



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون

پروگرام ماستری فقه و قانون



دولت جمهوری اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

ریاست پوهنتونهای خصوصی

حیازت مباحثات

در فقه اسلامی و قانون مدنی

رساله ماستری

محصل: جاوید "غازی زاده"

استاد راهنما: محمد یونس "ابراهیمی"

سال: 1397 هـ ش



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون

پروگرام ماستری فقه و قانون



دولت جمهوری اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

ریاست پوهنتونهای خصوصی

حیازت مباحثات در فقه اسلامی و قانون مدنی

رساله ماستری

محصل: جاوید "غازی زاده"

استاد راهنما: محمد یونس "ابراهیمی"

سال: 1397 هـ ش

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دیارتمنت فقه و قانون

بورده ماستری

تصدیق نامه

محترم جاوید (غازی زاده) ولد عزیز خان ID نمبر Sh-msf-96-315 (از دور پنجم فقه و قانون) از پایان نامه ماستری خویش زیر عنوان: حیازت مباحثات در فقه اسلامی و قانون مدنی به روز شنبه تاریخ ۱۳۹۸/۸/۱۱ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و از نظر هیأت ژوری مستحق ۸۳ (نمره به عدد) هشتاد و سه (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

امضاء اعضای هیأت ژوری:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور نجیب الله صالح	عضو هیأت	
۲	استاد وزیر محمد سعیدی	عضو هیأت	
۳	دکتور محمد یونس ابراهیمی	رهنما و رئیس جلسه دفاعیه	

..... معاون علمی

..... امر بورده ماستری

اهداء

این اثر کوچک را به پدر و مادر مهربانم که همه هستی من از برکت آنها است تقدیم میکنم، هر قدر از این نعمت الهی ستایش کرد باز هم اندک خواهد بود. از این تحفه بی مثال چگونه میتوان توصیف کرد در صورتیکه خداوند جل جلاله بهشت را زیر قدم هایشان قرار داده است.

پدر و مادرم هر کدام بنوبه خویش زحمات زیادی را در امر تعلیم و تربیه بنده متقبل شدند. از خداوند جل جلاله آرزومندم، عمر طویل در لباس صحت و عافیت برایشان نصیب بگرداند.

همچنان قابل یادآوریست از برادران، خواهران و تمامی دوستانم صمیمانه تشکر و ابراز امتنان نمایم که همواره در مراحل مختلف زندگی بخصوص در دوره تحصیل از لحاظ مادی و معنوی تشویق و همکاری نمودند. بناءً جا دارد تا این اثر کوچک را تقدیم شان بدارم.

جاوید "غازی زاده"

سپاسگذاری

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ وَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَأَزْوَاجِهِ وَأَصْحَابِهِ أَجْمَعِينَ.

حمد و ثناء خداوند ﷺ را بجا می آورم که در تحریر این رساله مرا توفیق بخشید تا چند صفحه ای را به عنوان تحقیق علمی آغاز و به انجام برسانم. بر بنیاد حدیث پیامبر ﷺ که ارشاد میفرمایند، ترجمه: (لا يشكر الله من لا يشكر الناس)¹ کسی شاکر خداوند ﷺ بوده نمیتواند تا که سپاسگذار بنده اش نباشد.

از فاضل محترم استاد بکتور محمد یونس «ابراهیمی» صمیمانه سپاس گزاری می کنم که در نوشتن این رساله با جبین گشاده، حسن خلق، متانت و امانت، صبر و شکیبایی و سجایای بی نظیر اخلاقی دیگر مرا راهنمایی و کمک نمود، از بارگاه ایزد منان برایشان توفیق، شادکامی و تندرستی آرزو می کنم.

همچنان از تمامی استادان محترم، که در دوره ماستری با خلوص قلب و ایمانداری از داشته های علمی شان مرا مستفید گردانید، ابراز امتنان می نمایم.

در اخیر از تمام استادان پوهنتون سلام، اعضای اداری و دست اندر کارانی که در طی دو سال درسی با خلق نیکو و حسن نیت مرا همکاری نمودند، سپاس و قدر دانی می نمایم.

جاوید "غازی زاده"

¹ - البخاری، محمد بن اسماعیل، الادب المفرد بالتعليقات، رقم الحديث 218.

خلاصه

رساله حاضر بمنظور تکمیل نمودن دوره ماستری تحت عنوان (حیازت مباحات در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان) تحریر گردیده است. در تدوین این رساله نهایت سعی و تلاش بعمل آمده تا سایر موضوعات مربوط به حیازت مباحات را از دیدگاه فقه اسلامی و قانون مدنی جمع آوری و به گونه مقایسوی مورد بحث و بررسی قرار گیرد. به خاطر اینکه موضوعات و مطالب مرتبط به حیازت مباحات بگونه علمی تحقیق و بررسی گردد، مطالب رساله حاضر را در چهار فصل، مباحث و مطالب جداگانه ترتیب و تنظیم نموده، طوریکه در فصل اول به مفاهیم عمومی، ادله اثبات، ارکان، انواع و شرایط حیازت مباحات پرداخت شده است. فصل دوم که به اسباب کسب ملکیت اختصاص یافته است حاوی پنج مبحث بوده در مبحث اول تصاحب، در مبحث دوم خلفیت و وصیت، مبحث سوم شفعه و التصاق، مبحث چهارم زکات، فی، غنائم، تولد از مملوکه، هبه و صدقه بیان گردیده است.

در فصل سوم که محراق رساله حاضر را تشکیل میدهد مشتمل بر هفت مبحث بوده که در مبحث اول کسب، انتقال و زوال حیازت مباحات، مبحث دوم حمایت حیازت، مبحث سوم آثار حیازت، مبحث چهارم عدم تملک پذیری اموال عامه، آثار باستانی و وقفی بر اساس مرور زمان، در مبحث پنجم استرداد مصارف، در مبحث ششم مسئولیت از بین رفتن شی تحت حیازت و در مبحث هفتم موارد متفرقه حیازت مباحات مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

در فصل آخر موضوعات استیجار، شراکت و وکالت حیازت مباحات از دیدگاه فقه اسلامی و قانون مدنی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. قابل یاد آوری است که در اخیر هر مبحث مقارنه های اختصاصی و در اخیر رساله پیشنهادات لازم نیز ارائه گردیده است.

فهرست عناوین

صفحه	عنوان
8.....	مقدمه
9.....	ضرورت و اهمیت انجام تحقیق:
10.....	اسباب اختیار موضوع:
10.....	هدف از انجام تحقیق:
11.....	شیوه تحقیق:
12.....	مشکلات بحث:
14.....	پلان کاری تحقیق:
17.....	فصل اول
17.....	شناخت مفاهیم عمومی حیات مباهات
17.....	مطلب اول: تعریف حیات مباهات در فقه اسلامی
20.....	مطلب دوم: تعریف حیات مباهات در قانون مدنی
23.....	مبحث دوم: ادله مشروعیت حیات مباهات
23.....	مطلب اول: ادله مشروعیت حیات مباهات در فقه اسلامی
24.....	مطلب دوم: اثبات حیات مباهات در قانون مدنی
26.....	مبحث سوم: ارکان، انواع و شرایط حیات مباهات
26.....	مطلب اول: ارکان، انواع و شرایط حیات مباهات در فقه اسلامی
30.....	مطلب دوم: ارکان، انواع و شرایط حیات مباهات در قانون مدنی
36.....	فصل دوم
36.....	اسباب کسب ملکیت
38.....	مبحث اول: تصاحب
38.....	فرع اول: مفهوم تصاحب
42.....	مطلب دوم: تصاحب در قانون مدنی
42.....	فرع اول: تعریف تصاحب در قانون مدنی
43.....	مطلب سوم: مقارنه بحث تصاحب
45.....	مبحث دوم: خلفیت و وصیت
45.....	مطلب اول: خلفیت در فقه اسلامی
45.....	فرع اول: مفهوم خلفیت

47.....	مطلب دوم: خفیت در قانون مدنی
47.....	فرع اول: تعریف خفیت
47.....	فرع دوم: مفهوم ضمان
48.....	مطلب سوم: وصیت در فقه اسلامی
48.....	فرع اول: مفهوم وصیت
49.....	مطلب چهارم: وصیت در قانون مدنی
50.....	مطلب سوم: مقارنه بحث خفیت و وصیت
51.....	مبحث سوم: شفعه و التصاق
51.....	مطلب اول: شفعه در فقه اسلامی
51.....	فرع اول: مفهوم شفعه
52.....	مطلب دوم: شفعه در قانون مدنی
53.....	مطلب سوم: التصاق در فقه اسلامی
53.....	فرع اول: مفهوم التصاق
54.....	مطلب چهارم: التصاق در قانون مدنی
54.....	مطلب سوم: مقارنه بحث شفعه و التصاق
56.....	مبحث چهارم: زکات، فی، غنائم، تولد از مملوکه، هبه و صدقه
56.....	مطلب اول: زکات، فی، غنائم، تولد از مملوکه، هبه و صدقه در فقه اسلامی
61.....	مطلب دوم: زکات، فی، غنائم، تولد از مملوکه، هبه و صدقه در قانون مدنی
66.....	فصل سوم
66.....	مبحث اول: کسب، انتقال و زوال حیازت
66.....	مطلب اول: کسب، انتقال و زوال حیازت در فقه اسلامی
66.....	اول: کسب حیازت در فقه اسلامی
68.....	دوم: انتقال حیازت در فقه اسلامی
70.....	مطلب دوم: کسب، انتقال و زوال حیازت در قانون مدنی
70.....	اول: کسب حیازت در قانون مدنی
71.....	عیوب حیازت
76.....	دوم: انتقال حیازت
78.....	سوم: زوال حیازت
81.....	مطلب سوم: مقارنه بحث کسب، انتقال و زوال حیازت

.....83	مبحث دوم: حمایت حيازت
.....83	مطلب اول: حمايت حيازت در فقه اسلامى
.....85	مطلب دوم: حمايت حيازت در قانون مدنى
.....85	دعوى استرداد حيازت
.....86	دعوى منع تعرض
.....89	مطلب سوم: مقارنه بحث حمايت حيازت
.....90	مبحث سوم: آثار حيازت
.....90	مطلب اول: آثار حيازت در فقه اسلامى
.....93	مطلب دوم: آثار حيازت در قانون مدنى
.....97	مطلب سوم: مقارنه بحث آثار حيازت
.....98	مبحث چهارم: عدم تملك پذيرى اموال عامه، آثار باستانى و وقفى بر اساس
.....98	مطلب اول: عدم تملك پذيرى اموال عامه، آثار باستانى و وقفى در فقه اسلامى
.....101	مطلب دوم: عدم تملك پذيرى اموال عامه، آثار باستانى و وقفى در قانون مدنى
.....102	مطلب سوم: مقارنه بحث عدم تملك پذيرى اموال عامه، آثار باستانى...
.....103	مبحث پنجم: استرداد مصارف
.....103	مطلب اول: استرداد مصارف در فقه اسلامى
.....107	مطلب دوم: استرداد مصارف در قانون مدنى
.....108	مطلب سوم: مقارنه بحث استرداد مصارف
.....110	مبحث ششم: مسئوليت از بين رفتن شى تحت حيازت
.....110	مطلب اول: مسئوليت از بين رفتن شى تحت حيازت در فقه اسلامى
.....113	1مطلب دوم: مسئوليت از بين رفتن شى تحت حيازت در قانون مدنى
.....114	مطلب سوم: مقارنه بحث مسئوليت از بين رفتن شى تحت حيازت
.....116	فصل چهارم
.....116	مبحث اول: وكالت، استيجار و شراكت حيازت مباحات
.....116	مطلب اول: وكالت، استيجار و شراكت حيازت مباحات در فقه اسلامى
.....118	چهارم: تحصيل مباحات
.....119	وكالت در مباحات
.....119	فرع دوم: استيجار
.....120	استيجار در مباحات

.....121.....	فرع سوم: شراکت
.....121.....	اول: تعریف شراکت در فقه اسلامی
.....122.....	چهارم: شراکت در مباحات
.....123.....	مطلب دوم: وکالت، استیجار و شراکت حیازت مباحات در قانون مدنی
.....123.....	فرع اول: وکالت در قانون مدنی
.....124.....	وکالت در مباحات
.....125.....	اجاره در قانون مدنی
.....125.....	تعریف اجاره
.....125.....	اجاره مباحات
.....126.....	شراکت در قانون مدنی
.....128.....	نتیجه گیری
.....129.....	پیشنهادات
.....130.....	فهرست آیات قرآن کریم
.....131.....	فهرست احادیث
.....132.....	فهرست اعلام
.....133.....	فهرست منابع و مأخذ
.....133.....	الف) منابع عربی
.....134.....	ب) منابع فارسی
.....135.....	ج) منابع برقی

مقدمه

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ، وَنَسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شَرِّهِ وَأَنْفُسِنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ وَمَنْ يَضَلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ { وَالَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ }¹، {قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلَهُ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ }².

أما بعد: هیچ جای شک و تردید نیست که هر آنچه از جانب الله ﷻ خلق گردیده است از رحمت الهی بوده و برای ما در آن خیری نهفته است. از جمله نعمات که خداوند ﷻ خلق کرده و در بین تمام مردم آنرا مشترک قرار داده است تا با استفاده از امکانات و ضرورت‌مندی شان از آن استفاده کند، مثلاً ماهی دریا، هیزم های جنگل و غیره...

از آن روزی که بشر آفریده شد احساس کرد نسبت به اشیا صاحب حق است و ارتباطی با آنها دارد، این رابطه یا نسبت به عین است یا نسبت به منفعت آن اسلام تنها دینی است که تمام عرصه های زندگی بشر را مورد بحث قرار داده، و همه شئون زندگی انسان ها را تنظیم نموده است. از همان بدو پیدایش زندگی بشری حیات مباهات یکی از موضوعات جز زندگی بشر بود و میباشد. از سوی دیگر یکی از موضوعات مهم فقهی بوده و از جانی موضوع مهم و عمده در نظام حقوقی افغانستان و سایر کشور ها به شمار میرود. حیات مباهات در فقه اسلامی در بحث جداگانه به آن پرداخته نشده بلکه تحت مباحث چون: مشارکت، ملکیت، اجاره و غیره... مورد بررسی قرار گرفته است.

در اجتماع امروز بشری که ما زنده گی می نماییم، ملکیت های وجود دارد که اصلاً مالک ندارند یا برخی از ملکیت های هستند که از جانب مالک ترک شده و به مباهات تبدیل گردیده اند و یا هم ملکیت های اند که جدید بوجود آمده اند. بنابر هر دلیلی که این ملکیت ها به مباهات پیوسته اند طوریکه از زمانهای گذشته یکی از اسباب ملکیت را تشکیل میدهند در عصر امروزی نیز همچنین ادامه دارد.

از اینکه بخش اعظم زندگی بشری وابسته به اقتصاد است. بناءً حیات مباهات یکی از بحث های عمده و اساسی اسباب تملک و اقتصاد را تشکیل میدهد.

¹ - القرآن الکریم، تفسیر نور، سوره انعام، آیه (145).

² - القرآنکریم، تفسیر نور، سوره بقره ، آیه (29) .

در ابتدای زندگی بشر بنا بر قلت نفوذ بشری حیات مباحت موضوع چندان مهم نبود، اما بنا بر ازدیاد نفوذ، محدود شدن حیطه حیات مباحت از طرف حکومت ها و وضع قوانین در زمینه و از جانبی هم کثرت نفوذ جامعه بشری سبب گردید، تا مردم به حیات مباحت احتیاج بیشتری پیدا نمایند. که این امر سبب شد که حیات مباحت یکی از مباحت عمده و قابل ارزش تلقی گردد. حیات مباحت امروزه سبب بروز منازعات زیادی در جوامع بشری گردیده است به گونه مثال: زمینی وجود داشته که تعداد از اهالی از آن به گونه مشترک در امر چراندن و غیره... استفاده می نمودند ولی به اساس ضرورت یکی از آنها می خواهد که آنرا تحت حیات خویش قرار دهد از جانبی زمین مباح است و از سوی هم هر کدام از افراد خود را در آن صاحب نفع میدانند. بناءً با در نظر داشت موارد متذکره لازم دانستم تا رساله دوره ماستری را تحت عنوان " حیات مباحت در مطابقت به فقه اسلامی و قانون مدنی کشور" به رشته تحریر در آورم.

ضرورت و اهمیت انجام تحقیق:

در ابتدای زندگی بشر بنا بر قلت نفوذ بشری حیات مباحت مطرح نبود اما بنا بر ازدیاد نفوذ و ضرورت مردم به اموال مباح، سبب شد حیات مباحت به یکی از موضوعات مهم برای محققین تبدیل گردد. امروز موضوعاتی در سطح ملی، بین المللی، قراء و قصبات و حتی در بین یک فامیل وجود دارد که حکم مباح بودن آن مجهول میباشد. از دیدگاه شریعت اسلامی و قوانین نافذ کشور برخی از مواردی وجود دارد که بین دو یا بیشتر از دو نفر و حتی بین کتله بزرگی از مردم به شکل مشترک قرار داشته و یا در برخی موارد ملکیت های نیز پیدا میشود که قبلاً دارای مالک بوده اما امروز بنا بر برخی ملحوظات لا مالک و مباح میباشد. و سبب میشود که در آن چندین تن خود را صاحب حق بدانند.

از جانب دیگر مجموعه ای که بتواند تمام اموال و ملکیت های مباح، شیوه های بدست آوردن آنها، و غیره ... موارد مربوط به آن را از دیدگاه فقه اسلامی و قانون مدنی جمع نماید وجود ندارد. در صورتیکه امروز کثرت نفوذ روبه افزایش بوده و مردم ضرورت دارند تا از اموال مباح که از جانب خداوند جل جلاله در اختیارشان قرار گرفته است بمنظور رفع احتیاجات مشروع شان استفاده نمایند.

با در نظر داشت مطالب ارایه شده ضرورت به تحقیق رساله حاضر قرار ذیل بر شمرده میشود:

- 1- نوشتن پایان نامه دوره تحصیلی مقطع ماستری.
- 2- ضرورت اجتماعی جهت وضاحت و تحقیق همه جانبه حیات مباحت.

3- جمع آوری بحث ها و مطالب پراکنده مرتبط به حیات مباهات زیر یک چتر که تا هنوز چنین اثری تدوین نگردیده است.

4- روشن ساختن راههای استفاده موثر از حیات مباهات توسط هموطنان عزیز و جلوگیری از سوء استفاده های ملکیت های مباهات .

5- احساس مسولیت ملی و وجیبه ایمانی در راستای علم زائی.

از اینکه تحت عنوان فوق الذکر تا کنون تحقیق همه جانبه صورت نگرفته است، و سایر مباهات بگونه پراکنده و متفرق بوده و از جانبی هم امروز در جامعه ما نیز ضرورت بیشتری به آن محسوس است. در ذات خود این اثر گامی موثری خواهد بود. و نهایت سعی و کوشش بعمل آمده است تا همه موضوعات مربوط به موضوع جمع آوری گردد.

اسباب اختیار موضوع:

انجام دادن هر کاری اسباب و دلایل بخصوص خود را دارد، انتخاب موضوع این رساله نیز برخی از اسباب و دلایل دارد که قرار ذیل هر کدام را بر خواهیم شمرد:

از اینکه مباهات از جمله دارای های عامه بشمار میرود و احتیاجات جامعه بشری یک امر ایست انکار ناپذیر، همچنان ضرورت بشری به آن روز به روز بیشتر میشود و متأسفانه منابع مباهات محدود، بمنظور استفاده موثر و بهتر از داشته های که در ملکیت کسی نیستند و از جمله مباهات به شمار میروند.

کشوری چون افغانستان که تقریباً نیم قرن با جنگ های خانمان سوز دست و پنجه نرم میکند، که در نتیجه آن بشتین منابع مباهات از بین رفتند و بقایای آن نیز از سوی زورمندان و افراد غیر مسئول به تاراج برده میشود. همچنان جنگ های که هنوز نیز ادامه دارد سبب کاهش علم و دانش گردیده که به این ملحوظ جامعه ما نیازمند است تا از مباهات و طریق حیات آن آگاهی حاصل نماید.

از سوی دیگر عدم وجود سیاست های سنجیده شده به خاطر استفاده درست از مباهات، انکشاف و توسعه آن که از جانبی منابع مباهات حفظ گردد و از سوی دیگر سبب رشد جامعه گردد.

هدف از انجام تحقیق:

طوریکه فوقاً به آن اشاره نمودیم، انجام هر امری بر علاوه اسباب و دلایلی که دارد، اهداف مشخص را نیز دنبال می کند. هدف از ترتیب و ارایه این رساله عبارت از:

مکلفیت هر محصل مبنی بر اینکه بعد از ختم هر دوره تحصیلی بخصوص در دوره ماستری تحقیقی را انجام دهد. که نیاز مبرم اجتماعی باشد بناءً موضوع حاضر را انتخاب نمودم تا بالای آن تحقیق نمایم.

اینکه از دیدگاه فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان موارد مرتبط به حیات مباحات چقدر ارزش دارد. و همه مطالب را جمع آوری و بر مبنای آن اهمیت موضوع و سایر احکام مربوط به آن را برای هموطنان عزیز تقدیم نمایم.

اینکه افغانستان کشوریست فقیر و میتواند استفاده درست از مباحات در امر فقر زدائی کمک کند.

و هم با تحقیق این رساله از اندوخته های علماء و دانشمندان که به ما به میراث گذاشته اند بهره مند شده، و خدمت کوچکی باشد به هموطنان عزیزم.

شیوه تحقیق:

در امر تحقیق این رساله از شیوه کتابخانه ای استفاده گردیده. نهایت سعی و تلاش گردیده است تا مطالب مربوط را از مراجع اصلی با ذکر مأخذ، جمع آوری نمایم. موضوعات که در این رساله مورد بحث و بررسی قرار گرفته به گونه همه جانبه و مقایسوی از دیدگاه فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان به آن پرداخته شده است. همچنان شریعت اسلامی دامنه گسترده ای دارد، بناءً در این رساله بیشتر به فقه حنفی اکتفاء گردیده و در برخی از موارد به مذاهب سه گانه دیگر نیز استناد گردیده است.

همچنان بر علاوه از قانون مدنی از قوانین نافذ کشور نیز استفاده صورت گرفته است. که موارد قانون مدنی با فقه اسلامی مقایسه گردیده است. اما معیار اصلی که در این رساله از آن پیروی گردیده است قانون مدنی است.

اسلوب روش تحقیق که در پلان تحقیق ذکر است مرعات گردیده، که موضوعات در قالب فصل، مبحث و مطلب گنجانیده شده است. مطالب که در این رساله گنجانیده شده از منابع اصلی و معتبر به شکل دقیق اخذ گردیده و هر مطلب ارایه شده به مؤلف آن نسبت داده شده است.

در بکار گیری علامات ترقیم نیز سعی و تلاش گردیده که هر کدام به گونه درست و مناسب استفاده گردیده است.

مشکلات بحث:

این یک حقیقت واضح و روشن است که انسان موجود ضعیف و عاجز است، و در هر مرحله ای از زندگی با انبوهی مشکلاتی دست و پنجه نرم میکند. بدون تردید بنده در تحقیق این رساله با برخی از مشکلات برخورد کرده‌ام که قرار ذیل است:

مشکلات اقتصادی و کمبود مصادر اصلی، زیرا در کشور عزیز ما افغانستان بیشترین کتب از بیرون وارد میگردد یا در بیرون به چاپ میرسد که این امر سبب شده است تا قیمت کتب معتبر از حد توان یک شخص بیشتر باشد. و از جانب هم هر فرد نمیتواند که کتابخانه مستقل داشته باشد. امروز در جامعه ما فرهنگ همکاری و شریک نمودن کتب ضعیف است و از جانبی هم دسترسی به اینترنت و تکنالوژی به گونه وسیع وجود ندارد.

اینکه بیشترین منابع دین مبین و مقدس اسلام به زبان عربی است، حیازت مباحث نیز از این امر مستثنی نیست. بناءً از کتب عربی جمع آوری مطالب و ترجمه آن یک مشکل بزرگ میباشد.

تحقیق حاضر به گونه مقایسوی انجام یافته است بدون شک که تفسیر مواد قانونی عاری از مشکلات و چالش ها نیست. در برخی از موارد دوری راه، نبود برق و فرصت از روزگار زندگی مشکلات این تحقیق بشمار میروند.

پیشینه تحقیق:

پیرامون حیازت مباحث در کتب علماء و فقهای گذشته مطالب و مباحث وجود دارد که بسیار اندک میباشد. مگر این مباحث بسیار پراکنده بوده که تحت عنوان حیازت و مباحث فصل و یا اثری مستقل به دسترس قرار نگرفت.

در تحقیق این رساله دریافتم که تحت عنوان حیازت مباحث رساله مستقلی به رشته تحریر در نیامده است و اگر نوشته شده باشد چاپ نگردیده، و در کتابخانه ها دریافت نمی گردد. و نیز در مقایسه با قانون مدنی افغانستان کاملاً نادر است.

اما بحث های متفرق و پراکنده در زبان عربی و قانون مدنی افغانستان وجود دارد که همه موضوعات مربوط به حیازت مباحث را احتوا کند وجود ندارد.

با آنهم کتابهای که قسماً برخی از موضوعات مرتبط به حیازت مباحث را بر جنب سایر موضوعات مربوط به حقوق عینی به بحث و بررسی گرفته عبارت اند از:

- البدائع و الصنائع، تأليف علاء الدين الكاساني.
- الموسوعة الفقهية، وزارت اوقاف او الشؤون الاسلامی.
- الاشباه و النظائر، تأليف زين العابدين ابن نجيم.
- البيان و التحصيل، تأليف ابن رشد.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف ابن نجيم.
- المبسوط، تأليف محمد بن ابی سهل (السرخسی).
- المدخل لدراسة الشريعة الاسلاميه، تأليف عبدالكريم زيدان.
- لسان العرب، تأليف ابن منظور.
- شرح قانون مدنی، حقوق عینی، تأليف نظام الدين عبدالله.
- فقه اسلامی، نجيب الله ندوی.
- فقه اسلامی و ادلته، تأليف وهبة الزحيلي.
- قانون مدنی افغانستان....

سوالات تحقيق:

در برخی از مواقع سوالاتی پیرامون موضوع مشخص مطرح می‌گردد که حل آن ایجاب می‌نماید تا تحقیق به ارتباط آن صورت گیرد. سوالاتی که پیرامون این تحقیق مطرح گردیده قرار ذیل است:

- 1- اهمیت و جایگاه حیات مباحت در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان از چه قرار است؟
- 2- چه شرایط و اصول برای حیات مباحت در نظر گرفته شده است؟
- آیا شرایطی که بتواند جوابگوی نیازمندی های امروزی باشد در فقه و قانون برای حیات مباحت در نظر گرفته شده است؟
- 3- آیا حیات مباحت حق است یا اسباب کسب ملکیت؟
- 4- در صورتیکه حیات مباحت صورت گیرد، توسط فقه اسلامی و قوانین نافذ کشور مورد حمایت قرار می‌گیرد؟
- 5- کدام موارد را میتوان از زمره مباحت و قابل حیات دانست؟
- 6- آیا منابع حیات ثابت بوده و یا در حال تغییر؟
- 7- نقش حیات مباحت در زندگی اجتماعی چگونه است؟

- نقش حکومت ها در تعیین و طرز استفاده از مباحات چگونه است؟

و سایر پرسش های دیگر در زمینه وجود دارد، که در این تحقیق به آن به گونه مستند و مستدل جوابات ارایه گردیده، که با مطالعه این رساله جوابات قانع کننده را بدست خواهید آورد.

مشکلات بحث:

در مورد حیات مباحات باید یاد آور شد که حیات مباحات دامنه گسترده ای دارد که از زمانه های گذشته وجود داشته و ادامه دارد. و از سوی هم مباحات انواع و اقسام متنوع داشته و منابع مباحات در هر زمان به گونه های جدید ظاهر میگردد و همچنان شیوه های حیات مباحات شیوه و روش معین ندارد. که این امر سبب شده است تا مشکلات جدی و قابل ملاحظه در امر حیات مباحات بین اجتماعات بشری بروز نموده و سبب چالش ها میگردد. با در نظر داشت آنچه گفته آمدیم مشکلات زیادی فرا راه تحقیق پیرامون حیات مباحات وجود داشته که در مطالب پیشرو ملاحظه خواهید گردید.

پلان کاری تحقیق:

بخاطر تحقیق این رساله از پلان کاری که ذیلاً به آن پرداخته میشود استفاده به عمل آمده است. گفتنی است که هر مبحث در مطالب جداگانه طوریکه در مطلب اول موضوعات از دیدگاه فقه اسلامی، در مطلب دوم از دیدگاه قانون مدنی و در مطلب سوم مقارنه بین هر دو مراجع صورت گرفته است که ذیلاً به آن پرداخته میشود.

فصل اول: کلیات

مبحث اول: مفاهیم عمومی حیات مباحات

مبحث دوم: ادله اثبات حیات مباحات

مبحث سوم: ارکان، انواع و شرایط حیات مباحات

فصل دوم: اسباب کسب ملکیت

مبحث اول: تصاحب

مبحث دوم: خلفیت و وصیت

مبحث سوم: شفعه و التصاق

مبحث چهارم: زکات، فی، غنائم، تولد از مملوکه، هبه و صدقه

مبحث پنجم: حیازت مباحات

فصل سوم: حیازت مباحات

مبحث اول: کسب، انتقال و زوال حیازت

مبحث دوم: حمایت حیازت

مبحث سوم: آثار حیازت

مبحث چهارم: عدم تملک پذیری اموال عامه، آثار باستانی و وقفی بر اساس مرور زمان

مبحث پنجم: استرداد مصارف

مبحث ششم: مسولیت از بین رفتن شی تحت حیازت

مبحث هفتم: موارد متفرقه حیازت مباحات

فصل چهارم: وکالت، استیجار و شراکت حیازت مباحات

مبحث دوم: مصادیق جدید حیازت مباحات

نتیجه گیری

پیشنهادات

منابع و مأخذ

فصل اول

مفاهیم عمومی حیات مباحت

که سه مبحث ذیل را در بر میگیرد:

- 1 مفاهیم عمومی حیات مباحت
- 2 ادله اثبات حیات مباحت
- 3 ارکان، انواع و شرایط حیات مباحت

فصل اول

شناخت مفاهیم عمومی حیازت مباحات

قبل از آنکه به اصل بحث داخل شویم لازم است برخی از مفاهیم، اصطلاحات و موضوعات مقدماتی را مورد بحث و بررسی قرار دهیم در این فصل مفهوم، ادله اثبات، ارکان، انواع، شرایط و سایر موضوعات دیگر را یکی پی دیگری مورد مطالعه قرار میدهیم.

مطلب اول: تعریف حیازت مباحات در فقه اسلامی

الف: حیازت در لغت عبارت از ضم کردن و جمع کردن چیزی میباشد¹. به این معنا که شخصی چیزی مباح که در ملکیت هیچ کس نباشد را به دارایی هایش ضم می نماید. مصدر حیازت از ریشه عربی (حوز) گرفته شده است. که معانی متعددی را افاده میکند از جمله گرد آوردن، سلطه یافتن، در حوزه صلاحیت و ملکیت در آوردن، ضمیمه کردن، مالک شدن و یا دست نهادن به چیز مباح آمده است².

گفتم حیازت در لغت به معنای گرد آوردن و سلطه یافتن است. این سلطه به چیزی که مالک نداشته باشد تحقق میابد. زمانیکه شخصی می رود به جنگل از چوپ، سبزه و اگر حاصلاتی در جنگل وجود داشته باشد را جمع آوری می نماید، در حقیقت آن را در حوزه صلاحیت شخصی خویش آورده و میتواند بالای آن هر نوع اعمال صلاحیت نماید.

ب: حیازت در اصطلاح عبارت از همان وضع الید است که به طریقه استیلاء بالای شی مباح صورت گرفته باشد. پس به اساس این تعریف حیازت معادل و مترادف کلمه قبض میباشد³.

از دیدگاه فقهاء حیازت در صورتی سبب تملک میباشد، که با نیت ملکیت انجام شود و مقصود از آن تسلط بر چیزی لا مالک میباشد، مانند: زمین های موات، ماهی های دریاها، علوفه ها و سایر موارد دیگر⁴.

پس حیازت سلطه ای است عملی و فعلی که شخص بر خود شی یا بر حقوق آن دارد. بنابر این حیازت و تصرف به دو قسم است: تصرف مادی و تصرف حقوقی⁵.

¹- ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص 341. وزارت اوقاف و شئون الاسلامی، الموسوعة الفقهية، ج 18، ص 274.

²- مجموعة العلماء، المعجم الوسيط، ص 338.

³- وزارت اوقاف و شئون الاسلامی، الموسوعة الفقهية، ج 18، ص 274.

⁴- همان ص 275.

⁵- همان.

فرع دوم: تعریف مباحات

مباح که جمع آن مباحات است دارای معانی لغوی و اصطلاحی میباشد که هر کدام را جداگانه مورد مطالعه قرار میدهم.

الف: مباحات در لغت

مباح یا اباحه از ریشه (بوح) گرفته شده، که به معنای اجازه دادن آمده است. و معانی متعددی از آن تعبیر میشود، چون: روا، جایز، آشکار، حلال، روشن، لا مالک و خلاف محظور نیز آمده است.¹ تعریف که فقهاء از مباحات ارایه داشتند، عبارت از آنست که شخص حسب اراده و میل شخصی خود عملی را انجام دهد یا از انجام آن صرف نظر نماید.²

ب: مباحات در اصطلاح

مباح از اصطلاح فقهی گرفته شده است که جمع آن مباحات است، معنای اصطلاحی مترادف معنای لغوی آن بوده، در فقه به حکمی گفته میشود که فعل و ترک آن برابر است.³

و منظور از مال مباح در نظر فقها آن دسته از اموالی است که در ملکیت هیچکس داخل نبوده و هیچ مانع شرعی در خصوص تملک آنها وجود نداشته باشد، مانند: آبهای چشمه ها و کاریزها، درختان و هیزم دشتها و حیوانات قابل شکار⁴ و غیره...

مباح در شریعت اسلام از احکام پنجگانه تکلیفی است و به عملی گفته میشود که انجام و ترک آن از نظر شارع یکسان بوده و مدح و ندمی، پاداش و کیفری در هیچ کدام نباشد، مباح به معنای اینکه: مکلف بین فعل و ترک فعل بدون رجحان یکی بر دیگری مخیر باشد، مانند: فعل خوردن یا خوابیدن که در شرایط عادی حکمی ندارد و فرد میتواند طبق خواهش خود عمل کند. با توجه به تعریف و تشریح که فوقاً صورت گرفت، اصطلاح مباح در عبادات مفهوم و مصداقی ندارد. اموالی که ملک اشخاص نمیباشد و مردم میتوانند آنها را طبق مقررات حاکم مربوط به هر جامعه آنها را تملک نمایند و یا از آنها استفاده کنند، مثل اراضی موات و غیره⁵....

1- ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص 596. مجموعة العلماء، المعجم الوسيط، ج6، ص 731. لويس معلوف، المنجد المعجم، ج 3، ص 102.

²- همان

3- همان، ص 134.

4- عثمان بن فخرالدين الزيعلي، ج6، ص 10.

⁵عبدالباري، الوجيز في الملكية و الحقوق العينية، صفحه 251.

از مفاد این تعریف دو رکن اصلی در مال مباح استنباط می‌گردد، یکی نداشتن مالک و دیگری تملیک یا انتفاع از شی مباح طبق قانون یا شریعت اسلامی .

بناءً انفال، ثروت های عمومی، از قبیل زمین های موات، یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه ها، رودخانه ها، و سایر آبهای عمومی، کوه ها، دره ها، جنگل ها، نزارها، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول المالک، اموال عمومی که از غاصبین مسترد میشود از جمله مباحات بوده، که در اختیار حکومت اسلامی قرار میگیرد تا طبق مصالح عامه از آنها استفاده نماید¹.

همچنان مباح به عملی اشاره دارد، که فرد درباره آن تکلیف خاصی نداشته و در نتیجه انجام و ترک آن مساوی است و پاداش یا کیفری در پی ندارد. بر این اساس هر عملی که یکی از چهار حکم واجب، حرام، مستحب یا مکروه را نداشته باشد، مباح به حساب می آید².

مراد از مباحات (مباحات عام یا مباحات اصلی)، که بخشی از مشترکات بشمار می‌روند، ثروت های طبیعی است که مالک خاص ندارند و عموم مردم در حق استفاده کردن از آنها مشترک‌اند و هیچ مانع شرعی برای بهره برداری یا تملک آنها به شکل متعارف وجود ندارد، مانند: اموال گمشده، آب‌ها، گیاهان، شکارهای خشکی و دریایی و معادن زمینی و دریایی³.

این مباحات را از آن رو اصلی نامیده‌اند که امکان حیازت و بهره‌برداری از آنها برای هر شخصی که اقدام به حیازت کند، وجود دارد⁴.

1- محمد امین امیر پادشاه، تحریر التیسیر، ج4، صص 221-222.

2- همان ص 72.

3- همان،

4- السنهوری، الوسیط، ج 9، ص 13.

مطلب دوم: تعریف حيازت مباحات در قانون مدنی

فرع اول: تعریف حيازت

قانون مدنی افغانستان در متابعت از فقه اسلامی حيازت را به رسمیت شناخته، و آنرا از مواد (2256 الی 2259) مورد بحث قرار داده است. در قانون مدنی افغانستان حيازت عبارت از: حالت واقعی است که از سلطه شخص بر شی، یا بر حقی از حقوق به صفت مالک شی یا صاحب حق بر شی نشأت میکند.¹

فرع دوم: تعریف مباحات

در پیروی از فقه اسلامی مباحات همانند حيازت در قانون مدنی افغانستان تسجیل گردیده و استیلاء بر اشیای مباح را یکی از اسباب کسب ملکیت تام با اندکی تفکیک میدانند، ق. م در مورد چنین مشعر است: کسی که مال منقول مباح را قبل از دیگران بدست آورد، مالک آن شناخته میشود.² مثلاً: هرگاه شخصی به دست یا توسط ظرف آب نهري را احراز نماید آب مذکور به احراز و حفظ آن در ظرف ملکیت وی تلقی میگردد و سایرین حق ندارند که از آن انتفاع بگیرند. هرگاه بدون اجازه وی آن را تلف کنند ضامن پنداشته میشوند.³

فرع سوم: تقسیم مباحات

مباحات عامه

در فقه اموالیکه متعلق به هیچ کس نیست، به عنوان (مباحات عامه) یا (مشترکات و منافع عامه) تعبیر شده است. در مجموع میتوان گفت چیزی که برای همه مشترک یا مباح است به دو قسم است:⁴

1 - آنچه شارع مباح کرده و به بهره مندی از آن، بدون تملک (مالک شدن) و استهلاک (از بین بردن) اذن داده است.

2 - آنچه شارع مباح کرده و به تملک و استهلاک آنها نیز اذن داده است.

قسم اول به عنوان مشترکات یا منابع عامه مانند: راه ها، خیابانها، مساجد، و غیره.. که بین تمام مردم مشترک است و هر کسی حق بهره برداری از آنها را دارد. چون این اموال برای عموم مردم

¹ - قانون مدنی، م 2256.

² - قانون مدنی، 1985.

³ - نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی، ص 104.

⁴ - عبدالمجید صمیم، حقوق عینی اصلی اموال و ملکیت، ص 179.

هستند، پس استهلاک و تملک آنها جایز نیست، البته در صورت ضرورت مسلمانان، خلیفه و حاکم مسلمین میتواند به مصلحت مردم در این مورد اصدار حکم نماید¹.

مباحات خاصه

این نوع مباحات به خاطری خاص بوده که در هیچ زمان و تحت هیچ نوع شرایط قابلیت تملک پذیری را ندارد. و هیچ کس نمیتواند آنرا در حیطة صلاحیت خویش آنرا قرار دهد. و مردم صرفاً حق استفاده موثر و در حدود تعیین شده از آن سود برده میتوانند.

این نوع مباحات برخلاف مباحات عام قرار داشته به خاطری به این نام مسمی اند که در بین تمام مردم مشترک نبوده بلکه تعداد معین مردم حق استفاده از آن را دارند. به گونه مثال علفچرهای که بین تعداد معین از مردم مشترک و مباح باشند. که قرار ذیل آنرا به بررسی میگیریم.

آنچه که هیچ گاه به ملک کسی در نمی آید مثل نهرها، دریاها، جنگل ها، حیوانات و ثروت های طبیعی دیگر.

آنچه که مملوک عام واقع میشود، یعنی مال امام است و انفال نام دارد مانند: معادن، زمین های بایر، کوه ها، جنگل ها، نیزار ها و غیره...

آنچه که ملک خاص بوده سپس مالک آن از روی بی رغبیتی یا یأس از ملکیتش اعراض و روی گردانیده است.

فرع چهارم: فلسفه حیات مباحات

قانون و شریعت اسلامی از حیات حمایت می کند دلیل و فلسفه حمایت از حیات قرار ذیل است²:

اول: هرگاه حایز مالی که تحت حیاتش قرار دارد، تسلط عملی پیدا میکند، بنابر اعتباراتی که به امنیت جامعه و استقرار نظام ارتباط میگیرد، باید این تسلط برایش محفوظ بماند و هیچ کسی بر آن دست نیازد هر چند مالک مال باشد. اما مالک مال میتواند با شیوه های قانونی به منظور استرداد مال خود از نزد حایز اقدام نماید. قانون با شیوه های خاصی همانگونه که از ملکیت حمایت می کند از حیات نیز حمایت می نماید. بنابراین، مالک مال نمیتواند مال خود را از نزد حایز به زور اخذ نماید و امنیت جامعه را به خطر بیاندازد، بلکه اگر حایز داوطلبانه مال را به مالک مسترد نکند، مالک

¹ - همان ص 89.

² - حقوق عینی، داد محمد نذیر، ج2، ص 169.

میتواند از طریق قضاء طبق اجرائتی که قانون آنها را مقرر داشته مال خود را از نزد حایز حاصل نماید.

دوم: حایز در اکثر احوال مالک مال حیازت شده باشد. و نخستین مزایای ملک این است که مالک میتواند حایز آن گردد و به ندرت مالک خودش یا به وساطت شخص دیگری حایز ملک خود نمیگردد. به همین دلیل، قانون حایز را مالک محسوب میکند و ملیکت را از طریق حمایت حیازت، حمایت می نماید. روی همین سبب، قانون حیازت را قرینه داله بر ملکیت می شمارد، ولی قرینه عکس پذیر که دال بر عدم مالکیت حایز گردد از این امر مستثنی است. هیچ قابل تصور نیست که ملکیت در دست شخصی و حیازت در دست شخص دیگری باشد. از لحاظ قانونی پس از آنکه مالک مدارک مثبت ملکیت خود را ارائه نماید، میتواند مالش را با شیوه هایی که در قانون آمده است از دست حایز بیرون نموده به دست آورد. بنابراین، حمایت حیازت در واقع حمایت ملکیت است، ولی حمایت قانون از حیازت حمایت موقت است، یعنی قانون از حیازت تا زمانی حمایت میکند که بر خلاف حایز دلایلی ارائه نشود و هر گاه از طرف مالک دلایلی ارائه شوند و ثابت سازند که حایز مالک مال تحت حیازتش نیست، در این صورت حیازت مورد حمایت قانونی قرار نرفته و مال به مالکش رد کرده خواهد شد¹.

¹ - همان، ص 170.

مبحث دوم: ادله مشروعیت حیازت مباحات

در این مبحث پیرامون ادله اثبات حیازت مباحات در فقه اسلامی و قانون مدنی کشور بحث خواهیم نمود، دلایل اثبات آن به این معنا است که بحث حاضر در فقه اسلامی و قانون مدنی کشور جواز دارد یا خیر؟ ارزش و جایگاه حیازت مباحات در این منابع تا چه حد می‌باشد؟ و برخی از سوالات دیگر.... اولاً اثبات حیازت مباحات از دیدگاه فقه اسلامی و بعداً از دیدگاه قانون مدنی مورد بررسی قرار خواهیم داد.

مطلب اول: ادله مشروعیت حیازت مباحات در فقه اسلامی

کلمه مباح یا اباحه در قرآن کریم به کار نرفته است و در احادیث پیامبر ﷺ نیز این واژه استعمال نگردیده، ولی فقهای اسلام آیات متعددی که بیانگر مفهوم حیارت است را استنباط نموده، از جمله به آیات ذیل اشاره دارند: { يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ } ترجمه: ای مردم از آنچه در زمین است، حلال و پاکیزه را تناول کنید، و از شیطان پیروی نکنید یقیناً شیطان دشمن آشکار شماست¹.

و یا آیه مبارکه که میفرماید: { وَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ } ترجمه: او خدایی است که همه موجودات زمین را برای شما خلق کرده است و باز رو به ساختن آسمان کرد و هفت آسمان را ساخت و تنها خداست که بالای هر چیز آگاه است². و یا این آیه که میفرماید: { قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } ترجمه: بگو ای پیامبر ﷺ در احکام که به من وحی شده است، من چیزی را برای خوردندگان طعام حرام باشد، نمی‌یابم، جز آنکه میته (حیوان خود مرده)، خون ریخته شده یا گوشت خنزیر باشد، پس آنها نجس و پلیت هستند آنیکه به غیر از نام خداوند ﷻ به نامهای دیگری ذبح شده باشند. اگر حالتی واقع شود که مجبور باشید و هیچ نوع رغبت و میل به خوردن آن نداشته باشید از گوشت‌های که ذکر گردید بخورید بدون شک خداوند ﷻ به شما بخشنده و مهربان است³.

وجه استدلال آیات: در آیات که فوقاً تذکر بعمل آمد کلمات عام استفاده گردیده است از چیزهای که در زمین است حلال و پاکیزه آن را تناول نماید به این معنا هر آنچه در زمین است حلال است مگر

¹- القرآن کریم، تفسیر نور، سوره بقره، آیه (168).

²- القرآن کریم، تفسیر نور، سوره بقره، آیه (29).

³- القرآن کریم، تفسیر نور، سوره انعام، آیه (145).

در صورتیکه به حکم صریح از احکام منع قرار داده شده باشد. یا در آیه دیگری ارشاد میفرماید: که خداوند ﷻ همان ذاتی است که تمام چیز های که در زمین خلق کرده است برای شماس است.

تمام احکامی که از آیات یاد شده استنباط میگردد عام بوده تا زمانی که حکم صریح منع از آنها وجود نداشته باشد، برای مردم جواز دارد تا آنها را در ملکیت خویش قرار دهند، استفاده کننده، بخورند، بنوشند و طوریکه خواسته باشند استفاده نمایند.

اما این استفاده مشروط به اینست که از جانب شارع حکم منع آن صادر نگردیده، یا طوری استفاده نشوند که در آن به دیگران ضرر برسد. خلاصه اینکه آنچه که از جانب خداوند ﷻ خلق شده است جایز بوده بجز در صورتیکه از جانب شارع و یا توسط نص قوانین نافذ منع قرار داده شده باشد.

مطلب دوم: اثبات حیازت مباحات در قانون مدنی

در قانون مدنی افغانستان از مواد (2256-2298) به حیازت مباحات اختصاص یافته است، در مبحث مرتبط به حیازت مواردی چون: تعریف حیازت مباحات، کسب، انتقال و زوال حیازت، حمایت حیازت، آثار حیازت، تملک اشیاء منقول باسناد حیازت، ثمر به حیازت و استرداد مصارف حیازت مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

در مورد قانون مدنی می گوید: " حیازت، حالت واقعی است که از سلطه شخصی بر شی، یا بر حقی از حقوق به صفت مالک شی یا صاحب حق بر شی نشأت میکند¹". تعریف ارائه شده قانون مدنی افغانستان از حیازت مباحات ارائه گردیده است، حیازت حاصل و نتیجه فعل و عمل شخص میباشد². با در نظر داشت دلایل فوق الذکر از فقه اسلامی و قانون مدنی در یافتیم که حیازت از لحاظ هر دو مرجع مشروعیت داشته و مشروعیت آنرا به رسمیت شناخته است.

فرع اول: اختلاف نظر علماء

علماء و حقوق دانان در موضوعات مختلف مورد بحث شان گاهی روی مسئله ای موافق و اتفاق نظر دارند. و در برخی از موارد باهم اتفاق نظر ندارند.

حیازت مباحات نیز از این امر خالی نیست، بنابر آن موارد که در این عرصه قابل اختلاف اند ذیلاً بر خواهیم شمرد.

¹- قانون مدنی، م 2258.

²- قانون مدنی، م 2256.

الف: در مورد اشیای منقول و غیر منقول

باتوجه به مصادیقی که فقها برای حیازت مباحات ذکر کرده‌اند، باید بر آن بود که حیازت مباحات فقط در مورد اموال منقول جاری است و ملکیت مباحات غیرمنقول، مانند اراضی موات، صرفاً با حیازت حاصل نمی‌شود، البته معدودی از فقها حیازت را برای حصول ملکیت زمینی که بطور طبیعی آباد بوده است کافی دانسته‌اند اما فقهای دیگر درباره این قبیل اراضی نوعی «احیاء» را شرط تحقق ملکیت دانسته‌اند یا اصولاً فقط به امکان انتفاع از آن‌ها قائل شده‌اند، بدون آن‌که ملکیت دستیافتنی باشد.¹

ب: در مورد نوعیت اشیای قابل حیازت

مثلاً برخی فقها معادن را از انفال می‌دانند، ولی گروهی از فقها معادن ظاهری را از مباحات می‌شمارند. البته درباره مصادیق مهم مباحات، مانند آب‌ها، غوص (آنچه با غواصی از دریا به دست می‌آید) شکار حیوانات و اشیای گم شده، اختلاف نظر کمتر است.

شیوه حیازت و استیلا بر اموال مباح در انواع گوناگون آن، مانند مرتع، هیزم، حیوانات غیر اهلی و منابع آبی مختلف است و به عرف متداول در میان مردم بستگی دارد، مثلاً حیازت مراتع با بهره‌برداری از علوفه آن برای حیوانات و حیازت حیوانات وحشی با شکار کردن صورت می‌گیرد.

¹ - مجیب الله ندوی، فقه اسلامی، ج 1، ص 721.

مبحث سوم: ارکان، انواع و شرایط حیات مباحت

مطلب اول: ارکان، انواع و شرایط حیات مباحت در فقه اسلامی

فرع اول: ارکان حیات

اشیایی که حیات آنها و سیطره بر آنها ممکن است، چیزهای مادی میباشند خواه آنها اشیای عقاری باشند یا منقول، اما حقوق معنوی، مانند: حق مولف و منصف و حق اختراع و اکتشاف، مبادی و افکار حقوقی اند که سیطره مادی بر آنها ممکن نخواهد بود و همچنین اشخاص حقوقی که دارای عناصر مادی و معنوی اند از قبیل محل تجارتي و متروکه مشمول قواعد حیات نخواهد شد. همچنین حق شخصی، یعنی رابطه موجود بین دائن و مدیون، محل حیات واقع نمیشود. زیرا این مسأله که شخصی به مجرد اعلان دائن مبنی بر اینکه وی مدیونش است با مرور زمان کسب کننده حق مدیونش شود غیر متصور است¹.

هر چند سقوط حق شخصی با مرور زمان کسب کننده حق به دلیل عدم مطالبه داین دین خویش را از مدیون به مدت پانزده سال متصور میباشند. اما سند دین نسبت به دارنده آن مال منقول بوده و به مجرد اینکه مدیون آن را به دائن تسلیم دهد به وی انتقال مییابد، در این حالت حق با سند مثبت آن خلط میشود و حایز سند به آن مقدار ملغی که در آن ثبت شده است، دائن تلقی خواهد شد².

همچنین اموالی که اصلاً قابل تملک نیستند، مانند اموال عامه محل حیات واقع نمی شوند، زیرا آنها در آغاز محل حقوق خصوصی قرار نمی گیرند³.

چنانچه قانون مدنی افغانستان در زمینه تصریح نموده است: (تملک اموال دولت، آثار باستانی، و اموال وقف بر اساس مرور زمان جواز ندارد⁴.

بنابر آنچه که گفته شد، حیات متشکل از دو رکن است.

رکن مادی (تسلط): تحت عنوان رکن مادی موضوعات ذیل را مورد بحث قرار میدهیم:

الف: تعریف سیطره: نخستین رکن حیات، سیطره بر شی مورد حیات و وضع ید بر آن است. اما طریق حیات شی بر حسب طبیعت شی مورد حیات از یک شی تا شی دیگر متفاوت میباشند. بگونه

¹- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج2، ص 170.

²- سعد، الحقوق العینیه الاصلیه (احکامها و مصادرهما)، ص 481.

³- عبدالباری، الوجیز فی الملکیه والحقوق العینیه، ص 251.

⁴- قانون مدنی، م 2280.

مثال: حيازت زمين با زرع در آن، حيازت موتر با سوار شدن بر آن، حيازت اثاثيه منزل با استعمال آن و غيره... اما حيازت حق مرور يا حقابه با مرور در مكاني كه استعمال حق در آن منظور است يا اخذ آب عملاً از جوى همسايه صورت مي گيرد¹.

پرداخت به سيطره مادي گاهي ابتداء توسط خود شخص، گاهي توسط انتقال از غير و گاهي به دليل وجود شرايط خاص از قبيل ضيق بودن وقت يا عدم تخصص يا انعدام اهليت يا عوامل مسافرت به وسيله شخص ديگري به حساب حايز صورت ميگيرد².

به اين معنا كه تحقق عنصر مادي در برخي از موارد نميتواند از جانب حائز متحقق گردد، پس در صورتيكه حائز نتواند بنا بر هر دليلي كه مانع شود تا شخصاً عنصر مادي را تحقق بخشد ميتواند اين عنصر را از جانب شخص ديگري متحقق سازد.

رکن معنوی (قصد)

دومين رکن حيازت، قصد حايز در محل حيازت به نفع خاص خودش است و قصد حايز در حيازت بر حسب محل حيازت متفاوت ميباشد. به عنوان مثال: اگر محل حيازت حق ملكيت يا ساير حقوق منقوع از آن باشد، حايز بايد قصد تملك همان شي يا اكتساب حق ارتفاق بر آن را داشته باشد. به صورت عام، يگانه نقطه فارقه بين حايز و شخصي كه صرفاً سيطره مادي را بر يك شي انجام ميدهد، اما قصد حيازت آن را به نفع خاص خودش ندارد، همين رکن معنوي، يعني نيت حايز ميباشد. بطور مثال: وكيل، نايب قانوني، مرتهن به رهن حيازتي و غيره... همه محرز هستند نه حايز، اگر چه سيطره مادي بر شي دارند ولي قصد حيازت آن را ندارند³.

قصد حايز را نميتوان مشاهده نمود، و براي هيچ كسي معلوم نيست كه نيت شخص چگونه است بنا بر اين نياز به دلايل عيني و بيروني دارد تا بر آن دلالت نمايد. دلايل آن همانا پرداختن به سيطره مادي بر شي و انتفاع وي به آن به نفع خودش است به شرط آنكه شخص ديگري سند حيازت آن را نداشته باشد⁴.

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون مني، الجزء 9، صص 791-792.

² - همان.

³ - عبدالباري، الوجيز في الملكيه و الحقوق العينية، صص 255-256.

⁴ - داد محمد نذير، حقوق عيني، ج2، ص 174.

فرع دوم: انواع حيازت

حيازت در بحث تقسيم بندي به انواع زياد تقسيم گرديده است. آنچه قابل توجه بوده اينست كه حيازت مباحات با حيازت مطلق تفاوت دارد در فقه اسلامي و قانون مدني افغانستان پيرامون حيازت مباحات موضوعات و مباحث صورت نگرفته است. آنچه در اين رساله به آن پرداخته ميشود حيازت مباحات در پرتو حيازت مطلق بوده كه در مراجع حقيقي و شرعي به آن پرداخته شده است. حال انواع و اقسام حيازت را به گونه مختصر مورد بحث و بررسي قرار ميدهيم.

الف: انواع حيازت مباحات در فقه اسلامي

حيازت مباحات در فقه اسلامي به شكل واضع و معياري تقسيم بندي نگريده اما از لابلای مطالب آن تقسيم بندي هاي زيادي ارايه گرديده كه برجسته آن قرار ذيل است¹.

از لحاظ مشروع و غير مشروع

حيازت از لحاظ مشروع بودن و غير مشروع بودن به دو دسته تقسيم بندي گرديده است، كه اول حيازت مشروع و بعداً حيازت غير مشروع را مورد مطالعه قرار ميدهيم.

اول) حيازت مشروع

حيازت مشروع عبارت از آنست كه شخصي زمين بيت المال، زمين هاي كه صاحب آن فوت نموده و از وي وارثي به جا نمانده باشد، زمين هاي كه به طريق صلح يا جنگ توسط مسلمان فتح شده باشد، زمين هاي موات، شكار حيوانات غير اهلي، علف هاي زمين هاي مباحه و استخراج آنچه در بطن زمين وجود دارد، مانند: معدن، ركاز، لقطعه و غيره...

دوم) حيازت غير مشروع

حيازت غير مشروع آنست كه از طريق غير مشروع صورت گرفته باشد، مانند: غصب، سرقت و جنگ كه اينگونه حيازت جواز نداشته و از ديده شريعت اسلامي اعتبار ندارد. بخاطريكه شي محوز تا هنوز ملكيت مالك اصلي شناخته ميشود.

¹- وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلاميه، الموسوعة الفقهية، ج 18، ص 275.

در موارد فوق بین علماء اختلاف نظر وجود دارد، به این معنا که برخی از علماء صرف حیازت را به طریقه مشروع صحیح میدانند اما برخی دیگری از علماء در هر صورت مشروع باشد یا متعدی باشد، اجازه مالک باشد یا نباشد، حیازت از جانب حایز صورت گرفته است.

از لحاظ سابقه حیازت

اول) مباحات بالاصل: مباحاتی که سابقه تملک اشخاص نسبت به آنها معلوم نیست، مانند مرغی که شکار میشود و مرواریدی که از عمق دریا در نتیجه غواصی پیدا می کند که شکار اینگونه حیوانات موجب تملک است. همچنین جواهری که از دریا استخراج میشود، ملک کسی است که آنرا استخراج کرده است.¹

ب: مباحات بالعرض: مباحاتی که سابقه تملک اشخاص نسبت به آنها معلوم است، ولی بعداً به صورت مباحات در آمده است، مانند: اموالی که سابقه تملک دارد و مورد اعراض مالک آنها واقع شده مانند: مالی که در دریا به اثر غرق شدن کشتی به اعماق دریا میرود و مالک آن نوعاً در اینگونه موارد اعراض می نماید، را مال بلا صاحب هم می گویند.²

بنابر این مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون بیاورد، و آنچه که آب به ساحل می اندازد ملک کسی است که آنرا حیازت می نماید.

البته گاهی اوقات اموال بلا صاحب با اموال مجهول المالک اشتباه میشود اما باید توجه داشت که اموال مجهول المالک به اذن حاکم یا مأذون به مصرف فقراء رسیده میتواند.

فرع سوم: شرایط حیازت

در فقه اسلامی برخی شروط برای حیازت بیان گردیده است که عبارت اند از:

اول: تصرف: اولین شرطی که برای حیازت ارایه میگردد آن عبارت از تصرف در شی مباحه است، که شخص حایز میتواند در محوز خود طوریکه خواسته باشد تصرف نماید، مانند: جور کردن، ویران کردن، سکنی گزیدن، غرس کردن درختان و غیره... و این تصرف به اذن شخص دیگر منوط نباشد. و نیز علیه آن علتی وجود نداشته باشد.³

¹ - مجیب الله ندوی، الفقه اسلامی، ص 730.

² - همان، ص 731.

³ - وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامی، الموسوعة الفقهية، ج 18، ص 279.

دوم: حضور حایز: اینکه شخص حایز حاضر باشد، به این معنا که شخص حایز بالفعل عمل حیازت را انجام دهد، در غیر آن درست نیست بگوید که فلان شی در حیازت من است، به این معنا که حایز عنصر مادی حیازت را تکمیل ننموده باشد¹.

سوم: دفاع از شی تحت حیازت: باید از هر نوع ادعاهای که علیه شی حیازت شده صورت میگیرد دفاع نماید².

مطلب دوم: ارکان، انواع و شرایط حیازت مباحات در قانون مدنی

ارکان جمع رکن است، هر آن پدیده ای که وجود فزیکتی داشته باشد متشکل از ارکانی است که آنرا تشکیل داده، مثلاً: ارکان تشکیل دهنده یک آپارتمان همان خشت، سمنت، آهن، گادر و سایر موارد لازمه برای آن است. یا به عباره دیگر زمانی که می گویم ارکان اسلام عبارتند از: کلمه شهادت، نماز، روزه، ذکات و حج پس زمانی که در وجود یک شخص این ارکان تحقق میابد یقیناً آن شخص را مسلمان می نامیم³. سایر احکام دین مبین اسلام بالای آن مرتب و از مزایایی که برای سایر مسلمین چون (استفاده از بیت المال و غیره...) مستفید میگردد.

همچنان بخاطر تحقق حیازت در مباحات تحقق ارکان آن یک امر ضروری میباشد.

ارکان حیازت مباحات در قانون مدنی افغانستان نیز دو چیز میباشد. ارکان مادی و ارکان معنوی حیازت مباحات که ذیلاً هرکدام را به بررسی خواهیم گرفت.

فرع اول: ارکان حیازت

الف: عنصر مادی

عنصر اول حیازت مباحات عنصر مادی یعنی احراز و سیطره شخص به شکل مادی بالای شی و یا مال است. سیطره مادی گاهی ابتداء توسط خود حایز متحقق میگردد و گاهی نیز با انتقال از غیر:

تحقق سیطره مادی ابتداء: منظور از احراز مادی ابتداء این است که شخص بدون اینکه از کس دیگری سیطره یا احراز مادی به وی منتقل گردد، آن را حاصل نماید خواه شی احراز شده ملکیت کسی باشد و یا اصلاً ملکیت هیچ فردی نباشد و خواه شی مذکور عقار باشد و یا منقول این گونه

¹ - همان، ص 280.

² - همان، ص 281.

³ - نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، شرح قانون مدنی افغانستان، ص 218.

سیطره و احراز طوری متحقق می‌گردد. که حایز شی را در تصرف و ید خود قرار داده آن را احراز مادی می‌نماید و در آن به انجام اعمال و تصرفاتی می‌پردازد که عادتاً مالک شی آن را انجام می‌دهد. به طور مثال اگر شی احراز شده خانه و منزل باشد، در آن داخل شده و آن را متصرف می‌گردد و در آن سکونت می‌نماید و یا آن را به دیگران به کرایه می‌دهد که در آن حالت نیز حایز به واسطه مستأجر محرز می‌باشد. اگر شی زمین صالح الزراعة باشد آن را شخصاً یا توسط اجیر قلبه نموده چیزی در آن زرع نماید. اگر شی از منقولات باشد مانند: موتر آن را عملاً قابض گردیده و در آن تصرف مالکانه نماید¹.

ب: عنصر معنوی

طبق ماده 2259 ق. م (صغیر غیر ممیز از طریق کسی که قانوناً قایم مقام او شناخته میشود، کسب حیازت نموده میتواند) با در نظر داشت نص این ماده عنصر معنوی حیازت که عبارت از قصد است به واسطه غیر اعمال گردیده نمی‌تواند، بلکه لازم است این عنصر شخصاً نزد حایز اصلی متحقق گردد زیرا، ممکن نیست که شخصی حایز اصلی حقی باشد و در عین حال قصد استعمال این حق نزد شخص دیگر باشد. زیرا قصد عمل شخصی است و باید شخصاً نزد حایز متحقق گردد، اما با وجود این اگر حایز اصلی فاقد تمیز باشد، مانند: طفل غیر ممیز، دیوانه و معتوه غیر ممیز که فاقد اراده اند وجود عنصر در اینها مستحیل میباشد، پس به اقتضای ضرورت عنصر قصد در حیازت اینها در شخص نایب قانونی آنها محقق می‌گردد، مانند: ولی، وصی و قیم و به این ترتیب شخص فاقد تمیز حایز حقوق به واسطه نایب و قائم مقام قانونی آنها در هر دو عنصر حیازت می‌گردد. زیرا عنصر مادی که عبارت از تصرف و سیطره مادی عملی است از طریق اجرای اعمال ارادی صورت می‌گیرد، در حالی که شخص فاقد تمیز دارای اراده نمی‌باشد و نمی‌تواند سیطره مادی عملی را که عنصر مادی حیازت بوده برشی یا حق انجام دهد، چنانچه نمی‌تواند عنصر قصد را که عنصر معنوی حیازت است تمثیل نماید. بنابر این، نایب و قائم مقام، هر دو عنصر رابه نیابت از او تمثیل می‌نمایند².

فرع دوم: انواع حیازت مباحات در قانون مدنی

قانون مدنی افغانستان به گونه مشخص تقسیمات واضح از حیازت را ارائه ننموده است. اما از فحوای مطالب بر می‌آید که مباحات را مطابق فقه اسلامی به رسمیت شناخته است. به گونه مثال بیان داشته:

¹- همان

²- همان

حیازت عبارت از حالت واقعی بوده که از سلطه شخصی بر شی، یا بر حقی از حقوق بر شی بصفت مالک شی یا صاحب حق بر شی نشأت میکند¹.

اما در ماده بعدی بیان داشته: کسی که چیزی را مباح سازد، میتواند از آن رجوع نماید، این اباحت دلیل عدم حیازت شخص مباح کننده شناخته میشود². به این اساس همانا تقسیم بندی حیازت بالاصل و حیازت بالعرض میباشد.

همچنان قانون مدنی افغانستان می گوید: هرگاه حیازت با اکراه مقرون گردد یا به صورت خفیه واقع و یا در آن التباس موجود باشد، اثر آن بر شخصیکه علیه او اکراه صورت گرفته یا حیازت از او اخفاء شده یا بر او التباس واقع شده است، مرتب نمی گردد، مگر از تاریخ زوال عیوب مذکور³. پس این جا بر می آید که قانون مدنی نیز حیازت مشروع و غیر مشروع را تمیز گزارده، و بنابر آن معلوم میگردد ق. م در تقسیم بندی حیازت از فقه اسلامی متابعت نموده است.

قابل ذکر است که: قانون مدنی افغانستان پیرامون حیازت مباحات اشاره ای ننموده اما آنچه که در فوق از آن اشاره بعمل آمد و یا در قانون مدنی تسجیل گردیده است به ارتباط حیازت مطلق است نه حیازت مباحات.

فرع سوم: شرایط حیازت

از تعریف حیازت مباحات که فوقاً ارایه نمودیم به خوبی استنباط می گردد؛ زمانی که مالی مباح تلقی شود، برای احراز آن دو شرط ضروری است: (نداشتن مالک خاص و نبودن موانع).

1 - نداشتن مالک خاص

2 - نبودن موانع شرعی و امکان تملک و استفاده از آن طبق شرع⁴.

در انتفاع از اموال مباح، مردم دارای حق شرکت اباحه اند نه شرکت ملک و اموال مباحه را تملک نمی کنند مگر به احراز و وضع ید بر آنها، پس زمانی که شخصی بر مال مباحه مستولی شود، مالک آن میشود و سایر اشخاص نمی تواند آن را تملک نمایند مگر از طریق اسباب ناقل ملکیت⁵.

¹ - قانون مدنی، م 2256.

² - همان، م 2257.

³ - همان، م 2258.

⁴ - ناصر کاتوزیان اموال و مالکیت، ص 71.

⁵ - عبدالکریم زیدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 210.

فقها برای حیازت مباحات که نوعی تملک بدون عوض و به تعبیر برخی مؤلفان حقوقی ایقاع است، داشتن اهلیت کامل حیازت‌کننده (بلوغ، عقل و رشد) را ضروری ندانسته و اهلیت ناقص (عقل و تمیز) را کافی شمرده‌اند.¹

فرع سوم: حکم حیازت مباحات

دین مبین و مقدس اسلام با در نظر داشت مصلحت اجتماعی، منطق و ارزش حیازت مباحات را پذیرفته و آنرا مورد تأیید قرار داده است. دین اسلام حیازت مباحات را بدان اساس پذیرفته است، که از یک جانب ضرورت اجتماعی بوده و از جانب دیگر رشد اقتصادی فردی و اجتماعی را مد نظر گرفته است. با پذیرش رویه منطقی و وضع مقررات جدید برای حیازت مباحات کوشش شده از انحصار منابع طبیعی به مالکان خاص و احتکار این منابع و زیان رسیدن به حقوق دیگران و محیط زیست جلوگیری گردد.² قانون مدنی افغانستان نیز در مطابقت با فقه اسلامی و تأمین مصالح اجتماعی حیازت مباحات را تنظیم نموده است که احکام هرکدام را ذیلاً بررسی می‌نماییم.

الف: از دیدگاه فقه

حیازت مباحات از جمله اسباب کسب ملکیت به شمار می‌رود. حقیقتاً حیازت در مباحات یکی از مواردی است که قبل از دین مبین و مقدس اسلام وجود داشته و بعد از نزول دین اسلام نیز اهمیت آن کما فی السابق به اجماع امت اسلامی پذیرفته شده و شریعت اسلام به آن مهر تأیید زده است.

فقها برای این قاعده، به برخی از احادیث نبوی استناد کرده‌اند، از جمله حدیث که در زمینه وارد شده چنین است: «لِلْعَيْنِ مَا رَأَتْ و لِلْيَدِ مَا أَخَذَتْ» ترجمه: (برای چشم است آنچه دیده و برای دست است آنچه گرفته است).³ همچنین این حدیث که «هر که نسبت به چیزی بر دیگران پیشی بگیرد، مالک آن چیز است: (مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ)»⁴ از دیگر ادله مورد استناد است.

¹ مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج3، ص 2684.

² کاتوزیان: اموال و ملکیت، ص 107.

³ غنی حسون، الحقوق العينية الأصلية، ص 122.

⁴ مجیب الله ندوی، فقه الاسلامی، ج1، ص 769.

ب: از دیدگاه قانون

از آنجایی که قوانین وضعی کشورهای اسلامی در مطابقت به دین مبین و مقدس اسلام وضع گردیده اند، قوانین وضعی کشور عزیز ما افغانستان نیز از این امر مستثنی نیست به همین ملحوظ مواد (2256-2298) ق. م به حیازت مباحات و سایر موارد آن اختصاص یافته است.¹

آنچه گفته شد حکم که از دید گاه فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان بر حیازت مباحات وارد میگردد، ثبوت تملک است. طوریکه فوقاً گفته شد زمانیکه شی و مالی که در تصرف هیچ کس نباشد و هیچ نوع موانع در برابر حیازت آن وجود نداشته باشد سایر اشخاص حقیقی و حقوقی بنا بر نیازمندی و با تحقق شرایط آن عمل حیازت را انجام داده میتوانند. که عمل انجام شده از جانب حایز هم از نظر شرعی و حقوقی مورد حمایت قرار گرفته است.

از نظر فقه اسلامی زمانیکه شخص طبق ضرورت مال و یا شی مباح و لامالک را تحت ملکیت خویش در می آورد، مالک همان مال شناخته شده و مال مذکور در تملک شخص حایز داخل میگردد. از نظر قانون مدنی کشور حیازت که در تناقض با قانون واقع نگردد نیز داخل ملکیت شخص گردیده و حقوق همانند سایر ملکیت ها بر شی حیازت شده مرتب میگردد.

از نظر عقل، مصلحت اجتماعی، نشو و نمو اقتصادی نیز یک امر پسندیده و معقول به نظر میرسد.

¹ - قانون مدنی، مواد 2256-2298.

فصل دوم

اسباب کسب ملکیت

که دارای پنج مبحث ذیل میباشد:

- 1 - مبحث اول: تصاحب
- 2 - مبحث دوم: خلفیت و وصیت
- 3 - مبحث سوم: شفعه و التصاق
- 4 - مبحث چهارم: زکات، فی، غنائم، تولد از مملوکه، هبه و صدقه
- 5 - مبحث پنجم: حیازت مباحات

فصل دوم

اسباب کسب ملکیت

در حقیقت مالک اصلی همه مملوکات خداوند عز وجل است، ملکیت اشخاص مجازی و موقت است. بنابراین، همه انسان ها در مدت حیات با توجه به نیازهای مادی بشری موقتاً برخی اموال را تملک می نمایند، پس از فوت انسان ها، ملکیت (در صورت استعمالی بودن) باقی می ماند و این روند ادامه دارد تا همه اشیاء بر میگردد به مالک حقیقی آنها که خداوند عز وجل است.

با توجه به آنچه گفته شد، مالک بودن اشخاص عارضی است، بنابراین، برای اینکه شخص بتواند مالک مال شود، باید اموال را بر اساس اسباب تملک نماید، با توجه به آنچه گفته شد، طبق فقه و قوانین نافذه افغانستان کسب اموال و مالکیت یکی از حقوق اساسی اتباع این کشور تلقی شده، که در زمینه ماده (40) قانون اساسی در این مورد حکم می نماید؛ (ملکیت از تعرض مصون است، هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمیشود، مگر در حدود احکام قانون 1...)

از سوی دیگر ملکیت تام پدیده ای نیست که خود به خود به وجود آید. این ملکیت خود اسبابی دارد، برخی از این اسباب را فقه اسلامی بیان نموده است و برخی دیگر آن را قانون مدنی، دیدگاه فقها و قانون دانان در مورد اسباب کسب ملکیت نیز وجوه اختلاف و اتفاقی دارد. اینکه کدام موارد از اسباب کسب ملکیت را فقه اسلامی و کدام موارد را قانون مدنی بیان نموده بر این فصل به طونه مفصل به آن پرداخته میشود.

از نظر فقهای اسلام اسباب کسب ملکیت چهار چیز بوده 2. که عبارت اند از (استیلا بر مباح، عقود، خلفیت و تولد از شی مملوک).

به هر حال قانون مدنی افغانستان این اسباب را هفت چیز میدانند 3: (تصاحب، اشیای مباح که ملک کسی نباشد، میراث، وصیت، التصاق، شفع و حیات).

با در نظر داشت شرایط زمانی و مکانی هم عصرشان علماء موارد حیات مباحات را سنجیده و پیش بینی نموده اند، بناءً معلوم میگردد که موارد یاد شده قابل تغییر بوده و در هر عصر قابل تطبیق نمیباشد، و نمیتواند همواره جوابگوی نیازمندی های بشری گردد، پس در اسباب که امروز بیان

1- قانون اساسی، م 40.

2- زحیلی، الفقه اسلامی و ادلته، ج 9، ص 73.

3- قانون مدنی، م 1985-2298.

میگردد برای فردا جوابگو نخواهد بود. زیرا نظریات در این مورد و قوانین نمیتوان تمام مصادیق اسباب کسب ملکیت را در بر گرفت¹.

اگر از تفصیل زیاد بگذریم میتوان مجموع ای را ارایه نمود که تا حدودی در بر گیرنده تمام موارد اسباب کسب ملکیت باشد، که عبارت اند از: عقد، خلفیت (ارث و تعویض یا جبران خساره)، استیلا بر مباحات، تولد از مملوک، معاوضات، وصیت، وقف، غنیمت، صدقات، تملک لقطه، دیه، مهر، خلع، التصاق، شفعه، حیازت، کار، ایجاد (تخلیق و اختراع) یک شیل، مانند: اشیایی که در فابریکه های ایجاد میشوند مانند موتر، موبایل و نظیر اینها، هدیه، زکات، جعاله، هبه و اجاره².

با در نظر داشت تفصیلاتی که فوقاً ارایه داشتیم دیده میشود که مجموع فوق الذکر نسبتاً قناعت بخش به نظر میرسد که تا حدودی در برگیرنده بیشترین موارد اسباب کسب ملکیت را احتواء میکند، اما با آن هم میتوان گفت که موارد مشخصی در هر زمان و مکان را نمیتوان به اسباب کسب ملکیت پیشنهاد نمود زیرا اسباب کسب ملکیت حالت متغیر داشته و میتواند قابل تغییر باشد. اما این تغییر کلی نبوده صرفاً به مجموعه ارایه شده موارد آن افزود میگردد.

در اینجا سعی گردیده است تا اسباب کسب ملکیت را به شیوه واضح و روشن که در بگیرنده همه موارد ذکر شده در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان را در برگیرد، مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

¹- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 103.

²- همان.

مبحث اول: تصاحب

مطلب اول: تصاحب در فقه اسلامی

از دیدگاه فقه و قانون استیلاء (احراز و تصاحب) بر مباح به عنوان یکی از اسباب کسب ملکیت به رسمیت شناخته شده است. در مبحث حاضر سایر موارد آن را مختصراً مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

فرع اول: مفهوم تصاحب

الف: استیلاء در لغت به معنا وضع الید بالای چیزی و یا غلبه به چیزی آمده است¹، همچنان استیلاء در لغت از ریشه "علو" گرفته شده که در لغت به معنا چیرگی، چیره شدن، قهر و تسلط داشتن است و در کتب فقهی به جای کلمه استیلاء کلمه احراز نیز استعمال شده است².

هکذا تصاحب در برخی از کتب لغت به معنای صاحب شدن و در چیزی تصرف کردن آمده است. از آنچه گفته آمدیم معلوم میشود که استیلاء، احراز و تصاحب تا حدودی کلمات مترادف اند، اما استیلاء در اصطلاح فقهی و حقوقی عبارت از تسلط یافتن بر اشیای مباح است³.

آنچه از طریق استیلاء قابل تملک است باید هنگام استیلاء بلامالک باشد، بنابراین ملکیت ها و اشیای که بلا مالک نباشد حیزات یا استیلاء صدق نخواهد کرد، بلکه چیزی مورد استیلاء واقع میشود که مالک حقیقی یا حکمی نداشته باشد و معلوم باشد که مالی که مورد استیلاء واقع خواهد گردید مباح است⁴.

در جوامع پیشرفته موجودیت اشیای بلامالک نادر است، ولی در جوامع ابتدایی که منابع اقتصادی شان مورد بهره برداری قرار نگرفته اند، در جوامع روبه انکشاف و در کشورهای دارای بیابانهای خشک، بسیاری از اشیاء بلامالک اند و مورد استیلاء قرار می‌گیرند⁵.

¹ - محمد بن علی الفیومی، المصباح المنیر، ج1، ص 14.

² - مصطفی احمد الزرقاء، المدخل الفقهی، ج1، ص 240.

³ - عبدالکریم زیدان، المدخل لدراسة الشریعة الاسلامیة، ص 210.

⁴ - نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص105.

⁵ - داد محمدنذیر، حقوق عینی، ج2، ص 2.

فرع دوم: اشیای قابل تصاحب

در فقه اسلامی به صورت عام تمام چیزهای که مباح باشد را قابل تصاحب دانسته، و ضمناً برخی از موارد خاص چون: معادن، لقطه، مواد داخل آب، جنگلات و غیره... را قابل حیات دانسته اند.¹

الف: استیلاء بر مباح منقول

اشیای منقول از نظر فقهای احناف آنهایی اند که قابلیت حمل و نقل را از جایی به جایی دیگر داشته باشند، خواه بعد از حمل و نقل صورت و شکل اولی آنها باقی بماند، مانند: اموال تجارتي، انواع حیوانات و غیره... یا باقی نماند، مثل حمل مواد لازمه ساختن خانه که اعمار گردد و درختان مغروسه یا گندم، جو و غیره... مزرعه فروخته شوند از دیدگاه فقهای حنفی آنها اموال منقول اند، مگر در صورتی که زمین فروخته شود، در این صورت این اموال به پیروی از زمین اموال عقاری خواهند بود.²

ب: استیلاء بر معدن و خزانه

معدن در لغت به معنای مرکز چیزی و جایی در زیر یا روی زمین که در آن فلزات یا سنگ های مخصوص انباشته شده باشد و جمع آن معادن است و در اصطلاح عبارت از اشیایی اند که خداوند ﷻ آنها را در بطن زمین خلق نموده است، مانند: طلا، نقره، نفت، آهن و غیره...

اما کنز در لغت به معنای گنج و اندوخته و جمع آن کنوز است و در اصطلاح عبارت از آن عده اشیایی اند که انسان ها آنها را در بطن زمین دفن کرده اند و یابیه سبب حوادث طبیعی یا غیر طبیعی در بطن زمین جابجا گردیده باشند و این خود به دو قسم تقسیم میگردد: کنز اهل اسلام و کنز اهل جاهلیت تقسیم میگردد. کنز اهل اسلام عبارت از اشیای مدفونی اند که از اهل اسلام باقی مانده باشند و کنز اهل جاهلیت عبارت از کنز بوده که توسط اهل کفر دفن و باقی مانده باشند.³

¹ - وزارت اوقاف و الشؤون اسلامی، الموسوعة الفقهية، ج 4، 158.

² - الاتاسی، شرح مجلة الاحكام العدلیه، ماده 128.

³ - الزحیلی، الفقه اسلامی و ادلته، ج 5، صفحه 505. نام مکمل آن دکتر وهبة الزحیلی میباشد که در سال 1923م در شهر دمشق سوریه در منطقه دیر عطیه تولد گردیده سند حفظ قرآن کریم و دکترای خویش را از پوهنتون ازهر شریف بدست آورده است. مسولیت تدریس مضامین مختلف را در پوهنتون های زیادی به عهده داشته است. آثاری که از موصوف به جا مانده است عبارت انداز: التفسیر الوجیز، حق الحرية فی العام، التفسیر الوسیط، فقه اسلامی و ادلته و غیره...

ج: استیلاء بر شکار آبی و زمینی

شکار در لغت از مصدر صید گرفته شده که عبارت از داخل شدن یا حاضر شدن حیوان در حریم شخص میباشد. یا به عباره دیگر وضع ید بر حیوان مباحی است که در ملکیت هیچ کسی قرار نداشته باشد.

در اصطلاح شکار عبارت از بدست آوردن حیوانات بحری و بری که در تملک کسی داخل نباشد. شکار کردن هم با استیلاهی حقیقی و هم با استیلاهی حکمی محقق میگردد، استیلاهی حقیقی عبارت از گرفتن شکار است، اما استیلاهی حکمی عبارت از اتخاذ عملی است که شکار را از فرار کردن ناتوان می سازد، مانند: ایجاد حوض یا جال برای شکار ماهی یا تربیه کردن حیوانات و پرنده های شکاری برای شکار دیگر حیوانات و پرندگان¹.

د: استیلاء بر لقطه (اشیای یافت شده ای که مالک آن معلوم نباشد)

لقطه در لغت به معنای آنچه که گم شده باشد از مالک آن، برچیده و برداشته شود، مانند: خوشه و جز آن و همچنین به معنای بچه ای که او را از سر راه پیدا کرده باشند، آمده است. یا به عباره دیگر لقیط عبارت از طفلی است که در راه پیدا شود، در حالی که طفل گم شده پدر و مادر خود را شناخته نمیتواند.

اما به معنای عام هر آنچه چیزی چون: شتر، گوسفند و غیره ... که از مالک آن ناپدید و توسط شخص دیگری یافت گردد میباشد.

و در اصطلاح عبارت از طفل زنده ای است که ترک کرده باشد اهل اش (پدر و مادر) خود را از ترس علتی و یا فرار کرده باشد از تهمت که به او وارد گردیده است².

در اصطلاح فقهی عبارت از مالی است که از نزد صاحبش گم شده و شخص دیگری آن را پیدا کرده باشد³.

و: استیلاء بر متروکه بلا وارث

متروکه در لغت به معنا آنچه گذاشته شده است به کار می رود و در اصطلاح جمهور فقهای اسلام عبارت است از: هر آنچه که انسان متوفی پشت سر خود به جای می گذارد، خواه مال باشد یا دیت یا

¹ - همان، ص 504.

² - رد المختار علی در المختار، ج3، ص 314.

³ - ابن قدامه، المغنی، ج 6، ص 73.

حق مانند: حق خیار، حق شفعه، حق قصاص، و حق حد قذف، بنابراین متروکه رکن اساسی میراث است، پس اگر متروکه وجود نداشته باشد، ارث نیز وجود نخواهد داشت¹.

ز: استیلاء بر آب

در فقه اسلامی از آب به میاه یاد کرده اند که جمع آن ماء (آب) میگردد، و از لحاظ لغت به همین اصطلاح معروف میباشد².

در اصطلاح: آب عبارت از جسم لطیفی است که زندگی و حیات تمام موجودات زنده به آن وابسته میباشد³.

ب: استیلاء بر عقار مباح

استیلاء و مطالب مربوط به منقول را مطالعه نمودیم، در این نوشتار استیلاء بر عقار را مورد مطالعه قرار میدهیم. عقار بفتح عین در لغت به معنا آنچه که اصل، قرار و ثابت بودن را داشته باشد، مانند: زمین، خانه، درخت و غیره⁴... و در اصطلاح عقار در مقابل منقول قرار داشته و عبارت از تمام ملکیت های ثابت که اصل آن در زمین باشد، مثل زمین، درخت، خانه و غیره⁵... همچنان عقار قابلیت انتقال از یک مکان به مکان دیگری را ندارد به گونه مثال زمین و خانه⁶.

در فقه اسلامی زمین را به چند گونه تقسیم بندی نموده است. زمین را از لحاظ اینکه چگونه بدست آمده است، به زمین های مفتوحه، خراجیه، تقسیم نمودند. زمین را از لحاظ مالکیت به زمین مباح و غیر مباح نیز تقسیم بندی کردند. سایر تقسیمات چون: زمین های موات، زمین های عشوری، زمین های وقفی، زمین های بلا مالک و غیره... در فقه اسلامی بیان گردیده⁷ که در اینجا صرفتاً به ذکر نام آنها اکتفاء می نماییم.

¹ - السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج 9، ص 40.

² - ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ص 299.

³ - طحاوی، حاشیه الطحاوی علی الدر المختار، ج 1، ص 202.

⁴ - محمد بن علی الفیومی، المصباح المنیر، ج 1، ص 73. ابن منظور، لسان العرب، ج 1، ص 213.

⁵ - عثمان بن عمرو ادانی، الکلیات، ج 3، ص 185.

⁶ - مجلة الاحکام، م 129.

⁷ - وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج 19، ص 60.

مطلب دوم: تصاحب در قانون مدنی

فرع اول: تعریف تصاحب در قانون مدنی

استیلاء از ریشه (علو) گرفته شده که در لغت به معنا چیره گی، چیره شدن، قهر و تسلط داشتن است. در منابع حقوقی افغانستان در مطابعت از فقه اسلامی به عوض استیلاء کلمه احراز نیز استعمال میشود. به عنوان مثال، به عوض عبارت استیلاء بر مباح، احراز مباح استعمال میشود. احراز از ریشه «حرز» گرفته شده که در لغت به معنا فراهم آوردن، جمع کردن، در حرز کردن، استوار کردن، جای دادن و بازداشتن است¹.

اما در قانون مدنی به عوض کلمات استیلاء و احراز تصاحب استعمال شده و تصاحب در لغت به معنا صاحب شدن، چیزی را تصرف کردن، دست انداختن و دست اندازی است. از آنچه گفته شد چنین نتیجه گرفته میشود که استیلاء، احراز و تصاحب تقریباً مرادف همدیگر هستند².

در اصطلاح حقوقی استیلاء عبارت از تسلط یافتن و چیره شدن انسان بر مباح است، یا به عبارت دیگر: استیلاء عبارت از حیات شی مباح و وضع ید بر آن است .

طوریکه فوقاً تصاحب (استیلاء) را از دیدگاه فقهی و حقوقی ارایه نمودیم، بحث تصاحب در قانون مدنی افغانستان بر خلاف فقه اسلامی مبهم بوده، و تعریف واضح و مشخص از تصاحب را ارایه ننموده و چنین بیان میدارد: شخصیکه مال منقول مباح را قبل از دیگران بدست بیاورد مالک آن شناخته میشود³. از نص این ماده به خوبی بر می آید که مال منقول مباح (مالی که مالک نداشته و در تملک هیچ کس دیگر) داخل نباشد، و حائز مال مباح را قبل از دیگران بدست آورد، مالک آن شناخته میشود. به این معنا که این مال قبل از تصاحب مالکی نداشته و هرکس که زودتر آنرا احراز نمایند مالک آن شناخته میشود⁴.

فرع دوم: از لحاظ قانون مدنی کدام چیز ها قابل تملک اند

طوریکه در تعریف حیات آمده است، در قانون مدنی افغانستان بیان گردیده که هرگاه شخصی مال منقول مباح را قبل از دیگران بدست آورد مالک آن شناخته میشود. بناءً کلمه مباح وسیع و عام بوده که شامل تمام چیز های که مالک نداشته باشد و یا به اثر دلایل گوناگون از ملکیت آن صرف نظر گردیده باشد را در بر میگیرد. اما در همین قانون در مواد بعدی بیان داشته است: هرگاه معدن،

¹ - نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی، ص 104 - 105.

² - همان.

³ - قانون مدنی، م 1985.

⁴ - نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی، ص 105.

خزانه یا آثار باستانی در اراضی مملوکه شخصی کشف گردد، ملکیت آن از دولت بوده علاوه بر اعطای مکافات برای مالک زمین مطابق به قانون استملاک میگردد¹.

همچنان حقوق در شکار آبی و زمینی، لقطه و آثار تاریخی توسط قوانین خاص تنظیم میگردد².

بر علاوه آن اراضی زراعتی لا مالک ملکیت دولت بوده تملک آن بدون اجازه دولت و خلاف احکام قانون جواز ندارد³.

در همین مورد اراضی بایر غیر قابل انتفاع که لا مالک باشد، ملک شخصی شناخته میشود که به اجازه حکومت آن را تصرف و آباد نموده باشد. اگر اراضی بایر و لا مالک به اجازه حکومت آباد گردد و در آن کشت زراعت و بنا آباد کند آباد کننده مالک آن شناخته شده و به تادیه مالیات مکلف میشود، مگر اینکه قانون خاص طور دیگر حکم کرده باشد⁴.

از مواد ذکر شده فوق بر می آید که تمام موارد که قابل تصاحب باشد را دربر ندارد. اما آنچه که از دیدگاه قانون مدنی افغانستان قابل تصاحب است عبارت اند از: (حیوانات قابل شکار آبی و خشکه، لقطه، زمین های زراعتی لا مالک، آثار باستانی و معدن⁵).

قابل مکت است که آثار باستانی طبق نص صریح قانون مدنی افغانستان از جمله مالکیت دولت بشمار آمده اما تا جایی که در سایر موارد تصاحب منافع مادی و معنوی مطرح است، در مقابل آثار باستانی و معدن که توسط شخص کشف از جانب دولت مکافات عادلانه پرداخت میگردد، میتوان آنرا قابل تصاحب دانست.

مطلب سوم: مقارنه بحث تصاحب

آنچه در مبحث اول خواندیم به ارتباط تصاحب اشیای مباحه بوده که در روشنایی فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان موضوع را مورد بحث و بررسی قرار دادیم، اصلاً اصطلاح تصاحب در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان احراز و استیلاء به کار برده شده است. در کتب فقهی استیلاء و در قانون مدنی احراز کاربرد بیشتری دارد.

¹ - قانون مدنی، م 1988.

² - همان، م 1990.

³ - همان، 1991.

⁴ - همان، م 1992.

⁵ - قانون مدنی م 1990-1992.

در فقه اسلامی نسبت به قانون مدنی موارد مباحات مشخص بیان گردیده است، طوری که در فقه اسلامی از موات، معادن، علف، حیوانات قابل شکار و غیره... یاد آوری گردیده و آنرا محدود نساخته است. برعکس قانون مدنی که از یک طرف مباحات را به رسمیت شناخته است و از جانب دیگر در سلسله وضع قوانین سایر امور آنرا به دولت واگذار نموده است. در فقه اسلامی کنوز و معادن و آنچه که از بطن زمین پیدا میشود از جمله مباحات بشمار میرود، اما در قانون مدنی افغانستان معادن و کنزهای که پیدا میشود مربوط به دولت بوده و برای یابنده مکافات مناسب در نظر گرفته میشود.

همچنان فقه اسلامی برای تصاحب دو شرط اساس گذاشته است: اول مال توسط شخص دیگری تصاحب نگردیده باشد و دوم اینکه حایز نیت تملک را داشته باشد، چیزی که در قانون مدنی افغانستان اشاره نگردیده، اما به نظر میرسد در قانون اصطلاح مباح به کار برده شده است و ذاتاً نشان دهنده لا مالک بودن شی را نشان میدهد. به گونه ای که شی یا مالی مالک نداشته باشد آنرا احراز نمود حکم حیات بالای آن تطبیق میگردد.

آنچه فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان در مورد تصاحب اتفاق دارند اثر اسیتلاء بر اشیای مباحه است در صورتیکه به گونه مشروع و بدون کدام سوء نیت حیات صورت گیرد به اعتبار هر دو مرجع انتقال ملکیت و آثار آن بالای شی مباحه مرتب میگردد.

برخی از موارد مباحه که فقه اسلامی و قانون مدنی پیش بینی نموده اند اما این موارد تمام اشیای مباحه را احتواء ننموده و دلیل آن اینست که مباحات وجوه معینی ندارد هر آنچیزی که مورد ضرورت انسان قرار میگیرد و در حوزه صلاحیت کسی قرار نداشته باشد و یا اینکه مالک از ملکیت مالش صرف نظر نماید شامل بحث مباحات میگردد. به همین ملحوظ هر دو مرجع در مورد مباحات اصطلاحات عام را وضع نموده اند.

مبحث دوم: خلفیت و وصیت

مطلب اول: خلفیت در فقه اسلامی

فرع اول: مفهوم خلفیت

یکی از اسباب کسب ملکیت تام خلفیت میباشد. فقهای اسلام خلفیت را از جمله اسباب کسب ملکیت میدانند، و توضیحات مفصلی در مورد آن بیان داشته اند.

خلفیت از خلف گرفته شده که به معنا جانشینی و قائم مقامی است. این حالت در صورتی تحقق می یابد که چیزی یا کسی قائم مقام چیز یا کسی دیگر واقع شود. زمانی که گفته میشود او خلف صالح پدر خود است یعنی قائم مقام و جانشین اوست¹. در اینجا منظور از خلفیت همین معنا و مفهوم است، یعنی اینکه چیزی یا کسی جانشین چیز یا کسی دیگر شود.

فرع دوم: حالات خلفیت

آنچه گفته شد، خلفیت از خود دو حالت دارد:

اول: خلفیت شخص از شخص و آن در حالت ارث تحقق میابد. زمانیکه شخصی بمیرد و دیگری به جای او اموال و ملکیت‌های او را به ارث ببرد و در ملکیت‌هایش جانشین او گردد صدق مینماید. بناءً مطالب مرتبط به میراث در حقوق میراث بیان گردیده و ذکر آن از محدوده بحث خارج میباشد.

دوم: خلفیت شی از شی و آن در صورتی است که چیزی یا عینی از بین برود و چیزی دیگر یا عینی دیگر جانشین او گردد. در اصطلاح فقه به این جابجایی ضمان میگویند که معادل آن در زبان دری واژه تاوان است.

به اساس تاوان هرگاه کسی چیزی را از کسی هلاک نماید و از بین ببرد، باید به جای آن معادل آن را به عنوان ضمان و تاوان و جبران خساره به مالک اصلی بپردازد².

ضمان یا همانا تاوان در فقه اسلامی احکام فراوانی دارد که برخی از مهم ترین آنها که در این رساله لازم به نظر میرسد قرار ذیل است.

¹ - فیروز آبادی، القاموسی المحيط، ص 1042.

² - زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 9، ص 81.

فرع سوم: مفهوم ضمان

الف: ضمان در لغت به معنای التزام آمده است¹. و شرعاً عبارات از التزام حق ثابت شده به عهده دیگران که مکلف به حاضر بودن و جبران کردن مال اتلاف شده میباشند².

اما در اصطلاح عبارت از مکلفیت و الزامیت شخص به حاضر کردن (جبران خساره) در مقابل ضرری که وارد نموده است³. پس به این صورت ضمان نسبت به تعویض عام است، چون تعویض بیشتر در اموال میباشند اما ضمان بیشتر در موارد غیر اموال مانند: كفالة الشخص نیز صورت میپذیرد.

یا به عباره دیگر ضمان به معنای التزام به دادن غرامت است و در اصطلاح عبارت است از رد مثل شی هلاک شده به مالک مال در صورتیکه شی مثلی باشد، و پرداخت قیمت شی تلف شده در صورتیکه شی دارای قیمت باشد⁴.

¹ - عثمان بن علی الزبلی، تبیین الحقائق، ج63، 133.

² - وزارت اوقاف و الشؤون اسلامیة، الموسوعة الفهية، ج28، ص220.

³ - وزارت اوقاف و الشؤون اسلامیة، الموسوعة الفهية، ج13، ص36.

⁴ - همان.

مطلب دوم: خلفیت در قانون مدنی

فرع اول: تعریف خلفیت

قانون مدنی افغانستان یک قسمت از خلفیت را که خلفیت شخص از شخص بود ضمن احکام میراث توضیح داده است، اما این قانون ضمن حقوق عینی از خلفیت شی از شی یاد ننموده بلکه آن را ضمن مباحث حقوق وجایب ذکر کرده است.

فرع دوم: مفهوم ضمان

قانون مدنی افغانستان ضمن مواد 842 الی 858 موارد مربوط به ضمان را بیان داشته اما تعریف واضح و روشن که افاده کننده ضمان باشد ارایه نگردیده است. آنچه در قسمت از قانون مدنی پیرامون ضمان بیان گردیده است بیشتر به عقود ارتباط میگیرد، مثلاً: " هر یکی از متعاقدين میتوانند در هر معاوضه مالی تا وقتیکه بدل مستحق را تسلیم نگردیده، معقود علیه را نزد خود نگهداری نمایند¹.

متعاقباً در ماده دیگری می گوید: هر گاه شخص در ملک غیر که تحت تصرف جایز او قرار دارد. مصارف ضروری و مفید انجام دهد، میتواند الی زمان حصول آنچه قانوناً مستحق میگردد، از رد آن به مالکش امتناع ورزد².

طوریکه از نص مواد فوق و سایر مواردی که در بحث ضمان قانون مدنی بیان گردیده است، تا زمانیکه شخص به آنچه که تعهد می نماید نپردازد، طرف مقابل میتواند از تسلیم مال به مالکش ابراء ورزد.

¹- قانون مدنی، م 842.

²- قانون مدنی، م 843.

مطلب سوم: وصیت در فقه اسلامی

وصیت نیز یکی از اسباب کسب ملکیت بوده، که در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان مفصلاً مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. وصیت از لحاظ لغوی معانی زیادی دارد، از جمله: پند، اندرز، سفارش، سپردن کاری به دیگری که بعد از مرگش انجام دهد.¹ در این مطلب اینکه وصیت از دیدگاه فقه به چه معنا بوده ذیلاً مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

فرع اول: مفهوم وصیت

وصیت یکی از مباحث عمده فقهی و حقوقی بوده که این بحث را از لحاظ لغت و اصطلاح مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

الف: وصیت در لغت

از کلمه ایصاء گرفته شده است، و ایصاء عبارت از مصدر اوصی می‌باشد. که به معنای تعهد به انجام امری از امور بوده خواه این تعهد به امر در طول حیات باشد یا بعد از مرگ وصی باشد.² و یا هم عبارت از اسمی است به معنای مصدر که همان توصیه می‌باشد، پس وصیت، توصیه و همچنین ایصاء در لغت به معنای تقاضای شخص از شخص دیگری است تا در حالت غیابت وی کاری را انجام دهد، خواه در حالت حیات شخص اول باشد یا بعد از وفات وی. همچنین به معنای دادن مال برای دیگری نیز استعمال می‌گردد.³

ب: وصیت در اصطلاح

عبارت از حق تبرعی است که آثار آن بعد از مرگ محقق می‌گردد. که در آن انتقال ملکیت بدون عوض صورت می‌گیرد به شرط اینکه آثار آن بعد از مرگ ثابت می‌گردد.⁴

اما وصیت نزد فقهای حنفی عبارت از تملیک منسوب به بعد از مرگ به طریق تبرع خواه ملک عین باشد یا منفعت، مانند: وصیت به مقدار معینی از مال یا به منفعت خانه، زمین و غیره... به شخص معین و یا جهت خیریه پس از مرگ موصی.⁵

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 15، ص 394.

² محمد بن علی الفیومی، المصباح المنیر، ج 2، ص 662. مختار الصحاح ماده وصی.

³ وزارت اوقاف و الشؤون اسلامی، الموسوعة الفقهیه، ج 43، ص 221.

⁴ فتح المبین، ج 3، ص 183.

⁵ ابن نجیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج 8، ص 459. زین الدین بن ابراهیم بن محمد یکی از علماء فقه در مذهب حنفی بوده که در مصر تولد یافته به ابن نجیم مشهور می‌باشد. تألیفات زیادی دارد که مشهورترین آن الاشباه و النظائر می‌باشد. همچنان البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق... در سال 970 وفات نموده است. موسوعة الاعلام - قسم: الرجال و التراجم والطبقات، ج 2، ص 65.

مطلب چهارم: وصیت در قانون مدنی

فرع اول: تعریف وصیت قانون مدنی افغانستان همان تعریف فقه حنفی که به وصیت ارایه داشته بیان نموده است اما با تفاوت کلمات و واژه ها چنین تصریح میدارد. وصیت عبارت است از تصرف در ترکه (متروکه) به نحوی که اثر آن به مدت بعد از وفات وصیت کننده منسوب میباشد¹.

در اینجا دیده میشود که قانون مدنی در تعریف وصیت تنها به عوض کلمه "تملیک" واژه تصرف را به کار برده است، اما از لحاظ محتوا همان تعریف فقهی میباشد.

تعریف ارایه شده جامع بوده و تمام مسایل مربوط به وصیت را که در قانون مدنی پیش بینی نموده در بر میگیرد و تعریف مذکور وصیت به مال و منفعت را احتواء میکند، خواه موصی له از اهل تملک باشد، مثل وصیت برای اشخاص حقیقی معین و یا از اهل تملک نباشد، مانند وصیت برای اشخاص حقوقی از قبیل مساجد، مدارس، شفاخانه ها و غیره²...

¹- قانون مدنی، م 2103.

²- الزحیلی، الفقه اسلامی و ادلته، ج8، ص 9.

مطلب سوم: مقارنه بحث خلفیت و وصیت

خلفیت و وصیت همچو سایر اسباب کسب ملکیت در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان به رسمیت شناخته شده است. سایر موارد مرتبط به این دو اصطلاح در مبحث مربوط به خلفیت و وصیت مطالعه و بررسی گردید، طوریکه در تعریفات آن گفته شد خلفیت به معنا جانشینی آمده است به این معنا که شخص جانشین و خلف شخص و یا هم شی جانشین شی دیگری میگردد، که در فقه اسلامی هر دو حالت را پیش بینی نموده و به نام خلفیت یاد گردیده است و تفاوتی بین آنها قایل نگردیده است. اما قانون مدنی افغانستان خلفیت را تحت عنوان مشخص ذکر ننموده است. بلکه آنرا طور ضمنی به شکل جداگانه خلفیت شخص از شخص را در احکام میراث بیان نموده و خلفیت شی از شی را در بحث حقوق عینی پرداخته است.

در زندگی و مرادوات روزمره تاوان یا ضمان که به جبران خساره نیز یاد می گردید کاربرد بسزای دارد که این جبران خساره اندازه مشخص و معین در فقه اسلامی و قانون مدنی نداشته بلکه تاوان به اندازه خساره وارده تعیین میگردد. خلاصه اینکه آنچه در قانون مدنی افغانستان پیرامون ضمان ارایه گردیده است بیشتر به عقود ارتباط دارد.

از جمله کمبودی های که در قانون مدنی افغانستان پیرامون ضمان به نظر میرسد آن اینست که حدود مشخص پیرامون موارد مشخص وضع میگردید که مطابق به آن از سوی محاکم استناد صورت میگرفت، که این امر میتواندست جلو فساد و خود کامگی را در عرصه تحقق عدالت بگیرد.

وصیت

در مورد وصیت قانون مدنی افغانستان در مطابقه به فقه اسلامی بوده و تفاوت عمیق بملاحظه نمیرسد، تفاوت صرفاً در استعمال اصطلاحات بوده که معنا و مفهوم مشابه را افاده می نماید.

اما تفاوت خفیفی که مشاهده میگردد اینست که قانون مدنی افغانستان وصیت را به وصیت مطلقه، مقیده و اختیاری و اجباری تقسیم بندی نموده است. آنچه که در فقه اسلامی چنین تقسیم بندی وجود ندارد.

مبحث سوم: شفعه و التصاق

بر علاوه تصاحب، التصاق، و وصیت، شفعه و التصاق نیز از جمله اسباب کسب ملکیت میباشند. که در مباحث جداگانه فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان مورد بحث و بررسی قرار گرفته اند. هرکدام از منابع یاد شده احکامی را برای آنها وضع داشتند، بناءً احکام این دو اسباب کسب ملکیت را اولاً در فقه اسلامی و بعداً در قانون مدنی افغانستان مورد مطالعه قرار میدهیم.

مطلب اول: شفعه در فقه اسلامی

فقه اسلامی شفعه را همچو سبب کسب ملکیت دانسته و به گونه جداگانه طی مباحثی تعریف، حکمت، هدف، اسباب شفعه را بیان داشته که به برخی از آن مباحث را قرار ذیل به معرفی میگیریم.

فرع اول: مفهوم شفعه

الف: شفعه در لغت بضم شین و سکون فاء اسم مصدریست بمعنای تملک و همچنان اسمی ملکیتی است که در آن شفیع برای شفیع ثابت میگردد¹. همچنان شفعه از ریشه "شفع" گرفته شده است که در لغت به معنا ضم، پیوستن، فزونی، تملک و تقویت آمده است. از میان معانی لغوی که برای شفیع ارایه گردید، آنچه با مفهوم فقهی و قانونی شفیع صدق دارد همان معنای ضم و پیوستن میباشد، زیرا شفیع از طریق شفیع که یک حق عینی است، عقار همسایه را به مجموعه املاک خود ضم و پیوستن میسازد و از این طریق انتقال ملکیت صورت میگردد².

یا به عباره دیگر شفعه در لغت به معنا یکجا کردن و ضم کردن شی با شی آمده است³. چنانکه طاق یا فرد هم معنا میدهد. از میان این دو معنا و سایر معانی که برای کلمه شفیع بر شمرده اند، اصطلاحات ضم و پیوستن مناسب به نظر میرسد⁴.

ب: شفعه در اصطلاح عبارت از تملیک مشفوعه به طریق جبر بالای مشتری به آنچه که اقامه کرده است. یا به عباره دیگر حق تملک قهری ثابت شده برای شریک قدیم بالای شریک جدید در ملکیت است⁵. فقهای حنفی در تعریف شفعه گفته اند که شفعه عبارت از تملک قهری و اجباری زمین فروخته شده از مشتری با در نظر داشت پرداخت ثمن و تکالیف مربوط به آن برای رفع ضرر

¹ - محمد بن علی الفیومی، المصباح المنیر، ج1، ص 302.

² - عبدالمجید صمیم، حقوق عینی اصلی، ص 142.

³ - الوجیز فی فقه السنه و الكتاب العزیز، ج1، ص 380.

⁴ - عبدالمجید صمیم، ص 142.

⁵ - ابن عابدین، حاشیه علی رد المختار علی در المختار، ج 5، ص 142.

شریک دخیل یا همسایه میباشد¹. مجلة الاحكام در تعريف شفعه ميگويد: (شفعه عبارت است از اينکه ملک خريدار به همان پولی که آن را خريده است، به ملک شفيع داخل گردد).

مطلب دوم: شفعه در قانون مدنی

قانون مدنی با پیروی از فقه اسلامی تعريف، شروط، موارد شفوع و غيره ... را مورد بحث و بررسی قرار داده که آنرا ذیلاً مورد مطالعه قرار ميدهيم.

فرع اول: تعريف شفعه

قانون مدنی افغانستان مواد 2213-2255 را به شفعه اختصاص داده است. و شفعه را چنین تعريف مينمايد: شفوع عبارت از حق تملک تمام یا بعضی از عقار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصارفیکه صورت گرفته و لو به صورت اجباری باشد².

طوريکه در اين تعاريف ملاحظه ميشود، مفهوم ارائه شده در اين دو تعريف عين همان مفهومی است که فقهای اسلام از شفعه ارائه کرده اند. همچنان ملاحظه ميشود که قانون نیز پذيرفته که ملکيت از طريق شفعه هم قابل انتقال است و شفعه یکی از اسباب کسب ملکيت به شمار ميرود.

¹- وزارت اوقاف و شئون الاسلاميه، الموسوعة الفقهيه، ج26، ص 136.

²- قانون مدنی، م 2213.

مطلب سوم: التصاق در فقه اسلامی

فقه اسلامی التصاق را همچون موردی از موارد اسباب کسب ملکیت دانسته و پیرامون آن موضوعاتی را ارایه داشتند که مختصراً به آن میپردازیم.

فرع اول: مفهوم التصاق

الف: التصاق در لغت به معنا ضمیمه کردن، چسپیدن و پیوستن آمده است¹. در اینجا منظور از التصاق اینست که عینی از عیان با عینی دیگر متصل گردد و بچسپد، طوری که فرق بین آن دو ناممکن و یا مشکل باشد².

یا به عباره دیگر التصاق از ریشه لصدق گرفته شده است که در لغت به معنا چسپیدن یا پیوستن چیزی به چیزی را گویند³. همچنین از لحاظ لغوی التصاق به معنا چسپیدگی، اتصال و پیوستگی، الحاق، انضمام و همبستگی نیز آمده است⁴.

ب: التصاق در اصطلاح عبارت از آنست که " اتحاد اتفاقی دو شی مختلف متمایز دو مالک به هم به گونه ای که یک شی گردند⁵. " یا به عباره دیگر التصاق عبارت از اتحاد دو چیز مختلف⁶ از همدیگر و مملوک مالکیت مختلف است بدون اتفاق آنها⁷. به عبارت دیگر: التصاق، در هم فرورفتن و اتحاد و ضمیمه دو چیزی است که از همدیگر ممیز و جدا بوده اند و مملوک، دو مالک باشد، بدون آنکه هر دو مالک بر اتحاد دو ملک توافق کرده باشند.

التصاق در جای صدق میکند که جدا کردن این دو چیز، بدون نقص و تلف یکی یا هر دو، ناممکن باشد. پس در مورد گنجی که در زمین مدفون باشد، ممکن است و نیز التصاق در جای صدق میکند که دو چیز مملوک دو مالک باشند. پس اگر کسی روی ملک خود بنای را آباد نماید، آن بنا را چون روی ملک خود آباد کرده مالک آن میشود، نه توسط التصاق، بنابر این التصاق در صورتی صدق میکند، که قبل از اتحاد دو شی (ملک) بین مالک هر دو مال، اتفاقی نبوده و التصاق خود به خود صورت گرفته باشد.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص 94. مجموعة من العلماء، المعجم الوسيط، ج2، ص 809، ماده لصدق. محمد بن مكرم بن علی جمال الدین بن منظور به این منظور مشهور میباشد در لغت یکی از امامان پیشتاز به شمار میرود و معتبرترین کتاب لغت زبان عربی را به رشته تحریر در آورده است. در مصر تولد یافته و در دیوان الانشاء قاهره ایفای وظیفه نموده است. در سال 711 وفات موده است. موسوعة الاعلام - قسم: الرجال و التراجم والطبقات، ج 2، ص 30.

² وزارت اوقاف و شئون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج6، ص 173.

³ حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ص 187.

⁴ (آخرین بازدید 2016/2/4) - [https:// www.Vajehyab.com](https://www.Vajehyab.com)

⁵ البدایع والصنائع، ج5، ص 238.

⁶ اگر چه دو زمینی که با هم متصل میشوند به عنوان مثال از یک جنس اند. اما به لحاظ حالت و وصف حقوقی با هم تفاوت دارند. چنین تفاوتی هم اعتبار دارد.

⁷ محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوقی، ج1، کلمه 2200.

پس اگر صنعتگری ماده را از صاحب کار گرفت، مثلاً نجار چوبی را از صاحب کار گرفت و چوب و یا میخی از مال خود را به آن ضمیمه کرد، صاحب کار این دروازه یا کلکین را آماده نموده، به واسطه عقد مالک میشود نه توسط التصاق، زیرا هر دو مالک بر این التصاق قبلاً توافق کرده اند¹.

اما از توضیحات فوق برآیندی را که به عنوان تعریف میتوان داشت اینست که: التصاق عبارت از (اتحاد اتفاقی دو شیء مختلف و متمایز دو مالک به گونه ای که تمیز بین آنها ناممکن و یا نهایتاً مشکل باشد)².

مطلب چهارم: التصاق در قانون مدنی

قانونی مدنی افغانستان در زمره ملکیت نام در مواد 2198 الی 2209 التصاق را به رسمیت شناخته است، اینکه قانون مدنی افغانستان پیرامون کدام موارد بحث نموده است قرار ذیل به آن میپردازیم.

فرع اول: تعریف التصاق

قانون مدنی افغانستان تعریف واضح و روشن از التصاق را ارائه نموده است، اما از مطالعه محتوای آن بخوبی معلوم میگردد که تعریف فقهی التصاق برای آن صدق می نماید.

مطلب سوم: مقارنه بحث شفعه و التصاق

در سایر مباحث ارائه شده تفاوت میان فقه اسلامی و قانون مدنی اندک بوده و برعکس وجوه اتفاقی بیشتر که این امر در بحث شفعه نیز قابلیت تطبیق را دارد. دلیل آن چنانچه ذکر گردید دلیل عمده آن اقتباس مواد قانون از فقه اسلامی بوده و تفاوت های موجود آن شرایط زمانی و مکانی است که در نظر گرفته شده است.

فقه اسلامی شفعه را تملک اجباری و قهری دانسته، به این معنا که شفیع میتواند قهراً و جبراً شفع مال فروخته شده را از خریداری که حق شفع ندارد در مقابل پولی که پرداخته بخرد. قانون مدنی افغانستان اصطلاح قهر و جبر را استعمال ننموده و کلمات نرم تری را به کار برده و به هر صورت معنای و مفهوم مشابه با فقه اسلامی را احتوا مینماید³.

¹ - کاسانی، البدائع و الصنائع، ج5، ص 239.

² - عبدالمجید صمیم، حقوق عینی اصلی، ص 160.

³ - سنهوری الوسیط، 268.

فقه اسلامی مواردی که در آن شفعه لازم می‌گردد چنین مگوید: در تمام اموال و چیزهای مشترکی که قابلیت تقسیم را نداشته باشند حق شفعه لازم است. اما چنین چیزی در قانون مدنی افغانستان بیان نگردیده است. در مورد مستحقان حق شفعه نیز هر دو مرجع اتفاق نظر دارند.

همچنان فقه اسلامی در موارد چون: هبه، صدقه و غیره... حق شفعه را لازم نمی‌داند، ولی در مورد قانون مدنی افغانستان سکوت اختیار نموده است.

قانون مدنی افغانستان در مورد شفعه تقسیم بندی را ارایه داشته که شفعه یا در نفس عقار فروخته شده میباشد یا در عین عقار فروخته شده. اما فقه اسلامی این موضوع را به گونه صریح بیان ننموده است.

التصاق

در مورد التصاق تفاوت چندان به نظر نمیرسد، تعاریف ارایه شده در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان از لحاظ معنا و مفهوم مشابه میباشند.

صرفتاً قانون مدنی افغانستان التصاق را به التصاق طبیعی، التصاق مصنوعی، و التصاق منقول به منقول بیان نموده که در فقه اسلامی چنین تقسیم بندی وجود ندارد.

مبحث چهارم: زکات، فی، غنائم، تولد از مملوکه، هبه و صدقه

مطلب اول: زکات، فی، غنائم، تولد از مملوکه، هبه و صدقه در فقه اسلامی

فرع اول: زکات

زکات چون روزه و نماز فرض گردانیده شده است، اما تفاوتی که بین شان موجود است اینست که نماز و روزه تنها حق خداوند ﷻ میباشد اما در زکات بر علاوه حق خداوند، حق بندگان او نیز موجود است، به این ملحوظ نکات حق مشترک خداوند ﷻ¹ و بندهایش محسوب میگردد.

الف: زکات در لغت

زکات در لغت به معنای پاکی، نموء و زیادت میباشد²، یا به عباره دیگر اختصاص یافتن حصه از مال به خداوند ﷻ بوده که منظور آن پاکی همان مالی است که خود خداوند ﷻ برای مالک مال اعطاء نموده است. پس گفته میتوانیم زمانیکه مالی به نصاب معینه ای که در شریعت اسلامی برای آن تعیین گردیده است برسد، در آن حقی از خداوند ﷻ اختصاص میابد که عبارت از زکات است.

ب: در اصطلاح

به حق لازمی در اموال مخصوص که به هدف مخصوص پرداخت میگردد اطلاق میشود. و در صورتی وجوب پیدا میکند که به نصاب و گردش معین که در شریعت اسلامی پیش بینی گردیده است رسیده باشد³.

یا به عباره دیگری به اداء حقی اطلاق میگردد که در اموال مخصوص لازم میگردد، به طریقه مخصوص و این الزامیت به اساس نصاب مشخص میباشد و نیز به مال خارج شده از نفس مال اطلاق میگردد⁴.

همچنان به زکات کلمه صدقه نیز اطلاق میگردد، صدقه واجبه، صدقه نفلی، نفقه، حق و عفو نیز اطلاق گردیده است⁵.

¹ - مجیب الله ندوی، فقه اسلامی، ص 245.

² - وزارت اوقاف و الشؤون اسلامی، الموسوعة الفقهیه، ج 23، ص 226.

³ - علی الشوکانی، فتح القدر، ج 1، ص 62.

⁴ - محمد بن علی الشوکانی، فتح القدر، ج 1، ص 481.

⁵ - دکتور عبدالمجید عبدالباری، فتح الباری، ج 3، ص 62.

در شریعت اسلامی مطابق احکام الهی یک حصه مقرر کرده مال را برای رضای خداوند ﷻ در راه او (خداوند) برای مسلمانی که مستحق دادن زکات است، بشرطیکه زکات دهنده کدام توقع فائده از زکات گیرنده نداشته باشد، اگر چنین باشد، زکات او ادا نمیگردد¹.

توسط زکات مال باقی مانده پاک میشود، در نیکی ها اضافه میگردد و از عذاب دوزخ نیز نجات حاصل میگردد، به همین خاطر زکات در شریعت اسلامی عبادت مالی خطاب شده است.

فرع دوم: فی و غنایم

فی و غنایم دو مبحث فقهی بوده که هر کدام آن دارای مطالب بخصوص خود بوده که یکی را پی دیگری مطالعه خواهیم نمود.

الف: فی

فی یکی از مباحث فقهی، که دارای معانی لغوی و اصطلاحی میباشد که ذیلاً آنرا مطالعه می نماییم.

اول) فی در لغت

از لحاظ لغت غنیمت و فی کلمات مترادفی اند، به معنای اینکه غازی مالی از دشمن را در جنگ غنیمت بگیرد. یا به عباره دیگر فی عبارت از مالی است که توسط مسلمین از مال و دارای های کفار حصول گردیده باشد، بدون قتل و قتال و زحمت².

تفاوت بین غنیمت و فی در این است که غنیمت عبارت از آنچه که از اهل حرب توسط زور در جنگ گرفته میشود و جنگ صورت پذیرفته باشد، اما فی آنچه که از اهل کفار یا حرب بغیر از جنگ و رزمیدن مسلمانان بدست آمده باشد³.

و فرق دیگر این است که در فی مانند غنیمت خمس وجود ندارد، اما در غنیمت خمس وجود دارد.

دوم) فی در اصطلاح

در اصطلاح فی عبارت از شخصی است که از اهل حرب به طریقه زور و اکراه مالی را گرفته باشد¹. برای فی در اصطلاح دو معنا وضع گردیده است:

¹ - مجیب الله ندوی، فقه اسلامی، ص 249.

² - الکاسانی، بدائع و الصنائع، ج7، ص 116.

³ - الکاسانی، بدائع و الصنائع، ج7، ص 117.

اول: اموالی که بدون جنگ از اهل حرب بدست مسلمانان افتاده باشد.

دوم: رجوع شوهر به جماع زن خویش که خود را به اساس قسم از او منع کرده بود. که برای اصطلاح فی معنای اول صدق می نماید.

یا به عباره دیگر تمام چیزهای که برای نصیب مسلمین میگردد از مال کفار به سبب رعب و خوف مسلمان 2. به الفاظ ساده تمام اموال و اشیای که به سبب ترس و هراس کفار از مسلمانان به دست می آید و در آن قتل و قتل صورت نمی گیرد انفال نامیده میشود، مانند: جزیه، خراج، عشور و غیره...

فی از جمله موارد بیت المال است و همان مالی است که از کفار بدون قتل و قتل گرفته شده باشد، مانند: جزیه، خراج، عشور و غیره...

اما فرق بین فی و جزیه عموم و خصوص است به این معنا که فی نسبت به جزیه عام است 3.

ب: غنایم

الف: غنایم در لغت

غنیمت مترادف کلمه فی استفاده گردیده و غنیمت در لغت نیز به معنا غنیمت استفاده گردیده است. طوری که غنیمت گرفت غازی در جنگ، کامیابی حاصل کرد به مال دشمن 4.

ب: غنایم در اصطلاح

غنیمت در اصطلاح عبارت از اخذ مال از اهل حرب به گونه قهر و غلبه است. و خراج عبارت از همان مقداری معینی است که از زمین های خراجی به امام مسلمین از جانب کفار پرداخت میگردد 5.

ج: حکم تکلیفی غنیمت

غنیمت از جانب خداوند ﷻ مشروع گردیده، در حالیکه در ابتدای اسلام غنیمت همه برای پیامبر ﷺ بود اما بعداً از جانب خداوند ﷻ این حکم نسخ گردید: {وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ} 1.

1- الکاسانی، بدائع و الصنائع، ج7، ص 118.

2- الکاسانی، بدائع و الصنائع، ج9، ص 4345.

3- الکاسانی، بدائع و الصنائع، ج19، ص 53

4- ابن منظور، لسان العرب، م غنیمه.

5- کاسانی، بدائع و الصنائع، ج7، ص 118.

فرع سوم: تولد از مملوکه

یکی دیگر از جمله اسباب کسب ملکیت تولد از مملوک است. برخی از ملکیتها به گونه ای اند که از آنها چیز دیگری نیز به وجود میآید و تولد میگردد، به عنوان مثال گاهی بر زمین گیاهانی میروید یا درختی رشد میکند، بزرگ میشود و میوه میدهد، به این درختان، گیاهان و میوه ها تولد از مملوک گفته میشود. این سبب از اسباب کسب ملکیت دو حالت دارد²:

حالت اول: اینکه خود رو باشد و به فعل طبیعت انجام شود؛

حالت دوم: اینکه بر اثر سعی و تلاش شخصی اشخاص به وجود می آید.

در هر دو حالت فوق به اساس نظر فقها غیر از حنابله مالک اصلی، مالک شی متولد از مملوک میباشد و ملکیت او در آن شی ثابت است.

در قواعد فقهی میخوانیم: "من ملک شیئاً ملک ما هو من ضروراته³" ترجمه: کسی که چیزی را مالک شد آنچه را که از ضروریات آن باشد نیز مالک میشود.

فرع چهارم: هبه و صدقه

الف: هبه

هبه در لغت: به معنا دادن شی به شخصی بدون عوض، بدون تفاوت اینکه مال باشد یا غیر مال بطور مثال: خداوند ﷻ به فلان شخص اولاد صالح هدیه کرده است⁴.

در اصطلاح: تعریف اصطلاحی هبه همانند تعریف لغوی آن بوده و فقها تملک مال بدون عوض را هبه گویند⁵.

ب: صدقه

در لغت: صدقه عبارت از آنچیزی که به دیگران داده میشود به نیت تقرب الی الله، نه به خاطر بخشش و خشنودی شخص⁶. این معنا شامل میگردد بر زکات و صدقه نفلی.

¹- سورة الأنفال، ایه 41.

²- مجلة الاحكام العدلیه، ج 1، ص 28.

³- همان، ص 29.

⁴- محمد الزبیدی، تاج العروس، ص 8205. منظور بن مکارم، لسان العرب ج 13، ص 465.

⁵- ابن نجیم، البحر الرائق، ج 7، ص 309.

⁶- المعجم الوسیط، ج 2، ص 606.

در اصطلاح: صدقه عبارت از تملک در حیات انسان بوده بدون عوض به منظور نزدیکی به الله ﷻ سبحن و تعالی داده میشود. که صدقه از لحاظ اصطلاحی همچون معنای لغوی آن تعریف گردیده است. طوری که در قرآن کریم گفته شده است: {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ} الآية . ترجمه: یقیناً صدقات برای فقراء و مساکین است. 1 طوری که اشاره نمودیم صدقه به روایت فقهاء اسلام از جمله نوافل به شمار میرود. 2.

یا به عباره دیگر، صدقه عبارت از آنچه که انسان از مال خویش بخاطر خداوند ﷻ و به خاطر نزدیکی به او تعالی اختصاص میدهد. 3.

صدقه به وقف و تمام آنچه که در بین مردم رواج داشته باشد اطلاق میگردد. طوری که نبی کریم ﷺ میفرماید: {كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ}.

بناء آنچه گفته شد، به خوبی روشن میگردد که صدقه نیز مانند سایر اسباب کسب ملکیت یکی از سبب ها بوده و به اساس صدقه ملکیت مال یا شی از شخصی به شخصی دیگری انتقال میکند،

هدیه

هدیه در لغت: از کلمه هدی گرفته شده، به این معنا که به فلان شخص چیزی را هدیه کردم به منظور اینکه به او نیکی کرده باشم.

هدیه در اصطلاح: عبارت از آن مالی است که هدیه میشود به یک شخص بگونه ای بخشش 4. اما به نزد فقهاء حنفی تملک آنچه که برایش ذاتاً تبرع شده باشد و انتقال داده شده باشد بدون عوض و این دلالت میکند به تملک 5. خلاصه اینکه تملک عین بدون عوض را هبه گویند. 6. و نقطه مشترک بین هدیه و هبه تملک بدون عوض در زندگی انسان است. به نظر اکثر علماء در هبه قبول لازم نیست.

1- قرآن کریم، سورة التوبه، آیه 60.

2- شمس الدین اشربینی، مغنی المحتاج، ج 3، ص 120.

3- وزارت الاوقاف و شئون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج 26، ص 323.

4- محمد بن علی الفیومی، المصباح المنیر، ج 13، ص 455. شمس الدین، المغنی، ج 5، ص 249.

5- وزارت اوقاف و شئون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج 42، ص 252.

6- شمس الدین الشربینی، مغنی المحتاج، ج 2، ص 396.

هبه و هدیه راه های پسندیده برای کمک کردن حاجت مندان میباشد. در کتاب الله و سنت الرسول این عمل بسیار ترغیب گردیده است، درباره هدیه و عطیه آنحضرت ﷺ میفرمائید: (به یگدیگر تحفه و هدیه بدهید، ازین محبت پیدا میشود و کدورت ها دور میگردد).

آنحضرت ﷺ فرمودند: اگر معمولی هم باشد باید آنرا به خوشی قبل کنید، و همچنان در دادن هدیه ناچیز باید احساس شرم نکنید. و در جای دیگر میفرماید، اگر کسی برایم یک توتہ گوشت هم بفرستد من به خوشی آنرا قبول خواهم کرد¹.

اصطلاحات هبه و هدیه مترادف همدیگر استعمال گردیده و در فقه اسلامی تنها تفاوتی که در آنها گذارده اند اینست که: در هبه قبول به نظر اکثر علماء لازم بوده اما در هدیه قبول لازم نیست.

مطلب دوم: زکات، فی، غنائم، تولد از مملوکه، هبه و صدقه در قانون مدنی

فرع اول: زکات

قانون مدنی افغانستان در مورد زکات سکوت اختیار نموده و به این موضوع نپرداخته است و دلیل آن این خواهد بود که زکات در فقه وضاحت کامل دارد و میتوان حین ضرورت به فقه اسلامی مراجعه نمود. و از جانب دیگر زکات از جمله عبادات بوده و قوانین عبادات را تنظیم نمی نمائید.

فرع دوم: فی

در مورد فی قانون مدنی افغانستان سکوت اختیار نموده، اما باید گفت: در قانون اساسی افغانستان ذکر گردیده آنچه در قانون درج نباشد هنگام ضرورت به فقه حنفی مراجعه میگردد.

فرع سوم: تولد از مملوکه

سبب دیگری از اسباب کسب ملکیت مطلق تولد از مملوک است، زیرا یکی از قواعد پذیرفته شده اینست که: آنچه از مملوک تولد و یا ناشی میشود مملوک است. پس، مالک اصل به صورت اولی مالک فرع است، خواه تولد توسط فعل مالک باشد یا به صورت طبیعی در نتیجه میوه درخت، ولد حیوان، پشم حیوان، شیر گوسفند و نظیر اینها همه مملوک مالک صاحب اصل استند. هرگاه چیزی از شی ای زاده شود که میان دو نفر و یا بیشتر از دو نفر مشترک باشد، آنچه متولد شده است، میان مالکان اصل به تناسب سهم آنها نیز مشترک است².

¹ - مجیب الله ندوی، فقه اسلامی، ص 677.

² - نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 244.

تولد از مملوک در قانون مدنی افغانستان چنین بیان می دارد: مالک شی مالک تمام آنچه که از عناصر اصلی آن شمرده شده و انفصال آن از شی بدون از بین رفتن یا تلف شدن یا تغییر یافتن شی ممکن نباشد، شناخته میشود¹.

بر بنیاد این ماده عناصر ضروری شی عبارت از آنچه است که²:

الف: انفصال آن از شی بدون از بین رفتن آن ممکن نباشد، مانند: جدا کردن ستون از خانه یا انجن از موتر، بناءً با برداشتن این عناصر اصلی، منجر میگردد تا ماهیت اصلی شی از بین برود.

انفصال از آن منجر به تغییر یافتن شی گردد، مانند: برداشتن دیوار های خانه یا درب و پنجره آن.

مالک اصلی مالک فرع آن نیز میباشد، زیرا فرع از ضروریات اصل به شمار میرود.

مالک اصل شی مالک تمام ملحقات و میوه ها و تولیدات یک شی هم هست³.

فرع چهارم: هبه

هبه عبارت از تملیک مال به شخص دیگر بدون عوض گاهی بمقابل عوض نیز صورت میگیرد⁴.

قانون مدنی افغانستان تعریفی که از هبه ارایه نموده، اقتباس شده از فقه اسلامی میباشد. کدام تغییری در آن وجود ندارد. همچنان در قانون مدنی افغانستان تصریح گردیده است: که "هبه بدون قبول و قبض موهوب له و یا نایب او تکمیل نمیگردد⁵". آنچه که اساس این ماده را تشکیل میدهد همان نظر علماء احناف بوده که در تسلیمی هبه قبول و قبض موهوب را شرط دانسته بود.

در مورد تکمیل و ثابت شدن هبه قانون مدنی افغانستان بیان میدارد: ملکیت عین موهوبه وقتی ثابت میشود که عین مذکور کاملاً قبض گردد در صورتیکه موهوبه عقار باشد، تحریر عقد در ورق رسمی جهت انعقاد هبه حتمی میباشد⁶.

¹- قانون مدنی، م 1901.

²- عبدالمجید صمیم، حقوق عینی، ص 68-69.

³- سنهوری، الوسیط، 590.

⁴- قانون مدنی، م 1175.

⁵- قانون مدنی، م 1176.

⁶- قانون مدنی، م 1180.

فرع پنجم: صدقه

مصدر دیگری از ملکیت مطلق صدقه است. صدقه در لغت به معنا عطیه و در اصطلاح فقهی چنانچه مجله الاحکام می گوید: "صدقه مالی است که به منظور حصول ثواب هبه میشود"¹ اما قانون مدنی افغانستان به گونه واضح از صدقه یاد آوری ننموده، و به آن نپرداخته است.

¹- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 245.

مطلب سوم: مقارنه بحث خلفیت، وصیت...

در مباحث گذشته تصاحب، خلفیت، وصیت، شفعه و التصاق به گونه مفصل بیان گردید، در مقارنه ای که صورت گرفته بیشترین موارد آنها باهم مشابه بوده و وجوه اختلافی نسبت به وجوه انفاقی اندک میباشند.

در اکثر موارد شاهد بودیم که تفاوت عمیق و عمده بین این دو مرجع وجود ندارد و تفاوت در استعمال و به کار برد واژه ها بود. دلیل آن هم اینست که افغانستان کشور اسلامی بوده و سایر قوانین نافذ در اقتباس و پیروی از فقه اسلامی تدوین میگردد.

آنچه را در فقه اسلامی بیان نمودیم با برخی از تغییرات شکلی در قانون مدنی افغانستان نیز بیان گردیده است. اما در مبحث چهارم آنچه را فقه اسلامی از زمره اسباب کسب ملکیت دانسته قانون مدنی افغانستان در آن سکوت اختیار نموده است به گونه مثال: زکات در فقه اسلامی به مثابه یکی از اسباب کسب ملکیت به شمار رفته ولی در قانون مدنی از زکات خبری و جود ندارد.

در موارد فی و غنایم همچون زکات قانون مدنی سکوت اختیار نموده است. اما فقه اسلامی آنرا مفصلاً بیان داشته که دلیل سکوت قانون مدنی را میتوان چنین یاد کرد فی و غنایم بیشتر به جهاد و حکومت اسلامی تعلق دارد.

تولد از مملوک

در قانون مدنی افغانستان پیش بینی گردیده که از لحاظ تعاریف ارایه شده، تعریف قانونی همان تعریف فقهی است که برای تولد از مملوک ارایه گردیده است.

فقه اسلامی برای تولد از مملوک دو حالت را بیان داشته یکی اینکه تولد از مملوک خودرو باشد و دیگر اینکه تولد از مملوک در نتیجه فعل شخص صورت گرفته باشد. که در هر دو صورت مالک اصلی ملک، مالک متولد از مملوک نیز میباشند. که چنین چیزی در قانون مدنی بیان نگردیده است.

هبه

هبه نیز در قانون مدنی افغانستان در مطابقت به فقه اسلامی بیان گردیده است. تفاوت که در قانون با فقه وضع گردیده اینست که قانون هبه را بدون قبول تکمیل نمی داند.

صدقه: نیز در قانون مدنی افغانستان پیش بینی نگردیده است.

فصل سوم

حیازت مباحات

که شامل هفت مبحث ذیل میباشد:

- 1- کسب، انتقال و زوال حیازت
- 2- حمایت حیازت
- 3- آثار حیازت
- 4- عدم تملک پذیری اموال عامه، آثار باستانی و وقفی
بر اساس مرور زمان
- 5- استرداد مصارف
- 6- مسئولیت از بین رفتن شی تحت حیازت
- 7- موارد متفرقه حیازت مباحات

فصل سوم

حیازت مباحات یکی از اسباب کسب ملکیت بوده که سایر مطالب آنرا در فصل دوم مورد بحث قرار دادیم، در این فصل موضوع اصلی و مطالب مرتبط به آن که همانا حیازت مباحات است را به گونه مفصل طی هفت مبحث جداگانه مورد مطالعه قرار میدهم.

مبحث اول: کسب، انتقال و زوال حیازت

حیازت دارای ارکانی است که با تحقق و یا یکجا شدن عناصر آن حیازت متحقق میگردد، همچنان حیازت قابلیت انتقال را دارد و از یک شخص به شخص دیگر منتقل میگردد که در صورت انتقال آن برخی از آثار را به بار می آورد، بخصوص زمانی که بتوان حیازت را از طریق دعاوی حیازت مورد حمایت قرار داد، لازم است تا حیازت عاری از عیوب باشد، زیرا عیوب در برخی موارد جدی بوده و میتواند سبب زوال حیازت گردد، علاوه بر آن زمانی که حیازت همراه با حسن نیت باشد، به صورت بهتر و بیشتر موجب ایجاد آثار مرتبه آن میگردد، نسبت به حالت همراه بودن با سوء نیت.

بناءً در این مبحث کسب، انتقال و زوال حیازت مباحات را اول از دیدگاه فقه اسلامی و متعاقباً از دیدگاه قانون مدنی افغانستان یکی پی دیگری مورد بحث و بررسی قرار میدهم.

مطلب اول: کسب، انتقال و زوال حیازت در فقه اسلامی

فقه اسلامی در موارد کسب، انتقال و زوال حیازت به گونه مشخص حکمی ارایه نداشته است، از مفهوم و مطالعه دقیق کتب فقهی برخی از موارد آن را که مصداق به حیازت بوده ترتیب و قرار ذیل بیان میداریم.

اول: کسب حیازت در فقه اسلامی

برای کسب مال مباح و یا استیلاء بر آن تحقق شرایطی که برای آن وضع گردیده است لازم و ضروری است. برای خریدن یک جنس در بازار پول داشتن شرط اصلی و اساسی آن است، برای نوشتن یک نامه کاغذ و قلم شروط اساسی اند، همچنین برای تحقق حیازت تحقق شروط آن نیز لازم پنداشته میشوند، که عبارت اند:

1 - **تصرف:** زمانیکه حایز مال و شی مباح را تصرف نماید، از جمله شروطی که باید در حیازت متحقق گردد، تصرف است پس زمانیکه تصرف مال مباحه صورت نگرفته باشد. حیازت ثابت

شده نمیتواند. بناءً اولین شرط آن تصرف مال مباحه است، مانند: خراب کردن و بناء کردن چیزی و غیره¹...

2 - **قصد:** حایز برای تملک مال مباح باید نیت تملک آنرا نیز داشته باشد، برخی موارد اتفاق می افتد که شخصی در ملکیت مباح و ضرورت وی نسبت به شی مباحه موقتی بوده و نیت از استهلاک آن تملک نمیباشد. بناءً لازم گردیده است زمانیکه شخصی شی لا مالک را تصرف می نماید باید نیت تملک آنرا نیز داشته باشد.² و به این خاطر اعمالی را انجام دهد که نشان دهنده تملک شخص حائز را نشان دهد.

3 - **حضور:** حائز باید بالفعل موجود بوده و عمل حیازت را طور مباشر انجام دهد، در غیر آن درست نیست که بگوید فلان شی را من در حیازت دارم، در حالی که هیچ عمل و آثاری که نشان دهد، مال مورد تملک قرار گرفته باشد وجود نداشته باشد، بناءً در چنین صورتی حیازت تحقق گرفته نمیتواند.³

4 - **عدم موجودیت موانع:** در مقابل حیازت حائز هیچ نوع موانع وجود نداشته باشد، موانع در مقابل حیازت نسبت به شرایط، نوعیت و وضعیت متفاوت است اما در مقابل هر نوع حیازت باید هیچ نوع موانع وجود نداشته باشد، مانند: اینکه زمانی حیازت صورت میگیرد هیچ نوع دعوی برحق، علیه حائز اقامه نگردد.

5 - **تعیین محدوده زمانی:** حیازت برای مدت معینی صورت نگرفته باشد، بلکه حیازت به نیت دائم صورت گیرد و این مدت در فقه اسلامی حد اقل به ده سال و یا زیاد تر از آن باشد. فقهاء در مدت حیازت نیز اختلاف نظر دارند، که از محدوده این بحث خارج میباشد.⁴

6 - **محوز (مال حیازت شده)** باید توسط حائز حبس شده باشد، طوریکه فوقاً گفتیم حبس مال نسبت به شی و شرایط آن تفاوت دارد، در صورتیکه مال محوز در دست شخص مدعی باشد و حایز بالای آن دعوی نماید، در این صورت شرط حیازت متحقق نگردیده است.⁵

با در نظر داشت موارد که فوقاً ذکر گردید، در صورتیکه شرایط یاد شده تحقق یابد حیازت کسب شده محسوب میگردد و یکی از اسباب کسب ملکیت بشمار میرود. و خود حیازت به طریقه مشروع و با تحقق شرایط آن یکی از مفیدترین راه کارها برای تملک ملکیت ها است.

1- ابن رشد، البیان و التحصیل، ج11، ص 152.

2- ابن رشد، البیان و التحصیل، ج 11، ص 180.

3- حاشیه الرهونی، ج 7، ص 511.

4- المدونه، ج4، ص 99.

5- وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج18، ص 284.

دوم: انتقال حیات در فقه اسلامی

اول: تعریف انتقال

الف) انتقال بر لغت: به معنا تغییر دادن شی از جایش به جای دیگر آمده است¹. و به گونه مجاز به معنای تحول نیز استفاده می‌گردد، مانند اینکه: انتقال کرد زن از عدت طلاق به عدت وفات و غیره²...

ب) انتقال در اصطلاح: عبارت از تسلیم نمودن شی تحت حیات برای شخص دیگری و قرار دادن آن تحت تصرف وی. انتقال حیات از شخص به شخصی دیگری در صورتی درست پنداشته میشود که موافقه جانبین موجود باشد. و شی تحت حیات قابلیت انتقال را نیز داشته باشد³.

دوم: حکم تکلیفی انتقال

حکم تکلیفی انتقال در فقه اسلامی به دو گونه است، گاهی واجب و گاهی جایز میباشد.

الف) انتقال واجب: انتقال واجب عبارت از آن است که به اصل شی عارضه ای پیش آمده باشد⁴، مانند: هلاک شدن مغصوبه بدست غاصب، در این صورت بالای غاصب مثل شی یا قیمت آن واجب است. یا اینکه شخصی معذور گردد از استعمال آب پس حکم وضوء کردن آن از آب انتقال میابد به تیمم و در صورت عاجز بودن شخص از قیام به نشستن، روزه شیوخ به فدیة، و غیره... انتقال صورت میگیرد⁵.

ب) انتقال جایز: انتقال جایز عبارت از آنست که مطابق به حکم شرع باشد، و در صورتیکه مخالف شریعت نباشد فقه اسلامی چنین انتقال را جایز دانسته است، بر علاوه آن اتفاق طرفین نیز لازم است، و شرع انتقال به گونه یک اصل پذیرفته شده است. نزد علماء احناف دادن بدل زکات، صدقه، زکات فطر، نذر ها، کفارات، عشور و خراج هنگامیکه لازم گردیده باشد جایز است⁶. طوریکه انتقال بدل در برابر دین، بدل چیز تلف شده به مثل و قیمت، پول در مقابل مبیع، بدل خون و غیره... نیز جایز میباشد⁷.

1- محمد مرتضی الزبیدی، تاج العروس، ج1، 145.

2- وزارت اوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج24، ص 54.

3- حقوق عینی، داد محمد نذیر، ج2، ص 188.

4- مجلة الاحکام العدلیه، م 53.

5- احمد القلیوبی و احمد عمیره، حاشیة قلیوبی، ج 2، ص 290.

6- ابن عابدین، حاشیة ابن عابدین، ج2، ص 22.

7- السیوطی، الاشباه و النظائر، ص 331.

انتقال احکام: فوقاً در حکم انتقال بیان گردید.

بناءً طوریکه گفته شد حیازت یکی از اسباب کسب ملکیت است، مانند: بیع، زمانی که در نتیجه بیع صحیح عقد بیع صورت گیرد و در آن کدام تقابض وجود نداشته باشد و همچنین بائع ثمن و مشتری ملک را قبض نمایند انتقال ملکیت صورت میگیرد.

در صورتیکه حیازت بالای مباحات صورت میگیرد خود نوعی از انتقال است، زیرا اصلاً حیازت صورت گرفته از شخص به حایز انتقال نیافته است بلکه تمام اشیای که مباح اند از آن خداوند ﷻ هستند و دوم اینکه در مباحات حق مشترک همه مسلمانان میباشد، و حایز توانسته قبل از دیگران ملکیت را به خویش انتقال دهد.

فقه اسلامی در مورد انتقال حیازت مشخصاً بحث نداشته اما از لابلای مطالب بوضاحت معلوم میگردد، که انتقال حیازت نیز به گونه یک اصل پذیرفته شده است. انتقال حیازت به این معنا است که بدون انقطاع تملک ملکیت از یک شخص (حایز) قبلی به حایز بعدی (لاحق) انتقال نماید. در این مورد در فقه اسلامی عنوان مشخص ذکر نگردیده است اما طوریکه در لابلای مطالب بیان گردید اسباب کسب ملکیت نشان دهنده انتقال حیازت بوده که در باب حیازت مشروع درج میباشند، و در باب حیازت غیر مشروع چون: غصب، سرقت و غیره را میتوان یاد آوری نمود¹.

طوریکه بیان گردید حیازت عبارت از عمل حقوقی است که با تحقق شرایط و ارکان آن محقق و در صورت زایل شدن و یا واقع شدن برخی از حالات و عوامل نیز از بین میرود، اینکه کدام عوامل سبب زوال حیازت مباحات میگردد ذیلاً آنرا بر خواهیم شمرد:

اول: زوال حیازت به اثر مرگ حایز

یکی از اسبابی که به اساس آن حیازت زوال میابد عبارت از مرگ حایز است، زمانی که حایز وفات می نماید، ملکیت او زایل و به ورثه او انتقال میابد در صورتیکه ورثه نداشته باشد در موجودیت حکومت اسلامی به بیت المال تعلق میگیرد و اگر بیت المال وجود نداشت و ورثه ای که به او ارتباط داشته باشد نیز حضور نداشته باشد به مال مباح تبدیل میگردد².

1- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج1، ص 189.

2- الموسوعة الفقهية، ج 3، ص 172.

دوم: در صورت زوال عناصر حيازت

در فصل اول راجع به عناصر حيازت مباحات مفصلاً بحث نموديم، برخی موارد اتفاق می افتد که حيازت در برخی از مواقع صرفاً با یکی از عناصر زائل می‌گردد و در برخی موارد به هردو عنصر حيازت زایل می‌گردد، زمانیکه حائز از تصرف مادی خویش دست بردار گردد، عنصر معنوی حيازت زایل می‌گردد. مانند: اینکه شخصی چیزی را بفروشد و بعداً به اساس برخی از تعاملات ودیعت، امانت و غیره... نزدش موجود باشد.

فرضیه مبنی بر اینکه عنصر مادی زایل گردد و عنصر معنوی باقی بوده باشد، بیشتر در سرقت، غصب و ... صدق می‌کند. در برخی از موارد اتفاق می‌افتد که حائز از حيازت خود صرف نظر میکند که در نتیجه مال حيازت شده به میاح تبدیل می‌گردد.

مطلب دوم: کسب، انتقال و زوال حيازت در قانون مدنی

حيازت مباحات تحت عنوان فوق دارای سه بخش کسب، انتقال و زوال حيازت بوده موضوع را از دیدگاه فقه اسلامی مورد بحث و بررسی قرار دادیم اما در مطلب حاضر موارد یاد شده را از دیدگاه قانون مدنی قرار ذیل بیان می‌نماییم.

اول: کسب حيازت در قانون مدنی

اشیای که حيازت آنها وسیطره بر آنها ممکن است، چیزهای مادی میباشند خواه آنها اشیای عقاری باشند یا منقول، اما حقوق معنوی، مانند: حق مؤلف و مصنف و حق اختراع و اکتشاف، مبادی و افکار حقوقی اند که سیطره مادی بر آنها ممکن نخواهد بود، و همچنین اشخاص حقوقی که دارای عناصر مادی و معنوی اند از قبیل محل تجارتي و متروکه مشمول قواعد حيازت نخواهند شد. همچنین حق شخصی، یعنی رابطه موجود بین دائن و مدیون، محل حيازت واقع نمیشود¹. حيازت دارای دو رکن، رکن مادی و رکن معنوی میباشند که با تحقق آنها حيازت کسب می‌گردد این دو عنصر در فصل اول مفصلاً مورد بررسی قرار گرفته اما به منظور وضاحت بیشتر مختصراً هر کدام را به بررسی می‌گیریم:

عنصر مادی: عنصر مادی حيازت مباحات در فصل اول ذکر گردیده است.

1- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج2، ص 170.

عنصر معنوی حیازت (قصد) این عنصر نیز در فصل بیان گردیده است.

عیوب حیازت

در مورد عیوب حیازت قانون مدنی تصریح میدارد: هرگاه حیازت با اکراه مقرون گردد یا به صورت خفیه واقع و یا در آن التباس موجود باشد، اثر آن بر شخصی که علیه او اکراه صورت گرفته یا حیازت از او اخفاء شده یا بر او التباس واقع شده است، مرتب نمی‌گردد، مگر از تاریخ زوال عیوب مذکور¹. از نص ماده به خوبی بر می‌آید که برای اینکه حیازت به نحو احسن و صحیح متحقق گردد، و موجب ایجاد آثار حقوقی گردد و توسط دعاوی حیازت مورد حمایت قرار گیرد، لازم است که از عیوب چون: مستمر، آشکار، بدون اکراه و غموض باشد².

قانون مدنی در ماده متذکره از عیب عدم استمرار نام نبرده است، در حالیکه در بحث صورت گرفته از فصل اول الی اکنون واضح گردید که استمرار یکی از لازمه‌های حیازت میباشد. حیازت برای آنکه به صورت کامل و صحیح تحقق یابد و آثار حقوقی اش را ایجاد نماید و به خصوص برای آنکه با دعاوی حیازت مورد حمایت قرار گیرد و توسط آن ملکیت با مرور زمان و بدون مرور زمان کسب گردد، باید علاوه بر اینکه از اکراه، خفاء و التباس عاری باشد از عدم استمرار نیز خالی باشد³.

اول: عدم استمرار یا انقطاع

معنی استمرار حیازت آن است که هرگاه حیازت بر اعمال قطع شده طور غیر مستمر استوار باشد، چنین حیازت دارای عیب عدم استمرار دانسته میشود و از همین جهت موجب ایجاد آثار نمی‌گردد. بنابر این، برای اینکه حیازت از عیب عدم استمرار سالم باشد، اعمال سیطره مادی بر شی در اوقات و از منته‌های متفاوت و منظم طور متوالی و پیهم باید واقع گردد و شخص حایز، شی را از یک زمان الی زمان دیگر حسب ضرورت آن چنان استعمال نماید که مالک، ملکیت خود را طور معتاد استعمال می‌نماید.

دوم: خفاء یا عدم اظهار

خفاء و عدم اعلانیّت حیازت به این معنا است که گاهی حیات مستمر بوده و از عیب تعدم استمرار عاری میباشد اما عیب خفاء یا عدم اعلانیّت در آن موجود گردیده و مانع ایجاد آثار آن میگردد. زیرا

1- قانون مدنی، م 2258.

2- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 220.

3- همان.

حیازت صحیح این است که بدون خفاء و پوشیده گی در معرض و انظار تمام مردم و یا حد اقل در محضر مالک و یا صاحب حق مورد استعمال قرار گیرد تا از اعتراض خفی بوده و از شایه عیب خفاء مصئون گردد. زیرا معمولاً و طور معتاد مالک و یا صاحب حق شی را طور خفیه استعمال نمی نماید و در نتیجه حایز نیز باید چنان باشد (زیرا حیازت که با خفاء و پوشیدگی حاصل می گردد، صلاحیت حمایت یا دعاوی حیازت را نداشته و نه سبب کسب ملکیت با مرور زمان میگردد اخفای حیازت در اشیای منقول مانند زیورات، لوازم منزل و یا وسایل فنی و غیره خیلی ها سهل و هر زمان میسر است، اما در عقار این طور نیست، زیرا اخفای سکونت در منزل و یا زرع زمین و یا اجاره دادن آن حین استعمال کار دشوار است.¹

سوم: اکراه

گاهی حیازت عاری از عیوب عدم استمرار و خفاء بوده اما با عیب اکراه و عدم رغبت صاحب حق توأم می گردد و آن زمانی است که حایز حیازت شی را توأم با اکراه و تهدید کسب نماید و تا اخیر به همین منوال ادامه یابد. حیازتی که به این گونه حاصل گردد تا زمانی که اکراه و تهدید در آن ادامه داشته باشد، معیوب به عیب اکراه می باشد خواه قوه اکراه و تهدید علیه مالک حقیقی شی استعمال گردد یا علیه حایز سابق و خواه استعمال کننده اکراه، شخص حایز باشد و یا همکاران وی و به اسم و آدرس او این کار را انجام دهند.²

چهارم: غموض و لبس

گاهی حیازت طور مستمر، ظاهر و آشکار و با رغبت حاصل گردیده و عاری از عیوب عدم استمرار، خفاء و اکراه می باشد، اما با وجود این ها، معیوب به عیب غموض و لبس می گردد به نحوسی که جانب عنصر معنوی حیازت متشبه و دارای غموض و التباس باشد. تحقق غموض در عنصر معنوی حیازت طوری است که عنصر قصد احتمال معانی متعدد را و به طور دقیق احتمال دو معنا را داشته باشد؛ یعنی اینکه حایز حیازت را به حساب خود کسب می نماید و یا به حساب غیر و یا هم به حساب خود.³

1- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 224.

2- همان.

3- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 224.

حیازت با حسن نیت و حیازت با سوء نیت

حیازت گاهی با حسن نیت صورت میگیرد و گاهی با سوء نیت، در مورد حیازت با حسن نیت و سوء نیت احکامی در قانون مدنی افغانستان پیش بینی گردیده است که قرار ذیل به آن میپردازیم:

اهمیت تفکیک حیازت با حسن نیت و سوء نیت

تفکیک حیازت با حسن نیت باشد یا سوء نیت در دعاوی دارای اهمیت نیست، زیرا حایز اعم از اینکه دارای حسن نیت باشد یا سوء نیت میتواند برای حمایت حیازت خود به دعاوی توسل نماید، بلکه این تفکیک در حالات دیگری از اهمیت خاصی برخوردار میباشد که برخی از آنها را قرار ذیل بیان میداریم:1:

حایز زمانی که مصارف ضروری را که بر عین تحت حیازت خود به مصرف رسانیده است از مالک اصلی استرداد آن را مطالبه نماید، حکم آن به اعتبار اینکه وی در حیازتش دارای حسن نیت یا سوء نیت بوده است طبق حکم قانون مدنی افغانستان متفاوت میباشد. که در زمینه چنین تصریح میدارد: مالکیکه ملکیت به او رد میشود، مکلف است تمام مصارف ضروری را که حایز به حسن نیت بمصرف رسانیده است به او بپردازد، و در مورد مصارف نافع احکام مود (2205-2206) این قانون تطبیق میگردد2.

مسئولیت حایز از هلاک عین تحت حیازت خود به لحاظ اینکه حایز دارای حسن نیت یا سوء نیت بوده است، که در مورد قانون مدنی افغانستان چنین مشعر است: هرگاه حایز با حسن نیت از شی در حدودیکه حق خود پندارد، استفاده نماید. در مقابل شخصیکه به رد شی باو مکلف میشود از نوع تعویض با سبب این استفاده مسئول شناخته نمیشود، همچنان از عواقب از بین رفتن و تلف شدن شی مذکور مسئول پنداشته نمیشود. مگر در حدودیکه از آن ناحیه به او مفادی متعلق گرفته باشد3.

چه وقت اعمال حایز با حسن نیت محسوب میگردد؟

پرسش اینست که چه وقت اعمال حایز با حسن نیت محسوب میگردد؟ در پاسخ به این سوال قانون مدنی در فقره اول خویش میگوید: (1) شخصی که بدون علم از تجاوز بر حق غیر، حایز حقی گردد، دارای حسن نیت شناخته میشود مگر اینکه این جهل او ناشی از خطاء فاحش باشد4) از نص این ماده به خوبی استنباط میگردد که حایز حق، چه حق مذکور حق ملکیت باشد و یا حق انتفاع و یا حق

1- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج2، ص 183.

2- قانون مدنی، م 2293.

3- قانون مدنی، م 2297.

4- قانون مدنی، م 2276.

ارتفاق با حق رهن حیازی یا حق مستأجر و غیره حقوق ، با حسن نیت در صورتی محسوب می‌گردد که در حیازت خویش معتقد به عدم تجاوز به حق غیر باشد. بهترین مثال آن حالتی است که حایز حق ملکیت عین را به اعتقاد مالک بودن آن در حیازت داشته باشد که در این حالت حیازت او باحسن نیت محسوب می‌گردد خواه حایز مذکور بالفعل مالک باشد و یا نباشد و یا اینکه حایز حق در سایر حقوق غیر حق ملکیت معقد به صاحب حق بودن خود نسبت به حق تحت حیازت باشد خواه حایز مذکور صاحب حق باشد و یا نباشد طور مثال هرگاه شخصی جنسی را از کسی به گمان اینکه او مالک جنس است خریداری نماید و آن را فروشنده قبض نماید، پس قبض کننده حایز حق ملکیت گردیده و در حیازت خود مادامی که معتقد به مالک بودن فروشنده باشد صاحب حسن نیت محسوب می‌گردد خواه فروشنده مالک حقیقی جنس مذکور باشد و یا نباشد¹.

حسن نیت حایز همیشه مفروض است

از حایز مطالبه اثبات حسن نیت را نمیتوان کرد. زیرا اصل این است که: دائماً حایز با حسن نیت می‌باشد. مگر اینکه خصم عکس آن را ثابت نماید. فقره سوم قانون مدنی در این مورد تصریح می نماید که موجودیت حسن نیت همیشه فرض کرده میشود، مگر اینکه دلیلی به نفی آن اقامه شود⁽²⁾ سبب افتراض حسن نیت نسبت به حایز این است که چنانچه در اغلب احوال مشاهده میشود. حایز شی مالک آن می‌باشد و کسی که حق ملکیت سایر حقوق را استفاده می نماید، صاحب آن حق می‌باشد. بابر این ق . م ابتداءً بنا بر اغلب احوال حسن نیت را فرض نموده است. اما این فرض تا زمانی قائم می‌باشد که مدعی عکس آن را ثابت نماید، یعنی مدعی سوء نیت حایز را ثابت نماید پس تکلیف اثبات سوء نیت حایز بر عهده مدعی آن است. طور مثال، مالک حقیقی باغ علیه حایز آن دعوی استحقاق را اقامه نموده و مطالبه رد عین و ثمر مقبوضه را از حایز می نماید.

چه وقت حایز دارای سوء نیت پنداشته میشود؟

از آنچه گفته شد استنباط می‌گردد که حایز در دو حالت ذیل دارای سوء نیت می‌باشد³.

اول: هرگاه ثابت گردد که حایز در هنگام حیازت خود می دانست که او بر حق غیر تجاوز نموده است، مثلاً دزد در قبال مال دزدی شده حایز با سوء نیت محسوب می‌گردد. زیرا، او حین سرقت می داند که بر حق مالک تجاوز می نماید. همچنین، غضب کننده مال غیر خواه مال منقول باشد و یا عقار

1- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 226.

2- همان .

3- همان.

حایز با سوء نیت پنداشته میشود. زیرا، او حین غصب مال غیر می داند که بر حق غیر تجاوز می نماید و همینطور است کسی که مال مفقود شده را می یابد و آن را به استیلاء و غلبه حایز میگردد و آنرا به همه ابلاغ نمی نماید، حایز با سوء نیت دانسته میشود. زیرا او می داند که او مالک آن مال نیست و احتمال دارد که مال مذکور مالک داشته باشد. پس او حین حیازت خود می داند که حیازت او اعتداء بر حق غیر است. همچنین کسی که مال دزدی را در حالی که به دزدی بودن آن علم دارد مخفی نماید، حایز با سوء نیت پنداشته میشود زیرا حین حیازت او می داند که بر حق غیر تجاوز می نماید. همچنین کسی که بر زمین همسایه تجاوز نموده و قسمتی از آن را در زمین خود مدغم می نماید، حایز با سوء نیت میباشد مشروط بر اینکه جزء مذکور ملکیت او نباشد.

دوم: چون ثابت گردید که حایز اگر چه از اعتداء بر حق غیر بی خبر باشد، اماممکن بود از آن خبر گردد و یا اینکه باید از آن کسب اطلاع می نمود، پس بی خبری او از اعتداء بر حق غیر نتیجه خطای فاحش او میباشد. همچنین، گفته شد که بی خبری به نحو مذکور قابل اعتبار نبوده و حایز در آن حالت من حیث کسی تلقی میشود که گویی از اعتداء بر حق غیر آگاه بوده است و از این روحیازت او با سوء نیت محسوب میگردد. پس اگر کسی شی را از نزد شخصی که معروف به فساد یا معروف به ارتکاب دزدی باشد، خریداری نماید و شی مذکور دارای چنان قیمت گران و هنگفت باشد که نصرت مالکیت آن از شخص فاسد بعید به نظر آید، حایز یا سوء نیت محسوب میگردد خواه شی مذکور را خریده باشد و یا رهن گرفته باشد و یا طور ودیعت آن را قبول نموده باشد. مرجع ای سوء نیت حایز در این جا این است که هر چند طور قطعی ثابت نگردیده که حایز می دانست که جنس مذکور مال مسروقه است. اما او می توانست با اندکی تأمل و دقت نمودن در منبع آن بداند که مال مذکور محصول سرقت است¹.

چه وقت حایز با وجود اعتقاد به ذیحق بودن با سوء نیت محسوب میگردد؟

قانون مدنی در پاسخ به این سوال می گوید که (حسن نیت وقتی نفی میشود که حایز بداند که حیازت او تعرض بر حق غیر میباشد، یا اینکه عیوب حایزت او بر اساس اخطار یا صورت دعوی مدعی به او ابلاغ شود²). از نص این ماده به خوبی استنباط میگردد که هرگاه برای حایز توسط ابلاغیه دعوی مدعی اعلان شود که حق تحت حیازت او حق نبوده و مدعی رد آن را مطالبه نماید، از حین اعلان ابلاغیه متذکره حایز با سوء نیت محسوب میگردد. اگر حایز با وجود این ابلاغ معتقد به ذیحق بودن خود و بطلان دعوی مدعی باشد، پس اگر در حقیقت آشکار گردد که واقعاً دعوی مدعی باطل

1- نظام الدین عبدالله، ص 228.

2- قانون مدنی، م 2277.

بوده و حایز در اعتقاد خود مبنی بر ذیحق بودن به حق بوده، در این حالت مسأله سوء نیت حایز بدون تأثیر باقی می ماند، زیرا ثابت گردیده که او ذیحق بوده است و از این جهت مدعی نمیتواند چیزی را از حیازت او خارج و یا طالب استرداد آن را نماید اما در صورتی که مدعی بر حق ثابت گردد و معلوم گردد که حق تحت استفاده حایز حق او نبوده پس در این حال با حایز چنان معامله میشود که گویی از حین ابلاغ اعلان او دارای سوء نیت بوده است. هر چند او ثابت نماید که او بر ذیحق بودن خود اعتقاد داشته است. در نتیجه مدعی میتواند از حایز تمام ثمار و حاصلات را مطالبه نماید که از حین سوء نیت آن را قبض نموده و یا در قبض آن قصور نموده است. قانون مدنی در این مورد تصریح می نماید که (حایزی که دارای سوء نیت باشد، از تاریخ به میان آمدن نیت سوء از تمامی ثمری که قبض نموده و یا در قبض آن تقصیر به عمل آورده است، مسئول پنداشته میشود¹).

بقای حیازت به صفت موجود حین کسب تا زمانی که دلیل عکس آن قایم گردد

طبق نص قانون مدنی (حیازت کما کان به همان وصفی که ابتداء زمان کسب به وجود آمده باقی می ماند، تا اینکه دلیل عکس آن موجود شود²). از نص این ماده استنباط میگردد که اگر کسی حیازت را با حسن نیت کسب نماید، در حالی که فرض اصلی در حیازت نیز حسن نیت است، پس حازت مذکور با حسن نیت باقی می ماند تا زمانی صاحب حق سوء نیت حایز را ثابت نماید. هرگاه ثابت گردد که حایز با سوء نیت است پس، او با سوء نیت باقی می ماند و حیازت او با همین صفت به ورثه او انتقال می نماید و وارث مانند: مورث با سوء نیت مگر اینکه حسن نیت خود را به اثبات برساند³.

دوم: انتقال حیازت

منظور از انتقال حیازت این است که بدون انقطاع بین حیازت قبلی و لاحق طور متصل بدون اینکه حیازت لاحق حیازت جدید محسوب گردد، انتقال سیطره از حایز به حایز دیگر صورت گیرد. بدیهی است که این گونه اتصال مستلزم ضم مدت حایزت سابق به مدت حایزت لاحق بوده حیازت سابق را مستمر میسازد. بنابر این در حیازت مال منقول از طریق استیلاء مانند: دریافت مال منقول در محلی، در صورتیکه مالک معلوم نباشد انتقال وجود ندارد. زیرا، قبل از دریافت، مال مذکور در حیازت کسی قرار نداشت همچنین کسب حیازت از نزد حیازت از طریق غصب و یا اکراه انتقال حیازت محسوب نمی شود زیرا غاصب و یا استعمال کننده اکراه حیازت جدید را آغاز نموده که هیچ اتصالی قبلی با مدت حیازت که از طریق غصب یا اکراه کسب گردیده ضم نمی گردد، انتقال حیازت از

1- قانون مدنی، م 2292.

2- قانون مدنی، م 2278.

3- عبدالرزاق احمد السنهوری، ج9، صص861-873.

طریق موافقه طرفین ممکن است صورت پذیرد به ترتیبی که حایز سابق با حایز جدید بر انتقال حیازت موافقه نمایند خواه حایز سابق مالک شی باشد و یا نباشد، چنانچه بایع با مشتری بر انتقال حیازت مبیعه اتفاق نمایند و با ورثه با موصی له راجع به انتقال حیازت مال معین از اموال متروکه موافقه نمایند که این را انتقال حیازت خاص می نامند. انتقال حیازت به خلف خاص یا موافقه بین طرفین به نحوی که تسلیم شی را در قبال داشته باشد، صورت می گیرد. تسلیم شی نیز طبق قانون مدنی یا مادی است و یا معنوی که هر یک را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم¹.

انتقال مادی حیازت

طبق مواد قانون مدنی (حیازت از شخص حایز به شخص دیگر در صورتی انتقال می نماید که طرفین به آن موافقه نموده و شخص مذکور اهلیت تصاحب را بر شی یا حقوق مورد حیازت را دارا باشد²). طبق نص این ماده حیازت از حایز به شخص دیگر در صورت توافق طرفین مشروط بر این که طرفی که به او حیازت منتقل میشود اهلیت داشته باشد منتقل میشود مانند: انتقال حیازت مبیعه از بیع به مشتری می باشد زیرا، مشتری خلف خاص بایع نه تنها در قسمت انتقال ملکیت بلکه در انتقال حیازت نیز می باشد و بایع ملزم به تسلیم مبیعه به مشتری یعنی انتقال حیازت مبیعه به مشتری می باشد تسلیم مادی یا عملی دارای دو عنصر است.

1 - تحت تصرف قرار دادن مبیعه به مشتری به شرط قادر بودن مشتری به حیازت مبیعه و انتفاع گرفتن از آن بدون مانع می باشد نه اینکه مشتری عملاً انتفاع و حیازت را انجام دهد. به همین دلیل هرگاه بایع زمینه انتفاع و حیازت مادی را به مشتری مساعد نماید، گویی مسئولیت خود به تسلیم مبیعه را انجام داده است .

2 - اطلاع بایع به مشتری مبنی بر نهادن مبیعه در تصرف او اطلاع و آگاه ساختن مشتری از وضع مبیعه در تصرف او شکل و حالت واحد نداشته به انواع و اقسام مختلف صورت گرفته میتواند به حیث مثال، اگر مبیعه خانه مسکونی باشد، بر بایع لازم است آن را تخلیه نموده کلید های آن را به مشتری تسلیم نماید و اگر مبیعه زمین زراعتی باشد باید آن را برای مشتری ترک نموده و زمینه استفاده از آن را برای او مهیا سازد و اگر مبیعه از جمله منقولات باشد متداول و معمول باشد، متداول و معمول آن است که مشتری آن را یداً قبض نماید³.

1- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 229.

2- قانون مدنی، م 2261.

3- همان.

انتقال معنوی حيازت يا تسليم حکمی

به اساس صراحت قانون مدنی (انتقال حيازت بدون تسليم مادی هم جواز دارد. در صورتیکه حايذ به ذوالییدی خود به حساب کسی که از او نیابت می کند، دوام دهد یا شخصی که به او انتقال حيازت می شود، به حساب خود به ذوالییدی ادامه دهد¹) نص این ماده مبهم به نظر می رسد. طبق نص این ماده برخلاف ماده 2261 قانون مدنی انتقال حيازت بدون تسلیمی مادی و فزیکي موضع حيازت هم امکان دارد. انتقال معنوی دو صورت دارد: اول این که حايذ به ذوالییدی خود به حساب اصل که از او نیابت (نماینده) می نماید ادامه دهد. ذوالید مرکب از دو کلمه (ذو) و (ید) که به معنای دارنده دست و دست دارنده است. در فقه به کسی که حق تصرف در املاک و اعیان را دارد. ذوالید می گویند. از این تعریف به خوبی استنباط میشود که زمانی این وصف برای کسی حاصل میشود که عین در حيازت او باشد و یا به یکی از اسباب قانونی مجاز به تصرف در آن باشد². به حیث مثال ، در صورتی که شخصی مالی را تحت ذوالییدی داشته باشد و نایب او به حيازت از نیابت از اصیل به حيازت آن ادامه دهد مانند: ادامه حيازت وکیل به نمایندگی از موکل، حيازت ولی و وصی به نمایندگی از موصی له علیه و موصی و نظیر اینها. دوم این که شخصی که به او حيازت انتقال می نماید، به نمایندگی از خود به ذوالییدی ادامه دهد³.

سوم: زوال حيازت

طبق مواد قانون مدنی (هر گاه حايذ از تسلط فعل خود بر شی یا حق منصرف گردد و یا این تسلط را به طریق دیگری از دست بدهد، حيازت زایل میگردد⁴). همچنین قانون مدنی در این مورد حکم می نماید که: (حيازت به اثر مانع موقت از بین نمی رود، مگر اینکه مانع مذکور مدت یک سال کامل ادامه پیدا کرده و نتیجه حيازت جدیدی باشد که به خلاف اراده حايذ یا بدون علم او واقع شده باشد. آغاز سال در حالی که حيازت به صورت عینی واقع شده باشد، از تاریخ آغاز حيازت جدید و در حالی که به صورت خفیه واقع شده باشد، از تاریخ علم حايذ اول به آن حساب میشود⁵). از نصوص این مواد به خوبی فهمیده میشود که حيازت با زوال عنصر مادی آن که عبارت از سیطره مادی حايذ بر شی است، زایل میگردد. همچنین حيازت با زوال عنصر معنوی آن که عبارت از قصد استعمال حق یا شی به حيازت حايذ است ، نیز زایل میگردد. زیرا در صورت فقدان یکی از دو

1- قانون مدنی، م 2262.

2- 381 همان ، ج 2، ص 1004.

3- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 231.

4- قانون مدنی، م 2266.

5- قانون مدنی، م 2267.

عنصر مادی یا معنوی حیازت یک رکن و یا یک قوه مستنده خود را از دست می دهد و موجب زوال حیازت میگردد¹.

زوال حیازت با فقدان هر دو عنصر

در صورتی که حایز هر دو عنصر مادی و معنوی حیازت را از دست بدهد، حیازت او برشی زایل میگردد و این امر در دو فرضیه ذیل متحقق میگردد:

فرضیه اول: با موافقه حایز اول (سلف) با خلف خاص در انتقال حیازت به نحوی که حایز با خلف خاص خود موافقه نماید که حیازت حقی که مورد استفاده او است پس از این به خلف خاص انتقال نماید و عملاً انتقال صورت گیرد، که در این صورت، حایز اول یا سلف عنصر مادی یا سیطره عملی خویش را بر حق و هم عنصر معنوی که قصد استعمال به حساب او است را از دست داده و در نتیجه حیازت وی زایل میگردد و خلف خاص حیازت جدید و مستقل از حیازت قبلی سلف را آغاز می نماید.

فرضیه دوم: تنها با اراده شخص حایز چنانچه حایز با اراده خود از حیازت شی دست بردارد و آن را ترک نماید که با این عمل خود سیطره مادی بر شی و هم قصد استعمال آن به حساب خود یعنی هر دو عنصر مادی و معنوی را از دست میدهد و در نتیجه حیازت او زایل میگردد. بنابر این در صورتی که شی تحت حیازت عفار باشد حیازت زایل گردیده، اما ملکیت عفار نزد او باقی می ماند. اگر شی مذکور منقول باشد، حیازت و ملکیت حایز با هم یکجا ذایل می گردند مشروط بر اینکه حایز قصد ترک و فقدان ملکیت را نموده باشد (ماده 1986) قانون مدنی به حیث مثال، هرگاه شخصی مال منقول خود را در سر راه یا در صندوق یا محلی که برای اشیای بیکاره اختصاص داده شده، بی اندازد و یا در زمین خود خندقی حفر نماید و یا جوی و یا حوض را پاک نماید و خاک و گل را از آن بیرون نماید و بر سر راه بی اندازد، همه این اموال منقول، اموال متروک شده و بدون مالک تلقی میگردند. زیرا، مالک به قصد نزول از حیازت آنها را در این محلات ترک نموده است. با وجود این طبق صراحت قانون مدنی (کسی که چیزی را مباح سازد میتواند از آن رجوع نماید. این اباحت دلیل عدم حیازت شخص مباح کننده شناخته نمیشود طبق نصی این ماده شخص که مالی را مباح میسازد، میتواند از آن رجوع نماید، به حیث مثال شخصی که مال منقول خویش را سر راه بی اندازد، میتواند از آن رجوع نماید. این اباحت دلیل عدم حیازت شخص مباح کننده شناخته نمیشود²).

¹- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج2، ص 191.
²- قانون مدنی، م 2257.

زوال حيازت تنها با فقدان عنصر مادی

گاهی نیز حایز تنها سطره مادی بر شی تحت حيازت خود را از دست داده و حيازت او زایل می‌گردد، در حالی که هنوز عنصر معنوی که عبارت از قصد استعمال شی به حساب خود او است نزد او باقی است، اما تنها وجود قصد بدون وجود سطره مادی و عمل کدام سودی ندارد. حایز سطره مادی و شی را در حالات مختلف از دست داده می‌تواند، طوری که شخص شی تحت حيازت او را غصب نماید و یا اینکه آن را سرقت نماید و یا آن را ضایع و تلف نماید در صورتیکه شی منقول باشد، به عنوان مثال، شخص زمین تحت حيازت حایز را غصب نماید و یا مال و متاع منقول او را سرقت نموده و یا زیورات و دیگر اشیای قابل ضیاع او را ضایع نماید و یا اینکه حیوان تحت حيازت او را از قید ریمان رها نماید و در نتیجه حیوان فرا نماید. در فرضیه ها و مثال های فوق، حایز حيازت اشیای مذکور را با فقدان سطره مادی بر آنها از دست می‌دهد هرچند عنصر معنوی یا قصد نزد او موجود باشد، زیرا هر گاه یک عنصر از دو عنصر حيازت زایل گردد سبب زوال حيازت می‌گردد. به اساس صراحت قانون مدنی (هر گاه حایز از تسط فعلی خود برشی یا حق منصرف گردد و یا این تسلط را به طریقه دیگری از دست بدهد. حيازت زایل می‌گردد¹) در فقدان سطره مادی تفاوتی بین تنازل از حيازت شی و غیر تنازل ملاحظه می‌گردد و آن طوری است که هرگاه حایز از حيازت شی تنازل نماید، و آن را به اختیار خود ترک نماید.

زوال حيازت با زوال عنصر معنوی

حيازت صرف با زوال عنصر معنوی آن نیز زایل می‌شود، در حالی که عنصر مادی حيازت هنوز نزد حایز موجود می‌باشد. این امر در صورتی متحقق می‌گردد که حایز استعمال شی به حساب خود را از دست داده باشد اما شی مادناً نزد آن موجود باشد. در این زمینه مثال های زیادی در زندگی روزمره بشری اتفاق می‌افتد، به گونه مثال: شخص شی یا مالی را به فروش می‌رساند بعد به اساس موافقه یا به اساس ضرورت مبیعه به دست بایع گذاشته می‌شود تا از آن استفاده کند یا از آن نگهداری نماید، مثلاً شخصی به منظور اصلیت گوساله خورد سن گاوی را می‌خرد که از لحاظ اقتصادی ارزان و از لحاظ جنسیت جنس خوبی را بدست آورد به همین لحاظ گوساله یاد شده به شیر مادر ضرورت دارد و به اساس همین ضرورت گوساله نزد بایع باقی می‌ماند که مصداق خوبی برای زوال حيازت با عنصر معنوی آن است.

1- قانون مدنی، م 2266.

مطلب سوم: مقارنه بحث کسب، انتقال و زوال حيازت

مبحث اول فصل سوم به عنوان کسب، انتقال و زوال حيازت اختصاص یافته است. که این عنوان به گونه همجانبه از دیدگاه فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان مورد بررسی قرار گرفت، طوریکه در سایر مطالب و مباحث این رساله به آن اشاره گردیده عبارت از آنست که بیشترین موارد قانونی بر گرفته شده از فقه اسلامی بوده که در اکثراً مباحث مقایسوی باهم اختلافات جدی و ماهیتی وجود ندارند بلکه تفاوت ها در ساختار و اشکال است که در این مطلب عنوان یاد شده را به مقایسه میگیریم.

در فقه اسلامی به گونه واضح و مشخص تحت عنوان کسب، انتقال و زوال حيازت بیان نگردیده است که سایر مطالب و موارد مربوطه را در یک مجموعه به بحث و بررسی گرفته و بیان بدارد. بلکه در قانون مدنی افغانستان عنوان یاد شده به همین شکل و محتوا وجود دارد.

فقه اسلامی و قانون مدنی کشور کسب حيازت را وابسته به عناصری میداند که با تحقق آنها حيازت کسب میگردد و در غیر نمیتواند حيازت متحقق گردد. این عناصر در دو منبع حقوقی قرار ذیل است: در فقه اسلامی شرایطی که برای تحقق حيازت در نظر گرفته شده است عبارت اند از: تصرف، قصد، حضور، عدم موجودیت موانع و تعیین محدوده زمانی .

اما در قانون مدنی افغانستان عناصر حيازت را دو چیز میداند: عنصر مادی حيازت و عنصر معنوی حيازت.

همچنان در قانون مدنی افغانستان برخی از عیوب را در حيازت مباحات پیش بینی نموده اند که عبارت از عیب عدم استمرار، عدم اخفاء، اکراه و غموض و لبس است. که چنین عیوبی در فقه اسلامی بیان نگردیده است. صرفاً محدوده زمانی و عدم موجودیت موانع را به گونه عام بیان داشته است. ضمناً قانون مدنی افغانستان حيازت را به اعتبار قصد حایز به دو گونه تقسیم بندی نموده است حيازت با حسن نیت و حيازت با سوء نیت. که فقه اسلامی در زمینه نیز سکوت اختیار نموده است.

انتقال: از دیدگاه فقه اسلامی تعریف، حکم و انواع حيازت بیان گردیده است که در فقه اسلامی انواع انتقال را به پنج بخش (انتقال حسی، انتقال دین، انتقال نیت، انتقال حقوق و انتقال احکام تقسیم نموده اند. در حالیکه قانون مدنی افغانستان انتقال را به مادی و معنوی تقسیم بندی کرده است.

زوال: فقه اسلامی زوال را تعریف و عوامل زوال را بیان نموده است، که از دیدگاه فقه اسلامی زوال حيازت با موارد چون: مرگ، زوال عناصر تشکیل دهنده حيازت، غلام شدن شخص و غصب

را بیان نموده است. در حالیکه قانون مدنی افغانستان عوامل زوال حیات را صرفاً زوال عناصر حیات دانسته که گاهی با زوال یک عنصر یا مادی و یا معنوی و گاهی هم به زوال هر دو عنصر حیات رو به زوال می نماید.

مبحث دوم: حمایت حيازت

در صورتیکه حيازت تحقق يابد نیازمند حمایت بوده تا در برابر دعاوی که علیه آن اقامه میگردد پشتیبانی گردد، که این موضوع در فقه اسلامی و قانون مدنی کشور تصریح یافته است، بناءً مواردی پیرامون حمایت حيازت در مراجع متذکره بیان گردیده به بحث و بررسی میگیریم.

مطلب اول: حمایت حيازت در فقه اسلامی

اصل در شریعت اسلامی آنست شخصیکه در چیزی تصرف دارد مالک آن پنداشته میشود، مانند: ساکن خانه، موتوروان موتر، سواره بر بایسکل، صاحب دکان و غیره... غالب آنست کسی که تصرف دارد مالک ملکیت می باشد. در اینجا دو موضوع مطرح میگردد زمانیکه شخصی در خانه سکونت دارد، یا اینکه مالک است یا اینکه مستأجر و یا هم به اساس هر عقدی دیگر متصرف ملکیت باشد. یا هم امکان دارد در بدل عوض و یا هم بدون عوض اشیاء و اموال را در اختیار خویش داشته باشد¹.

بناءً حيازت در فقه اسلامی بمتابه دلیل بالای ملکیت میباشد، اما اگر متصرف متجاوز و متعددی باشد مانند: غاصب و سارق جدایی بین مالک و مال بوجود می آورد اما مدت تصرف بالای شی هر قدری که زیاد میشود به همان اندازه اطمینان به حائز و شی حيازت شده را افزایش میدهد. این اطمینان به حسب عرف پذیرفته شده است. چون خود عرف در برابر بیگانه سکوت اختیار نمی نماید، در ملکیت های عقار حدود ده سال و یا بیشتر از آن است که در شریعت اسلامی پیش بینی گردیده است².

زمانیکه حيازت متحقق گردد، تمامی آثار بالای آن مرتب شود، لازم است تا از مراجع تشریحی مورد حمایت قرار گیرد در این رساله حمایت حيازت از دیدگاه فقه اسلامی را از دو نظر مورد بحث قرار خواهیم داد، اول وضع قواعد و به رسمیت شناختن حيازت، که این موضوع با تفکیک مراجع قرآن، سنت و مصلحت اجتماعی در فصل اول در ادله اثبات حيازت مباحات مورد بحث و بررسی قرار گرفت، در آنجا مطالعه نمودیم که حيازت مباحات از دیدگاه قرآن، احادیث نبوی و مصلحت اجتماعی چه جایگاهی دارد و اهمیت آن چقدر است. اما از لحاظ اینکه زمانیکه حيازت صورت گرفته باشد و علیه آن کسی دعوی اقامه کند آیا از نظر فقه اسلامی حمایه میگردد یا خیر بناءً این موضوع را از دیدگاه فقه اسلامی مورد بحث و بررسی قرار میدهم³.

علماء کرام در مورد حمایت حيازت مباحات نظریات متفاوتی دارند، که قرار ذیل است:

1- وزارت اوقاف و الشؤون اسلامیة، الموسوعة الفقهية، ج 18، ص 276.

2- همان.

3- همان، ص 277.

ابن حاجب میگوید: دعوی در مورد حیازت به سه دسته تقسیم میگردد¹:

(الف) دعوی مشبهه: عبارت از دعوی است که در آن سوگند بالای مدعی علیه لازم میگردد، بمجرد اینکه چیزی دیگری برای اثبات دعوی نداشتن باشد، لازم است تا به سوگند مراجعه کند. و اینگونه دعوی در تجارت تاجران در اعمال تجارتي که انجام میدهند خواه تجارت جهانی باشد و یا در شهرها و بازارهای نزدیک باشد و نیز در رفاقتیکه بین تعداد از افراد و اشخاص که دارند امکان پذیر میباشد².

(ب) دعوی بعیده: طوریکه از نام آن معلوم میگردد، این نوع دعوی بر خلاف دعوی مشبهه بوده و این دعوی شنیده نمی شود، زیرا در این نوع دعوی اصلاً دلایل مثبتی ای وجود ندارد و در صورتیکه وجود داشته باشد قابل قناعت برای محاکم نیستند، مانند: دعوی خانه ای که به دست حائزی که در تصرف اش است و در آن بناء ای نهاده باشد و یا بناءهای که در آن موجود باشد آنرا از بین برده باشند، در تصرفاتی که حائز انجام داده مدت طولی بر آن سپری شده باشد، و کسی که مدعی باشد در مقابل تصرف حائز سکوت اختیار نموده باشد و مانع تصرف حائز نیز نگردیده باشد³.

زمانیکه مالک موجود باشد و حائزی در ملکیتی تصرف نماید و مالک مانع آن نگردد سکوت اختیار نماید، و به این تصرف حائز نیز مدتی طولی سپری گردد که در فقه اسلامی برای آن ده سال پیش بینی گردیده است در این صورت بعد از مدت ده سال و در حضور مالک که در طی همین مدت حاضر بوده نزد محاکم چنین دعوی قابل سمع نمیشود.

(ج) دعوی متوسط: (بین مشبهه و بعیده) دعوی است که بین هر دو نوع دعوی متذکره قرار داشته، در صورت که مدعی توانائی اقامه بینه را داشته باشد از طرف محکمه شنیده میشود و در صورتیکه از آوردن بینه عاجز بماند سوگند بالای مدعی علیه است⁴.

طوریکه در لابلای بحث مطالعه نمودیم، دیده میشود که حیازت به اساس شروط آن اعتبار دارد، که عبارت اند از: شهادت قاطع، شهادتی که بدون قسم برای صاحب اش محوز را ثابت میسازد. بناءً چنین شهادتی میتواند دعوی را در برابر حیازت صورت گرفته باطل بسازد. همچنان طول زمان کافی که بتواند ثابت بسازد برای حائز همچو شهادتی که به اساس عرف بیان میگردد، و این عرف

1- وزارت اوقاف و الشئون اسلامی، الموسوعة الفقهية، ج18، ص 285.

2- همان، ص 286.

3- همان، ص 290.

4- وزارت اوقاف و الشئون اسلامی، الموسوعة الفقهية، ج18، ص 285.

همچو شاهد اعتبار داده میشود¹. به این معنا که حائز ملکیتی را مدت زمانی که در عرف هر جامعه مروج بوده تحت حیات داشته باشد و در طی همین مدت هیچ نوع دعوی از جانب مدعی علیه اقامه نگردد، بعد از سپری شدن مدت که در هر اجتماع متفاوت است منحیث شهود قابل قبول بوده و حکم محکمه در چنین صورتی به نفع حائز میباشد².

به همین ترتیب از دیدگاه برخی علماء دعوی علیه حائز به انواع و اقسام دیگری نیز بیان گردیده، که ذیلاً آنرا مورد مطالعه قرار میدهیم³.

نوع اول: دعوی که اصلاً شنیده نمیشود، با وجود اقرار، بینه و دلایل، مانند: اینکه شخصی در مالی به مدت ده سال تصرف داشته باشد و بعد از ده سال شخصی دلایل و اسناد مثبت را ارایه بدارد و اقامه دعوی کند در چنین حالتی دعوی پذیرفته نمیشود.

نوع دوم: دعوی با نوع آن تفاوت زیادی ندارد، به گونه مثال زمانی که شخصی در ملکیتی به گونه کرایه، عاریت و غیره تصرف داشته باشد. در چنین حالتی قسم بالای حائز لازم است بخاطریکه بتواند دعوی را رد نماید.

نوع سوم: آن عبارت از آنست که مدتی بالای حیات سپری شده باشد و هیچ نوع دعوی علیه آن اقامه یا تأیید نگردیده باشد، پس در این صورت قسم بالای حائز میباشد.

نوع چهارم: آن طوری است که دعوی علیه حائز با ارایه کردن دلایل از جانب آن اقامه گردیده باشد. اگر حائز دلایل موجه و قابل قناعت ارائه نمود همراه با سوگند دعوی از آن ساقط میگردد⁴.

مطلب دوم: حمایت حیات در قانون مدنی

قانون مدنی با وضع احکام معین حیات اشخاص را مورد حمایت قرار داده است. این احکام مربوط به دعوی استرداد حیات، دعوی منع تعرض و دعوی دفع اعمالی که تعرض جدید تلقی می شوند می گردد که هر یک را به صورت جداگانه در فروع ذیل مورد تحلیل قرار میدهیم.

دعوی استرداد حیات

قانون مدنی با وضع احکام معین حیات را مورد حمایت قرار داده، در صورتی که حیات شخص از ید او منتزع گردد، قانون مدنی به حایز حق داده است تا در مدت یک سال دعوی استرداد حیات

1- وزارت اوقاف والشئون اسلامی، الموسوعة الفقهية، ج18، ص 285.

2- مواهب الجلیل، ج 6، ص 225.

3- ابن رشد، البیان و التحصیل، ج11، ص 186.

4- ابن رشد، البیان و التحصیل، ج11، ص 186.

را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. بنابر این، مدعی در دعوی حیازت حایز عقار است. بر مدعی لازم است تا ثابت نماید که هنگامی که حیازت از ملکیت او کشیده شد، حایز عقار بود و حیازت او نیز حیازت عاری از عیوب، مستمر، علنی و غیر غامض بوده است. به نحوی که تفصیل آن گذشت. در دعوی استرداد حیازت ضروری نیست که حایز اصیل، یعنی حایز به حساب خود باشد در نتیجه، حایز عرضی یعنی: حایز به حساب غیر نیز میتواند در دعوی استرداد حیازت مدعی قرار گیرد و استرداد حیازت حق ملکیت را هنگامی که صاحب حق انتفاع، مرتهن رهن حیازی، مستأجر و غیره باشد مطالبه نماید. قانون مدنی در این مورد تصریح می نماید که (2) شخصی که به صورت نیابت از غیر حیازت را به دست داشته باشد، نیز میتواند حیازت را مطالبه نماید (1) مدعی علیه نیز در دعوی استرداد حیازت شخصی است که حیازت را از حیازت حایز بالقوه و یا از طریق غصب به صورت علنی و خفیه کشیده باشد بنابر این، عملی که از مدعی علیه صادر شده باید، واجد دو شرط باشد: اول اینکه عدوانی باشد و دوم اینکه عمل عدوانی بر عقراری که در حیازت حایز قرار دارد، واقع گردیده باشد. بر مدعی لازم است تا دعوی استرداد حیازت را در خلال مدت یک سال از زمان انتزاع حیازت در صورتی که انتزاع بالقوه و به صورت علنی باشد و حایز نیز به آن علم داشته باشد. اقامه نماید. اما، اگر انتزاع به صورت خفیه و بدون علم حایز صورت پذیرد، حایز میتواند در مدت یک سال بعد از آگاهی از انتزاع حیازت، در مورد استرداد آن اقامه دعوی نماید. قانون مدنی در این مورد تصریح می نماید که: (1) هرگاه شخصی حیازت عقار را از دست بدهد، میتواند در خلال یک سال بعد از فقدان حیازت رد آن را مطالبه نماید (2).

دعوی منع تعرض

قانون مدنی در مورد بیان میدارد اینکه: (شخصی که حیازت عقراری را به دست آورده و حیازت او مدت یک سال کامل دوام نماید و بعداً بر حیازت او تعرض واقع شود، میتواند در خلال مدت یک سال دعوی منع این تعرض را اقامه نماید (3) طبق نص این ماده علاوه بر حق استرداد حیازت، قانون مدنی در صورتی که حیازت حایز مورد تعرض قرار گیرد. به حایز صلاحیت دفع تعرض را اعطاء نموده است. مدعی در دعوی دفع تعرض نیز حایز عقار است. مدعی در دعوی دفع تعرض نیز باید ثابت نماید که در زمان تعرض، حایز عقار بوده و این حیازت عاری از عیوب، مستمر، علنی و غیر غامض بوده است. همچنین لازم است تا مدعی ثابت نماید که حیازت او حیازت اصلی و به حساب خودش نه حیازت عرضی و به حساب دیگری است. بنابر این، هنگام تعرض بر حیازت واقع گردد.

1- قانون مدنی، م 2268.

2- السنهوری، الوسیط، فی شرح القانون مدنی جزء 9، صفحات 916 - 917.

3- قانون مدنی، م 2267.

کسی که حایز حق ملکیت به حساب خویش نیست، نمیتواند دعوی منع تعرض را اقامه نماید. بر این اساس، صاحب حق انتفاع، صاحب حق ارتفاق، مرتهن رهن حیازی و مستأجر نمیتواند دعوی منع تعرض را اقامه نمایند. زیرا، این اشخاص از زمره حایزین عرضی هستند. مدعی علیه نیز در دعوی دفع تعرض شخصی است که متعرض حیازت مدعی شده است. دعوی منع تعرض نیز باید در مدت یک سال اقامه گردد¹.

دعوی متوقف ساختن اعمال تعرضی جدید

قانون مدنی در مورد دعوی متوقف ساختن اعمال تعرضی جدید تصریح می نماید که: (شخصی که حیازت عقاری را در ظرف یک سال کامل به دست داشته و به علت اسباب معقول از اجرای اعمال تعرضی جدید که حیازت وی را تهدید می کند بترسد، میتواند موضوع را به محکمه با صلاحیت تقدیم نموده و توقف این اعمال را مطالبه نماید. مشروط بر اینکه اعمال مذکور به انجام نرسیده و از شروع بر اجرای اعمال مذکور که منجر به حدوث ضرر میشود، یک سال منقضی نشده باشد، در غیر آن میتواند دعوی منع تعرض را اقامه نماید²). از نص این ماده به خوبی واضح می گردد که مدعی در دعوی متوقف ساختن اعمال تعرضی جدید همان مدعی دعوی منع تعرض است که عبارت از حایز عقار است. بنابر این، لازم است تا ثابت نماید که حیازت او خالی از عیوب، مستمر، علنی و غیر غامض است. همچنین لازم است تا مدعی ثابت نماید که حیازت او حیازت اصلی است نه عرضی، در مورد مدت حیازت نیز شرط است که یک سال باشد. مدعی علیه نیز در دعوی متوقف ساختن اعمال تعرضی جدید نیز شخصی است که این اعمال را انجام میدهد که فعلاً تعرض بر حیازت مدعی تلقی نمی گردد، اما اسباب معقولی وجود دارد که اگر این اعمال انجام داده شود منتهی به تعرض میگردد، مانند: احداث دیوار در اطراف زمین، احداث بناء به نحوی که منجر به مسدود شدن نور و هوا بر عقار همسایه گردد بنابر این، جهت تحقق اعمال که تعرض جدید تلقی میگردند تحقق در شرط ضروری است: اول اینکه اعمال شروع شده، اما ختم نشده باشد و دوم اینکه این اعمال از عقار مدعی شروع شود³. آنچه از نص ماده متذکره میتوان برداشت نمود اینست که⁴: حیازت قانونی عقار، قبل از آغاز اعمال جدید باید علی الاقل یک سال ادامه داشته باشد.

حایز به خاطر اثبات اینکه هر گاه اعمال جدید توسط مدعی علیه تکمیل گردد، حیازت وی مورد تهدید قرار خواهد گرفت، باید اسباب معقول و نطقی داشته باشد.

1- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، صص 235-236.

2- قانون مدنی، م 2273.

3- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 236.

4- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ص 195.

اعمال جدید تکمیل نشده و عملاً به وقوع نپیوسته باشد و الا اقامه دعوی متوقف ساختن اعمال جدید فایده ای نخواهد داشت، بلکه در این حالت دعوی منع تعرض اقامه خواهد شد.

مدت یک سال از آغاز آن اعمال جدید سپری نشده باشد در غیر این صورت مرور یک سال از آغاز این اعمال، سبب کسب حیات برای صاحب این اعمال می‌گردد و از لحاظ قانونی میتواند حمایت آنرا مطالبه نماید.

از آنچه گفته آمدیم واضح میشود که دعوی متوقف ساختن اعمال جدید با دعوی استرداد و دعوی منع تعرض متفاوت است. تفاوت این دعوی با دعوی استرداد حیات در این است که حیات در دعوی استرداد حیات از نزد حیات از نزد حیات کشیده میشود، ولی در دعوی متوقف ساختن اعمال جدید کشیده نمیشود.¹

1- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ص 196.

مطلب سوم: مقارنه بحث حمایت حيازت

اصل در شريعت اسلامي بر آن است. شي كه در تصرف شخصي وجود دارد شخص حايض مالك آن پنداشته ميشود، مگر اينكه برخي از عوامل طوري واقع گردد كه جدائي بين مال و مالك را بوجود آورده اما اصلاً جدائي بين آن واقع نگردیده باشد. به گونه مثال غاصب يا سارق مالي را به گونه غير شرعي تصرف مي نمايد اصلاً از دیدگاه شريعت اسلامي و قانون مدني کشور رابطه ملكيت بين مالك و مال ايجاد نگردیده است.

از اينكه تفاوت بين حيازت مشروع و نامشروع وجود داشته باشد شريعت اسلامي و قانون مدني افغانستان حيازت مشروع را مورد حمايت خویش قرار داده است و از آن پشتيباني نموده است. اينكه تفاوت هاي حمايت حيازت در هر دو منابع قانونگذاري چگونه است قرار ذيل خلاصه ميگردد:

1. در اين رساله حمايت حيازت از دیدگاه شريعت اسلامي به دو گونه تقسيم گردیده است: اول حمايت حيازت از نظر اينكه در مراجع شريعي اسلامي بيان گردیده است كه در فصل اول به آن پرداخته شده است و دوم اينكه زمانيكه حيازت به منازعه كشانده شود مورد حمايت شريعت اسلامي قرار گيرد. كه در اين راستا علماء اسلامي بخاطر حمايت از حيازت انواع از دعاوي را بيان داشته است كه عبارت اند: دعوي مشبهه، دعوي بعیده و دعوي متوسط.
2. قانون مدني افغانستان در زمينه موارد را بيان داشته كه با دعوي استرداد حيازت، دعوي منع تعرض و دعوي متوقف ساختن اعمال تعرضي جديد حمايت خویش را از حيازت بيان داشته است.

قانون مدني درباره اثبات حيازت تصريح مي نمايد كه: (هرگاه اشخاص متعدد در حيازت حق واحدی تنازع نمايد، به صورت موقت به حيازت كسي اعتبار داده ميشود كه حيازت مادي بر حق مذکور داشته باشد، مگر اينكه حيازت او معيوب ظاهر شود¹). از نص اين ماده به خوبي معلوم ميشود كه: براي اثبات حيازت كه متشكل از دو ركن: ركن مادي و ركن معنوي است، اثبات عنصر اول كه عبارت از عنصر مادي حيازت است، كافي است. چون حيازت مادي، واقعه مادي است، براي كسي كه به آن استناد مي نمايد، حايض اين حيازت را از طريق تمام وسايل اثبات به شمول بينه ثابت نمايد. همچنين، لازم است تا مدعي ثابت نمايد كه حيازت او خالي از عيب، مستمر، علني و غير غامض بوده است. پس، اگر ظاهر شود كه حيازت معيوب است. مانند اينكه: ثابت شود كه حيازت را با اكراه و يا به طور خفيه حاصل کرده است، اين نوع اثبات نميتواند قرينه اي دال بر وجود حيازت قانوني باشد.

1- قانون مدني، م 2274.

مبحث سوم: آثار حیازت

مطلب اول: آثار حیازت در فقه اسلامی

آثار جمع اثر است و اثر در لغت به معنای بقیه و باقیمانده چیزی را گویند، فقهاء و اصولیون نیز اثر را به همین معنای لغوی استعمال نموده اند، که همانا باقی مانده شی است¹. یا به عباره دیگر گفته میشود اثر به معنای آنچه که بالای چیزی مرتب میگردد، که بنام حکم یاد میشود، مانند: اثر عقد، اثر نکاح، اثر فسخ و غیره²....

اما در بحث آثار حیازت علماء اختلاف نظر دارند، بگونه ای که برخی از علماء به این باور اند که بمجرد انجام عمل حیازت پروسه انتقال محوز به حائز تکمیل نمی گردد³. به این معنا که حائز از حیازت خود مستفید شده نمیتواند تا زمانیکه شبها و صورت های مجهولی که در آن موجود باشد از بین نرود. و دلایل قاطع و قانع کننده برای اثبات آن همراه با تصرف موجود نباشد⁴.

اما از آنجایی که حیازت را به استیلاء تعریف نمودیم و بیان داشتیم که در کتب فقهی اکثراً کلمه استیلاء برای حیازت به کار برده شده است. بناءً به اساس حیازت یا استیلاء آثاری که بوجود می آید عبارت از تملک است زمانیکه به مال مباحی که در تملک هیچ شخصی نباشد، حیازت انجام شود. بدلیل اینکه در مال مباح موضوع عصمت مطرح نیست، به گونه مثال: در مال حربی که در دار حرب به سر میبرد مال آن عصمت ندارد. ولو که مال حربی منقول باشد یا عقار باشد در هر دو صورت از عصمت برخوردار نمیشود. اما برای منقول و غیر منقول آن حکم خاصی وجود دارد⁵.

اگر بالای مالی استیلاء تکمیل گردید یعنی ثابت شد بالای مال حربی که گرفته باشد آنرا به گونه غلبه و قهر ملکیت بر آن ثابت نمیشود تا زمانیکه تمام غانمین مال بدست آمده را بین خود تقسیم ننمایند. در صورتیکه مال را تقسیم کرد حصه معینه مال هر کدام به هر اندازه ای که باشد. مالک آن حصه پنداشته میشود⁶.

اما از نظر علماء شافعیه ملکیت به مجرد استیلاء ثابت میگردد و ضرورت به تقسیم غانمین ندارد. چون خود استیلاء یکی از اسباب کسب ملکیت بوده و به مجرد تحقق آن آثار آن نیز مرتب میگردد⁷.

1- القاموس المحيط، ماده اثر

2- کشاف، اصطلاحات الفنون، ج1، ص 65.

3- مواهب الجلیل، ج6، ص 221.

4- همان.

5- وزارت الاوقاف و الشؤون اسلامی، ج18، ص 279.

6- کاسانی، البدائع والصنائع، ج7، ص 121.

7- الماوردی، احکام السلطانیه ص 139.

اما احناف بر آنند که ملکیت برای غاز یان در غزا در دارحرب به استیلاء ثابت نمیگردد. مگر به انعقاد سبب ملکیت در آنها (غنیمت ها). از نظر احناف مال کفار نیز برای کفار دارای ارزش بوده و بردن آن، انتقال نمودن آن، تقسیم بین غازیان همه مراحل طی اند که بادی طی شود به همین ملحوظ مجرد استیلاء سبب ملکیت شمرده نمیشود¹. اینکه مال بدست آمده توسط استیلاء به قهر و جبر از کفار چگونه تقسیم میگردد. و سرنوشت آن چه خواهد شد بین فقهاء سه نظریه وجود دارد:

- 1 - احناف و حنابله میگویند: مال بدست آمده در اختیار امام مسلمانان گذاشته میشود تا او به مصلحت مسلمین از او استفاده کند، در صورتیکه امام مسلمین مصلحت دانست آنرا تقسیم نماید و اگر مصلحت دانست آنرا بگذارد به دست اهل شان و خراج از آنها بگیرد².
- 2 - مالکی ها میگویند: مالی که از کفار بدست آورده اند تقسیم نکنند، بلکه به اساس ضرورت مسلمانان از مال کفار خراج بگیرند. در صورتیکه امام مسلمانان ترجیح دهد که مال به خیر مسلمین است در آنصورت باکی ندارد.
- 3 - شوافع به این نظر اند که تمام اموال به فاتحین داده میشود، که این نظر نیز نظر برخی از علمای مالکی هم میباشد³.

اما به نظر میرسد که نظر ارایه شده احناف نظر معقول و جامع بوده و تا حدودی دربرگیرنده هر دو نظر ارایه شده دیگر میباشد، طبق نظر احناف میتوان از مال بدست آمده بهترین و بیشترین استفاده را نمود. اما زمینیکه از کفار بدست آمده باشد و کفار به سبب ترس و حراس از مسلمین مجبور به ترک زمین های شان شده باشند و مسلمانان بدون جنگ و خونریزی به آن استیلاء نموده باشند، چنین زمین ها وقف میشود برای مصالح مسلمانان و اما زمینهای که به اساس صلح بین مسلمانان و کفار تحت حاکمیت مسلمانان آمده باشد، آن زمین ها به دسترس صاحبانشان واگذار میگردد و در مقابل آن خراج به حکومت اسلامی گرفته میشود⁴.

اما استیلاء به اموال و ملکیت های معصوم که از آن دیگران باشد، حکم تملک آن بالای آن جاری نمیگردد. یقیناً سبب تملک باید مشروع باشد، مانند: خرید، فروش، هبه، استیلاء و آنچه که فوقاً تذکر دادیم، خلاصه اینکه در استیلاء بالای ملک غیر اثر و نتیجه تملک از دید شرع را نخواهد داشت و آنرا جز غصب و سرقت نمیتواند نام گذاری نمود.

1- کاسانی، البدائع و الصنائع، ج 7، ص 116.

2- المغنی، ج 2، ص 118.

3- کاسانی، البدائع و الصنائع، ج 7، ص 118.

4- الماوردی، الاحکام السلطانیة، ص 137.

آنچه ارتباط دارد به استیلاء حاکم بالای آنچه که از طرف تجاران ملی و یا سایر تجار احتکار گردیده باشد. در این نوع استیلاء صرفاً آنچه احتکار شده آنرا میگیرد نه از مال و دارای های تجار و آنچه را از تجار گرفته است پس به قیمت مناسب به مردم به فروش میرساند.¹

1- وزارت شئون و اوقاف اسلامیة، الموسوعة الفقهية، ج 4، ص 160.

مطلب دوم: آثار حیات در قانون مدنی

حیات در کسب حقوق عینی اصلی بر عمار و منقول نقش خیلی ها مهم دارد، زیرا قانون مدنی آن را از جمله مهم ترین مصادر و اسباب کسب حق عینی از یک شخص به شخص دیگری به رسمیت شناخته است و به خصوص حق ملکیت، مهم ترین صورت اثر کسب کننده حق برای حیات محسوب می‌گردد. اما قانون مدنی برای کسب حق ملکیت به صورت خاص و حق عینی را به صورت عام توسط حیات نظام واحدی را وضع نکرده است، بلکه برای کسب حق عینی بر عمار یا منقول علاوه بر حیات قانونی، مرور زمان طویل (گذشت پانزده سال) و برای کسب حق عینی بر عمارات علاوه بر حیات قانونی، مرور زمان قصیر (گذشت پنج سال) وجود سبب صحیح و حسن نیت را شرط گذاشته است.¹

سپس برای کسب حق عینی نظام دیگری را وضع نموده است که انسان در آن میتواند فقط با حیات بدون مرور زمان حایز حق عینی گردد و این نظام را به منقولات اختصاص داده است خواه منقولات عادی باشند یا ثمار.²

از تعریف و انواع مرور زمان می‌گذریم آنچه در این رساله بر مبنای قانون مدنی ضروری است عبارت است از: دعوی ملکیت به استثنای ارث، بر شخصی که در طول مدت پانزده سال متوالی بلا انقطاع ذوالیدی عمار یا اشیاء دیگر بوده و در آن بدون منازعه و معاوضه تصرف مالکانه داشته باشد، سمع نمیشود.³ از این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که برای اینکه شخص عمار یا اشیاء دیگر را بر اساس مرور زمان تملک نماید تحقق سه شرط ضروری است:⁴

ذوالید بودن عمار برای مدت پانزده سال: شرط اول کسب ملکیت عمار این است که شخص برای مدت پانزده سال حایز عمار؛ یعنی ذوالید باشد که تعریف آن گذشت. پرسش این است که مدت پانزده سال چگونه محاسبه میشود؟ قانون مدنی در پاسخ به این پرسش می‌گوید که (ذوالید عمار میتواند با مدت ذوالیدی خود مدت ذوالیدی کسی را که عمار از طرف او به وی انتقال نموده، ضم نماید اعم از اینکه انتقال به سبب شرا باشد یا هبه یا وصیت یا ارث یا سایر اسباب، در این صورت اگر مجموع مدت ذوالیدی به حدی بالغ شود که مانع سماع دعوی گردد، علیه ذوالید دعوی ملک مطلق، دعوی ارث و دعیو وقف شنیده نمیشود⁵). از نص این ماده به خوبی فهمیده میشود که ذوالید میتواند مدت ذوالیدی خویش را با مدت ذوالیدی دیگری که عمار به سبب بیع، هبه، وصیت، ارث و یا سایر اسباب

1- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج2، صص196-197.

2- همان.

3- قانون مدنی، م 2279.

4- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 237.

5- قانون مدنی، م 2263.

کسب ملکیت که تفصیل آن گذشت از او به ذوالید منتقل شده است ضمیمه نماید. اگر مجموعه این سال ها حداقل مدت پانزده سال را تکمیل نماید، دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. قانون مدنی حاوی قواعدی است که میتواند منحصراً قرینه مبنی بر این که ادعای مدعی علیه ذوالید قابل سمع نیست تلقی شوند.¹

ذوالید بودن به صورت بلا انتقطاع

شرط دوم کسب ملکیت عقار بر اساس مرور زمان به صورت بلا انتقطاع و مستمر است. معنا استمرار حيازت چنانچه بیان شد، این است که هرگاه حيازت بر اعمال قطع شده طور غیر مستمر استوار باشد، چنین حيازت دارای عیب عدم استمرار دانسته میشود از همین جهت موجب ایجاد آثار نمی گردد. بنابر این، برای اینکه حيازت از عیب عدم استمرار سالم باشد. اعمال سیطره مادی بر شی در اوقات و از منتهای متفاوت و منظم طور متوالی و پیهم باید واقع گردد و شخص حایز، شی را از یک زمان الی زمان دیگر حسب ضرورت آن چنان استعمال نماید که مالک ملکیت خود را طور معتاد استعمال می نماید. بنابر این، هرگاه بین اعمال مادی حایز زمانی طولانی سپری شود و در آن مدت شخص حایز، شی را مورد استعمال قرار ندهد، در حالیکه مدت مذکور به حدی طولانی باشد که معمولاً مالک حریص بر انتفاع کامل به آن حد استعمال ملکیت را ترک نمی کند، در این حالت، حيازت مذکور منقطع و غیر مستمر میگردد و این گونه حيازت نمی تواند اساس برای کسب ملکیت به استناد مرور زمان و یا برای دعاوی حمایتی حيازت گردد. از همین جهت لازم است حایز استعمال شی را منقطع نسازد مگر به قدری که طور معتاد مالک شی آن را منقطع میسازد. زیرا حایز توسط حيازت حق ملکیت را کسب می نماید و مانند مالک در شی تصرف می نماید بنابر این، باید در استعمال شی مانند مالک ظاهر گردد و در صورتی که شخص سایر حقوق، غیر از حق ملکیت را حایز میباشد، مانند حق انتفاع یا حق ارتفاق و یا حق رهن حيازی و یا حق مستأجر در این صورت نیز نباید استعمال حق منقطع گردد چنانچه استعمال حقوق مذکور توسط صاحب آن منقطع نمی گردد. اما طبیعتاً برای استمرار حيازت این نیز ضروری نیست که حایز حق را در تمام اوقات بدون انتقطاع استعمال نماید. زیرا، این گونه استعمال معمول و معتاد نبوده و حتی مستحیل میباشد.²

1 نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 238.

2- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 239.

تصرف مالکانه بدون منازعه

شرط سوم اکتساب ملکیت عقار بر اساس مرور زمان این است که حایز عقار بدون اینکه دیگری در مورد ملکیت عقار اقامه دعوی نماید، در آن تصرفات مالکانه، مانند اجاره، خرید و فروش و ... مینماید. اما، این مدت در دعوی ارث سی و سه سال است. بنابر این، شخصی که برای مدت سی و سه سال ذوالیدعقار باشد، و شخصی دیگری که مدعی مالک بودن آن عقار بر اساس ارث است، برای مدت سی و سه سال اقامه دعوی ننماید و ذوالیدعقار نیز در آن تصرف مالکانه نماید، و سپس از سی و سه سال شخص که مدعی مالک بودن عقار است، بر علیه ذوالیدعقار اقامه دعوی نماید، چنین دعوی ای توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست، مگر اینکه مدعی عذر شرعی داشته باشد. قانون مدنی در این مورد تصریح می نماید که 1: (1) دعوی ارث بر شخصی که ذوالیدعقار بوده در صورت مدت سی و سه سال بدون منازعه در آن تصرف مالکانه داشته باشد، بدون عذر شرعی شنیده نمیشود.) منظور از عذر شرعی طبق فقه عبارت اند از 2:

1 - فقدان اهلیت مدعی؛

2 - غیابت مدت سفر؛

3 - افلاس؛

4 - متغلب (زورآور) بودن مدعی علیه.

اما در مورد کسب منقول م قانون مدنی حکم می نماید که :

(1) شخصی که مال منقول یا حق عینی را بر مال منقول یا سندی که به نام حامل آن اعتبار داشته باشد به اسناد اسباب صحیح توأم با حسن نیت حایز شود، مالک آن شناخته میشود.

(2) سبب صحیح به سندی اطلاق میشود که از طرف غیر مالک یا غیر صاحب حق، صادر شده باشد (3). نص این ماده بیان می نماید که حایزات منقول به حسن نیت و به سبب صحیح ملکیت منقول را به حایز منتقل می نماید و حایز به مجرد حایزات مالک آن میگردد. در اینجا فرض این است که حایز منقول با غیر مالک به موجب تصرف قانونی ناقل ملکیت مانند: بیع که عبارت از سبب صحیح است معامله می نماید. پس، سوالی که در این فرض مطرح میگردد این است که آیا مشتری دارای حسن نیت تلقی میگردد یا خیر 4؟

1- قانون مدنی، م 2280.

2- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 240.

3- قانون مدنی، م 2288.

4- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج 2، ص 203.

پاسخ این سوال مثبت است. زیرا، انتقال نقول بر خلاف عقار به سبب ایجاد سهولت بدون سند از بایع به مشتری منتقل میشود. بنابر این، زمانی که مشتری مال منقول را در ید بایع می بیند و آن را خریداری می نماید، دارای حسن نیت تلقی میگردد مشروط بر اینکه به این عقیده باشد که بایع همان مالک است. بنابر این جهت تملک منقول توسط حایز تحقق سه شرط ضروری است:1:

اول) اینکه شی ای که حیازت میشود منقول مادی باشد

دوم) اینکه سبب حیازت صحیح باشد و سوم اینکه حایز دارای حسن نیت باشد یعنی بر این عقیده باشد که شخص که از او منقول را خریده است، مالک حقیقی منقول است. مالک ملک، مالک ثمر مال نیز میشود قانون مدنی در زمینه حکم می نماید 2 که:

(1) حایز به حسن نیت مالک ثمر و آنچه در حیازت او است. شناخته میشود.

(2) ثمر طبیعی یا صنعتی از تاریخ جمع آوری آن قبض شده تلقی میگردد.3

با توجه به معنا لغوی ثمر، قانون مدنی ثمر را به سه دسته تقسیم نموده است: 4 ثمر طبیعی، ثمر صنعتی و ثمر مدنی. ثمر طبیعی چیزی است که بدون کار و فعالیت انسان به صورت طبیعی از چیزی به دست می آید مانند چلغوزه، پسته، بادام کوهی، بره متولد از گوسفند و نظیر اینها، ثمر صنعتی که عبارت از چیزی است که در ایجاد آن انسان نقش دارد مانند تولید کالا ها ثمر مدنی عبارت از درآمد، عاید و فایده ای است که از چیزی به وسیله عمل انسان به دست می آید مانند اجوره، خانه، زمین و نظیر اینها5.

1- مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج2، ص 774.

2- قانون مدنی، م 2291.

3- عبدالحسین رسولی، اموال و مالکیت در حقوق افغانستان ص 133.

4- قانون مدنی، 2291.

5- عبدالحسین رسولی، اموال و ملکیت، در حقوق افغانستان، ص 133.

مطلب سوم: مقارنه بحث آثار حيازت

طوريكه فوقاً بيان گرديد آثار كه جمع اثر است به معنای حكمی كه بالای چیزی مرتب میگردد، بناءً هر عملی حقوقی كه از انسان صادر میگردد منتج به آثاری میگردد، زمانی كه خرید و فروش اموال تجارتي، عقد مدنی یا و غيره... صورت میگيرد، چیزی ایجاد میگردد و یا هر عملی دیگری كه انجام می پذیرد منتج به يك سلسله آثار و نتایج میگردد. در رساله حاضر در فصل سوم مبحث سوم آثار حيازت مباحث را از نظر فقه اسلامی و قانون مدنی مورد مقایسه قرار گرفت كه ذیلاً نتیجه گیری میگردد:

از دیدگاه فقه اسلامی با مجرد حيازت، حيازت كامل دانسته نمیشود، بلکه باید دانست كه نواقص مبری بوده و نیز موانع در مقابل آن موجود نباشد. همچنان دلایل قانع کننده دال بر مكمل بودن حيازت وجود داشته باشد. اما آنچه گفته شد، در صورتیكه موانع حيازت وجود نداشته و دلایل قانع کننده مبین حيازت مباحث وجود داشته باشد شی كه توسط حایز حيازت گردیده است مالك آن میگردد. اما در این موضوع كه به مجرد حيازت ملكیت ثابت میگردد یا نمی گردد بین علماء كرام اختلاف نظر وجود دارد .

اما در قانون مدنی افغانستان برای اینکه تملك به اساس حيازت آثاری را به جا بگذار مدت زمانی را پیش بینی نموده است كه به اساس قانون مدنی افغانستان این زمان تعیین شده شرایط و ظروف بخصوص خود را دارد، مثلاً: ملكیت های كه مربوطه به ارث اند مدت سی و سه سال، ملكیت های كه غیر از ارث اند به مدت پانزده سال بدون منازعه و بدون انقطاع تحت تصرف حایز باشد هیچ نوع دعوی در مقابل آن قابل سمع نیست.

همچنان اموال دولت، آثار باستانی و عامل وقف به اساس مرور زمان جوار ندارد.

همین طور قانون مدنی افغانستان برای مرور زمان كه به اساس آن تملك صورت گیرد سه شرط ذیل را لازم دانسته است:

- 1- ذوالید بودن عقار برای مدت پانزده سال
- 2- ذولید بودن به صورت بلا انقطاع.
- 3- تصرف مالكانه بدون منازعه .

مبحث چهارم: عدم تملک پذیری اموال عامه، آثار باستانی و وقفی بر اساس مرور زمان

مطلب اول: عدم تملک پذیری اموال عامه، آثار باستانی و وقفی بر اساس مرور زمان در فقه اسلامی

الف: اموال عامه

اموال جمع مال است و در لغت به اشیای اطلاق میشود که توسط انسان به ملکیت در آورده میشود¹. و در اصطلاح عبارت از چیزی که طبیعتاً انسان به آن میلان داشته باشد. و امکان نگهداری داشته تا در وقت حاجت از آن استفاده صورت گیرد. اما آنچه باید واضح گردد اینست که در حقوق عینی یکی اموال عامه است و دیگری ملکیت های عامه، چیزی که در فقه اسلامی روشن و واضح است اینست که اموال و ملکیت های عامه به هیچ وجه قابل تملک نبوده و احدی از اشخاص اجتماعی نمیتواند که در آن تصرف مالکانه داشته باشد. اما تنها استثنایی که در فقه اسلامی بر آن قایل شدند اینکه حاکم مسلمانان میتواند به اساس مصلحت اجتماعی در آن تصرف عادلانه نماید².

ب: آثار باستانی

در مورد آثار باستانی فقه اسلامی مواردی واضح و مشخص که بیانگر عنوان متذکره باشد بیان نگردیده است.

ج: اموال وقفی

معنی لغوی وقف منع کردن یا خاص کردن است. در شریعت اسلامی یک چیز خود را برای مفاد عامه خاص کردن را وقف گویند، طوریکه در صدقه نمودن یک چیز از ملکیت یک شخص خارج گردیده، در ملکیت شخص دیگر داخل میشود و آن شخص را در عوض ثواب داده میشود، همینطور در تخصیص دادن یک چیز برای مفاد عامه آن چیز از ملکیت واقف خارج میگردد³.

1- المغرب و المصباح المنیر م مال،

2- اوقاف و الشئون اسلامی، الموسوعة الفقهیه، ج36، ص 34.

3- لسان العرب و مصباح المنیر، مادة غصب.

حکم وقف

هنگامیکه یک شخص به زبان خود بگوید که فلان چیز را وقف کردم، پس وقف صورت گرفت، مثلاً زمین را برای قبرستان وقف کند و در آن میت دفن گردد، پس این زمین وقف می‌گردد، یا مسجد آباد نماید، بناءً وقف صورت می‌گیرد.

وقف دو گونه است یکی اینکه یک شخص مال خود را در راه خداوند ﷻ وقف نماید و بعداً از آن خودش فایده نگیرد، دوم اینکه بعد از وقف کردن شرط بگذارد و بگوید: تا زنده هستم، از این فایده هم می‌گیرم، یا بعد از من اولادم از یک حصه فایده بگیرند و باقی برای مفاد عامه وقف باشد، در هر دو صورت بالای اشیای وقف شده اینرا فروخته نمیتواند، نه برای کسی هبه کرده میتواند، نه رهن کرده میتواند و نه در وراثت برای کسی داده میتواند، البته اگر کسی شرط فایده برای خود و اولاد خود را تعیین کرده باشد، همانقدر از آن فایده گرفته میتواند¹.

اگر کسی مسجد آباد نماید، شخص مذکور اشیای مسجد مانند: خشت، گل، کوزه، بریا و غیره... را در استعمال خود آورده نمیتواند، و نه کسی دیگری حق دارد تا انرا برای مسائل شخصی استعمال نماید، اگر اشیای مربوط به مسجد گه‌گه شود باید فروخته و به پول آن موارد ضروری مسجد خریداری گردد².

خلاصه اینکه ملکیت های عامه، که آثار باستانی و وقفی نیز شامل آن می‌گردد، انواع مختلف دارد. که از جمله میتوان گفت که اموال عامه که اصلاً قابلیت تملک را نمیداشته باشند و اموال عامه ای که به اذن خلیفه مسلمین به خاطر مصلحت مردم در برخی از موارد میتوان تملک نمود³.

تملک ملکیت های عامه به اساس اسباب صورت گرفته میتواند، مانند: دادن مال از بیت المال توسط امام مسلمین به شخص مستحق، برعکس نیز ملکیت های خاص به ملکیت های عام تبدیل می‌گردد، مانند اینکه: مالی که ارباب آن فوت کند و وارثی از او به جا نمانده باشد. پس ملکیت شخص متوفا به بیت المال انتقال میکند که تمام مسلمانان در آن شریک میشوند⁴.

1- مجیب الله ندوی، فقه اسلامی، ص 769.

2- مجیب الله ندوی، فقه اسلامی، ص 769.

3- ابن عابدین، المبسوط، ج 5، ص 265.

4- الماورد، احکام السلطانیة، ص 205.

همچنان زمانیکه به اساس عدم ورثه مال میت به بیت المال تعلق پیدا میکند یا به هر سبب دیگر مال شخصی نیز به اموال عامه تبدیل میگردد و مال عامه به اساس مصالح مسلمین تقسیم میگردد نه به اساس میراث¹.

در کنار اینکه اموال عامه در اسلام و قوانین نافذه کشورها وجود دارد برخی از اموالی در اسلام بنام إقطاع نیز وجود دارد که عبارت مال و زمین های اند که نه مالک دارند و نه ورثه ای به ارتباط آن معروف است، پس در چنین اموال و ملکیتها بر امام و خلیفه عادل مسلمانان است که از آن حصه ای برای مسلمانان محتاج و مستعد جدا کند، تا به این سبب مسلمانان نیازمند از آن فایده بگیرند².

1- ابی یعلی ، احکام السلطانیه، ص 171.
2- امام ابو یوسف، الخراج، صص 57 و 58. نام مکمل آن: یعقوب بن ابراهیم بن خنیس بن سعد بن خبته ابو یوسف یکی از شاگردان ممتاز امام ابوحنیفه رح بودند همچنان از دوستان نزدیک امام بشمار میرود در دوران 3 خلیفه هر کدام مهدی، هادی و رشید به صفت قاضی القضات ایفای وظیفه نموده است. در شرق و غرب فیصله های وی قابل قبول بود و سر انجام در سال 181 در شهر بغداد وفات نمود. تاج التراجم، ج1، ص 315.

مطلب دوم: عدم تملک پذیری اموال عامه، آثار باستانی و وقفی بر اساس مرور زمان در قانون مدنی

عدم تملک پذیری اموال عامه، آثار باستانی و اموال وقفی بر اساس مرور زمان

طبق قانون مدنی (تملک اموال دولت، آثار باستانی و عامل وقف بر اساس مرور زمان جواز ندارد¹) عبارت عامل وقف در نص این ماده مبهم به نظر میرسد. به نظر می رسد منظور از عامل وقف (اموال وقفی) است. با پذیرش این استنباط ، تملک اموال وقفی بر اساس مرور زمان جواز ندارد طبق نص این ماده تملک اموال دولت جواز ندارد. به نظر می رسد هدف از این قاعده جلوگیری از تملک اموال دولتی و مورد حمایت قرار دادن اموال دولتی است. همچنین، طبق نص این ماده تملک آثار باستانی جواز ندارد. ماده 18 ق. ح. آ. ت. ف در این مورد تصریح می نماید که²: ادعای ذوالید در مورد آثار تاریخی و فرهنگی غیر معقول سبب نشده قابل سمع نبوده و دلیل اثبات ملکیت شخص شده نمیتواند گر چه مدت زیادی از آن سپری شده باشد³).

1- قانون مدنی، 2280.

2- قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی، م 18.

3- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 241.

مطلب سوم: مقارنه بحث عدم تملک پذیری اموال عامه، آثار باستانی...
در مورد اینکه اموال عامه، آثار باستانی و وقفی به اساس مرور زمان قابلیت تملک را ندارند. فقه اسلامی در مورد به گونه صریح بیان داشته است که موارد یاد شده افراد و اشخاص نمیتوانند به میل و مصلحت خویش در آنها تصاحب داشته باشند. مگر اینکه حاکم مسلمانان ترجیح دهد تا به منفعت تمامی مسلمین در اموال عامه تصرف نماید.

در مورد اینکه آثار باستانی فقه اسلامی سکوت اختیار نموده است به گونه واضح و روشن در مورد چیزی را بیان نداشته است.

اما قانون مدنی افغانستان در مورد تصریح نموده است تملک اموال دولت، آثار باستانی و عامل وقف بر اساس مرور زمان جواز ندارد.

پس از تشریحات که فوقاً ارایه گردید معلوم میگردد که اموال که مربوط به دارای های عامه است توسط مرور زمان و به اساس میل شخصی افراد و اشخاص تصرف در آنها جواز ندارد. زیرا در زندگی انسان ها بر علاوه نیازمندهای شخصی نیاز به برخی از ضروریات اجتماعی چون: تفریح گاه ها، عید گاه ها، مراکز صحتی، امکان خرید و فروش و غیره... نیز ضرورت محسوس است که بنابر آن از ملکیت های عامه در همچو موارد میتوان از طرف حاکم مسلمان استفاده نمود. فقه اسلامی عنوان فوق را به گونه عام بیان داشته و اموال عامه، آثار باستانی ... را ملکیت های عامه تلقی نموده اما قانون مدنی افغانستان هر کدام را جداگانه بحث نموده است.

مبحث پنجم: استرداد مصارف

مطلب اول: استرداد مصارف در فقه اسلامی

اول: تعریف استرداد

الف) استرداد در لغت: به معنای طلب بازگشت دادن چیزی را گویند. گفته میشود مسترد کرد چیزی را و بازگشت داد چیزی که بازگشت و مسترد کردن آن تقاضا گردیده بود¹.

ب) استرداد در اصطلاح: عبارت از بازگشت دادن، مسترد کردن عین فروخته شده به مالک اصلی آن است. زمانیکه استرداد صورت میگیرد، مشتری عین را به بایع و بایع ثمن را به مشتری مسترد می دارد که این عملیه را استرداد گویند².

دوم: صفت و حکم تکلیفی استرداد

استرداد از جمله تصرفات جایز به شمار میرود، و حکم واجب بالای آن تطبیق میگردد، مانند: بیع فاسد، طوریکه که فسخ در آن واجب گردد. به گونه مثال: در صورتیکه خیار شرط در چیزی موجود باشد و در مبیعه عیب ظاهر گردد بناءً مشتری رد مبیعه را به بایع تقاضا می کند، که در اینجا استرداد از لحاظ شریعت اسلامی حق شرعی پنداشته شده و مبیعه به بایع مسترد میگردد³.

چنانچه فوقاً گفته شد استرداد حق شرعی است که در صورت عیب و یا به سبب فساد در عقد میتوان از آن استفاده نمود و شریعت اسلامی این حق را به مسلمین به رسمیت شناخته و آنرا حمایه میدارد⁴.

همچنان استرداد حرام نیز وجود دارد و آن عبارت از استرداد در صدقه داده شده است. زمانیکه صدقه داده میشود حرام است استرداد و رد آن بخاطری درست نیست که مقصود از دادن صدقه ثواب است و ثواب آن به گمان اقلب حاصل گردیده به همین خاطر رجوع به آن جواز ندارد⁵.

سوم: اسباب حق استرداد

برای رسیدن به حق استرداد اسباب گوناگونی در فقه اسلامی بیان گردیده است، که عبارت اند از: استحقاق، تصرفاتی که در آن الزامیت نباشد و فساد العقد و غیره... نیز وجود نداشته باشد¹.

1- مکارم بن منظور، لسان العرب، ج1، 183.

2- وزارت اوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج3، ص283.

3- عبدالرحمن دمشقیه، الکافی، ج2، ص840.

4- همان.

5- وزارت اوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج3، ص283.

استحقاق به معنای عام آن عبارت از ظاهر ساختن چیزی برای دیگران به گونه واجبی و حتمی، که این تعریف شامل می‌گردد به غصب، سرقت، مغضوب منه و مسروق منه که ثابت می‌گردد بالای آنها حق استرداد و واجب است بالای غاصب و سارق مغضوبه و مسروقه را به صاحب اش مسترد نماید. که در زمینه حدیث پیامبر ﷺ چنین بیان گردیده است: (عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ). آن شخصی که بدون اذن و بدون داشتن حق چیزی را برداشته باشد لازم است بالای آن تا آنرا دوباره مسترد نماید. بناءً ثابت میشود استحقاق مشتری در مبیعه و از متبیه برای موهوب 3.

تصرفاتی که در آن الزامیت وجود ندارد، و به طبیعت آن رجوع به شی و استرداد عین صورت می‌گیرد. مانند: عقود ودیعت، عاریت، مضاربه، شرکت، وکالت و غیره ... همه اینها عقود غیر الزامی اند و رجوع در آن ها به صورت کل جواز دارد و حق استرداد برای صاحب آن ثابت است 4.

عقدی که موقوف به اجازه باشند، مانند بیع فضولی، که اینگونه عقدها مشروط میباشند به اجازه مالک در صورتیکه مالک اجازه کند عقد درست و در عدم آن استرداد صورت می‌گیرد. همچنان برخی از اسباب حق استرداد چون: فساد در عقد، انتهای مدت عقد، افلاس، مرگ و رشد وجود دارند که در این رساله صرفاً به ذکر نام هایشان اکتفاء می‌نماییم 5.

چهارم: کیفیت و چگونگی استرداد

زمانیکه حق استرداد برای شخصی به اساس موارد ارایه شده چون: (استحقاق، تصرفات غیر الزامی، عقد موقوف، فساد عقد، انتهای مدت عقد، افلاس، مرگ و رشد) ثابت می‌گردد، پس برخی از امور متحقق می‌گردد چون: استرداد عین شی و اختیار تلف آنچیزی که از استحقاق اش باشد و غیره... به گونه مثال تلف مغضوبه ای که از غاصب تلف و از بین رفته باشد، در این صورت بر علاوه رد ملکیت غصب شده جبیره خساره وارده را نیز ببار می‌آورد. 6.

پنجم: موانع حق استرداد

هر مبحث حقوقی و شرعی ارکان، شرایط و اسباب دارد به همین منوال موانع نیز می‌داشته باشد. فقه اسلامی برای استرداد برخی از موانع را بیان میدارد که قرار ذیل است 7:

- 1- وزارت اوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج 3، ص 283.
- 2- ابن ماجه، ج 2، ص 802.
- 3- وزارت اوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج 3، ص 283.
- 4- وزارت اوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه، ج 3، ص 284.
- 5- ابن عابدین، المبسوط، ج 5، ص 118.
- 6- الكاسانی، البدائع والصنائع، ج 7، ص 150.
- 7- شمس الدین شربینی، المغنی، ج 5، ص 684.

سقوط حق مالک و یا آنچه که در استرداد سبب ممانعت حق استرداد وی میگردد، مانند: سقوط حق استرداد در عین همراه با سقوط ضمان، مانند: صدقه در صورتیکه صدقه کند شخصی چیزی را در آن رجوع کرده نمیتواند¹.

سقوط حق استرداد در عین همراه با بقای حق در ضمان: استرداد خود عین اصل است، چیزی که لازم است رد آن است، مانند: مغضوب، مبیعه که به اساس بیع فاسد فروخته شده باشد و غیره... اما در سرقت بر علاوه رد مسروقه دادن جزا بالای فاعل نیز بالای آن لازم است. و در صورتیکه مال خساره مند شده باشد ضمان نیز بالای آن است².

سقوط حق استرداد در عین و ضمانت در آن به اساس قضاء نه به اساس دیانت. طوریکه مسلمانی داخل گردد در دار حرب به خاطر امان، گرفته شود چیزی از اموال او مسترد نمیشود به رد عین و ضمان آن بلکه گذاشته میشود به خود او و خداوند عزوجل³.

ششم: اثر استرداد

استرداد حقی از حقوق است که ثابت میشود این حق در برخی از تصرفات، مثلاً در غصب، یعنی حق استرداد ثابت میگردد بر مغضوب در رد عین مغضوبه از غاصب؛ یا در عاریت، ودیعت، رهن، و غیره⁴... که به اساس آن شخص مالک مال میگردد، و یا سایر حقوق و امتیازات را به میان خواهد آورد.

هفتم: استرداد مصارف در حیازت

آنچه فوقاً پیرامون استرداد بیان گردید سایر موضوعات مرتبط به استرداد بوده اما اصل موضوع قابل بحث در این رساله استرداد مصارف در حیازت مباحات میباشد. به گونه سوال میتوانیم موضوع را مطرح و جمع بندی نماییم.

زمانیکه مالک اصلی بتواند شی تحت حیازت را از نزد حایز اخذ نماید، یعنی به نفع وی اصدار حکم شود، آیا حایز میتواند مصارفی که در طول مدت حیازت بر شی تحت حیازت خود هزینه کرده است

1- همان.

2- همان.

3- همان.

4- وزارت اوقاف و الشؤون الاسلامی، الموسوعة الفقهیة، ج3، ص 295.

از مالک اصلی مطالبه نماید؟ یا به گونه دیگر هرگاه شی تحت حیازت کلاً یا قسماً در نزد حایز هلاک شود، آیا مالک اصلی میتواند خواهان تعویض از حایز گردد؟¹

در صورتیکه حایز دارای حسن نیت باشد و شی تحت حیازت به مالک اصلی برگردانده شود، مصارف ضروری را که حائز صرف نموده مالک مکلف است که تمام مصارف صورت گرفته را به حائز که دارای حسن نیت است بپردازد. و منظور از مصارف ضروری مصارفی است که به خاطر حفاظت عین شی تحت حیازت بمنظور جلوگیری از هلاکت آن بمصرف رسانیده باشد. و مقدار مصارفات صورت گرفته نیز از جانب محکمه تأیید میگردد.²

1- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج2، ص 328.
2- عبدالباری، الوجیز فی الملکیه و الحقوق العینیه، ص 228.

مطلب دوم: استرداد مصارف در قانون مدنی

هرگاه مالک اصلی بتواند شی تحت حیات را از نزد حایز اخذ نماید، یعنی به نفع وی اصدار حکم شود، آیا حایز میتواند مصارفی را که در طول مدت حایزت برشی تحت حیات خود هزینه کرده است از مال اصلی مطالبه نماید؟

حق حایز در استرداد مصارف

هرگاه حایز در طول مدت حیات به خاطر حفاظت و نگهداری شی تحت حیات خود مصارفی را هزینه کرده باشد، طبق قواعد ذیل میتواند آن را از مالک اصلی مطالبه نماید:

هرگاه حایز به حسن نیت در شی تحت حیات خود مصارف ضروری را صرف کرده باشد و ملکیت به مالک اصلی رد شود، در این حالت قانون مدنی ضمن فقره اول ماده 2293 خویش چنین تصریح می نماید: مالکی که ملکیت به او رد میشود، مکلف است تمام مصارف ضروری را که حایز به حسن نیت مصرف رسانیده است به او بپردازد و در مورد مصارف نافع احکام مواد (2205-2206) این قانون تطبیق میشود¹). از نص این ماده به خوبی معلوم میشود که مالک مکلف است تمام مصارف ضروری را که به حسن نیت به مصرف رسانیده است. به او پرداخت نماید به نظر می رسد منظور از مصارف ضروری مصارفی است که حایز آن را جهت حفظ عین متحمل شده است².

هرگاه حایز به حسن نیت در شی تحت حیات خود مصارف نافع را صرف کرده باشد و ملکیت به مالک اصلی رد شود، در این حالت طبق حکم فقره 2 ماده 2293 قانون مدنی احکام مواد 2205-2206 قانون مدنی قابل تطبیق است. منظور از مصارف نافع مصارفی است که حایز آن را متحمل شده است و این مصارف موجب افزایش قیمت عقار میگردد. مانند: احداث بناء، غرس درخت، نصب سیستم نل و آب و امثال اینها در عقار³. طبق مفاد ماده 2205 هرگاه شخص حایز با حسن نیت مصارف نافع را در عقار به مصرف رسانیده باشد، مالک عقار نمیتواند از آنچه را که در اثر مصرف به وجود آمده است مطالبه نماید. بلکه میتواند قیمت موارد را با اجرت اجیران و یا پول افزایش قیمت عقار را به حایز پرداخت نماید. همچنین طبق مفاد قانون مدنی هرگاه قیمت مصارف نافع به حدی بزرگ باشد که مالک زمین نتواند قیمت آن را پرداخت نماید، میتواند زمین را در مقابل مصارف نافع به حایز پیشنهاد نماید⁴.

1- قانون مدنی، م 2293.

2- نظام الدین عبدالله، حقوق عینی، ص 243.

3- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج 2، ص 228.

4- قانون مدنی، م 2260.

بر اساس قانون مدنی (حایز نمیتواند مصارفی را که از جمله مالیات حساب میشود از مالک مطالبه نماید، مگر حق آن را دارد تا آنچه را جدیداً احداث نموده است دور ساخته و شی را به همان حالت اولی آن بر گرداند، مگر اینکه مالک به ایفای آن در مقابل تادیه قیمت، موافقه نماید¹). از نص این ماده به خوبی بر می یابد که پرداخت مالیات عفار بر عهد حایز است. بنابر این، در صورتی که حایز مالیات مربوط به عفار را به دولت پرداخته باشد، نمیتواند پرداخت تعویض آن را از مالک زمین مطالبه نماید. برعکس در صورتی که ذوالید به حیث مثال اطاق، دیوار و امثال اینها را بر عفار جدیداً احداث نموده باشد، میتواند این تأسیسات را از بین ببرد. در صورتی که مالک عفار قیمت این تأسیسات را پرداخت نماید، حایز نمی تواند این تأسیسات را از بین ببرد².

وفق مواد قانون مدنی (هر گاه شخصی حیازت را از مالک یا حایز سابق حایز شده باشد. و اثبات نماید که مصارف را به سلف خود پرداخته است، میتواند مصارف مذکور را از شخصی که مال به وی سپرده میشود، مطالبه کند³) نص این ماده مبهم است. به نظر میرسد منظور از شخصی که حیازت را از مالک و یا حایز سابق حایز شده باشد، حایز یعنی: ذوالید جدید است. بنابر این، ذوالید جدید حیازت عفار را از مالک عفار و یا ذوالید سابق کسب نماید و اثبات نماید که مصارف عفار تحت حیازت را به سلف خود پرداخته است، میتواند مصارف را از شخصی که مال به وی سپرده میشود مطالبه نماید. به نظر میرسد منظور از سلف در این ماده مالک و یا حایز سابق است⁴.

مطلب سوم: مقارنه بحث استرداد مصارف

با توجه به آنچه گفته آمدیم حیازت با حسن نیت و یا سوء نیت متحقق می گردد. گاهی اوقات اتفاق می افتد که حایز مصمم به آن میگردد، تا از حیازت خود صرف نظر نموده و مال را به مالک اصلی مسترد نماید. در مدت زمان حیازت مال، برخی از مصارف را متقبل میگردد، تفاوتی نمی کند که مصارف انجام شده بنابر ضرورت بوده و یا به هر دلیل دیگری صورت گرفته باشد. فلهدا موضوع یاد شده از دید فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان مورد بحث بوده و هر کدام به نوبه خود در زمینه مطالبی را ارایه داشتند که مفصلاً به آن پرداخته شد. اینک تفاوت آنرا در فقه اسلامی و قانون مدنی ذیلاً بر میشماریم.

در بحث مربوط اولاً استرداد را از دیدگاه فقه اسلامی تعریف نمودیم که در آن استرداد به معنای طلب بازگشت چیزی گفته شده است. یا اینکه چیزی که فروخته شده یا کسی دیگری آنرا بدست آورده

1- قانون مدنی، م 2294.

2- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج2، ص 228.

3- قانون مدنی، م 2295.

4- محمد عثمان ژوبیل، شرح قانون مدنی، ص 125.

باشد را تقاضای طلب آنرا استرداد گویند. همچنین صفت و حکم استرداد از دیدگاه فقه بیان گردید که در قانون مدنی کشور به آن پرداخته نشده است. مهم اینکه اسباب حق استرداد که عبارت از استحقاق، تصرفاتی که در آن الزامیت نباشد و فساد عقد بیان گردید، که در قانون مدنی از چنین موضوعاتی خبری نیست. در برخی از موارد بر علاوه استرداد و جبران خساره وارده نیز مطرح گردیده که در چگونگی استرداد مصارف آنرا مطالعه نمودیم.

برخی از موانع در فقه اسلامی در امر استرداد وجود دارد که عبارت از سقوط حق مالک، سقوط حق استرداد و غیره.. که قانون مدنی افغانستان به آن نپرداخته است.

همچنان اثر استرداد، استرداد مصارف در حیازت مورد مطالعه قرار گرفت که در قانون مدنی افغانستان به آن اشاره ای صورت نگرفته است.

قانون مدنی افغانستان استرداد مصارف در حیازت را به دو صورت تقسیم بندی نموده، در صورتیکه حیازت با حسن نیت صورت گرفته باشد و حایز در این مدت مصارفی که با حسن نیت انجام داده باشد و از غموض و لبس حیازت صورت گرفته عاری باشد میتواند که مصارفی را در محوز انجام داده و محوز به مالک اصلی آن رد گردد، بناءً میتواند مصارف صورت گرفته را مطالبه نماید. اما در صورتیکه حیازت با حسن نیت صورت نگرفته باشد و حیازت با سوء نیت همراه باشد در این صورت نمیتواند مصارف صورت گرفته را ادعا نماید.

خلاصه اینکه موضوع اساسی در استرداد مصارف وابسته به حسن نیت و سوء نیت حائز بوده که این امر در قانون مدنی و فقه اسلامی تصریح گردیده است.

مبحث ششم: مسوولیت از بین رفتن شی تحت حیازت

مطلب اول: مسوولیت از بین رفتن شی تحت حیازت در فقه اسلامی

در فقه اسلامی شی که به حیازت شخص داده میشود، حکم آن در شریعت اسلامی به مثابه امانت است، در این صورت بالای حایز هیچ نوع ضمان یا تاوان وجود ندارد، مگر اینکه ثابت شود که حایز در نگهداری امانت سهل انگاری نموده و در نگهداشت آن سعی و تلاش نورزیده است. در صورتیکه متسبب ثابت شود که در نگهدای شی تحت حیازت تعدی نموده در این صورت متعدی محسوب شده و مکلف به پرداخت ضمان میباشد¹. در این مورد علماء برخی از توضیحات قرار ذیل ارائه داشته اند:

1 - اتلاف محوز

اتلاف محوز یا شی حیازت شده عبارت از فعل حایز است که به اساس آن شی تحت حیازت از بین برده میشود و یا ضایع میگردد، یا به عباره دیگر عملی بالای محوز اجراء میگردد که شی از منفعت مورد نظر باز میماند، مانند: قتل حیوان، خوردن نان و غیره²...

یا اینکه حایز به اختیار و اراده خویش محوز را از عمل و نفع محروم میسازد³. بر علاوه اینکه این یک عمل غیر اخلاقی، غیر انسانی و اسلامی بشمار رفته که شخص حایز شی محوز را قصداً تخریب و از بین ببرد یا آنرا از فعالیت بازماند، پیامبر ﷺ نیز از این عمل منع نموده است، میفرماید: "كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، دَمُهُ وَمَالُهُ وَعِرْضُهُ"⁴ ترجمه: خوردن مال، خون و نفع مسلمان توسط مسلمان دیگر به گونه جبر و ظلم حرام است.

در این مورد علماء اتفاق نظر دارند که در صورت اتلاف محوز توسط حایز، حایز مکلف به پرداخت ضمان میگردد.

مسأله دیگری علماء ذکر نمودند اتلاف محوز به امر صاحب آن است (از بین بردن شی حیازت شده به امر حایز)، در صورتیکه مالک به حایز امر کند آن را تلف کند، چون: در دریا غرق کند، حریق کند و غیره... دو قول از جانب فقهاء ذکر گردیده است.

1- کشاف القناع، ج4، ص 167.

2- وزارت اوقاف و الشؤون الاسلامی، الموسوعة الفقهیة، ج43، ص 40.

3- ابن المنذر، الاشراف علی مذاهب اهل العلم، ج1، ص 264. نام مکمل آن فتح الدین بن سید الناس الإمام العلامة المحدث الحافظ الادیب البارع أبو الفتح محمد بن محمد بن احمد بن عبدالله بی القاسم بن محمد بن عبد الله بن عبد العزيز بن سید الناس بن الجبار بن سلیمان البعمری الاندلسی الاصل المصری. تولد ی د . 771 په ذي القعدة میاشت کي وفات شوی طبقات الحفاظ للذهبی، ج1، ص 232.

4- حدیث، المسلم الشریف، ج 4، ص 1986 ط الحلی، من حدیث آبی هریره.

1. در صورت اول هیچ گونه ضمانت بالای حایز وجود ندارد، چون حق در محوز به صاحب آن ثابت است، و برای حایز این یک امر مباح پنداشته میشود، و حرمت فعل به خداوند جَلَّ جَلَالُهُ گذاشته میشود که در دنیای اخروی چگونه با صاحب محوز عمل می‌گند. این موضوع در مال صدق می‌گردد. اما در حق انسان چنین چیزی وجود ندارد، و حایز مکلف نیست به انجام امر صاحب و در صورت ارتکاب عمل مکلف به پرداخت ضمان خواهد گردید¹.
2. صورت دومی اینست که کشتن فرزند توسط حایز به امر پدرش جایز نیست، همچنان اتلاف مال بدون ضرورت ضرور نیست². بخاطریکه اتلاف مال حرام و عمل آن حرام است. بخاطریکه پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ از اتلاف مال نهی نموده است.

2 - مسئله دیگری تلف محوز در صورتیکه حایز کوشش نموده باشد

در صورتیکه حایز سعی و تلاش خویش را به خرچ داده باشد ولی عاجز مانده باشد از نجات محوز، مانند اینکه: محوز را نجات بدهد از آتش سوزی که آنرا انتقال دهد به مکان امن و غیره... در این مسئله علماء اختلاف نمودند.

امام مالک³ و امام حنبل می‌گویند: حایز در این صورت ضامن پنداشته میشود، بخاطریکه باید حایز پیش بینی مینمود در صورتیکه خطری برای محوز پیش می‌آید چگونه آنرا به محل دیگر انتقال دهد. تا محفوظ بماند⁴. به همین دلیل ضامن محسوب می‌گردد.

اما امام شافعی⁵ می‌گویند: حایز به هیچ نوع ضامن پنداشته شده نمیتواند زیرا، آتش سوزی و برخی از واقعات مشابه کشنده و از توان آدمی خارج اند و انسان به نجات حایز در چنین وضعیتی نمیتواند. و در حالات مشابه نه عقل انسان و نه توانایی انسان قبول میکند که محوز را نجات دهد و در عدم نجات آن ضامن پنداشته شود⁶.

1- شرح منتهی الإرادات، ج2، ص 451. كشف القناع، ج4، ص 189.

2- الزرقانی، علی خلیل، ج 6، ص 114.

3- نام کامل آن ابو عبدالله بن انس بن ابي عامر بن عمرو بن الحارث بنغميان، الأصبحي المنني، بوده یکی از امامان چهارگانه مشهور اهل سنت و جماعت به حساب میرود از سالهای 90 الی 95 در شمال مدینه در منطقه المروه به دنیا آمده، ابتداء قرآن کریم را حفظ نموده و بعداً به تبیین احادیث روی آورد. امام مالک از علماء و استادان زیاد علم آموخت. زمانیکه احادیث نبوی را بیان میداشتند اولتر از همه وضوء میساختند امام بزرگوار در بین سالهای 179 الی 178 وفات نموده اند.

4- ابن عابدین، العقود الدریة، ج 2، ص 70.

5- نام مکمل آن محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبید ابن عبد یزید بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف بن قصی، در سال 150 هـ به ساحه غزه شهر شام و به روایتی در یمن تولد یافته است، بعد از دو سالگی به مکه مکرمه رفته است. بعد از هجرت های زیاد در مصر مسکن گزین گردیده، قبلاً کتابهای قدیمیه زیاد را به رشته تحریر در آورده است اما بعد ها مذهب جدید را ایجاد و کتابهای زیادی را مطابق آن نوشته است. ترتیب المدارک و تقریب المسالک ج3، ص 174. منازل الائمة الاربعة ابي حنيفة و مالک والشافعی و احمد.

6- ابن المنذر، الاشراف علی مذاهب اهل العلم، ج1، ص 264.

هرگاه شی تحت حیازت حایز هلاک شود، آیا حایز مکلف به پرداخت تعویض برای مالک اصلی است یا خیر؟ در جواب این سوال میتوان گفت که این امر به اعتبار اینکه حایز دارای حسن نیت است یا سوء نیت فرق میکند. حایز دارای حسن نیت در آنچه تملک نموده تصرف می نماید و نسبت به اینکه به حق غیر تجاوز میکند آگاهی ندارد. بنابر این، در قبال هلاک شی تحت حیازت خود مسئول نخواهد بود، اما حایز دارای سوء نیت مسئول خواهد بود¹.

حائز دارای سوء نیت از هلاک یا تلف شدن شی تحت حیازت خود مسئول است هر چند هلاک یا تلف ناشی از قوای قاهره یا اسباب غیر مترقبه باشد. حایز نمیتواند از مسئولیت رهایی یابد مگر اینکه ثابت سازد که شی مذکور اگر در نزد مالک اصلی هم میبود هلاک یا تلف می شد، مانند: هلاک شی تحت حیازت به سبب عیبی که حایز در ایجاد آن نقشی نداشته و راهی برای دفع آن نیز موجود نبوده است. یعنی هیچ گونه رابطه سببیت بین فعل حایز و هلاک یا تلف شدن شی مذکور وجود نداشته است².

اما هرگاه شی تحت حیازت منقول باشد و آن را حایز سرقت نموده باشد، در این حالت وی مسئول خواهد بود اگر چه ثابت سازد که اگر در دست مالک اصلی هم میبود هلاک یا تلف میشد؛ زیرا اشتباه اول وی، یعنی ارتکاب جرم سرقت و اقامه دلیل مبنی بر اینکه هلاک یا تلف شدن شی مذکور در اثر قوه قاهره یا سبب غیر مترقبه بوده است از وی ساقط نمیشود³.

1- عبدالباری، الوجیز فی الملکیه و الحقوق العنیه، ص310.

2- همان، ص 311.

3- عبدالباری، الوجیز فی الملکیه و الحقوق العنیه، صص 315-316.

مطلب دوم: مسوولیت از بین رفتن شی تحت حیازت در قانون مدنی

هرگاه شی تحت حیازت حایز هلاک شود، آیا حایز مکلف به پرداخت تعویض برای مالک اصلی است یا خیر؟ در جواب سوال میتوان گفت که این امر به اعتبار اینکه حایز دارای حسن نیت است یا سوء نیت فرق میکند. حایز دارای حسن نیت در آنچه تملک نموده تصرف می نماید و نسبت به اینکه بر حق غیر تجاوز میکند آگاهی ندارد. بنابر این، در قبال هلاک شی تحت حیازت خود مسئول نخواهد بود، اما حایز دارای سوء نیت مسئول خواهد بود.¹

در زمینه قانون مدنی چنین مشعر است: (هرگاه حایز با حسن نیت از شی در حدودی که حق خود پندارد، استفاده نماید، در مقابل شخصی که به رد شی به او مکلف میشود از هر نوع تعویض به سبب این استفاده مؤول شناخته نمیشود. همچنین از عواقب از بین رفتن و تلف شدن شی مذکور مسول پنداشته نمیشود، مگر در حدودی که از آن ناحیه به او مفادی تعلق گرفته باشد²). از نص این ماده به خوبی معلوم میشود که هرگاه ذوالید دارای حسن نیت از مال در حالی که به این عقیده باشد که مال از خود او است، استفاده نماید، مکلف نیست به مالک مال تعویض استفاده را پرداخت نماید. علاوه بر این در صورتی که شی نزد او از بین برود در برابر مالک مال مسولیت مدنی ندارد مگر در حدودی که به او از مال مفاد رسیده است، زیرا در این باره قاعده فقهی وجود دارد که تصریح می نماید: (کسی که حاصلی را به دست آورد باید توانی را نیز بپردازد³).

2) بر اساس حکم قانون مدنی (هرگاه حایز دارای سوء نیت باشد، از بین رفتن و تلف شدن شی گر چه از اسباب غیر مترقبه نشأت کرده باشد، مسول شناخته میشود، مگر اینکه ثابت شود که اگر شی مذکور نزد مالک آن هم میبود از بین میرفت و یا تلف میگردید⁴). نص این ماده مبهم است، زیرا طبق نص این ماده در صورتی که مال نزد حایز دارای سوء نیت تلف شود هر چند تلف و از بین رفتن در اثر اسباب غیر مترقبه باشد، حایز دارای سوء نیت در برابر مالک مسولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت را پرداخت نماید. عبارت اسباب غیر مترقبه مبهم است. به نظر میرسد منظور از عبارت اسباب غیر مترقبه قوه قاهره است. در هر حال چه تلف و از بین رفتن مال در اثر قوه قاهره و چه در اثر فعل حایز دارای سوء نیت باشد حایز درارای سوء نیت در برابر مالک سوول است، مگر این که حایز دارای سوء نیت ثابت نماید که اگر شی تحت تصرف مالک نیز میبود از بین میرفت.

1- داد محمد نذیر، حقوق عینی، ج2، ص 229 - 230.

2- قانون مدنی، م 2297.

3- متن عربی این قاعده چنین است: «الخراج بالضمنان». ماده 85 مجله الاحکام.

4- قانون مدنی، م 2298.

مطلب سوم: مقارنه بحث مسئولیت از بین رفتن شی تحت حیازت

در فصول، مباحث و مطالب این رساله حیازت را مورد مطالعه قرار دادیم، که حیازت اموال و اشیاء به گونه های متنوع صورت میگیرد، برخی اوقات چیزی تحت حیازت کسی قرار داده میشود و یا قرار میگیرد. بیشتر جنبه این مسئله با موضوع فوق الذکر (استرداد مصارف) مشابه بوده اما برخی از موضوعاتی وجود دارد که در فقه اسلامی و قانون مدنی پیرامون مسئولیت از بین رفتن شی تحت حیازت بیان گردیده است که تفاوت آنها را قرار ذیل بیان می داریم.

در شریعت اسلامی شی تحت مسئولیت از بین رفته باشد صورت های را بیان میدارد: موضوعی ای که در فقه مورد اتفاق علماء قرار دارد، آنست که حایز در صورتیکه شی تحت حیازت خویش را از بین ببرد و یا تلف کند مسئول میباشد.

اما اگر به اجازه صاحب آن عمل اتلاف مال صورت گرفته باشد علماء اختلاف نموده اند به اینکه هیچ گونه ضمان بالای حایز لازم نیست که این موضوع در مال صدق میکند نه در انسان و غیره... در صورت دومی کشتن فرزند توسط حایز به امر پدرش جایز نیست.

همچنان مسئله دیگری که بیان گردید در صورتیکه حایز سعی و تلاش خود را نموده باشد و با آن هم محوز تلف گردیده باشد نزد احناف و حنابله مسئول و نزد شوافع مسئولیت ندارد.

موارد که بیان گردید در فقه اسلامی بیان گردیده است اما در قانون مدنی کشور به آن پرداخته نشده است. چون جامع بودن شریعت اسلامی را بیان میدارد.

از دید گاه قانون مدنی همان مسئله ای است که قبلاً بیان گردید، اینکه به نیت حایز وابسته بوده در صورتیکه حایز دارای حسن نیت باشد مسئول نمیشود و در صورتیکه سوء نیت باشد مسئول شناخته میشود.

فصل چهارم

وکالت، استیجار و شراکت در حیات مباهات

که شامل دو مبحث ذیل است:

1- وکالت، استیجار و شراکت در فقه اسلامی

2- وکالت، استیجار و شراکت در قانون مدنی

فصل چهارم

در این فصل وکالت، استیجار و شراکت حیات مباحت را نخست از دیدگاه فقه اسلامی و متعاقباً از دیدگاه قانون مدنی افغانستان پی هم مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

مبحث اول: وکالت، استیجار و شراکت حیات مباحت

مطلب اول: وکالت، استیجار و شراکت حیات مباحت در فقه اسلامی

فرع اول: وکالت

در زندگی برخی کارها و امورات طوری است که انسان خودش انجام داده نمیتواند و توسط دیگران آن کار را اجراء میسازد، گاهی به انجام دادن یک کار ضرورت دارد، اما اهلیت و صلاحیت انجام دادن آن کار را نمیداشته باشد، یا در یک کار دیگر مصروف میباشد، بنابراین او به کمک گرفتن دیگران مجبور میشود و یا اینکه کار و بار او آنقدر وسیع میشود، که او به دیگران نیازمند میگردد، تا کسی را در اجراء امور کمک و یاری رساند، خلاصه اینکه اگر کسی بخواهد، همان کار را که خودش انجام میدهد، توسط دیگران اجراء نماید، اجازه دارد و این اجازه در شریعت اسلامی بنام وکالت یاد میگردد.¹

اول: مفهوم وکالت

در لغت: وکالت به معنا تفویض، حفاظت کننده، کفایت کننده، و غیره²... آمده است، طوری که در قرآن کریم الله ﷻ میفرماید: {وَكَفَىٰ بِاللَّهِ وَكِيلًا³}. همچنان معانی دیگری برای وکالت آورده اند، چون: نگرانی، حفاظت، چاره سازی و کار ساز آورده اند. و از این لفظ توکل نیز بر آمده است که معنای آن نگران مقرر کردن یا یک کار را به کسی سپردن است، لفظ وکالت به معنا توکیل هم گفته شده میتواند، یعنی این لازم است و متعدی هم است.⁴

در اصطلاح: عبارت از تعیین کردن شخص یا اقامه کردن شخص دیگر به جای خودش در تصرفات جایز و معلوم که امکان ملکیت اش را داشته باشد⁵. یا به عباره دیگر وکیل انجام دهنده کاری به اساس نیابت از شخصی میباشد که موکل یک یا چند امور مشخصی را به او تفویض کرده و وکیل به

1- مجیب الله ندوی، فقه اسلامی، ج1، ص 757.

2- لسان العرب و النهاية لابن الاثير.

3- سوره الاحزاب، آیه 3.

4- مجیب الله ندوی، فقه اسلامی، ج1، ص 758.

5- مکارم بن منظور، لسان العرب، ج11، ص 734، م وکل.

اقامه امور معین مکلف میباشد¹. همچنان وکیل کسی است که تفویض شده به نیابت کسی دیگری در امر که قابل نیابت را داشته باشد². برخی از علماء وکیل را چنین تعریف نموده اند: وکیل عبارت از انجام دهنده امور دیگران به اساس تفویض صلاحیتی که به او از جانب موکل اش داده، تا در حیاتش آنرا انجام دهد³.

قابل ذکر است در بحث مشروعیت وکالت نیز علماء اتفاق نظر دارند، که در زمینه به قرآن کریم، احادیث نبوی، اجماع و عقل استدلال می نمایند. که در اینجا صرفاً به استدلال آیات قرآن کریم اکتفاء مینمایم، خداوند ﷻ در قرآن کریم میفرماید: { فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا⁴ }.

دوم: وکالت در احیاء موات: فقهاء کرام بالای اینکه شخص میتواند در احیاء زمین های موات وکیل داشته باشد اتفاق نظر دارند، به این معنا که شخص میتواند زمینی که از جمله موات محسوب میگردد، کسی را به وکالت بگیرد تا آنرا احیا نماید و وکیل نیز میتواند زمین را برای موکل اش احیاء نماید⁵. چنین صورتی را فقهاء جایز دانستند. بهتر خواهد بود تا بر علاوه وکالت در احیاء موات سایر موارد که در فقه قابل وکالت دانسته شده اند را مختصراً مرور نماییم.

الف: اموری که در آن وکالت جواز دارد:

اول: عقد

دوم: عبادات مالی

سوم: طلاق و خلع

ب: در مواردی که وکالت جواز ندارد

فوقاً برخی از مواردی را مطالعه نمودیم که در آن وکالت شخص به جای شخص دیگر جواز داشت، فقه اسلامی برخی از مواردی را نیز بیان داشته که در آن وکالت جواز ندارد، که عبارت اند از:

1- ابن عابدین، حاشیه علی رد المختار علی الدرالمختار، ج4، ص 400.

2- مجلة الاحكام العدليه، م 1449.

3- شمس الدين اشريبي، المغني، ج6، ص 135.

4- القرآن کریم، سورة الکهف، آیه 19.

5- البجيرمي، الاقتناع بهامش، ج3، ص 112.

اول: شهادت

دوم: معاصی

سوم: عبادات بدنی

ج: اموری که در برخی از موارد وکالت جواز دارد و در برخی موارد وکالت جواز ندارد دسته سومی از امور که وکالت در آن گاهی جایز و گاهی جایز نمیباشد قرار ذیل است:

اول: حج

دوم: عمره

سوم: نکاح زن

چهارم: تحصیل مباحات

مالکی ها، حنابله و شوافع به این نظر اند که تحصیل مباحات جایز است توسط وکیل، مانند: احیاء مباحات، اسقاء آب، شکار، احتشاش، استخراج معادن و غیره...

اما به نظر امام اعظم¹ و برخی از شوافع وکالت در مباحات جایز نیست، بخاطریکه اصل ملکیت در مباحات وضع الید است، زمانیکه وکیل چیز مباحی را در حوزه ملکیت داخل میسازد آن ملکیت ملکیت وکیل که همانا جایز است میگردد نه از وکیل چون اصل آن وضع الید است. و اگر وکیل نیت تملک آن را داشته باشد پس آنرا جبراً منصرف ساخته نمیتواند².

همچنان بالای ظهار، اقرار، دعوی مطالبه حق، اثبات قصاص، اثبات حدود و غیره را نیز شامل میگردد³.

¹ - نام مکمل آن نعمان بن ثابت بن زوطی التیمی أبوحنیفه الکوفی، بنیان گذار مذهب حنفی، یکی از امامان برجسته اهل سنت است، در اصل از فارس یا کابل و یا هم از ترمذ میبشد در سال 80 هـ در شهر کوفه تولید یافته در ابتداء شغل تجارت را به پیش میرد در کنار تجارت دوختن پوستین را هم یاد گرفته بود. بعداً به تدریس و افتاء شروع کرد در زمان امویان امیر عراق عمر بن هبیره از ایشان خواستند که منصب قضاء را قبول کند. امام بزرگوار درخواست امیر عراق را رد کرد. در زمان امیر بعدی دوره امویها منصور نیز مطالبه مشابه را ابراز کرد. که از جانب امام پذیرفته نشد. به همین گناه به زندان رفت و در همان جا وفات نمود. صاحب ذهن قوی بود. علماء کرام صفات بسیار زیادی از آن را بیان داشتند، اخلاق بسیار نیکو داشت، نهایت سخی بود و آواز بسیار خوش آیند داشتند. تهذیب التهذیب، دائرة المعارف النظامية ج 10، ص 449.

² - مجموع العلماء، الفتاوی الهندیه، ج 3، ص 564. شمس الدین محمد الرملى، نهاية المحتاج، ج 5، ص 24.

³ - وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلاميه، الموسوعة الفقهيه، ج 45، ص 35.

از آنچه گفته آمدیم باید گفت که توسط وکالت استحصال حیات مباحات از دیدگاه برخی فقهاء جایز اما به رأی امام اعظم ابوحنیفه (رح) جواز نداشته اما تا جای که در امور روزمره مردم دیده میشود چنین حکمی عملاً جاری است. در فقه اسلامی و قانون وضعی نیز برخی از موارد ذکر گردیده، که به گونه مثال میتوان از مالچر نام برد، بناءً امروزه هرکسی نمیتواند از مالچر شخص و مشترک که بین تعداد از اهالی به گونه مشاء قرار دارد استفاده کرد، بلکه کسی میتواند استفاده کند که در آن سهم داشته باشد بناءً مالچر های که امروز در افغانستان وجود دارند، ملکیت شخصی هیچ کس نیستند اما عده کثیری از مردم معین که نوع پیوند شفوی به آن دارند استفاده می نمایند. پس چراندن مواشی در آن و یا استفاده از علوفه آن اکثراً توسط شخص دیگری صورت میگیرد.

به خاطر وضاحت بیشتر میتوان قیاس نمود اینکه وکالت در احیای موات جایز میباشد، فقهاء کرام به اینکه موات توسط وکیل شخص احیاء گردد اتفاق نظر دارند، و ملکیت برای موکل آن اقامه میگردد.

وکالت در مباحات

بحث مشخص و واضح در فقه اسلامی که مبین وکالت در مباحات باشد وجود ندارد، اما از لابلای مطالب ارایه شده چنین میتوان گفت: که در تمام امور حقوقی اراده انسان ها دخیل میباشد، بخاطر اینکه مباحات تحت تسلط و در حوزه صلاحیت هیچ کس نمیباشد و تصرف آن نیازمند اراده آن است بناءً زمانی که کسی به وکالت میخواهد مباحی را در حیات خویش قرار دهد جواز ندارد.

فرع دوم: استیجار

در کتب فقه بنام کتاب الاجاره یک باب است که در آن سه نوع اجاره را بیان نموده، اول آن اجاره ای که در صورت کرایه داده و گرفته میشود. دوم آن اجاره است که برای مزدوران کسبه کار مانند: زرگر، خیاط، آهنگر، نجار و غیره... داده میشود. سوم آن اجاره ای که به حیث ملازم برای دیگران داده یا از دیگران گرفته میشود. فقهاء هر سه اقسام این را در یک باب شرح می نمایند¹، اما در مورد اجاره حیات مباحات دیدگاه واضح و روشن ارایه نداشته است در زمینه موضوع را به بررسی گرفته و از فحوای آن نظر فقه را در مورد حیات مباحات ارایه خواهیم کرد.

1- مجیب الله ندوی، فقه اسلامی، ج1، ص 684.

اول: تعریف اجاره

الف) اجاره در لغت: به معنای اسم أجره و أجره مزد اجیر را گویند که در مقابل عمل به آن پرداخته میشود.¹

ب) اجاره در اصطلاح: مشهور آن عبارت از گرفتن چیزی (مزدی) در مقابل عمل انجام شده میباشد. که همین تعریف به معنای اصطلاحی نزدیک میباشد.²

فقهاء اجاره را چنین تعریف کردند: عقد معاوضه ای است به تملیک منفعت به عوض چیزی.³

همچنان تمام علماء در مورد اجاره اتفاق نظر دارند و اجاره عبارت از عملی است که بر علاوه پیامبر ﷺ که به گونه فعل و تقریر انجام داده، اصحاب کرام نیز در زندگی روزمره به آن تمسک نموده بناءً از همان عصر صحابه الی اکنون بدون اینکه کدام ممانعت در احکام آن وجود داشته باشد جریان دارد.⁴

همچنان به اساس دلایل عقلی نیز اجاره یکی از اموری است که مردم به خاطر بدست آوردن منافع شان به آن مبادرت میورزند و از همین طریق حاجات و ضروریات مشروع شان را مرفوع میسازد. طوریکه غنی احتیاج دارد تا فقیر به خاطر او کار کند و فقیر به پول غنی ضرورت دارد. و این امر از جمله ضروریات بشری بوده که شریعت اسلامی آنرا جایز دانسته است.⁵

استیجار در مباحات

در زمینه حکم مشخصی در شریعت اسلامی بیان نگردیده و در مورد آن فقه اسلامی سکوت اختیار نموده است.

1- ابوالحسن بن فارس، مقابیس اللغة، ج1، ص 83.

2- ابن عابدین، حاشیة الدرالمختار علی الردالمختار، ج5، ص 2.

3- السرخسی، المبسوط، ج15، ص 74.

4- الكاسانی، البدائع و الصنائع، ج4، ص 173.

5- السرخسی، المبسوط، ج15، ص 74. کاسانی، بدائع و الصنائع

فرع سوم: شراکت

فقه اسلامی در حصه تعریف شرکت تعریفاتی ارائه نموده، اما قانون مدنی افغانستان که از ق. م. ج. م اقتباس یافته است تعریفی را برای شراکت ارائه ننموده است، مشاع اسم مفعول از ریشه «شیع» گرفته شده است که در لغت به معنای مشترک و منتشر میان دو کس است. در اصطلاح حقوقی به سهم بخش ناشده و یا حصه منتشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افزاز ناشده مشاع گفته میشود. طبق مفاد مجلة الاحکام (مشاع آن است که حاوی حصص شائعه باشد)¹. حصه شائعه عبارت از سهمیه ای است که در هر جزئی از اجزاء مال مشترک سرایت داشته باشد). ملک مشاع نوعی شرکت ملک میان چند شخص است.

اول: تعریف شراکت در فقه اسلامی

الف) تعریف لغوی: شرکت در لغت از مصدر شَرِکَ گرفته شده که معنای خلط شدن، یکجا شدن میباشد. همچنان شرکت عبارت از عقدی است که به سبب آن اموال دو شخص یکجا میشود. که میتواند این اختلاط حکمی باشد یا حقیقی². یا به عباره دیگر شرکت در لغت به معنای اختلاط است³. به این معنا که اموال به گونه ای با هم مخلوط گردند که امکان تمایز بین آنها ممکن نباشد⁴ و نیز از لحاظ اصطلاح لفظی به معنای عقد دو نفر یا بیشتر از آن برای انجام یک عمل مشترک آمده است⁵.

ب) در اصطلاح: معنای شرکت در اصطلاح عبارت از خلط شدن دو حصه از دو شخص به خاطر انجام یک عمل مشخص⁶. یا اینکه شرکت عقدی است که بین دو شریک در مورد سرمایه و فایده منعقد گردیده باشد⁷.

شراکت یکی از امور اسلامی و حقوقی میباشد که در همه عرصه های زندگی چون: کار و بار روزمره، زراعت، تجارت، صنعت و سایر امورات بشری میتوان صورت گیرد. همچنان شراکت ممکن است بین دو شخص و یا بیشتر از آن باشد.

1- مجلة الاحکام، م 138.

2- لسان العرب

3- ابن منظور، لسان العرب، ج10، ص 448.

4- زحیلی، فقه اسلامی و ادلته، ج4، ص 587.

5- المصباح المنیر.

6- ابن عابدین، ج3، ص 343.

7خلیل رشادحسن، الشركات فی الفقه اسلامی، 17.

چهارم: شراکت در مباحات

آنچه گفته آمدیم دریافتیم که شراکت یک عقد جائز در شریعت اسلامی است، که از اراده دو شخص یا بیشتر از آن ناشی میگردد و در نتیجه آن اثر حقوقی به بار می آید. همچنان در مطالب که فوقاً ارایه گردید خواندیم که شراکت بر علاوه آنکه اختیاری است به گونه اجباری نیز وجود دارد. که بدون دخالت اراده شخص و یا اشخاص نیز صورت گرفته میتواند.

در حیات بشری که زندگی می کنیم در هستی خداوندی موارد زیادی وجود دارد که در آن تعدادی از مردم یک منطقه، یک کشور و حتی تمام بشریت شراکت دارد، از جمله میتوان گفت: معادن، حیوانات بری و بحری، ملکیت های تقسیم نشده بین ورثه، آبهای بحری ملی و بین المللی که وجود دارد.

این شراکت بر علاوه آن که در شریعت اسلامی به گونه واضح و آشکار بیان گردیده است در قوانین وضعی کشور ها و قوانین و میثاق های بین المللی نیز صراحت داشته که چشم پوشی از آن صورت گرفته نمیتواند. بناءً از آنچه گفته آمدیم در خواهیم یافت که شراکت در اشیای مباح وجود داشته و دارد.¹

¹ - الزرقاء، مصطفی احمد، نظریة الالتزام العامة فی الفقه اسلامی، دمشق دارالفکر العربی للطباعة و النشر و توزیع، 1946.

مطلب دوم: وکالت، استیجار و شراکت حیازت مباحات در قانون مدنی

فرع اول: وکالت در قانون مدنی

در زندگی بشری برخی اموری ظاهر میگردد که به اساس نداشتن علم، دوری از محل، مصروفیت های دیگر کاری شخص دیگری به امور پیش آمده رسیده گی نماید، که این امر را وکالت گوید. کسیکه برایش کار سپرده میشود، یا او مسئول و نگران کدام کار مقرر گردد و او این مسئولیت را قبول کند. پس او وکیل گفته میشود و کسیکه کار خود را به دیگری بسپارد موکل گفته میشود.

در این مبحث تعریف و سایر موارد مرتبط به وکالت را از دیدگاه قانون مدنی افغانستان مطالعه خواهیم نمود.

تعریف وکالت

وکالت، عقدیست که بموجب آن موکل شخص دیگری را در تصرفات قانونی و معلوم قایم مقام خود میسازد¹. قانون مدنی افغانستان وکالت را از جمله عقود دانسته که به اساس همین عقد، شخص دیگری را قایم مقام خود میسازد اما از دیدگاه قانون مدنی افغانستان شرط گذاشته شده است که موکل در تصرفات قانونی و معلوم میتواند وکیل داشته باشد.

شروط وکالت

از دیدگاه قانون مدنی افغانستان برخی شروط برای وکالت ذکر گردیده است، طوریکه در زمینه تصریح میدارد: برای صحت وکالت شرط است که موکل شخصاً در مورد آنچه وکیل میگیرد، صلاحیت تصرفات قانونی را دارا بوده و وکیل هم کسی باشد که معنای عقد را بداند².

همچنان در همین قانون تصریح میگردد اینکه: علم وکیل به وکالت شرط میباشد، در صورتیکه وکیل بعد از آگاهی بوکالت آنرا رد نماید، وکالت رد گردیده پس از آن تصرف وکیل صحت ندارد³.

طوریکه در موارد فوق تصریح گردیده، که دارا بودن صلاحیت تصرفات قانونی، دانستن معنای عقد و علم داشتن بوکالت از جانب وکیل لازم و ضروری دانسته شده است. قوانین وضعی تا حدوی سعی و کوشش مینمایند تا از خلای قانونی که از طرف قانونگذار در آینده تصور میگردد را جلوگیری

1- قانون مدنی، م 1554.

2- قانون مدنی، م 1556.

3- قانون مدنی، م 1557.

نماید. به همین منظور به خاطر بروز اختلافات و رسیدن خساره به یکی از جانبین (وکیل و موکل) چنین شرایطی در قانون تذکر یافته است.

احکام مربوط به وکالت

وکیل نمیتواند از حدود تعیین شده وکالت تجاوز نماید، مگر اینکه رجوع وی به موکل ناممکن بوده و احوال و ظروف طوری باشد که به گمان اغلب موافقه موکل را در صورت ابلاغ وانمود بسازد درین صورت وکیل مکلف است تجاوز خود را از حدود وکالت بدون تأخیر بموکل ابلاغ نماید¹.

هرگاه وکالت بدون اجرت باشد، وکیل مکلف است در تنفیذ وکالت چنان توجه نماید که در امور شخص خود می نماید. و به هیچ وجه به توجه بیشتر از توجه شخص عادی، مکلف نمیباشد².

وکیل نمیتواند مال موکل را به منافع شخص خود استعمال نماید، در غیر آن از تاریخ استعمال به تعویض مقدار استعمال شده، مکلف میگردد³.

وکیل نمیتواند بدون اذن موکل شخص دیگری را بحیث وکیل انتخاب نماید⁴.

وکالت در مباحات

قانون مدنی افغانستان در مورد حیازت مباحات سکوت اختیار نموده و در مورد آن هیچ گونه صراحتی وجود ندارد.

1- قانون مدنی، م 1563.

2- قانون مدنی، م 1564.

3- قانون مدنی، م 1565.

4- قانون مدنی، م 1569.

اجاره در قانون مدنی

همچو سایر عقود مروجہ در زندگی انسان ها عقد اجاره نیز یکی از ضروریات بشری به شمار می‌رود، که به همین ملحوظ فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان به آن پرداخته است. سایر موارد اجاره از دیدگاه فقه اسلامی را در بحث مربوطه مورد مطالعه قرار دادیم، در اینجا مسائل مربوط به آن را از دیدگاه قانون مدنی افغانستان تحت بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

تعریف اجاره

عقد اجاره عبارت است از تملیک منفعت مورد نظر از عینیکه به اجاره داده میشود توسط اجاره دهنده برای اجاره گیرنده بعوضیکه قابلیت بدل را دارا باشد¹.

عقد اجاره بر منافع اعیان منقول، غیر منقول و همچنان بر عمل مجاز صورت گرفته میتواند².

اجاره مباحات

با مطالعه موارد قانون مدنی افغانستان در مورد اجاره مباحات پیش بینی صورت نگرفته است و قانون مدنی در زمینه سکوت اختیار نموده است.

1- قانون مدنی، م 1322.

2- قانون مدنی، م 1323.

شراکت در قانون مدنی

باب اول، فصل اول، قسمت سوم ق. م احکامی معین را در باره ملکیت مشاع وضع نموده است. نویسنده گان ق. م این احکام را از قانون مدنی جمهوری مصر اقتباس نموده اند.

قانون مدنی افغانستان در مورد تعریف شرکت چنین صراحت دارد: شرکت عبارت از عقدی است که به موجب آن دو یا زیاده از اشخاص تعهد مینمایند تا در بکار انداختن یک فعالیت مالی به پرداخت مقدار مال یا انجام عمل یا اعتبار طوری سهیم شوند که مفاد و خساره به اساس موافقه که بین آنها صورت گرفته توزیع شود¹.

انواع شرکت

نظر به اینکه سبب ملک مشاع شرکت است و این موضع از خلال انواع شرکت ها بهتر واضح میگردد، لازم است تا به این انواع اشاره ای داشته باشیم.

در جهان کنونی شرکتهای گوناگون و متنوع زیادی در عرصه های مختلف زندگی انسانها اعم از اقتصادی، املاک و غیره... بروز نموده که مطالعه همه آنها از حوصله این رساله خارج بوده اما قانون مدنی افغانستان دو نوع شرکت را پیش بینی نموده است. شرکت مفوضه و شرکت عنان.

شرکت مفوضه: شرکت مفوضه آنست که شرکاء در تصرف، سرمایه، مفاد و خساره باهم مساوی باشند².

شرکت عنان: آنست که شرکاء در آن طوری موافقه نمایند که در تصرف یا سرمایه، مفاد یا خساره باهم متفاوت باشند.

شرکت به اعتبار: آنست که در آن دو یا زیاده اشخاص، به اساس اعتبار، به خرید مال بصورت نسبه طوری موافقه نمایند که مال را فروخته هر یک از حصه معین آن مسئول بوده در مفاد و خساره سهیم باشند³.

1- قانون مدنی، م 1216.

2- قانون مدنی، م 1218.

3- قانون مدنی، م 1220.

حیثیت شرکت

شرکت بمجبرد تشکیل، شخصیت حکمی تلقی میشود مشروط بر اینکه، به ثبت و نشر رسیده باشد. شرکت نمیتواند قبل از ثبت و نشر، به اشخاص ثالث تمسک نماید ولی اشخاص ثالث به این شخصیت بدون نشر تمسک کرده میتوانند¹.

قانون مدنی افغانستان و سایر قوانین شرکت ها را شخصیت حکمی شمرده و آنرا دارای حقوق و امتیازاتی به مثابه شخصیت حقوقی دانسته است مشروط بر اینکه مراحل قانون اش را طی نموده باشد.

انحلال شرکت

شرکت در یکی از حالات ذیل منحل میگردد²:

1. انقضای ميعاد معينه.
2. انجام عملیکه شرکت به منظور آن تأسیس یافته .
3. تلف شدن کل سرمایه شرکت یا حد اکثر آن طوریکه در بقاء آن مفاد متصور نباشد.
4. مرگ یکی از شرکاء یا وقوع حجر بر او یا ثبت افلاس او .
5. خارج شدن یکی از شرکاء از شرکت در صورتیکه مدت فعالیت شرکت نامحدود باشد، اما مشروط بر اینکه شریک اراده خود را مبنی بر خروج سه ماه قبل به اطلاع سایر شرکاء رسانیده باشد، در غیر آن خروج او ناشی از غش و یا در وقت غیر مناسب دانسته میشود، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد.
6. موافقه شرکاء به انحلال.
7. حکم محکمه به انحلال .
8. شرکت در حیات مباحات

قانون مدنی افغانستان در مورد شراکت در حیات مباحات سکوت اختیار نموده و مواردی در زمینه پیش بینی ننموده است. اما از فحوای مطالب فوق ممانعت پیرامون آن دیده نمیشود.

1- قانون مدنی، م 1221.

2- قانون مدنی، م 1250.

نتیجه گیری

پیرامون حیات مباهات آنچه در فصول و مباهات گذشته بحث صورت گرفته به گونه خلاصه نتایج ذیل بدست آمده میتواند:

طی مطالب ارایه شده دریافتیم که حیات مباهات حق نیست، بلکه یکی از اسباب کسب ملکیت است که در زندگی انسانها ارزش و اهمیت زیاد دارد.

اهمیت حیات مباهات از آنجایی است که در فقه اسلامی طی مباحث جداگانه مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. و نیز در قانون مدنی افغانستان از مواد 2256 الی 2298 به حیات مباهات اختصاص یافته است.

حیات مباهات یکی از موارد مشروع فقه اسلامی و یک عمل قانونی از لحاظ قانون مدنی و سایر قوانین نافذ کشور بشمار میرود.

حیات مباهات یکی از اعمال حقوقی بوده که در طول زندگی بشر وجود داشته و وجود خواهد داشت، اما منابع و سرچشمه های آن میتواند قدیمی و یا جدید باشد.

حیات مباهات در امر فقر زدائی موثریت زیاد دارد امروزه اگر حکومت در زمینه پالیسی ها و پلان های مشخص را روی دست گیرد میتواند در سایکل اقتصادی کشور رول مهم و ارزنده ای را ایفاء نماید.

طوریکه بیان داشتیم حیات یک عمل قانونی است اما در صورتیکه بدون در نظر داشت معیار های که به آن پرداخته شد مرعات نگردد حیات نبوده بلکه از جمله غصب، سرقت و غیره... محسوب خواهد گردید.

پیشنهادات

آنچه در درازای این رساله بیان گردید بر مبنای آن پیشنهادات ذیل ارائه میگردد:

برای استفاده بهتر از حيازت مباحات بخش معين در چهار چوب حكومت كه به نحوی قائم مقام حكومت های اسلامی است. ایجاد گردد، و مشخصاً تمام امورات مربوط به حيازت مباحات را شناسائی، شیوه های استیلاء بر آن از طرف شهروندان را تنظیم نماید.

حد اقل اگر ادارات و ارگان مشخص برای تنظیم امور حيازت مباحات به میان نیاید، طرز العمل های واضع و مشخص را تدوین و به دسترس مردم قرار دهند، تا مردم مطابق به آن از مباحات استفاده نمایند.

حكومت باید در امر حفظ و مراقبت از حيازت مباحات و زمینه رشد و وسعت منابع موجود حيازت مباحات تا حد ممكن كوشش نماید و حيازت مباحات كه جزء از دارای های عامه به شمار میروند را از دست و سلطه غاصبین و تاراج گران حفظ نماید.

بر مردم است تا به اساس وجدان آگاه مباحات را به گونه تحت حيازت خویش قرار دهند كه منافع همگان در آن تأمین گردد.

با احترام

جاوید "غازی زاده"

شماره	آیت	صفحه
1	يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطَوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ	19
2	وَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ	19
3	قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا	19
4	وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ السَّبِيلِ	69
5	إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ	72
6	فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ	129
7	فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ	132
8	وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالَاتِ	135

شماره	حديث	صفحه
1	لِلْعَيْنِ مَا رَأَتْ وَ لِلْيَدِ مَا أَخَذَتْ	19
2	مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ	19
3	الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : فِي الْكَلَاءِ وَالْمَاءِ وَالنَّارِ	42
4	أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قَالَ: لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي دَارٍ أَوْ عَقَارٍ	57
5	أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمَ	57
6	كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ	72
7	عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ	118
8	كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، دَمُهُ وَمَالُهُ وَعَرْضُهُ	124
9	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعَلِّمَهُ أَجْرَهُ	132
10	أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرْقُهُ	132
11	ثَلَاثَةٌ أَنَا حَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَعَدَّ مِنْهُمْ رَجُلًا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ	132
12	يَرْفَعُهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ: أَنَا تَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ، مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا	135
13	الْمَخْزُومِيُّ، أَنَّهُ كَانَ شَرِيكَ النَّبِيِّ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ فِي التَّجَارَةِ، فَلَمَّا كَانَ يَوْمَ الْفَتْحِ، قَالَ النَّبِيُّ	135

شماره	نوم	صفحه
1	الزحيلي	40
2	ابن نجيم	49
3	ابن منظور	54
4	امام مالك	112
5	امام شافعي	112
6	امام اعظم	119
7	ابن منظور	119

الف) منابع عربى

- (1) القرآنكريم
- (2) محمد، عبدالله. سنن أبى ماجه، دارالفكر، 907م 275 هـ.
- (3) الترمذى، ابو عيسى محمد بن عبدالله سعد الدين، التلويح على التوضيح، مصر مطبعة صبيح، 1975 م.
- (4) النسائى، ابو عبدالرحمن احمد بن شعيب بن على. سنن النسائى، كراچى: قديمى كتب خانه.
- (5) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، بن عبدالعزيز، رد المختار على الدر المختار، الجزء 4، 5، 6 و 7 الطبعة 2، بيروت: دارالفكر، 1412 هـ ق.
- (6) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانى، بيروت: دارالكتب الاسلامى.
- (7) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد. الأشباه والنظائر، وضع الحواشى و تخرج الأحاديث الشيخ زكريا عميرات، الطبعة 1، بيروت دارالكتب العلمية، 1419 هـ.
- (8) الاتاسى، محمد خالد وابنه محمدطاهر. شرح مجلة الاحكام العدليه، 1353 هـ .
- (9) البخارى، محمد بن اسماعيل. صحيح البخارى، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة 1، دار طوق النجاة، 1422 هـ.
- (10) حسون، غنى، الحقوق العينيه الاصلية. الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، 1987 هـ.
- (11) الحصفكى، علاء الدين محمد بن على بن محمد. الدرالمختارشرح تنوير الأبصار و جامع البحار. تحقيق عبدالمنعم خليل إبراهيم. بيروت: دارالكتب العلمية، 1423 هـ .
- (12) الخطيب الشربينى، شمس الدين، محمد بن أحمد. مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج، الطبعة الاولى، بيروت: دارالكتب العلمية، 1415 هـ .
- (13) الدردير، احمد، الشرح الصغير مع حاشية الصاوى، مصر: دارالمعارف ب ت .
- (14) الزرقاء، احمد مصطفى، المدخل الفقهى العام، الطبعة 6. دمشق دارالفكر للطباعة و النشر و التوزيع، 1985 م.
- (15) الزرقاء، مصطفى احمد. نظرية الالتزام العامة فى الفقه الاسلامى، دمشق: دارالفكر العربى للطباعة و النشر و التوزيع، 1946 .
- (16) ابويوسف، محمد. الخراج، المطبعة السلطانيه و مكتبتها، قاهره، 1302 هـ.
- (17) زيدان عبدالكريم، عبدالكريم. المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دارالوفاء للطباعة و النشر و التوزيع، 1992 م.
- (18) الزيعلى، جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف. الهداية معه حاشية بغيه الالمعى فى تخريج الزيعلى، تحقيق محمد عوامة، بيروت: مؤسسة الريان، 1997 م.
- (19) الزيعلى، عثمان بن على بن محجن، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق و حاشية الشنبلى، القاهره: المطبعة الكبرى الاميريه، 1313 هـ.
- (20) السرخسى، محمد بن احمد بن أبى سهل. المبسوط، بيروت: دارالمعرفة 1414 هـ.
- (21) السنهورى، عبدالرزاق احمد. الوسيط فى شرح القانون مدنى، تنقيح احمد مدحت الراغى، منشأة المعارف جلال حزى و شركاء ه، 2004 م.

- (22) الكاسانى، علاء الدين، أبوبكر بن مسعود بن أحمد. بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، الطبعة 2، بيروت: دارالكتب العلمية، 1406 هـ .
- (23) وزارة الاوقاف والشئون اسلامية، الموسوعة الفقهية، 45 ج، الطبعة الثانى، كويت 1404 هـ. 1968 م.
- (24) القره داغى، على محى الدين، المقدمه فى مال و الاقتصاد و العقد الملكية، الطبعة الاولى، دارالبشائر الاسلاميه، 1408 هـ ق.
- (25) الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامى و ادلته، الطبعة 2، دمشق: دارالفكر، 1985 م.
- (26) النووى، محى الدين، روضة الطالبين و عمدة المفتين، 12 الجزء، بيروت: 1412 هـ.
- (27) الدانى، عثمان بن عمر، رسالة الرافية لمذهب أهل السنة فى الاعتقادات و أصول الديانات، دارالامام أحمد، كويت 1421 هـ.
- (28) كمال الدين، محمد بن عبدالواحد، فتح القدير، 10 ج، كويته: انتشارات مكتب رشيديه.
- (29) زيدان، عبدالكريم، الوجيز فى الاصول الفقه، تهران انتشارات احسان، 1385 هـ .
- (30) ابن منظور، محمد بن مكارم، لسان العرب، الطبعة الاولى، دارالصادر، بيروت.
- (31) الفيومى، محمد بن على، المصباح المنير، بيروت: المكتبة العلمية، 770 هـ . 1368 م.
- (32) مجموعة العلماء، المعجم الوسيط، دارالدعوة.
- (33) الزبيدى، محمد. تاج العروس، تحقيق مجموعة المحققين، 21 جلد، داراهداية، 1965 م.

(ب) منابع فارسى

- (34) ژوبل، محمد عثمان، اسناد و مصوبات سيمينار على رؤساي محاكم، چاپ اول، ارگان نشراتى ستره محكمه، 1386 هـ ش.
- (35) محمد خالد اتاسى، شرح مجلة الاحكام، ترجمه امان الله موج سمنگانى و عبدالواحد نهضت، سال 1370 هـ ش .
- (36) نذير، داد محمد، حقوق عينى، ج2، انتشارات رسالت، سال 1396.
- (37) راجى، يادگار. تشريح و توضيح قانون مدنى، كابل، سال 1390 هـ ش.
- (38) صميم، عبدالمجيد، حقوق عينى، انتشارات قدس، سال 1395 هـ ش.
- (39) عبدالله، نظام الدين، شرح قانون مدنى، حقوق عينى، چاپ هشتم، انتشارات سعيد، سال 1397 هـ ش .
- (40) ندوى، مجيب الله، مترجم، ادبيه نوشاد. انتشارات مستقبل، ب ت .
- (41) جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، حقوق اموال، چاپ 5، تهران، كتابخانه گنج دانش، 1380 هـ ش.
- (42) كاتوزيان، ناصر، اموال و ملكيت، چاپ پنجم، تهران، نشر ميزان، سال 1381 هـ ش.
- (43) جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، ترمينولوژى حقوق، چاپ سيزدهم، تهران، گنج دانش، سال 1382 هـ ش.
- (44) عميد، حسن، فرهنگ فارسى عميد، چاپ سى ام، تهران انتشارات امير كبير، سال 1383 هـ ش.
- (45) وزارت عدليه، قانون اساسى، منتشره جريده رسمى شماره 818، سال 1383 هـ ش.

- 46) وزارت عدلیه، قانون مدنی، نافذہ 1355، منتشرہ جریدہ رسمی 353، مورخ 1355/10/15 هـ ش.
- 47) وزارت عدلیه، قانون تنظیم امور زمینداری، منتشرہ جریدہ رسمی شماره 1254، سال 1396 هـ ش.
- 48) وزارت عدلیه، قانون آب، منتشرہ جریدہ رسمی شماره 980 مورخ 6 ثور 1388 هـ ش.
- 49) وزارت عدلیه، قانون شکار و ابقای حیات وحش، منتشرہ جریدہ رسمی شماره 795 مورخ یکشنبه 1421 هـ ق.
- 50) وزارت عدلیه، قانون جنگلات، منتشرہ جریدہ رسمی شماره 795 مورخ یکشنبه 1421 هـ ق.
- 51) وزارت عدلیه، قانون تنظیم امور زمین داری. کابل: ریاست نشرات، 1387 هـ ش.

(ج) منابع برقی

- 52) مجلة البحوث الاسلاميه <http://www.alifta.n> 11:00 am 29/01/2019
- 53) مقاله های علمی دانشگاهی. تاریخ 20/10/1397.
- 54) موضوع <http://www.mawdoo.com> ماهی صفائح الدم.
- 55) فقه التنبی فی الاسلام. <https://ar.m.wikipedia.org>
- 56) <http://www.google.com>

Summary of the research:

The present dissertation has been written in order to complete the master's course entitled (possession of permissibility in Islamic jurisprudence and civil law of Afghanistan) in compiling this treatise, every effort has been made to collect other issues related to the possession of permissibility from the perspective of Islamic jurisprudence and civil law.

Because the issues and materials related to the possession of permissibility should be scientifically researched and studied, the contents as in the first chapter, general concepts, proofs, elements, types and conditions of possession are allowed.

The second chapter, which is devoted to the means of acquiring property, contains five in the first topic of possession, in the second topic of succession and will, in the third topic of intercession and attachment, the fourth topic is zkat, fi, booty, birth from mamlukah, gift and charity the third chapter, which forms the source of the present dissertation, consists of seven topics.

In the first issue, the acquisition, transfer, and decline of the possession of permissibility, the second topic is the protection of possession, the third topic is the works of possession, the fourth topic the non-possession of public property, antiquities and endowments based on the passage of time, in the fifth article, the refund of expenses, in the sixth article, the responsibility for the destruction of the object under possession, and in the seventh article miscellaneous items the possession of permissibility has been discussed.

In the last chapter, the issues of rent, partnership and advocacy of the possession of permissibility from the perspective of Islamic jurisprudence and civil law are discussed.

It is noteworthy that at the end of each topic, specific comparisons and at the end of the dissertation, the necessary suggestions have been presented.



Salam University

Faculty of Sharia and Law

Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Republic of Afghanistan

Ministry of Higher Education

Private Universities Presidency

The prsseession of ermissibility in Islamic jurisprudence

And civil law

A Master's thesis

Student: javed (ghazi zada)

Supervisor: mohammad yones(Abrahimy)

Year:2019



Salam University

Faculty of Sharia and Law

Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Republic of Afghanistan

Ministry of Higher Education

Private Universities Presidency

The prsseession of ermissibility in Islamic jurisprudence

And civil law

A Master's thesis

Student: javed (ghazi zada)

Supervisor: mohammad yones(Abrahimy)

Year:2019