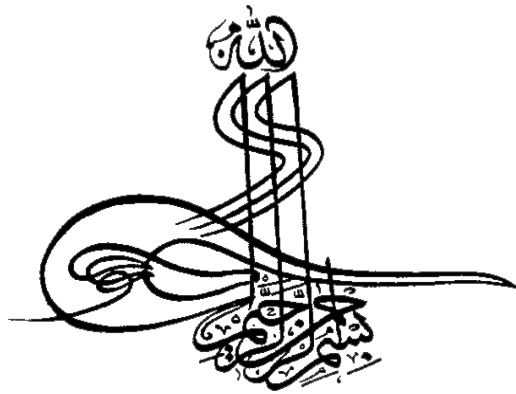




حقوق عینی
(ویرایش و چاپ دهم)

نظام الدین عبدالله
اسیستانټ پروفیسور حقوق Assistant Professor of Law

کابل ۱۴۰۴





مشخصات کتاب

• عنوان: حقوق عینی

• مؤلف: نظام الدین عبدالله (اسیستانټ پروفیسور حقوق Assistant Professor of Law)

• برگ آرایي: اکرام الدین سعیدی

• ناشر: انتشارات سعید

• چاپ و صحافی: چاپ خانه سعید

• تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه

• نوبت و سال چاپ: دهم، بهار ۱۴۰۴ خورشیدی

• بهاء: ۳۰۰ افغانی

شابک: ۹۷۸-۹۹۳۶-۳۲-۰۲۰-۸

حق چاپ، تکثیر، ترجمه، نشر و کاپی محفوظ و مخصوص مؤلف و انتشارات است.

آدرس: ابتدای جاده‌ی آسمایی، آسمائی پلازا، منزل دوم، کابل افغانستان

تلفن: ۰۲۰۲۱۰۶۴۲۸

موبایل: ۰۷۸۸۱۰۰۱۵۷ / ۰۷۰۷۵۷۵۹۳۵

ایمل: Sayeedbook@gmail.com

نشانه‌های اختصاری

قانون اساسی		ق. ا
قانون مدنی		ق. م
قانون اصول محاکمات مدنی		ق. ا. م. م.
اصولنامه تجارت		ا. ت
قانون تنظیم امور زمینداری		ق. ت. ا. ز
قانون علفچر		ق. ع
قانون استملاک زمین		ق. ا. ز
قانون شکار و ابقای حیات وحش		ق. ش. ا. ح
قانون معادن		ق. م
قانون آب		ق. آ
قانون تنظیم امور جنگلات		ق. ت. ا. ج
قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی		ق. ح. آ. ت. ف
قانون مدنی جدید مصر		ق. م. ج. م
جلد		ج
رجوع کنید به		ر. ک
هجری شمسی		ه. ش
هجری قمری		ه. ق
میلادی		م
صفحه		ص
صفحات		صص
چاپ		چ

فهرست مطالب

مقدمه

۱

۳	کلیات: تعریف، منابع و تقسیمات حق های عینی
۳	مبحث اول) تعریف
۶	مبحث دوم) منابع
۸	مبحث سوم) تقسیمات حق های عینی

بخش اول

حق های عینی اصلی

۱۱	مقدمه
۱۴	فصل اول: حق ملکیت کامل
۱۴	مبحث اول) تعریف شی، مال و ملکیت
۱۴	گفتار اول) تعریف شی و فرق
۱۴	گفتار دوم) تعریف، دسته بندی مال و تفاوت مال با ملکیت
۳۸	مبحث دوم) ملکیت
۳۸	گفتار اول) تعریف
۴۰	گفتار دوم) خصایص ملکیت تام
۴۱	مبحث سوم) ساحه و حمایت ملکیت
۴۱	گفتار نخست) ساحه ملکیت
۴۴	گفتار دوم) حمایت ملکیت
۴۵	مبحث چهارم) قیود ملکیت
۴۶	گفتار نخست) قیود مربوط به مالک و همسایه
۵۹	گفتار دوم) شرایط تحقق تجاوز از حدود قیود ملکیت
۶۰	گفتار سوم) آثار نقض قیود ملکیت
۶۳	گفتار چهارم) قیود وضع شده توسط متصرف
۶۵	مبحث پنجم) ملکیت مشاع (مشترک)
۶۵	گفتار نخست) تعریف ملکیت مشاع (مشترک) و اسباب اشاعه (مشترک بودن ملک)
۶۶	گفتار دوم) اداره
۶۷	گفتار سوم) حفاظت و مصارف حفاظت مال مشاع

گفتار چهارم) اصلاح و ترمیم.....	۶۸
گفتار پنجم) انتفاع.....	۷۱
گفتار ششم) تصرف.....	۷۱
گفتار هفتم) از بین رفتن حصه یک شریک نزد شریک دیگر.....	۷۴
گفتار هشتم) تصرف بر ملکیت مشاع.....	۷۵
مبحث ششم) تقسیم ملکیت مشترک.....	۷۶
گفتار نخست) تعریف و جواز تقسیم.....	۷۶
گفتار دوم) انواع.....	۷۹
گفتار سوم) آثار.....	۹۵
گفتار چهارم) نقض تقسیم.....	۹۸
مبحث هفتم) تقسیم منافع (مهایات).....	۱۰۰
گفتار اول) مهایات رضایی.....	۱۰۱
گفتار دوم) مهایات قضایی (جبری).....	۱۰۱
گفتار سوم) مهایات زمانی.....	۱۰۲
گفتار چهارم) مهایات مکانی.....	۱۰۳
مبحث هشتم) مشاع اجباری و ملکیت طبقات منازل.....	۱۰۴
گفتار اول) مشاع (ملکیت مشترک) اجباری.....	۱۰۴
گفتار دوم) ملکیت طبقات منازل.....	۱۰۴
مبحث نهم) اسباب کسب ملکیت.....	۱۰۸
گفتار نخست) تصاحب اشیای مباح.....	۱۱۰
گفتار دوم) خلفیت.....	۱۲۹
گفتار سوم) التصاق.....	۱۲۹
گفتار چهارم) عقود انتقال دهنده ملکیت.....	۱۳۶
گفتار پنجم) شفعه.....	۱۴۱
گفتار هفتم) حیازت.....	۱۷۲
گفتار هفتم) تولد از مملوک، هبه، هدیه و صدقه.....	۲۱۴

فصل دوم: ملک ناقص (ملک عین یا منفعت فقط) ۲۱۵

مبحث اول) تعریف و انواع ملکیت ناقص در فقه.....	۲۱۵
گفتار نخست) ملک عین فقط.....	۲۱۵
گفتار دوم) ملک منفعت فقط یا حق انتفاع.....	۲۱۶
مبحث دوم) تعریف و انواع ملکیت ناقص در ق.م.....	۲۱۶
گفتار نخست) تعریف، محل، شرایط محل، آثار و خاتمه حق انتفاع.....	۲۱۶
گفتار دوم) انواع حق انتفاع.....	۲۲۸

فصل سوم: حق های ارتفاق ۲۴۴

۲۴۴.....	مبحث اول) تعریف، ارکان، محل و مصادر
۲۴۴.....	گفتار اول) تعریف
۲۴۴.....	گفتار دوم) ارکان و محل
۲۴۴.....	گفتار سوم) اسباب
۲۴۷.....	مبحث دوم) انواع
۲۴۷.....	گفتار نخست) حقابه / حق آبیاری / حق شرب
۲۵۱.....	گفتار دوم) حق مجری
۲۵۳.....	گفتار سوم) حق مسیل
۲۵۵.....	مبحث سوم) آثار مشترک حق ارتفاق
۲۵۵.....	گفتار نخست) حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق
۲۵۸.....	گفتار دوم) حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق به
۲۵۹.....	مبحث چهارم) تجزیه عقار مرتفق و مرتفق به
۲۵۹.....	گفتار نخست) تجزیه عقار مرتفق
۲۶۰.....	گفتار دوم) تجزیه عقار مرتفق به
۲۶۰.....	مبحث پنجم) خاتمه و تفاوت حق ارتفاق و حق انتفاع
۲۶۰.....	گفتار اول) پایان حق ارتفاق
۲۶۳.....	گفتار دوم) تفاوت و مشابهت حق ارتفاق و حق انتفاع

بخش دوم

حق های عینی تبعی

۲۶۶.....	مقدمه
----------	-------

فصل اول: رهن و حق حبس ۲۶۹

۲۶۹.....	مبحث اول) رهن رسمی و حیازی
۲۶۹.....	مبحث دوم: حق حبس
۲۶۹.....	گفتار اول) تعریف
۲۶۹.....	گفتار دوم) برخی مصادیق
۲۷۲.....	گفتار سوم) خاتمه حق حبس

فصل دوم: حق اختصاص و تقدم و فرق بین حق عینی اصلی و تبعی ۲۷۵

۲۷۵.....	مبحث اول: حق اختصاص
۲۷۵.....	گفتار اول) تعریف

۲۷۵.....	گفتار دوم) کیفیت ایجاد.....
۲۷۶.....	گفتار سوم) شروط ایجاد.....
۲۸۰.....	گفتار چهارم) آثار.....
۲۸۱.....	گفتار پنجم) تنقیص و خاتمه یافتن حق اختصاص.....
۲۸۲.....	مبحث دوم: حق تقدم.....
۲۸۲.....	گفتار اول) تعریف.....
۲۸۵.....	گفتار دوم) انواع.....
۳۰۲.....	مبحث سوم: فرق بین حقوق عینی اصلی و تبعی.....
۳۰۵.....	فهرست منابع.....

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى سَيِّدِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ وَعَلَى آلِهِ وَاصْحَابِهِ أَجْمَعِينَ!

مقدمه

حقوق عینی یکی از شاخه های بی نهایت مغلق حقوق مدنی است که تدریس آن در سال اخیر دانشکده حقوق و علوم سیاسی و سال سوم دانشکده های شرعیات پیش بینی شده است. هدف حقوق عینی تنظیم روابط اشخاص حقیقی و حُکمی با اموال و مالکیت و نیز تنظیم احکام مربوط اموال و مالکیت است.

اشخاص حقیقی (انسان ها) موجود دو بعدی: روحی و مادی هستند و بنابراین نیازهای معنوی و مادی دارند. نیاز های روحی و معنوی انسان متعدد و متنوع است مانند: ایمان به خداوند، عبادت اعم از نماز، روزه، زکات، حج و ذکر و انجام دادن کارهای اخلاقی و ... که مجموعاً این نیاز را دین و اخلاق اطفاء می نماید. نیازهای مادی انسان ها نیز متعدد و متنوع است، مانند: غریزه جنسی، خوردن، نوشیدن، استراحت کردن و نظیر این ها. رفع نیاز های مادی و حتی معنوی انسان ها مستلزم کسب اموال و ملکیت و پول است تا توسط آن انسان ها بتوانند این نیاز ها را رفع نمایند. به حیث مثال، پول باعث می شود تا انسان مسلمان حج برود، زکات بدهد، درست روزه بگیرد. همچنین، پول باعث می شود تا کرامت انسانی انسان ها حفظ گردد زیرا در صورتی نداشتن پول و نیاز به غذا و سایر وسایل زندگی امکان دارد انسان ها دست به گدایی بزنند. نگدی گری موجب نقض کرامت انسانی می شود. همچنین، در صورت نداشتن پول انسان ها مجبور می شوند برای دیگران کار نمایند و برخی صاحب کارها انسان را توهین و تحقیر کنند. همچنین، در صورت نداشتن پول نخست انسان نمی تواند ازدواج نماید و اگر ازدواج نماید و نتواند نفقه زوجه خویش را تأمین نماید امکان دارد زوجه از زوج تقریق قضایی به سبب عدم اتفاق بگیرد. همچنین، در صورت داشتن اولاد و عدم توانایی تأمین مخارج اولاد مانند تعلیم و تغذیه امکان دارد اولاد انسان بی سواد باقی بماند. از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که پول و مال از نظر شرعی، حقوقی و اجتماعی برای انسان ها بسیار با اهمیت است.

اشخاص حقوقی نیز که جهت رفع نیاز های معنوی و مادی اشخاص حقیقی ایجاد می گردند، مانند: مؤسسات و نهاد های خیریه، فرهنگی، سیاسی، اجتماعی و ... جهت پیش برد فعالیت های خویش ضرورت به اکتساب ملکیت توسط ممثلین خویش که عبارت از اشخاص حقیقی (انسان ها) اند، دارند. بنابراین، اشخاص حقوقی نیز جهت بقاء و پیش برد فعالیت های خویش ضرورت به ملکیت و اموال دارند. پس، اکتساب اموال و

۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی

ملکیت یکی از ارکان مهم زندگی و یکی از نیازهای اولیه و بی نهایت اساسی اشخاص اعم از حقیقی و حکمی است.

با توجه به نیازهای اشخاص حقیقی و حکمی، شرع از یکطرف و حقوق از طرف دیگر نه تنها اسباب کسب ملکیت را معین و مشخص نموده، بلکه کیفیت استفاده و تقسیمات آن را نیز بعد از اکتساب تنظیم نموده است. علاوه براین، شرع و قانون ملکیت اشخاص را مورد حمایت ویژه قرار داده است. بنابراین اشخاص حقیقی و حکمی نمی توانند بر آن تعرض و آن را سرقت، غصب و تلف نمایند. علاوه بر اشخاص حقیقی و حکمی خصوصی، دولت نیز نمی تواند ملکیت اشخاص حقیقی و حکمی را از آنها به زور بگیرد، مگر به موجب حکم قانون جهت تحقق مصالح و منافع عامه، مانند: احداث شفاخانه، سرک، مسجد، مکتب و امثال اینها از طریق استملاک.

با توجه به اهمیت حقوق عینی، این کتاب بر مبنای جلد اول، فصل سوم مواد ۴۷۲ الی ۴۸۳ و جلد چهارم مواد ۱۹۰۰-۱۹۹۲-۲۱۹۸-۲۴۱۶ ق. م تألیف گردیده است که شامل جمیع مباحث حقوق عینی و اموال می گردد. چون احکام حقوق عینی و اموال ق. م از مجله الاحکام، ق. م. ج. م و قانون وصیت مصر اقتباس گردیده است، در شرح احکام مربوط به حقوق عینی ق. م از مجله الاحکام، ق. م. ج. م و شروحاتی که بر این قوانین نوشته شده است استفاده صورت گرفته است.

کتاب حاضر متشکل از کلیات و دو بخش است: در کلیات به تعریف حقوق عینی، منابع حقوق عینی و تقسیمات حقوق عینی پرداخته شده است. در بخش اول به تقسیمات حقوق عینی اصلی که شامل: ملکیت مطلق، ملکیت ناقص (ملکیت منفعت شخصی و ملکیت منفعت عینی یا حق ارتفاق) می شود پرداخته شده است. در بخش دوم به حقوق عینی تبعی که شامل: رهن رسمی، رهن حیازی، حق حبس، حق اختصاص و حق امتیاز می گردد پرداخته شده است.

مؤلف امیدوار است انتشار این کتاب گام سودمندی در جهت بلند رفتن سطح معلومات در زمینه حقوق عینی گردد.

با احترام

نظام الدین عبدالله

کلیات: تعریف، منابع و تقسیمات حق های عینی

در این بخش تعریف، منابع حقوق عینی و تقسیمات حق های عینی را مورد مطالعه قرار می دهیم.

مبحث اول) تعریف

حقوق عینی به نام های مختلف نامیده می شود. در زبان انگلیسی به حقوق عینی «Property law» و «Law of the things» می گویند. در حقوق جمهوری اسلامی ایران به حقوق عینی، حقوق اموال، حقوق اموال و مالکیت می گویند. در افغانستان این رشته را به نام حقوق عینی یاد می نمایند. به نظر می رسد اصطلاح حقوق عینی از ادبیات حقوق کشور های عربی به خصوص مصر وارد نظام حقوقی افغانستان شده است. بنابراین، این اصطلاح متأثر از حقوق اسلامی و حقوق کشور های عربی است. حقوق عینی مرکب از دو کلمه است: حقوق و عینی. عینی اسم منسوب به عین است که در لغت به معنی ذات و نفس است.^۱ همچنین، عین در لغت به معنی رقبه مال مادی است، زیرا مال مادی مرکب از منفعت و رقبه یا ذات است. در اصطلاح فقهی و حقوقی به وجه حاضر از هر شی مادی عین گویند که در برابر دین به کار برده می شود.^۲ ماده ۱۵۹ مجلة الاحکام در تعریف عین می گوید: «عین عبارت است از شی معین و مشخص از قبیل: خانه، اسب، چوکی، جوال گندم، جوال دراهم که در حال حضور از جمله اعیان محسوب می گردند». حقوق در دو مفهوم استعمال می شود: در مفهوم جمع حق و در مفهوم مجموعه قواعد.^۳ لذا، حقوق عینی نیز در دو مفهوم استعمال می شود:

۱) تعریف حق های عینی در مفهوم جمع حق: در مفهوم جمع حق، حقوق عینی یکی از شاخه های حق های مالی است، زیرا حق به اعتبار محل آن به حق غیرمالی و حق مالی تقسیم می شود. فقهاء در تعریف حق غیرمالی می گویند: حق غیرمالی عبارت از حقی است که به مال تعلق نمی گیرد، مانند: حق قصاص، حق آزادی، حق زوجه در طلاق یا تفریق به سبب عدم انفاق، عنینیت، ضرر، سوء آمیزش، غیبت، حبس، حق حضانت، حق ولایت بر نفس و سایر حقوق از این قبیل مانند: حق های سیاسی، از قبیل: حق انتخاب کردن و انتخاب شدن و حق طبیعی، مانند: حق آزادی.^۴

برخی استادان حقوق نیز در تعریف حق غیرمالی می گویند: حق غیرمالی عبارت از امتیازی است که هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است.^۵ به عبارت دیگر: حق غیرمالی عبارت از آن حق هایی است که اجرای آن، منفعتی که مستقیماً قابل تقویم به پول باشد، ایجاد ننماید، مانند: حق بنوت، حق زوجیت و امثال اینها. موضوع حق غیرمالی روابط غیرمالی انسان است و ارزش داد و ستد (مبادله) را ندارد و قابل ارزیابی به پول و مبادله با آن نیست، مانند: حق زوجیت، حق ابوت و بنوت، حق ولایت یا حق که پدیده آورنده اثر ادبی و هنری است. ولی، اکثر این حق ها آثار مالی دارد.

۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۵.

۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۴۱۵.

۳. در این مورد نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). مبادی حقوق، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۴۰.

۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۱؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمة علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶.

چنانچه حق وراثت سبب می شود که شخص دارائی خود را تملک کند و حق زوجیت امکان مطالبه نفقه و ارث را به دنبال دارد، ولی اصل حق را نمی توان به دیگری واگذار کرد و وسیله تحصیل مال قرار داد. حق غیرمالی به وارثان انتقال نمی یابد و داینین نیز نمی توانند با تملک و فروش آن وسیله تأمین وصول دین خود را فراهم آورند. برخی حق های غیرمالی غیر قابل زوال است، مانند: بنوت که پدر و مادر نمی توانند به هیچ وجه نسبت مزبور را از خود سلب کنند.^۶ اما، حق مالی عبارت از حق هایی است که به مال و منافع تعلق می گیرد و موضوع آن مال و منفعت می باشد، مانند: حق ملکیت اعیان، منافع و دیون، حق بایع بر ثمن و از مشتری بر مبیعه، حق شفیع در شفعه، حق ارتفاق، حق خیار و حق مستأجر در سکنی عین مستأجره.^۷

حق مالی به موجب حقوق نیز آن است که اجرای آن مستقیماً برای دارنده ایجاد منفعتی نماید که قابل تقویم به پول باشد، مانند: حق مالکیت نسبت به خانه که مستقیماً برای دارنده آن ارزش پولی دارد.^۸ به عبارت دیگر: حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور، به منظور تأمین نیاز های مادی اشخاص به آنها می دهد. هدف از ایجاد حق مالی تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیاء؛ بین افراد وجود دارد و موضوع آن تأمین حمایت از نفع مادی می باشد. نمونه بارز حق مالی در قدم نخست حق مالکیت و شاخه های آن (حق انتفاع و حق ارتفاق) است و در مرحله دوم حق طلب یا دین است که بر مبنای آن شخص می تواند از دیگری مبلغی پول یا تسلیم مال دیگر یا انجام دادن کار و امتناع از انجام دادن کاری را بخواهد.^۹

با توجه به آنچه گفته شد، حق مالی به حق عینی و شخصی تقسیم می شود. تقسیم حق به عینی و دینی، از گذشته ها، مورد توجه نویسندگان حقوق مدنی و فقهاء بوده است. مبنای این تقسیم چگونگی استفاده از اشیای خارجی است. زیرا، انسان برای ادامه زندگی به این اشیاء نیاز دارد و حق دارد از آنها استفاده کند. انتفاع از اشیاء از دو طریق ممکن بوده است:

- ۱- صاحب حق از مال خویش بلاواسطه و مستقیم استفاده نماید؛ و
- ۲- صاحب حق، از حق خویش به واسطه دیگران استفاده نماید و از دیگران بخواهد که مالی را به او تسلیم نمایند و یا عملی را به او انجام دهند و یا از انجام عملی امتناع ورزند. با توجه چگونگی استفاده از حق، فقهاء و حقوقدانان حقوقی را که امتیاز استفاده به شخص را می دهد، به دو دسته تقسیم کرده اند: حق عینی که حاوی امتیاز انتفاع مستقیم از حق است و حق دینی که به شخص اختیار می دهد اعطای مال، اجرای عمل و یا امتناع از اجرای عمل را از شخص دیگر مطالبه نماید.^{۱۰}

۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۱۲؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳)، مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱)، فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۴۸ و ۴۴۹.

۷. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۴۹-۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ۳، ص ۱۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق)، الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۰.

۸. سید حسن امامی (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴.

۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳)، مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۶؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱)، فلسفه حقوق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۴۷ و ۴۴۸.

۱۰. همان، ناصر کاتوزیان، صص ۴۵۲ و ۴۵۳.

کلیات: تعریف، منابع و تقسیمات حق های عینی □ ۵

در نتیجه، فقهاء و حقوقدانان حق مالی را به حق حق عینی و حق دینی (شخصی) تقسیم کرده اند.^{۱۱} این تقسیم در ق. م نیز رسوخ کرده است. ماده ۴۸۴ ق. م در این باره می گوید: «حقوق مالی به حقوق عینی و حقوق شخصی تقسیم می شود». هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تقسیم حق مالی به حق عینی و حق شخصی است. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. تفصیل حق شخصی در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

به موجب فقه حق عینی عبارت از حقی است که یک شخص بر شی معین بر اساس شرع دارا می شود و بر مبنای همین حق علاقه ای اختصاصی میان صاحب حق و شی مادی قایم می شود و به موجب آن صاحب حق بر شی مادی به صورت مستقیم اعمال صلاحیت می نماید که همین اعمال صلاحیت به صورت مباشر را حق عینی می گویند، مانند: حق مالکیت که مالک را به همه انواع تصرفات در ملک قادر می نماید از قبیل: حق تصرف، استثمار و استعمال آن، حق استفاده از حق ارتفاق مانند حق مرور، حق مسیل و غیره.

حقوقدانان نیز در تعریف حق عینی می گویند: حق عینی عبارت از سلطه است که قانون آن را برای شخص بر عین معین اعطاء کرده است که به موجب آن شخص می تواند از عین انتفاع اقتصادی بگیرد. لذا، حق عینی، حقی است که اشخاص بر اشیاء دارند.^{۱۲} در تعریف حق عینی ق. م از تعریف حقوقدانان پیروی نموده و ماده ۴۸۵ آن در باره تعریف حقوق عینی می گوید: «حقوق عینی عبارت است از تسلط مستقیم شخص بر ذات عین که توسط قانون اعطاء می گردد». حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است.

طبق نص این ماده حق عینی تسلط مستقیم شخص بر عین است که توسط قانون اعطا می گردد. به حیث مثال، اگر احمد موثر داشته باشد، احمد تسلط مستقیم بر موثر که عین است دارد. بنابراین، موثر را می تواند به فروش رساند، هبه نماید یا با آن کار نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف حق عینی است. ایرادی بر نص این ماده وارد می شود این است که طبق نص این ماده تسلط شخص بر شی صرف توسط قانون اعطا می گردد در حالی که این تصرف امکان دارد توسط شرع، حقوق و حتی در حقوق طبیعی توسط طبیعت اعطا گردد.

در حق عینی چهار رکن وجود دارد: اول صاحب حق یا مالک، دوم: موضوع حق یا ملک و آن چیزی است که شخص مالک نسبت به آن حق دارد؛ سوم: ملکیت یا مالکیت و آن يك رابطه حقوقی یا مفهوم تصویری بین «مالك» و «ملك» است که قانون آن را معتبر شناخته و مردم را مکلف به احترام آن نموده است. از این رو، گفته می شود که «حق عینی» در مقابل تمام افراد جامعه است و در اثر این امر، حق تعقیب به صاحب حق عینی داده می شود و مالك می تواند مال خود را در دست هر کس بیابد بگیرد؛ چهارم: جزا، که آن در خارج به دو گونه ظهور می نماید: یکی حمایت قانون از صاحب حق تا کسی نتواند به مالك تعدی کند و دیگر اجبار به رفع تجاوز، در صورتی که تعدی صورت گرفته باشد. به عنوان نمونه، هرگاه کسی مال دیگری را غصب کند، قانون او را مجبور می کند که مغبوبه را مسترد دارد و اگر تلف شده باشد ملزم می شود بدل آن را به مالك بدهد.

۱۱. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۸۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ص ۴.

12. Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi, (____), p 191.

۲) تعریف حقوق عینی در مفهوم مجموعه قواعد: اما، در مفهوم مجموعه قواعد حقوق عینی مجموعه قواعد حقوقی، عرف های حقوقی، اصول کلی و رویه های قضایی است که روابط اشخاص اعم از حقیقی و حکمی را با اشیاء، اموال و ملکیت تنظیم می نماید.

مبحث دوم) منابع

منابع حقوق عینی عبارتند از: قوانین، فرامین تقنینی، اصول کلی حقوقی، فقه، رویه قضایی و دکترین^{۱۳} است:

۱) قوانین و فرامین تقنینی: برخی قوانین و فرامین تقنینی که احکام مربوط به حقوق عینی را تنظیم

می نمایند عبارت اند از:

۱- قانون اساسی: در ق. ۱۳۸۲۱ مواد متعدد وجود داشت که احکام مربوط به حقوق عینی را تنظیم می نمود. به عنوان مثال، ماده ۹ ق. ۱ ناظر بر ملکیت پنداشته شدن منابع زیر زمینی توسط دولت، ماده ۱۴ ق. ۱ ناظر بر تکلیف دولت در رابطه به فروش و توزیع زمین های دولتی به اتباع به منظور تهیه مسکن، ماده ۴۰ ق. ۱ ناظر بر مسؤولیت ملکیت، تضمین کسب ملکیت توسط اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و حق تصرف در آن و نیز عدم صلاحیت دولت مبنی بر گرفتن ملکیت اشخاص حقیقی و حقوقی مگر به غرض تأمین منافع عامه از طریق استملاک و پرداخت عوض عادلانه، و ماده ۴۱ ق. ۱ ناظر بر منع خرید عقار توسط اشخاص حقیقی و حکمی خارجی بود. این احکام با تسلط طالبان بر افغانستان ملغی شده است.

۲- قانون مدنی: ق. م در واقع یکی از مهم ترین منابع حقوق عینی در افغانستان است. زیرا، جلد دوم، کتاب دوم، باب اول، مواد ۴۸۴ الی ۴۸۷ احکام معینی را راجع به تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی و تقسیم حقوق عینی به حقوق عینی اصلی و حقوق عینی تبعی وضع نموده است. همچنین، جلد اول، فصل سوم، مواد ۴۷۲ الی ۴۸۳ ق. م احکام معین را در باره تقسیمات اساسی اموال و تفکیک اموال عامه از خصوصی و تعریف مال وضع نموده است.

همچنین، جلد چهارم، باب اول مواد ۱۹۰۰ الی ۲۲۹۸ حاوی احکامی معین در باره تعریف ملکیت، قیود ملکیت، ساحه ملکیت، ملکیت مشاع و تقسیم آن و در نتیجه تفریز (جدا کردن) آن به ملکیت مفروز، ملکیت مشاع (مشترک) اجباری و ملکیت طبقات منازل، اسباب کسب ملکیت که شامل: تصاحب مباحات، ارث، وصیت، التصاق، شفع، عقد و حیات و ... می شود، است. جلد سوم، مواد ۱۷۷۰ الی ۱۸۹۹ ق. م که احکام مربوط به رهن خیازی و رهن رسمی را تنظیم نموده است؛

۳- قانون تنظیم امور زمینداری:^{۱۴} ق. ت. ا. ز که احکام مربوط به اصلاحات زمین، تفکیک زمین های دولتی از شخصی، توزیع زمین های زراعتی، بکر و بایر به مستحقین، تشویق سرمایه گذاری خصوصی، دسترسی اتباع به زمین، جلوگیری از غصب املاک دولتی، ثبت زمین بر اساس اسناد شرعی و قانونی و اجاره زمین های زراعتی را تنظیم نموده است؛

۱۳. در مورد تعریف قانون، فقه، فرامین تقنینی، رویه قضایی و دکترین نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). مبادی حقوق، چاپ دوم، بخش دوم، فصل اول، کابل: انتشارات سعید.

۱۴. قانون تنظیم امور زمینداری (۱۳۹۶). ۱۲۵۴ جریده رسمی.

کلیات: تعریف، منابع و تقسیمات حق های عینی □ ۷

- ۴- **قانون استملاک:**^{۱۵} که مسایل مربوط به استملاک اموال غیر منقول اشخاص حقیقی و حکمی را توسط دولت به منظور تأمین منافع عامه تنظیم می نماید؛
- ۵- **قانون علفچر:**^{۱۶} که احکام مربوط به زمین های مرعی یا علفچر را تنظیم می نماید؛ و
- ۶- **نفت و گاز:**^{۱۷} که احکام متعلق به نفت و گاز و طرز استفاده از نفت و گاز را تنظیم می نماید؛
- ۷- **قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و سازمانهای بین المللی:**^{۱۸} که احکام متعلق به فروش عقار را به نمایندگی های دول خارجی و سازمانهای بین المللی تنظیم می نماید؛
- ۸- **قانون آب:**^{۱۹} که احکام متعلق به ملکیت و طرز استفاده از آب را تنظیم می نماید؛
- ۹- **قانون شکار و ابقای حیات وحش:**^{۲۰} که احکام مربوط به شکار را تنظیم می نماید.
- ۱۰- **قانون تنظیم امور جنگلات:**^{۲۱} که احکام مربوط به جنگلات را تنظیم می نماید؛
- ۱۱- **قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی:**^{۲۲} که احکام مربوط به آثار فرهنگی و تاریخی منقول و غیر منقول را تنظیم می نماید؛ و
- ۱۲- **قانون معادن:**^{۲۳} که احکام مربوط به طرز استفاده از منابع را تنظیم می نماید.
- ۱۳- فرامین تقنینی رئیس دولت جمهوری اسلامی افغانستان نیز یکی از منابع حقوق عینی را تشکیل می دهد، مانند: فرمان شماره ۸۳ مؤرخ ۱۳۸۲/۸/۱۸ رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان منتشره جریده رسمی شماره ۸۱۶ مؤرخ ۱۳۸۲/۸/۱۸ هـ. ش در باره املاک که احکام متعلق به تفکیک زمین های دولتی از شخصی و اعاده زمین های دولت را تنظیم می نماید. فرمان شماره ۹۹ مؤرخ ۱۳۸۱/۲/۴ هـ. ش رئیس اداره مؤقت در مود عدم توزیع زمین های بکر و بایر دولتی منتشره جریده رسمی ۸۰۲ مؤرخ ۱۳۸۱/۳/۲۸، فرمان شماره ۸۳۰ مؤرخ ۱۳۸۱/۲/۱۱ هـ. ش رئیس اداره مؤقت در رابطه به منع توزیع زمین های دولتی خلاف ماستر پلان منتشره جریده رسمی ۸۰۲ مؤرخ ۱۳۸۱/۳/۲۸ هـ. ش.
- (۲) **فقه:** منبع دوم حقوق عینی را فقه تشکیل می دهد (ماده ۱ فقره ۲ ق. م). در کتاب های فقهی جدید باب ها یا فصول مشخص راجع به اموال و ملکیت و حتی منابع طبیعی مانند: آب، معدن و کنز و سایر منابع طبیعی که موضوعات عمده مورد بحث حقوق عینی را تشکیل می دهند وجود دارد که در این کتاب به صورت مفصل مورد بحث قرار خواهد گرفت.
- (۳) عرف و عادات عمومی و صحیح یکی دیگر از منابع حقوق عینی است (ماده ۱ فقره ۲ ق. م).
- (۴) برخی اصول کلی حقوق مانند: اصل تسلیط، اصل لاضرر (عدم ضرر)، اصل عدم، اصل منع سوء استفاده از حق و ... منابع حقوق عینی را تشکیل می دهند.

۱۵. قانون استملاک (۱۳۶۹). ۱۲۵۸ جریده رسمی.

۱۶. قانون علفچر (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.

۱۷. قانون نفت و گاز (۱۳۸۷). ۹۷۲ جریده رسمی.

۱۸. قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و سازمانهای بین المللی (۱۳۸۷). ۹۴۷ جریده رسمی.

۱۹. قانون آب (۱۳۸۸). ۹۸۰ جریده رسمی.

۲۰. قانون شکار و ابقای حیات وحش (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.

۲۱. قانون تنظیم امور جنگلات (۱۳۹۱). ۱۰۸۷ جریده رسمی.

۲۲. قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی (۱۳۸۳). ۸۲۸ جریده رسمی.

۲۳. قانون معادن (۱۳۹۷). ۱۳۱۵ جریده رسمی.

(۴) برخی متحد المآل های ستره محکمه منبع دیگر حقوق عینی است.
(۶) نظریات دانشمندان حقوق منبع غیرالزام آور و غیرمستقیم حقوق عینی است.

مبحث سوم) تقسیمات حق های عینی

طبق ماده ۴۸۵ فقره ۲ ق. م: «حق عینی، اصلی یا تبعی می باشد.» نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق فقه حق های عینی به حق های عینی اصلی و حق های عینی تبعی تقسیم می شود.^{۲۴} هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تقسیم حق عینی به حق عینی اصل و حق عینی تبعی است. با توجه به آنچه گفته شد، مطالب این کتاب را در دو بخش مورد تحلیل قرار می دهیم: بخش اول: حقوق عینی اصلی، بخش دوم: حقوق عینی تبعی.

۲۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۰؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمة علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۵۸.

بخش اول
حق های عینی اصلی
فصل های شامل این بخش: فصل اول: حق ملکیت کامل فصل دوم: ملک ناقص (ملک عین یا منفعت فقط) فصل سوم: حق های ارتفاق

مقدمه

طبق ماده ۴۸۶ ق. م: «حقوق عینی اصلی عبارت است از حقوق تصرف و انتفاع بر عین که منحصر به حقوق آتی می باشد: (۱) حق ملکیت رقبه و منفعت آن؛ (۲) حق منفعت ملکیت عین بدون ملکیت رقبه؛ و (۳) حقوق ارتفاق». هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف حق عینی اصلی است. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. از این ماده به خوبی بر می آید که حق های عینی اصلی عبارت از حق تصرف و انتفاع است. تصرف که جمع آن 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.^{۲۵}

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.^{۲۶} در اصطلاح فقهی تصرف عبارت از دخالت و تصمیم گیری مالکانه در امور و اموال است.^{۲۷}

طبق نص این ماده حق عینی اصلی حق تصرف بر عین است. طبق این تعریف، شخصی که حق عینی اصلی بر عین داشته باشد، می تواند بر عین تصرف حقوقی انجام دهد. به حیث مثال، احمد مالک زمین است و بر زمین حق عینی اصلی دارد و می تواند آن را به محمود هبه نماید، وقف نماید، وصیت نماید، بفروشد، اجاره دهد و سایر تصرفات را که شامل عقد و ایقاع می شود انجام دهد. همچنین، طبق نص این ماده حق عینی اصلی علاوه بر حق تصرف حق انتفاع نیز است. انتفاع از ریشه «نفع» گرفته شده است که در لغت به معنی سود یافتن، سود برداشتن، نفع گرفتن و بهره مندن شدن است.^{۲۸}

به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، انتفاع عبارت است از نفع گرفتن از مال. طبق نص ماده ۴۸۶ ق. م شخصی که مالک عین گردد می تواند از آن انتفاع بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد مالک خانه باشد، می تواند در خانه سکونت نماید، خانه را به اجاره بدهد. سکونت در خانه و اجاره دادن مصادیق انتفاع اند. همچنین، اگر احمد موتر داشته باشد، می تواند در موتر رانندگی نماید. رانندگی موتر مصداق انتفاع است. طبق نص این ماده حق های عینی اصلی به سه دسته تقسیم می شود:

(۱) حق عینی اصلی شامل حق ملکیت ذات و منفعت شی، مانند: داشتن خانه و منفعت آن می شود که به موجب آن مالک خانه مالک عین و منفعت خانه تلقی می گردد و می تواند طوری که بخواهد در آن در حدود احکام قانون تصرف نماید. به طور مثال، آن را بفروشد، اتهاب نماید یا به اجاره دهد که آن را ملک تام می نامند.

۲۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۸۸.
۲۶. (آخرین بازدید ۳/ ۱۶/ ۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

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

۲۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۶۵.

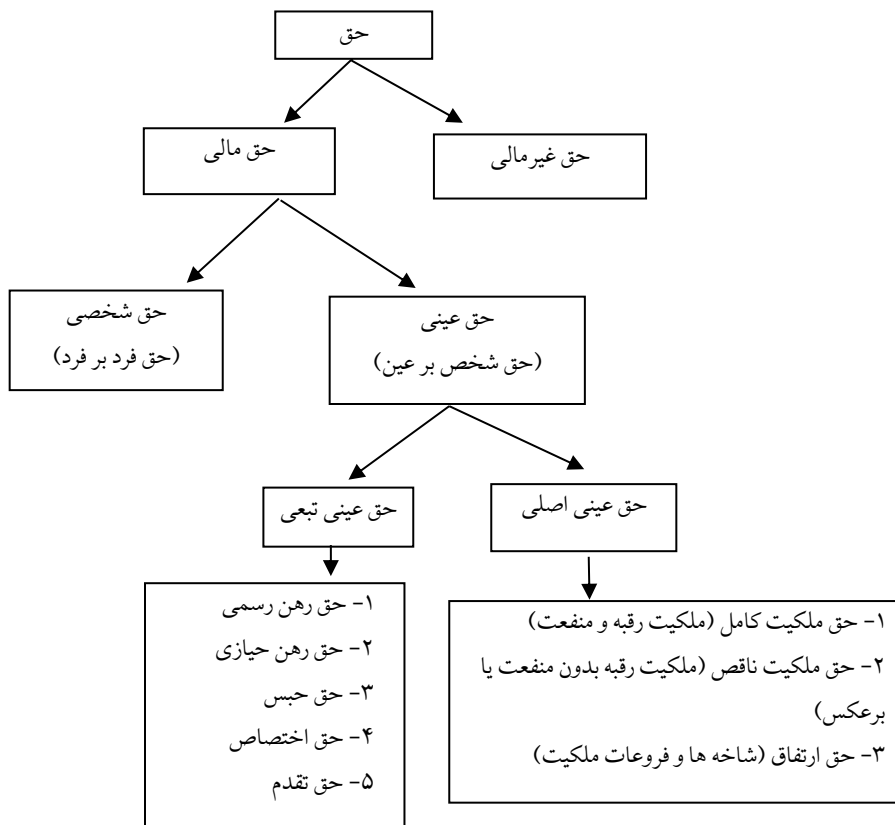
بنابراین، نتیجه اولی که از ماده مذکور به دست می آید این است که حق عینی اصلی شامل ملک تام (کامل) می شود که عبارت از ملکیت ذات (رقبه) شی و منفعت آن می باشد.^{۲۹}

۲) حق های عینی اصلی شامل حق ملکیت رقبه بدون منفعت یا منفعت بدون رقبه آن می شود که آن را ملک ناقص می گویند، مانند اینکه: کسی خانه خود را به اجاره دهد که اجاره دهنده مالک رقبه خانه و اجاره گیرنده مالک منفعت آن تلقی می گردد که ملک هر دو ناقص می باشد. بنابراین، نتیجه دومی که از مفاد ماده مذکور به دست می آید این است که حق های عینی اصلی شامل ملک ناقص می گردد. مالک ملک ناقص نیز یا مالک رقبه ملکیت است و یا مالک منفعت آن. بنابراین، ملک ناقص به دو نوع ملک فرعی دیگر تقسیم می شود که عبارت از ملک عین فقط و ملک منفعت است که ملک منفعت فقط به نام حق انتفاع نیز یاد می شود.

۳) حق های عینی اصلی منحصر به ملکیت رقبه و منفعت آن نمی باشد، بلکه شامل توابع و شاخه های ملکیت نیز می گردد که آن را حقوق ارتفاق می نامند که شامل حق مجری، مرور، مسیل و غیره می گردد. پس، نتیجه مهمی سومی که از نص ماده مذکور به دست می یابد این است که حق های عینی اصلی شامل ملک تام، ملکیت ناقص و حقوق ارتفاق می گردد^{۳۰} که در شکل ذیل ارایه می گردد:

۲۹. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۴۹.

۳۰. در باره تقسیم حق عینی اصلی به: ملک مطلق، ملک ناقص (که شامل ملک عین فقط و منفعت فقط یا حق انتفاع می گردد) و حق ارتفاق ر. ک: همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۴۵۴۶؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م)، المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۴۱ و ۴۲؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق)، المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۱۶۷- و ۱۶۸؛ _____ (۱۴۰۴ ق)، الموسوعة الفقهية، جلد (۳۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۳۱ و ۳۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۶۶.



با توجه به آنچه گفته مطالب مربوط به حقوق عینی اصلی را در سه فصل جداگانه طوری که در فصل اول: حق ملکیت کامل، در فصل دوم: حق ملکیت ناقص و در فصل سوم: حق ارتفاق را مورد تحلیل قرار می دهیم:

فصل اول: حق ملکیت کامل

از آنچه در تقسیمات حق گفته شد، این نتیجه به دست می آید که حق عینی به ملکیت کامل و ملکیت ناقص تقسیم می شود. قبل از این که حق ملکیت کامل و ناقص را مطالعه نماییم، لازم است ملکیت را مطالعه نماید. دانستن ملکیت مستلزم دانستن مال و دانستن از مال مستلزم دانستن شی است. زیرا اشیا در صورت داشتن ارزش اقتصادی به مال و مال در صورتی که تحت ملکیت در آید به ملکیت تبدیل می شود. بنابراین، قبل از تعریف ملک، شی، مال و تقسیمات مال و سپس ملکیت را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف شی، مال و ملکیت

گفتار اول) تعریف شی و فرق

الف) تعریف شی با مال

شی در بسیاری از مواد ق. م در مفهوم مال استعمال شده است. باوجوداین، میان شی و مال تفاوت وجود دارد. شی در لغت به معنی چیز است که جمع آن اشیاء است.^{۳۱} در اصطلاح حقوقی، شی در دو مفهوم استعمال می شود. در مفهوم عام به هر چیزی که وجود داشته باشد، شی گویند، مانند ستاره، یک توتۀ خشت، یک توتۀ سنگ و نظایر اینها. اما، در مفهوم خاص به آنچه که ارزش اقتصادی داشته باشد، شی گویند. در مفهوم دوم، شی مترادف با مال است. شی در بسیاری حالات در ق. م در مفهوم مال استعمال شده است.

ب) تفاوت مال با شی

به نظر می رسد میان شی و مال رابطه عموم و خصوص وجود دارد. بنابراین، هر مالی مادی شی است، ولی هر شی مال نیست. به حیث مثال، آفتاب و هوا که در داد و ستد به کار نمی روند قابل تملک و تقویم به پول نیستند، شی هستند، ولی مال نیستند.^{۳۲}

همچنین، یک توتۀ سنگ شی است. اما، از آنجا که یک توتۀ سنگ به تنهایی دارای ارزش اقتصادی نیست، مال نیست. زمانی که شی ارزش اقتصادی پیدا نماید به مال تبدیل می شود. به حیث مثال، قلم تا زمانی که رنگ بدهد مال است. اما، زمانی رنگ قلم ختم شود، قلم به شی تبدیل می شود. زیرا، در صورت داشتن رنگ قلم ارزش اقتصادی دارد و قابل داد و ستد است و در صورتی که رنگ آن ختم شود، وجود فریکی و مادی دارد اما در بازار ارزش اقتصادی ندارد.

گفتار دوم) تعریف، دسته بندی مال و تفاوت مال با ملکیت

مال یکی از اسباب و وسایل مهم زندگی است که هیچ انسانی بی نیاز از آن نیست. روی همین دلیل، ق. م احکام معین را در باره انواع اموال و احکام هر نوع وضع نموده است. جلد اول، فصل سوم مواد ۴۷۲ الی ۴۸۳ ق. م احکام مربوط به اموال را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م. فقه و مجله الاحکام اقتباس نموده اند. با توجه به اهمیت اموال، قواعد مربوط به اموال را در روشنایی مواد ۴۷۲ الی ۴۸۳ ق. م مورد بحث قرار می دهیم:

الف) تعریف مال

۱) تعریف مال در ق. م

31. آخرین بازبید ۳۱ / ۸ / ۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۳۲. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۳۲.

طبق ماده ۴۷۲ ق. م: «مال عبارت است از عین و یا حقی که نزد مردم قیمت مادی داشته باشد». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف مال است. مال از ریشه «مول» گرفته شده است که در لغت به معنی میل و خواهش است. چون مال طرف خواهش و میل است آن را مال می گویند که جمع آن اموال است. همچنین، مال در لغت به معنی خواسته، پول، کالا، متاع و ثروت است.^{۳۳}

در گذشته، مال را به معنی اراضی و طعام و سپس بر برده و سپس مال را بر هرچه که در اثر اکتساب به دست می آمد، استعمال می کردند. ولی، در عصر حاضر مال بر هر آنچه که دارای ارزش اقتصادی باشد و بتوان آن را مورد تملک قرار داد، اطلاق می گردد. در نتیجه، منازل، اراضی، اشیای منقول، حقوق ارتفاق و انتفاع، حق تألیف، حق اختراع و امثال این ها مشمول تعریف مال است. پس، همانطوری که اطلاق مال بر اشیای مادی صورت می گیرد، بر داشته های معنوی، مانند: حق اختراع، حق تألیف و امثال اینها نیز مورد استعمال دارد.^{۳۴} طبق این تعریف مال عبارت از عینی است که دارای قیمت مادی است. تعریف عین در بخش کلیات گذشت.

به حیث مثال، خانه، کتاب، موتر، لباس، جاروب برقی، تلویزیون و نظیر اینها همه مال اند زیرا از یکطرف عین اند و از طرف دیگر در بازار دارای ارزش اقتصادی اند. همچنین، طبق نص این ماده مال عبارت از حقی است که دارای ارزش اقتصادی در بازار باشد. به حیث مثال، حق تألیف، حق اختراع، حق اکتشاف، حق ارتفاق، حق مرور و امثال اینها مال اند زیرا از یک طرف حق اند و از طرف دیگر در بازار دارای ارزش اقتصادی اند. اما، نقص عمده ای که در این تعریف به نظر می رسد این است که، طبق این تعریف مال صرف شامل عین و حق می گردد و منافع را در بر نمی گردد. حقوقدانان تعاریف متعددی برای مال ارایه کرده اند:

۱) مال چیزی است که قابل مبادله باشد خواه مادی باشد، چون: اسب و خواه معنوی باشد، مثل: حق اختراع.

۲) هرچه که قابل تقویم به پول باشد، مال است.^{۳۵}

۳) مال در اصطلاح حقوقی به چیزی گفته می شود که بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی دارای ارزش مبادله را داشته باشد.^{۳۶} ماده ۱۲۶ مجلة الاحکام در تعریف مال می گوید که: «مال عبارت است از هر آنچه که طبیعت انسان به آن میل داشته باشد و ادخار آن به وقت ضرورت ممکن باشد خواه منقول باشد یا غیر منقول.»

این تعریف محل انتقاد به نظر می رسد زیرا ناقص و غیرجامع است. به طور مثال، میوه جات و سبزیجات با وصف آنکه مال تلقی می گردد قابل ادخار (ذخیره کردن) نیست، زیرا به سرعت فاسد می گردد، و یا دوا و سموم با وصف آنکه مال پنداشته می شود ولی طبع انسان از آن متنفر است. همچنین، اشیاء مباح مانند شکار و اشجار

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

۳۴. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۱؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالاشیاء الاسلامیة، ص ۲۳؛ وهبة الزحیلی (_____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۷۵؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، (۱۳۸۰). حقوق اموال، چاپ پنجم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۶؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرباش، ص ۹۰۳.

۳۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۰). حقوق اموال، چاپ پنجم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۶.

۳۶. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۱۹.

قبل از احراز آن مال تلقی نمی گردد با وصف آن که طبع انسان به آن میل دارد. فقهای حنفی به این عقیده اند که مال عبارت است از هر آنچه که حيازت و احراز آن ممکن و عادتاً قابل نفع باشد. بنابراین، با توجه به تعريف فوق، مال باید دارای دو عنصر ذیل باشد:

(۱) حيازت و احراز آن ممکن باشد: پس، آنچه که حيازت آن ممکن نباشد مال تلقی نمی گردد، مانند: امور معنوی از قبیل علم، صحت، شرف و ذکاوت. همچنین، هر آنچه که قابل احراز نباشد مانند: هوا، اشعه آفتاب و روشنی مهتاب مال تلقی نمی گردد؛ و

(۲) عادتاً قابل انتفاع باشد: بنابراین، هر آنچه که اصلاً قابل انتفاع نباشد مانند گوشت مرده، طعام مسموم یا فاسد یا قابل انتفاع باشد ولی عادت مردم در آن جاری نشود مانند دانه گندم، قطره آب و غیره مال تلقی نمی گردد، زیرا از یک طرف اشیای مذکور به تنهایی قابل نفع نمی باشد و از طرف دیگر عرف مردم در آن جاری نمی شود، زیرا جاری شدن عرف مستلزم استمرار انتفاع از شی در حالات عادی می باشد.

انتفاع از اشیاء در حالت ضرورت مانند خوردن گوشت حیوان مرده نیز شی را مبدل به مال نمی نماید، زیرا حالت فوق یک حالت استثنایی است. جمهور فقهاء به این عقیده اند که مال عبارت است از هر آنچه که دارای قیمت مادی باشد و در صورت اتلاف، تلف کنند مکلف به پرداخت ضمان آن باشد. فرق های که بین این تعاریف وجود دارد قرار آتی است:

(۱) فقهای حنفیه مال را محدود به اعیانی نموده اند که امکان ذخیره کردن آن وجود داشته باشد. این حصر قابل نقد است. زیرا، منافع نیز مال است و نیز اموالی وجود دارد که ذخیره کردن آنها ممکن نیست، مانند: میوه جات و سبزیجات. همچنین، فقهای حنفیه مال را به آنچه که طبع انسان به آن میل داشته باشد، مقید نموده اند. در حالی که، برخی اموال وجود دارد که طبع انسان به آن میل ندارد، مانند: ادویه و میوه قبل از پخته شدن. همچنین، اشیاء مباح، مانند شکار و اشجار قبل از احراز آن مال تلقی نمی گردد با وصف آن که طبع انسان به آن میل دارد. اما، جمهور فقهاء در مال عین مادی بودن آن را شرط نمی دانند، بلکه دائره اموال را وسعت داده و طبق نظر جمهور فقهاء اموال شامل: اعیان، منافع و حقوق می گردد؛ و

(۲) فقهای حنفیه در مال مباح بودن آن را شرط نمی دانند، در حالی که جمهور فقهاء مباح بودن مال را شرط می دانند. باوجوداین، فقهای حنفیه و جمهور فقهاء در مال منفعت و قیمت داشتن آن را عنصر اساسی می دانند. در نتیجه، تعریف جامع ای که فقهاء برای مال ارایه می نمایند این است که: مال عبارت از هر عین و یا حقی است که دارای قیمت مادی و عرفاً دارای منفعت باشد. طبق این تعریف، مال شامل: اعیان مادی، منافع و حقوق می گردد که معیار شمول آن قیمت و منفعت مطابق عرف است.

روی همین دلیل فقهاء می گویند: هر آنچه که دارای منفعت باشد بیع آن جایز است. پس، اشیای که دارای منفعت نیست، بیع آنها جایز نیست و معیار آن هم عرف است که از محلی تا محلی و از زمانی تا زمانی دیگر متفاوت است. طبق این تعریف، هر آنچه که دارای منفعت است شامل مال می گردد، مانند: حقوق معنوی،

اشعه آفتاب و نظیر اینها. اما، مباح بودن مال و یا مباح بودن انتفاع از مال مختص مال حلال و یا مال متقوم است و به صورت مطلق در مال شرط نیست. روی همین دلیل مال را به متقوم و غیر متقوم تقسیم می نمایند.^{۳۷} در حقوق انگلیس برخی حقوقدانان مال را در دو مفهوم استعمال می نمایند: اول مال به شی یا اشیایی گفته می شود که قابلیت تحت ملکیت در آمدن را داشته باشد. در این مفهوم مال نه تنها شامل مال مادی مانند: قلم، میز، ساعت، زمین و ... بلکه شامل اشیای غیر مادی مانند حق ملکیت معنوی و ... می شود. دوم مال در مفهوم ملکیت استعمال می شود^{۳۸} که عاری از ایراد نیست.

۲) فرق میان مال و ملک

تعریف ملک در مبحث بعدی خواهد آمد. به نظر می رسد تفاوتی که میان مال و ملک وجود دارد این است که هر مالی که تحت ملکیت فردی در آمده باشد، به آن ملک می گویند. اما، مالی که هنوز تحت ملکیت در نیامده باشد، به آن ملکیت نمی گویند.

بنابراین، بین مال و ملک رابطه عموم و خصوص وجود دارد؛ به این معنی که: هر ملک مال است، ولی هر مال ملک نیست. به حیث مثال، اموالی که در یک فروشگاه وجود دارند ملکیت صاحب فروشگاه اند. این اموال ملکیت خریدار نیستند. زمانی که خریدار این اموال را خریداری نماید، اموال ملکیت خریدار تلقی می شود. همچنین، پرنده در هوا و ماهی در دریا مال اند اما ملک نیستند. زمانی که یک شخص این اموال را شکار نمایند، این اموال به ملکیت شکارچی تبدیل می شود. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که هر چیزی که هست آن در خارج محقق باشد، شی و هر شی ای که قابل تملک باشد مال و هر مالی که تحت ملکیت در آمده باشد، ملکیت گفته می شود.

ب) تقسیمات مال

طبق ق. م (مواد ۴۷۳، ۴۷۲، ۴۷۵، ۴۷۶، ۴۷۷، ۴۷۸، ۴۷۹، ۴۸۰) اموال به متقوم و غیر متقوم، عقار و منقول، مثلی و قیمی، استعمالی و استهلاکی، اموال عامه و دولتی تقسیم می گردد:

۱) مال متقوم و غیر متقوم

هرچند مال متقوم و غیر متقوم در ق. م مورد استفاده قرار گرفته است، اما مال متقوم و غیر متقوم در ق. م تعریف نشده است. به موجب فقه اموال از نقطه نظر اباحت انتفاع و حرمت آن به متقوم و غیر متقوم تقسیم گردیده است:

اول) مال متقوم

متقوم از ریشه «قوم» گرفته شده است که در لغت به معنی مالی است که دارای قیمت باشد.^{۳۹} همچنین، متقوم به معنی مال ارزیابی شونده، قابل ارزیابی و ارزش پذیر است.^{۴۰} همچنین، متقوم در لغت به معنی گرانبها

۳۷. در مورد تعریف مال ر. ک: مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۱۳-۱۲۲؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۳۱ و ۳۲؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۲۳-۲۷؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۷۵-۲۸۷۷.

38. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 263.

۳۹. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۵۲.

۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۹۴.

و قیمتی است.^{۴۱} اما، در فقه مال متقوم به این معنی؛ یعنی: مالی که دارای قیمت باشد، استعمال نمی شود. طبق فقه متقوم عبارت است از: هر آنچه است که انتفاع از آن شرعاً در حالت اختیار مباح باشد.^{۴۲} به عبارت دیگر: متقوم: «هر آنچه محرز به فعل باشد و شریعت انتفاع آن را مباح تلقی نماید مانند: عقارات، منقولات، مطعومات و امثال اینها».^{۴۳}

از تعریف فوق به خوبی استنباط می گردد که مال متقوم دارای دو عنصر می باشد اول اینکه بالفعل قابل احراز باشد و ثانیاً انتفاع از آن شرعاً ممکن باشد. پس، ماهی در آب، پرنده در هوا، معادن در بطن زمین و غیره قبل از احراز شرعاً و عرفاً غیر متقوم و بعد از احراز شرعاً و عرفاً متقوم تلقی می گردد. اصل در جمیع اموال متقوم بودن، یعنی: اباحت انتفاع آن و صالح بودن آن برای عقود است. زیرا، در این باره قاعده ای فقهی - حقوقی وجود دارد که: «الأصل في الأشياء الأباحة» یعنی: اصل در اشیاء اباحت است و حرام بودن اشیاء حالت استثنائی است که مستلزم ورود نص است.^{۴۴} اساس اصل اباحت اشیاء این قول خداوند ﷻ است که می فرماید:

﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ - [البقرة: ۲۹]

«اوست آن ذاتی که آنچه در زمین است همه را برای شما آفرید.»

طبق این آیه اصل در اشیاء اباحت و حرمت حالت استثنائی است که مستلزم ورود نص است. در کتاب و سنت نصوص معین وجود دارد که محرمات را بیان نموده است، مانند این قول خداوند ﷻ که می فرماید:

﴿قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ خَمًّا خَنِزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ - [الأنعام: ۱۴۵]

«بگو در آنچه به من وحی شده است بر خورنده ای که آن را می خورد هیچ حرامی نمی یابم مگر آنکه مردار یا خون ریخته یا گوشت خوک باشد که اینها همه پلیدند یا [قربانی ای که] از روی نافرمانی [به هنگام ذبح] نام غیر خدا ﷻ بر آن برده شده باشد پس کسی که بدون سرکشی و زیاده خواهی [به خوردن آنها] ناچار گردد قطعاً پروردگار تو آمرزنده مهربان است.»

و نیز می فرماید:

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَحُمُ الْخَنزِيرِ وَ مَا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَ الْمُنْخَنِقَةُ وَ الْمُوقُودَةُ وَ الْمُتَرَدِّةُ وَ النَّطِيحَةُ وَ مَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَ مَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَ أَنْ تَسْتَفْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَمْ فِسْقٌ أَلْيَوْمَ يَأْسُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَحْشَوْهُمْ وَ اخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَ أَتَمَّمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَ رَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ - [المائدة: ۳]

«بر شما حرام شده است مردار و خون و گوشت خوک و آنچه به نام غیر خدا کشته شده باشد و [حیوان حلال گوشت] خفه شده و به چوب مرده و از بلندی افتاده و به ضرب شاخ مرده و آنچه درنده از آن خورده باشد

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

۴۲. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۴؛ و مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۲۳.

۴۳. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۷۹.

۴۴. مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۲۵ و ۱۲۶.

مگر آنچه را [که زنده در یافته و خود] سر ببرید و [همچنین] آنچه برای بتان سربریده شده و [نیز] قسمت کردن شما [چیزی را] به وسیله تیرهای قرعه این [کارها همه] نافرمانی [خدا] است امروز کسانی که کافر شده اند از [کارشکنی در] دین شما نومید گردیده اند پس از ایشان مترسید و از من بترسید امروز دین شما را برایتان کامل و نعمت خود را بر شما تمام گردانیدم و اسلام را برای شما [به عنوان] آیینی برگزیدم و هر کس دچار گرسنگی شود بی آنکه به گناه متمایل باشد [اگر از آنچه منع شده است بخورد] بی تردید خدا آمرزنده مهربان است.^{۴۵}

دوم) مال غیر متقوم

مال غیر متقوم عبارت است از: «هر آنچه که محرز به فعل نباشد و انتفاع آن در شریعت به استثناء حالات اضطرار مباح نباشد». ماده ۱۲۷ مجلة الاحکام مال متقوم و غیر متقوم را چنین تعریف نموده است: «مال متقوم به دو معنی استعمال می شود: اول به معنی چیزی که انتفاع از آن جایز باشد، دوم به معنی مال محرز و محفوظ. بنابراین، ماهی در بحر مال غیر متقوم است ولی بعد از شکار در اثر احراز متقوم می گردد.»

طبق این تعریف مال غیر متقوم دارای دو عنصر است. اولاً اینکه بالفعل قابل احراز نباشد و ثانیاً اینکه انتفاع از آن شرعاً ممکن نباشد. پس، ماهی در آب و پرند در هوا در صورت غیر قابل احراز بودن غیر متقوم تلقی می گردد. همچنین، شراب و خنزیر برای مسلمین غیر متقوم می باشد، زیرا انتفاع از آن برای مسلمین به استثناء حالت اضطرار مانند گرسنگی و تشنگی شدید که تهدید به هلاکت نماید به قدر ضرورت غیر مباح می باشد.^{۴۶}

در خصوص مال متقوم و غیر متقوم حقوقدانان به این نظر اند که: متقوم مالی است که بین مردم دارای قیمت مادی باشد و غیر متقوم خروج اشیاء از تعامل به مقتضای طبیعت آن یا حکم قانون می باشد. بنابراین، اشیائی که به مقتضای طبیعت خارج از تعامل اند کسی نمی تواند آن را تحت حيازت خود آورد مانند: هوا، اشعه آفتاب^{۴۷} و غیره. همچنین، اشیائی که به حکم قانون از تعامل خارج اند غیر متقوم تلقی می گردد مانند: مخدرات ممنوعه، مواد حریبه و نظایر اینها.

سوم) فواید و آثار تقسیم اموال به متقوم و غیر متقوم

فوایدی که بر تقسیم اموال به متقوم و غیر متقوم مرتب می گردد قرار ذیل است:

(۱) از نقطه نظر صحت و عدم صحت عقد: مال متقوم می تواند محل همه انواع عقود از قبیل بیع، اجاره، هبه، رهن، وصیت، شرکت و غیره قرار بگیرد. ولی، مال غیر متقوم نمی تواند موضوع عقود فوق قرار

۴۵. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۲۵ و ۱۲۶.

۴۶. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۷۹-۲۸۸۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۲۴؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، صص ۳۴ و ۳۵.

۴۷. با پیشرفت فن آوری ها و علم اشعه آفتاب امروزه توسط سولر قابل احراز و تملك به نظر می رسد.

بگیرد. بنابراین، بیع خنزیر و شراب توسط مسلمان بیع باطل تلقی می گردد، زیرا هدف اصلی بیع، مبیعه می باشد که متقوم بودن آن شرط صحت عقد بیع تلقی می گردد.^{۴۸}

۲) طبق ماده ۴۷۴ ق. م: «اشیائی که به مقتضای طبیعت و یا حکم قانون مورد داد و ستد قرار گرفته نتواند عبارت از اشیای است که هیچ شخصی نمی تواند حیات آن را به خود اختصاص دهد. حیات از ریشه «حوز» گرفته شده است که در لغت به معنی گردآوردن، گردآوری کردن، جمع کردن و فراهم آوردن چیزی است.^{۴۹}

به حیث مثال، هوا، آب جاری تحت الارض، سرک ها و نظیر اینها به اقتضای طبیعت خویش نمی توانند به طور کلی مورد خرید و فروش قرار بگیرند. همچنین، مواد مخدر مانند افیون، چرس، شراب، تریاک، سلاح و نظیر اینها به حکم قانون توسط اشخاص حقوق خصوصی نمی توانند مورد داد و ستد قرار بگیرند. بنابراین، افراد حقوق خصوص نمی توانند حیات این اشیاء را به خود اختصاص دهند.

به حیث مثال، احمد نمی تواند حیات هوا، آب ها، سرک ها، شفاخانه های عامه و نظیر اینها را به خود اختصاص دهد. دلیل این قاعده این است که همه اشخاص می توانند از این اشیاء استفاده نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اثر مرتب بر اشیایی است که به مقتضای طبیعت یا حکم قانون نمی توانند مورد خرید و فروش قرار بگیرند.

۳) طبق ماده ۴۷۵ ق. م: «اشیائی که به حکم قانون مورد داد و ستد قرار گرفته نمی تواند عبارت از اشیایی است که حقوق مالی بر آن قانوناً مرتب شده نمی تواند.» طبق نص این ماده اشیایی که به حکم قانون نمی تواند موضوع داد و ستد قرار بگیرد حق مالی بر آن مرتب نمی شود. داد و ستد خرید و فروش است.

عبارت حقوق مالی بر آن مرتب نمی شود مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از حق مالی این است که در صورتی که اموال غیرمتقوم مورد داد و ستد قرار بگیرد، این داد و ستد اثر حقوقی ندارد؛ یعنی: باطل است و حق مالی مانند حق مالکیت، حق انتفاع، حق استعمال و نظیر اینها که تعریف آن در فصل اول گذشت بر آن مرتب نمی شود.

به حیث مثال، اگر احمد شراب، چرس و نظیر اینها را به محمود به فروش رساند، حق مالی یعنی حق مالکیت محمود بر این اشیاء ثابت نمی گردد. اگر احمد سرک های عمومی را تحت حیات بی آورد، حق مالکیت احمد بر سرک ها ثابت نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر اشیای غیرمتقوم است.

۴) طبق ماده ۴۷۳ ق. م: «اشیایی که به مقتضای طبیعت و یا حکم قانون مورد داد و ستد قرار گیرد، حقوق مالی بر آن مرتب شده می تواند.» طبق نص این ماده اشیایی که به مقتضای طبیعت و یا حکم قانون مورد داد و ستد قرار می گیرد که مثال های آن در فوق گذشت، حق مالی بر آن مرتب می شود.

۴۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۲۸۸۰؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۵۲ و ۵۳؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۲۶ و ۱۲۷.

۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۷۷.

به عبارت دیگر: بر اشیا و اموال متقوم حق های مالی مرتب می شود. برخی مثال های حق مالی حق عینی اصلی از قبیل: حق ملکیت، حق انتفاع، حق ارتفاق، حق عینی تبعی از قبیل: حق رهن، حق امتیاز و نظیر اینها است. به حیث مثال، اگر احمد سرک های عامه، آب های دریا ها و نظیر اینها را به محمود به فروش رساند، حق مالی یعنی حق مالکیت، حق ارتفاق محمود بر آن ها ثابت نمی گردد. برعکس، موتر، میز، چوکی، کمپیوتر، مواد غذا و نظیر اینها که به حکم طبیعت آنها یا حکم قانون مورد داد و ستد قرار می گیرند، بر آنها حق مالی مرتب می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد موتر را از موتر فروشی بخرد، حق مالی بر این خرید و فروش مرتب می شود. بنابراین، احمد مالک موتر و موتر فروش مالک پول احمد می شود. همچنین، اگر احمد از دوکان ترکاری خریداری نماید، احمد مالک ترکاری می گردد. ترکاری و موتر به حکم طبیعت خویش و به حکم قانون می توانند محل داد و ستد قرار بگیرند. زیرا، طبیعت ترکاری ها اقتضا می نماید تا مورد استفاده انسان ها و بعضاً حیوان قرار بگیرند و طبیعت موتر ایجاب می نماید تا توسط انسان ها مورد استفاده قرار بگیرند. به همین دلیل، قانون فروش و خرید آنها را اجازه داده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر مال متقوم است.

۲) تقسیم اموال به عقار و منقول

اموال از نقطه نظر استقرار و عدم استقرار عین در محل به عقار و منقول منقسم گردیده است:

اول) منقول

طبق ماده ۴۷۸ ق.م: «عقار اشیائی است که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن، غیر ممکن باشد. اشیائی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می شود.» منقول اسم مفعول از ریشه نقل گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال دادن است.^{۵۰} بنابراین، منقول در لغت به معنی قابل نقل و انتقال و انتقال یافته است.

تعریف منقول در نص ماده ۴۷۸ ق.م وجودی نیست بلکه اضدادی است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده عقار را تعریف کرده است و سپس تصریح نموده است که هر مالی که دارای وصف عقار نباشد، منقول است. طبق نص این ماده منقول اشیایی است که دارای اصل ثابت نباشد و نقل و انتقال آن بدون تلف شدن ممکن باشد مانند کتاب، موتر، پول و امثال اینها. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف عقار و منقول است. طبق ماده ۱۲۸ مجله الاحکام: «منقول شی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد برابر است که صورت و هیأت ظاهری آن تغییر کند یا خیر که شامل عروض، حیوانات، مکملات و موزونات می گردد.»

دوم) تعریف عقار

طبق ماده ۴۳۷ ق.م: «عقار اشیائی است که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن، غیر ممکن باشد. اشیائی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته 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. طبق نص این ماده هر مالی که دارای اصل ثابت باشد و نقل و انتقال آن بدون تلف شدن شی ممکن نباشد عقار است. هدف

۵۰. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۴۶.

قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف عقار و منقول است. ماده ۱۲۹ مجله الاحکام در تعریف عقار می گوید: «عقار آن است که نقل آن از یک محل به محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی».

سوم) تحول عقار به منقول و برعکس

گاهی ممکن است عقار به منقول تبدیل شود، مانند اشیائی که از زمین منفصل و استخراج می شوند، مانند: نفت، ذغال سنگ، سنگ، سنگ های قیمتی، خاک و نظیر اینها و نیز توته های خانه منهدم شده که عقار بوده و سپس به منقول تبدیل شده اند.

همه این اشیاء به مجرد جدا شدن از زمین و آماده شدن برای نقل صفت و حکم عقار را از دست می دهند و به منقول حکمی تبدیل شده و احکام منقول بر آنها مرتب می گردد. گاهی نیز منقول به عقار تبدیل می شود، مانند دروازه های خانه، قفل های خانه، لین های برق و لوله های آب و نظیر اینها که منقول ذاتی بوده و بعد از اتصال به عقار، به عقار حکمی تبدیل شده و تابع احکام عقار شده اند و شامل بیع عقاری که در آن متصل شده اند به اعتبار اینکه جزء آن اند می گردند، هرچند در عقد ذکر نکردند.^{۵۱}

فرق اصلی میان مال منقول و غیر منقول قابلیت و امکان حمل و نقل است: بدین ترتیب که، هرگاه مال قابل حرکت دادن باشد، بدون آنکه برای عین یا محل آن خرابی بار آورد، مال را منقول می نامند. بر عکس، اگر مالی قابل نقل مکان نباشد، یا اگر در عمل نیز نقل آن ممکن شود، این تغییر موجب ویرانی و خرابی عین یا محل آن گردد، آن را غیر منقول می گویند.^{۵۲}

چهارم) انواع عقار طبق ق. م

طبق ق. م عقار به دو نوع تقسیم می شود: عقار ذاتی و عقار به تخصیص (عقار حکمی):

۱) **عقار ذاتی:** عقار ذاتی صرف زمین است. باوجوداین، گاهی در زمین گیاهی می روید و درختی غرس می شود، بنایی احداث می گردد که اینها نیز عقار ذاتی تلقی می گردد، مگر اینکه از زمین منفصل شوند. بنابراین، عقار ذاتی سه نوع است:

۱- **زمین:** زمین عقار ذاتی است تفاوتی نمی کند که زمین زراعتی، مسکونی، شهری یا روستایی باشد. زمین از هر نوع و هر کجا باشد، عقار ذاتی است. زیرا، زمین از مکان ثابتی برخوردار بوده و هرگز تغییر مکان نمی دهد. زمین شامل سطح زمین و باطن زمین می شود. پس، زمین شامل فوق و چیز های که در فوق زمین است، مانند: بناء و درخت و نظیر اینها و تحت و چیز هایی که در تحت آن وجود دارد نیز می شود. بنابراین، اشیائی که در زیر زمین وجود دارند، مانند: سنگ های قیمتی، نفت، معدن و امثال اینها پیش از جدا شدن از زمین عقار ذاتی هستند، اما زمانی که از زمین جدا شوند، منقول تلقی می گردد.

۲- **نبات و درخت:** در باره نبات، درخت و گیاه و عقار و منقول تلقی گردیدن آنها ق. م حکمی ندارد. برخی حقوقدانان اینها را عقار ذاتی تلقی می نمایند، مگر اینکه از زمین جدا شوند که در این صورت به منقول تبدیل می

۵۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۳ و ۱۴؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۴۶. باتوجه تحول عقار به منقول و برعکس، برخی حقوقدانان عقار را به عقار ذاتی و عقاری که توسط عمل انسان عقار شده است، تقسیم می نمایند (همان، صص ۴۸ و ۴۹).
۵۲. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵۰؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۸.

شوند.^{۵۳} فقهای حنفیه که با آنها می تواند هم نظر شد نبات و درخت و گیاه را منقول تلقی می نمایند، مگر این که تابع عقال باشند که در این صورت عقال حکمی نه ذاتی تلقی می شوند.

۳- بناء: برخی حقوقدانان بناء را عقال طبیعی و برخی دیگر عقال حکمی تلقی می نمایند. اما، به نظر می رسد که نظر صحیح این است که بناء عقال ذاتی است. زیرا، در صورت انتقال باید تخریب و منهدم شود.

(۲) عقال به تخصیص: در اثر توسعه زراعت و تأثیر مهم آن در تولید وسایل زندگی در اوایل قرن نوزدهم حقوقدانان فرانسوی به فکر افتادند که برای کمک به پیشرفت آن، اموالی که در امور زراعتی به کار می روند و ذاتاً منقول هستند، مانند: گاو، تخم (بذر)، کود، از نظر رابطه نزدیکی که بین آنها و ملک زراعتی وجود دارد، از حیث صلاحیت محکمه و ضبط آنها تابع اموال غیر منقول شناخته شود. این نظریه در مجموعه قوانین فرانسه و از آن طریق به مصر و از طریق ق. م. ج. م. وارد ق. م افغانستان شد. بنابراین، طبق ماده ۴۷۹ ق. م: «اشیای منقولی را که مالک برای استفاده از عقال تخصیص می دهد، عقال پنداشته می شود.»^{۵۴}

تعریف شی، منقول و عقال گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناخت عقال به تخصیص است. از نص این ماده استنباط می گردد که اشیائی وجود دارد که ذاتاً منقول هستند، اما استفاده از این اموال موجب می شود که این اموال عقال حکمی تلقی شوند، مانند اسباب و وسایل زراعت و موادی که برای عقال تخصیص یافته اند. نوع بهره برداری از اشیای منقولی که به عقال تخصیص یافته و عقال حکمی تلقی می گردند، بر حسب عرف و عادات فرق می نمایند.

باوجوداین، بهره برداری می تواند، زراعتی باشد، مانند: حیوانات اختصاص یافته به عقال، تخم (بذر)، ماشین آلات، وسایل زراعتی و نظیر اینها و نیز می تواند بهره برداری صنعتی باشد، مانند: ابزار و آلات منقولی که برای کار در یک کارخانه تخصیص یافته اند. برای اینکه منقولی از طریق تخصیص عقال تلقی شود سه شرط وجود دارد:

۱- تخصیص: اولین شرط تحقق منقول به عقال حکمی تخصیص است. تخصیص در لغت به معنی اختصاص دادن، خاص کردن و ویژه گردانیدن است. بنابراین، اگر مالکی اموالی را گاهی برای بیل زدن، قلیه کردن و امثال اینها از زمین به ملک خویش بی آورد، این اشیاء عقال حکمی تلقی نمی گردند. همچنین، هرگاه دهقانی تراکتوری دیگری را به اجاره گرفته و توسط آن زمین خود را هموار سازد، چنین تراکتوری عقال حکمی تلقی نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد فابریکه داشته باشد، ماشین آلات منقولی که در فابریکه احمد اند، عقال به تخصیص تلقی می گردند.

۲- اتحاد مالک: دومین شرطی تحقق منقول عقال حکمی این است که مالک هر دو مال باید یکی باشد که از این شرط به شرط اتحاد مالک تعبیر می شود. بنابراین، برای تحقق عقال حکمی به منقول که برای عقال تخصیص یافته است، باید مالک عقال و مالک منقولی که عقال حکمی تلقی می گردد شخص واحد باشد.

۵۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۲-۱۴.
۵۴. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۲۶ و ۲۷.

در نتیجه، هرگاه مستأجری اموال منقولی، مثلاً: حیوان، تراکتور و ... را برای استفاده در عقار خود بی آورد، چنین اموالی عقار حکمی تلقی نمی گردند. به حیث مثال، اگر احمد فابریکه داشته باشد، ماشین آلات منقولی که در فابریکه احمد اند، به شرطی عقار به تخصیص تلقی می گردند که ماشین آلات نیز ملکیت احمد باشند.

(۳) استفاده از اموال منقول ذاتی: شرط سوم تحقق تخصیص به خدمت گماردن اموال منقول ذاتی به نفع اموال عقار ذاتی و بهره برداری از اموال منقول ذاتی است.^{۵۵} به حیث مثال، اگر احمد فابریکه داشته باشد، ماشین آلات منقولی که در فابریکه احمد اند، عقار به تخصیص تلقی می گردند به شرطی که احمد از آنها در فابریکه استفاده نماید. آثاری که بر اموال عقار حکمی مرتب می گردد، قرار آتی است:

۱- با تخصیص اموال منقول به عقار، اموالی که ذاتاً منقول هستند، حکماً به عقار تبدیل می شوند و در حکم عقار می آیند. ضرورتی که به مقتضای آن اموال منقول به حکم قانون عقار حکمی شناخته شده اند این است که اموال منقول که عقار به آن ضرورت دارد و یکی از ارکان آن تلقی می گردند از عقار اصلی جدا نشده و از این رهگذر عقار دچار صدمه نشود؛

۲- اثر دیگر تخصیص در تفاوتی است که میان مال غیر منقول حکمی با منقول ذاتی وجود دارد. زیرا، به محض اینکه مال منقول به غیر منقول ملحق شود و غیر منقول به تخصیص شود، اصولاً، چنانچه فوقاً بدان اشاره شد، احکام غیر منقول بر آن تطبیق می گردد و بنابراین با وضعیت قبلی خویش که منقول ذاتی بوده است بسیار تفاوت می نماید. بنابراین:

اول) اموال عقار حکمی به تنهایی نمی توانند ضبط شوند، مگر با عقار اصلی؛
دوم) مالک مال عقار اصلی نمی تواند به تنهایی عقار اصلی را به دیگری به رهن دهد. زیرا، عقار حکمی نیز جزء عقار اصلی تلقی می گردد و باید عقار حکمی را نیز به عقار اصلی به رهن دهد؛
سوم) میان مال عقار اصلی و عقار حکمی نوع پیوند ناگسست پذیر به وجود می آید و هر دو جزء لایتجزای همدیگر تلقی می گردند؛

چهارم) در صورت انتقال (مثلاً: فروش) عقار اصلی، عقار حکمی نیز با آن منتقل می شود. زیرا، عقار حکمی نیز تابع عقار اصلی است و مالک اصل مالک فرع تلقی می گردد. چنانچه بیان شد، برای اینکه منقول عقار حکمی تلقی گردد، تخصیص منقول به عقار و استفاده از این اموال منقول ذاتی در عقار اصلی است. پس، در صورتی که مالک بخواهد به این تخصیص اختتام ببخشد، نه تنها اراده وی کافی نیست، بلکه عملاً باید از اشیای منقول ذاتی استفاده ننماید. به عنوان مثال، اگر مالکی ابزار زراعتی را برای ملک خویش اختصاص داده باشد، مالک باید آن را در اغراض غیر از آن استفاده نماید.^{۵۶}

پنجم) آثار و فایده تقسیم

تقسیم اموال به عقار و منقول دارای اهمیت فراوان می باشد و آثار ذیل بر آن مرتب می گردد:

۵۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، صص ۵۱ و ۵۲؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۹-۵۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۵۳-۱۶۵۶.

۵۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۱-۵۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۵۷.

۱) طبق ماده ۴۱ ق. ۱: «اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت اموال عقاری را ندارند. اجاره عقار به منظور سرمایه گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می باشد. فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و به مؤسسات بین المللی که افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون، مجاز می باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استخراج است:

۱- مطابق بند اول ماده ۴۱ ق. ۱ اشخاص خارجی نمی توانستند و نمی توانند در افغانستان عقار را خریداری و آن را تملک نمایند. قانونگذار اساسی در ماده ۴۱ ق. ۱ کلمه «شخص» را استعمال نموده است. به نظر می رسد شخص در این ماده اعم است از شخص حقیقی خارجی و شخص حکمی. پرسش این است که چرا قانونگذار اساسی این صلاحیت را به دولت افغانستان نداده بود؟

در پاسخ به این پرسش برخی نویسندگان بر این نظر اند که علت منع اکتساب عقار باوصف حق بشری بودن آن توسط اتباع خارجی، رعایت احتیاط لازم به منظور حفظ و نگهداری قلمرو کشور و جلوگیری از تحت اختیار قرار گرفتن آن توسط کشورهای خارجی یا اتباع آنها است. زیرا، افغانستان کشور در حال رشد و توسعه است و سرمایه داران ملی در آن به پیمانه وسیع وجود ندارد. بنابراین، اگر اکتساب عقار توسط اتباع خارجی منع قرار داده نشود، این خطر ایجاد خواهد شد که با پول و سرمایه یک کشور خارجی یا نمایندگان آنها حصه ای از خاک افغانستان خریداری و از این طریق تسلط خارجی ها بر کشور مستولی شود.^{۵۷}

۲- براساس بند ۲ ماده ۴۱ ق. ۱ اجاره عقار به منظور سرمایه گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می باشد. در زمینه اجاره اراضی به منظور سرمایه گذاری در نظام حقوقی افغانستان تاکنون قانون خاص وجود ندارد. اما، احکام آن را به طور کلی قانون تنظیم امور زمینداری تنظیم نموده است.

۳- فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و مؤسسات بین المللی که افغانستان عضو آن باشد مطابق قانون مجاز می باشد. ق. ف. ع. ب. ن. م در روشنایی ماده ۴۱ ق. ۱ اوضاع و نافذ گردیده است که تفصیل فروش عقار را به سازمان های بین المللی و نمایندگی های سیاسی تنظیم می نماید.

۲) طبق ق. م اتباع خارجی نمی توانند اموال عقاری را در افغانستان براساس وصیت تملک نمایند (ماده ۲۱۱۲ فقره دوم ق. م). ولی، اتباع خارجی می توانند اموال منقول مجاز را طبق قانون خریداری و تملک نمایند. در خصوص تملک عقار توسط خارجی ها به طور کلی دو موضع (رویکرد) وجود دارد. برخی کشور ها مانند ترکیه عقار را برای اتباع خارجی به فروش می رسانند. برخی دیگر مانند افغانستان فروش و تملک عقار توسط اتباع خارجی را منع می نماید که علت آن قبلاً تذکر یافت؛

۳) در دعوی مربوط به عقار محکمه ای ذیصلاح پنداشته می شود که عقار مدعی بها در حوزه صلاحیت آن موقعیت داشته باشد (ماده ۹۲ ق. ا. م. م. ولی، در سایر دعاوی اصولاً محکمه محل اقامت مدعی علیه ذیصلاح پنداشته می شود (مواد ۸۱، ۸۲، ۸۳، ۸۴ و ۸۵ ق. ا. م. م)؛

۴) فروش اموال غیر منقول تابع ترتیب سند رسمی و از جمله معاملات مدنی تلقی می گردد. ولی، فروش اموال منقول معامله تجارتي تلقی می گردد (ماده ۱۴ اصولنامه تجارت) که غالباً تابع ترتیب سند رسمی نمی باشد؛

(۵) طبق ماده ۲۲۱۳ ق. م شفعه در عقار مبیعه ثابت می گردد و در منقولی که جدا از عقار به فروش رسد ثابت نمی گردد. همچنین، بیع وفاء یا گروهی نیز مختص به عقار می باشد نه بر منقول؛

(۶) طبق فقه وصی قاصر نمی تواند عقار قاصر را به فروش رساند مگر به اجازه شرع مانند اداء دین، رفع حاجت ضروری یا تحقق مصلحت راجح قاصر که آن هم منوط به اجازه قاضی می باشد، زیرا در بقاء عین عقار قاصر مصلحت قاصر بیشتر حفظ می شود نسبت به فروش عقار و حفظ ثمن آن. ولی، وصی قاصر می تواند در صورتی که مصلحت قاصر ایجاب نماید مال منقول وی را به فروش رساند؛

(۷) جهت پرداخت دین مدیون محجور علیه جهت تحقق مصلحت وی اولاً اموال منقول وی به فروش می رسد. در صورتی که ثمن فروش اموال منقول پرداخت دیون وی را تکافو ننماید اموال عقار وی نیز به فروش میرسد؛

(۸) به نظر امام ابو حنیفه رحمته و امام ابو یوسف رحمته، بر خلاف سایر فقهاء بیع عقار قبل از تسلیم توسط بایع و قبض توسط مشتری جواز دارد. ولی، بیع منقول قبل از تسلیم توسط بایع و قبض توسط مشتری جواز ندارد، زیرا منقول اکثراً در معرض هلاکت قرار می گیرد؛

(۹) حقوق ارتفاق از قبیل حق مرور، مجری و مسیل متعلق به عقار است نه بر منقول؛

(۱۰) وقف در عقار براساس اجماع فقهاء صحیح است. اما، در منقول چنین نیست؛ و

(۱۱) دعاوی مربوط به حیات مربوط عقار است نه منقول.^{۵۸}

۳) اموال مثلی و قیمی

اموال از نقطه نظر تماثل و عدم تماثل افراد و اجزاء آن به مثلی و قیمی منقسم گردیده است:

اول) اموال مثلی

طبق ماده ۴۷۶ فقره اول ق. م: «اشیای مثلی آن است که افراد یا اجزای آن باهم یکسان بوده بدون فرق قابل ملاحظه، عوض یکدیگر استعمال شده بتوانند.» هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف اشیای مثلی است. اشیا جمع شی است. تعریف شی گذشت. مثلی اسم منسوب به مثل است و مثل در لغت به معنی نظیر، مانند و شبیه است. طبق این ماده، مال مثلی مالی است که شبیه و نظیر آن در بازار بدون تفاوت پیدا شود. به حیث مثال، موبایل های ایفون اس اکس، موتر های کورولای ۲۰۱۹، تخم ها و نظیر اینها اموال مثلی اند. در فقه مثلی به چیزی گویند که در تمامی اوصاف اساسی با شی دیگری که مماثل آن فرض شود، برابر باشد.^{۵۹} ماده ۱۴۵ مجله الاحکام در تعریف مال مثلی می گوید: «مثلی آن است که مثل آن در بازار بدون تفاوت چشمگیر پیدا شود.» اموال مثلی بر چهار نوع است که عبارت اند از:

۱) مکیلات: مکیلات بر اشیای اطلاق می گردد که به پیمانه خرید و فروش گردند، مانند: روغن و برنج و امثال اینها که در گذشته به پیمانه به فروش می رسیدند و بعضی اموالی که امروزه بر اساس لیتر خرید و فروش

۵۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۷۰۸ و ۱۷۰۹.

۵۹. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۳۵ و ۳۶؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م.). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۳۰؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیه، ص ۲۸۸۵.

می شود مانند: تیل و مبالیل و غیره. ماده ۱۳۳ مجله الاحکام در تعریف مکیلات می گوید: «کیل و مکیل به اشیای اطلاق می گردد که به پیمانه تعیین گردند.».

(۲) موزونات: اموالی است که بر اساس وزن خرید و فروش می شوند مانند: شکر، برنج و امثال اینها. ماده ۱۳۴ مجله الاحکام در تعریف مال وزنی می گوید: «وزنی و موزون عبارت از چیزی است که وزن شود.».

(۳) عددیات: اموالی است که بر اساس عدد به فروش می رسند مانند: تخم مرغ و امثال آن. ماده ۱۳۵ مجله الاحکام در تعریف عددیات می گوید: «عددی و معدود آن چیزی است که شمار شود.».

(۴) ذریعات: اموالی است که بر اساس ذرع (متر) به فروش می رسند مانند: تکه و نظیر آن. ماده ۱۳۶ مجله الاحکام در تعریف اموال ذرعی می گوید: «ذرعی و مذروع آن است که اندازه اش به قیاس ذرع (متر، گز و امثال آن) معلوم گردد.».^{۶۰}

دوم) اموال قیمی

طبق ماده ۱۳۵ فقره دوم ق. م: «اشیای قیمتی آن است که افراد آن باهم متفاوت بوده و عوض یکدیگر استعمال شده نتوانند.» هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف اموال قیمی است. اشیا جمع شی است که تعریف آن گذشت. قیمی اسم منسوب به قیم است که جمع قیمت است و در لغت به معنی ارزش و بها است.^{۶۱} طبق این تعریف اموال قیمی دو خصوصیت دارند. نخست این که اجزا یا خود آنها از همدیگر متفاوت اند و دوم این که اموال قیمی در عوض همدیگر استعمال نمی شوند. به حیث مثال، موتر مرسدس بنز مدل سال ۱۹۷۰ مستعمل، کتاب های مستعمل، آثار عتیقه، موبایل های کهنه و مستعمل و نظیر اینها اموال قیمی اند. این تعریف از فقه گرفته شده است. طبق فقه مال قیمی آن است که مثل آن در بازار پیدا نشود و یا پیدا شود ولی بین قیمت آن تفاوت وجود داشته باشد مانند: افراد حیوان، زمین، خانه، اشجار، قالین، احجار کریمه از قبیل یاقوت و الماس، کتب مخطوطه و مستعمله و غیره.^{۶۲} ماده ۱۴۶ مجله الاحکام در تعریف مال قیمی می گوید: «قیمی عبارت از چیزی است که مثل آن در بازار پیدا نشود و اگر پیدا شود در قیمت آن تفاوت چشمگیر وجود داشته باشد.».

سوم) تغییر مال مثلی به قیمی و برعکس

در حالات ذیل اموال مثلی به قیمی و اموال قیمی به مثلی مبدل می گردند:

۱) انقطاع مال مثلی در بازار: زمانی که موجودیت مال مثلی در بازار منقطع گردد مال مثلی، قیمی می

گردد. به حیث مثال، روغن شمع مال مثلی است، زیرا در بازار مثل آن پیدا می شده است. اما، پس از نایاب شدن، روغن شمع به مال قیمی تبدیل می شود. در صورتی که روغن شمع دوباره در بازار پیدا شود، روغن شمع که به مال قیمی تبدیل شده است، دوباره به مال مثلی تبدیل می شود.

۶۰. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۸۰۰-۴۸۰۲؛ و اسعد محمد سعید الصاغرچی (____)، الفقه الحنفی وادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانہ رشیدیہ، ص ۱۰۸.
۶۱. حسن عمید (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۵۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۸۶.
۶۲. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۲۸۸۵؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۳۰؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، ص ۳۶.

(۲) اختلاط: در صورتی که دو مال مثلی از دو جنس مختلف مخلوط گردد مانند خلط گندم و جو، خلیط مذکور مال قیمی تلقی می گردد؛

(۳) در معرض خطر قرار گرفتن: در صورتی که مال مثلی در معرض خطر مانند: حریق و غرق قرار گیرد قیمت خاص پیدا می کند و مبدل به مال قیمی می گردد. به حیث مثال، اگر موتور حریق گردد و در اثر آن قیمت آن کاهش پیدا نماید، موتور از مال مثلی به قیمی تبدیل می شود.

(۴) استعمال: هنگامی که مال مثلی استعمال شود قیمت خاص پیدا می کند و مبدل به مال قیمی می گردد. بر عکس، در بعضی حالات مال قیمی به مال مثلی مبدل گردد. به طور مثال، در حالت کثرت موجودیت مال مثلی در بازار بعد از ندرت آن. پس، زمانی که مال در بازار نادرالوجود باشد و بعداً کثیرالوجود گردد، مال مذکور مال مثلی می گردد.^{۶۳} به حیث مثال، اگر کتاب خوانده شود و کهنه و مستعمل گردد، کتاب از مال مثلی به مال قیمی تبدیل می شود.

چهارم) فایده تقسیم

فائده تقسیم اموال به مثلی و قیمی این است که هرگاه شخصی مال مثلی غیر را تلف نماید، مکلف به پرداخت ضمان مثل آن می باشد. ولی، در صورتی که مال قیمی باشد تلف کننده مکلف به پرداخت قیمت آن می باشد.^{۶۴}

به حیث مثال، هرگاه شخصی مایایل آیفون ۷ شخص دیگری را تلف نماید، مکلف به تهیه مایایل آیفون ۷ به شخص متلف است. اما، هرگاه شخصی موتور بنز ۱۹۶۰ شخص دیگری را از بین ببرد، باید جبران خسارت آن را به متلف بدهد. زیرا، امکان دارد موتور بنز ۱۳۶۰ در بازار پیدا نشود.

(۴) اموال استعمالی و استهلاکی

اموال از نقطه نظر بقاء و عدم بقاء عین آن در صورت استعمال به اموال استعمالی و استهلاکی منقسم گردیده است:

اول) اموال استعمالی

طبق ماده ۴۷۷ فقره دوم ق. م: «اموال استعمالی آن است که با انتفاع مکرر، عین آن باقی بماند». استعمالی اسم منسوب به استعمال است. استعمال در لغت به معنی کاربرد، استفاده کردن، مصرف کردن و به کار بردن است.^{۶۵} طبق این ماده برای این که مال استعمالی پنداشته شود شرط است که این که با نفع گرفتن مکرر (بارها، مستمر) عین (ذات / نفس / رقبه) آن باقی بماند. بنابراین، اگر استفاده مکرر از مال ممکن نباشد و یا عین مال با استفاده مکرر از بین برود، مال استعمالی نیست.

۶۳. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۳۲ و ۱۳۳؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۲۸۸۵-۲۸۸۶؛ و علي محي الدين القره داغي (۱۴۰۳ ق). المقدمة في المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۴۲ و ۴۳.

۶۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۲۸۸۶ و ۲۸۸۷؛ صص ۴۸۰۰-۴۸۰۲؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۳۶-۱۴۰؛ علي محي الدين القره داغي (۱۴۰۳ ق). المقدمة في المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۴۳-۴۵؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۶.

(آخرين بازديد ۲۰۱۶ / ۸ / ۳۱) <https://www.vajehyab.com> 65.

به حیث مثال، موتر، خانه، زمین، لباس، ساعت، میز، چوکی و نظیر اینها اموال استعمالی اند، زیرا با استفاده مستمر و مکرر ذات آنها باقی می ماند. هدف قانونگذار در نص این ماده تعریف اموال استعمالی است. حقوقدانان و فقهاء در تعریف مالی استعمالی می گویند: مال استعمالی عبارت از مالی است که با انتفاع از آن عین آن به حالت قبلی باقی می ماند، مانند عقارات، مفروشات، لباس، کتب و نظیر اینها.^{۶۶} به عبارت دیگر: مال استعمالی عبارت از مالی است که عین آن با وجود استعمال مکرر آن باقی می ماند، مانند: اشجار، عقارات، موترها، لباس ها و امثال اینها.^{۶۷}

دوم) اموال استهلاکی

طبق ماده ۴۷۷ فقره اول ق. م: «اموال استهلاکی آن است که انتفاع از آن بدون استهلاك آن ممکن نباشد.» استهلاکی اسم منسوب به استهلاك است. استهلاك از ریشه «هلك» گرفته شده است که در لغت به معنی تلف شدن، از بین رفتن و نیست شدن است. طبق این ماده مال استهلاکی آن است که نفع گرفتن از آن بدون استهلاك ناممکن باشد.

به عبارت دیگر: مال استهلاکی عبارت از مالی است که با یک بار استفاده عین یا ذات مال از بین برود، مانند: آب، روغن، عطر، شمع، تیل، جوس، میوه، غذا و نظیر اینها. هدف قانونگذار در این ماده تعریف اموال استهلاکی است. برخی فقهاء و حقوقدانان در تعریف مال استهلاکی می گویند اموال استهلاکی عبارت از اموالی است که با انتفاع از آن، عین آن از بین برود، مانند: طعام، نوشیدنی، چوب، اوراق کتاب و نظیر اینها.^{۶۸}

سوم) فرق بین اموال استعمالی و استهلاکی

اموال استعمالی عبارت از اموالی است که امکان استعمال چندین باره آن همیشه وجود داشته باشد، بدون آن که مستهلك شود. به عنوان مثال، لباس قابل استعمال است. زیرا، می توان آن را چندین بار استفاده کرده که چنین اموالی اصولاً در ذات خود برای این هدف تهیه شده اند. باوجوداین، این به این معنی نیست که اموال استعمالی هیچ گاه از انتفاع نمی افتند، بلکه لباس و سایر اموال استعمالی نیز روزی کهنه و پوسیده می شوند، اما با استفاده مکرر.

اما، اموال استهلاکی با یکبار استعمال از بین می روند، مانند طعام که با یک بار خوردن از بین می رود. معیار و ضابطه که توسط آن بتوان اموال استعمالی را از استهلاکی تفکیک کرد، طبیعت اشیاء است. به عنوان نمونه، طبیعت خوردنی ها و نوشیدنی ها طوری است که با یکبار استفاده عین آنها از بین می رود. بر عکس، طبیعت پوشیدنی ها، موترها، لباس و غیره طوری است که با یکبار استفاده عین آنها از بین نمی رود.^{۶۹}

چهارم) فایده تقسیم

۶۶. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۹۱، ج ۳۴، ص ۳۶.
۶۷. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالانشاء الاسلامیة، ص ۵۰؛ و مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۴۴.
۶۸. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالانشاء الاسلامیة، ص ۵۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۴۳؛ و وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۹۱.
۶۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۸۴ و ۸۵؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۴۴؛ و وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۹۱.

فائده تقسیم اموال به استعمالی و استهلاکی قرار ذیل است:

(۱) برخی عقود وجود دارد که تنها اشیای استعمالی می تواند محل آن قرار بگیرد، مانند عقد عاریه که نمی تواند موضوع آن اشیای استهلاکی باشد. بنابراین، عین مستعاره باید مالی باشد که با استفاده آن عین آن از بین نرود. همچنین، در عقد اجاره عین مستأجره باید استعمالی باشد. زیرا، بعد از انقضای عقد اجاره عین مستأجره باید دوباره به مؤجر مسترد گردد. بنابراین، اگر عین مستأجره استهلاکی باشد، با استفاده عین آن از بین می رود و مستأجر نمی تواند آن را دوباره به مؤجر باز گرداند.

(۲) موضوع عقد قرض معمولاً اشیای استهلاکی است. زیرا، عقد قرض عقدی است که قرض دهنده متعهد می شود که مالکیت مبلغ معینی پول یا هر شی مثلی دیگری را به قرض گیرنده منتقل کند، به این منظور که قرض گیرنده در زمان مقرر مثل آن را از حیث مقدار، نوع و وصف به وی باز گرداند. بنابراین، اموال استهلاکی معمولاً در عقد قرض محل قرض قرار می گیرند.

(۳) برخی حقوق وجود دارد که صرف بر اشیای استعمالی تعلق می گیرد، مانند: حق انتفاع. به موجب حق منفعت شخصی، مالک حق منفعت شخصی از عینی که رقبه آن ملک دیگری است نفع می گیرد و در نهایت آن را به مالکش باز می گرداند. در صورتی که در حق انتفاع شی استهلاکی باشد، منتفع نمی تواند دوباره آن را به مالک باز گرداند.

از آنچه گفته شد به این نتیجه می رسیم که هریک از اموال استهلاکی و استعمالی ممکن است موضوع نوع معین از عقود قرارگیرد. بنابراین اموال استهلاکی می تواند موضوع عقود قرار گیرد که هدف آن استهلاک مال باشد نه استعمال آن مانند قرض و اموال استعمالی می تواند موضوع عقود قرار گیرد که هدف آن استعمال مال باشد نه استهلاک آن مانند: اجاره، عاریت و غیره.^{۷۰}

(۵) اموال خصوصی، عامه و دولتی

اصل در اموال مباحه بودن آن است. در صورتی که مال تحت ملکیت در آید به مال مملوک تبدیل می شود. بنابراین، به اعتبار تملک، اموال به سه دسته تقسیم می شود: اموال خصوصی، اموال عامه و اموال دولتی.

اول) مال خصوصی

طبق ماده ۴۸۱ ق. م: «اموال متعلق به ملکیت افراد، اموال خصوصی [...] پنداشته می شود». طبق نص این ماده هر مالی که براساس یکی از اسباب کسب ملکیت مانند عقد، ارث، وصیت، جبران خسارت و امثال اینها که تفصیل آن در مبحث اسباب کسب ملکیت خواهد آمد تحت ملکیت یک شخص در آید، مال خصوصی است. این تعریف عام است و شامل عقار و منقول می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف اموال خصوصی است.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی و ده جریب زمین را از پدر خویش به ارث ببرد، این مال احمد مال خصوصی است.

۷۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۵ و ۸۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۴۴-۱۴۷؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۹۱؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۵۱.

علاوه بر این، ماده ۷ فرمان شماره ۸۳، مؤرخ ۱۳۸۲ / ۸ / ۱۸ رئیس دولت انتقالی در باره املاک می گوید: «املاک شخصی آن است که ملکیت اشخاص شرعاً و قانوناً بر آن ثابت باشد. ملکیت شخصی توسط اسناد معتبر شرعی و قانونی ثابت می گردد، مشروط بر اینکه مُبطل آن موجود نباشد». املاک جمع ملکیت است. طبق نص این ماده ملکیت شخصی اموالی است که ملکیت افراد بر آن از نظر شرعی و قانونی ثابت باشد. همچنین، طبق نص این ماده ملکیت افراد بر اموال توسط اسناد قانونی صورت می گیرد. سند قانونی در صورتی مدار اعتبار است که سند مبطل (باطل کننده آن) موجود نگردد.

دوم) اموال عامه

(۱) تعریف: طبق ماده ۴۸۱ ق. م: «اموال متعلق به ملکیت افراد، اموال خصوصی و اموالی که متعلق به ملکیت افراد نبوده و برای منافع و مصالح عامه تخصیص یافته باشد، اموال عامه پنداشته می شود». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف اموال عامه و خصوصی است. طبق نص این ماده هر مالی که متعلق به ملکیت افراد خصوصی نباشد و برای منافع عامه تخصیص یافته باشد، اموال عامه است. طبق نص این ماده برای این که یک مال، مال عامه تلقی شود تحقق دو شرط لازم است: اول این که مال متعلق به ملکیت افراد نباشد و دوم این که مال برای منافع و مصالح عامه تخصیص یافته باشد. اصطلاح منافع و مصالح عامه عام است. مصالح جمع مصلحت است که در لغت به هر آنچه که موجب آسایش و سود باشد است که متضاد مفاسد است.^{۷۱}

همچنین، مصلحت در لغت به هر آنچه که صلاح و سود شخص یا گروهی در آن باشد و خیر اندیشی است.^{۷۲} در اصول به جلب منفعت و دفع مضرت مصلحت می گویند.^{۷۳} 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.^{۷۴} تخصیص در لغت به معنی خاص گردانیدن، ویژه گردانیدن و مختص کردن است.^{۷۵}

به حیث مثال، راه های عامه، خط آهن، انهار عامه، مکاتب عامه، شفاخانه های عامه و نظیر اینها اموالی اند که برای منافع و مصالح عامه تخصیص یافته اند و اموال عامه تلقی می شوند. در حقوق برخی کشور ها، به حیث مثال، آلمان، ملکیت عامه عبارت از اشیایی است که منحصراً برای استفاده عموم مردم وجود دارند که شامل سرک ها، تفریحگاه ها، وسایل دفتر کارمندان دولت، تأسیسات عامه و اموال نمایشگاه ها در موزیم های عامه می شود.^{۷۶}

(۲) معیار تمیز: مطابق ق. م معیار تشخیص اموال عامه، تخصیص آن به منافع عامه است. بنابراین، هر مالی که برای منافع عموم مردم تخصیص داده شده باشد، اموال عامه است. همچنین، معیار دیگر اموال عامه این است که مال تحت ملکیت فرد بنا بر یکی از اسباب کسب ملکیت در نیامده باشد. در حقوق فرانسه و مصر

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

۷۲. همان، محمد معین، ص ۹۹۲.

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

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

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

76. Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German law, Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi (____), p 70.

نیز یگانه معیار اموال عامه تخصیص منافع آن برای عامه است. در حقوق فرانسه ابتداء مهمترین معیار برای تشخیص اموال عمومی از خصوصی، معیار عدم امکان تملک خصوصی پاره ای از اموال بوده است. از میان حقوقدانان فرانسوی دیکروک (Ducroq) و برتلی (Berthelemy) بر این عقیده بوده اند. در چنین معیار، ملاک اموال عامه به طبیعت اشیاء بر می گردید. بنابراین، اموالی که طبیعتاً قابلیت تملک نبودند، جزء اموال عمومی پنداشته می شدند، مانند راه و بحر ها و نظیر اینها. اما، دیری نگذشت که حقوقدانان فرانسوی در یافتند که چنین معیاری با توجه به رشد جامعه نمی تواند تمامی اموال عمومی را شامل و بسیاری از اموال عمومی هستند که قابلیت تملک خصوصی را دارند، مانند: ساختمانها، دارایی های نظامی، مهمات جنگی. روی این دلیل، حقوقدانان فرانسه به معیار فراگیر تری روی آوردند و آن معیار تخصیص شی برای استفاده عموم و یا اختصاص به منافع عموم بود.

طبق این نظر، مالی عمومی شمرده می شد که برای استفاده تمام مردم اختصاص یافته باشد. این معیار نیز چیزی جز نظر اول نبود. سپس، حقوقدانان فرانسه نظریه تخصیص شی برای منافع عمومی را پذیرفتند.^{۷۷} از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که تخصیص اشیاء به منافع عامه دو نوع است: تخصیص از طریق حکم قانون و رجوع به طبیعت اشیاء:

۱- تخصیص توسط حکم قانون: گاهی ممکن است برخی اموال از طریق حکم قانون جزء اموال عمومی یا اموال عمومی تلقی گردند مانند اموالی که در نص ماده ۴۸۲ فقره ۱ ق. م پیش بینی شده اند که بحث آن خواهد آمد. مثال دیگر، ماده ۲۳۴۷ ق. م است که می گوید: «آب دریاها و فروع آن ملك عامه شمرده می شود [...]». طبق نص این ماده دریاها اموال عامه شناخته می شود. عامه تلقی گردیدن آب دریاها به حکم قانون است.

۲- تخصیص توسط رجوع به طبیعت اشیاء: برخی اشیاء و اموال وجود دارد که طبیعت آن اقتضاء می نماید که تا جزء اموال عمومی تلقی گردند و تحت ملکیت فردی در نیایند، مانند: راه های عامه، جاده ها، سواحل دریاها، تفریح گاه ها و نظیر اینها که ذاتاً و طبیعتاً طوری هستند که اشخاص نمی توانند آنها را تحت ملکیت شخصی خویش در آورند.

۴) مصادیق اموال عامه در ق. م: طبق ماده ۴۸۲ فقره اول ق. م: «(۱) اموال عامه عبارت است از: (۱) اموال منقول و غیر منقول دولت؛ (۲) اموال منقول و غیر منقول اشخاص حکمی؛ و (۳) اموال منقول و غیر منقولی که برای منافع و مصالح عامه تخصیص داده شده باشد؛ و (۴) اموال منقول و غیر منقولی که به حکم قانون اموال عامه شناخته شده باشد». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر اموال عامه است. بنابراین، نص این ماده حصری به نظر می رسد نه احصایی. طبق نص این ماده اموال ذیل اموال عامه است:

۱- اموال منقول و غیر منقول دولت: طبق ماده ۴۸۲ ق. م اموال منقول و غیر منقول دولت اموال عامه است.^{۷۸} طبق ق. ا دولت مرکب از سه قوه: قوه مقننه (شورای ملی)، قوه قضائیه (ستاره محکمه)، قوه اجرائیه

۷۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۹۷-۱۰۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۵۰.

۷۸. در خصوص تعریف و ارکان دولت در حقوق افغانستان ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

(حکومت) است و اموال منقول و غیر منقول قوه اجرائیه، قضائیه و مقننه اموال عامه پنداشته می شود. به حیث مثال، زمین های وزارت دفاع، وزارت زراعت و اموال منقول وزارت دفاع مانند وسایل دفتر، موتر، میز، چوکی، قرطاسیه، موبایل و امثال اینها اموال عامه اند. همچنین، اموال منقول کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی اموال عامه اند.

۲- اموال منقول و غیر منقول اشخاص حکمی: قانونگذار مدنی در نص ماده ۴۸۲ ق. م کلمه اشخاص حکمی را مطلق استعمال نموده است که محل ایراد به نظر می رسد. اشخاص حکمی چنانچه تفصیل آن در جلد اول این دور از شرح ق. م گذشت به سه دسته تقسیم می شود. اشخاص حکمی عامه مانند ادارات دولتی و اشخاص حکمی خصوصی مانند شرکت ها، جمعیت ها و نظیر اینها و اشخاص حکمی بین المللی مانند سازمان ملل متحد.

عبارت اشخاص حکمی را باید در نص ماده ۴۸۲ ق. م تفسیر مضیق (محدود) نمود و به اشخاص حکمی خصوصی تسری نداد، زیرا به نظر نمی رسد اموال منقول و غیر منقول حزب سیاسی، پوهنتون خصوصی، شرکت خصوصی و نظیر اینها اموال عامه تلقی گردد. زیرا، این اموال توسط افراد حقوق خصوصی تهیه شده و متعلق به ملکیت آنها است. در صورتی که ملکیت اشخاص حکمی خصوصی عامه تلقی شود، حق ملکیت آنها توسط قانون مورد حمایت قرار نمی گیرد. بنابراین، صرف اموال منقول و غیر منقول اشخاص حکمی عامه اموال عامه تلقی می شود. با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که جزء ۲ ماده ۴۸۲ ق. م زاید به نظر می رسد. زیرا، اشخاص حکمی عامه در جزء ۱ احصا شده است و ضرورتی به جزء ۲ نیست.

۲- اموال منقول و غیر منقولی که برای منافع عامه تخصیص یافته اند: تمام اموال منقول و غیر منقولی که برای استفاده عموم مردم تخصیص داده شده باشد، اموال عامه شناخته می شود. به حیث مثال، تفریحگاه ها، مکاتب، سرک ها و نظیر اینها اموال عامه اند زیرا برای عموم شهروندان تخصیص یافته اند.

۳- اموال منقول و غیر منقولی که به حکم قانون اموال عامه شناخته شده اند: تمام اموال منقول و غیر منقولی که به حکم قانون اموال عامه شناخته شده اند، اموال عامه پنداشته می شود که به برخی مثال های آن در بالا اشاره صورت گرفت. علاوه براین، طبق ماده ۳ جزء ۴۶ قانون تنظیم امور زمینداری زمین های مرعی ملکیت عامه است.

(۵) آثار مرتب بر اموال عامه: طبق ماده ۴۸۲ فقره دوم ق. م: «(۲) در این اموال تصرف، حجز و تملک به اساس مرور زمان جواز ندارد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر مرتب بر اموال عامه است. از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده تصرف در اموال عامه توسط اشخاص حقیقی و حکمی حقوق خصوصی جواز ندارد. تعریف تصرف در ذیل تعریف حق عینی اصلی گذشت. تصرفات به عقد و ایقاع تقسیم می شود. بنابراین، هیچ شخص حقیقی و حکمی حقوق خصوصی نمی تواند اموال عامه را به فروش رساند، هبه نماید، به رهن دهد، وصیت نماید و امثال اینها. زیرا، این تصرفات مستلزم زائل گردانیدن تخصیص ملکیت از منافع عامه می گردد. نص این ماده هم بر عقار و هم بر منقول قابل تطبیق است. به حیث مثال، احمد یکی از اتباع افغانستان نمی تواند تفریح گاه های عمومی را به فروش رساند.

همچنین، یک اداره دولتی نمی تواند در اموال عامه تصرف نماید، به حیث مثال، آن را به فروش رساند مگر این که صفت عامه بودن از مال به گونه ای که بحث آن خواهد آمد زایل شود. به طور خاص، ماده ۱۱ فقره ۱ قانون تنظیم امور زمینداری در خصوص منع تصرف در زمین های عامه می گوید: «هیچ شخص به شمول دولت نمی تواند زمین های عامه را تصرف نماید یا آن را خرید و فروش، هبه، تقسیم تبادل نموده و یا به رهن و اجاره بدهد.»

۲- طبق نص این ماده حجز اموال عامه براساس مرور زمان جواز ندارد. 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 دستگاه قضایی برای رعایت مصلحت عمومی و یا مصلحت شخص برای خارج کردن آن از دست شخص است.^{۷۹} بنابراین، به مالی که به مصلحت شخص یا مصلحت عمومی توسط دستگاه قضایی بازداشته شده است، محجوز می گویند. زیرا، حجز منجر به بیع اجباری اموال عامه می گردد. در صورتی که بیع اختیاری اموال عامه ناجایز باشد، بیع اجباری آن به صورت اولی ناجایز است.

بنابراین، تمام اجرائاتی که به منظور تحت حجز قرار دادن و فروش اموال عامه، صورت پذیرد، به صورت مطلق باطل است. همچنانی که تحت حجز قرار دادن اموال عامه جواز ندارد، تمام تصرفاتی که به حجز منجر می شود باطل است. بنابراین، رهن اموال عامه چه رهن رسمی و چه رهن حیازی جواز ندارد.

همچنین، حق اختصاص و حق امتیاز بر اموال عامه جواز ندارد. در خصوص این ماده برخی حقوقدانان می نویسند 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 هیچ گاه ناتوان و نادرار نخواهد شد تا اموال او به فروش رسانده شود.»^{۸۰}

۳- طبق نص این ماده هیچ کس نمی تواند اموال عامه را به استناد به مرور زمان تحت ذوی الیدی قرار داده و سپس تملک نماید.^{۸۱} در این خصوص برخی حقوقدانان می نویسند که: این حکم مهم تر از احکام قبلی است. زیرا، منع تصرف در اموال عامه و یا حجز آن بسیار واضح است و کمتر کسی می تواند در اموال عمومی تصرف کند یا آن را تحت حجز قرار دهد. اما، این نگرانی از این رو است که شخصی بر اموال عمومی دست بگذارد به این امید که با تمسک به مرور زمان، ملکیت آن را به دست آورد، از این رو، ماده ۴۸۲ فقره ۲ ق. م این راه به روی متجاوزان بر اموال عمومی بسته نموده است و مالکیت اموال عمومی از طریق مرور زمان را ممنوع قرار داده است.^{۸۲} ماده ۱۶۷۵ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید که: «مرور زمان در دعوی مربوط محله ها که نفع آن به عموم ارتباط دارد مانند دعوی در مورد راه عام، جوی عام و زمین های مرعی اعتبار ندارد. به طور مثال، اگر شخصی یک چراگاه عمومی حیوانات قریه ای را تحت تصرف خود قرار دهد و پنجاه سال بدون اینکه در آن نزاعی صورت گیرد تصرف نماید، بعد از آن اهالی قریه بر آن ادعا نمایند، دعوی شان پذیرفته می شود.»

۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۱۸ و ۸۱۹.

۸۰. سرور دانش (۱۳۹۲). حقوق اداری افغانستان، چاپ اول، انتشارات مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، صص ۳۴۶.

۸۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۴۳-۱۵۴.

۸۲. سرور دانش (۱۳۹۲). حقوق اداری افغانستان، چاپ اول، انتشارات مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، صص ۳۴۶ و ۳۴۷.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۴۲): فقره (۲) ماده (۴۸۲) مخالف پرنسپب و هم مناقض به حکم فقره (۲) ماده (۳۳۸) قانون مدنی می باشد.

توضیح: بین دو مواد مذکور مخالفت وجود ندارد. منظور از بند (۲) ماده (۴۸۲) قانون مدنی اموال شخصیت حکمی خاص فقره اخیر ماده (۳۳۸) قانون مدنی می باشد و منظور از آن اتخاذ تدابیر حمایتی است که دولت تا زمانی که قانون چنان اموال شخصیت حکمی را عام قرار نداده باشد انجام می دهد که فقره (۴) ماده مذکور موضوع را روشن می سازد.^{۸۳}

۶) تغییر اموال عامه به خصوصی و بر عکس: براساس ماده ۴۸۳ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) اموال عامه وقتی غیر عامه شناخته می شود که میعاد تخصیص آن برای منافع عامه، ختم گردیده باشد؛ و (۲) ختم تخصیص به حکم قانون یا بالفعل و یا به ختم هدفی که اموال به اساس آن برای منافع عامه تخصیص داده شده صورت می گیرد.».

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالات تغییر اموال عامه به خصوصی است. تخصیص اموال برای منافع عامه یکی از عناصر بسیار مهم اموال عامه است. برای این که مال از عامه به مال خصوصی تبدیل شود، نخست باید این عنصر (تخصیص اموال به منافع) را از میان برداشت. به همین دلیل، طبق حکم این ماده زمانی مال عامه غیر عامه (خصوصی) می گردد که میعاد تخصیص مال برای منافع عامه ختم شود. ختم تخصیص براساس این ماده، مانند تخصیص آن، از سه طریق ممکن است صورت پذیرد: از طریق حکم قانون، از طریق فعل و از طریق ختم هدف:

۱- ختم تخصیص از طریق قانون: همانطوری که برخی اموال به حکم قانون برای منافع عامه ممکن بود، تخصیص داده شود، ختم تخصیص نیز ممکن است توسط حکم قانون صورت پذیرد. بنابراین، براساس حکم قانون انتهای تخصیص و تبدیل نمودن مال عامه به غیر عامه جواز دارد مانند ایجاد پروژه کابل جدید که به موجب آن زمین های عامه قرار است به خصوصی تبدیل شود. به حیث مثال، اگر این پروژه تطبیق شود، صفت تخصیص اموال از عقاراتی که در محدوده تطبیق این پروژه وجود دارد از میان می رود و اداره ذیصلاح دولتی می تواند زمین های عامه را برای شهروندان به فروش رساند و به این ترتیب زمین های عامه به زمین خصوصی تبدیل می شود.

۲- مطابق ماده ۴۸۳ ق. م همانطوری که ختم تخصیص توسط قانون ممکن است صورت پذیرد، می تواند با ختم هدف ختم شود، مانند اینکه: دولت برای مدتی مال عامه را برای یک پایگاه نظامی تخصیص بدهد و بعد از به هدف رسیدن پایگاه نظامی مال عامه به خصوصی تبدیل شود مانند پایگاه نظامی ۳۱۵ در خیرخانه که به ساحه راهپشی تبدیل شده است. زیرا، در ابتداء زمین های این پایگاه به پایگاه تخصیص داده شد و پس از، از میان رفتن پایگاه زمین های آن توسط شهرداری کابل به شهروندان به فروش رسید و به این ترتیب زمین های عامه به خصوصی تبدیل شد. همچنین، اگر دولت دو صد جریب زمین را در یکی از مناطق کابل به فارم زراعتی برای مدت بیست سال تخصیص بدهد، با ختم شدن بیست سال، میعاد تخصیص خاتمه پیدا می کند و سپس دولت می تواند زمین را به اشخاص حقیقی و حکمی خصوصی مطابق قانون توزیع نماید.

۸۳. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵)، اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۲۰.

۳- طبق ماده ۴۸۳ ق. م ختم تخصیص بالفعل ممکن است صورت پذیرد، مانند اینکه: سرک عامه تخریب و مردم از آن بی نیاز گردند و سپس این سرک به اموال خصوصی تبدیل گردد. مثال دیگر تبدیل شدن ۷۰٪ زمین های شهر کابل به ساحات غیرپلانی است. مال خصوصی به مال عامه طبق فقه ممکن است از دو طریق تبدیل شود:

- ۱- **اراده مالک و تخصیص:** مال خصوصی براساس اراده مالک و تخصیص مال برای منافع عامه به مال عامه تبدیل می شود، مانند: وقف و اهدای مال برای مساجد، مقابر، شفاخانه و نظیر اینها که قبل از تخصیص مال خصوصی بوده و سپس به مال عامه تبدیل شده است؛ و
- ۲- **ایجاب قانون:** مانند استملاک جبری ملک بخاطر منافع عامه، مانند: استملاک ملک خصوصی توسط حکومت بخاطر احداث سرک، شفاخانه و امثال اینها.^{۸۴} همچنین است ضبط اموال غیرقانونی توسط دولت که از مال خصوصی به مال عامه تبدیل می شود.

سوم) اموال دولتی

به نظر می رسد قانونگذار مدنی با اقتباس قوانین مصر و فرانسه اموال را با توجه به این که متعلق به افراد است یا عموم مردم به اموال خصوصی و اموال عامه تقسیم بندی نموده است. طبق ق. م اموال دولتی از مصادیق و انواع عامه عامه است. بنابراین، هر مال دولت مال عامه است، اما هر مال عامه مال دولتی نیست. به عبارت دیگر: میان اموال عامه و اموال دولتی رابطه عمومی و خصوص و جزء و کل وجود دارد؛ به این توضیح که هر مال دولتی مال عامه است، اما هر مال عامه مال دولتی نیست. مال عامه کل است و مال دولت جزء. اموال عامه انواع متعدد دارد که یکی از آن اموال دولتی است. به حیث مثال، اموال عقار و منقول وزارت مالیه در عین حال که اموال دولتی است، اموال عامه نیز است. اما، اموالی که برای مصالح عامه تخصیص یافته اند مانند سرک ها، پارک ها اموال دولتی نیست.

همچنین، اموال عامه انواع متعدد دارد مانند اموال دولتی، اموالی که به منافع و مصالح عامه تخصیص یافته است و اموالی که به حکم قانون اموال عامه شناخته شده اند، که یک نوع آن اموال دولتی است. بنابراین، هر مال دولتی مال عامه است، اما هر مال عامه مال دولتی نیست. زیرا، اموال عامه علاوه بر اموال دولتی شامل سایر اموال که برای منافع عامه تخصیص یافته اند و اموالی که به حکم قانون عامه تلقی می شوند، می شود. به نظر می رسد دلیل این قاعده این است که از اموال دولت هم عموم مردم نفع می برند و اموال دولت برای منافع و مصالح عامه تخصیص یافته است نه برای تحقق منافع و مصالح فرد خاص. بنابراین، از اموال دولتی فرد خاص به منظور تحقق اهداف شخصی استفاده کرده نمی تواند که بسیار مناسب و توجیه پذیر به نظر می رسد.

۶) مال مادی و غیر مادی (معنوی)

این تقسیم بندی را ابتداء قانون مدنی فرانسه با اقتباس از حقوق روم ابداع نموده است و سپس وارد حقوق دیگر کشور ها شده است. اموال مادی اموالی هستند که می توان آن را لمس نمود، مانند: موتر، میز، چوکی، خانه و امثال اینها. به عبارت دیگر: اموال مادی اموالی اند که وجود فیزیکی دارند. اموال غیر مادی اموالی هستند

۸۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۲۶ و ۲۲۷؛ و عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بيروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۶۰-۱۶۶.

که وجود مادی در خارج ندارد، ولی جامعه وجود آن را اعتبار داده و قانون هم آن را به رسمیت شناخته است، مانند: حق تألیف، حق تصنیف، حق اختراع،^{۸۵} سهم، اوراق قرضه، حق امتیاز، علامت تجاری^{۸۶} و نظیر اینها. در حقوق فرانسه برخی نویسندگان بر این نظر اند که اموال مادی شامل اشیای مادی مانند زمین و ... می شود. اموال غیرمادی شامل تعداد زیادی از اموال و اشیای غیرمادی مانند قروض، اسهام، حقوق ملکیت معنوی، اختراعات و ... می شود.^{۸۷} به نظر می رسد یگانه اهمیت این دسته بندی در حقوق افغانستان این است که اموال مادی در حقوق عینی و اموال معنوی در حقوق ملکیت های معنوی مورد بحث قرار می گیرد که شاخه جدید حقوق مدنی است.

۷) حقوق مرتب بر مال

طبق ماده ۴۸۰ ق. م: «هر حق عینی مربوط به عقار و هر دعوی متعلق به آن، عقار شناخته می شود، حقوق مالی غیر از آن از جمله اموال منقول محسوب می شود.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد طبق نص این ماده هر حق عینی واقع بر عقار، عقار پنداشته می شود و هر دعوی متعلق به عقار، عقار پنداشته می شود. اما، حقوق و دعاوی که بر عقار واقع نمی گردد منقول تلقی می گردد:

اول) حق عینی اصلی که بر عقار واقع گردیده و عقار پنداشته می شوند

همه حقوقی عینی اصلی که بر عقار واقع می گردد، حقوق عقاری پنداشته می شود. عقاری که بر آن حقوق عینی اصلی واقع گردیده و حقوق عقاری پنداشته می شود، عقار اصلی و یا عقار به تخصیص است. اولین نوع حقوق عینی حق ملکیت است. بنابراین، زمانی که حق ملکیت بر عقار اصلی و یا عقار حکمی واقع گردد، عقار پنداشته می شود. بعد از حق ملکیت، حقوق دیگری که از حق ملکیت متفرع می شود، مانند: ارتفاق، حق سکنی، حق حکر، حق استعمال و حق انتفاع بر عقار واقع گردد و عقار پنداشته می شود.

۲) حقوق عینی تبعی که بر عقار واقع گردیده و عقار پنداشته می شود: حقوق عینی تبعی که بر عقار واقع گردیده و عقار تلقی می گردد، نیز یا بر عقار اصلی و یا به عقار حکمی واقع می گردد. حقوق عینی تبعی که بر عقار واقع می گردد عبارت اند از رهن رسمی، حق اختصاص، رهن حیازی و حق امتیاز است.

۳) دعاوی ای که به عقار تعلق گرفته و عقار تلقی می گردد: طبق نص ماده ۴۸۰ ق. م، دعاوی متعلق به حقوق عینی اصلی که بر عقار واقع می گردد، دعاوی حقوق ارتفاق، دعوی حق سکنی، حق حکر، دعوی حق انتفاع و دعوی حق استعمال دعاوی عقاری پنداشته می شود. همچنین، تمام دعاوی متعلق به حقوق عینی تبعی که بر عقار واقع گردیده و عقار پنداشته می شود، دعاوی عقار پنداشته می شود.

بنابراین، دعوی رهن رسمی، دعوی حق اختصاص دعاوی عقاری است. به همین ترتیب، دعوی رهن حیازی و دعوی حق امتیاز، دعاوی عقاری است و برای رسیدگی به تمام این دعاوی محکمه که عقار مدعی بها در صلاحیت حوزوی آن قرار دارد، ذیصلاح پنداشته می شود.

دوم) حقوق و دعاوی منقول

۸۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۵۴.
86. John G. Sprankling (2017). Understanding Property Law, 4th ed, USA: Carolina Academic press, Duham, North Carolina, p 12.
87. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1st ed, Tehran: Dadqaster publication, p 280.

تمام حقوق و دعاوی ای که به نحوی که بیان شد، عقاری نباشد، منقول پنداشته می شود. پس، اصلی که براساس آن تمام حقوق و دعاوی منقول پنداشته شود، این است که حقوق و دعاوی بر عمار واقع نگردد. زیرا، چنانچه بیان شد، هر حق و دعوی ای که بر عمار واقع گردد، عمار پنداشته می شود. بنابراین، دعوی صحت عقد، دعوی پرداخت ثمن، دعوی فسخ و ابطال و رجوع دعوی منقوله تلقی می گردد.^{۸۸}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پیش شماره (۴۱): در ماده (۴۸۰) عبارت مغلق بوده اصلاح شود.

توضیح: هر نوع دعوی حقوق عینی مربوط به عمار مستند به ماده (۴۸۰) قانون مدنی دعاوی عقاری شناخته می شود. مثلاً حق عقاری که از ناحیه استفاده از نور آفتاب دارد ولی از طرف همسایه دیواری اعمار می شود که نور را از عمار منع می کند. در این حالت دعاوی حق عینی عمار بروز می کند. همچنین، دعاوی استغلال و ارتفاق و تصرف در عمار دعاوی عینی عقاری است.^{۸۹}

مبحث دوم) ملکیت

اولین و کامل ترین نوع حقوق عینی اصلی حق ملکیت کامل است. جلد چهارم، باب اول مواد ۱۹۰۰ الی ۲۲۹۸ ق. م حاوی احکامی معین در باره تعریف ملکیت، قیود ملکیت، ساحت ملکیت، ملکیت مشاع و تقسیم آن و در نتیجه تفریز آن به ملکیت مفروز، ملکیت مشاع اجباری و ملکیت طبقات منازل، اسباب کسب ملکیت که شامل: تصاحب مباحات، ارث، وصیت، التصاق، شفعه، عقد، حیات و ... می شود، است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م و قانون وصیت مصر ترجمه و از مجله الاحکام اقتباس نموده اند.

گفتار اول) تعریف

طبق ماده ۱۹۰۰ ق. م: «ملکیت، حقی است که به مقتضای آن شی تحت اراده و تسلط شخص قرار می گیرد و تنها مالک می تواند در حدود احکام قانون به استعمال، بهره برداری و هر نوع تصرف مالکانه در آن بپردازد». ملکیت از ریشه «ملک» گرفته شده است که در لغت به معنای دارایی و هر آن چیزی است که انسان مالک آن شده است که جمع آن املاک است. همچنین، ملک به معنای حیات و استبداد انسان بر مال و مال مملوک است. اما، مُلک در لغت به معنی پادشاهی، ثروت و فرمانروایی است.

به مالک ملک مالک و به صاحب مُلک ملک می گویند. طبق نص این ماده ملکیت حقی است که براساس آن شی تحت تسلط شخص قرار می گیرد و شخص می تواند در حدود احکام قانون آن را استعمال نماید، از آن بهره برداری و در آن تصرف مالکانه نماید. پس، عناصر این تعریف سه است: حق استعمال، حق بهره برداری (استغلال) و حق تصرف مالکانه. فرقی که میان استعمال و بهره برداری وجود دارد این است که بآنکه استعمال و بهره برداری هر دو استعمال است، اما هرگاه مالک ملکیت خویش را به نفع خود استعمال نماید، آن را استعمال و اگر ملک خویش را در برابر اجرت توسط غیر استعمال نماید، آن را بهره برداری و اگر خود بدون اذن دیگری در ملکیت خویش تصرف نماید، آن را تصرف می گویند:

(۱) استعمال: حق ملکیت به مالک آن صلاحیت می دهد تا شی را به منظوری که تهیه شده و به نحوی

که ممکن باشد، استعمال نماید. پس، مالک می تواند شی را شخصاً استعمال نماید، مانند اینکه: شی منزل باشد

۸۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۹۲-۲۰۹.

۸۹. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵)، اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۱۸.

و مالک در آن سکونت نماید یا شی موتّر باشد و مالک از رکوب آن استفاده نماید یا شی لباس باشد و مالک آن را بپوشد یا شی جواهرات باشد و مالک آن را بپوشد یا شی غذا یا میوه باغ باشد و مالک آن را تناول نماید و امثال اینها.

(۲) بهره برداری: حق ملکیت به مالک صلاحیت بهره برداری را نیز می دهد. بهره برداری ممکن است مباشر باشد، مانند اینکه ملکیت زمین زراعتی باشد و مالک آن را زرع نماید یا ملکیت موتّر باشد و مالک توسط آن تکسی رانی نماید. همچنین، بهره برداری ممکن است غیرمستقیم باشد، مانند اینکه: ملکیت خانه یا زمین زراعتی باشد و مالک آن را به دیگری به اجاره، مزارعه و مساقات بدهد و اجرت یا حصه معینی از محصول را از مزارع، مساقی و مستأجر اخذ نماید.

(۳) تصرف: همانطوری که حق ملکیت به صاحب آن صلاحیت می دهد تا ملک خویش را استعمال نماید یا از آن بهره برداری نماید، ملکیت به وی صلاحیت تصرف را نیز إعطاء می نماید. بنابراین، مالک تا زمانی که موانع شرعی و قانونی وجود نداشته باشد، می تواند در ملکیت خویش تصرف نماید. به عنوان مثال، آن را به دیگری به فروش رساند، هبه نماید، وصیت نماید، وقف نماید و امثال اینها.^{۹۰}

(۴) به نظر می رسد عنصر چهارم که در تعریف ملکیت در ق. م وجود دارد که عبارت از «اختصاص» است زیرا ماده ۱۹۰۰ ق. م حکم می نماید که تنها مالک می تواند در حدود احکام قانون در ملکیت خویش تصرف نماید. به حیث مثال، اگر احمد اسپ یا موتّر داشته باشد، صرف احمد می تواند موتّر را یا اسپ را استعمال نماید. دیگران حق استعمال موتّر و اسپ را ندارند مگر این که احمد به آنها اجازه بدهد. بنابراین، مالک ملک می تواند دیگران را از استفاده ملک منع نماید یا اجازه بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف ملکیت است. در حقوق انگلیس برخی حقوقدانان ملکیت را «صلاحیت استعمال و استهلاک شی به موجب قانون» تعریف می نمایند.^{۹۱}

برخی دیگر در این نظام حقوقی، در تعریف ملکیت می گویند: «ملکیت عبارت از حق های قانونی است که نظام حقوقی به اشخاص می دهد تا به او اجازه دهد تا بر منابع کمیاب حداکثر کنترل را داشته باشد.».^{۹۲} در حقوق فرانسه ماده ۵۴۴ ق. م. ف در تعریف ملکیت می گوید: «ملکیت حق استعمال و استهلاک اشیاء به طور مطلق است مشروط بر این که مخالف قوانین و مقررات نباشد.».^{۹۳}

حال که تعریف ملکیت دانسته شد، پرسش این است که ملکیت کامل چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که منظور از ملکیت کامل عبارت از ملکیتی است که شامل ذات (رقبه) شی و منفعت آن می گردد.^{۹۴} به عبارت دیگر: ملکیت تام عبارت از ملکیتی است که شخص هم مالک رقبه و هم مالک منفعت شی باشد.^{۹۵} به حیث مثال، اگر احمد خانه داشته باشد و در خانه بود و باش نماید، احمد هم مالک رقبه خانه و هم مالک منفعت آن است. در فقه ملک علاقه اختصاصی است بین انسان و مال که شریعت به آن اعتراف و مال را مختص

۹۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۹۳-۵۰۱.

91. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 260.

92. Ugo Mattei (2000). Basic Principles of Property Law, London, Greenwood press, p 77.

93. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1st ed, Tehran: Dadqaster publication, p 83.

۹۴. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۹.

۹۵. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۵۸.

به انسان می نماید و تا زمانی که مانع شرعی ایجاد نگردد انسان می تواند هر نوع تصرف در آن نماید. اختصاص ملک به انسان، زمینه انتفاع و تصرف در ملک را به صاحب آن مساعد می نماید مگر اینکه مانع شرعی به وجود بی آید که مالک را از تصرف منع نماید، مانند: جنون، سفه، صغر سن و غیره.

اختصاص مال به مالک، غیر را از انتفاع و تصرف در آن منع می نماید مگر اینکه کسی به اجازه شرع در آن تصرف نماید مانند: تصرف وصی، ولی و وکیل. بنابراین، وکیل، وصی و ولی از ناقص اهلیت نیابت می کند و قاصر، مجنون و معتوه مالک مال پنداشته می شود، اما از تصرف به سبب سفه و صغر سن ممنوع می باشند. ولی، زمانی که موانع شرعی مانند: نقص اهلیت زایل گردد مجنون و قاصر می تواند در مال خویش تصرف نماید. چنانکه ملک بر علاقه اختصاصی اطلاق می گردد، بر شی مملوک نیز اطلاق می گردد چنانچه گفته می شود این ملک من است و یا این مملوک من است که مقصود از تعریف ملک در ماده ۱۲۵ مجله الاحکام نیز همین می باشد چنانچه ماده مذکور در این باره می گوید: «ملک عبارت است از آن چیزی که انسان آن را مالک گردیده باشد اعم از اینکه از جمله اعیان باشد یا منافع».

همچنین فقهاء در تعریف ملک گفته اند که: ملک عبارت از اختصاص چیزی برای کسی به نحوی است که دیگری در تصرف از آن منع شده و صاحب آن می تواند در صورت عدم وجود مانع هرگونه تصرف در آن نماید. برخی دیگری فقهاء تعاریف دیگری نیز به ملک ارایه کرده اند: چنانچه غزنوی در تعریف ملک می گوید: «ملک عبارت از اختصاص حاکم است».

ابن تیمیه در تعریف ملک گفته است: «ملک عبارت از قدرت شرعی بر تصرف در رقبه است». استاد مصطفی احمد الزرقاء نیز در تعریف ملک گفته است که: «ملک عبارت از اختصاص حاکم شرعی است که به صاحب صلاحیت تصرف می دهد، مگر اینکه مانعی در این زمینه وجود داشته باشد». از تعاریف فوق به این نتیجه می رسیم که ملکیت دارای ارکان ذیل است:

(۱) اختصاص: مراد از اختصاص نفی ادعای غیر است. اختصاص نیز ممکن است مختص به یک شخص و یا اشخاص متعدد باشد و خود اختصاص مقتضای عدم تصرف غیر در ملک است؛

(۲) تصرف: صاحب ملکیت می تواند هر نوع تصرف در مال خود نماید، مگر اینکه مانع ای از موانع شرعی و حقوقی، مانند: جنون، عته، سفه و صغر بر صاحب ملکیت عارض گردد؛ و

(۳) عدم مطلق بودن تصرف: تصرف اشخاص در املاک آنها مطلق نیست و شرع صرف تصرفاتی را جایز می داند که موجب اضرار غیر نگردد.^{۹۶}

گفتار دوم) خصایص ملکیت تام

معمولاً حق ملکیت دارای سه خصوصیت است: جامع بودن، مانع بودن و دایم بودن. در گذشته، ملکیت دارای خصوصیت چهارم؛ یعنی: مطلق بودن نیز بود. اما، امروزه حق ملکیت این خصوصیت خود را از دست داده

۹۶. در باره این تعاریفات ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۵۴۵ و ۴۵۴۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعہ التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۴۱ و ۴۲؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۱۶۷-۱۶۸ و ۱۶۸ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۳۱ و ۳۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۶۶.

است. زیرا، اشخاص صرف می توانند در حدود قانون و شرع و به نحوی که موجب تضییع دیگران نگردند ملکیت خویش را استعمال نمایند:

(۱) جامع بودن: اولین خصوصیت حق ملکیت جامع بودن آن است. زیرا، حق ملکیت جامع ترین حقی است که شخص بر شی دارد و به موجب آن می تواند شی را استعمال نماید، از آن بهره برداری نماید و نیز در آن تصرف نماید. بر جامع بودن حق ملکیت دو اثر مرتب می شود:

اول: اصل این است که مالک می تواند هر نوع تصرف در ملکیت خویش نماید. شخصی که حقی را در ملکیت غیر ادعاء نماید، مانند: حق ارتفاق، حق انتفاع، حق رهن باید آن را ثابت نماید. زیرا، ارایه بینه بر مدعی لازم است. زیرا، چنانچه گفته شد، اصل این است که مالک صلاحیت هر گونه تصرف را بر ملکیت خویش دارد. دوم: تمام حقوقی که از حق ملکیت ناشی می شود غالباً مؤقت می باشد. پس، حق انتفاع و آنچه به آن ملحق می شود مثل حق استعمال و حق سکنی حقوق مؤقت هستند و مجاز نیست تا از مدت حیات اصحاب آنها تجاوز نمایند.

(۲) مانع بودن: مانع بودن حق ملکیت به این معنی است که ملکیت حق منحصر مالک بدون دیگران است. بنابراین، صرف مالک می تواند از آن استفاده نماید نه دیگران مگر به اجازه مالک.

(۳) دایم بودن به اعتبار ملکیت نه مالک: ملکیت تا زمانی که شی مملوک باقی است، دوام دارد. بنابراین، ملکیت زوال را نمی پذیرد، مگر به هلاک ملکیت. اما، مالک ملکیت ممکن است تغییر نماید و ملکیت از شخصی به شخص دیگر منتقل شود.^{۹۷}

برخی فقهاء بر این نظر اند که ملک مطلق مقید به زمان محدود نمی شود و تا وقتی که شی در محل آن قایم باشد، ملک باقی می ماند. ولی، ملک تام قابل نقل می باشد، زیرا جایز نیست که ملک بلامالک باقی بماند و طریق نقل ملک میراث، وصیت و عقود ناقله ای ملکیت مانند: بیع، است. همچنین، ملک تام به صاحب خود صلاحیت تام و آزادی استعمال، استثمار و تصرف را طوری که بخواهد می دهد. بنابراین، مالک می تواند ملکیت خود را به فروش رساند، هبه، وقف یا وصیت نماید همچنانکه می تواند آن را به عاریت و اجاره دهد، زیرا وی مالک عین و منفعت آن است. پس، می تواند در هر دو تصرف نماید و یا صرف در منفعت آن تصرف نماید.

هرگاه مالک ملک خود را تلف نماید، ضمان آن بر وی لازم نمی گردد، زیرا مالک و ضامن بودن شخص واحد ناممکن است. ولی، دیناً مواخذه می شود، زیرا اتلاف مال حرام تلقی می گردد. همچنین در صورتی که سفته وی ثابت شود قضاء به حجر محکوم می گردد.^{۹۸}

مبحث سوم) ساحه و حمایت ملکیت

گفتار نخست) ساحه ملکیت

منظور از ساحه ملکیت آنچه شامل اجزای ملکیت، تحت (عمق) و فوق (ارتفاع) ملکیت می گردد، است:

۹۷. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۲۸-۵۳۲.

۹۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلتہ، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۲۸۹۴-۲۸۹۵؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۹؛ عبدالکریم زیدان (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشريعة الشریعة الاسلامیة، عمان، مکتبة البشائر، ص ۲۰۳.

- (۱) عناصر ملکیت:** طبق ماده ۱۹۰۱ ق. م: «مالک شی، مالک تمام آنچه که از عناصر اصلی آن شمرده شده و انفصال آن از شی بدون از بین رفتن یا تلف شدن یا تغییر یافتن شی ممکن نباشد، شناخته می شود.».
- انفصال از ریشه «فصل» گرفته شده است که در لغت به معنی جدایی و جدا شدن است.^{۹۹}
- طبق نص این ماده مالک شی، مالک تمام عناصر اصلی شی که جدا کردن عناصر از شی موجب تلف شدن عناصر و تغییر عناصر گردد شناخته می شود. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اگر عناصر شی در صورت انفصال از شی از بین نرود، تلف نشود و تغییر ننماید، مالک شی، مالک این عناصر نیست. این قاعده هم بر عقار و هم بر منقول قابل تطبیق به نظر می رسد. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:
- ۱- اگر کسی مالک جایی باشد، مالک هوا و تحت آن جا است، زیرا جدا کردن هوا و تحت زمین از زمین ممکن نیست. این اصل است. استثنای این اصل قانون و موافقه است که بحث آن خواهد آمد.
- ۲- اگر کسی ماده گاو شیرده را به منظور شیر آن خریداری نماید، با توجه به قصدی در خرید گاو داشته است، بچه شیرخوار آن نیز تابع مبیع است^{۱۰۰} و مملوک مالک مبیع تلقی می شود. زیرا، در صورت جدا کردن گوساله شیرخوار گاو، از گاو موجب از بین رفتن گوساله شیرخوار می شود.
- ۳- اگر شخصی مالک قفل گردد، مالک کلید آن می گردد، زیرا استفاده از قفل بدون کلید ناممکن است و کلید عنصر اصلی و اساسی قفل است.
- ۴- طبق ماده ۴۹ مجله الاحکام: «کسی که چیزی را مالک شد، آنچه را که از ضروریات آن باشد نیز مالک می شود یعنی اگر شخصی خانه ای را خرید راهی را که به وسیله آن به خانه می رسد نیز مالک می شود.».
- ۵- اگر شخص درخت دارای میوه را خریداری نماید، مالک میوه آن نیز می گردد.
- ۶- اگر شخص بوته گل مرسل را خریداری نماید، مالک گل های مرسل نیز می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اجزای ملکیت است.
- (۲) ملکیت تحت و فوق زمین:** طبق ماده ۱۹۰۲ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) ساحة ملکیت زمین، به آنچه که عمقاً و ارتفاعاً معتاد و مجاز است شامل می باشد؛ و (۲) به موجب موافقه یا حکم قانون، ملکیت سطح زمین از ملکیت مافوق و ماتحت آن مجزا شده می تواند.».
- ساحه (ساحت و یا ساحة) به معنی ناحیه، فضای خانه، حیاط، زمین که سقف نداشته باشد و میدان است که جمع آن ساحات می باشد.^{۱۰۱} به نظر می رسد منظور از ساحة ملکیت در نص این ماده قلمرو ملکیت (ملکیت فوق و تحت زمین) است. ارتفاع در لغت به معنی بلندی است. عمق در لغت به معنی ژرفا، فاصله سطح تا انتهای چیزی است.^{۱۰۲} از نص این ماده چهار قاعده قابل استنباط به نظر می رسد:
- ۱- ساحه ملکیت زمین شامل آنچه از نظر ارتفاع و از نظر عمق معتاد و مجاز است می شود. بنابراین، مالک سطح زمین مالک ارتفاع فوق زمین شناخته می شود. همچنین، مالک سطح زمین مالک عمق زمین است. اثر مرتب بر ملکیت فوق و تحت زمین قرار ذیل است:

۹۹. (آخرین بازدید ۹/۱۰/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com>

۱۰۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۳۱۷.

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

۱۰۲. همان، حسن عمید، ص ۷۰۴.

- طبق ماده ۱۱۹۴ مجلة الاحکام: «هر شخصی که مالک یک محل گردد، مالک مافوق و ماتحت آن نیز می باشد، یعنی در صحن همان محل همانطوری که بخواهد تصرفات مالکانه به عمل آورد و تعمیر سفلی و علیی را در آن بناء کرده می تواند. همچنین، سایر تصرفات در صحن مملوکه خود از قبیل حفر زمین و اعمار مخزن آب و کندن و عمیق نمودن بخاطر حفر چاه چنانکه بخواهد کرده می تواند.»

- طبق ماده ۱۱۹۵ مجلة الاحکام: «کسی که در حویلی خود خانه جدید آباد نماید، حق ندارد برآمدگی عمارت را بر فضای حویلی همسایه بروز دهد. اگر چنین کاری را نماید، به اندازه ای که هوای حویلی را گرفته است، از بین برده می شود.»

- طبق ماده ۱۱۹۶ مجلة الاحکام: «اگر شاخه های درخت باغ یک نفر به حویلی و یا باغ همسایه دراز گردد و امتداد پیدا کند، همسایه حق دارد که شخص مذکور را به غرض فارغ ساختن هوای خویش به بسته نمودن یا قطع کردن شاخه ها مکلف سازد. اما، اگر همسایه ثابت نمود که سایه درخت به کشت و زراعت باغش صدمه نمی رساند، درخت قطع نمی شود.»

۲- ملکیت فوق و تحت زمین لایتنهایی نیست و در این خصوص طبق ماده ۱۰۹۲ ق. م دو شرط وجود دارد: شرط اول این است که ملکیت فوق ملک معتاد باشد. معتاد در لغت به معنی عادت کرده، خوی گرفته، آمخته، مألوف و مأنوس است.^{۱۰۳} به نظر می رسد منظور از معتاد در نص این ماده معروف و متعارف است. با پذیرش این برداشت و استنباط، مالک سطح زمین می تواند به صورت متعارف از فوق زمین استفاده نماید. به عنوان مثال، مالک سطح زمین نمی تواند به صورت عمودی مالک فضای فوق زمین به اندازه ای شود که مانع پرواز هواپیما گردد. شرط دوم این است که ملکیت فوق زمین مجاز باشد. به عنوان مثال، طبق مقررات مربوط به شهرداری ها هیچ شخص در ساحه رهائشی نمی تواند بیشتر از پنج طبقه منزل خود را بلند تر احداث نماید. زیرا، این امر مجاز نیست.

این قاعده در خصوص ملکیت تحت زمین نیز قابل تطبیق است. بنابراین، مالک سطح زمین مالک تحت زمین مطابق عرف و قانون است. بنابراین، ملکیت تحت ملک به مالک صلاحیت می دهد تا در ملک خویش چاه حفر نماید، درخت غرس کند و زراعت نماید.

همچنین، مالک می تواند غیر را از اعتدی بر ملکیت تحت ملک منع نماید، مانند اینکه: ریشه های درخت ملک مجاور در ملک شخص سرایت کرده باشد که در چنین حالت مالک ملک می تواند از قضاء مطالبه قطع ریشه های درخت ملک مجاور را توسط مالک آن نماید.^{۱۰۴}

۳- مطابق ماده ۱۹۰۲ ق. م به موجب حکم قانون، ملکیت سطح زمین از ملکیت مافوق و ماتحت آن مجزا شده می تواند. نص این ماده در نگاه اول محل ایراد به نظر می رسد زیرا داراء بودن ملکیت سطح زمین مستلزم دارا شدن فوق و تحت زمین نیز می شود، اما در اثر حکم قانون این امکان میسر است که ملکیت تحت زمین از فوق آن جدا شود. مثال قانون این است که قانون ملکیت منابع طبیعی زیرزمین را از سطح زمین جدا نماید، مانند معادن و منابع طبیعی که طبق ماده ۹ ق. ۱ ملکیت دولت شناخته می شود.

103. www.wajehyab.com (۳/۱ / ۲۰۱۸) (آخرین بازدید).

۱۰۴. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۶۸-۵۷۶.

۴- مطابق ماده ۱۹۰۲ ق. م ملکیت فوق و تحت زمین از سطح زمین به موجب موافقه می تواند جدا شود. مثال توافق این است که یک ساختمان پنج طبقه داشته باشد و مربوط به پنجم برادر باشد و هر برادر در اثر تقسیم رضایی (توافق) مالک یک طبقه شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تحت و فوق ملکیت است.

گفتار دوم) حمایت ملکیت

طبق ماده ۱۹۰۳ ق. م: «ملکیت هیچ شخص از دست او کشیده شده نمی تواند، مگر به موجب قانون». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که ملکیت هیچ شخص از دست او کشیده شده نمی تواند. به نظر می رسد می توان شخص را در نص این ماده تفسیر موسع و نتیجه گیری نمود که شخص در نص این ماده شامل شخص حقیقی و شخص حکمی می شود. به حیث مثال، اگر احمد یا شرکت ویس زمین یا موتر داشته باشد، موتر و زمین ملکیت احمد یا شرکت ویس است.

هیچ شخص مانند جمشید و دولت نمی توانند ملکیت احمد یا شرکت را از احمد یا شرکت ویس بگیرند. استثنای این اصل حکم قانون است. بنابراین، براساس حکم قانون اشخاص دیگر مانند اشخاص حقیقی و حکمی می توانند ملکیت احمد یا شرکت ویس را از احمد یا شرکت بکشند. به حیث مثال، اگر حمیده موتر یا زمین را از احمد یا شرکت خریداری نماید، به موجب عقد که طبق قانون مجاز است ملکیت موتر و زمین را احمد و شرکت ویس از دست می دهند. عقد در این مثال، یکی از اسباب کسب، انتقال و از دست دادن ملکیت است. کسب و انتقال ملکیت اسباب دیگر نیز دارد که مانند ارث، جبران خسارت و نظیر اینها که تفصیل آن در مبحث اسباب کسب ملکیت خواهد آمد. همچنین، امکان دارد به موجب قانون ملکیت موتر احمد یا شرکت ویس به دولت منتقل شود مانند این که احمد تاجر باشد و موتر وارد نماید و دولت موتر ها را از احمد خریداری نماید.

همچنین، دولت می تواند براساس استملاک که طبق قانون استملاک مجاز است زمین احمد یا شرکت احمد را در برابر عوض عادلانه بگیرد. استملاک از ریشه «ملک» به معنای مالک شدن، دارا شدن، اختصاص اموال به خویش، به ملکیت خود در آوردن و خواهان ملک شدن و تصرف است. در اصطلاح فقهی و حقوقی استملاک عبارت از طلب ملک در مقابل عوض عادلانه از مالک آن جبراً جهت ضرورت و مصلحت عامه مانند توسعه سرک، مسجد و امثال اینها می باشد.^{۱۰۰} بنابراین، دولت از طریق استملاک که در واقع بیع جبری است، ملکیت، متملک را به منظور تأمین منافع عامه تملک می نماید. اهدافی که جهت تحقق آنها ملکیت خصوصی اشخاص حقیقی و حکمی می تواند استملاک گردد، متعدد و متنوع است. البته، ملاک و معیار آن تحقق مصالح و منافع عامه است.

برخی مواردی که به اقتضای آنها املاک خصوصی اشخاص حقیقی و حکمی می تواند استملاک گردد عبارت اند از: احداث شاهراه ها، مکتب، مسجد و ... است. به صورت قطع نمی توان مواردی را که به اقتضای آنها ملکیت خصوصی اشخاص استملاک می گردد بر شمرد. زیرا، معیار و ملاک آن منافع و مصالح عامه است.

۱۰۵. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۷۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۶۶؛ و محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۱۳۱۷.

همچنین، اگر ملکیت نامشروع باشد دولت می تواند آن را مصادره و ضبط نماید. مصادره در لغت به معنی مال کسی را به زور ضبط کردن، جبران خساره و تاوان گرفتن است.^{۱۰۶} ماده ۴ فقره ۲۰ قانون اجراءات جزایی در تعریف مصادره می گوید: «مصادره: اخذ جبری و بلا عوض اموال منقول یا غیر منقول محکوم علیه است که مطابق احکام قانون و فیصله محکمه ذیصلاح مالکیت آن به دولت انتقال می یابد.»

همچنین، ماده ۱۸۰ کد جزا در تعریف مصادره می گوید: «(۱) مصادره عبارت است از اخذ جبری و بلاعوض اموال منقول یا غیر منقول محکوم علیه یا سایر اشیای جرمی می باشد که مطابق احکام قانون و فیصله محکمه ذیصلاح ملکیت آن به دولت انتقال می یابد.» ضبط در لغت به معنی گرفتن و نگهداشتن، حفظ کردن، تصرف کردن و حبس است.^{۱۰۷} ماده ۴ جزء ۱۹ قانون اجراءات جزایی در تعریف ضبط می گوید: «ضبط: حفظ و نگهداری یا کنترل مؤقتی اموال منقول و غیر منقول است که مطابق حکم قانون توسط مرجع ذیصلاح صورت می گیرد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۰۳ ق. م مورد حمایت قرار دادن ملکیت است. زیرا، ملکیت حق است و یکی از ارکان حق «حمایت» آن توسط قانون است.

مبحث چهارم) قیود ملکیت

چنانچه در مبحث خصایص ملکیت به آن اشاره شد، ملکیت هیچ شخص مطلق نیست. این قیود بیشتر بر عوار اعمال می گردد. زیرا، استعمال عقار نسبت به منقول مغلق و پیچیده است. به عنوان قاعده عمومی، استعمال منقول بیشتر اثر خارجی ندارد و نفع و ضرر آن متوجه مالک می شود. بنابراین، در استعمال منقول مالک عمدتاً صلاحیت مطلق دارد. به حیث مثال، اگر شخص کتاب داشته باشد، می تواند آن را مطالعه کند، می تواند آن را برای تزئین اطاق استفاده کند، می تواند آن را برای روشن کردن آتش استفاده نماید. اما، قانون در استفاده از عقار یک سلسله محدودیت ها را بر مالک به دلیل اثر آن نسبت به سایر اشخاص وضع نموده است.^{۱۰۸}

طبق ماده ۱۹۰۴ ق. م: «مالک می تواند در ملکیت خود در حدود قانون تصرف نماید.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مقید ساختن تصرف بر ملکیت بر قید طبق قانون است. طبق نص این ماده تصرف مالک در ملکیتش صرف در صورتی جواز دارد که در حدود احکام قانون باشد. تصرف در مفهوم عقد و ایقاع است.

همچنین، تصرف در مفهوم تصمیم گیری مالکانه در ملکیت است. به حیث مثال، شخص نمی تواند زمین زراعتی خویش را به خانه تبدیل نماید مگر این که قوانین اجازه دهند. همچنین، هیچ شخص نمی تواند به صورت خودسر در زمین خویش تعمیر دو یا سه منزله آباد نماید مگر این که قوانین اجازه دهند. دلیل این قاعده حفظ منابع طبیعی، حفظ محیط زیست، عدم تبدیل شدن زمین های زراعتی و باغ ها به مناطق غیرپلانی و عدم رشد و گسترش مناطق غیرپلانی و عدم ورود ضرر به دیگران اعم از فرد و جامعه است. تطبیق این قاعده مستلزم وجود قوانین متعدد ساختمانی است که در افغانستان به صورت مستقل وجود ندارد.

برخلاف حقوق آلمان و بسیاری از کشور ها حقوق ساخت و ساز (Construction law) در نظام حقوقی افغانستان به صورت مستقل وجود ندارد. حقوق ساخت و ساز در افغانستان جزء حقوق عینی که یکی از شاخه

۱۰۶. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۰۹۳.
(آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱) <https://www.vajehyab.com>

108. Ugo Mattei (2000). Basic Principles of Property Law, London, Greenwood press, pp 122- 123.

های حقوق مدنی است می باشد. در حالی که در حقوق آلمان حقوق ساخت و ساز از شاخه های حقوق اداری است. زیرا، یک طرف آن تبعه یا شهروند است و طرف دیگر آن اداره دولتی (معمولاً شهرداری).

در هر صورت، در صورت نقص این احکام و تجاوز از قیودی که در باره ملکیت وضع گردیده است، متضرر می تواند بر علیه مالک اقامه دعوی و در صورت امکان رفع ضرر (اعاده حالت اولی یا اصلی) و در صورت عدم امکان پرداخت خسارت را مطالبه نماید. همچنین، ق. م به متصرف اجازه داده است تا در مورد تصرف استعمال و بهره برداری و تصرف دیگران بر ملک قیود وضع نماید.

بنابراین، در این مبحث برخی مصادیق قیود ملکیت و تجاوز مالک از حدود آنها که توسط شرع و ق. م وضع گردیده است (گفتار اول)، شرایط تحقق نقض قیود ملکیت (گفتار دوم)، آثار نقض قیود ملکیت (گفتار سوم) و قیودی را که بر ملکیت توسط متصرف وضع می گردد (گفتار چهارم) ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

گفتار نخست) قیود مربوط به مالک و همسایه

به نظر می رسد قیود ملکیت محدودیت های است که قانون به نفع همسایه و عموم مردم بر ملکیت فرد وضع نموده است. این قیود متعدد و متنوع است: برخی از این قیود جهت مصلحت خود مالک ملک و همسایه و برخی نیز جهت تحقق منافع عامه بر ملک وارد گردیده است:

الف) قیود مربوط به نفع مالک و همسایه

ق. م با اقتباس از فقه حنفیه و مجله الاحکام قیود معین را در باره تصرف مالک در ملکیت به نفع همسایه وضع نموده است. برخی از این قیود باید قبل از احداث کلکین، خانه، آبیاری زمین و برخی نیز باید بعد از احداث جوی، احداث دیوار مشترک و ... رعایت گردد. به صورت عموم این قیود مربوط به احداث کلکین، دیوار مشترک، حق شرب و ... می شود:

۱) قیود مربوط به احداث کلکین: ق. م قیود معین را در مورد احداث کلکین و کلکینچه وضع نموده

است:

۱- احداث کلکین خانه به نحوی که موجب ضرر رسانیدن به همسایه قدیمی نگردد: وفق

ماده ۱۹۰۹ ق. م: «شخصی که عمارتی بناء می کند باید آن را طوری اعمار نماید که از کلکین، عمارت قدیمه همجوار متضرر نگردد». عمارت در لغت به معنی ساختمان و تعمیر و بناء است. حکم این ماده توسط اشخاصی که در مناطق پلانی شهری (داخل پروژه های رهائشی شهری و نیز دهات) خانه یک منزله دارند و می خواهند منزل دوم و سوم را بالای منزل اول احداث نمایند، باید رعایت گردد.

بنابراین، براساس نص این ماده شخصی که در یکی از پروژه های شهری پلانی یا دهات دارای خانه یک منزله است و می خواهد منزل دوم و سوم را بر آن احداث نماید، نباید کلکین منزل دوم و سوم را به نحوی احداث نمایند که احداث کلکین موجب تضرر همسایه شود. به عنوان مثال، کلکین ها را نباید طوری احداث نمایند که موجب رویت خانه همسایه، رویت دختران، زنان و مسایل شخصی و خصوصی و حریم خصوصی همسایه شود. زیرا، به نظر می رسد از یکطرف این عمل خلاف فرهنگ اسلامی و در نتیجه ضرر (معنوی) به همسایه تلقی می گردد و از طرف دیگر حق حریم خصوصی همسایه را نقض می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد در قریه یا در شهر خانه یا سه منزله یا بیشتر از آن آباد می نماید، خانه را باید به گونه ای آباد نماید که از کلکین آن خانه محمود و سایر همسایه ها دیده نشود. زیرا، این امر حق حفظ حریم

خصوصی محمود را نقض می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم احداث کلکین و وضع قید به نفع همسایه است.

۲- عدم جواز احداث کلکین در مسافت کمتر از یک متر از دیوار همسایه: مطابق ماده ۱۹۲۹

ق. م: «همجوار حق ندارد، به طرف همجوار خود در مسافت کمتر از یک متر کلکین یا کلکینچه داشته باشد. مسافت از عقب دیواری که کلکین یا کلکینچه در آن واقع است یا از کنار خارجی دیوار اندازه می شود». حکم این ماده بر اشخاصی که در مناطق پلانی شهری (داخل پروژه های رهائشی شهری و دهات) خانه یک منزله دارند و می خواهند منزل دوم را بر منزل اول احداث نمایند، قابل تطبیق است.

بنابراین، شخصی که می خواهد منزل دوم یا سوم را بر منزل اول خانه خویش احداث نماید، می تواند کلکین یا کلکینچه که مسافت آن حد اقل یک متر دور تر از دیوار مشترک باشد، احداث نماید. اما، اگر این مسافت کمتر از یک متر باشد، صاحب منزل اول که می خواهد منزل دوم و سوم را احداث نماید، حق احداث کلکین را ندارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای یک منزله داشته باشد و بخواهد منزل دوم و سوم را آباد نماید در صورتی می تواند کلکین را به طرف خانه محمود و سایر همسایه ها باز نماید که میان کلکین و خانه همسایه یک متر مسافت باشد.

مسافت از عقب دیواری که کلکین یا کلکینچه در آن واقع است یا از کنار خارجی دیوار اندازه می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم احداث کلکین و وضع قید به نفع همسایه است. این قاعده دارای دو استثناء نیز است:

استثنای اول: طبق ماده ۱۹۳۰ ق. م: «همجوار می تواند که کلکین، کلکینچه ملاقی در برابر عمار همجوار که در عین وقت در برابر راه عام باشد، داشته باشد». همجوار در لغت به معنی همسایه است. ملاقی در لغت به معین دیدار کننده است.^{۱۰۹} اگر میان کلکین صاحب خانه و خانه همسایه راه عام وجود داشته باشد، مانند دو همسایه روبرو که در میان خانه های آنها سرک عمومی یا فرعی وجود داشته باشد، احداث کلکین کلان و یا کلکین کوچک مانعی ندارد. به حیث مثال، اگر خانه احمد در نمره چپ باشد و کلکین های آن به طرف سرک عمومی باز شود، احمد می تواند به طرف سرک کلکین یا کلکینچه باز نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز احداث کلکین به طرف سرک عمومی است.

استثنای دوم: طبق ماده ۱۹۳۱ ق. م: «روشن دانی که قاعده آن از سطح اطاق بیشتر از قامت انسان ارتفاع داشته باشد و منظور از آن جریان هوا و داخل شدن روشنی باشد، طوری که دیدن از آن عادتاً بر عمار همجوار ممکن نباشد، اندازه مسافت در آن شرط نیست». طبق نص این ماده همسایه حق دارد چه در منزل اول، چه در منزل دوم و چه در منزل سوم بدون در نظر داشت مسافت یک متر روشن دان (کلکین کوچک که هدف آن داخل شدن نور در اطاق است) احداث نماید.

قاعده ای که باید در احداث روشن دان مدنظر گرفته شود این است که مسافت روشن دان از سطح منزل باید بلند تر از قد انسان باشد به نحوی که انسان عادتاً نتواند خانه همسایه را تماشا نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای یک منزله داشته باشد و بخواهد منزل دوم را در آن احداث نماید اما کلکین های آن به طرف خانه محمود همسایه احمد باز شود، احمد می تواند روشن دان که اندازه ای آن از قد انسان بیشتر باشد و انسان ها

عادتاً نتوانند از آن خانه ای همسایه را ببینند احداث نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز احداث روشن دان به طرف خانه ای همسایه است.

۲) قیود مربوط به دیوار مشترک: براساس ماده ۱۹۰۵ ق. م: «هرگاه به ملك حق غیر تعلق بگیرد، مالك نمی تواند در آن طوری تصرف نماید که موجب ضرر غیر گردد، مگر به اجازه صاحب حق.» طبق نص این ماده در صورتی که به ملکیت حق غیر تعلق بگیرد، مالک نمی تواند در ملک طوری تصرف نماید که موجب رسانیدن ضرر به غیر شود. به نظر می رسد منظور از غیر شریک است و این قاعده ناظر بر ملکیت و اموال مشترک است.

به نظر می رسد طبق نص این ماده مالک می تواند در ملکیت مشترک در دو صورت تصرف نماید. اول این که تصرف موجب ضرر رسانیدن به شریک نشود و دوم این که شریک اجازه دهد. ماده ۱۱۹۲ مجلة الاحکام در خصوص تصرف در ملک مشترک و مثال های آن حکم نماید که: «هر شخص در ملک خود طوری که بخواهد تصرف کرده می تواند. اما، اگر حق غیر به آن تعلق بگیرد، مالک از تصرف بر وجه استقلال منع می گردد. به عنوان مثال، اگر منزل سفلی ملک یک نفر و منزل بالا ملک دیگری باشد، صاحب حق فوقانی بر صاحب حق تحتانی حق قرار تعمیر خود را دارد و سقف ملکیت صاحب منزل تحتانی بوده و او حق استتار از آفتاب و حفاظت از باران را دارد. هیچ یک از این دو نفر، فعلی را که مضر به دیگر باشد، انجام داده نمی تواند و تعمیر خود را به تنهایی منهدم کرده نمی تواند.»

با در نظر داشت این قاعده کلی یک همسایه نمی تواند تصرفات ذیل را در دیوار مشترک که ملک مشترک هر دو همسایه تلقی می شود، به عمل آورد:

۱- تغییر ارتفاع دیوار مشترک: با توجه به اصل عدم تصرف در ملک که حق غیر به آن تعلق بگیرد، مگر به اجازه غیر، ماده ۱۹۲۲ ق. م تصریح می نماید که: «هرگاه دیواری بین دو نفر مشترك باشد، یکی از طرفین نمی تواند بدون اجازه طرف دیگر به تغییر ارتفاع آن بپردازد یا بناء دیگری را به آن بیفزاید.» طبق نص این ماده اگر دیواری بین دو نفر مشترك باشد، چه دیوار خانه باشد، یا دیوار باغ، چه دیوار خانه های پروژه های شهری پلانی و چه در دهات باشد، هیچ یکی از همسایه ها نمی توانند بدون اجازه همسایه دیگر، ارتفاع آن را پایین نماید یا ارتفاع آن را بلند تر بسازد. اما، اگر طرفین این کار را به موافقت همدیگر انجام دهند، می توانند ارتفاع دیوار را تغییر دهند.

همچنین، یکی از شرکا نمی تواند بر دیوار مشترك تعمیر احداث نماید مگر این که شریک دیگر اجازه دهد. به حیث مثال، اگر دیوار میان احمد و محمود دو همسایه مشترك باشد، احمد می تواند به اجازه محمود بالای دیوار مشترك دستک های اطاق منزل اول و دوم را بگذارد. همچنین، اگر ارتفاع دیوار سه متر باشد و محمود بخواهد ارتفاع آن را سه و نیم متر بسازد، محمود باید اجازه احمد را بگیرد در غیر آن حق را ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تغییر ارتفاع دیوار مشترك و ایجاد اطاق یا بنای دیگر بر آن است.

۲- ارتفاع از دیوار مشترك: طبق ماده ۱۹۲۳ ق. م: «هر يك از شركاء می توانند بالای دیوار مشترك به اندازه شریک، چوب یا دیگر مواد استنادیه های خویش را بگذارند، مشروط بر اینکه از حدود مقاومت دیوار مذکور تجاوز نکند. تزئید یا تغییر مکان چوب از طرف يك شریک بدون اجازه شریک دیگر با رعایت سلامت دیوار جواز

ندارد.». از نص این ماده استنباط می گردد که هر یک از همسایه ها (شرکای دیوار مشترک) می توانند به صورت مساویانه بر دیوار مشترک چوب و سایر مواد استنادیه را بگذارند، مانند گذاشتن چوب اطاق، چوب چيله انگور، دیوار آهنی، سیم خاردار و نظیر اینها، اما به این شرط که گذاشتن چوب استنادیه توسط همسایه از حدود مقاومت دیوار تجاوز ننماید.

به حیث مثال، اگر احمد و محمود همسایه باشند و دیوار میان آنها مشترک باشد، هیچ یک نمی تواند در دیوار مشترک چوب اطاق، چيله انگور، سیم خاردار و نظیر اینها را بگذارد یا نصب نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حق شرکا در دیوار مشترک است. پرسش این است که در صورتی که دیوار مقاومت خویش را از دست بدهد تکلیف چیست؟ در پاسخ به این پرسش در ق. م قواعد ذیل وجود دارد:

- طبق ماده ۱۹۲۴ ق. م: «هرگاه دیوار مشترک مقاومت خود را از دست داده و خوف انهدام آن موجود باشد، اگر یکی از شرکاء اراده خراب کردن آن را بنماید و شریک دیگر ممانعت کند. منع کننده به تخریب دیوار مجبور کرده می شود.». طبق نص این ماده در صورتی دیوار مشترک مقاومت خود را از دست بدهد و ترس انهدام متصور باشد، اگر یکی از همسایه ها بخواهد آن را اعمار نماید و شریک دیگر (همسایه دیگر) ممانعت نماید، ممانعت کننده مجبور به اعمار آن می گردد. به حیث مثال، اگر دیوار میان احمد و محمود دو همسایه مشترک باشد و ترس انهدام و از بین رفتن آن موجود باشد، اگر احمد بخواهد آن را اعمار نماید و محمود ممانعت نماید، محمود مجبور به تخریب دیوار می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف شرکای دیوار مشترک است.

- طبق ماده ۱۹۲۵ ق. م: «هرگاه شرکاء به انهدام دیوار مشترک بپردازند، یا دیوار مذکور بی افتد و هر شریک بالای آن چیزی گذاشته باشد و در تعمیر مجدد آن یکی از شرکاء ممانعت نماید، شریک منع کننده به صورت مطلق به ساختن آن مکلف می شود. در صورتی که یکی از شرکاء به اجازه محکمه به اعمار آن بپردازد، مصارف آن را به مقدار حصه شریک دیگر مطالبه کرده می تواند و تا زمانی که شریک مذکور حصه خویش را نپردازد شریک دیگر می تواند او را از استفاده از دیوار منع نماید.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست هرگاه شرکاء به انهدام دیوار مشترک بپردازند، یا دیوار مذکور بی افتد و هر شریک بالای آن چیزی گذاشته باشد و در تعمیر مجدد آن یکی از شرکاء ممانعت نماید، شریک منع کننده به صورت مطلق به ساختن آن مکلف می شود. هرگاه احمد و محمود به تخریب دیوار مشترک اقدام نمایند یا دیوار بی افتد و احمد محمود بالای دیوار چيله انگور یا دستک را گذاشته باشند و احمد از تعمیر دوباره دیوار ممانعت نماید، احمد به صورت مطلق به ساختن آن مجبور می گردد.

دوم در صورتی که یکی از شرکاء به اجازه محکمه به اعمار آن بپردازد، مصارف آن را به مقدار حصه شریک دیگر مطالبه کرده می تواند و تا زمانی که شریک مذکور حصه خویش را نپردازد شریک دیگر می تواند او را از استفاده از دیوار منع نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد از اعمار مجدد دیوار مشترک امتناع ورزد و محمود با اخذ اذن محکمه دیوار را دوباره اعمار نماید، محمود می تواند مصارف اعمار دیوار را متناسب به سهم احمد از احمد مطالبه نماید. در صورتی که احمد از پرداخت مصارف امتناع ورزد، محمود می تواند احمد را از استفاده از دیوار منع نماید.

۳- مشترک پنداشته شدن دیوار در وقت آباد کردن دو خانه: طبق ماده ۱۹۲۶ ق. م: «دیواری که هنگام بناء حد فاصل بین دو عمارت باشد، تا زمان جدایی دو بناء دیوار مشترک دانسته می شود، مگر وقتی که دلیل دیگری به عکس آن ظاهر شود.» طبق نص این ماده دیواری که در وقت ایجاد دو تعمیر حدفاصل (جدا کننده) دو عمارت (تعمیر) باشد، تا زمانی جدایی دو تعمیر دیوار مشترک فرض می شود. این اصل است. استثنای این اصل این است که یکی از مالکین بناء (تعمیر / خانه) ثابت نماید که دیوار مشترک نیست و او این دیوار را اول احداث نموده است. به حیث مثال، هرگاه یک دیوار میان دو خانه همسایه ها باشد، فرض این است که این دیوار مشترک است و هر دو همسایه به صورت مشترک این دیوار را ساخته اند مگر این که یکی از همسایه از طریق وسایل اثبات که عبارت اند از: سند، شاهدان، اقرار، قراین و سوگند ثابت نماید که دیوار را او به پول شخصی خویش زمانی که اصلاً خانه دوم ساخته نشده بود، ساخته است. به حیث مثال، اگر دیوار میان خانه های احمد و محمود که هر دو همسایه اند وجود داشته باشد، اصل و فرض این است که این دیوار میان احمد و محمود مشترک است. استثنای این اصل این است که احمد با شهود، سند و سایر وسایل اثبات ثابت نماید که دیوار متعلق به احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم دیوار مشترک است.

۵- پرداخت نصف مصارف دیوار برای این که یک همسایه شریک دیوار تلقی گردد: طبق ماده ۱۹۲۷ ق. م: «همجواری که در مصارف اعمار دیوار سهم نگرفته، وقتی شریک دیوار شناخته می شود که نصف مصارف بناء و نصف قیمت زمین را که دیوار بر آن واقع است، بپردازد.» طبق نص این ماده اگر یکی از همسایه ها ثابت نماید که دیوار متعلق به او است، جانب مقابل مکلف است نصف قیمت دیوار و زمینی را که دیوار بر آن بناء یافته است بپردازد تا شریک دیوار تلقی شود. به حیث مثال، اگر احمد به تنهایی دیوار فاصل میان خانه او و محمود همسایه اش را بر زمین خویش اعمار نماید، محمود زمانی شریک دیوار شناخته می شود که قیمت نصف زمینی که دیوار بر آن اعمار شده و مصارف مواد ساختمانی و اجوره اعمار دیوار مشترک را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مشترک پنداشته شدن دیوار میان همسایه ها است.

۴- هیچ یکی از همسایه ها نمی تواند همسایه دیگر را مجبور نماید تا در داخل ملکیت خویش دیوار احداث نماید: طبق ماده ۱۹۲۸ ق. م: «همجوار، نمی تواند همجوار دیگر را به اعمار دیوار یا چیزی دیگری در داخل حدود ملکیت او مکلف سازد. همچنین، نمی تواند او را به دادن قسمتی از دیوار او یا قسمتی از زمینی که دیوار بر آن بناء شده وادار سازد مگر در حدود حکم ماده (۱۹۲۷) این قانون.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۱۹۲۷ ق. م است. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- همجوار، نمی تواند همجوار دیگر را به اعمار دیوار یا چیزی دیگری در داخل حدود ملکیت او مکلف سازد. همجوار در لغت به معنی همسایه است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود همسایه باشند، احمد نمی تواند محمود را مکلف نماید تا در داخل حویلی خویش دیوار یا اتاق احداث نماید. همچنین، اگر احمد و محمود همجوار باشند و هر دو باغ داشته باشند، احمد نمی تواند محمود را مجبور نماید تا در داخل باغ خویش ارد یا چاه حفر نماید.

- همجوار نمی تواند همجوار را به دادن قسمتی از دیوار او یا قسمتی از زمینی که دیوار بر آن بناء شده وادار سازد مگر در حدود حکم ماده (۱۹۲۷) این قانون. به حیث مثال، اگر احمد به تنهایی دیوار فاصل میان خانه او

و محمود همسایه اش را بر زمین خویش اعمار نماید، محمود زمانی شریک دیوار شناخته می شود که قیمت نصف زمینی که دیوار بر آن اعمار شده و مصارف مواد ساختمانی و اجوره اعمار دیوار مشترک را به احمد پرداخت نماید.

(۳) قیود مربوط به استفاده از حقایق: نوع دوم قیود ملکیت مربوط به حقایق زمین است. حقایق یکی از شاخه های حق ارتفاق است که در فصل سوم این بخش آن را مورد مطالعه قرار می دهیم. طبق ق. م قیود ذیل بر حقایق تحمیل می گردد:

۱- حقایق تابع زمین است: طبق ماده ۱۹۱۶ فقره اول ق. م: «(۱) حقایق زمین، تابع زمین می باشد». طبق ماده ۱۴۳ مجله الاحکام: «حقایق عبارت است از استحقاق اندازه معین آب از نهر». طبق نص این ماده حقایق زمین تابع زمین است و شخصی که زمینی را بنابر یکی از اسباب کسب ملکیت که بحث آن در مبحث اسباب کسب ملکیت خواهد آمد به دست آورد، اگر این زمین دارای حقایق باشد، حقایق آن نیز تابع زمین است. زیرا، از یک طرف حقایق از مصادیق حق ارتفاق است و در صورتی که شخص مالک زمین شود، مالک حق ارتفاق آن که از فروعات ملکیت است می گردد و از طرف دیگر در ق. م و فقه قواعدی متعددی در این زمینه وجود دارد که مالک اصل مالک فرع تلقی می گردد.

به عنوان مثال، ماده ۷۲۵ ق. م. که ترجمه ماده ۴۷ مجله الاحکام است در این زمینه تصریح می نماید که: «فرع، حکم اصل را دارد». به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی شکرده ده جریب زمین داشته باشد، حقایق این زمین تابع زمین است. بنابراین، اگر محمود زمین احمد را خریداری نماید، محمود نه تنها مالک زمین بلکه مالک حقایق زمین می شود و می تواند از نهر و دریا درختان و زراعتی که در زمین داشته باشد را آبیاری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن حقایق به عنوان توابع زمین است. تفصیل سایر قواعد در جلد حقوق و جایب این دور از شرح ق. م در مبحث تفسیر عقد گذشت.

۲- حقایق به ارث برده می شود و می تواند موصی به قرار بگیرد: براساس ماده ۱۹۱۵ ق. م: «حقایق به میراث برده می شود و با استفاده از آن وصیت جواز دارد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

- حقایق به میراث برده می شود. بنابراین، اگر شخصی زمینی را به ارث ببرد، به تبع زمین، حقایق آن را نیز مالک می شود. زیرا، حقایق تابع زمین است و مالک اصل مالک فرع تلقی می گردد و شخصی که زمین را به ارث ببرد، به تبع زمین حقایق زمین را نیز به ارث می برد زیرا حقایق از مصادیق حق ارتفاق است. بنابراین، وارث می تواند علاوه بر زمین حقایق آن را نیز تملک نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین زراعتی دارای حقایق در ولسوالی سرای خواجه داشته باشد و احمد وفات نماید و حمیده دختر احمد زمین را به ارث ببرد، به تبع و پیروی از زمین، حمیده مالک حقایق زمین نیز می گردد.

- حقایق می تواند در وصیت موصی به قرار بگیرد. بنابراین، اگر شخصی وصیت نماید که فلان شخص می تواند بعد از مرگ از فلان زمین که ملک من است برای فلان مدت انتفاع بگیرد، و حقایق آن را در وصیت ذکر نکند، چون فرع تابع اصل است، موصی له می تواند از حقایق نیز انتفاع بگیرد. در نتیجه، حقایق هم به ارث برده می شود و هم می تواند موضوع وصیت قرار بگیرد. به حیث مثال، احمد یا حمیده در مثال فرضی بالا می تواند

بدون این که زمین خویش را به محمود وصیت نمایند، می توانند به محمود وصیت نمایند تا محمود برای مدت یک سال از حقایقه زمین آنها زمین های خویش را آبیاری نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز توریث و موصی به قرار گرفتن حقایقه است. نص این ماده متأثر از فقه حنفی است. فقهای حنفی می گویند: ارث در اموال و برخی حقوق مانند: خیار عیب جاری می شود. همچنین، وصیت به انتفاع از حق ارتفاق صحیح است، مانند اینکه: شخصی به دیگری وصیت نماید که از حق شرب زمین او برای مدت معلومی زمین خویش را آبیاری نماید و وصیت مانند ارث در اموال و حقوق صحیح است. اما، اگر موصی له وفات نماید، وصیت باطل می شود.^{۱۱۰}

۳- احداث جوی برای زمینی که فاقد حقایقه است و کیفیت استفاده از آن: طبق ماده ۱۹۱۱ ق. م: «با رعایت عدم ضرر رساندن به عامه، تعیین حق استفاده از آب نهر عمومی و توزیع آن به اندازه زمینی می باشد که آب یاری را ایجاب می کند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که هر فرد حق استفاده از نهر عمومی به منظوری آبیاری زمین خویش را متناسب به نیاز زمین دارد، زیرا ماده ۱۹۱۱ ق. م از «اندازه زمین» سخن می گوید. به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی سرای خواجه سه جریب زمین داشته باشد، متناسب با آن می تواند از نهر عمومی آن را آبیاری نماید. دوم این که در آبیاری زمین عدم ضرر رسانیدن به عمومی مردم شرط است.

قاعده عدم ضرر (لاضرر) یکی از قواعد عمومی است و بر تقسیم آب قابل تطبیق است. پرسش این است که استفاده از نهر عمومی چگونه به عامه (عموم مردم) ضرر می رساند؟ در پاسخ به این پرسش ق. م مسکوت است، اما ماده ۱۲۶۵ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «هر کس می تواند زمین های خود را از نهر های که در ملک شخص دیگر داخل نباشد، آبیاری کند و از آن جوی های برای آبیاری اراضی و نصب آسیاب احداث کند. اما، عدم ضرر عامه شرط می باشد و در صورتی که آب زیاد و از جوی سرازیر گردد و به مردم ضرر رساند و یا به کلی قطع گردد و یا مانع گردش کشتی شود، در این حال، ممانعت به عمل می آید.» در نص این ماده دو قاعده مهم حاکم بر حقایقه که عبارت از قاعده تناسب و قاعده عدم ضرر است پیش بینی شده است.

۴- طبق ماده ۱۹۱۰ ق. م: «شخصی که به مصرف خود منبع آبیاری یا مجرای آب فاضل را به منظور آبیاری اراضی خویش احداث می نماید، اشخاص دیگر بدون اجازه وی حق انتفاع را از آن ندارند.» طبق نص این ماده شخصی که به مصرف خود منبع آبیاری مانند چاه، چاه عمیق، ارد، جوی و نظیر اینها یا مجرای فاضل آب را احداث نماید، صرف این شخص می تواند از آن به منظور آبیاری زمین خویش استفاده نماید و اشخاص دیگر نمی توانند از آن زمین خویش را آبیاری نمایند. منظور از مجرای آب فاضل، محل جریان آب های اضافه و زاید است. زیرا، فاضل در لغت به معنی افزون و زیاد است.^{۱۱۱} استثنای این اصل این است که مالک به دیگران اجازه دهد. بنابراین، در صورتی که مالک به دیگران، به حیث مثال، همسایه اجازه دهد، آنها می توانند از منبع آب، زمین های خویش را آبیاری نمایند.

به حیث مثال، اگر احمد با مصارف شخصی ارد، چاه، چاه عمیق، جوی و نظیر اینها احداث نماید، صرف احمد حق آبیاری زمین های خویش را از این منابع آب دارد. دیگران نمی توانند از این منابع به طور مطلق حتی

۱۱۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۶۵۸ و ۴۶۵۹.
 ۱۱۱. (آخرین بازدید ۲۰۱۹/۷/۱۸) <https://www.vajehyab.com> 111.

نوشیدن آب استفاده نمایند مگر این که احمد به آنها اجازه بدهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم آب های است که شخص منبع آن را به پول شخصی ایجاد می نماید.

۵- طبق ماده ۱۹۱۶ فقره دوم ق. م: «(۲) فروش، هبه و اجاره حقا به زمین زاید از ضرورت صاحب زمین، جز به منظور آبیاری زمین جواز ندارد.» طبق نص این ماده اگر مقدار آب حقا به زمین بیشتر باشد، مالک زمین صرف می تواند آن را به منظور آبیاری زمین مالکان همجوار به فروش رساند، هبه نماید و یا به اجاره بدهد. به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی سرای خواجه ده جریب زمین داشته باشد و آب این زمین بیشتر از نیاز این زمین باشد، احمد می تواند به منظور آبیاری زمین های محمود حقا به این زمین را به محمود به فروش رساند، هبه نماید و اجاره بدهد. تعریف هبه و اجاره در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز فروش، اجاره و هبه حقا به است.

۴) قیود مربوط به حق مجری: قیود سوم ملکیت مربوط به حق مجری و مسیل است که تفصیل آن خواهد آمد. این قیود نیز به نفع زمین همجوار وضع گردیده است. استفاده از حق مجری تابع قواعد ذیل است:

۱- طبق ماده ۱۹۱۷ ق. م: «مالک زمین مکلف است، به جریان آب کافی به منظور آبیاری زمین های دور ملکیت اشخاص دیگر از منبع آب بر زمین خود اجازه بدهد و همچنین به فاضل آب آبیاری شده زمین های مذکور که در نزدیک ترین جوی عمومی بریزد، اجازه نماید، مشروط بر اینکه در برابر آن تعویض عادلانه داده شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- مالک زمین مکلف است به جریان آب کافی به منظور آبیاری زمین های دور ملکیت اشخاص دیگر از منبع آب بر زمین خود اجازه بدهد. به عبارت دیگر: شخص (مالک زمین) نمی تواند مانع حق مجری آب صاحب حق مجری (همسایه ها) گردد، زیرا همسایه ها این حق را بر زمین او به موجب زمین خویش دارند.

به حیث مثال، اگر زمین های احمد در کنار دریا یا نهر عمومی موقعیت داشته باشد و زمین های محمود دور تر از دریا یا نهر عمومی موقعیت داشته باشد و محمود برای این که بتواند زمین های خویش را آبیاری نماید، باید آب را از زمین های احمد عبور بدهد، احمد نمی تواند مانع عبور آب از زمین های خویش گردد. در این مثال، محمود بر زمین حق مجری دارد. حق مجری یکی از مصادیق حق ارتفاق است که تفصیل آن در فصل حق ارتفاق خواهد آمد.

- مالک زمین نمی تواند مانع عبور و ریختن فاضل آب آبیاری همسایه از طریق زمین او به جوی عمومی گردد. فاضل در لغت به معنی افزون و زیاد است.^{۱۱۲} تعمیم و اجرای این حق منوط بر دادن تعویض عادلانه توسط همسایه است. عبارت «تعویض عادلانه» در این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از «تعویض عادلانه» جبران خسارت است. با پذیرش این استنباط، عبارت «تعویض عادلانه» زاید و محل ایراد به نظر می رسد، زیرا طبق احکام عمومی حق مرور، استفاده از حق مرور وابسته به دادن تعویض و جبران خسارت نیست.

به حیث مثال، اگر زمین های احمد در کنار دریای عمومی موقعیت داشته باشد و احمد از دریای عمومی زمین های خویش را آبیاری نماید، اما آب فاضل و اضافه گردد، احمد می تواند آب را به زمین های محمود که در کنار زمین های احمد موقعیت دارد و مسیر طبیعی آب از زمین های احمد و محمود می گذرد و

سپس وارد سایر جوی ها می گردد، رد نماید. در این مثال، محمود نمی تواند مانع عبور آب از زمین های خویش گردد. زیرا، احمد بر زمین های محمود حق مجری دارد و حق مجری یکی از مصادیق حق های ارتفاق است که تفصیل آن در فصل حق ارتفاق خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق مجری صاحبان حق ارتفاق بر همدیگر است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۱۷): بین مواد (۱۹۶۲) و (۱۹۱۷) قانون مدنی تناقض به نظر می رسد.

توضیح: ماده (۱۹۱۷) قانون مدنی و ماده (۱۹۶۲) با هم از لحاظ موضوع هیچ گونه رابطه ندارد زیرا ماده (۱۹۱۷) از آبیاری زمین های همجوار ملکیت اشخاص بحث می کند و ماده (۱۹۶۲) در حصه ساختن عمارت بالای زمین مشترک و چگونگی تقسیم زمین بعد از ساختن آن بحث دارد.^{۱۱۳}

۱- براساس ماده ۱۹۱۳ ق. م: «هرگاه شخص حق جریان آب را بر زمین دیگری داشته باشد، مالک زمین مذکور نمی تواند مانع جریان آب او در زمین خود گردد». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که اگر یک شخص حق جریان آب (حق مجری) را بر زمین شخص دیگر داشته باشد، این شخص نمی تواند مانع اعمال این حق شود. به حیث مثال، اگر زمین های احمد در کنار دریا یا نهر عمومی موقعیت داشته باشد و زمین های محمود دور تر از دریا یا نهر عمومی موقعیت داشته باشد و محمود برای این که بتواند زمین های خویش را آبیاری نماید، باید آب را از زمین های احمد عبور بدهد، احمد نمی تواند مانع عبور آب از زمین های خویش گردد. در این مثال، محمود بر زمین حق مجری دارد. حق مجری یکی از مصادیق حق ارتفاق است که تفصیل آن در فصل حق ارتفاق خواهد آمد.

دوم این که نص ماده ۱۹۱۳ با ماده ۱۹۱۷ در تعارض به نظر می رسد، زیرا ماده ۱۹۱۷ اعمال این حق را منوط بر دادن تعویض عادلانه نموده است. در حالی که اعمال این حق در ماده ۱۹۱۳ مطلق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق مجری است.

(۵) قیود مربوط به حق مرور: طبق ماده ۱۹۱۹ ق. م: «مالک زمینی که اصلاً به راه عام اتصال ندارد و یا راه مرور به آن ناکافی و دشوار باشد، طوری که احداث راه کافی بدون تحمل مصارف گزاف یا دشواری بزرگ میسر نباشد، می تواند در برابر تعویض عادلانه در زمین همجوار به اندازه لازم تصرف و آن را استعمال نماید مشروط بر اینکه از حد معتاد تجاوز ننماید و این حق تنها در موضع استعمال شده می تواند که با کمترین ضرر رفت و آمد مقصود به دست آید.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که اگر مالکی زمینی که زمین وی اصلاً به راه عام اتصال ندارد، عدم اتصال زمین به راه عام مقتضی آن است که به این زمین حق مرور به راه عام اعطاء گردد تا مالک آن بتواند از آن به طریق معتاد و متعارف استفاده نماید. ق. م به صاحب زمینی که اصلاً زمین وی به راه عام اتصال ندارد، حق مرور بر زمین هایی که در میان زمین وی و راه عام موقعیت دارد، را اعطاء نموده است، اما به دو شرط:

۱۱۳. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۶.

۱) اول اینکه مالک زمینی که زمین وی به راه عام اتصال ندارد، به همسایه هایش و یا اشخاصی که زمین آن ها میان زمین وی و راه عام اتصال دارد تعویض پرداخت نماید. مقدار این تعویض نیز براساس توافق طرفین تعیین می گردد. اگر طرفین نتوانند در این باره موافقت نمایند، می توانند به قاضی مراجعه و قاضی با کمک اهل خبره مقدار تعویض آن را تعیین نماید. استفاده از حق مرور در زمین مالکین زمین های همجوار که به راه عام منتهی می شوند، باید از حد معتاد تجاوز ننماید. به عنوان مثال، اگر زمینی که به راه عام اتصال ندارد، زمین زراعتی باشد، باید دیده شود که از زمین هایی که در موقعیت مشابه قرار دارند، چگونه استفاده می شود. معتاد در لغت به معنی عادت کرده، خوی گرفته، آمخته، مألوف و مأنوس است.^{۱۱۴}

به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی معتاد به چیز های اطلاق می شود که معروف و مردم به آن خوی و عادت کرده اند. به حیث مثال، اگر زمین های احمد در کنار دریا یا بند آب باشد و در کنار زمین های احمد زمین های محمود موقعیت داشته باشد و برای این که احمد از زمین های خویش به راه عام برسد باید از زمین های محمود عبور و مرور نماید، احمد می تواند مقداری از زمین های محمود را مورد استفاده قرار داده و از آن عبور و مرور نماید. این عبور و مرور موجب ایجاد حق مرور در زمین های محمود می گردد. احمد در این فرض باید تعویض عادلانه را به محمود بدهد.

همچنین، احمد می تواند به اندازه معتاد و متعارف در عرف حق مرور را در زمین های محمود ایجاد نماید. به نظر می رسد این قید مربوط به قیود مربوط به ملکیت نیست بلکه یکی از منابع حق ارتفاق است. در این مثال، براساس اضطرار قانون حق ارتفاق را به مالک عقار مرتفق به اعطا می نماید اما مالک عقار مرتفق به باید تعویض آن را به مالک عقار مرتفق پرداخت نماید. پیش بینی نص این ماده در لابلای احکام قیود ملکیت محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد محل مناسب پیش بینی این ماده مواد مربوط به مصادر یا منابع حق ارتفاق است که بحث آن در مبحث حق ارتفاق خواهد آمد.

۷) طبق ماده ۱۹۲۰ ق. م: «هرگاه مانع اتصال به راه عام از تقسیم و تجزیه قانونی عقار نشأت کرده باشد و احداث راه کافی در اجزاء عقار مذکور ممکن باشد، مطالبه حق مرور به جزء در همان اجزاء جواز ندارد.» طبق نص این ماده هرگاه مانع اتصال به راه عام از تقسیم و تجزیه قانونی عقار نشأت کرده باشد و احداث راه کافی در اجزاء عقار مذکور ممکن باشد، مطالبه حق مرور به جزء در همان اجزاء جواز ندارد.

به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین در کنار سرک عمومی داشته باشد و احمد وفات نماید و زمین به محمود و حمیده پسر و دختر احمد به ارث برسد و محمود و حمیده زمین را تقسیم قانونی نمایند و پنج جریب زمین محمود در کنار سرک و پنج جریب زمین حمیده در کنار زمین محمود قرار گیرد و حمیده نتواند جز از طریق زمین محمود به سرک عمومی برود، حمیده می تواند حق مرور را در زمین محمود مطالبه نماید. در این مثال، مانع اتصال و وصل شدن به راه عام از تقسیم قانونی زمین ناشی شده است. به نظر می رسد نص این ماده مربوط به منبع حق ارتفاق است. با پذیرش این نظر، پیش بینی نص این ماده در لابلای احکام مربوط به قیود ملکیت مخصوص قیود مربوط به حق مرور محل ایراد به نظر می رسد.

طبق نص این ماده منبع حق ارتفاق قانون است. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، قانون حق مرور را به حمیده اعطا می نماید. به نظر می رسد محل مناسب تسجیل نص این ماده احکام مربوط به منابع حق ارتفاق

است که تفصیل آن خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از منابع حق ارتفاق که قانون است می باشد.

(۷) قیود مربوط به آبیاری: براساس ماده ۱۹۱۴ ق. م: «شخصی که زمین خود را به صورت عادی طوری که زمین آن را تحمل بتواند، آبیاری نماید و به اثر آن آب در زمین شخص دیگری جریان پیدا کند و زراعت او را از بین ببرد، ضامن شناخته نمی شود و اگر زمین خود را به صورت غیر عادی آبیاری نموده و شخص دیگری از آن متضرر گردد، ضامن شناخته می شود.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- شخصی که زمین خود را به صورت عادی طوری که زمین آن را تحمل بتواند، آبیاری نماید و به اثر آن آب در زمین شخص دیگری جریان پیدا کند و زراعت او را از بین ببرد، ضامن شناخته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین زراعتی یا باغ داشته باشد و زمین و باغ خویش را طور عادی به گونه ای که زمین تحمل جذب آب را داشته باشد آبیاری نماید. اما، آب از زمین یا باغ احمد سرانبر شود و در زمین یا باغ محمود برود و کشت یا درختان محمود را از بین ببرد، احمد ضامن نیست.

ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است که جمع آن ضامنین است. در اصطلاح حقوق مدنی، ضامن کسی است که دین در ذمه دیگری به ذمه او منتقل می شود تا اگر شخص دیگر از پرداخت دین خودداری کند، خود متعهد به پرداخت دین باشد.^{۱۱۰} به نظر می رسد ضامن در نص این ماده در مفهوم مسؤل استعمال شده است. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، احمد مسؤل پرداخت جبران خسارت تخریب کشت و درختان محمود نیست.

۲- اگر شخص زمین خود را به صورت غیر عادی آبیاری نموده و شخص دیگری از آن متضرر گردد، ضامن شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین زراعتی یا باغ داشته باشد و زمین و باغ خویش را طور غیرعادی آبیاری نماید و آب از زمین یا باغ احمد سرانبر شود و در زمین یا باغ محمود برود و کشت یا درختان محمود را از بین ببرد، احمد ضامن است و باید جبران خسارت تخریب کشت و درختان محمود را بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم محدودیت تصرف در ملکیت خویش به نفع همسایه است.

(۸) اصلاح جوی مشترک: وفق ماده ۱۹۱۸ ق. م: «هرگاه تمام مشترکین آب به رضایت خویش به اصلاحات ضروری نهر یا جوی نپردازند، به اساس مطالبه هر یک از شرکاء به این امر وادار ساخته می شوند.» طبق نص این ماده اصل این است که اگر جوی آب میان چند نفر مشترک باشد، مسؤولیت آنها در ترمیم و اصلاح جوی مشترک نیز مساوی است.

بنابراین، شرکاء باید مشترکاً و به طور مساوی در ترمیم و اصلاح جوی و نهر مشترک مبادرت ورزند. اگر یکی از آنها از ترمیم و اصلاح جوی و نهر مشترک امتناع ورزد، جانب مقابل می تواند اجبار وی را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر زمین های احمد و محمود نهر یا جوی مشترک داشته باشد و احمد و محمود از آن جوی زمین های خویش را آبیاری نمایند، احمد و محمود به صورت مشترک مسؤل اصلاحات ضروری جوی، مانند پاک کاری، ترمیم اطراف جوی و نظیر اینها اند.

اگر احمد از اصلاحات ضروری جوی مشترک امتناع ورزد، محمود می تواند از احمد مطالبه نماید تا این اصلاحات را انجام دهد. قانونگذار مدنی در نص این ماده از «وادار ساخته می شود» سخن می گوید که مبهم به

نظر می رسد زیرا روشن نیست که چه مقامی شریک را وادار می نماید. به نظر می رسد این مقام و مرجع محکمه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اصلاح و ترمیم جوی و نهر مشترک است.

۹) تعیین حدود بین اراضی مشترک: طبق ماده ۱۹۲۱ ق. م: «هر يك از مالکین اراضی همجوار، می توانند طرف دیگر را با تعیین حدود در اراضی اتصال یافته یکدیگر مجبور سازند. مصارف تعیین حدود بین طرفین مشترك می باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- اگر دو قطعه زمین در پهلوی همدیگر موقعیت داشته باشند، جهت عدم تجاوز یکی از مالکین بر زمین مالک همجوار و ضم نمودن زمین وی به زمین خود، هر یک از مالکان زمین می تواند طرف دیگر را به تعیین حدود هر یک از قطعات زمین مکلف نماید. به حیث مثال، اگر زمین یا باغ احمد در کنار زمین یا باغ محمود موقعیت داشته باشد و حدود و حد مرز این زمین ها معین و مشخص نباشد، احمد می تواند محمود را مجبور نماید تا حدود زمین خویش را معین نماید. قانونگذار مدنی در نص این ماده از «مجبور می سازد» سخن می گوید که مجمل به نظر می رسد. به نظر می رسد مراجع ذیصلاح مانند محکمه می تواند هر یک از مالکان را در اثر مطالبه مالک دیگر مجبور نماید.

۲- اگر مالکین هر یک از زمین ها، بخواهند مشترکاً حدود زمین های خویش را مشخص و تعیین نمایند، مصارف تعیین حدود میان آن مشترک است مشروط بر اینکه تعیین حدود زمین ایجاب مصارف را نماید. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، احمد و محمود بخواهند حدود زمین های خویش را معین نمایند، مصارف بر عهده احمد و محمود است. به عبارت دیگر: در صورت تصفیه زمین، مصارف بر عهده احمد و محمود است. به حیث مثال، مصارف اجرت متخصص، کرایه موتو و سایر مصارف. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تصفیه یا تعیین حدود اراضی میان همسایه ها است.

۱۰) قیود مربوط به احداث فابریکه و تأسیسات تجارتی: طبق ماده ۱۹۳۲ ق. م: «فابریکه، دستگاه تجارتی، چاه و دیگر تأسیساتی که به همجوار ضرر می رساند، باید در مسافه اعمار گردد که ضرر آن به همجوار نرسد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- فابریکه که به همجوار ضرر می رساند، باید در مسافه اعمار گردد که ضرر آن به همجوار نرسد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد فابریکه تولید نوشابه های غیرالکولی ایجاد نماید، باید مسافه ای فابریکه به قدری از خانه های همجوار دور باشد که صدا، دود، لرزه، رفت و آمد و توقف موتو ها به فابریکه به همسایه ها ضرر وارد ننماید.

۲- دستگاه تجارتی که به همجوار ضرر می رساند، باید در مسافه اعمار گردد که ضرر آن به همجوار نرسد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد شرکت پروسس و بسته بندی میوه خشک ایجاد نماید، مسافه شرکت باید به اندازه ای از خانه ها دور باشد که به مردم از آن ضرری وارد نشود.

۳- چاه که به همجوار ضرر می رساند، باید در مسافه اعمار گردد که ضرر آن به همجوار نرسد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد حوض آب بازی ایجاد نماید، باید مسافه حوض از خانه های همسایه ها به اندازه ای دور باشد که چاهی که از آن احمد حوض را پر از آب می کند موجب خشک شدن آب همسایه ها، آب های مستعمل، صدا، توقف موتو ها و نظیر اینها موجب ورود ضرر به همسایه نگردد.

۴- قانونگذار مدنی در نص این ماده سه مصداق را ذکر کرده و باب قیاس سایر مصادیق را با این سه مصداق باز گذاشته است. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد فارم مرغ داری در ساحهٔ رهایشی ایجاد نماید، باید مسافه فارم به اندازه ای از خانه های رهایشی دور باشد که بوی تولید شده از فارم مرغداری موجب ورود ضرر به همسایه نگردد. همچنین، اگر احمد بخواهد داش تولید خشت پخته ایجاد نماید، مسافه دستگاه باید به اندازه ای از خانه ها دور باشد که به همسایه دود داش خشت پخته ضرر نرساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص مادهٔ ۱۹۳۲ ق. م پیش بینی قیود ملکیت به نفع همسایه ها است.

ب) قیود مربوط به نفع عامه

نوع دوم قیود وارد بر تصرف، بهره برداری و انتفاع از ملکیت مربوط به نفع عام است. قیود مربوط به نفع عامه قیودی است که رعایت آن به نفع تمام مردم منتهی می شود. ق. م در مورد مثال ها و مصادیق این قیود سکوت اختیار نموده است. اما، مجلهٔ الاحکام حاوی برخی مثال ها در مورد نقض قیود مربوط به منافع عامه است که ذیلاً به آنها اشاره صورت می گیرد:

(۱) طبق مادهٔ ۱۲۱۴ مجلهٔ الاحکام: «اشیای مضره که به رهگذر ضرر فاحش داشته باشند اگرچه قدیم باشد، ازاله می شود، مانند: غرفه و برآمدگی یک حصه از دیوار خانه در راه عام که به عبور کننده ها نزدیک باشد.»

(۲) مطابق مادهٔ ۱۲۱۵ مجلهٔ الاحکام: «اگر شخص جهت آبادی حویلی خود خاک را در راه بی اندازد می تواند آن را در یک جانب راه گماشته و به سرعت ممکنه به تعمیر خویش صرف نماید به شرطی که به عابرین ضرری نداشته باشد.»

(۳) براساس مادهٔ ۱۲۱۷ مجلهٔ الاحکام: «هر شخص می تواند ساحه ای را که مورد نیاز راه عامه نباشد در بدل قیمت از دولت خریداری کند و آن را به حویلی اش ضم نماید. اما، به شرطی که عمل مذکور برای عابرین اشخاص رهگذر ضرری عاید ننماید.»

(۴) مطابق مادهٔ ۱۲۲۳ مجلهٔ الاحکام: «راهگذران راه عام حق دارند به وقت ازدحام داخل کوچهٔ خاص شوند و صاحبان راه خاص حق ندارند آن را به فروش برسانند اگرچه در فروش آن اتفاق نظر داشته باشند. همچنین، صاحبان راه نمی توانند آن را میان خود تقسیم و یا دهن آن را ببندند.»^{۱۱۶} این ها برخی مثال های قدیمی ضرر فاحش اند. برخی مثال های جدید ضرر فاحش به نظر می رسد قرار ذیل اند:

(۱) استفاده از دعال سنگ در مرکز گرمی های بلاک ها به دلیل تولید بیش از حد دود و آلوده ساختن محیط زیست، از مصادیق ضرر فاحش است و توسط دولت (شهرداری و ادارهٔ ملی محیط زیست) باید از بین برده شوند.

(۲) ایجاد حوض های بزرگ آب بازی در مناطق رهایشی به دلیل پایین آمدن سطح آب به نظر می رسد که از مصادیق ضرر فاحش است و باید توسط دولت اجازه داده نشود و در صورت اجازه به حالت اولیه در آید.

(۳) استفاده از چاه های عادی به عنوان چاه های سپتیک و آلوده ساختن آب های زیرزمینی ضرر فاحش است و باید توسط دولت اجازه داده نشود. در صورتی که اتباع بدون اجازه چنین چاه ها ایجاد نمایند، باید توسط دولت از بین برده شوند.

۱۱۶. جهت مطالعهٔ بیشتر در مورد قیود ملکیت ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۳۸-۷۹۲؛ محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجلهٔ الاحکام، مترجمان: امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، قسمت دوم: شرکت ها، کابل: انتشارات ستره محکمه.

۴) موثر های کهنه که بسیار زیاد دود تولید می نمایند و موجب آلودگی هوا می شوند، از مصادیق ورود ضرر به عموم مردم اند.

گفتار دوم) شرایط تحقق تجاوز از حدود قیود ملکیت

جهت تحقق نقض قیود ملکیت که مثال های برخی آن در گفتار اول این مبحث مورد مطالعه قرار گرفت، منوط بر تحقق دو شرط است: نقض عملی قیود ملکیت و ایجاد ضرر فاحش:

الف) تجاوز مالک از حدود صلاحیت و نقض قیود مربوط به تصرف در ملکیت

شرط اول تحقق نقض قیود ملکیت این است که مالک به نحوی در ملکیت خویش تصرف نماید که این تصرف موجب نقض قیود ملکیت گردد. به عنوان مثال، مالک زمین، زمین خویش را طوری آبیاری نماید که آب از زمین وی سرزیر شده و موجب از بین رفتن زراعت زمین همسایه شود، مالک خانه در حدود مسافت کمتر از یک متر در منزل دوم خانه خویش کلکین بزرگ احداث نماید، یکی از شرکای دیوار مشترک را بدون اذن شریک دیگر به تخریب دیوار مشترک بپردازد و امثال اینها.

ب) تجاوز از حدود موجب ایجاد ضرر فاحش به همسایه گردد

شرط دوم تحقق نقض حدود ملکیت ایجاد ضرر فاحش به همسایه است. بنابراین، اگر نقض قیود ملکیت موجب ایجاد ضرر غیر فاحش به همسایه گردد، همسایه نمی تواند اعاده حالت اصلی و یا پرداخت جبران خسارت را از مالک متجاوز مطالبه نماید. ضرر وارد بر ملک یا مال دو نوع است: ضرر فاحش و ضرر یسیر:

۱) **ضرر فاحش:** ماده ۱۹۰۷ ق.م در مفهوم محدود در تعریف ضرر فاحش می گوید: «ضرر فاحش آن است که سبب شکست یا انهدام بناء گردیده یا مانع حوایج اصلی که عبارت از منافع مقصود آن است گردد». ضرر در لغت به معنای زیان است که جمع آن اضرار است، و در اصطلاح حقوقی و فقهی عبارت است از آزار و یا نقصان ناخویشایندی است که در یکی از ضروریات پنجگانه جان، دین، عقل، آبرو و مال حاصل می شود که عامل آن (ضار) ممکن است خود شخص و یا غیر باشد.^{۱۱۷}

طبق نص این ماده برای این که ضرر فاحش محاسبه گردد دو شرط ضرور است: ضرر سبب شکست یا انهدام تعمیر گردد و ضرر مانع حاجات اصلی که عبارت از منافع مورد نظر از تعمیر است گردد. مثال های ضرر فاحش در گفتار سوم خواهد آمد. فاحش اسم فاعل از ریشه «فحش» گرفته شده است که در لغت به معنی بسیار، کثیر و زیاده از اندازه است.^{۱۱۸} برخی مثال های منافع مطلوب قرار ذیل به نظر می رسد:

- ۱- سکونت در خانه منفعت مطلوب است؛
- ۲- زرع زمین منفعت مطلوب زمین است؛
- ۳- غرس درخت در باغ منفعت باغ است؛
- ۴- راندن موثر منفعت مطلوب موثر است؛
- ۵- کرایه دادن دوکان منفعت مطلوب دوکان است؛
- ۶- استفاده از کامپیوتر منفعت مطلوب کامپیوتر است؛
- ۷- خواندن کتاب منفعت مطلوب کتاب است؛ و

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

۱۱۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۵۰.

۸- استفاده از موبایل منفعت مطلوب موبایل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در ماده ۱۹۰۷ ق. م تعریف ضرر فاحش است.

(۲) ضرر یسیر: به نظر می رسد هر ضرری که فاحش نباشد، ضرر یسیر است.

گفتار سوم) آثار نقض قیود ملکیت

در صورتی که شخصی قیود ملکیت را به نحوی نقض نماید که موجب ایجاد ضرر فاحش به دیگران گردد، متضرر می تواند بر علیه وی اقامه دعوی نموده و دفع ضرر فاحش را مطالبه نماید. زیرا، ماده ۱۹۰۶ ق. م در این خصوص حکم می نماید: «ضرر فاحش قدیم باشد یا جدید از بین برده می شود.» تا آنجا که مؤلف تحقیق کرده است این قاعده را در فقه حنفی و مجله الاحکام پیدا نکرده است.

بنابراین، به نظر می رسد این قاعده از ابداعات نویسندگان ق. م مصر یا عراق یا افغانستان بوده است. به نظر می رسد ضرر قدیم ضرری است که هیچ شخص زمان حدوث آن را نداند و ضرر جدید ضرری است که اشخاص زمان حدوث آن را بدانند. به نظر می رسد در حوزه حقوق عینی، دفع ضرر معمولاً از دو طریق صورت می پذیرد: اعاده حالت اولی و در صورت عدم امکان اعاده حالت اولی پرداخت جبران خسارت:

الف) دفع ضرر از طریق اعاده حالت اولی

ق. م و مجله الاحکام شامل احکامی معین راجع به دفع ضرر از طریق اعاده حالت اولی است که به برخی آن ذیلاً اشاره صورت می گیرد:

(۱) ماده ۱۲۰۰ مجله الاحکام در مورد ضرر فاحش می گوید: «ضرر فاحش به هر طریقی که باشد دفع کرده می شود. مثلاً اگر در متصل یک حویلی دکان آهنگری و یا آسیاب بناء شود و از کوفتن آهن و دوران آسیاب سستی و شکست در تعمیر حویلی حاصل شود یا تنور خانه و دستگاه آب میوه کشی در پهلوی حویلی احداث گردد، صاحب حویلی به نسبت اذیت و آزاری که از دود تنور و بوی فشرده میوه به وی می رسد قدرت سکونت را در حویلی مذکور از دست دهد و این ها تماماً ضرر فاحش بوده به هر طریقی که باشد دفع کرده می شود.

همچنین اگر شخصی در صحن متصل حویلی دیگری نهری را تا آسیاب خود بکشد و آب را جاری سازد که دیوار حویلی سستی و شکست پیدا نماید یا در بیخ دیوار همسایه مزبله تیار کند و در آن خاکروب و خار و خاشاک را بی اندازد و به دیوار همسایه مضر تمام شود، صاحب دیوار او را برای دفع ضرر مذکور مکلف می سازد.

همچنین، اگر کسی در نزدیک حویلی دیوار، خرمگاه احداث نماید و به آمدن غبار به صاحب حویلی اذیت برسد که به اثر آن قدرت اقامت در حویلی را نداشته باشد، صاحب خرمن را مکلف به رفع ضرر نموده می تواند چنانچه اگر شخصی در نزدیک خرمن دیگری، آبادی بلندی را احداث کند و جای وزیدن باد را بند نماید، به رفع ضرر فاحش مکلف می گردد. به همین ترتیب، اگر کسی دکانی طباقی را در بازار بزارها بناء نماید که دود مذکور به کالای همسایه ضرر فاحش برساند، مکلف به رفع ضرر مذکور می گردد. همینگونه اگر کسی آب را در حویلی اش جاری سازد که از جریان آب شقی پیدا شده به همسایه ضرر فاحش برسد بنابر ادعای همسایه تعمیر و اصلاح جوی مذکور لازم می شود.»

(۲) طبق ماده ۱۲۰۱ مجله الاحکام: «ممانعت از منافع که از جمله نیازمندی های اصلی نباشد مانند بند نمودن هواء محل نگرستن و تماشا کردن یا منع نمودن دخول آفتاب ضرر فاحش محسوب نمی شود. اما، بند نمودن کامل روشنی ضرر فاحش است. اگر شخصی آبادی نمود که به سبب آن کلکین خانه همسایه بند شود و

به حالی در بیاید که صاحب خانه به سبب تاریکی به خواندن قادر نباشد، همسایه حق دارد که شخص مذکور را مکلف به رفع ضرر فاحش مذکور نماید. در چنین حالتی گفته نشود که روشنی دروازه کفایت می کند. زیرا، در وقت سردی و غیره نیازمندی به قفل نمودن آن احساس می شود و اگر محل مذکور دو کلکین داشته باشد و به سبب احداث بناء مذکور یکی از کلکین ها بند شود، ضرر فاحش محسوب نمی شود.».

۳) طبق ماده ۱۱۹۵ مجله الاحکام: «کسی که در حویلی خود خانه جدید آباد نماید، حق ندارد برآمدگی عمارت را بر فضای حویلی همسایه ایجاد نماید. اگر چنین کاری را نماید، به اندازه ای که هوای حویلی را گرفته است، از بین برده می شود.».

۴) طبق ماده ۱۱۹۶ مجله الاحکام: «اگر شاخه های درخت باغ یک نفر به حویلی و یا باغ همسایه دراز گردد و امتداد پیدا کند، همسایه حق دارد که شخص مذکور را به غرض فارغ ساختن هوای خویش به بسته نمودن یا قطع کردن شاخه ها مکلف سازد. اما، اگر همسایه ثابت نمود که سایه درخت به کشت و زراعت باغش صدمه نمی رساند، درخت قطع نمی شود.».

۵) طبق ماده ۱۹۰۸ ق.م: «مانع شدن روشنی به طور کلی از خانه ضرر فاحش شمرده می شود. هیچ کس نمی تواند چنان بنائی اعمار نماید که کلکین خانه همجوار را مسدود ساخته و به طور کلی مانع روشنی در آن گردد. در صورت احداث چنین بناء، همجوار می تواند دفع ضرر را در صورت امکان و در غیر آن از بین بردن بناء را برای دفع ضرر مطالبه نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مانع شدن روشنی به طور کلی از خانه ضرر فاحش شمرده می شود. به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حولی یک منزله در نمره چپه در خیرخانه داشته باشد و محمود همسایه احمد تعمیر هشت منزله آباد نماید و تعمیر هشت منزله محمود مانع ورود نور اعم از روشنی و اشعه آفتاب در اطاق های خانه یک منزله احمد گردد، مانع شدن نور ضرر فاحش تلقی می گردد و طبق قواعد عمومی، ضرر فاحش چه قدیم باشد چه جدید باید دفع گردد.

۲- هیچ کس نمی تواند چنان بنائی اعمار نماید که کلکین خانه همجوار را مسدود ساخته و به طور کلی مانع روشنی در آن گردد. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا محمود حق ایجاد تعمیر هشت منزله را ندارد. زیرا، این تعمیر مانع ورود نور آفتاب به خانه احمد و سایر خانه ها می شود.

۳- در صورت احداث چنین بناء، همجوار می تواند دفع ضرر را در صورت امکان و در غیر آن از بین بردن بناء را برای دفع ضرر مطالبه نماید.

به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، محمود و سایر همسایه ها می توانند از محمود مطالبه دفع ضرر نمایند. دفع ضرر در صورتی در مثال فرضی بالا امکان پذیر است که محمود تعمیر دو یا دو نیم منزله احداث نماید. در صورت عدم امکان دفع ضرر و احداث تعمیر هشت منزله، تعمیر هشت منزله باید تخریب گردد.

یکی از مشکلاتی که در عمل به نص ماده ۱۳۰۸ ق.م بر می گردد احداث ساختمان های غیرقانونی در مناطق رهایشی است. امروزه معمولاً اشخاصی که در کابل پولدار و زورمند اند و نمی توانند به هر دلیلی در سایر ساحات سرمایه گذاری نمایند، نمرات رهایشی را در مناطق رهایشی خریداری می نمایند و در آن آپارتمان های پنج، شش، هفت و هشت طبقه ایجاد می نمایند. این امر را نوعی تجارت تلقی می نمایند. این اشخاص می خواهند با کرایه دادن این آپارتمان ها پول به دست آورند.

معمولاً به دلیل فساد اداری حوزه مربوطه و پولیس مانع این کار نمی شوند. زیرا، براساس برخی مصاحبه ها با معماران و اشخاصی که در این آپارتمان ها کار می می نمایند برای هر منزل غیرقانونی مبلغ یک الی شش هزار دالر رشوه پرداخته می شود. این آپارتمان ها در ساحات رهائشی موجب می شود تا به چندین خانه در اطراف آن ضرر فاحش وارد شود.

یکی از این اضرار، مانع شدن ورود نور آفتاب و روشنی مخصوصاً در زمستان در خانه هایی که در اطراف این آپارتمان ها در ساحات رهائشی موقعیت دارند است. دوم این که احداث این گونه آپارتمان ها باعث نقض حریم خصوصی خانه های همسایه می شود. زیرا، اشخاصی که در این آپارتمان ها زندگی می نمایند به سادگی و عادتاً می توانند خانه های همسایه ها را مشاهده نمایند. در صورت شکایت همسایه، صاحب یا مالک آپارتمان به عوض دفع ضرر، خانه همسایه ها را نیز خریداری می نماید و آن را نیز آپارتمان می سازد. برای جلوگیری از این امر، قطعه مرکب از ۴۲۰ تن پولیس در کابل در ماه جوزای سال ۱۳۹۸ ایجاد شده است. اما، این پروسه هنوز هم ادامه دارد.

مشکل دیگری که در این خصوص عرض وجود نموده است تبدیل نمره رهائشی به آپارتمان و فروش آپارتمان به صورت جداگانه بوده است که در این خصوص مصوبه ستره محکمه صادر گردیده است:

چگونگی اجرای قباله های آپارتمان های رهائشی که بنیاد آن نمره رهائشی می باشد
متحدالمال شماره (۱۸۵۳) الی (۱۹۲۶) مؤرخ ۱۳۹۵/۱۱/۵ ریاست دارالانشاء، که به اساس
مصوبه شماره (۹۱۳) مؤرخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۴ شورایعالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است.

انضمام نامه شماره (۱۰۸۲) مؤرخ ۱۳۹۵/۸/۳۰ ریاست تدقیق و مطالعات، استهدائیه آمریت اسناد و وثایق حوزه چهارم شهر کابل که ذریعه نامه شماره (۷۷۸) مؤرخ ۱۳۹۵/۸/۴ ریاست محکمه استیناف ولایت کابل، بعد از ابراز نظر تدقیق به محتوی ذیل مواصلت ورزیده است:

«یکتعداد اشخاص، راجع به اجرای قباله آپارتمان های خویش که بنیاد آن نمره زمین رهائشی است و فعلاً بالای نمره رهائشی، چند طبقه آپارتمان اعمار گردیده و عارضین مذکور خواهان فروش آپارتمان هر طبقه به حدود مساحت جداگانه، از این اداره می باشند. طوری که اسناد اشخاص عارض ملاحظه میگردد، در قباله های شان یک نمره زمین ذکر می باشد. آیا آمریت وثایق، می تواند قباله هر آپارتمان را به حدود و مساحت جداگانه آن، اجراء نماید یا خیر؟ نظر ما هیئت قضائی آمریت وثایق حوزه (۴) کابل این است:

«در صورتی که به اعمار آپارتمان بالای نمره رهائشی اداره مربوطه مجوز قانونی اعمار بلند منزل را داده باشد، بعد از اخذ معلومات از اداره مربوط اجرای قباله هر واحد از آپارتمان به حدود جداگانه مانع ندارد. اما در صورتیکه اعمار بلند منزل و آپارتمان رهائشی بالای نمره زمین رهائشی، بدون مجوز قانونی آن اجرا گردیده باشد، به دلیل اینکه اشخاص ممکن است معیار های قبول شده بلند منزل را در اعمار آن در نظر نگیرند. از آن جهت آمریت وثایق حوزه (۴) کابل در مورد اجرای قباله های همچو اشخاص، طالب هدایت می باشد.»

مطلب مورد استهداء، بعد از ابراز نظر ریاست تدقیق و مطالعات در جلسه مؤرخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۴ شورایعالی ستره محکمه مطرح گردید و قرار تصویب شماره (۹۱۳) در زمینه هدایت ذیل صدور یافت:

«در صورتی که اعمار آپارتمان ها بالای نمرات رهایشی طبق احکام قانون و با در نظر داشت مقررات و لوایح شاروالی صورت گرفته باشد اجرای همچو قبالة ها مانعی ندارد. در غیر آن محاکم از اجرای قبالة در زمینه احتراز نمایند. موضوع به محاکم استیناف ولایات طور متحدالمال اخبار گردد.»^{۱۱۹}

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۰۸ ق. م پیش بینی مصداق ضرر فاحش، اعاده حالت اول و دفع ضرر است.

ب) دفع ضرر از طریق پرداخت جبران خسارت

در صورتی که اعاده حالت اصلی ناممکن باشد، فردی که ضرر به او متوجه شده است می تواند پرداخت جبران خسارت را از ضرر زنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر شخص در کنار دیوار همسایه زباله دانی ایجاد نماید و در اثر انداختن زباله ها به دیوار ضرر برسد، متضرر می تواند از همسایه مطالبه جبران خسارت نماید. همچنین، در صورتی که شخص در نزدیک دیوار همسایه به منظور عبور آب، جوی ایجاد نماید و در اثر عبور آب به دیوار همسایه ضرر برسد، جوی باید از بین برده شود. در صورت عدم از بین بردن جوی و تخریب دیوار همسایه، شخصی که جوی را ایجاد نموده است باید جبران خسارت را بپردازد. تفصیل قواعد جبران خسارت در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

گفتار چهارم) قیود وضع شده توسط متصرف

نوع دوم قیودی که ممکن است بر ملکیت وارد شود، قیود وضع شده توسط متصرف است. تصرف به مفهوم وسیع شامل تصرف مانند: اتلاف و استهلاك ملک و تصرف قانونی مانند: بیع، هبه، اجاره و وصیت به ملک می شود. بنابراین، تصرف شامل عقود و ایقاعات می شود. اگر متصرف حین انعقاد عقد و یا انشای ایقاع شرطی بگذارد، این شرط با رعایت شرایط ماده ۱۹۳۳ ق. م مدار اعتبار است. بنابراین، اول شروط صحت گذاردن قید توسط متصرف و سپس جزای شرط را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

الف) شرط صحت قید متصرف

طبق ماده ۱۹۳۳ ق. م: «هرگاه عقد یا وصیت متضمن شرطی باشد که به مقتضای آن تصرف در مال منع گردیده باشد، شرط مذکور تا زمانی که مبنی بر سبب مشروع و منحصر به مدت معقول نباشد صحیح نمی باشد. سبب وقتی مشروع پنداشته می شود که منظور از منع تصرف حمایت منفعت حایز متصرف یا متصرف الیه یا شخص ثالث باشد و مدت هنگامی معقول شمرده می شود که مقید به حیات متصرف یا متصرف الیه یا شخص ثالث باشد.»

از نص این ماده استنباط می گردد که قیدی که توسط متصرف وضع می گردد یا از طریق عقد است، مانند: بیع و یا از طریق ایقاع، مانند وصیت. زیرا، تصرفات حقوقی به عقد و ایقاع تقسیم می شود. بنابراین، شرط ممکن توسط وصیت به صورت تبرع صورت پذیرد، مانند اینکه: موصی انتفاع گرفتن از مالی را به موصی له وصیت نماید و شرط نماید که موصی له برای مدتی معینی از آن انتفاع نگیرد.

۱۱۹. نقل از: احمد فہیم قویم (۱۳۹۸). مجموعه متحدالمال های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص ۱۴۹ و ۱۵۰.

همچنین، شرط ممکن است از طریق عقد، مانند: بیع و هبه صورت پذیرد، مانند اینکه: شخصی مال خویش را به دیگری به فروش رساند و شرط گذارد که متصرف له (مشتري و موهوب له) در آن برای مدتی معقولي و یا سببی تصرف ننماید. شروطی را که متصرف جهت گذاردن قید وضع می نماید، باید دارای سبب مشروع و برای مدت معقول باشد. این شروط نیز ممکن است به نفع متصرف، مانند: موصی و بايع، متصرف له، مانند: موصی له و مشتري و اشخاص ثالث وضع گردد. بنابراین، اول سبب مشروع و سپس مدت معقول را ذیلاً مورد بررسی قرار می دهیم:

(۱) سبب مشروع: طبق بند دوم ماده ۱۹۳۳ ق. م زمانی سبب مشروع و شرط صحیح است که متصرف از طریق وضع قید در عقد و یا ایقاع حمایت مصلحت مشروع را برای خود، متصرف له و یا شخص ثالث وضع می نماید که هر یک ذیلاً مورد بحث قرار می گیرد:

۱- مصلحت مشروع برای متصرف: گاهی ممکن است مصلحت مشروعی برای متصرف وجود داشته باشد که توسط وضع قید متصرف بخواهد آن مصلحت را به نفع خودش حمایت نماید، مانند اینکه: شخصی منزل خویش را به دیگری هبه نماید و شرط گذارد که موهوب له نمی تواند الی زمان وفات واهب آن را تملک نماید تا واهب بتواند الی وفات از منفعت آن انتفاع بگیرد مانند این که: خود در آن سکونت نماید و یا آن را به اجاره بدهد.

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود هبه نماید و قید گذارد که تا زمانی که من زنده هستم، در آن زندگی می نمایم و پس از وفات من زمین به شما منتقل شود، این مصلحت مشروع است. احمد در این مثال متصرف و محمود متصرف له است.

۲- مصلحت مشروع برای متصرف له: گاهی نیز مصلحت مشروع به نفع متصرف له وجود می داشته باشد، مانند اینکه: شخصی مال خویش را به صغیر، سفیه و معتوه هبه و یا وصیت نماید و شرط گذارد که موهوب له و موصی له صغیر، سفیه و معتوه نمی توانند به سبب فقدان تدبیر و نقص اهلیت در آن تصرف نمایند مگر اینکه صغیر به سن بلوغ برسد و حجر سفیه و معتوه رفع گردد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود پنج ساله هبه نماید و قید گذارد که تا زمانی محمود به سن بلوغ نرسد، نمی تواند در آن تصرف نماید، این قید به نفع متصرف له است.

۳- مصلحت مشروع به نفع شخص ثالث: گاهی نیز ممکن است مصلحت به نفع شخص ثالث باشد، مانند اینکه: شخصی خانه ای داشته باشد و شخصی از منافع آن از طریق اجاره انتفاع بگیرد و واهب حین هبه شرط گذارد که متصرف (موهوب له) نمی تواند الی زمان معین در آن تصرف نماید.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و سپس آن را به جمشید هبه نماید و شرط گذارد که الی زمان ختم مدت اجاره جمشید نمی تواند خانه را تملک نماید، مصلحت مشروع به نفع شخص ثالث است. احمد در این مثال، متصرف، محمود متصرف له و جمشید شخص ثالث است.

(۲) مدت معقول: مدتی را که عدم انتفاع گرفتن از موصی به و موهوبه را موصی و واهب شرط می گذارند باید مدت معقول و مؤقت باشد. بنابراین، اگر مدت برای همیشه باشد، مانند اینکه: موصی شرط نماید که موصی له برای همیشه از موصی به انتفاع گرفته نمی تواند و یا واهب شرط نمایند که موهوب له هیچ گاه نمی تواند موهوبه را تملک نماید، چنین شروط برای مدت دایم و در نتیجه غیر معقول هستند و باطل و کان لم یکن تلقی

می گردند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۳۳ ق. م پیش بینی حکم قید توسط متصرف است.

ب) ضمانت اجرای شرط

طبق ماده ۱۹۳۴ ق. م: «هرگاه شرط وارده در عقد یا وصیت مبنی بر منع از تصرف طبق حکم ماده (۱۹۳۳) این قانون صحیح باشد هر نوع تصرف مخالف آن باطل شمرده می شود.» نص ماده ۱۹۳۴ ق. م مرتبط به ماده ۱۹۳۳ ق. م است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۳۳ ق. م احکام قیود وضع شده توسط متصرف را تنظیم نموده است و در ماده ۱۹۳۴ ق. م ضمانت اجرای این قیود را تنظیم نموده است. طبق نص این ماده اگر شرط صحیح، یعنی: بر مبنای مصلحت مشروع و برای مدت معقول به نحوی که بیان شد، باشد، اثری که بر آن مرتب می گردد این است که متصرف له نمی تواند در طول مدتی که شرط گذاشته شده است، از عین و منفعت موصی به و موهوبه انتفاع بگیرد. پس، متصرف له نمی تواند هیچ نوع تصرفی اعم از بیع، هبه، شرکت، اجاره و رهن در آن به عمل آورد.^{۱۲۰}

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود پنج ساله هبه نماید و قید گذارد که تا زمانی محمود به سن بلوغ نرسد، نمی تواند در آن تصرف نماید، این قید صحیح است. در صورتی که محمود قبل از رسیدن به سن بلوغ در زمین تصرف نماید، به عنوان نمونه آن را به جمشید به فروش رساند، عقد محمود با جمشید باطل است. همچنین، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و سپس آن را به جمشید هبه نماید و شرط گذارد که الی زمان ختم مدت اجاره جمشید نمی تواند خانه را تملک نماید، قید احمد صحیح است. در صورتی که جمشید خانه را در جریان مدت عقد اجاره تملک نماید، تملک جمشید باطل است.

همچنین، اگر احمد زمین خویش را به محمود هبه نماید و قید گذارد که تا زمانی که من زنده هستم، در آن زندگی می نمایم و پس از وفات من زمین به شما منتقل شود، قید احمد صحیح است. در صورتی که در زمان حیات احمد محمود در خانه تصرف نماید، تصرف محمود باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۳۴ ق. م پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۱۹۳۳ ق. م است.

مبحث پنجم) ملکیت مشاع (مشترک)

باب اول، فصل اول، قسمت سوم ق. م احکامی معین را در باره ملکیت مشاع وضع نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م و مجلة الاحکام اقتباس نموده اند:

گفتار نخست) تعریف ملکیت مشاع (مشترک) و اسباب اشاعه (مشترک بودن ملک)

ق. م ملکیت مشاع را تعریف ننموده و صرف به بیان احکام آن اکتفاء نموده است. مشاع اسم مفعول از ریشه «شع» 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 افراز ناشده، مشاع گویند.^{۱۲۱} طبق ماده ۱۳۸ مجلة الاحکام: «مشاع آن است که حاوی حصص شاعه باشد». طبق ماده ۱۳۹ مجلة الاحکام: «حصه شاعه عبارت از سهمیه ای است که در هر جزئی از اجزاء مال مشترک سرایت داشته باشد». به عبارت ساده، ملک مشاع عبارت از ملکیتی است که میان دو یا بیشتر از دو شخص مشترک است. به حیث

۱۲۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۰۳-۵۲۸.
۱۲۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۶۹.

مثال، اگر احمد و محمود ده جریب زمین را از جمشید پدر خویش به ارث ببرند، دو جریب زمین ملک مشاع احمد و محمود است. ملک مشاع نوعی شرکت ملک میان چند شخص است.

گفتار دوم) اداره

طبق ق. م اداره مال مشاع تابع قواعد ذیل است:

(۱) اداره مال مشاع توسط یکی از شرکاء: براساس ماده ۱۹۳۷ ق. م: «اداره مال مشاع حق تمام شرکاء می باشد، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که اداره مال مشاع حق همه شرکاء است. زیرا، هر یک از شرکاء در مال مشاع شریک است. پس، اگر یکی از آنها به صورت مستقل بخواهد مال مشاع را اداره نماید، این عمل وی اعتدی بر حقوق سایر شرکاء تلقی می شود. اداره کلمه عربی است و در لغت به معنی دور دادن، گرداندن، چرخاندن، به گردش در آوردن، روبراه کردن، گرداندن کار و کار گردانی کردن است.^{۱۲۲}

به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی اداره عبارت از گرداندن، به گردش در آوردن و مدیریت کردن اموال مشاع، شرکت و نظیر اینها است. اداره مال مشاع ممکن است توسط یکی از شرکاء صورت پذیرد و سایر شرکاء بر اداره وی اعتراض ننمایند. در چنین حالتی، اداره کننده از جانب خود اصیل و از جانب شرکاء وکیل در اداره مال تلقی می گردد و اعمال مربوط به اداره وی نافذ تلقی می گردد. بنابراین، اگر یکی از شرکاء مال مشترک را به اجاره بدهد، اجاره وی در حق سایر شرکاء نافذ تلقی می گردد.

همچنین است اخذ اجرت، اتخاذ اقدامات جهت نگهداری مال مشترک و پرداخت مالیات. همچنین وی می تواند مال مشاع را در صورتی که زمین زراعتی باشد، کشت و محصولات را جمع آوری نماید. به حیث مثال، اگر احمد و محمود در ده عراده موتر شریک باشند، موتر ها مال مشاع است. احمد و محمود می توانند به صورت مشترک موتر ها را اداره نمایند. استثنای این اصل این است که احمد و محمود توافق نموده باشند که محمود موتر ها را اداره نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۳۷ ق. م پیش بینی قواعد اداره مال مشاع است.

(۲) اداره مال مشاع توسط اکثریت شرکاء: طبق ماده ۱۹۳۸ ق. م: «شرکاء در مال مشاع تابع رأی اکثریت می باشند و اکثریت به اساس قیمت حصص محاسبه می شوند. در صورت عدم تحقق اکثریت محکمه می تواند تدابیر ضروری را به اساس در خواست یکی از شرکاء اتخاذ نماید. همچنین، محکمه می تواند هنگام ضرورت شخصی را تعیین نماید تا مال مشاع را اداره نماید». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- شرکاء در مال مشاع تابع رأی اکثریت می باشند. شرکاء جمع شریک است. تعریف مال مشاع در فوق گذشت. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و حمیده مالک صد عراده موتر باشند، اداره این موتر ها تابع رأی اکثریت است. اکثریت در این مثال، رأی احمد و حمیده یا محمود و حمیده است.

۲- برخلاف قواعد عمومی شرکت ها که تفصیل آن در مبحث عقد شرکت گذشت، اکثریت به اساس قیمت حصص محاسبه می شوند. حصص جمع حصه است. حصه در لغت به معنی سهم است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا سهم های احمد و حمیده نسبت به محمود بیشتر باشد، احمد و حمیده می توانند مال مشاع را اداره نمایند.

۳- در صورت عدم تحقق اکثریت محکمه می تواند تدابیر ضروری را به اساس در خواست یکی از شرکاء اتخاذ نماید. بنابراین، اگر توافق اکثریت شرکاء به وجود نیاید، چاره ای جز مراجعه به قاضی باقی نمی ماند. بنابراین، اگر یکی از شرکاء به قضاء مراجعه نماید قاضی می تواند شرکاء را امر به اتخاذ تدابیر ضروری مانند اجاره مال مشاع مشترک نماید. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، قاضی می تواند شرکا را مجبور به تأجیر موتر ها نماید.

۴- قاضی می تواند شخصی را به عنوان مدیر مال مشترک تعیین نماید. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، قاضی می تواند جمشید را به عنوان مدیر موتر ها تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۳۸ ق. م پیش بینی قواعد اداره مال مشاع است.

گفتار سوم) حفاظت و مصارف حفاظت مال مشاع

طبق ماده ۱۹۳۹ ق. م: «هر يك از شرکاء مال مشاع می تواند وسایل لازمی را جهت حفاظت مال مذکور اتخاذ نماید، گرچه سایر شرکاء به آن موافقت نداشته باشند». براساس نص این ماده، هر یک از شرکاء می تواند وسایل و اقدامات لازم را جهت حفاظت، ترمیم و دفع دعوی حیات، اقامه دعوی غصب و امثال اینهای مال مشترک اتخاذ نماید. در چنین حالات، موافقت سایر شرکا شرط نیست.

به حیث مثال، اگر هزار جریب زمین میان احمد، حمیده و محمود مشترک باشد، هر یک از احمد، محمود و حمیده می توانند تدابیر لازم را جهت حفاظت هزار جریب زمین اتخاذ نمایند. به حیث مثال، اگر جمشید در خصوص زمین ادعای ملکیت نماید، هر یک از احمد، محمود و حمیده می توانند به دفع دعوی بپردازند. در این صورت، اگر حمیده بخواهد به دفع دعوی جمشید پردازد، رضایت احمد و محمود شرط نیست.

همچنین، اگر احمد، محمود جمشید در یک فروشگاه مواد ساختمانی شریک باشند، هر کدام می توانند وسایل و اقدامات لازم را غرض حفاظت مال مشترک روی دست بگیرند. به حیث مثال، اگر در فروشگاه آتس سوزی رخ دهد، احمد می تواند اموال را از فروشگاه به جای دیگر انتقال دهد. در این صورت، اخذ رضایت جمشید و محمود شرط نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حفاظت مال مشاع و صلاحیت هر یک از شرکاء است.

همچنین، طبق ماده ۱۹۴۸ ق. م: «مصارف اداره، حفاظت، مالیات و سایر تکالیف عایده یا تعیین شده بر مال مشترک را هر شریک به اندازه حصة خود در مال مشترک متحمل می گردد، مگر اینکه موافقه طوری دیگری صورت گرفته باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که طبق نص این ماده هر یک از شرکاء مالک ملک مشاع است. بنابراین، مصارف ناشی از حفظ ملک مشاع از قبیل: مصارف ترمیم و نگهداری، تعیین حدود، دفع دعوی، اقامه دعوی، مصارف اصلاح و ترمیم دیوار مشترک، پرداخت مالیات و امثال اینها بر هر یک از آنها به تناسب سهم آنها تقسیم می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد، محمود و حمیده در یک فروشگاه مواد غذایی شریک باشند و سهم هر سه مساوی باشد، هر سه مکلف اند مصارف اداره فروشگاه، حفاظت، مالیات و امثال اینهای فروشگاه را به صورت مساوی پرداخت نمایند. استثنای این اصل این است که شرکاء بر خلاف آن توافق ننموده باشند. در صورتی که یکی از شرکاء این مصارف را متحمل شود، می تواند بر دیگران براساس دعوی وکالت، فضاله و دعوی پرداخت بدون سبب مراجعه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، احمد، محمود و حمیده توافق نمایند تا مالیات و

مصارف دفع دعوی فروشگاه را صرف احمد و محمود پرداخت نماید، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت مصارف حفظ و اداره و مالیات مال مشترک است.

گفتار چهارم) اصلاح و ترمیم

طبق ق. م اصلاح و ترمیم مال مشترک تابع قواعد ذیل است:

۱) براساس ماده ۱۹۴۲ ق. م: «هرگاه ملکیت مشترک محتاج اصلاح و ترمیم باشد، شرکاء در آن مشترکاً به اندازه حصص خود سهم می گیرند». طبق نص این ماده در صورتی که ملک مشترک ضرورت به اصلاح و ترمیم داشته باشد هر یک از شرکاء متناسب به حصص خود مکلف اند ملک مشاع را ترمیم نمایند. به حیث مثال، اگر یک دربند حویلی میان احمد، حمیده و محمود مشترک باشد و ضرورت به ترمیم داشته باشد و مصارف ترمیم ۶۰۰۰۰ افغانی شود، هر یک از احمد، محمود و حمیده باید ۲۰۰۰۰ افغانی برای اصلاح و ترمیم حویلی بپردازد.

به حیث مثال، اگر دیوار های حویلی مشترک به ترمیم ضرورت داشته باشد یا تعمیر و دیوار های حویلی به طور عمومی به رنگمالی ضرورت داشته باشد، شرکا باید متناسب به سهم خویش مصارف ترمیم را پرداخت نمایند. همچنین، اگر احمد و حمیده در یک مغازه شریک باشند و سهم حمیده سی فیصد و از احمد هفتاد فیصد باشد و مغازه ضرورت به ترمیم، به حیث مثال، مسطح کردن سقف یا رنگمالی داشته باشد، حمیده مکلف است سی فیصد مصارف و احمد هفتاد فیصد مصارف را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت مصارف اصلاح و ترمیم مال مشترک است.

۲) براساس بخش اول ماده ۱۹۴۳ ق. م: «هرگاه یک شریک به اجازه سایر شرکاء در اعمار ملکیت مشترک بپردازد می تواند مصارف آن را به اندازه حصص هر یک مطالبه نماید. در صورتی که بدون اجازه به چنین عمل مبادرت نموده باشد، متبرع شناخته شده و به شریکی که به قیمت حصه خود اجازه نداده رجوع کرده نمی تواند». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که اگر یک شریک به اجازه سایر شرکا ملکیت مشترک را ترمیم نماید، می تواند مصارف را متناسب به حصه های شرکا از آنها مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده در یک فروشگاه مواد خوراکیه شریک باشند و احمد به اجازه حمیده فروشگاه را ترمیم نماید، می تواند مصارف ترمیم فروشگاه را از حمیده مطالبه نماید.

دوم این که در صورتی که یک شریک این عمل را بدون اخذ اجازه از سایر شرکا انجام دهد، متبرع شناخته شده و نمی تواند به سایر شرکا جهت اخذ مصارف مراجعه نماید. متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.^{۱۲۳} در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود. قانونگذار مدنی در این ماده ضمانت اجرای اخذ اجازه از یک شریک و یا شرکا را سقوط اخذ مصارف پیش بینی نموده است. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، احمد بدون این که اجازه حمیده را بگیرد، فروشگاه را رنگمالی و سقف آن را مسطح چینی نماید، نمی تواند مصارف را از حمیده مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ترمیم مال مشترک است.

۱۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

۳) مطابق ماده ۱۹۴۴ فقره اول ق. م: «هرگاه ملکیت مشترکی که قابل قسمت نبوده و محتاج اصلاح و ترمیم گردد و یکی از شرکاء غایب باشد، حصول اجازه محکمه در خصوص اعمار آن حتمی است. در این صورت، کسی که به ترمیم آن می پردازد، می تواند مصارف مذکور را از شرکاء و شریک غایب بعد از حضور آنها به اندازه حصه هر یک مطالبه نماید. اگر اقدام مذکور بدون اجازه صورت گرفته گیرد، راجع به مصارف خود بر سایر شرکاء رجوع کرده نمی تواند.»، از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- در صورتی که مال مشترک غیرقابل تقسیم باشد و این مال ضرورت به اصلاح و ترمیم داشته باشد و یکی از شرکاء حاضر و سایر شرکاء غایب باشند، شریک حاضر می تواند به اجازه محکمه ذیصلاح به اصلاح آن مبادرت ورزیده و بعد از اصلاح و ترمیم، مصارف متحمل شده را از سایر شرکاء متناسب به حصص آنها مطالبه نماید. غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.^{۱۲۴}

به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک تعمیر یک بسوه ای (صد متر مربع) شریک باشند و تعمیر ضرورت به ترمیم داشته باشد و محمود از اقامتگاه خویش غایب باشد، احمد و حمیده می توانند بعد از اخذ اذن از محکمه آن را اعمار نمایند و سپس مصارف را از محمود مطالبه نمایند. تعمیر یک بسوه ای در این مثال غیرقابل تقسیم است. زیرا، اگر احمد، محمود و حمیده آن را تقسیم نمایند، منفعت آن از بین می رود. همچنین، اگر احمد، حمیده و محمود در یک فروشگاه سه متر مربع شریک باشند.

۲- در صورتی که شریک حاضر بدون اجازه محکمه ذیصلاح به اصلاح و ترمیم ملک مشاع غیر قابل قسمت مبادرت ورزد، مصارف عاید را نمی تواند از شرکاء غایب مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، احمد و حمیده بدون گرفتن اجازه از محکمه تعمیر یا دوکان را ترمیم نمایند، نمی توانند مصارف متحمل شده را از محمود مطالبه نمایند. قانونگذار مدنی ضمانت اجرای اخذ اجازه از محکمه ذیصلاح را سقوط اخذ مصارف پیش بینی نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اصلاح و ترمیم مال مشترک غیرقابل تقسیم است.

۴) براساس ماده ۱۹۴۵ ق. م: «هرگاه ملکیت مشترک غیر قابل قسمت منهدم گردد و یکی از شرکاء اراده اعمار آن را داشته باشد و دیگری امتناع آورد، ممتنع به اعمار مکلف شده نمی تواند. در صورتی که یکی از شرکاء بدون اجازه شریک دیگر و یا محکمه به آن اقدام نماید، متبرع شناخته می شود.»، از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه ملکیت مشترک غیر قابل قسمت منهدم گردد و یکی از شرکاء اراده اعمار آن را داشته باشد و دیگری امتناع آورد، ممتنع به اعمار مکلف شده نمی تواند. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای تعهد.^{۱۲۵} به شخصی که تعهد خویش را ایفا ننماید ممتنع می گویند. همچنین، ممتنع در لغت به معنی ناممکن، محال، امتناع کننده و سرپیچی کننده است.^{۱۲۶} منهدم از ریشه «هدم» گرفته شده است که در لغت به معنی نابود شده، مضمحل،

۱۲۴. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ص ۶۲.
۱۲۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.
126. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 12/3/2018).

ویران شده و تخریب شده است.^{۱۲۷} به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک تعمیر یک بسوه ای (صد متر مربع) شریک باشند و تعمیر منهدم یا تخریب گردد و احمد و حمیده بخواهند آن را ترمیم نمایند، اما محمود از ترمیم آن سرپیچی نماید، احمد و حمیده نمی توانند محمود را مجبور به اعمار مجدد تعمیر نمایند.

۲- در صورتی که یکی از شرکاء بدون اجازه شریک دیگر و یا محکمه به آن اقدام نماید، متبرع شناخته می شود. متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.^{۱۲۸} در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، اگر احمد بخواهد تعمیر را بدون اجازه محمود و حمیده یا محکمه دوباره اعمار نماید، متبرع شناخته می شود و نمی تواند مصارف متحمل شده را از حمیده و محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اعمار مال مشترک غیرقابل تقسیم تخریب شده است.

(۵) طبق ماده ۱۹۴۶ ق.م: «هرگاه قسمتی از ملک مشترک غیر قابل قسمت، منهدم گردد و یکی از شرکاء اراده اعمار آن را داشته و شرکاء دیگر از آن امتناع آورند، در حالی که شریک به اجازه محکمه به اعمار آن اقدام نماید، می تواند سایر شرکاء را الی زمان تأدیه مصرف حصه آنها از انتفاع ملکیت مذکور منع نماید و اگر شریک بدون اجازه محکمه به اعمار آن اقدام نماید، حق مراجعه او بر سایر شرکاء ساقط می گردد.»

از نص این استنباط می گردد که هرگاه قسمتی از ملک مشترک غیر قابل قسمت، منهدم گردد و یکی از شرکاء اراده اعمار آن را داشته و شرکاء دیگر از آن امتناع آورند، در حالی که شریک به اجازه محکمه به اعمار آن اقدام نماید، می تواند سایر شرکاء را الی زمان تأدیه مصرف حصه آنها از انتفاع ملکیت مذکور منع نماید.

به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک تعمیر یک بسوه ای (صد متر مربع) شریک باشند و دیوار تعمیر منهدم گردد و ضرورت به اعمار مجدد داشته باشد و احمد بخواهد آن را دوباره اعمار نماید، اما حمیده و محمود از اعمار مجدد آن امتناع ورزند دو حالت متصور است:

نخست این که اگر احمد با اخذ اجازه از محکمه ذیصلاح دیوار تعمیر مشترک غیرقابل تقسیم را دوباره اعمار نماید، می تواند الی دریافت مصارف متحمل شده حمیده و محمود را از انتفاع از تعمیر منع نماید؛ و دوم این که اگر احمد اذن محکمه ذیصلاح را اخذ ننماید و دیوار را دوباره اعمار نماید، نمی تواند مصارف متحمل شده را از حمیده و محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اعمار قسمتی از مال مشترک غیرقابل تقسیم تخریب شده است.

(۶) وفق ماده ۱۹۴۷ ق.م: «هرگاه ملکیت مشترک غیر قابل قسمت کاملاً منهدم گردیده و هموار شود، هیچ یک از شرکاء به اعمار آن مکلف نبوده زمین آن بین شرکاء تقسیم می شود.» طبق نص این ماده در صورتی ملکیت مشترک (عقار مشترک) غیرقابل تقسیم کاملاً از بین برود، هیچ یک از شرکا مکلف نیست آن را دوباره اعمار نماید. در این صورت، زمین میان آنها تقسیم می شود.

به نظر می رسد مفهوم مخالف نص این ماده این است که شرکا می توانند به صورت مشترک ملکیت را دوباره اعمار نمایند، زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده از «هیچ یک از شرکا» سخن می گوید. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده، محمود، جمشید، ویس و امثال اینها در یک بلاک یا در دو بسوه زمین که بر آن تعمیر احداث

127. Ibid, (Last visit : 30/12/2017).

۱۲۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

کرده اند شریک باشند و بلاک و تعمیر کاملاً از بین برود، هیچ یک از شرکاء مکلف نیست آن را دوباره اعمار نماید. در این صورت، احمد، حمیده، محمود، جمشید، ویس و غیره در زمین آن شریک تلقی می شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن مال مشترک غیرقابل تقسیم به صورت کامل است.

گفتار پنجم) انتفاع

طبق ماده ۱۹۳۵ ق. م: «هرگاه ملکیت عین، بین دو نفر یا زیاده از آن مشاع باشد، هر یک آنها به اندازه حصه خویش از آن حق استفاده داشته و می تواند در آن طوری تصرف نماید که به شریک دیگر ضرر عاید نگردد [...]». طبق نص این ماده هرگاه ملکیت یک عین بین دو نفر و یا زیاده مشترک باشد، هر یک می تواند به اندازه حصه خویش از آن استفاده نماید.

همچنین، شرکا می توانند به گونه ای در عین مشترک تصرف نمایند که به شریک دیگر ضرر نرسد. لذا، تصرف یک شریک در مال مشترک منوط بر عدم ضرر رسانیدن به شریک دیگر است. منظور از ملکیت عین، ملکیت شی و یا ملکیت مال است. به حیث مثال، اگر سی جریب زمین میان احمد و حمیده مشترک باشد، هر یک می تواند متناسب به سهم خویش از زمین انتفاع بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتفاع از مال مشترک است. برخی مثال های دیگر حق انتفاع از مال مشترک قرار ذیل است:

(۱) طبق ماده ۱۰۷۴ مجله الاحکام: «اگر اموال مشترکه شرکت ملک باشد حاصلات میان مالکان به اندازه اسهام شان تقسیم می گردد. پس اگر یکی از دو شریک در حیوان مشترک چیزی زایدی را بر حصه اش از قبیل شیر و یا چوپه حیوان شرط بگذارد صحت ندارد.»

(۲) طبق ماده ۱۰۷۷ مجله الاحکام: «وقتی شریک، مال مشترک را به شخص دیگری اجاره دهد و مزد آن را قبض نماید، مکلف است از اجرت مذکور حصه شریک دیگر را بدهد.»

(۳) براساس ماده ۱۹۴۰ ق. م: «هر يك از شرکاء به اندازه حصه خود در خانه مشترك حق سکونت را دارد.»

گفتار ششم) تصرف

تصرف شرکا در مال مشاع تابع قواعد ذیل است:

(۱) براساس ماده ۱۹۴۹ ق. م: «شرکائی که حد اقل مالک سه ربع مال مشاع باشند، می توانند با اعلان به سایر شرکاء در خصوص تصرف بر مال مذکور تصمیم اتخاذ نمایند مشروط بر اینکه به اسباب موجب قدیمه استناد نمایند، شریکی که بر اتخاذ چنین تصمیم اعتراضی داشته باشد، می تواند در خلال دو ماه از تاریخ اعلان به محکمه با صلاحیت رجوع نماید، محکمه می تواند بر ضرورت تصرف حکم و یا آن را رد نماید.» از نص این ماده که به خوبی بر می آید که تصرف در ملکیت مشاع از قبیل: بیع، اجار، رهن و امثال اینها سه حالت قابل استنباط است:

۱- تصرف شرکاء به توافق همه: هنگامی که تمام شرکاء در مورد تصرف در مال مشاع، مانند: بیع، اجاره و رهن توافق کنند، چنین تصرفی نسبت به همه آنها نافذ و صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود مالک صد جریب زمین باشند، همه می توانند به توافق همدیگر آن را به بیع فروش رسانند، هبه نمایند، وصیت نمایند، وقف نمایند و نظیر اینها. تصرف چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م

گذشت شامل عقود و ایقاع ها می شود. به حیث مثال، بیع و هبه از مصادیق ایقاع و وصیت و وقف از مصادیق ایقاع اند. باوجوداین، گاهی اوقات ممکن است همهٔ شرکاء در مورد تصرف بر مال مشاع به موافقه نرسند.

۲- تصرف در ملک مشاع براساس نظر اکثریت شرکاء: با توجه به این حالت، ق. م با پیروی از ق. م. ج. م به اکثریت شرکاء اجازه داده است تا در مورد تصرف بر مال تصمیم اتخاذ نمایند. باوجوداین، جهت اتخاذ چنین تصمیمی وجود و تحقق دو شرط ضروری است: شرط اول این است که اکثریت شرکاء که مالک سه ربع مال مشاع هستند این تصمیم را اتخاذ نمایند. منظور از سه ربع، از چهار سهم سه سهم است. شرط دوم این است که شرکاء در اتخاذ چنین تصمیمی به اسباب قوی مانند: عدم قابل تقسیم بودن مال، ضرورت مال به ترمیم و اصلاح و قادر نبودن شرکاء مبنی بر تهیهٔ مصارف، ناممکن گردیدن ادارهٔ مال مشاع و امثال اینها استناد نمایند. در چنین حالتی ق. م با پیروی از ق. م. ج. م حقوق اقلیت را نیز مورد حمایت قرار داده و جهت عدم نقض حقوق آنها این تصمیم را نافذ نمی شمارد، بلکه اعلان آن را به اقلیت از طریق غیر مکتوبه و یا مکتوبه ضروری می داند. در صورت اعلان هر یک از شرکائی که در اقلیت قرار دارند می توانند در ظرف دو ماه اعتراض خویش را به محکمهٔ ذیصلاح تقدیم نمایند. در صورت اعتراض شرکاء که تعداد آنها اندک است، محکمه اسباب تصرف بر مال مشاع را مورد بررسی قرار می دهد. اگر محکمهٔ ذیصلاح این اسباب را موجه نداند، قرار خویش را مبنی بر لغو بودن تصرف اعلان می دارد.

اما، اگر اسباب را موجه بدانند، بررسی و ملاحظه می نماید که آیا مال قابل تقسیم است یا نه. اگر مال قابل تقسیم باشد، مال را تقسیم و قسمت هر یک از شرکاء را به آنها تسلیم می نماید و به این ترتیب از تصرف اکثریت شرکاء بر مال مشاع جلوگیری به عمل می آورد. اما، در صورتی که محکمه تشخیص دهد که تقسیم مال مشاع موجب تضییع شرکاء می گردد، تصرف اکثریت شرکاء را نافذ اعلام می دارد.

به حیث مثال، اگر احمد، حمیده، محمود و ذاکره مالک یک دربند حویلی که دربرگیرندهٔ یک بسوه زمین است باشند و احمد، حمیده و ذاکره تصمیم بگیرند که این زمین را به فروش رسانند، محمود می تواند در ظرف دو ماه اعتراض خویش را به محکمه تقدیم نماید. در این مثال، احمد، حمیده و ذاکره مالک سه ربع زمین اند. سبب موجه غیر قابل تقسیم بودن زمین است. بیع مصداق تصرف است. در صورت دعوی محمود در محکمه، محکمه مکلف است سبب تصرف را بررسی نماید و در صورتی که موجه باشد، آن را تأیید و در صورت غیرموجه بودن آن را توسط حکم نقض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص مادهٔ ۱۹۴۹ ق. م پیش بینی حکم تصرف بر مال مشاع است.

۲) تصرف یکی از شرکاء به صورت منفرد و استرداد حصهٔ مشاع توسط اکثریت شرکاء:

طبق مادهٔ ۱۹۵۰ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) شریک در مال مشاع منقول یا در مجموع اموال می تواند قبل از تقسیم مطالبهٔ استرداد آن حصهٔ از مال مشاع را نماید که از جانب شریک دیگر به فروش رسیده، مشروط بر اینکه این مطالبه را در خلال مدت سی روز از تاریخ علم او به فروش، یا از تاریخ اعلان به فروش غرض اطلاع به بایع و مشتری توجیه نموده باشد. در این صورت مسترد کننده در تمام حقوق و تعهدات قایم مقام مشتری قرار می گیرد به شرطی که تمام مصارف او را تعویض نماید؛ و (۲) اگر شرکائی که رد کردن مال فروخته شده فقرهٔ فوق را مطالبه می نمایند متعدد باشند، هر یک می تواند به اندازهٔ حصهٔ خود رد آن را مطالبه نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- یک شریک می تواند در حصه شایعه خویش چه منقول و چه غیرمنقول تصرف نماید، به عنوان مثال، آن را به یکی دیگر از شرکاء و اشخاص اجنبی به فروش رساند، مقایضه نماید و یا هبه نماید. این تصرف ممکن است توسط یکی از شرکاء و یا شرکاء صورت پذیرد و یا به شخص اجنبی. بنابراین، اگر تصرف به نفع شخص اجنبی صورت پذیرفته باشد، شرکاء می توانند بر چنین تصرفی در خلال سی روز از تاریخ اطلاع اعتراض و استرداد حصه شایعه را مسترد نمایند. جهت استرداد حصه شایعه، چنانچه در ماده مذکور به آن اشاره شده است، تحقق پنج شرط ضروری است:

نخست این که یکی از شرکاء مال مشاع را فروخته باشد. بنابراین، اگر یکی از شرکاء حصه شایعه خویش را به دیگری وصیت و یا هبه نماید، سایر شرکاء نمی توانند استرداد آن را مطالبه نمایند. زیرا، هبه و وصیت معمولاً با توجه به شخصیت موهوب له و موصی له صورت می پذیرد و این امر با استرداد حصه شایعه معارض است. دوم این که موضوع بیع حصه از ملک مشاع و یا تمام حصه شایعه باشد.

سوم این که مشتری شخص اجنبی باشد. بنابراین، اگر مشتری یکی از شرکاء باشد، این امر موجب تضییع سایر شرکاء نمی گردد. زیرا، مشتری شریک قبلاً شریک سایر شرکاء بوده است.

چهارم این که استرداد توسط یکی از شرکاء مطالبه شود. زیرا، شرکاء کسانی هستند که از این بیع متضرر می شوند؛ و

پنجم این که استرداد در خلال سه روز از تاریخ اعلان بیع صورت پذیرد. به حیث مثال، اگر سی جریب زمین یا سی عراده موتر میان احمد، حمیده و محمود مشترک باشد و احمد حصه خویش را به جمشید به فروش رساند، حمیده و محمود می توانند در خلال سی روز از تاریخ اطلاع اعتراض و استرداد حصه مال مشترک را مسترد نمایند.

- در صورت استرداد حصه شایعه شرکاء یا شریکی که مطالبه استرداد را می نماید، قایم مقام مشتری تلقی می گردد. بنابراین، شریک ثمن مبیعه حصه شایعه را باید به مشتری پرداخت نماید و مبیعه را از وی قبض نماید. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا اگر محمود و حمیده مطالبه استرداد حصه شایعه را نمایند، جانشین یا قایم مقام مشتری تلقی می گردند و بنابراین پول حصه شایعه و سایر مصارف را باید به احمد پرداخت نمایند و حصه شایعه را از جمشید اخذ نمایند. در این صورت جمشید از عقد خارج می شود.

- اگر شرکائی که رد کردن مال فروخته شده را مطالبه می نمایند متعدد باشند، هر يك می تواند به اندازه حصه خود رد آن را مطالبه نماید. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، محمود می تواند ده جریب زمین و ده عراده موتر و حمیده می تواند ده جریب زمین و ده عراده موتر را مطالبه نمایند. با این وصف، نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، میان حصه مال فروخته شده و حصه های شرکا تناسب وجود ندارد.

به حیث مثال، در مثال فرضی بالا محمود و حمیده نمی توانند استرداد ده حصه را مطالبه نمایند، زیرا سهم احمد ده حصه بوده است و به محمود و حمیده ده حصه نمی رسد. در این فرض، برای محمود و حمیده پنج پنج جریب زمین و پنج پنج عراده موتر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم قواعد تصرف در مال مشترک منقول و غیرمنقولی است که هنوز تقسیم نشده است. در مجلة الاحکام درخصوص تصرف شرکا در اموال مشاع قواعد ذیل وجود دارد:

- طبق ماده ۱۰۷۱ مجلة الاحکام: «هر یک از شرکاء به اذن شریک دیگر در ملک مشترک تصرف مستقل به عمل آورده می تواند به شرطی که تصرف مذکور به ضرر شریک دیگر تمام نشود.»

- طبق ماده ۱۰۷۰ مجلة الاحکام: «شرکاء به صورت دسته جمعی می توانند در دار مشترک سکونت نمایند. اما اگر یکی از شرکاء شخص بیگانه را به حویلی راه دهد، دیگران حق منع را دارند.»

- طبق ماده ۱۰۶۹ مجلة الاحکام: «تمام تصرفاتی را که صاحب ملک مستقل در ملک خود دارد، شرکاء متفقاً همان تصرف را نموده می توانند.»

- طبق ماده ۱۰۷۵ مجلة الاحکام: «هر یک از شرکاء شرکت ملک در حصه شریک دیگر اجنبی بوده، یکی وکیل دیگر محسوب نمی شوند. بنابراین تصرف هر یک از شرکاء در حصه شریک دیگر بدون اذن وی جواز ندارد. ولی، تصرف هر یک از صاحبان دارمشترک در سکونت و سایر احوال تابعه آن مانند رفت و آمد در خانه مثل صاحب ملک مخصوص اعتبار دارد و در این گونه موارد به طریق کمال استفاده کرده می تواند مثلاً اگر یکی از شریک ها اسپ بارکش را بدون اجازه شریک دیگر به کسی به اجاره یا عاریت دهد و اسپ در دست مستعیر یا مستأجر هلاک گردد، شریک اول ضامن حصه شریک دوم شناخته می شود.

همچنین، اگر یکی از همین دو شریک اسپ مشترک را بدون اجازه یکدیگرسواری کند و یا باربری نماید ضامن حصه شریک خود می گردد. به همین ترتیب اگر یکی از شرکاء یک مدت از آن استفاده نماید و اسپ لاغر شود و در قیمت آن نقصان عاید گردد، ضمان قیمت نقصان حصه شریک دیگر بر وی لازم می گردد. اما اگر یکی از شریکین بدون اذن دیگر مدتی درحویلی مشترک سکونت نماید، از اینکه در ملک خود سکونت داشت از مدرک حصه شریکش بر وی کرایه لازم نمی گردد و همین ترتیب اگر حویلی مذکور بدون تعدی و مداخله شخص سکونت کننده حریق شود شخص مذکور مکلف به پرداخت ضمان نمی باشد.»

گفتار هفتم) از بین رفتن حصه یک شریک نزد شریک دیگر

طبق ماده ۱۹۴۱ ق. م: «حصه یکی از دو شریک در دست شریک دیگر حیثیت امانت را داشته، در صورتی که بدون قصور او از بین برود، ضامن شناخته نمی شود.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

(۱) در صورتی که حصه شریک در اثر قصور شریک دیگر از بین برود، شریک مسؤولیت مدنی غیرقراردادی دارد و باید جبران خسارت را به شریک دیگر بپردازد. تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که جمع آن قصور است و به معنای اهمال و کاستی است.^{۱۲۹}

همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۱۳۰} به حیث مثال، اگر احمد و محمود در دوکان مواد ساختمانی شریک باشند و حصه احمد در اثر تقصیر محمود از بین برود، به حیث مثال، احمد در وقت خروج از دوکان برق را خاموش ننماید و دوکان در جریان شب حریق گردد، احمد مرتکب تقصیر شده است و باید جبران خسارت حصه محمود را پرداخت نماید.

(۲) در صورتی که حصه یک شریک توسط شریک دیگر بدون تقصیر او از بین برود، شریک مسؤولیت مدنی قراردادی ندارد و مسؤول پرداخت جبران خسارت نیست. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، حصه احمد نزد

۱۲۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۳۰.
۱۳۰. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی: مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

محمود باشد و در اثر زلزله دوکان فرو ریزد و همه اموال را از بین ببرد، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی یا غیرقراردادی ندارد و مسؤول پرداخت جبران خسارت به احمد نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن مال مشترک است.

گفتار هشتم) تصرف بر ملکیت مشاع

طبق ماده ۱۹۳۶ ق. م: «هرگاه یکی از شرکاء يك قسمت معین مال مشاع را تصرف نماید و آن قسمت مال حین قسمت در حصه او واقع نشود، حق متصرف الیه به همان جزئی که بعد از تقسیم به متصرف تعلق می گیرد، انتقال می نماید و در صورتی که متصرف عدم معرفت خویش را مبنی بر ملکیت مشاع در عین متصرف فیها ثابت نماید، می تواند به ابطال تصرف بپردازد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱) هرگاه یکی از شرکاء يك قسمت معین مال مشاع را تصرف نماید و آن قسمت مال حین قسمت در حصه او واقع نشود، حق متصرف الیه به همان جزئی که بعد از تقسیم به متصرف تعلق می گیرد، انتقال می نماید. تعریف مال مشاع در مبحث ملکیت مشاع گذشت.

متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد.^{۱۳۱} به حیث مثال، در هبه و اهب متصرف است. همچنین، در عقد عاریت، عاریت دهنده متصرف است. متصرف الیه یا متصرف له شخصی که است که تصرف به نفع او صورت می گیرد. به حیث مثال، در عقد هبه و در وصیت موهوب له و موصی له متصرف له و متصرف الیه هستند. متصرف فیها عبارت از مالی است که متصرف در آن تصرف می نماید.

به حیث مثال، اگر یک خانه میان احمد و محمود مشترک باشد و احمد در آن تصرف، نماید، خانه متصرف فیها است. طبق نص این ماده هرگاه یکی از شریکان یک قسمت مال مشاع (مشترک) را تصرف نماید. اما، بعد از تقسیم، این مال به او نرسد، این مال به شریک دیگر داده می شود. به حیث مثال، اگر صد جریب زمین میان احمد و محمود دو برادر مشترک باشد و احمد در پنجاه جریب آن تصرف نماید. به حیث مثال، آن را کشت نماید و سایر تصرفات را در آن انجام دهد. اما، بعد از تقسیم، این زمین به او تعلق نگیرد، زمین به محمود منتقل می شود.

۲) در صورتی که متصرف عدم معرفت خویش را مبنی بر ملکیت مشاع در عین متصرف فیها ثابت نماید، می تواند به ابطال تصرف بپردازد. ابطال در لغت به معنی باطل کردن است. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا احمد ثابت نماید که نمی دانسته است زمین مشترک است و در آن تصرف نماید، می تواند این تصرف را باطل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تصرف در ملکیت مشاع است. در مجله الاحکام قواعد ذیل در خصوص تصرف شرکاء وجود دارد:

۱- طبق ماده ۱۰۷۸ مجله الاحکام: «شریک حاضر در غیاب شریک ملک مشترک به اندازه حصه خود اخذ منفعت کرده می تواند به شرطی که رضایت شریک دیگر را به صورت ضمنی [...] حصول نموده باشد.»

۲- طبق ماده ۱۰۸۰ مجله الاحکام: «وقتی که رضایت شریک غایب به صورت ضمنی در رابطه به حصول انتفاع از مال مشترکی که نظر به استعمال کننده فرق می کند موجود نباشد جواز ندارد. بنابراین شریک حاضر در

۱۳۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰.

غیاب شریک غایب از البسه مشترک حق استفاده را ندارد. همچنین، شریک حاضر نمی تواند در غیاب شریک غایب اسپ مشترک را رکوب نماید. اما در اموالی که به سبب استعمال در آن ها تغییری وارد نمی گردد مانند: باربری و قلیه توسط حیوان، جواز دارد. بنابراین شریک حاضر می تواند به اندازه حصه خود از آن انتفاع بگیرد چنانچه شریک حاضر از خادم و اجیر مشترک درغیاب شریک در نوبت خود انتفاع بگیرد».

۳- طبق ماده ۱۰۷۹ مجله الاحکام: «شریک حاضر می تواند از ملک مشترک در صورت رضایت شریک غایب به نحوی انتفاع بگیرد که موجب ضرر شریک غایب نگردد.».

۴- طبق ماده ۱۰۸۲ مجله الاحکام: «برای شریک حاضر جواز ندارد که در حصه مفروزه و مقسومه شریک غایب در حویلی مشترک سکونت به عمل آورد. اما در صورتی که خوف خرابی حصه غایب به علت عدم سکونت محتمل باشد، قاضی می تواند حصه مفروزه را به اجاره دهد و اجرت را برای شریک غایب حفظ نماید».

مبحث ششم) تقسیم ملکیت مشترک

ملک مشترک برای همیشه به صورت مشترک باقی نمی ماند. شرکاء می توانند ملک مشترک را از طریق بیع، مانند فروش حصه از مال مشترک توسط یکی از شرکاء به شریک دیگر و یا اشخاص اجنبی و یا فروش مال مشترک به یک شخص توسط همه شرکاء، میراث مانند اینکه: یکی از مالکین ملک مشترک حصه مالک دیگر را به ارث ببرد، وصیت مانند اینکه: یکی از شرکاء حصه خویش را به شریک دیگر وصیت نماید به ملک مفروز تبدیل نمایند. هرچند این اسباب، اسباب خاتمه یافتن مشترک بودن اموال است، اما سبب اصلی و اساسی همان تقسیم است.^{۱۳۲}

روی همین دلیل جلد چهارم، باب اول، قسمت چهارم، مواد ۱۹۵۱ الی ۱۹۷۳ ق. م احکام معینی را در باره تقسیم ملک وضع نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م، فقه و مجله الاحکام اقتباس نموده اند:

گفتار نخست) تعریف و جواز تقسیم

الف) تعریف

تقسیم در لغت به معنی افراز نصیب، جدا کردن و جدا سازی نصیب است. شخصی که مالی را تقسیم می نماید قاسم، مالی که تقسیم می شود مقسوم، اشخاص یا شرکائی که مال به نفع آن ها تقسیم می شود مقسوم لهم (جمع) و مقسوم له (مفرد) نامیده می شوند.

فقههای حنفیه در تعریف تقسیم می گویند: تقسیم عبارت از جمع نصیب شایع در مکان معین و مخصوص. ماده ۱۱۱۴ مجله الاحکام در مورد تعریف تقسیم می گوید که: «تقسیم عبارت از تعیین حصص شایعه یعنی افراز بعضی حصص شایعه از بعضی آن به وسیله پیمان و مقیاس مانند ذرع، وزن و، کیل می باشد.».^{۱۳۳}

ماده ۱۹۵۱ ق. م در تعریف تقسیم می گوید: «تقسیم عبارت از تعیین حصه مشاع و اداء آن که به رضایت شرکاء یا حکم محکمه صورت می گیرد.» طبق نص این ماده نخست این که تقسیم عبارت از تعیین حصه مال

۱۳۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۰۳ و ۸۰۴.
۱۳۳. در باره معنی و تعریف تقسیم ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۷۳۲ و ۴۷۳۳؛ ۹۱-۸۸۰؛ و عبد الحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۵)، پاکستان: مکتب حقانیة، ص ۱۳۳.

مشاع است. مشاع اسم مفعول از ریشه «شيع» 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 افراز ناشده، مشاع گویند.^{۱۳۴}

طبق ماده ۱۳۸ مجله الاحکام: «مشاع آن است که حاوی حصص شائعة باشد». پرسش این است که حصص شائعة چیست؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۱۳۹ مجله الاحکام می گوید: «حصه شائعة عبارت از سهمیه ای است که در هر جزئی از اجزاء مال مشترک سرایت داشته باشد». دوم این که طبق نص این ماده تقسیم دو نوع است: تقسیم رضایی و تقسیم قضایی که بحث آن خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده ۱۹۵۱ ق. م تعریف مال مشاع است.

ب) جواز و سبب تقسیم

فقهاء در مورد مشروعیت قسمت بر مبنای قرآن و سنت اجماع نموده اند. خداوند ﷻ می فرماید:

﴿وَبَيْنَهُمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مَحْتَصِرٌ﴾ - [القمر: ۲۸/۵۴]

«و به آنان خبر ده که آب میان ایشان بخش شده است هر کدام را آب به نوبت خواهد بود».

این آیه دلالت بر جواز قسمت مهایات می نماید. همچنین، خداوند ﷻ می فرماید که:

﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ - [النساء: ۸ / ۴]

«و هر گاه خویشاوندان یتیمان و مستمندان در تقسیم [ارث] حاضر شدند [چیزی] از آن را به ایشان ارزانی دارید و با آنان سخنی پسندیده گویند».

این آیه در مورد قسمت ترکه وارد شده است. همچنین، خداوند ﷻ در مورد تقسیم غنائم می فرماید:

﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ خُمُسُهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنْزِلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّفَاقُ الْجُمُعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ - [الأنفال: ۴۱/۸]

«و بدانید که هر چیزی را به غنیمت گرفتید يك پنجم آن برای خدا ﷻ و پیامبر ﷺ و برای خویشاوندان [او] و یتیمان و بینوایان و در راهمندگان است اگر به خدا ﷻ و آنچه بر بنده خود در روز جدایی [حق از باطل] روزی که آن دو گروه با هم روبرو شدند نازل کردیم ایمان آورده اید و خدا ﷻ بر هر چیزی تواناست».

مشروعیت قسمت بر مبنای سنت نیز ثابت است. زیرا، پیامبر ﷺ غنائم خیبر و حنین را بین غانمین و ارث را میان زنانش تقسیم نموده است.^{۱۳۵} همچنین پیامبر ﷺ فرموده است:

«أَعْطِ كُلَّ ذِي حَقِّ حَقَّهُ».^{۱۳۶}

«حق هر ذی حق را بدهید».

۱۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۶۹.
 ۱۳۵. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۷۲۳؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۵)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۱۲۴.
 ۱۳۶. هو جزء من حدیث رواه الترمذی فی کتاب: الوصایا، باب: ماجاء لا وصیة لوارث، و رواه النسائی فی کتاب: الوصایا، باب: إبطال الوصیة للوارث.

طبق ماده ۱۹۵۳ ق.م: «اگر شرکاء به ابقای مال مشاع به اساس حکم قانون یا موافقه، مکلف نشده باشند، هر يك از شرکاء می تواند از محکمه تقسیم مال مشاع را مطالبه نماید. منع تقسیم مال مشاع به اساس موافقه در مدتی که از پنج سال تجاوز نماید جواز ندارد و در صورتی که مدت موافقه بیش از پنج سال نباشد، در مورد شریک و خلف او نافذ شمرده می شود.» از نص این ماده سه حکم استنباط می گردد:

(۱) هر يك از شرکاء به شرط این که که به موجب حکم توافقی و حکم محکمه مکلف به ابقای ملک مشاع برای مدت معین نباشد، می تواند مطالبه قسمت را از محکمه ذیصلاح نماید. ابقا در لغت به معنی باقی گذاشتن است، حفظ و نگهداشتن است.^{۱۳۷} بنابراین، اگر شرکاء مبنی بر بقای ملک به حالت مشترک برای مدت معین توافقی نموده باشند، شرکاء نمی توانند ملک مشاع را تقسیم نمایند.

توافقی شرکاء مبنی بر ابقای ملک به صورت مشاع دلایل مختلف دارد. به عنوان مثال، اگر میان شرکاء شخص ناقص الاهلیت وجود داشته باشد، شرکاء می توانند با نایب ناقص الاهلیت مانند ولی و وصی برای مدت معین مبنی بر ابقای ملک به صورت مشاع الی رسیدن ناقص الاهلیت به سن رشد موافقت نمایند.

همچنین، اگر یکی از شرکاء غایب و آمدن وی متوقع باشد، سایر شرکاء می توانند مبنی بر باقی ماندن ملک به حالت اشاعه توافقی نمایند تا زمانی که غایب حاضر گردد. اتفاق شرکاء مبنی بر بقای ملک به حالت اشاعه عادتاً براساس توافقی همه شرکاء صورت می گیرد. زیرا، توافقی بر بقای ملک به حالت اشاعه از جمله اعمال اداره ملک مشاع است. باوجوداین، در چنین حالتی، توافقی همه شرکاء شرط نیست. بنابراین، اگر اکثریت شرکاء توافقی نمایند، چنین توافقی جهت ابقای ملک به صورت مشاع کافی است.

به حیث مثال، اگر سه صد جریب زمین میان احمد، حمیده و محمود مشترک باشد و حمیده ناقص اهلیت مانند طفل هفت ساله باشد، احمد، نایب حمیده و محمود می توانند توافقی نمایند تا سه صد جریب زمین الی رسیدن حمیده به سن رشد به حالت مشترک باقی بماند. همچنین، اگر احمد، حمیده، محمود، جمشید، ذاکره و ... در یک بلاک آپارتمان داشته باشند، همه به حکم قانون مکلف به ابقای ملک مشترک اند. ملک مشترک در این مثال، دهلیز ها، سینه ها، تفریحگاه و نظیر اینها بلاک است.

(۲) ماده ۱۹۵۳ ق.م طویل ترین مدت را برای بقای ملک به صورت اشاعه تعیین نموده است. این مدت طبق ماده ۱۹۵۳ ق.م پنج سال است. بنابراین، شرکاء نمی توانند برای مدت بیشتر از پنج سال جهت ابقای ملک به صورت مشترک توافقی نمایند. زیرا، شرکاء می توانند در صورت انقضای پنج سال، ابقای ملک به صورت مشاع را برای مدت پنج سال دوم، سوم و ... تجدید نمایند. به حیث مثال، در مثال فرضی اول بالا، احمد، محمود و نایب حمیده می توانند توافقی نمایند تا سی صد جریب زمین را برای مدت پنج سال به صورت مشترک ابقا نمایند. در صورت انقضای پنج سال و عدم رسیدن حمیده به سن رشد، شرکا و نایب حمیده می توانند این مدت را برای مدت پنج سال دیگر تمدید نمایند تا زمانی که حمیده به سن رشد برسد.

(۳) اتفاق در مورد ابقای ملک نه تنها در مورد شرکاء بلکه در مورد خلف آنها نیز نافذ است. قانونگذار در نص این ماده از خلف سخن می گوید و تعیین نکرده است که منظور از خلف، خلف عام است و یا خلف خاص. به نظر

می رسد منظور از خلف، در نص این ماده خلف خاص است. خلف در لغت به معنی جانشین، بازمانده، از پس آینده و فرزند است که جمع آن اخلاف و متضاد آن سلف است که جمع آن اسلاف است.^{۱۳۸}

همچنین به خلف قایم مقام می گویند. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۱۳۹} به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، احمد یا محمود وفات نماید، پسر و دختر احمد یا محمود جانشین احمد و محمود تلقی می گردند و می تواند از طریق نایب خویش الی رسیدن به سن رشد مبنی بر ابقای سی صد جریب زمین به صورت مشترک توافق نمایند.

باوجوداین، اگر شرکاء مبنی بر باقی ماندن ملک به صورت اشاعه توافق ننموده باشند و یا حکم محکمه مبنی بر باقی ماندن ملک به صورت مشاع وجود نداشته باشد، که بعداً در این مورد بحث خواهیم نمود، هر یک از شرکاء می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تقسیم ملک را نماید.^{۱۴۰}

سبب تقسیم طلب تمام و یا بعضی از شرکاء است جهت انتفاع گرفتن از ملک خویش به نحو مخصوص. بنابراین، اگر شرکاء مُطالب تقسیم نباشند، تقسیم صحیح نیست.^{۱۴۱} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۵۳ ق. م پیش بینی جواز تقسیم ملک مشاع است.

گفتار دوم) انواع

براساس ماده ۱۹۵۱ ق. م: «تقسیم عبارت از تعیین حصه مشاع و اداء آن که به رضایت شرکاء یا حکم محکمه صورت می گیرد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف تقسیم و شناسایی انواع آن است.

طبق نص این ماده تقسیم عبارت از تعیین سهم مشاع (مشترک) است. طبق نص این ماده تقسیم به اعتبار دخالت اراده شرکاء به دو نوع است: تقسیم رضایی و تقسیم قضایی:^{۱۴۲}

الف) تقسیم رضایی

۱) تعریف: طبق ماده ۱۱۲۱ مجلة الاحکام: «قسمت رضا آن است که در ملک مشترک بین متقاسمین به تراضی شان تقسیم شود یا همگی به رضایت خود مال مشترک را تقسیم نمایند.».^{۱۴۳} مانند این که احمد و محمود دو برادر باشند و ده جریب زمین داشته باشند و توافق نمایند که هر برادر پنج جریب زمین را بگیرد.

۲) شروط: طبق فقه حنفیه در تقسیم رضایی رعایت شرایط آتی ضروری است:

۱- اهلیت متقاسمین: در مورد اهلیت متقاسمین فقهای حنفیه صرف عاقل بودن متقاسمین را شرط می دانند. بنابراین، تقسیم مجنون و صبی غیر ممیز صحیح نیست. زیرا، در تقسیم مانند بیع سود و ضرر متصور است. پس، آنچه که در بیع شرط است در تقسیم نیز شرط است. اما، فقهای حنفیه در تقسیم بلوغ را شرط نمی دانند. بنابراین، به نظر فقهای حنفیه تقسیم صبی ممیز به اذن ولی او صحیح است؛

138. Ibid (۲۰۱۶ / ۸ / ۲۷ بازدید (آخرین بازدید ۲۷/۸/۲۰۱۶)).

۱۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

۱۴۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۸۲-۸۸۸.

۱۴۱. عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۵)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۱۳۳.

۱۴۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۷۳۶؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۲۱۵.

۱۴۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۴؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۷۳۷؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۲۱۵.

۲- مالک بودن: شرط دوم تقسیم این است که قاسمان مالک آنچه که آن را تقسیم می نمایند، باشند. بنابراین، اگر مقسوم مملوک قاسمان نباشد، قسمت آن جواز ندارد. زیرا، قسمت تفریز حصه ها است. روی همین دلیل، فقهای حنفیه تقسیم دین قبل از قبض را صحیح نمی دانند. زیرا مقصود از قسمت افراز و مبادله ملک است که در دین ممکن نمی باشد. همچنین، تملیک آن جز به مدیون صحیح تلقی نمی گردد، زیرا دین وصف است و متعلق به ذمه مدیون می باشد.

بنابراین، هرگاه ورثه دین میت را بین خود تقسیم نمایند و شرط گذارند که دینی که بر ذمه فلان شخص است متعلق به این ورثه و دینی که به ذمه فلان است متعلق به این، تقسیم مذکور باطل می باشد.^{۱۴۴} ماده ۱۱۲۳ مجلة الاحکام در این باره حکم می نماید که: «عین بودن مال مقسوم شرط صحت تقسیم تلقی می گردد. پس، تقسیم دین قبل از قبض صحت ندارد. مثلاً هرگاه متوفی در ذمه یک تعداد اشخاص دیونی داشته باشد و دیون مذکور را ورثه تقسیم نمایند به این ترتیب که دیون ذمه فلان برای وارث و دین ذمه فلان از فلان وارث، تقسیم فوق صحیح تلقی نمی گردد زیرا در چنین مورد چیزی را که یکی از ورثه از جمله دیون به دست می آورد، ورثه دیگر در آن چیز یا مقدار باوی شریک می باشد.»

۳- حضور شرکاء و یا نایب آنها: طبق ماده ۱۹۵۲ ق. م: «تقسیم رضایی در غیاب یکی از تقسیم کنندگان جواز ندارد. ولی یا وصی صغیر در تقسیم قائم مقام صغیر می گردد مشروط بر این که محکمه با صلاحیت مطابق به احکام قانون به آن موافقت نماید.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط تقسیم رضایی و جواز نیابت در تقسیم است رضایی است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که بند اول نص این ماده مبهم است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده از غیاب تقسیم کنندگان سخن می گوید. غیاب به معنای نبود، فقدان و ناپیدایی است. در اصطلاح فقهی غیاب وصفی است برای کسی یا چیزی که به چشم نیاید.^{۱۴۵} غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.^{۱۴۶} بنابراین، در صورت عدم حضور شریک تقسیم صحیح نیست. به نظر می رسد منظور از تقسیم کننده شریک است. با پذیرش این استنباط، این نتیجه به دست می آید که در تقسیم رضایی حضور همه شرکا شرط است. به حیث مثال، هرگا پانزده جریب زمین میان احمد، محمود و جمشید مشترک باشد و جمشید غایب باشد، احمد و محمود نمی توانند در صورت غیاب جمشید، زمین را تقسیم نمایند. نص این ماده از فقه گرفته شده است.

طبق فقه شرط سوم تقسیم رضایی حضور همه شرکاء و یا نایب آنها است. پس، تقسیم ملک در صورت غایب بودن یکی از شرکاء صحیح نیست. پس، هرگاه یکی از شرکاء غایب باشد و تقسیم صورت بگیرد، تقسیم مذکور صحیح تلقی می گردد، ولی صحت آن منوط به اعطاء اجازه توسط شریک غایب می باشد. بنابراین، هرگاه شریک

۱۴۴. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۷۳۷؛ و محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجلة الاحکام، مترجمان: امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، قسمت دوم: شرکت ها، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۹۹.

۱۴۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۴۳.

۱۴۶. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ص ۶۲.

غایب بعد از حضور اجازه اعطاء نماید تقسیم نافذ و در صورت عدم اعطاء اجازه تقسیم باطل می گردد.^{۱۴۷} ماده ۱۱۲۸ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید که: «[...] هرگاه یکی از شرکاء غایب باشد تقسیم رضایی صحیح تلقی نمی گردد.

همچنین، هرگاه در میان شرکاء صغیر موجود باشد، ولی یا وصی او قائم مقام وی قرار می گیرد و هرگاه ولی یا وصی نداشته باشد، موضوع موکول به امر قاضی می ماند و بعداً از طرف قاضی برای صغیر وصی تعیین و تقسیم صورت می گیرد.».

دوم این که در صورتی که یکی از شرکا صغیر باشد، ولی و وصی قایم او است. برای این که ولی و یا وصی در تقسیم به ضرر صغیر عمل ننماید، عمل ولی و وصی باید توسط محکمه ذیصلاح تأیید شود. به حیث مثال، هرگاه یک بلاک دارای پنج طبقه میان احمد و محمود ۱۲ ساله مشترک باشد، تقسیم احمد و محمود صحیح نیست. در این صورت، اگر محمود پدر یا پدر کلان داشته باشد، پدر یا پدر کلان محمود جانشین و نماینده محمود در این تقسیم می شوند.

در صورت عدم موجودیت پدر و پدر کلان، شخصی که پدر و پدر کلان و یا قاضی محکمه ذیصلاح او را به عنوان وصی تعیین نموده باشد، جانشین محمود می شود. ولی در لغت به معنی فرمانروا، پادشاه، دوستدار، خویشاوند، متولی امر و کارساز است. در اصطلاح حقوقی، ولی به کسی گویند که از قدرت شرعی - قانونی برای انشای عقود و سایر تصرفات مالی و غیرمالی برخوردار باشد^{۱۴۸} مانند پدر و پدر کلان که ولی مولی علیه پنداشته می شوند.

وصی در لغت به معنی وصیت شده است. در اصطلاح حقوقی، وصی شخصی است که برای حفظ و توصیف مال و یا فرزندان شخص پس از مرگ او توسط شخص یا قاضی تعیین شده باشد.^{۱۴۹} صغیر در لغت به معنی خُرد، کوچک، کم سن، مقابل کبیر استعمال می گردد و جمع آن صغار است. صغیر به کسی گفته می شود که نابالغ باشد.^{۱۵۰}

۵- رضایت شرکاء: ماده ۱۱۲۸ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید که: «در تقسیم به تراضی رضایت تمام شرکاء شرط می باشد. هرگاه یکی از شرکاء غایب باشد تقسیم رضایی صحیح تلقی نمی گردد. همچنین، هرگاه در میان شرکاء صغیر موجود باشد، ولی یا وصی او قائم مقام وی قرار می گیرد و هرگاه ولی یا وصی نداشته باشد، موضوع موکول به امر قاضی می ماند و بعداً از طرف قاضی برای صغیر وصی تعیین و تقسیم صورت می گیرد.».^{۱۵۱}

۱۴۷. محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجله الاحکام، مترجمان: امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، قسمت دوم: شرکت ها، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۱۰۷، ۱۱۲ و ۱۲۰؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۷۴۱ و ۴۷۴۲.

۱۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۵۴.

۱۴۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۱۸۸.

۱۵۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۱۳.

۱۵۱. ر. ک: محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجله الاحکام، مترجمان: امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، قسمت دوم: شرکت ها، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۱۲۰ - ۱۲۱؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۷۴۳؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: دوره عقود معین (۱) معاملات معوض - عقود تملیکی، چاپ نهم، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ص ۶۵.

(۳) خیار شرط، رویت و عیب در تقسیم رضایی: براساس ماده ۱۹۶۱ ق.م. «در تقسیم رضایی خیار شرط، خیار رویت و خیار عیب، طبق موافقه طرفین و احکام قانون تطبیق می گردد.» طبق نص این ماده در تقسیم رضایی خیار شرط، خیار رویت و خیار عیب، طبق موافقه طرفین و احکام قانون تطبیق می گردد. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. فقهای حنفی بر این نظر اند که خیار شرط، رویت و عیب در تقسیم رضایی قابل اجراء است. خیار در لغت به معنی اختیار است.

در ق. م تعریفی برای خیار اراهه نشده است. ولی، به موجب فقه خیار عبارت از حق یکی از طرفین و یا طرفین در امضاء و یا فسخ عقد بنابر دلیل شرعی و یا اتفاق طرفین است.^{۱۵۲} به موجب فقه خیار شرط عبارت از خیاری است که به موجب آن یکی از طرفین معامله یا هر دوی آنان و یا شخص ثالثی حق فسخ یا امضای معامله ای را در مدت معینی داشته باشد.^{۱۵۳} به حیث مثال، اگر احمد و محمود دو صد رأس گوسفند داشته باشند و گوسفندان را تقسیم نمایند و احمد بگوید من تقسیم را به شرط قبول دارم که مدت سه روز خیار داشتم باشد، این خیار را خیار شرط در تقسیم می گویند. به موجب فقه، خیار رویت عبارت از خیاری است که به موجب آن مشتری با دیدن معقود علیه در صورتی که در زمان عقد و یا پیش از آن، آن را ندیده باشد، حق اجازه یا فسخ عقد را دارد.^{۱۵۴}

به حیث مثال، اگر احمد و محمود به صورت مشترک مالک صد تخته قالین باشند و قالین ها میان آنها تقسیم گردد و محمود قالین ها را ندیده باشد، با دیدن قالین ها پس از تقسیم خیار رویت دارد و می تواند تقسیم را تأیید یا فسخ نماید.

به موجب فقه خیار عیب، عبارت از خیاری است که به موجب پیدا شدن عیبی در یکی از مبیع و ثمن برای ذنبفع در صورت نا آگاهی از آن حاصل می شود.^{۱۵۵} به حیث مثال، اگر صد رأس گوسفند میان احمد و محمود مشترک باشد و گوسفندان میان احمد و محمود تقسیم شود و در برخی گوسفندانی که شامل سهم احمد شده است عیب وجود داشته باشد، احمد صلاحیت تأیید و فسخ تقسیم را دارد. منبع این خیار طبق نص این ماده توافق طرفین یا قانون است. این قاعده عمومی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط تقسیم رضایی است. نص این ماده از فقه گرفته شده است. برخی مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

۱- طبق ماده ۱۱۵۳ مجله الاحکام: «همچنانی که خیار شرط، رویت و عیب در عقد بیع موجود است، در تقسیم اجناس مختلفه نیز صورت می گیرد. به عنوان مثال، اگر مال مشترک به رضای شرکاء تقسیم گردد به این ترتیب که یک مقدار گندم برای یک نفر و برای شریک دیگر یک مقدار جو و برای شریک دیگر یک تعداد گوسفند و برای دیگری در مقابل آن یک تعداد گاو برسد، در این صورت، یکی از شرکاء تا مدت معلومی خیار

۱۵۲. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۱۵.

۱۵۳. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۱.

۱۵۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۲۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۹.

۱۵۵. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۳.

شرط کرده باشند، می تواند در همین مدت قسمت را قبول و یا اگر بخواهد فسخ کند و اگر یکی از شرکاء مال مقسوم را ندیده باشد حق خیار رویت دارد و اگر در حصه بعضی شرکاء عیب ظاهر شود، به قبول و رد آن اختیار دارد.». باوجوداین، ثبوت این خیار بر حسب اموال متفاوت است:

۱- در اموال قیمی هر سه نوع اختیارات ثابت می گردد: ماده ۱۱۵۴ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «در تقسیم اموال قیمی متحد الجنس خیار شرط و رویت نیز موجود شده می تواند. مثلاً: اگر یک صد رأس گوسفند مشترک بین شرکاء به اندازه حصص شان تقسیم شود و یکی از شرکاء خیار را به مدت چند روز شرط نموده باشد، در مدت مذکور به قبول و عدم قبول تقسیم مذکور مخیر می باشد و اگر گوسفند را ندیده باشد در حین دیدن همین قسم خیار را به قبول و عدم قبول آن دارد. اگر عیب قدیم در گوسفندان که در حصه یکی از شرکاء رسیده است، ظاهر شود، نیز اختیار قبول قسمت و رد آن را دارد.».

۲- در اموال مثلی مانند مکمل و موزون خیار عیب بدون خیار شرط و رویت جهت دفع ضرر ثابت می گردد. ماده ۱۱۵۵ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «خیار شرط و رویت در تقسیم اموال مثلی متحد الجنس ثابت نمی گردد. اما، خیار عیب موجود شده می تواند. مثلاً: یک توده گندم بین دو نفر مشترک باشد، و آن را تقسیم نمایند به این شرط که به یکی از شرکاء تا مدت چند روز خیار باشد، این شرط اعتبار ندارد و اگر یکی از شرکاء گندم مذکور را ندیده باشد، حین رویت خیار برایش نیست. اما، اگر به یکی از شرکاء از روی انبار گندم داده شده باشد و دیگری از زیر حصه خود را اخذ نماید و در تحت آن گندم معیوب دیده شود، صاحب همان حصه اختیار دارد که تقسیم مذکور را قبول و یا رد نماید.».

۴) ظهور غبن فاحش در تقسیم رضایی: طبق ماده ۱۹۷۳ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) نقض تقسیم رضایی به شرطی جواز دارد که یکی از متقاسمان ثابت نماید که از تقسیم به اثر غبن به اندازه بیش از خمس قیمت به او ضرر عاید شده است. در تعیین اندازه غبن قیمت روز تقسیم مال اعتبار داده می شود؛ و (۲) بعد از انقضای یک سال بعد از تقسیم دعوی شنیده نمی شود و مدعی علیه می تواند با پرداخت نقد یا عین که کمبود حصه مدعی را پوره کند، دعوی را متوقف نماید.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱- نقض تقسیم رضایی به شرطی جواز دارد که یکی از متقاسمان ثابت نماید که از تقسیم به اثر غبن به اندازه بیش از خمس قیمت به او ضرر عاید شده است. نقض که در لغت به معنی شکستادن است.^{۱۵۶} غبن به معنای کاستی، نقص، خدعه و زیان زدن است.^{۱۵۷} خمس در لغت به معنی پنج است. طبق نص این ماده نقض تقسیم در صورت ظهور غبن فاحش در تقسیم رضایی جواز دارد. زیرا، اصل این است که در تقسیم قضایی قاضی عدالت را رعایت می نماید. اما، طبق فقه علاوه بر این که نقض تقسیم رضایی در صورت ظهور غبن فاحش جواز دارد، نقض تقسیم قضایی نیز در صورت ظهور غبن فاحش جواز دارد. زیرا، طبق فقه یکی از شرایط تقسیم قضایی عادلانه بودن آن است و در نتیجه قاضی باید اهتمام کامل را به خرج بدهد تا مال مشاع را عادلانه تقسیم نماید.

۱۵۸

156. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 15/1/2018).

۱۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲). تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۵۳؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۷۲؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۳۸.

۱۵۸. محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجله الاحکام، مترجمان: امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، قسمت دوم: شرکت ها، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۱۱۲.

به هر حال، اگر در تقسیم رضایی غبن که مقدار آن در ماده ۱۹۷۳ ق. م تحدید شده است، ظاهر شود، تقسیم را قابل ابطال می نماید. در ابطال تقسیم مطالبه شریک مغبون شرط است. بنابراین، اگر شریک مغبون مطالبه نقض را ننماید، تقسیم غیر قابل نقض می گردد. چنانچه به آن اشاره شد، مقدار غبن باید بیشتر از پنج فیصد قیمت مجموعی هر حصه باشد. دانستن واقع شدن غبن در حصه ای یکی از شریکان و یا شرکاء مستلزم قیمت گذاری مال مشاع و حصه هر یک از شرکاء توسط اهل خبره است.

به عنوان مثال، اگر قیمت مال مشاع پنج لک افغانی و شرکاء پنج نفر باشند و قیمت حصه هر شریک یک لک افغانی باشد، جهت تحقق غبن لازم است که قیمت حصه یکی از شرکاء هشتاد هزار افغانی باشد. اما، اگر حصه یکی از شرکاء بیشتر از هشتاد هزار افغانی باشد، نقض تقسیم صحیح نیست. زیرا، اگر قیمت سهم هر یک از شرکاء هشتاد هزار افغانی باشد، مجموعه قیمت آنها سه لک و بیست هزار افغانی می شود که چهار شریک سه لک و بیست هزار افغانی و شریک دیگر یک لک و هشتاد هزار افغانی را اخذ می نماید.

۲- در تعیین اندازه غبن قیمت روز تقسیم مال اعتبار دارد. بنابراین، اهل خبره باید قیمت مجموعی مال مشاع و هر سهم را مطابق قیمت روز تقسیم قیمت گذاری نمایند. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، تقسیم کنندگان باید قیمت غبن را مطابق قیمت روز تقسیم محاسبه نمایند.

۳- در صورت تحقق غبن به نحوی که تفصیل آن گذشت، شریک مغبون می تواند نقض تقسیم را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. مدعی در دعوی غبن یکی از شرکاء و یا شرکای مغبون است. پس، همچنانی که شریک می تواند دعوی غبن را اقامه نماید، وارث شریک یا شرکاء نیز می توانند بعد از موت شریک و یا شرکاء دعوی غبن را اقامه نمایند.

مدعی علیه نیز در دعوی غبن شریکی است که غبن به نفع وی صورت پذیرفته است. شریک یا شرکای مغبون می توانند تا یک سال بعد از تقسیم دعوی غبن را اقامه نمایند. بنابراین، اگر یک سال سپری شود و شریک و یا شرکای مغبون اقامه دعوی ننمایند، مطالبه حق دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته و قابل سمع نیست. بار اثبات غبن نیز بر عهده مدعی مغبون است. بنابراین، مدعی می تواند مطابق قواعد عمومی اثبات دعوی ظهور غبن در تقسیم را ثابت نماید. در صورت اثبات قاضی می تواند تقسیم را نقض نماید. تعریف غبن فاحش در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

اثری که بر نقض مرتب می شود اعاده ملکیت مشاع به حالت اولی است. در نتیجه، حصه های تقسیم شده دوباره به ملک مشاع تبدیل شده و دوباره ملکیت مشاع شرکاء تلقی می گردد و شرکاء می توانند آن را دوباره تقسیم نمایند.^{۱۵۹} به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، شریک مغبون مطالبه نقض تقسیم را ننماید بعد از یک سال دعوی نقض تقسیم او به دلیل مرور زمان توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط تقسیم در تقسیم رضایی است.

ب) تقسیم قضایی

۱۵۹. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۹۹-۹۱۰.

هرگاه شرکاء در تقسیم مال مشاع به توافق نرسند و برخی آنها از قضاء مطالبه تقسیم را نمایند و قاضی مال مشاع را میان آنها تقسیم نماید، چنین تقسیمی را تقسیم قضایی که در فقه به نام تقسیم به اجبار نیز نامیده می شود می گویند:

(۱) تعریف: تقسیم قضایی عبارت از تقسیمی است توسط قاضی محکمه ذیصلاح در اثر مطالبه برخی از شرکاء در صورت عدم توافق شرکاء صورت می پذیرد.^{۱۶۰} ماده ۱۱۲۲ مجله الاحکام در مورد تعریف قسمت قضایی می گوید: «قسمت قضاء آن است که تقسیم ملک مشترک به طلب بعضی از مقسوم لهم به حکم قاضی جبراً صورت گیرد.»

(۲) محکمه ذیصلاح و طرز تقسیم: طبق ماده ۱۹۶۳ ق. م: «در دعوی تقسیم محکمه ابتدائیه ای که اعیان مورد تقسیم در حوزه آن قرار دارد، ذیصلاح شناخته می شود.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت حوزه ای محکمه در دعوی تقسیم است. اعیان جمع عین است که تعریف آن گذشت. 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.^{۱۶۱}

طبق نص این ماده در دعوی تقسیم محکمه ابتدائیه که عین در حوزه آن قرار دارد، ذیصلاح شناخته می شود. به حیث مثال، هرگاه اموال محل تقسیم در ولسوالی پغمان وجود داشته باشد، محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان در تقسیم اموال ذیصلاح است. زمانی که دعوی تقسیم در محکمه ابتدائیه توسط یکی از شرکاء و یا شرکاء اقامه شود، محکمه باید ارزیابی نماید که آیا مال مشاع بدون ضرر قابل تقسیم است یا خیر؟ و آیا در اثر تقسیم مال مشاع قیمت آن بی نهایت تنزیل می نماید یا خیر؟ ق. م در مورد قابل تقسیم نبودن مشاع و قابل تقسیم بودن آن با تنزیل قیمت احکام جداگانه را به ترتیب ذیل وضع نموده است:

۱- قابل تقسیم نبودن مال مشاع و قابل تقسیم بودن با تنزیل قیمت: طبق ماده ۱۹۶۷ ق. م: «هرگاه تقسیم عین مال متعذر بوده یا مالی که تقسیم آن مطلوب است در اثر تقسیم قیمت آن بسیار زیاد تنزیل نماید، مال طبق احکام قانون اصول محاکمات مدنی به فروش می رسد.» متعذر اسم فاعل از ریشه «عذر» گرفته شده است که در لغت به معنی دشوار، محال، غیرممکن و سخت است.^{۱۶۲}

به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، متعذر کاری است که انجام آن محال و غیرممکن است. طبق نص این ماده اگر محکمه ابتدائیه تشخیص دهد که مال مشاع اصلاً قابل تقسیم نیست، به عنوان مثال، مال مشاع یک عراده موتر یا یک پایه کامپیوتر است یا تقسیم آن ممکن است، اما با تنزیل قیمت، به عنوان مثال، مال مشاع خانه دارای چند طبقه (منزل) است و یا زمین زراعتی است و اگر تقسیم شود، این تقسیم موجب کاهش قیمت آن گردد. در چنین حالات، محکمه می تواند مال مشاع را از طریق مزایده به فروش رساند و سپس پول آن را میان شرکاء به تناسب حصص آنها تقسیم نماید. تنزیل در لغت به معنی کاهش است. با آنکه ماده

۱۶۰. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۷۴۳؛ و (____) (۱۴۰۴ ق.) الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۲۱۵.

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

۱۹۶۷ ق. م طرز فروش مال را در صورت تعذر تقسیم آن به ق. ا. م. راجع نموده است. اما، ق. ا. م. در مورد طرز فروش مال مشاع غیر قابل تقسیم و یا قابل تقسیم با تنزیل قیمت، سکوت اختیار نموده است. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده مالک یک عراده موتر یا یک بسوه زمین باشند و تقسیم آن را از محکمه ذیصلاح مطالبه نمایند، محکمه ذیصلاح می تواند این مال را به فروش رساند و پول آن را میان احمد و حمیده تقسیم نماید. موتر در این مثال فرضی، اصلاً قابل تقسیم نیست و یک بسوه زمین اگر تقسیم شود، موجب کاهش قیمت آن و همچنین از دست رفتن منافع مطلوب آن می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

۲- قابل تقسیم بودن ملک مشاع و طی مراحل سه گانه: اگر مال مشاع قابل تقسیم باشد، محکمه ابتدائیه ذیصلاح اقدامات تقسیم را باید اتخاذ نماید. به این منظور، محکمه ابتدائیه ذیصلاح باید سه مرحله را سپری نماید: (۱) تقسیم مال مشاع؛ (۲) حل و فصل منازعات؛ (۳) حکم به اعطای سهم هر شریک:

- تقسیم ملک مشاع: طبق ماده ۱۹۵۵ ق. م: «هرگاه مال قابل قسمت باشد، محکمه می تواند هنگام مطالبه تقسیم از جانب یکی از شرکاء يك یا چند نفر اهل خبره را به منظور ترتیب و تقسیم حصه هر شريك مؤظف نماید.» طبق نص این ماده اگر مال قابل تقسیم باشد، قاضی محکمه ذیصلاح باید آن را میان شرکاء تقسیم نماید. در چنین حالتی ق. م به قاضی صلاحیت داده است تا اشخاصی را که در تقسیم اهل خبره هستند، نایب خویش تعیین و به این ترتیب مال مشترک قابل تقسیم را تقسیم نمایند.

منظور از اهل خبره اشخاص مسلکی است که در رشته های خاص دارای تخصص، معلومات یا تجربه کافی هستند (ماده ۴ فقره ۱۲ ق. ا. م. م). به منظور تقسیم مال مشاع، اهل خبره عبارت اند از: مساح، کارمند کدستر، متخصص اصلاحات ارضی، مهندس، انجینیر ساختمانی، همجوار و امثال اینها (ماده ۱۷۷ فقره اول ق. ا. م. م). به حیث مثال، اگر احمد و محمود در صد جریب زمین، یک مارکیت تجارتي، صد رأس بز و نظیر اینها شریک باشند و از محکمه ذیصلاح مطالبه تقسیم این اموال را نمایند، قاضی می تواند اهل خبره را غرض تقسیم این اموال تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۵۵ ق. م پیش بینی صلاحیت تخییری قاضی است.

طبق ماده ۱۹۵۶ ق. م: «اهل خبره حصص را به اساس خوردترین سهم تقسیم می کند گرچه تقسیم جزئی باشد. در صورت عدم امکان می توانند حصه هر يك از شرکاء را تعیین و مجزا نمایند.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد: بند اول این ماده که می گوید «اهل خبره حصص را به اساس خوردترین سهم تقسیم می کند گرچه تقسیم جزئی باشد» از نظر لغوی و عقلی محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، حصص که جمع حصه است در لغت به معنی سهم است. بنابراین، امکان ندارد که اهل خبره «حصه» را به «خوردترین سهم» تقسیم نمایند. زیرا، خود سهم حصه است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

دوم این که بند دوم نص این ماده که مرتبط به بند اول است نیز محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، طبق بند دوم در صورت عدم امکان تقسیم «حصه» به خوردترین «سهم» اهل خبره می توانند حصه هر يك از شرکاء را تعیین و مجزا نمایند. ایرادی که بر بند اول ماده ۱۹۵۶ ق. م وارد است بر بند دوم نیز وارد به نظر می رسد. قابل توصیه است بند دوم ماده ۱۹۵۶ ق. م نیز اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که اهل خبره مکلف است مال مشترک را به حصص یا اسهام تقسیم نمایند.

به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود مالک سه صد جریب زمین باشند و در تقسیم آن به توافق نرسند و احمد به منظور تقسیم زمین به محکمه ذیصلاح مراجعه نمایند و محکمه جمشید، قیوم و فاروق را به عنوان اهل خبره تعیین نماید، اهل خبره مکلف است زمین را به سه حصه تقسیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اهل خبره است.

همچنین طبق ماده ۱۹۶۰ ق. م: «معادل کمبود حصص به پرداخت مال اضافی از جانب کسی که حصه بیشتر گرفته است، جواز دارد.» طبق نص این ماده معادل کمبود حصص به پرداخت مال اضافی از جانب کسی که حصه بیشتر گرفته است، جواز دارد. به عبارت دیگر: اگر تقسیم مال مشاع به حصص کوچک و مساوی امکان پذیر نباشد، شخصی که مال بیشتر را گرفته است، معادل مال اضافی را باید برای کسی که مال کمتر را گرفته است پرداخت نماید. معادل در لغت به معنی هم وزن، مساوی و برابر است.^{۱۶۳} حصص جمع حصه است. کمبود در لغت به معنی نقص و کاستی است.

به حیث مثال، اگر یک بسوه زمین و یک عراده موتر میان احمد و حمیده مشترک باشد، موتر قابل تقسیم نیست و اگر یک بسوه زمین تقسیم گردد، قیمت آن کاهش می یابد. در این صورت، اگر احمد یک بسوه زمین را بگیرد و حمیده موتر را و احمد یک مقدار پول به حمیده پرداخت نماید، این عمل احمد جواز دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز گرفتن مال بیشتر توسط یک شریک و پرداخت معادل آن به شریک دیگر است.

همچنین، طبق ماده ۱۹۵۷ ق. م: «معادله حصص حسب استحقاق که در آن نقصان فاحش نباشد، حتمی است.» طبق نص این ماده معادله حصص حسب استحقاق که در آن نقصان فاحش نباشد، حتمی است. معادله یا معادله در لغت به معنی برابر کردن، مساوی کردن و هم وزن کردن دو چیز است.^{۱۶۴} حصص جمع حصه است. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۱۶۵} 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 زبان آوری که چنان بسیار باشد که از حد بگذرد مانند غبن فاحش.^{۱۶۶} فاحش متضاد پسیر است. نقصان در لغت به معنی کاستی، کمی و نقص است.^{۱۶۷}

به حیث مثال، اگر احمد و حمیده در بیست جریب زمین، دو صد رأس گاو و امثال اینها شریک باشند و این اموال میان ایشان تقسیم شود، برابر و مساوی کردن حصه های که احمد مستحق آن است و حصه های که حمیده مستحق آن شده است به گونه ای که در آن نقصان فاحش وجود نداشته باشد حتمی است. اما، اگر در این حصه های نقصان پسیر یا اندک وجود داشته باشد، معادله آن حتمی به نظر نمی رسد. زیرا، معمولاً نقصان اندک قابل تسامح یا گذشت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تأمین عدالت و برابری در حصه های تقسیم شده میان شرکاء است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

163. Ibid (Last visit: 23/ 8/ 2019).

164. Ibid (Last visit: 23/ 8/ 2019).

۱۶۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.
۱۶۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۵۰.

167. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/ 8/ 2019).

پرسش ۳۲: طبق صراحت ماده (۱۹۵۱) قانون مدنی:

«تقسیم عبارت است از تعیین حصه مشاع و ادای آن، که به رضایت شرکا یا حکم محکمه صورت می گیرد.»
 ماده (۱۹۵۶) قانون مدنی چنین صراحت دارد: «اهل خبره حصص را بر اساس خورد ترین سهم تقسیم می کند گرچه تقسیم جزئی باشد، در صورت عدم امکان می توانند حصه هر یک از شرکاء را تعیین و مجزاء نمایند.»
 ولی در دعوی ترکه و تقسیم قضائی ملکیت عقاری قابل تقسیم موروثی، فیصله های که از محاکم جهت غور فرجامی مواصلت می ورزند، اکثر محاکم باوجود تقاضای افراز سهم و رد تسلیمی آن، متروکه را باز هم به صورت مشاع گذاشته و صرف به رد و تسلیمی سهم مشاعی مدعی بر مدعی علیه، حکم می نمایند. بعضی از محاکم با موجودیت صراحت مواد (۱۹۵۵) قانون مدنی که هدایت به توظیف نمودن اهل خبره می باشد، متروکه قابل تقسیم را افراز، نمی نمایند که از یک طرف فیصله صادره محکمه را مواجه به نقض می نمایند و از جانب دیگر محصول فیصله اخذ شده نمی تواند.

جهت تأمین اجراءات یکسان قضائی محاکم، در دعوی ترکه و تقسیم قضائی در مطابقت با احکام قانون مدنی افغانستان، محاکم را رهنمائی فرموده ممنون سازند.

توضیح: حکم ماده (۱۹۵۵) قانون مدنی افغانستان در خصوص تعیین اهل خبره در دعاوی میراثی که مدعی بها، اموال غیر منقول باشد، صراحت کامل داشته، محاکم حین رسیده گی به چنین دعاوی، تعیین اهل خبره را در نظر گیرند و همچنین اهل خبره در زمینه تعیین و مجزاء نمودن سهم هر یک از ورثه وفق هدایت ماده (۱۹۵۶) قانون مذکور مکلفیت قانونی داشته و لزوماً باید سهام هر یک را مجزاء و مشخص نموده و محکمه نیز در نص حکم خود به آن تصریح نماید، تا معضله اشکال در تنفیذ و سایر ابهامات در آینده حل گردد و هریک از ورثه بتواند در سهم و حصه معینه اش که محدود به حدود و مفروز باشد تصرف مالکانه بالاستقلال نماید.^{۱۶۸}

- حل و فصل منازعات: طبق ماده ۱۹۶۴ ق. م: «محکمه ابتدائیه مندرج ماده (۱۹۶۳) این قانون منازعات ناشی از تعیین حصص و سایر منازعات مربوط را که قانوناً در ساحت صلاحیت آن داخل باشد، حل و فصل می نماید.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است. منازعه که جمع آن منازعات است از ریشه «نزع» گرفته شده است که در لغت به معنی ستیز کردن، خصومت کردن، مناقشه کردن، کشاکش کردن و جدال است. در اصطلاح حقوق مدنی، سرسختی نشان دادن برای احقاق حق خویش با رفتن به نزد قاضی و دفاع کردن از حق خویش منازعه گویند.^{۱۶۹} حصص جمع حصه است. از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که: منازعات میان شرکاء به دو دسته تقسیم می شود:

دسته اول: منازعات ناشی از تقسیم مال مشاع. مثال منازعات متعلق به تقسیم مال مشاع این است که یکی از شرکاء ادعاء نماید که حصه وی با حصه سایر شرکاء غیر مساوی است، و یا مالی را که جهت تکمیل کمبود وی، شریک دیگر پرداخته است، کمتر بوده است و امثال اینها. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده در یک صد و

۱۶۸. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۱۳۳.
 ۱۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۷۳.

پنجاه جریب زمین شریک باشند و احمد یک صد و بیست جریب آن را بگیرد و حمیده علیه احمد اقامه دعوی نماید، محکمه مکلف است این منازعه را که ناشی از تقسیم ملکیت مشترک است حل و فصل نماید.

دسته دوم: طبق ماده ۱۹۶۵ ق. م: «هرگاه هنگام رسیدگی محکمه ابتدائیه به دعوی تقسیم منازعات دیگری بروز نماید، محکمه مکلف است دعوی تقسیم را تا زمان انفصال قطعی منازعات مذکور متوقف سازد.» طبق نص این ماده منازعاتی که مربوط به تقسیم مال نیست، مانند: منازعات راجع به اصل ملکیت، مانند اینکه: یکی از شرکاء ادعاء نماید که جانب مقابل اصلاً شریک وی نیست، یا شرکاء حین تقسیم بر یک دیگر ضرب و جرح وارد نمایند یا یکی از شرکاء دیگری را به قتل برساند و امثال اینها.

در چنین حالات، محکمه ابتدائیه مکلف است الی حل و فصل این دعاوی، تقسیم مال مشاع را متوقف سازد. به این توضیح که: اول این منازعات را حل و فصل نماید و سپس به تقسیم مال بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود در یک صد و پنجاه جریب زمین شریک باشند و احمد تمام زمین را بگیرد و به محمود هیچ چیز ندهد و محمود ادعای مالکیت بر زمین و تقسیم زمین را نماید، محکمه مکلف است اول دعوی مالکیت محمود بر زمین را حل و فصل نماید و سپس دعوی تقسیم را. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

- صدور حکم مبنی بر اعطای حصه هر شریک بعد از حل و فصل دعوی: ماده ۱۹۶۶ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه منازعه قطع شود و حصص به طریق رضایی تعیین گردد، محکمه به اعطای حصه مفروزه هر يك از شرکاء حکم می نماید؛ و (۲) در صورتی که حصص به طریق رضایی تعیین نگردد، تقسیم بین شرکاء به اساس قرعه صورت گرفته و در محضر محکمه درج گردیده و به اعطای حصه مفروزه هر شریک حکم صادر می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه منازعه قطع شود و حصص به طریق رضایی تعیین گردد، محکمه به اعطای حصه مفروزه هر يك از شرکاء حکم می نماید. تعریف منازعه گذشت. مفروزه در لغت به معنی جدا شده و تقسیم شده است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود در یک صد جریب زمین شریک باشند و احمد تمام زمین را بگیرد و به محمود هیچ چیز ندهد و محمود ادعای مالکیت بر زمین و تقسیم زمین را نماید و سپس احمد و محمود به توافق برسند که صد جریب زمین را احمد و صد جریب زمین را محمود بگیرد، محکمه مکلف است این توافق را مورد تأیید قرار دهد و به اعطای حصه احمد و محمود حکم نماید.

دوم این که در صورتی که حصص به طریق رضایی تعیین نگردد، تقسیم بین شرکاء به اساس قرعه صورت گرفته و در محضر محکمه درج گردیده و به اعطای حصه مفروزه هر شریک حکم صادر می گردد. قرعه از ریشه «قرع» گرفته شده است که در لغت به معنی نصیب، سهم و فال زدن است.^{۱۷۰}

همچنین، قرعه در لغت به معنی پشک است. به نظر می رسد قرعه عبارت است از تکه کاغذ یا هر چیز دیگری که دارای شماره یا نشانه باشد که به وسیله انتخاب تصادفی آن، سهم و نصیب کسی معین شود.^{۱۷۱} محضر اسم مکان از ریشه «حضر» گرفته شده است که در لغت به معنی حضور، جای حضور، پیشگاه و دفتر ثبت اسناد است.^{۱۷۲}

۱۷۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۲۶.

171. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8 2016).

172. Ibid, (Last visit: 4/1/2018).

به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، محضر سندی است که در آن منشی جلسه قضایی مباحث جلسه قضایی را ثبت و ضبط می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود در خصوص تقسیم به توافق نرسند، تقسیم زمین میان آنها براساس قرعه باید صورت بگیرد و محکمه آن را درج محضر نماید و حصه جدا و تقسیم شده محمود و احمد را بدهد.

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که بعد از مرحله حل و فصل سایر دعاوی توسط محکمه ابتدائیه مرحله سوم که همان مرحله اعطای حصص شرکاء است فرا می رسد. بنابراین، محکمه ذیصلاح بعد از تعیین حصص توسط اهل خبره و پرداخت کمبود حصص توسط شرکائی که حصص آنها بیشتر بوده به شرکائی که حصص آن کمتر بوده است، حصص را براساس قرعه میان شرکاء تقسیم و حصص هر کدام را به آنها باید اعطاء نماید.^{۱۷۳} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۶۶ ق. م پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه است.

(۳) شروط: طبق فقه در تقسیم قضایی رعایت شروط آتی ضروری است:

۱- مطالبه یکی از شرکاء و یا تمام آنها: تقسیم قضایی باید در اثر تقاضای یکی از شرکاء، تمام آنها و یا نایب آنها از محکمه ای که ملک مشاع در حوزه ای قضایی آن موقعیت دارد صورت پذیرد. زیرا، تقسیم قضایی صورت نمی پذیرد، مگر اینکه ذینفع آن را مطالبه نماید. در غیر این صورت، هیچ تکلیفی برای قاضی ایجاد نمی شود. زیرا، قاضی از جانب خویش نمی تواند به تقسیم ملک مشاع اقدام نماید چرا که این امر تصرف در ملک غیر پنداشته می شود که از نظر شرع محظور است. ماده ۱۱۲۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «مطالبه، در تقسیم قضایی شرط است. بنابراین تقسیم مال مشاع به صورت جبری توسط قاضی صحیح تلقی نمی گردد مگر اینکه یکی از صاحبان حصص تقسیم آن را مطالبه نماید.»

۲- قابل تقسیم بودن مال مشاع: طبق ماده ۱۹۵۴ ق. م: «باید مال قابلیت تقسیم را داشته باشد، در غیر آن به اساس تقسیم استفاده مطلوب از بین می رود.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط تقسیم است. طبق نص این ماده در تقسیم شرط است که مال قابل تقسیم باشد. طبق ماده ۱۱۳۱ مجله الاحکام: «قابل قسمت آن مال مشترکی است که صالح برای تقسیم باشد و به سبب تقسیم، منافع مقصوده در آن از بین نرود».

به حیث مثال، اگر احمد و حمیده مالک یک عراده موتر، یک باب دکان کوچک، یک اطاق کوچک، یک پایه کمپیوتر، یک پایه تلویزیون، یک دربند حویلی نیم بسوه ای و نظیر اینها باشند، هر یک از این اموال قابل تقسیم نیستند زیرا، اگر تقسیم شود منفعت آنها از بین می رود. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده نیم بسوه زمین را تقسیم نمایند، قیمت زمین کاهش پیدا می کند و منفعت آن از بین می رود و نه احمد و نه حمیده می توانند از آن نفع بگیرد. در صورت رجوع شرکاء یا یکی از آنها به محکمه ذیصلاح جهت تقسیم، ق. م با پیروی از ق. م. ج. م و فقه دو حالت را از همدیگر تفکیک نموده است:

حالت اول: قابل تقسیم بودن مال: اگر مال قابل تقسیم باشد، قاضی محکمه ذیصلاح باید آن را میان شرکاء به نحوی که تفصیل آن گذشت، تقسیم نماید.

۱۷۳. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۱۰-۹۳۳.

حالت دوم: اگر مال قابل تقسیم نباشد، قاضی محکمه ذیصلاح همانطوری که گذشت، باید مال را از طریق مزایده به فروش رسانده و ثمن آن را میان شرکاء به تناسب سهم آنها تقسیم نماید. اما، فقهای حنفیه در صورت عدم قابل تقسیم بودن مال، بر این نظر اند که شرکاء باید به صورت متناوب از طریق مهائیات از آن انتفاع بگیرند که در مبحث بعدی احکام آن را مورد بحث قرار خواهیم داد.

۳- ادخال داینین جهت حمایت از مصالح آنها: طبق ماده ۱۹۶۸ ق. م: «در دعوی تقسیم، ادخال، داینینی که حقوق آنها مقید است و داینینی که در انجام تقسیم عین یا به فروش مال طور مزایده اعتراض می نمایند، حتمی شمرده می شود، در غیر آن تقسیم در حق آنها نافذ نمی گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که: در دعوی تقسیم، ادخال، داینینی که حقوق آنها مقید است حتمی شمرده می شود. ادخال در لغت به معنی دخیل کردن است. داین اسم فاعل از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی طلبکار و متعهد له است. در اصطلاح حقوق مدنی، در مفهوم محدود داین شخصی است که بر مدیون دین دارد. دین در این مفهوم مترادف با قرض است. اما، در مفهوم وسیع داین شخصی است که بر دیگری تعهد (وجوبه) دارد و به موجب این تعهد مدیون باید اجرای عمل، پرداخت شی و عدم اجرای عمل را به نفع داین بر عهده بگیرد. طبق نص این ماده ادخال داینین صرف در تقسیم قضایی قبل از تقسیم ضروری است نه تقسیم رضایی فرق نمی کند که داین شریک، داین شخص و یا داین حق مقید باشد، مانند اینکه بر مال مشاع حق رهن، امتیاز و اختصاص داشته باشد.

بنابراین، در تقسیم قضایی شرط است که داینین در دعوی تقسیم دخیل و جهت حفظ مصالح شان از جریان تقسیم نظارت نمایند. زیرا، در صورت عدم تداخل آنها در دعوی تقسیم ممکن است شرکاء حصه یکی از شریک را کمتر از آنچه است بیان نمایند و به این ترتیب ضمان داین را تقلیل بخشند، و یا حصه یکی از شرکاء را مال منقول تعیین نمایند و امثال اینها. روی همین دلیل، ق. م ادخال داینین را در تقسیم قضایی شرط دانسته است.^{۱۷۴} به حیث مثال، اگر احمد و محمود بخواهند اموال ایشان از طریق محکمه تقسیم شود و جمشید و ویس بر این اموال حق اختصاص و رهن داشته باشند، محکمه مکلف است جمشید و ویس را در دعوی تقسیم دخیل نماید.

دوم این که ادخال داینینی که در تقسیم عین یعنی مال یا فروش آن به طور مزایده اعتراض داشته باشند، ضروری است. مزایده از ریشه «زود» گرفته شده است که در لغت به معنی بر یکدیگر افزودن، افزودگی دوجانبه و حراج است. در اصطلاح حقوق مدنی، مزایده فروش چیزی به گونه ای حراج است به نحوی که هر کس بهایی بیشتر پرداخت کند، میبوه از آن باشد.^{۱۷۵} اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است. در اصطلاح حقوقی اعتراض عبارت است از متعرض شدن به احکام و قرارهای قضایی.^{۱۷۶} به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی تقسیم اموال را اقامه نماید اما اموال به گونه که بحث آن در بالا گذشت غیرقابل تقسیم باشد و محکمه بخواهد اموال را از طریق مزایده به فروش برساند، محکمه مکلف است داینین احمد و محمود را که در خصوص فروش اموال از طریق مزایده اعتراض داشته باشند، در دعوی

۱۷۴. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۸)، صص ۹۳۳-۹۳۷.
 ۱۷۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸.
 ۱۷۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۵۳.

دخیل نماید. ضمانت اجرای این دو قاعده در نص ماده ۱۹۶۸ ق. م پیش بینی شده است. بنابراین، اگر قاضی داینین شرکا را در تقسیم دخیل ننماید، تقسیم در خصوص آنها نافذ نیست. به حیث مثال، اگر مال احمد و محمود تقسیم شود و قاضی داینین را در دعوی تقسیم دخیل ننماید، تقسیم در خصوص داینین نافذ نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق های داینین در دعوی تقسیم است.

۴- اینکه بر مقسوم ضرر وارد نشود: شرط دیگر تقسیم قضایی عدم ضرر به مقسوم است. زیرا، اگر قسمت متضمن ضرر باشد، منفعت مطلوب از آن حاصل نمی شود که این امر با توجه به طبیعت و ماهیت اموال متفاوت است: اگر مال مشترک از اموالی باشد که در تجزیه آن هیچ ضرری به بار نیاید، بلکه متضمن نفع برای هر دو شریک باشد، مانند: مکیل، موزون و عددیات متقاربه در این صورت قسمت تفریق، به صورت جبری جایز است و بنابراین قاضی می تواند شخص ممتنع را اجبار به پذیرش این امر نماید. اما، اگر قسمت متضمن ضرر باشد یعنی به هر یک از شریکین ضرر برساند، تقسیم به اجبار آن مال روا نیست.

بنابراین، اگر کسی بخواهد انگشتی طلائی، یک دست لباس، یک رأس گاو، گوسفند و... را تقسیم کند، چنین تقسیمی صحیح نیست. اما، اگر قسمت تنها برای یک طرف از شرکاء زبان داشته باشد و برای طرف دیگر هیچ گونه ضرر نداشته باشد، مانند: زمینی که در میان دو کس مشترک است، در این صورت تقاضای تقسیم اجباری و الزام شخص ممتنع به پذیرش آن جایز است.^{۱۷۷}

۵- عادلانه بودن تقسیم: طبق ماده ۱۹۵۸ ق. م: «حقوق مشترکه متقاسمین بر اعیان تحت قسمت هنگام تقسیم رعایت می شود.» اگرچه در این ماده به صراحت ذکر نگردیده است که تقسیم قضایی باید عادلانه باشد، اما به نظر می رسد منظور از رعایت حقوق مشترک متقاسمین، رعایت عدالت در تقسیم است. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق است. مشترکه در لغت به معنی مشاع است. متقاسمین کسانی اند که مال برای آنها تقسیم می شود. اعیان جمع عین است. طبق نص این ماده شرط تقسیم عادلانه بودن آن است. به موجب فقه شرط دیگری که در تقسیم قضایی باید رعایت گردد این است که تقسیم باید عادلانه صورت پذیرد.^{۱۷۸}

ماده ۱۱۲۷ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «تقسیم باید عادلانه صورت بگیرد [...]». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۵۸ ق. م پیش بینی یکی از شرایط تقسیم قضایی است.

۴) فرق میان تقسیم قضایی و رضایی: تقسیم قضایی و رضایی هر دو تقسیم است و موجب افراز حصص شرکاء می گردد. اما، فرق هایی که میان تقسیم رضایی و قضایی وجود دارد قرار ذیل است:

۱- طبق ماده ۱۹۶۱ ق. م در تقسیم رضایی خیار شرط، خیار رویت و خیار عیب، طبق موافقه طرفین و احکام قانون تطبیق می گردد که تفصیل آن گذشت. اما، در تقسیم قضایی خیار شرط، رویت و عیب تطبیق نمی گردد؛

۱۷۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۷۴۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۵۳۸ و ۱۵۳۹.

۱۷۸. محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجلة الاحکام، مترجمان: امان الله موج سمگانی و عبدالواحد نهضت، قسمت دوم: شرکت ها، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۱۱۲؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۷۴۸.

۲- در تقسیم رضایی عادلانه بودن شرط نیست. زیرا، تقسیم رضایی براساس رضایت شرکاء صورت می پذیرد و هر کس حق دارد از بخش از مال خویش به نفع دیگری در گذرد.^{۱۷۹} اما، در تقسیم قضایی رعایت عدالت شرط است؛ و

۳- تقسیم رضایی به اساس رضایت همه همه شرکاء توسط خود شان صورت می گیرد، ولی تقسیم قضایی به اساس مطالبه یکی یا بعضی از شرکاء در صورت عدم توافق آنها توسط قاضی محکمه ذیصلاح صورت می گیرد.

ج) دسته بندی تقسیم به اعتبار وحدت و تعدد محل تقسیم

براساس ماده ۱۹۵۹ ق. م: «تقسیم به دو شکل صورت می گیرد: یکی به جمع حصه مشاع در هر فرد از افراد مال اعیان مشترك که تقسیم جمع یاد می شود و دیگری به تعیین حصص مشاع در يك عين مشترك که تقسیم تفریق نامیده می شود.» طبق نص این ماده تقسیم به دو شکل است. تقسیم جمع و تقسیم تفریق. تقسیم جمع، عبارت از جمع حصه مشاع در هر فرد از افراد مال مشترك عبارت «اعیان» که جمع عین است در نص این ماده زاید به نظر می رسد. حصه در لغت به معنی سهم است. تعریف مشاع در مبحث ملکیت مشاع گذشت. مشترك در لغت به معنی دارای شریک و شریک دار است. در اصطلاح حقوقی، مشترك عبارت از چیزی است که در آن چند نفر سهم داشته باشند و همه از آن بهره بگیرند.^{۱۸۰} هم فهم این تعریف بسیار مشکل به نظر می رسد و هم ارایه مثال عملی برای این تعریف. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «حصصی را که وارثان در زمین و باغ دارند در یکی از آنها برایش جمع گردیده، مجموع حصه خود را از یک جنس اخذ نمایند، این تقسیم را تقسیم جمع می گویند.»^{۱۸۱} این مثال قابل فهم به نظر نمی رسد.

تقسیم تفریق تعیین حصص مشاع در يك عين مشترك است. فهم این تعریف از یک طرف و ارایه مثال عملی برای این ماده از طرف دیگر بسیار مشکل است. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «حصه وارث در دار علیحده و در زمین علیحده تعیین گردد، این تقسیم را تقسیم تفریق می گویند.»^{۱۸۲} این مثال قابل فهم به نظر نمی رسد. نص ماده ۱۹۵۹ ق. م از فقه حنفی گرفته شده است. طبق فقه حنفیه ملک مشاع به اعتبار تعدد و وحدت محل به تقسیم جمع و تفریق منقسم می شود.^{۱۸۳} ماده ۱۱۱۵ مجلة الاحکام در مورد این تقسیم می گوید: «قسمت بر دو نوع است: قسمت جمع و قسمت تفریق [...]».

قسمت تفریق که در فقه قسمت فرد نیز یاد می شود، عبارت از قسمتی است که در آن برای هر شریک حصه جزئی از مال مشترك تخصیص داده می شود، مانند: تقسیم یک خانه بزرگ در میان دو یا چند کس، چنانکه نصف و یا ثلث آن خانه به یکی از شرکاء اختصاص یابد. قسمت جمع عبارت از قسمتی است که حصص شایعه در هر فرد از افراد اعیان مشترك که در اقسام آن جمع باشد. ماده ۱۱۱۵ مجلة الاحکام در تعریف قسمت جمع می گوید: «قسمت بر دو نوع است: قسمت جمع و قسمت تفریق. قسمت جمع آن است که حصص شایعه

۱۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی. جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر. صص ۱۵۳۴ و ۱۵۳۵.

180. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 21/ 5/ 2016).

۱۸۱. یادگار راجی سمگانی (۱۳۹۰). تشریح و توضیح قانون مدنی. جلد چهارم (____)، ص ۲۱.

۱۸۲. همان، یادگار راجی سمگانی، جلد (۴)، ص ۲۲.

۱۸۳. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۲۱۱-۲۲۵.

در هر فرد از افراد اعیان مشترکه در اقسام آن جمع باشد، مثل: سی گوسفند که بین سه نفر ده، ده مشترک باشد، در صورت تقسیم برای هر یک ده رأس گوسفند می رسد[...]^{۱۸۴}.

(د) دسته بندی تقسیم به اعتبار حاجت به تقویم و عدم آن

طبق فقه تقسیم به اعتبار حاجت به تقویم و عدم آن به تقسیم به افراز، تعدیل، رد و فروش مال مشاع و تقسیم ثمن میان شرکاء منقسم می گردد^{۱۸۵} (مواد ۱۱۱۵ الی ۱۱۱۶ مجلة الاحکام).

(۱) تقسیم به افراز: افراز به معنی جدا نمودن یک بخش شی از مقدار یا بخش دیگر آن است.^{۱۸۶} تقسیم افراز در فقه به نام تقسیم اجزاء و تقسیم مشابهاً نیز نامیده می شود که در اموال مثلی صورت می پذیرد. این تقسیم زمانی که حاجت به تقویم یا قیمت گذاری مقسوم نباشد، صورت می پذیرد. زیرا، افراز عبارت از جدا نمودن حق هر یک از شرکاء از مال مشاع است از طریق ذرع در اموالی ذرعی، عدد در اموال عددی، کیل در اموال کیلی و وزن در اموال وزنی.^{۱۸۷}

(۲) قسمت تعدیل: تعدیل به معنی دو چیز را به هم برابر کردن است.^{۱۸۸} تقسیم تعدیل طوری است که نصیب های مختلف با قیمت تعدیل شوند تا مساوات و برابری در میان شرکاء تحقق پیدا کند. به عنوان مثال، اگر مال مشترک قطعه زمین باشد و قیمت اجزای آن به به سبب قوت انبات (رو یاندگی) و یا نزدیکی به آب و امثال اینها متفاوت باشد و یا جنسی که در اجزای مختلف آن قرار دارد، متفاوت باشند مثلاً بخش از آن نخلستان و در بخش دیگری آن تاک انگور باشد، اگر آن قسمت از زمین که در بین دو شریک مشترک باشد، و قیمت یک سوم از آن با دو سوم دیگر برابر باشد، در این صورت، باید ثلث را یک سهم و دو سوم دیگر را یک سهم و سپس قرعه کشی نمود تا میان سهام تعادل ایجاد گردد.^{۱۸۹}

(۳) تقسیم رد: قسمت رد نیز زمانی صورت می گیرد که حصه ها معادل همدیگر نباشند و از روی اضطرار به حالتی قبلی گذاشته شوند و شریکی که حصه زاید را می گیرد، قیمت آن را به شریک دیگر رد نماید. بنابراین، قسمت رد عبارت از قسمتی است که به موجب آن شی را دو قسمت می نمایند به نحوی که یکی با دیگری از نظر قیمت تفاوت داشته باشند و جهت رعایت عدالت طرفی که حصه پر بها تر را اخذ نموده است، قیمت آنچه را که زاید است به شریک دیگر پرداخت نماید. به عنوان مثال، اگر زمینی طور مناصفه میان دو نفر مشترک باشد، و در یک قسمت این زمین چاه و درخت وجود داشته باشد و بعد از تقسیم درخت و چاه مربوط یکی از شرکاء

۱۸۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۷۳۷؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، صص ۲۲۵ و ۲۲۶.

۱۸۵. همان، ____، جلد (۳۳)، ص ۲۱۱.

۱۸۶. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۷۲.

۱۸۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۷۳۹؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، صص ۲۱۱ و ۲۱۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۵؛ و محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۵۰۸۷.

۱۸۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۴۰۳.

۱۸۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۷۳۹ و ۴۷۱۰؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۲۱۲.

شود، شریکی که چاه و درخت شامل حصه وی شده است، باید نصف قیمت چاه و درخت را به شریک دیگر پرداخت نماید.^{۱۹۰}

گفتار سوم) آثار

طبق ق. م دو اثر مهم بر تقسیم مال مشاع مرتب می گردد: افراز یا جدا شدن مال مشاع (الف) و عدم تعرض یکی از شرکاء بر حصه دیگر و پرداخت ضمان در صورت استحقاق (ب):

الف) مفروضه گردیدن مال مشاع

طبق ماده ۱۹۷۰ ق. م: «متقاسم از ملکیت مال مشاع، مالک حصه شناخته می شود که در تقسیم به او تعلق گرفته و در حصص باقیمانده مالک چیزی نمی باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) در ثر تقسیم، سهم یا حصه هر شریک از حصه سایر شرکاء جدا، معلوم و معین می گردد و پس از قسمت هر کدام از شرکاء مالک مستقل و منفرد حصه خویش می گردند و مالکان نسبت به حصه همدیگر سهم نمی داشته باشند. در نتیجه، مالکیت هر شریک پس از قسمت مطلق می شود و قید شراکت از آن برداشته می شود و مالک می تواند به صورت مستقل در آن تصرف مالکانه، مانند: خرید و فرش، اجاره، هبه، وصیت و ... به عمل آورد.^{۱۹۱} تعریف مشاع، تقاسم و حصه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و محمود دو صد جریب زمین مشترک را تقسیم نمایند هر یک مالک صد جریب زمین می شود و هیچ یک در حصه دیگری مالک چیزی نیست.

۲) هر شریک بعد از تقسیم ملکیت مشترک، حقی در حصص شریک دیگر ندارد. حصه در لغت به معنی سهم است که جمع آن حصص است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود دو صد جریب زمین مشترک را تقسیم نمایند هر یک مالک صد جریب زمین می شود و هیچ یک در حصه دیگری مالک چیزی نیست.

همچنین، طبق ماده ۱۹۶۲ ق. م: «هرگاه یکی از شرکاء در ملک مشترک بدون اجازه باقی شرکاء برای خود تعمیری بسازد و در تقسیم به حصه دیگری اصابت کند به انهدام آن مکلف می شود.» طبق نص این ماده هرگاه یکی از شرکاء در ملک مشترک بدون اجازه باقی شرکاء برای خود تعمیری بسازد و در تقسیم به حصه دیگری اصابت کند به انهدام آن مکلف می شود. به حیث مثال، اگر سه بسوه زمین میان احمد، محمود و حمیده مشترک باشد و احمد بدون اجازه حمیده و محمود در آن تعمیر آباد نماید و در صورت تقسیم سه جریب زمین متعلق به حمیده شود، احمد مکلف به از بین بردن تعمیر می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم احداث تعمیر در ملک مشترک بدون اجازه شرکا و مورد حمایت قرار دادن حق شرکاء در برابر شریک متجاوز است.

ب) ضمان استحقاق و تعرض

تفصیل احکام عمومی ضمان استحقاق و تعرض در جلد دوم حقوق وجایب این دور از شرح ق. م در مبحث عقد بیع گذشت. این احکام به طور کلی بر تقسیم اموال هم قابل تطبیق. اما، در این مبحث حکم خاص ضمان استحقاق و تعرض در تقسیم ملکیت را مورد بحث قرار می دهیم. طبق ماده ۱۹۷۱ ق. م: «متقاسمان در برابر یکدیگر از تعرض یا استحقاق که بنا به سبب قبل از تقسیم واقع شود، ضامن می باشند. هر یک آنها به تناسب

۱۹۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۷۴۰؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، صص ۲۱۲ و ۲۱۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۵.
۱۹۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۷۶۵.

حصه خود به اعتبار قیمت روز تقسیم مال به تادیه تعویض به مستحق ضمان مکلف می باشد. اگر یکی از متقاسمان نادر باشد، مقدار ضمان که بر او لازم است بر تمام متقاسمان دارنده و مستحق ضمان، توزیع می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

(۱) هر یک از شرکا یا متقاسمان در برابر همدیگر از تعرض و استحقاق قبل از تقسیم ضامن اند. متقاسمان جمع متقاسم است. تعریف متقاسم گذشت. تعرض که از ریشه «عرض» گرفته شده است که به معنای طلب و مزاحمت کردن است.^{۱۹۲} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق اساسی، تعرض عبارت از ایجاد مزاحمت کردن برای دیگران است. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شده است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها استحقاق گویند.^{۱۹۳} تعریف ضامن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده در صد جریب زمین شریک باشند و زمین میان آنها تقسیم شود در اثر تقسیم حصه احمد و حمیده به وی تعلق می گیرد و احمد و حمیده حق ندارند، بر حصه همدیگر تعرض نمایند، مانند اینکه: احمد حصه حمیده را به فروش رساند و یا مبادرت به عملی ورزد که مانع انتفاع حمیده از حصه وی گردد.

همچنین، تقسیم کنندگان ملکیت در صورتی ملکیت توسط شخص سوم به استحقاق برده شود، در برابر همدیگر ضامن اند. بنابراین، در صورت اقامه دعوی استحقاق توسط شخص ثالث، شریک مکلف است در اثر درخواست شریک دیگر به نیابت و یا به نفع شریک در دعوی مداخله نموده و به دفع دعوی بپردازد. در صورت دعوی استحقاق، شریک یا قادر بر محکوم له شناخته می شود و یا محکوم علیه. در صورت قادر شدن بر دفع دعوی استحقاق مشکل شریک دیگر حل گردیده و شریک مالک حصه تقسیم شده شناخته می شود. اما، در صورت عدم قادر شدن شریک بر دفع و صادر شدن فیصله به نفع شخص ثالث، شریک مکلف است که ضمان استحقاق را به شریک دیگر بپردازد. جهت تحقق ضمان تعرض و استحقاق در تقسیم وجود چهار شرط ضروری است:

نخست- وقوع تعرض و استحقاق: شرط اول تحقق تعرض و استحقاق وقوع فعلی تعرض توسط خود شریک و یا شخص ثالث است. بنابراین، اگر شریک یا شخص ثالث شریک دیگر را مبنی بر تعرض اخطار دهد، ضمان تعرض و استحقاق تحقق نمی پذیرد؛

دوم- وجود سبب استحقاق قبل از تقسیم: شرط دوم تحقق ضمان تعرض و استحقاق این است که حقی را که شخص ثالث بر حصه یکی از شرکاء ادعاء می نماید، قبل از تقسیم باشد. بنابراین، اگر حق بعد از تقسیم باشد، شریک نمی تواند مطالبه ضمان تعرض و استحقاق را نماید، مانند اینکه: حصه ملک مشاع بعد از تقسیم جهت تحقق منافع عامه استملاک گردد. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده در صد جریب زمین شریک باشند و زمین میان آنها تقسیم شود و سپس جمشید در خصوص حصه احمد یا حمیده دعوی استحقاق را در محکمه ذیصلاح اقامه نماید، احمد ضامن دفاع از سهم حمیده و حمیده ضامن دفاع از سهم احمد است.

سوم- عدم ارتباط استحقاق به خطاء قاسم: طبق ماده ۱۹۷۲ فقره دوم ق.م: «تضمین در حالات آتی مورد ندارد: (۲) استحقاق به خطاء شخص متقاسم راجع باشد». طبق نص این ماده شرط سوم مطالبه

۱۹۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۴.

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

ضمان تعرض و استحقاق این است که استحقاق حصه مفروزه ناشی از خطای خود قاسم نباشد، مانند اینکه: شخص ثالث بر علیه حصه مفروزه یکی از شرکاء اقامه دعوی استحقاق نماید و خود شریک بدون اینکه سایر شرکاء را در دعوی استحقاق داخل نماید، به دفع دعوی پردازد و محکوم علیه شناخته شود. در این فرض، مال مشاع در اثر خطای متقاسم یا شریک توسط شخص ثالث به استحقاق برده شده است. خطا مترادف اشتباه است.

چهارم- عدم وجود شرط صریح که موجب نفی جبران خسارت شرکاء گردد: طبق ماده ۱۹۷۲ فقره اول ق.م: «تضمین در حالات آتی مورد ندارد: ۱) اگر به موجب موافقه صریح بنابر موجهه خاصی که ضمان از آن نشأت گرفته تضمین عفو شده باشد.» طبق نص این ماده شرط چهارم تحقق ضمان تعرض و استحقاق در تقسیم عدم وجود شرطی که موجب نفی ضمان شرکاء گردد است، مانند اینکه: شرکاء شرط نمایند که در صورت مستحق للغير دانسته شدن حصه هر یک از شرکاء، شرکای دیگر مسؤولیت ندارند. 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.^{۱۹۴} در حقوق مدنی افغانستان ضمان مترادف جبران خسارت است.

هنگامی که غیر بر حصه متقاسم به نحوی که تفصیل آن گذشت، تعرض نماید، لازم است تا متقاسم سایر متقاسمین ضامنین را در دعوی داخل نماید. متقاسم می تواند در یکی از حالات ذیل بر متقاسمین ضامنین در صورتی حصه وی به استحقاق برده شود، رجوع و تعویض را مطالبه نماید:

۱- هنگامی که شریک شرکای ضامن دیگر را مبنی بر مداخله در دعوی استحقاق آگاه نموده باشد و متقاسمین ضامن نیز در دعوی استحقاق مداخله نموده باشد، اما محکوم علیه قرار گرفته باشد؛
۲- هنگامی که متقاسم شرکای ضامن را مبنی بر مداخله در دعوی استحقاق آگاه نموده باشد و شرکای ضامن در دعوی استحقاق مداخله ننموده باشند؛

۳- هنگامی که شریک شرکای ضامن را مبنی بر مداخله در دعوی استحقاق آگاه نموده باشد و شرکاء در دعوی استحقاق مداخله ننموده باشند و شریک به نفع شخص ثالث اقرار نموده و یا با وی صلح نموده باشد. در چنین حالات شریک می تواند بر سایر شرکاء ضامن مراجعه و پرداخت ضمان استحقاق را مطالبه نماید.

(۲) بند دوم نص ماده ۱۹۷۱ ق.م که می گوید: «هر يك آنها به تناسب حصه خود به اعتبار قیمت روز تقسیم مال به تادیه تعویض به مستحق ضمان مکلف می باشد» مبهم به نظر می رسد. تعویض در لغت به معنی بدل است. به نظر می رسد تعویض در نص این ماده در مفهوم جبران خسارت استعمال شده است.

به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که در صورت به استحقاق برده شدن مال مشاع توسط شخص سوم، هر شریک متناسب به حصه خود به نحوی که تفصیل آن گذشت، در برابر شخص ثالث ضامن است. به نظر می رسد منظور از «مستحق ضمان» شخص ثالث است. معیار پرداخت تعویض نیز قیمت روز تقسیم است.^{۱۹۵} به حیث مثال، اگر احمد و محمود در دو صد جریب زمین و دو صد گاو شریک باشند و زمین ها و گاو ها را میان خویش تقسیم نمایند و جمشید در خصوص زمین ها و گاو ها اقامه دعوی نماید و محکمه حکم نماید

۱۹۴. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۹-۳۲.
۱۹۵. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر.ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۷۱-۹۸۵.

که احمد و محمود زمین ها و گاو ها را تسلیم جمشید نمایند، احمد و محمود هر یک مکلف اند صد جریب زمین و صد گاو را تسلیم جمشید نمایند.

۳) اگر یکی از متقاسمان نادر باشد، مقدار ضمان که بر او لازم است بر تمام متقاسمان دارنده و مستحق ضمان، توزیع می گردد. به حیث مثال، اگر سه صد جریب زمین و سه صد رأس گاو میان احمد، محمود و حمیده تقسیم شود و سپس حمیده در خصوص زمین ها و گاو ها اقامه دعوی نماید و با ارایه وسایل اثبات در محکمه ثابت نماید که زمین ها و گاو ها از آن حمیده است، احمد، محمود و حمیده مکلف اند هر یک صد جریب زمین و صد رأس گاو را تسلیم حمیده نمایند. در صورتی حمیده فقیر بوده باشد و زمین ها و گاو ها را فروخته باشد و پول آن را صرف مصارف روزمره خویش نموده باشد، احمد و محمود مکلف اند هر یک پنجاه جریب زمین و پنجاه گاو به حمیده بدهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ضمان تعرض و استحقاق است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پیش شماره (۱۱۸): عبارت ماده (۱۹۷۲) مغلق بوده مثال عملی و تطبیقی آن داده شود.

توضیح: تقسیم کننده گان از تعرض و استحقاق به علت که به قبل از تقسیم راجع است ضامن پنداشته می شود چنانچه ماده (۱۹۷۱) آن را تأیید می نماید. در قسمت بند های اول و دوم ماده (۱۹۷۲) قانون مدنی می توان مثال آورد که:

الف - یکی از متقاسمان به دیگری تعهد و موافقه می نماید که همین قسمت معین مال مشترک را به من بدهید و اگر بالای آن کسی دعوی کند و به استحقاق ببرد تضمین از شما عفو است. در این صورت اگر سهم متعهد به استحقاق برده شود متقاسم دیگر ضامن نیست.

ب - متقاسم که یک حصه از زمین مشترک را می گیرد و بالای او کسی دعوی استحقاق نماید و تنها شخصی متقاسم بدون مداخله متقاسمین دیگر به دفاع پرداخته و در تمسک خود به دفع که ادعای مدعی را رد می کند اهمال نموده باشد.^{۱۹۶}

گفتار چهارم) نقض تقسیم

قسمت با اقاله طرفین که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت نقض می گردد. ماده ۱۱۵۹ مجله الاحکام در مورد اقاله تقسیم تصریح می نماید که: «اگر صاحبان حصص بعد از انجام قسمت به رضای خود قسمت را اقاله و فسخ نمایند می توانند که مانند سابق مال مقسوم را بین خود مشترک گردانند.» باوجوداین، به نظر احناف در پنج حالات ذیل نقض تقسیم ضروری است:

الف) ظهور غبن فاحش در حصه یکی از شرکاء در تقسیم قضایی

براساس ماده ۱۱۶۰ مجله الاحکام: «هرگاه در تقسیم غبن فاحش ظاهر شود، تقسیم مذکور فسخ شده و بار دیگر قسمت طور عادلانه صورت می گیرد.» اگر قسمت قضایی باشد، چون تصرف قاضی مقید به عدل است با ظهور غبن فاحش عدم عدالت آشکار می شود. همچنین، اگر در قسمت رضایی غبن فاحش ظاهر شود،

۱۹۶. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۴۶ و ۵۴۷.

قسمت نقض می گردد. زیرا، شرط جواز قسمت رضایی معادله است که با ظهور غبن فاحش منتفی می شود. بنابراین، نقض قسمت لازم می گردد.^{۱۹۷} تعریف غبن فاحش در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

ب) وجود دین در ترکه متوفی

براساس ماده ۱۹۶۹ ق. م که ترجمه ماده ۱۱۶۱ مجلة الاحکام است: «هرگاه علیه میت بعد از تقسیم متروکه او دین ظاهر شود، فسخ تقسیم جواز دارد، مگر اینکه ورثه دین را تأدیه یا داین از دین خود به ورثه ابراء نماید و یا از میت مال دیگری غیر از مال تقسیم شده باقیمانده باشد که دین را تکافو نماید.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد.

طبق نص این ماده اصل این است که هرگاه علیه میت بعد از تقسیم متروکه او دین ظاهر شود، فسخ تقسیم جواز دارد. میت در لغت به معنی کسی است که دنیای فانی را ترک کرده و در گذشته است و آن را متوفی نیز می گویند. در اصطلاح حقوقی میت (باسکون یا) به کسی گفته می شود که فوت کرده است و به جهان آخرت رهسپار شده است. متروکه عبارت از اموالی است انسان پشت سر خودش بعد از مرگ به جای می گذارد.

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و از خود پول نقد در بانک، خانه، زمین، وسایل خانه و نظیر اینها به جا گذارد و این اموال میان ورثه احمد تقسیم شود، اما سپس محمود داین احمد ثابت نماید که بر احمد قرض دارد، این تقسیم باید فسخ گردد. استثنای این اصل این است که:

۱) ورثه دین را تأدیه نمایند. به حیث مثال، در مثال بالا، ورثه احمد دین محمود را از پول خویش تأدیه یا پرداخت نماید. در این صورت، تقسیم می تواند فسخ نگردد زیرا نیاز به آن نیست.

۲) داین از دین خود به ورثه ابراء دهد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود از دریافت دین احمد را ابراء دهد، تقسیم می تواند فسخ نگردد زیرا دین داین در اثر ابراء ساقط می شود و نیازی به فسخ تقسیم نیست.

۳) از میت مال دیگری غیر از مال تقسیم شده باقیمانده باشد که دین را تکافو نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و از خود پول نقد در بانک، خانه، زمین، وسایل خانه و نظیر اینها به جا گذارد و ورثه احمد خان، زمین و وسایل خانه را تقسیم نمایند اما پولی را که احمد در بانک گذاشته است هنوز تقسیم نکرده باشند اما سپس محمود داین احمد ثابت نماید که بر احمد قرض دارد، این تقسیم باید فسخ گردد. اما، در صورتی که ورثه احمد از پولی که در بانک وجود دارد و هنوز میان آنها تقسیم نشده است دین محمود را پرداخت نمایند، عدم فسخ تقسیم جواز دارد. زیرا، ورثه می توانند از پول نقد دین محمود را پرداخت نمایند.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فسخ تقسیم و استثناهای آن است. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. به موجب ماده ۱۱۶۱ مجلة الاحکام: «اگر بعد از تقسیم متروکه کدام دینی به ذمه متوفی ظاهر شود تقسیم فسخ می شود مگر اینکه ورثه دین را اداء نماید یا داینین از آن ابراء دهند یا مال دیگری از متوفی باقی مانده باشد که پرداخت دین را تکافو نماید که در چنین حالات تقسیم باطل نمی گردد.»

طبق نصوص این مواد هرگاه بعد از فوت مؤثر ورثه ترکه را به صورت رضایی تقسیم نمایند و بعد از تقسیم بر ذمه متوفی دین ظاهر گردد و داینین مطالبه پرداخت دین را نمایند، ورثه مکلف هستند تقسیم را فسخ و دین

۱۹۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۷۶۷؛ و محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجلة الاحکام، مترجمان: امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، قسمت دوم: شرکت ها، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۱۸۵.

مؤرث را از متروکه ایفاء نمایند. هرگاه ورثه بعد از فوت مؤرث از محکمه تقسیم ترکه را مطالبه نمایند و قاضی بداند که بر ذمه متوفی دیونی وجود دارد، ولی داین غایب است. در چنین مورد، قاضی باید مقدار دینی را که بر ذمه متوفی ثابت است از ترکه جدا نماید و یا از ورثه مبنی بر پرداخت دین به داین تضمین اخذ نماید. ولی، هرگاه قاضی نداند که متوفی مدیون است یا خیر، باید از ورثه مبنی بر مدیون بودن و عدم مدیون بودن متوفی سؤال نماید. در صورتی که ورثه به عدم مدیون بودن متوفی اقرار نمایند، بازهم قاضی باید نسبت به وصیت متوفی سؤال نماید. پس، در صورتی که ورثه به عدم وصیت مؤرث اقرار نمایند، قاضی باید متروکه را بین ورثه تقسیم نماید. هرگاه بعد از تقسیم قضایی دینی بر ذمه مؤرث ثابت گردد قاضی باید تقسیم مذکور را نقض نماید. ولی، در صورتی که ورثه دین متوفی را بپردازد و یا داینین از استیفاء دین ابراء نمایند، تقسیم مذکور نافذ می باشد.^{۱۹۸}

ج) ظهور وارث دیگر و موصی له در قسمت رضایی

هنگامی که قسمت رضایی تمام شود، و سپس وارث دیگر و یا موصی ظاهر گردد، قسمت رضایی نقض می گردد. زیرا، وارث و موصی له شریک ورثه پنداشته می شوند. اما، اگر بعد از تمام شدن قسمت قضایی وارث دیگر و یا موصی له ظاهر شود، چنین قسمتی قابل نقض نیست.^{۱۹۹}

د) وقوع اشتباه در مال مقسوم و به استحقاق برده شدن مال

اگر یکی از شرکاء بعد از تقسیم ادعاء نماید که چیزی از نصیب او اشتهاً در ید شریک او واقع شده است و به استیفاء حق خویش اقرار نموده باشد و یا شاهد گرفته باشد، ادعای وی تصدیق نگردد، مگر با ارایه بینه (اقرار خصم) زیرا وی ادعای فسخ تقسیم را بعد از وقوع آن می نماید و ادعای وی نباید تصدیق گردد مگر با حجت. اما، اگر بینه ارایه ننماید، شرکاء باید سوگند اداء نمایند. اگر یکی از شرکاء از ادای سوگند نکول نماید (امتناع ورزد) حصه وی با حصه مدعی یکجا شود و سپس میان آنها به برحسب حصص آنها تقسیم شود. زیرا، نکول علیه وی حجت تلقی می شود. به موجب فقه اگر در مال مستحق؛ یعنی: شریک دیگر ظاهر شود، تقسیم فسخ می گردد.^{۲۰۰}

مبحث هفتم) تقسیم منافع (مهایات)

آنچه گفته شد، در باره تقسیم اعیان بود. بنابراین، تقسیم منافع اعیان که در فقه به نام مهایات و در حقوق به نام تقسیم مؤقت نیز یاد شده است، تابع احکام جداگانه ای است. زیرا، گاهی ممکن است منافع اعیان به صورت جداگانه تقسیم شود. مهایات استحساناً جایز است، اما از نظر قیاس به نظر فقهای حنفیه جایز نیست. زیرا، در مهایات منفعت به جنس خود مبادله می شود به این ترتیب که: هر یک از شرکاء به عوض انتفاع که شریک دیگر در نوبت خود از ملک مشترک قابل انتفاع حاصل می کند، در نوبت خود از ملک شریک انتفاع می گیرد. اما، قیاس در این مورد به سبب عمل به کتاب و سنت متروک می گردد. زیرا، مشروعیت مهایات بر مبنای قرآن و سنت ثابت است. بنابراین، تقسیم مهایات زمانی به سبب نیاز مردم جایز است. در مورد جواز تقسیم مهایات فقهاء به آن آیه از قرآن کریم استناد می نمایند که خداوند عزوجل می فرماید:

﴿ قَالَ هَذِهِ نَاقَةُ هَآ شَرِبَ وَ لَكُمْ شَرِبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ - [الشعراء: ۱۵۵ / ۲۶]

۱۹۸. همان، محمد خالد اتاسی، صص ۱۸۷ - ۱۸۹.

۱۹۹. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۷۶۶.

۲۰۰. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۸)، صص ۴۷۶۵ - ۴۷۷۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی،

جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۴۱.

«گفت این ماده شتری است که نوبتی از آب او راست و روزی معین نوبت آب شماست.»
 در این آیه استفاده از چشمه آب میان آنان تقسیم شده و اجماع امت نیز بر جواز آن تعلق گرفته است.
 همچنین مشروعیت مهابیات بر مبنای سنت ثابت است. زیرا:
 «أنه ﷺ قسم فی غزوة بدر کل بعیر من الأربعة السبعین بین ثلاثة نفر، وکانو يتعاقبون علی رکوبه.»^{۲۰۱}
 «پیامبر ﷺ در غزوه بدر هر شتر از هفتاد شتر را میان سه نفر تقسیم نمود و هر یک از رکوب آن به نوبت استفاده می کردند.»^{۲۰۲}

جلد چهارم، باب اول، فصل اول، قسمت پنجم، مواد ۱۹۷۴-۱۹۷۷ ق. م احکام معین را در باره تقسیم منافع وضع نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م و فقه اقتباس کرده اند. مهابیات از هیئت گرفته شده است که به معنی حالت آشکارا فراهم آمده برای چیزی است. ق. م مهابیات را تعریف نموده است. اما، در اصطلاح فقهی ماده ۱۱۷۴ مجله الاحکام در تعریف مهابیات می گوید که: «مهابیات عبارت از تقسیم منافع است.» پس، محل مهابیات منافع اعیان مشترکی است که امکان انتفاع از آن با بقای عین آن وجود داشته باشد.^{۲۰۳} طبق ماده ۱۹۷۴ ق. م: «تقسیم منافع یا زمانی می باشد و یا مکانی و هر دوی آن به صورت رضایی یا قضایی انجام می گردد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی انواع تقسیم منافع است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، فقهاء اساساً مهابیات را از حیث رضا و جبر به مهابیات رضایی و جبری و از حیث زمان و مکان به مهابیات زمانی و مکانی تقسیم می نمایند:

گفتار اول) مهابیات رضایی

مهابیات رضایی عبارت از مهابیاتی است که دو شخص مبنی بر کیفیت انتفاع از شی مشترک به طریق تعاقب و تناوب زمانی و مکانی به توافق برسند. چنین تقسیم به اتفاق نظر همه فقهاء جایز است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود مالک یک عراده موتر باشند، به حیث مثال آن را از پدر خویش به ارث برده باشند، احمد و محمود می توانند توافق نمایند که شش ماه احمد و شش ماه محمود از موتر نفع بگیرند.

گفتار دوم) مهابیات قضایی (جبری)

مهابیات قضایی عبارت از مهابیاتی است که بنابر درخواست یکی از طرفین به حکم قاضی صورت پذیرد، به ترتیبی که: قاضی منافع اعیان را جبراً یا از طریق مناوبه زمانی برای مدت معین و یا از طریق انتفاع مکانی میان شرکاء تقسیم نماید. این نوع تقسیم نیز به نظر فقهای حنفیه جهت تحقق عدالت و وجود مصلحت شرکاء جایز است.^{۲۰۴}

۲۰۱. أخرجه أحمد من حديث عبدالله بن مسعود.
 ۲۰۲. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۸)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۷۷۴؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۴۹ و ۲۵۰؛ عبدالحميد محمود طهماز (____). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۵)، باكستان: مكتب حقانيه، ص ۱۵۸.
 ۲۰۳. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۸)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۷۷۵ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۴۹؛ و عبدالحميد محمود طهماز (____). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۵)، باكستان: مكتب حقانيه، ص ۱۵۸.
 ۲۰۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۸)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۷۷۷ و ۴۷۷۸؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۵۱.

ماده ۱۱۸۱ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اگر یکی از شرکاء مهائیات را در اموال و اشیاء مشترکه متعدده طلب نمود و شریک دیگر امتناع ورزید، اگر اعیان مشترکه منفعت متعدده و متفقه داشته باشد، مهائیات جبری است و اگر اموال مذکور منافع مختلف داشته باشد، مهائیات جبری لازم نمی شود، چنانچه دو دربند حویلی مشترک باشد که یکی از شرکاء طلب مهائیات را نماید که در یکی از حویلی ها خودش سکونت کند و به دیگری از شرکاء طلب مهائیات را نماید یا دو حیوان باشد که یکی از شرکاء یکی آن و شریک دیگر از حیوان دیگر اخذ منافع نماید، و شریک دیگر امتناع ورزد، مهائیات در این صورت جبری اجراء می شود. اما، اگر یکی از شرکاء مهائیات را به سکونت خودش، یک حویلی و اجاره دادن حمام را به شریک دیگر یا سکونت یکی از شرکاء به حویلی و زراعت زمین را به دیگری مطالبه کرد، در این صورت، مهائیات به رضای شرکاء جایز است. اگر یکی از شرکاء امتناع ورزید، مهائیات جبراً جاری نمی شود.».

در مورد جواز تقسیم منافع به صورت جبری ق. م از فقه حنفیه پیروی و اقتباس نموده است. ماده ۱۹۷۶ فقره دوم ق. م در این زمینه می گوید: «(۲) اگر یکی از شرکاء در مال غیر قابل قسمت، مطالبه تقسیم منافع نماید و شرکاء دیگر از آن امتناع آورند، تقسیم منافع به صورت جبری صورت می گیرد.» به حیث مثال، اگر احمد و حمیده در یک بسوه زمین شریک باشند و احمد مطالبه تقسیم منافع یک بسوه زمین را از محکمه نماید، اما حمیده از تقسیم سرپیچی نماید، تقسیم منافع به صورت جبری صورت می گیرد. به حیث مثال، محکمه می تواند حکم نماید که برای مدت یک سال از زمین احمد و سال دیگر حمیده نفع بگیرد. در این مثال، یک بسوه زمین غیرقابل قسمت است. زیرا، در صورت تقسیم ارزش و منفعت آن از بین می رود. همچنین است اگر احمد و محمود مالک مالک یک عراده موتر باشند.

گفتار سوم) مهائیات زمانی

براساس ماده ۱۹۷۶ فقره اول ق. م: «(۱) تقسیم منافع زمانی، آن است که شرکاء موافقه نمایند به صورت متناوب از منافع تمام مال مشترك هر يك آن برای مدتی که متناسب حصه او باشد، استفاده نمایند.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف و جواز تقسیم منافع زمانی است. متناوب در لغت به معنی پی در پی، یکی پس از دیگری و به نوبت است.^{۲۰۵} طبق نص این ماده مهائیات زمانی عبارت از مهائیات است که در آن هر یک از شرکاء با تفاوت زمانی از جمیع عین مشترکه در فاصله زمانی معین و برابر و یا به نسبت سهم استفاده کند، مانند اینکه: دو شریک در مورد زراعت زمین مشترکه هر یک برای مدت یک سال، یا سکونت در خانه به صورت متناوب برای یک سال، یا استعمال کتاب برای یک یک هفته موافقت نمایند به ترتیبی که سال اول یکی از شرکاء زمین را زرع نماید و سال دوم شریک دیگر، یا سال اول یکی از شرکاء از سکونت خانه مشترکه استفاده نماید و سال دیگر شریک دیگر یا هفته اول یک شریک از منفعت کتاب استفاده نماید و هفته دیگر شریک دیگر.

ماده ۱۱۷۶ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «مهائیات دو نوع است: اول مهائیات زمانی چنانچه دو نفر باهم تهايو نمایند که زمین مشترکه را یک نفر شان یک سال و شریک دیگر سال دیگر زراعت نماید [...]». در مهائیات زمانی تعیین مدت شرط است. زیرا، تعیین مدت ملاک اندازه انتفاع است و توسط آن مقدار انتفاع از منافع اعیان معلوم می شود.

گفتار چهارم) مهایات مکانی

مهایات مکانی عبارت از مهایاتی است که در آن هر یک از شرکاء به نسبت سهم خویش از بخشی از مال منتفع می شود. بنابراین، در مهایات مکانی انتفاع گرفتن از مال مشترک در زمان واحد صورت می پذیرد مانند اینکه: یک شریک از بخشی و شریک دیگر از بخش دیگر خانه مشترک انتفاع بگیرند.^{۲۰۶}

براساس ماده ۱۹۷۵ ق. م: «در تقسیم منافع مکانی، شرکاء موافقه می نمایند که هر يك آن از جزء معین منفعت مال که با حصه او در مال مشترك مشاع مساوی باشد، استفاده نموده و در مقابل آن از استفاده کردن اجزاء باقیمانده حصه خود به شرکاء دیگر تنازل نماید. مدت این موافقه از پنج سال تجاوز کرده نمی تواند. اگر مدت تعیین نشده باشد، موافقه تا مدت یکسال دوام می کند و در صورتی که قبل از سه ماه از تاریخ ختم سال شريك عدم رضایت خود را به سایر شرکاء ابلاغ ننماید، موافقه برای سال آینده نیز تجدید شده تلقی می گردد. اگر این تقسیم به همین وضع تا مدت پانزده سال دوام کند، تقسیم نهایی شمرده می شود.»

طبق نص این ماده مهایات مکانی شرط است که مدت آن بیشتر از پنج سال نباشد. بنابراین، اگر برحسب توافق شرکاء مدت آن برای مدت بیشتر از پنج سال تعیین شود، این مدت به پنج سال تقلیل می یابد. زیرا، در مهایات مکانی هرچند مال از نظر منفعت مفروز است، اما از نظر رقبه مشترک است و اشتراک تا زمانی که مهایات مکانی قائم است، باقی می ماند و شریک مبنی بر بقای ملکیت به صورت اشاعه اجبار نمی گردد. از همین رو، شرکاء نمی توانند مبنی بر مهایات مکانی برای مدت بیشتر از پنج سال توافق نمایند.

در نتیجه، اگر مدت پنج سال منقضی شود، شرکاء می توانند آن را برای مدت پنج سال تجدید نمایند. اگر مدت تعیین نشده باشد، موافقه تا مدت یکسال دوام می کند و در صورتی که قبل از سه ماه از تاریخ ختم سال شريك عدم رضایت خود را به سایر شرکاء ابلاغ ننماید، موافقه برای سال آینده نیز تجدید شده تلقی می گردد. اگر این تقسیم به همین وضع تا مدت پانزده سال دوام کند، تقسیم نهایی شمرده می شود.

چون تقسیم مهایات زمانی و مکانی تقسیم منافع از حیث زمان و مکان است، از حیث جواز استناد به آن بر علیه غیر، اهلیت متقاسمان، طرق اثبات، و حقوق و تعهدات متقاسمان تابع قواعد عقد اجاره است، مگر اینکه این احکام با احکام عقد اجاره متعارض واقع گردد. زیرا، در تقسیم منافع مکانی، شرکاء موافقه می نمایند که هر يك از آنها از جزء معین منفعت مال که با حصه او در مال مشترك مشاع مساوی باشد، استفاده نموده و در مقابل آن از استفاده کردن اجزاء باقیمانده حصه خود به شرکاء دیگر تنازل نماید.

پس، چنین تقسیم حصول منفعت در برابر منفعت است. زیرا، یک شریک از جزء مفروز مال و شریک دیگر از جزء مفروز دیگر آن نفع می برد. از همین جهت، ق. م مهایات مکانی را تابع قواعد عقد اجاره دانسته است. ماده ۱۹۷۷ ق. م در این مورد تصریح می نماید که: «تقسیم منافع از حیث جواز تمسک به آن بر غیر و از حیث اهلیت متقاسمان، حقوق و تعهدات آنها و طرق اثبات تابع احکام عقد اجاره شناخته می شود، مشروط بر اینکه احکام مذکور با طبیعت این تقسیم معارض نباشد.» زیرا، در مهایات مکانی هر یک از شرکاء مؤجر منفعت حصه خویش و مستأجر حصص باقی شرکاء است.

۲۰۶. در مورد مهایات زمانی و مکانی: وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۷۷۸-۴۷۸۲؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۲۵۴-۲۵۶؛ و عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲)، الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۱۶-۸۲۱.

بنابراین، لازم است تا شرکاء واجد اهلیت عقد اجاره باشند. در عقد اجاره، اهلیت عاقدین شرط است (ماده ۴۴۴ مجله الاحکام) بنابراین، در تقسیم مهایات نیز اهلیت عاقدین شرط است. به همین ترتیب، آثار عقد اجاره که برخی مربوط به مؤجر و برخی مربوط به مستأجر می گردد نیز در مورد متقاسمان قابل تطبیق است. به موجب عقد اجاره، مستأجر مکلف به ایفای تعهدات ذیل است: (۱) نقل ملکیت عین مستأجره و توابع آن به مؤجر؛ (۲) تعهد به حفظ عین مستأجره تا زمان تسلیم نمودن آن به مستأجر و هلاک عین مستأجره؛ (۳) ضمان تعرض و استحقاق؛ و (۴) ضمان عیوب پنهان عیب مستأجره. این تعهدات در مورد شریکی که مال مشترک را به دسترس شریک خویش نیز قرار می دهد، قابل تطبیق است.

به موجب عقد اجاره مؤجر نیز مکلف به ایفای تعهدات ذیل است: (۱) پرداخت اجرت؛ (۲) استعمال عین مستأجره به نحوی که در عقد تصریح شده است و یا مطابق عرف؛ (۳) عدم ایجاد تغییر در عین مستأجره؛ (۴) حفظ و نگهداری عین مستأجره مانند یک شخص عادی؛ و (۵) ترمیمات تأجیریه؛ (۶) و رد عین مستأجره با زیادات آن به مؤجر در صورت انتهای عقد اجاره. تفصیل این تعهدات در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. این تعهدات به استثنای پرداخت اجرت که مخالف طبیعت تقسیم است در مورد شریکی که از مال مشترک به صورت مکانی انتفاع می گیرد، نیز قابل تطبیق است. اثبات تقسیم نیز تابع اثبات عقد اجاره و سایر عقود است که از طریق وسایل اثبات، مانند: اقرار، شهادت، قراین و امثال اینها می توان آن را ثابت نمود.

مبحث هشتم) مشاع اجاری و ملکیت طبقات منازل

نویسندگان ق. م احکام مربوط به مشاع اجاری و ملکیت طبقات منازل را در مبحث اول دوم، مواد ۱۹۷۸ الی ۱۹۸۴ تنظیم نموده اند.

گفتار اول) مشاع (ملکیت مشترک) اجاری

طبق ماده ۱۹۷۸ ق. م: «هرگاه از منظور تهیه مال مشاع چنین معلوم گردد که مال مذکور باید به صورت دایم باقی ماند، شرکاء نمی توانند تقسیم آن را مطالبه نمایند.» تعریف مشاع در مبحث ملکیت مشاع گذشت. طبق نص این ماده برای تشخیص این که کدام ملکیت باید برای دایم به صورت مشاع اجاری باقی بماند، باید به هدف اشاعه توجه کرد. بنابراین، معیار باقی ماندن ملکیت به صورت مشاع اجاری هدف آن است.

به نظر می رسد نص این ماده بیشتر بر ملکیت مشاع در بلاک ها قابل تطبیق است. به حیث مثال، معمولاً هدف از تهیه دهلیز ها، لفت، زینه ها و نظیر اینهای بلاک ها این است که باید برای همیشه مشاع باقی بمانند تا همه مالکان آپارتمان ها بتوانند از آپارتمان های خویش انتفاع بگیرند. در صورت تقسیم دهلیز ها، لفت و زینه ها امکان دارد برخی مالکان آپارتمان ها نتوانند از آپارتمان خویش انتفاع بگیرند. بنابراین، این گونه ملکیت ها با توجه به هدف آن برای همیشه به صورت مشاع اجاری باقی می ماند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی معیار برای حفظ مال به صورت اشاعه است.

گفتار دوم) ملکیت طبقات منازل

طبق ق. م حق جوار تعالی تابع یک سلسله قواعد است. به نظر می رسد این قواعد بیشتر بر همسایه هایی که در بلاک ها زندگی می نمایند قابل تطبیق است. همچنین، این قواعد بر همسایه هایی که در یک خانه دارای چندین منزل (طبقه) زندگی می نمایند و هر طبقه ملکیت یک همسایه است قابل تطبیق است. این قواعد قرار ذیل اند:

۱) طبق ماده ۱۹۷۹ ق. م: «هرگاه یکی مالک طبقه بالا و دیگری مالک طبقه پایین عمارت باشد، مالک طبقه بالا حق قرار را بر سقف را داشته و سقف ملکیت مالک طبقه پایین شناخته می شود. مالک طبقه بالا از سطح آن به صورت معتاد حق استفاده را دارد. مالک طبقه پائین عمارت در طبقه بالا در حدود صیانت حق خود حق دارد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که یک شخص مالک طبقه بالا و شخص دیگر مالک طبقه پایین در یک بلاک یا تعمیر چند طبقه ای باشد، مالک طبقه بالا حق قرار و زندگی بر سقف (چت) طبقه پایین را دارد و سقف ملکیت مالک طبقه پایین است. به حیث مثال، اگر احمد مالک آپارتمان در طبقه اول و محمود مالک آپارتمان در طبقه دوم بلاک باشد، محمود حق سکونت بر سقف آپارتمان احمد را دارد.

۲- مالک طبقه بالا می تواند از سطح طبقه بالا به صورت معتاد استفاده نماید. معتاد در لغت به معنی عادت کرده، خوی گرفته، آموخته، مألف و مأنوس است.^{۲۰۷} به نظر می رسد منظور از معتاد در نص این ماده معروف و متعارف و براساس عرف است. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود می تواند به صورت متعارف و معتاد از سقف آپارتمان طبقه پایین استفاده نماید.

۳- عبارت «مالک طبقه پائین عمارت در طبقه بالا در حدود صیانت حق خود حق دارد» مبهم است. صیانت در لغت به معنی حفاظت، نگهداری و حراست است.^{۲۰۸} به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در این ماده این است که مالک طبقه پایین حق صیانت یعنی حفظ، نگهداری و حراست از ملک خویش را دارد. به این توضیح که در صورتی که مالک طبقه بالا بر حق او تجاوز نماید، به حیث مثال بدون اجازه او منزل جدید بر طبقه بالا اعمار نماید به گونه ای که مقاومت منزل طبقه پایین را کاهش دهد و یا موجب ایجاد کسر در طبقه پایین گردد، مالک طبقه پایین می تواند او را از این امور منع نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود بخواهد سقف را تخریب نماید، احمد می تواند از حق خود صیانت نماید و محمود را از این کار منع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق مالکین طبقه بالا و طبقه پایین در بلاک ها و خانه های چندین منزله که هر منزل متعلق به یک شخص است می باشد.

۲) طبق ماده ۱۹۸۲ فقره های ۱ و ۲ ق. م: «(۱) هرگاه طبقه پائین عمارت بدون فعل مالک آن منهدم گردد به بناء آن مکلف می باشد. اگر مالک منزل پائین از اعمار مجدد آن امتناع آورد و مالک طبقه بالا به اجازه مالک طبقه پائین یا اجازه محکمه به اعمار آن بپردازد، می تواند مصارف اعمار را از مالک طبقه پائین حاصل نماید؛ (۲) اگر مالک طبقه بالا بدون اجازه مالک طبقه پائین یا بدون اجازه محکمه به اعمار اقدام کند، حق مراجعه او بر مالک طبقه پائین منحصر به قیمت بنا می باشد و قیمت به اساس نرخ گذاری اهل خبره به قیمت روز اعمار تعیین می شود نه قیمت روز مراجعه.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که طبقه پایین عمارت (بلاک و یا تعمیر چندین منزله) بدون فعل مالک منهدم گردد یا از بین برود، به اعمار مجدد آن مکلف می باشد. به نظر می رسد منظور از «بدون فعل مالک» اسباب خارجی مانند حادثه غیرمترقبه و قوه قاهره است که است که سبب انهدام تعمیر یا بلاک می شود، مانند سیل، زلزله، آتش سوزی و امثال اینها که در اثر آن طبقه پایین از بین برود. در چنین حالات مالک طبقه پایین مکلف به اعمار

207. www.wajehyab.com (۳/۱ / ۲۰۱۸ / آخرین بازدید).

208. Ibid, (۳/۱ / ۲۰۱۸ / آخرین بازدید).

مجدد طبقه پایین می باشد. هدف از این قاعده این است که مالک طبقه بالا را قادر بسازد تا بر طبقه پایین بعد از اعمار مجدد آن زندگی نماید. زیرا، انتفاع گرفتن مالک طبقه بالا از آپارتمان خویش مستلزم این است که طبقه پایین وجود داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد در منزل اول بلاک زندگی نماید و محمود در منزل دوم و دیوار منزل اول بلاک در اثر زلزله درز نماید و بشکند، احمد مکلف به تعمیر آن است. درز در این مثال، بدون فعل احمد در اثر قوه قهریه ایجاد شده است.

۲- اگر مالک طبقه پایین از اعمار مجدد طبقه پایین امتناع ورزد مالک طبقه بالا دو گزینه دارد: نخست این که به اجازه مالک طبقه پایین و یا محکمه ذیصلاح طبقه پایین را مجدداً با پول شخصی خویش اعمار نماید؛ دوم این که بدون اجازه مالک طبقه پایین و یا محکمه ذیصلاح طبقه پایین را مجدداً اعمار نماید، تا بتواند طبقه ای را که خود می خواهد در آن سکونت نماید اعمار نماید. در صورت اول می تواند مصارف ناشی از اعمار مجدد طبقه پایین را از مالک طبقه پایین مطالبه نماید. در صورت دوم نیز می تواند صرف قیمت بلاک و یا تعمیر را مطابق نرخ روز نه نرخ روز مراجعه از مالک طبقه پایین مطالبه نماید. در این صورت، نرخ توسط اهل خبره تعیین می شود. تعریف اهل خبره گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر احمد از اعمار مجدد دیوار امتناع ورزد، محمود می تواند به اجازه احمد یا محکمه ذیصلاح می تواند دیوار را ترمیم نماید. در هر دو صورت، محمود می تواند مصارف را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انهدام طبقه پایین و ترمیم آن است.

علاوه بر این، طبق ماده ۱۹۸۳ ق. م: «مالك طبقه بالا در هر دو حالت مندرج ماده (۱۹۸۲) این قانون، می تواند مالك طبقه پائین را از سکونت و استفاده طبقه مذکور تا زمانی منع نماید که حق او را تأدیه کند. همچنین می تواند به اجازه محکمه آن را به اجاره داده و از اجرت آن حق خود را بگیرد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که در صورتی که مالک طبقه پایین مصارف ناشی از اعمار مجدد طبقه پایین را به مالک طبقه بالا پرداخت ننماید، ماده ۱۸۸۳ ق. م دو راه دیگر را فرا راه مالک طبقه بالا می گذارد:

نخست این که مالک طبقه بالا مالک طبقه پایین را از سکونت و انتفاع از طبقه پایین منع نماید. به نظر می رسد این منع نوعی حق حبس است تا زمانی که مالک طبقه پایین مصارف را به مالک طبقه بالا پرداخت نماید. دوم این که مالک طبقه بالا می تواند به اجازه محکمه ذیصلاح طبقه پایین را به اجاره داده و از پول ناشی از اجرت آن مصارف را اخذ نماید. هدف از این قاعده حمایت حق مالک طبقه بالا است. از آنچه گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

۱- در صورت انهدام طبقه پایین بدون فعل مالک، مالک طبقه پایین مکلف است آن را مجدداً اعمار نماید.

۲- در صورت عدم اعمار مجدد طبقه پایین توسط مالک، مالک طبقه پایین می تواند آن را:

- بعد از گرفتن اجازه مالک؛

- بعد از گرفتن اجازه محکمه اعمار نماید و مصارف آن را از مالک مطالبه نماید. در صورت امتناع مالک،

صاحب طبقه دوم می تواند، مانع انتفاع مالک طبقه پایین از طبقه پایین گردد مگر این که مالک طبقه پایین مصارف او را بپردازد. همچنین، مالک طبقه بالا می تواند از پول کرایه طبقه پایین مصارف خویش را دریافت نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر احمد به اجازه محکمه دیوار طبقه پایین را دوباره اعمار نماید، می تواند

محمود را از سکونت و استفاده طبقه اول تا زمانی منع نماید که محمود مصارف او را پرداخت نماید. همچنین، محمود می تواند طبقه پایین را به اجاره بدهد مصارف خود را از اجرت آن بگیرد.

۳) وفق ماده ۱۹۸۱ ق. م: «هرگاه مالک طبقه پائین عمارت طبقه مذکور را تجاوزاً تخریب نماید، به تجدید بنا به صورت جبری مکلف می باشد.» طبق نص این ماده برخلاف حالت اول (انهدام طبقه پایین بدون فعل مالک در اثر قوه قاهره و حادثه ناگهانی) هرگاه مالک طبقه پایین به قصد تجاوز بر حق همسایه بالا طبقه پایین را تخریب نماید، به اعمار مجدد بنا مکلف می گردد. تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۲۰۹}

به نظر می در اصطلاح حقوقی تجاوز نقض حق دیگران است. به نظر می رسد در این صورت همسایه طبقه بالا باید در مراجع ذیصلاح شکایت نماید تا این مراجع مالک طبقه پایین را به صورت جبری مکلف به اعمار مجدد طبقه پایین نماید. به حیث مثال، اگر احمد در طبقه اول مالک آپارتمان باشد و محمود در طبقه دوم و احمد سقف طبقه اول را از روی تجاوز تخریب نماید، در اثر تقاضا و شکایت محمود، مراجع ذیصلاح مکلف اند محمود را مجبور به اعمار مجدد سقف نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مالک طبقه بالا است.

۴) مطابق ماده ۱۹۸۴ ق. م: «مالک طبقه بالا نمی تواند بدون اجازه مالک طبقه پائین در بالای منزل بنای جدید اعمار یا به ارتفاع منزل خود اقدام کند، مگر اینکه ثابت شود عمل مذکور به طبقه پائین ضرر عاید نمی کند. در این صورت، می تواند بدون اجازه مالک طبقه پائین به اعمار یا ارتفاع آن اقدام کند.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که مالک طبقه بالا نمی تواند در بالای منزل خود منزل جدید اعمار نماید و یا ارتفاع منزل خویش را افزایش دهد.

به نظر می رسد هدف از این قاعده مورد حمایت قرار دادن حق مالک طبقه پایین است، زیرا در صورت افزایش ارتفاع و یا اعمار منزل جدید بر منزل بالا امکان ضرر رسانیدن به همسایه پایین متصور است. باوجوداین، در صورتی که مالک طبقه بالا ثابت نماید که افزایش ارتفاع و یا اعمار منزل جدید هیچ ضرری به مالک طبقه پایین وارد نمی نماید، می تواند این امور را انجام دهد.

به حیث مثال، اگر احمد و محمود و جمشید در یک بلاک یا تعمیر چندین منزله همسایه باشند و احمد که در منزل بالا زندگی می نماید بخواهد در منزل بالا اطاق ایجاد نماید، احمد نمی تواند اطاق ایجاد نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد اجازه محمود و جمشید را بگیرد یا ثابت نماید که ایجاد اطاق و تغییر ارتفاع اصلاً به جمشید و محمود ضرر ندارد. احمد می تواند این امر را توسط متخصصین و اهل خبره که در این مثال انجنیر ساختمانی است ثابت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ایجاد منزل در طبقه بالا و مورد حمایت قرار دادن مالکان طبقه های پایین است.

۵) وفق ماده ۱۹۸۰ ق. م: «هرگاه دروازه مدخل طبقه بالا و پائین عمارت یکی باشد، مالکین هر دو طبقه حق استعمال آن را به صورت مشترك داشته هیچ يك دیگری را از استفاده از آن منع کرده نمی تواند.» طبق نص این ماده در صورتی که دروازه دخولی منزل بالا و پایین یکی باشد، مانند دروازه های بلاک ها، هر دو مالک حق استفاده را دارند و هیچ یک نمی تواند دیگری را از استفاده منع نماید. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده،

جمشید و جمیله در یک بلاک یا خانه ای چندین طبقه ای زندگی نمایند، هر یک حق استفاده از دروازه عمومی خانه و بلاک را دارند و هیچ یک نمی تواند مانع استفاده دیگری از دروازه عمومی خانه و بلاک شود. به نظر می رسد این قاعده بر دهلیز مشترک در بلاک ها نیز قابل تطبیق است.

مبحث نهم) اسباب کسب ملکیت

به نظر می رسد مالک حقیقی همه مملوکات خداوند است و ملکیت اشخاص مجازی و مؤقت است. بنابراین، انسان ها در مدت حیات با توجه به نیازهای مادی بشری مؤقتاً برخی اموال را تملک می نمایند. پس از فوت انسان ها، ملکیت (در صورت استعمالی بودن) باقی می ماند و این روند ادامه دارد تا همه اشیاء بر می گردد به مالک حقیقی آنها که خداوند جل جلاله است. خداوند جل جلاله می فرماید:

﴿وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ - [آل عمران: ۱۸۰]

«و میراث آسمانها و زمین از آن خداست و خدا به آنچه می کنید آگاه است».

همچنین، خداوند جل جلاله می فرماید:

﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تُنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ - [الحديد: ۱۰]

«و شما را چه شده که در راه خدا انفاق نمی کنید و [حال آنکه] میراث آسمانها و زمین به خدا جل جلاله تعلق دارد.».

همچنین، خداوند جل جلاله می فرماید:

﴿قَالُوا اتَّخَذَ اللَّهُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ هُوَ الْغَنِيُّ لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ إِنَّ عِنْدَكُمْ مِّنْ سُلْطَانٍ بِهَذَا أَتَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ - [یونس: ۶۷: ۱۰]

«گفتند خدا جل جلاله فرزندی برای خود اختیار کرده است. منزه است او و بی نیاز است آنچه در آسمانها و آنچه در زمین است از آن اوست شما را بر این [ادعا] حجتی نیست. آیا چیزی را که نمی دانید به دروغ بر خدا می بندید.».

از این آیات به خوبی بر می آید که مالک همه اشیاء خداوند جل جلاله است و انسان ها در مدت حیات با توجه به نیازهای مادی بشری مؤقتاً برخی اموال را تملک می نمایند. پس از فوت انسان ها، ملکیت (در صورت استعمالی بودن) باقی می ماند و این روند ادامه دارد تا همه اشیاء بر می گردد به مالک حقیقی آنها که خداوند جل جلاله است.

با توجه به آنچه گفته شد و با توجه به اصل عدم،^{۲۱۰} به نظر می رسد مالک بودن اشخاص عارضی است. بنابراین، برای این که شخص بتواند مالک مال شود، باید اموال را براساس اسباب ملکیت تملک نماید.

در فقه اسلامی فقهاء و در ق. م نویسندگان قانون مدنی اسباب کسب ملکیت را به صورت واضح بیان نموده اند. فقهاء در مورد اسباب کسب ملکیت مطلق نظریات مختلف ارایه نموده اند.

مجله الاحکام اسباب کسب ملکیت را سه چیز دانسته است: عقد: مثل بیع و هبه، خلفیت و احراز مباحات. ماده ۱۲۴۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اسباب ملکیت سه چیز است: اول) که از یک مالک به مالک دیگر به واسطه بیع و هبه انتقال کند؛ دوم) که یک شخص خلف شخص دیگری واقع شود مانند میراث؛ و سوم) احراز و تصرف مال لا مالک که به دو صورت حقیقی و حکمی تحقق می پذیرد: حقیقی عبارت از وضع

۲۱۰. اصل عدم بیشتر ناظر بر عقود و حوادث حقوقی است. به نظر می رسد این اصل را می توان در ساحت حقوق عینی نیز تسری داد و چنین نتیجه گرفت که اصل عدم ملکیت و مالک بودن امر عارضی است.

ید به طور حقیقت می باشد و حکمی که اسباب، تهیة دیده می شود مثلاً تهیة ظرف برای جمع آوری آب باران و یا گذاشتن جال و دام برای شکار...».

در نص این ماده صرف سه سبب کسب ملکیت احصاء و شناسایی شده است و ناقص است به نظر می رسد. استاد مصطفی احمد الزرقاء و داکتر زحیلی اسباب کسب ملکیت را چهار چیز می دانند که عبارت از احراز مباحات، عقود، خلفیت و تولد از مملوک است. خلفیت نیز بر دو نوع فرعی است: خلفیت شخص از شخص که عبارت از ارث است و خلفیت شی از شی که عبارت از تضمین یا تعویض است.^{۲۱۱}

این نظر نیز با توجه به عدم جامع و مانع بودن و عدم احصای همه مصادیق اسباب کسب ملکیت ناقص به نظر می رسد. اما، سیوطی اسباب کسب ملکیت را هشت چیز می داند که عبارت اند از: (۱) میراث؛ (۲) معاوضات؛ (۳) هبه؛ (۴) وصیت؛ (۵) وقف؛ (۶) غنیمت؛ (۷) احیای موات؛ و (۸) صدقات.

سبکی گفته است: اسباب دیگری نیز باقی مانده است که عبارت اند از: تملک لقطه با رعایت شرایط آن و دیه است. این نظر نیز مانند نظریات فوق ناقص به نظر می رسد. ابن نجیم به صورت عموم در اشباه اسباب کسب ملکیت را سیزده چیز می داند که عبارت اند از: (۱) معاوضات؛ (۲) امهار؛ (۳) خلع؛ (۴) میراث؛ (۵) هبات؛ (۶) صدقات؛ (۷) وصیت؛ (۸) وقف؛ (۹) غنیمت؛ (۱۰) استیلاء بر اشیای مباح؛ (۱۱) احیای موات؛ (۱۲) تملک لقطه با رعایت شرایط آن؛ و (۱۳) دیه.^{۲۱۲}

برخی از این اسباب عام است و شامل اسباب کسب ملکیت مطلق و ناقص می گردد. به عنوان مثال، وقف و وصیت هم سبب ملکیت مطلق و هم سبب ملکیت ناقص است. به نظر می رسد منظور از معاوضات عقود معوض است. به نظر می رسد امهار که جمع مهر است فی نفسه سبب کسب ملکیت نیست بلکه ازدواج سبب می شود که شوهر به زوجه مهر بپردازد. بنابراین، ازدواج، نه مهر سبب کسب ملکیت است. احیای موات نیز یکی از انواع استیلاء بر مباحات است که تفصیل آن خواهد. بنابراین، احیای موات سبب مستقل کسب ملکیت نیست.

ق. م با پیروی از ق. م. ج. م اسباب کسب ملکیت را هفت چیز می داند که عبارت اند از: (۱) استیلاء بر اشیای که دارای مالک خاص نباشد اعم از اینکه عقار باشند یا منقول؛ (۲) میراث که به سبب وفات مؤثر ملکیت از مؤثر به وارث انتقال می نماید؛ (۳) وصیت که به موجب آن موصی له بعد از موت موصی مالک موصی به می شود؛ (۴) التصاق به عقار و منقول که در حال حیات انسان ها واقع می گردد؛ (۵) عقد که به وسیله انسان های حیات واقع می شود؛ و (۶) شفعه؛ و (۷) حيازت.^{۲۱۳}

قوانین مدنی برخی کشور های اسلامی مانند دمشق و افغانستان تقادم یا مرور زمان را از اسباب کسب ملکیت می دانند. اما، فقه تقادم یا مرور زمان را سبب کسب ملکیت نمی داند، بلکه صرف موجب اسقاط حق دعوی می داند.

از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که آنچه را نویسندگان ق. م و فقهاء به عنوان مصادیق اسباب کسب ملکیت احصاء کرده اند همه ناقص به نظر می رسد، زیرا به نظر می رسد نمی توان همه مصادیق اسباب

۲۱۱. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۴۲-۲۵۰؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۵۶۲.

۲۱۲. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۳۸ و ۳۹.

۲۱۳. عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۷ و ۸.

کسب ملکیت را احصاء کرد. به حیث مثال، کار در اداره دولتی بر مبنای استخدام یکی از اسباب کسب ملکیت (پول) است، در حالی که کار به عنوان یکی از مصادیق کسب ملکیت در هیچ یک از نظریات احصاء نشده است. همچنین، در حقوق انگلیس ایجاد (خلق کردن) یک شی سبب کسب ملکیت آن شی است. به حیث مثال، شخصی که تصویری را ترسیم نماید و یا کوزه و یا خشت را بسازد، مالک آن تلقی می شود.^{۲۱۴} در حقوق فرانسه حیات و یا ذوالیدی سبب کسب ملکیت تلقی می شود.^{۲۱۵}

همچنین، به نظر می رسد زکات یکی از اسباب کسب ملکیت است. همچنین، سرمایه گذاری و تشبثات خصوصی یکی از اسباب کسب ملکیت است. اما، سایر اسباب مانند سرقت، قمار، اخذ مال مردم از طرق باطل مانند ظلم، رشوت، ربا، اختطاف، قطاع الطریقی و ... از نظر شرع از جمله اسباب ملکیت تلقی نمی گردد.^{۲۱۶} این اسباب نیز از نظر مادی سبب کسب ملکیت اند. به حیث مثال، هرگاه شخص مال شخص دیگری را سرقت نماید و یا غصب نماید، مال مادناً از مسروق منه و مغصوبه منه به غاصب و سارق منتقل می شود. بنابراین، پرسش این است که چرا سرقت، غصب و ... سبب کسب ملکیت نیستند و شفعه، عقد، ارث و ... سبب کسب ملکیت اند؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که به رغم این که همه اسباب فوق از نظر مادی سبب کسب ملکیت اند، اما شرع و قانون این اسباب را به اسباب مشروع و غیرمشروع تقسیم نموده است و اسباب مشروع را به رسمیت شناخته و به آن اعتبار داده است و اسباب مادی غیرمشروع را اعتبار نداده و به رسمیت نشناخته است. به عبارت دیگر: در اسباب مشروع و مادی ملکیت ارکان چهارگانه ملکیت (مالک، مال مملوک، رابطه اختصاص و حمایت قانون) وجود دارد، اما در اسباب غیرمشروع و غیرقانونی و مادی این ارکان وجود ندارد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اسباب کسب ملکیت عبارت اند از: عقد، خلفیت (ارث و تعویض یا جبران خسارت)، استیلاء بر مباحات، تولد از مملوک، معاوضات، وصیت، وقف، غنیمت، صدقات، تملک لقطه، دیه، مهر، خلع، التصاق، شفعه، حیات، کار، ایجاد (تخلیق) یک شی مانند اشیایی که در فابریکه های ایجاد می شوند مانند موتر، موبایل و نظیر اینها، هدیه، زکات، جعالة، هبه و اجاره.

تفصیل معاوضه، اجاره و هبه که از مصادیق عقد اند در جلد حقوق وجایب، تفصیل خلع و مهر در جلد حقوق فامیل و تفصیل جبران خسارت و جعالة در جلد حقوق وجایب گذشت. تفصیل ارث و وصیت در جلد حقوق میراث خواهد آمد. در این جلد، استیلاء بر مباحات، خلفیت، عقود ناقل ملکیت، حیات، شفعه، صدقه، هدیه و تولد از مملوک را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار نخست) تصاحب اشیای مباح

استیلاء بر اشیاء مباح طبق فقه یکی از کسب ملکیت تام تلقی می گردد. ماده ۱۲۴۹ مجلة الاحکام می گوید: «هر کسی که یک شی مباح را احراز نماید ملکیت وی تلقی می گردد، مثلاً هرگاه شخص به دست یا توسط ظرف آب نهری را احراز نماید آب مذکور به احراز و حفظ آن در ظرف ملکیت وی تلقی می گردد و سایرین حق ندارند که از آن انتفاع بگیرند. هرگاه بدون اجازه وی آن را تلف کنند ضامن پنداشته می شوند.»

214. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran : Arian bookshop, p 260.

215. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1st ed, Tehran : Dadqaster publication, pp 285 - 286.

۲۱۶. عبدالکریم زیدان (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عمان، مكتبة البشائر، ص ۲۰۶.

مورد استیلاء بر اشیای مباح ق. م نیز از فقه و ق. م. ج. م پیروی نموده و استیلاء بر اشیای مباح را یکی از اسباب کسب ملکیت تام با اندکی تفکیک می داند. جلد چهارم، فصل دوم، قسمت اول، مواد ۱۹۸۵ الی ۱۹۲۹ احکام آن را به صورت خیلی کلی تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م و فقه اقتباس نموده اند:

الف) تعریف تصاحب، استیلاء احراز و مباح

۱) تعریف تصاحب، استیلاء و احراز

در خصوص تملک اموال مباح اصطلاحات حقوقی و فقهی مختلف به قرار ذیل وجود دارد:

۱) استیلاء: استیلاء در لغت به معنی چیرگی، چیره شدن، قهر و تسلط داشتن است. در فقه به عوض استیلاء کلمه احراز نیز استعمال می شود. به عنوان مثال، به عوض عبارت استیلاء بر مباح، احراز مباح استعمال می شود. در اصطلاح حقوقی و فقهی استیلاء عبارت از تسلط یافتن و چیره شدن انسان بر مال مباح است. به عبارت دیگر: استیلاء عبارت از حیات شی مباح و وضع ید بر آن است. استیلاء دو نوع است: استیلاهی حقیقی و حکمی. استیلاء حقیقی آن است که با وضع ید (تصرف کامل) صورت پذیرد. اما، اصطلاح حکمی آن است که تصرف کامل حاصل نشده، اما زمینه لازم برای تصرف آن فراهم شده است.

۲) احراز: طبق ماده ۱۹۸۷ ق. م: «احراز، یا حقیقی است که با گذاشتن دست فعلی بر شی یا حکمی است که به تهیه سبب آن محقق می گردد.» احراز از ریشه «حرز» گرفته شده که در لغت به معنی فراهم آوردن، جمع کردن، در حرز کردن، استوار کردن، جای دادن، به دست آوردن، دست یابی، کسب، تصرف و بازداشتن است.^{۲۱۷}

طبق نص این ماده احراز مال می تواند حقیقی باشد مانند گرفتن مال منقول مباح که از ملکیت آن صرف نظر صورت گرفته است. به حیث مثال، اگر احمد لباس هایی را که دیگر ضرورت ندارد در دهلیز آپارتمان خویش بگذارد و محمود آن را بگیرد، عمل محمود احراز حقیقی است، زیرا محمود آن را حقیقتاً گرفته است. همچنین، اگر احمد با دست گیاهان را از صحرا و دشت و کوه بچیند، عمل احمد احراز مال است و این احراز به صورت حقیقی صورت می گیرد و آن تصرف و گرفتن مال توسط احمد است. همچنین، طبق نص این ماده احراز می تواند حکمی باشد.

به عنوان مثال، اگر احمد دامی را بگستراند، هر آنچه که در آن افتد از آن او است و افتادن صید در دام در حکم احراز مالکیت آن و نیز استیلاء بر آن است.^{۲۱۸} و^{۲۱۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن انواع احراز مال مباح است. تفکیک استیلاء بر مباحات با سایر اسباب کسب ملکیت تام

217. www.wajehyab.com (۳/۱/۲۰۱۸) (آخرین بازدید).

۲۱۸. در این مورد ر. ک: مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۹ و ۲۷۱؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۶۵۲؛ محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۹۰؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۳۹۸.

۲۱۹. احراز در فقه و حقوق دارای معانی دیگری نیز است: چنانچه احراز در اصطلاح فقهی و حقوقی به دارا شدن و برخورداری از شرط، وصف و یا امری گویند. به عنوان مثال، از رسیدن به مقام «احراز مقام» از داشتن اهلیت و دیگر شرایط انجام معامله با احراز اهلیت و احراز شرایط معامله تعبیر می شود و البته احراز به معنی رسیدن نیز است (مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۹).

این است که استیلاء سبب فعلی نه قولی کسب ملکیت تام است و مختص اموال مباحه است نه مملوک.^{۲۲۰} تصاحب مباحات طبق فقه اسلامی مشروط به دو شرط عمده می باشد که عبارت اند از:

- ۱- اینکه شخصی دیگری در احراز و تصاحب شی مباح سبقت نورزیده باشد.
- ۲- اینکه تصاحب کنند قصد تملک را داشته باشد؛ بنابراین، در صورتی که شی در ملک انسان بدون قصد وی داخل گردد مالک آن پنداشته نمی شود مانند اینکه: شخصی جالی را برای خشک شدن در آفتاب بگذارد و شکار در آن گیر بی افتد که در چنین موارد مالک جال به موجب قاعده: «الامور بمقاصدها» مالک شکار پنداشته نمی شود.^{۲۲۱} قاعده کلی که در رابطه به حیات مباحات باید رعایت گردد این است که استفاده کننده نباید باعث ضرر دیگران شود. ماده ۱۲۵۴ مجله الاحکام در این باره می گوید: «هر کس می تواند از شی مباح استفاده کند مشروط بر اینکه استفاده منجر به ضرر عامه نگردد.»

(۳) تصاحب: تصاحب در لغت به معنی صاحب و مالک شدن، در تصرف خود در آوردن، تملک، تصرف، دستاندازی، غصب و دزدی است.^{۲۲۲}

به نظر می رسد تصاحب در ق. م در مفهوم احراز و استیلاء بر مباحات استعمال شده است. بنابراین، به نظر می رسد تصاحب عبارت است از صاحب شدن و تملک مباحات است. از آنچه گفته شده چنین نتیجه گرفته می شود که استیلاء، احراز و تصاحب تقریباً مرادف همدیگر هستند. استیلاء بر مباحات صورت های گوناگون دارد که عبارت اند از: استیلاء بر اراضی موات، استیلاء بر شکار، کلاء و آجام، معادن و کنوز و آب و آتش می گردد:

(۲) تعریف مباح و انواع مباحات در فقه

مباح در لغت اسم مفعول از ریشه «بوح» گرفته شده است که در لغت به معنی جایز، روا، آشکار و روشن است.^{۲۲۳} در اصطلاح فقهی از نقطه نظر اسباب کسب ملکیت مباح مالی است که ملکیت شخص معین نباشد و مانع شرعی در رابطه به تملک آن وجود نداشته باشد مانند: آب، شکار خشکه و بحر، علفی که در جنگل روئیده و امثال اینها.^{۲۲۴}

از تعریف فوق به خوبی استنباط می گردد که برای اینکه مالی مباح تلقی شود، احراز دو شرط ضروری است: (۱) نداشتن مالک خاص؛ و (۲) نبودن موانع شرعی و امکان تملک و استفاده از آن طبق شرع.^{۲۲۵} در انتفاع از اموال مباح مردم دارای حق شرکت اباحه اند نه شرکت ملک و اموال مباحه را تملک نمی کنند مگر به احراز و وضع ید بر آنها. پس، زمانی که شخصی بر مال مباحه مستولی شود، مالک آن می شود و سایر اشخاص نمی توانند آن را تملک نمایند مگر از طریق اسباب ناقل ملکیت.^{۲۲۶} طبق فقه مباحات به هفت دست تقسیم می شود: اراضی موات، رکا، معدن و خزانه، کلاء (گیاه)، آجام (درخت)، آب، شکار و آتش.

۲۲۰. عبدالکریم زیدان (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عمان، مكتبة البشائر، ص ۲۱۰.
 ۲۲۱. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۹۰۷؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، صص ۲۴۰ و ۲۴۱.
 ۲۲۲. (آخرين بازديد ۱۹/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 222.

۲۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۶۸۴.
 ۲۲۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۹۰۲؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، ص ۲۴۰.

۲۲۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۷۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۶۸۵.

۲۲۶. عبدالکریم زیدان (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عمان، مكتبة البشائر، ص ۲۱۰.

ب) تصاحب در ق. م

احکام تصاحب در ق. م برخلاف فقه مبهم، گمراه کننده و پیچیده است. قانونگذار مدنی در جلد چهارم، فصل دوم، قسمت اول، در ذیل مواد تصاحب (۱۹۸۵ الی ۱۹۹۲) شرایط تصاحب (ماده ۱۹۸۵)، تبدیل شدن مال غیرمباح به مال مباح (ماده ۱۹۸۶) و انواع احراز (ماده ۱۹۸۷) را مورد بحث قرار داده است. اما، در مواد ۱۹۸۸ الی ۱۹۹۲ ق. م به صورت واضح معدن، خزانه، لقطه، آثار تاریخی، اراضی بایر غیرقابل انتفاع و شکار را از جمله مباحات تلقی نکرده است. در حالی که اگر این مواد را تفسیر منطقی نماییم، معدن، خزانه، لقطه، آثار تاریخی و اراضی بایر غیرقابل انتفاع باید از جمله مباحات تلقی شوند زیرا در ذیل مواد تصاحب و شرایط تصاحب پیش بینی شده اند، اما در صورتی که خود مواد را مورد مطالعه قرار دهیم واقعیت برخلاف این است. بنابراین، به نظر می رسد در حقوق عینی مدرن برخلاف حقوق عینی کلاسیک معدن، خزانه، آثار تاریخی، اراضی بایر غیرقابل انتفاع از جمله مباحات تلقی نمی گردند. در ذیل این مواد را مورد بحث قرار می دهیم:

۱) صرف نظر نمودن از ملکیت مال منقول

طبق ماده ۱۹۸۶ ق. م: «هرگاه مالك مال منقول از ملکیت آن صرف نظر نماید، به مال مباح تبدیل می گردد.» طبق نص این ماده مالکی که از ملکیت مال منقول صرف نظر نماید، شی منقول به منقول مباح تبدیل می شود. صرف نظر در لغت به معنی اغماش، چشم پوشی و گذشت است.^{۲۲۷}

تعریف مال مباح در فوق گذشت. در صرف نظر نمودن از ملکیت منقول تحقق دو عنصر (رکن) ضروری است: ۱) رکن مادی که عبارت از ترک منقول است به نحوی که از حیات مالک خارج شود بدون این که مالکیت آن به شخص دیگری منتقل شود؛ و ۲) عنصر معنوی که همان نیت تنازل از ملکیت منقول است. برخی مثال های صرف نظر کردن از ملکیت قرار ذیل است:

۱) شخصی که خرگوش وحشی را بگیرد، مالک آن می گردد. اما، اگر خرگوش را دوباره رها نماید و خرگوش به دشت برود، خرگوش به مال مباح تبدیل می شود.^{۲۲۸}

۲) احمد در آپارتمان زندگی می نماید و به قدر کافی در آپارتمان جای ندارد. احمد کالا های کهنه، بوت و سایر اموالی را که ضرورت ندارد در خریطه پلاستیکی می گذارد و خریطه را در دهلیز می گذارد. در این مثال، هم رکن مادی صرف نظر کردن از ملکیت وجود دارد که عبارت از ترک شی است و هم رکن معنوی که عبارت از قصد صرف نظر کردن از ملکیت است. اما، اگر شخصی در بلاک زندگی نماید و موتر خویش را در نزدیک بلاک توقف دهد، چنین توقف دادن صرف نظر از ملکیت نیست. زیرا، در این فرض، ترک کردن ملکیت که رکن مادی صرف نظر کردن از ملکیت است تحقق یافته است. اما، رکن معنوی آن که عبارت از قصد است متحقق نگردیده است.

۳) شخصی که اشیایی را که برای وی دیگر ذی نفع نباشد، در راه و یا در زباله دانی بی اندازد، مال به مال مباح تبدیل می شود؛

227. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳/ ۱۲/ ۲۰۱۸).

228. John G. Sprankling (2017). Understanding Property Law, fourth edi, USA : Carolina Academic press, Duham, North Carolina, p 30.

۴) شخصی که حیوان وحشی را از طریق استیلاء تملک نماید و سپس از ملکیت آن تنازل نماید، حیوان به مال مباح تبدیل می شود.

۵) اگر یک شخص اسباب بازی را در پیاده رو بگذارد تا اشخاصی که کثافات را جمع می نمایند آن را بردارند و از شهر ببرند، اسباب بازی به مال مباح تبدیل می شود.^{۲۲۹}

۶) اگر شخص قلب شکسته بعد از ازدواج ناموفق انگشتر را روی زمین بی اندازد و برود، انگشتر به مال مباح تبدیل می شود.^{۲۳۰}

۷) اگر شخص ناگهان ساعتش را در پیاده رو بی اندازد و بگوید: من هرگز نمی خواهم این ساعت را ببینم، ساعت به مال ترک شده تبدیل می شود.^{۲۳۱} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز صرف نظر از ملکیت مال منقول و بیان عناصر آن است. طبق ماده ۱۹۸۵ ق. م: «شخصی که مال منقول مباح را قبل از دیگران به دست آورد، مالک آن شناخته می شود.» طبق نص این ماده هر شخصی که مال منقول مباح را قبل از دیگران به دست آورد، مالک آن می گردد. برای این که این شخص مالک مال گردد، تحقق سه رکن ذیل ضروری است:

۱) منقول بدون مالک باشد: چنانچه گفته شد، منقول ممکن است از ابتداء هیچ مالک نداشته باشد و یا مالک داشته باشد، اما مالک آن از ملکیت آن تنازل نموده باشد. بنابراین، اگر منقول دارای مالک باشد، استیلاء بر آن سبب ملکیت نیست؛

۲) وضع ید بر منقول: رکن دوم استیلاء بر منقول مادی وضع ید بر منقول است به گونه ای که منقول تحت حیات وی قرار بگیرد. وضع ید بر منقول در واقع رکن مادی استیلاء تلقی می شود؛ و

۳) نیت تملک: رکن سوم استیلاء بر منقول نیت شخصی که می خواهد مال منقول بدون مالک را تصاحب نماید، است که در واقع رکن معنوی استیلاء تلقی می گردد.^{۲۳۲} برخی مثال های تملک مال منقول مباح قرار ذیل است:

۱- شخصی که حیوان وحشی را از طریق استیلاء تملک نماید و سپس از ملکیت آن تنازل نماید، حیوان به مال مباح تبدیل می شود. شخصی که این حیوان را قبل از دیگران بگیرد، مالک آن می گردد.

۲- احمد در آپارتمان زندگی می نماید و به قدر کافی در آپارتمان جای ندارد. احمد کالا های کهنه، بوت و سایر اموالی را که ضرورت ندارد در خریطه پلاستیکی می گذارد و خریطه را در دهلیز می گذارد. هر شخصی که خریطه را قبل از دیگران بگیرد، مال آن می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز تملک مال منقول بیان و بیان عناصر آن است.

۲) معدن و خزانه

طبق ماده ۱۹۸۸ ق. م: «هرگاه معدن، خزانه [...] در اراضی مملوکه شخصی کشف گردد، ملکیت آن از دولت بوده علاوه بر اعطای مکافات برای مالک، زمین مطابق به قانون استملاک می گردد.» طبق نص این

229 . Ibid, p 30.

230 . Ibid, p 30.

231 . Ibid, p 40.

۲۳۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۳-۱۶.

ماده نخست این که طبق نص این ماده معدن و خزانه ملکیت دولت پنداشته می شود. معدن در لغت به اصل، مرکز، محور و مکان هر چیزی معدن گویند که جمع آن معادن است. براساس فقه معدن عبارت است از آنچه که از اصل آفرینش و طبیعت از زیر زمین پیدا شود، مانند: طلا، نقره، آهن، مس و غیره. کنز در لغت به معنی گنج و خزانه است. طبق فقه کنز عبارت از اموالی است که مردم آن را در بطن زمین دفن کرده باشند.^{۲۳۳} دوم این که شخصی که در ملکیت او معدن و خزانه کشف شده است مستحق مکافات شناخته می شود. سوم این که زمین این شخص استملاک می گردد. به نظر می رسد دلیل استملاک این است که امکان دارد معدن، معدن تیل، گاز، طلا، نقره، سنگ های قیمتی و نظیر اینها باشد که استخراج آن مستلزم مدت زمان طولانی و مستمر باشد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پیدا شدن معدن و خزانه در ملکیت شخصی است. طبق ماده ۱۹۸۹ ق. م: «کسی که در اراضی دولتی معدن، خزانه دفن شده یا [...] را بیابد، ملک دولت شمرده شده مقامات با صلاحیت در مقابل به او مکافات مناسب تعیین می کنند.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که معدن و خزانه در ملکیت دولت کشف شود، معدن و خزانه متعلق به دولت است و فرد صرف مستحق مکافات شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد در ولایت لوگر زندگی نماید و در زمین شخصی احمد معدن یا گنج کشف شود، ملکیت معدن و گنج متعلق به دولت است و دولت مکلف است به احمد مکافات بدهد.

ماده ۹ ق. ۱ که ناسخ^{۲۳۴} ماده ۱۹۸۸ ق. م به نظر می رسد در رابطه به ملکیت معادن حکم می نمود که: «معادن و سایر منابع زیر زمینی [...] ملکیت دولت می باشند. حفاظت و اداره املاک دولت و طرز استفاده درست از منابع طبیعی و سایر املاک عامه توسط قانون تنظیم می گردد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که معادن و سایر منابع زیر زمینی ملکیت دولت بود. طبق نص این ماده فردی که معدن را پیدا نماید مستحق مکافات نیز شناخته نمی شد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید مطابق ق. م و ق. ۱ معادن و سایر منابع زیرزمینی ملکیت دولت شناخته می شد و می شود. پرسش این است که چرا قانونگذار مدنی و قانونگذار اساسی معادن و منابع زیرزمینی را ملکیت دولت پنداشته اند؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که معادن و منابع زیرزمینی افغانستان یکی از سرمایه های عظیم و دست نخورده افغانستان است که می تواند در رفاه و ثبات اقتصادی و هم توسعه اقتصادی دراز مدت افغانستان نقش مهمی را ایفا کند. نتایج یک پژوهش نشان داده است که معادن زیر زمینی افغانستان به مراتب با ارزش تر از آن چیزی است که پیش از این تصور می شد. یک گروه مشترک کارشناسان وزارت دفاع آمریکا و اداره زمین شناسی آمریکا تخمین زده اند که ذخایر زیرزمینی مس، آهن، نیوبوم، لیتیوم و طلا در افغانستان، بیشتر از یک هزار میلیارد دلار ارزش دارد. جزئیات تحقیقات اداره زمین شناسی آمریکا اولین بار در سال ۲۰۰۷ منتشر شد. سپس، تخمین ارزش یک هزار میلیارد دلاری این معادن، در نیویورک تایمز منتشر شده است. اما، وزارت معادن و صنایع

۲۳۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۶۴۶-۴۶۵۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۳۹.

۲۳۴. ماده ۱۶۲ ق. م در این مورد حکم می نمود: «این قانون اساسی از تاریخ تصویب لویه جرگه نافذ و از طرف رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان توشیح و اعلام می گردد. با نفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی مغایر احکام آن ملغی می باشد.» چنانچه ملاحظه می شود، طبق ماده ۱۹۸۸ ق. م در صورتی که معدن و یا خزانه در ملکیت شخصی پیدا می شد، مالک زمین مستحق مکافات می گردید، اما ماده ۹ ق. ۱ به صورت مطلق معادن و منابع طبیعی را ملکیت دولت می داند.

افغانستان می گوید، ارزش مجموعی معادن این کشور به مراتب بیشتر از چیزی است که بررسی زمین شناسان آمریکایی نشان می دهد.

وحیدالله شهرانی، وزیر معادن وقت افغانستان در یک کنفرانس خبری در کابل گفت: براساس تخمین دولت افغانستان، ارزش این معادن به سه هزار میلیارد دلار می رسد. مقامات افغان گفته اند که تحقیقات اخیر در مورد ارزش معادن افغانستان که به شکل مشترک از سوی اداره زمین شناسی و وزارت دفاع آمریکا انجام شده است، به درخواست دولت افغانستان صورت گرفته بود. ولی روشن نیست که چگونه در آمار ارائه شده از سوی آمریکا و وزارت صنایع افغانستان، تا این حد تفاوت وجود دارد. یک سخنگوی این وزارت گفته است که تخمین زمین شناسان آمریکایی، براساس اطلاعاتی است که از سالها قبل در وزارت معادن وجود داشته است.^{۲۳۵}

براساس برخی منابع دیگر ارزش معادن افغانستان یک تریلیون^{۲۳۶} و براساس برخی منابع دیگر سه تریلیون دالر است.^{۲۳۷} دلیل دیگر این است که دولت برای اجرای وظایف خویش طبعاً به منابع مالی کافی نیازمند است. دولت نمی تواند منابع مورد نیاز خود را از طریق غیرمشروع به دست آورد. منابع مالی دولت از طریق استقراض، کمک های بلاعوض، اخذ مالیات، عوارض گمرکی و محصول و منابع طبیعی تمویل می شود. مهم ترین این منابع، منابع زیرزمینی و مالیات است.

به نظر می رسد با توجه به منابع فراوان زیرزمینی افغانستان و با توجه به نادر و اندک بودن سایر منابع، فقیر بودن دولت افغانستان، وجود فساد در دستگاه های مالیاتی ق. ا معادن و منابع زیرزمینی را ملکیت دولت پنداشته اند. دلیل دیگر جلوگیری از استخراج خودسر منابع طبیعی توسط زورمندان است. نص ماده ۹ ق. ا تنظیم امور استخراج و استفاده از معدن و منابع طبیعی را به قانون خاص راجع نموده است. به این منظور، در سال ۱۳۷۸ و ۱۳۹۳ دو قانون مهم در روشنائی ماده ۹ ق. ا جهت استفاده از منابع طبیعی و معادن وضع و نافذ گردیده است: این دو قانون عبارت اند از: قانون نفت و گاز (هایدروکاربن ها) و قانون معادن که احکام متعلق به ملکیت و طرز استخراج معادن و منابع طبیعی را تنظیم می نمایند.^{۲۳۸}

در مورد استیلاء بر معدن فقهای حنفی به این عقیده اند: که تملک معدن تابع تملک زمین است، زیرا زمانی که زمین تملک شود با همه اجزاء آن تملک می گردد. بنابراین، در صورتی که معدن در زمین مملوکه پیدا شود، مالک زمین، مالک معدن نیز تلقی می گردد. در صورتی که معدن در زمین دولتی پیدا شود، دولت مالک آن تلقی می گردد. اما، در صورتی که معدن در زمین غیر مملوکه پیدا شود، ملکیت پیدا کننده تلقی می گردد. در رابطه به حق دولت نسبت به معدن فقهای حنفی به این عقیده اند که در معادن برای دولت خمس است، زیرا به اعتقاد فقهای مذکور معادن و کنوز شامل رکاز می گردد و در این مورد پیامبر ﷺ می فرماید:

«فی الركاز خمس».^{۲۳۹}

«در رکاز برای دولت خمس است.»

235. http://www.bbc.co.uk/persian/afghanistan/2010/06/100614_k01_afghan_mines.shtml

236. James Risen, "U.S. Identifies Vast Mineral Riches in Afghanistan," New York Times, June 14, 2010, <http://www.nytimes.com/2010/06/14/world/asia/14minerals.html>.

237. Press Release, Ministry of Mines, 30 percent of Afghanistan's soil mineral resources worth three trillion USD (January 31, 2011).

۲۳۸. جهت مطالعه مفصل در مورد طرز استفاده از معادن نک: قانون معادن مصوب سال ۱۹۹۳ هجری شمسی.

۲۳۹. رواه الجماعة (أحمد و أئمة السنه) عن أبي هريرة.

۲) استیلاء بر کنز: در رابطه به کنز اسلامی فقهای حنفی به این باور اند که کنز اسلامی در ملک صاحب آن باقی می ماند. بنابراین، پیدا کننده مالک آن تلقی نمی گردد. پس، کنز اسلامی مانند لقطه (مال گم شده) است که بر پیدا کننده تعریف و اعلان آن لازم است. در صورتی که بعد از اعلان مالک آن پیدا شود، پیدا کننده باید آن را به صاحبش تسلیم نماید و در صورت عدم پیدا شدن مالک آن، پیدا کننده باید آن را به فقراء صدقه نماید، زیرا انتفاع از آن توسط فقراء حلال و جایز می باشد. در رابطه به کنز جاهلی فقهای مذاهب اربعه به این عقیده اند که خمس آن برای بیت المال است و در رابطه به باقی یعنی ربع آن دو رأی وجود دارد.

بعضی فقهاء به این باور اند که کنز مذکور ملک پیدا کننده است خواه کنز مذکور در زمین مملوکه و یا غیر مملوکه پیدا شده باشد. ولی بعضی دیگری از فقهاء به این عقیده اند که در صورتی که کنز جاهلی در زمین غیر مملوکه و یا زمینی که در اثر احیاء تملک گردیده باشد پیدا شود ملکیت مالک زمین و یا احیاء کننده تلقی می گردد. ولی، در صورتی که کنز مذکور در زمین مملوکه پیدا شود اولاً مال مالک زمین و یا ورثه وی در صورتی که حاضر باشند تلقی می گردد، ولی در صورت عدم حضور مال دولت تلقی می گردد.^{۲۴۰}

۳) شکار

ماده ۱۹۹۰ ق. م شکار آبی و زمینی را تحت عنوان فصل اسباب کسب ملکیت آورده است. اما، در این ماده به صورت صریح تصریح نگردیده است که آیا شکار از جمله مباحات تلقی می گردد یا خیر؟ به نظر می رسد اگر ماده ۹ ق. ا را تفسیر موسع کنیم شامل شکار بحری نیز می شود، زیرا قانونگذار اساسی در نص این ماده از «سایر منابع زیرزمینی» سخن می گوید. مثال های بارز این منابع شکار بحری و دریایی است. با پذیرش این تفسیر و استنباط این نتیجه به دست می آید که حیواناتی که در دریا ها زندگی می نمایند ملکیت دولت شناخته می شوند. اما، به نظر نمی رسد ماده ۹ ق. ا شکار خشکه را در بر بگیرد، زیرا شکار خشکه از جمله منابع زیرزمینی نیست. ماده ۱۹۹۰ ق. م تنظیم احکام مربوط را شکار را به قانون خاص محول نموده است. ماده مذکور در این مورد حکم می نماید: «حقوق در شکار آبی و زمینی [...] توسط قوانین خاص تنظیم می گردد...». هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ارجاع قواعد شکار به قانون خاص است. به این منظور در سال ۱۴۲۱ هجری شمسی قانون شکار و ابقای حیات وحش نافذ گردیده که با انفاذ آن قانون شکار و ابقای حیات وحش منتشره جریده رسمی شماره ۷۶۱ مؤرخ ۱۵/دلو/ ۱۳۷۰ ملغی گردید.^{۲۴۱}

نوع پنجم استیلاء طبق فقه استیلاء بر شکار است. طبق فقه در حیوانی که شکار می شود شرط است که قدرت فرار را به دو پای یا دو بال خود داشته باشد در غیر آن شکار آن صحیح نیست (مستنبط از ماده ۱۲۹۵ مجله الاحکام). طبق فقه شکار عبارت از وضع ید بر شی مباح غیر مملوک می باشد که به استیلائی فعلی بر صید و یا استیلائی حکمی بر آن محقق می شود. طبق فقه استیلائی فعلی عبارت از اجرای فعلی است که صید را از فرار عاجز نماید مانند: کندن حوض برای شکار ماهی، تهیه جال برای پرندگان و تربیه حیوانات تعلیمی شکاری و استیلائی حکمی عبارت از قصد صیاد نظر به قاعده «الامور بمقاصد ها» می باشد.

بنابراین، شکار با موجودیت دو شرط فوق (استیلائی فعلی و حکمی) متحقق می شود. پس، هرگاه کسی جالی را به قصد خشک شدن هموار نماید و شکار در آن گیر افتد، شکار مال کسی تلقی می گردد که آن را

۲۴۰. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۶۴۶-۴۶۵۵.

۲۴۱. جهت مطالعه مفصل در خصوص شکار ر. ک: قانون شکار و ابقای حیات وحش.

تملك نماید، زیرا مالک جال قصد شکار را نداشته است. ولی، هرگاه نیت مالک جال، شکار باشد و شکار را کسی دیگر تملك نماید متجاوز و متعدی پنداشته می شود.^{۲۴۲} شکار با آلات جارحه مانند تبر، تفنگ، دام، حیوان تربیت شده مانند: سگ و پرند جارج مانند باشه جواز دارد (مستفاد از ماده ۱۲۹۲ مجله الاحکام).^{۲۴۳}

(۴) لقطه

طبق ماده ۱۹۹۰ ق. م: «حقوق در [...] لقطه [...] توسط قوانین خاص تنظیم می گردد...». نص این ماده تنظیم احکام مربوط به لقطه یا مال مفقود شده را به قانون خاص محول نموده است. اما، در این باره تاکنون در افغانستان به دلیل عدم اهمیت لقطه برخلاف معادن، جنگلات، آثار تاریخی و فرهنگی و ... کدام قانون خاصی وضع و نافذ نگریده است. برای تنظیم امور مربوط به لقطه به نظر می رسد که ضرورت به قانون جداگانه نیست. قانونگذار مدنی می تواند با ایزاد برخی احکام در ق. م این خلا قانونی را رفع نماید. اشیایی که گم می شوند امکان دارد حیوان یا اشیای بیجان باشند. در صورتی که گم شده حیوان باشد، به آن «حیوان ضاله» می گویند. در صورتی که شی گم شده بیجان باشد به آن لقطه می گویند.^{۲۴۴} در صورتی که گم شده طفل باشد یا طفل نامشروع یا مشروع را پدر و مادر ترک کنند به آن لقیط می گویند. پیدا کننده شی گم شده را ملقط و عمل برداشتن و اخذ شی گم شده را التقاط می گویند.

برخی فقهاء در تعریف لقطه می گویند که لقطه عبارت مالی است که از نزد صاحبش گم شده و شخص دیگر آن را پیدا نموده باشد.^{۲۴۵} به صورت مشخص تر، فقهای حنفی در تعریف لقطه می گویند که: لقطه عبارت از مالی است که یافت شده و مالک آن شناخته نشده باشد.^{۲۴۶} برخی دیگر در تعریف لقطه می گویند: لقطه عبارت از مالی است که مالک بدون قصد و غیر دواطلبانه آن را در اثر سهل انگاری یا تقصیر گم می کند و نمی داند کجا است. برخی مثال هایی مال لقطه قرار ذیل است:

- (۱) اگر پول شخص به طور تصادفی از سوراخ جیب او در زمین بی افتد، این مال لقطه است.
- (۲) اگر انگشتر از روی تصادف از انگشت صاحب آن بی افتد و صاحب آن نداند، این مال لقطه است.
- (۳) اگر ساعت یک شخص زمانی که در پیاده رو قدم می زند، از دستش بی افتد و شخص نداند که ساعت در کجا است، ساعت لقطه است.^{۲۴۷}

در خصوص حکم مرتب بر لقطه فقهای حنفی بر این نظر اند که: لقطه در دست ملقط (یابنده) حکم امانت را دارد. بنابراین، زمانی ضامن است که تعدی کند یا صاحبش آن را مطالبه کند وی آن را ندهد.^{۲۴۸} شخصی که مال لقطه را پیدا نماید مکلف است آن را برای مدت یک سال نگهداری و حفظ نماید و علایم و مشخصات آن را در جایی که آن را پیدا کرده است بیان نماید. در صورتی که در این مدت صاحب آن پیدا شود و توسط وسایل اثبات

۲۴۲. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۰۸ - ۲۹۰۹.

۲۴۳. جهت معلومات مزید در رابطه به شکار و احکام متعلق به آن ر. ک: مجله الاحکام، جلد (۳)، مواد ۱۲۹۲ - ۱۳۰۷.

۲۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۲۸.
245. Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transctions, first edi, Malaysia: center for reasch and training, p 229.

۲۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۲۸.
247. John G. Sprankling (2017). Understanding Property Law, 4th edi, USA: Carolina Academic press, Duham, North Carolina, pp 38 and 39.

۲۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۴۷.

(اسناد، شهود، سوگند، قراین و ...) اثبات نماید که مالک شی گم شده است، لقیط باید مال را به صاحب آن برگرداند. در صورتی که در مدت یک سال صاحب مال پیدا نشود، پیدا کننده مال می تواند در آن تصرف نماید. به این ترتیب، تملک لقطه یکی از اسباب کسب ملکیت است.^{۲۴۹}

امروزه، نگهداری مال لقطه برای مدت یک سال مشکل به نظر می رسد مخصوصاً در صورتی که مال لقطه استهلاکی باشد. همچنین، بیان مشخصات مال لقطه در محلی که پیدا شده است مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد امروزه شخصی که مال لقطه را پیدا کرده است می تواند آن را به پولیس تسلیم نماید. همچنین، می تواند مشخصات آن را از طریق رسانه ها اعم از دیداری، شنیداری، اجتماعی و نظیر اینها اعلان نماید. بنابراین، نظریات فقهی حنفی در خصوص مال لقطه بسیار کلاسیک به نظر می رسد و ایجاب تجدید را می نماید.

۵) آثار باستانی

ق. م در مورد آثار باستانی دو حالت را پیش بینی نموده است. پیدا شدن آثار باستانی در اراضی شخصی و دولتی. اگر آثار باستانی در اراضی شخصی پیدا شود، چنین آثاری ملکیت دولت است. در چنین حالتی، دولت زمین را مطابق قانون استملاک و برای صاحب زمین مکافات می دهد. ماده ۱۹۸۸ ق. م در این زمینه حکم می نماید که: «هرگاه [...] آثار باستانی در اراضی مملوکه شخصی کشف گردد، ملکیت آن از دولت بوده علاوه بر اعطای مکافات برای مالک، زمین مطابق به قانون استملاک می گردد.»

اما، اگر آثار باستانی در اراضی دولتی پیدا شود، شخصی که آن را پیدا نموده است، صرف مستوجب مکافات شناخته می شود و ملکیت آثار باستانی مربوط به دولت است. ماده ۱۹۸۹ ق. م در این زمینه حکم می نماید که: «کسی که در اراضی دولتی [...] آثار باستانی را بیابد، ملک دولت شمرده شده مقامات با صلاحیت در مقابل به او مکافات مناسب تعیین می کنند.» علاوه بر این، ماده ۱۹۹۰ تنظیم احکام آثار باستانی را به قانون خاص محول نموده است. این ماده می گوید: «حقوق در شکار آبی و زمینی، لقطه و آثار تاریخی توسط قوانین خاص تنظیم می گردد.» قانون خاصی که احکام مربوط به آثار باستانی را تنظیم می نماید عبارت از قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی است که در سال ۱۳۸۳ وضع و نافذ گردیده است. به نظر می رسد ماده ۱۹۸۸ ق. م به صورت ضمنی توسط ماده ۹ ق. ۱ نسخ شده است. طبق ماده ۹ ق. ۱ آثار باستانی ملکیت دولت تلقی می شد.

۶) اراضی موات

فقهاء اتفاق نظر دارند^{۲۵۰} که احیای موات نه تنها جایز، بلکه در اسلام امر مطلوب است. زیرا، احیای موات موجب عمران زمین می شود که خداوند تعالی آن را از انسان ها مطالبه نموده و می فرماید:

﴿وَإِلَىٰ تَمُودَ أَخَاهُمْ صَالِحًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَٰهٍ غَيْرُهُ هُوَ أَنشَأَكُمْ مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تَوْبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُّجِيبٌ﴾ - [هود: ۶۱]

۲۴۹. جهت مطالعه مفصل در خصوص لقطه ر. ک: سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سفر، صص ۳۵۷-۳۵۸.

۲۵۰. در مورد مشروعیت احیای موات ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۶۱۶؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۳۸؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۱۸۶.

«و به سوی [قوم] ثمود برادرشان صالح عليه السلام را [فرستادیم] گفت ای قوم من خدا جل جلاله را بپرستید برای شما هیچ معبودی جز او نیست او شما را از زمین پدید آورد و در آن شما را استقرار داد پس از او آمرزش بخواهید آنگاه به درگاه او توبه کنید که پروردگارم نزدیک [و] اجابت کننده است.»
مشروعیت جواز احیای موات بر مبنای حدیث نیز ثابت است. پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:
«من أحيا أرضاً ميتة فهي له».^{۲۰۱}

«کسی که زمین موات را احیاء نماید مالک آن تلقی می گردد.»
و نیز فرموده است:

«من أحيا أرضاً ميتة فله فيها أجر».^{۲۰۲}

«کسی که زمین موات را احیاء نماید مستحق ثواب می گردد.»
و نیز فرموده است:

«من عمر أرضاً ليست لأحد، فهو أحق بها».^{۲۰۳}

«کسی که زمینی را که دارای مالک خاص نباشد احیاء کند نسبت به آن مستحق شناخته می شود.»
احادیث فوق از یکطرف دال بر مشروعیت احیای موات توسط شرع و از طرف دیگر دال بر رغبت شرع به احیای موات جهت ضرورت و حاجت مردم می باشد. موات در لغت به معنی مرده، بی جان و هر چیزی بی جان است. در اصطلاح فقهی تعاریف متعدد که تقریباً مفهوم مشابه را افاده می نمایند، برای موات ارایه شده است.
۱- فقههای حنفیه بر این نظر اند که: موات عبارت از زمینی است که خالی از عمارت و سکونت باشد.
۲- برخی نیز گفته اند که: موات عبارت از زمینی است که مالکی نداشته باشد و هیچ کس از آن انتفاع نگیرد.

۳- ماده ۱۲۷۰ مجله الاحکام در مورد تعریف اراضی موات می گوید: «اراضی موات عبارت از زمین های می باشد که در ملک کسی داخل نباشد، نه علفچر باشد و نه هیزم جای قصبه و یا قریه و از آبادی دور باشد [...]».

۴- برخی دیگر نیز گفته اند: اراضی موات اراضی ای است که هیچ نوع مالک نداشته باشد و به هیچ صورت قابل انتفاع نباشد و از شهر خارج باشد. در صورتی که ملک شخصی باشد، یا داخل شهر باشد یا اینکه محتطب (هیزمگاه) اهل شهر باشد یا مرعی حیوانات آنها باشد به هیچ صورت موات تلقی نمی گردد.

۵- موات زمینی است که در آن آبادی و آب وجود نداشته باشد و مملوک کسی نباشد و همچنین کسی از آن انتفاع نگیرد. از همین رو، فقههای حنفی در تعریف زمین موات می گویند که: موات زمینی است که زرع آن به سبب انقطاع آب متعذر (ناممکن) باشد و مملوک کسی نباشد و از آبادی دور باشد.^{۲۰۴} با توجه به آنچه در مورد تعریف زمین های موات گفته شد، پرسش این است که مصادیق زمین های موات را در کجا می توان پیدا کرد؟

۲۰۱. رواه الترمذی و ابو داود.

۲۰۲. رواه أحمد و النسائی و ابن حبان عن جابر أو أخرجه الترمذی من وجه آخر بلفظ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له».

۲۰۳. رواه مالک فی موطنه، و أحمد و البخاری و أبو داود عن عائشة.

۲۰۴. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبيشائر الاسلامية، ص ۱۸۶؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۶۱؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی (____). الفقه الحنفی وادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیہ، ص ۱۶۷؛ و محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰). شرح مجلة الاحکام، مترجمان: امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، قسمت دوم: شرکت ها، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۲۹۰۷.

در پاسخ به این پرسش باید گفت که با توجه به جهان شمول بودن حقوق اسلام و با توجه به متفاوت بودن اقلیم قاره های مختلف کره زمین، در بسیاری از ممالک اروپایی مانند جرمنی، فرانسه، هالند، انگلستان و ... زمین موات وجود ندارد، زیرا این ممالک دارای آب و هوای مرطوب و بارانی اند و بسیاری از قسمت های خاک این ممالک را جنگلات، زراعت و چمن ها پوشش داده است. در بسیاری از ایالات، ایالات متحده امریکا و کانادا نیز این امر صادق است.

در ممالک آسیایی بیشتر مصادیق زمین های موات را می توان در خود عربستان سعودی، دبی، عمان و ... پیدا کرد. در افغانستان زمین های موات را می توان در جنوب افغانستان مانند هرات، قندهار، هلمند، فراه و نظیر اینها پیدا کرد. به نظر می رسد تعریفی را که فقهاء در مورد اراضی موات ارایه کرده اند بیشتر با توجه به اقلیم و آب و هوای ممالک عربی به ویژه عربستان سعودی بوده است. احیاء در لغت به معنی زنده گردانیدن است. در شرع احیاء عبارت از اصلاح زمین موات است از طریق احداث بناء، غرس درخت و آماده ساختن آن برای کشت و آبیاری.^{۲۵۵} نظریه استیلاء بر اراضی مباحه در ق. م پیش بینی شده است، اما نویسندگان ق. م و ق. ت. ا. ز تعریف موات را از فقه اقتباس نکرده اند، زیرا چنانچه گفته شد، تعریفی را که فقهاء در مورد زمین موات ارایه کرده اند ناشی از اوضاع و احوال ممالک عربی بوده است.

بر عکس نویسندگان ق. م زمین های موات را با توجه به وضعیت آب و هوا متفاوت بودن زمین های افغانستان از عربستان تعریف کرده اند. نویسندگان ق. م میان استیلاء بر اراضی زراعتی لامالک و اراضی غیر زراعتی لامالک (موات) تفکیک قایل شده استیلاء بر اولی را مجاز نمی داند و استیلاء بر دوم را به اجازه رئیس جمهور مجاز می داند. قانون تنظیم امور زمینداری ۱۳۹۶ زمین را به زمین زراعتی، زمین غیرزراعتی (موات و بایر)، زمین وقفی، زمین مشاع، زمین دولتی، زمین شخصی، زمین عامه و زمین مرعی تقسیم نموده است. در ذیل تعریف و حکم هر یک از این زمین ها را در روشنایی قانون تنظیم امور زمینداری مورد بحث قرار می دهیم:

اول) اراضی زراعتی لامالک

طبق ماده ۱۹۹۱ ق. م: «اراضی زراعتی لامالک ملکیت دولت بوده، تملك آن بدون اجازه دولت و خلاف احکام قانون، جواز ندارد.» نص این ماده مجمل است، زیرا نص این ماده زمین زراعتی را تعریف نکرده است و صرف زمین زراعتی را که مالک خاص نداشته باشد ملکیت دولت می شناسد.

همچنین، نص این ماده تملك یعنی در ملکیت آوردن چنین اراضی بدون اجازه دولت مجاز نمی داند. اما، قانون تنظیم امور زمینداری ۱۳۹۶ زمین زراعتی را تعریف و توزیع آن را بیان نموده است. زمین زراعتی زمین صالح الزراعه و نیمه زراعتی است (ماده ۳ جزء ۹ ق. ت. ا. ز). زمین صالح الزراعه زمین درجه اول و درجه دوم است (ماده ۳ جزء ۱۰ ق. ت. ا. ز). زمین نیمه زراعتی زمین درجه چهارم الی هفتم می باشد.

زمین زراعتی به هفت درجه تقسیم می شود:

- ۱- زمین درجه اول (باغی و تاکی)؛
- ۲- زمین درجه دوم (دو فصله آبی)؛
- ۳- زمین درجه سوم (یک فصله آبی که بیشتر از پنجاه فیصد آن سالانه کشت و آبیاری می شود)؛

۲۵۵. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کوبته: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۶۱۴ و ۴۶۱۵؛ _____ (۱۴۰۴ ق. هـ). الموسوعة الفقهية، جلد (۲)، کوبت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۳۸؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق. هـ)، المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۱۸۶.

- ۴- زمین درجه چهارم (یک فصله آبی که از پانزده الی پنجاه فیصد آن سالانه کشت یا آبیاری می شود)؛
- ۵- زمین درجه پنجم (زمین یک فصله آبی که الی پنجاه فیصد آن سالانه کشت و آبیاری می شود و زمین للمی یک بوره که سال در میان کشت می شود)؛
- ۶- زمین درجه ششم (زمین للمی دو بوره که دو سال در میان کشت می شود)؛
- ۷- زمین درجه هفتم (زمین للمی که بیشتر از دو سال در میان کشت می شود). (ماده ۵۹ ق. ت. ا. ز). این زمین ها توسط اداره ارضی به مستحق طور ذیل در برابر قیمت توزیع می گردد:
- ۱- زمین درجه اول ۵ جریب؛
- ۲- زمین درجه دوم ۶ جریب؛
- ۳- زمین درجه سوم ۷/۵ جریب؛
- ۴- زمین درجه چهارم ۱۲/۵ جریب؛
- ۵- زمین درجه پنجم ۲۵ جریب؛
- ۶- زمین درجه ششم ۳۳ جریب؛
- ۷- زمین درجه هفتم ۵۰ جریب (ماده ۶ ق. ت. ا. ز).

دوم) اراضی غیر زراعتی لامالک (موات)

استیلاء بر موات را در نظام حقوقی افغانستان می توان به ترتیب در سه قانون مطالعه کرد: استیلاء بر موات را در ق. م، استیلاء بر موات طبق فرمان رئیس اداره مؤقت افغانستان در مورد عدم توزیع زمین های بکر و بایر دولتی و استیلاء بر موات طبق قانون تنظیم امور زمینداری:

۱) استیلاء بر موات طبق ق. م: ماده ۱۹۹۲ ق. م در این مورد تصریح می نماید که: «اراضی بایر غیر قابل انتفاع که لا مالک باشد، ملک شخصی شناخته می شود که به اجازه حکومت آن را تصرف و آباد نموده باشد. اگر اراضی بایر و لا مالک به اجازه حکومت آباد گردد و در آن کشت زراعت و بناء آباد گردد آباد کننده مالک آن شناخته شده و به تأدیه مالیات مکلف می شود، مگر اینکه قانون خاص طور دیگر حکم کرده باشد.» از نص این ماده احکام ذیل قابل استخراج است:

- ۱- در ماده ۱۹۹۲ ق. م به عوض زمین موات زمین بایر استعمال شده است. بایر یا بائر در لغت به معنی ویران، خراب، فاسد، زمینی که در آن زراعت نکنند است.^{۲۵۶}
- ۲- شخصی که زمین بایر را به اجازه حکومت تصرف و آباد نماید، این زمین ملکیت او شناخته می شود مشروط بر این که این زمین لامالک باشد. عبارت به اجازه حکومت در این ماده بسیار کلی است.
- ۳- اثری که بر تصرف و آباد کردن زمین بایر مرتب می شود این است که این زمین ملکیت آباد کننده پنداشته می شود.
- ۴- آباد کننده مکلف به پرداخت مالیات به دولت است. به نظر می رسد این حکم را نویسندگان ق. م از فقه اقتباس نموده اند.
- ۵- حکم ماده ۱۹۹۲ در صورتی که قابل تطبیق است که توسط قانون خاص تخصیص نخورد، زیرا بخش اخیر این ماده تصریح می نماید که مگر این که در قانون خاص طور دیگری تصریح شده باشد. در صورت تعارض

حکم قانون عام و خاص حکم قانون خاص مرجع و غالب است. این یک اصل پذیرفته شده اصولی است. فرمان تقنینی و قانون خاصی که نص ماده ۱۹۹۲ را تخصیص زده اند فرمان تقنینی شماره ۹۹ مؤرخ ۴ / ۲ / ۱۳۸۱ و ق. ت. ا. ز. اند.

در سال ۱۳۸۱ فرمان تقنینی شماره ۹۹ مؤرخ ۴ / ۲ / ۱۳۸۱ رئیس اداره مؤقت فروش زمین های بکر و بایر دولتی را منع قرار داد. ماده اول این فرمان چنین می گوید: «به تمام وزارت خانه ها، ادارات و مؤسسات دولتی اکیداً هدایت داده می شود که از توزیع زمین های بکر و بایر ملکیت دولت به اهالی منجبت نمرات تعمیر منازل و سایر موارد جداً جلوگیری به عمل آید.» از نص این ماده سه حکم قابل استخراج است: نخست این که در این ماده زمین های بکر و بایر ملکیت دولت شناخته می شود؛ دوم این که در این ماده زمین موات، زمین بکر و بایر نامیده شده است. اما، زمین های بکر و بایر در این فرمان تعریف نشده است؛ سوم این که ادارات دولتی نمی توانند زمین های بکر و بایر را توزیع نمایند.

اما، ق. ت. ا. ز. ۱۳۸۷ از یک طرف زمین های بکر و بایر را تعریف نمود و از طرف دیگر یک اداره مشخص دولت را مؤظف به فروش زمین های بکر و بایر دولتی نمود. ماده ۲ فقره ۱۱ ق. ت. ا. ز. ۱۳۸۷ در تعریف زمین بکر می گفت: «زمین بکر (موات): زمینی است که اصلاً تحت زرع قرار نگرفته باشد.» ماده ۳ فقره ۱۲ ق. ت. ا. ز. ۱۳۸۷ در تعریف زمین بایر می گفت: «زمین بایر: زمینی است که بیش از پنج سال متواتر، در شرایط عادی تحت زرع قرار نگرفته و بعد از اصلاح یا احداث سیستم جدید آبیاری، تحت کشت و زراعت قرار گرفته نتواند.» به نظر می رسد این تعاریف را نویسندگان ق. ت. ا. ز. از فقه اقتباس نکرده اند و این تعاریف ناشی از اوضاع و احوال و اقلیم افغانستان است.

در مورد زمین های موات و بایر ق. ت. ا. ز. نیز موقف ق. م را مورد تأیید قرار داده است اما با اندکی تفصیل. ماده ۴۶ ق. ت. ا. ز. در این مورد تصریح می نمود که: «(۱) هیچ شخص نمی تواند زمین های بکر و بایر را تحت تصرف مالکانه خود قرار دهد، مگر به فرمان رئیس جمهور؛ و (۲) هرگاه شخص در املاک (زمین موات) طور خودسرانه تصرف نموده و فرمان رئیس جمهور موجود نباشد، به م حض تصرف خودسرانه، این نوع املاک (زمین) شخصی شمرده نمی شود. اذن تصرف مالکانه صرف صلاحیت رئیس جمهور است.»

ماده ۴۶ فقره های ۳ الی ۶ ق. ت. ا. ز. ۱۳۸۷ در مورد فروش زمین های بکر و بایر دولتی می گفت: «(۳) فروش زمین های بکر و بایر به اساس مزایده به اشخاص، مؤسسات زراعتی و مالدار، شرکت های خصوصی و مختلط داخلی، بعد از منظوری رئیس جمهور توسط وزارت زراعت، آبیاری و مالدار صورت می گیرد؛ (۴) زمین های بکر و بایر در بدل قیمت عادلانه بعد از طی مراحل قانونی از طرف وزارت زراعت، آبیاری و مالدار به خریدار انتقال داده می شود. البته، به متصرف قبلی حق اولیت داده می شود؛ (۵) قیمت زمین های بکر و بایر توسط کمیسیون ارزیابی و تسلیم دهی زمین متشکل از نمایندگان وزارت های زراعت، آبیاری و مالدار، معادن، مالیه، اداره ابدات تاریخی وزارت اطلاعات و فرهنگ و اداره جیودیزی و کارتوگرافی در محل با در نظر داشت قیمت زمین پلوان شریک تعیین و بعد از تأیید شورای وزیران و منظوری رئیس جمهور تثبیت می شود؛ (۶) قیمت زمین بکر و بایر (موات) در مدت پنج سال از تاریخ توزیع زمین به پنج قسط مساویانه قابل حصول می باشد.»

در مورد کیفیت خرید زمین بکر و بایر ماده ۴۹ ق. ت. ا. ز. حکم می نمود: «تقاضاء کننده زمین بکر و بایر (موات) درخواست خریداری زمین را به وزارت زراعت، آبیاری و مالدار ارایه داشته درخواست مذکور در ظرف

یک ماه از طرف هیئت ارزیابی و تسلیم دهی زمین مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته و به اداره عمومی تنظیم امور زمینداری ارسال می شود. در مورد فروش زمین مورد نظر از طریق اداره عمومی تنظیم امور زمینداری مطابق احکام این قانون اجراء صورت می گیرد.».

اما، ق. ت. ا. ز ۱۳۶۹ زمین را به زراعتی و غیر زراعتی و غیر زراعتی را به به بکر (موات) و بایر تقسیم می نماید (ماده ۳ جزء ۱۲). طبق این قانون زمین بکر (موات) زمینی است که اصلاً تحت زرع قرار نگرفته باشد. زمین بایر زمینی است که بیش از پنج سال متواتر، در شرایط عادی تحت زرع قرار نگرفته و بعد از اصلاح یا احداث سیستم جدید آبیاری، تحت کشت و زراعت قرار گرفته نتواند (ماده ۳ اجزاء ۱۲ و ۱۳ ق. ت. ا. ز). وزارت مالیه می تواند با توافق اداره ارضی به منظور جلب و حمایت سرمایه گذاری و ایجاد فارم های زراعتی، باغداری و نظیر اینها زمین های بکر و بایر را برای مدت ۹۰ سال به اشخاص، مؤسسات، و شرکت های زراعتی و مالدارانی خصوصی و مختلط داخلی و خارجی به اجاره بدهد (ماده ۷۴ فقره ۱ ق. ت. ا. ز). این مدت و مقدار اجرت (حق الاجاره) به توافق طرفین قابل تمدید است (ماده ۷۴ فقره ۵ ق. ت. ا. ز).

زمین های بکر و بایر طبق ق. ت. ا. ز طور ذیل به اجاره داده می شوند:

- ۱- به شخص انفرادی به منظور زراعت الی ۵۰ جریب؛
 - ۲- به شرکت های خصوصی و مختلط به مقاصد غیرزراعتی الی ۵۰۰ جریب؛
 - ۳- به شرکت های مالدارانی و زراعتی الی ۱۰۰۰ جریب.
- در صورتی که مساحت زمین بکر و بایر بیشتر از ۱۰۰۰ جریب باشد به تصویب حکومت (کابینه) می تواند به اجاره داده شود (ماده ۷۶ ق. ت. ا. ز).
- در صورتی که مساحت زمین بکر و بایر الی ۵۰ جریب باشد، اجاره گیرنده باید آن را در مدت ۲ سال، در صورتی که مساحت آن بیش از ۵۰ الی ۲۵۰ جریب باشد در مدت سه سال، در صورتی که مساحت آن بیشتر از ۲۵۰ جریب باشد در مدت ۵ سال آباد و عمران نماید.
- وزارت مالیه مکلف است از جریان احیا و آباد نمودن زمین های بکر و بایر نظارت نماید. در صورت عدم احیای زمین های بکر و بایر در میعاد های مذکور، وزارت مالیه می تواند قرارداد اجاره را فسخ و زمین را به اجاره گیرنده دیگر به اجاره بدهد (ماده ۷۸ ق. ت. ا. ز).
- اجاره گیرنده مکلف است حق الاجاره (اجوره) را همه سال طور پیشکی در حساب دولت تحویل نماید.

سوم) زمین های علفچر

نوع سوم عقار ملکیت عامه علفچر است. مالکیت و استفاده از علفچر ها یکی از منابع نزاع میان اقوام مختلف افغانستان مانند کوچی ها و باشنده های مناطق مرکزی افغانستان بوده است. ق. م در مورد علفچر حکمی ندارد. اما، احکام مربوط به علفچر را قانون علفچر که در سال ۱۴۲۱ هجری قمری نافذ گردیده و برخی احکام آن به صورت ضمنی توسط ق. ت. ا. ز ۱۳۹۶ ملغی گردیده است تنظیم می نماید. در ذیل زمین های علفچر را در قانون علفچر و سپس در ق. ت. ا. ز مورد مطالعه قرار می دهیم:

(۱) زمین های علفچر طبق قانون علفچرها: هدف از وضع قانون علفچر حفاظت علفچر ها و استفاده از آن به منظور تعلیف مواشی است (ماده ۱ ق. ع).

۱- تعریف و انواع: ماده ۲ فقره اول ق. ع در تعریف علفچر می گفت: «(۱) تمام اراضی به شمول دشت ها، تپه، کوه ها و دامنه های آن، جبه زارهای دو طرف دریاها و ساحات جنگل که دارای پوشش از نباتات علوفه ای و بنه های طبیعی باشد و جهت خوراکه مواشی از آن استفاده شده بتواند، علفچر شناخته می شود». ق. ع علفچر را به دو نوع علفچر عامه و خاص تقسیم می نماید:

- علفچر خاص ماده ۲ فقره دوم ق. ع در تعریف علفچر خاص می گفت: «علفچر خاص شامل مرعی که مطابق حکم جزء ۹ ماده دوم قانون تنظیم امور زمینداری حریم قریه ها و شهرها می باشد». این تعریف توسط ق. ت. ا. ز ملغی گردیده است. علفچر چه عام باشد و چه خاص به منظور تعلیف و چرای حیوانات موارد استفاده قرار می گیرد. ماده ۳ فقره اول ق. ع در این مورد می گفت: «حق استفاده از علفچر به تعلیف و چرای مواشی منحصر می باشد».

باوجوداین، تعلیف و چرای مواشی بستگی به این امر دارد که علفچر خاص است یا عام: اگر علفچر عام باشد، همه مردم می توانند حیوانات خویش را در آن بچرانند، اما اگر علفچر خاص باشد، صرف مردم قریه ای که نزدیک آن علفچر موقعیت دارد، می توانند حیوانات خویش را در آن بچرانند. ماده ۳ فقره دوم و سوم ق. ع در این مورد تصریح می نمود: «(۲) استفاده از ساحة علفچر خاص به مواشی قریه هایی که علفچر مذکور در نزدیک آن ها موقعیت دارد، تعلق می گیرد؛ (۳) از ساحة علفچر عام مواشی عموم مردم استفاده کرده می تواند». ساحات علفچر خاص توسط کمیسیونی که در ق. ع پیش بینی شده است مطابق شرع تثبیت می گردید. ماده ۵ فقره های اول و دوم ق. ع در این مورد حکم می نماید که: «(۱) ساحة علفچر توسط هیئت طبق حکم شریعت تشخیص و علامه گذاری و ثبت می گردد؛ (۲) هرگاه ساحة علفچر قبل از انفاذ این قانون تثبیت نگردیده باشد، شورای وزیران ظرف شش ماه در هر ولایت هیئتی را به منظور تطبیق حکم فقره ۱ این ماده مؤلف می نماید». اگر در علفچر خاص شرعاً و قانوناً ملکیت اشخاص و دولت ثابت نگردد، شخص و دولت نمی تواند در آن تصرف مالکانه از قبیل: خرید و قانوناً، اجاره، وقف و امثال اینها نماید. ماده ۱ فقره های اول و دوم ق. ع در این مورد حکم می نمود: «علفچر خاص که شرعاً ملکیت دولت یا شخص در آن ثابت نگردد، دولت و یا شخص نمی تواند در علفچر مذکور تصرفات مالکانه نمایند؛ (۲) اهالی محل می توانند غرض علوفه مواشی خویش مطابق احکام این قانون از ساحة علفچر استفاده نمایند. حق استفاده از علفچر قابل خرید و قانوناً نمی باشد». همچنین، ماده ۶ ق. ع در مورد عدم جواز خرید و فروش علفچر خاص می گوید: «خرید، فروش و اجاره علفچر خاص جواز ندارد». همچنین، طبق ماده ۸۳ ق. ت. ا. ز: «در صورتی که شخص در مرعی تصرفات مالکانه نماید و تصرف وی بسیار قبلی هم باشد، هرگاه مرعی بودن زمین شرعاً ثابت شود، تصرف شخص قطع و مرعی از ملکیت وی خارج می گردد».

- علفچر عام: ماده ۲ فقره دوم ق. ع در تعریف علفچر عام می گوید: «علفچر عام: شامل زمین های مواتی که مطابق حکم جزء نهم ماده دوم قانون تنظیم امور زمینداری حریم قریه ها و شهرها نباشد است». این تعریف توسط ق. ت. ا. ز ملغی گردیده است.

(۲) زمین های علفچر طبق ق. ت. ا. ز ۱۳۹۶: در ق. ت. ا. ز ۱۳۹۶ احکام ذیل در خصوص علفچر ها وجود دارد:

- ۱- **تعریف:** طبق ماده ۳ فقره جزء ۵۶ ق. ت. ا. ز علفچر زمین های عامه و دارای نباتات علوفه ای، نی و بوته های طبیعی است و به منظور چرانیدن مواشی از آن استفاده می شود.
- ۲- **انواع:** طبق ق. ت. ا. ز علفچر ها به دو دسته تقسیم می شود. علفچر عام که همه اتباع می توانند در آن مواشی خویش را بچرانند. علفچر خاص که عبارت از زمین هایی است که در حدود معین قریه و یا قریه ها قرار دارد و صرف اهالی قریه می توانند به منظور چرانیدن حیوانات و استفاده جمعی برای خرمن جای، پارک تقریحی، قبرستان، عیدگاه، بازار های محلی، میدان ورزشی و انکشاف قریه از آن استفاده نمایند (ماده ۳ اجزای ۵۷ و ۵۸).
- ۳- **تثبیت و ثبت علفچر ها:** تثبیت و ثبت علفچر های عام و خاص وظیفه اداره ارضی است (ماده ۱۲ فقره ۲ و ماده ۱۳ فقره ۲ و ماده ۱۴ ق. ت. ا. ز).
- ۴- **تصرف در علفچر های عام:** هیچ شخص نمی تواند در علفچر های عام تصرف نماید. به حیث مثال، آن را خرید و فروش نماید، هبه کند، ترکه کند، تقسیم نماید، تبادل نماید، به رهن و اجاره بدهد. اما، تطبیق پروژه های دولت پس از تصویب حکومت می تواند در آن صورت بگیرد (ماده ۱۲ ق. ت. ا. ز).
- ۵- **تصرف در علفچر خاص:** هیچ شخص نمی تواند در علفچر های خاص تصرف نماید. به حیث مثال، آن را خرید و فروش نماید، هبه کند، به عنوان ترکه استفاده و تقسیم نماید، تبادل نماید، به رهن و اجاره بدهد (ماده ۱۳ فقره ۱ ق. ت. ا. ز). حفاظت و مراقبت از زمین های علفچر خاص وظیفه اهالی قریه است (ماده ۱۳ فقره ۲ ق. ت. ا. ز).

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت میدان وردک:

اکثراً یک تعداد از برادران کوچی ما دعاوی علفچر را به عنوان دعوی ملکیت در محاکم راه اندازی نموده در حالیکه مدعی عبارت از زمین های است که دولت یا شخص در آن تصرف مالکانه کرده نمی تواند مگر اینکه دولت به منافع عامه تأسیساتی را اعمار نماید در غیر آن هیچ کس حق تصرف مالکانه را از حیث اعمار منازل و غیره ندارد. بناءً به مقام محترم پیشنهاد می گردد تا در مورد حق انتفاع و مالکانه در علفچرها مصوبه ای که در روشنائی قانون و احکام شریعت تصویب و غرض توحید مرافق قضائی به محاکم ارسال فرموده تا مشکلات موجوده حل گردد.

توضیح: بخاطر توضیح بیشتر بهتر است زمین موات و مرعی را از نظر فقها تعریف نمائیم:

موات و مرعی:

الموات ما لا ینتفع به من الاراضی لا تقطاع الماء عنه اولغلبة الماء علیه او ما اشبه ذلك فمکان منها عادیاً لا مالک له اوکان مملوآفی الاسلام لا یعرف له مالک بعینه وهو بعید من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لایسمع الصوت فیه فهو موات. (۴۷۵ ج. ۴. هدایه).

غلبه زمین های که در دارالاسلام قرار دارد نسبت انقطاع آب و یا آب بر آن قابل تصرف و انتفاع نباشد و از خود مالک معین نداشته و نسبت دوری از ضروریات قراء و قصبات نباشد آن زمین ها موات بوده در نزد امام ابو حنیفه / تصرف در آن بدون اجازه امام جواز ندارد.

و اگر به قراء و قصابات نزدیک بوده اما مالك معين نداشته باشد مرعى و از جمله حوائج همان قریه محسوب می شود و هیچ کس حق تصرف مالکانه را در آن ندارد. حتی برای امام مسلمین جایز نیست که برای شخص معين آنرا توزیع نماید.

ولايجوز احياء ما قارب من العامر و يترك مرعى لاهل القرية و مطرعا لحصادهم ... و على هذا قالوا لايجوز ان يقطع الامام مالا غنى بالمسلمين عنه (۴۷۸. ج ۴ هدایه).

بنابر جزئیات فوق زمین های لا مالك برابر است که موات باشد و یا مرعى برای هیچ کس جایز نیست که در آن تصرف مالکانه نمایند صرف حق استفاده و انتفاع را طور دسته جمعی دارند با این فرق که تصرف اشخاص در زمین های موات طور انفرادی به اجازه امام جایز است.^{۲۵۷}

چهارم) زمین وقفی

زمین وقفی زمینی است که جهت استفاده در امور خیریه عام و یا خاص وقف شده باشد.

پنجم) زمین مشاع

زمین مشاع زمینی است که میان دو یا بیشتر از دو شخص مشترک است و هر یک به اندازه سهم خود می تواند از آن استفاده نماید.

ششم) زمین دولتی

زمین دولتی زمینی است که متعلق به ملکیت دولت است. طبق ماده ۳ جزء ۵۳ قانون تنظیم امور زمینداری: «زمین های ذیل دولتی شمرده می شود:

- زمین های باغی و آبی که در دفتر اساس زمین های دولتی ثبت باشد و در نتیجه عملیه سروی و تصفیه، دولتی تثبیت گردد؛

- زمین للمی، بکر و بایر، دشت ها، کوه ها، تپه ها، دامنه های کوه ها، جبه زار ها، نی زار، چمنی، بلندآبه و سایر زمین هایی که در دفاتر دولتی ثبت باشد و در نتیجه عملیه سروی و تصفیه، به حیث زمین دولتی تثبیت گردد؛

- زمین و ملکیت های که در نتیجه تصفیه، ملکیت اشخاص، عامه، مرعى و وقفی شرعاً در آن ثابت نشود.

- زمین و ملکیت های که در اسناد و دفاتر دولت به حیث زمین و ملکیت دولتی ثبت گردیده باشد؛ و

- زمین و ملکیت های که قبل از انفاذ این قانون بیش از چهل سال در تصرف دولت باشد.».

هفتم) زمین شخصی

طبق ماده ۳ جزء ۵۴ قانون تنظیم امور زمینداری: «زمین شخصی: قطعه یا قطعات زمین است که مطابق اسناد مدار اعتبار در ملکیت اشخاص حقیقی و یا حکمی قرار داشته باشد.».

هشتم) زمین عامه

طبق ماده ۳ جزء ۵۵ قانون تنظیم امور زمینداری: «زمین عامه: زمینی است که ملکیت دولت و اشخاص نبوده مطابق احکام قانون از آن استفاده جمعی صورت می گیرد و تحت استفاده انفرادی قرار نداشته و از طرف دولت نظارت و تنظیم می گردد.».

طبق نص این ماده زمین عامه نه زمین دولت و نه زمین اشخاص حقیقی و

۲۵۷. محمد عثمان ژوبل (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۰۴-۱۰۵.

حکمی خصوصی است. همچنین، طبق نص این ماده از زمین های عامه عموم مردم می توانند استفاده نمایند. همچنین، وظیفه دولت در خصوص زمین های عامه در نص این ماده پیش بینی شده است که عبارت از تنظیم امور و نظارت است.

(۷) آب

ق. م در مورد مباح یا ملکیت عامه تلقی گردیدن آب سکوت اختیار نموده است. اگر ماده ۹ ق. ا را تفسیر موسع نماییم منابع طبیعی زمینی شامل آب هم می شود. بنابراین، آب ها طبق تفسیر موسع ماده ۹ ق. ا ملکیت دولت است. اما، براساس ق. آ، آب ملکیت عامه تلقی می گردد. ماده ۲ قانون آب در این مورد تصریح می نماید که: «آب ملکیت عامه بوده و دولت مسؤول حفاظت و اداره آن می باشد.» طبق این قانون، آب ملکیت عامه است، اما، دولت مسؤول اداره و حفظ آن است. نص این ماده با ماده ۹ ق. ا در تعارض به نظر می رسد. بحث تقسیمات آب ها در فقه در مبحث حق ارتفاق خواهد آمد.

(۸) جنگلات

به طور کلی، افغانستان مملکت کوهستانی، محاط به خشکه و غیرجنگلی است و مطابق آمارهای سازمان پیمان آتلانتیک شمالی (NATO) دو در صد افغانستان دارای جنگل است. ق. م در مورد مباح یا ملکیت دولت بودن جنگلات سکوت اختیار نموده است. اگر ماده ۹ ق. ا را تفسیر موسع نماییم جنگلات شامل منابع طبیعی می شد. بنابراین، طبق تفسیر موسع ماده ۹ ق. ا جنگلات ملکیت دولت تلقی می گردید و تفصیل آن به قانون عادی واگذار شده بود. ق. ت. ا. ج جنگلات را ملکیت دولت تلقی نمی نماید، بلکه جنگلات را به انواع مختلف تقسیم نموده است و صرف جنگلاتی را که در زمین های دولتی وجود دارد و توسط اداره دولتی امور آنها تنظیم می گردد ملکیت دولت تلقی نموده است که مخالف ق. ا به نظر می رسد. بنابراین، طبق این قانون، جنگلات اموال مباحه تلقی نمی شوند.

به موجب فقه کلاء در لغت به معنی گیاه اعم از تر و خشک است. طبق فقه کلاء عبارت از گیاهی خودروی است که بدون زرع در زمین می روید و برای علوفه حیوانات از آن استفاده می شود. ماده ۱۲۴۲ مجلة الاحکام در تعریف کلاء می گوید: «گیاه سبز و خشک عبارت از نباتی است که فاقد ساقه باشد. پس، شامل درخت نمی گردد. سمارق نیز در حکم گیاه است.»

طبق ماده ۱۲۳۴ مجلة الاحکام: «آب، گیاه خودرو و آتش مباح بوده و مردم در این سه چیز شریک پنداشته می شوند». مبنای این ماده حدیث پیامبر ﷺ است که می فرماید:

«الناس شركاء فی ثلاثة: الماء و الکلاء و النار». ۲۵۸

«مردم در سه چیز شریک اند: آب، آتش و گیاه خودرو.»

آجام جمع اجمه است که به معنی درخت پر شاخ و برگ می باشد. در اصطلاح فقهی آجام عبارت از درختان انبوه در جنگلات و زمین های لامالک می باشد. طبق فقه آجام در صورتی که در جایی که در ملک کسی داخل

نباشد روییده باشد اموال مباحه تلقی می گردد.^{۲۵۹} ماده ۱۲۴۳ مجلة الاحکام در این باره اعلام می دارد که: «درختانی که به شکل خودرو در کوه ها می رویند در ملک کسی داخل نیست و مباح می باشد».

گفتار دوم) خلفیت

سبب دوم کسب ملکیت مطلق خلفیت است. خلفیت از ریشه خلف گرفته شده که در لغت به معنی جانشین و عوض و بدل است.^{۲۶۰} در اصطلاح فقهی و حقوقی خلفیت عبارت از قایم مقام شدن شخص به عوض شخص قدیم و شی به عوض شی قدیم در حقوق است. بنابراین، خلفیت دو قسم است: خلفیت شخص از شخص که ارث است و خلفیت شی به عوض شی که عبارت از تضمین یا تعویض است.^{۲۶۱} چون ارث دارای قواعد و احکام مفصل است، این قواعد و احکام را در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م به صورت مفصل مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

همچنین، هرگاه شخصی چیزی دیگری را تلف نماید یا مال دیگری را غصب نماید و مغضوب گم و یا هلاک شود و یا شخصی از طریق جنایت و یا تسبب به دیگری ضرری وارد نماید، در چنین حالات بر وی ضمان آنچه تلف و یا هلاک نموده و تعویض ضرری را که به دیگری وارد نموده است لازم می گردد. در چنین حالات معوض له عوض را بر استناد خلفیت تملک می نماید. زیرا، عوض خلف آنچه که دیگری تلف نموده و یا به ضرر رسانیده است تلقی می گردد. در عوض دیه و ارش جنایات نیز داخل می گردد. دیه عوض ائتلاف نفس و ارش^{۲۶۲} عوض غیر نفس یا عضو است.^{۲۶۳}

آنچه گفته شد بیشتر ناظر بر مسایل جزایی است. در حقوق مدنی نیز، چنانچه تفصیل آن گذشت، جبران خسارت سبب کسب ملکیت است. بنابراین، هرگاه شخصی به دیگری ضرر بزند چه ضرر ناشی از عدم اجراء و یا سوء اجرای عقد، تأخیر در پرداخت دین، حوادث حقوقی مانند غصب، ائتلاف، پرداخت بدون سبب، اداره فصولی مال غیر و ... باشد ضرر زننده (ضار) جبران خسارت را به متضرر بپردازد. تفصیل جبران خسارت در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

گفتار سوم) التصاق

سبب چهارم و کم اهمیت کسب ملکیت تام طبق ق. م التصاق است. جلد چهارم، فصل دوم، مبحث سوم، مواد ۲۱۹۸ الی ۲۲۰۹ احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام آن را از ق. م ج. م اقتباس نموده اند:

الف) تعریف

۲۵۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۰۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶.
۲۶۰. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۴۲۸.
۲۶۱. ر. ک وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۷۱؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۴۹۹.
۲۶۲. در مورد جبران خسارت ارش ر. ک: سید عبدالنواب حسینی (۱۳۹۳). دین نفس و اعضای بدن، مجلة وکالت، سال چهارم، شماره ۲۷، ص ۵۰.
۲۶۳. ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۷۱؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۵۰.

التصاق از ریشه لُصَق گرفته شده است که در لغت به معنی چسپیدن یا پیوستن چیزی به چیزی را گویند.^{۲۶۴} همچنین، التصاق در لغت به معنی چسپیدگی، اتصال و پیوستگی، الحاق، انضمام و همبستگی می باشد.^{۲۶۵} در اصطلاح حقوقی تعاریف مختلف برای التصاق وجود دارد:

(۱) التصاق عبارت از اتحاد دو چیز مختلف از همدیگر و مملوک مالکین مختلف است بدون اتفاق آنها.^{۲۶۶}
 (۲) التصاق، در هم فرو رفتن و اتحاد و ضمیمه دو چیزی است که از همدیگر ممیز و جدا بوده اند و مملوک، دو مالک مختلف باشند، بدون آنکه هر دو مالک بر اتحاد دو ملک توافق کرده باشند. التصاق در جای صدق می کند که جدا کردن این دو چیز، بدون نقص و تلف یکی یا هر دو، ناممکن باشد. پس، در مورد گنجی که در زمین مدفون است، صدق نمی کند که باهم ملحق شده اند چون جدا کردن هر دو از یکدیگر بدون تلف یکی یا هر دو ممکن است و نیز التصاق در جای صدق می کند که دو چیز، مملوک دو مالک باشند. پس اگر کسی روی ملک خود بنای را آباد نماید، آن بنا را چون روی ملک خود آباد کرده است، مالک می شود، نه توسط التصاق. بنابراین، التصاق در صورتی صدق می کند، که قبل از اتحاد دو شی (ملک) بین مالک هر دو مال، اتفاقی نبوده و التصاق خود به خود صورت گرفته است.

پس اگر صنعتگری ماده را از صاحب کار گرفت، مثلاً نجاری، چوبی را از صاحب کار گرفت و چوبی یا میخی را از مال خود به آن ضمیمه و یک جا کرد، صاحب کار این دروازه یا کلکین را که درست شده است، به واسطه عقد مالک می شود، نه توسط التصاق، زیرا هر دو مالک بر این التصاق قبلاً توافق کرده اند. التصاق با این شیوه، یک واقعه و اتفاق مادی است که سبب کسب ملکیت می شود. برای آنکه دو شی به واسطه التصاق، یک چیز شده و بدون تلف و خساره، جدا شدن آنها از همدیگر ممکن نیست و قبلاً هر دو مالک موافقت نکرده اند که این دو شی بعد از ضمیمه شدن، ملک کدام یکی آنها باشد، پس راه حلی که به نظر می رسد این است که این مال به طور مشاع ملک هر دو باشد، هر یک به نسبت چیزی را که در حال انفراد مالکیت داشت، مالک آن مال است.

اما، این راه در اکثر اوقات از نظر اقتصادی غیر مناسب است. از این رو، قانون مداخله کرده و ملکیت این شی را پس از ضمیمه شدن و التصاق، به طور کامل، ملک یکی از دو مالک قرار داده است و از میان هر دو مالک، مالک شی اصلی را برگزیده و او را مالک شی تابعی که در شی اصلی ضمیمه شده است قرار داده است مشروط بر آنکه قیمت شی فرعی را که دست مالک او از ملکیت کوتاه شده است، به وی بدهد و این راه حل معقول است.

ب) انواع

طبق ق. م التصاق بر سه نوع است: التصاق طبیعی بر عمار که عبارت از التصاق منقول به زمین در اثر آب خیزی است، التصاق صناعی به عمار که عبارت از التصاق بناء به زمین در اثر فعل انسان است و التصاق منقول به منقول:

۲۶۴. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۸۷.
 ۲۶۵. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۲/۴). <https://www.vajehyab.com>

۲۶۶. Farhat J ziadeh (1979). Property Law in the Arab World, first edi, London : Graham Trotman Limited, p 41; و

محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۲۲۰۰.

۱) التصاق طبیعی به عقار: در مورد التصاق طبیعی به عقار طبق ق. م حالات زیر وجود دارد:

۱- طبق ماده ۲۱۹۸ ق. م: «اگر از اثر آب خیزی دریا، زمین جدیدی به وجود آید و به زمین مملوکه شخص دیگری اتصال باید زمین جدید ملکیت دولت شمرده می شود.» طبق نص این ماده اگر در اثر آب خیزی دریا زمین جدیدی به وجود آید، هرچند این زمین به زمین مملوکه شخص دیگر اتصال داشته باشد، زمین جدید ملکیت دولت شناخته می شود نه ملکیت شخصی که زمین متصل به زمین مملوکه او است. به حیث مثال، اگر احمد در کنار دریای صیاد زمین داشته باشد و آب خیزی صورت گیرد و در اثر آب خیزی و فرو نشستن آب، زمین جدید ایجاد شود و این زمین در کنار زمین احمد موقعیت داشته باشد، این زمین هرچند با زمین احمد اتصال دارد، ملکیت دولت شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ایجاد زمین جدید در اثر آب خیزی است.

۲- طبق ماده ۲۱۹۹ ق. م: «اراضی ای که در اطراف آب های ایستاده جدیداً مکشوف می شود به هیچ صورت ملکیت مالکین همجوار شناخته نمی شود مگر ملکیت زمینی را که در اثر ارتفاع آب زیر آب شده است از دست نمی دهند.» از نص این ماده استنباط می گردد که اراضی ای که در اطراف آب های ایستاده جدیداً کشف می شود، این اراضی ملکیت دولت پنداشته می شود. این اصل است. استثنای این اصل این است که اگر در اثر آب خیزی اراضی ملکیت شخصی بوده و زیر آب شده و بعد از نشستن آب دوباره ظاهر گردد، ملکیت صاحبان آنها تلقی می گردد نه از دولت.

۳- طبق ماده ۲۲۰۰ ق. م: «اراضی ای که در دو طرف دریاها منکشف می گردد ملک دولت شناخته می شود.» طبق نص این ماده اراضی ای که در دو طرف دریاها منکشف گردند، ملکیت دولت است. منکشف از کشف گرفته شده است که در لغت به معنی آشکار شده، پیدا شده و هویدا است.^{۲۶۷} به حیث مثال، اگر در اطراف دریای صیاد زمین های جدید آشکارا شود، این زمین ها ملکیت دولت شناخته می شود. معمولاً ظاهر شدن زمین جدید در اطراف دریا در اثر آب خیزی و فرونشستن آب های دریا است. با پذیرش این فرض، نص ماده ۲۰۰۰ ق. م شبیه ماده ۱۹۹۹ ق. م به نظر می رسد. با پذیرش این استنباط، نص ماده ۲۰۰۰ و ۱۹۹۹ ق. م به دلیل تکرار دو حکم در یک ماده (تداخل مواد) محل ایراد به نظر می رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد.

۴- براساس ماده ۲۲۰۱ ق. م: «ملکیت اراضی ای که در اثر تغییر مسیر دریا به وجود می آید و جزیره های که در مسیر آن تشکیل می گردد توسط قانون خاص تنظیم می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. این قاعده ارجاعی است. نویسندگان ق. م نص این ماده را از ماده ۹۲۱ ق. م. ج. م ترجمه نموده اند، اما در این باره تاکنون به دلیل فقدان اهمیت جزیره ها در مسیر آب، قانون خاص وضع نگردیده است. ارجاع تنظیم جزیره ها در مسیر آب به قانون خاص محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، قانونگذار مدنی می تواند با ایزاد برخی مواد در ق. م این موضوع را تنظیم نماید و ضرورت به وضع قانون جداگانه نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ارجاع تنظیم قواعد جزیره هایی که در مسیر تغییر مسیر دریا به وجود می آید به قانون خاص است.

۲) التصاق منقول به عقار: طبق ق. م التصاق منقول به عقار در اثر فعل انسان تابع احکام ذیل است:

۱- طبق ماده ۲۲۰۲ ق. م: «تمام بناء ها، اشجار غرس شده و تأسیسات دیگری که از عمل مالک زمین به وجود آمده باشد ملك او شناخته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده تمام بناء ها (تعمیر، ساختمان، خانه و ...) درخت های غرس شده و سایر تأسیسات که ناشی از عمل مالک باشد، ملك مالک شناخته می شود. قید اشجار غرس شده در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد، زیرا اشجاری (درختانی) که به صورت طبیعی در ملك شخص بروید ملکیت او تلقی می شود که تفصیل آن در مبحث اُجام گذشت. اشجار جمع شجر است. شجر در لغت به معنی درخت است. غرس در لغت به معنی کاشتن و نشانیدن درخت و نهال بر زمین است. بناء در لغت به معنی خانه و ساختمان است. تأسیسات در لغت به معنی بناء های بنیانگذاری شده است.^{۲۶۸} به حیث مثال، اگر احمد زمین داشته باشد و بر زمین خویش خانه آباد نماید، خانه ملکیت احمد است. همچنین، اگر احمد بر زمین خویش بلاک و آپارتمان آباد نماید، بلاک و آپارتمان ملکیت احمد است.

همچنین، اگر احمد در زمین خویش درخت غرس نماید، درخت ملکیت احمد است. دلیل این قواعد، قاعده عمومی مالک اصل مالک فرع تلقی می شود است. اصل در این مثال ها، زمین و خانه، بلاک، آپارتمان و درخت و سایر تأسیسات و مغروسات فرع و ملکیت احمد است. در این مثال، زمین عقار و آنچه به زمین ملحق شده است مانند مواد ساختمانی و درخت منقول اند. درخت و مواد ساختمانی در مثال اول منقول بوده است و سپس در اثر التصاق به عقار تبدیل شده اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم التصاق منقول به عقار است. این اصل قابل اثبات عکس است. به این معنی که شخص دیگری ثابت نماید که آنچه بر سطح زمین قرار دارد، مصارف آن را پرداخت است که در این صورت، ق. م شش حالت را پیش بینی نموده است:

حالت اول: اینکه صاحب زمین بناء و تأسیسات را به ادوات مملوکه غیر احداث نموده باشد:

طبق ماده ۲۲۰۳ ق. م: «هرگاه بناء یا غرس اشجار یا تأسیساتی که جدیداً از طرف مالک زمین به وسیله مواد مملوکه غیر احداث می گردد ملك صاحب زمین محسوب شده به تأدیه قیمت مواد و در صورت موجودیت دلیل موجه به پرداخت تعویض نیز مکلف می شود مشروط بر اینکه کشیدن مواد بدون الحاق ضرر بزرگ به تأسیسات مذکور ممکن نباشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- طبق نص این ماده هرگاه بناء یا غرس اشجار یا تأسیساتی که جدیداً از طرف مالک زمین به وسیله مواد مملوکه غیر احداث می گردد ملك صاحب زمین محسوب شود، مالک زمین به تأدیه قیمت مواد بناء و تأسیسات می باشد. تعریف بناء، غرس و تأسیسات در بالا گذشت. احداث در لغت به معنی ساختن، تأسیس کردن، چیزی را به وجود آوردن، ایجاد، پیدایش، خلق و ساخت است. در اصطلاح، احداث عبارت است از ساختن یک بناء، عمارت، سرک و نظیر اینها.^{۲۶۹} به حیث مثال، هرگاه احمد در زمین خویش درختانی که متعلق به محمود است را غرس نماید یا با مواد ساختمانی محمود خانه یا سایر تأسیسات مانند بلاک و آپارتمان احداث نماید، بناء، درخت و تأسیسات ملکیت احمد تلقی می گردد و احمد مکلف است قیمت درختان و مواد ساختمانی را به محمود بدهد.

268. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۲ / ۴).

269. Ibid, (Last visit: 7/4/ 2016).

۲- در صورت موجودیت دلیل موجه مالک زمین به پرداخت تعویض نیز مکلف می شود مشروط بر اینکه کشیدن مواد بدون الحاق ضرر بزرگ به تأسیسات مذکور ممکن نباشد. به نظر می رسد تعویض در نص این ماده مترادف جبران خسارت است. الحاق از ریشه لحق گرفته شده است که به معنی پیوستن است، چسپاندن و منضم کردن است.^{۲۷۰}

به حیث مثال، اگر احمد درختان یا سنگ، چوب، خشت و سایر مواد ساختمانی محمود را سرقت یا غصب نماید و با آن در زمین خویش خانه بسازد، احمد از نظر حقوق مدنی مکلف است جبران خسارت درختان و مواد ساختمانی را به محمود بدهد. تعویض یا جبران خسارت در این حالت رد مال و در صورت عدم امکان رد مال پرداخت جبران خسارت است. به حیث مثال، اگر احمد با مواد ساختمان محمود خانه بسازد، رد مواد ساختمانی بدون این که به خانه و به مواد ساختمانی ضرر برسد امکان ندارد. زیرا، تا زمانی که احمد خانه را تخریب ننماید، نمی تواند مواد ساختمانی را به محمود رد نماید. در صورت تخریب خانه، قسمت زیادی از مواد ساختمانی نیز از بین می رود. به همین دلیل، قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۲۰۳ ق. م عدم الحاق ضرر را در جبران خسارت شرط گذاشته است. بنابراین، در صورت عدم امکان رد مواد ساختمانی و درخت، احمد مکلف است قیمت آنها را به محمود بدهد. همچنین، در این فرض، احمد از نظر حقوق جزا مستوجب تعقیب و مجازات است که تقصیل آن مربوط حقوق جزا است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ساختمان بناء و تأسیسات با مواد ساختمانی اشخاص دیگر و مورد حمایت قرار دادن ملکیت اشخاص است.

حالت دوم: صاحب مواد، بناء و تأسیسات را در ملک دیگری احداث نماید: طبق ماده ۲۲۰۴

ق. م: «هرگاه شخص توسط مواد شخصی خود، بناء یا تأسیسات دیگری را با وجود علم به ملکیت غیر در زمین شخص دیگری بدون رضایت او احداث نماید مالک زمین می تواند ازاله آن را به مصارف احداث کننده مطالبه نموده در صورت موجودیت دلیل موجه تعویض را نیز مطالبه نماید. در صورتی که ازاله آن بدون عاید شدن ضرر به زمین ممکن نباشد مالک زمین می تواند اشیاء قابل ازاله را در مقابل تأدیه قیمت آن تصاحب نماید.» طبق نص این ماده هرگاه یک شخص به حیث مثال معمار و نظیر آن با مواد ساختمانی خویش، بناء و یا سایر تأسیسات را با وجود داشتن آگاهی و علم در زمین شخص دیگری بدون اجازه او احداث نماید، مالک زمینه سه گزینه دارد: ۱- ازاله بناء و تأسیس به مصرف آباد کننده. ازاله از ریشه «زول» گرفته شده است که در لغت به معنی از بین بردن، زدودن، از اثر انداختن و نابود کردن است.^{۲۷۱} تعریف احداث گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با مواد ساختمانی خویش باوجود دانستن این که زمین از حمیده است، در زمین حمیده بدون رضایت حمیده خانه و سایر تأسیسات را احداث نماید، حمیده می تواند از بین بردن بناء و سایر تأسیسات را به شرط این که احمد مصارف تخریب و ازاله بناء و تأسیسات را نیز متحمل شود، از احمد مطالبه نماید.

۲- در صورت دلیل موجه مانند ورود ضرر به ملکیت مطالبه تعویض از احداث کننده بناء و تأسیس. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۲۷۲} تعویض در نص ماده ۲۲۰۴ در مفهوم جبران خسارت استعمال شده است. موجه در لغت به معنی توجیه پذیر، پذیرفتنی،

270. Ibid, (Last visit: 4/2/2016).

۲۷۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۵.
272. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۸/۱۹) (آخرین بازدید).

خوب، پسندیده، عقلی و منطقی است. در اصطلاح حقوقی، موجه کلام یا عذری که با دلیل و برهان پسندیده باشد.^{۲۷۳}

به حیث مثال، اگر احمد با مواد ساختمانی خویش باوجود دانستن این که زمین از حمیده است، در زمین حمیده بدون رضایت حمیده خانه و سایر تأسیسات را احداث نماید، حمیده می تواند از بین بردن بناء و سایر تأسیسات را به شرط این که احمد مصارف تخریب و ازاله بناء و تأسیسات را نیز متحمل شود، از احمد مطالبه نماید. همچنین، حمیده می تواند جبران خسارت کسر عواید زمین، به حیث مثال، اجاره و کرایه دادن آن برای مدتی که را که زمین نزد احمد بوده است، از احمد مطالبه نماید.

۳- در صورتی که از بین بردن بناء و تأسیس بدون وارد شدن ضرر به ملکیت ممکن نباشد، مالک می تواند بناء و تأسیس را در برابر پرداخت قیمت تصاحب کند. تصاحب در لغت به معنی صاحب و مالک شدن، در تصرف خود در آوردن، تملک و تصرف است.^{۲۷۴} به حیث مثال، در مثال های بالا، اگر از بین بردن بناء و تأسیس بدون وارد شدن ضرر به ملکیت حمیده ممکن نباشد، حمیده می تواند پول بناء و تأسیس را به محمود پرداخته و مالک بناء و تأسیس شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ساختمان بناء و تأسیسات با مواد ساختمانی در ملکیت دیگران و مورد حمایت قرار دادن ملکیت اشخاص دیگر است.

حالت سوم: صاحب مواد، بناء و تأسیسات را در ملک دیگری با حسن نیت احداث نماید:

طبق ماده ۲۲۰۵ ق.م: «هرگاه شخص احداث کننده بناء یا تأسیسات مندرج ماده (۲۲۰۴) این قانون با حسن نیت معتقد باشد که در احداث انشآت مذکور ذیحق می باشد مالک زمین ازاله آن را مطالبه کرده نتوانسته بلکه می تواند یا قیمت مواد را با اجرت کار کارگران یا آنچه که به سبب احداث در ثمن زمین افزایش به عمل آمده هر يك را که خواسته باشد بپردازد مشروط بر اینکه مالک تأسیسات، ازاله آن را مطالبه ننماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۲۲۰۴ ق.م است. طبق نص این ماده اگر شخصی بالای زمین دیگری وضع ید نماید به این اعتبار که مالک است و بر آن بناء و تأسیسات به مواد شخصی خود احداث نماید و سپس مالک زمین بر علیه وی اقامه دعوی نماید، مسأله بناء و تأسیسات مطرح می شود. در چنین حالات، اگر احداث کننده دارای حسن نیت باشد، یعنی: اعتقاد داشته باشد که او در احداث بناء ذیحق است مثلاً مالک به وی اجازه داده است تا در آن بناء تأسیس نماید، یا وی منتفع است و مالک رقبه به او اجازه احداث بناء یا تأسیسات را اعطاء نموده است، یا اعتقاد داشته باشد که زمین را از طریق میراث یا وصیت تملک نموده است، در چنین حالات اگر مالک تأسیسات ازاله تأسیس و بناء را مطالبه ننماید، مالک زمین می تواند قیمت مواد را با اجرت کارگران و نیز تفاوت افزایش قیمت زمین را به مالک تأسیسات پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ساختمان بناء و تأسیسات با مواد ساختمانی در ملکیت دیگران با حسن نیت است.

حالت چهارم: بیشتر بودن قیمت بناء و تأسیس از قیمت زمین: طبق ماده ۲۲۰۶ ق.م: «هرگاه

بناء یا تأسیسات مندرجه ماده (۲۲۰۵) این قانون به حدی بزرگ باشد که پرداخت استحقاق آن در توان مالک زمین نباشد، مالک زمین می تواند تملیک زمین را در مقابل تعویض عادلانه برای احداث کننده تأسیسات تقاضا

273. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۳۱) (آخرین بازدید).

274. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۱۹) (آخرین بازدید).

نماید.». نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۲۲۰۶ ق. م است. طبق نص این ماده در صورتی که قیمت بناء و تأسیسات از قیمت زمین بیشتر باشد به اندازه ای که مالک زمین نتواند قیمت آنها را پرداخت نماید، مالک نمی تواند تملیک زمین را به صاحب بناء و تأسیسات در مقابل تعویض عادلانه تقاضا نماید. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۲۷۵} به حیث مثال، اگر احمد با مواد ساختمانی خویش در زمین محمود خانه ده منزله یا بلاک ده منزله احداث نماید و محمود نتواند مصارف مواد ساختمانی احمد را نتواند پرداخت نماید، محمود می تواند زمین را به قیمت عادلانه به احمد به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم التصاق منقول به عقار است.

حالت پنجم: احداث بناء در زمین غیر به اجازه مالک: براساس ماده ۲۲۰۷ ق. م: «هرگاه تأسیسات به وسیله مواد احداث کننده به اجازه مالک زمین صورت گرفته باشد گرچه در مشخصات این تأسیسات موافقه به عمل نیامده باشد مالک زمین نمی تواند ازاله آن را مطالبه کند بلکه مکلف است قیمت آن را به حال بقای آن بپردازد، مگر اینکه احداث کننده ازاله آن را مطالبه نماید.». طبق نص این ماده اگر شخصی در ملک دیگری به اجازه وی تأسیسات و بناء احداث نماید، مالک زمین نمی تواند ازاله آن را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. در چنین حالتی، مالک مکلف است تعویض عادلانه را به صاحب بناء و تأسیس پرداخت نماید، مگر اینکه خود صاحب تأسیس بخواهد تأسیس و بناء را ازاله نماید. به حیث مثال، اگر احمد در زمین محمود به اجازه محمود بناء احداث نماید هرچند در خصوص مشخصات این بناء میان احمد و محمود توافق صورت نگرفته باشد، محمود نمی تواند ازاله بناء را از احمد مطالبه نماید، بلکه مکلف است قیمت بناء را به احمد پرداخت نماید و بناء را تملک نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که خود احمد بخواهد بناء را از بین ببرد و نخواهد قیمت آن را از محمود اخذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم التصاق منقول به عقار است.

حالت ششم: زرع زراعت در زمین شخص دیگر: طبق ماده ۲۲۰۸ ق. م: «هرگاه شخص زمین شخص دیگری را بدون اجازه مالک آن بذر نماید و بذر مذکور سبز شود زرع به مالک زمین تعلق می گیرد.». بذر در لغت به معنی تخم و دانه است. زرع در لغت به معنی آنچه کاشته شده است، مزروع، زراعت و کشت است.^{۲۷۶} به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را بدون اجازه محمود کشت نماید و کشت سبز شود، کشت ملکیت محمود تلقی می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم التصاق منقول به عقار است. عقار در نص این مثال زمین و بذر منقول است.

۳) التصاق منقول به منقول: طبق ماده ۲۲۰۹ ق. م: «هرگاه دو جنس منقول ملکیت دو شخص مختلف با حسن نیت و بدون موافقه قبلی مالکین آن طوری با هم یکجا شود که بدون تلف شدن از هم مجزا شده نتواند مالک منقول اکثر در برابر قیمت منقول دیگر، مالک مال یکجا شده محسوب می گردد.». از نص این ماده استنباط می گردد که جهت التصاق منقول به منقول تحقق سه شرط ضروری است:

۲۷۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.
 ۲۷۶. (آخرین بازدید ۳۱ / ۸ / ۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 276.

۱- هر دو منقول مملوک دو مالک مختلف باشد. اگر مالک هر دو یکی باشد معنی ندارد که احکام التصاق در مورد آن جاری شود؛ چون منقول در حالت جدید، ملک مالک واحد است؛

۲- منقولان به گونه ای در یکدیگر متحد شده باشند که جدا کردن آنها بدون تلف و خساره ممکن نباشد و شرط اصلی که قواعد التصاق را تجویز می کند، همین شرط است؛ چون هر دو منقول با این نحو انضمام، یک منقول شده است و باید صاحب اصلی آن مشخص شود؛ و

۳- قبل از انضمام بین مالک هر دو منقول توافق، صورت نگرفته باشد که پس از التصاق چگونه عمل کنند. این نیز شرط اساسی چون در صورت توافق مالکین، حکم التصاق جاری نمی شود. بنابراین، اگر دو منقول مختلف القیمه باهم مخلوط شوند، عدالت حکم می کند که صاحب شی بزرگتر، شی ای را که از نظر قیمت کمتر است مالک شود و قیمت همان شی کوچک را برای صاحبش دهد یا آنکه صاحب شی اصلی، شی تابع را مالک می شود و قیمت آن را به مالکش می دهد. پس اگر روغن با عسل مخلوط شود، یا مشروبات الکلی با آب مخلوط شود، هر کدام که از نظر قیمت بالاتر باشد، یا اصلی باشد، صاحب آن، آن دیگری را که قیمت آن کمتر است یا جنبه فرعی داشته باشد، مالک می شود و قیمت آن را به صاحبش می دهد.

به حیث مثال، اگر احمد پره را در بعضی قسمت های موتر محمود ضمیمه نماید، مالک عراده، مالک شی اصلی است و پره را که شی تبعی است، مالک می شود و قیمت آن را به صاحبش می دهد.^{۲۷۷} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم التصاق منقول به عقار است.

گفتار چهارم) عقود انتقال دهنده ملکیت

جلد چهارم، فصل دوم، مبحث چهارم احکام عقود ناقل ملکیت را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م اقتباس نموده اند. عقود از قبیل بیع، هبه و امثال اینها از جمله مهمترین منابع و مصادر کسب ملکیت تام محسوب می گردند که در حیات مدنی انسان ها به کثرت واقع می شوند. ولی، سایر منابع و مصادر کسب ملکیت تام که فوقاً تذکر یافت به ندرت در حیات مدنی انسانها واقع می گردند. بنابراین، عقود ناقله ملکیت از جمله مهمترین مصادر کسب ملکیت تام محسوب می گردد که توسط آن ملکیت از یک شخص به شخص دیگر منتقل می شود.^{۲۷۸} عقود مسبب انتقال ملکیت ممکن است رضایی یا جبری^{۲۷۹} باشد که در عقد جبری دوحالت وجود دارد:

حالت اول: عقود جبری که به اساس سلطه قضاء به صورت مباشر به نیابت از مالک حقیقی مال صورت می گیرد، مانند: فروش اموال مدیون یا محکوم جبراً بخاطر اداء دین او، پس، خریدار مال را به اساس بیع صریح که ناشی از اراده قضاء می باشد تملک می نماید؛ و

حالت دوم: خلع (کشیدن / نزع) ملک از ملکیت مالک به صورت جبری که این هم دارای دوحالت فرعی می باشد:

۲۷۷. جهت مطالعه بیشتر در مورد التصاق ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۴۳ - ۳۳۰.

۲۷۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۵۷۰.

۲۷۹. استعمال عقود جبری از نظر منطقی محل ایراد به نظر می رسد زیرا رضایت اساس عقود را تشکیل می دهد و شرط صحت عقد است. اما، از نظر حقوقی و فقهی عقد جبری مانند استملاک امر پذیرفته شده به نظر می رسد.

حالت فرعی اول) شفعه: به عقیده فقهای حنفی شفعه عبارت از حق شریک یا همسایه است به تملک عمار فروخته شده جبراً از مشتری در مقابل ثمن. بنابراین، شفیع به اساس شفعه ملک را از مشتری جبراً خریداری می نماید که در گفتار شفعه بالتفصیل در باب آن بحث خواهیم نمود؛ و

حالت فرعی دوم) استملاک ملک جهت مصالح عامه: دولت از طریق استملاک که عقد بیع جبری است ملکیت را تملک می نماید. بنابراین، بیع ممکن است رضایی یا جبری باشد و عقد جبری ممکن است صریح مانند: فروش مال مدیون و فرضی مانند شفعه و خلع ید مالک از ملکیت باشد.^{۲۸۰}

طبق ماده ۲۲۱۰ ق.م: «ملکیت و سایر حقوق عینی در عمار و منقول به وسیله عقد انتقال می یابد مشروط بر اینکه عقد به صورت صحیح، قاطع، نافذ و لازم منعقد گردد.»^{۲۸۱} طبق نص این ماده ملکیت (مال مملوک) و سایر حقوق عینی مانند حق انتفاع، حق ارتفاق و نظیر اینها در عمار و منقول به وسیله عقد به دیگری منتقل می شود.

اما، مشروط بر اینکه عقد به صورت صحیح، نافذ و لازم منعقد گردد که تفصیل عقد صحیح، نافذ و لازم در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق.م گذشت. عبارت قاطع در نص این ماده زاید به نظر می رسد. زیرا عقد قاطع چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق وجایب گذشت، وجود ندارد. به حیث مثال، اگر احمد موتر یا خانه خویش را به محمود به فروش رساند، ملکیت خانه، حق انتفاع و حق ارتفاق خانه و همچنین ملکیت موتر از احمد به محمود منتقل می شود. بیع از مصادیق عقد در نص این ماده است. طبق نص این ماده ق.م میان انتقال ملکیت عمار و منقول توسط عقد تفکیک قایل شده است:^{۲۸۲}

(۱) انتقال عمار: هرگاه شی موضوع عقد عمار، معین بالذات و مملوک مدیون باشد، مانند: خانه و زمین معین، التزام به انتقال حق عینی عمار به مجرد انشای آن نافذ نمی گردد، بلکه نقل حق عینی مربوط به عمار مستلزم رعایت شکلیات انتقال عقارات است. بنابراین، هرگاه شخص خانه ای را از دیگری خریداری نماید، ملکیت خانه از بایع به مشتری منتقل نمی گردد، مگر اینکه قواعد حاکم بر انتقال ملکیت رعایت گردد. به طور معمول، عقارات از قبیل خانه، زمین، باغ و ... از بایع به مشتری در افغانستان به دو شکل: عرفی و قانونی صورت می گیرد:

۱- شکل عرفی انتقال عمار: شکل عرفی انتقال عقارات طوری است که بایع در حضور شهود توسط سند عرفی که در محاکم افغانستان مدار اعتبار نیست ملکیت مبیع عمار را به مشتری انتقال می دهد که این نوع انتقالات غالباً در مناطق رهایشی غیر رسمی (زورآبادها) و ندرتاً در دهات (مناطق غیر شهری) صورت می پذیرد. چنین انتقالی خلاف قانون است و قانوناً ملکیت عمار از بایع به مشتری منتقل نمی شود. ماده ۲۲۱۲ ق.م که در این مورد حکم می نماید که: «ملکیت عمار و سایر حقوق عینی که در آن شرایط مقرر قانون مبنی بر ثبت اسناد رعایت نشود انتقال نمی نماید.»

۲۸۰. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۵۷۰ و ۴۵۷۱؛ و مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۴۶ و ۲۴۷.

۲۸۱. عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۴۹؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار دادها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۴-۲۲.

۲۸۲. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۳۹؛ و مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۷؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۳۶.

۲- شکل قانونی انتقال عقار: انتقال عقار از طریق قانونی به اشکال ذیل صورت می گیرد:

نخست) انتقال زمین زراعتی از دولت به فرد که تفصیل آن در ق. ت. ا. ز پیش بینی شده است.
دوم) انتقال زمین رهايشی برای آپارتمان و خانه از دولت به اتباع که که تفصیل آن در قانون شهرداری ها تنظیم شده است.

سوم) انتقال زمین از فرد به دولت برای تأمین منافع عامه از طریق استملاک که تفصیل آن در قانون استملاک تنظیم گردیده است.

چهارم) انتقال عقار از فرد به فرد از طریق محکمه ذیصلاح مانند فروش عقار مدیون جبراً توسط محکمه ذیصلاح برای پرداخت دین داین از پول فروش عقار.

پنجم) انتقال عقار از فرد به فرد که باید شکلیات ذیل در آن رعایت گردد:

- بعد از این که عقد بیع میان بايع و مشتری منعقد می شود، بايع عريضه ای را به محکمه ای وثایقی ای که عقار در حوزه ای قضایی آن موقعیت دارد تقدیم می نماید. در کابل در حال حاضر شش محکمه وثایقی به قرار ذیل وجود دارد:

محکمه وثایق حوزه اول	محکمه وثایق حوزه دوم	محکمه وثایق حوزه سوم	محکمه وثایق حوزه چهارم	محکمه وثایق حوزه پنجم	محکمه وثایق حوزه ششم
ناحیه ۱۲	ناحیه ۲	ناحیه ۳	ناحیه ۱۱	ناحیه ۱	ناحیه ۴
ناحیه ۱۶	ناحیه ۹	ناحیه ۵	ناحیه ۱۷	ناحیه ۶	ناحیه ۱۵
ناحیه ۲۱	ناحیه ۱۰	ناحیه ۱۳	ناحیه ۱۸	ناحیه ۷	ناحیه ۱۹
ناحیه ۲۲				ناحیه ۸	ناحیه ۲۰

در ولایات، در هر ولایت در هر محکمه استیناف یک آمریت وثایق وجود دارد و در ولسوالی ها محاکم مدنی وثایق را ترتیب می نمایند.

- سپس، رئیس محکمه وثایق حکم می دهد. مشتری فورم دورانی قباله شرعی را از محکمه وثایق اخذ می نماید.

- مشتری به ولایت کابل به مخزن جایی که کنده قباله ها نگهداری می شود می رود تا مطمئن شود که عقار دارای ثبت محفوظ در قضاء است.

- سپس، مشتری عريضه و حکم رئیس محکمه و فورمه ای دورانی قباله شرعی را به ناحیه مربوطه می آورد.

- رئیس ناحیه عريضه و حکم را به ریاست انجنیری ناحیه غرض تعیین قیمت عقار راجع می نماید.

- سپس، ریاست املاک ریاست ناحیه مربوطه بررسی می کند که آیا عقار در ناحیه مربوطه ثبت است یا خیر.

- سپس، مشتری فورمه دورانی را به هیأت قیمت گذاری که مرکب از اعضای ریاست عمومی عواید وزارت

مالیه، شهرداری و وزارت عدلیه است می برد تا قیمت دوباره بررسی و تعیین شود.

- پس از قیمت گذاری، مشتری فورمه دورانی را به ریاست عمومی املاک شهر داری می برد و بررسی می شود که ملکیت در آنجا ثبت است.
- سپس، مشتری پس از اخذ تعرفه یک فیصد محصول به شهرداری در بانک مربوطه می پردازد و آویز آن را به شهرداری تسلیم می نماید.
- سپس، بایع و مشتری همراه با دو شاهد به محکمه وثایق می آیند و رئیس محکمه وثایق از بایع می پرسد که آیا عمار خویش را به مشتری فروختی و ثمن آن را دریافت کردی؟ سپس رئیس محکمه از مشتری می پرسد که عمار را خریداری نمودی و تسلیم شدی؟ سپس رئیس محکمه از شاهدان می پرسند که شما شاهد این عقد بودید.
- پس از آن محکمه به مشتری تعرفه می دهد و مشتری سه فیصد محصول نقل و انتقال ملکیت را به بانک مربوطه پرداخت می نماید و آویز آن را به محکمه می آورد.
- سپس، مشتری با اسناد مربوطه به ریاست عمومی عواید وزارت مالیه می رود و پس از اخذ تعرفه یک فیصد مالیه قیمت مجموعی عمار را در بانک مربوط پرداخت و آویز آن را به ریاست عمومی عواید وزارت مالیه تسلیم می نماید.
- سپس، محکمه وثایق، قباله شرعی را نهایی و تسلیم مشتری می نماید.
- سپس محکمه مشتری را با قباله شرعی را طی یک مکتوب به ناحیه مربوط معرفی می نماید.
- سپس مشتری برق عمار را در اداره مربوط ریاست برشنا به نام خویش تغییر می دهد.
- سپس مشتری نل آب عمار مورد نظر را در اداره مربوط ریاست آبرسانی به نام خویش تغییر می دهد.

مسئولین رهنماهای معاملات در صورتی که وکیل نباشند حق تعقیب کار مراجعین را ندارند
متحدالمال شماره ۳۰۶۶ الی ۳۱۳۶ مورخ ۱۳۸۹ / ۹ / ۱۵ ریاست دارالانشای شورای عالی
ستره محکمه ج. ۱.۱

ریاست ثبت اسناد و وثایق ستره محکمه ضمن گزارش مفصلی در رابطه به مراجعه رهنمای معاملات به محاکم تقدیم داشته که عمدتاً مطالب ذیل را قابل توجه تشخیص داده اند:

«شخصیت های حقوقی رهنمای معاملات که عملکرد آنها من حیث کمیشن کاران معاملات حقوقی منتج به وساطت فریبکارانه در اکثر معاملات بین اطراف عقد شده و از عدم آگاهی هموطنان مهاجر و غیرمهاجر در ارتباط خرید و فروش عمار سوء استفاده نموده و با براه انداختن حیل گوناگون علاوه بر اخذ محصول دو فیصد از بایع و مشتری نسبت بی خبری و نابلدی آنها بنام اجرای قباله جات، طی مراحل فورمه های دورانی قباله، از دفاتر مربوط ناحیه شاروالی ملکیت های شاروالی و انجنیران نواحی که قیمت گزاری جایداد ها را به عهده دارد تحت عنوان مصارف قباله کرایه تکسی و مفاسد اداری به مراجع مربوط از مردم پول هنگفت اخذ و عندالمراجعه به مراجع مربوط خود را صاحب صلاحیت در امور جلوه میدهند.

همچنان ریاست ثبت اسناد ضمن اشاره به هدایت شفاهی فضیلت مآب محترم قاضی القضاات و سرپرست ستره محکمه که به موجب آن اعلامیه های مبنی بر منع دخول منسوبین رهنمای معاملات به محاکم به دروازه و دیوارهای آمریت های وثایق شهر کابل نصب شده ولی ممثلین این شخصیت های حقوقی به اعلامیه های

ناصبه توجه ننموده با شهرت نامقدس شان وسیله ای برای لکه دار شدن پرستیژ و اعتماد قضات و منسوبین ادارات ثبت اسناد شده اند.

اداره مذکور در فرجام بخاطر انجام اجراءات قانونی شفاف در زمینه به مقصد تسهیل انجام معاملات حقوقی مردم با تفاهم یا وزارت محترم عدلیه اتخاذ تدابیر الزم مقام عالی را خواستار شده اند.^{۲۸۳} مسئله فوق حسب هدایت مقام محترم ستره محکمه به جلسه مورخ ۱۳۸۹/۹/۲ شورای عالی ستره محکمه مطرح بحث قرار گرفت و بالاثر قرار مصوبه شماره ۸۶۷ مورخ ۱۳۸۹/۹/۲ در زمینه چنین هدایت صادر گردید:

«با توجه به پیشنهاد ریاست ثبت اسناد و وثایق، از آنجایی که رهنماهای معاملات در عقود اشخاص از زمره طرفین عقد و یا نایب ایشان نبوده و از جانبی طرفین عقد اولاً در حین ارائه درخواست ترتیب و ثبته و در آخر حین ابرام عقد و اقرار به محکمه حاضر می شوند. بنابراین، شورای عالی تصمیم گرفت: تا محاکم و ادارات ثبت اسناد به منظور قطع مداخله رهنماهای معاملات و کمیشن کاران در حالیکه طرف عقد یا نایب (وکیل) یکی از عاقدین نباشند، از ورود شان در پروسه اجرای وثایق شرعی جداً جلوگیری نمایند.^{۲۸۴}»

(۲) انتقال منقول: طبق ماده ۲۲۱۱ ق.م: «منقولی که بدون توضیح نوع تعیین شده نتواند به غیر از افراز آن مطابق احکام قانون ملکیت آن انتقال نمی یابد». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: اول این که در صورتی که منقول از طریق توضیح نوع تعیین شده بتواند مانند آرد، روغن و نظیر اینها ملکیت آن از بایع به مشتری منتقل می شود. به عبارت دیگر: هرگاه اموال منقول که دارای نوع واحد اند فروخته شوند، ملکیت آنها از بایع به مشتری منتقل نمی شود مگر این که اموال فروخته شده از سایر اموال جدا و افراز شوند. به حیث مثال، اگر احمد صد سیر لوبیای وطنی داشته باشد و بیست سیر آن را به حمیده به فروش رساند، ملکیت بیست سیر لوبیای وطنی از احمد به حمیده منتقل نمی شود، مگر این که احمد بیست سیر لوبیای وطنی را از میان صد سیر جدا و سپس آن را تسلیم حمیده نماید. لوبیا ها در این مثال، دارای نوع (جنس) واحد اند. همچنین، اگر احمد صد تخته قالین قندوزی دارای رنگ و گل مشابه داشته باشد و بیست تخته آن را به محمود به فروش رساند، برای نقل و انتقال ملکیت بیست تخته قالین از احمد به محمود شرط است که احمد بیست تخته قالین را از صد تخته جدا و آنها را تسلیم محمود نماید. قالین ها در این مثال، دارای نوع یا جنس مشابه اند. نوع در لغت به معنی صنف، دسته، ماهیت و کیفیت بنیادی، قسم و جنس است. به عنوان مثال، گاو، گوسفند، بز و اسب همه از نوع حیوان و مولی، گندنه، گسنیز، تراتیزک و نظیر اینها از جنس یا نوع سبزیجات اند.^{۲۸۴} دلیل این قاعده این است که اشیاء جنس، وصف و مقدار دارند و توسط نوع، وصف و مقدار معین و سپس به دیگران می توانند منتقل شوند.

دوم این که در صورتی که منقولات از جنس واحد باشند، مانند ده پایه کامپیوتر «دل» و مشتری یکی از آنها را بخرد، ملکیت یک پایه کامپیوتر از بایع به مشتری منتقل نمی شود مگر این که بایع آن از سایر کامپیوتر ها افراز

۲۸۳. محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۲۸۷ و ۲۸۸.

نماید. افراز در لغت به معنی جدا کردن است. در صورت افراز منقول از سایر منقولات که دارای جنس واحد اند، ملکیت شی منقول بدون رعایت شکلیات مربوط به انتقال عقارات به دلیل تجارتی بودن معامله، دفع حرج و اصل سرعت در معاملات تجارتی منتقل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط انتقال ملکیت منقول از بایع به مشتری است.

هرچند برخی فقهاء که در فوق تذکر یافت، صرف عقود ناقل ملکیت را سبب کسب ملکیت می دانند، اما مطابق ق. م نه تنها عقود ناقل ملکیت که در ق. م عقود تملیک نامیده شده است سبب کسب ملکیت است بلکه سایر عقود و برخی ایقاع ها نیز می توانند سبب کسب حق ملکیت چه ملکیت کامل و چه ناقص باشند. به حیث مثال، طبق ق. م بیع، هبه، جعاله، شرکت، وقف، قرض، وصیت، اجاره، شفعه، عاریت، خلع، عقود کار، استصناع، وکالت، حواله، بیع، دهقانی (مزارعه) مساقات و امثال اینها از جمله اسباب کسب ملکیت کامل و ناقص اند.

گفتار پنجم) شفعه

سبب ششم ملکیت تام طبق فقه و ق. م شفعه است. احکام شفعه را فصل دوم، مبحث پنجم، مواد ۲۲۱۳ الی ۲۲۵۵ ق. م تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م، فقه و مجله الاحکام گرفته اند:

الف) تعریف و حکمت

۱) تعریف

طبق ماده ۲۲۱۳ ق. م: «شفعه عبارت از حق تملك تمام یا بعضی از عقار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصارفی که صورت گرفته ولو به صورت اجبار باشد». شفعه از ریشه «شفع» گرفته شده است که در لغت به معنی ضم، پیوستن، فزونی، تملک و تقویت است.^{۲۸۵} طبق این تعریف، خصوصیات شفعه قرار ذیل است:

۱) شفعه حق تملک یعنی تحت ملکیت در آوردن تمام یا قسمتی از عقار فروخته شده است توسط شفیع از مشتری. طبق نص این ماده شفعه صرف بر عقار ثابت می شود نه بر منقول.

۲) مشتری مکلف است ثمن یعنی پول عقار را به مالک بدهد.

۳) مشتری مکلف است علاوه بر پول عقار فروخته شده، مصارف صورت گرفته را هم به مالک عقار بدهد مانند مصارف نقل و انتقال پول توسط بانک و حواله.

۴) در شفعه اجبار وجود دارد. زیرا، امکان دارد شفیع عقار فروخته شده را از مشتری به گونه ای که تفصیل آن خواهد آمد، جبراً اخذ نماید. به حیث مثال، هرگاه احمد و محمود در پغمان همسایه باشند و احمد زمین خویش را به جمشید که در مرکز کابل زندگی می نماید به فروش رساند، محمود می تواند از طریق حق شفعه، زمین را تملک نماید و پولی را که جمشید به احمد می پردازد، به احمد بپردازد.

علاوه بر پول (قیمت عقار) محمود مکلف است مصارف را هم بپردازد. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف شفعه است.

۲۸۵. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۶۸؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____)، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیہ، ص ۲۲۶.

فقه‌های حنفیه در تعریف شفعه گفته اند که: شفعه عبارت است از تملک قهری و اجباری زمین فروخته شده از مشتری با در نظر داشتن پرداخت ثمن و تکالیف مربوط به آن برای رفع ضرر شریک دخیل یا همسایه. ماده ۹۵۰ مجله الاحکام در تعریف شفعه می گوید: «شفعه عبارت است از اینکه ملک خریدار به همان پولی که آن را خریده است، به ملک شفیع داخل گردد.»^{۲۸۶}

۲) حکمت شفعه

مشروعیت شفعه براساس سنت و اجماع فقهاء ثابت است. در باره مشروعیت شفعه احادیث متعددی وجود دارد: از آن جمله است حدیثی است که از جابر رضی الله عنه روایت شده است که: «قضى رسول الله صلی الله علیه و آله بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود و صرّفت الطرق فلا شفعة.»^{۲۸۷} (رسول خدا صلی الله علیه و آله [چنین] حکم کرد که شفعه در هر چیزی است که تقسیم نشده است، پس هرگاه حدود مشخص گردید و راه ها جدا شد، پس شفعه ای نیست.)

همچنین امام مسلم از جابر رضی الله عنه روایت کرده است که پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ريع أو حائط لا يصلح، وفي لفظ: لا يحل أن يبيع حتى يعرض على شريكه.»^{۲۸۸}

«شفعه در هر چیز شراکتی است، در زمین، خانه، و باغ؛ درست نیست - و در روایتی دیگر: - حلال نیست؛ تا زمانی که به شریکش پیشنهاد نکرده آن را بفروشد.»

همچنین از سمره رضی الله عنه روایت شده است که پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است: «جاء الدار أحق بالدار.»^{۲۸۹}

«همسایه خانه، به خانه مستحق تر است.»

همچنین، از رافع رضی الله عنه روایت شده است که گفت: پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است: «الجار أحق بصفيه.»^{۲۹۰}

«همسایه در حالی که شریک است (به شفعه) مستحق تر است.»

در مورد اجماع فقهاء در مورد شفعه ابن المنذر می گوید: اهل علم در باره اثبات شفعه برای شریک در مال غیر منقول تقسیم نشده اتفاق نظر دارند و من ندیده ام که کسی با این امر مخالفت کرده باشد، مگر اصم که گفته است: حق شفعه برای شریک ثابت نمی شود زیرا این امر مایه زیان دارندگان املاک را فراهم می نماید و

۲۸۶. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۵۳۲ و ۷۵۳۳؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۶۸؛ و عبدالحميد محمود طهماز (____). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۲۶.
۲۸۷. أخرجه البخاری.
۲۸۸. أخرجه مسلم.
۲۸۹. أخرجه الترمذی و قال: حديث حسن صحيح.
۲۹۰. أخرجه البخاری.

مشتري اگر بداند که در صورت خريدن چيزی آن را از او باز خواهند گرفت، هرگز آن را نمی خرد و شريک نیز از خريدن آن برکنار می ماند. اما، جمهور فقهاء با استناد به احادیث فوق اين نظر را مردود می دانند.^{۲۹۱}

حکمت مشروعيت شفعه عبارت از دفع زیان از شريک پيشين در الحاق شخص ثالث با داشتن حق مستمر در مال مشترک است، چنانکه شخص ثالث می تواند با سوء مباشرت و بدرفتاری مایه آزار شريک دیگر را فراهم نماید. بنابراین، شرع شفعه را یک عمل شرعی دانسته تا از ضرر و زیان و ایجاد دشمني جلوگیری به عمل آید.^{۲۹۲}

همچنین، حسن معاشرت، ایجاب مراعات مصلحت شريک و یا همسایه ایجاب شفعه را می نماید. ایرادی که بر شفعه وارد می گردد این است که شفعه خلاف بازار آزاد است و مانع این می شود که بايع زمین خویش را به هر شخصی که بخواهد به فروش رساند. همچنین، شفعه مخالف اصل آزادی انعقاد عقود به نظر می رسد.

ب) اسباب و مراتب شفعه

۱) اسباب

طبق ماده ۲۲۱۴ ق. م: «سبب شفعه اتصال ملك شفيع است با عقار فروخته شده اعم از اینکه اتصال از رهگذر شرکت باشد یا جوار.» سبب در لغت به معنی ريسمان و آنچه به وسیله آن به دیگری پیوسته شوند، علت، وسیله، طریق، طناب، دست آویز، انگیزه، جهت، دلیل، منبع و موجب است. در اصطلاح حقوقی سبب امری است که باعث ایجاد امر دیگر می شود.^{۲۹۳} اتصال در لغت به معنی پیوست است. جوار در لغت به معنی همسایگی است. به حیث مثال، اگر احمد در ولسوالی شکرده زندگی نماید و خانه یا زمین خویش را محمود که از ولسوالی سرای خواجه است به فروش رساند، همسایه و شريک زمین احمد می تواند براساس سبب شفعه، محمود را از عقد خارج و زمین یا خانه را تملک و پول آن را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پيش بينی اسباب شفعه است.

همچنین، طبق ماده ۲۲۱۵ ق. م: «شرکت در شفعه دو نوع است: یکی شرکت در نفس عقار فروخته شده و دیگری شرکت در حقوق آن.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۲۱۴ ق. م است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۲۱۴ ق. م اسباب شفعه را که همسایگی و شراکت است پيش بينی نموده است و در نص ماده ۲۲۱۵ ق. م شراکت در عقار را به دو نوع تقسیم کرده است. بنابراین، در نص ماده ۲۲۱۵ ق. م یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده شرکت در شفعه دو نوع است:

نخست؛ شرکت در نفس عقار فروخته شده. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده بیست جریب زمین را از مرضیه مادر خویش به ارث بگیرند، این زمین میان احمد و حمیده مشترک است. در صورتی که حمیده بخواهد زمین خویش را به جمشید به فروش رساند، احمد حق شفعه نسبت به زمین حمیده به دلیل اشتراک در نفس عقار دارد.

۲۹۱. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۸۸۷؛ _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۲۶ و ۱۳۷؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____)، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیة، صص ۲۲۶ و ۲۲۷.

۲۹۲. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۸۸۸؛ _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۳۷؛ سید سابق (۱۳۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴)، ایران: انتشارات محمّدی سقر، ص ۳۲۴؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____)، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیة، ص ۲۲۷.

۲۹۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۶۵.

دوم؛ شرکت در حقوق عقار فروخته شده. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق است. به نظر می رسد منظور از حقوق در نص این ماده حقوق ارتفاق بر عقار است. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق مرور، مجری یا مسیل داشته باشد هرچند احمد همسایه و شریک نفس عقار محمود نباشد، اما به دلیل اشتراک در حق ارتفاق، در صورتی که زمین محمود به شخص سوم فروخته شود، احمد می تواند ادعای حق شفعه نماید. به همین دلیل، به نظر می رسد برای تکمیل ماده ۲۲۱۵ ق. م ماده ۲۲۱۸ ق. م می گوید: «شرکت در حقوق عقار فروخته شده عبارت از شرکت در حقا به خاص و راه خاص می باشد، خواه تخصیص مذکور منحصر به یکی باشد یا متعدد». طبق نص این ماده شرکت در حقوق عقار فروخته شده عبارت از شرکت در حقا به خاص و راه خاص می باشد، خواه تخصیص مذکور منحصر به یکی باشد یا متعدد. تعریف حقا به و راه خاص در فصل حقوق ارتفاق خواهد آمد.

به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حقا به (حق آبیاری) داشته باشد یا زمین احمد و زمین محمود دارای راه خاص باشند و زمین احمد فروخته شود، محمود می تواند ادعای حق شفعه نماید. همچنین، اگر زمین های احمد، محمود و جمشید بر زمین قیوم حقا به و راه خاص که هر دو از مصادیق حق ارتفاق اند، داشته باشد و زمین قیوم فروخته شود، احمد، محمود و جمشید می توانند ادعای حق شفعه نمایند. زیرا، قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۲۱۸ ق. م از خواه تخصیص منحصر به یک فرد باشد یا افراد متعدد سخن می گوید. در مثال اول، حق ارتفاق مختص محمود است. اما، در مثال دوم حق ارتفاق مختص به احمد، محمود و جمشید است. به عبارت دیگر: صاحب یا صاحبان حق ارتفاق در مثال اول محمود و در مثال دوم احمد، محمود و جمشید است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف اشتراک در حقوق ارتفاق است.

همچنین، ماده ۲۲۱۶ ق. م: «شرکت در نفس عقار فروخته شده آن است که شفیع در آن حصه مشترك داشته باشد». نص این ماده مرتبط به مواد ۲۲۱۴ و ۲۲۱۵ ق. م است. طبق این ماده شرکت در نفس عقار فروخته شده این است که شفیع در آن حصه داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده بیست جریب زمین را از مرضیه مادر خویش به ارث بگیرند، این زمین میان احمد و حمیده مشترك است. در صورتی که حمیده بخواهد زمین خویش را به جمشید به فروش رساند، احمد حق شفعه نسبت به زمین حمیده به دلیل اشتراک در نفس عقار دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف شرکت در نفس عقار است. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که طبق ق. م به طور کلی اسباب شفعه سه است که عبارت اند از: شراکت در مال، همسایگی و داشتن حق ارتفاق بر عقار.

همچنین، طبق ماده ۲۲۱۷ ق. م: «شریک در زمین دیوار احاطه عمارت، شریک در نفس عقار شمرده می شود». احاطه در لغت به معنی گرداگرد چیزی را گرفتن و دور چیزی را گرفتن است. عمارت در لغت به معنی ساختمان، بناء و تعمیر است.^{۲۹۴} طبق نص این ماده شریک در زمین دیوار احاطه عمارت، شریک در نفس عقار شمرده می شود. به حیث مثال، اگر یک زمین که گرداگرد تعمیر آن دیوار و زمین دیوار میان احمد و محمود مشترك باشد، به دلیل اشتراک احمد و محمود در زمین دیواری که در اطراف خانه احمد یا محمود است، احمد و محمود شریک در نفس عقار و در نتیجه شفیع همدیگر تلقی می شوند.

به عبارت ساده تر: اگر احمد در یکی از مناطق پلانی خانه داشته باشد و محمود همسایه احمد باشد اما زمین دیواری که میان خانه های احمد و محمود موقعیت دارد، مشترک باشد، احمد و محمود شفیع همدیگر تلقی می گردند. دلیل شفیع تلقی گردیدن احمد و محمود این است که هر دو شریک در نفس عمار به حکم قانون شناخته می شوند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اشتراک در نفس عمار دو نوع است: حقیقی که بحث آن گذشت و حکمی که اشتراک در زمین دیوار احاطه میان دو همسایه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اشتراک حکمی در نفس عمار است.

همچنین، طبق ماده ۲۲۱۹ ق. م: «همجوار متصل عمار فروخته شده شفیع شناخته می شود.» همجوار در لغت به معنی همسایه است. متصل در لغت به معنی پیوسته است. همجوار متصل در اصطلاح همسایه ای است که خانه یا زمین او با خانه یا زمین همسایه دیگر پیوسته است. به حیث مثال، اگر زمین احمد در پهلوی زمین محمود موقعیت داشته باشد، احمد و محمود همجوار متصل اند. همچنین، اگر خانه ای احمد پهلو و پیوسته ای خانه محمود باشد، احمد و محمود همجوار متصل اند. همجوار متصل شفیع همدیگر تلقی گردند. به حیث مثال، اگر احمد یا محمود در مثال های بالا خانه یا زمین خویش را به جمشید فروش رسانند، احمد و محمود شفیع همدیگر تلقی گردند و می توانند زمین را از جمشید از طریق شفعه بگیرند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن همجوار متصل به عنوان شفیع است.

همچنین، طبق ماده ۲۲۲۰ ق. م: «هرگاه منزل تحتانی ملک یکی و منزل فوقانی ملک دیگری باشد، یکی همسایه متصل دیگری شناخته می شود.» طبق نص این ماده همسایه های فوقانی و تحتانی نیز شفیع همدیگر تلقی می گردند و می توانند از حق شفعه استفاده کنند. به حیث مثال، اگر احمد در منزل اول شهرک آریا آپارتمان داشته باشد و حمیده در منزل دوم، احمد و حمیده شفیع همدیگر تلقی می شوند و بنابراین در صورتی که احمد یا حمیده آپارتمان خویش را به جمشید به فروش رسانند، احمد یا حمیده می تواند آپارتمان را از جمشید از طریق شفعه بگیرد. آپارتمان احمد در این مثال، منزل تحتانی و آپارتمان حمیده منزل فوقانی تلقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن مالکان منازل تحتانی و فوقانی به عنوان شفیع است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قانونگذار مدنی در مواد ۲۲۱۴، ۲۲۱۵، ۲۲۱۶ و ۲۲۱۸ ق. م اسباب شفعه را که به طور کلی شراکت، همسایگی و حق های ارتفاق بر عمار است پیش بینی نموده است و هر یک را تعریف کرده است و سپس در مواد ۲۲۱۷، ۲۲۱۹ و ۲۲۲۰ ق. م برخی حالات و اسباب خاص را پیش بینی نموده است که به موجب آنها یک همسایه شفیع همسایه دیگر تلقی می گردد.

در مورد اسباب شفعه احناف، بر این نظر اند که: اسباب شفعه عبارت اند از: شرکت و جوار (همسایگی) است. شرکت بر دو نوع است: شرکت در ملک مبیع و شرکت در حقوق از اتفاق از قبیل: حق مرور، مجری، مسیل، حق شرب و غیره.^{۲۹۵} ماده ۱۰۰۸ مجلة الاحکام در مورد این اسباب تصریح می نماید که: «اسباب شفعه سه چیز است: اول: مشارکت در نفس مبیع مانند اینکه: دو نفر در عقاری که مشاع است شریک باشند؛ دوم: شرکت در یکی از حقوق مبیع از قبیل: حقایقه یا راه خاص. به طور مثال، اگر یکی از باغ های که چند نفر در حقایقه خاص

آن شریک باشند به فروش برسد، اگرچه باغها یا زمین های شان با این باغ که فروخته شده است پیوست هم نباشد، حق شفعه دارند. اما، اگر یکی از باغ هایی که از نهر عمومی آبیاری می شود یا حویلی که دروازه آن به راه عام باز می شود به فروش رسد باغداران دیگری که از آن نهر حقا به دارند یا در آن راه دروازه های آنها باز می شود، نمی توانند ادعای شفعه به عمل آورند؛ و سوم: جار ملاصق (همسایه پیوست)،».

۲) مراتب شفعه

طبق ماده ۲۲۲۱ فقره اول و دوم ق. م: «(۱) در صورت اجتماع اسباب شفعه به سبب قویتر ترجیح داده می شود. به این اساس به شریک در نفس عمار، بعد از آن زمین احاطه مشترک، بعد از آن به شریک در حقوق خاص عمار فروخته شده و بعد از آن به همجوار متصل حق تقدم داده می شود؛ و (۲) اگر یکی از اشخاص مندرج فقره فوق این ماده شفعه را ترك نماید و یا حق او ساقط گردد حق شفعه به دیگری که در مرتبه بلافاصله بعد تر از آن قرار دارد انتقال می نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) در صورت اجتماع اسباب شفعه به سبب قویتر ترجیح داده می شود. نص این ماده تکمیل کننده نص ماده ۲۲۱۴ ق. م است که در آن اسباب شفعه حصر شده است. زیرا، در نص ماده ۲۲۱۴ ق. م قانونگذار اسباب شفعه را حصر کرده است و در این ماده یک سبب را بر سبب دیگر ترجیح داده است. زیرا، اگر اشخاص مختلف براساس اسباب مختلف شفعه مانند شراکت، حق ارتفاق و همسایگی بر عمار فروخته شده حق شفعه داشته باشند، از نظر عقلی و عملی امکان ندارد که همه زمین را از طریق شفعه تملک نمایند. راه حل معقول و عملی این است که برخی از دارندگان سبب شفعه را بر برخی دیگر ترجیح و اولویت یا برتری داد.

(۲) براساس ترجیح اسباب شفعه به شریک در نفس عمار، بعد از آن زمین احاطه مشترک، بعد از آن به شریک در حقوق خاص عمار فروخته شده و بعد از آن به همجوار متصل حق تقدم داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید، ویس، قیوم و فاروق براساس شریک بودن، داشتن زمین احاطه مشترک، شریک بودن در حق های ارتفاق و همسایه پیوست و متصل بودن بر زمین احمد حق شفعه داشته باشند، بالترتیب شریک بر دارنده زمین احاطه، دارنده زمین احاطه مشترک بر دارنده حق ارتفاق و دارنده حق ارتفاق بر همجوار متصل دارای برتری است و اولی، دومی، دومی سوم و سومی چهارم را می تواند از حق شفعه محروم نماید. عبارت زمین احاطه مشترک در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که همسایه ای که دارای دیوار مشترک با صاحب زمین فروخته شده است بر سایر افراد حق اولویت دارد.

(۳) اگر یکی از اشخاص مندرج فقره فوق این ماده شفعه را ترك نماید یا حق او ساقط گردد حق شفعه به دیگری که در مرتبه بلافاصله بعد تر از آن قرار دارد انتقال می نماید. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به فروش رساند، شریک زمین احمد حق شفعه بر زمین دارد. اگر شریک احمد حق شفعه خویش را ساقط نماید، حق شفعه بر دارنده دیوار مشترک منتقل می شود. اگر دارنده دیوار مشترک با خانه احمد حق شفعه خویش را ساقط نماید، حق شفعه بر دارنده حق ارتفاق منتقل می شود. اگر دارنده حق ارتفاق حق شفعه را ساقط نماید، حق شفعه به همجوار متصل منتقل می شود. ترجیح دارنده حق ارتفاق بر جوار متصل محل ایراد است و قابل توصیه است اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ترجیح شفعاء بر همدیگر و جلوگیری از بروز نزاع میان آنها است.

طبق ماده ۱۰۰۹ مجلة الاحکام: «در شفعه مراتب آتی رعایت می شود: نخست حق شفعه از آن کسی است که در نفس مبیع شریک باشد. دوم از آن کسی است که در حقوق مبیعه شریک باشد. سوم از آن کسی است که جار ملاصق (همسایه پیوسته) باشد. اگر آن کسی که در مرتبه اول قرار دارد حق شفعه خود را طلب کرد، کسانی که در مرتبه دوم و سوم قرار دارند، نمی توانند دعوی شفعه کنند. به همین ترتیب، کسی که در مرتبه دوم قرار دارد بر شخصی که در مرتبه سوم قرار دارد مقدم است.» اگر شریکی در نفس مبیع وجود نداشته باشد، یا داشته باشد، اما از حق خویش صرف نظر نماید، حق شفعه به شریک حقوق ارتفاق منتقل می شود. اگر شریک حقوق ارتفاق نیز موجود نباشد، یا از حق خویش صرف نظر نماید، حق شفعه به همسایه پیوست منتقل می شود. ماده ۱۰۱۰ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اگر در نفس مبیعه شریکی نبود، یا از شفعه خود صرف نظر کرد، حق شفعه از شریک در حقوق مبیع می باشد. اگر این شریک هم نبود یا از حق خود صرف نظر کرد، در این صورت جار ملاصق حق شفعه دارد. به طور مثال، اگر کسی ملک مستقل خویش و یا یک حصه مشاع آن را فروخت، شریک حق شفعه خویش را ترک کرد، نخست کسی حق دارد که در حبابه خاص و یا راه خاص شریک باشد، اگر این شریک هم وجود نداشت یا از حق شفعه خود صرف نظر کرد در هر دو حال همسایه پیوست حق شفعه دارد.»

طبق طبق ماده ۲۲۲۲ ق. م: «استحقاق شفعه برای شرکاء به اساس تعداد شرکاء اعتبار داده می شود نه به اساس مقدار حصص آنها در ملکیت. به این صورت اگر يك شريك حصه خود را به یکی از شرکاء دیگر به فروش برساند، شخص مذکور یکی از جمله شرکاء شناخته شده و حصه فروخته شده در بین آنها تقسیم می شود.» طبق نص این ماده استحقاق شفعه برای شرکاء به اساس تعداد شرکاء اعتبار داده می شود نه به اساس مقدار حصص آنها در ملکیت. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۲۹۶} حصص جمع حصه است. حصه در لغت به معنی سهم و نصیب است. به حیث مثال، اگر بیست جریب زمین میان احمد، حمیده و محمود مشترک باشد و احمد مالک ده سهم، حمیده مالک پنج سهم و محمود مالک پنج سهم باشد، در این مثال اسهام شرکا مساوی نیست. به حیث مثال، اگر در این مثال حمیده سهم خویش را به فروش رساند، احمد نمی تواند به دلیل دارا بودن ده سهم کاملاً محمود را از حق شفعه محروم نماید بلکه اگر احمد و محمود بخواهند می توانند سهم حمیده را به صورت مشترک (هر کدام دو نیم جریب) خریداری نمایند.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ملاک شفعه که تعداد شرکاء است نه تعداد حصه های آن ها می باشد. در این خصوص ماده ۱۰۱۳ مجلة الاحکام می گوید: «هنگامی که تعداد شفیعی ها زیاد شد، شمار آنها اعتبار دارد نه سهم هر یک از آنها به این معنی که به مقدار حصه ای که به وسیله آن شفعه صورت می گیرد اعتبار داده نمی شود. به طور مثال، اگر نیم حویلی از کسی باشد ثلث و سدس آن از دو نفر دیگر، کسی که به نیم حویلی شریک است حصه خویش را فروخت، همان نصف بین این دو نفر شریک بالمناصفه به شفعه تقسیم می شود و آن که در ثلث حویلی شریک است نمی تواند به موجب سهم خویش قسمت بیشتری را نسبت به شخصی که در سدس حویلی شریک است تصاحب نماید.»

ج) ارکان و شرایط

(۱) ارکان

به نظر می رسد طبق ق. م ارکان شفعه عبارت اند:
 (۱) عقال مشفوع یا مشفوعه: و آن زمینی است که فروخته می شود.
 (۲) مالک عقال مشفوع: مالک عقال مشفوعه عبارت از صاحب زمین است که زمین خویش را به شخص سوم می فروشد.

(۳) مأخوذ منه / مشفوع علیه: عبارت از شخصی خریداری است که زمین را شفیع از او می گیرد.
 (۴) شفیع: شخصی است که زمین را از خریدار می گیرد.
 (۵) صیغه: عبارت از الفاظی است که شفعه به آن منعقد می شود.
 در مورد ارکان شفعه فقهای حنفیه بر این نظر اند که: رکن شفعه عبارت از اخذ شفیع از یکی از عاقدین است در صورت تحقق وجود سبب و شرط آن. عقالی که به آن حق شفعه تعلق می گیرد مشفوع، ملک شفیع که به آن شفعه ارتباط می گیرد مشفوع به و مَطالِب شفعه شفیع نامیده می شود.^{۲۹۷}

(۲) شرایط

به موجب ق. م جهت ثبوت و تحقق شفعه تحقق رعایت شرایط آتی است:
(۱) شرایط ثبوت شفعه: طبق ماده ۲۲۲۳ ق. م: «شفعه بعد از بیع و در حال موجودیت اسباب موجب آن، ثابت می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- شفعه بعد از بیع ثابت می شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه یا زمین داشته باشد و محمود شریک یا همسایه احمد باشد، برای این که شفعه برای محمود ثابت شود شرط است که احمد زمین را به جمشید به فروش رساند. بنابراین، شرط اثبات شفعه برای محمود این است که بیع زمین یا خانه احمد صورت گرفته باشد.
 ۲- شفعه بعد از موجودیت اسباب موجب آن، ثابت می شود. تفصیل اسباب شفعه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین یا خانه ای خویش را به جمشید به فروش رساند، برای این که حمیده بتواند ادعای شفعه نماید شرط است که حمیده شریک یا همسایه احمد باشد یا بر زمین احمد حق ارتفاق داشته باشد. در صورت عدم وجود و تحقق اسباب شفعه، شفعه برای هیچ فردی ثابت نمی وشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شروط ثبوت شفعه است. نص این ماده ملهم از فقه است. به موجب ماده ۱۰۲۱ مجله الاحکام: «شفعه ثابت نمی شود مگر به عقد بیع.»

(۲) اینکه عقد صحیح، نافذ، مشفوعه عقال و مملوک بائع باشد: طبق ماده ۲۲۲۴ ق. م: «بیعی که در آن شفعه ثابت می شود، باید واجد شرایط آتی باشد: ۱- باید عقال مملوک باشد، گرچه غیر قابل قسمت باشد. ۲- بیع صحیح و نافذ بوده یا در صورتی که بیع فاسد باشد، حق فسخ در آن ساقط گردیده و از اختیار شخص به نفع بائع عاری باشد. ۳- بدل مبیعه مال باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:
 ۱- برای صحت شفعه شرط است که نخست این که مشفوع عقال باشد و دوم این که عقال مملوک شفیع باشد. مملوک مالی است که بنابر یکی از اسباب کسب ملکیت تحت تملک و تصرف شخص آمده باشد. به حیث

۲۹۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۸۸۸؛ _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیة، ص ۱۳۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سفر، ص ۳۲۴؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیة، ص ۲۲۷.

مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، همسایه احمد جمشید نمی تواند در موتر ادعای شفعه نماید. زیرا، موتر عقار نیست بلکه منقول است و شفعه صرف بر عقارات ثابت می گردد.

همچنین، اگر احمد که در خیرخانه زندگی می نماید آپارتمان محمود را که در مکروریان است به ویس به فروش رساند همسایه احمد نمی تواند در خصوص آپارتمان ادعای شفعه نماید. زیرا، احمد مال محمود را به فروش رسانده است. در این مثال، آپارتمان مملوک احمد نیست. ماده ۱۰۱۷ مجلة الاحکام در مورد این شرط حکم می نماید که: «شرط است که مال مشفوع عقار و ملک کسی باشد. بنابراین، در کشتی و منقولات دیگر و زمین وقف و زمین های دولتی شفعه جاری نمی گردد.»

۲- برای صحت شفعه شرط است که بیع صحیح باشد. بیع صحیح عبارت از بیعی است که تمام شرایط و ارکان بیع متحقق گردد. به حیث مثال، اگر احمد که واجد اهلیت حقوقی است زمین خویش را به محمود واجد اهلیت حقوقی است به فروش رساند، این بیع صحیح است. زیرا، زمین متعلق به احمد و محمود در حالی که راضی و دارای اهلیت هستند، عقد را منعقد نموده اند. در این صورت، جمشید همسایه یا شریک احمد می تواند زمین را از طریق شفعه تملک نماید.

۳- برای صحت شفعه شرط است که بیع نافذ باشد. طبق ماده ۱۱۳ مجلة الاحکام: «بیع نافذ بیعی است که به حق غیر تعلق نداشته باشد [...]». به حیث مثال، در مثال بالا بیع نافذ است زیرا زمین متعلق به احمد و بنابراین برای جمشید همسایه یا شریک جمشید حق شفعه ثابت می گردد. اما، در صورتی که احمد خانه حمیده را بدون این که نایب او باشد به فروش رساند، در این فروش شفعه ثابت نمی شود زیرا بیع نافذ نیست و در آن حق غیر تعلق دارد.

۴- در صورتی که بیع فاسد باشد، حق فسخ در آن ساقط گردیده باشد. به نظر احناف بیع فاسد، بیعی است که اصل آن مشروع و وصف آن نامشروع باشد به نحوی که متعاقدين واجد اهلیت حقوقی باشند، صیغه بیع نیز به صورت صحیح اجراء گردیده باشد، در معقود علیه نیز خللی وجود نداشته باشد، ولی، عقد بیع دارای وصفی باشد که شرع از آن نهی نموده باشد، مانند: بیع مجهول به جهالت فاحش که موجب بروز نزاع بین متعاقدين گردد، مانند اینکه: شخصی چندین خانه، یا موتر داشته باشد و یکی آنها را بدون تعیین به دیگری به فروش رساند.^{۲۹۸} به حیث مثال، اگر احمد محمود را زیر تهدید قرار دهد تا خانه خویش را به محمود به فروش رساند، عقد بیع فاسد است. در صورت رفع فشار محمود حق فسخ و تأیید عقد بیع را دارد. در صورتی که محمود عقد را تأیید نماید، عقد بیع صحیح می گردد و جمشید همسایه محمود می تواند خانه را از طریق شفعه تملک نماید.

۵- عبارت «و از اختیار شخص به نفع بایع عاری باشد» در نص این ماده مبهم و زاید به نظر می رسد و قابل توصیه است از متن این ماده حذف گردد.

۶- برای اثبات شفعه شرط است که بدل مبیعه مال باشد. بدل در لغت به معنی عوض است. مبیعه شی ای است که محل عقد بیع قرار می گیرد. به عبارت دیگر: مالی که در عقد بیع محل عقد بیع قرار می گیرد مبیعه نامیده می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود در بدل اجرای کار معین هبه نماید، در عقد هبه زمین شفعه ثابت نمی گردد زیرا در این مثال بدل زمین مال نیست. ماده ۱۰۲۵ مجلة الاحکام در مورد این

۲۹۸. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالنبأ للإسلامية، ص ۳۰۶؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۴؛ و هبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۴۴.

شرط تصریح می نماید که: «شرط است که بدل، مال معلوم المقدار باشد. بنابراین، شفعه در عقاری که بدل آن غیر مال باشد، جاری نمی گردد. به طور مثال، اگر کسی در بدل اجرت حمام حویلی ای را مالک شد در آن شفعه جاری نمی شود. زیرا، بدل حویلی مال نیست، بلکه اجرت است که از جمله منافع است. همچنین، اگر کسی حویلی را در بدل مهر مالک شد، در آن شفعه جاری نمی شود.»

(۳) عدم رضایت شفیع به بیع: طبق ماده ۲۲۲۵ ق.م: «در عقاری که توسط آن شفعه ثابت می گردد، شرط است که در وقت خریدن عقاری که به شفعه برده می شود، ملکیت شفیع باشد و شرط است که از شفیع رضایت به بیع صراحتاً یا دلالتاً صادر نشده باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در عقاری که توسط آن شفعه ثابت می گردد، شرط است که در وقت خریدن عقاری که به شفعه برده می شود، ملکیت شفیع باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را به جمشید بدون این که وکیل محمود باشد به فروش رساند، هیچ شخص نمی تواند ادعای شفعه نماید. زیرا، نخست این که احمد زمین محمود را فروخته است و دوم این که تصرف در ملک غیر باطل است.

۲- دوم این که برای اثبات شفعه شرط است که شفیع به صورت صریح یا ضمنی به فروش عقار رضایت نشان ندهد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به جمشید به فروش رساند و همسایه احمد بگوید به این بیع راضی هستم و بآنکه بدانند هیچ عکس العملی نشان ندهد، در مثال اول احمد به صورت صریح راضی است و در صورت دوم به صورت ضمنی. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط ایجاد شفعه است. فقهاء اتفاق نظر دارند بر عدم رضایت شفیع به عقد بیع. بنابراین، اگر شفیع به صورت صریح و یا ضمنی به عقد بیع رضایت نشان بدهد، حق شفعه او ساقط می گردد.^{۲۹۹} ماده ۱۰۲۴ مجله الاحکام در مورد این شرط تصریح می نماید که: «شرط است که شفیع در عقد بیع هیچ گونه ابراز رضایت نکرده باشد نه به صورت صریح و نه به صورت ضمنی. به طور مثال، اگر از عقد خبر شد و گفت: این عقد مناسبی است، حق شفعه او ساقط می گردد و بعد از این حق طلب شفعه را ندارد. همچنین، اگر از عقد بیع اطلاع یافت و به خرید و یا اجاره آن اقدام نمود، حق شفعه او در این حالات نیز ساقط می گردد. همچنین، در حالی که وکیل بایع بوده باشد، حق شفعه او در عقاری که آن را فروخته است، باطل می گردد.»

(۴) طبق ماده ۲۲۲۶ ق.م: «در موارد آتی شفعه نیست: (۱) در هبه بلا عوض یا در صدقه یا ارث یا وصیت یا عقاری که بدل آن مال نباشد؛ (۲) در منقولات منصوب در زمین و اشجار، بدون زمینی که در آن ایستاده فروخته شود و اگر منقولات منصوبه و اشجار، بدون زمینی که در آن ایستاده فروخته شود و اگر منقولات منصوبه و اشجار به تبعیت زمین فروخته شود در آن شفعه ثابت می شود؛ (۳) در بناء و اشجاری که در زمین ملکیت دولت استوار باشد؛ (۴) در وقف و برای وقف؛ (۵) در تقسیم عقار بین شرکاء؛ (۶) در بیعی که در آن بایع خیار شرط داشته باشد، مگر اینکه بایع خیار را ساقط نموده و بیع لازم گردد؛ (۷) در مبیعه ای که به مزایده علنی یا مطابق اجراء مجوز قانونی، از طرف دولت فروش آن صورت می گیرد؛ (۸) در مبیعه ای که بین اصول و فروع یا بین زوجین یا بین اقارب تا درجه چهارم یا بین خویشاوندان تا درجه دوم، فروخته می شود؛ (۹) در مبیعه ای که به منظور

۲۹۹. جهت مطالعه بیشتر در مورد این شرایط ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۹۱۳-۴۹۲۲.

استملاك اعمار مسجد يا الحاق به آن، فروخته می شود؛ و ۱۰) سایر مواردی که که قانون خاص پیش بینی نموده باشد.». طبق نص این ماده در حالات ذیل شفعه ثابت نمی شود:

۱- در هبه بلا عوض یا در صدقه یا ارث یا وصیت یا عقاری که بدل آن مال نباشد. تعریف هبه در مبحث هبه در کتاب عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود هبه نماید، جمشید همسایه یا شریک احمد نمی تواند در خصوص مال موهوبه ادعای شفعه نماید. همچنین، اگر احمد زمین خویش را به محمود صدقه دهد، جمشید همسایه یا شریک احمد نمی تواند در خصوص مال ادعای شفعه نماید. تعریف صدقه در اخیر این فصل خواهد آمد. همچنین، اگر احمد زمین خویش را به زمین محمود معاوضه یا مقایضه نماید، جمشید همسایه یا شریک احمد نمی تواند در خصوص مال ادعای شفعه نماید. زیرا، در این مثال، بدل زمین احمد عقال دیگر است نه پول نقد.

۲- در منقولات منصوب در زمین و اشجار، بدون زمینی که در آن ایستاده فروخته شود شفعه ثابت نمی شود. منقولات جمع منقول است که تعریف آن در فصل اول گذشت. منصوب در لغت به معنی نصب شده است. اشجار جمع شجر است که در لغت به معنی درخت است. به حیث مثال، اگر احمد درخت فروش باشد و درختانی که در زمین نصب کرده است را به محمود به فروش رساند، در این درختان شفعه ثابت نمی شود. همچنین، اگر احمد چوب فروش باشد و چوب ها را که بر روی زمین ایستاده نموده است به فروش رساند، در چوب ها شفعه ثابت نمی شود. چوب در این مثال مصداق منقول است. عبارت «و اگر منقولات منصوبه و اشجار، بدون زمینی که در آن ایستاده فروخته شود» در نص این ماده تکراری، زاید و قابل حذف به نظر می رسد.

۳- اگر منقولات منصوبه و اشجار به تبعیت زمین فروخته شود در آن شفعه ثابت می شود. به حیث مثال، اگر احمد دو جریب زمین خویش را که دارای جنگل و درخت در ولسوالی شکرده است به جمشید که در مرکز کابل زندگی می نماید به فروش رساند، همسایه، شریک و صاحب حق ارتفاق بر زمین احمد می تواند زمین و به تبع زمین درختان و جنگلات را به شفعه بگیرند. دلیل این قاعده این است که منقولات مانند درختان، بیل و نظیر اینها تابع زمین اند و به تبعیت از زمین شفعه بر آنها ثابت می گردد.

۴- در بناء و اشجاری که در زمین ملکیت دولت استوار باشد. بناء در لغت به معنی خانه و ساختمان است.^{۳۰۰} به حیث مثال، اگر در زمین دولتی مربوط به وزارت زراعت و مالداري تعمیر یا ساختمان و درخت وجود داشته باشد و دولت زمین را به فروش برساند، همسایه و اشخاصی که حق ارتفاق بر زمین دولتی دارند نمی توانند در خصوص زمین، تعمیر و درختان حق شفعه را اقامه نمایند. بنابراین، در زمین های دولتی در صورتی که به فروش برسد، حق شفعه ثابت نمی شود. به نظر می رسد دلیل این قاعده باز گذاشتن دست دولت است تا هر نوع تصرفی که می خواهد بر اموال دولتی نماید.

۴- در وقف و برای وقف. تعریف وقف در جلد اول این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را برای مسجد، شفاخانه، مکتب و نظیر اینها وقف نماید، همسایه، شریک و اشخاصی که بر زمین احمد حق ارتفاق دارند نمی توانند در خصوص زمین احمد ادعای شفعه نمایند. همچنین، اگر احمد دو صد جریب زمین را به منظور احداث مکتب وقف نماید و دولت در آن مکتب احداث نماید، مکتب به شخصیت حکمی عامه مبدل می شود. در این صورت، اگر احمد بخواهد بقیه زمین خویش را که در کنار مکتب موقعیت

دارد به مکتب وقف نماید همسایه، شریک و اشخاصی که بر زمین احمد حق ارتفاق دارند نمی توانند در خصوص زمین احمد ادعای شفعه نمایند.

۵- در تقسیم عقار بین شرکاء، تعریف عقار در فصل اول این کتاب گذشت. به حیث مثال، اگر ده جریب زمین میان احمد و حمیده مشترک باشد و احمد و حمیده این زمین را میان خویش تقسیم نمایند، همسایه احمد یا حمیده یا شخصی که بر زمین احمد و حمیده حق ارتفاق دارد نمی تواند در خصوص عقار احمد و حمیده دعوی شفعه را اقامه نماید.

۶- در بیعی که در آن بایع خیار شرط داشته باشد، مگر اینکه بایع خیار را ساقط نموده و بیع لازم گردد. به موجب فقه خیار شرط عبارت از خیاری است که به موجب آن یکی از طرفین معامله یا هر دوی آنان و یا شخص ثالثی حق فسخ یا امضای معامله ای را در مدت معینی داشته باشد.^{۳۰۱} به حیث مثال، اگر محمود احمد را وکیل به خرید تعیین نماید تا احمد برای محمود زمین جمشید را خریداری نماید، همسایه ها و شریک و اشخاصی که بر زمین جمشید حق ارتفاق دارند نمی توانند در خصوص عقار جمشید اقامه دعوی شفعه نمایند، زیرا در این عقد احمد دارای خیار شرط است و می تواند عقد را تأیید یا فسخ نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد خیار شرط را ساقط نماید. دلیل عدم اثبات شفعه در عقد دارای خیار شرط این است که اگر امکان دارد عقد تأیید یا فسخ گردد. در صورت فسخ عقد بیع تکمیل نمی شود و یکی از شرایط تحقق شفعه که بیع است متحقق نمی شود.

۷- در مبیعه ای که به مزایده علنی یا مطابق اجراءات مجوز قانونی، از طرف دولت فروش آن صورت می گیرد. تعریف مبیعه در مبحث بیع گذشت. مزایده از ریشه «زود» گرفته شده است که در لغت به معنی بر یکدیگر افزودن، افزودگی دوجانبه و حراج است. در اصطلاح حقوق مدنی، مزایده فروش چیزی به گونه ای حراج است به نحوی که هر کس بهایی بیشتر پرداخت کند، مبیعه از آن او باشد.^{۳۰۲} علنی در لغت به معنی آشکارا است. به حیث مثال، اگر احمد از بانک پنجاه لک افغانی قرضه بگیرد و خانه خویش را به گرو (رهن) بانک بدهد و در نهایت نتواند پول بانک را پرداخت نماید و قرار شود بانک خانه احمد را به فروش رساند، این فروش باید از طریق مزایده علنی صورت بگیرد. در صورت فروش خانه احمد از طریق محکمه ذیصلاح از طریق مزایده، همسایه، شریک و اشخاصی که در خصوص خانه احمد حق ارتفاق دارند، نمی توانند در خصوص خانه احمد ادعای حق شفعه نمایند. دلیل این قاعده این است که خانه از طریق محکمه به فروش می رسد.

۸- در مبیعه ای که بین اصول و فروع یا بین زوجین یا بین اقارب تا درجه چهارم یا بین خویشاوندان تا درجه دوم، فروخته می شود. اصول جمع اصل است و اصل به سلف مستقیم شخص گویند که از درجه نخست (پدری و مادری) است و با از درجات بعدی (نیاکان پدری) و یا مادری (اجداد مادری) است.^{۳۰۳} به عبارت ساده اصل پدر یا مادر شخص هرچند درجه آنها بالا برود است. فروع است در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند^{۳۰۴} و در برابر اصول استعمال می شود. به عبارت ساده:

۳۰۱. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۹، و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۱.

۳۰۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ۱۸۸.

۳۰۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ۳۱۳ و ۳۱۴.

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

فرع عبارت از فرزند شخص اعم از دختر و پسر هرچند درجه آنها پایین برود است. مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

- اگر احمد خانه خویش را به پدر خویش یا فرزند خویش به فروش رساند، همسایه، شریک و اشخاصی که در خصوص خانه احمد حق ارتفاق دارند، نمی توانند در خصوص خانه احمد ادعای حق شفعه نمایند.

- اگر احمد خانه خویش را به زوجه خویش به فروش رساند یا حمیده زمین خویش را به شوهر خویش به فروش رساند، همسایه، شریک و اشخاصی که در خصوص خانه احمد حق ارتفاق دارند، نمی توانند در خصوص خانه احمد و حمیده ادعای حق شفعه نمایند.

- عبارت «بین اقارب تا درجه چهارم یا بین خویشاوندان تا درجه دوم، فروخته می شود» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. اقارب و خویشاوندان مترادف اند. اقارب جمع قریب از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندان، نزدیکان و فامیل است.^{۳۰۰} در اصطلاح حقوقی، در مفهوم وسیع اقارب عبارت از اشخاصی است که شخص با آنها قرابت نسبی، سببی و رضاعی دارد مانند پدر، مادر رضاعی و خشو.

همچنین، قانونگذار مدنی در نص این ماده از تا درجه چهارم و تا درجه دوم سخن می گوید که محل ایراد است. همچنین، تا درجه چهارم و دوم در نص این ماده روشن نیست که این قرابت بین اصول و فروع یا برعکس (قرابت مستقیم) یا قرابت میان خویشاوندان به صورت غیرمستقیم است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده قرابت مستقیم است. زیرا، در قرابت مستقیم اقارب به درجه اول، دوم، سوم و چهارم تقسیم نمی شوند. با پذیرش آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اگر احمد برای فرزند، فرزند فرزند، فرزند فرزند و فرزند فرزند فرزند فرزند خویش زمین خویش را به فروش رساند، همسایه، شریک و اشخاصی که در خصوص خانه احمد حق ارتفاق دارند، نمی توانند در خصوص خانه احمد ادعای حق شفعه نمایند. فرزند خویشاوند درجه اول احمد، فرزند فرزند خویشاوند درجه دوم احمد و فرزند فرزند فرزند خویشاوند درجه سوم و فرزند فرزند فرزند فرزند خویشاوند درجه چهارم احمد است. قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد و قانونگذار مدنی قرابت را میان اقارب به صورت مستقیم پیش بینی نماید و سپس قرابت را تا درجه دوم یا سوم محدود نماید زیرا از نظر عملی و عقلی امکان ندارد که شخص در عین زمان با اقارب درجه چهارم خویش زنده بماند.

۹- در مبیعه ای که به منظور استملاک اعمار مسجد یا الحاق به آن، فروخته می شود. تعریف استملاک در مبحث اسباب کسب ملکیت گذشت. الحاق از ریشه لحق گرفته شده است که به معنی پیوستن است، چسپاندن و منضم کردن است.^{۳۰۶} به حیث مثال، اگر شهرداری کابل خانه یا زمین احمد را به منظور اعمار مسجد یا الحاق زمین یا خانه احمد به مسجد استملاک نماید، همسایه، شریک و اشخاصی که در خصوص زمین و خانه احمد حق ارتفاق دارند، نمی توانند در خصوص خانه احمد و حمیده ادعای حق شفعه نمایند.

۱۰ - سایر مواردی که که قانون خاص پیش بینی نموده باشد. نص ماده ۲۲۲۶ ق. م حصری نیست بلکه احصایی است زیرا قانونگذار نه مورد را که در آن شفعه ثابت نمی شود احصاء نموده و سایر موارد را به قانون خاص واگذار نموده است. بنابراین، قانونگذار خاص می تواند سایر مواردی را که در آن شفعه وجود ندارد در قانون خاص

پیش بینی نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۲۲۶ ق. ا پیش بینی حالاتی است که در آن ها شفعه ثابت نمی شود.

طبق مجله الاحکام شفعه در موارد آتی ثابت و متحقق نمی شود:

- ۱- **در وقف و زمین های امیریه (دولتی):** طبق ماده ۱۰۱۹ مجله الاحکام: «درخت ها و عماراتی که در ملک وقف و یا زمین های دولتی قرار دارد در حکم اموال منقول بوده و در آن شفعه جاری نمی گردد.»
- ۲- **در درخت اگر به صورت مستقل به فروش رسد:** طبق ماده ۱۰۲۰ مجله الاحکام: «اگر کسی ساحه ملک خویش را با درخت ها و عمارات آن یکجا فروخت، در درخت ها و عمارات فروخته شده به تابعیت زمین شفعه جاری می گردد. اما، اگر تنها درخت ها و تعمیر ها را فروخت در آن شفعه جاری نمی شود.»
- ۳- **در هبه بلاعوض:** طبق ماده ۱۰۲۳ مجله الاحکام: «در مال غیر منقولی که بدون عوض به ملک کسی دیگر در آید شفعه جاری نمی شود، مانند اینکه: مالی بدون عوض هبه گردد و یا به کسی از طریق میراث برسد و یا به قسم وصیت به کسی متعلق گردد.» اما، طبق ماده ۱۰۲۲ مجله الاحکام: «هبه به شرط عوض در حکم بیع است. بنابراین، اگر کسی حویلی ملکیت خویش را هبه نمود به شرطی که عوض آن را باز ستاند جار ملاصق (همسایه پیوست) حق شفعه آن را دارد.»
- ۴- **در تقسیم عقار:** طبق ماده ۱۰۲۷ مجله الاحکام: «در تقسیم عقار شفعه جاری نمی شود. به طور مثال، اگر حویلی مشترک بین شرکاء تقسیم شود، جار ملاصق حق شفعه ندارد.»

(د) طلب شفعه

(۱) وقت طلب شفعه

در مورد وقت طلب شفعه فقهای حنفیه بر این نظر اند که: شفیع بلافاصله پس از اطلاع از فروش سهم شریک خود باید شفعه را به طریق ممکن مورد اجراء قرار دهد و طالب شفعه شود. بنابراین، اگر شفیع اطلاع پیدا کند و بدون عذر طلب شفعه را به تأخیر بی اندازد، حق شفعه او ساقط می شود. زیرا، اگر شفیع به صورت فوری حق شفعه خویش را مطالبه نکند و این حق او بر سبیل تأخیر و تراخی باشد، مشتری متضرر می گردد. زیرا، ملکیت او ثابت نمی شود و نمی تواند در آن تصرف نماید چرا که نگران خواهد بود که تلاش او بدون فایده باقی خواهد ماند و شفیع آن را تصاحب خواهد کرد. از همین رو، فقهای حنفیه مطالبه فوری را شرط می دانند. بنابراین، همین که شفیع پس از اطلاع از فروش اقدام نکند، حق شفعه او ساقط می گردد.^{۳۰۷}

(۲) طریقه ها و مراحل طلب شفعه

طبق ماده ۲۲۲۷ ق. م: «مطالبه شفعه به سه طریقه صورت می گیرد: (۱) طلب موأثبت (مبادرت)؛ (۲) طلب اَشهاد (تقریر)؛ و (۳) طلب تملک (دعوی).» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مراحل طلب شفعه است. فقهای حنفیه برای طلب شفیع سه مرحله را پیش بینی نموده اند: طلب موأثبت، طلب تقریر و طلب خصومت. ماده ۱۰۲۸ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «در شفعه سه طلب ضروری است: (۱) طلب موأثبت (سریع)؛ (۲) طلب تقریر و اَشهاد؛ و (۳) طلب خصومت و تملک.»

(۱) **طلب موأثبت:** طبق ماده ۲۲۲۸ ق. م: «طلب موأثبت، آن است که شفیع در مجلسی که به بیع و مشتری و ثمن علم حاصل می نماید، فوراً بدون صدور آنچه به انصراف او دلالت کند به طلب شفعه مبادرت

۳۰۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۳۱۰۹.

ورزد و به منظور خوف انکار مشتری برای طلب خود، شهود بگیرد.» موأبث در لغت به معنی مسارعت است است.^{۳۰۸}

طبق ماده ۲۲۲۸ ق. م طلب موأبث، آن است که شفیع در مجلسی که به بیع و مشتری و ثمن علم حاصل می نماید، فوراً بدون صدور آنچه به انصراف او دلالت کند به طلب شفعه مبادرت ورزد و به منظور خوف انکار مشتری برای طلب خود، شهود بگیرد. شهود جمع شاهد است. ثمن در لغت به معنی پول است. انکار در لغت به معنی رد کردن است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه، شریک و صاحب حق ارتفاق بر زمین احمد باشد، باید در مجلسی که از خرید و فرش آگاه می شود فوراً بگوید من در زمینه حق شفعه دارم و می خواهم زمین را خریداری نمایم. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف طلب موأبث یا موأبث است. ماده ۱۰۲۹ مجله الاحکام در مورد طلب موأبث تصریح می نماید که: «شفیع در همان مجلسی که در زمینه اطلاع حاصل می کند، باید کلامی را افاده کند که بر طلب شفعه او دلالت کند، مانند اینکه بگوید: من در این مبیع شفیع هستم یا من آن را به شفعه می خواهیم. این طلب را طلب موأبث می گویند.»

(۲) طلب تقریر و یا اِشهاد: بعد از طلب موأبث لازم است تا شفیع جهت عدم انکار مشتری طلب اِشهاد نماید. ماده ۲۲۲۹ فقره های اول و دوم ق. م در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) طلب اِشهاد، آن است که شفیع بر بایع در صورتی که عقار در دست او باشد، یا بر مشتری گرچه عقار در دست او نباشد، یا هنگام بیع مبنی بر طلب اخذ شفعه، شهود بگیرد گرچه این مطالبه کتبی یا توسط فرستنده صورت نگرفته باشد و در صورتی که به گرفتن شهود قادر شود و شهود نگیرد، شفعه باطل می شود؛ و (۲) هرگاه شفیع در طلب موأبث به حضور یکی از بایع یا مشتری شاهد بگیرد، این امر معنی هر دو نوع طلب را افاده می کند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- طلب اِشهاد، آن است که شفیع بر بایع در صورتی که عقار در دست او باشد، یا بر مشتری گرچه عقار در دست او نباشد، یا هنگام بیع مبنی بر طلب اخذ شفعه، شهود بگیرد گرچه این مطالبه کتبی یا توسط فرستنده صورت نگرفته باشد. اِشهاد در لغت به معنی شاهد گرفتن است. عبارت «گرچه این مطالبه کتبی یا توسط فرستنده صورت نگرفته باشد» مبهم به نظر می رسد و قابل توصیه است تعدیل گردد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه، شریک و صاحب حق ارتفاق بر زمین احمد باشد، باید در مجلسی که از خرید و فرش آگاه می شود فوراً بگوید من در زمینه حق شفعه دارم و می خواهم زمین را خریداری نمایم و سپس برای گرفتن زمین از طریق شفعه شاهد بگیرد.

۲- در صورتی که شفیع به گرفتن شهود قادر شود و شهود نگیرد، شفعه باطل می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید قادر بر شاهد گرفتن باشد، اما شاهد نگیرد، حق شفعه او باطل می شود.

۳- هرگاه شفیع در طلب موأبث به حضور یکی از بایع یا مشتری شاهد بگیرد، این امر معنی هر دو نوع طلب را افاده می کند. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه، شریک و صاحب حق ارتفاق بر زمین احمد باشد، باید در مجلسی که از خرید و فرش آگاه می شود فوراً بگوید من در زمینه حق شفعه دارم و می خواهم زمین را خریداری نمایم و برای گرفتن زمین از طریق شفعه فاروق و قیوم را شاهد بگیرد، طلب محمود هم طلب موأبث و هم طلب تقریر و اِشهاد است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۲۹ ق. م تعریف طلب اِشهاد است. ماده ۱۰۳۰ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بعد از طلب مواثبات بر شفیع لازم است که طلب اِشهاد کند. این طلب عبارت است از اینکه در موجودیت دو مرد یا یک مرد و دو زن در مقابل مالی که فروخته شده بگوید که این عمار را فلانی خریده است یا برای مشتری بگوید تو عمار فلان را خریدی یا برای بایع بگوید در صورتی که عمار موجود و در دست او باشد، تو عمارت را فروختی و من به این دلیل شفیع آن می باشم و حالا آن را مطالبه می نمایم و شما شاهد باشید. اگر شفیع به جایی بود که برایش امکان طلب تقریر و اِشهاد به طوری که گفته شد، وجود نداشت کسی را به این کار وکیل سازد. اگر وکیلی هم میسر نمی شد مکتوبی به همین ترتیب بنویسد.»

(۳) طلب خصوصت و تملک: در مورد طلب خصوصت ق. م با اقتباس از ق. م. ج. م چندین مرحله را پیش بینی نموده است: طلب خصوصت، اِخطار رسمی، گذاشتن ثمن عمار در بانک، اقامه دعوی و اصدار حکم توسط محکمه ذیصلاح:

۱- تعریف: طبق ماده ۲۲۳۰ فقره اول ق. م: «(۱) طلب تملک عبارت از طلب مخاصمت است در پیشگاه محکمه.» طبق نص این ماده طلب تملک عبارت از طلب مخاصمت است در پیشگاه محکمه. مخاصمت از ریشه خصم گرفته شده است که در لغت به معنی دشمنی است. در اصطلاح حقوق مدنی، خصوصت عبارت است از ادعای که از یکطرف در مورد حقی صورت می گیرد.^{۳۰۹} هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف طلب تملک است. در صورت عدم مؤفق شدن اخذ مبیع از طریق طلب مواثبات و اِشهاد شفیع باید به محکمه ذیصلاح مراجعه و طلب خصوصت نماید.^{۳۱۰} ماده ۱۰۳۱ مجله الاحکام در مورد طلب خصوصت و تملک تصریح می نماید که: «لازم است که شفیع بعد از طلب تقریر و اِشهاد به حضور قاضی رفته و دعوی خویش را اقامه نماید. این طلب را طلب خصوصت یا تملک می گویند.»

۲- اِخطار رسمی: طبق ماده ۲۲۳۰ فقره دوم ق. م: «(۲) هرگاه شفیع به اساس طلب مبادرت و طلب اِشهاد به گرفتن مبیعه قادر نگردد، مکلف است در خلال یک ماه از تأریخ علم او برای هر یک از بایع و مشتری مبنی بر رغبت خود به خریداری مبیعه به طریق شفعه، اِخطار رسمی صادر نماید و الا حق شفعه او ساقط می شود.»

طبق نص این ماده هرگاه شفیع به اساس طلب مبادرت و طلب اِشهاد به گرفتن مبیعه قادر نگردد، مکلف است در خلال یک ماه از تأریخ علم او برای هر یک از بایع و مشتری مبنی بر رغبت خود به خریداری مبیعه به طریق شفعه، اِخطار رسمی صادر نماید و الا حق شفعه او ساقط می شود. اِخطار در لغت به معنی ابلاغ و اعلام، گوشزد کردن، هشدار دادن و آگاهیدن است.^{۳۱۱} در اصطلاح حقوقی اِخطار عبارت از هشدار است که در موارد لازم به افراد از سوی مراجع ذیصلاح جهت عدم اجرای کاری داده می شود.^{۳۱۲}

۳۰۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۹.
۳۱۰. جهت مطالعه بیشتر در مورد مدت و مراحل مطالبه شفعه ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۹۲۳-۴۹۲۷؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۳۲۷ و ۳۲۸.

(آخرین بازدید ۶/۴/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 311.

۳۱۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶.

همچنین، ضرورت انجام یا عدم انجام کاری را به کسی یاد آوری کردن اخطار است.^{۳۱۳} به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه، شریک و صاحب حق ارتفاق بر زمین احمد باشد، باید در مجلسی که از خرید و فروش آگاه می شود فوراً بگوید من در زمینه حق شفعه دارم و می خواهم زمین را خریداری نمایم و برای گرفتن زمین از طریق شفعه فاروق و قیوم را شاهد بگیرد. اگر جمشید بر گرفتن زمین از طریق شفعه از طلب مواثبت و اشهدا قادر نشود، باید احمد را اخطار رسمی بدهد. در صورت عدم اخطار رسمی حق جمشید ساقط می شود.

در مورد محتویات اخطار رسمی ماده ۲۲۳۱ ق.م تصریح می نماید که: «اخطار رسمی مندرج ماده (۲۲۳۰) باید شامل مطالب ذیل باشد: (۱) بیان کافی عقراری که اخذ آن به شفعه مدنظر است؛ (۲) بیان ثمن و شروط بیع و اسم هر يك از بايع و مشتري با لقب و پیشه و سکونت آنها.» نص این ماده مجمل است زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ننموده است که اخطار رسمی از طریق کدام مرجع صورت می گیرد که محل ایراد است. قابل توصیه است مرجع اخطار رسمی در نص این ماده توسط قانونگذار مشخص شود. اما، طبق ماده ۲۲۳۱ ق.م اخطار رسمی باید در برگرفته حدود اربعه عقر مشفوعه، بیان مقدار پول، شروط بیع، اسم بايع و مشتري با لقب و پیشه و محل سکونت آنها. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی محتویات اخطار است.

۳- گذاشتن ثمن مبيع به بانک: بعد از مرحله اخطار رسمی ق.م شفيع را مكلف نموده است تا ثمن مبيع را در بانک طور امانت گذارد. ماده ۲۲۳۲ ق.م در این مورد تصریح می نماید که: «اعلان رغبت شخصی در گرفتن به شفعه، تا وقتی که این اعلان به ثبت نرسیده باشد، بر غیر حجت شده نمی تواند. اگر مشتری قبولی شفعه را رد نمود، شفيع مكلف است قبل از رفع دعوی به محكمه، در ظرف سی روز بعد از اعلان ثمنی را که به آن بیع صورت گرفته، در خزانه یا بانک طور امانت بگذارد که در حوزه آن عقر مورد نظر قرار دارد، و الا حق شفيع در اخذ شفعه ساقط می شود.» از نص این ماده قعود ذیل استنباط می گردد:

- اعلان رسمی بر علیه غیر حجت پنداشته نمی شود، مگر اینکه به ثبت برسد. نص این ماده مجمل است زیرا قانونگذار مدنی مرجع ثبت را مشخص نکرده است که محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است مرجع ثبت اعلان رسمی در نص این ماده توسط قانونگذار مدنی واضح گردد. 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.^{۳۱۴} به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید ادعای شفعه نماید، ادعای جمشید بر سایر اشخاص حجت شمرده نمی شود مگر این که جمشید آن را در مراجع مربوط به ثبت برساند.

- اگر مشتری قبولی شفعه را رد نمود، شفيع مكلف است قبل از رفع دعوی به محكمه، در ظرف سی روز بعد از اعلان ثمنی را که به آن بیع صورت گرفته، در خزانه یا بانک طور امانت بگذارد که در حوزه آن عقر مورد نظر قرار دارد، و الا حق شفيع در اخذ شفعه ساقط می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید ادعای شفعه نماید و محمود این ادعا را قبول ننماید، جمشید مكلف است

313. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۶/۴/۲۰۱۶).

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

قبل از این که در محکمه اقامه دعوی نماید، در ظرف سی روز بعد از اعلان رسمی پول خرید زمین را در بانکی که زمین احمد در حوزه آن موقعیت دارد به امانت گذارد.

عبارت خزانه در نص این ماده امروزه موضوعیت خویش را از دست داده است و قابل توصیه است از ق. م حذف گردد. دلیل گذاشتن ثمن در بانک این است که زمین با بها ترین کالا در بازار است و هر شخص نمی تواند به سادگی آن را خریداری نماید. در صورتی که شفیع پول نداشته باشد، ادعای شفعه او بی فایده است زیرا قادر نخواهد بود تا عقار مشفوعه را از طریق شفعه بگیرد. برای جلوگیری از ضیاع وقت محکمه، بایع و مشتری قانونگذار مدنی به نظر می رسد که گذاشتن پول خرید عقار مشفوعه را در بانک شرط گذاشته است.

- در صورتی که شفیع ثمن عقار فروخته شده را به بانک به امانت نگذارد، حق شفعه او ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید ادعای شفعه نماید و محمود این ادعا را قبول ننماید، جمشید مکلف است قبل از این که در محکمه اقامه دعوی نماید، در ظرف سی روز بعد از اعلان رسمی پول خرید زمین را در بانکی که زمین احمد در حوزه آن موقعیت دارد به امانت گذارد. در صورت عدم به امانت گذاشتن پول در بانک توسط جمشید، حق شفعه جمشید ساقط می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مراحل شفعه است.

۴- رفع دعوی: ق. م شفیع را مکلف به اقامه دعوی در خلال سی روز بعد از اعلان رسمی نموده است. ماده ۲۲۳۳ ق. م در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) دعوی شفیع علیه بایع و مشتری در ظرف سی روز بعد از اعلان متذکره ماده (۲۲۳۲) این قانون به محکمه تقدیم می شود که عقار مورد نظر در حوزه صلاحیت آن قرار دارد. در غیر آن حق شفیع ساقط می گردد؛ و (۲) دعوی شفعه به صورت عاجل تحت رسیدگی قرار داده می شود.»، نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۲۲۳۲ ق. م است. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- مدعی در دعوی شفعه شفیع است. در اقامه دعوی شفعه شرط است که شفیع دارای اهلیت باشد. بنابراین، اگر شفیع دارای اهلیت نباشد ولی و یا وصی او می تواند این دعوی را اقامه نماید. ماده ۱۰۳۵ مجلة الاحکام در این مورد اعلان می دارد که: «حق شفعه محجورین را اولیای آنها مطالبه می نمایند و اگر ولی حق شفعه صغیر را مطالبه نکند، حق شفعه باقی نمی ماند و صغیر بعد از رسیدن به سن بلوغ صلاحیت مطالبه شفعه را ندارد.»، مدعی علیه نیز در دعوی شفعه بایع و مشتری است.

بنابراین، لازم است تا شفیع بر علیه بایع و مشتری دعوی شفعه را اقامه نماید. علت اقامه دعوی بر علیه نه تنها مشتری بلکه بایع این است که در صورت محکوم له شناخته شدن شفیع، شفیع در تمام تعهدات قایم مقام مشتری شناخته می شود. از همین رو، اقامه دعوی بر علیه مشتری ضروری است. در دعوی شفعه محکمه ذیصلاح پنداشته می شود که عقاری که به فروش رسیده است در حوزه قضایی آن موقعیت داشته باشد. همچنین، از نص ماده ۲۲۳۳ ق. م به خوبی بر می آید که شفیع باید دعوی خصوصیت را در مدت سی روز بعد از اعلان رسمی اقامه نماید، در غیر آن، حق شفعه او ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را که در ولسوالی پغمان موقعیت دارد به جمشید که در ولسوالی قره باغ زندگی می نماید به فروش رساند و قیوم همسایه یا شریک احمد در خصوص زمین اقامه دعوی نماید، باید در ظرف سی روز بعد از اخطار رسمی دعوی شفعه را در محکمه مدنی ابتدائیه ولسوالی پغمان اقامه نماید.

- چون در دعوی شفعه ملک معلق می ماند و نه بایع، نه شفیع و نه مشتری می تواند به صورت مطمئن در آن تصرف نماید و یا از آن انتفاع بگیرد. از همین رو، فقره دوم ماده ۲۲۳۳ ق. م محکمه ذیصلاح را مکلف به حل دعوی شفعه به صورت عاجل نموده است.
- در صورت عدم اقامه دعوی در مدت سی روز در محکمه ای که عقار در حوزه قضایی آن موقعیت دارد، دعوی تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار گرفته و قابل سمع نیست.^{۳۱۵}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

چگونگی اقامه دعوی شفعه

پرسش ۲۶: به صورت عموم در دعوی شفعه، مدعی شفعا بالای هر یک از بایع و مشتری که ذوالید باشد اقامه دعوی می نماید و دعوی هم علیه همان ذوالید دایر می گردد. اما در ماده (۲۲۳۳) قانون مدنی افغانستان چنین آمده است: «دعوی شفیع علیه بایع و مشتری در ظرف سی روز بعد از اعلان متذکره ماده (۲۲۳۲) این قانون به محکمه تقدیم می شود که عقار مورد نظر در حوزه صلاحیت آن قرار دارد، در غیر آن حق شفیع ساقط می گردد.» به همین طور ماده (۲۲۳۴) قانون مذکور تصریح نموده است: «هرگاه مبیعه در دست بایع باشد تا زمانی که مشتری حاضر نشود شهادت بر او شنیده نمی شود...». عمل و رویه محاکم متفاوت است. آیا دعوی شفعا بالای بایع و مشتری و دایر گردد و یا بالای ذوالید؟

توضیح: محاکم مکلف اند طبق احکام مواد (۲۲۳۳ و ۲۲۳۴) و سایر احکام ذیربط قانون مدنی در مورد اجراءات نمایند.^{۳۱۶}

ه) احکام

طبق ماده ۲۲۳۶ ق. م: «شفیع در تمامی حقوق و وجایب در برابر بایع، قایم مقام مشتری قرار می گیرد.» طبق نص این ماده شفیع در همه حقوق و وجایب در برابر بایع قایم مقام مشتری است. منظور از حقوق و وجایب تعهدات است. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۳۱۷} زمانی که شفیع قایم مقام مشتری شد، یک سلسله تعهدات در برابر بایع و بایع نیز یک سلسله تعهدات در برابر شفیع پیدا می نماید. همچنین، ممکن است مشتری نیز در عقار تصرف نموده و به موجب آن در برابر شفیع تعهدات پیدا نماید. بنابراین، اول تعهدات بایع، دوم تعهدات شفیع و سوم تعهدات شفیع و مشتری را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) اثر شفعه نسبت شفیع

طبق ق. م شفعه موجب ایجاد آثار ذیل نسبت به شفیع می شود:

۱) طبق ماده ۲۲۳۴ ق. م: «هرگاه مبیعه در دست بایع باشد، تا زمانی که مشتری حاضر نشود شهادت بر او شنیده نمی شود. در صورتی که شفعا با تمام شرایط و اسباب آن ثابت شود، قاضی خرید مشتری را فسخ و عقار مشفوع را برای شفیع حکم می کند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۳۱۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۲۱-۷۰۰.

۳۱۶. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۱۲۹.

۳۱۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

۱- هرگاه مبیعه در دست بایع باشد، تا زمانی که مشتری حاضر نشود شهادت بر او شنیده نمی شود. مبیعه مالی است که محل عقد بیع قرار می گیرد. بایع شخصی است که مال را می فروشد. نص این ماده مرتبط به طلب اشهاد است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه یا شریک احمد ادعای شفعه نماید و تا زمانی که محمود در محکمه حاضر نشود، شهادت شاهدان جمشید علیه محمود نباید توسط محکمه ذیصلاح شنیده شود.

۲- در صورتی که شفع با تمام شرایط و اسباب آن ثابت شود، قاضی خرید مشتری را فسخ و عقار مشفوع را برای شفیع حکم کند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، شرایط و اسباب شفعه که تفصیل هر یک گذشت ثابت شود، هیأت قضایی محکمه ذیصلاح مکلف است عقد بیع را میان احمد و محمود فسخ نماید و حکم به تسلیم زمین به جمشید نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شفعه است. (۲) طبق ماده ۲۲۳۵ ق. م: «حکمی که به صورت نهائی برای ثبوت شفع صادر می شود، سند ملکیت شفیع شناخته شده، این امر قواعد مربوط به ثبت اسناد را اخلاص نمی کند». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- حکمی که به صورت نهائی برای ثبوت شفع صادر می شود، سند ملکیت شفیع شناخته می شود. حکم در لغت به معنی رأی، امر، امر کردن، حکومت، فرمان دادن، فرمان و دستور است که جمع احکام است.^{۳۱۸} براساس ماده ۴ جزء ق. ا. م. م: «حکم: قضاوت قاضی است که به این گونه که الفاظ صادر می شود که حکم نمودم تو ... در موضوع ... ملزم می باشی 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.» به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه یا شریک احمد ادعای شفعه نماید و محکمه ذیصلاح حکم نماید که احمد و محمود زمین را به جمشید تسلیم نمایند، حکم محکمه سند ملکیت برای جمشید تلقی می گردد.

۲- قاعده بالا قواعد مربوط به ثبت اسناد را اخلاص نمی کند. اخلاص در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.^{۳۱۹} به حیث مثال، در مثال بالا بآنکه حکم محکمه سند ملکیت برای جمشید تلقی می گردد، جمشید مکلف است مطابق قواعدی که تفصیل آن در مبحث عقد گذشت، ملکیت زمین را از طریق محکمه وثایق از طریق قبالة قانونی طی مراحل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم یا اثر شفعه است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرنسش شماره (۱۲۴): به اساس ماده (۲۲۳۵) قانون مدنی که حکم نهایی سند ملکیت شفع شناخته شده این امر قواعد مربوط به ثبت اسناد را اخلاص نمی کند توضیح گردد.

توضیح: به موجب حکم ماده فوق با اینکه حکم نهایی که برای ثبوت شفع صادر گردیده سند ملکیت شفیع شناخته می شود چون انتقال صورت گرفته باید طبق قواعد ثبت اسناد به دفاتر مذکور ثبت گردد.^{۳۲۰}

۳۱۸. 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، ص ۸۵۸؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۹۷ و ۴۹۸.

۳۲۰. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۱۲۹.

۳) طبق ماده ۲۲۳۷ ق. م: «تملك عقار اعم از اینکه قضایی باشد یا رضایی در حق شفیع خرید جدید شمرده می شود، از خیار رويت و خیار عیب مستفید شده می تواند، گرچه مشتری یا بایع خود برائت از این دو خیار را شرط کرده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- تملك عقار اعم از اینکه قضایی باشد یا رضایی در حق شفیع خرید جدید شمرده می شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه یا شریک احمد مطالبه شفعه نماید و احمد و محمود به رضایت خانه را به جمشید بدهند یا احمد و محمود خانه را به احمد ندهند و احمد در خصوص تملك خانه از طریق شفعه به گونه ای که تفصیل آن گذشت در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و محکمه حکم نماید که احمد و جمشید خانه را به جمشید بدهند، در هر دو صورت جمشید خریدار جدید تلقی می گردد. بنابراین، تملك عقار مشفوعه به منزله بیع جدید است.

۲- شفیع می تواند از خیار رويت مستفید شده شود، گرچه مشتری یا بایع خود برائت از این دو خیار را شرط کرده باشد. خیار رؤیت عبارت از خیارى است که به موجب آن مشتری با دیدن معقود علیه در صورتی که در زمان عقد و یا پیش از آن، آن را ندیده باشد، حق اجازه یا فسخ عقد را دارد.^{۳۲۱} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه یا شریک احمد مطالبه شفعه نماید و احمد و محمود به رضایت خانه را به جمشید بدهند یا احمد و محمود خانه را به احمد ندهند و احمد در خصوص تملك خانه از طریق شفعه به گونه ای که تفصیل آن گذشت در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و محکمه حکم نماید که احمد و جمشید خانه را به جمشید بدهند، در هر دو صورت جمشید خریدار جدید تلقی می گردد. در این صورت، جمشید از حق خیار رويت برخوردار است. در صورتی که جمشید خانه را ببیند صلاحیت تأیید و فسخ عقد را دارد هرچند مشتری و بایع در عقد شرط کرده باشند که این حق وجود نداشته باشد.

۳- شفیع می تواند از خیار عیب مستفید شده شود، گرچه مشتری یا بایع خود برائت از این دو خیار را شرط کرده باشد. خیار عیب، عبارت از خیارى است که به موجب پیدا شدن عیبی در یکی از مبیع و ثمن برای ذینفع در صورت نا آگاهی از آن حاصل می شود.^{۳۲۲}

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه یا شریک احمد مطالبه شفعه نماید و احمد و محمود به رضایت خانه را به جمشید بدهند یا احمد و محمود خانه را به احمد ندهند و احمد در خصوص تملك خانه از طریق شفعه به گونه ای که تفصیل آن گذشت در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و محکمه حکم نماید که احمد و جمشید خانه را به جمشید بدهند، در هر دو صورت جمشید خریدار جدید تلقی می گردد. در این صورت، جمشید از حق خیار عیب برخوردار است. در صورتی که در تهدات خانه عیب وجود داشته باشد یا در دیوار های خانه به دلیل زلزله ترکه و شکستگی ایجاد شده باشد، جمشید صلاحیت تأیید و فسخ عقد را دارد هرچند مشتری و بایع در عقد شرط کرده باشند که این حق وجود نداشته باشد.

۳۲۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قرار داد ها (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۳)، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۳۱۲۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۹.

۳۲۲. وهبة الزحیلی (___)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۳.

هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شفعه نسبت به شفیع است. طبق ماده ۱۰۳۶ مجله الاحکام: «شفیع مالک مشفوع با تسلیم آن توسط مشتری به تراضی و یا حُکم قاضی می گردد». همچنین، طبق ماده ۱۰۳۷ مجله الاحکام: «تملک عقار به وسیله شفیع به منزله خریداری اول است. بنابراین، احکامی که در یک خرید و فروش معمول رعایت می شود از قبیل اختیار رویت و اختیار عیب در مالی که به شفعه گرفته شده نیز رعایت می گردد».

(۲) انتقال دادن ملکیت عقار مشفوعه به شفیع: اولین اثر مرتب بر شفعه نقل ملکیت عقار مشفوعه از بایع به شفیع است. بنابراین، بایع مکلف است ملکیت عقار مشفوعه را به شفیع انتقال دهد.^{۳۲۳}

(۲) **تسلیم عقار مشفوعه به شفیع:** تسلیم مبیع توسط بایع به شفیع فرع تکلیف بایع مبنی بر انتقال ملکیت مبیع مشفوع به شفیع است، همانطوری که مکلف به محافظت مبیع الی تسلیم آن به شفیع است. بنابراین، تکلیف بایع مبنی بر نقل ملکیت مبیع به شفیع موجب ایجاد دو تکلیف دیگر می گردد: محافظت مبیع و تسلیم آن به شفیع. بنابراین، در صورتی که مبیع قبل از تسلیم هلاک گردد، بایع مسؤول است. تفصیل تسلیم مبیع در جلد حقوق وجایب گذشت و آن قواعد در خصوص تسلیم مبیع توسط بایع به شفیع قابل تطبیق است.

(۳) **تلف شدن مشفوعه قبل از تسلیم:** در صورتی که مبیع از بین برود، اینکه مبیع قبل از تسلیم هلاک گردد، بستگی به این دارد که آن را بایع، یا شفیع هلاک نموده و یا در اثر قوه قاهره از بین رفته است:

۱- **تلف شدن کلی عقار مشفوعه توسط بایع قبل از تسلیم:** در صورتی که مبیع قبل از تسلیم هلاک گردد، تنفیذ عقد غیر ممکن و عقد فسخ می گردد. در چنین حالتی، بایع اثر هلاک مبیع را متحمل می شود. ماده ۲۹۳ مجله الاحکام حکم می نماید که: «هرگاه مبیع قبل از قبض مشتری، در دست بایع هلاک گردد، از مال بایع بوده و بر مشتری پرداخت چیزی لازم نمی گردد».

۲- **هلاک کلی عقار مشفوعه در اثر قوه قاهره:** مطابق ق. م در صورتی که عقار مشفوعه در اثر قوه قاهره هلاک گردد، مانند: از بین رفتن عقار مشفوعه در اثر سیل، زلزله، آتش سوزی و امثال اینها، تنفیذ عقد غیر ممکن و عقد بیع فسخ می گردد. بنابراین، در صورتی که بایع ثمن عقار مشفوعه را قبض کرده باشد، باید آن را به شفیع مسترد نماید. البته، این در صورتی است که بایع تقاضای قبض عقار مشفوعه را از شفیع ننموده باشد. بنابراین، در صورتی که بایع از شفیع تقاضای قبض عقار مشفوعه را نموده باشد و شفیع باوجود تقاضای بایع، عقار مشفوعه را قبض ننموده باشد، که در این صورت شفیع مکلف است، ثمن عقار مشفوعه را بپردازد. زیرا، عدم قبض عقار مشفوعه ناشی از اهمال شفیع است. هلاک عقار مشفوعه طبق ق. م تابع قواعد ذیل است:

- طبق ماده ۲۲۴۴ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه خانه مشفوعه خود به خود منهدم گردد یا درختان باغ مشفوعه بدون قصور خشک شود، شفیع آن را در برابر ثمن مسمی اخذ نموده می تواند؛ (۲) در صورتی که مشتری از مواد تخریب شده یا چوب های خشک شده آن استفاده به عمل آورده باشد، به اندازه معادل قیمت آن از اصل ثمن تنقیص می شود». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که طبق نص این ماده هرگاه خانه مشفوعه خود به خود منهدم گردد، شفیع می تواند آن را در برابر ثمن مسمی اخذ نماید. ثمن در لغت به معنی بها و قیمت است.^{۳۲۴} ماده ۱۰۶۲ ق. م در تعریف ثمن می گوید:

۳۲۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۴۰۴.
 ۳۲۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۷۴.

«ثمن، عبارت از بدل مبیعه است [...]». مسمی اسم مفعول از ریشه «سمو» گرفته شده است که در لغت به معنی نامیده شده، خوانده شده، معلوم و معین است. در فقه به هر امری که از پیش مقرر و معلوم شده باشد «مسمی» می گویند.^{۳۲۵} بنابراین، منظور از ثمن مسمی بهای معین شده عقال مشفوعه است. همچنین، در صورتی که درخت های باغ مشفوعه بدن قصور بایع خشک شود، شفیع می تواند آن را در برابر بهای معین شده اخذ نماید. قصور جمع قصر است که به معنای اهمال و کاستی است.^{۳۲۶} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۳۲۷} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید ادعای شفعه نماید اما خانه خود به خود از بین برود، جمشید می تواند در برابر پول از قبل تعیین شده خانه را بگیرد. همچنین، اگر احمد باغ خویش را به محمود به فروش رساند و درختان باغ در اثر خشک سالی خشک شوند، جمشید می تواند باغ را در برابر قیمت از قبل تعیین شده بگیرد.

دوم این که اگر مشتری از مواد تخریب شده، چوب و ... عقال مشفوعه استفاده کرده باشد، به اندازه قیمت آن از اصل ثمن تنقیص می شود. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۳۲۸} به حیث مثال، اگر قیمت عقال مشفوعه بیست لک افغانی باشد و مشتری آن را به بایع پرداخته باشد و بعد از تخریب مشتری از چوب و مواد تخریب شده که قیمت آن یک لک افغانی باشد، استفاده نموده باشد، معادل این قیمت از اصل قیمت مشفوعه تنقیص می شود. در این صورت، شفیع مکلف به پرداخت نوزده لک افغانی به مشتری است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن عقال مشفوعه است.

- طبق ماده ۲۲۴۵ ق. م: «هرگاه قسمتی از عقال مشفوعه به اثر حوادث طبیعی یا امثال آن تلف شود، حصه تلف شده از اصل ثمن کاسته می شود». طبق نص این ماده در صورتی که عقال مشفوعه در اثر حوادث طبیعی مانند سیل، زلزله و نظیر اینها تلف شود، قیمت حصه تلف شده از اصل قیمت کاسته می شود. به حیث مثال، اگر احمد بیست جریب زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید این زمین را به شفعه بگیرد اما ده جریب زمین در اثر سیل از بین برود، جمشید مکلف است قیمت ده جریب را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن قسمتی از عقال مشفوعه است.

۳- هلاک مشفوعه بعد از قبض: در صورتی مشفوعه بعد از قبض توسط شفیع از بین برود، اثر هلاک عقال مشفوعه را خود شفیع متحمل می شود.

(۴) جبران خسارت استحقاق: طبق ماده ۲۲۳۹ ق. م: «هرگاه عقال بعد از اخذ آن به شفعه از طرف غیر به استحقاق برده شود، شفیع تنها به بایع مراجعه کرده می تواند». طبق نص این ماده در صورتی که عقال مشفوع بعد از این که شفیع آن را اخذ نماید توسط شخص ثالث به استحقاق برده شود، شفیع می تواند به بایع مراجعه نماید. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها استحقاق گویند.^{۳۲۹}

۳۲۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۳۸.

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

۳۲۷. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی: مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳. (آخرین بازدید ۴/۶/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 328.

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

به طور مثال، اگر احمد زمین خویش را به حمیده به فروش برساند و سپس جمشید این زمین را به شفعه بگیرد و سپس ویس در مورد ملکیت زمین اقامه دعوی نماید و پس از اثبات ملکیت آن، محکمه ذیصلاح خانه را تسلیم ویس نماید، زمین توسط ویس به استحقاق برده می شود. به نظر می رسد در چنین حالتی، جمشید می تواند پولی را که به احمد پرداخته است از او مطالبه نماید. اثر استحقاق را در چنین حالتی احمد متحمل می شود. همچنین، طبق ماده ۲۲۴۶ ق. م: «هرگاه شفیع در عمار مشفوعه بعد از اخذ آن به شفعه بناء اعمار نماید یا اشجار غرس کند و بعداً عمار مذکور به استحقاق برده شود، تنها به طلب ثمن مراجعه کرده می تواند نه به نقصانی که از لحاظ قلع و قمع بناء و اشجار به او متوجه می شود». طبق نص این ماده در صورتی که شفیع در عمار مشفوعه (در مثال بالا در زمین) خانه اعمار نماید و یا درخت غرس کند و سپس عمار به گونه ای که بحث آن گذشت به استحقاق برده شود، شفیع صرف می تواند صرف از بایع اصل ثمن (پول) خرید عمار را مطالبه نماید نه پول نقصان قلع و قمع خانه و درخت را. قلع در لغت به معنی از ریشه در آوردن و از بیخ کندن است. قمع در لغت به معنی سرکوب کردن، خوار کردن، زدن با عمود و فرو نشاندهی است.^{۳۳۰}

به حیث مثال، هرگاه قیمت عمار چهل لک افغانی باشد و بعد از اخذ شفیع در آن خانه ای به قیمت ده لک افغانی احداث نماید و سپس عمار توسط شخص ثالث به استحقاق برده شود، شفیع نمی تواند ده لک افغانی را که مصرف ساختن خانه نموده است از بایع مطالبه نماید، زیرا در این فرض بایع تقصیری ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم استحقاق عمار مشفوعه است.

۲) تعهدات شفیع

طبق فقه و ق. م شفعه صحیح موجب ایجاد تکالیف ذیل برای شفیع در برابر بایع می گردد:

۱) **تسلیم ثمن به بایع**: طبق ماده ۲۲۳۸ ق. م: «هرگاه برای شفیع به مبیعه حکم شود و ثمن آن بالای مشتری مؤجل باشد، شفیع مکلف است آن را معجل بپردازد. در صورتی که ثمن به بایع تأدیه شود، از ذمه مشتری ساقط می شود و در صورتی که برای مشتری تأدیه گردد، بایع نمی تواند آن را قبل از رسیدن موعد موافقه شده از مشتری مطالبه نماید». از نص این ماده سه حکم استنباط می گردد:

اول این که در صورتی که مبیعه در اثر حکم قاضی به شفیع تسلیم شود، شفیع مکلف است ثمن (پول) آن را بپردازد. در چنین حالتی، اگر مشتری مکلف باشد ثمن را به صورت مؤجل بپردازد، شفیع مکلف است آن را به صورت معجل بپردازد. معجل از ریشه عَجَلَ گرفته شده است که به معنی شتاب کردن، سرعت و ... به کار می رود.^{۳۳۱} در اصطلاح حقوق مدنی ثمن معجل عبارت از ثمنی است که به صورت نقدی و عاجل پرداخت می شود. مؤجل از ریشه أَجَلَ گرفته شده است که به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۳۳۲} در اصطلاح حقوق مدنی ثمن مؤجل عبارت از ثمنی است که با تأخیر و مهلت پرداخته می شود.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به پولی که قرار است در آینده پرداخته شود به فروش برساند و سپس جمشید آن را به شفعه بگیرد، جمشید مکلف است قیمت خانه را به صورت عاجل پرداخت نماید.

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

۳۳۱. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن

عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۳۳۲. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن

عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

دوم این که در صورتی که شفیع ثمن را به بایع پرداخت نماید، پرداخت ثمن از ذمه (عهده) مشتری ساقط می شود، زیرا شفیع قایم مقام مشتری می شود و به عوض او ثمن را به بایع پرداخت می نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید خانه را به شفعه بگیرد، جمشید جاشین محمود تلقی می شود و باید پول خانه را به احمد پرداخت نماید.

سوم این که در صورتی که شفیع ثمن را به مشتری پرداخت نماید، بایع نمی تواند آن را از مشتری مطالبه نماید مگر در موعدی که بایع و مشتری در خصوص آن توافق نموده اند. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید خانه را به شفعه بگیرد و پول آن را به محمود پرداخت نماید، احمد نمی تواند پول را به صورت عاجل از محمود بگیرد مگر مطابق توافق صورت گرفته میان احمد و محمود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شفعه نسبت به شفیع است.

۲) پرداخت مصارف تسلیمی مبیع عقار، محصول ثبت و قبالة: شفیع مکلف است مصارف ناشی از تسلیم شدن مبیع را که از طریق محکمه که عقار در آن موقعیت دارد از قبیل: محصول ثبت بپردازد. البته، چون این امر مخالف نظام عامه نیست، بایع و شفیع می توانند در این باره توافق نمایند تا بایع آن را بپردازد.

۳) رابطه شفیع با مشتری

طبق ق. م شفیع در برابر مشتری دارای تعهدات ذیل می گردد:

۱) پرداخت ثمن به مشتری در صورتی که مشتری ثمن را به بایع پرداخت نموده باشد: اگر مشتری ثمن را به بایع پرداخت نموده باشد، می تواند ثمنی را که شفیع در بانک طور امانت گذاشته اخذ نماید.

۲) احداث بناء و غرس درخت در عقار مشفوعه: طبق ماده ۲۲۴۲ ق. م: «هرگاه مشتری قبل از ابلاغ رسمی شفیع در عقار مشفوعه زیادتی به عمل آرد، شفیع در ترک عقار یا اخذ آن در مقابل ثمن و پرداخت قیمت زاید مخیر است.» طبق نص این ماده اگر مشتری در عقار مشفوعه زیادت به عمل آورد، مانند: احداث بناء و غرس نهال، اگر احداث بناء و غرس نهال قبل از اخطار رسمی باشد، چون مشتری دارای حسن نیت است، ق. م صرف شفیع را در ترک عقار یا اخذ آن در برابر ثمن و پرداخت قیمت زاید اختیار داده است.

بنابراین، طبق ماده ۲۲۴۲ ق. م شفیع اختیار دارد که از شفعه صرف نظر نماید و یا قیمت زیادت را بپردازد. تعریف ابلاغ گذشت. زیادت در لغت به معنی افزونی، افزون شدن، زیاد شدن و بسیار شدن است.^{۳۳۳} مخیر اسم مفعول از ریشه «خیر» گرفته شده است که در لغت به معنی مختار و اختیارمند است. در اصطلاح حقوق مدنی، مخیر شخصی است که برای انتخاب از میان دو چیز یا دو امر اختیار گزینش یکی را داشته باشد مانند صاحب دارای خیار که اختیار تأیید و یا فسخ عقد را دارد.^{۳۳۴} به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و محمود قبل از اخطار رسمی جمشید شفیع در زمین خانه آباد نماید یا درخت غرس کند، جمشید در گرفتن خانه و درخت و پرداخت قیمت آن یا ترک شفعه اختیار دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم زیادت در عقار مشفوعه است.

همچنین، طبق ماده ۲۲۴۱ ق. م: «هرگاه مشتری بعد از ابلاغ رسمی شفیع در زمین یا خانه مشفوع، آبادی نماید، یا نهال غرس کند، شفیع می تواند مشفوعه را ترک نموده یا آن را در مقابل ثمن مسمی و پرداخت

قیمت مواد بناء یا اشجار بگیرد و یا مشتری را به قلع بناء و اشجار مکلف نماید.^{۳۳۵} طبق نص این ماده اگر مشتری بعد از اخطار رسمی در عقار مشفوعه تغییر وارد نماید، چون در چنین حالتی مشتری دارای سوء نیت است، ق. م به شفیع اختیار داده است تا مشفوعه را ترك نموده یا آن را در مقابل ثمن مسمی و پرداخت قیمت مواد بناء یا اشجار بگیرد و یا مشتری را به قلع بناء و اشجار مکلف نماید.

قلع در لغت به معنی از ریشه در آوردن و از بیخ کندن است.^{۳۳۵} اشجار جمع شجر است. شجر در لغت به معنی درخت است. تعر مسمی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و محمود بعد از اخطار رسمی جمشید شفیع در زمین خانه آباد نماید یا درخت غرس کند، جمشید سه گزینه دارد: نخست: ترك زمین احمد؛

دوم: گرفتن زمین در مقابل پول تعیین شده و پرداخت قیمت زمین و درختان؛ سوم: مکلف نمودن محمود مبنی بر از بیخ کندن و ریشه کردن خانه و درختان. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم زیادت در عقار مشفوعه است.

(۳) نقض تصرفات مشتری توسط شفیع: طبق ماده ۲۲۴۰ ق. م: «شفیع می تواند تمام تصرفات مشتری را به شمول وقف نمودن عقار مشفوع یا قرار دادن آن به حیث مسجد نقض نماید، مگر اینکه عقد بیع در اول به همین منظور صورت گرفته باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که شفیع می تواند تمام تصرفات مشتری را به شمول وقف نمودن عقار مشفوع یا قرار دادن آن به حیث مسجد نقض نماید. تصرفات حقوقی که تعریف آن گذشت شامل عقد و ایقاع می شود مانند اجاره، وصیت، عاریت و نظیر اینها. نقض در لغت به معنی شکستادن و ابطال است.^{۳۳۶} تعریف وقف در جلد اول این دور از شرح ق. م گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و محمود زمین را هبه نماید یا وصیت نماید یا به عاریت بدهد یا به اجاره بدهد یا وقف نماید و جمشید زمین را به شفیع بگیرد، جمشید می تواند تمام تصرفات محمود را نقض نماید. استثنای این اصل این است که عقد بیع در اول به منظور وقف یا ساختن مسجد بر زمین صورت گرفته باشد.

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به این منظور که محمود آن را وقف مسجد نماید یا در آن مسجد احداث نماید به فروش رساند و محمود زمین را وقف مسجد نماید یا در زمین مسجد احداث نماید، جمشید نمی تواند زمین را به شفیع بگیرد و تصرفات محمود را نقض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم نقض تصرفات مشتری و استثنای آن به دلیل تأمین منافع عامه است.

(۴) انهدام عقار مشفوع و یا درختان آن: طبق ماده ۲۲۴۳ ق. م: «هرگاه مشتری یا شخص دیگری بناء عقار مشفوعه را منهدم نموده یا اشجار غرس شده آن را قلع نماید، شفیع عقار مذکور را به ثمن معادل حصه باقیمانده اخذ نموده می تواند.» طبق نص این ماده اگر مشتری یا شخص دیگر بناء عقار و یا اشجار آن را منهدم نماید، شفیع می تواند قیمت انهدام بناء و یا اشجار را وضع نماید. به عبارت دیگر: شفیع می تواند قیمت باقیمانده عقار را پرداخت نماید. تعریف انهدام، اشجار و قلع در بالا گذشت.

335. <http://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

336. Ibid (Last visit: 19/8/2016).

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و سپس جمشید خانه را به شفعه بگیرد، اما محمود تعمیری را که در خانه است منهدم و تخریب نماید یا درختان آن را از بیخ بکند، جمشید می تواند خانه را با توجه به کاهش قیمت خریداری نماید. به حیث مثال، اگر قیمت خانه با تعمیر و درختان آن یک لک و پنجاه هزار دالر باشد و بدون تعمیر و درخت یک لک دالر، جمشید می تواند در برابر یک لک دالر خانه را بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قلع درختان و انهدام تعمیر عمار مشفوعه است.

ز) تجزیه و مبطلات شفعه

۱) تجزیه شفعه

طبق ماده ۲۲۴۷ ق.م: «(۱) شفعه تجزیه را نمی پذیرد، شفیع نمی تواند به اخذ قسمتی از عمار مشفوعه و ترك بعضی دیگر آن مشتری را مجبور سازد؛ و (۲) در صورتی که بایع واحد و مشتری متعدد باشد، شفیع می تواند حصه بعضی را اخذ و از حصه بعضی دیگری منصرف شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) شفعه تجزیه را نمی پذیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود به فروش رساند، جمشید شفیع نمی تواند پنج جریب آن را بگیرد و پنج جریب آن را نگیرد.

(۲) شفیع نمی تواند به اخذ قسمتی از عمار مشفوعه و ترك بعضی دیگر آن مشتری را مجبور سازد. به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین داشته باشد و همه را به محمود به فروش برساند، جمشید شفیع نمی تواند پانزده جریب آن بگیرد و محمود را مجبور نماید که پانزده جریب باقی آن را خریداری نماید.

(۳) در صورتی که بایع واحد و مشتری متعدد باشد، شفیع می تواند حصه بعضی را اخذ و از حصه بعضی دیگری منصرف شود. به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین داشته باشد و ده جریب آن را به قیوم، ده جریب را به فاروق و ده جریب را به حمیده به فروش رساند، مرضیه شفیع می تواند ده جریب را از یکی از مشتری ها به شفعه بگیرد و از شفعه بیست جریب دیگر آن صرف نظر نماید. در این مثال، بایع یک تن و مشتری ها سه تن اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم تجزیه پذیری عمار مشفوعه و استثنای آن است.

۲) اسباب اسقاط شفعه

مبطلات شفعه قرار آتی است:

۱) انقضای میعاد اخطار رسمی، ترك طلب اِشهاد و مواثبت و اخلال شروط تحقق شفعه:

طبق ماده ۲۲۴۸ ق.م: «شفعه به ترك طلب مواثبت (مبادرت) و یا اخلال شرطی از شروط صحت آن ساقط می گردد. همچنین، به ترك طلب اِشهاد و انقضای میعاد اخطار یا دعوی ساقط می شود.» طبق نص این ماده شفعه در حالات ذیل ساقط می شود:

۱- شفعه به ترك طلب مواثبت (مبادرت) ساقط می گردد. مواثبت در لغت به معنی مسارعت است.^{۳۳۷} به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه، شریک و صاحب حق ارتفاق بر زمین احمد باشد، باید در مجلسی که از خرید و فرش آگاه می شود فوراً بگوید من در زمینه حق شفعه دارم و می خواهم زمین را خریداری نمایم. اگر جمشید طلب مواثبت ننماید، حق شفعه او ساقط می گردد.

۲- شفعه با اخلال شرطی از شروط صحت آن ساقط می گردد. اخلال در لغت به معنی خلل رسانیدن، زبان رسانیدن و بی نظمی است.^{۳۳۸} نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به شروط صحت شفعه است. تفصیل شرایط شفعه گذشت.

به حیث مثال، شفعه قبل از تحقق بیع، عدم موجودیت اسباب، عدم صحیح بودن بیع، عدم مملوک بودن عقال مشفوعه، رضایت شفیع، هبه بلا عوض صدقه یا ارث یا وصیت یا عقالی که بدل آن مال نباشد و سایر مواردی که تفصیل آن در مبحث شرایط شفعه گذشت ساقط می گردد. عبارت نص ماده ۲۲۴۸ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، شفعه زمانی ساقط می شود که به وجود بی آید در حالی که همانطور که بحث آن در مبحث شرایط شفعه گذشت، اگر شرایط شفعه متحقق نشود، شفعه اصلاً به وجود نمی آید. زیرا، شرط امری است که اگر متحقق نشود مشروط به وجود نمی آید.

به حیث مثال، اگر بیع عقال صورت نگیرد اصلاً شفعه به وجود نمی آید. در صورتی شفعه اصلاً ایجاد نشده باشد، امکان سقوط آن متصور نیست. همچنین، در صورتی که سبب شفعه متحقق نشود، شفعه اصلاً ایجاد نمی شود. در صورت عدم ایجاد، سقوط شفعه متصور نیست. بنابراین، نص ماده ۲۲۴۸ ق. م که می گوید «شفعه با اخلال شرطی از شروط صحت آن ساقط می گردد» قابل توصیه است که تعدیل گردد.

۳- شفعه به ترك طلب اشهدا ساقط می شود. اشهدا در لغت به معنی شاهد گرفتن است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه، شریک و صاحب حق ارتفاق بر زمین احمد باشد، باید در مجلسی که از خرید و فرش آگاه می شود فوراً بگوید من در زمینه حق شفعه دارم و می خواهم زمین را خریداری نمایم و سپس برای گرفتن زمین از طریق شفعه شاهد بگیرد. در صورتی که جمشید برای گرفتن زمین از طریق شفعه شاهد نگیرد، حق شفعه او ساقط می شود.

۴- شفعه با انقضای میعاد اخطار ساقط می شود. اخطار در لغت به معنی ابلاغ و اعلام، گوشزد کردن، هشدار دادن و آگاهیدن است.^{۳۳۹} در اصطلاح حقوقی اخطار عبارت از هشداری است که در موارد لازم به افراد از سوی مراجع ذیصلاح جهت عدم اجرای کاری داده می شود.^{۳۴۰} همچنین، ضرورت انجام یا عدم انجام کاری را به کسی یاد آوری کردن اخطار است.^{۳۴۱} به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید همسایه، شریک و صاحب حق ارتفاق بر زمین احمد باشد، باید در مجلسی که از خرید و فرش آگاه می شود فوراً بگوید من در زمینه حق شفعه دارم و می خواهم زمین را خریداری نمایم و برای گرفتن زمین از طریق شفعه فاروق و قیوم را شاهد بگیرد. اگر جمشید بر گرفتن زمین از طریق شفعه از طلب موافقت و اشهدا قادر نشود، باید احمد را اخطار رسمی بدهد. در صورت عدم اخطار رسمی در مدت یک ماه حق جمشید ساقط می شود.

۵- شفعه با انقضای میعاد دعوی ساقط می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را که در ولسوالی پغمان موقعیت دارد به جمشید که در ولسوالی قره باغ زندگی می نماید به فروش رساند و قیوم همسایه یا شریک احمد در خصوص زمین اقامه دعوی نماید، باید در ظرف سی روز بعد از اخطار رسمی دعوی شفعه را در محکمه

338. Ibid (last visit: 24/2/2028).

339. Ibid (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۴/۶) و (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۴/۶).

۳۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶.

341. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۴/۶).

مدنی ابتدائیه ولسوالی پغمان اقامه نماید. در صورت عدم اقامه دعوی، دعوی تحت مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب اسقاط حق شفعه است.

(۲) به رضایت صریح و یا ضمنی شفیع: طبق ماده ۱۰۳۲ مجله الاحکام: «اگر شفیع طلب موثبات را به تعویق انداخت به این معنی که از عقد اطلاع حاصل کرد و از وی عملی سر زد که به اعتراض از شفعه دلالت می کرد، در همان مجلسی که به او اطلاع رسید به کار دیگری اشتغال ورزید، و یا از موضوعی دیگری بحث کرد، یا مجلس را ترک کرد بدون آنکه مطالبه شفعه نماید، حق شفعه او ساقط می گردد.»

(۳) استحقاق عقار مشفوعه: در صورت به استحقاق برده شدن عقار مشفوعه توسط شخص ثالث نیز شفعه ساقط می شود که تفصیل آن گذشت.

(۴) وفات مشتری: طبق ماده ۲۲۵۰ ق. م: «شفعه به مرگ مشتری ساقط نمی گردد.»، طبق نص این ماده شفعه به موت مشتری به سبب بقای مستحق ساقط نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به جمشید به فروش رساند و قیوم همسایه یا شریک احمد در خصوص زمین اقامه دعوی نماید، اما جمشید وفات نماید، حق شفعه قیوم ساقط نمی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات مشتری در شفعه است.

(۶) وفات شفیع: طبق ماده ۲۲۵۱ ق. م: «شفعه به مرگ شفیع قبل از تملک عقار مشفوع از طریق قضاء یا رضا ساقط نمی شود، اعم از اینکه شفیع قبل از طلب یا بعد از آن فوت شده باشد. حق شفیع در این صورت به ورثه او انتقال می یابد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- شفعه به مرگ شفیع قبل از تملک عقار مشفوع از طریق قضاء یا رضا ساقط نمی شود، اعم از اینکه شفیع قبل از طلب یا بعد از آن فوت شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به جمشید به فروش رساند و قیوم همسایه یا شریک احمد باشد و وفات نماید، حق شفعه قیوم با فوت قیوم ساقط نمی شود خواه قیوم قبل از طلب شفعه یا بعد از طلب شفعه وفات نموده باشد و خواه گرفتن زمین احمد رضایی باشد یا قضایی.

۲- حق شفعه در صورت وفات شفیع به ورثه او انتقال می یابد. به حیث مثال، در مثال بالا، ورثه قیوم اعم از زوجه، دختر، پسر، مادر، پدر و امثال اینها می توانند زمین احمد را از طریق شفعه تملک نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات شفیع و عدم اسقاط حق شفعه است. اما، طبق ماده ۱۰۳۸ مجله الاحکام: «اگر شفیع پیش از آنکه مالکیت وی تثبیت شود و آن را به اساس رضایت طرفین و یا بر مبنای صدور حکم قضایی تسلیم بگیرد، وفات یابد حق شفعه او به ورثه اش انتقال نمی یابد.»

(۶) اسقاط حق شفعه توسط شفیع: طبق ماده ۲۲۴۹ ق. م: «هرگاه شفیعی که از جهت سبب بر دیگران مقدم باشد، حق خود را در شفعه ساقط نموده و قبل از صدور حکم آن را ترك نماید حق او ساقط شده سایر شفعا که بعد از وی قرار دارند، می توانند در حالی که با تمام شرایط طلب شفعه نموده باشند، عقار را اخذ نمایند. در صورتی که شفیع بعد از صدور حکم حق خویش را ساقط سازد، حق ساقط نگردیده و سایر شفعا کسب حق کرده نمی تواند.» طبق نص این ماده شفیعی که از حق شفعه انصراف نماید، حق او ساقط می شود و سایر شفعا که بعد از او قرار دارند، عقار مشفوع را از طریق شفعه اخذ نمایند.

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید، ویس، قیوم و فاروق براساس شریک بودن، داشتن زمین احاطه مشترک، شریک بودن در حق های ارتفاق و همسایه پیوست و متصل بودن بر زمین احمد حق شفعه داشته باشند، بالترتیب شریک بر دارنده زمین احاطه، دارنده زمین احاطه مشترک بر دارنده حق ارتفاق و دارنده حق ارتفاق بر همجوار متصل دارای برتری است و اولی، دومی، دومی سوم و سومی چهارم را می تواند از حق شفعه محروم نماید. اگر یکی از اشخاص مندرج فقره فوق این ماده شفعه را ترك نماید و یا حق او ساقط گردد حق شفعه به دیگری که در مرتبه بعد تر از آن قرار دارد انتقال می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به فروش رساند، شریک زمین احمد حق شفعه بر زمین دارد. اگر شریک احمد حق شفعه خویش را ساقط نماید، حق شفعه بر دارنده دیوار مشترک منتقل می شود. اگر دارنده دیوار مشترک با خانه احمد حق شفعه خویش را ساقط نماید، حق شفعه بر دارنده حق ارتفاق منتقل می شود. اگر دارنده حق ارتفاق حق شفعه را ساقط نماید، حق شفعه به همجوار متصل منتقل می شود. اسقاط حق شفعه توسط شفیع قوی منوط بر تحقق شرایط ذیل است:

۱- اسقاط صرف قبل از صدور حکم محکمه امکان پذیر است. در صورت صدور حکم شفیع قوی نمی تواند حق شفعه را ساقط نماید. بنابراین، در صورتی که شفیع بعد از صدور حکم حق خویش را ساقط سازد، حق ساقط نگردیده و سایر شفعا کسب حق کرده نمی توانند. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید ادعای شفعه در محکمه نماید و محکمه حکم نماید که احمد زمین را به جمشید بدهد، بعد از حکم محکمه جمشید نمی تواند حق شفعه را ساقط نماید. لذا، در این فرض جمشید چاره ای جز قبول عقد ندارد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب اسقاط شفعه است.

۲- طبق ماده ۲۲۵۴ ق. م: «(۱) هرگاه شفیع به مقدار ثمن بیش از حد واقعی مطلع ساخته شود و او از شفعه صرف نظر نماید و بعداً به او ثابت شود که مقدار ثمن کمتر از آن است که قبلاً به او اطلاع داده شده حق شفعه او ساقط نمی شود؛ (۲) اگر شفیع به اسم مشتری معرفت حاصل نماید و از شفعه صرف نظر کند و بعداً ثابت شود که مشتری غیر از آن شخصی است که قبلاً به او معرفی شده بود، یا از فروش قسمتی از عقار مشفوعه به او ابلاغ گردد و او شفعه را واگذار شود و بعداً ظاهر شود که تمام عقار مشفوعه فروخته شده است، حق شفعه ساقط نمی گردد؛ و (۳) در تمامی احوال مندرج فقرات فوق این ماده، مواعید اخطار و رفع دعوی مندرج این فصل رعایت می شود.» از نص این ماده سه حکم در خصوص عدم اسقاط حق شفعه قابل استنباط است:

- هرگاه بایع و مشتری مقدار ثمن را به طور غیرواقعی به شفیع وانمود نماید و شفیع از خرید عقار صرف نظر نماید، حق شفعه او ساقط نمی شود. به حیث مثال، هرگاه قیمت عقار مشفوع بیست لک افغانی باشد و به شفیع مشتری و بایع بگویند که قیمت آن چهل لک افغانی است و شفیع به دلیل هنگفت بودن قیمت عقار از حق شفعه صرف نظر نماید، حق او به دلیل فریب کاری بایع و مشتری ساقط نمی شود. به نظر می رسد هدف از این قاعده مورد حمایت قرار دادن حق شفیع است.

- در صورتی که شفیع اسم مشتری را بداند و به هر دلیلی مانند رفاقت، قربات، احسان و ... از حق شفعه صرف نظر نماید و سپس ظاهر شود که مشتری شخص دیگر است، به دلیل فریب کاری بایع و مشتری، حق شفعه شفیع ساقط نمی شود.

- در صورتی که شفیع آگاه شود که قسمتی از یک عمار به فروش رسیده است و از حق شفیع صرف نظر نماید و بعداً برای شفیع ثابت شود که تمام عمار فروخته شده است، حق شفیع شفیع به دلیل فریب بایع و مشتری ساقط نمی شود، مانند این که: مقدار عمار صد جریب باشد و به شفیع گفته شود که بیست جریب آن فروخته شده است و شفیع به دلیل کم اهمیت بودن مقدار عمار از اخذ آن صرف نظر نماید. در حالات سه گانه مذکور مواعید اخطار و رفع دعوی که تفصیل آن در مبحث طلب شفیع گذشت رعایت می شود.

(۷) بیع عمار مشفوعه توسط شفیع از مشتری: طبق ماده ۲۲۵۲ ق. م: «هرگاه شفیع قوی، عمار مشفوعه را از مشتری خریداری نماید، حق شفیع او و کسانی که در درجه شفیع از او بعد تر اند یا مثل او اند، ساقط می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که شفیع قوی عمار مشفوعه را خریداری نماید حق او و سایر شفعی بعد از او ساقط می شود. به حیث مثال، در صورتی که شریک در نفس عمار، عمار فروخته شده را از بایع (شریک) خریداری نماید، حق شفیع به شریک در زمین احاطه مشترک و شریک در حقوق خاص و ... ساقط می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب اسقاط حق شفیع است.

(۸) به اجاره گرفتن، اشتراک در مزایده فروش عمار مشفوعه: براساس ماده ۲۲۵۳ ق. م: «هرگاه شفیع عمار مشفوعه را به اجاره بگیرد یا در مزایده فروش یا اجاره آن شرکت ورزد یا فروش آن را از مشتری به مثل ثمن اول مطالبه نماید، شفیع او ساقط می شود.» طبق نص این ماده در حالات ذیل حق شفیع شفیع ساقط می شود:

- اگر شفیع عمار مشفوعه را از مشتری به اجاره بگیرد. اجاره از ریشه «اجر» گرفته شده است که در لغت به چیزی را کرایه دادن و نیز بیع منفعت است.^{۳۴۲} طبق ماده ۲۰۵ مجله الاحکام: «اجاره در لغت به معنی اجرت و گاهی به معنی ایجار نیز استعمال می شود و در اصطلاح فقهاء به معنی بیع منفعت معلوم در مقابل عوض معلوم است.» به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به حمیده به فروش رساند و سپس مرضیه شفیع زمین را از حمیده به اجاره بگیرد، حق شفیع مرضیه ساقط می شود. دلیل این قاعده رضایت ضمنی شفیع به عقد بیع است. زیرا، در صورت به اجاره گرفتن عمار مشفوعه توسط شفیع، شفیع به صورت ضمنی به عقد بیع رضایت نشان می دهد.

۲- هرگاه شفیع در مزایده فروش یا اجاره عمار مشفوعه شرکت نماید، حق شفیع او ساقط می شود. تعریف مزایده گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را از طریق مزایده به فروش رساند یا از طریق مزایده به اجاره بدهد و سپس مرضیه شفیع زمین در مراحل مزایده فروش یا اجاره زمین اشتراک نماید، حق شفیع مرضیه ساقط می شود. دلیل این قاعده رضایت ضمنی شفیع به عقد بیع و اجاره است. زیرا، در این دو صورت، شفیع به صورت ضمنی به عقد بیع و اجاره رضایت نشان می دهد.

۳۴۲. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۸۰۳-۳۸۰۵؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۲؛ و سید سابق (۱۳۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۹۲ و ۲۹۳.

۳- در صورتی که شفیع فروش عمار مشفوعه را از مشتری به مثل ثمن اول مطالبه نماید، شفعه او ساقط می شود. ثمن مثل مرکب از ثمن و مثل است. ثمن در لغت به معنی بها و قیمت است.^{۳۴۳} در مفهوم مصطلح، ثمن مترادف پول است. مثل در لغت به معنی نظیر، مانند و شبیه است.

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به حمیده یک صد هزار دالر به فروش رساند و سپس مرضیه شفیع زمین به حمیده بگوید من زمین را از تو یک صد هزار دالر می خرم، حق شفعه مرضیه ساقط می شود. دلیل این قاعده رضایت ضمنی شفیع به عقد بیع است. زیرا، در صورت خرید عمار مشفوعه توسط شفیع از مشتری، شفیع به صورت ضمنی به عقد بیع رضایت نشان می دهد. یک صد هزار دالر در این مثال مصداق ثمن مثل است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب اسقاط شفعه است.

۹) در صورت سپری شدن چهار ماه از تاریخ ثبت عقد بیع: طبق ماده ۲۲۵۵ ق. م: «در تمامی احوال حق شفعه به انقضای مدت چهار ماه از تاریخ ثبت عقد بیع، ساقط می شود.» طبق نص این ماده در صورت سپری شدن چهار ماه از تاریخ ثبت عقد؛ یعنی: انتقال ملکیت عمار مشفوعه توسط محکمه ذیصلاح از بایع به مشتری حق شفعه ساقط می شود. دلیل اسقاط حق شفعه در این فرض، تحت مرور زمان مسقط حق قرار گرفتن آن است.

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به حمیده یک صد هزار دالر به فروش رساند و به تاریخ اول حوت سال ۱۳۹۸ هجری شمسی ملکیت زمین را از طریق محکمه واثیق ذیصلاح به حمیده انتقال دهد و سپس مرضیه شفیع زمین چهار ماه بعد یعنی در دوم جوزای سال ۱۳۹۹ هجری شمسی در محکمه ذیصلاح جهت گرفتن زمین از طریق شفعه اقامه دعوی نماید، دعوی مرضیه توسط محکمه ذیصلاح به دلیل تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قابل سمع نیست. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب اسقاط شفعه است.

گفتار هفتم) حیات

سبب دیگر کسب ملکیت حیات است. احکام حیات را جلد چهارم، فصل دوم، مبحث ششم، مواد ۲۲۵۶ الی ۲۲۹۸ ق. م تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م گرفته اند:

الف) تعریف

طبق ماده ۲۲۵۶ ق. م: «حیات، حالت واقعی است که از سلطه شخصی بر شی، یا بر حقی از حقوق بر شی به صفت مالک شی یا صاحب حق بر شی نشأت می کند.» حیات از ریشه «حوز» گرفته شده است که در لغت به معنی گردآوردن، گردآوری کردن، جمع کردن و فراهم آوردن چیزی است.^{۳۴۴} به شخصی که شی را تحت حیات قرار می دهد، حایز می گویند. از این تعریف بر می آید که حیات یک حالت و وضع مادی است که از سیطره فعلی و عملی شخص حاصل می شود خواه شخص صاحب حق باشد و یا نباشد. سیطره عملی بر حق با استعمال حق توسط اعمال مادی مطابق مقتضای حق تحقق می پذیرد. پس، اگر حق، ملکیت باشد حق با، شی که محل حق است خلط می گردد. به عنوان مثال، گفته می شود که شخص قدرت و سیطره عملی بر شی دارد و همین شی محل حق ملکیت می باشد و در این جا سیطره عملی از طریق انجام دادن اعمال مادی صورت

۳۴۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۷۴.

۳۴۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۸۷۷.

می گیرد و آن ها اعمال مادی ای اند که معمولاً مالک آن را در استعمال حق ملکیت انجام می دهد و از آن طریق شی تحت ملکیت خویش را تصرف مالکانه می نماید و با انجام دادن این تصرفات شخص حایز حق ملکیت و یا حایز شی که محل این حق است می گردد.

به طور مثال، در صورتی که شی خانه باشد، شخص در آن سکونت می نماید و یا آن را به اجاره می دهد و یا زمین زراعتی را زرع می نماید و یا جهت زرع آن را به اجاره می دهد و یا به عقد مزارعت می دهد و یا اینکه در سایر اجناس حسب مقتضی طبیعت شی آن را احراز نموده و از منافع آن از قبیل: رکوب، شرب، خوردن و غیره استفاده می نماید و یا اینکه با اجرای عقود بیع، هبه، رهن و نظیر اینها در آن تصرف مالکانه می نماید که در تمام این حالات یا شخص مالک حقیقی شی می باشد و یا اصلاً مالک آن نمی باشد.

اگر حقی که محل حیات است حق ملکیت نباشد، بلکه از جمله سایر حقوق، مثل: حق ارتفاق زمین از قبیل: حق مرور، حق شرب، حق مجری و غیره باشد. پس، حیات آنها با استعمال مادی و عملی این حقوق متحقق می گردد. به عنوان مثال، حایز در زمین همسایه مرور نماید، و یا آب را از منبع ای آب همسایه گرفته برای آبیاری زمین از آن استفاده نماید و یا اینکه از آب عامه استفاده نموده، آن را از طریق زمین همسایه به زمین خود جریان دهد که با اجرای این اعمال شخص حایز و متصرف دانسته شده خواه حق ارتفاق را به سببی از اسباب کسب نموده باشد و یا اینکه اصلاً آن را کسب ننموده باشد.^{۳۴۵} هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف حیات است.

ب) کسب انتقال و زوال حیات

حیات متشکل از دو رکن است و کسب حیات با یکجا شدن این دو عنصر یا رکن متحقق می گردد. برای اینکه حیات موجب ایجاد آثار گردد، بالاختصاص زمانی که بتوان حیات را از طریق دعاوی حیات مورد حمایت قرار داد، لازم است تا حیات عاری از عیوب باشد. بر علاوه، زمانی که حیات همراه با حسن نیت باشد، به صورت بهتر و بیشتر موجب ایجاد آثار مرتبه آن می گردد نسبت به حالت همراه بودن با سوء نیت:

۱) ارکان حیات

حیات دارای دو عنصر است: عنصر مادی که عبارت از احراز یا سیطره مادی است و عنصر معنوی یعنی قصد:

اول) عنصر مادی

عنصر اول حیات عنصر مادی یعنی احراز و سیطره مادی است. سیطره مادی گاهی ابتداءً توسط خود حایز متحقق می گردد و گاهی نیز با انتقال از غیر:

۱) **تحقق سیطره مادی ابتداءً:** منظور از احراز مادی ابتداءً این است که شخص بدون اینکه از کس دیگری سیطره یا احراز مادی به وی منتقل گردد، آن را حاصل نماید خواه شی احراز شده ملکیت کسی باشد و یا اصلاً ملکیت هیچ فردی نباشد و خواه شی مذکور عقار باشد و یا منقول. این گونه سیطره و احراز طوری متحقق می گردد که حایز شی را در تصرف و ید خود قرار داده و آن را احراز مادی می نماید و در آن به انجام اعمال و تصرفاتی می پردازد که عادتاً مالک شی آن را انجام می دهد.

به طور مثال، اگر شی احرار شده خانه و منزل باشد، در آن داخل شده و آن را متصرف می گردد و در آن سکونت می نماید و یا آن را به دیگری به کرایه می دهد که در این حالت نیز حایز به واسطه مستأجر محرز می باشد. اگر شی زمین صالح الزراعة، باشد آن را شخصاً یا توسط اجیر قلیه نموده چیزی در آن زرع نماید. اگر شی از منقولات باشد، مانند: موتر آن را عملاً قابض گردیده و در آن تصرف مالکانه نماید.

(۲) تحقق سیطره مادی با انتقال از غیر طور احاله: در این حالت، برخلاف حالت قبلی، شخص ابتداءً بر شی سیطره مادی ندارد، بلکه این سیطره از شخص دیگر به وی انتقال می نماید. مثلاً اینکه شخصی عقاری را و یا شی منقول تحت حيازت خود را به شخص دیگر به فروش رساند و مبیعه را به مشتری تسلیم نماید که در این مثال، ابتداءً بایع صاحب سیطره مادی بر شی می باشد خواه شی حقیقتاً ملکیت او بوده باشد و یا نباشد که بعداً این سیطره از بایع به مشتری با تسلیم نمودن مبیع به وی انتقال می گردد.

در چنین حالتی، شرط نیست که انتقال دهنده طور بالفعل بر شی سیطره داشته باشد، چنانچه در صورت سیطره مادی ابتداءً شرط بود، بلکه صرف امکان تصرف و تسلط کافی می باشد، چنانچه اگر مبیعه منزل باشد، برای انتقال سیطره و تصرفات به مشتری صرف سپردن کلید های منزل و یا سند ملکیت آن به وی کفایت می کند و سیطره مادی به مشتری به محض نهادن منزل تحت تصرف او و مساعد نمودن تسلیمی منزل به او انتقال می کند بدون اینکه منزل طور بالفعل به وی تسلیم داده شود. همچنین، در صورتی که مبیعه زیورات و جواهر باشد، سیطره مادی بر مبیعه به مشتری با تسلیم نمودن کلید های صندوق و یا خزانه ای که زیورات در آن قرار دارند، انتقال می کند. زیرا، با سپردن کلید ها مشتری قادر به قبض آن می گردد بدون اینکه به سپردن بالفعل و عملی مبیعه ضرورت احساس شود.

دوم) عنصر معنوی حيازت (قصد)

طبق ماده ۲۲۵۹ ق. م: «صغیر غیر ممیز از طریق کسی که قانوناً قایم مقام او شناخته می شود، کسب حيازت نموده می تواند.» طبق نص این ماده صغیر غیر ممیز از طریق کسی که قانوناً قایم مقام او شناخته می شود، کسب حيازت نموده می تواند. طبق ماده ۴۰ ق. م: «[...] شخصی که به سن هفت سالگی نرسیده باشد غیر ممیز محسوب می گردد.»، قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۳۴۶}

به حیث مثال، اگر احمد شش ساله باشد و بخواهد زمین یا خانه یا موتر را خریداری نماید، می تواند خانه، زمین و موتر را از طریق پدر، پدر کلان برادر، کاکا و وصی پدر یعنی شخصی را که پدر احمد برای احمد به عنوان وصی تعیین نموده باشد خریداری و تحت حيازت آورد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حيازت توسط صغیر غیر ممیز است.

طبق نص این ماده عنصر معنوی حيازت که عبارت از قصد است به واسطه غیر اعمال گردیده نمی تواند، بلکه لازم است این عنصر شخصاً نزد حایز اصلی متحقق گردد. زیرا، ممکن نیست که شخصی حایز اصلی حقی باشد و در عین حال قصد استعمال این حق نزد شخص دیگر باشد. زیرا، قصد عمل شخصی است و باید شخصاً نزد حایز متحقق گردد، اما باوجود این، اگر حایز اصلی فاقد تمیز باشد، مانند: طفل غیر ممیز، دیوانه و معتوه غیر ممیز که فاقد اراده اند وجود عنصر در اینها مستحیل می باشد.

۳۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

پس، به اقتضای ضرورت عنصر قصد در حیات اینها در شخص نایب قانونی آنها متحقق می گردد، مانند: ولی، وصی و قیم و به این ترتیب شخص فاقد تمیز حایز حقوق به واسطه نایب و قایم مقام قانونی آنها در هر دو عنصر حیات می گردد. زیرا، عنصر مادی که عبارت از تصرف و سیطره مادی عملی است از طریق اجرای اعمال ارادی صورت می گیرد، در حالی که شخص فاقد تمیز داری اراده نمی باشد و نمی تواند سیطره مادی عملی را که عنصر مادی حیات بوده بر شی یا حق انجام دهد چنانچه نمی تواند عنصر قصد را که عنصر معنوی حیات است تمثیل نماید. بنابراین، نایب و قایم مقام، هر دو عنصر را به نیابت از او تمثیل می نماید.

۲) حیات به حساب غیر

طبق ماده ۲۲۶۰ ق. م: «هرگاه شخص دیگری به صورت مستقیم در حیات به اسم حایز مبادرت نماید، حیات به حال خود باقیمانده، شخص مذکور حیثیت تابع را داشته و متابعت اوامر حایز در امور متعلق به شی یا حقوق تحت حیات مکلف می باشد.» حکم این ماده ناظر بر حیات به حساب غیر است. حیات به حساب غیر در حقیقت عبارت از حیات صحیح نمی باشد. زیرا، حایز در این حالت، حق یا شی را به حساب خود و برای خود در تصرف نمی آورد، بلکه آن را به حساب غیر و برای غیر اعمال می نماید. زیرا، عنصر قصد یعنی قصد استعمال حق برای خود نزد حایز وجود ندارد، بلکه این قصد نزد همان غیر است که حق مذکور به نام و حساب او استعمال می گردد. پس، همان غیر حایز اصلی می باشد و عنصر معنوی یعنی قصد شخصاً نزد او بوده و عنصر سیطره مادی را به واسطه حایز انجام می دهد.

به عنوان مثال، مالک شی حایز صحیح شی می باشد که هر دو عنصر حیات نزد او متحقق بوده و بر شی تحت ملکیت خود تصرف و سیطره مادی را به قصد استعمال حق ملکیت برای خود و به حساب خود انجام می دهد. اما، گاهی سیطره مادی بر شی از حایز اصلی به حایز عرضی انتقال می نماید، مانند: تابع، وکیل، صاحب حق انتفاع، داین مرتهن رهن حیازی، مستأجر، مستعیر و مودع و صرف عنصر قصد نزد حایز اصلی باقی می باشد، یعنی: قصد استعمال حق ملکیت به نام و حساب خودش و در این حالت مالک حیات مادی بر شی را به واسطه حایز عرضی اعمال می نماید. ممیزات حایز عرضی عبارت اند از اینکه حیات او مادی محض است و حایز در آن به حساب غیر حیات می نماید و حایز به رد شی به مالک اصلی ملزم می باشد که همین التزام به رد ممیزه اصلی حایز عرضی را تشکیل می دهد و همین ممیزه است که حیات حایز عرضی را حیات مادی شخصی یا حیات عرضی می سازد.

پس، حایز عرضی هر آن شخصی است که سیطره مادی بر شی از طرف حایز اصلی به وی در اثر عقد انتقال نموده است، چنانچه در قسمت تابع، وکیل، مستأجر، مستعیر، صاحب حق انتفاع، مرتهن رهن حیازی و غیره کسانی که به موجب عقد با حایز اصلی ارتباط دارند و یا به حکم قضاء و یا قانون به اجرای اعمال معین با حایز اصلی مرتبط اند، چنانچه در قسمت نگهبان، تصفیه کننده متروکه و تصفیه کننده شرکت بعد از انحلال آن، وصی، قیم و وکیل شخص غایب. بنابراین، ملاحظه می گردد که منشأ التزام به رد، حسب احوال عقد و یا هم قانون می باشد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حیات به حساب غیر است.

۳) عدم اکتساب حق براساس مرور زمان در صورت وجود سند و عدم تغییر صفت حیات

طبق ماده ۲۲۸۴ ق. م: «هیچ کس نمی تواند به اساس مرور زمان به خلاف سند خود کسب حق نماید، به این اساس هیچ کس نمی تواند شخصاً به مفاد خود سبب حیات خود یا اصلی را که این حیات بر آن

استوار است، تغییر دهد.»، نص این ماده مبهم و پیچیده است. به نظر می رسد از نص این ماده قاعده استنباط می گردد:

۱- هیچ کس نمی تواند به اساس مرور زمان به خلاف سند خود کسب حق نماید. مرور زمان که در فقه آن را «تقادم» 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.^{۳۴۷} 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 مطلبی را ثابت نماید که جمع آن اسناد است.^{۳۴۸} سند به معنی محدود عبارت است از هر نوشته که در مقام اثبات دعوی یا دفاع قابل استناد باشد.^{۳۴۹}

طبق نص این ماده حایز عرضی با گذشت مدت طولانی حایز عرضی باقی می ماند و ناممکن است که حیازت او صرف با تغییر نیت او تغییر نماید طوری که به عنوان مثال مستأجر به مؤجر اطلاع دهد و اعلان نماید که او دیگر نیت خود را تغییر داده و از این به بعد به حیث مستأجر عین را در حیازت ندارد، بلکه آن را من حیث مالک تحت حیازت خود قرار داده است هرچند بعد از اعلان فوق مستأجر از پرداخت کرایه به اجاره دهنده امتناع نیز ورزد. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را برای مدت یک سال به کرایه بگیرد و سند کرایه در رهنمای معاملات تحریر گردد و یک کاپی آن به احمد و یک کاپی آن به محمود داده شود، احمد نمی تواند برخلاف سند کرایه خانه، براساس مرور زمان خانه محمود را تملک نماید.

۲- هیچ کس نمی تواند شخصاً به مفاد خود سبب حیازت خود یا اصلی را که این حیازت بر آن استوار است، تغییر دهد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد اعلان نماید که من مالک خانه هستم، این اعلان صفت حیازت را تغییر نمی دهد، بلکه امتناع از پرداخت اجرت نقض التزامات ناشی از عقد اجاره محسوب می گردد. بنابراین، اعلان تغییر نیت و امتناع از پرداخت اجرت در تغییر صفت حیازت از عرضی به اصلی نقشی ندارد. بنابراین، حیازت مذکور حیازت اصلی باقی می ماند و سبب کسب ملکیت براساس مرور زمان نمی گردد چنانچه در ماده ۲۲۸۴ ق. م به آن تصریح گردیده است.

همچنین، وارث چنانچه قبلاً گذشت، مانند مورث خود حایز عرضی باقی می ماند و نمی تواند صرف با تغییر نیت خود و اعلان اینکه او از این به بعد شی را مانند مالک به حیازت دارد صفت حیازت را از عرضی به اصلی تغییر دهد و نمی تواند با استناد به اعلان متذکره با مرور زمان کسب ملکیت عینی را نماید که از مورث او در اثر حیازت عرضی انتقال نموده است. در نتیجه، حایز عرضی و وارث او نمی توانند با مرور زمان کسب ملکیت عین را نمایند، مگر اینکه صفت حیازت آنها متحول گردیده، مبدل به حیازت اصلی گردد که در این صورت میعاد مرور زمان از حین تحول مذکور آغاز گردیده، حایز با گذشت میعاد تعیین شده قانونی ملکیت عین را به دست می آورد و نیز می تواند حیازت مذکور را با تمام انواع دعاوی حیازت حمایت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده

۳۴۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۱۷۸۶ و ۱۷۸۷.

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

۳۴۹. سید حسن امامی (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، صص ۶۵؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹)، وسایل اثبات در دعاوی مدنی، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۲۷.

پیش بینی حکم عدم اکتساب حق براساس مرور زمان در صورت وجود سند و عدم تغییر قواعد حیات به نظر می رسد.

۴) اثر مرور زمان بر حیات

طبق ماده ۲۲۸۵ ق.م: « احکام مرور زمان ساقط کننده دعوی بر مرور زمان کسب کننده حق در آنچه به حساب مدت و توقف آن و انقطاع آن و استناد به آن در پیشگاه قضاء و همچنین به تنازل کننده از آن و موافقه بر تعدیل آن متعلق باشد، تطبیق می شود مشروط بر اینکه احکام مذکور با طبیعت مرور زمان کسب کننده حق و رعایت احکام مواد (۲۲۸۶ و ۲۲۸۷) این قانون متعارض واقع نشود.».

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۲۲۸۶ و ۲۲۸۷ ق.م است. طبق نص این ماده احکام مرور زمان مُسقط حق و مُکسب حق در خصوص مدت، توقف، انقطاع و استناد، تنازل و نظیر اینها یکسان تطبیق می گردد. مرور زمان که تعریف آن گذشت بر سه نوع است:

۱- **مرور زمان مکسب حق:** مرور زمان مُکسب حق عبارت از مرور زمانی است که به اکتساب حق عینی اصلی (ملکیت) منجر می شود.

۲- **مرور زمان مسقط حق:** مرور زمان مُسقط حق عبارت از مرور زمانی است که به اسقاط حق منجر می شود.

۳- **مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی:** مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی عبارت از مرور زمانی است که موجب اسقاط سمع دعوی توسط محکمه ذیصلاح بعد از سپری شدن مدت معین مقرر در قانون می گردد.^{۳۵۰} تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است. در اصطلاح حقوقی 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.^{۳۵۱}

به حیث مثال، اگر احمد برای مدت پانزده سال زمین محمود را تحت حیات داشته باشد و محمود در این مدت علیه احمد اقامه دعوی ننماید، احمد به دلیل مرور زمان مُکسب حق، مالک زمین شناخته می شود و محمود به دلیل مرور زمان مُسقط حق و مُسقط حق اقامه دعوی ملکیت زمین را از دست می دهد. در این مثال، احکام مرور زمان مُسقط، مُکسب و مُسقط حق اقامه دعوی نسبت به مالک و نسبت به حایز در عین زمان تطبیق می گردد. اگر در این مثال، بعد از سپری شدن پنج سال، محمود رد زمین را مطالبه نماید، مرور زمان منقطع می گردد. همچنین، در این مثال، احمد می تواند به مرور زمان استناد نماید و دعوی محمود را دفع نماید. عبارت تنازل در نص این ماده زاید به نظر می رسد که قابل توصیه است از نص این ماده حذف گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تطبیق هر سه نوع مرور زمان در عین زمان است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسشی شماره (۱۲۷): ماده (۲۲۸۵) قانون مدنی مغلق می باشد توضیح شود.

۳۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۷۸۶ و ۱۷۸۷.

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

توضیح: در مواد قبلی بحث آثار و حمایت حیات قانون مدنی از مرور زمانی که دعوی را ساقط می نماید یا به صاحب حیات حق ملکیت کسب می کند توضیحات ارایه گردیده و در ماده (۲۲۸۵) قانون مدنی از ناحیه اثر احکام یکی بر دیگری بحث می نماید و چنین توضیحات می دهد که احکام به مرور زمان که ادعا را ساقط می نماید از ناحیه معیار مدت و عوامل قطع مرور زمان و اسباب توقف آن بالای مرور زمان کسب کننده حق موثر بوده و احکام مرور زمان ساقط کننده دعوی بر مرور زمان کسب کننده حق تطبیق می گردد مثلاً اگر مرور زمان دعوی را ساقط نمود به طرف مقابل سبب اکتساب حق می گردد و اگر یکی از اسباب قطع مرور زمان در جهت مرور زمان ساقط کننده دعوی به میان آمد - مرور زمان کاسب حق را نیز از بین می برد.

مثلاً اجرت هوتل اگر در ظرف یکسال مطالبه نشود دعوی سقوط می نماید. بر عکس اگر استفاده کننده از هوتل پولی بیشتر از آنچه که لازم بود به مالک هوتل داده باشد پول اضافی بعد از مرور یکسال که مدت مرور زمان دعوی است حق مکتسبه مالک هوتل شناخته می شود.^{۳۵۲}

(۲) ماده ۲۲۸۶ ق. م: «مدت مرور زمان کسب کننده حق به هر اندازه که باشد، با موجودیت اسباب موجب متوقف می شود.» نص این ماده مبهم و مجمل به نظر می رسد. تعریف مرور زمان مُکسب حق در بالا گذشت. عبارت اسباب موجب در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد منظور از اسباب موجب عبارت از اسبابی است که موجب قطع مرور زمان می گردد. با پذیرش این نظر، قانونگذار مدنی اسبابی که موجب توقف مرور زمان می گردد را در ق. م حصر یا احصاء نکرده است. به نظر می رسد یکی از اسبابی که موجب قطع مرور زمان می گردد، صرفنظر نمودن حایز از حیات مال است. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین را در ولسوالی پغمان تحت حیات در آورده و قبل از این که مدت پانزده سال تکمیل شود، از حیات زمین صرفنظر نماید، به حیث مثال، اعلام نماید که این زمین از آن من نیست، مرور زمان مکسب حق قطع می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم توقف مرور زمان است.

(۸) طبق ماده ۲۲۸۷ ق. م: «هرگاه حایز از حیات خود صرف نظر نماید و یا آن را از دست دهد، گرچه به فعل غیر باشد، مرور زمان کسب کننده حق قطع می شود مگر اینکه حایز در خلال یکسال از تاریخ انقطاع حیات خویش را مسترد نموده یا راجع به استرداد آن در خلال همین مدت اقامه دعوی نماید.» در نص این ماده یک قاعده و یک استثناء وجود دارد. اصل و قاعده این است که هرگاه حایز از حیات خود صرف نظر نماید و یا آن را از دست دهد، گرچه به فعل غیر باشد، مرور زمان کسب کننده حق قطع می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین را در ولسوالی پغمان تحت حیات در آورده و قبل از این که مدت پانزده سال تکمیل شود، خودش یا توسط وکیلش از حیات زمین صرفنظر نماید، به حیث مثال، اعلام نماید که این زمین از آن من نیست، مرور زمان کسب حق قطع می شود.

استثنای این اصل این است که حایز در خلال یکسال از تاریخ انقطاع حیات خویش را مسترد نموده یا راجع به استرداد آن در خلال همین مدت اقامه دعوی نماید. انقطاع در لغت به معنی قطع شدن، بریده شدن و گسستن است.^{۳۵۳} به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین را در ولسوالی پغمان تحت حیات در آورده و قبل از

۳۵۲. ____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۹ و ۵۵۰.

۳۵۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۲۱۰.

این که مدت پانزده سال تکمیل شود، خودش یا توسط وکیلش از حيازت زمین صرفنظر نماید، به حیث مثال، اعلام نماید که این زمین از آن من نیست، مرور زمان مکسب حق قطع می شود. اما، در صورتی که احمد در مدت یک سال از تأریخ صرفنظر نمودن از حيازت، دوباره از انقطاع حيازت برگردد و بگوید این زمین از من است یا اگر زمین را محمود تحت حيازت قرار داده باشد، علیه محمود اقامه دعوی نماید، حيازت احمد بر زمین دوباره بر می گردد و برای اکتساب زمین احمد باید مدت حيازت را تکمیل نماید.

۵) عیوب حيازت

طبق ماده ۲۲۵۸ ق. م: «هرگاه حيازت با اکراه مقرون گردد یا به صورت خفیه واقع و با در آن التباس موجود باشد، اثر آن بر شخصی که علیه او اکراه صورت گرفته یا حيازت از او اخفاء شده یا بر او التباس واقع شده است، مرتب نمی گردد، مگر از تأریخ زوال عیوب مذکور». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه حيازت با اکراه مقرون گردد اثر آن بر شخصی که علیه او اکراه صورت گرفته مرتب نمی گردد. اکراه از ریشه «کره» به معنای وادار کردن کسی بدون رضای او به کار است. اکراه عبارت از وادار کردن قهری کسی به انجام کاری که آن را خوش ندارد به نحوی که اگر او را به حال خود واگذارند، مرتکب آن عمل نشود.^{۳۵۴} مقرون در لغت به معنی همراه است.^{۳۵۵} به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به اکراه و جبر بگیرد، اثری بر این حيازت مرتب نمی شود و خانه همچنان مال احمد است.

۲- هرگاه حيازت به صورت خفیه واقع شود اثر آن بر شخصی که حيازت از او اخفاء شده مرتب نمی گردد. خفیه در لغت به معنی پنهان و غیر آشکار است. اخفاء در لغت به معنی پنهان کردن است. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را طور خفیه یا پنهان بگیرد، اثری بر این قبض و گرفتن مرتب نمی شود. سرقت عبارت است از گرفتن مال منقول به طور خفیه. سرقت از اسباب مادی اما غیرقانونی کسب ملکیت است. در سرقت ملکیت مال از مسروق منه به سارق منتقل نمی شود. در این صورت، موتر همچنان متعلق به احمد است.

۳- هرگاه در حيازت التباس موجود باشد، اثر آن بر شخصی که بر او التباس واقع شده است، مرتب نمی گردد. التباس در لغت به معنی در هم آمیختگی، مشتبه، پوشیده شدن کار بر کسی، شبهه و اشتباه است.^{۳۵۶} با توجه به معنی لغوی التباس، این نتیجه به دست می آید که برای این که بر حيازت اثر مرتب شود، باید بدون تردید و شبهه باشد. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آرند: «هرگاه شخص تاجری بیست سیر بادام کاغذی مزاری تاجر دیگری را که در یک اطاق باشد طور اشتباه اخذ و حيازت نماید و مالک را زایل نماید، اثر این حيازت غیرقانونی بر علیه شخصی که بر او التباس واقع شده است مرتب نمی گردد».^{۳۵۷}

برخی نویسندگان دیگر که می توان با آنها همنظر شد در این خصوص چنین مثال می آرند: «شخصی فوت می نماید و در منزلش اشیای منقول مانند: زیورات، لوازم منزل، اسناد و اوراق دارای ارزش مالی و غیره اشیاء موجود می باشد که در حيازت خانم متوفی یا وارثی است که با او زندگی می کند و یا در حيازت دوستی است که با او یکجا می زیسته و یا خادم و یا یکی از مأمورین یا متبوعان که با او معیشت داشته اند می باشد.

۳۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۲۱.
 ۳۵۵. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۴/۶) <https://www.vajehyab.com>

۳۵۶. Ibid. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۴/۶).

۳۵۷. یادگار راجی سمنگانی (۱۳۹۰). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد چهارم (____)، ص ۱۶۶.

در این حالات، یکجا زیستن این گروه از حایزین عیب کافی برای حیازت آن محسوب نگردیده، اما حیازت آنها معیوب به عیب لبس و غموض می باشد. زیرا، حیازت این گروه در مورد اموال منقول که در منزل موجود بوده احتمال دوگانه دارد؛ یعنی: احتمال اینکه این گروه آن را به اسم خود در حیازت داشته و یا اینکه به اسم و حساب متوفی آن را حایز می باشند. پس، هرگاه یکی از آنان به حیازت متذکره استناد و استدلال نماید، و مدعی ملکیت آن گردد، می توان گفت که این حیازت معیوب به عیب غموض است و از همین جهت موجب ایجاد آثار حقوقی نمی گردد.^{۳۵۸}

بخش اخیر نص این ماده ناظر بر فقدان این سه عیب است. زیرا، قانونگذار مدنی در بخش اخیر این ماده می گوید «مگر از تاریخ زوال عیوب مذکور». از نص این ماده که ناظر بر استثنای قاعده اول، دوم و سوم است این نتیجه گرفته می شود که بر حیازت زمانی اثر مرتب می شود که عیوب حیازت که عبارت از اند از اکراه، خفیه بودن و شک و شبهه است باید در حیازت وجود نداشته باشد. بنابراین، حیازت باید بدون اکراه، آشکارا، بدون تردید و شبهه باشد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط حیازت است. برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که برای اینکه حیازت به نحو کامل و صحیح متحقق گردد و موجب ایجاد آثار حقوقی گردد و توسط دعوی حیازت مورد حمایت قرار بگیرد، لازم است که مستمر، آشکار، واضح و بدون اکراه باشد؛ یعنی: عاری از عیوب حیازت باشد. بنابراین، عیوب حیازت عبارت اند از: عدم استمرار «انقطاع»، خفا «عدم ظهور»، اکراه و غموض «التباس»:

اول) عیب اول - عدم استمرار یا انقطاع

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

بنابراین، هرگاه بین اعمال مادی حایز زمانی طولانی سپری شود و در آن مدت شخص حایز، شی را مورد استعمال قرار ندهد، در حالی که مدت مذکور به حدی طولانی باشد که معمولاً مالک حریص بر انتفاع کامل به آن حد استعمال ملکیت را ترک نمی کند، در این حالت، حیازت مذکور منقطع و غیر مستمر می گردد و این گونه حیازت نمی تواند اساس برای کسب ملکیت به استناد مرور زمان و یا برای دعوی حمایتی حیازت گردد.

از همین جهت، لازم است حایز استعمال شی را منقطع نسازد مگر به قدری که طور معتاد مالک شی آن را منقطع می سازد. زیرا، حایز توسط حیازت حق ملکیت را کسب می نماید و مالک در شی تصرف می نماید. بنابراین، باید در استعمال شی مانند مالک ظاهر گردد و در صورتی که شخص سایر حقوق، غیر از حق ملکیت را حایز می باشد، مانند: حق انتفاع یا حق ارتفاق و یا حق رهن حیازی و یا حق مستأجر در این صورت نیز نباید استعمال حق منقطع گردد چنانچه استعمال حقوق مذکور توسط صاحب آن منقطع نمی گردد. اما، طبیعتاً برای استمرار حیازت این نیز ضروری نیست که حایز حق را در تمام اوقات بدون انقطاع استعمال نماید. زیرا، این گونه استعمال معمول و معتاد نبوده و حتی مستحیل می باشد.

دوم) عیب دوم - خفاء یا عدم اظهار

خفاء و عدم علانیت حيازت به این معنی است که گاهی حيازت مستمر بوده و از عیب عدم استمرار عاری می باشد. اما، عیب خفاء یا عدم علانیت در آن موجود گردیده و مانع ایجاد آثار آن می گردد. زیرا، حيازت صحیح این است که بدون خفاء و پوشیدگی در معرض انظار تمام مردم و یا حداقل در محضر مالک و یا صاحب حق مورد استعمال قرار گیرد تا از اعتراض خفی بوده و از شایبه عیب خفاء مصون گردد. زیرا، معمولاً و طور معتاد مالک و یا صاحب حق شی را طور خفیه استعمال نمی نمایند و در نتیجه حایز نیز باید چنان باشد. زیرا، حيازت که با خفاء و پوشیدگی حاصل می گردد، صلاحیت حمایت با دعاوی حيازت را نداشته و نه سبب کسب ملکیت با مرور زمان می گردد.

اخفای حيازت در اشیای منقول مانند: زیورات، لوازم منزل و یا وسایل فنی و غیره خیلی ها سهل و هر زمان میسر است، اما در عقار این طور نیست. زیرا، اخفای سکونت در منزل و یا زرع زمین و یا اجاره دادن آن حین استعمال کار دشوار است، اما طور مثال می توان تصور نمود که کسی داخل منزل خود با حفر راه زیر زمینی در داخل محوطه همسایه در زیر زمین اطاقی برای استفاده خود حفر نماید و مدت ها آن را در حيازت خود داشته باشد بدون اینکه همسایه از این عمل آگاه گردد که در این حالت حيازت زیر زمین چون از همسایه ها با خفاء صورت گرفته است. بنابراین، حایز نمی تواند با استناد آن علیه همسایه ادعای ملکیت آن را با مرور زمان نماید و یا حيازت مذکور را با دعاوی حمایت نماید.

سوم) عیب سوم - اکراه

گاهی حيازت عاری از عیوب عدم استمرار و خفاء بوده، اما با عیب اکراه و عدم رغبت صاحب حق توأم می گردد و آن زمانی است که حایز حيازت شی را توأم با اکراه و تهدید کسب نماید و تا اخیر به همین منوال ادامه یابد. حيازتی که به این گونه حاصل گردد تا زمانی که اکراه و تهدید در آن ادامه داشته باشد، معیوب به عیب اکراه می باشد خواه قوه اکراه و تهدید علیه مالک حقیقی شی استعمال گردد یا علی حایز سابق و خواه استعمال کننده اکراه، شخص حایز باشد و یا همکاران وی و به اسم و آدرس او این کار را انجام دهند و خواه حيازت شی از تصرف مالک اصلی و یا حایز سابق بالفعل و در واقع با قوه و تهدید سلب گردد و یا اینکه مالک و یا حایز سابق به وجود قوه متذکره اذعان نموده شی را برای او واگذار نماید.

از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: اصلاً اکراه ابتداءً باید به منظور کسب حيازت استعمال گردیده و به همین منوال بدون انقطاع ادامه داشته باشد و این نظریه در حقوق روم منعکس گردیده و مورد پذیرش دانشمندان فرانسوی نیز قرار گرفت. طبق این نظر، هرگاه اکراه قطع گردید و بعد از قطع آن حایز حيازت کسب شده را ادامه دهد، در این صورت، حيازت عاری از عیب اکراه گردیده، می تواند موجب ایجاد آثار حقوقی گردد و حایز بعد از آن در صورتی که حيازت او مورد تهدید واقع گردد می تواند قوه را به قوه دفع نماید و تا زمانی که حيازت از او سلب نگردیده باشد، منقطع شمرده نمی شود.

چهارم) عیب چهارم - غموض و لبس

گاهی حيازت طور مستمر، ظاهر و آشکار و با رغبت حاصل گردیده و عاری از عیوب عدم استمرار، خفاء و اکراه می باشد، اما با وجود این ها، معیوب به عیب غموض و لبس می گردد به نحوی که جانب عنصر معنوی حيازت متشبه و دارای غموض و التباس باشد. تحقق غموض در عنصر معنوی حيازت طوری است که عنصر

قصد احتمال معانی متعدد را و به طور دقیق احتمال دو معنی را داشته باشد؛ یعنی: اینکه حایز حیات را به حساب خود کسب می نماید و یا به حساب غیر و یا هم به حساب خود و غیر طور مشترک. به عنوان مثال، عینی مشاعاً بین شرکاء قرار دارد و یکی از شرکاء آن را در حیات خود طور مشاع قرار می دهد و بعداً به حیات متذکره استناد نموده و ادعای حیات به حساب خود را می نماید، در حالی که اعمال مادی که شریک توسط آن عین را در حیات دارد از جمله اعمالی است که شریک آن را در مال مشترک مشاعاً انجام می دهد؛ یعنی: اینکه اعمال شریک در مال شایع مانند: اعمال مالک است در ملکیت مفروزه، اما با این تفاوت که شریک حایز، اعمال مذکور را به نیت شراکت انجام می دهد. پس، در صورتی که شریک مذکور ادعای حیات به حساب خالص خود را نماید و به حیات موجوده خود تمسک نماید. در این حالت، حیات محتمل دو حالت می باشد: اول اینکه حایز آن را به حساب خود در حیات داشته باشد و دیگری اینکه حایز عین را به حساب خود و حساب سایر شرکاء طور مشاع در حیات آورده باشد. بنابراین، حیات در این حالت، معیوب به عیب غموض و لبس بوده و موجب ایجاد آثار حقوقی نمی گردد.^{۳۵۹}

۶) حیات با حسن نیت و حیات با سوء نیت

در مورد حسن نیت و سوء نیت حایز در ق. م احکام معینی به ترتیب ذیل وجود دارد:

اول) چه وقت اعمال حایز با حسن نیت محسوب می گردد؟

طبق ماده ۲۲۷۶ فقره اول ق. م: «(۱) شخصی که بدون علم از تجاوز بر حق غیر، حایز حق گردد، دارای حسن نیت شناخته می شود، مگر اینکه این جهل او ناشی از خطاء فاحش باشد؛ و «(۲) اگر حایز شخصیت حکمی باشد، به نیت ممثل قانونی او اعتبار داده می شود.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد:

(۱) اصل این است که شخصی که بدون علم از تجاوز بر حق غیر، حایز حق گردد، دارای حسن نیت شناخته می شود. حسن نیت یکی از اصول حاکم بر قراردادها است. این اصل دو معنی دارد: نخست این که حسن نیت عبارت است از عدم قصد متعاقیدن مبنی بر نیرنگ و فریب همدیگر.^{۳۶۰} دوم این که حسن نیت عبارت است از اجرای مفاد تعهد بدون نیرنگ و فریب. طبق نص این ماده حایز حق، چه حق، حق ملکیت باشد و یا حق انتفاع و یا حق ارتفاق یا حق رهن حیازی یا حق مستأجر و غیره حقوق، با حسن نیت در صورتی محسوب می گردد که در حیات خویش معتقد به عدم تجاوز به حق غیر باشد.

به حیث مثال، هرگاه حایز حق ملکیت عین را به اعتقاد مالک بودن آن در حیات داشته باشد، حیات او با حسن نیت محسوب می گردد خواه این حایز بالفعل مالک باشد و یا نباشد و یا اینکه حایز حق در سایر حقوق غیر حق ملکیت معتقد به صاحب حق بودن خود نسبت به حق تحت حیات باشد خواه حایز مذکور صاحب حق باشد و یا نباشد. طور مثال، هرگاه احمد جنسی را از محمود به گمان اینکه او مالک جنس است خریداری نماید و آن را محمود قبض نماید، احمد حایز حق ملکیت گردیده و در حیات خود مادامی که معتقد به مالک بودن فروشنده باشد صاحب حسن نیت محسوب می گردد خواه فروشنده مالک حقیقی جنس مذکور باشد و یا نباشد.

۳۵۹. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، جلد (۹)، صص ۸۴۰-۸۶۱.
 ۳۶۰. بابک خسروی نیا (۱۳۹۱)، قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره دوم، پاییز و زمستان، ص ۹۱.

همچنین، در صورتی شخص جنس را به میراث ببرد، و یا اینکه برای او وصیت شده باشد و یا برایش هبه شده و یا اینکه به سبب شفعه حایز آن گردیده باشد در همه این موارد، حایز جنس تا زمانی با حسن نیت محسوب می شود که معتقد به مالک بودن مورث، وصیت کننده، واهب و فروشنده عقال مشفوعه باشد خواه در نفس الامر اشخاص مذکور مالک آن باشند و یا نباشند. همچنین، در صورتی که شخصی با شخص دیگر جهت مصلحت عقال خود به انتقال حق ارتفاق به عقال مذکور عقدی را منعقد نماید و یا اینکه مالی را به رهن حیازی بگیرد و یا عینی را اجاره نماید، در همه این احوال، شخص اول حایز حق ارتفاق، حق رهن حیازی، و حق مستأجر می گردد و تا زمانی که معتقد به مالک بودن شخص دوم باشد، در حیازت خویش با حسن نیت محسوب می گردد، خواه شخص دوم بالفعل مالک آن باشد و یا نباشد.

این مثال ها، قریب ترین تطبیق برای عبارت «شخص حایز از تجاوز بر حق غیر بی خبر باشد» می باشد. زیرا، تا زمانی که شخص در حیازت خود معتقد به ذیحق بودن در آن باشد، بدون شک «از تجاوز بر حق غیر بی خبر است». اما، عبارت فوق الذکر از تطبیقات متذکره مفهوم وسیع تر دارد. زیرا، گاهی حایز از تعدی بر حق غیر بی خبر بوده و در عین حال می داند که او در حق تحت حیازت خویش ذیحق نمی باشد.

نزدیک ترین مثال به این حالت را در استیلاء بر شی در میابیم طوری که شخص به اعتقاد اینکه مال منقول معین ملکیت هیچ فردی نمی باشد و آن را به قصد تملک به استیلاء در حیازت خود می آورد، در حالی که در حقیقت مال مذکور ملکیت کسی دیگری است. در این حالت، حایز شی منقول در حیازت خود به تعدی بر حق غیر بی خبر بوده، اما می داند که شی مذکور مال او نیست و باوجود این در حیازت مذکور با حسن نیت محسوب می گردد. زیرا، او از تعدی بر حق غیر بی خبر است. پس، ملاحظه می نمایم که باوجود بی خبری حایز از تعدی بر حق غیر ضروری نیست که او خود را در شی تحت حیازت ذیحق بداند، بلکه در اعتبار حسن نیت مهم این است که او در حیازت خود از تعدی بر حق غیر بی خبر باشد.

استثنای این اصل این است که جهل حایز ناشی از خطاء فاحش باشد. «جهل» در لغت به معنی نادانی و ناآگاهی است.^{۳۶۱} خطا در لغت به معنی اشتباه است. فاحش اسم فاعل از ریشه «فحش» گرفته شده است که در لغت به معنی بسیار، کثیر و زیاده از اندازه است.^{۳۶۲} طور مثال، در صورت خرید جنس از فروشنده که مالک حقیقی جنس نیست، خریدار می تواند که با اندک تأمل و دقت از حقیقت این راز کسب اطلاع نماید، اما باوجود این، بدون دقت و به طور بی باکانه اقدام به خرید می نماید. از این رو، در حیازت شی که از نزد غیر مالک خریداری نموده، مرتکب خطای بزرگ در بی خبری از اعتداء برحق غیر گردیده است. خطای بزرگ از ملحقات سوء نیت بوده اثبات سوء نیت کاری دشوار می باشد. زیرا، نیت امری است خفی.

بنابراین، این خطای جسیم من حیث قرینه آن تلقی می گردد و آن هم چنان قرینه ای که عکس آن غیر قابل اثبات عکس است. به حیث مثال، اگر احمد معروف به دزدی باشد و محمود یک عراده موتر را که قیمت آن چهار لک افغانی است از احمد یک لک افغانی خریداری نماید و حایز موتر گردد و به حسن نیت و بی خبری استناد نماید، بی خبری محمود ناشی از خطای فاحش محمود است. زیرا، در صورتی که محمود دقت و تحقیق نماید

361. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 2/ 9/ 2017).

۳۶۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۵۰.

در می یابد که احمد مالک حقیقی موثر نبوده است بلکه موثر مال مسروقه بوده است. بنابراین، در این فرض محمود دارای حسن نیست زیرا بی خبری او ناشی از خطا یا اشتباه فاحش محمود است.

همچنین، کسی که شی را از نزد شخصی که معروف به فساد یا مألوف به ارتکاب دزدی باشد، خریداری نماید و شی مذکور دارای چنان قیمت گران و هنگفت باشد که نصرت مالکیت آن از شخص فاسد بعید به نظر آید، حایز با سوء نیت محسوب می گردد خواه شی مذکور را خریده باشد و یا رهن گرفته باشد و یا طور ودیعت آن را قبول نموده باشد. دلیل سوء نیت حایز در این جا این است که هرچند طور قطعی ثابت نگردیده که حایز می دانست که جنس مذکور مال مسروقه است، اما او می توانست با اندکی تأمل و دقت نمودن در منبع آن بداند که مال مذکور محصول سرقت است. پس، بی خبری او اعتداء بر حق غیر نتیجه خطای جسیم او می باشد. کسی که بر جزء از زمین همسایه تجاوز نماید، در حالی که با اندک دقت و تأمل به آسانی می تواند تشخیص دهد که جزء مذکور ملکیت همسایه است، نه ملکیت او، نیز حایز با سوء نیت محسوب می گردد. زیرا، بی خبری او از تجاوز مذکور نتیجه غفلت جسیم او می باشد. اگر حایز در ابتداء دارای حسن نیت باشد، و بعداً بداند که عین تحت حیات او ملکیت غیر است. پس، حیات او از حین دانستن با سوء نیت محسوب می گردد.

(۲) در صورتی که حایز شخص معنوی مانند: جمعیت یا شرکت باشد، چون شخصیت حکمی دارای نیت نیست. بنابراین، قانون نیت ممثل، مانند: مدیر یا رئیس شخصیت حکمی را اعتبار داده است. در نتیجه، اگر ممثل شرکت به نحوی که گذشت دارای حسن نیت باشد، شخص حکمی نیز دارای حسن نیت تلقی می گردد و همچنین است عکس این.

به حیث مثال، هرگاه احمد نماینده یکی از ادارات دولتی یا شرکت خصوصی ده پایه تلویزیون از فروشگاه محمود خریداری نماید و محمود تعهد نماید تا تلویزیون ها را به درب منزل اداره یا شرکت خریدار تسلیم وی نماید و نماینده فروشگاه در اثر اشتباه تلویزیون را به درب منزل اداره دیگر یا شرکت دیگر تسلیم وی نماید و شخص دریافت کننده به رغم دانستن این که مستحق دریافت آن نیست، آن را دریافت کند، دارای سوء نیت تلقی می گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حیات با حسن نیت و استثنای آن است.

دوم) حسن نیت حایز همیشه مفروض است

طبق ماده ۲۲۷۶ فقره سوم ق. م: «(۳) موجودیت حسن نیت همیشه فرض کرده می شود، مگر اینکه دلیلی به نفی آن اقامه شود.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که از حایز مطالبه اثبات حسن نیت او را نمی توان کرد. زیرا، اصل این است که دائماً حایز با حسن نیت می باشد. استثنای این اصل این است که خصم عکس آن را ثابت نماید. سبب افتراض حسن نیت نسبت به حایز این است که چنانچه در اغلب احوال مشاهده می شود، حایز شی مالک آن می باشد و کسی که حق ملکیت سایر حقوق را استفاده می نماید، صاحب آن حق می باشد.

بنابراین، ق. م ابتداءً بنابر اغلب احوال حسن نیت را فرض نموده است. اما، این فرض تا زمانی قائم می باشد که مدعی عکس آن را ثابت ننماید؛ یعنی: مدعی سوء نیت حایز را ثابت نماید. پس، تکلیف اثبات سوء نیت حایز بر عهده مدعی آن است. طور مثال، مالک حقیقی باغ علیه حایز آن دعوی استحقاق را اقامه نموده و مطالبه رد عین و ثمر مقبوضه را از حایز می نماید. در این حالت، حایز مکلف به اثبات حسن نیت خود نمی گردد. زیرا، حسن نیت حایز همیشه مفروض است، بلکه بر مالک لازم است که سوء نیت حایز را ثابت نماید تا بتواند میوه های

مقبوضه را از حایز مسترد نماید و نیز بر مالک لازم است تا ثابت نماید که حایز حین حیازت می دانست و یا باید می دانست که بر حق ملکیت غیر تجاوز می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد مقداری از زمین محمود همسایه اش را به تصور این که زمین از آن احمد است به زمین خویش یکجا نماید، احمد با حسن نیت تلقی می گردد. اما، در صورتی که محمود با ارایه سند یا شهود ثابت نماید که زمین از آن محمود است، احمد با سوء نیت ثابت می گردد. ارایه وسایل اثبات و اثبات سوء نیت احمد بر عهده محمود است. دلیل این قاعده، قاعده عمومی وسایل اثبات بر عهده مدعی است به نظر می رسد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حیازت با حسن نیت و استثنای آن است.

سوم) چه وقت حایز باوجود اعتقاد به ذیحق بودن با سوء نیت محسوب می گردد؟

طبق ماده ۲۲۷۷ ق.م: «حسن نیت وقتی نفی می شود که حایز بداند که حیازت او تعرض بر حق غیر می باشد، یا اینکه عیوب حیازت او بر اساس اخطار یا صورت دعوی مدعی به او ابلاغ شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) حسن نیت وقتی نفی می شود که حایز بداند که حیازت او تعرض بر حق غیر می باشد. تعرض از ریشه «عرض» گرفته شده است که به معنای طلب و مزاحمت کردن است.^{۳۶۳} به حیث مثال، دزد در قبال مال دزدی شده حایز با سوء نیت محسوب می گردد. زیرا، او حین سرقت می داند که بر حق مالک تجاوز می نماید. همچنین، غصب کننده مال غیر خواه مال منقول باشد و یا عقار حایز با سوء نیت پنداشته می شود. زیرا، او حین غصب مال غیر می داند که بر حق غیر تجاوز می نماید و همینطور است کسی که مال مفقود شده را می یابد و آن را به استیلاء و غلبه حایز می گردد و آن را به همه ابلاغ نمی نماید، حایز با سوء نیت دانسته می شود. زیرا، او می داند که او مالک آن مال نیست و احتمال دارد که مال مذکور مالک داشته باشد.

پس، او حین حیازت خود می داند که حیازت او اعتداء بر حق غیر است. همچنین، کسی که مال دزدی را در حالی که به دزدی بودن آن علم دارد مخفی نماید، حایز با سوء نیت پنداشته می شود. زیرا، حین حیازت، او می داند که بر حق غیر تجاوز می نماید. همچنین، کسی که بر زمین همسایه تجاوز نموده و قسمتی از آن را در زمین خود مدغم می نماید، حایز با سوء نیت می باشد مشروط بر اینکه جزء مذکور ملکیت او نباشد. زیرا، او در این حالت می داند که بر حق همسایه تجاوز می نماید. کسی که جنسی را از فروشنده که مالک آن جنس نیست، خریداری نموده و قبض نماید، در حالی که خریدار می داند که فروشنده مالک آن نیست، در این حالت حایز دارای سوء نیت است. زیرا، خریدار می داند که ملکیت جنس به او انتقال نموده است او در حیازت خود برحق مالک تجاوز می نماید و یا کسی که در ترکه مورث خود جنسی را مشاهده می نماید و می داند که آن جنس ملکیت مورث او نمی باشد، اما آن را ضمن ترکه نموده و قبض می نماید، حایز با سوء نیت پنداشته می شود. زیرا، او می داند که بر حق مالک جنس مذکور تجاوز می نماید.

۲) حسن نیت وقتی نفی می شود عیوب حیازت حایز بر اساس اخطار یا صورت دعوی مدعی به او ابلاغ شود. تعریف اخطار گذشت. صورت دعوی عبارت است از سند حقوقی است که شخص متضرر یا خائنوال توسط آن حق خود یا حق اجتماع را از محکمه می خواهد. مدعی اسم فاعل از ریشه «دعو» گرفته شده است که در

لغت به معنی دعوی کننده، ادعا کننده، خواهان و خواهنده است.^{۳۶۴} در اصطلاح حقوقی طبق ماده ۶ ق. ا. م. م: «شخصی که حق را می خواهد مدعی است [...]».

به حیث مثال، هرگاه احمد زمینی را به این تصور که مالک است تحت ید داشته باشد و محمود ادعا نماید که زمین از آن محمود است و دعوی محمود علیه احمد توسط ابلاغیه محکمه اعلان شود که حق تحت حیات او حق نبوده و مدعی رد آن را مطالبه می نماید، از حین اعلان ابلاغیه متذکره احمد با سوء نیت محسوب می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۲۷۷ ق. م احصای حالاتی است که حایز دارای سوء نیت تلقی می گردد.

طبق ماده ۲۲۹۲ ق. م: «حایزی که دارای سوء نیت باشد، از تاریخ به میان آمدن نیت سوء از تمامی ثمری که قبض نموده و یا در قبض آن تقصیر به عمل آورده است، مسؤول پنداشته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) حایزی که دارای سوء نیت باشد، از تاریخ به میان آمدن نیت سوء از تمامی ثمری که قبض نموده مسئول پنداشته می شود. ثمر در لغت به معنی میوه درخت است.^{۳۶۵} به حیث مثال، هرگاه احمد باغی را به این تصور که مالک است تحت ید داشته باشد و محمود ادعا نماید که باغ از آن محمود است و دعوی محمود علیه احمد توسط ابلاغیه محکمه اعلان شود که حق تحت حیات او حق نبوده و مدعی رد آن را مطالبه می نماید، از حین اعلان ابلاغیه متذکره احمد با سوء نیت محسوب می گردد. در این مثال، از تاریخ ایجاد و احراز سوء نیت حایز، تمام میوه های را که احمد از زمین و باغ قبض یا اخذ نموده است باید رد نماید. بنابراین، در صورتی که محمود ثابت نماید باغ از آن او است، احمد مکلف به رد باغ و میوه های باغ به محمود است.

(۲) حایزی که دارای سوء نیت باشد، از تاریخ به میان آمدن نیت سوء در قبض ثمری که تقصیر به عمل آورده است، مسؤول پنداشته می شود. قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است.^{۳۶۶} تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که جمع آن قصور است و به معنای اهمال و کاستی است.^{۳۶۷} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۳۶۸}

به حیث مثال، هرگاه احمد باغی را به این تصور که مالک است تحت ید داشته باشد و محمود ادعا نماید که باغ از آن محمود است و دعوی محمود علیه احمد توسط ابلاغیه محکمه اعلان شود که حق تحت حیات او حق نبوده و مدعی رد آن را مطالبه می نماید، از حین اعلان ابلاغیه متذکره احمد با سوء نیت محسوب می گردد. در این مثال، از تاریخ ایجاد و احراز سوء نیت حایز، احمد از تقصیری که در خصوص قبض میوه ها به عمل آورده است، مسؤولیت مدنی غیرقراردادی دارد. در صورتی که محمود ثابت نماید باغ از آن او است، احمد مکلف به رد باغ و از بین رفتن میوه های که در اثر تقصیر احمد از بین رفته اند می باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم احراز سوء نیت حایز است.

۳۶۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۶۹.

۳۶۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۷۷۴.

۳۶۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۰۲.

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

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

چهارم) بقای حیات به صفت موجود حین کسب تا زمانی که دلیل عکس آن قایم گردد

طبق ماده ۲۲۷۸ ق.م: «حیازت کماکان به همان وصفی که ابتداء زمان کسب به وجود آمده باقی می ماند، تا اینکه دلیل عکس آن موجود شود.» طبق نص این ماده اگر کسی حیازت را با حسن نیت کسب نماید، در حالی که فرض اصلی در حیازت نیز حسن نیت است، پس حیازت مذکور با حسن نیت باقی می ماند تا زمانی صاحب حق سوء نیت حایز را ثابت نماید. هرگاه ثابت گردد که حایز با سوء نیت است. پس، او با سوء نیت باقی می ماند و حیازت او با همین صفت به ورثه او انتقال می نماید و وارث مانند مؤثر با سوء نیت می باشد مگر اینکه حسن نیت خود را به اثبات برساند.^{۳۶۹}

به حیث مثال، اگر احمد مقداری از زمین محمود همسایه اش را به تصور این که زمین از آن احمد است به زمین خویش یکجا نماید، احمد با حسن نیت تلقی می گردد و این حسن نیت به حالت قبلی باقی می ماند. اما، در صورتی که محمود با ارایه سند یا شهود ثابت نماید که زمین از آن محمود است، احمد با سوء نیت ثابت می گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم بقای حیازت به حالت قبلی است.

۷) انتقال حیازت

منظور از انتقال حیازت این است که بدون انقطاع بین حیازت قبلی و لاحق طور متصل بدون اینکه حیازت لاحق حیازت جدید محسوب گردد، انتقال سیطره از حایز به حایز دیگر صورت گیرد. بدیهی است که این گونه اتصال مستلزم ضم مدت حیازت سابق به مدت حیازت لاحق بوده حیازت سابق را مستمر می سازد. بنابراین، در حیازت مال منقول از طریق استیلاء مانند: دریافت مال منقول در محلی، در صورتی که مالک مال معلوم نباشد انتقال وجود ندارد. زیرا، قبل از دریافت، مال مذکور در حیازت کسی قرار نداشت.

همچنین، کسب حیازت از نزد حایز از طریق غصب و یا اکراه انتقال حیازت محسوب نمی شود. زیرا، غاصب و یا استعمال کننده اکراه (مُکَرِه) حیازت جدید را آغاز نموده که هیچ اتصالی قبلی با مدت حیازت که از طریق غصب یا اکراه کسب گردیده ضم نمی گردد. انتقال حیازت از طریق موافقه طرفین ممکن است صورت پذیرد. به ترتیبی که: حایز سابق با حایز جدید بر انتقال حیازت موافقه نمایند خواه حایز سابق مالک شی باشد و یا نباشد، چنانچه بایع با مشتری بر انتقال حیازت مبیعه اتفاق نمایند یا ورثه با موصی له راجع به انتقال حیازت مال معین از اموال متروکه موافقه نمایند که این را انتقال حیازت به خلف خاص می نامند. انتقال حیازت به خلف خاص یا قایم مقام خاص با موافقه بین طرفین به نحوی که تسلیم شی را در قبال داشته باشد، صورت می گیرد. تسلیم شی نیز طبق ق.م یا مادی است و یا معنوی که هر یک را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

اول) انتقال مادی حیازت

طبق ماده ۲۲۶۱ ق.م: «حیازت از شخص حایز به شخص دیگر، در صورتی انتقال می نماید که طرفین به آن موافقه نموده و شخص مذکور اهلیت تصاحب را بر شی یا حقوق مورد حیازت دارا باشد.» تصاحب در لغت به معنی صاحب و مالک شدن، در تصرف خود در آوردن، تملک، تصرف، دستاندازی، غصب و دزدی است.^{۳۷۰} طبق نص این ماده حیازت از حایز به شخص دیگر در صورت توافق طرفین مشروط بر این که طرفی که به او حیازت منتقل می شود اهلیت داشته باشد منتقل می شود. بنابراین، برای انتقال حیازت از یک شخص به

۳۶۹. جهت مطالعه بیشتر ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۶۱-۸۷۳.

(آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 370.

شخص دیگر دو شرط وجود دارد. اول این که حيازت به توافق طرفین صورت بگیرد. دوم این که شخصی که به او حيازت منتقل می شود اهلیت داشته باشد مانند انتقال حيازت مبیعه از بايع به مشتری. زیرا، مشتری خلف خاص یا قایم خاص بايع نه تنها در قسمت انتقال ملکیت، بلکه در انتقال حيازت نیز می باشد و بايع ملزم به تسلیم مبیعه به مشتری یعنی انتقال حيازت مبیعه به مشتری می باشد. تسلیم مادی یا عملی دارای دو عنصر است:

(۱) تحت تصرف قرار دادن مبیعه به مشتری به شرط قادر بودن مشتری به حيازت مبیعه و انتفاع گرفتن از آن بدون مانع می باشد نه اینکه مشتری عملاً انتفاع و حيازت را انجام دهد. به همین دلیل، هرگاه بايع زمینه انتفاع و حيازت مادی را به مشتری مساعد نماید، گویی مسؤولیت خود به تسلیم مبیعه را انجام داده است.

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

به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به فروش رساند، حيازت و مالکیت باغ از احمد به محمود منتقل می شود. در این مثال، حيازت از طریق عقد صورت گرفته است و بر عقد احمد و محمود توافق نموده اند. همچنین، در این مثال، محمود اهلیت صاحب شدن باغ را که عبارت از بالغ و عاقل بودن است دارد. همچنین، اگر احمد کامپیوتر خویش را به محمود هبه نماید، حيازت کامپیوتر از احمد به محمود منتقل می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتقال حيازت از یک شخص به شخص دیگر است.

دوم) انتقال معنوی حيازت یا تسلیم حکمی

طبق ماده ۲۲۶۲ ق.م: «انتقال حيازت بدون تسلیم مادی هم جواز دارد. در صورتی که حایز به ذوالیدی خود به حساب کسی که از او نیابت می کند، دوام دهد یا شخصی که به او انتقال حيازت می شود، به حساب خود به ذوالیدی ادامه دهد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) انتقال حيازت بدون تسلیم مادی هم جواز دارد. تسلیم ممکن است مادی باشد، مانند اینکه: مودع ودیعه را به مودع تسلیم نماید و یا حکمی، مانند اینکه: ودیعه نزد مودع قبل از عقد ایداع از طریق اجاره، عاریت، رهن حيازی و امثال اینها موجود باشد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد موتر خویش را به محمود به ودیعه بدهد، محمود مکلف است موتر را تسلیم شود. تسلیم موتر در این مثال، تسلیم حقیقی است. اما، اگر موتر را قبلاً جمشید از احمد به رهن گرفته و به محمود به عنوان امین تسلیم نموده باشد، محمود حکماً شی محل ودیعه را تسلیم شده است. در این مثال، احمد حکماً موتر را به جمشید تسلیم نموده است.

همچنین، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و خانه به رهن رسمی به جمشید در برابر دین خویش داده باشد، در صورتی که احمد دین جمشید را پرداخت نماید، مانع از فرا راه محمود رفع می شود و رفع مانع قبض حکمی مبیعه توسط محمود تلقی می شود. همچنین، اگر احمد خانه محمود را به اجاره گرفته باشد

و سپس احمد و محمود توافق نمایند تا محمود خانه را به احمد به فروش رساند، محمود ضرورت به تسلیم خانه به محمود ندارد. زیرا، احمد خانه را تحت ید دارد و تسلیم حکمی تلقی می شود.

۲) در صورتی که حایز به ذوالیدی خود به حساب کسی که از او نیابت می کند، دوام دهد یا شخصی که به او انتقال حیات می شود، به حساب خود به ذوالیدی ادامه دهد. ذوالید مرکب از دو کلمه «ذو» و «ید» که به معنای دارنده دست و دست دارنده است. در فقه به کسی که حق تصرف در املاک و اعیان را دارد، ذوالید می گویند.^{۳۷۱}

نایب در لغت به معنی جانشین، نماینده و قائم مقام است. در اصطلاح حقوقی نایب شخصی است که از شخص دیگر نیابت می کند. به حیث مثال، در صورتی که موثر احمد نزد وکیل محمود وجود داشته باشد و محمود موثر را خریداری نماید، وکیل محمود موثر را حکماً تحت حیات دارد و نیاز به حیات جدید نیست. در این مثال، وکیل محمود نایب محمود است و به نیابت از محمود موثر را حکماً تحت حیات دارد. همچنین، در صورتی که قالین احمد نزد محمود باشد و محمود قالین را از احمد خریداری نماید، حیات بر قالین حکماً از احمد به محمود منتقل می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز حیات حکمی به اصیل و نایب اصیل است.

۸) زوال حیات

طبق ماده ۲۲۶۶ ق. م: «هرگاه حایز از تسلط فعلی خود بر شی یا حق منصرف گردد و یا این تسلط را به طریقه دیگری از دست بدهد، حیات زایل می گردد». از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که حیات با زوال عنصر مادی آن که عبارت از سیطره مادی حایز بر شی است، زایل می گردد. همچنین، حیات با زوال عنصر معنوی آن که عبارت از قصد استعمال حق یا شی به حساب حایز است، نیز زایل می گردد. زیرا، در صورت فقدان یکی از دو عنصر مادی یا معنوی حیات یک رکن و یا یک قوه مستنده خود را از دست می دهد و موجب زوال حیات می گردد:

اول) زوال حیات با فقدان هر دو عنصر آن

در صورتی که حایز هر دو عنصر مادی و معنوی حیات را از دست بدهد، حیات او بر شی زایل می گردد و این امر در دو حالات ذیل متحقق می گردد:

۱) **حالت اول:** با موافقه حایز اول «سلف» با خلف خاص در انتقال حیات به نحوی که حایز با خلف خاص خود موافقه نماید که حیات حقی که مورد استفاده او است پس از این به خلف خاص انتقال نماید و عملاً انتقال صورت گیرد، که در این صورت، حایز اول یا سلف عنصر مادی یا سیطره عملی خویش را بر حق و هم عنصر معنوی که قصد استعمال به حساب او است را از دست داده و در نتیجه حیات وی زایل می گردد و خلف خاص حیات جدید و مستقل از حیات قبلی سلف را آغاز می نماید. به حیث مثال، اگر احمد گوسفندان خویش را به محمود به فروش رساند، حیات احمد بر گوسفندان از احمد به محمود منتقل می شود. احمد در این مثال حایز یا سلف و محمود خلف خاص یا قائم مقام است. در این مثال، احمد از طریق عقد تسلط و حیات بر گوسفندان را به محمود منتقل نموده است.

(۲) حالت دوم: تنها با اراده شخص حایز چنانچه حایز با اراده خود از حيازت شی دست بردارد و آن را ترک نماید که با این عمل خود سیطره مادی بر شی و هم قصد استعمال آن به حساب خود یعنی هر دو عنصر مادی و معنوی را از دست می دهد و در نتیجه حيازت او زایل می گردد. بنابراین، در صورتی که شی تحت حيازت، عقار باشد حيازت زایل گردیده، اما ملکیت عقار نزد او باقی می ماند. اگر شی مذکور منقول باشد، حيازت و ملکیت حایز باهم یکجا زایل می گردند مشروط بر اینکه حایز قصد ترک و فقدان ملکیت را نموده باشد.

به حیث مثال، هرگاه حمیده مال منقول خود را در سر راه یا در صندوق یا محلی که برای اشیای بیکاره اختصاص داده شده، بی اندازد، و یا در زمین خود خندقی حفر نماید و یا جوی و یا حوض را پاک نماید و خاک و گل را از آن بیرون نماید و بر سر راه بی اندازد، همه این اموال منقول، اموال متروک شده و بدون مالک تلقی می گردند. زیرا، مالک به قصد نزول از حيازت، آنها را در این محلات ترک نموده است. در این مثال، حمیده از تسلطی که بر اموال دارد منصرف می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتقال حيازت است که یا در اثر توافق دو حایز صورت می گیرد یا در اثر انصراف.

دوم) زوال حيازت تنها با فقدان عنصر مادی و به صورت مؤقت

گاهی نیز حایز تنها سیطره مادی بر شی تحت حيازت خود را از دست داده و حيازت او زایل می گردد، در حالی که هنوز عنصر معنوی که عبارت از قصد استعمال شی به حساب خود او است، نزد او باقی است، اما تنها وجود قصد بدون وجود سیطره مادی و عملی کدام سودی ندارد. حایز سیطره مادی بر شی را در حالات مختلف از دست داده می تواند، طوری که شخص شی تحت حيازت او را غصب نماید و یا اینکه آن را سرقت نماید و یا آن را ضایع و تلف نماید در صورتی که شی منقول باشد. به عنوان مثال، شخصی زمین تحت حيازت حایز را غصب نماید یا مال و متاع منقول او را سرقت نموده و یا زیورات و دیگر اشیای قابل ضیاع او را ضایع نماید و یا اینکه حیوان تحت حيازت او را از قید ربسمان رها نماید و در نتیجه حیوان فرار نماید.

در فرضیه ها و مثال های فوق، حایز حيازت اشیای مذکور را با فقدان سیطره مادی بر آنها از دست می دهد هرچند عنصر معنوی یا قصد نزد او موجود باشد. زیرا، هرگاه یک عنصر از دو عنصر حيازت زایل گردد سبب زوال مادی حيازت می گردد. در فقدان سیطره مادی تفاوتی بین تنازل از حيازت شی و غیر تنازل ملاحظه می گردد و آن طوری است که هرگاه حایز از حيازت شی تنازل نماید و آن را به اختیار خود ترک نماید، در این صورت، می بینیم که حایز در پهلوی فقدان سیطره مادی عنصر معنوی یعنی قصد را نیز از دست می دهد و حيازت او با زوال هر دو عنصر زایل می گردد، اما در غیر صورت تنازل چنین نیست. زیرا، در صورت غصب، می بینیم که حایز قبلی سیطره مادی بر شی را از دست داده و صرف با فقدان همان سیطره حيازت مادی او زایل می گردد و شخص غاصب حيازت جدید را آغاز می نماید.

همچنین، در صورت سرقت، حایز قبلی حيازت مال مسروقه را از دست داده و شخص سارق حایز جدید آن محسوب می گردد. اما، در صورت ضایع شدن مال باوجودی که حایز حيازت یا سیطره مادی بر مال ضایع شده را از دست می دهد، اما مال تحت حيازت شخصی دیگری نیز قرار نمی گیرد و همچنین در صورتی که شخصی حیوان تحت حيازت را رها کند و حیوان از حيازت و سیطره مادی شخص حایز خارج گردد اگرچه حيازت او زایل گردیده، اما حیوان رها شده در حيازت جدید شخص دیگر نیز نمی باشد، بلکه هنوز در ملکیت حایز قبلی بوده و هنوز عنصر معنوی حيازت نزد او موجود است.

در خصوص از دست دادن حيازت به صورت مؤقت ماده ۲۲۶۷ ق. م حُکم می نماید: «حيازت به اثر مانع مؤقت از بين نمی رود، مگر اينکه مانع مذکور مدت يك سال کامل ادامه پیدا کرده و نتیجه حيازت جدیدی باشد که به خلاف اراده حایز یا بدون علم او واقع شده باشد. آغاز سال در حالی که حيازت به صورت عینی واقع شده باشد، از تاریخ آغاز حيازت جدید و در حالی که به صورت خفیه واقع شده باشد، از تاریخ علم حایز اول به آن حساب می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) حيازت به اثر مانع مؤقت از بين نمی رود. مانع اسم فاعل از ریشه «منع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازدارنده، حایل میان دو چیز، جلوگیری کننده، و جلوگیری است^{۳۷۲} در اصطلاح فقهی مانع عبارت هر چیزی است که از تحقق یافتن چیز دیگری جلوگیری کند.^{۳۷۳}

منظور از مانع مؤقت که بر سيطرة عملی حایز وارد می گردد، موانع طبیعی و یا دیگر آفات غلبه کننده است که بر شی تحت حيازت وارد می گردد و سبب تأخیر استفاده حایز از آن می گردد و در عین حال از بين رفتن و رفع آن در مدت کوتاه متوقع می باشد، چنانچه کثرت فیضان آب، زمین مزروعی حایز را برای مدت کوتاه پوشانیده آن را غیر قابل استفاده سازد که در این فرضیه حيازت با فقدان مؤقتی سيطرة مادی بر زمین زایل نمی گردد، بلکه حيازت شخص حتی در زمانی که زمین بر اثر سیر آبی تحت آب شده باشد، نیز باقی می ماند. به حیث مثال، اگر زمین های احمد در در کنار دریا موقعیت داشته باشد و در اثر آب خیزی زمین ها زیر آب شود، احمد مؤقتاً حيازت بر زمین ها را از دست می دهد.

(۲) استثنای قاعده فوق این است که مانع مذکور مدت يك سال کامل ادامه پیدا کرده و نتیجه حيازت جدیدی باشد که به خلاف اراده حایز یا بدون علم او واقع شده باشد. به حیث مثال، در صورتی زمین تحت آب بحر و یا انهار برای مدت غیر مؤقت قرار گیرد و حایز سيطرة مادی بر آن را از دست بدهد، در این صورت، چون مانع مذکور غیر مؤقت بوده است و سبب زوال حيازت حایز می گردد.

(۳) آغاز سال در حالی که حيازت به صورت عینی واقع شده باشد، از تاریخ آغاز حيازت جدید به آن حساب می شود. به حیث مثال، در صورتی زمین احمد تحت آب بحر و یا انهار برای مدت غیر مؤقت قرار گیرد و احمد سيطرة مادی بر آن را از دست بدهد، آغاز سال از زمان تحت آب شدن زمین شروع می شود.

(۴) آغاز سال در حالی که حيازت به صورت خفیه واقع شده باشد، از تاریخ علم حایز اول به آن حساب می شود. به حیث مثال، در مواردی که عقار حایز در صورت علم و آگاهی، یا بدون علم او مورد غصب قرار می گیرد، حيازت مالک زایل می گردد، اما ملکیت او هنوز بر مال مغصوبه قایم می باشد. از این رو، می تواند استرداد آن را در خلال مدت یک سال از حین غصب در صورت علم و یا از حین آگاهی به غصب در صورتی که غصب طور خفیه صورت گرفته باشد، توسط دعاوی حمایتی حيازت، مطالبه نماید و این مطالبه و استرداد حایز من حیث اثر رجعی حيازت دلیل بقای آن حتی در زمان غصب آن می باشد. اگر در مدت متذکره حایز استرداد آن را مطالبه ننمود، حيازت او به سبب فقدان سيطرة مادی از حین غصب آن زایل می گردد. به حیث مثال، اگر احمد مال محمود به صورت خفیه بگیرد، آغاز سال از تاریخی که محمود مال را گرفته است آغاز می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از دست دادن حيازت است.

سوم) زوال حيازت با زوال عنصر معنوی و رجوع از اباحت مال

حيازت صرف با زوال عنصر معنوی آن نیز زایل می شود، در حالی که عنصر مادی حيازت هنوز نزد حایز موجود می باشد. این فرضیه در صورتی متحقق می گردد که حایز استعمال شی به حساب خود را از دست داده، اما عملاً شی را در حيازت داشته باشد و به حساب غیر آن را حایز باشد طوری که بایع مبیعه را به مشتری به فروش رساند و بعداً با موافقه مشتری حيازت مادی مبیعه را به اساس عقد اجاره و یا سایر عقود به حساب مشتری نزد خود نگهدارد که این حالت اگرچه سیطره مادی و یا عنصر مادی حيازت باقی است، اما عنصر معنوی که عبارت از قصد استعمال شی به حساب شخص حایز است از بین می رود و در نتیجه حيازت اصلی حایز به حيازت عرضی منقلب می گردد.^{۳۷۴}

طبق ماده ۲۲۵۷ ق. م: «کسی که چیزی را مباح سازد، می تواند از آن رجوع نماید. این اباحت دلیل عدم حيازت شخص مباح کننده شناخته نمی شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) کسی که چیزی را مباح سازد، می تواند از آن رجوع نماید. مباح در لغت اسم مفعول از ریشه «بوح» گرفته شده است که در لغت به معنی جایز، روا، آشکار و روشن است.^{۳۷۵} در اصطلاح فقهی از نقطه نظر اسباب کسب ملکیت مباح مالی است که ملکیت شخص معین نباشد و مانع شرعی در رابطه به تملک آن وجود نداشته باشد مانند: آب، شکار خشکه و بحر، علفی که در جنگل روییده و امثال اینها.^{۳۷۶} رجوع از ریشه «رجع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، عودت و بازگشتن است.^{۳۷۷} مثال های این قاعده قرار ذیل است:

۱- اگر خرگوش خویش را رها نماید، خرگوش به مال مباح تبدیل می شود. احمد می تواند دوباره خرگوش را بگیرد. گرفتن دوباره خرگوش توسط احمد رجوع از اباحت است.

۲- اگر احمد در آپارتمان زندگی نماید و به قدر کافی در آپارتمان جای نداشته و کالا های کهنه، بوت و سایر اموالی را که ضرورت ندارد در خریطه پلاستیکی بگذارد و خریطه را در دهلیز می بگذارد، اموال داخل خریطه به مال مباح تبدیل می شود. در صورتی که احمد دوباره خریطه را بگیرد، عمل احمد رجوع از اباحت است.

۳- اگر حمیده اشیایی را که برای وی دیگر ذی نفع نباشد، در راه و یا در زباله دانی بی اندازد، مال به مال مباح تبدیل می شود. در صورتی که حمیده دوباره این اموال را بگیرد، عمل حمیده رجوع از اباحت است.

۲) این اباحت دلیل عدم حيازت شخص مباح کننده شناخته نمی شود. اباحت از ریشه «بوح» گرفته شده است که به معنای مباح کردن، حلال کردن، جایز داشتن، روا شمردن، حلیت و جواز است.^{۳۷۸} در اصطلاح فقهی اباحت عبارت از اذن به استهلاک و یا استعمال شی مانند اذن به تناول طعام و یا میوه می باشد.^{۳۷۹}

۳۷۴. جهت مطالعه بیشتر ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۹۷-۹۰۳.

۳۷۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۶۸۴. ۳۷۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۰۲؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۸-۱۹۶۷م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۴۰. ۳۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۱۷ و ۱۰۱۸.

۳۷۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۲۵. ۳۷۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۵۵۳؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۵.

به حیث مثال، در مثال های بالا، رها کردن خرگوش، گذاشتن اموال در خریطه پلاستیکی، انداختن اشیاء در زباله دانی و نظیر اینها دلیل بر عدم حیات مالک بر اموال او نیست. بنابراین، مالک هنوز بر اموال خویش حیات دارد و می تواند از آن به گونه که تفصیل آن در مبحث اعراض و صرف نظر نمودن از ملکیت گذشت، صرف نظر نماید یا به اموال رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز اباحه اموال و پیش بینی حکم آن است.

ج) حمایت حیات

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

۱) دعوی استرداد حیات

طبق ماده ۲۲۶۸ ق. م: «(۱) هرگاه شخصی حیات عقار را از دست بدهد، می تواند در خلال يك سال بعد از فقدان حیات رد آن را مطالبه نماید. در صورتی که فقدان حیات طور خفیه به عمل آمده باشد، شروع سال از تاریخ کشف فقدان حیات شروع می شود. (۲) شخصی که به صورت نیابت از غیر حیات را به دست داشته باشد، نیز می تواند رد حیات را مطالبه نماید.»، از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) هرگاه شخصی حیات عقار را از دست بدهد، می تواند در خلال يك سال بعد از فقدان حیات رد آن را مطالبه نماید. فقدان در لغت به معنی نبود است. رد در لغت به معنای اعاده و رجوع است.^{۳۸۰} همچنین، رد در لغت به معنی پس دادن، باز گرداندن و باز دادن است.^{۳۸۱} به حیث مثال، اگر احمد بر ده جریب زمین، خانه و آپارتمان حیات داشته باشد و محمود زمین، خانه و آپارتمان محمود را غصب نماید و حیات احمد بر خانه، زمین و آپارتمان را از بین ببرد، احمد می تواند در خلال مدت یک سال بخاطر استرداد حیات علیه محمود در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. در صورت عدم اقامه دعوی، حق ادعای احمد تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. محکمه ذیصلاح در این مثال، محکمه ای است که عقار در حوزه قضایی آن موقعیت دارد.

۲) در صورتی که فقدان حیات طور خفیه به عمل آمده باشد، شروع سال از تاریخ کشف فقدان حیات شروع می شود. خفیه در لغت به معنی پنهان و غیر آشکار است. اخفاء در لغت به معنی پنهان کردن است. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را طور خفیه یا پنهان بگیرد و بر احمد آشکارا شود که محمود موتر او را گرفته است، از تاریخی که احمد نسبت به گرفتن موتر آگاه می شود، می تواند الی مدت یک سال بخاطر استرداد موتر علیه محمود اقامه دعوی نماید.

از آنچه گفته شد، نتیجه گرفته می شود که در صورتی که حیات شخصی از ید او منتزع گردد، ق. م به حایز حق داده است تا در مدت یک سال دعوی استرداد حیات را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. بنابراین، مدعی در دعوی حیات حایز عقار است. بر مدعی لازم است تا ثابت نماید که هنگامی که حیات از ملکیت او کشیده

۳۸۰. صلاح سلطان (____). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۱۵۵ (۹ حوت ۱۳۹۸ ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.

شد، حایز عقار بود و حيازت او نیز حيازت عاری از عیوب، مستمر، علنی و غیر غامض بوده است به نحوی که تفصیل آن گذشت.

۳) شخصی که به صورت نیابت از غیر حيازت را به دست داشته باشد، نیز می تواند رد حيازت را مطالبه نماید. تعریف نیابت گذشت. تفصیل حيازت به حساب غیر گذشت. در دعوی استرداد حيازت ضروری نیست که حایز اصیل، یعنی حایز به حساب خود باشد. در نتیجه، حایز عرضی؛ یعنی: حایز به حساب غیر نیز می تواند در دعوی استرداد حيازت مدعی قرار گیرد و استرداد حيازت حق ملکیت را هنگامی که صاحب حق انتفاع، مرتهن رهن حيازی، مستأجر و غیره باشد مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود به اجاره بدهد، در اثر اجاره حيازت احمد بر موثر به محمود منتقل می شود. در صورتی که جمشید موثر را سرقت یا غصب نماید، موثر تحت حيازت جمشید قرار می گیرد. در این صورت، محمود می تواند رد حيازت را از جمشید مطالبه نماید. در صورتی که جمشید از رد حيازت به محمود امتناع ورزد، محمود می تواند علیه جمشید در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی رد حيازت نماید. در این مثال، محمود نیابت احمد است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم استرداد حيازت توسط اصیل و نیابت است.

مدعی علیه نیز در دعوی استرداد حيازت شخصی است که حيازت را از حيازت حایز بالقوه و یا از طریق غصب به صورت علنی کشیده باشد. بنابراین، عملی که از مدعی علیه صادر شده باید، واجد دو شرط باشد: اول اینکه عدوانی باشد و دوم اینکه عمل عدوانی بر عقراری که در حيازت حایز قرار دارد، واقع گردیده باشد. بر مدعی لازم است تا دعوی استرداد حيازت را در خلال مدت یک سال از زمان انتزاع حيازت در صورتی که انتزاع بالقوه و به صورت علنی باشد و حایز نیز به آن علم داشته باشد، اقامه نماید. اما، اگر انتزاع به صورت خفیه و بدون علم حایز صورت پذیرد، حایز می تواند در مدت یک سال بعد از آگاهی از انتزاع حيازت، در مورد استرداد آن اقامه دعوی نماید. در صورت عدم مطالبه استرداد حيازت در مدت یک سال، حق دعوی استرداد ساقط می گردد. باوجوداین، اگر حایز عقار در مدت یک سال جهت استرداد حيازت اقامه دعوی نماید، ق. م چند حالت را پیش بینی نموده است:

۱) اگر حایز در مدت کمتر از یک سال دعوی استرداد حيازت را اقامه نماید و حيازت خویش را مطابق قواعد عمومی اثبات ثابت نماید، قاضی باید به رد اصل عقار حکم خویش را صادر نماید.

۲) طبق ماده ۲۲۶۹ ق. م: «شخصی که هنگام از دست دادن حيازت کمتر از یک سال، حيازت را به دست داشته باشد، نمی تواند رد حيازت را از شخصی مطالبه نماید که حيازت او متکی به سند قانونی باشد.».

طبق نص این ماده اگر شخصی عقراری را برای مدت کمتر از یک سال تحت حيازت داشته باشد و سپس این عقار از حيازت او کشیده شود و شخصی که عقار را از دست وی کشیده است، دارای سند قانونی، مانند: قبالة شرعی و قانونی باشد، شخص اولی نمی تواند ملکیت را از حيازت شخصی دوم خارج نماید.

به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی را در خیرخانه برای مدت ده ماه تحت حيازت داشته باشد و سپس جمشید این زمین را از حيازت احمد خارج نماید و جمشید قبالة قانونی حویلی را در دست داشته باشد، احمد نمی تواند استرداد حيازت خانه را از جمشید مطالبه نماید. نص این ماده توجیه پذیر به نظر می رسد و به نظر می رسد که هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده روشن نیست.

۳) طبق ماده ۲۲۷۰ ق.م: «(۱) هرگاه هیچ يك از حایزین دارای سند قانونی نبوده یا اسناد آنها معادل یکدیگر باشد، ترجیح حیات به شخصی داده می شود که سند او تأریخ مقدم داشته باشد؛ و (۲) در حالت مندرج فقره فوق، اگر اسناد قانونی دارای عین تأریخ باشد، به حیازتی که از لحاظ تأریخ مقدم است، امتیاز داده می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- بند اول این ماده که می گوید: «هرگاه هیچ يك از حایزین دارای سند قانونی نبوده» مجمل یا کوتاه است و معنی درست را افاده نمی نماید. حایزین جمع حایز است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۲- هرگاه اسناد حایزین معادل یکدیگر باشد، ترجیح حیات به شخصی داده می شود که سند او تأریخ مقدم داشته باشد. به حیث مثال، اگر یک آپارتمان چهار اطاقه در مکروریان میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و هر دو سند قانونی برای اثبات آن ارایه نمایند، به سندی ترجیح داده می شود که تأریخ آن مقدم باشد. به حیث مثال، اگر در سند احمد تحریر شده باشد که احمد آپارتمان را در تأریخ اول حمل سال ۱۳۷۰ هجری شمسی از دولت خریداری نموده است و در سند محمود تحریر شده باشد که محمود آپارتمان را در تأریخ اول ثور سال ۱۳۷۰ هجری شمسی از دولت خریداری نموده است، محکمه مکلف است سند احمد را ترجیح دهد.

۳- در حالت مندرج فقره فوق، اگر اسناد قانونی دارای عین تأریخ باشد، به حیازتی که از لحاظ تأریخ مقدم است، امتیاز داده می شود. به حیث مثال، اگر یک آپارتمان چهار اطاقه در مکروریان میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و هر دو سند قانونی برای اثبات آن ارایه نمایند، به سندی ترجیح داده می شود که تأریخ آن مقدم باشد. به حیث مثال، اگر در سند احمد تحریر شده باشد که احمد آپارتمان را در تأریخ اول حمل سال ۱۳۷۰ هجری شمسی از دولت خریداری نموده است و در سند محمود تحریر شده باشد که محمود آپارتمان را در تأریخ اول ثور سال ۱۳۷۰ هجری شمسی از دولت خریداری نموده است، محکمه مکلف است سند احمد را ترجیح دهد. هرگاه هر دو سند دارای یک تأریخ باشند، در این صورت، باید ملاحظه گردد که اول احمد یا محمود آپارتمان را تحت حیات قرار داده است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ترجیح حیات بر اساس سند یا بر اساس تأریخ حیات است.

۳) طبق ماده ۲۲۷۱ ق.م: «حایز می تواند دعوی استرداد حیات را در خلال میعاد قانونی علیه کسی که حیات شی غصب شده باشد، کسب نموده است اقامه نماید گرچه شخص اخیر الذکر دارای حسن نیت باشد.» طبق نص این ماده در استرداد دعوی حیات، حسن نیت و سوء نیت مدعی علیه مدار اعتبار نیست. بنابراین، حایز عقال می تواند بر علیه شخصی که به حسن نیت عقال را از حیات او کشیده است، دعوی استرداد حیات را اقامه نماید. عبارت «حیات شی غصب شده باشد» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد.

به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را به تصور این که زمین موروثی او است تحت حیات قرار دهد، محمود می تواند علیه احمد در مدت یک سال اقامه دعوی نماید. در این مثال، احمد دارای حسن نیت است زیرا احمد به تصور این که زمین از پدر یا مادر او بوده است را تحت حیات خویش قرار داده است در حالی که واقعیت چنین نیست و زمین از محمود است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق حایز است.

۵) طبق ماده ۲۲۸۹ ق.م: «مالك مال منقول یا صاحب سندی که برای حامل آن اعتبار داشته باشد، می تواند در صورت فقدان یا سرقت از تاریخ ضیاع یا سرقت یا استرداد آن از نزد شخصی که با حسن نیت آن را حایز

گردیده است، بپردازد.». نص این ماده مبهم و مجمل است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. تعریف منقول گذشت. حامل در لغت به معنی حمل کننده و بردارنده است. فقدان در لغت به معنی نبود است. ضیاع در لغت به معنی نابود شدن، تباہ شدن و از بین رفتن است.^{۳۸۲}

سرقت در لغت به معنی دزدی کردن است.^{۳۸۳} ماده ۶۹۹ گد جزا در تعریف سرقت می گوید: «سرقت عبارت است از گرفتن مال منقول ملکیت غیر، بدون رضایت و به مقصد تملک.». به حیث مثال، اگر موتر احمد سرقت شود یا سند موتر احمد ناپدید گردد و موتر را محمود از جمشید سارق خریداری نموده باشد، از تأریخ سرقت یا فقدان سند احمد می تواند موتر را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صاحب مال است.

۶) طبق ماده ۲۲۹۰ ق. م: «هرگاه مال مسروقه یا گم شده در حیات شخص دستیاب شود و مال مذکور را با حسن نیت از بازار به مزایده علنی یا از تاجری که در امثال آن تجارت دارد، خریداری نموده باشد، می تواند ثمن تادیه شده را در صورتی که مال مسروقه باشد، از فروشنده و در صورتیکه مال گم شده باشد، از شخصی که به استرداد آن می پردازد، مطالبه نماید.». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه مال مسروقه در حیات شخص دستیاب شود و مال مذکور را با حسن نیت از بازار به مزایده علنی یا از تاجری که در امثال آن تجارت دارد، خریداری نموده باشد، می تواند ثمن تادیه شده را در صورتی که مال مسروقه باشد، از فروشنده مطالبه نماید. مسروقه از ریشه سرقت گرفته شده است که در لغت به معنی مال دزدیده شده است. تعریف مزایده، علنی و ثمن گذشت.

برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «مسعود یک موتر بنس آلمانی را به اثر شراء مالک و حایز باشد و موتر را گم نماید یا موتر را سارق به سرقت ببرد و حیات آن را از دست و بعد از گذشت زمان، موتر را نزد محمود پیدا کند که آن را محمود طور مزایده خریداری نموده باشد و یا از تاجر موتر فروش به ثمن معین خریداری و کسب نموده باشد، در این صورت مسعود مالک اصلی موتر می تواند بعد از تأدیه ثمن آن در صورتی که مال مسروقه باشد از فروشنده یعنی موتر فروش و در صورتی که موتر گم شده باشد از نزد شخص یابنده استرداد آن را مطالبه نماید.». ^{۳۸۴}

پرداخت ثمن توسط مسعود در این مثال مطابق با ماده ۲۲۹۰ ق. م نیست. زیرا، مسعود مکلف نیست ثمن را به شخصی که مال را خریداری نموده است پرداخت نماید بلکه می تواند ثمن آن را از شخصی که مال را می فروشد مطالبه نماید. به نظر می رسد مثالی که می توان برای نص این ماده ارایه کرد این است که اگر موتر احمد سرقت شود و موتر در حیات محمود باشد و محمود موتر را با حسن نیت از بازار از طریق مزایده علنی از جمشید خریداری نموده باشد، احمد می تواند پول موتر را از محمود مطالبه نماید. مطالبه پول طبق نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد در این صورت مالک مال می تواند مال مسروقه را از شخصی که آن را خریده است مطالبه نماید.

۲- هرگاه مال گم شده در حیات شخص دستیاب شود و مال مذکور را با حسن نیت از بازار به مزایده علنی یا از تاجری که در امثال آن تجارت دارد، خریداری نموده باشد، می تواند ثمن تادیه شده را در صورتی که مال

382. Ibid (۲۰۱۶ / ۸ / ۱۹) (آخرین بازدید).

383. Ibid (Last visit: 3/ 1/ 2018).

۳۸۴. یادگار راجی سمنگانی (۱۳۹۰). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد چهارم (____)، ص ۱۸۰.

گم شده باشد، از شخصی که به استرداد آن می پردازد، مطالبه نماید. تعریف مال مفقود در مبحث اسباب کسب ملکیت گذشت.

به حیث مثال، اگر گاو احمد گم شود و گاو در حیات محمود باشد و محمود گاو را با حسن نیت از بازار از طریق مزایده علنی خریداری نموده باشد، احمد می تواند پول گاو را از شخصی که می خواهد گاو را به مالک آن رد نماید، مطالبه نماید. عبارت شخصی که به استرداد آن می پردازد مبهم است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صاحب مال است.

۲) دعوی منع تعرض

طبق ماده ۲۲۷۲ ق. م: «شخصی که حیات عقاری را به دست آورده و حیات او مدت يك سال کامل دوام نماید و بعداً بر حیات او تعرض واقع شود، می تواند در خلال مدت يك سال دعوی منع این تعرض را اقامه نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده علاوه بر حق استرداد حیات، ق. م در صورتی که حیات حایز مورد تعرض قرار گیرد، به حایز صلاحیت دفع تعرض را اعطاء نموده است. تعرض از ریشه «عرض» گرفته شده است که به معنای طلب و مزاحمت کردن است.^{۳۸۵}

به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، تعرض عبارت از ایجاد مزاحمت کردن برای دیگران است. منع در لغت به معنی بازداشتن، حایل میان دو چیز قرار گرفتن و جلوگیری کردن است.^{۳۸۶} مدعی در دعوی دفع تعرض نیز حایز عقار است. مدعی در دعوی دفع تعرض نیز باید ثابت نماید که در زمان تعرض، حایز عقار بوده است و این حیات عاری از عیوب، مستمر، علنی و غیر غامض بوده است. همچنین، لازم است تا مدعی ثابت نماید که حیات او حیات اصلی و به حساب خودش نه حیات عرضی و به حساب دیگری است. بنابراین، هنگامی تعرض بر حیات واقع گردد، کسی که حایز حق ملکیت به حساب خویش نیست، نمی تواند دعوی منع تعرض را اقامه نماید.

بر این اساس، صاحب حق انتفاع، صاحب حق ارتفاق، مرتهن رهن حیازی و مستأجر نمی توانند دعوی منع تعرض را اقامه نمایند. زیرا، این اشخاص از زمره حایزین عرضی هستند. مدعی علیه نیز در دعوی دفع تعرض شخصی است که متعرض حیات مدعی شده است. دعوی منع تعرض نیز باید در مدت یک سال اقامه گردد.

به حیث مثال، اگر احمد بر زمین یا موتر برای مدت یک سال حیات داشته باشد و محمود احمد را از تصرف در زمین و موتر منع نماید و بر حق مالکیت احمد مزاحمت ایجاد نماید، احمد می تواند برای منع تعرض محمود علیه محمود در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. در صورت اثبات ملکیت، محکمه ذیصلاح باید محمود را از تعرض بر ملکیت احمد منع نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق حایز است.

۳) دعوی متوقف ساختن اعمال تعرضی جدید

طبق ماده ۲۲۷۳ ق. م: «شخصی که حیات عقاری را در ظرف يك سال کامل به دست داشته و به علت اسباب معقول از اجرای اعمال تعرضی جدید که حیات وی را تهدید می کند بترسد، می تواند موضوع را به محکمه با صلاحیت تقدیم نموده و توقف این اعمال را مطالبه نماید. مشروط بر اینکه اعمال مذکور به انجام نرسیده و از شروع بر اجرای اعمال مذکور که منجر به حدوث ضرر می شود، يك سال منقضی نشده باشد، در

۳۸۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۴.

۳۸۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۶۵۸.

غیر آن می تواند دعوی منع تعرض را اقامه نماید.» طبق نص این ماده مدعی در دعوی متوقف ساختن اعمال تعرضی جدید همان مدعی دعوی منع تعرض است که عبارت از حایز عقار است. بنابراین، لازم است تا ثابت نماید که حیات او خالی از عیوب، مستمر، علنی و غیر غامض است.

همچنین، لازم است تا مدعی ثابت نماید که حیات او حیات اصلی است نه عرضی. در مورد مدت حیات نیز شرط است که یک سال باشد. مدعی علیه نیز در دعوی متوقف ساختن اعمال تعرضی جدید شخصی است که این اعمال را انجام می دهد که فعلاً متعرض بر حیات مدعی تلقی نمی گردد، اما اسباب معقولی وجود دارد که اگر این اعمال انجام داده شود، منتهی به تعرض می گردد، مانند: احداث دیوار در اطراف زمین، احداث بناء به نحوی که منجر به مسدود شدن نور و هوا بر عقار همسایه گردد.

بنابراین، جهت تحقق اعمال که تعرض جدید تلقی می گردند تحقق دو شرط ضروری است: اول اینکه این اعمال شروع شده، اما ختم نشده باشد و دوم اینکه این اعمال از عقار مدعی شروع شود. به حیث مثال، اگر احمد و محمود در یک قریه در کنار همدیگر زمین داشته باشند و محمود بخواهد محل پلوانی را که زمین احمد را از محمود جدا می نماید تغییر دهد و مقداری از زمین احمد را به زمین خویش یکجا نماید، احمد می تواند از محکمه ذیصلاح که زمین در حوزه ای قضایی آن موقعیت دارد مطالبه نماید تا مانع عمل محمود گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حیات است.

۴ اثبات حیات

طبق ماده ۲۲۷۴ ق. م: «هرگاه اشخاص متعدد در حیات حق واحدی تنازع نمایند، به صورت مؤقت به حیات کسی اعتبار داده می شود که حیات مادی بر حق مذکور داشته باشد، مگر اینکه حیات او معیوب ظاهر شود.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که برای اثبات حیات که متشکل از دو رکن: رکن مادی و رکن معنوی است، اثبات عنصر اول که عبارت از عنصر مادی حیات است، کافی است. چون حیات مادی، واقعه مادی است، برای کسی که به آن استناد می نماید، جایز است این حیات را حایز از طریق تمام وسایل اثبات مانند سند، شهود و نظیر اینها ثابت نماید.

همچنین، لازم است تا مدعی ثابت نماید که حیات او خالی از عیب، مستمر، علنی و غیر غامض بوده است. پس، اگر ظاهر شود که حیات معیوب است، مانند اینکه: ثابت شود که حیات را با اکراه و یا به طور خفیه حاصل کرده است، این نوع اثبات نمی تواند قرینه ای دال بر وجود حیات قانونی باشد. تعریف تنازع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی یا موتر در خیرخانه را تحت حیات داشته باشد و جمشید و محمود ادعا نمایند که خانه و موتر از آن آنها است، حیات احمد بر حویلی و خانه مؤقتاً اعتبار داده می شود تا زمانی که دعوی توسط محکمه حل و فصل شود. استثنای این اصل این است که حیات احمد معیوب باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه را از فاروق به اکراه گرفته باشد، یا احمد موتر فاروق را طور خفیه یا پنهان بگیرد حیات احمد بر حویلی و موتر اعتبار ندارد. زیرا، این حیات معیوب است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اثبات حیات است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرنسش شماره (۱۲۶): ماده (۲۲۷۴) با مثال توضیح دهید.

توضیح: چند نفر در حيازت يك شى دعوى دارند در اين دعوى حايـز واقـعی شـخصی شناخته می شود که شى عملاً در يد او بوده و ذواليدى او در شى محسوس باشد مگر اینکه اين حيازت به طريق اکراه اخفاء و التباس مندرج ماده (۲۲۵۸) معيوب شده باشد.^{۳۸۷}

د) آثار حيازت

طبق ق. م حيازت تابع آثار ذیل است:

۱) طبق ماده ۲۲۷۵ ق. م: «شخصی که حايـز حقى باشد، مالک آن شناخته می شود، مگر اینکه عکس آن ثابت شود.» از نص اين ماده يك اصل و يك استثناء استنباط می گردد. اصل اين است که شخصی که حايـز حقى باشد، مالک آن شناخته می شود. به حيث مثال، اگر احمد موتر را حايـز گردد، مالک موتر تلقى می گردد. اگر احمد صد جريب زمين در ولسوالى شکرده را حايـز گردد مالک آن شناخته می شود. استثنای اين قاعده اين است که عکس آن ثابت شود. به حيث مثال، اگر محمود با توسل به يکى از وسايل اثبات مانند سند، شهود، سوگند و نظير اينها ثابت نمايد که مالک موتر يا زمين است، احمد مالک موتر و زمين تلقى نمی گردد بلکه محمود مالک زمين و موتر تلقى می گردد. هدف قانونگذار مدنى در نص اين ماده پيش بينى اثر حيازت است.

۱) طبق ماده ۲۲۷۹ ق. م: «دعوى ملکيت به استثنای ارث، بر شخصی که در طول مدت پانزده سال متوالى بلا انقطاع ذواليد عقال يا اشياء ديگر بوده و در آن بدون منازعه و معارضه تصرف مالکانه داشته باشد، سمع نمی شود.» در نص اين ماده يك قاعده وجود دارد. طبق نص اين ماده دعوى ملکيت به استثنای ارث، بر شخصی که در طول مدت پانزده سال متوالى بلا انقطاع ذواليد عقال يا اشياء ديگر بوده و در آن بدون منازعه و معارضه تصرف مالکانه داشته باشد، سمع نمی شود. طبق نص اين ماده براى اینکه شخص عقال يا اشيای ديگر را براساس مرور زمان تملک نمايد تحقق سه شرط ضرورى است:

۱- ذواليد بودن عقال براى مدت پانزده سال: شرط اول کسب ملکيت عقال اين است که شخص براى مدت پانزده سال حايـز عقال ؛ يعنى: ذواليد باشد. تعريف ذواليد گذشت. به حيث مثال، اگر احمد ده جريب زمين در ولسوالى پغمان را براى مدت پانزده سال تحت يد داشته باشد و حميده عليه احمد اقامه دعوى نمايد و ادعا نمايد که زمين از من است، دعوى حميده در محکمه ذيصلاح به دليل مرور زمان قابل شنيدن يا سمع نيست.

پرسش اين است که مدت پانزده سال چگونه محاسبه می شود؟ ماده ۲۲۶۳ ق. م در پاسخ به اين پرسش می گويد که: «ذواليد عقال می تواند با مدت ذواليدى خود مدت ذواليدى کسى را که عقال از طرف او به وى انتقال نموده، ضم نمايد اعم از اینکه انتقال به سبب شرا باشد يا هبه يا وصيت يا ارث يا ساير اسباب. در اين صورت اگر مجموع مدت ذواليدى به حدى بالغ شود که مانع سماع دعوى گردد، عليه ذواليد دعوى ملک مطلق، دعوى ارث و دعوى وقف شنيده نمی شود.» نص اين ماده مرتبط به ماده ۲۲۷۹ ق. م است.

طبق نص اين ماده ذواليد مى تواند مدت ذواليدى خویش را با مدت ذواليدى ديگرى که عقال به سبب بيع، هبه، وصيت، ارث يا ساير اسباب کسب ملکيت که تفصيل آن گذشت از او به ذواليد منتقل شده است ضميمه نمايد. ضم در لغت به معنى همراه کردن، چيزى که آن را به چيز ديگرى جمع کردن باشند و پيوست کردن

است.^{۳۸۸} شرا در لغت به معنی خرید است. اگر مجموعه این سال ها حداقل مدت پانزده سال را تکمیل نماید، دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین در ولسوالی پغمان را برای مدت ده سال تحت ید داشته باشد و پنج سال قبل این زمین تحت ید محمود بوده باشد و سپس احمد این زمین را از محمود از طریق ارث، وصیت، هبه، خرید و نظیر اینها کسب نموده باشد و حمیده علیه احمد اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که زمین از من است، دعوی حمیده در محکمه ذیصلاح به دلیل مرور زمان قابل شنیدن یا سمع نیست.

در این مثال، زمین برای مدت پنج سال نزد محمود و ده سال نزد احمد بوده است و پس از پنج سال زمین از محمود به احمد به دلیل یکی از اسباب کسب ملکیت مانند خرید و فروش، هبه، وصیت، ارث و نظیر اینها انتقال داده شده است و مجموعه مدت ذوالیدی احمد بر زمین مدت پانزده سال بوده است. در این صورت، اگر پس از مدت پانزده سال حمیده علیه احمد اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که این زمین ملک مطلق من که تعریف آن در مبحث ملکیت گذشت، است یا این زمین را من از پدرم به ارث برده ام یا این زمین را جمشید برای من وقف کرده است، در همه این حالات دعوی حمیده علیه احمد به دلیل مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قابل شنیدن یا سمع نیست. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۲۶۳ ق. م پیش بینی حکم مدت ذوالیدی است. ق. م حاوی قواعدی است که می توانند من حیث قرینه مبنی بر این که ادعای مدعی بر علیه ذوالید قابل سمع نیست تلقی شوند. این قواعد قرار ذیل اند:

- طبق ماده ۲۲۶۴ ق. م: «طلب مزایده، ودیعت، اجاره، عاریت و هبه، اقرار به عدم ملکیت مطالبه کننده شناخته شده، دعوی موصوف برای نفس خود شی بالای ذوالید سمع نمی شود گرچه بر ذوالیدی میعاد که مانع سماع دعوی گردد، منقضی نشده باشد.» براساس نص این ماده هرگاه مدعی عقاری که تحت ید ذوالید قرار دارد بخواهد عقار را از طریق مزایده، امانت، اجاره، عاریت و هبه به ترتیب خریداری نماید، به امانت و اجاره بگیرد و یا از طریق هبه تحت ملکیت خویش در بی آورد، چنین مطالبه دلیل عدم ملکیت مدعی شناخته می شود. همچنین، اقرار مدعی مبنی بر عدم ملکیت مدعی بها، دلیل بر عدم ملکیت مدعی است.

در همه این حالات، دعوی مدعی اگرچه مدت ذوالیدی تکمیل نشده باشد، توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. تعریف مزایده گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده صد جریب زمین را در ولسوالی شکرده تحت ذوالیدی داشته باشد و احمد بخواهد از طریق مزایده این زمین را خریداری نماید، یا از حمیده بخواهد تا این زمین را برای احمد هبه نماید یا به اجاره بدهد یا به امانت بدهد، طلب مزایده، به امانت دادن، به اجاره دادن و هبه نمودن حاکی و بیانگر عدم ملکیت زمین به احمد است هرچند مدت پانزده سال از ذوالیدی حمیده بر زمین نگذشته باشد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قرینه مبنی بر این که ادعای مدعی بر علیه ذوالید قابل سمع نیست می باشد.

- طبق ماده ۲۲۸۳ ق. م: «هرگاه ذوالیدی شخص در طول مدت محدودی در سابق ثابت بوده و در حال نیز ثابت باشد، این وضع برای ابقاء و قیام ذوالید در طول مدت بین دو زمان مذکور قرینه شمرده می شود، مگر اینکه دلیل به خلاف آن موجود شود.» براساس نص این ماده، هرگاه ذوالیدی، ذوالید بر عقار در گذشته برای

مدت ثابت باشد و سپس قطع گردد و دوباره ثابت شود، این امر قرینه است دال بر ابقا و قیام ذوالید در میان این دو مدت. قرینه در لغت به معنی علامتی است که دلالت بر شی مطلوب می نماید.^{۳۸۹}

همچنین، قرینه در لغت به معنی اماره و نشانه است.^{۳۹۰} به عبارت دیگر: طبق نص این ماده قانون کسی را که متصرف مالی است، مالک آن می شناسد. زیرا تصرف یا ملازمه با مالکیت متصرف دارد یا از آثار مالکیت او می باشد. بنابراین تصرف اماره ای است که دلالت بر مالک بودن شخص می نماید. طرف مقابل او باید ثابت کند که متصرف غاصب است. در نتیجه متصرف برای اثبات مالکیت خود نیاز به دلیل دیگر ندارد. در تمام دعاوی مربوط به اموال، چه اموال منقول و چه اموال غیر منقول، مدعیان باید در برابر ذوالید حقانیت خود را ثابت کنند. به عبارت دیگر در دعاوی مالکیت همیشه متصرف سمت منکر و مدعی علیه را دارد و بار اثبات بر دوش کسی است که می خواهد خلاف اماره قانونی تصرف را ثابت کند.^{۳۹۱}

به حیث مثال، اگر احمد یک باب خانه را در خیرخانه در ذوالیدی داشته باشد، ذوالید بودن احمد قرینه ای بر مالکیت احمد بر خانه است. این قرینه، قرینه قانونی است زیرا قانونگذار ذوالید را مالک خانه تلقی می نماید. اگر محمود ادعای مالکیت بر خانه ای را که تحت ذوالیدی احمد قرار دارد، نماید، باید قرینه ای قانونی را که به نفع احمد است، توسط دلیل عکس آن مانند سند و شهود نقض و ثابت نماید که خانه از آن محمود است.

همچنین، اگر حمید صد جریب زمین را در ولسوالی شکرده برای مدت پنج سال تحت ذوالیدی داشته باشد و سپس برای مدت پنج سال ذوالیدی را از دست بدهد و سپس زمین را تحت ذوالیدی قرار دهد، این وضع بر ذوی الید بودن حمید در طول دو زمان قرینه شمرده می شود. این اصل است. استثنای این اصل این است که برخلاف آن ثابت شود. به حیث مثال، احمد ثابت نماید که در طول مدت میان دو ذوالیدی احمد بر زمین ذوالیدی داشته است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قرینه شمرده شدن ذوالیدی است.

- براساس ماده ۲۲۶۵ ق. م: «(۱) ذوالیدی که به اساس اجاره یا عاریت در عقار متصرف باشد، نمی تواند به مرور زمان ذوالیدی راجع به منع استماع دعوی علیه اجاره دهنده یا عاریت دهنده تمسک نماید؛ و (۲) در صورتی که شخص از اجاره و عاریت در طول مدت ذوالیدی منکر بوده و مدعی با وجود حضور و امکانات و موجودیت مقتضی ترك دعوی نماید، بعد از انقضای مدت مذکور دعوی او شنیده نمی شود.»، از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: ذوالیدی که براساس عقد اجاره و یا عقد عاریت عقار را تحت تصرف خویش داشته باشد هرچند مدت ذوالیدی تکمیل گردیده باشد، نمی تواند در برابر اجاره دهنده و عاریت دهنده تمسک نماید. تعریف ذوی الید در بالا گذشت. تعریف اجاره و عاریت در جلد کتاب عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهبری و توسل، سند و حجت است.^{۳۹۲}

به نظر می رسد تمسک عبارت است از متوسل شدن به وسایل اثبات دعوی برای اثبات ادعا. استماع در لغت به معنی شنیدن و گوش دادن است.^{۳۹۳} در اصطلاح حقوقی استماع شنیدن و رسیدگی به دعوی است

۳۸۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۱۲۷.

390. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (last visit: 9/3/2016).

391. <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> (۲۰۱۶ / ۳ / ۹) (آخرین بازدید).

392. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸) (آخرین بازدید).

393. Ibid, (Last visit: 11/1/ 2018).

توسط محکمه ذیصلاح. متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد.^{۳۹۴} به حیث مثال، در هبه و اهب متصرف است. همچنین، در عقد عاریت، عاریت دهنده متصرف است. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره یا موتر خویش را به محمود به عاریت بدهد و خانه یا موتر برای مدت پانزده سال نزد محمود باشد، در صورت مطالبه احمد محمود نمی تواند به مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی استناد و ادعای مالکیت خانه و موتر را نماید. محمود در این مثال متصرف و در عین حال ذوالید است.

دوم این که: در صورتی که شخص از اجاره و عاریت در طول مدت ذوالیدی منکر بوده و مدعی با وجود حضور و امکانات و موجودیت مقتضی ترک دعوی نماید، بعد از انقضای مدت مذکور دعوی او شنیده نمی شود. منکر از ریشه فعل «نکر» گرفته شده است که در لغت به معنی خودداری کننده از اقرار، امتناع کننده، تکذیب کننده و رد کننده است.^{۳۹۵} در اصطلاح حقوقی منکر شخصی است که از حقیقت انکار می نماید. مدعی اسم فاعل از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی دعوی کننده، ادعا کننده، خواهان و خواهنده است.^{۳۹۶} در اصطلاح حقوقی طبق ماده ۶ ق. ا. م. م: «شخصی که حق را می خواهد مدعی 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. در اصطلاح حقوق مدنی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حق برای شخص دیگر «دعوی» گویند.^{۳۹۷}

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره یا موتر خویش را به محمود به عاریت بدهد و خانه یا موتر برای مدت پانزده سال نزد محمود باشد و محمود از اجاره یا عاریت بودن خانه و موتر منکر شود و احمد با وجود حضور و داشتن همه امکانات مانند سند، وکیل، وقت و نظیر اینها ترک دعوی نماید، بعد از انقضای مدت پانزده سال دعوی احمد علیه محمود به دلیل تحت مرور زمان قرار گرفتن اسقاط حق اقامه دعوی توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

به نظر هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حمایت حقوق عاریت دهنده و اجاره دهنده در برابر تعدی های احتمالی ذوالید و جلوگیری از سوء استفاده ذوالید است، زیرا در صورت عدم پیش بینی چنین قاعده ای امکان دارد ذوالید بعد از ختم مدت اجاره و یا عاریت به مدت ذوالیدی استناد و ادعای مالکیت عین مستأجره و مستعاره را نماید.

پرسش ریاست محکمه ولایت دایکندی:

۳۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰.

(آخرین بازدید ۲۷/۹/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 395.

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

۳۹۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۵۰.

در جریان بررسی قضائی معلوم می شود که مدعی بها در تصرف هیچ یک از طرفین قضیه نبوده بلکه توسط عمال وقت جبراً و قهراً به بهانه های جلوگیری از تصرفات محلی و منطوقی از تصرف عارض و معروض علیه کشیده شده به شخص ثالث تحویل گردیده است.

توضیح: نظر به حکم ماده (۲۲۶۵) قانون مدنی و ماده (۱۶۷۹) مجلة الاحکام ذوالید و متصرف در زمین مذکور همان اشخاص دانسته می شود که مدت دو سال و یا بیشتر از آن در زمین فوق الذکر ذوالید و متصرف بوده اند و بعداً روی مصلحت منطقه زمین از تصرف آنها اخراج و در تصرف شخص ثالث قرار داده شده و این عمل که به اساس مصلحت محل صورت گرفته طبق حکم ماده (۲۲۶) قانون مدنی موجب اخلال ذوالیدی شان نشده و انتقال ذوالیدی آنها به شخص ثالث شده نمی تواند لذا اشخاص که جدیداً تبارز کرده و دعوی می نمایند قانوناً خارج و مدعی دانسته می شوند.^{۳۹۸}

۲- ذوالید بودن به صورت بلاانقطاع: شرط دوم کسب ملکیت عقار براساس مرور زمان به صورت بلاانقطاع و مستمر است. بلاانقطاع در لغت به معنی بدون قطع شدن، بدون بریدگی و گسستن است.^{۳۹۹} معنی استمرار حيازت، چنانچه بیان شد، این است که هرگاه حيازت بر اعمال قطع شده طور غیر مستمر استوار باشد، چنین حيازت دارای عیب عدم استمرار دانسته می شود. از همین جهت موجب ایجاد آثار نمی گردد. بنابراین، برای اینکه حيازت از عیب عدم استمرار سالم باشد، اعمال سیطره مادی بر شی در اوقات و ازمنه های متفاوت و منظم طور متوالی و پیهم باید واقع گردد و شخص حایز، شی را از یک زمان الی زمان دیگر حسب ضرورت آن چنان استعمال نماید که مالک ملکیت خود را طور متعارف استعمال می نماید. بنابراین، هرگاه بین اعمال مادی حایز زمانی طولانی سپری شود و در آن مدت شخص حایز، شی را مورد استعمال قرار ندهد، در حالی که مدت مذکور به حدی طولانی باشد که معمولاً مالک حریص بر انتفاع کامل به آن حد استعمال ملکیت را ترک نمی کند، در این حالت، حيازت مذکور منقطع و غیر مستمر می گردد و این گونه حيازت نمی تواند اساس برای کسب ملکیت به استناد مرور زمان و یا برای دعاوی حمایتی حيازت گردد. از همین جهت، لازم است حایز استعمال شی را منقطع نسازد مگر به قدری که طور معتاد و متعارف مالک شی آن را منقطع می سازد. زیرا، حایز توسط حيازت حق ملکیت را کسب می نماید و مانند مالک در شی تصرف می نماید. بنابراین، باید در استعمال شی مانند مالک ظاهر گردد و در صورتی که شخص سایر حقوق، غیر از حق ملکیت را حایز می باشد، مانند: حق انتفاع یا حق ارتفاق و یا حق رهن حیازی و یا حق مستأجر در این صورت نیز نباید استعمال حق منقطع گردد چنانچه استعمال حقوق مذکور توسط صاحب آن منقطع نمی گردد. اما، طبیعتاً برای استمرار حيازت این نیز ضروری نیست که حایز حق را در تمام اوقات بدون انقطاع استعمال نماید. زیرا، این گونه استعمال معمول و معتاد نبوده و حتی مستحیل می باشد.

به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین در ولسوالی پغمان را برای مدت پانزده سال تحت ید داشته باشد و حمیده علیه احمد اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که زمین از من است، دعوی حمیده در محکمه ذیصلاح به

۳۹۸. (۱۲- ۱۷ عقرب، ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم، تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، (____)، صص ۹۹-۱۰۱.

۳۹۹. حسن عمید (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۲۱۰.

دلیل مرور زمان قابل شنیدن یا سمع نیست. در چنین حالتی، شرط است که حیات احمد بر زمین به صورت مستمر و بلاانقطاع باشد.

۳- تصرف مالکانه: شرط سوم اکتساب ملکیت عقار بر اساس مرور زمان این است که حایز عقار بدون اینکه دیگری در مورد ملکیت عقار اقامه دعوی نماید، در آن تصرفات مالکانه، مانند: اجاره، خرید و فروش و ... نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین در ولسوالی پغمان را برای مدت پانزده سال بلاانقطاع تحت ید داشته باشد، برای اکتساب مالکیت آن شرط است که احمد بر زمین تصرفات مالکانه نماید. به حیث مثال، در زمین خانه آباد نماید، درخت غرس کند، زراعت زرع نماید و نظیر اینها.

اما، این مدت در دعوی ارث سی و سه سال است. بنابراین، شخصی که برای مدت سی و سه سال ذوالید عقار باشد و شخصی دیگری که مدعی مالک بودن آن عقار بر اساس ارث است، برای مدت سی و سه سال اقامه دعوی ننماید و ذوالید عقار نیز در آن تصرف مالکانه نماید، و پس از سی و سه سال شخصی که مدعی مالک بودن عقار است، بر علیه ذوالید اقامه دعوی نماید، چنین دعوی ای توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست، مگر اینکه مدعی عذر شرعی داشته باشد.

۴- تصرف عقار بدون انقطاع برای مدت پانزده سال بدون منازعه و معارضه: شرط چهارم کسب ملکیت عقار براساس مرور زمان این است که حایز بدون منازعه و معارضه باشد. تعریف منازعه گذشت. معارضه در لغت به معنی مقابله، ستیز و رویایی است.^{۴۰۰} به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین در ولسوالی پغمان را برای مدت پانزده سال بلاانقطاع تحت ید داشته باشد، برای اکتساب مالکیت آن شرط است که احمد بر زمین تصرفات مالکانه نماید و تصرف احمد بر زمین بدون منازعه باشد. به حیث مثال، جمشید یا سایر اشخاص در خصوص زمین ادعا ننماید. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۲۷۹ ق. م پیش بینی شرایط حیات است. یکی از شرایط مدت پانزده سال است. استثنای این پانزده سال دعوی ارث است که مدت آن ۳۳ سال است.

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت میدان وردک:

قراریکه در ماده (۳) فرمان (۸۳) ملاحظه می گردد کاریزهای مخروبه و غیر مخروبه، جوی های میدان وردک تحت آن و سایر املاکی که ملکیت اشخاص در آن قانوناً ثابت نگردیده دولتی شمرده می شود. در حالیکه تمام مردم کشور املاکی را در دست دارند که مطابق قانون دارای اسناد شرعی و بنیادی نبوده و صرفاً ذوالیدی پنجاه ساله و اضافه تر از آن را منجیث سند عنوان می نمایند که قاضی در تطبیق ماده متذکره به حساسیت های منطوقی و محلی مواجه گردیده، نمیتواند در مورد تصمیم قضائی اتخاذ کند بناءً پیشنهاد می گردد تا در مورد ماده مذکور قید زمانی را ایزاد فرموده و به مرجع آن ارسال دارند تا مشکلات مردم و محکمه در مورد حل گردد.

توضیح: مطابق به هدایت ماده (۲۲۷۹) وپارا گراف دوم ماده (۹۶۵) قانون مدنی مدت مرور زمان با رعایت احکام خاص و استثنائات آن مدت پانزده سال می باشد. هرگاه شخص در طول مدت مذکور بطور متوالی و بلا انقطاع در عقار یا اشیاء دیگر بدون منازعه و معارضه تصرف مالکانه داشته باشد دعوی بالای آن قابل سمع نمی باشد و مدت مرور زمان در دعوی میراث مطابق بند اول ماده (۲۲۸۰) مدت (۳۳) سال تعیین گردیده به این

اساس اگر شخص در طول مدت (۳۳) در عمار ذوالید بوده و بدون منازعه در آن تصرف مالکانه داشته باشد دعوی ارث بر عمار مذکور بدون وجود عذر شرعی شنیده نمی شود که این یک مورد از استثنائات مواد (۲۲۷۹) و (۹۶۵) قانون مدنی می باشد اما با در نظر داشت بند دوم ماده مذکور ذوالید بودن در اموال دولت، آثار باستانی ولو که بیشتر از پنجاه سال هم باشد موجب تملک و انتقال ملکیت شده نمی تواند.^{۴۰۱}

(۲) طبق ماده ۲۲۸۰ فقره اول ق. م: «(۱) دعوی ارث بر شخصی که ذو الید عمار بوده، در صورت مدت سی و سه سال بدون منازعه در آن تصرف مالکانه داشته باشد، بدون عذر شرعی شنیده نمی شود.» حکم نص این ماده در ماده ۲۲۷۹ ق. م نیز پیش بینی شده است. پیش بینی یک حکم در دو ماده به دلیل تکرار احکام محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است نص ماده ۲۲۷۹ ق. م اصلاح گردد.

در نص ماده ۲۲۸۰ ق. م یک قاعده وجود دارد. طبق نص ماده ۲۲۸۰ ق. م دعوی ارث بر شخصی که ذو الید عمار بوده، در صورت مدت سی و سه سال بدون منازعه در آن تصرف مالکانه داشته باشد، بدون عذر شرعی شنیده نمی شود. تعریف منازعه در بالا گذشت. عذر در لغت به معنی پوزش است که جمع آن اعذار است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوزش مکلف در انجام تکلیف شود.^{۴۰۲}

طبق ماده ۲۲۸۱ ق. م: «هرگاه ترک دعوی ملکیت یا ارث یا وقف به اساس عذر شرعی مثل غیبت، قصور یا جنون بوده و ولی یا وصی وجود نداشته باشد، سمع می شود مگر در صورتی شنیده نمی شود که غایب حاضر، قاصر بالغ، مجنون هوشیار شود و بعد از آن در مدت تعیین شده دعوی را ترک نمایند.» از نص این ماده استنباط می گردد که هرگاه ترک دعوی ملکیت یا ارث یا وقف به اساس عذر شرعی مثل غیبت، قصور یا جنون بوده و ولی یا وصی وجود نداشته باشد، سمع می شود. طبق نص این ماده اعذار مرور زمان قرار ذیل است:

۱- غایب بودن مدعی: غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.^{۴۰۳} به حیث مثال، اگر احمد ذوی الید سه جریب زمین در ولسوالی شکرده باشد و احمد در زمین برای مدت سی و سه سال یا پانزده سال بدون منازعه تصرفات مالکانه نمایند، به حیث مثال، در زمین خانه احداث نماید، درخت غرس کند، کشت نماید و سایر تصرفات را انجام دهد و سپس محمود ادعا نماید که این زمین را من از پدر به ارث گرفته ام یا زمین ملکیت من است، دعوی محمود تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. در چنین حالتی شرط است که محمود از اقامتگاه خویش غایب نباشد. بنابراین، اگر محمود از اقامتگاه خویش غایب باشد، به رغم مرور زمان دعوی محمود علیه احمد قابل سمع است.

۲- صغیر بودن مدعی: به نظر می رسد قصور در نص این ماده در مفهوم جمع تقصیر استفاده نشده است بلکه در مفهوم صغر استفاده شده است زیرا در بند دوم نص این ماده قانونگذار مدنی از بالغ شدن قاصر سخن می گوید. قاصر اسم فاعل از ریشه قصر گرفته شده است که در لغت به معنی ناتوان و عاجز است. در فقه به

۴۰۱. _____ (۱۲- ۱۷ عقرب، ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم، تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، (____)، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

۴۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۶۵.

۴۰۳. _____ (۱۴۰۴ ه ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ص ۶۲.

کسی قاصر گفته می شود که به موجب شرع یا قانون از تصرف درست عاجز باشد که به طور مشخص مصادیق بارز آن شخص دیوانه و صغیری است که هنوز به سن بلوغ نرسیده باشد.^{۴۰۴}

به حیث مثال، اگر احمد ذوی الید سه جریب زمین در ولسوالی شکرده باشد و احمد در زمین برای مدت سی و سه سال یا پانزده سال بدون منازعه تصرفات مالکانه نمایند، به حیث مثال، در زمین خانه احداث نماید، درخت غرس کند، کشت نماید و سایر تصرفات را انجام دهد و سپس محمود ادعا نماید که این زمین را من از پدر به ارث گرفته ام یا زمین ملکیت من است، دعوی محمود تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

در چنین حالتی شرط است که محمود بالغ نباشد. بنابراین، اگر محمود قاصر باشد، به رغم مرور زمان دعوی محمود علیه احمد قابل سمع است. همچنین، در چنین حالتی شرط است که ولی محمود یا وصی محمود وجود نداشته باشد. بنابراین، اگر ولی یا وصی محمود وجود داشته باشد، ولی و وصی محمود می توانند به نمایندگی از محمود علیه احمد اقامه دعوی نمایند. ولی شخصی است که بر صغیر ولایت دارد مانند پدر و پدر و سایر اولیاء. وصی شخصی است که بر طفل صغیر وصایت دارد مانند وصی پدر و وصی قاضی.

۳- جنون: 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.^{۴۰۵} مجنون اسم فاعل از ریشه «جن» گرفته شده است که در لغت به معنی دیوانه است. در اصطلاح حقوق مدنی، مجنون کسی است که عقل او زایل شده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود مجنون باشد، به رغم گذشت زمان دعوی محمود علیه احمد قابل سمع است مگر این که محمود تحت قیمومیت جمشید قرار داشته باشد. در صورتی که محمود تحت قیمومیت جمشید قرار داشته باشد، جمشید به نیابت از محمود می تواند علیه احمد دعوی ارث و ملکیت را اقامه نماید.

۴- در صورتی که غایب حاضر، قاصر بالغ و مجنون هوشیار شود و بعد از آن در مدت تعیین شده دعوی را ترك نمایند. به حیث مثال، اگر در مثال بالغ، محمود حاضر، بالغ و صحتیاب شود، دعوی محمود علیه احمد بعد از گذشت پانزده یا سی و سه سال توسط محکمه ذیصلاح شنیده نمی شود. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۲۸۱ ق. م پیش بینی اعذار مرور زمان و استثنای آن است.

طبق ماده ۱۶۶۳ مجله الاحکام: «مرور زمانی که مانع استماع دعوی می شود عبارت از گذشت زمانی است که طی آن دعوی بدون عذر شرعی ترک گردد، ولی آن زمانی که به سبب عذر شرعی بگذرد مثلاً مدعی صغیر، معتوه یا مجنون باشد خواه وصی داشته باشد خیر، یا وی در سرزمین دور قرار داشته باشد که آمدن او به آن دیار ایجاب سفر را کند یا خصم از جمله مردم زور آور باشد در این احوال مرور زمان اعتباری ندارد. به عنوان مثال، مدتی که در حال صغارت مدعی می گذرد فاقد اعتبار است و مرور زمان از تاریخ رسیدن صغیر به سن بلوغ اعتبار دارد. همچنین، اگر شخصی با یکی از زور آوران دعوی داشت و برای دایر کردن دعوی امکان نیز میسر نگردید

۴۰۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۸۶۴ و ۶۸۶۵؛ سید سابق (۱۳۷۱).

فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶۱۷.

۴۰۵. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۲؛ وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۱۶۹.

طوری که خصم از زور آوری خود کار می گرفت و زمانی طولانی گذشت، مرور این مدت مانع شنیدن دعوی نمی شود، بلکه گذشت زمان، صرف از تاریخ ازاله قدرت مدعی علیه اعتبار دارد.».

به حیث مثال، اگر احمد ذوی الید سه جریب زمین در ولسوالی شکرده باشد و احمد در زمین برای مدت سی و سه سال بدون منازعه تصرفات مالکانه نمایند، به حیث مثال، در زمین خانه احداث نماید، درخت غرس کند، کشت نماید و سایر تصرفات را انجام دهد و سپس محمود ادعا نماید که این زمین را من از پدر به ارث گرفته ام، دعوی محمود تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

در چنین حالتی شرط است که محمود صغیر، معتوه و مجنون نباشد و در سرزمین های دیگر زندگی ننماید و احمد از جمله اشخاص متغلب نباشد. بنابراین، اگر محمود ناقص اهلیت یا غایب باشد یا احمد از جمله اشخاص متغلب باشد، محمود می تواند بعد از سپری شدن مدت سی و سه سال علیه احمد اقامه دعوی ارث را نماید.

همچنین، طبق ماده ۲۲۸۲ ق. م: «دعوی ملکیت بر ذو الید از طرف اولاد، اقارب، زوج و زوجه بایع که هنگام فروش عقار برای ذو الید حاضر بوده و از فروش مطلع گردیده سکوت اختیار نموده باشند، سمع نمی شود گرچه از وقت بیع مدت پانزده سال سپری نشده باشد.»، در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده دعوی ملکیت بر ذو الید از طرف اولاد، اقارب، زوج و زوجه بایع که هنگام فروش عقار برای ذو الید حاضر بوده و از فروش مطلع گردیده سکوت اختیار نموده باشند، سمع نمی شود گرچه از وقت بیع مدت پانزده سال سپری نشده باشد. تعریف دعوی گذشت. ولد در لغت به معنای: «کل ما یولد شیء»؛ یعنی؛ هر آنچه که چیزی آن را می زاید اعم از اینکه مذکر باشد و یا مؤنث که جمع آن اولاد است.^{۴۰۶}

به نظر می رسد معنی اصطلاحی ولد از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، ولد عبارت از طفلی است که زاده می شود. اقارب جمع قریب از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندان، نزدیکان و فامیل است.^{۴۰۷} در اصطلاح حقوقی، در مفهوم وسیع اقارب عبارت از اشخاصی است که شخص با آنها قرابت نسبی، سببی و رضاعی دارد مانند پدر، مادر رضاعی و خشو. به شوهر قانونی و شرعی یک زن که با او خویشاوندی سببی زناشوهری دارد، زوج گویند.^{۴۰۸}

زوجه اسم مؤنث زوج به معنای زن، جفت و همسر است. در فقه و حقوق به زنی که به موجب رابطه سببیت (عقد شرعی و قانونی) در قید نکاح مردی باشد، زوجه گویند.^{۴۰۹} بایع شخصی است که مال را می فروشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین های خویش در ولسوالی سروبی را به محمود به فروش رساند و اولاد، اقارب و خانم احمد حاضر باشند و سکوت اختیار نمایند و احمد زمین را به محمود منتقل نماید و زمین تحت حیات محمود قرار بگیرد، دعوی اولاد، اقارب و خانم احمد بر علیه محمود قابل سمع نیست هرچند مدت پانزده سال از آن سپری نشود.

به نظر می رسد دلیل این قاعده سکوت اولاد، اقارب و زوجه احمد است که به صورت ضمنی رضاء تلقی می شود. همچنین، اگر حمیده زمین های خویش در ولسوالی سروبی را به محمود به فروش رساند و اولاد، اقارب و

۴۰۶. مجید وزیری (۱۳۸۴). حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل، صص ۴۷-۴۹.

۴۰۷. همان، مجید وزیری، جلد (۱)، ص ۳۹۴.

۴۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۶۱.

۴۰۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۶۲.

زوج حمیده حاضر باشند و سکوت اختیار نمایند و حمیده زمین را به محمود منتقل نماید و زمین تحت حیات محمود قرار بگیرد، دعوی اولاد، اقارب و زوج حمیده بر علیه محمود قابل سمع نیست هرچند مدت پانزده سال از آن سپری نشود. حایز در این مثال محمود، بابع احمد و سبب حیات محمود بیع است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حایز است.

(۳) حیات منقول با حسن براساس سبب صحیح: طبق ماده ۲۲۸۸ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) شخصی که مال منقول یا حق عینی را بر مال منقول یا سندی که به نام حامل آن اعتبار داشته باشند به استناد اسباب صحیح توأم با حسن نیت حایز شود، مالک آن شناخته می شود؛ و (۲) سبب صحیح به سندی اطلاق می شود که از طرف غیر مالک یا غیر صاحب حق، صادر شده باشد.».

طبق نص این ماده شخصی که مال منقول یا حق عینی را بر مال منقول یا سندی که به نام حامل آن اعتبار داشته باشند به استناد اسباب صحیح توأم با حسن نیت حایز شود، مالک آن شناخته می شود. تعریف مال، منقول و حق عینی گذشت. عبارت «سندی که به نام حامل آن اعتبار داشته باشند» در نص این ماده مبهم و زاید به نظر می رسد. قابل توصیه است این عبارت از نص این ماده حذف گردد. استناد در لغت به معنی اتکا کردن و سند و مدرک نشان دادن است. در اصطلاح حقوقی استناد به معنی تکیه کردن به سند و مدرک و آن را پشتوانه عمل، گفته یا ادعا قرار دادن است.^{۴۱۰}

اسباب جمع سبب است که تعریف آن گذشت. همچنین، تعریف حسن نیت گذشت. فقره ۲ ماده ۲۲۸۸ ق. م که می گوید: «سبب صحیح به سندی اطلاق می شود که از طرف غیر مالک یا غیر صاحب حق، صادر شده باشد» مبهم و زاید به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص فقره ۲ ماده ۲۲۸۸ ق. م تعریف تعریف سبب صحیح. اما، این تعریف آمیخته با عبارات مبهم به نظر می رسد. قابل توصیه است فقره ۲ ق. ۱ حذف گردد. به حیث مثال، اگر احمد موتر را به این عقیده که محمود مالک آن است از محمود خریداری نماید، مالک آن تلقی می گردد. احمد در نص این ماده حایز است. سبب صحیح در این مثال، بیع است. احمد در این مثال دارای حسن نیت است. زیرا، او عقیده دارد که محمود مالک موتر است. موتر در این مثال مال منقول است. حق مالکیت احمد بر موتر حق عینی بر منقول است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که حیات منقول به حسن نیت و به سبب صحیح ملکیت منقول را به حایز منتقل می نماید و حایز به مجرد حیات مالک آن می گردد. در اینجا فرض این است که حایز منقول با غیر مالک به موجب تصرف قانونی ناقل ملکیت مانند: بیع که عبارت از سبب صحیح است، معامله می نماید. پس، سؤالی که در این فرض مطرح می گردد این است که آیا مشتری دارای حسن نیت تلقی می گردد یا خیر؟

پاسخ این سؤال مثبت است. زیرا، انتقال منقول بر خلاف عقار به سبب ایجاد سهولت بدون سند از بابع به مشتری منتقل می شود. بنابراین، زمانی که مشتری مال منقول را در ید بابع می بیند و آن را خریداری می نماید، دارای حسن نیت تلقی می گردد مشروط بر اینکه به این عقیده باشد که بابع همان مالک است. بنابراین، جهت تملک منقول توسط حایز تحقق سه شرط ضروری است: اول اینکه شی ای که حیات می شود منقول مادی باشد؛ دوم اینکه سبب حیات صحیح باشد و سوم اینکه حایز دارای حسن نیت باشد؛ یعنی: براین عقیده باشد

که شخصی که از او منقول را مثلاً خریده است، مالک حقیقی منقول است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حیات منقول براساس سبب صحیح است.

۴) طبق ماده ۲۲۹۱ ق.م: «(۱) حایز به حسن نیت مالک ثمر و آنچه که در حیات او است، شناخته می شود؛ و (۲) ثمر طبیعی یا صنعتی از تاریخ جمع آوری آن قبض شده تلقی می گردد، مگر ثمر مدنی روز به روز قبض شده شمرده می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- حایز و یا ذوالید با حسن نیت نه تنها مالک مال بلکه مال ثمر مال نیز می شود اصطلاح ثمر در این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور از ثمر در این ماده صرف میوه نیست، زیرا علاوه بر میوه ثمر دارای معانی دیگر نیز است. به حیث مثال، ثمر علاوه بر میوه درخت به معنی حاصل و فرآورده نیز استعمال می شود و در اصطلاح به هر فایده که از مورد معامله به دست آید، ثمر گویند.^{۴۱۱}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که ثمر در لغت به معنی فایده، میوه، حاصل، نتیجه و سود است.^{۴۱۲} در اصطلاح ثمر چیزی است که در دوره های معین از صل شی به دست می آید بدن این که در اصل شی کمبود و نقص ایجاد شود، مانند محصولات زمین های زراعتی، اجوره خانه کرای، فایده ای که از پول نقد به دست می آید و محصولی که از حیوانات به دست می آید مانند پشم و شیر نظیر این ها.^{۴۱۳} به حیث مثال، اگر احمد یک جریب زمین دارای درختان پسته را با حسن نیت تحت حیات در آورد، مالک زمین و مالک پسته ها می گردد.

۲- با توجه به معنی لغوی ثمر، فقره دوم ماده ۲۲۹۱ ق.م ثمر را به سه دسته تقسیم نموده است: ثمر طبیعی، صنعتی و مدنی. ثمر طبیعی چیزی است که بدون کار و فعالیت انسان به صورت طبیعی از چیزی به دست می آید مانند چلغوزه، پسته، بادام کوهی، بره متولد از گوسفند و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد یک جریب زمین دارای درختان پسته را با حسن نیت تحت حیات در آورد، مالک زمین و مالک پسته ها از روز قبض می گردد. قانونگذار مدنی ثمر طبیعی و صنعتی را مترادف استعمال نموده است که محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

ثمر صنعتی که عبارت از چیزی است که در ایجاد آن انسان نقش دارد مانند تولید کالا ها. ثمر مدنی عبارت از درآمد، عاید و فایده ای است که از چیزی به وسیله عمل انسان به دست می آید مانند اجوره خانه، زمین و نظیر اینها.^{۴۱۴} به حیث مثال، اگر احمد یک جریب زمین دارای درختان پسته را با حسن نیت تحت حیات در آورد، مالک زمین و ثمر مدنی آن مانند اجرت آن در صورت اجاره دادن می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حیات اصل و زواید مال است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵
پرسش شماره (۱۲۸): در جزء (۲) ماده (۲۲۹۱) قانون مدنی ثمر طبیعی صنعتی و مدنی قابل توضیح است.

۴۱۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۷۴.
 (آخرین بازدید ۷/۷/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 412.

۴۱۳. عبدالحسین رسولی (۱۳۹۳). اموال و مالکیت در حقوق افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات ابن سینا، ص ۱۳۳.
 ۴۱۴. همان، عبدالحسین رسولی، ص ۱۳۳.

توضیح: ثمر طبیعی: عبارت است از آنچه که بدون تداخل انسان تولید گردد مانند شیر، پشم و حمل حیوانات. ثمر صنعتی عبارت است از آنچه فعالیت انسان در آن دخالت دارد مانند حبوبات و سبزیجات زراعتی. ثمر مدنی عبارت است از پول کرایه اماکن، اجاره اراضی و ربح نقود.^{۴۱۵}

هـ) عدم تملک پذیری اموال عامه، آثار باستانی و اموال وقفی براساس مرور زمان

طبق ماده ۲۲۸۰ فقره دوم ق. م: «(۲) تملک اموال دولت، آثار باستانی و عامل وقف بر اساس مرور زمان جواز ندارد.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

(۱) تملک اموال دولت بر اساس مرور زمان جواز ندارد. تعریف اموال دولتی در فصل اموال گذشت. تملک در لغت تحت ملکیت در آوردن است. به حیث مثال، احمد نمی تواند اموال منقول و غیرمنقول دولت مانند زمین های دولتی، موثر دولتی و نظیر اینها را براساس مرور زمان تحت تملک در آورد.

(۲) تملک اموال آثار باستانی بر اساس مرور زمان جواز ندارد. به حیث مثال، احمد نمی تواند قصر دارالامان را براساس مرور زمان تحت تملک در آورد.

(۳) تملک عامل وقف بر اساس مرور زمان جواز ندارد. عبارت عامل وقف در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. عامل در لغت به معنی عمل کننده است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد منظور از عامل وقف «اموال وقفی» است. با پذیرش این استنباط، تملک اموال وقفی براساس مرور زمان جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را وقف مکتب نماید، محمود نمی تواند این زمین ها براساس مرور زمان تحت تملک در آورد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از تملک اموال دولتی، اموال عامه و اموال وقفی براساس مرور زمان است.

و) استرداد مصارف توسط صاحب مال به حایز دارای حسن نیت

در صورتی که حایز و یا ذوالید مالک مال مطابق قواعد پیش بینی شده که تفصیل آن گذشت شناخته نشود و مال را به مالک رد نماید، اما در زمانی که مال تحت حیات او بوده است، غرض نگهداری و حفظ مال مصارفی را متحمل شده باشد، می تواند پرداخت این مصارف را از مالک مطابق قواعد ذیل مطالبه نماید:

(۱) طبق ماده ۲۲۹۳ ق. م: «مالکی که ملکیت به او رد می شود، مکلف است تمام مصارف ضروری را که حایز به حسن نیت مصرف رسانیده است به او بپردازد و در مورد مصارف نافع احکام مواد (۲۲۰۵ - ۲۲۰۶) این قانون تطبیق می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- مالک مال مکلف است تمام مصارف ضروری را که حایز به حسن نیت به مصرف رسانیده است، به او پرداخت نماید. به نظر می رسد منظور از مصارف ضروری مصارفی است که حایز آن را جهت حفظ عین متحمل شده است. به حیث مثال، در صورتی احمد موثر، خانه و نظیر اینها را به میراث ببرد یا اینکه برای او وصیت شده باشد یا برایش هبه شده و یا اینکه به سبب شفعه حایز آن گردیده باشد در همه این موارد، حایز جنس تا زمانی با حسن نیت محسوب می شود که معتقد به مالک بودن موثر، وصیت کننده، واهب و فروشنده عقال مشفوعه باشد خواه در نفس الامر اشخاص مذکور مالک آن باشند و یا نباشند. در این حالات، هرگاه سبب وصیت، ارث و شفعه اصلاً متحقق نگردیده باشد و احمد مکلف گردد این اموال را به صاحب آن رد نماید، صاحب این اموال مکلف است مصارفی ضروری را به احمد که دارای حسن نیت است رد نماید.

۲- مورد مصارف نافع احکام مواد (۲۲۰۵ - ۲۲۰۶) این قانون تطبیق می شود. مصارف جمع مصرف است. نافع در لغت به معنی نفع رساننده و دارای منفعت است. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۲۲۰۵ - ۲۲۰۶ ق. م است که تفصیل آن گذشت. منظور از مصارف نافع مصارفی است که حایز آن را متحمل شده است و این مصارف موجب افزایش قیمت عقار می گردد، مانند: احداث بناء، غرس درخت، نصب سیستم نل و آب و امثال اینها در عقار. طبق مفاد ماده ۲۲۰۵ هرگاه شخص حایز با حسن نیت مصارف نافع را در عقار به مصرف رسانیده باشد، مالک عقار نمی تواند ازاله آنچه را که در اثر مصرف به وجود آمده است مطالبه نماید، بلکه می تواند قیمت مواد را با اجرت اجیران و یا پول افزایش قیمت عقار را به حایز پرداخت نماید.

همچنین، طبق مفاد ماده ۲۲۰۶ ق. م هرگاه قیمت مصارف نافع به حدی بزرگ باشد که مالک زمین نتواند قیمت آن را پرداخت نماید، می تواند زمین را در مقابل مصارف نافع به حایز پیشنهاد نماید. به حیث مثال، در صورتی احمد موثر، خانه، اسب و نظیر اینها را به میراث ببرد یا اینکه برای او وصیت شده باشد یا برایش هبه شده و یا اینکه به سبب شفعه حایز آن گردیده باشد در همه این موارد، حایز جنس تا زمانی با حسن نیت محسوب می شود که معتقد به مالک بودن مورث، وصیت کننده، واهب و فروشنده عقار مشفوعه باشد خواه در نفس الامر اشخاص مذکور مالک آن باشند و یا نباشند. در این حالات، هرگاه سبب وصیت، ارث و شفعه اصلاً متحقق نگردیده باشد و احمد مکلف گردد این اموال را به صاحب آن رد نماید در حالی که احمد مصارف نافع را در این اموال انجام داده باشد، صاحب این اموال مکلف است مصارف نافع را به احمد که دارای حسن نیت است رد نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف صاحب مال و مورد حمایت قرار دادن حایز دارای حسن نیت است.

۲) براساس ماده ۲۲۹۴ ق. م: «حایز نمی تواند مصارفی را که از جمله مالیات حساب می شود، از مالک مطالبه نماید، مگر حق آن را دارد تا آنچه را جدیداً احداث نموده است دور ساخته و شی را به همان حالت اولی آن برگرداند، مگر اینکه مالک به ایفای آن در مقابل تادیه قیمت، موافقه نماید.» از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می گردد:

۱- قاعده این است که پرداخت مالیات عقار بر عهده حایز است. بنابراین، در صورتی که حایز مالیات مربوط به عقار را به دولت پرداخته باشد، نمی تواند پرداخت تعویض آن را از مالک زمین مطالبه نماید. مالیه اسم منسوب به مال و تأنیث مالی است.^{۴۱۶} در اصطلاح حقوقی، ماده ۱ فقره دوم قانون مالیات بر عایدات در تعریف مالیه می گوید که: «(۲) مالیه، تادیه الزامی است که به منظور تقویه بنیه مالی دولت و رفاه عامه بدون انجام خدمت متقابل یا ارایه جنس از اشخاص حقیقی و حکمی طبق احکام این قانون اخذ می گردد.» به حیث مثال، اگر احمد ده باب دوکان محمود را حایز گردد و مالیات دوکان ها را به دولت پرداخت نماید، احمد نمی تواند مالیه را از محمود مطالبه نماید. نص این ماده با قاعده عمومی پرداخت مالیه بر عهده مالک است در تعارض به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۲- قاعده دوم این است که حایز حق آن را دارد تا آنچه را جدیداً احداث نموده است دور ساخته و شی را به همان حالت اولی آن برگرداند. احداث در لغت به معنی ساختن، تأسیس کردن، چیزی را به وجود آوردن، ایجاد،

پیدایش، خلق و ساخت است. در اصطلاح، إحداث عبارت است از ساختن یک بناء، عمارت، سرک و نظیر اینها.^{۴۱۷}

به حیث مثال، اگر احمد ده باب دوکان محمود را حایز گردد و در دوکان ها الماری، قفسچه، شیشه و نظیر اینها نصب نماید، احمد می تواند همه را از بین ببرد و دوکان ها را به همان حالت اولی به محمود تسلیم نماید. استثنای این قاعده این است که در صورتی که مالک عقار قیمت این تأسیسات را پرداخت نماید، حایز نمی تواند این تأسیسات را از بین ببرد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود مصارف الماری، قفسچه، شیشه و نظیر اینها را به احمد پرداخت نماید، احمد نمی تواند الماری، قفسچه، شیشه و نظیر اینها را از بین ببرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف حایز است.

۳) وفق ماده ۲۲۹۵ ق. م: «هرگاه شخصی حایز را از مالک یا حایز سابق حایز شده باشد، و اثبات نماید که مصارف را به سلف خود پرداخته است، می تواند مصارف مذکور را از شخصی که مال به وی سپرده می شود، مطالبه کند.» به نظر می رسد منظور از شخصی که حایز را از مالک و یا حایز سابق حایز شده باشد، حایز؛ یعنی: ذوالید جدید است. بنابراین، ذوالید جدید حایز را از مالک عقار و یا ذوالید سابق کسب نماید و اثبات نماید که مصارف عقار تحت حایز را به سلف خود پرداخته است، می تواند مصارف را از شخصی که مال به وی سپرده می شود مطالبه نماید. به نظر می رسد منظور از سلف در این ماده مالک و یا حایز سابق است. سلف در لغت به معنی پیشینیان، گذشته، کسی که در گذشته می زیسته، پیشین، قبلی، سابق، گذشته، جد و نیا است که جمع آن اسلاف است. به نظر می رسد اسلاف عبارت اند از کسانی که قبلاً می زیسته اند.^{۴۱۸}

به حیث مثال، اگر احمد ده باب دوکان محمود را حایز گردد و در دوکان ها الماری، قفسچه، شیشه و نظیر اینها نصب نماید و سپس این دوکان ها را به جمشید انتقال دهد و جمشید مصارف احمد را پرداخت نماید و سپس جمشید حایز دوکان ها را به فاروق انتقال دهد، در صورتی که جمشید بتواند ثابت نماید که مصارف زواید دوکان ها را به محمود پرداخته است، از فاروق مطالبه پرداخت این مصارف را نماید. محمود در این مثال سلف جمشید است. فاروق شخصی است که در نهایت حایز دوکان ها به او منتقل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت مصارف شی محل حایزت به حایز دوم و مورد حمایت قرار دادن حایز دوم است.

پرسش این است که اندازه این مصارف توسط کی تعیین می شود؟ ماده ۲۲۹۶ ق. م در پاسخ به این پرسش تصریح می نماید که: «محکمه می تواند اندازه مصارف را تثبیت و راجع به پرداخت آن اقساط دورانی را با تضمینات ضروری، تعیین نماید.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که محکمه ذیصلاح می تواند اندازه مصارفی را که مالک باید به حایز پرداخت نماید، تثبیت و در مورد چگونگی پرداخت آن تصمیم بگیرد.

طبق نص این ماده قاضی می تواند به پرداخت مصارف توسط مالک به حایز به صورت اقساط حکم نماید. همچنین، قاضی می تواند مالک را مکلف به دادن تضمین مبنی بر پرداخت اقساط به حایز نماید. قسط در لغت به معنی حصه، سهم، قسمت و بخش است^{۴۱۹} که جمع آن اقساط است. در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد قسط عبارت از قسمتی از دین یا پول است که در فاصله های مساوی با کمیت های مساوی توسط مدیون

417. Ibid, (Last visit: 7/4/ 2016).

418. Ibid, (Last visit: 28/ 8/ 2016).

۴۱۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۲.

به داین پرداخت می شود. تضمینات جمع تضمین است که در لغت به معنی ضمانت کردن و ضامن شدن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به ضمانت کردن دینی و یا تعهدی از سوی کسی غیر از متعهد و یا در مواردی با سپردن مال و یا وجهی از سوی متعهد تضمین گویند.^{۴۲۰}

به حیث مثال، در مثال بالا در صورتی که فاروق از دادن مصارف به جمشید امتناع ورزد یا در خصوص مقدار مصارف میان جمشید و فاروق اختلاف واقع شود، طبق قواعد عمومی اثبات جمشید مکلف است مقدار مصارف را با توسل به وسایل اثبات مانند سند، شهود، قرائن و نظیر اینها در محکمه ثابت نماید. محکمه می تواند فاروق را مکلف نماید که این مصارف را در اقساط دورانی مانند دو دو ماه بعد به جمشید بپردازد. همچنین، قاضی می تواند فاروق را مکلف نماید به جمشید شخص سوم مانند قیوم یا مالی را به تضمین بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حایز دوم است.

ز) مسؤولیت از بین رفتن شی تحت حیات

۱) مطابق ماده ۲۲۹۷ ق. م: «هرگاه حایز با حسن نیت از شی در حدودی که حق خود پندارد، استفاده نماید، در مقابل شخصی که به رد شی به او مکلف می شود از هر نوع تعویض به سبب این استفاده مسؤول شناخته نمی شود. همچنین از عواقب از بین رفتن و تلف شدن شی مذکور مسؤول پنداشته نمی شود، مگر در حدودی که از آن ناحیه به او مفادی تعلق گرفته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه ذوالید دارای حسن نیت از مال در حالی که به این عقیده باشد که مال از خود او است، استفاده نماید، مکلف نیست به مالک مال تعویض استفاده را پرداخت نماید. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۴۲۱}

تعویض در ق. م در مفهوم جبران خسارت نیز استعمال شده است. به حیث مثال، اگر احمد از باغ محمود به این عقیده که مال از او است استفاده نماید، مکلف نیست عوض یا جبران خسارت آن، به حیث مثال، میوه های را که مورد استفاده قرار داده است به محمود پرداخت نماید. در این مثال، احمد مکلف است باغ را به محمود رد نماید.

۲- در صورتی که شی نزد او از بین برود در برابر مالک مال مسؤولیت مدنی ندارد. به حیث مثال، اگر احمد از اسپان و گوسفندان محمود به این عقیده که مال از او است استفاده نماید و اسپان و گوسفندان تلف شوند، احمد مسؤول پرداخت جبران خسارت اسپان و گوسفندان به محمود نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است احمد مکلف است در حدودی که به او از مال مفاد رسیده است، جبران خسارت را پرداخت نماید. زیرا، در این باره قاعده فقهی وجود دارد که تصریح می نماید: «کسی که حاصلی را به دست آورد باید توانی را نیز بپردازد»^{۴۲۲} (ماده ۸۵ مجله الاحکام). به حیث مثال، اگر احمد از شیر، پشم، رکوب و نظیر اینهای اسپان و گوسفندان استفاده نماید مکلف است جبران خسارت شیر، پشم و رکوب حیوان را به محمود بدهد. هدف قانونگذار مدین در نص این ماده پیش بینی تکلیف حایز در برابر صاحب مال است.

۲) براساس ماده ۲۲۹۸ ق. م: «هرگاه حایز دارای سوء نیت باشد، از بین رفتن و تلف شدن شی گرچه از اسباب غیر مترقبه نشأت کرده باشد، مسؤول شناخته می شود، مگر اینکه ثابت شود که اگر شی مذکور نزد مالک

۴۲۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۶۹۳.
421. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۴۲۲. متن عربی این قاعده چنین است: «الخارج بالضمان».

آن هم می بود، از بین می رفت و با تلف می گردید.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که هرگاه حایز دارای سوء نیت باشد، از بین رفتن و تلف شدن شی گرچه از اسباب غیر مترقبه نشأت کرده باشد، مسؤول شناخته می شود. اسباب مترقبه در ق. م حوادث غیرمترقبه نیز نامیده شده است. بحث قوه قاهره و اسباب غیرمترقبه در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد اسپ های محمود را غصب نماید و اسپ ها نزد محمود در اثر عدم دادن علف و آب از بین برود، احمد مسؤول پرداخت جبران خسارت اسپ به محمود است. همچنین، اگر اسپ ها در اثر اسباب غیرمترقبه مانند مریضی طبیعی اسپ، شارتی برق و آتش سوزی در طویل خانه، زلزله و فرو ریختن طویل خانه بر اسپ ها، اسپ ها تلف شود، احمد مکلف است جبران خسارت آن را به محمود پرداخت نماید.

استثنای این اصل این است که حایز دارای سوء نیت ثابت نماید اگر مال نزد مالک نیز می بود تلف می شد. به حیث مثال، احمد ثابت نماید که اگر اسپ ها نزد محمود می بود نیز در اثر اسباب غیرمترقبه مانند مریضی ساری حیوانات، زلزله و نظیر اینها نزد محمود از بین می رفت. اثبات این امر توسط احمد مشکل به نظر می رسد. اصلاح نص این ماده قابل توصیه به نظر می رسد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف حایز دارای سوء نیت در برابر صاحب مال و مورد حمایت قرار دادن حق صاحب مال است.

گفتار هفتم) تولد از مملوک، هبه، هدیه و صدقه

سبب دیگر کسب ملکیت مطلق تولد از مملوک است. زیرا، یکی از قواعد پذیرفته شده این است که: آنچه از مملوک تولد و یا ناشی می شود مملوک است. پس، مالک اصل به صورت اولی مالک فرع است خواه تولد توسط فعل مالک اصل باشد یا به صورت طبیعی. در نتیجه، میوه درخت، ولد حیوان، پشم و شیر گوسفند و نظیر اینها همه مملوک مالک صاحب اصل است. هرگاه چیزی از شی ای زاده شود که میان دو نفر و یا بیشتر از دو نفر مشترک باشد، آنچه متولد شده است، میان مالکان اصل به تناسب سهم آنها نیز مشترک است.^{۴۲۳} تعریف هبه، هدیه و صدقه در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت.

۴۲۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۵۷۱ و ۴۵۷۲؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۵۲.

فصل دوم: ملک ناقص (ملک عین یا منفعت فقط)

نوع دوم حق عینی اصل ملکیت ناقص است.

مبحث اول) تعریف و انواع ملکیت ناقص در فقه

ملکیت ناقص عبارت از ملکیت عین بدون منفعت یا منفعت بدون رقبه شی است.^{۴۲۴} بنابراین، ملکیت ناقص خالی از دو حالت نیست:

حالت اول این است که شخص مالک منفعت شی بدون رقبه آن باشد، مانند: اینکه شخص شی ای را از دیگری به اجاره و عاریت بگیرد یا شخصی منفعت شی را به دیگری وقف یا وصیت نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به حمیده به عاریت بدهد رقبه خانه مال احمد و منفعت خانه مال حمیده است و ملکیت هر دو ناقص است.

حالت دوم این است که شخص مالک رقبه بدون منفعت باشد، مانند اینکه: شخص منفعت شی ای خویش را برای مدت معین به دیگری وصیت نماید و بعد از وفات موصی منفعت موصی به، به موصی له و رقبه آن به وارث موصی تعلق بگیرد،^{۴۲۵} یا شخصی ملکیت خویش را به دیگری به کرایه بدهد که در این صورت منفعت ملک متعلق به کرایه نشین و رقبه آن متعلق به صاحب خانه یا مالک می شود و ملکیت هر دو ناقص می گردد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به حمیده به کرایه بدهد رقبه خانه متعلق به احمد و منفعت متعلق به حمیده است. از این تعریف به خوبی استنباط می گردد که ملک ناقص شامل ملک عین فقط و یا ملک منفعت فقط می گردد که ملک منفعت فقط را ملک منفعت شخصی یا حق انتفاع نیز می نامند.^{۴۲۶} بنابراین، ملک ناقص شامل: ملک عین فقط و ملک منفعت فقط می گردد:

گفتار نخست) ملک عین فقط

ملک عین فقط عبارت از ملکی است که ذات (رقبه) ملک متعلق به شخصی و منفعت آن متعلق به شخصی دیگری باشد، مانند اینکه: شخصی سکنی خانه خود را به دیگری برای مدت معین یا غیر معین وصیت نماید. در چنین حالت، هرگاه موصی فوت نماید و موصی له بعد از فوت موصی وصیت را قبول نماید، عین ملک، ملکیت ورثه موصی و منفعت آن ملکیت موصی له پنداشته می شود. بنابراین، موصی له می تواند از منفعت ملک مطابق وصیت الی ختم مدت وصیت انتفاع بگیرد و زمانی که مدت انتفاع خاتمه یابد، منفعت عین موصی به را به ورثه موصی انتقال دهد تا ملکیت آنها کامل گردد.

در چنین حالت، مالک عین موصی به، نمی تواند از منفعت موصی به، انتفاع بگیرد یا در عین و منفعت آن تصرف نماید. بنابراین، مالک رقبه عین مکلف است عین را به منتفع (موصی له) جهت استیفاء منفعت تسلیم نماید. در صورتی که از تسلیم آن امتناع ورزد به تسلیم آن اجبار می گردد.^{۴۲۷} از آنچه گفته شد، معلوم می گردد

۴۲۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۵۰.
۴۲۵. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۵۹ و ۲۶۰.
۴۲۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۵۰.
۴۲۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۲۸۹۶.

که ملکیت عین فقط ملکیت دایمی بوده و همیشه به ملک کامل مبدل می گردد. ولی، ملکیت منفعت شخصی ملک مؤقت می باشد، زیرا به عقیده فقهای حنفی منافع قابل توارث نمی باشد.^{۴۲۸}

گفتار دوم) ملک منفعت فقط یا حق انتفاع

نوع دوم ملک ناقص طبق فقه ملک منفعت فقط یا حق انتفاع است که در فقه ملک منفعت شخصی نیز یاد می شود. طبق فقه ملک منفعت فقط عبارت از ملکیتی است که عین ملک متعلق به شخص دیگر و صرف منفعت آن متعلق به شخص منتفع است مانند اجاره که رقبه عین مستأجره متعلق به مؤجر و منفعت آن در جریان عقد اجاره متعلق به مستأجر است. همچنین، در عاریت منفعت عین مستعاره متعلق به مستعیر و رقبه آن متعلق به معیر است. در این دو مثال، ملکیت مستأجر و مستعیر هر دو ملکیت منفعت فقط اند.

مبحث دوم) تعریف و انواع ملکیت ناقص در ق. م

در تقسیمات ملکیت ناقص ق. م از فقه پیروی ننموده است، بلکه با پیروی از ق. م. ج. م احکام ملکیت منفعت فقط را تحت عنوان حقوق متفرع از ملکیت در فصل سوم، قسمت اول، دوم و سوم، مواد ۲۲۹۹ الی ۲۳۳۹ تنظیم نموده است. طبق ق. م حقوق متفرع از ملکیت شامل حق انتفاع، حق سکونت و استعمال و حق حکر می شود. در واقع، حق انتفاع مترادف حق ملکیت منفعت در فقه است زیرا در حق انتفاع رقبه ملک متعلق به مالک رقبه و منفعت متعلق به نفع گیرنده است. حق سکونت، استعمال و حکر از مصادیق و انواع حق انتفاع اند. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م ترجمه نموده اند.

گفتار نخست) تعریف، محل، شرایط محل، آثار و خاتمه حق انتفاع

الف) تعریف

راجع به حق انتفاع تعاریف ذیل وجود دارد:

(۱) حق انتفاع در اصطلاح فقهی عبارت از حقی است برای غیر در ملک دیگری که به موجب یکی از اسباب کسب ملکیت منفعت فقط حاصل می شود.^{۴۲۹}

(۲) حقوقدانان فرانسوی در تعریف حق انتفاع می گویند: حق انتفاع عبارت از حق عینی در انتفاع از شی مملوک غیر به شرط حفظ ذات شی جهت رد آن به صاحب شی در صورت انتهای حق انتفاعی که در اثر موت مُنتفع حتماً منتهی می گردد، است.^{۴۳۰} ماده ۵۷۸ ق. م. ف در تعریف حق انتفاع می گوید: «حق انتفاع عبارت است از حق استفاده از اشیاء مانند مالک شی اما با مسؤولیت حفظ ذات شی.»^{۴۳۱}

(۳) ماده ۲۲۹۹ ق. م در تعریف حق انتفاع می گوید: «حق انتفاع جایز، عبارت از حق نفع گیرنده است در استعمال و به کار انداختن عین تا زمانی که به حالت خود باقیمانده، گرچه رقبه آن در مالکیت او نباشد.» طبق این ماده حق انتفاع عبارت از حق نفع گیرنده است در استعمال عین مشروط بر این که عین از جمله اعیان استعمالی باشد هرچند رقبه عین ملکیت منتفع نباشد. قانونگذار مدنی در نص این ماده از انتفاع جایز سخن می گوید. مفهوم مخالف نص این ماده این است که امکان دارد انتفاع ناجایز باشد، مانند این که شخص مال دیگری

۴۲۸. همان، وهبه الزحیلی، جلد (۶)، ص ۵۵۱.

۴۲۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات مجرب فکر، ص ۸۴۱.

۴۳۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۲۰۱.
431. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1st ed, Tehran: Dadqaster publication, p 298.

را غصب نماید و از آن انتفاع بگیرد یا مانند این که یک شخص مال شخص دیگر را به سرقت ببرد و از آن نفع بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد آپارتمان محمود را به اجاره بگیرد، احمد نسبت به آپارتمان حق انتفاع مشروع دارد. اما، اگر احمد آپارتمان محمود را غصب نماید و بخواهد از آن نفع بگیرد، احمد نسبت به آپارتمان حق انتفاع ناجایز دارد.

از مجموع این تعاریف چنین بر می آید که حق انتفاع عبارت از حق نفع گیرنده است از منفعت عینی که رقبه آن ملک دیگری است به شرط حفظ عین و اعاده آن به مالک رقبه بعد از انتهای حق انتفاع. مانند: کرایه که کرایه نشین می تواند از منفعت شی ای که به کرایه گرفته است، استفاده نماید و در عین حال در حفظ آن ساعی یا کوشا باشد و در صورت انتهای مدت اجاره عین شی مستأجره را به مالک آن مسترد نماید، یا مانند: عاریت، وقف برای مدت معین و وصیت و امثال اینها. هدف قانونگذار مدنی در ماده ۲۲۹۹ ق. م تعریف حق انتفاع است.

ب) اسباب

طبق ماده ۲۳۰۲ ق. م: «حق انتفاع به سبب عمل قانونی یا شفعه یا مرور زمان، کسب می شود.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که اسباب کسب حق انتفاع عبارت از عمل قانونی، شفعه، مرور زمان و وصیت است: **(۱) عمل قانونی:** اولین سبب حق انتفاع براساس ق. م عمل قانونی است. منظور از عمل قانونی تصرف حقوقی است. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت، تصرفات حقوقی به عقد و ایقاع تقسیم می شود. به نظر می رسد عمل قانونی در ماده ۲۳۰۲ به صورت مطلق استعمال شده است و همه عقود و ایقاع ها را در بر می گیرد. با این تفسیر، همه عقود و ایقاع ها منبع حق انتفاع نیست، بلکه یک تعداد محدود عقود و ایقاع ها سبب حق انتفاع است، مانند: اجاره که به موجب آن مستأجر مالک منفعت عین مستأجره می گردد و مانند عاریت که به موجب آن مستعیر مالک منفعت عین مستعاره گردیده و می تواند از آن انتفاع بگیرد، وقف که به موجب آن موقوف له می تواند از منفعت عین موقوفه در جریان وقف انتفاع بگیرد و امثال اینها.

(۲) شفعه: شفعه غالباً سبب ملکیت کامل است زیرا، چنانچه بحث آن در مبحث شفعه گذشت، شفعی در برابر پولی که به بایع می پردازد مالک عین و منفعت عقار مشفوعه می گردد. اما، طبق ماده ۲۳۰۲ ق. م به نظر می رسد شفعه نه تنها سبب کسب ملکیت کامل بلکه سبب کسب ملکیت ناقص هم است که به دلیل مخالفت با مذهب حنفی محل ایراد است.

نص ماده ۲۳۰۲ ق. م خلاف مذهب حنفی است که باید حذف گردد. زیرا در مذهب حنفی و جمهور فقها شفعه صرف در بیع قابل تطبیق است. در مذهب حنفی شفعه در اجاره و هبه و غیره قابل تطبیق نیست. این که قانون مدنی مصر و قانون مدنی افغانستان در هبه و اجاره شفعه را قابل تطبیق می دانند به نظر می رسد که از فقه امامیه یا برخی فقه های مالکیه گرفته شده باشد. در هر حال، قابل توصیه است نص ماده ۲۳۰۲ قانون مدنی افغانستان اصلاح گردد و برابر با مذهب حنفی شود.

در حقوق مصر برخی حقوقدانان در این خصوص این گونه مثال می آورند که: اگر حق انتفاع ملک میان دو نفر مشترک باشد و یکی از آنها حق انتفاع را به دیگری به فروش رساند، شریک دیگر می تواند حق انتفاع را از طریق شفعه تملک نماید.^{۴۳۲}

برخی دیگر در این خصوص می نویسند که: «شرکت در شفعه بر دو نوع است: شرکت در نفس عقار و شرکت در حقوق آن. کسب حق انتفاع به سبب شفعه از مصادیق شرکت در حقوق است، مانند این که: دو نفر مشترکاً حق انتفاع خانه را کسب کنند. سپس، یکی از آنها حق انتفاع خانه را به دیگری یعنی شخص سوم انتقال دهد. شریک می تواند حق واگذار شده را از شخص سوم براساس حق شفعه تملک کند.^{۴۳۳}

هرچند از لحاظ نظری، شفعه می تواند یکی از اسباب حق انتفاع را تشکیل دهد، اما در عمل معمولاً مبیعه عقار محل شفعه قرار می گیرد و به تبع ذات عقار منفعت آن. بنابراین، به نظر می رسد شفعه در موارد بسیار نادر و استثنایی محل حق انتفاع قرار می گیرد. به نظر می رسد شفعه می تواند منبع حق انتفاع در اجاره باشد. به حیث مثال، هرگاه دو شخص همسایه همدیگر باشند و یکی از آنها خانه یا زمین خویش را به شخص سوم که بر زمین و خانه حق شفعه ندارد را به اجاره بگیرد، همسایه می تواند منفعت عین مستأجره را از طریق شفعه تملک نماید.

(۳) مرور زمان: سبب سوم حق انتفاع طبق ماده ۲۳۰۲ ق. م مرور زمان است که مبهم به نظر می رسد و ارایه مثال برای آن مشکل است. زیرا، در ق. م به صورت صریح در خصوص مثال و مصداق آن حکمی وجود ندارد. برخی حقوقدانان در این خصوص می نویسند که: «کسب حق انتفاع براساس مرور زمان به این صورت است که شخص برای مدت پانزده سال حيازت حق انتفاع عقار را به حسن نیت کسب کند و بعد از پانزده سال، هر کسی دیگری به ضرر او ادعا کند، این ادعا توسط محکمه ذیصلاح شنیده نمی شود. مشکلی که در این صورت ایجاد می شود، این است که حایز ادعای نه تنها حق انتفاع، بلکه مالکیت کند.^{۴۳۴}

در حقوق مصر، اگر شخصی حق انتفاع ملک خویش را به دیگری اعطاء نماید و شخص مذکور برای مدت پنج سال (طبق ق. م. ج. م) حق انتفاع را حایز گردد، مالک آن تلقی می گردد. با توجه به این که در این خصوص نص خاص وجود ندارد، قاعده عمومی که پانزده سال است قابل تطبیق به نظر می رسد. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۳۰۲ ق. م احصای برخی اسباب حق انتفاع است.

(۴) وصیت: طبق ماده ۲۳۰۳ ق. م: «وصیت کردن به حق انتفاع مطابق احکام و قواعد مندرج فصل و وصیت، جواز دارد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به احکام وصیت است. طبق نص این ماده سبب چهارم حق انتفاع وصیت به منفعت است. به عنوان مثال، هرگاه احمد منفعت ملکیت خویش را برای محمود برای مدت شش ماه وصیت نماید، بعد از وفات احمد، ورثه او مکلف اند وصیت او را تنفیذ و منفعت موصی به را به محمود برای مدت شش ماه بدهند. در این صورت، محمود به سبب وصیت مالک منفعت عین موصی به می گردد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که احصاء و پیش بینی شفعه و وصیت در ماده های ۲۳۰۳ و ۲۳۰۴ زاید به نظر می رسد زیرا عمل قانونی وصیت و شفعه را در بر می گیرد زیرا این دو مطابق

۴۳۲. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۲۱۹.

۴۳۳. عبدالحسین رسولی (۱۳۹۳). اموال و مالکیت در حقوق افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات ابن سینا، ص ۱۳۱.

۴۳۴. همان، عبدالحسین رسولی، ص ۱۳۰.

ق. م ایقاع اند و ایقاع یکی از انواع عمل قانونی است. تفصیل وصیت در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

طبق فقه اسباب ملک منفعت شخصی با حق انتفاع عبارت اند از: (۱) عاریت؛ (۲) اجاره؛ (۳) وقف؛ (۴) وصیت؛ و (۵) اباحه.^{۴۳۵} تفصیل عاریت و اجاره در جلد عقود معین و از وقف در جلد استعمال حق، تطبیق قانون از حیث زمان و اشخاص حقیقی و حکمی و تفصیل اباحه در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

ج) محل و شروط مالی که محل حق انتفاع قرار می گیرد

طبق ماده ۲۳۰۰ ق. م: «کسب منافع اعیان عقار باشد یا منقول، بدون رقبه آن جواز دارد.» اعیان جمع عین است که تعریف آن در فصل اول گذشت. منافع جمع منفعت است. همچنین، تعریف عقار، منقول و رقبه در فصل اول گذشت. طبق نص این ماده محل حق انتفاع می تواند مال اعم از عقار، خانه، اراضی، منقولات مانند: موتر، مواشی و غیره باشد.^{۴۳۶} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد، کسب منفعت توسط محمود از خانه صورت می گیرد.

خانه در این مثال، مصداق عقار است. خانه در این مثال به دو بخش تقسیم می شود: منفعت که متعلق به محمود می شود و رقبه یا ذات خانه که مربوط احمد می شود. همچنین، اگر احمد موتر خویش را به محمود به اجاره بدهد، کسب منفعت توسط محمود از موتر صورت می گیرد. موتر در این مثال، مصداق منقول است. موتر در این مثال به دو بخش تقسیم می شود: منفعت که متعلق به محمود می شود و رقبه یا ذات موتر که مربوط احمد می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی محل حق انتفاع است.

د) آثار

طبق ماده ۲۳۰۴ ق. م: «رعایت شروط عقد تبرعی که بر آن حق انتفاع مرتب می گردد، با مراعات حقوق و وجایب نفع گیرنده، حتمی است.»، تبرعی اسم منسوب به تبرع است. عقود تبرعی عبارت از عقودی اند که به موجب آنها متصرف مال خویش را به دیگری تبرع می نماید مانند هبه، عاریت و نظیر اینها. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به عقود تبرعی است. طبق نص این ماده نخست این که در وقت انشای (ایجاد) حق انتفاع شرایط عقود تبرعی که موجب ایجاد حق انتفاع می گردد، مانند: عاریت، هبه و نظیر آن که تفصیل آن در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت باید توسط طرفین رعایت گردد. دوم این که حقوق و التزاماتی را که این عقود نسبت به طرفین ایجاد می نمایند، طرفین حق انتفاع باید رعایت نمایند.

عقودی که موجب ایجاد حق انتفاع می گردد، حقوق و التزامات معینی را برای منتفع ایجاد می نمایند. به عبارت دیگر: چون حق انتفاع بیشتر منشعب و برآمده از عقود تبرع مانند عاریت، وقف (اگر وقف را عقد تلقی نماییم)، وصیت (اگر وصیت را عقد تلقی نماییم) و نظیر اینها است. بنابراین، شرایط و احکام این عقود بر حق انتفاع قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق شروط عقود تبرعی بر حق انتفاع است. با توجه به عقود تبرعی، در ذیل حقوق و التزامات منتفع را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

۴۳۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۵۲؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۶۰ و ۲۶۱؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۴۲۰ و ۲۰۵.
۴۳۶. عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۲۰۷ و ۱۲۰۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۴۲.

(۱) حقوق منتفع: چنانچه گفته شد، حق ملکیت دارای سه رکن است: حق استعمال، حق بهره برداری (استغلال) و حق تصرف مالکانه که تفصیل آن گذشت. حق انتفاع موجب تجزیه حق ملکیت می گردد و حق استعمال و استغلال مربوط به منتفع و حق تصرف مربوط به مالک رقبه می گردد. بنابراین، مالک رقبه می تواند در رقبه ملک که منفعت آن متعلق به نفع گیرنده است به نحوی تصرف نماید که ضرری متوجه نفع گیرنده نشود. به عنوان مثال، مالک رقبه می تواند ملک را به فروش رساند، مقایضه نماید با آن در شرکت سهامی شود، آن را هبه و وصیت نماید. در چنین حالات، جمیع حقوق مالک قدیم به مالک جدید منتقل می شود و بعد از انتهای حق انتفاع مالک جدید مالک کامل ملکیت می گردد. طبق ق. م حق انتفاع موجب ایجاد حق استعمال، حق بهره برداری و حق حصول ثمر شی محل انتفاع برای منتفع می گردد:

۱- حق استعمال: مُنتفع یا صاحب ملک منفعت فقط می تواند شی محل انتفاع را به نحوی که مالک استعمال می نماید، استعمال نماید. زیرا، منتفع در استعمال شی ای که محل حق انتفاع قرار گرفته است، قایم مقام مالک می گردد. پس، می تواند آن را شخصاً استعمال نماید. به عنوان مثال، اگر شی خانه باشد، می تواند در آن سکونت نماید و اگر شی موتر باشد می تواند آن را براند و اگر شی لباس یا جواهرات باشد می تواند آن را بپوشد.

باوجوداین، منتفع برخلاف مالک نمی تواند به اندازه ای شی را استعمال نماید که باعث استهلاک یا هلاک آن گردد. زیرا، منتفع ملزم به حفاظت و رد آن به مالک رقبه بعد از انتهای مدت انتفاع است. همچنین، منتفع در استعمال شی مقید به قیودی قانونی است که مالک آنها را باید رعایت نماید. پس، منتفع نمی تواند در حدود مسافه کمتر از یک متر به طرف خانه همسایه کلکین باز نماید یا شی محل انتفاع را به نحوی استعمال نماید که موجب تضرر همسایه گردد. همچنین، منتفع می تواند شی را استعمال نماید، می تواند ملحقات شی را نیز استعمال نماید. پس، منتفع می تواند حقوق ارتفاق از قبیل: حق شرب، مرور، مجری و مسیل عفار را استعمال نماید.

۲- حق بهره برداری (استغلال): حق دوم منتفع حق بهره برداری است. فرقی که میان استعمال و بهره برداری وجود دارد این است که: با آنکه استعمال و بهره برداری هر دو استعمال است، اما هرگاه مالک ملکیت خویش را به نفع خود استعمال نماید، آن را استعمال و اگر مالک ملک خویش را در برابر اجرت توسط غیر استعمال نماید، آن را بهره برداری می گویند. همانطوری که منتفع می تواند شی محل انتفاع را استعمال نماید، می تواند از آن بهره برداری نماید، مانند اینکه: منتفع زمین یا خانه محل انتفاع را به دیگری به اجاره بدهد و اجرت آن را قبض نماید. همچنین، در صورتی که شخص خانه را به بیع وفا خریداری نماید، می تواند آن را به شخص دیگری به کرایه بدهد. اما، منتفع مالک تصرفات نیست. به حیث مثال، منتفع نمی تواند شی محل حق انتفاع را برخلاف مالک به فروش برساند، هبه نماید، وقف نماید و سایر تصرفات را انجام دهد.

۳- تملک ثمر شی محل انتفاع: طبق ماده ۲۳۰۵ ق. م: «ثمر شی که از آن نفع گرفته می شود، در طول مدت انتفاع حق نفع گیرنده شمرده می شود. همچنین، ثمر طبیعی موجود هنگام آغاز مدت انتفاع حق نفع گیرنده شناخته می شود، بدون اینکه حقوق کسب شده غیر را اخلال نماید، مگر ثمری را که هنگام انتهای مدت انتفاع موجود باشد، حق مالک تلقی می شود مشروط بر اینکه هر يك مصارف یکدیگر را بپردازند». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که ثمر شی محل حق انتفاع در طول مدت حق انتفاع حق منتفع است. تعریف و انواع ثمر گذشت. به حیث مثال، هرگاه شخصی باغ خویش را به دیگری به اجاره یا عاریت بدهد، در این مدت میوه متعلق به اجاره گیرنده و عاریت گیرنده است.

دوم این که ثمر طبیعی ای که در زمان آغاز مدت انتفاع موجود است ملکیت نفع گیرنده است به شرط این که حق مکسبۀ غیر اخلال نشود. به حیث مثال، هرگاه باغ سیب حمیده نزد جمیله باشد و در ماه میزان سیب ها پخته شوند و در ماه عقرب حمیده باغ را به مرضیه بدهد، در حالی که سیب ها پخته شده باشد، میوه ها متعلق به جمیله است.

سوم این که ثمری که در باغ بعد از ختم مدت حق انتفاع وجود داشته باشد، حق مالک است. در چنین حالتی، اگر مالک و منتفع از همدیگر به دلیل مصارف قرضدار باشند، باید این قرض را بپردازند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حق انتفاع است.

۴- مطابق ماده ۲۳۱۳ ق. م: «نفع گیرنده می تواند مال منقولی را که عاریت گرفته است، از بین ببرد، در حالی که انتفاع از آن بدون از بین بردن آن ممکن نباشد. در این صورت نفع گیرنده بعد از نفع گرفتن به رد مثل یا قیمت آن به مالک مکلف می شود، همچنین در صورتی که مال مذکور قبل از نفع گرفتن از بین برود، نفع گیرنده به پرداخت ضمان مکلف می شود گرچه از بین رفتن در اثر قصور وی صورت نگرفته باشد.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: نفع گیرنده می تواند مال منقولی را که عاریت گرفته است، از بین ببرد، در حالی که انتفاع از آن بدون از بین بردن آن ممکن نباشد. تعریف مال و منقول در فصل اول این کتاب گذشت. تعریف عاریت در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. طبق نص این ماده به موجب حق انتفاع، نفع گیرنده می تواند مال منقولی را که به عاریت گرفته است در اثر استعمال هلاک نماید مشروط بر این که مال استهلاکی باشد. به حیث مثال، طعام را تناول نماید، پول را خرج نماید، آب را بنوشد و امثال اینها. محل عقد عاریت و در نتیجه حق انتفاع قرار گرفتن مال استهلاکی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا چنانچه تفصیل آن در جلد قواعد خاص عقود معین گذشت، یکی از شرایط شی ای که محل عقد عاریت قرار می گیرد این است که شی استعمالی باشد. بنابراین، محل عقد عاریت قرار گرفتن شی استهلاکی موجه به نظر نمی رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به حیث مثال، اگر احمد بوره، روغن، تیل، برنج و نظیر اینها که مصادیق اموال منقول استهلاکی اند را به عاریت بگیرد و مصرف نماید. این مثال، مصادیق قرض است نه عاریت. زیرا، در این صورت، این عقد، قرض نامیده می شود نه عاریت.

دوم این که: هرگاه شی استهلاکی محل حق انتفاع قرار بگیرد و نفع گیرنده آن را هلاک نماید، مکلف است جبران خسارت آن را مطابق قواعد عمومی پرداخت نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد مکلف است قیمت بوره، روغن، تیل، برنج و نظیر اینها را به محمود بدهد. در صورتی که این اموال قیمی باشد، احمد مکلف است قیمت آن را به محمود بدهد.

سوم این که: در صورتی که مال قبل از نفع گرفتن از بین برود، نفع گیرنده به پرداخت ضمان مکلف می شود گرچه از بین رفتن در اثر قصور وی صورت نگرفته باشد. ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است. غزالی ضمان را به عنوان «وجوب استرداد چیزی یا ادای بدل آن اعم از مثل یا قیمت تعریف کرده است.»

ماده ۴۱۶^{۴۳۷} مجلة الاحكام آن را این گونه تعریف کرده است: «ضمان دادن مثل چیزی است در صورتی مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن». تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که جمع آن قصور است و به معنای اهمال و کاستی است.^{۴۳۸} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۴۳۹} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، بوره، روغن، برنج قبل از استعمال توسط احمد پوسیده شوند و از بین بروند، احمد مکلف است جبران خسارت آن را به محمود بدهد خواه از بین رفتن اموال در اثر تقصیر احمد صورت گرفته باشد یا خیر. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حق انتفاع است.

(۲) وجایب منتفع: طبق ق. م منتفع در برابر صاحب رقبه ملکیت دارای تعهدات ذیل است:

۱- استعمال شی به نحو عادی در صورت مطلق بودن حق انتفاع: طبق ماده ۲۳۰۶ ق. م: «(۱)

هرگاه عقد منفعت به صورت مطلق غیر مقید صورت گرفته باشد، نفع گیرنده مکلف است از شی که منفعت می گیرد آن را طور عادی استعمال نماید؛ و (۲) در صورت مقید بودن عقد، انتفاع گیرنده طبق دستور مالک یا مثل آن یا کمتر از آن حق استفاده را دارد و تجاوز از آن، جواز ندارد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: در صورت مطلق بودن حق انتفاع منتفع نمی تواند به نحو غیر عادی شی محل انتفاع را استعمال نماید. بنابراین، در انتفاع مطلق منتفع باید شی را مثل افراد عادی و به طور عادی یعنی بدون افراط استعمال نماید. حق انتفاع مطلق که عبارت از انتفاعی است که مقید به هیچ نوع قید و شرطی نباشد و حق انتفاع مقید که به دستور و شروط صاحب رقبه مقید است.

به حیث مثال، اگر احمد اگر موتر مرسدس بنز ۲۰۲۰ محمود را از بهر رکوب به عاریت بگیرد و با آن سنگ و خشت انتقال دهد، این استفاده، استفاده عادی نیست و نقض تعهد توسط احمد است. همچنین، اگر احمد اسپ محمود را به عاریت بگیرد باید طور عادی از رکوب آن استفاده نماید. معیار استفاده در حق انتفاع طور عادی است. دلیل این قاعده این است که اگر منتفع از مال طور عادی استفاده نماید، مصلحت صاحب مال متحقق گردد و منتفع از افراط و تفریط پرهیز می نماید و مال را مانند افراد عادی طور عادی و معمولی مطابق عرف مورد استفاده قرار می دهد.

دوم این که: اگر حق انتفاع مقید باشد، منتفع صرف می تواند مطابق قیودی که صاحب رقبه وضع نموده است یا کمتر از آن از شی محل حق انتفاع استفاده نماید. حق انتفاع مقید عبارت از حقی است که منتفع می تواند از شی محل حق انتفاع مطابق شرایط وضع شده توسط صاحب مال استفاده نماید. بنابراین، هرگاه عاریت دهنده نوع، وقت، مکان استعمال عین عاریت داده شده را مقید سازد، عاریت گیرنده نمی تواند شی عاریت داده شده را در غیر وقت و مکان معین استعمال نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به دوستش محمود برای مدت یک هفته به عاریت بدهد و به محمود بگوید موتر را صرف در کابل می توانید مورد استفاده قرار دهید، محمود نمی تواند در صورت ختم هفته و موتر را در جلال آباد مورد استفاده قرار دهد.

۴۳۷. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۹ - ۳۲.

۴۳۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.

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

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که ملکیت منفعت شخصی یا حق انتفاع برخلاف ملک تام هنگام انشاء آن ممکن است مقید به زمان و مکان شود. پس، کسی که موتر خود را به دیگری به عاریت می دهد یا منفعت خانه خود را به دیگری وصیت می کند می تواند انتفاع از موتر و خانه را مقید به زمان معین و مکان معین نماید مثلاً به منتفع بگوید که: از فلان وقت الی فلان وقت از عین موصی به یا عین مستعاره انتفاع بگیرد یا رکوب موتر یا حیوان را مقید به شهری توسط شخص معین یا غیر معین نماید مانند این که احمد موتر خویش را به محمود رفیقش به عاریت بدهد و به محمود بگوید با موتر در روز جمعه از ساعت ۹ قبل از ظهر الی ۳ بعد از ظهر به بند قرغه برود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق انتفاع مطلق و مقید است.

۲- طبق ماده ۲۳۰۷ ق. م: «مالك شى مى تواند راجع به استعمال غير مشروع يا مغاير طبيعت شى بر نفع گيرنده اعتراض نمايد، اگر نفع گيرنده آن را قبول ننمايد، محكمه مى تواند عين مذکور را از تصرف نفع گيرنده كشيده و به شخص ديگرى آن را تسليم نمايد تا اداره آن را به عهده گيرد. همچنين، مى تواند به انتهاى حق انتفاع بدون اخلال حقوق غير، حكم صادر نمايد.» از نص این ماده پنج قاعده استنباط می گردد:

۱- مالك شى مى تواند راجع به استعمال غير مشروع يا مغاير طبيعت شى بر نفع گيرنده اعتراض نمايد. اعتراض از ريشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است. همچنین، اعتراض در لغت به معنی تعرض کردن، عیب گرفتن، خرده گرفتن است.^{۴۴۰} به حیث مثال، اگر احمد خانه حمیده را از بهر نشیمن به کرایه بگیرد و سپس آن را قمار خانه بسازد، حمیده می تواند اعتراض نماید. استفاده خانه به عنوان قمارخانه استعمال غیر مشروع است زیرا طبق ق. م قمار جواز ندارد.

۲- در صورتی که منتفع شى را به گونه ای که مغاير طبيعت شى است استعمال نمايد، مانند فروش عين موقوفه، یا تبدیل نمودن زمین زراعتی به رهايشی یا باغ، مالك مى تواند منتفع را منع نمايد. به حیث مثال، اگر احمد باغ حمیده را از بهر باغبانی به کرایه بگیرد و سپس آن را بخواهد به زمین زراعتی تبدیل نماید، حمیده می تواند محمود را منع نماید. تبدیل باغ به زمین زراعتی موجب تغییر ماهیت باغ می شود.

۳- در صورتی که منتفع به سوء استعمال ادامه بدهد، صاحب رقبه مى تواند از محكمه ذیصلاح مطالبه تسليم شى را به ديگرى تقاضا نمايد تا شخص مذکور شى را اداره و غله آن را به منتفع بدهد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود در برابر دینی که احمد بر محمود دارد به رهن بدهد و محمود موتر را به طور غیر مشروع یا مغاير طبيعت آن مورد استفاده قرار دهد، احمد می تواند محمود را منع نماید. اگر محمود به این کار ادامه دهد، احمد می تواند از محكمه ذیصلاح تقاضا نماید تا محكمه ذیصلاح مال را تسليم جمشید نماید.

۴- قاضی بر اساس مطالبه صاحب رقبه مى تواند در صورتی که سوء استعمال شى را در معرض خطر قرار دهد، به إسقاط حق انتفاع قبل از انتهای مدت آن و یا قبل از فوت منتفع حکم نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود بخواهد باغ را به زمین زراعتی تبدیل نماید یا از خانه به عوض نشیمن به عنوان قمار خانه استفاده نماید و احمد محمود را منع نماید، اما محمود به این کرا ادامه دهد، احمد می تواند از محكمه ذیصلاح تقاضا نماید تا عقد اجاره را منحل و به حق انتفاع محمود خاتمه دهد.

۴۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۵۳.

۵- قاضی باید حق غیر بر شی محل حق انتفاع را رعایت نماید. بنابراین، اگر شی محل حق انتفاع مرهون باشد، حق داین مرتهن را باید حفظ نماید.^{۴۴۱} اخلال در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.^{۴۴۲} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به عاریت دهد و محمود موتر را مغایر طبیعت آن مورد استفاده قرار دهد و در عین حال موتر را احمد به عنوان مرهونه به جمشید داده باشد، قاضی باید صرف عقد عاریت میان احمد و محمود را فسخ نماید و حق رهن جمشید بر موتر را حفظ نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۲۳۰۶ ق. م است.

- حفظ و نگهداری شی محل انتفاع مانند یک شخص عادی: طبق ماده ۲۳۱۱ ق. م: «نفع گیرنده مکلف است در حفاظت عینی که از آن نفع می گیرد، توجه نماید.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که منتفع مکلف است در حفظ شی محل انتفاع توجه نماید. ایرادی که در نص این ماده به نظر می رسد این است که قانونگذار مدنی معیار توجه را در این ماده پیش بینی ننموده است.

به حیث مثال، اگر شی محل حق انتفاع عین مستأجره، اعاره، موصی به و نظیر اینها باشد، اجاره گیرنده، عاریت گیرنده و موصی له آن را باید حفظ نمایند، زیرا در صورت ختم مدت حق انتفاع، این افراد مکلف اند عین شی را به مالک رد نمایند. رد شی مستلزم حفظ آن است. به حیث مثال، اگر احمد موتر یا خانه یا اسب خویش را به محمود به اجاره یا عاریت بدهد، محمود مکلف است خانه، موتر و اسب را حفظ نماید. خانه، اسب و موتر مصداق عین در این مثال اند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف منتفع و مورد حمایت قرار دادن صاحب مال است.

- اطلاع دادن به مالک: طبق ماده ۲۳۱۲ ق. م: «هرگاه شی از بین برود یا به اصلاحات بزرگی محتاج گردد که اقدام به آن در وجایب مالک شمرده شود یا اتخاذ تدابیری لازم افتد که عین را از وقوع خطر غیر منتظره نجات دهد، در این صورت نفع گیرنده مکلف است به مالک فوراً اطلاع دهد. همچنین، مکلف است در صورت ادعای غیر مبنی بر حق بالای عین مذکور، مالک را مطلع گرداند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که هرگاه شی محل حق انتفاع از بین برود یا به اصلاحاتی بزرگ احتیاج داشته باشد که جزء تکالیف منتفع محسوب نگردد، یا اتخاذ تدابیری لازم گردد که شی را از وقوع خطر غیرمنتظره نجات دهد، مانند آتش سوزی و نظیر آن منتفع مکلف است مالک را فوراً اطلاع دهد. به حیث مثال، اگر احمد منفعت خانه خویش را به محمود برای مدت یک سال وصیت نماید و خانه قرار باشد در اثر برف باری شدید تخریب شود، محمود مکلف است احمد را اطلاع دهد.

دوم این که منتفع مکلف است در صورت ادعای شخص ثالث مبنی بر مالکیت شی محل حق انتفاع و به استحقاق بردن شی محل حق انتفاع باید به مالک اطلاع دهد تا مالک در این زمینه به دفع دعوی بپردازد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید در خصوص مالکیت خانه اقامه دعوی نماید محمود مکلف است به احمد اطلاع دهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف منتفع و مورد حمایت قرار دادن صاحب مال است.

۴۴۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۲۴۸ و ۱۲۴۹.
442. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 24/2/2028).

۳- پرداخت جبران خسارت در صورت از بین رفتن شی در اثر قصور و تجاوز منتفع: طبق

ماده ۲۳۰۹ ق. م: «هرگاه عینی که از آن نفع برده می شود بدون تجاوز و قصور نفع گیرنده در نگهداری آن از بین برود، ضامن نمی گردد.» تعریف عین در فصل اول گذشت. طبق نص این ماده اگر شی محل حق انتفاع بدون تجاوز و قصور نفع گیرنده از بین برود، نفع گیرنده ضامن نیست. تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۴۴۳}

به نظر می در اصطلاح حقوقی تجاوز نقض حق دیگران است. تعریف تقصیر گذشت. به حیث مثال، اگر احمد حیوان محمود را به عاریت بگیرد و آن را غذا ندهد و حیوان از بین ببرد یا آن را بکشد و گوشت آن را تناول نماید یا بخورد، احمد در مثال اول مقصر و در مثال دوم متجاوز است و باید جبران خسارت را به مالک حیوان بدهد.

همچنین، هرگاه احمد به محمود خانه یا آپارتمان خویش را به کرایه بدهد و خانه و آپارتمان در اثر تعدی و تجاوز محمود از بین برود، محمود مکلف به پرداخت جبران خسارت است.

به حیث مثال، اگر محمود آپارتمان و خانه را قصداً به آتش بزند یا در اثر تقصیر محمود خانه و آپارتمان آتش بگیرند، محمود مکلف به پرداخت جبران خسارت است. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اگر شی در اثر عدم تجاوز یا اِهمال نفع گیرنده در اثر اسباب خارج از اراده نفع گیرنده از بین برود، نفع گیرنده مسؤول پرداخت ضمان آن به صاحب رقبه نیست.

به حیث مثال، در صورتی که حیوان در اثر اسباب خارج از اراده منتفع مانند مریضی، حوادث طبیعی و نظیر اینها از بین برود، منتفع مسؤولیت مدنی قراردادی ندارد و بنابراین مکلف به پرداخت جبران خسارت به صاحب مال نیست. همچنین، اگر احمد خانه و آپارتمان خویش را به محمود به کرایه بدهد و خانه و آپارتمان در اثر سیل، زلزله، طوفان (فورس ماژور / قوه قاهره) و یا آتش سوزی (حادثه غیرمترقبه) از بین برود، به دلیل عدم تعدی و تجاوز محمود، محمود مکلف به پرداخت جبران خسارت نیست. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف منتفع و مورد حمایت قرار دادن صاحب مال است.

۴- مصارف ضروری سرپرستی و حفظ عین: طبق ماده ۲۳۰۸ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱)

مصارف لازمه سرپرستی و حفاظت عینی که از آن نفع گرفته می شود، به ذمه نفع گیرنده می باشد؛ و (۲) تکالیف غیر عادی و اصلاحات بزرگی که از قصور نفع گیرنده نشأت نکرده باشد، به ذمه مالک بوده و نفع گیرنده به دادن مفادی که از مصرف حاصل شده، مکلف می شود و اگر نفع گیرنده مصارف مذکور را نموده باشد، می تواند در وقت انتهای مدت انتفاع استرداد آن را از مالک، مطالبه نماید.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که چون منتفع مکلف به حفظ شی است، تکالیف حفاظت را باید متحمل شود، زیرا آن از تکالیف متعارف است. همچنین، منتفع مکلف به تکالیف مربوط به سرپرستی شی است. زیرا، اداره شی مستلزم رسیدن منتفع به ثمر شی است. بنابراین، منتفع باید این تکالیف را متحمل شود. به حیث مثال، هرگاه شی محل حق انتفاع در عقد اجاره خانه باشد یا در عقد عاریت موتر باشد، منتفع مکلف است مصارف حفظ و سرپرستی خانه و موتر را به ذمه بگیرد. ذمه از ریشه «ذم» گرفته شده که به معنای امان، عهد، ضمان، و پیمان است، چنانچه در

تعریف جرجانی آمده است: ذمه در لغت به معنای عهد است. زیرا، شکستن آن موجب سرزنش و مذمت می گردد. در اصطلاح فقهی ذمه محل اعتباری که در آن التزامات واقع می گردد.^{۴۴۴}

دوم این که اگر تکالیف غیر عادی، مانند: تخریب شدن شی در اثر حوادث طبیعی و تکلیف اصلاحات بزرگ انهدام شی محل انتفاع را که ناشی از اراده منتفع نباشد، مانند انهدام دیوار خانه محل انتفاع، بر عهده مالک رقبه است. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به عاریت بدهد و خانه در اثر زلزله از بین برود، احمد مکلف به ترمیم خانه است. تخریب شدن خانه در اثر زلزله ناشی از قصور محمود نیست بلکه در اثر زلزله صورت گرفته است.

سوم این که اگر منتفع این اصلاحات را به عمل آورد، می تواند بعد از انتهای حق انتفاع مصارف ناشی از آن را از مالک رقبه مطالبه نماید. اما بند سوم این ماده که می گوید نفع گیرنده به دادن مفادی که از مصرف حاصل شده، مکلف می شود مبهم است که قابل توصیه است اصلاح گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود خانه را دوباره ترمیم نماید، می تواند مصارف آن را از احمد مطالبه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف منتفع و مورد حمایت قرار دادن صاحب مال است.

۵- رد شی به صاحب رقبه بعد از پایان مدت انتفاع: طبق ماده ۳۳۱۰ ق. م: «هرگاه منفعت به مدت معلوم مقید باشد و نفع گیرنده بعد از گذشت مدت مذکور عین را نزد خود نگهداشته و به مالک آن رد نکند و از بین برود، نفع گیرنده به پرداخت قیمت آن مکلف می شود گرچه عین را بعد از انقضای مدت انتفاع استعمال نکرده و مالک نیز رد آن را مطالبه ننموده باشد.»

طبق نص این ماده منتفع مکلف است شی محل انتفاع را به صاحب آن بعد از انتهای حق انتفاع رد نماید. هرگاه اگر صاحب حق انتفاع شی را بعد از انقضای مدت به مالک رقبه رد ننماید و شی از بین برود، مانند اینکه: محل حق انتفاع خانه، موتر یا حیوان برای مدت مثلاً یک سال در عقد اجاره باشد و صاحب حق انتفاع بعد از مدت یک سال آنها را به صاحب حق رقبه رد ننماید و اشیای مذکور هلاک گردند خواه هلاک در اثر تقصیر و تجاوز نفع گیرنده یا در اثر اسباب خارجی باشد، صاحب حق انتفاع مکلف به پرداخت قیمت یا مثل آن به صاحب رقبه است. بنابراین، بر منتفع لازم است بعد از استیفاء منفعت عین را به مالک زمانی که آن را مطالبه نماید تسلیم نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف منتفع و مورد حمایت قرار دادن صاحب مال است.

۶- در ملکیت منفعت شخصی یا حق انتفاع به نظر فقهای حنفی برخلاف جمهور فقهاء توارث جاری نمی شود. بنابراین، به نظر فقهای احناف منفعت قابل توارث نمی باشد، زیرا به نظر فقهای حنفی ارث در مال موجود بعد از فوت مورث جاری می شود و منافع چنانچه قبلاً گذشت به نظر آنها مال تلقی نمی گردد. ولی، به نظر جمهور فقهاء در منافع توارث جاری می شود، زیرا منافع به نظر آنها مال محسوب می گردد. بنابراین، کسی که منفعت خانه خود را به دیگری برای مدت معین وصیت کند و موصی له قبل از انتهای مدت معین فوت نماید، ورثه وی می توانند الی انتهاء مدت معین از منفعت عین موصی له منتفع شود؛

(۲) تعهدات صاحب مال: تعهدات صاحب مال قرار ذیل است:

۴۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۸۸ - ۲۸۹۰.

۱- صاحب مال باید شی محل حق انتفاع را به منتفع تسلیم نماید. زیرا، در صورت عدم تسلیم منتفع نمی تواند از شی محل حق انتفاع نفع بگیرد. به حیث مثال، اگر شی محل حق انتفاع عین مستعاره، عین مستأجره، موصی به و نظیر اینها باشد، صاحب مال یعنی مؤجر و معیر و در وصیت ورثه موصی آن را باید به مستأجر، مستعیر و موصی له تسلیم نماید. به نظر می رسد با توجه به بدیهی بودن این تعهد، قانونگذار مدنی در این خصوص سکوت اختیار نموده است. اما، این تعهد بدیهی و مسلم است.

۲- طبق نص ماده ۲۳۰۱ ق. م: «کسب منفعت در مقابل عوض یا بدون آن جایز است.» طبق نص این ماده حق انتفاع می تواند در برابر اجرت باشد، مانند: اجاره خانه یا زمین یا بدون اجرت، مانند: وصیت به منفعت خانه و زمین و یا عاریت. بنابراین، در عاریت منتفع مکلف به پرداخت اجرت نیست.

همچنین، در وصیت به منفعت منتفع مکلف به پرداخت اجوره نیست. اما، در اجاره باید اجوره را به اجاره دهنده بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خود را به محمود به اجاره بدهد، محمود می تواند در برابر عوض از منفعت خانه احمد نفع بگیرد. عوض در این مثال اجرت است. همچنین، اگر احمد اسپ یا موتر خویش را به محمود به عاریت بدهد، محمود می تواند به طور رایگان از اسپ یا موتر احمد نفع بگیرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز انتفاع از اعیان در برابر عوض و بدون عوض است.

ه) پایان حق انتفاع

طبق ق. م حق انتفاع در موارد ذیل خاتمه می یابد:

۱) ختم مدت معین، از بین رفتن محل و وفات منتفع: طبق ماده ۲۳۱۴ ق. م: «حق انتفاع به انقضای مدت معینه انتفاع و به وفات نفع گیرنده و یا به از بین رفتن عینی که از آن نفع گرفته می شود، خاتمه می یابد.» از نصوص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که حق انتفاع در اثر ختم مدت خاتمه پیدا می نماید. به حیث مثال، هرگاه عقد اجاره برای مدت یک سال منعقد شود، با ختم یک سال عقد اجاره و حق انتفاع اجاره گیرنده خاتمه پیدا می نماید. همچنین، در صورتی که احمد موتر خویش را به محمود برای مدت یک هفته به عاریت بدهد، با انقضای مدت، حق انتفاع محمود خاتمه می یابد.

دوم این که در صورت وفات نفع گیرنده حق انتفاع خاتمه پیدا می نماید. به حیث مثال، هرگاه شخصی موتر خویش را به دوست خویش به عاریت بدهد، با فوت منتفع عقد عاریت خاتمه می یابد. بنابراین، حق انتفاع طبق ق. م قابل توارث نیست.

سوم این که حق انتفاع در اثر از بین رفتن شی محل انتفاع به سبب انهدام محل منتهی می گردد، مانند اینکه: شی محل انتفاع خانه، زمین، موتر باشد و در اثر قوه قاهره، مانند: سیل، زلزله و امثال اینها از بین برود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای برخی اسباب انتهای حق انتفاع است.

باوجوداین، براساس ماده ۲۳۱۵ ق. م: «هرگاه مدت معینه انتفاع سپری گردد یا نفع گیرنده در اثنای مدت مذکور وفات نماید و زمین به زرع مشغول باشد که هنوز پخته نشده باشد، زراعت تا وقت پخته شدن زرع و درو آن در مقابل اجرت مثل به نفع گیرنده یا ورثه او گذاشته می شود.» طبق نص این ماده اگر حق انتفاع منتهی گردد، خواه انتهاء در اثر انقضای مدت یا وفات منتفع صورت پذیرد و زمین به کشتی مشغول باشد که پخته نشده باشد مانند گندم، کجало و مانند اینها، زراعت تا وقت پخته شدن زرع و درو آن در مقابل اجرت مثل به نفع

گیرنده یا ورثه او گذاشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد و پس از یک سال مدت اجاره ختم شود یا محمود وفات نماید، اما در زمین هنوز حاصلات محمود موجود باشد، محمود یا ورثه محمود می تواند به جمع کردن حاصلات زمین ادامه دهد و اجرت مثل زمین را به احمد پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر انتهای حق انتفاع است.

(۲) به عدم استعمال برای مدت پانزده سال: براساس ماده ۲۳۱۶ ق. م: «حق انتفاع به گذشت مدت پانزده سال در حال عدم استعمال حق، منتهی می شود.» طبق نص این ماده حق انتفاع مانند هر حق عینی دیگر به جز حق ملکیت در اثر مرور زمان مُسْقَط؛ یعنی: عدم استعمال برای مدت پانزده سال منتهی می گردد.^{۴۴۰} به حیث مثال، هرگاه در اجاره از عین مستأجره برای مدت ۱۵ سال، در وقف از عین موقوفه، در وصیت از منفعت عین موصی به، استفاده صورت نگیرد، بعد از گذشت ۱۵ سال، در اثر مرور زمان مسقط حق، حق انتفاع خاتمه می یابد. حق انتفاع حق مؤقت است و براساس فقه اسبابی که موجب زوال حق انتفاع می گردد قرار ذیل می باشد:

(۱) انتهای مدت معینه: حق انتفاع با انتهای مدت معینه انتفاع منتهی می گردد؛

(۲) هلاک یا معیوب شدن شی محل انتفاع: در صورتی که عینی که از آن انتفاع گرفته می شود طوری هلاک یا معیوب گردد که انتفاع از آن نامکن گردد، مانند: انهدام خانه رهاشی، یا تبدیل شدن زمین زراعتی به لجن زار حق انتفاع منتهی می شود. اگر این امر در اثر تعدی مالک عین متحقق گردد، مالک عین ضامن تهیه عینی دیگری است؛

(۳) وفات نفع گیرنده: در صورتی که منتفع فوت نماید، حق انتفاع به نظر احناف منتهی می گردد، زیرا منافع به نظر آنها قابل توارث نمی باشد؛ و

(۴) وفات مالک اصلی جنس در صورتی که ملک منفعت به طریق اعاره یا اجاره باشد: زیرا، اعاره عقد تبرع است و به موت متبرع منتهی می گردد و ملکیت عین مستأجره به ورثه مؤجر به نظر حنفیه منتقل می شود.^{۴۴۶}

گفتار دوم) انواع حق انتفاع

طبق ماده ۲۳۱۷ ق. م: «حق انتفاع گاهی منحصر به استعمال یا سکونت و گاهی هر دو می باشد.» طبق این ماده ق. م حق انتفاع به حق سکونت و استعمال تقسیم می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده دسته بندی حق انتفاع است. بنابراین، اول حق استعمال و سپس حق سکونت را مورد تحلیل قرار می دهیم:

الف) حق استعمال

(۱) تعریف و ساحه

حق استعمال عبارت از حق عینی است که در چیزی متعلق به غیر برای دیگری مقرر می شود و در واقع شخصی که مالک چیزی نیست می تواند آن را خود یا برای خانواده خویش استعمال کند. حق استعمال به این معنی در واقع از مصادیق حق انتفاع است. اما، عین حق انتفاع نیست. زیرا، حق انتفاع اعم از حق استعمال است. زیرا، انتفاع علاوه بر انتفاع شامل استغلال (بهره برداری) نیز می شود.^{۴۴۷} ماده ۲۳۱۸ ق. م در مورد ساحه

۴۴۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۲۶۶ - ۱۲۶۹.

۴۴۶. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۵.

۴۴۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۲۷۵.

حق استعمال تصریح می نماید که: «ساحه حق استعمال [...] به اندازه احتیاج صاحب حق و اعضای فامیل او مقید شناخته می شود، با آنهم آنچه را سند انشاء حق احتوا نماید، رعایت می شود». ساحه (ساحت یا ساحه) به معنی ناحیه، فضای خانه، حیاط، زمین که سقف نداشته باشد و میدان است که جمع آن ساحات می باشد.^{۴۴۸}

به نظر می رسد در نص این ماده ساحه در این مفهوم استعمال نشده است، بلکه در مفهوم قلمرو و حدود استعمال شده است. از نص این ماده به خوبی بر می آید که صاحب حق می تواند حق استعمال شی را به تناسب احتیاج خود و فامیل خود استعمال نماید. پس، حق استعمال فرع حق انتفاع است. زیرا، حق انتفاع به صاحب آن حق استعمال و حق استغلال را می دهد. اما، حق استعمال صرف به صاحب آن حق استعمال را اعطاء می نماید که محدود به حاجات شخصی صاحب حق و فامیل او است. منظور از فامیل نیز زوجه، اولاد و اقارب شخص است.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود می تواند با توجه به ضرورت خود و فامیلش مانند زوجه، فرزندان و نظیر اینها از خانه استفاده نماید. صاحب حق استعمال در این مثال محمود است. عبارت «با آنهم آنچه را سند انشاء حق احتوا نماید، رعایت می شود» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این است ساحه حق استعمال متناسب به نیاز صاحب حق و فامیل او است. این اصل است. استثنای این اصل سند انشاء حق است. انشاء در لغت به معنی آفرینش و ایجاد است.^{۴۴۹}

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به کرایه بدهد، محمود می تواند متناسب به نیاز خویش و فامیلش از خانه استفاده نماید. اما، اگر در سند کرایه که موجد حق انتفاع برای محمود است پیش بینی شده باشد که محمود می تواند علاوه بر استعمال، از خانه به عنوان گدام یا انبار کالای تجارتي و نظیر آن استفاده نماید، محمود می تواند از آن به عنوان گدام یا انبار استفاده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ساحه حق استعمال است.

۲) حکم خاص

طبق ماده ۲۳۲۱ ق. م: «تنازل از حق استعمال [...] برای غیر جواز ندارد، مگر به اساس شرط صریح یا دلیل قوی». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که حق استعمال محدود و منحصر به صاحب حق استعمال و فامیل او به تناسب حاجت آنها است. بنابراین، صاحب حق استعمال نمی تواند از آن به نفع شخص دیگری در برابر عوض یا بدون عوض تنازل نماید. تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است. در اصطلاح حقوقی تنازل عبارت از تصرفی است که به موجب آن شخصی از حقی که دارد یا از حقی که بر عهده دیگری دارد عدول می نماید یا آن را إسقاط می نماید، مانند: تنازل از انتفاع، دین و یا حق ارتفاق.^{۴۵۰}

همچنین، صاحب حق استعمال نمی تواند آن را به دیگری به اجاره بدهد. بنابراین، اگر صاحب حق استعمال از حق استعمال تنازل نماید و یا آن را به دیگری به اجاره بدهد، تنازل و اجاره باطل است. به حیث مثال، اگر

۴۴۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۰۴.
(آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۴۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۳۰.

احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود حق استعمال خانه را مالک می‌گردد. اما، محمود نمی‌تواند خانه را به جمشید به اجاره بدهد. استثنای این اصل این که در صورتی که صاحب حق استعمال در این مورد شرطی گذاشته باشد یا دلیل قوی وجود داشته باشد، می‌تواند آن را به دیگری به اجاره دهد یا از آن به نفع شخص دیگری تنازل نماید.

به عنوان مثال، اگر احمد سکونت منزل خویش را به محمود وصیت نماید و اولاد محمود (موصی له) زیاد باشند به نحوی که نتوانند سکونت عین موصی به (خانه) را استعمال نمایند، می‌توانند آن را به جمشید به اجاره بدهند یا از آن به نفع شخص دیگری تنازل نمایند. همچنین، اگر صاحب حق استعمال شرط گذارد که می‌تواند از حق استعمال به نفع شخص سوم تنازل نماید، تنازل از حق استعمال جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود شرط گذارد که می‌تواند از آن خود استفاده نماید یا آن را به جمشید به اجاره بدهد و احمد این شرط را قبول نماید، محمود می‌تواند خانه را به جمشید به اجاره بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خاص حق استعمال است.

(۳) احکام عمومی

طبق ماده ۲۳۲۲ ق.م: «احکام مربوط به حق انتفاع تا وقتی که مغایر احکام مندرج این قسمت و منافی طبیعت این دو حق نباشد، در مورد حق استعمال [...] نیز تطبیق می‌شود.»، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام حق انتفاع است که تفصیل آن در بالا گذشت. طبق نص این ماده چون حق استعمال فرع حق انتفاع است، احکام حق انتفاع مشروط بر اینکه با حق استعمال متعارض واقع نگردد، بر حق استعمال نیز قابل تطبیق است. بنابراین، اسباب کسب حق استعمال نیز عقد، وصیت و مرور زمان است.

اما، شفعه سبب کسب حق استعمال نیست. زیرا، ایجاد حق شفعه مستلزم فروش مشفوع فیه است و بیع حق استعمال جواز ندارد. تعهدات صاحب حق استعمال نیز مانند تعهدات صاحب حق انتفاع است که عبارت اند از: (۱) استعمال شی به نحوی عادی در صورت مطلق بودن حق استعمال؛ (۲) حفظ و نگهداری شی محل استعمال مانند یک شخص عادی؛ (۳) پرداخت ضمان در صورت هلاک شی محل استعمال در اثر قصور و تجاوز صاحب حق استعمال؛ (۴) پرداخت مصارف ضروری سرپرستی و حفظ شی محل استعمال؛ و (۵) رد شی به صاحب رقبه بعد از انتهای مدت حق استعمال. اما، در حق استعمال قاضی نمی‌تواند شی محل استعمال را بر خلاف حق انتفاع به شخص امین بدهد.

همچنین، حق استعمال در اثر انتهای مدت، فوت صاحب حق استعمال، هلاک شی محل استعمال و به عدم استعمال و مرور پانزده سال منتهی می‌گردد.^{۴۵۱} هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق احکام حق انتفاع بر حق استعمال است.

(ب) حق سکونت

(۱) تعریف و ساحه

حق سکونت فرع حق استعمال است و آن محدود به نوع معین از استعمال که عبارت از سکونت است، می‌باشد. محل حق سکونت نیز خانه ای است که صاحب حق سکونت و فامیل او در آن سکونت می‌نمایند. فرق بین حق انتفاع، حق استعمال و حق سکونت این است که حق انتفاع و حق استعمال بر عمار و منقول وارد می‌

۴۵۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۲۷۰-۱۲۷۸.

گردد. اما، حق سکونت جز بر عقار وارد نمی گردد. ماده ۲۳۱۸ ق. م در مورد ساحة حق سکونت تصریح می نماید که: «ساحة [...] حق سکونت به اندازه احتیاج صاحب حق و اعضای فامیل او مقید شناخته می شود، با آنهم آنچه را سند انشاء حق احتوا نماید، رعایت می شود.».

تعریف ساحة در بالا گذشت. حق سکونت صرف به صاحب آن حق سکونت را اعطاء می نماید که محدود به حاجات شخصی صاحب حق سکونت و فامیل او است. منظور از فامیل نیز زوجه، اولاد و اقارب شخص است. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود می تواند با توجه به ضرورت خود و فامیلش مانند زوجه، فرزندان و نظیر اینها در خانه سکونت نماید. صاحب حق سکونت در این مثال محمود است. عبارت «با آنهم آنچه را سند انشاء حق احتوا نماید، رعایت می شود» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد که قابل توصیه است اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این است ساحة حق سکونت متناسب به نیاز صاحب حق و فامیل او است. این اصل است. استثنای این اصل سند انشاء حق است. انشاء در لغت به معنی آفرینش و ایجاد است.^{۴۵۲} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به کرایه بدهد، محمود می تواند متناسب به نیاز خویش و فامیلش از خانه استفاده نماید. اما، اگر در سند کرایه که موجد حق سکونت برای محمود است پیش بینی شده باشد که محمود می تواند علاوه بر سکونت، از خانه به عنوان گدام یا انبار و نظیر آن استفاده نماید، محمود می تواند از خانه به عنوان گدام یا انبار استفاده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ساحة حق انتفاع است.

۲) حکم خاص

طبق ماده ۲۳۲۱ ق. م: «تنازل از [...] حق سکونت برای غیر جواز ندارد، مگر به اساس شرط صریح یا دلیل قوی.»، از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که حق سکونت محدود و منحصر به صاحب حق سکونت و فامیل او به تناسب حاجت آنها است. بنابراین، صاحب حق سکونت نمی تواند از آن به نفع شخص دیگری در برابر عوض یا بدون عوض تنازل نماید. تعریف تنازل در بالا گذشت. بنابراین، صاحب حق سکونت نمی تواند آن را به دیگری به اجاره بدهد. اگر صاحب حق سکونت از حق سکونت تنازل نماید یا آن را به دیگری به اجاره بدهد، تنازل و اجاره باطل است.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود حق سکونت خانه را مالک می گردد. اما، محمود نمی تواند خانه را به جمشید به اجاره بدهد. استثنای این اصل این است که در صورتی که صاحب حق سکونت دلیل قوی وجود داشته باشد، می تواند آن را به دیگری به اجاره دهد یا از آن به نفع شخص دیگری تنازل نماید. به عنوان مثال، اگر احمد سکونت منزل خویش را به محمود وصیت نماید و اولاد محمود (موصی له) زیاد باشند به نحوی که نتوانند سکونت عین موصی به (خانه) را مورد استفاده قرار دهند، می توانند آن را به جمشید به اجاره بدهند یا از آن به نفع شخص دیگری تنازل نمایند.

همچنین، اگر صاحب حق سکونت شرط گذارد که می تواند از حق سکونت به نفع شخص سوم تنازل نماید، تنازل از حق استعمال جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود شرط گذارد که می تواند از آن خود استفاده نماید یا آن را به جمشید به اجاره بدهد و احمد این شرط را قبول نماید،

محمود می تواند خانه را به جمشید به اجاره بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خاص حق سکونت است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۱۹ فقره های اول و دوم ق.م: «(۱) کسی که حق سکونت منزلی را به اساس عقد وصیت کسب نماید، اگر رقبه منزل از ثلث مال وصیت کننده متجاوز نباشد، شخص مذکور می تواند در صورت اطلاق وصیت در طول حیات خویش با فامیل خود در آن سکونت اختیار نماید و در صورت تعیین مدت الی زمان انقضای مدت مذکور در آن سکونت کرده می تواند و بعد از آن حق سکونت به ورثه وصیت کننده انتقال می یابد و اگر رقبه منزل از ثلث مال وصیت کننده متجاوز باشد، شخصی که به او وصیت شده، می تواند در مقداری که از حدود ثلث تجاوز نکند، سکونت نماید و از ساحه خارج از حدود ثلث ورثه استفاده به عمل می آرد، مگر اینکه ورثه وصیت را در تمام منزل اجازه دهد؛ و (۲) در حالت مندرج فقره فوق، ورثه وصیت کننده نمی توانند آن قسمت منزل را که در دست دارند، بفروشند مگر تقسیم استفاده آن را حسب زمان، به صورت نوبت کرده می توانند.» از نص این ماده شش قاعده استنباط می گردد:

(۱) کسی که حق سکونت منزلی را به اساس عقد وصیت کسب نماید، اگر رقبه منزل از ثلث مال وصیت کننده متجاوز نباشد، شخص مذکور می تواند در صورت اطلاق وصیت در طول حیات خویش با فامیل خود در آن سکونت اختیار نماید. تعریف و احکام وصیت در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق.م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد سه خانه داشته باشد و وصیت نماید که محمود می تواند از سکونت یکی از خانه های احمد استفاده نماید، اگر ذات یا رقبه مال از یک سوم مال احمد زیادتر نباشد و وصیت به طور مطلق برای طول حیات محمود باشد، محمودی می تواند با خانواده خویش در طول حیات خویش از خانه احمد استفاده نماید. سبب حق سکونت در این مثال برای محمود وصیت است. وصیت در این مثال به طور مطلق تا زمانی که محمود زنده است صورت گرفته است. در این مثال، احمد سه خانه دارد و یک خانه، یک سوم خانه های احمد می شود. بنابراین، در این مثال، موصی به کمتر از یک سوم است.

(۲) در صورت تعیین مدت، موصی له می تواند الی زمان انقضای مدت از منفعت عین موصی به استفاده نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد وصیت نماید که محمود می تواند برای مدت ده سال از منفعت خانه احمد استفاده نماید، محمود می تواند با خانواده خویش برای مدت ده سال در خانه احمد زندگی نماید.

(۳) در صورت ختم مدت وصیت، حق سکونت به ورثه وصیت کننده (موصی) انتقال می یابد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود برای مدت ده سال در خانه احمد با فامیل خویش زندگی نماید و ده سال سپری شود، با انقضای مدت ده سال، حق سکونت خاتمه پیدا می نماید و محمود مکلف است رقبه و منفعت خانه را به ورثه احمد رد نماید. دلیل این قاعده این است که انقضای مدت یکی از اسباب انتهای حق انتفاع است که بر حق سکونت نیز قابل تسری و تطبیق است.

(۴) اگر رقبه منزل از ثلث مال وصیت کننده متجاوز باشد، شخصی که به او وصیت شده، می تواند در مقداری که از حدود ثلث تجاوز نکند، سکونت نماید. به حیث مثال، اگر احمد سه خانه داشته باشد و وصیت نماید که محمود می تواند از سکونت دو خانه احمد استفاده نماید، ذات یا رقبه خانه ها از یک سوم بیشتر است. به عبارت دیگر: دو خانه از سه خانه دو سوم خانه را تشکیل می دهد. در این صورت، احمد می تواند صرف از یک خانه استفاده نماید.

۵) از ساحه خارج از حدود ثلث ورثه استفاده به عمل می آرد. به حیث مثال، اگر احمد سه خانه داشته باشد و وصیت نماید که محمود می تواند از سکونت دو خانه احمد استفاده نماید، ذات یا رقبه خانه ها از یک سوم بیشتر است. به عبارت دیگر: دو خانه از سه خانه دو سوم خانه را تشکیل می دهد. در این صورت، احمد می تواند صرف از یک خانه استفاده نماید و از دو خانه های دیگر ورثه احمد می تواند استفاده نمایند.

استثنای قاعده پنجم این است که ورثه وصیت را در تمام منزل اجازه دهد. به حیث مثال، اگر احمد سه باب خانه داشته باشد و وصیت نماید که محمود می تواند از سکونت دو سوم آن استفاده نماید، محمود صرف می تواند از یک خانه استفاده نماید و ورثه می توانند از بقیه خانه استفاده نمایند. اما، اگر ورثه احمد اجازه دهند، محمود می تواند از تمام خانه ها استفاده نماید.

۶) در حالات پنجگانه بالا، ورثه وصیت کننده نمی توانند آن قسمت منزل را که در دست دارند، بفروشند مگر تقسیم استفاده آن را حسب زمان، به صورت نوبت کرده می تواند. به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین داشته باشد و ده جریب آن را به محمود وصیت به منفعت نماید، منفعت ده جریب زمین برای مدت مؤقت یا طول حیات محمود به محمود تعلق می گیرد و بیست جریب باقی آن به ورثه احمد. در این صورت، ورثه احمد نمی توانند بیست جریب زمین را به فروش رسانند.

عدم فروش بیست جریب زمین در این مثال مطابق نص ماده ۲۳۱۹ ق. م محل ایراد به نظر می رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد. این ایراد زمانی مرفوع می شود که مالی که وصیت شده است (موصی به) قابل تقسیم نباشد. به حیث مثال، اگر احمد سه بسوه زمین داشته باشد و یک بسوه آن را به محمود وصیت نماید، منفعت یک بسوه زمین متعلق به احمد و رقبه و منفعت دو بسوه زمین متعلق به ورثه احمد می شود. در این صورت، زمین قابل تقسیم نیست زیرا در صورت تقسیم منفعت زمین از بین می رود و موجب کاهش قیمت زمین می گردد. در این صورت، ورثه احمد به صورت تناوب زمانی به گونه ای که بحث آن در مبحث تقسیم گذشت، می تواند خانه را مورد استفاده قرار دهند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احکام خاص حق انتفاع که منبع آن وصیت است، می باشد.

همچنین، طبق ماده ۲۳۲۰ ق. م: «هرگاه منزلی که برای حق سکونت تثبیت شده باشد به اعمار ضرورت داشته باشد، تعمیر آن به عهده کسی می باشد که حق سکونت را در آن حایز است، تا از مال خود، به آن مبادرت نماید. و آنچه را که از مال خود بناء نماید، ملکیت او و ورثه او شناخته می شود. و اگر صاحب حق از اعمار آن امتناع ورزد شخص ذیعلاقه، می تواند از محکمه الزام او را به تعمیر مطالبه و یا اجازه محکمه را در خصوص اجاره منزل مذکور به غیر حاصل نماید تا از پول اجاره آن به اعمار مذکور پرداخته و بعد از انتهای مدت اجاره آن را به صاحب حق سکونت رد نماید.» از نص این ماده چهار قاعده استنباط می گردد:

۱) هرگاه منزلی که برای حق سکونت تثبیت شده باشد به اعمار ضرورت داشته باشد، تعمیر آن به عهده کسی می باشد که حق سکونت را در آن حایز است، تا از مال خود، به آن مبادرت نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود وصیت به منفعت نماید یا عاریت دهد یا به کرایه بدهد، محمود حق سکونت در منزل را دارد. اگر منزل به اعمار ضرورت داشته باشد، محمود مکلف است آن را اعمار نماید.

(۲) آنچه را که صاحب حق سکونت از مال خود بناء نماید، ملکیت او و ورثه او شناخته می شود. بناء در لغت به معنی خانه و ساختمان است.^{۴۵۳} همچنین، بناء در لغت به معنی اعمار و ساختن است. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود وصیت به منفعت نماید یا عاریت دهد یا به کرایه بدهد، محمود حق سکونت در منزل را دارد. اگر محمود در خانه بناء جدید مانند اطاق و تشناب احداث نماید، اطاق و تشناب ملکیت محمود و ورثه محمود شناخته می شود.

(۳) اگر صاحب حق از اعمار منزل امتناع ورزد شخص ذیعلاقه، می تواند از محکمه الزام او را به تعمیر مطالبه نماید. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سر باز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای تعهد.^{۴۵۴} الزام از ریشه «لزم» به معنای لازم گردانیدن، واجب گردانیدن و اجبار است.^{۴۵۵} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود وصیت به منفعت نماید یا عاریت دهد یا به کرایه بدهد، محمود حق سکونت در منزل را دارد. اگر منزل به اعمار ضرورت داشته باشد، محمود مکلف است آن را اعمار نماید. در صورتی که احمد از اعمار منزل سرپیچی یا پرهیز نماید، محمود می تواند از محکمه مطالبه نماید تا احمد را مجبور به اعمار خانه نماید.

(۴) صاحب حق سکونت می تواند اجازه محکمه را در خصوص اجاره منزل به غیر حاصل نماید تا از پول اجاره آن به اعمار مذکور پرداخته و بعد از انتهای مدت اجاره آن را به صاحب حق سکونت رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود وصیت به منفعت نماید یا عاریت دهد یا به کرایه بدهد، محمود حق سکونت در منزل را دارد. اگر منزل به اعمار ضرورت داشته باشد، محمود مکلف است آن را اعمار نماید. در صورتی که احمد از اعمار منزل سرپیچی یا پرهیز نماید، محمود می تواند از محکمه اجازه بگیرد تا خانه را به شخص سوم به اجاره بدهد و از اجرت آن خانه را ترمیم نماید و پس از این که مدت حق سکونت خانه یافت، خانه را به احمد رد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احکام خاص حق سکونت است.

۳ احکام عمومی

طبق ماده ۲۳۲۲ ق. م: «احکام مربوط به حق انتفاع تا وقتی که مغایر احکام مندرج این قسمت و منافی طبیعت این دو حق نباشد، در مورد [...] حق سکونت نیز تطبیق می شود.»، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام حق انتفاع است که تفصیل آن در بالا گذشت.

طبق نص این ماده چون حق سکونت فرع حق استعمال و حق استعمال فرع حق انتفاع است، احکام حق انتفاع مشروط بر اینکه با حق سکونت متعارض واقع نگردد، بر حق سکونت نیز قابل تطبیق است. بنابراین، اسباب کسب حق سکونت نیز عقد، وصیت و مرور زمان است. اما، شفعه سبب کسب حق انتفاع نیست. زیرا، ایجاد حق شفعه مستلزم فروش مشفوع فیه است و بیع حق سکونت جواز ندارد. تعهدات صاحب حق سکونت نیز مانند تعهدات صاحب حق انتفاع است که عبارت اند از: (۱) استعمال شی به نحوی عادی در صورت مطلق بودن حق سکونت؛ (۲) حفظ و نگهداری شی محل سکونت مانند یک شخص عادی؛ (۳) پرداخت ضمان در صورت هلاک شی محل سکونت در اثر قصور و تجاوز صاحب حق سکونت؛ (۴) پرداخت مصارف ضروری سرپرستی و حفظ شی محل سکونت؛ و (۵) رد شی به صاحب رقبه بعد از انتهای مدت حق سکونت. اما، در حق

453. Ibid, (۲۰۱۶/۲/۴) (آخرین بازدید).

۴۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

۴۵۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۷۶.

سکونت قاضی نمی تواند شی محل سکونت را بر خلاف حق انتفاع به شخص امین بدهد. همچنین، حق سکونت در اثر انتهای مدت، فوت صاحب حق سکونت، هلاک شی محل استعمال و به عدم استعمال و مرور پانزده سال منتهی می گردد.^{۴۵۶}

ج) حق حکر (اجاره دراز مدت عین موقوفه)

طبق ق. م نوع سوم حق انتفاع حق حکر است. جلد چهارم، فصل هفتم، قسمت سوم، مواد ۲۳۲۳ الی ۲۳۳۹ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. این احکام نه تنها بر عقد های حکری که بعد از انفاذ ق. م منعقد می شود قابل تطبیق است بلکه بر عقد های که قبل از انفاذ ق. م منعقد شده و در حال اجرا شدن اند قابل تطبیق است. ماده ۲۳۳۸ ق. م در این خصوص می گوید: «احکام عقد حکر مندرج این قانون، به حکر زمینی که هنگام نفاذ این قانون ثابت باشد، نیز تطبیق می شود». هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عطف به سبق کردن یا رجعت مواد مربوط به حکر ق. م به گذشته است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م اقتباس نموده اند:

۱) تعریف و ارکان

طبق ماده ۲۳۲۳ ق. م: «حق حکر، عبارت از حق عینی است که منظور از آن ابقای زمین برای بناء، غرس یا یکی از این دو در مقابل اجرت معین می باشد». حکر مصدر است و در لغت به معنی به انتظار واداشتن است^{۴۵۷} که جمع آن آحکار است. برخی نویسندگان حکر را اجاره دراز مدت موقاف ترجمه کرده اند.^{۴۵۸} شخصی که زمین را به حکر می گیرد محتکر، شخصی که زمین را به حکر می دهد، محکر، زمینی که به حکر داده می شود را عین محتکره و عقد حکر را گاه عقد حکر و گاهی عقد تحکیر یاد می نمایند.

این تعریف مبهم به نظر می رسد و بیانگر ماهیت عقد حکر به نظر نمی رسد. با توجه به ارکان و احکام عقد حکر به نظر می رسد حکر اجاره دادن زمین موقوفه است توسط دولت. چنانچه تفصیل آن در جلد اول این دور از شرح ق. م گذشت، وقف زمانی اعتبار دارد که مطابق احکام ق. م صورت بگیرد. طبق ق. م واقف باید در وقف عام برای وقف اساسنامه ترتیب نماید و آن را در وزارت حج و اوقاف ثبت نماید. سپس، دولت می تواند زمین های موقوفه را به اجاره بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در ماده ۲۳۲۳ ق. م تعریف حکر است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۲۹): ماده (۲۳۲۳) قانون مدنی از عقد حکر بحث کرده با مثال توضیح شود.
توضیح: تعریف حکر در ماده (۲۳۲۳) قانون مدنی واضح است. مثال آن: کسی که زمین شخص دیگری را به منظور ایجاد بناء و غرس اشجار یا یکی از آن در بدل اجرت معین برای خود با مالک عقد نماید حکر نامیده می شود.^{۴۵۹}

این توضیح ستره محکمه قابل پذیرش به نظر نمی رسد. زیرا، معرف و بیانگر ماهیت حکر به نظر نمی رسد. طبق ق. م حکر دارای چهار رکن است: توافق، عین محتکره، مدت و اجرت:

۱) توافق: ماده ۲۳۲۵ در مورد رکن اول: یعنی: توافق تصریح می نماید که: «عقد حکر جواز ندارد، مگر به اساس ضرورت یا مصلحت و اجازه محکمه ولایتی که تمام زمین یا قسمت اعظم آن از لحاظ قیمت در حوزه

۴۵۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۲۷۰-۱۲۷۸.
۴۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۳۹.
۴۵۸. نک: محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۳۰۲.
۴۵۹. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵)، اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۵۰ و ۵۵۱.

آن محکمه قرار داشته باشد. عقد به حضور رئیس محکمه یا عضوی که از طرف رئیس محکمه تعیین می شود، تحریر می گردد. وثیقه بعداً طبق احکام قانون ترتیب می گردد.».

طبق نص این ماده حکر عقد شکلی است که توسط وثیقه رسمی صورت می گردد. بنابراین، حق حکر إنشاء نمی گردد مگر بر عین موقوفه. در نتیجه، قبل از توثیق آن اخذ اذن إنشاء از محکمه ذیصلاح که کل یا قسمتی اعظم عین محتکره موقوفه در حوزه قضایی آن موقعیت دارد، ضروری است. زیرا، حکر موجب ایجاد حق عینی بر عین محتکره می گردد و تصرف در عین موقوفه تلقی می گردد و تصرف بر عین موقوفه جایز نیست، مگر به اذن قاضی محکمه ذیصلاح. شخصی که اذن تحکیر را مطالبه می نماید، ناظر وقف است. در انشای حق تحکیر بر موقوفه، لازم است تا ضرورت یا مصلحتی وجود داشته باشد، مانند: اینکه موقوفه در معرض انهدام قرار داشته و مال یا پولی جهت ترمیم و اصلاح آن در دسترس قرار نداشته باشد. چون حق حکر حق عینی عادی مانند: حق انتفاع نیست که با موت منتفع زایل گردد و برای مدت طولانی پنجاه سال دوام می نماید، تصرف خطیر است و بنابراین در انشای آن اذن محکمه ضروری است.

زمانی که محکمه ذیصلاح اجازه إعطاء نماید، لازم است تا انشای آن نه به موجب وثیقه رسمی عادی، بلکه توسط رئیس محکمه ای که تمام زمین یا قسمت اعظم عین موقوفه در حوزه قضایی آن قرار دارد، یا عضوی که از طرف رئیس محکمه تعیین می شود، در حضور محتکر و ناظر وقف تحریر می گردد. وثیقه مؤنث وثیق است که در لغت به عهدنامه، گروبی، تأمین، سند و مدرک است که جمع آن وثایق است.^{۴۶۰}

به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را در شهر هرات وقف نماید و وزارت حج، ارشاد و اوقاف یا محکمه برای این زمین ناظر تعیین نماید و جمشید بخواهد این زمین را به اجاره بگیرد، ناظر وقف باید از محکمه ابتدائیه شهری هرات تقاضا نماید تا محکمه اجازه دهد تا این زمین را به محمود به اجاره بدهد. در صورت اجاره، سند آن باید توسط محکمه ترتیب گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط توافق و انعقاد حکر است.

۲) مدت: طبق ماده ۲۳۲۴ ق. م: «مدت حکر، از پنجاه سال تجاوز نمی کند در حالی که مدت حکر بیشتر از پنجاه سال تعیین و یا اصلاً تعیین نگردیده باشد، برای مدت پنجاه سال اعتبار داده می شود.» طبق نص این ماده مدت حکر باید پنجاه سال باشد. بنابراین، عقد حکری که مدت آن بیشتر از پنجاه سال تعیین گردیده باشد و یا کمتر از آن، این مدت پنجاه سال اعتبار داده می شود.

به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را در شهر هرات وقف نماید و وزارت حج، ارشاد و اوقاف یا محکمه برای این زمین ناظر تعیین نماید و جمشید بخواهد این زمین را به اجاره بگیرد، ناظر وقف باید از محکمه ابتدائیه شهری هرات تقاضا نماید تا محکمه اجازه دهد تا این زمین را به محمود به اجاره بدهد. در صورت اجاره، سند آن باید توسط محکمه ترتیب گردد. مدت این اجاره باید برای مدت پنجاه سال باشد. در صورتی که مدت چهل سال تعیین شود، چهل سال اعتبار ندارد بلکه پنجاه سال به حکم قانون باید محاسبه گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط مدت و ضمانت اجرای شرط است.

۳) موقوفه بودن عین محتکره: در مورد موقوفه بودن عین محتکره ق. م سکوت اختیار نموده است. اما، طبق ماده ۱۰۱۲ ق. م. ج. م در حکر شرط است که عین محتکره موقوفه باشد. بنابراین، حکر بر عین غیر موقوفه جواز ندارد.

۴) اجرت: طبق ماده ۲۳۲۹ ق. م: «عقد حکر، به مقدار کمتر از اجرت مثل جواز ندارد، تزئید یا تنقیص اجرت زمانی صورت گرفته می تواند که در اجرت مثل متجاوز از خمس از حیث زیادت یا نقصان تغییر وارد شده و از تاریخ آخرین سنجش پنج سال، سپری شده باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- اجرت در حکر زمین موقوفه نباید از اجرت مثل در زمان تحکیر کمتر باشد. چون در عقد حکر اذن محکمه ضروری است، بنابراین محکمه نباید انعقاد عقد حکر را اجازه دهد، مگر اینکه اجرت به اندازه اجرت مثل باشد. ماده ۲۱۲ مجله الاحکام در مورد اجرت مثل می گوید: «اجرت مثل اجرتی است که اهل خبره بی غرض آن را تعیین نموده باشد.»

به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را در شهر هرات وقف نماید و وزارت حج، ارشاد و اوقاف یا محکمه برای این زمین ناظر تعیین نماید و جمشید بخواهد این زمین را به اجاره بگیرد، اجرتی که جمشید باید در برابر این زمین پرداخت نماید، اجرت مثل باشد. به حیث مثال، اهل خبره مقدار آن را تعیین نماید یا اجرت مطابق عرف و عادات تعیین شود.

۲- تزئید یا تنقیص اجرت زمانی صورت گرفته می تواند که در اجرت مثل متجاوز از خمس از حیث زیادت یا نقصان تغییر وارد شده و از تاریخ آخرین سنجش پنج سال، سپری شده باشد. تزئید در لغت به معنی افزون کردن و زیاد کردن است.^{۴۶۱} تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان است.^{۴۶۲} زیادت در لغت به معنی افزونی، افزون شدن، زیاد شدن و بسیار شدن است.^{۴۶۳} خمس در لغت به معنی یک پنج است.^{۴۶۴}

به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را در شهر هرات وقف نماید و وزارت حج، ارشاد و اوقاف یا محکمه برای این زمین ناظر تعیین نماید و جمشید بخواهد این زمین را به اجاره بگیرد، اجرتی که جمشید باید در برابر این زمین پرداخت نماید، اجرت مثل باشد. به حیث مثال، اهل خبره مقدار آن را تعیین نماید یا اجرت مطابق عرف و عادات تعیین شود. مقدار این اجرتی زمانی می تواند کم یا زیاد شود که در اجرت مثل بیشتر از پنج فیصد تغییر وارد شود. این تغییر می تواند مثبت یا منفی باشد. مثبت به این معنی که اجرت زیاد شود و منفی به این معنی که مقدار اجرت مثل کم شود. به حیث مثال، اگر مقدار اجرت مثل در یک سال صد لک افغانی باشد، صد لک باید نود و چهار لک یا یک صد و شش لک شود. در صورت اول اجرت شش فیصد کاهش یافته است و در مثال دوم اجرت شش فیصد افزایش یافته است.

۳- تزئید یا تنقیص اجرت زمانی صورت گرفته می تواند که در اجرت مثل متجاوز از خمس از حیث زیادت یا نقصان تغییر وارد شده و از تاریخ آخرین سنجش پنج سال، سپری شده باشد. به حیث مثال، طرفین عقد در مثال بالا می توانند زمانی مقدار اجرت مثل را زیاد یا کم نمایند که از آخرین باری که اجرت مثل سنجش شده است پنج سال سپری شود. به حیث مثال، اگر جمشید، ناظر وقف و محکمه مقدار اجرت مثل را در مثال بالا در

461. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۸ / ۱۹).

462. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۸ / ۱۹).

463. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2106).

464. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۸ / ۱۹).

سال ۱۳۹۹ صد لک تعیین نماید، برای این که مقدار اجرت را زیاد یا کم نمایند شرط است که پنج سال سپری شود. بنابراین، طرفین عقد می توانند در ختم سال ۴۰۰۴ مقدار اجرت را زیاد یا کم نمایند. دلیل ازدیاد و کاهش مقدار اجرت مثل این است که عقد حکر برای مدت پنجاه سال منعقد می شود و امکان دارد در طول این مدت، مقدار اجرت کاهش یا افزایش یابد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط مربوط به اجرت، در عقد حکر است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۳۰ ق. م: «در سنجش زیادت یا نقصان به قیمت اجاره زمین در هنگام سنجش مراجعه می شود و در آن موقعیت زمین و اندازه تمایل مردم به آن رعایت می گردد. به موجودیت بناء، اشجار یا آنچه صاحب حق حکر در آن احداث نموده یا حقوق و اضرار صاحب حق حکر در زمین مذکور در سنجش اجرت اعتبار داده نمی شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: در سنجش زیادت یا نقصان به قیمت اجاره زمین در هنگام سنجش مراجعه می شود و در آن موقعیت زمین و اندازه تمایل مردم به آن رعایت می گردد. به حیث مثال، اگر جمشید، ناظر وقف و محکمه مقدار اجرت مثل را در مثال بالا در سال ۱۳۹۹ صد لک تعیین نماید، برای این که مقدار اجرت را زیاد یا کم نمایند شرط است که پنج سال سپری شود. بنابراین، طرفین عقد می توانند در ختم سال ۴۰۰۴ مقدار اجرت را زیاد یا کم نمایند. در این صورت، برای این که کاهش یا افزایش قیمت را طرفین عقد سنجش نمایند، باید به قیمت اجاره زمین در زمان سنجش، موقعیت زمین، تمایل مردم به اجاره گرفتن زمین رجوع نماید.

دوم این که: به موجودیت بناء، اشجار یا آنچه صاحب حق حکر در آن احداث نموده یا حقوق و اضرار صاحب حق حکر در زمین مذکور در سنجش اجرت اعتبار داده نمی شود. تعریف بناء در بالات گذشت. اشجار جمع شجر است که در لغت به معنی درخت است. تعریف احداث گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، طرفین عقد حکر بخواهند کاهش و افزایش اجرت زمین را مورد سنجش قرار دهند نباید به بناء، درختان، تعمیر یا آنچه را که اجاره گیرنده در عین موقوفه احداث نموده است، تعهدات اجاره گیرنده و ضرری که متوجه اجاره گیرنده شده است توجه نمایند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی معیار های برای سنجش کاهش و افزایش اجرت است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۳۱ ق. م: «سنجش جدید از تاریخ موافقه طرفین یا از تاریخ اقامه دعوی مبنی به مطالبه سنجش، اعتبار داده می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد.

نخست این که: سنجش جدید از تاریخ موافقه طرفین اعتبار داده می شود. به حیث مثال، اگر جمشید، ناظر وقف و محکمه مقدار اجرت مثل را در مثال بالا در سال ۱۳۹۹ صد لک تعیین نماید، برای این که مقدار اجرت را زیاد یا کم نمایند شرط است که پنج سال سپری شود. بنابراین، طرفین عقد می توانند در ختم سال ۴۰۰۴ مقدار اجرت را زیاد یا کم نمایند. در این صورت، اجرت جدید از تاریخ توافق طرفین نافذ می شود.

دوم این که: سنجش جدید از تاریخ اقامه دعوی مبنی به مطالبه سنجش، اعتبار داده می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محکمه و ناظر وقف مقدار اجرت را کاهش ندهند و جمشید در محکمه اقامه دعوی نماید و محکمه مقدار اجرت را کاهش دهد، اجرت جدید از تاریخ اقامه دعوی جمشید علیه ناظر وقف نافذ می گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انفاذ تاریخ اجرت جدید اجاره عین موقوفه به نظر می رسد.

(۲) آثار

عقد حکر موجب ایجاد یک سلسله حقوق و تکالیف معین برای محکتر و محکر می گردد:

(۱) **حقوق محکتر:** حق حکر نسبت به محکتر موجب ایجاد حقوق ذیل می گردد:

۱- **حق تصرف:** طبق ماده ۲۳۲۶ ق.م: «صاحب حق حکر، می تواند در زمین تحت حکر خود تصرفات مبنی بر انتقال ملکیت یا انتفاع را به عمل آورد، در تمام این حالات زمین یا بناء اشجار و سایر اموال غیر قابل انتقال بعد از انتهای مدت حق حکر، به مالک اصلی یا ورثه وی با رعایت ماده (۲۳۲۴) این قانون اعاده می شود.»، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۳۲۴ ق.م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که حق حکر برای محکتر حق عینی اصلی در زمین محکتره، ایجاد می نماید و به موجب حق حکر به محکتر صلاحیت می دهد تا از زمین محکتره به نحو کامل انتفاع بگیرد. به صورت مشخص تر، صاحب حق حکر می تواند در زمین محکتره بناء احداث نماید، درخت غرس نماید. همچنین، صاحب حق حکر می تواند در آن جمیع انواع تصرفات را به عمل آورد. بنابراین، صاحب حق حکر می تواند آن را (حق حکر را) به فروش رساند، هبه نماید و نیز می تواند آن را به اجاره بدهد و آن را وصیت نماید. تعریف بناء در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر جمشید زمین وقفی را برای مدت پنجاه سال طبق قواعدی که تفصیل آن گذشت به اجاره بگیرد، می تواند آن را به فروش رساند یا در آن کشت نماید، درخت زرع نماید و سایر تصرفات را انجام دهد.

دوم این که: در تمام این حالات زمین یا بناء اشجار و سایر اموال غیر قابل انتقال بعد از انتهای مدت حق حکر، به مالک اصلی یا ورثه وی با رعایت ماده (۲۳۲۴) این قانون اعاده می شود. نص این ماده با بند اول ماده ۲۳۲۶ ق.م در تعارض به نظر می رسد. زیرا، اعاده مال به صاحب اصلی بعد از انتهای عقد حکر مستلزم حفظ و عدم فروش عین محکتره است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

اما، در صورتی که صاحب حق حکر یا اجاره گیرنده زمین را به فروش نرساند و در آن تصرفات انجام دهد، مانند احداث تعمیر، غرس درخت، حفر چاه و نظیر اینها، در صورت ختم مدت حکر، زمین با ملحقات آن به مالک آن بر می گردد. عبارت ورثه در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، اگر محل حکر، عقار موقوفه باشد و وقف مؤقت باشد، این امکان وجود دارد که در صورت فوت مالک موقوفه زمین به ورثه مالک اعاده یا رد گردد. اما، اگر وقف عام باشد و زمین موقوفه متعلق به دولت شود، ورثه وجود ندارد. زیرا، فرض این است که دولت همیشه وجود دارد و دولت مانند اشخاص حقیقی وارث ندارد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهدات اجاره گیرنده زمین موقوفه یا محکتر است.

۲- **حق ملکیت بناء و غرس:** براساس ماده ۲۳۲۷ ق.م: «صاحب حق حکر، می تواند در حیات و غرس به تنهایی یا با حق حکر یکجا تصرف نماید.»، نص این ماده پیچیده به نظر می رسد. طبق نص این ماده به موجب حکر دو نوع حق برای محکتر ایجاد می شود: (۱) حق حکر؛ و (۲) حق ملکیت تام نسبت به بناء و غرسی که در آن زمین محکتره ایجاد نموده است. بنابراین، محکتر می تواند در هر یک از این حقوق به صورت مستقل تصرف نماید. به عنوان مثال، بناء و درخت را با حفظ حق حکر به دیگری به فروش رساند، یا حق حکر را با حفظ بناء و درخت به دیگری به فروش رساند. همچنین، محکتر می تواند حق حکر و بناء و درخت را به

شخصی دیگری یکجا به فروش رساند که در چنین حالتی مشتری قایم مقام محترک می گردد. از آنچه گفته شد، از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: صاحب حق حکر، می تواند در حيازت و غرس به تنهایی تصرف نماید. غرس در لغت به معنی کاشتن و نشاندن درخت و نهال بر زمین است.^{۴۶۰} به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین را به گونه ای تفصیل آن گذشت به اجاره بگیرد، می تواند حيازت آن را با حق غرس درختان در آن به محمود از طریق وصیت و سایر تصرفات منتقل نماید.

دوم این که: صاحب حق حکر، می تواند در حيازت و غرس به تنهایی یا با حق حکر یکجا تصرف نماید. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین را به گونه ای تفصیل آن گذشت به اجاره بگیرد، می تواند حيازت، حق غرس نهال و حق حکر را به محمود منتقل نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حق های اجاره گیرنده یا محترک است.

۲) تکالیف محترک و حق محکر: حکر موجب ایجاد تکالیف ذیل نسبت به محترک می گردد:

۱- پرداخت اجرت: طبق ماده ۲۳۲۸ ق. م: «صاحب حق حکر، مکلف است اجرت معینه را در مواعیدی که به آن موافقه صورت گرفته، به مالک بپردازد.» طبق نص این ماده به موجب عقد حکر محترک مکلف است اجرت حکر را به محکر در مواعیدی که در مورد آن توافق صورت گرفته است، پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین موقوفه مطابق قواعدی که تفصیل آن گذشت به اجاره بگیرد، مکلف است در موعد های که در خصوص آن توافق صورت گرفته است اجرت آن را به صاحب زمین پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف محترک یا اجاره گیرنده است.

۲- اتخاذ تدابیر جهت حاصل دهی زمین محترکه: طبق ماده ۲۳۳۲ ق. م: «صاحب حق حکر، مکلف است به اتخاذ وسایلی اقدام نماید که برای حاصل دهی زمین لازم باشد و با آنهم شروط موافقه شده، طبیعت زمین، غرضی که زمین برای آن آماده شده و اقتضای عرف منطقه رعایت می شود.»

طبق نص این ماده تعهد دومی که بر ذمه محترک به موجب عقد حکر مرتب می گردد عبارت از اصلاح زمین محترکه است که هدف اساسی عقد تحکیر نیز همین است. بنابراین، لازم است تا محترک متوسل به اتخاذ تدابیر و تهیه وسایلی شود که موجب حاصل دهی و اصلاح زمین محترکه گردد. به عنوان مثال، اگر عین محترکه ضرورت به ترمیم داشته باشد، آن را ترمیم، و اگر خرابه باشد، بنای آن را اعاده، و اگر برای زراعت آماده نباشد، آن را از طریق هموار کردن، حفر چاه و ... زراعت نماید و زمین را صالح الزراعت بگرداند.

در اجرای این اعمال محترک باید شروطی را که در عقد در مورد آنها توافق صورت گرفته است، رعایت نماید. اگر طرفین در این مورد سکوت اختیار نموده باشند، طبیعت زمین، غرضی که زمین به منظور رسیدن به آن آماده شده است و در نهایت عرف و عادات را مدنظر بگیرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حق های اجاره گیرنده یا محترک است.

۳) پایان حق حکر

طبق ق. م حق حکر در موارد ذیل پایان می یابد:

(۱) انتهای مدت معین: طبق ماده ۲۳۳۳ فقره اول ق. م: «(۱) حق حکر به انتهای مدت معینه، منتهی می شود.» مدت حق حکر پنجاه سال است و هرگاه طرفین این مدت را بیشتر از پنجاه سال تعیین نمایند، این مدت پنجاه سال اعتبار داده می شود. در صورت خاتمه این مدت حق حکر خاتمه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین موقوفه را مطابق قواعدی که تفصیل آن گذشت به اجاره بگیرد، در صورت ختم مدت عقد حکر خاتمه پیدا می نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب انتهای عقد حکر است.

(۲) وفات محکمر قبل از احداث بناء و غرس درخت: طبق ماده ۲۳۳۳ (۲) ق. م: «(۲) قبل از انتهای مدت، حق حکر وقتی منتهی می گردد که صاحب حق حکر بیش از احداث بناء یا غرس اشجار در زمین مذکور وفات نماید، مگر اینکه تمامی ورثه بقای حکر را مطالبه نمایند.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که اگر محکمر قبل از اینکه در عین محکمره بناء و درخت را احداث و غرس نماید وفات نماید، حق حکر ختم می شود. معنی احداث، غرس و اشجار در بالا گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین موقوفه را مطابق قواعدی که تفصیل آن گذشت به اجاره بگیرد و قبل از این که در زمین خانه آباد نماید، درخت بنشاند وفات نماید، عقد حکر خاتمه پیدا می نماید. استثنای این قاعده این است که در این صورت ورثه میان حفظ و بقای حق حکر اختیار دارند. بنابراین، اگر بخواهند می توانند بقای حق حکر را حفظ و اگر نخواستند آن را رد نمایند که در این صورت نیز حق حکر منتهی می شود. به حیث مثال، ورثه احمد اختیار دارند که عقد را با شرایط قبلی ادامه دهند یا فسخ نمایند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب انتهای عقد حکر است.

(۳) زوال صفت وقف از عین محکمره: طبق ماده ۲۳۳۴ ق. م: «هرگاه حکر در زمین موقوفه صورت گرفته باشد و صفت وقف از زمین مذکور به اساس رجوع وقف کننده از وقف زایل شود، حکر منتهی می گردد و اگر مدت وقف از طرف وقف کننده تنقیص یابد، در صورتی که مدت باقیمانده از مدت حکر کمتر باشد، حکر الی زمان انتهای وقف ادامه می یابد و در غیر آن الی نهایت مدت حکر طبق حکر دوام داده می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- اگر حکر در عین موقوفه صورت گرفته باشد و واقف از وقف رجوع نماید و زمین موقوفه به زمین عادی تبدیل شود، با زایل شدن صفت وقف از زمین موقوفه، حق حکر نیز منتهی می شود. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را وقف نماید و سپس این زمین را ناظر وقف به جمشید به اجاره بدهد و سپس احمد از وقف رجوع نماید، زمین موقوفه به زمین عادی تبدیل می شود و صفت وقف از زمین زایل و عقد حکر جمشید و دولت فسخ می گردد.

۲- اگر وقف برای مدت معین صورت گرفته باشد و واقف این مدت را کاهش دهد مثلاً مدت وقف شصت سال باشد و سپس واقف این مدت را به چهل سال کاهش دهد، حق حکر بعد از چهل سال نه بلکه بعد از پنجاه سال که نهایت مدت حکم است منتهی می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انتهای عقد حکر است.

(۴) عدم استعمال: طبق ماده ۲۳۳۷ ق. م: «هرگاه در ظرف مدت پانزده سال از حق حکر استفاده به عمل نیاید، حق حکر منتهی شناخته می شود.» طبق نص این ماده هرگاه در ظرف مدت پانزده سال از حق حکر استفاده به عمل نیاید، حق حکر به دلیل مرور زمان مُسقط حق ختم می شود. به حیث مثال، اگر احمد

صد جریب زمین موقوفه را مطابق قواعدی که تفصیل آن گذشت به اجاره بگیرد و آن را برای مدت پانزده سال مورد استفاده قرار ندهد، حق حکر احمد در اثر مرور زمان مسقط حق خاتمه پیدا می نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب انتهای عقد حکر است.

(۵) انهدام عین محترکه و یا کشیدن شدن آن از دست صاحب حق حکر: در صورتی که عین محترکه منهدم گردد و یا جهت منافع عامه استملاک گردد، حق حکر ختم می گردد.^{۴۶۶}

(۶) طبق ماده ۲۳۳۵ ق. م: «هرگاه صاحب حق حکر حقوق اجاره زمین را در دو سال متوالی نپردازد، مالک زمین می تواند فسخ عقد را مطالبه کند». در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای پرداخت اجرت پیش بینی شده است. طبق نص این ماده هرگاه صاحب حق حکر حقوق اجاره زمین را در دو سال متوالی نپردازد، مالک زمین می تواند فسخ عقد را مطالبه کند. متوالی در لغت به معنی پی در پی است.^{۴۶۷} به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین موقوفه مطابق قواعدی که تفصیل آن گذشت به اجاره بگیرد، مکلف است در موعد هایی که در خصوص آن توافق صورت گرفته است اجرت آن را به صاحب زمین پرداخت نماید. اگر احمد اجرت زمین را در دو سال پی هم نپردازد، صاحب زمین می تواند عقد را فسخ نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صاحب زمین است.

طبق ماده ۲۳۳۶ ق. م: «مالک زمین هنگام فسخ عقد یا انتهای مدت حکر، بین ازاله بناء و اشجار غرس شده محترک یا بقای آن در مقابل اقل قیمت مستحقه ازاله یا بقاء، مخیر است، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که در صورت انتهای حق حکر یا فسخ عقد رقبه عین محترکه به صاحب ملک (محکر) اعاده می شود. اگر محترک در عین محترکه بناء احداث نموده باشد و یا درخت غرس کرده باشد، محکر می تواند قیمت آن را به محترک پرداخته و بناء و درخت را تملک نماید. انتهاء در لغت به معنی خاتمه یافت است. ازاله در لغت به معنی از بین بردن، زدودن، از اثر انداختن و نابود کردن است.^{۴۶۸} مخیر اسم مفعول از ریشه «خیر» گرفته شده است که در لغت به معنی مختار و اختیارمند است. در اصطلاح حقوق مدنی، مخیر شخصی است که برای انتخاب از میان دو چیز یا دو امر اختیار گزینش یکی را داشته باشد.^{۴۶۹}

به حیث مثال، در مثال های بالا، در صورتی که اجاره گیرنده در زمین بناء آباد کرده باشد و درخت غرس نموده باشد، صاحب زمینه دو گزینه دارد. از بین بردن درختان و بناء ها. دوم پرداخت قیمت بناء ها و درختان و تملک بناء ها و درختان. استثنای این اصل این است که توافق برخلاف آن صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اجاره دهنده و اجاره گیرنده توافق نموده باشند که همه بناء و درختان بعد از فسخ و انتهای عقد به صاحب زمین تعلق گیرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر انتهای عقد حکر و فسخ آن است.

(۴) عدم جواز حکر به اشخاص حکمی و حقیقی خارجی

۴۶۶. جهت مطالعه بیشتر در مورد حکر ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۶)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۴۴۳-۱۴۹۶.

467. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

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

۴۶۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۶۶.

طبق ماده ۲۳۳۹: «(۱) از حق حکر مندرج این قانون، اشخاص خارجی اعم از حقیقی و حکمی، استفاده کرده نمی توانند؛ (۲) رویه که دولت افغانستان در برابر نمایندگی های سیاسی دول متحابه و مؤسسات بین المللی مقیم افغانستان در مورد اموال عقاری اتخاذ می دارد، تابع احکام حق حکر نمی باشد.»

از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که از حق حکر اشخاص خارجی اعم از حقیقی و حکمی، استفاده کرده نمی توانند. تفصیل شخص و شخص حقیقی و حکمی در جلد اول کتاب اشخاص این دور از شرح ق. م گذشت. به عنوان مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را در شهر هرات وقف نماید و وزارت حج، ارشاد و اوقاف یا محکمه برای این زمین ناظر تعیین نماید و جان تبعه جرمنی یا شرکت مکدونالد بخواهد این زمین را به اجاره بگیرد، ناظر وقف نمی تواند این زمین را به جان و شرکت مکدونالد به اجاره بدهد.

استثنای این قاعده این است که رویه که دولت افغانستان در برابر نمایندگی های سیاسی دول متحابه و مؤسسات بین المللی مقیم افغانستان در مورد اموال عقاری اتخاذ می دارد، تابع احکام حق حکر نمی باشد. متحابه مؤنث متحاب است که در لغت به معنی دوست است. مقیم در لغت به معنی متوطن و ساکن است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد مقیم شخصی است که در محلی اقامت دارد.^{۴۷۰} عقاری اسم منسوب به عقار است. به حیث مثال، دولت افغانستان می تواند عقار موقوفه را به نمایندگی سیاسی دولت های دوست افغانستان مانند ایالات متحده امریکا، جرمنی، مصر و نظیر اینها به اجاره بدهد. همچنین، دولت افغانستان می تواند عقار موقوفه را به سازمان ملل متحد به اجاره بدهد هرچند سازمان ملل و نمایندگی سیاسی دولت های دوست از جمله اشخاص حکمی خارجی اند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز حکر به اشخاص حقیقی و حکمی خارجی و استثنای آن است.

فصل سوم: حق های ارتفاق

نوع سوم حق عینی اصلی حق ارتفاق است.

مبحث اول) تعریف، ارکان، محل و مصادر

گفتار اول) تعریف

ارتفاق از ریشه «رفق» گرفته شده است که در لغت به معنی انتفاع گرفتن از شی،^{۴۷۱} تکیه کردن بر مرفق یا آرنج و رفیق و همراه بودن است.^{۴۷۲} در اصطلاح فقهی تعاریف ذیل راجع به حق ارتفاق وجود دارد:

(۱) حق ارتفاق نوعی حق عینی و عبارت از حقی است بالای عمار جهت منفعت عمار دیگر، مانند: حق شرب، حق مجری، حق مسیل، حق مرور و حق جوار.^{۴۷۳}

(۲) حق ارتفاق حق مقرر بر یک عمار به منفعت عمار دیگر که مملوک مالک عمار اول نباشد است.^{۴۷۴}

(۳) ماده ۲۳۴۰ ق. م در تعریف حق ارتفاق می گوید که: «ارتفاق، عبارت از حقی است بالای عمار جهت منفعت عمار شخص دیگر». هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف حق ارتفاق است.

گفتار دوم) ارکان و محل

حق ارتفاق دارای سه رکن است: وجود زمین مرتفق و آن عبارت از زمینی است که حق ارتفاق به نفع آن مقرر می شود. زمین مرتفق به که عبارت از زمینی است که حق ارتفاق به زیان آن مقرر می شود. فایده مالک یک ملکیت به موجب ملکیت خود از ملکیت شخص دیگر می گیرد.^{۴۷۵}

حق ارتفاق حق ناقص است که به موجب آن مالک یک عمار می تواند به موجب عمار خود از عمار دیگر که مملوک غیر است صرف انتفاع بگیرد. بنابراین، حقوق ارتفاق همیشه تابع عمار می باشد نه شخص. از همین جهت، آن را حق ملکیت عینی می گویند. محل حق های ارتفاق به خلاف حق های انتفاع همیشه عمار است. بنابراین، حق های ارتفاق بر منقول مرتب نمی شود. به حیث مثال، هیچ شخص بر مال منقول همسایه مانند موتور و نظیر آن حق ارتفاق ندارد.

گفتار سوم) اسباب

۴۷۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۶۵۶.

۴۷۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۹.

۴۷۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۶۵۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۷؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۶.

۴۷۴. عبدالکریم زیدان (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عمان: مکتبة البشائر، ص ۲۰۶.

۴۷۵. عبدالرزاق احمد السنهوی (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۲۸۰-۱۲۸۲.

طبق ماده ۲۳۴۲ ق. م: «حق ارتفاق به اساس تعهد قانونی یا ارث حاصل شده می تواند. مرور زمان باعث کسب حق ارتفاق نمی گردد، مگر در مورد ارتفاق از قبیل حق مرور». از نص این ماده به خوبی بر می آید که اسباب کسب حق ارتفاق تعهد قانونی، ارث و مرور زمان اند. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق و جایب این دور از شرح ق. م گذشت، تعهد از اعمال و حوادث حقوقی ناشی می شود. به عبارت دیگر: اعمال و حوادث حقوقی منجر به ایجاد تعهد می شود. باوجوداین، نص این ماده را باید تفسیر محدود نمود و به همه تعهداتی که از اعمال و حوادث حقوقی ناشی می شود تسری نداد، زیرا به حیث مثال، وکالت، کفالت، غصب، اتلاف، قتل و ... سبب کسب حق ارتفاق نیست، بلکه صرف برخی عقود مانند: بیع، هبه، اجاره و غیره و برخی ایقاعات مانند: وصیت، وقف و نظیر اینها مصدر حق ارتفاق است.

به حیث مثال، اگر شخصی زمینی را خریداری نماید یا به اجاره بگیرد، به تبع زمین مالک حق ارتفاق زمین که از توابع و ملحقات زمین است می شود. همچنین، طبق این ماده به طور کلی مرور زمان سبب کسب حق ارتفاق نیست به جز در مورد حق مرور مانند اینکه: شخص از طریق زمین دیگری در ملک خویش برای مدت مقرر قانونی رفت و آمد نماید و در اثر این رفت و آمد حق مرور بر وی ثابت گردد.

بنابراین، طبق نص این ماده اصل این است که مرور زمان موجب کسب حق ارتفاق نیست. استثنای این اصل حق مرور است. همچنین، ارث مصدر دیگر کسب حق ارتفاق است، زیرا در صورتی که شخص حق عینی اصلی را براساس ارث تملک نماید، به تبع حق عینی اصلی حق ارتفاق که از فروعات و شاخه های حق عینی اصلی است را نیز کسب می نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین را در ولسوالی پغمان از پدر خویش به ارث ببرد، احمد نه تنها مالک ده جریب زمین می شود بلکه به تبع زمین مالک حق های ارتفاقی که این زمین بر زمین های همسایه و زمین های دولتی و عامه دارد مالک می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای برخی منابع حق ارتفاق است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۴۳ ق. م: «ارتفاق ظاهر به اساس تخصیص مالک اصلی نیز مرتب شده می تواند». نص این ماده را باید کنار ماده ۲۳۴۴ ق. م قرار داد و تفسیر ساختاری- منطقی نمود. طبق ماده ۲۳۴۴ ق. م: «تخصیص از جانب مالک اصلی وقتی موجود می شود که مالک دو عقار منفصل از هم در بین دو عقار مذکور علایم ظاهری احداث نماید که به اساس آن بین آن دو عقار چنین علامه تبعی ایجاد گردد که اگر دو عقار مذکور ملک دو نفر فرض شود، به وجود حق ارتفاق دلالت نماید، و این امر به یکی از طرق اثبات ثابت گردد. در این حال، اگر ملکیت دو عقار مذکور بدون تغییر به همان حالت به دو نفر دیگر انتقال نماید، حق ارتفاق بین دو عقار مذکور به نفع و ضرر مالکان جدید، ثابت شمرده می شود مگر اینکه شرط صریح مخالف آن باشد». از جمع مواد ۲۳۴۳ و ۲۳۴۴ ق. م قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) منبع حق ارتفاق ظاهر تخصیص مالک عقار است. تخصیص در لغت به معنی خاص کردن و ویژه گردانیدن است.^{۴۷۶} به حیث مثال، اگر زمین احمد هیچ راهی به سرک عمومی نداشته باشد و برای این که احمد به سرک عمومی برود و از آن به خانه خویش برگردد، محمود یک مقدار راه را برای احمد در زمین خویش تخصیص دهد تا احمد از آن راه به سرک عمومی عبور و مرور نماید، براساس این تخصیص حق ارتفاق ایجاد می

شود. در این صورت، حق را که احمد بر زمین محمود براساس زمین خویش پیدا می نماید، حق ارتفاق ظاهر گویند.

۲) تخصیص از جانب مالک اصلی وقتی موجود می شود که مالک دو عمار منفصل از هم در بین دو عمار مذکور علایم ظاهری احداث نماید که به اساس آن بین آن دو عمار چنین علامه تبعی ایجاد گردد که اگر دو عمار مذکور ملک دو نفر فرض شود، به وجود حق ارتفاق دلالت نماید. به حیث مثال، اگر منزل یا زمین احمد از دریای عمومی دور باشد و منزل یا زمین محمود نزدیک دریای عمومی باشد و محمود جوی را احداث نماید و مسیر آن را بعد از این که از زمین یا خانه خویش عبور دهد به زمین یا خانه احمد وصل نماید، حق ارتفاق میان زمین یا خانه احمد و محمود ایجاد می شود. در این مثال، مالک اصلی محمود است. زمین یا خانه های احمد و محمود از همدیگر جدا است. جوی مصداق علامه ظاهری است. اگر زمین های احمد و محمود را زمین های دو نفر فرض کنیم، یکی بر دیگری حق ارتفاق خواهد داشت.

۲) ایجاد حق ارتفاق ظاهر به یکی از طرق اثبات ثابت گردد. به حیث مثال، احمد و محمود بتوانند آن را از طریق اقرار، محمود، ارایه شهود توسط احمد، سوگند محمود و سایر وسایل اثبات ثابت نمایند.

۳) اصل این است که در این حال، اگر ملکیت دو عمار مذکور بدون تغییر به همان حالت به دو نفر دیگر انتقال نماید، حق ارتفاق بین دو عمار مذکور به نفع و ضرر مالکان جدید، ثابت شمرده می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود زمین ها یا خانه های خویش را به قیوم و فاروق به فروش رسانند، به تبع زمین یا خانه حق ارتفاق به فاروق و قیوم براساس عقد بیع منتقل می شود. بنابراین، قیوم و فاروق می توانند بر زمین های همدیگر حق ارتفاق داشته باشند. استثنای این اصل شرط صریح مخالف آن است.

به حیث مثال، اگر احمد و محمود در مثال بالا، توافق نمایند که جوی را میان دو خانه یا زمین احداث می نمایند و در صورت فروش یکی از خانه ها یا زمین ها جوی را از بین می برند، توافق احمد و محمود مدار اعتبار است. هدف قانونگذار مدنی در نص مواد ۲۳۴۳ و ۲۳۴۴ ق. م به نظر می رسد که شناسایی تخصیص به عنوان یکی از منابع حق ارتفاق ظاهر، تعریف ارتفاق ظاهر، نقل و انتقال ارتفاق ظاهر در اثر سایر اسباب حق ارتفاق و استثنای آن است. علاوه بر این برخی مصادر دیگری نیز وجود دارد که می تواند منبع حق ارتفاق قرار بگیرد که قرار ذیل اند:^{۴۷۷}

۱) اشتراک عام: طبق ماده ۲۳۴۱ ق. م: «حق ارتفاق بالای مال عام مرتب شده می تواند، مشروط براینکه به استعمال مال مذکور که به آن تخصیص یافته منافات نداشته باشد.»، نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق فقه یکی از اسباب و مصادر کسب حقوق ارتفاق اشتراک در مرافق عامه مانند راه های عامه و انهار عامه می باشد که حقوق ارتفاق بر آن ها در اثر عبور و مرور، آبیاری زمین و دفع آب های فاضله در آن، برای عمارتی که در نزیک آن قرار دارد تثبیت می گردد، زیرا منافع مرافق عامه بین همه مردم مشترک می باشد و هر کس می تواند از آن مشروط به اینکه به دیگری ضرر نرساند منتفع شود.^{۴۷۸} هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از مصادر حق ارتفاق است. به حیث مثال، اگر احمد یک باب آپارتمان در شهرک آریا خریداری نماید، احمد می تواند بر سرک ها و راه های عامه حق ارتفاق را کسب نماید.

۴۷۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۵۶۰؛ و داد محمد ذبیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۶.

۴۷۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۵۶۰ - ۴۵۰.

(۲) اشتراط در عقود: مصدر دوم کسب حقوق ارتفاق اشتراط در عقود است، مانند اینکه: بایع بر مشتری حق مرور بر زمینی را که به مشتری می فروشد شرط گذارد یا حقا به ملک وی است شرط بگذارد که در اثر این شرایط، حقوق مذکور برای بایع تثبیت می گردد.^{۴۷۹} به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین داشته باشد و پنج جریب زمین آن را به محمود به فروش رساند و به محمود بگوید که حق مرور، حق مسیل و حق مجری را بر زمینی که به محمود به فروش می رساند داشته باشد، براساس این شرط حق ارتفاق برای احمد نسبت به زمین محمود ایجاد می شود.

(۳) تقادم زمان (مرور زمان): برخی فقهاء بر این نظر اند که تقادم زمان سبب کسب حقوق ارتفاق است مانند این که حق ارتفاق برای عقاری ثابت باشد و کسی پیدا نشود تا وقت ثبوت آن را بداند مانند اینکه زمین زراعتی که دارای حق مرور و مسیل بر عقار دیگر است به ارث برده شود، زیرا ظاهر این است که حقوق ارتفاق بر این زمین به سبب مشروع ثابت شده است مگر این که عکس آن ثابت گردد.^{۴۸۰}

این نظر غامض است زیرا در این نظر واضح نگردیده است که آیا تقادم زمان سبب کسب حقوق ارتفاق است یا ارث. زیرا به نظر می رسد نویسنده بر این نظر بوده است که اول باید براساس مرور زمان حق ارتفاق برای زمینی ثابت شود و سپس عقار به ارث برده شود. آنچه مسلم است این است که خود ارث سبب مستقل کسب حقوق ارتفاق است زیرا در صورتی که شخص عقار را براساس ارث کسب نماید، با توجه به قاعده حقوقی - فقهی مالک اصل مالک فرع پنداشته می شود، شخص مالک فروع ملکیت که یکی از آنها حقوق ارتفاق است شناخته می شود. با توجه به آنچه گفته شد، برخی دیگری از فقهاء تقادم زمان را سبب مستقل کسب حقوق ارتفاق می دانند.^{۴۸۱}

مبحث دوم) انواع

طبق ق. م ق حق ارتفاق شامل حق شرب، حق مجری، حق مسیل و حق مرور می گردد:

گفتار نخست) حقا به / حق آبیاری / حق شرب

الف) تعریف

طبق ماده ۲۳۴۶ ق. م: «حقا به، عبارت است از نوبت استفاده از آب به منظور آبیاری زراعت یا اشجار». حقا به مرکب از دو کلمه حق عربی و آب فارسی است که در لغت به معنی آب بها و سهم معین از آب است.^{۴۸۲} حقا به در فقه به نام حق شرب یاد می شود. همچنین، حقا به به معنی حق آبیاری است. شرب به کسر شین در لغت به معنی حصه از آب است. همچنین، شرب در لغت به معنی زمان آب دهی است. در اصطلاح فقهی حق شرب عبارت از حصه از آب جهت آبیاری زمین و درختان است.^{۴۸۳} ماده ۱۴۳ مجله الاحکام در تعریف حق شرب می گوید: «حقا به عبارت است از استحقاق اندازه معین آب از نهر.»

۴۷۹. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۵۶۱.

۴۸۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۵۶۱؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۷.

۴۸۱. عبدالکریم زیدان (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عمان، مكتبة البشائر، ص ۱۹۶. (آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱/۱) <https://www.vajehyab.com> 482.

۴۸۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۶۶۰.

حق شفه (نوشیدن آب) یعنی حق اختصاص آب توسط انسان برای نوشیدن خود و حیوان نیز به حق شرب ملحق می گردد.^{۴۸۴} طبق ماده ۱۲۶۳ مجلة الاحکام حق شفه: «عبارت از حق نوشیدن آب است.» از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که حق شرب دو نوع است: حق آبیاری درختان و زراعت و حق نوشیدن آب توسط انسان و حیوان. از همین رو، امام کاسانی حق شرب را حق شفه و آبیاری نامیده است.^{۴۸۵} به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین در ولسوالی شکرده داشته باشد و از بند شکرده زمین های خویش را همیشه آبیاری نماید، احمد حقا به بر بند شکرده دارد. هدف قانونگذار مدنی در ماده ۲۳۴۶ ق. م تعریف حقا به است.

ب) احکام

احکام مربوط به حقا به توسط ق. م، قانون آب، فقه و عرف و عادات تنظیم می گردد. طبق ق. م حقا به تابع قواعد ذیل است.

۱) طبق ماده ۲۳۴۷ ق. م: «آب دریاها و فروع آن ملك عامه شمرده شده، هر کس حق دارد از آن اراضی خویش را آبیاری نموده یا از آن به این منظور جوی بکشد مگر اینکه این امر با مصلحت عامه یا قوانین خاص معارض واقع شود.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

نخست این که آب دریا و فروع آن ملکیت عامه شمرده می شود. فروع جمع فرع است. فرع در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند^{۴۸۶} در این ماده دریا اصل و جوی فرع است. منظور از فروع آب دریاچه ها و جوی ها است. به حیث مثال، آب دریا ها و جوی ها و جویچه ها ملک عامه شناخته می شود. تعریف ملک عامه در فصل اموال گذشت.

دوم این که هر شخص حق دارد از آب دریاها جوی بکشد. به حیث مثال، اگر زمین های احمد دور از دریا در ولسوالی پغمان موقعیت داشته باشد، احمد می تواند میان زمین های خویش و دریا جوی احداث نماید. سوم این که هر شخص می تواند اراضی خویش را از آب دریا ها آبیاری نماید. زیرا، آب دریا ها و فروع آن ملک عامه است. به حیث مثال، در مثال بالا، پس از احداث جوی، احمد می تواند زمین های خویش را از آب دریا آبیاری نماید. استثنای حق آبیاری و احداث جوی این است که اول این که کشیدن جوی و آبیاری اراضی منجر به ورود ضرر به منافع عامه نگردد. عبارت منافع عامه بسیار کلی و عام است. مصالح جمع مصلحت است که در لغت به هر آنچه که موجب آسایش و سود باشد است که متضاد مفاسد است.^{۴۸۷} همچنین، مصلحت در لغت به هر آنچه که صلاح و سود شخص یا گروهی در آن باشد و خیر اندیشی است.^{۴۸۸} در اصول به جلب منفعت و دفع مضرت مصلحت می گویند.^{۴۸۹} 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

۴۸۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۶۶۰.

۴۸۵. عبدالکریم زیدان (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عمان، مكتبة البشائر، صص ۲۰۱-۲۰۲.

۴۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶.

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

۴۸۸. همان، محمد معین، ص ۹۹۲.

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

اکثر افراد جامعه می رسد.^{۴۹۰} به نظر می رسد مثال تعارض حق کشیدن جوی و آبیاری اراضی با منافع عامه کم شدن آب دریا، عدم گردش کشتی ها، از بین رفتن ماهی ها و ... است.

استثنای دوم این است که در خصوص احداث جوی و آبیاری اراضی قوانین خاص مانند قانون آب طور دیگری حکم نکرده باشد. به عبارت دیگر: این حکم در مواردی قابل تطبیق است که احکام ق. م با احکام قوانین خاص متعارض واقع شود. زیرا، در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص مرجح است. قانون عام، ق. م است و قانون خاص قانون آب. در صورت تعارض میان ق. م و قانون آب، احکام قانون آب مرجح است.

چهارم این که طبق نص این ماده آب ها به آبهایی که در دریا ها وجود دارد و آب هایی که در جوی های عامه وجود دارد تقسیم می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۳۴۷ ق. م پیش بینی احکام حقایق و استثنای های آن است.

۲) براساس ماده ۲۳۴۸ ق. م: «کسی که از مال خود جوی خاص به منظور آبیاری زمین خود احداث کند، از آن حق هر نوع استفاده را داشته و شخص دیگر از آن بدون اجازه احداث کننده، استفاده کرده نمی تواند». طبق نص این ماده شخصی که با مصارف شخصی جوی خاص به منظور آبیاری زمین خویش احداث نماید، حق هر نوع استفاده را از آن دارد. بقیه افراد طبق نص این ماده حق هیچ نوع استفاده را از جوی خاص ندارد مگر این که مالک جوی خاص اجازه دهد. به نظر می رسد منظور از حق استفاده دیگران آبیاری زمین و باغ توسط دیگران است، زیرا در این گونه آب ها همگان حق شفه دارند.

به حیث مثال، اگر زمین های احمد دور از دریا در ولسوالی پغمان موقعیت داشته باشد، احمد می تواند میان زمین های خویش و دریا جوی احداث نماید. در صورت احداث جوی دیگران حق آبیاری زمین های خویش را از این جوی ندارند مگر بعد از گرفتن اجازه از احمد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم احداث جوی خاص است.

۳) براساس ماده ۲۳۴۹ ق. م: «حق استعمال آب از جوی عام و توزیع آن با رعایت عدم الحاق ضرر به مصالح عامه به اندازه اراضی صورت می گیرد، که آبیاری آن منظور نظر باشد». به نظر می رسد منظور از حق استعمال آب، حق آبیاری است. الحاق از ریشه لحق گرفته شده است که به معنی پیوستن است.^{۴۹۱} از نص این ماده در خصوص حق استعمال آب دو شرط قابل استنباط به نظر می رسد:

نخست این که آب دادن زمین ها و باغ از جوی عام مشروط بر عدم الحاق ضرر به مصالح عامه است، مانند خشک شدن جوی عام و عدم گردش کشتی، خشک شدن آب و از بین رفتن ماهی ها و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد زمین های خویش را از جوی عام آبیاری نماید، شرط است که احمد به عموم مردم ضرر وارد ننماید.

دوم این که استفاده از آب جوی عامه باید متناسب به نیاز زمین صورت بگیرد. بنابراین، در حق آبیاری اصل تناسب باید رعایت گردد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد زمین های خویش را از جوی عام آبیاری نماید، شرط است که احمد به تناسب زمین خویش از آب جوی استفاده نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که طبق نص این ماده در خصوص حق استعمال آب از جوی دو اصل وجود دارد: نخست اصل عدم ضرر و دوم

۴۹۰. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۱۲۸۵۷.
491. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

اصل تناسب. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده حمایت حقوق سایر اشخاصی است که در جوی عام حق آبیاری دارند.

۴) طبق ماده ۲۳۵۰ ق. م: «صاحب زمینی که توسط آلات و وسایل یا مستقیماً از جوی آبیاری میکند نمی تواند صاحبان اراضی تحت آب را به مسیر آب در اراضی آنها مجبور سازد مگر اینکه حق جریان آب را در آن داشته باشد.» طبق نص این ماده شخصی که حق آبیاری بر جوی عام را داشته باشد می تواند اشخاصی را که آب از مسیر زمین آنها به زمین این شخص عبور می نماید مجبور نماید تا به او اجازه دهند زمین خویش را از طریق زمین آنها آبیاری نماید.

به نظر می رسد تشخیص این حق نظر به عرف و مسیر آب و موقعیت زمین ها صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر زمین های احمد از جوی دور باشد و برای این که احمد زمین های خویش را آبیاری نماید، باید آب را از طریق زمین های محمود در زمین خویش عبور دهد، محمود نمی تواند مانع این حق احمد شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق ارتفاق است. در فقه آب ها از نقطه نظر حق شرب و حق شفه به چهار نوع تقسیم می شود:

۱) آب های محرز در ظرف های خاص: محرز آب هایی است که در کوزه ها و یا ظرف های خاص نگهداری شود. این گونه آب ها مختص و متعلق به کسانی است که این آب را از طریق استیلاء احراز نموده اند. بنابراین، هیچ کسی در این گونه آب ها حق انتفاع ندارد مگر به اجازه صاحب آب. صاحب این گونه آب ها می تواند آب را بفروشد و یا در آن به گونه که می خواهد تصرف نماید. باوجود این که این گونه آب ها مملوک صاحب آن تلقی می شود، در صورتی که شخص مضطر گردد و در معرض هلاکت قرار بگیرد می تواند از آن به قدر ضرورت استفاده کند ولو با متوسل شدن به زور باشد. اما در این صورت شخص منتفع به موجب قاعده «الاضطرار لا یبطل حق الغير» یعنی حالت اضطرار، موجب ابطال حق غیر نمی شود باید جبران خساره را بپردازد.^{۴۹۲}

۲) آب های چشمه ها، چاه ها و حوض های مملوکه شخصی: این نوع آب ها عبارت از آب هایی است که شخص آن را برای نفس خویش استخراج می نماید. حکم این نوع آب ها به نظر حنفیه این است که این گونه آب ها مملوک صاحب آن تلقی نمی شود، بلکه این گونه آب ها مباح اند و برای صاحب این گونه آب ها حق خاص ثابت است فرق نمی کند که این گونه آب ها در زمین مباح و یا مملوک باشد. زیرا، آب در اصل برای همه مردم مباح است به دلیل این حدیث پیامبر ﷺ که می فرماید:

«الناس شركاء فی ثلاثة: الماء والكلأ و النار».^{۴۹۳}

«مردم در سه چیز شریک اند: آب، آتش و گیاه خودرو».

در آب های چشمه ها، چاه ها و حوض های خاص حق شفه بدون حق شرب تثبیت می گردد. بنابراین، همه می توانند از آن بنوشند، حیوانات خویش را بنوشانند و برای استعمال منزل خویش از آن استفاده نمایند. ولی اگر صاحب آب دیگران را از استفاده منع کند، شخص محتاج به آب می تواند حتی با توسل به جبر و قوه آ را استعمال نماید، زیرا آب در چاه مباح و غیرمملوک است به شرط این که شخص محتاج آب دیگر در نزدیکی ها پیدا ننماید.^{۴۹۴} ماده ۱۲۶۷ مجلة الاحکام در این رابطه می گوید: «آب های مملوکه یعنی آب های که در جوی

۴۹۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۶۱.

۴۹۳. رواه احمد.

۴۹۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۶۶۲ و ۵۵۳.

های مملوکه داخل می باشد، حق شرب آن مختص به مالکان آن است و عامه مردم صرف در آن حق شفه را دارند و هیچ کس حق ندارد زمین های خود را از نهر و یا چاهی که مختص به قومی می باشد بدون اجازه مالکان آن آبیاری کند ولی حق نوشیدن در آن را دارد. همچنین، می تواند حیوانات را به نهر، جوی، کاریز داخل کند به شرطی که خوف تخریب مواضع مذکور به علت کثرت حیوانات موجود نباشد.».

(۳) آب های انهار مملوکه خاص: آب جوی های خاص کوچک آب های است که متعلق به ملکیت بعضی اشخاص می باشد. حکم این نوع آب این است که هر کس در آن دارای حق شفه می باشد نه شرب. بنابراین، هر کس می تواند از آن خود استفاده نماید و حیوانات خود را سیراب بسازد هرچند ضرر یسیر به صاحب نهر برسد، زیرا ضرر یسیر با ضرر بزرگ دفع می شود. ولی، نمی تواند از آن زراعت و اشجار خود را آبیاری نماید مگر این که صاحب نهر اجازه بدهد زیرا مالک نهر می تواند اشخاص را از آبیاری زمین و زراعت منع نماید به دلیل حق خاصی که بر این نهر ها دارد.^{۴۹۵} ماده ۱۲۶۶ مجلة الاحکام: «انسان و حیوان حق نوشیدن را از آبی که محرز نباشد، دارد.».

(۴) آب های انهار عامه: آب های انهار عام، آب های است که در مجاری (کانال ها) که ملک شخص نباشد جاری باشد، مانند: رود نیل، دجله و فرات و سایر انهار بزرگ. حکم آب های انهار عامه این است که هیچ کس نمی تواند آب و مجرای آب های مذکور را تملک نماید، زیرا آب های انهار عامه متعلق به عموم مردم می باشد. بنابراین، همه مردم حق انتفاع اعم از حق شرب، شفه، حق حفر جوی و نصب آلات جهت جاری نمودن آب از آن را دارا می باشد.^{۴۹۶} ماده ۱۲۶۴ مجلة الاحکام در این باره می گوید: «همانطوری که هر شخص حق دارد از هوا و روشنی آفتاب منتفع شود، حق دارد از ابحار و حوض های غیر مملوکه نیز استفاده کند.» ولی باید دانست که به موجب قاعده «لاضرر ولا ضرار» استفاده از آب های انهار عامه مشروط به عدم تضرر دیگران می باشد.^{۴۹۷} از آب های انهار عامه عموم مردم می توانند انتفاع بگیرند و حاکم در صورتی که استفاده مذکور منتج به تضرر نهر، سایر اشخاص و عامه نگردد به هیچ صورت نمی تواند مانع استفاده از انهار عامه گردد. پس، شرط عمده استفاده از آب های دریا های عامه عدم ضرر رسانیدن غیر می باشد.

به طور مثال، هرگاه شخصی زمین خود را طوری آبیاری نماید که آب از زمین وی سرایز شود و موجب تضرر زمین همجوار شود یا از آب های عمومی طوری استفاده نماید که مانع گردش کشتی در آب شود، از استفاده از آن منع می گردد.^{۴۹۸} ماده ۱۲۶۵ مجلة الاحکام در این رابطه حکم می نماید که: «هر کس می تواند زمین های خود را از نهر های که در ملک شخصی داخل نمی باشد آبیاری کند و از آن جوی ها برای آبیاری اراضی و نصب آسیاب احداث نمایند. ولی، عدم ضرر عامه در آن شرط می باشد و در صورتی که آب زیاد شود و از جوی سرایز گردد و به مردم ضرر رساند و یا به کلی قطع گردد و یا مانع گشت کشتی شود در این حالت ممانعت به عمل می آید.».

گفتار دوم) حق مجری

الف) تعریف

۴۹۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۶۶۴.

۴۹۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۶۶۵.

۴۹۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۵۶۰.

۴۹۸. محمد خالد اتاسی (۱۳۷۰)، شرح مجلة الاحکام، مترجم: محمد صدیق راشد سلجوقی، قسمت ۲، ص ۱۱۶.

ق. م در مورد تعریف حق مجری سکوت اختیار نموده است. مجری به فتح میم و سکون جیم اسم مکان است که در لغت به معنی محل جریان و گذرگاه آب است که جمع آن مجاری است. طبق فقه حق مجری عبارت است از: «حق صاحب زمین دور از مجری آب بر زمینی که آب از مسیر آن جهت آبیاری زمین، باغ و درختان صاحب زمین دور جاری می شود.»^{۴۹۹} به عبارت دیگر: حق مجری عبارت از حق جریان آب است از راهی که در ملکیت دیگران قرار دارد.^{۵۰۰}

ب) احکام

حق مجری موجب ایجاد آثار ذیل می شود:

۱) طبق ماده ۱۹۱۳ ق. م: «هرگاه شخص حق جریان آب را بر زمین دیگری داشته باشد، مالک زمین مذکور نمی تواند مانع جریان آب او در زمین خود گردد.» نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق نص این ماده صاحب زمینی که آب از آن عبور می نماید نمی تواند همسایه خویش را از عبور آب را از زمین خویش منع نماید به دلیل قول حضرت عمر رضی الله عنه برای محمد بن مسلمة زمانی که ضحاک بن خلیفه می خواست آب را از زمین ابن مسلمة جاری نماید که گفت: «والله، لیمرن به، ولو علی بطنک» یعنی خداوند ﷻ آن را جاری می نماید هرچند از روی بطن شما عبور نماید.^{۵۰۱} به حیث مثال، اگر زمین احمد از دریا دورتر موقعیت داشته باشد و برای این که احمد بتواند زمین خویش را از آب دریا آبیاری نماید، چاره ای نداشته باشد جز این که مسیر آب را از زمین محمود که نزدیک یا کنار دریا موقعیت دارد عبور دهد، محمود نمی تواند مانع احمد گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق مجری است.

۲) صاحب زمین نمی تواند مجری آب را از مکان آن تغییر دهد، مگر اینکه اصحاب حق در این مورد رضایت نشان بدهند. صاحبان حق مجری می توانند حق مجری را ترمیم و تعمیق نمایند و اطراف آن را تقویه نمایند و از تسرب آب از آن جلوگیری نمایند همچنانی که صاحب زمین می تواند اصلاح حق مجری را از صاحبان حق مجری مطالبه نماید تا آب از آن تسرب ننموده و زراعت او را تلف ننماید.^{۵۰۲}

۳) هرگاه حق مجری در زمین غیر از قدیم وجود داشته باشد به دلیل قاعده: «قدیم به حالت قبلی گذاشته می شود» به حال خودش باقی می ماند مگر این که باعث تضرر صاحب زمین گردد و یا اصلاً نامشروع باشد که در چنین موارد از بین برده می شود زیرا در این مورد قاعده فقهی وجود دارد که: «ضرر قدیم بوده نمی تواند».^{۵۰۳} پرسش این است که منظور از قدیم در این ماده چیست؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد منظور از قدیم امری است که زمان حدوث آن معلوم نباشد.

۴) هرگاه شخصی بخواهد مجری جدیدی احداث نماید و مجری مذکور در راه عام واقع گردد، در این صورت لازم است شخص احداث کننده جهت عدم تضرر به مصلحت عامه آن را به اجازه حاکم احداث نماید. اما، هرگاه حق مجری بر زمین مملوکه شخص واقع گردد، احداث کننده باید آن را به اجازه صاحب زمین احداث نماید. مالک نمی تواند احداث کننده را از احداث حق مجری منع نماید مادام که به او ضرر نرسد به دلیل قول حضرت

۴۹۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۶۷۴.

۵۰۰. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۷.

۵۰۱. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۶۷۴.

۵۰۲. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۴۶۷۴.

۵۰۳. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۴۶۷۵.

عمر رحمته الله که گذشت.^{۵۰۴} در این مورد ق. م از فقه پیروی نموده است. ماده ۱۹۱۲ ق. م حکم می نماید که: «مالک اراضی ای که به واسطه آلات یا نهر زمین خود را آبیاری می نماید در حالی که حق جریان آب را بر اراضی غیر نداشته باشد نمی تواند مالک زمین مذکور را به جریان آب خود مجبور گرداند.» از نصوص این ماده دو حکم به ترتیب ذیل قابل استخراج به نظر می رسد:

نخست این که صاحب زمینی که می خواهد زمین خویش را از جوی عام آبیاری نماید، در صورتی می تواند این امر را انجام دهد که بر صاحبان زمین هایی که آب از آنها جاری می شود، حق مجری داشته باشد. پرسش این است که این حق چگونه تثبیت و تشخیص می شود؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد در تعیین و تثبیت حق ارتفاق موقعیت هر دو زمین و عرف مدنظر گرفته می شود و با توجه به این دو حق ارتفاق (توسط مردم و یا محکمه) تثبیت و تشخیص می گردد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد زمین خویش را از جوی عام آبیاری نماید، در صورتی می تواند این کار را انجام دهد که بر زمین محمود حق مجری داشته باشد.

دوم این که به نظر می رسد در صورت اثبات حق ارتفاق مالک زمینی که آب از آن جاری می شود، نمی تواند صاحب حق ارتفاق را منع نماید. به حیث مثال، در صورت اثبات حق ارتفاق، در مثال بالا محمود نمی تواند مانع حق مجری احمد شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این قواعد حمایت صاحب حق مجری است.

گفتار سوم) حق مسیل

الف) تعریف

مسیل در لغت به معنی آبرو، محل جریان آب و گذرگاه سیل است. در اصطلاح فقهی طبق ماده ۱۴۴ مجله الاحکام: «حق مسیل عبارت از حق جریان آب و سیل از خانه به خارج است.» به عبارت وسیعتر: حق مسیل عبارت است از حق جریان آب های زاید از حاجت و غیر صالح به مجاری عامه توسط مجری سطحی یا مجری مستور اعم از طبیعی، یا مصنوعی می باشد. حق مسیل شامل دفع آب های زاید از حاجت و مستعمل منازل می گردد و فرق آن با حق مجری این است که حق مجری، حق جلب آب های صالح جهت آبیاری اراضی می باشد. ولی، حق مسیل حق دفع آب های غیر صالح و فاضل از اراضی و خانه می باشد. وجه اشتراک این دو این است هیچ کس نمی تواند این دو را در صورتی که باعث تضرر وی نگردد منع نماید.^{۵۰۵}

ب) احکام

حق مسیل موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) طبق ماده ۲۳۵۱ فقره دوم ق. م: «اگر مسیل منزلی در راه عام یا خاص کشیده شده باشد که از آن ضرری به مردم عاید گردیده باشد، ضرر مذکور رفع ساخته می شود گرچه قدیمی باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که امکان دارد حق مسیل بر راه عام یا راه خاص مرتب گردد. هرچند این حکم به صورت صریح در نص این ماد پیش بینی نشده است. اما، به نظر می رسد می توان این حکم را از بند اول این ماده که می گوید اگر مسیل منزلی در راه عام یا خاص به گونه ای که تعریف هر دو گذشت کشیده شود استنباط کرد. به حیث

۵۰۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۶۷۵؛ و عبدالکریم زبدان (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عمان، مكتبة البشائر، ص ۲۰۶.

۵۰۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۶۷۵.

مثال، اگر احمد در خیرخانه در یکی از ساحات پلانی خانه داشته باشد می تواند آب های زاید و مستعمل را در راه عام یا راه خاص (سرک عمومی و سرک فرعی) روان نماید.

دوم این که حق مسیل موجب ایجاد ضرر برای دیگران گردد، ضرر باید از بین برده شود هرچند حق مسیل قدیمی باشد. مانند بسیاری از حق های ارتفاق بر استفاده از حق مسیل نیز قاعده عدم ضرر (لاضرر) حاکم است. به حیث مثال، اگر آب های مستعمل و زاید احمد در مثال بالا باعث ایجاد لوش، بوی بد، تعفن، پشه و نظیر اینها شود، احمد مکلف است این اضرار را از بین ببرد. به نظر می رسد منظور از قدامت حق مسیل این است که هیچ کس زمان حدوث آن را ندارد. در این صورت، به قدامت اعتبار داده نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حق مسیل است.

۲) براساس ماده ۲۳۵۳ ق. م: «هیچ کس نمی تواند بدون حق مسیل محلی را که جدیداً احداث نموده به منزل شخص دیگری بکشد، مگر اینکه اجازه او را حاصل کرده باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که هیچ شخص نمی تواند مسیل را به منزل همسایه بکشد. به حیث مثال، اگر احمد در یکی از ساحات پلانی خانه داشته باشد، نمی تواند بدون این که بر همسایه حق داشته باشد، آب های زاید و مستعمل منزل خویش را به طرف خانه همسایه جاری نماید. استثنای این قاعده این است که همسایه اجازه دهد. به حیث مثال، اگر احمد بر یکی از همسایه های حق مسیل نداشته باشد نمی تواند آب های زاید و مستعمل را به طرف خانه همسایه جاری نماید مگر این که همسایه به احمد اجازه بدهد. به نظر می رسد در این فرض، شخص دارای حق مسیل بر همسایه نیست و به همین دلیل قانونگذار مدنی رضایت همسایه (شخص دیگر) را شرط گذاشته است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حق مسیل است.

۳) مصارف اصلاح مسیل بر نفع گیرنده در صورتی که مسیل در زمین مملوکه شخصی یا غیر باشد ضروری است. اما، در صورتی که حق مسیل بر زمین های عامه باشد، مصارف آن از بیت المال تمویل می گردد.^{۵۰۶} قواعد حق مسیل بسیار کلاسیک است و در شهرها نتیجه منفی می دهد و منجر به ایجاد بوی و تعفن در جویچه ها، آلودگی هوا و محیط زیست می شود. به حیث مثال، قواعد حق مسیل شهر کابل، هرات، مزار و نظیر اینها را به شهر های غیر قابل تحمل تبدیل نموده است زیرا هر کوچه و سرک های عمومی جویچه های پر از آب مستعمل و کثیف و کثافت دارد که تحمل آن مخصوصاً در بهار و تابستان بسیار طاقت فرسا است. قابل توصیه است این قواعد مانند ب ممالک پیشرفته مورد بازنگری قرار بگیرد و قواعد جدید ایجاد شود.

گفتار چهارم) حق مرور

الف) تعریف

مرور در لغت به معنای گذشتن، گذر کردن و عبور کردن است. در اصطلاح فقهی طبق ماده ۱۴۲ مجله الاحکام: «حق مرور عبارت است از حق رفت و آمد در ملک غیر». به مفهوم عامتر: حق مرور عبارت از حق رفت و آمد انسان در ملک وی از طریق راهی که در آن عبور و مرور می نماید اعم از اینکه راه عام یا خاص باشد.

ب) احکام

طبق ماده ۲۳۵۴ ق. م: «احداث ناوه دان یا حفر چاه بدرفت، فاضل آب باران و غیره در راه عام در حالی که از آن ضرری به عام تولید شود جواز ندارد. همچنین احداث امور فوق در راه خاص که غیر نافذ باشد، بدون اجازه شاروالی یا اهل کوچه، مجاز نمی باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که هر شخص می تواند در راه عام ناوه دان احداث نماید، چاه بدرفت حفر نماید و تصرفاتی که مشابه ناوه دان و حفر چاه است مانند احداث دکان، دروازه و امثال اینها انجام دهد، زیرا قانونگذار مدنی سایر موارد را به احداث ناوه دان قیاس نموده است. در چنین حالتی، شرط است که ضرر به غیر وارد نگردد. در صورت ورود ضرر به مردم، شخص نمی تواند تصرفات مذکور را انجام دهد. به حیث مثال، اگر احمد در یکی از ساحات پلانی در خیرخانه، خانه داشته باشد، می تواند در راه عام، ناوه دان ایجاد نماید، چاه بدرفت حفر نماید و سایر تصرفاتی که شبیه ناودان و چاه بدرفت است انجام دهد.

دوم این که هرگاه راه خاص باشد، همه افراد می توانند تصرفات مذکور در ماده ۲۳۵۴ ق. م را در آن انجام دهند، اما به دو شرط: نخست این که از شهرداری اجازه اخذ نمایند و دوم این که اهل کوچه اجازه دهند. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد در راه خاص (کوچه فرعی) چاه بدرفت یا دکان ایجاد نماید، باید اجازه شهرداری و همسایه را اخذ نماید. عبارت غیرنافذ در این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حق مرور است. اثری که بر حق مرور به موجب فقه مرتب می گردد نظر به نوع راه به شرح ذیل فرق می نماید:

(۱) هرگاه راه عام باشد، همگان حق انتفاع از آن را دارند زیرا راه های عام از جمله مباحات تلقی می شود اعم از این که انتفاع عبور و مرور، باز نمودن کلکین، احداث دوکان، احداث راه فرعی، دروازه و غیره باشد. همچنین، اشخاص می توانند در آن موتر و حیوان خویش را متوقف نمایند. ولی، تصرفات فوق مقید به دو شرط است: اول اینکه تصرفات فوق نباید باعث تضرر غیر گردد، دوم اینکه اخذ اذن حاکم در آن ضروری پنداشته می شود. بنابراین، در صورتی که تصرفات فوق باعث تضرر غیر نگردد به نظر امام ابو حنیفه رحمته الله علیه اخذ اذن حاکم در آن شرط می باشد. اما به نظر امام محمد رحمته الله علیه و امام ابو یوسف رحمته الله علیه اخذ اذن حاکم شرط تلقی نمی گردد. همچنین، به نظر فقهای شافعی و حنبلی نیز اخذ اذن حاکم شرط تلقی نمی گردد.^{۵۰۷}

(۲) هرگاه راه خاص باشد، حق انتفاع از آن محدود و منحصر به مالک، یا مالکین آن می باشد. بنابراین، دیگران نمی توانند در آن دروازه و نظیر آن احداث نمایند. اما عموم مردم می توانند از آن عبور و مرور نمایند و صاحبان راه فوق جهت احترام به عموم نمی توانند آن را مسدود نمایند یا از بین ببرند.^{۵۰۸}

مبحث سوم) آثار مشترک حق ارتفاق

حق های ارتفاق دارای دو نوع اثر است. اثر خاص که تفصیل آن در گفتار های انواع حق ارتفاق گذشت و آثار مشترک که برخی آن متوجه مالک عقار مرتفق و برخی نیز مربوط به عقار مرتفق به می گردد:

گفتار نخست) حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق

قواعد عام حق های ارتفاق قرار می گیرد:

۵۰۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۶۷۷.

۵۰۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۶۷۸.

۱) طبق ماده ۲۳۵۲ ق. م: «هرگاه حق مرور، مجری و یا مسیل شخصی بالای زمین شخصی دیگری باشد، صاحب زمین نمی تواند او را از این حقوق محروم نماید.» این قاعده عام است و بر حق مرور، مجری و مسیل قابل تطبیق است. طبق نص این ماده اگر حق مرور، مجری و مسیل مالک عقار مرتفق بر مالک عقار مرتفق به ثابت باشد، مالک عقار مرتفق به نمی تواند مالک عقار مرتفق را از این حق محروم نماید. به حیث مثال، اگر حق مرور زمین احمد بر محمود، حق مجری و مسیل احمد بر زمین محمود براساس قانون ثابت باشد، محمود نمی تواند مانع اعمال این حق ها توسط احمد شود. مثال های هر یک از این حق ها در بالا گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عام حق مرور، مجری و مسیل و مورد حمایت قرار دادن مالک عقار مرتفق است.

۲) طبق ماده ۲۳۵۱ فقره اول ق. م: «حق مرور، مجرا و مسیل اگر قدیمی باشد، به حال خود گذاشته می شود مگر اینکه اصلاً نامشروع باشد. در این صورت به قدامت اعتبار داده نمی شود و در صورت ضرر واضح از بین برده می شود.» از نص این ماده یک حکم و یک استثناء قابل استخراج است. قاعده این است که حق مرور، مجری و مسیل اگر قدیمی باشد به حال خودش گذاشته می شود. عبارت قدیمی در ق. م تعریف نشده است. به نظر می رسد قدیم یا قدیمی اموری است که شخصی زمانی حدوث آنها را نداند. به حیث مثال، اگر زمین و خانه احمد بر زمین و خانه حمیده در یک قریه حق مرور، مجری و مسیل داشته باشد و هیچ شخص در این قریه نداند که این حق ها به نفع زمین احمد و به ضرر زمین حمیده چه وقت ایجاد شده است، به نظر می رسد که این حق ها قدیم است.

استثنای این اصل این است که حق مرور، مجری و مسیل نامشروع باشد. به حیث مثال، زمین و خانه حمیده بر زمین و خانه احمد حق مرور، مجری و مسیل نداشته باشد و حمیده به زور این حق ها را بر زمین و خانه احمد ایجاد نموده باشد. در این صورت، به قدامت اعتبار داده نمی شود. بنابراین، اگر حق مجری، مرور و مسیل نامشروع باشد یا ضرر واضح داشته باشد، در اثر تقاضای متضرر از صاحب حق مجری، مرور و مسیل و در صورت عدم توافق صاحب حق مجری، مرور و مسیل توسط محکمه ذیصلاح ضرر باید از بین برده شود، زیرا در این زمینه قاعده حقوقی - فقهی دیگر وجود دارد که: «ضرر باید دفع گردد». به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حق ارتفاق احمد بر زمین و خانه حمیده نامشروع باشد و حمیده از احمد تقاضاء نماید، احمد باید به حق های ارتفاق از قبیل حق مجری، مرور و مسیل خاتمه دهد. در صورت عدم خاتمه دادن به نظر می رسد حمیده می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید تا احمد را مجبور به از بین بردن و رفع اضرار نماید.

۲) اجرای اعمالی که برای استعمال حق ارتفاق ضروری است: براساس ماده ۲۳۵۵ ق. م: «صاحب حق ارتفاق، می تواند به چنان اعمالی مبادرت ورزد که برای استعمال حق او در ارتفاق ضروری باشد یا برای محافظت حق مذکور لازمی شناخته شود و باید حق مذکور را طوری استعمال نماید، که از آن ضرری عاید نشود.» از نص این ماده ساه قاعده استنباط می گردد:

نخست این که مالک عقار مرتفق، در استعمال حق ارتفاق می تواند به اعمالی مبادرت ورزد که جهت استعمال حق ارتفاق ضروری است. بنابراین، اگر مالک عقار مرتفق بر زمین دیگری حق مرور داشته باشد و استعمال حق ارتفاق مستلزم احداث پل بر سر جوی یا دریا باشد، یا بر زمین دیگر حق مجری داشته باشد و استعمال حق مجری ایجاب احداث جوی را نماید، یا حق شرب را از جوی عامه داشته باشد و حق شرب ایجاب

احداث جوی کوچک را نماید تا مالک حق ارتفاق توسط آن بتواند زمین خویش را آبیاری نماید، می تواند پل و جوی احداث نماید. زیرا، اجرای همه این اعمال برای استفاده از حق ارتفاق ضروری است. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق ارتفاق داشته باشد، احمد مکلف است بر زمین محمود پل ایجاد نماید. همچنین، اگر احمد بر زمین محمود حق مجری داشته باشد، باید در زمین محمود جوی ایجاد نماید.

دوم این که مالک عقار مرتفق می تواند اعمالی را انجام دهد که برای حفاظت حق ارتفاق ضروری است، مانند: اجرای اعمال جهت حفظ پل، جوی و راه. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق مرور داشته باشد و از پلی که در زمین محمود موقعیت دارد عبور و مرور نماید، مکلف است در صورت تخریب شدن پول آن را دوباره ترمیم نماید.

سوم این که مالک حق ارتفاق باید به نحوی حق ارتفاق را استعمال نماید که موجب ضرر غیر (مالک عقاری که نسبت به عقار او حق ارتفاق دارد) نگردد. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق مجری یا مرور داشته باشد، باید از زمین محمود به گونه ای عبور و مرور نماید که موجب از بین رفتن درختان، زراعت، میوه درختان و امثال اینهای محمود نگردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احکام عمومی حق ارتفاق است.

(۳) پرداخت مصارف مربوط به استعمال و حفظ حقوق ارتفاق: طبق ماده ۲۳۵۷ ق. م: «مصارف اعمالی که به منظور استعمال حق ارتفاق لازم شمرده شود یا تکالیف حفاظت آن به ذمه ای مالک عقار مرتفق می باشد، مگر اینکه به خلاف آن شرط گذاشته شده باشد و اگر اعمال مذکور برای مالک عقار مرتفق نیز نافع باشد تکالیف صیانت آن به تناسب مفادی که به هر يك عاید می گردد، می باشد.» از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می گردد:

نخست این که مصارف اعمال لازم جهت استعمال و حفظ حقوق ارتفاق در اصل بر عهده مالک حق ارتفاق است. زیرا، مالک حق ارتفاق شخصی است که از حق ارتفاق نفع می گیرد. پس، لازم است تا مصارف آن را نیز پرداخت نماید. تعریف ذمه گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق مرور داشته باشد و از پلی که در زمین محمود موقعیت دارد عبور و مرور نماید، مکلف است در صورت تخریب شدن پل آن را دوباره ترمیم نماید. همچنین، احمد مکلف است مصارف مربوط به حفظ پل را پرداخت نماید. احمد در این مثال، مالک عقار مرتفق و محمود مالک عقار مرتفق به است. استثنای این اصل این است که چون این قاعده مربوط به نظام عامه نیست، مالک عقار مرتفق و مرتفق به می توانند حین انشای حق ارتفاق در این مورد توافق نمایند که این مصارف را مالک عقار مرتفق به پرداخت نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد و محمود می توانند توافق نمایند که مصارف حفظ پل و جوی را محمود پرداخت نماید. در صورت چنین توافق، این توافق مدار اعتبار است.

دوم این که اگر حفظ حق ارتفاق، برای مالک عقار مرتفق به نیز نافع باشد، مانند اینکه: مالک عقار مرتفق به نیز از جوی، پل و راهی که مالک عقار مرتفق بر عقار مرتفق به دارد، استفاده نماید، مصارف حفظ جوی، پل و راه میان مالک عقار مرتفق و مرتفق به، به صورت مساوی تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، پل، جوی، راه و نظیر اینها به محمود نیز نفع برساند، محمود مکلف است مصارف پل، جوی، راه و نظیر اینها را پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احکام عمومی حق ارتفاق است.

گفتار دوم) حقوق و تکالیف مالک عقار مرتفق به

طبق ماده ۲۳۵۹ ق. م: «مالک عقار مرتفق به، نمی تواند به اجرای اعمالی بپردازد که منجر به نقصان استعمال حق ارتفاق شود. همچنین، نمی تواند موضع حق مذکور را تغییر دهد مگر اینکه موقع مذکور به اثر حوادث طوری گردد که تکلیف ارتفاق را تزیید بخشد یا استعمال حق از موضع مذکور مانع آوردن تحسینات در عقار مرتفق به شود. در این صورت، مالک عقار، می تواند انتقال ارتفاق را به موضع دیگر مطالبه نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: مالک عقار مرتفق به، نمی تواند به اجرای اعمالی بپردازد که منجر به نقصان استعمال حق ارتفاق شود. زیرا، تکالیف مالک عقار مرتفق به، تکالیف سلب محض است. مالک عقار مرتفق به مکلف به اجرای هیچ عمل ایجابی نیست. زیرا، حق ارتفاق سلطه مباشر صاحب حق ارتفاق بر عقار مرتفق به است که صاحب حق ارتفاق آن را بدون وساطت مالک عقار مرتفق به و بدون تداخل او اعمال می نماید. آنچه که از مالک عقار مرتفق به مطالبه می شود، امتناع از اجرای اعمالی است که منجر به نقصان استعمال حق ارتفاق شود، مانند اینکه: مالک عقار مرتفق به، پل را تخریب و راه را تبدیل به زمین زراعتی نماید. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق مرور داشته باشد، محمود نمی تواند پلی را که احمد از آن عبور و مرور می نماید تخریب نماید. در این مثال، احمد مالک عقار مرتفق و محمود مالک عقار مرتفق به است.

دوم این که: اصل این است که مالک عقار مرتفق به نمی تواند موضع حق را تغییر دهد. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق مرور یا مجری داشته باشد، محمود نمی تواند پلی را که احمد از آن عبور و مرور می نماید و جویی را که آب از آن عبور می نماید تخریب نماید. استثنای این قاعده قرار ذیل است:

یک: موقع یا موضع یا محل حق ارتفاق به اثر حوادث طوری گردد که تکلیف ارتفاق را تزیید بخشد. تزیید در لغت به معنی افزون کردن و زیاد کردن است.^{۵۰۹} به حیث مثال، اگر احمد، محمود، جمشید و فاروق بر زمین ویس حق مرور داشته باشند و از زمین های ویس صرف مرکب، اسپ احمد، محمود، جمشید و فاروق عبور و مرور نمایند، اما سپس احمد، محمود، جمشید و فاروق در اثر رشد و توسعه جامعه موثر خریداری نمایند و از ویس مطالبه نمایند تا راه را بزرگتر نماید تا آنها بتوانند از طریق زمین ویس موثر های خویش را عبور و مرور دهند، در این صورت، ویس می تواند موضع یا محل حق ارتفاق را توسعه دهد و راه را بزرگتر نماید. در این مثال، ویس که مالک عقار مرتفق به تلقی می گردد حق ارتفافی را که مالکان عقار مرتفق بر زمین او داشتند تزیید می نماید.

دو: استعمال حق از موضع حق ارتفاق مانع آوردن تحسینات در عقار مرتفق به شود. تحسینات جمع تحسین است. تحسینات در عین حال مترادف تزیینات است. همچنین، تحسین در لغت به معنی بهبود، بهتر شدن، بهسازی و اصلاح است.^{۵۱۰} به حیث مثال، اگر احمد بر باغ ویس حق مرور داشته باشد ویس نمی تواند راه را تغییر دهد. اما، اگر ویس بخواهد در باغ خویش تزیینات بیاورد، به حیث مثال، در باغ خویش گرد های گل، حوض آب بازی، اطاق، میدان والیبال و نظیر اینها ایجاد نماید، می تواند محل عقار ارتفاق (راه) را تغییر دهد و راه دیگر برای احمد در زمین خویش ایجاد نماید.

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

510. Ibid, (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶).

سوم این که: در صورت استثنای اول و دوم، مالک عقال مرتفق، می تواند انتقال ارتفاق را به موضع دیگر مطالبه نماید. به حیث مثال، در مثال های فوق مالک یا مالکان حق ارتفاق می توانند از ویس مطالبه نمایند تا راه دیگر در زمین خویش برای آنها ایجاد نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم تغییر محل حق ارتفاق توسط مالک عقال مرتفق به است.

مبحث چهارم) تجزیه عقال مرتفق و مرتفق به

در این مبحث اول تجزیه عقال مرتفق و سپس عقال مرتفق به را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار نخست) تجزیه عقال مرتفق

طبق ماده ۲۳۶۰ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه عقال دارای حق ارتفاق تجزیه شود، هر يك از اجزاء مستحق ارتفاق شناخته می شود مشروط بر اینکه این امر تکلیف اضافی را بر عقال مرتفق به، عاید نسازد؛ و (۲) اگر حق ارتفاق در واقع تنها برای يك جزء مفید بوده و برای تمام اجزاء مفید نباشد، مالک عقال می تواند زوال حق مذکور را از سایر اجزاء، مطالبه نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) اگر عقال مرتفق تجزیه شود، مانند اینکه: عقال مرتفق مشترک باشد و سپس به اجزای متعدد تقسیم گردد و هر شریک سهم خویش را اخذ نماید، یا صاحب حق ارتفاق قسمتی از زمین خویش را به دیگری به فروش رساند و صاحبان عقال مرتفق متعدد شوند، صاحبان هر يك از این اجزاء مستحق حقوق ارتفاق بر عقال مرتفق به شناخته می شوند و می توانند از آن استفاده نمایند. اما، به شرط اینکه استفاده صاحبان عقال مرتفق تکلیف اضافی را بر عقال مرتفق به بار ننماید، مانند اینکه: صاحبان عقال مرتفق بخواهند بیشتر از آنچه مالک عقال مرتفق از عقال مرتفق به استفاده می نموده است، استفاده نمایند.

به حیث مثال، اگر زمین احمد حق مجری و مرور را بر زمین محمود داشته باشد و تجزیه شود، به حیث مثال، احمد وفات نماید و زمین میان دختر و پسر احمد تقسیم شود یا احمد قسمتی را به ویس قسمت دیگر را به جمشید به فروش رساند، ورثه احمد یا ویس و جمشید بر زمین محمود همچنان حق مجری و مرور خواهند داشت. در این مثال زمین احمد عقال مرتفق و زمین محمود عقال مرتفق به است. در چنین حالتی شرط است که زمین احمد تکلیف اضافی را بر محمود تحمیل نکند. به حیث مثال، در مثال بالا، ویس و جمشید نباید حق مجری و مرور بیشتر را بر زمین محمود تحمیل نمایند.

(۲) اگر حق ارتفاق تنها برای يك جزء مفید بوده و برای تمام اجزاء مفید نباشد، مالک عقال می تواند زوال حق ارتفاق را از سایر اجزاء، مطالبه نماید. عبارت مالک عقال در نص این ماده مجمل است و معلوم نیست که مالک عقال، مالک عقال مرتفق است یا مرتفق به. با توجه به این که قانونگذار مدنی در نص این ماده از سایر اجزاء سخن می گوید، می توان چنین استنباط نمود که منظور از مالک عقال، مالک عقال مرتفق به است.

به حیث مثال، اگر زمین احمد حق مجری و مرور را بر زمین محمود داشته باشد و تجزیه شود، به حیث مثال، احمد وفات نماید و زمین میان دختر و پسر احمد تقسیم شود یا احمد قسمتی را به ویس قسمت دیگر را به جمشید به فروش رساند، ورثه احمد یا ویس و جمشید بر زمین محمود همچنان حق مجری و مرور خواهند داشت. اما، اگر حق ارتفاق در این مثال به زمین ویس مفیدیت نداشته باشد، محمود می تواند زوال حق ارتفاق را از زمین جمشید نیز مطالبه نماید.

مثال دیگر نص این ماده این است که اگر عمار مرتفق به اجزای متعدد تقسیم شود و حق ارتفاق برای یک جزء مفید و برای جزء یا اجزای دیگر مفید نباشد، مانند اینکه: زمین زراعتی به دو حصه تقسیم شود و یکی زراعتی باقی بماند و بر زمین دیگر فابریکه احداث شود، مالک عمار مرتفق به می تواند به سبب عدم مفیدیت حق ارتفاق نسبت به زمینی که فابریکه در آن احداث گردیده است، حق ارتفاق نسبت به آن را از بین ببرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تجزیه عمار مرتفق است.

گفتار دوم) تجزیه عمار مرتفق به

طبق ماده ۲۳۶۱ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه عمار مرتفق به، تجزیه شود حق ارتفاق در تمام اجزاء آن باقی می ماند؛ و (۲) اگر حق ارتفاق در واقع بالای بعضی اجزاء عمار استعمال نمی گردید و امکان استعمال آن هم نباشد، مالک اجزای مذکور می توانند زوال حق مذکور را از جزء ملکیت خود مطالبه نمایند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) اگر عمار مرتفق به تجزیه شود، مثلاً عمار مرتفق به توسط بیشتر از دو نفر به ارث برده شود و سپس به اجزای متعدد تقسیم گردد یا قسمتی از آن به دیگری به فروش رسد، حق ارتفاق در تمام اجزاء باقی می ماند. به حیث مثال، اگر زمین احمد حق مجری و مرور را بر زمین محمود داشته باشد و زمین محمود تجزیه شود، به حیث مثال، دختر و پسر محمود زمین را به ارث ببرند و تقسیم نمایند، حق مجری و مرور احمد بر هر دو زمین همچنان ادامه پیدا می نماید.

(۲) اگر حق ارتفاق بر بعضی از اجزای عمار مرتفق به تجزیه شده استعمال نگردد یا استعمال آن ممکن نباشد، مالک این جزء می تواند زوال حق ارتفاق را از مالک عمار مرتفق مطالبه نماید. به عنوان مثال، اگر حق ارتفاق حق مرور یا حق شرب باشد و محل حق مرور و حق شرب صرف در یک جزء عمار مرتفق به واقع باشد، مالک جزئی که محل حق مرور و حق شرب در آن واقع نیست، می تواند زوال حق ارتفاق را از مالک عمار مرتفق مطالبه نماید.^{۵۱۱} هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تجزیه عمار مرتفق به است.

مبحث پنجم) خاتمه و تفاوت حق ارتفاق و حق انتفاع

گفتار اول) پایان حق ارتفاق

طبق ق. م اسباب پایان یافتن حق ارتفاق قرار ذیل اند:

۱) انقضای مدت، انهدام عمار مرتفق یا مرتفق به و تملک هر دو عمار توسط یک شخص:

طبق ماده ۲۳۶۲ ق. م: «(۱) حق ارتفاق به انقضای مدت معینه یا از بین رفتن کامل عمار مرتفق به یا عمار مرتفق، و به اجتماع هر دو عمار دو ملکیت یک شخص منتهی می شود؛ و (۲) اگر حالت اجتماع ملکیت بنا بر تأثیری زایل گردد که به زمان گذشته راجع می گردد، حق ارتفاق عودت می نماید.» طبق نص این ماده حق ارتفاق در حالات ذیل خاتمه می یابد:

۱- به انقضای مدت: حق ارتفاق در اثر انقضای مدت خاتمه می یابد. به عنوان مثال، اگر احمد استفاده

از حق شرب خویش را به محمود جهت آبیاری زمین و یا باغ و درختان وی برای مدت معین مثلاً یک سال وصیت نماید، با ختم یک سال، حق ارتفاق محمود خاتمه می یابد.

۵۱۱ . جهت مطالعه بیشتر در مورد حق ارتفاق و تجزیه عمار مرتفق و مرتفق به ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۳۶۲-۱۳۸۹.

۲- از بین رفتن کامل عقار مرتفق و یا عقار مرتفق به: حق ارتفاق در اثر از بین رفتن کامل عقار مرتفق و یا عقار مرتفق به خاتمه می یابد. به عنوان مثال، اگر عقار مرتفق یا عقار مرتفق به کاملاً منهدم شود یا عقار مرتفق یا مرتفق به زمین زراعتی باشد و در اثر سیل از بین برود، حق ارتفاق خاتمه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق مجری و مرور داشته باشد و زمین احمد یا محمود کاملاً در اثر سیل از بین برود، حق ارتفاق به دلیل انعدام ارکان یا یکی از رکن ها خاتمه پیدا می نماید.

۳- تملک عقار مرتفق و مرتفق به توسط یک شخص: چنانچه بیان شد، جهت تحقق حق ارتفاق باید دو عقار وجود داشته باشد به نحوی که یکی ملکیت شخصی و دیگری ملکیت شخصی دیگری باشد. پس، در صورتی که صاحب عقار مرتفق، عقار مرتفق به را نیز تملک نماید، هر دو عقار ملکیت شخص واحد می گردند و حق ارتفاق در اثر تملک خاتمه می یابد. به عنوان مثال، اگر مالک عقار مرتفق، عقار مرتفق به را به ارث ببرد، از طریق وصیت تملک نماید، خریداری نماید، از طریق شفعه تملک نماید، حق ارتفاق خاتمه می یابد. زیرا، در این صورت فرد مالک هر دو عقار تلقی می گردد و ارکان حق ارتفاق از بین می رود. به حیث مثال، اگر احمد بر خانه محمود حق مسیل داشته باشد و سپس خانه محمود را خریداری نماید، حق ارتفاق در اثر تملک هر دو عقار توسط یک شخص و انعدام یکی از ارکان حق ارتفاق خاتمه پیدا می نماید.

۴- اگر اجتماع عقار مرتفق و عقار مرتفق به از سوی یک شخص از بین برود، حق ارتفاق دوباره ایجاد می شود. به عبارت دیگر: همانطور که تملک دو عقار توسط یک شخص موجب از بین رفتن حق ارتفاق می شود، از دست دادن عقار مرتفق و یا عقار مرتفق به توسط یک شخص به سبب یکی از اسباب انتقال ملکیت موجب ایجاد حق ارتفاق می گردد. به عنوان مثال، هرگاه شخص حق مجری را بر زمین همسایه داشته باشد و زمین همسایه را خریداری نماید، حق مجری به دلیل تملک عقار همسایه و از بین رفتن ارکان حق ارتفاق از بین می رود. اما، در صورتی که شخص زمینی را که خریداری نموده است، دوباره به فروش رساند، حق ارتفاق ایجاد می گردد. زیرا، یکی از اسباب حق ارتفاق تصرف حقوقی است. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۳۶۲ ق. م پیش بینی برخی اسباب انتهای حق ارتفاق است.

(۲) عدم استعمال: طبق ماده ۲۳۶۳ ق. م: «اگر حق ارتفاق در خلال مدت پانزده سال استعمال نشود، منقضی می گردد». طبق نص این ماده حق ارتفاق در اثر عدم استعمال برای مدت پانزده سال خاتمه می یابد. به عبارت دیگر: اگر حق ارتفاق برای مدت پانزده سال استعمال نشود، تحت مرور زمان مسقط حق قرار گرفته و خاتمه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین یا خانه محمود حق مجری، مرور و مسیل داشته باشد و این حق را برای مدت پانزده سال استعمال نکند، در اثر مرور زمان مسقط حق، این حق ها خاتمه پیدا می نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب حق ارتفاق است.

باوجوداین، طبق ماده ۲۳۶۴ ق. م: «هر گاه عقار دارای حق ارتفاق در ملکیت يك عده شرکاء به صورت مشترك داخل شود، استفاده یکی از شرکاء از حق ارتفاق مرور زمان را در مورد سایر شرکاء قطع می نماید. همچنین توقف مرور زمان به منفعت یکی از شرکاء به منفعت شرکای باقیمانده، متوقف می شود». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: اگر عقار مرتفق دارای مالکان متعدد باشد و یکی از آنها حق ارتفاق را استعمال نماید، این امر موجب قطع مرور زمان نسبت به سایر شرکاء نیز می گردد و در نتیجه حق ارتفاق شریکانی که حق ارتفاق را

نیز استعمال ننموده اند، ساقط نمی گردد. در این فرض، انقطاع مرور زمان مطرح می گردد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود زمین مشترک داشته باشند و زمین احمد و محمود حق مجری و مرور را بر زمین جمشید داشته باشد و احمد از حق مجری و مرور استفاده نماید، اما محمود از حق مجری و مرور استفاده نماید، استفاده محمود از حق مجری و مرور منجر به عدم تحت مرور زمان قرار گرفتن حق ارتفاق احمد می گردد.

دوم این که: توقف مرور زمان به منفعت یکی از شرکاء به منفعت شرکای باقیمانده، متوقف می شود. به حیث مثال، در مثال بالا، مرور زمان نسبت محمود می شود و احمد نیز می تواند از این توقف به نفع زمین خویش استفاده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی استثنای عدم تحت مرور زمان قرار گرفتن حق ارتفاق در اثر عدم استعمال است.

(۳) ناممکن شدن استعمال: طبق ماده ۲۳۶۵ ق. م: «هرگاه وضع اشیاء طوری تغییر نماید که استفاده از حق ارتفاق غیر ممکن گردد، حق ارتفاق منقضی شناخته می شود. در صورتی که اشیاء به حالتی بر گردد که استفاده از حق مذکور ممکن شود، حق ارتفاق نیز اعاده می گردد، مگر اینکه به اساس عدم استعمال تحت مرور زمان آماده باشد.» از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می گردد:

نخست این که: هرگاه استعمال حق ارتفاق به دلیل تغییر اوضاع و احوال ناممکن گردد، حق ارتفاق خاتمه می یابد. به عنوان مثال، اگر حق ارتفاق حق مرور باشد و صاحب عقار مرتفق به راه را تغییر دهد، مثلاً آن را ضم یا یکجا با زمین زراعتی خویش نماید، استعمال حق مرور ناممکن و در نتیجه حق ارتفاق خاتمه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق مرور داشته باشد و محمود زمینی را که احمد بر آن حق مرور دارد به خانه تبدیل نماید، حق مرور احمد منقضی می گردد.

دوم این که: قاعده این است که اگر صاحب عقار مرتفق به دوباره راه را از زمین زراعتی جدا نماید، حق ارتفاق دوباره اعاده می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود خانه را تخریب نماید و زمین آن را به زمین زراعتی تبدیل نماید، حق مرور احمد دوباره احیاء می گردد. استثنای این قاعده این است که حق ارتفاق تحت مرور زمان مسقط حق قرار گیرد. در این صورت، حق ارتفاق اعاده نمی گردد. به حیث مثال، اگر بر حق مرور احمد پانزده سال سپری شود و محمود خانه را تخریب و زمین آن را به زمین زراعتی تبدیل نماید و پانزده سال از این امر گذشته باشد، حق مرور احمد احیاء نمی گردد.

همچنین، اگر حق ارتفاق حق آبیاری باشد و به دلیل عدم باران آب نهر عمومی خشک شود، حق ارتفاق به دلیل تغییر اوضاع و احوال (عدم باران و خشکسالی) خاتمه می یابد. اما، در صورتی که باران ببارد و آب زیاد شود، حق ارتفاق دوباره ایجاد می گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی دو سبب انتهای حق ارتفاق و استثنای آن است.

(۴) از بین رفتن فایده حق ارتفاق: طبق ماده ۲۳۶۶ ق. م: «مالك عقار مرتفق به، وقتی می تواند که خود را از تمام یا بعضی ارتفاق خلاص کند که منفعت عقار مرتفق کاملاً از بین رفته یا منفعت محدودی از آن باقی مانده باشد، که با تکالیف واقع بر عقار مرتفق به، تناسب نداشته باشد.» طبق نص این ماده زمانی که عقار مرتفق به برای عقار مرتفق هیچ نوع فایده عاید ننماید یا فایده محدودی عاید نماید که با تکالیف واقع بر عقار مرتفق به، تناسب نداشته باشد مالک عقار مرتفق به می تواند حق ارتفاق را از عقار خویش زایل نماید. به عنوان مثال، اگر حق ارتفاق حق شرب باشد و صاحب عقار مرتفق در عقار خویش چاه یا ارد احداث نماید، و از آب آن

(چاه یا ارد) زمین خویش را آبیاری نماید، صاحب عقار مرتفق به می تواند حق ارتفاق مالک عقار مرتفق را زایل نماید. زیرا، در چنین حالتی، حق شرب برای مالک حق ارتفاق دیگر فایده ندارد.^{۵۱۲} به نظر می رسد دلیل ختم حق ارتفاق طبق ماده ۲۳۶۶ از بین رفتن یکی از ارکان حق ارتفاق که عبارت از فایده است می باشد. زیرا، چنانچه گفته شد، حق ارتفاق دارای سه رکن است: عقار مرتفق، عقار مرتفق به و فایده. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای حق ارتفاق است.

گفتار دوم) تفاوت و مشابهت حق ارتفاق و حق انتفاع

طبق فقه و حقوق وجه اشتراک حق انتفاع و حق ارتفاق این است که هر دو از شاخه های حقوق عینی اصلی و هر دو ملک ناقص هستند. اما، تفاوت آنها قرار آتی است:

(۱) حق ارتفاق همیشه بر عقار مرتب می شود مانند حق مرور، مسیل و غیره. ولی، حق انتفاع علاوه بر عقار ممکن است بر منقول نیز مرتب شود مانند: وقف، اجاره و یا عاریت کتاب؛^{۵۱۳}

(۲) حق ارتفاق همیشه قایم به ملک است و هر کس مالک زمین دارای ارتفاق شود، به پیروی از حقوق مالکیت خود، می تواند از آن استفاده کند. ولی، حق انتفاع برای شخص منتفع بر قرار می شود و قایم به شخص منتفع است؛^{۵۱۴}

(۳) حق ارتفاق به نظر احناف گرچه از جمله توابع ملکیت شمرده می شود قابل توارث است. ولی، در رابطه به حق انتفاع میان فقهاء اختلاف وجود دارد که تفصیل آن قبلاً گذشت؛^{۵۱۵}

(۴) منابع حق ارتفاق عبار اند از عمل قانونی، ارث و مرور زمان در مورد حق مرور. اما، منابع حق انتفاع عبارت اند از عمل قانونی، شفعه، مرور زمان و وصیت؛

(۵) حق ارتفاق به حق مرور، مجری، مسیل و حقایقه تقسیم می شود. اما، حق انتفاع به حق سکونت، حق استعمال و حق حکر؛ و

(۶) در هر دو شخص از ملک دیگری انتفاع می گیرد. در حقوق ارتفاق این انتفاع براساس اسباب حق ارتفاق و ملکیت شخص است، اما در حق انتفاع، این انتفاع به موجب اسباب حق انتفاع است.

۵۱۲. جهت مطالعه بیشتر در مورد انتهای حق ارتفاق ر. ک: همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۹)، صص ۱۳۸۹-۱۴۰۹.
۵۱۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۰۳-۲۹۰۴؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۲۲۴.
۵۱۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۰۴؛ و کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ص ۲۲۴.
۵۱۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۵۶۰.

بخش دوم
حق های عینی تبعی
فصل های شامل این بخش: فصل اول: رهن و حق حبس فصل دوم: حق اختصاص و تقدم و فرق بین حق عینی اصلی و تبعی

مقدمه

نوع دوم حقوق عینی حقوق عینی تبعی است. ماده ۴۸۷ ق. م در تعریف حق های عینی تبعی می گوید که: «حقوق عینی تبعی عبارت است از حقوق مرتب بر عین برای تضمین دین که منحصر به حقوق آتی می باشد؛ (۱) حقوق رهن رسمی؛ (۲) حقوق رهن حیازی؛ (۳) حق حبس عین؛ (۴) حق اختصاص؛ و (۵) حق تقدم». هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف حق عینی تبعی و حصر انواع آن است. حقوق عینی در این ماده در مفهوم جمع حق استفاده شده است. بنابراین، حقوق در این ماده به معنی حق های عینی تبعی است. طبق این تعریف حق های عینی تبعی حق هایی است که بر مال و یا ملکیت مدیون ثابت می گردد برای تضمین دین داین. از همین رو، این حق ها برخلاف حق عینی اصلی که مستقیماً بر عین وارد می گردد، بر عین وارد نمی گردد، بلکه به صورت غیرمستقیم بر عین وارد می گردد و تابع دین است. از همین رو، این حق را حق عینی تبعی می گویند. تبعی اسم منسوب به تبع است که به معنی پیروی، دنباله روی و تابعیت است. بنابراین، برای ایجاد این حق شرط است که دین وجود داشته باشد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یابد که حق عینی تبعی حقی است که برای داین بر اموال مدیون او ثابت می گردد. به حیث مثال، هرگاه شخصی مدیون باشد و جهت پرداخت دین خویش پول نداشته باشد یا پول وی پرداخت دیون وی را تکافو ننماید، می تواند اموال عقار و منقول خویش را جهت تضمین دین به داین به رهن دهد. پس، داین می تواند اموال عقار و منقول مدیون را جهت تضمین دین خویش به رهن بگیرد و در صورت عدم پرداخت دین توسط مدیون، آن را به فروش رسانیده و از ثمن آن دین خویش را استیفاء نماید. همچنین، در صورتی که مدیون تعهد خویش را ایفاء ننماید، داین حق حبس مال مدیون را الی استیفاء دین داراء می باشد. همچنین، از نص ماده ۴۸۷ ق. م به خوبی استنباط می گردد که همچنانی که داین می تواند مال مدیون را به رهن بگیرد، می تواند مال مدیون را به خود اختصاص دهد و از ثمن فروش آن دین خویش را استیفاء نماید. همچنین، از نص ماده ۴۸۷ ق. م به خوبی استنباط می گردد که نوع پنجم حقی عینی تبعی ای که بر مال اعم از منقول و عقار مدیون وارد می گردد حق تقدم است.

با توجه به ماده ۴۸۷ ق. م و با توجه به آنچه فوقاً تذکر یافت معلوم می گردد که حق عینی تبعی حقی است که بر اموال عقار و منقول مدیون جهت تضمین پرداخت دین وی مرتب می گردد که شامل: رهن رسمی، رهن حیازی، حق حبس عین، حق اختصاص بر عین و حق تقدم یا رجحان پرداخت دین مرتهن یا صاحب حق عینی تبعی نسبت به داینین عادی می گردد:

فصل اول: رهن و حق حبس

نوع اول حق عینی تبعی رهن و دوم آن حق حبس است.

مبحث اول) رهن رسمی و حیازی

اولین نوع حق عینی تبعی رهن اعم از رسمی و حیازی است. تفصیل عقد رهن به عنوان یکی از مصادیق عقود معین و حق عینی تبعی در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. برخی مثال هایی رهن به عنوان حق عینی تبعی در مباحث بعدی این کتاب مخصوصاً در مبحث حق حبس و حق اختصاص خواهد آمد.

مبحث دوم: حق حبس

نوع سوم حقوق عینی تبعی حق حبس است. جلد چهارم، باب دوم، فصل اول، مواد ۲۳۶۷ الی ۲۳۷۵ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م اقتباس نموده اند. به نظر می رسد نویسندگان ق. م میان حق حبس و حق نگهداشت که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت تفکیک قابل شده اند، زیرا ماده ۲۳۶۷ ق. م در این باره حکم می نماید که: «به استثنای احوالی که در این قانون در مبحث رهن حیازی و رسمی تصریح شده، مانند عقدی که باعث ایجاد حقوق عینی تبعی می شود، و به استثنای احکامی که در خصوص حق حبس مال به حیث وسیله از وسایل ضمانت تنفیذ توضیح گردیده، در مورد حقوق حبس اختصاص و تقدم احکام آتی رعایت می شود.» از نص این ماده به خوبی بر می یاید که حق نگهداشت، چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت، وسیله تنفیذ تعهد به طور عام است. اما، حق حبس، حق عینی تبعی است که بر مال مرتب می شود.

گفتار اول) تعریف

طبق ماده ۲۳۶۸ ق. م: «حق حبس مال، حق تبعی ای است که به منظور تضمین دین بر مال مرتب می گردد.» طبق نص این ماده حق حبس مال عبارت از حق عینی تبعی است که به منظور تضمین دین داین توسط مدیون بر مال مدیون مرتب می گردد. بنابراین، این حق به نفع داین و به ضرر مدیون بر مال مدیون مرتب می گردد. به نظر می رسد منظور از حق حبس مال، تضمین دین داین است تا در صورت عدم پرداخت دین، داین مال را به فروش رسانیده و از پول فروش مال دین خویش را حصول و نسبت به سایر داینین عادی مدیون حق تقدم داشته باشد. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف حق حبس است. مثال های حق حبس در پایین خواهد آمد.

گفتار دوم) برخی مصادیق

در ذیل برخی مثال های حق حبس را مورد مطالعه قرار می دهیم:

(۱) حق حبس در عقد بیع: طبق ماده ۲۳۶۹ ق. م: «بایع، می تواند به حق حبس مبیعه در مراجعه به مشتری و در برابر تمام داینین به این حق استناد نماید.» طبق نص این ماده بایع می تواند در صورتی که مشتری ثمن را پرداخت ننماید، مبیع را حبس نماید مگر این که مشتری ثمن را به بایع پرداخت نماید. عبارت در برابر تمام داینین در این ماده مبهم به نظر می رسد، زیرا معلوم نیست که منظور از داینین، داینین مشتری است و یا بایع.

به نظر می رسد، منظور از عبارت داینین، داینین مشتری است. بنابراین، هرگاه داینین مشتری جهت حصول مبیعه به بایع مراجعه نمایند، بایع می تواند به حق حبس مبیعه در برابر آنها استناد نماید. تعریف بایع، مشتری و مبیعه در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده عراده موتر را به محمود به فروش رساند و محمود پول موترها را به احمد تسلیم ننماید، احمد می تواند موترها را حبس نماید و به حق حبس موترها در برابر محمود و داینین محمود استناد نماید. احمد در این مثال بایع، محمود مشتری و کسانی که بر محمود دین یا قرض دارند داینین محمود اند. هدف قانونگذار مدنی در این ماده پیش بینی حق حبس در عقد بیعه است.

(۲) حق حبس در عقد اجاره: براساس ماده ۲۳۷۰ ق. م: «اجاره گیرنده، می تواند در صورت فسخ اجاره و پرداخت اجرت و پیشکی مال اجاره شده را تا وقت رد اجرت، حبس نماید.» طبق نص این ماده در صورتی اجاره گیرنده در عقد اجاره، به حیث مثال، اجاره خانه، زمین، دوکان، حیوان و امثال اینها اجرت را به صورت پیش پرداخت، به اجاره دهنده پرداخته باشد، در صورت فسخ عقد اجاره به هر دلیلی، اجاره گیرنده می تواند عین مستأجره را حبس نماید تا زمانی که اجاره دهنده بقیه اجوره مقبوضه را به اجاره گیرنده پرداخت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و اجرت یک سال آن را طور پیش پرداخت دریافت نماید و سپس عقد اجاره را فسخ نماید، محمود می تواند الی دریافت پول پیش پرداخت خانه را حبس نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق حبس در عقد اجاره است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۷۳ ق. م: «اجیر مشتری که اثر عمل او در عین موجود باشد، می تواند عین مذکور را تا وقت حصول اجرت از صاحب عمل حبس نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که در اجاره انسان، اجیر عمل را برای اجاره گیرنده انجام داده باشد و اثر عمل او در عین موجود باشد، به حیث مثال، هرگاه عقد اجاره احداث بناء، ترمیم موتر و امثال اینها باشد، و اجیر بناء را احداث و موتر را ترمیم نموده باشد، می تواند عین مستأجره را حبس نماید تا زمانی که اجاره گیرنده اجوره او را بپردازد. اجیر به دو نوع است: اجیر خاص که توسط یک شخص برای اجرای کار معین به اجاره گرفته می شود، مانند اجاره گرفتن چاه کن برای حفر چاه و یا اجیر مشترک است که توسط چند شخص برای اجرای عمل معین به اجاره گرفته می شود مانند این که مالکان یک شرکت شخصی را برای ترمیم شرکت به اجاره گیرند.

به حیث مثال، اگر احمد و محمود در یک ساختمان شریک باشند و جمشید را غرض نصب آلات و وسایل برقی به اجاره بگیرند و خانه را تسلیم جمشید نمایند و جمشید وسایل برقی را در خانه نصب نماید، می تواند الی زمان دریافت اجرت از احمد و محمود خانه را حبس نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق حبس در عقد اجاره است.

(۳) حق حبس در رهن: براساس ماده ۲۳۷۱ ق.م: «رهن گیرنده، می‌تواند رهن را تا وقت استیفای دینی که در برابر آن رهن اخذ نموده است، نزد خود نگهدارد، گرچه عقد رهن فاسد باشد. او نمی‌تواند مال مرهونه را در مقابل دین دیگری که سابق از عقد رهن بالای مال مرهونه گیرنده داشت، حبس نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

نخست این که طبق نص این ماده رهن گیرنده می‌تواند عین مرهونه را حبس نماید تا زمانی که مرتبه دین او را پرداخت نماید. در چنین حالتی، تفاوت نمی‌کند که عقد رهن صحیح باشد و یا فاسد. استیفاء از ریشه «وفی» گرفته شده است که در لغت به معنی تماماً گرفتن و طلب مکمل کردن است. در اصطلاح حقوقی، استیفاء عبارت از گرفتن حق است به طور کامل از دیگری.^{۵۱۶}

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد و یکی از موترهای خویش را به محمود به رهن بدهد، محمود می‌تواند موترها را الی پرداخت دین توسط احمد حبس نماید. در این مثال، اگر احمد یکی از موترها را به محمود به عنوان تضمین دین بدهد و موتر را مشخص نماید عقد صحیح است. اما، اگر موترها را بدهد و معین ننماید که کدام موتر را به محمود به رهن می‌دهد، عقد به دلیل عدم معین بودن موضوع عقد فاسد است.

دوم این که نص بخش دوم این ماده مبهم است. به نظر می‌رسد منظور از بخش دوم این ماده این است که رهن گیرنده نمی‌تواند مال مرهونه را به دلیل دینی دیگری که قبل از انشای عقد رهن بر رهن دهنده داشته است حبس نماید. به حیث مثال، اگر احمد به تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ ده لک افغانی به محمود به عنوان دین بدهد و سپس در اول حمل سال ۱۴۰۰ ده لک دیگر به محمود به عنوان دین بدهد و موتر محمود را به دلیل عدم پرداخت دین اول حمل سال ۱۴۰۰ حبس نموده باشد، صرف حق حبس را یک بار دارد. نص این ماده توجیه پذیر و عملی به نظر نمی‌رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق حبس در عقد اجاره است.

(۴) حق حبس در عقد امانت: براساس ماده ۲۳۷۲ ق.م: «شخصی که نزد او مال به امانت گذاشته شده است، می‌تواند مال را تا زمان حصول مصارفی که در راه حفاظت آن به خرج رسانیده، حبس نماید.» طبق نص این ماده هرگاه شخصی مالی را به امانت بگیرد و برای حفظ آن متحمل مصارف شود، به حیث مثال، برای حیوانی که به امانت گرفته است علوفه خریداری نماید و یا پولی را که امانت گرفته است غرض نگهداری به بانک امانت بگذارد و به این منظور به بانک اجوره بدهد، می‌تواند عینی را که به امانت گرفته است حبس نماید تا زمانی که امانت دهنده مصارف حفظ عین را به امانت دهنده بپردازد.

به حیث مثال، اگر احمد اسپان خویش را نزد محمود به امانت بگذارد و محمود یک مقدار پول را صرف غذا، آب، محل بود و باشد و امثال اینهای اسپان نماید زمانی که احمد این مصارف را به محمود پرداخت ننماید، محمود می‌تواند اسپان را حبس نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق حبس در عقد امانت است.

(۵) حق حبس در عقد وکالت: طبق ماده ۲۳۷۴ ق.م: «شخصی که وکیل به خرید باشد می‌تواند مال خریده شده را تا وقت پرداخت سند آن از طرف مؤکل حبس نماید.» عبارت پرداخت سند در این ماده محل ایراد

به نظر می رسد، زیرا طبق ماده ۲۳۷۴ ق. م مؤکل مکلف به پرداخت پول به وکیل است. بنابراین، طبق نص این ماده در صورتی که شخص دیگری را وکیل به خرید که تعریف آن در جلد قواعد خاص عقود معین گذشت بگیرد و وکیل برای او مال مورد نظر را خریداری نماید، وکیل می تواند مال را حبس نماید تا این که مؤکل سند را به او بدهد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به خرید خانه یا موتر بگیرد و محمود خانه و موتر را برای احمد خریداری نماید، محمود می تواند الی پرداخت پول توسط احمد، خانه یا موتر را حبس نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق حبس در عقد وکالت خرید است.

گفتار سوم) خاتمه حق حبس

طبق ماده ۲۳۷۵ ق. م: «حق حبس با پرداخت مورد حبس یا قیمت آن، مطابق احکام قانون منتهی می شود.» منظور از مورد حبس در این ماده عین محبوسه است. بنابراین، طبق نص این ماده در صورتی که حابس عین محبوسه را به جانب مقابل تسلیم نماید، حق حبس خاتمه می یابد. تسلیمی عین محبوسه توسط حابس به جانب مقابل امکان دارد به دلیل ایفای تعهد توسط جانب مقابل و یا دلیل دیگری باشد. اما، عبارت یا «قیمت آن» در این ماده مبهم است.

به نظر می رسد می توان عبارت «یا قیمت آن» را دو تفسیر کرد: نخست این که منظور از عبارت «یا قیمت آن» این است که در صورت هلاک عین محبوسه و پرداخت قیمت آن توسط حابس به جانب مقابل حق حبس منتهی می شود. به حیث مثال، هرگاه در عقد امانت شی ای که به امانت داده شده است توسط امانت گیرنده از بین برود و امانت گیرنده قیمت آن را به امانت دهنده پرداخت نماید، حق حبس منتهی می شود.

در این صورت، ایرادی که بر نص ماده ۲۳۷۵ ق. م وارد می شود این است که نص ماده ۲۳۷۵ ق. م جامع نیست و سبب دوم انتهای حق حبس را که پرداخت عوض توسط طرف مقابل به حابس است احصاء نکرده است. تفسیر دوم که منطقی و علمی به نظر می رسد این است که «یا قیمت آن» این گونه تفسیر شود که در صورت پرداخت عوض عین محبوسه حق حبس منتهی می شود. به حیث مثال، در عقد بیع پرداخت ثمن توسط مشتری به بایع، در عقد اجاره پرداخت اجرت توسط اجاره گیرنده به اجیر، در عقد امانت پرداخت مصارف توسط امانت دهنده به امانت گیرنده در صورتی که امانت در برابر اجوره باشد، موجب انتهای حق حبس می شود. مثال های این ماده در بالا گذشت. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب انتهای حق حبس است.

فصل دوم: حق اختصاص و تقدم و فرق بين حق عینی اصلی و تبعی

نوع چهارم و پنجم حق عینی تبعی حق اختصاص و حق تقدم است.

مبحث اول: حق اختصاص

نوع چهارم حقوق عینی تبعی حق اختصاص است. جلد چهارم، باب اول، فصل دوم، مواد ۲۳۷۶ الی ۲۳۸۵ ق. م احکام حق اختصاص را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م اقتباس نموده اند:

گفتار اول) تعریف

اختصاص در لغت به معنی خاص کردن، خاص گردانیدن و ویژه شدن است.^{۵۱۷} در اصطلاح حقوقی حق اختصاص حق عینی تبعی است که به موجب حکم محکمه ذیصلاح برای داین به وجود می یابد و محل آن عقار است. بنابراین، هر داینی که حکم واجب التنفيذ را مبنی بر الزام مدیون به شی معین به دست داشته باشد، می تواند حق اختصاص را بر عقار مدیون خویش به منظور تضمین اصل دین و مصارف حاصل نماید.^{۵۱۸} وجه اشتراک حق اختصاص با رهن رسمی این است که هر دو از حیث آثار مشابه هستند.

اما، وجه افتراق حق اختصاص و رهن رسمی این است که منبع رهن رسمی عقد و منبع حق اختصاص حکم واجب التنفيذ محکمه ذیصلاح است.^{۵۱۹} فرق دیگر حق اختصاص و رهن این است که رهن امکان دارد بر عقار و منقول واقع گردد، اما حق اختصاص صرف بر عقار مدیون ثابت می گردد. وجوه اشتراک دیگر رهن و حق اختصاص این است که هر دو از شاخه های حق های عینی تبعی اند و هر دو برای تضمین دین داین به ضرر مدیون بر اموال او مرتب می گردند. هدف از حق اختصاص تضمین دین داین است.

گفتار دوم) کیفیت ایجاد

طبق ماده ۲۳۷۹ ق. م: «داینی که اراده اخذ اختصاص را بر عقارات مدیون خود دارد، مکلف است توأم با سواد حکم در این خصوص عریضه به رئیس محکمه ولایتی تقدیم نماید که عقارات مورد نظر در حوزه آن ولایت قرار دارد. عریضه شامل اسم، لقب، کسب، اقامتگاه داین و مدیون او بوده تأریخ صدور حکم و محکمه حاکم و مقدار دین در آن درج و عقارات مورد نظر در آن با دقت بالتفصیل تعیین و توضیح شده موقعیت عقار تثبیت با انضمام اوراقی که قیمت عقار از آن تعیین شده بتواند، تقدیم می شود.».

از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که داینی که می خواهد حق اختصاص را بر عقار مدیون خویش ایجاد نماید، باید توأم با سواد حکم عریضه را به رئیس محکمه ولایتی که عقار در حوزه قضایی آن موقعیت دارد، تقدیم نماید. منظور از سواد حکم، کاپی حکم الزامیت مدیون است، زیرا چنانچه در گفتار دوم خواهیم دید، یکی

۵۱۷. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۶.
۵۱۸. داد محمد ندیر (۱۳۸۹). مبادی علم حقوق، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت، ص ۵۰.
۵۱۹. عبدالرزاق احمد السنهوی (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱۰)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۶۶۰.

از شرایط ایجاد حق اختصاص این است که داین حکم نهایی محکمه ذیصلاح مدنی را مبنی بر الزامیت مدیون داشته باشد. سواد به معنی سیاهی، نوشته و رونوشت و کاپی است.^{۵۲۰} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی سواد عبارت از کاپی و رونوشت یک سند است.^{۵۲۱}

تقدیم عریضه به رئیس محکمه ولایتی که عقار در حوزه قضایی آن موقعیت دارد مبهم است و محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از محکمه ولایتی محکمه استیناف ولایت نیست، بلکه محکمه ابتدائیه است که در حوزه قضایی آن عقار موقعیت دارد. عریضه مؤنث عریض است که در لغت به معنی که شکواییه است که جمع آن عرایض است.^{۵۲۲}

طبق ماده ۲ جزء ۳ قانون واری عرایض: «عریضه عبارت از ورق مطبوع و بهادار است که به منظور تحریر شکایات و مطالبات عارضین مطابق فورمه منضمه این قانون به دسترس عامه گذاشته می شود. این ورق مزین به نشان دولت بوده و توسط شعبه مربوط وزارت مالیه مهر گردیده و دارای شماره مسلسل می باشد. ورق مذکور دارای جدول شهرت عارض، عریضه نویس، معروض علیه بوده و قیمت آن دو هزار افغانی می باشد.»

به حیث مثال، اگر مدیون در کابل زندگی نماید و عقار وی در پغمان باشد، داین مکلف است عریضه را به محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان تقدیم نماید. در هر حال، داین مکلف است در عریضه اسم، لقب، حرفه، اقامتگاه خود و مدیون، تاریخ صدور حکم الزامیت مدیون، اسم محکمه ذیصلاح که عریضه به آن تقدیم می شود، مقدار دینی را که بر مدیون دارد و موقعیت عقاری که می خواهد حق اختصاص را بر آن ایجاد نماید ذکر نماید. همچنین، داین باید سندی را که در آن قیمت عقار تعیین شده است ضمیمه عریضه نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یاید که داین برای ایجاد حق اختصاص مکلف است: عریضه، کاپی حکم الزامیت مدیون و سند تعیین قیمت عقار مورد نظر را به محکمه ذیصلاح ارایه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم کیفیت ایجاد حق اختصاص است.

گفتار سوم) شروط ایجاد

جهت ایجاد حق اختصاص موجودیت شرایط ذیل ضروری است:

۱) داشتن حکم واجب التنفيذ (قطعی / نهایی) محکمه ذیصلاح مبنی بر الزامیت مدیون:

طبق ماده ۲۳۷۶ فقره اول ق.م: «(۱) هر دینی که حکم واجب التنفيذ را مبنی بر الزام مدیون به شی معین به دست داشته باشد، می تواند حق اختصاص را بر عقارات مدیون خود به منظور تضمین اصل دین و مصارف حاصل نماید.» طبق نص این ماده دینی که حکم واجب التنفيذ محکمه ذیصلاح را مبنی بر الزامیت مدیون خویش در دست داشته باشد می تواند حق اختصاص را بر عقار مدیون خویش ایجاد نماید.

به نظر می رسد منظور از حکم واجب التنفيذ حکم نهایی محکمه ذیصلاح مدنی است، زیرا حکم پس از نهایی شدن واجب التنفيذ می شود. همچنین، طبق نص این ماده هدف از حق اختصاص تضمین اصل دین داین و مصارف آن است. عبارت «مصارف» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از مصارف، مصارفی است که داین آن را برای نقل و انتقال دین (قرض) متحمل شده است. به حیث مثال، هرگاه

۵۲۰. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۵۸۹؛ و محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۸۲۴۴.

(آخرین بازدید ۲۸/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

522. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2016).

احمد به محمود مبلغ ده لک افغانی قرض بدهد و این پول را از طریق بانک و یا حواله به محمود انتقال دهد، ده لک افغانی اصل دین و مصارف نقل و انتقال «مصارف دین» است.

به حیث مثال، هرگاه احمد صد لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و محمود پول نقد به منظور پرداخت دین احمد نداشته باشد و احمد علیه محمود در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و حکم محکمه را مبنی بر الزامیت محمود اخذ نماید و حکم قطعی و نهایی شود، احمد می‌تواند حق اختصاص را بر عقال محمود ایجاد نماید. احمد در این مثال، داین، محمود مدیون و صد لک افغانی دین است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی یکی از شرایط ایجاد حق اختصاص است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۷۷ ق. م: «حصول حق اختصاص بنا بر حکم اصلاحی به اتفاق طرفین متخاصم جواز داشته، مگر حصول آن بنابر حکم در خصوص صحت امضاء جواز ندارد.» از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط به نظر می‌رسد:

نخست این که حصول حق اختصاص بنا بر حکم اصلاحی به اتفاق طرفین متخاصم جواز دارد. حصول در لغت به معنی به دست آوردن است. حُکم 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.^{۵۲۳} اصلاحی اسم منسوب به اصلاح است. اصلاح در لغت به معنی آشتی، صلح، آشتی دادن و صلح کردن است.^{۵۲۴}

به نظر می‌رسد اصلاح در اصطلاح حقوقی از معنی لغوی آن گرفته شده است و عبارت از است از ایجاد آشتی و صلح میان طرفین دعوی است. متخاصم در لغت به معنی دشمن و یک طرف دعوی در محاکمه، خصومت‌کننده است. در اصطلاح حقوقی متخاصم از معنوی لغوی آن دور نیست. بنابراین، متخاصم یکی از طرفین دعوی است که جمع آن متخاصم‌ها است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود به عنوان دین داشته باشد احمد و محمود در خصوص این دین صلح نمایند و توافق نمایند که احمد بر زمین محمود که قیمت آن ده لک افغانی است صاحب حق اختصاص گردد و محکمه ذیصلاح حکم اصلاحی را در این خصوص صادر نماید، صدور این حکم و ایجاد حق اختصاص براساس حکم اصلاحی محکمه جواز دارد.

دوم این که حصول حق اختصاص بنابر حکم در خصوص صحت امضاء جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود قرض بدهد و سپس محمود ده لک افغانی را به احمد پرداخت نماید و احمد به محمود سند دریافت دین بدهد و آن را امضاء نماید، اما احمد علیه محمود ادعا نماید که من قرض را دریافت نکرده‌ام و از امضای خویش نیز که در سند وجود دارد انکار نماید و محمود در محکمه به اثبات برساند که امضاء از احمد است و محکمه حکم صادر نماید که امضای احمد صحت دارد، در این صورت، ایجاد حق اختصاص جواز ندارد. زیرا، در این فرض، دعوی در خصوص دین نه بلکه صحت امضاء است و ارتباطی با حق اختصاص ندارد. هدف

۵۲۳. 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، ص ۸۵۸، سید سابق (۱۳۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۹۷ و ۴۹۸؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۱۲۸.

قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز ایجاد حق اختصاص بر اساس حکم اصلاحی محکمه و عدم جواز آن در صورتی که دعوی در خصوص صحت یا عدم صحت امضاء باشد است.

مطابق ق. م مراحل شکلی ذیل باید طی شود:

۱- مطابق ماده ۲۳۸۰ ق. م: «رئیس محکمه در ذیل عریضه امر خویش را مبنی بر اختصاص تحریر می دارد و مکلف است در زمینه تناسب اندازه دین و قیمت عقارات مورد نظر را رعایت نموده. در صورت اقتضای احوال، می تواند اختصاص را منحصر بر بعضی از عقارات نماید مشروط بر اینکه مقدار معینه در نظر او برای تأدیه دین و مصارف آن کافی شمرده می شود.»

از نص این ماده به خوبی بر می یاید که رئیس محکمه ذیصلاح باید در ذیل عریضه داین امر خویش را مبنی بر انشای حق اختصاص بر عمار مدیون تحریر نماید و تناسب میان اندازه دین داین و قیمت عمار مدیون را لحاظ نماید؛ به این معنی که: رئیس محکمه ابتدائیه ذیصلاح باید مطمئن باشد که قیمت عمار مدیون باید پرداخت دین داین را تکافو نماید. در صورت اقتضاء، رئیس محکمه ذیصلاح می تواند حق اختصاص را بر بعضی عمار مدیون ایجاد نماید به شرط این که قیمت عمار دین داین را تکافو نماید.

به حیث مثال، هرگاه احمد صد لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و محمود پول نقد به منظور پرداخت دین احمد نداشته باشد و احمد علیه محمود در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و حکم محکمه را مبنی بر الزامیت محمود اخذ نماید و حکم قطعی و نهایی شود، احمد می تواند حق اختصاص را بر عمار محمود ایجاد نماید. احمد در این مثال، داین، محمود مدیون و صد لک افغانی دین است. در این صورت، رئیس محکمه ابتدائیه ذیصلاح مکلف است در ذیل عریضه داین به ایجاد حق اختصاص امر دهد.

همچنین، رئیس محکمه ابتدائیه ذیصلاح مکلف است تناسب میان دین و قیمت عمار را رعایت نماید. به حیث مثال، در این مثال دین احمد صد لک افغانی است و رئیس محکمه مکلف است حق اختصاص احمد را بر عمار محمود ایجاد نماید که قیمت آن صد لک افغانی باشد. همچنین، اگر محمود مالک عقارات متعدد باشد، رئیس محکمه ابتدائیه ذیصلاح مکلف است حق اختصاص را بر یکی از عقارات محمود که قیمت آن متناسب به دین احمد باشد ایجاد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط ایجاد حق اختصاص است.

۲- طبق ماده ۲۳۸۱ ق. م: «(۱) هیأت تحریر محکمه، مکلف است امر صادره را در کاپی حکم که در ضم عریضه تقدیم شده است، درج نماید؛ و (۲) داین مکلف است موضوع امر مذکور را در خلال هفت روز از تاریخ صدور آن غرض اطلاع مدیون، اطلاع نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: محرر محکمه ذیصلاح باید امر صادره رئیس را در کاپی حکم درج نماید.

دوم این که: اگرچه در این ماده داین مکلف گردیده است، موضوع انشای حق اختصاص را به مدیون در خلال هفت روز بعد از صدور حکم ابلاغ نماید، اما به نظر می رسد این امر توسط محکمه ذیصلاح صورت می گیرد، زیرا ابلاغ حکم به طرفین توسط محکمه ذیصلاح صورت می گیرد. به حیث مثال، در مثال بالا بخش تحریرات محکمه مکلف است امر صادره رئیس محکمه را در کاپی حکم در عریضه ضمیمه گردیده است درج نماید و سپس محکمه این موضوع را به مدیون اطلاع دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط ایجاد حق اختصاص است.

۳- وفق ماده ۲۳۸۲ ق. م: «مدیون، می تواند در برابر امر صادره به اختصاص به نزد شخصی که امر را صادر نموده یا به محکمه اختصاصی ولایت اعتراض نماید و تمام جریان در حاشیه ثبت امر رسانیده می شود، یا محکمه به الغای امر مذکور حکم صادر می نماید.» نص این ماده مبهم و محل ایراد به نظر می رسد، زیرا نخست این که در صورتی که مدیون به دلیل صدور حکم انشای حق اختصاص بر عقارش قناعت نداشته باشد، می تواند به محکمه استیناف شکایت نماید نه رئیس محکمه ذیصلاح که حکم را صادر نموده است؛ دوم این که مدیون غیرقانع می تواند به محکمه ذیصلاح استیناف مراغه خواهی نماید نه محکمه اختصاصی ولایت و سوم این که بخش اخیر این ماده که تصریح می نماید که تمام جریان در حاشیه ثبت امر رسانیده می شود، یا محکمه به الغای امر مذکور حکم صادر می نماید مبهم است و مفهوم درست را افاده نمی نماید. به نظر می رسد منظور از این عبارت این است که محکمه ذیصلاح استیناف می تواند حکم محکمه تحتانی را الغا نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط حق اختصاص است.

۴- طبق ماده ۲۳۸۳ ق. م: «داین می تواند در مقابل صدور امر مبنی به رد طلب اختصاصی به محکمه اختصاصی ولایت مربوط، اعتراض نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که به هر دلیلی محکمه ذیصلاح ابتدائیه قرار خویش را مبنی بر طلب حق اختصاص داین صادر نماید، داین می تواند به محکمه ذیصلاح فوقانی شکایت نماید. عبارت محکمه اختصاصی در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، حق اختصاص از جمله دعاوی مدنی است و توسط محاکم عادی مورد رسیدگی قرار می گیرد نه محاکم اختصاصی. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است.

همچنین، اعتراض در لغت به معنی تعرض کردن، عیب گرفتن، خرده گرفتن است. در اصطلاح حقوقی اعتراض عبارت است از متعرض شدن به احکام و قرارهای قضایی.^{۳۵۰} به شخصی که اعتراض می نماید معترض گویند. ماده ۳۵۸ قانون اصول محاکمات مدنی در تعریف اعتراض می گوید: «شکایت و اعتراض عبارت از حق محکوم علیه غیرقانع از فیصله محکمه تحتانی است که با تقدیم شکایت علیه اجراءات قضائی محکمه حاکمه از محکمه بالاتر مطالبه می گردد.»

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود به عنوان دین داشته باشد احمد و محمود دین احمد را ندهد و احمد بخواهد علیه محمود اقامه دعوی حق اختصاص نماید و محکمه ابتدائیه قرار خویش را مبنی بر رد طلب احمد صادر نماید، احمد می تواند در محکمه استیناف علیه قرار محکمه ابتدائیه اعتراض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن داین است.

(۲) اینکه ایجاد حق اختصاص قبل از وفات مدیون باشد: طبق ماده ۲۳۷۶ فقره دوم ق. م: «(۲) داین نمی تواند بعد از وفات مدیون بر عقار متروکه، به حق اختصاص استناد نماید.» طبق نص این ماده داین نمی تواند بعد از وفات مدیون بر عقار متروکه، به حق اختصاص استناد نماید. داین داین اسم فاعل از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی طلبکار و متعهد له است. در مفهوم محدود داین شخصی است که بر مدیون دین دارد. دین در این مفهوم مترادف با قرض است.

مدیون اسم مفعول از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی قرض دار، دین دار و مقروض است. در اصطلاح حقوقی مدیون بر کسی می گویند که قرضی برای مدتی معین یا نا معین برای او داده شده و او مکلف به پرداخت آن در موعد معین باشد.^{۵۲۶} ترکه که به آن متروکه هم گویند از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که انسان پشت سر خودش به جای می گذارد که جمع آن ترکات است. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می گذارد.^{۵۲۷} استناد در لغت به معنی اتکا کردن و سند و مدرک نشان دادن است. در اصطلاح حقوقی استناد به معنی تکیه کردن به سند و مدرک و آن را پشتوانه عمل، گفته یا ادعا قرار دادن است.^{۵۲۸}

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود به عنوان دین داشته باشد احمد و محمود دین احمد را ندهد و احمد بخواهد علیه محمود اقامه دعوی حق اختصاص نماید زیرا در صورت وفات محمود احمد مانند سایر داینین محمود داین تلقی می گردد و دین احمد قبل از تقسیم ترکه میان ورثه محمود باید به احمد و سایر داینین محمود پرداخت شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط ایجاد حق اختصاص است.

(۳) اینکه موضوع حق اختصاص عقار معین باشد: طبق ماده ۲۳۷۸ ق.م: «حصول حق اختصاص، تنها بر عقاراتی جواز دارد که هنگام قید حق مذکور معین و در ملکیت مدیون بوده و فروش آن به صورت بیع مزایده علنی جواز داشته باشد.» طبق نص این ماده در ایجاد حق اختصاص چهار شرط باید متحقق گردد:

۱- برای ایجاد حق اختصاص شرط است که موضوع حق اختصاص عقار باشد. بنابراین، داین نمی تواند حق اختصاص را نسبت به اموال منقول مدیون انشاء نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، حمد نمی تواند حق اختصاص را بر موتر محمود ایجاد نماید.

۲- شرط است فروش عقار از طریق مزایده علنی از طریق محکمه ذیصلاح ممکن باشد، زیرا در صورت عدم پرداخت دین توسط مدیون، محکمه ذیصلاح باید عقار را از طریق مزایده به فروش برساند. علنی در لغت به معنی آشکارا است. تعریف مزایده گذشت.

۳- شرط است که عقار ملکیت مدیون باشد. لذا، داین نمی تواند حق اختصاص را بر عقاری که ملکیت مدیون نیست ایجاد نماید. به حیث مثال، در مثال بالا احمد نمی تواند حق اختصاص را نسبت به عقار پدر محمود یا دوست محمود ایجاد نماید.

۴- شرط است که عقار مدیون معین باشد. به حیث مثال، اگر محمود در مثال بالا، زمین های متعدد داشته باشد، احمد باید حق اختصاص را بر یکی از زمین هایی محمود ایجاد نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط ایجاد حق اختصاص است.

گفتار چهارم) آثار

طبق ماده ۲۳۸۵ ق.م: «داینی که حق اختصاص را حاصل می دارد، دارای عین حقوق داینی می باشد که رهن رسمی را به دست می آورد. در مورد حق اختصاص، تمام احکامی رعایت می شود که در مورد رهن

۵۲۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۷۴.

۵۲۷. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۱۱.
528. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 30/1/ 2018).

رسمی رعایت می‌گردد مشروط بر اینکه احکام مختص به حق اختصاص را اخلال ننماید.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام رهن رسمی است. زیرا، رهن رسمی و حق اختصاص شبیه همدیگر اند.

تنها تفاوت این دو در منبع ایجاد این دو است. منبع حق اختصاص حکم محکمه و منبع رهن رسمی عقد رهن است. روی همین دلیل، همه احکام رهن رسمی بر حق اختصاص قابل تطبیق است مگر این که احکام رهن رسمی با احکام حق اختصاص در تعارض واقع گردد که در این صورت احکام حق اختصاص مرجح است. به نظر می‌رسد از نص این ماده سه حکم قابل استنباط و استخراج است:

نخست این که صاحب حق اختصاص دارای حق‌هایی که رهن‌گیرنده رسمی است می‌باشد. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق اختصاص را ایجاد نماید، احمد تمام حق‌هایی را که رهن‌گیرنده در برابر اموال رهن دهنده دارد دارا می‌گردد. تفصیل حق‌های رهن‌گیرنده در برابر اموال رهن دهنده در جلد دوم حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

دوم این که با توجه به این که حق اختصاص نوع چهارم حق‌های عینی تبعی است تابع قواعد عمومی رهن رسمی است. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق اختصاص را ایجاد نماید، تمات احکام رهن رسمی که تفصیل آن در عقد رهن در جلد دوم حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت بر حق اختصاص قابل تطبیق است.

سوم این که در صورت تعارض میان قواعد عمومی رهن رسمی و حق اختصاص، قواعد اختصاصی حق اختصاص بر قواعد عمومی رهن رسمی غالب و مرجح است، زیرا در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص مرجح است. قواعد رهنی رسمی در جلد دوم حقوق وجایب این دور از جلد حقوق وجایب گذشت. به حیث مثال، در صورتی که مدیون دین صاحب اختصاص را در موعد مقرر نپردازد، مدیون می‌تواند عمار محل حق اختصاص را از طریق محکمه ذیصلاح به فروش رسانیده و دین خویش را اولتر از داینین عادی مدیون کسب نماید. بنابراین، اثر مرتب بر حق اختصاص این است که اگر عمار موضوع حق اختصاص به فروش برسد، داین دارای حق اختصاص می‌تواند اولتر از داینین عادی دین خویش را از پول فروش عمار به دست آورد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی آثار حق اختصاص و ارجاع این آثار به آثار رهن رسمی است. بنابراین، تطبیق کننده ق. م می‌تواند جهت تطبیق حق اختصاص از احکام یا آثار رهن رسمی استفاده نمایند.

گفتار پنجم) تنقیص و خاتمه یافتن حق اختصاص

طبق ماده ۲۳۸۴ فقره‌های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه اختصاص بر اعیانی مرتب شده باشد که قیمت آن از حدود تضمین مکفی بیشتر باشد، اشخاص ذی‌علاقه می‌توانند تنقیص آن را به حدود مناسبی مطالبه نمایند، تا تنها بر جزئی از عمار یا عقارات اختصاص یافته تخصیص داده شده یا بر عمار دیگری انتقال داده شود که قیمت آن برای ضمان دین، کافی باشد؛ و (۲) مصارف لازمه مطالبه تنقیص بر طلب کننده آن می‌باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که اگر حق اختصاص نسبت به عمار یا عقاراتی مرتب شود که قیمت عمار یا عقارات از اصل دین بیشتر باشد، مثلاً مجموع دین ده لک باشد و قیمت عمار یا عقارات بیست لک، مدیون می‌تواند از محکمه

ذیصلاح مطالبه نماید تا محکمه ذیصلاح حق اختصاص را مختص به عقال یا عقاراتی نماید که قیمت آن یا قیمت آنها ده لک افغانی باشد.

در چنین حالتی، طبق ماده مذکور قاضی محکمه ذیصلاح می تواند حق اختصاص را مختص به عقالی نماید که قیمت آن مثلاً ده لک افغانی است یا اگر چنین امری ممکن نباشد، عقال دیگری مدیون را که قیمت آن مثلاً ده لک افغانی است موضوع حق اختصاص قرار دهد. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۵۲۹} اعیان جمع عین است. تضمین در لغت به معنی ضمانت کردن و ضامن شدن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به ضمانت کردن دینی و یا تعهدی از سوی کسی غیر از متعهد و یا در مواردی با سپردن مال و یا وجهی از سوی متعهد تضمین گویند.^{۵۳۰} مکفی در لغت به معنی کفایت کننده و بسنده است.^{۵۳۱}

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.^{۵۳۲} به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد اما زمین و خانه داشته باشد و قیمت خانه احمد صد لک و قیمت زمین احمد دو صد لک باشد، اگر محمود حق اختصاص را بر هم بر خانه و هم بر زمین احمد ایجاد نماید، احمد می تواند از محکمه ذیصلاح تقاضا نماید تا حق اختصاص را صرف بر خانه احمد که قیمت آن صد لک افغانی است ایجاد نماید. در این مثال، قیمت خانه مکفی دین محمود است. همچنین، احمد می تواند از محکمه ذیصلاح تقاضا نماید تا صرف حق اختصاص را بر یکی از عقارات احمد که عبارت از خانه است ایجاد نماید.

دوم این که مصارف لازمه مطالبه تنقیص بر طلب کننده آن می باشد. به حیث مثال، در مثال بالا، مصارف مطالبه تنفیض مانند اجرت عریضه نویس، کرایه موتر، وکیل مدافع (در صورت داشتن وکیل مدافع) و امثال اینها بر عهده احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم کاهش حق اختصاص و مورد حمایت قرار دادن مدیون است.

علاوه براین، از نص مفاد ماده ۲۳۸۵ ق. م به خوبی بر می آید که خاتمه یافتن حق اختصاص تابع احکام انتهای رهن رسمی است که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. بنابراین، حق اختصاص در اثر وفای دین، ادای به عوض، تجدید تعهد، مجرای و ابراء دین و اتحاد ذمه خاتمه می یابد. بنابراین، اگر مدیون دین خویش را به دین دارای حق اختصاص بپردازد، حق اختصاص در اثر ادای دین خاتمه می یابد. زیرا، حق اختصاص حق عینی تبعی است و در صورت ادای دین خاتمه می یابد.

مبحث دوم: حق تقدم

نوع پنجم حقوق عینی تبعی چنانچه در ماده ۴۸۷ به آن تصریح گردیده است حق امتیاز است که در ق. م به نام حق تقدم نامیده شده است. جلد چهارم، باب دوم، فصل سوم، مواد ۲۳۸۶ الی ۲۴۱۵ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م اقتباس و ترجمه نموده اند:

گفتار اول) تعریف

529. Ibid (Last visit: 30/1/ 2018).

۵۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۹۳.
531. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 30/1/ 2018).

۵۳۲. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۹ - ۳۲.

طبق ماده ۲۳۸۶ ق. م: «تقدم، عبارت از برتری است که قانون برای حق معین به اساس وصف آن حکم می‌نماید. حق برتری به اساس حکم صریح قانون ثابت می‌گردد.» از این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که حق امتیاز عبارت از تقدم حق ممتاز بر سایر حقوقی است که حق ممتاز نسبت به آنها تقدم دارد. حق تقدم به موجب نص قانون نظر به وصف آن معین می‌گردد. پس، قانون برخی حقوق را نظر به وصف آنها ممتاز می‌سازد. بنابراین، نه اراده اشخاص و نه قاضی می‌تواند حقی را نسبت به سایر حقوق مقدم بشمارد.

پس، به عنوان یک قاعده می‌توان گفت که هیچ حق امتیازی وجود ندارد مگر به موجب نص قانون. سبب امتیاز این حقوق بر حسب نوع حق فرق می‌نماید. مبنای برخی این حقوق اعتبارات انسانی است، مانند: حق امتیاز اجرت خدمه و عمال، زیرا این نوع اجور جهت معیشت آنها ضروری است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را در برابر دین خویش به رهن یا حق اختصاص بگیرد و در عین حال محمود قرضدار جمشید نیز باشد اما جمشید خانه را به رهن نگیرد، در صورت فروش خانه، دین احمد نسبت به جمشید مقدم و برتر است. این برتری براساس حکم قانون صورت می‌گیرد. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف حق تقدم است.

پرسش این است که هرگاه در مورد حقی قانون سکوت اختیار نموده باشد، تکلیف چیست؟ ماده ۲۳۸۷ ق. م در پاسخ به این پرسش می‌گوید که: «هرگاه قانون تعیین حقی از حقوق را از لحاظ تقدم تحدید نکرده باشد، از تمام حقوقی که درجه تقدم آن در این فصل تصریح یافته، متأخر شمرده می‌شود.»

نص این ماده مرتبط و ارجاعی به موادی است که بعد از ماده ۲۳۸۷ ق. م تسجیل شده اند. طبق نص این ماده در صورتی که قانون تقدم و تأخر حقی را پیش بینی ننموده باشد، از حیث درجه، این حقوق از حقوق امتیاز عام و حقوقی که بر عمار و منقول واقع می‌گردد و متأخر بر حقوق امتیاز عام است که تفصیل آن در گفتار بعدی خواهد آمد متأخر قرار می‌گیرد. لذا، این حقوق باید بعد از حقوق امتیاز عام و حقوقی که متأخر بر حقوق امتیاز عام است پرداخته شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق‌های است که تقدم و تأخر آن در قانون پیش بینی نشده است.

طبق ماده ۲۳۸۸ ق. م: «هرگاه حقوقی که درجه تقدم آن در مرتبه واحد در قانون تصریح شده اجتماع نماید، به تناسب اندازه هر يك تأدیه می‌شود، مگر اینکه قانون به خلاف آن حکم نموده باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد. اصل این است که هرگاه حقوقی که درجه تقدم آن در مرتبه واحد در قانون تصریح شده اجتماع نماید، به تناسب اندازه هر يك تأدیه می‌شود. مثال این ماده را در حق تقدم صاحب هتل و اجاره گیرنده می‌تواند پیدا کرد که تفصیل آن در ذیل خواهد آمد. استثنای این قاعده مواردی است که قانون به آن تصریح کرده است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۹۰ ق. م: «(۱) حق تقدم بر کسی که با حسن نیت مال منقول را حایز شود، تأثیر وارد کرده نمی‌تواند؛ (۲) اجاره گیرنده عمار در خصوص اموال منقول موجود، به عین اجاره داده شده و صاحب هتل در خصوص اشیایی که از طرف مسافر در هتل امانت گذاشته می‌شود، حایز دارای حسن نیت تلقی می‌شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده حق تقدم بر کسی که با حسن نیت مال منقول را حایز شود، تأثیر وارد کرده نمی‌تواند. تعریف حسن نیت در مبحث حایزت گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد موثر محمود را خریداری نماید و بداند که موثر از آن محمود است، احمد حایز با حسن محسوب می گردد. در این صورت، هیچ شخصی حق تقدم بر احمد ندارد. علاوه براین، طبق فقره (۲) نص این ماده اشخاص ذیل حایز دارای حسن نیت تلقی می گردند:

نخست: اجاره گیرنده عقار در خصوص اموال منقول موجود، به عین اجاره داده شده. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین محمود را به اجاره بگیرد و محمود قرضدار جمشید باشد و جمشید اموال منقول محمود را که با آن در زمین کار می نماید مانند تراکتور، مرکب، گاو و نظیر اینها را به رهن حیازی بگیرد و در نهایت این اموال به فروش رسد، اجرت زمین احمد و سایر حق هایی را که احمد بر محمود به موجب عقد اجاره دارد باید پرداخت شود.

دوم: صاحب هتل در خصوص اشیایی که از طرف مسافر در هتل امانت گذاشته می شود، حایز دارای حسن نیت تلقی می شود. به حیث مثال، اگر احمد برای یک هفته در هتل انترکانتننتل بود و باش نماید و احمد پول کرایه هتل، غذا و سایر خدمات مانند حوض آبیاری، باشگاه ورزشی و نظیر اینها را نداشته باشد و کالاها و وسایل احمد مانند کامپیوتر، پکس، لباس، ساعت، مایل و نظیر اینها به فروش رسد، صاحب هتل نسبت به سایر داینین احمد حق تقدم دارد. بنابراین، اول باید پول صاحب هتل پرداخته شود و سپس دین سایر داینین احمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده نفی حکم داشتن حق تقدم بر شخصی که مال منقول را به حسن نیت کسب نموده است و احصای برخی مصادیق آن است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۹۱ ق. م: «هرگاه بالای داین از تصرفات مدیون در اشیاء منقولی که به نفع داین حق تقدم در آن تثبیت شده، بنابر موجبات معقول خوف تقسیم مال مستولی شود، می تواند تحت حراست گرفتن آن را مطالبه نماید.» داین شخصی است که بر دیگری دین دارد. مدیون شخصی است که داین بر او دین دارد. تصرفات چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت عقد و ایقاع است. تعریف منقول در فصل اول این کتاب گذشت. خوف در لغت به معنی ترس است. معقول به معنی پسندیده عقل و آنچه با عقل درک و فهم شود است. حراست در لغت به معنی حفظ، پاسداری و نگهداری است. مستولی در لغت به معنی غالب، چیره، مسلط است. در اصطلاح حقوقی، مستولی مسلط و دست یافت بر چیزی است.^{۵۳۳}

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و محمود پول نقد نداشته باشد تا دین احمد را پرداخت نماید و احمد اسپان محمود را به رهن بگیرد و محمود هراس و خوف داشته باشد که مبادا احمد اسپان را میان ورثه خویش تقسیم نماید، می تواند از احمد مطالبه نماید تا اسپان را نزد شخص سوم به حیث مثال فاروق جهت حراست بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق و مصلحت داین است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۹۲ ق. م: «در مورد حقوق تقدم بر عقار، احکام رهن رسمی تا جایی که با طبیعت حقوق مذکور معارض نباشد، تطبیق می شود و در مورد به نوع خاص تقدم احکام پاك کردن (تطهیر) و ثبت آثاری که بر ثبت مرتب می گردد و آنچه از قبیل تجدید و امحاء بر آن وارد می شود رعایت می گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به احکام رهن رسمی است. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) در مورد حقوق تقدم بر عمار، احکام رهن رسمی تا جایی که با طبیعت حقوق مذکور معارض نباشد، تطبیق می‌شود. دلیل این قاعده این است که، چنانچه گفته شد، رهن رسمی و حق تقدم شبیه همدیگر اند با این تفاوت که منبع رهن رسمی عقد و منبع حق تقدم حکم محکمه است. تفصیل احکام رهن رسمی در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت.

۲) در مورد نوع خاص تقدم احکام پاك کردن (تطهیر) و ثبت آثاری که بر ثبت مرتب می‌گردد و آنچه از قبیل تجدید و امحاء بر آن وارد می‌شود رعایت می‌گردد. تفصیل احکام مربوط به ثبت، تطهیر، تجدید و امحاء (اتهاء) رهن رسمی در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق احکام رهن رسمی بر حق تقدم و جلوگیری از تکرار احکام مربوط به حق تقدم است.

همچنین، طبق ماده ۲۳۹۴ ق. م: «احکامی که در خصوص از بین رفتن شی یا تلف گردیدن آن در رهن رسمی رعایت می‌شود، در مورد حقوق تقدم نیز مراعات می‌شود». نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به احکام رهن رسمی است. طبق نص این ماده احکامی که در خصوص از بین رفتن شی یا تلف گردیدن آن در رهن رسمی رعایت می‌شود، در مورد حقوق تقدم نیز مراعات می‌شود. تفصیل احکام رهن رسمی در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق احکام تلف مال در رهن رسمی بر حق تقدم و جلوگیری از تکرار احکام مربوط به حق تقدم است.

همچنین، ماده ۲۳۹۵ ق. م: «احکام متعلق به انقضای حق رهن رسمی و رهن حیازی به عین طریقه در مورد حق تقدم تطبیق می‌شود، مگر این که قانون صراحتاً به خلاف آن حکم نمود باشد». نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به احکام رهن رسمی است. از نص این ماده یک قاعد و یک استثناء استنباط می‌گردد. اصل و قاعده این است که احکام متعلق به انقضای حق رهن رسمی و رهن حیازی به عین طریقه در مورد حق تقدم تطبیق می‌شود. تفصیل انقضای رهن رسمی و رهن حیازی در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت. استثنای این قاعده این است که قانون طور دیگر حکم نموده باشد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق احکام انقضای رهن رسمی و رهن حیازی بر حق تقدم و جلوگیری از تکرار احکام مربوط به رهن رسمی است.

گفتار دوم) انواع

طبق ماده ۲۳۹۶ ق. م: «حقوق مندرج مواد ذیل در پهلوی حقوقی که در قوانین خاص به آن حق تقدم داده می‌شود، مقدم شمرده می‌شود». نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد بعدی است که است تفصیل آن خواهد آمد. طبق این قانون حق‌های که در ذیل بحث آن خواهد آمد حق تقدم دارند. علاوه بر این، این حق‌های تقدم در کنار حق‌های تقدمی که در قوانین خاص پیش بینی شده اند قابل تطبیق است. در مورد انواع حقوق امتیاز ماده ۲۳۸۹ ق. م می‌گوید: «حقوق تقدم عام بر تمام دارایی منقول و غیر منقول مدیون تعلق می‌گیرد، مگر حقوق خاص بر مال معین راجع می‌شود». از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد. نخست این که حقوق تقدم عام بر تمام دارایی منقول و غیرمنقول مدیون تعلق می‌گردد. دوم این که حقوق تقدم خاص بر مال معین راجع می‌شود. بنابراین، نص این ماده حقوق امتیاز یا تقدم را به دو دسته تقسیم می‌نماید: حقوق

امتیاز عام و حق امتیاز خاص. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حقوق امتیاز عام و خاص است که هر یک را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

الف) حق های امتیاز عام

هرگاه دین داین همه دارایی مدیون را فراگیرد، آن را امتیاز عام می نامند. لذا، حق های امتیاز عامه حق هایی است که بر جمیع اموال مدیون اعم از منقولات و عقارات واقع می گردد. این حقوق شامل: مصارف قضایی، پرداخت مالیات و محصول مربوط به دولت، مصارف حفظ و ترمیم عین مرهونه، حق امتیاز عام و غیره می گردد: **(۱) مصارف قضایی:** ماده ۲۳۹۷ فقره های اول و دوم ق. م می گوید: «(۱) مصارفی که محکمه جهت حفاظت اموال مدیون و فروش آن به نفع داینین متحمل می شود، از ما حاصل فروش اموال مذکور مقدم شناخته می شود؛ و (۲) مصارف مندرج فقره (۱) این ماده قبل از هر حق دیگر ولو حق مذکور مقدم بوده یا به رهن رسمی تضمین شده باشد، تأدیه می گردد به شمول حقوق داینی که مصارف مذکور به منظور مصلحت آنها صورت گرفته است و مصارفی که در راه فروش اموال مذکور صورت گرفته، بر مصارفی که در اجراءات توزیع به عمل آمده است، حق قدامت دارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مصارفی که محکمه جهت حفاظت اموال مدیون و فروش آن به نفع داینین متحمل می شود، از ما حاصل فروش اموال مذکور مقدم شناخته می شود. عبارت ماحصل فروش اموال مقدم شناخته می شود در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. همچنین، نص این ماده مبهم به نظر می رسد. زیرا، روشن نیست که مصارفی را که محکمه جهت حفاظت اموال مدیون و فروش آن به نفع داینین متحمل شده است بر چه تقدم دارد. طبق نص این ماده این مصارف بر ماحصل (آنچه از فروش اموال حاصل می شود) تقدم دارد. با پذیرش آنچه گفته شد، نص این ماده مبهم به نظر می رسد و به نظر می رسد که مفهوم درست را افاده نمی نماید. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۲- مصارفی را که محکمه ذیصلاح جهت حفظ اموال مدیون، اجراءات مربوط به خارج کردن ملکیت از ید حایز و فروش آن متحمل شده است، بر سایر مصارف از قبیل: مصارف مربوط به توزیع ثمن فروش عمار، مقدم شناخته می شود. بنابراین، محکمه ذیصلاح باید مصارفی را که جهت حفظ و فروش اموال مدیون به نفع داینین توسط اهل خبره، مأمور تصفیه و غیره متحمل شده است پرداخت نماید و سپس سایر مصارف را. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که پرداخت مصارف محکمه در مرتبه اول قرار دارد.

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود خانه احمد را به رهن رسمی بگیرد و سپس محکمه این خانه را تسلیم جمشید نماید و در نهایت احمد نتواند دین محمود را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا این خانه از طریق مزایده به فروش رسد، در صورت فروش خانه، اول باید مصارفی را که محکمه جهت حفاظت به مصرف رسانیده است، اجرت جمشید، اجرت اعلان مزایده از طریق رسانه و سایر مصارف را بگیرد و سپس از پول فروش خانه دین محمود را پرداخت نماید.

در این مثال، مصارفی را که محکمه جهت حفظ و فروش خانه متحمل شده است بر دین محمود تقدم دارد. بنابراین، اول مصارف محکمه باید پرداخت شود و سپس دین محمود. در این مثال، محمود خانه احمد را به رهن رسمی گرفته است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ترجیح مصارف محکمه بر دین داین از ماحصل فروش مال مدیون است.

۲) محصولات و مالیات مربوط به دولت: ماده ۲۳۹۸ ق. م در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) مبلغی که از طریق محصولات و مالیات و سایر حقوق به دولت تعلق می گیرد، با رعایت قوانین و مقررات مربوط، حق تقدم را دارا می باشد؛ و (۲) مبلغ مندرج فقره فوق این ماده، قبل از تمامی دیون به استثنای مصارف مندرج ماده (۲۳۹۷) این قانون ولو متقدم بوده یا به رهن رسمی تضمین شده باشد، از مدرک فروش اموال در هر دستی که باشد، تحصیل می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- مبلغی که از طریق محصولات و مالیات و سایر حقوق به دولت تعلق می گیرد، با رعایت قوانین و مقررات مربوط، حق تقدم را دارا می باشد. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود بر خانه احمد که دارای بیست باب دوکان باشد حق اختصاص را ایجاد نماید و احمد نتواند دین محمود را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا این خانه از طریق مزایده به فروش رسد، در صورت فروش خانه، پول مربوط به مالیات و محصول دولت بر سایر حقوق تقدم دارد. بنابراین، از پول فروش خانه احمد اگر احمد محصول صفایی، محصول برق، محصول آب، مالیات دوکان ها و نظیر اینها را نپرداخته باشد، محکمه باید پول متعلق به محصولات و مالیه را پرداخته نماید و سپس صد لک افغانی محمود را. در این مثال، مالیات و محصولات دولت بر دین محمود تقدم دارد.

۲- مبلغ مندرج فقره فوق این ماده، قبل از تمامی دیون به استثنای مصارف مندرج ماده (۲۳۹۷) این قانون ولو متقدم بوده یا به رهن رسمی تضمین شده باشد، از مدرک فروش اموال در هر دستی که باشد، تحصیل می شود. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۳۹۷ ق. م است. بنابراین، طبق نص این ماده پولی که مربوط به مالیات دولت می شود، بر سایر مصارف به جز پرداخت مصارفی که محکمه ذبصلاح جهت فروش عمار مدیون متحمل گردیده است، مقدم می باشد. بنابراین، پس از پرداخت مصارف محکمه پولی که مربوط به مالیات و محصول می گردد، حق تقدم دارد و این مبلغ باید به حساب دولت بعد از پرداخت مصارف پرداخت گردد. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود بر خانه احمد که دارای بیست باب دوکان باشد حق اختصاص را ایجاد نماید و احمد نتواند دین محمود را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا این خانه از طریق مزایده به فروش رسد، در صورت فروش خانه، اول پولی را که محکمه صرف حفاظت و فروش خانه نموده است مقدم است و سپس پول مربوط به مالیات و محصول دولت. بنابراین، از پول فروش خانه اول باید مصارف محکمه پرداخت شود و سپس احمد اگر احمد محصول صفایی، محصول برق، محصول آب، مالیات دوکان ها و نظیر اینها را نپرداخته باشد، محکمه باید پول متعلق به محصولات و مالیه را پرداخت نماید و سپس صد لک افغانی محمود را. در این مثال، مصارف محکمه بر پول مالیات دولت و پول مالیات و محصولات دولت بر دین محمود تقدم دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ترجیح مصارف محکمه بر پول مربوط به مالیات و محصولات دولت و پول مربوط به مالیات و محصولات دولت بر دین محمود از ماحصل فروش مال احمد است.

۳) مصارف حفظ و ترمیم عین مرهونه: طبق ماده ۲۳۹۹ ق. م: «(۱) مبالغی که در راه حفاظت مال منقول و ترمیم آن به مصرف رسیده است از سایر دیون مقدم شناخته می شود؛ و (۲) مبلغ مندرج فقره فوق این ماده، بلافاصله بعد از حصول مصارف متذکره مواد (۲۳۹۷، ۲۳۹۸) این قانون، از ثمن مال مذکور پرداخته می شود و در صورت تعدد چنین حقوق، به ترتیب عکس تأریخ، مصرف هر يك تأدیه می گردد.» نص این ماده

مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۲۳۹۷ و ۲۳۹۸ ق. م است. طبق نص این ماده مصارفی که جهت حفظ و ترمیم مال منقول مدیون به مصرف رسیده است، از قبیل: اجرت ساعت ساز، میکانیک (مستری) موتور و نگهبان بر سایر مصارف مقدم است.

بنابراین، اگر مال منقول مرهونه مدیون به فروش رسد، بعد از پرداخت مصارف محکمه، پرداخت مالیات در قدم سوم قبل از پرداخت سایر دیون و توزیع ثمن فروش مال مرهونه میان داینین باید مصارف مربوط به حفظ و ترمیم مال منقوله پرداخت شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون محمود باشد و محمود موتور احمد را به رهن بگیرد و موتور نزد جمشید به امانت گذاشته شود و جمشید یک مقدار پول را صرف حفظ و نگهداری موتور نماید، در صورتی که موتور فروخته شود، اول باید مصارف محکمه، دوم مالیات و محصولات دولت و سوم اجرت جمشید و پولی را که جمشید صرف حفظ موتور نموده است پرداخته شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ترجیح مصارف محکمه بر پول مربوط به مالیات و محصولات دولت و پول مربوط به مالیات و محصولات دولت بر پول حفظ مال مرهونه و پول مربوط به حفظ مال مرهونه بر سایر دیون است.

باید افزود که طبق ماده ۲۳۹۳ ق. م: «(۱) توثیق در حقوق تقدم عام لازم شمرده نمی شود گرچه مورد آن عمار باشد و نه در آن حق تتبع ثابت می گردد. همچنین توثیق حقوق تقدم عاری که برای تضمین حقوق دولت وضع می شود حتمی دیده نمی شود؛ و (۲) این حقوق در مرتبه، از همه حقوق تقدم عاری دیگر و از هر نوع حق رهن رسمی به هر تأریخی که قید آن صورت گرفته باشد، مقدم شناخته می شود، مگر در بین خود حق تقدمی که برای تضمین حق دولت وضع شده و سایر حقوق تقدم عام مقدم شمرده می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) توثیق در حقوق تقدم عام لازم شمرده نمی شود گرچه مورد آن عمار باشد. توثیق از ریشه «وثق» گرفته شده است که در لغت به معنی استوار داشتن، معتمد داشتن، محکم کردن، ثقه گفتن، ثقه خواندن و ثقه شمردن و اطمینان کردن است.^{۵۳۴} به نظر می رسد منظور از توثیق گرفتن تأمین است که شامل رهن و کفیل می شود. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود خانه احمد را به رهن رسمی بگیرد و سپس محکمه این خانه را تسلیم جمشید نماید و در نهایت احمد نتواند دین محمود را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا این خانه از طریق مزایده به فروش رسد، در صورت فروش خانه، اول باید مصارفی را که محکمه جهت حفاظت به مصرف رسانیده است، اجرت جمشید، اجرت اعلان مزایده از طریق رسانه و سایر مصارف را بگیرد و سپس از پول فروش خانه دین محمود را پرداخت نماید.

گرفتن مصارف حفظ عین مرهونه در ابتداء توسط محکمه از مصداق های حق تقدم عام است. در این صورت، توثیق مصارف محکمه یا مالیات و محصولات دولت از پول فروش عین مرهونه جواز ندارد. به حیث مثال، محکمه نمی تواند از محمود جهت مصارف محاکمه، مالیات دولت و نظیر اینها جمشید را به عنوان ضامن بگیرد. محل حق تقدم عام در این مثال عمار است.

(۲) حق تتبع در حقوق امتیاز عام ثابت نمی شود. تتبع در لغت به معنی در پی رفتن، دنبال کردن است.^{۵۳۵} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، حق تتبع حق رهن گیرنده است مبنی بر جستجو عین مرهونه نزد هر کس

534. Ibid (۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸). (آخرین بازدید)

535. Ibid (۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸). (آخرین بازدید)

که آن را پیدا نماید. دلیل این که حق تتبع در حق امتیاز عام قابل تطبیق نیست این است که حق تتبع در حق تقدم خاص مانند رهن رسمی، رهن حیازی و حق اختصاص و حق حبس قابل تطبیق است.

۳) توثیق حقوق تقدم عقاری که برای تضمین حقوق دولت وضع می شود حتمی دیده نمی شود. نص این بند ماده ۲۳۹۳ ق م شبیه بند اول آن است. بند اول نص این ماده نظر بر توثیق در حق تقدم عام و بند سوم ناظر بر توثیق عقار در حق تقدم عام به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود خانه احمد را به رهن رسمی بگیرد و سپس محکمه این خانه را تسلیم جمشید نماید و در نهایت احمد نتواند دین محمود را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا این خانه از طریق مزایده به فروش رسد، در صورت فروش خانه، اول باید مصارفی را که محکمه جهت حفاظت به مصرف رسانیده است، اجرت جمشید، اجرت اعلان مزایده از طریق رسانه و سایر مصارف را بگیرد و سپس از پول فروش خانه دین محمود را پرداخت نماید. گرفتن مصارف حفظ عین مرهونه در ابتداء توسط محکمه از مصداق های حق تقدم عام است. در این صورت، توثیق مصارف محکمه یا مالیات و محصولات دولت از پول فروش عین مرهونه جواز ندارد.

۴) این حقوق در مرتبه، از همه حقوق تقدم عقاری دیگر و از هر نوع حق رهن رسمی به هر تأریخی که قید آن صورت گرفته باشد، مقدم شناخته می شود. نص این ماده تکراری و زاید به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود بر خانه احمد که دارای بیست باب دوکان باشد حق اختصاص یا رهن را ایجاد نماید و احمد نتواند دین محمود را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا این خانه از طریق مزایده به فروش رسد، در صورت فروش خانه، پول مربوط به مالیات و محصول دولت بر سایر حقوق تقدم دارد. بنابراین، از پول فروش خانه احمد اگر احمد محصول صفایی، محصول برق، محصول آب، مالیات دوکان ها و نظیر اینها را نپرداخته باشد، محکمه باید پول متعلق به محصولات و مالیه را پرداخته نماید و سپس صد لک افغانی محمود را. در این مثال، مالیات و محصولات دولت بر حق رهن و حق اختصاص محمود تقدم دارد.

استثنای بند اخیر ماده ۲۳۹۳ ق. م که می گوید مگر در بین خود حق تقدمی که برای تضمین حق دولت وضع شده و سایر حقوق تقدم عام مقدم شمرده می شود مفهوم درست را به نظر می رسد که افاده نمی نماید. قابل توصیه است این عبارت توسط قانونگذار اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای مواردی است که در خصوص آن حق تقدم عام قابل تطبیق نیست.

ب) حقوق امتیاز خاص که بر منقول وارد می گردد و پس از حقوق امتیاز عام است

طبق ق. م حقوق امتیاز خاصی که بر منقول واقع گردیده و بعد از حقوق امتیاز عامه قرار دارد عبارت اند از:

۴) **حقوق اجیران و مستخدمین:** طبق ماده ۲۴۰۰ ق. م: «(۱) حقوق آتی بر تمام اموال منقول و عقار مدیون، مقدم شناخته می شود: (۱) مبالغی که مؤلفین، کارگران، مستخدمین و سایر اجیران از رهگذر معاش و اجرت دوازده ماه اخیر مستحق می گردند؛ (۲) مبالغ مستحقه در مقابل فعالیت شش ماهه اخیر اجناس ضروری مواد ارتزاقی و لباس مدیون و کسانی که مدیون مسؤول نفقه آنها می باشد؛ و (۳) نفقه شش ماه اخیر اقارب مدیون که در ذمه مدیون لازم باشد؛ و (۲) مبالغ مندرج فقره فوق این ماده، بلافاصله بعد از مصارف مندرج مواد (۲۳۹۷-۲۳۹۸) این قانون تحصیل می شود و در صورت تعدد، تناسب هر يك در نظر گرفته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- حقوق آتی بر تمام اموال منقول و عقار مدیون، مقدم شناخته می شود. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق ها استعمال شده است. آتی در لغت به معنی آینده و بعدی است.^{۵۳۶} طبق نص این ماده حق های ذیل بر تمام اموال منقول و عقار مدیون برتری دارد.

نخست: مبالغی که مؤلفین، کارگران، مستخدمین و سایر اجیران از رهگذر معاش و اجرت دوازده ماه اخیر مستحق می گردند. مبالغ جمع مبلغ است. به حیث مثال، اگر احمد پنجدلک افغانی مدیون محمود باشد و محمود فابریکه احمد را به رهن و حق اختصاص بگیرد و در نهایت احمد دین محمود را پرداخته نتواند و فابریکه از طریق مزایده علنی توسط محکمه ذیصلاح به فروش رسد، از پول فروش زمین و اموال منقول فابریکه مانند ماشین آلات، قرطاسیه، موتر و سایر وسایل اول باید پول کسانی که در این فابریکه مؤلف، کارگر، مستخدم و اجیر بوده اند پرداخت شود.

دوم: مبالغ مستحقه در مقابل فعالیت شش ماهه اخیر اجناس ضروری مواد ارتزاقی و لباس مدیون و کسانی که مدیون مسؤول نفقه آنها می باشد. عبارت نص این ماده به صورت دقیق تحریر نشده است که محل ایراد است، مخصوصاً عبارت در مقابل فعالیت شش ماهه اخیر. به حیث مثال، اگر در مثال بالا فابریکه احمد به فروش رسد، مصارف شش ماهه مواد ارتزاقی، لباس، اجناس ضروری و امثال اینهای احمد و اشخاصی که نفقه آنها بر ذمه احمد واجب است مانند زوجه، فرزندان، پدر، مادر و سایر اقارب باید پرداخت شود.

سوم: نفقه شش ماه اخیر اقارب مدیون که در ذمه مدیون لازم باشد. نص این ماده به دلیل تکراری بودن محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، نص این ماده در جزء ۲ پیش بینی شده است. قابل توصیه است نص این ماده حذف گردد.

۲- مبالغ مندرج فقره فوق این ماده، بلافاصله بعد از مصارف مندرج مواد (۲۳۹۷-۲۳۹۸-۲۳۹۹) این قانون تحصیل می شود. نص این ماده مرتبط و ارجاعی به مواد ۲۳۹۷، ۲۳۹۸ و ۲۳۹۹ ق. م است. طبق نص این ماده، معاش کارگران، اجیران، نفقه شش ماهه مدیون و اقارب مدیون در صورت فروش اموال مدیون باید پس از پرداخت مصارف محکمه، پول مربوط به مالیات دولت و مصارف مربوط به حفظ و ترمیم مال مرهون پرداخت شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، فابریکه احمد از طریق مزایده به فروش رسد، از پول فروش فابریکه اول مصارف محکمه، دوم پول مربوط به مالیات و محصولات دولت، مصارف حفظ فابریکه پرداخته شود و سپس معاش اجیران و کارگران و مصارف نفقه شش ماهه احمد و اقارب احمد و بقیه آن به داین یا داینین احمد، به حیث مثال، محمود پرداخته شود.

۳- در صورت تعدد، تناسب هر يك در نظر گرفته می شود. به حیث مثال، در صورتی که همه دیون بر اموال عقار و منقول احمد مرتب گردد، به حیث مثال، دین اجیران، کارگران، مصارف نفقه، مصارف محکمه، مالیات دولت، مصارف حفظ مرهونه محکمه در تقسیم پول باید تناسب میان این دیون را رعایت گردد. در این مثال، حق ها متعدد است و محکمه باید در تقسیم پول، تناسب را میان حق و پولی را که برای تحقق آن حق می پردازد رعایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق تقدم در صورت فروش اموال عقار و منقول مدیون است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۳۰): جزء ماده (۲۴۰۰) قانون مدنی قابل توضیح دانسته می‌شود.

توضیح: در بند (۲) ماده (۲۴۰۰) قانون مدنی مقصد از حق تقدم تقديم مبالغی است که مدیون در شش ماه اخیر به مصرف مواد ارتزاقی و البسه ضروری خود و کسانی که مکلف به تأدیه نفقه آنها بوده رسانیده است. این دین بر سایر دیون مقدم می‌باشد.^{۵۳۷}

(۲) حق امتیاز مصارف مربوط به زراعت: طبق ماده ۲۴۰۱ ق. م. «(۱) مبالغی که از لحاظ بذر، کود و سایر مواد تقویه زمین و مبالغی که از لحاظ ادویه ضد حشرات و آفات زراعتی و حیوانی و یا در کار کشت و درو به مصرف می‌رسد، بر محصولی که در تولید آن به مصرف رسیده، حق تقدم داشته و همه در یک مرتبه قرار می‌گیرد؛ (۲) مبالغ مندرج فقره فوق این ماده، بعد از تأدیه حقوق فوق پرداخته می‌شود؛ و (۳) مبالغی که در برابر آلات زراعتی قابل تأدیه شناخته می‌شود در عین مرتبه بر آلات مذکور امتیاز داده می‌شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می‌گردد:

۱- مبالغی که از لحاظ بذر، کود و سایر مواد تقویه زمین و مبالغی که از لحاظ ادویه ضد حشرات و آفات زراعتی و حیوانی و یا در کار کشت و درو به مصرف می‌رسد، بر محصولی که در تولید آن به مصرف رسیده، حق تقدم داشته و همه در یک مرتبه قرار می‌گیرد. عبارت این ماده مبهم است. مخصوصاً عبارت «بر محصولی که در تولید آن به مصرف رسیده»، بذر در لغت به معنی دانه و تخم است.^{۵۳۸} کود در لغت سرگین چهارپایان است.^{۵۳۹} به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را به رهن یا حق اختصاص در بدل دین خویش بگیرد و زمین محمود توسط محکمه ذیصلاح از طریق مزایده به فروش رساند، مصارف مربوط به بذر، کود، دواي ضد حشرات بر سایر دین‌های محمود حق تقدم دارد. بنابراین، از پول فروش زمین محمود اول این مصارف باید پرداخت شود. به حیث مثال، اگر محمود از جمشید کود کیمیایی، دواي کیمیایی برای زراعت، دانه و نظیر اینها خریداری نموده باشد و زمین محمود فروخته شود، دین جمشید باید از پول فروش این زمین پرداخته شود.

۲- مبالغ مندرج فقره فوق این ماده، بعد از تأدیه حقوق فوق پرداخته می‌شود. نص این ماده مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۴۰۰ ق. م است. بنابراین، اگر در زمین محمود دهقانان کار می‌کرد، اول باید مزد دهقانان، مصارف نفقه محمود و اقارب محمود و سپس مصارف مربوط به کود کیمایی، بذر و سایر دیون جمشید پرداخته شود.

۳- مبالغی که در برابر آلات زراعتی قابل تأدیه شناخته می‌شود در عین مرتبه بر آلات مذکور امتیاز داده می‌شود. عبارت نص این ماده مبهم است و معنی درست را به نظر می‌رسد که افاده نمی‌نماید مخصوصاً عبارت آلات. اگر طبق نص این ماده آلات مذکور معطوف به آلات زراعتی باشد نص این ماده معنی درست را افاده نمی‌نماید. زیرا، در صورت فروش زمین مدیون پرداخت دین داین به دلیل فروش آلات زراعتی بر آلات زراعتی نمی‌تواند تقدم داشته باشد. اگر آلات مذکور معطوف به کود، تخم و سایر موادی که برای زراعت ضرورت است

۵۳۷. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۵۱.

۵۳۸. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸) (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸).

۵۳۹. Ibid (۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸) (آخرین بازدید ۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸).

باشد، در این صورت پرداخت پول مربوط به کود، دواى حشرات و تخم بر آلات زراعتی تقدم دارد. گذشته از این عبارت «در عین مرتبه» نص در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده در ق. م اصلاح یا از ق. م حذف گردد.

از آنچه گفته شد، به نظر می رسد بعد از مصارف مربوط به محکمه، مالیات، حفظ و ترمیم، پرداخت حقوق کارگران، مستخدمین و غیره نوبت به پرداخت مصارف مربوط به بذر، کود، دوا، و آلات زراعتی می رسد. بنابراین، پرداخت این مصارف نسبت به سایر مصارف حق تقدم دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق تقدم در صورت فروش اموال مدیون است.

(۳) امتیاز حق مؤجر: طبق ماده ۲۴۰۲ ق. م: «اجرت دو ساله بناها و اراضی زراعتی یا اجرت تمام مدت اجاره آن اگر از دو سال کمتر باشد و تمام حقوق دیگر اجاره دهنده که به موجب عقد اجاره به ذمه اجاره گیرنده ثابت باشد، بر اشیاء منقول قابل حجز که ملکیت اجاره گیرنده بوده و بالای عین اجاره داده شده موجود باشد، بر محصولات زراعتی مقدم شمرده می شود.» طبق نص این ماده اجرت دو ساله بناها و اراضی زراعتی یا اجرت تمام مدت اجاره آن اگر از دو سال کمتر باشد و تمام حقوق دیگر اجاره دهنده که به موجب عقد اجاره به ذمه اجاره گیرنده ثابت باشد، بر اشیاء منقول قابل حجز که ملکیت اجاره گیرنده بوده و بالای عین اجاره داده شده موجود باشد، بر محصولات زراعتی مقدم شمرده می شود. بناء چنانچه گفته شد در لغت به معنی ساختمان است. تعریف ذمه گذشت.

نص این ماده مجمل به نظر می رسد. زیرا، طبق نص این ماده روشن نیست که چه چیزی در این حالت به فروش می رسد. زیرا، در این فرض زمین مستأجره به فروش نمی رسد زیرا آن مال اجاره گیرنده نیست. همچنین، عبارت «بر اشیاء منقول قابل حجز که ملکیت اجاره گیرنده بوده و بالای عین اجاره داده شده موجود باشد» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد.

به نظر می رسد طبق نص این ماده اشیای منقول قابل حجز اجاره گیرنده به فروش می رسد. حجز در لغت به معنی بازداشت است و در اصطلاح حقوقی سپردن مال به دستگاه قضایی برای رعایت مصلحت عمومی و یا مصلحت شخص برای خارج کردن آن از دست شخص است.^{۵۴۰} بنابراین، به مالی که به مصلحت شخص یا مصلحت عمومی توسط قضاء بازداشت شده است، محجوز و به شخصی (چه حکمی یا حقیقی) که مال را تحت حجز قرار داده حاجز می گویند.

همچنین، عبارت محصولات زراعتی در نص این ماده زاید به نظر می رسد. زیرا محصولات زراعتی چیزهایی است که زارع آن را کسب می نماید و در نهایت یا خود مصرف می نماید یا می فروشد مانند جوارى، بامیه، فاصلیه، گندم، جو، ارزن و نظیر اینها. قابل توصیه به نظر می رسد این عبارت از نص این ماده حذف گردد.

به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین محمود را به اجاره بگیرد و محمود قرضدار جمشید باشد و جمشید اموال منقول محمود را که با آن در زمین کار می نماید مانند تراکتور، مرکب، گاو و نظیر اینها را به رهن حیاى بگیرد و در نهایت این اموال به فروش رسد، اجرت زمین احمد و سایر حق هایی را که احمد بر محمود به موجب

عقد اجاره دارد باید پرداخت شود. این نظر را ماده ۲۴۰۳ ق. م تأیید می نماید زیرا اگر هر دو ماده ها را کنار هم قرار دهیم و تفسیر ساختاری- منطقی نماییم این نتیجه به دست می آید.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که طبق نص این ماده مرتبه حق مؤجر در مرتبه هفتم بعد از پرداخت مصارف قضاء، مالیات و محصول دولت، مصارف حفظ و ترمیم مال مرهونه، حقوق امتیاز عامه و مصارف مربوط به زراعت و آلات زراعتی، قرار دارد. بنابراین، حق مؤجر بعد از پرداخت مصارف مذکور پرداخت می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق تقدم در اموال منقول مدیون است. طبق ماده ۲۴۰۳ ق. م: «حق تقدم مندرج ماده (۲۴۰۲) این قانون در حالی که منقولات مذکور ملکیت زوجه یا زوج اجاره گیرنده یا ملکیت غیر باشد، نیز ثابت پنداشته می شود مشروط بر اینکه اجاره دهنده هنگام وضع اشیاء مذکور بالای عین، بر وجود حق غیر بر آن علم نداشته باشد. این امر احکام متعلق بر منقولات مسروقه یا ضایعه را اخلاص نمی نماید.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۴۰۲ ق. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: حق تقدم مندرج ماده (۲۴۰۲) این قانون در حالی که منقولات مذکور ملکیت زوجه یا زوج اجاره گیرنده یا ملکیت غیر باشد، نیز ثابت پنداشته می شود مشروط بر اینکه اجاره دهنده هنگام وضع اشیاء مذکور بالای عین، بر وجود حق غیر بر آن علم نداشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین محمود را به اجاره بگیرد و محمود قرضدار جمشید باشد و جمشید اموال منقول محمود یا زوجه محمود را که با آن در زمین کار می نماید مانند تراکتور، مرکب، گاو و نظیر اینها را به رهن حیازی بگیرد و در نهایت این اموال به فروش رسد، اجرت زمین احمد و سایر حق هایی را که احمد بر محمود به موجب عقد اجاره دارد باید پرداخت شود. همچنین است اگر حمیده صد جریب زمین محمود را به اجاره بگیرد و منقولات زوج حمیده به فروش رسد. در چنین حالتی شرط است که احمد علم یا آگاهی نداشته باشد که منقولات مال زوجه محمود یا زوج حمیده است. دوم این که: این امر احکام متعلق بر منقولات مسروقه یا ضایعه را اخلاص نمی نماید. منقولات جمع منقول است که تعریف آن در فصل اول گذشت. مسروقه اسم مؤنث مسروق از ریشه «سرق» گرفته شده است که در لغت به معنی دزدیده شده است. در اصطلاح حقوقی، مسروقه اموال منقولی است که آن را سارق طور خفیه از مسروقه منه به سرقت برده است. ضایعه مؤنث ضایع است. ضایعه در لغت به معنی از دست رفته، تباه شدن و از بین رفته است.^{۵۴۱} اخلاص در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.^{۵۴۲}

به حیث مثال، اگر در مثال بالا منقولاتی که بر زمین وجود داشته باشد مال مسروقه باشد، حکم فقره اول ماده ۲۴۰۲ ق. م بر آن قابل تطبیق نیست. زیرا، در این صورت، محمود یا حمیده مکلف اند اموال منقول مسروقه را در صورتی که عین آنها باقی باشد به مسروق منه رد نمایند. در صورت ضایعه شدن اموال، محمود و حمیده مکلف اند جبران خسارت آن را به مسروق منه رد نمایند. رد اموال و پرداخت جبران خسارت احکام مدنی سرقت اند. حکم جزایی آن جزا است که بر محمود یا حمیده تطبیق می شود که مربوط حقوق جزا است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فروش اموال منقول اجاره گیرنده و استثنای آن است.

541. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۸/ ۱۸/ ۲۰۱۶).

542. Ibid, (last visit: 24/2/2028).

همچنین، طبق ماده ۲۴۰۴ ق. م: «حق تقدم بر منقولات و محصولات ملکیت اجاره گیرنده از باطن ثابت می گردد مشروط بر این که اجاره دهنده صراحتاً اجاره از باطن را منع نموده باشد و اگر اجاره باطنی صراحتاً منع نشده باشد، حق تقدم، تنها در مبالغی عملی می شود که استحقاق اجاره گیرنده اصلی بر ذمه اجاره گیرنده باطنی تثبیت گردد، آنهم بعد از خطاری که از جانب اجاره دهنده در این خصوص به او صادر می شود.».

نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط به نظر می رسد:

۱- حق تقدم بر منقولات و محصولات ملکیت اجاره گیرنده از باطن ثابت می گردد مشروط بر این که اجاره دهنده صراحتاً اجاره از باطن را منع نموده باشد. اجاره گیرنده باطن، شخصی است که عین مستأجره را به اجاره باطنی گرفته است. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق عقود معین این دور از شرح ق. م گذشت، در صورتی که مستأجر تمام منفعت عین مستأجره را به دیگری به اجاره دهد، چنین عملی تنازل نامیده می شود. اما، اگر مستأجر قسمتی از منفعت عین مستأجره را به دیگری به اجاره دهد، چنین عملی اجاره باطنی نامیده می شود. پس، فرقی که میان تنازل از اجاره و اجاره باطنی وجود دارد این است که در تنازل مستأجر تمام منفعت عین مستأجره را که به موجب عقد اجاره که مالک آن شده است، به دیگری (متنازل له) به اجاره می دهد. اما، در اجاره باطنی قسمتی از این منفعت را به اجاره می دهد.^{۵۴۳}

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود می تواند آن را به جمشید کلاً یا قسماً به اجاره بدهد. در صورت اجاره کلی عمل احمد تنازل از اجاره است و در صورت اجاره قسمی، به حیث مثال، نصف آن، عمل محمود اجاره باطنی است. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین محمود را به اجاره بگیرد و احمد پنجاه جریب آن را به جمشید باوجود منع محمود به اجاره بدهد، اجاره جمشید اجاره باطنی است. هرگاه فاروق اموال منقول و محصولات جمشید را به رهن بگیرد و این اموال به فروش رسد، فاروق در خصوص پول فروش این اموال بر سایر داینین جمشید حق تقدم دارد.

۲- اگر اجاره باطنی صراحتاً منع نشده باشد، حق تقدم، تنها در مبالغی عملی می شود که استحقاق اجاره گیرنده اصلی بر ذمه اجاره گیرنده باطنی تثبیت گردد، آنهم بعد از خطاری که از جانب اجاره دهنده در این خصوص به او صادر می شود. تعریف اجاره باطنی در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود احمد را از اجاره باطنی منع نکرده باشد و محمود صد جریب زمین خویش را به احمد در برابر اجرت صد لک افغانی به اجاره داده باشد و احمد نصف این زمین را به جمشید در برابر اجرت پنجاه لک افغانی به اجاره باطنی دهد، حق تقدم صرف در مبلغ پنجاه لک افغانی ثابت می گردد.

در این مثال، احمد اجاره گیرنده اصلی، جمشید اجاره گیرنده باطنی و محمود مالک زمین است. در این صورت، محمود باید به احمد اخطار دهد. نص این ماده از نظر عقلی غیرتوجیه پذیر و از نظر عملی غیرقابل تطبیق به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق تقدم در اجاره باطنی است.

همچنین، طبق ماده ۲۴۰۵ ق. م: «حقوق مندرج ماده (۲۴۰۲) این قانون بعد از پرداخت حقوق مندرج مواد (۲۳۹۷-۲۴۰۱) این قانون از ثمن اموالی که حق تقدم دارد تحصیل می شود. مگر اینکه حقوق مندرج مواد (۲۳۹۷-۲۴۰۱) در حق اجاره دهنده به اعتبار اینکه حایز دارای حسن نیت است، غیر نافذ شمرده شود.».

۵۴۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۶)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۶۱-۶۶۲.

از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد. قاعده این است که حقوق مندرج ماده (۲۴۰۲) این قانون بعد از پرداخت حقوق مندرج مواد (۲۳۹۷-۲۴۰۱) این قانون از ثمن اموالی که حق تقدم دارد تحصیل می‌شود.

نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۲۴۰۲ ق. م است. بنابراین، طبق نص این ماده مرتبه حق مؤجر در مرتبه هفتم بعد از پرداخت مصارف قضاء، مالیات و محصول دولت، مصارف حفظ و ترمیم مال مرهونه، حقوق امتیاز عامه و مصارف مربوط به زراعت و آلات زراعتی، قرار دارد. بنابراین، حق مؤجر بعد از پرداخت مصارف مذکور پرداخت می‌شود که تفصیل و مثال آن در ذیل ماده ۲۴۰۲ ق. م گذشت. استثنای این قاعده این است که حقوق مندرج مواد (۲۳۹۷-۲۴۰۱) در حق اجاره دهنده به اعتبار اینکه حایز دارای حسن نیت است، غیر نافذ شمرده شود. تعریف حسن نیت در مبحث حیات گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را غصب نماید و آن را به جمشید به اجاره بدهد در صورت فروش منقولات جمشید که بر زمین اند احمد حق تقدم نسبت به پرداخت مصارف قضاء، مالیات و محصول دولت، مصارف حفظ و ترمیم مال مرهونه، حقوق امتیاز عامه و نظیر اینها که تفصیل آنها در مواد (۲۳۹۷-۲۴۰۱) ق. م گذشت ندارد. دلیل این قاعده به نظر می‌رسد سوء نیت اجاره گیرنده و حرمان از این حق توسط قانون است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حق تقدم اجاره دهنده در صورت فروش اموال منقول مربوط به اجاره گیرنده که در عین مستأجره وجود دارد و استثنای آن است.

همچنین، طبق ماده ۲۴۰۶ ق. م: «(۱) هرگاه اموالی که حق تقدم بر آن ثابت باشد، از عین اجاره داده شده با وجود اعتراض اجاره دهنده یا بدون علم او انتقال نماید و در عین مذکور اموال کافی برای ضمان حقوق متقدم باقی نماند، حق تقدم بر اموال نقل شده باقی می‌ماند، مگر بقای این حق حقوق غیر را که با حسن نیت در اموال مذکور کسب نموده، متضرر نمی‌سازد؛ (۲) اگر اجاره دهنده در میعاد قانونی حجز را حاصل نمود، حق تقدم تا مدت سه سال باقی می‌ماند، با این هم اگر مال مذکور در بازار عام یا در مزایده علنی یا به تاجر اختصاصی چنین اموال بر مشتری دارای حسن نیت به فروش رسیده باشد، اجاره دهنده مکلف است، ثمن را به مشتری رد نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می‌گردد:

نخست این که هرگاه اموالی که حق تقدم بر آن ثابت باشد، از عین اجاره داده شده با وجود اعتراض اجاره دهنده یا بدون علم او انتقال نماید و در عین مذکور اموال کافی برای ضمان حقوق متقدم باقی نماند، حق تقدم بر اموال نقل شده باقی می‌ماند. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است.^{۵۴۴}

ضمان چنانچه گفته شد به معنی جبران خسارت است. اما، به نظر می‌رسد ضمان در نص این ماده در مفهوم تضمین است. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود منقولات از قبیل تراکتور، مرکب، گاو و نظیر اینها را به فروش رساند و ملکیت این اموال باوجود اعتراض اجاره دهنده یا بدون آگاهی او به خریدار منتقل شود و در این اموال تضمین کافی برای دریافت اجرت اجاره دهنده وجود داشته باشد، اجاره دهنده نسبت به ثمن فروش این اموال حق تقدم دارد.

۵۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۵۳.

به حیث مثال، اگر در این مثال، محمود وسایل زراعتی را به جمشید به فروش رساند، احمد می تواند اول پول خویش را بگیرد و بقیه آن را محمود بگیرد. استثنای این قاعده این است که بقای این حق حقوق غیر را که با حسن نیت در اموال مذکور کسب نموده، متضرر نمی سازد. تعریف حسن نیت در مبحث حیات گذشت. به حیث مثال، در این مثال جمشید وسایل زراعتی را با حسن نیت از محمود خریده است و حق تقدم احمد نسبت به ثمن فروش وسایل زراعتی حق جمشید را متأثر نمی کند. بنابراین، احمد نمی تواند مانع نقل و انتقال وسایل زراعتی به جمشید شود.

دوم این که اگر اجاره دهنده در معیاد قانونی حجز را حاصل نمود، حق تقدم تا مدت سه سال باقی می ماند. تعریف حجز در مبحث حیات گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد وسایل زراعتی محمود را تحت حجز قرار دهد، حق تقدم احمد بر اموال منقول و وسایل زراعتی محمود برای مدت سه سال باقی می ماند. سوم این که اگر مال در بازار عام یا در مزایده علنی یا به تاجر اختصاصی چنین اموال بر مشتری دارای حسن نیت به فروش رسیده باشد، اجاره دهنده مکلف است، ثمن را به مشتری رد نماید. تعریف مزایده و علنی گذشت. نص این ماده به نظر می رسد که مفهوم درست را افاده نمی کند. زیرا، طبق نص این ماده اگر مال در بازار به فروش رسد یا از طریق مزایده علنی به فروش رسد یا به تاجر به فروش رسد یا به مشتری دارای حسن نیت که تعریف آن در مبحث حیات گذشت به فروش رسد، اجاره گیرنده مکلف است ثمن را به مشتری رد نماید. مشتری شخصی است که مال را می خرد و معمولاً پول پرداخت می نماید. پول معمولاً به بایع پرداخت می شود. طبق نص این ماده اجاره دهنده مکلف است پول را به مشتری رد نماید که از نظر عملی و منطقی ناممکن است. قابل توصیه است نص بند سوم ق. م که معنی درست را افاده نمی نماید حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق تقدم اجاره دهنده است.

۳) امتیاز صاحب هتل: در خصوص حق تقدم صاحبات هتل قواعد ذیل در ق. م وجود دارد:

۱- طبق ماده ۲۴۰۷ ق. م: «مبالغی را که صاحب هتل بر ذمه مسافر از درک کرایه خدمات و مصارف مستحق می شود، بر امتعه مسافری که در هتل مذکور یا ملحقات آن باشد، حق تقدم داده می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده مبالغی را که صاحب هتل بر ذمه مسافر از درک کرایه خدمات و مصارف مستحق می شود، بر امتعه مسافری که در هتل مذکور یا ملحقات آن باشد، حق تقدم داده می شود. مبالغ جمع مبلغ است. مبلغ در لغت به معنی اندازه از پول است.^{۵۴۵} تعریف ذمه گذشت. امتعه واژه عربی است که جمع آن متاع می باشد که در لغت به معنی کالا است.^{۵۴۶} معنی اصطلاحی امتعه از معنی لغوی آن دور به نظر نمی رسد. بنابراین، امتعه عبارت از کالا است که در بازار قابل خرید و فروش می باشد. تعریف ملحقات گذشت. به حیث مثال، اگر احمد برای یک هفته در هتل انترکاننتنل بود و باش نماید و احمد پول کرایه هتل، غذا و سایر خدمات مانند حوض آبازی، باشگاه ورزشی و نظیر اینها را نداشته باشد و کالاهای و وسایل احمد مانند کامپیوتر، بکس، لباس، ساعت، موبایل و نظیر اینها به فروش رسد، صاحب هتل نسبت به سایر داینین احمد حق تقدم دارد. بنابراین، اول باید پول صاحب هتل پرداخته شود و سپس دین سایر

545. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸). (آخرین بازدید ۸ / ۱۸ / ۲۰۱۶).

546. Ibid (۲۰۱۶ / ۴ / ۷). (آخرین بازدید ۷ / ۴ / ۲۰۱۶).

داینین احمد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق تقدم صاحب هتل نسبت به سایر داینین است.

۲) طبق ماده ۲۴۰۸ ق.م: «صاحب هتل بر هر امتعه ای که توسط مسافر در هتل آورده شده باشد، حق تقدم دارد گرچه در ملکیت مسافر مذکور نباشد، مشروط بر اینکه علم صاحب هتل به ملکیت غیر هنگام ورود مال ثابت نگردد یا امتعه مذکور مسروقه یا ضایعه نباشد، تا وقتی که صاحب هتل حقوق خود را کاملاً اخذ نکند، می‌تواند از نقل دادن امتعه مسافر مخالفت نماید. در صورتی که امتعه با وجود مخالفت او بدون علم او انتقال داده شود، حق تقدم صاحب هتل در آن باقی می‌ماند، مگر این حق حقوقی را که شخص ثالث با حسن نیت اکتساب نموده متاثر نمی‌سازد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می‌گردد:

۱- صاحب هتل بر هر امتعه ای که توسط مسافر در هتل آورده شده باشد، حق تقدم دارد گرچه در ملکیت مسافر مذکور نباشد، مشروط بر اینکه علم صاحب هتل به ملکیت غیر هنگام ورود مال ثابت نگردد یا امتعه مذکور مسروقه یا ضایعه نباشد. تعریف امتعه، مسروقه و ضایعه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد برای یک هفته در هتل انترکانتینتال بود و باش نماید و احمد پول کرایه هتل، غذا و سایر خدمات مانند حوض آبیاری، باشگاه ورزشی و نظیر اینها را ندانسته باشد و کالاها و وسایل احمد مانند کامپیوتر، بکس، لباس، ساعت، میایل و نظیر اینها به فروش رسد، صاحب هتل نسبت به سایر داینین احمد حق تقدم دارد هرچند این وسایل مربوط به شخص ثالث باشد. بنابراین، اول باید پول صاحب هتل پرداخته شود و سپس دین سایر داینین احمد. در چنین حالتی شرط است که صاحب هتل نداند که مال متعلق به شخص سوم یا مسروقه است. عبارت ضایعه در نص این ماده زاید به نظر می‌رسد و قابل توصیه است از نص این ماده حذف گردد.

۲- وقتی که صاحب هتل حقوق خود را کاملاً اخذ نکند، می‌تواند از نقل دادن امتعه مسافر مخالفت نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد، بخواهد کالاها را خویش را نقل و انتقال دهد صاحب هتل می‌تواند مانع نقل و انتقال کالاها را محمود شود تا زمانی که پول خویش را از محمود بگیرد.

۳- در صورتی که امتعه با وجود مخالفت او بدون علم او انتقال داده شود، حق تقدم صاحب هتل در آن باقی می‌ماند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد بخواهد کالاها را خویش را بدون آگاهی صاحب هتل از هتل انتقال دهد، حق تقدم صاحب هتل همچنان بر کالاها باقی است. این اصل است. استثنای این اصل این است که این حق حقوقی را که شخص ثالث با حسن نیت اکتساب نموده متاثر نمی‌سازد. به حیث مثال، اگر جمشید با حسن نیت امتعه احمد را خریداری نموده باشد، حق تقدم صاحب هتل نمی‌تواند حق تملک جمشید را متاثر سازد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق تقدم صاحب هتل نسبت به سایر داینین است.

۳- طبق ماده ۲۴۰۹ ق.م: «حق صاحب هتل از لحاظ تقدم در عین درجه ای قرار می‌گیرد که اجاره دهنده در آن قرار دارد، و در صورت یکجا شدن هر دو حق، به حقی ترجیح داده می‌شود که تاریخ آن مقدم باشد، مگر اینکه به نسبت دیگری غیر نافذ باشد.» از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد:

نخست این که حق صاحب هتل از لحاظ تقدم در عین درجه ای قرار می‌گیرد که اجاره دهنده در آن قرار دارد. چنانچه تفصیل آن در بالا گذشت، مرتبه حق مؤجر در مرتبه هفتم بعد از پرداخت مصارف قضاء، مالیات و محصول دولت، مصارف حفظ و ترمیم مال مرهونه، حقوق امتیاز عامه و مصارف مربوط به زراعت و آلات زراعتی،

قرار دارد. بنابراین، حق صاحب هتل نیز طبق نص این ماده در مرتبه هفتم و در عین درجه اجاره گیرنده قرار می گیرد. به نظر می رسد دلیل این که این دو حق در عین درجه قرار دارند این است که هر دو در واقع اجاره است. در اجاره زمین، زمین محل عقد اجاره است و در اجاره هتل اطاق محل عقد اجاره است. دوم این که و در صورت یکجا شدن هر دو حق، به حقی ترجیح داده می شود که تأریخ آن مقدم باشد. این اصل است. به حیث مثال، اگر در یک مورد حق صاحب هتل و حق اجاره گیرنده در عین درجه قرار بگیرد، باید به حقی ترجیح داده شود که تأریخ آن مقدم باشد.

استثنای این اصل این است که حق اجاره دهنده یا صاحب هتل به دلیل دیگری غیرنافذ باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد زمین فاروق را به محمود به اجاره بدهد بدون این که نایب فاروق باشد این عقد نافذ نیست. بنابراین، در این صورت، حق دریافت پول از فروش امتعه احمد با آنکه تأریخ آن متأخر از اجاره است در اولویت قرار می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده قرار دادن حق اجاره دهنده زمین و صاحب هتل در عین درجه است.

(۳) طبق ماده ۲۴۱۰ ق. م: «آنچه بایع شی منقول، از رهگذر ثمن و ملحقات آن مستحق می شود حق تقدم را بر شی مبیعه تا وقتی داشته می باشد که مبیعه کیفیت خود را حفظ نماید. تقدم مذکور با در نظر گرفتن مواد خاص به تجارت حقوق شخص ثالث که به حسن نیت کسب نموده باشد، اخلاص نمی کند.»، به نظر می رسد در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۱- آنچه بایع شی منقول، از رهگذر ثمن و ملحقات آن مستحق می شود حق تقدم را بر شی مبیعه تا وقتی داشته می باشد که مبیعه کیفیت خود را حفظ نماید. بایع شخصی است که مال را می فروشد. ثمن در لغت به معنی پول است. ملحقات جمع ملحقه و ملحقه تأنیث ملحق است که در لغت به معنی اضافه شده ها، ضمیمه ها و پیوست ها است.^{۵۴۷} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد که ملحقات چیزهایی است که با اصل شی ضمیمه می شوند، مانند کلید قفل، گوساله شیرخوار گاو، زمین حویلی و نظیر اینها.

مبیعه مالی است که محل عقد بیع قرار می گیرد. به نظر می رسد نص این ماده معنی درست را افاده نمی نماید. زیرا، در صورتی که فروشنده مال منقول خویش مانند قالین، موتر، یخچال و نظیر اینها را به فروش رساند حق تقدم را نسبت به پول و ملحقات آن دارد. طبق نص این ماده روشن نیست که مدیون کیست. داین کیست و کدام داین نسبت به کدام داین حق تقدم را دارد.

همچنین، طبق نص این ماده هیچ مالی به رهن رسمی، رهن حیازی، حق حبس و حق اختصاص گرفته نشده است. در ضمن، معمولاً داین مال مدیون خویش را به رهن رسمی، رهن حیازی می گیرد یا حق اختصاص را نسبت به آن ایجاد می نماید یا از حق حبس مال مدیون استفاده می نماید. طبق نص این ماده هیچ یک از این حق ها وجود ندارد و آنچه طبق نص این ماده وجود دارد این است که بایع نسبت به ثمن مال منقول خویش و ملحقات آن حق تقدم دارد. اما، معلوم نیست که این حق تقدم نسبت به کی است. بدیهی است که در صورت فروش مال پول آن متعلق به فروشنده است. بدیهیات معمولاً در ق. م تنظیم نمی شوند. قابل توصیه است نص این ماده از ق. م حذف گردد.

۲- حق تقدم بايع با در نظر گرفتن مواد خاص به تجارت حقوق شخص ثالث که به حسن نیت کسب نموده باشد، اخلال نمی‌کند. با توجه به این که بند اول این ماده به نظر می‌رسد که مفهوم درست را افاده نمی‌نماید این بند نیز به تبع بند اول که مرتبط با آن است به نظر می‌رسد که مفهوم درست را افاده نمی‌کند. قابل توصیه است نص این ماده از ق. م حذف گردد. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می‌آورند: «احمد بايع مقدار یک هزار سیر بادام کاغذی مزاری خود را بر محمود مشتری به ثمن پنج لک افغانی به ثمن معجل به بيع قطعی بفروشد، احمد بايع از این رهگذر مستحق ثمن مذکور مبلغ پنج لک افغانی می‌شود. احمد بايع تا حصول ثمن معجل مذکور حق تقدم را بر شی مبیعۀ تا وقتی داشته می‌باشد که مبیعۀ کیفیت خود را حفظ نماید و از رهگذر احکام خاص تجارتي به کیفیتی که در مرحله اول بيع بوده باقی ماند و در فروش آن در بازار به کیفیت خوب اولی تغییری وارد شود با وصف آن تقدم مذکور حقوق شخص ثالث را که با حسن نیت آن را از مشتری مذکور خریداری نموده اخلال نمی‌کند.»^{۵۴۸} به نظر می‌رسد که این مثال مفهوم درست را افاده نمی‌نماید.

۳) طبق ماده ۲۴۱۱ ق. م: «حق تقدم مندرج ماده (۲۴۱۰) این قانون از لحاظ درجه بعد از حقوق تقدم مندرج مواد قبل آن که بر منقول واقع است می‌باشد، مگر با وجود آن در مورد حقوق اجاره دهنده و صاحب هتل که عالم بودن آنها به بيع هنگام گذاشتن مبیعۀ در عین اجاره داده شده یا هتل ثابت شود تطبیق می‌گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۲۴۱۰ ق. م است. در نص این ماده یک قاعده و یک استثناء به نظر می‌رسد. اصل این است که حق تقدم مندرج ماده (۲۴۱۰) این قانون از لحاظ درجه بعد از حقوق تقدم مندرج مواد قبل آن که بر منقول واقع است می‌باشد. استثنای این قاعده این است که در مورد حقوق اجاره دهنده و صاحب هتل که عالم بودن آنها به بيع هنگام گذاشتن مبیعۀ در عین اجاره داده شده یا هتل ثابت شود تطبیق می‌گردد.

با توجه به این که نص ماده ۲۴۱۰ ق. م به نظر می‌رسد که معنی درست را افاده نمی‌نماید، نص این ماده که مرتبط به ماده ۲۴۱۰ ق. م است که به نظر می‌رسد که معنی خویش را از دست می‌دهد. قابل توصیه است نص این ماده از ق. م حذف گردد. برخی نویسندگان در خصوص این ماده چنین مثال می‌آورند: «احمد مسافر مقدار یک هزار سیر بادام کاغذی مزاری امتعه و مال خود را که در ملحقات هتل قرار دارد بالای محمود به ثمن معجل مبلغ پنج لک افغانی به بيع قطعی به فروش می‌رساند در حالی که صاحب هتل اجاره دهنده عالم بودن آنها هنگام گذاشتن مبیعۀ و بيع آن ثابت شود حقوق مبالغ صاحب هتل و مالک اجاره دهنده از درک کرایه اموال مذکور و خدمات و مصارف هتل مذکور بر حق بايع شی فروش از رهگذر ثمن آن مقدم شناخته شده اولاً تطبیق می‌گردد و ثانیاً حق تقدم بايع مذکور از ثمن آن و امتعه تأدیۀ و تطبیق می‌شود.»^{۵۴۹} به نظر می‌رسد که این مثال معنی درست را افاده نمی‌نماید و قابل فهم نیست.

۴) طبق ماده ۲۴۱۲ ق. م: «(۱) شرکائی که مال منقول را بین خود تقسیم نمایند، به منظور تأمین حق رجوع بر یکدیگر به سبب تقسیم مذکور و استیفاء بدل، حق تقدم را در آن دارا می‌باشند. (۲) تقدم متقاسم با تقدم بايع در عین درجه قرار می‌گیرد و در یکجا شدن هر دو حق، به تأریخ سابق ترجیح داده می‌شود.» به نظر می‌رسد در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۵۴۸. یادگار راجی سمنگانی (۱۳۹۰)، تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد چهارم (____)، ص ۲۳۸.

۵۴۹. همان، یادگار راجی سمنگانی، ص ۲۳۹.

نخست این که شرکائی که مال منقول را بین خود تقسیم نمایند، به منظور تأمین حق رجوع بر یکدیگر به سبب تقسیم مذکور و استیفاء بدل، حق تقدم را در آن دارا می باشند. تعریف منقول در فصل اول این کتاب گذشت. همچنین، تعریف تقسیم در فصل تقسیم این کتاب گذشت. استیفاء از ریشه «وفی» گرفته شده است که در لغت به معنی تماماً گرفتن و طلب مکمل کردن است. در اصطلاح حقوقی، استیفاء عبارت از گرفتن حق است به طور کامل از دیگری.^{۵۵۰} بدل در لغت به معنی عوض است.

به حیث مثال، اگر احمد و حمیده ده تخته قانون و ده عراده موتر را از پدر خویش به ارث ببرند، این اموال میان احمد و حمیده مشترک است. در صورتی که احمد و حمیده این اموال را تقسیم نمایند، به عنوان نمونه، هر کدام پنج عراده موتر و پنج عراده قالین را بگیرند، به منظور اطمینان از این که هر کدام سهم خویش را گرفته اند حق تقدم را در اموال تقسیم شده دارند. نص این ماده به نظر می رسد که عاری از ایراد نیست. زیرا، در این صورت نه مالی به رهن داده شده است. نه بر مال حق اختصاص ایجاد شده است و نه حق حبس. معلوم نیست که شرکاء بر کی حق تقدم را دارند.

دوم این که تقدم متقاسم با تقدم بایع در عین درجه قرار می گیرد و در یکجا شدن هر دو حق، به تأریخ سابق ترجیح داده می شود. نص این ماده مرتبط به ماده ۲۴۱۰ ق. م است. ایرادی که بر نص ماده ۲۴۱۰ ق. م وارد است بر نص فقره (۱) ماده ۲۴۱۲ این ماده نیز وارد به نظر می رسد. به نظر می رسد نص این ماده با توجه به عدم افاده معنی ماده ۲۳۱۰ ق. م و فقره (۱) این ماده، معنی درست را افاده نمی نماید. قابل توصیه است نص این ماده از ق. م حذف گردد.

برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «هرگاه احمد بایع چهار تخته قالین خود را بالای دو نفر شرکاء بفروشد و ثمن آن بالای شرکاء باشد و بعداً دو نفر شرکای مذکور اموال منقول مذکور را بین خود تقسیم رضایی نمایند، در این صورت حق تقدم متقاسم بایع در چهارتخته قالین مذکور در عین درجه قرار می گیرد یعنی بایع غرض حصول ثمن مبیعه حق تقدم را بر مبیعه دارد. همچنین، شرکای مذکور به منظور تأمین حقوق خویش حق رجوع بر یکدیگر را به سبب استیفاء بدل حق تقدم را دارا می باشند. چون تأریخ تقدم بایع بر فروش چهار تخته قالین بایع بر فروش چهار تخته بالای شرکاء و بعداً تقسیم رضایی اموال بین شرکاء مقدم می باشد. بنابراین، بر حق تقدم بایع غرض حصول ثمن آن بر چهار تخته قالین مذکور ترجیح داده می شود.»^{۵۵۱} این مثال قابل فهم به نظر نمی رسد.

ج) حقوق تقدمی که بر عقار واقع می گردد

حقوق تقدمی که بر عقار واقع می گردد تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۲۴۱۳ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) ثمن عقار و ملحقات آن که بایع مستحق آن می شود، بر عقار مذکور حق تقدم دارد؛ و (۲) باید حق تقدم قید گردد، گرچه مبیعه ثبت گردیده باشد و مرتبه آن از تأریخ قید اعتبار داده می شود.» نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۱- ثمن عقار و ملحقات آن که بایع مستحق آن می شود، بر عقار مذکور حق تقدم دارد. تعریف ثمن، ملحقات و بایع گذشت. به نظر می رسد نص این ماده معنی درست را افاده نمی کند. زیرا، طبق نص این ماده بایع در

۵۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۶۶.

۵۵۱. یادگار راجی سمنگانی (۱۳۹۰). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد چهارم (—)، ص ۲۴۰.

دریافت ثمن مبیعه و ملحقات مبیعه حق تقدم دارد. طبق نص این ماده این حق تقدم را بایع بر سایر اشخاص ندارد بلکه بر عکار دارد. در حالی که باید این حق را بایع نسبت به سایر اشخاص داشته باشد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۲- حق تقدم باید قید گردد، گرچه مبیعه ثبت گردیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون محمود باشد و محمود زمین احمد را به رهن بگیرد، باید رهن و به تبع آن حق تقدم دریافت دین احمد از پول فروش زمین ثبت محکمه گردد.

۳- مرتبه حق تقدم از تاریخ قید اعتبار داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون محمود باشد و ده لک مدیون جمشید باشد و اول محمود زمین احمد را به رهن بگیرد و آن را ثبت محکمه نماید و سپس جمشید زمین را بگیرد و ثبت محکمه نماید، حق تقدم احمد بر جمشید براساس تاریخ ثبت رهن و حق تقدم اولویت دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ثبت حق تقدم است.

۲) طبق ماده ۲۴۱۴ ق. م: «(۱) مبالغ استحقاق مقاوله کنندگان و مهندسین معماری ای که اعمار بناء یا تأسیسات دیگر یا اعاده اعمار یا ترمیم عمارت یا حفاظت آن به آنها تفویض می شود، در حدود مقداری که از رهگذر اعمال مذکور در قیمت عکار در وقت بیع آن افزودی به عمل آید، حق تقدم بر بناء یا تأسیسات مذکور داده می شود؛ و (۲) باید حق در سند رسمی قید بوده قیمت مبالغ در آن درج باشد. همچنین، باید طبق احکام قانون ثبت اسناد ثبت گردد و مرتبه این تقدم از تاریخ ثبت آن اعتبار دارد.»، نص این ماده بسیار طولانی است مخصوصاً نص فقره اول. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مبالغ استحقاق مقاوله کنندگان و مهندسین معماری ای که اعمار بناء یا تأسیسات دیگر یا اعاده اعمار یا ترمیم عمارت یا حفاظت آن به آنها تفویض می شود، در حدود مقداری که از رهگذر اعمال مذکور در قیمت عکار در وقت بیع آن افزودی به عمل آید، حق تقدم بر بناء یا تأسیسات مذکور داده می شود. به نظر می رسد نص این ماده معنی درست را افاده نمی کند. زیرا، طبق نص ماده اجوره مقاوله کننده (پیمانکاران) و مهندسین که اعمار، ترمیم و یا حفاظت بناء به آن محول شده است، در صورتی که بناء به فروش برسد و به سبب ترمیم و حفظ در قیمت عکار افزایش آمده باشد، حق تقدم به بناء داده می شود. طبق نص این ماده این حق تقدم به بناء داده می شود و نه مهندسین و مقاوله کنندگان نسبت به سایر داینین صاحب بناء.

۲- باید حق در سند رسمی قید بوده قیمت مبالغ در آن درج باشد. با توجه به این که فقره (۱) ماده معنی درست را افاده نمی نماید، نص فقره (۲) نیز که مرتبط به فقره (۱) است به نظر می رسد که معنی خویش را از دست می دهد.

۳- همچنین، باید طبق احکام قانون ثبت اسناد ثبت گردد و مرتبه این تقدم از تاریخ ثبت آن اعتبار دارد. با توجه به این که فقره (۱) ماده معنی درست را افاده نمی نماید، نص فقره (۳) نیز که مرتبط به فقره (۱) است به نظر می رسد که معنی خویش را از دست می دهد. در تدوین نص این ماده قانونگذار مدنی دقت لازم علمی را به خرج نداده است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۳) طبق ماده ۲۴۱۵ ق. م: «هرگاه شرکاء عکار مشترك را بین خود تقسیم نمایند، برای هر يك به منظور تأمین حصص آنها از رهگذر حق رجوع بر یکدیگر حق تقدم داده می شود، حق مطالبه به اندازه معادل قسمت

نیز شامل این حق می باشد. باید این حق قید گردد و مرتبه آن از تأریخ قید اعتبار دارد.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه شرکاء عقار مشترك را بین خود تقسیم نمایند، برای هر يك به منظور تأمین حصص آنها از رهگذر حق رجوع بر یکدیگر حق تقدم داده می شود. نص این ماده به نظر می رسد که معنی درست را فاده نمی نماید و نمی توان برای آن مثال عملی قابل توجیه ارایه کرد. زیرا، در صورتی که یک شریک سهم یا حصه خویش را به دست نیاورد می تواند با سایر شرکاء رجوع نماید و یک شریک بر شریک دیگر حق تقدم ندارد زیرا سهم و حق همه امکان دارد مساوی باشد. به حیث مثال، اگر پانزده جریب زمین میان احمد، حمیده و محمود مشترک باشد و زمین را میان خویش تقسیم نمایند، برای که اطمینان حاصل نمود هر یک از شرکاء حصه خویش را به دست آورده اند بر یکدیگر حق تقدم دارند.

۲- حق مطالبه به اندازه معادل قسمت نیز شامل این حق می باشد. نص این بند مرتبط به بند اول است و چون بند اول به نظر می رسد که معنی درست را افاده نمی کند، به نظر می رسد که نص این بند نیز معنی خویش را از دست می دهد.

۳- باید این حق قید گردد و مرتبه آن از تأریخ قید اعتبار دارد. نص این بند مرتبط به بند اول است و چون بند اول به نظر می رسد که معنی درست را افاده نمی کند، به نظر می رسد که نص این بند نیز معنی خویش را از دست می دهد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. از آنچه گفته شد، به نظر می رسد طبق نص این ماده در صورتی که شرکاء عقار مشترك را میان خود تقسیم نمایند، هر یک از شرکاء حق رجوع بر شریک دیگر را دارد.

عبارت برای هر يك از شرکا به منظور تأمین حصص آنها از رهگذر حق رجوع بر یکدیگر حق تقدم داده می شود در این ماده مبهم به نظر می رسد زیرا در حق رجوع بر حق شریک اصلاً حق تقدم مطرح نمی شود، مگر این که یک شریک بخواهد حصه مفروزه خویش را به شخص ثالث به فروش رساند. در این صورت، به نظر می رسد که شریک حق رجوع بر حق شریک را دارد. همچنین، طبق نص این ماده به نظر می رسد که در صورتی که مال مشترك غیرمنقول میان شرکاء تقسیم شود و حصص شرکاء غیرمعادل؛ یعنی حصه یک شریک بر شریک دیگر بیشتر باشد، شریکی که حصه او کمتر است حق تقدم رجوع بر شریکی را که حصه بیشتر را گرفته است دارد. به نظر می رسد این حق زمانی قابل تطبیق است که تقسیم قضایی باشد و حق رجوع در محکمه ذیصلاح قید گردیده باشد.

مبحث سوم: فرق بین حقوق عینی اصلی و تبعی

مشابهت حق عینی اصلی و حق عینی تبعی این است که هر دو از شاخه های حق های عینی اصل اند. اما، تفاوت حق عینی اصل و حق عینی تبعی قرار ذیل است:

۱) در حق عینی اصلی صاحب حق، مالک رقبه و منفعت شی پنداشته می شود و به صورت مستقیم و بدون واسطه به صورت کامل و یا ناقص می تواند از آن استفاده نماید. ولی، در حقوق عینی تبعی رقبه و منافع ملک به مدیون تعلق دارد و داین می تواند در صورت عدم پرداخت دین توسط مدیون، به اجازه عین را تحت رهن، حق حبس و حق اختصاص قرار داده و از طریق بیع مال مرهونه و محبوسه دین خود را وصول نماید؛

۲) حق عینی اصلی مستقل است و تابع هیچ دینی نیست. در حالی که حق عینی تبعی تابع دین است و در صورت پرداخت دین از بین می‌رود؛

۳) صاحب حق عینی اصلی مالک ملکیت منفعت و رقبه آن می‌باشد. در حالی که صاحب حق عینی تبعی نه مالک ملکیت رقبه (ذات عین) و نه هم مالک منفعت آن می‌باشد؛

۴) صاحب حق عینی اصلی از ملکیت خود به صورت مستقیم استفاده می‌نماید و صلاحیت هر گونه تصرف در آن را دارد. در حالی که صاحب حق عینی تبعی به صورت غیر مستقیم حق خود را بالای عین اعمال می‌نماید؛ و

۵) حق عینی اصلی شامل ملکیت کامل، ملکیت ناقص و حق‌های ارتفاق می‌شود. حق عینی تبعی شامل حق رهن رسمی، رهن حیازی، حق حبس، حق اختصاص و حق تقدم می‌گردد.

پایان جلد حقوق عینی

فهرست منابع

الف در:

اول کتب در فقه:

- ۱- اتاسی، محمد خالد (۱۳۷۰). شرح مجلة الاحکام، مترجمان: امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، کابل: انتشارات ستره محکمه.
- ۲- بصیرت، عبدالولی (۱۳۸۷). رهن از نظر مذهب حنفی و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات ریاست نشرات اکادمی علوم افغانستان.
- ۳- زحیلی، وهبة (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سلیمی، تهران: نشر احسان.
- ۴- ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۵). مجلة الاحکام، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا.
- ۵- سابق، سید (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، (۴) جلد، انتشارات محمدی سقر.
- ۶- شیخ الاسلامی، اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها.
- ۷- قرضایی، یوسف (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، (۲) جلد، تهران: نشر احسان.
- ۸- مغنیه، محمد جواد (۱۳۷۹). احوال شخصیه، ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسة، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس.
- ۹- محمسانی، صبحی رجب (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه.
- ۱۰- نذیر، داد محمد (۱۳۸۸) اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی.
- ۱۱- نذیر، داد محمد (۱۳۸۹). مبادئ علم حقوق، چاپ اول، کابل: انتشارات رسالت.
- ۱۲- وزیری، مجید (۱۳۸۴). حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل.

دوم) کتب در حقوق:

- ۱۳- امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، (۶) جلد، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه.
- ۱۴- افتخاری، جواد (۱۳۸۲). حقوق مدنی (۳) کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- ۱۵- بادینی، حسن (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰). حقوق اموال، چاپ پنجم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ۱۷- رسولی، محمد اشرف (۱۳۸۹). نقد و تحلیل قانون اساسی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۸- رسولی، عبدالحسین (۱۳۹۳). اموال و مالکیت در حقوق افغانستان، چاپ اول، انتشارات ابن سینا.
- ۱۹- ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲- ۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه.

- ۲۰- ژوبل، محمد عثمان (۱۳۹۰). مجموعه متحدالمال ها، مصوبات و رهنمود های ستره محكمه ج. ا. ا (۱۳۸۵-۱۳۸۹)، چاپ اول، کابل - افغانستان: مطبعه نبراسکا.
- ۲۱- دانش، سرور (۱۳۹۲). حقوق ادارى افغانستان، چاپ اول، انتشارات مؤسسه تحصيلات عالي ابن سينا.
- ۲۲- ساکت، محمد حسين (۱۳۸۶). شخصيت و اهليت در حقوق مدنى، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه.
- ۲۳- سمنگانی راجی، یادگار (۱۳۹۰). تشریح و توضیح قانون مدنى، جلد (۴)، (____)، (____).
- ۲۴- صلاح سلطان (____). ارث و وصیت در شریعت و قانون. متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.
- ۲۵- صفایی، سید حسین و قاسمزاده، سید مصطفی (۱۳۸۱). حقوق مدنى اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر.
- ۲۶- عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۷). مبادى حقوق، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۲۷- عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۶). شرح قانون اساسى، حقوق اساسى جمهورى اسلامى افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۲۸- قاسمى، عبدالخالق (۱۳۹۲). مسؤوليت مدنى ناشى از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب.
- ۲۹- قویم، احمد فهیم (۱۳۹۸). مجموعه متحدالمال های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محكمه جمهورى اسلامى افغانستان.
- ۳۰- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنى: قواعد عمومى قرار داد ها، (۵) جلد، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامى انتشار با همکارى بهمن برنا، ه. ش.
- ۳۱- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). عقود معین (۴): حقوق مدنى، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامى انتشار با همکارى بهمن برنا.
- ۳۲- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- ۳۳- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). حقوق مدنى: دوره عقود معین (۱) معاملات معوض - عقود تمليکى، چاپ نهم، تهران: نشر شرکت سهامى انتشار.
- ۳۴- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامى انتشار با همکارى بهمن برنا.
- ۳۵- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). فلسفه حقوق، ۳ جلد، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامى انتشار با همکارى بهمن برنا.
- ۳۶- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). دوره مقدماتى حقوق مدنى: اعمال حقوقى، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامى انتشار با همکارى بهمن برنا.
- ۳۷- نوری، محمد علی (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنى مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- ۳۸- ____ (۱۳۹۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایى ۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.

سوم: مقاله:

- ۳۹- حسینی، سید عبدالنواب (۱۳۹۳). دیت نفس و اعضاى بدن، مجله وکالت، سال چهارم، شماره ۲۷.

۴۰- خسروی نیا، بابک (۱۳۹۱). قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره دوم.

چهارم) فرهنگ ها:

۴۱- انصاری مسعود و طاهری محمد علی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، (۳) جلد، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.

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

۴۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸). الفارق، (۵) جلد، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.

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

۴۵- سیاح، عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ جامع نوین، ترجمه المنجد، (۲) جلد، چاپ پنجم، تهران: انتشارات اسلام.

۴۶- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ش.

۴۷- معین، محمد (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش.

پنجم) قوانین

۴۸- انون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان (۱۲۸۲). ۸۱۸ جریده رسمی.

۴۹- قانون مدنی (۱۳۵۵). ۳۵۳ جریده رسمی.

۵۰- قانون اصول محاکمات مدنی (۱۳۶۹). ۷۲۲ جریده رسمی.

۵۱- قانون تنظیم امور زمینداری (۱۳۹۶). ۱۲۵۴ جریده رسمی.

۵۲- قانون استملاک زمین (۱۳۹۶). ۱۲۵۸ جریده رسمی.

۵۳- قانون علفچر (۱۴۲۱ ق). ۷۹۵ جریده رسمی.

۵۴- قانون نفت و گاز (۱۳۸۷). ۹۷۲ جریده رسمی.

۵۵- قانون فروش عقار به نمایندگی های سیاسی دول خارجی و سازمانهای بین المللی (۱۳۸۷). ۹۴۷ جریده رسمی.

۵۶- قانون آب (۱۳۸۸). جریده رسمی ۹۸۰.

۵۷- قانون شکار و ابقای حیات وحش (۱۴۲۱ ق). ۷۹۵ جریده رسمی.

۵۸- قانون جنگلات (۱۴۲۱). ۷۹۵ جریده رسمی.

۵۹- قانون مسافرت و اقامت اتباع خارجی در افغانستان (۱۳۶۲). ۶۳۳ جریده رسمی.

۶۰- قانون حفظ آثار تاریخی و فرهنگی (۱۳۸۳). ۸۲۸ جریده رسمی.

۶۱- قانون معادن (۱۳۹۳). ۱۱۴۳ جریده رسمی.

ششم) فرامین تقنینی:

۶۲- تعدیل برخی احکام قانون استملاک (۱۳۸۴). فرمان تقنینی شماره ۷، ۸۴۹ جریده رسمی.

۶۳- فرمان رئیس دولت انتقالی اسلامی افغانستان در باره املاک (۱۳۸۲). فرمان تقنینی شماره ۸۳ مؤرخ

۱۳۸۲/۸/۱۸، ۸۱۶ جریده رسمی.

۶۴- فرمان رئیس اداره مؤقت در مورد عدم توزیع زمین های بکر و بایر دولتی (۱۳۸۱). فرمان تقنینی شماره ۹۹، ۸۰۲ جریده رسمی.

۶۵- فرمان رئیس اداره مؤقت در رابطه به منع توزیع زمین های دولتی خلاف ماستر پلان (۱۳۸۱). فرمان تقنینی شماره ۸۳۰، ۸۰۲ جریده رسمی.

هفتم) وب سایت ها:

66- <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (last visit: 9/3/2016) .

67- <https://www.vajehyab.com>

68- <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18>

69- http://www.bbc.co.uk/persian/afghanistan/2010/06/100614_k01_afghan_mines.shtml

70- <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> (آخرین بازدید ۹ / ۳ / ۲۰۱۶).

ب) عربی:

۷۱- الزحیلی، وهبة (____). الفقه الاسلامی و ادلته (۱۲) جلد، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ.
۷۲- احمد السنهور، عبدالرزاق (۲۰۰۲م). الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، (۱۴) جلد، بیروت، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی.

۷۳- القره داغی، علی محی الدین (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و العقد المکیة، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة.

۷۴- زیدان، عبدالکریم (۱۴۱۱ ق). المدخل لدراسة الشریعة الشریعة الاسلامیة، عمان، مکتبة البشائر.
۷۵- سعید الصاغرچی، اسعد محمد (____). الفقه الحنفی و ادلته، (۳) جلد، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیہ.

۷۶- مصطفی احمد، زرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، (۳) جلد، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر.

۷۷- محمود طهماز، عبدالحمید (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، ۵ ج، پاکستان: چاپ مکتب حقانیہ.

۷۸- _____ (۱۴۰۴ ق، ۱۹۸۳ ش). الموسوعة الفقهیة، (۴۵) جلد، الطبعة الثانية، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة.

ج) انگلیسی:

78-Bell, John, Boyron, Sophie and Whittaker, Simon (1380). Principles of French Law, first edit, Tehran: Dadqaster publication.

79-D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, first edit, Tehran: Arian bookshop.

- 80-Farhat J Ziadeh (1979). Property Law in The Arab World, first edit, London: Graham Trotman Limited.
- 81-Sprankling, John G (2017). Understanding Property Law, fourth edit, USA: Carolina Academic press, Duham, North Carolina.
- 82-Raden Aji Haqqi, Abdul- Rahman (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transctions, first edit, Malaysia: Center for reasch and training.
- 83-Kharofa, Alaeddin (2009). Transctions in Islamic Law, fourth edit, Kuala Lumpur: ASN.
- 84-Gerhard Robbers. An Introduction to German law (2002). Translated into Enlish by Miceal Jewll, fifth edit, (____): (____).
- 85-Ugo Mattei (2000). Basic Principles of Property Law, London: Greenwood press.



حاجی استاد نظام الدین عبدالله فرزند عبدالرحیم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکردرة 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 وجایب، 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 اسپسنت پروفیسور حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه/پوهنتون های خصوصی افغانستان است. او در این جریان مضامین حقوق وجایب (قواعد عمومی عقود)، حقوق وجایب (حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی)، 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 عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۴۰۱) شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیه، چاپ ششم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.

- ۶) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۸) نظام الدین عبدالله (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 پفیفر (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 داکتر 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.

Property Law

(Tenth Edition)

Author:

Nezamuddin Abdullah

(Assistant Professor of Law and PhD Candidate of Private Law)

2025