

مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان

نظام‌الدین عبدالله^۱

چکیده

موضوع مورد بحث این مقاله مسئولیت مدنی دولت است. در مورد مسئولیت مدنی دولت ماده ۵۱ ق. ا تصریح می‌نماید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند [...]». در خصوص این ماده سؤال‌های ذیل مطرح است:

(۱) مسئولیت مدنی دولت چیست؟

(۲) اسباب مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان چیست؟

(۳) آیا اعمال دولت در نظام حقوقی افغانستان تعریف و دسته‌بندی شده است؟

(۴) دولت افغانستان در کدام اعمال مسئولیت مدنی دارد؟

مسئولیت از ریشه «سأل» گرفته شده که به معنای بازخواست و مواخذه است. مسئولیت مدنی دولت عبارت از پاسخگو بودن دولت در برابر ضرر‌هایی است که به اشخاص حقیقی و حکمی خصوصی وارد نموده است.

در رابطه به مبنای مسئولیت مدنی دولت دو نظریه وجود دارد: نظریه تقصیر و خطر. طرفداران نظریه تقصیر بر این باور اند که: دلیل مسئولیت عامل زیان این است که او مرتکب تقصیر شده و فعل و یا ترک فعل عمدی وی سبب ورود خسارت به غیر گردیده است و براساس قواعد مسلم اخلاقی زیان رساننده از روی عمد، مورد نکوهش و مذمت است و در برابر زیان دیده مسئول است و باید جبران خسارت را بپردازد. در این نظریه، وجود رابطه سببیت میان خسارت و تقصیر ضرور است. مفهوم مخالف این نظریه این است که کسی که از روی عمد و مقصرانه زیان وارد نکند، ملزم به جبران خسارت نیست. طرفداران نظریه خطر بر این عقیده اند که هر کس به فعالیتی می‌پردازد، پیرامون خود محیط خطرناکی ایجاد می‌کند. او از محیط خطرناکی که ایجاد کرده است سود می‌برد. بنابراین، باید زیان‌های ناشی از آن را نیز متحمل شود. چون مقتضای عدالت و انصاف این است که هر کس خطرات

۱. استادیار حقوق (Assistant professor of law) در دانشگاه آمریکایی افغانستان.

زیان‌های ناشی از آن را نیز متحمل شود و منصفانه نیست که زیان دیده خسارت ناشی از عمل غیر را تحمل نماید.

اعمال دولت هنوز در قوانین افغانستان تعریف و دسته‌بندی نشده است. حقوق‌دانان در تعریف اعمال دولت می‌گویند: اعمال دولت مجموعه فعالیت‌ها و تصمیماتی است که دولت برای تأمین منفعت، نظم و امنیت و ارایه خدمات عمومی براساس قوانین و مقررات انجام می‌دهد، مانند: قانون‌گذاری، انعقاد قرارداد، اتخاذ تصمیم اداری، قضاوت و امثال اینها. حقوق‌دانان اعمال دولت را به اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری، اعمال سیاسی، اداری و قضایی و اعمال ملی و محلی تقسیم می‌نمایند. چون اعمال دولت در قوانین افغانستان دسته‌بندی نشده است، هنوز به طور قطع نمی‌توان گفت که دولت در کدام اعمال مسئولیت مدنی دارد و در کدام اعمال ندارد.

از زمان انفاذ ق. ۱۳۴۳ (۱۹۶۴) مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان پذیرفته شده است، اما مبنای دسته‌بندی اعمال دولت، نوع ضرر اعم از مادی، معنوی، مختلط و عدم النفع، جبران خسارت اعم از خسارت مادی، معنوی، مختلط و عدم النفع، بار اثبات مسئولیت مدنی دولت، مسئولیت مدنی قراردادی و مسئولیت مدنی غیرقراردادی (قهری) دولت و سایر مسایل مربوط به مسئولیت مدنی دولت هنوز جایگاه روشن در نظام حقوقی افغانستان ندارد. برای فراهم کردن زمینه‌های تطبیق ماده ۵۱ ق. ۱ تدوین قانون مسئولیت مدنی دولت مانند ایالات متحده آمریکا و جمهوری اسلامی ایران قابل توصیه به نظر می‌رسد.

لغات کلیدی: مسئولیت مدنی، دولت، اعمال دولت، ضرر، جبران خسارت

مقدمه

موضوع مورد بحث این مقاله مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان است. در خصوص مسئولیت مدنی دولت ماده ۵۱ ق. ۱ تصریح می‌نماید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند. به استثنای حالاتی که در قانون تصریح گردیده است، دولت نمی‌تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند». نص این ماده ناظر بر مسئولیت مدنی دولت است. تحلیل این ماده به دلیل عدم موجودیت قانون عادی و یا قانون خاص که قواعد مربوط به مسئولیت مدنی دولت را در نظام حقوقی افغانستان تنظیم نماید، مشکل به نظر می‌رسد. باوجوداین، در این نوشتار سعی بر این است تا در چهارچوب حقوق مقایسوی و نظریه‌های عمومی مسئولیت مدنی

این ماده تحلیل شود. در خصوص این ماده هفت سؤال مطرح است:

اول این که مسئولیت مدنی دولت چیست؟

دوم این که این مفهوم در کدام زمان وارد نظم حقوقی افغانستان شده است؟

سوم این که اسباب مسئولیت مدنی دولت چیست؟

چهارم این که در کدام اعمال دولت مسئولیت مدنی دارد؟

پنجم این که اتباع می توانند از طریق کدام دعوی علیه دولت اقامه دعوی نمایند؟

ششم این که مراجع رسیدگی و صدور حکم در مورد مسئولیت مدنی دولت کدام است؟ و

هفتم این که بار اثبات مسئولیت مدنی دولت بر عهده کیست و اثر مسئولیت مدنی دولت

چیست؟

در نظام حقوقی افغانستان تا اکنون در باره موضوع تحقیق، پژوهش دقیق صورت نگرفته است. در برخی کتاب ها که به صورت فرعی به بحث پیرامون مسئولیت مدنی دولت پرداخته شده است، عبارت اند از: کتاب حقوق اداری اثر آقای سرور دانش، حقوق اداری افغانستان اثر دکتر عبدالعلی محمدی و پایان نامه ماستری اثر آقای سیف الرحمن ستانکزی. تفاوت این مقاله با کتاب های مذکور این است که در این مقاله مسئولیت مدنی دولت در روشنایی ماده ۵۱ ق. ۱ از نظر حقوق عامه نه مدنی مورد بحث قرار گرفته است.

از نظر روش تحقیق، از روش توصیفی - تحلیلی در این مقاله استفاده به عمل آمده است. از نظر الگوی تحقیق، از الگوی کیفی استفاده صورت گرفته است. از نظر جمع آوری اطلاعات، از روش جمع آوری اطلاعات کتاب خانه ای استفاده صورت گرفته است.

مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان را در هفت مبحث مورد بحث قرار می دهیم: ابتدا به صورت عام مسئولیت و انواع مسئولیت را مورد بحث قرار می دهیم زیرا مسئولیت مدنی دولت یکی از انواع مسئولیت است که دانستن آن مستلزم دانستن مسئولیت است (۱). به تعقیب آن پیشینه مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان را مورد بحث قرار می دهیم (۲). سپس اسباب مسئولیت مدنی دولت را مورد مطالعه قرار می دهیم (۳). در ادامه به پاسخ این سؤال می پردازیم که دولت در کدام عمل مسئولیت مدنی دارد (۴). سپس دعوی اداری و انواع آن را مورد بحث قرار می دهیم (۵). متعاقب دعوی اداری مراجع رسیدگی به دعوی اداری را مورد بحث قرار می دهیم (۶) و بعد از آن بار اثبات و اثر مسئولیت مدنی دولت را مورد بحث قرار خواهیم داد (۷). در اخیر هم نتیجه گیری پیرامون پرسش های مطرحه و پیشنهاد در این مقاله خواهیم داشت.

۱. تعريف و انواع مسؤوليت

مسؤوليت از ریشه «سأل» گرفته شده که به معنای بازخواست، مواخذه، ضمانت و ضمان است.^۲ به طور عموم کسی که سؤال می‌کند را سائل (سوال کننده) و شخصی که از او سؤال می‌شود را مسؤول می‌گویند. به وضعیت شخص مسؤول، مسؤولیت می‌گویند. در اصطلاح حقوقی مسؤول کسی است که از وی بازخواست و سؤال کنند و در مقابل دیگران پاسخگوی فعل و یا ترک فعل خویش باشد. امروزه مسؤولیت به دلیل اهلیت، شخصیت و عقل مختص انسان‌ها است. بنابراین، حیوانات، نبات و جمادات موجودات مسؤول نیستند زیرا حیوانات، نباتات و جمادات موجودیت‌های تکلیف پذیر نیستند. صرف انسان‌ها موجودیت‌های مسؤولیت پذیر اند. باوجوداین، با در نظر داشت «اصل برائت» اصل این است که ذمه اشخاص از هر نوع مسؤولیت مدنی، جزایی، اداری، اساسی، اخلاقی و دینی بری است. استثنای این اصل مسؤولیت است که در اثر نقض قواعد متوجه اشخاص می‌شود. قواعدی را که اشخاص ممکن است نقض نمایند، قواعد دینی، اخلاقی، عرفی، سیاسی، اداری، جزایی و مدنی است. نتیجه نقض این قواعد مسؤولیت دینی، مسؤولیت اخلاقی، مسؤولیت عرفی، مسؤولیت سیاسی، مسؤولیت اداری، مسؤولیت جزایی و مسؤولیت مدنی است. برخی از این مسؤولیت‌ها حقوقی اند مانند مسؤولیت سیاسی، جزایی، اداری و مدنی و برخی مسؤولیت‌های غیر حقوقی اند. مسؤولیت غیر حقوقی، مسؤولیتی است که نمی‌توان تطبیق ضمانت اجرای آن را از محکمه مطالبه کرد. مسؤولیت غیر حقوقی به مسؤولیت دینی، اخلاقی و عرفی تقسیم می‌شود.

مسؤولیت دینی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر خداوند است.^۳ در صورت نقض احکام دینی دو نوع مسؤولیت متوجه نقض کننده احکام می‌شود: مسؤولیت دنیوی که مجازات دنیوی است و مسؤولیت اخروی که شخص مسؤول در قیامت مواخذه و مجازات خواهد شد. البته، این امر بستگی به سکولار و دینی بودن نظام دارد. در نظام‌های سکولار فرد مسؤول صرف مسؤولیت اخروی دارد، اما در نظام‌های دینی فرد مسؤول امکان دارد هم مسؤولیت دنیوی و هم مسؤولیت اخروی داشته باشد. به حیث مثال، در صورت ارتکاب قتل و یا زنا در نظام‌های دینی اسلامی فرد هم مسؤولیت جزایی و هم مسؤولیت اخروی دارد.

۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۳، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴) ص ۱۸۳۹.

۳. حسن بادینی، فلسفه مسؤولیت مدنی، (چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) ص ۲۵.

مسئولیت اخلاقی مسئولیتی است که قانونگذار متعرض آن نشده باشد، مانند: مسؤول بودن انسان نسبت به خود یا خدای خویش.^۴ به عبارت دیگر: مسئولیت اخلاقی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر وجدانش است.^۵ مسئولیت اخلاقی در اثر نقض قواعد اخلاقی متوجه انسان می‌شود. برخی مصداق‌های نقض قواعد اخلاقی دروغ گفتن، عدم اطاعت از پدر و مادر، داشتن سلوک زشت با مردم و نظیر این‌ها است. ضمانت اجرای مسئولیت اخلاقی، ضمانت اجراهای اخلاقی است مانند پشیمانی، ندامت و شرم‌سار بودن انسان در برابر وجدانش. مسئولیت عرفی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر عرف و عادات و جامعه است. این مسئولیت در اثر نقض قواعد عرفی متوجه شخص می‌شود. برخی مثال‌های قواعد عرفی داشتن حسن سلوک با مهمان، پذیرایی مهمان، دعوت دوستان نزدیک به محفل عقد ازدواج و نظیر این‌ها است. جزای نقض قواعد عرفی، قطع روابط مردم با شخصی است که قواعد عرفی را نقض نموده است، گله کردن از وی و در نتیجه انزوای ناقض قواعد عرفی است. مسئولیت حقوقی «تکلیف وارد کننده زیان نسبت به پاسخگویی به زیان در برابر محکمه و بر عهده گرفتن آثار مدنی، جزایی و... آن است اعم از این که چنین تکلیفی در مقابل زیان دیده باشد و یا جامعه.» طبق این تعریف مسئولیت به مسئولیت مدنی، جزایی و... تقسیم می‌شود.^۶ بنابراین، در عالم حقوق مسئولیت حقوقی به انواع ذیل تقسیم می‌شود:

۱) **مسئولیت مدنی:** ظاهراً مسئولیت مدنی قدیمی ترین نوع مسئولیت بوده است. مسئولیت مدنی عبارت است از: «وظیفه حقوقی است که شخص در برابر دیگری به انجام یا ترك عملی دارد اعم از این که منشأ آن عمل حقوقی و یا احکام قانونی باشد.^۷ به عبارت دیگر: مسئولیت مدنی عبارت است از تعهد به جبران خسارت توسط ضرر زننده به زیان دیده (متضرر) در اثر عدم اجرای عقد، اجرای با تأخیر عقد و حوادث حقوقی. هدف از مسئولیت مدنی جبران خسارت زیان‌دیده و تسلی ظاهری وی، مجازات خطاکار و بازداشتن وی و دیگران از ارتکاب مجدد فعل زیانبار و ایجاد صلح و ثبات و برقراری اخلاق خاص در جامعه است. برخی از این اهداف متوجه زیان‌دیده، برخی دیگر متوجه جامعه و برخی نیز متوجه سایر وارد کنندگان زیان بالقوه و جامعه

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲) ص ۶۴۲.

۵. حسن بادینی، فلسفه مسئولیت مدنی (چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) ص ۲۵.

۶. همان، صص ۲۷ و ۲۸.

۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴)، صص ۱۸۳۹ و ۱۸۴۰؛ و عباس خواجه پیری، حقوق مدنی (۴) موجبات مسئولیت مدنی و آثار آن (چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۵) صص ۳ و ۴.

به طور کلی است.^۸ از آنچه گفته شد به خوبی واضح می گردد که مسئولیت مدنی دو نوع است: مسئولیت مدنی عقدی و مسئولیت مدنی غیر عقدی. مسئولیت مدنی قراردادی که ناشی از عدم اجراء یا سوء اجرای عقد است، و مسئولیت مدنی غیرقراردادی که ناشی از عدم اجرای تعهدات قانونی و زیان زدن به دیگران است^۹ مانند: غضب و اتلاف مال دیگران و قتل نفس که موجب تضمر دیگران گردیده و بر ضار (ضرر زننده) پرداخت ضمان لازم می گردد.

۱- **مسئولیت مدنی قراردادی (ضمان عقدی):** مسئولیت مدنی قراردادی عبارت از مسئولیتی است که برای متعهد به دلیل عدم اجراء و یا اجرای با تأخیر عقد در برابر متعهد له ایجاد می شود. چون این مسئولیت برای فرد در برابر فرد دیگر ایجاد می شود به آن مسئولیت مدنی می گویند. همچنین، چون این مسئولیت ناشی از عدم اجراء و یا اجرای با تأخیر قرارداد است، به آن مسئولیت مدنی قراردادی می گویند.^{۱۰} مطابق ق. م ریشه مسئولیت مدنی قراردادی، قرارداد است.

۲- **مسئولیت مدنی غیرقراردادی (ضمان قهری):** مسئولیت مدنی غیر قراردادی که «ضمان قهری» نیز گفته می شود ویژه حالتی است که شخص از تعهدهای قانونی و عمومی سرپیچی کند و در نتیجه به دیگری ضرر بزند. به عنوان مثال، قانون حکم می نماید که در رفتار و گفتار خود محتاط باشید، بی مبالائی نکنید، تهمت نزنید، آدم نکشید، مال دیگری را غضب و تلف ننمایید. اکنون اگر کسی به این تکالیف عمومی که حقوق برای همه مقرر داشته است عمل نکند و در نتیجه این تخلف خسارتی به دیگری برساند، باید آن را جبران کند. ریشه این مسئولیت، عقد بین او و متضرر نیست، تخلف از تکالیف قانونی است که برای همه وجود دارد. مطابق ق. م. ا مسئولیت مدنی غیرقراردادی از حادثه حقوقی ناشی می شود. منبع حادثه حقوقی مطابق ق. م. ا فعل مضر بر مال مانند اتلاف و غضب، فعل مضر بر نفس مانند قتل، ضرب و جرح، فعل مفید مانند استیفای ناروا و عمل فضولی است. هم چنین، فعل با تقصیر شخص که منجر به ورود ضرر به شخص دیگر گردد و رابطه سببیت میان عمل و ضرر وجود داشته باشد منبع حادثه حقوقی و مسئولیت مدنی غیرقراردادی است.^{۱۱} در خصوص مسئولیت مدنی غیرقراردادی تعاریف مختلف وجود دارد:

۸. حسن بادینی، فلسفه مسئولیت مدنی (چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) صص ۳۲۰ و ۳۲۱.
۹. عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (ج ۲، دار احیاء التراث العربی، ۲۰۰۲) ص ۸.
۱۰. جهت مطالعه مفصل در مورد ارکان، شرایط و آثار مسئولیت مدنی قراردادی نک: نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان، حقوق و جایب (جلد ۱، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) صص ۲۳۹-۲۴۷.
۱۱. جهت مطالعه مفصل در مورد ارکان، شرایط و آثار مسئولیت مدنی غیرقراردادی نک: همان اثر، ج ۱، بخش حوادث حقوقی.

مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان/ ۳۳۹

- مسئولیت مدنی غیرقراردادی «تعهد به جبران خسارت ناشی از فعل زیانبار عمدی یا غیرعمدی خویش یا فعل دیگری و نیز زیان ناشی از اشیای تحت مالکیت یا حفاظت که در هر صورت ناشی از نقض قرارداد نیست». ^{۱۲}

- کربونیه مسئولیت مدنی غیرقراردادی را «تعهد به جبران خسارت وارد شده به دیگران» تعریف کرده است.

- در واژه نامه حقوقی مؤسسه هنری کاپیتان مسئولیت مدنی غیرقراردادی این گونه تعریف شده است: «هر نوع تعهدی است که برای عامل فعل زیانبار به وجود می آید تا ضرر وارد شده به زیاننده را که ناشی از عمل نامشروع مدنی است غالباً به شکل پرداخت مبلغی پول به عنوان خسارت جبران نماید». ^{۱۳}

(۲) **مسئولیت جزایی:** مسئولیت جزایی، مسئولیت مرتکب جرم از جرایم مصرحه در قانون را گویند و شخص مسؤول به یکی از مجازات‌های مقرر در قانون خواهد رسید. به عبارت دیگر: مسئولیت جزایی مسئولیتی است که در اثر نقض قواعد جزایی متوجه شخص می‌شود. در مسئولیت جزایی، متضرر از جرم، اجتماع است بر خلاف مسئولیت مدنی که متضرر آن فرد است. ^{۱۴} ضمانت اجرای مسئولیت جزایی، حبس، اعدام، پرداخت جریمه و ... است.

(۳) **مسئولیت اداری:** مسئولیت اداری عبارت از پاسخگو بودن کارکن در برابر اداره به دلیل نقض قواعد اداری است. به عبارت دیگر: مسئولیت اداری عبارت از مسئولیتی است که در اثر نقض قواعد اداری متوجه فرد مسؤول می‌شود. مجازات اداری، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قوانین اداری مرتب می‌شود. این مجازات عبارت اند از: توصیه، اخطار، کسر معاش، تبدیلی و غیره است.

(۴) **مسئولیت سیاسی:** مسئولیت سیاسی عبارت از پاسخگویی وزرا در برابر پارلمان و تطبیق مجازات سیاسی بر فرد مسؤول است. مجازات سیاسی، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قواعد حقوق اساسی که مربوط به وزراء می‌شود است. این مجازات توسط شورای ملی در قالب استیضاح و در نتیجه رأی عدم اعتماد اعمال می‌شود.

۱۲. حسن بادینی، فلسفه مسئولیت مدنی (چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) ص ۳۹.

۱۳. همان، ص ۳۹.

۱۴. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: وقایع حقوقی (چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴) ص ۶۴۲.

۲. پېښینه مسؤولیت مدنی دولت در افغانستان

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت در رابطه به مسؤولیت مدنی دولت با توجه به موقعیت استثنایی دولت به عنوان بزرگ ترین شخصیت حقوق عمومی دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول معتقد به نفی مسؤولیت مدنی دولت است به دلیل این که اراده دولت مبتنی بر اراده عام مردم و اقتدار عمومی است و مصلحت عامه بر منفعت فرد رجحان دارد و در نتیجه جایگاه دولت از افراد بالاتر است. پس، نمی توان دولت را در مقابل اقداماتی که به نمایندگی از سوی جامعه انجام می دهد مسؤول دانست چرا که اعمال اقتدار عامه با تحمل مسؤولیت منافات دارد. اما، تحولات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی در قرن ۱۹ میلادی و ایجاد حکومت های دموکراتیک به جای مونوکراسی کم کم این تفکر را ایجاد کرد که تفاوت منشأ و ماهیت قدرت دولت و حدود اختیارات آن نمی تواند رافع مسؤولیت مدنی دولت باشد چرا که تمام تصمیمات دولت مبتنی بر اراده اکثریت نیست و همه اعمال دولت حاکمیتی نیست، بلکه بخشی از آن تصدی گری است.^{۱۵} به نظر می رسد پایه گذار مسؤولیت مدنی دولت فرانسه است، زیرا در این کشور با ایجاد شورای دولت در قرن ۱۹ میلادی مسؤولیت مدنی دولت صرف در اعمال تصدی گری و در قرن بیستم در اعمال حاکمیتی پذیرفته شد. در حقوق آلمان نیز همین سیر طی شده است. آمریکا در سال ۱۹۴۸ میلادی با تصویب قانون مسؤولیت مدنی دولت نسبت به خطای کارکنان مسؤولیت مدنی دولت را پذیرفت.^{۱۶}

به نظر می رسد در افغانستان قبل از سال ۱۳۴۳ هجری شمسی (۱۹۶۴) دولت ها دارای مسؤولیت مدنی نبودند چه در اعمال حاکمیتی چه در اعمال تصدی گری و چه در اعمال قضایی. اما، مسؤولیت مدنی دولت برای اولین بار در قانون اساسی ۱۳۴۳ هجری شمسی (۱۹۶۴) پذیرفته شد. ماده ۳۳ این قانون تصریح می نمود که: «هر شخص از اداره بدون موجب متضرر شود مستحق جبران خساره می باشد و می تواند برای حصول آن به محکمه اقامه دعوی نماید». نویسندگان قانون اساسی ۱۳۸۲ هجری شمسی (۲۰۰۴)، مسؤولیت مدنی دولت را از ماده ۳۳ قانون اساسی ۱۳۴۳ (۱۹۶۴) اقتباس و در ماده ۵۱ قانون اساسی با عین محتوا پیش بینی نمودند. ق. م که در سال ۱۳۵۵ (۱۹۷۶) نافذ گردید مواد ۷۹۱ و ۷۹۲ آن به صورت عموم مسأله مسؤولیت مدنی را تنظیم نموده است.

به موجب ماده ۷۹۱ فقره دوم ق. م. ا: «استخدام کننده از ضرری که از طرف شخص تحت

۱۵. خدیجه کبری اصفهانی، مسؤولیت مدنی دولت، صص ۲ و ۳، صفحه انترنتی:

Onlinepdfversion: www.haqqgastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فروری ۲۰۱۵)

۱۶. محمد امامی و کورش استوار سنگری، حقوق اداری (۱) (چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷) ص ۳۵۰.

مراقبت وی به سبب عمل غیر مجاز حین اجرای وظیفه و یا به سبب آن واقع می‌گردد، مسئول پنداشته می‌شود، مگر اینکه قانون یا موافقه طور دیگری تصریح نماید». از نص این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که برای تحقق مسئولیت مدنی غیر قراردادی استخدام کننده پنج شرط وجود دارد: رابطه استخدامی، انجام عمل غیر مجاز توسط استخدام شونده، ورود ضرر توسط استخدام شونده، انجام عمل در حین اجرای وظیفه و انجام عمل غیر مجاز به سبب وظیفه که هر یک ذیلاً مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱) **رابطه استخدامی:** قانونگذار مدنی در این ماده از استخدام سخن گفته است. پرسش این است که استخدام چیست و منظور از استخدام، استخدام فرد در اداره دولتی است و یا اداره خصوصی؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت که استخدام در لغت به معنی به خدمت گرفتن، خدمت خواستن، به کار گماشتن، گماشتن به شغل در برابر مزد معین، کار گماری و به کار گیری است.^{۱۷} در خصوص سؤال دوم باید گفت که مطابق قانون کار و قانون کارکنان خدمات ملکی استخدام در ادارات اعم از دولتی و خصوصی به دو طریق صورت می‌گیرد. از طریق قانون و مقررات در ادارات دولتی که به چنین استخدام شونده کارکن و مأمور دایمی می‌گویند. از طریق قرارداد در ادارات دولتی و خصوصی که به چنین کارکن، کارکن قراردادی می‌گویند. بنابراین، نص ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م ناظر بر کارکنان استخدام شونده در بخش دولتی و خصوصی و ناظر بر مسئولیت مدنی ادارات دولتی و اشخاص حکمی خصوصی به نظر می‌رسد.

در صورت عدم وجود رابطه استخدامی، اداره اعم از دولتی و خصوصی مسئولیت مدنی غیر قراردادی ندارد. به حیث مثال، اگر شخصی در کابل زندگی نماید و دکان مواد غذایی داشته باشد و در اثر رانندگی شخصی دیگری را زخمی نماید، هیچ اداره دولتی و خصوصی مسئولیت مدنی غیر قراردادی در قبال عمل مضر این شخص ندارد. در چنین حالات، شخص مسئول اعمال خویش است. رابطه استخدامی میان تابع (استخدام شونده) و متبوع (استخدام کننده) بر مبنای دو عنصر استوار است: عنصر قدرت بالفعل و عنصر نظارت:

۱- **عنصر قدرت بالفعل:** رابطه استخدامی مبتنی بر قدرت بالفعل است. بنابراین، کارگر، خادم، آشپز، راننده، مستخدم و کارمند همه مصادیقی از تابع اند و کارفرما، صاحب تجارتخانه، رئیس اداره و امثال اینها همه متبوع اند.^{۱۸}

۱۷. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲/۲۳/۲۰۱۶).

۱۸. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسيط (ج ۲، دار احیاء التراث العربی، ۲۰۰۲) صص ۲۱۵ و ۲۱۷.

۲ - **عنصر نظارت:** متبوع (استخدام كننده) لازم است قدرت بالفعل بر نظارت تابع را داشته باشد؛ یعنی: متبوع باید قدرت صدور دساتیر را برای رهنمایی تابع هرچند به صورت کلی، دارا باشد. همچنین، متبوع باید قدرت نظارت بر وی، برای اجرای صحیح دساتیر صادره را داشته باشد. باوجود این، باید دانست که صرف وجود نظارت کافی نیست. به عنوان مثال، پدر نظارت بر فرزند خویش را دارد و استاد کار نیز شاگرد خویش را رهنمایی می‌کند. ولی، رهنمایی شدن فرزند توسط پدر و از شاگرد توسط استاد، مستلزم آن نیست که فرزند تابع پدر و شاگرد تابع استاد باشد، بلکه ضروری است که نظارت و رهنمایی ناظر بر عمل معینی باشد که تابع به نفع متبوع آن را انجام می‌دهد. البته، همین نکته وجه تمیز میان پدر، استادکار و سرکارگر است. زیرا، پدر علی‌الرغم آنکه حق نظارت بر فرزند خویش را دارد. ولی، این نظارت در رابطه به عمل معینی نیست. استاد کار و سرکارگر نیز با وصف آنکه در عمل معین حق نظارت و رهنمایی شاگرد و کارگر را دارند. ولی، شاگرد و کارگر به نفع استاد کار اقدام به انجام عمل نمی‌کند، بلکه آن را جهت آموزش و فراگیری انجام می‌دهد. کارگران نیز برای سرکارگر نه، بلکه همه برای متبوع؛ یعنی: کارفرما کار می‌کنند.^{۱۹}

همچنین ضرورتی ندارد که متبوع توانایی نظارت و رهنمایی تخصصی تابع را داشته باشد، بلکه ضروری است از نظر اداری، این حق را داشته باشد. بنابراین، مالک موتر حتی اگر رانندگی نداند، متبوع راننده خود است؛ رئیس شفاخانه حتی اگر خود داکتر نباشد، متبوع دکتورانی است که برای شفاخانه کار می‌نمایند. در بعضی حالات، متبوع حتی از نظر اداری نیز توانایی نظارت و رهنمایی را ندارد، مانند موردی که متبوع صغیر غیر ممیز است که در چنین حالات به جای وی، ولی، وصی و یا قیم مبادرت به اجرای صدور فرمان و نظارت می‌ورزند.^{۲۰} چنانچه ملاحظه می‌شود، این تفسیر، تفسیر وسیع ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م به نظر می‌رسد. با پذیرش این تفسیر، این نتیجه به دست می‌آید که این ماده ناظر بر مسؤولیت مدنی دولت نیز است، زیرا قانونگذار در این ماده از استخدام سخن گفته است و استخدام معمولاً براساس قوانین و مقررات توسط ادارات دولتی صورت می‌گیرد.

۲) **انجام عمل غیر مجاز توسط استخدام شونده:** قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م عبارت «عمل غیر مجاز» را استعمال نموده است. به نظر می‌رسد مصادیق عمل غیر مجاز،

۱۹. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر. ک: همان، صص ۲۱۹ و ۲۲۰.
۲۰. همان، صص ۲۲۰ و ۲۲۱.

قتل، ضرب، جرح، اتلاف، سرقت و نظیر این‌ها است.

۳) ورود ضرر توسط استخدام شونده: ضرری که استخدام کننده امکان دارد بر غیر وارد نماید ضرر مالی، جانی، معنوی، مختلط و یا عدم النفع باشد. به موجب مفاد ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م جهت تحقق مسئولیت تابع ضروری است ارکان سه گانه مسئولیت نسبت به تابع محقق گردد که عبارتند از: تقصیر، ضرر و رابطه سببیت میان تقصیر و ضرر.

۴) انجام عمل غیر مجاز در حین وظیفه: لازم است تابع در حین اجرای وظیفه مرتکب تقصیر شده باشد. این همان ضابطه‌ای است که مسئولیت متبوع را به عمل تابع پیوند می‌دهد و آن را توجیه می‌کند. زیرا، جایز نیست متبوع مسئول تمام تقاصیر تابع باشد. زیرا، در چنین صورت، مسئولیت مذکور بی‌مورد و غیر معقول خواهد بود. مسئولیت متبوع در برابر تقصیر تابع، زمانی به حق و معقول است که در محدوده اعمالی صورت پذیرد که در حال انجام وظیفه مرتکب آن شده باشد. بنابراین، تنها در این محدوده است که رکن مسئولیت متبوع ایجاد می‌شود. برخی مثال‌های انجام عمل غیر مجاز در حین اجرای وظیفه توسط استخدام شونده قرار ذیل اند:

۱- اگر داکتر طب که در شفاخانه اعم از خصوصی و دولتی کار می‌نماید، حین اجرای وظیفه و تداوی مریض مرتکب تقصیر و مرگ مریض شود، شفاخانه اعم از خصوصی و دولتی مسئولیت مدنی غیر قراردادی دارند.

۲- راننده موتر که در اداره دولتی و یا خصوصی کار می‌نماید اگر حین اجرای وظیفه شخصی را به تقصیر با موتر بزند و مصدوم نماید، اداره دولتی و یا خصوصی مسئولیت مدنی غیر قراردادی دارند.

۵) انجام عمل غیر مجاز به سبب وظیفه: لازم است تابع به سبب وظیفه و وظیفه مرتکب تقصیر شده باشد. این همان ضابطه‌ای است که مسئولیت متبوع را به عمل تابع پیوند می‌دهد و آن را توجیه می‌کند. زیرا، جایز نیست متبوع مسئول تمام تقاصیر تابع باشد. زیرا، در چنین صورت، مسئولیت مذکور بی‌مورد و غیر معقول خواهد بود. مسئولیت متبوع در برابر تقصیر تابع، زمانی به حق و معقول است که در محدوده اعمالی صورت پذیرد که به سبب آن مرتکب آن شده باشد. بنابراین، تنها در این محدوده است که رکن مسئولیت متبوع ایجاد می‌شود.^{۲۱} به حیث مثال، پلیس برای اجرای رسمی وظیفه به طور مسلح حرکت می‌کند و در راه به دیدار یکی از خویشاوندان خود می‌رود و در حین دیدار به علت بازی با سلاح، گلوله‌ای از آن خارج می‌شود و طفلی را می‌کشد. در این مثال، هرچند

پلیس در حین اجرای وظیفه نبوده است اما وظیفه او سبب ورود این خسارت شده است.

پرسش این است که هرگاه فرد هرچند استخدام شونده باشد و عمل نامشروعی را در خارج از ساعات رسمی و بدون سبب وظیفه انجام دهد تکلیف چیست؟ به حیث مثال، اگر شخصی منحیث داکتر از ساعت هشت الی چهار در یک شفاخانه دولتی و یا خصوصی کار نماید و از ساعت پنج الی هشت شام در معاینه خانه خصوصی کار نماید و حین معاینه یکی از مریضان در ساعت شش شام مرتکب تقصیر و قتل مریض گردد، آیا شفاخانه خصوصی و یا دولتی مسؤول عمل داکتر مذکور اند. پاسخ این پرسش منفی است زیرا داکتر مذکور در ساعت غیر رسمی و خارج از وظیفه و بدون سبب وظیفه مرتکب تقصیر شده است.

مبنای مسؤولیت استخدام کننده تقصیر مفروض است. برای رفع مسؤولیت استخدام کننده می تواند مطابق قواعد عمومی به حادثه غیر ناگهانی، قوه قاهره (اسباب معبره) تقصیر شخص ثالث و تقصیر متضرر استناد نماید. همچنین، این مسؤولیت به موجب موافقه و یا حکم قانون می تواند از استخدام کننده منتفی گردد، زیرا قانونگذار مدنی در بخش اخیر این ماده، تصریح می نماید: «[...] مگر اینکه قانون یا موافقه طور دیگری تصریح نماید». لذا، در صورتی که استخدام کننده با استخدام شونده شرط گذاشته باشد، که در صورت بروز عمل غیر مجاز استخدام کننده مسؤولیتی ندارد، چنین توافقی مدار اعتبار است. همچنین است هرگاه قوانین خاص حکم نموده باشند که استخدام کننده از عمل غیر مجاز استخدام شونده مسؤولیت مدنی غیر قراردادی ندارد. همچنین، استخدام کننده می تواند با اثبات این که عمل غیر مجاز خارج از ساعات رسمی و یا بدون سبب وظیفه به وقوع پیوسته است، مسؤولیت مدنی غیر قراردادی را از خویش رفع نماید.

طبق ماده ۷۹۲ ق. م: «مسئول از عمل غیر، می تواند جبران خساره ای را که پرداخته است، از عامل مطالبه نماید». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که مسؤول از عمل غیر مانند استخدام کننده به گونه ای که تفصیل آن گذشت، می تواند جبران خساره ای را که به متضرر پرداخته است، از عامل ضرر مانند فرد استخدام شونده مطالبه نماید. برخی از حقوقدانان در توجیه این ماده می گویند: اگر زیان دیده برای اخذ خسارت از استخدام شونده به وی رجوع نماید، متضرر به حق خویش می رسد و موضوع مختومه می گردد. اما، اگر به استخدام کننده مراجعه نماید، استخدام کننده می تواند به استخدام شونده مراجعه نماید، زیرا وی از جانب او مسؤول است نه با او.^{۲۲} این توجیه و ماده ۷۹۲ ق. م به دلایل ذیل محل ایراد به نظر می رسد:

۲۲. عبدالرزاق احمد السنهوری، دوره حقوق تعهدات ۳، ترجمه سید مهدی دادمهرزی و محمد حسین دانش کیا (چاپ اول، سپهر،

نخست این که: در این صورت نص ماده ۷۹۲ ق.م موجب نفی حکم ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق.م و در نتیجه موجب نفی مسئولیت مدنی غیرقراردادی استخدام کننده می گردد؛
دوم این که: از نظر منطقی نمی توان ادعا کرد که بر استخدام کننده مجازات مدنی (جبران خسارت) تطبیق شده است، زیرا در این صورت استخدام کننده نه بلکه استخدام شونده مجازات می شود؛

سوم این که: هدف از مسئولیت مدنی تطبیق جزای مدنی بر فرد مسؤول است. در صورتی که استخدام کننده که مسؤول است بر استخدام کننده مراجعه نماید، هدف مسئولیت مدنی متحقق نمی گردد، زیرا در این صورت در نهایت جزا بر استخدام شونده تطبیق می شود؛
چهارم این که: تطبیق جزا بر استخدام شونده مخالف عدالت بر نظر می رسد، زیرا وی به سبب وظیفه و یا در جریان وظیفه مرتکب تقصیر گردیده است و عادلانه این است که جزا بر استخدام کننده تطبیق گردد.

۳. اسباب مسئولیت مدنی دولت

مسئولیت مدنی دولت مهم از مسئولیت مدنی افراد حقوق خصوصی در حقوق خصوصی است. بنابراین، به طور کلی، همان نظریه هایی که در مورد مسئولیت مدنی افراد حقوق خصوصی وجود دارد کمی و بیش در مورد مسئولیت مدنی دولت نیز قابل تطبیق است.^{۲۳} در حقوق عامه به ویژه حقوق اداری مسئولیت مدنی دولت ناشی از وارد کردن ضرر به افراد حقوق خصوصی است، منتها در رابطه به سبب ضرری که به افراد توسط دولت وارد می شود، دو دیدگاه وجود دارد: دیدگاه اول مبتنی بر تقصیر و دیدگاه دوم مبتنی بر خطر است. طرفداران نظریه تقصیر بر این باور اند که: دلیل مسئولیت عامل زیان این است که او مرتکب تقصیر شده و فعل و یا ترک فعل عمدی وی سبب ورود خسارت به غیر گردیده است و براساس قواعد مسلم اخلاقی زیان رساننده از روی عمد، مورد نکوهش و مذمت است و در برابر زیان دیده مسؤول است و باید جبران خسارت را بپردازد. در این نظریه، وجود رابطه سببیت میان خسارت و تقصیر ضرور است. مفهوم مخالف این نظریه این است که کسی که از روی عمد و مقصرا نه زیان وارد نکند، ملزم به جبران خسارت نیست. این نظریه که پیشینه آن به قرن ۱۳ میلادی بر می گردد، در قرن ۱۸ در اروپا رواج یافته و

۱۳۸۲) صص ۲۴۴ و ۲۴۵.

۲۳. جهت مطالعه مفصل در این مورد ر. ک: نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان، حقوق و جایب (جلد ۱)، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) صص ۲۳۹-۲۴۷-۱.

مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه براساس آن تدوین گردیده است.^{۲۴} در صورت انعدام رابطه سببیت میان تقصیر و ضرر و عدم اثبات ضرر توسط مدعی، مسؤولیت مدنی دولت متحقق نمی گردد. بنابراین، شرط تحقق مسؤولیت مدنی دولت، تحقق تقصیر، ورود زیان به فرد و تحقق رابطه علیت بین فعل با تقصیر انجام شده و ضرر وارده است.^{۲۵} در ذیل برخی مثال های ناشی از تقصیر مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و قراردادی دولت ارایه می گردد:

۱- هرگاه داکتر طب دولتی حین اجرای وظیفه و یا به سبب وظیفه شخصی را عملیات نماید و در اثر تقصیر شخص مریض وفات نماید، مسؤولیت مدنی دولت متحقق است. در این مثال، قراردادی میان داکتر طب دولتی و تبعه وجود ندارد و مسؤولیت مدنی دولت غیرقراردادی (ضمان قهری) است.

۲- هرگاه دولت برای اجرای وظایف و ارایه خدمات عامه قرطاسیه خریداری نماید و پول آن را به بایع نپردازد و یا پول را به تأخیر بپردازد به گونه ای که بایع متضرر شود، دولت مسؤولیت مدنی قراردادی ناشی از عدم اجرای تعهد و یا تأخیر در اجرای تعهد دارد و باید جبران خسارت را بپردازد (مسؤولیت مدنی قراردادی دولت).

نظریه دوم مبتنی بر خطراست. طرفداران نظریه خطر بر این عقیده اند که هرکس به فعالیتی می پردازد، پیرامون خود محیط خطرناکی ایجاد می کند. او از محیط خطرناکی که ایجاد کرده است سود می برد. بنابراین، باید زیان های ناشی از آن را نیز متحمل شود چون مقتضای عدالت و انصاف این است که هرکس خطرات زیان های ناشی از آن را نیز متحمل شود و منصفانه نیست که زیان دیده خسارت ناشی از عمل غیر را تحمل نماید. نظریه خطر در اواخر قرن ۱۹ میلادی هم زمان با انقلاب صنعتی در اروپا به وجود آمد، زیرا در اثر صنعتی شدن جامعه و افزایش حوادث ناشی از آن، مسایل حقوقی جدیدی در روابط خصوصی افراد خصوصاً کارگر و کارفرما ایجاد شد که نظریه تقصیر نمی توانست پاسخگوی آن باشد. براساس این نظریه، برای تحقق مسؤولیت مدنی وجود تقصیر لازم نیست، بلکه هرکس کاری انجام دهد که در اثر آن به دیگری خسارت وارد نماید، مسؤول جبران خسارت خواهد بود ولو تقصیر هم نداشته باشد، بلکه در این گونه موارد صرف رابطه علیت میان عمل زیان بار و خسارت وارده برای تحقق مسؤولیت مدنی کافی است.^{۲۶}

۲۴. عبدالخالق قاسمی، مسؤولیت مدنی (چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ۱۳۹۲) ص ۸۸.

۲۵. خدیجه کبری اصفهانی، مسؤولیت مدنی دولت، ص ۲، صفحه انترنتی:

Onlinepdfversion: www.haqqastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فیروری ۲۰۱۵)

۲۶. عبدالخالق قاسمی، مسؤولیت مدنی (چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ۱۳۹۲) صص ۹۴ و ۹۵.

به حیث مثال، هرگاه دولت در یک محل تمرینات نظامی انجام دهد که در نتیجه آن به اهالی آن منطقه ضرر برسد، دولت مسئولیت غیرقراردادی دارد و باید جبران خسارت را بپردازد.

نظریه تقصیر و خطر، چنانچه گفته، در فرانسه مطرح شده است. علاوه براین، به نظر می‌رسد سه سبب دیگر نیز وجود دارد که به موجب آنها مسئولیت مدنی دولت می‌تواند متحقق گردد که عبارت اند از:

(۱) فعل مضر بر نفس که شامل قتل، ضرب، جرح و اذیت می‌شود.^{۲۷} قتل از نظر لغوی به سلب حیات افراد گفته می‌شود. در اصطلاح قتل عبارت از کشتن غیرقانونی افراد است.

جرح در حقوق جزاء از جرایم علیه جسم و جان آدمی است که در لغت به معنی زخم زدن به عضوی از اعضای بدن انسان اعم از سر و صورت به حالات جارحه مثلاً: چاقو، داس، ناخن و دندان و امثال این‌ها است.^{۲۸} به شخصی که به دیگر جرح وارد می‌نماید، جارج و به شخصی که زخم بر وی وارد شده است مجروح می‌گویند.

ضرب در لغت به معنی زدن است. به شخصی که دیگری را می‌زند ضارب و به شخصی که زده شده است مضروب می‌گویند. همچنین ضرب در لغت به معنی لت و کوب است. فرق ضرب با جرح این است که عضو جرح شده غالباً با خون یا چرک شدن، ظاهر می‌گردد، در حالی که ضرب بدن منتهی به کوفتگی یا شکستگی استخوان و یا سیاه شدگی و تورم پوست می‌گردد بدون آنکه عضو ضرب خورده خراشیده شود و یا از آن خون بر آید.^{۲۹}

قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۷۴ ق. م از «سایر انواع اذیت» سخن می‌گوید و اذیت بر نفس را از جمله اعمال مضر بر نفس به رسمیت می‌شناسد. پرسش این است که اذیت به چه معنی است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که اذیت در لغت به معنی آزار، رنج، زحمت، شکنجه و عذاب است.^{۳۰} با توجه به این که قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۷۴ ق. م کلمه «اذیت» را به صورت مطلق ذکر نموده است، به نظر می‌رسد اذیت شامل هر نوع شکنجه، عذاب و آزار جسمی، روحی و جنسی می‌شود. طبق این اسباب، هرگاه یک راننده یکی از ادارات دولت، حین رانندگی حین اجرای وظیفه و یا به سبب وظیفه موجب قتل، ضرب، جرح و اذیت دیگران شود،

۲۷. در خصوص فعل مضر بر نفس ر. ک: نظام‌الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (جلد ۱، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) صص ۳۱۳-۳۱۵.

۲۸. عباس ایمانی، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری (چاپ سی ام، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳) ص ۱۴۹.

۲۹. همان، ص ۱۵۰.

۳۰. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید (چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳) ص ۱۰۷۰؛ و محمد معین، فرهنگ فارسی محمد معین (چاپ هفتم، نشرات سرایش، ۱۳۸۲) ص ۹۴۶.

دولت مسؤولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت را به متضرر در صورت اثبات بپردازد. (۲) فعل مضر بر مال که شامل غصب و اتلاف می‌گردد.^{۳۱} غصب در لغت به فتح غین و سکون صاد به معنای به زور گرفتن از دیگری،^{۳۲} گرفتن شی به ظلم،^{۳۳} به قهر آشکار گرفتن، و بر ذمه گرفتن است.^{۳۴} فقهاء تعاریف متعددی برای غصب ارایه کرده اند: فقه‌های حنفیه در تعریف غصب گفته اند: غصب عبارت از اخذ مال متقوم و محترم بدون اذن مالک آن است، به نحوی که از مالک رفع ید بشود. فقه‌های حنفیه در توجیه این تعریف گفته اند که صرف اخذ مال شامل مغضوب و غیر مغضوب می‌شود. ولی، با قید متقوم، اموالی مانند: خمر و گوشت خوک که غیر متقوم هستند، از تعریف بیرون می‌شوند و با قید محترم، مال کافر حربی که محترم نیست، مشمول تعریف نمی‌شود و مراد از اذن مالک اخراج مأذون فیه از قبیل موهوب و. است.^{۳۵} ماده ۸۸۱ مجله الاحکام در تعریف غصب می‌گوید: «غصب عبارت است از گرفتن مال کسی و ضبط آن بدون اینکه صاحبش اجازه دهد. گیرنده این مال را غاصب و مال گرفته شده را مغضوب و کسی را که این مال از او گرفته شده است، مغضوب منه می‌گویند.»^{۳۶}

اتلاف از ریشه «تلف» گرفته شده است که در لغت به معنای نابودن کردن، هلاک کردن، از بین بردن، نیست کردن و تباه کردن است. تلف در لغت به معنی نیست شدن، تباه شدن و نابودن شدن است.^{۳۷} به نظر می‌رسد فرقی که میان اتلاف و تلف وجود دارد این است که اتلاف فعل متعدی است و در اثر عمل متلف باید صورت بگیرد و تلف فعل لازم است که به صورت طبیعی صورت می‌گیرد. لذا، در اتلاف مال توسط متلف از بین می‌رود اما در صورت مال به صورت

۳۱. در خصوص فعل مضر بر مال ر. ک: نظام‌الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (جلد ۱، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) صص ۳۸۳-۳۱۱.

۳۲. اسعد محمد سعید الصاغرجی، الفقه الحنفی و ادلته (جلد ۳، چاپ کتاب‌خانه رشیدی، [بدون تاریخ]) ص ۱۰۶.

۳۳. ابن عابدین، رد المختار علی الدرالمختار (جلد ۹، انتشارات مکتب رشیدی، [بدون تاریخ]) ص ۲۹۸؛ و وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته (جلد ۶، انتشارات مکتب رشیدی، [بدون تاریخ]) ص ۴۷۸۷؛ و وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۳۱.

۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۱۴۳۱.

۳۵. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، صص ۴۷۸۷-۴۷۹۰؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی، الفقه الحنفی و ادلته، ج ۳، ص ۱۰۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴) ص ۱۴۳۲.

۳۶. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته (جلد ۶، انتشارات مکتب رشیدی، [بدون تاریخ]) صص ۴۷۸۷-۴۷۹۰؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی، الفقه الحنفی و ادلته (جلد ۳، چاپ کتاب‌خانه رشیدی، [بدون تاریخ]) ص ۱۰۶؛ و وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۲۲۸.

۳۷. وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۲۱۶.

طبیعی و خودکار از میان می‌رود. شخصی که مالی را تلف می‌نماید، مُتلف، مالی که موضوع تلف قرار می‌گیرد، متلوفه نامیده می‌شود. در اصطلاح حقوقی و فقهی عبارت است از: اخراج چیزی از اینکه از آن انتفاع گرفته شود به نحوی که منفعت مطلوب معمول از آن از بین برود.^{۳۸} هم‌چنین، فقهاء اتلاف را به معنای تباه کردن (افساد) و استهلاك (از بین بردن) [مال] هم به کار برده‌اند.^{۳۹} به حیث مثال، هرگاه دولت مال اتباع را غصب و یا تلف نماید، مسئولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت را به متضرر بپردازد.

۳) فعل مفید که شامل پرداخت بدون سبب و عمل فضولی (اداره فضولی مال غیر) می‌شود. پرداخت بدون حق در فقه به نام «دفع غیر مستحق» یاد می‌شود. گاه پرداخت بدون حق را استیفای ناروا و دارا شدن غیر عادلانه هم یاد می‌کنند. پرداخت بدون سبب به گونه‌ای که مثال‌های آن خواهد آمد بیشتر بر پرداخت کننده صدق می‌کند و استیفای ناروا و دارا شدن غیر عادلانه نسبت به دریافت کننده. راجع به پرداخت بدون سبب تعاریف مختلف به قرار ذیل وجود دارد:

- پرداخت بدون سبب عبارت از پرداخت مبلغ و یا مالی به کسی است که شرعاً و قانوناً استحقاق دریافت آن را ندارد؛

- پرداخت بدون حق عبارت از تأدیه‌ای است که در مقابل دینی قرار ندارد.^{۴۰}

- پرداخت بدون سبب عبارت از هر پرداخت مال و یا پولی به شخصی دیگر است در حالی که سبب نداشته باشد. به حیث مثال، هرگاه شخصی، به عوض چهارصد افغانی به قصاب پنج‌صد افغانی برای خرید یک کیلو گوشت گاو بپردازد در حالی که قیمت یک کیلو گوشت گاو چهار صد افغانی باشد، پرداخت صد افغانی نسبت به خریدار پرداخت بدون سبب و نسبت به قصاب استیفای ناروا و پرداخت غیر عادلانه است.

عمل فضولی، عمل مفید است که شخص فضولی آن را برای صاحب عمل بعد از وقوع حادثه به دلیل حالت اضطرار، براساس وکالت و یا اقتضای امر انجام می‌دهد. طبق این تعریف عمل فضولی عمل مفید است. شخصی که عمل را انجام می‌دهد شخص فضولی و شخصی که به وی عمل انجام داده می‌شود را صاحب عمل می‌نامند. عمل فضولی (unrequested)

۳۸. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته (جلد ۶، انتشارات مکتب رشیدیہ [بدون تاریخ]) ص ۴۸۲۵؛ و وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۲۱۶.

۳۹. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلته (جلد ۶، انتشارات مکتب رشیدیہ [بدون تاریخ]) ص ۴۸۲۵؛ و وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة (جلد ۳۱، الطبعة الثانية، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق [۱۹۸۳ هـ ش]) ص ۲۱۶.

۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴) ص ۹۶۶.

intervention) در حقوق فرانسه قبل از انجام شبه عقد (quasi-contract) و بعد از انجام در صورت توافق شخصی که عمل برای او انجام شده است، عقد تلقی می‌گردد.^{۴۱} به حیث مثال، هرگاه مالیه دهنده به عوض ۵۰۰۰۰ افغانی پول مالیه که مکلف به پرداخت آن است به دولت باشد ۱۰۰۰۰ افغانی پردازد، ۵۰۰۰۰ افغانی پولی است که دولت آن را بدون سبب دریافت نموده است و در برابر مالیه دهنده مسؤولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت (۵۰۰۰۰ افغانی را دوباره) بپردازد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که اسباب مسؤولیت مدنی دولت مطابق قواعد عمومی عبارت اند از فعل با تقصیر، خطر، فعل مضر بر نفس که طبق ق. م شامل قتل، ضرب، جرح و اذیت می‌شود، فعل مضر بر مال که شامل غصب و اتلاف می‌شود و فعل مفید که شامل عمل فضولی و پرداخت بدون سبب می‌شود اند.

باوجوداین، در ماده ۵۱ ق. ا تصریح نشده است که سبب مسؤولیت مدنی چیست. ماده ۵۱ ق. ا که می‌گوید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد [...]». برخی حقوقدانان بدون موجب را «بدون تقصیر» تفسیر نموده اند.^{۴۲} با پذیرش این استنباط، این نتیجه به دست می‌آید که در صورت تقصیر، دولت مسؤولیت مدنی دارد و در صورت عدم داشتن تقصیر دولت مسؤولیت مدنی ندارد. لذا، طبق این نظر، از میان اسباب پنج‌گانه فوق، دولت صرف در صورت تقصیر مسؤولیت مدنی دارد. به عبارت دیگر: در ماده ۵۱ ق. ا صرف نظریه تقصیر پذیرفته شده است. این نظر از نقطه نظر تفسیر لفظی متن ماده ۵۱ ق. ا محل ایراد به نظر می‌رسد، زیرا موجب در لغت به معنی سبب، باعث و انگیزه است^{۴۳} نه تقصیر. بنابراین، به نظر می‌رسد هیچ یک از اسباب پنج‌گانه مسؤولیت مدنی در ق. ا پذیرفته نشده است و عبارت «بدون موجب» مبهم است.

در نگاه اول به نظر می‌رسد می‌تواند کلمه ضرر در ماده ۵۱ ق. ا را دو گونه تفسیر کرد: تفسیر محدود و تفسیر وسیع. هرگاه عبارات ضرر و جبران خسارت را تفسیر محدود نماییم، نتیجه این می‌شود که منظور قانونگذار اساسی از ضرر و جبران خسارت صرف ضرر و جبران خسارت

41. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, Principles of French law (First edition, Dadqaster publication, 1380) pp. 403- 404.

۴۲. نک: طارق عزیزی، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اداری افغانستان، ترجمه مسعود مخلص (چاپ اول، انستیتوت حقوق مقایسه‌ای عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰) صص ۱۲۲ و ۱۲۳.

۴۳. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید (چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳) ص ۱۱۳۱.

مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان/ ۳۵۱

مادی است. اما، هرگاه عبارت ضرر و جبران خسارت را در این ماده تفسیر وسیع نماییم، نتیجه این می‌شود که ضرر و جبران خسارت در این ماده شامل ضرر مادی، معنوی، مختلط و عدم‌النفع می‌شود.

ضرر در لغت به معنای زیان و تاوان است که جمع آن اضرار است. همچنین، ضرر به معنی خسارت و یا خساره است. خسارت از ریشه «خسر» گرفته شده که در لغت به معنی ضرر و زیان، غرامت، ضد نفع و سود است.^{۴۴} شخصی که ضرر می‌بیند را متضرر و یا زیان‌دیده و شخص ضرر رساننده را ضار می‌گویند. فعل و یا حادثه ضرر رساننده را فعل و یا حادثه مضر می‌گویند. در اصطلاح حقوقی و فقهی ضرر عبارت است از آزار و یا نقصان ناخوشایندی که در یکی از ضروریات پنج‌گانه جان، دین، عقل، آبرو و مال حاصل می‌شود که عامل آن (ضار/ ضرر رساننده) ممکن است خود شخص و یا غیر باشد.^{۴۵} به حیث مثال، در فعل مضر ضرر رساننده قاتل، ضارب، جارح، غاصب و تالف و در فعل مفید پرداخت کننده و شخص فضولی است. به صورت عامتر ضرر در معانی ذیل به کار می‌رود:

۱- صدمه جانی زدن به خود و دیگری، خواه به صورت ضرب و جرح باشد خواه به صورت قتل.

۲- تجاوز به حیثیت دیگران و لطمه زدن به حیثیت خود.

۳- تعرض به ناموس دیگران.

۴- اتلاف و ناقص کردن اموال خود و دیگران و تجاوز به مال غیر مانند غصب و خیانت در امانت و اختلاس.

۵- ممانعت از وجود نفعی که امکان داشت به وجود بی‌یاید (عدم‌النفع) مانند قطع درختان میوه‌ای که شگوفه دارند که همین داشتن شگوفه امکان دادن میوه را فراهم می‌نمود و میوه منفعت درخت را تشکیل می‌دهد.^{۴۶} در حقوق فرانسه خسارت گزندگی است که به منافع مالی یا غیرمالی زیان دیده رسیده است.^{۴۷} ضرر به پنج نوع است:

(۱) **ضرر جانی:** ضرر جانی عبارت از ضرری است که بر جسم متضرر وارد می‌گردد، مانند قتل،

۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی همان (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴) ص ۸۹۷.

۴۵. همان، ج ۲، ص ۱۲۶۴.

۴۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (چاپ کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱) ص ۴۱۵، اصطلاح شماره ۳۳۱۹.

۴۷. پاتریس ژوردن، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب (چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۸۵) ص ۱۸۳.

زخم، ضرب و نظیر این‌ها.

(۲) ضرر عدم النفع (کسر عوايد): خسارت عدم النفع عبارت است از: ممانعت از وجود پیدا کردن منفعتی که امکان داشت حاصل شود، مانند توقیف غیر قانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد می‌شود.^{۴۸} به عبارت دیگر: حرمان از نفعی که بر حسب جریان عادی امور، به احتمال قریب به یقین قابل وصول است را، خسارت عدم النفع می‌گویند. به عبارت دیگر: خسارت عدم النفع زمانی محقق می‌شود که شخص از به دست آوردن منفعتی که طبق روند عادی امور می‌توانست به دست آورد، محروم شود. برخی مثال‌های خسارت عدم النفع قرار ذیل است:

۱- هرگاه شخص زمین، خانه و یا دکان دیگری را غصب نماید، بعد از رد زمین، خانه و یا دکان به مغضوب منه، مغضوب منه می‌تواند خسارت عدم النفع زمین، خانه و یا دکان را از غاصب به این دلیل که می‌توانست زمین را کشت، خانه و یا دکان را به کرایه می‌داد، مطالبه نماید؛

۲- هرگاه شخص مال دیگری را تلف نماید، صاحب مال متلوفه می‌تواند علاوه بر مال متلوفه خسارت عدم النفع مال را در صورتی که پرداخت جبران خسارت بعد از زمان طولانی صورت پذیرد مطالبه نماید؛

۳- هرگاه شخص دیگری را به قتل برساند، ورثه مقتول می‌تواند به دلیل از دست دادن نافع (منفق/ نفقه دهنده) خسارت عدم النفع را از قاتل مطالبه نمایند؛

۴- هرگاه شخص به دیگری ضرب و یا جرح وارد نماید و در اثر این ضرب و جرح، مضروب و مجروح نمی‌تواند مدتی کار نمایند، می‌تواند خسارت عدم النفع را از ضارب و جراح مطالبه نماید.

(۳) ضرر مالی: ضرر مالی عبارت از اخلال در نفع مالی زیان دیده است. به عبارت دیگر: ضرر مالی عبارت از ضرری است که بر مال وارد می‌گردد مانند اتلاف و غصب مال دیگران.

(۵) ضرر معنوی: ضرر معنوی در برابر ضرر مادی قرار دارد، و ضرری است که متوجه مال زیان داده نمی‌شود. ولی، به نفع غیر مالی زیان دیده آسیب می‌رساند.^{۴۹} به عبارت دیگر، ضرر معنوی عبارت از ضرری است که به اعتبار، آبرو و شرف شخص وارد می‌شود که ممکن است در روند معمول و درست زندگی او مؤثر واقع شود، چنانچه مواردی از قبیل تشییع شخص، عدم وفا به وعده ازدواج، از بین بردن زیبایی و ... از مصادیق ضرر معنوی محسوب گردد.^{۵۰} به عبارت

۴۸- محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲) ص ۱۴۲.

۴۹- همان، ص ۱۰۱.

۵۰- مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی (جلد ۲، چاپ اول، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴)، ص

دیگر: خسارت معنوی، خسارتی است غیر مالی که چهره اقتصادی نداشته و به دارایی و حقوق مالی افراد آسیبی نمی‌رساند، بلکه موجب رنج اخلاقی و صدمات روحی وی می‌شود. نقص بدنی، لطمه به شرافت و آبروی شخصی و خانوادگی، برملا کردن اسرار خصوصی، شکست‌های عاطفی، لطمه به اعتقادات و ارزش‌های دینی و اخلاقی، تجاوز به اقامتگاه، رنج ناشی از فقدان نزدیکان و لطمه به شهرت تجاری از مصادیق خسارت معنوی محسوب می‌شوند.^{۵۱} به صورت عموم موارد آتی را می‌توان ضرر معنوی محسوب نمود:

۱- ضرر معنوی وارد بر جسم، جراحت وارد بر جسم و درد ناشی از آن و اضطرابات بعدی آن در چهره، اعضاء و به طور کلی در جسم نمودار می‌گردد. در صورتی که برای تداوی آنها ضرورت به پرداخت هزینه احساس گردد، و یا باعث کاهش توان کسب درآمد مادی متضرر گردد، همه از مصادیق ضرر معنوی محسوب می‌گردد، مشروط بر اینکه نتایج مادی را در پی نداشته باشد؛

۲- ضرر معنوی وارد بر شرف، اعتبار، آبرو، قذف، ناسزا گفتن، هتک آبرو، زیان رساندن به شهرت شخص از طریق بیان مطالب و ذکر احتمالات و تجاوز به کرامت و ... همه از جمله کارهایی اند که ضرر معنوی را به دنبال دارند. زیرا، چنین اعمال به شهرت طرف خدشه وارد کرده و شرف و اعتبار او را در میان مردم لکه دار می‌نماید؛

۳- ضرر معنوی وارد بر احساسات و عواطف: جدا کردن کودک از دامان مادر و ربودن او، تعدی نسبت به فرزندان و یا والدین و یا زن و شوهر و ... همه موجب تضرر غیر می‌شود. همچنین، هر عملی که به اعتقادات دینی و احساسات معنوی شخص لطمه وارد نماید، ضرر معنوی محسوب می‌گردد؛ و

۴- ضرر معنوی ناشی از تعدی بر حق ثابت فرد، مانند اینکه: شخصی با وجود مخالفت صاحب‌خانه، وارد زمین او شود. در چنین موارد، مالک خانه می‌تواند جبران معنوی ناشی از تعدی به حق خود را از متعدی مطالبه نماید هرچند از این رهگذر هیچ ضرر مادی متوجه او نگردیده باشد.^{۵۲}

(۵) ضرر مختلط: ضرر مختلط عبارت از ضرری است که از یک طرف متوجه مال و جسم و از طرف دیگر متوجه آبرو و حیثیت شخص شود که مانند ضرب و جرح که شامل ضرر مالی، جانی، معنوی و در برخی موارد کسر عواید می‌شود.

اما، اگر دقت نماییم این نتیجه به دست می‌آید که ضرر را باید مطلق گذاشت، زیرا در این زمینه قاعده فقهی - حقوقی وجود دارد که تصریح می‌نماید: «مطلق تا وقتی که دلیل تغییر آن طور صریح یا ضمنی موجود نگردد، به اطلاق خود باقی می‌ماند.» (ماده ۷۱۳ ق.م.ا و ماده ۶۴ مجله الاحکام). علاوه بر این، اصل در تفسیر در حقوق عامه به دلیل دخیل بودن منافع عامه و آزادی‌های عمومی شهروندان بر تفسیر محدود نه وسیع است.

۴. اعمالی که در آن‌ها دولت مسئولیت مدنی دارد

در پاسخ به سؤال چهارم باید گفت که امروزه دولت در همه اعمال مسئولیت مدنی ندارد، زیرا متخصصین حقوق اداری و نظام‌های حقوقی قایل به تفصیل شده و در برخی از اعمال، مسئولیت مدنی دولت را پذیرفته اند. پرسش این است که اعمال دولت چیست و در کدام اعمال دولت مسئولیت مدنی دارد و در کدام اعمال ندارد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که امروزه به اعمال دولت، در حقوق عامه نوین اعمال عمومی می‌گویند. اعمال عمومی مجموعه فعالیت‌ها و تصمیماتی است که دولت برای تأمین منفعت، نظم و امنیت و ادایه خدمات عمومی براساس قوانین و مقررات انجام می‌دهد. مانند قانونگذاری، انعقاد قرارداد، اتخاذ تصمیم اداری، قضاوت و امثال این‌ها. چون این اعمال توسط دولت انجام می‌شود، این اعمال را اعمال عمومی می‌گویند. به طور کلی، اعمال عمومی به اعتبار موضوع و محتوی به اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری، به اعتبار ماهیت به اعمال سیاسی، اداری و قضایی و اعمال و به اعتبار جغرافیا به اعمال ملی و محلی تقسیم می‌شود:

۱) **اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری:** اعمال حاکمیتی اعمالی اند که به نام قدرت و حاکمیت انجام می‌شود، مانند: صلح، جنگ، حفظ نظم عمومی، تصمیمات و اقدامات پلیس و امثال این‌ها. شرط اساسی عمل حاکمیتی این است که این اعمال انحصاراً باید توسط دولت انجام شود و به بخش خصوصی واگذار نشود. معمولاً قوانین پیش‌بینی می‌نمایند که کدام اعمال حاکمیتی است. اعمال تصدی‌گری اعمالی است که حکومت اجرای این اعمال را برای اشخاص حقیقی و حکمی حقوق خصوصی واگذار می‌نماید همچنانی می‌تواند خود آن را انجام دهد، مانند: توزیع برق و آب، احداث مکتب، سرک، شفاخانه، حمل و نقل زمینی و هوایی و امثال این‌ها. در اعمال تصدی‌گری نشانی از قدرت سیاسی و حاکمیت وجود ندارد و دولت این اعمال را شبیه اشخاص حقوق خصوصی انجام می‌دهد و همان‌گونه که افراد در روابط فی‌مابین خویش در حقوق برابر

هستند و می‌توانند قرارداد ببندند، دولت نیز در رابطه به اطراف قرارداد خود، با وی مساوی است.

(۲) عمل قضایی: عمل قضایی عبارت از قضاوت است که توسط قضات در روشنایی قوانین ماهوی و شکلی انجام می‌شود.

(۳) عمل سیاسی: عمل سیاسی تصمیم‌گیری توسط شورای ملی در قالب قوانین است. به حیث مثال، تصمیم‌گیری در مورد تعلیم و تربیه، مالیات و امثال این‌ها که توسط شورای ملی در قالب قوانین اتخاذ می‌شود. اجرای این تصمیمات که در قالب قوانین اتخاذ شده‌اند، باید توسط قوه مجریه (مثلاً وزارت مالیه و وزارت تحصیلات عالی) انجام شود. عمل سیاسی قابل نظارت قضایی نیست اما عمل اداری قابل نظارت قضایی است. لذا، اگر رئیس جمهور به اعتبار شأن سیاسی تصمیم بگیرد و یا شورای ملی وزیر را سلب اعتماد نماید، رئیس جمهور و وزیر نمی‌توانند به قضا شکایت نمایند. اما، مردم می‌توانند از طریق نظارت بیرونی بر اعمال عمومی، بر اعمال رئیس جمهور نظارت نمایند.

(۴) اعمال اداری و تقسیمات آن: اعمال اداری اعمالی اند که مقامات و کارکنان در قوه مجریه انجام می‌دهند. اعمال اداری به اعتبار طرفین به عمل اداری دو جانبه و عمل اداری یک‌جانبه تقسیم می‌شود که عمل اداری دو جانبه را قراردادی اداری^{۵۳} و عمل اداری یک‌جانبه را تصمیم اداری^{۵۴} (ایقاع اداری) می‌گویند:

۱ - قرارداد اداری: قرارداد اداری عمل اداری دو جانبه است که میان اداره و اشخاص حقیقی و حکمی خصوصی به هدف انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی طبق قواعد حقوق عامه بسته می‌شود و دارای اثر حقوقی است.^{۵۵} از تعریف فوق به خوبی استنباط می‌گردد که ارکان قرارداد اداری عبارت اند از:

موجودیت شخص حقوقی عامه: منظور از شخص حکمی عامه دولت است، زیرا در حقوق عامه، دولت شخصیت حکمی عامه تلقی می‌شود. چون شخصیت حکمی حکومت در نظام اداری متمرکز غیرقابل تجزیه است، بنابراین ادارات مرکزی مانند: وزارت‌ها، ادارات مستقل، کمیسیون‌های مستقل و غیرمستقل و ادارات غیر مرکزی مانند: ولایت و ولسوالی شخص حقوقی

53. Administrative contract.

54. Administrative decision.

۵۵. در مورد عقد اداری ر. ک: ولی‌الله انصاری، کلیات حقوق قراردادهای اداری (چاپ پنجم، نشر حقوقدان، ۱۳۹۰) ص ۶۰؛ و منوچهر طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری (چاپ پانزدهم، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۷) صص ۳۱۲ و ۳۱۳.

عامه اند. نمایندگان این اشخاص (= اشخاص حقیقی) که اراده این اشخاص را تمثیل می نمایند، قرارداد اداری را به نمایندگی از اداره با شخص حقوق خصوصی اعم از حقیقی و حکمی منعقد می نمایند.

ارایه خدمات عمومی: هدف از قرارداد اداری مداخله دولت در امور اجتماع و مردم و ارایه خدمات عمومی برای مردم است. بنابراین، موضوع قرارداد اداری ارایه خدمات به مردم است، مانند: خدمات مربوط به راه سازی، حمل نقل عمومی، تأمین آب، برق و امثال این ها. پیروی قرارداد اداری از احکام خاص حقوق عامه: برای تأمین هدف عمومی لازم است قرارداد اداری از احکام خاص پیروی نماید تا آن را از قراردادهای کار، مدنی و تجارتی متمایز نماید. این احکام مربوط به قواعد اقتداری و ترجیحی و حمایتی می شود. این احکام مربوط به منافع عمومی، حاکمیت دولت و نظم جامعه است. این احکام جنبه آمره دارند مانند: احکام مربوط به فسخ قرارداد به طور یک جانبه از طرف دولت، حق تعلیق یک جانبه قرارداد توسط اداره و حق گسترش اثر قرارداد نسبت به غیر متعاقدین. البته، قواعد ترجیحی در کشورهای پیرو حقوق رومن ژرمنیک مانند فرانسه، مصر، ایران، افغانستان و ... وجود دارد. در کشورهای پیرو کامن لا مانند: انگلستان و آمریکا قواعد ترجیحی وجود ندارد و قراردادهای اداری تابع نظام حقوق مدنی است.

رسیدگی به اختلاف ناشی از قرارداد اداری توسط محاکم اداری: در نظام حقوقی رومن ژرمنیک رسیدگی به دعوی ناشی از تفسیر و اجرای قواعد مربوط به قراردادهای اداری در صلاحیت محاکم اداری است. بنابراین، محاکم مدنی، تجارتی و جزایی صلاحیت رسیدگی قرارداد اداری را ندارد. در نظام حقوقی جمهور اسلامی ایران رسیدگی به گونه دعوی در صلاحیت دیوان عدالت اداری، در فرانسه شورای دولت^{۵۶} و در افغانستان محاکم حقوق عامه است.

۲- عمل اداری یک جانبه: اعمال اداری یک جانبه یا تصمیمات اداری مانند هر عمل حقوقی، اعمال اداری است که اداره انجام می دهد و موجب ایقاع اثر حقوقی نسبت به اشخاص خارج از اداره می شود. رکن ایقاع اداری اراده اداره دولتی است، زیرا ایقاع چیزی جز تصمیم یک جانبه اداره دولتی که اثر حقوقی نسبت به اشخاص خارج از اداره دولتی دارد نیست.

ایقاع اداری به صورت یک جانبه واقع می شود. بنابراین، اراده شخصی اعم از حقیقی و حقوقی که خارج از اداره دولتی است در انعقاد آن نقشی ندارد، مانند: بستن سلمانی، دکان، اعلان

۵۶. در مورد عقد اداری ر. ک: ولی الله انصاری، کلیات حقوق قرارداد های اداری (چاپ پنجم، نشر حقوقدان، ۱۳۹۰) صص ۳۱، ۳۴، ۵۴، ۵۷، ۶۰ و ۶۳.

بی کیفیت بودن برخی دواها، اعلان سمی بودن برخی غذاها، اعلان منع عبور و مرور موترهای باربری در شهر از طرف روز، اعلان یک طرفه شدن برخی سرک های عمومی، تصمیم شورای وزیران مبنی بر منع ورود موترهای که مودل آن ده سال از مدل روز پایین تر است، تصمیم ادارات امنیتی مانند وزارت داخله و امنیت ملی مبنی منع عبور و مرور موترها از سرک های معین برای مدت معین و امثال این ها که همه به صورت یک جانبه واقع می شود.

۵) **اعمال ملی و محلی:** تقسیم بندی های قبلی خیلی کلی اند و مربوط به کل نظام می شوند و صلاحیت های هر کدام از ارکان دولت را نشان می دهند. اما تقسیم اعمال عمومی به ملی و محلی بر می گردد به شکل دولت ها. اگر عناصر متشکله دولت را که عبارت اند از: سرزمین، جمعیت و قدرت سیاسی (حاکمیت) در نظر بگیریم، چنین دولتی، دولت ساده، بسیط و یا یک پارچه است. اما، اگر روابط این ها را به صورت پیچیده در نظر بگیریم، چنین دولتی، دولت مرکب، پیچیده و چند پارچه است. روابط دولت بسیط ساده است. اما، روابط دولت های مرکب پیچیده است و هر یک از عناصر متشکله دولت برای خود قدرت دارد که نمونه بازر آن دولت فدرال است، مانند ایالات متحده آمریکا و هند. مسایل ملی و کلان در دولت های فدرال، در سطح فدرال تنظیم می شود و مسایل کوچک در ایالات. بنابراین، دولت های فدرال معمولاً غیر متمرکز اند.

در دولت های ساده اعمالی که مربوط به همه می شود در سطح مرکز ایجاد و اجراء می شود و اعمالی که مربوط به محل های خاص می شوند، در محلات تولید و اجراء می شوند. دولت های ساده معمولاً متمرکز اند و دارای یک مرکز قانون گذاری و قضایی اند.

در هر حال، اعمال ملی اموری اند که همه افراد از منافع و فواید آن سود می برند، مانند: دفاع از کشور، برقراری نظم در جامعه، اجرای عدالت، توسعه فرهنگ و نگهداری آثار ملی، ایجاد راه بین ولایات و ولسوالی ها و امثال این ها. اعمال محلی اعمالی اند که مربوط به منطقه و یا محل خاص مانند قریه و یا شهر خاص می شود، مانند: ایجاد شبکه آب و برق، تلفون و گاز، احداث سرک، تأسیس مکتب و شفاخانه و امثال این ها که برای تأمین نیا های محلی ساکنین قری ها انجام می شود.

در ماده ۵۱ ق. ۱ اعمال دولت تعریف و دسته بندی نشده است. این ماده حکم می نماید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می باشد و می تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند [...]». طبق این ماده شخص می تواند در صورتی که از اداره متضرر شود برای دریافت جبران خسارت در محکمه ذی صلاح اقامه دعوی نماید. پرسش این

است که اداره چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفته که اداره کلمه عربی است و در لغت به معنی دور دادن، گرداندن، چرخاندن، به گردش در آوردن، روبراه کردن، گرداندن کار، کار گردانی کردن است.^{۵۷} در اصطلاح حقوقی استادان حقوق از دو لحاظ اداره را تعریف نموده اند:

(۱) **از لحاظ شکلی:** از لحاظ شکلی اداره شامل تمام واحدهای اداری قوه مجریه مانند وزارت خانه ها، کمیسیون ها، ادارات مستقل مانند اداره ملی محیط زیست، اداره احصائیه مرکزی و امثال این ها، ادارات محلی مانند: ولایت و ولسوالی می شود. همچنین، ادارات غیر قضایی و تقنینی که در چهارچوب قوه قضائیه و مقننه وجود دارند شامل اداره از نظر شکلی می شوند، مانند: اداره عمومی قوه قضائیه، دارالانشاهای ولسی جرگه و مشرانو جرگه. به مجموعه این ادارات (در عمل) ادارات خدمات ملکی می گویند. باوجوداین، پلیس، امنیت ملی و اردوی ملی شامل اداره خدمات ملکی نمی شود. در علم اداره عامه، به این ادارات، ادارات عامه می گویند. لذا، ادارات خدمات ملکی و یا اداره عامه شامل ادارات ملکی در قوه مجریه، اداراتی که در چهارچوب قوه مقننه و مجریه کارهای اداری، مالی و تدارکاتی را انجام می دهند شامل ادارات خدمات ملکی می شوند و در حقوق اداری مورد مطالعه قرار می گیرند. به افرادی که در این ادارات کار می نمایند، مأمورین و یا کارکنان خدمات ملکی می گویند.

(۲) **از لحاظ ماهوی:** مجموعه اعمال و فعالیت هایی است که توسط دولت و یا زیر نظر دولت برای تأمین نیازهای همگانی (خدمات عامه) و تأمین امنیت، بهداشت و آسایش همگان (نظم عامه) انجام می شود و تحت رژیم حقوق عامه قرار دارد.^{۵۸} تعریف اداره از لحاظ ماهوی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا مجموعه اعمال و فعالیت های اداری را اعمال اداری می گویند، نه اداره. به نظر می رسد از لحاظ ماهوی به عمل اداره کردن، اداره می گویند.

از آنچه گفته شد، به نظر می رسد منظور از اداره، اداره دولتی است زیرا احکام مربوط به مسؤولیت مدنی اشخاص حقوق خصوصی در ق.م تنظیم شده است. بنابراین، باید کلمه اداره را در این ماده تفسیر مضیق (محدود) نمود. با توجه به مفهوم اداره در ماده ۵۱ به نظر می رسد صرف دولت در اعمال اداری مسؤولیت مدنی دارد نه در اعمال قضایی و سیاسی و حاکمیتی. در فرانسه دولت در همه اعمال به جز عمل سیاسی مسؤولیت مدنی دارد و هر تبعه فرانسه می تواند علیه

۵۷. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید (چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳) ص ۹۲.

۵۸. طارق عزیزی، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اداری افغانستان، ترجمه مسعود مخلص (چاپ اول، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰) ص ۱۹.

۵. دعاوی ای که اتباع می‌توانند از طریق آن علیه دولت اقامه دعوی نمایند

در پاسخ به سؤال پنجم باید گفت که اشخاص می‌توانند از طریق دعوی اداری علیه دولت اقامه نمایند. طبق ماده ۵۱ ق. اشخاص می‌توانند در اثر ضرری که به آن‌ها از اداره متضرر شده است در قضا اقامه دعوی نمایند. اگر کلمه «شخص» را تفسیر محدود (مضیق) نماییم این نتیجه به دست می‌آید که صرف اشخاص حقیقی (انسان‌ها/ اتباع) را در بر می‌گیرد. اما، اگر کلمه «شخص» را تفسیر موسع (وسیع) نماییم این نتیجه به دست می‌آید که اشخاص حکمی خصوصی مانند شرکت‌ها، انجمن‌ها، شوراها، بنیادها، احزاب سیاسی و نظیر این‌ها نیز شامل شخص در ماده ۵۱ ق. ۱ می‌شوند.

دعای اداری دعوی است که یک طرف آن شهروند و طرف دیگر آن اداره است و به اختلافات این دو طرف از طریق غیرقضائی و از طریق قضاء رسیدگی صورت گیرد. هدف از این گونه دعوی تضمین حقوق و آزادی‌های اتباع و حفظ منافع آن‌ها در مقابل تعدی‌های اداره است. این گونه دعوی می‌تواند منجر به ابطال تصمیم اداره یا جبران خساره افراد در مقابل اداره شود. ارکان دعوی اداری عبارت اند از: مدعی که معمولاً تبعه است، مدعی علیه که معمولاً دولت است (عکس این قضیه نیز صادق است)، مدعی به، قاضی، محکمه ذی صلاح و یا مراجع شبه قضایی و حکم. دعوی اداری برحسب نظام‌های حقوقی متفاوت است:

۱ - **دعای ابطال:** دعوی ابطال که آن را دعوی تخطی از صلاحیت نیز یاد می‌نمایند عبارت از دعوی است که در آن شاکی ادعا دارد که یک عمل حقوقی اداری ناشی از مقرر یا تصمیم اداری انفرادی مغایر با قانون است و از محکمه درخواست می‌کند که آن را ابطال کند. در این دعوی، موضوع تشخیص قانونی بودن یک تصمیم اداری است که مؤجد حق و یا تکلیف حقوقی است. از این رو، گفته می‌شود که دعوی تخطی از صلاحیت، دعوی فرد علیه فرد نیست، بلکه دعوی فرد علیه یک تصمیم اداری اداره است. در این دعوی، وظیفه محکمه این است که اعلام کند که تصمیم و عمل اداری مورد دعوی برخلاف قانون است و یا نه؛ اگر است تصمیم خلاف قانون را لغو کند و اگر نیست شکایت متقاضی را رد نماید.

چنانچه ملاحظه می‌شود، دعوی تخطی از صلاحیت، تصمیمات اداری را از لحاظ انطباق

۵۹. خدیجه کبری اصفهانی، مسئولیت مدنی دولت، ص ۱۹، صفحه انترنتی:

Onlinepdfversion: www.haqqastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فبروری ۲۰۱۵)

آن‌ها با قانون مطمح نظر قرار می‌دهد. بنابراین، هدف از این دعوی این است که افراد بتوانند به آسانی به وسیله آن از تصمیمات خلاف قانون مقامات اداری و اجرایی جلوگیری کنند.^{۶۰}

۲- دعوی جبران خسارت: دعوی جبران خساره دعویایی است که در فرض غیر قانونی بودن عمل اداره شخص متضرر جبران خساره می‌خواهد. این دعوی به صورت مستقل به راه انداخته نمی‌شود بلکه باید مرتب بر غیر قانونی بودن عمل اداری باشد. در افغانستان دعوی اداری به سه دسته ذیل تقسیم می‌شود:

- **دعوی راجع به ملکیت‌های عامه:** ملکیت‌های عامه طبق قانون قضایای دولت ملکیت‌های منقول و غیر منقول دولت است. در صورتی که دعوی در مورد این ملکیت‌ها میان فرد و دولت و یا ادارات دولتی بروز نماید، قانون قضایای دولت دو حالت را پیش‌بینی نموده است: در صورتی که دعوی میاد اداره دولت و فرد باشد نماینده قضایای دولت در محاکم حقوق عامه منحصراً مدعی و یا مدعی‌علیه از حقوق دولت دفاع می‌نماید. در صورتی که دعوی میان ادارات دولتی باشد، اداره قضایای دولت در این زمینه میان ادارات دولتی حکمیت می‌نماید.

- **دعوی مأمور با اداره:** در صورتی دعوی میان مأمور و اداره باشد، مأمورین اول به مراجع شبه قضایی مراجعه می‌نمایند که عبارت اند از کمیته‌های حل اختلاف و بورد رسیدگی به شکایات کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی است.

- **دعوی جبران خسارت:** ماده ۵۱ قانون اساسی در این مورد تصریح می‌نماید: «هر شخص که از اداره بدون موجب متضرر شود، مستحق جبران خساره می‌باشد و می‌تواند برای حصول آن در محکمه دعوا اقامه کند. به استثنای حالاتی که در قانون تصریح گردیده است، دولت نمی‌تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند.»

در نگاه اول به نظر می‌رسد دعوی ابطال در نظام حقوقی افغانستان به رسمیت شناخته نشده است، اما اگر اندکی دقت نماییم به نظر می‌رسد دعوی ابطال را می‌توان از ماده ۵۱ ق. ا استنباط کرد، زیرا هرچند ظاهر این ماده راجع به جبران خسارت است، اما این امکان فراهم است که جبران خسارت زمانی مطرح شود که تصمیم اداری خلاف قانون توسط مراجع شبه قضایی و قضایی باطل گردد و در اثر این تصمیم به شهروند ضرر رسیده باشد.

۶۰. منوچهر طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری تطبیقی (چاپ اول، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۵) صص ۸۴-۸۶.

۶. مراجع رسیدگی به دعاوی اداری

در پاسخ به سؤال ششم باید گفت که به صورت عموم سه نوع مرجع رسیدگی دعاوی اداری در جهان وجود دارد:

۱- **نظام انگلیسی:** در نظام انگلیسی اصول محاکمات اداری مرجع ای مشخصی جهت رسیدگی به دعاوی اداری که یک طرف آن تبعه و طرف دیگر آن دولت است وجود ندارد. از همین جهت، نظام قضایی انگلستان را قضای واحد می‌نامند. در نظام قضای واحد انگلیسی، قضای عمومی که عبارت از قضای اولیه است شامل دعاوی مدنی، تجارتی، جزایی و اداری می‌شود. در نتیجه، در انگلستان محاکم اداری وجود ندارد و دعاوی اداری نیز توسط محاکم عمومی رسیدگی می‌شوند. حسن این نظام این است که ساده است. اما، عیبی که این نظام دارد عدم تخصصی بودن محاکم اداری است؛

۲- **نظام فرانسوی:** در فرانسه برخلاف انگلستان قضای واحد وجود ندارد، بلکه قضای دوگانه وجود دارد: قضای عمومی که دعاوی مدنی، تجارتی و جزایی را رسیدگی می‌کند و قضای اداری که دعاوی اداری را حل و فصل می‌نماید. دعاوی اداری در فرانسه توسط شورای دولت مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. دعاوی اداری نیز در نظام حقوقی فرانسه به دعاوی ابطال و دعاوی جبران خسارت تقسیم می‌شود. در دعاوی ابطال مدعی خواستار ابطال یک تصمیم غیرقانونی صادر شده توسط اداره می‌شود. به عنوان مثال، اداره تصمیمی در مورد استملاک ملک شخصی اتخاذ نموده است، در حالی که این تصمیم خارج از صلاحیت آن است. نوع دوم دعاوی، دعاوی پرداخت جبران خسارت است که از طرف دولت به تبعه وارد شده است. دعاوی اداری در این نظام در سه مرحله مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. قضات اداری در این نظام باید از مکتب ملی اداره فارغ و در ضمن در ادارات خدمات ملکی ایفای وظیفه نموده باشند.

۳- **نظام مختلط:** برخی ممالک، مانند: آلمان نظام قضای مختلط را پذیرفته اند که محاکم اداری به دعوی ابطال رسیدگی می‌کنند و دعاوی جبران خسارت را به محاکم عمومی ارجاع می‌دهند.^{۶۱} محاکم اداری در آلمان تابع قضای مختلط است. در این کشور در هر ایالت محاکم ابتدائیه و استیناف اداری وجود دارد. در مرحله تمیز دعاوی اداری در محکمه اداری فدرال مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. دعاوی اداری در این کشور در سه مرحله ابتدائیه، استیناف و تمیز مورد رسیدگی قرار می‌گیرد.

دعاوی اداری در این کشور به دعوی ابطال، دعوی جبران خسارت و دعوی الزام اداره به اجرای تصمیم اداری تقسیم می‌شود. در این کشور برای رسیدگی به دعاوی اداری قانون اصول محاکمات اداری وجود دارد. قضات اداری در این نظام آموزش‌های خاص دریافت نمی‌نمایند بلکه تابع آموزش‌های عمومی برای همه قضات اند. دعوی ابطال تصمیم اداری در این کشور توسط محاکم اداری و دعوی پرداخت جبران خسارت توسط محاکم مدنی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد.

از نظر مراجع رسیدگی به دعاوی اداری افغانستان از نظام اصول محاکمات اداری انگلستان که قضای واحد است، پیروی نموده است. زیرا، در افغانستان محاکم اداری وجود ندارد و دعاوی اداری را نیز دیوان‌های حقوق عامه در سطح ابتدائیه، مرافعه و تمیز رسیدگی می‌نمایند. ماده ۱۲۰ ق. ۱ مقرر می‌نماید که محاکم صلاحیت رسیدگی کلیه دعاوی که از طرف اشخاص حقیقی یا حکمی به شمول دولت به حیث مدعی یا مدعی علیه مطرح می‌شود را مطابق به احکام قانون دارند. قضایای مربوط به حقوق اداری در نظام حقوقی افغانستان به طور کلی به نام قضایای حقوق عامه یاد می‌شوند.

ادارات قضایای دولت به نمایندگی از دولت منحیث وکیل دولت، قضایای را پیگیری می‌نماید که یک طرف دعوی فرد و طرف دیگر آن دولت باشد. محاکم حقوق عامه در تشکیل قوه قضائیه مراجع ذیصلاح برای بررسی قضایای حقوق عامه است. قضایای حقوق عامه به آن نوع قضایا اطلاق می‌شود که یک طرف آن فرد و طرف دیگر آن دولت باشد. قانون تشکیل و صلاحیت محاکم رسیدگی به قضایای حقوق عامه متنازع‌فیه بین اشخاص حقیقی و حکمی یا بین اشخاص حکمی را از صلاحیت دیوان‌های حقوق عامه دانسته است.

بدون شک قضایای مسؤولیت مدنی قضایای هستند که یک طرف قضیه دولت منحیث شخص حکمی منحیث مدعی علیه قرار می‌گیرد.^{۶۲} همچنین در ماده ۹ قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان تصریح گردیده است که نماینده قانونی دولت در قضایای مدنی که حقوق و وجایب نفع و ضرر کل یا قسمی دولت مطرح باشد به حیث مدعی و مدعی علیه قرار می‌گیرد. نماینده دولت اداره قضایای دولت است.

دیوان‌های حقوق عامه در رسیدگی به دعاوی اداری از قانون اصول محاکمات مدنی پیروی می‌نمایند. زیرا، در نظام حقوقی افغانستان برخلاف حقوق آلمان قانون اصول محاکمات اداری

۶۲. رامین مشتاقی، تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان، ترجمه حسین غلامی (چاپ سوم)، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰ ص ۴۰.

وجود ندارد. بنابراین، از نظر شکلی قضات رسیدگی به دعاوی اداری را طبق قانون اصول محاکمات مدنی مورد رسیدگی قرار می‌دهند. در دعاوی اداری دولت می‌تواند مدعی و مدعی علیه قرار گیرد. اما، چون دولت در نظام‌های اداری متمرکز از جمله نظام اداری افغانستان شخصیت حکمی تجزیه ناپذیر دارد، لازم است تا یک اداره به نمایندگی دولت در محاکم به اقامه دعوی و یا دفع دعوی بپردازد.

به این منظور، ریاست قضایای دولت وزارت عدلیه این وظیفه را به عهده دارد. ماده ۹ ق. ا. م. م در این باره حکم می‌نماید که: «۱- نماینده قانونی دولت در قضایای مدنی که حقوق و وجایب نفع و ضرر کل یا قسمی دولت مطرح باشد به حیث مدعی یا مدعی علیه قرار می‌گیرد؛ و ۲- نماینده دولت به منظور حکم مندرج فقره (۱) این ماده اداره قضایای دولت می‌باشد.» چون اداره شخصیت حکمی است و اراده آن توسط شخص حقیقی تشکیل می‌شود، خارنوالانی که در ریاست قضایای دولت ایفای وظیفه می‌نمایند، عملاً از دولت به حیث مدعی و یا مدعی علیه در محاکم اقامه و دفع دعوی می‌نمایند.

عرایض مربوط به دعاوی اداری توسط اتباع مستقیماً به محکمه شهری کابل، محاکم ولایات و یا لوی ولسوالی تقدیم می‌شود. در این صورت، محکمه شهری کابل، محاکم ولایات و یا لوی ولسوالی مکلف است محتویات عریضه را به ریاست قضایای دولت وزارت عدلیه ابلاغ نماید و از نماینده قضایای دولت تقاضای اشتراک در جلسه قضایی را به‌روز معین نماید. سپس، نماینده ریاست قضایای دولت وزارت عدلیه طبق قواعد اصول محاکمات مدنی باید به دفع دعوی بپردازد. ماده ۱۲۱ ق. ا. م. م در این مورد تصریح می‌نماید که: «عرایض مربوط به دعاوی حقوق عامه مستقیماً به محکمه شهری کابل محاکم ولایات یا لوی ولسوالی تقدیم و در موضوع به ترتیب ذیل اجراءات می‌گردد: ۱- ابلاغ کتبی محتویات عریضه به اداره قضایای دولت. ۲- مطالبه سوابق قضیه، حضور نماینده قضایای دولت و ممثل قانونی شخصیت‌های حکمی با تعیین تأریخ. ۳- استماع اظهارات و دفاع طرفین قضیه در جلسه مقدماتی.»

در صورتی که محکمه ذیصلاح بعد از استماع اظهارات و دفاع طرفین دعوی به این نتیجه برسد که حل منازعه ایجاب رسیدگی را می‌نماید، قرار خویش را مبنی بر دوران دعوی صادر می‌نماید. اما، در صورتی که نتیجه منفی باشد، قرار خویش را مبنی بر عدم دوران دعوی صادر می‌نماید. ماده ۱۲۲ ق. ا. م. م در این باره حکم می‌نماید که: «هرگاه بعد از استماع اظهارات و دفاع، محکمه در نتیجه ارزیابی دلایل طرفین دریابد که حل منازعه ایجاب رسیدگی را می‌کند قرار

خود را مبنی بر دوران دعوی صادر می نماید.». همچنین، ماده ۱۲۳ ق. ا. م. در این باره حکم می نماید: «در صورتی که محکمه در جلسه مقدماتی به این نتیجه برسد که نزاع اصلاً ایجاب رسیدگی محکمه را نمی نماید قرار خود را مبنی بر عدم دوران دعوی صادر می کند.». در صورت صدور قرار توسط محکمه ذی صلاح مبنی بر عدم دوران دعوی، این قرار قطعی نیست و طرف دعوی و یا نماینده قضایای دولت می توانند علیه آن شکایت نمایند. ماده ۱۲۴ ق. ا. م. در این باره می گوید: «قرار قضائی مندرج ماده (۱۲۲) این قانون قطعی نبوده به اثر شکایت طرف قضیه یا اعتراض نماینده قضایای دولت قابل رسیدگی مجدد در دیوان مربوط ستره محکمه می باشد.». در صورت رسیدگی به دعوی اداری محاکم ذی صلاح مکلف اند قواعد اصول محاکمات مدنی در مورد رسیدگی به قضیه و صدور حکم را رعایت نمایند. همچنین، رسیدگی در مرحله استینافی، فرجامی و تجدیدنظر توسط مراجع قضایی تابع قواعد اصول محاکمات مدنی است.

۷. بار اثبات مسئولیت مدنی دولت و اثر آن

در پاسخ به سؤال هفتم باید گفت که با توجه قاعده حقوقی - فقهی: «ارایه بینه بر مدعی است.». ^{۶۳} شخصی که ادعای علیه دولت دارد، با ارایه وسایل اثبات ^{۶۴} باید این ادعا را ثابت نماید. بنابراین، بار اثبات در صورتی که دولت مدعی علیه باشد، بر عهده مدعی است. در صورت اثبات مسئولیت مدنی دولت، دولت نیز مانند فرد حقوق خصوصی مکلف به پرداخت جبران خسارت است. جبران خسارت با تناسب ضرر به پنج دسته تقسیم می شود: خسارت مالی، خسارت جانی، خسارت معنوی، خسارت عدم النفع و خسارت مختلط. ^{۶۵}

جبران به ضم جیم از ریشه «جبر» گرفته شده است که در لغت به معنی تلافی کردن و دادن عوض است. در ادبیات عامیانه به جبران خسارت تاوان نیز می گویند. همچنین به جبران خسارت غرامت نیز می گویند. همچنین، کلمه عوض و تعویض در ق. م در مفهوم جبران خسارت استعمال شده است. در ق. م تعریف در خصوص جبران خسارت وجود ندارد. در اصطلاح حقوقی تعاریف مختلف برای جبران خسارت وجود دارد:

۱- جبران خسارت عبارت از تلافی کردن و عوض دادن خسارت و صدمه ای است که توسط ضرر

۶۳. «البینه علی المدعی والیمین علی من انکر» (ارایه بینه بر مدعی و قسم بر منکر است).

۶۴. در مورد تعریف و وسایل اثبات ر. ک: نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب حقوق وجایب (جلد ۱، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳) بخش اخیر.

۶۵. در مورد تعریف و انواع خسارت ر. ک: همان، فصل اثر مسئولیت مدنی غیر قراردادی.

رساننده به متضرر رسیده است.

۲- جبران خسارت چیزی است که شاکی و مدعی امیدوار است آن را از محکمه دریافت کند. تعریف اخیر به نظر می‌رسد که بیانگر کنه و ماهیت جبران خسارت نیست و بنابراین مورد پذیرش به نظر نمی‌رسد.

جبران خسارت با توجه به خسارت به پنج نوع خسارت جانی، مالی، معنوی، عدم‌النفع و مختلط تقسیم می‌شود:

۱) جبران خسارت مالی: در ق. م تعریفی در خصوص جبران خسارت مادی وجود ندارد. به نظر می‌رسد جبران خسارت مالی عبارت از پرداخت خسارتی است که وارد کننده ضرر آن را بر مال متضرر وارد نموده است مانند جبران خسارت ناشی از غصب و اتلاف مال.

۳) جبران خسارت عدم‌النفع: به نظر می‌رسد جبران خسارت عدم‌النفع (کسر عواید) عبارت از پرداخت جبران خسارت نفعی است که آن را متضرر از دست داده است. برخی مثال‌های خسارت ناشی از کسر عواید قرار ذیل است:

۱- اگر «الف»، «ب» تاجر را با موتر بزند و زخمی نماید و در نتیجه آن «ب» برای مدت شش ماه در شفاخانه بستر گردد، «ب» می‌تواند علاوه بر جبران خسارت جانی، جبران خسارت ناشی از کسر عواید را از «الف» مطالبه نماید.

۲- اگر «الف»، دکان، دواخانه و یا خانه «ب» را برای مدت یک سال غصب نماید و بعد از یک سال آن را به «الف» مسترد نماید، «ب» می‌تواند جبران خسارت ناشی از کسر عواید را از «الف» مطالبه نماید.

۳- اگر «الف»، «ب» تاجر را اختطاف نماید و بعد از یک سال زندانی کردن در زندان خصوصی رها نماید، «ب» می‌تواند جبران خسارت ناشی از کسر عواید را از «الف» مطالبه نماید.

۴) جبران خسارت معنوی: به نظر می‌رسد جبران خسارت معنوی عبارت از جبران ضرر معنوی است که بر روح و حیثیت متضرر وارد گردیده است. ضرر معنوی نیز مانند ضرر مادی قابل جبران است. ولی تمام سخن در نحوه جبران خسارت معنوی است، زیرا خسارت معنوی و آسیب‌های عاطفی را نمی‌توان با پول ارزیابی کرد و به همین جهت گروهی آن را جبران‌ناپذیر دانسته می‌گویند: چگونه ممکن است درد جانکاه همسر و فرزندان کارگری که در اثر تخلف مهندس ناظر از تعهد خود مبنی بر نظارت و رعایت دقیق نکات ایمنی، جان خود را از دست داده است را، با دادن مبلغی پول جبران کرد و یا چگونه می‌شود رنج روحی زوج جوانی که فلم عروسی‌شان در

نتیجه تخلف فیلم بردار از تعهد خود مبنی بر عدم سوء استفاده از آن، در اختیار عموم قرار گرفته و لطمه شدید به آبرو و حیثیت خانوادگی شان وارد شده است را، با پرداخت پول جبران کرد. بسیاری حقوقدانان در عصر حاضر قایل به جواز جبران ضرر معنوی اند. حقوقدانان استدلال می نمایند که اینکه گفته شد، طبیعت ضرر معنوی، جبران ناپذیر و سنجش خسارت آن ناممکن است، ناشی از درک نادرست مفهوم جبران خسارت است. زیرا، مقصد از جبران خسارت، محو و از بین بردن کامل ضرر نیست که تعلل شود که ضرر معنوی با پرداخت خسارت مادی از بین نمی رود، بلکه مقصد از پرداخت خسارت این است که متضرر جایگزینی را برای ضرر معنوی وارد به خود در اختیار داشته باشد. بنابراین، نظر صحیح این است که خسارت معنوی از بین نمی رود، ولی در کنار آن مالی به دست می آید که می تواند جایگزین آن شود. اگر چنین برداشتی از «جبران خسارت» وجود داشته باشد، جبران ضرر معنوی به خوبی امکان پذیر می شود. بنابراین، درست است که با پرداخت خسارت، ضرر معنوی از بین نمی رود، همان طور که در خسارت مادی نیز، گاه خسارت کاملاً بر طرف نمی شود، ولی در کنار آن مالی به دست می آید که می تواند جایگزین آن گردیده و ضمن کاستن از آلام روحی و رنج عاطفی زیان دیده، آن را تحمل پذیرتر سازد. گرچه رایج ترین وسیله جبران خسارت پرداخت پول است، ولی در مورد جبران ضرر معنوی قاضی می تواند راه حل های مناسب تری را در نظر بگیرد، مثلاً انتشار رأی محکومیت کسی که شرف و حیثیت دیگری را لکه دار کرده است، بهتر می تواند موجب اعاده حیثیت زیان دیده شده و ضرر معنوی وی را جبران نماید.

در نتیجه، به کسی که ضرر به حوادث و احساسات او وارد گردیده است، چنانچه خسارت مالی دریافت نماید، خسارت مذکور می تواند موجب تسکین آلام او گردد. هر چند تعیین خسارت معنوی دشوارتر از تعیین خسارت مادی است. ولی، قاضی آنچه را باید در تعیین خسارت معنوی رعایت نماید، این است که مبلغی که به عنوان جبران ضرر معنوی تعیین می شود، باید دور از غلو و اسراف باشد. حقوق، رویه قضایی و ق. م. ج. م، جبران خسارت معنوی را مسلم و قطعی می دانند.

۵) جبران خسارت مختلط: خسارت مختلط زمانی رخ می دهد که فعل یا ترک فعل در عین زمان باعث عامل خسارت مادی و معنوی شود و زیان دیده بتواند علاوه بر جبران خسارت مادی، جبران خسارت معنوی را نیز، مطالبه کند. مثلاً خسارات وارد بر صاحب اثر علمی که در نتیجه تخلف ناشری که طبق قرارداد متعهد بوده است بدون دست بردن به محتوای اثر، تا زمان دایر شدن

نمایشگاه آن را به چاپ برساند، و وی بر خلاف تعهد قراردادی خویش، نه تنها در زمان مقرر کتاب مذکور را به چاپ نرسانده که محتوای آن را نیز، تغییر داده است، خسارت مختلط بوده و صاحب اثر می تواند علاوه بر جبران خسارت مادی، جبران خسارت معنوی خویش را نیز، از متخلف عهدشکن، مطالبه نماید.

نتیجه گیری

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

۱) مسئولیت مدنی دولت عبارت از پاسخگویی دولت و پرداخت جبران خسارت است به شهروندان به دلیل ضرری که دولت بر شهروندان وارد نموده است.

۲) مسئولیت مدنی دولت برای اولین بار در ق. ۱۳۴۳ ا (۱۹۶۴) پذیرفته شده است. قبل از آن دولت در نظام حقوقی افغانستان ظاهراً مسئولیت مدنی نداشته است.

۳) به طور کلی اسباب مسئولیت مدنی دولت فعل با تقصیر، خطر، فعل مضر بر نفس مانند قتل، ضرب، جرح و اذیت، فعل مضر بر مال مانند غصب و اتلاف و فعل مفید مانند پرداخت بدون سبب و عمل فضولی است. اما، اسباب مسئولیت مدنی دولت در ماده ۵۱ ق. ا به صورت واضح پیش بینی نشده است.

۴) امروزه تقریباً دولت ها در همه اعمال مسئولیت مدنی دارند. اما، از یک طرف اعمال دولت در قوانین افغانستان تعریف و دسته بندی نشده است و از طرف دیگر روشن نیست که مطابق ماده ۵۱ ق. ا دولت در کدام اعمال مسئولیت مدنی دارد.

۵) دعوی جبران خسارت در ماده ۵۱ ق. ا پیش بینی شده است. اما، دعوی ابطال و سایر انواع دعاوی اداری که در برخی نظام های حقوقی مانند آلمان وجود دارد پیش بینی نشده است.

۶) ضرر و جبران خسارت در ماده ۵۱ ق. ا مطلق استعمال شده اند. به نظر نمی رسد ضرر و جبران خسارت طبق ماده ۵۱ ق. ا شامل همه انواع ضرر و جبران خسارت اعم از مادی، معنوی، مختلط و عدم النفع گردد.

۷) طبق بند دوم ماده ۵۱ ق. ا که در مقام تأیید بند اول نیست دولت نمی تواند بدون حکم محکمه با صلاحیت به تحصیل حقوق خود اقدام کند. بنابراین، همانطور که فرد می تواند علیه دولت برای حصول جبران خسارت در محکمه ذی صلاح اقامه دعوی نماید، هرگاه حقی میان دولت و فرد حقوق خصوصی متنازع فیه باشد، دولت نیز باید علیه فرد مطابق قواعدی که در قانون قضایای

دولت و قانون اصول محاکمات مدنی پیش‌بینی شده است اقامه دعوی نماید و بعد از صدور حکم محکمه ذیصلاح به نفع دولت، دولت حق خویش را حاصل نماید. به حیث مثال، هرگاه راننده در اثر بی احتیاطی تصادم نماید و به سرک، درخت، پایه برق و نظیر اینها ضرر وارد نماید، اداره باید جبران خسارت را از راننده بگیرد. در صورتی که راننده جبران خسارت را ندهد اداره باید به نمایندگی از دولت علیه فرد اقامه دعوی نماید و بعد از صدور حکم محکمه جبران خسارت را از فرد بگیرد. حقوق در این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. به نظر می‌رسد می‌توان کلمه حقوق را در این ماده تفسیر موسع نمود و نتیجه گرفت که منظور از حق‌ها در این ماده حق‌های مالی، حق‌های عینی، حق‌های دینی و نظیر این‌ها است.

۸ پذیرش مسئولیت مدنی دولت از مصادیق بارز دموکراسی و آثار حاکمیت قانون بر همگان به شمول دولت و از مظاهر کنترل قدرت زمامداران تلقی می‌شود.^{۶۶}

با توجه به آنچه گفته شد و با توجه به این که خلاء در نظام حقوقی افغانستان قابل توصیه است قانون مسئولیت مدنی دولت در افغانستان مانند جمهوری اسلامی ایران و آمریکا وضع و نافذ گردد.

۶۶. خدیجه کبری اصفهانی، مسئولیت مدنی دولت، ص ۲، صفحه انترنتی:
Onlinepdfversion: www.haqqastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فروری ۲۰۱۵)

فهرست منابع

فارسی:

اول) در حقوق:

۱. احمدالسنهوری، عبدالرزاق، دوره حقوق تعهدات ۳، ترجمه سید مهدی دادمرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، نشر سپهر، ۱۳۸۲ ه. ش.
۲. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ پنجم، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۹۰ ه. ش.
۳. امامی، محمد و استوار سنگری، کورش، حقوق اداری (۱)، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷ ه. ش.
۴. بادینی، حسن فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ه. ش.
۵. حسینی نژاد، حسین قلی، مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۷۷ ه. ش.
۶. خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی (۴) موجبات مسئولیت مدنی و آثار آن، چاپ میزان، تهران: ۱۳۸۵ ه. ش.
۷. خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی (۴) موجبات مسئولیت مدنی و آثار آن، تهران: چاپ میزان، ۱۳۸۵ ه. ش.
۸. ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵ ه. ش.
۹. صفایی، سید حسین، قاسمزاده، سید مرتضی، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات مهر، ۱۳۸۱ ه. ش.
۱۰. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ پانزدهم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، ۱۳۸۷ ه. ش.
۱۱. طباطبایی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، ۱۳۸۵ ه. ش.
۱۲. عبدالله، نظام الدین، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۱)، چاپ ششم، کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۳ ه. ش.
۱۳. عزیزی، طارق، رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق اداری افغانستان، ترجمه مسعود مخلص، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰ ه. ش.
۱۴. قاسمی، عبدالخالق، مسئولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ۱۳۹۲ ه. ش.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ه. ش.
۱۶. مشتاقی، رامین، رهنمود انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک برای تشکیلات و صلاحیت محاکم افغانستان، ترجمه حسین غلامی، چاپ سوم، کابل: نشر انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک، ۱۳۹۰ ه. ش.

۳۷۰ / مجله مطالعات حقوقی افغانستان

۳۷۰ / د افغانستان د حقوقي مطالعاتو مجله

۱۷. وحدتی شبیری، سید حسن، مبانی مسؤولیت مدنی قراردادی، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵ هـ ش.

۱۸. دوم) فرهنگ‌ها:

۱۹. انصاری مسعود و طاهری محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، ۳ ج، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴ هـ ش.

۲۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ هـ ش.

۲۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۵ ج، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ هـ ش.

۲۲. عباس ایمانی، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: ۱۳۸۲ هـ ش.

۲۳. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ سی ام، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۳ هـ ش.

۲۴. معین، محمد، فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ۱۳۸۲ هـ ش.

۲۵. سوم) مقاله:

۲۶. خدیجه کبری اصفهانی، مسؤولیت مدنی دولت، صفحه انترنتی:

۲۷. Onlinepdfversion: www.haqgastar.ir (آخرین بازدید: ۶ فبروری ۲۰۱۵)

۲۸. چهارم) قوانین:

۲۹. وزارت عدلیه، قانون اساسی، منتشره جریده رسمی شماره ۸۱۸، سال ۱۳۸۲ هـ ش.

۳۰. _____، قانون مدنی، منتشره جریده رسمی ۳۵۳، ۱۵/۱۰/۱۳۵۵ هـ ش.

۳۱. _____، قانون اصول محاکمات مدنی منتشره جریده رسمی شماره ۷۲۲ مورخ ۳۱ اسد ۱۳۶۹ هـ ش.

۳۲. ب) عربی:

۳۳. الزحیلی، وهبة، الفقه الاسلامی وادلتہ، ۱۲ ج، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ [بدون تاریخ]

۳۴. ابن عابدین، محمد امین، ردالمختار علی الدرالمختار، ۱۲ ج، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، [بی تا].

۳۵. احمد السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ۱۴ ج، بیروت، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی، ۲۰۰۲ م.

۳۶. سعیدالصاغر جی، اسعد محمد، الفقه الحنفی وادلتہ، ۳ ج، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیہ، [بی تا].

۳۷. وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة، ۴۵ ج، الطبعة الثانیة، کویت: ۱۴۰۴ هـ ق (۱۹۸۳ هـ ش).

ج) انگلیسی:

1. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker. Principles of French law, 1st ed. Tehran.

Dadqaster publication: 1380.

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان

دکتر عبدالله شفایی

چکیده

اشاعه مالکیت شراکتی بوجود می‌آورد و احکام شراکت بر آن تطبیق می‌گردد. اداره‌ی مال مشاع را می‌توان منوط بر نظریه‌ی اکثریت شرکاء نمود. شرط تعلق سود به یکی از شرکاء با سود کمتر یا بیشتر علی‌رغم تساوی سرمایه امکان‌پذیر است. در اشاعه تمام شریکان بر مال حق عینی دارند. با این وصف در این تحقیق احکام دقیق و عمیق قانون مدنی برای اداره و پایان بخشیدن به اشاعه دارد. این احکام هرچند ریشه در چشمه سارهای فقه دارد، لیکن در مباحث قدیمی فقهی که صرفاً برای تنظیم زندگی ساده و بسیط مردم آن دوره تدوین یافته است، محصور نمانده و از حدود و چارچوب فقه سنتی فراتر رفته است و مطالب و صورت‌های جدیدی از زندگی نوین شهری را تنظیم و صورت‌بندی حقوقی نموده است. گسترش زندگی شهری و شهرنشینی گونه‌های دیگری از اموال و املاک مشاع را به وجود آورده است. صورت‌های جدید مال مشاع بدون تردید مباحث جدید حقوقی را نیز سبب شده است. از برخی نارسایی‌های عبارتی قانون مدنی و اشتباه در ترجمه از متن قانون مصر که بگذریم؛ قانون مدنی مقررات دقیق و روشنی برای اداره مال مشاع و مدیریت صورت‌های نوین آن پیش‌بینی نموده است. احکام تدوین یافته قانون مدنی پاسخگوی نیازهای جدید بوده و با فرهنگ شهرنشینی مدرن نیز سازگار است. مشکل اساسی در بحث مال مشاع در تطبیق کامل احکام قانون مدنی است که مشاوران حقوقی، وکلای مدافع و فروشندگان آپارتمان‌ها و دیگر اموال مشاع از تطبیق آن غافل مانده‌اند. همان‌طور محققان و محصلان علم حقوق از تجزیه و تحلیل آن و قضات از ایجاد رویه قضایی در این زمینه بازمانده‌اند.

واژگان کلیدی: مالکیت، مشاع، اداره مال مشاع، تقسیم منفعت، تقسیم عین، آپارتمان
این نوشته نسخه بازبینی شده بخشی از نوشته نگارنده است که پیشتر تحت عنوان حقوق اموال و ملکیت در افغانستان توسط بنیاد ماکس پلانک با نام مشترک چند نفر منتشر شده بود (نویسنده).

استاد دانشگاه ابن سینا در کابل: ab.shafaei@gmail.com

۱. مقدمه

ملکیت به مفروز و مشاع تقسیم می‌گردد. ملکیت مشاع بخش بزرگ و مهمی از ملکیت‌ها را تشکیل می‌دهد. نقش اشاعه در مالکیت، نحوه‌ی اداره‌ی مال مشاع، وضعیت حقوقی شریکان نحوه پایان یافتن اشاعه و آثار آن دارای بحث‌های علمی دقیق و کاربردی است. در این جا میزان سلطه مالک در مال مشاع و نیز روش تقسیم و آثار تقسیم و نیز صور خاص اشاعه از قبیل شیوع اجباری و بررسی خواهیم کرد.

۲. مفهوم مشاع

در اشاعه هر جزء مال متعلق به چند نفر است. حق مالکیت هر شریک، در مجموع مال منتشر است. تمام شریکان در مال مشاع حق عینی اصلی دارند، اما حق هر یک به تناسب سهمی است که در آن مال دارند (سعد، ۱۹۹۵: ۱۱۷). به این ترتیب سهم هر شریک از نظر مادی و جغرافیای تمام مال و از لحاظ حقوقی و اعتباری نسبت معینی از آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۳۲).

در مالکیت مشاع، چهره فردی ملکیت هر فرد از شرکا حفظ می‌شود. در عین حال هیچ شریکی حق انحصاری بر تمام یا قسمتی از مال مشاع ندارد. حق هر شریک در عالم اعتبار فردی و مستقل است و به مالک آن سهم تعلق دارد و می‌تواند در آن تصرف حقوقی نماید مثلاً آن را بفروشد یا اجاره دهد (ماده ۱۰۵۹ ق.م). علی‌رغم این که سهم هر شریک در مال مشاع تمام اوصاف حق مالکیت را داراست، ولی تصرفات شریک در مال مشاع محدودیت‌هایی دارد. به عنوان مثال اگر شریکی سهم مشاع خود را اجاره دهد، این اجاره جایز است، اما تصرف دادن آن به مستأجر نیازمند اذن شریک است. همچنین در تصرفات خود نسبت به آن مال از آزادی مطلق برخوردار نیست و از آن جا که تصرفات او در هر جزء از مال مشاع مستلزم تصرف در سهم سایر شرکاء است، لذا این تصرفات منوط به اجازه سایر شرکاست. قانون مدنی در ماده ۱۹۳۵ می‌گوید: «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 می‌تواند در آن طوری تصرف نماید که به شریک دیگر ضرر عاید نگردد. . .» چنانچه از این ماده و ماده ۸۲۶ قانون مدنی مصر استفاده می‌شود که مال مشاع ملک تام هر شریک است، اما به گونه‌ای در آن تصرف نماید که ضرر متوجه سایر شرکا نشود. بنابراین ملکیت مشاع ملک مجموع شرکا نیست، زیرا مجموع شرکا شخصیت حکمی مستقل از شرکا ندارد، تا مالک مال مشاع گردد؛ مال مشاع، ملک هر یک از شرکا به اندازه سهمشان است. برخی حقوق‌دانان گفته‌اند: ماهیت ملکیت

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۳۷۳

مشاع از ملکیت مفروز متفاوت است، سخن صحیحی نمی باشد (سعد، پیشین، ۱۲۲). بنابراین؛ اولاً حق شریک در مال مشاع حق ملکیت است، ثانیاً حق شریک مقید به حقوق دیگران است. از سوی دیگر اشاعه حالت استثنایی دارد و در موارد خاص اتفاق می افتد و زیادت در میراث محقق می شود. اشاعه به اعتبار اسباب آن دو قسم است: ۱. اشاعه اجباری مثل ارث، ۲. اشاعه اختیاری مثل اشاعه به سبب قرارداد.

۳. میزان تسلط شریک در مال مشاع

حق شریک در مال مشاع حق ملکیت است. حق مالکیت، حق هرنوع استعمال، بهره برداری و تصرف را به مالک می دهد. اما میزان این سلطه مالکانه محدود به حقوق شرکای دیگر است. دو مسأله در این جا مهم است یکی انتفاع از مال مشاع و دیگری تصرف و انتقال آن.

۳-۱. انتفاع از مال مشاع

در مورد انتفاع از مال مشاع بدیهی است که همه شرکا حق انتفاع و اداره مال مشاع را دارند. ماده ۱۹۳۷ قانون مدنی افغانستان تصریح دارد: اداره مال مشاع حق تمام شرکاء می باشد، مگر این که موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد. از جمله این توافقات توافق همه شرکاء بر نحوه انتفاع از مال مشاع است که نسبت به خود و جانشینان عام و خاص شان معتبرند. مهمترین توافق بر نحوه انتفاع روش تقسیم منافع است که به آن «مهایات» گفته می شود.

جزء اول: تقسیم منافع (مهایات)

تقسیم منافع، تقسیم موقتی منافع مال مشاع است که به اشاعه در ملک پایان نمی دهد و در فقه اسلامی به آن مهایات گفته می شود. مهایات مصدر باب مفاعله از هیئت گرفته شده است که به معنی حالت آشکارا فراهم آمده برای چیزی است. قانون مدنی مهایات را تعریف ننموده است؛ اما، در اصطلاح فقهی مهایات عبارت از تقسیم منافع است (مجله الاحکام، ماده ۱۱۷۴). پس، محل مهایات منافع اعیان مشترکی است که امکان انتفاع از آن با بقای عین آن وجود داشته باشد (وهبه زحیلی، ۱۹۸۵: ۸، ۴۷۷). هدف از مهایات تقسیم منافع میان شرکاء براساس سهم شان در شرکت است که می تواند مکانی باشد، یا زمانی (ماده ۱۹۷۴ ق.م).

مهایات مکانی آن است که تمام شرکا توافق می نمایند؛ بخش معینی از مال مشاع به هر شریک اختصاص یابد که تا زمان مشخصی از آن نفع ببرد. اگرچه این مدت بیش از ۵ سال نمی تواند

باشد، ولی قابل تمدید می باشد. اگر مدت تعیین نشده باشد، موافقه تا مدت يك سال 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 نهائی و اشاعه پایان یافته تلقی می شود. (ماده ۱۹۷۵ ق.م.).

تقسیم منافع زمانی نیز آن است که هر يك از شرکا به نوبت، براساس سهم شان، مدت مشخصی از مال مشاع استفاده نمایند (ماده ۸۴۷ قانون مدنی مصر). ماده ۱۹۷۶ قانون مدنی می گوید: «تقسیم منافع زمانی، آن است که شرکاء موافقه نمایند بصورت متناوب از منافع تمام مال مشترك هر يك آن برای مدتی که متناسب حصه او باشد، استفاده نمایند. اگر یکی از شرکاء در مال غیر قابل قسمت، مطالبه تقسیم منافع نماید و شرکاء دیگر از آن امتناع آورند، تقسیم منافع بصورت جبری صورت می گیرد».

چند نکته در مورد تقسیم منافع قابل ذکر است:

۱. تقسیم منافع صرفاً تنظیم بهره برداری از منافع ملك مشاع است و به معنای پایان شراکت نیست، به همین خاطر تقسیم منافع از قواعد تقسیم مال مشاع تبعیت نمی کند، بلکه از قواعد عقد اجاره پیروی می نماید (ماده ۱۹۷۷ ق.م و ۸۴۸ ق.م.ص). براین اساس اهلیت در آن همانند اهلیت موجر و مستأجر در عقد اجاره خواهد بود.

۲. تصرف هر شريك محدود به حق شريك دیگر است، چرا که در عین مشاع شريك دیگر نیز حق دارد. بنابراین شريك در اعمالی که با حقوق دیگر شرکا تعارض ندارد آزاد است، مثل رفت و آمد در زمین مشاع یا کشیدن آب از چاه مشترك؛ شخص می تواند، خود از حق خود استفاده کند یا این حق را به دیگری واگذار کند. اما استعمال و بهره برداری که قابل مشارکت نبوده و نیازمند تسلط کامل بر عین باشد، مجاز نیست. مثلاً اگر شريك بخواهد در مال مشاع بنایی بسازد یا زراعت نماید یا اجاره دهد، این تصرفات با حقوق شرکای دیگر معارض است و جواز ندارد و آنها می توانند رفع این تصرفات را از محکمه بخواهد.

۳-۲. اداره مال مشاع

اداره مال مشاع از آن جهت مهم است که همه شرکا در اداره مال مشاع حق دارند. اگر همه شرکا براساس اصول همکاری بر اداره مال به توافق برسند، جای بحث نیست. مثلاً توافق کنند که اداره مال مشاع توسط یکی از شرکاء صورت پذیرد، اداره کننده از جانب شرکا وکیل در اداره مال تلقی

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۳۷۵

می‌گردد و اعمال مربوط به اداره وی نافذ تلقی می‌گردد. از سوی دیگر وی ضامن تلف مال مشاع نیز نخواهد بود، مگر که در اداره و حفاظت آن تقصیر نموده باشد (۱۹۴۱ق.م).

اما اگر هریک از شرکا نظر متفاوت از دیگران داشته باشد، چه بسا اداره مال مشاع را مختل می‌نماید، قانونگذار در این موارد اقدام به طراحی اصولی نموده است که اداره مال مشاع با نظم بهتری صورت گیرد. اداره مال مشاع به دو قسم تقسیم شده است: اداره عادی و اداره غیر عادی.

الف. اداره عادی: اداره عادی اعمالی است که متضمن تغییر اساسی در مال یا تعدیل در هدفی که مال مشاع برای قرارداد شده نباشد مثل اجاره دادن (سعد، پیشین: ۱۳۱). در این مورد براساس قانون نظر اکثریت شرکا برای اقلیت الزام آور است. اکثریت می‌تواند مدیر تعیین کنند و در مورد اداره مال تصمیم بگیرند. این تصمیم برای سایر شرکا و جانشینان نافذ خواهد بود. اگر اکثریت حاصل نشد، محکمه می‌تواند براساس درخواست یکی از شرکا یا وجود ضرورت، مدیر تعیین نماید (ماده ۱۹۳۸ ق.م و ماده ۸۲۸ ق.م.ص). لازم به ذکر است که منظور از اکثریت در این جا زیاده بر نصف حصص (سهام) است نه اکثریت تعداد شرکا.

به این ترتیب اگر اکثریت در اداره عادی مال تصمیم اتخاذ نمود، تصمیم نافذ است و اقلیتی که به تصمیم شرکا معترضند می‌توانند به استناد سوء استفاده از حق، شکایت کنند و علاوه بر درخواست حقوق‌شان خواهان تقسیم مال مشاع گردند.

ب. اداره غیر عادی: منظور از آن اعمالی است که متضمن تغییر اساسی در مال و یا تعدیل در هدفی باشد که مال مشاع برای آن اختصاص یافته باشد. تصرفاتی همانند تجدید بنای تعمیر منزل یا ساختن تعمیر در زمین مشاع تبدیل زمین زراعی به زمین صنعتی (سعد، پیشین: ۱۳۴). قانون مدنی بدون این که اشاره نماید که این تصمیم‌گیری در مورد اداره غیرعادی است مقرر می‌نماید: «شرکائی که حداقل مالک سه ربع مال مشاع باشند، می‌توانند با اعلان به سایر شرکا درخصوص تصرف بر مال مذکور تصمیم اتخاذ نمایند. مشروط براین که به اسباب موجب قدیمه (۱؟) استناد نمایند، شریکی که بر اتخاذ چنین تصمیم اعتراضی داشته باشد، می‌تواند در خلال دو ماه از تاریخ اعلان به محکمه با صلاحیت رجوع نماید، محکمه می‌تواند بر ضرورت تصرف حکم و یا آن را رد نماید» (ماده ۱۹۴۹ ق.م).

چند نکته اساسی در مورد این ماده قابل ذکر است:

اول: مواد ۱۹۳۸ و ۱۹۴۹ قانون مدنی هر دو به تصمیم‌گیری در مورد اداره مال مشاع می‌باشد. تفاوت این دو ماده و مورد اعمال شان به هیچ وجه از خود ماده فهمیده نمی‌شود که چرا در اول

اکثریت نصف به علاوه يك حصص کافی است؛ اما در دوم اکثریت سه چهارم لازم است. قانون مدنی مصر در مواد ۸۲۸ و ۸۲۹ براین تفاوت اشاره نموده است که ماده اول در اداره عادی و ماده دوم در مورد اداره غیر عادی است. به نظر می رسد که قانونگذار افغانستان مرتکب اشتباه غیر قابل اغماض شده است؛ ماده ۸۲۸ قانون مصر را ترجمه می کند، اما قید «اداره عادی» را اضافی دانسته و در ترجمه حذف می کند و ماده ۸۲۹ را اصلاً ترجمه نمی کند که در مورد اداره غیر عادی است. ماده ۸۳۲ قانون مدنی مصر را ترجمه می کند (ماده ۱۹۴۹ ق.م)؛ در حالی که ماده ۸۳۲ درکنار ماده ۸۲۹ قابل فهم است، معلوم نیست، هدف قانونگذار افغانستان از این گزینش ناقص چی بوده است؟!

دوم: در ماده ۱۹۴۹ قانون مدنی برای اکثریت سه چهارم وجود «اسباب قدیمه» لازم شمرده شده است. تعبیر «اسباب قدیمه» در این ماده بی معنا و غلط است. این اشتباه هم در متن دری و هم پشتورخ داده است. صحیح آن «اسباب قویه» می باشد. همانطور که گفتیم ماده مذکور ترجمه ماده ۸۳۲ قانون مدنی مصر است. در اصل آن ماده نیز تعبیر «اسباب قویه» آمده است.

سوم: منظور از سبب قوی سببی است که تصرف سه چهارم شرکا را توجیه کند و از نظر عرف و عقلاً موجه و منطقی باشد. مثلاً مال مشاع را به قیمتی افزون بر قیمت واقعی اش بفروشد، یا مال مشاع نیازمند تعمیرات اساسی باشد، تأخیر در ترمیم تعمیر موجب انهدام کلی یا جزئی تعمیر باشد.

۳-۳. حفاظت از مال مشاع

حفاظت از مال مشاع حق هر شریک است. حفاظت شامل کلیه اعمال مادی مثل ترمیم ضروری و اعمال حقوقی مثل پرداخت عوارض و مالیه واجبه و پرداخت دین طلبکار مرتهن و قطع مرور زمان مکسب ملک مشاع نیز می گردد.

ماده ۱۹۳۹ قانون مدنی می گوید: «هر يك از شركاء مال مشاع می تواند وسایل لازمی را جهت حفاظت مال مذکور اتخاذ نماید، گرچه سایر شركاء به آن موافقت نداشته باشند.» این ماده اعم است از اعمال مادی و حقوقی.

اگر یکی از شرکا هزینه ها و مخارجی از این بابت متحمل شده باشد، می تواند از دیگر شرکا به اندازه حصه شان مطالبه کند (ماده ۱۹۴۲ و ۱۹۴۳ ق.م). چنانکه طبق ماده ۱۹۴۲ ق.م. حق هر شریک در ملکیت مشترک متناسب به حصه وی می باشد، مسؤولیت وی نیز اصولاً باید متناسب

به حصه وی باشد. بنابراین، در صورتی که ملک مشترک ضرورت به اصلاح و ترمیم مجدد داشته باشد هریک از شرکاء متناسب به حصص خود مکلف اند ملک مشاع را ترمیم نمایند. مثلاً بام تعمیر مشترک به اثر طوفان تخریب می شود همه به اندازه سهم وی مکلف به ترمیم می باشد. یکی از شرکاء می تواند به اجازه سایر شرکا و در صورت غیبت شرکا به اجازه محکمه ذی صلاح، به اصلاح و ترمیم ملک مشترک مبادرت ورزد و بعد از اصلاح و ترمیم مصارف عاید شده را از سایر شرکاء متناسب به حصص آنها مطالبه نماید (فقره ۱ ماده ۱۹۴۴ ق.م). براساس فقره دوم ماده ۱۳۴۴ ق.م. ملک مشاع، حق مشترک چندین شخص می باشد و تصرف در آن منوط به اجازه سایر شرکاء است. بنابراین اگر یک شریک بدون اجازه شریک دیگر یا اجازه محکمه در ملک مشاع تصرف نماید، مستحق دریافت مصارف نمی گردد.

۴. تصرف در مال مشاع

تصرف شامل تصرف مادی مثل استهلاك و از بین بردن یا تغییر و اصلاح مال و تصرف حقوقی می گردد. تصرف در مال مشاع یا توسط جمعی از شرکا صورت می گیرد و یا توسط يك شريك.

۴-۱. تصرف جمعی شرکا

اگر توسط جمعی از شرکا باشد دو صورت دارد: تمام شرکا در تصرف در مال مشاع مشارکت دارد، یا اکثریت شرکا مشارکت دارد.

۱. اگر تمام شرکا تصمیم به فروش تمام مال مشاع بگیرد این به معنای پایان شراکت در تمام مال است. اما اگر بخشی از مال را بفروشد در همان بخش شراکت خاتمه می یابد.
۲. اگر تصرف توسط اکثریت شرکا صورت گیرد باید اکثریت نسبی در تصرفات عادی و اکثریت سه چهارم را در تصرفات غیر عادی موجود باشد. تصرفات اکثریت مذکور زمانی در حق اقلیت نافذ است که: اولاً تصمیم به شرکای اقلیت ابلاغ شده باشد و آنها تا دو ماه به آن تصمیم اعتراض نکرده باشند. اقلیت معترض تا دو ماه می تواند به محکمه مراجعه و از تصمیم اکثریت شکایت کنند. اگر محکمه دلیل آنها را موجه ندانست و تصمیم اکثریت را تایید نمود باز نظر اکثریت در حق ایشان نافذ خواهد بود (ماده ۱۹۴۹ ق.م). به این ترتیب قانون به رغم احترام به نظر اکثریت، حقوق اقلیت را نیز مورد حمایت قرار داده است. در صورت اعتراض شرکای اقلیت، محکمه اسباب تصرف بر مال مشاع را مورد بررسی قرار می دهد. اگر محکمه ذی صلاح این اسباب را موجه نداند، قرار خویش را مبنی بر لغو

بودن تصرف اعلان می‌دارد. اما اگر اسباب را موجه بدانند، بررسی و ملاحظه می‌نماید که آیا مال قابل تقسیم است یا خیر؟ اگر مال قابل تقسیم باشد، مال را تقسیم و قسمت هریک از شرکاء را به آنها تسلیم می‌نماید و به این ترتیب از تصرف اکثریت شرکاء بر مال مشاع جلوگیری به عمل می‌آورد. در صورتی که محکمه تشخیص دهد که تقسیم مال مشاع موجب تضییع شرکاء می‌گردد، تصرف اکثریت شرکاء را نافذ اعلام می‌دارد.

۴-۲. تصرف يك شريك

اما اگر تصرف از ناحیه يك شريك در حصه مشاع خودش صادر شده باشد؛ مثلاً سهم خود را در مال مشاع به دیگری هبه نماید، این تصرف به حکم قانون بدون اشکال است، متصرف الیه جانشین متصرف در تمامی حقوق نسبت به مال مشاع می‌گردد. اگر مال مشاع منقول باشد تصرف انجام یافته کامل و تمام است و نیاز مند تشریفات خاصی نیست؛ اما اگر تصرف در مال مشاع عقاری صورت گرفته نیازمند ثبت می‌باشد.

اما اگر تصرف در سهم مشاع دیگر شرکا صورت گرفته باشد بدون شك این تصرفات غیرنافذ خواهد بود. اگر شريك صاحب سهم اجازه داد تصرف نافذ و صحیح می‌گردد و اگر اجازه نداد باطل می‌گردد. ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی يك قاعده کلی را بیان می‌کند: «شخصی که ملک غیر را بدون اجازه وی به شخص دیگری بفروشد بیع منعقد و نفاذ آن با اجازه مالک موقوف می‌باشد در صورت اجازه بیع نافذ و در غیر آن مالک می‌تواند فسخ آن را مطالبه نماید».

۴-۳. ضمان شريك در صورت تصرف بدون اذن و اتلاف

چنانچه گفتیم يك شريك بدون اذن شريك دیگر نمی‌تواند در ملك مشاع طوری نماید که موجب تضییع شريك دیگر گردد، زیرا حصه يك شريك نزد شريك دیگر امانت است، در صورتی که مال مشاع در اثر تعدی و تقصیر وی هلاک گردد مکلف به پرداخت ضمان می‌گردد (ماده ۱۹۴۱ ق.م).

۵. رفع مشاع با تقسیم

ملك مشاع برای همیشه به صورت مشاع باقی نمی‌ماند. شرکاء می‌توانند ملك مشاع را از طریق بیع، مانند فروش حصه از مال مشاع توسط یکی از شرکاء به شريك دیگر یا اشخاص اجنبی و یا فروش مال مشاع به شخص یا اشخاص متعدد توسط همه شرکاء و یا میراث مانند این که یکی از مالکین و یا شخص دیگری، حصه ملك مشاع دیگر را به ارث ببرد. همچنین توسط وصیت

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۳۷۹

مانند این که یکی از شرکاء حصه خویش را به شریک دیگر وصیت نماید و به ملک مفروز تبدیل نمایند. هرچند این اسباب، ملکیت مشاع را خاتمه می دهد، اما سبب اصلی و اساسی همان تقسیم است (سنهوری، ۲۰۰۲: ۸، ۸۰۳).

۵-۱. مفهوم تقسیم

تقسیم که در فقه آن را قسمت می گویند، به معنی افراز نصیب، جدا کردن و جداسازی نصیب است. مالی که تقسیم می شود، «مقسم» اشخاص یا شرکائی که مال به نفع آن ها تقسیم می شود. «مقسم لهم» یا «مقسام» نامیده می شوند. قانون مدنی در تعریف تقسیم می گوید: تقسیم عبارت است از تعیین حصه مشاع و اداء آن که برضائیت شرکاء یا حکم محکمه صورت می گیرد (ماده ۱۹۵۱ ق.م.ا). این تعریف با تعریف ماده ۱۱۱۴ مجله الاحکام هماهنگ است: «قسمت عبارت از تعیین نصیب هر یک از شرکا در ملک مشاع است». منظور از تعیین نصیب یا حصه که در تعریف آمده است به معنای افراز و جدا نمودن حصه است. و گرنه، تعیین به معنای مشخص نمودن نسبت حصه هر شریک، به شراکت خاتمه نمی دهد. حقوقدانان گفته اند: تقسیم؛ اختصاص هر شریک به جزء مفروزی از مال مشاع است که با حصه مشاع هر شریک تناسب دارد (سعد، پیشین: ۱۷۰). تقسیم بر دو قسم است: تقسیم نهایی و تقسیم موقت (مهایات). تقسیم موقت را بیشتر بحث نمودیم.

براساس ماده ۱۹۵۱ قانون مدنی تقسیم، به اعتبار منشاء آن به دو نوع تقسیم رضایی و تقسیم قضایی دسته بندی می شود (زحیلی، پیشین: ۴۷۳۶).

۵-۲. حق مطالبه تقسیم

هر یک از شرکا تا زمانی که به موجب توافق یا به نص قانون ملزم به حفظ اشتراك نشده باشد می تواند خواهان تقسیم مال مشاع گردد. هیچ شریکی مجبور به ادامه مشارکت نیست. واقعیت این است که ملکیت شایع چیزی نیست جز اجتماع حقوق شرکا که محدودیت هایی برای آن ها در انتفاع بهتر از مال ایجاد می کند. بنابراین اشاعه و اشتراك حالت استثنایی دارد، لذا شریک حق دارد، هرگاه بخواهد به حالت اشاعه پایان دهد (فرج صده، بی تا: ۲۰۱). براین اساس ماده ۱۹۵۳ قانون مدنی تصریح می نماید: «اگر شرکاء به ابقای مال مشاع به اساس حکم قانون یا موافقه، مکلف نشده باشند، هر یک از شرکاء می تواند از محکمه تقسیم مال مشاع را مطالبه نماید. منع تقسیم مال مشاع با 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». این ماده

ترجمه ماده ۸۳۴ قانون مدنی مصر است. براین اساس اصل اولیه آن است که هر شریک حق دارد تقسیم مال مشاع را مطالبه نماید؛ مگر که این حق به حکم قانون یا با توافق از وی سلب شده باشد. سلب حق خروج از شرکت صرفاً برای پنج سال مجاز است. حکمت توافق بر خارج نشدن از شرکت این است که افراد هنگام تشکیل اشاعه اطمینان بیابند که شراکت پایدار خواهد ماند و از ناحیه خروج نابه هنگام یک یا چند شریک و تقسیم مال مشاع ضرری متوجه آن‌ها نخواهد شد.

۵-۳. اقسام تقسیم

هرچند قانون مدنی از دو نوع تقسیم رضایی و تقسیم قضایی نام می‌برد، اما نباید از تقسیم با وصیت غفلت نمود.

۵-۳-۱. تقسیم رضایی

الف: تعریف و ماهیت تقسیم رضایی: تقسیم رضائی تقسیمی است که با توافق همه شرکا صورت می‌گیرد. در شناخت ماهیت تقسیم رضایی در میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد، برخی فقیهان تقسیم را تمیز (جدانمودن) حق و برخی دیگر عقد بیع دانسته‌اند.

عمده فقیهان اهل سنت براین باورند: تقسیم، بیع است (قرافی، بی تا: ۷، ۶۳). به نظر آن‌ها عمل تقسیم به این منظور انجام می‌شود که یک شریک با انصراف از سهم مشاع منتشر خود در مجموع، بخش (مفروز) معینی از آن به وی داده شود، تا در آن حصه اختصاصی مالکیت مستقل پیدا کند و همین مال مبادله سهم مشاع با بخش معینی از آن تقسیم را به بیع شبیه می‌نماید که در آن دو مال باهم مبادله می‌شود. نمونه آن در تقسیم به ردّ در اموال قیمی که در آن تعدیل حصص مطرح است و کلیه قسمت‌های مال مشاع به هریک از شرکا داده نمی‌شود، این نظر تاکید شده است؛ یعنی در جایی که حصص تعدیل نمی‌شود و مقدار سرانه به یکی از صاحبان سهام می‌پردازند، این نظر تقویت شده است. زیرا در برابر تمام یا بخشی از سهم مشاع به شریک مال دیگری که بطور معمول پول است پرداخته می‌شود. به همین استدلال اگر مال مشاع مشترک بین ملک و وقف باشد و سرانه از طرف شریک مالک پرداخت شود تقسیم را جایز نمی‌دانند. زیرا بخشی از موقوفه خریداری شده است، ولی اگر سرانه از طرف متولی موقوفه پرداخت شود تقسیم جایز است، چون بخشی از ملک به نفع موقوفه خریداری شده و چیزی به سهم موقوفه اضافه گردیده است. به این دلیل تقسیم به ردّ را متضمن مفهوم بیع دانسته‌اند. به عنوان نمونه سرخسی

از فقیهان بزرگ حنفی می‌گوید: مہایات عبارت است از مبادلہ منفعت بہ جنس همان منفعت و ہریک از دو شریک در نوبت خود از ملک شریک (در عوض انتفاع شریک از حصہ وی) بہرہ‌مند می‌شود (سرخسی، ۲۰۰۰: ۲۰، ۳۱۱). ہرچند کہ او در خصوص تقسیم منافع سخن گفتہ است لکن روشن است کہ او در افراز عین و دین ہمین نظر را دارد. چرا کہ او مہایات را نوعی معاوضہ می‌داند (سرخی، ۱۳۸۴: ۵۱).

از فقیهان شیعہ «شہید ثانی» نیز تقسیم را نوعی معاوضہ می‌داند بہ این استدلال کہ قبل از افراز ہر شریک در ہر ذرہ ملک مشاع ذی‌حق بودہ، ولی بعد از افراز ہریک این حق را در حصہ مفروز طرف دیگر از دست می‌دہد و این معنی بدون مبادلہ حقوق و بدون معاوضہ، محقق نمی‌شود (زین‌الدین العاملی، بی‌تا: ۳، ۱۱۴). اما اکثر فقہاء امامیہ حتی در تقسیم بہ ردّ، تمیز حق را پذیرفتہ‌اند. مال شرکا کہ قبل از تقسیم مشاعی و متعلق بہ ہمہ شرکاست بر اثر تقسیم حصہ‌ها از یکدیگر جدا می‌شود و جدا شدن حصہ‌ها مستلزم هیچگونہ مبادلہ و معاوضہ‌ای بین طرفین نخواہد بود (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۶، ۳۰۹). قانون مدنی در این مورد بہ صراحت اعلام نظر نکرده است. اما از مواد ۱۹۵۷ و ۱۹۶۱ کہ بر حفظ تعادل حصص در تقسیم و جریان خیار شرط، خیار رؤیت و خیار عیب در تقسیم تصریح می‌نماید، می‌توان استنباط نمود کہ قانون مدنی تقسیم را نوعی عقد بیع می‌دانستہ است.

ہمہ شرکا باید در موقع تقسیم حضور داشتہ باشند و حایز اہلیت حقوقی ادا یا اجرا باشند. اگر یکی از شرکا صغیر باشد، ولی یا وصی وی با موافقہ محکمہ، قایم مقام او شناختہ می‌شود (مادہ ۱۹۵۲ ق.م). شرط استیذان ولی و وصی از محکمہ بخاطر آن است کہ اطمینان حاصل شود، در انجام تقسیم مصلحت صغیر رعایت می‌شود. موانعی مثل سلب حق تقسیم با توافق و یا حکم قانون موجود نباشد (مادہ ۱۹۵۳ ق.م). اگر چنین موانعی وجود داشتہ باشد، تقسیم صحیح نخواہد بود.

براین اساس کہ تقسیم رضایی نوعی توافق و قرارداد است، رعایت قواعد عمومی عقود در انعقاد و صحت آن الزامی است. بہ ہمین خاطر ممکن است درخواست بطلان تقسیم رضایی بہ دلایل نقص اہلیت یکی از شرکا، وقوع غبن در تقسیم، وجود موانع تقسیم و مانند آن از محکمہ خواستہ شود. فقرہ ۱ مادہ ۱۹۷۳ قانون مدنی در مورد تقسیم غبنی می‌گوید: «نقض تقسیم رضائی بشرطی جواز دارد کہ یکی از متقاسمان ثابت نماید کہ از تقسیم باثر غبن باندازہ بیش از خمس قیمت بہ او ضرر عاید شدہ است. در تعیین اندازہ غبن قیمت روز تقسیم

مال اعتبار داده می‌شود». البته مطابق فقره ۲ همین ماده مرور زمان استماع دعوی ابطال تقسیم یکسال بعد از انجام تقسیم است؛ بعد از انقضای يك سال از تقسیم، دعوی شنیده نمی‌شود. براساس فقره فوق، مدعی علیه نیز در زمان جریان دعوی بطلان تقسیم به دلیل غبن، می‌تواند با پرداخت نقد یا عین که کمبود حصه مدعی را پوره کند، دعوی را متوقف نماید. آنچه در این تقسیم مهم است برقراری برابری میان شرکا در تقسیم رضایی است، هرگاه تقسیم با نابرابری همراه باشد، مغبون حق دارد که دعوی ابطال تقسیم را از محکمه بخواهد، اگر در جریان دعوی، مدعی علیه با پرداخت مابه التفاوت مجدداً تعادل را به تقسیم برگرداند، دیگر دلیل ندارد که مدعی با اتلاف وقت محکمه به دعوی ادامه دهد. البته از لحن فقره ۲ ماده ۱۹۷۳ قانون مدنی فهمیده نمی‌شود که مدعی مجبور به قبول مابه‌التفاوت و ختم دعوی می‌باشد. این حق مدعی است که با پذیرش نقد یا عین به دعوی خاتمه دهد، یا به دعوی ادامه داده و خواهان ابطال تقسیم گردد.

اگر متقاسم مغبون بعد از علم به غبن در تقسیم، به تصرف در مال مفروز پردازد، این تصرف رضایت ضمنی به تقسیم تلقی می‌گردد و نمی‌تواند خواهان ابطال تقسیم به دلیل غبن گردد. همچنانکه بعد از گذشت یکسال از تاریخ تقسیم نمی‌تواند دعوی ابطال تقسیم را از محکمه بخواهد (سعد، پیشین: ۱۷۹).

ب: تقسیم عملی: نکته مهم در تقسیم رضایی آن است که لازم نیست تقسیم رضایی همراه توافق کتبی یا شفاهی باشد، بلکه می‌تواند عملی باشد. مثلاً بدون توافق قبلی هر شریک دقیقاً بخشی از مال مشاع را تصرف کند که معادل حصه او می‌باشد و هیچ يك اعتراضی نسبت به این عمل دیگری نداشته باشد، در رویه قضایی مصر این عمل شرکا يك نوع تقسیم رضایی محسوب می‌شود (سعد، پیشین: ۱۸۰).

گاهی هم تقسیم منافع (مهایات) به تقسیم نهایی تبدیل می‌گردد؛ تقسیم منافع مکانی و زمانی، اگر به مدت پانزده سال ادامه یابد، تبدیل به تقسیم نهایی می‌گردد و به حکم قانون این اشاعه برای همیشه پایان می‌پذیرد. قسمت آخر ماده ۱۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌نماید: «اگر این تقسیم بهمین وضع تا مدت پانزده سال دوام کند، تقسیم نهایی شمرده می‌شود». این نوع تقسیم را نیز شاید بتوان نوعی تقسیم رضایی عملی محسوب نمود.

۵-۳-۲. تقسیم با وصیت

استفاده از وصیت برای تقسیم میراث، بهترین وسیله برای مورث است تا از بروز نزاع و مرافعه در

میان ورثه‌اش جلوگیری کند و به بقای عواطف و محبت میان اعضای خانواده اش منجر می‌شود. این گونه مورث که از توانایی و استعداد و مهارت هریک از وراثتش آگاه است و بر مبنای آن ترکه‌اش را بر مبنای مصالح هریک تقسیم می‌کند. این نوع تقسیم برعکس تقسیم نوع قبلی که ماهیت عقدی داشت این نوع تقسیم براساس اراده انفرادی مورث صورت می‌گیرد. همین خصوصیت این نوع تقسیم را از تقسیم رضایی و قضایی متمایز می‌سازد. این نوع تقسیم دارای شروط و آثار متفاوت از دو نوع دیگر است. «وصیت به تقسیم اعیان متروکه برای ورثه وصیت کننده به ترتیبی که برای تمام ورثه باندازه حصه آنها تعیین نماید جواز دارد» (م ۲۰۹۶ ق.م). برای وصیت کننده این امکان وجود دارد که وصیتش را در زمان حیاتش اصلاح کند، اما بعد از مرگ، تقسیم لازم شمرده می‌شود (م ۲۰۹۷ ق.م). از ماده ۲۱۰۱ قانون مدنی استنباط می‌شود: تقسیم بر اساس وصیت در حق داینین مورث تأثیری ندارد، چرا که حق آن‌ها به ترکه تعلق می‌گیرد بنا براین اگر ترکه براساس وصیت تقسیم شده باشد، داینین مورث می‌تواند به آن‌ها مراجعه نماید.

نکته مهم دیگر این که مطابق حکم ماده ۲۱۰۰ قانون مدنی: در مورد تقسیم منسوب به بعد از مرگ تمام احکام مربوط به تقسیم عمومی با استثنای احکام غبن تطبیق می‌شود. احکام غبن در این جا شامل نمی‌گردد زیرا در وصیت، وصیت کننده حق دارد به ثلث مال خود هرگونه که می‌خواهد برای بعد از مرگش وصیت کند، لذا از همین محل می‌تواند، حصه بعضی از وارثان را بیش از سایرین قرار دهد.

۵-۳-۳. تقسیم قضایی

در حالت عدم توافق در تقسیم مشاع، هرکدام از شرکا می‌تواند از محکمه خواهان تقسیم شود، در این دعوی شریک خواهان تقسیم، مدعی و سایر شرکا مدعی علیه قلمداد می‌شود. در دعوی تقسیم محکمه ابتدائیه ای که اموال مشاع موضوع تقسیم، در حوزه قضایی آن قرار دارد، ذی صلاح پنداشته می‌شود (م ۱۹۶۳ ق.م). زمانی که دعوی تقسیم در محکمه ابتدائیه توسط یکی از شرکا و یا شرکا 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 می‌نماید یا خیر؟ قانون مدنی در مورد قابل تقسیم نبودن مشاع، و قابل تقسیم بودن آن با تنزیل قیمت احکام جداگانه را وضع نموده است.

الف. تقسیم عینی

منظور از این تقسیم آن است که به هر شریک عین جزء مفروز از مال مشاع داده شود. اصل

این است که محکمه خود به انجام تقسیم مبادرت می‌نماید، لیکن اغلب محاکم، افراد خبره و کارشناس نیز استمداد می‌جویند. این نوع تقسیم در مال مشاعی اجرا می‌شود که بدون نقص فاحش در قیمت قابل تقسیم باشد.

اگر مال قابل تقسیم باشد، قاضی محکمه ذی صلاح باید آن را میان شرکاء تقسیم نماید. در چنین حالتی قانون مدنی به قاضی صلاحیت داده‌است تا اشخاصی را که در تقسیم اهل خبره هستند، نایب خویش تعیین و به این ترتیب مال مشترک قابل تقسیم را تقسیم نمایند (م ۱۹۵۵ ق.م). منظور از اهل خبره؛ اشخاص مسلکی است که در رشته‌های خاص دارای تخصص، معلومات یا تجربه کافی هستند (فقره ۱۲ ماده ۴ ق.ا.م.ص). مساح، کارمند کدستر، متخصص اصلاحات ارضی، مهندس، انجینیر ساختمانی، همجوار اهل خبره‌اند. اهل خبره مکلف هستند مال مشاع را به کوچک‌ترین حصه‌ها تقسیم نمایند (م ۱۹۵۶ ق.م). در صورت عدم امکان می‌توانند حصه هر یک از شرکاء را تعیین و مجزا نمایند. اما، اگر تقسیم مال مشاع به حصص کوچک و مساوی امکان پذیر نباشد، اهل خبره معادل کمبود به پرداخت مال اضافی توسط کسی که حصه وی بیشتر است را، تکمیل نمایند (م ۱۹۶۰ ق.م).

محکمه در ضمن انجام تقسیم به دعاوی مربوط به آن نیز رسیدگی خواهد نمود (م ۱۹۶۴ ق.م). تقسیم حصه‌ها بین شرکاء به اساس قرعه صورت گرفته و در محضر محکمه درج گردیده و به اعطای حصه مفروضه هر شریک حکم صادر می‌گردد (م ۱۹۶۶ ق.م). پس حصص را براساس قرعه میان شرکاء تقسیم و حصص هر کدام را به آن‌ها اعطاء می‌نماید (سنه‌وری، پیشین: ۹۳۳).

تقسیم عینی نیز دو گونه است: تقسیم به جمع و تقسیم به تفریق. ماده ۱۹۵۹ قانون مدنی مقرر می‌نماید: «تقسیم به دو شکل صورت می‌گیرد، یکی به جمع حصه مشاع در هر فرد از افراد مال اعیان مشترک که تقسیم جمع یاد می‌شود و دیگری به تعیین حصص مشاع در یک عین مشترک که تقسیم تفریق نامیده می‌شود». از این تقسیم‌ها در قانون مدنی مصر نام برده نشده‌است، قانونگذار ما آن را از فقه اقتباس کرده‌است (خفیف، ۱۹۹۰: ۲۳۲).

۱. **تقسیم به جمع:** تقسیم به جمع آن است که از مجموع مال مشاع به هر یک از متقاسمان مالی از آن مجموعه داده شود، مثلاً اگر زمین زراعتی و خانه مسکونی مال مشاع میان دو برادر باشد، براساس تقسیم جمع خانه را به یکی و زمین را به دیگری می‌دهیم البته در صورتی که میان قیمت آن‌ها تعادل وجود داشته باشد. تقسیم در اموال منقول بیشتر از طریق جمع خواهد بود.

۲. **تقسیم به تفریق:** تقسیم به تفریق آن ست که از مجموع اموال مشاع به هریک از متقاسمان بخشی از مال به اندازه سهمشان داده شود، مثلاً در صورتی که ۱۰ جریب زمین و ۱۰۰ مَن گندم به دو برادر به ارث رسد، براساس تقسیم تفریق به هریک از آن‌ها ۵ جریب زمین و ۵۰ مَن گندم می‌دهیم.

ب. تقسیم به روش تصفیه

اگر محکمه ابتدائیه دریابد که مال مشاع اصلاً قابل تقسیم نیست، به عنوان مثال، مال مشاع اسب، انگشتر و موتر است و یا تقسیم آن ممکن است، اما با تنزیل فاحش قیمت، به عنوان مثال مال مشاع زمین یا خانه‌ی با مساحت بسیار کم باشد، تقسیم این چنین خانه و زمین باعث کاهش چشمگیر قیمت آن می‌گردد. محکمه می‌تواند مال مشاع را از طریق مزایده به فروش رساند و سپس پول آن را میان شرکاء به تناسب حصص آن‌ها تقسیم نماید (م ۱۹۶۷ ق.م). به این تقسیم، روش تصفیه‌ی گفته می‌شود، چنانچه در تصفیه شرکت‌های ورشکسته تجاری به کار گرفته می‌شود.

۶. آثار تقسیم مال مشاع

دو اثر برای تقسیم مال مشاع بر شمرده‌اند، یکی افراز و دومی ضمان؛

۱-۶. افراز

تقسیم وسیله انحلال اشاعه است. بنابراین، در اثر تقسیم، سهم یا حصه هر شریک از حصه سایر شرکاء جدا و معلوم و معین می‌گردد و پس از قسمت هر کدام از شرکاء مالک مستقل و منفرد حصه خویش می‌گردند و مالکان نسبت به حصه همدیگر سهم نمی‌داشته باشند. در نتیجه، مالکیت هر شریک پس از قسمت مطلق می‌شود و قید شراکت از آن برداشته می‌شود و مالک می‌تواند به صورت مستقل در آن تصرف مالکانه، مانند: خرید و فروش، اجاره، هبه، وصیت به عمل آورد (زحیلی، پیشین: ۴۷۲۵).

اثر تقسیم رضایی و قضایی از تقسیم با وصیت قدری متفاوت است. در تقسیم با وصیت به مرگ مورث، مال به صورت مفروز به ورثه منتقل می‌گردد نه مشاع. اما در تقسیم‌های رضایی و قضایی اولین اثر تقسیم افراز است. تقسیم در این موارد اثر ناقل دارد، زیرا در تقسیم رضایی هر شریک حصص پراکنده خود در مال مشاع را با بخش مفروز آن مال معامله می‌نمایند، با تقسیم، مالکیت خود را بر حصه‌های پراکنده از دست داده و مال جدیدی به وی منتقل گشته است. این

نقل وانتقال در سهم هر شريك اتفاق می افتد. در مقابل از پوتيه نقل شده است: تقسيم سند ميراث را تحديد می کند، نه اين كه سند تملك باشد. اثر اساسی تقسيم تعيين حدود حصه هريك از وارثان است و مشخص می كند اموالی را كه در حصه او قرار دارد، گویا تقسيم سبب می شود كه وارث مال را مستقيماً از مورث دريافت كرده است و چیزی از وراثت ديگر دريافت نكرده است (سعد، پيشين: ۱۹۹). از اين سخن فهميده می شود كه اثر تقسيم نقل ملكيت نيست بلكه كاشف آن است و داراي اثر رجعی به ماقبل از زمان تقسيم می باشد. اين نظر در ماده ۸۸۳ قانون مدنی فرانسه و ماده ۸۴۳ قانون مدنی مصر انعكاس يافته است. ماده ۱۹۷۰ قانون مدنی می گوید: «متقاسم از ملكيت مال مشاع، مالك حصه شناخته می شود كه با تقسيم باو تعلق گرفته و در حصص باقيمانده مالك چیزی نمی باشد». از اين ماده فهميده می شود كه قانون مدنی افغانستان اثر نقل را برای تقسيم می پذيرد.

به نظر برخی محققان اثر نقل تقسيم دیدگاه پسندیده ای است. اين واقعاً غير منطقی است كه اثر تقسيم را به گذشته سرايت بدهيم و بگويم متقاسم قبل از تقسيم مالك اين حصه بوده است و در حصه شركانش از اول حق نداشته است (سعد، پيشين: ۲۰۰).

۶-۲. ضمان

هريك از متقاسمان از ناحیه استفاده از حصص شركای ديگر قبل از تقسيم ضامن است. چنانچه ماده ۱۹۷۱ قانون مدنی تصريح می كند: «متقاسمان در برابر يكديگر از تعرض يا استحقاق كه بنا به سبب قبل از تقسيم واقع شود، ضامن می باشند. هريك آن ها به تناسب حصه خود باعتبار قيمت روز تقسيم مال به تاديه تعويض به مستحق ضمان مكلف می باشد. اگر یکی از متقاسمان نادار باشد، مقدار ضمان بر او لازم است، بر تمام متقاسمان دارنده و مستحق ضمان، توزيع می گردد». چند نکته در خصوص ضمان قابل توجه است:

۱. ضمان در فرضی مطرح است كه ما تقسيم را ناقل بدانيم كه براساس نظر فقهای حنفی و برخی فقهای شيعه و نیز قانون مدنی تقسيم ناقل است، چرا كه بيع مقايضه می باشد.

۲. ضمان با شرايط به وجود می آيد:

- اول: تعرض به حق غير پيش از وقوع تقسيم رخ داده باشد. بنابراین اگر به سببی لاحق بر تقسيم باشد ضمانی بر عهده متقاسمان ديگر بوجود نمی آيد.
- دوم: تعرض به خطای خود متقاسم متضرر برنگردد، اگر خود وی در ايجاد ضرر بر حصه

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۳۸۷

خود مقصر باشد مثل این که دیگری مدعی حق سابق بر تقسیم در حصه متقاسم باشد و متقاسم وی را به ناحق تصدیق کند یا در دفاع از خود اهمال نماید، شریک استفاده کننده ضامن نخواهد بود.

- سوم: توافق صریح برگذشت از ضمان توسط متقاسمان در شرایط خاص، موجود نباشد. این شرایط از ماده ۱۹۷۲ قانون مدنی افغانستان استنباط می شود.

۷. مشاع اجباری

هرگاه از منظور تهیه مال مشاع چنین معلوم گردد که مال مذکور باید به صورت دایم باقی بماند، شرکاء نمی توانند تقسیم آن را مطالبه نمایند (م ۱۹۷۸ ق.م). براین اساس مشاع اجباری آن است که به صورت دائمی قابل تقسیم میان شرکا نباشد. به دلیل اهمیت و وسعت مشاع دائمی که در زندگی امروز ما است که قانونگذار به تنظیم روابط میان شرکا به صورت مفصل پرداخته است. همه مصادیق مشاع اجباری قابل بحث نیست، لذا احکام کلی مشاع اجباری و مهمترین مصادیق آن را جداگانه بررسی خواهیم نمود.

۷-۱. احکام عمومی مشاع اجباری

الف: اقسام مشاع اجباری: مشاع اجباری بر دو قسم است؛ مشاع اجباری اصلی و تبعی (فرج صده، پیشین: ۲۵۳).

۱. مشاع اجباری اصلی: آن مال مشاعی است که مال طبعیاً برای خدمت و استعمال جمعی افراد قرارداد شده است، مثل تعمیراتی که برای گورستان های خانوادگی احداث شده اند.

۲. مشاع اجباری تبعی: آن مال مشاع میان چند نفر است که در خدمت عقارات مفرزه متعلق به آنها قرار دارد. این نوع مشاع اهمیت زیادی در زندگی روزمره ما دارد. مشاع اجباری تبعی مثل دیوار حویلی مشترک، قسمت های مشترک در بلند منزلها.

برخلاف مشاع عادی که حالت استثنایی داشت، مشاع اجباری اصلی و تبعی در زندگی امروز به امر عادی تبدیل شده است. به دلیل همین اختلاف است که قوانین آن دو تفاوت می کند.

ب: ماهیت حق شریک در مشاع اجباری: حق شریک در مشاع اجباری همانند حق شریک در مشاع عادی، حق ملکیت است که در مجموع مال مشاع پراکنده است. چنانچه که بعضی محققان گفته اند هدف عملی مشاع اجباری و حق ارتفاق یکی است، در هر دو مالکان دارای عقارات مجزای دیگری است که ملک مشاع و حق ارتفاق به منظور بهره برداری کامل از آن عقارات

می باشد. اما این به معنای اتحاد و یگانگی دو نظام حقوقی مشاع اجباری تبعی و حقوق ارتفاق نمی باشد، بلکه میان آن‌ها تفاوت‌های آشکاری وجود دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱. حق شریک در مال مشاع تا هر زمانی که استفاده نشود ساقط نمی‌گردد، اما حق ارتفاق اگر مدت طولانی استفاده نشود ساقط می‌گردد (م ۲۳۶۳ ق.م).
۲. مالک عمار مرتفق می‌تواند با قرارداد شرط ارتفاق در عمار را از مکان اصلی اش به مکان دیگری منتقل کند (م ۲۳۵۹ ق.م). این حکم در مورد مشاع اجباری قابل تطبیق نیست.
۳. شریک در مشاع اجباری می‌تواند از مال مشاع هرگونه و هراندازه که بخواهد استعمال نماید، بشرطی که به حق دیگر شرکا ضرر نزند. اما استفاده در حق ارتفاق محدود به همان موردی است که برای آن قرارداد شده باشد.
۴. مالک مشاع می‌تواند در ملک هرگونه تعدیل و تغییر ایجاد کند که منفعت شخصی او اقتضای آن را دارد، به شرطی که با ممانعت شرکای دیگر مواجه نشود. در حق ارتفاق شخص حق هیچگونه تغییر و تعدیل در جهت افزایش حق از اندازه مقررش ندارد.
۵. شریک در ملک مشاع می‌تواند نسبت به دفع متجاوز از ملک اقدام نماید ولی صاحب حق ارتفاق تازمانی که نسبت به خود حق آسیب وارد نیاید، نسبت به دفع تعدی از خود ملک چنین وظیفه‌ای ندارد.

ج: حقوق و تعهدات شرکا: شریک در مال مشاع اجباری حق دارد که از مال همانند ملک خالص خود استفاده نماید لیکن این استعمال محدود به دو شرط است:

۱. این استفاده با هدفی که مال به آن اختصاص یافته است معارض نباشد؛ به عنوان مثال شریک حق ندارد مال مشاع تبعی را در خدمت عقارات دیگر، غیر از عقاری که به آن اختصاص یافته است استعمال نماید.
۲. استفاده مذکور به حقوق به شرکای دیگر آسیب نرساند، شریک نمی‌تواند زمین خود را از چشمه مشترک به گونه‌ای آبیاری کند که بین چشمه و زمین مالکان دیگر مانع ایجاد کند. شریک همچنین می‌تواند در مال مشاع اجباری در حدود فوق‌الذکر و با هزینه خود و بدون اجازه سایر شرکا، به منظور دستیابی به نفع شخصی بیشتر، تعدیلات و اصلاحاتی صورت دهد که در مشاع عادی چنین حقی برای وی نبود. شریک در مال مشاع اجباری حق مطالبه تقسیم را ندارد، نه از آن جهت که قابل تقسیم نیست، بلکه به این خاطر که با هدفی که مال برای آن اختصاص یافته است معارض است. همچنان که حق تصرف معارض با آن هدف نیز برای شریک وجود

ندارد. پس در مشاع اجباری اصلی شریک نمی‌تواند در حصه‌اش درگورستان خانوادگی، مرده بیگانه‌ای را دفن کند، طلبکارانش نیز نمی‌تواند آنرا توقیف نماید. در مشاع اجباری تبعی نیز به تنهایی قابل توقیف و تصرف طلبکاران نیست بلکه به تبع عقار وابسته به آن توقیف می‌شود (سعد، پیشین: ۲۳۳). هریک از شرکا وظیفه دارد که مخارج و هزینه‌های اداره، نگهداری و سایر عوارض مال مشاع را بپردازد.

۷-۲. ملکیت مشاع اجباری طبقات منازل و آپارتمان

منظور از ملکیت طبقات، ملکیت خانه‌هایی است که به صورت چند طبقه و یا چند واحدی ساخته می‌شود و هریک از آن طبقات و یا واحدها مال یک نفر است. این نوع مالکیت به اسباب مختلف ممکن است حاصل شود؛ پدری برای هریک از اولادش یک طبقه از مجموعه آپارتمان وصیت می‌کند؛ چند نفر باهم مجتمع مسکونی را می‌سازند یا مالک، هر طبقه را به یک نفر می‌فروشد. این گونه خانه‌ها ابتدا در غرب به وجود آمد، امروزه تقریباً در همه کشورها و شهرهای بزرگ دیده می‌شود.

در مصر مقررات ملکیت طبقات را به دو دسته تقسیم و برای هریک مقررات جداگانه وضع نموده‌است:

۱. نظام ملکیت طبقه پایین و طبقه بالا: این نظام برگرفته از فقه اسلامی است. در این نظام ساختمان به طبقات مختلف تقسیم و هریک ملک مفروز یک مالک محسوب می‌شود. طبقه پایین مالک تمام اجزاء آن اعم از دیوار، کلکین، دروازه، سقف و زمینی که خانه در آن بنا شده، می‌باشد. طبقه بالا هم به تمام اجزایش ملک مالک آن محسوب می‌شود و نسبت به سقف طبقه اول فقط حق قرار دارد (خفیف، پیشین: ۲۶۰).

۲. نظام ملکیت مفروز و مشاع اجباری: این نظام از قانون فرانسه گرفته شده‌است. در این نظام عمارت‌های بلند منزل دارای مالکان متعدد، به دو بخش تقسیم شده‌است: بخش ملکیت مفروز هر مالک و بخش ملکیت مشاع اجباری میان همه مالکان. در این تقسیم بندی اجزای ساختمان در هر طبقه ملک اختصاصی مالک آن طبقه محسوب می‌شود، اما اجزای از ساختمان که برای استفاده مشترک بین همه مالکان قرار داده شده‌است مثل دیوارهای اصلی، ستونها، درهای ورودی اصلی و زمین ساختمان ملک مشاع اجباری قرار داده شده‌است.

در نظام حقوقی مصر به دلیل گسترش زیاد نظام نوع دوم، در همه شهرها اصل را بر آن

نهاده‌است. اگر به موجب سند مشخص شود که نظام اول مورد نظر مالکان بوده‌است، در آن صورت تابع مقررات نظام اول قرار می‌دهد (فرج صده، پیشین: ۲۶۴). قانون مدنی ما در این بحث از قانون مدنی عراق متأثر است، به گونه‌ای که مواد ۱۹۷۹-۱۹۸۴ قانون مدنی، ترجمه مواد ۱۰۸۲-۱۰۸۶ قانون مدنی عراق است. این مواد نشان می‌دهد که قانون ما برعکس قانون مصر، نظام ملکیت طبقات بالا و پایین را مبنا قرار داده‌است. این مقررات جوابگوی زندگی نیازهای آپارتمان نشینی در عمارت‌های بلند منزل که در شهرهای بزرگ افغانستان در حال گسترش است، نمی‌باشد. براین اساس ملکیت طبقات منازل را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف: ملکیت طبقات منازل

همچنان‌که پیشتر گفتیم عمارت دارای طبقات مختلف بوده و هریک ملک مفروز يك مالك محسوب می‌باشد. طبقه پایین با تمام اجزاء اعم از دیوار، کلکین، دروازه، سقف و زمینی که خانه در آن بنا شده، ملك يك شخص می‌باشد. طبقه بالا هم با تمام اجزانش ملك مالك آن محسوب می‌شود و نسبت به سقف طبقه اول فقط حق قرار دارد. قانون مدنی تصریح می‌نماید: «هرگاه یکی مالك طبقه بالا و دیگری مالك طبقه پائین عمارت باشد، مالك طبقه بالا حق قرار را بر سقف داشته و سقف ملکیت مالك طبقه پائین شناخته می‌شود. مالك طبقه بالا از سطح آن بصورت معتاد حق استفاده را دارد مالك طبقه پائین عمارت در طبقه بالا در حدود صیانت حق خود حق دارد.» (م ۱۹۷۹ ق.م).

ماده ۱۹۸۰ قانون مدنی ما می‌گوید: «هرگاه دروازه مدخل طبقه بالا و پائین عمارت یکی باشد، مالکین هر دو طبقه حق استعمال آن را بصورت مشترك داشته هیچ يك دیگری را از استفاده از آن منع کرده نمی‌تواند». منظور قانونگذار از این ماده روشن نیست، آیا منظور این است که مالکان دو طبقه نسبت به دروازه ورودی اصلی ملکیت مشاع دارند یا آن هم ملك مفروز طبقه پایین محسوب می‌شود که مالك طبقه بالا نسبت به آن حق ارتفاق دارد؟ در ماده کلمه استعمال به کار رفته است استعمال اعم از ملکیت و حق ارتفاق است چرا که در هر دو استعمال وجود دارد. بنابراین باید به تحلیل های حقوقی اتکا نماییم. نظر به این که قانونگذار نظام ملکیت طبقات را برگزیده است و این نظام نیز از فقه اسلامی گرفته شده است، می‌توان استنباط نمود که سخن از ملکیت مشاع نیست، مالك طبق بالا همچنان که نسبت به زمین عمارت حق مالکیت ندارد، نسبت به مدخل ورودی مشترك که در طبقه پایین است نیز حق مالکیت ندارد اما از این نظر که

نظام ملکیت مشاع در حقوقی افغانستان/ ۳۹۱

استفاده از ملکش متوقف استفاده از مدخل نیز هست، نسبت به آن حق مرور دارد. همچنانکه ماده مذکور تصریح می‌کند: هیچ يك حق ندارد دیگری را از استفاده از آن منع کند. در تأیید این برداشت، ملاحظه می‌کنیم قانون مدنی عراق تعبیر «دخول و خروج» را به کار برده است که همان «حق مرور» می‌باشد و حق مرور هم مصداق حق ارتفاق است.

ب. تعهدات مالکان طبقات منازل

اکنون به تکالیف و تعهدات مالکان هریک از طبقات می‌پردازیم:

۱. **تعهدات مالك طبقه پایین:** دو تکلیف اساسی برای مالك طبقه پایین در قانون مشخص شده است:

اول: باید به ترمیم و کارهای لازم برای جلوگیری از سقوط طبقه بالا بپردازد. نه تنها خود مالك حق ندارد در طبقه پایین کاری انجام دهد که به استحکام و سلامت طبقه بالا آسیب برساند، بلکه اگر خود به خود نیز در ملك پایین خرابی به وجود آید که استحکام طبقه بالا را متزلزل می‌سازد، مالك طبقه پایین ملزم است، آنرا ترمیم و اصلاح نماید.

دوم: تجدید بنای تعمیر منهدم شده: مالك طبقه پایین موظف است طبقه پایین را در صورت تخریب و انهدام تجدید بنا کند. مهم نیست که خود او سبب انهدام بوده یا بر اثر بلایای طبیعی مثل زلزله تخریب شده باشد. تفاوتی نمی‌کند که از روی تجاوز به حقوق مالك طبقه بالا تخریب نموده باشد یا از روی غیر عمد بنا را منهدم نموده باشد (ماده ۱۹۸۲ ق.م). در هر صورت قانون وی را ملزم به تجدید بنا می‌نماید، اگر از انجام آن خودداری نمود، محکمه به مالك طبقه بالا اجازه تجدید بنا را خواهد داد. اگر مالك منزل پائین از اعمار مجدد آن امتناع آورد و مالك طبقه بالا به اجازه مالك طبقه پائین یا اجازه محکمه باعمار آن بپردازد، می‌تواند مصارف اعمار را از مالك طبقه پائین حاصل نماید. اگر مالك طبقه بالا بدون اجازه مالك طبقه پائین یا بدون اجازه محکمه باعمار اقدام کند، حق مراجعه او بر مالك طبقه پائین منحصر به قیمت بنا می‌باشد و قیمت به اساس نرخ گذاری اهل خبره به قیمت روز اعمار تعیین می‌شود، نه قیمت روز مراجعه.» (فقره ۲ ماده ۱۹۸۲ ق.م). مالك طبقه بالا می‌تواند مالك طبقه پائین را از سکونت و استفاده طبقه مذکور تا زمانی منع نماید که حق او را تأدیه کند. همچنان می‌تواند به اجازه محکمه آنرا به اجاره داده و از اجرت آن حق خود را بگیرد (م ۱۹۸۳ ق.م).

قانون مدنی مصر در صورت خودداری مالك طبقه پایین از تجدید بنا به محکمه اجازه

داده‌است که نسبت به فروش آن اقدام کند، تا از قیمت آن، هزینه تجدید بنا و یا ترمیم طبقه پایین فراهم شود (ماده ۸۵۹ قانون مدنی مصر). اما قانون ما و قانون عراق (م ۱۰۸۵ ق.م) چنین حقی به محکمه نداده‌است، بلکه محکمه می‌تواند به تجدید بنا توسط مالک طبقه بالا تصمیم بگیرد.

۲. تعهدات مالک طبقه بالا: مالک طبقه بالا نمی‌تواند بدون اجازه مالک طبقه پائین در بالای منزل بنای جدید اعمار یا به ارتفاع منزل خود اقدام کند، مگر این که ثابت شود عمل مذکور به طبقه پائین ضرر نمی‌زند. در این صورت می‌تواند بدون اجازه مالک طبقه پائین به اعمار یا ارتفاع آن اقدام کند (م ۱۹۸۴ ق.م. و ۱۰۸۶ ق.م.ع. و ۸۶۱ ق.م.ص). این محدودیت برای صیانت از حقوق مالک طبقه پایین است. چرا که افزودن بنا و بلند بردن ارتفاع موجب ثقل سقف و افزایش بار ستون‌ها و دیوارهای طبقه پایین می‌گردد، فقط در صورتی مجاز است که براساس نظر اهل خبره ثابت شود که آسیبی به سقف، ستون، دیوار و استحکام ملک طبقه پایین نمی‌زند، یا اجازه و رضایت مالک طبقه زیرین را برافزایش بنا گرفته باشد.

۸. نتیجه‌گیری

گسترش زندگی شهری و شهرنشینی گونه‌های دیگری از اموال و املاک مشاع را به وجود آورده است. صورت‌های جدید مال مشاع بدون تردید مباحث جدید حقوقی را نیز سبب شده است. دراین تحقیق با هدف گسترش مرزهای دانش حقوق، احکام قانون مدنی و فقه در خصوص مال مشاع، نحوه اداره و روش‌های ختم اشاعه مورد بررسی قرار گرفت. از برخی نارسایی‌های عبارتی و اشتباهاتی که در ترجمه قانون از عربی به فارسی صورت گرفته است که بگذریم؛ قانون مدنی مقررات دقیق و روشنی برای اداره مال مشاع و مدیریت صورت‌های نوین مال مشاع پیش‌بینی نموده است. تا حد زیادی این احکام پاسخگوی نیازهای جدید بوده و با فرهنگ شهرنشینی مدرن نیز به اندازه کافی سازگار است. مشکل اساسی در بحث مال مشاع در تطبیق کامل احکام قانون مدنی است که مشاوران حقوقی، وکلای مدافع و فروشندگان آپارتمان‌ها و دیگر اموال مشاع از تطبیق آن غافل مانده‌اند. به همین اندازه محققان و محصلان علم حقوق از تجزیه و تحلیل آن و قضات از ایجاد رویه قضایی در این زمینه بازمانده‌اند. براساس این تحقیق ثابت شد: مواد ۱۹۳۸ و ۱۹۴۹ در مورد اداره عادی و غیرعادی مال مشاع قانونگذار مرتکب اشتباه گشته است. لذا پیشنهاد می‌گردد: در متن ماده ۱۹۳۸ قید گردد: «حکم این ماده به اداره عادی مال مشاع اختصاص دارد»؛ همچنان که قید اداره غیرعادی در ماده ۱۹۴۹ قانون مدنی لازم است. در ضمن؛ تعبیر «اسباب قدیمه» در متن ماده ۱۹۴۹ نیز باید به «اسباب قویه» اصلاح گردد.

همچنین در بحث نظام مالکیت آپارتمان‌ها قانون مدنی افغانستان (مواد ۱۹۷۹-۱۹۸۴)، تحت تاثیر قانون مدنی عراق بوده و بیشتر نظام مالکیت طبقات بالا و پایین را در نظر گرفته است. لیکن نظر به پیشرفت و گسترش شهرنشینی و تراکم جمعیت در شهرها، نظام ملکیت مشاع و مفروز که در قانون مدنی مصر آمده است، بهتر می‌تواند جوابگوی پیچیدگی مسایل آپارتمان‌نشینی در شرایط کنونی شود؛ لذا پیشنهاد می‌شود که مواد مذکور اصلاح و تعدیل گردد.

۸. فهرست منابع

۱. اتاسی، محمد خالد، شرح مجله الاحکام، ترجمه امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، انتشارات ستره محکمه، ۱۳۷۰.
۲. سرخی، علی، تقسیم اموال مشترک، فکر سازان، تهران، ۱۳۸۴.
۳. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، نشر لیدا، تهران، ۱۳۷۴.
۴. احمد السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی، ۲۰۰۲.
۵. شهاب الدین أحمد بن إدريس المالکی (القرافی)، أنوار البروق فی أنواع الفروق، بی تا، بی جا.
۶. شمس الدین أبو بکر محمد بن أبی سهل السرخسی، دارالفکر، بیروت، ط. الأولى، ۱۴۲۱هـ/ ۲۰۰۰م.
۷. نبیل ابراهیم سعد، الحقوق العينية الاصلية فی القانون المصری و اللبناني، دارالنهضة العربیه، بیروت، ۱۹۹۵.
۸. عبدالمنعم فرج صده، الحقوق العينية الاصلية، دارالنهضة العربیه، بیروت، بی تا.
۹. وهبه الزحيلي، الفقه الاسلامی و ادلته، دارالفکر، دمشق، ۱۴۰۴هـ/ق. ۱۹۸۵م.
۱۰. علی الخفیف، الملیکيه فی الشریعة الاسلامیه، دارالنهضة العربیه، بیروت، ۱۹۹۰.
۱۱. عاملی، زین الدین، اللمعه الدمشقیه، بیروت، جامعة النجف الدینیة، بی تا.
۱۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱.
۱۳. قانون مدنی افغانستان ۱۳۵۵، ه. ش.
۱۴. قانون مدنی مصر، شماره ۱۳۱، سال ۱۹۴۸م.
۱۵. قانون مدنی عراق، سال ۱۹۵۱م.