

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شرح قانون مدنی افغانستان
(مواد ۱-۱۵، ۳۶-۵۰، ۳۳۷-۴۷۱)

اشخاص

ویرایش پنجم: با تجدید نظر کامل

تألیف:

نظام الدین عبدالله

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و استادیار حقوق
(Assistant Professor of Law)



مشخصات کتاب

- عنوان: شرح قانون مدنی افغانستان (اشخاص)
- مؤلف: نظام الدین عبدالله دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و استادیار حقوق (Assistant Professor of Law)
- برگ آرایبی: مؤلف
- ناشر:
- چاپ و صحافی:
- تیراژ:
- نوبت و سال چاپ: چهارم، بهار ۱۳۹۸ خورشیدی
- بها:
- شابک: ۵-۰۳۲-۳۲-۹۹۳۶-۹۷۸

فهرست مطالب

۱	مقدمه:
	بخش اول:
	ساحهٔ تطبیق قانون، استعمال حق و تطبیق قانون از حیث زمان
۷	فصل اول: ساحهٔ تطبیق قانون
۷	مبحث اول) عدم جواز اجتهاد در صورت موجودیت حکم قانون
۹	مبحث دوم) مراجعه به فقه در صورت عدم موجودیت قوانین
۱۱	مبحث سوم) مراجعه به عرف و عادات عمومی
۱۶	مبحث چهارم) الغای قانون
۱۹	فصل دوم: استعمال حق
۱۹	مبحث اول) قاعدهٔ اول
۲۱	مبحث دوم) قاعدهٔ دوم
۲۱	مبحث سوم) قاعدهٔ سوم
۲۲	مبحث چهارم) قاعدهٔ چهارم
۲۳	مبحث پنجم) قاعدهٔ پنجم
۲۵	مبحث ششم) قاعدهٔ ششم
۲۹	فصل سوم: تطبیق قانون از حیث زمان
۲۹	مبحث اول) قاعدهٔ عمومی
۳۱	مبحث دوم: احکام خاص
	بخش دوم:

اشخاص حقیقی

۳۹	مقدمه
۴۱	فصل اول: کلیات
۴۱	مبحث اول) تعریف شخص
۴۱	مبحث دوم) آغاز اشخاص طبیعی
۴۳	مبحث سوم) حق های جنین
۴۴	مبحث چهارم) تنازل از اهلیت و تغییر احکام اهلیت
۴۵	مبحث پنجم) آزادی اشخاص طبیعی
۴۷	مبحث ششم) سن رشد و معاملات شخص رشید
۴۹	مبحث هفتم) معاملات اشخاص ناقص و فاقد اهلیت
۵۶	مبحث هشتم) حمایت از حق شخصی اشخاص حقیقی
۵۹	فصل دوم: خصوصیات اشخاص حقیقی
۵۹	مبحث اول) حق داشتن نام و تغییر آن
۵۹	گفتار اول) حق انتخاب نام
۶۰	گفتار دوم) حق انتخاب اسم خانوادگی و حمایت از آن
۶۱	مبحث دوم) حالت مدنی
۶۱	گفتار اول) ثبت حالت مدنی در اسناد سجلات و پیشینه اسناد سجلات
۶۲	گفتار دوم) تثبیت تاریخ ولادت و وفات توسط اسناد سجلات
۶۳	گفتار چهارم) درج حالت مدنی شخص در تذکره
۶۳	گفتار پنجم) ثبت ازدواج، طلاق، اقرار به بنوت و ثبوت نسب
۶۵	گفتار ششم) حجت تلقی گردیدن اسناد سجلات در برابر غیر

بخش سوم:

اشخاص حقوقی

۶۹	مقدمه
۷۱	فصل اول: کلیات
۷۱	مبحث اول) تعریف و پیشینه شخص حقوقی
۷۱	گفتار اول) تعریف
۷۱	گفتار دوم) پیشینه
۷۳	مبحث دوم) ماهیت
۷۳	گفتار اول) نظریه وجود فرضی
۷۳	گفتار دوم) نظریه وجود واقعی
۷۵	گفتار سوم) نظریه نفی شخصیت حقوقی

گفتار چهارم) نتیجه و نظریه قابل قبول در ق. م	۷۵
مبحث سوم) خصوصیات	۷۶
گفتار نخست) داشتن حقوق و وجایب مالی مستقل	۷۶
گفتار دوم) اقامتگاه	۷۷
گفتار سوم) نام	۷۷
گفتار چهارم) اهلیت اشخاص حقوقی	۷۸
گفتار پنجم) حق دعوی و دفع دعوی	۸۰
گفتار ششم) خارج شدن از عضویت، عدم داشتن اموال غیرمنقول و تعدیل اساسنامه	۸۱
فصل دوم: انواع اشخاص حقوقی	۸۳
مبحث اول) شخصیت حکمی عامه	۸۳
گفتار اول) تعریف	۸۳
گفتار دوم) آغاز و پایان شخصیت های حکمی عامه	۸۶
مبحث دوم) شخصیت های حکمی خصوصی	۸۸
گفتار اول) شخصیت های حکمی خصوصی تجارته انتفاعی	۸۸
گفتار دوم) شخصیت های حکمی خصوصی غیر انتفاعی	۸۸
الف) وقف	۸۸
۱) تعریف	۸۹
۲) شخص حکمی تلقی گردیدن وقف	۹۲
۳) ارجاع سند وقف به محکمه در صورت بروز موانع وقف	۹۲
۴) واریسی امور مربوط به وقف	۹۳
۵) حقوق و وجایب مالی موقوفه	۹۳
۵) شرایط ارکان	۹۴
اول) شروط واقف	۹۴
دوم) شروط مال موقوفه	۹۵
سوم) شروط موقوف علیه	۹۶
چهارم) شروط صیغه	۹۷
۶) شرایط اساسنامه و واقف	۱۰۱
۷) شرط گذاشتن در وقف خاص مبنی بر اعطا، حرمان، زیادت، نقصان، تغییر و مبادله	۱۰۱
۸) رجوع از وقف	۱۰۳
۹) تغییر در شروط مصارف وقف	۱۰۴
۱۰) صحت وقف، رجوع از وقف و تغییر شروط وقف	۱۰۴

۱۰۵	(۱۱) حرمان از استحقاق
۱۰۶	(۱۲) استحقاق در وقف
۱۱۵	(13) تقسیم وقف
۱۱۷	(14) ناظر وقف
۱۱۸	اول) انواع ناظر
۱۲۰	دوم) شرایط ناظر
۱۲۱	سوم) تکالیف ناظر
۱۲۹	چهارم) عزل ناظر
۱۳۱	(۱۵) اقرار وقف کننده راجع به نسب غیر
۱۳۲	(۱۶) خاتمه یافتن وقف
۱۳۶	ب) جمعیت ها
۱۳۶	1) تعریف جمعیت
۱۳۷	2) طرز ایجاد شخصیت حکمی جمعیت
۱۴۰	۳) اساسنامه
۱۴۱	۴) صلاحیت ها و تکالیف
۱۵۰	۵) مجمع عمومی جمعیت
۱۵۵	۶) هیأت مدیره
۱۵۸	7) انحلال و تصفیه جمعیت ها
۱۶۰	ج) تقسیمات جمعیت ها
۱۶۰	۱) جمعیت های عام المنفعه
۱۶۵	2) جمعیت خیریه
۱۶۶	3) جمعیت فرهنگی
۱۶۷	4) مؤسسات
۱۶۸	اول) تعریف
۱۶۸	دوم) ایجاد شخصیت حکمی مؤسسه و ثبت آن
۱۷۰	سوم) اداره و تکالیف مؤسسات
۱۷۱	چهارم) رسیدگی به تخلفات
۱۷۴	د) مشابهت ها و تفاوت های اشخاص حقیقی و حکمی
۱۷۵	فهرست اهم منابع

اختصارات

قانون اساسی	ق. ا
قانون مدنی	ق. م
قانون اصول محاکمات مدنی	ق. ا. م. م.
قانون رسیدگی به تخلفات اطفال	ق. ر. ت. ا
اصولنامه تجارت	ا. ت
قانون ثبت احوال نفوس	ق. ث. ا. ن
قانون تابعیت	ق. ت
قانون سازمان های اجتماعی	ق. س. ا
قانون مؤسسات غیر دولتی	ق. م. غ. د
جلد	ج
رجوع کنید به	ر. ک
هجری شمسی	ه. ش
هجری قمری	ه. ق
میلادی	م
صفحه	ص
چاپ	چ
بدون تاریخ	بی تا
صفحات	صص
قانون مدنی جدید مصر	ق. م. ج. م

مقدمه:

در افغانستان قوانین متعدد وجود دارد. بسیاری از این قوانین توسط حقوقدانان شرح نگردیده اند که موجب ایجاد مشکلات زیادی در ساحة تطبیق قانون گردیده است. زیرا، تطبیق صحیح قوانین و تطبیق عدالت و تحقق حاکمیت قانون مستلزم دانستن صحیح قوانین است و دانستن صحیح قوانین مستلزم شرح آنها است. یکی از مهم ترین، بزرگ ترین و مغلق ترین این قوانین، قانون مدنی افغانستان است. اهمیت شرح ق. م در موارد ذیل از جهات ذیل ظاهر می گردد:

۱- از حیث نظری: ق. م که یکی از منابع مهم حقوق مدنی افغانستان را تشکیل می دهد و از حیث نظری دارای اهمیت فراوان است. زیرا، ق. م شامل مباحث نظری مهمی چون: اشخاص و محجورین، تطبیق قانون از حیث زمان و مکان، حقوق فامیل، حقوق وجایب، حقوق عینی و حقوق میراث می شود و این مباحث در فاکولته های حقوق، شرعیات و کورس سناژ قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان تدریس می گردند.

۲- از نظر عملی: از نظر عملی نیز ق. م یکی از قوانینی را تشکیل می دهد که تمام دعاوی مدنی بر اساس آن حل و فصل می شود (ماده ۱ فقره ۲).

۳- از حیث وسعت مباحث: از حیث وسعت مباحث ق. م یکی از مهم ترین قوانین را تشکیل می دهد که مباحث بی نهایت وسیع از قبیل: اشخاص حقیقی و حکمی، محجورین، تطبیق قانون از حیث زمان و مکان، اقامتگاه، تابعیت، حقوق وجایب، حقوق فامیل، حقوق عینی، میراث، اموال و غیره را در بر می گیرد.

۴- از نظر کثرت وقوع در زندگی: ق. م حاوی تصرفات و حوادثی است که در حیات روزمره انسان ها به کثرت واقع می گردد، مانند: خواستگاری، نامزدی، ازدواج، طلاق، خرید و فروش، اجاره، گرو، وکالت، کفالت، ارث، وصیت، هبه، عاریت، شرکت های مختلفه، استصناع، غصب، اتلاف و امثال اینها. بنابراین، بی نهایت ضرور است تا همه یا حداقل تعداد زیادی از مردم احکام این تصرفات و حوادث را فراگیرند و اصالتاً نیاز خود و نیابتاً نیازهای مدنی و اجتماعی دیگران را رفع نمایند. به رغم اهمیت شرح ق. م، تا به حال ق. م شرح نگردیده است. بنابراین، شرح ق. م امری ضروری و با اهمیت است. در نظام

حقوقی افغانستان تا اکنون در باره موضوع تحقیق، پژوهشی جامع و مانع و نظامند که همه مواد ق. م را از ماده ۱ الی ۲۴۱۶ در یک دوره شرح گردیده باشد صورت نگرفته است. اما، برخی نویسندگان در برخی از مباحث ق. م کتاب های تألیف نموده اند. برخی نیز مانند آقای یادگار راجی ضمن نقل هر ماده قانون مدنی در ذیل آن یک مثال عملی برای آن ارایه کرده اند. تفاوت این کتاب با کتاب های دیگر این است که در این دور شرح ق. م همه مواد ق. م از ماده ۱ الی ۲۴۱۶ در هشت جلد به صورت منظم شرح گردیده است. در شرح مواد مندرج قانون به صورت عموم از فقه اهل سنت و به صورت اخص از فقه حنفی و مجله الاحکام که یکی از منابع خیلی مهم قانون مدنی افغانستان است، قانون مدنی جدید مصر که اکثر احکام قانون مدنی از آن مقتبس گردیده است و در نتیجه تألیفات دانشمندان حقوق ممالک اسلامی عربی به خصوص مصر و غیر عربی استفاده شده است.

مشکلات فرا راه این تحقیق قرار ذیل بوده است: ۱- تدوین ق. م به سبک کلاسیک قانونگذاری. به حیث مثال، عدم داشتن عنوان مشخص ماده ها. ۲- عدم دقت نویسندگان ق. م در جابجایی مواد ق. م. به حیث مثال، جابجایی آثار عقد در زمره مواد مربوط به شروط. ۳- ترجمه مواد ق. م از روی ق. م. ج. م و معادل سازی برخی کلمات مانند: استعمال مجرای به عوض مقاصه. استعمال شی ای که به رهن داده شده است به عوض عین مرهونه. استعمال شی به اجاره داده شده به عوض عین مستأجره. ۴- عدم دقت لازم در ترجمه برخی مواد ق. م. ۵- عدم موجودیت مشروح مذاکرات ق. م زیرا ق. م را شورای وزیران وقت حکومت داود خان تصویب کرده است. چون ق. م توسط شورای وزیران حکومت وقت مورد تأیید قرار گرفته است نه شورای ملی، مشروح مذاکرات آن که معمولاً باید در شورای ملی تهیه گردد وجود ندارد. ۶- عدم تدقیق مواد ق. م زیرا مواد ق. م را تدوین کنندگان ق. م مستقیماً از روی قانون مدنی جدید مصر، قانون مدنی عراق، برخی از قانون احوال شخصیه مصر و سوریه ترجمه نموده اند. برخی احکام آن نیز از فقه حنفیه و مجله الاحکام و اندکی از احکام آن از سه مذهب دیگر اهل سنت: مذهب مالکی، شافعی و حنبلی گرفته شده است. ۷- عدم تفکیک میان قواعد امری و اختیاری. ۸- نوشتن احکام ق. م در قالب جمله خبریه. اهداف تألیف این کتاب قرار ذیل است:

۱. شرح، تحلیل و نقد مواد ۱- ۲۴۱۶ ق. م؛

۲. فراهم نمودن فهم و نگرش حقوقی برای همه علاقمندان حقوق مدنی به ویژه برای محصلین حقوق و فراهم نمودن کتاب زیر عنوان «شرح قانون مدنی افغانستان» در حقوق مدنی افغانستان.

۳. باز نمودن زمینه تحقیقات بعدی در مورد حقوق مدنی در حقوق افغانستان. این کتاب دارای

خصوصیات ذیل است:

۱) از نظر نوع تحقیق، این کتاب با نوع تحقیق نظری تألیف گردیده است. از نظر روش تحقیق، از روش توصیفی- تحلیلی در این کتاب استفاده به عمل آمده است. از نظر الگوی تحقیق، از الگوی کیفی استفاده صورت گرفته است. از نظر جمع آوری اطلاعات، از روش جمع آوری اطلاعات کتابخانه ای استفاده صورت گرفته است. علاوه براین، یکی از چالش ها در خصوص ق. م استنباط احکام از لابلای

قواعد ق. م بوده است. بنابراین، نویسنده سعی کرده است از قواعد را از لابلای مواد ق. م استنباط نماید که به نحوی از انحا منجر به شرح کاربردی یا عملی ق. م گردیده است.

(۲) با توجه به این که نظام حقوقی افغانستان اسلام- رومن ژرمنیک است و قضایای قبلی (Precedents) در نظام حقوقی افغانستان منبع حقوق نیست و قضایای حقیقی توسط ستره محکمه یا هیچ نهاد دیگری نشر نمی شوند، از قضایای عملی در شرح مواد ق. م استفاده صورت نگرفته است، بلکه مثال های ارایه شده در این کتاب مثال های نظری و فرضی است.

(۳) در شرح مواد ق. م از روش تفسیر ادبی، ساختاری- منطقی، تفسیر وسیع و محدود استفاده صورت گرفته است. همچنین، در شرح مواد قانون مدنی هم از روش تفسیر متن گرایی (Textualism) و هم از روش تفسیر قصد گرایی (Intentionalism) استفاده صورت گرفته است.

(۴) در این کتاب، اول مواد ق. م نقل گردیده است و سپس قواعدی که از مواد استنباط می گردد، استنباط شده است و سپس برای هر قاعده حداقل یک مثال ارایه گردیده است. بنابراین، در این دور شرح ق. م بیشتر از ۲۴۱۶ مثال فرضی برای هر ماده از سوی نویسنده طراحی و ارایه شده است. در عین زمان، تمام متحدالمال ها، مصوبات و سیمینار های ستره محکمه مورد مطالعه قرار گرفته و مصوبه، متحدالمال و شرح قانون که در سیمینار صورت گرفته است در ذیل ماده نقل شده است.

(۵) در شرح این دور ق. م از روش شرح مواد ق. م به صورت ماده به ماده براساس تسلسل عددی مواد ق. م صورت نگرفته است بلکه مواد ق. م بادر نظر داشت تسلسل علمی- منطقی مباحث شرح شده است. در ذیل هر موضوع کوشش صورت گرفته است مواد تا آنجا که امکان داشته است به صورت ماده به ماده شرح شود.

ق. م در چهار جلد تنظیم گردیده است. موضوعاتی که شامل جلد اول ق. م می گردد عبارتند اند از: (۱) منابع حقوق مدنی؛ (۲) استعمال حق؛ (۳) تطبیق قانون از حیث زمان و مکان؛ (۴) اشخاص حقیقی که شامل مسائل فرعی چون: اسناد سجالات، تابعیت، اقامتگاه و فامیل می گردد؛ (۵) اشخاص حقوقی؛ و (۶) اموال. موضوع عمده مورد بحث جلد دوم ق. م تعهدات است که شامل تصرفات و حوادث حقوقی می گردد. چون منبع ای تعهدات تصرفات و حوادث حقوقی است. جلد دوم ق. م احکام معین را در باره تصرفات حقوقی: یعنی: عقد و ایقاع، و حوادث حقوقی؛ یعنی: تقصیر، غصب، اتلاف، پرداخت بدون حق و عمل فضولی وضع نموده است. چون هر تعهد موجب ایجاد آثار معین می گردد و نیز در موارد خاص منتهی می گردد و راه های برای اثبات آن وجود دارد، جلد دوم علاوه بر تصرفات و حوادث حقوقی، احکام معین را راجع به آثار، انتهاء و اثبات تعهد وضع نموده است. جلد سوم به عقود معین از قبیل: بیع، اجاره، رهن، عاریت، شرکت، کفالت، وکالت و غیره تخصیص یافته که در واقع یکی از منابع تصرفات حقوقی است و احکام جلد چهارم احکام حقوق عینی، و حقوق میراث را تنظیم نموده است. با توجه به آنچه بیان شد، کتاب حاضر شامل هشت جلد به ترتیب ذیل است: جلد اول: ساحة تطبیق قانون، استعمال حق، تطبیق قانون از حیث زمان و اشخاص؛ جلد دوم: حقوق بین الملل خصوصی که شامل مباحث فرعی در مورد تطبیق قانون از حیث مکان (تعارض قوانین)، تابعیت، اقامتگاه و حقوق و تکالیف بیگانگان

می شود؛ جلد سوم: حقوق فامیل (۱): روابط حقوقی زوجین که شامل مطالب چون: خواستگاری، نامزدی، نکاح، آثار مالی و غیر مالی نکاح، انحلال نکاح از طریق طلاق، فسخ، خلع و تفریق قضایی، اثر انحلال نکاح صحیح که شامل عدت و رجعت می گردد؛ جلد چهارم: حقوق فامیل (۲): حقوق اطفال که شامل مباحث از قبیل: ثبوت نسب، حضانت، ولایت، وصایت، قیمومیت، و حقوق مالی والدین در برابر اولاد که شامل نفقه و ارث می شود. جلد پنجم: حقوق و جایب (۱) که شامل مباحثی از قبیل تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیه می شود؛ جلد ششم: حقوق و جایب (۲) عقود؛ جلد هفتم: حقوق عینی؛ و جلد هشتم: حقوق میراث. این جلد ها طوری ترتیب و تألیف گردیده اند که هم می توانند منحصیث یک دور از شرح ق. م مورد استفاده قرار بگیرند و هم هر یک از این اجلاد به عنوان کتاب جداگانه و مستقل.

با احترام

نظام الدین عبدالله، کابل

افغانستان، سرطان ۱۴۰۳ هجری شمسی

بخش اول:
ساحه تطبيق قانون، استعمال حق و تطبيق قانون از حيث زمان

فصل اول: ساحة تطبيق قانون

جلد اول، باب تمهیدی، فصل اول، ق. م در بر گیرنده احکام معین راجع به تطبیق قانون است. قسمت اول، مبحث اول مواد ۱-۳ راجع به ساحة تطبیق قانون است. چون این احکام بر سایر مواد بعدی ق. م قابل تطبیق است، به نظر می رسد که به همین دلیل نویسندگان ق. م این احکام را در باب تمهیدی پیش بینی نموده است.

مبحث اول) عدم جواز اجتهاد در صورت موجودیت حکم قانون

مواد ۱-۳ ق. م راجع به ساحة تطبیق قانون است. ساحة (ساحت یا ساحة) به معنی ناحیه، فضای خانه، حیاط، زمین که سقف نداشته باشد و میدان است که جمع آن ساحات می باشد.^۱ به نظر می رسد در ق. م ساحة در مفهوم لغوی استعمال نشده است، بلکه در مفهوم مصطلح قلمرو و حدود تطبیق قانون استعمال شده است. به نظر می رسد در مواد ۱-۳ ق. م نویسندگان ق. م جایگاه ق. م و برخی قوانین عادی و حدود قلمرو اینها را نسبت به برخی منابع دیگر حقوق مدنی افغانستان مانند فقه و عرف معین و مشخص نموده اند. براساس ماده ۱ فقره اول ق. م: «۱) در مواردی که حکم قانون وجود داشته باشد، اجتهاد جواز ندارد. احکام این قانون به اعتبار لفظ و یا فحوای آن، قابل تطبیق می باشد.» حکم در لغت به معنی فرمان، امر، دستور و قضاوت است.^۲

مطابق قوانین افغانستان حکم مترادف با قاعده است است. به نظر می رسد در حقوق نه در اصول فقه حکم قاعده ای است که در متن قانون توسط قانونگذار پیش بینی می شود. طبق این تعریف قاعده حقوقی حکمی است برگرفته شده از نصوص قوانین به مفهوم عام. به عبارت عام تر و مشخص تر: «به هر نص و متن قوانین اعم از قانون اساسی، قوانین عادی، فرامین تقنینی، مقررات، لوایح و طرزالعمل قاعده حقوقی

۱. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۰۴.

2. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/ 1/ 2018).

گویند. بنابراین، هر ماده قانون، مقرر، لایحه و طرز العمل امکان دارد حاوی یک یا چند قاعده حقوقی باشد.».

به عنوان مثال، ماده ۱۰ فقره اول ق. م که می گوید: «(۱) احکام قانون بعد از نشر قابل تطبیق می گردد.» یک قاعده حقوقی است. همچنین، ماده ۴ مقرر امور ذاتی کارکنان خدمات ملکی که تصریح می نماید که: «اداره نمی تواند مأمورین خدمات ملکی را بدون مجوز قانونی یا حکم محکمه با صلاحیت از کار محروم نماید.» یک هنجار (قاعده) حقوقی است. به عوض قاعده حقوقی، حکم هم استعمال می شود. به حیث مثال، هر قانونی حاوی احکام عمومی، فصل ها و احکام متفرق است.^۳

اجتهاد از ریشه جَهْد «به معنای مشقت» و جُهْد «به معنای نیرو» گرفته شده است که در لغت به معنی به کار گرفتن تمامی توان و طاقت در انجام یک کار است. کلمه جَهْد و جُهْد استعمال نمی شود، مگر اینکه کار پرمشقت و طاقت فرسا باشد. بنابراین، در برداشتن دانه گندم یا سنگ یک کیلویی کلمه اجتهاد را استعمال نمی نمایند.^۴ در اصطلاح اصولی اجتهاد عبارت است از به کارگیری آخرین حد توان در شناخت و استنباط احکام از دلایل شرعی به گونه ای که مجتهد در طلب بیش از آن در وجود خود احساس عجز کند.^۵ از نص این ماده ۱ فقره ۱ ق. م دو حکم قابل استنباط است:

۱) در مواردی که حکم قانون وجود داشته باشد، اجتهاد جواز ندارد. به نظر می رسد قانون در نص این ماده در مفهوم عام استعمال شده است. به حیث مثال، ق. م در خصوص بسیاری از احکام فامیل، حقوق و جایب، حقوق میراث و حقوق عینی حکم دارد که در لابلای این کتاب خواهد آمد و قاضی باید این احکام را تطبیق نماید نه این که اجتهاد نماید. حکم این ماده از قاعده فقهی:

«لا مساعَ لاجتهاد فی مورد النص.»

«در مورد نص صریح، اجتهاد جواز ندارد.»

گرفته شده است که در ماده ۱۴ مجله الاحکام پیش بینی شده است. مفهوم این قاعده این است در مورد هر مسأله ای که آیه یا حدیث صحیح وجود داشته باشد، هیچ مجتهدی نمی تواند در آن دست به اجتهاد بزند،^۶ زیرا به نظر می رسد اجتهاد معمولاً در خصوص مسایلی غیر منصوصه صورت می گیرد.

۲) نص فقره ۱ ماده ۱ قانون مدنی که می گوید: «احکام این قانون به اعتبار لفظ و یا فحوای آن، قابل تطبیق می باشد» مبهم به نظر می رسد. لفظ در لغت به معنی واژه، کلمه، سخن و حرفی که از دهان خارج می شود، است که جمع آن الفاظ است.^۷ فحوی در لغت به معنی مفهوم کلمه یا سخن، معنی و مضمون،^۸ مدلول و مفاد است که جمع آن فحوای است.^۹

۳. در خصوص تعریف قانون نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، فصل قانون، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

۴. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۴۰۱.

۵. همان، عبدالکریم زیدان، صص ۴۰۷ و ۴۰۸.

۶. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۵۷.

۷. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/ 1/ 2018).

۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، صص ۱۰۳۰ و ۹۰۲.

طبق نص ماده ۱ فقره ۱ ق. م احکام ق. م در مفهوم عام هم از نظر لفظ قابل تطبیق است و هم از نظر مفاد و مضمون. مثال هایی تطبیق قانون از نظر لفظ و مفاد در لابلای این کتاب خواهد آمد. به نظر می رسد قانونگذار مدنی در نص این ماده به قاضی صلاحیت تفسیر متنی (Textualism) و تفسیر قصد گرایی (Intentionalism) را می دهد. به موجب تفسیر متنی، قاضی و مفسر قانون را با توجه به لفظ و متن تفسیر می نماید. اما، به موجب تفسیر قصد گرایی، قاضی و مفسر در صدد پیدا کردن قصد قانونگذار است.

فرق این دو تفسیر این است که در تفسیر متنی قاضی و مفسر به متن توجه می نماید و با توجه به متن، قانون را تطبیق می نماید. اما، در تفسیر قصد گرایی، قاضی و مفسر به متن زیاد توجه ندارد بلکه سعی می نماید هدف و مرام قانونگذار را کشف و پیدا نماید. نص این ماده مربوط به احکام عمومی است و بر بقیه احکام ق. م قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار این است تا اول این که: از ضیاع وقت قاضی جلوگیری نماید؛ دوم این که: از متروک گذاشتن و عدم تطبیق قانون جلوگیری به عمل آورد؛ سوم این که: از ضیاع وقت مدعی و مدعی علیه جلوگیری به عمل آورد؛ و چهارم این که: از نقص حکم قاضی در محاکم فوقانی جلوگیری به عمل آورد. زیرا، مطابق ماده ۱۳۰ ق. م ۱۳۸۲ که امروزه مورد پذیرش دولت طالبان نیست و ماده ۱ ق. م قاضی در قدم نخست مکلف به تطبیق نصوص یا احکام قوانین است و پنجم این که: به نص قانون در برابر اجتهاد ارجحیت بدهد، ششم این که قاضی در نظام حقوقی افغانستان قانونگذار نیست، بلکه مطابق اصل تفکیک قواء مکلف به حل و فصل قضایا مطابق قوانین مصوب شورای ملی است.

بنابراین، نص این ماده مانع قانونگذاری از سوی قاضی می شود. در این خصوص برخی نویسندگان بر این نظر اند که: «این مبدأ در قوانین وضعی نیز معتبر بوده و تصریح شده است که هرگاه نص قانون وجود داشته باشد، قضات نمی توانند در احکام و فیصله های خویش برخلاف آن دست به اجتهاد بزنند، زیرا وظیفه قضات تشریح و قانونگذاری نیست بلکه تطبیق قوانین است.»^{۱۰}

مبحث دوم) مراجعه به فقه در صورت عدم موجودیت قوانین

وفق ماده ۱ فقره دوم ق. م: «(۲) در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق به اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می نماید که عدالت را به بهترین وجه ممکن آن تأمین نماید.» نص این ماده مربوط به احکام عمومی است و بر بقیه احکام ق. م قابل تطبیق است. طبق نص این ماده در صورتی که حکم قانون موجود نباشد، قاضی در قضایای مدنی مکلف به صدور حکم مطابق اساسات کلی فقه حنفی است مانند تملک لقطه، لعان، ظهار، ایلاء و نظیر اینها که در خصوص این مسایل قوانین افغانستان مسکوت است. مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت وجود حکم قانون قاضی نباید به فقه مراجعه نماید بلکه اول باید حکم قانون را تطبیق نماید. پرسش این است که منظور از اساسات کلی فقه حنفی در ماده ۱ فقره دوم ق. م چیست؟

9. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/ 1/ 2018).

۱۰. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۵۷.

در پاسخ به این پرسش برخی با توجه به مفهوم لغوی اساسات که جمع اساس است و در لغت به معنی بنیاد، پایه، اصل و شالوده^{۱۱} است، بر این نظر اند که: عبارت «اساسات کلی فقه حنفی» به معنی اصول فقه است. این نظر ناقص به نظر می‌رسد. زیرا، اصول فقه مرکب از دو کلمه است: اصول و فقه. اصول جمع اصل است و اصل به معنای هر چیزی است که بتوان چیز را بر آن مبتنی ساخت یا دیگر چیزها به آن نیاز داشته باشد. همچنین، اصل در لغت به معنی بیخ، ریشه، علت، سبب، پدر، تبار، سرچشمه و اساس است.^{۱۲}

فقه در لغت به معنی فهمیدن است و در اصطلاح فقه به نظر امام ابو حنیفه رحمته: عبارت است از معرفت انسان تمام حقوق و تکالیف خویش را.^{۱۳} و به نظر امام شافعی رحمته: فقه عبارت از: علم به احکام شرعی عملی است که از ادله تفصیله گرفته شده است.^{۱۴} و^{۱۵} اما، اصول فقه عبارت از: قواعدی است که با آنها احکام شرعی از دلیل های تفصیلی آنها گرفته می‌شود. پس، اصول فقه فن استنباط احکام از ادله تفصیلیه است. در صورت مسکوت بودن قوانین قضات باید مطابق ق. م «اساسات کلی فقه حنفی» را جهت حل و فصل دعاوی مدنی تطبیق نمایند، نه «اصول فقه» را که مربوط به فن قواعد استنباط احکام از ادله تفصیلیه می‌گردد. بنابراین، این دیدگاه توجیه پذیر نیست و محل انتقاد است. برخی دیگر بر این نظر اند که: منظور از «اساسات کلی فقه حنفی» «قواعد کلیه فقهی» است، مانند: قاعده لاضرر و لاضرار و امثال آن که اکثر این قواعد در مجله الاحکام و برخی نیز در ق. م پیش بینی گردیده است.

این نظر نیز محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، حقوق مدنی شامل مسایل بی نهایت وسیع و مغلق مانند: تطبیق قانون از حیث زمان و مکان، اهلیت، اشخاص، فامیل، اموال، تعهدات، ارث و غیره می‌شود و مراجعه قاضی به قواعد کلیه فقهی در صورت مسکوت بودن قوانین نمی‌تواند مشکل را به تنهایی حل نماید. بنابراین، قواعد کلیه فقهی جوابگوی همه نیازمندی ها جهت حل و فصل دعاوی مدنی نیست. برخی دیگر بر این نظر اند که منظور از اساسات کلی فقه حنفی قرآن، حدیث، اجماع و قیاس است. این نظر نیز محل ایراد به نظر می‌رسد زیرا به قرآن، حدیث، اجماع و قیاس منابع تشریح و یا ادله احکام می‌گویند نه اساسات. تا آنجا که مؤلف تحقیق نموده است عبارت «اساسات کلی فقه حنفی» وجود ندارد و به نظر می‌رسد که این اصطلاح غیرمتداول ابداع نویسندگان ق. م است اما اساسات دین وجود دارد.

11. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳/۱۶/۲۰۱۶)

۱۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۱۲-۳۱۶؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، صص ۴۲۱.

۱۳. «معرفة النفس ما لها و ما علیها».

۱۴. «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصیلیة».

۱۵. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۱۹-۲۳؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹-۱۱؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۱)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۹؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۵۴-۵۷.

بسیاری از علمای عقیده و کلام بر این نظر اند که به اساسات دین اصول دین نیز می گویند. اصول دین، اصطلاح کلامی است و بر مجموعه از باورهای اطلاق می شود که اساس دین را تشکیل می دهد. دین اسلام مرکب از بخش است:

(۱) بخش عقیده ای و نظری که اساس و بنیاد دین است.

(۲) احکام عملی که برآمده از عقاید است.

معمولاً بخش اعتقادی را اصول دین و احکام عملی را فروع دین می گویند. بنابراین، اصول مربوط به اعتقادات و فروع مربوط به احکام است. در مذهب اهل سنت توحید، نبوت و معاد و در مذهب اهل تشیع علاوه بر این سه امامت و عدل از اصول دین اند.^{۱۶}

با توجه به این که در مذهب حنفی تا آنجا که مؤلف تحقیق کرده است مقاله یا رساله یا اثری زیر عنوان اساسات کلی فقه حنفی وجود ندارد به نظر می رسد اساسات فقه حنفی همان اساسات دین است. با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که اساسات دین در عین حال اساسات کلی فقه حنفی نیز است. در این صورت و با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که در صورت سکوت قوانین اساسات دین که عبارت از معاد، توحید و نبوت است در حل و فصل قضایا قابل تطبیق نیست، زیرا معاد، نبوت و توحید احکام نیست. به نظر می رسد منظور از عبارت «اساسات کلی فقه حنفی»، «احکام فقه حنفی» است.

این فرضیه که مبتنی بر تفسیر مبتنی بر عمل (Pragmatism) است موجب رهایی تطبیق کننده ق. م را از سرگردانی می گردد. زیرا، در عمل قضات در صورت سکوت قوانین به فقه مراجعه می کنند. مراجعه قاضی به احکام فقه حنفی نیز منوط بر تأمین عدالت است، زیرا قانونگذار مدنی از «تأمین عدالت به بهترین وجه آن» در این ماده سخن می گوید. به حیث مثال، اگر احمد در محکمه ابتدائیه شهری کابل قاضی باشد و دعوی در خصوص شرایط صحت عقد ازدواج، تفسیر قرارداد، تقسیم ترکه، تقسیم ملکیت و نظیر اینها که در خصوص آنها در ق. م حکم وجود دارد، اقامه شود احمد مکلف است حکم قانون را تطبیق نماید. اما، در صورتی که یک قضیه در خصوص مال لقطه، ایلاء و نظیر اینها وجود داشته باشد که در این موارد ق. م مسکوت است، احمد می تواند احکام فقه حنفی را تطبیق نماید. نص این ماده را باید در ساحه حقوق مدنی تطبیق نمود و به سایر ساحات، به حیث مثال، جزایی و نظیر آن تسری نداد زیرا تسری این قاعده بر احکام جزایی مخالف اصل قانونیت جرایم و مجازات ها است و موجب استبداد قاضی می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اولویت دادن به قوانین به عنوان اولین منبع حقوق مدنی در رسیدگی به قضایای مدنی است.

مبحث سوم) مراجعه به عرف و عادات عمومی

طبق ماده ۲ ق. م: «در مواردی که حکمی در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام

قانون یا اساسات عدالت نباشد.» نص این ماده مربوط احکام عمومی است و بر بقیه مواد ق. م قابل تطبیق است. تعریف حکم، قانون و اساسات کلی فقه حنفی در بالا گذشت. در خارج از علم حقوق به عرف و عادات رسم و رواج هم می گویند. اما، در علم حقوق عبارت عرف و عادات بیشتر استعمال می شود. رسم در لغت به معنی طریق، آیین، روش، قاعده، قانون و عادت است که جمع آن رسوم است.^{۱۷} رواج در لغت به معنی روا شدن، روایی یافتن و روان و در جریان بودن است. همچنین، رواج به معنی روا و روایی است.^{۱۸} عادت در لغت به معنی خوی، آنچه که به آن خوی بگیرند، کاری که انسان به آن خوی بگیرد و در وقت معین انجام دهد است که جمع آن عادات است.^{۱۹} عرف در لغت به معنی خوی و عادت است.^{۲۰}

برخی بر این نظر اند که عرف عبارت از هنجار یا قاعده رفتاری است که توسط جامعه به رسمیت شناخته شده است.^{۲۱} در مفهوم وسیع تر: در اصطلاح حقوقی عرف عبارت از اعمال و اموری است که مردم انجام می دهند، بقیه افراد اعتراض نمی نمایند و پس از تأیید و تکرار در اثر اجراء مردم به الزام آور بودن آن اعتقاد پیدا می نمایند. پس عرف مجموعه اموری است که از بطن جامعه برخاسته و در اثر اجرای آگاهانه توسط مردم به صورت متداوم به قاعده تبدیل گردیده بدون آنکه قانونگذار در ایجاد آن مداخله کرده باشد.

از تعریف فوق به خوبی بر می آید که عرف و عادات دارای دو رکن است: اول: اجرای عرف توسط مردم به صورت آگاهانه به صورت متداوم. پرسش این است که چند بار یک امر باید انجام شود تا عرف به وجود بی یابد؟ در پاسخ به این پرسش معمولاً حقوقدانان سکوت اختیار می نمایند. آنچه مسلم است این است که یک امر باید تکرار شود تا عرف به وجود بی یابد، زیرا در حقوق یک اصل کلی وجود دارد که تصریح می نماید با یک بار انجام شدن عمل عرف به وجود نمی آید. عنصر دوم اعتقاد مردم مبنی بر الزام آور بودن عرف است. به عنصر اول عنصر مادی و به عنصر دوم عنصر معنوی می گویند. در فقه عرف عبارت از آن چیزی است که جامعه به آن مأنوس باشد و به آن عادت و خوی نموده در حیات خود به آن گامزن باشد چه قول باشد چه فعل. نزد فقهاء «عرف» و عادت يك معنا دارند. به همین دلیل می گویند: «هذا ثابت بالعرف و عادت».

«این چیز ثابت از روی عرف و عادت است.»

عرف به گونه ای که از تعریف آن واضح است گاه قولی یا عملی می باشد و گاه عام و خاص. عرف با این همه انواع صحیح و فاسد می باشد:

۱۷. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۶۵۱.

۱۸. همان، حسین عمید، ص ۶۶۳.

۱۹. همان، حسن عمید، ص ۸۵۴.

۲۰. همان، حسن عمید، ص ۸۶۲.

21. Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transctions, first edi, Malaysia: center for reasch and training, p. 31.

۱- **عرف عملی:** عرف عملی آن است که مردم به انجام آن عادت کرده باشند مانند: فروش به داد و گرفت یا تقسیم مهر به مؤجل و معجل، داخل شدن به حمام ها، گرمابه های عمومی بدون معین ساختن مدت مکث و درنگ در آن و بدون تعیین مصرف شدن آب.

۲- **عرف قولی:** عرف قولی آن است که مردم در گفتار شان به آن تعارف داشته باشند و آنکه مقصود شان در آن يك معنای معین غیر از معنای موضوع له باشد مانند: تعارف شان به اطلاق لفظ ولد بر مذکر بدون مؤنث یا اطلاق اسم لحم (گوشت) بر غیر گوشت ماهی یا اطلاق اسم دابه (جنبنده) بر حیوانات که چهارپای اند با آنکه این لفظ در اصل وضعش اسم هر آن چیزی است که در زمین حرکت داشته باشد.

۳- **عرف عام و خاص:** عرف عملی و قولی گاه عام می باشد در صورت شایع شدن و فاش شدنش در تمام کشور های اسلامی و گاه خاص به آنکه شیوع آن در يك منطقه بدون منطقه دیگر یا شیوع آن میان ارباب يك حرفه معین با صنعت معین خاص بوده باشد. از جمله عرف عملی خاص: در عراق و افغانستان تقسیم مهر به مؤجل و معجل. از جمله عرف قولی عام اطلاق لفظ دابه: بر چهار پایان است که آن را بر انسان اطلاق نمی کنند و همچنین تعارف شان بر استعمال لفظ طلاق بر ازاله رابطه زوجیت (زنا شوهری) و از جمله عرف قولی خاص الفاظ اصطلاحی اهل علوم و صاحبان حرفه و صنعت ها است که مقصود شان در وقت اطلاق معانی اصطلاحی بدون معانی لغوی می باشد.

۴- **عرف صحیح:** عرف صحیح آن است که مخالف هیچ نص از نصوص شریعت نباشد و نه آنکه مصلحت معتبره از آن فوت شود و یا مفسده جلب شود مانند: تعارف مردم به آنچه شخص خاطب (خواستگاری کننده) به مخطوبه (نامزدش) از لباس و امثال آن تقدیم می کند که هدیه تلقی می گردد نه مهر و یا مانند: تعارف شان در وقت عقد مهر به فراخواندن اکثر مردم و تقدیم نمودن شیرینی به ایشان.

۵- **عرف فاسد:** عرف فاسد آن است که مخالف نص شارع باشد یا آنکه ضرر را جلب نموده مصلحت را دفع سازد مانند: تعارف مردم به استعمال نمودن و کارگذاری به عقد های باطل مثل: قرض خواهی به سود.^{۲۲}

از نص این ماده ۲ ق. م به خوبی استنباط می گردد که اگر قواعد قانون یا حکمی در فقه حنفی وجود نداشته باشد، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند مطابق عرف عمومی حکم نماید. بنابراین، عرف عمومی می تواند یکی از منابع حقوق مدنی را تشکیل دهد. باوجوداین، در عرف و عادات منعیث منبع ای حقوق مدنی شرط است اینکه: اولاً: عرف و عادات مخالف احکام قانون نباشد؛ ثانیاً: عرف و عادات مخالف اساسات عدالت نباشد. ثالثاً: عرف عمومی باشد.

پرسش این است که عرف مخالف احکام قانون کدام عرف ها است؟ عرف عمومی چیست؟ عدالت چیست؟ و منظور از اساسات عدالت در این ماده چیست؟ در پاسخ به پرسش اول باید گفت در خصوص عرف های مخالف احکام قانون تعریفی وجود ندارد. به نظر می رسد منظور از عرف های مخالف احکام

۲۲. جهت مطالعه بیشتر در مورد عرف و عادات در اسلام ر. ک: عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۲۳۰-۲۷۱.

قانون عرف های اند که با نصوص قوانین متعارض اند. به نظر می رسد در ساحة حقوق مدنی بد دادن دختران، محروم نمودن زنان از حق ارث و نظیر اینها از مصادیق عرف های مخالف قانون است.

در اصول فقه از چنین عرف ها، به نام عرف های فاسد یاد می نمایند و در تعریف آن می گویند: عرف فاسد آن است که مخالف نص شارع باشد یا آنکه ضرر را جلب نموده مصلحت را دفع سازد مانند: تعارف مردم به استعمال نمودن و کارگذاری به عقد های باطل مثل: قرض خواهی به سود.^{۲۳} در پاسخ به سؤال دوم برخی حقوقدانان می گویند که: عرف عام روشی است که همه یا بیشتر مردم در زمان و مکان زندگی و دانش و زبان و رنگ و نژاد آن را پذیرفته اند.^{۲۴}

برخی متخصصین اصول فقه در تعریف عرف عمومی می گویند: عرف عملی و قولی گاه عام می باشد در صورت شایع شدن و فاش شدنش در تمام کشور های اسلامی و گاه خاص به آنکه شیوع آن در يك منطقه بدون منطقه دیگر یا شیوع آن میان ارباب يك حرفه معین با صنعت معین خاص بوده باشد.^{۲۵}

با توجه به تعریف عرف عام به نظر می رسد پیدا کردن مصادیق عرف عام در افغانستان بسیار مشکل به نظر می رسد، زیرا نخست این که عرف ها معمولاً بدون نیستند تا قضات آن ها را فرا گیرند؛ دوم این که در افغانستان اقوام مختلف زندگی می نمایند و عرف و عادات این اقوام از یک ولایت تا ولایت دیگر متفاوت است و بنابراین مردم هر ولایت تقریباً تابع عرف و عادات خاص اند. سوم این که قانونگذار مدنی به قضات اجازه نمی دهد به عرف های خاص استناد نمایند. لذا، ماده ۲ ق. م ساحة عرف و عادات و استناد به عرف و عادات را بسیار محدود ساخته است و قضات نمی توانند به عرف های خاص استناد نمایند که محل ایراد به نظر می رسد.

در پاسخ به سؤال سوم باید که گفت عدالت در لغت به معنی دادگری، تعادل، انصاف داشتن و عادل بودن، انصاف و برابری است.^{۲۶} در اصطلاح تعاریف متعدد راجع به عدالت وجود دارد. از نظر ارسطو عدالت به معنای عام شامل تمام فضایل است، زیرا هر کس به کار ناشایست ای دست زند ستم کرده است. او می گوید: فضیلت انسان به دو آفت بزرگ افراط و تفریط گرفتار است که باید از هر دو پرهیز کرد و میانه روی و اعتدال را در پیش گرفت. ارسطو عدالت را به معنی خاص برابر داشتن اشیاء و اشخاص می داند و می گوید: «عدالت آن است که بر هر کس آنچه را که حق او است داد.» ارسطو سپس عدالت را به عدالت معاوضی و توزیعی تقسیم یم کند. مقصود از عدالت معاوضی، تعادل میان دو عوض در معامله است به گونه ای که یکی از دو طرف قرارداد نتواند به بهای فقر دیگری ثروتمند شود یا هر دو عوض را به دست آورد. اما، عدالت توزیعی مربوط به تقسیم ثروت و مناصب اجتماعی است و ناظر بر زندگی عمومی

۲۳ . جهت مطالعه بیشتر در مورد عرف و عادات در اسلام ر. ک: همان، عبدالکریم زیدان، صص ۲۳۰-۲۷۱.

۲۴ . سید محمد تقی علوی (۱۳۸۳). عرف و عادات در حقوق اسلام و ایران، چاپ اول، مؤسسه تحقیقاتی علوم اسلامی- انسانی دانشگاه تبریز، ص ۳۸.

۲۵ . جهت مطالعه بیشتر در مورد عرف و عادات در اسلام ر. ک: عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۲۳۰-۲۷۱.

26. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶)

و نقش دولت است. سیسرون در تعریف عدالت می گوید: «عدالت آن است که باید هر کس آنچه را سزاوار است داد مشروط بر این که به منافع عمومی زیان نرسد.» اگوستین: «عدالت را مبتنی بر عشق بر خیر اعلی یا خدا می داند.»^{۲۷}

در پاسخ به سؤال چهارم باید گفت که قید اساسات عدالت در ماده ۲ ق. م بی فایده به نظر می رسد. زیرا، خود عدالت یک مفهوم فلسفی است و در مورد آن تعریف واحدی وجود ندارد. پس، زمانی که نتوان خود عدالت را که مفهوم فلسفی است تعریف نمود، چگونه می توان مصادیق اساسات را آن تعیین نمود. آنچه در ماده ۲ قانون مدنی مصر پیش بینی شده است مناسب تر از ماده ۱ ق. م به نظر می رسد. زیرا، مفهوم حقوق طبیعی به رغم پیچیدگی های آن واضح تر و روشن تر از اساسات عدالت است. ماده ۱ قانون مدنی مصر در این باره می گوید: «۱- احکام قانون از حیث لفظ و مضمون بر کلیه موضوعات مشمول حاکمند؛ ۲- در صورت نبود قانون قابل اجراء، قاضی به اقتضای عرف و در صورت نبود عرف به اقتضای اصول شریعت اسلامی و در صورت نبودن چنین اصولی، به اقتضای حقوق طبیعی و قواعد عدالت حکم صادر خواهد کرد.»^{۲۸}

از آنچه گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

۱) در ماده ۲ ق. م برخی منابع استناد حکم شناسایی شده است. این منابع عبارت اند از قانون، احکام فقه حنفی و عرف عمومی. باوجوداین، در این ماده برخی منابع دیگر حقوق مدنی که قاضی می تواند در صدور حکم به آنها استناد نماید، مانند اصول کلی حقوق و رویه قضایی مغفول مانده است در حالی که طبق رویه های عملی اصول کلی حقوق و رویه قضایی منابع مهم دیگری اند که قاضی می تواند در صدور حکم به آنها استناد نماید.

۲) قانونگذار مدنی سلسله مراتب میان منابع حقوق مدنی را معین نموده است که عبارت اند از: قانون، در صورت نبود قانون، احکام فقه حنفی و در صورت مسکوت بودن اساسات کلی فقه حنفی عرف عمومی. منتها، در استناد به عرف شرط است که عرف مخالف احکام قانون و اساسات عدالت نباشد و عرف عمومی باشد. ماده ۱ و ۲ ق. م. ۱ با برخی تفاوت ها متأثر از ماده ۱ ق. م. ج. م است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده های ۱ و ۲ ق. م شناسایی منابع حل و فصل دعاوی مدنی و سلسله مراتب میان این منابع برای قضات است. در خصوص این ماده مصوبه ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱):

(عرف عمومی) مندرج ماده (۲) قانون مدنی توضیح شود که عرف یک ولسوالی یا یک ولایت است.

۲۷. حفیظ الله زکی (۱۳۸۴). گفتمان عدالت در اسلام و مکاتب دیگر، ماهنامه عدالت، شماره بیست و هفتم،

صص ۶۳-۶۶.

۲۸. محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۱۵.

منظور از عرف عمومی مندرج ماده (۲) عرفی است که محدود به یک صنف و محل نمی باشد و اکثریت مردم منطقه آن را تأیید می کنند. اگر در پهلوی مطلب فوق مواد (۷۲۱-۷۲۲) قانون مدنی مطالعه گردد مفهوم عرف عمومی واضح می شود.

عرف به معنی روش مستمر قوم یا مردم محیط است که در معاملات از آن پیروی می نمایند و آن را عادت هم می نامند. در اصطلاح فقها از عرف عام و عرف خاص تذکر داده شده است. در تحقق مفهوم عرف دو روش موجود است. یکی آن است که یک عمل در تعامل همه مردم شایع و قبول شده باشد و دیگر آن که چنین تعریف گردیده که اکثر مردم آن را قبول نموده باشد اولی عرف شایع و دومی عرف عام نامیده می شود. عرف خاص عبارت از عرف متداول در محل معین و یا متداول بین صنف و دسته معین می باشد.^{۲۹}

مبحث چهارم) الغای قانون

طبق ماده ۳ فقره ۱ ق. م: «آنچه به زمان ثابت می گردد تا وقتی که دلیل مخالف آن موجود نشود، مدار اعتبار شناخته می شود.» حکم این ماده از ماده ۱۰ مجله الاحکام گرفته شده است که حکم می نماید: «ما ثبت بزمان یُحکم ببقائه ما لم یقم الدلیل علی خلافه، فإذا ثبت بزمان ملک شیء لأحد یحکم ببقاء الملك له ما لم یوجد ما یزیله.»

«آنچه به زمان ثابت شود تا وقتی که به خلاف آن دلیلی به اثبات نرسد، حکم به بقای آن می شود. مثلاً: اگر ملکیت چیزی برای شخصی در زمانی ثابت شود، تا وقتی که دلیلی بر زوال ملکیت پیدا نشود، حکم به بقای آن می شود.»

معنای این قاعده این است که وجود یک شی در گذشته بنابر استصحاب الحال باقی فرض می شود خواه ثبوت آن در زمان گذشته به وسیله شاهد باشد یا اقرار مدعی علیه. پس، حالت ماضی (گذشته) شی را اصل قرار داده و طبق آن حکم می شود تا زمانی که دلیلی برخلاف آن موجود شود. در صورتی که عکس آن به وجود بی آید، اصل باطل گردیده و عمل به خلاف آن می شود.^{۳۰}

طبق ماده ۳ فقره اول ق. م هرگاه ملک برای کسی در زمانی ثابت شود، تا زمانی که دلیلی مبنی بر زوال آن پیدا نشود، حکم به بقای آن ملک می شود. بنابراین، وجود یک پدیده در گذشته مقتضی بقای آن نیست. زیرا، بقاء عبارت است از استمرار وجود. باوجوداین، هرگاه چیزی که وجود آن در یک زمان به اثبات رسید، تا دلیل قاطع به عدم آن به اثبات نرسد به استناد استصحاب حال باقی شمرده می شود. زیرا، اصل این است که هر چیزی که بوده، به همان کیفیتی که بوده باقی گذاشته می شود. بنابراین، اگر چیزی در گذشته باقی بوده باشد، حال هم به گذشته قیاس می شود. بنابراین، هرگاه شخصی مثلاً مالک چشمه

۲۹. محمد عثمان ژوبل (____). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، ص ۵۰۰.

۳۰. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۴۷.

ای در گذشته بوده، حال هم حکم به ملکیت او می شود، مگر اینکه دلیلی به وجود آید که حکم گذشته را خلاف آن ثابت نماید. برخی مثال های عملی این قاعده قرار ذیل است:

(۱) وقتی ملکیت مال برای شخص ثابت شود، به بقای ملک برای این شخص حکم می شود مگر این که خلاف آن توسط مدعی ثابت گردد.

(۲) هرگاه شخصی دینی را بر ذمه شخص زنده یا متوفی ادعا کند و شاهدان نیز به نفع او گواهی دهند، در این صورت به ثبوت دین بر ذمه این شخص حکم می شود، مگر این که خلاف آن ثابت شود.^{۳۱} طبق ماده ۳ فقره ۲ ق. م: (۲) الغای حکم قانون جز توسط قانون بعدی که صراحتاً به الغا یا تعدیل آن حکم نماید، صورت گرفته نمی تواند.». تسجیل این فقره در قسمت اول مبحث اول ق. م که مربوط به ساحه تطبیق ق. م است محل ایراد به نظر می رسد، زیرا محل مناسب این ماده در قسمت اول مبحث دوم که مربوط به تطبیق قانون از حیث زمان می شود است.

به هر حال، طبق این ماده در صورتی که قانون نافذ گردد، این قانون تا زمانی که توسط قانون دیگر ملغی یا تعدیل نگردد، همچنان نافذ و مرعی الاجراء است. به نظر می رسد می توان عبارت «قانون» در نص این ماده را تفسیر موسع نمود و نتیجه گرفته که قانون در نص این ماده در مفهوم عام استعمال شده است که بحث آن در بالا گذشت.

همچنین، در این ماده صرف از الغای صریح قانون توسط قانون جدید نام برده شده است در حالی که الغای ضمنی قانون سابق توسط قانون جدید نیز امکان دارد قانون سابق را از اعتبار و نافذ بودن بی اندازد. بنابراین، نص ماده ۳ ق. م از این جهت محل ایراد است. الغا از ریشه «لغو» گرفته شده است که در لغت به معنی باطل کردن و لغو کردن است.^{۳۲} در اصطلاح حقوق مدنی، به از اثر انداختن تصرف الغی می گویند. همچنین، الغا باطل و بی اعتبار ساختن یک قانون توسط قانون دیگر است. ماده ۲ جزء ۱۰ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف الغا می گوید: «ساقط ساختن اعتبار بعضی از احکام سند تقنینی نافذ یا ساقط ساختن اعتبار کل آن می باشد.». تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.^{۳۳} همچنین، تعدیل به معنی راست کردن، معتدل کردن، تقسیم کردن از روی عدالت، دو چیز را با هم برابر کردن و هم وزن کردن است.^{۳۴}

به نظر می رسد تعدیل در حوزه قانونگذاری در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح بازنگاری استعمال می شود. ماده ۲ جزء ۷ مقرر طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی در تعریف تعدیل می گوید: «تعدیل تغییر حکم سند تقنینی نافذ از نظر شکل، محتوی یا هر دو می باشد.». اما، ماده ۳ جزء ۲۵ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف تعدیل می گوید: «تعدیل تغییر حکم، احکام، کم و

۳۱. همان، داد محمد نذیر، ص ۴۸.

۳۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۶۲.

۳۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۰۳.

34. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶).

زیاد کردن حروف، کلمات، جملات و اعداد در سند تقنینی نافذ و یا طرح قانون حین تصویب در شورای ملی است که شکل، محتوی یا هر دو را دست خوش تغییر می نماید.»

به نظر می رسد فرق تعدیل با الغا این است که نسخ از بین بردن کامل یک قانون و جایگزین شدن قانون دیگر به عوض آن است، اما تعدیل در برخی از مواد قانون صورت می گیرد. مثال الغای ضمنی ماده ۱۶۲ قانون اساسی ۱۳۸۲ است که قوانین مخالف آن را به صورت ضمنی لغو کرد و مثال الغای صریح الغای قانون ازدواج توسط قانون مدنی است. از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که عمر مجازی قانون با انفاذ آن شروع می شود و با الغای ضمنی یا صریح پایان می پذیرد. اگر قانون به صورت صریح یا ضمنی الغا نشود اما در اثر مرور زمان اصلاً موضوعیت خویش را از دست بدهد و تطبیق نشود، این قانون را متروک می گویند نه ملغی.

فصل دوم: استعمال حق

نویسندگان ق. م در جلد اول فصل اول، قسمت اول، مبحث دوم مواد ۳ الی ۹ قواعد معین را با اقتباس از فقه و مجله الاحکام در مورد استعمال حق وضع نموده اند. به نظر می رسد علت پیش بینی این احکام در باب تمهیدی به این دلیل است که این احکام بر بقیه احکام ق. م قابل تطبیق اند زیرا این احکام، احکام عمومی اند.

مبحث اول) قاعده اول

۱) طبق ماده ۴ ق. م: «شخصی که به اکتساب حق قبل از موعدهش مبادرت ورزد، به حرمان از آن محکوم می گردد.» حکم این ماده ترجمه ماده ۹۹ مجله الاحکام و قاعده ای فقهی است که حکم می نماید:

«من استعجل شیئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.»

«شخصی که در اکتساب شی قبل از موعده آن شتاب نماید، به حرمان از آن معاقبه می شود.»

اکتساب به معنی به دست آوردن و حاصل کردن است.^{۳۵} حرمان در لغت به معنی بازداشتن، منع کردن، بی بهره کردن، بی روزی کردن، بی بهره ماندن و بی بهره گی و نومیدی است.^{۳۶} حق که جمع آن حقوق است مصدر است و در لغت دارای معنی های متعدد است. چنانچه حق در لغت عرب به معنی تصدیق آمده است، چنانچه اعراب می گویند: حَقَّقَهُ، یعنی: او را تصدیق کرد. حق همچنین به معنی سلطه، مکت (قدرت، نیرو، توانایی و توانگری)، اسمی از اسماء خداوند ﷻ و به قول برخی صفتی از

۳۵. در مورد اسباب کسب ملکیت ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی،

چاپ هشتم، کابل: انتشارات سعید، صص ۷۷-۸۰.

۳۶. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۲۱.

صفات خداوند عز وجل، یقین، راستی، درستی، حقیقت، مزد، سزاواری و شایستگی است.^{۳۷} علاوه بر این برخی از معانی دیگر در لغت نامه دهخدا برای حق ذکر شده است، از جمله: راست کردن سخن، درست کردن وعده، یقین نمودن، ثابت شدن، غلبه کردن به حق و موجود ثابت. فرهنگ المنجد نیز برای واژه «حق» چند معنای دیگر ذکر می کند که برخی از آن از این قرار است: مال و ملک و سزاوار. به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی حق عبارت از امتیاز، سلط و نفعی است که توسط شرع، حقوق و طبیعت برای شخص حقیقی و حکمی نسبت به اشیاء، اشخاص دیگر و اجتماع اعطاء گردیده و نیز مورد حمایت قرار گرفته است. این تعریف که منبع آن شرع، حقوق و طبیعت است، هم شامل حق عینی، مانند: سلطه شخص بر شی، هم شامل حقوق شخصی، مانند: رابطه داین با مدیون و نیز سایر حقوقی که شخص در اجتماع دارد، مانند: حق اساسی، از قبیل رأی دادن، انتخاب شدن، حق کار و حق تمتع از خدمات عامه و غیره می گردد.^{۳۸}

این قاعده سیاست شرعی - قانونی را از طریق سد ذرایع بیان می نماید. معنای این قاعده این است که شخصی که به خاطر به دست آوردن چیزی قبل از موعدی که شرع - حقوق برای آن تعیین کرده است، از عجله کار بگیرد به محروم کردن از منفعتی که برای حصول آن عجله می نماید مجازات می گردد. زیرا، او با این کار خویش بر احکام شرع - حقوق اعتدی و تجاوز نموده است.^{۳۹} به حیث مثال، استحقاق میراث و وصیت از نظر شرع بعد از وفات مورث و موصی محقق می شود. اما، اگر وارث و موصی له بدون حق، مورث و موصی خود را بکشند، هر دو از میراث و وصیت محروم می شوند.^{۴۰}

۳۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۳۸؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۷؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۹؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۳؛ حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۲۶؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۷). حقوق و تکالیف زن در اسلام، مترجم: سهیلا رستمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۲۵؛ محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۳۹۹؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۲۲۲.

۳۸. جهت مطالعه سایر تعاریف حق ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). مبادئ حقوق، بخش دوم، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

۳۹. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۳۲۲.

۴۰. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعدة فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۶۹ و ۷۰.

مبحث دوم) قاعدهٔ دوم

طبق مادهٔ ۵ ق. م: «حالت اضطرار، موجب ابطال حق غیر نمی گردد.» حکم این ماده از قاعده ای فقهی ذیل گرفته شده است:

«الاضطرار لا یبطل حق الغیر.»

«حالت اضطرار موجب ابطال حق غیر نمی گردد.»

این قاعده در مادهٔ ۳۳ مجلهٔ الاحکام نیز پیش بینی شده است. این ماده می گوید:
«الأضطرار لا یبطل حق الغیر، یتفرع علی هذه القاعدة أنه لو أضطر إنسان من الجوع فأکل طعام آخر، یضمن قیمته.»

«حالت اضطرار موجب ابطال حق غیر نمی گردد. از این قاعده متفرع می شد که اگر انسان در معرض گرسنگی قرار بگیرد و طعام شخص دیگری را بخورد، جبران خسارت آن را باید بپردازد.»
اضطرار به معنای ناچار شدن، ناگزیر شدن، چاره ای نداشتن، بی چاره شدن و بی پناه ماندن است. و اصطلاح فقهی اضطرار عبارت از اوضاع و احوالی است که شخص در آن ناگزیر به انجام یا ترک کاری می شود که گاه آن کار حرام است.^{۴۱} ابطال از ریشهٔ «بطل» گرفته شده است که در لغت به معنی باطل کردن است.

طبق این قاعده، هرگاه شخص در حالت اضطرار قرار بگیرد و مثلاً: برای نجات از مال غیر بدون اجازه وی استفاده نماید، باید جبران خسارت آن طبق مادهٔ ۵ ق. م و قاعدهٔ مزبور بپردازد.^{۴۲} زیرا، حالت اضطرار عذر پنداشته شده و صرف می تواند جزاء را ساقط نماید و از مجازات تجاوز بر ملک غیر جلوگیری نماید و مانع خسارت نیست. بنابراین، وقتی شخصی ناگزیر شود برای جلوگیری از مرگش مواد ارتزاقی دیگری را بخورد، دزد پنداشته نمی شود، اما مکلف است قیمت آن را پرداخت نماید.^{۴۳} به حیث مثال، اگر احمد از فرط گرسنگی در معرض هلاکت قرار داشته باشد و غذای محمود را بخورد مسؤولیت جزایی ندارد اما مسؤولیت مدنی ندارد و باید جبران خسارت را بپردازد.

مبحث سوم) قاعدهٔ سوم

طبق مادهٔ ۶ ق. م: «ضرر توسط عمل بالمثل، از بین برده نمی شود.» حکم این ماده ترجمهٔ مادهٔ ۲۵ مجلهٔ الاحکام است که حکم می نماید:

«الضرر لا یزال بمثله.»

«ضرر با ارتکاب ضرر مثل آن از بین برده نمی شود.»

۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳۴.

۴۲. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۵۷.

۴۳. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعدهٔ فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۴۸.

طبق مواد مزبور ضرر با آنکه واجب الازاله باشد یا ازاله و از بین بردن آن بدون ضرر دیگر صورت گرفته تواند و از بین بردن ضرر موجب ایجاد ضرر دیگر گردد، ضرر جدید باید از ضرر قبلی خفیف تر باشد، چنانکه در ماده ۲۷ مجله الاحکام نیز تصریح گردیده است. بنابراین، هرگاه انسانی مورد تهدید قتل واقع گردد برای اینکه انسانی بی گناه را بکشد، چنین قتلی جواز ندارد. زیرا، چنین شخصی می خواهد قتل خود را به وسیله قتلی شخص بی گناهی ازاله نماید.

همچنین، هرگاه مبیعه نزد مشتری بعد از قبض معیوب گردد و مشتری اطلاع حاصل نماید که مبیعه نزد بائع نیز دارای عیبی دیگری بوده است، نمی تواند مبیعه را به بائع رد نماید. زیرا، در چنین حالات دفع ضرر توسط عمل مثل آن صورت می گیرد. بنابراین، در چنین حالات مشتری می تواند به تناسب عیب مبیعه قیمت آن را از بائع مطالبه نماید.

همچنین، هرگاه کسی ملک دیگری را غصب نماید و بر ملک مغصوبه تعمیراتی احداث نماید که قیمت تعمیر از زمین مغصوبه بیشتر باشد، در چنین حالات، می تواند ملک مغصوبه را اکتساب و قیمت آن را به مغصوب منه پردازد.^{۴۴}

هدف از نفی عدم از بین بردن ضرر با ضرر جلوگیری و ممانعت از انتقام گیری های فردی است که مقدار ضرر را بالا می برد و جز این که دایره آن را وسیع تر بسازد، دیگر نتیجه ندارد زیرا ضرر رساندن ولو برای مقابله با ضرر باشد، مجاز نیست. به حیث مثال، کسی که مال دیگری را تلف نماید، جواز ندارد که مقابله بالمثل شود و شخصی که مال او تلف شده است، مال تالف را تلف نماید، زیرا این امر دایره ضرر را وسعت می بخشد و نتیجه هم ندارد. بنابراین، شایسته است در عوض مقابله به مثل، مرتکب و فاعل مکلف به تأدیة خسارت وارده گردد. این امر فواید متعدد دارد: نخست این که ضرر جبران می شود و دوم این که ضرر منسوب به تجاوزگر می شود و مسؤولیت را متوجه او می نماید.

از همین رو، ماده ۹۲۱ مجله الاحکام در این مورد چنین مثال می آورد که: «مظلوم نمی تواند به این سبب که بر او ظلم شده بر ظالم ظلم کند. به طور مثال اگر زید مال عمر را تلف کرد، به این سبب که عمر نیز مال وی را تلف ساخته، هر یک از ایشان تاوان تلفی را که انجام داده اند باید پردازد. همچنین اگر کسی از یک قبیله مال کسی را که از قبیله دیگری بود تلف ساخت و مظلوم مال کسی را از قبیله ظالم برای مقابله تلف گردانید، هر شخصی که اتلاف را که وارد ساخته باید تاوان بدهد. اگر کسی پول ناچلی را به بار کسی دیگر زد، کسی که پول ناچل را گرفته نباید آن را به بار کس دیگر بزند.»

به حیث مثال، اگر احمد اسپ محمود را تلف نماید جایز نیست محمود اسپ احمد را تلف نماید. زیرا، این امر دایره اتلاف را وسعت می بخشد و فایده ندارد. در عوض، احمد پس از اثبات اتلاف، باید جبران خسارت را به محمود پرداخت نماید.

مبحث چهارم) قاعده چهارم

۴۴. محمد خالد اتاسی، شرح قواعد کلیه و ضوابط عمومیه مجله الاحکام، ترجمه محمد صدیق راشد سلجوقی، صص ۶۹-۷۱.

مطابق ماده ۷ ق. م: «دفع مفسد بر جلب منافع مقدم می باشد.» حکم این ماده ترجمه ماده ۳۰ مجله الاحکام است که حکم می نماید:
 «دَرءُ المَفسِدِ اولى من جلب المنافع».
 «دفع مفسد بر جلب منافع مقدم است.»

طبق مفاد مواد مزبور هرگاه شخصی در حالتی قرار بگیرد که با ضرر و مصلحتی مواجه شود، باید دفع ضرر را نسبت به جلب منفعت مقدم بداند. به عنوان مثال، هر کس می تواند در ملک خویش هر نوع تصرف که بخواهد نماید، ولی اگر حق غیر به آن تعلق بگیرد، مالک نمی تواند آزادانه و مستقلانه در ملک خویش تصرف نماید.

پس، هرگاه در یک عمارت منزل فوقانی از شخصی و منزل تحتانی از شخص دیگری باشد هیچ یک نمی تواند بدون اذن دیگری در ملک خود طوری تصرف نماید که موجب تضییع یا ضرر یا زیان دیگری شود. زیرا، با آنکه مالک در تصرف در ملک خود آزاد است، ولی در صورتی که چنین تصرفی موجب تضییع یا ضرر غیر گردد ممنوع است.^{۴۵}

همچنین، از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که: اگر جلو فساد گرفته نشود، فساد به دیگران سرایت می کند، مانند طاعون و حریق. پس، مصلحت ایجاد می کند که این بلاها و مصیبت ها در نطفه خنثی و از بین برده شوند گرچه در از بین بردن اینها منافی از دست برود. روی همین دلیل، شرع توجه جدی در ازاله منکرات داشته است. بنابراین:

(۱) تجارت اشیای حرام مانند شراب و مواد مخدر حرام است گرچه تجارت این دو منافع اقتصادی دارد؛

(۲) مالک خانه حق ندارد به طرف خانه همسایه کلکینی باز و کشف عورت همسایه نماید گرچه کلکین برای مالک مفید باشد؛

(۳) همسایه حق ندارد در ملک خود به گونه ای تصرف نماید که به ضرر همسایه تمام شود مانند ایجاد محلی برای ساختن نوشیدنی ها یا احداث نانوایی که از بوی و دود آن همسایه ها آزار ببینند؛

(۴) طیب نادان به طبابت از انجام طبابت باید منع شود، زیرا این امر برای عموم مردم ضرر می رساند هر چند برای طیب نفع اقتصادی دارد؛ و

(۵) احتکار و زیاده روی در قیمت ها جرم شناخته می شود.^{۴۶}

مبحث پنجم) قاعده پنجم

بر حسب ماده ۸ ق. م: «جواز قانونی ضمان را نفی می کند، شخصی که از حق خود در حدود قانون استفاده می کند، مسؤول خسارات ناشی از آن نمی باشد.» نص این ماده گرفته شده از فقه و مجله الاحکام است. ماده ۹۱ مجله الاحکام است که حکم می نماید:

۴۵ . همان، محمد خالد اتاسی، صص ۷۸ و ۷۹.

۴۶ . مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۳۴ و ۳۵.

«الجواز الشرعی ینافی الضمان. مثلاً: لو حفر انسان فی ملک بئراً فوقع حیوان رجل و هلك لا یضمن حافر البئر شیئاً».

«جواز شرعی ضمان را نفی می کند. به عنوان مثال، هرگاه انسان در ملک خود چاهی حفر نماید و حیوان دیگری در آن بی افتد و هلاک گردد، حفر کننده چاه مکلف به پرداخت جبران خساره نیست.».

معنای بند اول این قاعده این است که وقتی انجام و یا عدم انجام عملی برای شخصی مشروع و مجاز باشد، بر فعل و ترک آن، ضمان مرتب نمی گردد، زیرا وقتی شریعت - حقوق انجام یا ترک فعل را جایز و مباح می داند، مسؤولیت را از عهده فاعل و تارک رفع می نماید و اگر فاعل و تارک مسؤول شناخته شوند، فعل و ترک فعل مشروع و مجاز نخواهد بود. بند دوم این ماده از نظر مفهوم و محتوا مانند بند اول و از نظر عبارت متفاوت است. بر این قاعده فروع ذیل مرتب می شود:

- هرگاه شخصی در ملک خود چاهی بکند و حیوانی دیگری در آن بی افتد و هلاک گردد، مالک چاه مکلف به پرداخت زمان به مالک حیوان نیست. زیرا، اولاً: جواز قانونی پرداخت جبران خسارت را نفی می کند و ثانیاً: شخص در حدود احکام قانون در ملک خود تصرف نموده است. ولی، هرگاه شخصی در راه عام یا در ملک دیگری چاهی حفر نماید و در آن حیوان دیگری بی افتد و هلاک گردد، چون حفر کننده از یکطرف چنین کاری را انجام داده است که مجاز نبوده است و از طرف دیگری حفر کننده، در ملک غیر خلاف قانون چاه را حفر نموده است. بنابراین، باید جبران خسارت ناشی از تلف حیوان را بپردازد.

- اگر مستأجر حیوانی را که اجاره گرفته است مطابق عرف و عادت مورد استفاده قرار بدهد و حیوان هلاک شود، ضمان بر عهده او لازم نیست، زیرا استفاده از حیوان مطابق عرف و عادت جواز دارد. اما، اگر هلاک در اثر تجاوز از عرف متعارف بوده باشد، ضمان بر مستأجر لازم می گردد.

- اگر یابنده از تسلیم لقطه برای صاحب آن بخاطر اخذ نفقه که به اجازه قاضی به لقطه نموده، امتناع ورزد، و لقطه در تصرف او هلاک شود، ضمان بر او لازم نمی گردد و مصرفی که نموده هم ساقط نمی شود. زیرا، امتناع او جواز دارد. اما، اگر بر لقطه مصرف نکرده باشد، در این صورت امتناع از تسلیمی برای مالک موجب ضمان است. از محتوی این قاعده بر می آید که قاعده متذکره مقید به این حالت است که جواز شرعی مطلق باشد و اگر جواز شرعی مقید باشد، منافی ضمان نیست. بنابراین، مضطر وقتی مال غیر را می خورد باید قیمت آن را بپردازد و اضطرار صرف او را از مجازات معاف می گرداند. در این صورت، خوردن طعام غیر برای اضطرار بخاطر دفع هلاکت، حق غیر را باطل نمی گرداند.

همچنین، کسی که زمام حیوان را به دست دارد یا بر آن سوار است از تلفاتی که در راه عام به دهن و پای وارد می کند، ضامن است. زیرا، اگرچه استفاده از راه عام شرعاً جواز دارد، اما استفاده از راه مشروط به سلامت رفتن و ضرر نرساندن به دیگران است. با این تخریح از استثنائات قاعده فوق کاسته می شود، زیرا شارحان قواعد فقهی، این دو فرع و امثال این دو را از استثنائات قاعده متذکره به حساب آورده اند. بنابراین، قاعده متذکره را این گونه ساخته اند: «الجواز الشرعی المطلق ینافی الضمان».^{۴۷}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲):

بین ماده (۵-۸) قانون مدنی تضاد وجود دارد چه در ماده (۵) ضمان پیش بینی شده و در ماده (۸) جواز قانونی ضمان را نفی کرده است.

توضیح:

میان دو ماده متذکره تضاد دیده نمی شود زیرا ماده (۵) قانون مدنی از حالت اضطرار بحث می کند مانند شخصی که در حالت مخمضه طعام دیگری را می خورد. در چنین حالت ضمان بالای آن لازم می شود و ماده (۸) قانون مدنی حالت عام را پیش بینی کرده مثلاً قانون تصرف مالکانه را به ملکیت شخصی تا جایی که به دیگران ضرر تولید نکند اجازه داده است. اگر از این ناحیه بدون دخالت مالک به اتخاذ تدابیر ضروری به دیگران ضرر می رسد مالک به پرداخت ضمان مکلف نمی باشد مانند کسی که در ملک خود چاه حفر نماید ضامن تادیه قیمت مال هلاک شده نمی باشد.^{۴۸}

مبحث ششم) قاعده ششم

طبق ماده ۹ فقره دوم ق. م: «(۱) شخصی که از حق خود تجاوز نماید، ضمان بر او لازم می گردد؛ (۲) تجاوز از حق در موارد آتی به وجود می آید:

- ۱- اعمال مخالف عرف و عادت؛
- ۲- داشتن قصد تعرض بر حق غیر؛
- ۳- جزئی بودن مصلحت شخص نسبت به ضرری که به غیر وارد می سازد؛ و
- ۴- غیر مجاز بودن مصلحت.»

قانونگذار مدنی افغانستان مانند قانونگذار مدنی مصر این ماده را در باب مقدماتی ق. م تسجیل نموده است تا بتواند به عنوان قواعد عمومی در تمام حوزه های حقوق مدنی مورد استفاده قرار بگیرد. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

(۱) طبق فقره ۱ ماده ۹ ق. م شخصی که از حق خود تجاوز نماید، ضمان بر وی لازم می گردد. تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۴۹} به نظر می در اصطلاح حقوقی تجاوز نقض حق دیگران است. ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن است. همچنین، ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است. در اصطلاح فقها تعاریف مختلف برای ضمان ارایه کرده اند: غزالی ضمان را به عنوان «وجوب استرداد چیزی یا ادای بدل آن اعم از مثل یا قیمت تعریف کرده است.» ماده ۴۱۶ مجله الاحکام آن را این گونه تعریف کرده است: «ضمان دادن مثل چیزی است در صورتی مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن.» این دو تعریف بیشتر ناظر بر فعل مضر

۴۸. محمد عثمان ژوبل (_____). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، ص ۵۰۱.

(آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) 49. <https://www.vajehyab.com>

بر اموال است و به نظر نمی رسد که شامل ضمان فعل مضر بر نفس گردد و بنابراین از جامعیت لازم برخوردار نیست. شوکانی ضمان را به عنوان «پرداخت تاوان مال تلف شده» تعریف کرده است. این تعریف نیز جامع به نظر می رسد، زیرا صرف ناظر بر پرداخت ضمان مال است. ° در حقوق مدنی افغانستان ضمان مترادف جبران خسارت است. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

۱- اگر احمد محمود را به قتل برساند، باید جبران خسارت (دیه) را به ورثه محمود پرداخت نماید.
۲- اگر احمد محمود را معجروح یا مضروب نماید، باید جبران خسارت جرح و ضرب را به محمود پرداخت نماید.

۳- اگر احمد خانه محمود را غصب نماید، باید جبران خسارت (رد خانه و در صورت از بین رفتن جبران خسارت) را به محمود پرداخت نماید.

۴- اگر احمد کامپیوتر محمود را بشکند، باید جبران خسارت آن را به محمود پرداخت نماید.
هدف قانونگذار مدنی در نص فقره ۱ ماده ۹ ق. م بیان اثر تجاوز حق است.
۲) قانونگذار مدنی در فقره ۱ ماده ۹ ق. م موارد تجاوز از حق حصر شده است. طبق فقره دوم ماده ۹ ق. م تجاوز از حق در موارد ذیل متحقق می گردد:

۱- **اعمال مخالف عرف:** این بند در ماده ۵ ق. م. ج. م پیش بینی نشده است. اما طبق جزء اول ماده ۹ فقره دوم ق. م یکی از معیار های تجاوز از حق انجام دادن اعمال خلاف عرف و عادت است. تعریف عرف و عادات گذشت. به نظر می رسد برخی مثال های اعمال مخالف عرف و عادات قرار ذیل است:
- استفاده از عین مستأجره (خانه) مخالف عرف و عادات به گونه ای که منجر به ضرر رسانیدن به صاحب خانه گردد.

- استفاده از عین مستأجره (حیوان) برخلاف عرف و عادات و بار کردن حیوان بیش از طاقت آن و لت و کوب حیوان.

- باز کردن کلکین به طرف خانه همسایه به گونه ای که موجب رویت خانه همسایه گردد.
۲- **داشتن قصد تعرض بر حق غیر:** در صورتی که شخص قصد تعرض بر حق غیر را داشته باشد، سوء استفاده کننده از حق است. به حیث مثال، اگر شخص به قصد جلوگیری از تابش نور آفتاب به ملک همسایه، درخت هایی را در زمین خود غرس نماید و یا تعمیر خود را بیش از حد مجاز ارتفاع دهد سوء استفاده کننده از حق خواهد بود. در چنین حالت، متضرر باید ثابت کند که دارنده حق قصد زیان رساندن به او را دارد. بنابراین، بار اثبات بر عهده مدعی است و مدعی باید ثابت نماید که مدعی علیه قصد تعرض بر او را داشته است. همچنین، در صورتی که موصی باوجود داشتن ورثه برای غیر در بیشتر از یک سوم مال خویش وصیت نماید، سوء استفاده کننده از حق است.

۳- **جزئی بودن مصلحت شخص نسبت به ضرری که به غیر وارد می کند:** در این صورت، رفتار فرد متعارف شخص عادی نیست. بنابراین، در صورتی که فرد در صورت استفاده از حق ضرر هنگفت به

دیگری وارد نماید و در برابر این ضرر، منفعتی را کسب کند که جزئی باشد و چندان اهمیت نداشته باشد، مسئولیت مدنی غیرقراردادی دارد و سوء استفاده کننده از حق محسوب می گردد. برخی مثال های جزئی بودن مصلحت شخص نسبت به ضرری که به غیر وارد می گردد قرار ذیل است:

- احتکار: اگر احمد مواد غذایی را احتکار نماید، نفعی که به احمد می رسد نسبت به ضرری که به اجتماع می رسد، جزئی و ناچیز است.

- فروش انگور غرض تهیه شراب: اگر احمد انگور را غرض تهیه شراب به فروش رساند، نفعی که به احمد می رسد نسبت به ضرری که به اجتماع می رسد، جزئی است.

- فروش سلاح برای قطاع الطریق: اگر احمد برای قطاع الطریق سلاح به فروش رساند، ضرری که به اجتماع می رسد از نفعی که به احمد می رسد بزرگتر است.

- کشت مخدرات: اگر احمد مواد مخدر کشت نماید، نفعی که به احمد می رسد جزئی است. اما، ضرری که به اجتماع می رسد بسیار بزرگ است.

۴- غیر مجاز بودن مصلحت: در صورتی که شخص در استفاده از حق خویش در صدد کسب منافع غیر مشروع باشد و رفتار وی رفتار متعارف شخص عادی به حساب نمی آید. بنابراین، مالکی که محدوده ملک خود را سیم خار بگیرد تا شرکت هواپیمایی که طیاره اش در زمین مجاور فرود می آید مجبور شود زمین او را به بهایی بالا خریداری کند، سوء استفاده کننده از حق محسوب می شود.^{۵۱}

۵۱ . عبدالرزاق احمد السنهوری (۱۳۸۸). دوره حقوق تعهدات ۳، مترجمان: سید مهدی دادمرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، ایران: انتشارات دانشگاه قم، صص ۸۵ و ۸۸.

فصل سوم: تطبیق قانون از حیث زمان

قوانین وضعی بر خلاف قوانین الهی از نظر زمان محدود و منحصر به زمان معین هستند و در همه زمان ها قابل تطبیق نیستند. روی همین دلیل، جلد اول، باب تمهیدی فصل اول، قسمت دوم و سوم مواد ۱۰ الی ۱۵ ق. م احکام معین را در باره تطبیق قانون از حیث زمان وضع نموده است.

مبحث اول) قاعده عمومی

طبق ماده ۱۰ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) احکام قانون بعد از نشر قابل تطبیق می گردد؛ و (۲) احکام قانون به ما قبل رجعت نمی کند، مگر در حالاتی که در خود قانون تصریح شده و یا احکام آن متعلق به نظام عامه باشد.» تعریف احکام و قانون در مفهوم خاص و عام در فصل اول این کتاب گذشت. از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط است:

۱) احکام قانون بعد از نشر قابل تطبیق است. طرح قانون مخصوصاً قانون عادی در نظام حقوقی افغانستان مراحل تسوید، تدقیق توسط انستیتوت امور قانونگذاری وزارت عدلیه، تأیید کابینه، تصویب شورای ملی، توشیح رئیس جمهور و نشر در جریده رسمی را طی می نماید و بعد از آن قابل تطبیق می گردد. بنابراین، قانون توشیح شده تا وقتی که نشر نشود قابل تطبیق و اجرا نیست.^{۵۲} تطبیق در لغت به معنی مطابقت دادن، وفق دادن، برابر سازی و دو چیز را با همدیگر برابر کردن است.^{۵۳} به نظر می رسد در نظام حقوقی افغانستان، تطبیق در مفهوم لغوی آن استعمال نمی شود، بلکه در مفهوم مصطلح در مفهوم اجرا و تنفیذ استعمال می شود مانند تطبیق قانون، تطبیق حکم محکمه و نظیر اینها. بنابراین، به نظر می رسد در حقوق افغانستان در اصطلاح حقوق تطبیق عبارت از اجرا قانون و حکمه محکمه است. نشر در لغت به معنی پخش کردن، انتشار دادن و پراکنده کردن است. در اصطلاح حقوقی به چاپ و طبع کردن و پخش

۵۲. در مورد نشر قانون و دلیل عدم انفاذ قانون قبل از نشر نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). مبادی حقوق افغانستان، بخش دوم، فصل دوم، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

53. <https://www.vajehyab.com> (Last vist: 3/1/2018).

یک اثر و قانون نشر می گویند.^{۵۴} ماده ۳ جزء ۳۸ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف نشر در مفهوم محدود می گوید: «نشر چاپ کردن سند تقنینی در جریده رسمی است که به منظور آگاهی عامه از احکام سند تقنینی صورت می گیرد.» مرجع نشر قوانین ریاست نشرات وزارت عدلیه است. به نظر می رسد دلیل این قاعده عام این است تا اول قانون در دسترس مردم قرار بگیرد و مردم از آن آگاه شوند و سپس قانون تطبیق شود. در صورت عدم نشر، قانون در دسترس مردم و دولت قرار نمی گیرد و تطبیق آن از نظر عملی و عقلی ناممکن می گردد.

۲) احکام قانون به ماقبل رجعت نمی کند، زیرا قانون مسایلی را که از زمان نشر آن مطرح اند تنظیم می نماید. این اصل است. استثنای این اصل رجعت دادن قانون به ماقبل (گذشته) توسط قانونگذار است. بنابراین، در صورتی که در خود قانون پیش بینی شده باشد، که قانون به گذشته رجعت می کند، قانون از تاریخی که قانونگذار معین نموده است به گذشته رجعت می کند.

۳) در صورتی که احکام قانون مربوط به نظام عامه باشد، قانون به ماقبل رجعت می کند. پرسش این است که نظام عامه چیست؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد هم دانشمندان حقوق مدنی، هم دانشمندان حقوق عامه و هم دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی نظم عمومی را می شناسند، اما از رایه تعریف قانع کننده در مورد آن عاجز به نظر می رسند. به حیث مثال، کاپیتان حقوقدان فرانسوی در تعریف نظم عمومی می گوید: نظم عمومی مجموعه تاسیسات و قوانینی است که به منظور حسن جریان امور عامه و یا برای تأمین و رعایت روابط افراد جامعه مقرر شده است و افراد نمی توانند برخلاف آن قرارداد منعقد نمایند.^{۵۵}

این تعریف همانطور که داکتر لنگرودی معتقد است اگر بر ابهام نظم عمومی نیافزاید، اجمال آن را رفع نمی کند و گره ای نمی گشاید.^{۵۶} داکتر محمد نصیری حقوقدان ایرانی در تعریف نظم عمومی می گوید: «مجموع تاسیسات و قواعدی که در کشور به منظور حفظ حسن جریان خدمات عمومی، امنیت و فضیلت اخلاقی در روابط مردم بر قرار شده و افراد اصولاً نمی توانند به وسیله قرارداد آنها را نقض نمایند نظام عامه نامیده می شود.»^{۵۷}

این تعریف نیز مشکلی را حل نمی نماید و مورد توافق دانشمندان حقوق قرار نگرفته است و شبیه تعریف کاپیتان حقوقدان فرانسوی است. ماده ۲ بند قانون پولیس منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۴، مؤرخ ۱۳۸۸ / ۶ / ۵ در تعریف نظم عامه می گوید: «نظام عامه: آرامش اجتماعی است که طبق احکام قانون توسط پولیس تأمین می گردد.» این تعریف نیز مبهم به نظر می رسد و بیانگر ماهیت نظام عامه نیست. به

۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۴۰.

۵۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش، ص ۲۱۴.

۵۶. همان، محمد جعفر جعفری لنگرودی، ص ۲۱۴.

۵۷. محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸۸.

نظر نمی رسد که نظام عامه آرامش اجتماعی باشد. برخی دیگر در تعریف نظام عامه می گویند: نظم عمومی بر وضعیت عادی و حسن جریان جامعه اطلاق می گردد.^{۵۸} برخی دیگر می گویند: نظم عمومی رفاه عمومی جامعه است.^{۵۹}

با توجه به ابهام در تعاریف، بسیاری از دانشمندان حقوق مدنی، حقوق عامه و حقوق بین الملل سعی می نمایند، نظم عمومی را از طریق مصادیق آن تعیین و تعریف نمایند. در حقوق مدنی ارابه مثال های نظام عمومی که طرفین قرارداد نمی توانند برخلاف آنها توافق نمایند واضح است مانند قرارداد های مربوط به تغییر جنسیت، قتل، عدم تغییر در احکام عقد ازدواج مانند دادن مهر و نفقه و نظیر اینها. از آنچه در خصوص نظم عمومی گفته شد، به نظر می رسد نخست این که: نظم عمومی اصطلاح مبهم، بسیار کلی، گمراه کننده و پیچیده است و در مورد آن تعریف واضح و قابل فهم وجود ندارد. دوم این که مصادیق نظم عمومی در حقوق واضح نیست.

نص این ماده ۱۰ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، به نظر می رسد که قوانین مربوط به نظام عامه به صورت خودکار به ماقبل رجعت نمی نماید، زیرا این امر برای دولت موجب ایجاد مشکلات می گردد. به حیث مثال، هرگاه قانون سابق مقدار معاش کارکنان را تعیین نموده باشد و قانون لاحق نافذ گردد و مقدار معاش کارکنان را افزایش دهد، در این صورت مطابق قانون جدید، کارکنان می توانند مقدار معاش اضافی را که در قانون سابق پیش بینی نشده بود ادعا نمایند. مثال دیگر: هرگاه قانون سابق مقدار و فیصدی پرداخت مالیات توسط کارکنان را تعیین نموده باشد و قانون لاحق این مقدار و فیصدی را افزایش دهد. در این صورت، قوانین مالیاتی که مربوط به نظام عامه است موجب می شود که کارکنان تفاوت مقدار مالیات را پرداخت نمایند. همچنین است قوانین مربوط به اخذ محصول و عوارض گمرگی توسط دولت.

مبحث دوم: احکام خاص

طبق مواد ۱۱ الی ۱۴ ق. م احکام خاص ذیل در ق. م در خصوص تطبیق قانون از حیث زمان پیش پیش بینی شده است:

۱) اهلیت: طبق ماده ۱۱ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) احکام متعلق به اهلیت بالای جمیع اشخاص واجد شرایط مندرج این قانون تطبیق می گردد؛ و (۲) در صورتی که شخص نظر به احکام قانون جدید ناقص اهلیت شناخته شود، این احکام به تصرفات قبلی وی تاثیر ندارد.» اهلیت از اهل گرفته شده که در لغت به معنی صلاحیت، شایستگی و توانایی است.^{۶۰} چنانچه به عنوان مثال گفته می شود: فلان شخص اهل این کار است؛ یعنی: توانایی و شایستگی انجام دادن آن را دارد، یا گفته می شود

58 . www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).

59 . www.www.study.com (Last visit: 6/12/2017).

۶۰. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۶۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشریعة الاسلامیة، عمان، مکتبة البشائر، ص ۹۲؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۰.

که: کار باید به اهل آن سپرده شود.^{۶۱} در اصطلاح حقوقی اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف دارد.^{۶۲} شخص در لغت به معنی آدمی و انسان است که جمع آن اشخاص، اشخص و شخوص نیز می باشد.^{۶۳} در اصطلاح حقوق مدنی تعاریف متعدد برای شخص ارایه شده است:

(۱) شخص موجود است که دارای حق و تکلیف است.^{۶۴}

(۲) به مفهوم عامتر: کس و یا چیزی که موضوع حق قرار گیرد، مانند: انسان، شرکت های تجاری، انجمن ها و دولت شخص نامیده می شود.^{۶۵}

(۳) به موجودی که از شخصیت حقیقی یا حقوقی برخوردار باشد شخص می گویند.^{۶۶} تصرف که جمع آن تصرفات است و به آن عمل نیز می گویند که جمع آن اعمال است ز ریشه «صرف» به معنای دست به کاری زدن، تأثیر، دخالت و نفوذ است.^{۶۷} همچنین، تصرف در لغت به معنی به دست آوردن، چیزی را مالک شدن، تسلط، چیرگی، به چنگ آوردن، مالک شدن، تصاحب، تملک، قبض و ضبط است.^{۶۸} در اصطلاح فقهی تصرف عبارت از دخالت و تصمیم گیری مالکانه در امور و اموال است. به مفهوم ویژه تصرف عبارت از هر فعل و یا قولی است که به اراده از شخص صادر شود که بر آن آثار معین حقوقی مرتب می گردد.^{۶۹} تصرف بر دو نوع است: تصرف فعلی و تصرف قولی:

(۱) **تصرف فعلی:** براساس فقه تصرف فعلی عبارت از تصرفی است که اساس آن عمل غیرلسانی است. به عبارت دیگر: تصرف فعلی، عبارت از واقعه ای عادی است که از شخص صادر می گردد مانند: حیات مباحات، تسلیم مبیع، قبض دین و نظیر اینها.

۶۱. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۱۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۳۶ و ۷۳۷.

۶۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱.

۶۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۹۷؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.

۶۴. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۶.

۶۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۸.

۶۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۳.

۶۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۶۸۸.

۶۸. (آخرین بازدید ۳/۱۶/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 68.

۶۹. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۸۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۸۸.

۲) **تصرف قولی:** طبق فقه تصرف قولی، عبارت از تصرفی است که در گفتار از اشخاص صادر می گردد که آن هم بر دو نوع است:

۱- **تصرف قولی عقدی:** طبق فقه تصرف قولی عقدی عبارت از توافق دو اراده در قول است مانند: بیع، شرکت و امثال اینها

۲- **تصرف قولی غیرعقدی:** تصرف قولی غیرعقدی، عبارت از تصرف گفتاری مجرد اخبار به حق است مانند: دعوی و اقرار. در علم حقوق نیز تصرفات حقوقی اعمالی اند که بر اساس اراده اشخاص به وجود می آید و آثار آن نیز تابع همان اراده است. پس، در تعریف آن حقوقدانان می گویند که: «تصرف حقوقی کاری ارادی است که اثر آن با آنچه فاعل می خواهد منطبق است». به عبارت بهتر: «اعلام اراده ای است که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص انجام می شود و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می کند». از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که: تصرفات حقوقی به عقد و ایقاع تقسیم می شوند. نص فقره اول ماده ۱۱ ق. م مبهم به نظر می رسد.

به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در این ماده این است که اهلیت اشخاص حقیقی و حکمی حقوق خصوص تابع احکام ق. م است. دوم این که در صورتی که شخص مطابق احکام قانون جدید ناقص اهلیت شناخته شود، احکام قانون جدید به ماقبل رجعت نمی کند و بنابراین تصرفات قبلی شخص که شامل عقود و ایقاع ها می شود را باطل نمی نماید. به حیث مثال، در صورتی که قانون جدید سفته را یکی از عوارض اکتسابی اهلیت بشناسد که به موجب آن شخص واجد اهلیت، اهلیت خویش را از دست بدهد، در حالی که قانون قدیم آن را یکی از عوارض اکتسابی نمی شناخت، اعمالی را که چنین اشخاصی در گذشته مطابق قانون قبلی انجام داده است، نافذ پنداشته می شود. زیرا، قانون جدید نمی تواند بر تصرفات قبلی شخص تأثیر وارد نماید.

۲) **مرور زمان:** مطابق ماده ۱۲ ق. م: «احکام جدید متعلق به مرور زمان به مجرد انفاذ آن قابل تطبیق است. جمیع مواردی که مدت مرور زمان مطابق به قانون سابق تکمیل نشده باشد، تابع احکام قانون جدید می گردد». مرور زمان که در فقه آن را «تقدم» می گویند از دو کلمه مرور به معنای گذشت و گذشتن، رفتن و گذر کردن و زمان به معنی وقت، هنگام، مدت، ساعت، عصر و دوران است. به طور کلی، مرور زمان عبارت از گذشت زمانی است که دعوی بعد از انقضای آن قابل سمع نیست.

از نص این ماده به خوبی قابل استنباط است که احکام قانون جدید مربوط به مرور زمان به مجرد انفاذ آن قابل تطبیق است. لذا، در صورتی که قانون قدیم مدت مرور زمان را مثلاً: در تصرف بر اموال غیر منقول پانزده سال تمام تعیین نموده باشد و قانون جدید این زمان را به بیست سال افزایش دهد، متصرف به مجرد انفاذ قانون جدید مکلف است بیست سال مال غیر منقول را تحت تصرف داشته باشد. براساس ماده ۱۳ ق. م: «هرگاه احکام قانون جدید مدت مرور زمان را نسبت قانون سابق کمتر تعیین نماید، گرچه این مدت قبل از انفاذ قانون جدید آغاز یافته باشد، تابع احکام قانون جدید می باشد». از نص این ماده به خوبی بر می آید که هرگاه، برخلاف فرض قبلی، قانون جدید مدت مرور زمان را کمتر از قانون قدیم تعیین نماید، با انفاذ قانون جدید، این مدت تابع احکام قانون جدید می شود هرچند مدت مرور زمان قبل از

انفاد قانون جدید آغاز شده باشد. به حیث مثال، در صورتی که قانون قدیم مدت مرور زمان مکسب حق را ۱۵ سال و قانون جدید ۱۰ سال تعیین نماید، به مجرد انفاد قانون جدید، مدت مرور زمان تابع قانون جدید؛ یعنی: قانونی که ۱۰ سال مدت مرور زمان را معین نموده است می گردد.

۳) ادله اثبات دعوی: طبق ماده ۱۴ ق. م: «در مورد ادله ای که قبلاً جمع آوری شده، احکام قوانینی تطبیق می گردد که در وقت جمع آوری و یا وقتی که باید جمع آوری می گردید، نافذ بوده است.» ادله جمع دلیل است. دلیل در لغت به معنی برهان و حجت است.^{۷۰} از نظر حقوقی دلیل چیزی را گویند که برای اثبات امری به کار می رود. چیزی که برای اثبات امری در دعاوی به کار می رود ادله اثبات نامیده می شود. ادله اثبات به چیزهایی گفته می شود که برای ثابت کردن حق و یا تعهد در پیشگاه قضاء به کار می رود. طبق ق. م و ق. ا. م. م ادله اثبات به شرح زیر بر شمرده شده اند: (۱) اسناد؛ (۲) اقرار؛ (۳) شهادت؛ (۴) قسم؛ و (۵) قراین اعم از قاطعه و مستنبطه (جلد دوم، باب پنجم فصل اول الی ششم ق. م). همچنین، قانونگذار اصول محاکمات مدنی فصل پانزدهم، مواد ۳۷۲ الی ۳۵۷ قانون اصول محاکمات مدنی را نیز به این وسایل اختصاص داده اند. ماده ۲۷۲ ق. ا. م. م در مورد این وسایل می گوید: «وسایل ثبوت که اسباب حکم را تشکیل می دهند قرار ذیل است: (۱) اقرار؛ (۲) بیینه (اسناد، شهود، قراین قاطعه و مستنبطه)؛ (۳) یمین (سوگند)؛ (۴) نکول.».

منشأ برخی از این وسایل اصحاب دعوی هستند، مانند: اقرار، اسناد و سوگند. اما، منشأ برخی دیگر اشخاص ثالث هستند، مانند: شهادت و منشأ برخی دیگر درک مستقیم قاضی است، مانند: قراین قاطعه و مستنبطه. طبق نص ماده ۱۴ ق. م در مورد ادله ای که قبلاً جمع آوری شده، احکام قوانینی تطبیق می گردد که در وقت جمع آوری آن نافذ بوده است. به حیث مثال، اگر احمد مرتکب جرم در تاریخ اول، حمل سال ۱۳۹۶ هجری شود و خارنوال علیه او ادله اثبات دعوی مانند سند، شاهد و نظیر اینها را جمع آوری نماید. اما، در ماه ثور سال ۱۳۹۶ هجری شمسی قانون جزایی که براساس آن ادله اثبات جمع آوری گردیده است ملغی و قانون جدید اجراءات جزایی نافذ شود، در مورد ادله جمع آوری شده قانون اجراءات جزایی قبلی یعنی اول حمل سال ۱۳۹۶ قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خاص تطبیق قانون از حیث زمان در خصوص ادله اثبات است. در اخیر این بحث باید متذکر شد که میعاد مطابق تقویم هجری شمسی محاسبه می گردد. ماده ۱۵ ق. م در این باره حکم می نماید: «میعاد مطابق به تقویم هجری شمسی محاسبه می گردد.» در خصوص رجعت قانون به ماقبل رأی شورای عالی ستره محکمه نیز وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

مصوبه شورای عالی ستره محکمه

۲۳ دلو، ۱۳۹۶

شورای عالی ستره محکمه با توجه به اینکه کود جزاء به اساس حکم ماده ۹۱۶ آن به روز چهارشنبه ۲۵ دلو سال ۱۳۹۶ عملاً نافذ گردید و با توجه به قاعده اصل عدم رجعت قانون به ماقبل و رعایت نفع متهم و نظر داشت زمان ارتکاب جرم، رهنمود ذیل را به هدف استفاده بهتر محاکم ازین کود در رسیده گی به قضایای جزایی تصویب کرد:

۱- رسیده گی به جرایمی که قبل از انفاذ کود جزا و در زمان نافذ بودن قوانین جزایی قبلی ارتکاب یافته اند، توسط قوانین جزایی قبلی صورت بگیرد مشروط به اینکه احکام قوانین قبلی که در زمان ارتکاب جرم نافذ بوده اند، به نفع متهم باشد.

۲- اگر در جریان مراحل محاکماتی و قبل از صدور حکم قطعی، قانون جدید نافذ گردد، این نکته مطمح نظر باشد که احکام قوانین سابق به حال متهم مساعد است یا حکم قانون جدید؟ محاکم بادر نظر داشت ان اجراء نموده و احکام فقرات (۱ و ۲) ماده ۱۷ کود جزا را که در آن حالاتی به نفع متهم پیش بینی گردیده، رعایت نمایند.

۳- هرگاه احکام محاکم ابتدائیه و یا استیناف که طبق قوانین قبلی جزایی صادر شده و در مرحله استینافی و یا فرجامی در حال انفاذ کود جدید مواصلت نماید، در تمامی این حالات، با توجه به قانون نافذ و حاکم در زمان ارتکاب جرم و نفع متهم، به قانونی عمل شود که به نفع متهم باشد زیرا هدف از وضع قوانین جزایی تأمین عدالت و مساعد بودن آن به حال و نفع متهم است، ولی هرگاه در مراحل فوقانی، دوسیه منجر به نقض گردد و رسیده گی به آنها مطابق کود جزا صورت گیرد، محاکم بادر نظر داشت نفع متهم، تعدیلاً حکم نمایند، نه انقضاء.

۴- به صورت عموم جرایمی که بعد از انفاذ کود جزا ارتکاب می یابند، رسیده گی به آنها مطابق احکام کود جزا صورت گیرد.

۵- با انفاذ کود جزا، احکام قوانین جزایی مندرج ماده ۹۱۶ این قانون و سایر قوانینی که با حکمی از احکام کود جزا در مغایرت قرار داشته باشد، ملغاً می گردد و محاکم باید به هدایت مندرج ماده ۹۱۶ کود جزا توجه نمایند تا به قوانین ملغاً شده حکم صادر نگردد.

بخش دوم:
اشخاص حقیقی

مقدمه

انسان موجود بی نهایت مغلق و دارای ابعاد گوناگون است. از همین رو، موضوع مورد بحث علوم مختلفی اجتماعی و غیر اجتماعی قرار می گیرد. به عنوان مثال، علم طب جسم انسان را مورد مطالعه قرار می دهد و به نوبه خود به شاخه های مختلف تقسیم می شود، مانند داخله، دندان، گوش و گلو، چشم و ...؛ روشناسی روان انسان را مورد بحث قرار می دهد، علم اخلاق، اخلاق انسان، انسان شناسی خلقت انسان، هدف از آفرینش خلقت، معیار های انسان کامل و امثال اینها را. انسان یکی از مباحث فلسفه نیز است. زیرا، منابع مورد بحث فلسفه، انسان، طبیعت و تاریخ و غیره است.

علم حقوق به خصوص حقوق مدنی نیز به نوبه خود انسان را مورد بحث قرار می دهد. اما، در حقوق مدنی انسان به نام انسان نامیده نمی شود، بلکه شخص نامیده می شود. موضوعات مربوط به انسان که در حقوق مدنی مورد مطالعه قرار می گیرد، بیشتر مربوط می شود به تعریف شخص (انسان) از نظر حقوقی، آغاز و انتهای شخصیت انسان، اهلیت انسان، مراحل اهلیت انسان، ادوار اهلیت در انسان، تقسیمات انسان از نظر مراحل اهلیت، زمان رسیدن انسان به بلوغ، رشد و انتهای اهلیت، ذمه، رابطه ذمه با اهلیت و نظیر اینها.

همچنین، در حقوق مدنی، خصوصیات انسان (شخص) که توسط آنها از سایر پدیده ها متمایز می گردد، حمایت از شخصیت مادی و معنوی انسان و امثال اینها مورد بحث قرار می گیرد. با توجه به آنچه بیان شد، جلد اول، باب تمهیدی، فصل دوم، قسمت اول، مبحث اول الی دهم، مواد ۳۶ الی ۳۳۶ ق. م احکام معین را راجع به اشخاص حقیقی وضع نموده است. این احکام مربوط به ابتداء و انتهای اشخاص، اهلیت اشخاص، خصوصیات اشخاص که شامل مطالب فرعی چون: تابعیت، اقامتگاه، اسناد سجلات، فامیل، نام و غیره می شود:

فصل اول: کلیات

نویسندگان ق. م احکام مربوط به اشخاص حقیقی را در جلد اول، فصل دوم، قسمت مواد ۳۶ الی ۳۳۶ تنظیم نموده اند. مبحث اول، مواد ۳۶ الی ۴۵ به احکام عمومی مربوط به اشخاص حقیقی اختصاص یافته است. احکام عمومی احکامی اند که بر بقیه مواد قابل تسری و تطبیق اند.^{۷۱}

مبحث اول) تعریف شخص

شخص در لغت به معنی آدمی و انسان است که جمع آن اشخاص، اشخص و شخوص می باشد.^{۷۲} در اصطلاح حقوقی تعاریف متعدد برای شخص ارایه شده است:

(۱) شخص موجود است که دارای حق و تکلیف است.^{۷۳}

(۲) به مفهوم عامتر: کس و یا چیزی که موضوع حق قرار گیرد، مانند: انسان، شرکت های تجاری، انجمن ها و دولت شخص نامیده می شود.^{۷۴}

(۳) به موجودی که از شخصیت حقیقی یا حقوقی برخوردار باشد شخص می گویند.^{۷۵}

مبحث دوم) آغاز اشخاص طبیعی

71 . Gerhard Robbers (2002). An introduction to German Law. Translated into English by: Miceal Jewll, 5th edi (___), p 148.

۷۲ . حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۹۷؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.

۷۳ . سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۶.

۷۴ . محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۸.

۷۵ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۳.

طبق ماده ۳۶ فقره اول ق. م. ا: «شخصیت انسان با ولادت کامل وی به شرط زنده بودن آغاز و با وفات انجام می یابد.» اما اصطلاح شخصیت از حقوق اروپائی گرفته شده است که به معنی ذات هر شخص، خُلق و خوی مخصوص هر شخص است.^{۷۶}

به مفهوم مشخص تر: شخصیت از کلمه یونانی «persona» گرفته شده است و آن نقابی بوده که بازیگران نمایشنامه ها در روم بر چهره های خویش می زدند. این نقاب دهان باز داشت و با صفحه فلزی نازک که با صدای هنرپیشه طنین بیشتر می داد، رو پوش می شد. چون هر بازیگر نقش ویژه به عهده داشت، همینکه تماشاچی آن نقاب را می دید آن بازیگر را می شناخت. از همین جهت، واژه «persona» مفهوم «نقش» و سهم را به خود گرفت. چون هر کسی در اجتماع سهم و نقشی دارد، این ویژگی به این مفهوم مسمی گردید. کلمه شخصیت در روانشناسی، جامعه شناسی و ... دارای مفهوم ویژه است.^{۷۷} ولی، از نظر حقوقی به حالت تشخص شخص از اینکه موضوع حقوق و تکالیف است شخصیت گویند.^{۷۸} به عبارت دیگر، شخصیت عبارت از صفت و شائستگی شخص است برای اینکه طرف و صاحب حق و تکلیف قرار بگیرد.^{۷۹} هر يك از افراد انسان در جامعه دارای شخصیت است و می تواند به وسیله آن دارای حق و تکلیف گردد و آن را اجراء نماید. این قابلیت از طرف خداوند عز و جل به اعتبار طبیعت انسان در او به ودیعه گذاشته شده است.

در ملل قدیمه برای همه افراد انسانی شخصیت قایل نبودند و عده ای از افراد بودند که به جهتی از جهات اجتماعی در قید بردگی در آمده و نسبت به آنان مانند اموال رفتار می شد؛ به این توضیح که: در ملکیت افراد دیگری بودند و مورد خرید و فروش قرار می گرفتند. ولی، اکنون زمان بردگی سپری شده است و هر فردی دارای شخصیت است. کودکان و مجانین که دارای اراده و شعور نیستند از این موقعیت نیز بهره مند می باشند و در ردیف افراد کامل دارای شخصیت حقوقی هستند. ولی، اجرای آن به واسطه نایب قانونی آنها (ولی، وصی و قیم) صورت می پذیرد.^{۸۰} ولادت در لغت به معنی زادن، زایش و به دنیا آوردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، ولادت عبارت است از تولد و زاییدن موجود زنده اعم از انسان و

۷۶. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۹۷؛ و محمد معین

(۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.

۷۷. محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۵۷.

۷۸. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۷۹.

۷۹. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۵.

۸۰. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، صص ۱۵۰؛ سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۶ و ۷.

یا غیر انسان.^{۸۱} وفات در لغت به معنی مرگ، مردن، موت و فوت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه های زندگی کاملاً در او از بین رفته است.^{۸۲}

همچنین، فوت عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرك و جنبش باز ماند.^{۸۳} طبق نص این ماده شخصیت انسان با ولادت کامل وی به شرط زنده بودن آغاز و با وفات انجام می یابد. بنابراین، قبل از ولادت انسان شخصیت ندارد. همه فقهاء قید زنده متولد شدن در این باره را شرط می دانند. همچنین، فقهاء در باره زنده متولد شدن جنین نیز نظر واحد ندارند. برخی از فقهاء زنده متولد شدن را دو نوع دانسته اند: ۱- حقیقی، چنانکه بچه پس از زنده شدن از علایم محیطی زنده بودن برخوردار باشد؛ و ۲- تقدیری، که با وجود مرده به دنیا آمدن جنین در حکم زنده فرض می شود، که به طور مشخص مصداق آن را إسقاط جنین ذکر کرده اند.^{۸۴} همچنین، از نص ماده ۳۶ ق. م به خوبی بر می آید که شخصیت انسان با مرگ ختم می شود. بنابراین، انسان مرده دارای شخصیت حقوقی نیست.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان زمان ابتداء و انتهای شخصیت انسان است.

مبحث سوم) حق های جنین

طبق ماده ۳۶ فقره ۲ ق. م: «(۲) جنین دارای حقوقی می باشد که قانون بر آن تصریح نموده است.».

جنین از ریشه «جن» گرفته شده است که در لغت به معنی پوشیده و بچه اندر شکم است. در اصطلاح حقوق مدنی، جنین عبارت از بچه ای است که نطفه او منعقد شده است، اما هنوز زاده نشده است.^{۸۵} نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق نص این ماده جنین دارای برخی حقوق است. علت این که جنین دارای حقوق است این است که جنین دارای اهلیت و جوب ناقص است. اهلیت و جوب ناقص، صلاحیت شخص است جهت ثبوت حقوق برای او. اهلیت و جوب ناقص شخص را قادر بر الزام و داین قرار گرفتن می نماید، و برای جنین قبل از ولادت در بطن مادر ثابت است.

علت نقص اهلیت جنین در بطن مادر این است که جنین در بطن مادر وجود مستقلی نیست و در خارج با مادر متحد است. ولی، زمانی که زنده متولد گردد، انسان مستقل به شمار می آید. بنابراین، برخی حقوق نفعه برای او ثابت می گردد که ضرورت به قبول ندارند، مانند: ثبوت نسب، میراث بردن از مؤثر،

۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۴۸.

۸۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، (۳)، ص ۲۱۹۰.

۸۳. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۵۳؛ و محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۸۸.

۸۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۴۰.

۸۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۹۴.

استحقاق دریافت حصه معین از موصی به و دریافت حصه معین از غلات مال موقوفه که بر وی وقف شده باشد.^{۸۶} اما، حقوقی که ضرورت به قبول دارد هر چند برای وی صرف نفع داشته باشد، برای او ثابت نمی‌گردد، مانند: هبه. زیرا، جنین نمی‌تواند خود آن را قبول نماید. همچنین، شرع ولی و وصی نیز برای او در این دوره معین ننموده است. این دوره، از آغاز حامله شدن مادر به فرزند شروع شده و با به دنیا آمدن وی پایان می‌یابد. فقهاء معتقدند که در این دوره برای جنین اهلیت و جوب ناقص ثابت می‌شود و امکان حصول حقوق چهارگانه فوق الذکر را می‌یابد. ولی در این مرحله جنین اهلیت اداء و ذمه مالی ندارد.^{۸۷} به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی حق‌های جنین است.

مبحث چهارم) تنازل از اهلیت و تغییر احکام اهلیت

طبق ماده ۴۳ ق. م: «هیچ کس نمی‌تواند از اهلیت قانونی خود تنازل یا در آثار مرتبه آن تعدیلی وارد نماید.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) هیچ شخص نمی‌تواند از اهلیت خویش تنازل نماید. اهلیت از اهل گرفته شده که در لغت به معنی صلاحیت، شایستگی و توانایی است.^{۸۸} چنانچه به عنوان مثال گفته می‌شود: فلان شخص اهل این کار است؛ یعنی: توانایی و شایستگی انجام دادن آن را دارد، یا گفته می‌شود که: کار باید به اهل آن سپرده شود.^{۸۹} در اصطلاح فقهی و حقوقی تعاریف مختلف برای اهلیت وجود دارد:

۱- به شایستگی شخص برای ثبوت و وجوب حقوق مشروعه برای او و بر او و صحت تصرفاتش اهلیت گویند.^{۹۰}

۲- اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف دارد.^{۹۱}

۳- اهلیت صلاحیت شخص برای دارا شدن حق و تحمل تکلیف و به کار بردن حقوقی که به موجب قانون دارا شده است، می‌باشد.^{۹۲} طبق نص این ماده تنازل از اهلیت جواز ندارد. به حیث مثال،

۸۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۶۲ و ۲۹۶۳؛ و

عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹۳ و ۹۴.

۸۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۶۷؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشایرالاسلامیة، صص ۳۲۳ و ۳۲۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۴۹۸.

۸۸. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۱۶۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹۲؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۶۰.

۸۹. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشایرالاسلامیة، صص ۳۱۶؛ مصطفی احمد الزرقاء، المدخل الفقہی العام، ج ۲، صص ۷۳۶ و ۷۳۷.

۹۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۶۰؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشایرالاسلامیة، صص ۳۱۶.

۹۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱.

هیچ شخص نمی تواند بگوید من دیوانه، سفیه، معتوه و نظیر اینها هستم. به نظر می رسد علت این که شخص نمی تواند از اهلیت خویش تنازل نماید این است که تنازل از اهلیت مخالف اصل اهلیت در حقوق خصوصی است. در حقوق خصوصی اصل این است که هر شخص اهلیت دارد مگر این که اهلیت خویش را بنا بر یکی از اسباب عوارض اهلیت مانند جنون، عته، سفیه، صغر و نظیر اینها از دست بدهد.

(۲) هیچ شخص نمی تواند بر آثار مرتب بر اهلیت تعدیل وارد نماید. تعدیل در مفهوم مصطلح مترادف با تغییر است. اهلیت انسان مراحل مختلف دارد مانند مرحله جنینی، مرحله صغیر غیر ممیز، مرحله صغیر ممیز، مرحله بلوغ و مرحله رشد. با توجه به اهلیت افراد اثری که بر اعمال اشخاص مرتب می شود متفاوت است. به حیث مثال، اعمال و اقوال طفل صغیر غیر ممیز با توجه به این که در این مرحله صغیر غیر ممیز از اهلیت و جوب کامل برخوردار است باطل است. اعمال و تصرفات طفل صغیر ممیز اگر به نفع او باشد، نافذ، اگر به ضرر او باشد باطل و اگر متضمن نفع و ضرر باشد، باید به تأیید ولی برسد. در مرحله بلوغ و رشد، با توجه به این که اهلیت اشخاص کامل می شود، همه اعمال اشخاص نافذ است. قانون با توجه به این مراحل بر اعمال اشخاص اثر مرتب می نماید. افراد نمی توانند این آثار را تغییر دهند. به حیث مثال، اگر احمد سه سال باشد و عقد خرید و فروش موتر را منعقد نماید، نمی تواند اثر عقد را که باطل بودن عقد است تغییر دهد و به عقد صحیح تبدیل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن «اصل اهلیت» که یکی از اصل های حقوق خصوصی است می باشد.

مبحث پنجم) آزادی اشخاص طبیعی

طبق ماده ۴۴ ق. م: «آزادی حق طبیعی انسان است. هیچکس نمی تواند از آن تنازل نماید.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

(۱) آزادی حق طبیعی انسان است. آزادی اسم منسوب به آزاد است. آزاد در لغت به معنی رها، یله، رسته، بی قید و بند است. آزادی در لغت به معنی آزاد بودن، رهایی و ضد بندگی است.^{۹۳} در مورد تعریف اصطلاحی آزادی مانند سایر مفاهیم اجتماعی تعریف واحد وجود ندارد. علمای علوم اجتماعی آزادی را از جنبه های فلسفی - عرفانی، اجتماعی و حقوقی مورد تحقیق قرار داده اند. در خصوص آزادی از نظر فلسفی - عرفانی از زمان ایجاد علم و فلسفه میان علما اختلاف وجود داشته است. از مجموعه مطالعات فلسفی - عرفانی بر می آید که بسیاری از علمای غربی بر این نظر اند که انسان دارای اراده آزاد و بر سرنوشت خویش حاکم است. به نظر می رسد این دیدگاه در غرب به نحوی از انحا موجب ایجاد مکتب های فرد گرایی (Individualism)، انسان گرایی (Humanism) و لیبرالیسم (Liberalism) گردیده است. اما، عده دیگر بر این نظر اند که انسان دارای اراده آزاد نیست و همه چیز از قبل تعیین شده است. در مکاتب کلامی اسلام هم در این خصوص سه دیدگاه وجود دارد: طبق دیدگاه اول اراده و آزادی انسان در

۹۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص

۹۷.

۹۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۲۴.

حدوث وقایع و حوادث هیچ نقشی ندارد و همه چیز از طرف خداوند عز و جل مقدر گردیده است. دیدگاه طرفداران این نظر شبیه این است که همه چیز در یک فلم ثبت شده است و باید منتظر بود تا چه وقایع و حوادث بعداً به نمایش گذاشته می شود. ایراد این دیدگاه این است که این دیدگاه موجب بطالت، تنبلی و عقب ماندگی و عدم پیشرفت انسان ها می شود، زیرا معتقدین به این دیدگاه منتظر قضا و قدر الهی اند و همه خوشی ها، غم، حوادث، وقایع و ... را از جانب خداوند عز و جل می دانند. همچنین، این دیدگاه موجب نفی اراده انسان می شود. دیدگاه دوم مبتنی بر آزادی اراده انسان است. طبق این دیدگاه، حوادث، وقایع، غم ها، شادی ها و ... ناشی از آزادی اراده انسان است. دیدگاه سوم که در واقع دیدگاه میانه است بر این پایه استوار است که انسان در انجام اعمال دارای آزادی اراده است منتها اثر را بر این اعمال خداوند عز و جل مرتب می نماید.

نتیجه عملی بحث آزادی در فلسفه و عرفان این است که مکاتب و افرادی که معتقد به نفی اراده انسان اند معمولاً عقب مانده، تنبل و عاطل و باطل می مانند، زیرا این دسته از مکاتب و افراد منتظر وقوع وقایع و حوادث اند. اما افرادی و ممالکی که معتقد به آزادی اراده انسان اند، ابتکاری و پیشرفته اند.

از نظر اجتماعی، آزادی در مفهوم نبود موانع و قید بند است. به عبارت دیگر: آزادی عبارت از رهایی از قید و بند است. مفهوم مخالف آزادی، اسارت، بندگی و در قید بودن است. اما، از نظر حقوقی در ماده ۲ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه (۲۶ آگست ۱۷۸۹) آمده است: «آزادی، قدرت داشتن برای انجام دادن هر کاری است که بر دیگران زیان نرساند». برخی دیگر بر این نظر اند که آزادی این است که: اول اینکه انسان در معرض تعدی، تجاوز و مزاحمت دیگران قرار نگیرد و دوم اینکه هر چه بخواهد انجام دهد به شرط آنکه زیانی به حقوق دیگران وارد نیآورد.^{۹۴} به نظر می رسد این تعریف بیشتر در غرب و نظام های غربی صادق است و در جوامع سنتی - مذهبی تطابق ندارد، زیرا در جوامع مذهبی - سنتی آزادی توسط عواملی مانند اخلاق، دین و سنت ها محدود می شود. لذا، آزادی اختیار انجام اعمالی است که در حدود دین، اخلاق و عرف.

حق های طبیعی را در برابر حق های موضوعه (Legal rights) استعمال می نمایند. همانطور که حقوق طبیعی در مفهوم مجموعه قواعد در مفهوم (Natural law) استعمال می شود، در مفهوم جمع حق نیز استعمال می شود. در این مفهوم به حقوق طبیعی در انگلیسی (Natural rights) می گویند. قایلین به حقوق طبیعی در تعریف آن می گویند: حق های طبیعی حق هایی اند که طبیعی اند؛ به این مفهوم که این حق ها مصنوعی و یا موضوعه نیستند مانند حق هایی که از منطق، طبیعت انسان و یا حکم خداوند عز و جل اقتباس و گرفته می شوند. این حق ها به دلیل این که مربوط همگان می شوند و مقتبس از حقوق کشور خاص نیستند، جهانی اند. این حق ها نسبت به هر فرد ذاتی و غیرقابل سلب اند مانند حق حیات. این حق ها را گاهی حق هایی لایتجزا از انسان، ذاتی و محروم نشدنی می نامند.^{۹۵} همانطور که حقوق طبیعی مورد

۹۴. منوچهر طباطبائی (۱۳۸۳). آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ص ۱۹.

95 . <http://en.wikipedia.org/wiki/Rights> (Last visit: 21, April, 2015).

انتقاد قرار گرفته است، حق های طبیعی نیز محل انتقاد است، زیرا نخست اگر این حق ها ناشی از حکم خداوند ﷻ باشد، به آن حق الهی می گویند، دوم این که مصادیق این حق ها بسیار واضح و روشن نیست و سوم این که این نظر قایلین به حقوق طبیعی که معتقد اند منبع حق هایی طبیعی، طبیعت و ذات انسان است و این حق ها با عقل انسان قابل کشف اند این امکان را برای همه افراد فراهم می نماید تا خود را در جای قانونگذار و شارع قرار داده و بگویند کدام حق ها طبیعی و کدام حق های غیرطبیعی اند. برعکس، حق های موضوعه، حق هایی اند که براساس قوانین، عرف و ... برای یک تبعه وجود دارد، مانند حق رأی.^{۹۶}

۲) تنازل از آزادی جواز ندارد. تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است.^{۹۷} به حیث مثال، هیچ شخص نمی تواند خود را برده و اسیر تلقی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن آزادی اشخاص است.

مبحث ششم) سن رشد و معاملات شخص رشید

براساس ماده ۳۹ ق. م: «سن رشد هجده سال مکمل شمسی می باشد. شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات، دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته می شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

۱) سن رشد هجده سال مکمل هجری شمسی است. سن در لغت به معنی سال های زندگانی و عمر است. در اصطلاح به میزان سال هایی که از زندگانی و عمر انسان گذشته باشد سن گویند.^{۹۸} رشد در لغت به معنای استقامت، راهیابی، راه یافتن و هدایت شدن و ضد ضلال و گمراهی است. در اصطلاح حقوقی و فقهی به بلوغ قرین حُسن تصرف رشد گویند، چنانچه فقهای حنفی رشد را به خبرگی در اداره، بهره مندی، حفظ و صلاح مال، حُسن تصرف در آن و تمیز میان نفع و ضرر می دانند به گونه ای که بدون در نظر گرفتن مصالح خویش آن را مصرف نکند و به اسراف و تبذیر نپردازد.^{۹۹} از همین رو، ماده ۹۴۷ مجله الاحکام در تعریف رشید می گوید: «رشید کسی است که به پاسداری از مال خود مقید بوده و از اسراف و تبذیر پرهیز نماید.»

96 . Ibid, (Last visit: 21, April, 2015).

۹۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۴۲.

۹۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۹۴.

۹۹. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۸۱-۷۹۸؛ وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۷۰ و ۲۹۷۱؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۳۵۰-۳۵۸.

۲) در مرحله رشد انسان به کمال اهلیت اداء می رسد و می تواند در اموال و ملکیت خویش به صورت مباشر تصرف نماید و عقود را منعقد نماید.^{۱۰۰} از همین رو، شخص رشید در حالت صحت عقل می تواند معاملات حقوقی را انجام دهد.

۳) در صورت عدم صحت عقل به حیث مثال، مجنون و سفیه بودن، شخص هرچند به سن رشد رسیده باشد نمی تواند معاملات حقوقی را به صورت مستقیم انجام دهد و تحت حجر قرار می گیرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعیین سن رشد و بیان اثر سن رشد است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۴):

اهلیت حقوقی مطابق ماده (۳۹) قانون مدنی سن (۱۸) تعیین گردیده است. لهذا، با ارتباط با آن شهادت دختر و پسر که بین سن (۱۷-۱۸) باشد شنیده می شود یا خیر؟

توضیح:

شهادت دختر و پسر یکه بین سن (۱۷-۱۸) سال می باشند در قضایای مدنی قبول نمی شود چه اهلیت آن را مطابق ماده (۳۹) قانون مذکور حایز نگریده اند.^{۱۰۱}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵)

۱- (مواد ۳۹-۷۰-۷۱) قانون مدنی با همدیگر متناقض به نظر میرسد. در روشنی احکام شریعت فابل توضیح است.

۲- در ماده (۳۹) قانون مدنی سن قانونی (۱۸) سال تعیین شده درحالی که در سن کمتر از ۱۸ سال صاحب اولاد می شود اگر زن یا مرد کمتر از سن (۱۸) سال با اولاد خود مراجعه کند آیا ناقص اهلیت شناخته میشوند یا نه؟

توضیح:

۱- بین مواد متذکره تناقض وجود ندارد چه ماده (۳۹) احکام مربوط به اهلیت در معاملات را به صورت عمومی و ماده (۷۰) اهلیت را در موارد خاص آن که عبارت از عقد ازدواج است تنظیم نموده است و ماده (۷۱) قانون مدنی با انفاذ فرمان شماره هفتم شورای انقلابی دیموکراتیک افغانستان ملغی شناخته می شود.

۱۰۰. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۸۱-۷۹۸؛ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج ۴، ۲۹۷۰ و ۲۹۷۱؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشایر الاسلامیة، صص ۳۵۰-۳۵۸.

۱۰۱. (____). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، ص ۵۰۲.

۲- مطابق ماده ۳۹ قانون مدنی اهلیت برای اجرای معاملات وقتی کامل می شود که زن و مرد سن (۱۸) را تکمیل کرده باشند تفاوت دو سال در سن مرد و زن صرف در موضوع ازدواج اعتبار دارد شخصی کمتر از (۱۸) سال کامل گرچه صاحب اولاد هم باشد واجد اهلیت مدنی نمی باشد.^{۱۰۲}

مبحث هفتم) معاملات اشخاص ناقص و فاقد اهلیت

ماده ۴۰ ق. م حکم می نماید: «شخصی که از نگاه صغر سن، معتوه بودن یا جنون، غیر ممیز باشد، نمی تواند معاملات حقوقی را انجام دهد. شخصی که به سن هفت سالگی نرسیده باشد غیر ممیز محسوب می گردد.» صغر به کسرِ صاد و فتح عین به معنای کوچکی، خردی و کم سن و سال بودن است و در اصطلاح فقهی و حقوقی به حالت شخص از زمان زاده شدن تا هنگام بلوغِ صِغَر و به شخصی که چنین وضعیتی دارد، صغیر می گویند.^{۱۰۳} تعریف سن در بالا گذشت.

به کسی که از فهم اندک برخوردار بوده و سخنان مضطرب و پریشان بگوید و حُسن تدبیر او معلوم نباشد معتوه گویند. ماده ۹۴۵ مجله الاحکام در تعریف معتوه که در زبان عرف به آن ساده لوح می گویند، می گوید: «معتوه: کسی است که شعورش مختل شود طوری که فهمش اندک بوده و در کلامش اختلال به وجود آید و تدبیرش فاسد باشد.»

جنون از ریشه «جن» گرفته شده که به معنای دیوانگی، زوال عقل و تباهی خرد است و در اصطلاح عبارت از اختلال عقل است که حاصل آن اضطراب و آشفتگی در رفتار است. جنون بردونوع است:

۱- **جنون اطلاق:** جنون اطلاق، عبارت از جنونی است که استمرار داشته و از آن به جنون «مستمر» نیز یاد می کنند.

۲- **جنون غیر اطلاق:** جنون غیر اطلاق، عبارت از جنون غیر مستمر است؛ یعنی: شخص مبتلا به آن گاه به حالت عادی باز می گردد و گاهی دچار جنون می شود. ماده ۹۴۴ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «مجنون بر دو قسم است: یکی مجنون مطبق که در تمام اوقات بیخود است و مجنون غیر مطبق که مجنونی است که گاهی بیخود و گاهی به حالت آفاقه باز می گردد.»^{۱۰۴} صغیر غیر ممیز، کودکی است که نمی تواند خوب و بد و نفع ضرر را از همدیگر تشخیص دهد و شناخت کافی از اطراف و محیط و اعمال و کردارش پیدا نماید و نمی تواند آثار و احکام عقود و ایقاعات را بداند تا این که به سود آوری یا مضر بودن آن برای خود واقف شود مانند اطفال چهار پنج ساله که خرید و فروش را نمی فهمند؛ یعنی: نمی دانند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن است و بین غبن فاحش و غبن غیر فاحش فرق نمی گذارند و به کسی که بین این ها فرق می گذارد صغیر ممیز گفته می شود. ماده ۴۰ ق. م

۱۰۲. همان، ص ۵۰۲.

۱۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۱۳.

۱۰۴. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۷۲؛ عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، ص ۱۰۲؛ وهبة الزحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۶۹.

در تعریف صغیر غیر ممیز می گوید: «[...] شخصی که به سن هفت سالگی نرسیده باشد غیر ممیز محسوب می گردد». همچنین، ماده ۴ فقره ۲ ق. ر. ت. ا در این باره می گوید: «طفل غیر ممیز شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل نکرده باشد». ۱۰۵ معامله که از ریشه «عمل» گرفته شده و به معنای با همدیگر کار کردن، عمل کردن دو جانبه، داد و ستد و تجارت کردن است ۱۰۶ با عقد فرقی ندارد. ولی، چنانچه رایج است در بسیاری از موارد در عقود که از طرف هر یک از طرفین عقد نسبت به دیگری تعهد و یا تملیک شده باشد، استعمال می گردد. ۱۰۷

به بیان دیگر، معامله بیشتر به معنای معاقد و تصرفات حقوقی دوجانبه و در مفهومی کاملاً خاصتر به معنای خرید و فروش به کار برده می شود. ۱۰۸ از همین رو، به عقدی که موضوع آن ازدواج باشد، عقد و به عقدی که موضوع آن خرید و فروش باشد، معامله می گویند. از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است: اول این که شخص غیر ممیز نمی تواند معاملات حقوقی مانند بیع، اجاره، عاریت، هبه و نظیر اینها را انجام دهد. در صورت انجام این اعمال باطل است. دوم این که هر طفلی که به سن هفت سالگی نرسیده باشد غیر ممیز است. سوم این برخی افراد وجود دارد که در حکم صغیر ممیز اند. این افراد طبق نص ماده ۴۰ ق. م معتوه و مجنون اند. معتوه و مجنون نمی توانند معاملات حقوقی مانند بیع، اجاره، عاریت، قرض، صلح و نظیر اینها را انجام دهد. در صورت انجام، این اعمال باطل اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی مورد حمایت قرار دادن افراد ناقص اهلیت در نص این ماده است. همچنین، طبق ماده ۴۱ ق. م: «شخص ممیزی که به سن رشد نرسیده یا اینکه به سن رشد رسیده اما سفیه یا مبتلا به غفلت کاری باشد، ناقص اهلیت پنداشته می شود». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) شخص ممیز که به سن رشد نرسیده ناقص اهلیت است. صغیر ممیز شخصی است که اجمالاً بتواند بین ضرر و منفعت تمیز قایل شود و در بسیاری از مسایل این توان را داشته باشد که منافع و ضرر های خود را در آنها تشخیص بدهد. به عنوان مثال، قرارداد بیع و معامله سودمند را تشخیص بدهد. ۱۰۹ از

۱۰۵. ماده ۹۴۳ مجله الاحکام در این باره می گوید: «صغیر غیر ممیز کسی است که خرید و فروش را نمی فهمد؛ یعنی: نمی داند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن است و بین غبن فاحش آشکار، مانند غبن به میزان پنج دهم، و غبن کم فرق نمی گذارد[...].»

۱۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۴۲.

۱۰۷. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ص ۱۵۹.

۱۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۳.

۱۰۹. ماده ۹۴۳ مجله الاحکام در این باره می گوید: «صغیر غیر ممیز کسی است که خرید و فروش را نمی فهمد؛ یعنی: نمی داند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن است و بین غبن فاحش آشکار، مانند غبن به میزان پنج دهم، و غبن کم فرق نمی گذارد؛ و به کسی که میان اینها فرق بگذارد طفل ممیز گفته می شود.»

تعریف فوق به خوبی بر می‌یابد که صغیر ممیز بر شخصی اطلاق می‌گردد سود و زیان را از همدیگر تشخیص می‌دهد^{۱۱۰} که معمولاً بر اطفالی که بین سنین هفت الی چهارده سالگی قرار دارند اطلاق می‌گردد. این دوران از سن هفت سالگی آغاز و تا زمان بلوغ عقلی ادامه پیدا می‌کند. به طفلی که در این دوره قرار دارد در اصطلاح طفل ممیز می‌گویند. تمیز عبارت از حالتی است در آن کودک ممیز خیر و شر خود را تشخیص می‌دهد و می‌داند که چه چیزی به نفع و ضرر او است و معانی الفاظ خود را به اجمال می‌داند. به عنوان مثال، می‌داند که عقد بیع موجب از دست رفتن مال او و تملك ثمن می‌گردد. بنابراین، بر اشخاصی که بین سنین هفت الی دوازده سالگی قرار دارند، صغیر ممیز گفته می‌شود. ماده ۴ فقره ۳ ق. ر. ت. ا در این باره می‌گوید: «طفل ممیز: شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل و دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد.» طبق نص ماده ۴۱ صغیر ممیز ناقص اهلیت است و نمی‌تواند معامله حقوقی را انجام دهد.

۲) شخص ممیزی که به سن رشد رسیده است اما سفیه است ناقص اهلیت پنداشته می‌شود و نمی‌تواند معامله حقوقی را انجام دهد. سفیه در لغت به معنی نادان، جاهل و کم‌خرد است. ماده ۹۴۶ مجله الاحکام در تعریف سفیه می‌گوید: «سفیه: کسی است که مال خویش را بیجا به مصرف رساند و در مصارف مال اسراف نماید و از طریق اسراف مال خود را ضایع سازد و تلف نماید. کسانی که در داد و گرفت خویش غفلت می‌ورزند و در تجارت بلد نیستند و از روی ناهمی و بی‌پروایی تجارت می‌نمایند از جمله سفهاء محسوب می‌شوند.»

۳) شخصی که به سن رشد رسیده است اما غافل است ناقص اهلیت پنداشته می‌شود و نمی‌تواند معامله حقوقی را انجام دهد. غفلت مصدر «غفل» به معنای گذاشتن، فراموش کردن، سهل‌انگاری و بی‌خبری است. به شخص دچار به غفلت غافل گویند. در اصطلاح فقهی، به سهل‌انگاری و فراموشکاری غفلت گویند. فقهای اهل سنت غفلت را از رهگذر جواز و عدم جواز حجر به «سفه» شبیه می‌دانند. بنابراین، در تعریف آن می‌گویند که: غافل کسی است که نمی‌تواند به اسباب سود و زیان راه برد. تفاوت سفیه و غافل در آن است که سوء تصرف غافل ناشی از ضعف إدراک اوست و از سفیه از سفیه^{۱۱۱} از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید اولاً اشخاص به صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز و رشید منقسم می‌گردند و ثانیاً اشخاص صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز و رشید به ناقص اهلیت و کامل اهلیت تقسیم می‌گردد:

۱) ناقص اهلیت: به هر نوع اهلیت شخص پیش از رسیدن به سن بلوغ و رشد کامل که معمولاً از سن هفت سالگی تا سن بلوغ و رش در نظر گرفته می‌شود، اهلیت ناقص گویند، مانند: صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز، مجنون و معتوه شخص ممیز، سفیه و غافل. این افراد نمی‌تواند معاملات حقوقی مانند عاریت، وکالت، کفالت و نظیر اینها را به دلیل نقص اهلیت انجام دهد. اشخاص ناقص اهلیت به سبب

۱۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۱۷.

۱۱۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۶؛ وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۸۲ و ۱۸۳.

سلب و یا محدود شدن اهلیت آنها نمی توانند اعمال حقوقی را اصالتاً انجام دهند. پرسش این است که معاملات اشخاص ناقص اهلیت چگونه انجام شود. در پاسخ به این پرسش ماده ۴۲ ق. م حکم می نماید که: «شخص ناقص الاهلیت و فاقد آن تابع احکام وصایت، ولایت و قوامت مطابق به شرایط و قواعد پیش بینی شده این قانون می باشند». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- شخص ناقص اهلیت مانند صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز، مجنون و معتوه شخص ممیز، سفیه و غافل تابع احکام ولایت، وصایت و قیمومیت است. ولی، وصی و قیم نایب قهری یا قانونی این اشخاص تلقی می شوند و می توانند معاملات اشخاص ناقص اهلیت را به نمایندگی از آنها انجام دهند. نیابت در لغت به معنی جانشین شدن، به جای کسی امری را انجام دادن، جانشینی و قایم مقامی است. نیابت در اصطلاح فقهی انجام دادن تصرفی به نیابت از دیگری است.^{۱۱۲} نیابت در فقه دو نوع است: اختیاری و قهری: نیابت اختیاری در شرع یک نوع است که عبارت از وکالت است که عبارت از تفویض تصرف به غیر است. نیابت قهری که نیابت جبری و نیابت شرعی نیز یاد می شود عبارت از ولایت و وصایت است که بر صغار و کسانی که در حکم صغار هستند، ثابت می گردد.^{۱۱۳}

به موجب ق. م ن نیابت به دو نوع: (۱) نیابت قانونی که به نام نیابت قهری نیز یاد می شود؛ و (۲) نیابت عهدی که به نام نیابت قراردادی یا اختیاری نیز یاد می شود منقسم می گردد.^{۱۱۴} ولایت از ریشه «ولی» گرفته شده است^{۱۱۵} که در لغت به معنی محبت و کمک است. همچنین ولایت در لغت به معنی سلطه،^{۱۱۶} فرمانروایی، حکومت کردن، دوستی، قرابت و خویشاوندی است.^{۱۱۷} در اصطلاح فقهی ولایت عبارت است از قدرت و تصرف در مورد امور غیر به صورت مباشر بدون اینکه متوقف به اجازه غیر باشد.^{۱۱۸} به مفهوم عامتر: ولایت در اصطلاح فقهی و حقوقی عبارت از قدرت شرعی و قانونی است که به موجب آن هر شخصی می تواند به انشای عقود و دیگر تصرفات اعم از مالی یا غیر مالی مبادرت ورزد.^{۱۱۹} به نظر

۱۱۲. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۸۱۷؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۵.

۱۱۳. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۸۱۷؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۷.

۱۱۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۷۲۶ و ۷۲۷؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۹۹.

۱۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۴۸.

۱۱۶. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۱.

۱۱۷. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹۴.

۱۱۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۱.

۱۱۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۴۸.

احناف، ولایت عبارت از عملی نمودن تصمیم و خواست در مورد دیگری است اعم از این که راضی باشد یا خیر.^{۱۲۰} کسی که به نمایندگی از صغار و مجانین عقد را جاری می نماید «ولی» یا «متولی عقد» و کسی که ولی بر وی ولایت دارد «مولی علیه» صبیغه مفرد و «مولی علیهم» صبیغه جمع نامیده می شود.^{۱۲۱}

ولایت یکی از مصادیق نیابت قهری است و ولی می تواند به گونه ای که تفصیل آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م خواهد آمد معامله حقوقی مانند ازدواج، خرید و فروش، اجاره و نظیر اینها را به نیابت از مولی علیه مانند صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز، معتوه، معنون و سفیه انجام دهد. ولایت به گونه ای که تفصیل آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م خواهد آمد معمولاً بر افراد ناقص اهلیت مانند صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز ثابت می گردد. وصایت از اوصی گرفته شده است که در لغت به معنای پند، اندرز، نصیحت و صایت کردن و وصی تعیین کردن است.^{۱۲۲} شخصی را که برای بعد از مرگش وصی معین می نماید، موصی، شخصی را که برای او وصی معین می شود، موصی علیه، عملی را که برای آن وصی معین می شود، موصی به و یا موصی فیه و شخصی را که جهت اداره اموال صغار توسط ولی و یا قاضی معین می شود، وصی می گویند. در اصطلاح فقهی، وصایت عبارت از قیام به اداره امور مالی اطفال، مجانین و اشخاص سفیه از طریق نیابت از طرف ولی یا قاضی است.^{۱۲۳}

به عبارت عامتر: وصایت عبارت است از این که شخصی؛ یعنی: وصی برای دیگری؛ یعنی: موصی تعهد کند که بعد از فوت او، وصیت های او از قبیل: پرداخت و گرفتن دیون، سرپرستی و تأمین مخارج اطفال وی را انجام دهد.^{۱۲۴} وصایت نوع دوم نیابت قهری یا قانونی است. به موجب وصایت، وصی می تواند به نمایندگی از طفل صغیر ممیز یا صغیر غیر ممیز معاملات حقوقی را انجام دهد. وصایت به گونه ای که تفصیل آن خواهد آمد بر افراد ناقص اهلیت مانند صغیر غیر ممیز و صغیر ممیز ثابت می شود. وصایت معمولاً در مواردی که ولی وجود نداشته باشد مطرح می شود. معمولاً وصی یا توسط ولی و در صورت عدم تعیین شدن توسط ولی، توسط قاضی محکمه ذیصلاح تعیین می شود. قیومیت در لغت به معنی سرپرستی است.^{۱۲۵} قیومیت وظیفه ای است که از طرف قاضی به شخصی که قیم نامیده می شود

۱۲۰. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۰.

۱۲۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۰؛ و وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۰

۱۲۲. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، ص ۲۱۷۲.

۱۲۳. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۳۱.

۱۲۴. مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیته ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۲۲۳.

125. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 27/1/2018).

برای سرپرستی و اداره امور محجورین غیر از صغار؛ یعنی، سفیه، معتوه، مجنون و ... در صورت فقدان ولی و وصی واگذار می شود.^{۱۲۶}

بنابراین، قیم می تواند معاملات حقوقی را به نمایندگی از صغیر غیر ممیز مانند معتوه، غافل، سفیه و نظیر اینها انجام دهد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که: صغیر در صورت موجودیت ولی، تحت ولایت ولی قرار می گیرد و ولی صغیر امور مالی و غیر مالی صغیر را اداره می نماید. در صورتی که ولی وصی تعیین نموده باشد، بعد از فوت ولی صغیر تحت وصایت وصی ولی قرار می گیرد و در صورتی ولی نیز برای اداره امور مالی طفل صغیر خویش وصی تعیین ننموده باشد، قاضی می تواند برای اداره امور مالی طفل صغیر وصی تعیین نماید. پس، ولایت و وصایت بر صغار ثابت می گردد. اما، در صورتی شخص بالغ، به جنون، سفیه، عته و غفلت مواجه شود، و ولی وصی نداشته باشد، قاضی محکمه ذیصلاح غرض اداره اموال وی برای او قیم تعیین می نماید. بنابراین، فرقی که میان ولایت، وصایت و قیمومیت ظاهر می گردد این است که:

- ولایت ممکن است بر ازدواج و اداره اموال اشخاص فاقد و ناقص اهلیت صورت پذیرد. اما، وصایت و قیمومیت صرف بر اداره اموال محجورین صورت می پذیرد با این تفکیک که وصایت بر اداره امور مالی صغار و قیمومیت بر اداره امور مالی محجورین غیر از صغار که عبارت اند از: سفیه، معتوه، مجنون و غافل؛

- ولایت و وصایت صرف بر صغار ممکن است ثابت گردد. ولی، قیمومیت ممکن است بر اداره اموال اشخاص سفیه، معتوه و مجنون و بالغ ثابت گردد؛

- نصب قیم به حکم مستقیم قانون نبوده، بلکه در صورت فقدان ولی و وصی با رعایت شرایطی که بعداً بحث آن خواهد آمد، از طرف قاضی صورت می پذیرد. بنابراین، تا زمانی که ولی و وصی وجود داشته باشد، و اهلیت لازم را نیز داشته باشند، قاضی نمی تواند برای اداره اموال محجورین قیم تعیین نماید.

۲- شخص فاقد اهلیت تابع ولایت، وصایت و قیمومیت است. عبارت شخص فاقد اهلیت در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا اول این که طبق نص ماده ۴۱ ق. م اشخاص غیر ممیز، ممیز، سفیه، معتوه و مجنون ناقص اهلیت اند و محلی برای شخص فاقد اهلیت باقی نمی ماند. دوم این که به گونه ای که تفصیل آن در جلد حقوق و جایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد اهلیت به اهلیت وجود و اهلیت اداء تقسیم می شود. اهلیت وجود به اهلیت وجود ناقص و کامل تقسیم می شود. اهلیت وجود ناقص برای جنین و اهلیت وجود کامل برای صغیر غیر ممیز ثابت می گردد. اهلیت ادای ناقص برای صغیر ممیز و اهلیت ادای کامل برای اشخاص رشید ثابت می گردد. بنابراین، به نظر می رسد هیچ

۱۲۶. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۲۵۹.

شخصی فاقد اهلیت نیست بلکه برخی افرادی امکان دارد به دلیل عوارض اهلیت که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد ناقص اهلیت باشد.

۳) کامل اهلیت: شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نموده و دارای صحت عقل باشد. اشخاص صحیح‌الاهلیت می‌توانند معاملات حقوقی را اصالتاً انجام دهند (ماده ۳۹ ق. م).^{۱۲۷}

پرسش: در ماده (۴۲) قانون مدنی شخص ناقص اهلیت تابع و صایت می‌باشد و در ماده (۳۹) سن رشد را اكمال هجده سالگی میدانند پس دختریکه بین سن (۱۷-۱۸) باشد می‌تواند دعوی طلاق نماید یا خیر؟

توضیح: مطابق به حکم ماده (۳۹) قانون مدنی سن رشد و اهلیت کامل حقوقی به صورت عام اكمال سن هجده سالگی است تنها مستند به ماده (۷۰) قانون مدنی اهلیت زن برای ازدواج به صورت اختصاصی اكمال سن (۱۶) سالگی قبول گردیده و دعوی طلاق، نفقه و سایر دعاوی ناشی از ازدواج در قسمت زنانی که سن هجده سالگی را اكمال نکرده باشند به پیروی از صحت عقد ازدواج و متکی به متحد المال (۶۲۱) الی (۶۶۵) ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه اصالتاً اقامه شده می‌تواند.

متن متحد المال:

قبلاً دیوان مدنی و حقوق عامه ریاست محکمه کابل در مورد احکام مواد (۸۰-۷۰) قانون مدنی هم چنان مواد (۳۹-۴۰) قانون مذکور مبنی بر اینکه دختر ۱۶ ساله طبق حکم ماده (۷۰) قانون مدنی و ماده (۵) فرمان شماره هفتم شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان واجد اهلیت ازدواج بوده ولی بر عکس دو دعوی مطالبه طلاق تفریق دعوی نفقه و غیره که فرع ازدواج است فاقد دانسته شده ادعای وی توسط ولی یا وصی علیه زوج در محکمه دنبال میگردد شرحی را استهداء و نظری ارائه داشت بودند:

حینی که مراتب به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه پیشنهاد شد طی تصویب ۱۳۳۹/۱۱/۲۸ هدایت ذیل صادر گردید:

«استهائیه مورخ ۵۹/۱۱/۱۴ دیوان مدنی و حقوق عامه ولایت کابل در مورد اینکه دختر (۱۶) ساله طبق حکم ماده (۷۰) قانون مدنی و ماده (۵) فرمان شماره هفتم شورای انقلابی واجد اهلیت ازدواج بوده ولی بر عکس دعوی مطالبه طلاق، تفریق مهر و نفقه و غیره که فرع ازدواج است توسط ولی یا وصی علیه زوج در محکمه دنبال می‌گردد و نظر دیوان مذکور دایر بر اینکه احکام مواد (۸۰-۷۰) قانون مدنی احکام مواد (۳۹) و (۴۰) قانون مذکور را اخلاص نکرده تخصیص بعد از تعمیم خواهد بود در جلسه تاریخی ۵۹/۱۱/۱۸ شورای عالی مطرح بحث و مشوره قرار یافت و با مطالعه مواد مورد بحث استهائیه و یا مراجعه با سایر احکام مواد قانون مدنی نظر ذیل قایم گردید که:

ماده (۷۰) قانون مدنی دختر ۱۶ ساله را واجد اهلیت کامل ازدواج دانسته از جانب دیگر مطابق حکم ماده (۹۰) قانون مدنی بر نکاح صحیح و نافذ تمام آثار آن از قبیل نفقه زوج و حقوق میراث.

ثبوت نسب و غیره مرتب میگردد هرگاه از اعطای این حقوق امتناع به عمل آید و یا در شناسایی بعضی آن اختلافی بین زوج و زوجه بروز نمایی زوجه ۱۶ ساله صلاحیت مطالبه این حقوق را از محکمه دارد و دلایل آن عبارت است از:

الف: ماده (۱۰۳) قانونی مدنی صراحتاً صلاحیت اسقاط کلی یا قسمی مهر را به زوجه بالغه که سن ازدواج را تکمیل نموده باشد اعطا نموده در حالیکه اسقاط مهر به ضرر زوجه است و قانوناً زوجه این صلاحیت را دارد، معقول نیست در قسمت مطالبه یا دعوی سایر فروع عقد ازدواج فاقد اهلیت پنداشته شود.

ب: طبق حکم ماده (۱۸) قانون مدنی شخص رشید در حال صحت عقل در اجرای معاملات حقوقی دارای اهلیت کافی شناخته شده و ماده (۴۰) این قانون صغیر غیر ممیز را از انجام معاملات حقوقی.

منع قرار داده است چون دختر ۱۶ ساله از یک سو صغیر غیر ممیز نیست و از جانب دیگر در حین مطالبه مهر طلاق و غیره معامله ای را انجام نداده بلکه به حیث مدعی اقامه دعوی می نماید و بلاخره هرگاه حکم ماده (۳۹) قانون مدنی عام قبول شود چون ماده (۷۰) قانون مذکور تغییری که در استهدائیه محکمه ولایت کابل به کار برده شده تخصیص بعد از تعمیم است حکم ماده (۳۶) را به هیچ وجه اخلاص نمی نماید با در نظر داشت دلایل فوق باید گفت که چنانچه دختر ۱۶ ساله اهلیت ازدواج را دارد اهلیت شرعی مدعی علیه شدن را نیز منحصرأ در مطالبات مربوط با آثار مرتب بر نکاح و فروعات مربوط با این عقد در پیشگاه محاکم داراء میباشد نظر توضیحی فوق که به جواب استهدائیه محکمه ولایت کابل ابراز گردید غرض توحید مرافق قضائی به عموم محاکم متحدالمال شود.^{۱۲۸}

مبحث هشتم) حمایت از حق شخصی اشخاص حقیقی

طبق ماده ۴۵ ق. م: «شخصی که حقوق شخصی او مورد تجاوز قرار می گیرد، می تواند علاوه بر مطالبه منع تجاوز در صورت وقوع ضرر طالب جبران خساره گردد.» نص این ماده ناظر بر حمایت از حق است. از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) شخصی که حقوق شخصی او مورد تجاوز قرار گرفته می توان منع تجاوز را از متجاوز مطالبه نماید. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق است. فقهاء در تعریف حق شخصی می گویند که: حق شخصی یا التزام عبارت از حقی است که شرع آن برای شخص معین بر شخص معین دیگر می دهد تا صاحب حق بتواند جانب مقابل را به دادن شی، اجرای عمل و امتناع از عمل وادار نماید.^{۱۲۹} حقوقدانان در تعریف حق شخصی می گویند که: حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می کند و به موجب آن می تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را داین و کسی را ملزم به انجام امری است مدیون می نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن دین است و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام

۱۲۸. _____ (۹-۱۹ حوت ۱۳۶۱). سیمینار عالی ستره محکمه، کابل: ستره محکمه، صص ۱۸۱-۱۸۶.
 ۱۲۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵؛
 مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۶؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۱۶.

دارد.^{۱۳۰} استعمال حق شخصی به عوض مطلق «حق» در نص این ماده محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، حق شخصی، حقی است که یک شخص بر شخص دیگر دارد و به موجب آن می‌تواند اجرای عمل، امتناع از اجرای عمل و پرداخت شی را از مدیون مطالبه نماید. در حالی که حق، امتیاز، سلطه، نفع، اجازه و ... است که توسط شرع، حقوق و طبیعت به اشخاص حقیقی و حکمی اعطا گردیده است. در صورتی که این حق مورد تجاوز قرار بگیرد، شخصی که حق او مورد تجاوز قرار گرفته است می‌تواند، منع تجاوز را از متجاوز مطالبه نماید. تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۱۳۱} به شخصی که تجاوز می‌نماید متجاوز و متعدی می‌گویند. به نظر می‌در اصطلاح حقوقی تجاوز نقض حق دیگران است. برخی مثال‌های منع تجاوز قرار ذیل است:

- ۱- اگر احمد بخواهد محمود را به قتل برساند، احمد می‌تواند مانع محمود شود. قتل در این مثال تجاوز از حق است.
- ۲- اگر شخصی چاهی بدون اجازه مالک زمین، در زمین او حفر نماید، مالک زمین می‌تواند حافر را از حفر چاه منع نماید.
- ۳- اگر احمد بخواهد آب جاری محمود را مسدود نماید، محمود می‌تواند احمد را از این کار منع نماید. زیرا، حق آبیاری، حق محمود است.
- ۴- اگر احمد بخواهد مال محمود را تلف نماید، محمود می‌تواند مانع تلف مال شود.
- ۲) شخصی که حق او مورد تجاوز قرار می‌گیرد، می‌تواند در صورت متضرر شدن، از ضرر زننده مطالبه جبران خسارت نماید.

۳) شخصی که حق او مورد تجاوز قرار می‌گیرد، علاوه بر مطالبه منع تجاوز در صورت وقوع ضرر می‌تواند طالب جبران خساره گردد. ضرر در لغت به معنای زیان و تاوان است که جمع آن اضرار است. همچنین، ضرر به معنی خسارت و یا خساره است. در اصطلاح حقوقی ضرر عبارت است از آزار و یا نقصان ناخوشایندی که در یکی از ضروریات پنجگانه جان، دین، عقل، آبرو و مال حاصل می‌شود که عامل آن (ضار/ ضرر رساننده) ممکن است خود شخص و یا غیر باشد.^{۱۳۲} به حیث مثال، در فعل مضر ضرر رساننده قاتل، ضارب، جراح، غاصب و تالف و در فعل مفید پرداخت کننده و شخص فضولی است. جبران خسارت مرکب از دو کلمه است: جبران و خسارت. جبران به ضم جیم از ریشه «جبر» گرفته

۱۳۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۶۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، ص ۵؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۶؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۱۶.
(آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 131.

۱۳۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶۴.

شده است که در لغت به معنی تلافی کردن و دادن عوض است.^{۱۳۳} خسارت از ریشه «خسر» گرفته شده که در لغت به معنی ضرر و زیان، غرامت، ضد نفع و سود است.^{۱۳۴} در اصطلاح حقوق مدنی، جبران خسارت عبارت از تلافی کردن و عوض دادن خسارت و صدمه ای است که توسط ضرر رساننده به متضرر رسیده است.^{۱۳۵} برخی مثال های جبران خسارت قرار ذیل است:

- اگر احمد مال محمود را تلف نماید، احمد مکلف است جبران خسارت مال را بپردازد.
- اگر احمد مال محمود را غصب نماید، باید مال را رد و در صورتی که مال از بین رفته باشد، جبران خسارت آن را بپردازد.

- اگر احمد محمود را زخمی یا مضروب نماید، باید جبران خسارت جرح و ضرب را بپردازد.
- اگر احمد محمود را به قتل برساند، احمد مکلف است به ورثه محمود جبران خسارت قتل (دیه) را بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق است.

۱۳۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۴۵۶.
۱۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۷.
۱۳۵. مسلم آقایی طوق (____). مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت: مطالعه تطبیقی کشور های فرانسه، انگلستان و امریکا، پژوهشنامه معاونت حقوقی و بررسی های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، سال اول، شماره اول، ص ۱۶۴.

فصل دوم: خصوصیات اشخاص حقیقی

اشخاص طبیعی دارای يك سلسله خصوصیات است که توسط این خصوصیات از سایر پدیده ها متمایز می گردند. این خصوصیات عبارت اند از: داشتن نام، تابعیت، اقامتگاه، اسناد سجلات، فامیل و مسئولیت حقوقی می باشد. تفصیل تابعیت و اقامتگاه در جلد دوم (حقوق بین الملل خصوصی) و از فامیل در جلد سوم این دور از شرح ق. م خواهد آمد. در این فصل، نام و اسناد سجلات را مورد مطالعه می نمایم:

مبحث اول) حق داشتن نام و تغییر آن

طبق ماده ۳۸ ق. م: «هر شخص می تواند علاوه بر اسم خود، اسم خانوادگی انتخاب نماید. اسم خانوادگی به اولاد انتقال می یابد. اگر شخص اسم خانوادگی غیر را به خود انتقال دهد و این عمل او موجب خساره به شخص اول گردد، متضرر می تواند علاوه بر مطالبه منع، جبران خساره را نیز از متعرض مطالبه نماید.» از نص این ماده سه حکم در خصوص نام قابل استنباط به نظر می رسد: حق داشتن نام، حق داشتن اسم خانوادگی و حمایت از اسم خانوادگی که هریک ذیلاً مورد بحث قرار می گیرد:

گفتار اول) حق انتخاب نام

هر شخص می تواند برای خود اسم انتخاب کند. منظور از شخص در نص این ماده شخص حقیقی است. زیرا، اسم اشخاص حکمی معمولاً توسط شخص حقیقی انتخاب می شود مانند اسم احزاب سیاسی، شرکت ها، انجمن ها، شورا ها و نظیر اینها. هرچند انتخاب اسم به عنوان یک حق به اشخاص اعطا گردیده است و بنابراین اشخاص می توانند برای خود اسم انتخاب نمایند، در عمل اسم اشخاص بعد از تولد توسط والدین آنها انتخاب می شود. بنابراین، نص این ماده از نظر منطقی محل ایراد به نظر می رسد مگر این که افراد زمانی که بزرگ شوند نام خود را تغییر دهند و نام جدید انتخاب نمایند. نام امری است که توسط آن انسان ها از همدیگر تفکیک شده و مورد شناسایی قرار می گیرند. نام به انواع و اقسام

مختلف است، مانند: نام کوچک که خاص هر شخص است که به نام شخصی نیز یاد می شود. نام خانوادگی که گاهی نام بزرگ نیز گفته می شود و مختص همه اعضای خانواده و برای همه اعضای خانواده است که از پدر خویش ارث می برند. نام مستعار و آن نامی است که یک شخص برای خود بر می گزیند تا به جای نام واقعی خویش آن را به کار برد. نام موهوم که تا اندازه ای مانند نام مستعار است که شخصی برای پوشاندن و پنهان نگاه داشتن نام واقعی خود آن را به کار می برد.

نام تجاری که اختیاری است و باید به ثبت برسد و آن نامی است که شخصی برای تجارتخانه ای خود بر می گزیند. لقب و عنوان و یا القاب و عنوان های افتخاری و تشریفاتی و اشرافی نیز از گذشته وجود داشته که توسط مقامات یا حکومت ها به اشخاص داده می شده است، مانند: فخر الدولت، امین الملک، خادم الشریعة و امثال اینها. در گذشته کنیه نیز وجود داشته است که بیشتر در میان اعراب مرسوم بوده است و شخص را به فرزند بزرگش یاد می کردند، مانند: ابوطالب، ابوهاشم، ابوعلی، ام هانی، ام سلمه، ام داود و امثال اینها. امروزه از نظر حقوقی به جز نام، نام خانوادگی و نام تجاری، دیگر نام ها ارزش حقوقی ندارند.^{۱۳۶}

در میان اقوام و ملت های گذشته، نام به صورت فردی بوده است. هر شخصی تنها یک نام داشت که به وراثت انتقال نمی یافت. این رسم مدت زیادی در میان برخی اقوام به خصوص یونانیان و عبری ها (یهودیان) مرسوم بود. برعکس، رومیان دارای نظام منظم از نام ها بودند. این نظام مرکب بودن از نام خانوادگی که مختص همه اعضای خانواده بود و نام کوچک که شخصی و مختص هر فرد بود. نام خانوادگی که تعیین کننده ای شاخه های گوناگون همان تبار بوده، اثری شد. اکنون در بسیاری از جاها از جمله افغانستان شیوه نام کوچک و نام خانوادگی رواج دارد که نام کوچک مختص هر فرد و نام خانوادگی به صورت توارثی در آمده است.^{۱۳۷}

گفتار دوم) حق انتخاب اسم خانوادگی و حمایت از آن

همانطور که هر شخص حقیقی می تواند اسم انتخاب نماید، می تواند اسم خانوادگی انتخاب نماید. معمولاً اسم خانوادگی اشخاص طبیعی به اولاد آنها انتقال می نماید. ولی، این قاعده مطلق نیست و بنابراین اشخاص طبیعی می توانند اسم خانوادگی خویش را نیز انتخاب کنند. چون اسم خانوادگی از جمله ویژگی های اشخاص طبیعی است و به اولاد انتقال می نماید و حق منحصر به فرد هر شخص پنداشته می شود و اشخاص نسبت به آن حق پیدا می نمایند، ق. م آن را مورد حمایت ویژه قرار داده و تجاوز بر آن را موجب جبران خسارت دانسته است. بنابراین، به نظر می رسد در صورتی که شخصی نام خانوادگی غیر را به خود انتقال بدهد، مانند اینکه: شخصی اسم خانوادگی شخص معروف، مانند: مؤلف، طبیب، مهندس و رسام و اشخاص سیاسی را به خود انتقال دهد و از طریق آن سودی حاصل نماید، متضرر می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه منع و در صورت ضرر جبران خساره نماید. به حیث مثال،

۱۳۶. محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل،

جاودانه، صص ۱۳۰ و ۱۳۱.

۱۳۷. همان، محمد حسین ساکت، صص ۱۲۹ و ۱۳۰.

اگر احمد تخلص خانوادگی محمود را به خود انتقال دهد، محمود می تواند احمد را منع نماید. در صورت ورود ضرر (معنوی) محمود می تواند جبران خسارت معنوی را از احمد مطالبه نماید. نص این ماده بسیار پیشرفته است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ای ماده مورد حمایت قرار دادن نام خانوادگی است.

مبحث دوم) حالت مدنی

ق. م در جلد اول، مبحث دوم، احکام مربوط به حالت مدنی اشخاص حقیقی را در مواد ۴۶ تا ۵۰ تنظیم نموده است.

گفتار اول) ثبت حالت مدنی در اسناد سجلات و پیشینه اسناد سجلات

براساس ماده ۴۶ ق. م: «اشخاصی که سن هجده سالگی را تکمیل می کنند حالت مدنی شان در دفاتر مخصوص ثبت سجلات مطابق به احکام مندرج مواد (۴۷، ۴۸، ۴۹، ۵۰) این قانون درج می گردد». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تکلیف ثبت حالت مدنی در اسناد سجلات است. از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که شخصی که سن هجده سالگی را تکمیل می نماید، حالت مدنی او در دفاتر مخصوص ثبت سجلات ثبت می گردد.

حالت مدنی متشکل از دو کلمه است: «حالت» به معنی کیفیت، چگونگی، وضع، حال و کیفیتی که در کسی یا چیزی وجود دارد^{۱۳۸} و «مدنی» که در لغت اسم منسوب به مدن یعنی شهر است. به نظر می رسد حالت مدنی در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح و عرفی آن استعمال می شود. در این مفهوم، حالت مدنی به معنی مجرد، متأهل و مُطَلَّقه بودن شخص است. بنابراین، به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی تعریفی که می توان به حالت مدنی ارائه کرد این است که: حالت مدنی به حالت شخص از نظر مجرد و متأهل بودن، مُطَلِّق و عدم مُطَلِّق بودن اطلاق می گردد.

بنابراین، به نظر می رسد به حالت شخص از نظر مجرد، تأهل و مُطَلِّق و عدم مُطَلِّق بودن، حالت مدنی گویند. دفاتر مخصوص ثبت سجلات در حقوق فرانسه به نام «اسناد وضعیت مدنی» در حقوق جمهوری اسلامی ایران «اسناد سجلی یا اسناد ثبت احوال نفوس»^{۱۳۹} و در حقوق جمهوری اسلامی افغانستان به نام «اسناد ثبت سجلات» یاد می نمایند. دفتر مخصوص ثبت سجلات عبارت از سندی معتبری است که حالت مدنی اشخاص طبیعی مطابق قانون مدنی و قانون ثبت احوال نفوس و مقررات مربوط به ریاست ثبت احوال نفوس وزارت داخله توسط مأمورین دولت به ثبت می رسد (مستنبط از مواد ۴۶ و ۴۷ ق. م) که جزئیات مربوط به تولد، ازدواج، طلاق و فوت اشخاص طبیعی را در بر می گیرد. به موجب قانون ثبت احوال نفوس، ثبت احوال شامل: ثبت ولادت، ازدواج، طلاق و وفات می گردد. بنابراین، اسناد سجلات توسط مأمورین ریاست ثبت احوال نفوس وزارت امور داخله ترتیب و در آن وقایع چهارگانه اشخاص طبیعی از قبیل: تولد، ازدواج، طلاق و وفات ثبت می گردد. قبل از انفاذ ق. م،

۱۳۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۱۴.

۱۳۹. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۳۹ و ۳۹.

موضوعات مربوط به احوال شخصیه اشخاص طبیعی به صورت منظم به ثبت نمی رسد و این امر اجباری نبود. ولادت ها اصلاً ثبت نمی شد. ازدواج ها و طلاق ها معمولاً به صورت عرفی صورت می پذیرفت. ثبت فوت جز بر سنگ قبر و اعلان از طریق رادیو جهت اشتراک در مراسم فاتحه خوانی صورت نمی پذیرد. ثبت حالت مدنی و ترتیب اسناد سجالات برای اولین بار در ق. م ۱۳۵۵ در زمان ریاست جمهوری سردار محمد داود خان پیش بینی شد (مواد ۴۶ - ۵۰ ق. م). ولی، احکام پیش بینی شده ثبت حالت مدنی و ترتیب اسناد سجالات بی نهایت ناقص بود.

روی همین دلیل، برای تکمیل آن، در سال ۱۳۵۷ قانون ثبت احوال نفوس و احصائیه حیاتی منتشره جریده رسمی شماره ۳۷۶، سال ۱۳۵۷، نافذ گردید. سپس، این قانون، در زمان حکومت حفیظ الله امین لغو و به عوض آن قانون ثبت احوال نفوس نافذ گردید. متعاقباً، مواد ۱، ۱۸ و ۶۱ آن در زمان حکومت تره کی تعدیل گردید. با روی کار آمدن حکومت طالبان، قانون ثبت احوال نفوس با تعدیلات آن ملغی گردید و به عوض آن قانون ثبت احوال نفوس منتشره جریده رسمی شماره مسلسل ۷۹۳، جمادی الاول، ۱۴۲۱ نافذ گردید. پس از سقوط حکومت طالبان، برخی مواد این قانون توسط فرمان شماره ۴۷، ۱۳۸۳/۱۲/۱۹ رئیس جمهور، جمهوری اسلامی افغانستان تعدیل گردید. سپس، قانون ثبت احوال نفوس منتشره جریده رسمی ۱۱۵۴ مؤرخ ۱۳۹۳/۹/۲۵ نافذ گردید.

گفتار دوم) تثبیت تاریخ ولادت و وفات توسط اسناد سجالات

طبق ماده ۳۷ ق. م: «تثبیت تاریخ ولادت و وفات ذریعه دفاتر رسمی مربوط صورت می گیرد. هرگاه اسناد مبنی بر ثبت ولادت و یا وفات موجود نبوده یا در مورد صحت ثبت اشتباه وارد گردد، برای اثبات ولادت و وفات از اقامه وسایل اثبات به ترتیبی استفاده می گردد که در قانون تصریح شده باشد». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) تثبیت ولادت توسط اسناد سجالات صورت پذیرد. تثبیت از ریشه «ثبت» گرفته شده که در لغت به معنی برجای داشتن، مستقر کردن، استوار داشتن، قرار دادن و ثابت کردن است^{۱۴۰} و در اصطلاح فقهی اثبات به ثابت کردن حق (ادعا) با توسل به وسایل اثبات در نزد قاضی جامع شرایط اثبات گویند.^{۱۴۱} حقوقدانان نیز تعریفی نزدیک به همین مضمون ارائه کرده اند، چنانکه حقوقدانان می گویند: اثبات عبارت است از اقامه دلیل در پیشگاه محکمه مطابق پیش بینی قانون که فناء قاضی محکمه ذیصلاح را فراهم سازد بر صحت واقعه که یکطرف مدعی آن و طرف دیگر منکر آن است. ولادت در لغت به معنی زادن، زایش و به دنیا آوردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، ولادت عبارت است از تولد و زاییدن موجود زنده اعم از انسان و یا غیر انسان.^{۱۴۲}

۱۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۵.

۱۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶.

۱۴۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۲۴۸.

۲) تثبیت وفات توسط اسناد سجالات صورت می‌گیرد. وفات در لغت به معنی مرگ، مردن، موت و فوت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه‌های زندگی کاملاً در او از بین رفته است.^{۱۴۳} همچنین، فوت عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرک و جنبش باز ماند.^{۱۴۴}

۳) در صورت عدم موجودیت اسناد سجالات یا اشتباه در ثبت از سایر وسایل اثبات دعوی مانند اقرار، شهود، سوگند، قراین و نظیر اینها نیز می‌تواند ثابت گردد که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان طرق و وسایل اثبات تولد و وفات است.

گفتار چهارم) درج حالت مدنی شخص در تذکره

طبق ماده ۴۷ ق. م: «(۱) حالت مدنی يك شخص در ورقه مخصوص هویت درج و در صورت مطالبه برایش داده می‌شود. ورقه هویت محتوی: اسم، تخلص یا اسم فامیلی، تأریخ و محل تولد، وظیفه، تابعیت، محل اقامت، اسم همسر و اولاد با تأریخ و محل تولد شان می‌باشد. (۲) تغییر حالات متذکره از قبیل وفات، تغییر محل اقامت یا وظیفه نیز در ورق هویت درج می‌گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

(۱) حالت مدنی شخص که تعریف آن گذشت در ورقه مخصوص هویت توسط وزارت امور داخله ثبت و به شخص داده می‌شود. منظور از ورقه هویت تذکره است. تذکره اسم عربی است که در لغت به معنی کتابی که در آن شرح حال شاعران، صوفیان و مشایخ نوشته شود، آنچه موجب یادآوری شود، بیوگرافی و زندگینامه است.^{۱۴۵} امروزه به تذکره شناسنامه می‌گویند. در ورقه هویت یا تذکره اسم، تخلص، تأریخ و محل تولد، وظیفه، تابعیت، محل اقامت، اسم همسر و اولاد با تأریخ تولد ایشان باید ثبت شود. (۲) تغییرات در حالات شخص مانند فوت که تعریف آن گذشت، تغییر محل اقامت و وظیفه باید در تذکره ثبت شود.

گفتار پنجم) ثبت ازدواج، طلاق، اقرار به بنوت و ثبوت نسب

طبق ماده 48 ق. م: «اسناد مربوط به ازدواج، طلاق، اقرار به بنوت و ثبوت نسب که در مراجع اختصاصی ترتیب می‌گردد، در دفاتر مندرج ماده (46) این قانون به ثبت می‌رسد. مراجع موصوف مکلف اند وقایع مذکور را جهت ثبت به اداره مربوط کتباً اطلاع دهند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱۴۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۱۹۰.
۱۴۴. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۵۳؛ و محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۸۸.

۱) اسناد مربوط به ازدواج که در مراجع اختصاصی ترتیب می‌گردد باید به دفاتر مخصوص سجلات ثبت شوند. اسناد مربوط به ازدواج در محکمه ذیصلاح وثایق ترتیب می‌شود. محکمه ذیصلاح وثایق مکلف است وقایع مربوط به ازدواج را به ریاست ثبت احوال نفوس وزارت داخله گزارش دهد تا در اسناد سجلات ثبت گردد. در باره ثبت ازدواج در داخل افغانستان ماده ۶۱ فقره ۱ ق. م تصریح می‌نماید که: «۱) عقد ازدواج در نکاح نامه رسمی توسط اداره مربوط در سه نقل ترتیب و ثبت می‌گردد، اصل آن در اداره مربوط حفظ و به هر یک از طرفین عقد یک نقل آن داده می‌شود. عقد ازدواج بعد از ثبت به دفاتر مخصوص به اطلاع اداره ثبت سجلات مندرج ماده (۴۶) این قانون رسانیده می‌شود.» طبق نص این ماده عقد ازدواج در نکاح نامه در سه نقل ترتیب می‌گردد: یک نقل آن به ناکح و منکوحه داده می‌شود، دومی در محکمه وثایق حفظ می‌گردد و سومی نیز به ادارات ثبت احوال نفوس ارسال می‌گردد.

۲) اسناد مربوط به طلاق که در محکمه احوال شخصیه ترتیب می‌گردد، یک کاپی آن باید به وزارت داخله غرض ثبت در دفتر مخصوص سجلات ارسال گردد. مطابق ماده ۱ فرمان شماره ۷۷ مؤرخ ۱۰/۴/۱۳۶۵ ببرک کارمل در مورد ایزاد و تکمیل قانون مدنی، منتشره جریده رسمی شماره ۶۱۵ مؤرخ ۱۵/۶/۱۳۶۵: «۱) مراتب ثبت طلاق به حضور زوجین یا وکلای آنها صورت می‌گیرد؛ و ۲) هرگاه حضور زوجه متعذر باشد و یا از حضور امتناع ورزد وثیقه انحلال زوجیت به اداره محل اقامت و یا یکی از اقارب نزدیک او ارسال می‌شود.» طبق نص این ماده ثبت طلاق در حضور زن و شوهر یا وکلای زن و شوهر صورت می‌گیرد.

۳) در صورتی که نسب طفلی از طریق اقرار به بنوت صورت بگیرد، وثیقه آن باید در محکمه ترتیب و به وزارت داخله فرستاده شود. اقرار از ریشه قرر گرفته شده است که در لغت به معنی اعتراف نمودن، اذعان کردن حقی برای صاحب آن و اثبات کردن چیزی، قرار دادن چیزی و پذیرفتن است. ۱۴۶ ماده ۱۵۷۲ مجله الاحکام در تعریف اقرار می‌گوید: «اقرار عبارت از اخبار انسان است از حقی که شخص دیگر بر او دارد. اخبار کننده را «مقر» و شخصی را که اقرار به نفع او صورت گرفته است «مقرله» و شی ای را که به آن اخبار به عمل آمده است «مقربه» می‌گویند.» بنوت در لغت به معنی فرزندی و رابطه فرزندی است. در اصطلاح حقوق مدنی، بنوت عبارت از رابطه ای است که فرزند را با پدر و مادر پیوند می‌دهد. ۱۴۷ به حیث مثال، هرگاه شخصی بگوید: احمد پسر من است، با رعایت برخی شرایط که تفصیل آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م خواهد آمد، نسب احمد به شخص اقرار کننده ثابت می‌شود. براساس ماده ۴۹ ق. م: «خارنوال می‌تواند از جریان ثبت سجلات، دفاتر مخصوصه مندرج ماده (۴۶) این قانون اطلاع حاصل و در صورت مشاهده تخلف و سوء اجراءات به اقدامات قانونی بپردازد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که در صورت تخلف و سوء اجراءات مسؤولین اداره ثبت احوال نفوس خارنوال می‌تواند متخلفین را مطابق قانون مورد تعقیب عدلی قرار دهد که تفصیل آن مربوط به حقوق جزا است.

۱۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات

محراب فکر، ص ۴۰۸.

۱۴۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، ص ۵۶۶.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸):

(اسناد) مندرجه ماده (۴۸) توضیح شود.

توضیح:

اسناد عبارت از نکاحنامه و قرار خط ثبوت نسب می باشد و دفاتر مندرج ماده (۴۸) عبارت از دفاتر سجلات است.^{۱۴۸}

گفتار ششم) حجت تلقی گردیدن اسناد سجلات در برابر غیر

براساس ماده ۵۰ ق.م: «جمع حالات مندرج مواد (۴۶، ۴۷، ۴۸، ۴۹) این قانون که در دفتر مخصوص ثبت سجلات یا تذکره نفوس درج گردیده، در مقابل غیر، حجت شناخته می شود. اعتراض در مورد همچو اسناد مجاز نیست، مگر اینکه اعتراض بر جعلیت یا تزویر اسناد مذکور بنا یافته باشد». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که اسنادی که در مواد ۴۶-۴۸ ق.م پیش بینی شده اند در مقابل غیر حجت شناخته می شود. حجت در لغت به معنی برهان و دلیل است. همچنین، در لغت عرب به هر آن چیزی که بتوان از آن علیه دیگری احتجاج و استدلال کرد، حجت گویند که جمع آن حُجج و حجاج است. همچنین، حجت به هر آن چیزی گویند که بتوان به آن خصم را دفع کرد.^{۱۴۹}

دوم این که با توجه به این که این اسناد در برابر غیر حجت شناخته می شود، غیر، یعنی: اشخاص دیگر نمی تواند در خصوص این اسناد اعتراض نماید. این اصل است. استثنای این اصل جعلی و تزویری بودن اسناد است. در این صورت، طرف دعوی می تواند صحت اسناد مذکور در مواد ۴۶-۵۸ را زیر سؤال ببرد. جعل در لغت به معنی، ساختن، آفریدن، پدید آوردن، خلق کردن، آفرینش، وضع کردن و قرار دادن است.^{۱۵۰} معنی اصطلاحی جعل نیز از معنی لغوی آن دور نیست. پس، جعل سند عبارت از ساختن نوشته یا سند بر خلاف حقیقت و یا ساختن مهر و امضای اشخاص دیگر است.^{۱۵۱} تزویر از ریشه «زور»

۱۴۸. (____)، (____). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، ص ۵۰۵.

۱۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۱۴.

۱۵۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۷۹۰؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، صص ۳۴۸ و ۳۴۹.

۱۵۱. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه های شماره ۵۶۶۲ و ۵۶۶۳؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۳۴۹.

گرفته شده است که در لغت به معنی آراستن، آرایش کردن، نیکو کردن، فریفتن، مکر در میان آوردن و دروغ گفتن، غدر، حيله و دورویی کردن است.^{۱۵۲} معنی اصطلاحی تزویر از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، تعریفی که می توان برای تزویر ارایه کرد این است که: تزویر عبارت تغییر دادن و آراستن سند رسمی است به منظور تضییع غیر.

۱۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۷۱؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۸۵.

بخش سوم:
اشخاص حقوقی

مقدمه

از نظر حقوقی صرف شخص می تواند صاحب حق و تکلیف گردد و شخص یا طبیعی است و یا هم حقوقی. شخص طبیعی، انسان است. انسان در دوران بردگی مال تلقی گردیده و دارای حق نبود. ولی، با لغو بردگی مال قرار گرفتن انسان نیز از بین رفت. اشخاص حقیقی دارای حق و تکلیف اند و می توانند از حقوق خویش متمتع و تکالیف خویش را نیز اجراء نمایند. حق و تکلیف مختص به اشخاص حقیقی است. بنابراین، برای غیر از انسان نمی توان حق و تکلیفی قائل شد.

با وجود این، گاه اتفاق می افتد که گروهی از اشخاص به علل خاص به منظور رسیدن به اهداف معین تجارتي، انتفاعی، سیاسی، خیریه، اقتصادی، فرهنگی و ... اجتماع نموده و جمعیت به وجود می آورند که بستگی به شخصیت هیچ کدام از تشکیل دهندگان آن ندارد. ولی، این جمعیت بر اساس قانون صاحب حق و تکلیف می گردد، مانند: ادارات دولتی، نهادهای فرهنگی، ادبی، هنری، اقتصادی، شرکت های تجارتي، احزاب سیاسی و نظیر اینها. بنابراین، علاوه بر اشخاص طبیعی اشخاص حقوقی نیز می توانند صاحب حق و تکلیف قرار بگیرند. زیرا، یکی از نیاز های زندگی اجتماعی، ادبی، هنری، فرهنگی، سیاسی، تجارتي، اطلاعاتی و ... امروز بشر وجود اشخاص حقوقی است تا این اشخاص از طریق ممثلین خویش فعالیت های اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، فرهنگی، ادبی، تجارتي، اطلاعاتی و ... را غرض نائل شدن به اهداف معین اجراء نمایند.

اجرای کار های فرهنگی، سیاسی، اقتصادی، ادبی، هنری و ... به صورت صحیح و دقیق ممکن نیست، مگر از طریق اشخاص حقوقی اعم از عامه، مانند: ادارات دولتی و اشخاص خصوصی انتفاعی و غیر انتفاعی مانند: شرکت های تجارتي، نهاد های فرهنگی، اجتماعی، ادبی، هنری، اطلاعاتی و امثال اینها. برای اینکه چنین موجودیت ها دارای شخصیت حقوقی و در نتیجه صاحب حق و تکلیف گردند، ضرور است شخصیت حکمی آنها توسط قانون به رسمیت شناخته شود و مورد حمایت قانون قرار بگیرند تا بتوانند مالک اموال گردند، اعمال حقوقی انجام دهند و مدعی و مدعی علیه قرار بگیرند و در نهایت به اهداف خویش برسند. با توجه این نیازها، حقوق همه کشور ها از جمله افغانستان شخصیت های حقوقی اعم از عامه و خصوصی را به رسمیت شناخته و آنها را صاحب حق و تکلیف دانسته است. ق. م نه تنها اشخاص حکمی، بلکه برخی از اموال را نیز که غرض رسیدن به اهداف خاص وقف می شوند، از شخصیت حقوقی برخوردار کرده است و به ناظرین آن اجازه است تا به نام چنین شخصیت ها اعمال

حقوقی انجام دهند. با توجه به آنچه گفته شد، مطالب این بخش را در دو فصل مورد مطالعه قرار می دهیم: فصل اول: تعریف، تأریخچه، ماهیت و خصوصیات اشخاص حقوقی و فصل دوم: انواع اشخاص حقوقی.

فصل اول: کلیات

مبحث اول) تعریف و پیشینه شخص حقوقی

گفتار اول) تعریف

براساس ماده ۳۳۷ ق.م: «شخص حکمی، شخصیت معنوی است که واجد اهلیت حقوقی بوده و بنابر اهداف معین به شکل مؤسسه، شرکت یا جمعیت تشکیل می گردد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که شخص حقوقی دارای دو شرط است: نخست این که شخص حقوقی، شخص معنوی است که از اجتماع گروهی از اشخاص طبیعی که غرض اجرای اهداف معین سیاسی، تجارتي، اقتصادی، فرهنگی، ادبی، هنری، خیریه و ... ایجاد می گردد.

به چنین اشخاص، اشخاص حقوقی نیز می گویند که در برابر اشخاص حقیقی استعمال می شود. دوم این که شخص حقوقی دارای اهلیت است که به موجب آن توسط قانون موضوع حق و تکلیف قرار می گیرد، مانند: احزاب سیاسی، نهاد های فرهنگی، اجتماعی، ادبی، هنری، شرکت های تجارتي، رسانه ها و موقوفات. تفصیل اهلیت اشخاص حقوقی در گفتار چهارم خواهد آمد. همچنین، در نص این ماده برخی مصادیق اشخاص حکمی خصوصی که عبارت اند از مؤسسه، شرکت و جمعیت به رسمیت شناخته است. شرکت های تجارتي مربوط حقوق تجارت است. تفصیل شرکت های مدنی، جمعیت ها و مؤسسه در جلد عقود معین این دور از شرح ق.م خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف شخص حکمی است.

گفتار دوم) پیشینه

تأسیسات و مفاهیم حقوقی که امروزه به صورت درختان تنومند با ریشه های استوار و شاخه های افراشته جلوه گر می شوند، در آغاز نهالهایی نو پا و شکننده بودند که نیاز ها و ضرورت ها آنها را در زمین مستحکم کرده است. این نهالها زاده محیط و پرورش یافته شرائط آن می باشند. بنابراین، می توان

گفت که تأسیسات، قواعد، ضوابط و مفاهیم حقوقی همچون عناصر تکوینی طبیعت تابع قانون تکامل و مشمول قوانین تطوّر و تحوّل اند.

این مفاهیم در بستر تاریخی زمان از حالت ابتدائی و ساده خود خارج شده و به صورت تکامل یافته و پیچیده فعلی ظاهر گشته اند. مفهوم شخصیت حقوقی نیز یکی از این مفاهیم است. اگر بخواهیم از عنوان شخصیت حقوقی به معنای وسیع و گسترده امروزی آن در جوامع ابتدائی سراغ بگیریم، باید بگوئیم که چنین عنوانی با این اوصاف در آن جوامع نمی توان یافت، ولی می توانیم بگوئیم که فکر شخصیت حقوقی در جوامع اولیه بشری به صورت ابتدائی وجود داشته است.

در جوامع بدوی، واحد اجتماعی را خانواده می دانسته اند و دوام و ابدیت این نهاد منظور اصلی هر يك از افراد خانواده بوده است. به همین جهت مهم ترین جنایات در آن دوره آنهایی بوده که تعادل خانواده را به عنوان واحد اجتماعی متزلزل می ساخته است. در این جوامع اموال و از آن جمله زمین بیشتر متعلق به خانواده بوده تا افراد خانواده.^{۱۵۳}

علاوه بر فکر شخصیت حقوقی خانواده در جوامع بدوی، موضوعات دیگری نیز وجود داشتند که تا حدودی نشانگر وجود گنگ و مبهم از شخصیت حقوقی می باشد. یکی از این موضوعات، معابد و پرستشگاه ها و اماکن عبادی و مذهبی بوده است که از روزگاران نخست بشر به فکر ایجاد و تأسیس آنها بوده است. زیرا مردمان بدوی نیز برای خود خدای داشته اند که مطابق اعتقادات خاص خود آنها را می پرستیدند. وجود این معابد، که سابقه ای بسیار قدیمی دارد، موجب گردیده که اموالی به این اماکن اختصاص یابد تا اولاً: از درآمد آنها عمران و نوسازی و اقامه مراسم و اداره معابد صورت گیرد؛ و ثانیاً: خادمان، محافظان و نگهبانان معابد از درآمد آنها ارتزاق کنند.

اختصاص اموال به معابد مزبور تحت هر عنوانی مانند: وقف، حبس و... چیزی جز مالک دانستن و حق تصرف دادن به آن اماکن نبوده است و این معنی، خود برداشتی سطحی و ابتدائی از مفهوم شخصیت حقوقی معابد است. در حقوق اروپایی شخصیت حقوقی در قرون وسطی پیدا شده است. در حقوق اسلامی گرچه عنوانی خاص در این باب وجود ندارد. ولی، آثار زیادی از شخصیت حقوقی وجود دارد، مانند: بیت المال، مساجد، موقوفات و غیره که متصدیان به نام بیت المال و یا متولیان موقوفات، مساجد و غیره به نام آنها معاملات انجام می داده اند. بنابراین، هرچند در حقوق اسلام بابی را تحت عنوان شخصیت حقوقی نمی توان پیدا کرد. ولی، فقهای اسلام برای عناوین و موضوعاتی مثل حکومت حاکم، موقوفات، بیت المال و موضوعاتی از این قبیل آثار قائل بودند که بی تشبیه به اشخاص حقوقی عصر فعلی نمی باشد.^{۱۵۴} به نظر می رسد در افغانستان نخستین بار عنوان شخصیت حُکمی به مفهوم امروزی در ق. م نافذ ۱۳۵۵ مطرح شد که در این قانون انواع اشخاص حُکمی، شرائط ایجاد و انحلال هر یک به صورت

۱۵۳. علی پاشا صالح، (۱۳۴۸). سرگذشت قانون، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۶۸.
 ۱۵۴. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۱۶۴؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۵۶-۲۶۴.

جداگانه تنظیم گردیده است. علاوه بر ق. م، قوانین متعددی دیگر نیز جهت تنظیم احکام فرعی اشخاص مانند: قانون احزاب سیاسی، قانون رسانه های همگانی، قانون مؤسسات غیر دولتی و ... وضع و نافذ گردیده اند.

مبحث دوم) ماهیت

شخصیت مستلزم دارا بودن حقوق و تکالیفی است که برای هر کس معین شده است. پیدا شدن شخصیت حقوقی در نتیجه احتیاج بوده است. به عنوان مثال، جمعی تشخیص می دهند که برای توسعه ورزش و یا حمایت از مسئولین اقداماتی لازم است و به این منظور شرکتی به وجود می آورند که تشکیل می شود از شخصیت افراد تشکیل دهنده و می تواند مانند یک شخص طبیعی مبادرت به اقداماتی کند که منظور تشکیل دهندگان را عملی و به خودی خود کارهایی انجام دهد که بستگی به هیچ یک از مجتمعات نداشته باشد و همچنین می تواند دارایی و اموالی داشته و معاملاتی انجام دهد. با وجود این، در باره ماهیت شخص حقوقی نظریات مختلف ارائه شده است که مهم ترین آنها نظریه وجود فرضی، نظریه وجود واقعی و نظریه نفی شخصیت حقوقی است که هر یک ذیلاً بیان می گردد:

گفتار اول) نظریه وجود فرضی

نظریه وجود فرضی یکی از قدیمی ترین نظریات است که ناشی از افکار فردگرایان می باشد. این نظریه مدت مدیدی حاکم بوده است. طرفداران این نظریه بر این عقیده اند که: جمعیت ها و گروهها از اعضای خود جدا نیستند و اشخاص مستقلی را تشکیل نمی دهند. اشخاص واقعی همان اشخاص طبیعی هستند و شخص حقوقی فرض و ساخته قانونگذار است. پس، بدون دخالت و تصمیم دولت ایجاد نمی شود. قانونگذار تا حدی که مصلحت می داند شخص حقوقی را صاحب حق می شناسد. بنابراین، اولاً: وجود و ایجاد شخص حقوقی منوط بر اختیار و اراده دولت است؛ ثانیاً: شخص حقوقی دارای حقوقی است که قانون برای او معین کرده است. این نظریه به علت انحطاط افکار فردگرایان و توجه بیشتر به نیازهای اجتماعی از اواخر قرن نوزدهم مورد انتقاد شدید قرار گرفته است. مخالفین این نظریه در این زمینه گفته اند که: فرض با شیوه کار قانونگذار سازگار نیست. قانونگذار باید حکم نماید و پیش بینی کند نه آنکه فرض نماید. پس، فکر فرض برای بیان حقوقی پدیده مهمی مانند: شخص حقوقی مناسب نیست. علاوه بر این، نظریه فرض با گسترش مفهوم شخص حقوقی و اهمیت اجتماعی آن که اکثراً خارج از اراده و تصمیم قانونگذار می باشد، ناسازگار است.

گفتار دوم) نظریه وجود واقعی

عده ای دیگر از علمای حقوق مانند: ریموند سالی دانشمند فرانسوی بادر نظر داشت ارزش و اهمیت غیر قابل انکار مفهوم شخص حقوقی در زندگی اجتماعی آن را یک واقعیت به شمار آورده اند. براساس این نظریه، اشخاص حقوقی موجودات اجتماعی اند که نقش آنها در زندگی اجتماعی و حتی در حیات دولت ضروری است. با وجود این، طرفداران این نظریه نیز به چند دسته فرعی تقسیم شده اند:

۱) بعضی شخص حقوقی را یک واقعیت فنی به شمار آورده و بر این عقیده اند که: منافع جمعی مستلزم وجود شخص حقوقی است که مربوط به جهان محسوسات نیست، بلکه مربوط به تکنیک حقوقی

است. بنابراین، اولاً: شخص حقوقی هر وقت که منافع جمعی اقتضاء نماید به وجود می آید حتی اگر قانونگذار در مورد آن ساکت باشد؛ ثانیاً: باید به شخص حقوقی کلیه حقوقی را که برای تأمین منافع گروهی لازم است، اعطاء کرد، حتی اگر قانونگذار به صراحت آن را پیش بینی نکرده باشد؛

(۲) برخی دیگر از علمای حقوق، شخص حقوقی را یک واقعیت جامعه شناسی و روانشناسی به شمار آورده اند. این گروه بر این عقیده اند که: شخص حقوقی یک واقعیت زنده اجتماعی است که قبل از حقوق وجود داشته و حقوق جز شناسایی و تأیید آن چاره ای نداشته است؛

(۳) گروه دیگر اراده جمعی را مبنا و معیار وجود شخص حقوقی دانسته و بر این عقیده اند که: همان طور که شخص طبیعی دارای اراده است، شخص حقوقی نیز دارای اراده است، هرچند این اراده توسط نمایندگان شخص حقوقی اعلام می شود همچنانی که در باره بعضی از اشخاص طبیعی، مانند: صغیر و مجنون هم اعلام اراده و انجام دادن اعمال حقوقی از طریق نماینده قانونی آنها صورت می پذیرد؛ و

(۴) برخی دیگر از استادان حقوق به عوض اراده جمعی از نفع جمعی سخن گفته و آن را مبنا و معیار وجود شخص حقوقی معرفی کرده اند. این گروه بر این عقیده اند که: چون نفع جمعی مادی به تنهایی نمی تواند مبنای وجود همه اشخاص حقوقی قرار گیرد، در بعضی از اشخاص حقوقی منافع جمعی معنوی اساس است. به هر حال، طرفداران نظریه وجود واقعی شخص حقوقی، برای آن واقعیتی خارج از اراده قانونگذار، قائل شده و با گسترش و تسهیل فعالیت آن موافقند.

گفتار سوم) نظریه نفی شخصیت حقوقی

برخی از علمای حقوق منکر وجود شخصیت حقوقی و فائده آن شده سعی کرده اند که آثار شخصیت حقوقی را از طریق سائر نهادهای حقوقی توجیه کنند. باوجواین، این گروه نیز به چند دسته فرعی تقسیم شده است:

(۱) برخی بر این عقیده اند که شخصیت حقوقی چیزی جز مالکیت جمعی نیست. به طور مثال، هنگامی که سه نفر شریک می شوند، نیازی نیست که گفته شود: شخص چهارمی ایجاد شده است. زیرا، در چنین حالات، اموال مشاع ملک جمعی اعضای آن است. این توجیه قابل نقد است. زیرا، در اموال مشاع، شرکاء حق استفاده مشترک از اموال مشاع را دارند و می توانند هر زمانی که خواسته باشند، تقاضاء تفریز آن را کنند. همچنین، دیونی که در رابطه به این اموال وجود دارد جزء قروض شخصی شرکاء محسوب می شود. ولی، در مورد شخص حقوقی چنین وضعی وجود ندارد. برعلاوه، در مورد شخصیت های حکمی عامه، مانند ادارات دولتی، و همچنین انجمن ها و مؤسسات غیر انتفاعی اصلاً مسأله تملک، تصرف و انتفاع و بهره برداری از مال مطرح نیست و نظریه مالکیت جمعی نمی تواند ماهیت و هدف های این اشخاص را نشان دهد. گذشته از اینها، عناصر غیر مالی، مانند: نام، اقامتگاه و تابعیت که از زمره خصوصیات اشخاص حقوقی محسوب می گردد، با نظریه مالکیت جمعی سازگار نیست؛ و

(۲) بعضی دیگر از استادان حقوق بر این عقیده اند که: روابط قراردادی موجود بین اعضای گروه می تواند جایگزین مفهوم شخص حقوقی شود. این دسته از استادان بر این عقیده اند که: شخص حقوقی وجود ندارد، بلکه افرادی با انعقاد قرارداد شرکت، باهم رابطه پیدا کرده اند. این نظریه نیز قابل نقد است. زیرا، وجود اشخاص حقوقی حقوق عامه، مانند: ادارات دولتی را نمی توان ناشی از قرارداد افراد خصوصی دانست.^{۱۵۵}

گفتار چهارم) نتیجه و نظریه قابل قبول در ق. م

علی الرغم انتقاداتی که بر این نظریات وارد گردیده است، این انتقادات نتوانسته است اهمیت عملی و ارزش اجتماعی مفهوم شخص حقوقی را از بین ببرد. امروزه، وجود شخص حقوقی در قوانین همه کشورها پذیرفته شده است و ق. م نیز از این اصل مستثنی نیست. به نظر می رسد قانونگذار مدنی نظریه وجود فرضی را پذیرفته است. زیرا، ماده ۳۳۹ ق. م در این باره می گوید: «مجموع اشخاصی که واجد شرائط و عناصر لازمه يك شخصیت حکمی هستند، توسط قانون به حیث شخص حکمی شناخته شده می توانند». از نص این ماده به خوبی بر می آید که هیچ شخصیت حکمی شناخته نمی شود، مگر به حکم قانون و هیچ کس شخصیت حکمی را ایجاد کرده نمی تواند، مگر به موجب قانون. به نظر می رسد از همین رو، در افغانستان ایجاد همه شخصیت های حکمی منوط بر اراده و اجازه دولت است. معمولاً شخصیت های حکمی عامه در افغانستان توسط قانون و فرمان رئیس جمهور ایجاد و منحل می گردند، مانند: کمیسیون مستقل مبارزه با ارتشاء و فساد اداری، کمیسیون مستقل اصلاحات عدلی و قضائی،

۱۵۵. نقل از: سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و مجبورین، چاپ

دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۱۴۸-۱۵۱.

وزارت جوانان و امثال اینها. همچنین، ایجاد و فعالیت اشخاص حکمی خصوصی نیز منوط بر اجازه دولت است که این شخصیت ها بعد از ثبت در وزارت عدلیه، وزارت اقتصاد و وزارت اطلاعات و فرهنگ و نظیر اینها می توانند فعالیت های خویش را آغاز نمایند.

مبحث سوم) خصوصیات

شخص حقوقی مانند شخص طبیعی دارای خصوصیات است که آن را از سایر اشخاص متمایز می سازد. برای اینکه روابط تجارتي و حقوقی اشخاص حقوقی با دیگران اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی به آسانی برقرار گردد و اشخاص حقوقی بتوانند داین قرار بگیرند و بدون صرف وقت زیاد و تحمل خسارت به سایر اشخاص حقوقی مراجعه و بر علیه آنها اقامه دعوی نمایند، و نیز مدیون و مدعی علیه قرار بگیرند و سایر اشخاص اعم از حقیقی و حکمی بتوانند بر علیه آنها اقامه دعوی نمایند، لازم است اشخاص حقوقی دارای نام، اقامتگاه، تابعیت، حق اقامه دعوی و دفع آن باشند.

همچنین، برای اینکه اشخاص حقوقی اعم از عامه و خصوصی بتوانند اعمال معین را که غرض اجرای آن ایجاد گردیده اند انجام بدهند و به اجرای سایر اعمال مبادرت نورزند، باید دارای اساسنامه باشند که اهلیت آنها را بر اجرای اعمال معین تحدید نماید. به عنوان مثال، شخصیت های ادبی، علمی و فرهنگی نتوانند مبادرت با اجرای اعمال سیاسی، مانند تبلیغات به نفع کاندیدای خاص، و یا تجارتي، مانند: صادر و وارد نمودن مواد ارتزاقی و غیره ورزند. گذشته از اینها، برخی حقوق وجود دارد که اشخاص حقوقی نمی توانند از آنها متمتع گردند، مانند: حق ولایت، وصایت و قیمومیت که منوط و منحصر به اشخاص حقیقی است. همچنین، اشخاص حقوقی دارای حقوق و وجایب مالی اند، مانند، پرداخت مالیه به دولت (شرکت های تجارتي)، داشتن بودجه، اموال و ... که مکلف اند آن را رعایت نمایند. بنابراین، خصوصیات که شخصیت های حکمی واجد آن اند عبارتند از:

گفتار نخست) داشتن حقوق و وجایب مالی مستقل

براساس ماده ۳۴۲ فقره ۱ ق. م: «شخصیت حکمی دارای خصوصیات آتی می باشد: ۱) حقوق و وجایب مالی مستقل». از نص این ماده استنباط می گردد که شخصیت حکمی دارای حقوق و وجایب است. تعریف حق در فصل استعمال حق گذشت. تعریف وجایب در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد. دلیل این که شخص حکمی دارای حق و، وجیبه است این است که شخص حکمی یکی از انواع اشخاص است و شخص موجودیتی است که محل حق و وجیبه قرار می گیرد و شخص می تواند حقیقی یا حکمی باشد.

همچنین، طبق نص این ماده شخص حکمی دارای حق ها و وجایب مستقل از اشخاص حقیقی که اراده اشخاص حکمی را تمثیل می نمایند است. نص این ماده عام است و بر همه اشخاص حکمی قابل تطبیق و تسری است. بنابراین، اشخاص حکمی حق فعالیت، حق دعوی، حق دفاع، حق دریافت جبران خسارت، حق داشتن نام، اقامتگاه، حق داشتن اهلیت، حق داشتن لوگو، نشرات و نظیر اینها را دارند. همچنین، شخص های حکمی دارای وجایب اند مانند پرداخت جبران خسارت، رعایت قوانین و مقررات،

پرداخت دین، پرداخت مالیه و نظیر اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی حق و وجیبه برای اشخاص است.

گفتار دوم) اقامتگاه

طبق ماده ۳۴۲ فقره ۱ ق. م: «۱) شخصیت حکمی دارای خصوصیات آتی می باشد: ج) داشتن اقامتگاه مستقل و آن عبارت از محلی است که در آنجا اداره مرکزی آن واقع است.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) اشخاص حکمی دارای اقامتگاه است. اقامتگاه ترکیبی است از کلمات «اقامت» و پسوند «گاه» که در لغت به معنای قرارگاه، جای اقامت و سکنی گزیدن می باشد.^{۱۵۶} در اصطلاح حقوقی باید میان اقامتگاه اشخاص حقیقی و حکمی تفکیک قایل شد. تعریف اقامتگاه اشخاص حقیقی در جلد حقوق بین الملل خصوصی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به نظر می رسد تعریف ماده ۵۱ فقره دوم ق. م که می گوید: «اقامتگاه جایی است که شخص عادتاً در آن سکونت دارد، و این سکونت دائم و یا مؤقت می باشد.» بر اشخاص حکمی قابل تطبیق نیست. زیرا، اشخاص حکمی در محلی سکونت نمی کنند. بنابراین، به نظر می رسد اقامتگاه اشخاص حکمی محلی است که در آن اشخاص حکمی موقعیت دارند.

۲) اقامتگاه اشخاص حکمی مستقل است. پرسش این است که اقامتگاه اشخاص حکمی مستقل از کیست؟ در پاسخ به پرسش به نظر می رسد، اقامتگاه اشخاص حکمی مستقل از اقامتگاه اشخاص حقیقی که تمثیل کننده اراده اشخاص حکمی اند، است. به نظر می رسد اهمیت داشتن اقامتگاه توسط اشخاص حقوقی این است که این اشخاص نیز مانند اشخاص طبیعی دارای حقوق و تکالیف بوده و می توانند به فعالیت های تجارتي انتفاعی، مانند: صادرات و واردات و خرید و فروش و نظیر اینها و غیر تجارتي غیر انتفاعی، مانند: فعالیت های فرهنگی، ادبی، هنری، خیریه و ... مبادرت ورزند (ماده ۴۳۱ ق. م). اجرای فعالیت های مزبور مستلزم وجود اقامتگاه است تا ممثلین اشخاص حقوقی بتوانند فعالیت های مزبور را در آن برنامه ریزی و اجراء نمایند. همچنین، اشخاص حقوقی ممکن است در اثر اجرای فعالیت های خویش دائن و مدعی علیه قرار بگیرند که داشتن اقامتگاه و تعیین محکمۀ ذیصلاح از این رهگذر حایز اهمیت فراوان است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن حق اقامتگاه اشخاص حکمی است.

گفتار سوم) نام

شخص حقوقی مانند شخص طبیعی دارای نام است. زیرا، مراجعه به چنین اشخاص و اجرای معاملات توسط این اشخاص مستلزم داشتن نام است. به نظر می رسد داشتن نام توسط اشخاص حقوقی در ق. م به نام عنوان جمعیت (ماده ۴۰۵ فقره ۲) و در اصولنامه تجارت به نام عنوان تجارتي یاد شده است (مواد ۴۰-۴۳). طبق ق. م هر شخص حقوقی دارای نام است که در اساسنامه آن درج می گردد. ماده ۴۰۵ فقره ۲ ق. م در این باره می گوید: «اساسنامه جمعیت حاوی مطالب ذیل است: ۱- عنوان

جمعیت [...]». همچنین، ماده ۴۱۹ ق. م در مورد اسم اشخاص حقوقی حکم می نماید که: «(۱) اسم جمعیت، شماره اعلان و حدود فعالیت آن در تمام دفاتر، اوراق و نشرات آن درج می گردد؛ و (۲) هیچ جمعیت نمی تواند چنان اسمی را انتخاب نماید که به جمعیت دیگری متعلق باشد، گرچه ساحه فعالیت آنها مشترک باشد.».

گفتار چهارم) اهلیت اشخاص حقوقی

طبق ماده ۳۴۲ فقره ۱ ق. م: «شخصیت حکمی دارای خصوصیات آتی می باشد: (۱) اهلیت که در اساسنامه آن تحدید گردیده و قانون آن را مجاز دانسته باشد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اهلیت اشخاص حکمی است. طبق نص این ماده اشخاص حقوقی دارای اهلیت اند. زیرا، شخص حقوقی نیز باید جهت دارا شدن حق و استیفای آن از اهلیت برخوردار باشد. هیچ شخص اعم از حقوقی و طبیعی نمی تواند دارای حق و تکلیف گردد مگر اینکه دارای اهلیت باشد. بنابراین، شخص حقوقی باید توانائی دارا شدن حق؛ یعنی: اهلیت تمتع و اجرای آن؛ یعنی: اهلیت استیفاء را دارا باشد:

۱) **اهلیت تمتع اشخاص حقوقی:** اشخاص حقیقی دارای حقوقی است که از آن متمتع می شوند و تکالیفی دارند که التزاماً باید آنها را انجام دهند. بنابراین، حق و تکلیف از مختصات انسان است. برای غیر انسان نه حتی می توان قائل شد و نه تکلیفی برقرار نمود. باوصف این، گاهی اتفاق می افتد که به علل خاصی عده ای از مردم برای منظور معینی اجتماع نموده و شخصیتی به وجود می آورند که بستگی به شخصیت هیچ کدام از تشکیل دهندگان آن ندارد. ولی، این شخصیت دارای حقوق و تکالیفی است، مانند: داشتن نام (حق) و انجام اعمال معین (تکلیف). باوجوداین، ق. م اصل برابری در باره داشتن حق و تکلیف را پذیرفته است و حتی المقدور در این باره تبعیضی قائل نشده است. ماده ۳۴۱ ق. م در این باره تصریح می دارد که: «شخص حکمی دارای جمیع حقوقی است که توسط قانون تعیین گردیده، مگر حقوقی که منحصر به شخصیت حقیقی باشد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که قانونگذار مدنی به دقت به این نکته توجه داشته که طبع وجودی و نیازهای ذاتی شخص طبیعی گاهی اوقات مقتضای ویژه ای دارد.

بنابراین، شخص طبیعی به تناسب طبیعتی که دارد از حقوق متمتع می شود که مخصوص او است، مانند: ولایت، وصایت، حضانت، قیمومیت و غیره. چون طبع وجودی شخص حقوقی با این حقوق سازگار نیست، اعطای این حقوق به شخص حقوقی کار معقول و درستی نیست. همچنین، شخص طبیعی به اقتضای طبیعت و زندگی ویژه خود، دارای تکالیفی است که مخصوص او است و طبیعت شخص حقوقی با این گونه تکالیف سازگار نیست. حق و تکلیف ابوت و حق و تکلیف بنوت از این نوع است. همچنین، روابط عاطفی و غیر مالی و خانوادگی مربوط شخص طبیعی است، مانند: حقوق مربوط به ارث، نسب، تمتع جنسی و نظیر اینها و قسم و شهادت فقط با طبع انسانی سازگار است. همچنین، حقوق سیاسی از قبیل: حق کاندیداتوری، رأی دادن و ... مربوط به شخص طبیعی است.

چون شخص حقوقی بر اساس ضرورت های جامعه و به منظور نیل به اهداف خاص ایجاد می گردد، اهلیت تمتع او نیز با در نظرداشتن همین نیازها و مقاصد تعیین می گردد و بسته به اراده کسانى دارد که در چهارچوب قانون این اشخاص را ایجاد می نمایند. بنابراین، اهلیت شخص حقوقی محدود به حدودی است که قانون یا اساسنامه شخص حقوقی پیش بینی نموده است.^{۱۵۷} به عنوان مثال، شرکت های تجاری نمی توانند مبادرت به اجرای امور هنری ورزند. زیرا، این امر خلاف اساسنامه آنها است. همچنین، شخصیت های حکمی خصوصی سیاسی نمی توانند مبادرت به امور تجاری، مانند: صادرات و واردات ورزند.

۲) اهلیت استیفای اشخاص حقوقی: اهلیت استیفاء و اعمال حق مستلزم وجود اراده است. اشخاص طبیعی که به علت صغر سن یا ضعف و یا اختلال قوای دماغی فاقد اراده اند، اهلیت استیفاء نداشته و محجور شناخته می شوند. بنابراین، نایبین آنها اعم از ولی، وصی و قیم به نیابت از آنها اعمال حقوقی را انجام می دهند. همچنین، چون اشخاص حقوقی نیز فاقد اراده اند، حقوق خویش را از طریق نمایندگان شان، مانند: مدیر، هیأت مدیره و مجمع عمومی که مرکب از اشخاص حقیقی اند، اعمال می نمایند و از این نقطه نظر شبیه محجور اند. سؤال این است که در صورتی که اشخاص حقوقی، حقوق خویش را از طریق اشخاص حقیقی اعمال می نمایند چگونه رابطه بین اشخاص حقوقی و حقیقی وجود دارد؟

در پاسخ به این پرسش نظریات مختلف وجود دارد: قدیمی ترین نظریه ای که در این باره وجود دارد، نظریه وکالت (نماینده گی قراردادی/ نیابت اختیاری) است. این نظریه در فرانسه در مورد شرکت های سهامی وجود داشته است، چنانچه ماده ۲۲ قانون ۱۸۶۷ فرانسه در باره شرکت های سهامی تصریح نموده است که این شرکت ها: «به وسیله یک یا چند وکیل موقت اداره می شود». این نظریه مورد انتقاد واقع گردیده است. زیرا، وکالت یا نمایندگی قراردادی مستلزم وجود دو اراده است: اراده مؤکل و اراده وکیل، در حالی که در مورد شخص حقوقی فقط یک اراده وجود دارد که آن هم اراده اشخاص طبیعی است که به نمایندگی شخص حقوقی عمل می کنند. روی همین دلیل، قانون جدید فرانسه راجع به شرکت های سهامی ۱۹۶۶ عبارت فوق را به کار نبرده است. نظریه دیگری که در این باره ارائه شده و ایرادی کمتری دارد، نظریه نیابت قانونی است.

بر اساس این نظریه، شخص حقوقی وضعیت شبیه وضعیت محجورین دارد. بنابراین، همانطوری که محجورین فاقد اهلیت استیفاء اند و نایبین قانونی آنها حقوق آنها را اعمال می نمایند، شخص حقوقی نیز چون از موجودات مجرد و فاقد اراده است، نمی تواند اهلیت استیفاء داشته باشد. این نظریه در رویه قضائی فرانسه انعکاس یافته و ق. م نیز از آن پیروی نموده است.^{۱۵۸} به نظر می رسد قانونگذار مدنی از این نظر پیروی نموده است. ماده ۳۴۰ ق. م در این باره می گوید که: «هر شخص حکمی دارای ممثلی

۱۵۷. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم،

تهران: انتشارات مهر، صص ۱۶۶ و ۱۶۷.

۱۵۸. همان، سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، ص ۱۶۸.

می باشد که از اراده آن نمایندگان می نماید.)) به حیث مثال، رئیس جمهور اراده دولت را تمثیل می نماید. رئیس حزب سیاسی، اراده حزب را تمثیل می نماید. رئیس شرکت، اراده شرکت را تمثیل می نماید. رئیس انجمن و شورا اراده انجمن و شوری را تمثیل می نماید. تمثیل کننده معمولاً شخص حقیقی است. این نظریه محل ایراد به نظر می رسد، زیرا مدیران شخص حقوقی مانند ولی، وصی و قیم نیست. بنابراین، نمی توان اشخاص حقوقی را مانند صغیر، مجنون و معتوه و محجور تلقی کرد. بادر نظر داشت این اشکال، مؤلفان آلمانی نظریه جدیدی را مطرح نموده اند. این نظریه معروف به نظریه «رکن و یا نمایندگی ارگانیک» است.

فرق این نظریه با دو نظریه قبلی این است که «رکن یا ارکان» در واقع جزء شخص حقوقی است و در ساختار آن شرکت دارد. در حالی که، نماینده قراردادی یا قانونی جزء شخص منوب عنه نیست. نتیجه عملی مفهوم رکن در مسؤولیت مدنی غیر قراردادی شخص حقوقی آشکار است. زیرا، همه حقوقدانان می پذیرند که اعمال زیان آور ارکان شخص حقوقی موجب مسؤولیت مدنی این شخص می گردد. این قاعده با فکر نمایندگی قابل توجیه نیست. زیرا، معمولاً نمایندگی را ویژه اعمالی حقوقی می دانند. این مسأله با در نظر گرفتن وضعیت حقوقی نماینده قانونی محجور روشن می شود. زیرا، ولی و قیم محجور خود مسؤول جرم و شبه جرم خویش است و مولی علیه در این باره مسؤولیتی ندارد. در حالی که، شخص حقوقی اصولاً مسؤول اعمال زیان آور مدیران خود است.

بنابراین، نظریه نمایندگی قانونی در مسؤولیت مدنی شخص حقوقی قابل اعمال نیست. زیرا، تقصیر رکن شخص حقوقی، تقصیر خود شخص حقوقی به شمار می آید و بنابراین شخص حقوقی مسؤول شناخته می شود. با قبول نظریه رکن که بهتر از دو نظریه قبلی است، شخص حقوقی از طریق مدیران خود که ارکان او به شمار می آیند، حقوق خود را اعمال می نمایند. از این رو، می توان ادعا کرد که شخص حقوقی دارای اهلیت استیفاء است. زیرا، اراده و تصرفات ارکان شخص حقوقی به منزله اراده و تصرفات خود او محسوب می شود. بنابراین، شخص حقوقی فاقد اهلیت استیفاء و محجور پنداشته نمی شود. در نتیجه، شخص حقوقی، مانند: شخص طبیعی دارای اهلیت استیفاء و اجرای حق است، مگر اینکه اهلیت تصرف او به موجب قانون محدود شده باشد.^{۱۵۹}

گفتار پنجم) حق دعوی و دفع دعوی

برای اینکه روابط تجارتي و حقوقی اشخاص حقوقی با دیگران اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی به سادگی بر قرار گردد و اشخاص حقوقی بتوانند داین قرار بگیرند و بدون صرف وقت زیاد و تحمل خسارت به سایر اشخاص حقوقی مراجعه و بر علیه آنها اقامه دعوی نمایند، و نیز مدیون و مدعی علیه قرار بگیرند و سایر اشخاص اعم از حقیقی و حکمی بتوانند بر علیه آنها اقامه دعوی نمایند، لازم است اشخاص حقوقی دارای حق دعوی و دفع آن باشند. قانونگذاری مدنی به این نکته توجه نموده و یکی از خصایص اشخاص حقوقی را داشتن حق دعوی و دفع آن معین نموده است. ماده ۳۴۲ ق. م در این باره

اعلام می‌دارد که: «شخصیت حکمی دارای خصوصیات آتی می‌باشد: (۱) حق اقامه و دفع دعوی». دعوی اسم از مصدر ادعا و از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است که جمع آن دعاوی می‌باشد. در اصطلاح حقوق مدنی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حقی برای شخص دیگر «دعوی» گویند.^{۱۶۰} ماده ۵ ق. ا. م. در تعریف دعوی می‌گوید: «دعوی خواستن حق توسط یک شخص از شخص دیگر در نزد محکمه است». دفع دعوی عبارت از مدافعه و دفاع از اتهامی است که علیه شخص وارد شده است. باوجود این، همان طوری که حقوق اشخاص حقوقی توسط نمایندگان آنها اعمال می‌شود، دعوی و دفع دعاوی این شرکت‌ها نیز توسط نمایندگان این اشخاص صورت می‌پذیرد.

گفتار ششم) خارج شدن از عضویت، عدم داشتن اموال غیرمنقول و تعدیل اساسنامه

خروج و اخراج از عضویت جمعیت طبق ق. م تابع قواعد ذیل است:

(۱) طبق ماده ۴۰۷ ق. م: «خارج شدن از عضویت جمعیت خواه به اراده شخص یا جمعیت باشد موجب حرمان از اموال جمعیت می‌گردد مگر اینکه در قانون مخالف آن تصریح شده باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء قابل استنباط به نظر می‌رسد. اصل این است که امکان دارد شخص از دو طریق از عضویت جمعیت خارج شود:

نخست این که شخصی که عضو جمعیت است براساس اراده خود از جمعیت خارج شود مانند این که احمد عضو یک حزب سیاسی باشد و از عضویت حزب سیاسی براساس اراده و اختیار خویش خارج شود.

دوم این که خروج از عضویت جمعیت براساس اراده جمعیت باشد مانند این که احمد عضو یک حزب سیاسی باشد و به دلیل تخلف از قواعد و اصول حزب، از حزب اخراج گردد. در هر دو صورت اصل این است که خروج و اخراج از عضویت جمعیت موجب آن می‌شود که شخص محکوم به حرمان از اموال جمعیت گردد. حرمان در لغت به معنی بازداشتن، منع کردن، بی بهره کردن، بی بهره ماندن و بی بهره گی و نومیدی است.^{۱۶۱} در اصطلاح حقوقی، حرمان محروم کردن فرد از حقوق است توسط حکم قانون یا محکمه ذیصلاح. استثنای این اصل این است که قانون خاص طور دیگری حکم کرده باشد. بنابراین، در صورتی که حکمی در قانون وجود داشته باشد که به موجب آن شخص در صورت خروج و اخراج از عضویت جمعیت از اموال جمعیت محکوم نمی‌گردد، حکم قانون خاص قابل تطبیق و مرجح است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان احکام خروج و اخراج از جمعیت و اثر آن است.

(۲) طبق ماده ۴۰۸ ق. م: «جمعیت نمی‌تواند مالک اموال غیر منقول گردد، مگر اینکه همچو مکلفیت برای اجرای وظایف اساسی جمعیت ضروری پنداشته شود. جمعیت های تعلیم و امور خیریه از

۱۶۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات

محراب فکر، ص ۹۵۰

۱۶۱. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۲۱.

این حکم مستثنی می باشند.». نص این ماده مبهم است. از نص این ماده یک اصل و یک استثناء قابل استنباط به نظر می رسد. طبق نص این ماده اصل این است که جمعیت نمی تواند مالک اموال غیر منقول گردد. مال غیر منقول عقار هم نامیده می شود. به هر چیزی که از اصل و اساس ثابت برخوردار باشد، عقار می گویند، مانند: زمین و خانه که جمع آن عقارات است.^{۱۶۲} طبق ماده ۱۲۹ مجله الاحکام: «عقار آن است که نقل آن از یک محل به محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی». به حیث مثال، حزب سیاسی، دانشگاه خصوصی، انجمن و نظیر اینها نمی توانند مالک عقار گردند. دلیل این که چرا جمعیت نمی تواند مالک عقار گردد روشن نیست. برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که: «زیرا، جمعیت اساساً غیرانتفاعی است و اموال غیر منقول انتفاعی می باشد. بنابراین، جمعیت نمی تواند مالک اموال غیر منقول گردد مگر این که جمعیت تعلیمی و تدریسی و امور خیریه از قبیل کاروانسرا و هتل باشد.»^{۱۶۳}

این نظر به دو دلیل محل ایراد به نظر می رسد. نخست این که برخی جمعیت ها می تواند انتفاعی باشد مانند پوهنتون های خصوصی (دانشگاه های خصوصی)؛ دوم این که به نظر نمی رسد کاروانسرا و هتل از مصادیق جمعیت ها و دارای شخصیت حکمی باشند. استثنای این اصل این است که همچون ملکیت یعنی عقار برای اجرای وظایف اساسی جمعیت ضروری باشد. در نص این ماده اشتباه املائی وجود دارد. زیرا، به نظر می رسد قانونگذار مدنی به عوض «ملکیت»، «مکلفیت» را استعمال نموده است.

به حیث مثال، مطابق قوانین و مقررات مربوط به تحصیلات عالی، برای تأسیس مؤسسه تحصیلات عالی یکی از شرایط داشتن تعمیر است. زیرا، بدون داشتن تعمیر مؤسسات تحصیلات عالی نمی تواند وظایف خویش را انجام دهند. طبق نص این ماده مؤسسات تعلیمی و تحصیلی از حکم ماده ۴۰۸ ق. م مستثنی اند. در نص این ماده اشتباه املائی وجود دارد. زیرا، به نظر می رسد قانونگذار مدنی به عوض «تعلیمی»، «تعلیم» را استعمال نموده است. مصادیق جمعیت های تعلیمی و تحصیلی مکاتب و دانشگاه ها (پوهنتون ها) اند. بنابراین، مکاتب و دانشگاه های خصوصی می توانند عقار را خریداری و تملک نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم تملک عقار توسط جمعیت ها است.

۱۶۲. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى،

قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۶.

۱۶۳. یادگار راجی سمگانی (____). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۱)، (____)، ص ۲۲۰.

فصل دوم: انواع اشخاص حقوقی

طبق ق. م اشخاص حقوقی به دو نوع تقسیم می شوند: اشخاص حقوقی عامه و اشخاص حقوقی خصوصی:

مبحث اول) شخصیت حکمی عامه

شخصیت های حکمی عامه شخصیت های اند که بر خلاف شخصیت های حکمی خصوصی بر اساس اراده دولت ایجاد و منحل می گردند:

گفتار اول) تعریف

طبق ماده ۳۳۸ فقره ۱ ق. م: «شخصیت حکمی عام شامل دولت، ارکان، ادارات فرعی یا شعبات مربوط به آن و تأسیسات عامه می باشد.» نص این ماده مبهم است. قانونگذار مدنی در نص این ماده شخصیت حکمی عام را تعریف نکرده است بلکه برخی مصادیق آن را احصاء کرده است. طبق نص این ماده شخصیت های حکمی عامه شامل مصادیق ذیل می شوند:

۱) دولت: واژه دولت عربی است که در لغت به معنی آنچه به گردش زمان و نوبت از یکی به دیگری برسد، گردش نیکی به سود کسی، دارایی، مال و ثروت است.^{۱۶۴} در برخی کتاب های حقوق اساسی که به زبان فارسی توسط استادان حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به رشته تحریر در آمده اند، دولت به مفهوم حکومت در نظام حقوق اساسی افغانستان استعمال شده است و این امر همواره موجب سردرگمی خوانندگان افغانی را فراهم ساخته است، زیرا برخی نویسندگان جمهوری اسلامی ایران دولت را در مفهوم حکومت و حکومت افغانی را فراهم ساخته است، هیأت وزیران (شورای وزیران در افغانستان) استعمال می نمایند. اما، در نظام حقوق اساسی افغانستان، دولت، حکومت و شورای وزیران دارای مفهوم واضح و مشخص اند. طبق ق. ا دولت به مفهوم قوه مقننه، مجریه و قضائیه است. قوه مجریه معادل حکومت است و شورای وزیران

۱۶۴. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۶۱۹.

یکی از نهاد های تصمیم گیرنده و نظارت کننده بر نهادهای که در چهارچوب قوه مجریه فعالیت می نمایند در مرکز حکومت است. در انگلیسی به دولت «State»، به حکومت «Government» و به هیئت/ شورای وزیران «Council of ministers» می گویند. اساسی دانان، تقریباً اتفاق نظر دارند که در اصطلاح حقوق اساسی، دولت عبارت از جامعه ای متشکل از یک سرزمین و جمعیتی پیرو یک قدرت سیاسی (حاکمیت) است.

به عبارت ساده تر: دولت به گروهی از افراد اطلاق می شود که در سرزمین معین سکونت داشته و تابع یک قدرت سیاسی عالی می باشند.^{۱۶۵} در ق. ا دولت مفهوم ویژه ای دارد. از تجمیع و تفسیر منطقی فصل اول، مواد ۱، ۲، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۰، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۱۶ و ۱۷ ق. ا که اشاره بر تکالیف دولت دارد، فصل دوم ماده ۶۰ که تصریح می نماید که: «رئیس جمهور در رأس دولت جمهوری اسلامی افغانستان قرار داشته، صلاحیت های خود را در عرصه های اجرائیه، تقنینیه و قضائیه مطابق به احکام این قانون اساسی، اعمال می کند [...]». فصل پنجم، شورای ملی، فصل هفتم به خصوص ماده ۱۱۶ که تصریح می نماید که: «قوه قضائیه رکن مستقل دولت جمهوری اسلامی افغانستان می باشد [...]». به خوبی نتیجه گرفته می شود که دولت بر قوای عمومی افغانستان اطلاق می شود که شامل قوه مقننه، مجریه و قضائیه می شود. پس دولت در افغانستان متشکل از سه قوه است: قوه مجریه، مقننه و قضائیه که هر کدام یک رکن دولت را تشکیل می دهد. این نظر را مشروح مذاکرات قانون اساسی نیز تأیید می نماید. نویسندگان قانون اساسی نوین افغانستان در پاسخ به پرسشی که چرا نخستین فصل قانون اساسی افغانستان دولت است؟ بر این نظر بوده اند که:

«[...] دولت متشکل از نهادها یا ارگان و اداراتی است که عمدتاً سه قوای مقننه، اجرائیه و قضائیه در داخل چوکات یک دولت فعالیت می کنند. از این لحاظ، در اصطلاح حقوقی دولت متشکل از سه قواء و حکومت یکی از اجزای آن است. ولی، در هر جایی که از دولت یا مکلفیت های آن بحث می شود، مقصود از شخصیت حقوقی دولت است که وظایف یا مکلفیت های مشخص را در هر یک از اندام ها یا قوا سپرده شده و باید طبق دستور قانون انجام دهد.»^{۱۶۶}

۲) ارکان دولت: بسیاری از متخصصین حقوق اساسی بر این نظر اند که دولت دارای سه رکن است: جمعیت، سرزمین و قدرت سیاسی. به نظر می رسد، این نظر متخصصین حقوق اساسی متأثر از نظر متخصصین حقوق بین الملل است. زیرا، در حقوق بین الملل، دولت را گروهی از افراد که در سرزمین معین زندگی می نمایند و دارای حاکمیت اند، تعریف می نمایند. این تعریف، در حقوق بین الملل درست به نظر می رسد، زیرا نگاه متخصصین حقوق بین الملل به دولت نگاهی از بالا با پایین است؛ به این توضیح که حقوقدانان بین الملل دولت را شخصیت حکمی بین الملل می دانند که در سرزمینی که دارای

۱۶۵. به حیث مثال، نک: بیژن عباسی (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ص ۱۳۷؛ و منوچهر طباطبایی مؤتمنی (۱۳۸۰). حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۲۳.
۱۶۶. _____ (حوت ۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، جلد (۱)، کابل: دارالانشای قانون اساسی، ص ۵۶۸.

جمعیت است، ایجاد شده است. لذا، می گویند دولت دارای سه رکن است: سرزمین، جمعیت و دولت. اما، در حقوق عامه به خصوص حقوق اساسی این تعریف محل ایراد به نظر می رسد، زیرا، در حقوق عامه نگاه به دولت نگاهی از پایین به بالا است؛ به این توضیح که: دولت را مردمی ایجاد می نمایند که در سرزمینی زندگی می نمایند. به این گونه که: مردم برای تمثیل اراده آنها در سطح بین الملل، دفاع از آنها در برابر تجاوز بیگانگان، وضع قانون، ارایه خدمات، تأمین عدالت، امنیت، بهداشت، نظم عمومی و امثال اینها، از طریق قوه مؤسس و تصویب قانون اساسی دولت را تشکیل می دهند. لذا، دولت برآمده از قانون اساسی و قانون اساسی از قوه مؤسس و قوه مؤسس از مردم است. برای این که قدرت، قدرت را مهار نماید و فساد نیاورد، براساس اصل تفکیک قوا، دولت را به چند رکن که هر رکن یک قوه تأسیسی نامیده می شود، تقسیم می نمایند و به هر رکن وظایف و تشکیلات خاص را معین می نمایند.

به حیث مثال، قانونگذاری را بر عهده قوه مقننه، صدور حکم بر مبنای قوانین را بر عهده قوه قضائیه و اجرای فیصله های قوه قضائیه و سایر امور اجرایی را به عهده قوه مجریه می گذارند. مجموع این سه قوه ارکان دولت را تشکیل می دهد. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که قوه مقننه، مجریه و قضائیه ارکان دولت اند. اما، مردم و سرزمین، برخلاف نظریه حقوقدانان بین الملل، شرط ایجاد دولت اند نه رکن آن. بنابراین، اگر سرزمین و مردم وجود نداشته باشد، دولتی به وجود نخواهد آمد. دانستن این نظر، مستلزم دانستن رکن و شرط در اصول فقه است. ارکان جمع رکن است و رکن در لغت به معنی جزء بزرگتر و قوی تر یک چیز، عضو عمده، آنچه که به آن قوت گیرند و تکیه دهند و پایه و ستون است، و در اصطلاح به نظر حنفیه رکن امری است که وجود شی متوقف بر آن، و جزء حقیقت شی و داخل در شی باشد. اما، به نظر غیر حنفیه رکن امری است که وجود شی متوقف بر آن است خواه داخل شی باشد و یا نه. شرط در لغت به معنی مقدمه و علامت و التزام به چیزی است و در اصطلاح تعاریف متعددی برای آن ارایه شده است: چنانچه در اصول شرط به هر آن چیزی که وجود شی متوقف بر آن باشد، به نحوی که با وجود آن موجود باشد و با عدم وجود آن موجود نباشد، شرط گویند. پس، شرط امری است که اگر نباشد مشروط به وجود نمی آید.^{۱۶۷} از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که شرط اجزای خارجی یک پدیده و رکن اجزای داخلی آن است. به این ترتیب، سرزمین و جمعیت شروط ایجاد دولت و قوه مقننه، مجریه و قضائیه ارکان دولت اند. این نظر را، مشروح مذاکرات ق. نیز تأیید می نماید.

۳) ادارات فرعی یا شعبات مربوط به آن: به نظر می رسد منظور از ادارات فرعی هر اداره ای است که متفرع از دولت است. به عبارت دیگر: به نظر می رسد منظور از ادارات فرعی هر اداره ای است که در چهارچوب حکومت، شورای ملی و قوه قضایی وجود دارد مانند وزارت ها، ادارات مستقل مانند اداره

۱۶۷. در مورد تعریف رکن و شرط ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۳۰ و ۳۰۷۶؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۰۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۰ و ۳۰۱؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکية والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۲۱۵-۲۱۹.

مستقل ملی حفاظت از محیط زیست، کمیسیون ها مانند کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، ولایات، ولسوالی ها و نظیر اینها. قانونگذار مدنی در نص این ماده شعبات را مترادف با ادارات فرعی استفاده نموده است. زیرا، بعد از ادارات فرعی «یا» را استعمال نموده است.

۴) تأسیسات عامه: عبارت تأسیسات عامه در نص ماده ۳۳۸ ق. م مبهم و زاید به نظر می رسد. برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که: «تأسیسات عامه برای استفاده و بهره برداری عموم مردم آماده شده مانند جاده ها، معابر عمومی، پل ها، موزیم، میدان ها و چوک ها.»^{۱۶۸} این نظر محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، جاده ها، معابر عمومی و نظیر اینها شخصیت های حکمی عامه نیستند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف شخصیت حکمی عامه و احصای برخی مصادیق آن است.

گفتار دوم) آغاز و پایان شخصیت های حکمی عامه

همانگونه که شخص طبیعی آغاز و پایان دارد شخص حقوقی نیز دارای آغاز و پایان است. تمام پدیده های جهان هستی آغازی دارند و از نیستی پا به عرصه هستی گذاشته اند. شخص حقوقی نیز از این قاعده مستثنی نیست. آغاز وجود شخصیت های حقوقی حقوق عمومی اعم از دولت و ادارات دولتی زمان تشکیل آنها است و این اشخاص به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت حقوقی می شوند، چنانچه شخصیت های حکمی معمولاً در افغانستان توسط قانون و فرمان غیرتقنینی ایجاد و منحل می گردند: مانند، ریاست مستقل مبارزه با ارتشاء و فساد اداری، کمیسیون مستقل اصلاحات عدلی و قضائی و امثال اینها که توسط فرمان ایجاد و منحل گردیده اند. همچنین، این شخصیت ها از زمان ایجاد دارای شخصیت حقوقی اند و مانند شخصیت های حکمی خصوصی ضرورت به ثبت در مراجع مربوطه ندارند. شخصیت های حکمی عامه بعد از ایجاد می توانند فعالیت های خویش را مطابق قوانین، فرامین، مقرر و اساسنامه های خویش اجراء نمایند که تفصیل آن مربوط به حقوق عامه است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که شخص حقوقی عامه اجتماع سازمان یافته اشخاص و اموال است برای رسیدن هدف مشترک در روشنایی قوانین. به حیث مثال، اگر به کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی نظر نماییم در می یابیم که کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی عملاً وجود ندارد. آنچه وجود دارد، دسته از اشخاص حقیقی اند که با استفاده از اموال برای رسیدن به اهداف معین کار می نمایند. کمیسیون مستقل اصلاحات اداری شخصیت حکمی عامه است زیرا براساس قوانین ایجاد شده و قوانین آن را به عنوان موجود دارای حق و تکالیف به رسمیت می شناسد. این کمیسیون دارای اموال منقول و عقار است و کارمندان این کمیسیون با استفاده از اموال این کمیسیون در جهت نیل به اهداف آن که آوردن اصلاحات در نظام ادای کشور است کار می نمایند. آثار ایجاد شخصیت حکمی عامه قرار ذیل است:

1) شخص حقوقی دارای اموال مستقل از اعضای تشکیل دهنده آن است؛

۱۶۸. یادگار راجی سمگانی (____). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۱)، (____)، ص ۲۷۴.

2) شخص حقوقی به طور مستقل صاحب حقوق و تکالیف می شود و می تواند به طور مستقل طرف دعوی قرار بگیرد و علیه اشخاص حقوقی و حقیقی دیگر اقامه دعوی نماید.

اشخاص حقوقی به طور کلی به سه نوع تقسیم می شوند: اشخاص حقوق خصوصی، اشخاص حقوق عمومی و اشخاص حقوق بین الملل. اشخاص حقوق خصوصی تابع قواعد حقوق خصوصی، اشخاص حقوق عمومی تابع قواعد حقوق عامه و اشخاص حقوق بین الملل تابع قواعد حقوق بین الملل اند. بزرگ ترین شخص عمومی دولت است. دولت در این معنی قدرت مرکزی است.

بنابراین، دولت در این معنی از قوه مجریه شروع می شود که در رأس آن رئیس جمهور قرار دارد. اجزای این قدرت دارای شخصیت حقوقی مستقل نیست، بلکه دارای شخصیت حقوقی تابع است. بنابراین، وزارت صحت عامه، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی، اداره ملی مبارزه با حوادث و امثال اینها شخص حقوقی تابع اند. در نتیجه، اموال این اشخاص متعلق به قدرت مرکزی است و رئیس جمهور می تواند اموال این ادارات را به وزارت و یا اداره دیگر منتقل کند. وجه افتراق اشخاص حقوق خصوصی با حقوق عمومی قرار ذیل اند:

1) هدف: اشخاص حقوق خصوصی برای تأمین منافع شخصی یا فردی ایجاد می شوند. نفع نیز می تواند مادی و یا معنوی باشد. معمولاً اشخاص حقوق عمومی برای تأمین منافع عامه ایجاد می شوند؛

2) تفاوت در نظام حقوقی حاکم: اشخاص حقوق عمومی تابع قواعد حقوق عامه اند. برعکس، اشخاص حقوق خصوصی تابع قواعد حقوق خصوصی اند؛

3) منشأ پیدایش: اشخاص حقوق خصوصی ناشی از اراده اشخاص حقیقی اند. برعکس، اشخاص حقوق عمومی ناشی از اراده مقامات عمومی اند و معمولاً با وضع قانون تشکیل می شوند. البته، برخی اشخاص حقوق عمومی مستقیماً توسط قانون ایجاد می شوند، مانند: کمیسیون مستقل انتخابات، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان و کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی. برخی دیگر غیرمستقیم ایجاد می شوند، مانند: جمعیت ها.

4) لزوم و عدم لزوم ثبت: اشخاص حقوق خصوصی بعد از ثبت ایجاد می شوند، مانند ثبت جمعیت ها و مؤسسات غیردولتی و دانشگاه های خصوصی بالترتیب در وزارت عدلیه، وزارت اقتصاد و وزارت تحصیلات عالی. برعکس، اشخاص حقوق عمومی نیاز به ثبت ندارد، بلکه نیاز به قانون مؤسس دارد. به عنوان مثال، قانون مؤسس قوه مجریه، قضائیه، مقننه و اداراتی که در چهارچوب قوه مجریه در افغانستان ایجاد می شوند، قانون اساسی، قانون تشکیلات اساسی و قانون تشکیلات و صلاحیت های محاکم است.

5) استفاده از قدرت عمومی: اشخاص حقوق عمومی در صورت لزوم می توانند از امتیازات قدرت عمومی استفاده نمایند. اما، اشخاص حقوق خصوصی نمی توانند از امتیازات قدرت عمومی استفاده کنند.^{۱۶۹}

۱۶۹. محمد امامی و کورش استوار سنگری (۱۳۸۷). حقوق اداری (۱)، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، صص ۴۹-۵۳.

مبحث دوم) شخصیت های حکمی خصوصی

شخصیت های حکمی خصوصی دارای انواع مختلف است که هر کدام جهت نیل به هدف خاص ایجاد می گردند. بنابراین، ایجاد، انتهاء و اهداف و انواع هر یک فرق می نماید. در مورد انواع اشخاص حقوقی خصوصی، ماده ۳۳۸ فقره ۲ ق. م تصریح می نماید که: «شخصیت حکمی خاص که ناشی از اراده افراد خصوصی بوده به شکل جمعیت ها، وقف، مؤسسات، شرکت های مدنی یا تجارتي و امثال آن به وجود می آید، مگر اینکه قانون چنین شخصیت ها را عام قرار داده باشد». از این تعریف به خوبی بر می آید که شخصیت های حکمی خصوصی بر خلاف شخصیت های حکمی عامه که ناشی از اراده دولت است، در اثر توافق اشخاص حقیقی به وجود می آیند. همچنین، از نص این ماده استنباط می گردد که این شخصیت ها می توانند بر دو نوع باشند: شخصیت های حکمی تجارتي انتفاعی، مانند: شرکت های تجارتي و مدنی و رسانه ها، شخصیت های حکمی خصوصی غیر انتفاعی، مانند: وقف، جمعیت، مؤسسه، اتحادیه، انجمن ها و نظیر اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف شخصیت حکمی خاص و احصای برخی مصادیق آن است.

گفتار اول) شخصیت های حکمی خصوصی تجارتي انتفاعی

طبق اصولنامه تجارتي و ق. م شخصیت های حکمی انتفاعی خصوصی که ناشی از اراده اشخاص حقیقی است بر دو نوع است: شرکت های تجارتي و مدنی. تفصیل شرکت های مدنی در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م خواهد آمد. شرکت های تجارتي تابع اصولنامه تجارتي، قانون اصول محاکمات تجارتي، اصولنامه علایم تجارتي نافذ ماه جدی، سال ۱۳۳۹ و اصولنامه افلاس و ورشکست است که مربوط حقوق تجارتي می گردد.

گفتار دوم) شخصیت های حکمی خصوصی غیر انتفاعی

شخصیت های حکمی خصوصی غیر انتفاعی مجموع اشخاص حقیقی است که برای مدت معین یا غیر معین به منظور تأمین اهداف خیریه اجتماعی، علمی، ادبی، فنی، هنری، سیاسی، اطلاع رسانی و... به طور غیر انتفاعی مطابق قانون تشکیل شوند. شخصیت های حکمی خصوصی غیر انتفاعی طبق قوانین افغانستان ممکن است به شکل وقف، مؤسسه، مؤسسه غیر دولتی، انجمن، کانون، حزب، مؤسسه غیر دولتی ایجاد شوند. ایجاد و انحلال این شخصیت ها بر حسب متفاوت بودن اهداف آنها فرق می نماید. به عنوان مثال، یک تعداد این اشخاص در ساحه اجتماعی، عده ای دیگر در ساحه فرهنگی و عده ای در ساحه سیاسی و عده ای در ساحه امور خیریه کار می نمایند که در ذیل هر یک را در گفتار های جداگانه مورد مطالعه قرار می دهیم:

الف) وقف

براساس ق. م یکی از شخصیت های حکمی خصوصی وقف است که بعد از ثبت در وزارت حج و اوقات این صفت را کسب می نماید. نهاد حقوقی وقف در ق. م تقریباً از نهاد فقهی وقف متفاوت است. طبق ق. م وقف شخصیت حکمی خصوصی است. اما، طبق نظر برخی فقهاء وقف عقد و طبق نظر برخی دیگر ایقاع است. براساس ق. م وقف زمانی اعتبار دارد که طبق ق. م مدنی صورت پذیرد. براساس ماده

۳۵۰ ق. م: «هرگاه وقف طبق احکام مندرج این قانون صورت نگرفته باشد، مدار اعتبار شناخته نمی شود.» طبق نص این ماده وقف باید براساس احکام قانون مدنی صورت پذیرد نه براساس عرف و عادات. در صورت عدم رعایت احکام قانون مدنی، وقف مدار اعتبار نیست. باوجوداین که طبق ق. م وقف شخصیت حکمی است، برخی احکام آن را نویسندگان ق. م از فقه گرفته اند. با توجه به این که احکام وقف ق. م از قوانین خارجی ترجمه شده است، مغالطه آمیز، عدم متناسب به نیازهای افغانستان، مبهم و نظری است و برای بسیاری از احکام آن ارایه مثال های عملی مشکل است. در واقع، بسیاری از احکام ارزش نظری دارند. همچنین، بسیاری از این احکام متأثر از وصیت واجبه و حقوق میراث است و دانستن این احکام مستلزم دانستن وصیت واجبه و احکام میراث است.

۱) تعریف و مصادر مشروعیت

وقف در لغت به معنی حبس، منع و جلوگیری کردن است. همچنین وقف بر شی موقوف اطلاق می گردد که جمع آن اوقاف است. کسی را که وقف می نماید واقف، شخصی که وقف برای او صورت می گیرد، موقوف علیه (صیغه مفرد) و موقوف علیهم (صیغه جمع) و شی ای که وقف می شود را موقوفه می نامند. ۱۷۰ ماده ۳۴۳ ق. م در تعریف وقف می گوید: «وقف عبارت است از حبس مال از تصرف مالکانه و بذل منفعت آن به امور خیریه.» طبق نص این ماده وقف حبس مال از تصرف مالکانه است. حبس در لغت به معنی بازداشتن، زندانی کردن، زندان، بازداشت، ضبط و نگهداری است. ۱۷۱ تصرفات است و به آن عمل نیز می گویند که جمع آن اعمال است از ریشه «صرف» به معنای دست به کاری زدن، تأثیر، دخالت و نفوذ است. ۱۷۲

همچنین، تصرف در لغت به معنی به دست آوردن، چیزی را مالک شدن، تسلط، چیرگی، به چنگ آوردن، مالک شدن، تصاحب، تملک، قبض و ضبط است. ۱۷۳ طبق این تعریف در صورت وقف، واقف نمی تواند بر مال موقوفه تصرف حقوقی مانند عقد و ایقاع انجام دهد. بذل در لغت به معنی بخشش، عطا و کرم است. ۱۷۴

طبق این تعریف واقف منفعت عین موقوفه را به امور خیریه بخشش می کند. طبق وقف، ملکیت عین موقوفه به ملکیت عین فقط و ملکیت منفعت فقط تجزیه می شود. منفعت عین موقوفه به امور خیریه مانند مسجد، شفاخانه و نظیر اینها تعلق می گیرد. اما، این که عین (رقبه/ ذات) موقوفه متعلق به کی می شود، در این تعریف روشن نشده است. در این خصوص دو فرض متصور است: نخست این که رقبه عین موقوفه متعلق به واقف است و دوم این که رقبه عین موقوفه متعلق به خداوند است. بنابراین، این تعریف محل ایراد

۱۷۰. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۰۸.
 ۱۷۱. (آخرین بازدید ۲۶/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>
 ۱۷۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۸۸.

173. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳/۱۶/۲۰۱۶)
 174. Ibid, (آخرین بازدید ۱۵/۲/۲۰۱۸).

به نظر می رسد. مشروعیت وقف در حقوق اسلام بر اساس قرآن، سنت و اجماع ثابت است. خداوند عز و جل می فرماید:

﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ - [آل عمران: ۹۲]

«هرگز به نیکوکاری نخواهید رسید تا از آنچه دوست دارید انفاق نکنید.».

و نیز می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾ - [البقره:

[۲۶۷]

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید، از چیزهای پاکیزه‌ای که به دست آورده‌اید، و از آنچه برای شما از زمین برآورده‌ایم انفاق کنید.».

مشروعیت وقف بر مبنای سنت پیامبر صلی الله علیه و آله نیز ثابت که به برخی احادیث در این باره در ذیل اشاره صورت می گیرد:

(۱) به روایت ابو هریره رضی الله عنه پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«إذا مات ابن آدم، أُنْقَطِعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ، أَوْ عِلْمٌ يَنْتَفِعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ.»^{۱۷۵}

« هنگامی انسان می میرد، عمل وی منقطع می گردد، مگر در سه چیز: صدقه جاریه، علمی که بعد از وی به دیگران نفع برساند و اولاد صالح که برای او دعا نماید.».

منظور از صدقه جاریه مالی است که وقف می گردد. چون همیشه اصل آن محفوظ است، ثواب و پاداش آن ادامه دارد و به صاحبش می رسد. مقصد این حدیث این است که ثواب اعمال میت قطع می گردد و دیگر پس از مرگ وی تجدید نمی شود، مگر این سه چیز که ناشی از کسب و عمل وی است و بعد از مرگ او نیز ادامه دارد و پاداش آن به وی می رسد. به روایت ابن ماجه پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«إِنْ مِمَّا يَلْحَقُ الْمُؤْمِنَ مِنْ عَمَلِهِ وَحَسَنَاتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ: عِلْمًا نَشَرَهُ أَوْ وَلَدًا صَالِحًا تَرَكَهُ أَوْ مُصْحَفًا وَرَثَتَهُ أَوْ مَسْجِدًا بَنَاهُ أَوْ بَيْتًا لِابْنِ السَّبِيلِ بَنَاهُ أَوْ نَهْرًا أَجْرَاهُ أَوْ صَدَقَةً أَخْرَجَهَا مِنْ مَالِهِ فِي صِحَّتِهِ وَحَيَاتِهِ تَلْحَقَهُ مِنْ بَعْدِ مَوْتِهِ.»^{۱۷۶}

« از جمله اعمال خیری که پس از مرگ انسان همچنان ادامه دارد و ثوابش به وی می رسد و قطع نمی شود اعمال زیر است: دانشی که او سبب انتشارش شده، یا فرزند شائسته و صالحی که از خود بجای می گذارد یا قرآنی که از خود به ارث می گذارد یا مسجدی که

۱۷۵. أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة رضی الله عنه.

۱۷۶. رواه ابن ماجه.

ساخته است یا خانه ای که و کاروانسرای ای که برای مسافران ساخته است و یا جوی آبی یا چاه آبی که احداث نموده است یا صدقه جاریه و وقفی که در حال صحت و حیات خود وقف کرده و بعد از مرگش نیز ثوابش همچنان به وی می رسد».

پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و یارانش مساجد، زمین ها، چاه ها، باغها، نخلستان ها و اسپان را وقف کرده اند که چند نمونه آن را در ذیل ذکر می نمایم:

۲) به روایت انس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ زمانی که پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ به مدینه طیبه وارد شد، دستور داد که مسجدی ساخته شود و گفت:

«يا بني النجار: تأمنوني بحائِطِكُم هذا؟ فقالوا: والله لا نَطْلُبُ ثَمَنَهُ إِلَّا إِلَى اللَّهِ تَعَالَى.»

« ای بنی نجار آیا حاضر هستید بهای باغ را از من بگیرید تا در آن مسجد سازم؟ آنان گفتند: به خدا عَلَّامٌ سَوِّغِدُ سوگند بهای آن را از شما نمی خواهیم و بهای آن را از خداوند عَلَّامٌ می طلبیم.»

پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آن باغ را گرفته و مسجد ساخت.

۲) انس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ روایت می کند که: ابو طلحه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ثروتمند ترین مرد انصاری در مدینه بود و بهترین مالی که دوست داشت، نخلستان «بیرحاء» بود که در روبروی مسجد النبی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ موقعیت داشت و پیامبر هبه آن نخلستان می رفت و از آب گوارای آن می نوشید. چون این آیه نازل شد:

﴿لَنْ تَأْكُلُوا الْإِبرَ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ - [آل عمران: ۹۲]

«هرگز به نیکوکاری نخواهید رسید تا از آنچه دوست دارید انفاق نکنید.»

ابو طلحه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ آن را شنید، نزد پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آمد و گفت: بدان که دوست داشتنی ترین مال نزد من نخلستان «بیرحاء» است، اینک آن را به خداوند عَلَّامٌ بخشیدم و ثواب آن را از خداوند عَلَّامٌ می خواهم. یا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هرگونه که می خواهی در آن تصرف کن. پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ گفت: آن را میان خویشاوندان تقسیم کن و ابو طلحه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ نیز آن را میان خویشاوندان خود تقسیم کرد.

۳) به روایت ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ آمده است که زمانی که حضرت عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ سهم خود را از زمین های خیبر گرفت نزد پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آمد و گفت: «یا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حصه از زمین های خیبر برایم رسیده که نفیس ترین مال نزد من می باشد بنابراین در این رابطه چی حکم می نمائید؟»

پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمودند:

«إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا.»^{۱۷۷}

«اگر خواسته باشی می توانی اصل آن را نگاه و منفعت آن را صدقه نمایی.»
حضرت عمر رضی الله عنه جهت پیروی از فرموده پیامبر صلی الله علیه و آله زمین را وقف فقراء، ذوی القربی، غلامان، مهمانان و مسافران نمود.

۴) امام احمد و بخاری از ابی هریره رضی الله عنه روایت کرده اند که پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود:
«من إحتبس فرساً فی سبیل الله إیماناً و إحتساباً فإنَّ شَبَعَهُ وَ رَوَّهَ وَ بَوَّهَ فی میزانه یوم القیامة حسناتٌ.»^{۱۷۸}

«هرکس اسبی را وقف کند برای جهاد در راه خدا صلی الله علیه و آله از روی ایمان و به طلب رضای خدا صلی الله علیه و آله، به راستی تمام اعمال این اسب برای صاحبش ثواب دارد حتی علف خوردن و سرگین و ادراار کردنش.»^{۱۷۹}

۲) شخص حکمی تلقی گردیدن وقف

طبق ماده ۳۴۴ ق. م: «وقف، دارای شخصیت حکمی است که توسط اساسنامه تثبیت می گردد.» به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر ماهیت وقف است. در این خصوص بحث فراوان میان حقوقدانان و فقها وجود دارد. طبق نص این ماده وقف شخص حکمی خصوصی است. برخی فقها در این مورد می نویسند که: وقف بر اساس اراده واحد (اراده واقف) انشاء می گردد و تحقق آن منوط بر قبول موقوف علیه و یا موقوف علیهم نیست.^{۱۸۰}

طبق این نظر وقف ایقاع است. دیدگاه دیگر این است که وقف عقد است. زیرا، موقوف علیه باید وقف را قبول نماید. در صورت قبول، در وقف دو طرف ایجاد می شود: واقف که ایجاب می نماید و موقوف علیه که وقف را قبول می نماید. اما، طبق ماده ۳۴۴ ق. م هیچ یک از این نظریات در ق. م پذیرفته نشده است. طبق نص ماده ۳۴۴ ق. م وقف شخص حکمی خصوصی است. اشخاص حکمی خصوصی چنانچه گفته شد، به انواع متعدد تقسیم می شوند که یکی از آنها وقف است. وقف به این دلیل شخص حکمی خصوصی است که برآمده از اراده افراد حقوق خصوصی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده شناسایی وقف به عنوان یکی از شخصیت های حکم خصوصی است.

۳) ارجاع سند وقف به محکمه در صورت بروز موانع وقف

۱۷۸. رواه احمد و بخاری عن ابی هریره رضی الله عنه.

۱۷۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص

7603؛ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص

۱۱۰-۱۱۲؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب

حقانیة، صص ۳۶۰ و ۳۶۱؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران،

انتشارات محمدی سقر، صص ۵۳۶-۵۴۱.

۱۸۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۲۳.

طبق ماده ۳۴۹ ق. م: «هرگاه نزد ثبت کننده راجع به اعتبار سند وقف مانعی ظاهر گردد، موضوع غرض انفصال و اخذ تصمیم به محکمه مربوط رجعت داده می شود.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد طبق نص این ماده در صورتی که حین ثبت اساسنامه وقف در ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف مانعی از موانع وقف که بحث آن خواهد آمد، ظاهر گردد و ریاست عمومی اوقاف اساسنامه وقف را به استناد به موانع وقف ثبت ننماید و میان کارمند ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف و واقف منازعه ایجاد شود، کارمند ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف می تواند موضوع را غرض اخذ تصمیم به محکمه ذیصلاح رجعت دهد. عبارت غرض انفصال در این ماده مبهم است.

به نظر می رسد منظور از اخذ تصمیم، صدور تصمیم در مورد موانع یا عدم موانع وقف توسط محکمه ذیصلاح است. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد بیست جریب زمین خویش را وقف نماید و بخواهد اساسنامه وقف را در ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف ثبت نماید، اما مأمور مربوط بگوید در خصوص وقف مانع وجود دارد و احمد وجود موانع وقف را نپذیرد، مأمور ذیصلاح می تواند اساسنامه وقف را غرض تشخیص موانع و صدور حکم به محکمه ذیصلاح ارجاع دهد. برخی حقوقدانان در این خصوص چنین مثال می آورند: «هرگاه واقف به محکمه غرض ثبت اسناد وقف مراجعه نماید، اما سند ملکیت نداشته باشد و در عین حال شخصی دیگری ادعای ملکیت عقار موقوفه را نماید، نزد مرجع ثبت کننده [ریاست عمومی اوقاف] در خصوص عقار موقوفه مانع ظاهر می گردد و موضوع غرض فیصله به محکمه مدنی راجع می گردد.»^{۱۸۱} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده رفع نزاع توسط محکمه در خصوص موانع وقف است.

۴) واری امور مربوط به وقف

طبق ماده ۳۴۵ ق. م: «برای واری امور مربوط به وقف اداره دولت به نام اوقاف وجود دارد که عوائد و مصارف آن را مطابق به شرائط لازمه وقف بر وفق اساسنامه آن، اداره و مراقبت می نماید، مگر اینکه قوانین خاص طور دیگری حکم کرده باشد.» از نص این ماده یک حکم و یک استثنا قابل استنباط به نظر می رسد. حکم این است که برای واری امور مربوطه به عین موقوفه در تشکیل وزارت حج و اوقات یک اداره ایجاد می شود. واری در لغت به معنی بررسی و تفتیش، رسیدگی است.^{۱۸۲} این اداره ریاست اوقاف نام دارد. این اداره مکلف است عواید و مصارف عین موقوفه را مراقبت و اداره نماید. استثنای این اصل این است که قانون خاص طور دیگری حکم ننماید. در صورتی که قانون خاص طور دیگری حکم ننماید، با توجه به اصل مرجع بودن خاص بر عام، حکم قانون خاص مرجع است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ایجاد اداره برای واری امور مربوط به وقف است. در عمل، این اداره، ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف است.

۵) حقوق و وجایب مالی موقوفه

۱۸۱. یادگار راجی سمنگانی (____). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۱)، (____)، ص ۲۸۲.
 ۱۸۲. (آخرین بازدید ۲۰۱۸/۲/۱۵) <https://www.vajehyab.com>

طبق ماده ۳۴۶ ق. م: «وقف دارای حقوق و وجایب مالی مستقل بوده و به پرداخت دیونی که طبق شرایط اساسنامه به مصرف رسیده، مکلف می باشد.» داشتن حقوق و وجایب ملی، چنانچه گفته شد، از خصوصیات اشخاص حکمی است. چون وقف نیز مطابق ق. م شخصیت حکمی است، طبق نص این ماده وقف دارای حقوق و وجایب مالی است. به حیث مثال، وقف می تواند طبق ق. م مدعی و مدعی علیه واقع شود و دین را توسط ناظر پرداخت نماید. اما بخش اخیر این ماده که تصریح می نماید: «[...]

و به پرداخت دیونی که طبق شرایط اساسنامه به مصرف رسیده، مکلف می باشد» مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار در این ماده این است که در صورتی که ممثل وقف به نام و حساب وقف از شخص دیگری قرض بگیرد و پول را به مصرف برساند، مطابق اساسنامه وقف مکلف به پرداخت آن به قرض دهنده می باشد. معمولاً ممثل وقف که شخص حقیقی است مانند ناظر وجایب مالی وقف را ادا و حق های وقف را استیفاء می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی حق و تکلیف برای وقف است.

۵) شرایط ارکان

با توجه به این که وقف شخصی حکمی خصوصی است، ق. م در خصوص ارکان آن ساکت است. به نظر احناف رکن وقف عبارت از صیغه است. اما به نظر غیر احناف ارکان وقف عبارت از: واقف (وقف کننده)، موقوفه (آنچه وقف می شود)، موقوف علیه یا موقوف علیهم (کس یا کسانی که برای شان وقف صورت می گیرد) و صیغه.^{۱۸۳} جهت صحت وقف یک سلسله شروط وجود دارد که بعضی آن مربوط به واقف، بعضی مربوط به مال موقوفه، بعضی مربوط به موقوف علیه و بعضی مربوط به صیغه وقف می گردد:

اول) شروط واقف

جهت صحت و نفاذ وقف شرط است:

- ۱) اینکه واقف مالک مال موقوفه باشد: وقف مال غیر و وقف مال مخصوبه توسط غاصب صحیح پنداشته نمی شود، زیرا واقف باید حین وقف مالک مال موقوفه باشد؛
- ۲) اینکه واقف عاقل باشد: در وقف شرط است که واقف عاقل باشد. پس، وقف مجنون صحیح پنداشته نمی شود، زیرا وی فاقد عقل می باشد. همچنین وقف معتوه صحیح تلقی نمی گردد، زیرا معتوه ناقص العقل می باشد. علاوه براین، وقف مختل العقل به سبب مرض و کبر سن صحیح تلقی نمی گردد؛
- ۳) اینکه واقف بالغ باشد: در وقف شرط است که واقف بالغ باشد. بنابراین، وقف صبی صحیح نمی باشد اعم از اینکه ممیز یا غیر ممیز باشد؛
- ۴) اینکه واقف رشید غیر محجور علیه به سبب سفه، افلاس یا غفلت نباشد: در وقف مانند سایر تصرفات شرط است که واقف رشید غیر محجور علیه به سبب سفه، افلاس و غفلت کاری نباشد. بنابراین، به نظر جمهور علماء وقف سفیه، مفلس و غافل صحیح تلقی نمی گردد. ولی، احناف به این نظر

۱۸۳. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۱۲.

اند که وقف مدیون مفلس نافذ نمی باشد مگر به اجازه دائنین. بنابراین، به عقیده احناف عدم حجر شرط نفاذ وقف است نه صحت آن. فقهای حنفی در رابطه به وقف مدیون بر این نظر اند که: هرگاه مال مدیون غیر مستغرق به دین باشد، وقف مازاد آنچه پرداخت دین وی را تکافو نماید صحیح پنداشته می شود، زیرا در این صورت وقف با حقوق دائنین در تعارض واقع می شود. اما، هرگاه مال مدیون مستغرق به دین باشد نفاذ وقف وی موقوف به اجازه دائنین است اعم از اینکه مدیون محجور علیه باشد یا غیر محجور علیه. علت این امر به عقیده فقهای حنفی حمایت مصلحت دائنین است. بنابراین، در صورتی که دائنین اجازه اعطاء نمایند وقف نافذ، و در صورت عدم اجازه وقف باطل می گردد.^{۱۸۴}

دوم) شروط مال موقوفه

مال و یا آنچه که وقف می گردد موقوفه نامیده می شود. طبق ق. م شرایط موقوفه قرار ذیل است:

۱) **وقف منقول:** طبق ماده ۳۵۶ فقرة ق. م: «(۱) وقف اموال منقول و غیر منقول جواز دارد.» طبق نص این ماده وقف اموال عقار جواز دارد. به هر چیزی که از اصل و اساس ثابت برخوردار باشد، عقار می گویند، مانند: زمین و خانه که جمع آن عقارات است. ماده ۱۲۹ مجله الاحکام در تعریف عقار می گوید که: «عقار آن است که نقل آن از یک محل به محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی.» برخی مثال های وقف عقار وقف زمین، خانه، دوکان، باغ و نظیر اینها است. همچنین، طبق نص این ماده وقف منقول جواز دارد. منقول اسم مفعول از ریشه نقل گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال داده شده و قابل انتقال است.^{۱۸۵} طبق ماده ۱۲۸ مجله الاحکام: «منقول شی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد برابر است که صورت و هیئت ظاهری آن تغییر کند یا خیر که شامل عروض، حیوانات، مکیلات و موزونات می گردد.» برخی مثال های وقف منقول عبارت اند از: وقف کتاب، وقف ظروف عروسی، وقف حیوان، کلاه، قرآن کریم و نظیر اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مشروعیت بخشیدن به وقف عقار و منقول است.

۳- **وقف سهام تجارتي:** طبق ماده ۳۵۷ ق. م: «اسهام شرکت های که فعالیت مجاز دارند وقف شده می تواند.» طبق نص این ماده سهام شرکت های تجارتي می تواند وقف شود. در وقف اسهام شرکت ها شرط است که فعالیت شرکت ها مجاز باشد. در صورت غیر مجاز بودن فعالیت شرکت، وقف سهم شرکت جواز ندارد. به عنوان مثال، اگر احمد و محمود شرکت سهامی دواسازی داشته باشند و هر کدام مالک ۵۰ سهم باشند، هر یک می تواند سهم خویش را وقف نماید. سؤال این است که عین سهم به کی منتقل می شود و منفعت به کی؟ به نظر می رسد نص این ماده ارزش نظری دارد و بعید است شخصی سهم تجارتي

۱۸۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۶۲۴-۷۶۲۷؛ محمد يوسف موسى، الاحكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، صص ۲۳-۲۵؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۴)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۲۴-۱۳۰؛ و عبدالحميد محمود طهماز (____). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، باكستان: مكتب حقانيه، صص ۳۶۳ و ۳۶۴. ۱۸۵. علي محي الدين القره داغي (۱۴۰۳ ق). المقدمة في المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۶.

خویش را وقف نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مشروعیت بخشیدن به وقف سهام تجارتي و بیان شرط آن است.

۳- وقف مشاع (مال مشترک): طبق ماده ۳۵۶ فقره دوم ق. م: «(۲) وقف جزء مشاع در اموال غیر منقول جواز ندارد، مگر در صورتی که مفرز و معین گردیده باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثنا قابل استنباط است. اصل این است که وقف جزء مشاع در اموال غیر منقول جواز ندارد. مشاع اسم مفعول از ریشه «شیع» گرفته شده است که در لغت به معنی مشترک و منتشر میان دو کس است. در اصطلاح حقوقی به سهم بخش ناشده و یا حصه منتشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افزاز ناشده، مشاع گویند.^{۱۸۶}

طبق ماده ۱۳۸ مجله الاحکام: «مشاع آن است که حاوی حصص شائعه باشد». به عبارت ساده: مشاع عبارت از مال مشترک است. طبق نص این ماده وقف قسمتی از مال مشترک غیر منقول مانند زمین، خانه، باغ و نظیر اینها جواز ندارد. به حیث مثال، اگر ده جریب زمین میان احمد و محمود مشترک باشد، احمد نمی تواند دو جریب آن را وقف نماید. استثنای این اصل این است که در صورت مفرز و معین گردیدن مال مشترک وقف آن جواز دارد. مفرز اسم مفعول از ریشه «فرز» گرفته شده است که در لغت به معنی جدا شده، تقسیم شده و تفکیک شده است که در مقابل مشاع و مشترک استعمال می شود.^{۱۸۷} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد مفرز بر ملکیتی اطلاق می گردد که تقسیم شده است.

به حیث مثال، در مثال بالا، اگر احمد و محمود ده جریب را تقسیم نمایند و سهم هر کدام پنج جریب زمین گردد، هر یک می تواند سهم خویش را که تقسیم و معین شده است وقف نماید. قانونگذار مدنی در نص ماده ۳۵۶ از مشاع غیر منقول سخن می گوید. پرسش این است که اگر مال مشاع منقول باشد تکلیف چیست؟ در پاسخ به این پرسش ق. م ساکت است. به نظر می رسد نص این ماده قابل تسری بر منقول نیز است. زیرا، همانطور که نمی توان مال مشاع غیر منقول را قبل از تقسیم وقف کرد، مال مشاع منقول را نیز نمی توان وقف کرد به دلیل این که حق غیر به آن تعلق می گیرد و تصرف در حق غیر مجاز نیست مگر این که غیر اجازه دهد. اما، در صورتی که مال منقول تقسیم شود، هر مالک می تواند سهم خویش را وقف نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم مشروعیت بخشیدن به وقف مال مشترک و مشروعیت بخشیدن به وقف مال تقسیم شده است.

سوم) شروط موقوف علیه

طبق ماده ۳۵۵ ق. م: «وقف به امور خیریه وقتی جواز دارد که از نظر احکام دین مقدس اسلام و منافع ملی، امر خیریه شناخته شود». نص این ماده بسیار کلی و مبهم است. طبق نص این ماده وقف به امور خیریه جواز دارد. قانونگذار مدنی مصداق امور خیریه را معین نکرده است. همچنین این که کدام

۱۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۶۹.

(آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 187.

امور، امور خیریه پنداشته می شود، قانونگذار مدنی آن را به احکام دین اسلام و منافع ملی واگذار نموده است.^{۱۸۸}

بنابراین، در تشخیص امور خیریه باید به احکام دین اسلام و منافع ملی مراجعه کرد. به نظر می رسد برخی مصادیق امور خیریه وقف بر مساجد، مدارس، شفاخانه ها، کتب، پارک ها و نظیر این ها است. برخی فقهاء در این خصوص می نویسند که: شرط است که وقف بخاطر احسان و قربت جستن به خداوند ﷻ باشد، مانند: وقف بر فقراء، علماء اقارب، مساجد، مدارس، شفاخانه ها، حج، کتب فقهی، قرآن، اصلاح طرق و نظیر اینها.^{۱۸۹}

همچنین، طبق نص این ماده برای این که کدام امور خیریه تلقی می گردد باید به منافع ملی مراجعه کرد. به عبارت دیگر: منافع ملی معیار و ملاکی است که براساس آن می توان تشخیص داد کدام امور خیریه است و کدام امور خیریه نیست. نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، مفهوم منافع ملی، مفهوم انتزاعی یا ذهنی است و در مورد آن تعریف واضح و روشن وجود ندارد. به نظر می رسد منافع عامه اموری است که نفع آن به همگان می رسد. با پذیرش این تعریف، این نتیجه به دست می آید که وقف زمین برای قبرستان، پارک، شفاخانه، مسجد، سرک، مکتب و نظیر اینها جواز دارد. زیرا، در صورت وقف به یکی از اینها عموم و یا بسیاری از مردم می توانند از آن نفع بگیرند.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که طبق ق. م وقف به امور خیریه جواز دارد. این که کدام امور خیریه است و کدام امور خیریه نیست باید به احکام دین اسلام و منافع ملی مراجعه صورت بگیرد و براساس این دو ملاک تشخیص گردد که کدام امور خیریه است و کدام امور خیریه نیست. در صورت وقف به امور خیریه در نهایت نفع آن به افراد می رسد. به حیث مثال، در صورت وقف زمین به مکتب، نفع آن به متعلمین و در صورت وقف زمین به دانشگاه نفع آن به دانشجویان و در صورت وقف زمین برای تفریگاه نفع آن به عموم مردم می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مشروعیت بخشیدن وقف به امور خیریه و بیان ملاک ها و معیار های امور خیریه است.

چهارم) شروط صیغه

در صیغه وقف طبق ق. م شرایط ذیل باید رعایت گردد:

۱) طبق ماده ۳۵۴ ق. م: «(۱) وقف به طور دائمی و مؤقت جواز دارد؛ (۲) وقف برای مسجد و مؤسسات عامه طور مؤقت صورت گرفته نمی تواند؛ (۳) وقف خاص مؤقت بوده و به زیاده از دو طبقه اولاد وقف کننده جواز ندارد.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

۱۸۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۶۴۰-۷۶۴۳.

۱۸۹. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۳۹-۱۴۱؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۶۴۵-۷۶۴۸؛ مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۳۵۹؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۳۶۳.

۱- طبق نص این ماده وقف به طور دائم جواز دارد. به نظر می رسد وقف دائم عبارت از وقفی است که به صورت دائم توسط واقف صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به مسجد، شفاخانه و نظیر اینها برای همیشه وقف نماید، این وقف، وقف دائم است.

۲- طبق نص این ماده وقف می تواند به صورت مؤقت صورت پذیرد. به نظر می رسد وقف مؤقت عبارت از وقفی است که برای مدت مؤقت صورت می پذیرد. به عنوان مثال، اگر احمد پنج جریب زمین خویش را برای مدت پنج سال به محمود وقف نماید، این وقف، وقف مؤقت است.

۳- طبق نص این ماده وقف برای مسجد و مؤسسات عامه مانند شفاخانه، دانشگاه و نظیر اینها به صورت مؤقت جواز ندارد. بنابراین، وقف برای مسجد و مؤسسات باید به صورت دائم انجام شود.

۴- طبق نص این ماده وقف خاص مؤقت بوده و به زیاده از دو طبقه اولاد وقف کننده جواز ندارد. طبق فقه وقف اهلی که به نام وقف خاص نیز یاد می شود وقفی است که اولاً برای شخص یا اشخاص معین و بعداً جهت امور خیریه صورت می گیرد مانند اینکه شخصی اولاً زمین خود را به شخص یا اشخاص معین وقف نماید و بعداً جهت امور خیریه.

به عبارت دیگر: وقف اهلی عبارت از وقفی است که موقوف علیهم در ابتداء خویشاوندان واقف یا شخص یا اشخاص معینی باشند و بعد از آنها امور خیریه. وقف اهلی بر عکس وقف خیری است. در وقف خیری، جهت ابتداء خیری است، اما در وقف اهلی جهت ابتداء اهلی است. به عنوان مثال، واقف موقوفه ای را ابتداءً برای استفاده فرزندان و نواسه های خود وقف می کند و پس از آن برای استفاده مثلاً: شفاخانه همان فامیل.^{۱۹۰}

به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به فرزندش محمود وقف نماید، این وقف خاص و مؤقت است. طبق نص ماده ۳۵۴ ق. م وقف خاص به دو طبقه اولاد جواز دارد. به حیث مثال، در مثال بالا احمد می تواند به فرزندش محمود و فرزند فرزندش جمیل (دختر محمود) وقف نماید. در این مثال، طبقه اول اولاد احمد محمود و طبقه دوم جمیل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن و جواز وقف به صورت دائم، مؤقت، خاص و عام و شرط وقف خاص است.

۲) طبق ماده ۳۵۳ ق. م: «هرگاه وقف به شرط غیر صحیح مشروط گردیده باشد، وقف صحیح و شرط باطل شناخته می شود.» نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. شرط باطل شرطی است که منافی اقتضای وقف باشد، مانند این که: واقف بقاء مال موقوفه را در ملکیت خود شرط نماید، و یا فروش مال موقوفه و صرف پول آن را جهت رفع حاجات خود شرط نماید.^{۱۹۱} در چنین حالات، جزای شرط هم در

۱۹۰. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص 7607؛ محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۲۱ و ۲۲؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۳۶.

۱۹۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۶۵۹-۷۶۶۰؛ محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۶-۴۱؛ محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی

نص این ماده پیش بینی شده است که عبارت از صحیح بودن وقف و باطل بودن شرط است. بنابراین، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به مکتب وقف نماید و شرط گذارد که زمین در ملکیت احمد باقی بماند و یا شرط گذارد که هر لحظه ای که بخواهد می تواند از وقف رجوع نماید، وقف صحیح است. اما، شرایط باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از شرط های باطل در وقف است.

۳) طبق ماده ۳۷۳ ق.م: «هرگاه وقف کننده شرطی گذارد که مخالف منافع ملی، مصلحت وقف یا مستحقین باشد، وقف صحیح اما شرط از اعتبار ساقط می گردد.» نص این ماده مبهم و پیچیده به نظر می رسد. طبق نص این ماده اگر وقف کننده شرط گذارد و شرط خلاف منافع ملی باشد، وقف صحیح و شرط باطل است. عبارت منافع ملی انتزاعی یا ذهنی است و در مورد آن تعریف واضح و روشن وجود ندارد. مصالح جمع مصلحت است که در لغت به هر آنچه که موجب آسایش و سود باشد است که متضاد مفاسد است.^{۱۹۲} همچنین، مصلحت در لغت به هر آنچه که صلاح و سود شخص یا گروهی در آن باشد و خیر اندیشی است.^{۱۹۳} در اصول به جلب منفعت و دفع مضرت مصلحت می گویند.^{۱۹۴} به عوض مصالح عامه گاه گاهی منافع عامه، منافع عمومی، خیر عموم، مصالح علیا و خیر عام نیز استعمال می شود. در اصطلاح حقوقی مصالح عامه، مصلحتی است که نفع آن به اکثر افراد جامعه می رسد.^{۱۹۵} به حیث مثال، اگر احمد دو صد جریب زمین خویش را وقف نماید و شرط گذارد که در آن مسجد یا شفاخانه، پارک، سرک و نظیر اینها هیچگاه احداث نگردد، این شرط مخالف منافع ملی به نظر می رسد و وقف صحیح و شرط باطل است.

همچنین، در صورتی که وقف کننده شرط گذارد که مخالف مصلحت وقف باشد، وقف صحیح و شرط باطل است. به حیث مثال، اگر واقف شرط گذارد که عواید مال موقوفه به مستحقین وقف داده شود در حالی که مال موقوفه مارکیت تجارتي باشد و به ترمیم و اصلاح نیاز داشته باشد، شرط خلاف مصلحت وقف است. همچنین، در صورتی که واقف شرط گذارد که محکمه نمی تواند ناظر وقف را در صورت تخلف از قانون عزل نمی تواند، شرط مخالف مصلحت وقف است. در چنین حالتی وقف صحیح است و شرط باطل. همچنین، در صورتی که واقف شرطی گذارد که مخالف مصلحت مستحقین وقف باشد، وقف صحیح و شرط باطل است. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را وقف نماید و شرط

المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سراپی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۳۵۲-۳۵۴؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۱۳-۱۲۴.

۱۹۲. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۹۹۰.

۱۹۳. همان، محمد معین، ص ۹۹۲.

۱۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۶۱.

۱۹۵. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۱۲۸۵۷.

گذارد که مستحق از عواید آن استفاده نکنند، وقف صحیح و شرط باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از شرط های باطل وقف کننده است. نصوص مواد ۳۵۳ و ۳۷۳ ق. م شبیه همدیگر اند و قانونگذار مدنی در نص هر دو ماده از شرط باطل سخن می گوید. نصوص مواد ۳۵۳ و ۳۷۳ ق. م متأثر از فقه حنفی به نظر می رسند. فقهای حنفی شروط واقف را به سه دسته تقسیم می نمایند:

۱- شرط باطل: شرط باطل شرطی است که منافی اقتضای وقف باشد مانند اینکه واقف بقاء مال موقوفه را در ملکیت خود شرط نماید، و یا فروش مال موقوفه و صرف پول آن را جهت رفع حاجات خود شرط نماید.

۲- شرط فاسد: شرطی است که مخل انتفاع از مال موقوفه باشد مانند صرف منفعت فائده اموال وقفی به مستحقین ولو مال موقوفه محتاج اصلاح و ترمیم باشد، و یا به مصلحت موقوف علیه باشد مانند شرط عدم عزل ناظر، یا مخالف شرع باشد مانند اینکه واقف شرط گذارد که پول فائده عین موقوفه را به ارتکاب جرایم تخصیص دهد. بنابراین، در این چنین حالات وقف صحیح و شرط باطل تلقی می گردد.

۳- شرط صحیح: شرط صحیح شرطی است که منافی اقتضات وقف نبوده، مخل منفعت عین موقوفه نگردیده و با شریعت در تناقض واقع نگردد. بنابراین، هرگاه صیغه مقترن به شرط باطل باشد، وقف صحیح و شرط باطل تلقی می گردد.^{۱۹۶}

۴) طبق ماده ۳۵۸ ق. م: «اظهارات وقف کننده در مورد مال موقوفه حسب الفاظ و معانی آن اعتبار دارد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. براساس قاعده نیت و ظاهر که حاکم بر تفسیر تصرفات حقوقی از جمله عقد و ایقاع است و تفصیل آن در جلد حقوق وجایب در مبحث تفسیر عقود این دور از شرح ق. م خواهد آمد، در صورت تعارض میان لفظ و معنی به معنی و نیت اعتبار داده می شود. اما، براساس نص این ماده اظهارات وقف کننده (که طبق برخی نظریات وقف نیز ایقاع است) در مورد مال براساس لفظ و معنی باید اعتبار داده شود که محل ایراد به نظر می رسد، زیرا این قاعده برای کشف اراده واقف کمکی نمی کند.

به عبارت دیگر: منظور قانونگذار مدنی در ماده ۳۵۸ این است که در صورت کشف اراده واقف مبنی بر این که وقف به صورت صحیح صورت گرفته و یا خیر باید هم به لفظ و هم به معنی لفظ توجه نمود. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد سی جریب زمین خویش را وقف نماید و به عوض کلمه وقف، کلمه اجاره را استعمال نماید، مانند این که بگوید: سی جریب زمین خویش را به احمد به اجاره دادم در حالی که

۱۹۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۶۵۹-۷۶۶۰؛ محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۶-۴۱؛ محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیّه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۳۵۲-۳۵۴؛ و _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۱۳-۱۲۴.

احمد قصد وقف را داشته باشد، هم به لفظ و هم به قصد احمد توجه باید صورت بگیرد. اگر به لفظ احمد توجه شود، این تصرف اجاره است. اگر به قصد احمد توجه شود و لفظ نادیده گرفته شود، این تصرف وقف است. به نظر می‌رسد توجه به لفظ و معنی واقف ناممکن به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد در این صورت، طبق قواعد عمومی تفسیر تصرفات حقوقی (ایقاع و ایقاع) باید به قصد و نیت وقف کننده صورت بگیرد و لفظ نادیده گرفته شود. با پذیرش این نظر، این نتیجه به دست می‌آید که اگر احمد بگوید سی جریب زمین خویش را به محمود به اجاره دادم در حالی که قصد وقف را داشته باشد، وقف صورت می‌گیرد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان قاعده رفع تعارض میان لفظ و معنی و ترجیح به معنی است.

۶) شرایط اساسنامه و واقف

طبق ماده ۳۵۲ ق. م: «هرگاه سند وقف مشتمل بر تصرفی که قانوناً ممنوع و یا باطل بوده و یا وقف کننده فاقد اهلیت قانونی باشد، اداره ثبت اسناد در همچو موارد به ثبت آن اقدام نمی‌نماید.» نص این ماده مبهم است. به نظر می‌رسد منظور از سند وقف اساسنامه وقف است. با پذیرش این تفسیر، این نتیجه به دست می‌آید که در صورتی که واقف در سند وقفی تصرفی را درج نماید که باطل یا ممنوع باشد، اداره ای که در آن سند وقف می‌شود نباید سند را ثبت نماید. در عمل این، این اداره، ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف است. ارایه مثال تصرف باطل و ممنوع مشکل به نظر می‌رسد. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می‌آورند: تصرف شخص غیربالغ، معتوه و مجنون در سند وقف قانوناً ممنوع و باطل است.^{۱۹۷} همچنین، در صورتی که واقف فاقد اهلیت باشد، به حیث مثال، صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز، مجنون، سفیه و معتوه باشد، اداره اوقاف نباید وقف را ثبت نماید. زیرا، یکی از شرایط واقف داشتن اهلیت است. بنابراین، طبق نص این ماده شرط است که واقف اهلیت داشته باشد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط اساسنامه و واقف است.

۷) شرط گذاشتن در وقف خاص مبنی بر اعطاء، حرمان، زیادت، نقصان، تغییر و مبادله

طبق ماده ۳۶۱ ق. م: «وقف کننده می‌تواند در حدود احکام این قانون استفاده از حقوق آتی را هنگام ثبت وقف خاص شرط گذارد: ۱- اعطاء و حرمان؛ ۲- زیادت و نقصان؛ ۳- تغییر؛ و ۴- مبادله.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شرط گذاشتن در وقف خاص است. طبق نص این ماده در وقف خاص واقف می‌تواند برخی شروط را مبنی بر اعطاء، حرمان، زیادت، نقصان، تغییر و مبادله موقوفه حین وقف شرط گذارد. پرسش این است که وقف خاص چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که طبق فقه وقف اهلی که به نام وقف خاص نیز یاد می‌شود وقفی است که اولاً برای شخص یا اشخاص معین و بعداً جهت امور خیریه صورت می‌گیرد مانند اینکه شخصی اولاً زمین خود را به شخص یا اشخاص معین وقف نماید و بعداً جهت امور خیریه. به عبارت دیگر: وقف اهلی عبارت از وقفی است که موقوف علیهم در ابتداء خویشاوندان واقف یا شخص یا اشخاص معینی باشند و بعد از آنها امور

۱۹۷. یادگار راجی سمنگانی (____). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۱)، (____)، ص ۲۸۳.

خیریه. وقف اهلی برعکس وقف خیری است. در وقف خیری، جهت ابتداء خیری است، اما در وقف اهلی جهت ابتداء اهلی است. به عنوان مثال، واقف موقوفه ای را ابتداء برای استفاده فرزندان و نواسه های خود وقف می کند و پس از آن برای استفاده مثلاً؛ شفاخانه همان فامیل.^{۱۹۸} طبق نص این ماده، واقف می تواند اعطا، حرمان، تغییر و مبادله را در وقف خاص شرط گذارد:

(۱) اعطا: اعطا در لغت به معنی بخشش، بخشیدن و دادن است.^{۱۹۹} به نظر می رسد منظور از اعطاء در این ماده عبارت از بخشیدن و دادن برخی از حاصلات عین موقوفه است توسط واقف به شخص معین مانند این که: واقف بگوید در وقف خاص فلان شخص در فلان مدت از حاصلات وقف استفاده نماید. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به افراد معین وقف نماید و سپس بگوید فلان شخص در جمله موقوف علیه نبوده است، می تواند از میوه باغ برای مدت دو ماه استفاده نماید، این عمل احمد اعطا است.

(۲) حرمان: حرمان در لغت به معنی بازداشتن، منع کردن، بی بهره کردن، بی روزی کردن، بی بهره ماندن و بی بهره گی و نومیدی است.^{۲۰۰} به نظر می رسد حرمان عبارت از محروم کردن برخی موقوف علیهم از بهره برداری از حاصلات وقف برای همیشه و یا مدت معین توسط واقف است. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به جمیل و محمود وقف نماید و سپس بگوید جمیل نمی تواند از حاصلات باغ استفاده نماید، این عمل احمد حرمان است.

(۳) زیادت: زیادت در لغت به معنی افزون شدن، بسیار شدن و زیاد شدن است.^{۲۰۱} به نظر می رسد زیادت عبارت از زیاد کردن حصه یکی از موقوف علیه است نسبت به سایر موقوف علیهم. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود وقف نماید و سپس قسمتی از زمین خویش را به باغ بی افزایش، این عمل احمد زیادت در وقف است.

(۴) نقصان: نقصان ضد زیادت است که در لغت به معنی کاستی، کاهش، نقص، نقیصه، کم شدن و کمی است.^{۲۰۲} به نظر می رسد نقصان در نص این ماده عبارت از اعطای حاصلات و غلات وقف توسط واقف به برخی موقوف علیهم نسبت به آنچه مستحق آن بوده اند، است. به حیث مثال، هرگاه احمد ده جریب زمین را به محمود وقف نماید و سپس هشت جریب آن را به محمود بدهد، این عمل احمد نقصان در وقف است.

۱۹۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص 7607؛ محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۲۱ و ۲۲؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۳۶.

199. (آخرین بازدید ۱۶/۲/۲۰۱۸) <https://www.vajehyab.com>

۲۰۰. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۲۱.

201. (آخرین بازدید ۱۶/۲/۲۰۱۸) <https://www.vajehyab.com>

202. Ibid, (آخرین بازدید ۱۶/۲/۲۰۱۸).

۵) **تغییر:** تغییر در لغت به معنی دگرگونی، از حالی به حالی در آوردن، تبدیل، تحول و تطور است.^{۲۰۳} به نظر می‌رسد منظور از تغییر، تبدیل کردن موقوف علیه است. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود وقف نماید و سپس محمود را به جمیل تغییر دهد، این عمل احمد تغییر در وقف است.

۶) **مبادله:** مبادله از ریشه «بدل» گرفته شده است که در لغت به معنی عوض کردن و معاوضه است. در اصطلاح حقوق مدنی، مبادله عبارت است از عوض کردن دو چیز توسط دو کس.^{۲۰۴} به نظر می‌رسد منظور از مبادله فروش موقوفه اعم از اینکه عقار باشد و منقول و خرید عین دیگر با پول آن و وقف کردن آن است. همچنین، مبادله می‌تواند مقایضه عین دیگر به عوض عین موقوفه باشد. در صورت مبادله موقوفه، مالی جدید، باید توسط اداره اوقاف منظور گردیده و ثبت شود. ماده ۳۶۲ ق.م در این باره حکم می‌نماید که: «مبادله مال موقوفه پس از منظوری اداره اوقاف در دفتر مربوط ثبت می‌گردد.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرط مبادله است.

۸) رجوع از وقف

طبق ماده ۳۵۹ فقره های اول و دوم ق.م: «(۱) وقف کننده نمی‌تواند از تمام و یا قسمتی از وقف عام رجوع نماید. اما برای جهات مصرف آن شروطی را در حدود احکام این قانون هنگام ثبت وقف تعیین نموده می‌تواند؛ و (۲) وقف کننده نمی‌تواند در وقف مسجد و تأسیسات عامه و چیزی که به آنها وقف گردیده تغییری وارد نماید.» رجوع از ریشه «رجع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، عودت و بازگشتن است. در حقوق مدنی رجوع بازگشت به وضع پیشین و یا نقض تصرف پیشین مانند رجوع از ایجاب، رجوع از صدقه، رجوع از ابراء، رجوع از اقرار، رجوع از شهادت، رجوع از وصیت، رجوع از وقف و نظیر اینها است.^{۲۰۵} از نص این ماده سه حکم در خصوص رجوع از وقف قابل استنباط است:

۱) در صورتی که وقف عام باشد، واقف نمی‌تواند از وقف رجوع نماید. وقف عام در ق.م تعریف نشده است. به موجب فقه، وقف خیری که به نام وقف عام نیز یاد می‌شود عبارت از وقفی است که جهت در آن یکی از امور خیریه باشد و ابتداء برای امر خیری و سپس برای اشخاص و یا شخص معینی وقف می‌شود تفاوت نمی‌کند که مقید به وقت معین و یا معلومی باشد و یا اینکه مقید به زمان نباشد، مانند اینکه: ساختمانی را برای مکتب، شفاخانه و یا هر امر خیر دیگر وقف کنند و پس از آن فرزندان واقف بتوانند از آن استفاده کنند.^{۲۰۶}

203. Ibid, (۲۰۱۸/۲/۱۶) (آخرین بازدید).

۲۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۸۵.

۲۰۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۰۱۷ و ۱۰۱۸.

۲۰۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص 7607؛ محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۲۱ و ۲۲؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۳۶.

برخی مثال های وقف عام، وقف بر مسجد، شفاخانه و سایر تأسیسات عامه است. طبق نص این ماده در صورتی که شخص زمین خویش را به منظور احداث مسجد، مکتب، شفاخانه، سرک و نظیر اینها وقف نماید، نمی تواند از وقف رجوع نماید. زیرا، در این صورت امکان دارد دولت و مردم بر زمین مسجد، شفاخانه و سایر تأسیسات عامه احداث نموده باشد. در صورت رجوع از وقف دولت متضرر می شود. به حیث مثال، اگر احمد دو صد جریب زمین را به منظور احداث مکتب وقف نماید و دولت در آن مکتب احداث نماید، احمد نمی تواند از وقف رجوع و زمین را دوباره بگیرد.

۲) وقف کننده می تواند در وقت ثبت اسناد وقف در ریاست اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف شرط گذارد که عواید وقف در چه اموری به مصرف برسد. به حیث مثال، اگر احمد یک مارکیت تجارتي را وقف نماید و مارکیت دارای دوکان های متعدد باشد و دولت از طریق کرایه دادن دوکان ها عاید به دست آورد، احمد می تواند شرط گذارد که عواید مال موقوفه برای فقراء داده شود.

۳) وقف کننده نمی تواند در وقف مسجد و تأسیسات عامه مانند مکتب، سرک و ... تغییر آورد. به حیث مثال، اگر احمد زمین را برای مسجد وقف کرده باشد، نمی تواند در آن تغییر وارد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان احکام رجوع از وقف است.

۹) تغییر در شروط مصارف وقف

طبق ماده ۳۶۰ ق. م: «تغییر در شروط مصارف وقف عام طور صریح و مطابق احکام مندرج این قانون صورت می گیرد.» نص این ماده مبهم است. همچنین، منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده از «تغییر در شروط مصارف» روشن نیست. همچنین، نص این ماده با ماده ۳۵۹ ق. م متعارض به نظر می رسد. زیرا، طبق ماده ۳۵۹ فقره ۱ ق. م: «[...] وقف کننده نمی تواند از تمام و یا قسمتی از وقف عام رجوع نماید. اما برای جهات مصرف آن شروطی را در حدود احکام این قانون هنگام ثبت وقف تعیین نموده می تواند. [...]». از جمع این دو مواد این نتیجه به دست می آید که طبق ماده ۳۶۰ ق. م تغییر در شروط مصارف وقف عام مطابق احکام قانون صورت می گیرد. اما، مطابق ماده ۳۵۹ فقره ۱ ق. م واقف می تواند برای مصارف وقف عام شروطی در اساسنامه در وقت ثبت اساسنامه در ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف بگذارد. به حیث مثال، اگر موقوفه مارکیت تجارتي و دارای عاید باشد، طبق ماده ۳۶۰ ق. م تغییر در مصرف عواید طبق ق. م می تواند صورت بگیرد. اما، طبق ماده ۳۵۹ فقره ۱ ق. م مصارف می تواند مطابق شرایط واقف صورت بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تغییر شروط وقف در وقف عام توسط واقف است.

۱۰) صحت وقف، رجوع از وقف و تغییر شروط وقف

طبق ماده ۳۴۷ ق. م: «صحت وقف، رجوع از آن و هرگونه تغییر در مصارف و شرائط لازمه و یا معاوضه مال موقوفه، وقتی از طرف وقف کننده اعتبار دارد که در دفاتر مربوط ثبت گردیده باشد.» نص این ماده مبهم و تکراری به نظر می رسد. طبق نص این ماده رجوع واقف از وقف که بحث آن گذشت، و وارد نمودن تغییر در موقوفه و یا تبدیل موقوفه و سائر تصرفات واقف که بحث آن گذشت، در صورتی مدار اعتبار است که در اساسنامه پیش بینی و در ریاست اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف ثبت گردیده باشد.

همچنین، در این خصوص ماده ۳۴۸ ق. م می گوید: «اجراآت متذکره ماده (۳۴۷) این قانون در دفاتر خاصی که در اداره ثبت اسناد به این منظور تعیین گردیده به ثبت می رسد.» از جمع این مواد نتایج ذیل به دست می آید:

۱) وقف زمانی صحیح است که اساسنامه آن ترتیب و در ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف به ثبت برسد. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را در پغمان وقف نماید و بگوید: این باغ وقفی است و همه مردم می توانند از میوه آن استفاده نمایند، این وقف مدار اعتبار نیست. زیرا، احمد در این مثال، اساسنامه وقف را ترتیب نکرده است و اساسنامه در ریاست اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف ثبت نگردیده است و وقف به صورت عرفی صورت گرفته است.

۲) رجوع از وقف که بحث آن گذشت زمانی صحیح است که اساسنامه وقف ترتیب و در ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف به ثبت برسد. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را در پغمان وقف نماید و بگوید: این باغ وقفی است و همه مردم می توانند از میوه آن استفاده نمایند، اما بعد از چند روز از آن رجوع نماید و بگوید باغ وقفی نیست، این رجوع اعتبار ندارد.

۳) وارد کردن تغییر در مصارف و شرایط عین موقوفه زمانی صحیح است که اساسنامه وقف ترتیب و در ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف به ثبت برسد. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را در پغمان وقف نماید و بگوید: این باغ وقفی است و همه مردم می توانند از میوه آن استفاده نمایند، اما سپس بگوید میوه باغ فروخته شود و پول آن به فلان اشخاص داده شود، این تغییر در شرایط مصارف مدار اعتبار نیست.

۴) معاوضه عین موقوفه زمانی صحیح است که اساسنامه وقف ترتیب و در ریاست عمومی اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف به ثبت برسد. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را در پغمان وقف نماید و بگوید: این باغ وقفی است و همه مردم می توانند از میوه آن استفاده نمایند، اما سپس این باغ را با زمین خویش معاوضه نماید، این معاوضه مدار اعتبار نیست. معاوضه از ریشه عوض گرفته شده است که در لغت به معنی تعویض و تبدیل کردن است. در اصطلاح فقهی مقایضه عبارت از بیع کالا به کالا است،^{۲۰۷} مانند معاوضه کامپیوتر با آپد، معاوضه موتر با موتر، معاوضه زمین با خانه و نظیر اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان احکام صحت وقف، رجوع از وقف، تغییر شرایط وقف و مبادله مال موقوفه است.

۱۱) حرمان از استحقاق

طبق ماده ۳۵۱ ق. م: «حرمان از استحقاق و یا رجوع از وقف در محکمه مربوط صورت می گیرد. موضوع به اشخاصی که حرمان یا رجوع از استحقاق شان داده شده ابلاغ می گردد، تا دلایل خود را به محکمه ارائه نمایند.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

(۱) حرمان از استحقاق در محکمه صورت می گیرد. بنابراین، اگر حرمان از وقف خارج از محکمه صورت بگیرد مدار اعتبار نیست. حرمان در لغت به معنی بازداشتن، منع کردن، بی بهره کردن، بی روزی کردن، بی بهره ماندن و بی بهره گی و نومیدی است.^{۲۰۸} در اصطلاح حقوقی، حرمان محروم کردن فرد از حقوق است توسط حکم قانون یا محکمه ذیصلاح. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود و جمشید وقف نموده باشد و سپس بخواهد جمشید را از پنج جریب زمین محروم نماید، این محرومیت باید در محکمه صورت بگیرد.

(۲) رجوع از وقف باید در محکمه صورت بگیرد. بنابراین، هرگاه رجوع از وقف خارج از محکمه صورت بگیرد، مدار اعتبار نیست. رجوع از ریشه «رجع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، عودت و بازگشتن است. در حقوق مدنی رجوع بازگشت به وضع پیشین و یا نقض تصرف پیشین مانند رجوع از ایجاب، رجوع از صدقه، رجوع از ابر، رجوع از اقرار، رجوع از شهادت، رجوع از وصیت، رجوع از وقف و نظیر اینها است.^{۲۰۹} به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود و جمشید وقف نموده باشد و سپس بخواهد از وقف رجوع نماید، رجوع باید در محکمه صورت بگیرد.

(۳) موضوع حرمان از استحقاق از وقف و یا رجوع از استحقاق وقف باید به موقوف موقوف له و یا موقوف لهم ابلاغ گردد. ابلاغ از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسانیدن پیام یا نامه به کسی و پیام رسانی و ایصال است. در اصطلاح اصول محاکمات مدنی در مفهوم عام به عمل مأموران دولتی و رسمی در رساندن تمام اوراق رسمی اعم از اخطاریه، احضاریه، احکام و قرارهای صادره از محاکم ذیصلاح به افرادی که موضوع به نحوی به آنها مرتبط است.^{۲۱۰} موقوف له و یا موقوف لهم که از استحقاق از وقف محروم شده اند و یا واقف از وقف نسبت به آنها رجوع کرده است باید دلایل خویش را به محکمه ارایه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود و جمشید وقف نموده باشد و سپس بخواهد از وقف رجوع نماید و یا جمشید و محمود را از وقف محروم نماید، باید موضوع به محمود و جمشید ابلاغ گردد. دلیل ابلاغ این است که تا جمشید و محمود دلایل خویش را به محکمه ارایه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط حرمان از وقف و رجوع از وقف و مورد حمایت قرار دادن موقوف علیه یا موقوف علیهم است.

۱۲) استحقاق در وقف

قانونگذار مدنی در مورد استحقاق در وقف در ق. م احکام ذیل را وضع نموده است:

(۱) مطابق ماده ۳۶۴ ق. م: «هرگاه در وقف به اقارب، منظور وقف غیر معین یا محل مصرف آن موجود نبوده و یا اصلاً به آن مصرف ضرورت احساس نگردیده و یا اینکه حاصلات وقف بیش از اندازه مصرف مورد ضرورت باشد، حاصلات وقف تماماً و یا قسمت باقیمانده آن به اجازه محکمه به اولاد

۲۰۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ص ۵۲۱.

۲۰۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات

محراب فکر، صص ۱۰۱۷ و ۱۰۱۸.

۲۱۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۶.

والدین و اقارب محتاج وقف کننده به اندازه ضرورت هر کدام به مصرف می رسد.». از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که در صورتی که شخصی برای اقارب خویش چیزی را وقف نماید، اما موقوف علیهم و موضوع مصرف وقف را معین ننماید یا حاصلات وقف بیشتر از اندازه مصرف باشد، تمام حاصلات وقف و یا قسمتی از آن براساس اذن محکمه به اولاد و والدین محتاج وقف کننده بر حسب ضرورت هر کدام به مصرف می رسد. بنابراین، در این صورت، اولاد و والدین محتاج موقوف علیه مستحق حاصلات وقف شناخته می شوند. اقارب جمع قریب از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندان، نزدیکان و فامیل است.^{۲۱۱} به حیث مثال، هرگاه احمد یک صد جریب زمین مزروعی خویش را به اقارب خود طور مؤقت الی مدت حیات ایشان وقف نماید و محل مصرف آن را معین ننماید و اقارب احمد پولدار باشند و ضرورت به مصرف حاصلات عین موقوفه نداشته باشند و یا حاصلات بیش از نیاز اقارب باشد، در این صورت حاصلات عین موقوفه بعد از اخذ اجازه از محکمه به اولاد و اقارب محتاج موقوف علیه به مصرف می رسد.^{۲۱۲}

۲) مطابق ماده ۳۶۵ فقره های اول و دوم ق. م. «(۱) وقف کننده نمی تواند بیش از ثلث مال خود را به اشخاص غیر وارث یا به بعضی از ورثه و یا امور خیریه وقف نماید؛ و (۲) ثلث مال به تناسب دارائی شخص هنگام وفات او سنجش می گردد.». از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

۱- وقف کننده نمی تواند بیشتر از ثلث مال خویش را به افراد غیر وارث وقف نماید. منظور از افراد غیر وارث افرادی اند که میان واقف و آنها سبب ارث وجود ندارد. اسباب ارث عبارت اند از: قرابت و زوجیت است. به موجب قرابت اقارب سببی و نسبی از متوفی ارث می برند و به موجب ازدواج زن و شوهر از همدیگر ارث می برند. اقارب سببی به ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام تقسیم می شوند. بنابراین، هر فردی که خویشاوند سببی و نسبی واقف نباشد، غیر وارث است. زیرا، از واقف ارث نمی برند. به حیث مثال، احمد به محمود که خویشاوند همدیگر نیستند، نمی تواند بیشتر از یک سوم مال خویش را وقف نماید. اما، می تواند یک سوم مال خویش را وقف نماید. به حیث مثال، اگر احمد یک صد و پنجاه جریب زمین داشته باشد، می تواند صرف پنجاه جریب زمین خویش را به محمود وقف نماید. زیرا، یک سوم یک صد و پنجاه جریب زمین پنجاه جریب می شود. دلیل این قاعده حمایت از حقوق خویشاوندان وارث واقف مانند ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام است که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد، است.

۲- واقف نمی تواند بیشتر از ثلث مال خویش را به برخی ورثه وقف نماید. عبارت برخی ورثه مبهم است زیرا قانونگذار مدنی واضح نساخته است که این ورثه کی ها اند. به عبارت دیگر: این ورثه ذوی الفروض، عصبات یا ذوی الارحام اند. همچنین، قانونگذار مدنی افراد وارثی را که واقف می تواند به آنها وقف نماید، معین نکرده است. نص این ماده تطبیق کنندگان ق. م را هیچ نوع کمک نمی کند. منظور از وارث واقف افرادی اند که با واقف قرابت نسبی یا سببی دارند و به موجب نسب و زوجیت از او وارث ارث

۲۱۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۹۴.

۲۱۲. یادگار راجی سمگانی (____). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۱)، (____)، ص ۲۹۲.

می برند مانند این که موقوف له از جمله ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام واقف باشد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که واقف می تواند یک سوم مال خویش را به برخی ورثه وقف نماید.

۳- واقف نمی تواند بیشتر از یک سوم مال خویش را به امور خیریه مانند مسجد، شفاخانه، سرک و نظیر اینها وقف نماید. دلیل این قاعده مورد حمایت قرار دادن ورثه واقف است. زیرا، در صورتی که واقف بیشتر از یک سوم مال خویش را به امور خیریه وقف نماید این امر موجب ورود ضرر به ورثه می گردد.

۴- ثلث مال به تناسب دارائی شخص هنگام وفات او سنجش می گردد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و از خود ترکه به جا بگذارد، باید محاسبه شود که یک سوم ترکه احمد چه مقدار مال می شود. لذا، طبق فقره دوم ماده ۳۶۵ ق. م تصفیه کنندگان ترکه باید در زمان وفات شخص سنجش نماید که آیا وقف صورت گرفته در ثلث مال صورت گرفته است یا خیر؟ زیرا فقره دوم ماده ۳۶۵ سنجش ثلث مال را به زمان مرگ واقف واگذار نموده است. پرسش این است که در صورتی که وقف بیشتر از ثلث مال باشد تکلیف چیست؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که قانونگذار مدنی در این زمینه سکوت اختیار نموده است. به نظر می رسد ضمانت اجرای نص این ماده عدم نفاذ وقف است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم وقف بیش از ثلث مال برای وارث و غیر وارث است. پرسش دیگر این است که در صورتی که واقف ورثه نداشته باشد تکلیف چیست؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۳۶۶ فقره های اول و دوم ق. م حکم می نماید که: «(۱) وقف کننده می تواند جمیع مال خود را به تمام ورثه اش وقف نماید؛ و (۲) اگر وقف کننده حین وفات وارث نداشته باشد، می تواند جمیع مال خود را به هر جهت خیریه که بخواهد وقف نماید.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز وقف تمام مال به ورثه و در صورت نداشتن ورثه به امور خیریه است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که واقف می تواند تمام مال خویش را به ورثه اش وقف نماید. لذا، وقف تمام اموال برای ورثه طبق ق. م جواز دارد. به حیث مثال، واقف می تواند تمام مال و دارایی خویش را به ورثه وقف نماید مانند این که احمد تمام مال خویش را به افرادی که از او ارث می برند مانند ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام وقف نماید. نص این ماده از نظر منطقی و حقوقی توجیه پذیر نیست. زیرا، در صورت وفات واقف (شخص)، این شخص چه بخواهد چه نخواهد مال او به طور قهری و به حکم قانون به ورثه او مطابق قواعد حقوق میراث که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد منتقل می شود. باوجوداین، وفق ماده ۳۶۷ فقره اول ق. م: «(۱) اولاد، زوج یا زوجه و والدین شخص وقف کننده که حین وفات موجود باشند، وقتی از وقف بیشتر از ثلث مال مستحق می گردند که حق ارث شان به سببی از اسباب، ساقط نگردیده باشد. توزیع استحقاق مطابق به احکام میراث عملی گردیده و در صورت وفات آنها به اولاد شان منتقل می گردد.» قانونگذار مدنی در نص ماده ۳۶۶ ق. م از ورثه به طور مطلق سخن می گوید. در حالی که در نص ماده ۳۶۷ فقره ۱ از اولاد، زوج، زوجه یا والدین (پدر و مادر) سخن می گوید. بنابراین، ورثه در نص ماده ۳۶۶ ق. م به صورت مطلق و در نص ماده ۳۶۶ به صورت مقید استعمال شده است که به نظر می رسد عدم دقت قانونگذار مدنی را نشان می دهد. در هر حال، از نص

ماده ۳۶۷ فقره ۱ ق. م استنباط می گردد که واقف می تواند تمام مال خویش را به اولاد مانند پسر، پسر پسر، دختر، دختر دختر و نظیر اینها، زوج در صورت که واقف زوج باشد، و زوج در صورتی که واقف زوج باشد و والدین یعنی پدر و مادر خویش وقف نماید. افراد مذکور در ماده ۳۶۷ فقره ۱ ق. م در صورتی می توانند مستحق تمام مال واقف شوند که موانع ارث میان آنها و واقف وجود نداشته باشد. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد، موانع ارث طبق ق. م سه اند که عبارت اند از قتل، اختلاف دین و اختلاف مملکت میان مؤرث و وارث است. اگر این موانع را میان واقف و ورثه او تطبیق دهیم نتیجه آن قرار ذیل است:

- اگر ورثه واقف را به قتل برساند، ورثه از عین موقوفه محروم می شود. به حیث مثال، اگر احمد به پسر خویش که عصبه یا پدر کلان خویش که ذوی الفروض یا مامای خویش که ذوی الارحام احمد تلقی می گردند وقف نماید و پسر احمد، یا پدر کلان احمد یا مامای احمد، احمد را به قتل برساند، پسر، پدر کلان و مامای احمد با رعایت شرایطی که در تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد از عین موقوفه محروم می شود. این قاعده متأثر و ملهم از حرمان ورثه از میراث به دلیل قتل مؤرث است. زیرا، در صورتی که وارث مؤرث را به قتل برساند، از ارث محروم می شود.

دلیل منع اکتساب موقوفه توسط قاتل این است که اگر قاتل از اکتساب عین موقوفه مقتول ممنوع نمی شد، مردم برای رسیدن به مال دنیا، اقدام به کشتن خویشاوندان خود می کردند و این امر موجب به مخاطره افتادن جان و مال مردم می شد. علاوه براین، قتل ذاتاً گناهی نابخشودنی و بزرگ است و منطقاً صحیح نیست که قتل سبب کسب نعمت و وسیله ای تملک اموال مقتول از رهگذر قتل او شود. با توجه به این دلایل، در فقه و ق. م قاعده وجود دارد که تصریح می نماید: «من استعجل شیئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.»^{۲۱۳} این قاعده در ماده ۴ ق. م هم پیش بینی شده است که می گوید: «شخصی که به اکتساب حق قبل از موعدش مبادرت ورزد، به حرمان از آن محکوم می گردد.»

همچنین، طبق ماده ۳۶۷ فقره دوم ق. م: «(۲) اگر یکی از مستحقین قبلاً به اندازه حصه خود مالی را بدون عوض از وقف کننده دریافت نموده باشد، استحقاق وی از مال موقوفه ساقط می گردد. در صورتی که کمتر از استحقاق خود دریافت نموده باشد تفاوت آنرا با در نظر داشت احکام ماده (۳۶۸) این قانون مستحق می گردد.» نص این ماده مبهم است. زیرا، در نص این ماده روشن نیست که مستحق کیست. همچنین، در نص این ماده دریافت بدون عوض روشن نیست. به نظر می رسد منظور از دریافت بدون عوض هبه بدون عوض است. همچنین، در نص این ماده «اندازه حصه» معین و روشن نیست. به نظر می رسد منظور از «اندازه حصه»، «مقدار حصه ارث» است. با پذیرش این برداشت و استنباط این نتیجه به دست می آید که اگر واقف یک مقدار مال موقوفه را به یکی از ورثه به اندازه سهم او از طریق هبه منتقل کرده باشد، این شخص نمی تواند از مال موقوفه چیزی بگیرد. زیرا، فرض بر این است که این فرد حصه خویش را دریافت کرده است و مستحق بیشتر از آن نیست. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله با

۲۱۳. «هر کس برای رسیدن به مالی قبل از فرا رسیدن وقت آن عجله کند، به عنوان مجازات از اکتساب آن محروم می گردد.»

همدیگر زن و شوهر باشند و اولاد نداشته باشند، سهم جمیله از مال احمد ثمن است. بنابراین، اگر احمد ثمن حصه از مال خویش را به جمیله از طریق هبه منتقل کرده باشد، جمیله دیگر مستحق مال موقوفه نمی شود. زیرا، قبلاً سهم ارث خویش را از احمد دریافت کرده است.

دوم این که در صورتی که واقف در زمان وفات ورثه نداشته باشد، می تواند جمیع مال خویش را به جهت خیریه وقف نماید. به حیث مثال، اگر احمد بسیار پولدار باشد و هیچ ورثه اعم از ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام که تفصیل هر یک در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد، نداشته باشد، می تواند تمام مال خویش را به جهت خیریه مانند مکتب، مسجد، شفاخانه، دارالایتام و نظیر اینها وقف نماید. دلیل این جواز به نظر می رسد این است که در این صورت ورثه وجود ندارد و در صورتی که ورثه وجود نداشته باشد، حق ورثه و تضرر ورثه منتفی و ارکان ارث معدوم است. به همین دلیل، شخص می تواند تمام مال خویش را به جهت خیریه وقف نماید.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۴۰)

ماده (۳۶۶) قانون مدنی تنها وقف کامل را به تمام ورثه اجازه داده و در صورت تقسیم علی السویه به ورثه نقصان عاید می شود.

توضیح

ماده (۳۶۶) قانون مدنی تنها وقف تمام را به تمام ورثه اجازه داده و ماده (۳۶۷) طریق توزیع منافع اموال موقوفه را به ورثه بیان نموده که مطابق به احکام میراث صورت می گیرد و تقسیم علی السویه نمی باشد.^{۲۱۴}

۴) براساس ماده ۳۶۸ ق. م: «وقف کننده می تواند استحقاق مال موقوفه اولاد خود را که در حال حیاتش وفات نموده است، برای فرع متوفی مطابق به احکام ماده (۳۶۷) این قانون تسلیم نماید مشروط بر اینکه فرع مذکور قبل از وفات وقف کننده حیات داشته باشد.» نص این ماده مبهم و پیچیده است. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۲۱۵} به نظر می رسد استحقاق در نص این ماده مترادف با سهم و حصه است. فرع که جمع آن فروع است در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند^{۲۱۶} منظور از فرع در نص این فرزند است. متوفی اسم مفعول از ریشه «وفی» گرفته شده است

۲۱۴. (____) _____. اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، ص ۵۱۸.

۲۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

۲۱۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶.

که در لغت به معنی وفات یافته و مرده است.^{۲۱۷} در اصطلاح حقوقی به کسی که دنیای فانی را ترک کرده و در گذشته است متوفی می گویند. طبق نص این ماده واقف می تواند سهم اولاد خویش مانند دختر و پسر را که در زمان حیات واقف وفات کرده اند به فرزند آنها بدهد. در چنین حالتی، شرط است که فرزند فرزند زنده باشد. نص این ماده شبیه وصیت واجب است که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد، محمود فرع احمد تلقی می شود. محمود عصبه بالنفس است و بعد از ذوی الفروض تمام ترکه احمد را مستحق می شود. در صورتی که محمود با خواهرش باشد، خواهر یک سهم و محمود دو سهم از ترکه احمد را ارث می برد. اگر محمود پسری به نام جمشید داشته باشد و محمود وفات نماید، واقف که در این مثال احمد است، می تواند سهم محمود پسرش را به جمشید تسلیم نماید. در چنین حالت شرط است که محمود وفات نماید و جمشید زنده باشد. در این مثال، محمود متوفی و جمشید فرع متوفی و احمد واقف (پدر کلان) است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز انتقال سهم ولد واقف به فرع ولد واقف است.

۵) وفق ماده ۳۷۱ فقره اول ق. م: «(۱) هرگاه وقف کننده، شخصی را که مطابق احکام این قانون در وقف حق ثابت داشته باشد، از وقف محروم سازد، سهم ثابت وی برایش داده شده و متباقی آن بر اشخاص دیگری که از وقف محروم نگردیده اند، به تناسب اسهام وقف ایشان توزیع می گردد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. زیرا، روشن نیست سهم ثابت شخص در وقف چگونه و براساس کدام سبب معین می شود. به عبارت دیگر: در این ماده روشن نیست سبب سهم ثابت چیست.

به نظر می رسد منظور از سهم ثابت سهم ارث ورثه است. زیرا، طبق ق. م ورثه می تواند در عین حال موقوف له باشد. با پذیرش این برداشت و تفسیر این نتیجه به دست می آید که هرگاه واقف ورثه را که در عین حال موقوف له هم است از سهم ارث ثابت در مال موقوفه محروم سازد، این سهم به موقوفه له که در عین حال ورثه است طبق احکام ق. م داده می شود و حرمان واقف مدار اعتبار نیست. به حیث مثال، اگر احمد زوجه ای به نام حمیده داشته باشد و بخواهد حمیده را از سهمی که در مال موقوفه دارد محروم نماید، این محرومیت اعتبار ندارد. زیرا، در این مثال موانع ارث که به موجب آنها ورثه از ارث محروم می شود وجود ندارد. زیرا، چنانچه بحث آن گذشت، موانع ارث طبق ق. م قتل، اختلاف دین و اختلاف مملکت است و در این مثال هیچ یک از موانع مذکور متحقق نگردیده است.

همچنین، در این مثال احمد حق ندارد زوجه اش حمیده را از سهم محروم نماید. سهم حمیده از مال احمد چهار یک در صورتی که دارای طفل باشند و ثمن در صورتی که فاقد طفل باشند است. در این صورت، حمیده مستحق ثمن یا ربع از مال موقوفه می شود و باقی مال موقوفه به بقیه ورثه متناسب به سهم آنها تقسیم می شود. این حکم شبیه احکام میراث است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی مورد حمایت قرار دادن حق ورثه است.

مطابق ماده ۳۷۱ فقره دوم ق. م: «(۲) ادعای سهم ثابت تا یک سال از وفات وقف کننده قابل اعتبار است.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که شخصی که صاحب سهم ثابت است می تواند الی یک سال از زمان وفات وقف کننده در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. با مرور یک سال بعد از فوت واقف، دعوی چنین شخصی تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. به حیث مثال، در مثال بالا، در صورتی که احمد حمیده را از سهمی که در مال موقوفه دارد محروم سازد، حمیده می تواند الی یک سال برای به دست آوردن سهم ثابت خویش در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. در صورت عدم اقامه دعوی در مدت یک سال، دعوی تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار گرفته و بعد از یک سال توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان مرور زمان ادعای سهم ثابت است.

۵) مطابق ماده ۳۷۲ ق. م: «تنازل موقوف علیه از استحقاق خود یا اقرار وی به تمام یا قسمتی از آن برای غیر جواز ندارد.» نص این ماده پیچیده و مبهم است. موقوف علیه شخصی است که برای او وقف صورت گرفته است. تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است. در فقه به کسی که از حقی تنازل می نماید «متنازل» و شخصی که به نفع وی تنازل صورت می گیرد «متنازل له» نامیده می شود. در اصطلاح حقوقی و فقهی تنازل به صورت عام عبارت است از اعراض از حق یا ملک یا مال است. به عبارت دیگر: تنازل عبارت از تصرفی است که به موجب آن شخصی از حقی که دارد و یا از حقی که بر عهده دیگری دارد عدول می نماید و یا آن را اسقاط می نماید، مانند: تنازل از انتفاع، دین و یا حق ارتفاق.^{۲۱۸} استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۲۱۹}

به نظر می رسد استحقاق معادل و مترادف با حصه و نصیب است. طبق ماده ۳۷۲ ق. م شخصی که وقف برای او صورت گرفته نمی تواند از حصه عین موقوفه که به او می رسد اعراض و صرف نظر نماید. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود و جمشید ده جریب زمین را وقف نماید و سهم هر یک از جمشید و محمود پنج جریب زمین شود، جمشید و محمود نمی توانند از اخذ و گرفتن این اسهام را اعراض نمایند. همچنین، طبق نص این ماده موقوف علیه نمی تواند در خصوص سهم مال موقوفه که برای او رسیده است، به نفع دیگری اقرار نماید.

به عبارت دیگر: در صورتی که برای موقوف علیه یک مال وقف شد، موقوف علیه نمی تواند در خصوص مالکیت آن نسبت به شخص دیگر اقرار نماید. اقرار در لغت به معنی اعتراف نمودن، اذعان کردن حقی برای صاحب آن و اثبات کردن چیزی، قرار دادن چیزی و پذیرفتن است.^{۲۲۰} ماده ۱۵۷۲ مجله الاحکام در تعریف اقرار می گوید: «اقرار عبارت از اخبار انسان است از حقی که شخص دیگر بر او دارد. اخبار کننده را «مقر»، شخصی را که اقرار به نفع او صورت گرفته است «مقرله» و شی ای را که به آن اخبار

۲۱۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۲. ۶۳۰.

۲۱۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۲۲۸.

۲۲۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۰۸.

به عمل آمده است «مقریه» می گویند.». به حیث مثال، اگر احمد برای محمود و جمشید ده جریب زمین را وقف نماید و سهم هر یک از جمشید و محمود پنج جریب زمین شود، جمشید نمی تواند سهم خود را از طریق اقرار به محمود بدهد و محمود هم نمی تواند سهم خود را از طریق اقرار به جمشید بدهد. به حیث مثال، جمشید بگوید: سهم من از آن محمود باشد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که موقوف علیه نمی آنچه را که به او وقف شده است، از ملکیت آن اعراض نماید و یا ملکیت آن را از طریق اقرار به شخص دیگر منتقل نماید. نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، اعراض ایقاع است و از طریق آن می توان از ملکیت مال منقول صرف نظر نمود که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به نظر می رسد یگانه توجیه عدم انتقال ملکیت مال موقوفه از طریق اقرار به دیگران توجه واقف به شخصیت موقوف علیه است. زیرا، وقف عملی است که معمولاً واقف آن را با توجه به شخصیت موقوف علیه انجام می دهد.

۶) براساس ماده ۳۷۵ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه وقف بر طبقات مرتب گردیده باشد. اصل فرع غیر خود را محجوب نمی سازد. در صورت وفات اصل، استحقاق وی به فرع وی انتقال می نماید؛ و (۲) تقسیم حاصلات وقف به اثر از بین رفتن یک طبقه تغییر نمی نماید. در این صورت سهام از یک فرع به فرع دیگر مطابق به احکام مندرج فقره اول این ماده انتقال می نماید، مگر در صورتی که عدم تغییر در آن موجب حرمان یکی از مستحقین وقف گردد.». نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد از نص این ماده می توان دو حکم استنباط نمود:

۱- طبقات جمع طبقه است که در لغت به معنی دسته، صنف، درجه و مرتبه است.^{۲۲۱} عبارت طبقات در نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که هرگاه وقف بر یک طبقه از افراد صورت بگیرد، است. به حیث مثال، اگر احمد سه پسر به نام های محمود، جمشید و جمیل داشته باشد. محمود، جمشید و جمیل یک طبقه محسوب می شوند. اصل به سلف مستقیم شخص گویند که از درجه نخست (پدری و مادری) است و از درجات بعدی (نیاکان پدری) و یا مادری (اجداد مادری) است.^{۲۲۲}

فرع که جمع آن فروع است در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند^{۲۲۳} طبق نص این ماده هرگاه وقف برای یک طبقه صورت بگیرد، هر اصل فرع غیر خود را محجوب نمی نماید. به حیث مثال، اگر جمشید یک پسر به نام داود و جمیل یک پسر به نام اشرف داشته باشد، جمشید اشرف را محجوب نمی کند هرچند هر دو مربوط به یک طبقه اند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اگر احمد یک پسر به نام محمود و پسر دیگر به نام جمشید داشته باشد و محمود یک پسر به نام رشید داشته باشد، جمشید نمی تواند موجب حجب رشید شود. اما، جمشید می

۲۲۱. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۴۲.

۲۲۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات

محراب فکر، صص ۳۱۳ و ۳۱۴.

۲۲۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶.

تواند موجب حجب پسر خود گردد. به عبارت دیگر: پدر می تواند پسر خود را حجب نماید. اما، نمی تواند برادرزاده ای خود را حجب نماید.

۲- در صورت وفات اصل سهم و استحقاق او به فرع منتقل می شود. منظور از اصل در نص این ماده پدر و منظور از فرع فرزند است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود وقف نماید و محمود وفات نماید و پسری به نام جمشید داشته باشد، سهم محمود به جمشید منتقل می شود. در این مثال، محمود اصل و جمشید فرع است.

۳- در صورتی که افراد یک طبقه از بین بروند، حاصلات وقف به طبقه بعدی منتقل می شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود میوه های باغ را وقف نماید، در صورت وفات محمود میوه به جمشید پسر محمود و در صورت وفات جمشید میوه های باغ به ذبیح پسر جمشید منتقل می شود. بخش اخیر ماده ۳۷۵ فقره دوم ق. م که تصریح می نماید «مگر در صورتی که عدم تغییر در آن موجب حرمان یکی از مستحقین وقف گردد» مبهم است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان قواعد حجب در وقف با تأثیر پذیری از قواعد میراث است.

۷) وفق ماده ۳۷۶ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه وقف بر طبقات مرتب گردیده و در یکی از طبقات مستحق موجود نباشد. استحقاق وقف مطابق به احکام این قانون به طبقه بعدی انتقال می نماید؛ و (۲) اگر در طبقه اولی بعداً مستحق موجود شود استحقاق شان مجدداً اعاده می گردد.» نص این ماده مبهم است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده واضح نساخته است که فرد غیرمستحق در یک طبقه کیست. طبق نص این ماده هرگاه وقف بر طبقات، مثلاً: برای فرزندان، نواسه ها، نواسه های فرزندان صورت پذیرفته باشد و در اشخاصی که در یکی از این طبقات قرار دارند، فاقد شرایط باشند، استحقاق وقف به طبقه بعدی منتقل و در صورت واجد شرایط شدن این استحقاق دوباره عودت می نماید. به حیث مثال، اگر وقف به فرزندان صورت گیرد و در طبقه فرزندان فرد مستحق وقف موجود نباشد، مال موقوفه به طبقه بعدی منتقل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده انتقال استحقاق وقف از یک طبقه به طبقه دیگر است.

۸) وفق ماده ۳۷۴ ق. م: «منزلی که به مقصد سکونت وقف گردیده انتفاع از آن بغیر از سکونت یا منزلی که برای انتفاع غیر از سکونت وقف گردیده، سکونت در آن مجاز می باشد مشروط بر اینکه محکمه به خلاف آن قرار صادر نکرده باشد.» طبق نص این ماده منزلی که برای سکونت وقف شده باشد، موقوف علیه و یا موقوف علیهم نمی توانند از آن به اهداف دیگر مثلاً تجارت و امثال اینها استفاده نمایند. اما، منزلی که برای انتفاع گرفتن از طریق غیر سکونت وقف شده باشد، موقوف علیه و یا موقوف علیهم می توانند از آن برای سکونت استفاده نمایند.

در صورت دوم شرط است که محکمه ذیصلاح قراری مبنی بر منع استفاده از سکونت صادر نکرده باشد. لذا، در صورت صدور چنین قراری، موقوف علیه و یا موقوف علیهم نمی توانند از منزلی که برای غیر سکونت وقف شده است به منظور سکونت انتفاع بگیرند. قرار در لغت به معنی تصمیم قضایی است که به

طور مؤقت و بی آنکه دعوی را ماهیتاً فیصله دهد، به نفع یکی از طرفین صادر می شود.^{۲۲۴} ماده ۴ جزء ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف قرار می گوید: «قرار تصمیم قضائی است که قضیه از لحاظ شکل در محکمه مورد رسیدگی قرار داده می شود.» به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده احترام گذاشتن و رعایت شروط واقف است.

۹) براساس ماده ۴۰۱ ق. م: «هرگاه وقف در تمام اسهام غیر ثابته خاتمه یابد، ملکیت مال موقوفه در صورت حیات وقف کننده به خود وی و در غیر آن به اشخاصی که حین وفات وقف کننده از جمله ورثه شناخته شده باشند انتقال می یابد. در صورتی که وارثی موجود نباشد ملکیت مال موقوفه به دولت تعلق می گیرد.» عبارت «اسهام غیر ثابته» در این ماده مبهم است. سهم در لغت به معنی حصه، نصیب، قسمت و بخش است که جمع آن سهام است. در اصطلاح حقوق مدنی، در مفهوم محدود به حصه هر موقوف علیه از مال موقوفه سهم می گویند. در صورتی که وقف در چنین اسهامی صورت گرفته باشد، سه حالت قابل تصور است: اول هرگاه وقف در اسهام غیر ثابته خاتمه پیدا کند و واقف حیات باشد، ملکیت مال موقوفه به خود واقف بر می گردد. دوم در صورت وفات واقف ملکیت مال موقوفه به ورثه واقف بر می گردد و سوم در صورتی که واقف ورثه نداشته باشد، ملکیت مال موقوفه به دولت تعلق می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را به محمود و حمید برای مدت ده سال وقف نماید، در صورت ختم ده سال زمین به احمد بر می گردد. در صورتی که احمد وفات نموده باشد، صد جریب زمین به ورثه احمد بر می گردد. در صورتی که احمد ورثه نداشته باشد، زمین متعلق به دولت می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان قواعد انتهایی وقف در اسهام ثابت است.

۱۳) تقسیم وقف

طبق ق. م واقف باید در اساسنامه وقف سهم هر یک از موقوف علیهم را معین نماید. در صورت عدم تعیین، در وقف خاص موقوف علیهم و در وقف عام ناظر وقف عامه می تواند، افزای سهم را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. در صورت مطالبه محکمه ذیصلاح در صورتی می تواند موقوفه را تقسیم نماید که مال موقوفه قابل تقسیم باشد. بنابراین، در صورت عدم قابل قسمت بودن مال موقوفه، مانند موتر و نظیر آن محکمه ذیصلاح می تواند موقوفه را به فروش رسانیده و پول آن را میان موقوف علیهم تقسیم نماید که هر یک ذیلاً مورد بحث قرار می گیرد:

۱) **مطالبه تفریز و تقسیم توسط موقوف علیهم در وقف خاص:** طبق ماده ۲۷۷ فقرة اول ق. م: «(۱) وقف کننده باید در سند وقف سهم مستحقین را مفروز و معین نماید. اگر سهم مطابق به شروط وقف کننده به عده ای از مستحقین متعلق گردد، آنها می توانند تفریز اسهام شان را مطالبه نمایند.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که واقف مکلف است سهم هر یک از مستحقین را در اساسنامه وقف معین و مفروز نماید. مفروز از ریشه فرز گرفته شده است که در لغت به معنی جدا شده و تقسیم شده است. در اصطلاح حقوقی مفروز مالی است که میان شرکاء تقسیم شده است.^{۲۲۵} اما، در صورتی که

۲۲۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۵۱۷.

۲۲۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۷۷.

واقف سهم هر یک از مستحقین را معین ننموده باشد، هر یک از مستحقین در وقف خاص می توانند تفریز اسهام شان را از محکمه ذیصلاح مطالبه نمایند. به حیث مثال، اگر موقوفه بیست جریب زمین باشد و به احمد و محمود وقف شده باشد، واقف باید در اساسنامه وقف ده جریب را به احمد و ده جریب را به محمود تقسیم و تفریز نماید. در صورتی که واقف در اساسنامه وقف سهم هر یک از موقوف علیهم را جدا و تقسیم ننموده باشد، هر یک از موقوف علیهم می تواند تفریز سهم خویش از مال موقوفه را از محکمه مطابق قواعد تقسیم که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد مطالبه نمایند. تفریز از ریشه «فرز» گرفته شده است که در لغت به معنی تقسیم کردن است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان و شناسایی صلاحیت موقوف علیهم جهت مطالبه تقسیم مال موقوفه است.

۲) وفق ماده ۳۷۹ ق. م: «تقسیم وقف به اثر در خواستی که به محکمه تقدیم می شود صورت می گیرد. تقسیم انجام شده قابل فسخ نمی باشد.» عبارت «تقسیم وقف» در این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این بوده است که تقسیم حاصلات وقف یا تقسیم سهام در مال موقوفه یا تقسیم مال موقوفه. در هر حال، تقسیم حاصلات وقف از صلاحیت محکمه ذیصلاح است. بدیهی است که برای این که محکمه حاصلات وقف را میان موقوف علیه تقسیم نماید، باید موقوف علیهم درخواستی خویش را مبنی بر تفریز حاصلات وقف به محکمه ذیصلاح ارایه نمایند. در صورت تقسیم حاصلات وقف، موقوف علیهم نمی توانند تقسیم را فسخ نمایند. زیرا، این تقسیم توسط محکمه با رعایت شرایط تقسیم که تفصیل قواعد تقسیم در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد، صورت می گیرد و به همین دلیل فسخ آن جواز ندارد. به حث مثال، اگر احمد سی جریب زمین خویش را به محمود و حمید وقف نماید و محمود و حمید بخواهند زمین را تقسیم نمایند، باید درخواست خویش را مبنی بر تقسیم زمین به محکمه ای که زمین در حوزه قضایی آن موقعیت دارد تسلیم نمایند. در صورت تقسیم، این تقسیم قابل فسخ توسط طرفین نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی بیان تکلیف مستحقین وقف است.

۳) براساس ماده ۳۷۸ ق. م: «ناظر وقف عامه می تواند تقسیم وقف و تفریز سهم مربوط به وقف عامه را مطالبه نماید.» نص این ماده مبهم است. ناظر اسم فاعل از ریشه «نظر» گرفته شده است که در لغت به معنی نگرستن، مراقب بودن، حراست و ناظر بودن است. در اصطلاح حقوق مدنی، در مفهوم وسیع ناظر عبارت شخصی است که مراقبت از درستی انجام یک کار را بر عهده او گذاشته اند.^{۲۲۶} در مفهوم محدود ناظر وقف عام شخصی است که توسط ریاست اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف برای مراقبت از مال موقوفه در وقف عام معین می شود. برخی مثال های وقف عام، وقف بر مسجد، شفاخانه و سایر تأسیسات عامه است.

تفریز از ریشه فرز گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن چیزی، تقسیم کردن مال مشاع، جدا کردن سهم هر کس است و در اصطلاح حقوقی مطالبه تقسیم مال مشاع به نسبت سهم هر یک از شرکاء

تفریز گویند.^{۲۲۷} مطالبه تفریز مال موقوفه و تعیین سهم دولت در مال موقوفه از وظیفه ناظر وقف عام است. به حیث مثال، اگر احمد سه جریب زمین را به صورت مشترک به محمود (شخص حقیقی حقوق خصوصی) و دولت (شخص حکمی عامه) وقف نماید و سهم هر یک را معین ننماید، ناظر وقف عام، می تواند از محکمه ذیصلاح تقسیم مال موقوفه و تعیین سهم دولت را مطابق قواعد تقسیم که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد، مطالبه نماید. هدف قانونگذار در نص این ماده این است تا زمینه تقسیم مال موقوفه فراهم شود و هر یک از موقوف علیهم بتواند به صورت مستقل در مال موقوفه تصرف نماید.

۴) براساس ماده ۲۷۷ فقره دوم ق. م: «(۲) اگر مال موقوفه قابل تقسیم نبوده و یا در تقسیم آن ضرر کلی متصور باشد، مطالبه فروش و تقسیم قیمت آن به تناسب سهم هر یک از مستحقین صورت گرفته می تواند.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که چه در وقف عام و چه در وقف خاص موقوف علیهم و ناظر وقف عام می توانند تقسیم مال موقوفه را از محکمه ذیصلاح مطالبه نمایند. در صورتی که مال قابل تقسیم باشد، محکمه باید مال را تقسیم و سهم هر یک از موقوف علیهم را به آنها تسلیم نماید. اما، در صورتی که مال قابل تقسیم نباشد، و یا در صورت تقسیم ضرر کلی به آن وارد گردد، محکمه ذیصلاح می تواند مال غیر قابل تقسیم را به فروش رسانیده و پول آن را میان هر یک از موقوف علیهم به تناسب سهم شان تقسیم نماید. مال قابل تقسیم مالی است که صاحب آن در صورت تقسیم متضرر نگردد، بلکه بعد از تقسیم از حصه تقسیم شده خویش بتواند انتفاع بگیرد. اما، در صورتی که در اثر تقسیم صاحب مال متضرر شود، چنین مالی را مال غیر قابل تقسیم می نامند.

به عنوان مثال، گندم، جواری، زیتون و روغن و نظیر اینها قابل تقسیم است. اما، یک عراده موتر، یک پایه چوکی، یک پایه میز و نظیر اینها قابل تقسیم نیست. زیرا، در صورت تقسیم منفعت آن از بین می رود. همچنین، جامه دوخته شده، غیر قابل تقسیم است. ولی، تکه کلان دوخته نشده قابل تقسیم است. به حیث مثال، اگر احمد یک حویلی خویش را که مساحت آن سه بسوه باشد، در یکی از ساحات پلانی شهری به محمود، جمشید و دولت وقف نماید، چنین مالی قابل تقسیم به نظر نمی رسد. زیرا، در صورت تقسیم برای هر یک از موقوف علیهم یک بسوه زمین می رسد. در این صورت، از یکطرف قیمت زمین کاهش پیدا می کند و از طرف دیگر، هر یک از موقوف علیهم نمی تواند از آن به صورت دلخواه انتفاع بگیرد. در این صورت، موقوف علیهم می توانند آن را به فروش برسانند و پول آن را میان خویش تقسیم نمایند. در صورت عدم توافق، می توانند تقسیم و فروش آن را از محکمه ذیصلاح مطالبه نمایند. همچنین، است هرگاه احمد یک آپارتمان پنج اطاقه ای خویش را به محمود، جمشید و جمیل وقف نماید.

۱۴) ناظر وقف

براساس ق. م واقف می تواند در اساسنامه وقف شخصی را به عنوان ناظر غرض اداره، به دوران انداخت و توزیع عوائد وقف برای موقوف علیه تعیین نماید. همچنین، محکمه ذیصلاح نیز می تواند در

صورت تحقیق اسباب عزل ناظر، ناظر را عزل و ناظر مؤقت تعیین نماید و نیز می تواند در صورتی که هر یک از موقوف علیهم واجد شرایط نظارت باشند، آنها را در سهم شان ناظر تعیین نماید. باوجوداین، هر شخص ناظر تعیین شده نمی تواند مگر اینکه واجد اهلیت نظارت باشد. ناظر امین واقف و وکیل موقوف علیه و یا موقوف علیهم تلقی می گردد. بنابراین، ناظر در صورتی که وظیفه مربوط به نظارت را به صورت صحیح انجام ندهد در برابر واقف مسؤول است:

اول) انواع ناظر

طبق ق. م ناظر به دو دسته تقسیم می شود:

۱) **ناظر واقف:** مطابق ماده ۳۸۰ ق. م: «وقف کننده در سند وقف، شخصی را برای نظارت در امور اداره، به دوران انداختن مال موقوفه و توزیع حاصلات آن بر مستحقین به تناسب اسهام ایشان که در سند وقف تصریح شده باشد، تعیین نموده، حدود وظایف و صلاحیت وی را با شخصی که بعداً نظارت می کند تعیین می نماید». نص این ماده مبهم به نظر می رسد. طبق نص این ماده، واقف می تواند در اساسنامه وقف، شخصی را به عنوان ناظر تعیین نماید. قانونگذار مدنی در این ماده وظیفه ناظر را نیز تعیین نموده است که عبارت است از اداره مال موقوفه، به دوران انداختن مال موقوفه و توزیع حاصلات مال موقوفه میان مستحقین. بخش اخیر این ماده که تصریح می نماید «حدود وظایف و صلاحیت وی را با شخصی که بعداً نظارت می کند تعیین می نماید» مبهم است.

به حیث مثال، اگر مال موقوفه سرای (مارکیت) باشد، واقف می تواند شخصی را به عنوان ناظر تعیین نماید. ناظر طبق نص این ماده مکلف است مارکیت را اداره نماید. اداره در لغت به معنی دور دادن، گرداندن، چرخاندن، به گردش در آوردن، روبراه کردن، گرداندن کار و کارگردانی کردن است.^{۲۲۸} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی اداره عبارت از گرداندن، به گردش در آوردن و مدیریت کردن مال موقوفه است. به دور انداختن هم از مصادیق اداره در معنی لغوی آن است. اما، در عمل منظور از به دوران انداختن زمینه استفاده از مال موقوفه را فراهم نمودن است. به حیث مثال، اگر مال موقوفه مارکیت تجارته باشد، ناظر می تواند دوکان ها را به کرایه دهد و پول آن را جمع آوری نماید. کرایه دادن دوکان و عدم راکد و منجمد گذاشتن دوکان ها به دوران انداختن مال موقوفه است.

همچنین، ناظر مکلف است حاصلات وقف را میان موقوف علیهم تقسیم نمایند. به حیث مثال، اگر مال موقوفه زمین باشد و به تعدادی از اشخاص وقف شده باشد، ناظر می تواند آن را به مزارعه بدهد و حاصلات آن را میان موقوف علیهم تقسیم نمایند. همچنین، اگر مال موقوفه مارکیت باشد، ناظر می تواند عواید ناشی از کرایه دوکان ها را میان موقوف علیهم تقسیم نماید. هدف قانونگذار در نص این ماده فراهم کردن زمینه های مدیریت و اداره مال موقوفه و به کار افتادن و استعمال مال موقوفه و توزیع حاصلات و عواید مال موقوفه میان موقوف علیهم است.

۲) **ناظر محکمه:** مطابق ماده ۳۸۲ ق. م: «هرگاه محکمه مال موقوفه را تقسیم و یا سهم مستحقین در آن قبلاً تعیین گردیده باشد، از طرف محکمه هر یک از مستحقین در صورتی که واجد اهلیت قانونی باشد به حیث ناظر سهم مربوط به خود تعیین می گردد.» طبق نص این ماده محکمه ذیصلاح می تواند در دو صورت مستحقین وقف (موقوف علیهم) را به حیث ناظر مال موقوف تعیین نماید. اول در صورتی که محکمه در اثر مطالبه موقوف علیه یا موقوف علیهم به گونه ای که بحث آن در بالا گذشت، مال موقوفه را تقسیم و سهم هر یک از موقوف علیهم را به او اعطا نماید. دوم در صورتی که سهم موقوف علیهم در اساسنامه وقف توسط واقف معین شده باشد. در هر دو صورت شرط است که موقوف علیه واجد اهلیت باشد. اهلیت از اهل گرفته شده که در لغت به معنی صلاحیت، شایستگی و توانایی است^{۲۲۹} در اصطلاح حقوقی اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف دارد.^{۲۳۰} داشتن اهلیت موقوف علیهم مستلزم این است که موقوف علیه عاقل، بالغ، غیر محجور علیه باشد و سن قانونی اهلیت را که ۱۸ سالگی است تکمیل کرده باشد.

به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین را برای محمود و جمشید وقف نماید و سهم هر یک را معین نموده باشد، قاضی می تواند احمد و محمود را به عنوان ناظر مال موقوفه مفروضه معین نماید. در این صورت، محمود و جمشید هم موقوف علیهم اند و هم ناظر. در محمود و جمشید شرط است که عاقل باشند، سن ۱۸ سالگی را تکمیل کرده باشند و به دلیل سفه، غفلت و عته محجور علیه نباشند. در صورتی که احمد صد جریب زمین را برای محمود و جمشید وقف نماید و سهم هر یک را معین ننماید، قاضی می تواند در اثر مطالبه محمود و جمشید سهم آنها را معین و محمود و جمشید را به عنوان ناظر معین نماید در عین حال که جمشید و محمود موقوف علیهم نیز اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مال موقوفه و حق موقوف علیهم است. زیرا، در صورتی که موقوف علیهم ناظر مال موقوفه باشد، به دلیل دخیل بودن حق او، بهتر از امور مربوط به مال موقوفه نظارت می نماید.

۳) طبق ماده ۳۸۴ ق. م: «محکمه نمی تواند برای اداره مال موقوفه بیش از یک ناظر تعیین نماید مگر اینکه در تعدد شان مصلحت متصور باشد. در این صورت محکمه صلاحیت هر یک از ناظرین را تعیین نموده و می تواند به هر یک شان قسمتی از وقف را تخصیص بدهد. هر ناظر در اداره ساحه معینه خود مستقل می باشد.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که محکمه نمی تواند برای اداره مال موقوفه بیش از یک ناظر تعیین نماید.

این اصل است. استثنای این اصل این است که در تعدد ناظرین مصلحتی نهفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد مارکیت تجارتي بسیار بزرگ را وقف نماید و یک ناظر نتواند از عهده نظارت مارکیت مؤفق بدر آید، محکمه می تواند برای نظارت بر مال موقوفه بیشتر از یک ناظر را تعیین نماید. زیرا، در صورتی که

۲۲۹. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۶۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۹۲؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۰.
۲۳۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱.

ناظرین چند تن باشند، می توانند به صورت بهتر مال موقوفه را نظارت نمایند. در این صورت، محکمه باید حدود صلاحیت هر یک از ناظرین را معین نماید تا هر ناظر بتواند مستقلاً آن قسمت مال موقوفه را که نسبت به آن ناظر تعیین شده است اداره نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مال موقوفه و تنظیم امور آن به صورت بهتر است.

۴) ناظر وقف عام: طبق ماده ۳۸۳ ق. م: «نظارت وقف عام از وظیفه اداره اوقاف می باشد. این اداره امور مربوط به اموال موقوفه را مطابق اساسنامه خود تنظیم و اداره می نماید.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که نظارت وقف عام بر عهده اداره اوقاف است. تعریف وقف عام در بالا گذشت. منظور از اداره اوقاف، ریاست اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف است. طبق لایحه وظایف این ریاست که در وبسایت این وزارت نشر شده است، این ریاست دارای وظایف ذیل است:

- ۱- حراست و نظارت از منابع اوقافی و اماکن مربوط؛
- ۲- ثبت و راجستر جایداد های وقفی؛
- ۳- کنترل و بررسی ساحات وقفی؛
- ۴- از بین بردن قبایح و منکرات از اطراف زیارات؛
- ۵- پاکی و صفائی زیارات؛
- ۶- ترمیم، رنگمالی و باز سازی زیارات؛
- ۷- کشف و به دست آوری جایداد های وقفی جدید؛
- ۸- جد و جهد جهت به دست آوردن ساحات وقفی غصب شده؛
- ۹- حل منازعات دوسیه های وقفی از طریق ریاست محترم قضایای دولت؛
- ۱۰- احداث و اعمار دکاکین، مارکیت ها، سرای ها در ساحات وقفی و بلند بردن سطح عواید اوقافی؛
- ۱۱- سعی و تلاش به منظور جمع آوری عشر و زکات؛ و
- ۱۲- توزیع عشر و زکات به مستحقین آن.

دوم) شرایط ناظر

مطابق ماده ۳۸۵ ق. م: «هرگاه از مستحقین اهلیت نظارت وقف را داشته باشد، شخصی دیگری به حیث ناظر وقف تعیین شده نمی تواند. در صورتی که در بین مستحقین شخص واجد اهلیت نظارت موجود گردد، محکمه ختم ولایت ناظر دیگر را که قبلاً تعیین گردیده اعلام می دارد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که در میان مستحقین وقف شخصی وجود داشته باشد که اهلیت نظارت وقف را داشته باشد، شخص دیگری به حیث ناظر وقف تعیین شده نمی تواند. به نظر می رسد این حکم در مورد ناظر واقف و محکمه هم قابل تطبیق است. علاوه براین، در صورتی که شخص دارای اهلیت نظارت بر وقف در میان مستحقین وقف موجود گردد و واقف و یا محکمه قبلاً شخص دیگری را منحیث ناظر وقف تعیین کرده باشند، مکلف اند ناظر قبلی را معزول و شخص مستحق را ناظر وقف تعیین نمایند.

به حیث مثال، اگر احمد به محمود و جمشید ده جریب زمین را وقف نماید و محمود و جمشید واجد شرایط نظارت باشند، قاضی می تواند آنها را به عنوان ناظر تعیین نماید. در صورت فقدان شرایط، قاضی می تواند اشخاص دیگر را به عنوان ناظر تعیین نماید. اما، در صورتی که موقوف علیه واجد شرایط نظارت گردد، قاضی مکلف است ناظر را عزل نماید. دلیل این حکم، قاعده حقوقی - فقهی «هر حکمی از حیث وجود و عدم وجود بر محور علت و سبب خویش می چرخد و زمانی که علت از بین رفت حکم نیز از بین می رود.»^{۲۳۱} با توجه به این قاعده، اگر موقوف علیه فاقد شرایط باشد اهلیت نظارت را از دست می دهد. اما، اگر شرایط نظارت را احراز نماید، اهلیت نظارت را به دست می آورد. نظارت بر محور شرایط می چرخد. ق. م در خصوص شرایط ناظر مسکوت است که محل ایراد به نظر می رسد. بر اساس فقه ناظر وقف باید دارای شرائط آتی باشد:

۱) **تکلیف:** به اتفاق نظر فقهاء شرط است که ناظر وقف عاقل و بالغ باشد. پس، تولیت و نظارت صبی و مجنون صحیح نیست.

۲) **عدالت:** به نظر جمهور فقهاء شرط است که ناظر عادل باشد، زیرا نظارت مانند قیمومیت و وصایت نوع ولایت است. اما، فقهای حنابله عدالت را شرط نمی دانند؛ و

۳) **کفایت:** کفایت عبارت از قدرت شخص در تصرف آنچه که بر آن ناظر تعیین گردیده است می باشد که به نوبه خود مستلزم موجودیت تکلیف یعنی عقل و بلوغ می باشد. بنابراین، ناظر باید قدرت و توان تصرف بر موقوفه را داشته و واجد اهلیت باشد.^{۲۳۲}

سوم) تکالیف ناظر

طبق ق. م ناظر دارای تکالیف ذیل است:

۱) طبق ماده ۳۸۱ ق. م: «ناظر نمی تواند بدون اجازه محکمه به حساب وقف، مطالبه قرض نماید. قبول تعهدات عادی به منظور اداره وقف و به دوران انداختن آن از این حکم مستثنی می باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء قابل استنباط است. اصل این است که ناظر وقف نمی تواند بدون اخذ اجازه محکمه ذیصلاح به حساب وقف قرض بگیرد. دلیل این قاعده این است که اول این که وقف، چنانچه تفصیل آن گذشت، شخص حکمی است. یکی از خصوصیات شخصیت های حکمی داشتن حقوق و تعهدات مالی است.

خصوصیت دیگر این است که اراده شخصیت های حکمی توسط شخص حقیقی تمثیل می شود. بنابراین، اگر ناظر به حساب وقف قرض بگیرد، قرض بر ذمه وقف که شخص حکمی است ثابت می گردد و باید آن را بپردازد. ناظر در این حالت، شخص حقیقی است و قرض بر عهده او ثابت نمی گردد زیرا اراده وقف را تمثیل می نماید. به حیث مثال، اگر وقف شرکت باشد، ناظر نمی تواند به حساب شرکت قرض بگیرد مگر این که ناظر اجازه محکمه ذیصلاح را اخذ نماید. در صورت اخذ اجازه از محکمه، ناظر می

۲۳۱. خلیل قبله ای خوئی (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و

فرهنگ اسلامی، صص 17 و 18.

۲۳۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۶۸۶.

تواند به حساب وقف قرض بگیرد. بند دوم این ماده مبهم، پیچیده و بسیار کلی است و ارایه مثال های دقیق برای آن مشکل به نظر می رسد. تعهدات جمع تعهد است. تعهد اثر عقد است. اثر تکلیف و حق است. قانونگذار مدنی در نص این ماده عبارت تعهدات عادی را استعمال نموده است. مفهوم مخالف این ماده این است که برخی تعهدات وجود دارد که فوق العاده است. بنابراین، تعهداتی که فوق العاده باشد ناظر نمی تواند آنها را قبول نماید. به نظر می رسد مثال های تعهدات عادی قرار ذیل اند:

۱- اگر مال موقوفه مارکیت تجارتي باشد، به منظور اداره و به دوران انداختن آن که تفصیل هر یک قبلاً گذشت ناظر می تواند تعهدات عادی را به نمایندگی از وقف به عهده بگیرد. به حیث مثال، دوکان های مارکیت تجارتي را به کرایه بدهد و در این خصوص اجازه محکمه ذیصلاح را اخذ ننماید. زیرا، به نظر می رسد کرایه دادن دوکان در مارکیت تجارتي از جمله تعهدات عادی تلقی می گردد.

۲- اگر مال موقوفه زمین زراعتی یا باغ باشد و ناظر بخواهد آن را به مزارعه یا مساقات به دهقان یا باغبان بدهد، می تواند بدون اخذ اجازه از محکمه ذیصلاح عقد مزارعه و مساقات را در خصوص مال موقوفه با دهقان و باغبان منعقد نماید. زیرا، انعقاد این عقد از مصادیق و مثال هایی اداره و به دوران انداختن مال موقوفه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی ناظر وقف به نفع شخصی او است.

۲) طبق ماده ۳۸۷ ق. م: «ناظر مکلف است تمام مصارف را مطابق به طرزالعملی که محکمه تعیین نموده به عمل آرد، مگر اینکه عرف جاریه مخالف آن باشد.» نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور از طرزالعمل طریقه و روشی است که توسط محکمه ذیصلاح برای انجام مصارف تعیین می شود نه طرزالعمل در مفهوم سند تقنینی.

همچنین، عبارت «مصارف» مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از «مصارف» مصارفی است که واقف برای اداره مال موقوفه به مصرف می رساند. در نتیجه، این مصارف را واقف باید مطابق روشی که محکمه ذیصلاح تعیین می نماید انجام دهد. البته، در این زمینه استثنا هم وجود دارد که عرف است. بنابراین، در مواردی که عرف ایجاب نماید واقف می تواند مصارف مال موقوفه را به خلاف روش و طریقی که محکمه ذیصلاح تعیین نموده است انجام دهد. ارایه مثال برای اجرای مصارف مطابق عرف مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار در این ماده جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی ناظر است.

۳) طبق ماده ۳۹۴ ق. م: «ناظر به استیذان محکمه می تواند همه ساله دو فیصد حاصلات وقف را به منظور مصارف ترمیم و تعمیر مال موقوفه به حساب امانت تحویل نموده و یا آن را مطابق به تجاویزی که از طرف محکمه اتخاذ می گردد، به مصرف رسانیده و به دوران اندازد.» استیذان در لغت به معنی اذن خواستن و اجازه خواستن است.^{۲۳۳} در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد استیذان عبارت از خواست موافقت با کاری است از شخصی که صلاحیت دادن اذن را دارد. طبق نص این ماده ناظر می تواند بعد از

گرفتن اذن از محکمه ذیصلاح دو فیصد عاید حاصلات مال موقوفه را برای انجام ترمیم و تعمیر مال موقوفه به امانت سپارد.

عبارت «به حساب امانت تحویل نموده» مبهم است زیرا در این ماده روشن نگردیده است که دو فیصد عایدات را در کجا به امانت بگذارد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی سپردن دو فیصد عاید حاصلات مال موقوفه در بانک است. به حیث مثال، اگر مال موقوفه مارکیت تجارتي باشد، ناظر می تواند دو فیصد عواید را تحویل بانک نماید. در این مثال، دو فیصد عواید، دو فیصد کرایه مجموعه یک سال مارکیت تجارتي است.

با این عایدات ناظر می تواند مارکیت را ترمیم نماید. هدی قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مال موقوفه و عدم از بین رفتن آن است. زیرا، در صورتی که مال موقوفه مارکیت، مکتب، شفاخانه و نظیر اینها باشد، بقا و تداوم آن مستلزم ترمیم و ترمیم آن مستلزم مصارف است. بقیه عایدات وقف اگر وقف شخصی حکمی خصوصی باشد به حساب وقف تحویل بانک می گردد. اما، اگر وقف برای افراد صورت گرفته باشد، به موقوف علیه تعلق می گیرد.

بند دوم این ماده که می گوید «یا آن را مطابق به تجاوزی که از طرف محکمه اتخاذ می گردد، به مصرف رسانیده و به دوران اندازد» مبهم است. طبق نص این ماده ناظر می تواند دو فیصد حاصلات مال موقوفه را به مصرف برساند. قانونگذار مدنی در نص این ماده موارد و مصادیق مصرف را معین ننموده است. تطبیق نص این ماده هم محکمه و هم ناظر را به نظر می رسد که با مشکل مواجه می نماید. همچنین، طبق نص این ماده ناظر می تواند به اجازه محکمه دو فیصد عاید مال موقوفه را به دوران بی اندازد. مثال و مصداق به دوران انداختن تجارت نمودن با آن، مضاربت نمودن با آن و نظیر اینها است.

۴) طبق ماده ۳۹۵ ق. م: «هرگاه ناظر و یا مستحقین تحویل دو فیصد حاصلات وقف را که مطابق به حکم ماده (۳۹۴) این قانون صورت گرفته باشد، مفید ندانند، می توانند تعدیل یا الغای آن را از محکمه مطالبه نمایند». نص این ماده مستلزم دانستن ماده ۳۹۴ ق. م است. در صورت مبهم بودن ماده ۳۹۴ نص این ماده هم مبهم است. در هر حال، در صورتی که ناظر وقف یا موقوف علیه یا موقوف علیهم تشخیص دهند که تحویل دو فیصد عاید مال موقوفه مفید نیست، می توانند تعدیل و الغای آن را از محکمه مطالبه نمایند. عاید در لغت به معنی بازگشت کننده، آنچه به کسی باز می گردد، حاصل کردن، سود بردن، درآمد داشتن، فایده دادن و سود و فایده است^{۲۳۴} که جمع آن عایدات و عواید می باشد. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عاید عبارت از درآمد و فایده است که در نتیجه کار انسان آن را به دست می آورد. تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.^{۲۳۵}

(آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 234.

۲۳۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۳.

همچنین، تعدیل به معنی راست کردن، معتدل کردن، تقسیم کردن از روی عدالت، دو چیز را با هم برابر کردن و هم وزن کردن است.^{۲۳۶} به نظر می‌رسد تعدیل در نص ماده ۳۹۵ ق. م مترادف تغییر است. الغا از ریشه «لغو» گرفته شده است که در لغت به معنی باطل کردن و لغو کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به از اثر انداختن تصرف الغا می‌گویند.^{۲۳۷} به حیث مثال، اگر بعد از تحویل دو فیصد عایدات وقف در بانک، موقوف علیہ یا ناظر تشخیص دهد که مال موقوفه اصلاً نیاز به ترمیم ندارد یا تشخیص بدهند که به دوران انداختن دو فیصد عاید مال موقوفه اصلاً مفید نیست و در صورت به دوران انداختن دو فیصد عواید مال موقوفه، موقوف علیہ زیان می‌نماید، می‌تواند تغییر یا از بین بردن تحویل دو فیصد عواید را از محکمه مطالبه نمایند. محکمه طبق نص ماده ۳۹۵ ق. م صلاحیت تغییر و الغای آن را دارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت محکمه و مورد حمایت قرار دادن مال موقوفه است.

۵) طبق ماده ۳۹۶ ق. م: «هرگاه برای تعمیر و ترمیم اموال موقوفه به بیشتر از مبلغ مندرج ماده (۳۹۴) این قانون ضرورت باشد، ناظر تزیید مبلغ متذکره را از محکمه مطالبه می‌نماید.» طبق نص این ماده اگر تعمیر و ترمیم مال موقوف به بیشتر از دو فیصد عواید وقف نیاز داشته باشد، ناظر می‌تواند تزیید آن را از محکمه مطالبه نماید. تزیید در لغت به معنی افزون کردن و زیاد کردن است.^{۲۳۸} به حیث مثال، اگر مال موقوفه مارکیت تجارتي باشد و ضرورت به ترمیم داشته باشد و محکمه دو فیصد عواید آن به ترمیم آن تخصیص دهد. اما، دو فیصد برای ترمیم مارکیت تجارتي کافی نباشد، ناظر می‌تواند تقاضای افزون و زیاد کردن آن را از محکمه نماید. محکمه می‌تواند در اثر تقاضای ناظر فیصدی پول را زیاد نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اولاً جلوگیری از سوء استفاده ناظر و ثانیاً حفظ مال موقوفه به نظر می‌رسد.

۶) براساس ماده ۳۹۷ ق. م: «محکمه می‌تواند به منظور تعمیر و ترمیم مال موقوفه، عندالضرورت یک قسمت از مال موقوفه را به فروش برساند.» طبق ماده ۳۹۶ ق. م محکمه صلاحیت تزیید فیصدی عواید وقف به منظور حفظ و ترمیم مال موقوفه را دارد. قانونگذار مدنی نه تنها به این صلاحیت محکمه اکتفا نکرده است بلکه در ماده ۳۹۷ ق. م به محکمه صلاحیت فروش یک قسمت از مال موقوفه را به منظور حفظ و ترمیم مال موقوفه داده است. به حیث مثال، اگر مال موقوفه مارکیت تجارتي باشد و ضرورت به ترمیم داشته باشد، محکمه می‌تواند یکی از دوکان های آن را به فروش رساند و پول فروش آن را صرف مصارف ترمیم و حفظ مال موقوفه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حفظ و ترمیم و عدم از بین رفتن مال موقوفه است.

236. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶).

۲۳۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۶۲.

238. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶).

۷) براساس ماده ۳۸۹ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه دعوی مربوط به حسابات وقف در محکمه دایر و ناظر به ارائه اسناد مکلف گردد. در صورتی که ناظر نتواند حسابات خود را در ميعاد معين طور مستند ارائه نماید يا اوامر محکمه را در مورد تصفيه حساب اطاعت ننماید، محکمه می تواند وی را به جزای نقدی که متجاوز از پنج هزار افغانی نباشد محکوم نماید. در صورت تکرار به جزای نقدی الی ده هزار افغانی محکوم شده می تواند؛ و (۲) حرمان ناظر از تمام یا قسمتی از اجرت نظارت نیز جواز دارد.» حساب در لغت به معنی شمار، اندازه، تعداد و حد است که جمع آن حسابات می باشد.^{۲۳۹} عبارت «حسابات» در نص ماده ۳۸۹ ق. م مبهم به نظر می رسد. زیرا، در نص این ماده روشن نیست که منظور از حساب اندازه عواید وقف، مقدار مال موقوفه یا خود وقف به عنوان شخصیت حکمیت خصوصی مدعی علیه است.

با توجه به معنی لغوی حسابات وقف به نظر می رسد منظور از حسابات وقف این است که دعوی در خصوص مقدار عواید و یا مقدار مال موقوفه است. با پذیرش این برداشت این نتیجه به دست می آید که هرگاه دعوی در خصوص حسابات وقف (مقدار عواید وقف یا مقدار مال موقوفه) در محکمه جریان داشته باشد و محکمه از ناظر در خصوص عواید وقف اسناد مطالبه نماید، ناظر مکلف است اسناد را ارائه نماید. دعوی از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است که جمع آن دعاوی می باشد. در اصطلاح حقوق مدنی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حقی برای شخص دیگر «دعوی» گویند.^{۲۴۰} ماده ۵ ق. ا. م. در تعریف دعوی می گوید: «دعوی خواستن حق توسط یک شخص از شخص دیگر در نزد محکمه است.» به حیث مثال، اگر مال موقوفه مارکیت تجارتي و یا زمین باشد و شخص غیر از موقوف علیه در خصوص مالکیت مال موقوفه یا مالکیت عواید مال موقوفه دعوی نماید، ناظر مکلف به ارائه اسناد به محکمه است. زیرا، ناظر وظیفه نظارت از مال موقوفه و عواید آن را دارد. سند در لغت به چیزی گفته می شود که به آن اعتماد کنند، مدرک مستند و نوشته ای که قابل استناد باشد و نیز نوشته ای که قرض کسی را معین سازد یا مطلبي را ثابت نماید که جمع آن اسناد است.^{۲۴۱} سند به معنی محدود عبارت است از هر نوشته که در مقام اثبات دعوی یا دفاع قابل استناد باشد.^{۲۴۲} در صورتی که ناظر نتواند حسابات خود را در ميعاد معين

239. Ibid, (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶).

۲۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۵۰

۲۴۱. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۵۶؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۵۸۷.

۲۴۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۹۵). اثبات و دلیل اثبات، جلد (۲)، تهران: نشر میزان، صص ۲۷۴ - ۲۸۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۶۵؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات سترو محکمه، ص

طور مستند ارائه نماید یا اوامر محکمه را در مورد تصفیه حساب اطاعت ننماید، قانونگذار سه جزا بالترتیب برای ناظر تعیین نموده است:

- محکمه می تواند ناظر را به جزای نقدی که متجاوز از پنج هزار افغانی نباشد محکوم نماید. ماده ۱۳۹ کد جزا در تعریف جزای نقدی می گوید: «جزای نقدی عبارت است از مکلف ساختن محکوم علیه به پرداخت مبلغ محکوم بها به خزانه دولت.»

- در صورت تکرار به جزای نقدی الی ده هزار افغانی محکوم شده می تواند.

- حرمان ناظر از تمام یا قسمتی از اجرت نظارت. حرمان در لغت به معنی بازداشتن، منع کردن، بی بهره کردن، بی روزی کردن، بی بهره ماندن و بی بهره گی و نومیدی است.^{۲۴۳} در اصطلاح حقوقی، حرمان محروم کردن فرد از حقوق است توسط حکم قانون یا محکمه ذیصلاح. عوض و بدلی که در برابر نظارت به ناظر پرداخته می شود، اجرت گویند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مال موقوفه و تبعیت ناظر از اوامر محکمه است.

۸) طبق ماده ۳۹۰ ق. م: «هرگاه ناظر در مورد تأخیر حسابات عذر معقولی ارائه نماید محکمه می تواند به برائت وی یا تخفیف مجازات مندرج ماده (۳۸۹) این قانون حکم نماید.» نص این ماده مرتبط به ماده ۳۸۹ ق. م است. بنابراین، برای فهمیدن نص این ماده، این ماده را باید در کنار ماده ۳۸۹ ق. م قرار دهیم و تفسیر منطقی - ساختاری نماییم.

طبق نص این ماده در صورتی که ناظر در مورد تأخیر حسابات موقوفه عذر معقول ارائه نماید، محکمه می تواند او را برائت دهد یا مجازات او را تخفیف دهد. تأخیر از ریشه «آخر» گرفته شده است که در لغت به معنی پس انداختن و عقب انداختن است.^{۲۴۴} در اصطلاح حقوقی، به عقب انداختن اجرای تعهد یا کار را تأخیر گویند. عذر در لغت به معنی پوزش است که جمع آن اعداز است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوزش مکلف در انجام تکلیف شود.^{۲۴۵} برائت از ریشه «برء» گرفته شده است و به معنای وارستگی، سلامت از عیب، رهایی، بیزاری، بیزارگی، بستن، پاک شدن و دور شدن است. در فقه به پاکي ذمه افراد در برابر تعهدی برائت گویند.^{۲۴۶} تخفیف در لغت به معنی سبک کردن، کم کردن قیمت چیزی، تقلیل، تنزل، تسکین، کاهش.^{۲۴۷} در اصطلاح حقوقی، تخفیف عبارت از کاهش دادن مجازات است توسط محکمه.

به حیث مثال، اگر ناظر در خصوص ارایه تأخیر سند مربوط به حسابات وقف عذر ارایه نماید، مانند این که بگوید: اسناد در ولایتی دیگری بود، مریض بودم و نتوانستم در موعد معین سند را ارایه نمایم، پسر

۲۴۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۲۱.

۲۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات

محراب فکر، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۰۵.

۲۴۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۶۵.

۲۴۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۵۳۱.

247. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3, 1, 2018).

وفات کرده بود و مصروف مراسم تکفین و تدفین او بودم و نظیر اینها، محکمه می تواند او را بی گناه تلقی نماید یا مجازات او را که جزای نقدی و حرمان از اجرت است تخفیف دهد. در ارایه عذر شرط است که عذر ها معقول باشد. معقول به معنی پسندیده عقل و آنچه با عقل درک و فهم شود است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق اصل برائت و رعایت اعذار ناظر است.

۹) طبق ماده ۳۸۶ ق. م: «ناظر در برابر مال موقوفه امین و از طرف مستحقین وقف وکیل شناخته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است. اول رابطه ناظر با مال موقوفه و دوم رابطه ناظر با مستحقین وقف. به نظر می رسد منظور از مستحقین وقف موقوف علیهم است. طبق نص این ماده مال موقوفه نزد ناظر امانت است. به همین دلیل، قانونگذار مدنی در نص این ماده می گوید که ناظر در برابر مال موقوفه امین شناخته می شود. امین از ریشه «امن» گرفته شده است که در لغت به معنی امانتدار و کسی است که به او اطمینان کنند. در اصطلاح حقوق مدنی، امین شخصی است که چیزی را نزد او امانت گذارند.^{۲۴۸} به حیث مثال، هرگاه شخص به عنوان ناظر از طرف واقف، محکمه یا وزارت حج، ارشاد و اوقاف تعیین شود و مال موقوفه غرض نظارت به او سپرده شود، مانند این است که واقف، محکمه یا وزارت حج، ارشاد و اوقاف مال موقوفه را به او به امانت داده است.

همچنین، طبق نص این ماده ناظر وکیل موقوف علیه یا موقوف علیهم تلقی می گردد. ماده ۱۲۲۹ مجله الاحکام العدلیه در تعریف وکالت می گوید: «وکالت عبارت از این است که شخصی صلاحیت اجرای کار خود را به دیگری بسپارد و او را در این مورد قایم مقام خود بگرداند که تفویض کننده صلاحیت را (موکل)، شخصی که به او تفویض صلاحیت شده است، (وکیل) و موضوع تفویض شده را (موکل به) گویند.» این وکالت به موجب نص قانون است نه قرارداد و وکالت حکمی و ضمنی است نه حقیقی زیرا موقوف علیه یا موقوف علیهم حقیقتاً ناظر را وکیل خویش معین ننموده اند. در این صورت، تنفیذ تصرفات ناظر بر اجازه مؤکل (موقوف علیه یا موقوف علیهم) وابسته است. همچنین، ناظر طبق مفاد نص این ماده مکلف به رعایت مصلحت موقوف علیهم یا موقوف علیه است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان رابطه حقوقی ناظر با مال موقوفه و موقوف علیه یا موقوف علیهم است. همچنین، طبق نص این ماده می توان مسؤولیت مدنی قراردادی مبتنی بر تقصیر ناظر را تشخیص داد.

۱۰) طبق ماده ۳۸۸ بند اول و دوم ق. م: «هرگاه ضرری از تقصیر کلی ناظر بر اموال موقوفه و یا حاصلات آن عاید گردد، مسؤول جبران خساره وارده می باشد. اگر ضرر عاید ناشی از تقصیر جزئی ناظر باشد، وقتی جبران خساره به وی عاید می گردد که وظیفه نظارت را در مقابل اجرت اجراء نماید.» نص این ماده مرتبط به ماده ۳۸۸ ق. م است و باید این دو ماده را در کنار هم قرار داد و تفسیر ساختاری-منطقی نمود. نص این ماده مبهم است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است. اول این که هرگاه ضرری از تقصیر کلی ناظر بر مال موقوفه یا حاصلات مال موقوفه وارد شود، ناظر مسؤول جبران خسارت

۲۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶۳.

است. تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که جمع آن قصور است و به معنای اهمال و کاستی است.^{۲۴۹} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۲۵۰} در اصطلاح حقوقی تقصیر عبارت است از اشتباه و لغزش در رفتار که انسانی محتاط در همان شرایط خارجی که وارد کننده ضرر در آن بوده است، دچار آن نمی شود.^{۲۵۱} طبق نص ماده ۳۸۸ در تقصیر شرط است که کلی باشد. کلی اسم منسوب به کل است که در لغت به معنی بسیار، خیلی، زیاد، عام و عمده است.^{۲۵۲} با توجه به معنی لغوی کلی، به نظر می رسد تقصیر کلی عبارت از تقصیری است که عام و عمده باشد. به حیث مثال:

- اگر مال موقوفه حیوان باشد و ناظر به او علف و آب نهد و حیوان از بین برود، ناظر مکلف است جبران خسارت را بپردازد. قانونگذار مدنی در نص ماده ۳۸۸ ق. م معین ننموده است که ناظر جبران خسارت به کی بپردازد که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد ناظر مکلف است جبران خسارت را به موقوف علیه بپردازد. موقوف علیه می تواند دولت، شخص حکمی یا حقیقی حقوق خصوصی باشد.

- اگر مال موقوفه مارکیت تجارتي باشد و ناظر آن را ترمیم ننماید و مارکیت در اثر عدم ترمیم از بین برود، ناظر باید جبران خسارت را به موقوف علیه بدهد.

- اگر مال موقوفه باغ باشد و ناظر آن را دواپاشی ننماید و حاصلات از بین برود، ناظر مکلف است جبران خسارت را به موقوف علیه بپردازد. مسؤولیت از ریشه «سأل» گرفته شده که به معنای بازخواست، مواخذه، ضمانت و ضمان است.^{۲۵۳} در اصطلاح حقوقی مسؤول کسی است که از وی بازخواست و سؤال کنند و در مقابل دیگران باید پاسخگویی فعل و یا ترک فعل خویش باشد. جبران خسارت مرکب از دو کلمه است: جبران و خسارت. جبران به ضم جیم از ریشه «جبر» گرفته شده است که در لغت به معنی تلافی کردن و دادن عوض است.^{۲۵۴} در اصطلاح حقوق مدنی، جبران خسارت عبارت از تلافی کردن و عوض دادن خسارت و صدمه ای است که توسط ضرر رساننده به متضرر رسیده است.^{۲۵۵} اگر تقصیر ناظر جزئی باشد، ناظر زمانی مسؤول پنداشته می شود که نظارت او در برابر عوض باشد. بنابراین، اگر نظارت

۲۴۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۳۰.

۲۵۰. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

۲۵۱. همان، عبدالخالق قاسمی، ص ۱۹۸.

252. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/13/2018).

۲۵۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۳۹.

۲۵۴. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۴۵۶.

۲۵۵. مسلم آقایی طوق (___). مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت: مطالعه تطبیقی کشور های فرانسه، انگلستان و امریکا، پژوهشنامه معاونت حقوقی و بررسی های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، سال اول، شماره اول، ص ۱۶۴.

بدون اجرت باشد، ناظر در صورت ارتکاب تقصیر جزئی در برابر موقوف علیه مسؤول نیست. جزئی اسم منسوب به جزء است که در لغت به معنی ناچیز، کم و قسمت است.^{۲۵۶}

با توجه به معنی لغوی جزئی، به نظر می رسد تقصیر جزئی عبارت از تقصیری است که عام و عمده نباشد. ناظر گاهی توسط محکمه، گاه توسط حکومت (وزارت حج، ارشاد و اوقاف) و گاه توسط واقف تعیین می شود. زیرا، چنانچه گفته شد ناظر سه نوع است: ناظر واقف، ناظر محکمه و ناظر وزارت حج، ارشاد و اوقاف. مسؤولیت مدنی ناظر بر حسب مورد می تواند قهری (غیر قراردادی) باشد. به حیث مثال، در صورتی که ناظر از طرف محکمه یا وزارت حج، ارشاد و اوقاف به حکم قانون تعیین شود، مسؤولیت او غیر قراردادی است. زیرا، میان محکمه و ناظر و وزارت حج، ارشاد و اوقاف و ناظر قراردادی منعقد نمی شود. اما، در صورتی که ناظر توسط واقف براساس قرارداد تعیین شود، مسؤولیت او مسؤولیت مدنی قراردادی است. تفصیل مسؤولیت مدنی قراردادی و غیر قراردادی در جلد حقوق و جایب این دور از شرح ق. م خواهد. به حیث مثال، اگر مال موقوفه باغ باشد و در اثر تقصیر ناظر، حاصلات باغ از بین برود، ناظر مکلف است جبران خسارت را به دولت یا موقوف علیههم بپردازد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان احکام مربوط به مسؤولیت مدنی ناظر است.

چهارم) عزل ناظر

طبق ق. م عزل ناظر تابع قواعد ذیل است:

۱) اسباب عزل ناظر: طبق ماده ۳۹۱ ق. م: «هرگاه حین رسیدگی به دعوی مربوط به وقف اسباب موجب عزل ناظر موجود گردد، محکمه می تواند به عزل وی از نظارت حکم نماید.» نص این ماده مبهم است. دعوی از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است که جمع آن دعاوی می باشد.^{۲۵۷} ماده ۵ ق. ا. م. در تعریف دعوی می گوید: «دعوی خواستن حق توسط یک شخص از شخص دیگر در نزد محکمه است.» عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.^{۲۵۸} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عزل عبارت از برکناری ناظر وقف توسط محکمه است. طبق نص این ماده هرگاه در مورد وقف دعوی وجود داشته باشد و حین دعوی اسباب عزل ناظر ثابت گردد، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند ناظر وقف را عزل نماید. پرسش این است که چه اسبابی باعث عزل ناظر می شود؟

در پاسخ به این پرسش قانونگذار مدنی سکوت اختیار نموده است. براساس فقه هرگاه ناظر از طرف واقف تعیین شده باشد، صلاحیت عزل وی را به صورت مطلق واقف خواهد داشت. ولی، هرگاه ناظر از طرف قاضی تعیین شده باشد، واقف صلاحیت عزل وی را نخواهد داشت. هرگاه خیانت، عجز از اجرای نظارت یا فسق ناظر در اثر شرب خمر و غیره ثابت شود عزل وی اعم از اینکه واقف باشد یا غیره بر

256. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/13/ 2018).

۲۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۵۰

258. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

قاضی لازم می‌گردد. در صورتی که واقف عدم عزل ناظر را مشروط گردانیده باشد، قاضی نمی‌تواند وی را عزل نماید، زیرا این عمل مخالف شرع است. همچنین ناظر می‌تواند عزل خود و تعیین شخص دیگر را جهت نظارت بر وقف از قاضی مطالبه نماید. بنابراین، در صورتی که ناظر توسط واقف تعیین گردیده باشد صلاحیت عزل وی را کسی ندارد. ولی، در صورتی که توسط محکمه تعیین شده باشد صلاحیت عزل وی را محکمه دارا خواهد بود.^{۲۵۹}

۲) تعیین ناظر مؤقت توسط محکمه: طبق مطابق ماده ۳۹۲ ق. م: «محکمه تا وقتی که حکم دعوای مربوط به وقف کسب قطعیت نماید، شخص دیگری را موقتاً به حیث ناظر تعیین می‌نماید.» نص این ماده مبهم است. محکمه اسم مکان از ریشه «حکم» گرفته شده است که در لغت به معنی دادگاه، محل حکم و محل قضاوت است.^{۲۶۰} در اصطلاح حقوقی، ماده ۳ جزء ۱۸ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف محکمه می‌گوید: «محکمه مرجع قانونی رسیدگی به قضایا و صدور حکم است.» حکم در لغت به معنی رأی، امر، امر کردن، حکومت، فرمان دادن، فرمان و دستور است که جمع احکام است. در فقه و حقوق حکم رأی و تصمیمی است که قاضی محکمه در باره دعوی که به او برده اند، برای فیصله دادن اختلاف صادر می‌کند.^{۲۶۱}

براساس ماده ۴ جزء ق. ا. م. م: «حکم: قضاوت قاضی است که به این گونه که الفاظ صادر می‌شود که حکم نمودم تو ... در موضوع ... ملزم می‌باشی و حکم خود را به رد و یا سپردن مدعی بها تصریح نماید یا حکم کردم که در مدعی بها به مدعی علیه مزاحم مباش.» طبق نص این ماده محکمه تا زمانی حکم مربوط به دعوی وقف قطعی نشده باشد، شخص دیگری را به عنوان ناظر مؤقت در صورت عزل ناظر بنا بر اسبابی که در فوق گذشت، تعیین می‌نماید. طبق ماده ۴ فقره ۱۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضایی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد [...]».

به حیث مثال، اگر احمد زمین را به محمود وقف نماید و جمیل دعوی استحقاق نماید و در محکمه ابتدائیه براساس وسایل اثبات ثابت نماید که مال موقوفه متعلق به او است و محکمه ابتدائیه حکم نماید که زمین متعلق به جمیل است، این حکم محکمه نهایی است اما قطعی نیست. حکم زمانی قطعی می‌شود که محکوم علیه به آن قناعت نماید یا موعده استیناف خواهی یا فرجام خواهی آن سپری گردد یا یکی از

۲۵۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۶۹۲ - ۷۶۹۳.

260. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 8/1/ 2108).

۲۶۱. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۳۱۰ و ۳۱۱؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۵۸؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران: انتشارات محمدی سقر، صص ۴۹۷ و ۴۹۸؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۱۲۸.

دیوان های ستره محکمه حکم محکمه استیناف را از نظر قانونیت تأیید نماید. در این صورت، هرگاه ناظر توسط محکمه عزل گردد، محکمه می تواند الی قطعی شدن حکم محکمه ناظر مؤقت تعیین نماید. در این صورت قانونگذار مدنی مشخص نساخته است که چه شخصی صلاحیت استیناف خواهی را دارد؟ ناظر مؤقت؟ نماینده قضایای دولت یا موقوف علیه که عاری از ایراد نیست. به نظر می رسد این صلاحیت را ناظر مؤقت دارد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مال موقوفه و حق موقوف علیه است.

۳) براساس طبق ماده ۳۹۳ ق. م: «اقرار ناظر مبنی بر نظارت شخص دیگر اعتبار ندارد». اقرار از ریشه فر گرفته شده است که در لغت به معنی اعتراف نمودن، اذعان کردن حقی برای صاحب آن و اثبات کردن چیزی، قرار دادن چیزی و پذیرفتن است. ۲۶۲ ماده ۱۵۷۲ مجلة الاحکام در تعریف اقرار می گوید: «اقرار عبارت از اخبار انسان است از حقی که شخص دیگر بر او دارد. اخبار کننده را «مقر»، شخصی را که اقرار به نفع او صورت گرفته است «مقرله» و شی ای را که به آن اخبار به عمل آمده است «مقریه» می گویند». نص این ماده مبهم است. زیرا، روشن نیست که ناظر طبق نص این ماده شخص دیگری را به عنوان ناظر تعیین می نماید یا خیر؟

طبق نص این ماده اقرار ناظر مبنی بر نظارت شخص دیگر اعتبار ندارد. به حیث مثال، اگر احمد مال را به محمود وقف نماید و احمد جمیل را به عنوان ناظر تعیین نماید و سپس جمیل جمشید را به حیث ناظر تعیین نماید و اقرار نماید که از این پس جمشید ناظر وقف است، این اقرار مدار اعتبار نیست. بنابراین، جمشید نمی تواند ناظر ناظر باشد. اقرار جمیل در این صورت مدار اعتبار نیست. همچنین، اگر احمد به محمود وقف نماید و محکمه جمیل را به عنوان ناظر تعیین نماید و جمیل جمشید را به عنوان ناظر تعیین نماید و اقرار نماید که از این پس جمشید ناظر است، اقرار جمیل اعتبار ندارد و جمشید نمی تواند ناظر ناظر گردد.

به نظر می رسد دلیل فاقد اعتبار بودن اقرار ناظر مبنی بر تعیین ناظر ناظر این است که اگر وقف خاص باشد، معمولاً شخصیت ناظر برای محکمه و واقف مهم است و با توجه به شخصیت و خصوصیات ناظر، این وظیفه به او توسط محکمه یا واقف محول می گردد. اگر واقف عام باشد، ناظر در عین حال امکان دارد مأمور دولت و کارمند ریاست اوقاف وزارت حج، ارشاد و اوقاف باشد و کارمند نمی تواند شخص دیگری را به عنوان ناظر خویش تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم جواز انتقال نظارت از ناظر اول به ناظر دوم براساس اقرار است.

۱۵) اقرار وقف کننده راجع به نسب غیر

براساس ماده ۳۶۳ ق. م: «اقرار وقف کننده یا غیر راجع به نسب شخص، در حالی که قرائن به عدم صدق اقرار موجود باشد، بر موقوف علیه تاثیر ندارد». نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد نص این ماده ملهم و متأثر از قواعد اقرار به نسب در حقوق میراث است. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق

میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد، در صورتی که شخص وفات نماید و ورثه از جمله ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام نداشته باشد، مقرر له به نسب با رعایت یک سلسله شرایط مستحق ارث از متوفی می شود. بنابراین، اقرار به نسب در خصوص ارث در صورت عدم موجودیت ورثه مؤثر است. طبق نص این ماده اقرار واقف یا شخص ثالث راجع به نسب شخص در صورتی که قراین به عدم صدق اقرار موجود باشد، بر موقوف علیه تأثیر ندارد.

مفهوم مخالف نص این ماده این است در صورت عدم موجودیت قراین، اقرار واقف بر موقوف علیهم تأثیر دارد. اقرار از ریشه قرر گرفته شده است که در لغت به معنی اعتراف نمودن، اذعان کردن حقی برای صاحب آن و اثبات کردن چیزی و پذیرفتن است.^{۲۶۳} فقهاء در تعریف اقرار می گویند: اقرار عبارت از اخبار از ثبوت حق به نفع دیگری به زیان خویش است.^{۲۶۴} قرینه در لغت به معنی علامتی است که دلالت بر شی مطلوب می نماید^{۲۶۵} که جمع آن قراین است. همچنین، قرینه در لغت به معنی اماره و نشانه است.^{۲۶۶} در اصطلاح حقوقی قرینه عبارت از استنتاج قانون و یا قاضی است که واقعه مجهولی را از یک واقعه معلوم به دست می آورد (ماده ۱۳۴۹ قانون مدنی فرانسه).^{۲۶۷} صدق در لغت به معنی راستی، درستی و راستگویی است.^{۲۶۸}

به حیث مثال، اگر واقف بگوید احمد پسر من است یا شخص سوم بگوید احمد پسر واقف است، در حالی که قراین وجود داشته باشد که بیان نماید که اقرار واقف صحیح و درست نیست، این اقرار بر موقوف علیهم تأثیر ندارد. به حیث مثال، اگر در این مثال، نسب احمد برای محمود ثابت باشد، اثبات نسب احمد برای محمود قرینه ای است که دلالت بر کذب و عدم درستی اقرار واقف می نماید. زیرا، واقف مبنی بر نسب شخصی اقرار نموده است که نسب او به شخص دیگری قبلاً ثابت است. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اقرار واقف یا شخص سوم نسبت به نسب غیر بر موقوف علیهم تأثیر دارد. در خصوص این تأثیر ق. م مسکوت است که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده روشن نیست.

۱۶) خاتمه یافتن وقف

طبق ق. م وقف در حالات ذیل منتهی می گردد:

۱) طبق ماده ۳۹۸ ق. م: «وقف مؤقت با تکمیل مدت معینه یا از بین رفتن تمام موقوف علیهم، خاتمه می یابد.» دانستن نص این ماده مستلزم دانستن نص ماده ۳۵۴ ق. م است. بنابراین، برای درک و فهمیدن

۲۶۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۰۸.

۲۶۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۸۹؛

____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۴۵.

۲۶۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۱۲۷.

266. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (last visit: 9/3/2016).

۲۶۷. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه،

صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

268. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/19/2018).

نص ماده ۳۹۸ باید ماده ۳۹۸ را در کنار ماده ۳۵۴ ق. م قرار دارد و تفسیر ساختاری - منطقی نماییم. طبق ماده ۳۵۴ فقره سوم ق. م: «وقف خاص مؤقت بوده و به زیاده از دو طبقه اولاد وقف کننده جواز ندارد.» از نصوص این مواد استنباط می گردد که وقف مؤقت در دو صورت خاتمه می یابد. اول در صورت ختم مدت وقف مؤقت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را برای محمود برای مدت ده سال وقف نماید، با تکمیل شدن ده سال وقف مؤقت به صورت خودکار خاتمه می یابد. دوم در صورت فوت موقوف علیهم و وفات تمام کسانی که برای آنها وقف صورت گرفته است، وقف خاتمه می یابد، مانند این که وقف برای یک گروه معین از افراد صورت پذیرفته باشد و همه این افراد از بین بروند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالات ختم وقف مؤقت است.

۲) طبق ماده ۳۹۹ ق. م: «وقف در مورد هر سهم با از بین رفتن مستحق آن خاتمه می یابد گرچه قبل از تکمیل مدت معینه یا از بین رفتن باقی مستحقین طبقه ای که با از بین رفتن ایشان وقف منتهی می گردد، صورت گرفته باشد مشروط بر اینکه وقف کننده انتقال، سهم را به باقی مستحقین تصریح نکرده باشد. در این صورت وقف با از بین رفتن تمام مستحقین طبقه مذکور و یا تکمیل مدت معینه خاتمه می یابد.» سهم در لغت به معنی حصه، نصیب، قسمت و بخش است که جمع آن سهام است. در اصطلاح حقوق مدنی، به حصه هر موقوف علیه از مال موقوفه سهم می گویند. به نظر می رسد منظور از مستحق موقوف علیه است. از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که وقف به سهم معین از مال صورت گرفته باشد و مستحق این سهم توسط واقف معین شده باشد، با از بین رفتن شخص مستحق وقف خاتمه می یابد. در چنین حالتی، شرط است وقف کننده انتقال سهم را به باقی مستحقین شرط نگذاشته باشد. پرسش این است که در صورتی که وقف کننده انتقال سهم را به باقی مستحقین شرط گذاشته باشد، تکلیف چیست؟

در پاسخ به این پرسش بخش اخیر ماده ۳۹۹ ق. م می گوید که سهم به باقی مستحقین منتقل می شود و در صورت ختم همه مستحقین وقف خاتمه پیدا می نماید. علاوه براین، در صورت ختم مدت معین هر چند باقی مستحقین حیات داشته باشند، وقف خاتمه پیدا می نماید. دلیل انتهای وقف این است که مال موقوفه بدون منتفع می گردد و انتفاع از عین موقوفه بدون منتفع (موقوف علیه/ مستحق) محال یا ناممکن است. به حیث مثال، اگر مال موقوفه زمین زراعتی باشد و احمد آن را به محمود، جمشید و جمیل وقف نموده باشد و سهم هر یک را معین نموده باشد، در صورت فوت محمود، وقف خاتمه می یابد. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد در وقف پیش بینی و تصریح کرده باشد که در صورت وفات محمود، سهم او به جمشید و جمیل منتقل شود. در صورت پیش بینی و تصریح احمد، سهم محمود بعد از وفات او به جمشید و جمیل منتقل می شود. همچنین، در صورتی که جمشید و جمیل وفات نمایند، وقف به دلیل انتفای منتفع (موقوف علیهم/ مستحق) خاتمه می یابد. همچنین، وقف در صورت تکمیل مدت خاتمه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود، جمشید و جمیل برای مدت پنج سال وقف نماید، با انقضای پنج سال وقف به صورت خودکار خاتمه می یابد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالات ختم وقف است.

۳) طبق ماده ۴۰۲ فقره اول ق. م: «هرگاه مال موقوفه به نحوی تخریب شود که اعمار مجدد و یا استبدال آن ممکن و یا مفید نباشد، وقف خاتمه می یابد. همچنین وقف در مورد سهم هر مستحقی که سهمیه حاصلات وی به مقدار ناچیزی تقلیل یابد، خاتمه پیدا می کند.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که طبق این ماده در سه حالت وقف خاتمه پیدا می نماید:

۱- تخریب شدن موقوفه به گونه ای که اعمار مجدد آن ناممکن باشد. تخریب در لغت به معنی انهدام، زوال و از بین رفتن است. به حیث مثال، اگر مال موقوفه زمین زراعتی باشد و در اثر سیل به گونه ای از بین برود که اعمار مجدد آن ناممکن یا غیر مفید باشد، وقف به دلیل انتفاع محل خاتمه می یابد.

۲- تخریب شدن موقوفه به گونه ای که استبدال آن غیر ممکن یا مفید نباشد. استبدال از ریشه «بدل» گرفته شده است که در لغت به معنی بدل کردن، چیزی به جای چیزی گرفتن، مبدل کردن و چیزی را به جای چیزی خواستن است. در اصطلاح حقوق مدنی، استبدال عبارت است از جایگزین کردن چیزی به جای چیزی دیگر.^{۲۶۹} به حیث مثال، اگر مال موقوفه زمین زراعتی باشد و در اثر سیل از بین برود و واقف نتواند آن را به زمین دیگر خویش بدل نماید، به دلیل انتفای محل وقف، وقف خاتمه می یابد.

۳- در صورتی که سهم حاصلات هر یک از موقوف علیهم به مقادیر ناچیزی تقلیل یابد، به دلیل انتفای محل و فایده، وقف منتهی می شود. تعریف سهم در بالا گذشت. تقلیل در لغت به معنی کاهش دادن، کم کردن و اندک کردن و شدن است.^{۲۷۰} به حیث مثال، اگر احمد حاصلات باغ خویش را به محمود، جمشید و جمیل وقف نماید و سهم هر یک را معین نماید. اما، حاصلات باغ بسیار اندک و ناچیز گردد وقف خاتمه می یابد.

۴) طبق ماده ۴۰۲ فقره دوم ق. م: «انتهای وقف به درخواست اشخاص ذیعلاقه و قرار محکمه صورت می گیرد. ملکیت مال موقوفه که وقف آن خاتمه یافته باشد، در صورت حیات وقف کننده به خود وی و در غیر آن به شخصی انتقال می یابد که در حین انتهای وقف مستحق شناخته شده باشد.» قرار در لغت به معنی به تصمیم قضایی گفته می شود که به طور مؤقت و بی آنکه دعوی را ماهیتاً فیصله دهد، به نفع یکی از طرفین صادر می شود.^{۲۷۱} ماده ۴ جزء ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف قرار می گوید: «قرار تصمیم قضائی است که قضیه از لحاظ شکل در محکمه مورد رسیدگی قرار داده می شود.» نص این ماده مبهم است. زیرا، روشن نیست که اشخاص ذیعلاقه کی ها اند؟! به نظر می رسد با توجه به معنی لغوی ذیعلاقه، اشخاص ذیعلاقه عبارت از هر شخصی است که نسبت به عین موقوفه علاقه دارد مانند واقف، موقوف علیه، شخص ثالث و نظیر اینها. طبق نص ماده ۴۰۲ ق. م در صورتی که اشخاص ذیعلاقه از محکمه مطالبه نمایند، محکمه می تواند طی صدور قرار وقف را خاتمه دهد. در صورت اختتام

۲۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۰.

270. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/15/ 2018).

۲۷۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۱۷.

وقف، عین موقوفه به واقف بر می‌گردد. در صورتی که واقف زنده نباشد، عین موقوفه به موقوف علیه که در نص ماده ۴۰۲ ق. م. مستحق نامیده شده است بر می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد چهل جریب زمین خویش را به محمود وقف نماید و احمد یا محمود از محکمه مطالبه نمایند تا وقف را خاتمه دهد و محکمه ذیصلاح در این خصوص قرار صادر نماید، عین موقوفه به احمد و در صورتی که احمد وفات نماید، به محمود بر می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از حالات ختم وقف و اثر آن است.

۴) براساس ماده ۴۰۰ ق. م: «هرگاه وقف در تمام اسهام ثابت‌ه خاتمه یابد، ملکیت مال موقوفه در صورت حیات وقف کننده به خود وی و در غیر آن به مستحقین انتقال می‌یابد. در صورتی که مستحق موجود نباشد ملکیت مال موقوفه به اشخاصی که حین وفات وقف کننده از جمله ورثه شناخته شده باشند در غیر آن به دولت تعلق می‌گیرد.» نص این ماده مرتبط با مواد ۴۰۲، ۳۹۸ و ۳۹۹ است. عبارت اسهام ثابت‌ه در نص این ماده مبهم است. تعریف سهم در بالا گذشت. به نظر می‌رسد سهم ثابت، سهمی است که با استفاده از یکی از وسایل اثبات حق مانند سند، اقرار، شهادت، سوگند و قرینه به موقوف علیه ثابت شده باشد. وقف یکی از منابع ملکیت ناقص است. به موجب وقف عین مال موقوفه با توجه به اختلافی که در این خصوص وجود دارد متعلق به واقف یا دولت می‌شود و منفعت آن متعلق به موقوف علیه. بنابراین، در وقف مال موقوفه به دو عنصر تجزیه می‌شود: ذات و منفعت. ذات که رقبه هم نامیده می‌شود متعلق به واقف یا دولت یا خداوند جَلَّ جَلَالُهُ می‌گردد و منفعت متعلق به موقوف علیه. با توجه به آنچه گفته شد، چندین حالت متصور است:

۱- در صورتی که وقف در تمام سهم های ثابت خاتمه یابد، ملکیت مال موقوفه در این صورت شامل ذات و منفعت می‌گردد و در صورتی که واقف حیات باشد به واقف بر می‌گردد. بنابراین، واقف هم مالک ذات و هم مالک منفعت مال موقوفه می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود زمین خویش را وقف نماید و وقف خاتمه یابد، زمین موقوفه به احمد بر می‌گردد و احمد مالک ذات و منفعت مال موقوفه می‌گردد.

۲- عبارت مستحقین در نص این ماده مبهم است. به نظر می‌رسد منظور از مستحقین موقوف علیهم است. با پذیرش این برداشت و استنباط، در صورت ختم وقف مال موقوفه به موقوف علیهم بر می‌گردد. از نظر منطقی اعطای مال موقوفه به موقوف علیهم یا مستحقین در صورت ختم وقف محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، امکان ندارد در صورت ختم وقف مال موقوفه به مستحقین اعطاء گردد.

۳- در صورتی که مستحق موجود نباشد و واقف هم وفات نموده باشد، مال موقوفه به ورثه واقف بر می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود زمین خویش را وقف نماید و احمد و محمود وفات نمایند، و احمد پسری به نام جمشید داشته باشد، مال موقوفه به جمشید که ورثه احمد است بر می‌گردد. زیرا، در این صورت مال موقوفه جزء ترکه احمد محسوب می‌شود و با رعایت قواعد میراث مال به ورثه او منتقل می‌شود.

۴- در صورت عدم موجودیت واقف، موقوف علیه و ورثه واقف، مال موقوفه اولاً به ترکه واقف بر می گردد و ثانیاً در صورتی که واقف ورثه نداشته باشد، مال موقوفه به دولت تعلق می گیرد. زیرا، چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق میراث خواهد آمد، در صورت نبود ورثه مال به مقرر له به نسب، در صورت عدم موجودیت مقرر له به نسب به موصی له به بیشتر از ثلث مال و در صورت نبودن موصی له به بیشتر از ثلث مال به دولت تعلق می گیرد. در نص ماده ۴۰۰ ق. م، قانونگذار مدنی مقرر له به نسب و موصی له به بیشتر از ثلث مال را به رسمیت نشناخته است و مستقیماً دولت را مستحق مال موقوفه در صورت عدم موجودیت واقف، موقوفه علیه و ورثه می شناسد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود زمین را وقف نماید و احمد و محمود وفات نماید و احمد ورثه نداشته باشد، زمین موقوفه متعلق به دولت می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالات ختم وقف و تکلیف عین موقوفه است.

ب) جمعیت ها

مواد ۴۰۳ الی ۴۵۴ ق. م احکام مربوط به ایجاد، تشکیل، انحلال و انواع جمعیت را تنظیم نموده است. این احکام به صورت عام بر همه جمعیت ها قابل تطبیق است:

۱) تعریف جمعیت

جمعیت در لغت به معنی گروهی از مردم، انبوهی مردم، مردم بسیار که در یکجا گرد آمده باشند است.^{۲۷۲} به نظر می رسد معنی اصطلاحی جمعیت نیز از معنی لغوی آن دور نیست. ق. م جمعیت را به مفهوم عام تعریف نموده است. طبق ماده ۴۰۳ فقره اول ق. م: «(۱) جمعیت عبارت است از مجموع اشخاص حقیقی یا حکمی که برای مدت معین یا غیر معین به منظور تأمین اهداف خیریه عام المنفعه اجتماعی، علمی، ادبی، فنی و هنری طور غیر انتفاعی مطابق به احکام این قانون تشکیل شده باشد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف جمعیت است.

براساس این تعریف جمعیت نه تنها اجتماع اشخاص حقیقی، بلکه حقوقی نیز است و این در صورتی که است که دو جمعیت که دارای اهداف مشترک باشند با همدیگر ملحق و مدغم شوند. اما، به مفهوم خاص طبق ماده ۲ فقره (۱) قانون جمعیت های منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۱۴ مؤرخ ۱۳۹۲/۶/۱۰: «جمعیت ها به انجمن ها، اتحادیه ها، شوراها، مجمع ها و تشکیلاتی اطلاق می شود که توسط گروهی از اشخاص حقیقی و حکمی به صورت داوطلبانه و غیرانتفاعی، غیرسیاسی و مطابق احکام این قانون تشکیل می گردد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که:

نخست این که برخی مصادیق جمعیت ها که عبارت اند از انجمن، اتحادیه، شورا و مجمع است در این ماده شناسایی و تشخیص شده است. طبق جزء ۲ ماده ۲ قانون جمعیت ها: «انجمن اجتماع داوطلبانه اشخاص حقیقی است که برای حصول مقاصد علمی، ادبی و حرفوی مطابق احکام این قانون ایجاد می گردد.» طبق جزء ۳ ماده ۲ قانون جمعیت ها: «اتحادیه: اجتماع داوطلبانه اشخاص حکمی است که برای مقاصد مشترک و مشروع حرفوی، صنفی و تخصصی مطابق احکام این قانون ایجاد.» وفق

جزء ۴ ماده ۲ قانون جمعیت ها: «شوری: اجتماع داوطلبانه اشخاص حقیقی است که برای حصول مقاصد مشترک قومی، صنفی و منطقی مطابق احکام این قانون ایجاد می گردد.» وفق جزء ۵ ماده ۲ قانون جمعیت ها: «مجمع: اجتماع و یا جمع شدن گروهی از اشخاص و نهاد های است که برای یک هدف مشترک و مشخص دورهم جمع می شوند.»

دوم این که نص این ماده در خصوص مصداق جمعیت ها احصایی به نظر می رسد نه حصری، زیرا قانونگذار در این ماده از «تشکیلاتی» سخن می گوید که توسط گروهی از اشخاص حقیقی و حکمی به صورت داوطلبانه، غیرانتفاعی و غیرسیاسی مطابق احکام ایجاد می شود. از قید داوطلبانه، غیرانتفاعی و غیرسیاسی به خوبی بر می آید که فعالیت جمعیت داوطلبانه، غیرسیاسی و غیرانتفاعی است. بنابراین، اعضای جمعیت نمی توانند کار انتفاعی و سیاسی انجام دهند. به همین دلیل، جمعیت ها تابع پرداخت مالیات نیستند.

۲) طرز ایجاد شخصیت حکمی جمعیت

براساس ق. م ایجاد شخصیت حکمی جمعیت و ثبت جمعیت تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۴۰۳ فقره دوم ق. م: «(۲) اعطای اجازه تأسیس جمعیت های مندرج فقره یکم این ماده، از طریق مراجع صلاحیتدار دولتی صورت می گیرد. این مراجع اجراءات جمعیت ها را از رهگذر تطابق آن با قوانین، مقررات و اساسنامه مراقبت می نمایند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- چنانچه گفته شد، جمعیت شخص حکمی است و توسط اشخاص حقیقی ایجاد می شود. بنابراین، برای تأسیس جمعیت شخص حقیقی باید اجازه مرجع صلاحیتدار قانونی را اخذ نماید. تأسیس از ریشه «اسس» گرفته شده است که در لغت به معنی بنا نهادن، احداث و ایجاد کردن است.^{۲۷۳} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی تأسیس عبارت از ایجاد شخصیت های حکمی عامه، خصوصی مانند حزب، انجمن، شورا و نظیر اینها است. اجازه در لغت به معنی اذن و رخصت دادن است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد اجازه عبارت از موافقت کردن با کاری است کسی شخصی قصد انجام آن را دارد.^{۲۷۴} منظور از مراجع ذیصلاح در نص این ماده ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه است. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد انجمن، شورا، حزب، مجمع و نظیر اینها ایجاد نماید، باید اجازه تأسیس این نهاد را از ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه بگیرد.

۲- طبق بند دوم ماده ۴۰۳ ق. م ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه صلاحیت بررسی و کنترل مطابقت اجراءات و فعالیت های شورا، حزب، مجمع و نظیر اینها را با قوانین، مقررات و اساسنامه ها دارد. نص این ماده مستقل است. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۴۰۳ از یکطرف شناسایی مرجع اعطای جواز تأسیس جمعیت ها و از طرف دیگر شناسایی مرجع مراقبت و کنترل فعالیت های جمعیت ها با قوانین، مقررات و اساسنامه ها است. به حیث مثال،

273. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶)

274. Ibid, (Last visit: 17/1/2016).

اگر احمد حزب سیاسی یا شورا ایجاد نماید و اجراءات و فعالیت های شورا و حزب احمد مطابق قوانین، مقررات و اساسنامه ها نباشد، ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه صلاحیت کنترل مطابقت اجراءات حزب و شورای احمد را با قوانین را دارد.

۲) براساس ماده ۴۰۴ ق. م: «جمعیت های که خلاف احکام قانون یا آداب عامه فعالیت نموده یا به اعمالی تشبیه نمایند که بر خلاف منافع ملی و اهداف تأسیسی آن باشد، باطل پنداشته شده هیچ گونه اثری بر آن مرتب شده نمی تواند.» طبق نص این ماده اعمال و فعالیت های ذیل جمعیت ها باطل است:

۱- اعمال و فعالیت هایی که خلاف قانون باشد. به حیث مثال، اگر یک جمعیت باندهای اختطاف، قتل، قاچاق مواد مخدر و نظیر اینها را ایجاد نماید، این فعالیت جمعیت خلاف قانون و باطل است.

۲- اعمال و فعالیت هایی جمعیت ها که خلاف آداب عامه که تعریف آن خواهد آمد باشد، باطل است. به حیث مثال، اگر یک جمعیت قمار خانه، فاحشه خانه و نظیر اینها ایجاد نماید، این فعالیت جمعیت خلاف آداب عامه است.

۳- اعمال و فعالیت هایی جمعیت ها که خلاف منافع ملی باشد، باطل است. به حیث مثال، اگر یک جمعیت به مملکت خارجی جاسوسی نماید و یا در داخل شهر یا بیرون آن بمب گذاری نماید، این فعالیت خلاف منافع ملی است.

۴- اعمال و فعالیت هایی جمعیت ها که خلاف هدف تأسیسی جمعیت باشد، باطل است. هدف تأسیسی هدفی است که بخاطر رسیدن به آن جمعیت تشکیل می شود. به عبارت دیگر: هدف تأسیسی فلسفه وجودی یک جمعیت است. به حیث مثال، اگر حزب سیاسی تجارت نماید، تجارت توسط حزب سیاسی خلاف هدف تأسیسی حزب است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از فعالیت های غیرقانونی، خلاف آداب عامه، منافع ملی و هدف تأسیسی جمعیت ها است. اثر این اعمال که باطل بودن است نیز در نص این ماده پیش بینی شده است. به حیث مثال، اگر یک جمعیت یک دربند حویلی را غرض ایجاد قمار خانه به اجاره بگیرد و سپس به صاحب خانه اجرت را ندهد و صاحب خانه علیه جمعیت اقامه دعوی نماید و خواهان دریافت اجرت گردد، چون قرارداد باطل و بی اثر است، صاحب خانه مستحق هیچ نوع اجوره شناخته نمی شود.

۳) طبق ماده ۴۰۹ ق. م: «شخصیت حکمی جمعیت وقتی تثبیت می گردد که اساسنامه آن مطابق به احکام این قانون ترتیب و نشر گردیده باشد.» حکم نص این ماده با عین ادبیات در ماده ۴ قانون جمعیت ها هم پیش بینی شده است که به دلیل تکرار توجیه پذیر به نظر نمی رسد. ماده ۴ قانون جمعیت ها می گوید: «شخصیت حکمی جمعیت زمانی تثبیت می گردد که اساسنامه آن مطابق به احکام این قانون ترتیب، ثبت و نشر گردیده باشد.» طبق نص این مواد شخصیت حکمی جمعیت اعم از حزب، شورا، مجمع و نظیر اینها زمانی تثبیت می گردد که اساسنامه آن توسط مؤسس ترتیب و نشر شود. اساسنامه در لغت به معین بنیاد نامه و قانون است.^{۲۷۰} تثبیت از ریشه «ثبت» گرفته شده که در لغت به معنی برجای

داشتن، مستقر کردن، استوار داشتن، قرار دادن و ثابت کردن است.^{۲۷۶} نشر در لغت به معنی پخش کردن، انتشار دادن و پراکنده کردن است. در اصطلاح حقوقی به چاپ و طبع کردن و پخش یک اثر و قانون نشر می‌گویند.^{۲۷۷} ماده ۳ جزء ۳۸ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی در تعریف نشر در مفهوم محدود می‌گوید: «نشر چاپ کردن سند تقنینی در جریده رسمی است که به منظور آگاهی عامه از احکام سند تقنینی صورت می‌گیرد.»

به حیث مثال، اگر احمد بخواهد حزب سیاسی ایجاد نماید، باید اساسنامه حزب سیاسی را ترتیب، در ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه ثبت و بعد نشر گردد. قبل از این مرحله؛ یعنی: ترتیب و ثبت اساسنامه در ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه جمعیت فاقد شخصیت حقوقی و نمی‌تواند فعالیت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به نظر می‌رسد که شناسایی و معرفی زمان ایجاد شخصیت حکمی جمعیت است.

۴) براساس ماده ۴۱۰ ق.م: «اعلان اساسنامه جمعیت بعد از پرداخت محصول معینه و ثبت جمعیت در دفاتر مربوط و نشر آن در جریده رسمی تکمیل می‌گردد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۴۰۹ ق.م است. اعلان در لغت به معنی علنی کردن، هویدا کردن و آشکارا کردن است. طبق نص این ماده برای این که اساسنامه جمعیت اعلان گردد باید مراحل ذیل طی شود:

۱- پرداخت محصول به حساب وزارت عدلیه؛

۲- ثبت جمعیت در ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه؛

۳- نشر اساسنامه جمعیت در جریده رسمی. مطابق ماده ۳ جزء ۴۴ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی: «جریده رسمی نشریه رسمی وزارت عدلیه است که غرض نشر و پخش اسناد تقنینی، علامت تجارتي و خصوصیت آن، طبق ماده (۱۵) این قانون از طرف وزارت عدلیه به نشر می‌رسد.» به حیث مثال، اگر احمد بخواهد حزب سیاسی ایجاد نماید، باید اساسنامه حزب سیاسی را ترتیب، محصول را آن را به دولت پرداخت، اساسنامه را در ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه ثبت و این ریاست اساسنامه را نشر نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان مراحل ثبت و نشر اساسنامه جمعیت و ایجاد شخصیت حکمی جمعیت است.

۵) طبق ماده ۴۱۱ ق.م: «مرجع صلاحیتدار، اساسنامه جمعیت را در خلال مدت شصت روز از تاریخ مطالبه آن اعلان می‌نماید. در غیر آن با تکمیل شصت روز جمعیت حکماً اعلام شده شناخته می‌شود.»

۲۷۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۵.
۲۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۴۰.

شود. مرجع مذکور به اثر مطالبه اشخاص ذی‌علاقه مکلف است اساسنامه جمعیت را مطابق به احکام قانون اعلان و یا آن را رد نماید.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

- ۱- ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه مکلف است در خلال مدت شصت روز از تاریخ مطالبه توسط مؤسس جمعیت اساسنامه را اعلان نماید.
- ۲- ضمانت اجرای بند اول نص ماده ۴۱۱ ق. م در بند دوم آن پیش بینی شده است. بنابراین، اگر ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه در خلال مدت شصت روز اساسنامه را اعلان ننماید، جمعیت حکماً اعلام شده می شود. از مفاد این ماده به خوبی نتیجه گرفته می شود که اعلان دو نوع است: اول حقیقی که در مدت شصت روز توسط ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه صورت می گیرد. دوم حکمی که هرگاه ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه اساسنامه جمعیت را در خلال مدت شصت روز اعلام ننماید، اساسنامه به حکم قانون اعلان شده محسوب می شود.
- ۳- ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه مکلف است در اثر تقاضای مؤسس محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، مؤسس معمولاً خواهان تأسیس و اعلان جمعیت است نه رد آن. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان ظرف زمانی که در خلال آن ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه باید اساسنامه جمعیت را اعلان نماید است. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد یک جمعیت تأسیس نماید، ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه مکلف است آن را قبول یا رد نماید و اگر قبول نماید باید اساسنامه را در خلال مدت شصت روز اعلان نماید.

۳) اساسنامه

طبق ق. م اساسنامه جمعیت تابع قواعد حقوقی ذیل است:

- ۱) براساس ماده ۴۰۵ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) جمعیت دارای اساسنامه ای است که فعالیت آن را تنظیم و از طرف اعضای مؤسس آن منظور می شود؛ و (۲) اساسنامه جمعیت حاوی مطالب ذیل است: ۱- عنوان جمعیت، هدف و مرام تأسیس آن و مرکز اداره جمعیت. مرکز اداره جمعیت در خارج از افغانستان بوده نمی تواند؛ ۲- شهرت مکمله اعضای مؤسس؛ ۳- عواید جمعیت، به دوران انداختن و تصرف در آن؛ ۴- هیئت هائی که جمعیت را تمثیل می کنند با تعیین اعضاء، وظایف و طرق عزل آنها؛ ۵ - حقوق و وجایب اعضای مؤسس؛ ۶ - طرز نظارت اموال جمعیت؛ ۷- طرز تعدیل اساسنامه جمعیت، الحاق، تقسیم و تأسیس نمایندگی؛ و ۸ - انحلال و تصفیه امور مالی جمعیت و مرجعی که اموال به آن انتقال می یابد.» معمولاً فعالیت اشخاص حکمی اعم از ملی و بین المللی تابع سند مؤسس شخصیت حکمی است. به حیث مثال، سازمان های بین المللی معمولاً تابع اساسنامه، دولت ها تابع قانون اساسی، ادارات دولتی تابع قانون عادی و شخصیت های حکمی خصوصی تابع اساسنامه اند. هدف از اساسنامه طبق نص این ماده تنظیم فعالیت جمعیت است. بنابراین، جمعیت باید

در حدود اساسنامه خویش فعالیت نماید نه خارج از آن. اساسنامه جمعیت ها قبل از این که در ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه ثبت شود باید توسط مؤسس یا مؤسسين جمعیت منظور گردد.

به حیث مثال، اگر احمد بخواهد انجمن ایجاد نماید، باید قبل از ایجاد آن برای آن اساسنامه تدوین نماید و اساسنامه حاوی مطالب و عناصری باشد که در فقره دوم نص ماده ۴۰۵ پیش بینی شده است. فقره دوم نص ماده ۴۰۵ ق. م بیان می نماید که اساسنامه باید در برگیرنده کد نام نکات و عناصر باشد. بنابراین، تدوین کنندگان اساسنامه جمعیت ها به طور کلی باید این عناصر و نکات را در اساسنامه بگنجانند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده از یکطرف بیان این که جمعیت تابع چه نوع سند است و از طرف دیگر بیان عناصر اساسنامه برای تدوین کنندگان اساسنامه ها است.

۲) براساس ماده ۴۰۶ فقره اول ق. م: «(۱) اعضای مؤسس نمی توانند چنان مطالبی را در اساسنامه جمعیت بگنجانند که انتقال اموال را بعد از انحلال جمعیت به خود، فامیل و یا ورثه شان مجاز قرار دهد.» نص این ماده مرتبط با ماده ۴۰۵ ق. م است. زیرا، طبق نص ماده ۴۰۵ ق. م یکی از مطالبی را که مؤسس جمعیت در وقت تدوین اساسنامه جمعیت رعایت نماید، «انحلال و تصفیة امور مالی جمعیت و مرجعی که اموال به آن انتقال می یابد» است.

سؤال این است که در صورت انحلال جمعیت تکلیف اموال جمعیت چیست؟ در پاسخ به این پرسش ق. م از یکطرف ساکت است و از طرف دیگر به اعضای مؤسس اجازه نمی دهد که قواعدی را در اساسنامه پیش بینی نمایند که موجب انتقال اموال جمعیت به خود مؤسس، فامیل و یا ورثه وی گردد که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ممنوعیت انتقال اموال جمعیت به عضو جمعیت در صورت انحلال جمعیت است.

۳) براساس ماده ۴۱۲ ق. م: «تعدیل اساسنامه جمعیت با رعایت احکام مواد (۴۱۱، ۴۱۰، ۴۰۹) این قانون بعد از اعلان نافذ شمرده می شود.» تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.^{۲۷۸} به نظر می رسد تعدیل تغییر حکم اساسنامه است. تعدیل اساسنامه جمعیت تابع احکام ماده ۴۰۹، ۴۱۰ و ۴۱۱ ق. م است. براساس این احکام، در صورت تعدیل، اساسنامه باید دوباره در ریاست انسجام سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی ثبت و در جریده رسمی نشر و اعلان گردد. به حیث مثال، اگر احمد مؤسس حزب سیاسی باشد و بخواهد اساسنامه حزب سیاسی را تعدیل نماید، اول باید احکام اساسنامه را تغییر دهد، سپس آن را در ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه ثبت نماید. هدف قانونگذار در نص این ماده بیان طرز و شیوه تعدیل و تغییر اساسنامه است.

۴) صلاحیت ها و تکالیف

طبق ق. م جمعیت ها مکلف اند امور ذیل را انجام دهند:

۲۷۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۰۳.

- ۱) براساس ماده ۴۱۳ ق. م: «جمعیت مراتب آتی را رعایت می نماید:
- ۱- نگهداری دفاتر و اسناد مربوط جمعیت در مرکز اداره آن؛
- ۲- ثبت اسم، ولد، اسم فامیلی، سن، نمبر تذکره، پیشه و آدرس هر عضو با تاریخ شمول وی به عضویت جمعیت در دفاتر مخصوص یا تغییراتی که در موارد فوق به عمل می آید؛
- ۳- ثبت رویدادها و تصاویر مجمع عمومی و مجالس اداری در دفاتر مخصوص. هر عضو جمعیت می تواند از محتویات محاضر اطلاع حاصل نماید؛
- ۴- ثبت مصارف، عواید، تبرعات و مدارک آن بالتفصیل در دفاتر مخصوص صورت می گیرد. مرجع صلاحیتدار می تواند از محتویات این اسناد و محاضرات اطلاع حاصل نماید؛ و
- ۵- اشخاص خارجی می توانند در حالات خاص به اجازه مراجع ذیصلاح در جمعیت های فرهنگی کسب عضویت نمایند.» طبق نص این ماده که بر همه جمعیت ها قابل تطبیق و تسری است، جمعیت ها مکلف اند:

- ۱- اسناد مربوط به جمعیت را در اداره مرکزی جمعیت نگهداری نمایند.
- ۲- اسم، ولد، اسم فامیلی، سن، نمبر تذکره، پیشه و آدرس هر عضو را با تاریخ شمول وی به عضویت جمعیت در دفاتر مخصوص ثبت نمایند. به عنوان مثال، اگر جمعیت حزب سیاسی یا انجمن یا اتحادیه باشد این حکم قابل تطبیق است.
- ۳- رویدادها، مصوبه های مجمع عمومی و ملاقات ها و جلسات اداری را ثبت و نگهداری نمایند. هر عضو می تواند از محتویات محاضر اطلاع حاصل نماید. محاضر جمع محضر است. محضر اسم مکان از ریشه «حضر» گرفته شده است که در لغت به معنی حضور، جای حضور، پیشگاه و دفتر ثبت اسناد است.^{۲۷۹} همچنین، محاضر در لغت به معنی دفتر اسناد رسمی است.^{۲۸۰}
- ۴- مصارف، عواید، تبرعات جمعیت را در دفاتر ثبت نمایند. دفاتر جمع دفتر است. دفتر مجازاً در لغت به معنی اطاق کار است. اما، حقیقتاً دفتر به معنی کتاب، مجلد، مجموعه، کتابچه و جزوه است.^{۲۸۱} تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۲۸۲} به نظر می رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می گردد، مانند: هبه، وصیت، وقف، عاریت و امثال اینها. عاید در لغت به معنی بازگشت کننده، آنچه به کسی باز می گردد، حاصل کردن، سود بردن، درآمد داشتن، فایده دادن و سود و فایده است^{۲۸۳} که جمع آن عایدات و عواید می باشد. به نظر می

279. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit:5/9/2018).

280. Ibid, (Last visit: 5/9/2018).

281. Ibid, (Last visit: 5/9/2018).

۲۸۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

283. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶).

رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عاید عبارت از درآمد و فایده است که در نتیجه کار انسان آن را به دست می آورد.

۵- جمعیت ها باید به مرجع صلاحیتدار اجازه دهند تا از محتویات اسناد و محاضر اطلاع حاصل نماید. استعمال «محاضرات» در نص این ماده محل ایراد است. زیرا، محاضر اسم جمع است و قانونگذار مدنی در نص این ماده اسم جمع را جمع کرده است. همچنین، قانونگذار مدنی در نص این ماده واضح نساخته است که مرجع صلاحیتدار کدام مرجع است. به نظر می رسد مرجع صلاحیت، ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه است، زیرا طبق ماده ۴۰۳ ق. م این ریاست صلاحیت مراقبت و کنترل اجراءات جمعیت ها را دارد. کنترل و مراقبت مستلزم بررسی اسناد و محاضر جمعیت ها است. این نظارت، به نظر می رسد که نظارت اطلاعی است. اما، نظارتی را که در زمان ایجاد جمعیت ها، ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه اعمال می نماید، نظارت استصوابی به نظر می رسد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان برخی تکالیف جمعیت ها به طور عام، ایجاد شفافیت در جمعیت ها و حسابداری جمعیت و کنترل و مراقبت از اجراءات جمعیت ها است.

۲) براساس ماده ۴۱۴ ق. م: «(۱) جمعیت مکلف است به اجازه مرجع صلاحیتدار اموال نقدی مربوط به جمعیت را به عنوان جمعیت در بانک و یا محل دیگری به ودیعت گذارد؛ و (۲) جمعیت باید از تغییر محل ودیعت در خلال یک هفته از تاریخ تغییر، به مرجع صلاحیتدار اطلاع دهد.» عبارت اموال نقدی جمعیت مبهم است. با توجه به این که قانونگذار مدنی در نص این ماده از محل دیگر سخن می گوید می توان چنین استنباط نمود که اموال نقدی می تواند غیر از پول نقد باشد، مانند موتر، کامپیوتر، میز، کتاب و سایر اموالی که در جمعیت ها وجود دارند.

طبق نص این ماده جمعیت می تواند با اجازه مرجع صلاحیتدار پول جمعیت را به حساب بانکی جمعیت در بانک به ودیعت گذارد. همچنین، جمعیت می تواند سایر اموال جمعیت را در محل دیگر به ودیعت گذارد. معمولاً پول را امروزه در بانک به ودیعه می گذارند نه سایر اموال را. ودیعه مؤنث ودیعه از ریشه «ودع» گرفته شده است که به معنای سپرده و امانت است.^{۲۸۴} ماده ۷۶۳ مجلة الاحکام در تعریف ودیعه می گوید که: «ودیعت مالی است که نزد شخص بخاطر حفاظت گذاشته می شود.» در صورتی که مال نقدی جمعیت پول باشد، مودع بانک است. اما، در صورتی که اموال جمعیت غیر از پول نقد باشد، مودع می تواند شخص ثالث غیر از بانک باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سرقت پول، تأمین مصوونیت پول و تأمین امنیت جانی افرادی که در جمعیت کار می نمایند است.

۲۸۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۰۱۶ و ۴۰۱۷ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۱۹؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۵.

۳) طبق ماده ۴۱۵ ق. م: «اموال مربوط به جمعیت برای تأمین اهداف معینه آن به مصرف می رسد. مقدار باقیمانده در ساحات مطمئن بدوران انداخته شده می تواند، مشروط بر اینکه فعالیت‌های اصلی آن را متأثر نسازد.» مال در لغت به معنی خواسته، پول، کالا، متاع و ثروت است.^{۲۸۵} مال عبارت از هر عین و یا حقی است که دارای قیمت مادی و عرفاً دارای منفعت باشد. طبق نص این ماده اموال جمعیت جهت نیل به مقاصد آن به مصرف می رسد.

به حیث مثال، اگر جمعیت حزب سیاسی باشد، اموال حزب سیاسی باید برای رسیدن به اهداف حزب سیاسی به کار رود. همچنین، اگر جمعیت اتحادیه باشد، اموال آن باید برای رسیدن به اهداف اتحادیه به کار رود. در صورت باقیماندن، این اموال به شرطی که موجب توقف فعالیت جمعیت نگردد، می تواند به دوران انداخته شود. عبارت به دوران انداختن در ساحات مطمئن مبهم است. به نظر می رسد منظور از به دوران انداختن عدم راکد و منجمد گذاشتن پول است. به عبارت دیگر: به دوران انداختن به معنی تجارت نمودن است. با پذیرش این برداشت و استنباط نص ماده ۴۱۵ ق. م با ماده ۴۱۸ ق. م در تعارض می رسد. زیرا، مطابق ماده ۴۱۸ ق. م جمعیت می تواند پول را به دوران بی اندازد. اما، مطابق ماده ۴۱۸ ق. م جمعیت نمی تواند به مضاربت مالی تشبث نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده از اموال جمعیت و به مصرف رسیدن اموال جمعیت در محل مناسب آن به نظر می رسد.

۴) براساس ماده ۴۱۶ ق. م: «جمعیت دارای بودجه سالانه که از طرف مجمع عمومی تصویب گردیده، می باشد. بودجه جمعیت به اطلاع مرجع صلاحیتدار رسانیده می شود.» بودجه ظاهراً از ادبیات انگلیسی وارد ادبیات دری شده است. بودجه عبارت از درآمد ها و مصارف دولت است برای یک سال که در سند بودجه توسط حکومت ترتیب و به تصویب شورای ملی می رسد. بودجه نیز به طور استثنایی قانون است زیرا به تصویب هر دو جرگه می رسد و توسط رئیس جمهور توشیح می شود و بعد از توشیح رئیس جمهور در مدت یک سال تطبیق می شود. دلیل استثنایی برای قانون شمردن بودجه این است که قانون بودجه با یک بار اجرا شدن از بین می رود.

به عبارت دیگر: قانون بودجه فاقد وصف دوام قانون است. با توجه به آنچه گفته شد، ماده ۳ جزء ۴ قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی سال ۱۳۹۵ در تعریف بودجه می گوید: «بودجه ملی: سند تقنینی سالانه جمهوری اسلامی افغانستان است که طبق فقره (۴) ماده ۷۵ و ماده ۹۵ قانون اساسی از طرف حکومت ترتیب و براساس مواد ۹۰، ۹۷، ۹۸ و ۹۹ قانون اساسی طی مراحل گردیده باشد.» به نظر می رسد بودجه در نص این ماده در مفهوم علمی آن استعمال نشده است بلکه در مفهوم مصطلح یک مقدار پول که عواید و مصارف یک جمعیت را تکافو یا بسنده نماید استعمال شده است. با پذیرش این تعریف از بودجه، بودجه جمعیت باید به تصویب مجمع عمومی برسد. تصویب از ریشه «صوب» گرفته شده است که به معنای مصوب کردن و ابرام است.^{۲۸۶} بودجه باید به اطلاع مرجع صلاحیت برسد. منظور

285. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۲۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۹۲.

از مرجع صلاحیتدار به نظر می‌رسد که ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان‌های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه است. نظارت ریاست بر بودجه جمعیت نظارت اطلاعاتی به نظر می‌رسد نه استصوابی.

۵) طبق ماده ۴۱۷ ق. م: «جمعیت نمی‌تواند خارج از حدودی که در اساسنامه آن توضیح شده فعالیت نماید.» نص این ماده مرتبط با ماده ۴۱۵ است. حدود جمع حد است که در لغت به معنی اندازه است. همچنین، حدود در لغت به معنی محدوده است.^{۲۸۷} معمولاً محدوده فعالیت هر جمعیت در اساسنامه آن تصریح می‌گردد. زیرا، یکی از مطالبی که باید در اساسنامه پیش بینی شود، اهداف جمعیت و حدودی که در آن جمعیت می‌تواند فعالیت نماید، است. طبق نص این ماده جمعیت نمی‌تواند برخلاف اهداف و محدوده‌ای که در اساسنامه آن پیش بینی شده است فعالیت نماید. به حیث مثال، حزب سیاسی نمی‌تواند در چهارچوب حزب سیاسی فعالیت تجارتي و شرکت تجارتي فعالیت سیاسی نماید هرچند حزب سیاسی و شرکت تجارتي هر دو از مصادیق جمعیت اند. اما، اهداف و محدوده فعالیت هر یک متفاوت است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تحقق اهداف جمعیت و ترسیم محدوده فعالیت جمعیت به نظر می‌رسد.

۶) براساس ماده ۴۱۸ ق. م: «جمعیت‌ها نمی‌توانند به مضاربت مالی تشبث نمایند.» مضاربت از ریشه «ضرب» گرفته شده است که در لغت به معنای همدیگر را زدن، همدیگر را با شمشیر زدن، شریک شدن و تجارت کردن با مال دیگری و سفر کردن به منظور تجارت است.^{۲۸۸} ماده ۱۴۰۴ مجله الاحکام در تعریف مضاربه می‌گوید: «مضاربه نوعی شرکت است به نحوی که سرمایه از یکطرف و کوشش عمل از طرف دیگر است. صاحب سرمایه را رب المال و عامل را مضارب گویند.» تشبث در لغت به معنی چنگ زدن به چیزی، چیزی را دست‌آویز قرار دادن، آویزش، تمسک و توسل است.^{۲۸۹}

به نظر می‌رسد تشبث در نص این ماده در مفهوم لغوی آن نه بلکه در مفهوم مصطلح سرمایه‌گذاری استعمال شده است. طبق نص ماده ۴۱۸ ق. م جمعیت‌ها نمی‌توانند به مضاربه متوسل شوند. به عبارت دیگر: جمعیت‌ها نمی‌توانند با اموال جمعیت مضاربه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد رئیس اتحادیه کارگری باشد نمی‌تواند با اموال اتحادیه کارگری مضاربت نماید. زیرا، در مضاربت نفع و ضرر متصور است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی از ممنوعیت مضاربه جلوگیری از سوء استفاده از اموال جمعیت و جلوگیری از به هدر رفتن اموال جمعیت است.

287. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۲۸۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۹۲۳ و ۳۹۲۴؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۸۶۳ و ۱۸۶۴؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران: انتشارات محمدی سقر، صص ۳۱۲.

289. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۷) براساس ماده ۴۱۹ ق.م: «(۱) اسم جمعیت، شماره اعلان و حدود فعالیت آن در تمام دفاتر، اوراق و نشرات آن درج می گردد؛ و (۲) هیچ جمعیت نمی تواند چنان اسمی را انتخاب نماید که به جمعیت دیگری متعلق باشد، گرچه ساحه فعالیت آنها مشترک باشد.» عبارت شماره اعلان در نص این ماده مبهم است. طبق نص این ماده اسم جمعیت، شماره اعلان و محدوده فعالیت آن در دفاتر و نشرات جمعیت درج گردد. اسم از ریشه «سمو» گرفته شده است که در لغت به معنی نشانه و علامت است. در اصطلاح حقوق مدنی، اسم عبارت از کلمه است که از مسمی خبر می دهد.^{۲۹۰}

به حیث مثال، اگر احمد مؤسس یک حزب سیاسی به نام حزب عدالت باشد، نام این حزب باید در تمام اوراق، دفاتر و نشرات حزب درج گردد. همچنین، یک جمعیت نمی تواند نام جمعیت دیگر را انتخاب نماید. به حیث مثال، اگر احمد یک حزب سیاسی به نام حزب عدالت تأسیس نماید، محمود نمی تواند حزب سیاسی با عین نام یعنی حزب عدالت ایجاد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق معنوی جمعیت است. همچنین، هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تکلیف جمعیت است. همچنین، به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تفکیک قایل شدن میان جمعیت ها براساس نام آنها است.

۸) براساس ماده ۴۲۰ فقره های اول و دوم ق.م: «(۱) هیچ جمعیتی بدون اجازه مرجع صلاحیتدار نمی تواند به جمعیت، هیأت و یا کلب در خارج از افغانستان منسوب، مشترک و یا منضم گردد؛ (۲) هیچ جمعیت نمی تواند اموالی را از شخص، جمعیت، هیأت یا کلبی که در خارج افغانستان باشد، به دست آرد مگر به اجازه مرجع صلاحیتدار؛ و (۳) هیچ جمعیت نمی تواند چیزی را به اشخاص و یا مؤسسات خارجی بدون اجازه مرجع صلاحیتدار بفرستد.» عبارت «کلب» در نص این ماده مبهم است. همچنین نص این ماده بسیار کلی و عام است. به نظر می رسد از نص این ماده چهار حکم ذیل قابل استنباط است:

۱- هیچ جمعیت نمی تواند با جمعیت دیگر یا هیأت خارج از افغانستان منسوب، مشترک یا منضم شود. منسوب در لغت به معنی نسبت داده شده، متعلق، منتسب، مربوط و پیوسته است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد منسوب دارای نسبت، علاقه، پیوستگی، متعلق و مرتبط است.^{۲۹۱} مشترک در لغت به معنی شریک است. همچنین، مشترک در لغت به معنی دارای شریک و شریک دار است. در اصطلاح حقوقی، مشترک عبارت از چیزی است که در آن چند نفر سهم داشته باشند و همه از آن بهره بگیرند.^{۲۹۲} منضم در لغت به معنی همراه شده، ضمیمه شده، پیوسته و ملحق است. در اصطلاح حقوقی، منضم چیزی است که به چیز دیگر آمیخته و همراه شده باشد.^{۲۹۳} به حیث مثال، حزب سیاسی در افغانستان که

۲۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۴.

291. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 21/ 5/ 2016).

292. Ibid, (Last visit: 21/ 5/ 2016).

293. Ibid, (Last visit: 21/ 5/ 2016).

از مصادیق جمعیت است نمی تواند با حزب سیاسی دیگر در خارج مثلاً حزب دموکرات های امریکا یا حزب کارگر بریتانیا منسوب، مشترک یا منضم شود مگر این که مرجع صلاحیت دار اجازه دهد. مصادیق مرجع صلاحیتدار می تواند متفاوت باشد. به حیث مثال، اگر جمعیت شورا باشد، مرجع صلاحیتدار ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه است. اما، اگر جمعیت مؤسسه باشد، مرجع صلاحیتدار وزارت اقتصاد است.

۲- هیچ جمعیت در افغانستان نمی تواند با هیأتی که در خارج از افغانستان منسوب، مشترک و منضم شود مگر این که مرجع صلاحیتدار که مصادیق آن می تواند متفاوت باشد اجازه بدهد. هیأت در لغت به معنی شکل، صورت، حال و کیفیت است. همچنین، هیأت در لغت به معنی عده از مردم، دسته، گروه است.^{۲۹۴} با توجه به معنی لغوی هیأت پیدا کردن مصداق هیأت که جمعیت با آن منضم، منسوب و مشترک شود مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد هیأت گروه از اشخاص حقیقی است که به غرض اجرای کار معین به حیث مثال نظارت از اجراءات کار یک اداره، مذاکره، بررسی حادثه و نظیر اینها توسط یک اداره، رئیس جمهور، دولت، سازمان بین المللی و نظیر اینها مؤظف می شود.

۳- هیچ جمعیت نمی تواند اموال را از شخص، جمعیت، هیأت یا کلپی که در خارج افغانستان باشد، به دست آورد مگر به اجازه مرجع صلاحیتدار. به حیث مثال، اگر جمعیت حزب سیاسی باشد، نمی تواند از حزب سیاسی خارج از افغانستان مال به دست آورد. مال در نص این ماده مطلق استعمال شده است و می تواند شامل مال منقول، پول و نظیر اینها باشد. همچنین، اگر جمعیت مؤسسه باشد، نمی تواند از جمعیت خارج از افغانستان مال به دست آورد مگر این که مرجع ذیصلاح که مصادیق آن فرق می نماید اجازه بدهد.

۴- هیچ جمعیت نمی تواند بدون اجازه مرجع ذیصلاح چیزی را به اشخاص و مؤسسات خارجی بفرستد مگر این که مرجع ذیصلاح اجازه دهد. نص این ماده بسیار کلی و مبهم است. چیز اصطلاح کلی است. چیز در لغت به معنی شی، امر، پدیده، مال و موضوع است. همچنین چیز ضمیر نامعین است و مصادیق متعدد را در بر می گیرد.^{۲۹۵}

به حیث مثال، اگر احمد حزب سیاسی داشته باشد، نمی تواند قالبین را که مصداق چیز است به جان تبعه خارجی که شخص حقیقی است بفرستد. همچنین، اگر احمد انجمن داشته باشد نمی تواند نامه که از مصادیق چیز است به سازمان ملل بفرستد. این اصل است. استثنای این اصل اعطای اجازه توسط مرجع ذیصلاح است. نظارت مرجع ذیصلاح در نص این ماده نظارت استصوابی است. با پذیرش آنچه گفته شد، نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. همچنین، تطبیق نص این ماده در عمل مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده تحت نظارت داشتن فعالیت جمعیت ها است. همچنین، نص این ماده در نگاه اول به نظر می رسد که در صدد تحقق ماده ۳۵ ق. ۱ است. زیرا، ماده ۳۵ ق. ۱ حکم می نماید که: «... اتباع افغانستان حق دارند، مطابق به احکام قانون، احزاب سیاسی تشکیل

294. Ibid, (Last visit: 21/ 5/ 2016).

295. Ibid, (Last visit: 21/ 5/ 2016).

دهند، مشروط بر اینکه [...] حزب وابسته به حزب سیاسی و یا دیگر منابع خارجی نباشد [...]». اما، ق. م در سال ۱۳۵۵ هجری شمسی وضع و نافذ گردیده است و ق. ۱ در سال ۱۳۸۲ هجری شمسی. در هر حال، به نظر می رسد هدف دیگر قانونگذار مدنی در نص این ماده تأمین استقلالیت و عدم وابستگی جمعیت ها به جمعیت های خارجی است.

۹) براساس ماده ۴۲۱ ق. م: «تبرعات تنها به اسم و حساب جمعیت مطابق به مقرراتی که از طرف حکومت وضع گردیده، جمع آوری شده می تواند. مرجع صلاحیتدار می تواند نماینده ای را غرض اشتراک در مجمع عمومی صلاحیت دار برساند.» تبرعات جمع تبرع است. تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۲۹۶} به نظر می رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می گردد، مانند: هبه، صدقه، وصیت، وقف، عاریت و امثال اینها. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- تبرعات صرف به اسم و حساب جمعیت می تواند مطابق قانون جمع آوری شود. قانونگذار مدنی در نص این ماده از اسم و حساب جمعیت سخن می گوید. اسم مترادف با نام است. بنابراین، اشخاص حقیقی که اراده جمعیت را تمثیل می نمایند می توانند به نام جمعیت تبرعات را جمع آوری نمایند نه به نام خود. حساب در لغت به معنی شمار، اندازه، تعداد و حد است که جمع آن حسابات می باشد.^{۲۹۷} عبارت «حساب» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از حساب در نص این ماده به نمایندگی از جمعیت است. به حیث مثال، اگر احمد مؤسس حزب سیاسی باشد، می تواند به نام حزب سیاسی و به نمایندگی از حزب سیاسی تبرعات را جمع آوری نماید. همچنین، اگر احمد مؤسس اتحادیه باشد، می تواند به نام و حساب اتحادیه تبرعات را جمع آوری نماید.

۲- بند دوم نص این ماده که می گوید: «مرجع صلاحیتدار می تواند نماینده ای را غرض اشتراک در مجمع عمومی صلاحیت دار برساند» مبهم است. زیرا، منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده روشن نیست. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که مرجع صلاحیتدار که مصادیق آن نظر به جمعیت ها فرق می نماید، می تواند شخصی را غرض نظارت در پروسه جمع آوری تبرعات بفرستد. با پذیرش این برداشت و استنباط به نظر می رسد نظارت مرجع ذیصلاح نظارت اطلاعی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده اشخاص حقیقی که اراده جمعیت ها را که اشخاص حکمی اند تمثیل می نمایند است.

۱۰) براساس ماده ۴۲۲ ق. م: «(۱) جمعیت باید انعقاد و اجندای مجمع عمومی را اقلماً (۱۵) روز قبل به اطلاع مرجع صلاحیتدار برساند. مرجع صلاحیتدار می تواند نماینده را غرض اشتراک در مجمع عمومی جمعیت بفرستد؛ و (۲) جمعیت گزارشات مجمع عمومی را در خلال (۱۵) روز از تاریخ انعقاد آن، به اطلاع مرجع صلاحیتدار می رساند.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

۲۹۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

(آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶)، <https://www.vajehyab.com>, 297.

۱- جمعیت باید تأریخ تدویر مجمع عمومی را حداقل در ۱۵ روز قبل از تدویر مجمع عمومی به مرجع صلاحیتدار که نظر به نوع جمعیت فرق می نماید برساند. به حیث مثال، اگر اتحادیه حقوقدانان مجمع عمومی را دایر نماید، باید ۱۵ روز قبل از تدویر مجمع عمومی ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه را اطلاع دهد.

۲- هدف از اطلاع از تأریخ تدویر مجمع عمومی در فقره ۲ نص ماده ۴۲۲ پیش بینی شده است که عبارت از فرستادن نماینده غرض اشتراک در مجمع عمومی است. بنابراین، در مثال بالا، ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه می تواند یکی از کارمندان این ریاست را به مجمع عمومی غرض اشتراک بفرستد. منظور از اشتراک نماینده در نص این ماده روشن نیست.

۳- جمعیت مکلف است در خلال ۱۵ روز از تأریخ تدویر مجمع عمومی گزارشات آن را به مرجع ذیصلاح بفرستد. به حیث مثال، در مثال بالا اتحادیه حقوقدانان باید گزارش مجمع عمومی را در خلال ۱۵ روز به ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه بفرستد. (۱۱) براساس ماده ۴۲۳ ق.م: «(۱) جمعیت می تواند نمایندگی تأسیس نماید؛ (۲) نمایندگی بعد از اعلان، حیثیت شخصیت حکمی مستقل را کسب می نماید؛ و نمایندگی نمی تواند اساسنامه داخلی خود را در موضوعات مربوط به وجایب آن در برابر جمعیت اصلی، طرزالعمل و سیاست عمومی جمعیت، بدون موافقه جمعیت اصلی تعدیل نماید.» نمایندگی در لغت به معنی شعبه، وکالت، نماینده بودن و نمایندگی کردن است.^{۲۹۸} نص این ماده مبهم به نظر می رسد. از نص این ماده سه حکم در خصوص ایجاد نمایندگی قابل استنباط است:

۱- طبق فقره اول ماده ۴۲۳ جمعیت می تواند نمایندگی تأسیس نماید. به حیث مثال، اگر جمعیت مؤسسه تحصیلات عالی باشد و مرکز آن در کابل، این مؤسسه می تواند در یکی از ولایات نمایندگی تأسیس نماید. همچنین، اگر جمعیت، انجمن مستقل وکلای مدافع افغانستان باشد، می تواند در ولایت مانند هرات، مزار و نظیر اینها نمایندگی ایجاد نماید. همچنین، اگر جمعیت حزب سیاسی باشد و دفتر اصلی آن در مرکز باشد، می تواند در ولایات نمایندگی ایجاد نماید.

۲- نمایندگی بعد از اعلان، حیثیت شخص حکمی مستقل را کسب می نماید. کسب شخصیت حکمی مستقل توسط نمایندگی جمعیت موجه و عملی به نظر نمی رسد. زیرا، در صورت ایجاد نمایندگی، نمایندگی همانطور که از آن و فلسفه وجودی آن مبرهن و پیدا است از جمعیت اصلی نمایندگی می نماید. به حیث مثال، انجمن مستقل وکلای مدافع در زون ها نمایندگی دارد و این نمایندگی ها دارای شخصیت حقوقی مستقل نیستند، بلکه از انجمن مستقل وکلای مدافع در زون ها نمایندگی می نمایند.

۳- نمایندگی نمی تواند اساسنامه داخلی خود را در موضوعات مربوط به وجایب آن در برابر جمعیت اصلی، طرزالعمل و سیاست عمومی جمعیت، بدون موافقه جمعیت اصلی تعدیل نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت به جمعیت ها غرض ایجاد نمایندگی و اثر ایجاد نمایندگی است.

۵) مجمع عمومی جمعیت

طبق ق. م مجمع عمومی جمعیت تابع قواعد ذیل است:

۱) **تعریف:** براساس ماده ۴۲۹ فقره اول ق. م: «(۱) مجمع عمومی مرکب از تمام اعضای است که وجایب خود را مطابق به اساسنامه جمعیت ایفاء نموده باشند؛ (۲) تصاویب مجمع عمومی خارج از موضوعات شامل آجنداء اعتبار ندارد.» به نظر می رسد قانونگذار مدنی در نص این ماده در صدد تعریف مجمع عمومی است. طبق این ماده، مجمع عمومی جمعیت متشکل از تمام اعضای جمعیت است. به حیث مثال، مجمع عمومی اتحادیه حقوقدانان مرکب از تمام حقوقدانانی است که عضویت این اتحادیه را دارند. مجمع عمومی انجمن مستقل وکلای مدافع تمام وکلای مدافع است که عضویت این انجمن را دارند.

به نظر می رسد طبق نص این ماده برای این که شخص عضو مجمع عمومی باشد، شرط است که وجایب خود را مطابق اساسنامه جمعیت ایفاء نماید. طبق بند دوم نص این ماده تصاویب مجمع عمومی خارج از اجندا مدار اعتبار نیست. به حیث مثال، هرگاه مجمع عمومی دایر شود، باید اجندای آن از قبل معین باشد مانند انحلال جمعیت، عزل هیأت مدیره، تصویب بودجه و نظیر اینها. هرگاه یکی از این موارد شامل اجندا نباشد و مجمع عمومی آن را خارج از اجندا تصویب نماید، این مصوبه مدار اعتبار نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف مجمع عمومی و شرایط مشروعیت تصاویب مجمع عمومی است.

۲) **نصاب تصاویب و تعدیل اساسنامه:** براساس ماده ۴۳۰ ق. م: «تصاویب مجمع عمومی به اکثریت آرای اعضای حاضر بعد از تکمیل نصاب دو ثلث اعضای اصلی آن صورت می گیرد. تصاویب مجمع عمومی در مورد تعدیل اساسنامه جمعیت به اکثریت مطلق و در مورد انحلال جمعیت، عزل اعضای هیأت مدیره، اتحاد و یا الحاق آن با جمعیت دیگر به اکثریت دو ثلث اعضاء صورت می گیرد، مگر اینکه در اساسنامه جمعیت خلاف آن تصریح شده باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- تصاویب مجمع عمومی به اکثریت آرای اعضای حاضر بعد از تکمیل نصاب دو ثلث اعضای اصلی آن صورت می گیرد. تصاویب جمع تصویب است. تصویب از ریشه «صوب» گرفته شده است که به معنای راست گردانیدن، مصوب کردن و راست گوی دانستن است. در اصطلاح حقوقی در مفهوم محدود به ابرام امور مربوط به جمعیت توسط اعضا تصویب گویند. برای تصویب امور مهم جمعیت شرط است اول این که تصویب توسط اکثریت اعضای حاضر صورت گیرد. قانونگذار مدنی اکثریت آرای اعضای حاضر را تعریف نکرده است. به نظر می رسد اکثریت آرای اعضای حاضر آراء پنجاه فیصد

اعضای حاضر جمعیت به علاوه یک است. نصاب در لغت به معنی جزء هر چیز را گویند.^{۲۹۹} در اصطلاح حقوقی نصاب حضور و وجود حداقل اعضا برای رسمیت بخشیدن به جلسه و تصویب است. برای این که نصاب مجمع عمومی تکمیل شود شرط است که دو ثلث (دو سوم) اعضای آن حاضر باشد. بنابراین، برای این که تصویب صورت بگیرد، شرط است که اولاً دو سوم اعضای جمعیت حضور داشته باشد و اکثریت اعضای حاضر دو سوم موضوعی را که به تصویب ضرورت دارد، تصویب نماید.

به حیث مثال، اگر قرار باشد بودجه جمعیت تصویب شود، باید دو سوم اعضای آن برای تکمیل نصاب حاضر باشند و از میان دو سوم اکثریت اعضای حاضر باید آن را تصویب کنند. به حیث مثال، اگر اعضای مجمع عمومی ۱۵۰ تن باشد، دو سوم آن ۱۰۰ تن می شود و تصاویر مجمع عمومی باید توسط ۵۰ جمع صورت بگیرد.

۲- نص بند اول ماده ۴۳۰ ق. م عام است. به نظر می رسد قانونگذار مدنی در بند دوم ماده ۴۳۰ ق. م مصادیق برخی تصاویر را که ضرورت به اکثریت مطلق آراء یا اکثریت دو ثلث اعضا دارد بیان می نماید. طبق بند دوم ماده ۴۳۰ ق. م دو حالت وجود دارد:

- تصاویر مجمع عمومی در مورد تعدیل اساسنامه جمعیت به اکثریت مطلق صورت می گیرد. تعریف تعدیل و قواعد تعدیل اساسنامه گذشت. به حیث مثال، اگر یک جمعیت مانند اتحادیه حقوقدانان، حزب سیاسی و نظیر اینها بخواهد اساسنامه جمعیت را تعدیل نماید، تعدیل اساسنامه باید مورد تصویب اکثریت مطلق اعضای مجمع عمومی برسد. بنابراین، برخلاف بسیاری از تصاویر مجمع عمومی که مستلزم اکثریت آرای اعضای مجمع عمومی است، تعدیل اساسنامه به دلیل اهمیت آن مستلزم حضور اکثریت مطلق اعضای مجمع عمومی است. این اصل است. استثنای این اصل این است که در اساسنامه طور دیگر تصریح شده باشد.

- انحلال جمعیت، عزل اعضای هیأت مدیره، اتحاد و یا الحاق یک جمعیت با جمعیت دیگر به اکثریت دو ثلث اعضاء صورت می گیرد، مگر اینکه در اساسنامه جمعیت خلاف آن تصریح شده باشد. انحلال از ریشه «حل» گرفته شده است که در لغت به معنی گشوده شدن، گشاده گردیدن، حل شدن، باز شدن، نابود شدن، از بین رفتن، تعطیل شدن و متلاشی شدن است.^{۳۰۰} در اصطلاح حقوق مدنی، در مفهوم محدود، انحلال پایان یافتن و از بین رفتن جمعیت است. عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.^{۳۰۱}

عزل اعضای هیأت مدیره که تعریف و تفصیل آن خواهد آمد، مستلزم تصویب اکثریت مطلق اعضای مجمع عمومی است مگر این که در اساسنامه خلاف آن پیش بینی شده باشد. اتحاد در لغت به معنی یکی شدن و متحد شدن است. الحاق از ریشه لحق گرفته شده است که به معنی پیوستن است. الحاق جمعیت

299. Ibid, (15/11/ 2017).

۳۰۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۴۷۳ و ۴۷۴.

301. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

با جمعیت دیگر مستلزم تصویب اکثریت مطلق اعضای مجمع عمومی است. به حیث مثال، اگر یک حزب منحل شود، باید به تصویب اکثریت مطلق اعضای مجمع عمومی برسد. اگر هیأت مدیره یک مؤسسه عزل شود، باید به تصویب اکثریت مطلق اعضای مجمع عمومی برسد. اگر دو حزب سیاسی باهم دیگر ملحق و متحد شوند باید این اتحاد و الحاق به تصویب اکثریت اعضای مجمع عمومی برسد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان قواعد مربوط به تصاویب مجمع عمومی است.

۳) براساس ماده ۴۳۱ ق. م: «در جلسات مجمع عمومی اعضاء شخصاً اشتراك نموده و یا عضو دیگری را کتباً به حیث نماینده خود تعیین می نمایند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- اعضای جمعیت می تواند در جلسات مجمع عمومی شخصاً اشتراك نمایند. به عبارت دیگر: هر عضو جمعیت می تواند اصالتاً در جلسات مجمع عمومی اشتراك نماید. جلسات جمع جلسه است. جلسه از ریشه «جلس» گرفته شده است که در لغت به معنی یک بار نشستن است. در اصطلاح حقوقی، جلسه عبارت از نشست است.^{۳۰۲}

۲- اعضای جمعیت می تواند عضو دیگر را به عنوان نماینده خود کتباً غرض اشتراك در جلسه مجمع عمومی معرفی نمایند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اشتراك در جلسات مجمع عمومی بالاصاله و بالنیابه می تواند صورت بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان چگونگی اشتراك عضو در مجمع عمومی است.

۴) براساس ماده ۴۳۲ ق. م: «مجمع عمومی در خلال سه ماه بعد از ختم هر سال مالی به صورت عادی تشکیل جلسه داده و امور مربوط به بودجه، حساب سال تمام گزارش سالانه هیئت مدیره و گزارش مربوط به امور مالی را بررسی می نماید. تشکیل جلسات فوق العاده مجمع عمومی در صورت لزوم نیز صورت گرفته می تواند. انعقاد جلسات مجمع عمومی به دعوت هیأت مدیره صورت می گیرد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

۱- مجمع عمومی در ظرف سه ماه بعد از ختم سال مالی به صورت عادی باید تشکیل جلسه بدهد. هدف از این جلسه در نص این ماده بیان شده است که عبارت است از بررسی امور مربوط به بودجه، گزارش هیأت مدیره و گزارش امور مالی است.

۲- مجمع عمومی می تواند در صورت تقاضای هیأت مدیره تشکیل جلسه بدهد. طبق نص این ماده مجمع عمومی دو نوع جلسه دارد. جلسه عادی و جلسه فوق العاده. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این بیان چگونگی تدویر جلسات مجمع عمومی است.

۵) براساس ماده ۴۳۳ ق. م: «هرگاه هیأت مدیره جلسه فوق العاده مجمع عمومی را در خلال (۱۵) روز از تاریخ تسلیمی درخواست تحریری اقالاً ده نفر از اعضای مجمع عمومی که در آن هدف انعقاد جلسه نیز توضیح یافته است دایر ننماید، درخواست کنندگان می توانند مستقیماً اعضای مجمع عمومی را به تشکیل جلسه دعوت نمایند.» نص این ماد مرتبط به ماده ۴۳۲ ق. م است. طبق نص این ماده در

۳۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۹۰.

صورتی که هیأت مدیره جلسه فوق العاده مجمع عمومی را در ظرف ۱۵ روز بعد از پیشنهاد حداقل ده تن از اعضای مجمع عمومی دایر ننماید، اعضا می توانند مستقیماً مجمع عمومی را دعوت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای پیشنهاد اعضا مبنی بر دعوت مجمع عمومی است.

۷) طبق ماده ۴۳۴ ق. م: «عضو جمعیت در موضوعی که منفعت وی در آن دخیل باشد، حق رای دادن را ندارد. رای دادن در مورد انتخاب اعضای هیأت جمعیت از این حکم مستثنی می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- عضو جمعیت نمی تواند در خصوص موضوعی که منفعت وی مطرح باشد، رأی دهد. دلیل این قاعده جلوگیری از تضاد منافع است.

۲- رای دادن در مورد انتخاب اعضای هیأت جمعیت از این حکم مستثنی می باشد. به نظر می رسد هدف از این قاعده تأمین شفافیت در پروسه رأی دهی و جلوگیری از تضاد منافع در جمعیت است.

۶) طبق ماده ۴۳۵ ق. م: «(۱) هرگاه مجمع عمومی یا هیأت مدیره و یا رئیس جمعیت تصاویری را خلاف احکام قانون یا اساسنامه جمعیت اتخاذ نماید، در برابر همچو تصاویر مطالبه ابطال صورت می گیرد. مطالبه ابطال از طرف خائنوالی یا یکی از اعضای جمعیت به محکمه ای که اداره مرکزی جمعیت در حوزه صلاحیت آن واقع است در خلال سه ماه از تاریخ صدور تصویب تقدیم می گردد؛ و (۲) ابطال این گونه تصاویر بر حقوق مکتسبه اشخاصی که بر اساس حسن نیت ذیحق گردیده اند، تاثیر ندارد.» نص این ماده بسیار عام و مبهم است. به نظر می رسد از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که مجمع عمومی، هیأت مدیره یا رئیس مصوبه ای را تصویب نماید و این مصوبه خلاف قانون یا خلاف اساسنامه جمعیت باشد، این مصوبه قابل ابطال است. ابطال از ریشه «بطل» گرفته شده است که در لغت به معنی باطل کردن، لغو کردن و بیهوده ساختن است. در اصطلاح حقوقی در مفهوم محدود ابطال لغو کردن و بی اثر ساختن مصوبه است. به حیث مثال، اگر مجمع عمومی تصویب نماید تا جمعیت آثار تأریخی را به خارج صادر نماید، این مصوبه خلاف قانون است. همچنین، این مصوبه خلاف اساسنامه جمعیت است. زیرا، صدور آثار تأریخی از یکطرف خلاف قانون است و از طرف دیگر از محدوده فعالیت جمعیت خارج است. این مصوبه، به صورت خودکار باطل نیست، بلکه قابل ابطال است. باطل معمولاً به صورت خودکار از اساس فاقد اعتبار است. اما، قابل ابطال باید توسط مرجع دیگری اثر گردد.

۲- مطالبه ابطال می تواند توسط خائنوالی یا یکی از اعضای جمعیت به محکمه ای که اداره مرکزی جمعیت در حوزه صلاحیت آن واقع است در خلال سه ماه از تاریخ صدور تصویب تقدیم گردد. بنابراین، صلاحیت ابطال مصوبه خلاف قانون و اساسنامه جمعیت را محکمه ای که اداره مرکزی جمعیت در حوزه قضایی آن واقع است، دارد. به حیث مثال، اگر یک حزب سیاسی یا مؤسسه که اداره مرکزی آن در کابل

واقع است، مصوبه ای را خلاف قانون تصویب کند، محکمه ابتدائیه شهری کابل با توجه به حوزه های چهارگانه، صلاحیت ابطال مصوبه را دارد.

۳- ابطال تصاویر بر حقوق مکتسبه اشخاصی که بر اساس حسن نیت ذیحق گردیده اند، تاثیر ندارد. به حیث مثال، اگر احمد در یک مؤسسه کار نماید و اجراءات مؤسسه به دلیل مخالفت به قانون، نظام عامه و غیره باطل گردد، جمعیت مکلف است معاش احمد را که حق مکتسبه او است بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از تصایب خلاف قانون و اساسنامه جمعیت و فراهم کردن میکانیسم (ساز و کار) و مرجع ابطال آن است.

۶) براساس ماده ۴۳۶ ق. م: «(۱) مرجع صلاحیتدار تکمیل تصاویری را که از طرف مجمع عمومی یا هیأت جمعیت مخالف قانون، نظام و آداب عامه اتخاذ شده باشد، متوقف می سازد؛ و (۲) مرجع صلاحیت دار باید در خلال (۳۰) روز از تأریخ توقف آن دعوی ابطال را در برابر تصویب مذکور به محکمه با صلاحیت، اقامه نماید.» نص ماده ۴۳۰ ق. م با ماده ۴۳۶ مرتبط است. از نص ماده ۴۳۶ ق. م دو حکم قابل استنباط است:

۱- نص ماده ۴۳۰ ق. م صلاحیت ابطال تصاویر خلاف قانون و اساسنامه جمعیت را به محکمه ای که اداره ای مرکزی جمعیت در حوزه ای قضایی آن موقعیت دارد اعطا نموده است. اما، نص ماده ۴۳۶ ق. م به مرجع ذیصلاح که مصادیق آن نظر به جمعیت می تواند متفاوت باشد، صلاحیت توقف تکمیل تصاویر جمعیت را که خلاف قانون، نظام عامه و آداب عامه است اعطا نموده است که برخی مثال هایی آن در ذیل ارایه می گردد:

- اگر مجمع عمومی تصویب نماید تا جمعیت اموال تأریخی را به صورت غیرقانونی به خارج صادر نماید، این مصوبه خلاف قانون است و مرجع ذیصلاح می تواند تکمیل اجرای این مصوبه را متوقف نماید.

- اگر مجمع عمومی تصویب نماید تا جمعیت در شهر بمب گذاری نماید، این مصوبه خلاف نظم عمومی است. مرجع ذیصلاح می تواند تکمیل اجرای این مصوبه را متوقف نماید. ماده ۲ بند قانون پولیس منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۴، مؤرخ ۱۳۸۸/۶/۵ در تعریف نظم عامه می گوید: «نظام عامه: آرامش اجتماعی است که طبق احکام قانون توسط پولیس تأمین می گردد.»

- اگر مجمع عمومی تصویب نماید تا جمعیت یک خانه را منظور تأمین رابطه جنسی افراد، قمار بازی، ایجاد ساقی خانه و نظیر اینها به اجاره بگیرد، این مصوبه خلاف آداب عامه است. برخی نویسندگان در تعریف آداب عامه می گویند: آداب عامه که از آن به اخلاق حسنه نیز تعبیر شده است، عبارت از مجموعه قواعدی است که اخلاقیات اجتماعی معینی آن را مقرر می کند و معمولاً در زمان و مکانی محدود و معین مشاهده می شوند. چنین آدابی در واقع معیارهایی است که عملکرد و تصرفات افراد بر اساس آن معیارها مورد ارزیابی قرار می گیرد.^{۳۰۳} این تعریف مبهم است. برخی دیگر در تعریف آداب

عامه می گویند: آداب عامه بر ضوابط و اصول اخلاقی اطلاق می گردد که در جامعه معین توسط قانون، پولیس و فشار اجتماعی تطبیق می گردد.^{۳۰۴} این تعریف با این ایراد مواجه است که قانون معمولاً قواعد اخلاقی را تنظیم نمی نماید. به نظر می رسد آداب عامه عبارت از قواعدی است که رفتار انسان ها به خصوص خوب و بد درست و نادرست را تنظیم می نماید.

۲- مرجع ذیصلاح صرف صلاحیت توقف تعمیم مصوبه خلاف قانون، نظم عمومی و آداب عامه را دارد نه صلاحیت ابطال آن را. اما، مرجع ذیصلاح مانند عضو جمعیت و خارنوال صلاحیت مطالبه ابطال را از محکمه ای که در حوزه قضایی آن اداره مرکزی جمعیت موقعت دارد را دارد. به حیث مثال، اگر اداره مرکزی یک جمعیت در کابل وجود داشته باشد و مجمع عمومی این جمعیت مصوبه ای را خلاف قانون، اساسنامه، نظم عمومی و آداب عامه تصویب نماید، عضو جمعیت، خارنوال و مرجع ذیصلاح مانند ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه می تواند ابطال مصوبه را از محکمه ابتدائیه شهری کابل مطالبه نماید.

هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده مجمع عمومی به نظر می رسد.

۶) هیأت مدیره

هر جمعیت علاوه بر مجمع عمومی دارای هیأت مدیره است. هیأت مدیره جمعیت طبق ق. م تابع قواعد ذیل است:

۱) ماده ۴۲۴ فقره های اول، دوم و سوم ق. م: «(۱) جمعیت دارای هیأت مدیره می باشد. تعیین اعضای هیأت مدیره، صلاحیت، وظایف و ختم عضویت اعضای در اساسنامه جمعیت توضیح می گردد؛ (۲) هیأت مدیره مرکب از سه عضو و یا بیشتر بوده و مدت خدمت شان بیش از سه سال بوده نمی تواند؛ و (۳) تجدید عضویت مطابق به اساسنامه جمعیت صورت می گیرد.» نص این ماده عام است و قواعد عمومی مربوط به هیأت مدیره را تنظیم نموده است و جزئیات و تفصیل آن را به اساسنامه جمعیت با توجه به این که جمعیت ها می توانند متفاوت و متنوع باشند، واگذار و ارجاع نموده است. از نص این ماده سه قاعده در خصوص هیأت مدیره قابل استنباط است:

۱- هر جمعیت دارای هیأت مدیره است. قانونگذار مدنی در این ماده هیأت مدیره را تعریف نکرده است.

۲- قانونگذار مدنی نحوه و چگونگی تعیین هیأت مدیره، صلاحیت، وظایف و ختم عضویت اعضای هیأت مدیره را با توجه به تفاوت و تنوع جمعیت به اساسنامه جمعیت واگذار نموده است. بنابراین، برای دانستن نحوه تعیین، صلاحیت و وظایف هر جمعیت باید به اساسنامه آن مراجعه کرد.

۳- هیأت مدیره سه تن یا بیشتر می تواند باشد و مدت خدمت ایشان سه سال است.

۴- قانونگذار مدنی در نص این ماده تجدید عضویت در هیأت مدیره را اجازه داده است، اما نحوه آن را به اساسنامه جمعیت واگذار نموده است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم احکام عمومی

مربوط به هیأت مدیره، نحوه تعیین، صلاحیت ها، وظایف و ختم عضویت، تعداد هیأت مدیره و نحوه تجدید اعضای هیأت مدیره است. احکام تفصیل را قانونگذار مدنی به اساسنامه جمعیت ارجاع داده است.

۲) براساس ماده ۴۲۵ ق. م: «شخصی که به صفت عضو هیأت مدیره تعیین می گردد، باید به حکم قطعی محکمه باصلاحیت به حرمان از حقوق سیاسی و مدنی محکوم نشده باشد.» طبق نص این ماده شخصی که به عنوان عضو هیأت مدیره تعیین می شود شرط است که به حرمان از حقوق مدنی و سیاسی محکوم به حکم قطعی محکوم نشده باشد. حرم آن در لغت به معنی بازداشتن، منع کردن، بی بهره کردن، بی روزی کردن، بی بهره ماندن و بی بهره گی و نومیدی است.^{۳۰۵} در اصطلاح حقوقی، حرمان محروم کردن فرد از حقوق است توسط حکم قانون یا محکمه ذیصلاح. حکم قطعی در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و کُد جزا تعریف شده است. طبق ماده ۴ فقره ۱۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضایی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهایی از لحاظ آثار یکی می باشد.» ماده ۴ جزء کُد جزا در تعریف حکم قطعی می گوید: «۱۰- حکم قطعی: حکمی است که:

- طبق احکام قانون در محکمه ابتدائیه یا استیناف نهایی شده باشد.
- محکمه فرجام در مورد، حکم نهایی صادر نموده باشد.
- ستره محکمه بعد از رسیدگی تجدید نظر در مورد، حکم صادر نموده باشد.
- میعاد تقدیم شکایت یا اعتراض بر آن مطابق قانون منقضی شده باشد.» حقوق مدنی^{۳۰۶} که به نام حقوق شهروندی نیز یاد می شود از میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ منشأ می گیرد، عبارت از حقوق شهروندان نسبت به آزادی های و برابری های سیاسی و اجتماعی است.^{۳۰۷} به عبارت دیگر: حقوق مدنی حق هایی شخصی است که یک شخص به دلیل تبعه بودن از آن بهره مند می شود.^{۳۰۸} حق سیاسی اختیاری است که شخص برای شرکت در قوای عمومی و ادارات دولت دارد، مانند: حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجالس قانون گذاری و ریاست جمهوری.^{۳۰۹} به عبارت دیگر: حق های سیاسی، حق های است که قانون برای یک شخص از آن رو که در سرزمین یک کشور معین پرورش می

۳۰۵. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۲۱.

306 Civil rights.

307. <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/civil-rights> (last visit: 21, April, 2015).

308. <http://www.businessdictionary.com/definition/civil-rights.html> (last visit: 21, April, 2015).

۳۰۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۵.

یابد، تعیین می کند تا بتواند در کار های حکومت و برپایی نظام با اجتماع به همکاری بپردازد.^{۳۱۰} به نظر می رسد برخی مثال های حق های سیاسی عبارت اند از: حق رأی، حق نامزد شدن به سمت های انتخابی، حق آزادی بیان، حق تشکیل حزب سیاسی و نظیر اینها. به حیث مثال، شخصی که به حکم قطعی محکوم شده به حرمان از حق انتخاب شدن، حق رأی دادن، حق تشکیل جمعیت و حزب سیاسی و نظیر اینها محکوم شده باشد، نمی تواند عضویت هیأت مدیره را کسب نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط عضویت در هیأت مدیره و جلوگیری از عضویت افرادی که از حق مدنی و سیاسی توسط حکم قطعی محکوم از حق مدنی و سیاسی محروم شده اند است.

۳) براساس ماده ۴۲۷ ق. م: «هیأت مدیره شخصی را از جمله اعضای خود یا دیگر اعضای جمعیت به حیث رئیس تعیین می نماید.» طبق نص این ماده هیأت مدیره می تواند یک شخص را که یا عضو هیأت مدیره باشد یا عضو جمعیت به عنوان رئیس تعیین نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم و نحوه انتخاب رئیس جمعیت است.

۴) براساس ماده ۴۲۶ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هیأت مدیره در حدود صلاحیتی که در اساسنامه به آن تصریح گردیده، امور مربوط به جمعیت را اداره می نماید؛ و (۲) هیأت مدیره اقلاً دو مرتبه در یک ماه تشکیل جلسه می دهد.» قانونگذار مدنی در نص این ماده هرچند به هیأت مدیره صلاحیت اداره جمعیت را اعطا نموده است، اما حدود آن را به اساسنامه جمعیت واگذار نموده است. بنابراین، مؤسسين جمعیت می توانند حدود صلاحیت هیأت مدیره را در اساسنامه پیش بینی نمایند. همچنین، طبق نص این ماده هیأت مدیره باید حداقل دو بار در یک ماه تشکیل جلسه بدهد. هدف قانونگذار در نص این ماده به رسمیت شناختن صلاحیت اداره جمعیت توسط هیأت مدیره و بیان حداقل جلسات هیأت مدیره در یک ماه است.

۵) براساس ماده ۴۲۸ ق. م: «شخصی که از طرف هیأت مدیره به حیث رئیس تعیین می شود امور مربوط به پیشنهاد، تقرر مؤظفین، تطبیق مجازات تأدیبی، ملاحظه اسناد مصرف و مراقبت تنفیذ تصاویر مجمع عمومی و هیأت مدیره را انجام می دهد مشروط بر اینکه در اساسنامه جمعیت خلاف آن تصریح نشده باشد.» نص این ماده با ماده ۴۲۸ ق. م مرتبط است. طبق نص این ماده رئیس که از طرف هیأت مدیره تعیین می شود، دارای صلاحیت های ذیل است:

- ۱- پیشنهاد تقرر مؤظفین. این عبارت مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی منظوری پیشنهاد تقرر مؤظفین جمعیت است؛
- ۲- تطبیق مجازات تأدیبی بر مؤظفین جمعیت؛
- ۳- ملاحظه و منظوری اسناد مصرف جمعیت؛
- ۴- کنترل و مراقبت تطبیق تصاویر مجمع عمومی و هیأت مدیره.

۳۱۰. محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۵۸.

این صلاحیت‌ها را رئیس می‌تواند در صورتی اعمال نماید که در اساسنامه جمعیت به خلاف آن پیش بینی نشده باشد. بنابراین، اگر در اساسنامه جمعیت طور دیگری پیش بینی شده باشد، احکام اساسنامه بر این حکم مرجح است. زیرا، این احکام عام و احکام اساسنامه جمعیت خاص است و در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص مرجح و غالب است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت‌های رئیس جمعیت است.

۷) انحلال و تصفیه جمعیت‌ها

طبق ق. م انحلال جمعیت‌ها تابع قواعد ذیل است:

۱) براساس ماده ۴۳۷ فقره اول ق. م: «(۱) جمعیت در حالات آتی منحل می‌گردد: ۱- در حالی که تعهدات خود را ایفاء کرده نتواند؛

۲- در حالی که اموال یا منافع خود را خارج از اهدافی که در اساسنامه آن توضیح گردیده، تخصیص دهد؛ و ۳- در حالی که جمعیت به تخلف از مواد مندرج اساسنامه و یا هر نوع اجراءات مخالف قانون، اهداف تأسیسی، نظام و آداب عامه مبادرت ورزد؛ (۲) مطالبه انحلال از طرف هر یک از اعضای جمعیت، شخص ذیعلاقه و یا خائرنوالی به محکمه ای که اداره مرکزی جمعیت در حوزه صلاحیت آن واقع گردیده، تقدیم می‌گردد.» منحل از ریشه «حل» گرفته شده است که در لغت به معنی نابود شده، از بین رفته، تعطیل شد و متلاشی شدن است.^{۳۱۱} در اصطلاح حقوقی، در مفهوم محدود منحل عبارت است از بین رفته و نابود شده است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- قانونگذار مدنی در نص فقره ۱ این ماده اسباب انحلال جمعیت‌ها را به طور کلی حصر نموده است. طبق نص این ماده جمعیت در موارد ذیل منحل می‌گردد:

- در صورتی که جمعیت نتواند تعهد خویش را ایفاء نماید، منحل می‌گردد، مانند اینکه: رسانه ای تعهد به انتقال معلومات و اطلاعات نماید و بعد از دو سال از ثبت و ایجاد شخصیت حقوقی نتواند به فعالیت خود آغاز نماید (ماده ۴۶ فقره ۱ قانون رسانه‌های همگانی).

- در صورتی که جمعیت اموال و منافع خود را خارج از اهدافی که در اساسنامه آن تصریح گردیده تخصیص دهد، مانند: تخصیص اموال و دارایی جمعیت خیریه به منظور فعالیت‌های سیاسی و تبلیغات به نفع کاندیدای معین؛

- در صورتی که جمعیت اعمالی را انجام دهد که مخالف قوانین، اساسنامه جمعیت، هدف تأسیسی شخصیت حکمی و نظام و آداب عامه باشد، مانند: کمک در امر ایجاد قمارخانه، فاحشه‌خانه، ترویج فحشاء، ایجاد باندهای اختطاف، قتل، قاچاق مواد مخدر و نظیر اینها که تفصیل آن در فوق گذشت.

۲- انحلال جمعیت‌ها به طور خودکار نیست، بلکه قانونگذار مدنی این صلاحیت را به محکمه ای ذیصلاح که اداره مرکزی جمعیت در حوزه قضایی آن موقعیت دارد اعطا نموده است. همچنین، در فقره

۳۱۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۴۷۳ و ۴۷۴.

دوم نص ماده ۴۳۷ ق. م اشخاصی که می توانند مطالبه انحلال را انجام دهند، حصر شده است. این اشخاص عبارت اند از:

- هر یک از اعضای جمعیت. بنابراین، در صورت تحقق اسباب انحلال جمعیت که در ماده ۴۳۷ ق. م فهرست شده است، هر عضو جمعیت می تواند انحلال جمعیت را از محکمه ذیصلاح ای که اداره ای جمعیت در حوزه قضایی آن موقعیت دارد مطالبه نماید.

- شخص ذیعلاقه. ذیعلاقه در لغت به معنی دل بسته، صاحب علاقه، شخصی که به امر یا چیزی علاقه و دل بستگی دارد است.^{۳۱۲}

- خارنوال. به حیث مثال، اگر یک جمعیت در کابل موقعیت داشته باشد و نتواند تعهدات خویش را انجام دهد، یا اعمالی را انجام دهد که خلاف قانون، هدف تأسیسی، اساسنامه جمعیت، نظام و آداب عامه باشد، عضو جمعیت، شخص ذیعلاقه و خارنوال از محکمه ابتدائیه شهری کابل می تواند تقاضای انحلال جمعیت را نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده از یکطرف حصر اسباب انحلال جمعیت و از طرف دیگر حصر اشخاصی که صلاحیت مطالبه انحلال را دارند و مرجع ذیصلاح انحلال است.

۲) براساس ماده ۴۳۹ ق. م: «هرگاه محکمه بر رد مطالبه انحلال جمعیت حکم نماید، می تواند به ابطال تصرفی که مورد اعتراض قرار گرفته است، حکم نماید.» نص این ماده مرتبط با ماده ۴۳۷ و ماده ۴۳۸ ق. م است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- محکمه صلاحیت انحلال و رد مطالبه انحلال جمعیت را دارد.

۲- در صورتی که محکمه به عدم انحلال جمعیت حکم نماید، می تواند تصرفی را که مورد اعتراض قرار گرفته است ابطال نماید. به حیث مثال، اگر اعمال جمعیتی که اداره ای مرکزی آن در کابل موقعیت دارد خلاف قانون، اساسنامه، آداب عامه و نظم عمومی باشد و عضو جمعیت، شخص ذیعلاقه یا خارنوال مطالبه انحلال آن را از محکمه ابتدائیه شهری کابل نماید، محکمه دو گزینه دارد: انحلال جمعیت و عدم انحلال جمعیت و حکم ابطال تصرف. به حیث مثال، اگر جمعیت یک خانه را به منظور ایجاد قمار خانه به کرایه گرفته باشد و اشخاص ذیعلاقه و عضو جمعیت یا خارنوال مطالبه انحلال جمعیت را نماید، محکمه می تواند صرف عقد کرایه را که تصرف حقوقی است ابطال نماید. هدف قانونگذار مدنی به نظر می رسد که در نص این ماده جلوگیری از انحلال جمعیت و ابطال تصرف مورد اعتراض است.

۳) طبق ماده ۴۳۸ ق. م: «هرگاه محکمه به انحلال جمعیت حکم نماید، یک و یا چند شخص را برای تصفیه امور حسابی و توزیع دارائی جمعیت با رعایت احکام مندرج اساسنامه مربوط تعیین می نماید. در صورتی که در مورد توزیع دارائی جمعیت منحل شده، حکمی در اساسنامه آن موجود نباشد، محکمه می تواند این دارائی را به جمعیت و یا مؤسسه دیگری که با جمعیت منحل شده اهداف مشترک

داشته باشد، انتقال دهد.». نص این ماده با ماده های ۴۳۷ و ۴۳۹ ق. م مرتبط است. از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- اگر محکمه جمعیت را منحل نماید، یک یا چند شخص را برای تصفیه امور حسابی و توزیع اموال جمعیت تعیین می نماید. تفصیل توزیع اموال جمعیت را قانونگذار مدنی به اساسنامه واگذار نموده است. بنابراین، تصفیه کنندگان می توانند دارایی جمعیت را مطابق احکام پیش بینی شده در اساسنامه جمعیت توزیع نمایند. در خصوص اشخاصی که دارایی جمعیت به آنها توزیع می گردد، ق. م سکوت اختیار نموده است.

۲- اگر در خصوص توزیع دارایی جمعیت اساسنامه جمعیت هم حکمی نداشته باشد، محکمه می تواند دارایی جمعیت را به جمعیتی یا مؤسسه ای که دارای اهداف مشترک با جمعیت منحل شده داشته باشد، انتقال دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان قواعد تصفیه جمعیت ها بعد از انحلال است.

ج) تقسیمات جمعیت ها

طبق ق. م جمعیت ها به چهار دسته تقسیم می شوند: جمعیت های عام المنفعه، جمعیت های خیریه و جمعیت های فرهنگی و سیاسی:

۱) جمعیت های عام المنفعه

نوع اول جمعیت ها طبق ق. م جمعیت های عام المنفعه است. اصطلاح جمعیت عام المنفعه در حقوق افغانستان تاکنون ناشناخته به نظر می رسد. با توجه به مواد ۴۴۲ الی ۴۵۰ ق. م که احکام مربوط به جمعیت های عام المنفعه را تنظیم نموده است به نظر می رسد جمعیت های عام المنفعه ادارات عامه و یا ادارات دولتی است. با پذیرش این استنباط و برداشت، تنظیم احکام جمعیت های عام المنفعت در ق. م که روابط خصوصی افراد و جمعیت های خصوصی حقوق خصوصی را تنظیم می نماید امروزه محل ایراد به نظر می رسد، زیرا ایجاد جمعیت های عام المنفعه از مسایلی است که در حقوق عامه به ویژه در حقوق اساسی و اداری مورد بحث قرار می گیرد.^{۳۱۳} جمعیت عام المنفعت اصطلاح کلاسیک است که

۳۱۳. به حیث مثال مطابق ق. ا ادارات جزء قوه مجریه است و رئیس جمهور به عنوان رئیس قوه مجریه و دولت صلاحیت ایجاد ادارات اعم از ادارات مرکزی و محلی را دارد (ماده ۱۴۲ ق. ا). بنابراین، در عمل نیز ادارات مرکزی و محلی توسط رئیس جمهور ایجاد، تعدیل و الغا می گردد. علاوه بر رئیس جمهور، ماده ۹۰ فقره ۴ ق. ا صلاحیت ایجاد، تعدیل و یا الغای واحد های اداری را به شورای ملی اعطا نموده است. علاوه بر این، از جمله ۵۳ اداره دولتی، اکثر این ادارات قانون و یا مقرر تشکیل و وظایف دارند که تشکیلات و وظایف آنها را تنظیم می نماید. برخی از این قوانین و مقررات قرار ذیل اند:

- قانون اداره عالی تفتیش منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۰۱ سال ۱۳۹۲.
- میثاق مبارزه علیه فساد اداری منتشره جریده رسمی ۹۳۶ سال ۱۳۸۶.
- قانون نظارت بر تطبیق ستراتیژی مبارزه فساد اداری منتشره جریده رسمی شماره ۹۵۷، ۸/۵/۳۸۷.
- مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت مالیه جمهوری دموکراتیک افغانستان جریده رسمی ۴۹۳، ۱۳۶۰.
- مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت امور شهرسازی منتشره جریده ۱۰۷۸، ۱۰/۶/۱۳۹۱.
- مقرر تنظیم فعالیت و اجراءات وزارت اقتصاد منتشره جریده ۸۸۳، سال ۱۳۸۵.

امروزه کاربرد ندارد. همچنین، احکام مربوط به جمعیت های عام المنفعت از زمان انفاذ ق. م تاکنون به دلیل وجود قوانین اداری و متفاوت بودن تشکیلات اداری به نظر می رسد که مورد تطبیق قرار نگرفته است. در هر حال، طبق ق. م جمعیت های عام المنفعت تابع قواعد ذیل است:

۱) تعریف: طبق ماده ۴۴۰ فقره اول ق. م: «(۱) جمعیت عام المنفعه، عبارت از جمعیتی است که به منظور تأمین منافع عامه تأسیس می گردد.» نص این ماده در رابطه به تعریف جمعیت عام المنفعه صرف یک معیار پیش بینی نموده است که عبارت از تأمین منافع عامه است. بنابراین، هر جمعیتی که برای تأمین منافع عامه ایجاد شود، جمعیت عام المنفعت است. در اصطلاح حقوقی منافع عامه، منافع ای است که نفع آن به اکثر افراد جامعه می رسد. ۳۱۴ ماده ۴ جزء ۱۶ کُد جزا در تعریف مصلحت عامه می گوید: «مصلحت عامه: امری است که به نفع جامعه تشخیص شده باشد.»

۲) براساس ماده ۴۴۰ فقره دوم ق. م: «(۲) اعطای عنوان جمعیت به صفت عام المنفعه توسط فرمان دولت صورت می گیرد. سلب عنوان اعطاء شده توسط چنین فرمان نیز جواز دارد.» نص این ماده بسیار کلی و عام است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

-
- مقرر تنظیم فعالیت ها و اجراءات وزارت تجارت جمهوری دموکراتیک افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۵۰۱، ۱۳۶۰/۱۱/۱۵.
 - مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت آب و برق منتشره جریده رسمی ۷۲۷، ۱۳۶۹/۴/۲۶.
 - مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت زراعت منتشره جریده ۵۰۱، ۱۳۶۰/۱۱/۱۵.
 - قانون ستندرد ملی افغانستان، منتشره جریده ۱۰۳۸، ۱۳۸۹/۶/۲۸.
 - قانون صحت عامه منتشره جریده ۱۰۰۴، ۱۳۸۸/۹/۵.
 - مقرر تنظیم فعالیت ها و اجراءات وزارت امور زنان منتشره جریده ۸۳۰، ۱۳۸۳.
 - قانون خدمات ملکی منتشره جریده رسمی شماره ۸۶۱، سال ۱۳۸۴.
 - قانون تشکیلات و صلاحیت لوی خرنوالی منتشره جریده رسمی ۱۱۱۷، ۱۳۹۲/۷/۱۵.
 - مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت فواید عامه منتشره جریده ۵۰۷، ۱۳۶۱/۲/۱۵.
 - مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت ترانسپورت منتشره جریده ۵۰۳، ۱۳۶۱/۱۲/۱۵.
 - قانون تنظیم خدمات مخابراتی، منتشره جریده ۱۰۳۱، ۱۳۸۹/۴/۲۶.
 - قانون ارگان های محل، منتشره جریده ۵۸۴، ۱۳۶۴/۴/۱.
 - مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت سرحدات و قبایل منتشره جریده ۵۰۶، ۱۳۶۱/۱/۳۱.
 - مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت احیاء و انکشاف دهات، منتشره جریده ۷۱۱، ۱۳۶۸/۱۲/۱۵.
 - مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت تحصیلات عالی و مسلکی، منتشره جریده ۵۰۱، ۱۳۶۱/۱۱/۱۵.
 - قانون اکادمی علوم، منتشره جریده ۹۴۹، ۱۳۸۷/۴/۹.
 - قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان، منتشره جریده ۱۱۰۹، ۱۳۹۲.
 - مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت حج و اوقاف، منتشره جریده ۷۲۱، ۱۳۶۹/۵/۱۵.
 - قانون صحت عامه منتشره جریده ۱۰۰۴، ۱۳۸۸/۹/۵.
 - مقرر تنظیم اجراءات و فعالیت های وزارت امور خارجه، منتشره جریده ۷۲۶، ۱۳۸۴/۷/۱۵.
۳۱۴. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۱۲۸۵۷.

۱- اعطای عنوان جمعیت به صفت عام المنفعت توسط فرمان دولت صورت می گیرد. عبارت فرمان و دولت در نص این ماده مبهم اند. فرمان در لغت به معنی امر، حکم، حکمی که از جانب شخص بزرگ صادر شود است که جمع آن فرامین می باشد.^{۳۱۵} عبارت فرمان در نص این ماده مطلق استعمال شده است. فرمان دو نوع است: فرمان تقنینی و فرمان غیرتقنینی. ماده ۳ جزء ۳ قانون طرز تهیه و طی مراحل اسناد تقنینی می گوید: «فرمان تقنینی حکومت: عبارت از قواعد حقوقی عام و الزام آور است که در صورت ضرورت عاجل، براساس ماده ۷۹ قانون اساسی توسط حکومت ترتیب و توسط رئیس جمهور توشیح گردیده باشد.» فرمان غیرتقنینی دستور کتبی رئیس جمهور است. طبق نص این ماده دولت صلاحیت اعطای صفت عام المنفعت را به جمعیت براساس فرمان دارد. در نص این ماده مقامی که این صلاحیت را دارد واضح و معین نگردیده است که محل ایراد است. با توجه به این در رأس دولت رئیس جمهور قرار دارد، به نظر می رسد این صلاحیت را رئیس جمهور دارد. به حیث مثال، مطابق ماده ۱۴۲ ق. رئیس جمهور صلاحیت دارد ادارات لازم [دولتی] را ایجاد نماید. معمولاً رئیس جمهور این ادارات را توسط فرمان [غیرتقنینی] ایجاد و یا منحل می نماید.

۲- همانطور که رئیس جمهور صلاحیت اعطای صفت عام المنفعت را به جمعیت توسط فرمان غیرتقنینی دارد، صلاحیت سلب این صفت را نیز دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت به رئیس دولت غرض اعطای صفت عام المنفعت به جمعیت و سلب این صفت است.

۲) طبق ماده ۴۴۱ ق. م: «جمعیت عام المنفعه به رعایت شرایط اهلیت مربوط به تملك اموال منقول و غیرمنقول مقید نمی باشد.» نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار در این ماده این است که، برخلاف شخصیت های حکمی خصوصی که شرایط تملك اموال غیرمنقول و منقول در اساسنامه آنها پیش بینی می شود، تخصیص اموال غیرمنقول برای جمعیت های عام المنفعه چنین نیست. در مورد انتقال ملکیت عقار از دولت به ادارات دولتی تاکنون قانون و یا مقرر خاص وجود ندارد.

۳) مطابق ماده ۴۴۲ ق. م: «حدود استفاده جمعیت عام المنفعه از صلاحیت سلطه عامه، مانند عدم جواز حجز بر تمام و یا قسمتی از اموال جمعیت، عدم تأثیر مرور زمان در مورد ملکیت این اموال و جواز استملاک برای تأمین اهداف جمعیت توسط مقررات توضیح می شود.» قانونگذار مدنی در نص این ماده حدود استفاده جمعیت عام المنفعت از صلاحیت سلطه عامه را به مقرر ارجاع داده است. در این خصوص تاکنون مقرر توسط حکومت وضع نگردیده است. عبارت صلاحیت سلطه عامه در نص این ماده مبهم است. اما، قانونگذار مدنی سه مصداق برای صلاحیت سلطه عامه در نص این ماده معین نموده است که عبارت اند از:

۱- عدم جواز حجز بر اموال عامه: عبارت «حجز» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. حجز در لغت به معنی بازداشت است و در اصطلاح حقوقی سپردن مال به قضا برای رعایت مصلحت عمومی و یا

مصلحت شخص برای خارج کردن آن از دست شخص است.^{۳۱۶} بنابراین، به مالی که به مصلحت شخص یا مصلحت عمومی توسط قضا بازداشته شده است، محجوز می‌گویند. زیرا، حجز منجر به بیع اجباری اموال عامه می‌گردد. در صورتی که بیع اختیاری اموال عامه ناجایز باشد، بیع اجباری آن به صورت اولی ناجایز است. در خصوص این ماده برخی حقوقدانان می‌نویسند که: «این حکم ناشی از حکم قبلی است. زیرا زمانی که تصرفات مدنی مانند فروش اختیاری اموال عمومی جواز نداشته باشد، فروش اجباری آن مجاز نخواهد بود. زیرا، معنای حجز این است که در صورت ناتوان شدن مالک در پرداخت دیونش، اموال او توقیف شده و به فروش رسانیده شود. اما، در اموال عمومی حجز جواز ندارد. زیرا، مفروض این است که دولت هیچ‌گاه ناتوان و نادرار نخواهد شد تا اموال او به فروش رسانده شود.»^{۳۱۷} از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که جمعیت عام المنفعت می‌تواند از صلاحیت سلطه عام جهت عدم تحت حجز قرار گرفتن اموال جمعیت عام المنفعت استفاده نماید. اما، نحوه این استفاده به مقرر و واگذار شده است.

۲- جمعیت عام المنفعت می‌تواند از صلاحیت سلطه عامه که مصداق دوم آن طبق نص ماده ۴۴۲ ق. م عدم تأثیر مرور زمان قرار گرفتن اموال جمعیت عامه است، استفاده نماید. اما، کیفیت و قواعد آن به مقرر و واگذار شده است.

۳- جمعیت عام المنفعت می‌تواند از صلاحیت سلطه عامه که مصداق سوم آن جواز استملاک اموال اشخاص حقوق خصوصی به منظور تأمین اهداف جمعیت استفاده نماید. اما، قانونگذار مدنی تفصیل و جزئیات آن را به مقرر و واگذار نموده است. در این خصوص تاکنون مقرر و وجود ندارد. اما، قانون استملاک وجود دارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت به جمعیت عام المنفعت غرض استفاده از صلاحیت سلطه عامه است.

۴) طبق ماده ۴۴۳ ق. م: «جمعیت عام المنفعة تحت مراقبت مرجع صلاحیتدار مربوط فعالیت می‌نماید. اجراءات جمعیت از نظر تطابق با قوانین، اساسنامه و تصاویر مجمع عمومی توسط مرجع مذکور مورد تفتیش و تحقیق قرار می‌گیرد. هیأت تفتیش از طرف مرجع صلاحیتدار تعیین گردیده و در ختم کار راپور اجراءات خود را به مرجع مربوط تقدیم می‌نماید.» نص این ماده به نظر می‌رسد که امروزه موضوعیت ندارد. از نص این ماده به نظر می‌رسد که سه حکم قابل استخراج است:

۱- جمعیت عام المنفعة تحت رهبری مرجع صلاحیتدار فعالیت می‌کند. مصداق مرجع صلاحیتدار برحسب این که جمعیت عام المنفعة وزارت، کمیسیون، اداره مستقل و ... باشد متفاوت است. به حیث مثال، مرجع صلاحیتدار در وزارت، وزیر، در کمیسیون، رئیس کمیسیون، در اداره مستقل، رئیس عمومی است.

۳۱۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۱۸ و ۸۱۹.

۳۱۷. سرور دانش (۱۳۹۲). حقوق اداری افغانستان، چاپ اول، انتشارات مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، ص ۳۴۶.

۲- اجراءات جمعیت از نقطه نظر مطابقت با قوانین و اساسنامه ها و تصاویر مجمع عمومی توسط مرجع مذکور صورت می گیرد. به حیث مثال، در وزارت، وزیر، در اداره مستقل رئیس عمومی، در کمیسیون، رئیس عمومی، در انستیتوت ها، رئیس عمومی و ... مکلف اند نظارت نمایند که فعالیت های این نهاد ها مطابق با قوانین، مقررات، اساسنامه ها، تصاویر مجمع عمومی باشد. چون جمعیت های عام المنفعه معمولاً فاقد مجمع عمومی اند، پیش بینی مجمع عمومی در نص این ماده زاید و محل ایراد به نظر می رسد.

۳- رئیس می تواند برای نظارت از فعالیت ها جمعیت عام المنفعه هیأت تفتیش را ایجاد نماید. مصادیق هیأت تفتیش در ادارات دولتی غالباً ریاست تفتیش داخلی است. هدف قانونگذار مدنی به نظر می رسد که در نص این ماده اعطای صلاحیت به شخص حقیقی است که در رأس جمعیت عام المنفعت قرار دارد.

۵) براساس ماده ۴۴۴ ق. م: «(۱) مرجع صلاحیتدار می تواند اتحاد چند جمعیت عام المنفعه را که هدف مشترك داشته باشند تصویب نماید. همچنین می تواند در مورد توحید فعالیت ها یا تعدیل اهداف جمعیت های مختلف بر وفق احتیاجات محیطی یا به منظور ایجاد هم آهنگی بین خدماتی که از طرف آنها انجام می گردد و یا اسباب دیگری که برای تأمین اهداف جمعیت ها مفید پنداشته شود، تصمیم اتخاذ نماید؛ و (۲) مرجع مذکور در تصویب خود اسباب و طرز العمل اتحاد و چگونگی تسلیمی اموال، اوراق و اسناد را به هیأت جدید توضیح می نماید.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است:

۱- مرجع صلاحیتدار می تواند دو و یا چندین جمعیت عام المنفعه را که هدف مشترك داشته باشند مدغم نماید. ارایه مثال برای چندین جمعیت که دارای هدف مشترك باشد در داخل یک جمعیت مشکل است. اما، مطابق ق. ا رئیس جمهور و یا شورای ملی این صلاحیت را دارند که چندین وزارت را که در یک حوزه کار می نمایند مدغم نمایند. مانند وزارت کار، امور مهاجرین، شهداء و معلولین که چند وزارت بودند و در یک وزارت مدغم شدند. رئیس جمهور این امر را معمولاً توسط فرمان غیرتقنینی انجام می دهد.

۲- مرجع صلاحیتدار باید در تصویب و یا فرمان خویش طرز و چگونگی تسلیم اموال، اسناد و ... را به نهاد جدید توضیح دهد.

۶) طبق ماده ۴۴۵ ق. م: «(۱) مرجع صلاحیتدار می تواند اشخاصی را که داوطلب عضویت هیأت عامل می شوند، اجازه شمول ندهد؛ (۲) مرجع صلاحیتدار می تواند یکی از داوطلبان را برای مراقبت جریان انتخابات اعضاء تعیین نماید؛ (۳) اگر انتخابات مخالف احکام قانون یا اساسنامه جمعیت صورت گرفته باشد، مرجع صلاحیتدار قرار مدلی مبنی بر الغای انتخاب را در خلال (۱۵) روز از اجرای انتخابات صادر می نماید.» نص این ماده ناقص و محل ایراد به نظر می رسد، زیرا ادارات دولتی (به تعبیر ق. م جمعیت های عام المنفعه) طبق حقوق عامه افغانستان وزارت، کمیسیون، شرکت دولتی، ادارات مستقل و تصدی در مرکز، ولایت، ولسوالی و شورای ولایتی در ولایات است. وزراء، رؤسا و کمیشنران

این ادارات با رعایت قواعد حقوق اساسی و حقوق اداری انتصاب و مقرر می شوند. کارمندان پایین رتبه این ادارات از طریق قانون کارکنان خدمات ملکی و سایر قوانین و مقررات استخدام می شوند. در این نهاد ها هیأت عامل، مدیره و نظار وجود ندارد. مجمع عمومی، هیأت عامل و مدیره مختص جمعیت های خصوصی حقوق خصوصی است. چون در جمعیت های عام المنفعه مجمع عمومی، هیأت عامل و مدیره وجود ندارد. بنابراین، بحث انتخابات و صدور قرار منتفی به نظر می رسد.

۷) طبق ق. م احکام ذیل راجع به تشکیل جمعیت های عام المنفعه پیش بینی شده است:

۱- مطابق ماده ۴۴۶ ق. م: «(۱) مرجع صلاحیتدار می تواند بنا بر قرار مدلل، رئیس هیأت مدیره ای را برای اجرای وظایفی که در اساسنامه جمعیت توضیح گردیده مؤقتاً تعیین نماید؛ (۲) رئیس یا هیأت مدیره مؤقت وقتی تعیین می گردد که در اجراءات رئیس یا هیأت مدیره جمعیت چنان تخلفی بروز نماید که دوام آنها به وظیفه و به مصلحت جمعیت نبوده با وجود اخطار جمعیت و مرور (۱۵) روز از تأریخ اخطار به رفع تخلفات نپرداخته باشد.»

۲- وفق ماده ۴۴۷ ق. م: «(۱) اعضای هیأت مدیره جمعیت و کارکنان آن مکلف اند تمام اموال جمعیت، اسناد و دفاتر مربوط را به اختیار هیأت مدیره مؤقت بگذارند؛ و (۲) مسؤولیت قانونی اعضای هیأت مدیره و کارکنان جمعیت با سپردن اموال، اسناد و دفاتر مربوط به هیأت مدیره مؤقت خاتمه پیدا نمی کند.»

۳- براساس ماده ۴۴۸ ق. م: «رئیس یا هیئت مدیره مؤقت مکلف است در خلال مدتی که در قرار تعیین شان تصریح یافته، مجمع عمومی را دایر و گزارش اجراءات خود را تقدیم نماید. مجمع عمومی بعد از استماع گزارش، هیأت مدیره جدید را مطابق به اساسنامه و احکام قانون انتخاب می نماید.»

۴- طبق ماده ۴۴۹ ق. م: «جمعیت به تطبیق تصاویر رئیس و یا هیأت مدیره مؤقت که در داخل مدت معینه مندرج قرار، تعیین شان صورت گرفته، در داخل حدودی که در قرار مذکور و یا اساسنامه جمعیت توضیح شده، مکلف می باشد.»

۵- مطابق ماده ۴۵۰ ق. م: «مرجع صلاحیتدار، اعضای هیأت مدیره سابق را که به اثر تخلف مسؤولیت شان ثابت گردیده، برای مدتی که متجاوز از سه سال نباشد، از داوطلب شدن مجدد به حیث عضو هیأت مدیره محروم می سازد.» نص مواد ۴۴۶-۴۵۰ ق. م نیز محل ایراد به نظر می رسد و ایرادی که بر ماده ۴۵۵ ق. م وارد است بر این مواد نیز وارد به نظر می رسد.

۲) جمعیت خیریه

نوع دوم جمعیت طبق ق. م جمعیت خیریه است که تابع قواعد ذیل است:

۱) براساس ماده ۴۵۱ فقره اول ق. م: «(۱) جمعیت خیریه عبارت از جمعیتی است که برای تأمین اهداف خیریه و یا رفاه اجتماعی جهت استفاده اعضای جمعیت یا سائر اشخاص تأسیس شده باشد؛ و (۲) اعضای هیأت مدیره نمی توانند در داخل جمعیت به شغل دیگری در مقابل اجرت اشتغال ورزند.» از نص این ماده سه خصوصیت در خصوص جمعیت خیریه قابل برداشت به نظر می رسد: اول این که طبق نص این ماده جمعیت خیریه یکی از انواع جمعیت ها است. دوم این که هدف از ایجاد جمعیت

خیریه تأمین اهداف خیریه و یا رفاه اجتماعی اعضای جمعیت و یا سایر اشخاص است. لذا، براساس این خصوصیت جمعیت خیریه امکان دارد برای اعضای جمعیت خیر برساند و یا موجب تأمین رفاه اجتماعی افراد خارج از جمعیت گردد. سوم این که با توجه به این که هدف اعضای جمعیت خیریه تأمین اهداف خیریه است. به نظر می رسد به همین دلیل قانونگذار مدنی در فقره ۲ ماده ۴۵۱ اعضای هیأت مدیره را از ایفای وظیفه در برابر اجرت در جمعیت منع کرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده تعریف جمعیت خیریه است. اما، بند دوم نص این ماده مبهم است.

(۲) براساس ماده ۴۵۲ فقره های ۱ و ۲ ق. م: «(۱) هیأت مدیره جمعیت خیریه مکلف به تهیه راپور اجراءات سالانه می باشد؛ و (۲) هیأت مدیره بودجه سالانه جمعیت را با اسناد و مدارك آن به مرجع صلاحیتدار تقدیم نموده و معلومات مورد ضرورت مرجع مذکور را تهیه می کند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- هیأت مدیره مکلف به تهیه راپور اجراءات سالانه می باشد. بنابراین، هر سال هیأت مدیره باید گزارش اجراءات سالانه را تهیه نماید.

۲- هیأت مدیره مکلف است بودجه سالانه جمعیت را با اسناد و مدارك آن به مرجع صلاحیتدار تقدیم نموده و معلومات مورد ضرورت مرجع مذکور را تهیه می کند. چنانچه ملاحظه می شود، قانونگذار مدنی مصداق مرجع صلاحیتدار را مشخص ننموده است. به نظر می رسد مرجع صلاحیتدار ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی زیرا، این ریاست صلاحیت مراقبت از اجراءات جمعیت ها را دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان دو وظیفه مهم هیأت مدیره است. بقیه احکام جمعیت های خیریه مانند ایجاد، انحلال و نحوه اجراءات تابع احکام عمومی جمعیت ها است که تفصیل آن گذشت.

۳) جمعیت فرهنگی

طبق ق. م جمعیت فرهنگی تابع قواعد ذیل است:

(۱) براساس ماده ۴۵۳ ق. م: «جمعیت فرهنگی، عبارت از جمعیت است که هدف تأسیس آن را انکشاف امور علمی، فنی، ادبی و هنری تشکیل می دهد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که اول این که جمعیت فرهنگی یکی از انواع جمعیت ها است. دوم این که هدف جمعیت فرهنگی، برخلاف جمعیت خیریه، انکشاف امور علمی، فنی، ادبی و هنری است. هدف قانونگذار مدنی به نظر می رسد که در نص این ماده تعریف جمعیت خیریه است.

(۲) طبق ماده ۴۵۴ ق. م: «هیأت مدیره جمعیت فرهنگی مکلف است گزارش اجراءات سالانه خود را به اطلاع مرجع صلاحیتدار برساند. این جمعیت راجع به تقدیم اسناد و معلومات لازمه تابع احکام سائر جمعیت های مندرج این قانون می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

۱- هیأت مدیره جمعیت فرهنگی مکلف است گزارش اجراءات سالانه را به مرجع صلاحیتدار تقدیم نماید. قانونگذار مدنی مصداق مرجع صلاحیتدار را در نص این ماده به دلیل این که امکان تغییر مرجع وجود دارد معین نکرده است. به نظر می رسد ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی

وزارت عدلیه مرجع صلاحیتدار است. زیرا، طبق ق. م این ریاست صلاحیت مراقبت و کنترل اجراءات جمعیت ها را به عهده دارد. بقیه احکام مربوط به جمعیت های خیریه تابع قواعد عمومی جمعیت است که در بالا گذشت.

۴) مؤسسات

نوع دیگر اشخاص حکمی در نظام حقوقی افغانستان، مؤسسه است (ماده ۳۳۷ ق. م) که احکام آن را مواد ۴۵۵ الی ۴۷۱ ق. م تنظیم نموده است. از یکطرف مصداق مؤسسات به گونه ای که در ق. م پیش بینی شده است در افغانستان مشخص نیست. از طرف دیگر، به نظر می رسد در خصوص قانون ناظر بر مؤسسات تشتت و پراگندگی وجود دارد. زیرا احکام مربوط به مؤسسات را هم قانون مدنی و هم قانون مؤسسات غیردولتی تنظیم نموده است. پرسش این است که آیا منظور قانونگذار مدنی از مؤسسه در ق. م، مؤسسات غیردولتی است؟ پاسخ به این پرسش منفی به نظر می رسد زیرا نخست این که در ق. م مؤسسه مطلق استعمال شده است در حالی که مؤسسات غیردولتی در مفهوم مقید استعمال شده است که در انگلیسی به آن (None-governmental organization) می گویند. دوم این که در خصوص مؤسسات غیردولتی قانون دیگری زیرعنوان «قانون مؤسسات غیردولتی» وجود دارد. بنابراین، به نظر نمی رسد که مؤسسات غیردولتی تابع ق. م باشد. سوم این که مرجع ثبت مؤسسه ریاست سازمان های اجتماعی و احزاب سیاسی وزارت عدلیه است در حالی که مرجع ثبت مؤسسات غیردولتی وزارت اقتصاد است.^{۳۱۸}

۳۱۸. طبق ماده ۵ فقره ۱ قانون مؤسسات غیر دولتی: «مؤسسه: سازمان غیردولتی، غیرسیاسی و غیرانتفاعی بوده که شامل مؤسسات داخلی و خارجی می گردد.»، از نص این ماده به خوبی بر می آید که مؤسسات غیر دولتی بر سه نوع است: مؤسسه دولتی داخلی، مؤسسه غیر دولتی خارجی و مؤسسه خارجی بین المللی که در تعاریف آنها ماده ۵ فقره های ۲، ۳ و ۴ ق. م. غ. د می گویند: «اصطلاحات آتی در این قانون مفاهیم ذیل را افاده می نماید: (۲) مؤسسه داخلی: عبارت از مؤسسه غیردولتی داخلی بوده که به منظور پیشبرد هدف یا اهداف معین تشکیل می گردد؛ (۳) مؤسسه خارجی: عبارت از تشکیل غیردولتی بوده که در خارج افغانستان مطابق قانون دول خارجی تأسیس گردیده و شرایط این قانون را بپذیرد؛ و (۴) مؤسسه خارجی بین المللی: عبارت از تشکیل غیردولتی بوده که در خارج افغانستان مطابق قانون دول خارجی ایجاد و فعالیت آن بیش از یک کشور را احتوا می نماید. مؤسسات ملل متحد و ارگان های مربوطه آن شامل این تعریف نمی باشند.».

شخصیت حقوقی مؤسسات غیردولتی بعد از ثبت در ریاست مؤسسات غیر دولتی وزارت اقتصاد ایجاد می گردد. ماده ۲۰ ق. م. غ. د در این باره اعلامی می دارد که: «شخصیت حقوقی مؤسسه در افغانستان با کسب جواز فعالیت از وزارت اقتصاد تثبیت و تکمیل می گردد.»، زیرا، طبق ماده ۴ ق. م. غ. د: «وزارت اقتصاد مرجع ثبت، نظارت، بررسی و انسجام فعالیت های مؤسسات در افغانستان می باشد.»، بعد از ایجاد این مؤسسات فعالیت های خویش را مطابق قانون مؤسسات غیر دولتی پیش می برند.

شخصیت حقوقی مؤسسات غیر دولتی در صورت ختم میعاد، عدم ارائه گزارش فعالیت سالانه به وزارت اقتصاد و مخالفت فعالیت مؤسسه با منافع عامه و قوانین افغانستان منحل می گردد. ماده ۳۵ ق. م. غ. د در این باره تصریح می نماید که: «مؤسسه در حالات ذیل منحل می گردد: (۱) در صورتی که میعاد تأسیس آن ختم گردیده باشد، اما در صورت تقاضا و تداوم فعالیت، این میعاد قابل تجدید می باشد؛ (۲) در صورتی که عالی ترین مرجع تصمیم گیری مؤسسه به طور داوطلبانه مطابق اساسنامه مربوط به انحلال آن تصمیم اتخاذ نماید؛ (۳) در صورتی که مؤسسه در ظرف یک سال بعد از پایان سال مالی، گزارش سالانه فعالیت خویش را به وزارت اقتصاد ارائه ننماید؛ (۴) در صورتی که مطابق حکم مندرج فقره (۱) ماده چهل و هفتم این قانون در خلال مدت شش ماه به ثبت مجدد اقدام نه

چهارم این که مؤسسات نمی توانند وجه مالی (Fund) دریافت نمایند، در حالی که مؤسسات غیردولتی می توانند وجه مالی دریافت نمایند. همچنین، قانونگذار مدنی مؤسسات را تابع قواعد عمومی جمعیت ها دانسته است. ماده ۴۶۹ ق. م در این خصوص حکم می نماید: «احکام مربوط به جمعیت ها از قبیل تأسیس، الحاق، تجزیه، تأسیس نمایندگی، تعیین رئیس مؤقت، انحلال و تصفیه، تبدیل مؤسسه به عام المنفعه و همچنین حکم مندرج ماده (۴۱۸) این قانون بر عموم مؤسسات نیز قابل تطبیق می باشد». طبق نص این ماده احکام مربوط به جمعیت ها راجع به تأسیس، الحاق، تجزیه، تأسیس نمایندگی، تعیین رئیس مؤقت، انحلال، تصفیه، تبدیل و نظیر اینها تابع قواعد عمومی جمعیت ها است. زیرا، از یکطرف در خصوص مؤسسات قواعد خاص در ق. م وجود ندارد و از طرف دیگر در صورت عدم موجودیت قواعد خاص، قواعد عمومی قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق قواعد عمومی جمعیت ها بر مؤسسه است.

۲) براساس ماده ۴۷۰ ق. م: «احکام مربوط به مؤسسات مندرج این قانون در مورد مؤسسه ای که به شکل وقف تأسیس یافته باشد، استثناءً تطبیق نمی گردد». نص این ماده مبهم است. وقف چنانچه گفته شد، طبق ق. م شخصیت حکمی است. به موجب فقه با توجه به اختلافی که در این زمینه وجود دارد، وقف عقد یا ایقاع است. اما، طبق نص این ماده مؤسسه امکان دارد به شکل وقف به وجود آید. مصداق نص این ماده تاکنون در افغانستان به نظر می رسد که وجود نداشته است. باوجوداین، در صورتی که مؤسسه به صورت وقف ایجاد شود، این مؤسسه تابع قواعد عمومی و اختصاصی مؤسسات نیست، بلکه تابع قواعد عمومی وقف است که تفصیل آن گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تابع ساختن مؤسسه ای که به شکل وقف ایجاد می شود به قواعد عمومی وقف است.

اول) تعریف

براساس ماده ۴۵۵ ق. م به صورت عام: «مؤسسه، عبارت از شخصیت حکمی است که برای انجام خدمات بشری، دینی، علمی، فنی و یا سپورتی از طریق تخصیص اموال برای مدت غیر معین تأسیس یافته و برای اهداف غیر انتفاعی فعالیت می نماید». طبق نص این ماده، نخست این که مؤسسه مانند سایر اشخاص معنوی، شخصیت حکمی است. دوم این که اهداف مؤسسه عبارت از انجام خدمت بشری، دینی، علمی، فنی و سپورتی است. سوم این که مؤسسات برای اهداف غیرانتفاعی باید فعالیت نمایند. چهارم این که به نظر می رسد مؤسسه نمی تواند وجه مالی (Fund) از تمویل کنندگان و یا وجه مالی دهندگان (Donors) دریافت کند، زیرا قانونگذار مدنی از «تخصیص اموال برای مدت غیر معین» سخن می گوید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف مؤسسه است.

دوم) ایجاد شخصیت حکمی مؤسسه و ثبت آن

نماید؛ ۵) در صورتی که فعالیت مؤسسه از جانب کمیسیون عالی ارزیابی در مغایرت با منافع عامه، نقض احکام این قانون یا سایر قوانین نافذه تثبیت گردد».

براساس ماده ۴۶۰ ق. م: «اعلان مؤسسه به مطالبه مؤسس یا اولین رئیس آن و یا مرجع صلاحیتداری که مؤسسه تحت نظارت آن قرار دارد، مطابق به احکام مربوط به اعلان جمعیت های مندرج این قانون صورت می گیرد.» از نص این ماده استنباط می گردد که اعلان مؤسسه توسط مؤسس یا رئیس صورت می گیرد. عبارت مرجع ای صلاحیتدار در این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از مرجع صلاحیت دار، مرجع ثبت است.

از نص این ماده که تصریح می نماید «اعلان مؤسسه [...] مطابق به احکام مربوط به اعلان جمعیت های مندرج این قانون صورت می گیرد» به نظر می رسد که مؤسسه در ریاست انسجام، بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی مطابق احکام ق. م صورت می گیرد. تفصیل قواعد اعلان جمعیت ها گذشت. بنابراین، اعلان مؤسسه تابع قواعد عمومی جمعیت ها است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق قواعد عمومی جمعیت ها بر مؤسسه است.

۲) طبق ماده ۴۵۹ ق. م: «شخصیت حکمی مؤسسه وقتی تثبیت می گردد که مطابق به احکام این قانون اعلان گردیده باشد.» طبق نص این ماده شخصیت حکمی مؤسسه زمانی ایجاد می شود که اعلان گردد. دلیل این قاعده این است که مؤسسه شخصی حکمی خصوصی و موجودیت اعتباری است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان زمان ایجاد شخصیت حکمی مؤسسه به نظر می رسد.

۳) براساس ماده ۴۵۶ ق. م: «(۱) تأسیس مؤسسه توسط سند رسمی صورت می گیرد؛ و (۲) سند رسمی حیثیت اساسنامه مؤسسه را داشته و حاوی مطالب آتی می باشد: ۱ - عنوان مؤسسه و مرکز اداره آن، مرکز اداره مؤسسه در خارج از افغانستان بوده نمی تواند؛ ۲ - هدف و مرام تأسیس آن؛ ۳ - اسم و شهرت مکمله مؤسس یا مؤسسين؛ ۴ - تفصیلات دارایی ای که به مؤسسه تخصیص یافته است؛ ۵ - تشکیل اداری مؤسسه و اسم رئیس آن؛ ۶ - طرز نظارت و تفتیش امور مالی مؤسسه؛ و ۷ - طرز تعدیل اساسنامه، الحاق، تجزیه و تأسیس نمایندگی های مؤسسه با توضیح طرز تصفیه و تعیین مرجع های که اموال مؤسسه به آن تعلق می گیرد.» طبق نص این ماده مؤسسه مانند سایر جمعیت ها توسط اساسنامه ایجاد می گردد. تدوین کنندگان اسنامه مطالبی را که در نص این ماده پیش بینی شده اند باید در اساسنامه پیش بینی نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده رهنمایی تدوین کنندگان اساسنامه مؤسسه است.

۴) طبق ماده ۴۶۱ ق. م: «مرجع صلاحیتدار می تواند در مورد تأسیس، طرز اداره و اساسنامه مؤسسه، به منظور تأمین اهداف تأسیس آن، تعدیل وارد نماید.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که مرجع ذیصلاح ثبت مؤسسه می تواند برخی تعدیلات را در خصوص تأسیس، طرز اداره و اساسنامه ارایه نماید. به نظر می رسد این حکم زمانی قابل تطبیق است که در خصوص طرز تأسیس، اداره و اساسنامه اشتباه وجود داشته باشد و مرجع صلاحیت دار ثبت مؤسسه برای تصحیح این اشتباه به مؤسسين پیشنهاد ارایه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی اعطای صلاحیت ورود تعدیلات در مسوده اساسنامه مؤسسه به مرجع صلاحیتدار ثبت مؤسسه است.

۵) براساس ماده ۴۵۸ ق. م: «مؤسسه ای که توسط سند رسمی تأسیس شده باشد، مؤسس آن می تواند قبل از اعلان توسط سند رسمی دیگری از تأسیس آن انصراف نماید». از نص این ماده به خوبی بر می آید که مؤسسین مؤسسه نمی توانند به صورت شفاهی قبل از اعلان مؤسسه انصراف نمایند. این انصراف باید به صورت کتبی صورت بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم انصراف از تأسیس مؤسسه است.

سوم) اداره و تکالیف مؤسسات

طبق ق. م اداره و تکالیف مؤسسات تابع قواعد ذیل است:

۱) براساس ماده ۴۶۲ ق. م: «مؤسسه توسط رئیس اداره و تمثیل می گردد». طبق نص این ماده برخلاف جمعیت ها که توسط هیأت مدیره اداره می گردد، مؤسسه توسط رئیس اداره می گردد. این قاعده عمومی حاکم بر همه اشخاص حکمی است که اراده آنها توسط شخص حقیقی تمثیل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده بیان تکلیف رئیس مؤسسه است.

۲) براساس ماده ۴۶۳ ق. م: «رئیس مؤسسه، بودجه و صورت حسابات سالانه مؤسسه را به مرجع صلاحیتدار آن ارائه و معلومات مورد ضرورت مرجع مذکور را تهیه می نماید». طبق نص این ماده رئیس مؤسسه مکلف است، صورت حساب و بودجه سالانه مؤسسه را به ریاست انسجام و بررسی سازمان های اجتماعی و احزاب سازی ارائه نماید. همچنین، رئیس مکلف است معلوماتی که مرجع مذکور در خصوص مؤسسه تقاضا می نماید، به مرجع صلاحیتدار فراهم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده بیان تکلیف رئیس مؤسسه است.

۳) براساس ماده ۴۶۴ ق. م: «مؤسسه نمی تواند بدون اجازه مرجع صلاحیتدار وصیت و یا هبه را قبول نماید». طبق نص این ماده مؤسسه مؤسسه نمی تواند وصیت و یا هبه را قبول نماید، مگر این که مرجع صلاحیتدار اجازه دهد. وصیت از ریشه «وصی» گرفته شده است که در لغت به معنای عهد، فرمان دادن و در نبود کسی به کاری پرداختن است. همچنین، وصیت در لغت به معنای عهد با دیگری در انجام کاری در حال حیات و یا پس از وفات است. ۳۱۹ ماده ۲۱۰۳ ق. م در تعریف وصیت می گوید: «وصیت عبارت از تصرف در ترکه به نحوی که اثر آن به مدت بعد از وفات وصیت کننده منسوب باشد». هبه از ریشه «وهب» گرفته شده است که در لغت به معنای انعام، بخشش، بخشیدن و دادن چیزی برای کسی بدون عوض است. ۳۲۰ ماده ۸۳۳ مجله الاحکام در تعریف فقهی هبه می گوید: «هبه عبارت از تملیک مال به شخص دیگر است بدون عوض که به فاعل آن واهب و به مال متذکره موهوب و به شخصی که آن را

۳۱۹ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۷۵.

۳۲۰ . وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۹۸۰؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۹۲۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۲۵۶ و ۲۲۵۷.

پذیرفته است موهوب له گفته می شود [...]». به حیث مثال، اگر احمد به مؤسسه دو صد هزار افغانی وصیت یا هبه نماید، رئیس مؤسسه نمی تواند این هبه یا وصیت را قبول نماید مگر این که مرجع ذیصلاح اجازه دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی ایجاد شفافیت در بودجه مؤسسه، کنترل مؤسسه و جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی رئیس مؤسسه است.

۴) مطابق ماده ۴۵۷ ق. م: «هرگاه عضو مؤسس، داینین یا ورثه داشته باشد، تأسیس مؤسسه در مورد حقوق شان حکم وصیت یا هبه را دارد. در صورتی که تأسیس مؤسسه حقوق داینین یا ورثه را متضرر سازد، آنها می توانند مطابق به احکام قانونی که در مورد وصیت و هبه موجود است، دعوی نمایند». داینین جمع داین است. داین اسم فاعل از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی طلبکار و متعهد له است. در اصطلاح حقوق مدنی، داین شخصی است که بر مدیون دین دارد. دین در این مفهوم مترادف با قرض است.

ورثه از ریشه «ارث» گرفته شده است که در لغت به معنی میراث بر است. در اصطلاح حقوقی، ورثه اشخاصی است مال مؤرث به آنها منتقل می شود. طبق نص این ماده هرگاه عضو مؤسس مؤسسه داین یا ورثه داشته باشد، تأسیس مؤسسه تابع قواعد وصیت و هبه است. از مفاد نص این ماده استنباط می گردد که مؤسس می تواند با یک سوم مال خویش مؤسسه را ایجاد نماید. در صورتی که مؤسس بخواهد با تمام مال خویش مؤسسه را ایجاد نماید، این تصرف منوط بر اجازه ورثه و داینین است. بنابراین، اگر ورثه و داینین مؤسس اجازه دهد، تصرف نافذ و اگر اجازه ندهند تصرف باطل است. اما، در صورتی که مؤسس به حق داینین و ورثه توجه ننماید، داینین و ورثه می تواند علیه مؤسس اقامه دعوی نمایند. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی داشته باشد و در عین حال از محمود بیست لک افغانی قرضدار باشد و پسری به نام جمیل داشته باشد و بخواهد با این بیست لک مؤسسه ایجاد نماید، جمیل و محمود در صورتی که اجازه دهند، تصرف احمد نافذ است. اما، اگر اجازه ندهند، تصرف احمد نافذ نیست. اگر احمد به عدم اجازه محمود و جمیل توجه ننماید، جمیل و محمود می توانند علیه احمد اقامه دعوی و خواهان ابطال تصرف احمد شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق های داینین و ورثه و جلوگیری از سوء استفاده مؤسس مؤسسه و فریب داینین است.

چهارم) رسیدگی به تخلفات

رسیدگی به تخلفات مؤسسات تابع قواعد ذیل است:

۱) براساس ماده ۴۶۷ ق. م: «هرگاه رئیس مؤسسه مخالف قانون، نظام عامه یا خارج از حدود صلاحیت خویش اجراءات نماید، مرجع صلاحیتدار می تواند این اجراءات را متوقف و ابطال این اجراءات را از محکمه با صلاحیت مطالبه نماید». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

۱- اگر رئیس مؤسسه عملی را انجام دهد که خلاف قانون، نظام عامه که تعریف هر دو در بالا گذشت باشد یا رئیس عملی را انجام دهد که خارج از حدود صلاحیت او باشد، مرجع صلاحیت؛ یعنی: ریاست انسجام بررسی و ثبت سازمان های اجتماعی صرف صلاحیت توقف اجراءات مخالف قانون و ابطال

اجراآت را از محکمه دارد. به حیث مثال، اگر رئیس مؤسسه باند های آدم ربایی را تشکیل بدهد، این عمل خلاف قانون، نظم عام و خارج از حدود صلاحیت رئیس است.

۲- برخی اسباب توقف و تقاضای ابطال اجراآت رئیس مؤسسه در این ماده احصا شده است که عبارت اند از: اجراآت خلاف قانون، نظام عامه و تصرفات خارج از صلاحیت رئیس است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده احتمالی رئیس از صلاحیت و جلوگیری از عمالی مخالف قانون و نظام عامه و کنترل مؤسسه است.

۲) براساس ماده ۴۶۸ ق. م: «(۱) مطالبه ابطال مندرج ماده (۴۶۷) این قانون حداکثر در خلال یکسال از تاریخ اجراآت، به محکمه تقدیم می گردد؛ و (۲) ابطال این گونه اجراآت بر حقوق مکتسبه اشخاصی که بر اساس حسن نیت ذیحق گردیده اند، تاثیر ندارد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- مطالبه ابطال اجراآت رئیس باید در خلال یک سال پس از اجراآت صورت گیرد. در صورت انقضای یک سال، مطالبه تحت مرور زمان قرار گرفته و مورد استماع محکمه ذیصلاح قرار نخواهد گرفت.

۲- ابطال اجراآت بر حقوق مکتسبه غیر تاثیر ندارد. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. حق مکتسبه عبارت از حقی است که شخص آن را کسب نموده است مانند رتبه علمی، رتبه نظامی و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد در یک مؤسسه کار نماید و اجراآت مؤسسه به دلیل مخالفت به قانون، نظام عامه و غیره باطل گردد، مؤسسه مکلف است معاش احمد را که حق مکتسبه او است بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان موعده عدم استماع دعوی توقف اجراآت و مورد حمایت قرار دادن حق مکتسبه افراد است.

۲) براساس ماده ۴۶۵ ق. م: «مرجع صلاحیتدار می تواند در ضمن دعوی از محکمه مربوط عزل مؤظفینی را که در وظایف محوله اهمال ورزیده یا اعمال مخالف قانون یا اساسنامه مؤسسه را مرتکب گردیده اند و یا اموال مؤسسه را مخالف اهداف تأسیس یا اراده مؤسس آن به مصرف رسانیده یا اینکه مرتکب قصور فاحش گردیده اند مطالبه نماید.» به نظر می رسد از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده مرجع صلاحیتدار نمی تواند مؤظفین مؤسسه را عزل نماید. اما، می تواند از محکمه ذیصلاح عزل مؤظفین را مطالبه نماید. بنابراین، صلاحیت عزل مؤظفین مؤسسه را محکمه ذیصلاح دارد. عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.^{۳۲۱}

۲- قانونگذار مدنی اسباب عزل را پیش بینی نموده است که عبارت اند: اهمال در اجرای وظایف محوله، انجام دادن اعمال مخالف قانون، انجام دادن اعمال مخالف اساسنامه مؤسسه، به مصرف رسانیدن اموال مؤسسه مخالف هدف مؤسسه و یا مخالف اراده مؤسسین مؤسسه و ارتکاب قصور فاحش است. اهمال از ریشه «همل» گرفته شده است که در لغت به معنی چیزی را فرو گذاشتن، استوار نداشتن، غفلت،

سستی ورزیدن، سستی، کاهلی ورزیدن و درنگ کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، اهمال عبارت از خطایی ناخواسته یا انجام ندادن کاری است که لازم است انجام پذیرد.^{۳۲۲} تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که جمع آن قصور است و به معنای اهمال و کاستی است.^{۳۲۳} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۳۲۴} فاحش اسم فاعل از ریشه «فحش» گرفته شده است که در لغت به معنی بسیار، کثیر و زیاده از اندازه است. در فقه وصفی است برای امور زیان آوری که چنان بسیار باشد که از حد بگذرد مانند غبن فاحش.^{۳۲۵} فاحش متضاد یسیر است. تشخیص این که کدام تقصیر یسیر و کدام فاحش است بر عهده مرجع ذیصلاح به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد عزل مؤظفین مؤسسات و اسباب عزل آنها است.

۳) وفق ماده ۴۷۱ ق. م: «اتخاذ تدابیر در برابر تخلفات مؤظفین جمعیت ها و مؤسساتی که در موارد مربوط این قانون تصریح یافته، مانع تطبیق قانون جزای عمومی نمی گردد.» تخلف در لغت به معنی نقض عهد، تجاوز، پیمان شکنی، سرپیچی و تخطی است.^{۳۲۶} به شخصی که مرتکب تخلف می شود، متخلف می گویند. در اصطلاح حقوق جزا به نظر می رسد تخلف عبارت از سرپیچی و نقض قانون است. در اصطلاح حقوق خصوصی تخلف عبارت از عدم اجرای تعهد است. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد قانونگذار مدنی تخلفات مدنی مؤسسات را تابع قواعد ق. م گردانیده و تخلفات جزایی ممثلین مؤسسات را تابع قانون جزا دانسته است. بنابراین، در صورت نقض قواعد جزایی، قواعد قوانین جزا بر ممثلین مؤسسات قابل تطبیق است.

۴) براساس ماده ۴۶۶ ق. م: «مرجع صلاحیتدار می تواند برای تأمین اهداف مؤسسه یا نگهداری اموال متعلق به آن تخفیف یا الغای تمام و یا قسمتی از وجایب و شروطی را که در اساسنامه مؤسسه قید گردیده است، از محکمه با صلاحیت مطالبه نماید.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که مرجع صلاحیتدار می تواند به منظور تحقق اهداف مؤسسه و یا نگهداری اموال آن، تخفیف وی الغای برخی از وجایب مؤسسه را که در اساسنامه قید شده است از محکمه با صلاحیت مطالبه نماید. تخفیف در لغت به

۳۲۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۴۱.

۳۲۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۳۰.

۳۲۴. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

۳۲۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۵۰.

معنی سبک کردن، کم کردن قیمت چیزی، تقلیل، تنزل، تسکین، کاهش.^{۳۲۷} الغا از ریشه «لغو» گرفته شده است که در لغت به معنی باطل کردن و لغو کردن است.^{۳۲۸}

د) مشابهت ها و تفاوت های اشخاص حقیقی و حکمی

هم شخصیت های حکمی و هم شخصیت های حقیقی دارای نام، تابعیت، اقامتگاه، حقوق و تکالیف (مسئولیت مدنی و جزایی) و اهلیت هستند. اما، فرقی هایی که بین این اشخاص وجود دارد قرار زیر است:

- ۱) وجود شخص حکمی قانونی؛ یعنی: تقدیری و اعتباری نه حسی است. در حالی که وجود شخص حقیقی مادی و محسوس است؛
- ۲) وجود شخصی حکمی تبعی است. زیرا، شخص حکمی دائماً تابع وجود مجموعه اشخاص حقیقی است. اما، وجود شخص حقیقی همیشه مستقل است؛^{۳۲۹}
- ۳) اراده اشخاص حقیقی توسط خود آنها تمثیل می شود، مگر اینکه ناقص و فاقد اهلیت باشند که در این دو صورت اراده آنها توسط نایبین آنها که عبارت اند از: ولی، وصی و قیم است تمثیل می شود. اما، اراده اشخاص حقوقی توسط اشخاص حقیقی که ممثلین آنها است تمثیل می شود؛
- ۴) اشخاص حقیقی دارای اسناد سجلات هستند. اما، اشخاص حقوقی دارای اسناد سجلات نیستند؛
- ۵) اشخاص حقیقی دارای فامیل هستند. اما، اشخاص حقوقی فاقد این خصوصیت هستند؛ و
- ۶) اهلیت اشخاص طبیعی نظر به ادوار و مراحل زندگی اشخاص طبیعی فرق می نماید. اما، اهلیت اشخاص حقوقی معمولاً در اساسنامه آنها نظر به نوع کاری که انجام می دهند تعیین می شود.

پایان جلد اول

ادامه در جلد حقوق بین الملل خصوصی

327. Ibid, (Last visit: 3, 1, 2018).

۳۲۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۶۲.

۳۲۹. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۷۲.

فهرست اهم منابع

الف) دری

اول) در فقه

1. اتاسی، محمد خالد (۱۳۷۰). شرح مجلة الاحكام، مترجم: موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت فراهی، کابل: انتشارات ستره محکمه.
2. الزحیلی، وهبه (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سلیمی، تهران: نشر احسان.
3. پژوهشکده حوزه و دانشگاه (۱۳۸۱). درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).
4. جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، چاپ اول، ریاست نشرات ستره محکمه.
5. زرقاء، مصطفی (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند.
6. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۵). مجلت الاحکام، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا.
7. سابق، سید (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، ۴ جلد، ایران: انتشارات محمدی سقر.
8. قبله ای خوبی، خلیل (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی.
9. محمسانی، صبحی رجب (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسماعیل گلستانی، چاپ اول، ایران: انتشارات آثار اندیشه.
10. مغنیه، محمد جواد، احوال شخصیه (۱۳۷۹). ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسة، ترجمه مصطفی جباری و حمید مسجد سزایی، تهران: انتشارات ققنوس.
11. نذیر، داد محمد (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت.
12. نذیر، داد محمد (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعه نعمانی.

دوم) در حقوق

13. امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، ۶ جلد، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه.

۱۴. بیگزاده، صفر (۱۳۸۷). شیوه نگارش قانون، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی.
۱۵. جعفری لنگرودی (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش.
۱۶. راجی سمنگانی، یادگار (۱۳۹۵). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد اول، کابل: انتشارات سعید.
۱۷. ژوردن، پاتریس (۱۳۸۵). اصول مسؤولیت مدنی، مترجم: مجید ادیب، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۱۸. حسنی، حسن (۱۳۸۴). اقامتگاه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۱۹. دارالانشای قانون اساسی (۱۳۸۲). قانون اساسی نوین افغانستان از تسوید تا توشیح، ۲ ج، کابل: دارالانشای قانون اساسی.
۲۰. ساکت، محمد حسین (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه.
۲۱. صفایی، سید حسین، قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات مهر.
۲۲. صالح، علی پاشا (۱۳۸۴). سر گذشت قانون، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۲۳. طباطبایی مؤتمنی، آزادی های عمومی و حقوق بشر (۱۳۸۳). تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۴. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۰). حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۲۵. عالم، ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه.
۲۶. عباسی، بیژن (۱۳۸۹). مبانی حقوق اساسی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
۲۷. علوی، سید محمد تقی (۱۳۸۳). عرف و عادات در حقوق اسلام و ایران، چاپ اول، مؤسسه تحقیقاتی علوم اسلامی - انسانی دانشگاه تبریز.
۲۸. قاسمی، عبدالخالق (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قرار داد ها، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۱. نوری، محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قرار داد ها، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۳. نصیری، محمد (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه.

سوم: مقاله:

۳۴. آقای طوق، مسلم (-). مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت: مطالعه تطبیقی کشور های فرانسه، انگلستان و امریکا، پژوهشنامه معاونت حقوقی و بررسی های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، سال اول، شماره اول.

چهارم) فرهنگ ها:

35. انصاری مسعود و طاهری محمد علی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، ۳ ج، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
36. جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
37. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۵ ج، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش.
38. عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
39. معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرايش.

پنجم) وبسایت ها:

40. <https://www.vajehyab.com>
41. www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).
42. www.www.study.com (Last visit: 6/12/2017).
43. <http://en.wikipedia.org/wiki/Rights> (Last visit: 21, April, 2015).
44. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (last visit: 9/3/2016).
45. <https://en.m.wikipedia.org> (Last visit: 6/12/2017).
46. <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/civil-rights> (last visit: 21, April, 2015).
47. <http://www.businessdictionary.com/definition/civil-rights.html> (last visit: 21, April, 2015).

ب) عربی:

۴۸. ابی بکر سعود الکاسانی حنفی، علاءالدین (ـ). بدایع الصنائع فی ترتیب الشرایع، ۶ ج، پشاور: چاپ مکتب حقانیه.
۴۹. الزحیلی، وهبة (ـ). الفقه الاسلامی و ادلته، ۱۲ ج، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ.
۵۰. الزحیلی، وهبة (ـ). اصول الفقه الاسلامی، ۲ ج، پاکستان: چاپ مکتب رشیدیہ.
۵۱. احمد السنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۲ م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ۱۴ ج، بیروت، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی.
۵۲. القره داغی، علی محی الدین (۱۴۰۳ هجری قمری). المقدمة فی المال، والاقتصاد والمکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشایرالاسلامیة.
۵۳. زیدان، عبدالکریم (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان.
۵۴. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة (۱۴۰۴ هجری قمری). الموسوعة الفقهیة، ۴۵ ج، الطبعة الثانية، کویت.
۵۵. مصطفى احمد، زرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، ۳ ج، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر.
56. محمود طهماز، عبدالحمید (ـ). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، ۵ ج، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه.

٥٧. موسى، محمد يوسف (١٣٨٥). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني.

انگليسي:

58. Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law, Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi.
59. Raden Aji Haqqi, Abdul- Rahman (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transctions, Malaysia, first edition, Center for Research and Training.
60. Ugo Mattei (2000). Basic Principles of Property Law, Greenwood Press, London.
61. Kharofa, Alaeddin (2009). *Transctions in Islamic law*, 4th edition, Kuala Lumpur. ASN.
62. William P. Statsky (____). Family Law, sixth edition. Delmar Gengage Learning, New York.



نظام الدین عبداللہ فرزند عبدالرحیم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکر دره ولایت کابل چشم به جهان گشوده است. او در سال ۱۳۸۳ از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه پوهنتون کابل فارغ گردیده است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی واحد افغانستان اخذ نموده است. او از ماه سنبله سال ۱۳۹۹ الی اکنون در دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی استان تهران - واحد تهران مرکزی دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی است. او در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۴ مضامین حقوق و جایب، حقوق عینی،

حقوق میراث، مبادی حقوق، حقوق فامیل، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، عقود معین، قانونگذاری، روش تحقیق در حقوق و ... را در پوهنتون کاردان، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک و پوهنتون کاروان و غیره تدریس کرده است. او از سال ۱۳۹۵ الی اکنون استادیار حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه پوهنتون های خصوصی افغانستان است. او در این جریان مضامین حقوق و جایب (قواعد عمومی عقود)، حقوق و جایب (حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیر قراردادی)، حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی، قانونگذاری، حقوق اساسی، مبادی حقوق، حقوق اداری، روش تحقیق در حقوق و ... را در این دانشگاه پوهنتون به زبان انگلیسی تدریس نموده است. برخی آثاری را که او تا اکنون تألیف و ترجمه نموده است قرار آتی است:

- ۱) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدین عبداللہ (۱۴۰۱) شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۶) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۸) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.

- ۹) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۰). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت چاپ اول، کابل - افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
- ۱۰) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۸) انواع قانون و مراحل قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ دوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۱۲) جولیا پیفیر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.
- ۱۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و وجایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید.

دوم) مقالات:

- ۱) نظام الدین عبدالله و دکتر جواد تقی زاده (۱۳۹۳). انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان، مجله وکالت، شماره های ۲۶ و ۲۷.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۳). حق تشکیل حزب سیاسی، مجله وکالت، شماره ۲۸.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۲۰۱۷). مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، جلد (۲)، کابل: بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون و صلح بین الملل.

سوم) به انگلیسی:

- 1) Nezamuddin Abdullah (2007). A Brief Comparative Analysis of United Nations Convention on Rights of Children (UNCRC), Islam, Afghan Legislations & Customary Practices, Kabul: Save the Children, Sweden – Norway.
- 2) Nezamuddin Abdullah (2011). Max Planck Manual on Property and Ownership in Afghanistan, first edition, Kabul: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Persons

Fifth edition
2024

Nezamuddin Abdullah
(Assistant Professor of Law & PhD candidate of Private Law)