



پوهنتون سلام  
پوهنځی شرعیات و قانون  
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان  
وزارت تحصیلات عالی  
معینیت امور علمی

اشتباه و فراموشی و آثار آنها در عقود و جنایات  
(بحث مقایسوی در فقه و قانون)  
(رساله ماستری)

محصله: زید الله "عطیش"  
استاد رهنما: پوهندوی وزیر محمد "سعیدی"

سال: ۱۴۰۰ هـ. ش - ۱۴۴۳ هـ. ق



پوهنتون سلام  
پوهنځی شرعیات و قانون  
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان  
وزارت تحصیلات عالی  
معینیت امور علمی

اشتباه و فراموشی و آثار آنها در عقود و جنایات  
(بحث مقایسوی در فقه و قانون)  
(رساله ماستری)

محصله: زید الله " عطیش "  
استاد رهنما: پوهندوی وزیر محمد " سعیدی "

سال: ۱۴۰۰ هـ. ش - ۱۴۴۳ هـ. ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون

دبیرتمنت فقه و قانون

بورده ماستری

## تصدیق نامه

محترم زیدالله ولد مینگلی پای ID: 98-522-SH-MSF محصل دور هفتم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: اشتباه و فراموشی و آثار آنها در عقود و جنایات به روز شنبه تاریخ ۱۲/۱۲/۱۴۰۱ هـ ش موفقاته دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۲ (نمره به عدد) نوروز (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور عبدالله حقیار	عضو هیات	
۲	دکتور محمد یونس ابراهیمی	عضو هیات	
۳	استاد وزیر محمد سعیدی	استاد رهنما و رئیس جلسه	

معاون علمی

آمر بورده ماستری

## سپاسگزاری

سپاس بی کران پروردگار یکتا را که هستی مان بخشید و به طریق علم و دانش رهنمونمان شد و به همنشینی رهروان علم و دانش مفتخرمان نمود و خوشه چینی از علم و معرفت را روزیمان ساخت.

بدون شک سپاس گذاری در مقابل نعمات یکی از خصوصیات بندگان راستین الله متعال می باشد، طوری که پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم- در زمینه می فرمایند: « من لم یشکر الناس لم یشکر الله » (۱)

ترجمه: کسی از مردم تشکری نکند، هیچگاه تشکری خداوند متعال را نخواهد کرد. با تاسی از حدیث پیامبر معظم اسلام -صلی الله علیه وسلم-، جا دارد از والدین عزیز و خانواده محترم خود صمیمانه سپاسگزاری نمایم که با وجود مشکلات و نابسامانی های روزگار در دوران مختلف زندگی در زمینه تربیت و تحصیل ام زحمت کشیدند و چون کوه در کنارم ایستادند. بدین ترتیب از وزارت محترم تحصیلات عالی کشور سپاس گذاری می نمایم که، با ایجاد فضای مناسب تحصیلی ما را یک گام دیگر به ترقی علمی نایل ساخت.

همچنان از رهبری پوهنتون سلام، آمریت محترم بورد ماستری علمی و سایر دست اندرکاران این کانون بزرگ علمی سپاسگزاری و تشکری می کنم که، با داشتن بزرگترین کادرهای علمی و پیشرفته ترین و معیاری ترین وسائل تحصیلی ما را به سوی ترقی و پیشرفت سوق دادند و زمینه های بهتر تحصیلی را فراهم نمودند.

همچنان از زحمات و تلاش بی دریغ استاد گرامی جناب پوهندوی وزیر محمد " سعیدی " که با وجود مصروفیت های فراوان تدریسی و اداری با نهایت صبر و حوصله، در تهیه و تدوین این پایان نامه به این جانب کمک ها و راهنمایی های زیادی داشته اند، تشکر می کنم و موفقیت ایشان را از خداوند متعال خواهانم.

و در نهایت از تمام استادان گرامی که در این مقطع تحصیلی برایم تدریس کردند و سایر همکاران و دوستانی که هر کدام به نحوی در تهیه این مجموعه با این جانب همکاری داشته اند و به بنده جهت بهبود علم و دانش کمک کرده اند، کمال تشکری و سپاس گذاری را دارم و برای شان از الله متعال توفیق مزید و سعادت طریق مسئلت می نمایم.

۱. ترمذی، محمد عیسی بن سوره بن موسی بن ضحاک، ابوعیسی، (۱۹۹۸م)، سنن الترمذی، دار الغرب اسلامی - بیروت، چاپ اول، تحقیق بشار عواد معروف، ج۱، ص ۲۱۴. شیخ آلبانی این حدیث در صحیح و ضعیف سنن الترمذی صحیح لغیره دانسته است.

## خلاصه بحث

تحقیق حاضر به بررسی اشتباه و فراموشی و آثار آنها در عقود و جنایات تحریر یافته است، و بر همین اساس این بحث مشتمل بر مقدمه، سه فصل، و خاتمه می باشد، خلاصه آن قرار ذیل می باشد:

بدون تردید اشتباه و فراموشی را می توان دو اتفاقی دانست که احیاناً در زندگی انسان ها، در معاملات و قرار داد های آنها رخ می دهد، و تأثیراتی را معاملات به جای می گذارد. همچنان در باب جنایات نیز به عنوان یکی از عوامل مؤثر بر مسؤولیت جنائی به شمار می آید، که از دیدگاه فقه اسلامی در برخی موارد اشتباه موجب رفع مسؤولیت جزائی و گاهاً باعث تخفیف مسؤولیت آن می گردد .

اشتباه در اصطلاحی فقهی عبارت از توهمی که در آن یکی از طرفین عقد چیزی غیر از واقعیت را، واقعی تصور کند که و او را به انعقاد عقد کشاند و اگر این توهم نمی بود او به انجام آن عقد اقدام نمی کرد، و همچنان نسیان و فراموشی عبارت اند از ترک نمودن انسان از روی غفلت چیزی را که به او سپرده شده است، می باشد.

اشتباه و فراموشی در عقود و معاملات به دو دسته مهم و اساسی تقسیم می شود، یکی اشتباه که در انعقاد عقد تأثیر گذار بوده مانع تحقق اراده و رضایت عاقد می گردد، این اشتباه گاهاً در ذات معقود علیه و احیاناً در جنس معقود علیه با مسمای موجود در عقد یکسان ولی اختلاف در منفعت دارد، صورت می گیرد، بر اساس یافته های این تحقیق، نظر فقهاء اشتباه در موارد فوق، معامله را به علت فقدان قصد و اراده، موجب بطلان عقد می دانند، و احیاناً اشتباه در وصف معقود علیه صورت می گیرد، این عقد غیر لازم نسبت به شخص که در اشتباه واقع گردیده است، می باشد.

و دیگری اشتباه است که در صحت یا فساد عقد تأثیر ندارد، به موجب بررسی فقهی اشتباه در صورتی که منجر به غبن فاحش نباشد، در ارزش مورد معامله در صحت عقد تأثیر ندارد.

ثانیاً اشتباه و فراموشی در جنایت که در برخی موارد اشتباه سبب می شود که فرد مسئول قلمداد نشود و یا در میزان مسؤولیتش تخفیف داده شود؛ همچنان در باب جنایات یکی اشتباه در فعل است که در این صورت بخاطر عدم تحقق قصد جنائی اشتباه سبب رفع مسؤولیت جنائی می شود، دیگری اشتباه در قصد است که این اشتباه در واقع اشتباه در قصد و نیت جانی تعبیر می شود.

اگر اشتباه در جرایم عمدی حادث شود تأثیر آن بر حسب اینکه به یکی از عناصر اساسی یا فرعی تعلق گیرد، متفاوت است و در صورتی که اشتباه در جرایم غیر عمدی رخ دهد مسؤولیت کیفری فاعل را زائل نمی کند، لیکن از گناه قتل عمدی برای ترک مبالغه در تثبیت خفیف تر است .

**کلید واژه ها:** ریشه اشتباه، آثار اشتباه در عقد، اشتباه در جنایت. فراموشی

## فهرست موضوعات

صفحات	عناوین
۱.....	مقدمه.....

### فصل اول

#### بیان مفاهیم و کلیات

۸.....	مبحث اول : مفهوم اهلیت و عوارض آن در فقه و قانون.....
۸.....	مطلب اول: مفهوم اهلیت و انواع آن در فقه و قانون.....
۱۶.....	مطلب دوم: مفهوم عوارض و انواع آن در فقه و قانون.....
۱۹.....	مبحث دوم : مفهوم اشتباه و فراموشی و الفاظ مرتبط به آنها.....
۱۹.....	مطلب اول: مفهوم اشتباه.....
۲۰.....	مطلب دوم: مفهوم فراموشی.....
۲۱.....	مطلب سوم : منشأ اشتباه و فراموشی.....
۲۵.....	مطلب چهارم: الفاظ مرتبط به اشتباه و فراموشی.....
۲۷.....	مبحث سوم : مفهوم عقود، ارکان و انواع آن در فقه و قانون.....
۲۷.....	مطلب اول: تعریف عقد در فقه و قانون.....
۳۲.....	مطلب دوم: ارکان عقد در فقه و قانون.....
۳۳.....	مطلب سوم: انواع عقد در فقه و قانون.....
۳۸.....	مبحث چهارم : مفهوم جنایات، ارکان و انواع آن در فقه و قانون.....
۳۸.....	مطلب اول: تعریف جنایات در فقه و قانون.....
۴۱.....	مطلب دوم: ارکان جنایات در فقه و قانون.....
۴۶.....	مطلب سوم: انواع جنایات در فقه و قانون.....

### فصل دوم

#### آثار اشتباه و فراموشی در عقود از نظر فقه و قانون

۴۴.....	مبحث اول : آثار اشتباه و فراموشی در عقد بیع از نظر فقه و قانون.....
۴۴.....	مطلب اول: مفهوم، ارکان و شرایط عقد بیع در فقه و قانون.....

مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در معقود علیه در فقه اسلامی.....	۴۸
مطلب سوم: آثار اشتباه و فراموشی عقد در قانون.....	۵۴
<b>مبحث دوم : آثار اشتباه و فراموشی در عقد نکاح در فقه و قانون</b> .....	۵۷
مطلب اول: تعریف نکاح، ارکان و شرایط آن از نظر فقه و قانون.....	۵۷
مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد نکاح در فقه و قانون.....	۶۰
مطلب سوم: آثار اشتباه و فراموشی در عدد طلاق در فقه و قانون.....	۶۳
مطلب چهارم: اشتباه و فراموشی در عقد در قانون مدنی.....	۶۶
<b>مبحث سوم : آثار اشتباه فراموشی در عقد اجاره در فقه و قانون</b> .....	۶۹
مطلب اول: تعریف، ارکان و شرایط عقد اجاره در فقه و قانون.....	۶۹
مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی متعلق به عمل اجرت.....	۷۴
<b>مبحث چهارم : آثار اشتباه و فراموشی در عقد ودیعت در فقه و قانون</b> .....	۷۶
مطلب اول: تعریف، ارکان و شرایط عقد ودیعت در فقه و قانون.....	۷۶
مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد ودیعت در فقه اسلامی.....	۷۸
مطلب سوم: آثار اشتباه و فراموشی در قانون مدنی.....	۸۲
<b>مبحث پنجم : آثار اشتباه و فراموشی در عقد وکالت از نظر فقه و قانون</b> .....	۸۳
مطلب اول: تعریف، مشروعیت و ارکان عقد وکالت در فقه و قانون.....	۸۳
مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد وکالت در فقه و قانون.....	۸۵
<b>مبحث ششم : آثار اشتباه و فراموشی متعلق به عقد شفعه در فقه و قانون</b> .....	۸۷
مطلب اول: تعریف، ارکان و احکام شفعه در فقه و قانون.....	۸۷
مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در مشتری و ثمن شفعه.....	۸۹

## فصل سوم

### آثار اشتباه و فراموشی در جنایات از نظر فقه و قانون

<b>مبحث اول : آثار اشتباه و فراموشی در جنایت بر نفس و ما دون آن در فقه و قانون</b> .....	۸۶
مطلب اول: مفهوم، ارکان و شرایط قتل در فقه و قانون.....	۸۶
مطلب دوم: جنایت بر ما دون نفس در فقه و قانون.....	۹۳
مطلب سوم: آثار اشتباه و فراموشی در قتل در فقه و قانون.....	۹۴



مطلب چهارم: مقایسه بین فقه و قانون در آثار اشتباه و خطأ در قتل.....	۱۰۸
مبحث دوم : آثار اشتباه و فراموشی در قصاص در فقه و قانون.....	۱۱۰
مطلب اول: مفهوم، مشروعیت و شرایط قصاص در فقه اسلامی.....	۱۱۰
مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در اجرای قصاص در فقه اسلامی.....	۱۱۴
مبحث سوم : آثار اشتباه و فراموشی در جرم زنا از نظر فقه و قانون.....	۱۱۷
مطلب اول: مفهوم، ارکان و دلایل حرمت زنا در فقه و قانون.....	۱۱۷
مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در وطیء در فقه اسلامی.....	۱۲۲
مبحث چهارم : آثار اشتباه و فراموشی متعلق به جرم سرقت در فقه و قانون.....	۱۲۷
مطلب اول: مفهوم، ارکان و شرایط سرقت در فقه و قانون.....	۱۲۷
مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در جرم سرقت در فقه و قانون.....	۱۳۳
نتیجه گیری.....	۱۳۸
پیشنهادات.....	۱۴۲
فهرست آیات قرآن کریم.....	۱۴۲۴
فهرست احادیث احکام.....	۱۴۳۶
فهرست أعلام.....	۱۴۶
فهرست منابع و مأخذ.....	۱۴۷
<b>Error! Bookmark not defined.....Research Summary</b>	

## مقدمه

انَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ، وَنَسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شَرِّهِ أَنْفُسَنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ. و بعد:

قال تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ }<sup>(۱)</sup>.  
قال الله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّاسُ، اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا }<sup>(۲)</sup>.

وقال تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا }<sup>(۳)</sup>.

بدون شک اشتباه به معنی تصور نادرست شخص نسبت به یکی از ارکان عقد است، بر این اساس عقود و قرار دادها به صورت کلی دارای ارکانی است که ماهیت عقد را تشکیل می دهند و اشتباه و فراموشی در تحقق ارکان این عقود - که رضایت اراده طرفین عقد است - اثرگذار می باشد، چون آنها به عنوان نقص کننده اراده تلقی گردیده در صحت معاملات تأثیر می گذارد.

آثار اشتباه و فراموشی در معاملات و عقود همیشه یکسان نمی باشند، گاهی اشتباه و فراموشی به اندازه ای مهم است که اراده یا توافق اراده دو طرف را از بین برده معامله را باطل می نماید، گاهی اشتباه و فراموشی موجب ایجاد خیار فسخ می شود نسبت به کسی که در آن واقع می گردد و در برخی موارد نیز اشتباه و فراموشی در معاملات و عقود هیچ اثری بر جای نمی گذارد.

همچنان اشتباه و فراموشی در باب جنایات نیز به عنوان یکی از عوامل مؤثر بر مسؤولیت جنائی پنداشته شده و از موضوعات مهم فقهی در این مبحث به شمار می آید.

۱. سوره آل عمران، آیه ۱۰۲.

۲. سوره نساء، آیه ۱.

۳. سوره احزاب، آیه ۷۰.

## اهمیت موضوع

۱- اصل لزوم و صحت معاملات و عقود ایجاب می کند که اشتباه و فراموشی، در سرنوشت معامله بی تاثیر باشد، مع الوصف اشتباهات اطراف عقد را نمی توان یکسان دانست و باید آن را تفکیک نمود. طوری که بعضی از اشتباهات که مانع تاثیر اراده و تحقق قصد که عنصر سازنده عقد شمرده می شود، سبب بطلان عقد خواهد بود؛ اشتباه مربوط به ذات معقود علیه است و اختلاف در جنس معقود علیه، عقد و معامله را معدوم می کند.

۲- از شرایط تحقق شرط، گاهاً شرط صحت است و گاهاً شرط لزوم و در احکام فقهی به صورت تفصیل به آن پرداخته شده است، اما مسئله اشتباه به اندازی که در به موارد چون اکراه پرداخته شده است کم تر مورد توجه فقهاء قرار گرفته است، در حالی که اشتباه و اکراه هر دو از عیوب رضا به شمار رفته و در قوانین مدنی کشور های اسلامی مباحث در این مورد وجود دارد.

۳- اهمیت بحث وقتی روشن می شود که در دنیای داد و ستد هر کسی سعی دارد بیشتر بستاند و کمتر بدهد و در این کشاکش معمولاً دو عوض برابر نمی ماند و یکی از طرفین معمولاً بهره بیشتری می برد، همین مسأله باعث سود تجاری می شود و داد و ستد را رونق می بخشد.

پس تقریباً در هر معامله یکی از طرفین می تواند ادعا کند که مرتکب اشتباه و فراموشی شده است بدین ترتیب بررسی این پدیده روانی و تعیین اشتباهات مؤثر در عقد بویژه در دنیای امروز که مبادلات تجاری و دادوستدهای بین المللی توسعه روز افزونی پیدا کرده، اهمیت فوق العاده دارد.

۴- همچنان اشتباه و فراموشی در بحث جنایت نیز تأثیرات یکسان در عملکرد اشخاص نمی داشته باشد طوری که در برخی موارد اشتباه سبب می شود که فرد مسئول قلمداد نشود و یا در میزان مسئولیتش تخفیفی داده شود؛ ممکن است اشتباه در عرصه مختلف رخ بدهد در این صورت بخاطر عدم تحقق قصد جنائی اشتباه سبب رفع مسئولیت جنائی می شود.

چنانچه پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم- در این زمینه ارشاد می فرمایند: «**إن الله وضع عن**

**أمتی الخطأ والنسیان و ما استکرها علیہ**»<sup>(۱)</sup>

ترجمه: به تحقیق الله متعال از خطای امت من، نسیان یا آنچه را به فراموشی انجام می دهند و آنچه را به اکراه و جبر انجام می دهند، گذشت نموده است.

۱. ابن حبان، صحیح ابن حبان بترتیب ابن بلبان، ج ۱۶، ص ۲۰۲. شعب ارنؤوط سند این حدیث را به شرط مسلم گفته است.

۵- در صحنه اجتماع، اشتباه و فراموشی همواره یک عذر محسوب نمی شود و اشخاص نمی توانند بدین بهانه، خود را از مسئولیت ها سازند، گاه شدت اثر اشتباه و فراموشی آن چنان بالاست که خردمندان جامعه از مکافات به اشتباه افتاده، چشم پوشی نمی کنند، هرچند گاه آنچنان ضعیف است که جای ملامت نیز نمی گذراند.

بناءً موضوع فوق یکی از مهمترین موضوعاتی است که جای تحقیق را دارد، چرا که زندگی روزمره انسان ها را تحت تأثیر قرار می دهد، تا حال در این زمینه توجه ی صورت نگرفته که تحقیقی به زبان عام و قابل دسترس به مردم باشد، در حالی که انسانها همه روزه با این مشکل روبرو می باشند، از این لحاظ خواستم با این تحقیق جنبه های مختلف موضوع را در روشنائی احکام شرعی مورد بحث و بررسی قرار داده دهم.

### اسباب اختیار موضوع

۱- به دلیل اینکه احتمال اشتباه و فراموشی در انسان وجود دارد و این دو پدیده در معاملات و قرار دادهای فی مابین اشخاص به چشم می خورد و به این صورت دعاوی مختلفی بین اشخاص ایجاد می شود که وقت محاکم را به خود صرف می نماید، بنابراین ضرورت دانسته می شود که با بررسی جنبه های مختلف این دو پدیده پرداخته شود تا به این صورت بتوان در ایجاد قانونگذاری صحیح در جهت سرعت دادن روند فیصله ها مورد استفاده قرار بگیرد.

۲- همچنان این دو پدیده در زندگی انسان ها در باب معاملات و جنایت به وقوع می پیوندند؛ که در صورت وقوع چنین اتفاقی تأثیرات خود را می گذارد، از این لحاظ فهم حکم فقهی این مسئله در برایم مهم بوده بر این اساس عنوان فوق را موضوع تحقیق خود قرار داده ام.

۳- همچنان موضوع « اشتباه و فراموشی و آثار آنها در معاملات و جنایات » یکی از عناوین جدید است؛ زیرا در گذشته درباره این موضوع کتاب یا نوشتهء مستقلی نوشته اند که شامل همه جوانب آن باشد، بلکه به صورت گذرا در لابه لای کتاب مورد بحث قرار گرفته است، پس هر که بخواهد به آن بپردازد باید کتاب های متنوعی را مرور نماید؛ این در دسترس همگان نیست.

۴- بدون شک هر فارغ التحصیل و دانش آموخته فرقی نمی کند که از مقطع لسانس یا ماستری فارغ می گردد، لازم است که به عنوان یک دستاورد علمی یک اثر تحقیقی را به جامعه تقدیم نماید و بنده نیز فرصت را غنیمت دانسته موضوع را که از سال های قبل ذهنم را مشغول ساخته بود و تا کنون هم برایم به شدد جالب بوده است، انتخاب نموده در رشته تحریر در آوردم.

### سوالهای تحقیق

#### الف. سوال اصلی تحقیق

۱- آثار اشتباه و فراموشی در معاملات و جنایات از نظر فقه وقانون چیست؟

#### ب. سوالات فرعی تحقیق

۱- آیا اشتباه و فراموشی در شرایط صحت معاملات تأثیر گذار است؟

۲- آیا اشتباه و فراموشی برای رفع مسئولیت جنائی فرد تأثیر گذاری دارد؟

۳- کدام نوع اشتباه و فراموشی در معاملات سبب فسخ یا ابطال عقد می گردد؟

۴- کدام نوع اشتباه و فراموشی در رفع مسئولیت جنائی مدار اعتبار است؟

در این تحقیق تلاش شده اشتباه و فراموشی ابتداء از نظر فقه وقانون درمورد بحث عمیق قرار بگیرد و سپس تأثیرات آنها در احکام مربوط به عقود و جنایات مورد بحث قرار می گیرد.

### پیشینه تحقیق

راجع به پیشینه ی تحقیق این موضوع باید گفت که در نوشته های علماء و دانشمندان گذشته در این مورد کتاب مستقلی وجود نداشته، که بتوانیم از یک کتاب خاص تمام احکام مربوط به اشتباه و فراموشی و آثار آنها در عقود و جنایات را دریافت نمایم، اگر وجود هم داشته باشد بسیار اندک با زبان خارجی بوده و با زبان های ملی و عام فهم به مردم نبوده است، اما با وسعت ساحات تحقیقات علمی در پوهنتون ها، برخی از مباحث در این زمینه توسط علماء و دانشمندان صورت گرفته است، خود عنوان نبوده بلکه موضوعات مرتبط به آن بوده که در این مجال لیست آنها را تحریر می داریم:

۱- عوارض أهلیة السماویة و اثرها فی الباب المعاملات، احمد بن عبدالله الراجحی.

۲- عوارض الأهلیة المکتسبة و أثرها فی التصرفات - دکتور ابوالسعود محمود الطیری

۳- آثار الجهل و النسیان فی الفقه الاسلامی، محمد جمیل محمد المصطفی.

- ۴- الجهل بالاحكام الشرعى و اثره فى فقه الاسلامى، زهران بن ابراهيم كاده
- ۵- الغلط و أثره فى الفقه الاسلامى و القانون، دكتور سالم بن بخيت بن فريج البلوى.
- ۶- التشريع الجنائى الاسلامى مقارناً بالقانون الوضعى، عبدالقادر عوده.
- ۷- أحكام الجنایة على ما دون النفس عند العمد فى الإسلام، د. الطيب السنوسى الأشهب.

### مواد و روش تحقیق

راجع به مواد این رساله باید گفت که، مواد فقهی این رساله از متون اصلی فقه مذاهب اسلامی است که استفاده از این روش به اسم « روش کتابخانه‌ء » مشهور است، این تحقیق بر پایه مطالعات کتابخانه‌ای انجام شده و در این تحقیق منهج ذیل را به خود انتخاب نموده ام:

۱- راجع به یک مسئله نظریات فقهی را جمع اوری نموده دیدگاه فقهی هر مذهب را از منابع اصلی همان مذهب استفاده نمودم و مباحث قانونی را از قانون مدنی جدید مصر و قانون مدنی افغانستان گرفته بین دو مقایسه و مقارنه کرده نکات اصلی و اساسی هر مبحث در آخر آن برجسته ساخته ام.

۲- تخریج حدیث از مصادر اصلی آن مینمایم، و اگر حدیث در صحیحین باشد اکتفاء به تخریج آنها میکنم، و اگر در صحیحین نبود به سنن اربعه به همراه مسند احمد رجوع میکنم، و حکم آن از امام البانی را نقل میکنم، و اگر به این کتابهای نبود بعداً به کتاب های دیگری از سنن و مسانید و معاجم رجوع میکنم، البته از مکتبه شامله اخذ نمودم، و بعداً به کتاب اصلی به صورت PDF رجوع نموده و آنرا مقایسه مینمایم، و یا به مکتبات دیگری رجوع نموده، و حکم احادیث از امام البانی ذکر میکنم، اگر امام البانی از حدیث سخن در کتاب هایش گفته باشد، و اگر این حدیث در کتابهای امام البانی دریافت نکردم، سپس حکم علمای که بر آن کتاب تحقیق نموده آنرا ذکر مینمایم.

۳- در تخریج حدیث صحیحین را مقدم می کنم به این گونه که اول صحیح البخاری و بعداً صحیح مسلم، و بعداً سنن اربعه همراه مسند احمد به این گونه سنن الترمذی و ابوداود و نسائی و ابن ماجه و مسند احمد، و بعداً از کتب دیگری بحسب و فیات مصنفین ترتیب میدهم.

۴- تعریف تمام کتاب ها را در دفعه اول ذکر می نمایم، به گونه که اول نسبت مصنف کتاب، و بعداً نام مصنف، و تاریخ وفات مصنف، و تاریخ نشر کتاب، و نام ناشر، و نام مکان نشر کتاب، و شماره چاپ کتاب، و نام محقق، و نام کتاب همراه جلد و صفحه و شماره را ذکر مینمایم،

و اما به تکرار دفعه دوم فقط اکتفاء به نام کتاب و ذکر جلد و صفحه و شماره حدیث و یا شماره ترجمه را می‌کنم.

۵- فهرست مصادر و مراجع را به حروف هیجا ترتیب نموده ام، و مشخصیات آن را بیان نموده ام.

## اهداف تحقیق

تحقیق این رساله روی اهداف ذیل صورت گرفته است که قرار ذیل بیان می‌گردد:

۱- جمع آوری نظریات فقهاء پیرامون اشتباه و فراموشی و آثار آنها در باب معاملات و جنایات و تنظیم آن به عنوان یک رساله مستقل و مفید.

۲- مقایسه و مقارنه نظریات فقهی با قانون وضعی در مباحث مربوط به اشتباه و فراموشی و برگزیدن نظریه راجح و معتبر فقهی از بین نظریات فقهی.

## مشکلات تحقیق (محدودیت های تحقیق)

در جریان تحقیق این رساله دسترسی به مصادر اصلی دشوار تر بود، لهذا از مکتبه شامله استفاده یی زیاد کردم، و بعدا تمام مصادر را از اینترنت به شکل PDF گرفته و مطابقت داده ام، و کمبود مکتبات اسلامی در کشور عزیز ما برای نویسنده بحث مشکلات زیادی مواجه شده، و محدودیت وقت در برنامه ماستری برای نوشتن بحث قرار داده است.

## ساختار و پلان تحقیق

این بحث مشتمل بر مقدمه، سه فصل، خاتمه و فهرست می باشد.

### در مقدمه :

اهمیت موضوع

اسباب اختیار موضوع

سوالهای تحقیق

پیشنه تحقیق

مواد و روش تحقیق

اهداف تحقیق .

مشکلات تحقیق ( محدودیت های تحقیق ) .

ساختار و پلان تحقیق .

## فصل اول : بیان مفاهیم و کلیات

مبحث اول: مفهوم اهلیت و عوارض آن در فقه وقانون

مبحث دوم: مفهوم اشتباه و فراموشی و الفاظ مرتبط به آنها

مبحث سوم: مفهوم عقود، ارکان و انواع آن در فقه وقانون

مبحث چهارم: مفهوم جنایات، ارکان و انواع آن در فقه وقانون

### **فصل دوم: آثار اشتباه و فراموشی در عقود در فقه وقانون**

مبحث اول: آثار اشتباه و فراموشی در عقد بیع در فقه وقانون

مبحث دوم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد نکاح در فقه وقانون

مبحث سوم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد اجاره در فقه وقانون

مبحث چهارم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد وکالت در فقه وقانون

مبحث پنجم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد ودیعت در فقه وقانون

مبحث ششم: آثار اشتباه و در عقد شفعه در فقه وقانون

### **فصل سوم: آثار اشتباه و فراموشی در جنایات از نظر فقه و قانون**

مبحث اول: آثار اشتباه و فراموشی در جنایات بر نفس در فقه وقانون

مبحث دوم: آثار اشتباه و فراموشی در قصاص در فقه وقانون

مبحث سوم: آثار اشتباه و فراموشی در جرم زنا در فقه وقانون

مبحث چهارم: آثار اشتباه و فراموشی در جرم سرقت در فقه وقانون

### **در خاتمه:**

نتیجه گیری بحث.

پیشنهادات

### **در فهرست:**

فهرست آیات قران کریم .

فهرست احادیث نبوی .

فهرست فهرست اعلام .

فهرست مصادر و مراجع



## فصل اول

### بیان مفاهیم و کلیات

مبحث اول: مفهوم اهلیت و عوارض آن در فقه وقانون.

مبحث دوم: مفهوم اشتباه و فراموشی و الفاظ مرتبط به آنها.

مبحث سوم: مفهوم عقود، ارکان و انواع آن در فقه وقانون .

مبحث چهارم: مفهوم جنایات، ارکان وانواع آن در فقه وقانون.

## مبحث اول

### مفهوم اهلیت و عوارض آن در فقه و قانون

شرط صحت تکلیف اینست که شخص مکلف باید اهلیت داشته باشد و این حالتی است که انسان با داشتن آن مستحق حقوق گردیده و مکلفیت ها نیز به دوش او گذاشته میشود، گاهی اموری بر او عارض می شود، که این اهلیت را یا زایل میکند یا ناقص، این موارد را عوارض اهلیت می نامند.

### مطلب اول: مفهوم اهلیت و انواع آن در فقه و قانون

#### فرع اول: مفهوم اهلیت

**الف. اهلیت در لغت:** اهلیت واژه عربی بوده مصدر صناعی کلمه اهل است، که در لغت به معنی صلاحیت، شایستگی، استعداد و لیاقت به کار برده شده است، چنانچه در زبان عربی در این مورد گفته می شود: «فلان أهل لهذا العمل»<sup>(۱)</sup> یعنی: فلانی شایسته و لایق این کار است. وقتی کسی استعداد انجام کاری را داشته باشد، گفته می شود وی برای انجام آن کار اهلیت دارد.<sup>(۲)</sup>

این معنی در این فرموده الله متعال نیز منعکس شده است: { هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ }<sup>(۳)</sup>.

ترجمه: او سزاور ترسیدن و شایسته آمرزش است.

**ب. اهلیت در اصطلاح:** اهلیت در اصطلاح علماء اصول با عبارات مختلف تعریف شده است بر حسب اینکه کدام نوع از اهلیت مورد نظر می باشد، در صورت که مقصد از آن اهلیت وجوب باشد معنائی و اگر منظور آن اهلیت اداء باشد معنائی دیگری را افاده می نماید، در اینجا چند تعریف بیان می کنیم:

۱. اهلیت در اصطلاح: «صلاحیه الإنسان لصدور الفعل منه علی وجه یعتد به شرعاً»<sup>(۴)</sup>.

ترجمه: اهلیت عبارت از صلاحیت صدور فعل و قولی از انسان است به گونه که مورد پذیرش شرع باشد.

۱. طبرانی، سلیمان ابن احمد. (۱۴۰۴هـ ق) معجم الوسیط. دار الحرمین. قاهره: ج ۱، ص ۳۲۰.

۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴هـ ق)، لسان العرب. دار صادر، بیروت، طبع سوم، ج ۱۳، ص ۲۵۴.

۳. سوره مدثر، آیه ۵۶.

۴. تفتازانی، سعدالدین مسعود بن عمر، (ب. ت)، شرح التلویح علی التوضیح، دارالکتب العلمیه، لبنان، بیروت، طبع اول، ج ۲، ص ۳۴۸.

۲. همچنان اهلیت: «هی صفة یقدرها الشارع فی الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشریعی»<sup>(۱)</sup>

یعنی: وصفی است شارع آنرا در کسی ملحوظ میدارد که او براساس آن صلاحیت تکلیف شرعی را می یابد.

۳. همچنان اهلیت: «الأهلیة هی صلاحیة الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له، وعلیه»<sup>(۲)</sup>  
یعنی: اهلیت عبارت از صلاحیت انسان برای این امر که حقوقی مشروع به نفع او و علیه او ثابت شود.

تعاریفات فوق، در واقع یک تعریف جامع و مانع به نظر نمی رسند به نسبت اینکه این تعاریف تنها در بر گیرنده یک نوع از اهلیت می باشند و از قید تعریف نوع دیگری از اهلیت باقی مانده است در حالی که اهلیت خالی از دو نوع نمی باشد، یا اهلیت اداء است و یا هم اهلیت وجوب.

### ج. تعریف راجح

از خلال تعاریف که علماء از اهلیت ارائه کردند، دانسته می شود که مفهوم همه گذشته تقریباً یکی بوده و یک مطلب را به عبارات گوناگون افاده می نماید، اما تعریف که در بر گیرنده انواع اهلیت باشد، دیده نمی شود بر این اساس تعریف در برگیرنده انواع باشد، در ذیل ذکر می شود. از مجموع این تعریف ها، تعریف ذیل را میتوان به عنوان یک تعریف راجح برگزید: «صلاحیة الإنسان لأن تثبت له الحقوق، و تثبت علیه الواجبات، و تصح منه التصرفات علی وجه معتبر شرعاً»<sup>(۳)</sup>  
اهلیت عبارت از داشتن توانائی و صلاحیت انسان برای این که حقوق و امتیازات، براو ثابت گردد، مکلفیت ها بر بالای او لازم گردد و تصرفات که از او صادر می شود، به صورت که مورد اعتبار شارع قرار گیرد.

دلیل ترجیح این تعریف از بین تعاریف فوق، اینکه آن در بر گیرنده انواع اهلیت می باشد، طوری که با ذکر «تثبت له الحقوق» شامل اهلیت وجوب ناقص در انسان ثابت گردیده و با ذکر «و تثبت علیه الواجبات» اهلیت وجوب کامل ثابت می گردد، و همچنان با قید «تصح منه التصرفات علیه وجه معتبر مشروعاً» اهلیت اداء دانسته می شود.

۱. زحیلی، محمد مصطفی، (ب. ت)، الوجیز فی أصول الفقه الإسلامی، الناشر: دار الخیر للطباعة والنشر والتوزیع، دمشق - سوریا، الطبع الثانی، (۱۴۲۷ هـ)، ج-۲، ص-۷۳۷.

۲. بخاری، عبد العزیز بن أحمد بن محمد، علاء الدین البخاری الحنفی (المتوفی: ۷۳۰هـ)، کشف الأسرار شرح أصول البزدوی، الناشر: دار الكتاب الإسلامی، ج-۴، ص-۲۳۷.

۳. الجبوری، دکتور حسین، عوارض الأهلیة عند الأصولیین، طبع الاولی، عام ۱۹۸، جامعة الأم القری، مملكة السعودیة، ص- ۷۰.

## فرع دوم: انواع اهلیت

علماء اصول فقه اهلیت را در ابتدا دو نوع تقسیم می نمایند:

الف. اهلیت وجوب: در این مجال اهلیت وجوب را هم از دو لحاظ - ابتداء از لحاظ فقهی و

بعد از لحاظ قانون مدنی - مورد بحث و بررسی قرار می دهیم:

۱- تعریف اهلیت وجوب نزد فقهاء: هرگاه اهلیت از نوع اول که عبارت از اهلیت وجوب است،

باشد، اینگونه تعریف میگردد: «هی اهلیة الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له، وعليه»<sup>(۱)</sup>

یعنی صلاحیت داشتن انسان برای اینکه حقوق به نفع وی ثابت واجبات بر بالای او واجب

گردد. بر این اساس ما گفته می توانیم که اساس و مبنای اهلیت وجوب تحقق وجود حیات

انسان است، بمجرد که برای انسان حیات ثابت می گردد، اهلیت وجوب نیز ثابت می گردد،

چون اصل این اهلیت بعد از به وجود آمدن ذمه صالحه ثابت می گردد.

طوری امام سرخسی<sup>(۲)</sup> در این مورد میگوید: «أصل هذه الأهلية لا يكون إلا بعد ذمة سالحة..»

«<sup>(۳)</sup>

ترجمه: اصل و اساس این اهلیت داشتن ذمه صالحه است.

انسان به مجرد که در بطن مادر به وجود می آید بعداً متولد می گردد، از همان وقت برایش

اهلیت وجوب ثابت می گردد، برابر است که رشید متولد شده باشد یا سفیه، عاقل است یا

مجنون، مرد تولد شده یا زن، آزاد است یا برده به مجرد تحقق وجود انسان اهلیت ثابت می

گردد.

این نوع اهلیت به مجرد تحقق وجود طفل در بطن مادرش به وجود می آید، برای تحقق

این اهلیت کافی است که انسان زنده باشد نفس بکشد و در مورد حمل هرگاه بعد از تولد حتی

برای یک لحظه زنده باشد و سپس بمیرد، به اعتبار آن یک لحظه حیات، دارنده اهلیت وجوب

ثابت می شود.<sup>(۴)</sup>

۲. تعریف اهلیت وجوب در قانون مدنی: قانون دانان، این اهلیت با معنای اصطلاحی مدنظر

اصولیین را شخصیت حقوقی می نامند و به نظر آنان این شخصیت برای هرانسانی ثابت می

باشد.

۱. بخاری، کشف الأسرار شرح أصول البزدوی، ج-۴، ص-۲۳۷.

۲. او محمد بن احمد بن ابی سهل، شمس الأئمة، أبوبکر سرخسی، از امامان مذهب حنفی در فقه و اصول فقه می باشد، از جمله تصنیفات او: المیسوط در فقه، و (اصول

السرخسی) در اصول در سال ۴۳۸ هـ وفات یافته است. نگاه شود به کتاب: الفوائد البهیة فی تراجم الحنفیة، اللکنوی/۱۵۸-۱۵۹

۳. سرخسی، محمد بن احمد، شمس الأئمة، اصول السرخسی، درالمعرفه، بیروت، ج-۲، ص-۳۳۳.

۴. تفتازانی، شرح التلویح علی التوضیح، ج-۲، ص-۳۳۳.

و آنها در این زمینه می فرمایند: «شخصیت قانونی به معنی صلاحیت انسان برای این امر است که حقوقی به نفع او و تکالیفی علیه او ثابت گردد.»<sup>(۱)</sup>

این تعریف شبیه تعریف اصولیون از اهلیت وجوب است.

همچنان قانون مدنی کشور در فقره اول ماده (۳۶) شخصیت را اینگونه تعریف می نماید:

«شخصیت انسان با ولادت کامل وی به شرط زنده بودن آغاز وبا وفات انجام می یابد.»<sup>(۲)</sup>

متن ماده فوق قانونی حکم می نماید که شخصیت انسان توسط تولد آغاز وبا فوت ختم می

گردد. و به جنین در این حکم قانون اشاره نگردیده است، این به معنی آن نیست که جنین

دارای اهلیت وجوب نبوده بلکه، قانون گذار به این منظور جنین را در فقره دوم، ماده (۳۶) حکم

نموده است که جنین صراحت دارد: «جنین دارای حقوق می باشد که قانون بر آن تصریح نموده

است.»<sup>(۳)</sup>

با تصریح این فقره قانون معلوم می گردد که در قانون مدنی اهلیت وجوب تنها برای انسان که

زنده بدنیا آمده باشد اطلاق نمی گردد، بلکه جنین را در بطن مادر هم دارای حقوقی میداند که

قانون بر آن تصریح کرده باشد، در قانون احکامی را درمیابیم که برای جنین نیز حقوقی را

پیشبینی نموده است از جمله می توانیم احکامی که در بحث میراث و وصیت ذکر گردیده است،

اشاره نمایم.

**انواع اهلیت وجوب: اهلیت وجوب به دونوع ذیل تقسیم می گردد:**

**۱. اهلیت وجوب ناقص:** «اهلیت وجوب ناقص عبارت است از صلاحیت داشتن انسان برای اینکه

تنها حقوق به نفع وی ثابت گردد، نه برعلیه او.»<sup>(۴)</sup>

این اهلیت از بدو تشکیل جنین برای انسان ثابت بوده و شرط انسانیت حیات می باشد، چون

جنین در بطن مادر موجودی است که دو جهت دارد، اول از جهت اینکه جنین در حرکات و

سکون جزئی از مادرش است مستقل نمی باشد، حکم می گردد که هیچ گونه ذمه برای وی ثابت

نگردد که در نتیجه می بینیم که اهلیت وجوب هم در وی منتفی می شود و دومی از جهت اینکه

جنین خود، یک نفس و شخص مستقل بوده، از لحاظ داشتن حیات، و تبدیل شدن به یک انسان

مستقل قائم به ذات خود است و براین اساس، به وجود ذمه برای وی حکم می کنیم و در نتیجه،

اهلیت وجوب برای وی ثابت می شود گاهی هم، هر دو جهت مذکور با هم مورد ملاحظه می گیرند

و در نتیجه، نه ذمه کاملی برای او ثابت می گردد و نه ذمه مطلق هم از او نفی می شود، بلکه برای

۱. بدرای، عبدالمنعم، (۱۹۵۷)، المدخل للقانون الخاص، القاهرة مطابع دار الكتاب العربی بمصر، ص ۵۸.

۲. وزارت عدلیه، قانون مدنی، منتشره جریده رسمی شماره ۳۵۳ سال ۱۳۵۵ هـ ش، ماده (۳۶).

۳. همان اثر، ماده (۳۶)، فقره دوم

۴. تفتازانی، شرح التلویح علی التوضیح، ج ۲، ص ۳۵۱.

وی تنها ذمه ناقص ثابت می شود که فقط صلاحیت پذیرش برخی از حقوق را دارد و بدین ترتیب، جنین دارای یک اهلیت وجوب ناقص می شود و با آن صلاحیت می یابد که حقوقی به وی ثابت گردد، نه علیه او. بنابراین، حقوقی، مانند میراث، وصیت .. برای وی ثابت می گردد، ثبوت اینها نیازی به قبول ندارد؛ اما حقوقی چون هبه که به قبول نیاز دارد، برای وی ثابت نمی شود، لازم به ذکر است که اهلیت وجوب ناقص وقتی برای جنین ثابت می شود که جنین زنده متولد شود.<sup>(۱)</sup>

**۲. اهلیت وجوب کامل:** این اهلیت عبارت از اینکه انسان صلاحیت را در یابد که یک سلسله حقوق بر نفع او ثابت گردد و یک سلسله مسئولیت ها علیه او واجب گردد، این اهلیت برای هر انسان به مجرد تولد او از بطن مادرش آغاز می گردد و در تمام ادوار زندگی وی ادامه می یابد.<sup>(۲)</sup>

پس برای صبی غیرممیز قبل از هفت سالگی صلاحیت کسب حقوق و تحمیل واجبات از طریق نیابت ولی موجود است، مثل نفقات، زکات و صدقه فطر؛ لیکن بعد از رسیدن به بلوغ واجبات او بدون نیابت بنفسه ثابت می گردد، بگونه که انسان شایستگی صلاحیت آن را در می یابد که شریعت او را به داشتن حقوقی بالای دیگران ملزم گردانده و التزام به حقوق دیگران را نیز داشته باشد، و آنرا رعایت نماید.<sup>(۳)</sup>

طوری امام سرخی -رحمه الله- در اصول خود، می گوید: «فأما بعد ما یولد فله ذمه صالحة و لهذا لو انقلبت علی مال إنسان فأتلفه کان ضامناً له، و یلزه مهر امرأته بعقد الوالی علیه، و هذه الحقوق تثبت شرعاً»<sup>(۴)</sup>

ترجمه: اما بعد از ولادت، برای او ذمه صحیح ثابت می گردد بگونه که اگر به مال انسانی روی آورد و آن را تلف کرد، ضامن آن است. و بر بالای او مهر لازم می گردد در صورت ولی او زنی را بر وی نکاح کند، همه این حقوق از طرف شریعت ثابت می باشد.

**ب. اهلیت اداء:** همچنان در این قسمت اهلیت اداء نیز از دو لحاظ -ابتداء از لحاظ فقهی و بعد از لحاظ قانون مدنی- مورد بحث و بررسی قرار می دهیم:

۱. سرخی، اصول سرخی، ج ۲ ص ۳۳۳

۲. زحیلی، الوجیز فی اصول الفقه الإسلامی، ج ۱، ص ۴۹۲

۳. همان ج ۱، ص ۴۹۳

۴. سرخی، اصول سرخی، ج ۲، ص ۳۳۴

۱. تعریف فقهی اهلیت اداء: اهلیت اداء نوع دوم از اهلیت است که علماء و دانشمندان اینگونه تعریف نموده است: «هی صلاحیه الانسان لصدور الافعال و الاقوال منه علی وجه یعتد به شرعاً»<sup>(۱)</sup>.

ترجمه: اهلیت اداء عبارت از صلاحیت صدور فعل و قولیست از انسان به گونه که مورد پذیرش شرع باشد.

این تعریف بدین معنی است که هرگاه از انسان عقدی صادر گردد یا تصرفی را انجام دهد از نظر شرعی معتبر پنداشته می شود و احکام بر آن مرتب می گرد، هرگاه عبادتی را انجام دهد، اعتبار شرعی دارد و در صورت ساقط شدن آن اداء کردن آن بر او واجب می باشد.

اهلیت اداء به معنی صلاحیت انسان برای این امر است که انجام اموری از او خواسته شود و افعال و اقوال وی معتبر تلقی شده، آثار شرعی آن بر آن ها مترتب گردد، به نحوی که اگر تصرفی از او سر زد، یا عقدی را با کسی منعقد نمود شرعاً معتبر و دارای آثار می باشد، و اگر عبادتی انجام داد، ادای وی معتبر بوده، تکلیف از وی ساقط می گردد و اگر در حق دیگران جنایتی انجام داد، بتوان او را به خاطر این کار به صورت کامل مؤاخذه نمود، و فراموش نباید کرد که اساس ثبوت این اهلیت، داشتن قدرت تمییز و تشخیص در انسان است نه حیات وی.<sup>(۲)</sup>

۲. اهلیت اداء از نظر قانون مدنی: اهلیت اداء در قانون همان اهلیت است که پس از حصول رشد و رفع حجر حاصل می شود، پس مبنای اهلیت اداء عقل و تمیز است، هرگاه این دو صفت در وجود انسان نبوده باشد وی دارای اهلیت اداء نمی باشد و در غیر آن اهلیت آن منتفی می گردد. طوری که ماده (۳۹) قانون مدنی در مورد سن رشد چنین اشاره می نماید: «سن رشد هجده سال مکمل شمسی میباشد، شخصی رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات، دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته می شود.»

همچنان در ماده (۴۰) این قانون ذکر است: «شخصی که از نگاه صغر سن، معتوه بودن یا جنون، غیرممیز باشد، نمی تواند معاملات حقوقی را انجام دهد. شخصی که به سن هفت سالگی نرسیده باشد غیر ممیز محسوب می گردد.»<sup>(۳)</sup>

انواع اهلیت اداء: اهلیت نیز مانند اهلیت وجوب، به دو نوع تقسیم می گردد:

۱. تفتازانی، شرح التلویح علی التوضیح، ج۲، ص۳۴۸.

۲. خلاف، عبدالوهاب، علم أصول الفقه، مکتبه الدعوه، الأزهر، قاهره، طبع الثامن، ص۱۵۰.

۳. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده های (۳۹، ۴۰ و ۷۰).

۱. اهلیت اداء ناقص: اهلیت ادای ناقص عبارت از صلاحیت انسان است در اجرای افعال که انفاذ آن موقوف به اجازه ولی و وصی است، مانند مال صغیر ممیز در عقود مالی.<sup>(۱)</sup> این دوران با رسیدن بچه به هفت سالگی آغاز شده و با بالغ شدن وی پایان می‌یابد، در این دوران، اهلیتِ وجوبِ کاملی برای بچه پدید می‌آید، زیرا در صورتی که اهلیت وجوب برای صغیر غیرممیز ثابت و موجود باشد، ثبوت آن برای صغیراولی است، پس حقوق به نفع و علیه وی نیز ثابت می‌شود.<sup>(۲)</sup>

و از اهلیت اداء ناقص، به اهلیت قاصره نیز تعبیر می‌گردد بخاطر کوتاهی و قصور که در عقل و بدن او وجود دارد، بر این اساس وجود اداء مجرد برای فهم خطاب کافی نبوده بلکه باید همراهی با فهم خطاب قدرت و توانائی عمل به آن را نیز داشته باشد، لهذا برای اهلیت اداء دو توانائی نیاز می‌باشد، یکی قدرت فهم خطاب که این با حواس عقلی متحقق می‌گردد و دیگری توانائی عمل به محتوای خطاب است که با قوهء بدنی انجام می‌شود، باید هر دو نوع قدرت به درجه کمال رسیده باشد، بعداً اهلیت اداء متحقق می‌گردد.

ولی هرگاه هر دو قوه از رسیدن به درجه کمال باز مانده باشد، مانند صبی عاقل است که عقل او کامل بوده اما رشد بدن او قاصر می‌باشد یا معتوه بالغ که رشد بدن او کامل اما عقل آن ناقص می‌باشد که در هر دو صورت اهلیت ناقص می‌باشد.<sup>(۳)</sup>

اما حکم تصرفات مالی صغیر ممیز بگونه است که انجام تصرفاتی چون هبه‌دادن و وقف کردن مال و مثل این‌ها از جانب صغیر که برای وی ضرر محض به دنبال دارد و موجب خروج بدون عوض اموال وی از مالکیتش می‌شود، صحیح نیست و حتی اصلاً منعقد هم نمی‌شود و ولی و وصی نیز نمی‌توانند با اجازه‌دادن خود این تصرفات صغیر را صحیح کنند، زیرا ولی و وصی نمی‌توانند این کارها را مستقیماً از جانب صغیر انجام دهند، پس همانطور هم نمی‌توانند این کارهای بچه را اجازه دهند، زیرا مبنای ولایت، توجه به بچه و مراعات مصلحت وی است و انجام تصرفات مضر به مال وی و یا اجازه‌دادن آن تصرفات در صورت انجام آن از جانب خود صغیر، هیچ به معنای توجه به بچه و رعایت مصلحت وی نیست. و تصرفاتی مانند بیع و اجاره و سایر معاوضات مالی که برحسب اصل وضع خود متردد بین نفع و ضرر هستند.

۱. زحیلی، الوجیز فی اصول الفقه الإسلامی، ج۱، ص۴۹۴.

۲. خلاف، علم اصول الفقه، ص۱۳۷.

۳. تفتازانی، تلویح علی التوضیح، ج۲، ص۳۵۳.



این تصرفات سود و زیان دارند و اگر صغیر ممیز اقدام به انجام آن‌ها کند، به اعتبار بهره‌مندی او از اهلیت ادا، صحیح تلقی می‌شوند، اما چون اهلیت ادای ناقص دارد، متوقف بر اجازه ولی هستند و اگر ولی آن را اجازه داد، این اجازه‌ی ولی نقص اهلیت وی را جبران نموده، تصرف وی چنین تلقی می‌شود که انگار از شخصی دارای اهلیت ادای کامل صادر شده است.

۲. اهلیت اداء کامل: اهلیت اداء کامل با کمال عقل و بدن در وجود انسان ثابت می‌گردد.<sup>(۱)</sup>

اهلیت ادای کامل مبتنی بر توانایی کامل است که آن با داشتن عقل کامل و بدن کامل به اثبات می‌رسد، اگر فرد با وجود داشتن عقل به سن بلوغ رسید، دارای اهلیت ادای کامل شده، طرف توجه خطاب شرعی قرار گرفته، به همه تکالیف شرعی مکلف شود و همه عقود و تصرفات وی صحیح بوده، نیازی به اجازه کسی ندارد، در حالیکه در اهلیت اداء قاصره تصرفات مالی نیاز به اجازه ولی او می‌بود. بنابر این شریعت اسلامی، بلوغ را در مقام کمال عقل قرار داده است؛ زیرا غالباً انسان بالغ در این دوره صاحب عقل تام می‌گردد.<sup>(۲)</sup>

انسان دارای اهلیت کامل اداء، کسی می‌باشد که هرگاه او عقدی را انجام دهد یا تصرفاتی از او صادر گردد از نظر شرعی معتبر پنداشته شده و بر آن حکم شرعی مرتب می‌گردد؛ مانند اینکه نماز بخواند، روزه بگیرد، حج اداء کند و یا کدام مکلفیت را انجام دهد اعتبار شرعی داشته و در ساقط شدن آنها اعاده آن بر او واجب می‌گردد.

اگر او انسان در علیه نفس، مال یا عرض کسی تعرض نماید او جانی به شمار رفته مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد، در نهایت اهلیت اداء مسئولیتی است که اساس آن در انسان عقل و تمیز می‌باشد.<sup>(۳)</sup>

### فرع سوم: ارتباط بین اهلیت اداء و اهلیت وجوب

رابطه که بین اهلیت وجوب و اهلیت اداء قرار ذیل در چند شماره ذکر می‌گردد:  
طوری که بیان شد، اهلیت وجوب عبارت از صلاحیت و توانائی‌های است که انسان با داشتن آن از یک سلسله حقوق و امتیازات بر خورد می‌گردد و یک سری از مسئولیت‌ها بر دوش او گذاشته می‌شود، در حالی که اهلیت اداء در برگیرنده تمام این موارد بوده و برای شخص صلاحیت انجام معاملات و بکارگیری حقوق ثابت خویش را می‌دهد، تا چیزی‌های را تصرف نماید.

۱. بخاری، کشف الأسرار، ج ۴، ص ۲۲۵.

۲. زحیلی، الوجیز فی اصول الفقه الإسلامی، ج ۱، ص ۱۶۷.

۳. خلاف، عبدالوهاب، علم اصول فقه، ص ۱۳۹.

تصور ثبوت اهلیت اداء بدون اهلیت وجوب برای شخص امکان پذیر نیست، زیرا شخصی که دارای صلاحیت ادای حقوق ثابت شده مفید و مضر باشد، هرگاه آن حقوقی نفی گردد اهلیت وی نیز از بین می رود؛ بنابراین در فقه اسلامی اداء دائماً متضمن اهلیت وجوب می باشد.<sup>(۱)</sup> اهلیت اداء در زیر مجموعه اهلیت وجوب می باشد، به همین لحاظ هر شخص که از اهلیت اداء برخوردار باشد او حتماً دارای اهلیت وجوب است، در حالی که هر دارنده اهلیت وجوب از داشتن اهلیت اداء بر خوردار نمی باشد، زیرا اهلیت وجوب عمومی تر است. همچنان ممکن است شخصی باشد که توانایی و اهلیت وجوب را داشته باشد و اما اهلیت اداء را نداشته باشد.

وجود برخی از حقوق به وجود آورندهء رابطه میان اهلیت وجوب و اهلیت اداء است، مثل عبادات و عقوبات که جز بالای اشخاص که اهلیت اداء دارند لازم نمی باشد؛ زیرا هدف از لزوم آن، ادا به اختیار انسان است.<sup>(۲)</sup>

## مطلب دوم: مفهوم عوارض و انواع آن در فقه وقانون

### فرع اول: مفهوم عوارض

الف. تعریف عوارض در لغت: عوارض که جمع آن عارض است در لغت بمعانی مثل؛ حادثه، مانع و امر عارض و بی دوام و آنچه غیر جوهری باشد، آمده است.<sup>(۳)</sup>

این معنی در قول الله متعال نیز منعکس شده است طوری که می فرماید: { فَلَمَّا رَأَوْهُ عَارِضًا مُسْتَقْبِلَ أَوْدِيَّتِهِمْ قَالُوا هَذَا عَارِضٌ مُّمْطِرُنَا... }<sup>(۴)</sup>

ترجمه: هنگامی که آن (عذاب الهی) را بصورت ابر دیدند که بسوی دره‌ها در حرکت است (از روی خوشی) گفتند: این ابری است که بر ما می بارد!

در اینجا عارض عبارت از ابری است که در آفق آسمان ظاهر و نمایان گردد.<sup>(۵)</sup>

ب. تعریف اصطلاحی عوارض: علماء عوارض اهلیت را با این عبارت تعریف کردند، عوارض در اصطلاح عبارت اند از: « امور لها تأثير في منع أو تغيير أحكام الأهلية عن الثبوت كلياً أو جزئياً ».<sup>(۶)</sup>

۱. راجعی، احمد بن عبد الله، عوارض الأهلية السماوية و أثرها في باب المعاملات، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، (۱۴۳۴ هـ ق)، ص ۲۵.

۲. عجلانی، عبدالله. الاهلية في الشريعة الإسلامية. جامعة ملك فهد، سعودی، ص ۲۲.

۳. طبرانی، سلیمان ابن احمد، معجم الوسيط، ج ۲، ص ۵۹۱۴.

۴. سوره احقاف، آیه: ۲۴.

۵. ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۱۶۹.

۶. تفتازانی، شرح التلویح علی التوضیح، ج ۲ ص ۳۳۰.

ترجمه: عوارض عبارت اموری است که در صورت طاری شدن آنها بر کسی، سبب منع یا تغییر ثبوت بعضی از احکام اهلیت بر عارض شونده می گردد، این عوارض یا به صورت کلی و یا به صورت جزئی، پیش می آید.

این عوارض یا از بین برنده اهلیت وجوب است، مانند موت، و اهلیت اداء مانند نوم، اغماء و یا هم تغییر دهنده برخی از احکام اهلیت اداء است همراه با بقای هر دو نوع اهلیت، مانند سفر.

در این تعریف، مراد از «امور» همان عوارض اهلیت است چه سماوی باشد، از قبیل، صغیر، جنون، نسیان، نوم، اغماء... و مرگ است و یا اکتسابی می باشد، مثل، جهل، سکر و إکراه و مراد از «لها تأثیر» یعنی این امور در اهلیت انسان تأثیر دارد، و این تأثیرات آن نسبت به انواع عوارض متفاوت می باشد، برخی آن به تنهایی هر دو اهلیت را طور کلی زائل می سازد. مانند؛ مرگ.

و برخی این عوارض تنها اهلیت اداء را از بین می برد مانند؛ اغماء و خواب. و برخی از این عوارض بالای بعضی از احکام تأثیر دارد، و آنرا تغییر میدهد اما اصل اهلیت باقی می باشد.<sup>(۱)</sup>

همچنان مراد از (فی منع أو تغییر احکام الأهلیه) یعنی: عدم اعطای صلاحیت حق اثبات احکام که متعلق به اهلیت است، مانند ملزم شدن به انجام کاری از طرف کسی گردد، یا نسبت به حقی کسی التزام داشتن، بخاطر فاقد هر دو اهلیت می باشد، مانند مرگ، یا انقضاء آن مانند خواب.

و مراد از (کلیاً) این تغییر یا بصورت کلی در اهلیت شخص وارد می شود، مانند مرگ و یا بصورت جزئی وارد می شود، مانند خواب یا اغماء.<sup>(۲)</sup>

## فرع دوم: انواع عوارض

### الف. عوارض سماوی

تعریف عوارض سماوی: عوارض سماوی عبارت از اموری هستند که انسان در وقوع آنها نقشی نداشته و ثبوت آن در اختیار شارع مقدس می باشد. از همین رو به سماء (آسمان) نسبت داده شده است؛ زیرا چیزهایی که انسان در آن اختیاری ندارد، به آسمان منسوب می شوند.<sup>(۳)</sup>

انواع عوارض سماوی: عوارض سماوی اهلیت از دو بعد قابل تقسیم است، یکی از لحاظ جسمانی که حاوی (صغر، حیض و نفاس، مرض و موت) می گردد.

و دیگر از لحاظ عقلانی است که شامل (جنون، عته، نسیان و نوم) می باشد. از اینکه جسم در ساختار انسان مقدم بر عقل بودن است به همین لحاظ در کتابها ابتدا عوارض سماوی ذکر می شود.

۱. ابن امیرحاج، أبو عبد الله، شمس الدین محمد بن محمد المعروف بابن امیر حاج، التقرير والتحریر، الناشر: دار الکتب العلمیة، الطبع الثانی، (۱۹۸۳ م) ج ۲، ص ۱۷۱-۱۷۲.

۲. راجعی، احمد بن عبدالله، عوارض الأهلیة السماویة و أثرها فی باب المعاملات، رسالة مقدمة لنیل درجة الماجستير، به جامعه ام القرى، تاریخ دفاع (۲۰۱۳ م) ص ۲۷.

۳. بخاری، کشف الأسرار شرح أصول البزدوی، ج ۴، ص ۲۶۳.

به صورت عموم، عوارض سماوی بر یازده نوع آتی تقسیم می شود: صغر، جنون، عته (کودن بودن، سبک مغزی)، نسیان یا فراموشی، خواب و اغماء، بردگی، مریضی، حیض و نفاس و مرگ.<sup>(۱)</sup>

بر این اساس حمل، رضاع و شیخوخه که قریب الی النفاء است، از عوارض جهت داخل بودن در مریضی خارج می شود، با وجود اینکه برخی از احکام فقهی آن متفاوت می باشد.

## ب. عوارض اکتسابی

۱. تعریف عوارض اکتسابی: عوارض اکتسابی عبارت از عوارضی هستند که در کسب و حصول یا ترک و إزالة آنها شخص مؤثره بوده از دایره صلاحیت انسان بیرون نمی باشد.<sup>(۲)</sup>

۲. انواع عوارض اکتسابی: عوارض اکتسابی بر دو نوع تقسیم می گردد:

- عوارضی که از طرف خود انسان است یا به عبارت دیگر عوارض اکتسابی که اراده و اختیار انسان در ایجاد آن موثر می باشد، این نوع عوارض عبارت اند از: جهل و نادانی، سکر و مستی، شوخی و یاوه، سفه و سبکی، سفر و خطأ.

- عوارض و اموری که از طرف غیر بر انسان عارض می شود و آن عبارت از اکراه است.<sup>(۳)</sup>

---

۱. تلویح علی التوضیح، ج۲، ص۱۷۲.

۲. ابن امیر الحاج، التقرير والتحریر فی علم الأصول، ج۲، ص۱۷۲.

۳. تفتازانی، شرح التلویح علی التوضیح، ج۲، ص۱۶۷.

## مبحث دوم

### مفهوم اشتباه و فراموشی و الفاظ مرتبط به آنها

اشتباه نمایش نادرست واقعیت در ذهن انسان و در شمار پدیده های ذهنی روانی به شمار می آید، پس در بررسی چگونگی تأثیر اشتباه بر اراده لازم است از آن مراحل مختلف ذهنی که به اراده منتهی می شوند مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

#### مطلب اول: مفهوم اشتباه

الف. اشتباه در لغت: اشتباه در لغت بر وزن افتعال بوده بمعنی التباس و اختلاط بوده و مصدر آن اشتبه الأمر، یشتهه، اشتباهاً است و اصل کلمه به معنای چیزی را به جای چیز دیگر قرار دادن آمده است.<sup>(۱)</sup>

برخی از اهل لغت تفاوت خطا و اشتباه را این دانسته اند که منشأ خطا ذهن، لیکن منشأ اشتباه زبان است؛ هر چند هر یک به جای دیگری نیز به کار می رود.<sup>(۲)</sup>

ب: اشتباه در اصطلاح: اشتباه در اصطلاح جمهور فقهاء با لفظ خطأ مساوی و یکسان تلقی می شود، ابن نجیم -رحمه الله-<sup>(۳)</sup> یکی از فقهاء حنفی چنین تعریف کرده اند. «تصور النشء علی خلاف ما هو علیه»<sup>(۴)</sup>

ترجمه: اشتباه عبارت از تصور کردن چیزی خلاف آن چه که واقعیت آن است، می باشد. دکتر مصطفی احمد زرقا -رحمه الله-<sup>(۵)</sup> اشتباه را این گونه تعریف می نمایند. «توهمی که در آن یکی از طرفین عقد چیزی غیر از واقعیت را واقعی تصور می کند که او را به انعقاد عقد می کشاند و اگر این توهم نمی بود او به انجام آن عقد اقدام نمی کرد».<sup>(۶)</sup>

اما فقهاء قدیم کدام مورد خاصی را زیر نام اشتباه یا غلطی در عقود در مبحثی مستقلی ذکر نکردند، از جهت اینکه فقه اسلامی دارای گرایش عینی واضحی دارد، از اینرو مشکل است که

<sup>۱</sup> ابن فارس، معجم المقایس اللغة، ج ۳، ص ۲۴۳.

<sup>۲</sup> عبدالمنعم، دکتور محمود عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهية، الناشر: دار الفضيلة، (ب ت)، ج ۲، ص ۳۹.

<sup>۳</sup> او زین الدین إبراهیم بن محمد الشهیر، معروف به ابن نجیم بوده که از مشاهیر علماء فقیه و اصولی حنفی می باشد، وی در سنه ۹۲۶ هـ درقاره متولد شده است، وی تألیفات زیادی در عرصه های مختلف فقهی، اصول، قواعد فقهی.. دارد، که از جمله میتواند: الأشباه والنظائر، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، الفوائد الزینیه فی فقه الحنفیه، شرح المنار .. نام برد، ودر سال ۹۷۰ هـ وفات نموده است، نگاه کنید به کتاب: التعليقات السنیه بحاشیه الفوائد البهیة ص ۱۳۴.

<sup>۴</sup> ابن نجیم، زین الدین بن إبراهیم بن محمد، الأشباه والنظائر، دار الفکر - سوریه، طبع چهارم، ج ۲، ص ۱۲۱.

<sup>۵</sup> زرقاء، شیخ مصطفی احمد، یکی از علماء شریعت اسلامی در زمان معاصر می باشد که در ۱۳۲۲ هـ درشهر حلب سوریا در یک خانواده اهل علم متولد شده است، بارزترین استادان او پدرش و جد او می باشد که وی در رشته های شرعیات، قانون و ادبیات اسناد تحصیلی دارند، همچنان او عضویت فعال در مجامع علمی و تحقیقی داشته که از مؤلفات وی کتاب های: المدخل الفقهی العام، و المدخل إلی نظریه التزام و احکام الأوقاف را می توان نام برد. نگاه شود: به مقدمه (فتاوی مصطفی الزرقا)، که مجد احمد مکی ترتیب نموده است، ص ۲۱-۶۵.

<sup>۶</sup> زرقا، مصطفی احمد، (۱۴۱۸ هـ)، المدخل الفقهی العام، دار القلم، دمشق - سوریه، طبع اول، ص ۴۷۳.

اشتباه و غلطی در بحث واحدی یافت شود، لیکن در جوانب متفرقه تحت عنوان خیار عیب، خیار رؤیت و خیار وصف بیان نموده اند.

ولکن همه این موارد تحت عنوان نظریه غلط و اشتباه باهم وصل می گردند.<sup>(۱)</sup>

### مطلب دوم: مفهوم فراموشی یا نسیان

الف: نسیان در لغت: نسیان به زبان فارسی فراموشی است و در لغت مصدر فعل -نسی- عبارت از ضد ذکر و حفظ است. طوری گفته می شود، «رجل نسیان». یعنی شخص بیش از حد فراموشکار.<sup>(۲)</sup>

برخی واژه انسان را از نسیان مشتق می دانند که انسان در اصل انسیان بوده، همانگونه ها زمانی که قصد سفر نمایند، میگویند انساء خود را نگاه کنید به این معناست که اشیائی بی ارزش هستند که اهمیّت زیادی ندارند به این دلیل از ذهن فراموش شوند و نسی غافل شدن از شیء حقیر است.<sup>(۳)</sup>

ابن فارس<sup>(۴)</sup> در لغت نامه خود در این مورد می گوید: «نسیان در واقع دو اصل صحیح دارد، یکی دلالت بر إغفال و بی اعتنائی شیء می نماید و دیگری دلالت بر ترک چیزی دلالت می کند، نسیان آن چیزی است که اشخاص در هنگام سفر فراموش میکنند».<sup>(۵)</sup>

ب: نسیان در اصطلاح: در مورد تعریف اصطلاحی نسیان علماء تعریفاتى را ارائه نمودند، از جمله آنها: راغب اصفهانی<sup>(۶)</sup> می گوید: «النسیان ترک الإنسان ضبط ما استودع إما لضعف قلبه و إما عن غفلة و إما عن قصد حتى ينحذف عن القلب ذكره».<sup>(۷)</sup>

ترجمه: نسیان عبارت اند از ترک کردن انسان چیزی را به او سپرده شده است این ترک یا خاطر ضعف قلب یا از روی غفلت و یا عمدتاً صورت می پذیرد تا یادش از دل منحرف شود.

ابن عاشور<sup>(۸)</sup> می گوید: «النسیان هو ذهاب الأمر المعلوم من حافظه الإنسان لضعف الذهن أو الغفلة»<sup>(۹)</sup>

۱. الرویلى، متعب بن سعدی، التراضی فی عقود المبادلات المالیة: مقارنة بین الفقه الاسلامی والفقه الوضعی، رساله دكتوراه، جامعة أم درمان الاسلامیة، (۲۰۰۹) ص ۴۴۲.

۲. فیروز آبادی، مجدالدین ابوطاهر محمد بن یعقوب بن ابراهیم، قاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بیروت، ص ۱۵۴.

۳. ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۳، ص ۳۲۴.

۴. ابوالحسن احمد بن فارس بن زکریا بن محمد حبیب الرازی اللغوی است که در سال ۳۲۹ هـ تولد شده، وی در علوم مختلف امام بوده خصوصاً در علم اللغة، وی در سال ۳۹۵ هـ درگذشته است. از تألیفات وی (المجمل) و (مقاییس اللغة) و غیره کتب می باشد. اعلام زرکلی، ج ۱، ص ۱۹۳.

۵. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زکریاء القزوینی الرازی، أبو الحسین (المتوفی: ۳۹۵ هـ)، مقاییس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، ج ۵، ص ۴۲۱.

۶. حسین، محمد بن مفضل، أبو القاسم الأصفهانی، مشهور به راغب اصفهانی، شخص ادیب، از حکماء العلماء است از اصفهان بوده و در بغداد زندگی نموده است وی هم قرن با امام غزالی بوده در سال ۵۰۲ هـ وفات نموده است و از جمله کتاب های او المفردات، و محاضرات الأدباء می باشد. نگاه کنید به الأعلام للزکلی، ج ۲، ص ۲۵۵.

۷. راغب اصفهانی، محمد بن مفضل أبو القاسم الأصفهانی، (۱۴۰۴ هـ ق)، المفردات فی غریب القرآن، الناشر: دفتر نشر الكتاب، (ب ت)، ص ۴۹۱.

۸. ابن عاشور: محمّد طاهر بن محمد بن محمد طاهر بن عاشور، مشهور به «طاهر بن عاشور» در سال ۱۲۹۶ هجری در «مرسی» منطقه‌ای از مناطق پایتخت تونس دیده به جهان گشود، وی یکی از عالمان خاندان «آل عاشور» بوده که در سال (۱۳۹۳ هـ) وفات نموده است وی یکی از دانشمندان علم مقاصد الشریعه است، از تألیفات او: تفسیر التحرير والتنویر، أصول النظام الإجتماعی فی الإسلام، مقاصد الشریعة الإسلامیة. ابن عاشور در لغت، نحو، ادبیات، علوم و معارف نوین عصر، تاریخ و دیگر علوم اسلامی و قرآنی دست داشت و در تفسیر قرآن میرز بود. «التحریر و التنویر» از مشهورترین و کاملترین تفاسیر مغرب اسلامی در قرن چهاردهم هجری به شمار می رود.

۹. ابن عاشور، محمد طاهر بن محمد، التحرير و التنویر، ناشر: دار التونسیه للنشر، تونس، ج ۱، ص ۴۷۵.

ترجمه: نسیان عبارت از رفتن یک امر معلوم از حافظه انسان است یا بخاطر ضعیف بودن ذهن شخص یا بخاطر غفلت آن، از او امر می باشد.

اینجا نسیان مرادف سهو ذکر شده و گفته شده که سهو عبارت از غفلت اندکی است که با کمترین تنبه به یاد می آورد و اما نسیان زوال کلی چیزی از ذهن انسان است.<sup>(۱)</sup> اما در تفاوت سهو و نسیان برخی معتقدند سهو، زایل شدن صورت از قوه مدرکه همراه با بقای بقای آن در حافظه و نسیان از بین رفتن هردوی آنها با یکدیگر است.<sup>(۲)</sup> لازم به ذکر است که بین معنای هر دو کدام تفاوت خاص دیده نمی شود طوری که نسیان در لغت منحصر به دو معنی گردیده است، یکی ترک و پایان دادن و بمعنی مخالف حفظ و ذکر است.

### مطلب سوم : منشأ اشتباه و نسیان

برای ایجاد اشتباه و نسیان عوامل مختلفی تأثیرگذار است که اشتباه به دلیل یک یا چند عامل به وجود می آید.

برای اینکه فهم صحیحی نسبت به یک مسئله درون انسان اتفاق بیفتد ما نیاز داریم که به ریشه یابی آن مفهوم پردازیم تا توسط تشریح آن مفاهیم، مسئله واضح گردد:

**الف. شک:** برای واژه ی شک معانی مختلفی بیان شده از جمله مخالف یقین بیان شده است.<sup>(۳)</sup> شک حالت نفسانی است که ذهن به وسیله او بین اثبات و نفی متردید می شود. شک به دلیل شباهت و التباس دو چیز به وجود می آید و فرق نمیکند دو طرف مساوی باشند یا یک طرف قابل ترجیح باشد.<sup>(۴)</sup>

شک مساوی بودن دو چیز متناقض می باشد و این مسئله گاهی برای انسان به دلیل وجود دو اماره مساوی یا به دلیل عدم وجود هیچ اماره‌ای در میان دو مسئله ایجاد می شود که گاهی اوقات در جنس یا صفات دو شیء می باشد و به نوعی میتوان گفت شک همان جهل و یا اخص از جهل می باشد و به همین دلیل است که به عدم علم به دو چیز متناقض جهل گفته می شود و به عبارتی درست تر هر شکمی همان جهل است اما هر جهلی شک نیست.<sup>(۵)</sup>

۱. همان ج۱، ص۴۵۹.

۲. ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبد العزیز الدمشقی الحنفی، (۱۲۵۲هـ)، رد المحتار علی الدر المختار، دار الفکر للطباعة - بیروت، الطبع الثانی، (۱۹۹۲م)، ج۷، ص۲۷۵.

۳. فارابی، أبو نصر إسماعیل بن حماد الجوهري الفارابی، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، الناشر: دار العلم للملايين - بیروت، طبع الرابع، (۱۹۸۷م)، ج۴، ص۲۲۳۶.

۴. فیومی، احمد بن محمد، (۱۳۹۸هـ ق)، المصباح المنیر، انتشارات: دار الکتب العلمیة، بیروت طبع اول، ج۱، ص۳۲۰.

۵. راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، ج۱، ص۲۶۵.

همانطور که بیان شد شک، در زمان متردد بودن شخص بین دو چیز ایجاد خواهد شد که در علم اصول طُرق عقلی برای برطرف شدن آنها بیان شده است که به اصول عملیه تعبیر می شوند. اصول عملیه در زندگی روزمره انسان قابل اجرا هستند و این قواعد فقط در بستر استنباط احکام شرعی مورد استعمال نیستند و در زندگی اجتماعی می توانند مورد استفاده قرار بگیرند.

ب. نسیان: یکی از ریشه های ایجاد اشتباه، نسیان می باشد که نسیان ضد ذکر است.<sup>(۱)</sup> عوامل مختلفی میتواند موجب ایجاد نسیان در انسان شود همچنان که برخی نویسندگان بدان اشاره نمودند نسیان به دلیل ضعیف بودن قلب (ضعف حافظه) یا غفلت در انسان ایجاد می شود.<sup>(۲)</sup>

نسیان در اصطلاح فراموشی ای است که بدون اراده برای انسان حادث می شود که از آنچه در ذهن داشته غافل می شود، و برای واژه جهل هم نسیان استعمال شده و عده ای جهل بسیط بعد از علم را فراموشی میدانند و همچنین جهل انسان به مطالب بسیاری که شخص آموخته است.<sup>(۳)</sup>

ج. جهل: برای جهل معانی مختلفی را بیان نموده اند، مثل: جهل ضد معرفت و نقیض علم است.<sup>(۴)</sup>

برخی لغویین براین نظراند که سهو متضاد ذکر و علم متضاد جهل و جهل با ذکر قابل جمع شدن می باشد، و شک نوعی جهل است و بلکه اخص از جهل می باشد، اما برخی دیگر از لغویین اینگونه بیان نموده اند که سهو متضاد ذکر است و علم متضاد جهل و جهل با ذکر قابل جمع شدن می باشد.<sup>(۵)</sup>

در معنی اصطلاحی جهل نظریات متعدد از علماء وارد شده که برخی آن را ذکر می نمایم: راغب اصفهانی یکی از دانشمندان اهل لغت در مورد معنی جهل می گوید: جهل بر سه نوع است:

---

۱. ابن فارس، مقاییس اللغة، ج۱، ص۸۶۶.  
۲. ابن عاشور، التحرير و التنوير، ج۱، ص ۴۷۵.  
۳. بخاری، كشف الأسرار علی اصول البزدوی، ج۴، ص۴۵۵.  
۴. ابن منظور، لسان العرب، ج۱، ص ۴۸۰.  
۵. عسکری، ابو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعید بن مهران العسکری، (۱۴۱۲ هـ ش)، الفروق اللغویة، دارالعلم و الثقافة للنشر و التوزیع، قاهره، ج۱، ص۴۳.



اول؛ عبارت از خالی بودن نفس از علم است که آن اصل می باشد. و برخی از متکلمین این امر را به مقتضای افعال و اعمال که بی نظم و بی قاعده باشد، معنی کرده اند..

دوم؛ «اعتقاد الشیء بخالف ما هو علیه». یعنی باور داشتن به چیزی خلاف آنچه او هست.

سوم؛ انجام کاری است غیر از آنچه استحقاق آن را دارد، برابر است که این فعل با اعتقاد صحیح انجام شود با اعتقاد فاسد، مانند ترک کردن نماز فرضی از روی عمد.<sup>(۱)</sup>

طوری که الله متعال می فرماید: { .. قَالُوا أَتَتَّخِذُنَا هُزُوًا قَالَ أَعُوذُ بِاللَّهِ أَنْ أَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ }<sup>(۲)</sup>.

ترجمه: گفتند آیا ما را به ریشخند می گیری؟ گفت: به خدا پناه می برم از آنکه از نادانان باشم. یعنی: پس از روی نادانی، عمل استهزاء را انجام دهید.

همچنان ابن نجیم -رحمه الله- در کتاب خود جهل را به دو نوع تقسیم نموده و جهل مرکب را این گونه تعریف می نماید. «الجهل عبارة عن اعتقاد جازم غیر مطابق للواقع»<sup>(۳)</sup>

ترجمه: جهل عبارت است از اعتقاد و باور راسخ که با واقعیت همخوانی نداشته باشد، است. بناءً از نوع سوم فهمیده می شود که جهل همانگونه در مقابل علم است، در برابر مقتضی علم که عبارت از عمل است، قرار دارد.

میان معنی لغوی و اصطلاحی در جهل مناسبت زیادی وجود دارد. آنچه مهم است جهل یکی از علل ایجاد اشتباه در انسانها می باشد. انسان وقتی نسبت به مسئله ای آگاهی ندارد و این میزان جهل به هر میزانی باشد انسان را دچار اشتباه در محاسبه میکند و لذا موجب خلل در تصمیم و قصد انسان می شود و از این جهت دارای اهمیت است.

د. سهو: سهو در کتاب های علماء لغت به معنای فراموش کردن، غافل شدن از چیز معلوم و یا زوال یک مسئله از قلب آمده است.<sup>(۴)</sup>

برخی اینگونه بیان نموده که سهو بر دو قسم است:

اول مسئله در ذهن وجود دارد سپس فراموش میشود که به این مسئله سهو و نسیان اطلاق می شود. و دومی گاهی اوقات ابتدا در ذهن مسئله ای وجود ندارد که صرفاً به این مسئله سهو گفته می شود.

۱. راغب، مفردات الفاظ القرآن، ص ۲۰۹.

۲. سوره بقره، آیه ۶۷.

۳. ابن نجیم، الأشباه والنظائر، ص ۳۰۳.

۴. ابن منظور، لسان العرب، ج ۶، ص ۴۱۴.

هرگاهی که در مباحث فقهی، وقتی از سهو سخن گفته می شود؛ نسیان را هم در بر می گیرد؛ یعنی مکلف کاری را از روی غفلت یا فراموشی انجام داده و یا ترک می کند.<sup>(۱)</sup> کلمه سهو بیشتر در فقه عبادات و علم اخلاق و مباحث اعتقادی مورد استعمال قرار گرفته است. برای کلمه سهو تعاریف مختلفی بیان شده از جمله سهو از بین رفتن اشکال علمی از وجود انسان است به صورتی که بدون نیاز به تلاش زیاد با اندکی تأمل ودقت کردن در ذهن انسان تداعی شود.

هـ غفلت: برای واژه غفلت معانی گوناگون بیان شده است، از جمله غفلت به معنی بی خبری، جهل، فراموشکاری، اهمال و اشتباه ناشی از کمبودی حافظه است. همچنان غفلت عبارت از سهوی که در دورن انسان ایجاد می شود و علت آن کم بودن حافظه است که در نتیجه موجب غافل شدن عقل از چیزی می شود.<sup>(۲)</sup> اما غفلت در اصطلاح فقهی ضد فطانت و زیرکی است. مغفل یا شخص به غفلت رفته کسی است که ضبط و و حفظ او دچار اختلال شده باشد. از همین جهت انسان را به تصرفات مفید سوق نمی دهد و نتیجه سادگی، اعتماد و سلامت در قلب این صفت منجر به غبن و فریفته شدن در معاملات گردد.<sup>(۳)</sup>

جمهور فقهاء در مورد تصرفات شخص غافل می گویند: غافل حق تصرف در ثروتش را نداشته، باید محجور قرار داده شود، چنانچه الله متعال می فرماید: { فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ.. }<sup>(۴)</sup>

ترجمه: و اگر مدیون سفیه یا ناتوان (صغیر) است و صلاحیت املا ندارد ولی او به عدل و درستی املا کند. برخی از مفسرین کلمه (ضعیفاً) را به غافل تعبیر کردند. مراد از ضعیفاً صغیر و شخص کهن سال که اختلال عقلی داشته و یا غافل باشد.

و. شبهه: یکی دیگر از عوامل ایجاد اشتباه در انسان که امکان بر هم زدن سیستم محاسباتی انسان را دارد شبهه می باشد. کلمه شبهه در لغت به معنای التباس، شبیه بودن و مثل استعمال شده است.<sup>(۵)</sup>

۱. عبدالمنعم، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهية، ج ۲، ص ۲۴۷.

۲. راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، ج ۱، ص ۶۰۹.

۳. هیتمی، أحمد بن محمد بن علی بن حجر الهیتمی السعدی الأنصاری، (تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الناشر: دار الکتب العلمیة بیروت - لبنان، (ب ت)، ج ۷، ص ۲۲۸.

۴. سوره بقره، آیه: ۲۸۲.

۵. رازی، مختار الصحاح، ج ۱، ص ۱۶۱.

این مسئله در معاملات بسیار شایع است که مشتری کالایی را خرید میکند و در کالا تغییراتی به وجود می آید و کالای جدید به دلیل شباهت داشتن به کالای قبلی مشتری را دچار اشتباه میکند.

شبهه با اشتباه از لحاظ لغوی از یک ریشه بوده و دارای معنای مشترک اند اما از لحاظ اصطلاحی اصطلاحی معنای متفاوت دارند، در استعمال فقهی شبهه عبارت از موارد که حلال و حرام بودن آن یقینی نباشد.<sup>(۱)</sup>

به عبارت دیگر شبهه به چیزی اطلاق می گردد به نظر انسان مشابهت به شیء ثابت می کند در حالی که او شیء ثابت نمی باشد، و برای شبهه بودن آن شیء باید حدس زد.<sup>(۲)</sup>

ز. وهم: وهم در لغت به معنای: غلط، خطا کردن و غفلت می آید.<sup>(۳)</sup>

کلمه توهم هم برگرفته شده از وهم می باشد، گاهی اوقات واژه های تصور و توهم به جای هم استعمال می شوند در حالی بین آنها تفاوت وجود دارد، در حالی که تصور تداعی شیء با علم است و توهم تصور چیزی بدون علم می باشد.<sup>(۴)</sup>

به باور علماء اصول فقه وهم مرجوح بودن یکی از دو طرفی که مورد تردید واقع شده، می باشد.

در هر صورت در اصطلاح علم اصول و یا مطابق قول حکماء وهم می تواند به عنوان یکی از ریشه های اشتباه مورد بررسی قرار بگیرد.

ویکی از ریشه های اشتباه، وهم بوده که کمتر مورد توجه قرار گرفته است که گاهی اوقات انسان بر اساس وهم و تصاویر غیر واقعی از موضوع یک عقد، دچار اشتباه شده و به مقصود خویش در معامله نائل نمی گردد، و حسب شرایط قصد یا رضایت او مختل می گردد.

### مطلب چهارم: الفاظ مرتبط به اشتباه و نسیان

الف. غلطی: غلط در لغت خطأ در شیء را گویند و آن به معنی انجام دادن فعلی بدون قصد می باشد.<sup>(۵)</sup>

همانگونه در آیت مبارکه ذکر شده است که الله متعال می فرماید: { و من قتل مؤمناً خطاءً }<sup>(۶)</sup>

۱. جرجانی، علی بن محمد بن علی زین الشریف، (۱۹۸۳م)، التعريفات، دارالکتب العلمیه بیروت- لبنان، طبع اول، ج ۱-ص ۱۲۴.

۲. ابن نجیم، والأشباه والنظائر علی مذهب ابی حنیفه نعمان، ص ۵۱.

۳. رازی، مختار الصحاح، ج ۱، ص ۳۴۶.

۴. عسکری، ابوهلال، تحقیق محمد ابراهیم سلیم، قاهره: دار العلم و الثقافة للنشر و التوزیع ج ۱، ص ۹۸.

۵. فیروز آبادی، قاموس المحيط، ج ۱، ص ۱۱۶۸.

۶. سوره النساء، آیه ۹۲.

یعنی: کسی بدون عمد و قصد انسان مؤمن را به قتل برساند.

و غلطی در اصطلاح جمهور فقهاء در برابر لفظ خطاء بکار رفته است<sup>(۱)</sup>

برخی غلطی را به ندانستن صحیح یک چیز و اشتباه را افتادن بدون تعمد معنا کرده‌اند که

این صورت غلطی مرادف خطأ می باشد.<sup>(۲)</sup>

ولی برخی دیگر در تفاوت غلط با خطا گفته‌اند: غلط عبارت است از نهادن چیزی در غیر

محلش؛ هرچند ممکن است به خودی خود درست باشد؛ لیکن در خطا نقطه مقابل درست

است.<sup>(۳)</sup>

ب. التباس: التباس در لغت بمعنی إشکال است و فرق بین التباس و اشتباه طوری که در

کتاب «الاشباه و النظائر» ذکر شده است. «اشتباه در موارد است که همراه آن دلیل وجود

دارد، در وقت رفع آن به یکی از احتمالات مراجعه می گردد، در حالی که التباس چیزی است

که هیچ دلیلی ندارد.»<sup>(۴)</sup>

ج. شک: شک در لغت خلاف یقین، و تردد بین دو چیزی است، برابر است که هر دو طرف

شیء متساوی باشد، یا خیر و همچنان یکی از آنها با دیگری قابل ترجیح دادن باشد، یا نباشد.<sup>(۵)</sup>

در اصطلاح علماء اصول فقه، شک عبارت از تردید بین دو چیز است بدون ترجیح دادن

یکی بر دیگری در هنگام شک و آن یکی از اسباب اشتباه به شمار می رود.<sup>(۶)</sup>

د. ظن: ظن در لغت خلاف یقین است، و گاهی بمعنی یقین بکار برده می شود.<sup>(۷)</sup>

طوری که در آیه قرآن کریم ذکر شده است: { الَّذِينَ يَتُؤْنَنَ أَنَّهُمْ مُلَاقُوا رَبِّهِمْ وَأَنَّهُمْ إِلَيْهِ

رَاجِعُونَ }<sup>(۸)</sup>

ترجمه: آنها کسانی هستند که می‌دانند دیدارکننده پروردگار خویش اند، و به سوی

اوباز می‌گردند.

در اصطلاح فقهاء «هُوَ الْإِعْتِقَادُ الرَّاجِحُ مَعَ اِحْتِمَالِ النَّقِيضِ»<sup>(۹)</sup>

۱. ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ج۷، ص۴۲۲.

۲. ابن منظور، لسان العرب، واژه «خطأ».

۳. عسکری، الفروق اللغویة، ج۱، ص۴۱.

۴. ابن نجیم، الاشباه و النظائر، ص۱۰۹.

۵. فیومی، مصباح المنیر، ج۱، ص۳۲۰.

۶. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دار الکتب الإسلامی ج۱، ص۱۴۳. جرجانی، التعریفات، ص۱۲۵.

۷. فیومی، مصباح المنیر، ج۱، ص۸۷۴.

۸. سوره بقره، آیه: ۲۶.

۹. ابن نجیم، الاشباه و النظائر، ص۱۰.

ترجمه: ظن عبارت از راجحترین باور و اعتقاد همراه با احتمال مخالفت باشد و آن یکی از راه های ایجاد اشتباه به شمار می رود.

هـ اکراه: اکراه مصدر ثلاثی مزید از باب افعال بوده و دارای معانی ذیل میباشد: رنج و مشقت، مشقت، هرچیز زشت و ناپسند که انسان به آن مجبور شود، کاری که خلاف رضایت و محبت باشد.<sup>(۱)</sup>

اکراه در کتاب المبسوط چنین تعریف شده است: «الاکراه اسم لفعل یفعله المرء بغيره فینتفی فینتفی به رضاه أو یفسد به اختیاره من غیر ان تنعدم به الاهلیة فی حق المکره أو یسقط عنه الخطاب».<sup>(۲)</sup>

ترجمه: اکراه نام کاری است که شخص نسبت به غیر خود روا می‌دارد تا رضایت او را منتفی ساخته یا اختیارش را سلب کند؛ بدون اینکه اهلیت کار و یا خطاب را از او بگیرد.

## مبحث سوم

### مفهوم عقود، ارکان و انواع آن در فقه و قانون

#### مطلب اول: مفهوم عقد در فقه و قانون

##### فرع اول: تعریف عقد در فقه اسلامی

الف. عقد در لغت: واژه عقد عربی بوده به معانی متعدد آمده است که برخی آنها قرار ذیل ذکر می شود: عقد به معنای گره زدن، بستن و محکم کردن و جمع نمودن بین دو چیز است<sup>(۳)</sup>، طوری که در فرموده الله متعال ذکر شده است، که می فرماید: { وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ }.<sup>(۴)</sup>

ترجمه: و هرگز تصمیم به بستن عقد زوجیت نگیرید تا آنکه عده مقرر به پایان رسد!

امام فخرالدین رازی-رحمه الله-<sup>(۵)</sup> در تفسیر خود در این مورد چنین می فرماید: (اعْلَمُ أَنَّ أَصْلَ

العقد الشد، والعهد والانكحة تسمى عقوداً؛ لأنها تُعقد كما يُعقد الحبل) .<sup>(۶)</sup>

۱. معلوف، لويس، المنجد، ترجمه مصطفی رحیمی اردستانی، تهران، صبا، ۱۳۸۰، چاپ دوم، ج۲، ص۲۵۶.

۲. سرخسی، شمس الدین، المبسوط، ج۱، ص.

۳. طبرانی، معجم الوسیط، ج۲، ص۶۱۴.

۴. سوره بقره، آیه: ۲۳۵.

۵. او ابو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين تيمي، معروف به فخر الدين رازی، و بر وی ابن خطیب الری نیز گفته می شود. امام در تفسیر بوده در سال ۵۴۴ هـ تولد شده است، تصانیف زیادی دارد از جمله آنها: مفاتیح الغیب در تفسیر قرآن، معالم أصول الدين، المحصول فی اصول الفقه. وی در سال ۶۰۶ هـ وفات نموده است. نگاه کنید. به اعلام زرکلی، ج۶، ص۳۱۳.

۶. رازی، فخر الدين، (۱۴۲۰ هـ)، مفاتیح الغیب، دار إحياء التراث العربی - بیروت، طبع دوم - ج۶، ص۴۷۳.

یعنی: بدانید که اصل عقد بستن و گره کردن است و عهود و آنکحه را بخاطر عقد نام گذاری کردند که، چون در ظاهر حال آنها بسته کرده می شوند، مثل طناب بسته شده می شود. همچنان عقد بمعنای عهد و ضمان می آید، طوری قول تعالی: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (۱)

ترجمه: ای مؤمنان! به پیمانها وفا کنید (اعم از عقدها و عهدهای مشروع انسان با انسان، یا انسان با خدا).

مراد از عقود پیمان های است که بین مسلمان و مشرکین صورت گرفته و تمام عقودی که بین انسان و الله متعال و بین انسان فی مابین شان منعقد می گردد.

همچنان عقد به معنای عزم و وجوب نیز آمده است. چنانچه در قول الله متعال ذکر شده است: {لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّعْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ} (۲)

ترجمه: خداوند شما را به خاطر سوگندهای بیهوده و بی اراده مؤاخذه نمی کند، ولی شما را در برابر سوگندهای که از روی قصد و اراده خورده اید مؤاخذه می کند.

و مراد از {بِمَا عَقَدْتُمُ} به تخفیف قاف، واجب گردانیده چیزی بر خود و عزم قلبی است. (۳) از آنچه که در معنی لغوی عقد ذکر شد، معلوم می گردد که عقد بمعنی ربط و پیوند دادن است. برابر است که این پیوند امر حسی باشد، مانند اینکه می گویند: عقد الحبل: دو طرف ریسمان را با هم بستن یا ربط و پیوند معنوی باشد مانند ارتباط اراده دو طرف معامله مانند عقد بیع و عقد نکاح و سایر عقود. برابر است که این از یک جانب باشد. مانند عقد یمین، عقد نیه یا از دو جانب مانند عقد بیع، نکاح و اجاره. (۴)

ب. عقد در اصطلاح فقهی: فقهاء عقدا و قسم تعریف کردند:

۱. عقد بمعنی عام: عبارت از تمام التزامات است که انسان به وفای آن متعهد بوده و برآن حکم شرعی نیز مرتب گردد.

طوری که جصاص - رحمه الله - (۵) در کتاب خود ذکر کرده است. «برابر است که این التزامات از دو جانب باشد، مثل التزامات در بیع، اجاره، نکاح و سایر عقود و معاوضات مالی که به اتفاق دو اراده صورت می گیرد، و یا التزام یکجانبه باشد، شامل عقدی می شود که شخص به عزم

۱. سوره مائده، آیه ۱.

۲. سوره مائده، آیه: ۸۹.

۳. فیروز آبادی، القاموس المحيط، ج ۱، ۳۱۵.

۴. ابن منظور، لسان العرب، ج ۳، ص ۲۹۶-۲۹۷.

۵. هو احمد بن علی، أبو بکر الرازی المعروف بالجصاص من أهل الری. من فقهاء الحنفیة. سكن بغداد ودرس بها. تفقه الجصاص علی أبي سهل الزجاج وعلی أبي الحسن الكرخي، وتفقه علیه الكثيرون. انتهت إليه رئاسة الحنفیة فی وقته. كان إماما، رحل إليه الطلبة من الأفاق. خوطب فی أن یلی القضاء فامتنع، وأعید علیه الخطاب فلم یقبل. من تصانیف: أحكام القرآن و شرح مختصر شیخه أبي الحسن الكرخي و شرح الجامع الصغیر، والأعلام ۱ / ۱۵۶، والبداية والنهاية ۱۱ / ۲۵۶؛

خود فعلی را قصد کند، مانند: وقف، ابراء، طلاق، یمین، نذر، هبه و صدقه که با إرادة انفرادی یک شخص صادر می شود و نیازمند موافقت إرادة طرف مقابل را ندارد.

و همچنان التزام به یک حکم دینی مانند التزام به واجبات و اجتناب از محظورات.<sup>(۱)</sup>

۲. عقد به معنای خاص: عقد به معنای خاص خود، از نظر فقها، محدود به هر ارتباط بین دو کلمه یا دو اراده از طرفین است و این تعهدی است که فقط دو طرف به آن دست می یابند تا حقوق و تکالیف متقابل ایجاد کند و آثار معینی به بار آورد و آن چیزی است که حضور دو طرف برای انعقاد تعهد لازم است پس یکی از آنها متعهد می شود به چیزی در مقابل تعهد دیگری دیگری به چیزی که در مقابل تعهد او است.<sup>(۲)</sup>

با این حال، فقهاء در مورد تعریف عقد بمفهوم خاص عبارات مختلف ذکر کردند طور ذیل:

ابن نجیم -رحمه الله- از فقهاء حنفی در کتاب خود «البحر الرائق شرح کنز الدقائق» عقد را این گونه تعریف نموده است: «العقد هو تعلق کلام احدِ العاقدین بالآخرِ شرعاً علی وجهٍ يظهر أثره فی المحل.»<sup>(۳)</sup>

ترجمه: عبارت از ارتباط کلام یکی از عاقدین بر دیگری که او مشروع باشد بگونه که در محل عقد آثار آن ظاهر و هویدا گردد.

شیرازی -رحمه الله-<sup>(۴)</sup> از فقهاء شافعی، این گونه تعریف می نماید: «هوار تباط إيجاب بقبول بوجه معتبر شرعاً.»<sup>(۵)</sup>

ترجمه: عقد عبارت است از ارتباط ایجاب و قبول بگونه مخصوص که شرعاً معتبر است.

همچنان ابن قدامه -رحمه الله-<sup>(۶)</sup> از فقهاء حنبلی، عقد را این گونه تعریف کرده است. «العقد الإيجاب و القبول.»<sup>(۷)</sup> ترجمه: عقد عبارت است از ایجاب و قبول است.

مجله الأحكام العدلیه نیز در ماده (۱۰۴) خود عقد را این گونه تعریف نموده است. «تعلق کل من الإيجاب والقبول بالآخر علی وجه مشروع يظهر أثرهما فی متعلقهم.»<sup>(۸)</sup>

۱. جصاص، أحمد بن علی أبو بکر، رازی، (۱۴۱۵هـ)، أحكام القرآن، دار الکتب العلمیة بیروت - لبنان، طبع اول، ج۲، ص۲۹۴.

۲. ابوزهره، الملکیة و نظریة العقد، ص ۱۷۳.

۳. ابن نجیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج۵، ص ۲۸۳.

۴. او ابو اسحاق ابراهیم بن علی بن یوسف شیرازی، از کبار فقهاء شافعی است که از تصانیف او می توان، المذهب، التنبه فی الفقه، اللمع و شروحا فی الاصول و النکت فی فی الخلاف نام برد، وی در سال (۳۹۳هـ) تولد شده و در سال (۴۷۶هـ) در بغداد وفات نموده است. نگاه شود به، این خلکان، وفيات الأعیان، ج۱، ص ۳۰.

۵. شیرازی، المذهب، ج۲، ص ۳۲.

۶. ابن قدامه، ابو محمد موفق الدین، عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسی، از کبائر فقهاء مذهب حنبلی است و تصانیف زیادی، در عرصه های فقه، حدیث و اصول دارد، از جمله تصانیف او: المغنی فی الفقه، الکافی فی الفقه، و روضه الناظر و جنه المناظر فی الاصول، در سال (۵۴۱هـ) تولد شده و در سال (۶۲۰هـ) وفات نموده است. برای بیشتر دیده شود: ابن رجب، حافظ عبدالرحمن، بن شهاب الدین احمد بغدادی، الذیل علی طبقات الحنابله، دار المعرفه، بیروت، لبنان ج۲، ص ۱۳۳.

۷. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج۵، ص ۶۵.

۸. رستم باز، سلیم، مجله الأحكام العدلیه، ماده های (۱۰۴)

عقد عبارت از تعلق و ارتباط هر یک از ایجاب و قبول به یکدیگر به صورت مشروع باشد و کدام از ایجاب و قبول اثر خود را در متعلقات خود به جای بگذارد. بعد از تدقیق و بررسی تمام تعاریف قبلی و سابقه به نظر می‌رسد که آنها از نظر معنایی تقریباً موافق همدیگر هستند با وجود که در شواهد لفظی اختلاف نظر وجود دارد. همه آنها به طور کلی دلالت بر این دارند که دو طرف عقد به ایجاب و قبول به نحو مشروع یا مطابق عرف شرعی مقید هستند.

تعریقی مختار: با وجود این از نظر الفاظ و مفهوم راجح به نظر می‌رسد.

« ارتباط ایجاب بقبول علی وجه مشروع یثبت اثره فی محله »<sup>(۱)</sup>

واین همان معنای خاص عقد نزد عموم فقهاء است که شائع و متداول می‌باشد. و مقصود ما هم در بحث عقد به معنی خاص، همین تعریف می‌باشد. در این تعریف عقد با اراده دو طرف آن، منعقد می‌گردد، همراه با توافر شروط شرعی که در آن مقیده شده است، و ظاهر شدن حکم در محل آن که عبارت از عوضین می‌باشد، طوری که انتقال ملکیت از بایع به مشتری و استبداد بایع به ثمن صورت بگیرد.

### فرع دوم: تعریف عقد در قانون مدنی

برخی دانشمندان قانون عقد را این گونه تعریف کردند، « اتفاق شخص او اکثر مع شخص آخر او اکثر علی التمهید بتحصول منفعة شرعیة للمتعهده له »<sup>(۲)</sup> ترجمه: توافق یک یا چند نفر با یک یا چند نفر دیگر برای التزام برای کسب منفعت مشروع برای شخصی که متعهد له در آن عقد می‌باشد.

یا عقد با این عبارت تعریف شده است، « توافق إرادتين علی إحداث أثر قانونی »<sup>(۳)</sup>.

ترجمه عقد عبارت از توافق دو اراده به ایجاد و انشاء یک اثر قانونی است.

از دیدگاه برخی از شراح قانون، عقد این گونه تعریف شده است. « عبارت است از توافق دو اراده است برای ایجاد یک اثر قانونی، برابر است که این اثر انشاء و ایجاد التزام باشد، یا نقل و انتقال آن باشد، یا تعدیل آن و یا هم إنهاء و پایان دان آن باشد »<sup>(۴)</sup>.

۱. زرقا، المدخل الفقی العام، ج ۱، ص ۲۹۱.

۲. زغلول، أحمد، شرح القانون المدني، دار المعارف، مصر، (۱۹۸۰م)، ص ۱۲۷.

۳. محمود، همام محمد، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ۲۳۱.

۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني، نظریة الالتزام بوجه عام، ج ۱- ص ۱۳۷.



و قانون مدنی کشور ما نیز در ماده (۴۷۹۰) عقد را چنین تعریف نموده است. «عقد عبارت از توافق دو ارادلبه است به ایجاد، یا تعدیل، یا نقل و یا ازاله حق در حدود قانون».<sup>(۱)</sup> بنابراین، از مجموعه تعاریفات از قانون در مورد عقد صورت گرفته است، چنین بر می آید که عقد عبارت از یک تصرف حقوقی است که به توافق دو یا چند اراده صورت گرفته و باعث ایجاد، انتقال، تغییر یا اسقاط یک حق یا وجیبه می گردد.

### فرع سوم: مقایسه بین تعریف فقه و قانون مدنی

در قانون مدنی کشور در تعریف عقد آمده است. ( توافق دو اراده) با این کلمه عقد به معنی عام خارج می شود چون عقد به معنی عام با اراده انفرادی متحقق می شود و احتیاج به توافق جانب دیگری نیست و عقد بمعنی عام در قانون عقد شمرده نشده است.

در تعریف عقد به معنی خاص از فقها آمده است که اثر خود را در محل ثابت نماید و در قانون هم به همین معنی آمده است. (به ایجاد حق یا تعدیل) یعنی با ایجاد و انشاء عقد اثر را در محل ثابت می کند.

و در قانون ذکر شده که توافق دو اراده به ایجاد حق، طور مثال دو شخص با رضایت خود موافقه می کنند که یک معامله نماید. بناءً بین آنها با انشاء عقد حق ایجاد می شود که قبلاً نبوده است.

در عبارت فقهاء آمده (یثبت أثره فی محل العقد) اما متن قانون افاده می کند که ثبوت اثر در محل عقد، یا با ایجاد و انشاء عقد و التزامات می شود، یا با تعدیل یا با نقل یا با ازاله التزامات صورت می گیرد.

در تعریف فقهاء آمده (علی وجه مشروع) باید عقد بر وفق شریعت اسلامی باشد. و قانون هم توافق دو اراده را مقید به حدود قانون نموده است.

(در حدود قانون) یعنی: تعریف فقهاء از عقد کردند و تعریف که قانون مدنی از عقد نموده هر دو مطابقت دارد. هر دو یک مفهوم را افاده می کند.

و اما قانون عقد به معنی عام را که فقها آن را عقد می نامند، در حالی که مشرحین قانون آن را از جمله عقود نمی شمارند.

۱. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۴۹۷).

## مطلب دوم: ارکان عقد در فقه وقانون

### فرع اول: ارکان عقد در فقه اسلامی

ارکان جمع رکن است، و رکن در لغت جانب قوی یک شیء که وجود و عدم آن متوقف بر وجود رکن شیء است، مانند تکبیر تحریمه به نسبت نماز، دیوارها نسبت به سقف اطاق و بالنسبه عقد. و در اصطلاح فقهی رکن عبارت است از « ما یتقوم به الشیء ای یدخل فی قوامه فیکون جزءاً من الماهیة »<sup>(۱)</sup>.

یعنی: رکن عبارت از پایه های اصلی و اساسی شیء است که از اجزای داخلی و ماهیت آن شمره می شود.

ولی فقهاء در مورد تحدید و تعیین ارکان عقد به دو نظر متفاوت ذیل، اختلاف نموده اند: الف. دیدگاه فقهاء احناف: از دیدگاه فقهاء حنفی همهء عقود دارای یک رکن است، و آن عبارت اند از صیغه می باشد که آن به ایجاب و قبول تعبیر می گردد، و هر آنچه قایم مقام آن دو قرار بگیرد، است.<sup>(۲)</sup>

و اما عاقدین، و محل عقد از مقومات عقد به شمار می رود که عقد بدون تصور وجود آنها به وجود نمی آید؛ زیرا وجود ایجاب و قبول مستلزم عاقدین است و محل عقد، جای است که اثر و نتایج ارتباط ایجاب و قبول بین عاقدین در آن ظاهر می گردد.<sup>(۳)</sup>

ب. دیدگاه جمهور فقهاء: جمهور فقهاء اعم از شافعی<sup>(۴)</sup>، مالکی<sup>(۵)</sup>، و حنبلی<sup>(۶)</sup> به این باور اند که، ارکان عقد عبارت از: عاقدین، صیغه، و محل عقد می باشد. در حقیقت ارکان عقد همین سه می باشد، اما اینکه هر کدام آن جدا جدا شمرده شود، مثلاً ایجاب را یک رکن و قبول را رکن دیگر، در اینصورت نسبت به شمارش هر مذهب فرق می کند، بجز احناف، چون احناف فقط صیغه را از در عقد رکن می شمارند، زیرا آنها و عاقدین و معقود علیه را از جمله شروط لازمی عقد می شمارند، اما می گویند که: باید عاقدین و محل عقد موجود باشد در غیر آن عقد صورت نمی گیرد.<sup>(۷)</sup>

### فرع دوم: ارکان عقد در قانون مدنی

۱. فیروز آبادی، القاموس المحیط، ج ۴، ص ۲۲۹. ماده رکن.
۲. کاسانی، علاء الدین، أبو بکر بن مسعود بن أحمد الکاسانی الحنفی (المتوفی: ۵۸۷هـ)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دار الکتب العلمیة، طبع دوم، ج ۵، ص ۱۳۳.
۳. جستیه، حنان بنت محمد حسین، أقسام عقود در فقه اسلامی، بحث مقدم لنیل الماجستير فی الفقه، بجامعه ام القرى، عام (۱۴۱۸ ق) ج ۱، ص ۵۷.
۴. شربینی، شمس الدین، محمد بن أحمد خطیب، (۱۴۱۵هـ)، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، دار الکتب العلمیة، طبع اول، (۱۹۹۴م)، ج ۲، ص ۳۲۲.
۵. غرناطی، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الکلبی الغرناطی (۲۰۱۵م)، القوانين الفقهیة، طبع اول، ص ۱۶۳.
۶. بهوتی، منصور بن یونس بن صلاح الدین ابن حسن بن إدريس البهوتی الحنبلی، (۱۴۱۴هـ)، شرح منتهی الإرادات، عالم الکتب، طبع اول، (۱۹۹۳م)، ج ۲، ص ۵.
۷. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۵، ص ۱۳۳.

قانون مدنی نیز ارکان عقد را سه مورد ذکر شده است، چنانچه در فقره اول، ماده (۵۰۶)، قانون مدنی افغانستان در مورد رکن اول، مشعر است. «عقد به ایجاب و قبول طرفین منعقد می‌گردد»

وهمچنان در ماده فوق‌الذکر اشاره به طرفین عقد شده است که رکن دوم عقد را دربر می‌گیرد.

اما رکن سوم عقد که قانون مدنی آن را موضوع عقد گفته فقهاء آنرا محل عقد و یا معقود علیه می‌نامند در ماده (۵۷۹) قانون مدنی افغانستان چنین آمده است: «برای هر نوع وجیبه ناشی از عقد، وجود موضوعی که عقد به آن نسبت داده شده و قابلیت حکم عقد را داشته باشد، حتمی پنداشته می‌شود، موضوع عقد را عین، دین، منفعت یا سایر حقوق مالی تشکیل داده می‌تواند، همچنان اجراء یا امتناع یک عمل موضوع عقد قرار گرفته می‌تواند».<sup>(۱)</sup>

این مورد خاص برای عقود عام است، و عقود خاص طبق صراحت فقره (۲) ماده: ۱۰۳۵ قانون مدنی افغانستان دارای ارکان خاص می‌باشند. چنانچه آمده است: در عقود معینه ارکان خاص هر عقد علاوه بر ارکان عام که در مبحث اول قسمت اول عقود ذکر شده رعایت می‌گردد.<sup>(۲)</sup>

### مطلب سوم: انواع عقد در فقه و قانون

#### فرع اول: انواع عقود در فقه اسلامی

الف. انواع عقود از لحاظ مسمی بودن و غیر آن: عقود از این لحاظ بر دو نوع است:

عقود مسمی: عبارت از همان عقود است شریعت اسلامی بر آن نام خاصی، احکام و شروط خاص را گذاشته باشد، که بنام عقود معین نیز یاد می‌کنند.

دکتور مصطفی احمد الزرقاء در کتاب خود «المدخل الفقہی العام» عقود معین یا مسمی را به بیست و پنج نوع تقسیم می‌نماید که مشهورترین آنها عبارت‌اند از عقد بیع، اجاره، نکاح، کفالت، حواله، رهن، اعاره، هبه، مضاربت، مزارعه، مساقات، وکالت، قرض و غیره می‌باشد.<sup>(۳)</sup>

عقود غیر مسمی: عبارت از همان عقود است که در شریعت اسلامی برای آن نام خاصی، احکام و شروط خاص ذکر و بیان نشده است، بلکه مردم به اقتضای زندگی خویش با در نظر

۱. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده‌های (۵۰۶، ۵۷۹).

۲. همان منبع، ماده (۱۰۳۹).

۳. زرقاء، المدخل الفقہی العام، ج ۱ ص ۵۳۸.

داشت مصالح زمان و مکان آنها را ایجاد نموده اند. مانند: بیع و فاء، عقد که برای اعلانات تجارتي در تلویزون ها، عقد تألیف و نشر و پخش و غیر این موارد.<sup>(۱)</sup>

ب. انواع عقد از لحاظ صحت و عدم آن: عقود از این لحاظ بر دو نوع می باشد:

۱. عقد صحیح: عبارت از عقدی است تمام ارکان و عناصر اساسی و شروط شرعی آن پوره بگونه که اثر خود را در محل ثابت نماید.<sup>(۲)</sup>

و یا به عبارت دیگر عقد صحیح عبارت است از عقدی است که اصلاً و وصفاً مشروع باشد.<sup>(۳)</sup> حکم عقد صحیح آنست که اثر شرعی بر آن مرتب می گردد.

یعنی که شریعت اسلامی برای عاقد انجام چنین عقدی را مجاز قرار می دهد، مانند عقد بیع وقتی به صورت صحیح منعقد گردد آثار بیع صحیح که عبارت از جواز تصرف در ملک و انتقال ملکیت از طرفین عقد است، مرتب می گردد.

عقد صحیح به انواع و اقسام زیاد تقسیم می گردد از جمله عقد نافذ و عقد موقوف و عقد نافذ به عقد لازم و عقد غیر لازم تقسیم می گردد که در این قسمت مجال بحث نمی باشد.

۲. عقد غیر صحیح: عبارت است از عقدی است که در ارکان و عناصر یا در وصف آن خلل وجود داشته باشد، یا هم در شریعت مورد نهی قرار گرفته باشد، و یا هم مخالف نظام شرعی عقود که عبارت از داشتن قصد و بدون قصد بوده باشد، در آن کدام آثار شرعی مرتب نمی گردد.<sup>(۴)</sup>

عقود غیر صحیح یا غیر شرعی مانند: بیع ملاقیح، در دوران جاهلیت معمول و معروف بوده، تبرع مال قاصر، عقودی که منافی آداب عامه، مانند: عقود مربوط به فحاشی، عقود که مخالف نظام عمومی است. مانند: اجاره شخص مبنی بر ارتکاب جرم، نکاح متعه و غیره عقود.<sup>(۵)</sup>

از دیدگاه فقهاء احناف عقد غیر صحیح به اعتبار این که موضع خلل در ارکان و شرایط عقد واقع می شود، به دو نوع تقسیم می گردد، یکی عقد باطل و دیگری عقد فاسد.

عقد باطل: عقد باطل عبارت از عقدی است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع بوده باشد.<sup>(۶)</sup>

۱. همان اثر، ج۱، ص ۵۳۹

۲. بخاری، کشف الأسرار شرح أصول البزدوی، ج۱، ص ۵۳۰

۳. تفتازانی، شرح التلویح علی التوضیح، ج۲، ص ۱۲۳.

۴. زرقا، المدخل الفقهي العام، ج۱، ص ۵۷۴.

۵. همان اثر، ج۱، ص ۵۷۵.

۶. تفتازانی، الشرح التلویح علی التوضیح، ج۲، ص ۱۲۳.

عقد باطل عقدی است که علی رغم وجود صورت عقد از هر جهت فاقد معنا می باشد. یا از جهت معنی تصرف. مانند بیع خود مرده و خون مسفوح، یا از جهت انعدام اهلیت تصرف. مانند بیع مجنون که عقل ندارد. زیرا تصرف شرعی بدون موجودیت اهلیت در شخص و محلّیت شرعی شرعی آن متحقق نمی گردد. یا مانند فروش آنچه که مال نباشد، یا بیع اموال عامه در همه اینها اینها عقد باطل می گردد.<sup>(۱)</sup>

قانون مدنی نیز با اقتباس از فقه در ماده (۶۰۹) عقد باطل را چنین تعریف می نماید: (عقدی عقدی که رکن یا شرطی از شرایط آن موجود نباشد، باطل پنداشته می شود).<sup>(۲)</sup>

همچنان در عقد باطل مطابق تعریف فقهای حنفی در ماده (۶۱۳) قانون چنین تصریح می نماید. (عقد باطل آنست که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد).<sup>(۳)</sup>

عقد فاسد: اما عقد فاسد عبارت از عقدی است اصلاً مشروع بوده و وصفاً غیر مشروع می باشد.<sup>(۴)</sup>

به نحوی که متعاقدين واجد اهلیت شرعی و حقوقی باشند، صیغهء عقد نیز به صورت صحیح اجراء گردیده باشد، در معقود علیه نیز خللی وجود نداشته باشد، ولی عقد دارای وصفی باشد که شرع از آن نهی نموده باشد، مانند بیع مجهول به جهالت فاحش که موجب بروز منازعات بین متعاقدين گردد، مانند اینکه شخصی چندین موتر داشته باشد و یکی از آنها را بدون تعیین کردن به دیگری به فروش برساند.<sup>(۵)</sup>

در تعریف عقد فاسد قانون مدنی نیز از فقه حنفی پیروی نموده است.

چنانچه در ماده (۶۲۰)، چنین تصریح شده است. «عقد فاسد آن است که اصلاً مشروع و وصفاً غیر مشروع باشد به نحوی که اصلاً صحیح بوده، در رکن و موضوع آن خللی وجود نداشته باشد، مگر به اعتبار بعضی اوصاف خارجی فاسد باشد».<sup>(۶)</sup>

در باره اثر عقد فاسد فقهای حنفی بر این نظر اند که که عقد فاسد، بر خلاف عقد باطل، منعقد می شود و در اثر آن ثبوت ملک به اذن صریح یا ضمنی مالک آن برای مشتری ثابت می گردد.

### ج. انواع عقود از لحاظ غایت وهدف: عقود به اعتبار غایت به هفت نوع بوده که عبارت اند

از عقود تملیکی، اسقاطی، اطلاق، تقییدی، عقد توثیقی، عقد اشتراکی و عقد حفظی می باشد:

۱. کاسانی، بدائع الصنائع فی الترتیب الشرائع، ج ۵، ص ۳۰۵.

۲. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۶۰۹).

۳. همان منبع، ماده (۶۱۳).

۴. تفتازانی، التلویح علی التوضیح، ج ۲، ص ۱۲۳.

۵. زرقا، المدخل الفقهی العام، ج ۱، ص ۵۷۵.

۶. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۶۲۰).

عقد تملیکی: این عقد عبارت از عقدی است که هدف از انجام آن، تملیک عین، یا منفعت به کسی است. عقد تملیکی به دو نوع تقسیم می‌گردد. عقود معاوضی، مانند: عقد بیع، عقد اجاره، عقد مزارعه، عقد مساقات، عقد استصناع و مانند اینها که بر اساس آن معاوضه بین طرفین صورت می‌گیرد. و دیگری عقود تبرعی، مانند: عقد هبه که واهب مال خود را به موهوب له هبه می‌نمایند و موهوب له آن را قبول می‌نماید، وصیت، عاریت، صدقه، وقف و غیره می‌باشد.

عقود اسقاطی: عقود اسقاطی عبارت از عقودی است که هدف از آن اسقاط حقی اعم از اینکه در برابر عوض باشد و یا بدون عوض قرار گرفته باشد. عقد اسقاطی یا اسقاط محض بدون عوض می‌باشد. مانند: عفو از قصاص، ابراء دین و صرف نظر کردن از حق شفعه. و یا هم اسقاط در برابر عوض می‌باشد. خلع که طلاق در برابر پول می‌باشد، عفو از حق قصاص در برابر بدل و امثال اینها.

عقود اطلاق: عبارت از عقدی است که در آن شخص یدِ کسی را در انجام عملی باز می‌گذارد. مانند عقد وکالت که به موجب آن مؤکل دست وکیل را در انجام برخی امور به خود باز می‌گذارد.

عقود تقییدی: عقود تقییدی به عقودی گفته می‌شود که به موجب آن شخص از تصرف در کاری باز داشته می‌شود. مانند: بازداشتن وکیل از اجرای مورد وکالت توسط مؤکل، عزل قاضی، حجر شخص از تصرف به سبب جنون، عته، سفه و صغر.<sup>(۱)</sup>

عقود توثیقی: عقود به توثیقی به عقود گفته می‌شود که هدف از آن تضمین دین برای صاحب آن است که در فقه به توثیقات یا تأمینات گفته می‌شود که شامل رهن، کفالت و حواله می‌گردد.<sup>(۲)</sup>

عقود اشتراکی: عقود اشتراکی به عقودی گفته می‌شود که هدف از آن مشارکت در ربح است. مانند: عقد مضاربت، مزارعه، مساقات و سایر عقود که مشارکتی می‌باشد که شخصی پولی را به دیگری می‌دهد که توسط آن کار کند و سود و فایده آن میان شان مشترک باشد.

۱. جستیه، أقسام عقود در فقه اسلامی، ج۲، ص۵۷ - ۶۰.

۲. همان اثر، ج۲، ص ۷۴.

عقود حفظی: عقود حفظی همان عقود است که هدف از آن حفظ مال برای صاحب آن می باشد. مانند: عقد ودیعت که به موجب آن متودع تعهد می نماید که مورد ودیعت را برای مودع نگهداری نماید.<sup>(۱)</sup>

### فرع دوم: انواع عقود در قانون مدنی

قانون مدنی کشور با تبعیت از فقه عقود را به اعتبار گوناگون ذیل، تقسیم بندی نموده است:

- الف. عقد صحیح:** قانون مدنی کشور در ماده (۶۰۷) خود را اینگونه تعریف می نماید: «شرط مناسب با عقد یا شرطی که عقد مقتضی آن بوده یا حکم عقد را مؤکد گرداند، همچنان شرطی که موافق با تعامل جاریه بوده و یا منافی اقتضای عقد نبوده باشد، صحیح پنداشته می شود، شرطی که در آن نفع عاقدین نباشد، ملغی بوده و عقد مقرر به آن صحیح پنداشته می شود».<sup>(۲)</sup>
- ب. عقد باطل:** عقد باطل در قانون مدنی: «عقد باطل آنست که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد، عقد باطل اصلاً منعقد نگردیده و افاده حکمی را نمی کند، گر چند قبض صورت گرفته باشد».
- ج. عقد فاسد:** قانون مدنی عقد فاسد را چنین تعریف می کند. «عقد فاسد آنست که اصلاً مشروع باشد، به نحوی که اصلاً صحیح بوده در رکن و موضوع آن خللی وجود نداشته باشد، مگر به اعتبار بعضی اوصاف خارجی فاسد باشد».<sup>(۳)</sup>
- د. عقد موقوف:** قانون عقد موقوف را اینگونه تعریف نموده است، «عقد موقوف غیر نافذ، فاقد اثر حقوقی بوده، ثبوت ملکیت از آن افاده نمی گردد، مگر اینکه با اجازه شخصی که بر موضوع عقد و تصرف در آن صافی صلاحیت بوده و اجازه وی دارای جملهء شرایط صحت باشد».
- ج. عقد نافذ غیر لازم:** عقد نافذ غیر لازم در قانون: «هرگاه عقد طبیعتاً موجب الزام یکی از طرف عقد نگردد و یا در خیار فسخ برای یکی از طرفین عقد موجود باشد، عقد فاغذ غیر لازم پنداشته می شود».<sup>(۴)</sup>

۱. زرقا، المدخل الفقهي العام، ج۱، ص ۵۸۳.

۲. قانون مدنی افغانستان، ج۲، ماده های ۶۰۷-۶۰۸.

۳. همان منبع، ج۲، ماده های ۶۱۳، ۶۱۴، ۶۲۰ و ۶۳۷.

۴. همان منبع، ج۲، ماده های ۶۳۷ و ۶۵۰.

در صورت مقایسه تقسیمات عقد از نظر فقه اسلامی و قانون مدنی نگاهی باندازیم می یابیم که عقد در فقه و قانون مدنی یک نوع تقسیمات دارد، و تنها در قانون مدنی عقد .. نیز در نظر گرفته است.

## مبحث چهارم

### مفهوم، ارکان و انواع جنایات در فقه و قانون

#### مطلب اول: تعریف جنایات در فقه و قانون

##### فرع اول: تعریف لغوی جنایت

جنایت که جمع آن جنایات می شود، اسم مصدر فعل « جنى الذنب علیه جنایتاً »<sup>(۱)</sup> اشتقاق شده است، در لغت بمعنی گناه، تجاوز و قطع کردن آمده است، چنانچه واژه «جنایت» به معنای تعدی و تجاوز بکار رفته است، « لاینجنى علیه و لاینجنى علیک »<sup>(۲)</sup> یعنی، جنایت مکن بر او تا بر تو جنایت نکند.

همچنان جنایت بمعنی قطع کردن نیز آمده است، وقتی عربها میوه از درخت برچیده قطع نمایند، می گویند: «جنى الثمر جنیاً» یعنی، میوه را از درخت چیده به نوعی از چیدن .<sup>(۳)</sup> جانی را بخاطر به آن مسمی کردند که جانی، نفس یا محصول زندگی مجنی علیه را بر چیده قطع می نماید، ولی در استعمال بعدی به هر آنچه انسان به دست می آورد اعم از شر وبدی جنایت گفته شده است.<sup>(۴)</sup>

##### فرع دوم: تعریف اصطلاحی جنایت

فقها در مورد تعریف اصطلاحی جنایت عبارات متفاوت طور ذیل ارائه نموده اند:

الف. فقهاء احناف جنایت را این گونه تعریف کردند: « اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس وخص الفقهاء الغصب والسرقه بما حل بمال، والجنایة بما حل بنفس وأطراف ».<sup>(۵)</sup>

ترجمه: جنایت عبارت اسم برای هر فعل حرام است که بر نفس یا بر مال انجام داده باشد، هر فعل حرامی بر مال انسان وارد می گردد، فقهاء آن را به غصب و سرقت مختص ساختند و هر فعل حرام که بر نفس و اعضای بدن انسان وارد می شود، آن را جنایت تعبیر نموده است.

ب. فقهاء مالکی: از نظر مالکی ها جنایت عبارت از: «الجنایة هی ما یحدثه الرجل علی نفسه أو غیره مما یضر حالاً أو مالاً».<sup>(۶)</sup>

۱. رازی، زین الدین محمد بن ابی بکر، (۱۹۸۷ م) مختار الصحاح، بیروت، مؤسسه الرساله - بیروت.

۲. قزوینی، ابی عبدالله محمد بن یزید، (۲۰۰۷ م) سنن ابن ماجه، بیروت، دار الکتب العربی.

۳. ابن فارس، معجم المقاییس اللغة، ج۱، ص۴۸۲.

۴. فیروز آبادی، القاموس المحیط، ج۴، ص۳۳۹.

۵. ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ج۶، ص۵۲۷.

۶. خطاب، شمس الدین أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسی المغربی، المعروف بالخطاب الرعینی المالکی، مواهب الجلیل لشرح مختصر الخلیل،

الناشر: دار الفکر، طبع الثالث، (۱۹۹۲م)، ج۶، ص ۲۷۷.



ترجمه: جنایت عبارت از کاری است که انسان به خود یا دیگران تحمیل می کند که در نتیجه آن بر حال و نفس و یا هم مال و ثروت آن متضرر گردد.

ج. فقها شافعی از اسم جنایت به جراح تعبیر کرده آن این گونه تعرف نموده اند: «الجراح جمع جراحة وهی إما مزهقة للروح أو مبینة للعضو أو لا تحصل واحداً منها»<sup>(۱)</sup>

ترجمه: جنایت یا جراح یا با ازهاق روح صورت می گیرد و یا با از بین بردن عضو بدن و غیراینها. و انجام آنها با قتل مثقل یا مسموم کردن و غیر ذلک صورت می پذیرد.

به صورت کلی فقهاء جنایت را به معنی عام آن موافق با معنی لغوی قرار داده اند و بر هر فعل حرام که از روی تعدی و تجاوز بالای کسی صورت گیرد، استعمال نموده اند، برابر است که این تعدی بر نفس انسان باشد، بر مال او باشد یا بر عرض و حیثیت او بوده باشد.<sup>(۲)</sup>

و اما جنایت به مفهوم خاص، در اصطلاح فقهی عبارت از وارد آوردن صدمه بدنی به دیگری است؛ یعنی، کشتن دیگری یا ایجاد جراحت، شکستگی و مانند اینها در بدن انسان است.<sup>(۳)</sup>

ولی کاربرد اصطلاح جنایت در استعمال همه فقهاء یکسان نبوده، بلکه متفاوت به نظر می رسد، اکثریت فقهاء وقتی از قتل، ضرب و جرح سخن به میان می آورند، آن را تحت عنوان جنایات بیان می کنند و اینها متأثر از استعمال عرفی هستند که اسم جنایت بر این افعال اطلاق می گردد.<sup>(۴)</sup>

و برخی دیگر از فقهاء از جرایم و جنایات مذکور با عنوان «جراح» سخن گفته اند، چرا که ارتکاب قتل و تعدی بر بدن و اعضای بدن انسان غالباً بیشتر با ایراد جرح صورت می پذیرد.<sup>(۵)</sup>

همچنان برخی از فقهاء در بحث از جرایم قتل، ضرب و جرح از عنوان «دماء» استفاده کرده اند، بخاطر که در نتیجه این جرایم ریختن خون صورت می گیرد و در نظر داشته اند و یا احکام این جرایم که منظور حفظ دماء و جلوگیری از خون ریزی مقرر شده اند، مورد توجه آنها بوده است.<sup>(۶)</sup>

### فرع سوم: تعریف جنایت در قوانین وضعی

زمانی در قوانین کشور اسلامی مراجعه شود، از جنایت یا جرم با عبارات ذیل تعریف نموده

اند:

۱. شربینی، المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۵، ص ۲۱۰.

۲. ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۸، ص ۳۲۶.

۳. عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، الناشر: دار الکتاب العربی، بیروت، (ب ت)، ج ۱، ص ۶۷.

۴. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۵، ص ۲۳۳.

۵. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۹، ص ۱۵۲.

۶. خطاب رعینی، مواهب الجلیل لشرح مختصر الخلیل، ج ۶، ص ۲۳۰.

تعریف فقهاء از جنایت ارائه نمودند با تعریف که در قوانین وضعی بیان شده متفاوت می باشد، چنانچه استاد عبدالقادر عوده<sup>(۱)</sup> در کتاب وزین خود «التشريع الجنائي مقارناً لقانون الوضعي» بیان نموده است.

در قانون بیشتر محور عقوبات و جزا های که برای مرتکبین آن پیشبینی کرده است، مطرح می گردد، طور مثال وقتی قانون عقوبات کشور مصر را مطالعه نمایم، می بینیم که جنایت با ماده (۱۰) آن قانون اینگونه تعریف گردیده است: «الجنایة هی الجرائم المعاقب علیها التالیة: إما الإعدام، أو الأشغال الشاقّة المؤبدّة، أو الأشغال الشاقّة المؤقتة، أو السجن».<sup>(۲)</sup> ترجمه: جنایات عبارت از جرائمی هستند که مجازات آن را موارد ذیل تشکیل می دهد، عبارت از اعدام یا اعمال شاقه همیشگی یا اعمال شاقه موقتی یا زندان است. هم چنان وقتی در کود جزای کشور مراجعه نمایم جنایت را یکی از اقسام جرم شمرده، طوری که در ماده (۳۱) آن تعریف شده است. «جنایت، عبارت از جرمی است که جزای آن در این قانون حبس طویل، حبس دوام درجه ۲، حبس دوام درجه ۱ و یا اعدام تعیین شده باشد».

در کود جزا کشور از جنایت به جرم تعبیر صورت گرفته، و جرم در ماده (۲۷) آن چنین تعریف شده است: «جرم، ارتکاب عمل یا امتناع از عملی است که مطابق احکام این قانون جرم شناخته شده، عناصر آن مشخص و برای آن مجازات یا تدابیری تأمینی تعیین گردیده باشد».<sup>(۳)</sup>

#### فرع چهارم: مقایسه بین تعریف فقه اسلامی و قوانین وضعی

تعریف فقهاء کرام از جنایت ایراد نموده اند با تعریف در قانون ذکر شده تفاوت زیادی دیده می شود، طوری که در متون فقهی از نظر فقهاء کرام جنایت غالباً به جرایم علیه انسان، اعضای بدن او، مثل قتل، ضرب، جرح و سقط جنین اطلاق می کنند، حتی برخی فقهاء لفظ جنایت در حدود و قصاص بکار می برند.

۱. عبدالقادر عوده: قاضی و متخصص حقوق اسلامی، وی در سال (۱۹۰۶م) در روستای «کفرالحاج» شهر شربینی مصر به دنیا آمده و از دانشنده حقوق پوهنتون قاهره به اول، فارغ التحصیل گردیده است، مدتی زیادی به حیث قاضی محکمه ایفای وظیفه کرده و در ساختار قانون اساسی مصر وفق اصول اسلامی، نقش مهم داشته است. بالاخره در سال (۱۹۵۴م) همراه با محمد فرغلی، یوسف طلعت و تعداد از اعضای اخوان المسلمین توسط حکم محکمه نظامی اعدام گردیدند. از تألیفات وی: کتاب گرانبها «التشريع الجنائي الإسلامي»، الاسلام و اوضاع السیاسیه، الاسلام بین الجهل ابتلاء و عجز علماء و المال و الحكم فی الاسلامی را می توان نام برد. دیده شود، مقدمه التشريع الجنائي، ترجمه دکتور حسن فرهودی نیا، ج۱، ص۱۶.

۲. عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج۱، ص۵۷.

۳. وزارت عدلیه، کود جزا: رسمی جریده: مسلسل نمبر (۱۲۶۰)، (۱۳۹۶ هـ ش)، ماده (۲۷ و ۳۱).

چنانچه ملاحظه می گردد قانون در تعریف جنایت بیشتر روی عقوبات و مجازات جنایت بحث شده و تعریف مشخصی از جرم یا جنایت نشده و جرم را واگذار به احکام قانون کرده که مورد جرم پنداشته شده و برای آن مجازات پیشبینی نموده باشد در کود جزا جنایت نوع از انواع جرم شمرده شده است، طوری که در آن جرم از حیث شدت و خفت به جنایات، جنحه و قباحت تقسیم شده است و هر جرمی که جزای آن از هر نوع دیگر شدیدتر و سنگین تر بوده باشد به آن جنایت گفته شده است.

و اما از نظر فقهاء کرام اگر اختلاف که در کاربرد لفظ جنایت در برخی جرایم و عدم کاربرد آن در عده دیگر اغماض نماییم می توانیم بگوییم که لفظ جنایت به مفهوم عام مرادف با لفظ جرم است. جنایت در فقه بمعنی جرم است با هر درجه که باشد، ولی جنایت در قانون بمعنای جرم سنگی است که مرتکب آن به اعدام یا اشتغال امور شاقه مؤبد یا مؤقت و یا حبس طویل محکوم می گردد.

با مقایسه معنای جنایت در شریعت و قانون، جامعیت شریعت و فقه اسلامی در معنای جنایت برای ما روشن می شود که هر جرمی چه مجازات حبس و جزای نقدی باشد بر این اساس تخلفات قانونی در شرع جرم محسوب می شود اساس تفاوت شرع و قانون در این است که جنایت در شرع به معنای جرم بدون توجه به شدت عمل است، در حالیکه جنایت در قانون فقط به معنای جرم سنگین است.

## مطلب دوم: ارکان جنایات در فقه و قانون

### فرع اول: ارکان جنایت در فقه اسلامی

جنایت به مفهوم که از نظر فقهاء بیان گردید، در مورد تعیین تعداد ارکان آن دیدگاه ذیل است:

الف. فقهاء حنفی: نظریه فقهاء حنفی در مورد ارکان جنایت اینست که جنایت دارای یک رکن می باشد که او عبارت از همان فعلی حرامی است که بالای مجنی علیه صورت می گیرد، برابر است که این فعل با قصد و اراده باشد یا بدون آن، در خواب باشد، یا بیداری.<sup>(۱)</sup>

۱. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج-۷، ص-۲۳۴.

ب. جمهور فقهاء: نظر جمهور (مالکی<sup>(۱)</sup>، شافعی<sup>(۲)</sup> وحنابله<sup>(۳)</sup>) اینست که جنایت دارای سه رکن ذیل می باشد:

۱. جانی: فقهاء برای جانی و مجرم بخاطر تحقق جنایت شرایط ذیل را گذاشته است:

- جنایت کننده باید عاقل و بالغ بوده باشد، اما هرگاه جنایت از طرف صبی و مجنون صورت گرفته باشد، فعل آنها جنایت محسوب نمی شود، براساس قول پیامبر - صلی الله علیه وسلم - که فرماید: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبی حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المعتوه حتى یبرأ»<sup>(۴)</sup>

ترجمه: از سه گروه قلم تکلیف برداشته شده از بچه و کودک تا اینکه احتلام شود و بالغ گردد، از کسی که در خواب است تا اینکه بیدار گردد و از دیوانه تا اینکه عاقل گردد و خرد را بازیابد».

- باید جنایت کننده مختار باشد: در صورت مکره قرار گرفتن جانی مجازات نمی شود، زیرا پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - می فرماید: «رفع عن أمتی الخطأ والنسیان وما استکروها علیه»<sup>(۵)</sup>

ترجمه: قلم تکلیف از خطاء و نسیان و اکراه در امت من برداشته شده است.

و بر اساس نظر جمهور فقهاء بالای مکره و مکره قصاص واجب می گردد، زیرا اینکه مکره مسبب قتل شده و مکره مباشره در قتل قرار گرفته است.<sup>(۶)</sup>

- باید جانی بر تحریم قتل علم داشته باشد: هرگاه جانی در مورد حرام بودن قتل انسان علم نداشته باشد، قصاص کرده نمی شود، زیرا ممکن باورمند به اباحت قتل باشد، و از همین جهت در اینجا شبهه پیدا می شود مانع قصاص می گردد، و دیت لازم می شود.<sup>(۷)</sup>

همچنان جنایت کننده باید ملتزم به احکام شریعت اسلامی باشد: اینکه او مسلمان باشد، ذمی یا مرتد باشد، اما حربی غیر ملتزم به احکام می باشد، زیرا هرگاه حربی کسی را به قتل

۱. زرقانی، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقانی المصری (المتوفی: ۱۰۹۹هـ)، شرح الزرقانی علی مختصر خلیل، الناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت - لبنان، طبع الاول، (۱۴۲۲هـ - ۲۰۰۲م)، ج ۷، ص ۳۲۲.

۲. شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۴، ص ۱۶.

۳. ابن قدامة المقدسی، المغنی لابن قدامة، ج ۷، ص ۲۳۷، ۲۳۸ بتصرف.

۴. سجستانی، أبو داود سلیمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشیر بن شداد بن عمرو الأزدی السجستانی (المتوفی: ۲۷۵هـ)، سنن أبي داود، المحقق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: دار الرسالة العالمية، طبع الاول، (۱۴۳۰هـ - ۲۰۰۹م)، ج ۶، ص ۴۵۴.

۵. ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مغبذ، التميمی، أبو حاتم، الدارمی، البستی (المتوفی: ۳۵۴هـ)، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب ارنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، بیروت، (۱۴۱۴هـ)، ج ۱۶، ص ۲۰۲. شعيب ارنؤوط سند این حدیث را به شرط مسلم گفته است.

۶. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبی الشهير بابن رشد الحفید، (المتوفی: ۵۹۵هـ)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبع الرابع، (۱۳۹۵هـ)، ج ۲، ص ۵۱۰. و شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۴، ص ۱۰.

۷. شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۴، ص ۱۱.

می رساند، او قصاص نمی شود. «الإسلام يجب ما قبله»<sup>(۱)</sup> ترجمه: اسلام آنچه را در زمان کفر بوده را بر می دارد.

و همچنان پیامبر اسلام وحشی قاتل حضرت حمزه -رضی الله عنه- را به قتل نرسانیده اند.<sup>(۲)</sup>  
۲. مجنی علیه: عبارت از شخصی است که جنایت بر حق او واقع گردیده است. فقهاء کرام اتفاق نظر دارند بر اینکه برای ثبوت جنایت معصوم بودن مجنی علیه شرط می باشد.<sup>(۳)</sup>  
اما فقهاء در مورد تحقق عصمت باهم اختلاف نظر دارند، نظر فقهاء حنفی اینست که عصمت بر مجنی علیه با منعت و مصئونیت دار، اسلام یا امان متحقق می گردد، پس مسلمانان در بودن بودن شان در دار اسلام معصوم پنداشته می شوند. زیرا اینکه او آنان در مصئونیت اسلام می باشد.<sup>(۴)</sup>

و اهل دار حرب معصوم به شمار نمی روند، هرگاه یک حربی در دارالحرب مسلمان گردد و طرف دار اسلام مهاجرت نه نمایند، او نیز معصوم پنداشته نمی شود. علت در این امر وجود شخص در دار الحرب است که شبهه در عصمت او وارد می نماید. بناءً او معصوم نمی باشد.<sup>(۵)</sup>  
در این مورد قول الله متعال می فرماید: { فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ }<sup>(۶)</sup>  
ترجمه: و اگر مقتول، از گروهی باشد که دشمنان شما هستند (و کافرند)، ولی مقتول باایمان بوده، (تنها) باید یک برده مؤمن را آزاد کند (و پرداختن خونبها لازم نیست).

۳. فعل به وجود آورنده جنایت باشد: برای اینکه جنایت منتج به گناه شود باید فعل آن حرام باشد، در صورت مباح بودن آن جنایت نمی باشد.

مانند قتل که برای دفاع از نفس خود و ناموس باشد؛ زیر الله متعال می فرماید: { فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ }<sup>(۷)</sup>

ترجمه: هر کس به شما تجاوز کرد، همانند آن بر او تعدی کنید!  
همچنان حدیثی است، پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم- در جواب شخصی که در مورد گرفتن مال با ظلم پرسید، فرمودند: « لا تعطه. قال أرأيت إن قاتلني قال: فاقتله »<sup>(۸)</sup>  
گفت: به او نده، گفت: دیدی که با من جنگید؟ گفت: پس او را بکش.

## فرع دوم: ارکان جنایات در قانون

۱. قزوینی، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ج ۱، ص ۶۵۹، شماره حدیث (۲۰۴۳).  
۲. قال الخطيب: ولا دية على حربي قتل حال حرايته، وإن عصم بعد ذلك بالإسلام أو عقد ذمة لفعلة (مع وحشي؛ ولأنه غير ملزم بالأحكام، السيرة لابن هشام، ج ۳، ص ۱۶۳).  
۳. شربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ۴، ص ۱۴.  
۴. كاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ۷، ص ۲۳۶.  
۵. همان منبع، ج ۷، ص ۲۲۷.  
۶. سورة النساء، آیه: ۹۲.  
۷. سورة البقرة، آیه: ۱۹۴.  
۸. نیشاپوری، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري، المسند الصحيح، محقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ج ۱، ص ۱۲۴.

در قانون جزای جنایت را قسمی از اقسام جرم شمرده است، در قانون بشکل واضح ذکری از ارکان جنایات نشده اما برای جرایم به صورت عموم ارکان سه گانه ذیل را ضروری پنداشته است:

الف. رکن شرعی (قانونی) جرم: عبارت از تصریح عمل جرمی و جزای معین آن در قانون می باشد، اصل قانونیت جرم و جزا در ماده هفت این قانون چنین تصریح گردیده است: (هیچ عملی جرم پنداشته نمی شود، مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن، نافذ شده باشد).  
در این ماده کود جزا ضمن توضیح عنصر قانونی جرم تأکید روی اصل قانونیت جرم و جزا صورت گرفته است، جرم معمولاً با ارکان و عناصر اصلی آن توضیح می شود، به عبارت دیگر؛ تعریف جرم در واقع بیان همان عناصر جرم است، عنصر در لغت به معنی اصل و ماده اولیه است، در اصطلاح عناصر به مواد یا اجزایی اطلاق می شود که جزء از اجزای ترکیب دهنده ی یک پدیده را تشکیل می دهد.

همچنان در بند دوم آن ذکر است که، (هیچ جزایی را نمی توان تطبیق نمود مگر اینکه در این قانون تصریح شده باشد. هیچ شخصی را نمی توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه ذیصلاح، مطابق قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد).<sup>(۱)</sup>  
با در نظر داشت صراحت متن ماده های فوق، می توان گفت که اولین عنصر ارتکاب جرم را عنصر قانونی تشکیل می دهد؛ زیرا بدون حکم قانون جرم و جزایی وجود ندارد؛ زیرا تمام رفتارها مجاز و مباح دانسته می شود به استثنای رفتارهای که قانون آن را جرم دانسته و به آن جزا تعیین نموده باشد.

عنصر قانونی جرم در واقع نقض احکام قانون از طرف مرتکب است که این برای شناخت آن باید به مرجع تشخیص و تثبیت رفتارهای قانون مراجعه نمود، تا برویت آن تثبیت گردد که آیا رفتار مرتکب جرم است یا خیر؟ به این گونه دیده می شود که، یکی از اصول پذیرفته شده در تمامی سیستم های حقوقی جهان اصل قانونی بودن جرم است، طوری که این اصل در قوانین کشور های تسجیل گردیده است این اصل نه تنها در ماده سی کود جزا، بلکه در ماده (۲۷) قانون اساسی افغانستان نیز ذکر گردیده است که هیچ عملی جرم شمرده نمی شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد.<sup>(۲)</sup>

ب. رکن مادی جرم: همچنان جرم زمانی به وجود می آید که رکن مادی آن تحقق پیدا نماید و در کود جزا عنصر مادی جرم چنین بیان شده است: عنصر مادی جرم عبارتست از ارتکاب عمل مخالف قانون یا امتناع از اجرای عملی که قانون به آن حکم نموده است، به نحوی

۱. وزارت عدلیه، کود جزا، ماده (۳۲).

۲. رسولی، محمد اشرف، شرح کود جزا، انتشارات سعید، چاپ اول، سال (۱۳۹۸هـ)، ص ۱۱.

که ارتکاب یا امتناع منجر به نتیجه جرمی گردیده و رابطه‌ی سببیت میان عمل و نتیجه موجود باشد.<sup>(۱)</sup>

درین ماده کود جزا عنصر مادی جرم توضیح گردیده که مطابق آن عنصر مادی جرم در واقع واقع تجسم خارجی و مادی جرم بوده و شامل ارتکاب عمل مخالف قانون یا عمل ایجابی و مثبت دانسته شده که قانون اجرای آن را منع قرار داده و شخص این نوع عمل را مرتکب شود و یا امتناع از عملی شناخته شده که قانون به آن حکم نموده باشد، به این معنا که هر نوع رفتار مثبت یا منفی که قانون آن را جرم شناخته باشد و این نوع اعمال تظاهر مادی پیدا نماید، طوریکه از آن نتیجه مادی به وجود آید.<sup>(۲)</sup>

ج. عنصر معنوی (ادبی) جرم: جرم ادبی یا معنوی اقتضاء دارد که مجرم مکلف بوده و از جرم خود مکلف باشد، در کود جزا عنصر معنوی جرم چنین نگاشته شده است: ( عنصر معنوی جرم عبارت است از قصد جرمی، علم و آگاهی به جرم و نتیجه آن یا خطای جرمی).<sup>(۳)</sup> در این ماده عنصر معنوی جرم تعریف و شامل قصد جرمی یا جرم عمدی و جرایم غیر عمدی یا خطای دانسته شده است.

علاوئاً در تعریف مفهوم عنصر معنوی جرم از موضوعاتی مانند قصد جرمی بحث به عمل آمده که، قصد جرمی عمدتاً شامل علم و آگاهی یا داشتن اراده، خواستن عمل یا قصد اجرای فعل و خواستن نتایج مجرمانه یا قصد نتیجه دانسته شده است، به عبارت دیگر قصد مجرمانه عبارتست از اراده فعل و داشتن علم به نتیجه‌ی که ممکن است بر فعل مترتب شود.

در ضمن شخصی که طور عمدی مرتکب عمل جرمی می شود نه تنها از ممنوعیت رفتار جرمی دارای آگاهی می باشد، بلکه از وقوع یا حصول نتیجه‌ی جرمی نیز بحث صورت گرفته است هم میدانند.

اولین شرط در رابطه به عنصر معنوی جرم؛ ارادی بودن رفتار است، چه در جرایم عمدی و چه در جرایم خطای یا غیر عمدی؛ زیرا هرگاه شخصی در اثر حرکت غیر ارادی مرتکب رفتاری شود که از اثر آن نتیجه جرمی ببار آید ازینکه منشأ جزای ندارد، رفتار جرمی پنداشته نشده و مجازات نمی گردد، مانند مادری که در خواب طفل نوزاد خود را زیر بغل نموده و سبب مرگ وی می

۱. وزارت عدلیه، کود جزا، ماده (۳۳).

۲. رسولی، محمد اشرف، شرح کود جزا، ص ۱۱۴

۳. وزارت عدلیه، کود جزا، ماده (۳۸).

شود یا شخصی که در بلندای ایستاده شده و بدون اراده به اثر قوه ی قاهره مانند طوفان شدید به زیر پرتاب و بالای شخصی افتیده سبب مجروحیت یا مرگ وی شود. در صورتی که مرتکب قصد رفتار معینی را داشته، اما خواستار نتیجه جرمی نمی باشد از غفلت، بی احتیاطی، عدم رعایت مقررات و یا تقصیر، نتیجه ی جرمی به بار آید، در صورتیکه اقدامات احتیاطی را که قانون شرط گذاشته رعایت نمی نماید، مرتکب جرم غیر قصدی دانسته می شود.<sup>(۱)</sup>

## مطلب سوم: انواع جنایات در فقه و قانون

### فرع اول: انواع جنایت در فقه اسلامی

الف. جنایت بر نفس: عبارت از جنایتی است که منجر به قتل نفس و یا سلب حیات او می گردد.<sup>(۲)</sup>

جنایت بر نفس یا قتل از نظر شرعی در اصل قتل بر دو نوع می باشد، یکی قتل نامشروع که عبارت از هرگونه قتلی که شریع آن را حرام دانسته و اعتداء و عدوان بر نفس محقون الدم دانسته می شود، مانند آن که مجرم یا جانی انسانی را ناحق به قتل برساند. و دومی قتل مشروع آنست که ناشی از دشمنی نبوده باشد، مانند کشتن باغی و مرتد بعد از تکمیل شرایط آن یا کشتن قطاع الطریق است.<sup>(۳)</sup>

همان گونه که گذشت منظور از جنایت بر نفس قتل است، و قتل نفس از دیدگاه فقهاء تقسیمات متفاوت دارد، که در فصل سوم این رساله طور تفصیلی مورد بحث قرار خواهد گرفت. ب. جنایت بر مادون نفس: جنایت مادون نفس عبارت از هر نوع تعدی که بر ساختار پیکر انسان از قبیل بردن عضو یا احداث زخم ها یا ضرب با بقای نفس در قید است. یا به عبارت دیگر جنایتی است که منجر به قتل و ازاله روح انسانی نشده، بلکه موجب صدمهء بدنی گردد.<sup>(۴)</sup> ج. جنایت بر ماهو نفس من وجه دون وجه: مقصود از این تعبیر، جنایت بر جنین است و جنین در لغت چیزی پوشیده شده یا بمعنای بچه در رحم به کار رفته است.<sup>(۵)</sup> به گونه در قرآن به (أَجِنَّةٌ) تعبیر شده است، الله متعال می فرماید: { هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ }.<sup>(۶)</sup>

۱. رسولی، محمد اشرف، شرح کود جزا، ص ۱۳۶-۱۳۷

۲. نووی، محیی الدین بن شرف الدین النووی، (۲۰۰۳م) المجموع شرح المذهب، دار عالم الكتاب، ج۱۸، ص۳۹۸.

۳. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۲ ص ۶.

۴. ابن رشد، بدایة المجتهد ونهایة المقتصد، ج۴، ص۸۵.

۵. معلوف، لويس، المنجد، ج ۲ ص ۲۳۱.

۶. سوره نجم، آیه ۳۲.



ترجمه: او نسبت به شما از همه آگاهتر است از آن هنگام که شما را از زمین آفرید و در آن موقع که بصورت جنین هایی در شکم مادرانتان بودید. در کتب فقهی و لغت جنین به فرزندی اطلاق شده است که هنوز در شکم مادر قرار دارد. و تعبیر جنایت بر نفس من وجه دون وجه، اینست هرگاه کسی جنینی را به قتل برساند، در واقع قتل بر نفس انجام نداده است، چون جنین من وجه آدم به شمار نمی رود، زیرا او از جسم مادرش جدا نمی باشد.

و من وجه قتل نفس تعبیر می گردد، بخاطر که او در عالم ارواح یک آدم می باشد.<sup>(۱)</sup> همچنان موضوع جرم اسقاط جنین، یکی از مباحث عمده جنایی می باشد که بر مرتکی این عمل مجرمانه معصیت عظیم شرعی بر می گردد، تا ارتکاب آن امتناع نماید. جرم سقط جنین عبارت از جرمی است که نتیجه آن بیرون انداختن جنین از رحم باشد، فاعل جرم اعم از مادر یا پدر یا شخص ثالث قصد این نتیجه را داشته باشد، خواه وسایلی به کار برده باشد یا نباشد.<sup>(۲)</sup>

## فرع دوم: انواع جنایت در قانون

الف. انواع جنایت قانون: از لابلای مطالعات معلوم می گردد، جرم یا جنایت در قوانین کشور های اسلامی اکثراً یک گونه تقسیم دارد، طور مثال در قانون عقوبات مصر جنایات از لحاظ خفت و شدت مجازات آن بر سه نوع تقسیم می گردد، طوری که در ماده (۹) قانون آن بیان شده است: «جرایم از لحاظ شدت و خفت مجازات آن بر سه نوع تقسیم می گردد، که عبارت اند از جنایت، جنحه و مخالفات می باشد».<sup>(۳)</sup>

انواع جنایت در کود جزای کشور: همچنان انواع جرم در کود جزای کشور از لحاظ خفت و شدت مجازات آن بر سه نوع تقسیم گردیده است طوری که در ماده (۲۸) کود جزا مشعر است. «جرایم از لحاظ خفت و شدت مجازات به قباحت، جنحه و جنایت تقسیم میگردند».<sup>(۴)</sup> تعریف قباحت: در ماده (۲۹) این قانون قباحت چنین تعریف گردیده است. «قباحت، عبارت از جرمی است که برای آن در این قانون جزای نقدی تا سی هزار افغانی طور تقدی تعیین شده باشد».

۱. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۷، ص۳۲۵.

۲. وزارت عدلیه، قانون جزای افغانستان،

۳. سنهوری، عبدالرزق احمد، الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، ماده (۹).

۴. وزارت عدلیه، کود جزا، ماده (۲۸).

تعریف جنحه: جنحه، جرمی است که جزای آن در این قانون بدیل حبس، جزای نقدی، حبس قصیر یا حبس متوسط تعیین گردیده باشد».

تعریف جنایت: جنایت، عبارت از جرمی است که جزای آن در این قانون حبس طویل، دوام درجه ۲، حبس دوام درجه ۱ و یا اعدام تعیین شده باشد».<sup>(۱)</sup>

مقایسه که بین فقه و قانون در انواع بندی جنایات صورت گرفته تفاوت های وجود دارد، در قوانین وضعی کشورهای اسلامی جرایم به سه دسته تقسیم می شوند: جنایت، جنحه، خلاف.

### فرع سوم: مقایسه بین تعریف فقه و قانون از عنصر جنایت

این تقسیم بندی در کشورهای اسلامی مرسوم است و تدوین کنندگان قانون مجازات عمومی، تحت تأثیر قوانین این کشورها آن را تصویب کرده اند، در حالی که، فقه اسلامی، جرایم را از نظر مورد تعدی و تجاوز و نیز نوع و میزان مجازات، به پنج قسم تقسیم نموده اند:

۱. حدود
۲. قصاص
۳. دیات
۴. تعزیرات اسلامی
۵. مجازات های بازدارنده.

از آنچه گذشت برای ما روشن گردید که احکام جرایم قتل، جرح و ضرب و شتم با توجه به ارکان و اشکال جرم و اعمال مختلف که آن را تشکیل می دهند. بین شریعت اسلامی و قانون وضعی اتفاقی به نظر می رسد.

فقه با قوانین وضعی تفاوت ندارد، مگر در نوع مجازاتی که هر یک از آنها برای این جنایات تعیین می کنند، در واقع، وقتی قوانین به این جرایم می پردازند، مانند شریعت با آنها برخورد می کنند که شریعت اسلامی نسبت بر قوانین وضعی بر مفهوم جنایت شامل ترین و کامل ترین می باشد.

۱. وزارت عدلیه، کود جزاء، ماده های (۲۹، ۳۰، ۳۱).



## فصل دوم

### آثار اشتباه و نسیان در عقود از نظر فقه و قانون

- مبحث اول: آثار اشتباه و فراموشی در عقد بیع در فقه و قانون
- مبحث دوم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد نکاح در فقه و قانون
- مبحث سوم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد اجاره در فقه و قانون
- مبحث چهارم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد ودیعت در فقه و قانون
- مبحث پنجم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد وکالت در فقه و قانون
- مبحث ششم: آثار اشتباه و فراموشی در عقد شفعه در فقه و قانون

## مبحث اول

### آثار اشتباه و فراموشی در عقد بیع از نظر فقه و قانون

مطلب اول: مفهوم، ارکان و شرایط عقد بیع در فقه و قانون

فرع اول: تعریف عقد بیع در فقه و قانون

الف. تعریف لغوی بیع: بیع در لغت، گاه به معنای فروش و گاه به معنای خرید آمده است، از کلمات متضاد به شمار می رود. و اما دلالت این کلمه بر «خرید» قویتر از دلالت آن بر «فروش» است.<sup>(۱)</sup>

اصل بیع در لغت مطلق مبادله بوده برابر است که مبادله مال در مقابل مال یا مال در مقابل جنس باشد.<sup>(۲)</sup> اما در مورد وجه تسمیه آن گفته شده که لفظ بیع از کلمه «الباع» مشتق شده است بمعنی ذراع است، اینکه بیع از «الباع» گرفته شده به این دلیل که هر یک از خریدار و فروشنده در وقت معامله به طرف جنس طرف مقابل دست خود را دراز می نمایند.<sup>(۳)</sup>

همچنان باع از «البیعه» گرفته شده بمعنی مصافحه و دست دادن است؛ زیرا هر یک از متعاقدين یا فروشنده و خریدار، در هنگام بیع به همدیگر دست می دهند و مصافحه می نمایند.<sup>(۴)</sup> ب: تعریف اصطلاحی بیع: فقهاء از بیع تعریفات زیادی ارائه کردند که چندی آن را ذکر می‌کنم: فقهاء احناف بیع را این گونه تعریف کرده اند. «البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي».<sup>(۵)</sup> ترجمه: بیع عبارت از مبادله مال به مال به اساس تراضی می باشد.

فقهاء شافعی از بیع چنین تعریف نموده اند: «مقابلة المال القابل للتصرف بالمال القابل للتصرف مع الإيجاب والقبول على الوجه المأذون فيه».<sup>(۶)</sup>

ترجمه: بیع در شریعت عبارت از مقابله و مبادله مال قابل تصرف بر مال قابل تصرفی دیگر همراه با ایجاب و قبول به گونه ای که در شریعت جواز داشته باشد.

۱. ابن منظور، لسان العرب، ج ۸، ص ۲۳.

۲. فیومی، أبو العباس أحمد بن محمد بن علی الفیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، ناشر: المكتبة العلمية - بیروت - بیروت، ج ۱، ص ۶۹.

۳. بهوتی، منصور بن یونس بن صلاح الدین ابن حسن بن إدريس البهوتی، (۱۴۰۲ هـ)، کشف القناع عن متن الإقناع، تحقیق: هلال مصیلحی، ناشر: دار الکتب العلمیة، ج ۳، ص ۱۴۵.

۴. ابن المبرد، جمال الدین أبو المحاسن یوسف بن حسن بن عبد الهادی الحنبلی الدمشقی المعروف بابن المبرد، (۱۹۹۱ م)، الدر النقی فی شرح ألفاظ الخرق، ناشر دار المجتمع للنشر والتوزیع، جدة - المملكة العربية السعودية ج ۲، ص ۴۳۸.

۵. مرغینانی، علی بن ابی بکر بن عبد الجلیل الفرغانی المرغینانی، أبو الحسن برهان الدین (المتوفی: ۵۹۳ هـ)، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی، المحقق: طلال یوسف، الناشر: دار احیاء التراث العربی - بیروت - لبنان، ج ۴، ص ۳۲۰.

۶. ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علی الأنصاری، أبو العباس، نجم الدین، المعروف بابن الرفعة، (المتوفی: ۷۱۰ هـ)، کفایة النبیة فی شرح التنبیة، المحقق: مجدی محمد سرور باسلوم، الناشر: دار الکتب العلمیة، الطبع الأول، (۲۰۰۹ م)، ج ۸، ص ۳۶۷.

فقهاء مالکی بیع را اینگونه تعریف نموده اند: «البيع: نقل ملك بعوض على وجه صحيح، ويتم بما يدل على الرضى وإن بمعاطاة»<sup>(۱)</sup> ترجمه: بیع عبارت از انتقال ملک در مقابل عوض به صورت صحیح و به رضایت تکمیل می گردد گرچه از طریق معاطات هم باشد.

فقهاء حنبلی بیع را چنین تعریف نموده اند: «البيع مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا»<sup>(۲)</sup> ترجمه: بیع عبارت از مبادله تملیکی و تملکی مال به مال دیگر می باشد. تعریف جامع از اصطلاح فقهی عقد بیع:

آنچه که در مورد تعریف اصطلاحی بیع به نظر من جامع تر رسید، تعریفی است که آن را فقهاء شافعی نقل نموده اند، بیع عبارت اند از: «مقابلة المال القابل للتصرف بالمال القابل للتصرف مع الإيجاب والقبول على الوجه المأذون فيه»<sup>(۳)</sup>.

ترجمه: بیع در شریعت عبارت از مقابله و مبادله مال قابل تصرف بر مال قابل تصرفی دیگر همراه با ایجاب و قبول به گونه ای که در شریعت جواز داشته باشد.

این تعریف بر اساس چند خصوصیات جامع به نظر می رسد که در ذیل بیان می نمایم: دادن مالی قابل تصرف: برای پرهیز است از چیزی که انسان مالک آن نیست، مانند بیع پرندگان در هوا و همچنان بیع ی که به همین موارد ارتباط دارد. در برابر عوض؛ برای پرهیز از چیزهای که عوض واقع شده نمی توانند می باشد، مانند مال میته و غیره.

ایجاب و قبول: پرهیز از این شد که بدون ایجاب و قبول و یا وجود صیغه عقد بیع درست نیست، چراکه از ارکان بیع می باشد به اتفاق تمام فقهاء.

از نظر شرع مجاز باشد، برای پرهیز از بیع های غیرمجاز شرعی و منهی عنه است. ج. تعریف بیع در قانون مدنی: قانون مدنی بیع را در ماده (۱۰۳۵) چنین تعریف نموده است: «عقد بیع عبارت است از تملیک مال از طرف بایع به مشتری در مقابل مالی که ثمن مبیعه باشد»<sup>(۴)</sup>.

۱. الدیمیری، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَمِيرِي المَالِكِي (المتوفى: ۸۰۵هـ)، الشامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ۱۴۲۹هـ - ۲۰۰۸م، ج۲، ص۵۱۷.

۲. ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ۶۲۰هـ)، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، (۱۴۰۵ ق)، ج۴، ص۳.

۳. ابن الرفعه، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ج۸، ص۳۶۷.

۴. وزارت عدليه، قانون مدني، ماده (۱۰۳۵)، فقره اول.

همچنان مجله الحکام در ماده (۱۶۸) خود عقد بیع را چنین تعریف نموده است. «بیع عبارت از عقدی است که با ایجاب و قبول منعقد می گردد».<sup>(۱)</sup>

تعریف فوق، با یک مقدار تفاوت در تعبیر، از تعریف فقهاء گرفته شده است، این تعریف همان طوری که دیده می شود، مانع اغیار نیست؛ زیرا گرچه انواع مختلف بیع از قبل صرف، سلم، مقایضه و وفا شامل می شود، ولی بر علاوه آن، عقد اجاره را نیز در بر می گیرد در حالی که عقد اجاره غیر از بیع است، زیرا عقد اجاره تملیک منفعت عین، معین در مقابل مال در مدت معین است.

بنابراین با توجه به تعریف مذکور باید گفت در عقد بیع مبیع باید عین باشد.

### فرع دوم: ارکان بیع از دیدگاه فقه و قانون

در مورد ارکان عقد بیع در بین فقهاء سه نظریه ذیل وجود دارد، که به آن پرداخته می شود: رکن بیع در مذهب حنفی: رکن بیع در مذهب حنفی عبارت از ایجاب و قبول است، طوری که امام کاسانی<sup>(۲)</sup> در کتاب «بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع» بیان می کند: «و اما رکن البیع فهو مبادله شیء مرغوب بشیء مرغوب، و ذلک قد یکون بالقول و قد یکون بالفعل».<sup>(۳)</sup> رکن بیع عبارت از مبادله شیء مرغوب فیه به شیء مرغوب فیه دیگر می باشد، و این مبادله گاهی قولی و گاهی فعلی می باشد مبادله قولی را در عرف فقهاء ایجاب و قول می گویند. در کل ارکان عقد بیع از نظر فقهاء حنفی یکی است. و آن عبارت از ایجاب و قبول یا چیزی که قایم مقام آن شود؛ مانند: کتابت، اشاره، و داد و ستد که به تعاطی تعبیر می نمایند. رکن بیع در مذهب مالکی: ارکان بیع نزد مالکی ها: «بائع، مشتری، مبیعه، ثمن و صیغه می باشد».<sup>(۴)</sup>

رکن بیع در مذهب شافعی: فقهاء شافعی برای عقد بیع سه رکن-عاقده، معقود علیه و صیغه- میبایشد.

از نظر آنها عقد بیع در حقیقت شش رکن دارد، بایع، مشتری، مبیع، ثمن، ایجاب و قبول می باشند.<sup>(۵)</sup>

۱. ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علی الشهیر بملا، در الحکام فی شرح مجلة الأحکام، تحقیق: فهمی الحسینی، الناشر: دار الکتب العلمیة - لبنان / بیروت، ج۱، ص۱۳۳.  
۲. کاسانی: ابوبکر بن مسعود بن احمد، علاوالدین، منسوب به «کاسان» شهری است در کشور ترکستان کنار دریای سیحون، از ائمه فقهاء حنفی بوده و ملقب به «ملک العلماء» وی با دختر علاو الدین سمرقندی ازدواج کرده و کتاب او را که بنام تحفه الفقهاء بود، شرح کرده است، از تصانیف او: بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، السلطان المبین فی أصول الدین می باشد. دیده شود: الفوائد البهیة فی تراجم الحنفیة، الکنوی، ص۵۳.

۳. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۵، ص۱

۴. غرناطی، القوانین الفقهیة، ص۱۶۳.

۵. بکری، أبو بکر عثمان بن محمد شطا دمیاطی الشافعی (۱۹۹۷م)، إعانة الطالبین علی حل ألفاظ فتح المعین، دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع، الطبعة: الأولى، ج۳، ص۶

در مورد تحدید و شمار ارکان عقود به صورت عموم و عقد بیع به صورت خاص، بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد، از نظر فقهاء حنفی عقد بیع فقط یک رکن دارد، همان صیغه می باشما از نظر جمهور فقهاء عقد بیع دارای سه<sup>(۱)</sup> یا چهار<sup>(۲)</sup> رکن می باشد. که عبارت اند از: عاقد (بایع و مشتری) معقود علیه (ثمن و مثن) و صیغه (ایجاب و قبول) می باشد.

قانون مدنی در مورد ارکان عقد بیع، صراحت ندارد؛ اما حقوق دانان با تجزیه و تحلیل مواد قانون مدنی ارکان بیع را سه امر ذیل دانسته اند: تراضی (صیغه)، موضوع و سبب است.<sup>(۳)</sup>

ارکان از قواعد عمومی عقود است، بر اساس ماده (۵۰۴) قانون مدنی، ارکانی که در قواعد عمومی عقود بیان شده در همه عقد ها از جمله بیع قابل اجراء است، و مراد از تراضی ایجاب و قبول یا چیزی که جانشین آنها شود، مانند نوشته، اشاره و معاطات یا داد و ستد. و مقصد از موضوع، موضوع تعهد است که مبیع و ثمن بوده. سبب مقصد اصلی است که عقد وسیلهء مشروع رسیده به آن است.<sup>(۴)</sup>

#### فرع سوم: شرایط عقد بیع در فقه وقانون

فقهاء شروط عقد بیع را به چهار نوع ذیل تقسیم نموده اند:

**الف: شروط انعقاد عقد بیع:** شروط انعقاد نیز به چهار نوع ذیل می باشد:

۱. شروط که متعلق به عاقدین است که عبارت اند از عاقل بودن عاقد و متعدد بودن آن است.
۲. شروط که متعلق به صیغه عقد بیع است که شامل استماع صیغه توسط طرفین عقد، توافق ایجاب با قبول در وقت انعقاد عقد و اتحاد مجلس عقد بیع، می گردد.
۳. شروط که متعلق به معقود علیه است، که شامل موارد چون: مال بودن، موجودیت آن در هنگام عقد، مملوک فی النفسه بودن، معلوم بودن و مقدور التسلم آن در وقت عقد می باشد.<sup>(۵)</sup>

۴. شرط بدل است و آن اینکه مال متقوم باشد، یعنی که معقود علیه خمر و خنزیر نباشد.

**ب: شروط صحت بیع:** فقهاء برای صحت عقد بیع شرایط ذیل را بر شمرده اند:

۱. قبض صورت گرفته باشد: قبل از قبض نباید مال به نفر دوم فروخته شود.
۲. ثمن در بیع امانت موجود باشد: مثل بیع مرابحه و...
۳. تقابض مساوی باشد: در اشیاء مکمل و موزون.
۴. مکمل بودن شروط خاص: مثل پوره بودن قبض کردن سلم در مجلس عقد.

۱. بهوتی، کشف القناع عن متن الاقناع، ج۳، ص۱۴۶.

۲. بکری، دمیاطی الشافعی، إغانة الطالبین علی حل ألفاظ فتح المعین، ج۳، ص۶.

۳. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، فی شرح قانون المدنی الجدید،

۴. رسولی، عبدال حسین، قواعد عمومی قرار دادها مطالعه تطبیقی حقوق افغانستان با کشور های عربی، ص ۱۱۸-۱۱۹.

۵. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع، ج۵، ص۱۳۸.



۵. یکی از بدلین دین نباشد.

ج: شروط نفاذ بیع: در نفاذ عقد بیع دو شرط وجود دارد:

۱. اینکه مال در ملکیت و ولایت بائع باشد: بیع غیر مملوک درست نیست.

۲. اینکه مال به حق غیر تعلق نداشته باشد: بیع مرهون درست نیست.

د: شروط لزوم بیع: شرط لزوم فقط یکدانه می باشد: و آن اینکه بیع از خیار خالی باشد.<sup>(۱)</sup>

ه. شروط عقد بیع در قانون مدنی: قانون مدنی با پیروی از فقه اسلامی در مورد شرایط عقد بیع

در ماده های ذیل صراحت دارد: در ماده (۱۰۳۸) در مورد شرایط بیع چنین صراحت دارد. «مبیعه باید موجود، مال دارای قیمت و مقدور التسلیم بوده نزد مشتری طوری معلوم باشد که جهالت فاحش را نفی کند».

همچنان در ماده (۱۰۴۱) چنین تصریح دارد: «هرگاه مبیعه در مجلس عقد موجود باشد اشاره به آن بدون ذکر اوصاف، کافی پنداشته می شود».

در ماده (۱۰۴۳) شرایط لزوم.. «برای لزوم عقد بیع، دیدن مبیعه از طرف مشتری حین عقد شرط می باشد، مگر اینکه قبلاً مبیعه را دیده و حین عقد یقین داشته باشد که مبیعه عین همان چیز است». همچنان در ماده (۱۰۴۲) چنین آمده است. «خرید و فروش آنچه که متعاقدین در حین عقد ندیده باشند جایز است، به شرطی که جنس و وصف آن ذکر گردیده و یا به طرف مبیعه و یا مکان آن اشاره شده است، در این صورت با وجود صحت عقد، بیع تام نبوده الزامی را برای مشتری بار نمی آورد».<sup>(۲)</sup>

## مطلب دوم: آثار اشتباه در معقود علیه در فقه اسلامی

### فرع اول: اشتباه و نسیان در جنس معقود علیه

مراد از جنس معقود علیه همان جنس مورد معامله است که در کتاب های فقهی از آن به عبارت محل عقد تعبیر می گردد؛ در معاملات گاهی اشتباه در جنس معقود علیه واقع می گردد. الف. اشتباه در ذات معقود علیه: اشتباه در معقود علیه عبارت اند از اینکه عقد بین طرفین بالای جنس معین صورت می گیرد، عاقد گمان می کند که از همان جنس معین است، در حالی که معقود علیه از جنس که عاقد گمان کرده، نیست، مانند اینکه عاقد انگشتی را به این عنوان که جنس آن از یاقوت است می خرد و بعد معلوم می گردد که جنس آن از شیشه است.<sup>(۳)</sup>

۱. همان اثر، ج ۵، ص ۱۴۷-۱۴۸.

۲. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده های (۱۰۳۸، ۱۰۴۱، ۱۰۴۳).

۳. سرخسی، محمد بن أحمد بن ابي سهل شمس الأئمة السرخسی (المتوفى: ۴۸۳ هـ)، كتاب المبسوط، تحقیق: خلیل محی الدین المیس، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزیع، بیروت، لبنان، الطبع الأول، (۱۴۲۱ هـ-۲۰۰۰ م)، ج ۵، ص ۸۳.

و گاهی جنس معقود علیه با مسمای موجود در عقد یکسان است، اما با آن چیزی که مورد معامله قرار گرفته و آن چیز که در خارج محقق شده، اختلاف فاحش در منفعت دارد، مثل اینکه شخصی ساعتی می خرد به این تصور که « رادو » است، اما سپس معلوم می گردد که ساخت عادی است که اگر واقعیت را می دانست، اقدام به معامله نمی کرد. یا اینکه شخصی خانه ای را خرید به فکر که دیوار و ساخت آن از خشت پخته و آجر است، اما بعداً معلوم می شود که پنا و ساخت آن از خشت خام است.<sup>(۱)</sup> پس اشتباه در اینجا از حیث جنسیت رخ نداده است، زیرا آن را به عنوان خانه خریده است، بلکه اشتباه در وصف خانه واقع شده است، و آن وصف آجر، و لبن است که هر دو در فایده تفاوت زیادی دارد.

### ب. حکم فقهی این نوع بیع:

فقهاء در باره حکم این نوع عقد به نظر متفاوت اختلاف نمودند.

۱. جمهور فقهاء: اعم از فقهای حنفی، قول راجح از فقهاء شافعی و فقهاء حنبلی<sup>(۲)</sup> بر این نظر اند که این نوع عقد باطل می باشد، به دلیل عدم تحقق رضایت جانبین، و این خلاف قول الله متعال است که می فرماید: { لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }.<sup>(۳)</sup>

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید! اموال یکدیگر را به باطل نخورید مگر اینکه تجارتی با رضایت شما انجام گیرد.

وجه استدلال آنها اینست که بدون اینکه قرارداد دقیقاً همان چیزی باشد که دو طرف متعاقد بر آن توافق کرده اند، راضی نمی شوند و در مقابل ثمن پرداختند، پس اگر موضوع عقد چیز دیگری باشد که مبیع معلوم نیست یا ثمن با بایع فرق کند معلوم می شود که ایجاب و قبول بوده است. به او معطوف نشده و لذا رضایتی که شرط صحت بیع است حاصل نشده است.

همچنان این ممکن است با فریب ناشی از جهل در بیع حاصل شده باشد، از آنجا که قرارداد خریدار مربوط به جنسیت خاصی است، مثلاً اسب، بنابراین معلوم شد که بیع بر جنسیت کاملاً

۱. زبلی، عثمان بن علی بن محجن الباری، فخر الدین الزبلی الحنفی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأمیریة - بولاق، القاهرة، طبعه: الأولى، ۱۳۱۳ هـ، ج۴، ص۲۳.

۲. بهوتی، شرح منتهی الإرادات، ج۲، ص۱۲.

۳. سوره النساء، آیه ۲۹.

متفاوت، مثلاً الاغ صورت گرفته است و خریدار از آن آگاه نبوده است. و او قصد خرید نداشت و این یکی از بزرگترین فریبکاری و غرر می باشد.<sup>(۱)</sup>

فقهاء مالکی<sup>(۲)</sup> و قول ارجح از شافعی: مالکی ها بر این نظر اند که در صورت فوق عقد بیع صحیح بوده و منعقد گردیده است، ولی برای کسی در اشتباه واقع شده خیار می باشد، می تواند عقد تأیید و امضاء نماید و می تواند آن را رد و قبول نکند.

دلایل اینها موارد ذیل است: اینکه بیع به دو طرف مبیع و خریدار مربوط بوده است، پس کسی که اشتباه نکرده است به حق او منعقد می شود و چاره ای ندارد؛ زیرا خطا برای او اتفاق نه افتاده است و برای کسی که اشتباه در حق او واقع شده اختیار دارد، پس اگر بخواهد بیع را تمام کند، و اگر بخواهد آن را استرداد کند، در صورت حسنه و رضایت از بیع، حکم بطلان بیع حق او را ضایع می کند.<sup>(۳)</sup>

همچنان قیاس بر چشم معیوب است، پس اگر خریدار چشمی را بخرد و در آن عیب پیدا کند، اگر بخواهد چشم را برگرداند، خیار دارد، و اگر بخواهد بیع را تمام کند، بنابراین تفاوت در چشم فروشنده، نقص در مبیع محسوب می شود و از بین رفتن چشم برای کسانی که خیار را از دست داده اند، مانند از بین رفتن کیفیت مطلوب است.

حتی اگر فروشنده اشتباه کرده در اشاره مشخص شده بود، پس گفت: من این اسب را به تو فروختم، پس معلوم شد که او خر است، پس وجود نام به اشاره، بیع را پیش از آن قرارداد می کند. اشاره روی عبارت و عدم چشم یا وصف ذکر شده در عبارت فقط خیار را ثابت می کند و بیع را باطل نمی کند.<sup>(۴)</sup>

نظر امام کرخی از فقهاء حنفی: دیدگاه کرخی از فقهاء حنفی اینست که هرگاه اشتباه و غلطی در محل واقع شود، مانند اینکه شخصی خانه را خرید به فکر که دیوار و ساخت آن از خشت پخته و آجر است، اما بعداً معلوم می شود که بنا و ساخت آن از خشت خام بوده، در این صورت بیع فاسد است.

و دلیل این قول این است که عیب اگر متوجه به رکن بیع نباشد، که عبارت از ایجاب و قبول است، در واقع بیع به صورت فاسد منعق می گردد، این بدان معناست که ملکیت با تصرف و قبض

۱. سرخسی، کتاب المبسوط، ج ۵، ص ۸۳.

۲. دسوقی، محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقی المالکی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، الناشر: دار الفکر، (ب ط، ب ت)، ج ۳، ص ۱۴۰.

۳. شیرازی، المهدب، (۱/ ۲۸۷).

۴. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۵، ص ۱۳۹.

ثابت می شود و در صورت که مبیع از دست برود، پرداخت قیمت آن لازم می شود نه ثمن اصلی آن، زیرا قیمت آن تحت تأثیر فساد قرار گرفته است.<sup>(۱)</sup>

### فرع دوم: اشتباه در وصف شیء مرغوب فیه

الف. اشتباه در وصف مرغوب فیه: این نوع اشتباه از اشتباه قبلی متفاوت است، بحث در فقدان وصف پسندیده بدون اختلاف ارزش است، گذشته روی اشتباه در معقود علیه یا وصف که باعث ایجاد تفاوت فاحش در منفعت می گردید، در حالی که این اشتباه روی فوت یا از بین رفتن صفت مرغوب فیه است، این نوع اشتباه در قیمت شیء تأثیر گذار است و در قیمت آن تفاوت ایجاد می کند.

به گونه مثال فص یا میخی را به گمان اینکه او از یاقوت سرخ است در حالیکه او از یاقوت سبز بوده است، اینجا اشتباه متوجه جنس شیء نمی گردد، چون جنس همان جنس است. در اینجا اشتباه در وصفی است در نزد مشتری مرغوب است و فقط برای خریدار وصف پسندیده است، در حالیکه قیمت و ثمن یکسان است.<sup>(۱)</sup>

ب. دیدگاه فقهاء در حکم اشتباه: فقهاء در این مورد به دو نظر هستند که قرار ذیل بحث می گردد:

۱. نظر جمهور فقهاء این است که در صورت فوق بیع منعقد شده و صحیح است، و خیار برای کسی که وصف شیء مرغوب و پسندیده فوت شده، ثابت می باشد.<sup>(۲)</sup>

دلیل جمهور فقهاء بر اینست که اینها بین اشتباه واقع در جنس و اشتباه واقع در وصف تفاوت قائل شدند، اگر کسی انگشتی را خرید به گمان اینکه نگین او از یاقوت است، در حالی که از شیشه می باشد، در این صورت بیع باطل می گردد، بخاطر یکه مورد اشاره جنسیت نامبرده نیست، بلکه عقد مربوط به مسمی است و در این حالت مسمی عدم است و بیع معدوم با نصوص شرعی باطل است.

اما اگر چیزی که خرید بر اینکه او از یاقوت سرخ و بعداً معلوم شده او یاقوت سبز است، در این صورت بیع وی درست و جایز است، بخاطر که در این نوع عقد مشارالیه از جنس مسمی است و عقد هم به مشار الیه تعلق می گیرد و جنس مورد اشاره در این عقد تعریف شده واقع

۱. ابن همام، کمال الدین محمد بن عبد الواحد السیواسی المعروف بابن الهمام (المتوفی: ۸۶۱هـ)، شرح فتح القدر، الناشر: دار الفکر، (ب ت)، ج ۳، ص ۳۶۱.

۲. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۲، ص ۲۷۹.

است و اما اینکه وصف مورد پسند مشتری فوت شده او اختیار دارد بر اینکه با این وصف بخرد و قبول نماید و یا رد نماید.

در صورت قبول وصف موجود و تأیید عقد تمام ثمن آن لازم می گردد، زیرا اینکه وصف در مقابل ثمن نمی باشد، و در صورت فوت وصف بدون مقابل می باشد.<sup>(۱)</sup>

فقهاء ظاهری: ابن حزم ظاهری<sup>(۲)</sup> بر این نظر است که منهدم شدن و از بین رفتن وصف معقود علیه منجر به بطلان عقد می گردد، بناءً این نوع عقد باطل است.

دلیل اینها، اینست که خریدار به بیع رضایت نداده است مگر با وجود این کیفیت مشروط در مبیع و اگر رضایت تلف شود بیع باطل است و اصلاح آن جایز نیست مگر با انعقاد عقد با رضایت خود، و مال برای خریدار معلوم است و ثمن برای فروشنده، هیچکدام جاهل نیست، یا یکی از آنها چیزی از خود یا وصف آن است، و اگر جهل به ذات مبیعه برسد یا به وصف آن بیع باطل می گردد.<sup>(۳)</sup>

قول راجح در این مورد نظر جمهور فقهاء است، از طرف شخص که در اشتباه نیست منعقد گردیده است و طرف عقد که در اشتباه واقع شده است، اختیار دارد که قبول نماید و عقد را مورد تأیید قرار بدهد و با هم عقد را لغو و از بین ببرد.

### فرع سوم: اشتباه در صیغه و الفاظ عقد بیع

هرگاه اگر بیع بر زبان شخصی نادرست و اشتباه صحبت شود، به جای این که بگوید: این شیء را به تو به این مقدار می فروشم، می گوید: این را برای این به من می فروختم، در این صورت آیا عقد منعقد می گردد؟ در این رابطه فقهاء دیدگاه ذیل را دارند:

شکی نیست که در اینجا در رفع گناه بحثی نیست در خطا، عذر موجهی برای رفع آن است، براساس قول الله متعال: {وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ}.<sup>(۴)</sup> ترجمه: اما گناهی بر شما نیست در خطاهایی که از شما سر می زند (و بی توجه آنها را به نام دیگران صدا می زنید)، ولی آنچه را از روی عمد می گوید (مورد حساب قرار خواهد داد).

۱. شیرازی، المهدب، ج۱، ص ۲۸۷.

۲. هو علی بن أحمد بن سعید بن حزم الظاهری. أبو محمد. عالم الأندلس فی عصره. أصله من الفرس. أول من أسلم من أسلافه جد له كان يدعی یزید مولى یزید بن أبی سفیان رضی الله عنه. كانت لابن حزم الوزارة وتدبير المملكة، فانصرف عنها إلى التألیف والعلیم. كان فقیها حافظا یستنبط الأحكام من الكتاب والسنة علی طريقة أهل الظاهر، بعيدا عن المصانعة حتی شبه لسانه بسيف الحجاج. طارده الملوك حتی توفي مبعدا عن بلده. كثير التألیف. مزقت بعض كتبه بسبب معاداة كثير من الفقهاء له. من تصانیفه: المحلی فی الفقه؛ والإحکام فی أصول الأحکام فی أصول الفقه؛ و طوق الحمامة فی الأدب. دیده شود: الأعلام للزركلی، ج۵، ص ۵۹.

۳. اندلسی، أبو محمد علی بن أحمد بن سعید بن حزم الأندلسی القرطبی الظاهری، (ب ت)، المحلی بالآثار، ناشر: دار الفكر - بیروت، ج۷/ ص ۳۵۸.

۴. سوره الأحزاب، آیه ۵.

اما در مورد آثار عقود مالی فقهاء دو نظر متفاوت دارند که در ذیل می باشد:

الف. نظر مذهب حنفی: حنفی ها می گویند: بیع کسی که از به صورت اشتباه یا فراموشی ایجاب و یا قبول از وی صادر گردد، به صورت فاسد منعقد می گردد، مانند کسی که اراده دارد سبحان الله بگوید، اما اشتبهاً می گوید که این مال را به تو به هزار روپیه فروختم و جانب تصدیق کند این بیع از وی خطا صورت گرفته است، ای بیع به صورت فاسد منعقد می گردد.<sup>(۱)</sup> و در اصل به اساس اختیار منعقد می گردد (چون لفظ از جانب کسی صادر شده است که صلاحیت فروختن را دارد)، و به اساس عدم رضایت حقیقتاً فاسد محسوب می گردد، مانند بیع مکره، و در صورت قبض بدل مالک آن محسوب می گردد<sup>(۲)</sup>

ب. جمهور فقهاء: نظر جمهور فقهاء اینست که بیع منعقد نمی گردد، زیرا اینکه راضی بودن شرط صحت عقد است و خطاً کننده به عقد راضی نبوده و قصد فعل را نداشته است پس کار او عقد به حساب نمی آید.<sup>(۳)</sup>

اما قول راجح در این باب همان نظر جمهور فقهاء است بخاطر قوت دلایل شان، با این تفاوت که اصل بر عدم اشتباه است، پس باید دلیل بر صحت ادعای او وجود داشته باشد، اگر قبل از قول منکر دلیلی وجود نداشته باشد، اشتباه اعتبار نمی داشته باشد همراه با سوگند منکر است.

و آنها می گویند که: بیع ناسی، مکره، جاهل و خطا کننده منعقد نمی گردد، زیرا از شروط بیع اینست که: قدرت تسلیم، علم به حال مبیع، اراده و قصد خرید و یا فروش در آن باشد.<sup>(۴)</sup> به همین گونه طبق این فرموده خداوند متعال این بیوع ممنوع قرار داده شده است: {يَا

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ}

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید! اموال همدیگر را به ناحق (یعنی از راههای نامشروعی) نخورید مگر این که (تصرف شما در اموال دیگران از طریق) داد و ستدی باشد که از رضایت سرچشمه بگیرد.

۱. حنفی، محمد امین بن محمود البخاری المعروف بأمير بادشاه الحنفی، تیسیر التحریر، دار الکتب العلمیة - بیروت (۱۴۰۳ هـ - ۱۹۸۳ م)، ج ۲ / ۳۰۷

۲. ابن امیر الحاج، التقرير والتحریر فی علم الأصول، ج ۲، ص ۳۶۶.

۳. دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير، ج ۲، ص ۳۶۶. و حطاب، مواهب الجلیل لشرح مختصر الخلیل، ج ۴، ص ۴۴.

۴. قرافی، أبو العباس شهاب الدین أحمد بن إدريس المالکی الشهير بالقرافی، الذخيرة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ۱۹۹۴ م، ج ۳، ص ۲۰۴.

۵. سورة النساء، آیه: ۲۹.

## مطلب سوم: آثار نسیان و اشتباه عقد در قانون

### فرع اول: شرایط تحقق اشتباه در قانون مدنی

طبق احکام قانون مدنی جهت تحقق اشتباه به عنوان عیب اراده دو شرط اساسی لازم است، که در ذیل با اسناد قوانین مدنی به آن می پردازیم:

الف. اشتباه باید جوهری و اساسی باشد: طبق قانون اشتباه زمانی به عنوان عیب رضا پنداشته می شود که اساسی باشد، بنابر این، اولین شرط تحقق اشتباه اینکه باید اساسی بوده باشد. این مسئله را ابتداء در قانون مدنی کشور های اسلامی و سپس به قانون مدنی کشور می پردازیم:

قانون مدنی جدید مصر در ماده (۱۲۰) خود در این مورد چنین اشاره می نماید: «هرگاه یک طرف معامله دچار اشتباه اساسی شود، می تواند خواستار ابطال عقد گردد».

همچنان در ماده (۱۲۱) چنین آمده است. «اشتباه هرگاه به اندازه بزرگ باشد که طرف قرار داد اگر دچار آن نمی شد، به انعقاد قرار داد دست نمی زد، اساسی خوانده می شود».<sup>(۱)</sup>

از مفاد مواد فوق دانسته می شود که قانون مدنی جدید مصر معیار شخصی را برگزیده است؛ بنابر این، به موجب قانون مدنی مصر، اشتباه اساسی اشتباهی است که در نظر طرف قرار دادی که دچار اشتباه شده به اندازی بزرگ باشد که اگر این اشتباه را مرتکب نمی شد، از انعقاد عقد امتناع نمی روزد.

در نتیجه، هرگاه این اشتباه در صفت موضوع عقد واقع گردد، ضروری است که از نظر طرفین عقد، صفت اصلی باشد و اگر در مورد شخص معامله کننده یا صفتی از صفات او اشتباه صورت پذیرفته باشد، ضروری است از صفات اصلی در معامله باشد.

احکام مربوط به معیار اشتباه اساسی قانون مدنی کشور ترجمه ماده (۱۲۱) قانون مدنی مصر است. بنابر این، قانون مدنی نیز در باره معیاری اشتباه اساسی از معیار شخصی پیروی نموده است.

چنانچه به موجب ماده (۵۶۴) قانون ذکر شده است. «هرگاه غلطی به اندازه ای فاحش باشد که عقد کننده در صورت وقوف بر آن از ابرام عقد امتناع ورزد، چنین غلطی، اساسی پنداشته می شود».

۱. سنهوری، عبدالرزق احمد، (۱۹۹۸)، الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه ج۱، ص ۱۸۱-۱۸۳. ماده (۱۲۰)

و معیار اشتباه اساسی در شخص صفتی از صفات شخص است که به اقتضای آن عقد منعقد می گردد، ماده (۵۶۵) قانون مدنی در این مورد چنین مشعر است. «هرگاه غلطی در شخص در وصف از اوصاف عقد کننده واقع شده باشد، به نحوی که شخصیت یا وصف عقد کننده به سبب عمده انعقاد عقد بوده باشد، چنین غلطی اساسی پنداشته می شود.»<sup>(۱)</sup>

**ب. اشتباه باید در داخل عقد باشد:** شرط دوم اشتباه اینست که اشتباه باید داخل در قلمرو تراضی باشد، پیرامون این شرط قوانین مدنی کشورهای اسلامی نیز مورد بحث است. طوری که در ماده (۱۰۶) قانون مدنی سودان آمده است. «شخصی که در اشتباه اساسی واقع گردیده، به شرط میتواند فسخ عقد را مطالبه نماید که طرف مقابل وی نیز در عین غلطی و اشتباه واقع شده یا از اشتباه و غلطی واقف بوده و یا اینکه به سهولت میتوانست از آن واقف گردد»

همچنین قانون مدنی عراق، در ماده (۱۱۹) خود در مورد اینگونه حکم می کند، «شخصی که در غلطی و اشتباه اساسی واقع گردیده، نمی تواند به آن تمسک نماید، مگر اینکه جانب مقابل نیز غلطی و اشتباه نموده باشد و یا از غلطی واقف بوده و یا اینکه به سهولت می توانست به آن واقف گردد.»

از مفاد مواد مذکور به خوبی استنباط می گردد که اشتباه میان متعاقدين مشترک باشد یا طرفی غلطی نکرده باید عالم به غلطی بوده یا به راحتی توان آگاه شدن به آن را داشته باشد، غرض از این شرط حمایت از منافع کسی است که از اشتباه آگاه نیست و وجه دیگر، توجه به اصل ثبات و استقرار معاملات است.<sup>(۲)</sup>

قانون مدنی کشور نیز از قوانین ممالک اسلامی پیروی نموده غلطی و اشتباه را زمانی معتبر میداند که داخل در قلمرو تراضی باشد، ماده (۵۶۳) قانون مدنی در این مورد چنین صراحت دارد: «شخصی که در غلطی اساسی واقع گردیده، به شرطی می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که طرف مقابل وی نیز در عین غلطی واقع شده یا از غلطی واقف بوده یا اینکه به سهولت می توانست به آن واقف گردد.»<sup>(۳)</sup>

### فرع دوم: آثار اشتباه در موضوع عقد از نظر قانون مدنی

۱. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۵۶۵).

۲. سنهوری، الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، ج ۱، ص ۱۸۱-۱۸۳.

۳. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۵۶۳).



قانون مدنی در ماده (۵۶۲) در این مورد مشعر است. «هرگاه در موضوع عقد غلطی صورت گرفته معقود علیه مسمی و مشار الیه باشد، احکام آتی رعایت می‌گردد:

در صورت اختلاف جنس، عقد به مسمی تعلق گرفته و نسبت عدم وجود مسمی عقد باطل شناخته می‌شود.

در صورت اتحاد جنس و اختلاف وصف، عقد به مشار الیه تعلق گرفته و نسبت موجود بودن مشارالیه منعقد می‌گردد. در این حالت عقد کننده، نسبت عدم موجودیت وصف در فسخ و ابرام عقد مخیر می‌باشد».

ماده (۵۶۶) قانون مدنی، عقد به سبب غلطی در قانون وقتی قابل فسخ پنداشته می‌شود که شرایط غلطی در وقایع مربوط به عقد متحقق گردد، مگر اینکه قانون مخالف آن تصریح کرده باشد.

ماده (۵۶۷) غلطی حسابی یا مادی در صحت عقد تأثیر نداشته و تصحیح آن حتمی می‌باشد. ماده (۵۶۸) شخصی که در غلطی واقع گردیده، نمی‌تواند به آن طوری تمسک نماید که معارض آنچه حسن نیت مقتضای آنست باشد. اگر طرف مقابل برای تنفیذ این عقد اظهار آماده گی نماید با ابرام عقد ملزم پنداشته می‌شود.

ماده (۵۶۹) احکام مربوط به غلطی در مورد مقاصد یا هر وسیطه ایکه اراده یکی از طرفین عقد را تحریف شده به دیگری نقل نماید، قابل تطبیق می‌باشد.

طبق صراحت فقره دوم، ماده (۵۶۲)، قانون مدنی کشور، اختلاف در وصف معقود علیه سبب بطلان بیع نمی‌گردد، و کسی که در غلطی واقع شده است خیار فسخ عقد بیع را دارا می‌باشد، همان گونه که در قانون ذکر است:

در صورت اتحاد جنس و اختلاف وصف، عقد به مشار الیه تعلق گرفته و نسبت موجود بودن مشارالیه منعقد می‌گردد.

در این حالت عقد کننده، نسبت عدم موجودیت وصف در فسخ و ابرام عقد مخیر می‌باشد.

بنابر این، قانون مدنی کشور نظریه ای امام صاحب مالک و همنظران وی را پذیرفته است.<sup>(۱)</sup>

---

۱. همان منبع، ماده های (۵۶۲) الی (۵۶۹).

## مبحث دوم

### آثار اشتباه و نسیان در عقد نکاح در فقه و قانون

مطلب اول: تعریف، ارکان و شرایط عقد نکاح از نظر فقه و قانون

فرع اول: تعریف عقد نکاح در فقه و قانون

الف: تعریف نکاح در لغت: نکاح مصدر ثلاثی بوده و از ریشهء « نکح ینکح » که در لغت بمعنی تقابل، وصول و اختلاط به کار رفته است، در لسان العرب ذکر شده که هرگاه لفظ اینگونه «نکح فلان امرأه ینکحها نکاحاً» ذکر گردد، به معنی عقد می باشد، و در صورت که لفظ « نَكَّحَهَا ینکِّحُهَا إِذَا تَزَوَّجَهَا» بیاید معنی وطی را افاده می نماید، و اصل در کلام عرب نکاح به معنی وطی می باشد.<sup>(۱)</sup>

از نظر اصطلاح در این که آیا این لفظ به وطی داللت میکند یا عقد یا میان هر دو مشترک لفظی است اختلاف نظر وجود دارد معروف و مشهور آن است که نکاح در لغت به معنای وطی و در شرع به مفهوم عقد است، طوری که ابن فارس می گوید که اطلاق نکاح بر وطی می شود، همانگونه که اطلاقش بر عقد بدون وطی می گردد، مانند اینکه گفته می شود. «نُکِّحَتِ الْمَرْأَةُ وَ نَكَحَ فُلَانٌ امْرَأَةً» وقتی که به نکاح گرفته شود.<sup>(۲)</sup>

همچنان هرگاه لفظ نکاح در قرآن کریم و یا سنت بدون ذکر قرائن در میان آید، مراد از آن وطی است، و صورت که با ذکر قرائن باشد مراد عقد می باشد.

چنانچه الله متعال می فرماید: { وَ لَآ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ }.<sup>(۳)</sup>

ترجمه: با زنانی که پدران شما با آنها ازدواج کرده اند، هرگز ازدواج نکنید!

امام راغب اصفهانی ذکر نموده که اصل لفظ نکاح برای عقد استعمال شده است و بعداً برای جماع استعاره شده است، و بر عکس ممکن نیست؛ زیرا الفاظ جماع تمامش کنایات است از قباحت ذکر آن.<sup>(۴)</sup>

ب: تعریف نکاح در اصطلاح: فقهاء در تعریف اصطلاحی نکاح تعریفاتى آوردند، از جمله آنها:

فقهاء احناف: فقهای حنفی عقد نکاح را چنین تعریف نمودن اند. «عقد یفید ملک المتعده:

أی حل استمتاع الرجل من امرأة لم یمنع من نکاحها مانع شرعی»<sup>(۵)</sup>

ترجمه: نکاح، عقد است که برای مالکیت تمتع، وضع شده است؛ به این معنی که هدف از

انعقاد این آن، حلال بودن استمتاع زوجین از یکدیگر بوده که خالی از کدام موانع شرعی باشد.

۱. ابن منظور، لسان العرب، ج۲، ص۶۲۵-۲۲۶.

۲. فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، ج۲، ص۶۲۴.

۳. سوره نساء، آیه ۲۲.

۴. راغب اصفهانی، معجم مفردات ألفاظ القرآن، ج۱، ص۵۲۶.

۵. ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ج۳، ص۳.

فقهاء مالکی: عقد نکاح چنین تعریف نمودند: «عقد لحل استمتاع بأنتی، غیر محرم و مجوسیه و أمه کتابیه، بصیغه لقادر محتاج او راج نسلا».<sup>(۱)</sup>

ترجمه: نکاح، عقد است که برای حلال بودن استمتاع زن غیر محرم، مجوسیه، کنیزک کتابی و به صیغه و الفاظ که به صورت توانا یا نیازمند یا جویای اولاد باشند.

فقهاء شافعی: عقد نکاح: «النکاح عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنکاح أو تزویج أو ترجمته».<sup>(۲)</sup>  
ترجمه: نکاح عقدی است که متضمن مباح شدن وطی می گردد و با لفظ إنکاح یا تزویج باشد یا ترجمه آنها باشد، صورت می گیرد.

از مجموع تعاریفات که صورت گرفت برداشت می شود که عبارات فقهاء در تعریف نکاح متفاوت و مختلف بوده و لکن اهداف و مقاصد آنها از تعریف یکی می باشد، بیشتر فقهاء زواج و نکاح را منحصر به حل تمتع، یا استمتاع، یا تملیک منافع بضع یا ملک گردیده است، این تعریف ها در واقع بر اهداف و مقاصد ازدواج که همانا داشتن حقوق، وجایب و تکالیف که زوجین بر یکدیگر می داشته باشد، اشاره نشده است.

۴. تعریف راجح: تعریف که استاد عبدالوهاب خلاف ا «هو عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجین بالآخر علی الوجه مشروع، و يجعل لكل منهما حقوقاً قبل صاحبه و واجبات علیه».<sup>۳</sup>  
به نظر می رسد که عقد ازدواج تنها در حالی که از مقاصد نکاح بر می آید که معنی شرعی ازدواج تنها بر حل معاشرت بین مرد و زن خلاصه نمی شود، بلکه یک سلسله حقوق و وجایب دینی بین زوجین نیز مرتب میگردد.

ج. تعریف نکاح در قانون مدنی: دانشمندان قانون عقد نکاح را چنین تعریف شده است: عقد نکاح در نظام حقوقی چنین تعریف شده است. «نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند».<sup>(۴)</sup>  
برخی دیگر در تعریف نکاح آورده اند که «نکاح عبارت از رابطه است حقوقی و عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که با یکدیگر زندگی کند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی از یکدیگر می باشد».<sup>(۵)</sup>

و اما قانون مدنی افغانستان نیز با اقتباس فقه اسلامی و نظام حقوقی اسلام در ماده (۱۳۵۵) عقد ازدواج را چنین تعریف گردیده است. «ازدواج عبارت عقدیست که معاشرت بین زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل مشروع گردانیده حقوق و واجبات طرفین را بوجود می آورد».<sup>(۶)</sup>

۱. صاوی، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئی، الشهير بالصاوی المالکی، الصاوی علی الشرح الصغير، دار المعارف - القاهرة، طبع الاول، ج ۴، ص ۳۹۲.

۲. شربینی، معنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۳، ص ۱۲۳.

۳. خلاف، عبدالوهاب، (۱۹۹۰م)، احکام الأحوال الشخصية فی الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر و التوزيع، کویت، طبع ۲، ص ۱۵.

۴. امامی، سیدحسن (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران: گنج دانش. چاپ: ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۲۶۸.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی، حقوق مدنی زوجین در زمان زناشویی دائم از دیدگاه قرآن، تهران: بنیاد قرآن. چاپ، ۱۳۸۰، ص ۲۲.

۶. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۶۰).

ج. مقایسه تعریف فقهی و قانون: تعریف که در کتب فقهی از نکاح و ازدواج صورت گرفت بیشتر در معاشرت و حلیت استمتاع و بضع بکار برده شده در حالیکه در تعریف قانون مدنی در پهلوی اینکه از معاشرت بین زن مرد صحبت می نماید، از حقوق و واجبات که از نظر شرعی بر آن مرتب می گردد، اشاره می نماید. در واقع این تعریف با تعریف فقهاء معاصر اسلامی مطابقت دارد.

### فرع دوم: ارکان نکاح در فقه وقانون

به ارتباط ارکان و عناصر عقد ازدواج فقهاء مذاهب اسلامی نظریات مختلفی را ارائه نموده اند، اینک قرار ذیل دیدگاه آنها بیان می نمایم:

الف. فقهاء حنفی: مطابق مذهب حنفی ارکان نکاح تنها ایجاب و قبول می باشد، چنانچه که در کتاب « بدائع الصنائع » ذکر شده است. « ارکان عقد نکاح عبارت از ایجاب و قبول می باشد. »<sup>(۱)</sup>

ب. فقهاء شافعی: از نظر شافعی ها ارکان نکاح عبارت اند از: صیغه، زوج، زوجه، شاهدان و ولی است.

ج. فقهاء مالکی: بنابر این مطابق مذهب مالکی ها عقد نکاح دارای سه رکن ذیل می باشد، که عبارت اند از: وجود ولی، صداق، محل عقد- زوج و زوجه - و صیغه است.<sup>(۲)</sup>

د. فقهاء حنابله: فقهاء حنبلی بر این نظر اند که عقد ازدواج دارای سه رکن که عبارت از: زوجین که هر دو از موانع و محرّمات خالی باشد، ایجاب و قبول می باشد.<sup>(۳)</sup>

### فرع سوم: شرایط عقد نکاح در فقه وقانون

فقهاء اتفاق نظر دارند بر اینکه عقد ازدواج دارای شرایط ذیل می باشد:

الف. شرایط انعقاد: شرط انعقاد عقد ازدواج در ارکان عقد لازمی می باشد که عبارت اند از:

اهلیت عاقدین: نکاح مجنون و صبی واقع نمی شود، زیرا عقل از شروط اهلیت عقد است.

موافقت ایجاب و قبول: عقد نکاح منعقد نمی گردد، تا زمانی که ایجاب و قبول با هم موافقت

نداشته باشد.

اتحاد مجلس: ایجاب و قبول باید در یک مجلس بوده باشد، نباید مجلس عقد متفاوت

نباشد.<sup>(۴)</sup>

۱. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع ، ج۲، ص۲۲۹.

۲. خطاب، مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل، ج۳، ص۴۱۹.

۳. البهوتی، کشف القناع عن متن الإقناع ج ۱ ص ۲۲۰۱

۴. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع ، ج۵، ص۲۳۲.

**ب. شرایط صحت:** شرایط صحت نکان عبارت اند از: موجودیت شاهدین در هنگام انعقاد عقد ازدواج، عدم موجودیت حرمت بین ناکح و منکوحه است، که در فقه اسلامی شده است. همچنان قانون مدنی افغانستان در ماده (۷۷) در مورد شروط صحت و نفاذ عقد ازدواج چنین صراحت دارد: « برای صحت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است: انجام ایجاد و قبول صحیح توسط عاقدین یا اولیاء یا وکلای شان؛ حضور دو نفر شاهد با اهلیت و عدم موجودیت حرمت دائمی و یا موقتی بین ناکح و منکوحه. <sup>(۱)</sup> »

**ج. شرایط لزوم:** شروط لزوم اینکه هم کفو بودن زوجین و کمتر نبودن مهر از مهر مثل است. **د. شرایط نفاذ:** شروط نفاذ در عقد نکاح آنست که در عدم موجودیت آنها عقد ازدواج صحت خود را کسب می نماید، ولی عدم وجود آنها باعث می گردد، که آثار و نتایج حقوقی عقد موقتاً ترتیب اثر داده نشود، مثلاً در ازدواج صغیر و مجانبین اذن ولی شریط اساسی پنداشته می شود. <sup>(۲)</sup>

### **مطلب دوم: اشتباه و نسیان در عقد نکاح در فقه و قانون**

**فرع اول: اشتباه در نکاح زن همراه با خواهر، عمه و خاله آن از نظر فقه**

هر گاه مردی با دو زنی نکاح کرد که جمع شدن آنها در یک نکاح، حرام است. مانند دو خواهر، زن و عمه و یا زن و خاله آن، و این معلوم نیست که همراهی کدام یکی از آنها قبلاً و کدام یکی بعد نکاح شده است، پس در این صورت قاضی در میان شوهر هر دو خواهر تفریق میکند، و اگر اول نکاح شدگی معلوم باشد تنها نکاح بادومی باطل می باشد.

اما مورد بحث اینجا حالت دومی یعنی (اینکه نکاح اولی و دومی معلوم باشد) اقوال فقهاء در مورد اشتباه مذکور چنین صراحت دارد:

**الف. دیدگاه حنفی:** هر گاه دو خواهر در دو عقد جداگانه نکاح شوند و این معلوم نباشد که همراهی کدام یکی از آنها اول و همراهی کدام یکی آنها بعداً نکاح شده است، در این صورت باید در میان ایشان تفریق آورده می شود، زیرا در این مورد تفکر و تحری جواز ندارد، چراکه نکاح یکی از آنها به صورت یقینی از جهت مجهول بودن وی فاسد است، و حصول مقاصد نکاح از زن مجهول درست؛ پس لازم است که در میان آن تفریق آورده شود. <sup>(۳)</sup>

**ب. دیدگاه مالکی:** مالکی ها نیز به وجوب تفریق نظر دارند: هر گاه مردی بادوزنی که یکی بردیگری حرام باشند مانند دو خواهر، زن و عمه و یا زن و عمه آن در دو عقد نکاح صورت گیرد تفریق آنها واجب است.

<sup>۱</sup>. وزات عدلیه، قانون مدنی، ماده (۷۷).

<sup>۲</sup>. ابن عابدین، الدر المختار وحاشیة ابن عابدین، ج۲، ص۳۱۱.

<sup>۳</sup>. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۲، ص۲۶۳.

لیکن گفتند که بعد از جدایی باهر کدام از آنها خواست میتواند دوباره ازدواج کند به شرطی اینکه اگر دخول صورت گرفته باشد باید رحم آن پاک گردد.

ایشان به این نظر اند که فسخ در اینجا بدون طلاق است و زوج اختیار ندارد که یکی از آنها انتخاب کند و دیگری را رها کند. و همچنان هر دو را همزمان در عقد نکاح خود نگاه کرده نمی تواند.<sup>(۱)</sup>

ج. دیدگاه شافعی: شافعی ها نیز به وجوب تفریق نظر دارند:

هر گاه مردی با دوزنی که یکی بردیگری حرام باشند مانند دو خواهر، زن و عمه و یازن و عمه آن در دو عقد نکاح صورت گیرد تفریق آنها واجب است. لیکن گفتند که بعد از جدایی باهر کدام از آنها خواست میتواند دوباره ازدواج کند، و اگر به مدخول بها عقد نماید عدت از آن ساقط می گردد و اگر به غیر مدخول بها عقد نماید نیز صحیح است، لیکن مستحب اینست که باید تا وقتی که مدخول بها پاک شود به غیر مدخول بها دخول صورت نگیرد، از جهت جمع شدن آب در دو خواهر.<sup>(۲)</sup>

د. دیدگاه حنبلی: هنگامی که مردی دو خواهر و یا از کسانی که جمع در میان شان حرام باشد در یک نکاح جمع نماید و ندانسته که کدام یکی از آنها را اول به ازدواج خود در آورده است. بنا بر روایت صحیح در مذهب حنبلی، در میان وی و آن دو زن تفریق آورده می شود، چراکه یکی از آنها به وی حرام است و نکاح آن باطل است، و محلله ی برای وی شناخته نمی شود و هر دو شان به وی اشتباه شده اند. و اگر بایکی از آنها دخول صورت گرفته باشد؟ غیر مدخول بها را بایک طلاق جدا سازد و مدخول بها را تا وقتی انقضاء عدت اش نکاح نکند.

اگر دوست داشت که مدخول بهارا طلاق دهد و باغیر مدخول بها نکاح کند، مدخول بها را یک طلاق دهد تا وقت انقضاء عدت آن وی را نکاح نکند و بعد از اتمام عدت بادیگر آن نکاح کند.

و اگر با هر دو دخول صورت گرفته باشد تا وقتی که یکی از آنها را طلاق ندهد و هر دو ی آنها عدت شان را پوره نکند بادیگر آنها نکاح نکند، و اگر با هیچ یکی از آنها دخول صورت نگرفته باشد میتواند بعد از طلاق یکی از آنها همزمان بادیگری آن نکاح کند.<sup>(۳)</sup>

۱. اصبحی، المدونه، ج۲، ص ۱۹۸.

۲. ماوردی، أبو الحسن علی بن محمد بن محمد بن حبیب البصری البغدادی، الشهیر بالماوردی، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی، المحقق: الشیخ علی محمد معوض، الناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت - لبنان، الطبع الأول، (۱۴۱۹ هـ - ۱۹۹۹ م) ج ۹، ص ۱۲۳ - ۱۲۴.

۳. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۷، ص ۱۲۳.

## فرع دوم: اشتباه در تعیین و تسلیمی مهر زوجه

هرگاه بین عاقدین نکاح، در مورد مهر اشتباه پیش آمد، در این مورد دیگاه فقهاء قرار ذیل است:

الف. اختلاف در مهر ازدیدگاه حنفی: هرگاه دوخواهر در دو عقد نکاح صورت گیرد و این معلوم نباشد که همراهی کدام یکی از آنها قبلاً و کدام آن بعداً نکاح شده، هرگاه مهر این دو زن برابر بود و تفریق نیز قبل از دخول باشد پس به هردوی آنها نصف مهر داده می شود و هر دو ی آنها به نصف تقسیم میکنند که در حصه هردو آنها ربع، ربع می آید، دلیل اینست که نصف مهر در هردوی آنها برای آن یکی واجب می باشد که کدام باشد و این معلوم نیست که مقدم کدام آنها است پس به جهت عدم اولیت به هیچ یکی آنها ترجیح داده نمی شود، پس نصف مهر به هردوی آنها داده می شود.<sup>(۱)</sup>

ب. اختلافات در مهر ازدیدگاه مالکی: هرگاه دوخواهر در دو عقد، نکاح صورت گیرد و این معلوم نباشد که همراهی کدام یکی از آنها قبلاً و با کدام یکی بعداً نکاح شده است، در این صورت دیدگاه فقهاء مالکی اینست که اگر قبل از دخول بدون طلاق تفریق صورت گیرد بالای مرد هیچ چیزی لازم نمی گردد و گویا اینکه هیچ ازدواج نکرده باشد.

و اگر همراه هردو دخول صورت گرفته باشد، در میان شان تفریق صورت می گیرد بدون طلاق، و برای هر کدام مهر مسمی لازم می گردد، و اگر بایکی از آنها دخول شده باشد و سپس هر کدام آنها ادعا نماید که بامن دخول صورت گرفته است در اینجا قول مرد همراه با قسم قابل قبول است و برای مدخول بها مهر را به گونه غرامت می پردازد.<sup>(۲)</sup>

اگر اختلاف زن و شوهر در مورد مهر قبل از دخول باشد هردو سوگند داده می شود و نکاح شان فسخ می گردد، برابر است این اختلاف در مورد نوع مهر باشد، مانند کالا یا گاو، و یا در مورد مقدار آن باشد، مانند هزار، اگر زن سوگند خورد و مرد انکار کرد نصف مهر برای زن لازم می شود، و اگر بعد از دخول در نوع مهر اختلاف داشتند هردو سوگند داده می شود و برای زن مهر مثل لازم می شود.<sup>(۳)</sup>

ج. در مذهب حنبلی: اگر اختلاف زن و شوهر در مورد مهر پیدا شد و هیچکدام شاهی برای

اثبات مدعای خود نداشته باشد در این مورد در مذهب حنبلی دو روایت وجود دارد:

۱. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۲، ص ۳۰۴.

۲. مالکی، محمد بن احمد بن محمد علیش، أبو عبد الله المالکی (المتوفی: ۱۲۹۹هـ)، منح الجلیل شرح مختصر خلیل، الناشر: دار الفکر - بیروت، الطبعة: بدون طبع، تاریخ النشر: ۱۴۰۹هـ/۱۹۸۹م، ج ۳، ص ۳۳۴.

۳. قرطبی، أبو عمر یوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمری القرطبی (المتوفی: ۴۶۳هـ)، الکافی فی فقه أهل المدینة، المحقق: محمد محمد أحمد ولد مادیک الموریتانی، الناشر: مکتبة الرياض الحدیثة، الرياض، المملكة العربیة السعودیة، الطبعة: الثانية، ۱۴۰۰هـ/۱۹۸۰م، ج ۲، ص ۵۵۸.

- به قول مرد اعتبار داده می شود همراه با سوگند برابر است مهر مثل باشد و یا زیاده و کم.  
- اگر مهر مثل زن به اندازه ادعای زوج باشد و یا کمتر از آن به قول مرد با سوگند اعتبار می شود، و اگر مهر مثل زن به اندازه آنچه که زن ادعا دارد و یا زیاده از آن، به قول زن اعتبار می شود، و اگر مهر مثل کمتر از مدعای زن باشد و زیاده از ادعای مرد به مهر مثل اعتبار داده می شود.<sup>(۱)</sup>

## مطلب سوم: آثار اشتباه و نسیان در عدد طلاق در فقه و قانون

### فرع اول: اشتباه و نسیان در وقوع اصل طلاق

اگر فردی اشتباه کرد که آیا طلاق واقع شده و یا خیر؟ در این صورت حکم به عدم وقوع طلاق کرده می شود و نکاح به حالت اصلی خود باقی است، از جهت اسقاط شک و اعتبار به یقینی بودن نکاح چرا که احکام شرعی مستقر به یقین اند، چنانچه در این حدیث آمده است، که پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - می فرماید: «وإذا شك أحدكم في صلاته فليتحجر الصواب فليتيم عليه».<sup>(۲)</sup>

هر گاه یکی از شما در نمازش شک کرد درست آن را بیاد آورد، و بر اساس آن نمازش را کامل کند.

همچنان در حدیث دیگری پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - می فرمایند: «عن عبد الله بن يزيد الأنصاري: أنه شكاً إلى رسول الله - صلی الله علیه وسلم - الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: «لا ينفتل أو لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً».<sup>(۳)</sup>

ترجمه: عبدالله بن یزید انصاری می گوید: از رسول الله - صلی الله علیه وسلم - پرسیدم: اگر شخصی، هنگام خواندن نماز به شک بیفتد که وضویش شکسته است (بادی از شکمش خارج شده است) چه کار باید بکند؟ آنحضرت - صلی الله علیه وسلم - فرمود: تا وقتی که صدایی نشنیده و یا بویی احساس نکرده باشد، نمازش را ترک نکند.

عدم وقوع این نوع شک از اجماع فقهاء اسلام منقول است و همه اتفاق نظر دارن که به چنین اشتباه طلاق واقع نمی شود.<sup>(۴)</sup>

۱. ابن الفراء، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بـ ابن الفراء (المتوفى: ۴۵۸هـ)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، المحقق: د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض، طبع الاول، (۱۹۸۵م)، ج ۲، ص ۱۲۴.

۲. نیشاپوری، المسند الصحيح للمسلم، ج ۲، ص ۸۴.

۳. بخاری، ابو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، (۱۴۱۹ هـ) صحيح البخاري، دارالسلام - الرياض، ج ۱، ص ۳۹.

۴. نووی، المجموع شرح المهذب، ج ۱۷، ص ۲۴۸.



## فرع دوم: اشتباه در نوع و عدد طلاق

اشتباه و فراموشی در عدد طلاق از نظر فقهاء مذاهب چهارگانه چنین بیان شده است:

الف. مذهب حنبلی: در مذهب حنبلی «المبدع فی شرح المقنع» در مورد شک در عدد طلاق چنین شرح داده شده است: اگر در تعداد عدد طلاق اشتباه وشک کرد اعتبار بر یقین دهد، زیرا مازاد از یقین طلاق مشکوک فیه است و به اشتباه طلاق واقع نمی شود، چنانچه که اگر در اصل طلاق شک کند طلاق واقع نمی شود، پس اگر اشتباه وغلط کند که یک طلاق داده و یادو طلاق، در این صورت یک طلاق واقع می شود، چراکه یک یقینی است واحکام آن مانند احکام طلاق دهنده مادون سه است، مانند مباح بودن رجعت، وحلال بودن وطی، واگر به زن خود رجوع کند به حالت قبل از طلاق می گردد.

وهمچنان برای خانم خود بگوید که تو طلاق هستی مانند به عددی که - فلانی - خانم خود را طلاق داده بود و عدد آن نامعلوم باشد یک طلاق واقع می شود.

خرقی<sup>(۱)</sup> -رحمه الله- می گوید: یعنی وقتی مردی زن خود را طلاق دهد و نداند که یک طلاق داده و یاسه طلاق در این صورت وطی برای مرد جواز ندارد تا اینکه متیقن گردد، این یک روایت از امام احمد -رحمه الله- نیز است که وطی کردنش برای مرد حرام است، چراکه یقین برتحریم دارد که آن سه طلاق است وشک درتحلیل است که آن یک طلاق است، در این صورت تاوقتی در عدت وی است نفقه نیز بالای شوهر است، زیرا اصل بقاء نفقه است.<sup>(۲)</sup>

وصورت جمع در میان این دو فرموده اینست که، اصل یقین است وشک در مابعد و ظاهر کلام امام احمد طوری است که اگر به زن خود رجوع کند به وی حلال می شود، زیرا رجعت دور کننده حکم یقینی طلاق می باشد، چراکه تحریم انواع مختلفی دارد، تحریمی که به رجعت حلال می شود، تحریمی که به نکاح جدید دور می شود وتحریمی که بعد از نکاح و همبستری با زوج دیگر حلال می گردد، می گوید: کسی که به ادنی متیقن باشد حکم اعلی ثابت نمی گردد، مانند کسی به متیقن باشد که بی وضوء شده است بالای وی غسل جنابت واجب نمی گردد، بر خلاف لباس که اگر بعض حصه آن شسته شود حکم نجاست به یقین از آن دور نمی شود، واز اصحاب

۱. الخرقی: هو عمر بن الحسین بن عبد الله، أبو القاسم، الخرقی، بغدادی، نسبته إلى بیع الخرق، من كبار فقهاء الحنابلة، رحل عن بغداد لما ظهر بها سب الصحابة زمن بنی بویه، وترک کتبه فی بیت بغداد فاحترقت ولم تكن انتشرت، وبقي منها مختصره المشهور بـ (مختصر الخرقی) الذی شرحه ابن قدامة فی ((المغنی)) وغیره. (المتوفی: ۳۳۴هـ) انظر: والأعلام للزکلی ۵ / ۲۰۲

۲. خرقی، أبو القاسم عمر بن الحسین بن عبد الله الخرقی (المتوفی: ۳۳۴هـ)، مختصر الخرقی، الناشر: دار الصحابة للتراث، (۱۹۹۳م)، ج۱، ص۱۱۷.

ما تعدادی استند که حصول تحریم به طلاق را ممنوع میدانند، از این جهت رجعت مباح شده و حرام یقینی نمی باشد.<sup>(۱)</sup>

وابن قدامه - رحمه الله - در المغنی ذکر کرده است: اگر شخصی خانم خود را طلاق دهد و نداند که یک طلاق گفته است و یاسه طلاق، در این صورت از زن خود جدا شود، و تا وقتی در عدت وی است نفقه نیز بالای شوهر است، و طی برای مرد جواز ندارد تا اینکه به عدد طلاق متیقن گردد، چراکه یقین بر تحریم دارد که آن سه طلاق است و اشتباه در تحلیل است که آن یک طلاق است، و خلاصه اینکه اگر در عدد طلاق اشتباه کرد بریقین اعتبار داده می شود. و از امام احمد - رحمه الله - نقل است، اگر مردی زنش طلاق داد و نداند که یک گفته و یا سه طلاق، یک طلاق واجب می شود وزن در قید نکاح مرد تا وقتی متیقن شدن و معلوم شدن طلاق می باشد.<sup>(۲)</sup>

ب. در مذهب حنفی: در مورد اشتباه در تعداد و شمارش طلاق در مذهب حنفی دو نظر وجود دارد:

نظر اول و مشهور اینکه، اگر در عدد طلاق اشتباه بوجود آمد که یک واقع شده نه دو و یا سه، در اینجا به اقل اعتبار داده می شود، چراکه یقینی همان اقل است و زیادت مورد اشتباه است.<sup>(۳)</sup>

و اگر زوج در عدد طلاق اشتباه کرد و ندانست که چند طلاق گفته است، در این از تحری کار بگیرد و اگر هر دو جانب نزدش مساوی بود به اشد آن عمل شود.<sup>(۴)</sup>

ج. در مذهب شافعی: اگر اشتباه در عدد طلاق همراه با یقین وقوع طلاق واقع شد، مثل اینکه اشتباه کند که یک طلاق و یا سه طلاق واقع شد، جزء یقین چیزی دیگری لازم نمی گردد که آن یقین اقل می باشد، لیکن در یک طلاق رجعت را از ورع و پرهیزکاری شمرده اند، و در اشتباه در سه طلاق ترک استمتاع و رها کردن را ورع گفته اند، لیکن در هر دو صورت رجوع را جائز دانسته اند.<sup>(۵)</sup>

۱. ابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، (المتوفى: ۸۸۴هـ المبدع فی شرح المقنع، الناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت - لبنان، الطبع الأول، ۱۴۱۸هـ - ۱۹۹۷م)، ج ۶، ص ۴۰۶.

۲. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۷، ص ۴۹۳.

۳. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۳، ص ۱۲۶.

۴. ابن نجیم، ص ۵۲.

۵. ماوردی، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی، ج ۱۰، ص ۲۷۴.

د. در مذهب مالکی: اگر زوج شک کرد یک دو و یا سه طلاق و عدد طلاق یادش نباشد؛ بنابر نظریه خود امام مالک - رحمه الله - طلاق واقع شده و برای وی حلال نیست و سپس، وبه این آیت استدلال نموده است: { فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا فَلَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ }<sup>(۱)</sup>

ترجمه: اگر او را طلاق داد، از آن به بعد، زن بر او حلال نخواهد بود؛ مگر اینکه همسر دیگری انتخاب کند (و با او، آمیزش جنسی نماید. در این صورت)، اگر او را طلاق گفت، گناهی ندارد که بازگشت کنند؛ (و با همسر اول، دوباره ازدواج نماید؛) در صورتی که امید داشته باشند که حدود الهی را محترم می‌شمرند. اینها حدود الهی است که (خدا) آن را برای گروهی که آگاهند، بیان می‌نماید.

یکی از فقهاء مالکی می‌گوید: تا زمانی که زن در عدت وی باشد اگر یادش آمد که یک و یا دو طلاق داده است او ارجحیت دارد که با آن نکاح کند، و اگر بعد از عدت یادش آمد او در جمله دیگر خواستگارها محسوب می‌شود.<sup>(۲)</sup>

### مطلب چهارم: اشتباه و نسیان در قانون مدنی

اشتباه در ساحت عقد ازدواج در حالات مختلف مطرح است که قرار مورد به آن می‌پردازیم:

#### فرع اول: اشتباه در شخص عاقد

یکی از موارد که اشتباه یا خطا را در ساحت عقد ازدواج مطرح می‌سازد عبارت از اشتباه در شخص است، این اشتباه نیز امکان دارد روی حالت مدنی یک شخص صورت گیرد، بدین معنی که زن به تصور اینکه جانب مقابل وی مجرد می‌باشد، با او ازدواج می‌کند، اما بعداً معلوم می‌گردد، که جانب او مجرد نبوده، بلکه یک شخص متأهل می‌باشد، البته در صورت تحقق چنین حالت عقد ازدواج با در نظر داشت این که در فقه اسلامی به تعدد زوجات اجازه داده شده، مواجه به بطلان نمی‌باشد؛ اما با آن هم از نظر حقوقی زوجه جدید می‌تواند در صورت عدم رضایت مطابق احکام مندرج (۱۸۳) قانون مدنی کشور به سبب ضرر مطالبه تفریق نماید.

متن ماده فوق چنین است: «هرگاه زوجه از معاشرت با زوج ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند، می‌تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید.»<sup>(۳)</sup>

۱. سوره بقره، آیه: ۲۳۰.

۲. اصبحی، مالک بن انس بن مالک بن عامر الأصبیحی، المدونه، ناشر: دار الکتب العلمیة، طبعه: الأولى، ۱۴۱۵هـ - ۱۹۹۴م، ج ۲، ص ۶۷.

۳. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۱۸۳).

باید خاطر نشان ساخت که این نوع اشتباه یا خطاء در حقوق تعداد زیادی از کشور های زیاد که تعدد زوجات را اجازه نمی دهند، غالباً باعث بطلان عقد ازواج خواهد شد.

#### فرع دوم: اشتباه در هویت شخص

بعضاً امکان دارد که اشتباه و خطاً در شخصیت فزیکي و یا هویت مسمی یک شخص صورت گیرد. این نوع اشتباه طوری می باشد، یک شخص اشتباهاً عقد ازواج را با شخصی که مورد نظرش نمی باشد، منعقد می سازد، طور مثال، شخص (عبدالصمد) می خواهد با شخص (فاطمه) ازدواج کند؛ اما بعداً معلوم گردد که طرف مقابلش همان شخص مورد نظر نمی باشد، در این حالت عقد ازواج به بطلان مواجه می گردد.

و همچنان ممکن است که اشتباه در وصف شخص صورت گیرد. به طور مثال، یک طرف ازدواج خاصتاً دختر، فکر می کند جانب مقابل وی، پسر دارای نسب شریف، تحصیلات عالی، خانه و مالک دارای می باشد. که در اثر آن حاضر به انعقاد عقد ازدواج می گردد؛ ولی بعداً معلوم می گردد که این شخص اوصاف که قبلاً گفته شده دارا نبوده بلکه یک شخص غریب، بی بضاعت و احیاناً هم فاقد سواد می باشد.<sup>(۱)</sup>

باید تذکر داد: اشتباه که در وصف شخص، اندازهء تمویل و دارای او صورت گرفته باشد، در بطلان عقد ازدواج آن قدر تأثیر وارد کرده نمی تواند؛ بلکه ازدواج مذکور قابل حفظ و توکید می باشد.

اما با آن هم دختر و یا اولیای او نظر به اینکه موضوع کفایت (هم سیال بودن) در بین ایشان رعایت نشده است، می تواند عقد ازدواج، فسخ کنند، قانون مدنی در مورد اینکه کدام غلطی و اشتباه در شخص و یا اوصاف آن اساسی پنداشته می شود، در ماده (۵۶۵) خود چنین حکم می نماید:

« هرگاه غلطی در شخص و یا در وصف از اوصاف عقد کننده واقع شده باشد، به نحو که شخصیت یا وصف عقد کنند سبب عمدهء انعقاد عقد بوده باشد، چنین غلطی اساسی پنداشته می شود.»

و در مورد اشتباه و غلطی که شخص به موجب آن می تواند فسخ عقد را مطالبه کند، در ماده (۵۶۳) چنین صراحت دارد:

۱. عدالخواه، پوهنمل عبدالقادر، (۱۳۹۶ ش) حقوق فامیل، کابل، ناشر: انتشارات بین المللی سرور سعادت، چاپ سوم، ج۱، ص ۱۱۰-۱۱۱.

« شخصی که در غلطی اساسی واقع گردیده به شرط می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که طرف مقابل وی نیز در عین غلطی واقع شده، یا از غلطی واقف بوده و یا اینکه به سهولت می توانست به آن واقع گردد».<sup>(۱)</sup>

---

<sup>۱</sup>. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۵۴۳ - ۵۶۵)

## مبحث سوم

### آثار اشتباه و فراموشی در عقد اجاره در فقه و قانون

مطلب اول: تعریف، ارکان و شرایط عقد اجاره در فقه و قانون

فرع اول: تعریف عقد اجاره در فقه و قانون

الف: اجاره در لغت: اجاره مصدر ثلاثی مجرد از باب أَجَرَ يَأْجُرُ است که در لغت به معنای

«به مزد دادن» «به مزدوری گرفتن» و «اجرت» و «مزد» آمده است.<sup>(۱)</sup>

ابن فارس در مورد معنی لغوی اجاره می گوید: اجاره به - به کسر همزه - به دو معنی به

کار برده شده است، یکی کراء اجرت بر عمل، دومی برای جبر - ترمیم شکستگی استخوان -

استعمال گردیده است، همچنان اجاره در ابتدا برای اجرت اطلاق می شد و سپس به طور

گسترده در عقد استفاده گردید.<sup>(۲)</sup>

ب. اجاره در اصطلاح فقهی: فقهاء تعریفات متعدد را در مورد اجاره ارائه نموده اند.

۱. فقهای حنفی در تعریف عقد اجاره چنین تصریح نموده اند. «عقد اجاره عبارت از بیع

منفعت معلوم در برابر اجرت معین می باشد. و یا عبارت از تملیک منافع معین در مقابل عوض

مشخص می باشد.»<sup>(۳)</sup>

۲. فقهاء مالکی عقد اجاره را اینگونه تعریف کردند. اجاره عبارت از عقدی است که به موجب

آن منافع شخصی در برابر عوض معین تملیک می شود، آنها اجاره را عقدی می دانند که تنها

بر منافع انسانی وارد می شود، اما عقد که بر حیوان، موتر، خانه و سایر اشیاء وارد می گردد

آن را کرایه می نامند.<sup>(۴)</sup>

تعریف راجح از عقد اجاره: از مجموعه تعریفات فقهاء از عقد اجاره چنین بر می آید که عقد

اجاره خلاف عقد بیع عبارت از تملیک منفعت بوده عقد اجاره عبارت از بیع منفعت معلوم در

برابر اجرت معین می باشد. و یا عبارت از تملیک منافع معین در مقابل عوض مشخص می

باشد.

۱. ابن منظور، لسان العرب، ج۴، ص۱۰.

۲. ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج۱، ص۶۳.

۳. زبعلی، عثمان ابن علی، تبیین الحقایق شرح الكنز الدقایق، چاپ اول، قاهره، نشر مکتبه الکبری الامیریة، ج۵، ص۱۰۵.

۴. مالکی، محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقی المالکی، (۱۴۲۸ هـ) حاشیه دسوقی، محقق: الدكتور عبد الحمید الهنداوی، ناشر: المکتبه العصریة، طبع اول، ج۲، ص۴.

ج. عقد اجاره در قانون: قانون مدنی افغانستان با پیروی از فقه اسلامی عقد اجاره را نیز تعریف نموده است که در تعریف آن بیشتر به بیان ارکان عقد اجاره پرداخته است.

طوری که در ماده (۱۳۲۲) این قانون چنین تعریف گردیده است. (عقد اجاره، عبارت است از از تملیک منفعت مورد نظر از عینی که به اجاره داده می شود توسط اجاره دهنده برای اجاره گیرنده بعوضی که قابلیت بدل را دارا باشد).<sup>(۱)</sup>

در قانون مدنی اجاره بر خلاف عقد بیع، تملک عین نبوده بلکه موضوع آن را تملیک منفعت عین تشکیل می دهد که بر اساس توافق مالک (اجاره دهنده) و منتفع (اجاره گیرنده)، مالک حاضر می گردد منافع مال خویش را در برابر عوضی که از منتفع دریافت می کند، در اختیارش قرار دهد، تاوی بتواند منافع مورد نظر را از آن استحصال کند.

**مقایسه بین تعریف فقهی و قانون مدنی از عقد اجاره:** با توجه به تعریف اجاره در فقه می تواند گفت که تعریف قانون مدنی از اجاره بر گرفته از فقه بوده از نظر ماهیت هیچ تفاوتی بین تعریف فقهی و قانون مدنی وجود ندارد.

هر چند از نظر ساختار، تفاوت اندکی به نظر می رسد طوری که در تعریف قانون مدنی از اجاره عقدی معرفی گردیده که موضوع آن تملیک منفعت عین در مقابل عین معین تشکیل می دهد، در حالی که در تعریف فقهی، موضوع اجاره به منفعت عین محدود نگردیده، بلکه منفعت به گونه عام ذکر گردیده است تا منافع اعیان و اشخاص نیز شامل شده بتواند.

#### فرع دوم: ارکان عقد اجاره در فقه و قانون

فقهاء در مورد تعیین تعداد ارکان در اجاره با هم اختلاف دارند، که در ذیل بیان می نمایم:

**الف. دیدگاه فقهاء احناف:** از نظر فقهاء حنفی عقد اجاره تنها یک رکن دارد، و آن عبارت از صیغه است که از آن به ایجاب و قبول تعبیر می گردد، و آن باید به لفظی باشد که دلالت به اجاره کند، مانند اجاره، استئجار، اکترأ و اکراء، و یا هر لفظی که بیانگر مقصود باشد، تحقق پیدا می کند.<sup>(۲)</sup>

**ب. دیدگاه جمهور فقهاء:** ارکان اجاره نزد جمهور فقهاء سه رکن چیز می باشد که عبارت اند

از:

۱. عاقدان - مؤجر و مستأجر - در متعاقدين بلوغ، عقل، اختیار و عدم حجر شرط است.

۱. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۱۳۲۲).

۲. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۴، ص۱۷۴.

۲. اجرت و منفعت، امکان استفاده از منفعت برای مستأجر و معلوم بودن اجرت رکن است.  
۳. صیغه -ایجاب و قبول- یا هر لفظی که بیانگر مقصود باشد، تحقق پیدا می‌کند.<sup>(۱)</sup>  
در شرح مجله احکام عدلیه در مورد ضرورت تحقق ارکان در عقد چنین بیان گردیده که عقد اجاره به گونه اجمالی دارای سه رکن و بگونه تفصیلی دارای شش رکن می‌باشد. که عبارت اند از: موجر و مستأجر (عاقدين)، اجرت و منفعت (معقود علیه) و ایجاب و قبول (صیغه) می‌باشد.<sup>(۲)</sup>

ج. ارکان عقد اجاره در قانون: در مورد تعداد رکن در عقد اجاره در قانون مدنی، نص صریح وجود ندارد، اما از مطالعه مواد قانون واضح می‌گردد که در قانون نیز ارکان عقد اجاره سه مورد می‌باشد.

طوری که در ماده (۱۳۲۲) قانون مدنی صراحت دارد: (عقد اجاره عبارت از تملیک منفعت مورد نظر از عینی که به اجاره داده می‌شود توسط اجاره گیرنده به عوضی که قابلیت بدل را دارا باشد).<sup>(۳)</sup>

هر چند هدف این ماده، تعریف اجاره می‌باشد، اما در عین حال به گونه غیرمستقیم، به ارکان اساسی عقد اجاره نیز اشاره گردیده که عبارت اند از: عاقدين، معقود علیه و مدت می‌باشد.

#### فرع سوم: شروط عقد اجاره در فقه و قانون

فقهاء شروطی که برای عقد بیع ذکر کردند، آن را نیز برای عقد اجاره مهم و لازمی دانسته اند، به این باور اند که در عقد اجاره مثل عقد بیع چهار شرط وجود دارد، که در ذیل بیان می‌شود:

الف. شروط انعقاد: شروط انعقاد عقد اجاره از نظر فقهاء حنفی قرار ذیل بیان گردیده است:  
در عقد اجاره عاقدين باید عاقل باشند، پس عقد دیوانه و مست و کودک و غیر ممیز، صحیح نیست. طوری که در ماده (۴۴۴) مجله احکام ذکر است، در انعقاد عقد اجاره اهلیت عاقدين مهم بوده که باید دارای عقل بوده و ممیز باشند.

۱. شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۳، ص ۴۳۹.

۲. ملا خسرو، درر الحکام فی شرح مجله الأحکام، ج ۱، ص ۴۱۷.

۳. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۱۳۲۲).



همچنان در عقد اجاره معقود علیه باید قابلیت مرتب شدن حکم را داشته باشد، بنابر این هرگاه معقود علیه قابلیت حکم را نداشته باشد، مانند اینکه معقود علیه غیر مشروع باشد، عقد اجاره باطل به شمار می رود.

همچنان بدل منفعت نباید از جنس منفعتی باشد که در عقد اجاره، معقود علیه قرار گرفته است ازین رو، مستأجر نمی تواند در اجاره سکونت یک ختنه، منافع سکنی خانه دیگر را بدل اجاره قرار دهد.<sup>(۱)</sup>

موافقت بین ایجاب و قبول و اتحاد مجلس عقد، شرط است همانگونه در عقد بیع شرط می باشد. تسلیم مستأجر در عقد اجاره منازل، دوکان و مسکن بوده باشد، در صورت که عقد طور مطلق بدون تعجل منعقد شده، باید عقد اجاره از خیار شرط خالی بوده باشد.<sup>(۲)</sup>

ب. شروط صحت: شرایط صحت عقد اجاره از نظر فقهاء عبارت اند از:

رضایت متعاقدين: همانگونه در بیع ذکر شد، رضایت طرفین عقد شرط صحت عقد اجاره نیز است و تعیین منفعت: در اجاره منفعت معقود علیه است که باید طوری معلوم گردد، که مانع بروز نزاع گردد.

یکی از شرایط صحت اجاره انتفاع از عین مستأجر است همراه با بقاء آن مانند، زمین، خانه وغیره. مقدور الاستیفاء بودن مورد اجاره، حقیقتاً و شرعاً قابل استیفاء باشد.

مؤجر باید مالک منفعت باشد که آن را به وسیله عقد اجاره واگذار می نماید، در صورت که مورد اجاره منفعت عین خارجی باشد، مؤجر باید در حین انعقاد عقد مالک آن باشد.<sup>(۳)</sup>

ج. شروط نفاذ اجاره: جهت نفاذ عقد اجاره شرط است اجاره توسط خود مؤجر منعقد گردد، اجاره دهنده در چیزی که به اجاره می دهد، متصرف ولایت کامل داشته باشد و یا اجاره توسط نایب وی صورت بگیرد، در صورت که مالی توسط شخص که بر صاحب مال هیچ نوع ولایتی ندارد به اجاره داده شود، چنین اجاره فضولی تلقی بوده و نفاذ آن منوط بر اجازهء صاحب مال است.

۱. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۴، ص۱۷۶.

۲. لکنوی، الإمام محمد عبد الحی الکنوی (ت ۱۳۰۴هـ)، عمده الرعاية بتحشية شرح الوقایة، المحقق: الدكتور صلاح محمد أبو الحاج، الناشر: مركز العلماء العالمی للدراسات وتقنية المعلومات، الطبعة: الأولى، ج ۹، ص ۵۶.

۳. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۴، ص۱۷۷-۱۷۸.

طوری که در ماده (۱۳۲۶) قانون مدنی افغانستان ذکر شده است، (عقد اجاره فضولی، به اجازه مالک موقوف است در صورتی که مالک قاصر یا محجور بوده و اجرت مطابق مثل تعیین گردیده باشد، انعقاد اجاره، موقوف به اجازه ولی یا وصی یا قیم می باشد).<sup>(۱)</sup>

د. شروط لزوم عقد اجاره: در لزوم عقد اجاره فقهاء صحیح بودن عقد را شرط می دانند. و همچنان سلامت و مصونیت مستاجر از بروز عیب و نقصی که انتفاع را خدشته دار می سازد در چنین حالت عقد اجاره لازم نمی گردد، همچنان عقد اجاره باید از خیرات خالی بوده باشد.<sup>(۲)</sup>

هـ شروط عقد اجاره در قانون مدنی: قانون مدنی افغانستان در ماده (۱۳۲۴) خود در باره شرایط عقد اجاره این گونه صراحت دارد: (در عقد اجاره، علاوه بر شرایط عمومی صحت عقد، تعیین عینی ای که به اجاره داده می شود، ذکر منفعت آن به نحوی که منجر به منازعه نگردد، بیان مدت انتفاع و تعیین مقدار اجرت، شرط می باشد. در غیر آن اجاره فاسد شناخته می شود).

در متن این ماده منظور از شرایط عمومی، اهلیت، رضایت، قابلیت معقود علیه برای عقد و مشروعیت جهت آن می باشد، که در ماده های (۵۰۲ و ۵۰۴) قانون مدنی تصریح داده شده است.

همچنان در ماده (۱۳۲۵) این قانون چنین ذکر است. (شخصی که تنها صلاحیت اداره را دارد، مدت اجاره را بیش از سه سال تعیین نماید. اگر مدت از اجاره بیش از سه سال تعیین شده باشد، به سه سال تنقیص می یابد. مگر اینکه قانون طور دیگری حکم نموده باشد).<sup>(۳)</sup>

**مقایسه بین متون فقهی و مواد قانون مدنی در شرایط عقد اجاره:** در قانون مدنی نیز مانند فقه اسلامی برای انعقاد و صحت عقد اجاره، تحقق ارکان حتمی پنداشته شده است، با این تفاوت که در فقه ارکان و شرایط هر عقد به گونه مجزا بیان شده در حالی که در قانون مدنی قواعد مشترک مربوط به تمام عقود، ذیل شرایط عمومی مربوط به عقود بیان گردیده، به بیان شرایط برخی از عقود، تحت عنوان عقود معین، اشاره شده است.

۱. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۱۳۲۶).

۲. لکنوی، محمد عبد الحی بن محمد عبد الحلیم الأنصاری اللکنوی الہندی، عمدۃ الرعاۃ بتحشیۃ شرح الوقایۃ، ج۹-ص۵۶.

۳. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۱۳۲۵).

## مطلب دوم: آثار نسیان و اشتباه متعلق به عمل اجرت

### فرع اول: آثار اشتباه نویسنده و کاتب

هرگاه مردی کاغذی را به یک کاتب داد تا در برابر یک مقدار پول بگونه اجرت برای وی قراردادی را بنویسید، و آن را نطقه گذاری و پراستاری نماید، در صورت اشتباه کاتب بر وی تاوان است؟

الف. فقهاء حنفی بر این نظر اند مستأجر اختیار دارد، اگر خواسته باشد در مقابل پول تعیین شده، آنچه نوشته شده را گرفته مزد وی را پوره بدهد و اگر خواسته باشد می تواند آن را مسترد نموده، قیمت اوراق را از وی برگرداند، حتی می تواند با بعضی از صفحات درست بدون غلط موافقه نموده و در برابر آن مقداری از اجرت را به وی بدهد، درست و جایز می باشد.<sup>(۱)</sup>

ب. فقهاء شافعی می گویند: بخاطر صحت عمل اجاره اگر کسی به کاتب ویا نویسنده اوراق و یا کتابی را داد و در آن کیفیت خط، اوراق و تعداد سطر ها را مشخص نمود، در این حال کاتب اشتباه فاحشی را مرتکب گردید، در این صورت کاتب ضامن اوراق می گردد، و برای وی اجرتی داده نمی شود، و در صورت که کاتب تاوان اوراق را پرداخت و دوباره اشتباهات خود را جبران نمود، مستحق اجرت می باشد.<sup>(۲)</sup>

### فرع دوم: آثار اشتباه متعلق به ترازوکش و جریب کش

در مورد توان دار بودن ترازوکش یا جریب کن در صورت اشتباه فقهاء دو دیدگاه دارند:

الف. نظر جمهور فقهاء: اعم از فقهاء احناف و شوافع و حنابله بر این نظر اند که هرگاه ترازوکش در کار خود اشتباه کرد، بر وی تاوان وارد نمی گردد، زیرا کار او قیاس می گردد، به کار مجتهد هرگاه مجتهد در امر اجتهاد کرد، ولی به خطا رفت وی مستحق اجر نمی شود، این هم همانگونه است؛ بخاطر اینکه به دستور و فرمایش صاحب کار عمل نکرده است.<sup>(۳)</sup>

ب. نظر فقهاء حنابله: حنبلی ها در مورد فوق قید کرده اند که هرگاه نقاد در کار خود ماهر و صادق باشد، تاوان نمی باشد و در صورت ماهر نبودن آن تاوان و ضمانت بر آن وارد می گردد.<sup>(۴)</sup>

بدون شک نظر جمهور فقهاء نظر راجح می باشد که هرگاه ترازوکش در کار خود اشتباه کرد، بر وی تاوان نمی داشته باشد، زیرا همو قسمی که مجتهد در امر اجتهاد با دو مورد روبرو است، یا خطا می کند که مستحق یک اجر و یا هم یا به صواب می رسد که مستحق دو اجر می باشد.

### فرع سوم: آثار اشتباه دست مزدکار و کسبه کار

۱. بغدادی حنفی، أبو محمد غانم بن محمد البغدادی الحنفی، (ب ت) مجمع الضمانات، ناشر: دار الكتاب الإسلامی، ص ۵۰.

۲. رملی، شمس الدین محمد بن ابی العباس أحمد بن حمزة شهاب الدین، (۱۹۸۴م)، نهایی المحتاج إلى شرح المنهاج، ناشر: دار الفکر، بیروت، (۱۹۸۴م)، ج۴، ص ۹۹.

۳. موسوعه الفقهیه الكويتیه، ج۱۹، ص ۱۵۸.

۴. بهوتی، کشف القناع عن متن الإقناع، ج۳، ص ۲۴۷.

انسان گاهی چیزهای را در اختیار خود دارد که اجاره میدهد، مانند حیوان، خانه، زمین، دکان وغیره. وگاهی نفس خود را به اجاره می دهد، مانند کسی که مدت معلوم گوسفند شخصی را برابر مزد می چراند، در واقع حکم هر یک اینها یک رقم است. بنابر این در فقه ی دو نوع اجیر است:

**اجیر خاص:** اجیر خاص به کسی گفته می شود که برای مستاجر خاص کار می کند و در مدت معین مستحق مزد مشخص می گردد، مانند خادم که در خدمت مولای خود می باشد. **اجیر مشترک:** اجیر مشترک به کسی گفته می شود که برای افراد زیادی از طریق قرار دادهای متفاوت کار می نماید، و مستحق دست مزد و اجرت نمی گردد، تا وقتی کار مردم را بر اساس قرار داد انجام شده، اجرا نکند. مانند: نجاری، رنگمالی، خیاطی و غیره کار گران.<sup>(۱)</sup> در واقع اجاره به دو نوع است، اجاره اعیان و اشیاء و دیگری اجاره اعمال و اشخاص، اجاره که بر اشخاص جاری است عبارت از عقدی است که توسط قانون کار تنظیم می گردد و قانون که رابطه کارگر و کارفرما را تنظیم می نماید در واقع تمام مؤظفین، مستخدمین و اشخاص که در دوائر دولتی، شرکات ها و مؤسسات کار می کنند، آنها از نظر شریعت اجیرانی هستند که قواعد، ضوابط اجاره بر آنها تطبیق می گردد.<sup>(۲)</sup>

از همین جهت است که اجاره اشخاص هم اهمیت زیادی داشته بر آن احکام خاص فقهی می باشد و برخی از آنها احکام متعلق به اشتباه و نسیان نیز می گردد، از همین نگاه فقهاء در مورد حکم شیء که به دست اجیر هلاک می گردد، با هم اختلاف نظر دارند.

**الف. نظر فقهاء حنفی و حنبلی:** فقهاء های حنفی و حنبلی بر این نظر اند که اگر شیء اجاره داده شده در نزد اجیر هلاک گردد، بالای وی تاوان وارد می گردد، برابر است که این هلاکت از روی قصد صورت گرفته باشد یا بدون قصد، در هلاکت آن از اجیر تقصیر صورت گرفته باشد و یا نگرفته باشد.

و این تاوان را دلیلی برای حفاظت اموال مردم دانسته و سبب عدم ضایع شدن اموال اشخاص اجاره دهنده می دانند، اصحاب این رأی تاوان را از روی استحسان لازمی می دانند.

(۳)

۱. غنیمی، عبد الغنی بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنیمی دمشقی الحنفی، اللباب فی شرح الکتاب، تحقیق: محمد محیی الدین عبد الحمید، المكتبة العلمیة، بیروت - لبنان، ج ۲، ص ۸۹.

۲. قره داغی، علی محب الدین قره داغی، الإجاره علی منافع الاشخاص، بحث مقدم، للدورة الثامنة عشرة للمجلس - باریس، جمادی الثانیة/ رجب ۱۴۲۹ هـ/ یولیو ۲۰۰۸ م ص ۲.

۳. ابن قدامه، والمغنی لابن قدامه، ج ۵، ص ۴۳۲.

و استدلال می نمایند بر آنچه که روایت شده از حضرت عمر - رضی الله عنه - که او صنّاع و سازندگان را در قبال آنچه خراب کردند مسئول و ضامن می دانست.<sup>(۱)</sup>

ب. نظر جمهور فقهاء: جمهور فقهاء (مالکی ها)<sup>(۲)</sup>، یک قولی از شوافع<sup>(۳)</sup> و یک قولی از حنابله، بر این باورند اند که هرگاه کسی چیزی را برای صانع و سازنده داد، و آن به دست او هلاک گردید، در این صورت تاوان بر بالای اجیر یا صانع نمی باشد؛ زیرا این ها باورمند هستند که مال اجاره داده شده در نزد صانع و اجاره گیرنده منحصیث امانت بوده حکم آن را دارد.

بناءً تا زمانی که تقصیر وی ثابت نگردیده باشد، به پراخت ضمانت ملزم نمی گردد، و همچنان بالای ناسی و خطا کننده نیز ضمان وجود ندارد.<sup>(۴)</sup>

## مبحث چهارم

### آثار اشتباه و فراموشی در عقد و دیعت در فقه و قانون

مطلب اول: تعریف، ارکان و شرایط عقد ودیعت در فقه و قانون

فرع اول: تعریف عقد ودیعت در فقه و قانون

الف. ودیعت در لغت: ودیعت در لغت از کلمه «ودع» به معنی سپردن و گذاشتن چیزی در نزد دیگری جهت نگهداری از آن آمده است، طوری که گفته می شود: «استودعته ودیعه، یعنی إذا استحفظته إياها، وقتی از کسی بخواهی چیزی را نزد خود نگه دارد.<sup>(۵)</sup>

در مورد ریشه و اصل کلمه ودیعت اهل لغت و فقهاء اختلاف نظر دارند، طوری که برخی آن را مأخوذ از «یدع» به معنی ترک و برخی دیگر از «ودع یدع» به معنی سکون و استقرار دانسته اند چون ودیعه نزد مستودع رها و ترک شده و استقرار و سکون می یابد.<sup>(۶)</sup>

ب. ودیعت در اصطلاح: در اصطلاح فقهی تعریفات ذیل برای عقد ودیعت ارائه شده است:

۱. فقهاء حنفی: در تعریف ایداع یا ودیعت چنین گفته اند که «ایداع عبارت از تسلیط و چیره

گردانیدن کسی به صراحت و یا دلالت بر حفظ مال خویش است.»<sup>(۷)</sup>

۱. بهوتی، کشف القناع عن متن الإقناع، ج ۴، ص ۲۶.

۲. تمیمی، أبو بکر محمد بن عبد الله بن یونس التمیمی الصقلی (المتوفی: ۴۵۱ هـ)، الجامع لمسائل المدونة، المحقق: مجموعة باحثین فی رسائل دکتوراه، الناشر: معهد البحوث العلمیة و احیاء التراث الإسلامی - جامعة أم القرى، توزیع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزیع، الطبعة: الأولى، ۱۴۳۴ هـ - ۲۰۱۳ م، ج ۱۵، ص ۴۸۷.

۳. ماوردی، الحاوی، ج ۷، ص ۱۰۵۲.

۴. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۶، ص ۱۴۰.

۵. فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير، ج ۲، ص ۶۵۳.

۶. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۷، ص ۲۸۰.

۷. ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ج ۵، ص ۶۶۲.

۲. فقهاء شافعی: ودیعت نزد فقهاء شافعی عبارت اند از توکیل غیر در حفظ مال خویش است.<sup>(۱)</sup>

۳. فقهاء حنابله ودیعت را چنین تعریف کردند: ودیعت چیزی است که نزد کسی گذاشته شود تا از آن حفاظت کرده و هرگاه که مالک آن را بخواهد باو سپرده شود.<sup>(۲)</sup>

مجله احکام در ماده (۷۶۴) ودیعت را چنین تعریف می نماید: « ایداع یا ودیعت عبارت از است که مالک مال خود را برای دیگری به منظور حفاظت و نگهداری آن احاله کند، برای مستحفظ مودع و برای کسی که ودیعت را قبول می کند مودع و مستودع گفته می شود.<sup>(۳)</sup>

ج. ودیعت در قانون مدنی: عقد ودیعت در ماده (۱۶۰۹) قانون مدنی افغانستان این گونه تعریف گردیده است. « ودیعت عقدی است که بموجب آن مالک صلاحیت حفظ مالی خود را به دیگری تفویض می نماید و مالیکه طوری امانت نزد شخص دیگری جهت حفاظت گذاشته می شود ودیعت نامیده می شود.»<sup>(۴)</sup>

#### فرع دوم: ارکان عقد ودیعت در فقه وقاون

در مورد ارکان عقد ودیعت در فقه مانند سایر عقود میان فقهاء اختلاف نظر ذیل وجود دارد، فقهاء حنفی بر این نظر اند که ارکان عقد ودیعت عبارت اند از ایجاب و قبول است.<sup>(۵)</sup>

اما جمهور فقهاء بر این نظر اند که عقد ودیعت دارای چهار رکن است که عبارت اند از: عاقدان (مدع و مودع)، ودیعه (شیء که موضوع ایداع است) و صیغه می باشند.<sup>(۶)</sup>

همچنان ماده (۷۷۳) در این مورد مجله احکام عدلیه نیز، چنین صراحت دارد: « عقد ایداع با ایجاب و قبول صریح و ضمنی منعقد می گردد، مثلاً، اگر صاحب ودیعت، بگوید: این چیز را نزد تو به ودیعت گذاشتم و یا این چیز نزد تو امانت باشد، و مستودع اظهار قبول نماید، عقد ودیعت صراحتاً انعقاد می یابد.»<sup>(۷)</sup>

ارکان عقد ودیعت در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان یک گونه است، و قانون مدنی در این مورد از فقه و خصوصاً از فقه حنفی پیروی نموده و رکن ودیعت را ایجاب و قبول می داند.

۱. نووی، أبو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف النووی (المتوفی: ۶۷۶هـ)، روضة الطالبین وعمدة المفتین، تحقیق: زهیر الشاویش، الناشر: المکتب الإسلامی، بیروت-دمشق-عمان، الطبعة: الثالثة، ۱۴۱۲هـ / ۱۹۹۱م، ج۵، ص۲۸۷.

۲. بهوتی، شرح منتهی الإرادات، ج۲، ص۳۵۲.

۳. ملا خسرو، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، ج۲، ص۱۹۵.

۴. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۱۶۰۹).

۵. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۶، ص۲۰۷.

۶. خطاب، مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل، ج۵، ص۲۵۲.

۷. رستم باز، مجلة احکام عدلیه، ماده (۷۷۳).

## فرع سوم: شرایط عقد ودیعت در فقه وقانون

عقد ودیعت دارای شرایط می باشد که برخی آن مربوط مودع، و برخی آن مربوط به ودیعت است.

الف. شرایط مربوط به عاقدین: در عقد ودیعت مودع و مودع باید دارای عقل باشد، پس ایداع صبی لایعقل و مجنون صحیح نمی باشد، همانگونه که قبول ودیعت از طرف آنها صحیح نمی باشد.

اما جمهور فقهاء در مورد جایز التصرف بودن عاقدین، عقد ودیعت را حتمی می دانند.  
ب. شروط موضوع ودیعت: در موضوع ودیعت شرط است که ودیعت مال قابل اثبات ید باشد، بنابر این، ایداع ماهی در دریا و پرند در هوا درست نمی باشد، طوری که در این مورد ماده (۷۷۵) مجله احکام عدلی نیز صراحت دارد: « شرط است که ودیعت قابلیت وضع ید را داشته باشد و صالح برای قبض باشد، بنابراین، ودیعت طیور در هوا صحیح نمی باشد.<sup>(۱)</sup>  
قانون مدنی افغانستان نیز از در این مورد از فقه اسلامی پیروی نموده در ماده (۱۶۱۰) خود در این مورد حکم می نماید. « شرط صحت عقد ودیعت آن است که شیء به ودیعت گذاشته شده بتواند از طرف گیرنده تحت تصرف و ذوی الیدی آمده و قبض شده باشد. »<sup>(۲)</sup>

## مطلب دوم: آثار اشتباه و نسیان در عقد ودیعت در فقه وقانون

### فرع اول: تقصیر در حفظ ودیعت در فقه وقانون

هرگاه شخصی مالی را در نزد کسی به ودیعت می گذارد و سپس برای طلب امانتی خود میآید، لیکن ودیعت گیرنده در صفت، نوعیت و مکان ودیعت نسیان و اشتباه را مرتکب می شود، یا اینکه صاحب حقیقی مال را فراموش می کند که از کیست، و یا اینکه مجبور به تسلیم ودیعت به شخص غاصب شود، در چنین حالات ودیعت گیرنده ضامن است، یا خیر؟

فقهاء در این مورد دیدگاه متفاوتی را ارائه داشتند که مختصراً آن را بیان می نمایم:

الف. اکراه در پراخت ودیعت: در صورت که ودیعت در اثر اکراه شخص غاصب و ظالمی مال ودیعت بر او پرداخته باشد. در این صورت آیا توان می باشد، فقهاء نظریات ذیل را دارند:

<sup>۱</sup>. رستم باز، مجله احکام العدلیه، ماده (۷۷۵)

<sup>۲</sup>. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۱۶۱۰)

فقهاء احناف<sup>(۱)</sup> و حنابله<sup>(۲)</sup> بر این نظر اند که بر ودیع تاوان و ضمان نمی باشد، زیرا که اگر عذر است و جواز دارد که کسی سر وی ظلم روا داشته است به او بدهد. گویا اینکه از دست او زور بدون اینکه اراده او شامل باشد، کشیده است.

فقهاء شوافع<sup>(۳)</sup> بر این نظر اند که اگر غاصب دفع نمایند پس مسولیت حفظ ودیعه را ضایع نموده موجب تاوان می گردد، و در مورد حکم فقهی مسئله می گویند: مالک اختیار دارد که اگر توان بگیرد از مودع بخاطر اینکه وی در تسلیم مباشرت و واسطه شده نموده است، اما ندادن ودیعت به صاحب اش بخاطر دفع ضرر از نفس خود مبرا از تاوان نمی گردد.

این مسئله مشابهت به این دارد که یک انسان مال ودیعت را به مصرف برساند به نفس خود از ترس تلف از گرسنگی و بعداً مودع تاوان آن را می دهد. و اگر مالک خواست تاوان از کسی بگیرد که او اگر ظلم نموده است.<sup>(۴)</sup>

ب. نسیان در ودیعت: اگر کسی مال ودیعت را در راه عمومی فراموش کرد، یا اینکه جای دفن نمود و جای دفن شده را فراموش نمود و همچنان اگر کیسه ای پول همراه خود داشت و در آن مال ودیعت گذاشته شده باشد. و آن را در یک جای ماند و بعداً فراموش کرد و او ضایع گردید، فقهاء کرام در موارد اینکه آیا وی تاوان دار می شود، یا خیر. دو نظر متفاوت دارند:

نظر مذهب حنفی<sup>(۵)</sup>، شافعی<sup>(۶)</sup>: اینها میگویند که ودیع ضامن مال ودیعت نمی گردد، در صورت که از روی فراموشی ضایع نموده باشد. زیرا که این نسیان در ودیعت جنایت شمرده نمی شود. نظر برخی از مذهب مالکی: برخی از فقهاء مالکی بر این نظر اند در صورت که کسی ودیعت را دفن کرد و مکان دفن ویا جای که گذاشته بود فراموش کرد، ویا شخصی که به او ودیعت داده فراموش کرد، ویا دوشخص همزمان بالای یک چیز بالایش دعوا کردند ضامن نیست.<sup>(۷)</sup>

### فرع دوم: اشتباه و نسیان در اصل عقد ودیعت

الف. اشتباه و نسیان در اصل ودیعت: هرگاه اشتباه در اصل عقد ودیعت صورت بگیرد، اینکه فردی در پیش شخصی دیگری امانت می گذارد و سپس اختلاف در نوع مصرف ودیعت بوجود

۱. ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ج۴، ص ۵۰۱.

۲. بهوتی، کشف القناع، ج۴، ص ۲۰۰. و ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج۹، ص ۲۸۰.

۳. نووی، روضه الطالبین و عمده المفتین ج ۴ ص ۵۰۱.

۴. شیرازی المذهب فی فقه امام الشافعی ج ۱ ص ۳۶۹.

۵. بلخی، نظام الدین البلخی، الفتاوی الهندیة، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ط ۱، (ب ت)، ج ۳، ص ۴۴۷. نظام الدین البلخی، الفتاوی الهندیة، ج ۴، ص ۳۴۲-۳۴۳.

۶. نووی، روضه الطالبین وعمده المفتین، ج۶، ص ۳۴۲.

۷. ابن رشد، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، ج۲، ص ۳۱۲.



می‌آید. به گونه‌ی که ودیعت گیرنده می‌گوید: تو پیش من ودیعت گذاشتی ولیکن به من دستور دادی آن را به خانواده ات مصرف کنم، یا اینکه به فلان شخص بسپارم، و یا اینکه آن را صدقه کنم و ودیعت دهنده این امور را انکار نماید، در این مورد فقهاء کرام دو نظر ذیل را ارائه نمودند. ب. دیدگاه فقهاء در حکم اشتباه در اصل ودیعت: در این مورد فقهاء کرام دو نظر متفاوت دارد:

۱. دیدگاه مذهب حنفی، شافعی<sup>(۱)</sup> و مالکی<sup>(۲)</sup>: اینها می‌گویند: اگر مودع ادعا کند که مال ودیعت را بالای عیال مصرف نموده است، یا به فلان شخص سپرده، یا صدقه کرده، و مودع انکار کند.

در این صورت قول ودیعت دهنده همراه قسم قابل قبول است. و قول ودیعت گیرنده همراه بینه و شاهد قابل قبول است، چون در این مسئله اصل عدم اذن است در موارد فوق.

سرخسی - رحمه الله - از فقهاء احناف می‌گوید: اگر ودیع ادعی کرد که ودیعه را بر عیال مودع له بنابر امر او مصرف نموده است و عیال ودیع وی را تصدیق کرده باشد و ودیع بگوید که تو را امر نکرده بودم در این حال قول ودیع معتبر پنداشته می‌شود همراه قسیم؛ زیرا که ودیع سبب تاوان شده در ودیعت که آن مصرف و انفاق می‌باشد.<sup>(۳)</sup>

۲. قول مذهب حنبلی: اینها می‌گویند: در صورت های فوق قول ودیعت گیرنده همراه با یمین قابل قبول است، و برای ودیعت دهنده هیچ چیزی لازم نمی‌گردد، زیرا عمل او مثل اینست که این ادعی نموده باشد، برای دفع از نفس خود به کسی که ودیعت را تسلیم نموده است قول معتبر، قول مدعی است. گویا که این همین ادعی نموده است که به صاحبشان ودیعت را برگرانیده است.<sup>(۴)</sup>

### فرع سوم: نسیان در ملکیت ودیعت

نسیان در ملکیت ودیعت می‌باشد مثلاً دو شخص بالای مالکیت یک چیز دعوا کند که مال من است فقهاء در مورد به سه نظر اند:

۱. نووی، روضة الطالبین وعمدة المفتین، ج۶، ص ۳۴۸.

۲. اصبحی، مالک بن انس بن مالک بن عامر الأصبحی المدني (المتوفی: ۱۷۹هـ)، المدونة، الناشر: دار الکتب العلمیة، الطبعة: الأولى، ۱۴۱۵هـ - ۱۹۹۴م، ج ۴، ص ۴۴۱.

۳. سرخسی، کتاب المبسوط، ج ۱۱، ص ۱۲۷.

۴. ابن قدامة المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۹، ص ۲۷۹.

الف. نظر مذهب حنفی<sup>(۱)</sup>: اگر در پیش شخصی هزار درهم ودیعت است دونفر بیایند وهر کدام دعوی مالکیت آن را کند، و ودیعت گیرنده بگوید که به یکی از شما دادم و نمی دانم که کدام یکی از شما هستید. پس در این صورت از دو حالت خالی نمی باشد.

یا اینکه هر دو طرف دعوی صلح نماید، اگر این دو انسان در میان خود به تساوی صلح ودیعت گیرنده ودیعت را به آنها تسلیم کند. و اگر صلح نه کند و اگر هر کدام دعوا داشت که پوره از من است، ودیعت گیرنده مال را به آنها تسلیم نکند، از جهت عدم معلوم بودن مقرله به ودیعت، وهر کدام می توانند ودیعت گیرنده را سوگند دهند<sup>(۲)</sup>.

ب. نظر مذهب مالکی می باشد: اگر دو شخص بالای ودیعت ادعا کردند مال ودیعت گذاشته مربوط وی است، وشخص ودیعت گیرنده نیز نمی دانست که مال مربوط کدام یکی از آنهاست. فقهاء مالکی می گویند که: مال در میان هر دو شان بعد از تحلیف شان تقسیم می گردد. واگر یکی از آنها از سوگند نکول کرد مال به جمعاً به دیگر آن تعلق می گیرد.<sup>(۳)</sup>

ج. نظر مذهب شافعی می باشد: اگر دو نفر بالای ودیعت گیرنده دعوا کردند که مال ودیعت داده شده مربوط من است، و ودیعت گیرنده تصدیق کرد که مال از یکی از شماست، در اینصورت دیگر آن سوگند داده می شود، و اگر سوگند خورد دعوی دیگر آن ساقط می گردد، واگر هر دو یکجا سوگند خوردند ویا نکول کردند، در میان شان نصف بر نصف تقسیم می گردد.

اگر ودیعت گیرنده گفت این مال مربوط یکی از شماست ومن فراموش نموده ام، وهر دو وی را تکذیب کردند ضامن محسوب می گردد. اگر تصدیق اش نمودند ضامن محسوب نمی گردد. واگر گفت این امانت نزد من میدانم که از شماست ویا از کسی دیگری، جهت نفی علم ودیعت گیرنده سوگند داده می شود. و دیعت را نزد وی تاوقتی اقامه حجت باقی می گذارند، ویکدیگر را نسبت به ودیعت سوگند داده نمی توانند، چرا تاهنوز ذوالیدی واستحقاق هیچ کدام معلوم نیست.<sup>(۴)</sup>

۱. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع ج۶، ص ۲۱۰.

۲. همان منبع، ج۶، ص ۲۱۱.

۳. اصبحی، مالک بن انس، المدونه، ج ۴، ص ۴۴۱.

۴. انصاری، زکریا بن محمد بن زکریا الأنصاری، زین الدین أبو یحیی السنکی (المتوفی: ۹۲۶هـ)، أسنی المطالب فی شرح روض الطالب، الناشر: دار الکتاب الإسلامی، الطبعة:

بدون طبعة وبدون تاریخ، ج ۳، ص ۸۶

د. مذهب حنبلی: فقهاء حنبلی میگویند: اگر دوشخص بالای چیزی که نزد نفرسوم ودیعت گذاشته شده است دعوا کنند، ودیعت گیرنده هرکدام را تصدیق کند مال مربوط آن می شود، اگر ودیعت گیرنده یکی را تصدیق کرد دیگری آن حق دارد که ودیعت گیرنده را سوگند دهد، و اگر ودیعت گیرنده سوگند نخورد ضامن می باشد. و اگر برای هردو اقرار هرکدام همراه با سوگند مستحق نصف می گردند.<sup>(۱)</sup>

#### فرع چهارم: اشتباه و نسیان در صفت مقبوض

هرگاه فردی بر شخص دیگری هزار افغانی به ودیعت گذاشت در حالی که هزار افغانی دیگر صاحب ودیعت از قبل نزد وی طور داشت. بعد از مدتی هزار افغانی را به مودع پرداخت، بعد از مدتی فراموش کرد. در این حال ودیع ادعی می کند که هزار افغانی که بر تو دادم، او در واقع قرض بوده و اما ودیعه تلف گردیده است. اما مودع می گوید که: من از تو مال به ودیعت گذاشته شده را قبض کردم و قرض به حالت خود باقی است.

امام سرخسی - رحمه الله - در مورد حکم فقهی مسئله می گوید: در مسئله فوق در واقع ودیع هزار افغانی را پرداخته است. بناءً قول ودیع معتبر شناخته می شود بخاطر او از هر جهتی که باشد، پرداخته است، بناءً او در این مسئله بری ذمه است، و تنها ما ودیعت باقی می ماند که او از هلاکت آن خبر هم داده است.

و از مسئله فوق واضح می گردد که اگر چه ودیع چیزی را نپرداخته باشد، تنها خبر دادن او از هلاکت مال ودیعت قول یو را معتبر می سازد، و بر بالای آن هیچ نوع توان وارد نمی گردد، مگر اینکه مال ودیعت را در بدل قرض پرداخته باشد و بعد از پرداخت آن به مالک ودیعت خبر هلاکت آن را داده باشد، در این صورت توان و ضمان بر بالای آن وارد می گردد.<sup>(۲)</sup>

#### مطلب سوم: آثار اشتباه و نسیان در قانون مدنی

قانون مدنی در مورد حفاظت از ودیعت چنین آثار را بیان می کند: طوری که در ماده (۱۶۱۱) قانون مدنی ذکر می گردد: «شخصی که مال ودیعت نزد وی گذاشته می شود مکلف است که ودیعه را حقیقتاً یا حکماً تسلیم شود.»

در ماده (۱۶۱۲) «شخصیکه مال ودیعت نزد او گذاشته می شود مکلف است طوری به حفاظت آن توجه نماید که به حفاظت مال خود می نماید.»

۱. بهوتی، کشاف القناع عن متن الإقناع، ج۴، ص۱۸۳.

۲. سرخسی، کتاب المبسوط، ج۱، ص۱۱۸.

در ماده (۱۶۱۳) ذکر شده است. «شخصیکه مال ودیعت نزد وی گذاشته شده نمی‌تواند درمقابل حفاظت ودیعه اجرت مطالبه نماید مگر اینکه در عقد به خلاف آن تصریح شده باشد. ماده ۱۶۱۴- مال ودیعه امانت است و ودیعت گیرنده ضامن از بین رفتن آن نمی‌باشد مگر اینکه از بین رفتن آن در اثر تجاوز یا تقصیر ودیعت گیرنده در حفاظت آن بوجود آمده باشد.<sup>(۱)</sup> قانون مدنی صرف مساله تقصیر در حفاظت از ودیعت را ذکر نموده است، اگر شخصی در قبال مال ودیعت گرفته شده تقصیر داشته باشد، و آن را از روی فراموشی در جای بگذارد و یادفن کند مقصر شمرده می‌شود، و این دیدگاه جمهور فقهاء می‌باشد که در صورت اول این مطلب ذکر گردید.

## مبحث پنجم

### آثار اشتباه و فراموشی در عقد وکالت از نظر فقه و قانون

مطلب اول: تعریف، مشروعیت و ارکان عقد وکالت در فقه و قانون

فرع اول: تعریف عقد وکالت در فقه و قانون

الف. تعریف وکالت در لغت: وکالت در لغت از وکیل گرفته شده به معنی حفظ و نگهداری می‌باشد، قوله تعالی: {ذَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ فَاعْبُدُوهُ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ}.<sup>(۲)</sup>

ترجمه: آن (متّصف به صفات کمال است که) خدا و پروردگار شما است. جز او خدائی نیست؛ و او آفریننده همه چیز است. پس وی را باید بپرستید و او حافظ و مدبّر همه چیز است.

همچنان وکالت بمعنی تفویض نیز است. طوری گفته می‌شود: وکلت امری إلی الله أی فوضته إلیه.<sup>(۳)</sup> به معنای اعتماد نیز آمده چنانچه گفته می‌شود: «وَأَتَكَلَّتْ عَلَيَّ فُلَانٌ فِي أَمْرٍ إِذَا اعْتَمَدْتَهُ». <sup>(۴)</sup>

<sup>۱</sup>. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده های (۱۶۱۱-۱۶۱۴).

<sup>۲</sup> سوره النعام، آیه: ۱۰۲.

<sup>۳</sup> فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، ج۱، ۱، ۳۳۵.

<sup>۴</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج۱۱، ص۷۳۶.

ترجمه: بر فلانی اعتماد کردم، در صورتی که بوی اعتماد کنی.

ب. تعریف وکالت در اصطلاح: فقهاء در مورد وکالت تعاریف ذیل ارائه نموده اند:

۱. فقهاء حنفی: وکالت از نظر حنفی ها «هو إقامة الغير مقام نفسه فی تصرف جائز معلوم»<sup>(۱)</sup>.

ترجمه: وکالت عبارت از اقامه غیر در مقام خود در تصرفات جایز و معلوم است.

۲. فقهاء شافعی: اینها در باره تعریف وکالت می فرمایند: «هی تفویض شخص ما له فعله مما

يقبل النيابة إلى غيره ليفعله فی حیاته»<sup>۲</sup>.

مراد از وکالت طلب نیابت کسی، از کسی دیگر در حال حیات در کارهایی که نیابت در آنها

جایز است.

فقهاء از وکالت تعاریفات زیاد ارائه نمودند الفاظ و عبارات آنها با هم متفاوت بوده ولی مفهوم و

مقصد همه آنها یکی می باشد، و آن عبارت از تفویض انجام کار یا قایم مقام ساختن شخصی به

انجام کاری به جای خود و آن کاری باید جایز و معلوم و درست بوده باشد.

ج. تعریف وکالت در قانون: قانون مدنی با پیروی از فقه اسلامی در باره تعریف عقد وکالت

چنین اشعار می دارد، «وکالت عبارت از عقدی است که بموجب آن موکل شخص دیگری را

در تصرفات قانونی و معلوم قایم مقام خود می سازد»<sup>(۳)</sup>.

پس به صورت کل وکالت این است که شخصی از طرف خود برای غیرش به شکل تام با مقید

تویض صلاحیت نماید.

### فرع دوم: مشروعیت عقد وکالت در فقه و قانون

عقد وکالت در قرآن کریم سنت پیامبر اسلام و اجماع امت مشروعیت دارد: در این مورد الله

متعال می فرماید: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا } (۴)

ترجمه: و اگر (میان زن و شوهر اختلافی افتاد و) ترسیدید (که این کار باعث) جدائی میان

آنان شود، و کیلی از خانواده شوهر، و داوری از خانواده همسر (انتخاب کنید و برای رفع و رجوع

اختلاف) بفرستید.

۱. میدانی، عبد الغنی بن طالب بن حماده بن ابراهیم الغنیمی دمشقی المیدانی الحنفی، اللباب فی شرح الکتاب، الناشر: دار الکتاب العربی، ج۱، ص۲۰۳.

۲. شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، مغنی المحتاج، ج۳، ص۲۳۱.

۳. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۱۵۵۴).

۴. سوره نساء، آیه: ۳۵.

و همچنان است قول الله متعال که می فرماید: { فَأَبَعْتُوا أَعْدَابَكُمْ بِرِقَابِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ }<sup>(۱)</sup>.

ترجمه: اکنون یک نفر از خودتان را با این سگه‌ای که دارید به شهر بفرستید، تا بنگرد کدام یک از آنها غذای پاکیزه‌تری دارند، و مقداری از آن برای روزی شما بیاورد. اما باید دقت کنید که یک نفر از میان ایشان به بازار به طریق نمایند با تفویض صلاحیت، ثابت کننده وکالت می باشد.

و همچنان احادیث زیادی در این مورد وجود دارد که دلالت بر مشروعیت آن می نماید، از جمله:

عن ابی هریره قال: « بعث رسول الله - صلی الله علیه وسلم - عمر علی الصدقة »<sup>(۲)</sup>.

عن عروه البارقی قال: أن رسول الله بعث معه بدینار یشتری له أضحیه »<sup>(۳)</sup>.

همه امت اسلامی بر جواز وکالت اجماع دارند؛ زیرا اینکه انسان گاهی از قیام به مصالح نفسش بخاطر مصروفیت زیاد از انجام تمام کار عاجز است، می تواند امور خود را بر کسی تفویض کند.

### فرع سوم: ارکان عقد وکالت در فقه وقانون

در مورد ارکان عقد وکالت مانند، سایر عقود در فقه اسلامی دو نظر به وجود دارد: نظر فقهاء حنفی است که می گویند: ارکان عقد وکالت عبارت اند از ایجاب و قبول است.<sup>(۴)</sup>

اما جمهور فقهاء بر این باور اند که عقد موکالت در فقه اسلامی دارای چهار رکن می باشد، که عبارت اند از مؤکل، وکیل، مؤکل فیه و صیغه است.<sup>(۵)</sup>

### مطلب دوم: آثار نسیان و اشتباه در عقد وکالت در فقه وقانون

#### فرع اول: آثار نسیان و اشتباه در اصل عقد وکالت

هرگاه اختلاف بر سر اصل وکالت باشد، مثل اینکه وکیل بگوید: من را برای انجام فلان کار وکیل گرفتی و مؤکل انکار کند، یا اینکه اختلاف طوری باشد که وکیل بگوید: تو مرا برای

۱. سوره الکهف، آیه ۹.

۲. نيسابوری، ج۲، ص۶۷۶.

۳. شیبانی، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشیبانی، مسند امام احمد بن حنبل، الناشر: مؤسسة الرسالة، ج۳۲، ص۱۰۰.

۴. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۶، ص۲۰.

۵. شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج۳، ص۲۳۲.

فروش این شتر نرگرفتی و مؤکل بگوید نخیر، من تو را برای فروش این ماده شتر وکیل گرفتم. و یا اینکه نسیان میان وکیل و مؤکل در مقدار فروش مبیع رخ دهد مثل اینکه وکیل بگوید که تو گفتی این مال را به یک هزار نقد بفروش، و مؤکل بگوید نخیر من گفتم، به دوهزار به نسیه بفروش. در این مورد فقهاء دیدگاه های مختلف ذیل را ارائه کردند که مورد بحث قرار می دهیم:

**الف. اختلاف بر سر اصل وکالت:** اختلاف بر سر اصل وکالت مثل اینکه وکیل بگوید من برای انجام فلان کار وکیل گرفتی و مؤکل انکار کند. بنابر نظر جمهور از فقهاء، اعم از مذهب حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی، قول مؤکل با سوگند قابل اعتبار است، چرا که اصل عدم وکالت است.<sup>(۱)</sup>

**ب. اختلاف در صفت وکالت:** اختلاف در صفت وکالت طوری وکیل بگوید که توگفتی این مال را به یک هزار نقد فروش، و مؤکل بگوید نخیر من گفتم، به دوهزار به نسیه فروش، اینجا نیز به اتفاق مذاهب اربعه قول مؤکل همراه با سوگند قابل قبول است.<sup>(۲)</sup>

**ج. اختلاف ونسیان در تصرف:** اختلاف ونسیان در تصرف مانند اینکه وکیل بگوید مال را فروختم و ثمن را قبض کردم تلف شد، و مؤکل انکار کند، یا اینکه بگوید که فروختی ام ثمن را تاهنوز قبض نکردی، یعنی اینکه در وقوع بیع و یا قبض ثمن اختلاف واقع شود.

طبق مذهب حنفی<sup>(۳)</sup> و حنبلی<sup>(۴)</sup> قول وکیل قابل اعتبار است، چراکه وکیل مالکیت قبض و بیع هردو را دارد، و طبق قول صحیح مذهب شافعی، قول مؤکل همراه با سوگند قابل اعتبار است، چراکه اصل عدم تصرف است.<sup>(۵)</sup>

### فرع دوم: آثار نسیان و اشتباه متعلق به عقد وکالت در قانون مدنی

در قانون مدنی افغانستان چیزی بنام اختلاف وکیل بامؤکل و یا خطا ونسیان بیان نگردیده است، اما در ماده (۱۵۷۹) چنین فرموده است: هرگاه وکالت مقید گردد وکیل نمی تواند در خرید شی از آن مخالفت نماید مگر اینکه به نفع موکل باشد.<sup>(۶)</sup>

اینجا مقید ساختن به معنای تعیین صفت و یا تعیین مال مورد فروش است.

۱. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج۵، ص ۹۷.

۲. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج۵، ص ۹۵.

۳. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۶، ص ۳۶.

۴. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج۵، ص ۹۶.

۵. شیرازی، المهدب، ج ۱، ص ۳۵۷.

۶. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۱۵۷۹).

## مبحث ششم

### آثار اشتباه و فراموشی متعلق به عقد شفعه در فقه و قانون

#### مطلب اول: تعریف، ارکان و احکام شفعه در فقه و قانون

##### فرع اول: تعریف عقد شفعه در فقه و قانون

**الف. شفعه در لغت:** شفعه به ضم شین در لغت مشتق از شَفَع به معنای ضمیمه کردن، جفت قرار دادن و زیادت است. طوری که گفته می شود: « شفعت الشيء إذا ضمته إلى غيره »<sup>(۱)</sup>.

و باب شفعه را در کتاب های فقهی بخاطر به این نام مسمی نمودند که در شفعه عقار و مال خریداری شده مشتری به مال و عقار شفیع ضمیمه و ملحق می گردد.<sup>(۲)</sup>

**ب. شفعه در اصطلاح فقهی:** فقهاء در مورد تعریف شفعه با هم اختلاف نظر دارند، از جهت اینکه در احکام و اسباب آن آنها نظریات دارند، به همین لحاظ در تعریف نیز اختلاف دیده می شود.

۱. فقهاء احناف شفعه این گونه تعریف می نمایند: « تملك البقعة جبراً عن المشتري بما قام عليه ».<sup>(۳)</sup>

ترجمه: عبارت است از تملك قهری حصه شریک از مشتری به سبب اقدام به آن نموده است.

فقهاء حنفی ها در برخی از کتاب های شان در تعریف شفعه عبارت « لدفع ضرر الجوار » را نیز ذکر می نمایند، و آن هم بخاطر این است که، چون فلسفه مشروعیت عقد شفعه طوری اجباری دفع ضرر از همسایه است که احتمالاً در آینده وارد گردد، می باشد. تا این عملکرد خود آن را دفع نماید.<sup>(۴)</sup>

۲. فقهاء حنبلی: حنابله هم نیز شفعه را چنین تعریف می نماید: « استحقاق الشریک انتزاع حصه شریکه المنتقلة عنه من ید من انتقلت إليه ».<sup>(۵)</sup>

۱. ابن منظور، لسان العرب، ج۴، ص۷۹.

۲. فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، ج۱، ص ۱۴۵

۳. ابن نجیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج۸، ص۲۲۸.

۴. ملا خسرو، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، ج۲، ص۶۸۸.

۵. ابن قدامه، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل شیبانی، ج۴، ص۴۵۹.



ترجمه: شفعه عبارت از اینکه یکی از دو شریک استحقاق حصه شریکش را داشته باشد از دست شخصی که به او منتقل شده است.

۳. **فقهاء شافعی** نیز شفعه را در کتاب خود این گونه تعریف نموده اند. « حق تملک قهری یثبت للشَّریک الأقدیم علی الشَّریک الحادِث فیما ملک بعوض <sup>(۱)</sup>».

ترجمه: شفعه عبارت از حق تملک قهری بر حصه شریک سابق است از خریداری آن در برابر قیمتی که پرداخته یا آنچه که عوض ملک می باشد.

**تعریف مختار از شفعه:** از مجموعه تعریفات مطرح شده از شفعه، تعریف که فقهاء حنفی ارائه نموده اند جامع تر به نظر می رسد بخاطر در تعریف دیگران شفعه شامل داشتن حق شریک در عقار مشاع گفته شده در حالیکه فقهاء حنفی در پهلوی این موارد شرکت در نفس مبیعه، حقوق مبیعه و جوار و همسایه می افزاید.

ج. **شفعه در قانون مدنی:** در ماده (۲۲۱۳) شفع را چنین تعریف شده (شفع عبارت از حق تملک تمام یا بعض از عقار فروخته شده است بر مشتری بمقابل ثمن و مصارفی که صورت گرفته ولو به صورت اجبار باشد).<sup>(۲)</sup>

زمانی تعریف شفعه از فقه و قانون مورد مقایسه قرار بگیرد، در هر دو تعریف تفاوت زیادی دیده نمی شود، طوری که جبری بودن عقد شفعه در هر دو منابع مطرح است، این تفاوت که در فقه ذکر تملک تمام و بعض عقار به ذکر نشده در حالی در قانون مدنی تملک کل عقار و یا برخی از عقار ذکر شده و در تعریف فقهاء حنفی دفع ضرر جار قید گردیده است، این قید در قانون دیده نمی شود.

#### فرع دوم: ارکان عقد شفعه در فقه و قانون

در مورد ارکان شفعه، فقهاء نظریات مختلف دارند: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: رکن شفعه عبارت از اخذ شفیع از یکی از عاقدین است در صورت تحقق وجود سبب و شرط آن، عقاری که به آن حق شفعه تعلق می گیرد مشفوع، ملک شفیع که به آن شفعه ارتباط می گیرد مشفوع به و مشتری عقار مشفوع علیه و مطالب شفعه شفیع نامیده می شود.<sup>(۳)</sup>

اما با در نظر داشت تعریف که فقهاء از شفعه ایراد کردند، فهمیده می شود که عقد شفعه دارای چهار رکن می باشد: شفیع، مشفوع منه، مشفوع فیه و مشفوع به می باشد.<sup>(۴)</sup>

#### فرع سوم: اسباب شفعه در فقه و قانون

۱. شمس الدین، محمد بن أحمد الخطیب الشربینی الشافعی، الإقناع فی حل ألفاظ أبی شجاع: ج ۲، ص ۳۳۵

۲. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۲۲۱۳).

۳. ملا خسرو، درر الحکام فی شرح مجله الأحکام، ج ۲، ص ۶۷۴.

۴. ابن رشد، بدایة المجتهد ونهایة المقتصد، ج ۴، ص ۴۰.

اهل علم و فقهاء اتفاق نظر دارند بر اینکه در مال عقاری که مشاعی قبل از تقسیم باشد، شفعه ثابت می باشد، طوری که در کتاب «الإجماع» تصریح شده است. «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط».<sup>(۱)</sup>

ترجمه: همه اهل علم اجماع دارند بر اینکه شفعه برای مال که بین شرکاء تقسیم نشده باشد، ثابت می باشد به آنچه می فروخته می شود از زمین باشد یا خانه و یا هم حائط باشد. همچنان از اسباب شفعه عبارت اند از شرکت و همسایگی می باشد، همجوار متصل عقار فروخته شده شفیع شناخته می شود در عقاری که توسط آن شفعه ثابت می گردد، شرط است که در وقت خریدن و عقاری که به شفعه برده می شود، ملکیت شفیع باشد و همچنان شرط است که از شفیع رضایت به بیع صراحتاً یا دلالتاً صادر نشده باشد.<sup>(۲)</sup>

قانون مدنی کشور نیز در ماده (۲۲۱۴) خود در مورد اسباب شفعه حکم می کند که «سبب شفعه اتصال ملک شفع است با عقار فروخته شده اعم از اینکه اتصال رهگذر شرکت باشد یا جواز».

شریک در حقوق عقار فروخته شده عبارت از شرکت در حقا به خاص و راه خاص می باشد، خواه تخصیص مذکور منحصر به یکی باشد یا متعدد باشد، طوری در قانون مدنی می آید: «شرکت در شفعه دو نوع است یکی شرکت در نفس عقار فروخته شده و دیگری شرکت در حقوق آن می باشد».<sup>(۳)</sup>

شرکت در نفس عقار فروخته شده اینکه شفعه در آن شریک باشد. طوری در ماده (۲۲۱۶) قانون مدنی آمده است. «شرکت در نفس عقار فروخته شده آن است که شفیع در آن حصه مشترک باشد».<sup>(۴)</sup>

### مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در مشتری و ثمن شفعه در فقه و قانون

طوری که بیان شد، شریعت اسلامی شفعه را بخاطر ایجاد سهولیت بر مردم، حفاظت بر حقوق و دفع ضرر از آنها مشروع نموده است، همچنان که در تعریف فقهاء در مطلب گذشته بیان شد.

اما آنچه که به موضوع بحث ما مرتبط می شود اینست که اشتباه در شفعه واقع می شود یا خیر؟ اگر در عقد اجباری شفعه اشتباه یا فراموشی پیش می آید، چه تأثیر بر حکم فقهی می گذارد؟

۱. ابن قدامه مقدسی، المغنی لابن قدامة، ج ۵، ص ۲۹.

۲. رستم باز، سلیم، مجله الأحكام العدلیه، ماده های (۱۰۰۸)

۳. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۲۲۱۵)

۴. همان منبع، ماده های (۲۲۱۶، ۲۲۱۷).

در نتیجه مطالعه به نقطه پی بردیم که فراموشی و اشتباه در شفعه در دو صورت واقع می شود:

### فرع اول: اشتباه و فراموشی در شخص مشتری در فقه اسلامی

جمهور فقهاء اعم از حنفی<sup>(۱)</sup>، مالکی<sup>(۲)</sup>، شافعی<sup>(۳)</sup> و حنبلی اتفاق نظر دارند بر اینکه حق شفیع در صورت وقوع اشتباه در مشتری به حالت خود باقی است: طوری امام سرخسی - رحمه الله - در کتاب خود «المبسوط» در این مورد می گوید: «اگر برای شفیع خبر داده شود که مشتری فلان شخص است، و شفیع به نفع او گذشت، بعداً معلوم شد که مشتری فرد دیگری بوده در این حالت حکم شفیع بودن، شفیع پابرجاست، چراکه این شخص به نفع شفعی خود گذشته است نه فرد دیگری، اگر احمد فرد دیگری را شریک گرفته باشد حکم شفیعیت فرد در مورد احمد ختم می گردد، و در فرد دومی موجود است.<sup>(۴)</sup>

همچنان ابن قدامه - رحمه الله - در این زمینه می فرماید: اگر شخصی بالای وکیلی ادعا کرد که تو پارچه دست داشته خود را خریده اید، و او آن را تکذیب کند، و بگوید: من فقط وکیل در آن هستم یا امانت دار آن هستم، پس قول، قول وکیل است همراه با سوگند و در این صورت اگر مدعی بینه و دلایل و شواهد داشته باشد با آن حکم کرده می شود.<sup>(۵)</sup>

### فرع دوم: اشتباه و فراموشی در ثمن شفعه در فقه اسلامی

در خصوص وقوع اشتباه یا فراموشی در ثمن شفعه فقهاء اتفاق نظر دارند بر اینکه در این صورت قول مشتری معتبر می باشد، به اجماع می گویند که: قول مشتری قابل قبول است، زیرا در این صورت شفیه مدعی و مشفوع علیه مدعی علیه به شمار می رود.<sup>(۶)</sup>

دیدگاه فقهاء مذاهب نسبت به یکدیگر متفاوت می باشد، هر کدام را طور ذیل بیان می نمایم: الف. مذهب حنفی: اگر برای شفیع خبر دهند که قیمت زمین و یا چیزی که تو شفیع هستی بیشتر از (ده هزار درهم) است، و شفیع از حق شفیعیت خود گذشت، بعداً معلوم شد که قیمت کمتر از آن بوده است در این صورت شفیعیت وی پابرجاست، زیرا او بخاطر از حق خود تنازل کرد که آن بیشتر از ده هزار است؛ چون این شخص از جهت بالا بودن قیمت از حق شفیعیت خود گذشته،

۱. سرخسی، کتاب المبسوط، ج ۱۴، ص ۱۰۵.

۲. ابو عبد الله، محمد بن عبد الله الخرشى المالکى (المتوفى: ۱۱۰۱هـ)، شرح مختصر خليل للخرشى، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت، الطبعة: بدون طبعه وبدون تاريخ، ج ۶، ص ۱۷۳.

۳. نووی، المجموع شرح المذهب، ج ۱۴، ص ۳۲.

۴. سرخسی، کتاب المبسوط، ج ۱۴، ص ۱۰۶.

۵. ابن قدامه المقدسى، المغنى فى فقه الإمام أحمد، ج ۵، ص ۵۳۲.

۶. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ۴، ص ۴۷.

واگر از قیمتی که برای شفیع گفته شده بود اضافه تر و یا همان قیمت بود شفیع بعد از تسلیم مستحق حق شفیع نمی گردد.<sup>(۱)</sup>

ب. مذهب مالکی: شفیع اگر به سبب زیادت بودن قیمت شفیعیت خود را ساقط کرد، و بعداً شد که قیمت زمین کمتر از چیزی است که بود گفته شده است، وی حق شفیعیت دارد ولو مدت زیادی هم گذشته باشد، و در این صورت بر شفیع سوگند داده می شود.<sup>(۲)</sup>

ج. مذهب شافعی: اگر کسی در خرید حق شفیعیت خود به پنجاه درهم رضایت نداشت، و به درهم فروخته شود حق شفیعیت دعوا کرده نمیتواند، زیرا کسیکه به قیمت ارزان نخرید و به قیمت گران هیچ نمیخرد. و اگر نصف یک زمین را به صد درهم بیع نمود، و شفیع از حق شفیعیت گذشت، بعداً معلوم شد که تمام اش را به صد درهم فروخته است، در این صورت حق شفیعیت وی موجود می باشد.<sup>(۳)</sup>

د. مذهب حنبلی: اگر در میان مشتری و بائع اختلاف پیداشد، بائع گفت قیمت دوهزار است و مشتری به یکهزار اقرار کرد، و بائع بینه آورد همان دوهزار را از مشتری میگیرد. و شفیع آن را به هزار باید بگیرد، چراکه مشتری ادعا دارد بائع بروی ظلم نموده است، و اگر مشتری چنین وانمود کرد آن را به پول کم خریده، و بعداً معلوم گردید که مقدار آن از گفته مشتری بالاتر است، حق شفیعیت ساقط می شود.<sup>(۴)</sup>

از تمام این نظریات معلوم می گردد که فقهاء بر این اتفاق نظر دارند که اشتباه، و فراموشی مسقط شفعه است، براین است که این اشتباه در حق بائع باشد یا در ثمن شفعه واقع شود، پس هرگاه اتفاقی افتاد اشتباه یا غلطی و فراموشی صورت گرفت، این حالت مسقط کننده شفعه است، بخاطر عمل به دستور پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم- که می فرماید: «رفع عن امتی الخطأ و النسیان و ما استکروها علیه».<sup>(۵)</sup>

ترجمه: قلم تکلیف از خطاء و نسیان و اکراه در امت من برداشته شده است.

فراموشی و اشتباه در احکام فقهی شفعه وارد می شود، طوری که اهل علم می گویند: «اگر شخصی ادعا کرد که او اشتباه کرده یا فراموش نموده است و کدام بینه و دلیلی بر فراموشی

۱. سرخسی، کتاب المبسوط، ج ۱۴، ص ۱۰۵. با اندک اختصار.

۲. ابو عبد الله، شرح مختصر خلیل للخرشی، ج ۶، ص ۱۷۳.

۳. نووی، المجموع شرح المذهب، ج ۱۴، ص ۳۲۶.

۴. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۵، ص ۲۶۸.

۵. ابن حبان، صحیح ابن حبان بترتیب ابن بلبان، ج ۱۶، ص ۲۰۲. شعب ارنووط سند این حدیث را به شرط مسلم گفته است.

و اشتباه او وجود نداشته باشد، در حالی که او شخص در صدق و راستگویی معروف هم می باشد، و بر آنچه که ادعا کرده به موافقت قیمت هم نزدیکتر است، در این صورت قول شخص مدعی معتبر بوده و هرگاه شخصی ادعا کرد بر اینکه او فراموش کرده با اشتباه نموده است، در حالیکه او معروف بر صدق هم نمی باشد و قول آن از موافقه قیمت هم بعید تر است، قول وی اعتبار ندارد.<sup>(۱)</sup>

### فرع سوم: اشتباه و غلطی در ثمن در حق شفیع در قانون مدنی

طبق ماده (۲۲۵۴) قانون مدنی، « هرگاه شفیع بمقدار ثمن بیش از حد واقعی مطلع ساخته شود و او از شفیع صرف نظر نماید، و بعداً به او ثابت شود که مقدار ثمن کمتر از آن است که قبلاً با او اطلاع داده شده حق شفیع او ساقط نمی شود؛ اگر شفیع با اسم مشتری معرفت حاصل نماید و از شفیع صرف نظر کند و بعداً ثابت شود که مشتری غیر از آن شخص است که قبلاً به او معرفی شده بود، یا از فروش قسمتی از عقار مشفوعه به او ابلاغ گردد و او شفیع را واگذار شود و بعداً ظاهر شود که تمام عقار مشفوعه فروخته شده است، حق شفیع ساقط نمی گردد ». <sup>(۲)</sup>

از نص این ماده سه حکم در خصوص عدم اسقاط حق شفیع قابل استنباط است:

هرگاه شفیع مقدار ثمن را به طور واقعی به شفیع وانمود نماید و شفیع از خرید عقار صرف نظر نماید، حق شفیع او ساقط نمی شود، به نظر می رسد که هدف این قاعده حمایت حق شفیع می باشد.

در صورتی که شفیع اسم مشتری را بداند و به هر دلیلی از حق شفیع صرف نظر نماید و سپس ظاهر شود که مشتری شخص دیگر است، به دلیل فریب بایع و مشتری، حق شفیع شفیع ساقط نمی شود.

در صورتی که شفیع آگاه شود که قسمتی از یک عقار به فروش رسیده است و از حق شفیع صرف نظر نماید و بعداً برای شفیع ثابت شود که تمام عقار فروخته شده است، حق شفیع شفیع به دلیل فریب بایع و مشتری ساقط نمی شود. در حالات سه گانه فوق رفع دعوی رعایت می شود.

۱. عثیمین، محمد بن صالح بن محمد العثیمین (المتوفی: ۱۴۲۱هـ)، الشرح الممتع علی زاد المستقنع، دار ابن الجوزی، (۱۴۲۲) ج ۱۰، ص ۲۸۲.

۲. وزارت عدلیه، قانون مدنی، ماده (۲۲۵۴).

در صورت مقایسه بین نظریات فقهی، فقهاء و مواد قانون مدنی، دیده می شود که قانون مدنی نیز از فقه استخراج کرده است، طوری که ماده فوق الذکر با دیدگاه فقهی، فقهاء حنفی موافقت دارد.

همچنان مواد بند دو این مادهء قانون مدنی، که در مورد اشتباه شخص مشتری صراحت شده است، با نظر امام سرخسی -رحمه الله- که در کتاب «المبسوط» ذکر شده است، مطابقت دارد.

## فصل سوم

### آثار اشتباه و فراموشی در جنایات از نظر فقه و قانون

- مبحث اول: آثار اشتباه و فراموشی در جنایت بر نفس و مادون آن
- مبحث دوم: آثار اشتباه و فراموشی در قصاص از نظر فقه و قانون
- مبحث سوم: آثار اشتباه و فراموشی در جرم زنا از نظر فقه و قانون
- مبحث چهارم: آثار اشتباه و فراموشی در سرقت از نظر فقه و قانون

## مبحث اول

### آثار اشتباه و فراموشی در جنایت بر نفس و مادون آن در فقه وقانون

اشتباه و فراموشی از عوامل مؤثر بر مسؤولیت جزائی و کیفری از مباحث مهم در باب فقه جنایات و قانون جزا است که اکثریت فقهاء از اشتباه به عنوان یکی از علل رافع مسؤولیت کیفری یاد می کنند، بنابراین در این مبحث آثار آنها را در جنایات بر نفس و مادون آن بررسی می نمایم.

#### مطلب اول: مفهوم، ارکان و شرایط قتل در فقه وقانون

##### فرع اول: تعریف قتل در فقه وقانون

الف. تعرف قتل در لغت: قتل از باب قَتَلَ یَقْتُلُ، گرفته شده، در لغت به معنای انجام عمل بالفعل با ضرب، سنگ، سم و یا چیزی دیگری بخاطر از بین بردن زندگی یک انسان می باشد.<sup>(۱)</sup>

چنان که در این آیه مبارکه آمده است: { وَمَنْ یَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَبِجْرَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِیْهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَیْهِ }.<sup>(۲)</sup> ترجمه: و هر کس، فرد با ایمانی را از روی عمد به قتل برساند، مجازات او دوزخ است؛ در حالی که جاودانه در آن می ماند؛ و خداوند بر او غضب می کند.

ب. تعریف قتل در اصطلاح: فقهاء در مورد تعریف اصطلاحی قتل تعریفات ذیل را ارائه نموده اند:

۱. فقهاء حنفی: از نظر فقهاء حنفی قتل این گونه تعریف گردیده است. «قتل عبارت از عملی است که از شخصی صادر می گردد، و باعث از بین رفتن و ازهاق الروح شخص دیگری می گردد.»<sup>(۳)</sup>

۲. فقهاء مالکی: از نظر فقهاء مالکی قتل «عبارت از موت یا إرهاب الروح می باشد.»<sup>(۴)</sup>

۳. فقهاء شافعی: از نظر اینها «قتل عبارت از فعلی است که مزهق برای روح گردد.»<sup>(۵)</sup>

۱. زبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۳۰، ص ۲۲۹.

۲. سوره نساء، آیه: ۹۳.

۳. ابن همام، کمال الدین محمد بن عبد الواحد السیواسی (سنه الوفاة ۶۸۱هـ)، شرح فتح القدر: دارالفکر، بیروت، (ب ط، ب ت)، ج ۸، ص ۲۴۴.

۴. دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج ۴، ص ۲۳۸.

۵. صاوی، الصاوی علی الشرح الصغیر، ج ۴، ص ۳۳۲.



از خلال تعریفات فقهاء کرام از قتل، در می یابیم که آنها اگر چه با عبارات متفاوت ذکر کردند، اما منظور همه آنها یکی می باشد، می توانیم قتل را با این عبارت اختصار نماییم، قتل عبارت از فعلی است که انسان توسط آن زندگی فرد دیگری را از بین می برد.

ج. تعریف قتل در قانون: در قانون جزاء کشور تعریف خاصی برای جرم قتل به گونه عام وجود وجود ندارد، زمانیکه به شروح قانون عقوبات کشور مصر که قانون جزاء کشور ما از آن ترجمه گردیده است، مراجعه گردد تعریف قتل را دریافت می نمایم که چنین تعریف گردیده است: « القتل هو کل اعتداء یصدر من انسان علی انسان آخر یترتب علیه وفاته ».<sup>(۱)</sup>

یعنی: قتل عبارت از اعداء که از یک انسان بر انسان دیگری صادر شود و در نتیجه آن شخص فوت گردد.

تقریباً تعریف که فقهاء با عبارات مختلف از قتل ارائه داشتند و مفهوم ازهاق روح یا هلاکت نفس تعبیر گردیده بود در قانون جزاء نیز قتل به اعتدائی تعریف گردیده که باعث مرگ و فوت یک شخص می شود، در واقع بین تعریف فقهی و قانون کدام تفاوت زیاد دیده نمی شود. بنابراین گفته می توانیم که قتل در شریعت ا و قوانین وضعی تعریف یکسان دارد و آن عبارت از اقدامی که باعث سلب حیات و زندگی انسان گردد، یعنی: گرفتن جان انسانی با فعل انسان دیگر است.

### فرع دوم: ارکان جنایت قتل در فقه و قانون

الف. ارکان جنایت قتل در فقه اسلامی: ارکان قتل در شریعت اسلامی سه مورد ذیل می باشد: مجنی علیه انسان زنده باشد: این نکته واضح است که جرم قتل بالای نفس انسان واقع می گردد از همین جهت است که قتل بین فقهای اسلامی به جنایت علیه نفس اطلاق می گردد، در اکثر کتب فقهی متقدمین جنایت را علیه نفس انسان وانمود ساخته اند.

از جمله در کتاب «البنایه فی شرح الهدایه» الجنایة عند الفقهاء ( فعل حل فی النفس او الطرف و قال شیخ الاسلام: الجنایة علی النفس یسمى قتلاً، و فیما دون النفس قطعاً و جرحاً).<sup>(۲)</sup> همچنان در کتاب «رد المختار» همین تعریف ذکر شده است. {والجنایة بما حل بنفس و اطراف}.<sup>(۳)</sup>

۱. فتحی، احمد، الوسیط فی قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثالثة / دارالنهضة العربیة مطبعة جامعة قاهرة، ص ۵۳۰.

۲. عینی، ابی محمد محمود احمد عینی، البنایة فی الشرح الهدایة، الناشر، دار الفکر، ج ۱۳، ص ۶۲.

۳. ابن عابدین، رد المختار علی الدر المختار، ج ۶، ص ۵۲۷.

متون و تعریف قتل که در کتاب معتبر فوق فقهی اشاره شده است، واضحاً معلوم می گردد که رکن جرم قتل نفس انسان حی است نه حیوان و انسان مرده، به همین اساس جرم قتل بالای نفس انسان زنده در حین ارتکاب جرم قتل واقع می گردد.

همچنان در کتب معاصر فقهی ارکان جرم قتل خصوصاً رکن ( مجنی علیه انسان زنده باشد) به ترتیب و تقسیمی خوبی تذکر داده شده است که قانون جزاء کشور نیز از این سبک پیروی نموده است از جمله میتوان به کتاب «التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي» از تالیفات « عبدالقادر عوده » اشاره ئی داشته باشیم، طوری همین مطلب را در متن کتاب خویش تصریح داده است. « تقع جريمة القتل على النفس فهى بطبيعتها اعتداء على آدمي حي، من المتفق عليه ان المیت هو من خرج فعلاً عن الحیاء؛ فإذا قتل شخصاً مريضاً فى حالة النزاع فهو قاتل له عمداً، لانه اخرجہ بفعله عن الحیاء».<sup>(۱)</sup>

قتل نتیجه فعل جانی باشد: هرگاه به تعریف اصطلاحی جرم قتل که قبلاً ذکر گردید با تعمق بنگریم می بینیم که در تعریف فقهاء در اخیر تعریف عبارت ( یزول به الروح) تصریح شده است، از این قید تعریف واضح می گردد که نتیجه فعل جانی باید از بین بردن حیات فرد باشد.<sup>(۲)</sup>

هدف جانی از عمل جرمی احداث قتل است: قصد در جرم قتل اهمیت خاصی دارد، از نظر جمهور فقهاء قتل زمانی عمدی محسوب می گردد که جانی قصد قتل مجنی علیه را داشته باشد.

در غیر آن فعل جرمی قتل موجب قصاص شمرده نمی شود؛ زیرا که همین قصد قتل است که فرق میکند بین انواع قتل از قتل عمد، شبه عمد و قتل خطاء، فعل واحد امکان دارد که قتل عمد را ببار آورد یا قتل شبه عمد را و یا هم قتل خطاء را، هرگاه فعل جانی قتل مجنی علیه باشد این قتل عمد است و هرگاه فعل جانی بقصد عدوان مجرد باشد این قتل شبه عمد است.<sup>(۳)</sup>

## ب. ارکان جرم قتل عمدی در قانون

۱. عوده، التشريع الجنائي الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعي، ج ۲ ص ۱۳.  
۲. یاسین، محمد نعیم، الوجیز فی الفقه الجنائي، بیروت، دار الفرقان، ص ۴۴.  
۳. عوده، همان منبع، ج ۲، ص ۶۵.

قانون جزای کشور با تبعیت از فقه اسلامی برای هر جنایتی سه رکن عمدی را معرفی می نماید که عبارتند از ( رکن قانونی، رکن مادی و رکن معنوی ) می باشد، و قتل عمد هم یکی از جنایات می باشد که دارای همین ارکان است، بنابراین می توان گفت که قتل عمدی دارای ارکان ذیل می باشد:

۱. رکن قانونی اینکه عمل جرمی به عنوان یک جرم و جزای معین بر آن در قانون تصریح شده باشد، که اصل قانونیت جرم و جزا در ماده (۷) کود جزا تصریح گردیده است، که در بند اول آن چنین آمده است: « هیچ عملی جرم شمرده نمی شود، مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن، نافذ گردیده باشد، و جزای آن در تطبیق نمی گردد مگر اینکه در قانون تصریح شده باشد.<sup>(۱)</sup> »  
۲. رکن مادی اینکه از ارتکاب عمل مخالف قانون یا امتناع از اجرای عملی که قانون به آن حکم نموده است به نحوی که ارتکاب یا امتناع منجر به نتیجه جرمی گردیده باشد، و رکن مادی جرم قتل دارای سه عنصر می باشد، که عبارت از فعل - نتیجه - رابطه سببیت است.

طوری که در ماده (۲۷) قانون جزا چنین تعریف گردیده است: « عنصر مادی جرم عبارت از ارتکاب یا امتناع از عمل مخالف قانون است به نحوی که عمل منجر به نتیجه جرمی گردیده و رابطه سببیت بین عمل و نتیجه موجود شده باشد ».

۳. رکن معنوی اینست که شخص مجرم قصد جرمی داشته و نسبت به جرم، و نتیجه آن یا خطای جرمی علم و آگاهی داشته باشد، قصد جرمی در ماده (۳۹) کود جزا چنین تعریف گردیده است. « قصد جرمی عبارت است از سوق ارادهء فاعل به ارتکاب فعلی که جرم را به وجود می آورد، به نحوی که منجر به وقوع نتیجه جرم دیگری شود که شامل قصد آنی، توأم با اصرار قبلی، معین و غیر معین می باشد.<sup>(۲)</sup> »

در صورت مقایسه بین این دو بحث، می توان گفت که فقه اسلامی بر علاوه ارکان مذکور سه رکن خصوصی دیگری را نیز برای جرم قتل مهم می داند که صفحه گذشته مورد بحث قرار گرفت.

### فرع سوم: انواع قتل از نظر فقهاء

از خلال مطالعه متون فقهی در مورد انواع قتل معلوم می گردد، که قتل از دیدگاه فقهاء تقسیمات متفاوتی دارد، که در ذیل به آن می پردازیم:

۱. وزارت عدلیه، کود جزاء، ماده (۷).

۲. همان منبع، ماده (۳۳ و ۳۹).

الف. از نظر فقهاء مالکی: مالکی جنایت بر نفس را بر دو نوع ذیل تقسیم می نمایند:

۱. قتل عمدی: منظور از قتل عمد هر عملی که از سوی جانی با سوء نیت و بنا بر دشمنی بر مجنی علیه وارد نماید، منجر به قتل مجنی علیه قرار بگیرد برابر است که جانی قصد و اراده قتل آن را داشته باشد یا هم قصد و اراده آن نداشته، می باشد.

۲. قتل خطأ: قتل خطأ و آن عبارت از همان قتلی است که عمدی نباشد.<sup>(۱)</sup>

ب. فقهاء حنبلی و شافعی<sup>(۲)</sup>: اینها قتل بر را بر سه نوع ذیل تقسیم می نمایند:

۱. قتل عمد: این نوع قتل در صورتی عمدی شمرده می شود که قاتل با انجام دادن کاری که کشنده است و با قصد قتل، کسی را بکشد.

۲. قتل شبه عمد: قتل در صورتی شبه عمد است که جانی قصد فعل را دارد ولی خواهان نتیجه نیست، لکن مجنی علیه در اثر این کار فوت می کند، علماء از این حالت به «ضرب منجر به فوت» تعبیر نموده اند.

۳. قتل خطأ: در شریعت اسلامی قتل خطأ عبارت از حالتی است کهف خاطی هیچ گونه تصمیم نه بر قتل و نه هم بر انجام عملی تجاوز گرانه در مورد مقتول دارد، و واقع در قتل خطأ جانی تصمیم قتل و اعتداء نداشته بلکه در اثر تقصیر وی، عمل مجرمانه انجام صورت می گیرد.

قتل خطا، قتلی است که در حالات زیر صورت می گیرد:

جانی در انجام دادن کار قصد دارد، لیکن مقصود او مجنی علیه نبوده است، مانند آن که تیر اندازی می نماید و تصادفاً به کسی اصابت می کند، این حالت اشتباه در فعل نامیده می شود.

جانی در ارتکاب فعل عمد داشته و نیز مجنی علیه مقصود او باشد، لیکن با این گمان که انجام دادن این کار علیه او قربانی مباح و مجاز است، مثلاً به تصور این که مجنی علیه، از نیروهای دشمن است که به طرف او تیر اندازی می کند و او می میرد در حالی که مجنی علیه، مسلمان یا کافر معاهد و یا ذمی بوده است، از این حالت « اشتباه در قصد » می شود.

جانی اساساً قصد فعل را ندارد ولی قتل در اثر اقدام و عمل وی صورت می گیرد، مانند آن که در خواب روی کسی بغلطد و او کشته شود و بین قتل و فعل جانی رابطه سببیت بر قرار باشد؛ مانند آن که در معبر عمومی حفره ای ایجاد کند و یکی از عابران در اثر سقوط در آن کشته شود.<sup>(۳)</sup>

جمهور فقهاء احناف: اکثر و جمهور فقهاء حنفی قتل را بر چهار نوع ذیل تقسیم نموده اند،

که عبارت اند از: قتل عمد، قتل شبه عمد، قتل خطأ و قتل جاری مجرای قتل است.<sup>(۴)</sup>

۱. خطاب، مواهب الجلیل لشرح مختصر الخلیل، ج۶، ص ۲۴۰.

۲. رملی، نهایة المحتاج إلى شرح المنهاج، ج۷، ص ۲۳۵.

۳. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج۲، ص ۷.

۴. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۷، ص ۲۳۳.

قتل عمد: قتل عمد عبارت است اینکه شخصی به طور عمدی شخص دیگری را با استفاده از استعمال اسلحه مانند، شمشیر، کارد، گلوله یا قایمقام آن از قبیل چوب تیز، سنگ تیز و سوزن به قتل برساند. در صورتی عمدی است که قاتل با انجام دادن کاری که کشنده است و با قصد قتل، کسی را بکشد.

قتل شبه عمد: از نظر فقهاء حنفی قتل شبه عمدی عبارت است اینکه شخصی با استفاده از استعمال آنچه که نه اسلحه و نه قایمقام اسلحه است، مانند؛ عصاء، سنگ بزرگ و یا چوب بزرگ به طور عمدی شخص دیگری را به قتل برساند.

از نظر امام ابوحنیفه -رحمه الله- قتل با مثقل شبه عمل شمرده می شود، و مثقل هر آلت یا وسیله است که ساخته شده از آهن و فولاد و امثال آن نباشد، اگر توسط آن وسیله قتلی صورت بگیرد در حکم قتل شبه عمل قرار می داشته باشد، قصاص نداشته دیت لازم می شود.<sup>(۱)</sup> قانون جزای کشور نیز موارد ضرب منجر به مرد را قسمی بیان نموده است که مفهوم قتل شبه عمد را تحت نام خطأ بیان می دارد، چنانچه در ماده (۵۵۱) کود جزا چنین صراحت دارد، شخصی که بدون داشتن قصد قتل علیه شخص دیگری با وارد نمودن ضرب، جرح یا دادن مواد مضره و یا با ارتکاب هر نوع عمل مخالف قانون، عمداً تجاوز نماید به نحوی که فعل او منجر به مرگ مجنی علیه گردد، مرتکب ضرب یا جرح منجر به مرگ شناخته شده مطابق احکام قانون به حبس طویل محکوم می گردد.<sup>(۲)</sup>

قتل خطاء: خطا و اشتباه از دیدگاه این گروه، در ارتکاب فعل از سوی جانی و یا در قصد و ظن اوست؛ مورد اول در حالتی متصور می باشد که جانی قاصد در فعل است. و لی مجنی علیه مقصود او نیست. مثلاً به سوی شکار تیر می اندازد و به انسان اصابت می کند.

مورد دوم، بر این فرض است که تصور می کند مجنی علیه مهدور الدم و مباح القتل است، مانند کافر حربی و یا مرتد، و حال آن که وی معصوم بوده و استحقاق قتل نداشته است.<sup>(۳)</sup>

قانون در مورد تعریف قتل خطاء در ماده (۵۵۴) خود چنین تصریح نموده است، شخصی که به اثر خطای ناشی از اهمال، غفلت، بی احتیاطی، بی پروایی یا عدم رعایت قانون، مقررات، یا اوامر، دیگری را به قتل برساند یا بدون عمد، سبب قتل گردد، مرتکب قتل خطأ شده است، و مرتکب قتل خطأ به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار الی یکصد و هشتاد هزار افغانی، محکوم می گردد.<sup>(۴)</sup>

۱. ابن عابدین، محمد امین، (۱۳۷۲ هـ) رد المختار علی الدر المختار، ج۵، ص ۳۷۵.

۲. کود جزا افغانستان، ماده های، ۵۵۱-۵۵۲.

۳. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج۲، ص ۸.

۴. کود جزای افغانستان، ماده های، ۵۵۴، ۵۵۵.

قتل جاری مجاری خطأ: این نوع قتل را قایم مقام خطأ نیز میگویند و آن بر دو نوع صورت ذیل می پذیرد:

اول اینکه از هر جهت مثل قتل خطایی به حساب می آید، در صورت که قتل با مباشرت جانب به وقوع پیوسته باشد. مثل آن کسی که در حالت خواب بر دیگری بلغطد و او را بکشد. این قتل چون بدون قصد جانی رخ داده، از هر جهت با قتل خطأ هم معنا و مفهوم است، طور مثال مادری با غفلت و بی احتیاطی شب بخواب رفته طفلش را زیر پهلو ساخته بکشد از همین نوع قتل است.

نوع دیگر این قتل، از یک جهت با قتل خطا یکسان است و با آن مشابهت دارد و در حالتی است که بین قتل و عمل جانی رابطه سببیت برقرار باشد، مثل کسی که در معبر مردم چاهی حفر کند و احتیاطات لازم را به عمل نیاورد و شبانه، عابری در چاه سقوط کند، و همین علت کشته شود.<sup>(۱)</sup>

از آنچه که گذشت معلوم می شود که این تقسیم بندی با تقسیم بندی قبلی هیچ اختلافی ندارد به جز اینکه فقهای شافعی و حنبلی قتل خطأ را بدون تقسیم به - خطأ مطلق و جای مجرای خطأ- ذکر کردند و جمهور فقهای حنفی خطا بر دو نوع - خطا و جاری مجرای خطا - نموده اند.

برخی از فقهاء حنفی نوع پنجم قتل را اضافه می کنند، بنام قتل بالتسبیب و قتل به اثر سبب مانند اینست که کسی که در غیر ملک خود یا در راه عمومی حفره یا چاهی را حفر می کند، و انسان دیگری در آن می افتد و می میرد، یا کسی که سنگ یا چوبی را در راه عمومی می گذارد، و شخص دیگری می آید و می افتد و می میرد، با اینکه شاهدان بعد قتل مشهود علیه از شهادت خود رجوع می نمایند.<sup>(۲)</sup>

تفاوت این تقسیم بندی، با تقسیم بندی های ما قبل آن در این است که گروه آخر بین قتل با مباشرت و قتل به تسبیب فرق می گذارند و قتل به تسبیب را نوع مستقلی می دانند.  
(۳)

با ملاحظه تقسیمات گوناگون قتل از نظر فقهاء، روشن است که تفاوت اساسی قتل با سایر تقسیمات در این است که این دسته از فقهاء « قتل شبه عمد » را قبول ندارند، و نیز واضح

۱. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۷، ص۲۳۴.

۲. ملا خسرو، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، ج۲، ص۹۱.

۳. ابن نجیم، البحر الرائق، ج۸، ص۲۸۷.

شد که باقی اختلافات در میان اقسام فوق، قابل توجه نبود و ظاهراً ناشی از شیوه بحث و تبویب مباحث از سوی طرفداران هر یک از تقسیم بندی های فوق است.

از آنجا که تقسیم بندی سه گانه - قتل عمد، قتل شبه عمد و قتل خطاء - از مشهور ترین تقسیم بندی ها است، لذا این نوع مبنا و اساس بحث قرار گرفته است، و این تقسیم بندی بین بین قانون جزای های کشورهای اسلامی از جمله مصر و سایر قوانین پذیرفته شده است.<sup>(۱)</sup>

### مطلب دوم: جنایت بر مادون نفس در فقه و قانون

جنایت بر ما دون نفس عبارت از هر نوع تعدی است که بر ساختار پیکر انسان از قبیل بریدن عضو یا احداث زخم ها یا ضرب با بقای نفس در قید حیات است، این جنایت انواع و صورت های مختلف تقسیم می شود که دیدگاه فقهاء مذاهب اسلامی در این مورد متفاوت می باشد، در این قسمتی آن را ذکر می نمایم:

#### فرع اول: جنایت واقع بر اعضاء انسان

جرایم واقع بر اعضاء احیاناً به طور عمدی و گاهی به صورت خطاء واقع می گردد و جرایم که به طور خطاء و اشتباه صورت می گیرد، عبارت اینست که شخصی به طور خطا اعضاء بدن شخص دیگری را از بین ببرد یا از فعالیت باز بدارد و یا هم مجروح سازد.<sup>(۲)</sup>

#### فرع دوم: انواع عقوبت بر جنایت بر نفس

عقوبت قطع اعضا یا جراحت آن بر دو نوع ذیل می باشد:

**الف. عقوبت اصلی:** عقوبت اصلی عبارت اند از قصاص است، و قصاص عبارت از اینکه اگر کسی بر یکی از اعضاء کسی دیگری جنایت کند، همان عضو جانی قصاص کرده می شود.<sup>(۳)</sup>  
**ب. عقوبت بدلی:** عقوبت بدلی مانند دیت است که در برابر هر عضو تلف شده پرداخته می شود، هرگاه بنا بر هر عواملی قصاص تطبیق نگردیده دیت لازم می شود.

#### فرع سوم: نظریات فقهاء در مورد جنایت بر جنین

از نظر فقهاء مالکی<sup>(۴)</sup> و شافعی<sup>(۵)</sup> جنایت بر جنین از جنایت بر نفس عمدی محسوب می گردد، و این بخاطر آنست که جانی قصد سقط جنین را در چنین عمل می داشته باشد، و اما از نظر

۱. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج-۲، ص-۹

۲. وهبه، زحیلی، الفقه الاسلامی وادلتہ، ج-۷، ۵۷۳.

۳. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج-۸، ص-۳۴۵.

۴. دسوقی، حاشیة الدسوقی ۴ / ۲۶۸

۵. شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج-۴، ص-۱۰۵.

حنفیها و حنابله جنایت بر جنین از جنایت بر نفس عمدی به شمار نمی رود، بلکه از جمله جنایت شبه عمد و خطأ می باشد.<sup>(۱)</sup>

و سبب اختلاف فقهاء به دو نظر متفاوت بر می گردد، به دو امر ذیل:  
وجود حیات جنین در بیرون غیر محقق بوده بلکه احتمالی می باشد. و عمد عبارت از قصد است و زمانی که جنین چیزی مستتر و پوشیده و غیر ظاهر باشد، قصد متحقق نمی گردد.<sup>(۲)</sup>  
حیات جنین نا معلوم است، در قتل عمد وجود علم بر جنین و زنده بودن آن حتمی می و در صورت علم نداشتن مظنون پنداشته می شود، در این صورت شبهه به وجود می آید، و در وجود شبهه قصاص ساقط می گردد، بناءً قتل جنین عمد به شمار نمی رود.<sup>(۳)</sup>

### مطلب سوم: آثار اشتباه و فراموشی در قتل در فقه و قانون

#### فرع اول: آثار خطا و اشتباه در شخص و شخصیت

الف. اشتباه و خطأ در شخص: همان طور که گفته شد، خطأ در قتل عبارت اینست که شخصی، شخص دیگری را بدون قصد به قتل برساند، مانند اینکه کسی که شکاری را هدف قرار می دهد، ناگاه به اشتباه به انسانی اصابت می کند، یا شخصی را هدف قرار می دهد ولی از روی خطا و اشتباه به شخص دیگری اصابت می کند.

فقهاء از اشتباه در شخص، خطأ در فعل تعبیر می کنند، خطا در فعل، مانند اینکه برای غرضی و یا صیدی تیر می اندازد و تیر به آدمی اصابت می کند، یا می خواهد دست کسی را بزند ولی به گردن دیگری اصابت می نماید، و همچنین است اگر از دستش چوبی و یا خشتی بیفتد و شخصی را بکشد.<sup>(۴)</sup>

ب. اشتباه در شخصیت: منظور از اشتباه در شخصیت مجنی علیه این است که جانی در صدد کشتن شخص معینی به تصور اینکه او زید است برآید و بعداً معلوم گردد که مثلاً مقتول عمرو بوده است، و این اشتباه در واقع اشتباه در قصد و نیت جانی تعبیر می شود، مانند این که شخصی به گمان این که شکاری است یا حربی یا مرتد؛ تیر می اندازد و او را می کشد و بعداً معلوم می گردد که وی مسلمان بوده است.<sup>(۵)</sup>

#### ج. نظریات فقهاء در مورد اشتباه در شخص و اشتباه در شخصیت

فقهاء کرام در این دو مورد دو دیدگاه متفاوتی را ارائه کردند که در ذیل ذکر می گردد:

۱. ابن همام، فتح القدير، ج ۱۰، ص ۳۰۴.

۲. شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۴، ص ۱۰۶ از

۳. ابن همام، فتح القدير، ج ۱۰، ص ۳۰۵.

۴. سرخسی، کتاب المبسوط، ج ۲۶، ص ۶۶-۶۷.

۵. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۲، ص ۸۸.



فقهاء مالکی: فقهاء مالکی به براین نظر اند که اگر جانی به قصد زدن شخصی معینی به طرف او تیر اندازی کند و تیر به دیگری اصابت نماید و یا به تصور اینکه آن شخص زید است به طرفش تیر اندازی کند و معلوم می شود که مثلاً زید نبوده بلکه بکر بوده است. تفاوت نمی کند که قصد قتل داشته باشد و یا صرفاً و فقط بنابر عداوت و خشم او را زده باشد به هر صورت، قاتل عمد محسوب می شود، مگر آن که اعمال فوق را بنابر شوخی انجام داده و یا برای تأدیب مجنی علیه انجام داده باشد.<sup>(۱)</sup>

اما برخی از فقهاء مالکی بر این نظر اند که در حالت اولی (یعنی جانی شخص معینی را قصد می کند و اثر آن شخص دیگری کشته می شود)، عمل قتل خطایی حساب می شود.<sup>(۲)</sup>

۲. فقهاء حنابله: برخی از فقهاء حنبلی بر این عقیده اند که چنانچه عمل مورد نظر و مقصود جانی در اصل حرام و نامشروع باشد، اشتباه در شخص یا شخصیت مجنی علیه از مسئولیت جانی نمی کاهد؛ زیرا وی مرتکب عمل حرام شده است و قاتل محسوب می شود، لیکن اگر عمل مورد نظر در اصل حرام نباشد، اشتباه در فعل و اشتباه در قصد در مسئولیت جانی مؤثر خواهد؛ زیرا وی در اصل عمل مباحی را قصد کرده بود و در صورت اشتباه در فعل و اشتباه در قصد قاتل خطائی نامیده می شود.<sup>(۳)</sup>

۳. فقهاء حنفی<sup>(۴)</sup> و شافعی<sup>(۵)</sup>: فقهاء حنفی و شافعی بر این باور اند که اگر کسی قصد داشته باشد شخص معینی را بکشد و اشتباهش شخص دیگری را به قتل برساند؛ یا در قصد خود به خطا برود و معلوم شود که شخص دیگری غیر از فرد منظور را به قتل رسانیده است، مرتکب قتل خطاء شده است، از این رو تفاوت نمی کند که اصل عمل مشروع بوده و یا اصل عمل نامشروع بوده است.

### فرع دوم: آثار خطا و اشتباه در قتل جاری مجرای خطاً

هرگاه یک شخص در حالت خواب بر دیگری بلغطد و او را بکشد، یا چاهی را در راه رفت و آمد، حفر نماید به سبب آن شخص به آن بافتد، در نتیجه به قتل برسد، آیا بر وی حکمی مرتب

۱. حطاب رعینی، مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل، ج۶، ص ۲۴۰

۲. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج۲، ص ۸۹

۳. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج۹، ص ۳۳۹

۴. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج۷، ص ۲۳۶

۵. رملی، نهایة المحتاج إلى شرح المنهاج، ج۷، ص ۳۳۷

می گردد؛ در مورد آثار اشتباه در قتل جار مجرای خطاً دو دیدگاه وجود دارد، که در ذیل به آن می پردازیم:

الف. نظر فقهاء حنفی: برای قاتل کفار و واجب است، مانند این که شخصی که خواب است روی دیگری می غلطد و او را به قتل می رساند، حکم این نوع قتل در شرع حکم خطاء است ولیکن از قتل خطا پایین تر است، چون فرد خوابیده اصلاً دارای قصد نیست و موجب قتل و آنچه قایم مقام آن است کفار و دیه بر عاقله قاتل است.<sup>(۱)</sup>

و شخص قاتل گناه کار می باشد، لیکن از گناه قتل عمدی برای ترک مبالغه در تثبیت خفیف تر است، پس کفار برای قتل مرتب می گردد، اگر چه در آن گناه قصد قتل نیست.<sup>(۲)</sup> و دلیل ایشان حدیث مبارکه ذیل است: «وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: اقْتَتَلْتُ امْرَأَتَانِ مِنْ هَذَيْلٍ فَرَمْتُ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلْتَهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَيَّ رَسُولَ اللَّهِ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ أَنْ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا وَوَرَثَتِهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ فَقَالَ حَمَلُ بِنْتِ النَّبِغَةِ الْهُذَلِيِّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ يُعْرَمُ مَنْ لَا شَرْبَ وَلَا أَكْلَ وَلَا نَطْقَ وَلَا اسْتَهْلَ؟ فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: «إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ» مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ»<sup>(۳)</sup>.

ترجمه: از ابو هریره - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - روایت است که دو تا از زنان قبیله هزیل با یکدیگر درگیر شدند، یکی از آن دو دیگری را با سنگ زد و او را و آنچه که در شکمش بود؛ کشت پس برای حل این قضیه نزد پیامبر اسلام - صلی الله علیه و سلم - آمدند، و ایشان به این صورت قضاوت کرد: که دیه بچه ای که در شکم بود یک برده یا یک کنیز است، و پرداخت دیه زن مقتول به عهده خویشاوندان (پدری) زن قاتل است، و وارث خونبهای زن (مقتول) فرزندان او و کسانی که با آنان هستند می باشند. آنگاه حمل بن نابغه هزیلی گفت: ای رسول خدا! چگونه برای کسی که نخورده و نیاشامیده و نه سخن گفته و نه فریاد زده است، دیه پرداخت کنیم؟ پس چنین کسی خونبها ندارد، پیامبر اسلام - صلی الله علیه و سلم - فرمود: این شخص از برادر کاهنان است».

بخاطر سجع بندی که در گفتارش بکار برده بود.

۱. زبیدی، ابوبکر علی بن محمد، الجوهره النیره، مطبعة الخیریه، چاپ اول، ۱۳۲۲. ج ۲، ص ۱۲۵.

۲. ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ج ۶، ص ۵۳۱.

۳. بخاری، صحیح البخاری، ج ۶، ص ۲۵۳۲.

وجه استدلال از حدیث شریف این است که یک زن، زن دیگری را به سنگ زد و لیکن قصد قتل وی را نداشت و لی سنگ غالباً سبب قتل به شمار نمی رود. به همین جهت پیامبر اسلام - علیه السلام - دیت آن را برای عاقله قاتل واگزار نموده است.

همچنان فقهاء حنفی آثار قتل جار مجرای خطاء نیز از جمله آثار مرتبه بر قتل خطاء دانسته اند، زیرا اینکه او شخصی که شخص دیگری را با سنگ می زند، قصد قتل وی را نداشته بلکه او شخص خود داری هم نکرده است. همچنین کسی که در راه حفر را می کند، لیکن نیت قتل کسی را ندارد اما این یک متعدی و متجاوز در حفر خندق شده است. پس دیت بر عاقله وی واجب می باشد و گناهگار نمی گردد به عدم داشتن قصد و کفاره بر وی لازم نمی باشد؛ زیرا که حقیقتاً قتل نکرده و مقتول خود را نیز حفاظت نه نموده است. و همچنین کسی که در خواب است، در حال پهلوی خوردن در آب باعث قتل شخص دیگری گردد، پس قصد قتل را نداشته و آن شخص نیز خود را محافظت نکرده است.<sup>(۱)</sup>

ب. نظر جمهور فقهاء: جمهور فقهاء اعم از مذهب مالکی<sup>(۲)</sup>، شافعی<sup>(۳)</sup> و حنبلی<sup>(۴)</sup> می گویند که قتل جاری مجرای خطا از همه جوانب در حکم خطا می باشد، در صورت های فوق الذکر ملحق به حکم قتل خطاء می باشد، همان حکمی را به خود می گیرد که در قتل خطا می باشد. وجه دلالت این حدیث، اینست که غالباً انسان به انداختن یک سنگ نمی میرد و آن زن نیز قصد کشتن آن را نداشت، باوجود این هم رسول الله صلی الله علیه وسلم دیت بر بالای عاقله وی واجب گردانید.

به همین جهت است که در قتل خطا، بر بالای عاقله وی دیت، بر خود شخص کفاره لازم می گردد و همچنان نزد جمهور فقهاء وی ار میراث نیز محروم می گردند.<sup>(۵)</sup>

### فرع سوم: آثار جنایت بر نفس و اندام خود

هرگاه کسی جنایت را بر نفس خود یا اطراف و اندام خود به خطاء انجام دهد حکم فقهی آن چه خواهد بود، این مورد فقهاء اختلاف نظر دارند:

۱. ابن مودود، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ۶۸۳هـ)، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي - القاهرة، ۱۳۵۶هـ - ۱۹۳۷م) ج ۵، ص ۳۰.

۲. اصبحي، المدونة، ج ۴، ص ۶۴۱.

۳. ابن الرفعه، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ج ۱۶، ص ۲۴۶.

۴. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ۶۲۰هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ۱۴۱۴هـ - ۱۹۹۴م، ج ۴، ص ۵۲.

۵. زبيدي، ابوبكر على بن محمد، الجوهرة النيرة، مطبعة الخيرية، چاپ اول، ۱۳۲۲. ج ۲، ص ۱۲۵.

الف. جمهور علماء: (حنفی ها، مالکی ها، و شافعی ها) بر این نظر اند که کسی که از روی خطا بر نفس خود قتل نماید، دیت بر قتل وی واجب نمی گردد. و نه از عاقله وی دیت گرفته می شود زیرا اینکه عامر بن اکوع مبارز همراهی مرحب در روز فتح خیبر نموده که با شمشیر خودش، کشته شد، پس پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم- فیصله بر دیت وی و نه بر شخص دیگری نمود. و اگر دیت بر وی لازم می بود خواه میخواه پیامبر اسلام ان را بیان می نمود و همین گونه او شخص بر نفس خود جنایت نموده و پیامبر اسلام -صلی الله علیه وسلم- دیگر کس را توان نگرفت.

ب. فقهاء حنابله: اکثر فقهاء حنبلی بر این نظر اند که دیت عاقله آن را گرفته بین وارثین ان تقسیم می نماید، و اگر جان خود را قتل کرده باشد و اگر جان خود را زخم کرده باشد و آن نیز از ثلث بیشتر باشد، توانش ان از عاقله گرفته می شود.

و استدلال بر این کرده است که یک شخص تعدادی از مرکب را می راند و یکی از آنها را با عصای خود زد، و خر او را لغد زد پشم وی نا بینا شد. پس عمر -رضی الله عنه- دیت اش را از عاقله وی گرفت و هیچ یکی از اصحاب کرام با وی مخالفت نکرده است.<sup>(۱)</sup> و اما به نسبت کفاره باید گفت که فقهاء شوافع و حنابله کفاره را بر وی واجب می دانند، و فقهاء مالکی و حنفی بر این نظر اند که کفاره واجب نیست، زیرا کفاره مشروط به عدم قتل است، پس اگر قتل واقع شد، کفاره باطل می شود، همچنان که دیه از عقيله برای ارث ساقط می شود.<sup>(۲)</sup>

#### فرع چهارم: آثار اشتباه و خطا در تصادم

هرگاه بین دو سواری و یا دو شخص یا دو کشتی تکر و تصادم واقع گردد، ممکن است از روی عمد، شبهه عمد یا خطا اتفاق بیفتد، و آنچه در صورت اشتباه لازم است این است که آیا هر یک به ضرر دیگری از نظر جانی یا مالی ضمانت می دهد یا خیر یا اینکه بر هر یک از آنها ضمانت آنچه به دیگری ضرر زده است واجب است.<sup>(۳)</sup>

#### فرع پنجم: آثار خطا و اشتباه در غرق شدن کشتی

هرگاه کشتی به صورت اشتباه و خطا غرق گردد، آیا بالای سر نشینان آن دیت یا جریمه وارد می گردد، یا خیر؟ دیدگاه فقهاء را در این مورد در ذیل بیان می نماییم:

۱. ابن همام، فتح القدير، ج ۱۰، ص ۲۳۱.

۲. والمهذب ۲ / ۲۱۷، والمغنی ۸ / ۵۱۳.

۳. ملا خسرو، درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام، ج ۲، ص ۱۱۲.

الف. نظر فقهاء شافعی: فقهاء شافعی بر این نظر اند که اگر شخصی کشتی را سراخ کرد به صورت عمدی و در اثر آن کشتی غرق گردید و اهل این کشتی در دریا غرق هلاک شدند در این صورت قصاص و یا دیت لازم می گردد. و اگر سورخ کردن کشتی از باب اصلاح و ترمیم بوده بوده باشد و این ترمیم و اصلاح در محل بوده باشد، این را شبهه عمد گفته می شود. و در صورت صورت که این اصلاح در غیر محل اش بوده باشد آن را خطا محص محسوب می نمایند.<sup>(۱)</sup>

ب. نظر فقهاء حنابله: اینها بر این نظر اند که اگر کشتی را به خطاء سوراخ نموده باشد، توان آنچه که خراب شده و دیت بر عاقله شان را می باشد و اما اگر وقتی یک تخته را از کشتی بر کند قصد اصلاح را داشته باشد و یا میخی را در کشتی می کوبد، پس در اثر آن جای از کشتی سراخ شد در این اعتبار بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد:

برخی آنها مانند: قاضی ابویعلی<sup>(۲)</sup> بر این نظر که این عمل از قبیل قتل عمد خطاء می باشد، هر حکم که قتل خطاً داشته همان حکم و آثار بران نیز می باشد. و برخی دیگر از آنان این قضیه را از نوع خطا محص شمرده اند که این نظریه صحیح تر می باشد، به دلیل اینکه خاطی قصد فعلی را نموده که برای وی مباح بوده لیکن این عمل منجر به تلف شد، این مانند این شد که یک شخص تیر شکاری را پرتاب می کند پس به انسان می خورد.<sup>(۳)</sup>

ج. فقهاء حنفی: بر این نظر اند که ضمان و توان بر کشتی ران می باشد، چنان که اگر آب در کشتی داخل شود، و سامان آن را خراب نماید اگر این کار تنها به فعل وی شده باشد به اتفاق فقهاء تاوان بر وی لازم می گردد، و اگر از حفاظت کشتی و یا متاع عاجز گردید به اتفاق علماء توان بر وی نمی باشد.

و اگر به سبب که امکان حفاظت از آن بود، به نزد امام ابوحنیفه توان نیست. و اما به نزد صاحبین توان می باشد، و این در صورت است که رب متاع ویا وکیل در کشتی نبوده باشد، اگر این شخص توان را در تمام صورت های که گذشت نمی دهد در صورت که سوراخ کردن کشتی تجاوز معتاد نکند. زیرا اینکه محل کارش برای وی سپرده نشده است.<sup>(۴)</sup>

### فرع ششم: آثار مرتب در قتل خطاً در فقه اسلامی

فقهاء با استناد از آیات و احادیث آثار چهار گانه ذیل را برای قتل خطاً ذکر کرده اند:

۱. حاشیه الشراوی علی التحریر ۲ / ۳۷۹، حاشیه القلیوبی علی المنهاج ۴ / ۱۵۲

۲. ابویعلی: هو محمد بن الحسین بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء شیخ الحنابلة فی وقته. وعالم عصره فی الأصول والفروع وأنواع الفنون. عاش بین سنوات: (۳۸۰ - ۴۵۸ هـ) من أهل بغداد. ولاء القائم العباسی قضاء دار الخلافة والحريم وحران وحلوان. من تصانیفه: (أحكام القرآن)؛ و (الأحكام السلطانية) و (المجرد)؛ و (الجامع الصغير فی الفقه) و (العدة)؛ و (الكفاية) فی الأصول. انظر: طبقات الحنابلة لابن أبي یعلی ۲ / ۱۹۳ - ۲۳۰؛ و الأعلام للزکلی ۶ / ۲۳۱.

۳. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج۹، ص ۱۷۷

۴. بغدادی حنفی، مجمع الضمانات، ص ۴۸، ۴۹.

الف. وجوب دیت و کفاره هر دو: همه فقهاء اعم از حنفی<sup>(۱)</sup>، شافعی<sup>(۲)</sup>، مالکی<sup>(۳)</sup> و حنبلی<sup>(۴)</sup> اتفاق دارند که قتل خطا موجب دیت است، یعنی کسی که مرتکب چنین گناهی شود باید برای نزدیکان مقتول بپردازد.

طوری در این آیه منعکس شده است. { وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا }.<sup>(۵)</sup>

ترجمه: هیچ فرد با ایمانی مجاز نیست که مؤمنی را به قتل برساند، مگر اینکه این کار از روی خطا و اشتباه از او سرزند؛ (و در عین حال)، کسی که مؤمنی را از روی خطا به قتل رساند، باید یک برده مؤمن را آزاد کند و خونبهایی به کسان او بپردازد؛ مگر اینکه آنها خونبها را بدهند. چندان این حکم بر کافر که معاهد باشد، نیز جاری می گردد: { وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ }.<sup>(۶)</sup>

ترجمه: و اگر از جمعیتی باشد که میان شما و آنها پیمانی برقرار است، باید خونبهای او را به کسان او بپردازد، و یک برده مؤمن (نیز) آزاد کند.

پس این آیت نص صریح است بر اینکه قتل خطا موجب دیت و کفاره می باشد، چنانچه که الله متعال می فرماید: { وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ } و { وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ }.<sup>(۷)</sup> و به همین گونه فقهاء اتفاق نظر دارند بر اینکه هرگاه شخصی از روی خطا فرد کافری را به قتل برساند و در حالی معاهد نبوده باشد، چیزی لازم نمی گردد.<sup>(۸)</sup>

وجوب کفاره فقط: جمهور فقهاء بر این نظر اند که هرگاه یک فرد مسلمان در کشور کفری و یا دار الحرب شخصی را به گمان اینکه کافر است، به قتل برسد، بر بالای قاتل آن تنها کفاره لازم می باشد، به دلیل قول الله متعال که می فرماید: { فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ }.<sup>(۹)</sup>

ترجمه: و اگر مقتول، از گروهی باشد که دشمنان شما هستند (و کافرند)، ولی مقتول باایمان بوده، (تنها) باید یک برده مؤمن را آزاد کند (و پرداختن خونبها لازم نیست).

۱. سرخسی، همان اثر، ج ۲۶، ص ۶۷.

۲. شافعی، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبی القرشی المکی (المتوفی: ۲۰۴هـ). کتاب الأم، الناشر: دار المعرفة - بیروت، الطبعة: بدون طبع، سنة النشر: ۱۴۱۰هـ/۱۹۹۰م، ج ۲، ص ۲۰۰.

۳. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ۴، ص ۱۹۲.

۴. ابن قدامة المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۸، ص ۵۱۶.

۵. سورة نساء، آیه: ۹۲.

۶. سورة نساء، آیه: ۹۲.

۷. سرخسی، المبسوط، ج ۲۶، ص ۶۷.

۸. ابن عابدین، الدر المختار وحاشیة ابن عابدین، ج ۵، ص ۳۴۱. و بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ۲، ص ۵۳۴.

۹. سورة النساء آیه ۹۲.

ابن قدامه - رحمه الله - از فقهاء حنبلی بر این نظر اند که بر بالای شخص که قاتل قرار گرفته قصاص نمی باشد، به دلیل اینکه وی اصلاً قصد قتل مسلمان را نداشته و این مسئله مشابه است به شخصی صیدی را قصد کرد و نگاهان او انسان بوده که بر وی تنها کفاره است.

و اما فقهاء مالکی بر این باورند که بر چنین حالت بر شخص قاتل کفاره و دیت هر دو لازم می می گردد.<sup>(۱)</sup>، به دلیل آیت قران کریم { وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا }.<sup>(۲)</sup>

ترجمه: کسی که مؤمنی را از روی خطا به قتل رساند، باید یک برده مؤمن را آزاد کند و خونبهایی به کسان او بپردازد؛ مگر اینکه آنها خونبها را ببخشند.

محرومیت از میراث: نظر جمهور فقهاء: (حنفی<sup>(۳)</sup>، شافعی<sup>(۴)</sup>، وحنلی<sup>(۵)</sup>): فقهاء مذکور می گویند که قاتل قتل خطا از مقتول به هیچ صورت مستحق میراث نمی گردد، به دلایل استناد می نمایند:

حدیثی است که « أَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَضَىٰ بِأَنْ لَا مِيرَاثَ لِلْقَاتِلِ ».<sup>(۶)</sup>

ترجمه: اینکه پیامبر - صلی الله علیه وسلم - برای قاتل از میراث هیچ گونه حقی نداده است.

وَعَنْ عَبِيدَةَ السَّلْمَانِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَا مِيرَاثَ لِقَاتِلٍ بَعْدَ صَاحِبِ الْبَقْرَةِ يَعْنِي بَقْرَةَ بَنِي إِسْرَائِيلَ، وَهُوَ الْإِشَارَةُ إِلَى الْمَعْنَى فَذَلِكَ الْقَاتِلُ قَصِدَ اسْتِعْجَالِ الْمِيرَاثِ فَصَارَ أَصْلًا أَنْ كُلَّ قَاتِلٍ قَصِدَ اسْتِعْجَالِ الْمِيرَاثِ وَلَوْ تَوَهَّم فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ ذَلِكَ مِنْهُ فَإِنَّهُ يُحْرَمُ الْمِيرَاثَ عَقُوبَةً لَهُ أَوْ رَدَّ لِقَصْدِهِ عَلَيْهِ فَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ وَالْخَطَا.<sup>(۷)</sup>

ترجمه: از عمر - رضی الله عنه - روایت که گفت: برای قاتل میراثی نیست. وعبیده سلمانی گفته است که: میراثی برای قاتل بعد از داستان صاحب بقره نیست یعنی بقره بنی اسرائیل، و این اشاره بر آن است که آن قاتل قصد استعجال میراث را داشت، واین منحنیث یک اصل قرار داده شد.

هر قاتلی که قصد استعجال میراث را داشته باشد و لو اینکه یک توهمی هم در قتل عمد وجود داشته باشد از میراث محروم می گردد جهت مجازات قصد وارده آن بروی، واین معنی در قتل عمد وخطا هر دو موجود می باشد. واین حدیث عام است شامل هر قاتل می گردد، فقهاء به حرمان میراث در قتل خطا استدلال کردند که اتهام استعجال یک چیزی قبلی و از اول در قتل خطا وجود

۱. ابن همام، فتح القدير، ج ۴، ص ۳۵۵.

۲. سورة نساء، آیه: ۹۲.

۳. سرخسی، المبسوط، ج ۳۰، ص ۴۷.

۴. ماوردی، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی، ج ۱۳، ص ۷۰.

۵. ابن قدامه، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامه المقدسی الجماعلی الحنبلی، أبو الفرج، شمس الدین (المتوفی: ۶۸۲هـ)، الشرح الکبیر علی متن المقنع، الناشر: دار الکتب العربی للنشر والتوزیع، أشرف علی طباعته: محمد رشید رضا صاحب المنار، ج ۷، ص ۲۱۸.

۶. ترمذی، أبو عیسی محمد بن عیسی بن سوره بن موسی بن الضحاک، الترمذی، سنن الترمذی، تحقیق: أحمد محمد شاکر، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، طبع الثانی، (۱۳۹۵ هـ - ۱۹۷۵ م)، ج ۴، ص ۴۲۵. شیخ البانی این حدیث را صحیح گفته است. این حدیث را به لفظ: «القاتل لا یرث» پیدا کردم.

۷. سرخسی، کتاب المبسوط، ج ۳۰، ص ۴۷.

داشت، و جائز است که بگوییم وی قصد این عمل را داشت ولیکن خطا از پیش وی سرزد و این توهّم مانند متحقق و ثابت در حرمان از میراث شمرده می شود.

و همچنان امام سرخسی - رحمه الله - می گوید: همچنانی که قاتل قتل خطا به دادن کفاره عقوبت می شود و به حرمان از میراث نیز مجازات می شود.

و همچنان فقهاء احناف می گوید: هر قاتلی که در حکم خاطی است از میراث محروم می ماند شخصی خوابی که به اثر خواب مؤثر خود را از بین ببرد از میراث محروم می شود، چراکه در این مورد توهّم استعجال میراث وجود دارد. و همچنان فردی که به سواری سوار باشد و وی مؤثر اش را زیر بگیرد از میراث محروم می گردد، چون وی به صورت مباشر مؤثر خود را هلاک کرده است، و در اینجا نیز توهّم استعجال میراث وجود دارد و سواری در اختیار راکب می باشد و هر طوری که وی را بچرخاند می چرخد و این به منزله کسی است که سنگ را در دست دارد و طرف مؤثر خود رها کند.<sup>(۱)</sup>

ابن قدامه می گوید: « فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرث أيضا نص عليه أحمد و يروى ذلك عن عمر و علي و زيد و عبد الله بن مسعود و عبد الله بن عباس - رضی الله عنهم - و روى نحوه عن أبي بكر - رضی الله عنه - و به قال شريح و عروة و طاوس و جابر بن زيد و النخعي و الشعبي و الثوري و شريك و الحسن بن صالح و وكيع و الشافعي و يحيى بن آدم و أصحاب الرأي و ورثه قوم من المال دون الديّة و روى ذلك عن سعيد بن المسيب و عمرو بن شعيب و عطاء و الحسن و مجاهد و الزهري و مكحول و الأوزاعي و ابن أبي ذئب و أبي ثور و ابن المنذر و داود و روى نحوه عن علي لأن ميراثه ثابت بالكتاب و السنة تخصص قاتل العمد بالإجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه.»<sup>(۲)</sup>

ترجمه: در مورد قتل خطا بسیاری از اهل علم بر این نظر اند که قاتل میراث نمی برد، این از عمر و علی و زید و عبد الله بن مسعود و عبد الله بن عباس و راییت شده، و از ابو بکر رضی الله عنهم، و این قول شریح و عروّه و طاوس و جابر بن زید و النخعی و الشعبي و الثوری گفتند که: از مال میراث میبرد و از دیت نمی برد و این دیدگاه از سعید بن المسيب و عمرو بن شعيب و عطاء و الحسن و مجاهد و الزهري و مكحول و الأوزاعي و ابن أبي ذئب و علي رضی الله عنه فرموده است: میراث آن به کتاب و سنت ثابت و به اجماع در و مرد قاتل عمد خاص شده است و ظاهرا بقای این حکم در غیر عمد به حالت خود مانده است.

### فرع هفتم: آثار خطا در قتل به سبب

۱. همان منبع، ج ۳۰، ص ۴۹.

۲. ابن ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۶، ص ۳۶۵.



اما در قتل به سبب، مانند حفر کننده چاه و گذاشتن سنگ در زمین دیگری بدون اجازه ی سلطان و نائب وی، و همچنان گذاشتن چوب بر میانه ی راه و مانند این مثل انداختن پوست هندوانه در راه، پس اگر کسی به این ها تلف شود؛ وی ضامن است.

و همچنین، هرگاه در راه آب بریزد و کسی که از آنجا می گذرد این را نداند، مانند کور یا در در شب آب بریزد. و اگر کسی سنگی لغزنده را در کنار چاهی بگذارد و آن سنگ در چاهی که در حال حفر است سقوط نماید، پس کسی که سنگ را گذاشته است ضامن است؛ بنابر این، اگر کسی آن را نگذاشته بود پس بر عهده خود حفر کننده است، و اگر کسی به سبب آبی که ریخته بود لغزید و داخل چاه افتاد، کسی که آب را ریخته ضامن است، و اگر با آب باران لیز بخورد و در چاه افتد؛ حفر کننده ضامن است. قتل به سبب موجب دیت بر عاقله قاتل می شود نه کفاره و گناه قتل، بلکه کسی که چاه را حفر کرده و سنگ را در غیرملک خویش گذاشته گناه کار می باشد.<sup>(۱)</sup>

### فرع هشتم: آثار اشتباه بر جنایت مادون نفس (طبابت و ختانت)

هرگاه طبیب در طبابت و خاتن در امر ختنه کردن دچار اشتباه شود، حکم آن از دیدگاه جمهور فقهاء اینست که بالای آنها تاوان و ضمان نمی باشد.

**جمهور فقهاء (مالکی ها<sup>(۲)</sup>، حنفی ها<sup>(۳)</sup>، شوافع<sup>(۴)</sup>، و حنابله<sup>(۵)</sup>)** به این باور اند که بالای طبیب و خاتن در اموری طبابت و ختانت تاوان نیست، در صورت دو شرط ذیل را رعایت نموده باشند. اینکه وی در امور طبابت و ختانت خود ماهر و صادق بوده و صلاحیت اجرای عملیات و یا انجام اعمالی مربوط به طبابت و ختانت را داشته باشد. اگر حاذق و ماهر نباشد، مسئول و ضامن می باشد، گویا که این قطع را به صورت قصدی انجام داده است.

اینکه خاتن یا طبیب قطع یا فعل را به اندازه انجام ندهد که کار او منتج به قطع عضو دیگری گردد، که در آن قصاص لازم گردیده باشد.<sup>(۶)</sup>

هرگاه این دو شرط متحقق شد، و از طرف طبیب رعایت گردید، آنها ضامن تاوان و خسارت نمی باشند، چون این فعل شان مادون فیه می باشد. مثلاً اگر حاکم از یک داکتر خواهش کند که دست دزد را قطع کند باید به صورت درست قطع کند که متجاوز محسوب نشود.<sup>(۷)</sup>

۱. سرخسی، کتاب المیسوط، ج ۱، ص ۴۸.

۲. قرافی، الذخیره، ج ۱۲، ص ۲۵۷.

۳. بلخی، نظام الدین البلخی، الفتاوی الهندیة، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ط ۱، (ب ت)، ج ۳، ص ۴۴۷.

۴. ابوبقاء، کمال الدین، محمد بن موسی بن عیسی بن علی الدیمیری أبو البقاء الشافعی (المتوفی: ۸۰۸هـ)، النجم الوهاج فی شرح المنهاج، الناشر: دار المنهاج (جدة)، المحقق: لجنة علمیه، الطبعة: الأولى، ۱۴۲۵هـ - ۲۰۰۴م، ج ۹، ص ۲۶۸.

۵. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۵، ص ۳۹۸.

۶. ابن رشد، بدایة المجتهد ونهایة المقتصد، ج ۲، ص ۴۱۸.

۷. الدر المختار ۶ / ۶۸، ومجمع الضمانات ۴۷، ۴۸.

از لابلای بحث واضح می‌گردد که اگر طبیب در کار خود اشتباه و خطاء کند، و در حالیکه در کار خود ماهر و اهل معرفت باشد، تاوان بر بالای آن وارد نمی‌گردد. گویا انیکه هرگز خطاء نکرده است. و اما اگر طبیب فهم، درایت و تجربت پزشکی نداشته باشد و بیماری را مداوا و معالجه کند، و این مداوا و معالجه او موجب رساندن آسیبی به بیمار گردد، بدرستی او مسئول این جنایت خود بوده ضامن می‌باشد و باید ضرری را که وارد آورده است جبران کند، چون این عمل او در این شرایط تعدی بحساب می‌آید، و باید از مال خود غرامت بپردازد، این مورد از حدیث پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - استدلال می‌گردد، که می‌فرمایند: «من تطب و لا یعلم منه طب، فهو ضامن»<sup>(۱)</sup>.

ترجمه: هرکس بدون تخصص دست به معالجه بزند، که منجر به هلاکت بیماری شود ضامن است.

وجه استدلال از حدیث اینگونه است که کسی که مهنت طب کرد و در حالکه در کار جاهل بود بر وی توان یمب اشد. به همین گونه کسی کار طب را کرد و مریض را معالجه نمود و مهارت در طب نداشت، پس خطا شد، و از مریض چیزی را تلف نمود پس وی ضامن می‌باشد<sup>(۲)</sup>.

### فرع نهم: آثار اشتباه و خطاً در کود جزای افغانستان

اشتباه و خطاء در قانون: در قانون جزا وقتی مراجعه نماییم، اساتید حقوق جزا در کتب و نوشته‌های خود بیشتر از اشتباه به عنوان یکی از علل رافع مسؤولیت کیفری یاد می‌کنند، و آن را چنین تعریف می‌نمایند که در اصطلاح اشتباه به معنای تصور نا درست یا خلاف واقع از موضوع، امور یا چیزی است که قانون شخص را متعهد و ملزم به انجام آن دانسته است. طوری که آنچه واقعی است غیر واقعی و نادرست جلوه داده شود، «در حقوق جزا اشتباه تصور باطلی است که موجب عمل یا ترک عملی می‌گردد که جرم است، به گونه‌ی که اگر نبود شخص هرگز مرتکب آن جرم نمی‌شود»<sup>(۳)</sup>.

شخص را زمانی مسؤول جزائی تلقی نموده می‌توانیم تا رفتاری را که مرتکب می‌شود از آن آگاهی داشته باشد. به عبارت دیگر بداند که مرتکب رفتار جرمی گردیده است، اما اگر عملی را مرتکب شود و از جرمیت آن آگاهی نداشته باشد، چه گونه می‌توان مرتکب را مسؤول جزایی دانست<sup>(۴)</sup>.

۱. سجستانی، سنن ابوداود، ج۴، ص۱۹۵ و شماره (۴۵۸۶)

۲. عظیم آبادی، ابوالطیب شمس الحق، عون المعبود شرح سنن ابی داود، مکتبه السلفیه، المدینه المنوره، چاپ دوم، تاریخ (۱۳۸۸ هـ) ۹، ص۱۷۳۹.

۳. بوشهری، جعفر، حقوق جزاء، اصول و مسایل، ص۴۴، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، تهران، سال ۱۳۷۹.

۴. رسولی، محمد اشرف، شرح کود جزاء، ج۱، ص۳۰۸.

در جرایم عمدی که موجودیت قصد و داشتن اراده به خاطر ارتکاب جرم ضرور دانسته می شود، داشتن علم و آگاهی نیز امر حتمی می باشد. به همین جهت در قانون جزا که از جرمیت اعمال یا جرم انگاری آن ها بحث به عمل می آید، اصل بران است که شخص عالماً و عامداً مرتکب رفتار مجرمانه می گردد.

اگر اشتباه و جهل حکمی باشد یا موضوعی متضمن دو امر است. یکی اینکه، جهل و اشتباه مربوط به جرایم عمدی می باشد؛ زیرا در جرایم غیرعمدی موجودیت آگاهی برای حصول نتیجه جرمی ضرور دانسته نشده و اشتباه خود عنصر معنوی جرم غیرعمدی را تشکیل می دهد.

دوم این که، نبود اشتباه می تواند سبب یا مانع یا رافع مسئولیت جزائی شود، در حالی که اشتباه چه حکمی باشد یا موضوعی نمی تواند مسئولیت مدنی را مرفوع سازد، از جانب دیگر این امکان نیز وجود دارد که جهل یا اشتباه مربوط به قانون یا تفسیر نادرست از آن نبوده، بلکه مربوط به موضوع جرم باشد.

**انواع اشتباه از نظر قانون:** اشتباه در قانون به اشتباه حکمی و اشتباه موضوعی تقسیم می گردد: الف. اشتباه حکمی: اشتباه حکمی؛ حالتی است که شخص بدون درک یا علم و آگاهی به جرم بودن رفتاری و یا این که به اساس تفسیر نادرست از قانون؛ مرتکب چنان عملی گردد که قانون آن را جرم دانسته است، هرگاه شخص مذکور از جرمیت عمل آگاهی می داشت، مرتکب چنان عملی نمی گردید.

داشتن علم و آگاهی یکی از عناصر اصلی جرم را تشکیل می دهد که بنام عنصر معنوی یاد می گردد. اصل برآنست که بدون موجودیت عنصر معنوی، جرم عرض وجود کرده نمی توان عذر دانست و این اصل در ماده (۱۱) کود جزا ذکر گردیده است که بی خبری از احکام قانون عذر پنداشته نمی شود.<sup>(۱)</sup>

برخی ها اشتباه را موجب معافیت از مجازات و رفع مسئولیت جزایی نمی دانند به دلیل اینکه قوانین جزایی از جمله قوانین آمده می باشد، زیرا این قوانین نظم عمومی جامعه را تأمین می نماید.

در رابطه به اشتباه در تفسیر قانون، هرگاه متن قانون صریح، شفاف، واضح و روشن نبوده و از آن تعابیر مختلف گرفته شده بتواند، محکمه می تواند در این صورت تفکیک قایل شود. البته در جرایم طبیعی اشکالی ندارد، زیرا همه به ناشایست بودن این گونه رفتار های جرمی آگاهی داشته و در زمینه شکی وجود ندارد. در رابطه به برداشت های اشتباه آمیز در مورد جرایم غیر طبیعی، دانشمندان حقوق، صلاحیت تشخیص این موضوع را مربوط قضات محاکم می دانند.

۱. وزارت عدلیه، کود جزاء، ماده (۷)

با در نظر داشت این اصل که بی خبری از احکام قانون جزاء عذر پنداشته نمی شود، اشتباه حکمی رافع مسؤولیت جزایی شده نمی تواند.

اکثریت دانشمندان بر این عقیده اند که اگر شخصی ادعا نماید که چون از حکم قانون آگاهی نداشته و یا این برداشت وی از قانون طوری بوده که عمل ارتكابی وی جرم دانسته نشده است، از تطبیق جزا معاف دانسته نمی شود، دلیل این امر هم واضح است، هرگاه به اشخاص چنین اجازه داده شود تا با استناد به این امر که از وجود قانون آگاهی نداشته است، هر شخص که جرمی را مرتکب شود ادعا خواهد کرد که از حکم قانون آگاهی نداشته یا برداشت وی از حکم قانون طور دیگری بوده است.

این امر سبب ایجاد بی نظمی و زیر پا شدن عدالت گردیده به اشخاص شریر و منحرف جامعه زمینه را مساعد خواهد ساخت تا هر نوع رفتار مجرمانه را مرتکب و پس از آن به بی خبری خود از حکم قانون استناد نمایند.<sup>(۱)</sup>

ب. اشتباه موضوعی: جهل یا اشتباه موضوعی در واقع اشتباه در نفس عمل و موضوع حکم است. طوری که شخص به حرمت یا ناشایست بودن چیزی علم و آگاهی دارد یا به عبارت دیگر از جرمیت آن آگاهی دارد، اما آن چه را می خواهد استفاده نماید، به موضوع آن علم ندارد.

به گونه مثال، شخص از این که نوشیدن شراب در قانون جرم و قابل مجازات است، اما مایعی را که می نوشد فکر و گمان دارد که آب است، اما بعد معلوم می شود آن چه را نوشیده است، شراب است.

در این صورت با نظر داشت نیت شخص و عدم آگاهی وی از ماده یی که نوشیده است، مستوجب جزا دانسته نمی شود. یا در مثال دیگر، شخصی مالی بر می دارد و چنین فکر می کند که مال متعلق به خود وی است، اما بعد معلوم می گردد که مال متعلق به شخص دیگر است، در این صورت نیز شخص به لحاظ اشتباه موضوعی، مسؤول جزایی دانسته نمی شود.

جهل به موضوع، به جهل یا اشتباه در شخصیت و اشتباه در هدف تقسیم می شود.<sup>(۲)</sup>

اشتباه در شخص: اشتباه یا خطا در شخص و شخصیت که به نام جهل در هویت یا خطا در گمان و قصد فاعل نیز یاد می گردد، حالتی است که شخص قصد قتل فرد معنی را دارد، اما در گمان خود خطا نموده است و به عوض وی دیگر را به قتل می رساند.

طوری که احمد قصد قتل محمود را دارد و به گمان این که شخصی که در محلی قرار دارد یا به طرف وی می آید همان محمود است و بالای وی فیر نموده وی را به قتل می رساند، بعد معلوم می گردد که شخص مذکور محمود نه، بلکه زید است، در این جا دیده می شود که

۱. رسولی، محمد اشرف، شرح کود جزا، ج ۱، ص ۳۰۹.

۲. همان اثر، شرح کود جزا، ج ۱، ص ۳۰۹.

خطا یا جهل در هویت یا شخصیت سبب رفع مسؤولیت جزایی مرتکب نمی گردد، زیرا قصد شخص واضح است و آن عبارت از قتل است و نتیجه هم به وجود می آید که همانا قتل انسان است.

اشتباه در هدف: اشتباه در هدف طوری است که شخص قصد قتل فرد معنی را دارد و می خواهد بالای وی فیر نموده او را به قتل برساند، اما زمانی که بالای وی فیر می نماید نسبت آن که در تیر اندازی و نشانه گیری مهارت ندارد، مرمی وی به خطا رفته و بالاثر آن به شخص دیگری اصابت و سبب قتل او می گردد.

در این صورت نیز دیده می شود که خطا در هدف، مانع یا رافع مسؤولیت جزایی مرتکب نمی گردد، زیرا شخص قصد جرم مشخص یعنی قتل را دارد و از اثر فیر وی ارهاق روح به وجود می آید.

این که مرمی به احمد که مورد نظر وی است، اصابت نکرده، بلکه سبب مرگ محمود می گردد، در مورد مسؤولیت و مجازات شخص تأثیری وارد نمی کند، در این صورت موصوف مسؤول جزایی شناخته شده و مستوجب مجازات قتل عمد دانسته می شود.<sup>(۱)</sup>

همچنان در کود جزا عنصر معنوی جرم چنین نگاشته شده است: عنصر معنوی جرم عبارت است از قصد جرمی، علم و آگاهی به جرم و نتیجه آن یا خطای جرمی، می باشد. در این ماده عنصر معنوی جرم تعریف و شامل قصد جرمی یا جرم عمدی و جرایم غیر عمدی یا خطای دانسته شده است.<sup>(۲)</sup>

#### حقوق دانان در این زمینه می گویند که:

اولین شرط در رابطه به عنصر معنوی جرم؛ ارادی بودن رفتار است، چه در جرایم عمدی و چه در جرایم خطای یا غیر عمدی؛ زیرا هرگاه شخصی در اثر حرکت غیر ارادی مرتکب رفتاری شود که از اثر آن نتیجه جرمی بار آید ازینکه منشأ جزای ندارد، رفتار جرمی پنداشته نشده و مجازات نمی گردد. و مانند مادری که در خواب طفل نوزاد خود را زیر بغل نموده و سبب مرگ وی می شود یا شخصی که در بلندای ایستاده شده و بدون اراده به اثر قوه ی قاهره مانند طوفان شدید به زیر پرتاب و بالای شخصی افتیده سبب مجروحیت یا مرگ وی شود.

شخصی که قصد رفتار مشخص جرمی را مینماید و نتیجه ی معین جرمی را نیز خواستار است مرتکب جرم عمدی دانسته می شود.

در صورتی که مرتکب قصد رفتار معینی را داشته، اما خواستار نتیجه جرمی نمی باشد از اثر غفلت، بی احتیاطی، عدم رعایت مقررات و یا تقصیر، نتیجه ی جرمی به بار آید، در صورتیکه

۱. همان اثر، شرح کود جزا، ج۱، ص ۳۱۱.

۲. وزارت عدلیه، کود جزا، ماده (۳۸).

اقدامات احتیاطی را که قانون شرط گذاشته رعایت نمی نماید، مرتکب جرم غیر قصدی دانسته می شود. این گونه اعمال را بنام تقصیر جزایی نیز یاد می نمایند.<sup>(۱)</sup>

### مطلب چهارم: مقایسه بین فقه و قانون در آثار اشتباه و خطاً در قتل

با مرور و مطالعه متون فقهی وارد بر خطاء و اشتباه در قتل در می یابیم که هرگاه شخصی در اثر اشتباه یا خطاء فردی را به قتل می رساند، مورد مجازات قرار می گیرد، برابر است که اشتباه و خطا یا در قصد باشد و یا اشتباه و خطاً در فعل باشد، خطا در قصد این است که در گمان قاتل خطا واقع می شود.

مانند این که شخصی به گمان این که شکاری است یا حربی یا مرتد؛ تیر می اندازد و او را می کشد و بعداً معلوم می گردد که وی مسلمان بوده است.

و اما خطا در فعل، مانند اینکه برای غرضی و یا صیدی تیر می اندازد و تیر به آدمی اصابت می کند، یا می خواهد دست کسی را بزند ولی به گردن دیگری اصابت می نماید، و همچنین است اگر از دستش چوبی و یا خستی بیفتد و شخصی را بکشد.<sup>(۲)</sup>

قوانین عرفی در مانحن فیه با نظریه امام مالک - رحمه الله - سازگاری دارد، زیرا طبق قوانین وضعی، جانی به لحاظ قصدش تحت تعقیب قرار می گیرد و متناسب با آن مجازات می شود، پس زمانی که جانی و قاتل کشتن و مضروب ساختن کسی را قصد کرده و آن را در اجراء درآورده باشد، مسئول و شایسته مجازات می باشد، خواه فرد مورد نظر خود را کشته و یا شخص دیگری را کشته است، و در قانون مجازات مصر هم چنین بیان شده است که هرگاه جانی عمداً انسانی را بکشد و بعداً معلوم گردد که مجنی مقصود و مورد نظر او نیوده به اعتبار همین مقتول، قاتل عمد حساب می شود.<sup>(۳)</sup>

در کتب فقهی در هر دو صورت - اشتباه در قصد و اشتباه در فعل - مجازاتی مقرر شده است که عبارت از دیت، کفاره، محرومیت از میراث و محرومیت از وصیت می باشد، که تفصیل آن مورد مطالعه قرار گرفت.

اما در قانون برای کسی که از روی اشتباه و خطای ناشی از اهمال، بی احتیاطی، بین پروایی و غیر موارد مرتکب قتل گردد، مجازات آن حبس متوسط یا جزای نقدی پیش بینی شده است.

طوری که در ماده (۵۵۵) کود جزا ذکر شده است: (مرتکب قتل خطاً به حبس متوسط یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد و هشتاد هزار افغانی، محکوم می گردد).<sup>(۴)</sup>

۱. رسولی، محمد اشرف، شرح کود جزا، ص ۱۳۶-۱۳۷

۲. سرخسی، کتاب المیسوط، ج ۲۶، ص ۶۶-۶۷

۳. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۲، ۸۹.

۴. وزارت عدلیه، کود جزا، ماده (۵۵۵).

در حالی که در فقه اسلامی مجازات و عقوبت خطا بیشتر از چیزی است که در قانون جزا یا کود جزای افغانستان پیش بینی شده است، همچنان در فقه اسلامی مباحث اشتباه در قتل بیشتر و وسیع تر در قانون می باشد، که مورد بحث قرار گرفته است.

## مبحث دوم

### آثار اشتباه و فراموشی در قصاص در فقه و قانون

در کتب فقهی از قتل عمد به «موجب قصاص نفس» و از ضرب و جرح به «موجب قصاص عضو» تعبیر می شود یعنی مجازات قصاص منحصر به قتل عمدی و ضرب و جرح و قطع عمدی است. در این مبحث تلاش می گردد، مفهوم قصاص و آثار اشتباه در آن مورد بحث قرار می گیرد:

#### مطلب اول: مفهوم، مشروعیت و شرایط قصاص در فقه اسلامی

##### فرع اول: تعریف قصاص در فقه

الف. قصاص در لغت: قصاص در لغت، اسم مصدر از ریشه «قَصَّ يَقُصُّ» به معنای تتبع و پیگیری نمودن اثر چیزی یا پیروی از رد قدم است طوری که گفته میشود: (قصصت الشی اذا تتبعت اثره شيئاً بعد شیء).<sup>(۱)</sup>

ترجمه: قصاص نمودن چیزی، یعنی به تدریج دنبال اثر آن رفتن. وهچنان کلمه قصاص از باب مفاعله «قاصَّ، يقاصُّ مقاصَّةً» به معنای مماثلت و مساوات بین فعلین استعمال می شود، یعنی، فراگرفت چیزی را به بدیل چیزی، کشنده را کشت و زخم زد در عوض زخمی.<sup>(۲)</sup>

ب. قصاص در اصطلاح: قصاص در اصطلاح فقهی از طرف علماء تعریفات ذیل ارائه گردیده است:

در کتاب «التشريع الجنائي الإسلامي» قصاص را چنین معنا شده است: «و معنى القصاص ان يعاقب المجرم بمثل فعله، فيقتل كما قتل و يجرح كما جرح»<sup>(۳)</sup>

ترجمه: قصاص عبارت است از تعقیب و پیگیری مجرم مانند عمل خود مجرم؛ پس قاتل به قتل میرسد مانند آنچه که به قتل رسانده است و زخمی می شود مثل زخمی شدن مجنی علیه.

وهمچنان قصاص اینگونه تعریف شده است: «القصاص عقوبة مقدرة شرعاً، ويتم بإعدام الجاني في جريمة القتل العمد الموجبة للقصاص. ومعاقبة الجاني بمثل ما ألحقه بالمجني عليه في جرائم الاعتداء على ما دون النفس الموجبة للقصاص»<sup>(۴)</sup>

۱. ابن منظور، لسان العرب، ج۷، ص۷۷.

۲. رازی، محمد بن ابی بکر بن عبدالقادر الرازی، مختار الصحاح، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة طبعه جديدة، ۱۴۱۵ هـ - ۱۹۹۵ م، ص ۵۶۰.

۳. عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج۱، ص ۶۶۳.

۴. علی منصور (المستشار): نظام التجريم والعقاب في الإسلام/مؤسسة الزهراء للإيمان/ المدينة المنورة/السعودية. ص ۴۱۰ ..



ترجمه: قصاص یک مجازات مقرر شرعی است و مجرم در جرم قتل عمد که مستلزم قصاص است اعدام می شود. و مجازات مجرم به همان نحوی که در جرایم تجاوز بر مادون نفس واجب کننده قصاص، به مجنی علیه وارد کرده است.

ج. قصاص در قانون: قانون جزای کشور بحث قصاص و مجازات مربوط به آن را به فقه حنفی شریعت اسلامی محول نموده است، طوری که در بند دوم، ماده دوم جزا چنین تذکر رفته است، مرتکب جرایم حدود، قصاص و دیت مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می گردد.

### فرع دوم: مشروعیت قصاص در فقه و قانون

یکی از احکام جزایی اسلام قصاص است، قصاص مطابق تعریف فقهی، رفتاری است با جانی که همانند رفتارش انجام می گیرد، یعنی هرگاه عمل مجرمانه‌ی واقع شود، مجرم و عامل رفتار مجرمانه مانند جرم ارتكابی جزا داده می شود، قرآن کریم در آیات متعدد، حکم قصاص را بیان کرده است.

الف. قرآن کریم: دلیل مشروعیت این آیت مبارکه است که الله متعال می فرماید: { وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }<sup>(۱)</sup>

ترجمه: و بر آنها [ بنی اسرائیل ] در آن [ تورات ] مقرر داشتیم که جان در مقابل جان، و چشم در مقابل چشم، و بینی در برابر بینی، و گوش در مقابل گوش، و دندان در برابر دندان می باشد؛ و هر زخمی، قصاص دارد؛ و اگر کسی آن را ببخشد (و از قصاص، صرف نظر کند)، کفاره (گناهان) او محسوب می شود؛ و هر کس به احکامی که خدا نازل کرده حکم نکند، ستمگر است. همچنان الله متعال در این مورد می فرماید: { الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ }<sup>(۲)</sup>

ترجمه: ماه حرام، در برابر ماه حرام! (اگر دشمنان، احترام آن را شکستند، و در آن با شما جنگیدند، شما نیز حق دارید مقابله به مثل کنید.) و تمام حرامها، (قابل) قصاص است، و هر کس به شما تجاوز کرد، همانند آن بر او تعدی کنید! و از خدا بپرهیزید (و زیاده روی ننمایید!) و بدانید خدا با پرهیزکاران است!

الله متعال می فرماید: { وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا }<sup>(۳)</sup>

۱. المائدة، آیه: ۴۵.

۲. البقرة: ۱۹۴.

۳. الإسراء: ۳۳.

ترجمه: وکسی را که خداوند خورش را حرام شمرده، نکشید، جز بحق! و آن کس که مظلوم کشته شده، برای ولیش سلطه (و حق قصاص) قرار دادیم؛ اما در قتل اسراف نکنند، چرا که او مورد حمایت است!

ب. سنت نبوی: پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - می فرماید: «لَا يَجِلُّ دَمُ امْرِيٍّ مُسْلِمٍ إِلَّا فِي إِحْدَى ثَلَاثٍ: رَجُلٌ زَنَى وَهُوَ مُحْصَنٌ فَرَجِمَ، أَوْ رَجُلٌ قَتَلَ نَفْسًا بغيرِ نَفْسٍ، أَوْ رَجُلٌ ارْتَدَّ بَعْدَ إِسْلَامِهِ.»<sup>(۱)</sup>

ترجمه: «ریختن خون فرد مسلمان روا نمی‌شود مگر به سبب یک از این سه چیز: بیوه زنی که زنا کند، کسی که دیگر را به ناحق بکشد، و کسی که دینش را ترک کند بعد از اسلام آوردن کرده و از جماعت مؤمنان جدا شود.»

ابن رجب در مورد این سه خصال می گوید: این حق اسلام است که به موجب آن خون کسی که شهادت دهد که معبودی جز خدا نیست و محمد رسول الله است حلال است و کشتن با هر یک از این سه خصلت مورد توافق مسلمانان است.

در مورد زناى متاهل، مسلمانان متفق القول پذیرفتند که مجازات آن رجم تا زمان مرگ است، و پیامبر اسلام - صلی الله علیه و سلم - ماعز و غامدیه را سنگسار کرد.

در مورد معنی «النفوس بالنفس» باید گفت که اگر شخصی متهم به کشتن روحی به ناحق از روی عمد شود، با آن کشته می‌شود، و این مفهوم این قول الله متعال دلالت می‌نماید: {وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس} وقال الله متعال {كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى}.<sup>(۲)</sup>

در این مورد احادیث بی شماری وجود دارد، دلالت بر مشروعیت قصاص می‌نماید. و اما در مورد حکمت مشروعیت آن باید گفت که الله متعال بخاطر حفاظت خون مردم در جامعه و مراقبت از روح انسان‌های بیگناه و نابودی فتنه‌ها و بخاطر حفاظت و آرامش مردم، بر خلاف آن انتقام‌گیری‌های که قبل از اسلام به آن عادت داشتند؛ قصاص را مشروع ساخته و تنفیذ آن را بالای حکام واجب گردانده است؛ زیرا گرفتن دست جنایت‌کار به سبب جنایتش هم مانع جنایت‌کار و هم مانع دیگران است بالخصوص که حدود علنی اجرا می‌شود که این خود پیام بیم‌دهنده‌ی به اهل بغی و تجاوزها است؛ بناء کسی که قصد کشتن برادرش را کند میداند که کشته خواهد شد؛ آنگاه است که از کشتن خود داری خواهد کرد و در این امر، حیات و زندگی برای خودش، کسیکه قصد کشتنش را داشت و همه افراد جامعه است، زیرا خشم بخاطر خون ریخته شده در فطرت و سرشت انسان است و اسلام آن را مراعات می‌کند؛

۱. قزوینی، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۸۴۷، شیخ ناصرالدین آلبنی این حدیث را صحیح شمرده است.

۲. ابن رجب، زین الدین عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامی، البغدادی، جامع العلوم والحکم، المحقق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، طبع السابع، (۱۴۲۲هـ - ۲۰۰۱م)، ص ۱۰۶.

بناء شریعت اسلامی حد قصاص را تعیین فرموده تا کینه‌ها و کدورت‌های را که در دلها است از میان برده و به اسباب تجاوز بر دیگران و خصومت‌ها خاتمه دهد.<sup>(۱)</sup>

### فرع سوم: شروط قصاص در فقه

**الف. قاتل باید مکلف باشد:** یعنی باید قاتل عاقل و بالغ بوده باشد، پس قصاص بالای پسر کودک یا دیوانه در صورت ارتکاب جرم قتل عمدی جاری نمی‌شود؛ زیرا، که قصاص عقوبت است و انسان نا بالغ و یا دیوانه از اهل کیفر و مجازات نمی‌باشند، تا قصاص بالای آنها اجرا گردد. اما شخصی در حالت سکر و مستی ناشی از استعمال خمر، قتلی را مرتکب شود و موجب آن قصاص باشد، به اتفاق مذاهب اربعه محکوم به اجرای قصاص می‌گردد، زیرا اینکه سکر اختیاری منافی خطاب شرعی نیست، پس احکام شرع بر وی لازم می‌شود، الفاظ و کلمات صادره از وی در تمام موارد منعقد است.

**ب. قاتل هنگام اراده قتل، قصد قتل مجنی علیه را کرده باشد:** اگر وی قصد چنین کاری را نکرده باشد وی مخطئی خواهد بود، موجب قصاص نمی‌باشد. زیرا پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - در این مورد می‌فرماید: «العمد قود إلا أن یعفوا ولی المقتول»<sup>(۲)</sup> ترجمه: قتل عمدی موجب قصاص است مگر اینکه ولی مقتول خون آن را عفو نماید. از حدیث مبارکه معلوم می‌شود که قصد و عمدیت عنصر معنوی جرم و شرط وجوب قصاص است، زیرا اینکه استعمال سلاح ممثل اراده قاتل تلقی می‌گردد.

**ج. قاتل باید مختار باشد:** اگر شخصی کسی را به کشتن کسی دیگری مجبور بسازد به این معنی که او را تهدید به اتلاف جام و اطراف و مال انسان مظلوم و محقون الدم نماید، در چنین حالت از نظر فقهاء حنفی برای شخص مستکره قصاص نمی‌باشد، بلکه شخص مکره محکوم به قصاص می‌گردد.<sup>(۳)</sup>

**د. باید مقتول با قاتل هم کفو باشد:** شرط است که مقتول، در برابر انسان قاتل انسان محقون الدم باشد، بدین معنی که به صورت متداوم و مؤبد کشته شدن وی مباح نباشد، مانند مسلمان و اهل الذمه، در مقابل کافر حربی، مرتد، زانی محسن، زانیه محصنه، اهل بغاوت قصاص کرده نمی‌شود، زیرا اینکه هیچ یک از اشخاص مذکور به سبب حریت، ارتداد، زنا و بغاوت معصوم الدم نبوده بلکه مباح الدم هستند، زیرا قاعده در این مورد وجود دارد البته قصاص به اثر قتل عمدی هر انسان محقون الدم ابدی واجب می‌گردد.<sup>(۴)</sup>

۱. زهد، عصام العبد: القصاص و اثره علی التنشئة الاجتماعية، ص ۱۹. الکیلانی: مقاصد العقوبة، ص ۱۰۶ از

۲. دارقطنی، أبو الحسن علی بن عمر بن أحمد بن مهدی بن النعمان بن دینار البغدادی الدارقطنی، (۳۸۵) سنن الدارقطنی، المصدر: الشاملة الذهبیة، ج ۷، ص ۴۳۱.

۳. کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۱۷۹

۴. زعلی، فخر الدین عثمان بن علی، تبیین الحقائق، ج ۶، ص ۱۰۲.

مقتول با قاتل باید در اسلام و آزادی کفو بوده باشند به همین اساس است که مسلمان در برابر کافر و همچنان یک شخص آزاد در برابر برده قصاص کرده نمی تواند.

هم مقتول باید از فروع قاتل نباشد: در قصاص شرط است که مقتول جزء قاتل نبوده و رابطه میان اصول و فروع - والدین و فرزندان - به وجود نیامده باشد به گونه که هرگاه یک تن از والدین فرزندان اش را بکشد بر قاتل قصاص نمی باشد هر چند نسبت آنها بالا بروند یا پایان تر باشند. بر مبنای حدیث: « لا یقتل بالولد الوالد ».<sup>(۱)</sup>

ترجمه: پدر در برابر فرزند قصاص کرده نمی شود.

همچنان قاعده که سقوط قصاص با شبهه، از قصاص پدر در مقابل فرزند را منتفی قرار داده است، آن عبارت از احساسات و عواطف والدین، نسبت به فرزندان شان که موافق به قتل فرزندان شان نیست.

اما برعکس اگر کسی پدر خود را بکشد، وی در مقابل پدر کشته می شود از جهت عموم آیات قرآن کریم که بر وجوب قصاص دلالت دارند، و قاعده وجود دارد که هر قاتل به استثنای آنچه توسط حدیث شریف مذکور، خاص شده است، به کیفر و جزای اعمال خود برسد.<sup>(۲)</sup>

## مطلب دوم: آثار اشتباه و فراموشی در اجرای قصاص در فقه اسلامی

### فرع اول: آثار اشتباه و فراموشی در اجرای قصاص

هرگاه شخصی از روی اشتباه و فراموشی حد را جهت اجرای قصاص به غیر جای معین اجراء کرد، هنگام قطع دست سارق عوض دست راست، دست چپ قطع گردد. آیا حد اجرا شده است؟

البته در اینجا جواب فقهاء بلی است، و نظریات ایشان قرار ذیل بیان می گردد:  
الف. فقهاء حنفی: نزد فقهاء حنفی اگر امام در اجراء قطع اشتباه کند به صورتی که بخواهد دست را دزد را قطع کند لیکن به صورت اشتباهی دست چپ قطع گردد، در اینصورت بالای امام هیچ ضمانتی واجب نمی گردد، ولیکن امام زفر - رحمه الله - می گوید بالای قطع کننده ضمان لازم می گردد، چراکه اشتباه در حقوق العباد عذر شمرده نمی شود.<sup>(۳)</sup> و دلیل آنها این

۱. قزوینی، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۸۸۸، شیخ ناصرالدین آلبنی این حدیث را صحیح شمرده است.

۲. کاسانی، بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۱۷۲

۳. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷، ص ۸۷.

است که خطا در اجتهاد است و دست چپ را در جایگاه دست راست قرار داده باساس ظاهر این فرموده الله متعال: { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا .. }<sup>(۱)</sup>. دست مرد دزد و زن دزد را، به کیفر عملی که انجام داده‌اند، بعنوان یک مجازات الهی، قطع کنید!

عمل اجرا شده درست بوده، چون در اینجا هیچ بیانی بین راست و چپ صورت نگرفته است.<sup>(۲)</sup> ب. مذهب مالکی: فقهای مالکی می گویند که اگر خطا در قطع دست واقع شد، مثلاً اگر میخواست دست راست دزد را قطع کند، و از روی اشتباه و فراموشی دست چپ از پیشش قطع گردید، در اینصورت حد اجراء شده محسوب می شود و اگر اشتباه بین دست و پا صورت گیرد به نحوی که میخواست دست را قطع کند و پای اشتبهاً از پیشش قطع گردید در اینصورت قطع پای کفایت نمی کند و واجب است که دست را قطع کند و عوض پای دیت بپردازد، همچنان ترتیب در دیگر اعضای بدن لازم است، اگر یک عضو عوض دیگری قطع گردد، عضو اصلی قطع می گردد و عوض عضو اشتباهی دیت پرداخت می گردد.<sup>(۳)</sup>

ج. مذهب شافعی: شافعی ها در مورد خطای امام و یانائب آن در حد و تعزیرات می گویند که: خطا امام یا از بیت المال پرداخت و یا اینکه عاقله آن پرداخت کند.<sup>(۴)</sup>

د. مذهب حنبلی: اگر امام در حد ماذون فیه اشتباه و یا فراموش کرد، و زیاده از حد معین تجاوز کرد و عوض را تلف نمود ضمان لازم می گردد، و در مقدار ضمان دو قول است: یکی اینکه دیت کامل لازم می گردد، و قول دوم اینکه: نصف دیت لازم می گردد، برابر است که عمدا زیات کرده و یا اشتبهاً، چراکه در هر دو صورت ضمان لازم است.<sup>(۵)</sup>

#### فرع دوم: آثار اشتباه و فراموشی در تنفیذ قصاص در فقه اسلامی

اگر شخصی را قصاص کنند و در قصاص حد معمول و مجوز تعدی و یا تقصیر صورت گیرد، در مورد حکم فقهی آن فقهاء نظریات ذیل را رائه نمودند که مورد بررسی قرار می گیرد:

الف. نظر مذهب حنفی: اگر فردی دست دیگری را قطع کند و بر بالای وی قصاص واجب گردد، سپس اگر دست جانی از طرف مجنی علیه قطع گردد و جانی بمیرد بر مجنی علیه در نزد امام ابوحنیفه-رحمه الله- دیت لازم می گردد، چرا تنها قصاص حق وی بود، و آن از حد خود تجاوز کرد و مرتکب قتل خطا شد.<sup>(۶)</sup>

۱. سوره المائده، آیات: ۳۸-۳۹.

۲. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷، ص ۸۷.

۳. خرفی، شرح مختصر خلیل للخرشی، ج ۸، ص ۹۳.

۴. یمنی، أبو الحسین یحیی بن ابي الخیر بن سالم العمرانی الیمینی الشافعی (المتوفی: ۵۵۸هـ)، المحقق: قاسم محمد النوری، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ۱۴۲۱ هـ - ۲۰۰۰ م، ج ۱۱، ص ۵۹۱.

۵. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۹، ص ۱۶۵.

۶. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷، ص ۳۰۵.

ب. نظر مذهب مالکی: اگر شخصی که مباشراً دستی دیگری را قطع می کند، و از حد معتاد تجاوز کند در مازاد از حد مجاز قصاص گرفته می شود، اگر از حد معمول کم قطع کند دست قطع شده دوباره قطع نمی گردد، و اگر از موضع اصلی دست قطع گردید و شخص به سبب دست بمیرد دیت و چیزی لازم نمی گردد. و اگر از موضع اصلی کمی زیادتیر قطع گردد خطا محسوب می شود، و اگر خیلی زیاد قطع گردد که گمان خطا برده نشود قصاص لازم می گردد، و اگر به اندازه ای قطع گردد که بین خطا و عمد باشد دیت مغلظه واجب می گردد.<sup>(۱)</sup>

ج. نظر مذهب شافعی: اینها بر این نظر اند که اگر که بالایش قصاص واجب گردد و همراه با شمشیر قصاص شود و از موضع قطع تجاوز کند و شخص ادعای خطا را کند، قول فاعل در صورتی با قسم قابل پذیرش است که امکان خطا در چنین جای وجود داشته باشد، مانند زیادت از موضع قطع، و اگر امکان خطا متصور نباشد قول فاعل و یا انجام دهنده و اجرا کننده ای قصاص گرچه سوگند نیز یاد کند قابل پذیرش نیست.

و همچنان گفتند: اگر در موضعه ای که قصاص لازم و قصاص کننده از حد معین تجاوز کند بالایش قصاص واجب می گردد، و اگر این کار را از روی خطا کرده باشد تاوان لازم می گردد.<sup>(۲)</sup>

د. نظر مذهب حنبلی: حنبلی ها می گویند که: اگر خطا در زیادت واقع شود مثل اینکه بخواهد یک انگشت را قطع کند دو انگشت قطع گردد، و یا جرح باشد در آن زیادت شود قصاص واجب نمی گردد.

مثل اینکه بخواهد قصاص موضعه را بگیرد به هاشمه<sup>(۳)</sup> سرایت کند در اینصورت تاوان زیادت لازم می گردد، مگر اینکه مسبب جانی شده باشد و در حالت استیفای قصاص مضطرب حال شود و سبب زیادت در موضع معین شود بالای فاعل و قصاص کننده چیزی لازم نمیگردد، و قول وی همراه با سوگند قابل قبول است، چراکه سر زدن خطا در چنین حالت ممکن است و خود به قصد خود داناتر است.<sup>(۴)</sup>

۱. خرفی، شرح مختصر خلیل للخرشی، ج ۸، ص ۱۵.

۲. شیرازی، المهدب فی فقه الإمام الشافعی، ج ۳، ص ۱۹۶.

۳. هاشمه: زخمی که بگونه ای باشد که استخوان شکسته و خرد شده باشد.

۴. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۹، ص ۳۹۲.

## مبحث سوم

### آثار اشتباه و فراموشی در جرم زنا از نظر فقه و قانون

مطلب اول: مفهوم، ارکان و دلایل حرمت زنا در فقه و قانون

فرع اول: تعریف زنا در فقه و قانون

الف. تعریف زنا در لغت: زنا در لغت از ماده «زنی، یزنی زنی» گرفته شده و به معنی فجور و فساد آمده است<sup>(۱)</sup>، همچنان بمعنای جفت شدن مرد و زن با هم به حرام به طور نامشروع نیز آمده است.

همچنان زنا به معنای مقاربت نا مشروع و بدون عقد شرعی آمده است، زنا با الف مقصوره، بدون همزه چنانکه می گویند: «زنی، یزنی» اسم فاعلش زانی، و جمع آن - زناة - مانند: قاضی و قضاة است.

ب. تعریف زنا در اصطلاح فقهی: علماء زنا را به عبارات مختلف تعریف نموده اند که بیان می شود:

الف. زنا در مذهب حنفی: فقهای حنفی زنا این گونه تعریف نموده اند. «زنا در اصطلاح عبارت است از وطی کردن در فرج که خالی از ملکیت و شبهه ملکیت باشد، و به عبارت دیگر زنا وطی کردن مرد، در جلوی زنی که در غیر ملکیت و غیر شبهه ملکیت او قرار دارد.»<sup>(۲)</sup>

به باور آنان وطی در دبر خواه مفعول مرد باشد یا زن، زنا شمرده نمی شود، استلال شان هم اینست که نزدیکی از قبل نامش زنا و نزدیکی از دبر، لواط است. اختلاف در اسم مبین اختلاف در معنی و مفهوم است.

ب. زنا در مذهب شافعی: فقهاء شافعی در مورد تعریف زنا می گویند: «زنا عبارت وطی کردن مردی از اهل سر زمین اسلامی زنی را که بروی حرام باشد، بدون عقد و شبهه ی آن و - همچنان - بدون ملک و شبهه ی آن در حالی که عاقل، بالغ، صاحب اختیار، و عالم به حرمت آن باشد، بر وی حد واجب می گردد، و در صورتی که متاهل باشد مستحق رجم می گردد.»<sup>(۳)</sup>

در این تعریف منظور از عبارت از بدون عقد و شبهه آن یعنی خالی از نکاح و شبهه نکاح که ازدواج با محارم بدون اینکه آگاهی داشته است، می باشد و مراد از ملک و شبهه ملک همان کنیز یا شبهه آن بوده باشد.

۱. ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۴، ص ۳۵۹.

۲. مرغینانی، علی بن ابی برهان الدین، الهدایة شرح البدایة، ج ۲، ص ۱۰۰.

۳. شیرازی، المذهب، ج ۳، ص ۳۳۴.

ج. زنا در مذهب حنبلی: از نظر فقهای حنبلی. « زنا عبارت از انجام فعل فاحشه در قُبُل یا دُبُر زنی که بروی مالکیت ندارد و یا پسری و یا کسی دیگری که این فعل به او انجام شود (یعنی دبر مرد باشد یا زن) می باشد».<sup>(۱)</sup>

از خلال تعریف های فوق معلوم می گردد که: اگرچه عبارات فقها در تعریف زنا مختلف است، لیکن فقها بر این اتفاق نظر دارند که زنا عبارت از وطی عمدی است که در غیر نکاح صحیح که در آن شبهه نکاح هم نباشد واقع گردد، ولی از نظر فقهای حنفی اطلاق زنا تنها وطی در قُبُل می گردد، نه وطی در دُبُر در حالی در تعریف بقیه فقهاء زنا عبارت از وطی در قُبُل و دُبُر هر دو اطلاق گردیده است.

ج. تعریف زنا در قانون: زنا در کود جزای کشور ما در ماده (۶۴۳) خود در تعریف زنا چنین تصریح می نماید: « زنا عبارت از مقاربت جنسی زن و مردی که بین آنها رابطهء زوجیت موجود نبوده باشد».

همچنان در هرگاه در جرم زنا شرایط تطبیق جزای حد موجود نگردد یا به علت شبهه یا یکی از اسباب دیگر حد زنا ساقط گردد شخص تعزیراً مطابق احکام قانون مجازات می گردد.<sup>(۲)</sup>

در صورت مقایسه تعریف فقه از جرم زنا از لحاظ مفهوم وسیع تر از تعریف قانون از جرم زنا است.

#### فرع سوم: دلایل حرمت جرم زنا در فقه اسلامی و قانون

از نظر شریعت اسلامی عمل زنا حرام بوده و جمله جرم حدود به شمار می رود که مرتکب آن مورد مجازات الله متعال در دنیا و آخرت قرار می گیرد، اینجا نصوص چندی را در ذیل بیان می کنیم:

#### الف. دلایل حرمت در قرآن کریم:

الله متعال می فرماید: { وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا }<sup>(۳)</sup>

ترجمه: و به زنا نزدیک نشوید که زنا گناه بسیار زشت و بدترین راه و شیوه است.

الله متعال میفرماید: { وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا

بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا }<sup>(۴)</sup>

۱. مقدسی، العدة شرح العمدة: ص ۵۹۳ - ۵۹۴.

۲. وزارت عدلیه، کود جزا، ماده (۶۴۳).

۳. سوره الاسراء، آیه: ۳۲.

۴. سوره الفرقان، آیات: ۶۸-۷۰.



ترجمه: و کسانی که با الله، معبود دیگری را به فریاد نمی خوانند و پرستش نمی نمایند، و انسانی را که خداوند خورش را حرام کرده است، به قتل نمی رسانند مگر به حق، و زنا نمی کنند. چرا که هر کس این ( کارهای ناشایست شرک و قتل و زنا ) را انجام دهد، کیفر آن را می بیند.

الله متعال می فرماید: {الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ} (۱)

ترجمه: هر یک از زن و مرد زناکار ( مؤمن، بالغ، حر، و ازدواج ناکرده ) را صد تازیانه بزنید و در ( اجرا قوانین ) دین خدا رأفت ( و رحمت کاذب ) نسبت بدیشان نداشته باشید ، اگر به روز قیامت ایمان دارید ، و باید گروهی از مؤمنان بر ( اجرا حکم ناظر ، و به هنگام زدن تازیانه ها و ) شکنجه ایشان حاضر باشند.

همچنان الله متعال می فرماید: { وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِيَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ، } (۲)

ترجمه: و آنها که دامان خویش را (از بی عفتی) حفظ می کنند، جز با همسران و کنیزان (که در حکم همسرند آمیزش ندارند)، چرا که در بهره گیری از اینها مورد سرزنش نخواهند بود!  
ب. دلایل حرمت زنا از سنت:

پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - می فرماید: «عَبْدُ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: سَأَلْتُ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: أَيُّ الذَّنْبِ أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ قَالَ: أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدَاءً وَهُوَ خَلَقَكَ قُلْتُ: إِنَّ ذَلِكَ لَعْظِيمٌ، قُلْتُ: ثُمَّ أَيٌّ قَالَ: وَأَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ تَخَافُ أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ، قُلْتُ: ثُمَّ أَيٌّ قَالَ: أَنْ تُزَانِيَ حَلِيلَةَ جَارِكَ.» (۳)

ترجمه: عبدالله بن مسعود - رضی الله عنه - می گوید: از نبی اکرم - صلی الله علیه وسلم - پرسیدم: بزرگترین گناه نزد خداوند چیست؟ فرمود: «شریک قرار دادن با خدا، در حالی که تو را آفریده است.» گفتم: این، گناه بزرگی است. بعد از آن، چیست؟ فرمود: «کشتن فرزندان از ترس فقر و گرسنگی.» پرسیدم: بعد از آن؟ فرمود: «زنا با زن همسایه.

البته زنا با هر کسی ظلم و گناهی است بس بزرگ اما زنا با همسایه که لازم است در حق او امانت و نیکویی بیشتر رعایت شود و از شر همسایه اش امین باشد گناهِش از هر زنا دیگری بیشتر است، ضمناً به واسطه ارتباط همسایه ها با هم امکان این خیانت بیشتر است، لذا پیغمبر

۱. سوره النور، آیه: ۲.

۲. سوره المؤمنون، آیات: ۵-۷.

۳. بخاری، صحیح البخاری، ج ۶، ص ۱۸.

- صلی الله علیه وسلم - می خواهد این گناه عظیم در جامعه مخصوصاً در بین همسایه ها وجود نداشته باشد).

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: « لَا يَزْنِي الزَّانِي حِينَ يَزْنِي وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلَا يَشْرَبُ الخَمْرَ حِينَ يَشْرَبُ وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلَا يَسْرِقُ السَّارِقُ حِينَ يَسْرِقُ وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلَا يَنْتَهَبُ نُهْبَةً، يَرْفَعُ النَّاسُ إِلَيْهِ فِيهَا أَبْصَارَهُمْ، وَهُوَ مُؤْمِنٌ »<sup>(۱)</sup>.

ترجمه: ابوهریره می گوید: پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - فرمود: کسی که مرتکب زنا می شود اگر به هنگام ارتکاب زنا ایمان می داشت مرتکب زنا نمی شد، و کسی که شراب می نوشد اگر به هنگام نوشیدن آن ایمان داشته باشد، شراب نمی نوشد، و دزد به هنگام دزدی کردن چنانچه ایمان داشته باشد اقدام به دزدی نمی نماید، و در بعضی روایات آمده: کسی که مال بازرشی را که مورد توجه مردم است با ظلم و غصب و غارت بگیرد اگر به هنگام غارت ایمان داشته باشد، دست به غارت نمی زند.

عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: « يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ، مَا أَحَدٌ أَغْيَرَ مِنَ اللَّهِ أَنْ يَرَى عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ تَزْنِي، يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ، لَوْ تَعْلَمُونَ مَا أَعْلَمُ، لَضَحِكْتُمْ قَلِيلًا وَلَبَكَيْتُمْ كَثِيرًا »<sup>(۲)</sup>.

ترجمه: «ای امت محمد! بخدا سوگند! هرگاه، یکی از بندگان الله، خواه مرد یا زن، مرتکب زنا شود، غیرت هیچ کس، به اندازه غیرت خدا به جوش نمی آید. ای امت محمد! اگر آنچه را من می دانم شما می دانستید، بسیار کم می خندیدید و زیاد گریه می کردید».

عَنْ عَبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَفِي سَنَهُ، وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدُ مِائَةٍ، وَالرَّجْمُ »<sup>(۳)</sup>.

ترجمه: احکام خود را از من فراگیرید از من فراگیرید، اینک برآستی خداوند راه زنان زناکار را مشخص کرده است: کیفر و جزای زنا زن ازدواج نکرده و زنا مرد ازدواج نکرده، یکصد ضربه شلاق و یکسال تبعید است و کیفر و حد زنا زن شوهر کرده و زنا مرد ازدواج کرده یکصد ضربه شلاق و سنگسار است.

### فرع دوم: ارکان جرم زنا در فقه اسلامی

۱. بخاری، صحیح البخاری، حدیث رقم ۶۷۷۲، ج ۸، ص ۱۵۷.

۲. بخاری، صحیح البخاری، حدیث رقم: ۵۲۲۱، ج ۷، ص ۳۵.

۳. مسلم، المسند الصحیح، ج ۳، ص ۱۲۲۳.

جرم زنا بر علاوه ارکان و عناصر سه گانه عمومی (رکن شرعی، مادی و ادبی) که موجودیت آنها در هر جرم ضروری است رکن خصوصی که همانا قصد جنائی است، نیز دارد، که قرار ذیل تحریر می گردد:

**الف. وطیء محرم:** وطیء که اعتبار زنا را دارد آنست که وطیء در فرج محرم به طوری واقع شده باشد که آلت رجولیت به داخل فرج زن فرو رود، که میل سرمه در سرمه دان و طناب در چاه می باشد.

برای اینکه عمل، زنا به شمار رود، کافی است که حد اقل حشفه یا به مقدار حشفه در حالت که آلت رجولیت فاقد حشفه باشد، در فرج زن داخل شود، برابر است انزال شده باشد یا نشده باشد.

وطیء حرامی که زنا محسوب میشود آن است که بدون مالکیت واقع شود، ولی اگر در اثناء قیام ملک واقع شود زنا محسوب نمی شود هر چند نزدیکی حرام باشد، مانند اینکه مرد با زن حائض یا روزه دار خود همبستر شود، در این موارد حدی وجود ندارد، زیرا نهی خاص نیست، بلکه ناشی از امور اتفاقی است.<sup>(۱)</sup>

اما وطیء در دبر ر وطیء بر قبل قیاس کرده می شود، نزد جمهور فقهاء اعم از فقهاء مالکی، شافعی، حنابله و ابویوسف و محمد از فقهاء حنفی، در واقع حکم و تسمیه وطیء در قبل و دبر شامل زنا می گردد، برابر است که مرد باشد یا زن باشد، و دلیل اینها در تسویه وطیء در دبر که شامل معنی زنا می گردد، این آیه مبارکه است، که الله متعال در زمینه می فرماید: {وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ اَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ} .<sup>(۲)</sup>

ترجمه: و کسانی از زنان شما که مرتکب زنا شوند، چهار نفر از مسلمانان را بعنوان شاهد بر آنها بطلبید!

الله متعال می فرماید: {وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ} .<sup>(۳)</sup>

ترجمه: و لوط را فرستادیم هنگامی که به قوم خود گفت: «شما عمل بسیار زشتی انجام می دهید که هیچ یک از مردم جهان پیش از شما آن را انجام نداده است!

۱. شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۵، ص ۴۴۳. و عود، التشریح الجنائی الإسلامی، ج ۲، ص ۳۵۰.

۲. سوره النساء، آیه ۱۵.

۳. سوره العنکبوت، آیه ۲۸.

وطیء در دبر در این آیت ها فاحشه خوانده شده و همچنان وطیء در قبل نیز فاحشه خوانده شده به همین جهت است که یکی در معنی دیگری داخل می‌گردد، و هر دو حکم زنا را به خود می‌رگیرد.

و اما امام ابوحنیفه - رحمه الله - وطیء در دبر زنا شمرده نمی‌شود، برابر است که موطوء مرد باشد یا زن، و دلیل ایشان در این مورد اینست که وطیء در قبل زنا نامیده شده و وطیء در دبر لواط نامیده شده و نام هر یک مختلف می‌باشد، وقتی نام مختلف بود معانی هم مختلف می‌باشد به همین جهت است که أصحاب پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - در این مورد با اختلاف داشته‌اند.<sup>(۱)</sup>

ب. وطیء قصدی و عمدی باشد: دومین رکن جرم زنا داشتن قصدی جنایی است و قصد جنایی عبارت از اینکه کسی عمداً - اینکه زنی را که با وطیء می‌کند بر وی حرام است - و با توجه به نتایج زیان بار جرم زنا مرتکب می‌گردد، و در عین حال پیرامون اینکه شریعت اسلامی و قانون آن را حرام قرار داده و فعل آن جرم شمرده، آگاهی داشته باشد.

برای اینکه جماع حرام زنا شرعی محسوب شود، باید عمدی و قصدی باشد و آن این است که زناکار عمداً با علم به این که با زنی حرام همبستر شده است، عمل وطیء را انجام دهد و همچنین اگر زن با علم به اینکه هر کس با او همبستر می‌شود بر او حرام است، اختیار کند، و اگر یکی از آنها عمداً این کار را انجام دهد و او باشد، از حرام خبر نداشته باشد، برای او مجازاتی نیست، مانند کسی که با او غیر از همسرش ازدواج کرده و به این دلیل با او همبستر می‌شود که زن اوست و همین امر در مورد زن نیز صدق می‌کند.<sup>(۲)</sup>

همچنان در قانون جزای افغانستان نیز قصد جرمی عبارت از سوق اراده فاعل به ارتکاب فعلی که جرم را به وجود می‌آورد به نحوی که منجر به وقوع نتیجه جرم مورد نظر یا وقوع جرم دیگری می‌شود.<sup>(۳)</sup>

هرگاه مجرم به قصد مجرمانه خود، جرم زنا را انجام دهد مستحق مجازات شدید است.

## مطلب دوم: آثار اشتباه و نسیان در وطیء

اشتباه و خطاء در وطیء دو حالت دارد: اشتباه در وطیء مباح و اشتباه در وطیء حرام

۱. الکاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷، ص: ۳۴.

۲. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۲ - ص ۳۷۴.

۳. وزارت عدلیه، قانون جزاء افغانستان، سال چاپ: (۱۳۸۴ هـ.ش)، چاپ: مطبعه بهیر، ماده (۳۴).

## فرع اول : آثار اشتباه و نسیان در وطیء مباح

اشتباه ممکن در مقاربت زنی که نزدیکی با وی مباح است صورت بگیرد، در این حالت کدام کدام مجازتی بر شخص جاری نمی شود؛ بخاطر وی قصد سوء نداشته است، مثال وطیء در مباح مباح اینست که یک کسی، زنی را بی آراید و به مرد بگوید که این همسر توست و او پس او به به اعتقاد و تصور اینکه زن، همسر اوست با وی جماع کند، به اتفاق علماء حد بر او جاری نمی شود، به دلیل اینکه الله متعال در این مورد می فرماید: { وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ } .<sup>(۱)</sup>

ترجمه: اما گناهی بر شما نیست در خطاهایی که از شما سر می زند (و بی توجه آنها را به نام دیگران صدا می زنید)، ولی آنچه را از روی عمد می گویند (مورد حساب قرار خواهد داد). پیامبر اسلام در حدیث رفع مسئولیت می فرماید: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه».<sup>(۲)</sup>

ترجمه: از امت من [مسئولیت] خطا، فراموشی، آنچه بدان مجبور می شوند، برداشته شده است.

و گذشته از آن این نکته شبهه محسوب می گردد، اتفاقاً شبهه باعث سقوط حد می شود.<sup>(۳)</sup> اما مردی در رختخواب خود زنی را بیابد که و به گمان اینکه وی همسرش اوست، با زن نزدیکی کند، یا مردی همسر خویش را صد امی زند، لیکن زن دیگری نزد وی می آید، و مرد به تصور این که زنش می باشد با وی نزدیکی می کند، در مورد اینکه آیا حد زنا بر وی تطبیق می گردد، یا خیر؟

فقهاء کرام در این باره دو نظریه متفاوت ذیل را دارند:

۱. نظر جمهور فقهاء: جمهور فقهاء اعم از (مالکی، شافعی و حنبلی رحمهم الله) بر این باور اند که در حالات فوق حد بر بالای وی لازم نمی گردد، به دلیل اینکه فاعل در موارد مذکور به مجاز و مباح بودن وطیء عقیده دارد و احتمال بر این مقاربتش مجاز نباشد، در موارد موصوف بعید است.

۱. سوره الأحزاب، آیه ۵.

۲. ابن حبان، محمد بن حبان، ج ۱۶، ص ۲۰۲. شعب ابی ذر سند این حدیث را به شرط مسلم گفته است

۳. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۲، ص ۳۶۶.

بر علاوه این موارد مشتبه تر از موردی است زن اجنبی با تغییر چهره خود را همسر مرد معرفی کند؛ (یعنی اگر در این مورد حد ساقط است، به طریق اولی در موارد مذکور هم ساقط شود).<sup>(۱)</sup>

ابن قدامه - رحمه الله - نیز در مورد گوید: «لو وجد امرأة نائمة على فراشه ظنها امراته او جاريتها، أو دعا الضرب امرأته، او جارته، فأجابه غير ها فوطئها فلا حد عليه».

ترجمه: این نوع وطی و طی است اعتقاد دارد که مباح است، در حالاتی است که مثل این حالت عذر شمرده می شود، این خود شبیه به بار می آورد و شبیه حدود را دفع می شود.<sup>(۲)</sup>

۲. نظر فقهاء حنفی: لیکن فقهاء احناف می گویند که مرد با زنی که در رختخواب خویش می یابد، و با وی جماع می کند در این حالت بر وی حد جاری می گردد؛ زیرا در اینجا «شبههء حلیت» وجود ندارد، که در صورت وجود، این شبهه باعث ساقط حد می گردد و صرف وجود زن در فراش مرد، دلیل حلیت نیست؛ تا ظن و گمان مرد با آن مستند باشد، چه بسا که در فراش مرد از دوستان و خویشاوندان زن بخوانند، پس ظن و گمان مرد از چیزی ناشی نگردیده است که دلیل حلیت به حساب آید.

در صورت که مرد نابینا باشد، در حکم مسئله فوق است مگر اینکه مرد نابینا، همسر خود را بخواند و زن اجنبی دعوت او را اجابت کرده بگوید من همستر تو هستم؛ البته این نیز در صورتی است که صحبت طولانی نبوده و لحن صداها تشخیص داده نشود و نابینا قادر به تشخیص نباشد.<sup>(۳)</sup>

اما ابن عابدین<sup>(۴)</sup> از فقهای حنفی در این مورد تارک بودن شب را قید کرده است، طوری که می گوید: «لو وجد فی بیده امراه فی لیلیه مظلمه ظنها امراته فوطئها لایحد، و لو نهراً یحد».<sup>(۵)</sup>

۱. همان منبع، ج ۲، ص ۳۶۸.

۲. ابن قدامه مقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۱۰، ص ۱۵۱.

۳. ابن همام، فتح القدر، ج ۳، ص ۲۵۲.

۴. ابن عابدین، هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدین، دمشق، عاش بین سنوات، (۱۱۹۸ - ۱۲۵۲ هـ)، كان فقيه الديار الشامیة، وإمام الحنفیة فی عصره. صاحب (رد المحتار علی الدر المختار) المشهور بحاشیة ابن عابدین، خمس مجلدات، وابنه محمد علاء الدین (۱۲۴۴ - ۱۳۰۶ هـ) المشهور أيضاً بابن عابدین صاحب (قوة عیون الأخیار) الذی هو تكملة لحاشیة والده السابقة الذكر. من تصانیف ابن عابدین الأب (العقود الدریة فی تنقیح الفتاوی الحامدیة)، نسمة الأسحار علی شرح حال منار) فی الأصول؛ و(حواش علی تفسیر البیضاوی)؛ و(مجموعه رسائل). انظر: الأعلام للزکلی ۶ / ۲۶۷.

۵. ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ج ۳، ص ۶۰۸.

ترجمه: اگر کسی در شب تاریک در لحاف خواب خود زنی را دریافت به گمان اینکه زن خودش است با وی جماع کرد، حد جاری نمی‌گردد، و در صورت که روز باشد، حد جاری می‌گردد.

### فرع دوم: آثار اشتباه و نسیان در وطیء حرام

اما اشتباه در وطیء حرام، فاعل را از مجازات معاف نمی‌کند، بخاطر اینکه به اتفاق فقهاء از موارد شبهه به شمار نمی‌رود، پس اگر کسی از زن نامحرم معینی بخواهد که از وی تمکین کند و زن دیگری دعوت وی را اجابت نماید و مرد به گمان اینکه زن مورد نظر وی است با او جماع نماید، در این حالت مرد مستوجب حد خواهد بود.

اگر زن نامحرمی را بخواهد و همسرش نزد وی بیاید و مرد به گمان اینکه با زن نامحرم نزدیکی می‌کند او را وطیء کند، بالای وی حد جاری نمی‌گردد، چون زن بر او حرام نمی‌باشد، هر چند به اعتبار گمان و ظن خود معصیت کار است.<sup>(۱)</sup>

همچنان اگر کسی با محارمش وطیء کند، زنا محسوب می‌شود و موجب حد می‌باشد، پس اگر کسی با محرم خود ازدواج کند، فقهاء متفق‌النظر اند که نکاح وی باطل می‌باشد. و اگر با وی نزدیکی کند بر اساس قول جمهور فقهاء حد جاری می‌گردد.<sup>(۲)</sup>

اما نزد امام ابوحنیفه -رحمه الله- اگر کسی با محرم خود مانند: مادر، دختر، عمه و خاله خود ازدواج کند و با نزدیکی هم نماید، هر چند معترف باشد که به حرمت آن آگاه بوده، حد بر وی جاری نمی‌گردد، بلکه فقط تعزیر می‌باشد.

امام در این حالت به سبب شبهه، حد را ساقط می‌داند و توضیح می‌دهد که ظاهر عمل، به لحاظ وجود عقد نکاح، صورت مباح به خود می‌گیرد و چون حکم اباحت ثابت نمی‌گردد، صورت ظاهری عمل شبهه ناک می‌ماند و همین شبهه، باعث سقوط حد می‌شود.

اما جمهور فقهاء به جواب امام ابوحنیفه می‌فرمایند که نزدیکی با کسی صورت گرفته که حرام بودن آن اجماعی است و جماع کنند که با علم به حرمت اقدام می‌کند، هیچ عذری ندارد و حد بر او واجب می‌شود، عقد هم باطل است و مطلقاً در حلیت عمل اثر ندارد، تو گویی از ابتداء به وجود نیامده است و شکل (ظاهری مباح) در حالتی شبهه به شمار می‌آید که به صورت صحیح به وجود آمده باشد، ما دامی عالم به حرمت آن باشد.<sup>(۳)</sup>

۱. ابن همام، فتح القدير، ج ۴، ص ۲۴۷. و رملی، نهایة المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ۷، ص ۴۰۴.

۲. انصاری، أسنی المطالب فی شرح روض الطالب، ج ۴، ص ۱۲۷، ابن قدامة، المغنی لابن قدامة، ج ۱۰، ص ۱۵۲، ابن الهمام، فتح القدير، ج ۴، ص ۱۴۷.

۳. ابن قدامة المقدسی، المغنی لابن قدامة، ج ۹، ص ۵۷.

## فرع سوم: آثار نسیان در وطیء زن حائضه

هرگاه شخصی با زن خود از روی نسیان و فراموشی یکجا شود و جماع نماید، در حالیکه زن وی در حالت حیض می باشد، آیا بر بالای این شخص کفاره یا گناهی می باشد؟ دیدگاه فقها چنین است:

**الف. فقهاء حنفی:** فقهاء احناف بر این نظر اند که هرگاه شخصی زن کبیره خود را وطیء می کند در حالیکه به صورت قصدی است و به حرمت آن علم و آگاهی هم دارد، نه جاهل، نه مکره و نه از روی فراموشی و نسیان است، بلکه از روی قصدی و عمدی است بر وی توبه لازم می گردد. و توصیه می کند دینار یا نصف آن را صدقه بدهد و مصرف آن مانند زکات است و آیا زن باید آن را صدقه بدهد.<sup>(۱)</sup>

**ب. نظر فقهاء شافعی:** شافعی ها بر این نظر اند که هرگاه مردی در فرج زن کبیره از روی قصد و در حالیکه عالم بر تحریم هم است و صاحب اختیار هم می باشد، در این حال و همبستر شدن با زن حائض از ناحیه فرج گناه کبیره است از نظر کسی که عمداً حرام را بداند و مرتکب آن کفر است، برخلاف حکم که شخص جاهل، ناسیء و مکره انجام می دهد.<sup>(۲)</sup>

زیرا آنها بر اساس حدیث پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - شخص جاهل، ناسیء و مکره مورد استثنای قرار گرفته است. طوری «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ».<sup>(۳)</sup>

ترجمه: خداوند (لغزش های) خطا و کارهای که افراد به فراموشی و تحت فشار و مجبوری انجام می دهند، را بخشیده است».

۱. ابن عابدین، رد المحتار علی الدر المختار، ج ۱، ص ۱۹۸.

۲. شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ج ۱، ص ۱۱۰.

۳. قزوینی، سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۹۵.



## مبحث چهارم

### اثر اشتباه و فراموشی متعلق به جرم سرقت در فقه و قانون

مطلب اول: مفهوم، ارکان و شرایط سرقت در فقه و قانون

فرع اول: تعریف سرقت در فقه و قانون

الف. تعریف سرقت در لغت: لفظ سرقت واژه عربی بوده و مشتق از ماده «سَرَقَ» به فتح یا کسر راء به معنای دزدیدن است<sup>(۱)</sup>، و مصدر آن سرقه است و استراق سمع به معنای دزدانه گوش کردن و از همین کلمه ساخته شده چنان که در آیه مبارکه است: {إِلَّا مَنْ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَأَتْبَعَهُ شِهَابٌ مُّبِينٌ} <sup>(۲)</sup>.

ترجمه: مگر آن کس که استراق سمع کند (و دزدانه گوش فرا دهد) که «شهاب مبین» او را تعقیب می کند.

ابن فارس می گوید: سرقت بمعنی «بر داشتن مال دیگری به صورت مخفیانه از حرز مناسب» است.<sup>(۳)</sup>

ابن منظور می گوید: «السارق عند العرب من جاء مستترا الى حرز فاخذ منه ما ليس له»<sup>(۴)</sup>.  
ترجمه: سارق و دزد نزد عرب ها، کسی است که به طور پنهانی و مخفیانه به سوی حرز می آید و چیزی را که از خودش نیست بر می دارد.

ب. تعریف سرقت در اصطلاح:

تعریف اصطلاحی سرقت از تعریف لغوی بیرون نمی باشد، مگر اینکه برخی از دانشمندان بعضی از اوصاف و قیودات را طور ذیل در تعریف اضافه نموده است.

۱. فقهاء حنفی: سرقت عبارت اند: «أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية بغير الحق»<sup>(۵)</sup>.

ترجمه: سرقت عبارت از گرفتن مال غیر، بدون حق، بطور پنهانی و مخفیانه است.

۲. فقهاء مالکی: سرقت عبارت است: «أخذ مكلف نصاباً من مال محترم لغيره، خفية بلا

شبهة»<sup>(۶)</sup>.

۱. معلوف، لويس، المنجد، ج ۱، ص ۴۶۸.

۲. سوره الحجرات، آیه: ۱۸.

۳. ابن فارس، مقاییس اللغة، ج ۳، ص ۱۵۴.

۴. ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۰، ص ۱۵۶.

۵. بابرته، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرته (المتوفى: ۷۸۶هـ)، العناية شرح الهداية: دار الفكر، (ب ط)، (ب ت)، ج ۵، ص ۳۵۴. ابن نجيم، بحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج: ۵، ص ۵۴.

۶. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف ج: ۴، ص: ۴۶۹.

ترجمه: سرقت عبارت از گرفتن شخص مکلف از غیر که به حد نصاب بوده و محترم باشد، بطور مخفیانه و بدون شبهه است.

۳. فقهای شافعی، این فقهاء سرقت را چنین تعریف می کنند « سرقت عبارت از گرفتن مال دیگری است به صورت پنهانی و پوشیده ».<sup>(۱)</sup>

از مجموعه آنچه که در کتب فقهی استنباط می شود، این است که در فقه هنگامی که لفظ سرقت به طور مجرد بکار برده می شود، غالباً سرقت حدی مد نظر است و برای سایر موارد غیر حدی، معمولاً الفاظ دیگری مانند، اختلاس، نهب، غصب و مانند آن استفاده شده است . با وجود آن ار و رای تعاریفات فوق دانسته می شود که عمل سرقت اعم از مستوجب حد یا تعزیر دارای خصوصیات آتی باشد، « مال غیر بودن»، « مخفیانه بودن»، « از حرز بردن» و « خالی بودن از شبهه» در تعریف است، به نحوی که با فقد هر یک از اوصاف مذکور، عمل سرقت واقع نشده است.

تعریف مختار و راجح: از خلال این تعاریف فوق می توان این تعریف را به عنوان تعریف مختار برگزید: « سرقت در اصطلاح فقهی عبارت است از اینه شخصی مالی را از حرز متناسب آن بر دارد، به شرط اینکه مخفیانه و پنهانی، به اندازه حد نصاب سرقت و بدون وجود شبهه و با رعایت شرایط آن باشد.»<sup>(۲)</sup>

ج. تعریف سرقت در قانون: کود جزای کشور در بند اول، ماده (۶۹۹) خود سرقت اینگونه تعریف نموده است. « سرقت عبارت از گرفتن مال منقول ملکیت غیر، بدون رضایت به مقصد تملک است.»<sup>(۳)</sup>

همچنان قانون جزای کشور نیز در ماده (۴۵۴) سرقت را چنین تعریف می نماید: « به مقصد این قانون شخصی که مال منقول و متقوم ملکیت غیر را طور خفیه بگیرد، سارق شمره می شود.»<sup>(۴)</sup>

آنچه از این تعریف بر می آید، اینست که سرقت وقتی موجب حد زمانی متحقق می گردد بر سارق حد سرقت تطبیق می گردد که در ان امور ذیل موجود بوده باشد:

اخذ مال از غیر ؛

۱. شیرازی، ص ۳۵۳.

۲. ابن همام، ص ۵۵، ص ۳۵۴. بهوتی، ج ۶، ص ۱۲۹.

۳. وزات عدلیه، کود جزاء، ماده (۶۹۹).

۴. وزات عدلیه، قانون جزاء، ماده (۴۵۴).

اخذ مال باید به طور مخفیانه گرفته شده باشد؛

باید مال از جای محرز گرفته شده باشد.

پس کسی که در پیش چشم صاحب خانه از خانه ی او بدون استعمال زور چیزی را برمی دارد، مرتکب سرقت نشده است بلکه عمل او اختلاس نامیده می شود، و کسی که بازرنگی تمام مال دیگری را می رباید، عمل وی غصب یا غارت است و سرقت تلقی نمی شود، اختلاس، غصب و غارت مال غیر، همگی صورت های خاصی از سرقت هستند لیکن حد ندارند، هم چنین کسی که با رضایت صاحب مال و در غیاب وی مال او را می بردارد، سارق نیست.<sup>(۱)</sup>

### فرع دوم: ارکان سرقت در فقه وقانون

از تعریفات که در مورد سرقت صورت گرفت دانسته می شود که سرقت دارای ارکان ذیل می باشد:

**الف. ربودن مخفیانه:** مقصود از ربودن مخفیانه این است که سارق مال غیر را بدون اطلاع و رضایت او برباید، مانند کسی که از خانه دیگری در غیاب وی یا هنگام خواب اشیایی را بر دارد؛ یا از محصولات خرمن کسی در غیاب وی و یا در موقع خواب سرقت کند، پس اگر در حضور مال باخته و بدون آن که متوسل به زور شود، چیزی بردارد، عمل ارتكابی «اختلاس» نامیده می شود نه سرقت.

«ربودن» باید به صورت کامل باشد کافی نیست که دست سارق به مال مسروقه برسد، بلکه باید «ربایش» دارای سه شرط آتی بوده باشد: سارق مال مسروقه را از حرز خود بیرون آورد، سارق باید مال را از حیازت (دست رسی) مال باخته خارج سازد و آن را در حیازت و دسترسی خود در آرد. اگر یکی از این موارد و شرایط نباشد «ربودن» کامل نمی باشد، مجازات سارق تعزیری است نه قطع دست<sup>(۲)</sup>

**ب. مسروقه باید مال باشد:** شیء مسروقه باید مال بوده باشد در حال حاضر، سرقت تنها در خصوص مال تصور پذیر است، اما پیش از فروپاشی نظام بردگی، عبد و کنیز به لحاظ آن که جنبه مالی داشته اند بنابر این فقه اسلامی و قوانین عرفی شایستگی آن را داشته اند که در این

۱. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۴، ص ۱۹۶.

۲. همان منبع، ج ۲، ص ۵۱۸.

جهت مطمح نظر قرار بگیرد. در کل نزد فقهاء حنفی انسان و کودک غیر از لحاظ مال نبودن شان من وجه موضوع سرقت قرار گرفته نمی تواند. یعنی با سرقت کودک غیر ممیز دست قطع نمی گردد.<sup>(۱)</sup>

به طور فشرده مال مسروقه باید واجد شرایط باشد که تا در صورت اجتماع همه آنها، دست سارق و دزد بریده شود، و آن شروطها عبارت اند از: منقول بودن مال، ارزشمند بودن مال، در حرز بودن و به حد نصاب رسیدن است.<sup>(۲)</sup>

**ج. تعلق به مال غیر داشته باشد:** برای تحقق جرم سرقت لازم است که شیء مسروقه، متعلق به غیر (یعنی در مالکیت دیگری) بوده باشد، در غیر این صورت و هر چند شخص آن را مخفیانه نیز بردارد، سرقت محسوب نمی شود، بنابراین ربایش اموال بلاصاحب، که در مالکیت کسی قرار ندارند، سرقت محسوب نمی شود. برای شمول عنوان سرقت، شناخته شده بودن صاحب مال ضرورتی ندارد بلکه فقط لازم است که مال ربوده شده متعلق به شخص دیگری (اعم از حقیقی یا حقوقی) باشد.

مالکیت سارق نسبت به مال مسروق در هنگام سرقت معتبر است و اگر پیش از سرقت در مالکیت او بوده و در موقع سرقت از ملکیت وی خارج گردیده باشد، مرتکب سرقت شده دستش قطع می شود.

اگر سارق مالک مال مسروق نبوده ولی هنگام سرقت در مالکیت او قرار گرفته باشد باز هم مسئول نخواهد، مانند آن که در اثنای سرقت آن را به ارث ببرد و مالک شود، چنانچه پیش از اخراج مال از حرز، مالک آن گردد، مسئول منتفی می گردد و اگر پس از اخراج از حرز، مالک آن شود از مسئولیت جزائی معاف نخواهد شد، چون شیء مسروقه در هنگام اخراج از حرز مال غیر بوده، لذا به عقیده فقهاء مالکی ها دست سارق قطع می گردد.<sup>(۳)</sup>

و اما از نظر فقهاء شافعی و حنبلی -رحمهم الله- میان حالت شکایت و اعلام جرم و عدم آن تفاوت می گذارند؛ اگر پیش از ترافع مجنی علیه، ملا مسروقه به مالکیت سارق درآید مجازاتش قطع دست نیست و تعزیر خواهد شد؛ زیرا اینکه به نظر آنان برای محکومیت متهم به قطع دست، ترافع مجنی علیه لازم است.<sup>(۴)</sup>

۱. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷، ص ۶۷.

۲. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۲، ص ۵۱۸.

۳. زرقانی، شرح الزرقانی علی مختصر خلیل، ج ۸، ص ۱۷۵.

۴. ابن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۱۰، ص ۲۷۲.

د. داشتن قصد جنائی: ربایش مخفیانه سرقت شمرده نمی شود، مگر اینکه رباینده « قصد جنائی یا سوء نیت» داشته باشد. این قصد هنگامی موجود فرض می شود که متهم در هنگام برداشتن شیء بداند که عملش مجاز نیست و بدون اطلاع و رضایت مجنی علیه و به قصد تملک آن را بر دارد.

پس اگر کسی با این اعتقاد چیزی را بر دارد که مباح است و یا مالکش از آن اعراض کرده؛ چون سوء نیت نداشته، مجازات نمی شود.

علاوه بر آن کسی چیزی را برداشته است که تصور می کرده برداشتن آن مجاز است، کسی که چیزی را بدون قصد تملک بر می دارد، مثلاً می خواهد بداند از چه جنس و یا نوعی است؛ یا آن که پس از رفع نیاز عودت دهد؛ یا برای تبلیغات بر دارد؛ و یا به تصور آن که مجنی علیه نیز راضی است، بر دارد، در هیچ یک از حالات فوق به جهت انعدام و فقدان قصد جنائی و سوء نیت، سارق به حساب نمی رود.<sup>(۱)</sup>

### فرع سوم: شرایط سرقت

شرایط حد سرقت متفاوت می باشد، که در ذیل به بیان آن می پردازیم:

الف. شرط متعلق به سارق: فردی که سرقت می کند، باید عاقل و بالغ بوده باشد، در غیر آن سرقت و دزدی شخص مجنون و صبی مدار اعتبار نمی باشد، و دست آنها قطع نمی گردد، زیرا اینکه قطع دست یک عقوبت است که متوجب جنایت می باشد، و فعل مجنون و صبی جنایت گفته نمی شود، به همین اساس بر آنها هیچ یک از حدود جاری نمی گردد.<sup>(۲)</sup>

ب. شرایط متعلق مال مسروقه: فقهاء در مورد شرایط مسروقه موارد ذیل بیان نموده اند:

۱. نصاب مال مسروقه: همه فقهاء بر مشروط بودن نصاب مال مسروقه - تا موجب قطع دست سارق گردد- اتفاق نظر دارند و می گویند: شخصی مالی را دزدی کند در حالی که بالغ، عاقل، مختار پای بند احکام اسلامی باشد، یک نصاب مال را که قصد به دزدیدن آن دارد را از حیازت وی بیرون کند که در آن هیچ شبهه ی وجود نداشته باشد، حد قطع دست واجب می شود.<sup>(۳)</sup>

اما در مورد به مقدار نصاب که باعث قطع گردد، اختلاف نظر دارند، به اقوال ذیل:

۱. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۲، ص ۶۰۸.

۲. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷، ص ۶۷.

۳. شیرازی، المذهب ج ۳، ص ۳۵۳.

فقهاء حنفی بر این باورند که نصاب که موجب قطع دست می شود، ده درهم بالاتر از آن است.<sup>(۱)</sup>

به دلیل حدیث پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - که روایت است. «عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ قِيَمَةَ الْمَجْنِّ كَانَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ.»<sup>(۲)</sup> ترجمه: در زمان پیامبر صلی الله علیه و سلم قیمت یک میجن (سپری جنگی) ده درهم بوده است.

اما جمهور فقهاء (مالکی<sup>(۳)</sup>، شافعی و اصح قول حنابله) بر این نظر اند که مقدار نصاب که مستوجب قطع دست سارق می گردد، ربع دینار یا سه درهم می باشد.<sup>(۴)</sup>

به دلیل حدیث حضرت عایشه - رضی الله عنها - که از پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - روایت می نماید، ایشان می فرمایند: «تُقَطَّعُ الْيَدُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا.»<sup>(۵)</sup> ترجمه: دست دزد به خاطر یک چهارم دینار و بیشتر از آن بریده می شود.

اگر کسی لباسی را دزدی کند که مساوی سه درهم نباشد، لیکن در آن دراهمی وجود داشته که وی از آن واقف نبود، در لباس و مثل آن قطع می گردد که عادتاً داد و گرفت مردم بر آن جاری باشد، به خلاف چوب و سنگ که در آنها تا وقتی که قیمت نصاب را تکمیل نکند قطع نیست.

**مال باید مطلق باشد:** مسروقه باید مطلق بوده از هیچ نوع مال بودن کمبودی نداشته باشد، مال چیزی است که قیمت داشته باشد و بین مردم دست بدست شود و مال به حساب برود، و چیزی که متمول نشود او مال نبوده بلکه تافه می باشد، و به تافه دست قطع نمی گردد.<sup>(۶)</sup>

**در مال مسروقه، سارق ملک نداشته باشد:** اینکه باید سارق در مال مسروقه هیچ نوعه ملک، شبهه ملک نداشته باشد، زیرا مملوک یا آنچه در آن است تعبیر ملک یا مثل آن لازم نیست از چشم ربوده شود، در این صورت رکن سرقت محقق نمی شود زیرا که اصلاً سرقت گرفتن از راه خفا و پنهان کاری است.<sup>(۷)</sup>

۱. سرخسی، کتاب الميسوط، ج ۹، ص ۱۳۷.

۲. الترمذی، سنن الترمذی، باب ما جاء في كم تقطع يد السارق، ج ۳، ص ۱۰۳.

۳. ابن الرشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ۴، ص ۲۳۰.

۴. مقدسی، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسی (المتوفى: ۶۲۴هـ)، العدة شرح العمدة، الناشر: دار الحديث، القاهرة، تاريخ النشر: ۱۴۲۴هـ،

ج ۱، ص ۶۰۴ و ابن الرشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ۴، ص ۲۳۰.

۵. بخاری، صحيح البخاری، حدیث رقم: ۶۷۸۹، ج ۸، ص ۱۶۰.

۶. قرافی، الذخيرة، ج ۱۲، ص ۱۴۸ - ۱۴۹.

۷. کاسانی، بذائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ۷، ص ۷۰.

## مطلب دوم: آثار اشتباه و نسیان در جرم سرقت در فقه وقانون

### فرع اول: اثر اشتباه در مقصود سارق در فقه اسلامی

شریعت تجاوز و تعدی بر اموال دیگران را حرام دانسته است، و گرفتن آن را بدون حق حرام قرار داده است، و کسی که بدون حق مال دیگران را تلف می کند ضامن به پرداخت تاوان می باشد.

اگر سارق، لباسی را که فی نفسه معادل نصاب ارزش ندارد، دزدی کرد و لی در داخل جیب جیب های آن وجوه نقدی یافت شود که بالغ حد نصاب گردد، و آن را سرقت کند، دستش بریده می شود؛ هر چند سارق گمان داشته که جیب آن خالی است؛ زیرا عرفاً در داخل جیب پول گذاشته می شود، اما اگر قطعه چوبی را سرقت کرد و پس از آن معلوم گردید که درون آن تهیه بوده و مقدار وجه نقد در آن، جاسازی شده است، چنانچه قیمت چوب به حد نرسد، دستش بریده نمی شود؛ زیرا اینکه در هنگام سرقت، فقط «چوبی» را سرقت کرده است که در دون آن چیزی جا سازی نشده است.<sup>(۱)</sup>

از دو چیزی به هم پیوسته، ممکن است هر دو از اموالی باشد که شرقتشان موجب قطع دست سارق می گردد، مانند مانند ظرف مسی که بر آن حنا باشد یا الاغی که با پالانش به سرقت رفته باشد، ممکن است فقط یکی از آن دو مالیت داشته باشد که باعث قطع دست گردد، مانند ظرف زرین محتوای خمر یا سگی با طوق زرین، در این موارد، قاعده بر این است که اگر مالی که مقصود سارق، سرقت آن از اموالی باشد که اگر به تنهایی سرقت می شد موجب قطع دست مس گردید و بر حد نصاب بالغ گردد، بدون هیچ نظر مخالفی، دست سارق بریده می شود.

و چنانچه فقط با محاسبه مال ضمیمه (تابع) به حد نصاب برسد، باز هم دست سارق بریده می شود، هم چنین اگر هر یک از آن دو به تنهایی به حد نصاب برسند؛ یا به تنهایی مقصود سارق نباشند ولی مجتمعاً قیمت آنها به حد نصاب برسد، دست سارق بریده می شود.<sup>(۲)</sup>

اگر مالی که مقصود سارق سرقت آن بوده، از اموالی باشد که سرقت آن موجب قطع دست نگردد، مانند سگ، ولی هم راه آن مالی باشد که سرقت موجب قطع دست می گردد، مانند طوق طلا، در این مورد فقهاء کرام اختلاف نظر دارند، که قرار ذیل مورد بررسی قرار می گیرد:

۱. زرقانی، شرح الزرقانی علی مختصر خلیل، ج ۸، ص ۹۵.

۲. البهوتی، کشف القناع عن متن الإقناع، ج ۶، ص ۱۴۲.

الف. فقهاء مالکی و شافعی - رحمهم الله - بر باورند که چنانچه قیمت مال دوم بالغ به حد نصاب باشد، دست سارق بریده خواهد شد؛ هرچند مقصود سارق سگ بوده و طوق طلاء نمی باشد.<sup>(۱)</sup>

فقهاء حنفی و حنبلی - رحمهم الله - در صورت فوق این ها بر این نظر اند که در چنین حالت سارق بریده نمی شود؛ هرچند در کنار مالی که سرقت آن مقصود سارق بوده، مالی باشد که ارزش آن به حد نصاب برسد. اگر امام ابو یوسف از فقهاء حنفی رأی و نظر مالکی ها و شافعی ها تأیید می کند.<sup>(۲)</sup>

بنابراین تحقق این جزء از عنصر مادی سرقت مشروط به آن است که سارق، مال منقول مورد نظر را از محل سرقت خارج کند. ولی هرگاه سارق در حال خروج با مال مسروق، دستگیر شود و یا اینکه در حین جمع آوری اثاثیه در محل سرقت، بر اثر بیدار شدن صاحبخانه موفق به بردن مال نشود، همین اندازه اقدام و عمل مادی خارجی و مثبت او شروع به جرم سرقت تلقی خواهد شد.

فقهاء در میگویند که: حد سرقت با حضور دو شاهد عادل و یا اقرار خود شخص بدون اکراه ثابت می گردد، و اگر به زور و اکراه و همچنان حبس نمودن ثابت گردد حد ساقط می گردد و شبهه به وجود می آید، و حدود به شبهات دفع می گردد.<sup>(۳)</sup>

فقهاء مقرر کردند که مکلفیت شرطی از شروط قطع دست و اجرای حد سرقت است، سارقی که دستش قطع می گردد واجب است که مکلف باشد، و علم به حرمت داشته باشد، و هم شبهه موجود نباشد. وقتی که سرقت ثابت شد و شخص مکلف بود و هیچ شبهه موجود نبود حد لازم می گردد.

ولیکن بر بالای طفل، دیوانه، شخص مخطی و ناسی، و همچنان شخصی که علم به حرمت آن نداشته باشد و جاهل باشد، حد سرقت لازم نمی گردد، چراکه حدود به شبهات دفع میگردد.<sup>(۴)</sup>

ولی هرگاه مالک یا متصرف قانونی به میل و اراده ی خود مال، خود را به دیگری تسلیم کرده باشد، هر چند در اثر اشتباه باشد، سرقت تلقی نخواهد شد. زیرا عنصر مادی ربودن مال

۱. الرملى، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ۷، ص ۴۶۸.

۲. کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۷، ص ۷۹.

۳. دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير، ج ۴، ص ۳۴۴.

۴. غرناطی، القوانين الفقهیة، ص ۲۳۶. و خرشى، شرح مختصر خليل للخرشى، ج ۸، ص ۹۶-۹۷.



در این امر منتفی است؛ مثل اینکه کسی در مقابل قیمت جنس اشتباها به جای اسکناس یک هزار افغانی، اسکناس ده هزار افغانی بدهد و فروشنده ی جنس عالما عامدا بقیه آن را پس ندهد، ندهد، این عمل، سرقت نیست. و طلبکار می تواند مطابق مقررات قانون مدنی بقیه ی پول را توسط دادگاه مدنی مطالبه کند.

و همین طور اگر کسی از اشتباه مامور پست سوء استفاده کرده و پاکت بیمه ی متعلق به دیگری را که اشتباها به او تسلیم شده است به نفع خود تصاحب کند، مرتکب سرقت نشده است. ولی اگر تسلیم مال منقول به دیگری به قصد استرداد بوده باشد، عدم استرداد و بردن آن بدون اطلاع و بر خلاف رضایت مالک آن، برای تحقق عنصر مادی جرم سرقت کافی به نظر می رسد. مثلا چنانچه کسی به عنوان خریدار به مغازه ی رادیو فروشی وارد شود و از فروشنده یک دستگاه رادیو را جهت معاینه و امتحان دریافت کند و سپس از بی وبار بودن مغازه استفاده کرده و بدون پرداخت قیمت، رادیو را عالما عامدا با خود ببر، عمل او «ربودن» محسوب می شود.<sup>(۱)</sup> از طرف دیگر، امکان ربودن در مال متعلق به شرکا و یا در حالت اشاعه نیز ممکن است مصداق پیدا کند، مانند اینکه یکی از شرکا، مخفیانه وبدون اطلاع سایرین مال متعلق به شرکت را بر باید و تصرف اموال بلا مالک مانند شکار و صید که از طریق حیازت حاصل خواهد شد، سرقت محسوب نمی شود، زیرا این اموال قبل از حیازت، متعلق به کسی نیست؛ ولی هرگاه کسی شکاری را بزند و دیگری آن را بدزد عمل دومی سرقت خواهد بود، چه طبق قانون مدنی یکی از اسباب تملک ابتدایی شکار است که با تحقق آن به ملکیت شکارچی در آمده است؛ در مورد تصرف اموال بلاصاحب مانند حلقه ی انگشتری پیدا شده در معابر و اماکن عمومی باید آن را به صاحب آن یا کلانتری محل تسلیم کرد.<sup>(۲)</sup>

### فرع سوم: آثار اشتباه و نسیان در جرم سرقت در قانون وضعی

در قوانین وضعی در جرم سرقت تحقق رکن مادی را بسیار مهم دانسته شده است، و هر ربایش مخفیانه را سرقت نمی دانند، تا اینکه شخص رباینده « قصد جنائی و سوء نیت » در قبال عمل خود نداشته باشد، و این قصد زمانی موجود پنداشته می شود که متهم در وقت انجام فعل بداند که عمل وی غیر مجاز است، بنابر این ممکن است فردی مالی را بردارد و ببرد، غافل از اینکه مال خودش نیست و به شخص دیگر تعلق دارد، این موضوع، یعنی فرد در بردن مال خودش سوء نیت

۱. ابن همام، فتح القدير، ج ۴، ص ۲۴۱.

۲. مالکی، منح الجليل علی مختصر خليل، ج ۸، ص ۸۶.

ندارد و نمی‌دانسته که مال به دیگری تعلق دارد؛ بنابراین این فرد مسئولیت کیفری ندارد و عنصر روانی جرم سرقت عملاً منتفی می‌شود.

چون برای تحقق جرم سرقت موجودیت قصد جنایی امر لازمی است، منظور از قصد جنایی اینست که شخصی می‌داند که گرفتن مال شخص دیگری حرام و جرم است ولی با وجود آن مال آن شخص را به قصد تملک برای خود بدون علم مجنی علیه و رضایت وی اخذ می‌نماید.<sup>(۱)</sup>

اگر کسی مالی را اشتبهاً بردارد که ملکیت آن محل نزاع است؛ تا وقتی که ثابت شود مالک بوده و در آن مال ذی حق بوده، وی سارق تلقی نمی‌شود. چنانچه مالکیت او ثابت نشد، جدی بودن نزاع و نیت جانی (متهم) مالک اعتبار خواهد شد، اگر نزاع جدی بوده یا متهم به باور مالک بودن، آن را بر داشته باشد، سوء نیت متفی است و به این اعتبار مجازات نمی‌شود. اگر اشتباه کننده، پس از فهمیدن اشتباه خود، از پس دادن مال مسروقه خود داری کند، ظاهراً باز هم او را نمی‌توان سارق دانست، زیرا عنصر مادی (در لحظه دزدیدن مال دیگری) با عنصر روانی (یعنی علم به اینکه مال دیگری) همزمانی ندارند، به عبارت دیگر باید عنصر روانی و مادی هر جرمی از جمله سرقت با هم وجود داشته باشند.

ممکن است حتی کسی احتمال دهد که مالی را که بر می‌دارد مال دیگری است و در عین حال، احتمال تعلق به خودش را هم بدهد. حال اگر او با سهل‌انگاری و بدون اینکه تحقیقی در مورد مالک همان مال انجام دهد، آن مال را بردارد، ظاهراً باز هم نمی‌توان او را سارق تلقی کرد، برعکس این قضیه هم امکان دارد.

مثلاً اگر کسی تصور کند مالی برای دیگری است و آن را به قصد سرقت بردارد و در حالی که بعداً معلوم شود آن مال در ملکیت او قرار داشته، مسلماً در این حالت هم سرقت و دزدی منتفی است؛ زیرا دیگر مال متعلق به دیگری نیست تا بگوییم با بردن آن سرقتی شده است.<sup>(۲)</sup>

همچنین ممکن است کسی نداند که مجازات سرقت حدی چیست؟ یعنی فردی ادعا کند من علم نداشتم سرقت حدی حرمت شرعی دارد و البته احتمال صحت ادعای او هم وجود

۱. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج۲، ص۶۰۸.

۲. عوده، التشریح الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج۲، ص۵۱۸.

داشته باشد و دیگر نیازی به قسم و دلیل دیگری هم نیست. البته این به آن معنا نیست که اگر جهل نسبت به نوع و میزان مال وجود داشته باشد مجازات اجرا نشود.

**فرع چهارم: مقایسه بین فقه اسلامی و قانون وضعی در باب اشتباه و فراموشی در سرقت**  
با در نظر داشت آن چه تقدیم شد، فقهاء هنگام بحث از سرقت کوچک از هر دو نوع سرقت تعزیری نیز سخن می گویند؛ زیرا سرقت تعزیری نوع اول همان سرقت مستوجب حد است که فقط یکی از شرایط لازم را دارا نیست و نوع دوم سرقت تعزیری که از آن به « اختلاس » تعبیر می شود، تنها در برخی از شرایط با سرقت کوچک تفاوت دارد، بنابراین، مبحث سرقت « اختلاس » را هم در بر می گیرد و هر « سرقت کوچک » که بعضی از شرایط آن از دست برود، اختلاس نامیده می شود.

میان اختلاس و سرقت کوچک تفاوت های ذیل ملاحظه می شود:

مجازات سرقت قطع دیت و مجازات اختلاس، تعزیر است؛

رکن مادی سرقت، ربودن مخفیانه و رکن مادی اختلاس، ربودن علنی است؛

در سرقت، مال مسروقه باید حرز قرار داشته باشد و در اختلاس این شرط لازم نیست؛

مال مسروقه در سرقت، باید به حد نصاب برسد ولی در اختلاس چنین شرطی لازم نمی باشد.<sup>(۱)</sup>

پس از شناخت تفاوت های موجود میان سرقت و اختلاس، این نکته قابل ذکر است که احکام اختلاس در فقه اسلامی عیناً مانند « سرقت های جنحه » که در قانون جزای کشور مصر است، البته در بعضی موارد، تفاوت های جزئی دیده می شود مثلاً در قانون جزای اختلاس به عمل آمده از جانب متصدی حمل و نقل سرقت تلقی شده و آن را در عداد « خیانت در امانت » نیآورده، ولی در فقه اسلامی آن را خیانت در امانت می نامند، البته در چنین مواردی اطاعت از قانون واجب است؛ زیرا جرم ارتكابی از جرایم تعزیری بوده و ارتكاب آن ممنوع است خواه در توصیف واقعی، سرقت باشد یا خیانت در امانت و حاکم جامعه در تعیین مجازات برای جرایم تعزیری اختیار تام دارد و اگر آن را با مجازات سرقت کیفر می دهد، در این صورت واجب الإطاعت می باشد.

## نتیجه گیری

از موضوع ورد بحث این رساله نتایجی که بدست می آید خلاصه آن را قرار ذیل می نگاریم:

۱- اشتباه در واقع عبارت از تصور کردن چیزی خلاف آن چه که واقعیت آن است، می باشد و نسیان عبارت از رفتن یک امر معلوم از حافظه انسان است یا بخاطر ضعف ذهنی یا غفلت از آن، امر می باشد، که هر دو مورد در عملکرد اشخاص تأثیر دارد، طوری که اشتباه در عقد از عیوب رضا پنداشته می شود که در صورت پیش شدن آن در بین عاقدین، عقد بصورت کامل منعقد نمی گردد و نسیان هم یکی از عوارض اهلیت بوده که در صورت عارض شدن آن بر اهلیت انسان تأثیر دارد.

۲- تأثیر اشتباه در عقد همیشه یکسان نیست، گاهی اشتباه به اندازه ای مهم است که اراده یا توافق اراده را از بین می برد و معامله را باطل می نماید، گاهی اشتباه موجب ایجاد خیار فسخ می شود و در برخی موارد نیز اشتباه هیچ اثری بر عقد ندارد، در صورتی که اشتباه به ارکان عقد لطمه بزند و توافق اراده را نابود کند، معامله باطل می شود. موارد بطلان معامله به علت اشتباه در ارکان عقد در زیر می آید.

۳- اشتباه و فراموشی در جنس معقود علیه عبارت از همان جنس مورد معامله است که در کتاب های فقهی از آن به عبارت محل عقد تعبیر می گردد؛ و آن عبارت از اینکه عقد بین طرفین بالای جنس معین صورت می گیرد، عاقد گمان می کند که از همان جنس معین است، در حالی که معقود علیه از جنس که عاقد گمان کرده، نیست، در مورد حکم فقهی این اشتباه باید گفتکه فقهای حنفی، قول راجح از فقهاء شافعی و فقهاء حنبلی بر این است که این نوع عقد باطل می باشد. به دلیل عدم تحقق رضایت جانبین، بر اساس قول الله متعال: {لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ}. گاهی اشتباه در وصف مرغوب فیه صورت می گیرد بحث در فقدان وصف پسندیده بدون اختلاف ارزش است، گذشته روی اشتباه در معقود علیه یا وصف که باعث ایجاد تفاوت فاحش در منفعت می گردید، در حالی که این اشتباه روی فوت یا از بین رفتن صفت مرغوب فیه است، این نوع اشتباه در

قیمت شیء تأثیر گذار است و در قیمت آن تفاوت ایجاد می کند، به گونه مثال فص یا میخی را به گمان اینکه او از یاقوت سرخ است در حالیکه او از یاقوت سبز بوده است، اینجا اشتباه متوجه جنس شیء نمی گردد، چون جنس همان جنس است، در اینجا اشتباه در وصفی است در نزد مشتری مرغوب است و فقط برای خریدار وصف پسندیده است، در حالیکه قیمت و ثمن یکسان است، حکم فقهی این اشتباه از دیدگاه جمهور فقهاء این است که در صورت فوق بیع منعقد شده و صحیح است، و خیار برای کسی که وصف شیء مرغوب و پسندیده فوت شده، ثابت می باشد.

۴- قانون مدنی کشور با فقه اسلامی در مورد اشتباه و فراموشی وقتی مورد مقایسه قرار بگیرد، این مسئله در قانون نیر صراحت دارد، در صورتی که اشتباه اساسی باشد و در قیمت موجب غبن فاحش گردد، موجب ایجاد خیار فسخ خواهد شد. چنانچه به موجب ماده (۵۶۴) قانون مدنی ذکر شده است. «هرگاه غلطی به اندازه ای فاحش باشد که عقد کننده در صورت وقوف بر آن از ابرام عقد امتناع ورزد، چنین غلطی، اساسی پنداشته می شود». و قانون مدنی مصر در ماده (۱۲۰) خود در این مورد چنین اشاره می نماید: «هرگاه یک طرف معامله دچار اشتباه اساسی شود، می تواند خواستار ابطال عقد گردد».

۵- اشتباه در ساحت عقد ازدواج، عبارت از اشتباه در شخص است، این اشتباه نیز امکان دارد روی حالت مدنی یک شخص صورت گیرد، بدین معنی که زن به تصور اینکه جانب مقابل وی مجرد می باشد، با او ازدواج می کند، اما بعداً معلوم میگردد، که جانب او مجرد نبوده، بلکه یک شخص متأهل می باشد، البته در صورت تحقق چنین حالت عقد ازدواج با در نظر داشت این که در فقه به تعدد زوجات اجازه داده شده، مواجه به بطلان نمی باشد؛ اما با آن هم از نظر حقوقی زوجه جدید می تواند در صورت عدم رضایت مطابق احکام قانون به سبب ضرر مطالبه تفریق نماید.

۶- بعضاً امکان دارد که اشتباه و فراموشی در شخصیت فزیکی و یا هویت مسمی یک شخص صورت گیرد. این نوع اشتباه طوری می باشد، یک شخص اشتبهاً عقد ازدواج را با شخصی که مورد نظرش نمی باشد، منعقد می سازد، در این حالت عقد ازدواج به بطلان مواجه می گردد. و همچنان ممکن است که اشتباه یا خطا در وصف شخص صورت گیرد. به طور مثال، یک طرف ازدواج خاصاً دختر، فکر می کند جانب مقابل وی، یعنی پسر دارای نسب شریف، تحصیلات عالی، خانه و مالک دارای و غیره می باشد. که در اثر آن حاضر به انعقاد عقد ازدواج می گردد؛

ولی بعداً معلوم می‌گردد که این شخص اوصاف که قبلاً گفته شده دارا نبوده بلکه یک شخص غریب، بی بضاعت و احیاناً هم فاقد سواد می‌باشد.

۷- احیاناً اشتباه و فراموشی در عقد ودیعت هرگاه اشتباه صورت بگیرد، طوری که فردی در پیش شخصی دیگری امانت می‌گذارد و سپس اختلاف در نوع مصرف ودیعت بوجود می‌آید، اگر مودع ادعا کند که مال ودیعت را بالای عیال مودع مصرف نموده است، یا به فلان شخص سپرده، یا صدقه کرده، و مودع انکار کند، در این صورت قول ودیعت دهنده همراه قسم قابل قبول است. وقول ودیعت گیرنده همراه بینه و شاهد قابل قبول است، چون در این مسئله اصل عدم اذن است در موارد فوق.

۸- همچنان اشتباه، خطاء نیز به عنوان یکی از عوامل مؤثر بر مسئولیت جنائی بوده که از موضوعات و مباحث مهم فقهی در بحث جنایات به شمار می‌آید، اشتباه و خطاء در جنایت صورت های متفاوت دارد، احیاناً اشتباه و خطاء در فعل جانی واقع می‌شود، مانند اینکه از دستش چوبی و یا خستی بیفتد، شخصی را بکشد. در این صورت بخاطر عدم تحقق قصد جنائی اشتباه سبب رفع مسئولیت جنائی می‌شود.

۹- احیاناً اشتباه و خطاء در قصد است، مانند این که شخصی به گمان این که شکاری است یا حربی یا مرتد؛ تیر می‌اندازد و او را می‌کشد و بعداً معلوم می‌گردد که وی مسلمان بوده است، جمهور فقهاء بر این نظر اند که جنائی در قصد خود به اشتباه واقع گردیده مرتکب قتل خطاء شده است.

۱۰- اگر اشتباه در جرایم عمدی حادث شود تأثیر آن بر حسب اینکه به یکی از عناصر اساسی یا یکی از عناصر فرعی تعلق گیرد، متفاوت است و در صورتی که اشتباه در جرایم غیر عمدی رخ دهد مسئولیت کیفری فاعل را زائل نمی‌کند شخص قاتل گناه کار می‌باشد، لیکن از گناه قتل عمدی برای ترک مبالغه در تثبیت خفیف تر است، پس کفاره برای قتل مرتب می‌گردد.

۱۱- در جنایت مادون نفس، اگر گاه طبیب در طبابت خود طبیب دچار اشتباه گردد، در حالیکه او در خود ماهر و اهل فن و معرفت نباشد، و موجب رساندن آسیبی به بیمار گردد،

بدرستی او مسئول این جنایت خود بوده ضامن می باشد و باید ضرری را که وارد آورده است جبران کند.

۱۲- اشتباه در مقاربت زنی که نزدیکی با وی مباح است صورت بگیرد، مانند اینکه در شبهه های زفاف زنی را بی آریند و به مرد بگویند او زن توست، وی نیز به گمان اینکه او زنش است، .. در این حالت به اتفاق علماء کدام مجازتی بر شخص جاری نمی شود؛ بخاطر وی قصد سوء نداشته است.

۱۳- اشتباه در جرم زنا گاهی سبب عفو فاعل از مجازات نمی گردد، مانند، اینکه اگر کسی از زن نامحرم معینی بخواهد که از وی تمکین کند ولی زن دیگری دعوت وی را اجابت نماید و مرد به گمان اینکه زن مورد نظر وی است با او جماع نماید، در این حالت مرد مستوجب حد خواهد بود.

۱۴- در باب اشتباه در سرقت، مکلفیت شرطی از شروط قطع دست و اجرای حد سرقت است، سارقی که دستش قطع می گردد واجب است که مکلف باشد، و علم به حرمت داشته باشد، و هم شبهه موجود نباشد. وقتی که سرقت ثابت شد و شخص مکلف بود و هیچ شبهه موجود نبود حد لازم می گردد. ولیکن بر بالای طفل، دیوانه، شخص مخطی و ناسی، و همچنان شخصی که علم به حرمت آن نداشته باشد و جاهل باشد، حد سرقت لازم نمی گردد، چراکه حدود به شبهات دفع میگردد.

## پیشنهادات

پوهنتون سلام یکی از بهترین پوهنتون های برازنده کشور به شمار می رود، بنده افتخار دانش آموخته گی رشته فقه و قانون، این پوهنتون را دارم، با وجود آن نکاتی چندی را در عرصه های مختلف پیشنهاد می نمایم برخی از آنها به پوهنتون و مراکز تحقیقی و بعضی آنها به دولت و خطباء تعلق می گیرد:

۱- به ادارات عدلی و قضائی دولت پیشنهاد می نمایم که جهت کاهش نزاعات و جنجال های ذات البینی جامعه عزیز ما در تطبیق قانون اسلامی مطابق فقه اسلامی، جدی اقدام نمایند.

۲- اشتباه و فراموشی موضوعات مورد بحث فقه و اصول می باشد، که فهم آن در بر مردم ما درخور اهمیت بوده کمتر تلاش شده در این عرصه ها تحقیقات صورت بگیرد، پیشنهاد می نمایم که دانشمندان و قلم به دستان در این عرصه نوشته و تحقیقات عالمانه را انجام دهند.

۳- در زمینه تدریس رشته فقه و قانون در هر سطح که بوده باشد، در میتود درسی و نحوه ی تدریس مضامین فقهی پیشنهاد می نمایم، چون پوهنتون یک مرکز اکادمیک و علمی است باید دیدگاه های فقهی با قوانین وضعی به طور مقایسوی تدریس گردد، چون کمتر دیده می شود استادان ما در کنار بحث های فقهی مسئله به قانون مراجعه نمایند و بین اینها به مقایسه بپردازند.

۴- همه گانی سازی اطلاعات دینی راجع، به حقوق عامه و خاصه، وزارت تحصیلات عالی باید مراکز تحقیقاتی را ایجاد نماید که در آن علماء جید، کتاب ها و تحقیقات جدید در مسائل جدید و حادث به زبان های دری، پشتو و سایر زبان ها برگردان نمایند تا همگان بتوانند از آنها استفاده کنند، چرا که اکثریت موضوعات مهم و مورد ضرور جامعه به زبان های عربی و احیاناً انگلیسی می باشد.

جهت تفهیم مباحث فقهی و حقوقی، چون اشتباه و فراموشی در عقود و معاملات و جنایات برای عام مردم باید علماء و خطباء در مساجد در خلال تقدیم درسها، وعظ ها و ارشادات شان توجه داشته باشند.



## فهرست آیات قرآن کریم

شماره	آیات	سوره	صفحه
۱	{ الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلَاقُوا رَبِّهِمْ وَأَنَّهُمْ إِلَيْهِ رَاجِعُونَ }	بقره : ۲۶	۲۳
۲	{ قَالُوا أَتَتَّخِذُنَا هُزُؤًا قَالِ أَعُوذُ بِاللَّهِ أَنْ أَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ }.	بقره: ۶۷	۲۰
۳	{ الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ }.	بقره : ۱۹۴	۲۷
۴	{ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ }	بقره : ۲۳۰	۶۲
۵	{ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ أَنْ يُمِلَّ فَلْيُمِلْ لِوَلِيِّهِ بِالْعَدْلِ.. }	بقره : ۲۸۲	۲۱
۶	{ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ }.	بقره : ۲۳۵	۲۴
۷	{ وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ }	نساء: ۱۵	۱۱۵
۸	{فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }.	نساء: ۲۵	۴۳
۹	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }	نساء: ۲۹	۵۲
۱۰	{ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا }	نساء: ۳۵	۷۸
۱۱	{وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ }.	نساء: ۹۲	۹۸
۱۲	{ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا }.	نساء: ۹۲	۹۸
۱۳	{ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ }.	نساء: ۹۲	۳۷
۱۴	{ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ }.	نساء: ۹۳	۸۶
۱۵	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }	مائده : ۱	۲۴
۱۶	{ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ .. }	مائده: ۳۸	۱۱۰

١٠٧	مائده: ٤٥	{وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ }	١٧
٢٤	مائده: ٨٩	{لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ.}	١٨
٧٧	انعام: ١٠٢	{ذَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ فَاعْبُدُوهُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ.}	١٩
١١٣	اسراء: ٣٢	{وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا}	٢١
١٠٧	اسراء: ٣٣	{ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا . }	٢٢
٧٨	الكهف: ٩	{ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا . }	٢٣
	طه: ١٢٦	{ قَالَ كَذَلِكَ أَتَتْكَ آيَاتُنَا فَنَسِيَتْهَا وَكَذَلِكَ الْيَوْمَ تُنْسَى . }	٣٤
١١٣	المؤمنون: ٥-٧	{وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ .}	٢٥
١١٣	نور: ٢	{الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةً جَلْدَةً وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ .. }	٢٦
١١٣	الفرقان: ٧٠	{وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ.}	٢٧
١١٥	عنكبوت: ٢٨	{ وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ }	٢٨
٥١	الاحزاب: ٥	{وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ.}	٢٩
١٥	الاعقاب: ٢٤	{ فَلَمَّا رَأَوْهُ غَارِضًا مُسْتَقْبِلَ أُوْدِيَّتِهِمْ قَالُوا هَذَا غَارِضٌ مُّطِرِنَا.. }	٣٠
١٢٠	الحجرات: ١٨	{ إِلَّا مَنْ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَاتَّبَعَهُ شَيْهَابٌ مُّبِينٌ }	٣١
٨	المدثر: ٥٦	{ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ . }	٣٢

## فهرست احاديث احكام

شماره	احاديث	مرجع	صفحه
۱	« رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. »	صحيح ابن حبان	۳۶
۲	« رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ.. »	سنن ابوداود	۳۶
۳	« الإسلام يجب ما قبله. »	مسند احمد	۳۷
۴	« لا تعطه. قال رأيت إن قاتلني قال: فاقتله. »	صحيح المسلم	۳۷
۵	« لا يَنْفَتِلُ أَوْ لا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا. »	صحيح البخارى	۶۰
۶	« وإذا شك أحدكم في صلاته فليتحرك الصواب .. »	صحيح المسلم	۶۰
۷	« أن رسول الله بعث معه بدينار يشتري له أضحيه. »	مسند احمد	۷۸
۸	« بعث رسول الله عمر على الصدقة. »	صحيح المسلم	۷۸
۹	« إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَع. »	صحيح المسلم	۹۴
۱۰	« قَضَى بَأَنْ لَا مِيرَاثَ لِلْقَاتِلِ. »	سنن الترمذى	۹۹
۱۱	« من تطيب و لا يعلم منه طب، فهو ضامن. »	سنن ابوداود	۱۰۱
۱۲	« لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا فِي إِحْدَى ثَلَاثٍ. »	سنن ابن ماجه	۱۰۷
۱۳	« العمد قود إلا أن يعفوا ولى المقتول »	سنن الدارقطنى	۱۰۸
۱۴	« لا يقتل بالولد الوالد. »	سنن ابن ماجه	۱۰۹
۱۵	« وَأَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ تَخَافُ أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ. »	صحيح البخارى	۱۱۴
۱۶	« خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا، »	صحيح المسلم	۱۱۴
۱۷	« يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ، مَا أَحَدٌ أُغْيِرَ مِنَ اللَّهِ أَنْ يَرَى عَبْدَهُ. »	صحيح البخارى	۱۱۴
۱۸	« لَا يَزْنِي الزَّانِي حِينَ يَزْنِي وَهُوَ مُؤْمِنٌ. »	صحيح البخارى	۱۱۴
۱۹	« إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ. »	سنن ابن ماجه	۱۱۹
۲۰	« أَنْ قِيمَةَ الْمَجْنُونِ كَانَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ. »	سنن الترمذى	۱۲۴
۲۱	« تُقَطَّعُ الْيَدُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا. »	صحيح البخارى	۱۲۴
۲۲	« رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ... »	صحيح ابن حبان	۱۲۸

## فهرست أعلام

شماره	أعلام	صفحه
١	ابن فارس	١٨
٢	ابن نجيم	١٧
٣	ابن حزم	٥١
٤	ابن قدامه	٢٦
٥	ابن عاشور	١٨
٦	ابويعلی	٩٧
٧	احمد زرقا	١٧
٨	رازی	٢٤
٩	جصاص	٢٥
١٠	خرقی	٦١
١١	راغب اصفهانی	١٨
١٢	سرخسی	٩
١٣	شیرازی	٢٥
١٤	عوده	٣٤
١٥	کاسانی	٢٨

## فهرست منابع و مأخذ

### قرآن کریم

- ۱- ابن امیرحاج، أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، التقرير والتحرير، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبع الثاني، (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)
- ۲- ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، البُستى (المتوفى: ٣٥٤هـ)، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب ارنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، (١٤١٤هـ)
- ۳- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السّلامى، البغدادي، جامع العلوم والحكم، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، طبع السابع، (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).
- ۴- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، (المتوفى: ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبع الرابع، (١٣٩٥هـ).
- ۵- ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، (المتوفى: ٧١٠هـ)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، المحقق: مجدى محمد سرور باسلوم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبع الأول، (٢٠٠٩م).
- ۶- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الدر المختار وحاشية ابن عابدين، مصدر: الشاملة الذهبية (ب ت).
- ۷- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر للطباعة و النشر- بيروت، الطبع الثاني، (١٩٩٢م)
- ۸- ابن عاشور، محمد طاهر بن محمد، التحرير و التنوير، ناشر؛ دار التونسية للنشر، تونس.
- ۹- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، مقاييس اللغة ، المحقق: عبد السلام محمد هارون ، الناشر: دار الفكر
- ۱۰- ابن الفراء، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض، طبع الاول، (١٩٨٥م).
- ۱۱- ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، المغنى في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبع الأول، (١٤٠٥ق).
- ۱۲- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، الناشر: دارالكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ .

١٣- ابن قدامه، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى ، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، الناشر: دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع.

١٤- ابن المبرد، جمال الدين أبو المحاسن يوسف بن حسن بن عبد الهادى الحنبلى الدمشقى المعروف بابن المبرد،(١٩٩١ م)، الدر النقى فى شرح ألفاظ الخرق، ناشر دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية.

١٥- ابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ، المبدع فى شرح المقنع، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبع الأول، (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م).

١٦- ابن منظور، محمد بن مكرم ، (١٤١٤هـق، )، لسان العرب. دار صادر، بيروت، طبع سوم.

١٧- ابن مودود، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى البلدحى، مجد الدين أبو الفضل الحنفى (المتوفى: ٦٨٣هـ)، الاختيار لتعليل المختار ، مطبعة الحلبي -القاهرة، (١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م).

١٨- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصرى (المتوفى: ٩٧٠هـ) (١٤٢٦هـ)، الأشباه و النظائر، دار الفكر - سوريه، طبع چهارم.

١٩- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: احمد عزو عناية الدمشقى، الناشر: دار احياء التراث العربى. طبع الاول، (١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م).

٢٠- ابن همام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى (متوفى: ٦٨١هـ)، شرح فتح القدير ، دارالفكر، بيروت،(ب ط، ب ت).

٢١- ابوبقاء، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن على الدّميرى أبو البقاء ، النجم الوهاج فى شرح المنهاج ، الناشر: دار المنهاج (جدة)، المحقق: لجنة علمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ .

٢٢- ابوزهره، محمد بن احمد، أصول الفقه، طبع دار الثقافة العربيه، مصر.

٢٣- اصبحى، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحى المدنى (المتوفى: ١٧٩هـ)، المدونة، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٢٤- اندلسى، أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى القرطبى الظاهرى، (ب ت)، المحلى بالآثار، ناشر: دار الفكر - بيروت

٢٥- انصارى، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصارى، زين الدين أبو يحيى السنيكى (المتوفى: ٩٢٦هـ)، أسنى المطالب فى شرح روض الطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامى.

- ٢٦- بابرتى، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين البابرتى (المتوفى: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، (ب ط)، (ب ت) ،
- ٢٧- بخارى، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخارى الحنفى (المتوفى: ٧٣٠هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوى، الناشر: دار الكتاب الإسلامى.
- ٢٨- بخارى، ابو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، (١٤١٩ هـ) صحيح البخارى، دارالسلام-الرياض
- ٢٩- بعلى، محمد بن أبى الفتح بن أبى الفضل البعلى، شمس الدين (المتوفى: ٧٠٩هـ)، المطلع على ألفاظ المقنع، الناشر: مكتبة السوادى للتوزيع، (٢٠٠٣ م)،
- ٣٠- بغدادى حنفى، أبو محمد غانم بن محمد البغدادى الحنفى، (ب ت) مجمع الضمانات، ناشر: دار الكتاب الإسلامى.
- ٣١- بكرى، أبو بكر عثمان بن محمد شطا دمياطى الشافعى (١٩٩٧م)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى.
- ٣٢- بلخى، نظام الدين البلخى، الفتاوى الهندية، دار احياء التراث العربى، بيروت، ط ١.
- ٣٣- بهوتى، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، (١٤١٤هـ)، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، طبع اول، (١٩٩٣م).
- ٣٤- بهوتى، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، (١٤٠٢ هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحى، ناشر: دار الكتب العلمية.
- ٣٥- ترمذى، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سوره بن موسى بن الضحاک، الترمذى، سنن الترمذى، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي - مصر، طبع الثانى، (١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م)،
- ٣٦- تفتازانى، سعدالدين مسعود بن عمر، (ب. ت)، شرح التلويح على التوضيح، دارالكتب العلميه، لبنان، بيروت، طبع اول.
- ٣٧- تميمى، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمى الصقلى، الجامع لمسائل المدونة، المحقق: مجموعة باحثين فى رسائل دكتوراه، الناشر: معهد البحوث العلميه وإحياء التراث الإسلامى - جامعه أم القرى، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م
- ٣٨- جرجانى، على بن محمد بن على زين الشريف، (١٩٨٣م)، التعريفات، دارالكتب العلميه بيروت- لبنان، طبع اول .
- ٣٩- جستيه، حنان بنت محمد حسين، أقسام عقود در فقه اسلامى، بحث مقدم لنيل الماجستير فى الفقه، بجامعه ام القرى، عام (١٤١٨ ق).

- ٤٠- جصاص، أحمد بن علي أبو بكر، رازی، (١٤١٥هـ)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، طبع اول، ج٢، ص٢٩٤.
- ٤١- خطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، المعروف بالخطاب المالكي، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الناشر: دار الفكر، طبع الثالث، (١٩٩٢م).
- ٤٢- حنفي، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمر بادشاه الحنفي، تيسير التحرير، دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).
- ٤٣- خرشي، ابو عبد الله، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٤٤- خرقى، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى (المتوفى: ٣٣٤هـ)، مختصر الخرقى، الناشر: دار الصحابة للتراث، (١٩٩٣م).
- ٤٥- خلاف، عبدالوهاب، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، الأزهر، قاهره، طبع الثانى.
- ٤٦- دارقطنى، أبو الحسن على بن عمر بن أحمد بن مهدي بن نعمان بن دينار البغدادي الدارقطنى، (٣٨٥) سنن الدارقطنى، المصدر: الشاملة الذهبية.
- ٤٧- مالكى، محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي المالكي، (١٤٢٨ هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محقق: الدكتور عبد الحميد الهنداوى، ناشر: المكتبة العصرية، طبع اول
- ٤٨- دميرى، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز، أبو البقاء، الشامل فى فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- ٤٩- راجحى، احمد بن عبدالله، عوارض الأهلية السماوية و أثرها فى باب المعاملات، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، به جامعه ام القرى، تاريخ دفاع (٢٠١٣م)
- ٥٠- رازى، محمد بن أبى بكر بن عبدالقادر الرازى، مختار الصحاح، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة طبعه جديدة، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م
- ٥١- راغب اصفهاني، محمد بن مفضل أبو القاسم الأصفهاني، (١٤٠٤ هـ ق)، المفردات فى غريب القرآن، الناشر: دفتر نشر الكتاب، (ب ت)،
- ٥٢- رازى، فخر الدين، (١٤٢٠ هـ)، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربى - بيروت، طبع دوم.
- ٥٣- رملى، شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، (١٩٨٤م)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ناشر: دار الفكر، بيروت، (١٩٨٤م).



- ٥٤- رويلى، متعب بن سعدى، التراضى فى عقود المبادلات المالية: مقارنة بين الفقه الاسلامى والفقه الوضعى، رساله دكتوراه، جامعة أم درمان الاسلامية، (٢٠٠٩).
- ٥٥- زيدي، ابوبكر على بن محمد، الجوهره النيره، مطبعه الخيريه، چاپ اول، ١٣٢٢.
- ٥٦- زحيلي، محمد مصطفى، (ب. ت)، الوجيز فى أصول الفقه الإسلامى، الناشر: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، الطبع الثانى، (١٤٢٧ هـ).
- ٥٧- زرقا، مصطفى احمد، (١٤١٨ هـ)، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق - سوريه، طبع اول.
- ٥٨- الزرقانى، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقانى المصرى (المتوفى: ١٠٩٩ هـ)، شرح الزرقانى على مختصر خليل، الناشر: دار الكتب العلميه، بيروت - لبنان، طبع الاول، (٢٠٠٢ م).
- ٥٩- زيعلى، عثمان بن على بن محجن البارعى، فخر الدين الزيعلى الحنفى، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعه الكبرى الأميريه - بولاق، القاهره، لطبعه: الأولى، ١٣١٣ هـ.
- ٦٠- سرخسى، محمد بن احمد، شمس الأئمه، اصول السرخسى، دارالمعرفه، بيروت.
- ٦١- سرخسى، محمد بن أحمد بن أبى سهل شمس الأئمه السرخسى (المتوفى: ٤٨٣ هـ)، كتاب المبسوط، تحقيق: خليل محى الدين الميس، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبع الأول، (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).
- ٦٢- سنهورى، عبدالرزق احمد، (١٩٩٨)، الوسيط فى شرح قانون المدنى الجديد، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقيه.
- ٦٣- سجستانى، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدى السجستانى (المتوفى: ٢٧٥ هـ)، سنن أبى داود، المحقق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: دار الرسالة العالميه، طبع الاول، (١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م).
- ٦٤- شافعى، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشى المكى (المتوفى: ٢٠٤ هـ)، كتاب الأم، الناشر: دار المعرفه - بيروت، الطبعه: بدون طبعه، سنه النشر: ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م.
- ٦٥- شربينى، شمس الدين، محمد بن أحمد خطيب، (١٤١٥ هـ)، مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلميه، طبع اول، (١٩٩٤ م).
- ٦٦- شيبانى، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيبانى، مسند امام احمد بن حنبل، الناشر: مؤسسه الرسالة.
- ٦٧- صاوى، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتى، الشهير بالصاوى المالكى، الصاوى على الشرح الصغير، دار المعارف - القاهره، طبع الاول.
- ٦٨- عبدالمنعم، محمود عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهيه، الناشر: دار الفضيله.

- ٦٩- عجلاني، عبدالله، الاهلية في الشريعة الاسلامية، جامعة ملك فهد، سعودى.
- ٧٠- عسكرى، ابو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن مهران العسكرى، (١٤١٢هـ-ش)، الفروق اللغوية، تحقيق، محمد ابراهيم سليم، دارالعلم والثقافة للنشر والتوزيع، قاهره.
- ٧١- عظيم آبادى، ابوالطيب شمس الحق، عون المعبود شرح سنن ابى داود، مكتبه السلفيه، المدينه المنوره، چاپ دوم، تاريخ ( ١٣٨٨هـ).
- ٧٢- عثيمين، محمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: ١٤٢١هـ)، الشرح الممتع على زاد المستقنع ، دار ابن الجوزى، (١٤٢٢).
- ٧٣- عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائى الاسلامى مقارناً بالقانون الوضعى، الناشر: دار الكاتب العربى، بيروت، (ب ت)،
- ٧٤- عينى، ابى محمد محمود احمد عينى، البناية فى الشرح الهداية ، الناشر، دار الفكر.
- ٧٥- غرناطى، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن عبد الله، الغرناطى (١٥٠١م)، القوانين الفقهية.
- ٧٦- غنيمى، عبد الغنى بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمى الدمشقى الميدانى الحنفى، اللباب فى شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيى الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان.
- ٧٧- فارابى، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابى، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربيه، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، طبع الرابع، (١٩٨٧ م
- ٧٨- فتحي، احمد، الوسيط فى قانون العقوبات القسم الخاص ، الطبعة الثالثة / دارالنهضة العربية مطبعة جامعة قاهرة.
- ٧٩- فيروز آبادى، مجدالدين ابوطاهر محمد بن يعقوب بن ابراهيم، قاموس المحيط، مؤسسه الرساله للطبعة و النشر، بيروت.
- ٨٠- فيومى، أبو العباس أحمد بن محمد بن على الفيومى، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير، ناشر: المكتبة العلمية - بيروت - بيروت
- ٨١- قرافى، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكى الشهير بالقرافى (المتوفى: ٦٨٤هـ)، الذخيرة، الناشر: دار الغرب الإسلامى- بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م،
- ٨٢- قرطبى، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبى (المتوفى: ٤٦٣هـ)، الكافى فى فقه أهل المدينة،المحقق: محمد محمد أحميد ولد ماديك الموريتانى، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٩٨٠هـ/١٩٨٠م،

- ٨٣- قره داغى، على محب الدين قره داغى، الإجاره على منافع الاشخاص، دراسة فقهية مقارنة- بحث مقدم، للدورة الثامنة عشرة للمجلس - باريس، جمادى الثانية/ رجب ١٤٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م.
- ٨٤ - قزوینی، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزوینی، سنن ابن ماجه، تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابى الحلبي.
- ٨٥- كاسانى، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاسانى الحنفى (المتوفى: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمیة، طبع دوم.
- ٨٦- لکنوی، الإمام محمد عبد الحى الکنوی (ت ١٣٠٤هـ)، عمدة الرعاية بتحشية شرح الوقایة ، المحقق: د. صلاح محمد أبو الحاج، الناشر: مركز العلماء العالمی للدراسات، الطبعة : الأولى.
- ٨٧- مالکی، محمد بن أحمد بن محمد علیش، أبو عبد الله المالکی (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، منح الجلیل شرح مختصرخلیل، الناشر: دار الفكر - بیروت، الطبعة: بدون طبعة، تاریخ النشر: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م
- ٨٨- ماوردی، أبو الحسن علی بن محمد بن محمد بن حبیب البصرى البغدادی، الشهير بالماوردی، الحاوی الكبير فى فقه مذهب الإمام الشافعی، المحقق: الشيخ علی محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمیة، بیروت - لبنان، الطبع الأول، ( ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م)
- ٨٩- مرغینانى، علی بن أبى بكر بن عبد الجلیل الفرغانى المرغینانى، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، الهدایة فى شرح بداية المبتدی، المحقق: طلال یوسف، الناشر: دار احياء التراث ..
- ٩٠- مقدسى، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسى (المتوفى: ٦٢٤هـ)، العدة شرح العمدة ، الناشر: دار الحديث، القاهرة، تاریخ النشر: ١٤٢٤هـ
- ٩١- ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علی الشهير بملا، درر الحکام فى شرح مجلة الأحكام، تحقیق: فهمى الحسينى، الناشر: دار الكتب العلمیة - لبنان
- ٩٢- معلوف، لویس، المنجد، ترجمه مصطفى رحیمی اردستانی، تهران، صبا، ١٣٨٠، چاپ دوم
- ٩٣- نیشاپورى، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشیری، المسند الصحیح، محقق: محمد فواد عبدالباقى، دار إحياء التراث العربی - بیروت.
- ٩٤- نووی، أبو زکریا محیی الدين یحیی بن شرف النووی (المتوفى: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبین وعمدة المفتین، تحقیق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامی، بیروت- الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ
- ٩٥- نووی، محیی الدين بن شرف الدين النووی، المجموع شرح المذهب، دار عالم الكتاب.

۹۶- هیتمی، أحمد بن محمد بن علی بن حجر الهیتمی السعدی الأنصاری، شهاب الدین ، أبو العباس (المتوفی: ۹۷۴ هـ)، تحفه المحتاج بشرح المنهاج ، الناشر: دار الکتب العلمیة بیروت - لبنان.

### منابع فارسی

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۸۵) ، حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران: گنج دانش. چاپ: ۱۳۸۵.
۲. بوشهری، جعفر، حقوق جزاء، اصول و مسایل، نشر شرکت انتشار، تهران، سال ۱۳۷۹.
۳. رسولی، محمد اشرف، شرح کود جزا، انتشارات سعید، چاپ اول، سال (۱۳۹۸هـ)
۴. عدالتخواه، عبدالقادر، (۱۳۹۶ ش) حقوق فامیل، ناشر: انتشارات سرور سعادت، چاپ سوم
۵. محقق داماد، سیدمصطفی، حقوق مدنی زوجین از دیدگاه قرآن، تهران: بنیادقرآن. چاپ، ۱۳۸۰
۶. وزارت عدلیه، قانون جزاء افغانستان ، سال چاپ: (۱۳۸۴هـ ش)، چاپ: مطبعه بهیرز
۷. وزارت عدلیه، قانون مدنی ، منتشره جریده رسمی شماره ۳۵۳ سال ۱۳۵۵ هـ ش.
۸. وزارت عدلیه، کود جزا: رسمی جریده: مسلسل نمبر (۱۲۶۰)، (۱۳۹۶ هـ ش).

## Research Summary

The present research was written to examine mistakes and forgetfulness and their effects in contracts and crimes, and based on this, this article consists of an introduction, three chapters, and a conclusion, the summary of which is as follows:

Undoubtedly, mistake and forgetfulness can be considered as two events that may happen in the lives of human beings, their dealings and dealings, and also in the case of crimes, it is considered as one of the factors affecting criminal responsibility, which is from the point of view of jurisprudence. Islamic law in some cases causes the removal of criminal responsibility and sometimes reduces its responsibility.

A mistake in jurisprudential terms is an illusion in which one of the parties to the contract imagines something other than reality as real, which led him to enter into the contract, and if it were not for this illusion, he would not have entered into the contract, and also forgetfulness and Forgetting means leaving something that has been entrusted to him out of negligence.

Mistakes and forgetfulness in transactions are divided into two important categories, one is a mistake that has an impact on the conclusion of the contract and prevents the fulfillment of the intention of the contract, this mistake is sometimes in the nature of the contract against And possibly, in the type of contract against, it is the same as the name in the contract, but there is a difference in benefit, it takes place, based on the findings of this research, the wrong jurists in the above cases consider the transaction to be invalid due to the lack of intention.

And perhaps there is a mistake in the description of the contract against, this contract is not necessary according to the jurists for the person who made the mistake. And the other is a mistake that does not affect the validity or corruption of the contract. According to jurisprudence, if the mistake does not lead to gross embezzlement, it does not affect the value of the transaction and the validity of the contract.

Secondly, mistakes and forgetfulness are crimes, which in some cases cause the person not to be considered responsible or to be given a discount in the amount of his responsibility; Mistakes may occur in different fields. One is a mistake and a mistake in the act, in which case due to the non-fulfillment of the criminal intention, the mistake causes the removal of criminal responsibility, the other is a mistake in the intention, such as when a person tries to kill a certain person and thinks that he is "Ahmed" and later it is known It should be noted that, for example, the victim was "Khaled", and this mistake is actually interpreted as a mistake in Jani's intention.

**Key wds:** source Of mistake, error in personality, Misdemeanor crimes, forgetfulness



**Salam University**

**Faculty of Sharia and Law**

**Master Program in Jurisprudence & Law**



**Islamic Emirate of Afghanistan**

**Ministry of Higher Education**

**DM of Academic Affairs**

# **Mistakes and forgetfulness and their effects on cn contracts and crimes**

**A Master's thesis**

**Student: Zaidullah Atish**

**Supervisor: Professor Wazir Muhammad Saidi**

**Year: 2021**



**Salam University**  
**Faculty of Sharia and Law**  
**Master Program in Jurisprudence & Law**



**Islamic Emirate of Afghanistan**  
**Ministry of Higher Education**  
**DM of Academic Affairs**

# **Mistakes and forgetfulness and their effects on cn contracts and crimes**

**A Master's thesis**

**Student: Zaidullah Atish**

**Supervisor: Professor Wazir Muhammad Saidi**

**Year: 2021**