



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعيات و قانون
پروگرام ماستري فقه و قانون



دولت جمهوري اسلامي افغانستان

وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

نظریه تعسف در استعمال حق و تطبیقات آن در قانون احوال شخصی افغانستان

رساله ماستري

محصل: نادیه ورنګ

استاد راهنما: داکتر رفیع الله عطا

سال: 1399 هـ ش - 1442 هـ ق



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعيات و قانون
پروگرام ماستري فقه و قانون



دولت جمهوري اسلامي افغانستان
وزارت تحصيلات عالي
معينيت امور علمي

نظريه تعسف در استعمال حق و تطبیقات آن در قانون احوال شخصی افغانستان

رساله ماستري

محصل: ناديه وردگ

استاد رهنما: داکتر رفيع الله عطا

سال: 1399 هـ ش - 1442 هـ ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دیارتمنت فقه و قانون

بورد ماستری

تصدیق نامه

محترمه نادیه بنت اسد الله ID: SH-MSF-96-257 محصل دور پنجم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: نظریه تعسف در استعمال حق و تطبیقات آن در قانون احوال شخصی افغانستان به روز ۱۴۰۰/۳/۱۶ تاریخ هشتاد و هشت موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۸۸ (نمره به عدد) هشتاد و هشت (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور فضل الرحیم بصیرت	عضو هیات	
۲	دکتور محمد یونس ابراهیمی	عضو هیات	
۳	دکتور رفیع الله عطاء	استاد رهنما و رئیس جلسه	

معاون علمی

آمر بورد ماستری

خلاصه تحقیق

در جریان تحقیق این رساله علمی جهد به خرج داده ام تا در مورد نظریه تعسف در استعمال حق و تطبیقات آن در قانون احوال شخصی افغانستان و بیان مسائل مربوط آن به تحقیق بپردازم : این بحث را به چهار فصل تقسیم بندی نموده ام ، که فصل اول شامل مباحث مقدماتی و مفهوم شناسی بوده و در این فصل تعریف حق در لغت و اصطلاح و همچنان محاولت معاصر که جهت تعریف حق صورت گرفته بیان شده و فصل دوم شامل تعریف تعسف و مفهوم آن در فقه اسلامی و قانون وضعی بوده و فصل سوم مشتمل بر دلایل ، مویدات و معاییر نظریه تعسف در شریعت اسلامی و قانون وضعی میباشد و فصل چهارم این بحث مشتمل بر تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی و در قوانین وضعی و خصوصا قانون احوال شخصی افغانستان بوده و همچنان احکام و آثار تعسف و جزاء های تعسف در استعمال حق میباشد.

و بخش اخیر این بحث شامل خاتمه یا نتایج این بحث و همچنان شامل پیشنهادات و فهارس میباشد. فقه اسلامی به حق از نقطه نظر اجتماعی نظر میکند و به همین اساس تصرف در حق را با قیود مقید ساخته تا از مقاصد شارع و حقوق افراد دیگر محافظت شود چون فقه اسلامی صفت مزدوجه دارد و تحت ساحه پوشش آن فرد و اجتماع هر دو قرار گرفته است و میان مصالح فرد و اجتماع شریعت اسلامی به اساس ضوابط عدالت توازن و تناسب ایجاد کرده است که هر گاه میان مصالح فرد و اجتماع هر دو تعارض یا تناقض واقع شود شریعت اسلامی به اساس ضوابط عدالت توازن و تناسب را میان این دو ایجاد کرده لذا این نظریه از همین جهت نزد همگان مورد اهمیت است چون در مجموع از دفع ضرر و جلب مصالح عباد بحث میکند و به همین اساسات و مبادئ نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی بنیاد نهاده شده است.

هدفی را که از انجام این تحقیق دارم اینست که : میخواهم بیان دارم که مفهوم تعسف در استعمال حق چیست؟ و تعسف در استعمال حق در کدام حالت ها و به اساس کدام معیار ها واقع شده میتواند؟ و همچنان میخواهم صورت های رایج تعسف در استعمال حق در جامعه خویش را به معرفی بیگیرم.

و روش تحقیق که به اساس آن این تحقیق را انجام دادم قرار ذیل است :

اول : اولاً به بیان و طرح مسئله پرداخته ام.

دوم : در قدم دوم به بررسی همه جانبه موضوع بیان تعریف و معرفی آن ، و ذکر اقوال فقهاء و علماء از مراجع مربوطه آن پرداخته ام .

سوم : و بعدا موضوع مورد بحث را در قوانین دنبال و مورد بررسی قرار دادم و سپس آنرا ذکر نموده ام.

چهارم : آیات قرآن کریم را در متن و سورت و رقم آیت را در پاورقی ذکر نموده ام و در قسمت ترجمه آیات از تفسیر نور و احسن الکلام استفاده نموده ام.

پنجم: و کوشش نموده ام تا حد توان احادیث را تخریج و احکام آنرا بیان بدارم.

و اهداف بنده از انجام این تحقیق بیان و شناخت مفهوم حق و منشاء نظریه حق در فقه اسلامی و قانون وضعی بوده ، و همچنان بررسی نظریه تعسف در استعمال حق ، و بیان تکلیف فقهی و قانونی آن، و بیان دلایل ،مویدات و معاییر این نظریه برای خواننده های محترم ودر بخش دیگر جهت معلومات مزید مطالعه کننده گان محترم به بررسی و توضیح تطبیقات و بیان صورت های رایج این نظریه (نظریه تعسف در استعمال حق) پرداخته ام تا سبب از دیاد معلومات خودم و دیگران گردد.

فهرست موضوعات

1.....	مقدمه
2.....	الف : اهمیت و ضرورت تحقیق
2.....	ب : اسباب اختیار موضوع
3.....	ج : پیشینه تحقیق
3.....	و : روش تحقیق
3.....	د : اهداف تحقیق
3.....	ه : طرح مسئله و پرسش های تحقیق
4.....	خطه بحث
5.....	ی : موانع و مشکلات تحقیق

فصل اول

مباحث مقدماتی و مفهوم شناسی

8.....	مبحث اول : تعریف حق در لغت و اصطلاح
8.....	مطلب اول: تعریف حق در لغت
10.....	مطلب دوم : تعریف حق در اصطلاح
13.....	مطلب سوم : تعریف حق در اصطلاح علماء قانون
13.....	الف : تعریف اتجاه شخصی
14.....	ب : تعریف اتجاه موضوعی
15.....	ج : تعریف اتجاه مختلط
15.....	د : تعریف اتجاه حدیث (تسلط و اختصاص)
18.....	مبحث دوم : مفهوم حق و نشات آن
18.....	مطلب اول : منشاء نظریه حق و طبیعت آن در فقه اسلامی
20.....	مطلب دوم : منشاء نظریه حق در قانون وضعی
20.....	الف : نظریه حق در مذهب فردی
22.....	ب : نظریه حق در مذهب تضامن اجتماعی
24.....	مطلب سوم: مقایسه میان نشات نظریه حق در فقه اسلامی و قانون وضعی

فصل دوم

تعریف تعسف و مفهوم آن

- مبحث اول : شناخت همه جانبه تعسف 28
- مطلب اول: تعریف تعسف در لغت 29
- مطلب دوم : تعریف تعسف در اصطلاح 29
- مطلب سوم: تعریف تعسف در استعمال حق 30
- الف: تحلیل تعریف مختار..... 31
- مطلب چهارم : تمییز واژه تعسف در استعمال حق از مصطلحات دیگر 32
- الف : فرق میان تعسف در استعمال حق و تعدی 32
- ب: فرق میان تعسف در استعمال حق با اساءت یا زیان 34
- مطلب پنجم : تکلیف فقهی وقانونی نظریه تعسف در استعمال حق 36
- الف: تکلیف فقهی نظریه تعسف در استعمال حق 36
- ب: تکلیف قانونی نظریه تعسف در استعمال حق 38
- مبحث دوم: مفهوم تعسف در فقه اسلامی و قانون وضعی 40
- مطلب اول: فلسفه و مفهوم تعسف در فقه اسلامی 40
- مطلب دوم : نظریه تعسف در استعمال حق در نزد فقهاء قدیم 40
- الف: نظریه تعسف در مذهب امام ابوحنیفه رحمه الله 42
- ب: نظریه تعسف در استعمال حق در مذهب امام مالک رحمه الله 43
- ج : نظریه تعسف در مذهب امام احمد بن حنبل رحمه الله 44
- مطلب سوم : نظریه تعسف در استعمال حق در نزد فقهاء معاصر 45
- مطلب چهارم: نظریه تعسف در قوانین وضعی 47
- الف: نظریه تعسف در قانون روم 47
- ب: نظریه تعسف در قانون فرانسه 48

فصل سوم

دلایل ، مویدات و معاییر نظریه تعسف در شریعت اسلامی

- مبحث اول : دلایل نظریه تعسف در استعمال حق 52
- مطلب اول: دلایل نظریه تعسف از کتاب الله..... 52
- مطلب دوم : دلایل نظریه تعسف از سنت مطهر رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم 59

- 64.....مطلب سوم: دلایل نظریه تعسف در اقوال صحابه.
- 69.....مبحث دوم : مویدات نظریه تعسف در استعمال حق از قواعد فقهی
- 69.....مطلب اول: قاعده سد ذرایع.....
- 69.....الف: مفهوم سد ذرایع.....
- 69.....ب: مفهوم لغوی سد ذرایع.....
- 69.....ج: تعریف اصطلاحی سد ذرایع.....
- 70.....د: حجیت سد ذرایع.....
- 71.....و : انواع سد ذرایع نزد امام ابن قیم جوزیه رحمه الله.....
- 73.....ن : سد ذرایع و مصالح مرسله.....
- 74.....ی : ملازمت قاعده سد ذرایع با نظریه تعسف در استعمال حق.....
- مطلب دوم : قاعده الضرر الأشد یزال بالضرر الأخف(ضرر شدید به ارتکاب ضرر خفیف جبران
75.....میشود).....
- مطلب سوم: قاعده یتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (ضرر خاص برای دفع ضرر عام تحمل
77.....میشود).....
- 79.....مبحث سوم : معاییر نظریه تعسف در استعمال حق.....
- 79.....مطلب اول: معاییر نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی.....
- 79.....الف: معیار ذاتی.....
- 84.....ب : معیار مادی یا موضوعی.....
- 85.....مطلب دوم : معاییر نظریه تعسف در استعمال حق در قانون وضعی.....
- 86.....الف : معیار شخصی یا ذاتی.....
- 87.....ب: معیار مادی یا موضوعی.....

فصل چهارم

تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در فقه اسلامی و قوانین وضعی

- 90.....مبحث اول : تطبیقات نظریه تعسف در استعمال حق در احوال شخصی افغانستان.....
- 90.....مطلب اول : تعسف هنگام عدول یا انصراف از خطبه (نامزادی).....
- 90.....الف : تعریف خطبه در لغت.....
- 91.....ب: مشروعیت و حکم خطبه.....
- 92.....ج: شرایط خطبه.....

- خ: استرداد مهر و احکام آن در صورت عدول خطبه..... 93
- د : اختلاف در مهر یا هدیه بودن چیزی که مرد به زن داده است..... 95
- ر: تعویض ضرر ناشی از برهم زدن و یا عدول خطبه..... 95
- الف : تعویض ضرر ناشی از برهم زدن و یا عدول خطبه در فقه اسلامی قدیم..... 96
- ب: تعویض ضرر ناشی از برهم زدن و یا عدول خطبه از نظر فقهاء معاصر..... 97
- و : رویه و موقف قضایی در مورد جبران خسارت..... 99
- ی: حکم استرداد تحایف و هدایا..... 101
- مطلب دوم : تعسف در استعمال حق طلاق..... 104
- الف : تعریف طلاق در لغت و اصطلاح و قانون مدنی افغانستان..... 104
- ب: مشروعیت و حکم طلاق..... 104
- ج: طلاق تعسفی یا تعسف در استعمال حق طلاق..... 107
- اول: طلاق بدون سبب معقول..... 107
- دوم: طلاق در هنگام بیماری مرگ..... 109
- الف: تعسف در استعمال حق طلاق هنگام بیماری مرگ..... 110
- ب: حکم طلاق در هنگام بیماری مرگ..... 110
- مطلب سوم : تعسف در استعمال حق وصیت..... 115
- الف : تعریف وصیت در لغت و اصطلاح..... 115
- ب : مشروعیت وصیت..... 116
- ج : حکم وصیت..... 117
- د : ارکان وصیت..... 119
- ر : مقدار وصیت مشروع یا مقدار (موصی به)..... 119
- و : حالت های ضرر بار وصیت و تعسف در آن..... 121
- صورت اول : وصیت برای وارث..... 121
- صورت دوم : وصیت نمودن به بیشتر از ثلث مال..... 122
- صورت سوم: وصیت در حدود ثلث با قصد ضرر به ورثه..... 122
- مبحث دوم : صورتهای تعسف در استعمال حق در بخش رضاعت و سرپرستی..... 125
- مطلب اول : تعسف در استعمال حق سرپرستی اطفال..... 125
- الف : تعریف یتیم در لغت و اصطلاح..... 126

- ب: شأن نزول آیت کریمه 126.....
- ج : وجه استدلال از آیت کریمه به منع تعسف در استعمال حق سرپرستی یتیمان 127.....
- د: بررسی قانون سرپرستی اطفال افغانستان 128.....
- مطالب دوم: تعسف در استعمال حق رضاعت 135.....
- الف : تعریف رضاعت در لغت و اصطلاح 135.....
- ب: وجه استدلال به آیت کریمه جهت منع تعسف در استعمال حق رضاعت 135.....
- ج: آیا شیر دادن مادر به طفل، واجب است؟ 137.....
- مبحث سوم: آثار و احکام و جزاء های تعسف در استعمال حق 138.....
- مطلب اول: آثار و احکام تعسف در استعمال حق 138.....
- مطلب دوم : جزاء های دنیوی جهت تعسف در استعمال حق 139.....
- مطلب سوم : جزاء اخروی جهت تعسف در استعمال حق 141.....
- خاتمه : 142.....
- پیشنهادات: 145.....
- فهرست آیات شریف: 146.....
- فهرست احادیث: 149.....
- فهرست منابع و ماخذ : 152.....

خاتمه

خاتمه تحقیق خویش را در چند نقطه بشکل خلاصه بیان میدارم:

- 1- حق عبارت از اختصاصی است که شریعت به آن از جهت سلطه و تکلیف اقرار داشته.
- 2 - علماء قانون وضعی در مورد تعریف حق اختلاف نظر داشته و به چهار مذهب در این مورد تقسیم شده اند که مذهب راجع مذهب حدیث یا اتجاه تسلط و اختصاص میباشد. و تعریف را که اصحاب این مذهب تقدیم نموده اینست که : حق عبارت از اختصاص و استثنای شخص به ارزشهای مالی و ادبی معین که قانون آنرا به فرد اعطاء نموده میباشد.
- 3 - منشاء نظریه حق را در فقه اسلامی به اساس رسالت الهی بنیاد نهاده شده و مصدر آن وحی الهی میباشد.
- ولی منشاء حق در قوانین وضعی با نشأت انسان و مجتمع انسانی ارتباط داشته چون اجتماع انسانی به وجود آورنده و سبب نشأت نظریه حق گردیده است و در قانون وضعی جهت منشاء نظریه حق دو مذهب وجود دارد مذهب فردی و مذهب تضامن یا همبستگی اجتماعی.
- 4 - تعسف عبارت از استعمال حق به نیت الحاق ضرر به دیگران بدون اینکه به صاحب حق در آن مصلحتی موجود باشد تعسف نامیده میشود.
- تعسف در استعمال حق عبارت اند از: مخالفت قصد شارع در تصرف که حسب اصل شرعا به آن اجازه داده شده است.
- 5- فرق میان تعسف در استعمال حق و تجاوز و تعدی از حق اینست که تعسف در استعمال حق شامل تصرفاتی می گردد که در ذات خود مشروع بوده و در دایره حق داخل میباشد در حالیکه تعدی و تجاوز خارج از دایره حق بوده که آن فعل در اصل مشروعیت شرعی نمی داشته باشد.
- 6 - و تکلیف فقهی نظریه تعسف در استعمال حق را اصولین مانند امام شاطبی رحمه الله از باب تعدی به طریق تسبب شدن پنداشته است.
- 7 - و تکلیف قانونی نظریه تعسف در استعمال حق اغلب علماء قانون در مورد تکلیف و اساس نظریه تعسف در استعمال حق را استوار به فکره خطاء و داخل چارچوب دایره مسؤلیت تقصیری پنداشته اند.
- 8 - نظریه علماء معاصر در مورد نظریه تعسف اینست که:
نظریه تعسف از باب تعدی به طریق تسبب نبوده و معیار های تعدی بالای نظریه تعسف قابل تطبیق نمی باشد و این نظریه یک نظریه مستقل بوده که دارای مبانی و معاینر خاص خود میباشد.

9 - عدم مشروعیت تعسف در استعمال حق و ضرر رساندن به دیگران به اساس دلایل قرآنی، احادیث مطهر رسول الله صلی الله علیه وسلم، اقوال صحابه رضی الله عنهم، و قواعد فقهی توضیح و بیان گردیده است.

10 - فقهاء اسلامی و علماء قانون در ارتباط با این نظریه دو معیار اساسی را جهت تعسف در استعمال حق تعیین نموده اند که این دو معیار به مثابه محوری بوده که حول آن تحدید تعسف در استعمال حق میچرخد. و این دو معیار عبارت معیار شخصی (ذاتی) و دوم معیار مادی (موضوعی) میباشد.

11- مجال تطبیق نظریه تعسف در استعمال حق خیلی وسیع بوده که احوال شخصی، معاملات، و حق ملکیت از جمله بارزترین آنها تشکیل میدهد.

12- نامزدی توافق و عهد جایز جهت تعهد برای انعقاد عقد نکاح در آینده میباشد که طرفین، حق انحلال و فسخ آن را در هر شرایطی دارا میباشند و در هنگام عدول جمهور علمای فقه در مورد استرداد مهر اتفاق نظر دارند که در صورت انصراف از نامزدی به هر صورت که باشد خواه فسخ تعسفی باشد یا با سبب مرد حق استرداد مهر را دارد. زیرا مهر آثار حقوقی عقد ازدواج میباشد و جبران خسارت مسؤولیت مدنی ناشی از برهم زدن نامزدی در فقه اسلامی سابقه چندانی ندارد و این بحث پس از تدوین مقررات در کشورهای اسلامی رایج شده است.

برخی از نویسندگان مسلمان گفته اند: نامزد پشیمان به جبران خسارت ملزم می‌شود زیرا نامزدی توافق الزام آوری است که هر یک از دو طرف را به اجرای عقد نهایی (ازدواج) در وقت مناسب پای بند می‌کند. به همین دلیل عدول از وفای به این پیمان موجب خسارت مادی و معنوی است مگر اینکه متخلف برای عدول خویش سبب معقولی را ارایه و وجود آن را اثبات کند.

13 - از ساحه تطبیقات دیگری این نظریه را تعسف در استعمال حق وصیت تشکیل داده که حالت های ضرر بار وصیت و اثر تعسف در آن زمانی آشکار میگردد که شخص برای وارث خویش وصیت نماید. صورت دیگر آن وصیت نمودن به بیشتر از ثلث مال میباشد و صورت سوم آن وصیت در حدود ثلث با قصد ضرر به ورثه میباشد و این حالت از صورت های بارز تعسف شمرده میشود که ممکن موصی وصیت را به شروط موضوعی مقید سازد که از حدود مشروعیت وصیت را خارج نسازد در حالیکه قصد ضرر به ورثه در استعمال حق وصیت میداشته باشد.

14- و در شریعت اسلامی برای تعسف در استعمال حق جزاء های دنیوی و اخروی مقرر شده که جزاء های دنیوی شامل جزاء های دنیوی مانند جزاء های عینی ، جزاء های مالی یا جزاء (تعویضی) و جزاء های تعزیری میباشد.

و در آخر از تمام آن افرادی که در نوشتن این تحقیق مرا همکاری نمودند سپاس گذاری میکنم.
الحمد لله أولا و آخر و الصلاة على سيدنا محمد و على آله و صحبه اجمعين. و آخر دعوانا ان الحمد لله
رب العالمين.

پیشنهادهات

آنچه مانند آفتاب آشکار است اینست که هیچ تغییری در جهان و تمدنها به وجود نیامده مگر اینکه اهل آن سرزمین ها گامی به سوی تغییر برداشته باشند و برای بدست آوردن آنچه میخواهند تلاش کرده اند بذل و جهد به خرچ دادن تا به اوج آسایش و رفاهیت رسیده اند لذا قدرت قلم و جهد آنچه است که باعث ساخت مدنیت ها شده لذا برای همه افراد اهل علم و خبره و خصوصا خواهرانم که صاحب علمیت و قدرت قلم هستند پیشنهاد میکنم تا جهت به غنی سازی ذخایر علمی فقه اسلامی بپردازند و به زبان های مادری خویش جهت دسترس بیشتر افراد به نگرش و ترجمه کتب اسلامی بپردازند.

و به قوه مقننه که وظیفه تقنین قوانین را به دوش دارد پیشنهاد میکنم تا در عرصه جابجا کردن نظریه تعسف در استعمال حق یا سوء استفاده از حق در قوانین کشور بپردازد مانند قوانین کشورهای الجزایر و مصر که موقف های خیلی واضح و آشکار را بر تعسف در استعمال حق در قوانین خویش وضع نموده اند.

و پیشنهاد میکنم به افراد یکه علاقمندی جهت تحقیق این نظریه را دارند که این نظریه (نظریه تعسف در استعمال حق) نظریه ای خیلی وسیع و مجال تطبیق خیلی فراخ داشته که به نسبت مشکلات بنده نتوانسته همه آنرا مورد بحث و تحقیق قرار بدهد بناء میتوانی ابعاد مختلف این موضوع را مورد بررسی قرار داد.

بخاطر دسترسی به متن کامل این تحقیق مراجعه شود به:

پوهنتون سلام، کتابخانه مرکزی چهار راهی گل سرخ، سرک کلوله پشته

و یا هم به ایمیل آدرس ذیل تماس گرفته شود:

salamresearchcentre@salam.edu.af