

بررسی تطبیقی تصرفات مالی بیمار در مرض متصل به موت در فقه و نظام حقوقی افغانستان

عابدین احمدی

پوهنپار، دیپارتمنت حقوق خصوصی، پوهنځی حقوق و علوم سیاسی، پوهنتون جوزجان، شبرغان، افغانستان.

<http://orcid.org/0009-0001-1776-8812> - abedin66ahmadi@gmail.com

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۲/۵)

چکیده

در مورد مرض موت بین فقها اتفاق نظر وجود ندارد. برای تشخیص این مرض، معیارهای متعدد بیان شده است. خطرناک بودن، ترس از مرگ، وقوع مرگ در حین بیماری، منتهی شدن بیماری به مرگ، طول دوره و عجزآور بودن ملاک هایی است که فقها برای این مرض بیان داشته اند. بحث حکم منجزات مریض مشرف به موت در میان فقهاء و حقوق دانان همیشه مطرح بوده است. مسأله اصلی این است که تصرفات مالی تبرعی مریض در مرض موت، از ثلث دارایی حساب می شود یا از کل دارایی محاسبه می گردد؟ این تحقیق با روش توصیفی - تحلیلی و جمع آوری معلومات از طریق کتابخانه‌ای و با مراجعه به منابع کتب حقوقی و فقهی اهل سنت صورت گرفته است. نظر مشهور فقهای اهل سنت حجر بیمار در زمان مرض موت است؛ اما در بعض مسائل مثل بیع به ورثه، هبه و کفالت مریض برای ورثه اش اختلاف نظر وجود دارد. قانون مدنی افغانستان نیز با مطابقت از نظر مشهور فقه حنفی نظر محجوریت مریض را پذیرفته است؛ اما در بعضی موارد همانند بیع وارث به مورث بیمار خود متفاوت عمل نموده است.

کلمات کلیدی: تصرفات مالی، حقوق افغانستان، حجر، مرض متصل به موت، فقه.

Comparative Study of Patient's Financial actions in Death-Related Diseases in Jurisprudence and the Legal System of Afghanistan

Abedin Ahmadi

Teaching Assistant, Department of private law, Faculty of law and political Science, Jawzijan university, Sheberghan. Afghanistan.

abedin66ahmadi@gmail.com - <http://orcid.org/0009-0001-1776-8812>

(Received: 20/01/2024 - Accepted: 24/04/2024)

Abstract

There is no consensus among jurists about death. To diagnose this disease, several criteria have been stated. Dangerousness, fear of death, occurrence of death during illness, illness leading to death, length of period and disability are the criteria that jurists have expressed for this disease. The discussion of the verdict of the death of the patient has always been discussed among the jurists and jurists. The main issue is whether the financial possessions of the patient in case of death are counted from one third of the property or from the total property? This research, which was carried out in a library method and by referring to reliable sources of Sunni jurisprudence, shows that the famous opinion of Sunni jurists is that the stone is a sick person at the time of illness. However, there is a difference of opinion in some issues such as selling to heirs, gifting and sponsoring a sick person for his heirs. The civil law of Afghanistan has also accepted the idea of confining the patient in accordance with the famous Hanafi jurisprudence, but in some cases it has acted differently, like selling the heir to the patient's heir.

Keywords: *Disease Related To Death, Financial Seizures, Afghan Rights, Hajar.*

مقدمه

مرض متصل به موت از جمله مباحثی است که هم در حقوق موضوعه امروزی و هم در فقه جای بحث و گفت‌وگوی بسیار داشته و دارد. در قانون مدنی افغانستان مرض منتهی به مرگ را در مواد ۱۱۹۷، ۱۱۶۷ با متابعت از فقه حنفی به طور کلی جزء اسباب حجر شمرده شده است؛ ولی در موارد مختلف تصرفات منجز مریض احکام مختلف دارد و در همه جا قایل به حجر کامل نیست.

در فقه «بیماری منتهی به مرگ» به عنوان یکی از اسباب حجر هم‌واره مورد بحث و کانون توجه محققان بوده است. در خصوص آن پژوهش‌های مستقل قابل‌تحسینی صورت گرفته است. به علاوه، در اغلب کتب فقهی در مباحث حجر، وصیت، هبه، وقف و اقرار در مورد آن به نحو مبسوط سخن گفته شده است. در این نوشتار بررسی می‌شود که مرض منجز به موت از اسباب حجر به حساب می‌آید؟ تصرفات مالی مریض از ثلث دارایی او حساب می‌شود یا از کل اموال او؟ همان طور که در کتب فقهی شش سبب از اسباب حجر را برشمرده اند؛ که یکی از آن‌ها مرض متصل به موت است. اوصاف و معیار بیماری متصل به مرگ بین علما اختلاف است. یکی خطرناک بودن را ملاک قرار داده و دیگری عجزآور بودن، بعضی منتهی شدن بیماری به مرگ. بیمار منجز به مرگ ممکن است. چند قسم تصرفات داشته باشد، تصرفات معلق مثل وصیت، تصرفات منجز و قطعی مثل هبه و وقف. در تصرفات معلق اختلاف چندانی بین علما نیست. همه قبول دارند که از ثلث اموال حساب می‌شود. آن چه مورد بحث و اختلاف است منجزات تبرعی مریض است، که از کل اموال حساب می‌شود یا از ثلث؟ تصرفات معوض، تصرفاتی است که تعادل عوضین در آن رعایت می‌شود و تصرفات غیر معوض تصرفاتی هستند، که تعادل عوضین در آنها رعایت نمی‌شود و یا کلاً به صورت رایگان انجام می‌شود. در تصرفات معوض نیز بحث نیست، همه حقوق دانان قبول دارند که نافذ است، مثل تصرفات دوران بدون بیماری.

اصل این است که انسان بر تمام اموال خود، حق هرگونه تصرف مادی و حقوقی داشته باشد؛ ولی گاهی بعضی از عوامل باعث می‌شود که مالک نتواند در اموال خود به طور آزادانه تصرف نماید. این عوامل را در علم حقوق عوامل حجر می‌گویند. در باره اسباب حجر و به دنبال آن، در باره مرض متصل به مرگ، در فقه اهل سنت اشخاص چون ابن‌قدامه در المغنی، ابوحامد غزالی طوسی در الوسیط فی المذهب و شارحین المجله الاحکام نیز به تبع از المجله به این بحث پرداخته است. حقوق دانان معاصر چون، دکتر سید حسن امامی در مجموعه حقوق مدنی، دکتر ناصر کاتوزیان در کتاب ارث، دکتر جعفر لنگرودی در کتاب وصیت و ارث، دکتر محقق داماد در شرح قانون مدنی و وصیت، دکتر سنه‌پوری در کتاب الوسیط فی شرح

قانون المدنی المصر، پیرامون ماده های ۹۱۶ و ۴۷۷ قانون مدنی مصر به این بحث پرداخته‌اند. پایان نامه‌ها و مقالات با محوریت فقه و رویکرد قانون مدنی ایران در این بحث به طور مفصل واکاوی نموده‌اند. در موضوع یادشده با رویکرد حقوق افغانستان کتاب، پایان نامه و مقاله‌ای را نگارنده بدست نیاورد است. لذا جای این بحث در ادبیات حقوقی افغانستان خالی احساس می‌شود و با توجه به کاربرد این موضوع اهمیت این تحقیق بیشتر قابل درک است. در این نوشتار تلاش می‌شود موضوع مرض متصل به مرگ از دید حقوق افغانستان مورد بررسی قرار گیرد. این نوشتار شامل یک مقدمه، اصل موضوعات بحث که شامل ۴ عنوان می‌شود و نتیجه گیری می‌باشد. در این تحقیق با استفاده از کتب فقهی، متن مواد قانون مدنی افغانستان و کتب حقوقی مطالب جمع آوری شده و به روش توصیفی - تحلیلی مقاله تدوین شده است.

الف) تعریف منجزات

واژه منجزات، جمع مُنَجَزَه، اسم مفعول از مصدر تنجیز است که به معنی وفا کردن به وعده و انجام دادن کار و قطعیت بخشیدن به آن است (سعدی، ۴۰۸ ق، ص. ۳۱۱). منجزات مریض در اصطلاح به معنای تصرفات قطعی است که از سوی مریض در خصوص اموال و دارایی هایش صادر می‌شود. این تصرفات ممکن است دو صورت داشته باشد:

یک- در آن بذل و بخششی وجود نداشته باشد و چیزی به صورت مجانی در اختیار کسی قرار نگیرد، که در این صورت اختلاف نظری پیش نمی‌آید. دیگر این که مریض اموال و دارایی های خود را به صورت تبرعی و محاباتی در اختیار دیگران قرار دهد. مثلاً هبه، بخشش، وقف، ابراء و بیع محاباتی داشته باشد و امثال آن. در این صورت اختلاف نظر پیش می‌آید که آیا مریض بدون اجازه ورثه می‌تواند از اصل ترکه برداشت کند یا از ثلث اموال همان طور که در وصیت ملاک است. هم‌چنان که در وصیت اگر وارث اجازه ندهد مالک فقط می‌تواند از ثلث مال برداشت کند. این فقه‌ها در این باره اختلاف نظر وجود دارد. در این صورت اختلاف نظر پیش می‌آید که آیا مریض بدون اجازه ورثه می‌تواند از اصل ترکه برداشت کند یا برداشت او منوط است به اجازه وارث؛ هم‌چنان که در وصیت اگر وارث اجازه ندهد مالک فقط می‌تواند از ثلث مال برداشت کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص. ۹).

به‌طور خلاصه ممکن است منجزات را چنین تعریف نمود عبارت است: از تملیک مالی یا فک و ابراء یا تصرفی بدون عوض که متعلق آن، مال یا حق موجود و فعلی است و جمیع انحاء و اقسام تصرفات مالی خواه مملک باشد مثل هبه، صدقه و خواه غیر مملک باشد مثل وقف (بر این اساس که وقف را تملیک ندانیم و فک ملک بدانیم) (الحسنی الحسینی، بی‌تا، ص. ۴۵).

ب) ملاک تشخیص مرض موت از دیدگاه حقوق افغانستان

قانون مدنی افغانستان و قانون احوال شخصیه افغانستان در ماده‌های مختلف احکام مرض

موت را بیان نموده است؛ ولی تعریف خاصی از مرض موت انجام نداده است؛ اما از آن جای که قانون مدنی افغانستان از فقه اهل سنت مخصوصاً از فقه حنفی گرفته شده است، از طرفی المجله الاحکام نیز گرفته شده از فقه احناف است، المجله در ماده ۱۵۹۵ سه مشخصه را برای تعریف مرض موت بیان نموده است. عجز از انجام امور خود، خوف فوت در اکثر موارد بیماری مزبور وجود داشته باشد، فوت در کم‌تر از یک‌سال از شروع بیماری واقع شود. اگر مریضی او بیشتر از یک سال طول بکشد، و مریض در یک حال باقی بماند و حال تغییر پیدا نکند و وضعیت بیماری و جسمی او یک سان باقی باشد حکم انسان سالم را دارا می‌باشد. در کتاب دررالاحکام فی شرح مجله الاحکام نیز همانند المجله سه شرط را برای این‌که مریضی حکم مرض موت را دارا شود، لازم دانسته است:

شرط اول این که شخص در حالت باشد که خوف و خطر مرگ در آن حالت زیاد باشد. شرط دوم این که شخص قادر به انجام امورات زندگی روز مره خود نباشد، اگر مرد باشد از انجام امور بیرون منزل و انجام شغل خود عاجز شود مثل این که کسی معلم است از تدریس خود باز بماند. اگر مریض خانم باشد از انجام امورات داخل منزل عاجز شود مثل این که نتواند طعام بپزد.

شرط سوم این است که این مریضی در شخص باقی باشد و حالت عجز شان ادامه داشته باشد و قبل از یک سال مرگ او اتفاق بی‌افتد، چنان‌چه این بیماری بیش از یک سال طول بکشد و حال او تغییر نکند، تصرفات او حکم انسان سالم را دارد (حیدر، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص. ۱۳۸). پس می‌توان گفت که از نظر قانون مدنی افغانستان در باره معیار مرض موت، نیز همان معیار المجله می‌تواند باشد.

ج) تصرفات منجز بیمار

در این قسمت در پی روشن شدن احکام تصرفات مالی مریض یا همان منجزات مریض است. قبل از این که دیدگاه قانون مدنی افغانستان در این باره بیان شود لازم است، عناصر منجزات روشن شود.

۱- عناصر منجزات مریض

برای این که مطلب یا موضوعی خوب روشن و شکافته شود و برای خواننده واضح باشد، که آن چه می‌خواند چیست، بعد از تعریف دقیق موضوع بحث، اگر بتوان عناصر سازنده و تشکیل دهنده آن را حصر، توضیح و تبیین نموده و شناخت آن موضوع آسان‌تر خواهد بود. مشکلات یافتن یک تعریف جامع و مانع که معمولاً دانشمندان هر علمی با آن رو به‌رو می‌شود با روشن شدن عناصر رخ نخواهد داد. بحث و موضوع ما نیز از این قاعده مستثنی نمی‌تواند باشد. لذا برای رسیدن به هدف فوق بعد از این‌که، منظور از منجزات بیمار تعریف و مشخص شد چه

مواردی را شامل می‌شود به بررسی و شناسایی عناصر سازنده آن می‌پردازیم: برای منجزات مریض اصولاً سه عنصر قایل شده‌اند، که این سه عنصر مقوم آنها هستند. بنابر این عناصر تصرفات حقوقی منجز بیمار یا منجزات را چنین می‌توان بر شمرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱، صص. ۲۱۵، ۲۱۶).

۱-۱- حقوقی بودن عمل

یعنی عملی که توسط آن مریض در دارایی و اموال خود تصرف می‌کند باید از جمله اعمالی باشد، که با تعریف عمل حقوقی سازگار باشد. برای روشن شدن موضوع بهتر است تعریف مختصری از عمل حقوقی ارائه دهیم: «عمل حقوقی اعلام اراده‌ای است که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص انجام می‌شود و قانون نیز اثر دادخواه را بر آن بار می‌کند. به بیان دیگر، عمل حقوقی بخشی از اعمال ارادی است، که اثر آن‌ها با آنچه که فاعل می‌خواسته منطبق است» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ص. ۲۰). مانند عقود و ایقاعات، در مقابل اعمال حقوقی، وقایع حقوقی است که فعلاً از بحث ما خارج است.

با این بحث که حقوقی بودن عمل را در منجزات مریض شرط دانستیم، چنین نتیجه‌ای بدست می‌آید، که عمل غیر حقوقی از بحث ما خارج است شامل منجزات نمی‌شود. زیرا در منجزات مریض از عمل حقوقی بحث می‌شود، لذا اعمال دیگر که حقوقی نیستند، هر چند که همان نتیجه را داشته باشند با این جزء منجزات مصطلح مریض به حساب نمی‌آید. بنا بر این منجزات مریض فقط اعمال حقوقی را شامل می‌شود و اعمال غیر حقوقی در این دایره جای نمی‌گیرند.

۱-۲- مال موجود بودن موضوع عمل

حق مالی باید پیش از عمل حقوقی موجود باشد تا شامل بحث ما شود. بعد از آن که دانسته شد که این تصرفات بیمار باید از اعمال حقوقی باشد، حال عنصر دیگر بیان‌گر این است که این عمل حقوقی باید موجب جابجایی مالی یا حقی مالی باشد که قبلاً در مالکیت شخص متصرف یعنی مریض موجود بوده است. نه این که در آینده بخواهد بدست آید. بنابر این متصرف می‌تواند در اموالی که در آینده برای او ممکن الحصول است، قبل از این که به مالکیتش درآید تصرف نماید؛ یعنی قبل از آن که مالک یا ذیحق شود تصرف کند وگرنه، بعد از این که آن حق یا مال بدست او رسید و در مالکیت وی وارد شد، مشمول محدودیت‌های بحث ما نحن فیه خواهد بود. مثلاً اگر شخصی کارگری در مرض موت به کمتر از اجرت المثل اجیر شود، مشمول منجزات مریض نیست یعنی نمی‌توان به این عنوان جلو اقدام او را گرفت، ولی اگر این شخص به اجرت المثل اجیر شود، بعد از اتمام کار و مستحق اجرت شدن نمی‌توان قسمتی از آن را را ببخشد که خلاف تحدیدات منجزات مریض باشد، بنا بر این شخص با محدودیت

روبه‌رو می‌شود.

۳-۱- تبرعی بودن عمل حقوقی

سومین عنصر تصرفات محدود شده بیمار این است که این تصرفات، باید عمل حقوقی باشد و این عمل حقوقی هم در مال و هم در حقوق موجود انجام گیرد. باید این عمل حقوقی تبرعی یا محاباتی؛ یعنی اقل از عوض المثل عرفی هم باشد. بنابر این اگر عمل مریض دارای دو عنصر قبلی باشد؛ ولی تبرعی و محاباتی نباشد. مشمول مقررات و محدودیت‌های منجزات بیمار نمی‌شود (شیخ زاده قولنجی، ۱۳۷۷، ص. ۷۰). بنابر این دانسته شد که عناصر تشکیل دهنده منجزات مریض سه تا است که با روشن شدن آنها وارد بیان احکام منجزات می‌شویم.

د) احکام منجزات مریض در حقوق افغانستان

در این جا بیشتر به موارد منجزات مریض که در قانون مدنی افغانستان حکم آنها تذکر یافته یاد آوری می‌شود و در موارد از قوانین بقیه کشورهای که قانون مدنی آنها از فقه حنفی اخذ شده است: مثل مصر، عراق و لیبی در صورت لزوم آورده شده با قانون مدنی افغانستان مقایسه می‌شود. در صورت تفاوت‌های جدی بین این قوانین و قانون مدنی افغانستان، با منبع آن یعنی فقه حنفی تطبیق داده خواهد شد. در جاهای که لازم به اصلاح مواد قانون مدنی افغانستان باشد در قسمت پیشنهادات یاد آوری می‌شود. باشد که قدمی هر چند کوچک و ابتدایی در قسمت پویایی و اصلاح قانون مدنی افغانستان برداشته شود.

۱- عقود تبرعی

در موارد ذیل که تحت عنوان عقود تبرعی مطرح می‌شود. جای بحث است که آیا موارد مثل هبه، وقف و صدقه عقودی به معنای متعارف است؟ که نیاز به ایجاب و قبول داشته باشند و بدون ایجاب و قبول اصلاً منعقد نشوند. همان طوری که بعداً در ضمن هر کدام اشاره می‌شود، بعضی حقوق دانان عقود تبرعی را به معنای متعارف کلمه عقد نمی‌دانند؛ بل که قایل ایقاع بودن آنها است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص ۴۵۸). اما از آن جای که فقهای حنفی موارد ذیل را عقد می‌دانند و قانون مدنی افغانستانی نیز به تبع فقه حنفی تصرفات تبرعی را عقد می‌شمارد، در این تحقیق نیز به همان عنوان مطرح می‌شود.

۱-۱- هبه

قبل از این که دیدگاه قانون مدنی افغانستان توضیح داد شود به طور مختصر اشاره به ماهیت می‌شود، که اصلاً هبه یک عمل حقوقی است یا خیر؟ اگر عمل حقوقی است از کدام نوع است، آیا هبه یک عمل تبرعی است یا یک تصرف معوض؟ در صورت که عمل تبرعی باشد شامل بحث ما؛ یعنی منجزات مریض می‌شود. در صورت که عمل معوض باشد شامل بحث منجزات

مريض نمی‌شود. هبه عقدی است که به موجب آن کسی به طور قابل رجوع (علی الاصول) مالی از خود را بی عوض به دیگری تملیک کند. هبه معوضه هم رایگان است؛ زیرا هبه‌ای است که در برابر هبه‌ای یعنی تعویض بین دو هبه است نه در موهوب. مال مورد هبه را عین موهوبه گویند. بخشنده را واهب نامند و طرف او را متهب (موهوب له) گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص. ۳۸۷۲). در این تعریف آقای لنگرودی هبه را عقد تعریف نموده؛ یعنی عمل حقوقی که نیاز به ایجاب و قبول دارد، هرچند حق رجوع برای واهب محفوظ می‌ماند. از طرفی هبه ماهیت رایگان دارد حتی هبه معوض، زیرا به نظر ایشان هبه معوض هبه‌ای در مقابل هبه دیگر است، نه در مقابل موهوب؛ اما آقای لنگرودی در کتاب الفارق خود که بعد از ترمولوژی حقوق نگاشته است، هبه را به عنوان عقد قبول ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص. ۴۵۸).

قانون مدنی مصر که مطابق فقه حنفی تدوین شده است هبه را عقد می‌داند و چنین تعریف می‌کند: «الهبه عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض» آقای سنهوری در ذیل این ماده بیان می‌کند قوانین عربی دیگر مثل سوریه، لیبی و عراق نیز هبه را عقد می‌داند. و از این تعریف استفاده می‌شود که هبه دو تا عنصر اصلی دارد: یک عنصر مادی که همان تصرف واهب در مال خودش بدون عوض است. دو عنصر معنوی که همان نیت و قصد تبرع است. از آن جای که هبه عقد است باید ایجاب و قبول مطابقت داشته باشد، و از جانب واهب و موهوب له صادر شود، و هبه به اراده یک جانبه واهب به وجود نمی‌آید. اما نزد بعضی فقهای حنفی، هبه با ایجاب از طرف واهب به وجود می‌آید و قبول موهوب له شرط ثبوت ملکیت برای او است، زیرا هیچ شئی بدون رضایت شخص در ملکیت او داخل نمی‌شود. در فقه حنفی در باره قبول از جانب موهوب له دو نظریه است، آقای سنهوری می‌گوید قبول رکن هبه است، بعضی دیگر مثل زفر می‌گویند قبول رکن نیست، ولی قاعدتاً باید رکن باشد (السنهوری، ج ۵، ص. ۵ و جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص. ۴۶۰).

نظر قوانین مدنی کشورهای اسلامی در مورد تصرفات تبرعی

الف) قانون مدنی مصر

قانون مدنی مصر در ماده ۹۱۶^۱ به طور کلی بیان می‌کند تمام تصرفات حقوقی تبرعی که از شخص در مرض موت او صادر می‌شود، نسبت به بعد از مرگ او لحاظ می‌شود. احکام وصیت برای آن در نظر گرفته می‌شود، فرقی نمی‌کند نام این تصرف را چه بگذاریم. پس قانون مدنی مصر نیز مثل قانون مدنی افغانستان با مطابقت از فقه حنفی حکم هبه در مرض موت را مثل

۱- ماده (۹۱۶) کل عمل قانونی یصدر من شخص فی مرض الموت ویكون مقصودا به التبرع، یعتبر مضافا إلی ما بعد الموت، وتسری علیه احکام الوصیة أیا كانت التسمیة التي تعطی لهذا التصرف

حکم وصیت می‌داند. تصرفات مریض را محدود به ثلث دارایی او می‌کند.

ب) قانون مدنی عراق

قانون مدنی عراق در ماده ۱۱۰۹^۱ حکم کلی مرض موت را چنین بیان می‌کند: هر تصرف که ناقل ملکیت باشد و در مرض متصل به موت صادر شود، منظور از آن تصرف تبرع و یا محاببات باشد، کُل آن تصرف یا به اندازه محاببات نسبت به بعد موت فرض می‌شود و حکم وصیت بر آن اجرا می‌شود، اسم این عمل هرچه که باشد. به طور کلی قانون مدنی عراق تمام تصرفات تبرعی مریض را حکم وصیت می‌دهد، و تصرفات او را محدود به ثلث دارایی می‌کند. هبه یک مصداق کامل تصرف تبرعی و مجانی است.

ج) قانون مدنی دولت عثمانی (المجله الاحکام)^۲

المجله در ماده ۸۷۸ در هبه مریض چنین بیان می‌کند: اگر مردی در مرض موت خود تمام اموال خود را به خانم خود که غیر او ورثه‌ای دیگر ندارد، هبه نموده تسلیم هم نماید. یا خانمی که غیر از شوهرش دیگر وارث ندارد در مرض موت تمام اموال خود را به او هبه و تسلیم کند، این هبه صحیح بوده و نافذ می‌باشد. امین بیت المال بعد از فوت زوجین حق مداخله در ترکه آنها را ندارند. البته زمان که مریض مدیون هم نباشد؛ زیرا هبه در مرض موت مثل وصیت است، وصیت برای وارث هم صحیح است زمان که مزاحم دیگر نباشد.

۲-۱- وقف

قانون مدنی افغانستان در ماده ۳۴۳ وقف را چنین تعریف نموده: «وقف عبارت است از حبس مال از تصرف مالکانه و بذل منفعت آن بامور خیریه». در این تعریف دقیق معلوم نیست که از منظر قانون مدنی افغانستان، آیا وقف عقد است یا ایقاع؟ از طرفی عبارت «حبس مال از تصرف مالکانه» به واضح بیان ننموده است، که مورد وقف در اختیار واقف باقی می‌ماند، بعد از فوت‌اش به ورثه او به ارث می‌رسد، یا این که مالکیت مورد وقف به موقوف علیهم انتقال می‌یابد، او حق تصرف مالکانه ندارد و فقط می‌تواند از منافع آن استفاده نماید. عبارت «بامور خیریه» بیان کننده این امر است که وقف در غیر امور خیریه درست نیست، در حال که چنین نیست، وقف در امور خیریه یک نوع وقف است، وقف می‌تواند برای بعضی ورثه واقف یا برای تمام ورثه‌اش، یا اشخاص ثالث باشد. این موارد به معنی مصطلح امور خیریه گفته نمی‌شود. در این تعریف از

۱- ماده (۱۱۰۹) کل تصرف ناقل للمکيه يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع او المحاباة، يعتبر كله او بقدر ما فيه عن محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسرى عليه احكام الوصية اياً كانت التسمية التي تعطى له.

۲- (المادة ۸۷۸) إِذَا وَهَبَ الزَّوْجُ الَّذِي لَيْسَ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُ زَوْجَتِهِ جَمِيعَ أَمْوَالِهِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ لَزَوْجَتِهِ وَسَلَّمَهُ إِيَّاهَا أَوْ وَهَبَتْ الزَّوْجَةُ الَّتِي لَيْسَ لَهَا وَارِثٌ غَيْرُ زَوْجِهَا جَمِيعَ أَمْوَالِهَا فِي مَرَضِ الْمَوْتِ إِلَى زَوْجِهَا وَسَلَّمَتْهُ إِيَّاهُ كَانَ صَحِيحًا وَتَعَدَّ الْوَفَاءُ لَيْسَ لِأَمِينِ بَيْتِ الْمَالِ الْمُدَاخَلَةَ فِي تَرْكَةِ أَحَدِهِمَا.

کلمه «مال» به جای کلمه عین استفاده شده است، مال به هر چیزی که ارزش مادی و قابل معامله را داشته باشد اطلاق می‌شود. کلمه مال شامل منفعت و دین نیز می‌شود. آیا منفعت خالص و دین می‌تواند خودش حبس و منفعت آن به امور خیریه بذل شود؟ ظاهراً در استفاده از کلمه مال در این ماده یک مقدار اغماض صورت گرفته است.

منظور آن عین است که ماهیت وقف سازگاری داشته باشد؛ اما قانون احوال شخصیه اهل تشیع وقف را چنین تعریف نموده است: «وقف تحبیس عین مال و تسبیل منافع آن بوده و دارای شخصیت حکمی می‌باشد». همان طور که ملاحظه می‌شود، در این قانون از کلمه حبس عین مال استفاده شده است، اشکال که در قانون مدنی افغانستان وجود دارد، به این قانون وارد نمی‌شود. اشکال دیگری که به قانون مدنی می‌تواند وارد باشد، این است که وقف را مقید به امور خیریه نموده است؛ اما در این ماده قانون احوال شخصیه وجود ندارد. با توجه به ماده ۲۲۴ قانون احوال شخصیه اهل تشیع که قبض و قبول را در وقف شرط دانسته روشن می‌شود؛ که وقف از نظر قانون‌گذاران این قانون عقد است، نه ایقاع. در ماده مذکور چنین بیان می‌کند: «(۱) وقف به ایجاب منجز واقف، به لفظ یا عملی که دلالت بر وقف نماید و قبض طبقه اول موقوف علیهم یا ولی آنها قبل از فوت یا رجوع مالک محقق می‌گردد؛ ولی اگر وقف معلق بر چیزی حتی معلوم الحصول گردد، باطل است، مگر این که صحت وقف بر آن معلق باشد. (۲) قبول وقف عام از طرف مرجع تقلید اهل تشیع افغانستان و یا نماینده او یا متولی موقوفه و در وقف خاص از طرف موقوف علیهم انجام می‌گیرد. هم‌چنان در صحت وقف بر مقاصد عامه مجرد استفاده برای قبض کفایت می‌کند، مانند اداء نماز در مسجد و دفن در مقبره. (۳) عدم قبول یا رد وقف از طرف نسل متقدم، موجب محرومیت نسل متأخر از قبول آن نمی‌گردد.

(۴) واقف باید مالک مال مورد وقف بوده و اهلیت تصرف در اموال و حقوق مالی داشته باشد؛ ولی هرگاه پسری ده ساله کامل وصیت به وقف مال نماید، وصیت او صحیح می‌باشد...» همان طوری که از فقره یک و دو این ماده فهمیده می‌شود در وقف خاص طبقه اول موقوف علیهم در وقف عام از طرف مرجع تقلید اهل تشیع قبول و قبض صورت می‌گیرد. پس وقف از نظر این قانون ماهیت عقد را دارد. در فقره چهار این ماده اهلیت تصرف مالی واقف را شرط نموده است؛ اما از آن جای که قانون احوال شخصیه از مبانی مشهور فقهی اهل تشیع پیروی می‌کند، مرض موت را یکی از اسباب حجر نمی‌داند، پس شخص در مرض می‌تواند وقف انجام دهد؛ اما قانون مدنی افغانستان در ماده خاصی اهلیت تصرف مالی و یا اهلیت تبرع واقف را به عنوان شرط صحت وقف بیان نموده است؛ اما در ماده ۳۶۵ قانون مدنی بیان شده است که واقف نمی‌تواند بیش از ثلث دارایی خود را به غیر وارث یا به بعضی از ورثه یا به امور خیریه

وقف نماید. هر چند در این ماده یادی از حالت مریضی واقف یا کدام اسباب حجر دیگر به میان نیامده است. به طوری کلی بیان نموده است که واقف نمی‌تواند بیش از دارایی خود را وقف نماید؛ اما از مفهوم ماده ۳۶۶ فهمیده می‌شود که علت این محدودیت تعلق حق ورثه به مال واقف است، در صورتی که ورثه اجازه بدهد یا این که وقف به تمام ورثه انجام شود می‌تواند تمام اموال خود را وقف نماید.

در ماده ۳۶۵ چنین بیان نموده است: «(۱) وقف کننده نمی‌تواند بیش از ثلث مال خود را به اشخاص غیر وارث به بعضی از ورثه و یا امور خیریه وقف نماید. (۲) ثلث مال به تناسب دارایی شخص هنگام وفات او سنجش می‌گردد». در این ماده تصرف وقف کننده را به طور کلی محدود به ثلث دارایی او نموده است. پس وقتی شخصی به در زمان سلامت و صحت خود نتواند بیش از ثلث دارایی خود را به غیر وارث یا بعضی ورثه وقف نماید، به طریق اولی نمی‌تواند در زمان مرض متصل به موت خود بیش از ثلث دارایی خود را بدون اجازه تمام ورثه وقف نماید. همان طوری که بیان شد؛ علت این محدودیت خوف از ضایع شدن حق ورثه است، هم-چنان که در زمان مرض موت علت محدودیت مریض، جلوی گیری از ضایع شدن حقوق ورثه است، چنانچه این خوف وجود نداشته باشد؛ شخص می‌تواند تمام اموال خود را وقف نماید، چنانکه در ماده ۳۶۶ قانون مدنی چنین بیان می‌دارد: «(۱) وقف کننده می‌تواند جمیع مال خود را به تمام ورثه اش وقف نماید. (۲) اگر وقف کننده حین وفات وارث نداشته باشد، می‌تواند جمیع مال خود را به هر جهت خیریه که بخواهد وقف نماید». از فقره ۲ این ماده فهمیده می‌شود که مریض در زمان مرض موت خود در صورتی که ورثه داشته باشد، نمی‌تواند بیش از ثلث مال خود را وقف نماید؛ اما در صورتی که ورثه نداشته باشد می‌تواند تمام اموال خود را وقف نماید. این عمل او صحیح و نافذ است. کلمه «حین وفات» که در فقره دوم استفاده شده است شاید منظور قانون‌گذار، همان مرضی است که منجر به فوت واقف می‌شود؛ زیرا در بعضی احادیث نیز در باره مرض موت تعبیر حین وفات را استفاده می‌کنند؛ اما این که چرا واقف در زمان صحت و سلامتی خود نمی‌تواند تمام اموال خود را در امور خیریه وقف نماید، منظور قانون‌گذار از این فقره چه می‌تواند باشد، دلیل و منطق شان چه می‌تواند باشد جای بحث و دقت دارد. در حال که انسان تسلط کامل در اموال خود دارد، در امور که مخالف نظم عامه نباشد می‌تواند به هر قسم که دوست داشته باشد به مصرف برساند. زحیلی در کتاب الفقه الاسلامی و ادلته بیان می‌کند: سلامت از مریضی شرط صحت وقف نیست؛ اگر واقف در زمان مرض متصل به موت وقف نماید، وقفاش صحیح و نافذ است، به نظر امام ابوحنیفه از ثلث دارایی شخص حساب می‌شود، مثل وصیت بعد از فوت شخص لحاظ می‌شود، تا مریض متهم به ضرر رساندن ورثه و دائنین نشود. طبق این نظریه در وقف سلامتی از مرض شرط صحت آن

نمی‌باشد؛ اما حکم وقف به طور کلی مثل وصیت است، بدون رضایت تمام ورثه‌ها بیش از ثلث جایز نیست (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۸، ص. ۲۲۹).

قانون مدنی افغانستان شاید با توجه به این نظریه امام ابو حنیفه سلامتی را شرط صحت وقف نمی‌داند، و حکم وقف را مثل وصیت می‌داند که بدون اجازه تمام ورثه بیش از ثلث تصرف در اموال خود نمی‌تواند. به این دلیل است که ماده فوق اشاره به مرض موت ننموده، به طور کلی بیان نموده که وقف کننده نمی‌تواند بیش از ثلث دارایی خود را برای غیر ورثه، بعض وارث یا موارد خیریه وقف نماید.

۳-۱- صدقه

صَدَقَه، دادن مالی است؛ از مال های خود به کسی دیگر به رایگان به قصد قُربت به خداوند تعالی. چون اناطه رضا به رضا در آن نیست پس در صدقه تراضی وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۲۵۸). تراضی در جای وجود دارد، که ایجاب کننده رضای خود را به رضای طرف مقابل ربط دهد. مثلاً در بیع اناطه رضای بایع و نفوذ رضای خود را به موکول به رضای مشتری می‌کند. خریدار هم با رضای خود تسلیم به آن اناطه می‌شود، یعنی قصد نتیجه‌ای می‌کند شبیه قصد نتیجه بایع و به طور ضمنی اناطه‌ای می‌کند شبیه اناطه بایع. پس اگر به این نکته توجه و دقت شود، اولاً- در وقف، هبه و صدقه این اناطه وجود ندارد، پس تراضی هم وجود ندارد، پس عقد بودن این سه تا قطعی نیست. آن قاعده منع تملیک قهری هم این مشکل اناطه را حل نمی‌کند. ثانیاً- در وصیت تملیکی هم موصی در ایجاب خود کم‌ترین توجه به اناطه ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص. ۲۴۴). از نظر آقای لنگرودی عقد بودن، تصرفات که بر پایه احسان بناء شده است، جای اشکال و تردید است؛ ایشان قایل به ایقاع بودن چنین عمل‌های حقوقی است.

آقای کاتوزیان می‌گوید: صدقه، هبه‌ای است که قصد قُربت به خدا داده می‌شود و موضوع آن به طور معمول دست‌گیری از مستمندان و درماندگان است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۸۵). باز ستاندن مالی که شخص در راه خیر و اطاعت از اوامر یا توصیه های اخلاقی به دیگران می‌دهد کاری است ناپسند و مذموم.

با آن که در ماهیت صدقه اختلاف نظر است، بعضی مثل دکتر لنگرودی قایل به ایقاع است؛ اما اکثر حقوق دانان همان طوری که بیان شد، قایل به عقد بودن آن است؛ اما همه قبول دارند که صدقه یک عمل تبرعی و از جمله عقود احسانی است که صدقه دهنده به طور رایگان مال خود را به دیگری تملیک می‌کند، پس از این جهت مورد بحث ما است. قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۲۱۳ بیان می‌دارد: «هر گاه هبه به صفت صدقه با منظور خیر صورت گرفته باشد، رجوع از آن جواز ندارد». چند نکته از این ماده می‌توان بدست آورد: اولاً قانون مدنی افغانستان

صدقه را جزء هبه معوض می‌داند. در قسمت سوم فصل هبه، بخش رجوع از هبه بحث نموده، از سیاق ماده و فہوای بحث فہمیدہ می‌شود کہ صدقہ از نظر قانون‌گذار افغانستان ہبہ معوض است و قابل رجوع از آن نیست.

در ثانی بیان شد کہ صدقہ جزء ہبہ است پس از لحاظ ماہیت، صدقہ، عقد است؛ زیرا قانون‌گذار افغانستان ہبہ را عقد می‌داند، همان طوری کہ در بحث ہبہ گذشت. بنابر این صدقہ‌ای شخص در مرض موت حکم ہبہ را دارد؛ زیرا صدقہ همان ہبہ است کہ با قصد قربت انجام شدہ است، و رجوع از آن جایز نیست. حکم ہبہ مریض متصل بہ مرض موت را قانون مدنی در مادہ ۱۱۹۱ چنین بیان نمودہ است: «ہبہ شخص در حال مرض موت حکم وصیت را دارد».

۲. بیع محاباتی

قانون مدنی افغانستان در صورت کہ مریض در مرض موت بہ وارث خود فروختہ باشد مطابق بند ۷ فقرہ ۲ مادہ ۶۳۷ این چنین عقد را موقوف می‌داند. ہم‌چنین در بند ۹ فقرہ ۲ ہمین مادہ مقرر می‌کند کہ عقد وارث کہ بہ مورث مریض در مرض موت چیزی را بفروشد موقوف است. در فقرہ یک این مادہ عقد موقوف را تعریف نمودہ و نفوذ آن را وابستہ بہ اجازہ کسانی می‌داند کہ دارای صلاحیت بودہ و اجازہ آن‌ها شرط صحت عقد است، در این مادہ چنین نگاشته است: «۱- عقد موقوف غیر نافذ، فاقد اثر حقوقی بودہ، ثبوت ملکیت از آن افادہ نمی‌گردد؛ مگر با اجازہ شخصی کہ بر موضوع عقد و تصرف در آن صاحب صلاحیت بودہ و اجازہ وی دارای جملہ شرایط صحت باشد.

۲- عقد اشخاص ذیل موقوف پنداشته میشود:

۷- مریض مرض موت کہ بوارث خود بفروشد؛

۹- وارثیکہ بمورث مریض در مرض موت بفروشد.».

فقرہ ۲ این مادہ دارای ۱۴ بند است کہ مسئلہ مورد بحث ما بند ۷ و ۹ است. مطابق این دو بند خرید و فروش شخص مریض در مرض موت برای ورثہ‌اش موقوف بہ اجازہ ورثہ است. در فقرہ دو این مادہ بہ طور کلی بیان شدہ است، کہ خرید و فروش شخص مریض برای وارث، عقد موقوف است؛ خواه بہ قیمت المثل باشد یا بیشتر از قیمت المثل یا بہ بیع محاباتی و کم تر از قیمت المثل؛ اما در مادہ ۱۱۶۷ و ۱۱۶۸ احکام موارد کہ بہ کم تر از قیمت المثل باشد بہ طور اختصاصی بیان می‌کند کہ در ادامہ مطرح می‌کنیم. آن دو مادہ بہ عنوان مخصص از این حکم کلی احکام بیع محاباتی مریض را بیان می‌کند؛ اما در صورت کہ معاملہ بہ قیمت المثل یا بیشتر از قیمت المثل باشد تحت حکم کلی این مادہ باقی می‌ماند، یعنی در این حالت عقد بیع مریض موقوف است.

بنابر آن مجله الاحکام العدلیه نظریه دوم را تأیید می‌کند و در ماده ۳۹۳ چنین بیان می‌کند: «در صورت که شخص در مرض موت چیزی از مالش را به یکی از ورثه بفروشد آن معامله موقوف به اجازه سایر ورثه‌ها است. اگر باقی ورثه بعد از مرگ مریض اجازه دادند معامله صحیح و نافذ است در صورت که اجازه ندادند بیع نافذ نمی‌باشد». این نظریه امام اعظم در عدم جواز بیع بیمار به ورثه‌اش مطلق است، اعم از این که به قیمت المثل باشد؛ یا بیشتر باشد یا محاباتی و کم‌تر از قیمت المثل و جمله نیز به خاطر تعلق حق ورثه به عین و ارزش ترکه بر این نظر رفته است و بر تری دادن برخی ورثه از عینی از ترکه موجب محرومیت بقیه از آن مال می‌شود. لذا بیمار از این امر محجور و ممنوع است، هم‌چنان که از تقدیم برخی ورثه در چیزی از اموالش محروم است. پس معامله مریض برای ورثه به قیمت المثل در فقه حنفی مورد اختلاف است که ما قبلاً هم یاد آور شدیم. در این قسمت بیش از این لازم به طولانی کردن بحث نیست.

اما هرگاه مریض بیع را به کم‌تر از قیمت و ارزش مبیع انجام داده باشد، که همان بیع محاباتی است، محل بحث ما در این قسمت است. قانون مدنی افغانستان در ماده ۲۱۹۵ به طور کلی تصرفات حقوقی مریض که در زمان مرض موت انجام می‌دهد و منظور از آن تبرع باشد حکم وصیت را به آن قابل تطبیق دانسته است و چنین بیان می‌دارد: «هر عمل قانونی ایکه از شخص هنگام مرض موت او صادر گردیده و منظور از آن تبرع باشد نسبت آن به بعد از مرگ اعتبار داده شده و احکام وصیت بر آن تطبیق میشود، بصیغه و الفاظ اعتبار داده نمی‌شود. اثبات این که عمل قانونی هنگام مرض موت صورت گرفته است بدوش ورثه است و میتوانند در این مورد از تمام وسایل و طرق اثبات استفاده نمایند. تمسک بر تاریخ سند علیه ورثه در صورتیکه این تاریخ ثابت نباشد اعتبار ندارد». بیع محاباتی یعنی این که بیع به کم‌تر از قیمت و ارزش مبیع فروخته شده باشد، که شامل تبرعات مریض می‌شود، پس می‌توان شامل حکم کلی این ماده دانست؛ ولی قانون مدنی در ماده ۱۱۶۷ به عنوان مصداق این حکم کلی، بیع مریض را چنین بیان نموده است: «هرگاه شخص هنگام مرض موت چیزی را به وارث یا غیر وارث به ثمن کم‌تر از قیمت آن در روز وفات، بفروش برساند عقد در صورتی بالای ورثه تطبیق می‌گردد که مقدار تفاوت قیمت از ثلث قیمت مجموع ترکه متجاوز نباشد مبیعه شامل مجموع ترکه محسوب میشود». قانون مدنی در این ماده بیان می‌دارد؛ که بیع برای وارث و غیر وارث فرق نمی‌کند، بالای ورثه تطبیق می‌شود. در صورت که تفاوت ثمن مبیع با قیمت اصلی

۱- (المادة ۳۹۳) إِذَا بَاعَ شَخْصٌ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ لِأَحَدٍ وَرَثَتِهِ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَةِ سَائِرِ الْوَرَثَةِ فَإِنْ أَجَازُوا بَعْدَ مَوْتِ الْمَرِيضِ يَنْفَذَ الْبَيْعُ وَإِنْ لَمْ يُجِيزُوا لَا يَنْفَذَ.

آن از ثلث دارایی مجموع اموال مریض بیشتر نباشد. بر اساس ماده ۱۱۶۷ که بنظر می رسد از ماده ۴۷۷ قانون مدنی مصر اقتباس شده است، فروش کالا در مرض موت، تنها در صورتی حکم وصیت را دارد که به ثمن کمتر از بهای مبیع در زمان فوت به فروش رسیده باشد. به طور کلی قانون مدنی افغانستان عقد بیع مریض را هنگام مرض موت، تابع همان مقررات می داند که در تصرفات تبرعی مریض قابل اعمال است و در ماده ۱۱۶۹ چنین بیان می کند: « در عقد بیع هنگام مرض موت احکامی رعایت می شود که در تبرع چنین مریض، قابل رعایت است». حکم کلی تبرعات مریض در مرض موت همان احکامی است که در ماده ۲۱۹۵ بیان شد، تمام تبرعات مریض که در زمان مرض موت انجام می شود حکم وصیت را دارد. فصل قبلی بیان شده که مورد توافق همه فقهای اسلامی است که وصیت تا ثلث دارایی شخص جواز دارد. پس بیع محباتی مریض تا زمان که تفاوت مبیع بیش از ثلث نشود، در حق ورثه نافذ است؛ اما در صورت که تفاوت بین قیمت اصلی و ثمن مبیع بیش از ثلث دارایی شخص شد، معامله بدون اجازه ورثه نافذ نمی باشد.

۳. عقود تضمینی

منظور از عقود تضمینی، تضمین کردن بدهی ثالث به رایگان مثلاً مال خود را به رهن گذاردن یا کفیل و ضامن شود. اولاً این عقود جزء تبرعات حساب می شود یا خیر در ثانی شخصی مریض در مرض موت چه محدودیتی در انجام چنین عقود دارد؟.

۱- عقد کفالت

کفالت مصدر و مشتق از کفل است؛ بر عهده گرفتن و در اصطلاح چنان که در ماده ۱۶۶۶ قانون مدنی افغانستان می گوید: «کفالت، عبارت است از انضمام ذمه کفیل به ذم اصیل در مطالبه نفس یا دین یا عین».

با توجه به تعریف کفالت که از ماده ۱۶۶۶ بدست آمد، می توان گفت عقد کفالت یک عقد مجانی و تبرعی است؛ زیرا با به عهده گرفتن کفیل از احضار مکفول هیچ عوضی برای کفیل بدست نمی آید. پس عقد کفالت جزء عقود است که پیامد مالی دارد و از طرف مجانی و تبرعی نیز است. بدین ترتیب شامل بحث ما نیز می شود. حال دید که حکم عقد کفالت مرض موت از منظر قانون مدنی افغانستان چگونه است. قانون مدنی در ماده ۱۶۶۸ در باره عقد کفالت مرض موت چنین بیان می کند: « کفالت مریض در مرض موت که مال وی مستغرق به دین باشد، صحیح نیست؛ اگر دین تمام مال او را در بر نگرفته باشد و کفالت بعد از تادیه دین در ثلث مال باقی مانده صورت بگیرد، کفالت صحیح است و اگر کفالت از ثلث باقیمانده مال زیاد تر باشد، به اندازه ثلث اعتبار دارد».

هر چند منظور از کفالت در این ماده کفالت به معنی عام است، که کفالت از نفس و کفالت

از دین را شامل می‌شود؛ ولی باز هم کفالت از نفس چون پیامد مالی دارد، و از طرفی این عقد تبرعی و مجانی است، پس تا زمان که مال مریض در مرض موت مستغرق دین باشد نمی‌تواند از کسی کفالت انجام دهد. اگر اموال او مستغرق دین نباشد، یا این که دین تمام مال مریض را در بر نگرفته باشد، کفالت به اندازه ثلث دارایی او باشد چنین کفالت صحیح و نافذ است؛ اما اگر کفالت بیش از ثلث اموال مریض باشد چنین کفالت صحیح نیست. این ماده می‌تواند مصداق از حکم کلی ماده ۲۱۹۵ باشد که تمام اعمال تبرعی مریض را به بعد از مرگ آن نسبت می‌دهد و احکام وصیت را در آن قابل تطبیق می‌داند.

۲- عقد ضمانت (کفالت از دین)

ضمان مصدر می‌باشد و به معنای در برداشتن است؛ زیرا در ضمان آن‌چه در ذمه مدیون است در ذمه دیگری قرار می‌گیرد و ذمه ضامن آن‌چه در ذمه مدیون است در بر خواهد گرفت. همان طوری که از تعریف عقد ضمان یا کفالت از دین معلوم است، یک عقد تبرعی و مجانی است. پس تصرف مریض در مرض موت، با توجه به این که قانون مدنی افغانستان مرض موت را یکی از اسباب حجر می‌داند، محدود است. چنانکه در ماده ۱۶۶۸ چنین می‌گوید: «کفالت مریض در مرض موت که مال وی مستغرق به دین باشد، صحیح نیست؛ اگر دین تمام مال او را در بر نگرفته باشد و کفالت بعد از تأدیه دین در ثلث مال باقی مانده صورت بگیرد، کفالت صحیح است و اگر کفالت از ثلث باقیمانده مال زیادتر باشد، به اندازه ثلث اعتبار دارد». شرح این ماده در گفتار قبلی بیان شد و تکرار آن را لازم نمی‌دانم، گفتار قبلی کفالت از نفس بود؛ اما در این مبحث کفالت از دین و ضمان مطرح است که به طور مستقیم پیامد مالی دارد، بنابر این در ضمان و کفالت مالی مریض در مرض موت نمی‌تواند بیش از ثلث اموال خود را در قید ضمانت دینی مکفول بگذارد، در غیر این صورت کفالت او نافذ نمی‌باشد.

نتیجه‌گیری

در باره تعریف مرض موت بین فقهاء و حقوق دانان اتفاق نظر وجود ندارد. ملاک های متعددی برای تشخیص و شناسایی مرض موت به کار برده شده است، از آن جای که قانون مدنی افغانستان بیشتر مبتنی بر فقه حنفی است، نظریه تشخیص مرض موت را که در ماده ۱۵۹۵ المجله بیان شده است که عبارت از معیار طول دوره، عجز آور بودن و ترس از مرگ بود، مورد پذیرش قرار گرفته شد. درباره حجر بودن مرض متصل به مرگ، بین فقهاء امامیه و اهل سنت وحدت نظر وجود ندارد. مشهور در فقه اهل سنت نظریه حجر بیمار است. آن‌ها قایل هستند که تصرفات تبرعی مریض در مرض منتهی به مرگ محدود به ثلث ترکه مریض است، بیش از آن بدون اجازه ورثه صحیح و نافذ نمی‌باشد.

قانون مدنی افغانستان با مطابقت از نظریه مشهور فقه حنفی، قایل به حجر بیمار متصل به

مرگ است. در ماده ۲۱۹۵ بیان می‌کند تمام تصرفات تبرعی که مریض در زمان مرض موت خود انجام می‌دهد؛ بعد از موت او نسبت داده می‌شود و حکم وصیت بر آن قابل تطبیق می‌باشد، به لفظ و صیغه اعتبار داده نمی‌شود. با توجه به این ماده تمام تصرفات منجزه تبرعی مریض تا ثلث دارایی او نافذ می‌باشد و بیش از آن نیاز به اجازه ورثه دارد؛ اما در ماده ۶۳۷ بیع مریض را موقوف به اجازه ورثه می‌داند بدون این که توجه به محاباتی بودن آن داشته باشد. یعنی، حتی بیع مریض برای ورثه اش به قیمت المثل هم موقوف است، یا این که بیع تا اندازه ثلث دارایی مریض نیز موقوف به اجازه ورثه است، این شاید استثنائات این حکم کلی باشد. اما در بقیه تبرعات مثل هبه، وقف، صدقه، کفالت و ... همان احکام وصیت را جاری می‌داند که تا ثلث تصرفات او نافذ می‌باشد.

منابع و مأخذ

امامی، میر سید حسن. (۱۳۹۹). حقوق مدنی. جلد ۲، تهران: انتشارات اسلامی، چ بیست و هشتم.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش، چ پنجم.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۱). وصیت و ارث. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ سوم.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۴). حقوق مدنی (وصیت). تهران: انتشارات گنج دانش، چ دوم.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۵). الفارق (دایره المعارف عمومی حقوق). تهران: گنج دانش، چ چهارم.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۴). فلسفه اعلی در علم حقوق. انتشارات گنج دانش، چ دوم.

الحسنی الحسینی، میرزا ابوالقاسم امام جمعه. (بی تا). منجزات مریض. بی جا: چاپ سنگی. حیدر، علی. (۱۴۲۳ق). درر الاحکام فی شرح مجله الاحکام. جلد ۴، بیروت: دارالعالم کتب جمعی از نویسندگان و فقهای حنفی. (بی تا). مجله الاحکام العدلیه. (بی جا). انتشارات نور محمد، کارخانه.

زحیلی، وهبته. (۱۴۰۵ق). الفقه الاسلامی وادلته. جلد ۸، دمشق: دارالفکر، چ دوم. سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۱۴ق). المبسوط. جلد ۱۲، بیروت: انتشارات دار المعرفه. سعدی، ابو حییب. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهی الغه و اصطلاحات. دمشق: دارالفکر. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۲۰۱۱م). الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید المصر. بیروت:

منشورات.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی (قرارداد- ایقاع). تهران: گنج دانش، چ پنجم.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸). دوره حقوق مدنی (عقودمعین). جلد ۳، تهران: گنج دانش، چ هشتم.

قوانین:

قانون مدنی افغانستان.

قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان.

قانون مدنی ایران.

قانون مدنی مصر.

قانون مدنی عراق.

قانون مدنی لیبی.