکرده باشد و گرنه مسئولیت مالی نخواهد

داشت. سوم - رابطه علیت بین تقصیر و خسارت وجود داشته باشد.

نقص این نظر در اثبات قسمت دوم (تقصیر) است چه بیشتر اثبات آن نتوان

کرد بهمین جهت زیان دیده برای گرفتن حق خود نمی تواند اقامه دعوی نماید چه

بعلت نداشتن دلیل بر اثبات تقصیر، محکوم می شود. توسعه ماشینیسیم و رابطه های

تجاری شگرف نقص این نظر را بخوبی آشکار ساخت.

۵۲۶ - B - تئوری ریسک (۳) - بموجب این نظر هر کس از جهت اشتغال

۱ - تئوری تضمین اجتماعی یا *Idée de la Garantie Colective*

يك صورت اجتماعی از مسئولیت مالی خارج از قرارداد داد است که اخیراً بوجود آمده

است رجوع شود به کتاب «فرهنگ حقوقی» باصطلاح «تئوری تضمین اجتماعی»

۲ - *Théorie de Faute*

۳ - *Théorie de Risque*

بکاری وضعی را در جامعه ایجاد کند که منشأ خطر برای دیگران باشد بمنظور این که نفعی از آن کار ببرد باید زیانهای ناشی از آن کار را هم بر خود هموار سازد، بنابراین این کار فرما مسئول حادثه ناشی از کار کارگر است. مطابق این نظر برای گرفتن خسارت کافی است که زیان دیده ثابت نماید که زیان از فعالیت مدعی علیه بر او وارد شده است.

۵۲۷- تبصره- ضابطه معروف من علیه الغرم فله الغنم که مدلول حدیث معروف «الخراج بالضمنان» است غیر از تئوری ریسک است و با آن بستگی ندارد چه مقصود از این ضابطه قاعده‌ای است بنام «قاعده تلازم ملك و نماء» و بر اساس این قاعده است که نمائات و منافع مبیع در بیع شرط متعلق بمشتری آن میباشد. این معنی به تئوری ریسک بستگی ندارد.

۵۲۸- نکته - تئوری ریسک بمعنی محدودتری هم بکار می رود که بنظر بعضی عین نظریه انتساب اضرار است که اساس مسئولیتهای مالی خارج از قرارداد در این دوره (دوره وسطی) می باشد.

۵۲۹ - C - نظریه انتساب اضرار - بموجب این نظر بمحض اینکه کسی مرتکب عملی شود که عملاً نسبت اضرار با او ممکن الا انتساب باشد آن شخص مسئول است ولو اینکه عمل او ارادی نباشد مثلاً اگر شخصی ناگهان حالت غش باو دست دهد و بر بساط ظرف فروشی بیافتد و مقداری از ظروف او شکسته شود باید قیمت ظروف را بدهد (همانطور که تلف شدن مال پس از تصرف غیرقانونی از روی جهل به موضوع، مانع مسئولیت مالی متصرف غیرقانونی نیست بهمان ترتیب، ارادی نبودن اتلاف، مانع مسئولیت نمی باشد)

بر این مبنی صغیر و دیوانه هم مسئولیت مالی دارند.

۵۳۰ - نکته - صدق انتساب اضرار بر عمل بلاواسطه و با واسطه یکسان نیست

ذرعمل با واسطه نوعی غفلت یا بی احتیاطی لازم است تا انتساب اضرار صدق نماید . همین امر موجب اشتباه جمعی از حقوق دانان شده می گویند (در دوره دوم و سوم از تاریخ حقوق ما) بین اتلاف و تسبیب فرق است ، اتلاف بر اساس تئوری ریسک (بمعنی محدود - مطلب شماره ۵۲۸) بنا شده یعنی عنصر معنوی تقصیر در آن معتبر نیست ولی در تسبیب عنصر معنوی تقصیر (که قدر مشترک غفلت و بی احتیاطی است) رعایت می شود (۱) با اینکه مقنن دوره دوم ابدأ توجهی به عنصر تقصیر ننموده بلکه صرف انتساب اضرار را موجب مسئولیت مالی شمرده است .

نتیجه بحث این خواهد بود که در مورد تسبیب (مانند مورد اتلاف) متضرر مکلف باثبات تقصیر متجاوز مالی نیست بلکه بر دادگاه است که بکمک ادله و مدارک و قرائن موجود در موضوع دعوی صدق انتساب اضرار را به متجاوز ، احراز نموده و حکم به جبران خسارت بدهد .

نتیجه

۵۳۱ - اولاً - لفظ «بدون عمد» در ماده ۳۲۸ قانون مدنی کنونی شامل اعمال ارادی و غیر ارادی (۲) که موجب اتلاف مال غیر گردد یا خسارت بمال دیگران وارد نماید می شود ، ارادی بودن عمل ، شرط مسئولیت نیست .

ثانیاً - مواد باب تسبیب (ماده ۳۳۱ قانون مدنی کنونی) بر پایه تئوری تقصیر بنا نشده است و تاریخ حقوق ما در دوره دوم گواه بر این امر است .

-
- ۱ - از مواد ۳۳۳-۳۳۴ قانون مدنی کنونی این مطلب معلوم است .
 - ۲ - عمل غیر ارادی موجب اتلاف را باتوجه سابقه حقوقی این مواد (مواد باب اتلاف) می توان موجب مسئولیت مالی تلقی نمود و اگر از «تفسیر سابقه» که نوعی از ازانواع تفسیر قانون است چشم پوشیم میتوان ماده ۳۲۸ را بوجهی دیگر تفسیر نمود چنانکه در مطلب شماره ۵۳۱ مکرر بآن اشاره میشود .

ثالثاً - در نصوص قانونی این دوره بحث اتلاف و تسبیب از یکدیگر جدا نشده است . بعدها بهمراه تحول‌های علم حقوق در همین دوره این دو مبحث از هم جدا شده است و تفکیک این دو بحث جنبه تعلیمی دارد و کار تعلیم را آسان می‌کند .

۵۳۱ مکرر - رابعاً - عمل غیر ارادی که موجب اتلاف می‌شود اگر عنوان غیر ارادی بودن آن بر محکمه ثابت شود عدالت ، مقتضی عدم مسئولیت مالی فاعل آن عمل است چه اینطور عملی مانند حادثه‌های طبیعی است و نمی‌توان بصر فاینکه از آدمی صادر شده آنرا مایه مسئولیت مالی فاعل آن عمل شمرد . بنابراین بهتر است که در مورد ماده ۳۲۸ قانون مدنی کنونی از تفسیر سابقه و تفسیر لفظی (که در این مورد فقط با منظور داشتن وسعت فراوان لفظ «بدون عمد» در آن ماده صورت می‌گیرد) خودداری شود و لفظ «بدون عمد» در ماده مزبور طوری تفسیر گردد که فاعل عمل غیر ارادی (بشرط اینکه غیر ارادی بودن عمل خود را در محکمه بثبوت برساند) مسئول محسوب نشود . این نوع تفسیر (با توجه باینکه اولاً- اصل بر ائمت است . ثانیاً - قوانین مسئولیت در موقع شك باید تفسیر مضیق شود) کاملاً میسر است چه میتوان گفت قدر متیقن از لفظ «بدون عمد» صوری است که در آن صور فاعل عمل غیر عمدی نتواند غیر ارادی بودن فعل خود را در دادگاه بثبوت برساند . (۱)

۱- ترتیبی که در بالا ذکر شد مطابقت کامل با مدلول یکی از اصول «حقوق يك عنصری» (اصل جبران محرومیت وارده) دارد. رجوع شود بکتاب «اصول فلسفی حقوق» مطلب شماره ۱۵۸

قسمت دوم

ایراد خسارت بغير

الف - طرق ایراد خسارت

ب- موارد مسئولیت مباشر

ج - موارد مسئولیت سبب

د - ضرر وعدم النفع

طرق ایراد خسارت

۵۳۲- ایراد خسارت بیکی از طرق زیر واقع می شود :

الف - ایراد خسارت بغير بدون اینکه فاعل فعل موجب خسارت، فعل خود را در

ضمن اعمال حقی از حقوق خود زاقع ساخته باشد.

ب - ایراد خسارت بغير در ضمن اعمال حقی از حقوق خود و این سه صورت

عمده دارد چنانکه در مطلب شماره ۵۰۳-۵۰۴ شرح آن گذشت.

موارد مسئولیت مباشر

۵۳۳ - گاهی عمل دو یا چند نفر موجب وقوع خسارت در مال غیر می شود

در این صورت آنکه اقوی است (مباشر یا سبب) مسئول است و معنی اقوی بودن این

است که به تشخیص عرف ، فعل موجب خسارت قابل انتساب با او باشد . ماده ۳۳۲

قانون مدنی تحت تأثیر حقوق دوره دوم این مطلب را بخوبی بیان نموده است . معذلك

در حقوق دوره دوم مؤلفان حقوق متعرض توضیح بیشتر شده معتقدند که هر گاه یکی از دو نفر موجب شود که نفر دوم موجب ایراد خسارت بشالث شود نفر اول (یعنی سبب) در مقابل ثالث مسئول نیست بلکه مباشر، مسئول ثالث است و سبب مسئول مباشر (مانند مورد اجراء قاعده «المغرور يرجع الی من غره») ولی این قاعده کلیت ندارد چه در مورد اکراه، شخص اکراه کننده با اینکه سبب است در مقابل ثالث مسئول است و مباشر مسئولیت مالی ندارد.

موارد مسئولیت سبب

۵۳۴ - مؤلفان حقوق این دوره می گویند هر جا که مباشر فاقد شعور باشد سبب مسئول است و هم چنین است در مواردی که مباشر قانوناً ملزم است که طبق نظر سبب رفتار کند مانند حاکم محکمه ای که باستناد شهادت کاذب (بدون علم بکذب او) رأی بدهد و از رأی او خسارتی متوجه محکوم علیه گردد، این نکته طبق مقررات اتلاف قانونی مدنی کنونی نیز قابل اعمال است.

ضرر وعدم النفع

۵۳۵ - ضرر در حقوق این دوره شامل از دست دادن هر نوع مزیت مالی و غیر مالی موجود نسبت بیک زمان معین می شود بطوری که شامل نتیجه تجاوز مالی و تجاوز جزائی می باشد. تعریفی از ضرر در قوانین این دوره (مانند قوانین دوره سوم) دیده نشده است.

عده ای از مؤلفان این دوره (مانند مؤلف منیة الطالب تقریر میرزا حسین نائینی و مشارق الاحکام نراقی) صریحاً گفته اند: هر گاه مقتضی انتفاع از مال معینی کاملاً وجود داشته باشد در چنین موردی بتشخیص عرف، عدم النفع هم ضرر است: «بل یعد عرفاً عدم النفع بعد تمامية المقتضى له من الضر» (۱)

۱ - منیة الطالب - جلد دوم - صفحه ۱۹۹

ولی اکثر تألیفات این دوره در تنقیح و تهذیب مباحث عدم النفع و ضرر نکوشیده و غالباً آنرا بسکوت بر گزار نموده‌اند و همین سکوت را مقنن قانون مدنی کنونی در باب اتلاف و تسبیب بارث برده است (۱) تفسیر قضائی نیز از تاریخ تصویب قانون مدنی تاکنون نتوانست این نقیصه را رفع کند.

۵۳۶- قوانین مسئولیت مالی که در شرایط اقتصادی پیچیده دنیای امروز ساعت بساعت حساس تر میگردد مقنن را مجبور نموده که از ضرر تعریفی باین صورت در ماده ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی بنماید: «ضرر ممکن است بواسطه ازین رفتن مالی باشد یا بواسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد مشمول عنوان ضرر در قانون دوره سوم گردیده فقط عدم النفع ناشی از عدم انجام تعهد مشمول عنوان ضرر در قانون دوره سوم گردیده است ولی عدم النفع ناشی از تجاوزات مالی (مانند غصب و تصرف بدون مجوز قانونی مذکور در ماده ۳۰۸ قانون مدنی و بعد) مشمول آن عنوان نشده است بلکه پرداخت قیمت یوم الاداء در ماده ۳۱۲ قانون مدنی نشان می‌دهد که مقنن مدنی اساساً عدم النفع را ضرر نمی‌داند. توضیح اینکه هر گاه غاصب گوسفندی را غصب کند که در یوم الغصب بیست تومان بهای آن است و سپس بر اثر ترقی نرخ، قیمت آن بصد و پنجاه تومان و در یوم التلف قیمت آن بصد تومان برسد و در یوم الاعواز به هشتاد تومان تنزل نماید و در یوم الاداء قیمت آن به پنج تومان برسد مطابق ماده ۳۱۲ باید غاصب پنج تومان به مالک گوسفند بدهد؛ با اینکه ترقی نرخ مال عرفاً منفعت مسلم محسوب است (مثل اینکه کسی که زمینی را متری صد تومان خریده به دوستش میگوید زمینم فعلاً متری دوست تومان خریدار دارد یعنی متری صد تومان نفع بمن میدهد) و

۱- مالیت مال بزمان و مکان و وقوع مال بستگی دارد بطوری که نسبت بزمان معین اگر قیمت مال تنزل کند ضرر (بمعنی اخص) است و اگر ترقی نماید نفع است بطور کلی نمائات و بهره‌های متوقع الحصول از یک مال نسبت بزمان معین، نفع محسوب است و منع مالک را از این نفع، اصطلاحاً عدم النفع گویند.

غاصب سبب عدم نفع مالك شده است معذلك مقنن مدنی این عدم النفع را ضرر نشمرده است . بهتر است که امثال مواد ۳۱۲ را در قانون مدنی خلاف قاعده تلقی نموده و تفسیر قضائی با توجه به مختصر سابقه حقوقی (مبنی بر اینکه عدم النفع از نظر عرف مسلم و بعضی از فحول ضرر محسوب است اگر مقتضی کامل انتفاع وجود داشته باشد) مواد قانون مدنی (خواه مواد باب اتلاف و تسبیب و خواه مواد باب غصب) را بطرفی سوق دهد که مطلقاً عدم النفع ضرر محسوب شود و این نقيصه قانونی مرتفع گردد مثلاً در مورد تلف شدن مال قیمی که از موارد سکوت قانون مدنی است نباید وحدت ملاك از ماده ۳۱۲ همان قانون که خلاف قاعده است اخذ نمود زیرا قیاس مورد سکوت بر مورد خلاف قاعده مخالف اصول تفسیر قضائی است .

قسمت سوم

مسئولیت ناشی از قانون

الف - ضمان درك

ب - ضمان معاوضی

ضمان درك

۵۳۷ - این اصطلاح در حقوق این دوره بدو معنی ذیل بکار رفته است:

اول- هر گاه بعد از بیع تمام یا قسمتی از مبیع مستحق الغیر در آید بایع مکلف

است که نم را بمشتری رد نماید و ضامن نم می باشد اگر چه که طرفین عقد بیع تصریح بضمن نکرده باشند زیرا اقتضاء طبیعی (که قانون هم رعایت آنرا نموده

است) عقد معاوضی چنین است. ضمان درك باين معنى در ماده ۳۹۰ - ۳۹۱ قانون مدنی کنونی بیان شده است.

۵۳۸ - دوم - هر يك از طرفين عقديع نسبت بمالى كه بآنان منتقل شده ضامن (بضمان درك) می باشند باين معنى كه اگر فسخ و انفساخی بر عقد وارد شد و مال منتقل اليه قبل از آن تلف شده باشد شخصی كه مال نزد او تلف شده باید عوض آن را (مثل و یا قیمت) بدهد.

۵۳۹ - ضمان درك باين معنى زمينه اعمال خيار را بعد از تلف يکى از عوضين در زمان خيار آماده می سازد يعنى تلف آن مانع اعمال خيار نيست. اين معنى (يعنى اعمال خيار بعد از تلف يکى از عوضين) در قانون مدنی کنونی بسکوت برگزار شده است (هر چند که بعضی بوحدت ملاک ماده ۲۸۶ استناد بر اين امر نموده اند، ولی چون مدلول ماده ۲۸۶ خلاف قاعده است بوحدت ملاک از آن نباید استناد نمود. ضمان درك باين معنى در نصوص قانونی دوره دوم دیده نشده و در تألیفات حقوقی دلیلی قاطع برای آن ذکر نکرده اند.

ضمان معاوضی

۵۴۰ - ضمان معاوضی در حقوق این دوره دو قسم است:

اول - ضمان معاوضی قبل از قبض مبیع یا نمن - این ضمان مستفاد از نص «کل بیع تلف قبل قبضه فیهومن مال بايعه» می باشد که ماده ۳۸۷ قانون مدنی کنونی آنرا متضمن است. نکته مهم درباره این ضمان این است که با اینکه تملك بصرف عقد حاصل می شود (در حقوق دوره دوم و سوم) و مشتری بصرف عقد، مالک مبیع است برخلاف قاعده «تلازم ملک و تلف» (۱) ضمان تلف مبیع قبل از قبض بعهدة بايع گذاشته شده است.

(۱) با این ترتیب معلوم میشود تلف مبیع قبل از قبض . . . برخلاف قاعده است ولی همانطوریکه در بالا گفته شد ارتکاب این خلاف قاعده برای حفظ يك مصلحت اجتماعی لازم بوده است.

شده است .

بنظر ما در ارتکاب این خلاف قاعده حفظ يك مصالحت اقتصادی و اجتماعی منظور بوده است باین معنی که فروشندگان اجناس و اموال تا وقتی که میباید در اختیار مشتری قرار نگرفته مسامحه در حفظ آن نکنند و ضعف و فتور از این راه بر روابط مالی مردم در خرید و فروش مستولی نگردد. بهمین علت تلف جزء میباید و وصف میباید نیز قبل از قبض بعهدده بایع است.

۵۴۱ - نکته - بمحض تلف میباید (و نیز ثمن) قبل از قبض، عقد میباید منفسخ می-شود، و همچنین است تلف جزء میباید (در موردی که بین اجزاء میباید رابطه «وحدت مطلوب» باشد) و تلف و وصف میباید که بعلمت عدم قابلیت تقسیط ثمن بر اجزاء مزبور و بر وصف و موصوف، عقد میباید اساساً منفسخ می شود.

راجع بتلف جزء میباید و وصف میباید در حقوق ایندوره نصی وجود دارد ولی استنباط مؤلفان این دوره بر آن است که جزء تالف میباید اگر از آنگونه اجزائی باشد که ثمن بر آن و بر سایر اجزاء قابل تقسیط باشد قاعده «تلف میباید قبل از قبض» فقط نسبت بجزء تالف اعمال می شود، ولی اگر جزء تالف از آنگونه اجزاء نباشد (و نیز وصف تالف) بعلمت عدم قابلیت تقسیط ثمن، مشتری اختیار منفسخ خواهد داشت.

۵۴۲ - بر این نظر دلیلی قاطع نیست و متأسفانه قانون مدنی در ماده ۳۸۸ نظر فوق را بوجه ناقص و بدون تفکیک صور مختلف مسئله پذیرفته است.

۵۴۳ - نکته - هر گاه در عقد بیع قبل از قبض، وصول بمیباید (یا ثمن) بطور دائم متعذر گردد عنوان تلف قبل از قبض واقع شده است. تلف قبل از قبض هر گاه مسبوق بتأخیر در تسلیم باشد بعلمت صدق ید عدوانی احکام ضمان ید (در قانون مدنی کنونی احکام ماده ۳۰۸ و بعد) اعمال می شود نه حکم «تلف میباید قبل از قبض» زیرا حکم اخیر همانطور که در مطلب ۵۴۰ گفته شد خلاف قاعده است و باید در

قدر متیقن مورد خود بکار رود و حال اینکه مقررات ضمانتید (ماده ۳۰۸ قانون مدنی کنونی) جزو اصول عمومی قانون مدنی است که بالطبع اقتضاء شمول زیادی دارد، و بعبارت دیگر مقررات ضمانتید اصل است و احکام «ضمان معاوضی» احکام مخصوصی است که چون خلاف قواعد حقوقی است باید تفسیر مضیق شود. مورد بالا از مواد سکوت قانون مدنی دوره سوم است.

۵۴۴ - پس از انفساخ عقد بیع بعالت تلف، بیع قبل از قبض، نمائات بین تاریخ عقد و تلف حسب القاعده باید بیایع رد شود چه قدر متیقن از توافق اراده متعاقدین این است که مبیع در مقابل ثمن مبادله شود و لازمه این توافق اراده آن است که اگر بعالت تلف، بیع قبل از قبض، عقد بیع منفسخ شود مشتری فقط ثمن خود را مسترد دارد؛ اینکه مالک مجانی نمائات مبیع هم بشود زیرا تملک مجانی مال غیر برخلاف قواعد مسلم حقوقی این دوره محسوب شده است (لأنأكلو أموالکم بینکم بالباطل... و هیچ چیز باطل تر از تملک مجانی مال دیگران نیست)

۵۴۵ - با وجود توجه بقدر متیقن مزبور نوبه باستصحاب بقاء عقد بیع منفسخ شده از تاریخ عقد تا حین انفساخ نمی رسد تا بتوان باتکاء این استصحاب، مشتری را پس از انفساخ عقد بیع، مالک نمائات دانست ولی مؤلفان حقوق این دوره باین استصحاب استناد نموده اند. قانون مدنی دوره سوم در این باب ساکت است. خوب است که در تفسیر قضائی این مورد از «تفسیر سابقه» خود داری شده و طبق مبانی مسلم حقوق (که در مطلب ۵۴۴ توضیح داده شد) رفتار شود.

۵۴۶ - چون «تلف مبیع قبل از قبض...» خلاف قاعده است در مسائل مربوط به آن باید از آن تفسیر مضیق بعمل آید و بر این اساس:

اولا - اگر مشتری بدون اذن بایع (در مواردی که اذن بایع شرط است) مبیع را قبض نماید و سپس تلف شود قاعده «تلف مبیع قبل از قبض...» جاری نیست.

ثانیاً - اگر مشتری شروع بقبض نماید و قبض پایان نرسیده باشد قاعده مزبور اعمال نمی شود .

۵۴۷ - ضابطه - ضمان معاوضی نزد مؤلفان، حقوق این دوره حکم تلقی شده است نه حق، بنابراین اراده طرفین عقد بر اسقاط آن بدون اثر است. بنظر ما چون دلیل کافی بر امری بودن ضمان معاوضی (یا مدلول مواد ۳۸۷- ۴۵۳) در دست نیست طبق اصل مسلمی که تحقیق آن در حقوق یکمنصری (کتاب اصول فلسفی حقوق) نموده ایم (یعنی: اصل تفسیری بودن قانون) باید ضمان معاوضی را قانون غیر امری تلقی نمود.

۵۴۸ - نکته - مبنای نظر مؤلفان این دوره در مواردی که قرینه کافی بر حق بودن (یا غیر امری بودن) یا حکم بودن (امری بودن) مدلول يك قانون در دست نباشد استصحاب وضع حقوقی است که قانون مزبور ناظر بآن وضع می باشد. نتیجه اعمال استصحاب آنست که اراده متعقدین در تغییر آن وضع بدون تأثیر باشد. بنظر ما این استصحاب درست نیست زیرا موضوع استصحاب باید محقق الوجود باشد و مطالب ذهنی قابل استصحاب نیست توضیح:

مدلول يك قانون از قوانین موضوعه وقتی قانونیت دارد که یا بصورت قانون امری باشد یا بصورت قانون غیر امری و شق ثالث بین نفی و اثبات وجود ندارد بنابراین مدلول يك قانون با چشم پوشی از دو وصف امری بودن و غیر امری بودن يك مطلب ذهنی است که بهیچوجه وجود خارجی ندارد و نمی توان آنرا استصحاب نمود. از این نوع استصحاب در تألیفات حقوقی دو قرن اخیر ایندوره فراوان دیده میشود.

۵۴۹ - ضمان معاوضی مستفاد از ماده ۴۵۳ قانون مدنی دوره کنونی نیز محکوم بحکم مطالب بالا است (مطلب ۵۴۷ - ۵۴۸)

۵۵۰ - دوم - ضمان معاوضی تلف میبایع (یا نمن) در زمان خیار مجلس و حیوان و شرط - عبارت معروف التلّف فی زمن الخیار ممن لاخیاره در این دوره ناظر باین

ضمان است. ضابطه این است که تلف مورد معامله (ثمن شخصی یا مبیع شخصی) در زمان خیار شرط و خیار حیوان و خیار مجلس (راجع بخیار مجلس در حقوق ایندوره اختلاف نظر وجود دارد) موجب ضمان معاوضی کسی است که خیار ندارد.

حکم تلف وصف مورد معامله و تلف جزء مورد معامله مانند حکم تلف خود مورد معامله است مگر در صورت تلف جزء بشرط اینکه جزء تالف، عنوان تعدد مطلوب داشته باشد که در این صورت؛ عقد فقط نسبت بجزء تالف منفسخ میشود و ثمن بهمان نسبت بر می گردد.

۵۵۱- این ضمان هم برخلاف قاعده « تلازم ملك و تلف » می باشد یعنی تلف ملك بحساب مالك در این مورد گذاشته نمی شود.

نکته- نظر مشهور در بین مولفان این دوره آن است که ضمان مزبور راجع به خیارات مختص مشتری است و می گویند «تلف المبیع فی زمن خیار مشتری من البایع» ولی قانون مدنی (ماده ۴۵۳) این قول را پذیرفته است.

۵۵۲- نسبت بتلف وصف، عقیده مولفان این دوره بر آن است که چون ثمن قابل تقسیط بر وصف و موصوف نیست و بنا بر این انفساح معامله نسبت بوصف تالف (ورد مقداری از ثمن) مقدور نمی باشد کسی که مبیع تالف الوصف نزد او است حق دارد معامله را با همین وضع قبول نموده و یا بکلی آنرا رد کند.

ولی اشکال این است که آیا عدم امکان انفساخ عقد را نسبت بوصف باید دلیل انفساخ اصل عقد شمرد یا موجب حصول خیار. نصوص قوانین موضوعه این دوره نظر اول را تأیید می کند و حصول حق خیار، دلیل قانونی لازم دارد و چنان دلیلی در دست نیست.

قسمت چهارم

تصرف غیر قانونی

الف- تعریف تصرف غیر قانونی

ب- اقسام تصرف غیر قانونی

ج- غصب

د- غصب حکمی

تعریف تصرف غیر قانونی

۵۵۳- تصرف غیر قانونی در مال غیر، تصرفی است که شخص بدون مجوز قانونی بنحوی از انحاء در مال غیر می نماید و باین ترتیب سلطه مالک را دفع یا رفع می کند مثلا اگر شخصی مال دیگری را غصب نماید سلطه مالک را از مالش رفع نموده است و اگر مستعیر مال معیر را بدون رضای او نگهدارد سلطه معیر را از مال او دفع نموده است و هم چنین است حالت شخصی که اعمال خیار نموده و هنوز مال را بصاحبش رد نکرده است .

مورد تصرف غیر قانونی مال بمعنی اعم کلمه (که شامل حقوق مالی نیز شود) است.

تصرف غیر قانونی اعم از این است که با جهل موضوعی باشد یا بدون جهل (در صورت اخیر عنوان این تصرف، غصب است.) مثلا کسی که مال غیر را بتصور اینکه مال خویش می باشد برمی دارد جاهل بموضوع است و معذلتک تصرف او در مال مزبور غیر قانونی است .

۵۵۴- از توضیح بالا معلوم می‌شود که تصرف غیر قانونی اعم از غصب است. منع مالک از تصرف در مال خود کافی برای تحقق عنوان تصرف غیر قانونی نیست هر چند که این عمل تحت عنوان اتلاف منافع مال، موجب مسئولیت مدنی است (ماده ۳۰۹ قانون مدنی). لازم نیست که متصرف غیر قانونی از مالک بکلی سلب تصرف کند بلکه کافی است که تصرف غیر قانونی خود را با تصرف مالک همراه و مشترک سازد یعنی با مالک، شریک در تصرف شود و بهمین مقدار عنوان تصرف غیر قانونی واقع می‌گردد.

مالکی که مال او مورد تصرف غیر قانونی قرار گرفته اگر قدرت جلوگیری نداشته باشد و جلوگیری نکند بعلمت تحقق تصرف غیر قانونی از مقررات مربوط بآن علیه متصرف استفاده می‌نماید.

۵۵۵- نکته- مال مورد تصرف غیر قانونی باید از اموالی باشد که قانون از مالکیت صاحب آن حمایت نماید.

این بود حدود و قیود تصرف غیر قانونی بمعنی اعم کلمه در قوانین دوره دوم که در ماده ۳۰۸ قانون مدنی مامنعکس شده است.

اقسام تصرف غیر قانونی

۵۵۶- چنانکه معلوم شد تصرف غیر قانونی بمعنی اعم دو قسم است:

الف - غصب

ب- تصرف غیر قانونی بمعنی اخص که میتوان آنرا غصب حکمی نامید.

۵۵۷- نکته- مستفاد از مبانی مسلم حقوق خصوصی این است که هر گاه اراده

عاقده معلول اشتباه او باشد آن اراده علیه صاحب آن الزام آور نیست بنابراین چنین عقدی علیه اشتباه کننده الزام نمی‌آورد و مالی که بحسب ظاهر از او بطرفش منتقل شده اگر مورد تصرف طرف قرار گیرد تصرف مزبور غیر قانونی است. این مطلب کمال سازگاری را با مقررات قوانین موضوعه این دوره دارد چنانکه در یکی از نصوص مربوط بخیار

غیب‌چیزین گفته شده :

«ان كان الثوب قائما بعينه رده» (۱) و این می‌فهماند که اشتباه مشتری میبغ معیب، مانع از انتقال میبغ بوی بوده است بهمین جهت حکم برد میبغ داده شده است ولی معذلك مولفان این‌دوره معتقدند (۲) که:

اصل، الزام آور بودن اراده صوری (یعنی اراده ناشی از اشتباه) است علیهذا تصرف بابع میبغ معیب را در ثمن، تصرف غیر قانونی ندانسته‌اند و هم‌چنین است تصرف عاقد در مورد خیار تدلیس و خیار غبن و امثال آنها.

۵۵۸- نتیجه- حوزه تصرف غیر قانونی در خارج از عقود صحیح است خواه اساسا عقدی وجود نداشته باشد یا اینکه عقد وجود داشته ولی فاسد باشد.

غصب

۵۵۹- غصب تصرفی است غیر قانونی در مال غیر با عمد؛ عناصر سازنده آن عبارت است از :

الف- تصرف

ب- مال غیر اعم از عین و منفعت و حق اختصاص و منقول و غیر منقول

ج- نبودن مجوز قانونی برای تصرف

د- علم متصرف باینکه مال مورد تصرف تعلق بدیگری دارد. اعمال زور (۳)

و علن شرط تحقق غصب نیست .

(۱) این نص مربوط به معامله بارچه‌ای است که بعد از عقد بیع معلوم شد بارچه معیب بوده است .

(۲) و همین عقیده در قانون مدنی مامنعکس شده است.

(۳) مقصود از عدوان در ماده ۳۰۸ قانون مدنی همان عنصر چهارم غصب است نه اعمال زور یا قهر و غلبه. عناصر چهارگانه بالا را از تعریف غصب (فقره اول ماده ۳۰۸ قانون مدنی) می‌توان استخراج کرد.

غصب حکمی

۵۶۰- یا تصرف غیر قانونی بمعنی اخص کلمه (که در مقابل غصب بکار می رود) عبارت است از تصرف یا اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز قانونی و بدون عمد (خواه از روی غفلت و بی احتیاطی باشد خواه نه) فقره اخیر ماده ۳۰۸ قانون مدنی ناظر به غصب حکمی است.

از نظر آثار مدنی بین غصب و غصب حکمی در دوره دوم تفاوتی وجود دارد که بعد بآن اشاره می شود. این تفاوت در قانون مدنی دوره سوم رعایت نشده است. نکته - (ضمان ید)

۵۶۱- اصطلاح فقهی «ضمان ید» در این دوره شامل ضمان ناشی از غصب و ضمان ناشی از غصب حکمی است که مدرك عمده آن حدیث نبوی معروف علی الید ما اخذت حتی تؤدیه می باشد، بنابراین ماده ۳۰۸ قانون مدنی آئینه تمام نمای مدلول نص مزبور است که بایبانی روشن و زیبا در قانون مدنی و در قالب فارسی آورده شده است. و با وجود این ماده حاجتی بتدوین ماده ۳۶۶ قانون مدنی نبوده زیرا مدلول ماده ۳۰۸ شامل مدلول ماده ۳۶۶ نیز می باشد چنانکه حدیث مذکور هم شامل حکم مقبوض بعقد فاسد (یا مدلول ماده ۳۶۶) بوده است.

تسمیت پنجم

احکام تصرف غیر قانونی

الف- اصل در ضمان ید

ب- شرایط اساسی ضمان ید

- ج- ضمان مقبوض بعقد فاسد
- د- ضمان مقبوض بعقد غیر نافذ
- ه- ضمان تلف در زمان خیار
- و- ضمان عاقد بعد از اعمال خیار
- ز- ضمان مغرور
- ح- ایادی متعاقبه
- ط- ضمان عین
- ی- ضمان تلف عین
- ک- تعذر مثل

اصل در ضمان ید

۵۶۲- در این دوره بموجب مدرک ضمان ید اصل این است که اثبات ید بر مال غیر بطور کلی موجب ضمان و مسئولیت است خواه این اثبات ید باعث دفع سلطه مالک گردد یا موجب رفع آن شود مگر اینکه قرینه‌ای بر عدم ضمان وجود داشته یا مالک بطور روشن از طرف، اسقاط ضمان نماید؛ یا اینکه قانون حکم بر رفع ضمان کند.

این اصل را ماده ۳۰۸ قانون مدنی نیز در دوره حاضر متکفل است (۱)

۵۶۳- نتیجه- اگر بایعی که مبیع معینی را مورد بیع قرار داده اشتباهات بیشتر از مقدار مبیع را در اختیار مشتری، بگذارد و مشتری هم بدون توجه در همه آن تصرف نماید بموجب مدرک ضمان ید مسئول است بطوری که باید عین زائد را رد کند و در صورت تلف و اتلاف باید مثل یا قیمت بدهد زیرا بایع از مشتری نسبت بقدر زائد، رفع

(۱) با وجود این ماده و مواد بعدی آن حاجتی بتدوین مواد ۳۰۱-۳۰۲-۳۰۳ قانون مدنی نبوده مضافاً بر این، بین این سه ماده و مبانی مواد غصب در بعضی موارد تناقضاتی هست که به بعضی از آنها در اثناء مطالب آینده اشاره خواهد شد.

ضمان نکرده است (۱) با توجه بمدلول این نتیجه کیفیت شمول ضمان ید نسبت بمواردی که چندان صراحت ندارد آشکار میشود.

شرائط اساسی ضمان ید

۵۶۴ - ضمان ید با همه وسعتی که دارد مانند همه مظاهر هستی نسبی است و دارای قیود و حدودی است که به سه قید مهم آن اشاره می شود:

اول - مدرك ضمان ید ناظر به روابط مالك و متصرف غیر قانونی است و توجیهی بر روابط بین متصرفین غیر قانونی ندارد زیرا اگر ناظر بر روابط متصرفین غیر قانونی نیز باشد باید لاحق (در صورت وجود عین مال) بحکم «على الید ما اخذت حتی تؤدیبه» آنرا بصاحب ید سابق رد کنند ولو اینکه بدانند تصرف ید سابق غیر قانونی بوده است و این بالبدها باطل است.

۵۶۵ - نتیجه - هر چند که به محض تلف شدن مال نزد ید لاحق، ذمه و دارائی ید سابق و ید لاحق، وثیقه طلب مالك می شود و مالك می تواند بهر يك از آن دو مراجعه نموده رُحق خود را بخواهد ولی ید لاحق در مقابل ید سابق مسئولیتی ندارد یعنی اگر مالك، خسارت خود را از ید سابق بگیرد ید سابق نمیتواند از ید لاحق مطالبه خساراتی را که پرداخته است نماید .

نکته - مولفان این دوره عقیده دارند که در مورد مزبور ید سابق حق مطالبه خسارت را از ید لاحق دارد و مدرك ضمان ید را ناظر بر روابط متصرفین غیر قانونی نیز می دانند (۲) و حقوق دوره سوم همین نظر را در طی ماده ۳۱۸ قانون مدنی پذیرفته است .

(۱) چون این الزام ناشی از قرار داد نیست بنابراین فقره اخیر ماده ۳۰۸ قانون مدنی هم مقتضی ضمان مشتری در فرض بالا است .

(۲) و الدلیل علی ذلك اطلاق علی الید . . . بالنسبة الی الید اللاحقة، ای يشمل اطلاقه ضمان اللاحق قبل خروج السابق عن عهده مال المالک و بعده .
منیة الطالب - جلد اول - صفحه ۳۰۵

۵۶۶- دوم- مدرك ضمان يدوسيلة كسب وتمتع مالك مال مورد تصرف غير قانونی نیست بلکه وسیله جلودگیری از زیانهای مالی مالك است. بنابراین قید (که بالبداهة علت وجودی وضع قانون «على الیدماخذت حتی تؤدیه» می باشد) در مواردی که تسلیم مال مورد تصرف غیر قانونی به مالك آن برای مدتی متعذر است (ولی امید امکان رد آن بمالك وجود دارد) ترقی نرخ و تنزل آن در صورتی (۱) بعهده متصرف غیر قانونی است که مقتضی انتفاع از ترقی نرخ (در مورد ترقی نرخ) یا مقتضی جلودگیری از ضرر حاصل از تنزل نرخ (در مورد تنزل نرخ) وجود داشته باشد (رجوع شود به مطلب شماره ۵۳۵ و بعد) در ماده ۳۰۸ قانون مدنی دوره سوم این شرط را بخوبی می توان رعایت نمود.

۵۶۷- سوم- مدرك ضمان یدموجب مسؤلیت متصرف غیر قانونی در موردی است که مالك مال عرفاً علت تامه حصول مال خود درید غیر نشود مثلاً اگر تاجر ورشکسته بعد از تاریخ توقف معامله یا هبه ای کند و این مال نزد منتقل الیه تلف شود و منتقل الیه در حین معامله یا هبه تا حین تلف، علم بتوقف تاجر نداشته باشد (۲) مسؤلیتی متوجه منتقل الیه نیست زیرا منتقل الیه مغرور است و مستفاد از نص المغرور یرجع الی من غره این است که منتقل الیه مزبور در مقابل مالك مسؤل نباشد.

(۱) در مؤلفات این دوره این شرط مورد بحث واقع نشده و فقط بعضی از موافقان بزرگ قرن حاضر عقیده دارند که هر گاه مال متعذر الرد تلف شود متصرف غیر قانونی مسؤل ترقی نرخ است (نه تنزل آن) و در صورت عدم تلف ورد عین مال مزبور اساساً مسؤلیت ندارد.

منیة الطالب - جلد اول - صفحه ۱۶۱

(۲) ماده ۵۵۷ قانون تجارت: کلبه قراردادهائی که پس از تاریخ توقف تاجر منعقد شده باشد نسبت به هر کس حتی خود تاجر ورشکسته محکوم ببطال است - طرف قرار داد مجبور است که وجوه یا اموالی را که بموجب قرارداد باطل شده دریافت کرده است باشخاص ذیعق مسترد دارد.

۵۶۸- نکته- در دوره سوم هر چند ماده ۳۰۸ قانون مدنی بحسب ظاهر بطور کلی اثبات ید بر مال غیر را موجب ضمان متصرف غیر قانونی میدانند ولی اگر مدلول این ماده را با مدلول ماده ۳۲۵ قانون مدنی (که مدلول حدیث نبوی «المغرور یرجع الی من غره» در آن منعکس است) بسنجیم میتوانیم از وسعت بی اندازه مدلول ماده ۳۰۸ بکاهیم و ماده ۳۲۵ را منحصص ماده ۳۰۸ در موردی قرار بدهیم که مالک مال، عرفاً علت حصول مال خود در ید غیر گردد.

بهمان ترتیب که ماده ۳۲۵ منحصص ماده ۳۰۸ می باشد منحصص ماده ۳۶۶ قانون مدنی هم محسوب است.

ضمان مقبوض بعقد فاسد

۵۶۹- هر گاه کسی باستناد عقد باطل مالی را از مالکش دریافت نماید و آن مال نزد وی تلف شود مسئول است. ماده ۳۶۶ قانون مدنی در دوره سوم این نظر را اختیار نموده است و اگر این ماده نبود از ماده ۳۰۸ قانون مدنی هم همین معنی قابل استخراج بود زیرا مدرك مدلول ماده ۳۰۸-۳۶۶ در دوره دوم يك چیز است و آن نص «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» است؛ البته نسبت بخصوص غاصب هم نصوص جداگانه ای در دست است (۱)

غالب مؤلفان این دوره معتقدند که وضع ید بر مال غیر، موجب ضمان است مگر در عقد غیر معوض باطل، و عبارت معروف کل عقد لا یضمن بصحیححه لا یضمن بفاسده ناظر به همین معنی است. در استدلال بر این نظر می گویند: نصوص راجع به عاریه و ودیعه دلالت بر عدم ضمان امین (در مورد تلف مال) می کند اگر امین تعدی و تفریط نکرده باشد، در مورد عقد باطل اساساً صاحب مال از مرحله امانت هم يك قدم فراتر

(۱) این یکی از مواردی است که مطالعه تاریخ حقوق موجب تنظیم دقیق و مناسب قوانین می باشد (مطلب شماره ۹)

رفته و ضمن العقد اذن اتلاف مال موضوع عقد را هم بطرف داده است چه مال را باو تملك کرده است و تملك مستلزم اذن درهر تصرفی است حتی در اتلاف ، بنا بر - این وقتی که امین مسئول نباشد کسی که عقد باطل بنفع او است مسلماً و بطریق اولی مسئول نیست .

۵۷۰- این دلیل علیل است زیرا در مورد تصرفات مالك در اموال، اصل احترام اراده مالك است مگر در موردی که قانون جلوی اراده افراد را بگیرد. حکم قانون بفساد عقد در حقیقت نفی آثار حقوقی اراده عاقد است بنا بر این اراده عاقد کان لم یکن فرض شده است لذا از نظر مقنن اذنی وجود ندارد تا دافع مسئولیت باشد پس بنا بمدلول علی الید ما اخذت.... در این مورد هم گیرنده مال مسئول است.

۵۷۱- نکته - ماده ۳۶۶ قانون مدنی هر چند نظر اخیر را پذیرفته است ولی وسعت مدلول آن مقصود نیست و همانطور که قبلاً گفتیم مدلول آن محدود بماده ۳۲۵ می باشد یعنی مالك در طی عقد فاسد اگر سبب و علت ایصال مال به منتقل الیه باشد مسئولیتی متوجه منتقل الیه نیست .

مقبوض بعقد غیر نافذ

۵۷۲- فرق عقد فاسد (یا عقد باطل) با عقد غیر نافذ این است که اولی قابل تصحیح نیست ولی دومی بعد از اجازه متضرر از عقد دارای آثار حقوقی می باشد و در حقیقت میتوان گفت: عقد دو قسم است عقد باطل و عقد صحیح، عقد صحیح دو قسم است یکی عقد نافذ و دیگری عقد غیر نافذ. بنا بر این عقد غیر نافذ از مصادیق عقد صحیح است یعنی از نظر مقنن، يك موجود حقوقی است نهایت آنکه پس از پیوست اجازه، داری آثار عقد می شود.

۵۷۳- عنوان «عقد غیر نافذ» در نصوص قوانین این دوره (بعکس دوره سوم) وجود ندارد و آنرا باید از جمله مفاهیم فقهی تلقی نمود و در اصل تصور آن جای بحث است یعنی آیا امکان دارد که ماهیت عقد، محقق شود و در عین حال غیر نافذ باشد؟

۵۷۴- بحث کنونی این است که اگر شخص اکراه کننده مالی را در عقد اکراهی از مالک گرفت و آن در نزد وی خود بخود تلف شد قبل از اینکه شخص مکره عقد را تنفیذ کند آیا حکم ماده ۳۶۶ قانون مدنی کنونی را باید رعایت نمود یعنی حکم مقبوض بعقد غیر نافذ مانند حکم مقبوض بعقد فاسد است؟

نصوص قانونی دوره سوم به پیروی از نصوص قانونی و تالیفات فقهی دوره دوم در این مورد سکوت اختیار نموده و کسی متعرض این بحث نشده است. بنظر ما با توجه به « اصل ضمان ید » (مطلب شماره ۵۶۲) شخص اکراه کننده ضامن تلف و نقص عین و منافع آن می باشد. این نظر با توجه به وسعت مدلول «علی الید... درست است ولی عبارت «بدون مجوز...» در ماده ۳۰۸ قانون مدنی دوره سوم مانع قبول نظر مزبور در حقوق دوره نامبرده می باشد و این از نواقص آن ماده است مگر اینکه بگوئیم صحت عقد مکره، مجوز تصرف در مال اکراه شونده نیست باین وسیله رفع نقص مزبور می شود.

ضمان تلف در زمان اختیار

۵۷۵- مقصود از این بحث بررسی مدلول قاعده معروف «التلف فی زمن الخیار ممن لاختیاره» (که اختصاص به اختیار حیوان و اختیار شرط و اختیار مجلس دارد) نیست بلکه بحث در موردی است که شروط و مشخصات ذیل وجود داشته باشد:

اولا- من لاختیاره وجود نداشته باشد مثل اینکه هر دو طرف عقد، اختیار داشته باشند. و اگر من لاختیاره وجود دارد اختیار طرف دیگر عقد از نوع اختیار شرط و

خیار حیوان و خیار مجلس (۱) نباشد مثل اینکه خیار غبن یا خیار عیب باشد.
ثانیا- مورد معامله نزد من علیه الخیار تلف شده باشد.

ثالثا- تلف بعد از قبض باشد (۲)

رابعا- تلف در زمان خیار واقع شود.

با وجود اجتماع این شرائط من علیه الخیار ضامن تلف مورد معامله بنفع ذوالخیار است اگر صاحب خیار اعمال خیار نماید.

علت ضمان من علیه الخیار این است که صاحب خیار با اینکه بوسیله عقد ، مال خود را منتقل به طرف خود نموده معذک از راه قرار دادن خیار بنفع خود ، مال منتقل عنه را متعلق حق عینی خود قرار داده است بنابراین من علیه الخیار چون وضع ید بر مالی می کند که متعلق حق غیر است بموجب « علی الید ما اخذت حتی تؤدیه » مسئول صاحب خیار می باشد زیرا عنوان « ما اخذت » در نص مزبور اعم است از اخذ مال غیر و اخذ مالی که متعلق حق غیر است.

۵۷۶- نکته - بعضی از مؤلفان این دوره اساساً عقیده بضمن مذکور ندارند و تلف مزبور را موجب سقوط خیاری دانند ولی غالب مؤلفان این دوره تلف مورد معامله را (چه نزد معامل تلف شود چه نزد معامل) موجب سقوط خیار صاحب خیار ندانسته اند نهایت اینکه تلف مزبور را موجب ضمان درک (۳) می دانند نه ضمان ید باین معنی که هر یک از متعاقدین را ضامن مالی میدانند که با و منتقل شده است و ضمان مزبور را اینطور معنی می کنند که هر گاه بعلت اعمال خیار یا اقاله ، فسخ و انفساخ

۱- راجع بالحق خیار مجلس بخیار شرط و حیوان بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد ماده ۴۵۳ قانون مدنی خیار مجلس را در حکم خیار شرط و خیار حیوان قرار داده است.

۲- چه تلف قبض مشمول قاعده مخصوص کل مبیع تلف قبضه فهو من مال بایمه (ماده ۳۸۷ قانون مدنی) میباشد .

۳- چنانکه در کتاب مستنبط گفته ایم ضمان درک باین معنی در این دوره مدرک قانونی و عقلی ندارد.

حاصل شود و مال قبلا تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را رد نمود .

۵۷۷- تبصره - در حقوق دوره سوم قانون نسبت بضمنان مزبور ساکت است و معلوم نیست که با وجود سکوت قانون نسبت باین ضمنان، تکلیف تلف مزبور در زمان خیار چیست، چون اگر دلیلی بر ضمنان معاوضی مزبور باشد مجال برای اعمال خیار هست و گرنه مجال آن نیست. با وجود عبارت «بدون مجوز...» در ماده ۳۰۸ نمی توان (به ضمانت) من علیه الخیار را ضمن تلف مورد معامله (که نزد او تلف شده) دانست (۱) بنابراین ضمانت علیه او وجود ندارد و بالنتیجه خیار ساقط میشود (۲)

ضمنان عاقد بعد از اعمال خیار

۵۷۸- هرگاه صاحب خیار، اعمال خیار کند مال منتقل الیه که نزد او است امانت محسوب نمی شود بلکه وی ضامن (بضمنان) است که آنرا بمالك اولی رد کند یعنی ضمنان تلف و اتلاف آن می باشد. علت این است که من علیه الخیار هر چند که از جهت قبول خیار برفع طرف خود، مقتضی سلطه طرف را بر مال خود (نسبت ببعد از فسخ عقد) ایجاد می کند ولی ایجاد این مقتضی دلالت ندارد که وی از من له الخیار (پس از اعمال خیار) اسقاط ضمانت نموده باشد و همانطور که در شرح «اصل ضمانت» (مطلب شماره

۱- اگر فقرة دوم ماده ۳۰۸ به این شکل تنظیم میشد:

اثبات بدبرمال غیر بدون نفی ضمنان نیز در حکم غصب است هم مشکل بالاحل می شد و هم مشکل مقبوض بقصد غیر نافذ (مطلب شماره ۵۷۲ و بعد) و هم رعایت مصلحت اجتماعی به احسن وجه شده بود. اینست که در ابتداء کتاب گفتیم مطالعه تاریخ حقوق ما را در تنظیم قوانین بوجه انطباق کمک میکند.

۲- علت این است که صاحب خیار در نظر دارد که وضع حقوقی قبل از عقد را تجدید کند یعنی هر يك از طرفین مالك مالی شوند که حين حدوث عقد مالك بوده اند بنابراین وقتی که مورد معامله نزد منتقل الیه تلف شود راه اعمال خیار بمنظور وصول به هدف مزبور مسدود است و جهتی برای اعمال آن وجود ندارد چونکه تلف مزبور قانونا (یعنی در قانون دوره سوم) بدل ندارد تا راه اعمال خیار باز شد.

۵۶۲) گفته شد صرف اثبات ید بر مال غیر بموجب « علی الید ما اخذت ... » موجب ضمان است.

۵۷۹- نکته- تصور اینکه عنوان « اخذ مال غیر » در این مورد محقق نشده است بنابراین جهتی ندارد که عاقد بعد از اعمال خیار، ضامن مال مورد معامله باشد نادرست است زیرا لازم نیست که حین حدوث ید، مال مورد تصرف، متعلق بدیگری باشد بلکه کافی است که ید بر مال دیگری ثابت و مستقر گردد، و عنوان « اخذ مال غیر » تأثیری در مسئولیت ندارد زیرا میدانیم گاهی اخذ مال غیر از روی جهل بمالکیت مالک آن، موجب ضمان است بنابراین نمی توان برای عنوان « اخذ مال غیر » اثر حقوقی قائل شد چه صاحب خیار در بسیاری از اوقات می تواند فسخ عقد را با رد مبیع در آن واحد انجام دهد و اگر چنین کاری نکند و قبلاً فسخ را واقع سازد عمداً با این عمل، وضع ید بر مال غیر نموده است و بعید است که مقنن چنین کسی را ضامن نشمرد ولی جاهل بمالکیت غیر را ضامن بداند.

۵۸۰- تبصره- در حقوق دوره سوم نصوص قانون راجع بضمن عاقد بعد از اعمال خیار ساکت است. میتوان با توجه باستدلال فوق و سابقه مزبور قسمت اخیر ماده ۳۰۸ قانون مدنی را موجب ضمان عاقد بعد از اعمال خیار تلقی نمود.

ضمن مغرور و ضمان غرور

۵۸۱- هر گاه شخصی مالی را که قانوناً ممنوع از معامله آن می باشد به دیگری منتقل کند بطوری که منتقل الیه از غیر قانونی بودن تصرف طرف خود بی اطلاع باشد در این صورت منتقل الیه باید مال را بمالک رد کند و اگر آن را تلف کند یا نزد او تلف شود یا ناقص گردد یا نفعی از آن ببرد یا نفع آن فوت گردد در تمام این صورت ها منتقل الیه در مقابل مالک مسئول است، ولی پس از پرداختن خسارت می تواند آنچه را که پرداخته از ناقل آن مال بخواهد. در این مورد ضمان ناقل آن مال را بنفع

منتقل الیه «ضمان غرور» گویند خود ناقل را غار (بتشدیدراء) ومنتقل الیه را مغرور (فرب خورده) نامند واین قاعده را «قاعده غرور» گفته اند و مسئولیت منتقل الیه را درمقابل مالك مال «ضمان مغرور» می نامیم.

۵۸۲- نکته- غراماتی که مالك مال می توانست از غاریا مغرور مطالبه نماید عبارت بود از:

الف- عوض مال (اعم از اینکه مال نزد مغرور تلف شده یا اینکه مغرور آنرا تلف کرده باشد)

ب- تفاوت قیمت واقعی مال حین معامله و ثمن المسمی

ج- ترقی قیمت مال (نسبت به قیمت واقعی مال حین معامله) پس از معامله

د- قیمت منافع مستوفات

ه- قیمت منافع غیر مستوفات (۱)

در دوره سوم مباحث فوق را در ماده ۳۲۵ قانون مدنی میتوان ملاحظه نمود.

ایادی متعاقبه

۵۸۳- یکی از مباحث مربوط به تصرف غیر قانونی بحث ایادی متعاقبه (یاتوارد

ایادی) است این بحث از دو جهت عمده مورد نظر قرار گرفته است :

اول- رابطه مالك و صاحبان ایادی متعاقبه - خلاصه بحث اینکه: اولاً- تصرف

غیر قانونی چند نفر بطور متوالی نسبت بمال معین، همه آنان را مسئول مالك می سازد، مالك

می تواند عین مال، و در صورت تلف یا اتلاف، عوض آنرا از هر يك بستاند ولی اگر

از یکی از آنان گرفت دیگر حق مطالبه از دیگران ندارد. ثانیاً- ذمه های ایادی متعاقبه

قانوناً وثیقه دین واحدی است که آن دین حق مالك است مالك نمی تواند ذمه

هارا تقلیل دهد یا از ائیل کند فقط میتواند حق خود را اسقاط نماید نظر باین مطلب

اگر مالك حق خود را یکی از ایادی متعاقبه منتقل کند این عمل مستلزم اسقاط حق

اونسبت بجمیع خواهد بود چه اگر فرضاً پنج ید متعاقب وجود داشته باشد پنج ذمه وثیقه دین واحد می شود و مالک نمی تواند ذمه ها را تقلیل دهد ولی حق خود را می تواند ساقط کند علیهذا یدی که حق مالک باو منتقل شده برای وصول دین مورد انتقال ، حق مراجعه بسایرین را ندارد و گرنه باید گفت تعداد پنج ذمه که وثیقه قانونی دین بود تبدیل بچهار ذمه شده (زیرا معنی ندارد که ذمه خود او که ذمه پنجم است وثیقه طلب خودش باشد) و چون تغییر ذمه ها در اختیار قانون است نه در اختیار مالک ، بنابراین نتیجه قهری انتقال حق مالک بیکی از ایادی متعاقبه سقوط دین از همه آن ایادی است.

۵۸۴. نکته با وجود اینکه مطلب بالا بدیهی است ماده ۳۲۱ قانون مدنی در شق اخیر خود به پیروی از نظر مؤلفان حقوق دوزه دوم میگوید : « اگر حق خود را بیکی از آنان بنحوی از انحاء انتقال دهد آنکس قائم مقام مالک می شود و دارای همان حقی خواهد بود که مالک دارا بوده است . » و این معنی را نمیتوان مستدل نمود.

۵۸۵ - دوم - رابطه صاحبان ایادی متعاقبه بایکدیگر - این بحث از دو نظر مورد مطالعه قرار گرفته است:

یک - روابط ایادی متعاقبه در موردی که بین آنها رابطه غار و مغرور می باشد این بحث را قبلاً (مطلب شماره ۵۸۱) بیان کردیم.

دو - روابط ایادی متعاقبه در موردی که بین آنها رابطه غار و مغرور نباشد. از نظر بحث تاریخ حقوق مطلب قبلاً بحث در این باب نداریم جز آنچه که در مطلب شماره ۵۶۴ و بعد بیان شد.

ضمان عین

۵۸۶ - در این قسمت (و مباحث مربوط بآن) مطالب تألیفات این دوره هر چه

محققانه تر می شود مضطرب تر می گردد و اقوال و آراء گوناگون پدید می آید بطوریکه فحول فقه به دشواری این مسائل اعتراف می کنند (۱) و بناچار همان اضطرابات بر مواد باب غصب قانون مدنی کنونی مخصوصاً سه ماده ۳۱۱-۳۱۲-۹۵۰ سایه انداخته است و نقش تاریخ حقوق در رفع این اضطرابات روشن می گردد. اصول مباحث در این این مورد از این قرار است:

۵۸۷ - A - هر گاه عین مال مورد تصرف غیر قانونی تلف نشود ولی پس از تاریخ تصرف غیر قانونی، نرخ آن در بازار محل ترقی نموده و در موقع رد عین مال تنزل کند متصرف غیر قانونی، تفاوت نرخ روز تصرف و بالاترین نرخ مال را (تا روز رد عین مال) باید به مالک بدهد، زیرا ترقی قیمت مال عرفاً جزو منافع مسلم است (۲) و منافع مزبور مشمول عنوان مال است و در حدیث «علی الید ما اخذت...» عنوان «ما اخذت» شامل منافع مزبور هم می شود زیرا اخذ منافع مال بتبع اخذ عین مال، مقدور و میسر است.

۵۸۸ - نکته - در دوره دوم مؤلفان حقوق معتقدند که پس از رد عین مال مورد تصرف غیر قانونی، دیگر مسئولیتی از بابت ترقی نرخ مال، متوجه متصرف غیر قانونی نمی باشد. چنانکه ملاحظه می شود این یکی از مواردی است که عدم النفع ضرر محسوب نشده است با اینکه اقتضاء نص قانونی «علی الید...» این بود که در این مورد حکم بضمان شود.

۵۸۹ - در حقوق دوره سوم قضات باید تفسیر قضائی را بطرفی سوق دهند که حکم بضمان متصرف غیر قانونی نسبت به مورد مزبور شود چه اولاً - عبارت «اثبات ید

۱- کیف کان فالمسألة مشکلة والالتزام بآثار الاقوال اشکل.

منية الطالب - جداول صفحه ۱۵۳

۲- از نظر عرف مقدار مالیت هر مال در زمان حال، بستگی بنرخ آن مال در بازار محل دارد بطوری که ترقی قیمت بعد از آن زمان، از نظر عرف منفعت محسوب است مثلاً میگویند این مال را صد تومان خریدم و فعلاً صد و پنجاه تومان می ارزد و پنجاه تومان نفع می دهد.

بر مال غیر، در ماده ۳۰۸ شامل نفع حاصل از ترقی نرخ مال مورد تصرف غیرقانونی نیز می باشد زیرا نفع مال هم مال است و اثبات ید بر نفع مال بتبع اثبات ید بر خود مال کاملاً شدنی است. ثانیاً - بموجب مدلول ماده ۳۰۳ دریافت (۱) مال بدون حق موجب ضمان عین و منافع (۲) است و ترقی نرخ هم از مصادیق منافع مال است. ثالثاً - در ماده ۳۶۶ مقنن صریحاً حکم بضمان عین و منفعت نموده است و بتنقیح مناط قطعی (وحدت ملاک) حکم این ماده شامل هر نوع اثبات ید بر مال غیر اعم از غصب و غیر غصب می شود و آن ماده اختصاص به مقبوض به بیع فاسد ندارد، چنانکه کلمه منفعت در آن ماده شامل منافع مستوفات و غیر مستوفات می باشد بنا بر این مواد ۳۰۳ - ۳۰۸ - ۳۶۶ مدارک تلف و اتلاف منافع مال مورد تصرف غیر قانونی در دوره سوم محسوب می شود (۳)

۵۹۰ - B - هرگاه عین مال مورد تصرف غیر قانونی تلف نشود ولی دچار تنزل قیمت (نسبت بقیمت روز تصرف غیر قانونی) گردد باید علاوه بر رد عین مال، تفاوت قیمت روز تصرف غیر قانونی و روز رد عین مال را هم بمالک بدهد.

مؤلفان حقوق دوره دوم در این مورد هم عقیده بدان تفاوت قیمت مذکور ندارند ولی نص قانونی «علی الید . . .» بهمان دلیل که گفته شد برخلاف این عقیده است چنانکه مستفاد از مواد ۳۰۳ - ۳۰۸ - ۳۶۶ لزوم پرداخت تفاوت قیمت مزبور می باشد چه مدلول دو ماده ۳۰۳ - ۳۶۶ نسبت بتنزل نرخ (که عرفاً ضرر محسوب است) بطریق اولی شمول خواهد داشت.

۱- باتنقیح مناط قطعی میتوان از «دود مفهوم کلمه «دریافت» بحدود مفهوم لفظ «اثبات ید» در ماده ۳۰۸ رسید.

۲- خواه منافع مستوفات باشد خواه نه

۳ - تعرض بحقوق دوره سوم در این موارد از باب هدایت کسانی است که در موارد سکوت قانون، از «تفسیر بسابقه» (که یکی از طرق تفسیر قضائی در حقوقهای جدید است) استفاده میکنند چه از خطرات تفسیر بسابقه سوق سکوت قانون بطرف مقرراتی است که خلاف مبانی ارزنده علم حقوق و مخالف مصالح اجتماع است.

۵۹۱- ج - هرگاه عین مال مورد تصرف غیر قانونی موجود ولی رد آن بمالك بجهتی

موقتا متعذر باشد حق عینی مالك نسبت بمال خود محفوظ است و متصرف غیر قانونی علاوه بر اینکه مکلف است پس از پایان تعذر ردعین، آنرا بمالك بدهد ضامن منافع مدت تعذر (اعم از منافع ناشی از ترقی نرخ عین مال یا منافع دیگر) نیز می باشد نهایت اینکه نسبت بنفع ناشی از ترقی نرخ در هر حال مسئول است و نسبت بسایر منافع با رعایت مقررات مربوط به عدم النفع (مطلب شماره ۵۳۵ و بعد)

۵۹۲- نکته - اغلب مؤلفان حقوق این دوره عقیده دارند که اولاً - متصرف غیر قانونی پس از پایان تعذر مکلف بر ردعین است. ثانیاً - مسئول منافع مزبور نمی باشد ثالثاً - باید در مدت تعذر بدل مال مورد تصرف را بمالك بدهد تا مالك از آن بهره ببرد و این بدل را «بدل حیلولة» نامند. بدل حیلولة در حقوق این دوره متکی بدلیل قانونی و عقلی نمی باشد.

۵۹۳ - نکته - شق اخیر ماده ۳۱۱ را که می گوید: «اگر ردعین ممکن نباشد باشد باید بدل آنرا بدهد.» هر چند که میتوان طوری تفسیر نمود که شامل بدل حیلولة بشود ولی مصلحت اجتماعی و رعایت اصول حقوق مربوط به مسئولیت مالی مقتضی انصراف از این تفسیر است.

توضیح : عدم امکان ردعین دو قسم است : عدم امکان موقت (تعذر موقت) و عدم امکان دائم.

بدلی که در مورد تعذر موقت داده می شود آیا بدل حیلولة است که يك بدل موقت است و پس از اخذ عین مال باید بدل حیلولة بصاحبش رد شود؟ ممکن است کسانی باشند که بعلت مشوب شدن ذهن آنان با سوابق تاریخی حقوق دوره سوم پاسخ مثبت باین سوال بدهند بدون اینکه بدانند دچار چه اشکالات اساسی خواهند

شد (۱) ولی مصلت اجتمه - اعی و حفظ اصول حقوقی راجع بمسئولیت چنین اقتضای دارد که یکی از دوراه حل ذیل را در مورد ماده ۳۱۱ بپذیریم:

يك - اساساً شق اخیر ماده ۳۱۱ ناظر بتعذر دائمی ردعین مال است بنابراین بدلی که داده می شود (در مثلی مثل و در قیمی قیمت) بدل دائمی آن است نه بدل حیلولة. علیهذا در مورد تعذر موقت قانون مدنی ساکت است و حکم آن را باید از عمومات قانون استفاده نمود که چگونگی آنرا در مطلب شماره ۵۹۱ بیان نمودیم.

دو - اگر عبارت «ردعین ممکن نباشد» را (در ماده ۳۱۱) اعم از تعذر موقت و تعذر دائم بدانیم باید بگوئیم بنا بظاهر عبارت «باید بدل آنرا بدهد» بدلی که داده می شود بدل دائمی است چه برای تعذر موقت باشد چه برای تعذر دائم والا (یعنی اگر مقنن نظری ببدل موقت داشت) می باید تفصیل و تفکیکی بین بدل در مورد تعذر دائم و بدل در مورد تعذر موقت بیان کرده باشد و همین سکوت در ماده ۳۱۱ بیان بهترین دلیلی است که وجود حقوقی بدل حیلولة را طرد می کند.

۵۹۴ - نکته - قانونی مدنی دوره سوم راجع بضمنان منافع در ما نحن فیه ساکت است ولی بنظر ما استفاد از مواد ۳۰۳ - ۳۰۸ - ۳۶۶ حکم بضمنان منافع است، و هم چنین است اگر در مدت تعذر، نرخ مال مورد تصرف غیر قانونی نسبت بروز

۱- اولاً - اگر متصرف غیر قانونی مکلف بدادن بدل حیلولة باشد شخص واحد در آن واحد دارای دو ضمان خواهد بود یکی ضمان ردعین و دیگری ضمان تسلیم بدل حیلولة.

ثانیاً - دادن بدل حیلولة در بعضی موارد ایجاد اشکال، میکند مثلاً شخصی که اتومبیل سواری دیگری را بدون مجوز متصرف شده و بعداً رد آن موقتاً متعذر گردیده اگر اتومبیلی از همان نوع در اختیار مالک بعنوان بدل حیلولة بگذارد معلوم نیست که مالک مال مورد تصرف غیر قانونی اتومبیل خود را چه مقدار و بچه کیفیت مورد استعمال و بهره برداری قرار میداده که بهمان اندازه از بدل حیلولة استفاده کند و افراط ننماید، و هم - چنین است وضع اشیائی که سربع الا - استهلاك - تندمانند فرش و لباس و غیره. بهر حال اشکالات عملی بدل حیلولة بیشتر از آنست که بر روی کتاب تصور می شود.

تصرف غیر قانونی تنزل نماید.

۵۹۵ - D - در مورد تعذر موقت مالک حق مطالبه قیمت را دارد و میتواند از مطالبه مثل صرف نظر نماید و طرف او مکلف بقبول است ولی صرف مطالبه قیمت، مستلزم تبدیل، مسئولیت رد عین بـمسئولیت رد قیمت نیست. موقعی این تبدیل محقق می شود که عملاً قیمت، تسلیم مالک شود.

ضمان تلف عین

۵۹۶ - این ضمان هم در این دوره دارای مباحث، مختلف و مضطرب است که آثار آن اضطراب در مواد ۳۱۱ - ۳۱۲ - ۹۵۰ دیده می شود چنانکه ذیلاً مشاهده می کنید:

۵۹۷ - A - - باینکه در نصوص قانونی این دوره بحثی از ضمان تلف عین مثلی به مثل و ضمان تلف عین قیمی به قیمت دیده نمی شود اغلب مؤلفان این دوره معتقدند که هر گاه مال تالف مثلی باشد باید مثل مال را به مالک بدهد و اگر قیمی باشد باید قیمت آنرا بدهد. بر این نظر دلیلی که بیشتر قابل اعتماد است این است که: مستفاد از ظاهر «علی الید...» با توجه بتشخیص و تفاهم عرف این است که در مثلی مثل و در قیمی قیمت داده شود چذ فقط در این وضع است که عرفاً گفته می شود بدل مال تالف اداء شده است.

اشکال قضیه در اصالت احراز عرف مزبور است چه معمولاً احراز آن نه متکی به آمار است و نه باتفاق نظر حقوقدانان، هر کس بسلیقه خود در اطاق مسقفی آنرا احراز می کند؛ در چنین وضعی معلوم است که ارزش آن چیست.

۵۹۸ - قانونی مدنی هم در ماده ۳۱۱ متأسفانه این نظر را اختیار نموده است باینکه عملکرد مردم امروز (و شاید مردم دیروز هم) این است که بدادن قیمت راضی می شوند و فرقی بین مثل و قیمت نمی گذارند و چه قدر مناسب است که اذهان مشوب

بسوابق تاریخی در مورد عبارت «مثل یا قیمت» کلمه «یا» را حمل بر تسویه نمایند تا قانون را بر عرف سهل منطبق سازند.

۵۹۹ - B - مثل در اصطلاحات حقوقی این دوره دو معنی دارد:

الف - مثل عرفی - هر دو چیز که دارای ماهیت مشترک و قیمت واحد باشند مثل عرفی یکدیگرند مانند دو جلد کتاب شاهنامه که از حیث قیمت برابر باشند. لازم نیست اشباه و نظائر مثل عرفی زیاد باشد بهمین جهت است که ماده ۹۵۰ قانون مدنی بعد از تعریف مثلی و قیمی و تصریح باینکه: «مثلی مالی است که اشباه و نظائر آن زیاد باشد» می گوید: «معذک تشخیص این معنی با عرف است» یعنی ممکن است در موردی که اشباه و نظائر کم باشد مثلی صدق کند.

۶۰۰ - نکته - در این دوره فقط صاحب کتاب جامع الشکات معتقد به مثل عرفی است و دیگران آنرا خلاف اجماع میدانند. ماده ۹۵۰ قانون مدنی ظاهر امثل عرفی را قبول نموده است.

۶۰۱ - ب - مثل اصطلاحی - تعریفات متعددی از آن در تالیفات این دوره دیده شده که همه آنها تقریبی است استاد فقهاء متاخر میرزا حسین نائینی مف- ادا می گوید: قدر متیقن از مثلی مالی است که دارای خصوصیات ذیل باشد:

اولا - صفات و آثار طبیعی آنها مساوی بایکدیگر باشد. ولی مصنوعات بشری بطور کلی قیمی است.

ثانیا - تاثیر هوا موجب فساد آن نشود بنابراین سبزیجات و امثال آنها قیمی است.

ثالثا - امثال مال مزبور فراوان باشد این فراوانی ممکن است در حین تلف عین مال مورد تصرف غیر قانونی وجود نداشته باشد (۱) بلکه قبل از تلف، فراوان بوده و در حین تلف

۱ - تعذر در مثل مال را در این صورت اصطلاحاً تعذر ابتدائی (در مقابل تعذر طاری) گویند.

گمیا ب شود این مطلب موجب نمی شود که مال از مثلی بودن ساقط شده و قیمی شود. بعضی از حقوق دانان چنین مالی را قیمی می دانند.

فراوانی مثل مال تالف را نسبت بمکان تلف (واما کنی که عادتاً از آنجا مثل را به مکان تلف حمل می کنند) منظور می کنند .

رابعا - همانندی صفات موجب برابری قیمت های آنها باشد .

مسلماً ماده ۹۵۰ قانون مدنی ناظر به مثلی بمعنی فوق نمی باشد.

۶۰۲ - C - در حقوق این دوره که پس از تلف عین مال مورد تصرف غیر قانونی در مورد مثلی مثل و در مورد قیمی قیمت باید داد در مورد مصداق مشتبه بین مثلی و قیمی قول مشهور این است که متصرف غیر قانونی مختار است که مثل یا قیمت را بدهد.

صرف نظر از دلیلی که بر این امر آورده اند همانطوری که سابقاً (مطلب شماره ۵۹۷ و بعد) گفتیم عمل کرد و عرف همین رسم را می پسندد ، قانون مدنی در این مورد ساکت است و خوب است در این مورد ب عرف مزبور یا سابقه مذکور (که قول مشهور هم هست) توجه شود.

۶۰۳ - D - ضمان تلف عین قیمی - در این دوره (مانند دوره سوم) اگر عین مال مورد تصرف قیمی بوده و تلف شود باید قیمت آن بمالك داده شود ولی قیمت مال از روز تصرف غیر قانونی (اصطلاحاً یوم الغصب نامیده می شود) تا روز پرداخت خسارت (اصطلاحاً یوم الدفع، یوم الرد، یوم الاداء نامیده می شود) نوسان هائی پیدا میکند. در این مورد پنج نظر متفاوت وجود دارد قول مشهور این است که قیمت روز تلف مال باید بمالك داده شود خواه این قیمت برابر قیمت یوم الغصب باشد خواه بیشتر خواه کمتر. مدرك این نظر يك سلسله نصوص مربوط بباب اتلاف است که ربطی

بموضوع مانحن فيه (باب تلف) ندارد (۱) مضافاً بر اینکه اسقاط تنزل و ترقی نرخ مال تالف (نسبت بنرخ یوم الغصب) مخالف مدلول «علی الید...» می باشد.

۶۰۴ - نکته - قانون مدنی در دوره سوم نسبت بساین مطلب ساکت است بنابراین جا دارد که اذهان مشوب بسوابق تاریخی از پیروی قول مزبور خودداری نموده و راه حل ذیل را که مطابق با عمومات حقوق و قواعد مسلم است اختیار کنند :

در مورد عین مال تالف قیمی باید متصرف غیر قانونی قیمت یوم الغصب را به مالک بدهد زیرا مالیت هر مال بنرخ روز و مکان وقوع مال معین می شود، مقدار مالیت مال مورد تجاوز در روز تجاوز بستگی بنرخ همان روز دارد اگر از یوم الغصب تا یوم التلف، مال مورد تصرف غیر قانونی از نظر قیمت ترقیاتی کرده باشد باید تفاوت بالاترین قیمت سعودی و قیمت یوم الغصب را هم بمالک بدهد زیرا این تفاوت نفع آن مال است و باید بمالک داده شود .

۶۰۵ - نکته - از مزایای راه حل بالا عدم خلط بین ضمان تلف عین مال و ضمان منافع است و این خلط بحث در بسیاری از راه حلها که در این باره آورده اند دیده میشود .

تعذر مثل

۶۰۶ - شرط حصول تعذر رد مثل آن است که حقیقه یا حکماً مثل مال تالف در خارج وجود نداشته باشد . مقصود از نبودن حکمی مثل مال تالف در خارج آنست که مثل مزبور بالاینکه در خارج هست ولی بقدری کم است که از جریان معاملات

۱ - ممکن است گفته شود ضمان متصرف غیر قانونی مادام که عین باقی است مربوط بر عین است و پس از تلف مربوط بر دقیمت است پس باید قیمت یوم التلف داده شود. ولی این گفته را صواب نیست زیرا آنچه دلیل تنزل و ترقی نرخ (نسبت بقیمت یوم الغصب) نادیده گرفته میشود.

خارج شده و احیاناً نزد بعضی اشخاص یافت میشود که ندرتاً آنرا در مقابل قیمت گزاف بمعرض معامله می گذارند .

در مورد شك در حصول تعذر رد مثل باستصحاب لزوم تأدیة مثل استناد می شود.
۶۰۷ - A - تعذر دائم رد مثل - ممکن است رد مثل دائماً متعذر شود در این مورد در حقوق این دوره دو عقیده مختلف وجود دارد بعضی معتقدند که به محض تعذر، مسئولیت رد مثل منقلب به مسئولیت رد قیمت می شود ، بعضی می گویند تعذر موجب انقلاب مثل بقیمت نمی شود بنابراین متصرف غیر قانونی باید قیمت یوم الاداء مثل را بدهد. ماده ۳۱۲ همین نظر را اختیار نموده است .

۶۰۸ - B - تعذر موقت رد مثل - در این دوره نسبت باین قسم تعذر همان دو عقیده فوق وجود دارد و ظاهر ماده ۳۱۲ هم چنین اقتضاء دارد ولی درست این است که گفته شود در مورد تعذر موقت رد مثل مالك می تواند صبر کند تا تعذر از بین برود و مثل را بگیرد و نیز میتواند بجای مثل قیمت بگیرد و در اینصورت باید قیمت مثل در روز تلف عین مال (واشغال ذمه برد مثل) بضمیمه تفاوت قیمت بین آن روز و روز مطالبه مثل (اگر ترقی کرده باشد) را بمالك بدهد، بهتر است که ماده ۳۱۲ راه مخصوص صورت A نموده و قانون نسبت به صورت B ساکت تلقی شود تا مجالی برای استناد باصول مسلم حقوقی در مورد B پدید آید.

قسمت ششم

غصب

الف - مقدمه

ب - ماهیت جزائی غصب

ج - فرق اثر حقوقی غصب و غصب حکمی

مقدمه

۶۰۹ - در مورد تجاوز بمال غیر اگر بحث ائتلاف بمعنی اعم (که شامل تسبیب هم می شود) مطرح نباشد طبعاً بحث تصرف بدون مجوز مال غیر منظور می باشد که تعریف آن را در مطلب ۵۵۳ دیدید و دانستید که تصرف غیر قانونی در مال غیر دو قسم است یکی غصب و دیگری غصب حکمی (یا تصرف غیر قانونی بمعنی اخص که قسم غصب است)

در حقوق این دوره مؤلفان حقوق همه مباحث مربوط بتصرف غیر قانونی (بمعنی اعم) را تحت عنوان غصب مورد مطالعه قرار می دهند و این موجب ضعف تألیف شده است زیرا غصب اخص از تصرف غیر قانونی در مال غیر است بنابراین مورد ندارد که مباحث وسیعی تحت عنوان محدودی مورد بررسی و مطالعه قرار داده شود. جای تأسف آنکه مقنن مدنی در دوره سوم هم از همین ضعف تألیف استقبال نموده و در ماده ۳۰۸ و بعد کلیه مباحث مربوط بتصرف غیر قانونی را تحت عنوان محدود غصب قرار داده است.

نکته

۶۱۰ - در مبحث تصرف غیر قانونی مؤلفان این دوره (مانند قانون مدنی دوره سوم) دو بحث جداگانه را مورد مطالعه قرار می دهند.

الف - تصرف غیر قانونی مال غیر بمعنی اعم

ب - تلف شدن مال مورد تصرف غیر قانونی پس از تصرف .

بحث ائتلاف مال غیر همیشه (چه در این دوره و چه در دوره سوم) به بحث جداگانه داشته است. بنابراین در مباحث غصب و تصرف غیر قانونی هیچوقت بحث ائتلاف مال غیر مطرح نیست این سنتی است که مؤلفان این دوره در تألیفات خود آنرا رعایت نموده اند.

ماهیت جزائی غصب

۶۱۱- غصب (با توجه بعناصر سازنده آن - مطلب شماره ۵۵۹) در حقوق ایندوره جرم است و مجازات آن مجموع دو امر ذیل است:

الف - تعزیر

ب - شدت عمل در استرداد عین مغضوب، یعنی غاصب از نظر - مسئولیت مالی باغیر غاصب (سایر متصرفین غیر قانونی که در مال دیگران بدون علم بتعلق آن بغیر تصرف می نمایند) فرق دارد بطوری که شدت عملی که علیه غاصب بکار می رود علیه غیر غاصب تجویز نشده است بهمین جهت یکی از نصوص قانونی این دوره می گوید:

ان الحجر المغضوب فی الدار رهن علی خرابها باین ترتیب اگر کسی سنگی را غصب کند و در پی بنای عظیمی بگذارد در موقع رد مغضوب باید آن بنای بزرگ را خراب کند و سنگ مغضوب را بیرون آورد و به مالک آن بدهد! این شدت عمل برای جلوگیری از حالت تجاوز با اموال غیر است که در اغلب مردم وجود دارد.

۶۱۲ - نکته - در حقوق دوره سوم این شدت عمل باقی مانده و ماده ۳۱۱ این کیفیت را حفظ نموده است ولی جنبه تعزیر آن در حقوق جزای ایندوره دیده نمی شود و مقنن جزائی آنرا در ردیف جرائم نیاورده است. ولی وجود همان شدت عمل در اخذ خسارت به ماهیت غصب در قانون مدنی يك رنگ جزائی خفیف می دهد.

فرق اثر حقوقی غصب و غصب حکمی

۶۱۳- در مورد غصب حکمی مقنن ایندوره شدت عمل مذکور در مورد غصب را تجویز ننموده است و مؤلفان ایندوره هم تصریح بتساوی آثار حقوقی غصب و غصب حکمی از هر جهت نکرده اند بلکه این موضوع را بسکوت برگزار نموده اند این ابداع قانون مدنی دوره سوم (ماده ۳۰۸) است که غصب حکمی را بطور اطلاق در حکم غصب قرار داده و متوجه اشکال قضیه نشده است چه اگر شخصی اشتباهاتیر آهنی را از مال

غیر بردارد و در قسمت بی بنائی عظیم بگذارد و بنارا بانجام برساند آنگاه مالک نیر مطالبه مال خود را بنماید آن شخص طبق ماده ۳۱۱ قانون مدنی مجبور بتخریب بنا وردتیر است! غاصب حکمی بعلمت نداشتن عمد (که عنصر عمومی جرائم است) مجرم نیست لذا سانکسیون تجاوز او بمال غیر نباید طعم جزائی داشته باشد؛ در هر حال ماده ۳۱۱ قانون مدنی خوب تنظیم نشده است و مقنن دوره سوم شتابزده بدون توجه بسوابق ماده تاریخی حقوق ایران ماده مزبور را تنظیم نموده است.

۶۱۴ - در عمل برای خلاص از این اشکال بهتر است که ماده ۳۱۱ چنانکه از ظاهرش برمیآید اختصاص به «غاصب» داده شود و ذیل ماده ۳۰۸ قانون مدنی (که غصب حکمی را همانند غصب حقیقی دانسته است) را وارد مورد اغلب تلقی نموده و بالنتیجه آن مقدار از مسئولیت غاصب که طعم جزائی دارد محصور بغاصب شود و سرایت بغصب حکمی داده نشود

فصل پنجم

خانواده

اهمیت خانواده

سهولت تشکیل خانواده

م-۴

تشریفات بی بودن عقد نکاح

نفته زن

نکاح منقطع

اهمیت خانواده

۶۱۵ - در حقوق ایندوره مانند همه حقوقهای وابسته باقتصاد آزاد خانواده

يك واحد اجتماعي مقدس است كه مقنن حتى المقدور كوشش دارد كه از دوره موقعيت آنرا مستحكم سازد: يكي از راه وضع قوانين مربوط به خانواده كه داراي ضمانت اجراء است مانند قانون مربوط بر عايت احترام پدر و مادر «لانقل لهما اف» يعنى پيـدر و مادر خود اف نگو، تخلف از اين قانون مجازات دارد و مجازات آن بصورت تعزير است، و ديگرى از راه وضع مقررات اخلاقي يعنى توصيه‌هاى اخلاقي مانند «وبالوالدين احسانا» يعنى پيـدر و مادر نيكي كنيد در اين مورد بقدرى قانون ابراز علاقه نهوده است كه مقرر داشته است پدر ميتواند صرفنظر از مورد وجوب نفقه وى بر فرزند بقدرى كه اسراف و فساد نباشد از مال فرزند بردارد خواه فرزند صغير باشد خواه كـبير و در اين موضوع نص قانون ميگويد: «انت ومالك لا ييك» يعنى اى فرزند تو بامال تو متعلق پيـدر خود ميباشى .

اينها و صدها مقررات اخلاقي و حقوقى ديگر قرنها اساس خانواده را محكم نمود و هنوز هم با وجود اينكه فساد اخلاق از ديگران اقتباس ميشود مباني اخلاقي در خانواده، هاى ما بسيار محكم است و همان مباني است كه در درجه اول حافظ و نگهدارنده اجتماع ما است و متأسفانه قانون مدنى در اين باب چيز تازه‌اى بر سابق نيفزوده و براى تحكيم مقررات اخلاقي گامى برنداشته است .

سهولت تشكيل خانواده

٦٦٦- مذاهب عموماً و مذهب اسلام خصوصاً نهال قانون را در زمين اخلاق كشت ميكنند و تاريخ حقوق نشان ميدهد كه اين عمل چه نتايج درخشان داشته است مذهب اسلام در قدم اول بر اخلاق و در قدم دوم بر قانون بنا نهاده شده است . بنا بر اين مطالعه حقوق دوره دوم بدون در نظر گرفتن نفوذ اخلاق اجتماعي اين دوره يك غلط فاحش است كه منشاء غلطهاى بيشمار ديگر مى باشد :

در حقوق ایندوره برای تحکیم مبانی خانواده مطالعه عاقلانه برای انتخاب همسر بنحو قابل ملاحظه ای منظور شده است مانند :

الف - کف دستان و صورت زنی را که با او ازدواج میکنی نگاه کن تا رشته مهر و محبت زناشویی محکمتر گردد .

قال (ص) لرجل من اصحابه وقد خطب امرأة : انظر الى وجهها وكفيها فانه احري ان يؤوم بينكما المودة والالفة .

ب- کسی که قصد ازدواج با زنی دارد میتواند از وراء جامه‌های رقیق او را ببیند چه وی بهای گرانی میپردازد (مقصود از بهای گران تعهدات اخلاقی و معنوی مرد در برابر اشتراك زندگی بازن آینده است ناچار باید این تعهدات سنگین در مقابل تحصیل زنی باشد که با زندگی خانوادگی بعدی مرد متناسب گردد)

صحيح يونس عن الصادق (ع) عن الرجل يريد ان يتزوج المرأة يجوز ان ينظر اليها قال : نعم وترقق له الثياب، لانه يريد ان يشترىها باغلى الثمن .

با وجود این توصیه‌های گران بها چنین بنظر میرسد که عرف و عادات خشن بسیاری از مردم استعداد هضم این امور را ظاهر ننموده است و ناچار زیان بکار نبستن مقررات سودمند و اندرزهای مفید تدریجاً آشکار گردید .

بهر حال مطالعات اولیه که در تحکیم مبانی خانواده و تسهیل امور مربوط بان بی اندازہ دخالت دارد نه تنها ممنوع نبود بلکه بنحو اعتدال و خرد مندانہ توصیه شد .

مهر

۶۱۷- مسأله مهر که شاید در دوره‌ای از زندگی بشر واقعا قیمت زن بود (یعنی در آن دوره ازدواج مانند خرید و فروش يك عقد معوض محسوب میشد) در حقوق

دوره دوم، بصورت يك هديه الزامی در آمد معنی مقنن ایندوره :

اولاً- ازدواج را از صورت يك عقد معوض خارج نمود و با بیانات مختلف در ضمن قوانین گوناگون اثبات نمود که مهر مستقل از عقد نکاح است بهمین جهت عقد نکاح بدون ذکر مهر درست است و حال اینکه بیع بدون ذکر ثمن باطل است.

ثانیاً- برای اینکه فکر مردم را در جهت عکس فکر خرید و فروش با اسم ازدواج حرکت داده باشد مطلب «مهر السنة» را عنوان کرد و مردم را پیروی از سنت خود تأکید مینمود . مهر السنة مبلغی ناچیز است چنانکه از مؤلف کتاب جامع الشتات پرسیدند: مهر السنة را بپول این زمان بیان فرمایند. در جواب نوشت: مهر سنت دو سنت و شصت و دو مثقال و نیم پول نقره سکه دار است بمثقال صرافان (جامع الشتات صفحه ۴۵۹) با پول فعلی از قرار مثقالی پانزده ریال جمع مبلغ سیصد و نود و سه تومان و هفت ریال و ده شاهی است .

عنوان مهر السنة يك دليل ديگر است بر اینکه مهر عوض معامله نیست زیرا عوض در کمیت تابع ارزش معوض بوده و باید متغیر باشد . از این گذشته گاهی تعلیم يك سوره قرآن را مهر قرار میدادند اینها همه دليل اینست که در حقوق دوره دوم مهر بصورت يك هديه الزامی بوده نه عوض عقد (۱) متأسفانه فکر مزبور که قرنها در اخلاق مردم ما تأثیر نموده بود و نتایج سودمند اجتماعی داشت از چندی باینطرف روز بروز متروک مانده بطوری که در حال حاضر عرف و عادت خشنی که مقتضی مهر سنگین

(۱) بعضی از مؤلفان این دوره میگویند: عقد نکاح اساساً دو عقد است:

الف- عقد ازدواج

ب - عقد مهر

این نظر هر چند درست نیست ولی دلالت بر استقلال نکاح از مهر مینماید.

کتاب منية الطالب - جلد دوم - صفحه ۱۴۷ - سطر اول و بعد

جامع الشتات - صفحه ۱۴۷ سطر پنجم و صفحه ۴۴۳ - سطر نهم و بعد

است خواه ناخواه نفوذ دارد و این خود یکی از موانع توسعه و اشاعه ازدواج و ایجاد عقده های جنسی و در نتیجه ، سبب بسط فساد اخلاق و تکثیر جرائم جنسی و غیر- جنسی شده است . محرومیت های جنسی از عوامل اصلی بروز بسیاری از جرائم است.

تشریفاتنی بودن عقد نکاح

۶۱۸ - در قرن اول از تاریخ ایندوره اصل **Consensualisme** در تمام عقود اعمال میشد و مقررات قانونی این دوره اصل مزبور را پذیرفته است بعدها مکتب اصولی شاید پیروی از حقوق رم اصل **Formalisme** در عقود را پذیرفته و آنقدر در اینراه مبالغه نمود که معتقد شد بدون لفظ اساساً ماهیت حقوقی عقد ، محقق نمیشود .

در حال مکتب اخباری همان اصل اول را که در قرن اول اعمال میشد در طول دوره دوم از تاریخ حقوق محافظ نمود و این آزمزایای آن مکتب است؛ اصل مزبور راحتی در مورد عقد نکاح هم جاری مینمودند و بعکس نظر جمعی دیگر که صیغه مخصوص و زبان عربی را برای تحقق عقد نکاح لازم میدانستند صرف ایجاب و قبول لفظی را به هر صیغه که رسا باشد (نسبت به قصد انشاء) و بهر زبان کافی می دانستند .

در ایجاب و قبول نکاح لفظ را از آن جهت لازم می دانستند که بین نکاح و سفاح فرق گذاشته شود از این باب است که می گویند . معاطات در نکاح ممکن نیست.

احتیاط در امر ازدواج ایجاب برقرار نمودن تشریفات را میکند و در دوره سوم تشریفات جدیدی منظور شده ولی سانکسیون عدم رعایت آن مقررات، بطلان عقد نیست.

۶۱۹- مطابق مقررات این دوره مرد باید لباس و مسکن و خوراک (و برخی امور جزئی دیگر) زن را بپردازد و حال زن تأمین نماید. بعضی تصور میکنند که باین ترتیب زن استقلال اقتصادی خود را از دست میدهد و موجود عاقل و باطالی میشود ولی مقررات این دوره تصور بالا را رد میکند چه :

اولاً- وظائف سنگین و در عین حال طبیعی مربوط بحمل و وضع حمل خود بخود غالباً مستلزم زوال اندکی از استقلال اقتصادی زن است مخصوصاً با توجه باینکه بسیاری از زنان در ایام حمل کسالت های طولانی و ممتد دارند در این صورت قانون يك اقدام احتیاطی اقتصادی بنفع زن را منظور داشته است.

ثانیاً- پس از قبول حفظ خانواده دیگر استقلال مطلق اقتصادی زن در مقابل مرد مفهومی ندارد زیرا استقلال اقتصادی بالطبع مستلزم استقلالهای دیگری است که مآلاً منجر بهدم اساس خانواده است و این خلاف فرض است زیرا بحث محدود به کادری است که در آن کادر وجود خانواده و حفظ آن در عداد مصالح اجتماع است البته در خارج از این کادر اساساً این مطالب مطرح نیست .

ثالثاً- آن مقدار از نفقه زن که شوهر باید بدهد آنقدرها قابل توجه نیست که استقلال نسبی اقتصادی زن را از بین ببرد برای این مطلب کافی است که بسؤال و جواب ذیل از کتاب جامع الشتات توجه شود :

سؤال- هرگاه زوجه مریضه باشد و محتاج بدوا، و زوج او تمایل کند در معالجه و قیمت دوا دادن، آیا میتوان از او گرفت یا نه؟

جواب- ظاهراً این است که قیمت دوا بر زوج لازم نیست و این داخل نفقه نیست و همچنین اجرت حجام و حمام مگر اینکه هواسرد باشد و از برای غسل محتاج بحمام باشد... (جامع الشتات- صفحه ۴۴۸- سطر سیزدهم)

صرفنظر از کیفیت عبارات و انشاء پرسش و پاسخ بالا و ظواهر امر، معلوم میشود

که زن باتکاء نفقه معین شده در قانون نمیتواند مستغنی باشد اگر اتکاء به عرف و عادات (که قانون مسئول آنها نیست) نبودن هم بری رفع باره ای از نیازمندیهای زندگی میباشد بمال شخصی یا کار خود متکی باشد بهمین جهت حقوقدانان ایندوره می گویند: زنی که شوهر دارد میتواند کار کند و مزد بگیرد (ولو اینکه شوهر اذن ندهد) مادام که کار کردن او منافات با حقوق زوجیت نداشته باشد (۱) و اگر شوهر دستور انجام کاری را که متقوم بمال باشد بزن خود بدهد باید اجرت المثل آن عمل را بزن پردازد (۲) و حتی زن قانوناً مکلف نیست بطفل شیر بدهد و میتواند در ازا این کار از شوهر مزد بگیرد.

بالا تر از همه اینها زن قانوناً مکلف به نگهداری اطفال خود نیست (۳) و می تواند در صورت امر یا اذن شوهر، از او در مقابل اینکار اجرت بگیرد. در این مورد از نظر تاریخی بی تناسب نیست که در سؤال و جواب ذیل (از کتاب جامع الشتات) دقت شود:

سؤال - هر گاه زینب زوجه زید بزوجه خود بگوید که اطفال خود را خدمت نمی نمایم شما خدمت بکنید و زید را اوضاعی نباشد که خدمتکاری نگهدارد و خود کاسب باشد، و هر گاه متوجه خدمت اطفال شود از کسب و تحصیل مؤنت باز میماند، آیا در اینصورت سخن زینب شرعاً مسموع میباشد یا نه؟

جواب - زینب ظاهراً میتواند این سخن را بگوید هر چند استحقاق حضانت هم با او باشد بجهت اینکه دایمی بر وجوب حضانت عیناً بر مادر ثابت نیست. و در این صورت هر گاه پدر فقیر باشد و نتواند جمع کند مابین تحصیل معیشت و خدمت کردن اطفال، معیشت خود را میتواند از وجوه صدقات بگیرد. و اما اینکه حضانت در اینصورت بر پدر واجب عینی است است یا کفائی آنها هم خالی از اشکال نیست، و حضانت و پرستاری غیر از نفقه و کسوة دادن است.

(جامع الشتات صفحه ۴۲۹)

(۱) جواهر الکلام - اجاره - صفحه ۵۴۹ - ۵۵۰

(۲) جامع الشتات - صفحه ۳۱۸

(۳) ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی فعلی در حقیقت جنبه اجتماعی قانون دوره دوم را

ترك نموده و راهی که عملی نیست انتخاب کرده است.

نکاح منقطع

۶۲۰- این ماهیت حقوقی که در حقوق دوره دوم پذیرفته شده و در ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی و مواد بعدی منعکس گردیده است بسیار جالب توجه است در موارد سکوت قانون مربوط باین موضوع از قوانین نکاح دائم و قوانین اجاره استفاده میشود و بیشتر از مقررات نکاح دائم اخذ میگردد بهمین جهت بعضی از حقوقدانان این دوره مانند صاحب جواهر «اصل تساوی احکام نکاح دائم و منقطع» را اعلام داشته اند.

در مورد اینقسم نکاح يك دنيا ذوق و تخيل و احساسات و عواطف بشری در مقابل يك ضرورت سخت و استوار زندگی وجود دارد هر گروه چیزی می پسندند ولی يك انسان رئالیست و واقع بین در مقام قانونگزاری طوری فکر میکند که در مقام ذوق و تخيل آنطور نمیتواند بیاندیشد.

مبحث دوم

حقوق بین الملل خصوصی

قسمت اول- تابعیت

قسمت دوم- اقامتگاه

قسمت سوم- حقوق خصوصی بیگانگان

قسمت اول

تابعیت

الف- ملاک تابعیت

ب- مبانی تابعیت

ج- تابعیت اطفال نامشروع

ملاک تابعیت

۶۲۱- در حقوق دوره سوم (از تاریخ حقوق ما) تابعیت (۱) رابطه ای است سیاسی که فردی را بدولتی مرتبط میسازد. این تعریفی است که حقوقهای مدرن از تابعیت میکنند در اینقسم تابعیت مذهب اشخاص را در نظر نمیگیرند.

Nationalité (۱)

در ابتداء دوره دوم از تاریخ حقوق ما تابعیت بر اساس وملاك مذهب قرار داده شد بنابراین شخصی که مسلمان بود تابعیت حکومت وقت را داشت و کسی که مسلمان نبود اجنبی محسوب میشد ولو اینکه دائماً در قلب حکومت اسلامی ساکن بوده و از نظر سیاسی تابع آن حکومت بشمار میرفت مانند اهل ذمه که پس از بستن قرارداد ذمه دائماً و اجباراً در قلمرو حکومت اسلامی ساکن میشدند. اسم عمومی که بتمام اجانب داده میشد «کافر» بود (۱).

نکته - دیری نگذشت که قلمرو واحد حکومت اسلامی تبدیل بقلمرو های متعدد و دول مستقل شد که برای حفظ استقلال خود ناچار شدند تابعیت را بر ملاک بستگی و رابطه سیاسی فرد با دولت معین (که در دوره سوم از تاریخ حقوق ما دیده میشود) قرار دهند.

این ترتیب پس از انقراض حکومت عباسیان (و بلکه قبل از انقراض حکومت عباسیان) در تاریخ حقوق مادیده میشود مثلاً ایرانیان عصر صفوی و ترکان عثمانی دارای مذهب واحد بودند و حال آنکه تابعیت مختلف داشتند.

۶۲۲ - حقوقدانان جدید معتقدند که فلسفه پیدایش تابعیت این است که تکلیف دولتها مشخص باشد و معلوم گردد که هر دولت از چه افرادی باید حمایت نماید و این معنی بدون تابعیت امکان ندارد.

ولی بنظر میرسد که این نظر با واقعیات خارجی وفق نمیدهد. اساس تابعیت بهر ملاکی که باشد نگهداری قدرت وسیعی است که بدون «تابعیت» بقاء چنان قدرتی امکان ندارد.

۶۲۳ - تبصره - هر چند که در دوره دوم از تاریخ حقوق ما ملاک تابعیت، مذهب

(۱) بر اساس این فکر گفته شده است: الكفر ملة واحدة (حدیث)

رسمی کشور بوده است ولی ملاک مزبور ملاک منحصر بفرد نبوده است. زیرا در مورد اهل ذمه میبینیم که قانون آنوقت از نظر سیاسی آنها را تابع مقررات عمومی مملکت دانسته است بطوری که اراضی اهل ذمه پس از بستن قرارداد ذمه از نظر سیاسی و اداری جز و قلمرو کشور محسوب است و اهل ذمه در حقیقت گوشه‌ای از جامعه‌ای را تشکیل میدادند که در قلمرو حکومت اسلامی زندگی میکنند.

۶۳۴ - نکته - همانطور که در حقوق دوره سوم دولت می‌تواند تابعیت را بر افراد مخصوصی تحمیل کند (ماده ۹۷۶ قانون مدنی) و نیز بوسیله «تراضی» بکسی تابعیت ایرانی بدهد (ماده ۹۷۹ قانون مدنی) در حقوق دوره دوم هم نظیر این وضع وجود دارد مثلاً قانون دوره دوم طفلی که از پدر و مادر مسلمان متولد شده باشد تابعیت پدر و مادر را بطفل میدهد، و نیز هر یک از اهل ذمه هر وقت که بخواهند میتوانند تابعیت اسلامی را بپذیرند.

مبانی تابعیت

۶۲۵ - در قوانین کشورهای کنونی جهان در مورد مبانی تابعیت به سه اصل توجه شده است:

اصل اول - هر فرد باید دارای تابعیت باشد یعنی فرد بدون تابعیت نباید وجود داشته باشد.

اصل دوم - تابعیت متعدد ممنوع است یعنی هیچ فردی نمی‌تواند بیش از یک تابعیت داشته باشد.

اصل سوم - تابعیت یک‌مطلب ثابت و غیر قابل تغییر نیست

بنظر میرسد که این سه مبنی بسیار قدیمی است و اختصاص بحقوقهای فعلی ندارد زیرا در دوره دوم از تاریخ حقوق ما این سه اصل کم و بیش مورد توجه بوده است بشرحی

که ذیلاً مورد بررسی قرار میگیرد:

اصل اول

۶۲۶- برای اصل اول دو نتیجه ذکر کرده اند :

الف - هیچکس نمیتواند ترك تابعیت دولتی را نماید مگر اینکه تابعیت دولت دیگری را بپذیرد. این نتیجه در قوانین دوره دوم از تاریخ حقوق ما (در ایامی که تابعیت بر ملاک مذهب قرار داشت) مورد قبول نبوده زیرا قوانین این دوره اساساً تغییر تابعیت اسلامی را اجازه نداده و بلکه آنرا جرم دانسته است.

ب- هر فردی که بدنیا آمد در همان آن تابعیت دولت معینی با و تحمیل میشود

این نتیجه در قوانین دوره دوم وجود داشته است چه این قانون مقرر میدارد:

«هر گاه یکی از ابوین طفل تابعیت اسلام را داشته باشد طفل هم بالتبع تابعیت

اسلامی (۱) را خواهد داشت؛ و هم چنین است اگر در حال انعقاد نطفه طفل یکی از ابوین اودارای تابعیت اسلامی باشند .

طرق تحمیل تابعیت

۶۲۷ - تحمیل تابعیت که نتیجه دوم اصل اول است در قوانین دوره دوم

یکی از دو صورت ذیل است :

الف- سیستم خون- در این سیستم طفل بمحض اینکه متولد شد تابعیت پدر و

مادرش با و تحمیل میشود. اصل در تحمیل تابعیت در حقوق این دوره (و نیز در حقوق

دوره سوم) سیستم خون است، و بطور استثنائی از سیستم خاک هم استفاده شده است.

ب- سیستم خاک (یا تابعیت ارضی یا تابعیت محل تولد) - مطابق این سیستم

تابعیت اشخاص از روی محل تولد آنان مشخص میشود (فقره سوم از ماده ۹۷۶

(۱) این معنی وسیع تر از مدلول فقره دوم ماده ۹۷۶ قانون مدنی است

قانون مدنی). در قوانین دوره دوم تحت عنوان «لقیظ دارالاسلام» درمبحث لقطه این نوع از تابعیت مورد بررسی قرار گرفته است، خلاصه سخن اینست که طفلی که در قلمرو اسلامی پیدا شده و نسب او محرز نیست (اصطلاحاً او را «لقطة انسان» گویند) تابعیت اسلامی باو داده میشود (این معنی کاملاً مشابه مدلول فقره سوم از ماده ۹۷۶ قانون مدنی است) باین ترتیب در قوانین دوره دوم «سیستم خاک» هم شناخته شده (۱) و مذهب سیستم خون بوده است چنانکه در قوانین تابعیت دوره سوم نیز وضع بر این منوال است

۶۲۸- نکته- سیستم نژادی برای تحمیل تابعیت در قوانین دوره دوم (و دوره سوم) بهیچوجه دیده نشده است.

۶۲۹ تبصره- يك طریق استثنائی برای تحمیل تابعیت در تألیفات حقوقی ایندوره دیده شده است که نصوص قانونی ایندوره آن را تائید نمیکند: و آن عبارت است از تحمیل تابعیت اسلامی بصغاری که در جنگهای خارجی باسارت گرفته میشوند (۲)

اصل دوم

۶۳۰- در قوانین دوره دوم ما نیز هیچ فرد حق نداشت دو تابعیت (بمعنی پیروی از دو مذهب) داشته باشد ولی همانطور که در حقوق فعلی جهان اختلاف طرز فکر دول راجع بتابعیت موجب پیدایش تعدد تابعیت در فرد واحد میشود در قوانین دوره دوم از تاریخ حقوق مانیز بعلت فوق، ممکن بود يك فرد دارای دو تابعیت باشد، مثال: بنا بمندرجات مطلب شماوه ۳۹۹ وقتی که در «قرار داد صلح موقت» (یا مهاده) شرط میشود که آنچه از افراد ذکور طرف قرارداد (یعنی

(۱) مدرک این قاعده نص «الاسلام بعلموا ولا یعلمی علیه شیئی» است که حقوقدانان اسلامی در همین مورد باستناد آن فتوی داده اند و ادعای اجتماع نیز بر مطلب فوق شده است.
(۲) رجوع شود بمبحث جهاد کتاب جواهر الکلام

طرف غیرمسلمان) تابعیت اسلامی را بپذیرند از تکلیف قانونی مهاجرت به قلمرو اسلام معاف باشند، درچنین موردی افراد مزبور دارای دو تابعیت میشوند: یکی تابعیت اسلامی که براساس قبول مذهب اسلام قرارداد است و دیگری ارتباط فرد مزبور با دولت خود از نظر سیاسی چنین فردی مشمول مقررات مالی هر دو دولت بود یعنی درمقابل هر دو دولت تکالیف مالی داشت که باید انجام بدهد.

اصل سوم

۶۳۱- در مقررات و قوانین دوره دوم اجازه ترک تابعیت به تبعه داده نشده است ترک تابعیت (یا ارتداد) ازجرائم بسیار بزرگ است که مجازاتش بی نهایت شدید است.

طبق قوانین دوره دوم هر گاه یک نفر از تبعه با زنی که تابعیت اسلامی رانداشت ازدواج میکرد (۱) تابعیت زوج بزوجه تحمیل نمیشد (۲) و نیز اگر شوهر زنی که از اهل کتاب بوده تابعیت اسلامی را می پذیرفت با وجود بقاء رابطه زناشویی، تابعیت شوهر بزنی تحمیل نمیگردید (۳)

نظر بملاحظات فوق معلوم می شود که در قوانین تابعیت دوره دوم ما بهیچوجه تابعیت زوج بر زوجه تحمیل نمیشد این چیزی است که نظیرش را در اوائل قرن بیستم طرفداران تساوی جنس زن و مرد خواستار آن بوده اند بطوری که در کنگره مؤسسه حقوق بین الملل سال ۱۹۳۲ در اسلو اعضاء کنگره طی ابلاغیه ای آرزو کردند که تابعیت یکی از زوجین بدیگری سرایت نکند مگر برضای او.

-
- (۱) ازدواج منقطع مجاز است و بعضی ازدواج دائم را نیز روا دانسته اند در تمام این مسائل جواز ازدواج بموردی اختصاص دارد که زوجه از اهل کتاب باشد.
- (۲) مقایسه شود با فقره ششم از ماده ۹۷۶ قانون مدنی
- (۳) مقایسه شود با فقره اول ماده ۹۸۴ قانون مدنی

۶۳۲- نکته تغییر تابعیت یکی از زوجین در قوانین دوره وسطی از تاریخ حقوق ما در بعضی موارد - موجب قطع رابطه زوجیت میگردید مثل اینکه زوجه اهل کتاب نبوده و زوج پس از ازدواج و قبل از دخول تابعیت اسلامی را میپذیرفت.

تابعیت اطفال نامشروع

۶۳۳- بموجب قوانین این دوره اطفال حاصل از رابطه نامشروع ابوبین میتوانند که پس از بلوغ، تابعیت اسلامی را قبول کنند .

نکته- تابعیت اطفال نامشروع در حقوق جدید ایران مورد اختلاف نظر است از اینجهت که آیا می توان سیستم خون را در مورد این اطفال اعمال نمود یا نه . به نظر ما اعمال آن باستناد فقره دوم از ماده ۹۷۶ اشکال ندارد چه بموجب مواد ۱۰۳۱-۱۰۴۵ اطلاق «پدر» بپدران این قبیل اطفال می شود .

۶۳۴- تبصره ۵ - پذیرش بتابعیت - هر کس که بسن بلوغ رسیده بود به موجب قوانین این دوره میتواند بتابعیت اسلامی را قبول کند.

قبول تابعیت، نسبت به اولاد صغیرش مؤثر بوده یعنی صغار او هم قانوناً تبعه محسوب میشدند (۱) شخصی که بتابعیت اسلامی پذیرفته میشد از جمیع حقوق و مزایای قانون استفاده مینمود و هیچ نوع استثناء نسبت باوجود نداشت (۲) در قوانین این دوره اخراج از تابعیت بعنوان مجازات وجود نداشت.

(۱) با ماده ۹۸۴ قانون مدنی مقایسه شود .

(۲) مقایسه شود با ماده ۹۸۲ قانون مدنی .

قسمت دوم

اقامتگاه

۶۳۵- در مورد اقامتگاه در حقوق این دوره مطالب ذیل را باید مورد توجه قرارداد :

الف - در حقوق خصوصی داخلی راجع با اقامتگاه قانونی وجود ندارد این مطالب مانع از این نیست که با استناد «اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت» (مطلب شماره ۶۲) عندالاقضاء مقرراتی مربوط با اقامتگاه در حقوق داخلی وضع گردد ولی این مقررات جنبه فرمان و دستور دارند نه جنبه قانون .

ب- در حقوق بین الملل این دوره اقامتگاه تبعه مسلمان و اهل ذمه (پس از انعقاد عقد ذمه) باید در خاک اسلام (که آنرا دارالاسلام و دارالهجرة میگویند) باشد (مطلب شماره ۱۰۴) معذک سه دسته از این حکم کلی معاف بودند و میتوانند در خارج قلمرو اسلامی سکونت اختیار کنند :

اول - کسانی که قدرت مهاجرت از خارج به قلمرو مزبور را نداشتند (مستضعفین)

دوم- کسانی که برای ضرورتی (از قبیل سفارت و سایر نیازمندیهای عمومی مسلمین) محتاج و ناچار بمسافرت بخارج میشوند .

سوم - مردانی که پس از عقد صلح «مهادنة» تابعیت اسلامی را پذیرفته و به موجب شرط ضمن عقد مهادنة معاف از تکلیف مهاجرت به قلمرو اسلامی بودند (مطلب شماره ۳۹۹)

۶۳۶- نتیجه- اقامتگاه در روابط بین المللی باراده و دلخواه افراد تعیین نمی شد و این قانون داخلی بود که اقامتگاه افراد را معین مینمود. اجانب هم نمیتوانستند

در قلمرو اسلامی بمیل خود اقامتگاه معین کنند، بلکه فقط در حدود «قانون تأمین» حق اقامت یا توقف در نقطه یا نقاط معین از قلمرو راداشتند (مطلب شماره ۱۱۱)

۶۳۷-ج- تبعه مسلمان که در خارج از قلمرو اقامت می‌کردند از نظر قانون ایندوره تابع قوانین حکومت متبوع خود بودند مگر مواردی که پیروی از قانون مزبور موجب خطر جانی یا مالی یا حیثیتی می‌شد در این صورت از قانون محل پیروی می‌کردند علی‌هذا در روابط بین‌المللی اصل شخصی بودن قانون رعایت می‌شد.

۶۳۸- نکته- مفهوم تابعیت از مفهوم اقامتگاه در حقوق ایندوره از ابتداء جدا بود و حال اینکه این دو مفهوم بنقل پاره‌ای از مؤلفان از ابتداء ترن نوزدهم (در حقوق اروپائی) جدا شد.

قسمت سوم

حقوق خصوصی بیگانگان

الف - مقدمه

ب- مبانی حقوق بیگانگان

ج- حقوق خصوصی بیگانگان

د- حق مالکیت

ه - احوال شخصیه

مقدمه

۶۳۹- بطوری که در مطلب شماره ۱۰۸ بیان شد قوانین موضوعه ایندوره فقط

برای سه دسته از اجانب (ذمی-معاهد-مستأمن) حقوق و مزایای قائل شده است و برای سایر بیگانگان بهیچوجه حقوقی قائل نیست. بنفع سه دسته از اجانب که فوقاً اسم برده شد قوانین موضوعه این دوره حقوق و مزایای را شناخته که میتوان آنها را بدو دسته تقسیم نمود:

الف- حقوق عمومی (بشرحی که درمطلب ۱۱۷ ملاحظه شد).

ب- حقوق خصوصی که فعلا مورد بررسی قرار میگیرد.

منابع حقوق بیگانگان در چیز بود:

اول- قوانین داخلی (مطلب ۱۱۱ بیعد)

دوم- معاهدات (مطلب ۱۱۵ بیعد)

مبانی حقوق بیگانگان

۶۴۰- دو طرز فکر و به عبارت روشن تر دو مبنی (۱) برای حقوق بیگانه

در حال حاضر وجود دارد:

الف- مبنای فلسفی و اخلاقی- خلاصه این فکر آن است که شخصیت انسانی

صرف نظر از اینکه چه تابعیتی را دارد چنین اقتضاء میکند که در خاک دولت بیگانه از

مزایای حقوقی که لازمه زندگی بشر است بهره مند شود، و در حقیقت خواهان اصل

تساوی سکه (تبعه و غیر تبعه) کشور در حقوق نامبرده است.

ب- مبنای سیاسی- این مبنی که بر خلاف مبنی اول جنبه ملی دارد، توجه به

مصالح عمومی (امنیت، منافع اقتصادی، مسأله تکثیر جمعیت) ملت را گاهی با رعایت

اصل تساوی نامبرده فوق مانع الجمع میدانند و بهمین جهت توجه بمصالح مزبور را

ترجیح میدهد.

Base(۱)

بر اساس مبنای سیاسی هیچوقت نمیتوان بطور قاعده کلی برای همه اجانب حقوق و مزایایی قائل شد بلکه با رعایت اوضاع و احوال سیاسی، حقوق و مزایایی برای بعضی اجانب (زائد بر يك حداقل حقوق) مقرر میدارند. حقوق اجانب در دنیای کنونی بر مبنای اخیر قرار گرفته است.

۶۴۱- نکته در دوره دوم حقوقی که برای بیگانگان شناخته شده است بر اساس مبنای اخیر قرار گرفته با این تفاوت که حتی يك حداقل حقوق برای عموم اجانب شناخته نشده است بلکه فقط سه دسته از اجانب بموجب قوانین داخلی و يك رشته معاهدات دارای حقوق و مزایایی بوده اند. بنابراین توضیح در حقوق دوره سوم نسبت به حقوق دوره دوم وضع اجانب بطور بارزی تغییر یافته است.

حقوق خصوصی بیگانگان

۶۴۲- ماده ۹۶۱ قانون مدنی ما میگوید: «جز در موارد ذیل اتباع خارجه نیز از حقوق مدنی متمتع میشوند: ازل - در مورد حقوقی که قانون آنرا صراحتاً از اتباع خارجه سلب کرده باشد (۱). دوم- در مورد حقوق مربوط به احوال شخصی که قانون دولت متبوع تبعه خارجه آنرا قبول نکرده (۲). سوم در مورد حقوق مخصوص که صرفاً از نظر جامعه ایرانی ایجاد شده است (۳).

در قوانین دوره دوم که فقط برای سه دسته از اجانب حقوق و مزایایی شناخته شده است وضع اجانب در حدود مقررات قرار داد و تعهدی که دولت وقت در مقابل آنان داشت روشن میشد و «اصل متمتع بیگانه از حقوق مدنی» مورد قبول بوده است

-
- (۱) مانند ممنوعیت اتباع خارجه نسبت به ملك مال غیر منقول
 - (۲) مثلاً تبعه كشوری که قانون دولت متبوعش طلاق را منع کرده نمیتواند از حق طلاق که قانون ایران برای تبعه خود شناخته استفاده کند.
 - (۳) مثلاً خارجی حق ندارد قیم بر يك محجور که تبعه ایران است، بشود.

وحتی استثناء اول و سوم از ماده ۹۶۱ قانون مدنی فعلی ایران هم در دوره دوم تلقی بقبول شده بود مثلاً يك خارحی حق نداشت که از راه احیاء اراضی موات مالک آن گردد. ولی وجود استثنای دوم از ماده بالا را در حقوق دوره دوم نمیتوان تصدیق و تأیید نمود.

حق مالکیت

۶۴۳- قوانین موضوعه ایندوره حق مالکیت مال منقول و غیر منقول را برای اجانبی که بموجب معاهدات اجباراً (مانند اهل ذمه) یا اختیاراً (مانند معاهد و مستأمن) در خاک اسلامی سکونت دارند شناخته است.

در قوانین فعلی جهان علی الاصول بیگانه را از تملک اموال غیر منقول در کشور خارجی ممنوع میدانند.

نباید از نظر دور داشت که «ذمی» چون بموجب عقد ذمه بطور دائم و بالاجبار ساکن قلمرو اسلامی بوده مالکیت اموال غیر منقول از طرف اهل ذمه ایجابد مخاطره ای برای مصالح کشور نمیکرد.

معاهد و مستأمن هم چون از نظر سیاسی وضع مطمئنی نداشتند عملاً رغبت به داشتن مال غیر منقول در قلمرو اسلامی نشان نمیدادند.

احوال شخصیه

۶۴۴- ماده هفتم قانون مدنی در مورد احوال شخصیه اجانب چنین مقرر

می دارد :

«اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطه باحوال شخصیه و از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود»

از مدلول این ماده سه مورد ذیل مستثنی است:

الف- اگر مقررات کشور متبوع اجانب در احوال شخصیه، مخالف نظم عمومی کشور باشد (۱) در این مورد بیگانه نمیتواند در کشور، آن مقررات را با استناد ماده هفت قانون مدنی اعمال نماید.

ب- در مورد پذیرفتن يك خارجي بتابعيت ايران، اهليت خارجي طبق قانون ايران حساب میشود یعنی سن هیجده سال کافی است (۲)

ج- برای اجراء يك عمل حقوقی (که مربوط بحقوق خانوادگی یا حقوق ارثی یا مربوط بنقل انتقال و اموال غیر منقول واقع در خارج ایران نباشد) بتوسط اجنبی در ایران داشتن اهليت طبق قانون ايران کافی است. (۳)

باتوجه به مراتب فوق که در دوره سوم از تاریخ حقوق ما وجود دارد باید گفت که :
اولا- مدلول ماده هفتم قانون مدنی عیناً در قوانین دوره دوم وجود داشته است یعنی اجانب در مورد احوال شخصیه (ولادت و فوت و ازدواج و طلاق) وارث و اهليت تابع قوانین مذهبی خود بوده اند.

ثانیاً - تبعیت اجنبی از مقررات مذهب خود تا حدی مجاز بود که مخالفتی با مصالح اجتماعی مسلمین نداشت (۴)

ثالثاً- در پذیرفتن خارجي بتابعيت اسلامی اهليت مطابق قوانین اسلام کافی

بود *

(۱) رجوع شود بماده ۹۷۵ قانون مدنی

(۲) ماده ۹۷۹ قانون مدنی

(۳) ماده ۹۶۲ قانون مدنی

(۴) در حقیقت آنچه را که قانون امروز تحت عنوان «نظم عمومی» مستمسک قرار داده در دوره دوم از تاریخ حقوق ما تحت دو عنوان بسیار کلی-ی ذیل مورد تمسک قرار می دادند:

الف- لاضرر

ب- افساد در کشور (یا فساد فی الارض) رجوع شود بفتوح البلدان- صفحه ۴۵۶.

سپاس ایزد که این نامه که نخستین نامه‌ای است در تاریخ حقوق ایران از آغاز پیدایش اسلام تا ابتداء مشروطه بانجام رسید امید است که مجالی پیدا شود تا تاریخ مفصل حقوق مدنی زمان مذکور که در تنظیم دقیق قانون مدنی و تفسیر تاریخی از ازقوانین موضوعه در دادرسی و شئون آن تأثیری تمام دارد تدوین گردد. آرزومندم که ارباب دانش منت گذارند و مرا از قصوری که در کتاب ملاحظه میکنند آگاه سازند.

در این جا ارباب تشویق شایسته است که مساعی فراوان کانون معرفت در طبع این کتاب و همت در ظرافت و زیبایی آن سپاس گزارده شود.

پایان

کتاب مورد مراجعه در تألیف این کتاب
که پاره‌ای از آنها مورد استفاده بود

- 1- Histoire du droit Français
- 2- Précis d'histoire de droit Français
- 3- Histoire du droit Musulman
- 4- Etude d'histoire du droit

- ۵- حقوق اسلام
- ۶- حقوق ایران قدیم و مأخذ آن.
- ۷- مکاسب شیخ مرتضی انصاری
- ۸- منیة الطالب (تقریرات نائینی)
- ۹- مختلف علامه
- ۱۰- تاریخ طبری
- ۱۱- فتوح البلدان بلاذری
- ۱۲- عبدالله بن مقفع
- ۱۳- شرح عقاید نسفی
- ۱۴- تمدن قدیم
- ۱۵- تاریخ التشریح الاسلامی
- ۱۶- تهذیب الکلام تفتازانی
- ۱۷- شرح مواقف
- ۱۸- الاحکام السلطانیة (الماوردی)
- ۱۹- الاحکام السلطانیة (قاصی ابی‌یعلی)
- ۲۰- تاریخ سیاسی اسلام
- ۲۱- ضحی الاسلام
- ۲۲- الام شافعی
- ۲۳- الفقه علی المذاهب الاربع
- ۲۴- شرح المجلة

- ٢٥- ميزان شعرانى
٢٦- خلاف شيخ طوسى
٢٧- الاحكام الجعفرية
٢٨- تاريخ سياسى اسلام از آغاز ظهور تا انقراض اموى
٢٩- حقوق اساسى دكتور قاسم زاده
٣٠- سازمان ادارى حكومت صفوى
٣١- تزوك تيمورى
٣٢- مستصفى
٣٣- معالم القربة فى احكام الحسبة
٣٤- سلسلة النسب صفوية
٣٥- تاريخ مبارك غازانى
٣٦- مانى و دين او
٣٧- جامع الشتات
٣٨- جواهر الكلام
٣٩- حدائق
٤٠- شرح ارشاد
٤١- وافى
٤٢- كتاب الوزراء والكتاب
٤٣- تاريخ الخلفاء
٤٤- الموالى فى العصر الاموى

فهرست هجائی

نمرات مربوط به مطالب است نه صفحات

<p>استخدام :</p> <p>مقررات استخدام ۱۴۲ - ۱۴۷</p> <p>استخدام عقد نیست ۱۴۳ و بعد</p> <p>استخدام قرار دادی ۱۹۷</p> <p>استخدام غیر قرار دادی ۱۹۷ مکرر</p> <p>دفتر امور استخدام ۱۹۵</p> <p>استخدام ماموران دولت ۶۳</p> <p>حقوق مستخدمین رسمی ۱۴۳</p> <p>استصحاب ۴۳۶ و بعد</p> <p>استصحاب واصل عدم محرومیت ۴۳۷</p> <p>مدارك استصحاب ۴۳۸</p> <p>استعمال ۱۶۳</p> <p>استنباط :</p> <p>استنباط کلی ۱۶ - ۲۲ - ۲۸ - ۳۴ - ۳۵ - ۳۶ - ۴۶</p> <p>۴۲۶ - ۴۲۷</p> <p>استنباط قاضی جزائی ۲۶۳</p> <p>تغییر استنباط و عطف قانون به ماسبق ۴۲۹ - ۴۳۰</p> <p>۴۳۱ - ۴۳۲</p> <p>استنطاق ۲۳۹</p> <p>اسم ۴۶۰</p> <p>اصل :</p> <p>اصل اباحه ۴۳۳ - ۴۳۵</p> <p>اصل آزادی عقاید مذهبی ۲۰۹ مکرر</p> <p>اصل الزام آور بودن اراده صوری ۵۵۷</p> <p>اصل برائت ۳۶۸</p> <p>اصل تسلیط ۹۶</p> <p>تعارض لاضرر واصل تسلیط ۵۰۵</p> <p>اصل تعاون ۵۷</p> <p>اصل حاکمیت خارجی دول ۴۰۸</p> <p>اصل حریت اراده ۴۳۳ و ۴۹۷</p> <p>اصل حکومت قانون ۸۵</p> <p>اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت ۶۲ - ۱۴۰</p> <p>اصل عدم محرومیت ۵</p> <p>اصلی هلنی بودن محاکم ۶۰</p>	<p>اتلاف ۱۱</p> <p>فرق اتلاف و تنبیہ ۵۳۰ - ۵۳۲</p> <p>اجر ۱۹۷</p> <p>اجراء :</p> <p>اجراء احکام ۱۷۷</p> <p>نظارت در اجراء احکام ۱۸۰ مکرر</p> <p>احضار ۲۳۸</p> <p>احوال شخصیه ۶۴۴</p> <p>احیاء موات ۴۶۹</p> <p>اراده ۴۷۰</p> <p>اراده و عمد ۲۷۶ مکرر</p> <p>اراده و اکراه ۲۷۴ - ۲۷۵</p> <p>اصل حریت اراده ۴۳۳ - ۴۳۴</p> <p>اصل حاکمیت اراده ۴۳۴</p> <p>اراده صوری ۴۷۰ - ۵۵۷</p> <p>اراده واقعی ۴۷۰</p> <p>حیله و قصد عاقد ۵۱۸</p> <p>اراده و مسئولیت ۵۳۱ و بعد</p> <p>اصل الزام آور بودن اراده صوری ۵۵۷</p> <p>اراضی ۴۸۹ و بعد</p> <p>اراضی خراج ۶۴ - ۴۵۲ - ۴۹۰</p> <p>اراضی موات ۷۶</p> <p>اراضی انفال ۷۶</p> <p>اراضی عشر ۱۹۲</p> <p>عوائد اراضی خراج ۱۲۷</p> <p>اصول اقسام اراضی ۴۸۹</p> <p>اقطاعات ۴۹۱ و بعد</p> <p>ارزاق ۱۹۷ مکرر</p> <p>ارش ۳۰۰</p> <p>آزادی :</p> <p>آزادی شخصی ۹۴</p> <p>آزادی شغل ۹۸</p> <p>آزادی عقاید مذهبی ۹۹</p> <p>آزادی عقاید سیاسی ۱۰۰</p>
--	--

اصل قانونی بودن انعقاد محاکم ۳۱۷
 اصل قانونی بودن جرم و مجازات ۲۶۴-۳۶۶-۳۶۸
 اصل محدود بودن عقود ۴۷۱
 اصل نامحدود بودن معاوضات ۴۷۲
اعتبار :
 اعتبار قضیه محکوم بها ۳۴۴-۳۴۶ و بعد
 اعتبار حکم محاکم نسبت بیکدیگر ۳۴۸
اعتماد الدوله ۲۴۷
اعمال نفوذ ۲۰۸
اقامتگاه ۶۱-۶۳۵
 تفایر مفهوم اقامتگاه و تابعیت ۶۳۸
آقچه ۲۱۸
اقدامات تأمینی ۲۶۲ مکرر
اقرار ۳۵۱-۳۷۱ و بعد
 اقرار مقید ۳۵۱
 اقرار مرکب ۳۵۱
 اقرار در امور کیفری ۳۷۱
اقطاع ۵۵۹-۴۹۱ و بعد
اقلیم ۱۵۷-۱۶۲
 والی اقلیم ۱۶۷
 امارت اقلیم ۱۶۸
 امیر اقلیم ۱۶۸
اکراه ۲۷۴-۲۷۵
 اکراه و اراده ۲۷۴
 اکراه مانع مجازات است نه جرم ۲۷۴
 اکراه مانع اختیار است ۲۷۵
امارت ۱۷۵ و بعد
 امارت عامه ۱۷۶
 امارت خاصه ۱۷۷
 امارت جهاد ۱۷۸
امامت :
 امامت جمعه ۱۷۶-۱۸۸
 اهت ۷۹-۸۰-۸۵۲
 طبقات امت ۸۴
امیر ۲۱۷-۲۳۵
 امیر اقلیم ۱۶۸-۱۸۰
 امیرالامراء ۲۲۴-۲۳۵-۲۴۸
 امیر هزاره ۲۳۴
 منتظرالاماره ۲۳۵
 امیر لشکر ۲۳۸

انفال ۷۵
 اوزان و مقادیر ۲۱۱ مکرر
 اون باشی ۲۳۴-۲۳۸
 اهلیت ۴۶۵
 ابادی متعاقبه ۵۸۳ و بعد
 ابشیک آقاسی باشی ۲۴۹
 ایقاع ۴۷۰-۴۷۵ و بعد

بدل :

بدل حیلوله ۵۹۲ و بعد
 بلد ۱۵۷-۱۶۲
 امارت بلد ۱۷۵

بلوغ :

علامات بلوغ ۴۶۵
 بناء عقلاء ۴۳۸-۴۳۹
 بهادر ۲۳۷
 بستکچی ۲۱۷ مکرر
بیت المال ۱۹۶-۴۵۳
 دفتر بیت المال ۱۹۶

بیطرفی :

منطقه بیطرف ۱۶۰

بیع :

بیع شرط ۵۰۷
 بیع شرط و حیلله قانونی ۵۰۷
 بیع معاوضاتی بشرط قرض ۵۱۲-۵۱۸
 قدرت تسلیم مبیع ۵۱۴
 مجهول بودن مبیع ۵۱۴
 تئوری ضم ضمیمه و شرط قدرت تسلیم مبیع ۵۱۴
 « « « معلوم بودن مبیع ۵۱۴
 تلف مبیع قبل از قبض ۵۴۱ و بعد
 تلف جزء مبیع قبل از قبض ۵۴۱ و بعد
 تلف وصف مبیع قبل از قبض ۵۴۱ و بعد

بیعت ۱۹

بیگانگانه ۱۰۲

طبقه بندی بیگانگان ۱۰۳ و بعد
 منابع حقوق بیگانان ۱۰۹ و بعد
 حق بیگانگان ۱۰۲ و بعد - ۶۳۹ و بعد

بیگلریگی ۲۳۵

بیوتات :

- بیوتات سلطنتی ۲۲۵
- نوبنده کارخانجات سلطنت ۲۳۲ - ۲۴۹
- وزیر بیوتات ۲۵۰
- تابعیت ۸۲ - ۳۸۸
- ملاک تابعیت ۶۲۱ و بعد
- مبانی تابعیت ۶۲۵ و بعد
- طرق تحصیل تابعیت ۶۲۷ و بعد
- تابعیت اطفال نامشروع ۶۳۳
- پذیرش بقابلیت ۶۳۴
- اخراج از تابعیت ۶۳۴
- تغایر مفهوم تابعیت و اقامتگاه ۶۳۸

تأیین ۲۳۴

تئوری :

- تئوری قصیر ۵۲۵
- تئوری ریسک ۵۲۶ - ۵۲۸
- تئوری ضم ضمیمه ۵۱۴
- تئوری انتساب اضرار ۵۲۹ - ۵۳۰
- تئوری قصیر و تسبیب ۵۳۱
- تئوری نسبت مال ۵۳۵

تاریخ :

- تاریخ عمومی حقوق ۸
- تاریخ حقوق عمومی ۸ - ۱۵
- تأیین ۱۱۱ - ۴۰۳ و بعد

تسبیب ۱۱

- فرق اتلاف و تسبیب ۵۳۰ - ۵۳۱
- تسبیب و تئوری قصیر ۵۳۱ و بعد

تصرف :

- تصرف غیر قانونی ۵۵۳ و بعد
- فصص و تصرف غیر قانونی ۵۵۳ - ۵۵۴ - ۵۵۵
- اتسام تصرف غیر قانونی ۵۵۶
- مورد تصرف غیر قانونی ۵۵۸
- مسئولیت متصرف غیر قانونی ۵۸۶ و بعد
- مسئولیت ترقی نرخ ۵۸۷ و بعد

تعزیر ۲۹۵ و بعد

تفسیر :

- عدول از تفسیر سابقه ۵۸۹ - ۶۰۴

تقسیم :

- تقسیمات کشوری ۱۵۷ - ۲۴۰
- تقسیمات نظامی ۱۵۸
- تقسیمات سیاسی ۱۵۹

تقلب :

- تقلب نسبت بثالث ۵۰۲ - ۵۲۰
- تقلب نسبت بثالث وسوء استفاده از حق ۵۲۱
- شفه و تقلب نسبت بثالث ۵۲۰
- تقلب نسبت بقانون ۵۰۶ و بعد
- تقلب وسوء استفاده از حق ۵۰۲
- رك . حبله

تیول ۲۴۲ - ۲۴۴ - ۲۵۹

ثبت :

- ثبت احوال ۱۸۲ - ۴۶۲
- ثبت اراضی ۱۹۲
- ثبت اسامی اهل ذمه ۱۹۲
- ثبت وقف عام ۲۱۳

جرم ۲۸۸

جرم :

- اصل قانونی بودن جرم و مجازات ۲۶۴
- شروع جرم ۲۶۸
- جرم محال ۲۶۸
- جرم عقیم ۲۶۸
- تکرار جرم ۲۶۹ - ۲۸۴
- معاونت مجرم ۲۷۰
- عناصر عمومی جرم ۲۷۱
- جرم بزرگ و جرم کوچک ۲۸۳
- تقسیم جرائم ۲۸۵
- جرائم ضد جسم و جان ۲۸۶
- جرائم مخالف عفت عمومی ۲۹۰
- جرائم ضد شرف و حیثیت ۲۹۱
- جرائم علیه مصالح عمومی ملت و مملکت ۲۹۲
- جرائم جنک ۲۹۳
- جرائم متفرقه ۲۹۴
- جزیه ۱۹۲ - ۲۹۶

جنایت :

- جنایت بر اطراف ۲۸۶
- جنایت بر منافع ۲۸۷

جنگ :

اعلان جنگ و صلح ۶۷-۱۰-۴۱۰

قانون جنگ ۴۰۹

جرام جنگ ۲۹۳

جنگ تعرضی ۴۰۷-۴۱۲

جنگ خارجی و داخلی ۴۱۱

جنگ تدافعی ۴۱۲

جنگ قانونی و جنگ غیرقانونی ۴۱۳

مقررات جنگ و غنیمت ۴۱۴ و بعد

حدود عملیات جنگی ۴۱۵ - ۴۱۶

اسراء جنگ ۴۱۸

مرضی و مجروحین جنگ ۴۲۱

غنایم جنگ ۴۲۳

آثار اشغال ۴۲۳

متخاصم ۴۱۴

حاسب ۱۵۶

حاکمیت :

منشاء حق حاکمیت ۱۷

طرز انتقال حق حاکمیت ۱۸ و بعد

اصل حاکمیت دول ۴۰۸

حبس ۳۰۱

حجر ۴۶۵

حد ۲۹۵ - ۲۹۶

حربی ۱۰۵ - ۱۰۶ - ۱۰۷

حسابداری ۱۸۹ و بعد

تشکیلات حسابداری مرکز ۱۹۱

حسابداری اعمال ۱۹۲

حسابداری ارتش ۱۹۴

حضانت ۶۱۹

حضانت تکلیف نیست ۶۱۹

حق ۱ - ۴۱

حق حاکمیت ۱۷ و بعد

حق شخصی ۱

حق تنظیم اسناد و املاک ۲۱۱

حق الله ۱۵-۴۲-۲۶۵-۲۶۶-۲۸۵

حق الناس ۱۵-۴۲-۲۰۴-۲۶۵-۲۶۶-۲۸۵

حق موضوعی ۱

حق مالی و غیر مالی ۴۴۱

حق عینی و حق دینی ۴۴۲

حق مطلق و حق منجز . ۴۴۴

حق ولای ۳۱۱

حق الکتابة منشی محکمه ۲۰۹

مصدق مشتبہ حق و حکم ۵۴۸

سلب حق تمتع ۴۸۸ و بعد

سلب حق اجراء حق ۴۴۸ و بعد

حقوق :

حقوق اداری ۴۴-۱۳۳ و بعد- ۱۶۱ و بعد

حقوق اداری صدر اسلام ۱۴۰ و بعد

حقوق اداری زمان بنی عباس ۱۶۱ و بعد

حقوق اداری عصر مغول ۲۰۷ و بعد

حقوق اداری عصر تیموریان ۲۱۹ و بعد

حقوق اداری عصر صفوی ۲۴۵ و بعد

حقوق جزای دوره دوم ۲۶۰ و بعد

حقوق خارجی ۲

حقوق بین الملل عمومی ۲- ۳۸۸ و بعد

حقوق بین الملل خصوصی ۲- ۶۲۱ و بعد

حقوق خصوصی داخلی ۳-۴۲۴ و بعد

حقوق داخلی ۲

حقوق دولی عام ۲

حقوق رئیس حکومت ۶۱ و بعد

حقوق بیگانگان ۱۰۲ و بعد- ۶۳۹ و بعد

حقوق تحقیقی ۴

حقوق طبیبی ۴ - ۴۳۹

حقوق عرفی ۱۴۱

حقوق فرد ۴۴۱ و بعد

منابع حقوق فرد ۴۴۶ و بعد

حقوق عمومی داخلی ۳

حقوق کارمندان دولت ۱۹۷ - ۲۴۴ - ۲۵۸

حقوق قضات ۳۲۸

حقوق ملی ۲

حقوق موضوعه ۴

حقوق مسلمانان ۷۹ و بعد

حقوق مستخدمین رسمی ۱۴۳

منابع حقوق ۳۴-۳۷-۳۸-۳۹

مکانب حقوقی ۴۷ و بعد

شخصیت حقوقی ۱۹۷ مکرر

حکام ۲۴۱

حکم ۳۴

اجراء احکام ۱۷۷

مصادق مشابه حق و حکم ۵۴۸

حکومت ۳۰۰

حکومت قانونی ۲۳

حکومت حق ۲۳

حکومت جور ۲۳

شکل حکومت ۲۴ - ۲۶

حکومت قانونی و نامحدود ۲۴ - ۲۵

حکومت مطلقه ۲۴

حکومت استبدادی ۲۴

حکومت دمکراسی ۲۷

حکومت دیکتاتوری ۲۷

حقوق رئیس حکومت ۶۱ و بعد

اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت ۶۲

مخارج دستکاه رئیس حکومت ۷۴

اصل حکومت قانون ۸۵

حیله :

حیله قانونی ۵۰۸ و بعد

حیله در مقابل قوانین امری ۵۱۵ - ۵۱۶

حیله و قصد ۵۱۸

حیله و خفه ۵۲۰

رک . تقلب

خالصه ۲۲۶

خانواده :

اهمیت خانواده ۶۱۵

سهولت تشکیل خانواده ۶۱۶

خزانه ۱۹۶ - ۲۲۵

دفتر خزانه ۱۹۶

خسارت :

ایراد خسارت بغیر ۵۳۲ و بعد - ۵۸۱

طرق ایراد خسارت ۵۳۲

خطا ۲۷۶ - ۳۱۴

خلیفه ۱۴۹

خلیفه قاضی ۳۲۱

خیار ۴۷۰

اعمال خیار بمداز تلف ۵۳۹

خیار تعذر تسلیم در تلف جزع و وصف مبیع قبل از قبض

۵۴۲-۵۴۱

خیار تعذر تسلیم در تلف وصف در زمان خیار ۵۵۲

ضمان تلف در زمان خیار ۵۷۵-۵۷۶

ضمان عاقد بمداز اعمال خیار ۵۷۸ و بعد

دارائی ۴۴۱

دارالشرك ۸۰

دارالحرب ۸۰

دارالاسلام ۸۰-۳۹۹

دارالهجره ۸۰

داروغه ۲۵۴

داوری :

عقد صلح بدوری ۷۲ - ۴۰۰ و بعد

درک :

رک. ضمان

دعوی :

نوبت دعاوی ۳۴۰

شروع دعوی (محاكمة) ۳۴۱

ادله اثبات دعوی در امور مدنی ۳۵۰ و بعد ۳۷۱

دفاع :

دفاع مشروع ۲۸۱

دیه ۲۹۵ - ۲۹۹

دیوان ۱۸۹

دیوان سلطنت ۱۹۱

کاتب دیوان ۱۹۶

صاحب دیوان ۱۹۶

دیوان حضور ۲۲۱ - ۲۲۲ - ۲۲۳

دیوان بیگی ۲۲۱ - ۲۵۴ - ۲۵۵

دیوان مجلس ۲۳۱

دیوان ممالک ۲۵۲

دیوان کشور ۳۲۲

ذمه

عقد ذمه ۷۰-۸۲

اهل ذمه ۸۱

ذمی ۱۰۴-۱۰۵

معاقله در اهل ذمه ۳۱۵

امام عاقله ذمی ۳۱۵

شهادت ۳۵۳ و بعد - ۳۷۵ و بعد

شهادت بر شهادت ۳۵۳

شهادت بر اقرار ۳۵۳

عدول از شهادت ۳۵۴

تحمل شهادت ۳۵۵

شهر ۲۴۰-۲۴۱

شیخ الاسلام ۲۵۳

صاحب جمع ۲۴۲

صدر ۲۵۴

صدر الصدور ۲۲۹

صدر انظم ۲۴۷

صدقه ۱۸۷

مصدقین ۱۸۷

عامل صدقات ۱۸۷

صلاحیت :

صلاحیت مجاکم ۱۸۴-۳۲۵

صلح :

اعلان جنک و صلح ۶۷

عقد صلح بوقت ۸۱-۳۹۷ و بعد

عقد صلح بدواری ۷۲-۴۰۰ و بعد

بیان صلح مطلق ۴۰۳ و بعد

ضرر ۱۰

ضرر وعدم الرفع ۵۳۵-۵۳۶-۵۹۰ و بعد

لا ضرر ۹۷-۵۰۴-۵۰۵-۶۴۴

حل تعارض لا ضرر و اصل تسلیط ۵۰۵

لا ضرر در ارتباط با حقوق اداری ۵۰۵

دک . خدمات

ضمان : (۲۶۰ مکرر)

ضمان تلف در زمان خیابان ۵۷۵

ضمان تلف عین ۵۹۶

ضمان درک ۵۳۷

ضمان جریره ۳۱۲

ضمان عاقد بمدار اعمال خیابان ۵۷۸

ضمان عین ۵۸۶

ضمان معاوضی ۵۴۰ و بعد

اقسام ضمان معاوضی ۵۴۰ و بعد

ضمان بد ۵۶۱

تزام ضمان بد و ضمان معاوضی ۵۴۳

مجاکم اهل ذمه ۳۱۹

استقلال سیاسی اهل ذمه ۳۱۹

دعاوی اهل ذمه ۳۲۵

راهداری ۱۹۳-۲۰۸-۲۰۹-۲۱۲

راهداران ۲۱۸-۲۴۳

رساله عملیه ۳۶-۴۶

رهن :

رهن مکرر ۲۱۱ مکرر

زکوة ۱۲۱-۱۲۲

زندان ۳۰۲

سازمان :

سازمان حقوقی ۶-۷

سازمانهای قضائی ۳۲۱ و بعد

سبب :

موارد مسئولیت سبب ۵۳۴

سلطان ۱۵۲-۲۱۸ مکرر

سند :

اعتبار سند ۴۷۸-۴۷۹

سند و شهادت ۴۷۸

اسناد مالکیت و مرور زمان ۴۸۰ و بعد

حکومت سند بر قاعده بد ۴۸۶ و بعد

سیورغال ۲۵۸

شبه عمد ۲۷۶

شبه عمد صغیر ۳۱۴

شبه عمد دیوانه ۳۱۴

شحنه ۲۱۷

شخص ۴۴۹ و بعد

شخصیت حقوقی ۱۹۶

شخصیت حقوقی ملت ۴۵۲

امتداء و انتهاء وجود شخص ۴۵۴ و بعد

مختصات اشخاص ۴۶۰ و بعد

شغل :

شغل عام ۱۶۸

شغل خاص ۱۶۸

عناوین رسمی ۲۱۶ و بعد

مشاغل نظامی ۲۳۳

شفعه ۵۲۰

مقبوض بمقد غير نافذ ٥٧٢
اذن حاصل از عقد فاسد ٥٦٩ - ٥٧٠

عمال :

عمال تفويض ١٦٩
عمال تنفيذ ١٦٩-١٧٣
عهد ٢٧٦

عهد معين ٢٧٩
عهد غير معين ٢٧٩
عهد اشتباهي ٢٧٩
عهد احتمالي ٢٧٩
عهد صغير ومجنون ٣١٤

عمل ١٦٣ - ١٦٨

عمل عام ١٦٣
عمل خاص ١٦٣
حسابداری اعمال ١٩٢
عوائد عمومي ١١٩ و بعد

عين

ضمان عين ٥٨٦ و بعد
ضمان تلف عين ٥٩٦ و بعد

غايب :

غايب مفقود الخبر ٢٢٧-٤٥٧-٤٥٨

غصب :

ماهيت وعناصر غصب ٥٥٩
عدوان وغصب ٥٥٩
غصب حكمي ٥٦٠
ماهيت جزائي غصب ٦١١
فرق اثر حقوقي غصب وغصب حكمي ٦١٣

غنيمت ١٢٠

مقررات غنيمت ٤١٤

فتوى ٣٤

فرماليسم :

فرماليسم در عقود ٤٧٣

قاسم ١٥٥

قاضي ١٥٣-٢٥٣

قاضي القضاة ١٦٨
قاضي شرعي ٢٣٩
قاضي عرفي ٢٣٩
قاضي احداث ٢٣٩
قاضي اسلام ٢٣٩

ضمان معاوضي حق است نه حكم ٥٤٧

ضمان مقبوض بمقد فاسد ٥٦٩ و بعد

ضمان مقبوض بمقد غير نافذ ٥٧٢

ضمان غرور وضمان مفرور ٥٨١

ضمان مثلي ٥٩٦

ضمان قيمي ٥٩٦ - ٦٠٣ - ٦٠٤

طغرا ٢٥١

عاشر ١٩٣

عاقله ٣٠٩ و بعد

معاقله در اهل زمه ٣١٥

عاقله خلاف اصل است ٣١٦

عامل ١٤٢-١٦٣

عامل زكوة ١٥٤

عامل صدقات ١٨٧

عدم النفع ١٠

ضرر وعدم النفع ٥٣٥-٥٣٦

عرض بيبكي ٢٢٨

عرف ٣٧

تفاهم عرف ٤٧٠

عشار ١٩٣

عصبة ٣١٠

عقد ٤٧٠

عقد معاہدات ٦٩

عقد زمه ٧٠-١١٢-٣٩١ و بعد

عقد صلح موقت ٧١-١١٣-٣٩٧ و بعد

عقد صلح بدائري ٧٢-٤٠٠ و بعد

عقد ضمان جريبه ٣١٢

بيمان صلح دائم ٣٩١ و بعد

بيمان صلح مطلق ٤٠٣ و بعد

عقد معلق وحق معلق ٤٤٥

شبه عقد ٤٤٦

ماهيت وعناصر عقد ٤٧٠

عناصر عمومي واختصاصي عقد ٤٧٠

عقد خارج لازم ٤٧١

عقد و معاوضه ٤٧٢

اصل محدود بودن عقود ٤٧١

فرماليسم در عقود ٤٧٣

ضمان مقبوض بمقد فاسد ٥٦٩

كل عقد لا يضمن بصحيحه ... ٥٦٩

قوانین نظامی و مالی ۱۱۹ و بعد

قرض

قرض بشرط بیع خیاری ۵۱۲

قرض بشرط معامله محاباتی ۵۱۲

قسم ۳۶۱ و بعد ۳۸۱-۳۸۰

قسم منکر ۳۶۲

قسم بتی ۳۶۲

قسم نفی العلم ۳۶۴

قسامه ۳۶۳-۳۸۲ و بعد

قسامه ۳۸۲ و بعد

قشون

فرماندهی کل ۶۸

ارتش ۱۲۸ و بعد

حسابداری ارتش ۱۹۴

ترفیعات نظامی عهد تیموری ۲۳۳

مشاغل و تشکیلات نظامی عهد تیموری ۲۳۴-۲۲۷

قوای نظامی عصر صفوی ۲۵۶

قصاص ۲۶۱-۲۹۸

قصد

رك اراده

قضات ۲۵۳-۳۲۷ و بعد

قضات شرعی و عرفی ۲۵۳

حوزه های قضایی کشور ۳۲۱

حقوق قضات ۳۲۸

عزل و نصب قضات ۳۲۹

استقلال قضات ۳۳۱

تخلیفات قضات ۳۳۲

مسئولیت اداری و جزائی و مالی قضات ۳۳۲

خطا قضات ۳۳۳

قضات نشسته و ایستاده ۳۳۵

مشخصات عمومی قضاء ۳۳۶-۳۳۷

قورچی باشی ۲۲۴-۲۴۸

قوه مقننه ۲۸ و بعد

قوه مجریه ۵۱ و بعد

قوه قضائیه ۵۸ و بعد

قیاس

قیاس در امر جزائی ۲۶۳

خلیفه قاضی ۳۲۱

شرائط قاضی ۳۲۷

حقوق قضات ۳۲۸

علم قاضی ۳۵۰-۳۵۲-۳۷۴

قاعده

قاعده بد ۴۸۶

حکومت سند رسید ۴۸۶

موارد تمارض بدو استصحاب ۴۸۶

قاعده تسلیط ۴۹۵ و بعد

قاعده ضم ضمیمه ۵۱۴

قاعده من علیه النرم ۵۲۷

قاعده تلف مبیع قبل از قبض ۵۴۰ و بعد

قاعده تلازم ملك و تلف ۵۴۰-۵۵۱

قاعده غرور ۵۶۸-۵۸۱-۵۸۲

قانون

قانون جنك ۴۰۹

قانون عرفی ۲۸-۳۳-۱۴۱-۲۵۳

قانون تامین ۱۱۱

قانون جزای دوره دوم ۲۶۰ و بعد

خواص عمومی قانون ۴۰ و بعد

تاثير اخلاق در قانون ۴۱

تدوین قانون ۴۳-۴۵-۴۶

مشخصات قانونگذاری اسلام ۴۳

فرامین رئیس حکومت ۲۸-۳۰

قوانین موضوعه در اسلام ۲۹

استنباط کلی (رك. استنباط)

وضع و نشر قانون ۲۰۹-۲۱۲-۲۱۳

علل تقنین ۲۱۴

عذر جهل بقانون ۴۲۴-۲۷۲

اجراء قانون ۵۱ و بعد

اصل حکومت قانون ۸۵

تساوی در مقابل قانون ۸۷

قدمرو قانون جزا ۲۶۷

تاثير استنباط کلی در قانون تحقیقی ۴۲۴

عطف قانون به ماسبق ۴۲۹

تقلب نسبت بقانون ۵۰۶ و بعد

حیلۀ قانونی ۵۰۸ و بعد

مسئولیت ناشی از قانون ۵۳۷ و بعد

قوه مقننه ۲۸

کافر ۱۰۲-۶۳۱

کافر حربی ۱۰۵

مؤلفه قلوب ۱۲۳

گمرک ۱۹۲-۱۹۳

لعان ۳۸۷

لقطه :

لقبط دارالاسلام ۶۲۷

مال :

اختیار مال ۹۶

توری نسبت اموال ۵۳۵

مؤلفه قلوب ۱۲۳

مالکیت

حق ايجاد مالکیت ۴۶۷-۴۶۸

ملك ان يملك ۴۶۸

اسباب تملك ۴۶۹

مالکیت منقول وغير منقول ۴۷۷

اسناد مالکیت ۴۷۸ و بعد

حق مالکیت بیگانگان ۶۴۳

مالیات ۶۵-۱۹۲

اداره اموال عمومی و اراضی خراج ۶۴

تساوی در پرداخت مالیات ۸۹

عوالد عمومی ۱۱۹ و بعد

مالیات مهر صفوی ۲۵۷

مباشر

موارد مسئولیت مباشر ۵۳۳

مبیع

رك بيع

مثل: ۵۹۹

مثل عرفی ۵۹۹

مثل اصطلاحی ۶۰۱

ضمان مثل وقیمی ۵۹۷-۵۹۸-۶۰۲-۶۰۳

تعذر مثل ۶۰۶ و بعد

مجازات

کیفیات مخففه مجازات ۲۸۲

کیفیات مشدده مجازات ۲۸۲

مجازات نقدی ۲۹۹

موانع مجازات ۳۰۳

مجازات صغیر و دیوانه ۳۰۴

مستقطات مجازات ۳۰۵

عفو از مجازات ۳۰۶

مجلس

مجلس نویس ۲۳۱-۲۵۱

محاكمه

شروع محاكمه ۳۴۱

نظم جلسه محاكمه ۳۴۲

محاكمه غیابی ۳۴۳

اعتبار قضیه محکوم بها ۳۴۴ و بعد

محتسب ۱۷۷-۱۹۹ و بعد

صلاحیت محتسب ۲۰۱ و بعد

صلاحیت جزائی محتسب ۲۰۳

محکمه : ۲۵۵

محاکم عرفی ۲۸-۴۳-۵۹-۲۲۲-۲۳۹-

۲۵۵-۲۵۳

محاکم شرعی ۲۳۹-۲۵۳-۲۵۵

اصل علنی بودن محاکم ۶۰

تساوی در مقابل محاکم ۸۸

صلاحیت محاکم ۱۸۳-۳۲۵-۳۲۶

محاکم اختصاصی ۱۸۵-۳۲۴

اصل قانونی بودن انعقاد محاکم ۳۱۷

محاکم اهل زمه ۳۱۹

محکمه مدنی و محکمه جزا ۳۲۰

اجراء احکام محاکم ۱۷۷

منشی محکمه ۲۰۹-۲۱۱ مکرر

حق الکتابه منشی محکمه ۲۰۹

اعضاء محکمه ۳۱۸

مرقد ۱۰۳-۳۰۱

مرور زمان :

مرور زمان سی ساله ۲۱۰

اسناد مالکیت و مرور زمان ۴۸۰ و بعد

مساوات ۸۷ و بعد

مسئولیت ۵۲۲-۵۲۳

مسئولیت مالی ۱۱-۵۲۲-۳۰۷-۳۰۸-۵۲۴

مسئولیت جزائی ۵۲۲-۳۰۷-۳۰۸

قصد و مسئولیت ۵۳۱

مسئولیت ناشی از عقد ۱۱-۵۲۴

مسئولیت خارج از عقد ۱۱-۵۲۴

مسئولیت مباشر ۵۳۳

مسئولیت سبب ۵۳۴

مسئولیت ناشی از قانون ۵۳۷ و بعد

مملكت ٢٢٣
مملكت خالصه ٢٢٦-٢٤٠-٢٤١-٢٥٢
ممالك محروسه ٢٥٢

منزل

مصونيت منزل ٩٥

منشي :

منشي محكمة ٢١١ مكرر
منشي جمع وخرج ماليات ٢١٧ مكرر
منشي محرم ٢٣٠
منشي حضور ٢٣٠

موت :

موت حقيقي ٤٥٦
موت فرضي ٤٥٧ وبعد
موت حكبي ٤٥٩
مهادنة ٧١-١١٣-٣٩٧ وبعد- ٦٣٠

مهر ٦١٧

مهرالسنة ٦١٧

ميين باشي ٢٣٤-٢٣٨

نائب السلطنة ٢٤٧

نظم عمومي ٦٤٤

نفته :

نفته زن ٦١٩

نقابت ١٨١ وبعد

نقيب ١٨١

نقابت خاصه وعامة ١٨٢-١٨٣

نقباء :

ركه نقابت

نكاح :

تشريفاتي بودن عقد نكاح ٦١٨

نكاح منقطع ٦٢٠

واقعه نويس ٢٣١-٢٥١

والي ١٥١-١٦٧-١٧١-٢١٧-٢٤١

والي مظالم ١٨٠-٢٠٦

والي عالم مظالم ١٨٠

والي خاص مظالم ١٨٠

والي صدقات ١٨٧

وزير ٥٢ وبعد-١٥٠-١٦٩

وزير تنفيذ ٥٦-١٦٩-١٧٢-١٧٣

نور بهاي مسئوليت خارج از قرارداد ٥٢٥ وبعد

مسئوليت مالي قضاات ٣٣٣

مسئوليت مالي ساير عمال دولت ٣٣٤

رك ضمان

مستأمن ٨٣-١٠٨-٤٠٣ وبعد

دعاوى مستأمن ٣٢٥

مستترزة ١٩٧ مكرر

مستوفي الممالك ٢٥٢

مسجد :

مسجد سلطاني ١٨٨

مسجد عامي ١٨٨

مسكوكات ٢١١ مكرر

مظالم ١٧٩

ولايت مظالم ١٧٩

والي مظالم ١٧٩

مظالم عامة ١٧٩-١٨٠ مكرر

مظالم خاصه ١٧٩

معامله :

جهت معامله ٤٧٤

مشروعيه جهت معامله ٤٧٤

معامله مجاباتي بشرط قرض ٥١٢

معاوضه ٤٧٢

معاوضه معين وغير معين ٤٧٢

اصل نامحدود بودن معاوضات ٤٧٢

ضمان معاوضه ٥٤٠ وبعد

معاهد ٨٣-١٠٨-١١٤

دعاوى معاهد ٣٢٥

معاهده ١١٣-١١٥-٣٩٧ وبعد

عقد معاهدات ٦٩

معاهدات تجاري ٧٣

معاهدات بين المللي ٣٩٠-٢٩١ وبعد

مقاسمة ١٩٢

ملت : ٧٩

شخصيت حقوقي ملت ٤٥٢

ملك :

ركه مالكيه

ملوك ٢١٨ مكرر

یاسا :
یاسانامه بزرگ ۲۰۹ مکرر
ید ۴۸۶
حکومت سندبرید ۴۸۶
تعارض استصحاب وید ۴۸۶
ضمان ید ۵۶۱ و بعد
اصل درضمان ۵۶۲-۵۶۳
شرایط ضمان ۵۶۴ و بعد
رابطه ید سابق وید لاحق ۵۶۴-۵۶۵
ابادی متعاقبة ۵۸۳
یوزباشی ۲۳۴ - ۳۸

با بیان

وزیر تفویض ۱۶۹-۵۶ و بعد- ۱۸۰
وزراء عصر تیموری ۲۱۹
وزراء عصر صفوی ۲۴۶ و بعد
وکیل ۲۴۷
ولایت ۱۶۷
ولایت ۱۶۷
ولایت قضاء ۱۶۷
ولایت جنک ۱۶۷
ولایت امام ۱۶۷
ولایت مظالم ۱۷۹-۳۲۴
هیات منصفه ۲۱۰

در این فهرست این علامت (دک) به معنی رجوع کنید میباشد

فهرست مطالب

آهرات مربوط بصفحات اات نه مطالب.

۵	حق و معانی آن
۶	تقسیمات حقوق
۷	حقوق موضوعه و حقوق طبیعی
	(تاریخ حقوق)
۸	تعریف تاریخ حقوق
۹	موضوع تاریخ حقوق
۹	غرض تاریخ حقوق
۱۲	دوره های مهم تاریخ حقوق

کتاب اول

تاریخ حقوق عمومی

مبحث اول- حقوق اساسی

مبحث دوم- حقوق اداری

مبحث سوم۔ حقوق جزا
مبحث چہارم۔ آئین دادرسی مدنی و کیفری
مبحث پنجم۔ حقوق بین الملل عمومی

مبحث اول

فصل اول۔ حاکمیت۔ تحولات آن۔ شکل حکومت و طرز ادارہ
فصل دوم۔ قوای عالیہ
فصل سوم۔ حقوق رئیس حکومت و حقوق مسلمانان و حقوق بشر
فصل چہارم۔ قوانین و مقررات مالی و نظامی

قسمت اول

۱۶	مقدمہ
۱۸	منشاء حق حاکمیت
۱۸	طرز انتقال حق حاکمیت

قسمت دوم

۲۱	طرز انتقال حق مالکیت از نظر حقوق شیعہ
۲۲	حکومت قانونی - حکومت غیر قانونی

قسمت سوم

۲۴	حکومت قانونی و نا محدود
۲۵	شکل حکومت
۲۶	طرز ادارہ

فصل دوم

قسمت اول

۲۸	قوه مقننه
۲۸	قوانین موضوعه در اسلام
۲۹	فرامین رئیس حکومت و مأموران عالی رتبه
۳۱	استنباط کلی
۳۳	منابع حقوقی
۳۴	خواص عمومی قانون
۳۵	مشخصات قانونگذاری اسلام
۳۶	تدوین قانون
۳۷	مکانب حقوقی

قسمت دوم (قوه مجریه)

۳۹	رئیس قوه اجرائیه
۳۹	وزراء
۴۱	اصل تعاون

قسمت سوم (قوه قضائیه)

۴۲	رئیس قوه قضائیه
۴۲	نوع محاکم
۴۳	اصل علنی بودن محاکم

فصل سوم

قسمت اول (حقوق رئیس حکومت)

۴۵	ریاست قوای سه گانه
۴۵	اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت
۴۶	استخدام مأموران دولت
۴۶	اداره اموال عمومی و اراضی خراج
۴۶	تحصیل مالیاتها و مصرف آنها
۴۷	اعلان جنگ و صلح
۴۷	فرماندهی کل قشون
۴۷	عقد معاهدات
۴۸	مخارج دستگاه رئیس حکومت
۴۹	انفال
۵۰	خمس

قسمت دوم (حقوق مسلمانان)

۵۲	ملت و طبقات
۵۴	اصل حکومت قانون
۵۴	مساوات و اقسام آن
۵۶	آزادی شخصی
۵۷	مصونیت منزل
۵۷	اختیارمال

قسمت سوم (حقوق بیگانگان)

- ۵۹ طبقه بندی بیگانگان
۶۱ اصول حقوق بین الملل عمومی

فصل چهارم

قسمت اول

- ۶۵ عوائد عمومی
۶۶ زکوة
۶۷ خمس
۶۷ عوائد زمین های خراج

قسمت دوم (قوانین و مقررات نظامی)

- ۶۸ تأسیس ارتش
۶۹ شرایط شرکت کنندگان در جنگ

مبحث دوم (حقوق اداری)

- ۷۲ مقدمه و طرح

فصل اول- حقوق اداری در ابتداء ظهور اسلام

فصل دوم- حقوق اداری در عصر بنی عباس

فصل سوم- حقوق اداری در عصر مغول و تیموریان

فصل چهارم- حقوق اداری در عصر صفویه

فصل اول

قسمت اول (اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت)

۷۵ اصل صلاحیت اداری رئیس حکومت

۷۶ پیدایش حقوق عرفی

قسمت دوم (استخدام و مقررات آن)

۷۷ استخدام و مقررات آن

۷۸ حقوق مستخدمین رسمی

۷۹ باره‌ای از مقررات استخدام در فقه شیعه

قسمت سوم (عناوین و مشاغل رسمی)

۸۰ خلیفه

۸۰ وزیر

۸۱ والی

۸۱ سلطان

۸۱ قاضی

۸۲ عامل زکوة

۸۲ قاسم

۸۲ حاسب

قسمت چهارم (تقسیمات کشور)

۸۳ تقسیمات اداری

۸۳ تقسیمات نظامی

۸۳	تقسیمات سیاسی
۸۴	منطقه بیطرف

فصل دوم

قسمت اول

۸۵	مقدمه واصطلاحات
۸۷	عمل- عامل- استعمال
۸۷	والی-ولایت
۸۸	طبقه بندی مشاغل رسمی در عصر عباسیان

قسمت دوم (وزارت و اقسام آن)

۸۹	اقسام وزارت
۸۹	شرائط وزیر تفویض
۹۰	صلاحیت وزیر تفویض
۹۱	شرائط وزیر تنفیذ
۹۱	صلاحیت وزیر تنفیذ

قسمت سوم (امارت و اقسام آن)

۹۲	اقسام امارت
۹۲	امارت عامه
۹۲	امارت خاصه
۹۴	امارت جهاد

قسمت چهارم (ولایت مظالم)

۹۴	ولایت مظالم
----	-------------

قسمت پنجم (نقابت)

۹۵	نقابت
۹۶	نقابت خاصه
۹۶	نقابت عامه
قسمت ششم (مصدقین وائمه جماعات)	
۹۸	مصدقین
۹۹	اهامت جمعه وجماعت
قسمت هفتم (دیوان ودوائر حسابداری)	
۹۹	دیوان
۱۰۰	حسابداری اعمال
۱۰۲	حسابداری ارتش
۱۰۲	دفتر امور استخدام
۱۰۲	دفتر خزانه
۱۰۳	حقوق کارمندان ومأموران دولت
قسمت هشتم (محتسب)	
۱۰۴	محتسب
۱۰۵	صلاحیت محتسب

فصل سوم

قسمت اول (حقوق اداری در عصر مغول)

۱۱۰	مقدمه
۱۱۳	وضع عمومی اداران دولتی

۱۱۵	وضع و نشر قانون
۱۱۶	یاسانامه بزرگ
۱۱۷	قوانین غازان
۱۱۸	مرور زمان سی ساله
۱۱۹	حق تنظیم اسناد معامله
۱۱۹	منشی محکمه
۱۲۰	وحدت مسکوکات و اوزان و مقادیر
۱۲۰	چگونگی نشر قوانین و مقررات
۱۲۲	علل تقنین
۱۲۲	عناوین رسمی
۱۲۲	شعنه
۱۲۳	راهداران
۱۲۴	ملوک

قسمت دوم (حقوق اداری عصر تیموریان)

۱۲۵	وزراء
۱۲۶	دیوان حضور
۱۲۶	وزراء دیوان حضور
۱۲۹	مجلس نویسان
۱۳۰	نویسنده کارخانجات سلطنت
۱۳۰	مشاغل نظامی
۱۳۲	قضات شرعی - قضات عرفی

۱۳۳	تقسیمات کشوری
۱۳۳	حکام-والیان
۱۳۴	وزراء ولایات
۱۳۴	راهداران
۱۳۴	حقوق مأموران دولت

فصل چهارم (حقوق اداری عصر صفوی)

قسمت اول (وزراء)

۱۳۷	وزراء
-----	-------

قسمت دوم (اطلاعات قضائی و نظامی)

۱۴۱	قضات
۱۴۲	داروغه
۱۴۲	محاكم- دیوان بیگی
۱۴۳	قوای نظامی

قسمت سوم (حقوق کامندان دولت)

۱۴۴	مالیاتها
۱۴۴	حقوق کامندان دولت
۱۴۵	سیورغال
۱۴۵	تیول

مبحث مجرم

حقوق جزا

فصل اول - کلیات

فصل دوم - جرم و مجازات

قسمت اول (کلیات حقوق جزای دوره دوم)

۱۴۹	خاصیت عمومی قانون جزا
۱۵۱	استنباط قاضی جزائی
۱۵۲	اصل قانونی بودن جرم و مجازات
۱۵۳	حق الله - حق الناس
۱۵۴	قلمرو قانون جزا

قسمت دوم (کلیات جرم و مجازات در حقوق جزای دوره دوم)

۱۵۵	شروع جرم - جرم محال - جرم عقیم
۱۵۵	تکرار جرم
۱۵۶	معاذت
۱۵۶	عناصر عمومی جرم
۱۵۷	عمد - شبه عمد - خطا
۱۵۹	دفاع مشروع
۱۶۰	کیفیات مخفیه - کیفیات مشدده

فصل دوم

قسمت دوم (اقسام جرائم)

- ۱۶۲ جرائم بزرگ - جرائم كوچك
۱۶۳ تقسيم جرائم از جهت مورد جرم
۱۶۳ جرائم ضد جسم و جان
۱۶۴ جرائم مخالف عفت عمومی
۱۶۵ جرائم ضد شرف و حیثیت
۱۶۶ جرائم علیه مصالح عمومی ملت و مملکت
۱۶۶ جرائم جنگ
۱۶۷ جرائم متفرقه

قسمت دوم (اقسام مجازات - موانع و مستقطات مجازات)

- ۱۶۸ حد و تعزیر - قصاص و دیات
۱۶۹ قصاص
۱۷۰ دیه
۱۷۰ حکومت (ارش)
۱۷۱ حبس و انواع آن
۱۷۲ زندانها
۱۷۲ موانع مجازات
۱۷۳ مستقطات مجازات

قسمت سوم (مسئولیت جزائی - عاقله)

- ۱۷۴ مقایسه مسئولیت جزائی و مسئولیت مالی
۱۷۴ عاقله

مبحث چهارم

	فصل اول - تشکیلات محاکم
	فصل دوم - آئین دادرسی مدنی
	فصل سوم - آئین دادرسی کیفری
	قسمت اول (محاکم)
۱۷۹	اصل قانونی بودن محاکم
۱۷۹	اعضاء محکمه
۱۷۹	محاکم اهل ذمه
۱۸۰	محکمه مدنی و محکمه جزا
	قسمت دوم (سازمانهای قضایی)
۱۸۰	حوزه های قضایی کشور
۱۸۱	دیوان کشور
	قسمت سوم (صلاحیت)
۱۸۳	صلاحیت محاکم
۱۸۴	صلاحیت ذاتی و محلی
	قسمت چهارم (قضات و قضاء)
۱۸۴	شرائط قاضی
۱۸۵	حقوق قاضی
۱۸۵	عزل و نصب قضات
۱۸۶	تخلفات قضات
۱۸۷	خطا، قضات
۱۸۷	مشخصات عمومی قضاء

فصل دوم

قسمت اول (اصول کلی دادرسی)

۱۹۰	احضار
۱۹۰	استنطاق
۱۹۰	نوبت دعاوی
۱۹۰	شروع محاکمه
۱۹۱	نظم جلسه محاکمه
۱۹۱	محاکمه غیابی

قسمت دوم (احکام صادر شده از محاکم)

۱۹۱	اعتبار قضیه محکوم بها
۱۹۴	اعتبار حکم نسبت به محاکم دیگر

قسمت سوم (ادله اثبات دعوی)

۱۹۴	ادله اثبات امور مدنی
۱۹۵	اقرار
۱۹۶	علم قاضی
۱۹۶	شهادت
۱۹۹	قسم
۲۰۱	قسم بضمیمه شهادت

فصل سوم

قسمت اول (اصول کلی دادرسی کیفری)

- ۲۰۲ اصل قانونی بودن جرم و مجازات
۲۰۳ تفسیر شک بنفع متهم
۲۰۴ خاصیت طرق اثبات امور جزائی

قسمت دوم (ادله اثبات مشترك امور جزائی و امور مدنی)

- ۲۰۵ اقرار
۲۰۶ علم قاضی
۲۰۶ شهادت
۲۰۸ قسم
۲۰۸ قسم بضمیمه شهادت

قسمت سوم (ادله اثبات مختص امور جزائی)

- ۲۰۹ قسامه
۲۱۰ لعان

مبحث پنجم

فصل اول - روابط دول در موقع صلح

فصل دوم - اختلافات بین المللی

قسمت اول (اطلاعات عمومی)

۲۱۲	مقدمه
۲۱۳	منابع حقوق بین الملل
۲۱۳	عهد بین المللی واقسام آن

قسمت دوم (عهد بین المللی و آثار آنها)

۲۱۴	پیمان صلح دائم
۲۱۷	پیمان صلح موقت
۲۱۹	پیمان صلح بطریق داوری
۲۲۰	پیمان صلح مطلق

فصل دوم

قسمت اول (اطلاعات عمومی راجع بجنک)

۲۲۳	راه حل اختلافات بین المللی
۲۲۳	مشروعیت جنک تعرضی
۲۲۳	اصل حاکمیت خارجی دول
۲۲۴	قانون جنک
۲۲۴	اعلان جنک
۲۲۴	جنک خارجی و داخلی
۲۲۵	جنک تعرضی و تدافعی
۲۲۵	جنک قانونی و غیر قانونی

قسمت دوم (مقررات جنك و غنيمت)

۲۲۶	صفت متخاصم
۲۲۶	حدود عملیات جنگی
۲۲۷	اسراء جنگی
۲۲۸	مرضی و مجروحین
۲۲۸	آثار اشغال
۲۲۸	غنائم جنگی

کتاب دوم

تاریخ حقوق خصوصی

مبحث اول حقوق خصوصی

مبحث دوم - حقوق بین المللی خصوصی

مبحث اول

فصل اول - کلیات

فصل دوم - اشخاص

فصل سوم - مالکیت

فصل چهارم - مسئولیت

فصل پنجم - خانواده

فصل اول

قسمت اول (جهل بقانون - استنباط کلی - عطف قانون بماسبق)

۲۳۵

عذر جهل بقانون

۲۳۶

تأثیر استنباط کلی در قوازم تحقیقی

۲۳۸

تغییر استنباط و عطف قانون بماسبق

قسمت دوم (اصل اباحه - استصحاب)

۲۳۹	اصل اباحه
۲۴۱	استصحاب

قسمت سوم (حقوق فرد)

۲۴۳	طبقه بندی حقوق افراد
۲۴۳	حق مالی - حق غیر مالی
۲۴۴	حق عینی - حق دینی
۲۴۵	حق معلق - حق منجز
۲۴۶	منابع حقوق افراد
۲۴۷	سلب حق تمتع یا اجراء حق
۲۴۹	حقی که سلب آن ممنوع است

فصل دوم

قسمت اول (شخص طبیعی - شخص حقوقی)

۲۵۳	تعریف شخص و اقسام آن
۲۵۳	شخصیت حقوقی ملت
۲۵۴	بیت المال و مؤسسات عام المنفعه
۲۵۵	ابتداء وجود شخص
۲۵۵	انتهاء وجود شخص

قسمت دوم (مختصات اشخاص)

۲۵۸

اسم

۲۹۰

۲۵۹	اقامتگاه
۲۵۹	نبت احوال
۲۶۰	اهلیت و حجر

فصل سوم

قسمت اول (کلیات)

۲۶۳	تعریف مالکیت
۲۶۳	اسباب تملک
۲۶۴	عقود و ایقاعات
۲۶۴	عقود
۲۶۷	اصل محدود بودن عقود
۲۶۸	معاوضه و عقد
۲۶۹	جهت معامله
۲۶۹	ایقاعات
۲۷۰	مالکیت منقول و غیر منقول

قسمت دوم (اعتبار سند - اسناد مالکیت و مرور زمان - قاعده ید)

۲۷۱	اعتبار سند
۲۷۳	اسناد مالکیت و مرور زمان
۲۷۵	قاعده ید

قسمت سوم (اراضی)

۲۷۷	اصول اقسام اراضی
-----	------------------

۲۷۸	زمین خراج
۲۷۸	اقطاعات
قسمت چهارم (قاعده تسلیط - سوء استفاده از حق - تقلب - حيله)	
۲۸۰	قاعده تسلیط
۲۸۲	سوء استفاده از حق
۲۸۵	حل تعارض اصل تسلیط ولا ضرر
۲۸۶	تقلب نسبت بقانون
۲۸۷	بیع شرط
۲۸۷ و بعد	حيله قانونی

فصل چهارم

قسمت اول (مسئولیت ...)

۲۹۷	تعریف مسئولیت
۲۹۷	اقسام مسئولیت
۲۹۷	منشأ مسئولیت های مالی
۲۹۸	تئوریهای مسئولیت مالی خارج از قرارداد

قسمت دوم (ایراد خسارت بغير)

۳۰۲	طرق ایراد خسارت بغير
۳۰۲	موارد مسئولیت مباشر
۳۰۳	موارد مسئولیت سبب
۳۰۳	ضرر وعدم النفع

قسمت سوم (مسئولیت ناشی از قانون)

۳۰۵	ضمان درك
۳۰۶	ضمان معاوضی
۳۰۹	ضابطه‌ای در ضمان معاوضی

قسمت چهارم (تصرف غیرقانونی)

۳۱۱	تعریف تصرف غیرقانونی
۳۱۲	اقسام تصرف غیرقانونی
۳۱۳	غصب
۳۱۴	غصب حکمی

قسمت پنجم (احکام تصرف غیرقانونی)

۳۱۵	اصل در ضمان ید
۳۱۶	شرائط اساسی ضمان ید
۳۱۸	ضمان مقبوض بعقد فاسد
۳۱۹	مقبوض بعقد غیر نافذ
۳۲۰	ضمان تلف در زمان خیار
۳۲۲	ضمان عاقد بعد از اعمال خیار
۳۲۳	ضمان مغرور و ضمان غرور
۳۲۴	ایادی متعاقبه
۳۲۵	ضمان عین
۳۳۰	ضمان تلف عین

قسمت ششم (غصب).

۳۳۵	مقدمه
۳۳۶	ماهیت جزائی غصب
۳۳۶	فرق اثر حقوقی غصب و غصب حکمی

فصل پنجم (خانواده)

۳۳۷	اهمیت خانواده
۳۳۸	سهولت تشکیل خانواده
۳۳۹	مهر
۳۴۱	تشریفاتى بودن عقد نکاح
۳۴۲	نقده زن
۳۴۴	نکاح منقطع

هېڅت دووم

قسمت اول (تابعیت)

۳۴۵	مالک تابعیت
۳۴۷	مبانی تابعیت
۳۴۸	طرق تحمیل تابعیت
۳۵۱	تابعیت اطفال نامشروع

قسمت دوم (اقامتگاه)

۳۵۲	اقامتگاه
-----	----------

قسمت سوم (حقوق خصوصی بیگانگان)

۳۵۳	مقدمه
۳۵۴	مبانی حقوق بیگانگان
۳۵۵	حقوق خصوصی بیگانگان
۳۵۶	حق مالکیت
۳۵۶	احوال شخصیه

پایان

مواد قانونی مورد بحث در این کتاب

صفحه این کتاب	ماده قانون مدنی
۲۳۶	۱
<	۲
<	۳
۲۴۰	۱۰
۲۸۰-۲۶۷	۳۰
۲۷۶	۳۵
۲۸۵-۲۸۴	۱۳۲
۲۶۶	۱۸۶
۲۴۶	۱۸۹
۲۶۶	۱۹۱
<	۱۹۹
۲۶۹	۲۱۷
۲۸۳	۲۱۸
۲۶۶	۲۴۸
۵	۲۶۶
۳۰۶	۲۸۶
۳۱۵	۳۰۱
<	۳۰۲
۳۲۹-۳۲۷-<	۳۰۳
۳۱۷-۳۱۶-۳۱۵-۳۱۴-۳۱۳-۳۰۷	۳۰۸
۳۳۷-۳۳۶-۳۳۵-۳۲۹-۳۲۷-۳۲۲-۳۲۰	
۳۱۲	۳۰۹
۳۳۷-۳۳۶-۳۳۰-۳۲۹-۳۲۸-۳۲۶	۳۱۱
۳۳۴-۳۳۰-۳۲۶-۳۰۴	۳۱۲
۳۱۶	۳۱۸
۳۲۵	۳۲۱
۳۲۴-۳۱۸	۳۲۵
۳۰۰	۳۲۸
<	۳۳۱

صفحة این کتاب	ماده قانون مدنی
۳۰۲	۳۳۲
۳۱۴-۳۱۸-۳۱۹-۳۲۰-۳۲۷-۳۲۹	۳۶۶
۳۰۶-۳۰۹	۳۸۷
۳۰۷	۳۸۸
۳۰۶	۳۹۰
<	۳۹۱
۳۰۹-۳۱۰-۳۲۱	۴۵۳
۲۹۳	۴۶۳
۳۲۶-۳۳۰-۳۳۱-۳۳۲	۹۵۰
۲۴۷-۲۴۸-۲۴۹-۲۵۰	۹۵۹
۲۵۵	۹۶۷
۳۵۱	۹۷۶
<	۱۰۳۱
<	۱۰۴۵
۳۴۳	۱۱۶۸

صفحة این کتاب	ماده آیین دادرسی مدنی
۲۳۸	۹
<	۱۹۸
۲۴۳	۳۵۶
<	۳۵۷
۵	۷۲۶
۳۰۴	۷۲۸

فہرست نامہ

	غلط	سطر	صفحہ
درست	(۱)	۱۶	۸
(۴)	(۱)	۱۶	۱۶
Public	Pubic	۱۸	۲۵
نمی باشد	می باشد	۱۹	۲۵
ندارد	دارد	۸	۴۹
آنها را	آنها	۱	۶۳
نبود	دنیو	۱۴	۷۵
مطالبی	مطالب	۱۸	۱۳۷
کرویدند	کردیدند	۲۰	۱۳۷
باروز	باور	۲	۱۵۴
ابن دوره	ابتدوره	۱۳	۱۵۷
۲۷۵	۱۷۵	۱۵	۱۵۷
جرم	جوم	۷	۱۷۶
یکنفر	یک یکنفر	۲۰	۱۸۱
استناد میکرده	استناد می کره	۳	۱۹۷
۳۲۷	۲۸۹	۲۲	۲۰۴
فوقاً	فوق	۱۶	۲۲۴
مینمودند	مینمود	۲۱	۲۲۸
۴۲۳	۳۲۳	۱۶	۲۳۹
Rétroactivité	Retroactivi té	۵	۲۶۷
عقود	حقوق		

از نویسنده این کتاب

- ۱- فرهنگ حقوقی
- ۲- شخصیت معنوی حافظ

از طرف کانون معرفت منتشر شده است

