

حقوق ميراث و وصیت

(ویرایش و چاپ چهارم)

نظام الدین عبدالله

Assistant Professor of محصل مقطع دکتری حقوق خصوصی و استادیار حقوق

Law

سال: ۱۴۰۳ خورشیدی

مشخصات کتاب

• عنوان: حقوق میراث و وصیت

• مؤلف: نظام الدین عبدالله

• برگ آرابی: مولف

• نوبت و سال چاپ: چهارم، ۱۴۰۴ خورشیدی

• شابک: ۵-۰۳۲-۳۲-۹۹۳۶-۹۷۸

اختصارات

قانو مدنی	ق. م
قانو مدنی افغانستان	ق. م. ۱
قانون مدنی جدید مصر	ق. م. ج. م
جلد	ج
رجوع کنید به	ر. ک
هجری شمسی	ه. ش
هجری قمری	ه. ق
میلادی	م
صفحه	ص
صفحات	صص
چاپ	چ
بدون تاریخ	بی تا

فهرست مطالب

مقدمه ۱

بخش اول

کلیات

فصل اول: تعریف و منابع حقوق میراث ۵

مبحث اول (تعریف حقوق میراث) ۵

مبحث دوم (منابع حقوق میراث) ۵

فصل دوم: تعریف ارث، ارکان، شرایط، اسباب و موانع میراث ۷

مبحث اول (تعریف) ۷

مبحث دوم (ارکان) ۸

مبحث سوم (شرایط) ۸

مبحث چهارم (اسباب) ۱۱

مبحث پنجم (موانع) ۱۲

فصل سوم: ترکه و حق های متعلق به آن ۲۴

مبحث اول (تعریف) ۲۴

مبحث دوم (حق های مربوط به ترکه) ۲۵

بخش دوم

مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث

مقدمه ۳۸

فصل اول: ذوی الفروض ۴۲

مبحث اول) تعریف ذوی الفروض و انواع فرض ۴۲

مبحث دوم) انواع ذوی الفروض و احوال هر یک ۴۳

گفتار نخست) احوال پدر ۴۴

گفتار دوم) احوال جد صحیح و مقاسمة الجد ۴۶

گفتار سوم) احوال زوج ۵۶

گفتار چهارم) ارث برادر و خواهر مادری (اخیافی) ۵۸

گفتار پنجم) ارث زوجه ۶۱

گفتار ششم) ارث دختر صلبی (حقیقی / عینی) ۶۳

گفتار هفتم) ارث دختر پسر ۶۵

گفتار هشتم) احوال مادر ۶۸

گفتار نهم) ارث جده صحیحه ۶۹

گفتار دهم) ارث خواهر حقیقی (پدری و مادری / اعیانی) ۷۲

گفتار یازدهم) ارث خواهر علاتی (پدری) ۷۴

فصل دوم: عصبیات ۷۸

مبحث اول) تعریف و حکم ۷۸

گفتار اول) تعریف ۷۸

گفتار دوم) حکم عصبیات در میراث ۷۹

مبحث دوم) انواع ۷۹

گفتار نخست) عصبه سببی ۷۹

گفتار دوم) عصبه نسبی ۸۰

الف) عصبه بالنفس و قواعد توریث آنها ۸۱

۱) برتری براساس جهات عصبه بالنفس ۸۱

۲) برتری براساس درجه قرابت ۸۲

۳) برتری براساس قوت قرابت ۸۳

۳) مساوی بودن جهت، درجه و قرابت ۸۳

فهرست مطالب □ ج

ب) عصبه بالغير.....	۸۶
(۱) تعريف.....	۸۶
(۲) اقسام و شرايط.....	۸۶
ج) عصبه مع الغير.....	۹۰
(۱) تعريف.....	۹۰
(۲) اصناف.....	۹۱
فصل سوم: حجب.....	۹۵
مبحث اول) تعريف حجب و فرق آن با محروم.....	۹۵
گفتار اول) تعريف.....	۹۵
گفتار دوم) فرق بين محجوب و محروم.....	۹۶
گفتار سوم) قواعد حجب.....	۹۶
مبحث دوم) انواع حجب.....	۹۷
گفتار اول) حجب حرمان.....	۹۷
گفتار دوم) حجب نقصان.....	۱۰۵
فصل چهارم: اصل مسأله (مخرج مشترك) و قواعد تقسيم تركه ميان ورثه....	۱۰۸
مبحث اول) ورثه صرف ذوى الفروض اند.....	۱۱۱
مبحث دوم) وارثان ذوى الفروض و عصبه اند.....	۱۱۴
مبحث سوم) وارثان عصبه اند.....	۱۱۴
فصل پنجم: رد.....	۱۲۳
مبحث اول) تعريف.....	۱۲۳
مبحث دوم) مستحقين رد.....	۱۲۵
مبحث سوم) شرايط رد و حل مسأله ردی.....	۱۳۰
فصل ششم: عول.....	۱۰۵
مبحث اول) تعريف عول.....	۱۰۵
مبحث دوم) پيشينه.....	۱۰۶

د □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

مبحث سوم) حل مسأله عولی ۱۰۷

فصل هفتم: ارث ذوی الارحام ۱۰۹

مبحث اول) تعریف ذوی الارحام ۱۰۹

مبحث دوم) استحقاق ارث ذوی الارحام ۱۰۹

مبحث سوم) اصناف ذوی الارحام ۱۱۲

بخش سوم

استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی

مقدمه ۱۲۱

فصل اول: مقررله به نسب، موصی له و بیت المال ۱۲۳

مبحث اول) مقررله له به نسب ۱۲۳

مبحث دوم) موصی له به بیشتر از ثلث مال ۱۲۴

مبحث سوم) بیت المال ۱۲۵

فصل دوم: ارث حمل، مفقود، خنثی مشکل، ولد زنا و لعان، غرق شدگان و تخارج

..... ۱۲۷

مبحث اول) ارث حمل ۱۲۷

مبحث دوم) ارث مفقود ۱۳۶

مبحث سوم) ارث خنثی مشکل ۱۴۱

مبحث چهارم) ارث ولد زنا و ولد لعان ۱۴۴

مبحث پنجم) ارث نابود شدگان و غرق شدگان ۱۴۶

مبحث ششم) تخارج ۱۴۷

فصل سوم: تصفیة ترکه ۱۵۱

مبحث نخست) مرحله اول - تعیین تصفیة کننده ترکه ۱۵۱

مبحث دوم) مرحله دوم - تجرید ترکه ۱۵۵

مبحث سوم) تسویه دیون ترکه ۱۶۳

فهرست مطالب □ ه

مبحث چهارم (مرحله چهارم - تسلیم اموال ترکۀ خالی از دین به وارث ۱۷۲

بخش چهارم:

وصیت

مقدمه ۱۸۵

فصل اول (تعریف و ارکان ۱۸۷

مبحث اول (تعریف ۱۸۷

مبحث دوم (ارکان ۱۸۹

مبحث سوم (شروط ارکان ۱۹۳

مبحث چهارم (مُبطلات وصیت و اثر ابطال ۲۱۳

فصل دوم (احکام و تنفیذ وصیت ۲۲۱

مبحث اول (احکام ۲۲۱

مبحث دوم (انواع وصیت ۲۴۱

گفتار اول (وصیت اختیاری ۲۴۱

گفتار دوم (وصیت واجبه ۲۴۲

گفتار سوم (وصیت به منافع ۲۵۵

گفتار چهارم (وصیت به تصرف در عین ۲۶۶

گفتار پنجم (وصیت به قرض دادن ۲۶۸

گفتار ششم (وصیت به منفعت عین مستأجره ۲۶۸

گفتار هفتم (وصیت به حق هایی که توسط ارث انتقال می یابد ۲۶۹

گفتار هشتم (وصیت به معاش ۲۷۰

گفتار نهم (وصیت به مثل سهم یکی از ورثه ۲۸۱

گفتار دهم (وصیت به غله ۲۸۳

گفتار یازدهم (وصیت تملیکی و عهدی ۲۸۴

گفتار دوازدهم (وصیت مطلق و مقید ۲۸۴

مبحث سوم (زیادت در موصی به، تصرف در ترکۀ در مرض موت و تصرف به نفع ورثه ۲۸۵

گفتار اول (زیادت در موصی به ۲۸۵

و □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۲۸۹.....	گفتار دوم) تصرف شخص در حالت مرض موت
۲۹۱.....	گفتار سوم) تصرف موصی به نفع ورثه.....
۲۹۲.....	مبحث چهارم) تراحم وصایا
۲۹۲.....	گفتار اول) تعریف.....
۲۹۲.....	گفتار دوم) حالت های تراحم وصایا.....
۲۹۹.....	فهرست اهم منابع.....

مقدمه

حقوق میراث یکی از مغلق‌ترین شاخه‌های حقوق مدنی و یکی از مباحث مهم فقه اسلامی است. حقوق میراث احکام متعلق به ماترک انسان را بعد از مرگش و نحوه تقسیم آن را بعد از تجهیز و تدفین میت تنظیم می‌نماید و نیز یکی از اسباب قهری کسب ملکیت است که اکثراً موجب بروز نزاع میان ورثه می‌گردد.

با توجه به آنچه بیان شد، کتاب حاضر در یک جلد تألیف گردیده است. هدف از تألیف این کتاب شرح مواد مندرج مربوط به حقوق میراث قانون مدنی افغانستان است که در جلد چهارم در مواد ۱۹۹۳ الی ۲۱۰۲ تنظیم شده‌اند. چون احکام مربوط به حقوق میراث مندرج ق. م افغانستان ترجمه قانون شماره ۷۷ سال ۱۹۴۳ مواریث مصر و قانون مدنی جدید مصر و این دو مقتبس از فقه اهل سنت است، در شرح مواد مندرج قانون به صورت عموم از فقه اهل سنت و به صورت اخص از فقه حنفی که یکی از منابع خیلی مهم قانون مدنی افغانستان است، و از شروحنی که فقهاء و استادان ممالک عربی بر این قوانین نوشته‌اند استفاده صورت گرفته است. این کتاب شامل سه بخش است. بخش اول کلیات که شامل فصول فرعی در مورد تعریف حقوق میراث و منابع حقوق میراث است. فصل دوم راجع به ترکه و حق‌های متعلق به ترکه است.

بخش دوم: مستحقین ارث از قبیل ذوی الفروض، عصبات، ذوی الارحام، حجب، رد، عول و اصل مسأله و کیفیت تقسیم ترکه.

بخش سوم: ارث مقله به نسب، موصی له بر بیشتر از ثلث مال و بیت المال، حمل، ولد زنا و لعان، خنثی مشکل، نابود شدگان و غرق شدگان و تصفیة ترکه، تجرید ترکه، تسویه دیون ترکه و تسلیم اموال متروکه به ورثه.

۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

بخش چهارم: وصیت و انواع وصیت. مؤلف آرزومند است که انتشار این کتاب کلیه علاقمندان مخصوصاً محصلین عزیز فاکولته حقوق و علوم سیاسی و سایر علاقمندان حقوق مدنی را به کار آید و گام سودمندی در جهت اعتلای سطح معلومات در زمینه حقوق میراث در افغانستان گردد.

با احترام

نظام الدین عبدالله، کابل،

افغانستان، میزان ۱۴۰۳ هجری شمسی

بخش اول

کلیات

فصل های شامل این بخش:

فصل اول: تعریف و منابع حقوق میراث

فصل دوم: تعریف ارث، ارکان، شرایط، اسباب و موانع

میراث

فصل سوم: ترکه و حق های متعلق به آن

فصل اول: تعریف و منابع حقوق میراث

در این فصل اول تعریف حقوق میراث (مبحث اول) و سپس منابع حقوق میراث (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث اول) تعریف حقوق میراث

راجع به حقوق میراث تعاریف مختلف وجود دارد:

۱) حقوق میراث عبارت از مجموعه قواعد حقوقی و احکام فقهی است که مسایل تقسیم ماترک متوفی را بعد از مرگ مؤرث میان ورثه تنظیم می نماید.

۲) حقوق میراث مجموعه قواعدی است که احکام مربوط به ترکه، مستحقین ارث و کیفیت تقسیم ارث را میان ورثه تنظیم می نماید.

۳) حقوق میراث قواعدی است که راههای انتقال ملکیت متوفی را به مالکین جدید تنظیم می نماید.^۱

مبحث دوم) منابع حقوق میراث

اولین منبع حقوق میراث در نظام حقوقی افغانستان قانون مدنی است. جلد چهارم، باب اول، قسمت دوم، مواد ۱۹۹۳ الی ۲۱۰۲ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. این احکام مربوط به ارکان، اسباب، شرایط، موانع، مستحقین ارث از قبیل ذوی الفروض، عصبات، ذوی الارحام و مقله به نسب، حمل، خنثی مشکل، ولد زنا و ولد لعان، تصفیة ترکه، تجرید ترکه، تسویة دیون ترکه و تسلیم اموال متروکه و تقسیم آن میان ورثه می شود. منبع دوم حقوق میراث در نظام حقوقی افغانستان فقه است که تعریف آن در جلد اول این دور از شرح ق. م گذشت. فقه شامل عبادات (نماز، روزه، زکات، حج)، معاملات، مناکحات، ارث، عقوبات و ... می گردد. در فقه بیشتر احکام

1. WJ. Brown (1999). GCSE Law, seventh edi: (___), Sweet and Maxwell, p 252.

۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

ارث براساس قرآن و سنت ثابت گردیده است و چون احکام ارث بیشتر نقلی است قیاس را در آن راهی نیست. در مورد ارث اجماع فقهاء نیز وجود دارد.^۲ برخی مثال های اجماع در این کتاب خواهد آمد.

۲. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۶۹۸-۷۷۰۰؛ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۵.

فصل دوم: تعریف ارث، ارکان، شرایط، اسباب و موانع میراث

در این فصل تعریف ارث (مبحث اول) ارکان ارث (مبحث دوم) شرایط ارث (مبحث سوم) اسباب ارث (مبحث چهارم) و موانع ارث (مبحث پنجم) را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث اول) تعریف

کلمه میراث از ریشه فعل «ورث» گرفته شده است که دارای معانی ذیل است:

(۱) انتقال چیزی از شخصی به دیگری بعد از مرگ. بنابراین، اموالی که در زمان زندگی طرفین از شخصی به شخص دیگر از طریق خرید و فروش یا هدیه منتقل می شود ارث نامیده نمی شود و نیز ارث شامل انتقال چیزهای محسوس می شود، مانند: عقارات از قبیل زمین و منقولات، مانند: موتر، لباس، کتب و امثال.

(۲) بقاء: یعنی باقی بودن چیزی در دست مالکش. از همین جهت یکی از نام های خداوند عز وجل وارث است. ابن منظور مصری نویسنده لسان العرب می گوید: خداوند عز وجل تنها کسی است که همیشگی است و باقی می ماند و وارث تمام مخلوقات است و بعد از نابود شدن آنها باقی می ماند و خداوند عز وجل بهترین وارث است.^۳

(۳) میراث بر ترکه ای که شخص مرده بعد از خود بجای می گذارد گفته می شود^۴

(۴) میراث بردن.^۵

۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۶۹۷؛
اسعد محمد سعید الصاغر جی (____). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیہ، ص
۲۸۸.

۴. محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل:
انتشارات نعمانی، ص ۶؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات
مکتب رشیدیہ، ص ۷۶۹۷.

مبحث دوم) ارکان

ارکان ارث سه است که عبارت اند از:

۱) وارث: وارث اسم فاعل از ریشه «ورث» گرفته شده است که در لغت به معنی میراثبر است. در اصطلاح حقوق مدنی، وارث بر شخصی اطلاق می گردد که مال متوفی قهراً به وی منتقل می شود.^۶

۲) مؤرث: اسم مفعول از ریشه ورث گرفته شده است که در لغت به معنی ارث گذار است. در اصطلاح حقوق مدنی مؤرث شخصی متوفی است. به عبارت دیگر: شخصی که وفات می نماید و مال از خود به جا می گذارد، مؤرث نامیده می شود.

۳) موروث: موروث که ترکه و میراث نامیده می شود، عبارت از اموال و حقوقی است که از مؤرث به وارث منتقل می گردد.^۷

با تحقق این ارکان، ارث به وجود می آید. به حیث مثال، اگر شخص وفات نماید و هیچ مال نداشته باشد هرچند ورثه هم داشته باشد، ارث به وجود نمی آید. همچنین، اگر شخص وفات نماید و وارث نداشته باشد، میراث به وجود نمی آید. اما، از طریق اسباب غیر ارث، ترکه او در نهایت به بیت المال تعلق می گیرد.

مبحث سوم) شرایط

تحقق ارث منوط بر تحقق دو شرط است که عبارت اند از:

۱) مرگ مورث: طبق ماده ۱۹۹۴ ق. م: «استحقاق ارث به مرگ مورث یا به اعتبار اینکه به حکم قاضی مرده شمرده شده، تحقق می یابد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:
۱- برای این که وارث مستحق ارث شود، شرط است که مؤرث حقیقتاً وفات نماید. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و

۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۶۹۷؛

____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳.

۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۶۰.

۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۷۰۳؛

محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۱۸؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۱ و ۲۲.

بخش اول / کلیات □ 9

مستوجب شدن است.^۸ فوت در لغت به معنی مرگ، مردن و موت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه‌های زندگی کاملاً در او از بین رفته است.^۹ همچنین، فوت عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرك و جنبش باز ماند.^{۱۰} مرگ دو نوع است: مرگ حقیقی و مرگ حکمی.

مرگ حقیقی خارج شدن روح از بدن مورث است که از طریق مشاهده شاهد و سایر وسایل اثبات ممکن است ثابت گردد. بنابراین، موت حقیقی آن است که به موجب امارات و دلیل یقین آور در محضر قضاء ثابت شود که جان کسی از تن او بیرون رفته است که در چنین حالت مال و دارایی او بعد از تجهیز میت و پرداخت دیون و اجرای وصیت به ورثه انتقال می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی، با یک موتر و یک باب خانه داشته باشد و پسری به نام محمود داشته باشد، محمود مستحق ارث احمد نمی شود مگر این که احمد حقیقتاً وفات نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه گرفته می شود که شرط اول تحقق ارث مرگ صاحب مال است. بنابراین، اگر صاحب مال وفات ننماید، مال او به شخص دیگری منتقل نمی شود.

دلیل این قاعده این است که شخص برای ادامه حیات به مال ضرورت دارد. در صورتی که قبل از وفات شخص، مال او به ورثه منتقل می شود، شخص از نظر مالی وابسته به دیگران می شود.

۲- برای این که وارث مستحق ارث شود، شرط است که شخص حکماً وفات نماید. مرگ حکمی عبارت از مرگی است که توسط قاضی در صورت مفقودیت شخص برای او صادر می شود. به حیث مثال، اگر احمد یک خانم به نام شریفه داشته باشد و احمد برای بیشتر از چهار سال مفقود گردد، شریفه می تواند در صورتی مستحق ارث احمد شناخته شود که مطالبه تفریق قضایی به سبب مفقودیت احمد نماید و قاضی حکم موت فرضی احمد را صادر نماید و سپس شریفه از احمد ارث ببرد.

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

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

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

۲) زنده بودن وارث به طور حقیقی یا تقدیری: طبق ماده ۱۹۹۵ ق. م: «برای تثبیت استحقاق ارث، تحقق حیات حقیقی یا حکمی وارث هنگام مرگ مورث یا هنگام صدور حکم به مرگ مورث، حتمی شمرده می شود.»

از نص این ماده استنباط می گردد که برای تحقق ارث، زنده بودن حقیقی وارث لازم است. زنده بودن حقیقی، معلوم و بدیهی است و آن یکجا بودن بدن با روح است. ولی زنده بودن تقدیری، حکم به زنده بودن جنین در شکم مادرش است. پس سهم ارث وی بنابر فرض زنده بودن وی جدا می شود.^{۱۱} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و پسری به نام محمود داشته باشد، برای این که محمود مستحق ارث احمد شود شرط است که محمود به طور حقیقی زنده باشد. همچنین، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید و جمیله حامله باشد، حمل به صورت تقدیری (حکمی/ غیرحقیقی) توسط حکم قانون زنده تلقی می گردد. بنابراین، با رعایت شرایطی که بحث آن در مبحث ارث حمل خواهد آمد، حمل جمیله از احمد ارث می برد. هدف قانونگذار مدنی در نصوص این مواد بیان شرایط ارث است.

۳) طبق ماده ۱۹۹۶ ق. م: «هرگاه دو نفر بمیرد و معلوم شده نتواند که کدام یکی از آنها اول مرده در متروکه دیگری مستحق شده نمی تواند، اعم از اینکه مرگ آنها در يك حادثه باشد یا در حوادث مختلف.» نص این ماده مرتبط به ماده های ۱۹۹۴ و ۱۹۹۵ ق. م است. طبق نص این ماده هرگاه دو شخص بمیرند و معلوم نشود که کدام یکی از آنها اول مرده است و کدام یک دوم، هیچ یک در متروکه دیگری مستحق ارث شناخته نمی شوند خواه این دو شخص در یک حادثه بمیرند یا حوادث متعدد. دلیل عدم ارث بردن یک شخص از شخص دیگر طبق نص این ماده عدم تحقق یکی از شرایط ارث است. زیرا، شرط ارث موت مؤثر و حیات وارث است. در صورتی که دو شخص همزمان بمیرند، وارث زنده نمی باشد و شرایط ارث متحقق نمی گردد. شرط امری است که اگر نباشد مشروط به وجود نمی آید. مشروط طبق نص این ماده ارث است و شرط حیات وارث. چون وارث حیات نیست شرط متحقق نمی گردد و مشروط که ارث است به وجود نمی آید. به حیث

۱۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۰۷-۷۷۰۹؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۲۵۱؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۲۲؛ و حمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۶-۱۸.

مثال، اگر محمود فرزند احمد باشد و احمد و محمود در اثر زلزله در تأریخ ۱۵ اسد سال ۱۳۹۷ ساعت ده قبل از ظهر همزمان بمیرند، نه احمد از محمود و نه محمود از احمد می تواند ارث ببرد. در این صورت، اگر سایر ورثه احمد و محمود زنده باشند، از احمد و محمود ارث می برند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده انتفای ارث به دلیل عدم تحقق شرایط ارث است.

مبحث چهارم) اسباب

طبق ماده ۲۰۰۱ ق.م: «اسباب میراث: زوجیت و قرابت است.» طبق نص این ماده برای ارث دو سبب وجود دارد که عبارت از زوجیت و قرابت است. به نظر حنفیه اسباب ارث چهار است که عبارت اند از: زوجیت، قرابت و لاء عتاق و ولاء موالات. اما، به نظر جمهور فقهاء اسباب ارث سه است که عبارت اند از: قرابت، زوجیت و ولاء عتاق.^{۱۲} و لاء عتاق به دلیل بردگی و ولاء موالات به دلیل عدم تطبیق موضوعیت خویش را از دست داده اند. به همین دلیل، ق. م اسباب ارث را صرف زوجیت و قرابت دانسته است.

۱) قرابت: قرابت از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندی، نزدیکی و فامیل است.^{۱۳} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، قرابت عبارت از خویشاوندی میان افراد به دلیل رابطه سببیت، نسبیت و رضاعت است. بنابراین، قرابت سه نوع است: قرابت نسبی، قرابت سببی و قرابت رضاعی.

منظور از قرابت در مبحث حقوق میراث قرابت نسبی است. از همین جهت، بسیاری از فقهاء به عوض کلمه «قرابت» کلمه «نسب» و برخی نیز نسب حقیقی را به کار برده اند و فقهای حنفیه از آن به «رحم» تعبیر کرده اند. قرابت خونی که به سبب ولادت ایجاد می شود در علم حقوق میراث شامل سه نوع می باشد که عبارت اند از ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام که تفصیل هر یک خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید، محمود پدر احمد که خویشاوند یا اقارب احمد است از احمد به دلیل خویشاوند بودن ارث می برد.

۱۲. محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، ص ۶۳۱؛ و محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۱۸.

۱۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۴.

۲) **زوجیت:** سبب دوم ارث زوجیت است که «سبب» نیز نامیده می شود مشروط بر اینکه صحیح باشد که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت. به موجب ازدواج، زن و شوهر از همدیگر ارث می برند. به حیث مثال، اگر احمد با جمیله ازدواج نماید و جمیله وفات نماید، احمد از جمیله به گونه ای که تفصیل آن خواهد آمد ارث می برد. همچنین، هرگاه احمد وفات نماید، جمیله از احمد به گونه ای که تفصیل آن در مبحث ارث شوهر خواهد آمد، ارث می برد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اسباب ارث است.

مبحث پنجم) موانع

موانع میراث طبق فقه عبارت اند از قتل، بردگی، اختلاف دار و اختلاف دین است. با توجه به این که امروزه بردگی وجود ندارد و نظریه اختلاف دار متروک و مهجور گردیده است قانونگذار مدنی بردگی را از موانع میراث نداسته و عبارت «اختلاف دار» را به «اختلاف ممالک» تبدیل نموده است. بنابراین، طبق ق. م موانع ارث عبارت اند از قتل، اختلاف دین و اختلاف مملکت. در ذیل هر یک از این موانع مورد مطالعه قرار می گیرد:

۱) **قتل:** طبق ماده ۱۹۹۹ ق. م: «از موانع، میراث قتل عمدی مورث است، اعم از اینکه قاتل فاعل اصلی یا شریک یا شاهد ناحق باشد که شهادت ناحق او موجب حکم اعدام و تنفیذ آن گردیده باشد مشروط بر اینکه قتل بدون حق و بدون عذر بوده و قاتل عاقل و سن هجده سالگی را تکمیل نموده باشد.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان موانع ارث و بیان شرط هر مانع است. مانع اسم فاعل از ریشه «منع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازدارنده، حایل میان دو چیز، جلوگیری کننده، و جلوگیری است^{۱۴} که جمع آن موانع است. در اصطلاح فقهی مانع عبارت هر چیزی است که از تحقق یافتن چیز دیگری جلوگیری کند.^{۱۵} از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

اول این که به طور کلی قتل یکی از موانع ارث است. قتل در لغت به معنی سلب حیات است. در اصطلاح قتل عبارت از کشتن غیرقانونی افراد است.^{۱۶} در قتل شرط است که قتل عمد باشد. ماده ۵۴۶ کد جزا در تعریف قتل عمد می گوید: «قتل عمد عبارت است از بین بردن حیات شخص زنده دیگر با داشتن قصد قتل.» در صورتی که قتل غیر عمد، به حیث مثال، قتل خطا، قتل شبه عمد

۱۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۶۵۸.

15. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۱۶. عباس ایمانی (۱۳۸۲). فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ اول، تهران (___)، ص ۱۵۰.

و نظیر اینها باشد، قتل از موانع ارث نیست. زیرا قانونگذار مدنی صرف قتل عمد را در نص این ماده شرط گذاشته است. به حیث مثال، اگر احمد محمود پدرش را قصداً به قتل برساند، احمد هرچند سبب ارث را دارد، از ارث به دلیل مانع ارث محروم می شود. همچنین، اگر جمیله شوهرش را قصداً به قتل برساند، از ارث محروم می شود.

این حکم نه تنها در مورد فاعل (قاتل عمدی) بلکه در مورد شریک جرم و شاهد زور (دروغگو) که شهادت او موجب اعدام مؤرث گردد، قابل تطبیق است. بنابراین، شریک جرم و شاهد دروغگو نیز از ارث محروم می شوند. شریک جرم شخصی است که با فاعل در ارتکاب جرم کمک می نماید. به حیث مثال، شخصی که به قاتل تفنگچه، نقشه و نظیر اینها برای قتل شخص دیگر فراهم نماید، شریک جرم است. ماده ۷۸ کد جزا در تعریف شریک جرم می گوید: «شریک، شخصی است که در ارتکاب یک یا چند عمل از اعمال مادی جرم، آگاهانه با فاعل سهیم باشد». به حیث مثال، هرگاه احمد به محمود تفنگچه را بدهد و محمود جمیل پدر احمد را به قتل برساند، احمد از ارث محروم می شود. زیرا، در این مثال، احمد شریک جرم است و میان احمد و جمیل سبب ارث وجود دارد.

شاهد اسم فاعل از ریشه «شهد» گرفته شده است که در لغت به معنی گواه دهنده، گواه خبر قاطع و حاضر است که جمع آن شهود است. در اصطلاح حقوقی شاهد کسی است که به لفظ اشهد در حضور قاضی در مجلس قضا برای اثبات حقی گواهی بدهد.^{۱۷} زور در لغت به معنی دروغ، نادرست، فریب، باطل و کذب است.^{۱۸} به حیث مثال، هرگاه احمد بر علیه پدرش شهادت دروغ بدهد و شهادت احمد موجب اعدام پدرش گردد، احمد از ارث محروم می گردد.

علاوه بر قتل عمد، در تحقق موانع ارث تحقق سه شرط دیگر ضروری است: اول این که قاتل باید عاقل باشد. عاقل اسم فاعل از ریشه «عقل» گرفته شده است که در لغت به معنی خردمند است. در اصطلاح حقوق مدنی، عاقل شخص مذکر است که بعد از رسیدن به سن رشد از خرد معمولی برخوردار باشد به نحوی که بتواند میان سود و زیان تفاوت قایل شود.^{۱۹}

۱۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۱۸.

18. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۱۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۵۰

در صورتی که قاتل مجنون، سفیه و معتوه باشد، مانع ارث متحقق نمی‌گردد. به حیث مثال، هرگاه احمد دیوانه باشد و مادرش را به قتل برساند، این قتل موجب حرمان احمد از ارث نمی‌گردد. دوم این که قاتل باید سن هجده سالگی را تکمیل نموده باشد. بنابراین، در صورتی که قاتل سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد، مانع ارث متحقق نمی‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد ۱۷ ساله پدرش را به قتل برساند، احمد به دلیل قتل از ارث پدر محروم نمی‌شود.

سوم این که قتل بدون حق باشد. بنابراین، هرگاه قتل به حق و عذر باشد مانند قصاص، یا قتل در اثر دفاع از جان و آبرو، قتل به عذر و به حق مانع تحقق ارث نمی‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد جمیله زوجه اش را به قتل برساند و جمیله در اثر دفاع مشروع، احمد را به قتل برساند، جمیله از ارث محروم نمی‌گردد.

با تجمیع چهار شرط (قتل عمد، عاقل بودن قاتل، تکمیل سن هجده سالگی و قتل بدون حق و عذر) قتل مؤثر توسط وارث مانع ارث می‌گردد و قاتل از ارث محروم می‌شود. این شرایط انضمامی و ترکیبی اند نه استقلالی. بنابراین، برای حرمان از ارث همه این شرایط باید همزمان متحقق شوند. دلایل این قواعد به نظر برخی نویسندگان این است که صغار و مجانین در فقه اسلامی قابل مجازات نیستند. همچنین، قاتل در دفاع مشروع از مجازات معاف است.^{۲۰}

فقهاء اتفاق نظر دارند مبنی بر اینکه قتل یکی از موانع میراث است. بنابراین، قاتل از مقتول ارث نمی‌برد. زیرا، پیامبر ﷺ فرموده است:

«لیس لقاتل میراث.»^{۲۱}

«قاتل هیچ حق و سهمی ندارد.»

دلیل منع ارث قاتل این است که اگر قاتل از ارث بردن از مقتول ممنوع نمی‌شد، مردم برای رسیدن به مال دنیا، اقدام به کشتن خویشاوندان خود می‌کردند و این امر موجب به مخاطره افتادن جان و مال مردم می‌شد. علاوه بر این، قتل ذاتاً گناهی نابخشودنی و بزرگ است و منطقاً صحیح نیست که قتل سبب کسب نعمت و وسیله ای تملک اموال مقتول از رهگذر قتل او شود.^{۲۲} با توجه به

20. Sohail S. Hussaini (2007). The Laws of Inheritance in Islam, 2nd edi, Denver Colorado: Outskirts Press, p 46.

۲۱. رواه مالک فی الموطا و أحمد و ابن ماجه و الشافعی و عبدالرزاق و البیهقی عن عمر رضی اللہ عنہ.

۲۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۷۱۵.

این دلایل، در فقه و ق. م قاعده وجود دارد که تصریح می نماید: «من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.»^{۲۳} این قاعده در ماده ۴ ق. م هم پیش بینی شده است که می گوید: «شخصی که به اکتساب حق قبل از موعدش مبادرت ورزد، به حرمان از آن محکوم می گردد.» در خصوص نص ماده ۱۹۹۹ ق. م رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (119):

در ماده (1999) قانون مدنی قاتل و شریک هر دو محروم میراث شده در حالی که فقه تنها قاتل را محروم میراث می داند.

توضیح:

ماده متذکره موافق مذهب مالکی و طبق حکم ماده (56) اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان قابل تطبیق است.^{۲۴}

۲) اختلاف دین: طبق ماده ۲۰۰۰ فقره ۱ ق. م: «(۱) استحقاق ارث بین مسلمان و غیر مسلمان نیست [...]». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از موانع ارث که عبارت از اختلاف دین است، می باشد. طبق نص این ماده مسلمان از غیر مسلمان و برعکس ارث نمی برند. بنابراین، اختلاف دین طبق نص این ماده مانع ارث است. به حیث مثال، اگر احمد یا جمیله نواسه محمود باشد و احمد و جمیله مسلمان و احمد غیر مسلمان باشد یا برعکس محمود مسلمان یا احمد و جمیله غیر مسلمان باشند، ارث میان احمد و جمیله و محمود وجود ندارد. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت، ازدواج زن اهل کتاب با مرد مسلمان جواز دارد.^{۲۵}

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

۲۴. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 547.

۲۵. ماده ۹۲ ق. م می گوید: «(۱) ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان باطل است. مرد مسلمان می تواند با زن اهل کتاب ازدواج نماید.»

۱۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

پرسش این است که هرگاه مرد مسلمان و زن اهل کتاب باشد و یکی از آنها وفات نماید، آیا طرف دیگر می تواند از او ارث ببرد. در این خصوص ق. م ساکت است. اگر نص ماده ۲۰۰۰ ق. م را تطبیق نماییم، این دو از همدیگر مستحق ارث نمی شود. از آنچه گفته شد، این نتیجه گرفته می شود که در صورتی که نص ماده ۹۲ و ماده ۲۰۰۰ ق. م را جمع نماییم این نتیجه به دست می آید که ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتاب جواز دارد. اما، این دو در صورت فوت از همدیگر ارث نمی برند. پس، ازدواج این دو صحیح است اما ارث بردن این دو از همدیگر که یکی از آثار ازدواج است صحیح نیست.

در این خصوص برخی فقها می نویسند که: «اسلام به مرد مسلمان اجازه می دهد که با زن مسیحی و یهودی ازدواج نماید. با وجود این، چون تنها مسلمان از مسلمان ارث می برد، زن مسیحی و یهودی از شوهر مسلمان ارث نمی برد.»^{۲۶} به نظر می رسد این قاعده بر مرد مسلمان نیز قابل تطبیق است. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید ازدواج مرد مسلمان با دختر اهل کتاب جواز دارد. اما، این دو از همدیگر ارث نمی برند. زیرا، ازدواج صحیح است اما یکی از آثار ازدواج که ارث است بر آن متحقق نمی گردد. از نظر حقوقی، نص مواد ۹۲ و ماده ۲۰۰۰ محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، اگر ازدواج صحیح و جایز باشد، اثر دارد و اثر آن مهر، نفقه و ارث است و اگر ازدواج باطل باشد اثر ندارد. طبق این دو مواد ازدواج صحیح است اما یکی از آثار که عبارت از ارث است را ندارد. به نظر می رسد راه حل حقوقی این است که یا ازدواج باطل باشد و یا صحیح. اگر ازدواج صحیح است باید اثر داشته باشد. اگر ازدواج باطل است باید اثر بر آن مرتب نشود. از جمله موانع میراث هر چند که سبب آن هم وجود داشته باشد، اختلاف دین وارث و مورث است. زیرا:

۱- به دلیل روایتی که بخاری و مسلم با سند خود از اسامه بن زید از پیامبر ه نقل کرده اند که

پیامبر هفرمود:

«لا یرث المسلم الکافر، و لا الکافر المسلم.»^{۲۷}

«مسلمان از کافر و کافر از مسلمان ارث نمی برد.»

26. Sohail S. Hussaini (2007). The Laws of Inheritance in Islam, 2nd ed, Denver Colorado: Outskirts Press, p 108.

۲۷. رواه الجماعة إلى النسائي عن أسامة بن زيد رضي الله عنه.

۲- روایتی که امام احمد و ابو داود و ابن ماجه از عبدالله بن عمرو نقل کرده‌اند که پیامبر ﷺ

فرمود:

«لا يتوارث أهل ملتين شىء». ۲۸.

«اهل دو ملت مختلف از همدیگر ارث نمی‌برند.».

باوجوداین، معاذ، معاویه، حسن، ابن حنفیه، محمد بن علی و مسروق می‌گویند که: مسلمان از کافر ارث می‌برد، ولی کافر از مسلمان ارث نمی‌برد و قیاس کرده‌اند که ما می‌توانیم با زنان کافر ازدواج کنیم ولی آنها نمی‌توانند با زنان ما ازدواج کنند^{۲۹} و نیز به حدیثی از پیامبر ﷺ روایت می‌کنند که فرموده است:

«الإسلام یزید و لا ینقص». ۳۰.

«اسلام زیاد می‌شود ولی کاسته نمی‌شود.».

پس مسلمان از کافر ارث می‌گیرد.

پرسش این است که آیا کافران می‌توانند از همدیگر ارث ببرند؟ در پاسخ به این پرسش در فقه اسلامی سه نظر وجود دارد:

نظر اول- اختلاف ملتهای کافر مانع ارث نیست و این نظر جمهور فقهاء از جمله حنفیه، شافعیه، داود ظاهری و به روایتی از امام احمد رحمته است. دلیل فقهای مزبور در عدم ارث غیر مسلمانان از همدیگر قرار آتی است:

۱- کلام خداوند جل جلاله که می‌فرماید:

﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ - (انفال/ ۷۳)

«و کسانی که کفر ورزیدند یاران یکدیگرند.».

۲۸. رواه أحمد و أبو داود و ابن ماجه عن عبدالله بن عمرو، و للترمذی مثله عن جابر رضی الله عنه.

۲۹. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص

۷۷۱۹؛ عبدالحمید محمود طهماز (___). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان:

مکتب حقانیة، ص ۲۷۴؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران،

انتشارات محمّدی سقر، ص ۲۶۶۸.

۳۰. أخرجه أبو داود و امام احمد فی مسنده.

۱۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۲- اساس و منشأ ارث ولایت و همکاری است و خداوند عز وجل می فرماید:

﴿فَمَاذَا بَعَدَ الْحَقُّ إِلَّا الصَّلَاةُ﴾ - (یونس/۳۲)

«بعد از حقیقت جز گمراهی نیست.»

پس تمامی اینها کافر و ملتشان یکی است و دینشان باطل است.

نظر دوم - اختلاف دینهای کفر مانع ارث بردن آنها از همدیگر می شود، پس یهودی از مسیحی ارث نمی برد و بالعکس، چرا که هر یک از آنها دین مستقلی هستند و به دلیل این حدیث پیامبر صلی الله علیه و آله است که می فرماید:

«لا یتوارث أهل ملتين شیء.»^{۳۱}

«دو ملت مختلف از همدیگر ارث نمی برند.»

بنابراین، کفار بنابر کلام خداوند عز وجل پیرو ادیان مختلف هستند:

﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَ مِنْهَا جَا﴾ - (مائده/۴۸)

«برای هر یک از شما [امتها] شریعت و راه روشنی قرار داده ایم.»

و چون خداوند عز وجل این ادیان را به طور جداگانه در قرآن ذکر کرده است و می فرماید:

﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ وَالنَّصَارَى وَالْمُجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّهَ

يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾ - (حج/۱۷)

«کسانی که یهودی شدند و صابئی ها و مسیحیان و زرتشتیان و کسانی که شرک ورزیدند البته خدا عز وجل روز قیامت میانشان داوری خواهد کرد زیرا خدا عز وجل بر هر چیزی گواه است.»

عطف کردن آنها به همدیگر مقتضی غیر و جدا بودن آنها از یکدیگر است. هر چند که این دلیل

خوبی است اما به قوت استدلال اولی نمی رسد، چرا که حدیث پیامبر صلی الله علیه و آله که می فرماید:

«لا یرث المسلم الکافر، ولا الکافر المسلم.»^{۳۲}

۳۱. رواه أحمد و أبو داود و ابن ماجه عن عبدالله بن عمرو، و للترمذی مثله عن جابر رضی الله عنه.

۳۲. رواه الجماعة إلى النسائی عن أسامة بن زيد رضی الله عنه.

«مسلمان از کافر و کافر از مسلمان ارث نمی‌برد.»

دارای دلالت مفهوم مخالفت است که مسلمان از مسلمان و کافر از کافر ارث می‌برد. نظر سوم- غیر مسلمانان سه دین هستند: یهودی، مسیحی و سایر کفار یک دین هستند. چرا که همگی اهل کتاب نیستند. پس اگر یک یهودی و مسیحی زن و شوهر باشند از همدیگر ارث نمی‌برند. ولی کافر از مجوسی ارث می‌برد و دلیل این است که یهودی و مسیحی هر کدام دین جداگانه ای هستند و کتاب و نبی دارند و سایر کفار همگی به هیچ کتاب یا رسولی ایمان ندارند و این جدایی در اینجا ضعیف است و در مقابل دلیل گروه اول قوی نیست.^{۳۳} در رابطه به ارث غیر مسلمین از همدیگر ق. م از نظر اول پیروی نموده است. بنابراین، طبق ق. م غیر مسلمین می‌توانند از همدیگر ارث ببرند. شق دوم فقره ۱ ماده ۲۰۰۰ ق. م در این مورد اعلام می‌دارد که: «(۱) [...] اما غیر مسلمان از یکدیگر مستحق میراث شده می‌توانند. اختلاف دو کشور در بین مسلمین و غیر مسلمین مانع میراث نمی‌گردد، مگر اینکه قانون مملکت بیگانه میراث بردن بیگانه را منع نموده باشد.»

۵) ارث مرتد: ارتداد مصدر باب افتعال از ریشه «رَدَد» گرفته شده که در لغت به معنی بازگشتن، برگشتن، رجوع و بازگشت به عقب است^{۳۴} و در اصطلاح مرتد بر کسی اطلاق می‌گردد که اسلام را ترک نماید و به دینی دیگری در آید و یا بی دین گردد.^{۳۵} هرچند ارتداد جنبه جزائی دارد و یکی از مباحث حقوق جزای اسلام را تشکیل می‌دهد، باوجوداین، ارتداد با حقوق خصوصی به ویژه حقوق میراث نیز ارتباط دارد. در حقوق میراث در باره میراث مرتد از دو نقطه بحث می‌نمایند: میراث بردن مرتد از غیر و میراث دیگران از مرتد که هر یک ذیلاً مطالعه می‌گردد:

۳۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص

۷۷۱۹ و ۷۷۲۰؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیہ، ص ۲۷۴.

۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۱.

۳۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۷۲۰.

۱- میراث مرتد از غیر مرتد: فقهاء به اتفاق آراء به این عقیده اند که مرتد و مرتده از غیر اعم از اینکه مسلمان باشد و یا کافر ارث نمی برد. زیرا، مرتد با این عمل مودت و محبتی که میان او و خویشاوندانش وجود داشته، از بین می برد. در ضمن، چون اسلام او را در دینی که قبول کرده تقریر و تثبیت ننموده است، استحقاق میراث را ندارد. از نظر جمهور فقهاء غیر از حنفیه چنانچه در مدت سه روز توبه نکند، مستحق قتل می شود خواه مرد باشد و خواه زن. ولی، فقهای حنفیه براین عقیده اند که مرتد به قتل می رسد و مرتده حبس می شود تا زمانی که مجدداً مسلمان شود، یا در زندان بمیرد. زیرا، پیامبر ﷺ از کشتن زن نهی کرده است.^{۳۶}

در رابطه ارث غیر از مرتد ق. م سکوت اختیار نموده است. در فقه اهل سنت نیز در این مورد دو نظر وجود دارد: زید رضی الله عنه و مالک رضی الله عنه و شافعی رضی الله عنه و احمد رضی الله عنه معتقدند که خانواده مرتد از او ارث نمی برند. چرا که مرتد با ارتدادش ولایت میان او و سایر مسلمانان را قطع می نماید. و این به دلیل عام بودن این حدیث است:

«لا یرث المسلم الکافر، ولا الکافر المسلم.»^{۳۷}

«مسلمان از کافر و کافر از مسلمان ارث نمی برد.»

اموال مرتد به عنوان فیء (مالی که از اهل حرب در جنگ گرفته می شود) به بیت المال یا خزانه عمومی مسلمانان سپرده می شود. ولی، امام ابوحنیفه رضی الله عنه و ثوری و بسیاری از بصریها معتقدند که ارتداد مرتد مانع ارث بردن خانواده اش از اموالی که قبل از مرتد شدن کسب کرده نمی شود، بلکه تنها از اموالی که بعد از مرتد شدن کسب کرده می شود و این اموال به بیت المال مسلمانان داده می شود. ولی، تمام اموال مرتده به ورثه آنها می رسد. ولی، برعکس، امام ابو یوسف رضی الله عنه و امام

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

انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۲؛ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویته:

انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۲۰ و ۷۷۲۱.

۳۷. رواه الجماعة إلا النسائی عن أسامة بن زید رضی الله عنه.

محمد ﷺ میان زن و مرد مرتد (مرتد و مرتده) تفکیک قائل نشده و معتقد اند که تمام ثروت مرتد و مرتده چه در حال اسلام و چه در حال ارتداد، به ورثهٔ مسلمانش می‌رسد.^{۳۸}

۳) اختلاف مملکت: اختلاف مملکت در فقه زیرعنوان اختلاف دارین مورد بحث قرار می‌گیرد. اما، این بحث در ق. م زیر عنوان اختلاف مملکت قرار گرفته است زیرا امروزه به نظر می‌رسد که نظریه اختلاف دار متروک و مهجور گردیده است. مادهٔ ۲۰۰۰ ق. م در این مورد تصریح نماید که: «(۱) [...] غیر مسلمان از یکدیگر مستحق میراث شده می‌توانند. اختلاف دو کشور در بین مسلمین و غیر مسلمین مانع میراث نمی‌گردد، مگر اینکه قانون مملکت بیگانه میراث بردن بیگانه را منع نموده باشد.»

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان موانع ارث است. از نص این ماده دو حکم استنباط می‌گردد. اول این که غیرمسلمانان مانند یهودی و مسیحی و امثال اینها از همدیگر ارث می‌برند. به حیث مثال، اگر دو مسیحی، دو یهودی، دو مشترک و نظیر اینها با همدیگر ازدواج نمایند، از همدیگر ارث می‌برند. پیش بینی نص این ماده برای غیرمسلمانان که تابع قوانین خویش اند و تابع قوانین اسلامی و افغانستان نیستند در ق. م فایده ای ندارد، زیرا غیرمسلمانان تابع قوانین خویش اند.

به نظر می‌رسد یگانه توجیه پیش بینی این ماده در نص مادهٔ ۲۰۰۰ ق. م حمایت از حقوق غیرمسلمانان در افغانستان به خصوص در حقوق بین الملل خصوصی افغانستان است. زیرا، در صورتی که ارث غیرمسلمانان در محاکم افغانستان مطرح شود و قانون مقرر محکمه بر غیرمسلمانان تطبیق شود، در این صورت غیرمسلمانان از ارث محروم نمی‌شوند و می‌توانند از همدیگر ارث ببرند.

به حیث مثال، اگر جان یهودی و پرینا هندو و مشرک باشد، هر دو از همدیگر ارث می‌برند. دوم این که اختلاف مملکت در بین مسلمانان مانع میراث نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که قانون مملکت بیگانه ارث بردن بیگانه را منع نموده باشد. در نگاه اول به نظر می‌رسد میان بند اول مادهٔ ۲۰۰۰ ق. م که می‌گوید: «استحقاق ارث بین مسلمان و غیر مسلمان نیست» و فقرهٔ

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

۷۷۲۱؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران:

انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۲-۱۷۲.

۲۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

سوم ماده ۲۰۰۰ ق. م که می گوید: «اختلاف دو کشور در بین مسلمین و غیر مسلمین مانع میراث نمی گردد، مگر اینکه قانون مملکت بیگانه میراث بردن بیگانه را منع نموده باشد» تعارض به نظر می رسد. اما، اگر اندکی دقت نماییم می توان نتیجه بگیریم که بند اول ماده ۲۰۰۰ ق. م ناظر بر موردی است که مسلمان و غیرمسلمان در یک مملکت اند و بند سوم ماده ۲۰۰۰ ق. م ناظر بر موردی است که مسلمان در یک مملکت و غیرمسلمان در مملکت دیگر است.

به حیث مثال، اگر پدر مسلمان و پسر غیرمسلمان در افغانستان باشند، نمی توانند از همدیگر ارث ببرند. اما، در صورتی که پدر در افغانستان و مسلمان باشد و پسر در جرمنی و غیرمسلمان باشد، در این صورت، در موردی که قانون جرمنی اجازه ارث گرفتن به پسر غیرمسلمان را بدهد، پدر نیز می تواند از پسرش ارث ببرد. اما، در صورتی که قانون جرمنی ارث گرفتن پدر مسلمان از پسر غیرمسلمان مقیم در جرمنی را منع نماید، در این صورت پسر از پدری که در افغانستان مقیم است ارث برده نمی تواند. به نظر می رسد مبنای این ماده معامله بالمثل به دلیل حمایت از حق مسلمانان است.

به حیث مثال، اگر احمد مسلمان و در افغانستان زندگی نماید و محمود پدر احمد غیرمسلمان در جرمنی زندگی نماید، در این صورت میان احمد و محمود اختلاف دار وجود دارد. در صورت اختلاف دار، باید ملاحظه کرد که آیا قانون مملکت بیگانه، به حیث مثال، در مثال بالا، جرمنی به احمد اجازه می دهد که از محمود ارث ببرد یا خیر؟

اگر قانون جرمنی به احمد اجازه بدهد از محمود ارث ببرد، قانون افغانستان نیز اجازه می دهد تا محمود از احمد ارث ببرد. اما، اگر قانون جرمنی اجازه ندهد تا احمد از محمود ارث ببرد، محمود نیز نمی تواند از احمد ارث ببرد. این حکم چیزی جز رویه بالمثل با کشور های دیگر به نظر نمی رسد.

۴) بردگی: به موجب فقه برده و کنیز بعد از مرگ سیدشان از او ارث نمی بردند چرا که برده بودند اما سیدشان از آنها ارث می برد.^{۳۹} با توجه به این که امروزه برده موضوعیت ندارد، قانونگذار مدنی بردگی را از موانع ارث به رسمیت نشاخته است.

۳۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۱۳-۷۷۱۵؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیة، ص ۲۷۳؛ و اسعد محمد سعید الصاغرچی (____). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، ص ۲۹۱.

فصل سوم: ترکه و حق های متعلق به آن

انسان ها برای ادامه حیات ضرورت به داشتن فامیل و تولد و تناسل دارند. بدون تولد و تناسل نسل انسان ها قطع می شود و بدون داشتن مال و ملکیت بادر نظر داشت نیازهای مادی، انسان ها نمی توانند حیات خویش را ادامه دهند. زیرا، انسان ها بدون خوردن و نوشیدن می میرند و بدون داشتن مال و ملکیت نمی توانند هیچ کاری را انجام دهند زیرا مال و ملکیت اسباب مادی و یکی از ابزارهای مهم زندگی اند. زمانی که انسان وفات می نماید، دو چیز از خود بجا می گذارد. اول خویشاوندان که شامل، مادر، پدر، همسر، فرزند، کاکا و نظیر اینها می شود و دوم ملکیت که توسط آن حیات خویش را ادامه می داد. در علم حقوق، به مالی که از مؤثرث به جا گذاشته می شود «ترکه» یا «متروکه» می گویند و به افرادی که از مؤثرث به جا می مانند «ورثه» می گویند.

به رغم وفات، مؤثرث هنوز برخی حق ها بر ترکه دارد که در حقوق میراث «حق های متعلق به ترکه» نامیده می شود که شامل مصارف تکفین و تدفین می شود. همچنین، در صورتی که متوفی مدیون باشد، دین وی باید از ترکه او پرداخت شود. بنابراین، حق دوم متوفی بر ترکه ادای دیون او از ترکه است تا ذمه او بری گردد. همچنین، در صورتی که متوفی وصیت کرده باشد، وصیت او باید توسط ورثه قبل از تقسیم ترکه در یک سوم (ثلث) متروکه به دلیل مورد حمایت قرار گرفتن ورثه نافذ گردد. سپس، آنچه باقی می ماند، میان ورثه تقسیم شود. با توجه به آنچه گفته شد، در این فصل تعریف ترکه (مبحث اول) حق های متعلق به ترکه (مبحث دوم)، ورثه و ترتیب ورثه (مبحث سوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف

ترکه از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که انسان پشت سر خودش به جای می گذارد که جمع آن ترکات است. با توجه به معنی لغوی ترکه، به نظر می رسد ترکه عبارت

بخش اول / کلیات □ 25

از اموالی و حق‌های است که مؤثر از خود به جا می‌گذارد. در خصوص تعریف ترکه ق. م سکوت اختیار نموده است. اما، ماده ۱۹۹۳ ق. م در خصوص اشیای که شامل ترکه می‌شود می‌گوید: «ملکیت اموال منقول و عقار و حقوقی که از مورث به ارث گذاشته شود، مطابق قواعد و حصص مندرج مواد ذیل به ورثه انتقال می‌یابد.».

به نظر می‌رسد از نص این ماده می‌توان استخراج کرد که ترکه شامل مال منقول مانند پول، طلا، نقره، کتاب، وسایل خانه، موتر و نظیر اینها، عقار مانند زمین، فابریکه، ساختمان و نظیر اینها و حق‌ها مانند حق ارتفاق، حق تألیف، حق اختراع، حق شفعه، حق قبول وصیت، حق حبس مال مرهونه جهت اداء دین، حق مرور، حبس مبیعه توسط مشتری جهت استیفاء پول و حق کفالت در برابر دین و غیره می‌شود. اما، تمام حقوقی که متعلق به نفس مؤثر است و با موت وی منتهی نمی‌شود به ارث برده نمی‌شود، مانند: فکر و آنچه متعلق به آن است. همچنین، آنچه که متعلق به شخص مؤثر است، مانند: ولایت عامه، ولایت بر نفس، ولایت بر مال، مناصب و وظایف مؤثر، مانند: وکالت و غیره قابل توارث نیست. ایرادی که بر نص این ماده به نظر می‌رسد این است که طبق نص این ماده ارث شامل منفعت نمی‌شود مانند منفعت موتر، خانه، شیر، پشم حیوان و نظیر اینها. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می‌گذارد.^{۴۰}

مبحث دوم) حق‌های مربوط به ترکه

طبق ماده ۱۹۹۷ ق. م: «از متروکه به ترتیب ذیل تادیه می‌شود: ۱ - مصارف تکفین و تجهیز میت تا زمان دفن؛ ۲ - اداء دیونی که بر ذمه او واجب است؛ ۳ - وصیت میت از ثلث مابقی متروکه بعد از تادیه دین؛ و ۴ - تقسیم باقیمانده متروکه به ورثه مطابق احکام میراث.» نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق نص این ماده و فقه از متروکه متوفی مصارف ذیل پرداخت می‌شود.

۱) **مصارف تجهیز و تکفین میت:** اولین چیزی که از ترکه شخص مرده پرداخت می‌شود، مصرف تجهیز و تکفین است. تکفین در لغت به معنی مرده را کفن پوشانیدن و کفن دادن به مرده است.^{۴۱} در اصطلاح حقوقی، تکفین تهیه کفن به مرده است. تجهیز در لغت به معنی تهیه کردن،

۴۰. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱). کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۱.

41. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۲۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

مجهاز کردن و تدارک کردن است.^{۴۲} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، تجهیز عبارت از تهیه کردن وسایل دفن میت است. طبق فقه نیز اولین مصرفی که از پول متوفی باید صورت بگیرد، مصارف تجهیز و دفن و مراسم خاکسپاری متوفی در حد عرف که مخالف شریعت نباشد، است. مراسم خاکسپاری شامل مصارف شستن و کفن کردن و انتقال میت از منزل تا قبرستان و مصارف قبر و دفن کردن است. این مصارف بر پرداخت دیون و وصیت و حقوق ورثه مقدم است.^{۴۳} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ده لک افغانی، خانه و موتر داشته باشد، قبل از این که این اموال تقسیم شوند، ورثه باید مصارف تکفین و تدفین او را از این مال او بپردازند.

(۲) **ادای دیون:** دومین مصرف بعد از ادای مصارف تجهیز و تکفین، ادای دیون است. اداء در لغت به معنی پرداخت، به جا آوردن، انجام دادن است. دیون جمع دین است. در اصطلاح حقوقی، اداء عبارت است از دادن حق و دین است.^{۴۴}

دین در لغت به معنی قرض، قرض خواستن و قرض گرفتن است.^{۴۵} در مفهوم محدود ماده ۱۵۸ مجله الاحکام در تعریف دین می گوید: «دین عبارت است از آنچه که بر ذمه ثابت باشد [...]». ذمه از ریشه «ذم» گرفته شده که به معنای، عهد، ضمان، و پیمان است، چنانچه در تعریف جرجانی آمده است: ذمه در لغت به معنای عهد است. زیرا، شکستن آن موجب سرزنش و مذمت می گردد. در اصطلاح فقهی چنانچه استاد مصطفی احمد الزرقاء و وهبة الزحیلی می گویند: ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد.^{۴۶}

42. Ibid, (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۴۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۷۲۵-۷۷۳۵؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیہ، صص ۲۵۲ و ۲۵۳؛ و اسعد محمد سعید الصاغرچی (____). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانہ رشیدیہ، صص ۲۸۹ و ۲۹۰؛ محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصیة فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۳-۵۰؛ و محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المکرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، صص ۶۳۳ و ۶۳۴.

44. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۴۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۹۰.

۴۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۲۸۸۸-۲۸۹۰.

طبق نص ماده ۱۹۹۷ ق. م دومین پرداخت که باید از متروکه متوفی صورت بگیرد پرداخت دیون متوفی است. به حیث مثال، هرگاه احمد وفات نماید و بیست لک افغانی داشته باشد. اما، پنج لک از محمود قرضدار باشد، قبل از این که ورثه وصیت او را نافذ نمایند، باید پنج لک محمود را پرداخت نمایند. هدف از این قاعده بری شدن ذمه احمد (متوفی) است. زیرا، دیون از جمله حق العبد است و حق بخشیدن آن را جز صاحب حق کسی ندارد.

۳) **اجرای وصیت شخص متوفی:** بعد از پرداخت دیون، وصیت شخص متوفی باید تنفیذ شود. تعریف وصیت در بخش دوم این کتاب خواهد آمد. به حیث مثال، هرگاه احمد وفات نماید و یازده لک افغانی داشته باشد و یک لک صرف مصارف تجهیز و تکفین او شود، چهار لک قرضدار محمود باشد و وصیت کرده باشد که بعد از مرگم یک سوم مالم را به جمشید بدهید، ورثه مکلف اند اول مصارف تجهیز و تکفین را از این یازده لک پردازند (یک لک) و سپس چهار لک را به محمود بدهند و سپس دو لک (یک سوم باقیمانده ترکه) را به جمشید بدهند و بقیه چهار لک را میان خویش تقسیم نمایند.

۴) بعد از پرداخت مصارف تجهیز و تکفین، ادای دین و تنفیذ وصیت، حق های متوفی بر متروکه ختم می شود. آنچه از متروکه باقی ماند متعلق و حق ورثه است. بنابراین، ورثه می توانند مطابق قواعدی که در فصل های بعدی خواهد آمد متروکه را میان خویش تقسیم نمایند که مثال آن در بالا گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حق های متوفی بر متروکه او است.

آنچه گفته شد، از نظر شرعی و حقوقی است. از نظر عرفی زمانی که شخص وفات می نماید، این قواعد تطبیق نمی شود. اگر شوهر وفات نماید مصارف تجهیز و تکفین او از پول خود او صورت می گیرد. سپس، مقداری از پول را به عنوان اسقاط در جریان نماز جنازه می دهند. سپس، از همین پول و اگر میت پول نداشته باشد، معمولاً پسران او باید روز اول، روز دوم، روز سوم، هفته اول، هفته دوم، هفته سوم و هفته چهارم مردم را مطابق عرف دعوت کند و برای آنها غذا تهیه نماید.

سپس، در روز چهلم باید یک مهمانی بزرگ دایر نماید و تقریباً همه کسانی که در مراسم جنازه اشتراک کرده بودند به غذا دعوت نماید. اگر زن وفات نماید، این مصارف را معمولاً شوهر به عهده می گیرد. اگر دختر یا پسر وفات نماید، این مصارف را معمولاً پدر به عهده می گیرد. این مصارف جنبه حقوقی و شرعی ندارد و قابل توصیه است حذف شوند.

۲۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

در فقه ترکیه از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که انسان پشت سر خودش به جای می‌گذارد که جمع آن ترکات است. در اصطلاح فقهی تعاریف متعددی برای ترکیه وجود دارد: جمهور فقهاء (مالیکه، شافعیه و حنابله) بر این نظر اند که: ترکیه عبارت از هر چیزی است که میت از خود به جا می‌گذارد که شامل حقوق ثابت و اموال می‌گردد. اما، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکیه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می‌گذارد.^{۴۷}

اما در مشخص کردن ماهیت ترکیه چیزهایی که شامل آن می‌شود و چیزهایی که شامل آن نمی‌شود، میان فقها اختلاف وجود دارد: جمهور فقها معتقدند که ترکیه شامل موارد زیر می‌شود:

(۱) اموال: خواه اموال غیر منقول باشد مثل: زمین، کارخانه، ساختمان، یا اموال منقول باشد مثل پول، طلا، نقره، کتاب، وسایل خانه و موتور. پس، بر تمامی اینها وصف مال صادق می‌شود و شامل قروض شخص مرده نزد دیگران نیز می‌شود مانند سرمایه‌ای که در بانک دارد یا قرضی که نزد افراد و شرکتها دارد یا حقوق کارمندان و کارگرانی که در مؤسسه‌های آنها کار می‌کردند و اگر مؤثر کشته شده باشد، دیه نیز شامل می‌شود.

(۲) منافع: منفعت در لغت به معنی سود، فایده، نفع و حاصل و بهره است. منافع شامل منافع عرضیه که از اعیان به دست می‌یاید و فی نفسه غیر محرز اند، مانند: سکونت خانه، رکوب وسایل حمل و نظیر اینها و نیز شامل منافع مادی ای که از اعیان به دست می‌یاید، مانند: شیر، پشم، میوه درخت و نظیر اینها می‌شود.

اکثر فقهاء منافع را به معنی فواید معنوی عرضیه استعمال می‌نمایند و می‌گویند: منافع عبارت از فواید عرضیه ای است که از اعیان از طریق استعمال به دست می‌آید، مانند منفعتی که انسان از استفاده از ملک خویش به دست می‌آورد.^{۴۸} فقهای حنفیه منفعت را به طور اطلاق عبارت می‌دانند از: سکونت در خانه و بهره بردن (استغلال) از آن و استفاده از ثمرات زمین و باغ و به طور کلی، بهره

۴۷ . _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۱.

۴۸ . علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکية والعقد، الطبعة الاولى،

قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۲۶ و ۲۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه

حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۹.

گیری از چیزی که از منافع اراضی و اجرت آنها به دست آید.^{۴۹} منافع به نظر احناف بالذات اموال ارزشمند (مقوم) نیست، بلکه به سبب عقد، عنوان مال را به خود می گیرند و ارزش پیدا می کنند. فقهای حنفیه استدال می نمایند که: مال چیزی است که بتوان آن را تملک یا برای روز احتیاج ذخیره کرد و این موضوع در منافع تحقق نمی پذیرد. زیرا، منافع اعراض هستند و بعد از حصول از بین می روند و باقی نمی مانند. بنابراین، احراز و تملک آن ها امکان ندارد. به باآنکه منافع بالذات مال محسوب نمی شود به دلیل ورود نص و جاری بودن عرف استحساناً قیام به عقود است، مانند: اجاره.

بنابراین، فقهای حنفی معنی مال را منحصر و محدود به اشیاء و اعیان مادی ای نموده اند که دارای ماده محسوس اند. در نتیجه، منافع و حقوق به نظر فقهای حنفیه مال نیست. برعکس، جمهور فقهاء (شافعیه، حنابله و مالکیه) می گویند: منافع در ذات خود مانند اعیان اموالی هستند که هم قابل تقویم هستند و هم مضمون زیرا:

(۱) مال به چیزی اطلاق می شود که نفس انسان به آن تمایل دارد و برای مصالح مردم ایجاد شده است و منافع نیز به همین اوصاف متصف هستند؛

(۲) شریعت منافع را به عنوان مال معتبر می داند. زیرا، از نظر اسلام صلاحیت دارد که مهر زن قرار بگیرد و در این مورد اجماع فقهاء وجود دارد؛

(۳) هدف اصلی اعیان استفاده و بهره مند شدن از منافع آنها است. بنابراین، چیزی را که منفعت نداشته باشد، نمی توان مال دانست. زیرا، در قرآن کریم آیات وجود دارد که دلالت بر مال بودن منافع می نماید. خداوند عز و جلاله در قصه حضرت موسی علیه السلام می فرماید:

﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُكْحِكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴾ - [القصص: ۲۷]

۴۹ . محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل:

انتشارات نعمانی، صص ۱۳۸ و ۱۳۹؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویته:

انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۵۲۲ و ۷۵۲۳.

۳۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

«[شعیب عَلَيْهِ السَّلَام] گفت: من می‌خواهم یکی از این دو دختر خود را [که مشاهده می‌کنی] به نکاح تو در آورم به این [شرط] که هشت سال برای من کار کنی و اگر ده سال را تمام گردانی اختیار با تو است و نمی‌خواهم بر تو سخت گیرم و مرا ان شاء الله از درستکاران خواهی یافت.».

۴) اعیان به اعتبار اینکه از آن بهره برداری می‌شود، مال محسوب می‌شود، در حالی که آنچه قابل انتفاع نیست مال محسوب نمی‌شود. پس، وقتی اعیان جز به اعتبار منافع آن، مال به حساب نمی‌آید، چگونه مال بودن منافع منتفی می‌شود؟ در حالی که منافع قابل ارزیابی به پول بین مردم است و اصلاً اعیان به منظور کسب منفعت دست به دست می‌شوند؛

۵) منافع مورد تعاقب قرار می‌گیرند و قابلیت ضمان را دارد و ضمان آن دلیل بر مال بودن آن است. زیرا، در غیر این صورت، به عنوان مال مورد عقد قرار نمی‌گیرند، چون عقود خصایص اشیاء را تغییر نمی‌دهند، بلکه خصایص آن را تثبیت می‌کنند.

۶) مرجع ای که تشخیص می‌دهد که یک شی مال است طبع و عرف است. بدون شک طبع انسان به منافع میل دارد و عرف نیز منافع را مال می‌داند و نیز منافع محل عقود معینی مانند: اجاره، اعاره و نظیر اینها قرار می‌گیرد.^{۵۰}

۳) حقوق: مثل حقوق نشر برای مؤلف که به وارثان منتقل می‌شود و حق شفعه که بعد از مرگ مورثان برای وارث همچنان به صورت یک حق ثابت باقی می‌ماند و حق قبول وصیت. پس اگر فردی به دیگری وصیتی کمتر از یک سوم اموالش کرد با مردن وی شخصی که به وی وصیت شده مستحق وصیت می‌گردد ولی اگر قبل از گرفتن وصیت بمیرد، این حق وی به وارثان وی منتقل می‌شود. حق رهن نیز این گونه است. این اموال، حقوق و منافع از دیدگاه جمهور علماء به ارث برده

۵۰. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۲۶- ۲۸ و ۳۰ و ۳۱؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۰۴ و ۲۰۵؛ وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۴۷۷؛ ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۳۲ و ۳۳؛ اسعد شيخ الاسلامی اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیة در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، صص ۱۶۹ و ۱۷۰.

می‌شوند و دلیل ایشان روایتی است که ابن ماجه با سند خود از مردی از اهل شام از اصحاب رسول الله ﷺ از پیامبر ﷺ روایت کرده که فرمود:

«من ترک مالاً او حقاً فلورثته، و من ترک کلاً او عیالاً فإلیّ»^۱.

«کسی که مال و حق از خود به میراث بگذارد ورثه وی مستحق آن پنداشته می‌شود و کسی که قرضدار یا فقیر باشد به سوی من بی‌آید».

این حدیث تأکید می‌کند که اموال و حقوق به وارثان می‌رسد و منافی که با مال قابل ارزیابی باشد نیز به مال ملحق می‌شوند.

اما، فقهای حنفیه معتقدند که تنها چیزی که به ارث گذاشته می‌شود مال است و منافع و حقوق را جزء ترکه نمی‌دانند و حق رهن نیز اگر شخص بمیرد و منزلی خریده باشد و قیمت آن را پرداخت نکرده باشد این حق به ارث برده نمی‌شود و حق صاحب خانه است که خانه‌اش را پس بگیرد. و تا زمانی که پول را دریافت نکرده، از معامله رجوع کند.

از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می‌شود که: به اتفاق آرای فقهاء، حقوقی که هدف از آن توثق (وفا به عهد و پیمان) است، مانند: حبس مال مرهونه جهت اداء دین، حبس مبیعه توسط مشتری جهت استیفاء ثمن و حق کفالت در برابر دین و غیره، قابل توارث است چراکه اینها از زمره حقوق لازم و مؤکده است.

همچنین، به اتفاق نظر همه فقهاء حقوق مالی، مانند: عقار، منقول، نقد، دین، دیه و غیره و حقوق ارتفاق از قبیل: حبابه، حق مرور و حق مسیل نیز قابل توارث می‌باشد، زیرا حقوق مذکور تابع زمین است. به همین ترتیب، فقهاء در باره ارث خیار تعیین و خیار عیب اتفاق نظر دارند. اما، فقهاء در رابطه به توارث حقوق و منافع اختلاف نظر دارند: فقهای حنفی به این عقیده اند که حقوق و منافع مال تلقی نمی‌گردد.

بنابراین، توارث در آن جاری نمی‌شود، زیرا ارث در مال موجود یعنی اعیان جاری می‌شود. همچنین، در رابطه به توارث دیون فقهای حنفی به این نظر اند که تا زمانی که دین بر ذمه مدیون ثابت است مال تلقی نمی‌گردد، زیرا آن وصفی است که مدیون به آن متصف شده است که قبض آن حقیقتاً متصور نیست و داین آنچه معادل دین است از مدیون قبض می‌نماید. باوصف این، دین

۳۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

به عقیده فقهای حنفیه قابل توارث است، زیرا مال حکمی تلقی می گردد که در سرمایه مدیون موجود می باشد.

برعکس، فقهای غیرحنفی به این نظر اند که حقوق، منافع و دیون قابل توارث است، زیرا حقوق، منافع و دیون، به نظر جمهور فقهاء مال تلقی می گردد. اما، تمام حقوقی که متعلق به نفس مؤثر است و با موت وی منتهی نمی شود به ارث برده نمی شود، مانند: فکر و آنچه متعلق به آن است. همچنین، آنچه که متعلق به شخص مؤثر است، مانند: ولایت عامه، ولایت بر نفس، ولایت بر مال، مناصب و وظایف مؤثر، مانند: وکالت و غیره قابل توارث نیست.^{۵۲}

فقهاء در مورد تعداد حقوق مربوط به ترکه و ترتیب این حقوق نظریات مختلف ارایه نموده اند: فقهای مالکیه، شافعیه و حنفیه می گویند: پنج حق به ترکه تعلق می گیرد: حقوق دینی مانند زکات، نذور و کفارات به عقیده احناف از ترکه متوفی تأدیه نمی شود و با مرگ متوفی ساقط می گردد. اما، به نظر جمهور فقهاء پرداخت این حقوق از ترکه میت قبل از تقسیم واجب است.

اولین چیزی که از ترکه شخص مرده کسر می شود، مصرف کفن و دفن و مراسم خاکسپاری وی در حد عرف که مخالف شریعت نباشد، است. مراسم خاکسپاری شامل مصارف شستن و کفن کردن و انتقال میت از منزل تا قبرستان و مصارف قبر و دفن کردن است. این مصارف بر پرداخت دیون و وصیت و حقوق ورثه مقدم است. مصارف اضافی به منظور فخر فروشی و شهرت مثل آگهی های بلند در روزنامه ها و برپا کردن چادرها و علم ها به نشانه فخر فروشی و آوردن نوحه خوانها و کشتن حیوان و گرفتن هفتم و چهلم و سالگرد و ... شامل مصارف مراسم خاکسپاری نمی شود. زیرا، همه اینها بدعت هستند و اصلی ندارند و عرف بدا آنها عمل می کند ولی در اسلام این قبیل کارها وجود ندارد و از ترکه شخص مرده برای این قبیل کارها هزینه نمی شود.

دیون بر ذمه انسان تعلق می گیرند، خواه با نصوص شرعی که بر فرد واجب می کند مثل نفقه فرزندان و همسر، پرداخت زکات و نذر یا به وسیله عقد بر انسان تعلق می گیرد مثل معامله ای که فروشنده قرضدار کالا باشد و مشتری مدیون پول (مخصوصاً وقتی که قسطی باشد) و عقد اجاره که

۵۲ . وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۲۸۴۸ و

۲۸۴۹؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص

مستأجر مدیون پرداخت مقدار مشخصی در ماه است و عقد ازدواج که باید به موجب آن شوهر مهر را به زوجه بدهد و قرض وی محسوب می‌شود. دین یا حق خدا ﷻ است و یا حق بندگان. دیون بندگان یا عینی است یا مطلق و نیز دیون یا در حالت صحت است و یا در حال مرض. دیون مطلق دیونی است که بر ذمه میت است و به عین ترکه تعلق دارد. دیون مطلق را دیون مرسله نیز می‌گویند؛ یعنی: دیونی که از قید تعلق به عین مال آزاد است. فقهاء در باره دیون نظریات مختلف ارایه نموده اند:

فقهای شافعیه بر این نظر اند که: دیونی که به ذمه تعلق می‌گیرد، باید از رأس المال او اداء شود خواه متوفی اجازه ادای آن را داده باشد، خواه نداده باشد و در واقع از جمله حق الله است. زیرا، این دیون از جمله حقوقی است که تأدیة آن بر او واجب است. فقهای شافعیه علاوه می‌نمایند که دیون خداوند ﷻ مانند: زکات، کفارات و حج بر دیون آدمی مقدم است. همچنین، دینی که به عین ترکه تعلق می‌گیرد، بر مخارج تجهیز و تکفین میت حق تقدم دارد، مثل: زکات مالی که ادای آن در زمان حیات بر او واجب شده باشد، یا مال مرهون که حق مرتهن است و نیز کالای فروخته شده در مواردی که چیزی به شخصی فروخته شود و مشتری در حال افلاس وفات نماید. در این صورت بایع عین مالش را پس از فسخ استرداد می‌کند چون حقی که به صاحب بیع یا مرهون تعلق می‌گیرد، بر حق غیر مقدم است.

احناف بر این نظر اند که: مراد از دین، دینی است که از طرف بندگان مطالبه می‌شود. بنابراین، دیون خداوند ﷻ از قبیل: زکات، کفارات به مجرد مرگ انسان ساقط می‌شود و ورثه ملتمز به ادای آن نیست مگر اینکه شخص در این مورد وصیتی کرده باشد و یا ورثه تبرعاً آن را تأدیه کند. زیرا، نیت و فعل مکلف رکن عبادات است و با مرگ او منتهی می‌شود و در این صورت بقای واجب غیر قابل تصور است.

فقهای مالکیه به دلیل نیاز بشر و بی‌نیازی خداوند ﷻ دیون بندگان را بر دیون حق تعالی مقدم می‌شمارند چه دیون بندگان مضمون باشد و چه نباشد و خواه زمان ادای آن رسیده باشد خواه مدت آن باقی باشد. زیرا، با مرگ انسان، دیون حال می‌شود. فقهای مالکیه ادای دیونی مانند مال مرهون را که به ذات عین، تعلق می‌گیرد بر مصارف تجهیز و ادای دیون و در نهایت بر تنفیذ وصایا مقدم می‌شمارند. به نظر فقهای مالکیه ادای دین از رأس المال بر اجرای وصایا مقدم است. اما، دیون خداوند ﷻ مانند: زکات فطری که در ادای آن کوتاهی شده است، یا کفاره قسم و یا روزه وظهار باید

۳۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

از تمال مال پرداخت شود مشروط بر اینکه متوفی در زمان حیات خود اقرار کرده باشد که این حقوق بر ذمه او ثابت است خواه به اخراج این دیون از ترکه وصیت کرده باشد خواه نکرده باشد. فقهای حنابله بر این نظر اند که: دیون میت پس از پرداخت مصارف تجهیز باید طور شایسته اداء شود خواه متوفی وصیتی در این خصوص کرده باشد و یا نکرده باشد. ابتداء دیونی باید اداء شود که به عین مال تعلق دارد، مانند رهن و سپس دیون مطلقه که بر ذمه متوفی است، مانند: دیون خداوند ﷻ از قبیل: زکات مال و صدقه فطر و کفارات و نذور و یا دیون آدمی مانند قرض و ثمن و اجرت جعاله که بر ذمه متوفی ثابت است. همچنین، باید دیه و ارش جنایات و مال مغصوب و قیمت اشیای متلوفه و غیره پرداخت شود به دلیل این که پیامبر ﷺ دین را قبل از اجرای وصیت پرداخت نموده است.

وصیت تملیکی بدون عوض است که بعد از مرگ نافذ می شود و اجرای آن تا یک سوم باقیمانده اموال پس از هزینه کفن و دفن و پرداخت دیون نیاز به اجازه وارثان ندارد. ولی افزون بر یک سوم نیاز به اجازه وارثان دارد. اگر همگی اجازه دادند، وصیت نافذ است. همچنانکه اگر شخصی نصف ارش را برای مرکز حفظ قرآن کریم وصیت کرد، یک سوم آن بدون اختیار وارثان اجرا می شود و از یک سوم تا نصف نیاز به اجازه همه وارثان دارد. پس اگر بعضی اجازه دادند و بعضی دیگر نپذیرفتند، از سهم کسانی که اجازه داده اند اندازه سهم کسانی که اجازه نداده اند، گرفته می شود و هر کس که وصیت را قبول نکرده بعد از کسر یک سوم حقتش را به طور کامل می گیرد. در اینجا یک سؤال پیش می آید که چرا اجرای وصیت بعد از پرداخت دیون است در حالی که آیات قرآن همیشه وصیت را مقدم بر دین آورده است، مثل این آیه که می فرماید:

﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ - (نساء/ ۱۱)

«همه این که بعد از انجام وصیت و ادای دین است.»

یا این آیه:

﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ - (نساء/ ۱۲)

«پس از انجام وصیتی که کرده است و ادای دین.»

قرطبی این سؤال را این گونه پاسخ داده است:

۱) طبق اجماع پرداخت قرض مقدم بر وصیت است و علما نیز به همین عمل کرده اند و به روایتی از ترمذی استناد کرده اند که حضرت علی رضی الله عنه گفته است:

«رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية.»^{۵۳}

«دیدم که رسول الله صلى الله عليه وسلم از دین قبل از وصیت شروع کرد.»

۲) مراد آیه تقدم دین و وصیت بر ارث بوده نه تقدم وصیت بر دین.

۳) وقتی که وصیت لزوم کمتری از دین داشته باشد. پس، باید به تقدم دین توجه بیشتری کرد. بعد از تجهیز و تکفین و پرداخت دیون و تنفیذ وصیت میت تا یک سوم، آنچه که باقی می ماند، حق وارثان است که میان آنها به نحوی که در بخش بعدی تفصیل آن خواهد آمد تقسیم می شود.^{۵۴}

۵۳. رواه الترمذی، و روی عن علی أنه قال: «الدين قبل الوصية، وليس لوارث وصية.»

۵۴. در مورد ترکه و حقوق متعلق به آن ر. ک: وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کوبته: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۲۵-۷۷۳۵؛ عبدالحمید محمود طهماز (___). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیة، صص ۲۵۲ و ۲۵۳؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (___). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، صص ۲۸۹ و ۲۹۰؛ محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۳-۵۰؛ و محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰ ق.). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، صص ۶۳۳ و ۶۳۴.

بخش دوم

مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث

فصل های شامل این بخش:

فصل اول: ذوی الفروض

فصل دوم: عصبات

فصل سوم: حجب

فصل چهارم: اصل مسأله و قواعد تقسیم ترکه میان ورثه

فصل پنجم: رد

فصل ششم: عول

فصل هفتم: ارث ذوی الارحام

مقدمه

طبق ماده ۱۹۹۳ ق.م: «ملکیت اموال منقول و عقار و حقوقی که از مورث به ارث گذاشته شود، مطابق قواعد و حصص مندرج مواد ذیل به ورثه انتقال می‌یابد.» طبق نص این ماده ملکیت اموال منقول، عقار و حقوق که از مؤرث به ارث گذاشته می‌شود باید مطابق قواعد مندرج در ق.م به ورثه منتقل شود. این نقل و انتقال اجباری (قهری) است زیرا ارث یکی از اسباب قهری کسب و انتقال ملکیت است. طبق نص این ماده ترکه شامل، مال منقول، عقار و حق‌ها مانند حق تألیف، حق اختراع، معاش و سایر حق‌ها که قابل توارث اند می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و فرزندی به نام جمیله داشته باشد خانه (عقار)، موتر (منقول) و حق تألیف و اختراع احمد به جمیله منتقل می‌شود.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای اشیایی است که می‌توانند ترکه قرار بگیرند. طبق ماده ۱۹۹۷ ق.م قبل از توزیع ارث میان ورثه مصارف، تجهیز و تکفین پرداخت، دین پرداخته و وصیت در حدود یک سوم نافذ گردد. آنچه باقی بماند میان ورثه تقسیم شود. در خصوص ترتیب و مستحقین ارث در ق.م نص صریح وجود ندارد. اما، اگر مواد ۲۰۰۴، ۲۰۱۲، ۲۰۱۴ و ۲۰۴۳ ق.م را کنار هم قرار دهیم و تفسیر منطقی - ساختاری نماییم این نتیجه به دست می‌آید که ترتیب مستحقین ارث عبارت اند از: ذوی الفروض، عصبات نسبی. در صورتی که عصبات نسبی وجود نداشته باشد، باقی مانده ترکه بر ذوی الفروض نسبی رد می‌گردد. در صورتی که ذوی الفروض نسبی وجود نداشته باشد، ذوی الارحام مستحق ترکه شناخته می‌شوند. در صورت نبود ذوی الارحام باقی مانده ترکه بر یکی از زوجین رد می‌گردد (ماده ۲۰۴۲ فقره‌های اول و دوم ق.م). هرگاه افراد مذکور مستحق ارث نشوند، ارث به مقررله به نسب، موصی له به بیشتر از ثلث مال و در صورت عدم موجودیت مقررله به نسب و موصی له به بیشتر از ثلث مال، ترکه متعلق به دولت می‌شود. ماده ۱۹۹۸ ق.م در این مورد تصریح نماید که: «(۱) هرگاه طبق حکم فقرة (۴) ماده (۱۹۹۷)

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 39

در این قانون مستحق میراث موجود نگردد، میراث متروکه متباقی حسب ذیل توزیع می شود: ۱ - استحقاق شخصی که میت به نسب او به غیر از خود اقرار نموده باشد؛ ۲ - وصیت زاید از حدودی که وصیت در آن تنفیذ می شود؛ (۲) در صورتی که اشخاص فوق این ماده موجود نشوند متروکه یا آنچه از آن باقی مانده، به دولت تعلق می گیرد.».

در مورد ترتیب مستحقین ارث احناف بر این نظر اند که: کسانی که از ترکه میت حق ارث را دارند ترتیب آنها قرار ذیل است: (۱) ذوی الفروض که سهم ارث آنها در قرآن کریم تصریح گردیده است؛ (۲) عصبه نسبی؛ (۳) عصبه سببی؛ (۴) رد بر ذوی الفروض؛ (۵) ذوی الارحام؛ (۶) مولی الموالات؛ (۷) مقررله به نسب؛ (۸) کسی به نفع او به بیش از یک سوم وصیت شده است؛ (۹) بیت المال. البته کسی که به نسب وی بر غیر اقرار شده است، موصی له بر بیشتر از ثلث و بیت المال براساس غیر از اسباب ارث مستحق ارث شناخته می شوند و بقیه بر اساس اسباب ارث.^{۵۵}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که خویشاوندان به سه دسته اند: ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام. برخی از فقها بر این نظر اند که برخی اقارب هرچند بسیار نزدیک به میت اند اما خداوند برای آنها سهمی مقرر نکرده است. این اقارب قرار ذیل اند:

- (۱) پدر اندر؛
- (۲) مادر اندر؛
- (۳) اولاد اندر؛
- (۴) پدر کلان و مادر کلان اندر؛
- (۵) خانم برادر؛
- (۶) شوهر خواهر؛
- (۷) خانم کاکا؛
- (۸) شوهر عمه و خاله؛
- (۹) زوجة نواسه پسری؛
- (۱۰) داماد؛

۵۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۳۹-۷۷۴۶؛ محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۵۹-۶۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۶۰۷ و ۶۰۸.

۴۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

(۱۱) سنو؛

(۱۲) خسر؛

(۱۳) خشو؛

(۱۴) خسربره؛

(۱۵) خیاشنه؛

(۱۶) مادر رضاعی؛ و

(۱۷) برادر و خواهر رضاعی.^{۵۶}

با توجه به آنچه بیان شد، در روشنایی ق. م در فصول بعدی ارث ذوی الفروض، عصبات، حجب، رد بر ذوی الفروض، ذوی الارحام، مقررله به نسب، موصی له بر بیشتر از ثلث مال و بودجه دولت (بیت المال) را مورد بحث قرار می دهیم:

56. Sohail S. Hussaini (2007). The Laws of Inheritance in Islam, 2nd edi, Denver Colorado: Outskirts Press, p 46.

فصل اول: ذوی الفروض

اولین طبقه ورثه ذوی الفروض است. ماده ۲۰۰۴ ق.م در این خصوص می گوید: «در توزیع متروکه و در میراث سهام صاحبان فروض مقدم به دیگران داده می شود [...]». طبق نص این ماده اولین طبقه که مستحق اخذ میراث می شود و بر سایر ورثه تقدم دارد ذوی الفروض است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن حق تقدم ذوی الفروض بر سایر ورثه مانند عصبات و ذوی الارحام است.

مبحث اول) تعریف ذوی الفروض و انواع فرض

ذوی الفروض مرکب از دو کلمه است: ذوی به معنی صاحب و فروض که جمع فرض است. فرض در لغت سهم، حصه و نصیب معین است. در اصطلاح شرع فرض به نصیب مقدر و معینی گفته می شود که شرعاً برای وارث مخصوصی در نظر گرفته شده است. به عبارت دیگر: فرض سهمی است که در قرآن برای ورثه تعیین شده است.^{۵۷} بند اول ماده ۲۰۰۴ ق.م در مورد تعریف فرض می گوید که: «فرض سهم معین وارث است». از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که ذوی الفروض اشخاصی اند که سهم آنها در قانون و شرع معین شده است. فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: فروض معین در قرآن شش سهم است که عبارتند از: نصف ($\frac{1}{2}$)، ثلث ($\frac{1}{3}$)، ثلثان ($\frac{2}{3}$)، ربع ($\frac{1}{4}$)، سدس ($\frac{1}{6}$) و ثمن ($\frac{1}{8}$). به حیث مثال، اگر مقدار ترکه ۱۲۰۰۰ افغانی باشد، نصف آن

۵۷. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۷۴۸؛ محمد يوسف موسى (____). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، ص ۶۷؛ و محمد بكر اسماعيل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، ص ۶۳۵؛ عبد الحميد محمود طهماز (____). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، باكستان: مكتب حقانيه، ص ۲۵۵۳؛ و اسعد محمد سعيد الصاغر جي (____). الفقه الحنفي و ادلته، جلد (۳)، باكستان: كتابخانه رشيدية، ص ۲۹۱.

۶۰۰۰ افغانی، ثلثان آن ۸۰۰۰ افغانی، ثلث آن ۴۰۰۰ افغانی، ربع آن ۳۰۰۰ افغانی، سدس آن ۲۰۰۰ افغانی و ثمن آن ۱۵۰۰ افغانی می شود. برخی از فقهاء سهام صاحبان فرض را بر اساس اصناف آن ها، مانند: پدر، مادر، دختر و غیره دسته بندی کرده اند و برخی دیگر بر مبنای سهام (فروض) تعیین شده در مصادر اصلی مثل: سدس ($\frac{1}{6}$) و غیره. در این کتاب سهم و اسهام ذوی الفروض را بر اساس روش اول مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث دوم) انواع ذوی الفروض و احوال هریک

در مورد انواع ذوی الفروض بند سوم ماده ۲۰۰۴ ق. م ک تصریح نماید که: «[...] صاحبان فروض عبارت اند از پدر، جد صحیح گرچه مراتب آن بالا رود، برادر مادری، خواهر مادری، زوج، زوجه، دختر یا دختران دختر یا دختران پسر گر چه مراتب آنها تنزیل نماید خواهر عینی، خواهر پدری، مادر، جد صحیح گر چه مراتب آن ها بالا رود [...]». طبق نص این ماده ذوی الفروض دوازده صنف است که چهار نفر آنها مرد اند و هشت تن آنها زن اند. مردان ذوی الفروض عبارت اند از:

۱- پدر؛

۲- جد صحیح گرچه درجه او بالا برود مانند پدر پدر، پدر پدر پدر؛

۳- زوج (شوهر)؛ و

۴- برادر مادری (اخیاپی).

زنان ذوی الفروض عبارت اند از:

۱- زوجه (بیوه)؛

۲- دختر. قانونگذار مدنی علاوه بر دختر، «دختران دختر» را از جمله ذوی الفروض شناخته است که محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، به موجب فقه صرف دختر حقیقی^{۵۸} از جمله ذوی الفروض است.

۳- خواهر عینی.

۴- خواهر پدری (علاتی)

۵- دختر پسر هرچه درجه آنها پایین تر رود؛

۶- خواهر مادری (اخیاپی)؛

۷- مادر؛

۸- جدّه صحیحه. اما قانونگذار مدنی به عوض عبارت جدّه صحیحه «جد صحیحه» را استعمال نموده است که عاری از ایراد نیست. زیرا، جدّه صحیحه از جمله ذوی الفروض و جدّه فاسده از جمله ذوالاحام است. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که ذوالفروض دو نوع است: ذوی الفروض نسبی که از همدیگر براساس نسب ارث می برند مانند پدر، جد، برادر مادری، دختر، خواهر عینی، خواهر پدری، دختر پسر، خواهر مادری، مادر و جدّه صحیحه. ذوی الفروض نسبی که براساس ازدواج از همدیگر ارث می برند مانند زوجه و زوج. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر ذوالفروض است.

گفتار نخست) احوال پدر

طبق ماده ۲۰۰۳ ق. م «هرگاه یکی از ورثه از دو جهت مستحق ارث باشد با رعایت احکام این فصل از هر دو جهت میراث برده می تواند.»، به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز ارث بردن از دو طریق فرضیت و عصیبت است. طبق نص این ماده یک ورثه امکان دارد از دو جهت ارث بگیرد. از جهت فرضیت به عنوان ذوی الفروض و از جهت عصیبت به عنوان عصبه. به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر ارث پدر و پدر کلان و سایر ورثه که هم ذوی الفروض و هم عصبه اند می باشد. به حیث مثال، پدر گاهی از طریق فرض، گاهی از طریق عصوبت و گاهی نیز از طریق فرض و عصوبت ارث می برد. در نتیجه، پدر سه حالت دارد:

۱) فرض مطلق یعنی سدس ($\frac{1}{3}$): براساس ماده ۲۰۰۵ ق. م: «(۱) با رعایت حکم ماده (۲۰۲۲) این قانون اگر از متوفی پدر و پسر یا پسر پسر گرچه مراتب او تنزیل یابد موجود شود، حصه پدر سدس می باشد [...]». طبق نص این ماده در صورتی که میت اولاد ذکور مثل: پسر و پسر پسر هرچه درجه آنها پایین برود، داشته باشد. در این صورت پدر مستحق سدس ($\frac{1}{3}$) می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و از او پسری به نام محمود یا پسر پسری به نام جمشید و پدری به نام حمید باقی بماند، سهم حمید سدس ($\frac{1}{3}$) ترکه احمد است. در این فرض، پدر با پسر و پسر پسر متوفی یکجا است. متوفی در این مثال احمد است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالت ارث پدر است.

۲) فرض یعنی سدس ($\frac{1}{3}$) و عصوبت: این در حالتی است که میت اولاد ذکور مثل پسر و پسر پسر نداشته باشد و اولاد مؤنث یعنی دختر و دختر پسر داشته باشد و در ترکه مقداری از مال

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 45

بعد از سهام ذوی الفروض باقی مانده باشد، مانند اینکه: شخصی وفات نماید و وارث او پدر و دختر باشند و پدر سدس ($\frac{1}{6}$) و دختر نصف و بقیه را نیز پدر اخذ نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دختری به نام جمیله یا دختر پسری به نام ذاکره داشته باشد و در عین حال پدر احمد محمود زنده باشد، محمود سدس ($\frac{1}{6}$) ترکه احمد را از طریق فرضیت، جمیله یا ذاکره نصف ($\frac{1}{2}$) ترکه احمد را مستحق می شود و بقیه را محمود از طریق عصیبت مستحق می شود.

۳) کل ترکه یا باقیمانده آن بعد از سهام ذوی الفروض از طریق عصوبت: این در صورتی است که متوفی فرزند نداشته باشد چه مذکر و چه مؤنث. بنابراین، اگر شخصی وفات نماید و وارث او پدر باشد، پدر کل ترکه را مستحق می شود و پدر عصبه بنفسه می باشد. اما، اگر کسی وفات نماید و ورثه او پدر و زوجه او باشد، زوجه در صورتی که فاقد فرزند باشد مستحق ربع ($\frac{1}{4}$) از طریق فرض و پدر مستحق باقی متروکه از طریق عصوبت می شود.^{۵۹} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و صرف پدری به نام محمود داشته باشد و احمد نه پسر و نه دختر داشته باشد، محمود تمام ترکه احمد را از طریق عصیبت مستحق می شود. حالت های دوم و سوم ارث پدر در ق. م پیش بینی نشده است.

دلایل ارث پدر قرار ذیل:

«عن ابن عباسٍ رضی الله عنه قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « أَلْحِقُوا الْفَرَائِصَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَهِيَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرَ. »^{۶۰}

«از ابن عباس رضی الله عنه روایت است که رسول خدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود: « سهمیه های ارث را به صاحبان آنها بدهید، هر چه باقی ماند؛ به نزدیک ترین فرد مذکر (از خویشاوندان میت) بدهید. »
خداوند عَلَيْهِ السَّلَام در مورم سهم پدر می فرماید:

۵۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۷۵۴ و ۷۷۵۶؛ و محمد بكر اسماعيل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، صص ۶۴۱ و ۶۴۲؛ عبدالحميد محمود طهماز (____). الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد، جلد (۲)، باكستان: مكتب حقانيه، ص ۲۵۵؛ اسعد محمد سعيد الصاغر جى (____). الفقه الحنفى و ادلته، جلد (۳)، باكستان: كتابخانه رشيدية، ص ۲۹۲؛ و محمد يوسف موسى (____). احكام الاحوال الشخصية فى الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، صص ۸۲ و ۸۳.

﴿وَلَا بَوَّيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسَ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتْهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهُ الثَّلَاثُ﴾ - (نساء/ ۱۱)

«اگر مرده دارای فرزند و پدر و مادر باشد، به هر یک از پدر و مادر یک ششم ترکه می‌رسد و اگر مرده دارای فرزند نباشد و تنها پدر و مادر از او ارث ببرند، یک سوم ترکه به مادر می‌رسد و اگر مرده برادرانی داشته باشد، به مادرش یک ششم می‌رسد.»

گفتار دوم) احوال جد صحیح و مقاسمة الجد

جد در لغت به معنی پدر کلان است^{۶۱} که جمع آن اجداد است. جد دو نوع است: جد صحیح و جد فاسد. ماده ۲۰۰۵ فقره دوم ق. م در تعریف جد صحیح می‌گوید: «(۲) جد صحیح کسی است که در نسبت وی به میت اناث داخل نشود و حصه وی به ترتیبی که در ماده (۲۰۰۴) این قانون درج است سدس می‌باشد.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف جد صحیح است. همچنین، ماده ۲۰۲۲ ق. م در مورد ارث جد صحیح تصریح نماید که: «هرگاه پدر با پدر کلان یا دختر یا دختر پسر، گر چه درجه تنزیل یابد یکجا شود، حصه متروکه را به طریق فرض و باقیمانده را به طریق عصبیت مستحق می‌گردد.» هدف قانونگذار مدنی در نصوص این مواد تعریف و بیان حالت ارث جد صحیح است.

از نصوص این مواد به خوبی استنباط می‌گردد که جد صحیح کسی است که در رابطه او با شخص متوفی مؤنث وجود نداشته باشد، مثل: پدر پدر و پدر پدر پدر و بالاتر. جد فاسد کسی است که در رابطه او با شخص متوفی مؤنث وجود داشته باشد مثل پدر مادر. عبارت جد صحیح و جد فاسد معمولاً برای محصلین حقوق قابل فهم نیست. معمولاً زمانی که محصلین حقوق برای اولین بار اصطلاح «جد صحیح» و «جد فاسد» را می‌شنوند متعجب می‌شوند. دلیل این تعجب معنی لغوی صحیح و فاسد است که معنی درست را در ادبیات دری افاده نمی‌نماید. به نظر می‌رسد معادل دقیق «جد صحیح»، «پدر کلان پدری» و «جد فاسد»، «پدر کلان مادری» است.

فایده این دسته بندی این است که جد صحیح از جمله ذوی الفروض یا عصبه نسبی است و جد غیر صحیح از جمله ذوی الارحام است که مرتبه استحقاق ارث او از مرتبه ارث جد صحیح پایین تر است. به نظر می‌رسد دلیل این که پدر کلان پدری از جمله ذوی الفروض و پدر کلان مادری از

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

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 47

جمله ذوی الارحام تلقی می گردد این است که پدر کلان پدری ولی است و غالباً محبت او نسبت به نواسه پسری بیشتر از محبت پدر کلان مادری نسبت به نواسه دختری است.

۲) ارث جد صحیح: در خصوص ارث جد صحیح به نظر می رسد دو حالت را باید از همدیگر تفکیک کرد:

حالت اول: در صورتی که پدر میت زنده نباشد. در این صورت، جد صحیح قایم مقام پدر میت می شود و مانند پدر میت از میت ارث می برد. بنابراین، ارث جد صحیح در صورت زنده نبودن پدر مانند پدر است به این قرار:

۱- سدس ($\frac{1}{6}$) از طریق فرض: این در حالتی است که پسر یا پسر پسر... میت موجود باشد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و پسری به نام محمود داشته باشد و جد صحیح به نام حمید، حمید مستحق سدس ($\frac{1}{6}$) ترکه احمد شناخته می شود و بقیه ترکه را محمود از طریق عصیبت اخذ می نماید.

۲- سدس ($\frac{1}{6}$) از طریق فرضیت و باقیمانده ترکه از طریق عصوبت: این در حالتی است که دختر یا دختر پسر... میت موجود باشد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دختری به نام جمیله داشته باشد و جد صحیحی به نام محمود، محمود مستحق سدس ($\frac{1}{6}$) ترکه احمد از طریق فرضیت می شود. در این صورت، جمیله مستحق نصف ($\frac{1}{2}$) ترکه احمد می شود. باقی ترکه را محمود از طریق عصیبت مستحق می شود.

۳- جد صحیح کل ترکه را فقط از طریق عصیبت به ارث می گیرد و آن هنگامی است که میت نه پسر و نه پسر پسر... و نه دختر و نه دختر پسر... داشته باشد. در این حالت، اگر میت وارث ذو فرض نداشته باشد، تمام ترکه اش به جد صحیح می رسد.

اما، اگر وارث ذو فرض وجود داشته باشد، باقیمانده ترکه پس از پرداخت سهام ذوی الفروض به جد صحیح تعلق می گیرد.^{۶۲} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و هیچ دختر و پسر نداشته

۶۲. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۷۵۶-۷۷۵۸؛ و محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، صص ۶۴۸ و ۶۴۹؛ عبدالحمید محمود طهماز (___). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۵۶؛ اسعد محمد سعید الصاغرچی (___). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیہ، صص ۲۹۲ و ۲۹۳؛ و محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصیة فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۸۴ و ۸۵

۴۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

باشد و جد صحیح به نام محمود داشته باشد و پدر احمد نیز وفات کرده باشد، محمود تمام ترکه احمد را از طریق عصوبت مستحق می شود. اما، اگر احمد دارای سایر ورثه مانند مادر و ... باشد، محمود باقیمانده ترکه را از طریق عصوبت مستحق می شود.

حالت دوم: در صورت موجودیت پدر، جد صحیح محجوب می شود. به حیث مثال، اگر احمد پدری به نام محمود و پدر کلانی به نام جمشید داشته باشد و احمد وفات نماید، در صورتی که محمود زنده باشد، جمشید به دلیل انتساب توسط محمود به احمد از ارث احمد محجوب می شود.

دلیل ارث پدر کلان این قول خداوند عَلَّیْهِ السَّلَامُ است که می فرماید:

﴿وَلَا بَوَّيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ - (نساء/ ۱۱)

«اگر مرده دارای فرزند و پدر و مادر باشد، به هر یک از پدر و مادر یک ششم ترکه می رسد و اگر مرده دارای فرزند نباشد و تنها پدر و مادر از او ارث ببرند، یک سوم ترکه به مادر می رسد و اگر مرده برادرانی داشته باشد، به مادرش یک ششم می رسد.»

همچنین، در صحیح بخاری آمده است که ابوبکر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ و ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ و ابن زبیر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ گفتند: جد پدر است و ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خوانند:

﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ - (اعراف/ ۲۶)

«ای بنی آدم.»

﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾ - (یوسف/ ۳۸)

«و پیروی نمودم ملت پدران خود ابراهیم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ و اسحاق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ و یعقوب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ را.»

و ذکر نشده که کسی در زمان ابوبکر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ با او مخالفت کرده باشد، و اصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ با هم هم عقیده بودند و ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ گفته است: پسر پسر من از من ارث می برند نه برادرانم و من از پسر پسر من ارث می برم. ابن حزم می گوید: دلیل ارث جد این آیه است که خداوند عَلَّیْهِ السَّلَامُ می فرماید:

﴿يَا بَنِي آدَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ﴾ - (اعراف/ ۲۷)

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 49

«ای فرزندان آدم زنهار تا شیطان شما را به فتنه نیندازد چنانچه پدر و مادر شما را از بهشت بیرون کرد.»

پس آدم و زنش والدین ما هستند و این نص قرآن است.

در نیل الأوطار از عمر بن حصین رضی الله عنه روایت شده است که:

«وَعَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ رضی الله عنه قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ : إِنَّ ابْنَ ابْنِي مَاتَ فَمَا لِي مِنْ مِيرَاثِهِ ؟ فَقَالَ : « لَكَ السُّدُسُ » فَلَمَّا وَلى دَعَاهُ فَقَالَ : « لَكَ سُدُسٌ آخَرٌ » فَلَمَّا وَلى دَعَاهُ فَقَالَ : « إِنَّ السُّدُسُ الْآخَرَ طُعْمَةٌ ». ۶۳

«عمران بن حصین رضی الله عنه می گوید: مردی نزد پیامبر ﷺ آمد و گفت: نواسه ام (پسر پسر)م وفات کرده است، از ارثیه او چقدر به من می رسد؟ فرمود: «برای تو یک ششم» برگشت که برود، او را صدا زد و فرمود: «یک ششم دیگر نیز به تو می رسد» برگشت که برود، باز او را صدا کرد و فرمود: «یک ششم دیگر اضافی (و خوراک) است.»

اما، جدد صورت موجودیت پدر ارث نمی برد به دلیل این قاعده عام:

«من أدلى إلى الميت بواسطة لا يرث مع وجود تلك الوسطة.»

«کسی که به میت به واسطه دیگری برسد، با وجود این واسطه میراث نمی برد.»

پس ارث جد به سبب پدر ساقط می شود.

۴) مقاسمة الجد (کیفیت ارث جد با برادران و خواهران اعیانی و علاتی): برادران و

خواهران مادری بر اساس توافق فقهاء به وجود جد از میراث محروم می شود، همچنانی که به وجود پدر محروم می شوند و فقهاء می گویند: اولاد ام (برادران و خواهران اخیافی) به وجود جد از میراث بر اساس اجماع محروم می شود. اما، محرومیت برادران و خواهران اعیانی و علاتی از میراث به وجود جد به سبب عدم موجودیت اجماع و نص صریح در قرآن و سنت مسأله اختلافی است و صحابه و فقهاء به دو دسته تقسیم شده اند:

حضرت ابوبکر و عده ای زیادی از صحابه مانند: ابن عباس، ابن عمر، ابن زبیر، ابی بن کعب،

حذیفه بن یمان، ابی سعید الخدری، معاذ بن جبل، ابی موسی اشعری، عائشه و عده ای زیادی از

۶۳. رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالْأَرَبَعَةُ وَصَحَّحَهُ التِّرْمِذِيُّ وَهُوَ مِنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ عَنْ عِمْرَانَ وَقِيلَ : إِنَّهُ لَمْ يَسْمَعْ مِنْهُ.

۵۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

تابعین مانند: حسن و ابن سیرین رضی الله عنهما بر این نظر اند که: جد مثل پدر برادران و خواهران اعیانی و علاتی را از ارث محروم می گرداند.

این گروه جد را در تمام احوال مانند پدر می دانند و از آنجا که پدر برادران و خواهران اعیانی و علاتی را حجب می کند، جد نیز در فقدان پدر قایم مقام او تلقی می گردد. این نظر امام ابو حنیفه رضی الله عنه نیز است. دلیل این گروه قرار ذیل است:

﴿ وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ - (یوسف/۳۸)

« و پیروی نمودم ملت پدران خود ابراهیم و اسحاق و یعقوب را. ».

﴿ كَمَا أَخْرَجَ أَبُويَكُم مِّنَ الْجَنَّةِ ﴾ - (اعراف/۲۷)

« چنانچه پدر و مادر شما را از بهشت خارج کرد. ».

پس آدم و زینب والدین ما هستند و این نص قرآن است. در نتیجه، لازم است جد صحیح در صورت فقدان پدر حکم پدر را داشته و طوری که پدر برادران و خواهران اعیانی و اخیافی را حجب می کند، جد صحیح نیز که قایم مقام پدر در حالت عدم وجود او است باید برادران و خواهران اعیانی و علاتی را حجب کند.

در حدیث آمده است:

«عن ابن عباس رضی الله عنهما قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجلٍ ذَكَرٍ.»^{۶۴}

«از ابن عباس رضی الله عنهما روایت است که رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود: «سهمیه های ارث را به صاحبان

آنها بدهید، هر چه باقی ماند؛ به نزدیک ترین فرد مذکر (از خویشاوندان میت) بدهید.».

حضرت علی، ابن مسعود، زید بن ثابت و عده ای زیادی از صحابه رضی الله عنهم بر این نظر اند که: خواهران و برادران اعیانی و علاتی به وجود جد از ارث محروم نمی گردند و با او در استحقاق میراث از ترکه میت شریک می شوند. این نظر جمهور فقهاء (مذاهب سه گانه اهل سنت و صاحبین) نیز است. دلیل فقهای مذکور قرار ذیل است:

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 51

۱) میراث برادران و خواهران اعیانی و علاقی به نص صریح قرآن کریم ثابت است. بنابراین، خواهران و برادران اعیانی و علاقی محجوب نمی شوند مگر به موجب نص و یا اجماع و در مورد حجب اینها نه نص و نه اجماع وجود دارد؛ و

۲) جد و برادران و خواهران اعیانی و علاقی در انتساب به میت به درجه مساوی قرار دارند. زیرا، جد پدر پدر و برادر پسر پدر است و همه به میت از طریق درجه واحد که همان پدر است می رسند.^{۶۵}

ق. م در این مورد نظر جمهور فقهاء را اختیار نموده است. ماده ۲۰۲۳ ق. م در این مورد تصریح نماید که: «(۱) هرگاه جد با برادران و خواهران عینی یا پدری جمع شود، دارای دو حالت ارثی می باشد: نخست - سهم يك برادر را مستحق می گردد، در صورتی که تنها با ذکور یا با ذکور و اناث و یا تنها با اناثی که با فرع وارث در میراث عصبه شده باشند، جمع شده باشد. دوم - در حالتی که جد با خواهرانی که به ذکور یا با فرع وارث از اناث عصبه نشده باشد، در این صورت بعد از اصحاب فروض به طریقه عصبیت مستحق میراث باقیمانده می گردد. (۲) هرگاه حالت مقاسمة یا وراثت به عصبیت به ترتیبی که در فقره فوق این ماده درج گردیده جد را از میراث محروم نماید و یا حصه او را از ششم حصه کم نماید به طریقه فرض مستحق ششم حصه می گردد. (۳) در حالت مقاسمة به اولاد پدری که محجوب شده باشند، اعتبار داده نمی شود.».

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالات و حکم اشتراک جد صحیح در ارث با برادران و خواهران عینی و علاقی است. مقاسمه در لغت به معنی چیزی را با هم قسمت کردن است.^{۶۶} طبق نص این ماده جد صحیح در صورتی که با برادران و خواهران عینی (پدری و مادری) و علاقی (پدری) باشد دو حالت دارد:

اول این که: در نص ماده ۲۰۲۳ به عوض جد صحیح جد استعمال شده است که محل ایراد است. زیرا، جد صحیح از جمله ذوی الفرض و جد غیر صحیح از جمله ذوی الارحام است. طبق

۶۵. جهت معلومات مفصل تر در مورد مقاسمة الجدر. ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۵۷-۷۷۶۶؛ و اسعد شیخ الاسلامی اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، ص ۶۵-۷۲.

ت	جد صحیح	یک خواهر عینی
	$(\frac{1}{6})$	$(\frac{1}{4})$
	اصل مسأله ۶	

ت	جد صحیح	یک خواهر علاتی
	$(\frac{1}{6})$	$(\frac{1}{4})$

سوم این که: بند اخیر ماده ۲۰۲۳ که می گوید: «در حالت مقاسمة به اولاد پدری که محجوب شده باشند، اعتبار داده نمی شود.» مبهم است. منظور از اولاد پدری برادر و خواهر علاتی است. طبق نص این ماده در صورتی که برادر و خواهر علاتی از ارث محجوب شوند، نمی توانند موجب مقاسمة الجد گردند. به عبارت دیگر: در صورتی که برادر و خواهر علاتی که توسط پسر میت محجوب شده اند، با جد صحیح یکجا باشند، مقاسمة الجد اصلاً تطبیق نمی شود. زیرا، در این فرض برادر و خواهر علاتی به سبب پسر محجوب شده اند و مستحق ارث نمی گردند مانند مثال ذیل:

متوفی: احمد، اصل مسأله ۶

ت	جد صحیح	یک برادر علاتی	پسر پسر
	$(\frac{1}{6})$	م	عصبه بالنفس
	متوفی: احمد، اصل مسأله ۶		

ت	جد صحیح	یک خواهر علاتی	پسر پسر
	$(\frac{1}{6})$	م	عصبه بالنفس

گفتار سوم) احوال زوج

ماده ۲۰۰۷ فقره اول ق. م در این مورد تصریح نماید که: «(۱) برای زوج در حال نداشتن اولاد یا اولاد پسر گرچه مراتب او تنزیل نماید، نصف میراث می رسد و در حال موجودیت اولاد یا اولاد پسر گرچه مراتب او تنزیل کند، چهارم حصه میراث می رسد.» طبق نص این ماده ارث شوهر از

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 57

خانم دو حالت دارد: در صورتی که خانم اولاد و یا اولاد پسر هرچند درجه او تنزیل نماید داشته باشد، سهم شوهر نصف ($\frac{1}{2}$) است. قانونگذار مدنی در نص این ماده کلمه اولاد را مطلق استعمال نموده است و اولاد شامل پسر و دختر می شود. اولاد جمع ولد است. ولد در لغت به معنای: «کل ما یولد شیء»؛ یعنی؛ هر آنچه که چیزی آن را می زاید اعم از اینکه مذکر باشد و یا مؤنث.^{۶۸}

اما، طبق نص این ماده نواسه باید پسر باشد هرچند درجه او پایین برود. زیرا، قانونگذار در نص این ماده از اولاد پسر گرچه مراتب او تنزیل نماید، سخن می گوید. دوم این که در صورتی که خانم اولاد اعم از پسر و یا دختر یا اولاد پسر هرچند درجه او تنزیل نماید، داشته باشد سهم شوهر ربع ($\frac{1}{4}$) است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالات ارث شوهر از خانم است. در فقه ارث شوهر بستگی به این دارد که آیا زوجه متوفی او فرزند دارد یا ندارد، فرق نمی کند که فرزندان او از همین شوهر باشد یا از شوهر قبلی. با توجه به این مسأله، شوهر دو حالت دارد:

۱) نصف ($\frac{1}{2}$): در صورتی زوجه هیچ فرزندی نداشته باشد، شوهر مستحق نصف ($\frac{1}{2}$) ترکه او می شود؛ و

۲) ربع ($\frac{1}{4}$): اگر زوجه فرزند داشته باشد، شوهر او مستحق ربع ($\frac{1}{4}$) ترکه او شناخته می شود.^{۶۹}

دلیل ارث شوهر این قول خداوند عَلَّاه است که می فرماید:

﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا

تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ - [النساء: ۱۲]

«و نیمی از میراث همسرانتان از آن شما [شوهران] است اگر آنان فرزندی نداشته باشند و اگر فرزندی داشته باشند یک چهارم ماترک آنان از آن شماست [البته] پس از انجام وصیتی که بدان سفارش کرده‌اند یا دینی [که باید استثنا شود]...».

۶۸. مجید وزیری (۱۳۸۴) حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل، صص ۴۷-۴۹.

۶۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۷۶۹ و محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، ص ۶۴۲؛ و محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۶۸.

گفتار چهارم) ارث برادر و خواهر مادری (اخیافی)

اخیافی اسم منسوب به اخیاف جمع اخیف است. اخیف در لغت به معنی دو چیز مختلف و جدا از هم است. در اصطلاح فقهی - حقوق مدنی، به برادران و خواهران مادری (برادر و خواهر اندر مادری) اخیاف گویند، زیرا پدرشان مختلف و جدا از هم است. چون پدر شان مختلف و جدا از همدیگر است، به مجموعه برادران و خواهران بنوالاخیاف می گویند چرا که از اصول (پدران) مختلف به وجود آمده اند.

به حیث مثال، هرگاه احمد با جمیله ازدواج نماید و از جمیله یک پسر به نام محمود داشته باشد و احمد وفات نماید و جمیله با جمشید ازدواج نماید و از جمشید یک دختر به نام ذاکره داشته باشد، ذاکره و محمود برادر و خواهر اخیافی اند زیرا مادر ایشان یکی است اما پدران شان متفاوت و متعدد اند. برادران و خواهران اخیافی از جمله ذوی الفروض اند و از طریق فرضیت مستحق میراث می شوند نه از طریق عصبوت زیرا، برادران و خواهران اخیافی عصبه نیستند.^{۷۰}

در نتیجه، در صورتی که برادر و خواهر عینی و علاتی با هم باشند، برادر عینی خواهر عینی و برادر علاتی خواهر علاتی را عصبه بالغیر می سازد و ارث میان آنها طبق قاعده: [لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِیِّینِ] - [النساء: ۱۱] تقسیم می شود.

اما، برادر اخیافی از جمله عصبات نیست تا خواهر اخیافی را به عصبه بالغیر تبدیل نماید. به همین دلیل، سهم آنها برخلاف سهم برادران و خواهران اعیانی و علاتی مساوی است. به عبارت دیگر: با توجه به این که در نظام حقوقی اسلامی تعدد زوجات جایز است، امکان دارد یک شخص خواهر و برادر عینی (پدر و مادری)، علاتی (پدری) و اخیافی (مادری) داشته باشد که خلاصه آن در جدول ذیل ارایه می گردد:

۱	۲	۳
خواهر و برادر اخیافی (مادری)	خواهر و برادر علاتی (پدری)	خواهر و برادر عینی (حقیقی / پدر و مادری)
یک مادر دو یا بیشتر از دو پدر به شرط این که پدر اولی	یک پدر دو یا بیشتر از دو مادر	یک مادر و یک پدر

۷۰. عبدالعزیز عزیز (___). احکام میراث از نگاه فقه و قانون، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی ها دانشگاه ها، ص ۹۵.

		وفات نموده باشد یا مادر را طلاق داده باشد.
--	--	--

برادر و خواهر اخیافی تابع قواعد واحد اند. بنابراین، قواعد هر دو را یکجا مورد بحث قرار می‌دهیم. طبق ماده ۲۰۰۶ ق.م: «اولاد مادری اعم از پسر و دختر در صورتی که تنها یک فرد باشد، حصه او سدس و در حالی که متعدد باشند حصه آنها ثلث می‌باشد. ذکور و اناث آنها در تقسیم برابر اند. در حالت دوم اگر ذوی الفروض تمام متروکه را در بر گیرد یا اولاد مادری، برادر یا برادران عینی، به صورت جداگانه یا همراه با خواهر یا خواهران عینی، شریک می‌شوند و در بین آنها ثلث به ترتیب فوق تقسیم می‌شود.»

همچنین، طبق ماده ۲۰۳۶ ق.م: «برادران مادری به موجودیت شش نفر از ورثه محبوب می‌شوند که عبارتند از: پدر، جد، پسر، پسر پسر، دختر صلبی و دختر پسر.» طبق نصوص این مواد برادر و خواهر مادری (اخیافی) از میت کلاله سه حالت دارند:

۱) اگر وارث میت، یک برادر مادری و یا خواهر مادری باشد، سدس ($\frac{1}{2}$) را به ارث می‌برد. به حیث مثال، اگر احمد و ذاکره برادر و خواهر مادری باشند و احمد وفات نماید و اصول و فروع نداشته باشد، ذاکره سدس ($\frac{1}{2}$) متروکه احمد را مستحق می‌شود. خداوند ﷻ که می‌فرماید:

﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ -

[النساء: ۱۲]

«و اگر مرد یا زنی که از او ارث می‌برند کلاله [=بی‌فرزند و بی‌پدر و مادر] باشد و برای او برادر یا خواهری باشد پس برای هر یک از آن دو یک ششم [ماترک] است.»

۲) اگر وارثان میت دو تن یا سه تن یا بیشتر از فرزندان مادری باشند، ثلث ($\frac{1}{3}$) ترکه میت را از طریق فرض به ارث می‌برند. به حیث مثال، هرگاه احمد در مثال بالا یک برادر مادری دیگری به نام محمود داشته باشد، ثلث ($\frac{1}{3}$) ترکه میان محمود و ذاکره به صورت مساوی تقسیم می‌شود. دلیل ثلث در چنین حالات این قول خداوند ﷻ است که می‌فرماید:

﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ - [النساء: ۱۲]

«و اگر آنان بیش از این باشند در یک سوم [ماترک] مشارکت دارند.»

بند دوم ماده ۲۰۰۶ که می گوید: «در حالت دوم اگر ذوی الفروض تمام متروکه را در بر گیرد یا اولاد مادری، برادر یا برادران عینی، به صورت جداگانه یا همراه با خواهر یا خواهران عینی، شریک می شوند و در بین آنها ثلث به ترتیب فوق تقسیم می شود.» مبهم است. بند دوم نص این ماده که می گوید: «در حالت دوم اگر ذوی الفروض تمام متروکه را در بر گیرد» زاید به نظر می رسد. طبق بند سوم اگر در حالت دوم (به ارث بردن ثلث ترکه توسط دو یا بیشتر از دو تن فرزندان مادری) با اولاد مادری (خواهران اخیافی) برادران عینی؛ یعنی پدری و مادری به صورت جداگانه یا همراه با خواهر یا خواهران عینی یعنی پدری و مادری شریک شوند، همه مستحق ثلث ترکه شناخته می شوند. هدف قانونگذار مدنی در نص یان ماده بیان احوال ارث خواهر و برادری اخیافی است.

۳) برادر و خواهر مادری در صورت وجود اصول و فروع میت طبق فقه محجوب می شوند.^{۷۱} اما، طبق نص ماده ۲۰۳۶ ق. م برادران و خواهر مادری در صورت موجودیت شش تن از ورثه محجوب می شوند. این ورثه عبارت اند از: پدر، جد صحیح (پدر کلان پدری) هرچند در ماده ۲۰۳۶ ق. م صرف کلمه جد استعمال شده است، پسر، پسر پسر، دختر صلبی و دختر پسر. این شش گروه در واقع اصول و فروع برادر و خواهر مادری را تشکیل می دهند.

به حیث مثال، هرگاه احمد و جمیله برادر و خواهر مادری باشند و احمد وفات نماید، جمیله در صورتی از احمد ارث می برد که احمد فاقد اصول و فروع باشد. شخص فاقد اصول و فروع را در فقه «کلاله» می نامند. کلاله همان طور که پیامبره آن را معرفی کرده است عبارت است از: کسی که بمیرد و فرزند و پدر نداشته باشد. برخی گفته اند که اکلیل به معنای تاج یا عمامه ای است که سر را احاطه می کند، پس وقتی که شخص مرده پدر و فرزندى نداشته باشد این خویشاوندان (برادر و خواهر) ترکه او را احاطه می کنند، چون آنها با او نسبت دارند و برخی دیگر گفته اند: کلاله از کلال

۷۱. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۶۹ و ۷۷۷۰؛ محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، صص ۶۴۳ و ۶۴۴-۶۳۷؛ عبدالحمید محمود طهماز (___). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیة، ص ۲۵۶؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (___). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، ص ۲۹۳؛ و محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصیة فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۰۸ و ۱۰۹.

گرفته شده که به معنای ضعف و سستی و فرسودگی است، زیرا فرد وقتی که پدر و مادر و فرزندی نداشته باشد ضعیف است.^{۷۲}

گفتار پنجم) ارث زوجه

طبق ماده ۲۰۰۷ فقرة دوم ق. م: «(۲) زوجه گرچه مطلقه رجعی باشد در صورتی که شوهر در حال بقای عدت او وفات نماید، یا زوجات در صورت نداشتن اولاد یا اولاد پسر گرچه مراتب او تنزیل نماید، چهارم حصه میراث و در صورت وجود اولاد یا اولاد پسر گرچه مراتب تنزیل کند هشتم حصه میراث را مستحق می‌شوند؛ (۳) مطلقه طلاق بائن در معرض موت حکم زوجه را دارد، مشروط بر اینکه زوجه بر طلاق راضی نبوده و طلاق کننده در همان مرض بمیرد و مطلقه هنوز در عدت باشد.» طبق نص این ماده ارث زوجه از شوهر دو حالت دارد.

۱) ربع (¼): اگر شوهر هیچ فرزندی نداشته باشد، زوجه او مستحق ربع (¼) ترکه او می‌شود. به نظر می‌رسد منظور از اولاد، دختر و اولاد پسر گرچه مراتب او تنزیل نماید، پسر پسر پسر است. اما، پسر دختر و دختر دختر شامل کسانی نمی‌شوند که سهم زوجه را به ثمن (½) تبدیل نمایند. در این خصوص برخی فقهاء بر این نظر اند که: وقتی که شوهر فرع وارث نداشته باشد زن مستحق ثمن (½) می‌شود. منظور از فرع وارث کسانی هستند که مستقیماً به شخص مرده وصل هستند مثل پسر و دختر. یا از طریق مذکر به او متصل هستند مثل پسر پسر و پسر پسر پسر و پایتتر و دختر پسر و دختر پسر پسر و کسانی که از طریق غیر مستقیم به شخص مرده می‌رسند دو نفر هستند مثل پسر دختر و دختر دختر که اینها ذوی الارحام هستند و سهم زن و شوهر را کاهش نمی‌دهند.^{۷۳}

در چنین حالت زوجه هرچند مطلقه رجعی باشد و شوهر او در حالت عدت وفات نماید، مستحق ربع (¼) ارث از شوهر می‌شود. مطلقه از طلق گرفته شده است که در لغت به معنی رها شده و طلاق داده شده است. در اصطلاح حقوقی، مطلقه زنی است که شوهرش، او را طلاق داده

۷۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۸۱-۷۷۸۴؛ محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، صص ۶۴۴ و ۶۴۵-۶۳۷؛ و محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۹۹-۱۰۴.

۷۳. صلاح سلطان (____). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۵۷ (9 حوت 1398 ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.

۶۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

است. مطلقه رجعی زنی است که در عدت طلاق رجعی شوهر قرار داشته باشد. به حیث مثال، هرگاه احمد زوجه اش صابره را طلاق رجعی بدهد و صابره شروع به گرفتن عدت طلاق رجعی نماید و احمد وفات نماید، صابره مستحق ربع (¼) ارث از احمد در صورت نداشتن اولاد و یا اولاد پسر می شود.

همچنین، در صورتی که زنان شوهر متوفی دو تن باشند، مستحق ربع (¼) می شوند و ربع (¼) میان آنها به دو قسمت مساوی تقسیم می شود. پس، در صورت دو تن بودن، به هر زن ربع (¼) جداگانه داده نمی شود.

۲) ثمن (⅛): اگر شوهر متوفی فرزند داشته باشد، زوجه او مستحق ثمن (⅛) ترکه او شناخته می شود. اگر زنان میت دو تن باشند، همین ثمن (⅛) به دو قسمت مساوی میان آنها تقسیم می شود. بنابراین، هر یک از زنان متوفی به صورت جداگانه مستحق ثمن (⅛) نمی شوند.^{۷۴} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و طفل داشته باشد، جمیله زوجه احمد مستحق ثمن (⅛) متروکه احمد می شود. همچنین، اگر احمد وفات نماید و دو، سه یا چهار زن داشته باشد، زنان احمد مستحق ثمن (⅛) متروکه احمد می شوند.

طبق نص فقره ۳ ماده ۲۰۷ ق. م مطلقه طلاق باین که شوهرش در حالت مرض الموت است، در حکم زوجه است. بنابراین، مطلقه طلاق باین که شوهر او در حالت مرض الموت قرار دارد زوجه غیرحقیقی تلقی می شود و مستحق ارث شناخته می شود. مطلقه طلاق باین عبارت از زنی است که شوهرش او را طلاق باین داده است. مطلقه طلاق باین که شوهرش در مرض الموت او را طلاق داده است مستحق ارث از شوهر می شود. اما، به سه شرط: اول این که زوجه به طلاق راضی نباشد. دوم این که شوهر در مرض الموت وفات نماید. سوم این که مطلقه در عدت قرار داشته باشد.

فقه‌های حنفیه در تعریف مرض الموت می گویند: «مرض الموت عبارت از مرضی است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریض در آن متصوّر باشد و آن حالتی است که اگر مریض از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج از منزل عاجز گردد و در صورتی که مریض از

۷۴. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۷۳ و ۷۷۷۴؛ محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، ص ۶۴۳؛ و محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۶۸ و ۶۹.

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 63

جمله زنان باشد از انجام مصالح خود در داخل منزل عاجز گردد و در همین حالت، قبل از مرور یک سال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذارد و یا خارج از بستر. اگر مرض او دوام کند و یک سال از آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت او تغییر نیابد، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات انسان سالم و عادی به حساب می آید. اگر حالت او تغییر کرد، و مرض او شدت یافت و بعد از این حالت وفات کرد، از زمان تغییر حالت تا ساعت وفات، حالت مریض را به خود می گیرد.» (ماده ۱۵۹۵ مجله الاحکام).

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در صورتی که شخص در حالت مرض موت زوجه اش را طلاق باین بدهد، چنین زوجه ای در حکم زوجه (زوجه ای حکمی) است. بنابراین، در صورتی که زوجه به طلاق راضی نباشد و شوهر در جریان عدت زوجه وفات نماید، زوجه از زوج ارث می برد. دلیل پیش بینی این قاعده منع سوء استفاده از حق و مورد حمایت قرار دادن حق زوجه است.

مفهوم مخالف نص این ماده این است که زوجه در طلاق باین مستحق ارث شناخته نمی شود. حکم این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. فقهای حنفی بر این نظر اند که شخصی زوجه اش را در مرض موت طلاق باین دهد و در خلال عدت زوجه وفات نماید، زن مستحق میراث می شود، زیرا مرض موت دلالت بر این امر دارد که شوهر می خواسته زوجه اش را از میراث محروم نماید. بنابراین، این خواست شوهر فاقد اعتبار است و شوهر را گریزان (طالق فار) یاد می کنند، زیرا او در صدد محروم کردن زوجه اش از میراث بوده است.^{۷۵} هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالات ارث زوجه از زوج است.

دلیل ارث زوجه از زوج این قول خداوند عز و جل است که می فرماید:

﴿ وَهَنَّ الرَّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ﴾ -

[النساء: ۱۲]

«و یک چهارم از میراث شما برای آنان است اگر شما فرزندی نداشته باشید و اگر فرزندی داشته باشید یک هشتم برای میراث شما از ایشان خواهد بود.».

گفتار ششم) ارث دختر ضلبی (حقیقی / عینی)

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

۶۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

طبق ۲۰۰۸ ق.م: «دختران با رعایت حکم ماده (۲۰۱۹) این قانون حسب ذیل مستحق میراث می‌گردند: ۱- يك دختر نصف، دو یا بیشتر از آن ثلثان میراث را مستحق می‌گردند.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالات ارث دختر یا دختران حقیقی است. طبق نص این ماده دختر دو حالت میراثی دارد نصف (۱/۲) و ثلثان (۲/۳) و حالت سوم در احکام عصبات در ق.م پیش بینی شده است که بحث آن خواهد آمد. به طور کلی، دختر صلبی در سه حالت از والدین متوفی ارث می‌گیرد:

۱) نصف (۱/۲): اگر دختر صلبی یک تن باشد، مستحق نصف (۱/۲) ترکه میت می‌شود. به حیث مثال، اگر جمیله وفات نماید و یک دختر به نام ذاکره داشته باشد، ذاکره مستحق نصف (۱/۲) متروکه جمیله می‌شود.
خداوند ﷻ می‌فرماید:

﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النُّصْفُ﴾ - [النساء: ۱۱]

«و اگر [دختری که ارث می‌برد] یکی باشد نیمی از میراث از آن اوست.»

۲) ثلثان (۲/۳): هرگاه دختران میت دو تن یا بیشتر از دو تن باشند، و پسری با آنها نباشد، همه ثلثان (۲/۳) را مستحق می‌شوند به نحوی که همین ثلثان (۲/۳) میان آنها به صورت مساوی تقسیم می‌شود. به عنوان مثال، اگر دختران صلبی میت پنج تن باشند، ثلثان (۲/۳) میان آنها به صورت مساوی تقسیم می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دو دختر به نام های جمیله و ذاکره داشته باشد، جمیله و ذاکره مستحق ثلثان (۲/۳) متروکه احمد می‌شوند و این ثلثان (۲/۳) میان آنها به صورت مساوی تقسیم می‌شود. ابن قدامه گفته است: اهل علم اجماع دارند که سهم دو دختر ثلثان (۲/۳) است مگر ابن عباس. ابن عباس معتقد است که: دو دختر نصف ترکه را می‌گیرند و بیشتر از دو دختر ثلثان (۲/۳). خداوند ﷻ می‌فرماید:

﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النُّصْفُ﴾ - [النساء: ۱۱]

«و اگر [همه ورثه] دختر [و] از دو تن بیشتر باشند سهم آنان دو سوم ماترک است و اگر [دختری که ارث می‌برد] یکی باشد نیمی از میراث از آن اوست.»

۳) اگر میت دارای یک پسر و یا بیشتر باشد، دختران صُلبی میت چه یک تن باشند و یا بیشتر، توسط پسر یا پسران میت عصبه بالغیر می شوند.

در این حالت، دختر یا دختران فرضیت خود را از دست داده و همراه به پسر میت از طریق عصبیت ارث می گیرند و ترکه میت طبق قاعده [لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ] - [النساء: ۱۱] تقسیم می شود؛ به ترتیبی که: پسر دو برابر دختر از ترکه میت را مستحق می شود.^{۷۶} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک دختر به نام جمیله داشته باشد، جمیله مستحق نصف (½) ترکه احمد شناخته می شود. اما، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد، محمود جمیله را عصبه بالغیر می سازد و محمود دو برابر جمیله ارث می گیرد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که سهم اصلی دختر اگر یک تن باشد نصف است. اما، زمانی که با برادر باشد، برادر او را عصبه بالغیر می سازد و برادر دو سهم و خواهر یک سهم می گیرد. به نظر می رسد دلیل گرفتن دو سهم توسط پسر در ق. م و فقه اسلامی برخلاف نظام حقوقی رومن ژرمنیک و کامن لا و سایر نظام ها، این است که مرد مکلف است مهر زن را بپردازد؛ مصارف جهیز را تأمین نماید؛ مصارف عروسی را تأمین نماید؛ به زوجه نفقه بدهد؛ نفقه اولاد زن را نیز تأمین نماید. در مقابل زن می تواند از شوهر مهر بگیرد و مهر نیز ملکیت مطلق زوجه تلقی می گردد. برعکس، دختر مکلف نیست به شوهر مهر بپردازد، مصارف جهیز، عروسی، نفقه شوهر و اولاد شوهر و غیره را تأمین نماید. علاوه بر این دختر می تواند علاوه بر پدر، از سایر اقارب به نحوی که در این کتاب تشریح شده است، مستحق ارث شود.

علاوه بر این، پسر از جمله ذوی الفروض نیست و از جمله عصبات است و امکان دارد تمام ترکه را ذوی الفروض بگیرند و هیچ چیزی برای پسر باقی نماند. برعکس، دختر حقیقی هم از جمله ذوی الفروض و هم از جمله عصبات است و امکان دارد قسمتی باقی مانده ترکه را از طریق عصبیت به ارث ببرد. به نظر می رسد شریعت اسلامی و ق. م با توجه به این تکالیف پسر، سهم او را دو برابر دختر معین نموده است تا در این زمینه تعادل برقرار شود.

گفتار هفتم) ارث دختر پسر

۷۶. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۷۶۹ و ۷۷۷۰؛ اسعد محمد سعيد الصاغر جي (____). الفقه الحنفي و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: كتابخانه رشيدية، صص ۲۹۳؛ و محمد يوسف موسى (____). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، صص ۷۱-۷۴.

۶۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

ماده ۲۰۰۸ فقره دوم ق. م در این مورد حکم نماید که: «دختران با رعایت حکم ماده (۲۰۱۹) این قانون حسب ذیل مستحق میراث می گردند: ۱ - يك دختر نصف، دو یا بیشتر از آن ثلثان میراث را مستحق می گردند؛ و ۲ - دختران پسر در حال نداشتن دختر یا دختر پسر که از حیث درجه از وی بالاتر باشد، مستحق میراث مندرج فقره فوق می گردند. دختران پسر یکی باشند یا بیشتر از آن، در صورت موجودیت دختر یا دختر پسر که در درجه بالاتر از وی قرار داشته باشد، مستحق ششم حصه میراث می گردند.»

طبق نص این ماده در صورتی که ورثه متوفی یک دختر باشد، مستحق نصف $\left(\frac{1}{2}\right)$ ترکه می شود. در صورتی که دو یا بیشتر باشند، مستحق ثلثان $\left(\frac{1}{3}\right)$ ترکه می شوند. در صورت نبود دختر و یا دختران میت، دختر پسر در صورتی که یک تن باشد مستحق نصف $\left(\frac{1}{2}\right)$ ترکه شناخته می شود. دختران پسر در صورتی که دو تن یا بیشتر باشند مستحق دو سوم $\left(\frac{2}{3}\right)$ ترکه می شوند. در صورتی که میت دختر داشته باشد، دختر پسر مستحق سدس $\left(\frac{1}{6}\right)$ ترکه شناخته می شود. به عبارت دیگر: دختر پسر همراه با عمه اش مستحق سدس $\left(\frac{1}{6}\right)$ ترکه شناخته می شود. عبارت «یا دختر پسر» در نص این ماده زاید به نظر می رسد.

در خصوص ارث دختر پسر در فقه، فقها بر این نظر اند که همچنانکه جد هنگام عدم وجود پدر در جای او قرار می گیرد، دختران پسر نیز هنگام عدم وجود پسر در جای او قرار می گیرند. این رشد می گوید: اجماع وجود دارد که فرزندان پسر (پسر پسر، دختر پسر) هنگام عدم وجود پسر در حکم آنها هستند و مثل آنها ارث می گیرند، و مانند آنها حجب می کنند. دختران پسر دارای شش حالت هستند که سه حالت اولی آنها مانند دختران صلبی است و سه حالت دیگر خاص آنها است:

۱) اگر میت فرزند نداشته باشد و وارث او یک دختر پسر باشد، نصف $\left(\frac{1}{2}\right)$ ترکه میت را از طریق فرض دریافت می نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دختر نداشته باشد، اما دختر پسر داشته باشد، دختر پسر احمد مستحق نصف $\left(\frac{1}{2}\right)$ ترکه احمد شناخته می شود.

۲) اگر میت فرزند حقیقی پسر و دختر نداشته باشد و وارثان او تعدادی از دختران پسر مثلاً دو، سه و بیشتر باشند، ثلثان $\left(\frac{1}{3}\right)$ ترکه میت را از طریق فرض دریافت می نمایند. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دو دختر پسر (نواسه پسری) به نام های جمیله و ذاکره داشته باشد، جمیله و ذاکره مستحق ثلثان $\left(\frac{1}{3}\right)$ ترکه احمد شناخته می شود.

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 67

۳) اگر دختر یک نفر باشد و پسر پسر با او باشد، دختر پسر عصبه مع الغیر می شوند و ارث میت طبق قاعده [لِلذَّكَرِ مِثْلُ مَثَلِ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ] - [النساء: ۱۱] میان آنها تقسیم می شود مشروط بر اینکه پسر پسر در موازات او قرار داشته باشد، به این توضیح که: فاصله پسر پسر و دختر پسر تا میت هم درجه باشد. به عنوان مثال، اگر دختر پسر پسر با دو واسطه به میت می رسد، پسر پسر می تواند او را عصبه کند. زیرا، او هم با دو واسطه به میت متصل می شود و در موازات او قرار دارد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک دختر پسر و یک پسر پسر داشته باشد، پسر پسر دختر پسر را عصبه بالغیر می سازد و پسر پسر دو برابر دختر پسر ارث می برد. در این مثال، دختر پسر توسط برادرش عصبه بالغیر می شود.

۴) اگر وارث میت یک دختر صُلبی و یک دختر پسر یا بیشتر از یک دختر پسر باشد، سهم دختر صُلبی نصف (½) ترکه و سهم دختران پسر اعم از اینکه یک تن باشند و یا بیشتر، سدس (⅓) ترکه است و حق فرضی دختران که در مجموع ثلثان (⅔) است تکمیل می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک دختر به نام جمیله داشته باشد و یک دختر پسر به نام ذاکره داشته باشد، جمیله مستحق نصف (½) ترکه احمد و ذاکره مستحق سدس (⅓) ترکه احمد شناخته می شود. در این مثال، اگر احمد دو دختر پسر به نام های ذاکره و حمیده داشته باشد، سدس (⅓) ترکه احمد به آنها تعلق می گیرد.

۵) اگر میت دو دختر صُلبی داشته باشد، دختران پسر محجوب می شوند، مگر اینکه پسر پسر را همراه داشته باشند که در درجه آنها باشد یا پایین تر از آنها که عصبه می شوند. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دو دختر به نام های ذاکره و جمیله داشته باشد و یک دختر پسر به نام حمیده داشته باشد، حمیده با موجودیت ذاکره و جمیله محجوب می شود. اما، اگر حمیده یک برادر به نام محمود داشته باشد، محمود حمیده را به عصبه بالغیر تبدیل می نماید. در این صورت، ذاکره و جمیله مستحق ثلثان (⅓) ترکه احمد می شوند و بقیه میان حمیده و محمود طبق قاعده پسر دو برابر دختر ارث می برد تقسیم می شود.

۶) اگر پسر میت زنده باشد، دختران پسر اعم از اینکه یک تن باشند و یا بیشتر محجوب می شوند و چیزی به آنها نمی رسد.^{۷۷} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و پسری به نام محمود

۷۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۷۶ و ۷۷۷۷؛ محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و

داشته باشد و دختر پسر به جمیله داشته باشد، جمیله به دلیل انتساب توسط محمود به احمد و در قید حیات بودن محمود از ارث احمد محجوب می شود.

گفتار هشتم) احوال مادر

طبق ماده ۲۰۱۰ ق. م: «(۱) مادر با موجودیت اولاد یا اولاد پسر گرچه مراتب او تنزیل نماید، یا دو یا بیشتر از دو برادران و خواهران عینی باشند یا پدری یا مادری و یا مختلط ششم حصه میراث را و در غیر از این احوال ثلث میراث کل ترکه را مستحق می شود. به استثنای حالتی که تنها با یکی از زوجین و پسر یکجا شود، در این حالت ثلث باقیانده ترکه را بعد از حصه زوج یا زوجه مستحق می شود.» طبق نص این ماده مادر سه حالت دارد:

۱) سِدَس (۱) (۱) سِدَس (۱): طبق نص این ماده مادر در صورت موجودیت اولاد میت مستحق سدس (۱) میراث می شود. قانونگذار مدنی در نص این ماده از اولاد سخن می گوید. اولاد می تواند پسر یا دختر باشد. همچنین، مادر در صورت موجودیت اولاد پسر هرچند درجه او پایین برود مانند پسر پسر پسر مستحق سدس (۱) ترکه می شود. همچنین، مادر در صورت موجودیت دو یا بیشتر از دو برادر و خواهر عینی، علالتی و اخیافی مستحق سدس (۱) ترکه می شود. به حیث مثال، هرگاه احمد وفات نماید و دو برادر و خواهر عینی، علالتی و اخیافی داشته باشد، مادرش صابره مستحق سدس (۱) ترکه شناخته می شود.

۲) ثَلث (۲) (۲) ثَلث (۲): در صورتی که متوفی اولاد و برادر و خواهر نداشته باشد، مادر مستحق ثلث (۲) کل ترکه می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و احمد اولاد یا اولاد پسر هرچند درجه او پایین برود نداشته باشد و همچنین اگر احمد یک برادر و یا خواهر عینی، علالتی و یا اخیافی داشته باشد، صابره مادر احمد مستحق ثلث (۲) ترکه شناخته می شود.

۳) ثَلث (۳) (۳) ثَلث (۳): در صورتی که زوج و یا زوجه وفات نماید، مادر زوجه و یا زوج مستحق ثلث (۳)

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 69

باقیمانده ترکه بعد از سهم زوجه و زوج می شود.^{۷۸} به عبارت دیگر: هرگاه مادر با یکی از زوجین و یا پدر یکجا شود، مستحق ثلث (۱/۳) بعد از سهم یکی از زوجین می شود. به حیث مثال، هرگاه احمد و ذاکره با هم زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید و مادر داشته باشد، سهم ذاکره ربع (۱/۴) به دلیل عدم داشتن اولاد توسط احمد و سهم مادر بعد از سهم ذاکره ثلث (۱/۳) ترکه است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم حالات ارث مادر است.

دلیل استحقاق ارث مادر این قول خداوند عز و جل که می فرماید:

﴿وَلَا بَوَّيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّةِ الثَّلَاثِ﴾ - [النساء: ۱۱]

«و برای هر یک از پدر و مادر وی [=متوفی] یک ششم از ماترک [مقرر شده] است این در صورتی است که [متوفی] فرزندی داشته باشد ولی اگر فرزندی نداشته باشد و [تنها] پدر و مادرش از او ارث برند برای مادرش یک سوم است.»

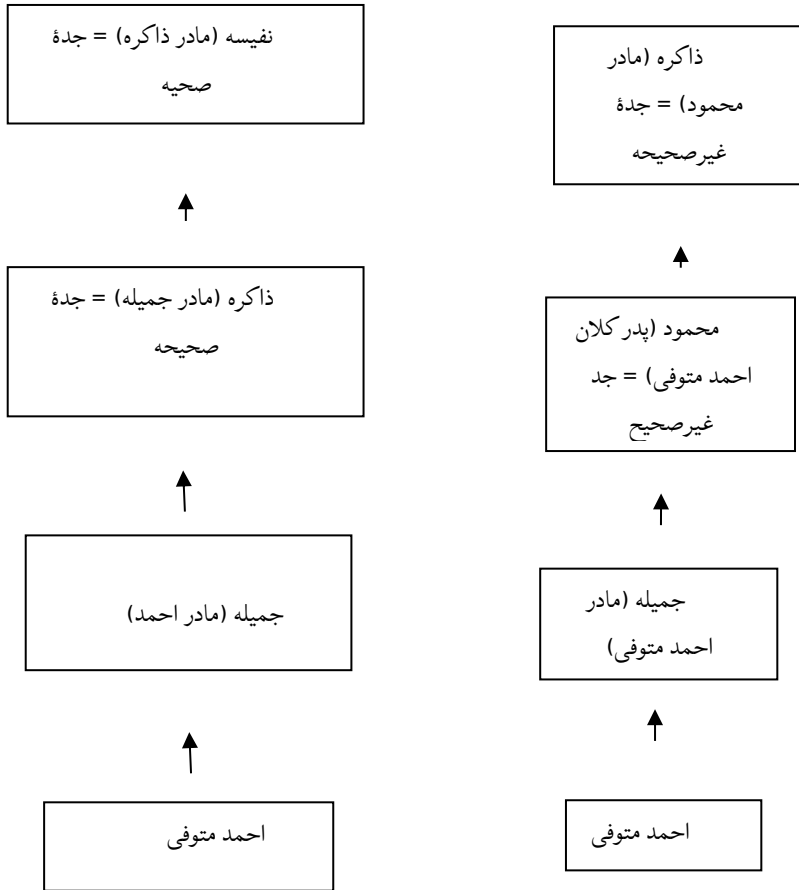
گفتار نهم) ارث جدّه صحیحّه

جده مؤنث جد است که در لغت به معنی مادر کلان است. در اصطلاح حقوق مدنی، جده به مادر پدر و مادر مادر هرچند بالا بروند گویند. جده دو نوع است: جدّه صحیحّه و جدّه غیر صحیحّه.^{۷۹} طبق ماده ۲۰۱۰ فقرة دوم ق. م: «(۲) جدّه صحیحّه به مادر یکی از والدین یا جد صحیح اطلاق می شود، گرچه مراتب بالا رود [...]». طبق نص این ماده جدّه صحیحّه مادر مادر و مادر پدر و یا مادر جد صحیح است. تعریف دیگری را که فقها برای جدّه صحیحّه ارائه می نمایند این است که جدّه صحیحّه شخصی است که میان او و میت جد فاسد وجود نداشته باشد مانند: مادر مادر، مادر مادر مادر، مادر پدر، مادر، مادر پدر و نظیر اینها. اما، جدّه غیر صحیحّه شخصی است که میان او و میت جد غیر صحیح قرار داشته باشد مانند: مادر پدر مادر که در شکل ذیل ارائه می گردد.

۷۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، صص ۷۷۸۷ و ۷۷۸۸؛ محمد بكر اسماعيل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، صص ۶۴۰ و ۶۴۱-۶۳۷؛ و محمد يوسف موسى، احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، صص ۸۵-۹۱.

۷۹. مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۷۸۴.

۷۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت



اهمیت تقسیم بندی جده به جدّه صحیحه و غیر صحیحه این است که جدّه صحیحه از جمله ذوالفروض و جدّه غیر صحیحه از جمله ذوالارحام است.^{۸۰}

طبق ماده ۲۰۱۰ فقرة دوم ق.م: «(۲) [...] جده یکی باشد یا متعدد مستحق ششم حصه میراث می باشند و در بین آنها به صورت مساوی تقسیم می گردد.» استعمال جده به طور مطلق به عوض

۸۰. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۷۹۰ و ۷۷۹۱؛ محمد بكر اسماعيل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، صص ۶۵۰ و ۶۵۱؛ محمد يوسف موسى (___). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، صص ۹۱-۹۵.

۷۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

جده صحیحه در نص ماده ۲۰۱۰ ق. م محل ایراد به نظر می رسد، زیرا صرف جده صحیحه از جمله ذوالفروض است. طبق نص این ماده جده صحیحه از ترکه نواسه اش دو حالت دارد:

(۱) سدس (۱/۳): جده صحیحه مستحق سدس (۱/۳) ترکه می شود چه یکی باشد و یا بیشتر. اگر درجه آنها مساوی باشد، مانند: مادر مادر و مادر پدر، در این صورت، سدس (۱/۳) میان آنها به صورت مساوی تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ورثه او جمیله جده صحیحه او باشد، جمیله مستحق سدس (۱/۳) ترکه احمد شناخته می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان ارث جده صحیحه است.

(۲) حجب: در صورت موجودیت مادر، مادر موجب حجب جده صحیحه می شود. اما، در وجود پدر، جده مادری محجوب نمی شود.

(۳) جدات قریب از هر جهت باشند، جدات دور را محجوب می نمایند. به عنوان مثال، مادر، مادر، مادر مادر را و همچنین مادر پدر پدر را محجوب می نماید.^{۸۱}

دلیل ارث جده این حدیث پیامبر ﷺ است:

وَعَنِ ابْنِ بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ إِذَا لَمْ يَكُنْ دُونَهَا
أُمًّا. ^{۸۲}

«بریده از پدرش رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نه روایت می کند که پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ارثیه جده را در صورتی که میت مادر نداشته باشد؛ یک ششم قرار داد.»

گفتار دهم) ارث خواهر حقیقی (پدری و مادری / اعیانی)

خواهر پدری و مادری را خواهر عینی و گاه گاهی اعیانی هم می گویند. اعیانی اسم منسوب به اعیان و اعیان جمع عین است و عینی اسم منسوب به عین است. عینی معانی متعدد دارد که یکی از آنها حقیقی و واقعی است. در اصطلاح حقوق مدنی، اعیانی به برادران و خواهران ابوینی (پدری-مادری) که پدر و مادرشان یکی است گویند، زیرا در ارث و سایر احکام شرعی عین هم هستند و

۸۱. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۹۰ و ۷۷۹۱؛ محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، صص ۶۵۰ و ۶۵۱؛ محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۹۱-۹۵

۸۲. رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَ النَّسَائِيُّ وَ صَحَّحَهُ ابْنُ خَزِيمَةَ وَ ابْنُ الْجَارُودُ وَ قَوَّاهُ ابْنُ عَدِي.

هیچ تفاوتی با همدیگر ندارند.^{۸۳} به عبارت دیگر: خواهر عینی عبارت از خواهری است که از یک پدر و مادر متولد شده باشند. در خصوص ارث خواهر عینی ماده ۲۰۰۹ ق.م می گوید: «خواهران عینی با رعایت حکم مواد (۲۰۱۹ و ۲۰۲۰) این قانون حسب آتی مستحق میراث می‌باشند: ۱- يك خواهر عینی نصف و دو یا بیشتر از آن ثلثان میراث را مستحق می‌گردند.» در نص این ماده صرف دو حالت میراثی خواهر عینی بیان شده است که نصف و ثلثان است که بیانگر نقص در نص این ماده است. اما به موجب فقه خواهر عینی دارای پنج حالت است:

(۱) اگر خواهر عینی میت یک نفر باشد، نصف ($\frac{1}{2}$) ترکه را مستحق می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک خواهر به نام جمیله داشته باشد، جمیله مستحق نصف ($\frac{1}{2}$) ترکه احمد شناخته می‌شود.

(۲) اگر خواهران عینی میت بیشتر از دو نفر باشند، ثلثان ($\frac{2}{3}$) ترکه متوفی را از طریق فرضیت مستحق می‌شوند. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دو خواهر به نام های جمیله و ذاکره داشته باشند، جمیله و ذاکره مستحق ($\frac{2}{3}$) ترکه احمد شناخته می‌شوند.

(۳) اگر همراه خواهر عینی چه یک نفر باشد چه بیشتر، برادر عینی چه یک نفر چه بیشتر باشد، در این صورت، خواهر و یا خواهران عینی توسط برادر عینی عصبه بالغیر می‌شوند و ترکه متوفی در میان آنان طبق قاعده [لِلذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنِ] - [النساء: ۱۱] تقسیم می‌شود. بنابراین، برادر عینی دو برابر خواهر عینی از ترکه متوفی ارث می‌برد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک یا دو خواهر عینی یا بیشتر و یک برادر عینی به نام محمود داشته باشد، محمود خواهران عینی احمد (و خود) را به عصبه بالغیر تبدیل می‌نماید و محمود دو برابر یک خواهر از ترکه احمد ارث می‌گیرد.

(۴) اگر با خواهر عینی میت دختر حقیقی یا دختر پسر میت چه یک نفر و یا چند نفر باشند، خواهر یا خواهران حقیقی توسط دختر یا دختر پسر میت عصبه مع الغیر می‌شوند و از طریق عصبيت ارث می‌برند. در این حالت، دختر صُلبی یا دختر پسر میت، حصه فرضی خود را می‌برد و آنچه باقی می‌ماند به عنوان عصبه به خواهر عینی میت تعلق می‌گیرد. دلیل عصبيت خواهران میت با دختر صُلبی یا دختر پسر این قاعده شرعی است:

«اجعلوا الاخوات مع البنات عصبه.»

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

انتشارات محراب فکر، ص ۸۴.

«خواهران را به همراه دختران عصبه قرار دهید.».

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک خواهر عینی به نام جمیله داشته باشد و یک دختر به نام حمیده، حمیده جمیله را به عصبه مع الغیر تبدیل می نماید. در این صورت، دختر احمد مستحق نصف (¼) ترکه احمد شناخته می شود و جمیله بقیه ترکه را به عنوان عصبه مع الغیر اخذ می نماید. همچنین، اگر احمد در این مثال دختر نداشته باشد، اما دختر پسر به نام ذاکره داشته باشد، ذاکره جمیله را به عصبه مع الغیر تبدیل می نماید و ذاکره مستحق نصف (½) ترکه احمد می شود و بقیه ترکه را جمیله به عنوان عصبه مع الغیر اخذ می نماید.

۵) خواهر عینی در صورت موجودیت پسر میت، پسر پسر میت، پدر میت به اتفاق نظر همه فقهاء و جد صحیح به نظر امام ابوحنیفه رحمته الله محجوب می شود.^{۸۴} اما، مطابق ق. م خواهر عینی با وجود جد صحیح محجوب نمی شود که بحث آن در گفتار مقاسمة الجد گذشت. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و خواهر عینی به نام جمیله داشته باشد، جمیله در صورت موجودیت پسر احمد، پسر پسر احمد و پدر احمد محجوب می شود.

گفتار یازدهم) ارث خواهر علاتی (پدری/خواهر اندر پدری)

عاتلی اسم منسوب به علات (علاة) جمع علة است که در لغت به معنی انباغ است.^{۸۵} البته این اصطلاح در عرف «امباق» تلفظ می شود. در اصطلاح حقوقی برادران و خواهران پدری میت، بنوالعات گفته می شود. به عبارت دیگر: برادران و خواهرانی که تنها در پدر با میت شریک هستند و مادرهای ایشان مختلف است بنوالعات نامیده می شود.^{۸۶} خواهر و برادر علاتی در عرف خواهر اندر و برادر اندر نیز گفته می شوند، زیرا پدر ایشان واحد و مادران ایشان متعدد است.

در مورد ارث خواهر پدری ماده ۲۰۰۹ فقره دوم ق. م تصریح می نماید که: «خواهران عینی با رعایت حکم مواد (۲۰۱۹ و ۲۰۲۰) این قانون حسب آتی مستحق میراث می باشند: ۲ - خواهران پدری در حال نداشتن خواهر عینی، حصص مندرج فقره فوق را و بسا موجودیت يك

۸۴. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، صص ۷۷۸۱-۷۷۸۴؛ محمد بكر اسماعيل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، صص ۶۴۴ و ۶۴۵-۶۳۷؛ و محمد يوسف موسى (___). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، صص ۹۹-۱۰۴.

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

۸۶. عبدالناصر دامني (۱۳۸۶). ميراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان، صص ۱۷-۲۶.

خواهر عینی، ششم حصه میراث را مستحق می شوند اعم از اینکه خواهران پدری يك نفر باشد یا بیشتر از آن.». همچنین، ماده ۲۰۲۱ فقه های اول و دوم ق. م در این مورد می گوید: «(۱) عصبه مع غیر عبارت اند از: خواهران عینی یا پدری با دختر یا دختران پسر، گر چه درجه آنها تنزیل نمایند. در این صورت باقی متروکه را بعد از ادای حصه فروض مستحق می شوند؛ و (۲) به اشخاص مندرج فقرة فوق این ماده نسبت به سایر عصبه مانند برادران عینی و پدری اعتبار داده شده در حق تقدم، درجه و قوت، تابع احکام آنها می باشند.».

همچنین، ماده ۲۰۴۰ ق. م در این مورد تصریح نماید که: «هرگاه خواهران عینی دو ثلث متروکه یا بیشتر از آن را حایز شوند، خواهران پدری ساقط می شوند. مگر اینکه با آنها برادر پدری وجود داشته باشد، در این صورت به واسطه آن عصبه می گردند.».

طبق نصوص این مواد خواهری علاقی میت دارای هفت حالت است:

- (۱) نصف (½): اگر میت یک خواهر پدری داشته باشد مشروط بر اینکه خواهر پدری و مادری موجود نباشد، مستحق نصف (½) می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک خواهر علاقی به نام جمیله داشته باشد، جمیله مستحق نصف نصف (¼) ترکه احمد شناخته می شود.
- (۲) اگر میت دو خواهر پدری یا بیشتر داشته باشد مشروط بر اینکه خواهر پدری و مادری موجود نباشد، ثلثان (⅓) ترکه میت به آنها می رسد. به حیث مثال، اگر احمد دو خواهر علاقی به نام های جمیله و ذاکره داشته باشد، جمیله و ذاکره مستحق ثلثان (⅓) ترکه احمد شناخته می شوند.
- (۳) اگر همراه خواهر پدری چه یک نفر چه بیشتر از یک نفر، خواهر پدری و مادری (عینی) وجود داشته باشد، نصف (½) ترکه به خواهر پدری و مادری (عینی) و سدس (⅓) ترکه جهت تکمیل ثلثان (⅓) به خواهر یا خواهران پدری میت تعلق می گیرد. ماده ۲۰۴۱ ق. م در این خصوص می گوید: «هرگاه خواهر عینی نصف متروکه را حایز گردد، خواهران پدری ساقط نگردیده، ششم حصه متروکه را مستحق می شوند.».
- به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک یا دو خواهر علاقی به نام های جمیله و ذاکره داشته باشد و یک خواهر عینی به نام حمیده داشته باشد، حمیده مستحق نصف (½) ترکه احمد شناخته می شود و ذاکره و جمیله مستحق سدس (⅓) ترکه احمد شناخته می شود.

۴) در صورتی که میت دارای دو یا چند خواهر حقیقی باشد به علت تمام شدن ثلثان (۲/۳) چیزی از فرض به خواهران پدری نمی رسد و محجوب می شوند. به حیث مثال، اگر احمد یک خواهر علاتی به نام جمیله و دو خواهر عینی به نام های ذاکره و حمیده داشته باشد، حمیده و ذاکره مستحق ثلثان (۲/۳) ترکه احمد می شوند و جمیله محجوب می شود.

۵) اگر خواهران حقیقی دو نفر یا بیشتر از دو نفر باشند، خواهران پدری میت محجوب می شوند و چیزی از طریق فرض به آنها نمی رسد. اما، اگر در همین حالت، همراه خواهر پدری برادر پدری چه یک نفر باشد یا بیشتر از یک نفر وجود داشته باشد، خواهر یا خواهران پدری عصبه بالغیر می شوند و از طریق عصبیت ارث می برند؛ به این توضیح که: باقی مانده ترکه در میان برادر و یا برادران و خواهر و خواهران پدری میت طبق قاعده [لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ] - [النساء: ۱۱] تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دو خواهر عینی به نام های جمیله و ذاکره و یک خواهر علاتی به نام حمیده و یک برادر علاتی به نام محمود داشته باشد، محمود حمیده را به عصبه بالغیر تبدیل می نماید. در این صورت، جمیله و ذاکره مستحق ثلثان (۲/۳) ترکه احمد شناخته می شوند و بقیه ترکه میان حمیده و محمود مطابق قاعده مذکور دو برابر ارث مؤنث را اخذ می نماید، تقسیم می شود.

۶) اگر همراه خواهر یا خواهران پدری، دختر صُلبی یا دختر پسر چه دختر صُلبی یک نفر باشد یا بیشتر، وجود داشته باشد، خواهر یا خواهران پدری عصبه مع الغیر می شوند و از طریق عصبیت ارث می برند و این عصبیت بر اساس قاعده شرعی ذیل است:

«اجعلوا الاخوات مع البنات عصبه.»

«خواهران را به همراه دختران عصبه قرار دهید.»

به حیث مثال، اگر احمد یک خواهر علاتی به نام جمیله داشته باشد و یک دختر به نام ذاکره، ذاکره جمیله را عصبه مع الغیر می سازد. در این صورت، ذاکره مستحق نصف (۱/۲) ترکه احمد می شود و بقیه ترکه را جمیله مستحق می شود. همچنین، اگر احمد دختر پسر به نام حمیده داشته باشد، حمیده جمیله را به عصبه مع الغیر تبدیل می نماید. در این صورت، حمیده مستحق نصف (۱/۲) ترکه احمد شناخته می شود و بقیه ترکه را جمیله از طریق عصبیت اخذ می نماید.

۷) اگر همراه خواهران علاتی، پسر میت یا پسر پسر میت، پدر میت، برادر عینی میت، خواهر عینی میت موجود باشد، خواهران علاتی محجوب می شوند و هیچ سهمی نمی گیرند. البته، خواهر

عینی مطلقاً نمی تواند برادران و خواهران پدری را محجوب کند، مگر اینکه توسط دختر صُلبی یا دختر پسر میت عصبه مع الغیر شده باشد. در این صورت، در حکم برادر می شود و می تواند تمام برادران و خواهران پدری میت را محروم نماید^{۸۷} که بحث آن در مبحث عصبات مع الغیر خواهد آمد.

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک خواهر علالتی به نام جمیله داشته باشد، جمیله در صورت موجودیت پسر احمد، پسر پسر احمد، پدر احمد، برادر عینی احمد خواهر عینی احمد محجوب می شود. خواهر عینی در صورتی که می تواند جمیله را محجوب نماید که توسط دختر احمد یا دختر پسر احمد عصبه مع الغیر شده باشند.

۸۷. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۷۸۴-۷۷۸۶؛ محمد بكر اسماعيل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، صص ۶۴۵ و ۶۴۶؛ و محمد يوسف موسى (___). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۰۵-۱۰۸.

فصل دوم: عصبات

طبقه دوم وارثین عصبات است. در این فصل، تعریف و حکم عصبات (مبحث اول) و انواع عصبات (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث اول) تعریف و حکم

گفتار اول) تعریف

ماده ۲۰۱۲ ق. م در تعریف عصبات می گوید: «عصبه شرعاً بالای کسی اطلاق می شود که در صورت نبودن صاحبان فروض تمام متروکه و در صورت موجودیت اصحاب فروض در حالی که از میراث محجوب نباشد، باقیمانده اصحاب فروض را از متروکه مستحق می شود.» عصبات جمع مؤنث سالم عصبه است و عصبه از عصب گرفته شده است. عصب در لغت دارای معانی متعدد است مانند رگ، پی، تقویب کردن، استحکام بخشیدن، احاطه کردن، فراگرفتن و پیوند دادن چیزی به چیز دیگر.^{۸۸} تعصیب، عاصب، معصب و تعصب از عصب گرفته شده اند.

تعصیب در لغت به معنی عصبه ساختن است. عاصب شخصی است که دیگری را به عصبه تبدیل می نماید مانند پسر که خواهر را عصبه می سازد. معصب شخصی است که توسط شخص دیگری عصبه شده است مانند دختر که توسط پسر عصبه بالغیر می شود. تعصب در لغت به معنی قوم گرایی است (که از مبحث حقوق میراث خارج است).

طبق نص این ماده عصبه شخصی است که در صورت نبودن ذوی الفروض تمام ترکه، در صورت موجودیت ذوالفروض باقیمانده ترکه و در صورتی که تمام ترکه را ذوی الفروض به ارث

۸۸. در مورد تعریف عصبه ر. ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۷۹۴ و ۷۷۹۵؛ عبدالناصر دامنی (۱۳۸۶). میراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان، صص ۱۴۲ و ۱۴۳؛ و محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۱۱۷.

ببرند، محجوب می‌شوند. هدف قانونگذار در نص این ماده تعریف عصبات است. این تعریف از فقه گرفته شده است. برخی فقها در تعریف عصبات می‌گویند: عصبه در اصطلاح عبارت است از: وارث غیر تقدیری و نامعین و اگر صاحب سهام معین وجود داشته باشند آنچه که از آنها باقی می‌ماند سهم اوست و اگر تنها باشد همه ترکه را می‌گیرد و اگر صاحبان سهام معین تمام اموال را به ارث ببرند به آنها چیزی نمی‌رسد.^{۸۹}

گفتار دوم) حکم عصبات در میراث

عصبات سهمۀ مشخص و معینی ندارند، بلکه:

- ۱) اگر میت وارث ذو فرض نداشته باشد، تمام ترکه را به ارث می‌برد؛
- ۲) اگر میت وارث ذو فرض داشته باشد، مازاد ترکه پس از پرداخت سهام ذوی الفروض به عصبات تعلق می‌گیرد؛ و
- ۳) اگر به هنگام تقسیم ارث در میان ذوی الفروض ترکه میت تمام شود، عصبات ساقط می‌شوند و چیزی به آنها تعلق نمی‌گیرد. در چنین حالتی، گفته می‌شود که عصبه به استغراق ذوی الفروض ساقط شده است.^{۹۰}

مبحث دوم) انواع

عصبه دو نوع است: عصبه سببی و عصبه نسبی:^{۹۱}

گفتار نخست) عصبه سببی

عصبه سببی رابطه ای بود میان برده و بادار برده که به موجب آن بادار برده از برده ارث می‌برد. چون امروزه عصبه سببی وجود ندارد، بنابراین اطلاق لفظ عصبه منحصر در عصبه نسبی است نه سببی. به نظر می‌رسد با توجه به این که عصبه سببی امروزه وجود ندارد، ماده ۲۰۱۳ ق.م.تصریح نماید: «هرگاه هیچ يك از صاحبان فروض موجود نبوده یا با وجود آنها تمام متروکه شامل حصص فروض نشود، تمام متروکه با آنچه از اصحاب فروض باقیمانده، به عصبه نسبی داده می‌شود.»

۸۹. صلاح سلطان (____). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۱۲۳ (9 حوت 1398 ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.

۹۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۷۹۵؛ و عبدالناصر دامنی (۱۳۸۶). میراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۱۴۵.

۹۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۷۹۵؛ و عبدالناصر دامنی (۱۳۸۶). میراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۷۳؛ سید سابق (1371). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (4) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۶۲.

۸۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

قانونگذار مدنی در نص این ماده عصبه سببی را به رسمیت نمی شناسد و عصبه را صرف یک نوع می داند که عبارت از عصبه نسبی است. طبق نص این ماده عصبات نسبی در صورت نبود ذوی الفروض یا باقی ماندن ترکه بعد از این که ذوی الفروض سهم خویش را اخذ می نمایند، بقیه ترکه را اخذ می نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم به رسمیت شناختن عصبه سببی و به رسمیت شناختن عصبه نسبی است.

گفتار دوم) عصبه نسبی

در خصوص عصبه نسبی تعاریف متعدد وجود دارد. برخی از این تعاریف گمراه کننده و مبهم است. برخی از فقهاء در تعریف عصبه نسبی می گویند: عصبه نسبی به خویشاوندان ذکور میت که در نسبت آنان با فرد زنی واسطه نباشد از قبیل پسر، برادر، پدر، کاکای و ... میت اطلاق می گردد.^{۹۲} طبق این تعریف عصبه نسبی عبارت از خویشاوندان ذکور میت است که میان میت و آنها زنی وجود نداشته باشد، در حالی که برخی زنان مانند دختر، خواهر عینی، دختر پسر، خواهر علاتی میت نیز از جمله عصبات بالغیر اند که توسط برادر و یا پسر عصبه می شوند. بنابراین، این تعریف موجه به نظر نمی رسد.

با توجه به آنچه گفته شد، برخی دیگر نویسندگان از تعریف عصبات امتناع می ورزند و می گویند که عصبه نسبی شامل خویشاوندان پدری و چهار خویشاوند مؤنث پدری می شود،^{۹۳} مانند دختر، دختر پسر، خواهر حقیقی و خواهر علاتی. با توجه به این ایرادها، برخی دیگر نویسندگان که با آنها می توان همنظر شد در تعریف عصبه نسبی می گویند که: عصبه نسبی عصبه ای است که نسب، علت قربت باشد نه ازدواج.^{۹۴}

۹۲. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۷۹۷؛ محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، ص ۶۵۲؛ و محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۱۱۸؛ عبدالحمید محمود طهماز (___). الفقه الحنفی فی ثوبه الجديد، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۵۷؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (___). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۳۰۰.

93 . Mohammad Razi (2008). Islamic inheritance law, Toronto, Canada p 46; and A. Hussian (2005). The Islamic law of succession, first edi. Darussalam, p 67.

۹۴. صلاح سلطان (___). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۱۲۴ (9 حوت 1398 ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 81

طبق این تعریف عصبات نسبی کسانی اند که به دلیل رابطه نسبی با میت، از میت ارث می برند. این عصبات در ابتداء خویشاوند مذکر میت اند. سپس، این خویشاوندان برخی خویشاوندان مؤنث میت مانند دختر میت، دختر پسر میت را عصبه بالغیر می نمایند. ق. م عصبات نسبی را تعریف نکرده است و صرف انواع آن را احصا و شمارش کرده است. ماده ۲۰۱۴ ق. م در این مورد تصریح نماید که: «عصبه نسبی به سه دسته تقسیم می شوند: عصبه بنفسه، عصبه به سبب غیر، عصبه مع غیر...». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر عصبات نسبی است.

الف) عصبه بالنفس و قواعد توریث آنها

ماده ۲۰۱۰ ق. م در تعریف عصبه بالنفس می گوید که: «عصبه بنفسه، کسی است که در قرابت او به میت به غیر محتاج نبوده و در نسبت او به میت اناث داخل نمی گردد...». این تعریف از فقه گرفته شده است. طبق فقه خویشاوندان ذکور که بدون واسطه و یا با واسطه ذکور دیگر از طرف پدر به میت منسوب باشند، عصبه بالنفس نامیده می شوند.^{۹۵}

اگر وارث منحصرأً یک تن عصبه به نفسه باشند مستحق کل ترکه شناخته می شود. به حیث مثال، اگر وارث میت یک پسر باشد کل ترکه را مستحق می شود.^{۹۶} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و صرف یک پسر به نام محمود داشته باشد، محمود به عنوان عصبه بالنفس مستحق تمام ترکه احمد می شود. در صورتی که عصبات متعدد باشند، مانند پسر، پدر، کاکا و برادر سؤال این است که ترکه چگونه میان آنها تقسیم شود؟ کدام یک از آنها بر دیگری مقدم است؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که در این خصوص سه معیار وجود دارد:

- ۱) برتری براساس جهت قرابت؛
- ۲) برتری براساس درجه قرابت؛ و
- ۳) برتری براساس قوت قرابت که هر یک ذیلاً مورد بحث قرار می گیرد:

۱) برتری براساس جهات عصبه بالنفس

در خصوص جهات عصبه بالنفس ماده ۲۰۱۶ ق. م تصریح نماید که: «عصبه بنفسه به ترتیب ذیل دارای چهار جهت است:

- ۱ - بنوت، که شامل پسران و پسران پسر می شود، گرچه درجه آنها تنزیل یابد.

۹۵. عبدالناصر دامنی (۱۳۸۶). میراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۷۳.

۹۶. همان، عبدالناصر دامنی، ص ۷۳.

۸۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

- ۲ - ابوت، که شامل پدر و جد صحیح می شود، گرچه درجه آنها بالا رود.
- ۳ - اخوت، که شامل برادران عینی پدری و پسران آنها می گردد، گرچه درجات آنها پایان رود.
- ۴ - عمومت، که شامل کاکاهای میت، کاکاهای پدر میت و کاکاهای جد صحیح میت می شود گرچه درجات آنها بالا رود اعم از اینکه عینی باشند یا پدری و همچنین شامل پسران و پسران پسر آنها می شود، گرچه درجات آنها پائین رود.». طبق نص این ماده که گرفته شده از فقه حنفی به خصوص از نظر امام ابو حنیفه رحمته الله است عصبه بالنفس دارای چهار جهت است:
- ۱- بُنُوْت (فرزندی): به ترتیبی که شامل پسر، پسر پسر و پاپینتر می شود.
- ۲- اُبُوْت (پدری): به ترتیبی که شامل پدر، جد صحیح و بالاتر می شود.
- ۳- اُخُوْت (برادری): به ترتیبی که شامل برادر عینی (پدری و مادری) و پسر برادر پدری (اخیافی) و سپس پسر برادر عینی و بعد پسر برادر علالتی (هر قدر پایین برود) می شود.
- ۴- عمومت (کاکایی) و پسر کاکایی: به ترتیبی که شامل کاکاهای متوفی و کاکاهای پدری و کاکاهای جد چه عینی باشد یا پدری و فرزندان پسر آنها و پاپینتر می شود.

طبق نص این ماده هرگاه عصبه بنفسه متعدد باشند، ضابطه تقدم یکی بر دیگری از نظر جهت است. به این نحو که: جهت پسر بر سایر جهات مقدم است، به این توضیح که: جهت فرع بر اصل و اصل بر جزء اصل (اخوت) و اخوت بر عمومت برتری دارد. پس، فرزندان میت، یا تمام ترکه را مستحق می شوند یا باقیمانده را پس از دریافت سهم های معین توسط ذوی الفروض. اگر فرزندان میت در قید حیات قرار نداشته باشند، پسران آنها هر چند درجه آنها پایین برود، ترکه را تصاحب می کنند. زیرا، پسران در ارث قایم مقام پدران خود هستند.

به عنوان مثال، اگر شخصی وفات نماید، و از او یک پسر، پدر و یک برادر پدری و مادری به جای ماند، پسر عصبه است. زیرا، جهت پسر بر سایر جهات مقدم است. در این مثال، پدر صاحب فرض است و برادر پدری و مادری محجوب می شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان جهات عصبه و تقدم یک جهت بر جهت دیگر است.

۲) برتری براساس درجه قرابت

طبق ماده ۲۰۱۷ ق. م: «هرگاه عصبه بنفسه از نظر جهت یکی باشند، قریب ترین آنها از لحاظ درجه به میت مستحق شمرده می شود [...]». طبق نص این ماده در صورتی که عصبه بنفسه متعدد و در عین حال دارای یک جهت باشند، مانند پسر، پسر پسر، پدر و جد صحیح، ضابطه ترجیح میان

آنها درجه است؛ به این توضیح که: نزدیک ترین آنها به میت از لحاظ درجه بر دیگران مقدم است. به عنوان مثال، اگر شخصی وفات نماید، و ورثه او یک پسر و پسر پسر باشد، تمام میراث به پسر می رسد و چیزی به پسر پسر، که در درجه بعدی قرار دارد، تعلق نمی گیرد. زیرا، درجه قرابت پسر به پدر متوفی نزدیک تر از پسر پسر است. مثال دیگر: اگر احمد وفات نماید و محمود پدر احمد و حمید پدر کلان احمد زنده باشند، محمود به عنوان عصبه تمام ترکه را می گیرد و حمید محجوب می شود، زیرا درجه قرابت پدر به فرزند متوفی از جد صحیح نزدیک تر است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده برتری دادن عصبات بر اساس درجه قرابت است.

۳) برتری بر اساس قوت قرابت

طبق ماده ۲۰۱۷ ق. م: «هرگاه عصبه بنفسه [...] در جهت و درجه یکی باشند، حق اولیت به قرابت داده می شود و اگر شخص دارای دو قرابت به میت باشد، بر شخصی که دارای يك قرابت است حق اولیت دارد [...]» طبق نص این ماده هرگاه ورثه میت از نظر جهت و درجه یکی باشند، مانند برادر عینی و برادری علاتی (پدری) ضابطه ترجیح قوت قرابت است. به این توضیح که: هر کدام که قرابت قوی داشته باشد، عصبه محسوب می شود. بنابراین، از میان برادر عینی (پدری و مادری) و برادر علاتی (پدری)، تمام میراث به برادر عینی (پدری و مادری) می رسد و برادر پدری (علاتی) محجوب می شود، زیرا قرابت برادر عینی (پدری و مادری) نسبت به برادر پدری (علاتی) قوی تر است.

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک برادر عینی و یک برادر علاتی داشته باشد، برادر عینی احمد به دلیل قوت قرابت با احمد برادر علاتی احمد را محجوب می نماید. زیرا، برادر عینی احمد از یک مادر و یک پدر با احمد برادر است و برادر علاتی احمد صرف از پدر با احمد برادر است و مادر های ایشان متعدد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده برتری دادن به عصبات بر اساس درجه قرابت است.

۳) مساوی بودن جهت، درجه و قرابت

طبق ماده ۲۰۱۷ ق. م: «[...] اگر عصبه بالنفس از لحاظ جهت درجه و قوت قرابت مساوی باشند، میراث در بین آنها مساویانه تقسیم می گردد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم مساوی بودن ارث عصبات بالنفس در صورت مساوی بودن جهت، درجه و قوت قرابت عصبات بنفسه است. طبق نص این ماده در صورتی که عصبه بالنفس از نظر جهت،

۸۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

قرابت و قوت قرابت مساوی باشند، ترکه میان آنها به صورت مساوی تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد سه پسر داشته باشد و احمد وفات نماید، ترکه احمد میان پسران احمد به صورت مساوی تقسیم می شود. زیرا، پسران احمد از حیث جهت، درجه و قوت قرابت با همدیگر مساوی و برابر اند. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است.

به نظر امام ابوحنیفه رحمته هرگاه عصبیات از نظر جهت و درجه و قرابت مساوی باشند، همه به یک نسبت از ترکه میت ارث می برند. به عنوان مثال، اگر متوفی یک پسر از یک برادر و پنج پسر از برادر دیگر به جای گذارد، ترکه به اعتبار رئوس آنان تقسیم می شود نه بر حسب احوال. از جمله دلایلی که در مورد ارث عصبه بالنفس می توان به آن اشاره کرد عبارتند از:

(۱) خداوند جل جلاله می فرماید:

﴿وَلَا بَوَائِي لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ آبَاؤُهُ فَلَأُمُّهُ الثَّلَاثُ﴾ - [النساء: ۱۱]

«و برای هر یک از پدر و مادر وی [=متوفی] یک ششم از ماترک [مقرر شده] است این در صورتی است که [متوفی] فرزندی داشته باشد ولی اگر فرزندی نداشته باشد و [تنها] پدر و مادرش از او ارث برند برای مادرش یک سوم است.»

این آیه بیان می کند که پدر و مادر با وجود فرزند سدس (۱/۶) ترکه را می گیرد و اگر فرزند وجود نداشته باشد مادر ثلث (۱/۳) ترکه را می گیرد و پدر باقیمانده آن را به عصبه بودن می گیرد. از اینجا می فهمیم که عصبه فرزند نزدیکتر از عصبه پدر است و پسر یا پسر پسر و پایینتر باقیمانده ارث را به عصبه بودن می گیرد، پس این دلالت بر تقدم او و اینکه می تواند بعد از صاحبان سهام باقیمانده اموال را بگیرد، می کند و این معنای عصبه بالنفس است؛

(۲) خداوند جل جلاله می فرماید:

﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرَأَةٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾ - [النساء: ۱۷۶]

[از تو] در باره کلاله [فتوا می طلبند بگو خدا جل جلاله در باره کلاله فتوا می دهد اگر مردی بمیرد و فرزندی نداشته باشد و خواهری داشته باشد نصف میراث از آن اوست و آن [مرد نیز] از او ارث می برد اگر برای او [=خواهر] فرزندی نباشد.»

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 85

این آیه دلالت می‌کند که خواهر اگر تنها باشد نصف (۱/۲) می‌گیرد، وقتی که متوفی کلاله باشد و فرزند والدین نداشته باشد. همچنین، این آیه بیان می‌کند که برادر، اگر خواهرش بمیرد، تمام ترکه را می‌گیرد و می‌فرماید: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾ - [النساء: ۱۷۶] و این وقتی است که صاحبان سهام وجود نداشته باشند.

۴) در مورد شأن نزول این آیه روایت شده است که زن سعد بن ربیع با دخترانش نزد رسول الله ﷺ آمد و گفت: ای رسول خدا ﷺ، این دو دختر سعد هستند که پدرشان در جنگ احد به همراه شما شهید شد و کاکای ایشان تمام اموال او را برداشته و چیزی برای آنها باقی نگذاشته است و اینها جز با آن اموال نمی‌توانند ازدواج کنند. پس آیه ارث نازل شد و رسول الله ﷺ به دنبال کاکای ایشان کسی را فرستاد و گفت: ثلثان (۲/۳) مال را به دختران بده و ثمن (۱/۸) را به مادرشان بده و باقیمانده آن را برای خود بردار.

۴) بخاری و مسلم با اسناد خود از ابن عباس رضی الله عنهما روایت کرده‌اند که:

«عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضی الله عنهما قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْحُقُوقُ الْفَرَائِصَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَهِيَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ.»^{۹۷}

«از ابن عباس رضی الله عنهما روایت است که رسول خدا ﷺ فرمود: «سهمیهای ارث را به صاحبان آنها بدهید، هر چه باقی ماند؛ به نزدیک‌ترین فرد مذکر (از خویشاوندان میت) بدهید.» این حدیث دلالت بر این امر دارد که آغاز ارث از صاحبان سهم معین می‌باشد اگر وجود داشته باشند و باقیمانده آن به نزدیکترین فرد مذکر می‌رسد و نزدیکترین افراد مذکر در میان پسران و برادران پسران هستند و اگر برادر عینی و کاکا وجود داشته باشد، برادر عینی نزدیکتر است و حدیث شامل تمامی عصبه‌های بالنفس می‌شود خواه از جهت پسری یا پدری یا برادری و یا کاکایی. این دلایل ارث عصبه بالنفس بود خواه از جهت پسری یا پدری یا برادری و یا کاکایی.^{۹۸}

۹۷. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

۹۸. در مورد تعریف، ترتیب ارث و جهت عصبه بالنفس ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۹۸-۷۸۰۰؛ و محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۱۸-۱۲۱؛

ب) عصبه بالغیر

۱) تعریف

طبق ماده ۲۰۱۸ ق. م: «عصبه به سبب غیر، به مؤثی اطلاق می شود که در عصبات به میت محتاج به غیر بوده و یا با غیر در عصوبت شریک باشد.» طبق نص این ماده عصبه بالغیر به مؤثی گفته می شود که برای عصبه شدن به غیر ضرورت داشته باشد. منظور از غیر در نص این ماده برادر اعم از عینی و علاقی، پسر و پسر پسر است. در صورتی که خواهر، دختر، خواهر عینی و خواهر علاقی توسط برادر، پسر و پسر پسر عصبه شود، دختر فرضیت خویش را از دست می دهد و از طریق عصوبت بالغیر ارث می برد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف عصبه بالغیر است. در فقه تعاریف مختلف برای عصبه بالغیر به قرار ذیل وجود دارد:

۱) هر زنی ذی فرض هنگامی در پهلوی برادرش که از عصبات بالنفس و هم درجه او است، قرار گیرد، توسط برادرش عصبه می گردد؛ به این توضیح که: حالت ذو فرضی را از دست می دهد و از طریق عصبیت ارث می برد.

۲) عصبه بالغیر مؤثی است که اگر تنها باشد، سهم مقررش که همان نصف (۱/۲) و اگر دو نفر یا بیشتر باشد، سهم معین و مقرر ایشان ثلثان (۲/۳) می باشد. اما، هرگاه با این مؤث یا با آنها برادری باشد، همه آنها به سبب این برادر عصبه بالغیر می شوند.

۲) اقسام و شرایط

طبق ماده ۲۰۱۹ ق. م: «(۱) عصبه به غیر عبارت اند از:

۱ - دختران یا پسران.

۲ - دختران پسر، گرچه درجات آن پائین رود با پسران پسر، گرچه تنزیل نماید در حالی که پسران در درجه متوازی با دختران یا پائین تر از آنها قرار داشته و از طریق دیگر مستحق ارث نشوند.

۳ - خواهران عینی با برادران عینی و خواهران پدری با برادران پدری.

(۲) در احوال مندرج فقره فوق این ماده مرد دو چند زن از میراث حصه می گیرد.» از نص این

ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که: عصبه بالغیر به چهار دسته تقسیم می‌شوند:

۱- دختران صلیبی میت: دختر صلیبی در صورتی که یک تن باشد، نصف (۱/۲)، در صورتی که دو تن و یا بیشتر از دو تن باشند ثلثان (۲/۳) ترکه را مستحق می‌شوند. اما، در صورتی که هم‌رای آنها پسر میت (برادر آنها) باشد، پسر میت، دختر و یا دختران میت را به عصبه بالغیر تبدیل می‌نماید. به نظر می‌رسد کلمه «یا» در ماده ۲۰۱۹ «با» است. زیرا، در نص این ماده اشتباه املایی وجود دارد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک دختر به نام جمیله داشته باشد، جمیله مستحق نصف (۱/۲) ترکه احمد می‌شود. اگر احمد دو دختر به نام‌های جمیله و ذاکره داشته باشد، ذاکره و جمیله مستحق ثلثان (۲/۳) ترکه شناخته می‌شود. اما، اگر همراه جمیله و ذاکره پسر احمد به نام حمید وجود داشته باشد، حمید جمیله و ذاکره را به عصبه بالغیر تبدیل می‌نماید. در این صورت، ارث میان آنها طبق قاعده مذکور دو برابر مؤنث ارث می‌برد، تقسیم می‌شود.

۲- دختران پسر: دختران پسر در صورتی که یک تن باشد، نصف (۱/۲)، در صورتی که دو تن و یا بیشتر از دو تن باشند ثلثان (۲/۳) ترکه را مستحق می‌شوند. اما، در صورتی که هم‌رای آنها پسر پسر میت (برادر آنها) باشد، پسر پسر میت، دختر و یا دختران پسر را به عصبه بالغیر تبدیل می‌نماید. طبق نص ماده ۲۰۱۹ ق. م پسر پسر می‌تواند دختر پسر را عصبه بالغیر نماید زیرا، قانون‌گذار مدنی در نص این ماده از «در حالی که پسران در درجه موازی با دختران یا پائین‌تر از آنها قرار داشته باشد» سخن می‌گوید.

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و پسری به نام محمود و محمود دختری به نام ذاکره ذاکره داشته باشد، ذاکره مستحق نصف (۱/۲) ترکه احمد شناخته می‌شود. در صورتی که دختران پسر احمد دو تن باشند، مستحق ثلثان (۲/۳) ترکه احمد شناخته می‌شود. اما، اگر محمود پسری به نام حمید داشته باشد، حمید ذاکره و جمیله را عصبه بالغیر می‌نماید. همچنین، اگر حمید پسری به نام جمشید داشته باشد، جمشید می‌تواند ذاکره و جمیله را عصبه بالغیر بسازد. زیرا، جمشید در درجه پایین‌تر از ذاکره و جمیله قرار دارد.

۳- خواهران عینی (پدری و مادری): خواهران عینی (پدری و مادری) در صورتی که یک تن باشند نصف (۱/۲) و در صورتی که بیشتر از یک تن باشند ثلثان (۲/۳) ترکه را مستحق می‌شوند، اما در صورتی که با آنها برادر عینی باشد، برادر عینی خواهر و یا خواهران عینی را به عصبه بالغیر تبدیل می‌

نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک خواهر عینی به نام جمیله داشته باشد، جمیله مستحق نصف (½) ترکه احمد شناخته می شود. اما، اگر احمد دو خواهر عینی به نام های جمیله و ذاکره داشته باشد، ذاکره و جمیله مستحق ثلثان (⅓) ترکه احمد شناخته می شوند. اما، اگر احمد برادر عینی به نام جمشید داشته باشد، جمشید ذاکره و جمیله را به عصبه بالغیر تبدیل می نماید. در این صورت، ارث میان آنها طبق قاعده مذکور دو برابر مؤنث ارث می برد، تقسیم می شود.

۴- خواهران (علاتی/ پدری): خواهران علاتی در صورتی که یک تن باشند نصف (½) و در صورتی که بیشتر از یک تن باشند ثلثان (⅓) ترکه را مستحق می شوند، اما در صورتی که با آنها برادر علاتی (پدری) باشد، برادر علاتی خواهر و یا خواهران علاتی را به عصبه بالغیر تبدیل می نماید. به حیث مثال، اگر احمد یک خواهر علاتی به نام جمیله داشته باشد، جمیله مستحق نصف (½) ترکه احمد شناخته می شود. اما، اگر احمد دو خواهر علاتی به نام های جمیله و ذاکره داشته باشد، ذاکره و جمیله مستحق ثلثان (⅓) ترکه احمد شناخته می شود. هرگاه احمد یک برادر علاتی به نام جمشید داشته باشد، جمشید ذاکره و جمیله را به عصبه بالغیر تبدیل می نماید. در این صورت، ارث میان آنها طبق قاعده مذکور دو برابر مؤنث ارث می برد، تقسیم می شود.

دوم این که: در هر چهار حالات فوق، ارث میان دختر و پسر، دختر پسر و پسر پسر، خواهر و برادر عینی و علاتی براساس قاعده [لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ] - [النساء: ۱۱] تقسیم می شود. بنابراین، مرد دو برابر زن از میراث حصه می گیرد که مثال های آن در ذیل ارایه می گردد:

متوفی: اصل مسأله ۳

م	م
یک دختر	یک پسر
۱	۲
متوفی: اصل مسأله ۳	

م	م
یک دختر پسر	یک پسر پسر
۱	۲
متوفی: اصل مسأله ۳	

ت	_____	ت
یک دختر پسر	یک پسر پسر	
۱	۲	
متوفی: اصل مسأله ۳		

ت	_____	ت
یک خواهر عینی	یک برادر عینی	
۱	۲	
متوفی: اصل مسأله ۳		

ت	_____	ت
یک خواهر علاتی	یک برادر علاتی	
۱	۲	
متوفی: اصل مسأله ۴		

ت	_____	ت
دو خواهر عینی	یک برادر عینی	
۲	۲	

سوم این که: جهت تحقق عصبه بالغیر تحقق سه شرط ضروری است:

- ۱- اینکه زن خودش از جمله ذوی الفروض باشد؛
 - ۲- عصبه کننده (عاصب/ همان مذکر) باید از عصبات بالنفس و هم درجه زن باشد؛ و
 - ۳- عصبه کننده باید از لحاظ قوت قرابت با آن زن مساوی باشد.
- به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان انواع عصبات بالغیر، حکم عصبه بالغیر و ارث عصب بالغیر و بیان شرایط عصبه بالغیر است.

دلایل ارث عصبه بالغیر این آیات قرآن کریم است:

(۱) خداوند ﷻ می فرماید:

﴿وَلَا بَوِيهٖ لِكُلِّ وَاٰحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُّسُ مِمَّا تَرَكَ اِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَاِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتْهُ اَبْوَاهُ

فَلَا مِثْلُ الثَّلَاثِ ﴿- [النساء: ۱۱]

۹۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

«خداوند ﷻ به شما در باره فرزندانتان سفارش می کند سهم پسر چون سهم دو دختر است.»
این آیه دلالت می کند که وقتی فرزندان مذکر و مونث با هم وجود داشتند مثل پسر همراه دختر یا پسر پسر همراه دختر پسر، وقتی که تنها باشند، تمام ترکه را به ارث می برند و مذکر دو برابر مونث می گیرد.
(۲) خداوند ﷻ می فرماید:

﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رَجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ - [النساء: ۱۷۶]

«پس اگر [ورثه فقط] دو خواهر باشند دو سوم میراث برای آن دو است و اگر [چند] خواهر و برادرند پس نصیب مرد مانند نصیب دو زن است خداوند ﷻ برای شما توضیح می دهد تا مبادا گمراه شوید و خداوند ﷻ به هر چیزی داناست.»
این آیه عصبه های بالغیر را در میان برادران و خواهران حقیقی یا برادران و خواهران پدری در بر می گیرد. ۹۹

ج) عصبه مع الغیر

۱) تعریف

طبق ماده ۲۰۲۰ ق. م: «عصبه مع غیر، به مؤنثی اطلاق می شود که در عصوبت خود به مونث دیگر محتاج بوده و مونث دیگر در عصوبت با او شرکت نداشته باشد.» طبق نص این ماده هر مؤنثی که برای عصبه شدن نیازی به یک مونث دیگر داشته باشد ولی در عصبه بودن با او مشارکت نکند به شرط اینکه معصَب اگر تنها باشد نصف (½) بگیرد و اگر چند نفر باشند ثلثان (⅓) بگیرند، عصبه مع الغیر نامیده می شود. به عبارت دیگر: هنگامی که خواهران حقیقی یا پدری میت با دختران میت همراه شوند به شرط اینکه برادری نداشته باشند، خواهران فرضیت خود را از دست

۹۹. در مورد تعریف، اقسام، شرایط و دلایل ارث عصبه بالغیر ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و أدلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۸۰۱؛ محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۱۸؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقایق، ص ۲۵۸؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (____). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۳۰۳.

یک خواهر عینی یک دختر یا دختر پسر

(۱-)

عصبه مع الغیر

متوفی: اصل مسأله ۲

یک خواهر علاتی یک دختر یا دختر پسر

(۱-)

عصبه مع الغیر

سوم این که: خواهران عینی و علاتی مانند سایر عصبات از قبیل برادر عینی و علاتی تلقی می گردد و در حق تقدم، درجه و قوت قرابت تابع احکام آنها است. به حیث مثال، عصبه مع الغیر (خواهر عینی و خواهر علاتی) کاکا را محجوب می نماید، زیرا از حیث قوت قرابت عصبه مع الغیر دارای قوت قرابت برادر عینی و برادر علاتی است. به حیث مثال، اگر احمد یک خواهر عینی یا علاتی به نام جمیله داشته باشد و جمیله توسط حمیده دختر احمد یا ذاکره دختر پسر احمد عصبه مع الغیر شود، جمیله از حیث قوت شبیه و مانند برادر عینی و علاتی است. بنابراین، جمیله می تواند کاکای احمد که اسمش حمید است را از ارث احمد محجوب نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان انواع عصبه بالغیر و حکم آن است.

به نظر می رسد فرق عصبه بالغیر و مع الغیر این است که عصبه بالغیر توسط برادر عصبه می شود و ترکه میان آنها طبق قاعده مذکور دو سهم مؤنث را می گیرد تقسیم می شود. اما، عصبه مع الغیر توسط مؤنث عصبه می شود و عاصب (دختر و دختر پسر) سهم معین خویش را می گیرد و باقی ترکه را خواهر عینی و خواهر علاتی اخذ می نماید.

دلیل ارث عصبه مع الغیر حدیث ذیل است:

«وَعَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فِي بِنْتٍ، وَبِنْتِ ابْنٍ، وَأُخْتٍ : قَضَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لِلْبِنْتِ النِّصْفُ وَلِلْبِنْتِ الْإِبْنِ السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثَّلَاثِينَ وَمَا بَقِيَ فَلِلْأُخْتِ».»^{۱۰۰}

«از ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ درباره میراث یک دختر و یک دختر پسر و یک خواهر، روایت است که پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اینگونه قضاوت کرد که: «سهم الارث دختر نصف و دختر پسر یک ششم تا دو سوم کامل می شود، و آنچه باقیمانده به خواهر بدهند.»

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 93

و عصبه معنایی جز این ندارد.

فصل سوم: حجب

در فصول گذشته، انواع وارث و کیفیت ارث هر یک توضیح شد. با وجود این، هر یک از ورثه در همه احوال ارث نمی‌برند، بلکه در بعضی اوقات حالاتی به وقوع می‌پیوندد که یک وارث از تمام ارث خود محروم می‌شود یا اینکه سهم او کاهش می‌یابد و از حد اکثر به حد اقل تنزل می‌نماید. این محرومیت یا تنزل را در اصطلاح حقوق میراث «حجب» می‌گویند.^{۱۱} با توجه به اهمیت حجب، در این فصل تعریف حجب در لغت و اصطلاح (مبحث اول) و انواع حجب (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می‌دهیم:

مبحث اول) تعریف حجب و فرق آن با محروم

گفتار اول) تعریف

حجب در لغت به معنای منع است. اسم فاعل حجب، حاجب و اسم مفعول آن محجوب است که جمع آن محجوبون است. محجوبون به معنای ممنوعون است یعنی کسانی که منع شده‌اند. در اصطلاح حقوقی - فقهی تعاریف مختلف برای حجب وجود دارد:

۱) حجب در اصطلاح عبارت است از منع شخص از ارث که سبب ارث را دارد، اما وجود شخص دیگری مانع ارث گرفتن او می‌شود.

۲) ممنوعیت یک وارث از تمام ارث یا قسمتی از آن را به علت وجود وارث نزدیک‌تر به میت، حجب می‌گویند. در این حالت وارث نزدیک را که ارث می‌برد، حاجب و وارث دورتر را که از ترکه محروم شده است و ارث نمی‌برد، محجوب می‌گویند.

۱۰۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۷۹۵؛ و عبدالناصر دامنی (۱۳۸۶). میراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۱۴۵.

۳) ماده ۲۰۲۴ ق. م. در تعریف حجب می گوید: «حجب، آن است که شخص اهلیت ارث را داشته مگر نسبت موجودیت وارث دیگر مستحق ارث نمی گردد. محجوب باعث محجوبیت وارث دیگر می گردد.» طبق نص این ماده حجب عبارت است از، از دست دادن استحقاق ارث به دلیل شخص دیگر مانند پدر کلان که به دلیل وجود پدر از ارث نواسه خویش محجوب می شود. همچنین، طبق نص این ماده محجوب می تواند شخص دیگر را محجوب نماید، مانند پسر پسر که به دلیل پسر محجوب می شود و می تواند پسر پسر را محجوب نماید. بنابراین، محجوب مطابق ق. م باعث محجوبیت شخص دیگر می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف حجب است.

گفتار دوم) فرق بین محجوب و محروم

طبق ماده ۲۰۲۶ ق. م: «کسی که به سبب یکی از موانع میراث از ارث محروم گردد، باعث حجب هیچ یک از ورثه شده نمی تواند.» طبق نص این ماده شخصی که به سبب یکی از موانع ارث که تفصیل آن گذشت، از ارث محروم شود موجب حجب هیچ یک از ورثه نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و محمود پسری به نام حمید داشته باشد و محمود احمد را به قتل رساند، محمود از ارث به گونه ای که تفصیل آن در مبحث موانع ارث گذشت محروم می شود. اما، محمود نمی تواند حمید را از ارث محجوب نماید.

اما، طبق مفاد این ماده محجوب کسی است که به علت وجود دیگری ارث نمی برد. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود و محمود پسری به نام حمید داشته باشد، حمید از ارث احمد به دلیل وجود محمود محجوب می شود. اما، محروم کسی است که مانعی از موانع ارث موجب حرمان او از ارث می شود که مثال آن در بالا گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تفاوت قایل شدن میان محروم و محجوب است.

گفتار سوم) قواعد حجب

حجب دارای دو قاعده است:

قاعده اول: هر وارث که به واسطه وارث دیگری که به میت منسوب است (متصل است) هنگامی که خود آن واسطه زنده باشد، ذوالواسطه محجوب می شود. به حیث مثال، پسر پسر به واسطه پسر به میت منسوب است. بنابراین، زمانی که خود پسر موجود باشد، پسر پسر محجوب می شود و به همین دلیل است حجب پدر پدر توسط پدر و مادر مادر توسط مادر. باوجوداین، این

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 97

قاعده برخی استثناها دارد. به حیث مثال، فرزندان مادر (برادران و خواهران مادری/ اخیافی) با وجود مادر که واسطهٔ قربات آنها با میت است، میراث می‌برند و محجوب نمی‌شود.

قاعدهٔ دوم: وارث نزدیک تر به میت، وارث دور تر را حجب می‌کند خواه در جهت متحد باشند مانند اینکه: پسر، پسر پسر را اگرچه پسر خودش نباشد، و برادرزاده اش باشد، محجوب می‌کند؛ یا مانند: برادر میت که تمام برادر زاده های میت را اگرچه پسران خودش نباشند، محجوب می‌کند و خواه در جهت متحد نباشند، مانند: پسر میت که برادر میت را محجوب می‌کند (پسر از جهت بنوت است و برادر از جهت اخوت)؛ یا مانند: برادرزادهٔ میت که پسر کاکای میت را محجوب می‌گرداند (برادرزاده از جهت اخوت و پسر کاکا از جهت عمومت).

مبحث دوم) انواع حجب

حجب دو نوع است: حجب حرمان و حجب نقصان:

گفتار اول) حجب حرمان

طبق مادهٔ ۲۰۲۵ ق.م: «حجب به دو نوع است: ۱ - حجب نقصان که باعث تقلیل حصهٔ مستحقهٔ ارث می‌شود؛ و ۲) حجب حرمان که به صورت کلی از میراث محروم می‌شود.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف حجب حرمان و دسته بندی حجب به حجب نقصان و حجب حرمان است.

طبق نص این ماده حجب نقصان موجب تقلیل حصهٔ مستحقه ورثه می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید، حمیده زوجهٔ احمد مستحق ربع ($\frac{1}{4}$) ترکه احمد شناخته می‌شود. اما، اگر احمد پسر یا دختر داشته باشد، دختر یا پسر احمد موجب تقلیل سهم حمیده از ($\frac{1}{4}$) به ($\frac{1}{8}$) می‌شود. تقلیل در لغت به معنی کم کردن و کاستن است.^{۱۰۲} اما، طبق نص این ماده به کلی موجب حرمان شخص از ارث می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود و محمود پسری به نام حمیده داشته باشد، محمود کاملاً حمید را از ارث محجوب می‌نماید.

مادهٔ ۲۰۲۷ ق.م در مورد اشخاصی که هیچگاه به حجب حرمان محکوم نمی‌شوند تصریح نماید که: «شش نفر از ورثه هیچ گاه به حجب حرمان مواجه نمی‌شوند و آنها عبارتند از پدر، مادر، پسر، دختر، زوج و زوجه.» طبق نص این ماده شش صنف از ورثه وجود دارد که هیچگاه حجب حرمان نمی‌شوند. این شش صنف عبارت اند از: ۱- پسر میت؛ ۲- پدر میت؛ ۳- زوج میت؛ ۴-

بنت صُلَبی میت؛ ۵- مادر میت؛ و ۶- زوجه میت. علمای میراث جهت اختصار و سهولت حفظ، اینها را در عبارت کوتاه خلاصه کرده اند: الولدان (پسر و دختر)، الابوان (پدر و مادر) و الزوجان (زن و شوهر). دلیل این که این گروه از ورثه هیچگاه از ارث محروم نمی شوند این است که اینها توسط شخص دیگری به میت منسوب نمی شوند و قاعده انتساب که بحث آن گذشت بر اینها قابل تطبیق نیست.^{۱۰۳} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای اشخاصی است که حجب حرمان بر آنها قابل تطبیق نیست.

ورثه های ذکوری که حجب حرمان می شوند قرار زیر اند:

۱- **جد صحیح:** طبق ماده ۲۰۲۹ ق.م: «پدر باعث حجب جد می گردد، خواه از طریق فرض مستحق ارث شود یا از طریق عصیبت یا هر دو.» طبق نص این ماده پدر موجب حجب جد می گردد خواه جد از طریق فرض ارث ببرد و یا از طریق عصیبت که بحث آن در گفتار ارث جد صحیح گذشت. عبارت جد در نص این ماده مطلق استعمال شده است که محل ایراد به نظر می رسد. منظور از جد در نص این ماده جد صحیح است. جد غیرصحیح از جمله ذوی الارحام است. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود پدر احمد و حمید پدر کلان پدری احمد زنده باشند، محمود موجب حجب حمید می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم حجب جد صحیح توسط پدر و حصر فردی است که توسط آن جد صحیح محجوب می شود.

۲- **برادر و خواهران پدری (علاتی) و مادری (اخیافی) و پدری و مادری (عینی):** طبق ماده ۲۰۳۲ ق.م: «خواهران و برادران عینی باشند یا پدری یا مادری به موجودیت پدر، جد، پسر و پسر پسر گرچه درجه شان تنزیل یابد از میراث محروم می شوند.» طبق نص این ماده خواهران و برادران عینی (پدری و مادری)، اخیافی (پدری) و علاتی (مادری) به واسطه پدر، جد و اولاد ذکور متوفی (پسر، پسر پسر هر چند درجه آنها پایین برود) حجب می شدند.

نص این ماده با ماده ۲۰۲۲ ق.م که بحث آن در گفتار ارث جد صحیح گذشت در تعارض قرار داشت. زیرا طبق نص ماده ۲۰۲۲ ق.م پدر کلان موجب حجب خواهر و برادر عینی نمی شد. اما، طبق نص این ماده پدر کلان موجب حجب برادر و خواهر عینی می شد. از همین رو، این ماده در

۱۰۳. عبدالعزیز عزیز (____). احکام میراث از نگاه فقه و قانون، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی ها دانشگاه ها، ص ۱۵۷.

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 99

سال ۱۳۵۶ تعدیل گردید. طبق ماده ۲۰۳۲ ضمیمه قانون مدنی منتشره جریده رسمی شماره ۳۹۱ مؤرخ ۳۰ / ۱۱ / ۱۳۵۶: «خواهران و برادران عینی باشند یا پدری یا مادری به موجودیت پدر، پسر و پسر پسر گرچه درجه شان تنزیل یابد از میراث محروم می شوند. همچنین، برادران و خواهران مادری به موجودیت جد از ارث محروم می شوند.» طبق نص این ماده برادران و خواهر عینی، علائی و اخیافی به موجودیت پدر، پسر و پسر گرچه درجه او تنزیل نماید محجوب می گردد.

علاوه براین، برادران و خواهران اخیافی به موجودیت پدر کلان محجوب می شوند. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود برادر عینی، علائی یا اخیافی احمد و جمیله خواهر عینی، علائی و اخیافی احمد باشد، محمود و جمیله در صورت زنده بودن پدر احمد و پسر و پسر پسر احمد هرچند درجه پسران احمد پایین رود، محجوب می شوند. همچنین، اگر احمد وفات نماید و برادر یا خواهر مادری (اخیافی) داشته باشد، برادر و خواهر اخیافی احمد در صورت موجودیت پدر پدر احمد (جد صحیح) محجوب می شوند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم حجب برادران و خواهران عینی، علائی و حصر اشخاصی است که توسط آنها برادر و خواهران عینی، علائی و اخیافی محجوب می شوند.

۳- برادر پدری (علائی): بر اساس ماده ۲۰۳۳ ق. م: «برادر پدری به موجودیت برادر عینی و خواهر عینی ای که عصبه با غیر گردد، محجوب می شود.» طبق نص این ماده برادر پدری (علائی) توسط برادر عینی (پدری و مادری) و خواهر عینی (پدری و مادری) که عصبه با غیر شده باشد، محجوب می شود زیرا در صورتی که خواهر حقیقی توسط دختر و دختر پسر عصبه مع الغیر شوند، دارای قوت برادر اند.

به حیث مثال، اگر شخص وفات نماید و یک برادر علائی و یک برادر عینی داشته باشد، برادر عینی برادر علائی را به دلیل قوت قرابت محجوب می نماید. همچنین، اگر شخص وفات نماید و یک برادر و یک خواهر عینی که توسط دختر یا دختر پسر عصبه مع الغیر شده باشد، داشته باشد، برادر علائی توسط خواهر عینی که عصبه مع الغیر است محجوب می شود. زیرا، خواهر عینی عصبه مع الغیر دارای قوت برادر عینی است.

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک برادر پدری و یک برادر عینی داشته باشد، برادر عینی احمد برادر پدری احمد را محجوب می نماید. همچنین، اگر احمد برادر پدری به نام محمود داشته باشد و خواهر عینی به نام جمیله داشته باشد و جمیله توسط دختر احمد یا دختر پسر احمد

۱۰۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

عصبه مع الغیر شده باشد، موجب حجب محمود می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر اشخاصی است که توسط آنها برادر پدری محجوب می شود.

۴- برادری مادری (اخیافی): براساس ماده ۲۰۳۶ ق. م: «برادران مادری به موجودیت شش نفر از ورثه محجوب می شوند که عبارتند از: پدر، جد، پسر، پسر پسر، دختر صلبی و دختر پسر.» طبق نص این ماده برادری مادری (اخیافی) به واسطه اصل و فرع متوفی محجوب می شوند که عبارت اند از: پدر، جد صحیح، پسر، پسر پسر دختر صلبی و دختر پسر. به حیث مثال، اگر احمد برادر مادری به نام محمود داشته باشد، محمود در صورت زنده بودن پدر احمد، پدر کلان پدری احمد، پسر احمد، پسر پسر احمد، دختر احمد و دختر پسر احمد از ارث احمد محجوب می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر اشخاصی است که توسط آنها برادر مادری میت محجوب می شوند.

۵- پسر پسر: طبق ماده ۲۰۳۱ ق. م: «پسر باعث حجب پسر پسر و همچنین هر پسر پسر که درجه او قریب تر باشد، باعث حجب پسر پسر می گردد که درجه او بعید تر باشد.» طبق نص این ماده پسر توسط پسر متوفی حجب می شود و پسر نزدیک تر، پسر دور تر را محجوب می کند. به حیث مثال، اگر احمد پسر به نام محمود داشته باشد و محمود پسر به نام حمید داشته باشد، در صورت زنده بودن محمود حمید محجوب می شود.

همچنین، طبق نص این ماده پسر نزدیک تر پسر دورتر را محجوب می کند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمید پسر به نام جمشید داشته باشد، محمود حمید را حجب می کند و حمید جمشید را حجب می کند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر فردی است که توسط آن پسر پسر حجب می شود. همچنین، هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم حجب پسران براساس درجه قرابت است.

۶- پسر برادر پدری و مادری (عینی): طبق ماده ۲۰۳۴ ق. م: «پسر برادر عینی به واسطه هفت نفر از ورثه محجوب می شود و عبارت اند از: پدر، جد صحیح، پسر، پسر پسر، برادر عینی، برادر پدری و خواهر عینی یا پدری ای که عصبه با غیر گردد.» طبق نص این ماده پسر برادر پدری و مادری (عینی) توسط پدر، جد صحیح، پسر، پسر پسر، برادر پدری و برادر پدری حجب می شود. به حیث مثال، اگر احمد یک برادر عینی به نام محمود داشته باشد و محمود پسر به نام حمید داشته باشد، حمید توسط برادر عینی احمد (محمود)، توسط پدر احمد، توسط جد صحیح

احمد، توسط پسر احمد، توسط پسر پسر احمد، توسط برادر پدری (علاتی) و خواهر عینی یا علاتی احمد که عصبه با غیر شده باشند محجوب می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر افرادی است که توسط آن برادرزاده عینی متوفی محجوب می شوند.

۷- پسر برادر پدری: براساس ماده ۲۰۳۵ ق.م: «پسر برادر پدری علاوه بر هفت نفر مندرج ماده (۲۰۳۴) این قانون به موجودیت پسر برادر عینی، نیز محجوب می شود.» طبق نص این ماده پسر برادر پدری (علاتی) علاوه بر پدر، جد صحیح، پسر، پسر پسر، برادر عینی، برادر پدری و خواهر عینی یا پدری ای که عصبه با غیر گردد توسط پسر برادر عینی محجوب می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد یک برادری پدری داشته باشد و برادر پدری احمد پسری به نام جمشید داشته باشد، جمشید توسط پدر، جد صحیح، پسر، پسر پسر، برادر عینی، برادر علاتی و خواهر عینی یا علاتی احمد که عصبه با غیر (عصبه توسط دختر یا دختر پسر) شده باشند، محجوب می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر افرادی است که توسط آن برادرزاده علاتی متوفی محجوب می شوند.

۸- کاکای پدری و مادری (حقیقی): طبق ماده ۲۰۳۷ ق.م: «کاکای عینی به وجود ده نفر از ورثه محجوب می شود که عبارتند از: پدر، جد، پسر، پسر پسر، برادر عینی، برادر پدری، خواهر عینی یا پدری، مشروط بر اینکه هر دو نوع خواهر عصبه شوند با پسر برادر عینی یا پدری.» طبق نص این ماده کاکای پدری و مادری میت توسط پسر، پسر پسر، پدر، پدر پدر، برادر حقیقی، برادر پدری، پسر برادر حقیقی و پسر برادر پدری حجب می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده حصر افرادی است که توسط آنها کاکای عینی محجوب می شوند.

۹- پسر کاکای عینی: براساس ماده ۲۰۳۸ ق.م: «پسر کاکای عینی با موجودیت وارثین مندرج مواد (۲۰۳۶ و ۲۰۳۷) این قانون محجوب می گردد و همچنین با وجود کاکای عینی محجوب می گردد و پسر کاکای پدری علاوه بر اشخاص مندرج این ماده یا پسر کاکای عینی محجوب می شود.» طبق نص این ماده پسر کاکای عینی توسط افرادی که در ماده های ۲۰۳۶ و ۲۰۳۷ ق.م گذشت محجوب می شود. قانونگذار مدنی در نص این ماده افراد را ذکره نکرده است، بلکه برای شناخت این افراد به مواد ۲۰۳۶ و ۲۰۳۷ ق.م ارجاع داده است. طبق مفاد نص این ماده پسر کاکای عینی توسط افراد ذیل محجوب می گردد:

- پدر؛

۱۰۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

- جد صحیح؛
- پسر؛
- پسر پسر؛
- دختر صلبی؛
- دختر پسر؛
- برادر عینی؛
- برادر پدری (علاتی)؛
- خواهر عینی (پدری و مادری/ حقیقی) و خواهر پدری (علاتی) مشروط بر اینکه هر دو خواهر عصبه شوند؛
- پسر برادر عینی (حقیقی)؛
- پسر برادر پدری (علاتی)؛
- کاکای عینی؛

همچنین، پسر کاکای پدری علاوه بر اشخاصی که در فوق ذکر گردید، توسط پسر کاکای حقیقی (عینی) محجوب می شوند.

به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده حصر افرادی است که توسط آنها پسر کاکای حقیقی و پسر کاکای پدری محجوب می شوند.

ورثه های اناث که محجوب می شوند عبارت اند از:

۱- **جده ها:** طبق ماده ۲۰۳۰ ق. م: «مادر میت باعث حجب جدات از میراث می شود، اعم از اینکه جده پدری باشد یا مادری یا از طرف جد.» طبق نص این ماده مادر میت باعث حجب مادر کلان های میت می شود خواه مادر کلان ها پدری باشد یعنی مادر پدر باشد و یا مادری یعنی مادر مادر. همچنین، طبق نص این ماده موجب حجب جدات میت می شود. جدات جمع جده است.

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و مادر احمد زنده باشد، مادر احمد موجب حجب مادر کلان احمد چه مادر کلان مادری باشد یا پدری می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر اشخاصی است که توسط او مادر کلان ها محجوب می شود.

۲- دختر پسر: طبق ماده ۲۰۳۹ ق.م: «هرگاه دختران صلبی میت با دختران پسر میت اجتماع نمایند و دختران حایز دو ثلث ارث شوند، دختران پسر ساقط می شوند، مگر اینکه پسر پسر موجود گردد. در این صورت پسر پسر دختر پسر را عصبه می سازد، مشروط بر این که در درجه آنها یا در درجات پایین تر باشد و این پسر پسر دختران پسر را که در درجه پایان تر از او قرار دارند، محجوب می سازد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. از نص این ماده سه حکم استنباط می گردد:

- اگر دو دختر حقیقی میت با دختر پسر یکجا شوند و دختران مستحق ثلثان ($\frac{2}{3}$) ترکه شناخته شوند، دختر پسر محجوب می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دو دختر به نام های جمیله و حمیده داشته باشد و دختر پسری به نام ذاکره داشته باشد، جمیله و حمیده مستحق ثلثان ($\frac{2}{3}$) شناخته می شوند و ذاکره به دلیل اخذ ثلثان ($\frac{2}{3}$) توسط جمیله و حمیده محجوب می شود. این اصل است. استثنای این اصل این است که همراه دختر پسر، پسر پسر موجود گردد. در این صورت، پسر پسر، دختر پسر را عصبه می گرداند و ارث میان دختر دختر و دختر پسر طبق قاعده پسر دو برابر دختر ارث می گیرد تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد پسر پسری به نام محمود داشته باشد، محمود ذاکره را عصبه بالغیر می نماید و ذاکره توسط حمیده و جمیله محجوب نمی شود.

در چنین حالتی شرط است که پسر پسر هم درجه با دختر پسر یا پایین تر از دختر پسر باشد. به حیث مثال، در مثال بالا محمود هم درجه با ذاکره است. زیرا، هر دو اقارب درجه دوم احمد اند. همچنین، طبق نص این ماده اگر درجه پسر پسر پایین تر از درجه دختر پسر باشد، پسر پسر موجب تعصیب دختر پسر می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد پسر پسری به نام حمید داشته باشد، حمید موجب تعصیب ذاکره می شود. در این مثال، ذاکره خویشاوند درجه دوم احمد و حمید خویشاوند درجه سوم احمد است و حمید یک درجه از ذاکره پایین تر قرار دارد.

- پسر پسر دختران پسر را که یک درجه از او پایین تر اند محجوب می نماید. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود و محمود پسری به نام حمید و دختری به نام جمیله و دختر دختری به نام حمیده داشته باشد، حمید موجب حجب حمیده می شود. زیرا، حمیده از حیث درجه با احمد نزدیک تر است. به عبارت دیگر: حمیده اقارب درجه سوم و حمید اقارب درجه دوم احمد

۱۰۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان قواعد حجب دختر پسر و حصر اشخاصی که توسط آنها دختر پسر محجوب می شود است.

۳- خواهران میت: حجب خواهران میت به ترتیب ذیل است:

اول) خواهر حقیقی: طبق تعدیل ماده ۲۰۳۲ ق. م: «خواهران و برادران عینی باشند یا پدری یا مادری به موجودیت پدر، پسر و پسر پسر گرچه درجه شان تنزیل یابد از میراث محروم می شوند [...]». قانونگذار مدنی در نص این ماده به عوض کلمه محجوب، کلمه محروم را استعمال نموده است که محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، چنانچه بحث آن گذشت میان محروم و محجوب تفاوت وجود دارد. تفصیل حجب برادران عینی، علاتی و اخیافی گذشت.

طبق نص این ماده خواهران عینی توسط پدر، پسر، پسر پسر هرچند درجه آنها پایین برود حجب می شوند. به حیث مثال، اگر احمد خواهر عینی به نام حمیده داشته باشد، حمیده توسط پدر احمد، پسر احمد و پسر پسر احمد محجوب می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر افرادی است که توسط آنها خواهر عینی محجوب می شود.

دوم) خواهر پدری (علاتی): طبق ماده ۲۰۴۰ ق. م: «هرگاه خواهران عینی دو ثلث متروکه یا بیشتر از آن را حایز شوند، خواهران پدری ساقط می شوند مگر اینکه با آنها برادر پدری وجود داشته باشد، در این صورت به واسطه آن عصبه می گردند». طبق نص این ماده در صورتی که خواهران عینی دو ثلث ($\frac{2}{3}$) متروکه را مستحق شوند، خواهر علاتی محجوب می شود. به عبارت دیگر: در صورتی که دو خواهر عینی میت که مستحق ثلثان ($\frac{2}{3}$) ترکه شناخته می شوند وجود داشته باشد، خواهر علاتی محجوب می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دو خواهر عینی و یک خواهر علاتی داشته باشد، خواهر علاتی احمد توسط خواهران عینی او به دلیل مستحق شدن ثلثان ($\frac{2}{3}$) از متروکه احمد محجوب می شوند.

این اصل است. استثنای این اصل این است که با خواهر علاتی برادر علاتی وجود داشته باشد. در این صورت، خواهر علاتی توسط برادر علاتی عصبه بالغیر می شود و بعد از سهم ذوی الفروض بقیه ترکه را با برادر از طریق عصبیت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دو خواهر عینی و یک خواهر علاتی و یک برادر علاتی داشته باشد، خواهر علاتی احمد توسط برادر علاتی احمد عصبه بالغیر می شود. در این صورت، خواهران عینی احمد ثلثان ($\frac{2}{3}$) و بقیه ترکه را برادر علاتی احمد و خواهر علاتی احمد به عنوان عصبه بالغیر مستحق می شوند.

همچنین، خواهر پدری (علاتی) میت توسط پدر، پسر، پسر پسر هر چند درجه آنها پایین برود حجب می شوند به شرط این که توسط دختر صلبی و یا دختر پسر عصبه مع الغیر نشده باشند. این حکم در تعدیل ماده ۲۰۳۲ ق. م پیش بینی شده است. همچنین خواهر علاتی به وسیله برادر حقیقی و خواهر حقیقی میت محجوب می شود به شرط اینکه توسط دختر صلبی یا دختر پسر میت عصبه مع الغیر شده باشد.

سوم) خواهر مادری (اخیافی): خواهر مادری توسط پدر، پدر پدر، پسر و پسر پسر محجوب می شود. این حکم در تعدیل ماده ۲۰۳۲ ق. م پیش بینی شده است. همچنین، خواهر مادری با موجودیت دختر صلبی و دختر پسر میت محجوب می شود. به حیث مثال، اگر احمد یک خواهر مادری (اخیافی) داشته باشد، خواهر اخیافی احمد توسط پدر احمد، پدر پدر احمد، پسر احمد، پسر پسر احمد، دختر احمد و دختر پسر احمد محجوب می شود.

گفتار دوم) حجب نقصان

طبق ماده ۲۰۲۵ ق. م: «حجب به دو نوع است: ۱ - حجب نقصان که باعث تقلیل حصه مستحقه ارث می شود؛ و ۲ - حجب حرمان که به صورت کلی از میراث محروم می شود.» قانونگذار مدنی در نص این ماده به عوض کلمه محجوب محروم را استعمال نموده است که محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، چنانچه بحث آن گذشت، میان محجوب و محروم تفاوت وجود دارد. طبق نص این ماده حجب نقصان موجب کاهش حصه مستحق ورثه می شود. به عنوان مثال، اگر احمد وفات نماید و فرزند نداشته باشد، جمیله زوجه احمد مستحق ربع (¼) ترکه احمد شناخته می شود. اما، اگر احمد فرزند داشته باشد، جمیله زوجه احمد مستحق ثمن (⅙) ترکه احمد شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان انواع حجب و تعریف هر یک است.

طبق ماده ۲۰۲۸ ق. م: «حجب نقصان بر پنج نفر از ورثه وارد می شود که آنها عبارتند از مادر، دختر پسر، خواهر پدری، زوج و زوجه.» طبق نص این ماده حجب حرمان در پنج نفر از ذوی الفروض پیش می آید:

۱) زوج: زوج مستحق نصف (½) ترکه زوجه شناخته می شود. اما، در صورتی که زوجه فرع وارث داشته باشد، فرع وارث سهم زوج را از نصف (½) ترکه به ربع (¼) کاهش می دهد. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و حمیده طفل نداشته باشد، احمد مستحق نصف ترکه

۱۰۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

حمیده شناخته می شود. اما، اگر حمیده طفل داشته باشد، احمد مستحق ربع ترکه حمیده شناخته می شود. طفل حمیده موجب کاهش ارث احمد می شود.

۲) **زوجه:** زوجه مستحق ربع (¼) ترکه زوج شناخته می شود. اما، اگر زوج فرع وارث (فرزند یا نواسهٔ پسری) داشته باشد، فرع وارث سهمیه زوجه را از ربع (¼) به ثمن (⅛) کاهش می دهد. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و احمد طفل نداشته باشد، حمیده مستحق ربع ترکه احمد شناخته می شود. اما، اگر احمد طفل داشته باشد، حمیده مستحق ثمن ترکه احمد شناخته می شود. طفل احمد موجب کاهش ارث حمیده می شود.

۳) **مادر:** مادر در صورت نداشتن فرزند و دو خواهر و برادر توسط میت مستحق سدس ثلث (⅓) ترکه فرزند متوفی شناخته می شود. اما، اگر فرزند متوفی، فرزند و یا دو خواهر و برادر و یا بیشتر داشته باشد، فرزند و دو خواهر و برادر سهم مادر را از ثلث (⅓) به سدس (⅙) کاهش می دهد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و طفل یا دو یا بیشتر از دو خواهر یا برادر نداشته باشد، مادر احمد مستحق ثلث ترکه شناخته می شود. اما، اگر احمد طفل یا بیشتر از دو خواهر و برادر داشته باشد، مادر احمد مستحق سدس ترکه احمد شناخته می شود. اولاد و خواهران و برادران احمد موجب کاهش ارث مادر احمد می شوند.

۴) **دختر پسر:** دختر پسر مستحق نصف (½) ترکه شناخته می شود. اما، اگر میت دختر صُلبی داشته باشد، دختر صُلبی میت سهمیهٔ دختر پسر میت را از نصف (½) به سدس (⅙) کاهش می دهد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک دختر پسر به نام حمیده داشته باشد، حمیده مستحق نصف ترکه شناخته می شود. اما، اگر احمد دختری به نام جمیله داشته باشد، جمیله موجب کاهش سهم حمیده از نصف به سدس می شود.

۵) **خواهر پدری (علاتی):** خواهر پدری (علاتی) مستحق نصف (½) ترکه شناخته می شود، اما اگر میت خواهر حقیقی داشته باشد، خواهر حقیقی میت سهمیهٔ خواهر پدری میت را از نصف (½) به سدس (⅙) کاهش می دهد.^{۱۰۴} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک خواهر علاتی به

۱۰۴. در مورد تعریف و انواع حجب ر. ک: ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۸۱۰ - ۷۸۱۶؛ محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۳۳ - ۱۳۷؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه،

نام حمیده داشته باشد، حمیده مستحق نصف ارث احمد می شود. اما، اگر خواهر حقیقی احمد وجود داشته باشد، خواهر حقیقی احمد موجب کاهش ارث خواهر علاتی احمد از نصف به سدس می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر اشخاصی است که دارای حداقل و حداکثر سهم هستند و حجب نقصان بر آنها قابل تطبیق است.

صص ۲۶۰ - ۲۶۲؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی (___). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، صص ۳۰۳ و ۳۰۴؛ عبدالناصر دامنی (۱۳۸۶). میراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان، صص ۱۶۷ - ۱۷۷؛ و اسعد شیخ الاسلامی اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، صص ۱۱۰ - ۱۱۵.

فصل چهارم: اصل مسأله (مخرج مشترک) و قواعد تقسیم ترکه میان ورثه

میت در صورتی که دارای یک وارث باشد، ضرورت به تقسیم ترکه نیست، زیرا وارث مستحق تمام ترکه شناخته می شود. اما، در صورتی که ورثه متعدد باشند، ضرورت به تقسیم ترکه احساس می گردد. برای تقسیم ترکه ضرورت به عددی است که اساس تقسیم قرار گیرد که «اصل مسأله» نامیده می شود.^{۱۰۵}

اصل مسأله به نام های «مخرج و مخرج المسأله» هم نامیده می شود. در اصطلاح حقوقی،

اصل مسأله عبارت از کوچک ترین عددی است که بتوان سهم هر وارث را بدون کسر از آن

استخراج کرد.^{۱۰۶} برای تعیین مخرج مشترک راه های مختلف وجود دارد:

(۱) ضرب مخرج ها: به حیث مثال، کسر های $(\frac{1}{3})$ و $(\frac{1}{8})$ دارای مخرج های ۳ و ۸ اند. هرگاه ۸

را ضرب ۳ نماییم، مساوی به ۲۴ می شود. پس، مخرج مشترک کسر های $(\frac{1}{3})$ و $(\frac{1}{8})$ ۲۴ است زیرا

۲۴ هم بر مخرج ۳ و هم بر مخرج ۸ قابل تقسیم است.

۱۰۵. عبدالعزیز عزیز (___). احکام میراث از نگاه فقه و قانون، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین

کتب علوم انسانی ها دانشگاه ها، ص ۶۳.

۱۰۶. عبدالناصر دامنی (۱۳۸۶). میراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۱۸۷.

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 109

۲) مخرج های مشابه: به حیث مثال، کسر های $(\frac{1}{3})$ و $(\frac{2}{3})$ دارای مخرج مشترک است. پس، ۳

مخرج مشترک کسر های $(\frac{1}{3})$ و $(\frac{2}{3})$ است زیرا ۳ بر مخارج کسر های $(\frac{1}{3})$ و $(\frac{2}{3})$ قابل تقسیم است.

۳) جدول ضرب. در این روش مخرج های کسر ها را ضرب جدول ضرب آن مخرج های کسر

می نماییم تا هر دو یا هر سه به مخرج مشترک برسند. برخی مثال های این روش قرار ذیل اند:

۱- اگر بخواهیم مخرج مشترک کسر های $(\frac{1}{3})$ و $(\frac{2}{4})$ را پیدا نماییم اول مخرج ۴ را ضرب ۱،

سپس ضرب ۲، سپس ضرب ۳، سپس ضرب ۴ می نماییم و همینطور ادامه می دهیم. همچنین،

مخرج ۳ را ضرب ۱، ۲، ۳، ۴ می نماییم و همینطور ادامه می دهیم که تا به مخرج مشترک هر دو

مخرج برسیم که مثال آن را در ذیل ارایه می گردد:

۴:۴، ۸، ۱۲

۳:۳، ۶، ۹، ۱۲

در این مثال، جدول ضرب مخرج مشترک هر دو کسر به ۱۲ رسیدند. پس، ۱۲ مخرج مشترک

کسری های $(\frac{1}{3})$ و $(\frac{2}{4})$ است.

همچنین، اگر بخواهیم مخرج مشترک کسر های $(\frac{2}{8})$ و $(\frac{1}{3})$ را پیدا نماییم، مخرج های هر

۱۱۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

یک را ضرب ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷ و ... نمایم تا حاصل ضرب به مخرج مشترک برسند که

مثال آن را ذیل ارایه می گردد:

۳:۳، ۶، ۹، ۱۲، ۱۵، ۱۸، ۲۱، ۲۴

۸:۸، ۱۶، ۲۴

در این مثال، جدول ضرب مخرج مشترک هر دو کسر به ۲۴ رسیدند. پس، ۲۴ مخرج مشترک

کسرهای $(\frac{5}{8})$ و $(\frac{2}{3})$ است.

در روش فقهی - حقوقی برای تعیین اصل مسأله، علمای میراث سهم های معین حقوقی - شرعی

را به دو دسته ذیل تقسیم می کنند:

دسته اول: نصف $(\frac{1}{2})$ ، ربع $(\frac{1}{4})$ و ثمن $(\frac{1}{8})$

دسته دوم: ثلثان $(\frac{2}{3})$ ، ثلث $(\frac{1}{3})$ ، و سدس $(\frac{1}{6})$

اگر سهم های شرعی - قانونی را از کوچک به بزرگ قرار دهیم به ترتیب ذیل قرار خواهد گرفت:

دسته اول	نصف $(\frac{1}{2})$ ، ربع $(\frac{1}{4})$ و ثمن $(\frac{1}{8})$
دسته دوم	ثلثان $(\frac{2}{3})$ ، ثلث $(\frac{1}{3})$ و سدس $(\frac{1}{6})$

	دوم
--	-----

اما، اگر سهم‌های شرعی - قانونی را از بزرگ به کوچک به قرار دهیم قرار ذیل خواهد بود:

ثمن $(\frac{1}{8})$ ، ربع $(\frac{1}{4})$ و نصف $(\frac{1}{2})$	دسته اول
سدس $(\frac{1}{6})$ ، ثلث $(\frac{1}{3})$ و ثلثان $(\frac{2}{3})$	دسته دوم

تعیین اصل مسأله بستگی به این امر دارد که وارثان صرف از جمله ذوی الفروض، ذوی الفروض و عصبات و صرف عصبات اند که هر یک تابع قواعد جداگانه اند:

مبحث اول) ورثه صرف ذوی الفروض اند

در صورتی که ورثه صرف ذوی الفروض باشند و سهام آنها مشابه و متفاوت باشد، پیدا کردن اصل مسأله تابع قواعد ذیل است:

۱) اگر فروض معین شرعی - قانونی دارای مخارج مشابه باشند، یکی از مخرج‌ها به عنوان اصل مسأله انتخاب می‌شود. به عنوان مثال، کسرهای $(\frac{1}{3})$ و $(\frac{1}{4})$ دارای مخارج مساوی اند. بنابراین، یکی از مخرج‌های به عنوان اصل مسأله قرار می‌گیرد و اصل مسأله از عدد ۳ ساخته می‌شود مانند:

اصل مسأله ۳

_____ م

دو خواهر حقیقی دو خواهر مادری (اخیافی)

$(\frac{2}{3})$ $(\frac{1}{3})$

برخی مثال‌های دیگر:

اصل مسأله ۲

_____ م

شوهر یک خواهر علاتی

$(\frac{1}{2})$ $(\frac{1}{4})$

اصل مسأله ۲

دختر صلیبی	پسر	پسر	پسر
۱	۲	۲	۲

پس از رعایت این قواعد اگر بخواهیم، سهم وارثان را تقسیم نماییم، باید قواعد ذیل را رعایت نماییم:

۱- خط افقی باید تحریر نماییم مانند مثال ذیل:

_____ ت

۲- در بالای خط افقی باید اسم متوفی تحریر گردد مانند مثال ذیل:

متوفی: احمد

_____ ت

۳- سپس در بالای خط افقی باید مقدار متروکه را تحریر نماییم، مانند مثال ذیل:

مقدار ترکه ۱۰۰۰ متوفی: احمد

_____ ت

۴- سپس در ذیل خط افقی ورثه را تحریر نماییم مانند مثال ذیل:

مقدار ترکه ۱۰۰۰ متوفی: احمد

_____ ت

شوهر خواهر عینی

۵- سپس در ذیل هر وارث باید سهم او را تحریر نماییم مانند مثال ذیل:

مقدار ترکه ۱۰۰۰ متوفی: احمد

_____ ت

شوهر یک خواهر عینی

$\left(\frac{1}{4}\right)$ $\left(\frac{1}{4}\right)$

۶- سپس اصل مسأله را بر اساس قواعدی که مطالعه گردید، پیدا کنیم، مانند مثال ذیل:

مقدار ترکه ۱۰۰۰ اصل مسأله ۲ متوفی: احمد

_____ ت

۱۱۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

شوهر	خواهر عینی
$\left(\frac{1}{4}\right)$	$\left(\frac{1}{4}\right)$

۷- سپس سهم هر وارث را از اصل مسأله مطابق قواعد ذیل استخراج نماییم:

اصل مسأله را ضرب صورت و مخرج هر سهم دارای کسر می کنیم. اصل مسأله مخرج ندارد. هر عددی که مخرج نداشته باشد، مخرج آن عدد «۱» است. بنابراین، مخرج اصل مسأله «۱» است. به این ترتیب، صورت اصل مسأله را ضرب صورت سهم کسری هر وارث می نماییم و مخرج اصل مسأله را ضرب مخرج سهم کسردار هر وارث می نماییم. سپس، صورت حاصل ضرب را بر مخرج تقسیم می نماییم. نتیجه تقسیم سهم هر وارث از اصل مسأله است، مانند مثال ذیل:

$$2 \times \frac{1}{2} = \frac{2}{2} = 1$$

۲	۲
۲	۱
.	۰

۸- سپس سهم هر وارث را در پایین سهم او از اصل مسأله تحریر می نماییم مانند مثال ذیل:

متوفی: احمد	۲	مقدار ترکه ۱۰۰۰
م		

شوهر	خواهر عینی
$\left(\frac{1}{4}\right)$	$\left(\frac{1}{4}\right)$
۱	۱

۹- سپس مقدار ترکه را تقسیم اصل مسأله می نماییم، مانند مثال ذیل:

متوفی: احمد	۲	مقدار ترکه ۱۰۰۰
م		

شوهر	خواهر عینی
$\left(\frac{1}{4}\right)$	$\left(\frac{1}{4}\right)$
۱	۱
۵۰۰	۵۰۰

$$1000 \div 2 = 500$$

در این مثال مقدار ترکه را که ۱۰۰۰ افغانی است تقسیم اصل مسأله که ۲ است نمودیم. حاصل تقسیم که ۵۰۰ افغانی می شود که قیمت هر سهم است.

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 117

۱۰- سپس سهم هر وارث را ضرب قیمت سهم هر وارث می نماییم مانند مثال ذیل:

مقدار ترکه ۱۰۰۰	۲	متوفی: احمد
_____ م		
شوهر	خواهر عینی	
$\left(\frac{1}{2}\right)$	$\left(\frac{1}{2}\right)$	
۱	۱	

$$1000 \div 2 = 500$$

$$500 \times 1 = 500$$

$$500 \times 1 = 500$$

۱۱- سپس مجموعه قیمت ها را به هر وارث می دهیم، مانند مثال ذیل:

مقدار ترکه ۱۰۰۰	۲	متوفی: احمد
_____ م		
شوهر	خواهر عینی	
$\left(\frac{1}{2}\right)$	$\left(\frac{1}{2}\right)$	
۱	۱	
۵۰۰	۵۰۰	

$$1000 \div 2 = 500$$

$$500 \times 1 = 500$$

$$500 \times 1 = 500$$

۱۲- سپس مجموعه سهام را جمع می نماییم.

$$1000 \div 2 = 500$$

$$500 \times 1 = 500$$

$$500 \times 1 = 500$$

۱۱۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۱۰۰۰

در مثال بالا، همه ورثه ذوی الفروض اند. با توجه به این قواعد برخی مثال های حل مسأله ذوی الفروض و عصبیات و عصبیات قرار ذیل است:

۱- مثال ذوی الفروض و عصبه:

متوفی: احمد، اصل مسأله ۶ مقدار ترکه ۶۰۰۰

میت		
پدر	مادر	دختر
$(\frac{1}{6}) +$ عصبه	$(\frac{1}{6})$	$(\frac{1}{2})$
۱	۱	۳
۱۰۰۰	۱۰۰۰	۳۰۰۰

$$6 \times \frac{1}{2} \times \frac{6}{2} = 3$$

$$6 \times \frac{1}{6} = 1$$

$$6 \times \frac{1}{6} = 1$$

$$6000 \div 6 = 1000$$

$$1000 \times 3 = 3000$$

$$1000 \times 1 = 1000$$

$$1000 \times 1 = 1000$$

۵۰۰۰

در این مثال، ۱۰۰۰ افغانی باقی ماند که آن را به پدر به عنوان عصبه می دهیم.

۲- مثال عصبیات:

متوفی: احمد، اصل مسأله ۶ مقدار ترکه ۶۰۰۰

میت			
دختر	دختر	پسر	پسر
۱	۱	۲	۲
۱۰۰۰	۱۰۰۰	۲۰۰۰	۲۰۰۰

بخش دوم / مستحقین ترکه بر اساس اسباب ارث □ 119

$$6000 \div 6 = 1000$$

$$1000 \times 2 = 2000$$

$$1000 \times 2 = 2000$$

$$1000 \times 1 = 1000$$

$$1000 \times 1 = 1000$$

$$6000$$

۳- مثال ذوی الفروض و عصبات:

متوفی: احمد، اصل مسأله ۸ مقدار ترکه ۱۲۰۰۰۰

زوجه	دختر	دختر	دختر	دختر	پسر	پسر	پسر	پسر	پسر
($\frac{1}{8}$)	۱	۱	۱	۱	۲	۲	۲	۲	۲
۱									

$$8 \times \frac{1}{8} = \frac{8}{8} = 1$$

$$12000 \div 8 = 15000$$

$$15000 \times 1 = 15000$$

در این مثال، از ۱۲۰۰۰۰، ۱۵۰۰۰ سهم زوجه را می دهیم و ۱۰۵۰۰۰ افغانی باقی می ماند و آن را میان پنج دختر و پنج پسر تقسیم می نماییم:

متوفی: احمد، اصل مسأله ۱۵ مقدار ترکه ۱۰۵۰۰۰

دختر	دختر	دختر	دختر	دختر	پسر	پسر	پسر	پسر	پسر
۱	۱	۱	۱	۱	۲	۲	۲	۲	۲
۲									
۷۰۰۰	۷۰۰۰	۷۰۰۰	۷۰۰۰	۷۰۰۰	۱۴۰۰۰	۱۴۰۰۰	۱۴۰۰۰	۱۴۰۰۰	۱۴۰۰۰

۱۲۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۱۴۰۰۰

$$۱۰۵۰۰۰ \div ۱۵ = ۷۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۲ = ۱۴۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۲ = ۱۴۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۲ = ۱۴۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۲ = ۱۴۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۲ = ۱۴۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۱ = ۷۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۷ = ۷۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۱ = ۷۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۷ = ۷۰۰۰$$

$$۷۰۰۰ \times ۱ = ۷۰۰۰$$

$$۱۰۵۰۰۰$$

متوفی: حمیده،

اصل مسأله ۱۲

مقدار ترکه ۱۲۰۰۰

میت

جدۀ صحیحہ	پسر برادر اخیافی	پسر	دختر	دختر	زوج
$(\frac{1}{6})$	محبوب	۲	۲	۱	۱
۲					$(\frac{1}{4})$
					۳

$$12 \times \frac{1}{4} = \frac{12}{4} = 3$$

$$\begin{array}{r|l} 12 & 4 \\ 12 & 3 \\ \hline 00 & \end{array}$$

$$12 \times \frac{1}{6} = \frac{12}{6} = 2$$

$$\begin{array}{r|l} 12 & 6 \\ 12 & 2 \\ \hline 00 & \end{array}$$

$$1000 \times 2 = 2000$$

$$1000 \times 3 = 3000$$

در این مثال، دو هزار سهم جدۀ صحیحہ و سه هزار سهم شوهر می شود. بقیۀ هفت هزار را باید مطابق قواعد ذیل میان دختران و پسران تقسیم نماییم.

متوفی: حمیده،

اصل مسأله ۷

مقدار ترکه ۷۰۰۰

میت

دختر	دختر	پسر	پسر
۱	۱	۲	۲

۱۲۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

$$۷۰۰۰ \times ۷ = ۱۰۰۰۰$$

$$۱۰۰۰ \times ۲ = ۲۰۰۰$$

$$۱۰۰۰ \times ۲ = ۲۰۰۰$$

$$۱۰۰۰ \times ۱ = ۱۰۰۰$$

$$۱۰۰۰ \times ۱ = ۱۰۰۰$$

$$۱۰۰۰ \times ۲ = ۱۰۰۰$$

$$۷۰۰۰$$

در این مثال، هفت هزار باقی مانده را مطابق قاعده پسر سهم دو دختر را می گیرد میان سه دختر و دو پسر تقسیم نمودیم. چون در این مثال ورثه دختر و پسر اند اصل مسأله ۷ است.

فصل پنجم: رد

طبق ماده ۲۰۱۱ ق.م: «هرگاه حصص صاحبان فروض بر متروکه بیشتر گردد، ترکه به تناسب حصص آنها در میراث تقسیم می گردد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که وقتی که سهام ذوی الفروض تمام ترکه را در برنگیرد یا از سهام ذوی الفروض مقداری از آن باقی بماند و عصبه هم در جمله ورثه موجود نباشد تا آن را به اساس عصوبت مستحق شود مال باقیمانده ترکه بعد از سهم ذوی الفروض بار دوم به تناسب سهم ذوی الفروض بالای آنها توزیع می گردد که در اصطلاح علمای میراث به نام رد مسمی گردیده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن رد بر ذوی الفروض است. در این فصل تعریف و شرایط رد (مبحث اول)، مستحقین رد (مبحث دوم)، شرایط و قواعد حل مسأله ردی را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف و مشروعیت

رد در لغت به معنای اعاده و رجوع است.^{۱۰۹} همچنین، رد در لغت به معنی پس دادن، باز گردانیدن و باز دادن است.^{۱۱۰} در اصطلاح علماء میراث تعاریف متعدد برای رد وجود دارد:

(۱) رد عبارت از اعاده باقیمانده ترکه بعد از سهم ذوی الفروض بر آنها به تناسب سهم ذوی الفروض می باشد.

۱۰۹. صلاح سلطان (____). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۱۵۵ (۹ حوت ۱۳۹۸ ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.

۱۱۰. (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 110.

۱۲۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۲) رد عبارت از تنقیص در اصل مسأله و زیادت در سهم ذوی الفروض می باشد. رد ضد عول است، زیرا عول ازدیاد در اصل مسأله و تنقیص در سهم ذوی الفروض است. در مورد رد در قرآن و سنت نصی وارد نگردیده است. بنابراین، علمای اسلام در مورد رد اتفاق نظر ندارند و به شکل زیر در مورد آن اختلاف کرده اند:

۱) زید بن ثابت رضی الله عنه و گروهی از صحابه و مالک و اوزاعی و شافعی معتقدند که باقیمانده ترکه به بیت المال مسلمانان بر می گردد و صحیح نیست که آن را به صاحبان سهام برگردانیم، یعنی بیشتر از سهام معینی که خداوند تعالی به آنها داده است نباید داد.

۲) جمع زیادی از صحابه معتقدند که آنچه که از ترکه باقی می ماند به صاحبان سهام می رسد، هر چند اینها در این امر توافق دارند اما در اینکه به زن و شوهر نیز بر می گردد یا نه اختلاف دارند:

الف) حضرت عثمان بن عفان رضی الله عنه معتقد است که رد به تمام وارثان بر می گردد و فرقی میان آنها در مسأله ردی وجود ندارد و علت این است که اگر مسأله عولی بود از تمام آنها کم می شد، پس شایسته است که طبق قاعده الغرم بالغنم (تقابل ضرر و نفع) رد به آنها نیز برگردد.

ب) حضرت عمر رضی الله عنه، حضرت علی رضی الله عنه و عبدالله بن مسعود رضی الله عنه و ابن عباس رضی الله عنه معتقدند که آنچه که از ترکه باقی می ماند دوباره به صاحبان سهام بجز زن و شوهر بر می گردد و دلایل ایشان عبارتند از:

یک) کلام خداوند تعالی که می فرماید:

﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ

أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿۷۵﴾ - [الانفال: ۷۵]

«کسانی که بعداً ایمان آورده و هجرت نموده و همراه شما جهاد کرده اند اینان از زمره شمایند و خویشاوندان نسبت به یکدیگر [از دیگران] در کتاب خدا تعالی سزاوارترند آری خدا تعالی به هر چیزی داناست.».

۲) ابن ماجه با سند خود از مردی از اهل شام از اصحاب رسول الله صلی الله علیه و آله از پیامبر صلی الله علیه و آله روایت کرده که فرمود:

«من ترک مالاً او حقاً فلورثته، و من ترک کلاً او عیالاً فإلیّ.»^{۱۱۱}

«کسی که مال و حق از خود به میراث بگذارد ورثه وی مستحق آن پنداشته می شود و کسی که قرضدار یا فقیر باشد به سوی من بی آید».

این حدیث در مورد تمام اموالی که به وارثان می رسد، عام است.

3- پیامبر ﷺ سعد بن ابی وقاص را از وصیت افزون بر $\frac{1}{3}$ (ثلث) منع کرده است هر چند که می دانست که سعد تنها یک دختر داشت و سهم او $\frac{1}{2}$ (نصف) است و باقیمانده را به رد می گیرد. اما علت اینکه رد به غیر زن و شوهر بر می گردد، این است که زن و شوهر جزو ذوی الارحام نیستند و رابطه ازدواج با مرگ به انتها می رسد پس باقیمانده ترکه به آنها بر نمی گردد.

ق. م در مورد رد از نظر حضرت عمر رضی الله عنه و علی رضی الله عنه و ابن مسعود رضی الله عنه و ابن عباس رضی الله عنه پیروی نموده است و طبق آن رد به تمام وارثان بجز زن و شوهر بر می گردد. پس اگر یکی از زن و شوهر و ذوی الارحام وجود داشته باشد، شوهر $\frac{1}{2}$ (نصف) و ذوی الارحام باقیمانده ترکه را می گیرد. و اگر ذوی الارحام وجود نداشته باشد یکی از زن و شوهر سهم خود را می گیرد و بقیه ترکه را نیز به رد می گیرد و این بر اساس مصلحت است.

مبحث دوم) مستحقین رد

در خصوص مستحقین رد ماده ۲۰۴۲ فقره های اول و دوم ق. م تصریح نماید که: «(۱) هرگاه ذوی الفروض تمامی متروکه را در بر نگیرد و عصبه وجود نداشته باشد، باقیمانده فروض به استثنای زوجین متناسب به حصص فروض بالای ذوی الفروض توزیع می شود؛ و (۲) اگر یکی از عصبه نسبی یا یکی از ذوی الفروض یا ذوی الارحام موجود نباشد، باقی مانده متروکه به یکی از زوجین رد می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

(۱) هرگاه ذوی الفروض سهم خویش را بگیرند و مقداری از ترکه باقی بماند و عصبه [نسبی] وجود نداشته باشد، باقیمانده فروض به تناسب سهم ذوی الفروض (به غیر از زوجین) میان آنها توزیع می شود. چنانچه گفته شد، ذوالفروض دو نوع است: ذوی الفروض نسبی که از همدیگر براساس نسب ارث می برند مانند پدر، جد صحیح،^{۱۱۲} برادر مادری، دختر، خواهر عینی، خواهر

۱۱۲. با آنکه پدر و جد صحیح از جمله ذوی الفروض نسبی اند، در عمل باقیمانده ترکه بر آنها رد نمی گردد، زیرا پدر و جد صحیح همواره از جمله ذوی الفروض و عصبات و یا صرف عصبات اند و در صورتی که پدر و جد صحیح در مسأله باشند، اصلاً رد پیش نمی آید، زیرا رد در صورت موجودیت عصبات مطرح نمی شود (صلاح سلطان (—)). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۱۵۸ (۹ حوت 1398 ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.

۱۲۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

پدری، دختر پسر هر چند درجه او پایین برود، خواهر مادری، مادر و جدۀ صحیحه. ذوی الفروض سببی که براساس ازدواج از همدیگر ارث می برند مانند زوجه و زوج. در صورت وجود عصبات نسبی رد صورت نمی گیرد، زیرا باقی ترکه را عصبات نسبی می گیرند. پرسش این است که چرا متروکه در صورت عدم موجودیت عصبات بر یکی از زوجین رد نمی گردد؟ در خصوص دلیل این قاعده، برخی فقهاء بر این نظر اند که زوجین از جمله ذوی الفروض سببی اند و رابطه ازدواج آنها با مرگ خاتمه می یابد، در حالی که رابطه ذوی الفروض نسبی با مرگ خاتمه پیدا نمی کند.^{۱۱۳} بنابراین، رابطه نسبی نسبت به رابطه سببی قوی تر است و به همین دلیل رد بر زوجین صورت نمی گیرد.

(۲) در صورتی که عصبه نسبی (عصبه بالنفس، عصبه بالغیر و عصبه مع الغیر که تفصیل آن گذشت) وجود نداشته باشد، ذوی الارحام مستحق باقیمانده ترکه شناخته می شوند. در صورت نبود ذوی الارحام، باقی مانده ترکه به ذوی الفروض سببی؛ یعنی یکی از زوجین رد می گردد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید در ق. م پذیرفته شده است و ترتیب آن قرار ذیل است:

(۱) در صورتی که ذوی الفروض سهم خویش را بگیرند و مقداری از ترکه باقی بماند، عصبات نسبی مستحق آن می شوند؛

(۲) در صورتی که عصبات نسبی وجود نداشته باشد، باقی مانده ترکه بر ذوی الفروض نسبی رد می گردد.

(۳) در صورتی که ذوی الفروض نسبی وجود نداشته باشد، ذوی الارحام مستحق ترکه شناخته می شوند؛

(۴) در صورت نبود ذوی الارحام باقی مانده ترکه بر یکی از زوجین رد می گردد. بنابراین، هرگاه زوج وفات نماید و هیچ طفل نداشته باشد، زوجه مستحق ربع ($\frac{1}{4}$) از طریق فرضیت شناخته می شود و باقی ترکه را از طریق رد مستحق می شود. قرار گرفتن یکی از زوجین بعد از ذوی الارحام عملی نیست. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و از احمد ماما و زوجه بماند و یک مقدار مال احمد باقی بماند، زوجه احمد مستحق باقیمانده مال نمی شود و مامای احمد مستحق باقیمانده مال به دلیل ذورحم بودن می شود مانند مثال ذیل:

_____ ت

ماما

زوجه

ذوی الارحام

($\frac{1}{4}$)

در این مثال، حمیده مستحق ۱۰۰۰ افغانی می شود و بقیه ۳۰۰۰ افغانی به مامای احمد تعلق می گیرد.

علمای اسلام در مورد رد اتفاق نظر ندارند و به شکل زیر در مورد آن اختلاف کرده اند:

۱- زید بن ثابت رضی الله عنه و گروهی از صحابه و امام مالک رضی الله عنه و اوزاعی و امام شافعی رضی الله عنه معتقدند که باقیمانده ترکه به بیت المال مسلمانان بر می گردد و صحیح نیست که آن را به صاحبان سهام برگردانیم، یعنی بیشتر از سهام معینی که خداوند جل جلاله به آن ها داده است نباید داد. مثلاً اگر یک دختر ارث می گیرد و او تنها وارث است، جایز نیست که باقی را نیز به او داد، چون خداوند جل جلاله بیشتر از برای او تعیین نکرده است. این تعدیل فرض خداوند جل جلاله و تعدی به حدود خداوند جل جلاله است.

۲- جمع زیادی از صحابه معتقدند که آنچه که از ترکه باقی می ماند به صاحبان سهام می رسد، هر چند این ها در این امر توافق دارند اما در اینکه به زن و شوهر نیز بر می گردد یا نه اختلاف دارند:
الف- عثمان بن عفان رضی الله عنه معتقد است که رد به تمام وارثان بر می گردد و فرقی میان آن ها در مسأله ردی وجود ندارد و علت این است که اگر مسأله عولی بود از تمام آن ها کم می شد، پس شایسته است که طبق قاعده «الغنم بالغرم» (تقابل ضرر و نفع: شخصی که از کاری سود ببرد باید خسارت آن را پرداخت نماید) رد به آن ها نیز بر گردد.

ب- حضرت عمر رضی الله عنه، حضرت علی رضی الله عنه و عبدالله بن مسعود رضی الله عنه و ابن عباس رضی الله عنه معتقدند که آنچه که از ترکه باقی می ماند دوباره به صاحبان سهام بجز زن و شوهر بر می گردد و دلایلشان عبارتند از:

۱- کلام خداوند جل جلاله که می فرماید: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ

اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿ - [الأَنْفَال: ۷۵]

«و خویشاوندان نسبت به یکدیگر [از دیگران] در کتاب خدا سزاوارترند آری خدا ﷻ به هر چیزی داناست.»

۲- حدیث پیامبر ﷺ که می فرماید:

«من ترک مالاً او حقاً فلورثته، و من ترک کلاً او عیالاً فإلیّ»^{۱۱۴}.

«کسی که مال و حق از خود به میراث بگذارد ورثه وی مستحق آن پنداشته می شود و کسی که قرضدار یا فقیر باشد به سوی من بی آید.»

این حدیث در مورد تمام اموالی که به وارثان می رسد، عام است.

۳- پیامبر ﷺ سعد بن ابی وقاص را از وصیت افزون بر منع کرده است هر چند که می دانست

که سعد تنها یک دختر داشت و سهم او (¼) است و باقیمانده را به رد می گیرد.

اما علت اینکه رد به غیر زن و شوهر بر می گردد، این است که زن و شوهر جزو ذوی الارحام نیستند و رابطه ازدواج با مرگ به انتها می رسد پس باقیمانده ترکه به آنها بر نمی گردد.

اما، برخی فقهای معاصر مانند صلاح سلطان بر این نظر اند که: «ولی به نظر من رأی راجح، صحت رد به تمام وارثان است که شامل زن و شوهر نیز می شود به دلایل زیر:

۱- عام بودن این حدیث پیامبر ﷺ:

«من ترک مالاً او حقاً فلورثته، و من ترک کلاً او عیالاً فإلیّ»^{۱۱۵}.

«کسی که مال و حق از خود به میراث بگذارد ورثه وی مستحق آن پنداشته می شود و کسی که قرضدار یا فقیر باشد به سوی من بی آید.»

شکی نیست که زن و شوهر نیز وارث هستند.

۲- آیه:

﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ - [الأنفال:

[۷۵

«و خویشاوندان نسبت به یکدیگر [از دیگران] در کتاب خدا سزاوارترند آری خدا ﷻ به هر چیزی داناست.»

۱۱۴. متفق علیه بین البخاری و مسلم و أحمد.

۱۱۵. متفق علیه بین البخاری و مسلم و أحمد.

برای تاکید بر این امر نازل شده که مانع ارث از طریق پیمان و معاهده و مناصره (یاری و کمک به همدیگر) شود مثل آنچه که میان مهاجرین و انصار روی داده بود. هر چند که ملاک عام بودن لفظ است نه خاص بودن سبب، افاده این امر را می کند که علت ارث قرابت و رحم است و این امر در رد مشهور نیست و دلیل دیگری است که جایز است ارث زن و شوهر نیز رد شود.

۳- قاعده شرعی الغنم بالغرم که در بالا ذکر شد اساس و بنای تمامی معاملات است و مقتضی این است که ارث به زوجین نیز رد می شود همچنانکه در عول دچار کاستی می شوند و این جزء عدالت شرعی است که فروع شرعی بر آن استوار است و گرنه چرا زن و شوهر در عول استثنا نمی شوند و فقط هنگام رد استثنا می شوند؟

۴- اینکه رابطه زوجیت و ازدواج با مرگ به پایان می رسد یک امر غیر مسلم است و گرنه چرا زن از شوهر و شوهر از زنش ارث می برد؟ و چرا شوهر از مال خودش اقدام به کفن و دفن و مراسم خاکسپاری زنش می کند نه از مال زنش؟ پس اینها نشانه استمرار زوجیت است و یکی از علل ارث همچنانکه قبلاً بیان شد، زوجیت و ازدواج است وارث نیز فقط با وفات مورث متحقق می شود و قرآن بر این امر نص قاطع دارد:

﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ - [النساء: ۱۲]

«و نیمی از میراث همسرانتان از آن شما [شوهران] است اگر آنان فرزندی نداشته باشند و اگر فرزندی داشته باشند یک چهارم ماترک آنان از آن شماست [البته] پس از انجام وصیتی که بدان سفارش کرده اند یا دینی [که باید استثنا شود].»

و این جز بعد از مرگ محقق نمی شود، پس چگونه به انتهای زوجیت حکم می کنیم در حالی که یکی از علل ارث است؟ و اگر ازدواج حقیقتاً یا حکماً اتمام شده تلقی می شد، چیزی به فرض یا رد مستحق زن و شوهر نمی شد.

۵- مرگ زن باعث حلال شدن ازدواج شوهر با مادرش نمی شود و پسرش نیز نمی تواند با خاله اش ازدواج کند و سایر مواردی که نشان دهنده و مؤکد استمرار آثار احکام ازدواج و نص شریعت است که آنها می توانند در آخرت نیز زن و شوهر باشند خواه در بهشت (أَدْخُلُوا الْجَنَّةَ أَنْتُمْ

۱۳۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

وَأَزْوَاجُكُمْ تَحْبِرُونَ [الزخرف: ۷۰] یا در جهنم (أَحْشَرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَ مَا كَانُوا يَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ) [الصافات: ۲۲-۲۳] باشند. ۱۱۶

به نظر می رسده هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن رد و شناسایی و تشخیص افرادی که مستحق رد اند می باشد.

مبحث سوم) شرایط رد و حل مسأله ردی

برای رد تحقق سه شرط ضروری است:

- ۱) وجود ذوی الفروض. زیرا، در صورت عدم موجودیت ذوی الفروض عصبات مستحق ترکه شناخته می شوند و ترکه به دلیل عدم موجودیت ذوی الفروض به آنها رد نمی گردد؛
- ۲) عدم موجودیت عصبات، زیرا در صورت وجود عصبات، آنها باقیمانده ترکه را مستحق می شوند؛

۳) باقیماندن یک مقدار ترکه بعد از تقسیم ترکه میان ذوی الفروض. ۱۱۷

به اعتبار وجود و عدم وجود یکی از زوجین رد به چهار دسته تقسیم می شود:

- ۱) اگر در یک مسأله یکی از زوجین همراه با سایر ذوی الفروض وجود داشته باشد، یکی از زوجین سهم خود را از اصل مسأله می گیرد و آنچه بعد از سهم یکی از زوجین در ترکه باقی می ماند، برای ذوی الفروض دیگر غیر از زوجین به تناسب سهم آنها داده می شود مانند مثال زیر:

متوفی: زوجه، اصل مسأله ۶ مقدار ترکه ۱۲۰۰۰

م	شوهر	مادر	مامای مادری
	($\frac{1}{2}$)	($\frac{1}{3}$)	ذوی الارحام
	۲	۳	
	۴۰۰۰	۶۰۰۰	

$$۱۲۰۰۰ \div ۶ = ۲۰۰۰$$

$$۲۰۰۰ \times ۳ = ۶۰۰۰$$

$$۲۰۰۰ \times ۲ = ۴۰۰۰$$

۱۱۶. همان، صلاح سلطان، ص ۱۹۹.

۱۱۷. همان، صلاح سلطان، ص ۱۵۵.

۴) در صورتی که در مسأله یکی از زوجین وجود نداشته باشد، و ورثه از اصناف مختلف باشد، مجموعه سهام وارثین اصل مسأله قرار می گیرد^{۱۱۸} مانند مثال ذیل:

اصل مسأله ۶ مقدار ترکه ۱۲۰۰۰۰ افغانی

مادر	خواهر علاتی	خواهر اخیافی
$\left(\frac{1}{6}\right)$	$\left(\frac{1}{2}\right)$	$\left(\frac{1}{6}\right)$
۱	۳	۱
۲۰۰۰	۶۰۰۰	۲۰۰۰

$$۱۲۰۰۰ \div ۶ = ۲۰۰۰$$

$$۲۰۰۰ \times ۱ = ۲۰۰۰$$

$$۲۰۰۰ \times ۱ = ۲۰۰۰$$

$$۲۰۰۰ \times ۳ = ۶۰۰۰$$

$$۱۰۰۰۰$$

در این صورت، سهم مادر و دو خواهر ۱۰۰۰۰ افغانی می شود و ۲۰۰۰ افغانی باقی می ماند. در این صورت، اصل مسأله را از مجموعه سهام ورثه می سازیم که ۵ می شود زیرا باید تناسب میان سهم رعایت شود. مانند مثل زیر:

اصل مسأله ۵ مقدار باقی ترکه ۲۰۰۰۰ افغانی

مادر	خواهر علاتی	خواهر اخیافی
۱	۳	۱
۲۰۰۰	۶۰۰۰	۲۰۰۰

$$۲۰۰۰ \div ۵ = ۴۰۰$$

$$۴۰۰ \times ۱ = ۴۰۰$$

$$۴۰۰ \times ۱ = ۴۰۰$$

۱۱۸. عبدالعزیز عزیز (___). احکام میراث از نگاه فقه و قانون، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی ها دانشگاه ها، صص ۱۸۰-۱۸۴.

۱۳۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

$$۴۰۰ \times ۳ = ۱۲۰۰$$

$$۲۰۰۰$$

فصل ششم: عول

به نظر می‌رسد در تقسیم ترکه سه حالت وجود دارد. اول: مساوی بودن مجموعه سهام با اصل مسأله. در این صورت، ضرورت به رد و یا عول نیست. دوم: کم بودن بودن مجموعه سهام ورثه از اصل مسأله. در این صورت، ضرورت به رد است. سوم: کم بودن اصل مسأله از مجموعه سهام ورثه. در این صورت، ضرورت به عول است که در جدول ذیل ارایه می‌گردد:

مجموعه سهام ورثه مساوی با اصل مسأله = تقسیم	
مجموعه سهام ورثه کمتر از اصل مسأله = رد	
مجموعه سهام ورثه بیشتر از اصل مسأله = عول	

تفصیل بحث مساوی بودن و رد در فصل‌های قبلی گذشت. در این فصل تعریف عول (مبحث اول)، پیشینه عول (مبحث دوم) و حل مسأله عولی (مبحث سوم) را مورد بحث قرار می‌دهیم.

مبحث اول) تعریف عول

عول در لغت به معنای ظلم و ستم کردن است. همچنین، عول به معنی انصراف از حق و نیز زیاد و کم شدن ترازو است. چون به سبب عول به فرض مقدره هر یک از ذوی الفروض نقص اندکی وارد می‌شود و نوعی ظلم شکلی ایجاد می‌شود، به همین علت این پدیده میراثی را عول نام نهاده‌اند. در اصلاح فقهی عول عبارت از: کم کردن از مقادیر سهام و افزودن به تعداد آنها را عول می‌نامند. به عنوان مثال، هرگاه ورثه متوفی عبارت باشند از شوهر، مادر، سه خواهر پدري و دو خواهر مادری، ترکه میت به این طریق بین آنان تقسیم می‌شود: شوهر نصف $(\frac{1}{2})$ ، مادر سدس $(\frac{1}{6})$ ، خواهر

۱۰۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

پدری ثلثان (۳) و خواهران مادری (اخیافی) ثلث (۳). در این مثال، اصل مسأله عدد ۶ است، ولی مجموع کسور صاحبان فرض عدد ۱۰؛ پس مسأله از ۶ به ۱۰ عول می نماید.

در این حالت، می بینیم که صاحبان فرض سهام واقعی خود را نگرفته اند، مجوزی نیز نداریم که بتوانیم نصیب بعضی را کامل بدهیم و بعضی دیگر را ناقص. پس، ناگزیر می شویم نقص را بر همه اصحاب فرض وارد کنیم. این عمل شبیه تقسیم مال مقروض بین داینین، به نسبت مقدار دیون آنهاست و این در صورتی است که مال مدیون تکافوی کلیه دیون را نکند.

مبحث دوم) پیشینه

در مورد عول در قرآن نص صریحی وجود ندارد. در زمان پیامبر ﷺ و زمان خلافت حضرت ابوبکر صدیق رضی الله عنه نیز واقعه ای به وقوع نپیوست که موجب اجرای عول شود.

اما، اولین مورد عول در زمان حضرت عمر رضی الله عنه اتفاق افتاد: ابن عباس رضی الله عنه در این باره چنین می گوید:

«اولین کسی که فرایض را عول کرد، حضرت عمر رضی الله عنه بود. وقتی که ازدحام فروض پیش آمد گفت: نمی دانم که خداوند جل جلاله کدام یک از شما را بر دیگری مقدم داشته و در عین حال امری است که باید از آن پرهیز کرد و سپس گفت: چیزی نمی یابم که بر من سهل آید، مگر اینکه ترکه را به نسبت سهام به شما بدهم و بر هر ذی حقی عول فریضه را وارد کنم.»

پس از حضرت عمر رضی الله عنه مسأله عول اجماعی شد و هیچ یک از صحابه بجز ابن عباس رضی الله عنه با آن مخالفت نکردند. اولین حادثه که در عهد حضرت عمر رضی الله عنه اتفاق افتاد و به عول انجامید مرگ زنی بود که از او شوهر و دو خواهر پدری و مادری به جای مانده بود.

در آن مسأله، سهم شوهر نصف (۲) (سه سهم) و سهم خواهران ثلثان (۳) (۴ سهم) و مجموع سهام ۷ سهم می شد، در حالی که اصل مسأله ۶ بود. ورثه های مذکور نیز سهم واقعی خودشان را طلب می کردند. حضرت عمر رضی الله عنه گفت: نمی دانم کدام یک شما را مقدم و کدام یک را مؤخر بدارم. اگر سهم واقعی شوهر را بدهم، نصیب دو خواهر ناقص خواهد شد؛ و اگر سهم واقعی دو خواهر را بدهم، بر سهم شوهر نقص وارد می شود.

در این وقت با صحابه مشورت کرد. زید بن ثابت رضی الله عنه عول را به ایشان پیشنهاد کرد و حضرت عمر رضی الله عنه پذیرفت، صحابه نیز آن را تأیید کردند و مسأله به صورت اجماع در آمد. ۱۱۹

مبحث سوم) حل مسأله عولی

در صورت عول، اصل مسأله با مجموعه سهام مساوی نیست بلکه اصل مسأله از مجموعه سهام کمتر است. در این صورت، اصل مسأله را تغییر داده و مساوی به مجموعه سهام می نماییم که در ذیل مثال آن ارایه می گردد.

اصل مسأله ۶

—————			
شوهر	مادر	دو دختر	دو خواهر اخیافی
$\left(\frac{1}{2}\right)$	$\left(\frac{1}{6}\right)$	$\left(\frac{2}{3}\right)$	$\left(\frac{1}{3}\right)$
۳	۱	۴	۲

در این مثال اصل مسأله ۶ است زیرا $\left(\frac{1}{2}\right)$ از دسته اول و $\left(\frac{2}{3}\right)$ و $\left(\frac{1}{6}\right)$ و $\left(\frac{1}{3}\right)$ از دسته دوم است. بنابراین، شش بر همه قابل تقسیم است. هرگاه مجموع سهام ورثه را جمع نماییم، مجموعه آن ۱۰ می شود که از اصل مسأله بیشتر است. در این صورت، اصل مسأله را از ۶ به ۱۰ تغییر می دهیم و بقیه قواعد تقسیم ترکه را بر آن تطبیق می نماییم که در ذیل مثال آن ارایه می گردد.

اصل مسأله ۱۰

—————			
شوهر	مادر	دو دختر	دو خواهر اخیافی
$\left(\frac{1}{2}\right)$	$\left(\frac{1}{6}\right)$	$\left(\frac{2}{3}\right)$	$\left(\frac{1}{3}\right)$
۳	۱	۴	۲

مثال دیگر:

اصل مسأله ۶

—————		
دو خواهر حقیقی	مادر	شوهر

$\left(\frac{1}{2}\right)$	$\left(\frac{1}{6}\right)$	$\left(\frac{2}{3}\right)$
۳	۱	۴

در این مثال اصل مسأله ۶ است زیرا $\left(\frac{1}{2}\right)$ از دسته اول و $\left(\frac{2}{3}\right)$ و $\left(\frac{1}{6}\right)$ از دسته دوم است. هرگاه مجموع سهام ورثه را جمع نماییم، مجموعه آن ۸ می شود که از اصل مسأله بیشتر است. در حالی که اصل مسأله ۶ است. در این صورت، اصل مسأله را از ۶ به ۸ تغییر می دهیم و بقیه قواعد تقسیم ترکه را بر آن تطبیق می نماییم که در ذیل مثال آن ارایه می گردد.

اصل مسأله ۸

_____ ت		
شوهر	مادر	دو دختر صلبی
$\left(\frac{1}{2}\right)$	$\left(\frac{1}{6}\right)$	$\left(\frac{2}{3}\right)$
۳	۱	۴

در خصوص مسایل عول پذیر و غیرعول پذیر فقهاء و حقوقدانان رساله ها و مقاله های متعدد نوشته اند و براساس تجارب نشان داده اند که کدام اعداد عول پذیر اند و کدام اعداد عول نیستند. به عنوان مثال، برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که: اصولی که عول را نمی پذیرند عبارت اند از: ۸، ۴، ۳ و ۲. اما، اصولی را که عول را می پذیرند عبارت اند از: ۶، ۱۲ و ۲۴. عدد ۶ به ۷، ۸، ۹ و ۱۰ عول می کند. عدد ۱۲ به عدد ۱۳، ۱۵ و ۱۷ عول می کند. عدد ۲۴ فقط به عدد ۲۷ عول می کند. ۱۲۰.

برای این که تشخیص دهیم مجموعه سهام ورثه با اصل مسأله مساوی است، کمتر است و یا زیادتر و مسأله مساوی، ردی و یا عولی است راه آسان این است که مخارج های مجموعه سهام ورثه را شمار بکنیم. اگر مخارج مجموعه سهام با اصل مسأله مساوی بود، مسأله ردی و یا عولی نیست. اگر مجموعه مخارج سهام ورثه از اصل مسأله کمتر بود، مسأله ردی است. اگر مجموعه مخارج سهام ورثه از اصل مسأله بیشتر بود، مسأله عولی است.

فصل هفتم: ارث ذوی الارحام

چنانچه گفته شد، مستحقین ارث به سه دسته تقسیم می شود: ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام. مباحث مربوط به ذوی الفروض و عصبات گذشت. در این فصل تعریف ذوی الارحام (مبحث اول)، ارث ذوی الارحام (مبحث دوم)، طبقات ذوی الارحام (مبحث سوم) و ارث هر طبقه را (مبحث چهارم) مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف ذوی الارحام

ذوی الارحام مرکب از دو کلمه است: ذوی که در لغت به معنی صاحبان است و ارحام. ارحام جمع رَحْم و رَحْم است که در لغت به معنای منزل و محل اسکان جنین در شکم مادر است. رحم همچنین به معنای مطلق قرابت است. بنابراین، ذوی الارحام در لغت به معنی صاحبان قرابت و خویشاوندی است. در اصطلاح فقهی و حقوقی تعاریف مختلف برای ذوی الارحام وجود دارد:

۱) ذوی الارحام عبارت از خویشاوندانی هستند که نه از طریق فرض و نه از طریق عصوبت ارث می برند و در صورت انفراد تمامی ماترک از آنها است، مانند: فرزندان دختر، جدۀ فاسده، جد فاسد، ماما، خاله و سایر خویشاوندان که عصبه و صاحب فروض نیستند.^{۱۲۱}

۲) هر خویشاوندی که از جمله ذوی الفروض و عصبات نیست، ذوی الارحام است.

مبحث دوم) استحقاق ارث ذوی الارحام

سؤال این است که آیا طبق ق. م ذوی الارحام مستحق میراث شناخته می شوند؟ در خصوص این سؤال ماده ۲۰۴۳ فقره (۱) ق. م می گوید: «(۱) هرگاه هیچ يك از عصبات و اصحاب فروض

۱۲۱. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۸۵۰ و ۷۸۵۱؛ محمد محمد يوسف موسى (____). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، ص ۱۵۰؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران: انتشارات محمدی سقر، ص ۶۳۰.

۱۱۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

نسبی وجود نداشته باشند، تمام متروکه یا باقیمانده آن به ذوی الارحام پرداخته می شود.». طبق نص این ماده در صورت نبود ذوی الفروض و عصباء، ذوی الارحام مستحق ارث شناخته می شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن ذوی الارحام به عنوان ورثه است.

فقهاء در مورد توریث ذوی الارحام اختلاف دارند:

زید بن ثابت رضی الله عنه و در یک روایت ابن عباس رضی الله عنهما معتقد به منع ارث بردن آنها هستند و این عقیده مالک، اوزاعی، ابو ثور، شافعی، داود و ابن جریر طبری نیز است. اینها معتقدند که وقتی صاحب سهام معین یا عصبه وجود نداشته باشد، بیت المال استحقاق گرفتن ارث را دارد و به دلایل زیر استدلال می کنند:

(۱) عطاء بن یسار روایت کرده که رسول الله صلی الله علیه و آله در قباء برای عمه و خاله استخاره کرد و فرمود:

«أخبرني جبريل أن لا شيء لهما.»^{۱۲۲}

«جبریل به من خبر داد که آنها مستحق چیزی نمی شوند.»

(۲) خداوند جل جلاله سهم هر یک از وارثان را به فرض (سهم معین) یا تعصیب مشخص کرده است و اگر ذوی الارحام نیز سهمی داشتند حتماً آن را بیان می کرد، چرا که خداوند جل جلاله در مورد خودش می فرماید:

﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ - (مریم/۶۴)

«و پروردگار تو فراموش کار نیست.»

حضرت عمر رضی الله عنه، حضرت علی رضی الله عنه و ابن مسعود رضی الله عنه و ابوعبیده بن جراح رضی الله عنه و معاذ بن جبل رضی الله عنه و ابوالدرداء رضی الله عنه و شریح و عمر بن عبدالعزیز و عطاء و طاوس و علقمه و مسروق و اهل کوفه و احمد بن حنبل رضی الله عنه و ابوحنیفه رضی الله عنه معتقد به ارث گرفتن ذوی الارحام هستند وقتی که صاحب فروض یا عصبه وجود نداشته باشد. دلایل ایشان قرار ذیل است:

(۱) کلام خداوند جل جلاله:

^{۱۲۲}. رواه أبو داود في المراسيل.

﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ

أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ - [الانفال: ٧٥]

«کسانی که بعداً ایمان آورده و هجرت نموده و همراه شما جهاد کرده‌اند اینان از زمره شمایند و خویشاوندان نسبت به یکدیگر [از دیگران] در کتاب خدا ﷻ سزاوارترند آری خدا ﷻ به هر چیزی داناست.»

پس وقتی از میان کسانی که در قرآن و سنت نبوی به عنوان وارث معین آمده‌اند وجود نداشته باشد، ذوی الارحام به ارث اولیتر هستند.

(۲) وَعَنْ الْمُقْدَامِ بْنِ مَعْدِيكَرِبَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْخَالُ وَارِثٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ». ۱۲۳

«از مقدم بن معدیکرِب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ روایت است که رسول خدا ﷺ فرمود: «ماما وارث کسی است که وارثی ندارد.»

(۳) وَعَنْ أَبِي أَمَامَةَ بْنِ سَهْلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: كَتَبَ عُمَرُ إِلَى أَبِي عُبَيْدَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «اللَّهُ وَرَسُولُهُ مَوْلَى مَنْ لَا مَوْلَى لَهُ وَالْخَالُ وَارِثٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ». ۱۲۴

«ابو امامه بن سهل رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ می گوید: عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نامه ای همراه من برای ابو عبیده رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (فرستاد، و) نوشت، همانا رسول خدا ﷺ فرمود: «خداوند و رسولش، (سرپرست و) ولی کسی هستند که ولی (وسرپرست) ندارد، و ماما وارث کسی است که وارثی ندارد.»

(۴) ذوی الارحام از دو طریق با شخص مرده ارتباط دارند: قرابت و اسلام، ولی بیت المال تنها از یک طریق با شخص مرده ارتباط دارد که اسلام است، پس ذوی الارحام اولیتر هستند.

(۵) حدیثی که روایت شده که پیامبر ﷺ گفتند که عمه و خاله ارث ندارند، حدیث مرسل است و ضعیف است و در آن باب قول صحیح تر از آن وجود دارد که هنگام ترجیح ما قول صحیح تر را بر می‌گزینیم، مخصوصاً وقتی که ظاهر قرآن آن را تقویت کند:

۱۲۳. أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ وَالْأَزْبَعَةُ سَوَى التِّرْمِذِيِّ وَحَسَنُهُ أَبُو زُرْعَةَ الرَّازِي وَصَحَّحَهُ ابْنُ حِبَّانَ وَالْحَاكِمُ.

۱۲۴. رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالْأَزْبَعَةُ سَوَى أَبِي دَاوُدَ وَحَسَنُهُ التِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ ابْنُ حِبَّانَ.

﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ - (انفال/ ۷۵)

«و خویشاوندان نسبت به یکدیگر [از دیگران] در کتاب خدا سزاوارترند آری خدا عزوجل به هر چیزی داناست.».

(۶) با فرض اینکه حدیث به پیامبر هیرسد، می توان آن را این گونه نیز تأویل کرد که قبل از نزول آیه انفال بوده است، یا شاید آنها سهم مشخصی مثل پدر یا مادر و دیگران ندارند یا شاید صاحبان فروض یا عصبه همراه آنها بوده و پیامبر صلی الله علیه و آله حکم کردند که آنها ارث نمی برند.

نظر دوم راجح است و ق. م نیز از آن پیروی نموده است. ۱۲۵

مبحث سوم) اصناف ذوی الارحام

طبق ماده ۲۰۴۳ فقره دوم ق. م: «(۲) ذوی الارحام را چهار صنف ذیل تشکیل می دهد که بالترتیب یکی بر دیگری در ارث مقدم شناخته می شود:

- ۱ - اولاد دختران، گرچه مراتب آنها تنزیل نماید و اولاد دختران پسر، گرچه تنزیل درجه نمایند.
- ۲ - جد غیر صحیح، گرچه درجه او بالا برود و جده غیر صحیح، گرچه درجه او بالا شود.
- ۳ - پسران برادران مادری و اولاد آنها، گرچه درجه آنها تنزیل نماید و اولاد خواهران عینی یا پدری یا مادری. گرچه مراتب آنها تنزیل کند و دختران برادران عینی یا پدری یا مادری و اولاد آنها، گرچه مراتب تنزیل نماید و دختران پسران برادر عینی یا پدری، گرچه مراتب آنها تنزیل نماید و اولاد آنها، گرچه تنزیل درجه نمایند.
- ۴ - مشمولین شش طایفه آتی بعضی بر بعضی دیگر به ترتیب ذیل در استحقاق ارث، مقدم می باشند:

الف - کاکاهای مادری میت و عمه های او و ماما های او، خاله های عینی یا پدری یا مادری او.
ب - اولاد طایفه هایی که در جزء (الف) درج گردیده گرچه مراتب آنها تنزیل نماید و دختران کاکاهای میت عینی یا پدری باشد و دختران پسران آنها، گرچه درجه آنها تنزیل نماید و اولاد همه آنهايي که در این تصریح ذکر شدند، گرچه درجه آنها تنزیل کند.

۱۲۵. جهت مطالعه مفصل و دلایل هر نظر ر. ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۸۵۱-۷۸۵۴؛ و اسعد شیخ الاسلامی اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیة در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، صص ۴۷-۵۰.

ج - کاکاهای مادری پدر میت، عمه ها، ماماها و خاله های پدر میت اعم از اینکه عینی یا پدری یا مادری باشند و کاکاهای مادر میت، عمه ها، ماماها و خاله های مادر میت، اعم از اینکه عینی یا پدری یا مادری باشند.

د - اولاد طایفه های مندرج جزء (ج) گرچه مراتب آنها تنزیل نماید و دختران کاکا های عینی یا پدری میت و دختران پسران آنها، گرچه درجه آنها تنزیل نماید و اولاد دختران اشخاص مذکور، گرچه تنزیل یابند.

ه - کاکاهای پدر، پدر مادر میت و کاکاهای پدر مادر میت و کاکاهای مادر مادر میت و کاکاهای مادر پدر میت و عمه ها و ماماها و خاله های همه آنها، اعم از اینکه عینی یا پدری یا مادری باشند.

و - اولاد طایفه های مندرج جزء (ه) گرچه تنزیل نمایند و دختران کاکا های عینی یا پدری پدر، پدر متوفی و دختران پسران آنها گرچه تنزیل درجه نمایند و اولاد اشخاصی که در این جزء درج گردیده اند، گرچه در درجه پائین قرار داشته باشند.».»

نص این ماده که گرفته شده از فقه است.^{۱۲۶} از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: اول این که ذوی الارحام به چهار دسته تقسیم می شوند. با توجه به این که حفظ افرادی که در این چهار طبقه پیش بینی شده است بسیار مشکل است، برخی فقها آنها را طور ذیل خلاصه کرده اند:

(۱) فروع متوفی: مانند دختران دختر؛

(۲) اصول متوفی: مانند جد فاسد و جد فاسد؛

(۳) فروع پدر و مادر متوفی: مانند فرزندان و دختران خواهر؛

(۴) فروع پدر کلان و مادر کلان: مانند ماماها و خاله ها.^{۱۲۷}

دوم این که طبق نص این ماده، طبقه اول ذوی الارحام، موجب حجب طبقه دوم، طبقه دوم موجب حجب طبقه سوم و طبقه سوم موجب حجب طبقه چهارم می گردد، زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده از حق تقدم یک طبقه بر طبقه دیگر بالترتیب سخن می گوید. مبنای نص این ماده،

۱۲۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۸۵۴-۷۸۵۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۶۳۲ و ۶۳۴.
۱۲۷. جهت مطالعه مفصل در مورد ر. ک: داد محمد نذیر (۱۳۹۵). حقوق میراث، چاپ ششم، کابل: انتشارات حامد رسالت، ص ۱۳۰.

۱۱۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

جهت قرابت است که به موجب آن جهت بنوت بر ابوت، ابوت بر اخوت و اخوت بر عمومیت برتری دارد. در طبقه چهارم نیز برخی بر برخی ارجحیت دارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای افرادی که شامل ذوی الارحام می شوند و بیان حکم تقدم یک طبقه بر طبقه دیگر است. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. در این خصوص در فقه سه نظریه وجود دارد:

(۱) **طریقه اهل رحم:** اهل این طریقه رحم را اساس استحقاق میراث ذوی الارحام قرار داده، فرقی را در بین ذوی الارحام به اساس قرب درجه و بعد آن، تأیید و تذکیر و صنف آنها قائل نبوده تمام آنها را چه قریب باشند یا بعید مؤنث باشند یا مذکر و در هر صنفی که قرار داشته باشند مساویانه مستحق میراث می دانند. به حیث مثال، در صورتی که ورثه میت دختر پسر، دختر دختر، ماما، خاله، عمه، دختر خواهر و پسر خواهر باشد تمام آنها مشترکاً به صورت مساویانه نزد اینها مستحق میراث هستند. این طریقه از نظر عدم توافق آن با اساسات میراث اکنون نزد علماء میراث مهجور قرار گرفته است.

(۲) **طریقه اهل تنزیل:** اهل این طریقه مانند: علقمه، شعبی، مسروق، حسن بن زیاد و علمای مذهب حنبلی و علمای مذهب مالکی و شافعی ذورحم را به منزله اصل که توسط او به میت منسوب می گردید قرارداده، او را مستحق آن مقدار از ترکه میت می شمارند که اصل او به غرض حیات آن را مالک می گردید. اگر این اصل توسط شخصی دیگر در ورثه محجوب قرار گرفته باشد، فرع او را به وجود فرع شخصی که اصل آنها را محجوب گردانیده مستحق میراث نمی دانند، یعنی در طریقه اهل تنزیل اولاد دختر به منزله دختر و اولاد دختران پسر به منزله دختران پسر و اولاد مادر به منزله مادر، دختر برادر به منزله برادر و کاکا و عمه به منزله پدر قرار می گیرند.

(۳) **طریقه اهل قرابت:** اهل این طریقه یعنی امام ابوحنیفه رحمته الله و اصحاب او قرابت و قوت قرابت را به حیث مبدأ و اساس ترجیح بعضی از ذوی الارحام بر برخی دیگر قرار داده، در توریث ذوی الارحام به طور عموم قواعدی را مدار تطبیق قرار می دهند که در توریث عصبات نسبی مورد تطبیق قرار می دادند.^{۱۲۸}

۱۲۸. جهت مطالعه مفصل در مورد این نظریات و دلایل طرفداران هر یک از این نظریه ها ر. ک: همان، صص ۱۳۰-۱۳۴.

آنچه در بالا گفته شد در خصوص برتری یک طبقه از ذوی الارحام بر طبقه دوم بود. سؤال این است که هرگاه یک تعداد ذوی الارحام از یک طبقه باشند تکلیف چیست؟ در خصوص این سؤال قانونگذار مدنی با پیروی از فقه حنفی در میان هر طبقه یک تعداد از ورثه را بر سایر ورثه براساس قوت قرابت و برخی ملاک های دیگری برتری داده است که در ذیل هر یک نقل می گردد:

(۱) **توریت صنف اول:** طبق ماده ۲۰۴۴ ق.م. «در صنف اول ذوی الارحام ترجیح به اخذ میراث به کسانی داده می شود که درجه قرابت او به متوفی نزدیک تر باشد، اگر در درجه مساوی باشند به اولاد صاحبان فرض ذوی الارحام ترجیح داده می شود. اگر در درجه مساوی باشند و ولد صاحب فرض وجود نداشته یا همه اولاد اصحاب فروض باشند، در میراث شریک می گردند.»

(۲) **توریت صنف دوم:** براساس ماده ۲۰۴۵ ق.م. «در صنف دوم ذوی الارحام، حق تقدم در ارث به کسی داده می شود که درجه قرابت او به متوفی نزدیکتر باشد، در حالی که در درجه قرابت با هم مساوی باشند، کسی که به صاحب فرض منسوب می گردد، مقدم شناخته می شود. اگر با وجود تساوی درجه هیچ یک به صاحب فرض منسوب نباشد یا همه به صاحبان فروض منسوب گردند، به جهت قرابت اعتبار داده می شود. در صورت اتحاد جهت، در ارث شریک شناخته می شوند و در صورت اختلاف جهت، دو ثلث به صاحب جهت قرابت پدر و یک ثلث به صاحب جهت قرابت مادر، پرداخته می شود.»

(۳) **توریت صنف سوم:** براساس ماده ۲۰۴۶ فقره های اول و دوم ق.م. «(۱) در صنف سوم ذوی الارحام به کسانی حق تقدم داده می شود که از لحاظ درجه قرابت به متوفی نزدیکتر باشند، در صورت تساوی درجه قرابت، اولاد عصبه نسبت به اولاد ذوی الارحام مقدم شناخته می شوند و در صورت عدم اختلاف از این ناحیه به قوت قرابت به متوفی اعتبار داده می شود و کسی که اصل از پدر و مادر باشد، نسبت به صاحب اصل پدری و صاحب اصل پدری نسبت به صاحب اصل مادری ترجیح داده می شود؛ و (۲) اگر از لحاظ درجه و قوت قرابت مساوی باشند، مساویانه در ارث شرکن می ورزند.»

(۴) **توریت صنف چهارم:** هرگاه در میان ذوی الارحام صنف چهارم یک نفر از هر طایفه موجود باشد، کل ترکه یا باقیمانده را بعد از سهم یکی از زوجین به میراث می گیرد. اگر تعداد آنها بیشتر از یک نفر باشد یا مربوط به طوایف مختلف صنف چهارم ذوی الارحام شوند و یا به یکی از

طوایف شش گانه ذوی الارحام، در صورت ارتباط به طوایف مختلف این صنف، طایفه اول بر ذوی الارحام طایفه دوم و دوم بر سوم و به همین ترتیب تا آخر در استحقاق میراث اولویت خواهند داشت. به حیث مثال، اگر از میت عمه، دختر کاکا و پسر ماما باقی بماند، عمه مستحق میراث او می شود، زیرا او مربوط به طایفه اول است. در مورد توریث طبقه چهارم ق. م از فقه ملهم است. ماده ۲۰۴۷ فقره‌های ۱-۳ در این زمینه تصریح می نماید: «(۱) در طایفه اول از طوایف صنف چهارم مندرج ماده (۲۰۴۳) این قانون اگر اقارب جهت پدر منفرد شوند که عبارت از کاکاهای مادری و عمه‌های میت است یا اقارب جهت مادری منفرد شوند که عبارت از ماما‌های متوفی و خاله‌های او است، به قوت به قرابت اعتبار داده می شود و به این اساس کسی که از پدر و مادر باشد، نسبت به پدری و پدری نسبت به مادری مقدم شناخته می شود. اگر در قرابت مساوی باشند در میراث شریک می‌گردند؛ (۲) اگر اقارب هر دو جهت موجود باشد، به اقارب جهت پدر دو ثلث و به اقارب جهت مادر يك ثلث از میراث داده میشود و حصص هر جهت حسب تفصیل فقره (۱) این ماده در بین آنها تقسیم می شود؛ و (۳) احکام فقرات (۱) و (۲) این ماده بر طوایف سوم و پنجم نیز تطبیق می شود.» همچنین، ماده ۲۰۴۸ فقره‌های ۱-۳ ق. م در این مورد حکم می نماید: «(۱) در طایفه دوم نزدیکی درجه قرابت با متوفی مدار اعتبار قرار داده می شود گرچه از يك جهت نباشند و در صورت برابری درجه و اتحاد جهت قوت قرابت مد نظر گرفته میشود، اگر اولاد عصبه یا اولاد ذوی الارحام باشد؛ (۲) اگر بعضی اولاد عصبه و بعضی اولاد ذوی الارحام باشند به اولاد عصبه ترجیح داده می شود و در صورت اختلاف جهت، دو ثلث به جهت پدری و يك ثلث به جهت مادری پرداخته شده و حصص هر يك از جهات حسب طریقه فوق بین آنها تقسیم می شود؛ و (۳) احکام فقرات (۱) و (۲) این ماده بر طوایف چهارم و ششم نیز تطبیق می شود.»

همچنین، ماده ۲۰۴۹ در این مورد چنین حکم می‌کند: «هرگاه وارث ذوی الارحام باشد تعدد درجات قرابت اعتبار ندارد مگر در صورتی که اختلاف جهت ثابت شود.» نص این ماده بسیار

مبهم و پیچیده است. در خصوص نص این ماده بسیاری از نویسندگان صرف متن ماده را بدون ارایه مثال ذکر می نمایند.^{۱۲۹}

طبق نص این ماده هرگاه ذوی الارحام چند تن باشند درجه قرابت آنها به میت اعتبار ندارد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دختر خاله و پسر پسر خاله داشته باشد، قرابت دختر خاله نسبت به پسر پسر خاله احمد با احمد قوی است. بنابراین، برخلاف عصبات که در آن درجه قرابت اعتبار دارد، در ذوی الارحام درجه قرابت اعتبار ندارد. بنابراین، در این مثال، دختر خاله احمد و پسر پسر خاله احمد طبق قاعده ذکور دو برابر اناث ارث می گیرد، ارث می گیرند و دختر خاله موجب حجب پسر پسر خاله احمد نمی شود.

اما، بند دوم نص این ماده که می گوید مگر در صورتی که اختلاف جهت ثابت باشد مبهم و پیچیده است. به نظر می رسد طبق نص این ماده در صورت ثابت بودن جهت مانند بنوت، ابوت، اخوت و عمومت، ثابت بودن جهت در ارث ذوی الارحام تأثیر دارد. به نظر می رسد در این صورت، جهت بنوت موجب حجب جهت ابوت، جهت ابوت موجب حجب جهت اخوت و جهت اخوت موجب حجب جهت عمومت می شود. به نظر می رسد نص این ماده متأثر از ارث عصبات است که به موجب آن جهت بنوت بر ابوت، ابوت بر اخوت و اخوت بر عمومت ارجحیت دارد. این نظر با این ایراد مواجه است که افراد دارای جهت مانند پسران، پدر، برادران و کاکاها از جمله عصبات بالنفس اند.

برخی دیگر به حواله محمد ذاکر البردسی در این خصوص چنین مثال می آورند: «تعدد درجات قرابت وقتی در استحقاق میراث مورد تطبیق قرار می گیرد که یکی از جهت پدر و دیگری از جهت مادر باشد. اگر شخصی وفات نماید و ورثه او پسر عمه اعیانی که در عین حال پسر مامای اعیانی هم است و دختر مامای اعیانی باشد و این در صورتی متصور می شود که دو نفر هر کدام با خواهر یکدیگر ازدواج کند که پسر هر کدام برای پسر دیگری پسر عمه و پسر ماما می شود که در این حالت پسر عمه به اعتبار قرابت پدر دو ثلث ترکه را مستحق می شود و در ثلث ترکه که حق دختر مامای اعیانی است نیز سهم داشته، این ثلث در بین آنها طوری تقسیم می شود که دو حصه آن را پسر ماما و یک حصه را دختر ماما مستحق می شود. اگر در جهت قرابت اختلاف موجود نباشد،

۱۲۹. داد محمد ندیر (۱۳۹۵). حقوق میراث، چاپ ششم، کابل: انتشارات حامد رسالت، ص ۱۳۸؛ سید آغا رستم خیل (۱۳۹۵). میراث و مسایل آن از دیدگاه فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، ص ۱۷۵.

تعدد جهات قرابت موجب تعدد استحقاق میراث نمی شود. مثلاً، اگر ورثه دختر دختر دختر که در عین حال دختر پسر دختر است و پسر دختر دختر باشد در این حالت تعدد جهات قرابت شخص اول مورد اعتبار قرار نمی گیرد و ترکه سه حصه می شود، دو حصه آن را پسر دختر دختر و یک حصه آن را دختر دختر دختر به اعتبار این که مذکر دو چند مؤنث ارث می گیرد، مالک می گردند.^{۱۳۰}

این مثال واضح و مفهوم به نظر نمی رسند. با توجه به آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اولاً نص ماده ۲۰۴۹ ق. م بسیاری ذهنی و نظری است؛ ثانیاً: ارایه مثال عملی برای آن بسیار مشکل است؛ و ثالثاً: هر چند قانونگذار سعی نموده است در نص این ماده ممکنات را پیش بینی نماید، اما وقوع و تحقق نص این ماده در عمل بسیار نادر و استثنایی به نظر می رسد.

از آنچه گفته شد، چهار قاعده در خصوص ارث ذوی الارحام قابل برداشت به نظر می رسد:
 (۱) در صورتی که ذوی الارحام یک تن باشد و ذوی الفروض و عصبات وجود نداشته باشد، مستحق تمام ترکه شناخته می شود. این قاعده در ق. م پیش بینی نشده است. به نظر می رسد دلیل عدم پیش بینی بدیهی و مسلم بودن این قاعده است و معمولاً بدیهیات در قوانین پیش بینی نمی شوند.

(۲) در صورتی که ذوی الارحام چند تن باشد، افراد طبقه اول موجب حجب افراد طبقه دوم، طبقه دوم موجب حجب طبقه سوم، طبقه سوم موجب حجب طبقه چهارم می شود. این قاعده با ارث عصبه بالنفس قیاس شده است. در طبقه چهارم نیز طبقه اول باعث حجب طبقه دوم، افراد طبقه دوم موجب حجب افراد طبقه سوم، افراد طبقه سوم موجب حجب افراد طبقه چهارم، افراد طبقه چهارم موجب حجب افراد طبقه پنجم و افراد طبقه پنجم موجب حجب افراد طبقه ششم می گردد.

(۳) در صورتی که ذوی الارحام از یک صنف باشند مانند صنف اول، صنف دوم، صنف سوم و صنف چهارم، هر صنف تابع قواعد جداگانه است که بحث آن گذشت. فهم این قواعد از یکطرف، تطبیق و عملی بودن آن از طرف دیگر بسیار نادر و استثنایی به نظر می رسد. این قواعد بیشتر ارزش نظری دارد تا ارزش عملی.

۱۳۰. یادگار راجی (___). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد (۴)، (___)، (___)، ص ۷۲؛ و عبدالعزیز عزیز (___). احکام میراث از نگاه فقه و قانون، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی ها دانشگاه ها، ص ۲۲۲.

۴) طبق ماده ۲۰۵۰ ق.م: «در ارث ذوی الارحام، قاعده ای حصه ذکور دو چند حصه اناث رعایت می شود.» نص این ماده مطلق است. قانونگذار مدنی در نص این ماده مشخص نکرده است که قاعده حصه ذکور دو چند مؤنث است صرف بالای برادران و خواهران تطبیق می شود مانند پسر و دختر دختر و یا بالای تمام افراد ذکور و اناث ذوی الارحام مانند جد فاسد و جدۀ فاسده. به نظر می رسد این قاعده در هر موردی که ذوی الارحام مؤنث و مذکر باشند تطبیق می شود. به موجب مفاد ماده ۲۰۵۰ ق.م سه حالت قابل استنباط به نظر می رسد:

۱- اگر ورثه از جمله ذوی الارحام و مذکر و مؤنث باشند، قاعده مذکر دو برابر مؤنث ارث می برد قابل تطبیق به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد وفات کند و ماما و خاله از او باقی بماند، ماما مستحق دو سهم و خاله مستحق یک سهم می شود همچنین، اگر احمد وفات کند و از او دختر خاله و بچه خاله باقی بماند. در این صورت، بچه خاله مستحق دو سهم و دختر خاله مستحق یک سهم می شود.

۲- اگر ورثه از جمله ذوی الارحام و مؤنث باشند، به نظر می رسد که به صورت مساوی ارث می برند. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و از او دو خاله، دو عمه یا دو دختر خاله یا دو دختر عمه باقی بماند، سهم دو عمه، دو خاله، دو دختر عمه و دو دختر خاله مساوی است.

۳- اگر ورثه از جمله ذوی الارحام و مذکر باشند، سهم ارث آنها مساوی است. به حیث مثال، اگر احمد وفات کند و از او دو ماما یا دو پسر ماما باقی بماند، سهم ارث دو ماما و دو پسر ماما مساوی است.

بخش سوم

استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی

فصل های شامل این بخش:

فصل اول: مقررله به نسب، موصی له و بیت المال

فصل دوم: ارث حمل، مفقود، خنثی مشکل، ولد زنا و لعان، غرق

شدگان و تخارج

فصل سوم: تصفیة ترکه

مقدمه

آنچه تا به حال در مورد مستحقین ارث گفته شد، کسانی بوده اند که از طریق اسباب ارث ترکه میت را مستحق می شدند. بنابراین، در این بخش ارث اشخاصی را که از طریق غیر از اسباب ارث مستحق ترکه می شوند مورد مطالعه قرار می دهیم که شامل: ارث مقررله به نسب، کسی به نفع او به بیش از یک سوم وصیت شده است و بیت المال می شود (فصل اول). به تعقیب آن ارث جنین، مفقود، خنثی مشکل، ولد زنا و ولد لعان، ارث غرق شدگان و تخارج (فصل دوم) و سپس تصفیه ترکه (فصل سوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

فصل اول: مقرله به نسب، موصی له و بیت المال

طبق ماده ۱۹۹۸ ق. م که تفصیل آن در مبحث مستحقین ارث گذشت، در صورت عدم موجودیت، ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام، مقرله به نسب مستحق ارث می شود. در صورت عدم موجودیت مقر له به نسبت، موصی له به بیشتر از ثلث مال و در صورت عدم موجودیت موصی له به بیشتر از ثلث مال، بیت المال مستحق ارث می شود. در این فصل، مقرله به نسب (مبحث اول)، موصی له به بیشتر از ثلث مال (مبحث دوم) و بیت المال (مبحث سوم) را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث اول) مقرله له به نسب

اقرار از ریشه «قرر» گرفته شده که در لغت به معنی اثبات، مستقر کردن، قرار دادن، استوار داشتن و اذعان و پذیرفتن است. به شخصی که اقرار می نماید، مقر، به شخصی که به نفع وی اقرار صورت می گیرد، مقر له و به موضوع اقرار مقر به می گویند. اقرار در اصطلاح فقهاء عبارت از اخبار از ثبوت حق به نفع دیگری و به زیان خویش است.^{۱۳۱} مقر له به نسب عبارت از شخصی است که دیگری در خصوص ثبوت نسب او نسبت به خود اقرار نموده باشد مانند این که احمد اقرار نماید که محمود فرزند او است. در این مثال، احمد مقر و محمود مقر له به نسب است. طبق ماده ۲۰۵۱ ق. م: «(۱) هرگاه متوفی به نسب کسی که نسب او مجهول باشد، اعتراف نموده باشد و نسب شخص مذکور از غیر ثابت نگردیده و مقر نیز از اقرار خود منصرف نشود، مقر له مستحق متروکه شناخته می شود؛ و (۲) برای کسب استحقاق ارث، در این حالت حیات شخص مقر له حین وفات یا هنگام حکم به وفات حکمی شخص مقر حتمی است. در غیر آن موانع ارث مقدم شناخته می

۱۳۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۱۰.

۱۲۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

شود.» طبق نص این ماده برای این که مقرر له به نسب بتواند از مقرر ارث ببرد، تحقق شرایط ذیل لازم است:

۱) متوفی به نسب شخص دیگری اقرار نموده باشد، مانند این که شخص بگوید: «احمد پسر من است».

۲) نسب مقرر له مجهول باشد. زیرا در صورتی که نسب مقرر له معلوم باشد، اقرار مقرر باطل پنداشته است. زیرا، ظاهر حال خلاف آن است. به حیث مثال، اگر احمد محمود را که لقیط باشد از جایی پیدا کند، در این صورت، نسب محمود مجهول است. زیرا، او لقیط و پدر و مادر او را دور انداخته و رها کرده اند و معلوم نیست که پدر و مادر او کی ها اند.

۳) نسب شخص مقرر له به غیر ثابت نگردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید بیاید و ادعای نسب محمود را برای خود نماید و سپس آن را ثابت نماید، در این صورت، اقرار احمد نسبت به نسب محمود باطل می گردد، زیرا نسب محمود برای جمشید ثابت گردیده است.

۴) مقرر از اقرار خویش منصرف نشود. به عبارت دیگر: مقرر از اقرار خویش رجوع ننماید. در صورتی که مقرر از اقرار خویش رجوع نماید، به حیث مثال، اگر احمد بگوید محمود پسر من نیست، در این صورت محمود از احمد ارث نمی برد.

۵) مقرر له به نسب در زمان وفات حقیقی و حکمی مقرر که بحث آن گذشت حیات باشد. زیرا، چنانچه در مبحث شرایط ارث گفته شد، شرط تحقق ارث حیات وارث و موت حکمی و یا حقیقی مؤثر است. در صورت عدم تحقق حیات مقرر له به نسب و وفات حقیقی و حکمی مقرر، مقرر له به نسب نمی تواند از مقرر ارث ببرد. نص بخش اخیر ماده ۲۰۵۱ که می گوید: «در غیر آن موانع ارث مقدم شناخته می شود.» به این معنی است که در صورت عدم تحقق وفات مقرر و حیات مقرر له به نسب، مقرر له به نسب از مقرر نمی تواند ارث ببرد، زیرا حیات مقرر مانع تحقق شرایط است و تا زمانی که شرایط متحقق نگردد، ارث به وجود نمی آید. به نظر می رسد استحقاق ارث توسط مقرر له به نسب ارزش نظری دارد و در افغانستان مورد تطبیق قرار نگرفته است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اقرار به نسب به عنوان یکی از وسایل انتقال متروکه به مقرر له به نسب و بیان شرایط ارث مقرر له به نسب است.

مبحث دوم) موصی له به بیشتر از ثلث مال

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 125

وصیت از ریشهٔ «وصی» گرفته شده است که در لغت به معنای عهد، فرمان دادن و در نبود کسی به کاری پرداختن است. همچنین، وصیت در لغت به معنای عهد با دیگری در انجام کاری در حال حیات و یا پس از وفات است.^{۱۳۲} موصی کسی است عین یا منفعت را از مال خود برای زمان پس از وفاتش به دیگری مجاناً تملیک می نماید. موصی به، مالی است که مورد وصیت قرار می گیرد. موصی له شخصی است که وصیت به نفع او صورت می گیرد. موصی علیه شخصی است که وصیت به ضرر او صورت می گیرد. موصی له به بیشتر از ثلث مال عبارت از شخصی است که بیشتر از ثلث (۱/۳) مال برای او توسط موصی وصیت شده باشد. مادهٔ ۲۱۰۳ ق. م در تعریف وصیت می گوید: «وصیت عبارت از تصرف در ترکه به نحوی که اثر آن به مدت بعد از وفات وصیت کننده منسوب باشد.»

طبق مادهٔ ۱۹۹۸ ق. م: «(۱) هرگاه طبق حکم فقرة (۴) مادهٔ (۱۹۹۷) در این قانون مستحق میراث موجود نگردد، میراث متروکه متباقی حسب ذیل توزیع می شود: ۱ - استحقاق شخصی که میت به نسب او به غیر از خود اقرار نموده باشد؛ ۲ - وصیت زاید از حدودی که وصیت در آن تنفیذ می شود.» طبق نص این ماده هرگاه ذوی الفروض، عصبات، ذوی الارحام و مقرر له به نسب وجود نداشته باشد، وصیت موصی در بیشتر از ثلث مال او نافذ می گردد، زیرا ورثه یعنی ذوی الفروض، عصبات، ذوی الارحام مانع تنفیذ وصیت زیاده از ثلث ترکه اند. در صورت از بین رفتن مانع، ممنوع بر می گردد و وصیت نافذ می شود. به حیث مثال، اگر احمد ۱۵۰۰۰۰ افغانی داشته باشد و دارای دو پسر و یک دختر باشد، نمی تواند بیشتر از ۵۰۰۰۰ افغانی را برای محمود وصیت نماید، زیرا در این صورت، دو پسر و دختر احمد به دلیل محروم شدن از ارث متضرر می گردند. اما، اگر احمد هیچ ورثه نداشته باشد و مقرر له به نسب هم وجود نداشته باشد و کل مال خویش را برای محمود وصیت کرده باشد، به دلیل انتفای ورود ضرر به غیر، وصیت احمد در تمام مال نافذ می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز انفاذ وصیت بر بیشتر از یک سوم مال در صورت نبود ورثه و مقرر له به نسب است.

مبحث سوم) بیت المال

طبق مادهٔ ۱۹۹۸ ق. م: «(۱) هرگاه طبق حکم فقرة (۴) مادهٔ (۱۹۹۷) در این قانون مستحق میراث موجود نگردد، میراث متروکه متباقی حسب ذیل توزیع می شود: ۱ - استحقاق شخصی که

۱۲۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

میت به نسب او به غیر از خود اقرار نموده باشد؛ ۲ - وصیت زاید از حدودی که وصیت در آن تنفیذ می شود؛ (۲) در صورتی که اشخاص فوق این ماده موجود نشوند متروکه یا آنچه از آن باقی مانده، به دولت تعلق می گیرد [...]». طبق نص این ماده در صورتی که میت وارثی از ذوی الفروض، عصبات، ذوی الارحام نداشته باشد و مقرر له به نسب نیز وجود نداشته باشد و موصی له بر بیشتر از ثلث مال نیز وجود نداشته باشد و یا وصیت تمام ترکه را در بر نگیرد و مقداری از آن باقی بماند، متروکه به بیت المال به اعتبار اینکه متروکه مستحقی ندارد داده می شود تا جهت تحقق مصالح عامه به مصرف برسد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و هیچ یک از اقارب او زنده نباشد و احمد به نسب کسی اقرار نکرده باشد و وصیت هم به بیشتر از ثلث مال نکرده باشد، دولت مستحق متروکه احمد می گردد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان ترتیب اشخاصی مستحق متروکه شناخته می شوند است.

فصل دوم: ارث حمل، مفقود، خنثی مشکل، ولد زنا و لعان، غرق شدگان و تخارج

نویسندگان ق. م در جلد چهارم، جزء هشتم در ذیل احکام متفرق در مواد ۲۰۵۲ تا ۲۰۶۰ ق. م احکام مربوط به ارث حمل، مفقود و خنثی مشکل را تنظیم نموده اند. در این فصل ارث حمل (مبحث اول)، ارث مفقود (مبحث دوم)، ارث خنثی مشکل (مبحث سوم)، ارث ولد زنا و ولد لعان (مبحث چهارم)، ارث غرق شدگان (مبحث پنجم) و تخارج (مبحث ششم) را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث اول) ارث حمل

طبق ق. م یکی از حق هایی که حمل مستحق آن می شود، ارث است. در خصوص ارث حمل در مواد ۲۰۵۲ تا ۲۰۵۵ ق. م قواعد ذیل وجود دارد:

۱) کیفیت ارث حمل: طبق ماده ۲۰۵۲ ق. م: «هرگاه حمل با سایر ورثه شرکت نماید یا باعث حجب نقصان ورثه شود، حصهٔ يك پسر یا يك دختر هر یکی که بیشتر باشد به او گذاشته می شود و در صورتی که حمل موجب حجب حرمان گردد، تمام متروکه به او گذاشته می شود.» حمل در لغت به معنی بار، بار بردن، آنچه برداشته شود و از جایی به جای دیگر منتقل شود، بارداری و آبستنی است. همچنین حمل در لغت به معنی جنین است.^{۱۳۳} جنین از ریشهٔ «جن» گرفته شده است که در لغت به معنی پوشیده و بچهٔ اندر شکم است. در اصطلاح حقوق مدنی، جنین عبارت از

۱۲۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

بچه ای است که نطفه او منعقد شده است، اما هنوز زاده نشده است.^{۱۳۴} از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- اگر حمل با سایر ورثه شرکت نماید، حصه یک دختر و یا یک پسر هر یکی که بیشتر باشد به او گذاشته می شود. گذاشتن حداکثر سهم از باب احتیاط است. زیرا، اگر حداقل سهم را برای حمل نگهداری نمایند و سپس حمل متولد شود و مستحق حداکثر شناخته شود، تکمیل سهم مشکل خواهد گردید. قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی نکرده است که کدام شخص حصه حمل را الی تولد حمل نگهداری نماید. به نظر می رسد این شخص تصفیه کننده ترکه، ولی و وصی طفل است. قانونگذار مدنی در نص این ماده از حصه یک دختر و یا پسر سخن می گوید و نگهداری حصه دختر و یا پسر در فرضی متصور است که جنس حمل معلوم نباشد. در گذشته مخصوصاً در زمان تدوین قانون مدنی با توجه به عدم توسعه فن آوری های طبی تشخیص جنسیت ناممکن بود. به نظر می رسد به همین دلیل قانون گذار مدنی از حصه دختر و یا پسر سخن می گوید. اما، امروزه با معاینه ساده تلویزیونی بعد از ماه چهارم می توان تشخیص داد که جنس حمل مذکر است و یا مؤنث. بنابراین، امروزه می توان با تعیین جنسیت، ارث حمل را که مذکر است و یا مؤنث از ترکه جدا کرد. بنابراین، تقسیم ترکه دو بار یک بار به فرض مذکر بودن و یک بار به فرض مؤنث بودن موضوعیت خویش را از دست داده است که فقهاء بر آن تأکید داشته اند. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید و جمیله حامله باشد، حمل مانند سایر ورثه در وقت تقسیم متروکه احمد باید شامل گردد.

۲- اگر حمل موجب حجب نقصان ورثه که تفصیل آن گذشت گردد، حصه حمل بعد از تقسیم باید نگهداری شود. به حیث مثال، هرگاه احمد وفات نماید و ورثه او جمیله زوجه او و حمل پسر باشد، پسر موجب حجب نقصان جمیله می گردد. بنابراین، در این فرض، جمیله ثمن $\frac{1}{8}$ و حمل پسر بقیه ترکه را مستحق می شود.

۳- اگر حمل موجب حجب حرمان ورثه که تفصیل آن گذشت گردد، همه ترکه باید به او الی تولد نگهداری شود. به حیث مثال، هرگاه احمد وفات نماید و ورثه او برادر او محمود و حمل پسر باشد، حمل پسر باعث حجب حرمان کاکای خویش می شود و همه ترکه برای پسر باید نگهداری

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

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 129

شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن ارث حمل و بیان حالات ارث حمل است.

۲) طبق ماده ۲۰۵۵ ق.م: «هرگاه حصه تخصیص داده شده به حمل، از حصه مستحقه او کمتر باشد، مقدار کمبود از حصه کسانی که از استحقاق خود اضافه گرفته اند، اخذ می شود و اگر حصه تخصیص داده شده از استحقاق زیادتر باشد، حصه مازاد استحقاق به مستحقین توزیع می شود.» حکم نص این ماده بدیهی است و پیش بینی آن در نص این ماده توجیه پذیر به نظر نمی رسد. تطبیق نص این ماده در فرضی متصور است که حصه کمتر به حمل او داده شود و یا بیشتر. در صورتی که حصه بیشتر به حمل داده شود، باید حصه کم گردد و در صورتی که کمتر داده شود، حصه او باید تکمیل گردد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و جمیله زوجه او باشد و حمل مؤنث باشد و به جمیله یک دهم ترکه احمد یعنی دو برابر بیشتر نسبت به سهم او داده شود و برای حمل کمتر از از نصف ($\frac{1}{2}$) داده شود، باید نصف ($\frac{1}{2}$) سهم حمل مؤنث از سهم جمیله تکمیل گردد. اما، اگر برای حمل بیشتر از نصف ($\frac{1}{2}$) را نگهداری نمایند و سهم جمیله را کمتر از ثمن ($\frac{1}{8}$) بدهند، باید سهم جمیله از مقدار سهم حمل تکمیل گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تأمین عدالت و دادن سهم هر ورثه به او است.

۳) شرایط ارث حمل و ارث از حمل: طبق ماده ۲۰۵۳ ق.م: «هرگاه حمل زنده و فعال تولد شود یا الی خروج اکثر حصه بدن زنده باشد، مستحق ارث می شود. اگر وقوع حمل به اثر جنایت صورت گیرد، در هر حال مستحق ارث شده و از او میراث برده می شود.» از نص این ماده چهار شرط در خصوص شرایط ارث حمل و ارث از حمل قابل استنباط به نظر می رسد:

۱- برای این که حمل مستحق ارث شود شرط است که زنده متولد گردد. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید و جمیله حامله باشد، برای این که حمل مستحق ارث شود شرط است که به صورت زنده متولد گردد.

۲- برای این که حمل مستحق ارث شود شرط است که حمل الی خروج اکثر بدن زنده باشد. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید و جمیله حامله باشد، برای این که حمل مستحق ارث شود شرط است که الی زمان خروج اکثر حصه بدن حمل، مانند سر و شکم و قسمتی از پاها زنده باشد. در صورت عدم زنده بودن الی زمان خروج اکثر حصه بدن، حمل مستحق ارث شناخته نمی شود.

۳- نص بند دوم این ماده مبهم به نظر می‌رسد. طبق نص این ماده اگر حمل در اثر جنایت متولد شود، مستحق ارث می‌گردد. جنایت در لغت به معنی گناه بزرگ، خلاف و جرم است.^{۱۳۵} کُد جزای افغانستان مصادیق جرم جنایت را تعیین ننموده است. اما، با معیار ارایه شده، هر جرمی که جزای آن اعدام، حبس دوام و حبس طویل باشد، جنایت تلقی می‌شود. ماده ۲۷ کُد جزا در تعریف جنایت می‌گوید: «جنایت جرمی است که جزای آن در این قانون اعدام، حبس ابد، حبس دوام و یا حبس طویل تعیین شده باشد.» طبق نص این ماده هرگاه حمل در اثر جرم جنایت که جزای آن اعدام، حبس دوام یا حبس طویل باشد متولد شود، مستحق ارث شناخته می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد زن حامله را با لگد بزند و حمل متولد گردد و طفل وفات نماید، تولد حمل در اثر جنایت صورت گرفته است. زیرا، جزای لگد زدن و حامله و سلب حیات او بر حسب مورد امکان دارد موجب اعدام، حسب دوام یا حبس طویل گردد. به نظر می‌رسد پیش بینی نص این ماده برای رفع و دفع شبهه و تردید است. زیرا، در صورتی که حمل به صورت طبیعی تولد نشود و در اثر جنایت تولد شود، این تردید به وجود خواهد آمد که آیا حمل مستحق ارث می‌شود یا خیر؟

۴- ارث بردن از حمل در صورتی قابل تطبیق است که حمل بعد از تولد زنده باشد و وفات نماید. بنابراین، در صورتی که حمل به صورت زنده متولد گردد و سپس وفات نماید، باقی ورثه از او ارث می‌برند. به حیث مثال، در مثال بالا، هرگاه حمل از جمیله متولد شود و از احمد ارث ببرد و سپس وفات نماید، جمیله از حمل ارث می‌برد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان استحقاق حمل از ارث و بیان شرایط ارث حمل و ارث از حمل است.

۲) سایر شرایط ارث حمل: طبق ماده ۲۰۵۴ فقره های ۱ و ۲ ق.م. (۱) هرگاه زوجه یا معتده متوفی بعد از مرگ او موجود باشد، حمل او در صورتی مستحق میراث شناخته می‌شود که حد اکثر در خلال مدت سه صد و شصت و پنج روز از تاریخ وفات یا فرقت، زنده تولد شود؛ (۲) حمل به غیر از پدر از شخص دیگری میراث برده نمی‌تواند، مگر در دو حالت: الف) حداکثر در خلال مدت ۳۶۵ روز از تاریخ وفات یا فرقت زنده متولد گردد، در حالی که مادر او معتده وفات یا فرقت بوده و مؤرث هنگام عدت وفات نموده باشد؛ و ب) حداکثر در خلال مدت ۲۷۰ روز از تاریخ وفات مؤرث زنده متولد گردد، مشروط بر اینکه زوجیت بین پدر و مادر او حین وفات قایم باشد.» نص این ماده پیچیده است. از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 131

۱- فرقت از ریشه فرقت گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن، جدایی انداختن و از هم گسیختن است.^{۱۳۶} قانونگذار مدنی در نص این ماده کلمه «فرقت» را استعمال نموده است. فرقت می تواند طلاق باشد یا تفریق قضایی یا خلع. در تفسیر وسیع، فرقت مترادف با انحلال است. با پذیرش این برداشت، زوجه ای که میان او و شوهرش فرقت صورت گرفته است و حامله باشد، حمل او در صورتی مستحق ارث می شود که در خلال مدت 365 روز از تاریخ فرقت زنده متولد گردد. زوجه اسم مؤنث زوج به معنای زن، جفت و همسر است. در فقه و حقوق به زنی که به موجب رابطه سببیت (عقد شرعی و قانونی) در قید نکاح مردی باشد، زوجه گویند.^{۱۳۷} به حیث مثال، اگر جمیله زوجه ای احمد باشد و احمد جمیله را طلاق دهد و جمیله حامله باشد، حمل جمیله در صورتی مستحق ارث شناخته می شود که حداکثر در خلال مدت ۳۶۵ بعد از فرقت به صورت زنده متولد گردد. دلیل ۳۶۵ روز این است که ۳۶۵ روز حداکثر مدت حمل که یک سال است می شود.

۲- زوجه ای که شوهر او وفات کرده است و معتده وفات است و حامله باشد، حمل او در صورتی مستحق ارث می شود که در خلال مدت 365 روز از تاریخ فرقت زنده متولد گردد. معتده اسم فاعل از ریشه «عدد» گرفته شده است که در لغت به معنی در حال شمارش و شمارشگر است که جمع آن معتدات است. در اصطلاح حقوق مدنی، معتده زنی است که در مدت زمان مقرر قانونی در عده به سر می برد.^{۱۳۸} معتده وفات عبارت از زنی است که شوهر او وفات نموده است و او در حالت سپری کردن عده وفات است. عده وفات طبق ق. م چهار ماه و ده روز است.

به حیث مثال، اگر جمیله زوجه ای احمد باشد و احمد وفات نماید و جمیله حامله باشد، حمل جمیله در صورتی مستحق ارث شناخته می شود که در حداکثر در خلال مدت ۳۶۵ بعد از تاریخ وفات به صورت زنده متولد گردد. دلیل ۳۶۵ روز این است که ۳۶۵ روز حداکثر مدت حمل که یک سال است می شود.

۳- حمل به غیر از پدر از شخص دیگر ارث نمی برد مگر در دو حالت:

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

انتشارات محراب فکر، ص ۷۲۰.

۱۳۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۶۲.

۱۳۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۸۷.

۱۳۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

حالت نخست: حداکثر در خلال مدت ۳۶۵ روز از تاریخ وفات یا فرقت زنده متولد گردد، در حالی که مادر او معتدّه وفات یا فرقت بوده و مؤرث هنگام عدت وفات نموده باشد. منظور از تاریخ وفات تاریخ وفات پدر است. منظور از فرقت انحلال عقد ازدواج است. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و پسری به نام حمید داشته باشند و در عین حال جمیله حامله باشد، حمل از حمید در صورتی ارث می برد که در خلال ۳۶۵ روز از تاریخ وفات احمد (پدرش) یا انحلال ازدواج احمد با جمیله (مادرش) زنده متولد گردد در حالی که جمیله معتدّه عدت وفات باشد یا در وقت عدت انحلال ازدواج پدرش وفات نماید.

حالت دوم: حمل حداکثر در خلال مدت ۲۷۰ روز از تاریخ وفات مؤرث زنده متولد گردد، مشروط بر اینکه زوجیت بین پدر و مادر او حین وفات قائم باشد. در این دو حالت حمل از سایر ورثه ارث می برد. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و پسری به نام حمید داشته باشند و در عین حال جمیله حامله باشد، حمل از حمید در صورتی ارث می برد که در خلال ۲۷۰ روز از تاریخ وفات احمد به صورت زنده متولد گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط ارث حمل است.

در فقه جنین در لغت به فتح جیم از ریشه «جن» گرفته شده که به معنای پوشیده و بچه اندر شکم مادر است. از نظر فقهی و حقوقی، جنین در اصطلاح عبارت از بچه ای است که نطفه او منعقد شده، ولی هنوز زاده نشده است. حمل مصدر است و در لغت به معنی برداشتن چیزی از جایش است و در اصطلاح فقهاء حمل بچه ای را گویند که در شکم مادر است، خواه مذکر باشد و یا مؤنث.^{۱۳۹}

فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که برخی از حقوق نافع برای جنین ثابت می گردد. علت این امر این است که جنین دارای اهلیت و جوب ناقص است و آن عبارت از صلاحیت شخص است جهت ثبوت حقوق برای او. اهلیت و جوب ناقص شخص را قادر بر الزام و داین قرار گرفتن می نماید، و برای جنین قبل از ولادت در بطن مادر ثابت است. علت نقص اهلیت جنین در بطن مادر این است که جنین در بطن مادر

۱۳۹. اسعد شیخ الاسلامی اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران:

وجود مستقلی نیست و در خارج با مادر متحد است. ولی، زمانی که زنده متولد گردد، انسان مستقل به شمار می آید. بنابراین، یک سلسله حقوق نافع برای او ثابت می گردد که ضرورت به قبول ندارد و عبارت اند از: (۱) ثبوت نسب؛ (۲) میراث بردن از مؤثر؛ (۳) استحقاق دریافت حصه معین از موصی به؛ و (۴) دریافت حصه معین از غلات مال موقوفه که بر وی وقف شده باشد. میراث حمل بر اساس سنت ثابت است:

(۱) وَعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِذَا اسْتَهَلَ الْمَوْلُودُ وَرَثًا». ۱۴۰

«از جابر رضی الله عنه روایت است که پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود: «هر گاه نوزاد (هنگام تولد) گریه کند (که نشانه زنده بودنش در هنگام تولد است) ارث می برد.»

(۲) از پیامبر صلی الله علیه و آله روایت شده است که فرموده است:

«إِذَا اسْتَهَلَ الْمَوْلُودُ صَلَّى عَلَيْهِ وَوَرَثًا». ۱۴۱

«وقتی که مولود آواز بلند کند، بروی جنازه خوانده می شود و مستحق میراث می گردد.»

(۳) امام احمد و ابن ماجه با اسناد خود از جابر بن عبدالله رضی الله عنه و مسور بن مخزومه رضی الله عنه روایت

کرده اند که: پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود:

«لَا يَرِثُ الصَّبِيُّ حَتَّى يَسْتَهَلَ.»

«بچه تا زمانی که شروع به جنب و جوش و تکان خوردن نکند، ارث نمی برد.»

و فرمود: استهلال یعنی گریه کردن یا عطسه کردن.

شوکانی می گوید: این سه حدیث دلالت بر این امر دارد که اگر استهلال و نشانه های حیات در جنین

پیدا بود و سپس مرد، وارثان او از او ارث می برند و او نیز از آنها ارث می برد و این امری است که اختلافی در آن نیست.

یکی از شرایط صحت میراث تحقق حیات وارث در وقت فوت مؤثر است. بنابراین، فقهاء حمل را

مستحق بردن میراث از ترکه می دانند، ولی به دو شرط:

۱۴۰. رواه أبو داود وصححه ابن جبان.

۱۴۱. رواه أبو داود وصححه ابن جبان.

۱۳۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۱) اینکه حمل زنده متولد گردد و آن به عقیده فقهای حنفیه به خروج اکثر حمل به صورت زنده از بطن مادر متحقق می گردد. زیرا، به عقیده فقهای حنفیه اکثر حکم کل را دارد.

ولی، به نظر فقهای مالکیه، شافعیه و حنابله به خروج تمام طفل به صورت زنده متحقق می گردد. طریق معرفت حیات طفل این است که در وی علامتی از علامات حیات به مشاهده برسد، مانند: صوت، عطسه و ... زیرا از پیامر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ روایت شده است که فرموده است

«إِذَا اسْتَهَلَ الْمَوْلُودُ صَلَّى عَلَيْهِ وَوَرَثَ». ۱۴۲

«وقتی که مولود آواز بلند کند، بر وی جنازه خوانده می شود و مستحق میراث می گردد.».

ولی، در صورتی که علامتی از علامات حیات در وی مشاهده نگردد، قاضی می تواند از اشخاصی که ولادت او را مشاهده نموده اند به حیث اهل خبره راجع به حیات او بعد از ولادت معلومات حاصل نماید؛ و

۲) اینکه حمل در بطن مادر در وقت حیات مؤثر موجود باشد. طریقه معلوم نمودن موجودیت او در بطن مادر در حین وفات مؤثر و یا حکم به وفات او این است که در مدت معینه که برای حمل تعیین گردیده است، تولد گردد که تفصیل آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م گذشت. ۱۴۳

همانطور که در مبحث شروط ارث بیان شد، یکی از شرایط استحقاق وارث آن است که در موقع مرگ مؤثر حیات داشته باشد خواه حیات حقیقی و یا حکمی باشد.

بنابراین، هرگاه شخصی وفات نماید، و حملی از او به جای بماند، مثل اینکه: مردی فوت نماید و زن او حامله یا معتده حامله باشد، این حمل خواه از خود او باشد، خواه از دیگری، در همان زمان مستحق ارث بردن نیست. زیرا، حیات او در زمان فوت مؤثر محقق نیست.

اما، جهت رعایت احتیاط و جلوگیری از تضییع حق او نصیب او از ترکه را نگاه می دارند تا وضعیت او پس از ولادت روشن شود. در این مورد، فقهاء نظریات گوناگون ارائه نموده اند: فقهای مالکیه می گویند:

۱۴۲. رواه أبو داود وَصَحَّهٗ ابْنُ جَبَانَ.

۱۴۳. عبدالعزیز عزیز (____). احکام میراث از نگاه فقه و قانون، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین

کتاب علوم انسانی ها دانشگاه ها، صص 229 و 230.

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 135

هرگاه حملی بین ورثه وجود داشته باشد، ترکه میت تا زمان تولد یا ناامیدی از تولد حمل تقسیم نخواهد شد. زیرا، وقتی ماترک تقسیم شود برای ورثه تسلط و تصرفی بر مال میت ایجاد می شود که ممکن است حمل، پس از ولادت نتواند به آسانی به حق خود برسد.

اما، جمهور فقهاء (حنفیه، شافعیه و حنابله) بر این عقیده اند که: برای جلوگیری از وارد شدن ضرر به ورثه، ترکه متوفی را باید بدون انتظار تولد نوزاد تقسیم و بنا بر احتیاط ورثه را متکفل نمایند تا به این ترتیب حق نوزادی که به دنیا آمده است، از بین نرود.

در مورد تعدد حمل فقهای حنفیه از جمله امام ابویوسف رحمته بر این نظر اند که: غالباً حمل بیش از یک نفر نیست و اضافه از یک تن نادر است، اما چون ممکن است گاهی حمل از یکی بیشتتر باشد، احتیاطاً از ورثه کفیل گرفته می شود که در صورت تعدد حمل، حق آنها را مسترد نمایند. حنابله و امام محمد رحمته دو نفر را در نظر می گیرند مذکریا مؤنث. زیرا، این امر بیشتر واقع می شود. فقهای شافعیه می گویند: هیچ ضابطه ای برای تعداد حمل نمی توان تعیین کرد. زیرا، زن ممکن است ۴ یا ۵ و یا شش حمل در شکم داشته باشد. ۱۴۴

چگونگی توریث حمل دو گونه است: یک طرف حمل است و طرف دیگر ورثه:

در مورد حمل ترکه باید دو بار تقسیم شود: یک بار به فرض اینکه حمل مذکر است و یک بار به فرض اینکه حمل مؤنث است. اگر حمل، با در نظر داشت یکی از این دو فرض، ارث ببرد، وارث مؤقت نامیده می شود و سهم او را نگه می دارند.

اما، اگر حمل با هر دو تقدیر (ذکور و انوئث) وارث باشد، سهم او نسبت به مذکر و یا مؤنث اختلاف پیدا نماید و سهم بزرگتر را برای او در نظر می گیرند و چنانچه تذکیر و تأنیث در مقدار سهم او تأثیری نداشته باشد، همان سهم را برای او حفظ می نمایند.

۱۴۴. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۸۸۴ و ۷۸۸۵؛ و اسعد شیخ الاسلامی اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاہب چهارگانه اہل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعہ و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، صص ۸۴ و ۸۵.

۱۳۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

در مورد ورثه نیز دو حالت وجود دارد: هرگاه یکی از ورثه با در نظر داشت یکی از دو تقدیر (تذکیر و تأنیث) وارث باشد، او را مؤقتاً غیر وارث فرض می کنند و چیزی از ترکه به او نمی دهند و چنانچه با هر دو تقدیر (ذکورت و انوثت) وارث باشد، سهم او اختلاف پیدا کند و سهم کمتر را به او اختصاص می دهند. اگر یکی از ورثه با هر دو تقدیر وارث محسوب شود و در مقدار سهم او اختلافی به وجود نیاید، همین سهم را به او می دهند.^{۱۴۵}

مبحث دوم) ارث مفقود

طبق ماده ۲۰۵۶ فقره اول ق. م: «(۱) حصه مستحقه مفقودی که مطابق ماده (۳۲۶) مندرج این قانون به وفات وی حکم نشده باشد از متروکه مورث تخصیص داده می شود. در صورت ظهور حیات آن را اخذ و در صورت صدور حکم به مرگ او، بر سایر ورثه مستحق هنگام وفات مورث توزیع می شود؛ و (۲) اگر مفقود بعد از حکم به مرگ او زنده ظاهر شود، آنچه که از حصه او نزد ورثه موجود شود اخذ می نماید.».

مفقود اسم مفعول از ریشه «فقد» گرفته شده است که در لغت به معنی گم شدن است. پس، مفقود در لغت به معنی گم شده است. براساس فقه مفقود عبارت از کسی است که از شهر و محل سکونت خود چنان ناپدید شده که اثری از او در دست نباشد و از زمان ناپدید شدن او چنان زمانی گذشته باشد که معلوم نباشد که آیا زنده است یا مرده.^{۱۴۶} از تعریف فوق به خوبی واضح می گردد که جهت تحقق مفقودیت شخص، موجودیت ارکان آتی ضروری است:

(۱) مفقودیت: نخستین عنصر تعریف حقوقی مفقودیت، مفقودیت است؛ یعنی: مفقودیت از اقامتگاه و آن همان محلی است که شخص عادتاً در آن زندگی می نماید.

۱۴۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۸۸۶ و ۷۸۸۷؛ و اسعد شیخ الاسلامی اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاہب چهارگانه اہل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعہ و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ہا، ص ۸۶؛ و عبدالحمید محمود طہماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبہ الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیہ، ص ۲۶۸.

۱۴۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۸۷۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاہری (۱۳۸۴). دانشنامہ حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۲۱.

۲) **انقضای مدت زمان طولانی:** اگر شخص برای مدت کمی از اقامتگاه خود دور باشد، هر چند هیچ گونه اطلاعی از او در دسترس نباشد، چنین شخص مفقود تلقی نمی گردد. بنابراین، همسر او نمی تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید و در مورد اموال و دارایی او نیز نمی توان احکام مربوط به مفقود را اجراء کرد.^{۱۴۷} در باره این زمان نیز در فقه نظریات مختلف وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که ملاک در صدور فوت فرضی سپری شدن مدت زمانی است که عادتاً چنان شخص در چنان مدتی زنده نماند و این مدت را نیز به عرف واگذار کرده اند و حتی برخی ملاک را در طول عمر اقران (هم سن و سال) شخص مفقود دانسته اند. به صورت مشخص تر، امام ابوحنیفه رحمته این مدت را ۱۱۰ سال، امام ابو یوسف رحمته این مدت را ۱۰۰ سال و برخی از فقهای حنفیه نیز ۸۰ سال تعیین نموده اند. ولی، امام مالک رحمته این مدت را ۴ سال تعیین نموده است.^{۱۴۸}

به نظر می رسد ق. م نظر امام مالک رحمته را اختیار نموده است. زیرا، ماده ۳۲۶ فقره ۱ آن با اقتباس از نظر امام مالک رحمته در این باره حکم می نماید که: «هرگاه شخصی که بیش از چهار سال مفقود گردیده و غالباً هلاک وی متصور باشد، چنین شخص به حکم محکمه با صلاحیت متوفی شناخته می شود و در سایر موارد تشخیص مدتی که بعد از آن شخص مفقود متوفی شناخته می شود، مفوض برای محکمه می باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است: نخست این که مدت مفقودیت طبق نص این ماده چهار سال است. دوم این که گمان غالب مبنی بر هلاک مفقود متصور باشد. سوم این که برای این که مفقود متوفی حکمی تلقی گردد، صدور حکم محکمه ذیصلاح شرط است.

۳) **فقد خبر حیات و ممات شخص مفقود:** مهم ترین عنصری که تعریف شخص مفقود در نظر گرفته شده است، بی اطلاعی از وضعیت مفقود و حیات و ممات او است که تقریباً در تمام نظریات حقوقی و فقهی در این باره وحدت نظر وجود دارد. دانستن حیات و ممات شخص مفقود

۱۴۷. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۵۶ و ۵۷.

۱۴۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۸۷۳؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی (___). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، صص ۱۳۶ و ۱۳۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۸.

۱۳۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

بی نهایت مهم است. زیرا، در صورت اطلاع از زنده و یا مرده بودن، تکلیف شخص مورد نظر روشن می شود. زیرا، در صورتی که معلوم شود شخص مورد نظر زنده است، چنین شخص تابع احکام شخص زنده است. پس، اموال و دارایی او مانند گذشته در ملکیت او باقی می ماند و رابطه زوجیت او نیز با همسرش بر قرار می ماند. ولی، در صورتی که معلوم شود شخص مورد نظر مرده است، چنین شخص تابع احکام مرده است.^{۱۴۹} از نص ماده ۲۰۵۳ ق. م چهار حکم استنباط می گردد:

(۱) سهم مفقود که هنوز حکم فوت فرضی او توسط محکمه صادر نشده است، از متروکه متوفی به او تخصیص داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود، پسر دیگری به نام حمید و دختری به نام جمیله داشته باشد و محمود مفقود باشد، اما حکم مرگ فرضی او هنوز توسط محکمه صادر نشده باشد، سهم محمود بعد از مرگ احمد باید به او تخصیص داده شود و توسط تصفیه کننده نگهداری شود.

(۲) در صورت زنده بر گشتن مفقود، مفقود حصه ای را که به او تخصیص داده شده است اخذ می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود به صورت زنده بر گردد، حصه خویش از متروکه را می تواند اخذ نماید.

(۳) در صورتی که حکم موت فرضی مفقود صادر شود، سهم و مال او میان سایر ورثه تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حکم به موت فرضی محمود توسط محکمه ذیصلاح صادر شود، سهم محمود میان حمید و جمیله تقسیم می شود.

(۳) اگر مفقود بعد از صدور موت فرضی زنده بر گردد، آنچه را که میان ورثه تقسیم شده است دوباره اخذ می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود بعد از صدور حکم فرضی توسط محکمه ذیصلاح دوباره زنده برگردد در حالی که سهم او میان حمیده و جمیله تقسیم شده باشد، محمود می تواند سهم خویش را از حمیده و جمیله دوباره بگیرد. به نظر می رسد در این صورت، تقسیم نقض می گردد.

در مورد مفقود دو نکته در اینجا قابل ملاحظه است: مرحله میانی گم شدن تا زمانی که قاضی حکم به مرگ او می دهد و مرحله بعد از حکم قاضی که هریک ذیلاً مورد بحث قرار می گیرد:

۱۴۹. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۶۵.

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 139

در این مرحله مفقود زنده تلقی می‌شود و به اعتبار عمل به یکی از قواعد استصحاب که قاعده «الیقین لایزول بالشک» (یقین با شک از بین نمی‌رود) است. پس زنده بودن او یقینی و مرگ او مشکوک است و این یقین با آن شک از بین نمی‌رود.

مفقود در اینجا از دو جهت زنده تلقی می‌شود:

۱) نسبت به حق دیگران در اموال او؛ پس اموالش تقسیم نمی‌شود و کسی از او ارث نمی‌برد، چون او همچنان زنده تلقی شده است و شرط ارث، تحقق مرگ مورث است.

۲) نسبت به ارث بردن مفقود از دیگران، پس اگر کسی که مفقود از او ارث می‌برد، سهم مفقود را به بهترین حالت آن برای او و به بدترین حالت برای سایر وارثان در نظر می‌گیرند. مفقود همراه وارثان در اینجا دو حالت دارد:

نخست: اینکه مفقود سایر وارثان را به طور کامل حجب کند، در این صورت تمام ترکه را برای او در نظر می‌گیرند و هیچ یک از وارثان ارث نمی‌گیرند، تا حکم مرگ وی صادر شود. مثل کسی که بمیرد و برادر تنی، خواهر تنی و پسر مفقودی داشته باشد در اینجا تمام ترکه را برای پسر مفقود کنار می‌گذارند، چون او همچنان در حکم زنده است و اگر وجود داشته باشد برادر و خواهر را حجب می‌کند پس آنها چیزی به ارث نمی‌برند و هنگامی که حکم به مرگ او شد برادر تنی همراه خواهر تنی تمام ترکه را به ارث می‌برند و مذکر دو برابر مونث می‌گیرد.

دوم: اگر مفقود با سایر وارثان در ارث شرکت داشته باشد، پس حداقل سهم را به وارثان می‌دهند و مثل جنین باقیمانده را برای مفقود در نظر می‌گیرند و کسانی که زنده یا مرده بودن مفقود تأثیری در سهم آنها نداشته باشد، سهم خود را می‌گیرند.

هنگامی که قاضی حکم به وفات مفقود صادر می‌کند، دو حالت برای این حکم وجود دارد:

۱) اینکه از تاریخ بیان حکم، حکم به وفات او شده باشد و از این تاریخ به بعد زنده تلقی نمی‌شود و او به مرگ حکمی مرده است. و شایسته استحقاق چیزی را ندارد و سهم او به وارثانی بر می‌گردد که در هنگام وفات مورثان موجود بودند. اما ترکه ای که قبل از مفقود شدن داده بوده اند، میان کسانی که در روز وفاتش

۱۴۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

موجود بوده‌اند، تقسیم می‌شود نه از تاریخ مفقود شدنش و کسانی که قبل از حکم به وفات وی مرده‌اند، ملاک نیستند چون شرط اساسی ارث را که تحقق مرگ مورث است نداشته‌اند. پس هنگام بیان حکم مفقود مرده تلقی می‌شود و جز افراد زنده در این هنگام کسی از او ارث نمی‌برد.

(۲) قاضی به تأریخی قبل از تاریخ بیان حکم و بنا بر قراین و شواهد محیطی مفقود و بعد از تحقیق و جستجو حکم به مرده بودن او بکند. مثل کسی که در اول رمضان ۱۴۲۵ مفقود شده و بعد از یک سال قاضی از تاریخ یک شوال ۱۴۲۵ یا بعد از یک ماه از آن حکم به مرگ او می‌کند که این حکم مبتنی بر قراینی است که نزد او وجود دارد. پس در این حالت هر کس که از این تاریخ به بعد زنده باشد، وارث او تلقی می‌شود مثلاً اگر پسری داشته باشد که در نیمه شوال ۱۴۱۲ مرده باشد، از او ارث می‌برد و حق پسر به وارثان او داده می‌شود ولی اگر پسر در نیمه رمضان مرده باشد و یک پدر مفقود داشته باشد که حکم به مرگ او نشده باشد، سهم پدر کنار گذاشته می‌شود و این ترکه به ترکه‌ای که بعد از حکم وفات می‌ماند، اضافه می‌شود.^{۱۵۰}

در باره حکم آمدن مفقود بعد از صدور حکم موت فرضی نسبت به مال فقهاء نظریات مختلف ارائه نموده‌اند: فقهای حنفیه می‌گویند: در صورتی که مفقود بعد از صدور حکم فرضی زنده بر گردد، نمی‌تواند آنچه را که زوجه و اولاد او به اذن قاضی مصرف نموده‌اند از آنها مطالبه نماید. ولی، باقیمانده اموالی را که در ید ورثه باقی است می‌تواند مطالبه نماید.

۱۵۰. در مورد ارث مفقود ر. ک: ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۸۹۱-۷۸۹۹؛ محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصیة فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۸۰ - ۱۸۸؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیہ، صص ۲۶۹ - ۲۷۱؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی (____). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانہ رشیدیہ، صص ۳۰۳ و ۳۰۴؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران: انتشارات محمدی سقر، صص ۶۳۷ - ۶۴۰

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 141

فقه‌های مالکیه و شافعیه می‌گویند: مفقود می‌تواند جمیع ترکه را هر چند تقسیم شده باشد، دو باره اخذ نماید. اما، فقه‌های حنابله می‌گویند: مفقود می‌تواند آنچه از اعیان اموال باقی مانده اخذ نماید و ضمان آنچه را تلف شده است در روایت صحیح مطالبه نماید. اما، در روایتی دیگر نمی‌تواند مطالبه نماید.^{۱۵۱}

مبحث سوم) ارث خنثی مشکل

بر اساس ماده ۲۰۵۷ ق. م: «خنثائی که ذکوریت و انوئت او فهمیده شده نتواند، اقل نصیبین را مستحق گردیده و باقیمانده متروکه به ورثه دیگر داده می‌شود.» خنثی از ریشه «خنث» گرفته شده است که در لغت به معنی نرمی و شکستگی و دوگانگی است و در اصطلاح کسی است که دو جنسه است یعنی هم آلت مردان را دارد و هم آلت زنان، یا هیچ یک از آنها را ندارد. به عبارت دیگر: خنثی کسی است که خلقت او شاذ است؛ یعنی: نمی‌توان فهمید که مذکر است یا مؤنث. زیرا، علاماتی که دال بر ذکوریت یا انوئت باشد در او وجود ندارد یا تشابه این علایم به حدی است که ترجیح یکی بر دیگری دشوار است. خداوند ﷻ بنی آدم را دو صنف متمایز از هم خلق کرده است و برای هر کدام نشانه‌های خاصی را قرار داده است و در آیات مواریث حکم ذکور و اناث را بیان نموده است. پس، به کسی که هم آلت مرد و هم آلت زن داشته باشد، خنثی گویند و اگر چیزی از آن دو را نداشته باشد، تشخیص ذکوریت و انوئت او مشکل می‌شود و به همین علت او را خنثی مشکل می‌گویند. دلیل این امر این است که انسان یا مذکر است یا مؤنث و اگر هر دو حالت در انسانی جمع شود، یا در شخصی هیچ کدام از آن دو وجود نداشته باشد، موجب ایجاد مشکل است. البته، طریق رفع مشکل شناسایی محل ادرار است. اگر فردی از راه ذکر ادرار کند مذکر است و مانند ذکور ارث می‌برد. اما، اگر از راه فرج ادرار کند، مؤنث است و مثل مؤنث ارث می‌برد و اگر از هر دو مکان ادرار کند و یکی بر دیگری سبقت نداشته باشد، مشکل او تا زمان بلوغ باقی می‌ماند؛ به این ترتیب که: اگر مانند مردان محتمل شد و به زنان تمایل نشان داد، یا ریش پیدا کرد، مذکر است و چنانچه دارای پستان شد یا حیض دید و یا حامله شد، او را مؤنث خوانند و اگر هیچ یک از این علایم، نه در مورد مذکر و نه در مورد مؤنث در انسانی پیدا نشود، او را خنثی مشکل گویند. در مورد ارث خنثی فقه‌های

۱۵۱. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج ۲۹، ص ۶۶؛ و ج ۳۷، صص ۲۷۵-

۱۴۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

حنفیه می گویند: خنثی کمترین دو سهم را مستحق می شود.^{۱۵۲} در مورد ارث خنثی فقهاء نظریات مختلف ارایه کرده اند: فقهای حنفیه می گویند: خنثی کمترین دو سهم را مستحق می شود. اما، ورثه بیشترین دو سهم را از او اخذ می نمایند. فقهای شافعیه گفته اند که: هر یک از ورثه و خنثی حداقل سهم خود را می برند و مابه التفاوت را ننگه می دارند تا وضع خنثی روشن شود. فقهای مالکیه می گویند: متوسط دو سهم به خنثی تعلق می گیرد؛ به این توضیح که: نصف سهم مؤنث و نصف سهم مذکر به او داده می شود و اگر با یکی از دو فرض ارث ببرد، و با فرض دیگر ارث نبرد، نصف نصیب او را مطابق فرضی که ارث می برد، می دهند. فقهای حنابله گفته اند که: اگر روشن شدن وضع خنثی در آینده امکان پذیر باشد، در حال اجتماع با ورثه، کمترین دو سهم به وی تعلق می گیرد، در غیر این صورت، با هر دو فرض ارث می برد؛ به این ترتیب که: با فرض مذکر بودن، نصف سهم مذکر و با فرض تأنیث، نصف میراث مؤنث را خواهد برد و چنانچه با یکی از دو فرض ارث ببرد، نصف سهمش را در حال ارث به او می دهند.^{۱۵۳}

برخی دیگر در این خصوص می نویسند که: «از دیدگاه فقهای حنفی:

- ۱- اگر خنثی مشکل با وجود وارثان دیگر به اعتبار ذکور و یا مؤنث بودن از میراث محروم گردد، ترکه بین ورثه تقسیم شده و برای خنثی مشکل از ترکه چیزی اختصاص داده نمی شود.
- ۲- اگر سهم خنثی مشکل به اعتبار مؤنث بودن از سهم او به اعتبار مذکر بودن کمتر باشد، در این صورت مؤنث فرض گردیده و حصه مؤنث را مستحق می شود.

۱۵۲. در مورد تعریف و ارث خنثی ر. ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۸۹۹-۷۹۰۴؛ محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۸۹-۱۹۱؛ عبدالحمید محمود طهماز (___). الفقه الحنفی فی ثوبه الجديد، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۲۷۲؛ و اسعد شیخ الاسلامی اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، صص ۹۵ و ۹۶.

۱۵۳. سید آغا رستم خیل (۱۳۹۵). میراث و مسایل آن از دیدگاه فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، صص ۱۹۶.

است.

مبحث چهارم) ارث ولد زنا و ولد لعان

براساس ماده ۲۰۵۸ ق. م: «ولد زنا و ولد لعان از مادر و اقارب او همچنین مادر و اقارب او از آنها مستحق ارث می شوند، مگر پدر و اقارب او از اولاد مذکور ارث برده نمی توانند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) ولد زنا در لغت به معنی فرزند حاصل از زنا است. به حیث مثال، هرگاه «الف» با «ب» زنا نماید و در نتیجه این زنا «ب» طفلی به دنیا بی آورد، چنین طفل ولد زنا است. طبق فقه فرزند حاصل از زنا (ولد زنا) هر طفلی است که مادرش بدون عقد و ازدواج صحیح و از طریق زنا به دنیا آورده باشد.

زنا در لغت به معنی وطی، مجامعت، همبستر شدن زن و مرد با طور نامشروع است.^{۱۵۶} ماده ۶۴۳ کد جزا در تعریف زنا می گوید: «(۱) زنا عبارت از مقاربت جنسی زن و مردی است که بین آن ها رابطه زوجیت موجود نباشد؛ و (۲) به مقصد این ماده، جماع با دخول اندام تناسلی مرد در قبل زن به هر اندازه ای که باشد، محقق می شود.» قبل اندام تناسلی پیش زن و خلاف دُبر است.^{۱۵۷} طبق نص ماده ۲۰۵۸ ق. م ولد زنا از مادر و اقارب مادر ارث می برد. همچنین، مادر ولد زنا و اقارب مادر از ولد زنا ارث می برند. اما، پدر و اقارب پدر از ولد زنا ارث نمی برند. به حیث مثال، اگر احمد با جمیله زنا نماید و در اثر این زنا محمود از جمیله متولد گردد، محمود از جمیله و جمیله از محمود ارث می برد. همچنین، در این مثال محمود از اقارب یعنی خویشاوندان جمیله و خویشاوندان جمیله از محمود ارث می برند. به حیث مثال، اگر جمیله مادری به نام حمیده داشته باشد، حمیده از محمود و محمود از حمیده ارث می برد. اما، محمود از احمد و احمد از محمود و احمد از اقارب محمود مانند پدر احمد و پدر احمد از محمود ارث نمی برند.

نص این ماده از فقه گرفته شده است. فقهای مذاهب اجماع دارند که وقتی زنا ثابت شود، توارث بین ولد زنا و صاحب نطفه را از بین می برد، زیرا فرزند، شرعاً و قانوناً به صاحب نطفه منسوب نمی شود. زیرا، پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ.»^{۱۵۸}

156. <https://www.vajehyab.com> (Last visti: Decmber, 17, 2107).

157. Ibid, (Last visti: Decmber, 17, 2107).

«فرزند از آن کسی است که صاحب فراش است و زانی مستحق سنگ است.».

باوجوداین، فقهاء با این فتوا مبنی بر محرومیت ولد زنا از ارث، در مشکلی افتاده اند و سرگردانند که چگونه از آن رهایی یابند، زیرا تخلص از آن بسیار دشوار است. مشکل مزبور این است که: اگر ولد زنا، شرعاً به صاحب نطفه منسوب نیست، باید برصاحب نطفه حرام نباشد که با دختری که از زناى او به دنیا آمده است ازدواج کند و نیز بر پسر حاصل از زنا حرام نباشد که با خواهر و عمه خود ازدواج کند، مادام که فرزند با نطفه اجنبی است. در نتیجه، فرزند ناشی از زنا یا فرزند قانونی است و بنابراین از تمام حقوق فرزندان قانونی و شرعی مانند ارث، نفقه و ... مستحق می گردد و یا فرزند غیر شرعی است و همه حقوق فرزندان غیر شرعی و قانونی را دارد حتی ازدواج با خواهر و عمه. بنابراین، در این حالت، بچه به مادرش انتساب دارد نه به زناکار و در این حالت بچه از زناکار ارث نمی برد. ولی فرزند حاصل از زنا از مادرش ارث می برد و مادر نیز از او ارث می برد. علت این امر این است که نفی نسب، مهمترین سبب ارث را که همان قرابت است نقض می کند. پس فرزند حاصل از زنا از هیچ یک از جهات پدری، برادری یا کاکایی ارث نمی برد، چون یا مادر دارد که صاحب سهم است یا برادر که برادر مادری اوست و او نیز صاحب سهم است یا دختر است که عصبه بالنفس است.^{۱۵۹}

۲) لعان از فعل ثلاثی مجرد لعن گرفته شده است که در لغت به معنی طرد و دور کردن از رحمت خداونداً نفرین گفتن، خوار داشتن و دشنام گفتن است. ق. م در خصوص تعریف لعان سکوت اختیار نموده است. فقهای حنفیه در تعریف لعان می گویند: لعان عبارت از شهادت مورد تأکید همراه با سوگند همراه با لعن از جانب زوج و همراه با غضب از جانب زوجه، قایم مقام حد قذف در حق زوج و قایم مقام حد زنا در حق زوجه.^{۱۶۰} از تعریف فوق به خوبی بر می آید که لعان ممکن است بنا بر دو سبب زیرین صورت پذیرد:

۱۵۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۲۴۹؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۳۷؛ مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۹۹-۱۰۰.

۱۶۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۰۹۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۱۶۱۸؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۳۳؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید،

۱) متهم نمودن زوجه به ارتکاب زنا: سبب اولی که موجب لعان می گردد این است که شوهر زوجه اش را به زنا متهم نماید، ولی چهار نفر گواه یا شاهد نداشته باشد تا این اتهام را تأیید نمایند؛ و

۲) نفی و یا انکار نسب فرزند: سبب دومی که موجب لعان می گردد این است که شوهر نسب فرزند خویش را نفی نماید و یا اینکه ادعا نماید که زوجه اش از او حمل نبرداشته است.^{۱۶۱}

ولد لعان عبارت از طفل ناشی از لعان است. ولد لعان از مادر و اقارب او همچنین مادر و اقارب او از ولد لعان مستحق ارث می شوند. اما، پدر و اقارب پدر از طفل ارث نمی برند. ارث ولد لعان شبیه ارث ولد زنا است. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و جمیله طفلی به نام حمید به دنیا آورد، اما احمد نسب حمید را نفی نماید و ادعا نماید که طفل متعلق به جمشید است که با جمیله زنا نموده است، در صورتی که احمد و جمیله به گونه ای که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت، لعان را جاری نمایند و از همدیگر در اثر لعان جدا شوند، حمید از جمیله و اقارب جمیله، به حیث مثال مادر جمیله، ارث می برد. همچنین، جمیله از حمید و اقارب جمیله، به حیث مثال مادر جمیله، از حمید ارث می برند. اما، حمید از احمد و اقارب احمد و احمد و اقارب احمد از حمید ارث نمی برند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم ارث طفل ناشی از زنا و ناشی از لعان است.

مبحث پنجم) ارث نابود شدگان و غرق شدگان

ماده ۲۰۵۹ ق. م در این مورد حکم می نماید که: «فوت شدگان حوادث غرق، حریق و انهدام که تقدم و تأخر وفات هیچ يك معلوم نباشد، از همدیگر ارث برده نمی توانند و حصص شان به ورثه احیای آنها تقسیم می شود.» نص این ماده پیچیده است. نص این ماده استثنای قواعد عمومی ارث است. زیرا، چنانچه گفته شد، شرط ارث بردن وارث از مؤرث، زنده بودن وارث در وقت فوت مؤرث است. بنابراین، برای این که وارث از مؤرث ارث ببرد، باید حیات او در زمان وفات مؤرث متحقق و ثابت باشد. اما، نص این ماده با تأثیر پذیری از فقه، به افرادی که در اثر غرق شدن، حریق

جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۳۰؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (___). الفقه الحنفی و

ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۲۶۰.

۱۶۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص

۷۰۹۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی

سقر، صص ۱۶۲۱ و ۱۶۲۲.

و انهدام ساختمان وفات می نمایند و تقدم و تأخر وفات شان معلوم است، به آنها اجازه می دهد از همدیگر ارث ببرند. به طور کلی، از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

۱) اشخاصی که در اثر غرق شدن، حریق، انهدام بناء و نظیر اینها وفات می نمایند خالی از دو حالت نیستند.

۱- اگر تأخر و تقدم تاریخ وفات آنها معلوم نباشد، از همدیگر ارث نمی برند. به حیث مثال، اگر احمد پدر محمود باشد و احمد و محمود در اثر زلزله و انهدام منزل در زمان واحد زیر آوار شوند و وفات نمایند، از همدیگر ارث نمی برند. به نظر می رسد دلیل عدم ارث عدم تحقق شرایط ارث است که حیات وارث و وفات مؤرث و موجوبیت ترکه است. در این صورت، اگر احمد زوجه ای به نام جمیله داشته باشد، متروکه احمد و محمود به جمیله منتقل می شود.

۲- اگر تأخر و تقدم تاریخ وفات آنها معلوم باشد از همدیگر ارث می برند. به حیث مثال، اگر احمد پدر محمود و باشد و احمد و محمود در اثر زلزله و انهدام منزل وفات نمایند از همدیگر ارث می برند. به حیث مثال، اگر زلزله در اول حمل سال ۱۳۹۷ واقع شود و احمد در اول حمل وفات نماید و محمود در دوم حمل وفات نماید، محمود از احمد ارث می برد. در این صورت نیز، محمود سپس وفات می نماید و متروکه او به ورثه او منتقل می شود. این دو مثال، در خصوص وفات اشخاص همزمان در اثر انهدام تعمیر است. این حکمی، در صورتی که دو یا بیشتر از دو فرد در اثر غرض شدن و حریق منزل وفات نمایند قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم ارث افرادی که در زمان واحد وفات می نمایند است.

مبحث ششم) تخارج

براساس ماده ۲۰۶۰ ق.م: «تخارج، آن است که ورثه به اخراج بعضی از ورثه به مقابل شی معین مصالحه نمایند. اگر یکی از ورثه با ورثه دیگر تخارج نماید، قایم مقام او قرار گرفته مستحق حصه او از متروکه می گردد. اگر یکی از ورثه همراه باقی وارثین تخارج نماید، در حالی که شی از جمله متروکه باشد، حصه وی بین باقی وارثین به تناسب حصص هر یک در متروکه تقسیم می شود و اگر شی مذکور از مال شخصی آنها بوده و در عقد تخارج به طریقه تقسیم شخص خارج تصریح نشده باشد، حصه خارج شده، مساویانه در بین وارثین تقسیم می شود.» از نص این ماده یک تعریف و دو حکم در خصوص تخارج قابل استنباط است:

۱۴۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

(۱) تخارج از ریشه فعل خرج گرفته شده است. ۱۶۲ به نظر می رسد معنی لغوی این کلمه شبیه و مانند معنی اصطلاحی آن است، زیرا در بسیاری از فرهنگ ها مانند لغت نامه دهخدا آن را در معنی اصطلاحی تعریف کرده اند. به حیث مثال، در لغت نامه دهخدا در این مورد نگاهشته شده است که: تخارج به معنی قسمت کردن و گرفتن بعضی شرکا خانه را، بعضی زمین را، بعضی پول را و بعضی عقارات را است. ۱۶۳ در اصطلاح فقهی:

- ۱- تخارج عبارت از صلح ورثه است مبنی بر اخراج برخی از ورثه در برابر شی معلوم.
- ۲- تخارج نوعی مصالحه و تصالح است و صلح در میان مسلمانان جایز است مگر اینکه حرامی را حلال کند یا حلالی را حرام کند.
- ۳- تخارج نوعی معامله است و معامله نیز به اتفاق جایز است، به طوری که یکی از وارثان سهم خود را در مقابل یک چیز معلوم می فروشد. ۱۶۴

(۲) اگر یکی از ورثه با ورثه دیگر تخارج نماید، قایم مقام او قرار گرفته و مستحق حصه او از متروکه می شود. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است. ۱۶۵ به نظر می رسد در چنین حالتی، ورثه ای که قایم مقام قرار گرفته است بدل صلح را باید با ورثه ای که با او صلح نموده است بدهد. به این امر در ماده ۲۰۶۰ اشاره نشده است که محل ایراد به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ورثه او، محمود، جمشید و حمید باشد و احمد خانه، دو جریب زمین در پغمان و یک عراده موتر داشته باشد و احمد، جمشید و حمید توافق نمایند که حمید موتر را نگیرد و به عوض احمد و جمشید پول موتر را به حمید بپردازند، تخارج صورت گرفته است. در این مثال، احمد و جمشید قایم مقام حمید تلقی می گردند و مستحق موتر شناخته می شوند مشروط بر این که عوض آن را به حمید پرداخت نمایند.

- ۳) در صورتی که یکی از ورثه همراه باقی وارثین تخارج نماید، قانونگذار مدنی دو حالت را پیش بینی نموده است:

162. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 19/8/ 2016).

163. Ibid, (Last visit: 19/8/ 2016).

۱۶۴. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶.

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

حالت اول؛ در حالی که شی از جمله متروکه باشد، حصه وی بین باقی وارثین به تناسب حصص هر يك در متروکه تقسیم می شود. به حیث مثال، در مثال بالا، حصه حمید میان احمد و جمشید تقسیم می شود.

حالت دوم؛ «اگر شی مذکور از مال شخصی آنها بوده و در عقد تخارج به طریقه تقسیم شخص خارج تصریح نشده باشد، حصه خارج شده، مساویانه در بین وارثین تقسیم می شود.» نص این بند ق. م مبهم به نظر می رسد و به نظر می رسد که رایه مثال عملی برای این ماده مشکل است. مثال های عملی برخی نویسندگان در خصوص نص بند اخیر ماده ۲۰۶۰ قابل فهم و مفهوم به نظر نمی رسد.^{۱۶۶} برخی دیگر در این خصوص مثال رایه نمی نمایند.^{۱۶۷} برخی دیگر در این خصوص می نویسند:

«اگر یکی از وارثان در مقابل مال شخصی که از سایر وارثان و از غیر ترکه به او مساویانه پرداخت می کنند، از دایره وارثان خارج شود، در این حالت سهام وارثان در متروکه میت تعیین می گردد و پس از آن سهم وارثی که در مقابل مال شخصی که از سایر وارثان و از غیر ترکه به او به طور مساویانه می پردازند، از دایره وارثان خارج گردیده است از اصل مسأله وضع می گردد و ترکه میت بر ورثه مساویانه تقسیم می شود. این در صورتی است که در مورد نحوه تقسیم سهم او در عقد تخارج شرط خاصی وجود نداشته باشد. اگر به روش معینی برای تقسیم در عقد اشاره شده باشد، باید از آن تبعیت کرد چون مسلمانان ملزم به انجام شروط خویش اند مگر این که شرطی باشد که حلال را حرام یا حرام را حلال کند. به طور مثال، اگر شخصی وفات کند و از او زوج، مادر و جد به جای بمانند و جد و مادر با زوج مصالحه کنند که در مقابل پرداخت مال شخصی و از غیر ترکه به او به طور مساوی، از دایره وارثان خارج شود، در این صورت گویا این که تخارج روی نداده است. زمانی که حصه شوهر معلوم شد میان مادر و جد به طور مساوی تقسیم می شود. اگر زوج شرط گذارد که سهم او میان مادر و جد به نسبت ۱ به ۴ تقسیم شود؛ یعنی: سه حصه ترکه به مادر داده

۱۶۶. یادگار راجی (___). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد (۴)، (___)، (___)، صص ۷۹ و ۸۰.

۱۶۷. سید آغا رستم خیل (۱۳۹۵). میراث و مسایل آن از دیدگاه فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، صص ۱۲۱-۱۲۳.

۱۵۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

شود، سهم شوهر به چهار قسمت تقسیم گردیده و سه حصه آن به مادر و یک حصه آن به جد داده می شود.». ^{۱۶۸}

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف تخارج و بیان احکام تخارج است.

فصل سوم: تصفیه ترکه

چنانچه گفته شد، ترکه موجود نمی شود مگر بعد از تجهیز میت، پرداخت دیون و تنفیذ وصیت در ثلث مال. موجود شدن ترکه از طریق تصفیه ترکه صورت می گیرد. تصفیه از ریشه صفو گرفته شده است که در لغت به معنی روشن کردن، صاف کردن و پاک کردن است.^{۱۶۹} در اصطلاح حقوق میراث تصفیه عبارت از تعیین دیون و حقوق که بر عهده متوفی است و پرداختن آنها و خارج کردن موصی به از ماترک است. متصدی کارهای تصفیه را مصفی (تصفیه کننده) می گویند.^{۱۷۰} نویسندگان ق. م احکام تصفیه ترکه را در جلد چهارم، فرع پنجم، در مواد ۲۰۶۱ الی ۲۱۰۲ ق. م تنظیم نموده است. این احکام مقتبس از قانون شماره ۷۷ سال ۱۹۴۳ مواریث مصر است و کمتر ریشه فقهی دارد. از همین رو، بسیاری از نویسندگان که در افغانستان در مورد میراث کتاب نوشته اند، این احکام را مورد بحث قرار نداده اند. بنابراین، این احکام در افغانستان بیشتر مغفول مانده است. طبق مواد ۲۰۶۱ الی ۲۱۰۲ ق. م تصفیه ترکه مستلزم چهار مرحله است: تعیین تصفیه کننده (مبحث اول)، تجرید ترکه (مبحث دوم)، تسویه دیون (مبحث سوم) و تقسیم و تسلیم اموال به ورثه (مبحث چهارم) که هر یک را ذیلاً به صورت جداگانه مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث نخست) مرحله اول- تعیین تصفیه کننده ترکه

طبق ق. م تعیین تصفیه کننده تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۲۰۶۱ ق. م: «هرگاه مورث برای متروکه اموال خویش وصی تعیین نماید و یکی از ورثه تصفیه متروکه را مطالبه نماید، محکمه شخصی را انتخاب می نماید، در صورت عدم توافق

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

انتشارات محراب فکر، ص ۶۹۱

۱۷۰. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ

کتابخانه گنج دانش، کلمه ۴۶۳۴.

۱۵۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

تمام ورثه در انتخاب شخص، محکمه می تواند بعد از استماع دلایل ورثه، به انتخاب خود شخص را تعیین نماید که تا حد امکان از جمله ورثه باشد. «و وصی در لغت به معنی وصیت شده است. در اصطلاح حقوقی، وصی شخصی است که برای حفظ مال و یا فرزندان شخص پس از مرگ او توسط شخص یا قاضی تعیین شده باشد.^{۱۷۱} از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- اگر مؤرث برای متروکه وصی تعیین نموده باشد، قاضی باید وصایت او را تأیید نماید و جایز نیست ورثه و داینین متوفی در این مورد اعتراض نمایند. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وصی تصفیۀ اموال خویش در زمان حیات خویش معین کرده باشد و به او گفته باشد، بعد از مرگ متروکه ام را میان ورثه ام تقسیم نما، قاضی باید وصایت محمود را قبول نماید.

۲- در صورت عدم تعیین وصی توسط مؤرث و مراجعه ورثه به قضاء غرض تصفیۀ ترکه قاضی می تواند در صورت توافق همه ورثه یک شخص را به عنوان وصی تعیین نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و جمشید و حمیده ورثه احمد باشند و هر دو به محکمه غرض تعیین وصی مراجعه نمایند و هر دو توافق نمایند که محمود وصی باشد، قاضی می تواند محمود را به عنوان وصی تعیین نماید.

۳- در صورت عدم تعیین وصی توسط مؤرث و عدم توافق ورثه مبنی بر وصایت یک شخص، قاضی می تواند یک شخص را به عنوان وصی تعیین نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دارای متروکه و ورثه های به نام های جمشید و جمیله باشد و جمیله بر وصایت محمود توافق ننماید، قاضی می تواند حمید را به عنوان وصی تعیین نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احترام به وصیت عهدی مؤرث، رفع نزاع میان ورثه در خصوص تعیین وصی و اعطای صلاحیت تکلیفی به قاضی غرض تعیین وصی در صورت عدم تعیین وصی توسط مؤرث و عدم توافق ورثه مبنی بر وصایت شخص معین است.

۲) طبق ماده ۲۰۶۲ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه مورث برای متروکه وصی تعیین نموده باشد، محکمه مکلف است تعیین مورث را تأیید نماید؛ و (۲) تمام احکام متعلق به تصفیۀ کننده، بر وصی متروکه تطبیق می شود.». نص این ماده مرتبط به ماده ۲۰۶۱ ق. م است. طبق فقره اول نص این ماده هرگاه مؤرث برای متروکه وصی تعیین کرده باشد، قاضی مکلف است وصایت

۱۷۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۸۸.

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 153

وصی را تأیید نماید. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وصی تصفیۀ اموال خویش در زمان حیات خویش معین کرده باشد و به او گفته باشد، بعد از مرگ متروکه ام را میان ورثه ام تقسیم نما، قاضی باید وصایت محمود را تأیید نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احترام گذاشتن به وصیت عهدی مؤرث و بیان صلاحیت تکلیفی قاضی محکمه ذیصلاح است.

طبق فقره دوم نص این ماده وصی تابع احکام تصفیۀ کننده ترکه است. بنابراین، وصی طبق نص این ماده تصفیۀ کننده حکمی تلقی می گردد و دارای تمام اختیارات و تکالیف تصفیۀ کننده است. به حیث مثال، اگر احمد قبل از وفات خویش محمود را به عنوان وصی تعیین نماید و قاضی وصایت او را در خصوص تصفیۀ ترکه قبول نماید، وصی دارای تمام صلاحیت های تصفیۀ کننده ترکه مانند: اداره اموال متوفی، اتخاذ اقدامات جهت تجهیز میت، تأمین نفقه کسانی که مستحق نفقه از ترکه میت هستند، تعیین حقوق و دیون که متعلق به ترکه است، تسویۀ دیون، تسلیم ترکه به ورثه بعد از تقسیم و امثال اینها است که تفصیل آن بعداً خواهد آمد.

۳) براساس ماده ۲۰۶۳ ق.م: «مؤلف امور مالی محکمه، مرتباً اوامر محکمه را مبنی بر تعیین تصفیۀ کننده، در دفتر مخصوص قید نموده و شهرت وصی متروکه را به شمول اسمای مورثین به حروف ابجدی در سجل مخصوص ثبت می نماید. مؤلف مذکور مکلف است تمامی اوامر مربوط به عزل و تنازل را در ستون ملاحظات سجل برساند.» عبارت «مؤلف امور مالی محکمه» در نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور از مؤلف امور مالی محرر محکمه است. با پذیرش این برداشت و استنباط این نتیجه به دست می آید که محرر محکمه مکلف است اوامر محکمه را که جهت تعیین تصفیۀ کننده صادر گردیده است و نیز شهرت وصی مؤرث و اسمای ورثه را به ترتیب حروف ابجدی (الف، ب، ج، د، ه، و، ز...) و اوامر محکمه را مبنی بر عزل وصی و تنازل او از وصایت ثبت سجل مخصوص نماید.

۴) طبق ماده ۲۰۶۸ ق.م: «(۱) دائنین از تاریخ صدور امر مبنی بر تعیین تصفیۀ کننده به بعد، نمی توانند در برابر متروکه به هیچ نوع اجرائی بپردازند و یا به اجرائت اتخاذ شده قبلی ادامه دهند، مگر به حضور تصفیۀ کننده؛ و (۲) اجرائت توضیح که به ضد مورث افتتاح گردیده و هنوز لست نهائی آن مسدود نشده باشد، در اثر تقاضای یکی از اشخاص ذیعلاقه تا زمان تسویۀ تمام دیون متروکه متوقف می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- در صورت تعیین تصفیه کننده توسط محکمه، از تاریخ تعیین تصفیه کننده، ورثه متوفی نمی توانند در خصوص متروکه اجراءات نمایند یا به اجراءات قبلی ادامه دهند. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ورثه او محمود و حمیده باشد و قاضی محکمه ذیصلاح جمشید را تصفیه کننده تعیین نماید، محمود و حمیده به مجرد تعیین شدن جمشید به عنوان تصفیه کننده نمی توانند در خصوص ترکه احمد اجراءات نمایند، به عنوان نمونه، آن را تقسیم نمایند، دین احمد را پردازند و دین احمد را از مدیونین احمد دریافت نمایند و نظیر اینها.

۲- به نظر می رسد در فقره دوم نص ماده ۲۰۶۸ اشتباه املایی وجود دارد. قانونگذار مدنی در نص این ماده به عوض «توزیع» که به معنی تقسیم کردن است، «توضیح» را که در لغت به معنی واضح ساختن است استعمال نموده است. طبق نص این ماده اجراءات مربوط به توزیع ترکه متوفی که فهرست آن هنوز نهایی نشده است، در اثر تقاضای اشخاص ذیعلاقه مانند ورثه متوقف می گردد. به حیث مثال، اگر احمد مدیون حمید و جمشید باشد و ورثه احمد محمود و جمیله باشد و محمود شروع به ترتیب فهرست داینین احمد و توزیع دین آنها نماید، اما فهرست نهایی نشده باشد، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند نهایی ساختن فهرست داینین و توزیع متروکه میان داینین احمد را در اثر تقاضای جمیله یا سایر ورثه متوقف سازد و برای نهایی ساختن فهرست و توزیع متروکه تصفیه کننده را معین نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین متوفی و تقسیم عادلانه متروکه میان ورثه است.

۴) براساس ماده ۲۰۶۹ ق. م: «وارث نمی تواند قبل از تسلیمی سند استحقاق ارث در مال مترو که تصرف نماید. همچنین نمی تواند دیون ترکه را بگیرد یا دینی که بر او است، به دین متروکه مجرا نماید.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۰۶۳ ق. م است. نص این ماده ناظر بر اثر ثبت اوامر محکمه است. از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- وارث نمی تواند قبل از دریافت سند تسلیمی مستحق شدن ارث، در متروکه تصرف نماید. زیرا، هنوز وارث مالک مال مورثه نگردیده است. وارث زمانی مالک مال می گردد که ارث تقسیم شود. وارث اسم فاعل از ریشه «ورث» گرفته شده است که در لغت به معنی میراثبر و ارث بر است. در اصطلاح حقوق مدنی، وارث بر شخصی اطلاق می گردد که مال متوفی قهراً به وی منتقل می

شود.^{۱۷۲} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و از خود متروکه به جا گذارد و وارثان او حمیده و محمود باشند، وارثان نمی توانند قبل از دریافت سند موروثه را به فروش رسانند، هبه نمایند، وصیت نمایند و سایر تصرفات را انجام دهند.

۲- وارث نمی تواند دیون ترکه را بگیرد. زیرا، اخذ دیون ترکه وظیفه و مسئولیت وصی یا تصفیه کننده ترکه است. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و دارای متروکه باشد و محمود به عنوان وصی یا تصفیه کننده معین شود و در عین حال جمشید ورثه احمد باشد و احمد بر حمید ده لک افغانی قرض داشته باشد، ده لک افغانی دینی است که باید توسط محمود از حمید گرفته شود و شامل متروکه احمد گردد. جمشید نمی تواند این دین را مستقیماً از حمید بگیرد.

۳- وارث نمی تواند دینی را که شخص دیگری بر عهده او دارد با متروکه قبل از تسلیم سند تقسیم مجری نماید. به نظر می رسد مجرای ترجمه دری مقاصه و تهاتر است. مقاصه در لغت از ریشه «قصص» گرفته شده که به معنای قصاص گرفتن، چیزی را به جای چیزی گرفته و باز پس گرفتن مثل چیز داده شده است.^{۱۷۳} تهاتر در لغت از ریشه «هتر» گرفته شده که به معنای تبادل کالا، همدیگر را تکذیب کردن، مساوات و برابر شدن است.^{۱۷۴} در اصطلاح حقوقی و فقهی به اسقاط دین به ذمه مدیون از سوی مالک در برابر آنچه که خود به ذمه دارد مجرای، تهاتر و یا مقاصه گویند.^{۱۷۵}

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و متروکه از خود به جا گذارد و محمود ورثه احمد باشد و محمود مدیون جمشید باشد، اما جمشید قرضدار احمد باشد، محمود نمی تواند دین خویش را با دین متروکه قبل از تقسیم آن مجری نماید. زیرا، محمود هنوز مالک متروکه نگردیده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از تصرفات ورثه بر متروکه قبل از تقسیم آن است. زیرا، مالکیت متروکه بعد از تقسیم متعلق به ورثه می گردد و ورثه می تواند بعد از تقسیم در متروکه مقسومه تصرف نماید.

مبحث دوم) مرحله دوم- تجرید ترکه

۱۷۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۶۰.

۱۷۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۳۸.

۱۷۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۵.

۱۷۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۳۸.

تجرید در لغت به معنی تنهایی گزیدن، گوشه گرفتن، تنهایی، مجرد سازی، مجرد ساختن و گوشه گیری کردن است.^{۱۷۶} به نظر می رسد تجرید ترکه عبارت از جدا کردن ترکه از دیون، مصارف تجهیز و تکفین میت است. بعد از مرحله تعیین تصفیه کننده مرحله تعیین حقوق و تکالیف متعلق به ترکه فرا می رسد که در واقع مرحله اداره اجراءات ترکه است. بنابراین، در ذیل تسلیم اموال توسط تصفیه کننده، اتخاذ احتیاطات مستعجله توسط تصفیه کننده، تجهیز میت و تأمین نفقه کسانی که از ترکه مستحق نفقه شناخته می شوند، اداره متروکه توسط تصفیه کننده و مسؤولیت تصفیه کننده، معلوم نمودن داینین و مدیونین ترکه، تجرید دیون حقوق و دیون ترکه و حل و فصل منازعات ترکه را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

۱) تسلیم ترکه توسط تصفیه کننده و اجرت تصفیه کننده: براساس ماده ۲۰۶۵ ق. م: «(۱) تصفیه کننده به مجرد تعیین اموال متروکه را تسلیم گردیده تحت نظر و مراقبت محکمه، به تصفیه آن مبادرت می ورزد؛ و (۲) مصارف امور تصفیه به شمول حق الزحمه تصفیه کننده ای که از جانب محکمه تعیین می شود، از مجموع متروکه پرداخته می شود.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که: تصفیه کننده به مجرد تعیین از تسلیم ترکه شروع می نماید تا به تصفیه آن و پرداخت دیون متعلق به آن بپردازد. تصفیه کننده اموال را از کسانی که اموال تحت ید آنها قرار دارد، تسلیم می شود که ممکن اموال تحت ید ورثه و اقارب میت باشد.

تصفیه کننده می تواند جهت اجرای امور مربوط به تصفیه از محکمه ذیصلاح مطالبه اجرت نماید و این اجرت نیز شامل مصارف تصفیه می گردد. سایر مصارف نیز شامل مصارف قضایی که جهت تعیین تصفیه کننده، قید اوامر صادر محکمه جهت تعیین تصفیه کننده و مصارف اتخاذ احتیاطات مستعجله مانند ابداع نقود، اشیاء دارای قیمت و اوراق، اداره ترکه، دعوت داینین و مدیونین جهت تقدم و تأخر دیون آنها، اعلان این امر، مصارف تجرید ترکه توسط اهل خبره، مصارف پرداخت دیون، بیع منقولات و عقارات از طریق مزایده علنی در صورت ضرورت، مصارف استیفاء حقوق و تنفیذ وصایا می شود. طبق نص این ماده از متروکه نه تنها مصارف تجهیز و تکفین میت، دیون میت، تنفیذ وصیت، بلکه اجرت تصفیه کننده ترکه نیز باید پرداخت شود. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وصی معین نماید یا محکمه یک شخص را به عنوان تصفیه کننده ترکه تعیین نماید و تصفیه و وصایت در برابر اجرت باشد، این اجرت باید از متروکه متوفی پرداخت شود.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت تصفیه‌کننده و جواز پرداخت اجرت به تصفیه‌کننده از متروکه و بیان صلاحیت تکلیفی قاضی است.

۲) اتخاذ احتیاطات مستعجله جهت محافظت ترکه: براساس ماده ۲۰۶۶ ق.م: «محکمه مکلف است در وقت اقتضاء به اجراءات عاجل بنابر مطالبه اشخاص ذیعلاقه یا خارنوالی یا صوابدید خود اقدام نماید، مخصوصاً در گذاشتن مهر بر اموال و امانت گذاشتن پول نقد و اوراق بهادار و اشیای قیمتی در بانک.» از نص این ماده به خوبی واضح می‌گردد که: برخی اجراءاتی احتیاطی عاجل وجود دارد که محکمه ذیصلاح باید جهت اجرای آن مبادرت ورزد. زیرا، غالباً ترکات در تصفیه شامل اشیای قیمتی مانند: جواهرات، نقود و اوراق مالی مانند سهام و اسناد و غیره می‌باشد و لازم است تا اینها تحت حیطة قرار داده شوند تا ورثه از این رهگذر متضرر نگردند. از این جهت، محکمه ذیصلاح می‌تواند در اثر مطالبه اشخاص ذیعلاقه مانند: ورثه، موصی له و یا خارنوال و یا بدون مطالبه آنها مطابق صوابدید خود این اشیاء و اموال قیمتی را مهر و یا در بانک به ودیعه بگذارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق ورثه و جلوگیری از ضیاع متروکه است.

۳) تجهیز میت و تأمین نفقه کسانی که از ترکه مستحق نفقه اند: طبق ماده ۲۰۶۷ فقره‌های اول و دوم ق.م: «(۱) تصفیه‌کننده مکلف است، فی الحال به تبدیل مقداری از مال متروکه به پول نقد بپردازد تا تکافوی مصارف تجهیز و مصارف تعزیه داری میت را به تناسب حالت او بنماید. همچنین مکلف است از قاضی امور معجله صدور امر مبنی بر مصارف نفقه عیال متوفی که وارث باشند، به اندازه معتاد از مال متروکه الی زمان انتهای تصفیه مطالبه نماید. نفقه هر يك از ورثه از حصه مستحق ارث او وضع می‌گردد؛ و (۲) تمام منازعات ناشی از این مصارف، توسط قاضی رسیدگی می‌شود.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

۱- تصفیه‌کننده مکلف است مقداری از متروکه را به پول نقد تبدیل نماید. به حیث مثال، اگر مال متروکه کالا باشد آن را به فروش رساند و کالا را به پول نقد تبدیل نماید. هدف از تبدیل متروکه به پول نقد در نص این ماده پیش‌بینی شده است که عبارت از تکافوی مصارف تجهیز و تعزیه داری میت متناسب به حالت میت است. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود تصفیه‌کننده ترکه تعیین گردد، محمود مکلف است مقداری از مال متروکه را به پول نقد تبدیل نماید تا مصارف تجهیز احمد را از آن تأمین نماید.

۲- تصفیه کننده مکلف است از قاضی صدور امر برای تأمین مصارف نفقه عیال متوفی که وارث باشند، به اندازه معتاد از متروکه الی زمان ختم تصفیه نماید. عیال جمع عیال است که در لغت به معنی به معنی اهل خانه، زن و فرزند است. معتاد در لغت به معنی عادت کرده، خوی گرفته، آموخته، مألوف و مأنوس است.^{۱۷۷} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی معتاد به چیزهای اطلاق می شود که معروف است. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود به عنوان تصفیه کننده تعیین شود و احمد دارای ورثه های به نام های جمشید، حمید و جمیله باشد، محمود مکلف است از قاضی مطالبه نماید تا به او اجازه دهد تا یک مقدار مال را صرف مصارف نفقه جمشید، حمید و جمیله مطابق عرف نماید. هدف دیگر تبدیل مال به پول نقد تأمین مصارف نفقه ورثه هایی است که از متروکه مستحق نفقه می شوند.

۳- بند سوم فقره ۲ نص ماده ۲۰۶۷ که می گوید: «نفقه هر يك از ورثه از حصه مستحق ارث او وضع می گردد» مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد طبق نص این ماده پولی که صرف نفقه هر یک از ورثه توسط تصفیه کننده می شود، از سهم شرعی - قانونی او وضع می گردد. بنابراین، پولی که صرف نفقه ورثه شده است باید دوباره ورثه بعد از گرفتن سهم خویش از متروکه دوباره بپردازد. با پذیرش این برداشت و استنباط نص ماده ۲۰۶۷ فقره ۲ ق. م توجیه پذیر، منطقی و عملی نیست. زیرا، در صورتی که ورثه آنچه را که صرف مصارف نفقه او شده است دوباره بپردازد، محلی برای پرداخت آن وجود ندارد.

۴- در صورتی که در مراحل تبدیل نمودن متروکه به پول نقد، تعیین مصرف نفقه و وضع مصارف نفقه منازعه بروز نماید، قاضی محکمه ذیصلاح باید منازعه را حل و فصل نماید. منازعات جمع منازعه است. منازعه از ریشه «نزع» گرفته شده است که در لغت به معنی ستیز کردن، خصومت کردن، مناقشه کردن، کشاکش کردن و جدال است. در اصطلاح حقوق مدنی، سرسختی نشان دادن برای احقاق حق خویش با رفتن به نزد قاضی و دفاع کردن از حق خویش منازعه گویند.^{۱۷۸} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده قادر ساختن تصفیه کننده مبنی بر تأمین مصارف تجهیز و تکفین متوفی و تأمین نفقه ورثه الی تصفیه است.

177. Ibid, (۳/۱/۲۰۱۸ بازدید).

۱۷۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۷۳.

۴) اداره متروکه و مسؤولیت تصفیه کننده: براساس ماده ۲۰۷۰ ق.م: «تصفیه کننده مکلف است به اتخاذ تدابیری بپردازد که حفاظت اموال متروکه ایجاب نماید و به اجرای اعمالی قیام ورزد که اداره اموال مذکور مقتضی آن باشد. همچنین مکلف است در مقابل دعاوی دایر بر متروکه نیابت نموده و در گرفتن دیون متروکه اقدام نماید.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- تصفیه کننده مکلف است تدابیری را جهت حفاظت متروکه اتخاذ نماید، به عنوان مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود تصفیه کننده تعیین گردد، محمود مکلف است تدابیری را روی دست بگیرد که متروکه را حفظ نماید. به حیث مثال، اگر ترکه دین به ذمه دیگری داشته باشد و متوفی مال مدیون را به رهن گرفته باشد، اما رهن رسمی و ثبت محکمه ذیصلاح نشده باشد، باید آن را ثبت محکمه نماید تا بتواند از پول فروش مال مرهونه دیون متروکه را اخذ نماید. همچنین، اگر متروکه زمین باشد و تحت ید دیگری، به حیث مثال، جمشید قرار داشته باشد و قرار باشد مدت مرور زمان مُکسب حق بر آن سپری شود، تصفیه کننده باید این مدت را قطع و سپس استحقاق مال را از جمشید مطالبه نماید.

۲- تصفیه کننده مکلف است متروکه را اداره نماید. اداره در لغت به معنی دور دادن، گرداندن، چرخاندن، به گردش در آوردن، روبراه کردن، گرداندن کار و کار گردانی کردن است.^{۱۷۹} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی اداره عبارت از گرداندن، به گردش در آوردن و مدیریت کردن اموال مشاع، متروکه، شرکت، مال موقوفه و نظیر اینها است. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود تصفیه کننده تعیین گردد، محمود مکلف است غله ترکه و محصول آن را از کسی که این غله و محصول نزد او است بگیرد، محصول و غله را به فروش رساند، اعیان را برای مدت قصیر در صورت اقتضاء به اجاره بدهد و سایر اعمالی را که مستلزم اداره متروکه است انجام دهد.

۳- تصفیه کننده مکلف است دیون ترکه را اخذ نماید و دعاوی را که در خصوص متروکه وجود دارد دفع نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و بر جمشید دین داشته باشد و محمود تصفیه کننده تعیین گردد، محمود مکلف است دین را از جمشید بگیرد. همچنین، اگر متروکه زمین، خانه، باغ، موتر، شرکت و نظیر اینها باشد و حمید در خصوص ملکیت آنها اقامه دعوی نماید، تصفیه کننده مکلف است به دفع دعوی بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت ها و مسؤولیت های تصفیه کننده است.

۵) رابطه حقوقی تصفیه کننده با متوفی: براساس ماده ۲۰۷۱ ق. م: «تصفیه کننده از لحاظ مسؤولیت، حیثیت وکیل بالاجرت را دارد. گرچه در مقابل اجرت نگیرد، قاضی مکلف است از تصفیه کننده تقدیم حساب اداره ترکه را در مواعید دورانی مطالبه نماید.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که مسؤولیت تصفیه کننده در موارد بالا مانند مسؤولیت وکیل به اجرت است. بنابراین، تصفیه کننده باید به صورت متداوم متوجه امور تصفیه باشد. محکمه ذیصلاح نیز می تواند در مواعیدی که تعیین نموده است، از تصفیه کننده صورت حساب اداره ترکه را مطالبه نماید. تصفیه کننده مانند وکیل به اجرت نمی تواند مال ترکه را جهت تحقق منافع شخصی استعمال نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان رابطه تصفیه کننده با متوفی است. این رابطه تابع قواعد وکیل به اجرت است. وکیل به اجری به وکلی اطلاق می گردد که در برابر اجرت کاری را برای شخص دیگری انجام می دهد مانند اقامه دعوی، دفع دعوی و نظیر اینها.

۶) معلوم نمودن داینین و مدیونین ترکه: طبق ماده ۲۰۷۲ ق. م: «تصفیه کننده، مکلف است داینین و مدیونین متروکه را به توضیح حقوق و وجایب شان در برابر متروکه توسط ابلاغیه ای که در یکی از روزنامه ها نشر و در لوحه اعلانات محکمه و مدخل مراکز پولیس تعلیق می شود، دعوت نماید. داینین مکلف اند در خلال دو ماه از تاریخ نشر ابلاغیه به توضیح مطلوب بپردازند.» داینین جمع داین است. داین اسم فاعل از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی طلبکار و متعهد له است. در اصطلاح حقوق در مفهوم محدود داین شخصی است که بر مدیون دین دارد. مدیونین جمع مدیون است. مدیون اسم مفعول از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی قرض دار، دین دار و مقروض است. در اصطلاح حقوقی مدیون بر کسی می گویند که قرضی برای مدتی معین یا نامعین برای او داده شده و او مکلف به پرداخت آن در موعد معین باشد.^{۱۸۰} از نص این ماده به خوبی واضح می گردد که: تصفیه کننده مکلف است داینینی که دین آنها در ترکه شامل است و مدیونینی را که دین آنها شامل ترکه می گردد معلوم نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود تصفیه کننده تعیین گردد، محمود مکلف است معلوم نماید کی ها بر ترکه دین دارند و کی ها از ترکه مدیون اند. جهت معلوم نمودن داینین و مدیونین قانونگذار مدنی سه راه حل را پیش بینی نموده است که با توسل به این راه ها تصفیه کننده می تواند داینین و مدیونین ترکه را معلوم نماید

۱۸۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۷۴.

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 161

که عبارت اند از: اعلان از طریق روزنامه ها، نشر در لوحه اعلانات محکمه و در دروازه های ورودی مراکز پولیس. طبق نص این ماده داینین مکلف اند در خلال مدت دو ماه از تأریخ نشر ابلاغیه حاضر گردند و دیون خویش را مطالبه نمایند. در صورت عدم حضور داینین متروکه ق. م سکوت اختیار نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از تعهدات تصفیه کننده است.

۷) دادن فهرست داینین و مدیونین به محکمه: براساس ماده ۲۰۷۳ ق. م: «تصفیه کننده، مکلف است در خلال سه ماه از تأریخ معینه لست توضیح حقوق و وجایب داینین و مدیونین متروکه را به اختیار مؤظف محکمه گذاشته و تمام اشخاص ذیعلاقه را به آن خیر نماید. تصفیه کننده می تواند تمدید این مدت را در صورت ایجاب از محکمه مطالبه نماید.» نص این ماده مرتبط با ماده ۲۰۷۲ ق. م است. از نص این ماده استنباط می گردد که بعد از معلوم نمودن مدیونین و داینین ترکه، تصفیه کننده باید فهرست آن ها را در مدت سه ماه به محکمه ذیصلاح تقدیم نماید. در صورت ایجاب تصفیه کننده می تواند تمدید این مدت را از محکمه مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود تصفیه کننده تعیین گردد، محمود مکلف است در مدت سه ماه از تأریخ تعیین فهرست داینین متروکه و مقدار دین آنها بر متروکه و فهرست مدیونین متروکه و مقدار دین متروکه را ترتیب و به محکمه تقدیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی دیگر از وجایب تصفیه کننده است.

۸) طبق ماده ۲۰۷۴ ق. م: «تصفیه کننده، می تواند در مورد تشریح متروکه و تقدیر قیمت اموال آن از اهل خبره و اشخاص ماهر استمداد جوید.» نص این ماده مرتبط به ماده های ۲۰۷۷۲ و ۲۰۷۳ ق. م است. طبق نص این ماده برای این که تصفیه کننده بتواند فهرست داینین و مدیونین را ترتیب و به محکمه تقدیم نماید، می تواند به اسناد و دفاتری که نزد ورثه باقی است، به ورثه و موصی لهم مراجعه و حقوق و دیون متعلق به ترکه را معلوم نماید. همچنین، تصفیه کننده می تواند از اهل خبره استمداد جوید. طبق ماده ۴ جزء ۱۰ قانون اصول محاکمات مدنی: «اهل خبره: اشخاص مسلکی است که در رشته های خاص دارای تخصص، معلومات یا تجربه کافی باشند.» ماهر شخصی است که در رشته های خاص مهارت دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی دیگر از صلاحیت های دیگر تصفیه کننده است.

۱۶۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۸) طبق ماده ۲۰۷۵ ق. م: «هر شخصی که از طریق غش، چیزی از اموال متروکه را به دست آورد گرچه ورثه باشد، به جزای خیانت در امانت محکوم می شود.» نص این ماده مرتبط به ماده های ۲۰۷۲-۲۰۷۴ ق. م است. طبق نص این ماده شخصی که مال متعلق به ترکه تحت ید او است، مانند: ورثه، مدیون و موصی له باید این مال را به تصفیه کننده تسلیم نماید. در صورت عدم تسلیم و غش چنین اشخاص به جزای خیانت در امانت محکوم می گردند. غش به معنای نیرنگ، حيله، اظهار خلاف نهانی، خیانت کردن و خیانت است. در اصطلاح فقهی معانی متعدد دارد: چنانچه در تعریف آن گفته اند که: غش عبارت از اظهار غیر حقیقی است. همچنین، به بیرون رفتن از حسن نیت لازم در معاملات هم غش اطلاق شده است.^{۱۸۱}

ماده ۷۲۰ کد جزا در تعریف خیانت در امانت می گوید: «شخصی که پول یا مال منقول یا سند یا مهر یا امضا را که به اساس توافق، قرارداد، حکم قانون یا حکم محکمه به وی امانت سپرده شده است، برای خود یا منفعت شخص دیگری استعمال یا تصاحب کند یا آن ها را با سوء نیت تلف یا پنهان سازد یا در آن ها طوری تصرف کند که به صاحب مال ضرر وارد شود، مرتکب جرم خیانت در امانت شناخته شده، مطابق احکام این فصل مجازات می گردد.» طبق ماده ۷۲۱ کد جزا: «(۱) مرتکب جرم خیانت در امانت قرار ذیل مجازات می گردد:

- ۱- در صورتی که ارزش موضوع جرم تا ده هزار افغانی باشد، به جزای نقدی تا سی هزار افغانی.
- ۲- در صورتی که ارزش موضوع جرم از ده هزار تا یک صد هزار افغانی باشد، به حبس قصیر یا جزای نقدی از سی هزار تا شصت هزار افغانی.
- ۳- در صورتی که ارزش موضوع جرم بیش از یک صد هزار تا یک میلیون افغانی باشد، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی بیش از شصت هزار تا یک صد و بیست هزار افغانی.
- ۴- در صورتی که ارزش موضوع جرم بیش از یک میلیون تا ده میلیون افغانی باشد، به حبس متوسط تا سه سال یا جزای نقدی بیش از یک صد و بیست هزار تا یک صد و هشتاد هزار افغانی.
- ۵- در صورتی که ارزش موضوع جرم بیش از ده میلیون افغانی باشد، به حد اکثر حبس متوسط.

(۲) در حالات مندرج فقره (۱) این ماده هرگاه موضوع جرم قابل سنجش به پول نباشد، مرتکب حسب احوال به حبس قصیر یا متوسط یا جزای نقدی از سی هزار تا سه صد هزار افغانی، محکوم می گردد.».

۹) حل و فصل منازعات متعلق به تجرید ترکه: طبق ماده ۲۰۷۶ ق. م: «منازعات مربوط به صحت تشریح، در خلال سی روز از تأریخ صدور اعلان از تسلیمی لست به محکمه اقامه می شود. در صورتی که محکمه بعد از تحقیق، نزاع را جدی تشخیص دهد، آن را قبول نموده رسیدگی طبق احکام مربوط به اصول محاکمات مدنی صورت می گیرد.» طبق نص این ماده اگر بعد از تجرید ترکه و ارایه لست دیون و حقوق ترکه به محکمه و ایداع این حقوق یکی از اشخاص ذیعلاقه در این مورد اعتراض داشته باشد، می تواند در این مورد اقامه دعوی نماید، مانند: اینکه وارث و یا موصی له ادعاء نماید که تصفیه کننده از تثبیت دین و یا حقی غافل شده است و یا دینی که بر ترکه ثابت گردیده است، صحیح نیست یا داین ادعا نماید که دیون بیشتر از آنچه تصفیه کننده در لست درج نموده است و یا مدیون ادعا نماید که دین او کمتر بوده است و امثال اینها. در چنین، حالات این اشخاص می توانند در مدت سی روز از تأریخ صدور اعلان به محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نمایند، در غیر آن این دعوی تحت قاعده مرور زمان قرار گرفته و قابل سمع نخواهد بود. در چنین حالتی، محکمه ذیصلاح اگر نزاع را جدی تشخیص دهد باید به رسیدگی به آن طبق قانون اصول محاکمات مدنی پردازد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم مرور زمان عدم سمع منازعات ناشی از صحت تشریح دیون مربوط به ترکه و بیان صلاحیت تکلیفی محکمه است.

مبحث سوم) تسویه دیون ترکه

طبق ق. م تسویه دیون ترکه تابع قواعد ذیل است:

۱) پرداخت دیون ترکه: پرداخت دیون ترکه طبق ق. م تابع قواعد ذیل است:

۱- طبق ماده ۲۰۷۷ ق. م: «تصفیه کننده، بعد از انقضای میعاد منازعه به اجازه محکمه به تأدیه دیونی می پردازد که در خصوص آن نزاع وجود نداشته باشد. دیون متنازع فیه بعد از حکم نهائی تأدیه می شود.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۰۷۶ ق. م است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

- طبق نص این ماده بعد از انقضای زمان اقامه دعوی در مورد عدم صحت لست تشریح دیون و حقوق ترکه، تصفیه کننده می تواند بعد از اخذ اذن محکمه ذیصلاح دیونی را که خالی از نزاع است به داینین پرداخت نماید. انقضا از ریشه «قضی» گرفته شده است که در لغت به معنی سپری شدن، گذشتن، نابود شدن و رسیدن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به سپری شدن موعد قانونی یا اتفاقی برای ایفای تعهد انقضا گویند.^{۱۸۲} نزاع در لغت به معنی دعوی، ستیز، مخاصمه، دشمنی و جدال کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، نزاع عبارت است از ادعایی است که برای قضاوت به قاضی ارایه می شود.^{۱۸۳} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و مدیون جمشید باشد و محمود به عنوان تصفیه کننده تعیین شود، محمود مکلف است دیون جمشید را که در خصوص آن نزاع وجود نداشته باشد، پردازد.

- دیون متنازع فیه بعد از حکم نهایی محکمه پرداخت می شود. دیون جمع دین است. متنازع فیه در لغت به معنی آنچه محل کشمکش و نزاع باشد است.^{۱۸۴} در اصطلاح حقوقی، متنازع فیه حقی است که میان مدعی و مدعی علیه محل نزاع است. طبق ماده ۴ فقره ۱۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضایی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا ميعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهایی از لحاظ آثار یکی می باشد.» قانونگذار در نص این ماده حکم قطعی را تعریف کرده است، اما حکم نهایی را تعریف نکرده است. به نظر می رسد حکم نهایی تاکنون در قوانین افغانستان تعریف نشده است. به نظر می رسد حکم نهایی حکمی است که محکوم علیه به آن قناعت داشته باشد یا موعد استیناف خواهی یا فرجام خواهی آن سپری شده باشد. به حیث مثال، اگر محکمه ابتدائیه حکم نماید و موعد استیناف خواهی آن سپری شود یا محکوم علیه به آن قناعت داشته باشد، حکمی نهایی است اما قطعی نیست. اما، در صورتی که حکم محکمه مرحله ابتدائیه، استیناف و تمیز را سپری نماید، حکم قطعی می شود.

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود تصفیه کننده معین گردد و جمشید در خصوص پول نقد احمد که در بانک است اقامه دعوی نماید و دین میان محمود تصفیه کننده و جمشید داین

۱۸۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۸۵.

۱۸۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۴۵.

محل نزاع یا متنازع فیه باشد، این دین بعد از حکم نهایی محکمه توسط محمود پرداخت می شود. به حیث مثال، اگر جمشید در خصوص دین در محکمه ابتدائیه اقامه دعوی نماید و محکمه ابتدائیه حکم صادر نماید و محمود نسبت به حکم قانع باشد یا موعده استیناف خواهی آن سپری شود، محمود مکلف به پرداخت دین به جمشید است.

۲) طبق ماده ۲۰۷۸ ق.م: «هرگاه تصفیه کننده به اعسار متروکه متیقن شده یا احتمال آن متصور باشد امور تأدیه دیون را الی زمان صدور حکم نهایی در منازعات متعلق به دیون متروکه متوقف می سازد گر چه در خصوص بعضی دیون نزاع وجود نداشته باشد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۰۷۷ ق.م است.

از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که: بعد از انتهای زمان اقامه دعوی در مورد عدم صحت لست تشریح دیون و حقوق ترکه، تصفیه کننده می تواند بعد از اخذ اذن محکمه ذیصلاح دیونی را که خالی از نزاع است به داینین پرداخت نماید. اما، این امر بستگی به این دارد که ترکه معسره است یا موسره. به عبارت دیگر: این امر بستگی به یقین تصفیه کننده در خصوص اعسار متروکه و عدم آن است. اعسار از ریشه «عسر» گرفته شده است که در لغت به معنی تنگدست شدن، نیازمندن شدن، بی چیز شدن، درویش شدن، فقیر شدن و به تنگی افتادن است.^{۱۸۵}

اگر ترکه معسره باشد، تصفیه کننده نمی تواند دین را پرداخت نماید هرچند در مورد آن هیچ نزاعی وجود نداشته باشد. زیرا، در صورت اثبات معسره بودن ترکه، داین ترکه نمی تواند تمام دین خویش را از آن حصول نماید و باید به دریافت حصه از آن اکتفاء کند و تصفیه کننده مقدار این دین را نمی داند. پس، باید منتظر باشد تا دیونی که در مورد آنها دعوی جریان دارد حل و فصل گردد. اما، اگر تصفیه کننده دریابد که ترکه موسره است می تواند دیون را بعد از اخذ اذن محکمه ذیصلاح به داینین بپردازد. به حیث مثال، اگر محمود تصفیه کننده ترکه احمد تعیین گردد و جمشید داین احمد باشد، محمود مکلف است در صورتی که بداند که ترکه پرداخت دیون را تکافو یا بسنده نمی کند، باید از پرداخت دیون الی حکم نهایی محکمه که تعریف آن در بالا گذشت پرهیز نماید.

به حیث مثال، اگر متروکه احمد زمین، خانه، موتر و پول نقد باشد و مجموع قیمت آنها پنجاه لک افغانی شود، اما احمد شصت لک افغانی مدیون جمشید باشد، متروکه احمد معسره است، زیرا

۱۸۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۷۳.

۱۶۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

نمی توان از آن تمام دیون جمشید را پرداخت. اگر قیمت مجموعه متروکه احمد هفتاد لک افغانی شود و احمد شصت لک افغانی مدیون جمشید باشد، متروکه احمد موسره است. زیرا، می توان از آن دین جمشید را پرداخت. پرداخت دین بستگی به یقین تصفیه کننده، اعسار و یسار متروکه دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده قادر ساختن تصفیه کننده به پرداخت دیون متروکه است.

۳) طبق ماده ۲۰۷۹ ق. م: «تصفیه کننده، دیون متروکه را بالترتیب از عواید حقوق متروکه پول و ثمن اموال منقول شامل متروکه تأدیه می کند. در صورت عدم کفایت دیون از ثمن اموال عقاری متروکه تأدیه می شود.» طبق نص این ماده تصفیه کننده می تواند دیون متروکه را به ترتیب ذیل پرداخت نماید:

۱- عواید متروکه: تصفیه کننده دیون متروکه را از عواید متروکه پرداخت نماید. عاید در لغت به معنی بازگشت کننده، آنچه به کسی باز می گردد، حاصل کردن، سود بردن، درآمد داشتن، فایده دادن و سود و فایده است^{۱۸۶} که جمع آن عایدات و عواید می باشد. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عاید عبارت از درآمد و فایده است که در نتیجه کار انسان آن را به دست می آورد. به حیث مثال، اگر محمود تصفیه کننده متروکه احمد باشد و احمد مدیون حمید باشد، اما احمد نزد جمشید پول به مضاربه گذاشته باشد، یا احمد شرکت تجارتي داشته باشد محمود مکلف است از عواید شرکت یا عواید پول مضاربه دیون حمید را پرداخت نماید.

۲- پول اموال منقول: تصفیه کننده مکلف است دیون متروکه را از پول اموال منقول پرداخت نماید. ثمن در لغت به معنی بها و قیمت است.^{۱۸۷} ماده ۱۰۶۲ ق. م در تعریف ثمن می گوید: «ثمن، عبارت از بدل مبیعه است گرچه از قیمت مبیعه کمتر یا بیشتر باشد [...]». این تعریف از فقه گرفته شده است. زیرا، ماده ۱۵۲ مجله الاحکام در تعریف ثمن می گوید: «ثمن آن است که در بدل مبیع واقع گردد و به ذمه شخص تعلق گیرد.»

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

۱۸۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۷۴.

منقول اسم مفعول از ریشه نقل گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال داده شده و قابل انتقال است.^{۱۸۸} ماده ۱۲۸ مجله الاحکام در تعریف منقول می گوید که: «منقول شی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد برابر است که صورت و هیئت ظاهری آن تغییر کند یا خیر که شامل عروض، حیوانات، مکيلات و موزونات می گردد.» به حیث مثال، اگر محمود تصفیه کننده متروکه احمد باشد و احمد مدیون حمید باشد و احمد موتر و خانه داشته باشد، محمود مکلف است دین جمشید را از پول فروش موتر پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد سه لک قرضدار حمید باشد و متروکه احمد عواید نداشته باشد، اما احمد خانه و موتر داشته باشد محمود باید موتر احمد را به فروش رساند و از پول فروش آن دین حمید را بپردازد.

۳- پول اموال عقار: تصفیه کننده مکلف است در صورت عدم بسنده بودن عواید، پول فروش منقول، دیون متروکه را از پول فروش عقار مدیون متوفی پرداخت نماید. به هر چیزی که از اصل و اساس ثابت برخوردار باشد، عقار می گویند، مانند: زمین و خانه که جمع آن عقارات است.^{۱۸۹} ماده ۱۲۹ مجله الاحکام در تعریف عقار می گوید که: «عقار آن است که نقل آن از یک محل به محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی.» به حیث مثال، اگر احمد مدیون حمید باشد و احمد شرکت دارای عواید، موتر و خانه داشته باشد و محمود تصفیه کننده تعیین گردد، محمود باید اول دین حمید را از عواید شرکت، در صورت عدم تکافو از پول فروش موتر و در صورت عدم تکافو از پول فروش خانه بپردازد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان ترتیب پرداخت دین از اموال مدیون متوفی و مورد حمایت قرار دادن ورثه متوفی است.

۴) ماده ۲۰۸۰ ق. م در این مورد می گوید: «فروش اموال منقول و عقار متروکه در صورت ایجاب اموال به مزایده علنی مطابق قواعد مربوط به فروشات اجباری صورت می گیرد، مگر اینکه تمام ورثه به فروش آن از طریق دیگری موافقه نمایند. اگر متروکه مستغرق به دین باشد، موافقت

۱۸۸. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۴۶.

۱۸۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱-۱۶؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۸۲؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۴۷-۱۴۹.

۱۶۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

دائنین نیز حتمی شمرده می شود ورثه در مزایده شرکت کرده می توانند.». نص این ماده مرتبط به ماده های ۲۰۷۵ الی ۲۰۷۹ ق. م است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- فروش اموال عقار مانند خانه، زمین، باغ، آپارتمان و نظیر اینها و منقول مانند موتر و نظیر اینها در صورت ایجاب از طریق مزایده به فروش می رسد. قانونگذار مدنی در نص این ماده از «در صورت ایجاب اموال» سخن می گوید که مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد در صورتی که اموال متوفی تحت رهن باشند و غرض پرداخت دین مدیون از طریق محکمه به فروش برسند، باید از طریق مزایده به فروش برسند. مزایده از ریشه «زود» گرفته شده است که در لغت به معنی بر یکدیگر افزودن، افزودگی دو جانبه و حراج کردن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی مزایده عبارت از فروش چیزی به نحو حراج است، به گونه ای که هر کس بهایی بیشتر را پرداخت کند، مبیع از آن او باشد.^{۱۹۰} به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و محمود اموال احمد را به رهن گرفته باشد و احمد وفات نماید و محمود از محکمه تقاضا نماید تا اموال را از طریق مزایده به فروش رساند، محکمه می تواند اموال را از طریق مزایده به فروش رساند. این اصل است. استثنای این اصل این است که همه ورثه در خصوص فروش اموال از طریق غیرمزایده توافق نمایند.

۲- اگر متروکه مستغرق به دین باشد، موافقت داینین شرط است. مستغرق اسم مفعول از ریشه «غرق» گرفته شده است که در لغت به معنی غرق شده، غوطه ور شده و در آب فرو رفته است.^{۱۹۱} در اصطلاح حقوق مدنی مستغرق به مالی می گویند همه آن پرداخت دین شود. به حیث مثال، اگر احمد دارای خانه و موتر باشد و قیمت خانه و موتر سی لک افغانی باشد و احمد ده لک از محمود، ده لک از جمشید و ده لک از حمید که مجموعاً سه لک افغانی می شود قرض باشد، متروکه احمد مستغرق به دین است. زیرا، همه صرف پرداخت دین می گردد. در این صورت، اگر متروکه احمد به فروش برسد، توافق محمود، جمشید و حمید شرط است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق ورثه و داینین متوفی است.

۵) پرداخت دیون مؤجل به صورت معجل: طبق ماده ۲۰۸۱ ق. م: «محکمه می تواند، بنابر مطالبه تمام ورثه به تعجیل دیون مؤجل و تعیین مبلغی که داین مستحق می شود حکم نماید.». طبق نص این ماده محکمه صلاحیت دارد در اثر تقاضای ورثه به تعجیل دین های مؤجل حکم نماید.

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

انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۹۹.

۱۹۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۲۷.

تعجیل از ریشه عجل گرفته است که در لغت به معنی شتاب کردن و عجله کردن است.^{۱۹۲} مؤجل از ریشه أَجَلَ گرفته شده است که به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۱۹۳} دین مؤجل عبارت از دینی است که پرداخت آن به زمان معین در آینده موکول گردیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد در ماه حمل سال ۱۳۹۵ ده لک افغانی به محمود قرض داده باشد و احمد و محمود توافق کرده باشند که که محمود در حمل ۱۳۹۷ دین احمد را بپردازد، این دین مؤجل است. اما، اگر احمد در حمل سال ۱۳۹۶ وفات نماید. ورثه احمد می توانند از محکمه تقاضا نمایند که دین را در ثور ۱۳۹۶ بپردازد، محکمه می تواند محمود را مکلف نماید تا دین معجل احمد را به صورت مؤجل بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن ورثه است.

۶) استبراء اجل دیون و توزیع آن به ورثه: طبق ماده ۲۰۸۲ ق. م: «هرگاه تمام ورثه به مطالبه تعجیل دیون مؤجل موافقه نمایند، محکمه امر توزیع دیون مذکور و توزیع اموال متروکه را به دست گرفته به هر یک از ورثه مقداری از دین و مقداری از مال متروکه را طوری تخصیص می دهد که در نتیجه با حصه خالص وی از میراث معادل گردد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۰۸۱ ق. م است. طبق نص این ماده اگر ورثه مبنی بر تعجیل دیون مؤجل توافق نمایند، و تمام یا برخی آنها مبنی بر تأجیل دیون مؤجل توافق نمایند محکمه امر توزیع دیون، توزیع اموال متروکه را به دست گرفته به هر یک از ورثه مقداری از دین و مقداری از مال متروکه را طوری تخصیص می دهد که در نتیجه با حصه خالص وی از میراث معادل گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا همه ورثه توافق نمایند که دین مؤجل در موعد معین پرداخته شود، محکمه می تواند به هر یک از ورثه مقداری از دیون و مقداری از ترکه را تخصیص بدهد که بعداً این اموال و دیون معادل سهم میراث او گردد. تطبیق نص این ماده مستلزم محاسبات ریاضی و میراث است. بنابراین، قاضی باید سهم میراث هر یک از ورثه را معین نماید و سپس به تناسب این سهم اموال و دیون را به هر یک از ورثه تخصیص دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از به بن بست رسیدن ورثه مبنی بر توافق تعجیل دین مؤجل به صورت مؤجل است.

۱۹۲. (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 192.

۱۹۳. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (1)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۷) دادن تأمین به داینین توسط محکمه: براساس ماده ۲۰۸۳ ق. م: «محکمه برای هر يك از داینین متروکه، تأمینات کافی بر عقار یا اموال منقول طوری ترتیب می نماید که تأمینات مختص به هر يك از داینین به همان حالت قبلی حفظ شود. در صورت عدم امکان چنین تجویز محکمه بر همه اموال متروکه تأمین را مرتب می سازد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- تأمینات جمع تأمین است. تأمین از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۱۹۴} تأمین طبق ق. م مترادف تضمین است. تأمین دو نوع است: تأمین شخصی و تأمین عینی. به نظر می رسد تأمین شخصی عبارت است دادن شخص به عنوان ضامن (کفیل) به داین توسط مدیون است. به نظر می رسد تأمین عینی عبارت از دادن عین (مال) به عنوان تضمین به داین توسط مدیون است. در صورتی که مال به داین توسط مدیون داده شود، به آن رهن می گویند. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ده لک افغانی مدیون محمود و ده لک افغانی مدیون حمید باشد و احمد دارای زمین در پغمان باشد، محکمه می تواند به تناسب دین محمود و حمید زمین احمد را به محمود و حمید به عنوان رهن بدهد. در این مثال، موضوع تأمین عقار است. موضوع تأمین می تواند منقول باشد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و سه لک افغانی مدیون محمود و سه لک افغانی مدیون حمید باشد و احمد دارای دو عراده موتر کورولا باشد و قیمت هر یک سه لک افغانی باشد، محکمه می تواند هر یک از موتر ها را به حمید و محمود به عنوان تضمین دین به رهن بدهد. همچنین، طبق نص این ماده اگر یکی از داینین بر عقار یا منقول تأمین مانند: رهن و یا حق امتیاز داشته باشد، این تأمین را به حالت قبلی حفظ می نماید.

۲- در صورت عدم تأمین متروکه به هر یک از داینین به تناسب دین آنها، محکمه می تواند همه مال را به تضمین بدهد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و خانه و موتر داشته باشد و مدیون محمود، جمشید، حمید و ... باشد و امکان تأمین عقار و منقول به صورت دقیق میسر نباشد، محکمه می تواند همه اموال احمد را به تأمین دین داینین بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق های داینین است.

۸) براساس ماده ۲۰۸۴ ق. م: «هر يك از ورثه می تواند بعد از توزیع دیون مؤجل اندازه که به او تخصیص یافته، قبل از رسیدن موعد تادیه، بپردازد.» نص این ماده مبهم و پیچیده به نظر می رسد. طبق نص این ماده همراه سهم دین های مؤجل که تعریف آن در بالا گذشت به ورثه منتقل می شود.

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 171

بنابراین، هر یک از ورثه می‌تواند دین مؤجل را قبل از فرا رسیدن موعد آن پرداخت نماید. نص این ماده با قواعد عمومی حقوق میراث متعارض به نظر می‌رسد. زیرا، طبق قواعد عمومی، ورثه می‌تواند بعد از پرداخت مصارف تجهیز و تکفین میت از متروکه، پرداخت دیون میت از متروکه و تنفیذ وصیت میت در یک سوم متروکه، باقی‌ترکه را تقسیم و سپس تملک نمایند. اما، طبق نص این ماده دیونی که به صورت مؤجل بر متروکه وجود دارد و به هر یک از ورثه توسط محکمه تخصیص یافته است، ورثه می‌تواند قبل از فرا رسیدن موعد، این دیون را به صورت عاجل پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد از محمود ده لک افغانی در حمل ۱۳۹۷ قرض بگیرد و با محمود توافق کرده باشد که دین را چهار سال بعد یعنی در حمل ۱۴۰۰ هجری شمسی بپردازد اما احمد در حمل ۱۳۹۸ وفات نماید، چون این دین مؤجل است، تقسیم‌ترکه را از نظر عملی غیرممکن می‌گرداند. بنابراین، قاضی می‌تواند این دین را متناسب به سهم هر یک از ورثه به آنها تخصیص دهد. اما، هر یک از ورثه می‌تواند در جریان سال‌های ۱۳۹۸ و ۱۳۹۹ به محمود پرداخت نمایند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت به پرداخت مبنی بر پرداخت دیون مؤجل به صورت معجل است هرچند نص این ماده با قواعد عمومی میراث متعارض به نظر می‌رسد.

۹) براساس ماده ۲۰۸۵ ق.م. «دائمی که حقوق خود را نسبت عدم اندارج لست تشریح بدست آورده نتواند و تأمینات عینی بر مال متروکه نیز نداشته باشد، نمی‌تواند بر اشخاصی که با حسن نیت حقوق عینی را بر اموال مذکور کسب نموده اند مراجعه نماید، مگر بر ورثه به سبب غنا آنها مراجعه کرده می‌تواند.» طبق نص این ماده داینی که حقوق خود را به علت عدم درج آن در لست تشریح که شرح آن در فوق گذشت به دست آورده نتواند و بر متروکه تأمین عینی مانند: رهن و حق امتیاز نیز نداشته باشد و ورثه‌ترکه را به دیگری که دارای حسن نیت است به رهن بدهد، داین نمی‌تواند بر شخص ثالث دارای حسن نیت که نمی‌دانسته‌ترکه دارای داین است، مراجعه نماید، بلکه می‌تواند بر ورثه مراجعه نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ورثه او جمیله زوجه او باشد و در عین حال احمد مدیون حمید باشد، اما حمید ترکه را به رهن نگیرد و جمیله ترکه را به داین دیگری احمد جمشید به رهن بدهد، حمید نمی‌تواند بر جمشید مراجعه نماید، بلکه صرف می‌تواند بر جمیله جهت حصول دین مراجعه نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق داین دارای حق تقدم است.

۱۰) **تفنیذ وصیت:** طبق ماده ۲۰۸۶ ق. م: «تصفیه کننده، بعد از تأدیبه و تسویه دیون متروکه، تفنیذ وصیت و تکالیف دیگر را به عهده می‌گیرد.» طبق نص این ماده بعد از تسویه دیون، تصفیه کننده باید وصیت مؤرث را در حدود ثلث ترکه نافذ نماید. زیرا، پرداخت دیون بر تفنیذ وصیت مقدم است. به عبارت دیگر: بعد از پرداخت دیون، موعد تفنیذ وصیت فرا می‌رسد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و متروکه او نود لک افغانی باشد و سی لک افغانی از محمود قرضدار باشد و یک سوم مال را به جمشید وصیت کرده باشد، تصفیه کننده مکلف است سی لک افغانی محمود را اول بپردازد و سپس بیست لک افغانی را به جمشید بدهد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تکلیف تصفیه کننده و تقدم پرداخت دیون بر وصیت و تفنیذ وصیت بر یک سوم متروکه است.

مبحث چهارم (مرحله چهارم - تسلیم اموال ترکه خالی از دین به وارث

بعد از پرداخت دیون و تفنیذ وصایا توسط تصفیه کننده، بقیه اموال ترکه ملک مطلق ورثه است. بنابراین، تصفیه کننده باید آنچه را باقی مانده است به ورثه برحسب سهم آنها تسلیم نماید. باوجوداین، در چنین حالت اموال میان ورثه مشترک است. پس، هر یک از ورثه می‌تواند سهم خویش را از تصفیه کننده مطالبه نماید و تصفیه کننده چاره‌ای جز تقسیم اموال ندارد. بنابراین، در ذیل اول تقسیم بقیه ترکه را بعد از تصفیه به ورثه، دوم تقسیم ترکه توسط تصفیه کننده و سوم: تقسیم ترکه توسط مؤرث را در حین حیات او مورد بحث قرار می‌دهیم:

۱) تقسیم باقی متروکه بعد از تصفیه میان ورثه: براساس ماده ۲۰۸۷ ق. م: «بعد از تفنیذ التزامات متروکه، باقیمانده اموال آن طبق حصص شرعی به ورثه تعلق می‌گیرد.» طبق نص این ماده بعد از پرداخت دیون داینین متوفی از ترکه او، باقی متروکه به ورثه مطابق حصه‌های ورثه به آنها تعلق می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ده لک افغانی از محمود قرضدار باشد و مجموعه قیمت متروکه احمد پنجاه لک افغانی باشد، بعد از پرداخت ده لک افغانی به محمود، چهل لک آن متعلق به ورثه متناسب به سهم‌های حقوقی - شرعی آن‌ها که تفصیل آن گذشت است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تقدم و ارجحیت دادن به پرداخت دیون متوفی است.

۲) طبق ماده ۲۰۸۸ ق. م: «تصفیه کننده، مکلف است آنچه را که از اموال متروکه به هر یک از ورثه تعلق می‌گیرد، به او تسلیم نماید.» طبق نص این ماده تصفیه کننده مکلف است باقی متروکه را

بخش سوم / استحقاق ترکه از طریق غیر از اسباب ارث و احکام تکمیلی □ 173

بعد از پرداخت دیون به هر یک از ورثه تسلیم نماید. به عبارت دیگر: تصفیه کننده بعد از تصفیه ترکه؛ یعنی: پرداخت دیون و تنفیذ وصایا مابقیه ترکه را باید به ورثه مطابق سهم آنها تسلیم نماید. زیرا، ترکه بعد از تصفیه ملکیت خالص ورثه است. به حیث مثال، در مثال بالا، تصفیه کننده مکلف است چهل لک افغانی احمد را به ورثه احمد تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تکلیف تصفیه کننده مبنی بر تسلیم باقی متروکه بعد از پرداخت دیون به ورثه است.

۳) طبق ماده ۲۰۸۹ ق. م: «ورثه می توانند بعد از انقضای مواعید معینه، منازعات مندرج لست تشریح آنعه از اشیاء و نقودی را که در تصفیه متروکه به آن ضرورت احساس نشود به طور مؤقت تسلیم گردیده یا بعضی از آن را در مقابل اعطاء تضمین یا بدون آن به کار اندازد.» نص این ماده مرتبط به ماده های ۲۰۷۲ و ۲۰۷۳ ق. م است. همچنین، قانونگذار مدنی در نص این ماده اشیاء و پول های را که شامل متروکه نمی شود معین نکرده است. طبق نص این ماده ورثه می توانند بعد از انقضای موعد های معین (دو ماه برای داینین برای توضیح حقوق شان بر ترکه و سه ماه برای دادن فهرست داینین و مدیونین به محکمه توسط تصفیه کننده) اشیاء و پولی نقدی را که ضرور نیست شامل متروکه گردند طور مؤقت از تصفیه کننده بگیرند و در برابر آن به تصفیه کننده تضمین بدهند. تضمین می تواند فرد باشد مانند ضامن. همچنین، تضمین می تواند مال باشد. سپس، ورثه می تواند این اموال و پول را به کار اندازد. اشیایی که شامل ترکه نمی شود معمولاً باید بسیار ناچیز و بی ارزش باشد. در صورت بی ارزش بودن دادن تضمین در برابر آن عملی نیست. از همین رو، ق. م می گوید ورثه می تواند این اشیاء را بدون دادن تضمین بگیرد مانند این که اگر احمد وفات نماید و محمود تصفیه کننده ترکه باشد و محمود یک مقدار کوچ و چوکی کهنه و فرسوده را تسلیم ورثه احمد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تشریح و پیش بینی صلاحیت تصفیه کننده است.

۴) طبق ماده ۲۰۹۰ ق. م: «محکمه به هر یک از ورثه که دلیل شرعی به وراثت خود را و یا آنچه قائم مقام آن باشد تقدیم نماید، سندی را اعطا می کند که حاوی تثبیت حقوق او در ارث و توضیحات مربوط به مقدار حصه و تعیین آنچه از اموال ترکه به او تعلق گرفته می باشد.» نص این ماده بسیار مبهم است. زیرا، معلوم نیست دلیل شرعی در نص این ماده چیست. همچنین، آنچه قائم مقام دلیل شرعی می شود در نص این ماده روشن نیست. همچنین، قانونگذار مدنی در نص این

۱۷۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

ماده نوع سند را مشخص نکرده است. به نظر می رسد طبق نص این ماده این اموال ملکیت ورثه بعد از موت مؤثر تلقی می گردد نه از وقت تقسیم. اما، داینین نمی توانند در آن تصرف نمایند مگر اینکه محکمه به هر کدام سندی اعطاء نماید که مثبت سهم او در ارث باشد. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند:

«۱- ورثه مکلف اند بعد از فوت مؤثر طبق لایحه ستره محکمه براساس اقرار خط شرعی حصر وراثت را به شهادت شهود مثبت فوت مؤثر و تعداد ورثه و نسبت ورثه را به میت در محکمه درج و به اثبات رسانیده و بعد از طی مراحل قانونی و مهر و امضای محکمه به دست داشته باشند؛
۲- هرگاه در جمله ورثه صغار موجود باشد و وصی نداشته باشد، قاضی محکمه مکلف است ولایتاً برای ورثه صغار شخص امین را به حیث وصی و تصفیه کننده متروکه تعیین نماید. در وقت ترتیب وصایت خط، در وصایت خط نیز تثبیت موت مؤثر، تعداد ورثه و نسبت ورثه به میت به شهادت شهود مثبت صورت می گیرد. وصایت خط به حیث قایم مقام دلیل شرعی به اثبات وراثت کافی شمرده می شود؛ و

۳- هرگاه شخص ادعای دیون خویش را بر متروکه و طلب آن را از تمام ورثه یا یکی از آنها نماید، در این صورت در این دعوی قانوناً موت مؤثر، تعداد ورثه صغار و کبار و اندازه متروکه که تأدیة دین را تکافو نماید، ذکر و مطالبه می گردد. هرگاه دعوی مدعی در محاکم ثلاثه به شهادت شهود مثبت به اثبات رسد و نهایی گردد، این فیصله خط شرعی قایم مقام دلیل شرعی به اثبات وراثت و به مقدار حصص هر یک از ورثه شده می تواند. هرگاه ورثه دلایل شرعی متذکره را به محکمه مربوط تقدیم و مطالبه اعطای حصص و سندی راجع به تسلیمی حصص در متروکه نمایند، در این صورت، محکمه مکلف است به هر یک از ورثه حصص آنها را به وثیقه شرعی ترکه خط اعطا نماید که حاوی تثبیت حقوق او در ارث و توضیحات مربوط به مقدار حصه او می باشد.»^{۱۹۵} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت تکلیفی قاضی و نحوه ترتیب حصر وراثت است.

۵) تقسیم ترکه توسط تصفیه کننده: براساس ماده ۲۰۹۱ ق.م: «هر یک از ورثه می تواند از تصفیه کننده تقاضا نماید تا حصه او را از ارث به صورت جداگانه به او تسلیم نماید، مگر اینکه وارث مذکور به موجب موافقه قبلی یا حکم قانون به باقی ماندن طور مشترک مکلف باشد.» از نص

این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که هرگاه یکی از ورثه از تصفیه کننده حصه مفروزه خویش را نماید، تصفیه کننده باید متروکه را تقسیم نماید. زیرا، ترکه بعد از تصفیه بین ورثه مشترک است و چون هیچ شخص اجبار بر بقای اموال به صورت مشترک نمی‌شود مگر براساس توافق که در ملکیت فامیل معمول است و یا براساس نص قانون که در ملکیت مشاع اجباری معمول است. پس، تصفیه کننده باید متروکه را تقسیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد یک بلاک دارای ده آپارتمان داشته باشد و وفات نماید ورثه او حمید، جمیله، جمشید و ذاکره باشد و محمود تصفیه کننده تعیین گردد، ملکیت ورثه نسبت به این بلاک مشاع اجباری است و تصفیه کننده نمی‌تواند آن را تقسیم نماید. زیرا، برخی قسمت‌های بلاک مانند دروازه ورودی، زینه‌ها، دهلیزها، سقف و نظیر اینها به حکم قانون باید به صورت مشترک حفظ گردد تا همه شرکا بتوانند از آن انتفاع بگیرند. همچنین، اگر احمد وفات نماید و یک تعمیر دو منزله داشته باشد و ورثه او حمید، جمیله، جمشید و ذاکره باشد و محمود تصفیه کننده تعیین گردد و حمید، جمیله، جمشید و ذاکره توافق نمایند که این تعمیر به صورت مشترک حفظ گردد، تصفیه کننده می‌تواند این تعمیر را به صورت مشترک باقی بگذارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تکلیف تصفیه کننده است.

۶) طبق ماده ۲۰۹۲ ق.م. «هرگاه قبول مطالبه قسمت حتمی باشد، تصفیه کننده به طریقه دوستانه به اجراءات تقسیم بپردازد، مگر این تقسیم الی زمانی که به صورت دسته جمعی از طرف ورثه تأیید نشود، نهائی شمرده نمی‌شود.» نص این ماده مبهم به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد نص این ماده ناظر بر تقسیم عرفی متروکه است که قانونگذار مدنی آن را تقسیم دوستانه نامیده است. همچنین، عبارت «هرگاه قبول مطالبه قسمت حتمی باشد» مبهم به نظر می‌رسد. طبق نص این ماده تصفیه کننده می‌تواند متروکه را تقسیم عرفی نماید. تقسیم عرفی تقسیمی است که توسط ورثه یا تصفیه کننده صورت می‌گیرد. اما، غرض رسمی ساختن به محکمه تقدیم نمی‌شود. به عبارت دیگر: تقسیم عرفی متروکه تقسیمی است که توسط ورثه یا تصفیه کننده صورت می‌گیرد نه محکمه ذیصلاح. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و یک پسر، زوجه و دو دختر و ده جریب زمین داشته باشد و تصفیه کننده یا ورثه احمد این زمین را میان خود تقسیم نمایند و در آن تصرف نمایند، این تقسیم تقسیم عرفی است. در تقسیم عرفی شرط است که توسط همه شرکا تأیید شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا زوجه، پسر و دو دختر احمد تقسیم ده جریب زمین را تأیید نمایند، تقسیم

۱۷۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

عرفی است اما رسمی نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماه بیان شرط تقسیم عرفی متروکه است.

برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «اگر شخص وفات نماید و از او ورثه صغار و کبار بجا بماند و یکی از ورثه کبار مطالبه قسمت ارث خود را از وصی تصفیه کننده نماید و وصی آن را قبول و به طریق دوستانه متروکه را تقسیم نماید و حصه هر ورثه را معلوم نماید، این تقسیم تا زمانی که توسط ورثه به صورت جمعی تأیید نشود نهایی نیست و حیثیت تقسیم عرفی را داشته و در آینده تمام ورثه می توانند با تعیین حصه های خود با تصفیه کننده به محکمه حاضر گردیده و ترکه خط را با تعیین حصه هر یکی از ورثه در محکمه ترتیب و طی مراحل نموده، سند رسمی را با حقوق خویش از ارث تسلیم و تقسیم را نهایی سازند.»^{۱۹۶}

۷) طبق ماده ۲۰۹۳ ق. م: «هرگاه ورثه به صورت دسته جمعی به تقسیم موافقت نماید تصفیه کننده مکلف است به مصرف متروکه دعوی تقسیم را مطابق احکام قانون اقامه نماید. مصارف دعوی از حصص تقسیم کنندگان کاسته می شود.» به نظر می رسد نص این ماده مرتبط به ماده ۲۰۹۲ ق. م است. طبق نص این ماده هرگاه ورثه به صورت دسته جمعی به تقسیم عرفی موافقت نمایند، تصفیه کننده مکلف است به مصرف متروکه تقسیم متروکه را از محکمه مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ده جریب زمین و زوجه به نام حمیده، پسری به نام جمشید و دختری به نام ذاکره داشته باشد و محمود به عنوان تصفیه کننده تعیین شود، محمود می تواند ده جریب زمین را تقسیم عرفی نماید. برای این که این تقسیم نهایی شود، شرط است ک حمیده، جمشید و ذاکره تقسیم را تأیید نمایند. در صورت تأیید تقسیم نهایی است و باید در محکمه برای آن سند رسمی ترتیب گردد. در صورت عدم تأیید، محکمه می تواند در اثر مطالبه تصفیه کننده ده جریب زمین را تقسیم نماید. معمولاً تقسیم را یا قاضی محکمه ذیصلاح انجام می دهد یا وکیل. در صورتی که تقسیم توسط وکیل انجام شود، اجوره تقسیم که معمولاً بیست تا بیست و پنج هزار افغانی است از متروکه پرداخت می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرط تقسیم عرفی است.

۸) ضمان تعرض و استحقاق: طبق ماده ۲۰۹۴ ق. م: «در مورد قسمت متروکه قواعد مربوط قسمت خصوصاً آنچه متعلق به ضمان تعرض و استحقاق و غبن است تطبیق می شود.» از نص

این ماده سه حکم قابل استنباط است: اول این که متروکه مطابق قواعدی که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م گذشت تقسیم می شود. بنابراین، قواعد عمومی تقسیم بر تقسیم ترکه قابل تطبیق است. دوم این که قواعد ضمان تعرض و استحقاق که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م گذشت قابل تطبیق است. سوم این که قواعد مربوط به غبن در تقسیم که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م گذشت قابل تطبیق است.^{۱۹۷} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ارجاع احکام مربوط به تقسیم ترکه به قواعد عمومی تقسیم است. زیرا، در صورت تکرار این قواعد، ق. م حجیم می گردید. مثال های ضمان تعرض، استحقاق و غبن قرار ذیل است:

۱- اگر احمد و محمود ده جریب زمین را از پدر ایشان حمید به ارث ببرند و سپس آن را تقسیم نمایند هر کدام مالک پنج جریب زمین می شوند. در این صورت، احمد نمی تواند بر حق محمود و محمود نمی تواند بر پنج جریب زمین احمد تعرض نماید. تعرض که از ریشه «عرض» گرفته شده است که به معنای طلب و مزاحمت کردن است.^{۱۹۸} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، تعرض عبارت از ایجاد مزاحمت کردن برای دیگران است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد بخواهد زمین خویش را به جمشید به فروش رساند، محمود حق تعرض بر ملکیت محمود را ندارد. همچنین، اگر در مثال بالا، احمد بخواهد بر پنج جریب زمین خویش تعمیر احداث، محمود حق ندارد مانع احمد شود.

۲- استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شده است. در اصطلاح حقوقی به ظهور حق غیر را در مدعی بها استحقاق گویند.^{۱۹۹} در اثر تقسیم حصه هر شریک به وی تعلق می گیرد و شریک و یا شرکای دیگر حق ندارند، بر حصه شریک دیگر تعرض نمایند، مانند اینکه: شریک حصه شریک دیگر را به فروش رساند و یا مبادرت به عملی ورزد که مانع انتفاع شریک از حصه وی گردد. همچنین، تقسیم کنندگان ملکیت در صورتی ملکیت توسط شخص سوم به استحقاق برده شود، در برابر همدیگر

۱۹۷. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح ق. م: حقوق عینی، چاپ

هشتم، کابل: انتشارات سعید، صص ۶۶-۸۴.

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

انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۴.

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

ضامن اند. بنابراین، در صورت اقامه دعوی استحقاق توسط شخص ثالث، شریک مکلف است در اثر درخواست شریک دیگر به نیابت و یا به نفع شریک در دعوی مداخله نموده و به دفع دعوی بپردازد. در صورت دعوی استحقاق، شریک یا قادر بر محکوم له شناخته می شود و یا محکوم علیه. در صورت قادر شدن بر دفع دعوی استحقاق مشکل شریک دیگر حل گردیده و شریک مالک حصه تقسیم شده شناخته می شود. اما، در صورت عدم قادر شدن شریک بر دفع و صادر شدن فیصله به نفع شخص ثالث، شریک مکلف است که ضمان استحقاق را به شریک دیگر بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود ده جریب زمین را در مثال بالا تقسیم نمایند و سپس جمشید علیه پنج جریب زمین احمد اقامه دعوی ملکیت نماید و ثابت نماید که ملکیت از او است و محکمه حکم نماید که احمد و محمود زمین را به جمشید تسلیم نمایند، اثر آن را احمد و محمود متحمل می شوند. در این مثال، جمشید زمین مقسومه را به استحقاق می برد.

- غبن به معنای کاستی، نقص، خدعه و زیان زدن است.^{۲۰۰} اگر در تقسیم غبن که مقدار آن در ماده ۱۹۷۳ ق. م تحدید شده است، ظاهر شود، تقسیم را قابل ابطال می نماید. در ابطال تقسیم مطالبه شریک مغبون شرط است. بنابراین، اگر شریک مغبون مطالبه نقض را نماید، تقسیم غیر قابل نقض می گردد. چنانچه بحث آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م گذشت، مقدار غبن باید بیشتر از پنج فیصد قیمت مجموعی هر حصه باشد. دانستن واقع شدن غبن در حصه ای یکی از شریکان و یا شرکاء مستلزم قیمت گذاری مال مشاع و حصه هر یک از شرکاء توسط اهل خبره است. به عنوان مثال، اگر قیمت مال مشاع پنج لک افغانی و شرکاء پنج نفر باشند و قیمت حصه هر شریک یک لک افغانی باشد، جهت تحقق غبن لازم است که قیمت حصه یکی از شرکاء هشتاد هزار افغانی باشد. اما، اگر حصه یکی از شرکاء بیشتر از هشتاد هزار افغانی باشد، نقض تقسیم صحیح نیست. زیرا، اگر قیمت سهم هر یک از شرکاء هشتاد هزار افغانی باشد، مجموعه قیمت آنها سه لک و بیست هزار افغانی می شود که چهار شریک سه لک و بیست هزار افغانی و شریک دیگر یک لک و هشتاد هزار افغانی را اخذ می نماید. در تعیین اندازه غبن قیمت روز تقسیم مال اعتبار دارد.

۲۰۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۷۲؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۳۸.

بنابراین، اهل خبره باید قیمت مجموعی مال مشاع و هر سهم را مطابق قیمت روز تقسیم قیمت گذاری نمایند. در صورت تحقق غبن به نحوی که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور شرح ق. م گذشت، شریک مغبون می تواند نقض تقسیم را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. مدعی در دعوی غبن یکی از شرکاء و یا شرکای مغبون است. پس، همچنانی که شریک می تواند دعوی غبن را اقامه نماید، وارث شریک یا شرکاء نیز می توانند بعد از موت شریک و یا شرکاء دعوی غبن را اقامه نمایند. مدعی علیه نیز در دعوی غبن شریکی است که غبن به نفع وی صورت پذیرفته است. شریک یا شرکای مغبون می توانند تا یک سال بعد از تقسیم دعوی غبن را اقامه نمایند. بنابراین، اگر یک سال سپری شود و شریک و یا شرکای مغبون اقامه دعوی نمایند، مطالبه حق دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته و قابل سمع نیست. بار اثبات غبن نیز بر عهده مدعی مغبون است. بنابراین، مدعی می تواند مطابق قواعد عمومی اثبات دعوی ظهور غبن در تقسیم را ثابت نماید. در صورت اثبات قاضی می تواند تقسیم را نقض نماید. اثری که بر نقض مرتب می شود اعاده ملکیت مشاع به حالت اولی است. در نتیجه، حصه های تقسیم شده دوباره به ملک مشاع تبدیل شده و دوباره ملکیت مشاع شرکاء تلقی می گردد و شرکاء می توانند آن را دوباره تقسیم نمایند.^{۲۰۱}

۹) طبق ماده ۲۰۹۵ ق. م: «هرگاه یکی از ورثه در وقت تقسیم به دین متروکه تخصیص داده شود سایر ورثه در حالی که مدیون بعد از تقسیم افلاس نماید ضامن شخص تخصیص شده شناخته نمی شوند مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. همچنین، تخصیص ورثه به دین در نص این ماده نازیبا و مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از تخصیص یافتن یکی از ورثه به دین متعهد شدن یا ضامن شدن یکی از ورثه به پرداخت دین داین است. طبق نص این ماده هرگاه یکی از ورثه به دین متوفی تعهد نماید که دین او را می پردازد و ترکه را ورثه میان خویش قبل از پرداخت دین داین تقسیم عرفی نمایند، در صورتی که متعهد یا ضامن به افلاس مواجه شود، سایر ورثه ضامن نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که سایر ورثه تعهد نموده باشند تا دین را پرداخت نمایند. افلاس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچیز شدن، نادار شدن، بینوایی، ناداری و پریشانی است. به شخصی که حکم به افلاس او می شود مفلس گویند. در اصطلاح حقوقی افلاس عبارت

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

از وصفی است در شخصی که قرض او بیشتر از دارایی او باشد.^{۲۰۲} ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است. در اصطلاح حقوق مدنی، ضامن کسی است که دین در ذمه دیگری به ذمه او منتقل می شود تا اگر شخص دیگر از پرداخت دین خودداری کند، خود متعهد به پرداخت دین باشد.^{۲۰۳}

به حیث مثال، اگر احمد چهار لک افغانی مدیون حمید باشد و ورثه احمد جمیله، جمشید و محمود باشند و مقدار متروکه احمد دوازده لک افغانی باشد و محمود تعهد نماید که چهار لک افغانی را به حمید می پردازد، اما قبل از پرداخت دین به حمید، جمیله، جمشید و محمود ترکه را تقسیم عرفی نمایند و محمود مفلس شود، جمیله و جمشید مکلف نیستند دین حمید را پرداخت نمایند. بنابراین، حمید صرف می تواند دین را از محمود مطالبه نماید. اما، اگر جمشید و جمیله تعهد نموده باشند که دین حمید را می پردازند یا در صورت افلاس محمود دین حمید را می پردازند، حمید می تواند به هر یک از ورثه یعنی محمود، جمیله و جمشید مراجعه نماید و دین خویش را اخذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق داین است.

۹) تقسیم ترکه توسط مؤرث: طبق ماده ۲۰۹۶ ق.م: «وصیت به تقسیم اعیان متروکه برای ورثه وصیت کننده به ترتیبی که برای تمام ورثه به اندازه حصه آنها تعیین نماید جواز دارد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. اعیان جمع عین است. عین طبق ق. مترادف با مال است. طبق نص این ماده وصیت به متروکه برای ورثه جواز دارد. اما، به شرط این که به اندازه حصه آنها باشد. به عبارت دیگر: مؤرث می تواند از طریق وصیت سهم هر یک از ورثه را تقسیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد دارای یک پسر به نام محمود و یک دختر به نام جمیله باشد و قیمت متروکه احمد پانزده لک افغانی شود، احمد می تواند از طریق وصیت ده لک این پول را به محمود تقسیم نماید و پنج لک افغانی را به جمیله. زیرا، در صورت وفات، محمود دو برابر جمیله از متروکه احمد مستحق ارث می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده اعطای جواز وصیت به منظور تقسیم اموال میان ورثه متناسب به سهم آنها توسط مؤرث است.

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

انتشارات محراب فکر، ص ۳۸۴.

۲۰۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۴۸.

۱۰) طبق ماده ۲۰۹۷ ق.م: «تقسیمی که به بعد از مرگ منسوب شود رجوع از آن جواز دارد مگر بعد از وفات وصیت کننده لازمی شناخته می شود.» همچنین، طبق ماده ۲۱۰۰ ق.م: «در مورد تقسیم منسوب به بعد از مرگ تمام احکام مربوط به تقسیم عمومی به استثنای احکام غبن تطبیق می شود.» از نصوص این مواد به خوبی استنباط می گردد که تقسیم مؤثر تقسیمی است که مؤثر آن را حین حیات خویش میان ورثه جاری نموده است که حیثیت وصیت را اکتساب نموده است و رجوع از آن جواز دارد. اما، این تقسیم بعد از وفات موصی مؤثر لازم می شود. تقسیم مؤثر از یک جهت وصیت و از جهت دیگر تقسیم است. از این حیث که تقسیم مؤثر وصیت است، رجوع از آن جواز دارد مادام که موصی حیات است و این وصیت لازم نمی گردد مگر بعد از وفات موصی. از این حیث که این امر تقسیم است، احکام تقسیم بر آن تطبیق می گردد مگر احکام غبن. زیرا، مؤثر می تواند یکی از ورثه را بیشتر از آنچه مستحق آن است، اعطاء نماید و این زیادت وصیت است. زیادت در چنین حالتی، غبن تلقی نمی گردد، بلکه وصیت تلقی می گردد و بدون اجازه ورثه نافذ می شود مشروط بر این که در حدود ثلث ترکه باشد.

به حیث مثال، اگر احمد دارای یک پسر به نام محمود و یک دختر به نام جمیله باشد و قیمت متروکه احمد پانزده لک افغانی شود، احمد می تواند از طریق وصیت ده لک این پول را به محمود تقسیم نماید و پنج لک افغانی را به جمیله. زیرا، در صورت وفات، محمود دو برابر جمیله از متروکه احمد مستحق ارث می شود. احمد تا زمانی که زنده است می تواند از این تقسیم رجوع نماید، به حیث مثال، به محمود و جمیله بگویم تقسیمی را که به شما وصیت نمودم از آن رجوع کردم. اما، زمانی که احمد وفات نماید، تقسیم به دلیل عدم امکان رجوع احمد از تقسیم لازم می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده اعطای جواز رجوع از وصیت به تقسیم به وصیت کننده که در عین زمان مالک مال است می باشد.

۱۱) **حالاتی که تقسیم مؤثر شامل کل اموال ترکه، ورثه و حقوق نمی شود:** طبق ماده ۲۰۹۸ ق.م: «هرگاه تقسیم هنگام وفات شامل، تمام اموال میراث نباشد، اموال خارج تقسیم به صورت مشاع مطابق قواعد میراث به تمام ورثه تعلق می گیرد.» طبق نص این ماده هرگاه مالی بعد از تقسیم اموال میان ورثه توسط مؤثر در ملکیت وارث داخل شود و وارث آن را نتواند در تقسیم داخل نماید و یا نخواهد این امر را انجام دهد، این اموال بعد از فوت مؤثر ملکیت مشاع (مشترک) ورثه پنداشته می شود و مطابق احکام حقوق میراث میان آن تقسیم می شود.

۱۸۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

دلیل این قاعده این است که هنگامی که مؤرث ترکه را میان ورثه در حال حیات خویش تقسیم می نماید، شناخت مقدار ترکه به صورت دقیق ممکن نیست، مگر بعد از وفات مؤرث که تفصیل آن گذشت. از همین جهت جایز است تقسیم شامل تمام ترکه، ورثه و دیون ترکه نشود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی به رسمیت شناختن این جواز در نص این ماده است. به حیث مثال، اگر احمد تاجر باشد و خانه، پول نقد، موتر، زمین، دین و ... داشته باشد و بخواهد به تقسیم این اموال میان محمود و جمیله ورثه اش وصیت نماید، امکان دارد برخی از این اموال و دیون را نتواند به صورت دقیق شناسایی نماید یا نخواهد برخی از این اموال را شامل وصیت نماید. بنابراین، اگر احمد زمین، خانه، پول را تقسیم نماید و موتر را تقسیم ننماید، میان محمود و جمیله ملکیت مشترک پنداشته می شود که مشاع اجباری نامیده می شود. بنابراین، بعد از وفات احمد تصفیه کننده می تواند موتر را مطابق قواعد عمومی تقسیم میان محمود و جمیله تقسیم نماید.

۱۲) طبق ماده ۲۰۹۹ ق. م: «هرگاه یکی یا چند نفر از ورثه احتمالی وصیت کننده شامل تقسیم باشند و قبل از وفات مورث فوت نماید حصه معینه ای که به سهم او رسیده به صورت مشاع مطابق قواعد میراث به سایر ورثه تعلق می گیرد.» طبق نص این ماده در صورتی که مؤرث ترکه را در حال حیات خویش میان ورثه تقسیم نماید و یکی از ورثه وفات نماید، سهم او بعد از وفات مؤرث ملکیت مشترک ورثه پنداشته شده و میان ورثه مطابق احکام حقوق میراث تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد در حالت حیات خویش سی لک افغانی داشته باشد و این سی لک را میان ورثه او که شامل سه دختر به نام های ذاکره، جمیله و حمیده می شود، تقسیم نماید و سپس ذاکره قبل از وفات احمد وفات نماید، جمیله و حمیده مستحق سهم ذاکره می شوند. بنابراین، به هر یک از جمیله و ذاکره پانزده لک افغانی از مال احمد تعلق می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی حل معضل وفات یکی از ورثه در زمان حیات مالک و انتقال سهم او به سایر ورثه است.

۱۳) براساس ماده ۲۱۰۱ ق. م: «هرگاه تقسیم شامل دیون متروکه نبوده یا در صورت شمولیت دیون، دائنین به تقسیم مذکور موافقه نداشته باشند هر یک از ورثه می تواند در حالی که ادای دیون به اتفاق با دائنین صورت نگرفته باشد، رعایت تقسیمی را که مورث وصیت نموده و اعتباراتی را که به اساس آن تقسیم مذکور بناء یافته در حدود امکان در تقسیم متروکه مطالبه نماید.» از نص این ماده احکام ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه مؤثر دیونی را که داینین بر ترکه دارند میان ورثه تقسیم نماید، داینین باید در مورد آن موافقت نمایند. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود و جمشید باشد و دختری به نام جمیله و پسری به نام حمید داشته باشد و احمد سی لک افغانی را میان جمیله و حمید تقسیم نماید و بگوید که جمیله ده لک افغانی و حمید بیست لک را به محمود و جمشید پرداخت نماید. در این صورت، شرط است که جمشید و محمود به دریافت دین از جمیله و حمید توافق نمایند نه از ترکه.

۲- اگر داینین در این مورد توافق نمایند، دین همچنان بر ترکه باقی می ماند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید و محمود در خصوص دریافت دین از حمید و جمیله توافق نمایند، دین بر ترکه احمد باقی می ماند.

۳- اگر ورثه بتوانند با داینین در مورد تسویه دیون موافقت نمایند، این اتفاق مدار اعتبار و نافذ است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمید و جمیله بتوانند در خصوص پرداخت دین به جمشید و محمود به موافقه برسند، این موافقه مدار اعتبار است و محمود و جمشید می توانند از حمید و جمیله دین را دریافت کنند نه از ترکه.

۴- اما، اگر ورثه با داینین نتوانند توافق نمایند، تقسیم مؤثر غیر کامل است و هر یک از ورثه می تواند تصفیه ترکه را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید.^{۲۰۴} به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمید و جمیله نتوانند در خصوص پرداخت دین به جمشید و محمود به توافق برسند، حمید و جمیله می توانند از تصفیه کننده تقاضا نمایند تا ترکه را مطابق قواعد عمومی که تفصیل آن گذشت، تصفیه نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین شخصی که در زمان حیات خویش بر تقسیم ترکه وصیت می نماید، است.

۲۰۴. جهت مطالعه مفصل تر راجع به تصفیه ترکه ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۲۵-۱۹۰.

بخش چهارم:

وصیت

مقدمه

نوع سوم سبب کسب ملکیت مطلق و نیز ملکیت ناقص وصیت است. جلد چهارم، قسمت دوم، مبحث دوم، مواد 2103 الی 2197 ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از قانون وصیت شماره 71 سال 1946 مصر و فقه اقتباس کرده اند. این احکام ترجمه شده، بسیار کلاسیک، غیرقابل فهم، غیرعملی و بسیار نظری است و ارایه مثال های عملی برای بسیاری از این احکام مشکل به نظر می رسد.

فصل اول) تعریف و ارکان

مبحث اول) تعریف

طبق ماده ۲۱۰۳ ق.م: «وصیت عبارت از تصرف در ترکه به نحوی که اثر آن به مدت بعد از وفات وصیت کننده منسوب باشد.» وصیت از ریشه «وصی» گرفته شده است که در لغت به معنای عهد، فرمان دادن و در نبود کسی به کاری پرداختن است. همچنین، وصیت در لغت به معنای عهد با دیگری در انجام کاری در حال حیات و یا پس از وفات است.^{۲۰۵} برخی گفته اند که وصیت در لغت به معنی وصل و پیوند است و به اعتبار اتصال تصرفات زمان حیات موصی، به زمان پس از فوت، آن را وصیت نامیده اند. طبق این ماده وصیت تصرفی است که موصی در ترکه می نماید، اما اثر بر این تصرف بعد از مرگ موصی مرتب می شود. به حیث مثال، هرگاه موصی وصیت نماید که زمین وی بعد از مرگ او به فلان جهت خیریه منتقل شود، این وصیت تصرف در مال است و زمانی نافذ می شود (زمین به موصی له منتقل می شود) که موصی وفات نماید. همچنین، این تعریف شامل تمام مسایل وصیت که در قانون مدنی آمده است، می گردد. بنابراین، این تعریف شامل

۲۰۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۷۵.

وصیت به مال و منفعت می گردد خواه موصی له اهل تملک باشد مانند وصیت برای اشخاص حقیقی معین و یا اهل تملک نباشد، مانند: وصیت به اشخاص حقوقی مانند: مساجد، مدارس، شفاخانه و نظیر اینها. همچنین، وصیت شامل تملیک محض و اسقاطی که معنی تملیک را افاده می نماید می شود، مانند وصیت به ابراء از دین، اسقاط محض مانند وصیت به ابرای کفیل. همچنین، وصیت شامل حقوق مالی مانند وصیت به تأجیل دین می گردد. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف وصیت است.

گاهی وصیت به معنی موصی به (چیزی که به آن وصیت شده)، نیز استعمال می شود. مثلاً: وقتی که می گویند این مال وصیت است یعنی موصی به است و در استعمالات مردم بسیار متداول است. موصی کسی است عین یا منفعت را از مال خود برای زمان پس از وفاتش به دیگری مجاناً تملیک می نماید. به عبارت ساده تر: موصی کسی است که وصیت می کند. موصی به، مالی است که مورد وصیت قرار می گیرد.

موصی له شخصی است که وصیت به نفع او صورت می گیرد. موصی علیه شخصی است که وصیت به ضرر او صورت می گیرد. موصی له به بیشتر از ثلث مال عبارت از شخصی است که بیشتر از ثلث (۱/۳) مال برای او توسط موصی وصیت شده باشد. در اصطلاح فقهی، فقهای حنفیه در تعریف وصیت گفته اند که: به تملیک تبرعی مضاف به پس از مرگ وصیت گویند و هیچ تفاوتی نمی کند که مملک عین یا منفعت باشد، مانند: وصیت به مبلغ معینی از مال و یا به منفعت خانه به شخص معین و یا جهت خیریه بعد از وفات موصی. با قید تملیک در این تعریف تصرفاتی که تملیک نیستند، مانند عاریت و اباحه خارج می شوند. زیرا، عاریت و اباحه وصیت نیستند. با قید مضاف به پس از مرگ تملیکات منجزه مانند: بیع، هبه و ابراء از دین و اجاره خارج می شود.^{۲۰۶} در برخی نظام های حقوقی دیگر مانند انگلیس وصیت چنین تعریف شده است: وصیت عبارت از اعلام اراده است توسط شخص راجع به توزیع دارایی او بعد از مرگ.^{۲۰۷}

۲۰۶. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ص ۶۳؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۴۳۹-۷۴۴۰؛ ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۲۱؛ و محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۴ و ۱۵.

207. WJ. Brown (1999). GCSE Law, Seventh edi, (___): Sweet and Maxwell, p 252.

مبحث دوم) نظر اجمالی بر وصیت و ارکان وصیت

وصیت در زمان های قدیم قبل از ظهور اسلام نیز وجود داشت چنانچه در روم قدیم رئیس فامیل از طریق وصیت در اموال خود به صورت مطلق تصرف می کرد و اموال خود را به اجانب وصیت و اولاد خویش را از میراث محروم می نمود. ولی، به تدریج این امر مبدل به حفظ ربع اموال توسط موسی، به وارثین گردید. در دوره جاهلیت، اعراب اموال خود را به اجانب از روی تفاخر وصیت می کردند و اقارب خود را دچار فقر می نمودند. بعد از اینکه اسلام ظهور کرد یک سلسله تغییرات در وصیت براساس عدالت وارد نمود. قبل از تشریح احکام مربوط به میراث اسلام افراد متمول را ملزم به وصیت به والدین و اقارب نمود و در نتیجه در ابتداء ظهور دین اسلام وصیت بالای افراد متمول و صاحب مال واجب گردید چنانچه خداوند عزوجلله در این باره فرموده است:

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ البقره / ۱۸۰ [

«لازم گردانیده شده است بر شما وقتی که موت پیش آید یکی از شما را اگر مال بگذارد وصیت کردن برای پدر و مادر و نزدیکان به نیکویی، لازم شده این کار بر متقیان.»
بعد از آیه مذکور، آیات سوره نساء نازل گردید و احکام مربوط به میراث را تشریح نمود که در نتیجه مشروعیت وصیت را مقید به دو قید نمود که ذیلاً ذکر می گردد:

۱) **عدم نفاذ وصیت توسط مؤرث مگر به اجازه ورثه:** زیرا پیامبر صلی الله علیه و آله در خطبه حجت الوداع فرمودند:

«إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِمُورِثٍ» . ۲۰۸

«خداوند عزوجلله برای هر صاحب حق، حق وی را اعطاء نموده است و بنابراین وصیت برای ورثه جواز ندارد.».

پس، هر یک از ورثه مستحق حصه معین از متروکه می گردد و وصیت به غیر وارث سنت مندوبه تلقی می گردد.

۲۰۸ . حدیث متواتر رواه اثنا عشر صحابياً، و أرسله خمسة من التابعين، فمن الصحابة رواه أبو أمامة عند أبي داود و الترمذی و ابن ماجه و أحمد و البيهقي عبد بن حميد في مسنده، بالفظ المذكور.

۲) **تحدید مقدار آن به ثلث:** وصیت بر مقدار بیشتر از ثلث مال جواز ندارد، زیرا پیامبر ﷺ به سعد ابن ابی وقاص رضی الله عنه که بیش از یک دختر نداشت و می خواست ثلث یا نصف مال خود را وصیت نماید فرمود:

«الثلث، و الثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون

الناس». ۲۰۹

«سه حصه مال؟ سه حصه مال زیاد است، هرگاه تو ورثه خود را ثروتمند بگذاری بهتر است نسبت به اینکه آنها را فقیر بگذاری که محتاج دیگران باشند.».

با استناد بر حدیث فوق وصیت بر ثلث مال صحیح و بر زاید از آن منوط بر اجازه ورثه است. ۲۱۰

مشروعیت وصیت به اساس کتاب الله، سنت، اجماع و عقل ثابت است: ۲۱۱ در رابطه به وصیت

خداوند ﷻ می فرماید:

﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ - [البقره / ۱۸۰]

«لازم گردانیده شده است بر شما وقتی که موت پیش آید یکی از شما را اگر مال بگذارد وصیت کردن برای پدر و مادر و نزیکان به نیکویی، لازم شده این کار بر متقیان.».

و فرموده است:

﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساءً فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين أبأؤكم و أبناؤكم لا تدرؤن أيهم أقرب لكم نفعاً فريضة من الله إن الله كان عليماً حكيماً ﴾ - [النساء: ۱۱ / ۴]

۲۰۹ . رواه الجماعة (أحمد و أئمة السنة) عن سعيد بن أبي وقاص رضي الله عنه .

۲۱۰ . وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج ۱۰، صص ۷۴۳۸ - ۷۴۳۹.

۲۱۱ . همان، ج ۱۰، صص ۷۴۴۱ - ۷۴۴۲؛ وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، ج ۴۳، ۲۲۳؛ و

محمد يوسف موسى، احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، صص ۱۷ و ۱۸.

بخش چهارم / وصیت □ ۱۹۱

«خداوند عز وجل به شما در باره فرزندانان سفارش می‌کند سهم پسر چون سهم دو دختر است و اگر [همه ورثه] دختر [و] از دو تن بیشتر باشند سهم آنان دو سوم ماترک است و اگر [دختری که ارث می‌برد] یکی باشد نیمی از میراث از آن اوست و برای هر یک از پدر و مادر وی [متوفی] یک ششم از ماترک [مقرر شده] است این در صورتی است که [متوفی] فرزندی نداشته باشد ولی اگر فرزندی نداشته باشد و [تنها] پدر و مادرش از او ارث برند برای مادرش یک سوم است [و بقیه را پدر می‌برد] و اگر او برادرانی داشته باشد مادرش یک ششم می‌برد [البته همه اینها] پس از انجام وصیتی است که او بدان سفارش کرده یا دینی [که باید استثنا شود] شما نمی‌دانید پدران و فرزندانان کدام یک برای شما سودمندترند [این] فرضی است از جانب خدا عز وجل زیرا خداوند عز وجل دانای حکیم است.»

و نیز فرموده است:

﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوَصُّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [۱۲ / ۴]

النساء: ۱۲ / ۴

«و نیمی از میراث همسرانان از آن شما [شوهران] است اگر آنان فرزندی نداشته باشند و اگر فرزندی داشته باشند یک چهارم ماترک آنان از آن شماست [البته] پس از انجام وصیتی که بدان سفارش کرده‌اند یا دینی [که باید استثنا شود] و یک چهارم از میراث شما برای آنان است اگر شما فرزندی نداشته باشید و اگر فرزندی داشته باشید یک هشتم برای میراث شما از ایشان خواهد بود [البته] پس از انجام وصیتی که بدان سفارش کرده‌اید یا دینی [که باید استثنا شود] و اگر مرد یا زنی که از او ارث می‌برند کلاله [=بی‌فرزند و بی‌پدر و مادر] باشد و برای او برادر یا خواهری باشد پس برای هر یک از آن دو یک ششم [ماترک] است و اگر آنان بیش از این باشند در یک سوم [ماترک] مشارکت دارند [البته] پس از انجام وصیتی که بدان سفارش شده یا دینی که [باید

۱۹۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

استثنا شود به شرط آنکه از این طریق [زیانی [به ورثه] نرساند این است سفارش خدا عَلَيْهِ السَّلَامُ و خدا عَلَيْهِ السَّلَامُ است که دانای بردبار است.». آیه اول دلالت بر مشروعیت وصیت برای اقارب می نماید و آیه های دوم و سوم میراث را مؤخر بر تنفیذ وصیت و ادای دین می نماید.

علاوه بر حدیث حجة الوداع و سعد بن ابی وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ که در فوق ذکر شدند، مشروعیت وصیت بر مبنای احادیث دیگری نیز ثابت است. از آن جمله است:

۱- پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرموده است:

«مَا حَقَّ امْرِيءٌ مُسْلِمٌ لَهُ شَيْءٌ يَرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ بَيْتٌ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ.» ۲۱۲

«حق هر مسلمانی است که وصیت خود را به صورت مکتوب نزد خود داشته باشد و نباید دو شب بدون این وصیت بخوابد.».

۲- حدیث معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ که گفته است:

«قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ زِيَادَةً فِي حَسَنَاتِكُمْ.» ۲۱۳

«خداوند عَلَيْهِ السَّلَامُ یک در سه اموال تان را در هنگام مرگ به شما بخشیده است که حسنات و نیکی های خود را با آن بیشتر کنید تا اعمال نیک شما زیاد شود.».

مشروعیت وصیت بر اساس اجماع علماء نیز ثابت است. از نظر عقلی نیز مشروعیت وصیت ثابت می باشد و آن عبارت از نیاز انسانها به وصیت جهت ازدیاد قربات و حسنات و تدارک اعمال خیری که در زندگی از آن اهمال ورزیده اند می باشد. احکام شرع بر مبنای رعایت مصالح مردم و جامعه تشریح شده است؛ به این معنی که: احکام شرع یا منفعتی را در بر دارد و یا مفسده ای را دفع می کند. تشریح وصیت نیز در راستای همین اهداف است. در وصیت سه نکته مهم مورد نظر شارع است:

- رعایت مصلحت وصیت کننده به منظور کسب ثواب اخروی؛

۲۱۲ . رواه الجماعة عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

۲۱۳ . أخرجه الدار قطنی .

- مراعات مصلحت افرادی از اقارب به جز وارث که نیازمند هستند؛ و
- در نظر گرفتن مصالح جامعه. زیرا، اشخاصی که مقداری از مال خود را وقف مساجد، مدارس، شفاخانه و سایر امور عام المنفعه می کنند، در حقیقت هم فرد را در نظر دارند و هم به نظام اقتصادی جامعه توجه کرده اند و این خود از قدم های مفید و مؤثری است که انسان ها در طول حیات خویش بر می دارند. بنابراین، وصیت در برگیرنده اغراض دنیوی و اخروی است. در وصیت شارع زاید بر ثلث را تجویز ننموده است و از این جهت، مصالح ورثه را نیز مدنظر داشته است و در واقع به تمام جهات قضیه توجه داشته است.^{۲۱۴}

امام ابوحنیفه رحمته، امام ابو یوسف رحمته و امام محمد رحمته بر این نظر اند که رکن وصیت عبارت است از ایجاب و قبول که ایجاب از طرف موصی و قبول از جانب موصی له صادر می شود و چنانچه این دو جمع نشوند، رکن وصیت کامل نمی شود. اما، امام زفر رحمته یکی دیگر از فقهای حنفیه بر این نظر است که: رکن وصیت صرف ایجاب موصی است، مانند اینکه موصی بگوید: «این را برای فلان وصیت کردم.» اما، قبول موصی له رکن نیست، بلکه شرط است. زیرا، ملک موصی له به منزله ملک وارث است که هر یک از این ملک ها در اثر موت منتقل می شود و ملک وارث به قبول احتیاج ندارد و ملک موصی له را به ملک وارث تشبیه می نمایند که بعد از فوت مؤرث به وارث منتقل می شود و ضرورت به قبول ندارد. اما، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: ارکان وصیت چهار اند که عبارت اند از: موصی، موصی به، موصی له و صیغه. ^{۲۱۵} با توجه به قواعد عمومی عقود و ایقاع ها به نظر می رسد طبق ق. م وصیت دارای پنج رکن است: موصی، موصی له، موصی به، صیغه و سبب وصیت. برای صحت وصیت هر یک از ارکان وصیت باید دارای شرایط خاص باشند:

مبحث سوم) شروط ارکان

^{۲۱۴} . وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج ۱۰، ص ۷۴۴۳؛ وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، ج ۴۳، صص ۲۲۳ و ۲۲۴؛ و محمد يوسف موسى، احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، صص ۱۸ و ۱۹.

^{۲۱۵} . در این مورد ر. ک: وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۴۴۵ و ۷۴۴۷؛ ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۲۷ و ۲۲۸؛ و محمد يوسف موسى (___). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۹ و ۲۰.

شروط ارکان وصیت قرار ذیل اند:

۱) شروط صیغه: صیغه عبارت از ایجاب و قبول است. وصیت با ایجاب و قبول منعقد می شود.

۱- ایجاب: ایجاب در وصیت عبارت از اعلام تملیک معلق به فوت، از طرف موصی، به موصی له می باشد.^{۲۱۶} براساس ماده ۲۱۰۴ ق. م: «وصیت توسط قول، کتابت، اشاره معروف منعقد می گردد. در صورتی که وصیت کننده قادر به کتابت نباشد به اشاره معروف نیز منعقد شده می تواند.» طبق نص این ماده وصیت از طریق قول یعنی گفتار منعقد می شود. در انعقاد وصیت به لفظ صریح و ضمنی میان فقهاء هیچ اختلافی وجود ندارد، مانند اینکه: موصی بگوید: فلان چیز را به فلان وصیت کردم و یا الفاظی را استعمال نماید که معنی وصیت از آن استنباط گردد، مانند اینکه موصی بگوید: «شاهد باشید که این را برای فلان وصیت کردم.» همچنین، در صورتی که شخص از نطق عاجز باشد، مانند: گنگ وصیت به کتابت یعنی نوشته منعقد می شود. همچنین، در صورتی که شخص گنگ باشد وصیت به اشاره مفهّمه گنگ منعقد می گردد.^{۲۱۷} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شیوه های انعقاد وصیت است.

۲- قبول: قبول در وصیت عبارت از اعلام اراده موصی له به تملک آنچه موصی برای پس از فوت خود به او تملک نموده است، می باشد.^{۲۱۸} طبق ق. م قبول تابع قواعد ذیل است:

- قبول یا رد موصی له در زمان حیات موصی و پس از فوت وی: طبق ماده ۲۱۲۲ بند اول ق. م: «وصیت با قبولی صریح یا ضمنی شخصی که به او وصیت می شود بعد از وفات وصیت کننده لازم می گردد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد: نخست این که: قبول می تواند صریح باشد، مانند اینکه: موصی له بگوید: وصیت را قبول نمودم و یا ضمنی باشد، مانند اینکه: موصی له در موصی به تصرف نماید، مثلاً: آن را به فروش رساند، هبه نماید و یا به اجاره بدهد. دوم این که قبول وصیت قبل از فوت موصی صحیح نیست و وصیت به فوت موصی و قبول موصی له بعد

۲۱۶ . سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۶۶.

۲۱۷ . وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۴۴۸ الی ۷۴۱۰؛ و محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۲۲۷ و ۲۲۸.

۲۱۸ . سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۶۷.

بخش چهارم / وصیت □ ۱۹۵

از فوت موصی لازم می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شیوه های قبول وصیت است. همچنین، مطابق ماده ۲۱۲۶ فقره اول ق. م: «وصیت به رد آن قبل از وفات وصیت کننده باطل نمی گردد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که در صورتی که موصی له وصیت را در زمان حیات موصی رد نماید وصیت باطل نمی گردد و رد وصیت در زمان حیات موصی آثار وصیت را ملغی نمی کند و وصیت به حال خود باقی مانده، تجدید شده تلقی می گردد. موصی له می تواند آن را بپذیرد، همچنانی که می تواند در زمان حیات موصی پس از آنکه آن را رد نموده مجدداً قبول کند.^{۲۱۹} به حیث مثال، اگر احمد یک سوم زمین خویش را برای محمود وصیت نماید و قبل از این که احمد وفات نماید، محمود وصیت را رد نماید، وصیت باطل نمی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رد وصیت توسط موصی له قبل از وفات موصی است.

- فوت موصی له بدون قبول و رد: طبق ماده ۲۱۲۳ ق. م: «هرگاه شخصی که به او وصیت صورت گرفته قبل از قبولی یا رد وصیت فوت شود ورثه موصی له قایم مقام او شناخته می شود.» طبق نص این ماده در صورتی که موصی له قبل از رد و یا قبول وصیت وفات نماید، ورثه موصی له قایم مقام او شناخته می شود. وفات در لغت به معنی مرگ، مردن، موت و فوت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه های زندگی کاملاً در او از بین رفته است.^{۲۲۰} همچنین، فوت عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرك و جنبش باز ماند.^{۲۲۱} قایم مقام در لغت به معنی «انشین» و «نایب» است.^{۲۲۲} بنابراین، ورثه موصی له جانشین عام او تلقی می شود و می تواند وصیت را قبول و یا رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد یک سوم زمین خویش را برای محمود وصیت نماید و قبل از این که محمود وصیت را قبول یا رد نماید وفات نماید، ورثه محمود جانشین محمود تلقی می شوند. نص این ماده مجمل است و قانونگذار مدنی در نص این ماده صلاحیت ورثه در خصوص رد و قبول وصیت را پیش بینی نکرده

۲۱۹. همان، سید حسن امامی، جلد (۳)، صص ۷۲ - ۷۳.

۲۲۰. همان، سید حسن امامی، جلد (۳)، ص ۲۱۹۰.

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

۲۲۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

۱۹۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

است. اما، با توجه این که ورثه موصی له قایم مقام موصی تلقی می شوند، این نتیجه به دست می آید که ورثه موصی له صلاحیت رد و قبول وصیت را دارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات موصی له قبل از قبول و رد وصیت است.

- فوریت در رد و قبول: رد وصیت عبارت است از اعلام موصی له به نپذیرفتن آنچه را که موصی، به او تملیک نموده است می باشد.^{۲۲۳} سؤال این است که آیا فوریت در رد و قبول شرط است و یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال ماده ۲۱۲۴ ق. م تصریح می نماید که: «هرگاه ورثه وصیت کننده یا شخصی که صلاحیت تنفیذ وصیت را دارد توسط اعلان رسمی مشتمل بر توضیحات مربوط به وصیت به شخصی که به او وصیت شده است ابلاغ نموده و در آن اظهار اراده او را مبنی بر قبول و یا رد وصیت مطالبه نماید. اگر شخص مذکور در خلال سی روز از تأریخ اعلان بدون عذر معقول به صورت تحریری به جواب نپردازد، وصیت باطل شمرده می شود.» طبق نص این ماده ورثه موصی که صلاحیت تنفیذ وصیت را دارد می تواند قبول و یا رد وصیت را توسط موصی له توسط اعلان رسمی از موصی له مطالبه نماید. مدت رد و یا قبول طبق نص این ماده سی روز است. بنابراین، موصی له باید در مدت سی روز قبول و یا رد خود اعلام نماید. در نتیجه، عدم اعلام قبول و یا رد توسط موصی له، رد تلقی گردیده و وصیت باطل می گردد و این در صورتی است که موصی له عذر معقول نداشته باشد.^{۲۲۴} بنابراین، هرگاه موصی له عذر معقول داشته باشد، وصیت باطل نمی گردد. به نظر می رسد مطالبه قبول و یا رد بعد از وفات موصی صورت گیرد زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده از ورثه موصی و یا شخصی که صلاحیت تنفیذ وصیت را دارد یعنی تصفیه کننده ترکه سخن می گوید. به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین داشته باشد و ده جریب آن را به محمود وصیت نماید و سپس احمد وفات نماید، ورثه احمد یا شخصی که مسؤول تنفیذ وصیت است می تواند رسماً و از طریق محکمه ذیصلاح قبول یا رد وصیت را از محمود مطالبه نماید. محمود مکلف است قبول یا رد وصیت را در مدت سی روز از تأریخ اعلان رسمی کتباً به ورثه احمد یا شخصی که مسؤولیت تنفیذ وصیت است اطلاع دهد. در صورت عدم ارایه جواب، وصیت باطل می شود.

۲۲۳. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی

اسلامیه، ص ۷۲.

۲۲۴. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص

۷۴۵۰ - ۷۴۵۱؛ و محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۵ و ۳۶.

بخش چهارم / وصیت □ ۱۹۷

بطلان وصیتی در صورتی است که محمود عذر نداشته باشد، به حیث مثال، غایب یا مریض باشد یا یکی از اقاربش وفات نموده باشد و او مصرف تجهیز و تکفین او باشد و نظیر اینها. بنابراین، در صورت عذر داشتن محمود، سی روز مدار اعتبار نیست. شخص که مسؤول تنفیذ وصیت است تصفیه کننده ترکه است که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م. خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق های ورثه موصی است زیرا در صورت عدم رد و یا قبول وصیت توسط موصی له ورثه متضرر می شوند.

- تجزیه قبول و رد موصی به: طبق ماده ۲۱۲۵ ق. م: «هرگاه شخصی که به او وصیت شده است بعضی وصیت را قبول و بعضی دیگر را رد نماید وصیت در مقدار قبول شده لازم گردیده و در مقدار رد شده باطل شناخته می شود. همچنین در صورتی که بعضی اشخاصی که به آنها وصیت شده آن را قبول و بعضی دیگر آن را رد نماید وصیت برای اشخاصی که آن را قبول نموده لازم و نسبت به اشخاصی که آن را رد نموده اند باطل می گردد». نص این ماده از فقه گرفته شده است، زیرا به موجب فقه تجزیه رد وصیت جواز دارد. بنابراین، موصی له می تواند یک قسمت موصی به را قبول و قسمت دیگر آن را رد نماید. به طور مثال، هرگاه برای موصی له خانه و زمین زراعتی وصیت شده باشد و موصی له خانه را قبول و زمین زراعتی را رد نماید وصیت در رابطه به خانه نافذ و در رابطه به آنچه موصی له رد نموده است باطل می گردد، زیرا عقد وصیت مستلزم موافقت ایجاب با قبول مانند بیع نمی باشد. همچنین، هرگاه وصیت برای جماعت یا گروهی از مردم صورت گرفته باشد و بعضی شان وصیت را قبول و بعضی دیگر آن را رد نمایند، وصیت نسبت به کسانی که وصیت را قبول نموده اند نافذ و نسبت به کسانی که آن را رد نموده اند باطل تلقی می گردد.^{۲۲۵} باوجود این، هرگاه موصی عدم تجزیه وصیت را شرط گذاشته باشد، رعایت شرط مذکور لازم می باشد، زیرا شرط موصی زمانی که مخالف شریعت نباشد لازم الرعایت شمرده می شود.^{۲۲۶} به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین داشته باشد و ده جریب آن را به محمود وصیت نماید و محمود پنج جریب را قبول نماید، وصیت در خصوص پنج جریب نافذ می شود. همچنین، اگر احمد سی عراده موتر داشته باشد و ده عراده آن را برای محمود و جمشید وصیت نماید و محمود وصیت را قبول نماید و جمشید وصیت را رد نماید، وصیت در خصوص محمود نافذ و در خصوص جمشید باطل می گردد. در

۲۲۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص

۷۴۵۱-۷۴۵۲.

۲۲۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، صص ۷۴۵۲.

نهایت، محمود مستحق دریافت پنج عراده موتر می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تجزیه وصیت است.

- **تعلیق وصیت به شرط و مضاف نمودن آن به زمان آینده:** براساس ماده ۲۱۰۷ ق. م: «با رعایت احکام مواد (۲۱۰۵ و ۲۱۰۶) این قانون وصیت منسوب یا معلق به شرط یا متصل به شرط صحت دارد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد ۲۱۰۵ و ۲۱۰۶ ق. م است. طبق نص این ماده موصی می تواند وصیت را معلق به شرط و یا منسوب به زمان آینده نماید، مانند اینکه: موصی وصیت نماید که موصی له می تواند یک سال بعد از وفاتش و یا یک ماه بعد از وفاتش در خانه موصی به سکونت نماید. منسوب در لغت به معنی نسبت داده شده، متعلق، منتسب، مربوط و پیوسته است.^{۲۲۷} معلق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویخته و آویزان است.^{۲۲۸} متصل در لغت به معنی پیوست است. به حیث مثال، اگر احمد وصیت نماید که محمود می تواند بلافاصله نه بلکه یک سال بعد از وفاتش مبلغ پنج لک افغانی از پانزده لک افغانی او را تملک نماید، وصیت احمد منسوب و معلق به شرط است. همچنین، تقیید و متصل نمودن وصیت به شرط صحیح جواز دارد، مانند اینکه: موصی تقیید وصیت را به شرط منوط نماید. تقیید تقیید وصیت یا به نفع موصی است، مانند اینکه: شخصی یک مقدار پول را به دیگری وصیت نماید به این شرط که او (موصی له) امور اولاد صغار او را به عهده بگیرد، یا به نفع موصی له است، مانند اینکه: موصی وصیت نماید مصارف ترمیم و اصلاح خانه موصی به از ترکه وی تأمین گردد، یا به نفع شخص ثالث است، مانند اینکه: موصی منفعت خانه اش را به جهت خیر در صورت عدم موجودیت اولاد هایش وصیت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز منسوب و معلق نمودن وصیت به زمان آینده است.

۲) شروط موصی: چنانچه از ماده ۲۱۰۳ ق. م استنباط می گردد، موصی کسی است عین یا منفعت را از مال خود برای زمان پس از وفاتش به دیگری مجاناً تملیک می نماید. بنابراین، موصی به وسیله وصیت در اموال خود تصرف می نماید و آن را به دیگری واگذار می کند. پس، جهت صحت و نفاذ وصیت موصی یک سلسله شروط وجود دارد که اولاً شرایط صحت و متعاقباً شروط نفاذ وصیت موصی را ذیلاً به طور جداگانه مورد مطالعه قرار می گیرد:

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

۲۲۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.

۱- شروط صحت موصی: جهت صحت وصیت شرط است که موصی دارای شرایط ذیل باشد:

- این که موصی اهل تبرع باشد: براساس ماده ۲۱۰۸ ق.م: «وصیت کننده لازم است قانوناً اهل تبرع بوده و به سن رشد رسیده باشد». از نص این ماده به خوبی بر می آید که نخست این که جهت صحت وصیت شرط است که موصی اهل تبرع؛ یعنی مکلف (عاقل و بالغ) باشد. بنابراین، وصیت مجنون، معتوه و مغمی علیه صحیح نیست. زیرا، عبارات اینها لغو است. تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۲۲۹} شخص زمانی اهلیت تبرع را پیدا می نماید که عاقل و بالغ باشد. به حیث مثال، اگر احمد مجنون یا صغیر ممیز یا غیر ممیز باشد و به بلوغ نرسیده باشد و یک سوم مال خویش را به محمود وصیت نماید، این وصیت به دلیل فقدان اهلیت تبرع احمد باطل است. دوم این که شرط است که موصی به سن رشد رسیده باشد. طبق ماده ۳۹ ق.م: «سن رشد هجده سال مکمل شمسی می باشد». بنابراین، اگر احمد سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد و یک سوم زمین خویش را به حمیده وصیت نماید، این وصیت به دلیل عدم رشید بودن احمد صحیح نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط وصیت کننده است.

اما، به موجب ماده ۲۱۲۰ ق.م: «حجر بر وصیت کننده نسبت سفاهت یا غفلت موجب بطلان وصیت او نمی شود». حجر در لغت به معنی منع و تضییق و جلوگیری است. ماده ۹۴۱ مجله الاحکام در تعریف حجر می گوید: «حجر عبارت از منع شخص مخصوص از تصرفات قولی که برای این شخص بعد از حجر محجور گفته می شود». ^{۲۳۰} اما، حقوقدانان در تعریف حجر می گویند: «حجر عبارت است از منع شخص به حکم قانون از اینکه بتواند امور خود را به طور مستقل و بدون دخالت دیگری اداره کند و شخصاً اعمال حقوقی انجام دهد». ^{۲۳۱} در صورتی که وصیت

۲۲۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳) ص ۱۶۹۶.

۲۳۰. هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۴۶۱ و ۴۴۶۲؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۸۴ و ۸۵؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی (____). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۶۰؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۸۵.

۲۳۱. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۸۶.

کننده (موصی) به دلیل سفاهت و یا غفلت تحت حجر قرار گیرد، محجور علیه قرار گرفتن موصی موجب بطلان وصیت نمی شود. سفاهت در لغت نادانی، جهالت و کم خردی است. ماده ۹۴۶ مجله الاحکام در تعریف سفیه می گوید: «سفیه: کسی است که مال خویش را بیجا به مصرف رساند و در مصارف مال اسراف نماید و از طریق اسراف مال خود را ضایع سازد و تلف نماید. کسانی که در داد و گرفت خویش غفلت می ورزند و در تجارت بلد نیستند و از روی ناهمپی و بی پروایی تجارت می نمایند و از جمله سفهاء محسوب می شوند.» غفلت مصدر «غفل» به معنای گذاشتن، فراموش کردن، سهل انگاری و بی خبری است. به شخص دچار به غفلت غافل گویند. در اصطلاح فقهی، به سهل انگاری و فراموشکاری غفلت گویند. فقهای اهل سنت در تعریف آن می گویند که: غافل کسی است که نمی تواند به اسباب سود و زیان راه برد. تفاوت سفیه و غافل در آن است که سوء تصرف غافل ناشی از ضعف إدراک اوست و از سفیه از سفه.^{۲۳۲} طبق نص این ماده حجر بر وصیت کننده نسبت سفاهت یا غفلت موجب بطلان وصیت او نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد بیست ساله باشد و سن رشد را تکمیل کرده باشد اما به دلیل سفه یا غفلت در اثر شکایت و ادعای یکی از اقارب یا داینین توسط محکمه ذیصلاح تحت حجر قرار بگیرد و سپس احمد یک سوم مال خویش را برای محمود وصیت نماید، این وصیت باطل نیست و صحیح است. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که وصیت محجور علیه به سبب سفه و غفلت صحیح است. نص این ماده محل ایراد است. زیرا، سفیه و غافل در حکم افراد ناقص اهلیت اند و وصیت آنها به دلیل سفه و غفلت موجب ضیاع اموال آنها می گردد. قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز وصیت محجور علیه سفیه و غافل است.

- وصیت غیر مسلمین: براساس ماده ۲۱۰۶ ق. م: «وصیت غیر مسلمان صحت دارد مگر اینکه وصیت مذکور به اساس احکام شریعت او و شریعت اسلام حرام باشد و یا قانون به عدم صحت و نفاذ آن تصریح نموده باشد.» طبق نص این ماده وصیت غیرمسلمان صحیح است. این اصل است. استثنای این اصل حرام بودن وصیت غیرمسلمان براساس شریعت غیر مسلمان و شریعت اسلام است. عبارت شریعت او مبهم است. در این صورت، باید به شریعت یا دینی

بخش چهارم / وصیت □ ۲۰۱

غیرمسلمانی که وصیت می نماید تنفیذ کننده و تطبیق کننده وصیت باید مراجعه نماید. به حیث مثال، اگر جان مسیحی یا یهودی یا بودایی باشد و برای محمود وصیت نماید، اصل این است که این وصیت صحیح است. استثنای این اصل این است که دین مسیح یا عیسی یا بودا این وصیت را منع نموده باشد. همچنین، طبق نص این ماده وصیت غیرمسلمان در صورتی صحیح است که شریعت اسلام و قانون آن را صحیح و نافذ بدانند. به حیث مثال، اگر جان به احمد یک سوم مالش را وصیت نماید باید ملاحظه کرد که آیا این وصیت مطابق احکام شریعت و قانون صحیح است یا خیر؟ چنانچه ملاحظه می شود، وصیت غیرمسلمان طبق ماده مذکور صحیح است. همچنین، در فقه به اتفاق فقهاء وصیت کافر ولو حربی باشد صحیح می باشد، زیرا اسلام شرط صحت وصیت نمی باشد مگر اینکه مسلمان ها را به شرب خمر و یا خوردن گوشت خنزیر وصیت کنند. پس، وصیت مسلمان و غیر مسلمان صحیح تلقی می گردد، زیرا وصیت نوع نیکی رساندن است. بنابراین، وصیت مسلمان برای کافر و از کافر برای مسلمان صحیح تلقی می گردد و اسلام شرط صحت وصیت تلقی نمی گردد.^{۲۳۳} از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که وصیت غیرمسلمان برای مسلمان صحیح است. به حیث مثال، اگر جان مسیحی یا یهودی یا پرنیای بودایی برای احمد مسلمان وصیت نماید، این وصیت صحیح است. همچنین، اگر احمد به جان مسیحی یا یهودی یا پرنیای بودایی وصیت نماید، این وصیت صحیح است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز وصیت غیرمسلمان است.

۲- شروط نفاذ وصیت در موصی: طبق ماده ۲۱۱۸ ق. م: «وصیت کسی که مال او مستغرق به دین باشد باطل شناخته می شود مگر اینکه داینین از دین ابراء کرده و یا به وصیت اجازه دهند». طبق نص این ماده وصیت شخصی که مال او مستغرق دین باشد باطل است. مستغرق اسم مفعول از ریشه «غرق» گرفته شده است که در لغت به معنی غرق شده، غوطه ور شده و در آب فرو رفته است.^{۲۳۴} در اصطلاح حقوق مدنی، مستغرق به مالی می گویند همه آن پرداخت دین شود. به حیث مثال، هرگاه احمد یک صد هزار افغانی داشته باشد و یک صد هزار قرض دار محمود باشد و باید

۲۳۳. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۴۶۱؛ و (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۳۶ و ۲۳۷.

۲۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۲۷.

۲۰۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

این یک صد هزار را به محمود پردازد، همه مال او مستغرق به دین است. این اصل است. استثنای این اصل برای داینین موصی از دین است. بنابراین، در صورتی که داینین موصی از دینی که بر موصی دارند ابرا دهند، وصیت موصی هر چند همه مال او مستغرق دین باشد، صحیح است. ابراء از ریشه «بری» به معنای تنزیه، تخلیص، بیزار کردن، بهبود بخشیدن، شفا بخشیدن و رهایی از دین و إسقاط حق ثابت در ذمه است. در اصطلاح حقوق مدنی، به إسقاط حق خود، که بر ذمه دیگری باشد، ابراء گویند مانند اینکه: شخصی دینی را که بر عهده دیگری دارد، ساقط نماید.^{۲۳۵} دین در لغت به معنی قرض، قرض خواستن و قرض گرفتن است.^{۲۳۶} در مفهوم محدود ماده ۱۵۸ مجله الاحکام در تعریف دین می گوید: «دین عبارت است از آنچه که بر ذمه ثابت باشد [...]». به نظر می رسد منظور از دین در این ماده قرض است. همچنین، در صورتی که داینین موصی به نفاذ وصیت اجازه دهنده، وصیت صحیح است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین موصی است. زیرا، در صورتی که موصی در حالی که همه مال او مستغرق دین باشد، وصیت نماید، داینین موصی متضرر می گردند. به موجب فقه جهت نفاذ وصیت موصی شرط است که جمیع ترکه موصی مستغرق به دین نباشد، زیرا به اساس اجماع فقهاء پرداخت دیون متوفی نسبت به تنفیذ وصیت متقدم می باشد، زیرا در آن حق غیر یعنی داین تعلق می گیرد. پس، در چنین حالت تنفیذ وصیت منوط به اجازه داین می باشد. بنابراین، هرگاه داین اجازه دهد عقد نافذ و در صورت عدم اجازه وصیت باطل پنداشته می شود.^{۲۳۷} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وصیت مدیونی که مال او مستغرق به دین است می باشد.

۲۳۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۳۶۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۰.

۲۳۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۹۰.

۲۳۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۴۶۲.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۰۳

۳) **شروط موصی له:** موصی له شخصی است که به وسیله وصیت تملیکی، مالی به او بعد از مرگ موصی واگذار می شود^{۲۳۸} که ممکن است شخص معنوی مانند مؤسسات خیریه یا شخص حقیقی مانند انسان باشد.^{۲۳۹} بنابراین، جهت صحت وصیت بر جهت عامه یا شخصیت های معنوی شرط است که وصیت جهت معصیت نباشد. جهت صحت وصیت به شخص حقیقی یعنی انسان شرط است که شخص حقیقی موجود و معلوم باشد.^{۲۴۰} بنابراین، اولاً شروط مربوط به صحت وصیت به مؤسسات و جهت عامه و ثانیاً شروط مربوط به صحت وصیت نسبت به شخصیت های حقیقی را ذیلاً به طور جداگانه مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- **شروط صحت وصیت نسبت به جهات عامه:** طبق ماده ۲۱۰۵ ق. م: «شرط صحت وصیت آن است که به معصیت نبوده و باعث بر آن منافی مقاصد شرع نباشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که وصیت جهت انجام اموری که به معصیت منتهی شود نباشد. به حیث مثال، اگر احمد یک سوم زمین خویش را به محمود به منظور ایجاد قمار خانه وصیت نماید، این وصیت منجر به معصیت و گناه می شود و طبق ماده ۲۱۰۵ ق. م جواز ندارد. دوم این که باعث بر آن منافی مقاصد شرع نباشد. عبارت «باعث بر آن منافی مقاصد شرع نباشد» مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که انگیزه و هدف وصیت منافی یا نفی کننده اهداف شریعت نباشد. طبق نظر برخی فقهاء اهداف شرع عبارت از حفظ جان، مال، ناموس، عقل و دین است. به حیث مثال، اگر وصیت نماید که محمود جمشید را به قتل برساند یا مال جمشید را سرقت نماید، این وصیت به دلیل این که انگیزه وصیت نفی کننده مقاصد شرع است جواز ندارد. به موجب فقه جهت صحت وصیت به جهت شرط است که موصی له جهت معصیت در صورتی که موصی مسلمان باشد، نباشد. بنابراین، اگر موصی له جهت معصیت باشد، وصیت به اتفاق نظر فقهاء باطل است، مانند: وصیت بر قمار خانه، رفاصه خانه، احداث بناء بر قبر، نوحه سرایی برای میت، عمارت معبد و ترمیم آن، کتابت کتاب های سحر و جادو، کتاب های گمراه کننده، فلسفه ممنوعه و سایر علوم حرام، وصیت به آلات لهو و لعب و نظیر اینها، زیرا وصیت جهت

۲۳۸. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۸۷؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۲۳۸.

۲۳۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۴۶۲.

۲۴۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، ص ۷۴۶۲.

۲۰۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

قربت جستن به خداوندأ و حصول ثواب تشریح گردیده است. پس، صحیح نیست به معصیت باشد. بنابراین، هرگاه وصیت جهت معصیت صورت بگیرد به اتفاق آرای فقهاء باطل تلقی می گردد. اما، اگر وصیت فی نفسه شرعاً مباح باشد، اما، انگیزه آن حرام باشد، مانند: وصیت به اهل فسق جهت استعانت به فسق، در این مورد فقهای حنفیه بر این نظر اند که: وصیت با توجه به ظاهر عقد صحیح است. زیرا، لفظ وصیت شامل حرام نمی شود و نیت و قصد به خداوندأ واگذار می شود.^{۲۴۱}

به موجب ماده ۲۱۲۲ فقره سوم ق. م: «اگر وصیت به مؤسسات، تصدی ها، شرکت ها و امثال آن باشد قبول یا رد از طرف اشخاصی صورت می گیرد که آن را تمثیل می نمایند. در صورت عدم موجودیت ممثل وصیت بدون توقف به قبول، لازم می شود.» طبق نص این ماده در صورتی که وصیت به مؤسسات که تفصیل آن در جلد اول این دور از شرح ق. م گذشت، تصدی ها و شرکت ها صورت بگیرد، ممثلین این شخصیت های حکمی که همان شخصیت های حقیقی اند باید این وصیت را قبول و یا رد نمایند. در صورت عدم موجودیت ممثل، به حیث مثال، رئیس قبول وصیت شرط نیست و وصیت بدون قبول لازم می گردد.^{۲۴۲} به حیث مثال، اگر احمد یک سوم زمین های خویش را به مؤسسه پاملرنه، تصدی آبرسانی و کانالیزاسیون کابل، شرکت برشنا، شرکت الکوزی و نظیر اینها وصیت نماید، رئیس مؤسسه پاملرنه، تصدی آبرسانی و شرکت برشنا باید وصیت را قبول یا رد نمایند. رئیس این نهادها در این مثال، ممثل و قبول یا رد وصیت تمثیل اراده این نهادها است. در صورتی که رئیس موجود نباشد، وصیت وابسته به قبول رئیس نیست و وصیت بدون قبول رئیس لازم می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، رئیس نهادهای مذکور در سفر باشند، بدون این که وصیت را قبول نمایند، وصیت احمد لازم می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط قبول و رد وصیت به اشخاص حکمی است. قبول موصی ممکن است در زمان حیات موصی صورت بگیرد و یا پس از فوت او. چون هر یک دارای احکام خاصی می باشد، هر یک به طور جداگانه مورد بحث قرار می گیرد

۲- شروط صحت نسبت به اشخاص حقیقی: شروطی که مربوط به صحت وصیت نسبت به

اشخاص حقیقی می گردد قرار ذیل می باشند:

۲۴۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، صص ۷۴۶۲.

۲۴۲. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی

اسلامیه، ص ۶۹.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۰۵

- این که موصی له موجود باشد: جهت صحت وصیت شرط است که موصی له موجود باشد. اگر موصی له معین به اسم و یا اشاره باشد، وجود آن وقت وصیت شرط است خواه موجود حقیقی و یا تقدیری باشد، مانند: حمل و این مورد اتفاق فقهاء است. اگر موصی له مُعَرَّف به وصف باشد، به نظر احناف وجود وی در زمان وفات موصی شرط است. بنابراین، وصیت به معدومی که زاده خواهد شد به نظر احناف صحیح نیست. وصیت به میت صحیح نیست، زیرا وصیت عبارت از تملیک ملک یا منفعت است و تملیک ملک و یا منفعت بر معدوم صحیح نیست و این شبیه میراث است.^{۲۴۳}

- این که موصی له نباید مجهول باشد: طبق ماده ۲۱۰۹ ق.م: «شخصی که به او وصیت می شود لازم است هنگام وصیت معلوم بوده و معین باشد.» طبق نص این ماده شخصی که به او وصیت می شود لازم است هنگام وصیت معلوم بوده و معین باشد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد یک سوم زمین خویش را وصیت نماید، شرط است که شخصی که به او وصیت می شود، معین و معلوم باشد مانند محمود، جمشید و نظیر اینها. در صورت عدم معین بودن موصی له وصیت به دلیل مجهول بودن موصی له و عدم توانایی تنفیذ کننده وصیت جهت انتقال یک سوم مال به موصی له بعد از مرگ موصی وصیت صحیح نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط موصی له است. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. فقهای حنفی بر این نظر اند که: اگر موصی له در وقت مرگ موصی مجهول باشد، به نحوی که برطرف کردن جهالت آن ممکن نباشد، وصیت برای او جایز نیست. زیرا، این نوع جهالت مانع تسلیم موصی به، به موصی له می گردد و چنین وصیتی بی فایده است. پس، اگر مردی ثلث مالش را برای یک نفر از مردم وصیت کند، این وصیت صحیح نیست. اما، اگر جهالت موصی له در حدی باشد که ازاله آن ممکن باشد، مثل اینکه: شخصی مالی را برای یکی از دو مرد وصیت کند و قبل از اینکه موصی له را معین نماید، وفات نماید، امام ابوحنیفه/ می گوید: این وصیت باطل است. امام ابو یوسف / می گوید: وصیت باید در باره هر دو نفر به تساوی تنفیذ گردد. امام محمد بن حسن

۲۰۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

شیبانی/ وصیت را برای یکی از آن دو مرد جایز می شمارد و تعیین آن مرد (موصی له) را به ورثه واگذار می کند تا به هر کدام که مایل باشند، بدهند.^{۲۴۴}

- این که موصی له قاتل موصی نباشد: براساس ماده ۲۱۱۹ فقره اول و دوم ق.م. «وصیت به قاتل عمدی وصیت کننده خواه اختیاری باشد یا واجبی باطل شمرده می شود اعم از اینکه قاتل فاعل اصلی یا شریک یا شاهد زوری باشد که شهادت او موجب حکم به اعدام وصیت کننده گردیده و تنفیذ گردد مشروط بر این که قتل بدون حق و عذر بوده قاتل عاقل و سن ۱۸ سالگی را تکمیل نموده باشد. محرومیت قاتل از استحقاق وصیت مندرج فقره یکم این ماده به اجازه رثه و رضایت مقتول قبل از وفات از بین نمی رود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

اول این که شرط است که موصی له، قاتل عمدی موصی نباشد. پس، هرگاه موصی له، موصی را مجروح نماید و موصی، به موصی له وصیت نماید و بعد از وصیت فوت نماید وصیت باطل تلقی می گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود یک سوم پول خویش را وصیت نماید و محمود احمد را به قتل برساند، محمود از موصی به محروم می گردد. همچنین، هرگاه موصی برای موصی له وصیت کند و بعد از وصیت موصی، توسط موصی له به قتل عمد برسد، قتل مذکور مانع استحقاق وصیت می گردد. بنابراین، قتل مانع صحت وصیت می باشد، زیرا وصیت مانند میراث است و قتل مؤثر توسط وارث مانع انتقال ارث می گردد. طبق نص این ماده در قتل شرط است که قتل عمد باشد. قتل عمد عبارت از قتلی است که از روی عمد و قصد صورت بگیرد. عبارت قتل عمدی اختیاری و یا واجبی در نص ای ماده مبهم به نظر می رسد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که هرگاه قتل غیر عمد به عنوان مثال، خطا، بالسبب و نظیر اینها باشد، موجب باطل شدن وصیت نمی گردد، زیرا قانونگذار مدنی صرف قتل عمد را در نص این ماده شرط گذاشته است. دوم این که: این حکم نه تنها در مورد فاعل (قاتل عمدی) بلکه در مورد شریک جرم و شاهد زور (دروغگو) که شهادت او موجب اعدام موصی گردد، قابل تطبیق است. بنابراین، شریک جرم و شاهد دروغگو نیز

۲۴۴ . محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۶۰؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۴۶۸؛ و اسعد شیخ الاسلامی (۱۳۸۴). احوال شخصیة در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، ص ۱۳۶؛ و ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۴۰.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۰۷

از وصیت محروم می شوند. شاهد اسم فاعل از ریشه «شهد» گرفته شده است که در لغت به معنی گواه دهنده، گواه خبر قاطع و حاضر است که جمع آن شهود است. در اصطلاح حقوقی شاهد کسی است که به لفظ اشهد در حضور قاضی در مجلس قضا برای اثبات حقی گواهی بدهد.^{۲۴۵} زور در لغت به معنی دروغ، نادرست، فریب، باطل و کذب است.^{۲۴۶} شریک جرم شخصی است که با فاعل در ارتکاب جرم کمک می نماید. به حیث مثال، شخصی که به قاتل تفنگچه، نقشه و نظیر اینها برای قتل شخص دیگر فراهم نماید، شریک جرم است. ماده ۷۸ کد جزا در تعریف شریک جرم می گوید: «شریک، شخصی است که در ارتکاب یک یا چند عمل از اعمال مادی جرم، آگاهانه با فاعل سهیم باشد.» به حیث مثال، اگر احمد به محمود یک سوم مال خویش را وصیت نماید و محمود به جمشید تفنگچه بدهد و جمشید احمد را به قتل برساند، محمود از موصی به محروم می شود. همچنین، شاهد دروغگو که شهادت دروغ او موجب اعدام موصی گردد، از موصی به محروم می شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود یک سوم مال خویش را وصیت نماید و سپس احمد به اتهام قتل ویس متهم شود و محمود (علاوه بر شاهد دیگر) به دروغ شهادت دهد که احمد قاتل است و شهادت محمود موجب اعدام احمد گردد، محمود از موصی به محروم می گردد.

علاوه بر قتل عمد، در باطل شدن وصیت تحقق سه شرط دیگر ضروری است: اول این که قاتل باید عاقل باشد. بنابراین، در صورتی که قاتل مجنون باشد، وصیت باطل نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود یک سوم مال خویش را وصیت نماید و محمود در حالی که مجنون باشد احمد را به قتل رساند، محمود از موصی به محروم می گردد. دوم این که قاتل باید سن هجده سالگی را تکمیل نموده باشد. بنابراین، در صورتی که قاتل سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد، وصیت در اثر قتل باطل نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود یک سوم مال خویش را وصیت نماید و محمود در حالی که سنش دوازده ساله باشد، احمد را به قتل برساند، این قتل موجب حرمان محمود از موصی به نمی شود. سوم این که قتل بدون حق باشد. بنابراین، هرگاه قتل به حق و عذر باشد مانند قصاص، یا قتل در اثر دفاع از جان و آبرو، قتل به عذر و به حق موجب باطل شدن وصیت نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود یک سوم مال خویش را وصیت نماید و سپس

۲۴۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۱۸.

احمد برادر محمود را به قتل برساند و محمود احمد را قصاص نماید، محمود از موصی به محروم نمی‌گردد. با تجمیع چهار شرط (قتل عمد، عاقل بودن قاتل، تکمیل سن هجده سالگی و قتل بدون حق و عذر) قتل موصی توسط موصی له مانع صحت وصیت می‌گردد اعم از اینکه ورثه مقتول نفاذ وصیت را اجازه دهد یا ندهد. بنابراین، اجاره ورثه مقتول در نفاذ و یا عدم نفاذ وصیت هیچ تأثیری ندارد. دلایل این قواعد به نظر برخی نویسندگان این است که صغار و مجانین در فقه اسلامی قابل مجازات نیستند. همچنین، قاتل در دفاع مشروع [و قتل به حق] از مجازات معاف است.^{۲۴۷} دلیل منع محروم شدن قاتل این است که اگر قاتل از وصیت مقتول ممنوع نمی‌شد، مردم برای رسیدن به مال دنیا، اقدام به کشتن خویشاوندان خود می‌کردند و این امر موجب به مخاطره افتادن جان و مال مردم می‌شد. علاوه بر این، قتل ذاتاً گناهی نابخشودنی و بزرگ است و منطقاً صحیح نیست که قتل سبب کسب نعمت و وسیله ای تملک اموال مقتول از رهگذر قتل او شود.^{۲۴۸} با توجه به این دلایل، در فقه و ق. م قاعده وجود دارد که تصریح می‌نماید: «من استعجل شیئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.»^{۲۴۹} این قاعده در ماده ۴ ق. م هم پیش بینی شده است که می‌گوید: «شخصی که به اکتساب حق قبل از موعدهش مبادرت ورزد، به حرمان از آن محکوم می‌گردد.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط صحت وصیت است.

- اتحاد دین: طبق ماده ۲۱۱۲ ق. م: «(۱) وصیت با وجود اختلاف دین و ملیت صحیح بوده همچنین اختلاف مملکت باعث عدم صحت وصیت نمی‌شود مگر اینکه وصیت کننده تابع مملکت اسلامی و بوده و شخصی که به او وصیت می‌شود غیر مسلمان و تابع مملکت غیر اسلامی باشد و قانون ممکت او، وصیت او را در چنین احوال اجازه ندهد؛ ۲- اجانب نمی‌توانند بر اساس وصیت مندرج فقره (۱) این ماده حق ملکیت را در اموال عقاری کسب نمایند.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است: نخست این که اتحاد دین بین موصی و موصی له شرط صحت وصیت نمی‌باشد و وصیت مسلمان برای غیر مسلمان جواز دارد مانند وصیت مسلمان به مسیحی و یا برعکس. به حیث مثال، اگر احمد مسلمان و تبعه افغانستان باشد و

247. Sohail S. Hussaini (2005). The Islamic Law of Succession, first edi. (____) Darussalam, p 46.

۲۴۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص 7715.

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

بخش چهارم / وصیت □ ۲۰۹

جان مسیحی و تبعه بلژیک باشد، وصیت احمد به جان و از جان به احمد صحیح است. دوم این که وصیت غیر مسلمان برای کسانی که با وی ملت واحد دارند و همچنین کسانی که با وی ملت واحد ندارند صحیح می باشد مانند وصیت یهودی بر مسیحی و بالعکس و یا وصیت مسلمان بر یهودی و مسیحی و بالعکس.^{۲۵۰} به حیث مثال، اگر جان مسیحی باشد و به راین که یهودی است وصیت نماید این وصیت صحیح است. سوم این که اختلاف مملکت باعث عدم صحت وصیت نمی گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است که موصی تابع مملکت اسلامی باشد و موصی له تابع مملکت غیراسلامی باشد و قانون مملکت موصی له غیرمسلمان اجازه وصیت را به موصی له مسلمان ندهد. بنابراین، در صورتی که قانون مملکت غیر اسلامی موصی له اجازه وصیت به موصی له مسلمان را ندهد، وصیت موصی ای که مملکت او اسلامی است برای موصی له ای که مملکت او غیر اسلامی باطل است. به حیث مثال، هرگاه یک افغان به یک تبعه هندی وصیت نماید، این وصیت صحیح است. اما، در صورتی که قانون متبوع تبعه هندی اجازه ندهد تبعه هندی به افغان مسلمان وصیت نماید، وصیت افغان به هندی به دلیل منع قانون متبوع تبعه هندی باطل است. چهارم این که: اجانب نمی توانند اموال عقار را براساس وصیت در افغانستان تملک نمایند. اجانب جمع اجنبی است. اجنبی در لغت به معنی ناشناس، نا آشنا، کسی که از کشور دیگر باشد است.^{۲۵۱} در نظام حقوقی افغانستان به بیگانه خارجی هم می گویند. در اصطلاح حقوق اجنبی بر شخصی اطلاق می گردد که تابعیت دولت افغانستان را نداشته باشد. به حیث مثال، اگر جان تابعیت افغانستان را نداشته باشد و تبعه جرمنی یا فرانسه باشد و احمد برای او عقار از خانه، زمین، آپارتمان و نظیر اینها را وصیت نماید، جان نمی تواند براساس این وصیت عقار را تملک نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق مسلمانان و رویه بالمثل با ممالک غیراسلامی است.

- موصی له موجود، عاقل و بالغ باشد: طبق ماده ۲۱۲۲ فقره دوم ق. م: «هرگاه شخصی که به او وصیت می شود، جنین، قاصر یا محجور علیه باشد، قبول یا رد وصیت از طرف شخصی صورت می گیرد که به اساس استیذان محکمه حق ولایت را بر مال دارد.» طبق نص این ماده در صورتی که شخص جنین، قاصر و یا محجور علیه باشد مانند سفیه، غافل، مجنون و امثال اینها قبول

۲۵۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، ص ۷۴۷۴.

۲۵۱. حسن عمید (1383)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص 335.

۲۱۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

و یا رد باید توسط ولی آنها که بر اموال آنها ولایت دارد صورت بگیرد. جنین از ریشه «جن» گرفته شده است که در لغت به معنی پوشیده و بچه اندر شکم است. در اصطلاح حقوق مدنی، جنین عبارت از بچه ای است که نطفه او منعقد شده است، اما هنوز زاده نشده است.^{۲۵۲} قاصر از ریشه قصر گرفته شده است که در لغت به معنی ناتوان و عاجز است. در فقه به کسی قاصر گفته می شود که به موجب شرع یا قانون از تصرف درست عاجز باشد که به طور مشخص مصادیق بارز آن شخص دیوانه و صغیری است که هنوز به سن بلوغ نرسیده باشد.^{۲۵۳} محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است که در لغت به معنی ممنوع و بازداشت شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، صغیر، ورشکسته و نظیر اینها.^{۲۵۴} مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

نخست: اگر احمد به حملی که در بطن حمیده است یک سوم مال خویش را وصیت نماید، این وصیت صحیح است، اما قبول و رد وصیت باید توسط پدر یا پدر کلان جنینی که در بطن حمیده است به اذن محکمه صورت بگیرد. طبق قواعد عمومی ولایت بر مال که تفصیل آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م گذشت، ولی جنین نباید این وصیت را رد نماید، زیرا این وصیت به نفع جنین است.

دوم: اگر احمد به حمیده که هشت سال دارد یک سوم مال خویش وصیت نماید، این وصیت صحیح است، اما قبول و رد وصیت باید توسط پدر یا پدر کلان حمیده به اذن محکمه صورت بگیرد. طبق قواعد عمومی ولایت بر مال که تفصیل آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م گذشت، ولی حمیده نباید این وصیت را رد نماید، زیرا این وصیت به نفع حمیده است.

سوم: اگر احمد به حمیده که مجنون یا سفیه یا معتوه است یک سوم مال خویش را وصیت نماید، این وصیت صحیح است، اما قبول و رد وصیت باید توسط پدر یا پدر کلان حمیده به

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

انتشارات محراب فکر، ص ۷۹۴.

۲۵۳. ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة،

صص 6864 و 6865؛ سید سابق (1371). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (3) ایران،

انتشارات محمّدی سقر، ص 1617؛ ص ۱۳۱۱؛ وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر،

مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص 384.

۲۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران:

انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۳۷.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۱۱

اذن محکمه صورت بگیرد. طبق قواعد عمومی ولایت بر مال که تفصیل آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م گذشت، ولی حمیده نباید این وصیت را رد نماید، زیرا این وصیت به نفع حمیده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط قبول و رد وصیت توسط اولیای محجورین و اشخاص ناقص اهلیت است.

4) شرایط موصی به: چنانچه از ماده ۲۱۰۳ ق. م استنباط می گردد موصی به، مالی است که

مورد وصیت قرار می گیرد. جهت وصیت شرط است که موصی دارای شرایط ذیل باشد:

۱- اینکه موصی به مال باشد: در وصیت شرط است که موصی به مال باشد، زیرا وصیت تملیک ملک است که در غیر مال متحقق نمی شود. موصی به در وصیت ممکن است مال نقد مانند: درهم و دینار، عیون عقارات و منقولات از قبیل خانه، اشجار، حیوان، لباس، اثاثه و امثال اینها یا حقوق متعلق به عمار مانند: حقوق ارتفاق از قبیل: حق مرور، حق مجری و مسیل باشد؛ یا منفعت مانند: سکنی خانه، رکوب موتر، حیوان و امثال اینها باشد. بنابراین، در صورتی که موصی به مال نباشد مانند: خون حیوان و گوشت حیوان مرده وصیت باطل می گردد، زیرا شیای مذکور مال تلقی نگردیده و محل وصیت قرار گرفته نمی توانند.^{۲۵۵} به نظر می رسد این شرط را می توان از نص ماده ۲۱۱۳ فقره ۳ ق. م می توان استخراج کرد، زیرا نص این ماده می گوید که: «اگر موضوع وصیت مال باشد نزد وصیت کننده باید متقوم باشد». طبق نص این ماده اگر موضوع یا محل وصیت مال باشد شرط است که مال متقوم باشد. تعریف مال متقوم در فصل اموال گذشت. به حیث مثال، اگر احمد شراب، خنزیز، ماهی در دریا، معدن در بطن زمین، پرنده در هوا، مواد منفجره و نظیر اینها را وصیت نماید، این وصیت به دلیل عدم متقوم بودن این اموال صحیح نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شرط موضوع وصیت است.

۲- اینکه موصی به قابل تملیک باشد هرچند وقت وصیت معدوم باشد: طبق ماده ۲۱۱۳

فقره اول ق. م: «چیزی که به آن وصیت می شود باید دارای شرایط آتی باشد: ۱) از جمله اشیایی باشد که ارث در آن جاری شده یا قرار گرفتن آن به حیث موضوع عقد در حال حیات وصیت کننده صحت داشته باشد». نص این ماده بسیار کلی، مبهم و گمراه کننده است. همچنین، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام متروکه و محل عقد است. طبق نص این ماده در

۲۵۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۴۸۱ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۵۴ و ۲۵۵.

۲۱۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

موصی به تحقق دو شرط ضروری است: نخست این که موصی به از جمله اشیاایی باشد که به ارث برده شود. بنابراین، هر آنچه در آن ارث جاری شود می تواند موضوع وصیت قرار بگیرد. ق. م در خصوص اموالی که می تواند به ارث برده شود ساکت است. در فقه، به اتفاق آرای فقهاء، حقوقی که هدف از آن توثق (وفا به عهد و پیمان) است، مانند: حبس مال مرهونه جهت اداء دین، حبس مبیعه توسط مشتری جهت استیفاء ثمن و حق کفالت در برابر دین و غیره، قابل توارث است چراکه اینها از زمره حقوق لازم و مؤکده است. همچنین، به اتفاق نظر همه فقهاء حقوق مالی، مانند: عقار، منقول، نقد، دین، دیه و غیره و حقوق ارتفاق از قبیل: حقاب، حق مرور و حق مسیل نیز قابل توارث می باشد، زیرا حقوق مذکور تابع زمین است. به همین ترتیب، فقهاء در باره ارث خیار تعیین و خیار عیب اتفاق نظر دارند. اما، فقهاء در رابطه به توارث حقوق و منافع اختلاف نظر دارند: فقهای حنفی به این عقیده اند که حقوق و منافع مال تلقی نمی گردد. بنابراین، توارث در آن جاری نمی شود، زیرا ارث در مال موجود یعنی اعیان جاری می شود. همچنین، در رابطه به توارث دیون فقهای حنفی به این نظر اند که تا زمانی که دین بر ذمه مدیون ثابت است مال تلقی نمی گردد، زیرا آن وصفی است که مدیون به آن متصف شده است که قبض آن حقیقتاً متصور نیست و داین آنچه معادل دین است از مدیون قبض می نماید. باوصف این، دین به عقیده فقهای حنفیه قابل توارث است، زیرا مال حکمی تلقی می گردد که در سرمایه مدیون موجود می باشد. برعکس، فقهای غیرحنفی به این نظر اند که حقوق، منافع و دیون قابل توارث است، زیرا حقوق، منافع و دیون، به نظر جمهور فقهاء مال تلقی می گردد. اما، تمام حقوقی که متعلق به نفس مؤثر است و با موت وی منتهی نمی شود به ارث برده نمی شود، مانند: فکر و آنچه متعلق به آن است. همچنین، آنچه که متعلق به شخص مؤثر است، مانند: ولایت عامه، ولایت بر نفس، ولایت بر مال، مناصب و وظایف مؤثر، مانند: وکالت و غیره قابل توارث نیست. ^{۲۵۶} دوم این که شی ای که موضوع وصیت قرار می گیرد باید بتواند در عقد محل عقد قرار بگیرد. تفصیل شرایط موضوع عقد در جلد حقوق و جایب این دور از شرح ق. م گذشت. بنابراین، به طور خلاصه باید متذکر شد که موضوع عقد باید قابلیت حکم را داشته باشد، موجود باشد، ممکن باشد، معین باشد و مخالف نظام و آداب عامه نباشد. بنابراین، موضوع وصیت نیز باید قابلیت حکم را داشته باشد، موجود، ممکن و معین باشد و مخالف نظام و آداب

۲۵۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انشارات مکتب رشیدیة، صص 2848 و 2849؛ و ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص 37 و 38.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۱۳

عامه نباشد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط موضوع وصیت است.

۴- اینکه موصی به حین انشای وصیت متعلق به حق شخص ثالث نباشد: طبق ماده ۲۱۱۳ فقره سوم ق. م: «چیزی که به آن وصیت می‌شود باید دارای شرایط آتی باشد: (۱) اگر موضوع وصیت شی معین بالذات باشد باید هنگام وصیت در ملکیت وصیت کننده موجود باشد». طبق نص این ماده جهت صحت وصیت شرط است که موصی به حین انشاء وصیت در صورتی که معین باشد ملکیت موصی باشد، زیرا مالی که مورد وصیت قرار می‌گیرد، به موصی له تملیک می‌شود و این منافات به این امر دارد که مال متعلق به شخص ثالث باشد. بنابراین، وصیت به مال غیر صحیح تلقی نمی‌گردد^{۲۵۷} به حیث مثال، اگر احمد بخواهد یک رأس اسب سیاه محمود را به جمشید وصیت نماید، این وصیت صحیح نیست. زیرا، اسب متعلق به محمود است و تصرف در ملک غیر باطل است مگر به اجازه غیر. در این مثال، احمد مالک اسب سیاه نیست. اسب سیاه در این مثال از طریق بیان نوع و وصف معین سات. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط محل وصیت است.

مبحث چهارم) مَبطلات وصیت و اثر ابطال

گفته شد که ارکان وصیت، موصی، موصی له، موصی به و صیغه وصیت اند و نیز بیان شد که هر رکنی شروطی دارد تا وصیت صحیح باشد و اگر شرطی از این شروط تحقق نیابد، وصیت باطل می‌شود. طبق ق. م وصیت در موارد ذیل باطل می‌گردد:

(۱) از بین رفتن اهلیت موصی: طبق بند اول ماده ۲۱۱۶ ق. م: «هرگاه وصیت کننده به جنون کامل مبتلا گردیده و در جنون فوت شود وصیت باطل می‌گردد [...]». طبق نص این ماده هرگاه شخصی در حالی که دارای اهلیت کامل است، چیزی را برای شخص دیگری وصیت کند، و سپس به جنون دچار شود، چنانکه این جنون، جنون مطبق (دایمی) باشد، وصیت او باطل می‌شود خواه جنون وی تا وقت مرگ ادامه پیدا نماید و یا به مرگ وصل نشود. زیرا، شروطی که وجود آنها در

۲۱۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

ابتدای عقود تبرعی ضروری است برای بقاء و ادامه آن نیز ضروری است.^{۲۵۸} جنون از ریشه «جن» گرفته شده که به معنای دیوانگی، زوال عقل و تباهی خرد است و در اصطلاح عبارت از اختلال عقل است که حاصل آن اضطراب و آشفتگی در رفتار است. جنون بردونوع است:

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

- جنون غیر اطباقی: جنون غیر اطباقی، عبارت از جنون غیرمستمر است؛ یعنی: شخص مبتلا به آن گاه به حالت عادی باز می گردد و گاهی دچار جنون می شود. ماده ۹۴۴ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «مجنون بر دو قسم است: یکی مجنون مطبق که در تمام اوقات بیخود است و مجنون غیر مطبق که مجنونی است که گاهی بیخود و گاهی به حالت افاقه باز می گردد.»^{۲۵۹} به حیث مثال، اگر احمد یک سوم زمین خویش به محمود وصیت نماید و به جنون دائمی مبتلا شود، وصیت به دلیل زایل شدن اهلیت احمد باطل می گردد. به نظر می رسد منظور از جنون کامل در نص ماده ۲۱۱۶ ق. م جنون مطبق (دائمی) است.

۲- رجوع موصی از وصیت: براساس ماده ۲۱۲۱ ق. م: «وصیت کننده از تمامی یا بعضی وصیت صراحتاً یا دلالتاً عدول نموده می تواند.» طبق نص این ماده موصی می تواند به طور صریح و یا ضمنی از وصیت رجوع نماید. رجوع صریح این است که موصی بگوید: از وصیتی که برای فلان شخص نموده بودم رجوع نمودم، یا بگوید: فلان وصیت را کنار می گذارم، یا باطل می کنم، یا آن را نقض می کنم. اما، رجوع ضمنی عبارت از هر تصرف و یا فعلی است در موصی به که معنی رجوع را افاده نماید که شامل: اول: هر تصرف قولی که موصی به را از ملکیت موصی خارج سازد، رجوع از وصیت است، مثل اینکه: موصی، موصی به را بفروشد، یا هبه نماید، یا وقف کند یا مهر قرار دهد. دوم: هر عملی که موجب استهلاک موصی به شود و در عرف و عادت دلیل استفاده

۲۵۸. در این مورد ر. ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۵۵۴؛ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۲۷۰؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۹۹؛ و اسعد شیخ الاسلامی (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، صص ۱۵۰ و ۱۵۱.

۲۵۹. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۷۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۲؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۱۶۹.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۱۵

موصی از آن بوده یا دلیل نگهداشتن موصی به در تملک وی باشد، به اتفاق تمام مذاهب رجوع از وصیت است، مانند: ذبح گوسفندی که موصی به بوده است. اگر موصی اکثر اوصاف و منافع موصی به را تغییر بدهد یا اسم آن را عوض کند، چنین عملی رجوع تلقی می‌گردد، مانند: تغییر شکل یک قطعه آهن به شمشیر، یا یک قطعه طلا و نقره به ساعت، سه متر تکه به یک لباس، یا اینکه به مقداری پنبه وصیت کند و سپس آن را بیافد.^{۲۶۰}

در خصوص اثر رجوع ماده ۲۱۲۱ ق. م مسکوت است. اما، فقهاء بر این نظر اند که: رجوع از وصیت موجب بطلان وصیت می‌گردد. زیرا، وصیت عقدی است غیر لازم (البته در این مورد میان فقهاء و نیز حقوقدانان اختلاف وجود دارد که آیا وصیت عقد است یا ایقاع) و موصی هر زمان که اراده کند می‌تواند از تمام یا قسمتی از وصیت رجوع نماید.^{۲۶۱} به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۲۱۲۱ ق. م پیش بینی جواز رجوع از وصیت است.

۲) رد وصیت: طبق ماده ۲۱۲۶ فقره اول ق. م: «(۱) وصیت به رد آن قبل از وفات وصیت کننده باطل نمی‌گردد؛ و (۲) هرگاه شخصی که به او وصیت شده بعد از وفات و صیت کننده تمام یا بعضی وصیت را رد نموده و یکی از ورثه رد را بپذیرد وصیت فسخ و اگر هیچ یک از ورثه آن را قبول ننمایند، رد کردن شخصی که به او وصیت شده باطل شناخته می‌شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که در صورتی که موصی له در حین حیات موصی وصیت را رد نماید، وصیت باطل نمی‌شود، زیرا قبول و یا رد وصیت باید بعد از مرگ موصی صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد پانزده لک افغانی پول نقد داشته باشد و پنج لک آن را به محمود وصیت نماید، اما محمود در زمان حیات احمد وصیت را رد نماید، وصیت باطل نمی‌شود. دوم این که هرگاه موصی له بعد از وفات موصی تمام یا بعضی وصیت را رد نماید، قانونگذار مدنی دو حالت را

۲۶۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۵۵۵ - ۷۵۵۷؛ (____) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، صص ۲۷۱ - ۲۷۳؛ و اسعد شیخ الاسلامی (۱۳۸۴). احوال شخصیة در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، صص ۱۵۴ - ۱۵۷. ۲۶۱. در مورد رجوع از وصیت ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۵۵۵ - ۷۵۵۷؛ (____) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، صص ۲۷۱ - ۲۷۳؛ و اسعد شیخ الاسلامی (۱۳۸۴). احوال شخصیة در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، صص ۱۵۴ - ۱۵۷.

۲۱۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

پیش بینی نموده است: نخست این که در صورتی که ورثه موصی رد وصیت توسط موصی له را بپذیرد. در این صورت، وصیت باطل می شود و موصی به ملکیت ورثه موصی پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد وفات نماید و بعد از وفات احمد محمود وصیت را رد نماید و ورثه احمد این رد را قبول نماید، پنج لک افغانی به ورثه احمد بر می گردد. دوم این که در صورتی که ورثه موصی رد وصیت توسط موصی را نپذیرد. در این صورت، رد وصیت توسط موصی له باطل و بی اثر پنداشته می شود. بنابراین، به نظر می رسد در این حالت موصی چاره ای جز قبول وصیت ندارد و موصی به ملکیت موصی له پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، ورثه احمد رد وصیت توسط موصی له را نپذیرند، رد محمود باطل می شود و پنج لک افغانی از آن محمود می شود. به نظر می رسد دلیل عدم اعتبار رد موصی له در صورت عدم پذیرش ورثه موصی احترام به وصیت موصی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رد وصیت توسط موصی له است.

۳) **قتل موصی توسط موصی له:** در صورتی که موصی له موصی را به قتل برساند، چنین قتلی به نحوی که تفصیل آن گذشت، موجب ابطال وصیت می شود.^{۲۶۲}

۴) **از بین رفتن عین موصی به:** براساس ماده ۲۱۱۷ ق. م: «هرگاه موضوع وصیت شی معین بوده و قبل از قبولی شخصی که به او وصیت شده از بین برود وصیت باطل می گردد.» طبق نص این ماده اگر موصی به قبل از اینکه در ملکیت موصی له در آید، از بین برود، وصیت باطل می شود. زیرا، در صورت هلاک موصی به، محل وصیت از بین می رود و بقای وصیت در شی معدوم معنی ندارد، مثل اینکه: شخصی خانه ای، یا گوسفندی را برای کسی وصیت نماید، و خانه قبل از تملک آن توسط موصی، ویران شود یا گوسفند هلاک شود.^{۲۶۳} به حیث مثال، اگر احمد سی رأس گوسفند داشته باشد و ده رأس آن را برای محمود وصیت نماید و ده رأس گوسفند را نیز معین نماید، اما گوسفندان در اثر مریضی، از بین بروند، وصیت احمد به دلیل انتفای محل وصیت باطل می گردد.

۲۶۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۵۵۹.

۲۶۳. در این مورد ر. ک: ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۷۳ و ۲۷۴؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۵۵۹؛ و ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص 151.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۱۷

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن محل وصیت قبل از تنفیذ وصیت است.

۵) مستحق للغير شدن موصی به: وصیت در اثر استحقاق عین موصی به، توسط غیر باطل می‌شود خواه استحقاق قبل از موت موصی باشد و یا بعد از آن. زیرا، در صورت مستحق للغير شناخته شدن موصی به، معلوم و روشن می‌شود که موصی در ملکیت دیگری تصرف نموده است و در وقت انشای وصیت مالک موصی به نبوده است و وصیت موصی به چیزی که مالک آن نبوده است، باطل است.^{۲۶۴} در مورد مستحق للغير شدن و از بین رفتن موصی به ق. م به شرح ذیل قایل به تفصیل شده است:

۱- طبق ماده ۲۱۴۷ ق. م: «هرگاه وصیت به عین از متروکه یا نوع معین از آن صورت گرفته و شی وصیت شده از بین برود یا به استحقاق برده شود شخصی که به وی وصیت شده است مستحق چیزی شناخته نمی‌شود. در صورتی که بعضی از آن از بین برود یا به استحقاق برده شود، شخص مذکور باقیمانده را در حالی که از ثلث متروکه تجاوز نکند مستحق می‌گردد و اگر از ثلث متروکه تجاوز کند در آن به اندازه ثلث مستحق می‌شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است: نخست این که: در صورتی که موصی به معین مانند: گوسفند، اسب و خانه و نظیر اینها و موصی به از بین برود، موصی له به دلیل انتفای عین موصی به مستحق چیزی شناخته نمی‌شود و وصیت باطل می‌شود. این حکم هم در ماده ۲۱۱۷ و هم در ماده ۲۱۴۷ پیش بینی شده است که محل ایراد است. به حیث مثال، اگر احمد سی رأس گوسفند داشته باشد و ده رأس آن را برای محمود وصیت نماید و ده رأس گوسفند را نیز معین نماید، اما گوسفندان در اثر مریضی، از بین بروند، وصیت احمد به دلیل انتفای محل وصیت باطل می‌گردد.

دوم این که: در صورتی که موصی به، به استحقاق برده شود، موصی له مستحق چیزی شناخته نمی‌شود و وصیت باطل می‌شود. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی

۲۶۴. در این مورد ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۵۵۸؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص 151.

۲۱۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

ظهور حق غیر را در مدعی بها استحقاق گویند.^{۲۶۵} به طور مثال، اگر احمد یک سوم زمین خویش را به محمود وصیت نماید و سپس جمشید ثابت نماید که یک سوم زمین از او است و محکمه ذیصلاح خانه را به جمشید بدهد، به دلیل استحقاق موصی به، موصی له مستحق چیزی شناخته نمی شود و، وصیت باطل می شود.

سوم این که: در صورتی که بعضی از موصی به از بین برود یا به استحقاق برده شود، موصی له باقیمانده را در حالی که از ثلث متروکه تجاوز نکند مستحق می گردد و اگر از ثلث متروکه تجاوز کند در آن به اندازه ثلث مستحق می شود. به حیث مثال، هرگاه موصی به ده جریب زمین باشد و پنج جریب آن مستحق للغیر شود، موصی له مستحق پنج جریب شناخته می شود مشروط بر این که پنج جریب زمین از ثلث (یک سوم) ترکه تجاوز ننماید، زیرا وصیت به بیشتر از یک سوم مال جواز ندارد. همچنین، در صورتی که موصی به بیست رأس گوسفند باشد و ده رأس آن از بین برود، موصی له مستحق ده رأس گوسفند شناخته می شود مشروط بر این که ده رأس گوسفند از یک سوم ترکه تجاوز ننماید، زیرا وصیت به بیشتر از ثلث مال جواز ندارد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اگر وصیت به عین معین بالذات صورت پذیرفته باشد، مانند اینکه: شخص به خانه خویش در فلان شهر وصیت نماید، وصیت به آن خانه تعلق می گیرد. اگر خانه در زمان حیات موصی هلاک شود و یا به استحقاق برده شود وصیت به سبب از بین رفتن محل باطل می شود. اگر موصی وفات نماید، و موصی به در ملک وی باشد، چنانچه در حدود ثلث ترکه باشد، همه آن متعلق به موصی له می شود. اگر از ثلث مال تجاوز نماید، زاید به موصی له تعلق نمی گیرد.^{۲۶۶} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن و استحقاق عین موصی به است.

2- مطابق ماده ۲۱۴۸ ق. م: «هرگاه وصیت به حصه مشاع معین صورت گیرد و شی مذکور از بین برود یا به استحقاق برده شود شخصی که به وی وصیت صورت گرفته مستحق هیچ چیزی نمی گردد و اگر بعضی از آن از بین برود یا به استحقاق برده شود شخص مذکور تمام وصیت را از مقدار

۲۶۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۲۸.

۲۶۶. محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۱۰ و ۱۱۱؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۵۱۸؛ و اسعد شیخ الاسلامی (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، ص ۱۶۳.

باقیمانده به دست می آرد مشروط بر این که باقیمانده آن را تکافو نموده و در حدود ثلث مال متروکه باشد در غیر آن تمام مقدار باقیمانده را که از ثلث مال به دست آمده بتواند مستحق می شود و یا از آن به اندازه مستحق می گردد که از ثلث متروکه تجاوز نکند.». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که: هرگاه وصیت به حصه مال مشاع صورت بگیرد و شی از بین برود، موصی به دلیل از بین رفتن و انتفای موصی به مستحق چیزی نمی گردد و وصیت باطل می شود. مشاع اسم مفعول از ریشه «شباع» گرفته شده است که در لغت به معنی مشترک و منتشر میان دو کس است. در اصطلاح حقوقی به سهم بخش ناشده و یا حصه منتشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افزا ناشده، مشاع گویند.^{۲۶۷} به حیث مثال، اگر یک صد و بیست جریب زمین میان احمد و حمیده مشترک باشد و احمد بیست جریب آن (یک سوم سهم خویش) را به مرضیه وصیت نماید، اما زمین در اثر سیلاب از بین برود، وصیت باطل می گردد.

دوم این که: هرگاه وصیت به حصه مال مشاع صورت بگیرد و شی به استحقاق برده شود، موصی به دلیل مستحق للغير شدن و انتفای موصی به مستحق چیزی نمی گردد و وصیت باطل می شود. تعریف استحقاق در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، زمین های سرجای خویش باشند و جمشید در خصوص زمین ها دعوی استحقاق را نماید و با ارایه وسایل اثبات مانند سند و شاهدان ثابت نماید که زمین ها از آن جمشید است و محکمه حکم نماید که احمد و حمیده زمین ها را تسلیم جمشید نمایند و احمد و حمیده زمین ها را تسلیم جمشید نمایند، وصیت به دلیل انتفای محل باطل می گردد و مرضیه مستحق چیزی نمی شود.

سوم این که: اگر بعضی از مال مشاع از بین برود یا به استحقاق برده شود به گونه ای که تفصیل آن گذشت، موصی له، تمام موصی به را از مقدار باقیمانده به دست می آرد، اما به دو شرط: اول این که باقیمانده مال مشاع وصیت تکافو نموده و دوم این که در حدود ثلث مال متروکه باشد در غیر آن تمام مقدار باقیمانده را که از ثلث مال به دست آمده بتواند مستحق می شود و یا از آن به اندازه مستحق می گردد که از ثلث متروکه تجاوز نکند.

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

۲۲۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۳- براساس ماده ۲۱۴۹ ق. م: «هرگاه وصیت به حصه مشاع و نوعی از اموال متروکه بوده و از بین برود یا به استحقاق برده شود شخصی که به او وصیت شده مستحق چیزی شناخته نمی شود و در صورتی که بعضی از آن از بین برود یا به استحقاق برده شود شخص مذکور حصه خود را از باقیمانده حاصل می دارد، مشروط بر اینکه از ثلث مال حاصل شده بتواند در غیر آن به اندازه ثلث از آن مستحق می گردد.» حکم این ماده شبیه حکم ماده ۲۱۴۸ است با این تفاوت که حکم ماده ۲۱۴۸ ناظر بر وصیت به حصه مشاع و حکم ماده ۲۱۴۹ ناظر بر نوع خاص از اموال که حصه از مال مشاع است.

طبق ماده ۲۱۳۲ ق. م: «هرگاه وصیت به اشخاص معین یا یک جمعیت باطل شود آنچه وصیت شده است به متروکه متوفی اعاده می شود.» طبق نص این ماده در صورت بطلان وصیت، وصیت کان لم یکن تلقی می شود و موصی لهم یا موصی له مستحق هیچ چیزی شناخته نمی شود. در صورتی که عین موصی به، به موصی له منتقل شده باشد، دوباره به متروکه متوفی برگردانده باید شود. به حیث مثال، اگر احمد از سی جریب زمین ده جریب آن را به حمیده، محمود یا قوم حمیده وصیت نماید اما وصیت به دلیل فقدان شرایط وصیت باطل گردد، به حیث مثال، حمیده، محمود یا قوم حمیده احمد را به قتل برسانند، وصیت باطل می شود و ده جریب زمین جزء ترکه احمد محسوب گردیده و میان ورثه احمد مطابق قواعد میراث که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م گذشت، تقسیم می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم باطل شدن وصیت است.

فصل دوم) احکام و تنفیذ وصیت

مبحث اول) احکام

طبق ق. م وصیت تابع احکام ذیل است:

۱) براساس ماده ۲۱۲۷ بند اول ق. م: «هرگاه شخصی که به او وصیت شده هنگام وفات وصیت کننده موجود باشد از همان لحظه وفات شی وصیت شده را مستحق می گردد مگر اینکه در متن وصیت استحقاق شی وصیت شده به وقت معین بعد از مرگ تثبیت شده باشد». طبق نص این ماده موصی له مشروط بر این که موجود باشد از زمان وفات موصی، مستحق موصی به می گردد نه از زمان قبول وصیت. این اصل است. استثنای این اصل این است که موصی در وصیت خط موعده استحقاق موصی به توسط موصی له را در زمان معین پیش بینی نموده باشد مانند این که موصی در وصیت خط نوشته باشد که موصی له شش ماه بعد از وفات من مستحق موصی به می شود. به حیث مثال، اگر احمد پانزده لک افغانی داشته باشد و پنج لک آن را به محمود وصیت نماید، محمود به مجرد فوت احمد در صورت موجود بودن مستحق پنج لک افغانی مطابق قواعدی که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد می گردد. اما، در صورتی که احمد وصیت نموده باشد که پنج لک افغانی سه ماه بعد از مرگ احمد به محمود داده شود، تصفیه کننده ترکه باید شرط وصیت کننده را رعایت نمایند و سه ماه بعد از مرگ وصیت کننده پنج لک افغانی را به محمود

۲۲۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

بدهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تنفیذ وصیت است. به موجب فقه به اتفاق آراء فقهاء، هرگاه موصی ابتداء موعدا انتقال ملکیت را برای موصی له شرط گذاشته باشد، در صورتی که شرط مذکور مغایر شریعت نباشد صحیح پنداشته می شود و با حلول موعود تعیین شده ملکیت موصی به، به موصی له منتقل می گردد. ولی، هرگاه موصی له ابتداء موعود انتقال ملکیت را تعیین نکرده باشد، ملکیت موصی به، پس از وفات موصی و قبول موصی له، به ملکیت موصی له منتقل می گردد.^{۲۶۸}

(۲) طبق ماده ۲۱۲۷ فقره دوم ق. م: «زواید شی وصیت شده از زمان قبول، ملک شخصی که به وی وصیت شده تلقی می شود و شخصی مذکور از همان لحظه به بعد مکلف به مصارف شی وصیت شده می گردد. زواید شی در محاسبه اخراج وصیت از ثلث داخل نمی باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که زواید موصی مانند چوپه حیوان، میوه باغ، اجرت خانه، پشم گوسفند و امثال اینها بعد از قبول وصیت توسط موصی له ملکیت وی تلقی می گردد. زواید جمع زاید است که در لغت به معنی افزون شونده، زیاد شونده، نمو کننده، افزون و اضافه است.^{۲۶۹} همچنین، به هر چیزی که زاید باشد و جزء اصلی چیزی نباشد زاید گویند.^{۲۷۰} دلیل این قاعده، قاعده کلی مالک اصل مالک فرع ملکیت پنداشته می شود است. به حیث مثال، اگر احمد سه باغ داشته باشد و یکی از آنها را به محمود وصیت نماید و درختان باغ دارای میوه باشند، محمود از زمان قبول نه تنها مالک باغ بلکه مالک میوه های باغ نیز می شود. باغ در این مثال اصل مال و میوه های باغ زواید مال است. دوم این که موصی له از زمان قبول مکلف به تهیه مصارف موصی به است. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند را به محمود وصیت نماید، از زمان قبول وصیت محمود مکلف است مصارف گوسفندان مانند مصارف طویله خانه، علف، آب و سایر مصارف گوسفندان را بر عهده بگیرد.

۲۶۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۴۵۶-۷۴۵۷.

۲۶۹. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، صص ۵۲۵.

(آخرین بازدید ۳/۳۰/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 270.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۲۳

سوم این که زواید موصی به حین محاسبه مال نباید شامل ثلث مال شود. به حیث مثال، هرگاه ارزش یک باغ سی لک افغانی باشد و ارزش میوه یک سال آن که زواید باغ تلقی می گردد دو لک افغانی باشد، در وقت محاسبه یک سوم، نباید زواید شامل اصل مال و محاسبه گردد. بنابراین، در مثال فوق، ثلث (یک سوم) موصی به ده لک افغانی می شود و زواید در محاسبه یک سوم اصل موصی به محاسبه نمی گردد. همچنین، اگر احمد سی جریب زمین داشته باشد و یکی از زمین ها که مساحت آن ده جریب است و دارای زراعت مانند گندم و برنج است به محمود وصیت کند، گندم ها و برنج ها شامل محاسبه یک سوم نمی شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم زواید موصی به است.

۳) براساس ماده ۲۱۱۰ ق.م: «وصیت در راه خدا و اعمال خیریه بدون تعیین جهت صحت داشته و در امور خیریه به مصرف می رسد. همچنین، وصیت برای مساجد، مؤسسات خیریه و جهات دیگر مانند مؤسسات علمی و مصالح عامه صحت دارد. در این احوال، مال وصیت شده بر عمارت، مصالح فقراء و غیره امور مربوط به آن به مصرف رسانیده می شود مگر اینکه طرق مصرف به اساس عرف یا دلالت تعیین شده بتواند». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- وصیت در راه خدا و اعمال خیریه بدون تعیین جهت صحت داشته و در امور خیریه به مصرف می رسد. به حیث مثال، اگر احمد یک سوم مال خویش را وصیت نماید و معین ننماید که در کدام مورد معین خیریه مانند احداث مکتب، شفاخانه، مسجد و نظیر اینها مال به مصرف برسد، این وصیت صحت دارد و تفیذ کننده وصیت می تواند یک سوم مال احمد را در امور خیریه مانند احداث مسجد، شفاخانه، مکتب، مدرسه، دارالایتام و نظیر اینها که مصداق های راه خدا و اعمال خیریه به نظر می رسند، به مصرف برسانند.

۲- وصیت برای مساجد، مؤسسات خیریه و جهات دیگر مانند مؤسسات علمی و مصالح عامه صحت دارد. به نظر می رسد برخی مصداق های امور خیریه که عبارت اند از ترمیم مسجد، ترمیم مال موقوفه، شفاخانه و نظیر اینها است.

۳- مال وصیت شده در صورتی مصرف اعمال خیر مانند: مساجد، مؤسسات خیریه و نظیر اینها می شود که عرف به خلاف آن حکم ننماید. همچنین، مال موصی به در صورتی مصرف اعمال خیر مانند: مساجد، مؤسسات و نظیر اینها می شود که موصی به طور ضمنی طور دیگری پیش بینی ننموده باشد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در نص ماده ۲۱۱۰ ق.م یک اصل و

۲۲۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

یک استثنا وجود دارد. اصل این است که وصیت به طور مطلق در امور خیریه صحیح است و پول وصیت شده می تواند در این امور به مصرف برسد. استثنای این اصل این است که عرف و یا موصی طور دیگری پیش بینی ننموده باشند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز وصیت در امر خیریه بدون تعیین جهت و مصداق آن است.

۳) براساس ماده ۲۱۱۱ ق.م: «وصیت به جهت معینه از جهات خیریه که در آینده به وجود می آید صحت دارد در صورت تعذر وجود آن مال وصیت شده به جهات خیریه مماثل آن داده می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

نخست این که وصیت به جهت معین از جهات خیریه که در آینده به وجود می آید صحت دارد مانند ایجاد مکتب، شفاخانه، مسجد و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر اهالی یک قریه تصمیم بگیرند تا یک باب مکتب احداث نمایند، احمد می تواند یک سوم زمین خویش را یا یک سوم مال خویش را جهت ایجاد، مکتب وصیت نماید. در این مثال، وصیت به جهت معین از جهات خیر صورت گرفته است. جهات خیر مکتب، مدرسه، شفاخانه و مسجد است. جهت از جهات، یکی از این چهار که عبارت از مکتب است می باشد.

دوم این که در صورت تعذر ایجاد امور خیریه پول وصیت شده در جهت خیریه شبیه و مانند آن به مصرف می رسد. تعذر از ریشه «عذر» گرفته شده است که در لغت به معنی مشکل بودن و دشوار بودن انجام امری است.^{۲۷۱} مماثل در لغت به معنی مانند، شبیه و نظیر است. به حیث مثال، هرگاه موصی مال خویش را به مکتب معین، مسجد معین، شفاخانه معین و نظیر اینها وصیت نماید و مکتب، مسجد، شفاخانه و... مورد نظر ایجاد نشود، این پول می تواند در سایر مساجد، مکاتب و شفاخانه ها به مصرف برسد. به صورت مشخص تر، اگر در مثال بالا، اهالی قریه مکتب را احداث نمایند، یک سوم پول احمد می تواند صرف مکتب در قریه دیگر شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز وصیت به معدوم که قرار است در آینده ایجاد شود است.

۴) براساس ماده ۲۱۳۳ فقره های اول و دوم ق.م: «وصیت برای حمل در احوال آتی صحیح شمرده می شود: ۱) در حالی که وصیت کننده به وجود حمل هنگام وصیت اقرار نموده و حمل در

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

بخش چهارم / وصیت □ ۲۲۵

خلال مدت سه صد و شصت و پنج روز یا کمتر از آن از وقت وصیت زنده فعال متولد شود؛ و (۲) در حالی که وصیت کننده به وجود حمل اقرار نکرده مگر حمل حداکثر در خلال مدت دو صد و هفتاد روز از وقت وصیت زنده متولد گردد، مشروط بر اینکه حامله هنگام وصیت در عدت وفات یا تفریق باین نباشند در غیر آن اگر حمل در خلال مدت سه صد و شصت و پنج روز از وقت وفات یا فرقت باین زنده فعال متولد شود وصیت صحیح تلقی می شود.». آتی در لغت به معنی ذیل است. طبق نص این ماده وصیت بر حمل جواز دارد. زیرا، وصیت مانند میراث است و در صورتی که حمل بتواند میراث ببرد، به صورت اولی می تواند اموال را به اساس وصیت تملک نماید. باوجوداین، جهت صحت وصیت به حمل تحقق شرایط آتی ضروری است:

۱- هنگامی که موصی، به وجود حمل وقت وصیت اقرار نماید و حمل در مدت ۳۶۵ روز و یا کمتر از آن به صورت زنده متولد شود. به حیث مثال، اگر احمد به جنین یا حملی که در بطن حمیده است وصیت نماید که یک سوم پول من از آن حمل حمیده باشد و اقرار نماید که حمل عملاً وجود دارد، شرط است که حمل در مدت ۳۶۵ روز و یا کمتر از آن که تقریباً یک سال می شود و حداکثر مدت حمل است به صورت زنده متولد شود. تعیین یک سال به عنوان حداکثر مدت حمل امروزه محل ایراد است. زیرا، با پیشرفت علم و تکنالوژی طبی با اثبات رسیده است که حداکثر مدت حمل از نه ماه و ده روز یا اندکی بیشتر است. در صورتی که نه ماه و دوازده روز از مدت حمل بگذرد و حمل متولد نشود، معمولاً با انجام عملیات سزین، طفل را از روی بطن مادر می گیرند.

۲- اما اگر اقرار به حمل صورت نگرفته باشد شرط است که حمل زنده در مدت ۲۷۰ روز از تاریخ وصیت متولد گردد. به نظر می رسد ۲۷۰ روز تقریباً نه ماه می شود که مدت حمل است. در صورت دوم، شرط است که زوجه حامله هنگام وصیت در عدت وفات و یا تفریق باین نباشد. اگر حامله در عدت وفات و یا تفریق باشد، شرط است که طفل در مدت ۳۶۵ روز از وقت وفات و یا فرقت باین زنده متولد شود. در این صورت، به نظر قانونگذار مدنی برای حداکثر مدت حمل یک سال اعتبار دارد. تعیین یک سال به عنوان حداکثر مدت حمل امروزه از نظر طب مردود و محل ایراد به نظر می رسد. فرقت از ریشه فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدایی و از هم گسیختگی است.^{۲۷۲} عدت وفات عبارت از عدتی است که زوجه ای که شوهرش وفات نموده است باید آن را رعایت نماید. مطابق ق. م این مدت چهار ماه و ده روز است. باین اسم فاعل از ریشه «بین» گرفته

۲۲۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

شده است که در لغت به معنی جدا، منفصل، منقطع و دور شدن است.^{۲۷۳} ق. م در تعریف طلاق باین سکوت اختیار نموده است. به موجب فقه طلاق باین عبارت از طلاقی است که در آن شخص جز با عقد جدید حق مراجعه و بازگشت به زن مطلقه خود را ندارد.^{۲۷۴} مثال های نص این ماده قرار ذیل اند:

نخست: اگر احمد به جنین یا حملی که در بطن حمیده است وصیت نماید که یک سوم پول من از آن حمل حمیده باشد و اقرار نمایم که حمل عملاً وجود دارد، شرط است که حمل در مدت ۲۷۰ روز که تقریباً نه ماه می شود تولد شود. در این صورت، شرط است که حمیده در عدت وفات یا تفریق باین نباشند. به عنوان نمونه، جمشید شوهر حمیده وفات نکرده باشد یا جمشید شوهر حمیده، حمیده را طلاق باین مانند طلاق در برابر مال نداده باشد.

دوم: اگر شوهر حمیده در مثال بالا وفات کرده باشد یا شوهر حمیده، حمیده را طلاق باین داده باشد، شرط است که حمل در مدت ۳۷۰ روز به صورت زنده و فعال متولد شود. در این صورت، اگر مدت عدت وفات را چهار ماه و ده روز در نظر بگیریم، مدت حمل تقریباً هشت ماه و بیست روز می شود و اگر حمیده از جمله زنانی باشد که عادت ماهوار شود یا اصلاً به دلیل صغر یا کبر سن عادت ماهوار نشود، در صورت اول عدت او حیض که تقریباً سه ماه می شود یا سه ماه است که مدت حمل تقریباً نه ماه می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز وصیت به حمل و پیش بینی شرایط آن است.

۳- طبق ماده ۲۱۳۴ ق. م: «هرگاه وصیت به حمل از شخص معین باشد علاوه بر شروط مندرج ماده (۲۱۳۳) این قانون ثبوت نسب آن از همان شخص معین نیز شرط صحت وصیت شناخته می شود.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۱۳۳ ق. م است. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. طبق نص این ماده اگر وصیت برای حمل شخص معین صورت پذیرفته باشد، جهت صحت وصیت شرط است که نسب حمل قانوناً از شخص معین ثابت شود. به حیث مثال، اگر احمد به جنین یا حملی که در بطن حمیده است وصیت نماید که یک سوم پول من از آن حمل حمیده باشد و با رعایت شرایط مندرج در ماده ۲۱۳۳ ق. م شرط است که حمل حمیده از شخص معین مانند جمشید، محمود و نظیر اینها ثابت باشد. در صورت عدم ثبوت نسب حمل

۲۷۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۵۲۸.

۲۷۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۲۳.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۲۷

به جمشید، محمود و نظیر اینها وصیت صحیح نیست. به عبارت دیگر: به نظر می رسد طبق نص این ماده شرط وصیت این است که حمل مشروع باشد و علاوه بر مادر به شخص معین مانند جمشید شوهر مادر حمل ثابت باشد. در صورتی که حمل نامشروع باشد، وصیت به نظر می رسد که طبق نص این ماده به حمل نامشروع صحیح نیست. به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمیده حامله باشد اما معلوم نباشد که حمیده از کی حمل برداشته است وصیت صحیح نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط وصیت به حمل است.

۴- طبق ماده ۲۱۳۵ ق.م: «حاصلات شی وصیت شده الی زمان زنده و فعال متولد شدن حمل نگهداشته می شود و بعداً به او تعلق می گیرد.» طبق نص این ماده تفیذ کننده وصیت مکلف است حاصلات موصی به را الی زمان و فعال متولد شدن حمل نگه دارد و بعد از متولد شدن حمل به نایب او تسلیم نماید. به حیث مثال، هرگاه احمد یک سوم باغ خویش را به حمل حمیده وصیت نماید، حاصلات باغ الی زنده و فعال متولد شدن حمل باید توسط تفیذ کننده وصیت نگهداشته شود و بعد از تولد طفل، به او یا نایب او سپرده شود. به حیث مثال، اگر در این مثال، جمشید تفیذ کننده وصیت باشد، جمشید مکلف است حاصلات باغ مانند میوه باغ را الی زنده و فعال متولد شدن حمل نزد خود نگهدارد و سپس به ولی حمل اعم از پدر و پدر کلان تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش حکم حاصلات عین موصی به، به حمل است. در خصوص این ماده نظر ستره محکمه (دادگاه عالی) نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (120):

فرق زنده فعال و غیر فعال مندرج ماده (2135) قانون مدنی قابل توضیح است:

توضیح:

با در نظر داشت ماده (2053) قانون مدنی به خصوص متن پشتوی آن منظور از زنده فعال زنده متولد شدن حمل است و از آن مفهوم مخالف زنده غیر فعال گرفته شده نمی تواند.^{۲۷۵}

۴) تعدد حمل: براساس ماده ۲۱۳۶ فقره های اول، دوم و سوم ق. م: «(۱) هرگاه حامله همزمان یا در خلال مدت اقل از شش ماه دو یا زیاده اولاد زنده به دنیا آورد وصیت در بین آن ها به طور مساوی توزیع می شود، مگر اینکه در وصیت صراحتاً به خلاف آن حکم شده باشد؛ (۲) اگر یکی از دو گانگی یا زیاده، مرده متولد گردد تمام وصیت به اولاد زنده تعلق می گیرد؛ و (۳) در صورتی که یکی از اولاد بعد از ولادت بمیرد اگر وصیت بر اعیان صورت گرفته باشد حصه او به ورثه وی و اگر وصیت بر منافع صورت گرفته باشد حصه او به ورثه وصیت کننده تعلق می گیرد.»

از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که وصیت برای حمل صورت گرفته باشد و زن حامله در یک وقت یا در خلال مدت حداقل شش ماه، بیشتر از یک طفل به دنیا آورد، همه اطفال مستحق موصی به، به صورت مساوی شناخته می شوند و موصی به، بین ایشان به صورت مساوی تقسیم می گردد. این اصل است. استثنای این اصل، این است که در وصیت موصی طور دیگری پیش بینی نموده باشد. به حیث مثال، اگر احمد به حمل حمیده وصیت نماید و حمیده به عوض یک طفل دو طفل به دنیا آورد، شی ای که وصیت شده است میان اطفال به صورت مساوی تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی داشته باشد و یک سوم؛ یعنی: ده لک آن را برای حمل حمیده وصیت نماید، اما حمیده به عوض یک طفل، دو طفل متولد نماید، ده لک افغانی میان دو طفل حمیده مساویانه تقسیم می شود؛ به این توضیح که هر طفل مستحق پنج لک افغانی می شوند.

۲- هرگاه یکی از نوزادان زنده و دیگری مرده متولد شوند وصیت نسبت به مولود زنده نافذ و نسبت به مرده باطل تلقی می گردد. در چنین حالت، مولود زنده مستحق سهم مولود مرده شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی داشته باشد و یک سوم؛ یعنی: ده لک آن را برای دو حمل حمیده وصیت نماید، اما یکی از این جنین ها زنده و دیگری مرده متولد شود، زنده سهم مرده را نیز مستحق می شود.

۳- در صورتی که مولود بعد از ولادت فوت نماید ورثه وی مستحق موصی به شناخته می شوند، به ترتیبی که: اگر موصی به عین باشد به ورثه موصی له منتقل می شود و اگر منفعت باشد

بخش چهارم / وصیت □ ۲۲۹

ورثه موصی مالک آن پنداشته نمی شود، زیرا وصیت به منافع به موت منتهی می گردد.^{۲۷۶} به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین داشته باشد و یک سوم؛ یعنی: ده جریب آن را برای حمل حمیده وصیت نماید، اما حمل حمیده بعد از تولد وفات نماید، ده جریب زمین پس از مرگ احمد به ورثه حمل حمیده تعلق می گیرد. زیرا، در این مثال، وصیت به عین صورت گرفته است. عین در این مثال، ده جریب زمین است. اما، اگر احمد وصیت نماید که ده جریب زمین او برای مدت پنج سال به حمل حمیده تعلق گیرد اما حمل حمیده پس از تولد وفات نماید، ده جریب زمین به ورثه احمد بر می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وصیت به حمل متعدد است.

۵) براساس ماده ۲۱۳۱ ق. م: «هرگاه وصیت برای اشخاص معین صورت گرفته باشد حصه اشخاصی که اهل وصیت نباشند به متروکه وصیت کننده، اعاده می شود.» نص این ماده مبهم است. طبق نص این ماده هرگاه وصیت به اشخاص معین مانند احمد، خالد و علی و نظیر اینها صورت گرفته باشد، در صورت فوت موصی، این اشخاص مستحق عین موصی به شناخته می شوند. عبارت «حصه اشخاصی که اهل وصیت نباشند به متروکه وصیت کننده اعاده می شود» مبهم و گمراه کننده است. زیرا، طبیعی و منطقی است که اشخاصی که اهل وصیت نیستند مستحق عینی موصی به شناخته نمی شوند. به عبارت دیگر: اشخاصی که به آنها وصیت صورت نگرفته است، چیزی از موصی به، به آنها تعلق نمی گیرد. این امر بدیهی است و تنظیم امور بدیهی در نص ماده ۲۱۳۱ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد یک سوم مال خویش را به محمود، جمشید، حمیده و مرضیه وصیت نماید، صرف محمود، جمشید، حمیده و مرضیه مستحق عین موصی به می شوند و سایر اشخاص در این وصیت سهمی ندارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی استحقاق عین موصی به به موصی لهم است.

۶) طبق ماده ۲۱۲۸ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) وصیت به عده غیر محصور صحیح بوده و به اشخاص محتاج تخصیص می یابد. امور توزیع مال وصیت شده بر محتاجان از صلاحیت وصی مختار و یا محکمه مربوطه می باشد؛ و (۲) در حالت فوق وصی و یا محکمه مربوطه به

۲۷۶. محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۰۰؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۵۰۴.

رعایت قید تعمیم یا مساوات مکلف نمی باشد.»^{۲۷۷}. به نظر می رسد از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- وصیت به عده غیر محصور صحیح است. محصور در لغت به معنی بسته، تحدید شده و محدود است.^{۲۷۷} غیر محصور به معنی غیر محدود و نامحدود است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، غیر محصور به افرادی اطلاق می گردد که تعداد آنها نامعین است. در این صورت، موصی به باید به اشخاص محتاج تعلق بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد پانزده لک افغانی داشته باشد و بگوید پنج لک این پول به اشخاص غیر محصور وقف است، وصی مختار یا محکمه ذیصلاح می تواند پنج لک افغانی را میان محتاجان تقسیم نمایند. نص این ماده متأثر از فقه حنفی است. در مورد وصیت به جماعت غیر محصور فقهای حنفیه بر این نظر اند که شرط است که موصی له معلوم باشد. بنابراین، وصیت به مجهول باطل است. زیرا، وصیت تملیک است در زمان موت موصی. پس، لازم است تا موصی له در زمان وفات موصی معلوم باشد تا تسلیم ملک به وی ممکن گردد. بر این اساس، وصیت مثلاً به ثلث مال برای مسلمین صحیح نیست. زیرا، مسلمین غیر محصور هستند مگر اینکه در لفظ وصیت چیزی وجود داشته باشد که مبنای حاجت موصی لهم بر آن بناء یافته باشد، مانند اینکه: موصی برای فقراء، مساکین، ایتام وصیت نماید. زیرا، وصیت در این صورت، صدقه است که جهت قربت جستن به خداوند عزوجل صورت می گیرد و خداوند عزوجل واحد و معلوم است و سپس فقراء آن را تملک می نمایند هر چند غیر محصور باشند.^{۲۷۸}

۲- در صورت وصیت به افراد غیر محصور، توزیع موصی به برای محتاجان از صلاحیت وصی مختار و یا محکمه مربوطه می باشد. به نظر می رسد وصی مختار در خصوص توزیع عین موصی به، عبارت از وصی ای است که موصی له در زمان حیات خویش آن را تعیین می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد مرضیه را به عنوان وصی مختار تعیین نموده باشد، مرضیه صلاحیت توزیع موصی به را میان موصی لهم محتاج دارد.

۳- در صورت وصیت به افراد غیر محصور، وصی مختار و قاضی محکمه ذیصلاح مکلف نیستند مساوات را در تقسیم عین موصی به میان موصی لهم غیر محصور رعایت نمایند. همچنان که

(آخرین بازدید ۳/۱۷/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 277.

۲۷۸. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر.ک: محمد یوسف موسی (____). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۹۲-۹۸؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۵۱۱-۷۵۱۳.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۳۱

مكلف نیستند آن را به همه تعمیم بدهند. تعمیم در لغت به معنی همگانی کردن، شامل همه گردانیدن و فراگیر کردن است.^{۲۷۹} بنابراین، وصی مختار و قاضی می تواند مطابق صوابدید خویش عین موصی به را میان موصی لهم غیر محصور تقسیم نمایند. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه ذیصلاح و وصی مختار می توانند مطابق صوابدید خویش موصی به را میان موصی لهم محتاج تقسیم نمایند.

۷) براساس ماده ۲۱۲۹ ق.م: «هرگاه به يك قوم معين به الفاظی وصیت شود که بدون تخصص اسماء شامل همه افراد قوم مذکور گردد و در بین آنها افرادی موجود شود که حین وفات وصیت کننده اهل وصیت نباشد تمام اشیاء وصیت شده به اشخاصی تعلق می گیرد که حین وفات وصیت کننده، اهل وصیت باشند.» به نظر می رسد منظور از اهل وصیت نباشند این است که اهلیت وصیت را نداشته باشند. طبق نص این ماده هرگاه به یک قوم معين به لفظی وصیت شود که بدون ذکر اسم همه آنها شامل همه آنها شود، اما در میان آنها افرادی پیدا شود که در وقت وفات وصیت کننده اهل وصیت نباشد، موصی به متعلق به اشخاصی می شود که اهل وصیت اند. به حیث مثال، هرگاه مرضیه یک سوم مال خویش به یک قومی که در یک منطقه یک زندگی نمایند وصیت شود، یکی از آنها مرضیه را به قتل برساند یا یکی از آنها اجنبی باشد و موصی وصیت عقار باشد، قاتل و خارجی از موصی به به دلیل فقدان شرایط اهلیت از موصی به محروم می شوند و موصی به میان بقیه اشخاص این منطقه تقسیم می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز وصیت به یک گروه به الفاظ عام است.

۸) ماده ۲۱۳۰ ق.م: «هرگاه وصیت بین اشخاص معين و يك جمعیت یا يك جهت یا بین يك جمعیت و يك جهت، یا بین اشخاص معين و جمعیت و جهت مشترك باشد هر يك از اشخاص معين و افراد جمعیت منحصر باشد یا غیر منحصر و هر جهت از شی وصیت شده حصه می گیرند.» طبق نص این ماده در صورتی که وصیت میان اشخاص معين و یا جمعیت و جهت، یا جمعیت و جهت، یا اشخاص و جمعیت و جهت مشترك باشد، هر یک حصه خویش را می گیرند. به نظر می رسد منظور از اشخاص معين اشخاص حقیقی معين مانند احمد و محمود و نظیر اینها است و منظور از جمعیت اشخاص حکمی خصوصی است. جمعیت در لغت به معنی

۲۳۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

گروهی از مردم، انبوهی مردم، مردم بسیار که در یکجا گرد آمده باشند است.^{۲۸۰} به نظر می رسد معنی اصطلاحی جمعیت نیز از معنی لغوی آن دور نیست. ق. م جمعیت را به مفهوم عام تعریف نموده است. طبق ماده ۴۰۳ فقره اول ق. م: «(۱) جمعیت عبارت است از مجموع اشخاص حقیقی یا حکمی که برای مدت معین یا غیر معین به منظور تأمین اهداف خیریه عام المنفعه اجتماعی، علمی، ادبی، فنی و هنری طور غیر انتفاعی مطابق به احکام این قانون تشکیل شده باشد.» براساس این تعریف جمعیت نه تنها اجتماع اشخاص حقیقی، بلکه حقوقی نیز است و این در صورتی که است که دو جمعیت که دارای اهداف مشترک باشند با همدیگر ملحق شوند. اما، به مفهوم خاص طبق ماده ۲ فقره (۱) قانون جمعیت های منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۱۴ مؤرخ ۱۳۹۲/۶/۱۰: «جمعیت ها به انجمن ها، اتحادیه ها، شوراها، مجمع ها و تشکیلاتی اطلاق می شود که توسط گروهی از اشخاص حقیقی و حکمی به صورت داوطلبانه و غیرانتفاعی، غیرسیاسی و مطابق احکام این قانون تشکیل می گردد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که: نخست این که برخی مصادیق جمعیت ها که عبارت اند از انجمن، اتحادیه، شورا و مجمع است در این ماده شناسایی و تشخیص شده است. طبق جزء ۲ ماده ۲ قانون جمعیت ها: «انجمن اجتماع داوطلبانه اشخاص حقیقی است که برای حصول مقاصد علمی، ادبی و حرفوی مطابق احکام این قانون ایجاد می گردد.» طبق ماده ۲ جزء ۳ قانون جمعیت ها: «اتحادیه: اجتماع داوطلبانه اشخاص حکمی است که برای مقاصد مشترک و مشروع حرفوی، صنفی و تخصصی مطابق احکام این قانون ایجاد.» وفق جزء ۴ ماده ۲ قانون جمعیت ها: «شوری: اجتماع داوطلبانه اشخاص حقیقی است که برای حصول مقاصد مشترک قومی، صنفی و منطوقی مطابق احکام این قانون ایجاد می گردد.» وفق جزء ۵ ماده ۲ قانون جمعیت ها: «مجمع: اجتماع و یا جمع شدن گروهی از اشخاص و نهاد های است که برای یک هدف مشترک و مشخص دورهم جمع می شوند.» دوم این که نص این ماده در خصوص مصداق جمعیت ها احصایی به نظر می رسد، زیرا قانونگذار در این ماده از «تشکیلاتی» سخن می گوید که توسط گروهی از اشخاص حقیقی و حکمی به صورت داوطلبانه، غیرانتفاعی و غیرسیاسی مطابق احکام ایجاد می شود. از قید داوطلبانه، غیرانتفاعی و غیرسیاسی به خوبی بر می آید که فعالیت جمعیت داوطلبانه، غیرسیاسی و غیرانتفاعی است. بنابراین، اعضای جمعیت نمی توانند کار انتفاعی و سیاسی انجام دهند. به همین دلیل، جمعیت ها تابع پرداخت

بخش چهارم / وصیت □ ۲۳۳

مالیات نیستند. عبارت جهت در نص ماده ۲۱۳۰ ق. م مبهم است. جهت در لغت به معنی انگیزه، سبب، دلیل، علت و سو است.^{۲۸۱} با پذیرش تفسیر لغوی کلمه جهت معلوم نیست که منظور قانونگذار مدنی از جهت در نص ماده ۲۱۳۰ ق. م چیست! اما، اگر نص این ماده در کنار ۲۱۱۰ ق. م قرار دهیم و تفسیر ساختاری- منطقی نماییم این نتیجه به دست می آید که منظور از جهت مسیر و هدف خیریه است مانند ایجاد مکتب، شفاخانه، مسجد و نظیر اینها. با توجه به آنچه گفته شد، از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: هرگاه وصیت بین اشخاص معین و یک جمعیت مشترک باشد هر یک از اشخاص معین و افراد جمعیت منحصر باشد یا غیر منحصر از شی وصیت شده حصه می گیرند. به حیث مثال، اگر احمد سی صد بسوه زمین داشته باشد و صد بسوه آن را برای احمد، مرضیه، حمیده، محمود و اتحادیه ژورنالستان مستحق حصه معین زمین می گردد.

دوم این که: هرگاه وصیت بین یک جهت یا بین یک جمعیت و یک جهت مشترک باشد هر یک از اشخاص معین و افراد جمعیت منحصر باشد یا غیر منحصر و هر جهت از شی وصیت شده حصه می گیرند. به حیث مثال، اگر احمد سی صد بسوه زمین داشته باشد و صد بسوه آن را به اتحادیه ژورنالستان و مسجد وصیت نماید، اتحادیه ژورنالستان مستحق حصه معین زمین می گردد. اتحادیه ژورنالستان در این مثال فرضی مصداق جمعیت و مسجد مصداق جهت است.

سوم این که: هرگاه وصیت اشخاص معین و جمعیت و جهت مشترک باشد هر یک از اشخاص معین و افراد جمعیت منحصر باشد یا غیر منحصر از شی وصیت شده حصه می گیرند. به حیث مثال، اگر احمد سی صد بسوه زمین داشته باشد و صد بسوه آن را به محمود و حمیده، اتحادیه ژورنالستان و مسجد وصیت نماید، محمود، حمیده و اتحادیه ژورنالستان مستحق حصه معین زمین می گردد. اتحادیه ژورنالستان در این مثال فرضی مصداق جمعیت و مسجد مصداق جهت و محمود و حمیده مصداق شخص اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش حکم جواز وصیت به صورت مشترک میان اشخاص، جهت و جمعیت است.

۹) براساس ماده ۲۱۳۷ ق. م: «وصیت در حدود ثلث متروکه به وارث و غیر وارث صحت داشته بدون اجازه ورثه تنفیذ می گردد و در حدود زاید از ثلث متروکه نیز صحت داشته مگر نفاذ آن

۲۳۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

موقوف به اجازه ورثه بعد از وفات وصیت کننده می باشد مشروط بر اینکه اجازه دهنده دارای اهلیت تبرع بوده و به آنچه اجازه می دهد علم داشته باشد.». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است: نخست این که وصیت در حدود ثلث (یک سوم) متروکه به وارث و غیروارث صحت دارد. منظور از وارث اشخاصی است که براساس اسباب میراث از مورث ارث می برند. اسباب میراث قرابت و زوجیت است. براساس قرابت اقارب یا خویشاوندان از همدیگر ارث می برند و براساس زوجیت زن و شوهر. براین اساس، اشخاص وارث شامل ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام می شوند. به حیث مثال، احمد می تواند به دختر خویش یا زوجه خویش که از جمله عصبات تلقی می گردند وصیت نماید. همچنین، احمد می تواند به برادر خویش که از جمله عصبات تلقی می گردد وصیت نماید. غیر وارث اشخاصی اند که میان آنها سبب ارث که عبارت از قرابت و زوجیت است وجود نداشته باشد. بر این اساس، اشخاص غیروارث غیر از ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام اند. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده همنصف باشند از همدیگر ارث نمی برند. زیرا، میان آنها قرابت و زوجیت وجود ندارد. در صورتی که وصیت در یک سوم مال صورت گرفته باشد، چنین وصیتی بدون اجازه ورثه نافذ می گردد، زیرا در این فرض ورثه متضرر نمی گردند. به حیث مثال، در مثال اول اگر احمد سی لک افغانی داشته باشد و ده لک آن را برای یکی از پسر های خویش یا یکی از دختر های خویش وصیت نماید، این وصیت بدون این که سایر ورثه اجازه دهند نافذ است. تفصیل ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام در جلد حقوق میراث خواهد آمد.

دوم این که در صورتی که وصیت در حدود بیشتر از یک سوم مال صورت بگیرد، وصیت صحیح است اما نفاذ آن وابسته به اجازه ورثه بعد از وفات موصی است، زیرا در این فرض ورثه متضرر می شوند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد بیست لک افغانی را برای پسر یا دختر خویش یا زوجه خویش وصیت نماید، این وصیت صحیح است اما نفاذ آن وابسته به اعطای اجازه توسط سایر ورثه است. در اعطای اجازه نیز رعایت دو سه شرط حتمی است: اول این که اجازه دهنده دارای اهلیت تبرع؛ یعنی: عاقل، بالغ و رشید باشد. پس، اجازه صبی، مجنون، معتوه، محجور علیه به سبب سفه، عته و غفلت صحیح نیست. زیرا، اجازه إسقاط حق است و تبرع پنداشته می شود و کسی مالک آن نمی شود مگر اینکه مالک تبرعات باشد. همچنین شرط است که اجازه دهنده عالم به آنچه اجازه می دهد باشد. پس، اجازه وارثی که عالم به آنچه موصی وصیت نموده است، نیست، لازم نیست.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۳۵

اما، اگر وارث به وصیت علم داشته باشد و آن را اجازه بدهد، وصیت نافذ می شود؛ و سوم این که اجازه بعد از مرگ موصی باشد. بنابراین، اگر اجازه در حال حیات موصی صورت پذیرد، چنین اجازه مدار اعتبار نیست.^{۲۸۲} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص پیش بینی صحت وصیت برای وارث و شرایط نفاذ آن است.

به عقیده فقهای مالکی نظر به حدیث:

«إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِرِوَاثٍ».^{۲۸۳}

«خداوند ﷻ برای هر صاحب حق، حق وی را اعطاء نموده است و بنابراین وصیت برای ورثه

جواز ندارد.».

وصیت به ورثه باطل می باشد ولو سایر ورثه آن را اجازه دهند.^{۲۸۴}

۱۰) براساس ماده ۲۱۵۰ ق.م: «وصیت به عدد مشاع در يك نوع از اموال مانند وصیت به حصه مشاع در آن شمرده می شود.» نص این ماده مبهم و مجمل است. عدد در لغت به معنی شمار و شماره است.^{۲۸۵} مشاع اسم مفعول از ریشه «شبع» گرفته شده است که در لغت به معنی مشترک و منتشر میان دو کس است. در اصطلاح حقوقی به سهم بخش ناشده و یا حصه منتشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افزاز ناشده، مشاع گویند.^{۲۸۶} حصه در لغت به معنی سهم است. در اصطلاح حقوق مدنی، حصه عبارت است سهمیه معینی از ترکه که شرعاً برای برخی از خویشانان تعیین شده است. به حصه فرض هم می گویند که جمع آن فروض یا فرایض است. به حصه سهم هم می گویند که عبارت از حصه و بهره هر وارث را از ترکه است. فرایض در قرآن شش سهم است که عبارتند از: نصف (۱/۲)، ربع (۱/۴)، ثمن (۱/۸)، ثلثان (۲/۳)، ثلث (۱/۳) و سدس

۲۸۲. در این مورد ر. ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۴۷۷ و ۷۴۷۸ و ۷۵۴۴ و ۷۵۴۵؛ و ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۴۶-۲۴۸.

۲۸۳. حدیث متواتر رواه أثناعشر صحابياً، وأرسله خمسة من التابعين، فمن الصحابة رواه أبو أمامة عند أبي داود و الترمذی و ابن ماجه و أحمد والبيهقي عبد بن حميد في مسنده، بالفظ المذكور.

۲۸۴. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص

۷۵۵۹.

285. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱/۳).

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

۲۳۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

(۱/۶). طبق نص این ماده وصیت به عدد در یک نوع از اموال مانند وصیت به حصه مشاع است. به حیث مثال، هرگاه احمد، محمود و حمیده به صورت مشترک مالک سی صد رأس گوسفند باشند و احمد صد رأس گوسفند را به جمشید وصیت نماید، این وصیت به مثابه این است که احمد به یک سهم از سه سهم وصیت کرده است. عدد گوسفندان در این مثال، صد است. گوسفندان در این مثال همه از یک نوع اند. نوع گوسفندان حیوان است. حصه مشاع صد گوسفند از سی صد گوسفند است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وصیت به حصه از مشاع است.

(۲) تنفیذ وصیت

اگر همه ترکه مال حاضر و موجود باشد، و در آن مال غایب نباشد و دینی هیچ کسی به آن تعلق نداشته باشد، وصیت از جمیع مال نافذ می شود خواه موصی به نقود، شی معین مانند: خانه معین، سهم شایع مانند: ربع ترکه و یا ثلث آن باشد و جمیع ترکه تقدیر و موصی له سهم خود را از کل مال اخذ می نماید. اما، اگر بعضی ترکه حاضر، بعضی دین و بعضی مال غایب باشد، تنفیذ وصیت بر حسب این احوال فرق می نماید:

(۱) اینکه در ترکه دین بر اجنبی، یا مال غایب باشد: در این حالت طبق ق. م سه حالت

فرعی متصور است:

حالت اول: براساس ماده ۲۱۴۴ ق. م: «هرگاه وصیت صورت گرفته و در آن دین یا مال غایب وجود داشته باشد شخصی که به او وصیت شده حصه خود را از مال حاضر به دست آورده و هر وقت که مال غایب حاضر شد حق خود را از آن می گیرد.» از نص این ماده بر می آید که هرگاه وصیت صورت بگیرد، موصی له شریک ورثه است و حصه وی مشترک در کل مال حاضر، غایب و دین و عین است. بنابراین، موصی له می تواند سهم خود را از مال حاضر اخذ نماید. هرگاه مال غایب، و دین توسط ورثه استیفاء گردد، موصی له می تواند سهم خود را از آن اخذ نماید. دین در لغت به معنی قرض، قرض خواستن و قرض گرفتن است.^{۲۸۷} در مفهوم محدود ماده ۱۵۸ مجله الاحکام در تعریف دین می گوید: «دین عبارت است از آنچه که بر ذمه ثابت باشد [...]». به نظر می رسد منظور از دین در این ماده قرض است. عبارت مال غایب در نص ماده ۲۱۴۴ ق. م مبهم به نظر می رسد. غایب به معنای نبود، فقدان و ناپیدا است. در اصطلاح فقهی غیاب وصفی است برای

بخش چهارم / وصیت □ ۲۳۷

کسی یا چیزی که به چشم نیاید.^{۲۸۸} به حیث مثال، اگر احمد یک سوم مال خویش را به محمود وصیت نماید، اما یک مقدار مال احمد غایب باشد و یک مقدار بر جمشید باشد، محمود سهم خویش را از مال حاضر اخذ می نماید. در صورتی که ورثه احمد دین احمد را از جمشید بگیرند و مال غایب احمد حاضر شود، محمود می تواند سهم خویش را از این دو مال نیز اخذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق موصی له است.

حالت دوم: طبق ماده ۲۱۴۳ ق. م: «هرگاه وصیت به اندازه معین از پول یا عین صورت گرفته و در ترکه دین یا مال غایب باشد. اگر شی که به آن وصیت صورت گرفته از ثلث مال حاضر متروکه خارج شود کسی که برای او وصیت شده مستحق آن می گردد و در غیر آن به اندازه همین ثلث مستحق می گردد و باقیمانده بر ورثه تعلق می گیرد و هر وقت که شی حاضر شد شخصی که به او وصیت شده مستحق ثلث آن می گردد تا حق او کاملاً تأدیه شود.» طبق نص این ماده هرگاه وصیت به اندازه معین از پول یا عین صورت گرفته و در ترکه دین یا مال غایب باشد. اگر شی که به آن وصیت صورت گرفته از ثلث مال حاضر متروکه خارج شود کسی که برای او وصیت شده مستحق آن می گردد و در غیر آن به اندازه همین ثلث مستحق می گردد و باقیمانده بر ورثه تعلق می گیرد و هر وقت که شی حاضر شد شخصی که به او وصیت شده مستحق ثلث آن می گردد تا حق او کاملاً تأدیه شود. در این فرض، وصیت به یک سوم مال صورت نگرفته است بلکه به اندازه معین پول یا عین صورت گرفته است. به حیث مثال، اگر احمد پولدار باشد و ده لک افغانی یا ده جریب زمین را به محمود وصیت نماید و در عین حال در ترکه احمد دین بر جمشید و سایر مدیونین وجود داشته باشد و نیز یک مقدار مال احمد غایب باشد، اگر موصی به بتواند از یک سوم مال پرداخت شود، موصی له مستحق آن می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد مالک سی لک افغانی یا سی جریب زمین باشد، ده لک افغانی یا ده جریب زمین یک سوم مال احمد می شود و ورثه یا تصفیه کننده ترکه مکلف اند آن را به محمود بدهند. در این مثال، مال غایب و دینی که احمد بر جمشید و سایر مدیونین دارند شامل سی جریب زمین و سی لک افغانی می شود.

اما، اگر مال غایب هنوز حاضر نگردد و دین احمد نیز در ترکه احمد پرداخته نشده باشد، یک سوم مال از مالی حاضر و مالی که هنوز دین ترکه در آن پرداخته نشده است، به محمود پرداخته می شود. زمانی که ورثه احمد دین را از جمشید و سایر مدیونین اخذ نمودند و مال غایب احمد حاضر

۲۳۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

شد، به حیث مثال، مال احمد که در خارج است، در داخل کشور وارد شود، محمود مستحق ثلث مال از دین پرداخته شده و مال وارد شده نیز می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن موصی له است و پیش بینی حکم تنفیذ وصیتی که مقدار موصی به معین است اما مقدار از مال دین و مقداری غایب است می باشد.

حالت سوم: براساس ماده ۲۱۴۵ ق.م. «هرگاه وصیت طور سهم مشاع در نوع معین مال ترکه صورت گیرد و در آن دین یا مال غایب وجود داشته باشد شخصی که به او وصیت شده حصه خود را از این نوع حاضر به دست می آورد مشروط بر اینکه حصه مذکور از ثلث حاضر متروکه خارج شده بتواند در غیر آن شخصی که به او وصیت شده به اندازه این ثلث مستحق حصه خود شده و باقیمانده حق ورثه می باشد. هر وقت که شی حاضر شد، شخصی که برای او وصیت شده به اندازه ثلث از نوع وصیت شده مستحق حصه می گردد، مشروط بر اینکه ورثه از آن متضرر نگردند و اگر آنها از آن متضرر گردند شخصی که به او وصیت شده قیمت باقیمانده حصه خود را تا تکمیل حق خود از ثلث نوع وصیت شده می گیرد.» نص این ماده بسیار پیچیده و طولانی است و مفهوم درست را افاده نمی کند. به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که طبق نص این ماده در صورتی که وصیت در سهم مشاع در نوع خاص از مال صورت بگیرد، مانند وصیت در مورد گوسفندان مشترک، باغ مشترک، پول مشترک و نظیر اینها و در این اموال دین یا مال غایب موجود باشد، موصی له سهم خود را از نوع مال مشاع حاضر می گیرد. عبارت در سهم مشاع در نص این ماده مفهوم به نظر نمی رسد. همچنین، بند دوم این ماده که می گوید: «مشروط بر اینکه حصه مذکور از ثلث حاضر متروکه خارج شده بتواند در غیر آن شخصی که به او وصیت شده به اندازه این ثلث مستحق حصه خود شده و باقیمانده حق ورثه می باشد» مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که این سهم از یک سوم ترکه تجاوز نکند. بنابراین، در صورتی که این سهم یک سوم را تشکیل بدهد موصی له مستحق آن می گردد و ورثه موصی بقیه آن را می گیرد. اما، در صورتی که این سهم بیشتر از یک سوم باشد، موصی له در حدود یک سوم مستحق آن می شود. به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین، سی لک افغانی و سی عراده موتر در خارج داشته باشد و موترهای احمد خارج باشد و احمد بیست لک افغانی از سی لک بر محمود دین داشته باشد و احمد به جمشید وصیت نماید، جمشید سهم خود را از سی جریب زمین و پول حاضر می گیرد. در چنین حالتی، شرط است که حصه محمود از یک

بخش چهارم / وصیت □ ۲۳۹

سوم مال بتواند استخراج شود. همچنین، در صورتی که دین احمد را محمود پرداخت نماید و موتر های احمد در افغانستان وارد شود، جمشید سهم خود را از موترها و بیست لک افغانی می گیرد. دوم این که در صورتی که دین و مال غایب حاضر شد، موصی له مستحق ثلث آن می گردد مشروط بر اینکه ورثه از آن متضرر نگردند و اگر آنها از آن متضرر گردند شخصی که به او وصیت شده قیمت باقیمانده حصه خود را تا تکمیل حق خود از ثلث نوع وصیت شده می گیرد. به حیث مثال، در مثال بالا، در صورتی که جمشید دین احمد را پرداخت نماید و نیز موترهای احمد به افغانستان وارد شود، محمود می تواند بقیه یک سوم موصی به را از این اموال بگیرد. در صورتی که ورثه احمد متضرر شوند، محمود می تواند به عوض موترها قیمت آن را به اندازه یک سوم بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حالتی است که در آن در ترکه دین یا مال غایب وجود داشته باشد.

همچنین، براساس ماده ۲۱۴۶ ق. م: «(۱) هرگاه در احوال متذکره مواد فوق متروکه شامل دین قابل تأدیه بر یکی از ورثه بوده و دین مذکور از جمله تمام یا بعضی جنس حاضر متروکه باشد در آن به اندازه حصه وارث مذکور از همان جنس مجرای صورت می گیرد و به این ترتیب دین مذکور از جمله اموال حاضر محسوب می شود؛ (۲) اگر دین مستحق تأدیه بر وارث از غیر جنس حاضر باشد مجرای صورت نگرفته در این صورت اگر دین مساوی حصه وارث مذکور در مال حاضر متروکه یا کمتر از آن باشد در جمله اموال حاضر محسوب می گردد و اگر از آن بیشتر باشد به آن اندازه حاضر دانسته می شود که با حصه وارث مذکور مساوی باشد؛ و (۳) در حالت فقره (۲) این ماده وارث تا زمان تأدیه دین خود بر حصه خود در مال حاضر و متروکه تسلط پیدا کرده نمی تواند در حالی که وارث مذکور دین خود را تأدیه نکند، قاضی حصه او را فروخته و از ثمن آن دین را تأدیه می نماید.»

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد ۲۱۴۳ الی ۲۱۴۵ ق. م است. فهم مواد ۲۱۴۳ الی ۲۱۴۵ ق. م بسیار مشکل به نظر می رسد. علاوه بر این، نص ماده ۲۱۴۶ ق. م به این اشکال می افزاید. به نظر می رسد از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه در احوال متذکره مواد ۲۱۴۳ الی ۲۱۴۵ ق. م متروکه شامل دین قابل تأدیه بر یکی از ورثه بوده و دین از جمله تمام یا بعضی جنس حاضر متروکه باشد در آن به اندازه حصه وارث

۲۴۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

از همان جنس مجرای صورت می گیرد و به این ترتیب دین مذکور از جمله اموال حاضر محسوب می شود.

ترکه که به آن متروکه هم گویند از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که انسان پشت سر خودش به جای می گذارد که جمع آن ترکات است. در اصطلاح فقهی تعاریف متعددی برای ترکه وجود دارد: جمهور فقهاء (مالیکه، شافعیه و حنابله) بر این نظر اند که: ترکه عبارت از هر چیزی است که میت از خود به جا می گذارد که شامل حقوق ثابت و اموال می گردد. اما، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می گذارد.^{۲۸۹} به نظر می رسد مجرای ترجمه دری مقاصه و تهاتر است. مقاصه در لغت از ریشه «قصص» گرفته شده که به معنای قصاص گرفتن، چیزی را به جای چیزی گرفته و باز پس گرفتن مثل چیز داده شده است.^{۲۹۰} تهاتر در لغت از ریشه «هتر» گرفته شده که به معنای تبادل کالا، همدیگر را تکذیب کردن، مساوات و برابر شدن است.^{۲۹۱} در اصطلاح حقوقی و فقهی به اسقاط دین به ذمه مدیون از سوی مالک در برابر آنچه که خود به ذمه دارد مجرای، تهاتر و یا مقاصه گویند. به عبارت دیگر، مجرای عبارت از سقوط تعهد به سبب مدیون بودن طرفین معامله به همدیگر است.^{۲۹۲} به حیث مثال، اگر احمد بر محمود ده عراده موتر قرض داشته باشد و محمود وفات نماید و جمشید پسر محمود بر احمد ده عراده موتر به عنوان دین داشته باشد، دین احمد در متروکه محمود قابل پرداخت است. اما، چون یگانه وارث محمود جمشید است، ارث محمود به جمشید قهراً منتقل می شود و به تبع آن دیونی که بر ارث وجود دارد. چون جمشید بر احمد ده عراده موتر قرض دارد، دین احمد و جمشید به صورت جبری مجرا می شوند. در این مثال، دین بر ترکه بر جنس حاضر وجود دارد. جنس حاضر در این مثال موترها است.

۲- اگر دین مستحق تأدیبه بر وارث از غیر جنس حاضر باشد مجرای صورت نگرفته در این صورت اگر دین مساوی حصه وارث مذکور در مال حاضر متروکه یا کمتر از آن باشد در جمله

۲۸۹. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۱۱.

۲۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۳۸.

۲۹۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۵.

۲۹۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۳۸

بخش چهارم / وصیت □ ۲۴۱

اموال حاضر محسوب می‌گردد و اگر از آن بیشتر باشد به آن اندازه حاضر دانسته می‌شود که با حصه وارث مذکور مساوی باشد. عبارت این ماده مبهم و غیرقابل فهم به نظر می‌رسد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد به عوض ده عراده موترده لک افغانی بر محمود داشته باشد، دین احمد مستحق تادیه (قابل تأدیه) است اما نه از جنس. بنابراین، در این صورت مجرای میان دینی که جمشید بر احمد دارد و دینی که احمد بر متروکه محمود دارد صورت نمی‌گیرد. عبارت «در این صورت اگر دین مساوی حصه وارث مذکور در مال حاضر متروکه یا کمتر از آن باشد در جمله اموال حاضر محسوب می‌گردد و اگر از آن بیشتر باشد به آن اندازه حاضر دانسته می‌شود که با حصه وارث مذکور مساوی باشد» به نظر می‌رسد که مفهوم درست را افاده نمی‌نماید و قابل توصیه است اصلاح یا از متن قانون مدنی حذف گردد.

۳- در حالت فقره (۲) این ماده وارث تا زمان تأدیه دین خود بر حصه خود در مال حاضر و متروکه تسلط پیدا کرده نمی‌تواند در حالی که وارث مذکور دین خود را تأدیه نکند، قاضی حصه او را فروخته و از ثمن آن دین را تأدیه می‌نماید. نص این فقره مرتبط به فقره ۲ ماده ۲۱۴۶ ق. م است. با توجه به ایرادی که بر نص ماده فقره ۲ ماده ۲۱۴۶ ق. م وارد به نظر می‌رسد نص ماده که مرتبط به فقره ۲ است قابل فهم نیست. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح و کوتاه گردد. برخی حقوقدانان دیگر نیز که در این خصوص مثال‌ها ارائه کرده بسیار روشن نیست.^{۲۹۳}

مبحث دوم) انواع وصیت

وصیت را می‌توان به اعتبار اختیار و عدم اختیار به وصیت اختیاری و وصیت واجبه، به اعتبار تملیک و تعهد به وصیت تملیکی و وصیت عهدی، به اعتبار موضوع وصیت به عین، وصیت به منفعت، وصیت به حقوق، وصیت برای جنین، وصیت برای وارث و وصیت به بیشتر از ثلث با اجازه وارثان یا بدون اجازه بعضی از آنها و نظیر اینها و به اعتبار تقیید و اطلاق به وصیت مطلق و مقید تقسیم نمود:

گفتار اول) وصیت اختیاری

۲۹۳. به حیث مثال، نک: یادگار راجی (___). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد (۴)، (___)، (___)، صص ۱۱۵ و ۱۱۶.

وصیت اختیاری وصیتی است که خود موصی در زمان حیات خودش و با اختیار خود آن را انشاء می نماید، برخلاف وصیت واجب که با نص قانون و بعد از وفات فرد به شروط مخصوص فرض می شود.

گفتار دوم) وصیت واجبه

اصل در تمام وصیت ها این است که آن ها اختیاری هستند و صاحب مال کسی است که اقدام به انشای وصیت می کند. باوجوداین، نویسندگان قانون مدنی با اقتباس از قانون وصیت شماره ۷۱ سال ۱۹۴۶ مصر که در ۲ شعبان نافذ شده است نوع کاملاً جدیدی از وصیت را پیش بینی کرده اند که آن را وصیت واجب می گویند:

(۱) تعریف: طبق ماده ۲۱۸۲ ق. م: «هرگاه متوفی برای فرع ولد خود که در زندگی او فوت شده یا با متوفی یکجا حقیقتاً یا حکماً وفات نموده باشد به مثل آنچه ولد مذکور اگر در وقت مرگ او زنده می بود در متروکه او مستحق میراث می گردید وصیت نکرده باشد برای فرع مذکور در ترکه به اندازه استحقاق ارث مذکور در حدود ثلث ترکه وصیت واجب می گردد مشروط بر اینکه فرع غیر وارث بوده و متوفی در حیات خود بلا عوض به او مالی را از طریق تصرف دیگری به اندازه حصه واجبه نداده باشد و در صورتی که مال را به او اعطا کرده باشد، مگر از اندازه واجبه کمتر باشد به اندازه که حصه مذکور را تکمیل نماید به طریقه وصیت واجبه مستحق می گردد.»، نص این ماده نسبت به تعریفی که در خصوص وصیت واجب در فقه وجود دارد پیچیده تر است. از نص این ماده استنباط می گردد هرگاه متوفی برای فرع ولد خود که در زندگی او فوت شده یا با متوفی یکجا حقیقتاً یا حکماً وفات نموده باشد به مثل آنچه ولد مذکور اگر در وقت مرگ او زنده می بود در متروکه او مستحق میراث می گردید وصیت نکرده باشد برای فرع مذکور در ترکه به اندازه استحقاق ارث مذکور در حدود ثلث ترکه وصیت واجب می گردد. به نظر می رسد منظور از متوفی در این ماده پدر کلان، ولد پسر و فرع ولد نواسه است. وفات در لغت به معنی مرگ، مردن، موت و فوت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه های زندگی کاملاً در او از بین رفته است.^{۲۹۴} همچنین، فوت عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرك و

بخش چهارم / وصیت □ ۲۴۳

جنبش باز ماند. ۲۹۰ فوت دو نوع است. فوت حقیقی که عبارت از جدا شدن روح از بدن است و فوت حکمی که در خصوص مفقود در اثر مطالبهٔ زوجه اش توسط محکمهٔ ذیصلاح صادر می شود. در چنین حالتی دو شرط باید متحقق گردد: اول این که فرع ولد (فرزند فرزند) غیر وارث باشد و دوم این که متوفی در دورهٔ حیات خود مالی را بدون عوض از طریق تصرفات دیگر مانند هبه و نظیر آن به اندازه مقدار وصیت واجبه به فرع ولد نداده باشد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و پسری به نام محمود و محمود پسری به نام جمشید داشته باشد، احمد متوفی، محمود فرع و جمشید فرع ولد است. در این صورت، اگر احمد برای جمشید وصیت نکرده باشد و محمود و احمد یک جا حقیقتاً وفات نمایند یا حکماً وفات نمایند، به حیث مثال، در اثر مفقودیت و صدور حکم مرگ فرضی توسط محکمه ذیصلاح و احمد به جمشید وصیت نکرده باشد، جمشید مستحق سهم محمود در زمان حیات او از ترکه احمد می گردد. در ارث جمشید از احمد چهار شرط وجود دارد:

نخست این که: ارث جمشید از ترکه محمود در حدود ثلث ترکه است. بنابراین، جمشید نمی تواند بیشتر از ثلث ترکه را از طریق وصیت واجب بگیرد.

دوم این که: جمشید غیر وارث باشد. عبارت غیر وارث در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که فرع (در این مثال جمشید) به دلیل وجود کاکا یا کاکاها از ارث محجوب شود. در صورت حجب حرمان، جمشید هر چند شرایط ارث را دارد اما به دلیل فرزند دیگر احمد و کاکای خویش محجوب می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد پسری دیگری به نام ویس داشته باشد، ویس موجب حجب حرمان جمشید می شود. زیرا، در صورت وجود پسر، پسر پسر توسط پسر محجوب می شود که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

سوم این که: متوفی در حیات خود بلا عوض به فرع ولد مالی را از طریق تصرف دیگری به اندازه حصهٔ واجبه نداده باشد. به حیث مثال، در مثال بالا شرط است که احمد از طریق هبه، وقف و نظیر اینها مال را به اندازه حصهٔ واجبه به جمشید نداده باشد. بنابراین، اگر احمد یک مال مال را به اندازهٔ حصهٔ واجبه به جمشید داده باشد، جمشید مستحق وصیت واجب نمی گردد. زیرا، در این فرض مال را از طرق دیگر مانند هبه و نظیر آن گرفته است.

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

۲۴۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

چهارم این که: در صورتی که متوفی مال را به فرع ولد اعطا کرده باشد، مگر از اندازه واجبه کمتر باشد به اندازه که حصه واجبه باید تکمیل گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد مال را از طریق هبه، وقف و نظیر اینها به جمشید داده باشد، اما مقدار مال از اندازه وصیت واجب کمتر باشد، جمشید مستحق حصه محمود می گردد.

مثال دیگر این است که اگر فرض شود احمد (جد) ۱۱ سال قبل فوت کرد و از او ۴ پسر و ۳ دختر ماند. یکی از پسران او که محمود نام دارد امسال وفات کرد. سایر اولادان احمد (سه دختر و سه پسر) فعلاً حیات دارند. از محمود ۲ دختر مانده است. خانم احمد هم قبلاً فوت کرده است. آیا دختران محمود از جد خود (احمد) میراث می برند؟ آیا موضوع حجب حرمان در این حالت مطرح نیست؟ در این مثال دختران محمود از جد خویش ارث می برند و کاکاهای دختران محمود موجب حجب حرمان دختران محمود نمی شوند. همچنین، در چنین حالتی حجب حرمان تطبیق نمی شود. زیرا، به نظر می رسد وصیت واجب استثنای بر حجب حرمان است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن و جواز و پیش بینی شرایط وصیت واجب است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (122):

به اساس ماده (2182) هر گاه قبلاً یا یکجا با پدرش فوت میکنند برای فرع مذکور ثلث ترکه به وصیت لازم می گردد. دلیل این وصیت چه خواهد بود.

توضیح:

در صورتی که شخص مکلف به وصیت واجبه فوت می کند به حکم قانون چنان پنداشته می شود که برای فرع ولدش که با او یکجا و یا قبل از او وفات نموده وصیت کرده است. مشروعیت وصیت واجبه را عده از مجتهدین کرام چون امام احمد و ابن حزم به منظور تامین زنده گی و تربیت سالم فرع ولد نظریه داده اند. حکم ماده (2182) ق. م واجب التعمیل می باشد.^{۲۹۶}

در فقه برخی فقهاء بر این نظر اند که وصیت واجب عبارت وصیتی است که به موجب آن مقداری از اموال به فرع فرزند شخص مرده (دختر دختر یا پسر پسر یا دختر پسر پسر) تعلق می‌گیرد، وقتی که پدرش در زمان حیات جدش وفات کرده باشد.^{۲۹۷} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و پسر یا دختری از خود به جا گذارد و سپس پدر احمد محمود وفات نماید، سهمی را که احمد در زمان حیاتش از متروکه محمود مستحق می‌شد، پسر یا دختر احمد مستحق می‌شود.

در مورد مشروعیت وصیت در حقوق مصر داکتر صلاح سلطان در کتاب ارث و وصیت در شریعت و قانون می‌نویسد: «در یادداشت تفسیری قانون وصیت برای استدلال بر شرعی بودن وصیت واجب امور زیر را ذکر کرده اند:

(۱) عقیده وجوب وصیت به نزدیکان غیروارث از جمع زیادی از فقهای تابعین و فقهای بعد از آنها از امامان فقه و حدیث روایت شده است، از جمله اینها سعید بن مسیب، حسن بصری، طاوس، امام احمد، داود، طبری، اسحاق بن راهویه و ابن حزم هستند و اصل این نظر از این آیه گرفته شده است که خداوند ﷻ می‌فرماید:

﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ - [البقره/۱۸۰]

«لازم گردانیده شده است بر شما وقتی که موت پیش آید یکی از شما را اگر مال بگذارد وصیت کردن برای پدر و مادر و نزدیکان به نیکویی، لازم شده این کار بر متقیان.».

- عقیده دادن مقداری از اموال شخص متوفی به نزدیکان غیروارث طبق وصیت واجب، عقیده ابن حزم است که از نظرات فقهای تابعین و یک روایت از امام احمد گرفته شده است.

- محدود کردن نزدیکان غیروارث به نواسه‌ها و تعیین کردن سهمی به اندازه سهم پدرشان در حد ثلث، مبتنی بر مذهب ابن حزم و این قاعده شرعی است که: امام می‌تواند به امر مباحی امر کند و آن را لازم گرداند وقتی که مردم آن را رها کرده باشند.

- علاقه و رغبت به جبران حالتی که بسیار از آن شکایت می‌شد و این حالتی است که نواسه‌هایی که پدرشان در زمان حیات جدشان فوت کرده‌اند یا همراه با هم مرده‌اند هرچند که حکمی باشد مثل کسانی که با هم غرق شده‌اند یا نابود شده‌اند یا سوخته‌اند، این افراد به ندرت بعد از

۲۹۷. صلاح سلطان (___). ارث و وصیت در شریعت و قانون، صص ۲۹۱ و ۲۹۲ (۹ حوت ۱۳۹۸ ش).
متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.

۲۴۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

مرگ جدشان یا جده هایشان ارث می برند چون کسانی هستند که آنها را حجب می کنند در حالی که پدرشان در بنای ثروتی که این شخص بجای گذاشته شریک بوده است. پس بهترین چیز برای شخص مرده این است که برای آنها به مقداری از اموالش وصیت کنند.»^{۲۹۸}

۲) شرایط: طبق ماده ۲۱۸۴ ق. م: در وصیت واجبه رعایت احکام مواد (۱۹۹۹ و ۲۰۰۰) این قانون حتمی می باشد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده های ۱۹۹۹ و ۲۰۰۰ ق. م است. طبق نص این ماده در وصیت واجبه شرط است که حکم ماده ۱۹۹۹ و ۲۰۰۰ ق. م رعایت گردد.

بنابراین، از مفاد ماده ۱۹۹۹ ق. م که ناظر بر یکی از موانع ارث که قتل است بر می آید که در وصیت واجب موصی له نباید قاتل موصی باشد. تفصیل ماده ۱۹۹۹ ق. م در بخش حقوق میراث گذشت. بنابراین، طبق مفاد ماده ۱۹۹۹ ق. م در قتل شرط است که قتل عمد باشد. قتل عمد عبارت از قتلی است که از روی عمد و قصد صورت بگیرد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که هرگاه قتل غیر عمد به عنوان مثال، خطا، بالسبب و نظیر اینها باشد، موجب باطل شدن وصیت نمی گردد، زیرا قانونگذار مدنی صرف قتل عمد را در نص این ماده شرط گذاشته است. به حیث مثال، اگر احمد پدر خویش را به قتل برساند تا ارث پدر خویش را از پدر کلان خویش از طریق وصیت واجب بگیرد، احمد از ارث پدر کلان محروم می شود.

دوم این که: این حکم نه تنها در مورد فاعل (قاتل عمدی) بلکه در مورد شریک جرم و شاهد ناحق که شهادت او موجب اعدام موصی گردد، قابل تطبیق است. بنابراین، شریک جرم و شاهد دروغگو نیز از وصیت محروم می شوند. به حیث مثال، اگر احمد تفنگچه را به محمود دوست خویش بدهد تا محمود پدر احمد را به قتل برساند، احمد ارث پدر کلان محروم می شود. همچنین، اگر احمد به دروغ علیه پدر خویش شهادت دهد و این شهادت موجب اعدام پدر احمد شود، احمد از ارث محروم می شود.

علاوه بر قتل عمد، در باطل شدن وصیت تحقق سه شرط دیگر ضروری است: اول این که قاتل باید عاقل باشد. بنابراین، در صورتی که قاتل مجنون باشد، وصیت باطل نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد مجنون باشد و پدر خویش را به قتل برساند، از ارث پدر کلان محروم می نمی شود. دوم

۲۹۸. صلاح سلطان (___). ارث و وصیت در شریعت و قانون، صص ۲۹۵ - ۳۰۵ (9 حوت 1398 ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۴۷

این که قتل باید سن هجده سالگی را تکمیل نموده باشد. بنابراین، در صورتی که قاتل سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد، وصیت در اثر قتل باطل نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد شانزده ساله باشد و پدر خویش را به قتل برساند، از ارث پدر کلان محروم می شود. سوم این که قتل بدون حق باشد. بنابراین، هرگاه قتل به حق و عذر باشد مانند قصاص، یا قتل در اثر دفاع از جان و آبرو، قتل به عذر و به حق موجب باطل شدن وصیت نمی گردد. به حیث مثال، اگر پدر احمد بخواهد احمد را به قتل برساند و احمد در دفاع از خویش موجب قتل پدرش گردد، از ارث پدر کلان محروم نمی گردد. با تجمیع چهار شرط (قتل عمد، عاقل بودن قاتل، تکمیل سن هجده سالگی و قتل بدون حق و عذر) قتل موصی توسط موصی له مانع صحت وصیت واجب می گردد اعم از اینکه ورثه مقتول نفاذ وصیت را اجازه دهد یا ندهد. بنابراین، اجاره ورثه مقتول در نفاذ و یا عدم نفاذ وصیت هیچ تأثیری ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق یکی از موانع میراث که عبارت از قتل است بر وصیت است.

دلیل منع ارث قاتل این است که اگر قاتل از ارث بردن از مقتول ممنوع نمی شد، مردم برای رسیدن به مال دنیا، اقدام به کشتن خویشاوندان خود می کردند و این امر موجب به مخاطره افتادن جان و مال مردم می شد. علاوه بر این، قتل ذاتاً گناهی نابخشودنی و بزرگ است و منطقاً صحیح نیست که قتل سبب کسب نعمت و وسیله ای تملک اموال مقتول از رهگذر قتل او شود.^{۲۹۹} با توجه به این دلایل، در فقه و ق. م قاعده وجود دارد که تصریح می نماید: «من استعجل شیئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.»^{۳۰۰} این قاعده در ماده ۴ ق. م هم پیش بینی شده است که می گوید: «شخصی که به اکتساب حق قبل از موعدهش مبادرت ورزد، به حرمان از آن محکوم می گردد.»

ماده ۲۰۰۰ ق. م ناظر بر استحقاق ارث بین مسلمانان و غیرمسلمانان است که تفصیل آن در بخش حقوق میراث گذشت. طبق مفاد ماده ۲۰۰۰ ق. م شرط است که موصی و موصی له در وصیت واجب مسلمان باشند، زیرا طبق ماده ۲۰۰۰ ق. م مسلمان از غیرمسلمان مستحق ارث نمی شود. اما، غیرمسلمانان طبق مفاد ماده ۲۰۰۰ ق. م مستحق وصیت واجب می شوند. تطبیق این ماده بر غیرمسلمان قابل تطبیق به نظر نمی رسد زیرا به نظر نمی رسد که وصیت واجب در حقوق

۲۹۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص 7715.

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

۲۴۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

غیراسلامی وجود داشته باشد. همچنین، طبق مفاد ماده ۲۰۰۰ ق. م اختلاف دو کشور در میان مسلمان و غیر مسلمان مانع وصیت واجب نمی گردد. بنابراین، اگر موصی در کشور اسلامی و موصی له در کشور غیراسلامی و یا برعکس باشند، اختلاف دو کشور مانع وصیت واجب نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که قانون کشور بیگانه اختلاف دو کشور را از موانع وصیت واجب بشناسد. تطبیق این ماده از نظر عملی به نظر می رسد که اشکال دارد، زیرا به نظر می رسد که در حقوق غیراسلامی و ممالک غیراسلامی وصیت واجب وجود داشته باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق یکی از موانع ارث که عبارت از اختلاف دین است بر وصیت واجب است. به حیث مثال، اگر احمد یا جمیله نواسه محمود باشد و احمد و جمیله مسلمان و احمد غیرمسلمان باشد یا برعکس محمود مسلمان یا احمد و جمیله غیرمسلمان باشند، وصیت واجب میان احمد و جمیله و محمود قابل تطبیق نیست. به نظر می رسد هدف نظریه اختلاف مملکت که در نص ماده ۲۰۰۰ ق. م پیش بینی شده است بر وصیت واجب قابل تطبیق نیست. زیرا، طبق نظریه اختلاف مملکت اشخاصی که میان آنها قرابت که یکی از اسباب ارث است وجود داشته باشد از همدیگر ارث می برند. اما، در وصیت واجب صرف موصی له از موصی موصی به را می گیرد و این امر یک طرفه است نه دو طرفه.

۳) کسانی که مستحق وصیت واجبه می شوند: طبق ماده ۲۱۸۳ ق. م: «وصیت مندرج ماده (۲۱۸۲) این قانون برای اهل طبقه اول از اولاد دختری و برای اولاد پسری از اولاد ظهور گرچه مراتب آنها تنزیل نماید می باشد به ترتیبی که هر اصل فرع خود را بدون فرع دیگر محجوب گردانیده و حصه هر اصل بر فرع او تقسیم می گردد گرچه تقسیم میراث تنزیل نماید مانند آنکه اصل با اصولی که به واسطه آنها شخص به متوفی منسوب می شود بعد از او وفات نموده باشند و وفات آنها مرتب به ترتیب طبقات صورت گرفته باشد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۱۸۳ ق. م است. از نص این ماده استنباط می گردد که وصیت واجب بر دو نوع فرزندان واجب می باشد که عبارتند از: اول طبقه اول از اولاد دختر مانند: پسر دختر و دختر دختر. دوم اولاد پسر مانند: پسر پسر. عبارت «از اولاد ظهور» در این ماده زاید به نظر می رسد. همچنین، طبق نص این ماده در صورتی که مراتب اولاد تنزیل نماید هر اصل فرع خود را بدون فرع دیگر محجوب گردانیده و حصه هر اصل بر فرع او تقسیم می گردد. تنزیل در لغت به معنی فرو

فرستادن، پایین آوردن و نازل شدن است.^{۳۰۱} اصول جمع اصل است و اصل به سلف مستقیم شخص گویند که از درجه نخست (پدری و مادری) است و یا از درجات بعدی (نیاکان پدری) و یا مادری (اجداد مادری) است.^{۳۰۲} به عبارت ساده اصل پدر یا مادر شخص هر چند درجه آنها بالا برود است. فرع که جمع آن فروع است در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند^{۳۰۳} و در برابر اصول استعمال می شود. به عبارت ساده: فرع عبارت از فرزند شخص اعم از دختر و پسر هر چند درجه آنها پایین برود است. محجوب اسم فاعل از ریشه «حجب» گرفته شده است که در لغت به معنی پوشیده، بازداشته شده، در حجاب، در پرده و پنهان است. در اصطلاح حقوقی محجوب به کسی گویند که توسط شخص دیگری از ارث محروم شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود یا دختری به نام حمیده داشته باشد و سپس محمود یا حمیده وفات نماید و از محمود یا حمیده پسری به نام جمشید یا دختری به نام ذاکره وجود داشته باشد، جمشید یا ذاکره مستحق سهم محمود یا حمیده می شوند. جمشید و ذاکره در این مثال، طبقه اول اولاد دختری یا پسری احمد است. همچنین، در این مثال، هر اصل فرع خود را محجوب می نماید. به حیث مثال، اگر جمشید پسری به نام ویس داشته باشد، جمشید ویس را از ارث احمد محجوب می نماید. همچنین، اگر ذاکره دختری به نام مرضیه داشته باشد، ذاکره مرضیه را محجوب می نماید. جمشید در این مثال اصل و ویس فرع است. همچنین، ذاکره در این مثال اصل و مرضیه فرع است. در این مثال ها، هر فرع حصه اصل خویش را مستحق می شود. به حیث مثال، جمشید مستحق سهم محمود و یا ذاکره مستحق حمیده می شود. همچنین، در این مثال ها، هر فرع به متوفی از طریق اصل منسوب می شود. به حیث مثال، جمشید به احمد از طریق محمود منسوب می شود و ذاکره به احمد از طریق حمیده. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حصر اشخاصی است که مستحق وصیت واجبه شناخته می شوند.

۴) مرتبه وصیت واجبه: براساس ماده ۲۱۸۷ ق. م: «وصیت واجبه بر سایر وصایا مقدم شناخته می شود.» وصایا جمع وصیت است. طبق نص این ماده وصیت واجب بر تمام وصیت های اختیاری مقدم است. بنابراین، وصیت واجب اول باید تنفیذ شود و سپس سایر وصیت ها. به حیث

301. Ibid, (2016/8/19 (آخرین بازدید

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

انتشارات محراب فکر، صص ۳۱۳ و ۳۱۴.

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

۲۵۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

مثال، اگر احمد وفات نماید و یک نواسه پسری یا دختری داشته باشد که مستحق وصیت واجب شناخته می شوند و در عین حال احمد وصیت نموده باشد که بعد از مرگش یک سوم مالش را به جمشید بدهند، اول باید وصیت واجب احمد تنفیذ گردد و سپس وصیتی که احمد نسبت به جمشید نموده است. نص این ماده استثنای قواعد عمومی میراث به نظر می رسد. طبق قواعد عمومی میراث که تفصیل آن در بخش حقوق میراث این کتاب گذشت، در صورت وفات شخص، از ترکه اول باید مصارف تجهیز و تدفین او پرداخت شود. سپس، باید دین متوفی پرداخت شود. سپس، وصیت متوفی باید در یک سوم مال او تنفیذ شود. سپس، بقیه ترکه میان ورثه تقسیم شود. علی الاصول جایگاه وصیت واجب باید در مرحله چهارم باشد. زیرا، به نظر می رسد در وصیت واجب نواسه که پدرش در زمان حیات پدر کلانش وفات کرده است مستحق سهم پدر خویش می شود. اما، طبق نص این ماده بعد از پرداخت مصارف تجهیز و تکفین و پرداخت دین، اول باید وصیت واجب متوفی نافذ گردد، سپس وصیت اختیاری متوفی و سپس بقیه ترکه میان ورثه تقسیم شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید، تنفیذ کننده وصیت باید از ترکه احمد مصارف تجهیز و تکفین احمد را پرداخت نماید. سپس، تصفیه کننده ترکه دین احمد را باید پرداخت نمایند. سپس، تصفیه کننده ترکه وصیت احمد را در یک سوم مال احمد تنفیذ نمایند و سپس ترکه را میان ورثه احمد تقسیم نماید. اما، طبق نص این ماده در صورت وفات احمد، تصفیه کننده ترکه باید مصارف تجهیز و تکفین، پرداخت دین، تنفیذ وصیت واجب، تنفیذ وصیت اختیاری و سپس بقیه ترکه را میان ورثه احمد تقسیم نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اولویت قایل شدن به وصیت واجب و مورد حمایت قرار دادن شخص یا اشخاصی که مستحق وصیت واجب شناخته می شوند است.

۵) مقدار وصیت واجبه: طبق ماده ۲۱۸۵ ق. م: «در استحقاق وصیت واجبه، فرع از استحقاق آنچه که اصل وی به شرط حیات بعد از وفات مورث مستحق می گردید، سهم بیشتر گرفته نمی تواند. همچنین صاحب وصیت واجبه سهم بیشتری را از اشخاصی که در درجه قرابت با وی یکسان باشند مستحق شده نمی تواند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که فرع (فرزند) در صورتی که حیات باشد بیشتر از سهم اصل (پدر) که وفات نموده است گرفته نمی تواند. بنابراین، فرع همان سهم اصل را دریافت می نماید. به حیث مثال، اگر احمد

بخش چهارم / وصیت □ ۲۵۱

پسری به نام محمود داشته باشد و سپس محمود وفات نماید و از محمود پسری به نام جمشید وجود داشته باشد، جمشید مستحق سهم محمود می شود.

دوم این که: صاحب وصیت واجبه (فرزند فرزند) سهم بیشتری را از اشخاصی که در درجه قرابت با وی یکسان باشند مستحق شده نمی تواند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود سه پسر داشته باشد، یکی از پسران محمود نمی تواند نسبت به سایر پسران ادعای دریافت سهم بیشتر را نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط وصیت واجب است.

پرسش این است که در صورتی وصیت واجبه بیشتر از حصه صاحب وصیت واجب و یا کمتر از آن صورت پذیرد، تکلیف چیست و چگونه می توان این تفاوت را پرداخت کرد؟ ماده ۲۱۸۶ فقرة های ۱-۳ ق. م در این باره حکم می نماید که: «(۱) هرگاه شخصی برای کسی که وصیت با او واجب است بیشتر از حصه او وصیت نماید مقدار زاید وصیت اختیاری تلقی می شود و اگر وصیت به کمتر از حصه او صورت گرفته باشد به اندازه ای که حصه او را تکمیل نماید واجب می شود؛ (۲) اگر برای بعضی از اشخاصی که وصیت برای آنها واجب است وصیت شده و به بعضی دیگر وصیت نشود به اشخاصی که وصیت شده، به اندازه حصه او واجب می شود؛ و (۳) حصه کسی که به او وصیت نشده است و اندازه باقیمانده حصه کسانی که به آنها کمتر از حصه واجبه شان وصیت شده است از باقی ثلث پرداخته می شود و اگر ثلث تکافو نکند از ثلث و از آنچه برای وصیت اختیاری تخصیص داده شده باشد پرداخته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه شخصی برای کسی که وصیت به او واجب است بیشتر از حصه او وصیت نماید مقدار زاید وصیت اختیاری تلقی می شود و اگر وصیت به کمتر از حصه او صورت گرفته باشد به اندازه ای که حصه او را تکمیل نماید واجب می شود. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و سپس محمود وفات نماید و از محمود پسری به نام جمشید وجود داشته باشد، جمشید مستحق سهم محمود می شود. در صورتی که احمد برای جمشید بیشتر از سهم جمشید وصیت نموده باشد، جمشید سهم محمود را از طریق وصیت واجب مستحق می شود و بقیه را از طریق وصیت اختیاری. در چنین حالتی، وصیت اختیاری تابع قواعد وصیت به ورثه است. اگر وصیت به جمشید کمتر از حصه او (حصه محمود) صورت گرفته باشد، جمشید مستحق سهم و حصه محمود می شود.

۲۵۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۲- اگر برای بعضی از اشخاصی که وصیت برای آنها واجب است وصیت شده و به بعضی دیگر وصیت نشود به اشخاصی که وصیت شده، به اندازه حصه او واجب می شود. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و سپس محمود وفات نماید و از محمود پسری به نام جمشید و پسری دیگری به نام ویس وجود داشته باشد و برای جمشید وصیت شود اما برای ویس وصیت نشود، ویس مستحق سهم جمشید می شود. به عبارت دیگر: همانطور مقدار سهم را که جمشید مستحق می شود، ویس نیز مستحق می شود.

۳- حصه کسی که به او وصیت نشده است و اندازه باقیمانده حصه کسانی که به آنها کمتر از حصه واجبه شان وصیت شده است از باقی ثلث پرداخته می شود و اگر ثلث تکافو نکند از ثلث و از آنچه برای وصیت اختیاری تخصیص داده شده باشد پرداخته می شود. به حیث مثال، در مثال دوم، سهم ویس به اندازه سهم جمشید از باقی یک سوم و اگر یک سوم پرداخت سهم را تکافو و بسنده نکند از سوم مالی که در آن وصیت اختیاری صورت گرفته است پرداخته می شود. حکم مندرج فقره سوم تکمیل کننده حکم فقره های اول و دوم نص ماده ۲۱۸۶ ق. م است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی مالی است که از آن می تواند وصیت واجب تنفیذ شود و مورد حمایت قرار دادن صاحب وصیت واجب است. در خصوص این ماده رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (123):

در ماده (2186) قانون مدنی در صورتی که در جمله ورثه صغار باشند که اهلیت تبرع و اجازه را نداشته باشند چگونه اجراءات خواهد شد چه وصیت اضافه از ثلث بدون اجازه ورثه قابل تنفیذ نمی باشد.

توضیح:

هرگاه وصیت بیشتر از ثلث و یا اضافه از سهم موصی له به عمل آید صحت چنین وصیت اختیاری در حصه مازاد به اجازه ورثه کبار تعلق دارد در حصه سهام صغار نافذ شمرده نمی شود.^{۳۰۴}

۳۰۴. ____ (22- 25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص

پرسش دیگر این است که در صورتی که برای صاحب وصیت واجب، وصیت نشود تکلیف چیست؟ ماده ۲۱۸۸ ق. م در پاسخ به این پرسش می گوید که: «هرگاه برای اشخاصی که وصیت برای آنها واجب است وصیت نشده برای دیگری وصیت شود اشخاصی که وصیت برای آنها واجب است به اندازه حصه خود از ثلث باقیمانده متروکه اگر آن را پوره کند به طریقه وصیت واجبه مستحق می شوند و اگر ثلث باقیمانده حصه آنها را پوره نکند از ثلث باقیمانده و از آنچه به غیر وصیت شده حصه آنها تکمیل می گردد.» نص این ماده پیچیده است. از نص این ماده یک قاعده استنباط می گردد. طبق نص این ماده هرگاه برای اشخاصی که وصیت برای آنها واجب است وصیت نشده برای دیگری وصیت شود اشخاصی که وصیت برای آنها واجب است به اندازه حصه خود از ثلث باقیمانده متروکه اگر آن را پوره کند به طریقه وصیت واجبه مستحق میشوند و اگر ثلث باقیمانده حصه آنها را پوره نکند از ثلث باقیمانده و از آنچه به غیر وصیت شده حصه آنها تکمیل می گردد. به حیث مثال، اگر احمد دختری به نام حمیده و دختر دختری به نام مرضیه داشته باشد و حمیده در زمان احمد احمد وفات نماید و در عین حال احمد به جمشید یک مقدار مال خویش را وصیت نماید، در این صورت مرضیه سهم مادرش را از مال احمد بعد از تنفیذ وصیت اختیاری احمد برای جمشید اخذ می نماید. در صورتی که مال احمد تنفیذ وصیت واجب را برای مرضیه بسنده و تکافو ننماید، این وصیت از مال باقی و مالی که به جمشید وصیت شده است باید توسط تصفیه کننده ترکه تنفیذ گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی مالی است که از آن می تواند وصیت واجب تنفیذ شود و مورد حمایت قرار دادن صاحب وصیت واجب است.

همچنین، طبق 2189 ق. م: «در تمام احوال مندرج مواد (۲۱۸۶ ۲۱۸۷ - 2188) این قانون آنچه از وصیت اختیاری باقیمانده با مراعات احکام مربوط به وصیت اختیاری بین مستحقین مطابق به حصص آنها تقسیم می شود.» نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به مواد ۲۱۸۶ ۲۱۸۷ - 2188 ق. م است. طبق نص این ماده در حالات مندرج در مواد ۲۱۸۶ ۲۱۸۷ - 2188 ق. م که مثال های هر یک گذشت آنچه از وصیت اختیاری باقیمانده با مراعات احکام مربوط به وصیت اختیاری بین مستحقین مطابق به حصص آنها تقسیم می شود. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه تپیی وجود دارد. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده به عوض وصیت واجب وصیت اختیاری را استعمال نموده است. به نظر می رسد اصل این ماده این گونه بوده است: «در

۲۵۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

تمام احوال مندرج مواد (۲۱۸۶، ۲۱۸۷ - ۲۱۸۸) این قانون آنچه از وصیت واجب باقیمانده با مراعات احکام مربوط به وصیت اختیاری بین مستحقین مطابق به حصص آنها تقسیم می شود.». با پذیرش این تصحیح، این نتیجه به دست می آید که پس از این که وصیت موصی توسط تصفیه کننده ترکه در خصوص وصیت واجب تطبیق شود، از پول باقیمانده، وصیت اختیاری مطابق قواعد مندرج در ق. م تنفیذ می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص تقدم وصیت واجب بر وصیت های اختیاری است.

دقت در اجرای وثایق حصر وراثت، وصایت خط و رعایت وصیت واجبه متحد المال شماره (۳۹۶۲ - ۴۰۲۱) ۳ مؤرخ ۱۲/۱۲/۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

از آنجائی که در جریان ترتیب وثایق حصر وراثت و وصایت خط و نیز رسیدگی به دعاوی میراث احکام مندرج (۲۱۸۲ - ۲۱۸۹) قانون مدنی در مورد وصیت واجبه از طرف محکمه امر ضروری و عادلانه بوده مدنظر گرفته نمی شود، مقام شورای عالی ستره محکمه طی مصوبه (۸۳۵) مؤرخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ چنین هدایت فرمودند:

از آنجائی که به تطبیق، تعمیل و تنفیذ احکام مندرج قانون مدنی جمیع محاکم مکلف اند. بنابراین، ادارات ثبت اسناد و وثایق و وصایت خط و رسیدگی به دعاوی میراث مواد (۲۱۸۲) الی (۲۱۸۹) قانون مدنی را جداً مدنظر داشته به رعایت حقوق فروع اولاد متوفی که در زندگی او فوت شده اند به طور دقیق مبادرت نمایند.^{۳۰۵}

در ترتیب وثایق حصر وراثت و وصایت مستحق وصیت واجبه در نظر گرفته شود متحد المال شماره (۱۶۹۶ / ۱۷۶۶) مؤرخ ۱۹/۶/۱۳۸۹ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

به تعقیب متحد المال شماره ۳۹۶۴ الی ۴۰۲۱ مؤرخ ۱۳۸۶/۱۲/۱۲ دارالانشای شورای عالی می

نگاریم:

مقام محترم شورای عالی طی اجلاس مؤرخ ۱۳۸۹/۶/۲ قرار مصوبه ۵۶۹ هدایت ذیل را صادر کردند:

قبلاً در مورد تطبیق ماده ۲۱۸۲ قانون مدنی و مواد ما بعد آن، در مورد کیفیت و استحقاق اشخاصی که مستحق وصیت واجبه می باشند، طی مصوبه شماره ۸۳۵ مؤرخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ شورای عالی هدایت لازم صادر و ضمن متحدالمال شماره ۲۹۶۴ الی ۴۰۲۱ مؤرخ ۱۳۸۶/۱۲/۱۲ به جمیع محاکم اخبار گردیده، ولی بعد هم به مشاهده می سد که محاکم حین ترتیب وثایق حصر وراثت و وصایت مصوبه نمبر فوق را رعایت نمی نمایند. بنابراین، لازم است محاکم و ادارات ثبت اسناد و وثایق قبل از ترتیب وثایق مذکور در مورد وارثینی که عدالت می خواهند، در ضمن یک ماده را افزوده و سؤال نمایند که د بازماندگان متوفی مستحق وصیت واجبه وجود دارد یاخیر و در متن وثیقه حصر وراثت، وثیقه وصایت و حتی شاهدانی که در جریان محاکم راجع به حصر وراثت شهادت می دهند، در صورت موجودیت مستحق وصیت واجبه، آن را معرفی و در غیر آن صراحتاً در متن وثیقه و متن شهادت از عدم موجودیت مستحق وصیت واجبه تصریح صورت گیرد.

هدایت مندرج مصوبه بدینوسیله به محاکم محترم استیناف اخبار شد تا آن را به محاکم مربوط خویش تعمیم نموده مطابق به آن اجراءات به عمل آورند.^{۳۰۶}

گفتار سوم) وصیت به منافع

وصیت به منافع دو نوع است: وصیت مؤقت و وصیت مؤبد:

۱) **وصیت مؤقت:** وصیت مؤقت وصیتی است که موصی مدت انتفاع از موصی به را به زمان معینی محدود کرده باشد، مثل اینکه: موصی سکونت در خانه اش را پس از مرگ خود به مدت یک سال برای دیگری وصیت کند، یا استفاده از خانه اش را برای کسی به مدت ده سال وصیت کند. در تمام این حالات، وصیت جایز است. طبق ق. م وصیت به منفعت تابع قواعد ذیل است:

۱- طبق ماده ۲۱۵۱ فقره های اول و دوم ق. م : «(۱) هرگاه وصیت به منفعت برای شخص معین برای مدتی که آغاز و انجام آن معلوم باشد صورت گرفته باشد، شخص مذکور از منفعت موصوف در خلال همان مدت مستفید می شود. اگر میعاد مذکور قبل از وفات وصیت کننده

۳۰۶. محمد عثمان ژوبل (____). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹) - (۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۶۷۸-۶۸۱.

۲۵۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

سپری شود، وصیت کان لم یکن شمرده می شود. در صورت انقضای بعضی از مدت مذکور شخص از مدت باقیمانده استفاده کرده می تواند؛ و (۲) هرگاه مدت منفعت معین بوده مگر تاریخ آغاز آن غیر معلوم باشد مدت مذکور از تاریخ وفات وصیت کننده آغاز می گردد.». از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

- اگر موصی زمان انتفاع از عین موصی به را معین نماید، مثل اینکه بگوید: سکونت منزم را برای فلان شخص از فلان تاریخ تا فلان تاریخ وصیت می کنم، موصی له مستحق انتفاع گرفتن از منفعت موصی به در این مدت شناخته می شود. به حیث مثال، اگر حمیده بگوید احمد از منفعت خانه من از تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۸ الی تاریخ ۳۰ حوت سال ۱۳۹۸ استفاده نماید، احمد می تواند در این مدت از منفعت خانه حمیده استفاده نماید.

- اگر این مدت در زمان حیات موصی له بگذرد و موصی له از موصی به انتفاع نگیرد، با گذشت این زمان، وصیت باطل می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد الی ختم ۳۰ حوت سال ۱۳۹۸ از خانه حمیده انتفاع نگیرد، با ختم مدت وصیت به منفعت خاتمه پیدا می کند.

- در صورت انقضای بعضی از مدت، موصی له می تواند از مدت باقیمانده استفاده نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر شش ماه از وصیت حمیده بگذرد، احمد می تواند برای مدت شش ماه باقی مانده از منفعت خانه حمیده انتفاع بگیرد.

- اگر مدت انتفاع از منفعت موصی به معین باشد، مثل اینکه موصی انتفاع از منفعت موصی به را برای یک سال به موصی له بدون زمان آغاز وصیت نماید، موصی له مستحق منفعت موصی به از زمان وفات موصی شناخته می شود. ^{۳۰۷} به حیث مثال، اگر حمیده بگوید احمد می تواند برای مدت یک سال از باغ من منفعت بگیرد و زمان را به صورت دقیق تعیین نماید، در صورت وفات حمیده احمد می تواند برای مدت یک سال از منفعت باغ انتفاع بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالات انتفاع از منفعت عین موصی به است.

۳۰۷. محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۴۰ و ۱۴۱؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۵۳۰؛ و اسعد شیخ الاسلامی (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، صص 166 و 167.

۲- براساس ماده ۲۱۵۲ فقره اول ق. م: «هرگاه یکی از ورثه در طول مدت یا بعضی مدت از منفعت گرفتن بر عین، مانع شخص وصیت شده گردد به ضمان بدل منفعت مکلف می شود. مگر این که تمام ورثه به تعویض منفعت از عین به وقت دیگری مساوی به مدت وصیت شده موافقه نمایند.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که در صورتی که یکی از ورثه مانع انتفاع گرفتن از عین توسط موصی له در زمان تعیین شده شود، قانونگذار مدنی دو حالت را پیش بینی نموده است: نخست این که ورثه ای که مانع انتفاع گرفتن از عین شده است جبران خسارت را به موصی له بپردازد. جبران خسارت در این حالت بدل منفعت است. به حیث مثال، اگر موصی به انتفاع از خانه برای مدت شش ماه باشد، ورثه باید کرایه شش ماهه را به موصی له به عنوان جبران خسارت بپردازد. به نظر می رسد چنین خسارتی، خسارت ناشی از مسؤلیت مدنی غیرقراردادی است. ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن است. همچنین، ضمان در لغت به معنی توان و جبران خسارت است.^{۳۰۸} به حیث مثال، اگر احمد برای حمیده وصیت نماید تا حمیده برای مدت شش ماه از خانه احمد منفعت بگیرد و جمشید و حمید ورثه های احمد مانع انتفاع حمیده از خانه شوند، جمشید و حمید مکلف اند جبران خسارت منفعت را به حمیده پرداخت نمایند. دوم اینکه تمام ورثه موافقه نمایند که موصی له بتواند از منفعت عین موصی به در زمان دیگر که مساوی به زمان تعیین شده در وصیت باشد، انتفاع بگیرد. در این صورت جبران خسارت منتفی می گردد. به حیث مثال، در مثال بالا، جمشید و حمید با حمیده توافق نمایند که دو سال بعد حمیده می تواند از خانه برای مدت شش ماه انتفاع بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتفاع از منفعت عین موصی به است.

۳- براساس ماده ۲۱۵۲ فقره دوم ق. م: «اگر ممانعت از طرف عموم ورثه صورت گیرد شخصی که به وی وصیت شده بین انتفاع از عین در مدت دیگری و تضمین بدل منفعت مختار می باشد.» طبق نص این ماده اگر ممانعت از طرف تمام ورثه موصی صورت گیرد، موصی له می تواند از منفعت عین موصی به در زمان دیگر استفاده نماید و یا جبران خسارت را از تمام ورثه اخذ نماید. بنابراین، طبق نص این ماده موصی له دو انتخاب دارد: گرفتن جبران خسارت منفعت و یا تضمین و گرفتن انتفاع از عین موصی به در زمان دیگر. تضمین در لغت به معنی ضمانت کردن و ضامن شدن

است. در اصطلاح حقوق مدنی، به ضمانت کردن دینی و یا تعهدی از سوی کسی غیر از متعهد و یا در مواردی با سپردن مال و یا وجهی از سوی متعهد تضمین گویند.^{۳۰۹} مختار در لغت به معنی دارای اختیار و صاحب اختیار است.^{۳۱۰} به حیث مثال، اگر حمیده وصیت نماید تا مرضیه برای مدت شش ماه از آپارتمان حمیده استفاده نماید و همه ورثه حمیده مانع انتفاع مرضیه از منفعت عین موصی به شود، مرضیه میان انتفاع گرفتن از منفعت آپارتمان در وقت دیگر یا گرفتن تضمین از ورثه حمیده اختیار دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن موصی له است.

۴- طبق ماده ۲۱۵۲ فقره سوم ق. م: «هرگاه ممانعت از منفعت از جانب وصیت کننده به سبب عذری باشد که بین انتفاع از عین و شخصی که به او وصیت شده است حایل واقع گردد تعویض آن به مدت دیگری بعد از رفع مانع حتمی است.» طبق نص این ماده در صورتی که منع از طرف موصی به سبب عذری صورت گرفته باشد. به طور مثال، موصی منفعت عین موصی به را برای مدت معین به اجاره داده باشد و مدت مذکور منقضی نگردیده باشد و قبل از انتهاء مدت اجاره موصی فوت نموده باشد، موصی له مستحق انتفاع از منفعت عین موصی به در وقت دیگر شناخته می شود. هرگاه نسبت به انتفاع از منفعت عین موصی به، از طرف ورثه ممانعت صورت نگرفته باشد و مدت انتفاع از منفعت عین موصی به منتهی شود، ورثه موصی مکلف به تضمین بدل نمی باشند، زیرا موصی به نزد آنها حیثیت امانت را دارد و در صورتی که امانت بدون تعدی و تفریط از بین برود قابل ضمانت نمی باشد.^{۳۱۱} به حیث مثال، اگر حمیده وصیت نماید تا مرضیه برای مدت یک سال از باغ حمیده استفاده نماید اما باغ نزد جمشید به اجاره باشد و مدت عقد اجاره خاتمه نیافته باشد، ورثه حمیده مکلف است تعویض آن را به مرضیه پرداخت نمایند. تعویض استفاده از باغ برای مدت یک سال این است که بعد از این که مدت عقد اجاره منتهی شود، ورثه حمیده اجازه بدهند مرضیه از باغ برای مدت یک سال انتفاع بگیرد یا جبران خسارت آن را پرداخت نمایند. به نظر می رسد هدف

۳۰۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۹۳.

310. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۳۱۱. در این باره ر. ک: محمد یوسف موسی (___). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۴۲ - ۱۴۳؛ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۵۳۰ و ۷۵۳۱.

قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتفاع از عین موصی به و مورد حمایت قرار دادن موصی له است.

۲) **وصیت مؤبد:** وصیت مؤبد عبارت از وصیتی است که موصی انتفاع از موصی به را به طور دائم قرار دهد، مثلاً: موصی بگوید: میوه باغم را برای همیشه برای فلانی وصیت کردم. این وصیت صحیح است.^{۳۱۲} طبق ق. م وصیت مؤبد تابع قواعد ذیل است:

۱- طبق ماده ۲۱۵۳ فقره اول ق. م: «هرگاه وصیت به منفعت برای قومی که تحت حصر آمده نتوانند و انقطاع ایشان متصور نباشد و یا به یکی از طرق خیریه صورت بگیرد، وصیت شدگان موصوف به صورت دایمی از منفعت آن مستفید می شوند.» طبق نص این ماده در صورتی که وصیت به منفعت برای قومی که تحت حصر آمده نتوانند و انقطاع ایشان ناممکن باشد، صورت گرفته باشد، این قوم و یا گروه می توانند به دلیل عدم انقطاع نسل از عین موصی به، به صورت دائم انتفاع بگیرند. حصر در لغت به معنی در حصار آوردن، احاطه کردن و دور چیزی را گرفتن کردن است.^{۳۱۳} به نظر می رسد قانونگذار مدنی حصر را در معنی تحدید شده (محدود) استعمال نموده است. انقطاع در لغت به معنی قطع شدن، بریده شدن و گسستن است.^{۳۱۴} همچنین، در صورتی که وصیت به امور خیریه مانند مکتب، شفاخانه، مسجد و نظیر اینها صورت بگیرد، موصی لهم می توانند به صورت دائم از منفعت عین موصی به نفع بگیرند. به حیث مثال، اگر حمیده وصیت نماید که از میوه درختان باغ من، قوم من و شاگردان مکتب یا مدرسه می توانند برای همیشه استفاده نمایند، قوم و خویش حمیده و شاگردان مکتب و مدرسه می توانند برای همیشه از میوه درختان باغ حمیده استفاده نمایند. در این مثال، قوم حمیده تحت حصر آمده نمی تواند زیرا احصای همه قوم و خویش حمیده مشکل و انقطاع آنها متصور نیست. شاگردان مکتب و مدرسه در این مثال مصداق طریقه های خیریه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وصیت به منفعت به صورت دائم است.

- براساس ماده ۲۱۵۳ فقره دوم ق. م: «اگر وصیت به منفعت طور دایمی و یا مؤقت برای یک قوم بدون حصر صورت گیرد که انقطاع آن متصور باشد استحقاق انتفاع وصیت شده گان الی زمان

۳۱۲. اسعد شیخ الاسلامی (۱۳۸۴). احوال شخصی در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران:

سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، صص ۱۶۷ و ۱۶۸.

۳۱۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۵۲۵.

۳۱۴. همان، حسن عمید، ص ۲۱۰.

۲۶۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

انقراض آنها ادامه می یابد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اگر وصیت به منفعت طور دائمی و یا مؤقت برای یک قوم بدون حصر صورت گیرد که انقطاع آن متصور باشد استحقاق انتفاع وصیت شده گان الی زمان انقراض آنها ادامه می یابد. تعریف حصر در بالا گذشت. انقطاع در لغت به معنی قطع شدن و بریده شدن است. انقراض در لغت به معنی نابود شدن و از بین رفتن است.^{۳۱۵} به حیث مثال، اگر حمیده وصیت نماید که از میوه درختان باغ من، قوم من می توانند برای همیشه یا طور مؤقت استفاده نمایند، قوم و خویش حمیده می توانند تا زمانی که زنده هستند و منقرض نشده اند از میوه باغ حمیده استفاده نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وصیت به منفعت به صورت دائم و مؤقت برای یک قوم غیر محصور است. نص این ماده از فقه گرفته شده است، زیرا به موجب فقه اگر وصیت به منفعت برای مدت معین برای قوم یا جهتی که انقطاع آن متصور باشد صورت گرفته باشد، موصی لهم می توانند در مدت معینه از منفعت عین موصی به انتفاع بگیرند که در این صورت رقبه موصی به، در ملکیت ورثه موصی باقی مانده و بعد از انقراض قوم مذکور یا انتهای مدت معین منفعت عین موصی به، دوباره به ملک ورثه منتقل می شود.^{۳۱۶}

- وفق ماده ۲۱۵۳ فقرة سوم ق. م: «(۳) اگر وصیت برای مدت معلوم بوده باشد و تاریخ آغاز و انجام آن توضیح شده باشد یا نباشد احکام مواد (۲۱۵۱ و ۲۱۵۲) این قانون قابل رعایت می باشد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۲۱۵۱ و ۲۱۵۲ ق. م است. طبق نص این ماده هرگاه وصیت برای مدت معلوم برای شخصی صورت گرفته باشد و مدت تاریخ آغاز انتفاع از عین موصی به معلوم و یا مجهول باشد، موصی له مستحق انتفاع از عین موصی به می شود. در صورت ممانعت ورثه از انتفاع از عین موصی به، مواد ۲۱۵۱ و ۲۱۵۲ ق. م قابل رعایت است که تفصیلاً آن فوقاً گذشت.

- براساس ماده ۲۱۴۵ ق. م: «هرگاه وصیت به منفعت برای مدت معین و برای یک قوم معین و بعداً به کسانی که قایم مقام آنها می گردند صورت گیرد و انقطاع قوم مذکور متصور نباشد یا برای یکی از طرق خیریه وصیت شود مگر در خلال ۳۳ سال از تاریخ وفات وصیت کننده یا در خلال مدت معینه انتفاع هیچ یک از افراد تعیین شده، موجود نگردند یا در خلال مدت مذکور موجود شده

315. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

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

و قبل از انتهای مدت منقوض گردند منفعت در تمام این مدت و یا بعض آن حسب احوال بر جهتی که نفع آن در طُرق خیر عامتر باشد تعلق می گیرد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که هرگاه منفعت برای مدت معین برای قوم معین و بعداً برای قایم مقام آنها صورت گرفته باشد و در خلال ۳۳ سال بعد از وفات موصی هیچ یک از افراد این قوم و قایم مقام آنها جهت انتفاع از منفعت موصی به موجود نگردند و یا موجود گردند و در این مدت از بین بروند، منفعت عین موصی به جهتی که نفع آن در طُرق خیر عامتر باشد تعلق می گیرد. عبارت «جهتی که نفع آن در طُرق خیر عامتر باشد تعلق می گیرد» عام به نظر می رسد و شامل هر جهتی می شود که نفع آن به عموم مردم برسد. به حیث مثال، اگر احمد برای قوم خویش و قایم مقام قوم خویش یا شاگردان مکتب و مدرسه میوه های باغ خویش را برای مدت ده سال وصیت نماید و انقطاع افراد قوم احمد و شاگردان مکتب و مدرسه متصور نباشد، اما در خلال مدت ۳۳ سال از تاریخ وفات احمد یا در مدت ده سالی که وصیت به منفعت صورت گرفته است هیچ یک از افراد قوم و خویش احمد و شاگردان مکتب و مدرسه موجود نگردند، منفعت عین موصی به در جهتی امور خیریه عامتر، به حیث مثال، دارالایتام، مراکز اصلاح و تربیه اطفال و نظیر اینها می تواند مورد استفاده قرار بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وصیت به منفعت است.

۳) **چگونگی ارزیابی منفعت:** طبق ماده ۲۱۶۳ ق. م فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه وصیت به تمام منافع عین یا بعضی آن به صورت مؤبد یا مطلق یا طول مدت حیات شخصی که به وی وصیت می شود یا برای مدت اضافه از ده سال صورت گیرد، قیمت تمام یا بعضی منافع عین وصیت شده سنجش می شود؛ و (۲) اگر وصیت برای مدت کمتر از ده سال صورت گرفته باشد به اندازه قیمت منفعت عین وصیت شده به اعتبار ارزش منفعت مذکور در خلال همان مدت سنجیده می شود.» نص این ماده بسیار پیچیده و فهمیده آن مشکل است. به نظر می رسد از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه وصیت به تمام منافع عین یا بعضی آن به صورت مؤبد یا مطلق یا طول مدت حیات شخصی که به وی وصیت می شود یا برای مدت اضافه از ده سال صورت گیرد، قیمت تمام یا بعضی منافع عین وصیت شده سنجش می شود. به حیث مثال، اگر سی جریب زمین داشته باشد و ده جریب زمین خویش به صورت دائمی و مطلق به محمود وصیت نماید، یا ده منفعت ده جریب زمین را برای مدت حیات محمود برای محمود وصیت نماید، یا ده جریب زمین یا منفعت ده جریب

۲۶۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

زمین را برای مدت ده سال به محمود وصیت نماید، قیمت ده جریب زمین یا منفعت ده جریب زمین باید توسط تصفیه کننده ترکه و تنفیذ کننده وصیت سنجش شود.

۲- اگر وصیت برای مدت کمتر از ده سال صورت گرفته باشد به اندازه قیمت منفعت عین وصیت شده به اعتبار ارزش منفعت مذکور در خلال همان مدت سنجیده می شود. به حیث مثال، اگر احمد منفعت ده جریب زمین خویش را به محمود برای مدت هشت سال وصیت نماید، قیمت منفعت زمین برای مدت هشت سال باید توسط تصفیه کننده ترکه یا تنفیذ کننده وصیت سنجش شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم و ملاک سنجش قیمت عین یا منفعت عین موصی به است. نص این زمینه تطبیق مواد ق. م را که در بالا تفصیل آنها گذشت مساعد می نماید. زیرا، در صورت ایجاد مانع توسط ورثه موصی، موصی له مستحق جبران خسارت شناخته می شود و جبران خسارت مطابق نص ماده ۲۱۶۳ ق. م می تواند تعیین شود.

همچنین، طبق ماده ۲۱۶۴ ق. م: «هرگاه وصیت به حقی از حقوق عین راجع باشد ارزش آن به اساس فرق بین قیمت عین با حقوق و قیمت آن بدون حقوق وصیت شده تثبیت می شود.» نص این ماده پیچیده و قابل فهم به نظر نمی رسد. به نظر می رسد در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اگر وصیت به حقی از حق های مربوط به عین صورت گیرد، برای ارزش آن دو روش در نص این ماده وجود دارد. نخست این که ارزش حق به اساس فرق بین قیمت عین با حقوق تثبیت شود. دوم این که ارزش حق آبیاری بدون زمین تثبیت گردد. به حیث مثال، اگر احمد حق شرب (حق آبیاری) زمین خویش را برای محمود برای مدت شش ماه وصیت نماید، ارزش حق آبیاری یک بار با زمین و بار دوم بدون زمین باید تثبیت شود. به نظر می رسد در این صورت و با پذیرش این مثال نص این ماده فاقد ارزش عملی است. بنابراین، قابل توصیه است نص این ماده از ق. م حذف گردد.^{۳۱۷}

۴) **تصرف در عین مالی که منفعت آن وصیت شده است:** براساس ماده ۲۱۶۱ ق. م: «ورثه وصیت کننده می توانند حصه خود را از عین با منفعت آن بدون اجازه شخصی که به او وصیت شده است بفروشند.» طبق نص این ماده ورثه موصی له می توانند حصه خویش را بدون اجاره موصی له به فروش رسانند، زیرا ورثه موصی له در عین و یا منفعت حصه خویش تصرف می نمایند و این

۳۱۷. برای مطالعه مثال دیگر این ماده نک: یادگار راجی (____). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد (۴)، (____)، (____)، ص ۱۲۴.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۶۳

تصرف به دلیل عدم تعلق حق غیر نافذ است. این تصرف امکان دارد فروش عین و منفعت باشد، مانند فروش زمینی که سهم ورثه موصی له است و یا صرف فروش منفعت باشد مانند اجاره زمینی که سهم ورثه موصی له است. به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین داشته باشد و ده جریب آن را برای حمیده وصیت نماید، ورثه احمد می توانند بیست جریب زمین سهم خویش را بدون اجازه حمیده به فروش رسانند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز فروش حصه ورثه موصی له است.

۵) مصارف و مالیات عینی که منفعت آن وصیت شده است: براساس ماده ۲۱۵۹ ق. م: «هرگاه منفعت عین به یکی و خود عین به دیگری وصیت شده باشد تکالیف مالیات عین مذکور و چیزی که برای حصول منفعت از آن لازم شمرده می شود بر شخصی می باشد که وصیت منفعت برای او شده است.» طبق نص این ماده در صورتی که موصی عین موصی له را به یک شخص و منفعت آن را به شخص دیگر وصیت کرده باشد مانند این که موصی وصیت کرده باشد که عین موصی له برای طول حیات به شخص «الف» تعلق بگیرد و منفعت آن برای مدت ده سال برای شخص «ب» تعلق بگیرد، مصارف مربوط به مالیات بر عهده موصی له ای است که مالک منفعت موصی له است. به حیث مثال، اگر موصی به دوکان باشد، مصارف مالیات آن را باید موصی له ای که منفعت به او وصیت شده است بپردازد. به طور مثال، اگر احمد رقبه یا ذات دوکان خویش را برای حمیده و منفعت آن را برای ده سال به مرضیه وصیت نماید، مرضیه مکلف است مالیات مربوط به دوکان را به دولت پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز ذات یا رقبه عین موصی له به شخص و منفعت عین موصی له به شخص دیگر و پیش بینی حکم پرداخت مالیات آن است.

۶) طرق انتفاع گرفتن از منفعت: براساس ماده ۲۱۵۵ ق. م: «هرگاه عینی که به منفعت آن وصیت شده احتمال انتفاع و بهره برداری را به غیر از طریقی که وصیت شده داشته باشد شخصی که به وی وصیت شده است می تواند از آن به طریق مطلوب استفاده نماید مشروط بر اینکه از این ناحیه به عین مذکور ضرری عاید نگردد.» طبق نص این ماده هرگاه عینی که به منفعت آن وصیت شده باشد، امکان انتفاع و بهره برداری را علاوه بر طریقی که موصی معین نموده است داشته باشد، موصی له می تواند به نحو مطلوب از آن استفاده نماید. بنابراین، اگر وصیت مقید به نوع خاص استعمال نباشد موصی له می تواند به نحو مطلوب طوری که بخواهد از موصی له منتفع شود. اما به

۲۶۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

شرط این که ضرری به عین موصی به وارد نگردد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که موصی مکلف است قیود موصی له را در استفاده از عین رعایت نماید. علاوه بر این، موصی له می تواند به نحو مطلوب مشروط بر این که به عین موصی به ضرر وارد نشود از آن استفاده نماید. به حیث مثال، اگر احمد وصیت نموده باشد که محمود می تواند خود در خانه موصی به سکونت نماید، محمود علاوه بر سکونت می تواند خانه را به شخص سوم به کرایه دهد مشروط بر این که به خانه ضرری وارد نشود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتفاع گرفتن از منفعت عین موصی به است.

۷) کیفیت استیفای منفعت مشترک: طبق ماده ۲۱۵۸ ق. م: «حصول منفعت به اساس تقسیم غله یا ثمره بین ورثه و شخصی که به وی وصیت شده به تناسب حصه هر یک رعایت می گردد یا از لحاظ تقسیم زمان و مکان یا از طریق تقسیم عین صورت می گیرد مشروط بر اینکه عین مذکور بدون الحاق ضرر قابل قسمت باشد.» طبق نص این ماده نفع گرفتن از عین موصی به از سه طریق صورت می گیرد:

۱- تقسیم غله و ثمره عین موصی به بین ورثه و موصی له به تناسب حصه هر یک. غله عبارت از حاصل زراعت است که از زمین برداشت می شود از قبیل جو و گندم و ارزن و برنج و امثال اینها که غلات و غلال جمع آن است.^{۳۱۸} ثمره در نص ماده ۲۱۵۸ مترادف غله استعمال شده است. به حیث مثال، اگر احمد باغ یا زمین داشته باشد و میوه باغ حاصل زمین را به محمود وصیت نماید، میوه باغ و حاصلات زمین به تناسب سهم ورثه احمد و محمود میان آنها تقسیم می شود.

۲- حصول منفعت بر اساس تقسیم زمانی و مکانی منفعت عین موصی به. تقسیم منافع زمانی عبارت از تقسیمی است که در آن هر یک از شرکاء با تفاوت زمانی از جمیع عین مشترکه در فاصله زمانی معین و برابر و یا به نسبت سهم استفاده کند، مانند اینکه: دو شریک در مورد زراعت زمین مشترکه هر یک برای مدت یک سال، یا سکونت در خانه به صورت متناوب برای یک سال، یا استعمال کتاب برای یک هفته موافقت نمایند به ترتیبی که سال اول یکی از شرکاء زمین را زرع نماید و سال دوم شریک دیگر، یا سال اول یکی از شرکاء از سکونت خانه مشترکه استفاده نماید و سال دیگر شریک دیگر و یا هفته اول یک شریک از منفعت کتاب استفاده نماید و هفته دیگر شریک دیگر. تقسیم منافع مکانی عبارت از تقسیمی است که در آن هر یک از شرکاء به نسبت سهم

بخش چهارم / وصیت □ ۲۶۵

خویش از بخشی از مال منتفع می شود. بنابراین، در مهیایات مکانی انتفاع گرفتن از مال مشترک در زمان واحد صورت می پذیرد. مانند اینکه: یک شریک از بخشی و شریک دیگر از بخش دیگر خانه مشترک انتفاع بگیرند.^{۳۱۹} به حیث مثال، اگر احمد یک سوم باغ خویش را به محمود وصیت نماید، ورثه احمد و محمود می توانند براساس تناوب زمانی و مکانی از عین موصی به استفاده نمایند. به حیث مثال، ورثه احمد با محمود توافق نمایند که یک سال محمود از باغ انتفاع بگیرد و سال دوم ورثه احمد. همچنین، ورثه احمد می تواند با محمود توافق نمایند که از یک قسمت باغ محمود انتفاع بگیرد و از قسمت دیگر ورثه احمد.

۳- اینکه عین موصی به میان ورثه موصی و موصی به تناسب حصه آنها تقسیم شود. در تقسیم عین شرط است که عین قابل تقسیم باشد و در صورت تقسیم ضرر به آن ملحق نشود. الحاق از ریشه لحق است که به معنی پیوستن است. به حیث مثال، اگر احمد پانزده جریب زمین داشته باشد و پنج جریب آن را به محمود وصیت نماید و احمد دارای یک پسر و یک دختر باشد، در این صورت محمود مستحق پنج جریب زمین و ورثه های احمد مستحق ده جریب زمین می شوند. نص فقره سوم این ماده توجیه پذیر نیست و محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، مجموع مال موصی میان ورثه و موصی له تقسیم می شود نه عین موصی به. زیرا، موصی له مستحق عین موصی به شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تقسیم مال میان موصی له و ورثه موصی است.

۸) **انتهای وصیت به منفعت:** طبق ماده ۲۱۶۰ ق. م: «وصیت به منفعت با وفات شخصی که به وی وصیت شده قبل از حصول تمام یا بعضی منفعت وصیت شده و به خریدن عین مذکور از طرف شخصی که به منفعت آن برای او وصیت شده و به اسقاط حق برای ورثه به مقابل عوض یا بدون عوض و همچنین به استحقاق بردن عین ساقط می گردد.» طبق نص این ماده وصیت به منفعت در حالات ذیل ساقط می گردد:

۱- به وفات موصی له قبل از استیفاء از منفعت موصی به کلاً یا قسماً زیرا منافع در وصیت به میراث برده نمی شود و با وفات موصی له خاتمه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد میوه های باغ

۳۱۹. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۷۷۸-۴۷۸۲؛ ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۲۵۴-۲۵۶؛ و عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۸)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۱۶-۸۲۱.

خویش را به حمیده وصیت نماید و حمیده قبل از این که از میوه های باغ انتفاع بگیرد، وفات نماید، وصیت به منفعت خاتمه پیدا می کند.

۲- به خریدن موصی له عینی را که به او منفعت آن وصیت شده است. به عبارت دیگر: در صورتی که موصی له عینی را که منفعت آن به او وصیت شده است بخرد، وصیت به منفعت خاتمه می یابد، زیرا خریدار (موصی له) علاوه بر منفعت مالک رقبه نیز می گردد و ملکیت وی کامل می گردد. به حیث مثال، اگر احمد میوه های باغ خویش را به حمیده وصیت نماید و حمیده باغ را خریداری نماید، حمیده مالک اصل مال و به تبع آن مالک منفعت آن می گردد و وصیت به منفعت خاتمه پیدا می نماید.

۳- به تنازل موصی له از حقیقت به ورثه موصی در مقابل عوض یا بدون عوض. به عبارت دیگر: در صورتی که موصی له حق استفاده از منفعت موصی به را به نفع ورثه در برابر عوض و یا بدون عوض ساقط نماید، وصیت به منفعت خاتمه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد میوه های باغ خویش را به حمیده وصیت نماید و حمیده میوه های باغ را به نفع ورثه ساقط نماید، وصیت به منفعت خاتمه پیدا می نماید.

۴- به استحقاق بردن عین توسط شخص ثالث به گونه ای که تفصیل آن در مبحث مَبطلات وصیت گذشت زیرا عین مربوط موصی و منفعت آن مملوکه او تلقی نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد میوه های باغ خویش را به حمیده وصیت نماید و جمشید در خصوص باغ اقامه دعوی نماید و باغ را به استحقاق برد، وصیت به منفعت خاتمه پیدا می نماید.

گفتار چهارم) وصیت به تصرف در عین

طبق ماده ۲۱۵۷ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه وصیت به فروش یا اجاره عین در مدت معین و به اجوره مسمی برای وصیت شده صورت گرفته باشد و ثمن یا اجرت مذکور از مقدار ثمن مثل به غبن فاحش که از ثلث حاصل شده بتواند یا غبن بسیط باشد، وصیت نافذ می گردد؛ و (۲) هرگاه غبن فاحش از حدود ثلث متجاوز باشد وصیت بدون اجازه ورثه در مقدار زاید نافذ نمی گردد مگر اینکه شخصی که به وی وصیت شده تفاوت زیادت را بپردازد.» نص این ماده بسیار پیچیده و فهم آن مشکل است. به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که هرگاه وصیت به فروش یا اجاره عین در مدت معین و به اجوره مسمی برای وصیت شده صورت گرفته باشد و ثمن یا اجرت مذکور از مقدار ثمن مثل به غبن فاحش که از

بخش چهارم / وصیت □ ۲۶۷

ثلث حاصل شده بتواند یا غبن بسیط باشد، وصیت نافذ می‌گردد. به نظر می‌رسد نص این ماده ناظر بر وصیت عهدی است نه تملیکی. مسمی اسم مفعول از ریشه «سمو» گرفته شده است که در لغت به معنی نامیده شده، خوانده شده، معلوم و معین است. در فقه به هر امری که از پیش مقرر و معلوم شده باشد «مسمی» می‌گویند^{۳۲۰} ثمن در لغت به معنی بها و قیمت است.^{۳۲۱} در مفهوم مصطلح، ثمن مترادف پول است. ماده ۱۵۲ مجله الاحکام در تعریف ثمن می‌گوید: «ثمن آن است که در بدل مبیع واقع گردد و به ذمه شخص تعلق گیرد». مثل در لغت به معنی نظیر، مانند و شبیه است. به نظر می‌رسد در اصطلاح حقوقی ثمن مثل عبارت از ثمن مطابق نرخ روز و عرف است. غبن به معنای کاستی، نقص، خدعه و زیان زدن است.^{۳۲۲} ماده ۵۷۱ ق. م غبن فاحش آن است که میان قیمت اصلی مبیع و قیمتی که مبیع به فروش رسیده است بیشتر از پانزده فیصد باشد. اما، غبن غیر فاحش یا بسیط آن است که میان قیمت اصلی مبیع و قیمتی که مبیع به فروش رسیده است کمتر از پانزده فیصد باشد.

ارایه مثال عملی برای نص این ماده بسیار مشکل است. مثال‌های را که برخی نویسندگان در خصوص این ماده ارایه نموده‌اند بسیار روشن نیست.^{۳۲۳} نظریات فقهاء که نص این ماده مقتبس از آن است نیز قابل فهم به نظر نمی‌رسند. به حیث مثال، فقها بر این نظر اند که گاهی انسان به بیع بعضی از ترکه و یا اجاره بعضی عقارات خویش وصیت می‌نماید، در صورتی که ثمن مسمی و بدل اجاره به اندازه ثمن مثل و اجرت مثل و یا کمتر از مثل به مقداری که از حدود ثلث خارج شود و یا از ثلث ترکه زیاده بسیر گردد که در عرف قابل تسامح باشد، وصیت بدون توقف به اجازه ورثه نافذ می‌شود. زیرا، در چنین وصیت ضرری متوجه آنها نمی‌شود. اما، اگر نقص زیاده از ثلث ترکه باشد، که همان غبن فاحش است، تنفیذ وصیت متوقف به اجازه ورثه است مادام که موصی له دفع اندازه

۳۲۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران:

انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۳۸.

۳۲۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۷۷۴.

۳۲۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۶۵۳؛ و هبة الزحیلی (___). الفقه

الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۷۲؛ و ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة

الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۳۸.

۳۲۳. به حیث مثال، نک: یادگار راجی (___). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد (۴)، (___)، (___)،

ص ۱۲۱.

۲۶۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

زاید بر ثلث را قبول ننماید. بنابراین، اگر ورثه اجازه اعطاء نمایند و یا موصی له قدر زاید از ثلث را به ورثه دفع نماید، وصیت نافذ و در غیر آن باطل می گردد.^{۳۲۴}

گفتار پنجم) وصیت به قرض دادن

طبق ماده ۲۱۱۵ ق. م: «وصیت به قرض دادن اندازه معین مال به شخصی که به او وصیت می شود صحت داشته و در مقدار مازاد از ثلث متروکه بدون اجازه ورثه هنگام وفات وصیت کننده که به سن رشد رسیده باشند، تنفیذ شده نمی تواند.» طبق نص این ماده وصیت به منظور قرض دادن مقدار معینی از ترکه به موصی له صحیح است مشروط بر اینکه بیشتر از ثلث نباشد و در صورت تجاوز از ثلث باید با اجازه ورثه صورت پذیرد. جواز این نوع وصیت به این دلیل است که قرض دادن می تواند محل تعاقب در زمان حیات موصی قرار بگیرد. عدم نفاذ آن نسبت به مقدار زاید بر ثلث نیز به این علت است که ورثه پس از وفات مؤثر، حق استفاده از دو ثلث ترکه او را دارند. بنابراین، میزان زاید بر ثلث به صورت قرض به موصی له باید متوقف بر اجازه ورثه باشد.^{۳۲۵} به حیث مثال، اگر احمد پانزده لک افغانی داشته باشد و پنج لک آن را بخواهد به محمود وصیت نماید، اما در عین زمان احمد به ورثه اش وصیت نماید که به محمود یک مقدار پول قرض بدهند، این وصیت صحیح است. اما، اگر وصیت به قرض دادن به محمود در بیشتر از یک سوم پانزده لک افغانی باشد، وصیت صحیح است اما نفاذ آن منوط بر اجازه ورثه ای که در وقت وفات احمد به سن رشد (هجده سال مکمل هجری شمسی) رسیده اند است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز وصیت به قرض دادن به موصی له است.

گفتار ششم) وصیت به منفعت عین مستأجره

طبق ماده ۲۱۱۴ فقره دوم ق. م: «(۲) وصیت به منافع اعیان اجاره داده شده، گرچه بعد از وفات مستأجر باشد صحت دارد.» اعیان جمع عین است. تعریف و مصادیق عین در فصل اول این کتاب گذشت. طبق ماده ۲۱۰ مجله الاحکام: «مستأجر به کسر میم کسی است که اجاره کند.»

۳۲۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۵۳۳.

۳۲۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، ص ۷۵۳۵؛ و اسعد شیخ الاسلامی (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، ص ۱۷۵.

طبق نص ماده ۲۱۱۴ فقره ۲ ق. م وصیت به منافع اموالی که به اجاره داده شده است صحیح است. در چنین حالتی، تفاوت نمی کند که اجاره گیرنده زنده باشد و یا وفات نموده باشد. به نظر می رسد وصیت موصی نسبت به عین مستأجره خالی از دو حالت نیست: اول این که موصی منفعت عین مستأجره را به مستأجر وصیت نماید. در این صورت، مستأجر می تواند بدون عوض از منفعت عین مستأجره نفع بگیرد. دوم این موصی منفعت عین مستأجره را به شخص ثالث وصیت نماید. در این صورت، به نظر می رسد تا زمانی که عقد اجاره خاتمه نیابد، موصی له نمی تواند از منفعت عین موصی به استفاده نماید مگر این که عقد اجاره خاتمه پیدا نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین داشته باشد و زمین ها را به محمود به اجاره بدهد و سپس منافع زمین ها را به جمشید وصیت نماید، این وصیت صحت دارد. در این صورت، زمانی که مدت عقد اجاره خاتمه پیدا نماید، جمشید می تواند از منافع زمین ها انتفاع بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز وصیت به منفعت عین مستأجره است.

گفتار هفتم) وصیت به حق هایی که توسط ارث انتقال می یابد

براساس ماده ۲۱۱۴ فقره اول ق. م: «وصیت به حقوقی که توسط ارث انتقال می باید صحت دارد». نص این ماده مجمل است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده از صحت وصیت به حق هایی که توسط ارث انتقال می نماید سخن می گوید، اما این که کدام حق ها توسط ارث به ورثه منتقل می شوند و کدام حق ها به ورثه منتقل نمی شوند، سکوت اختیار نموده است که محل ایراد داست. در فقه به اتفاق آرای فقهاء، حقوقی که هدف از آن توثق (وفا به عهد و پیمان) است، مانند: حبس مال مرهونه جهت اداء دین، حبس مبیعه توسط مشتری جهت استیفاء ثمن و حق کفالت در برابر دین و غیره، قابل توارث است چراکه اینها از زمره حقوق لازم و مؤکده است. همچنین، به اتفاق نظر همه فقهاء حقوق مالی، مانند: عقار، منقول، نقد، دین، دیه و غیره و حقوق ارتفاق از قبیل: حقه، حق مرور و حق مسیل نیز قابل توارث می باشد، زیرا حقوق مذکور تابع زمین است. به همین ترتیب، فقهاء در باره ارث خیار تعیین و خیار عیب اتفاق نظر دارند. اما، فقهاء در رابطه به توارث حقوق و منافع اختلاف نظر دارند: فقهای حنفی به این عقیده اند که حقوق و منافع مال تلقی نمی گردد. بنابراین، توارث در آن جاری نمی شود، زیرا ارث در مال موجود یعنی اعیان جاری می شود. همچنین، در رابطه به توارث دیون فقهای حنفی به این نظر اند که تا زمانی که دین بر ذمه مدیون ثابت است مال تلقی نمی گردد، زیرا آن وصفی است که مدیون به آن متصف شده است که

قبض آن حقیقتاً متصور نیست و داین آنچه معادل دین است از مدیون قبض می نماید. باوصف این، دین به عقیده فقهای حنفیه قابل توارث است، زیرا مال حکمی تلقی می گردد که در سرمایه مدیون موجود می باشد. برعکس، فقهای غیرحنفی به این نظر اند که حقوق، منافع و دیون قابل توارث است، زیرا حقوق، منافع و دیون، به نظر جمهور فقهاء مال تلقی می گردد. اما، تمام حقوقی که متعلق به نفس مؤثر است و با موت وی منتهی نمی شود به ارث برده نمی شود، مانند: فکر و آنچه متعلق به آن است. همچنین، آنچه که متعلق به شخص مؤثر است، مانند: ولایت عامه، ولایت بر نفس، ولایت بر مال، مناصب و وظایف مؤثر، مانند: وکالت و غیره قابل توارث نیست. ۳۲۶ به حیث مثال، اگر احمد می تواند به حق ارتفاق، حق نشر کتاب و نظیر اینها وصیت نماید. زیرا، در این حقوق توسط ارث از مؤثر به ورثه منتقل می شوند. بنابراین، احمد می تواند وصیت نماید تا محمود از حق ارتفاق یا حق نشر کتاب او بعد از وفات او استفاده نماید. اما، حقوقی که مربوط به شخصیت مؤثر است مانند فکر، وظیفه و نظیر اینها نمی تواند محل وصیت قرار بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد در یک اداره دولتی رئیس یا معین باشد، نمی تواند وصیت نماید که وظیفه من بعد از مرگم به حمیده منتقل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز وصیت به حق هایی که توسط ارث منتقل می شوند است.

گفتار هشتم) وصیت به معاش

معاش به فتح میم و عین از ریشه «عیش» گرفته شده که در لغت به معنای زندگی کردن، زندگی و زیستن است. در اصطلاح فقهی و حقوقی معاش عبارت از هر شی ضروری است از قبیل: پوشاک، طعام، نوشیدنی و غیره که برای امکان زیستن است که در این مفهوم معاش مرادف با نفقه است. ۳۲۷ از آنچه گفته شد، به نظر می رسد منظور از معاش در ق. م حقوق ماهوار مأمور یا کارمند نیست. زیرا، در مفهوم مصطلح معاش به حقوق ماهوار مأمور و کارمند اداره اطلاق می گردد. بق. ق. م وصیت به معاش تابع قواعد ذیل است:

۳۲۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۴۸ و ۲۸۴۹؛ و ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص 37 و 38.

۳۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۰.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۷۱

۱- طبق ماده ۲۱۶۵ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) وصیت به معاش از سرمایه برای مدت معین صحت دارد و از مال وصیت کننده به اندازه ای که تنفیذ وصیت را تضمین کرده بتواند و به ترتیبی که ورثه از آن متضرر نگردند تأدیه می گردد؛ و (۲) هرگاه آنچه برای تضمین تنفیذ وصیت موقوف گذاشته از ثلث متروکه بیشتر باشد و ورثه مقدار زاید را اجازه ندهد در حدود مقدار ثلث گذاشته می شود و وصیت در آن و در حاصلات آن تا زمانی نافذ می گردد که شخص وصیت شده تا مقدار قیمت ثلث متروکه حق خود را بگیرد یا مدت وصیت سپری گردد و یا شخص وصیت شده فوت شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که اگر وصیت از سرمایه موصی برای مدت معین برای موصی له صورت گرفته باشد، همان مقدار که تنفیذ وصیت را تضمین نماید، تأدیه می گردد. به نظر می رسد منظور از تضمین تنفیذ وصیت، تأدیه همان مقدار پولی است که در وصیت ذکر گردیده است. لذا، در این گونه موارد همه سرمایه برای تنفیذ وصیت مختص و موقوف نمی شود. به نظر می رسد به همین دلیل قانونگذار مدنی عدم ضرر رسیدن به ورثه را شرط گذاشته است. زیرا در صورتی که همه سرمایه برای تنفیذ وصیت تخصیص یابد، ورثه متضرر می شوند. به حیث مثال، اگر احمد شرکت تجارتي داشته باشد و وصیت نماید که از سرمایه و عواید شرکت ماهوار یک مقدار پول برای محمود داده شود و مقدار پول را مشخص نماید و احمد وفات نماید، ورثه احمد یا تنفیذ کننده وصیت مکلف اند هر ماه یک مقدار پول را به عنوان معاش به محمود پرداخت نمایند. این پول باید به اندازه ای باشد که ورثه احمد متضرر نگردند.

دوم این که اگر آنچه برای تنفیذ وصیت تخصیص یافته است از ثلث متروکه بیشتر باشد و ورثه مقدار زاید را اجازه ندهد، طبق ماده ۲۱۶۵ وصیت در حدود ثلث مال و حاصلات مال باقی می ماند تا زمانی که: ۱- موصی له حق خود تا مقدار قیمت ثلث متروکه از موصی به (مال و حاصلات مال) بگیرد؛ ۲- یا مدت وصیت سپری گردد، زیرا وصیت به منفعت وصیت مؤقت است که با ختم مدت منتهی می شود؛ و ۳- یا موصی له فوت نماید. به حیث مثال، اگر احمد شرکت تجارتي داشته باشد و وصیت نماید که از سرمایه و عواید شرکت ماهوار یک مقدار پول برای محمود داده شود و مقدار پول را مشخص نماید و احمد وفات نماید، ورثه احمد یا تنفیذ کننده وصیت مکلف اند هر ماه یک مقدار پول را به عنوان معاش به محمود پرداخت نمایند. اگر این پول در حدود یک سوم سرمایه احمد باشد، وصیت بدون اجازه ورثه احمد نافذ می گردد. به حیث مثال،

۲۷۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

اگر مقدار سرمایه احمد پانزده لک افغانی باشد و احمد به محمود وصیت به معاش نماید و مقدار آن پنج لک افغانی باشد، ورثه احمد مکلف اند پنج لک افغانی را به محمود بدهند. در صورتی که مقدار پول بیشتر از یک سوم باشد، نافذ آن متوقف به اجازه ورثه احمد است. به حیث مثال، اگر مقدار معاش در مثال بالا ده لک افغانی باشد، برای این که وصیت نافذ شود، ورثه احمد باید اجازه دهند. دلیل این قاعده مورد حمایت قرار دادن حق ورثه است. در این صورت، تنفیذ وصیت در حدود ثلث مال تابع قواعد ذیل است:

یک: وصیت در یک سوم مال و حاصلات آن تا زمانی نافذ می گردد که شخص وصیت شده تا مقدار قیمت ثلث متروکه حق خود را بگیرد. عبارت حاصلات در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، سرمایه اگر پول باشد حاصل ندارد. اما، اگر زمین باشد حاصل دارد. حاصلات معمولاً بر محصولی که از زمین برداشت می شود، اطلاق می گردد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود وصیت به معاش از سرمایه نماید و مقدار سرمایه پانزده لک افغانی باشد و وصیت در بیشتر از یک سوم صورت گرفته باشد، وصیت در یک سوم سرمایه و عواید سرمایه تا زمانی تنفیذ می گردد که محمود پنج لک افغانی را اخذ نماید.

دو: وصیت در یک سوم مال و حاصلات آن تا زمانی نافذ می گردد که مدت وصیت سپری گردد. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود تا زمانی که مدت وصیت منقضی نشده باشد، می تواند از پنج لک افغانی احمد معاش بگیرد. اما، در صورتی که مدت وصیت ختم شود، محمود مستحق معاش از یک سوم سرمایه شناخته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد گفته باشد از سرمایه من برای محمود برای مدت دو سال معاش بدهید، ورثه احمد مکلف اند از یک سوم سرمایه برای محمود برای مدت دو سال معاش بدهند. در صورت انقضای مدت، محمود مستحق دریافت معاش نمی شود. زیرا، وصیت با انقضای مدت خاتمه پیدا می نماید.

سه: وصیت در یک سوم مال و حاصلات آن تا زمانی نافذ می گردد که شخص وصیت شده فوت شود. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود تا زمانی که وفات نکرده است، می تواند از پنج لک افغانی احمد معاش بگیرد. اما، در صورتی که محمود وفات نماید، وصیت خاتمه پیدا می نماید. زیرا، با وفات موصی له وصیت خاتمه پیدا می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تنفیذ وصیت به معاش از سرمایه است.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۷۳

۲- براساس ماده ۲۱۶۶ ق.م: «هرگاه وصیت به معاش از حاصل متروکه یا حاصل عینی از اعیان متروکه برای مدت معینی صورت گرفته باشد متروکه یا عین مذکور اولاً بدون معاش وصیت شده و ثانیاً با معاش مذکور قیمت شده مقدار تفاوت هر دو قیمت اندازه شی وصیت شده تثبیت گردیده در حالی که از ثلث مال تجاوز نکند وصیت نافذ و در حال تجاوز از ثلث و عدم اجازه ورثه به اندازه ثلث نافذ می گردد و مقدار زاید معاش و آنچه از متروکه یا عین در مقابل آن قرار می گیرد حق ورثه وصیت کننده شناخته می شود.» طبق نص این ماده اگر وصیت به معاش از حاصل متروکه یا عینی (مالی) از عین های (مال های) متروکه برای مدت معین صورت گرفته باشد، قانونگذار مدنی دو حالت را پیش بینی نموده است: اول این که عین با معاش محاسبه شود و دوم این که عین بدون معاش محاسبه شود. در صورتی که قیمت هر دو به اندازه قیمت عین موصی به تثبیت گردد، وصیت نافذ و در صورتی که قیمت هر دو از ثلث تجاوز نماید وصیت در حدود ثلث نافذ و در بیشتر از ثلث ورثه باید اجازه بدهد. در صورت عدم اجازه، زاید بر ثلث حق ورثه شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد پانزده جریب زمین داشته باشد و پنج جریب آن و حاصل آن را برای محمود وصیت نماید، زمین یک بار باید بدون حاصل قیمت گذاری شود و سپس با حاصل. اگر قیمت زمین با حاصل آن بیشتر از یک سوم ترکه را تشکیل بدهد، وصیت در یک سوم آن نافذ و بقیه مال از آن ورثه احمد شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی مورد قرار دادن حق ورثه است.

۲) مطابق ماده ۲۱۶۷ ق.م: «هرگاه وصیت به معاش برای شخص معینی از سرمایه یا حاصل به صورت مطلق یا دایمی یا به طول حیات شخصی که به وی وصیت شده مدت حیات شخص از طرف اطباء سنجش شده در حالی که وصیت از سرمایه باشد از مال وصیت کننده در حدود حکم ماده (۲۱۶۵) این قانون تا مقداری که تنفیذ وصیت را تضمین نموده می تواند موقوف گذاشته و در حالی که وصیت به معاش از حاصلات باشد در حدود حکم ماده (۲۱۶۶) این قانون به اندازه که معاش وصیت شده را کفایت نماید گذاشته می شود.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۲۱۶۶ و ۲۱۶۵ ق.م است. از نص این ماده سه حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه وصیت به معاش برای شخص معینی از سرمایه یا حاصل به صورت مطلق یا دایمی یا به طول حیات شخصی که به وی وصیت شده مدت حیات شخص از طرف اطباء سنجش می شود. قانونگذار مدنی سنجش مدت حیات موصی له را به اطبا (داکتران طب) واگذار نموده است. عبارت

۲۷۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

«مدت حیات شخص از طرف اطباء سنجش شده» مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که داکتران طب تشخیص می دهند شخص چه مقدار زمان حیات خواهد داشت که محل ایراد به نظر می رسد، زیرا تشخیص و تثبیت مدت حیات انسان در حالات عادی توسط داکتران طب تاکنون ناممکن به نظر می رسد مگر در برخی مریضی های خاص مانند سرطان و نظیر آن. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود وصیت به معاش از سرمایه یا عواید نماید و مقدار سرمایه پانزده لک افغانی باشد و وصیت به صورت دایم، یا مطلق یا طول حیات محمود صورت گرفته باشد، طول حیات محمود باید توسط داکتران طب تشخیص شود.

۲- اگر وصیت از سرمایه باشد از مال وصیت کننده در حدود حکم ماده (۲۱۶۵) این قانون تا مقداری که تنفیذ وصیت را تضمین نموده می تواند موقوف گذاشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد شرکت تجارتي داشته باشد و وصیت نماید که از سرمایه شرکت ماهوار یک مقدار پول برای محمود داده شود و مقدار پول را مشخص ننماید و احمد وفات نماید، ورثه احمد یا تنفیذ کننده وصیت مکلف اند هر ماه یک مقدار پول را به عنوان معاش به محمود پرداخت نمایند. این پول باید به اندازه ای باشد که ورثه احمد متضرر نگردند.

۳- اگر وصیت به معاش از حاصلات باشد در حدود حکم ماده (۲۱۶۶) این قانون به اندازه که معاش وصیت شده را کفایت نماید گذاشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد پانزده جریب زمین داشته باشد و پنج جریب آن و حاصل آن را برای محمود وصیت نماید، زمین یک بار باید بدون حاصل قیمت گذاری شود و سپس با حاصل. اگر قیمت زمین با حاصل آن بیشتر از یک سوم ترکه را تشکیل بدهد، وصیت در یک سوم آن نافذ و بقیه مال از آن ورثه احمد شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی مورد قرار دادن حق ورثه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالات مختلف وصیت به معاش است. در خصوص نص این ماده رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (121):

در ماده (2167) در کشور ما داکتری وجود ندارد که حیات شخص را سنجش کند باید چنین وصیتی مجاز نباشد.

توضیح:

مستند به فقرة اخير ماده (56) اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان حکم ماده (2167) راجع به جواز چنان وصیت مدار اعتبار بوده و سنجش حیات اهل خبره مندرج ماده متذکره جنبه تخمینی و تقریبی دارد و اهل فن مکلف است در چنان موارد به تقاضای محکمه با در نظر داشت اوسط عمر مردم محیط پاسخ دهد. هر گاه شخصی که به وی وصیت شده قبل از مدت که از طرف اهل خبره تشخیص شده وفات نماید حکم ماده (2168) قابل تطبیق است.^{۳۲۸}

۳) طبق ماده ۲۱۶۸ ق. م: «در حالت مندرج ماده (۲۱۶۷) این قانون هرگاه شخصی که به وی وصیت شده قبل از مدتی که از طرف اطباء سنجش شده وفات نماید مقدار باقیمانده وصیت به ورثه مستحق او یا کسی که بعد از خود به او وصیت نموده باشد، اعطا می شود و در صورتی که مال موقوف گذاشته شده به اتمام برسد و یا شخص بیشتر از میعاد تثبیت شده زنده ماند حق رجوع را به ورثه ندارد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۲۱۶۷ ق. م است. طبق نص این ماده که هرگاه موصی له قبل از مدتی که داکتران طب تثبیت و تشخیص کرده اند، وفات نماید، قانونگذار مدنی دو حالت را پیش بینی نموده است:

نخست این که مقدار باقیمانده مال به ورثه موصی له منتقل می شود. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود وصیت به معاش نماید و داکتران تشخیص دهند که محمود شصت سال زنده می ماند اما محمود پنجاه سال زندگی نماید، معاش برای مدت ده سال به ورثه محمود باید توسط وورثه احمد داده شود.

دوم این که مقدار باقیمانده مال به شخصی که موصی له برای او وصیت نموده است منتقل می شود. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود وصیت به معاش نماید و داکتران تشخیص دهند که محمود شصت سال زنده می ماند اما محمود پنجاه سال زندگی نماید، معاش برای مدت ده سال برای جمشید که وصیت به او نموده است توسط ورثه احمد باید داده شود.

۲۷۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

سوم این که هرگاه مال تمام شود و یا موصی له بیشتر از آنچه داکتر طب تشخیص داده اند، زندگی نمایند، حق رجوع بر ورثه موصی را مبنی بر دریافت مال بیشتر و یا انتفاع گرفتن از عین و یا معاش عین برای مدتی که بیشتر از مدتی که داکتران طب تشخیص داده اند، زندگی نموده است، ندارد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود وصیت به معاش نماید و داکتران تشخیص دهند که محمود شصت سال زنده می ماند اما محمود هفتاد سال زندگی نماید یا سرمایه و معاش ختم شود، محمود حق رجوع به ورثه احمد جهت دریافت موصی به برای مدت ده سال یا در صورت ختم موصی به، حق مطالبه موصی به به دلیل انتفای یکی از ارکان وصیت را ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حالات مختلف وصیت به معاش است.

۴) براساس ماده ۲۱۷۲ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه وصیت به معاش برای جهتی صورت گرفته باشد که صفت دوام را طور مطلق یا مؤبد دارا باشد از مال وصیت کننده به مقداری که حاصل آن تنفیذ وصیت را تضمین کرده بتواند موقوف گذاشته می شود، مشروط بر این که از حدود ثلث تجاوز نکند. در صورت تجاوز از ثلث در مقدار زاید از ثلث اجازه ورثه شرط می باشد؛ و (۲) اگر مال موقوف شده بیشتر از معاش وصیت شده حاصل بدهد جهت مذکور آن را مستحق می گردد و در صورت نقصان حاصل، حق رجوع را بر ورثه ندارد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که: هرگاه وصیت به معاش برای جهتی صورت گرفته باشد که صفت دوام را طور مطلق یا مؤبد دارا باشد از مال وصیت کننده به مقداری که حاصل آن تنفیذ وصیت را تضمین کرده بتواند موقوف گذاشته می شود، مشروط بر اینکه از حدود ثلث تجاوز نکند. تعریف و مصادیق جهت در گفتار موصی له گذشت. به حیث مثال، اگر احمد شرکت تجارتي داشته باشد و وصیت نماید که از سرمایه و عواید شرکت ماهوار یک مقدار پول برای مسجد، مدرسه، شفاخانه و نظیر اینها داده شود و مقدار پول را مشخص ننماید و احمد وفات نماید، ورثه احمد یا تنفیذ کننده وصیت مکلف اند هر ماه یک مقدار پول را به عنوان معاش به جهات مذکور پرداخت نمایند. این پول باید بیشتر از یک سوم مال احمد نباشد.

دوم این که: در صورت تجاوز از ثلث در مقدار زاید از ثلث اجازه ورثه شرط می باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا سرمایه احمد سی لک افغانی باشد و احمد برای مسجد، مدرسه، شفاخانه و

بخش چهارم / وصیت □ ۲۷۷

نظیر اینها وصیت نماید، اگر وصیت احمد در دوازده لک افغانی صورت گرفته باشد، وصیت احمد در ده لک افغانی نافذ و برای این که در دو لک افغانی نافذ گردد، ورثه احمد باید اجازه دهند.

سوم این که: اگر مال موقوف شده بیشتر از معاش وصیت شده حاصل بدهد جهت آن را مستحق می گردد و در صورت نقصان حاصل، حق رجوع را بر ورثه ندارد. به حیث مثال، اگر احمد شرکت تجارتي داشته باشد و وصیت نماید که از سرمایه و عواید شرکت ماهوار یک مقدار پول برای مسجد، مدرسه، شفاخانه و نظیر اینها داده شود و سرمایه عاید بیشتر به بار آورد، مسجد، مدرسه و شفاخانه مستحق آن شناخته می شود.

چهارم این که: در صورت نقصان حاصل، جهت حق رجوع را بر ورثه ندارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، سرمایه عاید کمتر به بار آورد، متولی مسجد، مدرسه، شفاخانه و مکتب نمی توانند بر ورثه احمد مراجعه نمایند و مطالبه نقصان عاید را از ورثه احمد نمایند.

(۵) براساس ماده ۲۱۶۹ ق. م: «هرگاه حاصل متروکه موقوف گذاشته شده به منظور تنفیذ وصیت معاش از سرمایه کفایت نکند در حدود کفایت معاش از آن فروخته می شود. و در صورتی که حاصل مذکور از معاش افزود گردد مازاد به ورثه وصیت کننده تعلق می گیرد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که اگر حاصل متروکه که برای تنفیذ وصیت تخصیص یافته است، کفایت تنفیذ وصیت را نماید، مقداری از متروکه که بتواند با حاصل تنفیذ وصیت را تکافو نماید، باید فروخته شود. دوم این که اگر حاصل متروکه از معاش بیشتر گردد، مقدار زاید حق ورثه موصی پنداشته می شود و موصی له حقی در آن ندارد.

(۶) براساس ماده ۲۱۷۰ ق. م: «هرگاه در حاصلات از اندازه معاش وصیت شده افزودی آمده باشد مقدار مازاد الی زمان انتهای مدت انتفاع نگهداشته می شود. در صورتی که متروکه موقوف گذاشته شده به منظور تنفیذ وصیت نسبت خشک سالی یا عوامل مشابه در سال های دیگر چنان حاصلی ندهد که وصیت را تکافو نماید با قیمانده استحقاق شخص از حاصل نگهداشته شده تأدیه می شود.» طبق نص این ماده اگر حاصلات عین موصی به از آنچه قبلاً پیش بینی شده است از اندازه معاش بیشتر شود، مقدار اضافی را ورثه موصی باید تا ختم مدت وصیت باید نگهدارند. هدف از حفظ و نگهداری مقداری اضافی این است که در صورت عدم تکافوی حاصلات عین موصی به در سال های آینده به دلیل خشکسالی، قطعی و نظیر اینها، از این حاصلات وصیت تنفیذ

۲۷۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

شود. در صورت عدم بروز خشکسالی و نظیر آن، مقدار اضافی نگهداشته شده، ملکیت ورثه محسوب می‌گردد. حاصلات جمع حاصل است. حاصلات بر محصول دهقانی و باغبانی اطلاق می‌گردد مانند گندم، جو، میوه و نظیر اینها. مازاد در لغت به معنی زیاده از احتیاج، فزونی، اضافه و بقیه است. تکافو در لغت به معنی بسنده است.^{۳۲۹} به حیث مثال، اگر احمد وصیت نموده باشد که از باغ یا زمین احمد برای محمود مقدار معین معاش در هر سال معاش بدهند و حاصلات یک سال زیاد شود و سال دیگر کم، حاصلات سال فراوانی باید برای سال خشکسالی توسط تنفیذ کننده وصیت باید نگهداری شود. در صورتی که در سال های خشکسالی زمین یا باغ حاصل ندهد، تنفیذ کننده وصیت باید از بقیه حاصلات سال های فراوانی وصیت به معاش را تنفیذ نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این مورد مورد حمایت قرار دادن موصی له است.

۷) طبق ماده ۲۱۷۳ ق. م: «در احوال مندرج مواد (۲۱۶۵ تا ۲۱۷۱) ورثه وصیت کننده می‌تواند بر اموال موقوف گذاشته شده به منظور تنفیذ وصیت تسلط حاصل، یا بر آن تصرف نماید مشروط بر اینکه به رضایت شخصی که برای او وصیت شده یا به تعیین قاضی تمام معاش وصیت شده را نقداً در جای طور امانت بگذارد که به تنفیذ وصیت تخصیص داده شود و اگر شخصی که برای او وصیت شده قبل از تمام شدن مبلغ امانت گذاشته شده وفات نماید مبلغ باقیمانده به ورثه وصیت کننده رد می‌گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد ۲۱۶۵ الی ۲۱۷۱ ق. م است. طبق نص این ماده در احوال پیش بینی شده در مواد ۲۱۶۵ الی ۲۱۷۲ ق. م ورثه موصی می‌تواند بر اموالی که به منظور تنفیذ وصیت تخصیص یافته اند، تصرف نماید، به حیث مثال، آن را به فروش رساند، وقف نماید، هبه نماید و سایر تصرفات را انجام دهد. در چنین حالات، شرطی که باید ورثه موصی له رعایت نماید این است که به رضایت موصی له و یا براساس حکم قاضی تمام قیمت معاش را نقداً در بانک طور امانت بگذارد تا توسط آن وصیت تنفیذ گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تطبیق مواد ۲۱۶۵ الی ۲۱۷۱ ق. م را که تفصیل آن در بالا گذشت است.

۴) طبق ماده ۲۱۷۴ ق. م: «تمام حقوق، شخصی که برای او وصیت شده بمیرد، گذاشتن امانت و تخصیص در متروکه از بین می‌رود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که موصی له قبل از تمام شدن تمام پول وفات کند، باقیمانده پول مال ورثه موصی له

بخش چهارم / وصیت □ ۲۷۹

پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود از سرمایه خویش یک مقدار پول را وصیت نماید با وفات محمود گذاشتن پول معاش در بانک طور امانت و همچنین تخصیص پول معاش از متروکه خاتمه می یابد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ختم وصیت به معاش است.

۴) وفق ماده ۲۱۷۵ ق. م: «وصیت به معاش در سرمایه یا حاصل برای غیر از اشخاص موجود از نظر طبقه اول اشخاصی که برای آنها وصیت می شود هنگام وفات وصیت کننده صحت ندارد. مدت حیات اشخاص موجود از طرف اطباء سنجش گردیده وصیت مربوط طبق احکام وصیت به اشخاص معین تنفیذ می یابد.» در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

نخست این که: وصیت به معاش در سرمایه یا حاصل برای غیر از اشخاص موجود از نظر طبقه اول اشخاصی که برای آنها وصیت می شود هنگام وفات وصیت کننده صحت ندارد. به حیث مثال، اگر احمد وصیت نماید تا یک مقدار پول از سرمایه یا حاصل به محمود و جمشید داده شود این وصیت برای محمود و جمشید و طبقه اول اولاد محمود و جمشید صحت دارد. طبقه اول اولاد محمود و جمشید عبارت از پسران و دختران محمود و جمشید اند. اما، وصیت به معاش از حاصل و سرمایه برای طبقه دوم اولاد موصی له یا موصی لهم صحت ندارد. طبقه دوم و پایین اولاد اولاد موصی لهم است.

دوم این که: اگر وصیت به معاش برای طبقات برای مدت حیات باشد، حیات آنها توسط اطبا سنجش می شود. اطبا جمع طیب است. به طیب امروزه داکتر می گویند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صحت وصیت به معاش به طبقه اول اولاد موصی له یا موصی لهم است.

۵) پرداخت معاش به صورت سالوار: طبق ماده ۲۱۷۱ ق. م: «هرگاه در وصیت تصریح شده باشد یا از قرینه چنین معلوم شود که معاش سال به سال پرداخته می شود مازاد سالانه به ورثه وصیت کننده تادیه می شود.» طبق نص این ماده در صورتی که موصی در وصیت پیش بینی نموده باشد و یا از قراین استنباط گردد که معاش به موصی له سالانه پرداخت می شود، ورثه موصی له مستحق مازاد معاش سالانه می گردند. مازاد در لغت به معنی زیاده از احتیاج، فزونی، اضافه و بقیه است.^{۳۳۰} قراین جمع قرینه است. قرینه در لغت به معنی علامتی است که دلالت بر شی مطلوب

می نماید.^{۳۳۱} همچنین، قرینه در لغت به معنی اماره و نشانه است.^{۳۳۲} به حیث مثال، اگر احمد وصیت نماید تا از سرمایه احمد برای حمیده سالوار یک مقدار پول به عنوان معاش داده شود یا در این خصوص قراین وجود داشته باشد که حاکی از آن باشد که معاش به حمیده به صورت سالانه پرداخته شود، به حیث مثال، ورثه احمد یک برای چندین سال معاش را به حمیده طور سالانه پرداخت نموده باشند و حمیده اعتراض ننموده باشد، عدم اعتراض حمیده قرینه ای است که دلالت می نماید که معاش به صورت سالانه به حمیده پرداخت می شده است، در این صورت، بعد از پرداخت معاش به حمیده به صورت سالانه، بقیه معاش به ورثه احمد بر می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم استحقاق بقیه معاش توسط ورثه موصی است.

۶) **انتهای وصیت به معاش:** طبق ماده ۲۱۹۴ ق. م: «هرگاه در وصیت به معاش مزاحمت ایجاد شود و بعضی اشخاص مستحق وفات نموده یا یکی از جهات مستحق انقطاع نماید حصص مذکور به ورثه وصیت کننده تعلق می گیرد.» طبق نص این ماده مدت وصیت به معاش دائمی نیست. بنابراین، وصیت به معاش امکان دارد در دو صورت خاتمه پیدا نماید:

۱- در صورت وفات موصی لهم. در ماده ۲۱۹۴ از فوت بعضی اشخاص مستحق ذکر به عمل آمده است و محل ایراد است، زیرا به نظر می رسد وصیت به معاش در صورت فوت تمام اشخاص مستحق منتهی می شود نه در صورت فوت بعضی، زیرا در صورت فوت بعضی از اشخاص مستحق، بقیه می توانند از وصیت به معاش مستفید شوند. مزاحمت در لغت به معنی زحمت دادن، اذیت کردن و درد سر دادن است. به حیث مثال، اگر احمد به یک قوم یا گروه معین از سرمایه خویش یک مقدار معاش را وصیت نماید و اشخاصی که برای آنها وصیت شده است وفات نمایند، وصیت به معاش به دلیل انعدام یکی از ارکان وصیت خاتمه پیدا می کند.^{۳۳۳}

۲- در صورت انقطاع جهت: انقطاع جهت مبهم است و محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از انقطاع جهت انحلال شخصیت حکمی خصوصی است. به حیث مثال، هرگاه برای شخصیت حکمی وقف شده باشد و شخصیت حکمی به هر دلیلی منحل شود، با انحلال

۳۳۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص

۶۱۲۷

332. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (last visit: 9/3/2016).

333. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

بخش چهارم / وصیت □ ۲۸۱

شخصیت حکمی وصیت به معاش به دلیل انتفای منتفع منتهی می شود. حصص جمع حصه است. مستحق اسم مفعول از ریشه «حق» گرفته شده است که در لغت به معنی سزاوار شده و مستوجب است. در اصطلاح حقوق مدنی، به شی، حق و دین ثابت شده مستحق می گویند.^{۳۳۴} همچنین، به شخص ذیحق مستحق می گویند. انقطاع در لغت به معنی قطع شدن، بریده شدن و گسستن است.^{۳۳۵} به حیث مثال، اگر احمد به یک اتحادیه یک مقدار از سرمایه خویش را وصیت به معاش نماید و اتحادیه منحل گردد، وصیت به معاش خاتمه پیدا می نماید. در هر دو حالات مذکور، حصه های که به وصیت به معاش تخصیص یافته اند، به ورثه موصی تعلق می گیرند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انتهای وصیت به معاش است.

گفتار نهم) وصیت به مثل سهم یکی از ورثه

در این خصوص در ق. م دو حکم به قرار ذیل وجود دارد:

۱) طبق ماده ۲۱۴۱ ق. م: «هرگاه وصیت به اندازه حصه یکی از ورثه معین وصیت کننده صورت گرفته باشد، شخصی که به وی وصیت می شود علاوه بر استحقاق فرضی مستحق مقدار حصه همان وارث شناخته می شود.» نص این ماده پیچیده است. به نظر می رسد در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه وصیت به اندازه حصه یکی از ورثه معین وصیت کننده صورت گرفته باشد، شخصی که به وی وصیت می شود علاوه بر استحقاق فرضی مستحق مقدار حصه همان وارث شناخته می شود. ارایه مثال عملی برای نص این ماده بسیار مشکل است. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «اگر احمد وصیت کننده برای محمود پسر صغیر خود به اندازه حصه مسعود پسر کبیر خود از متروکه وصیت نماید، بعد از وفات احمد موصی، محمود موصی له یک حصه متروکه را از طریق حصه فرضی مستحق می شود و یک حصه را به اندازه حصه مسعود مستحق می شود.»^{۳۳۶} طبق این مثال، وصیت توسط موصی به موصی له که در عین زمان موصی له ورثه است صورت گرفته است. به حیث مثال، در این مثال، محمود هم ورثه

۳۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۱۹.

۳۳۵. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۲۱۰.

۳۳۶. یادگار راجی (____). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد (۴)، (____)، (____)، ص ۱۱۲.

۲۸۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

است و هم موصی له. بنابراین، اگر احمد وفات نماید و دو پسر به نام های محمود و مسعود داشته باشد و احمد وصیت نماید که محمود مستحق سهم محمود نیز گردد و محمود مستحق سهم خود از میراث و در عین حال مستحق اندازه سهم مسعود نیز می گردد. دلیل این استنباط این است که قانونگذار مدنی در نص این ماده از «علاوه بر استحقاق فرضی» سخن می گوید. استحقاق فرضی، سهم وارث است از مورثه مؤثر است. نص این ماده ارزش نظری دارد و از نظر تطبیقی عملی و بسیار توجیه پذیر به نظر می رسد. زیرا، بعید است شخص مانند سهم یکی از ورثه برای شخص دیگر یا وارث مال خویش را وصیت نماید. دلیل پیش بینی این قاعده در ق. م اقتباس از فقه است. فقهاء در خصوص وصیت مانند سایر مفاهیم سنتی و کلاسیک فقهی از دو هزار چهار صد به این طرف نظریه پردازی نموده اند. قانونگذار مدنی همه نظریات فقهاء در خصوص وصیت را مدون نموده اند. به همین دلیل، ارایه مثال تطبیقی و عملی برای بسیاری از احکام وصیت ق. م مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وصیت به اندازه سهم یکی از ورثه معین است.

۲) طبق ماده ۲۱۴۲ ق. م: «هرگاه وصیت به اندازه حصه یکی از ورثه غیر معین صورت گرفته باشد در حال تساوی ورثه در حقوق شخص مذکور علاوه بر فرض مستحق حصه یکی از آنها می گردد و در حال اختلاف حقوق علاوه بر فرض مستحق حصه شخصی می گردد که در میراث حق او کمتر است.» نص این ماده بسیار پیچیده است. در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

نخست این که طبق نص این ماده هرگاه موصی به اندازه حصه یا سهم یکی از ورثه نامعین وصیت نماید، اگر مقدار عین موصی به با سهم موصی مساوی باشد، موصی مستحق حصه خود و حصه ورثه نامعین که سهم او با سهم موصی مساوی بوده است می گردد. به حیث مثال، اگر احمد سه پسر به نام های ویس، فاروق و قیوم داشته باشد و به ویس وصیت نماید مانند سهم یکی از پسران خویش، در این صورت، ویس علاوه بر سهم خود، سهم یکی از پسران احمد را از طریق وصیت مستحق می شود.

دوم این که هرگاه وصیت به اندازه حصه یکی از ورثه غیر معین صورت بگیرد، در صورت اختلاف سهم، موصی له علاوه بر سهم خویش، مستحق سهم یکی از ورثه که از سهم او کمتر است می گردد. به حیث مثال، اگر احمد یک پسر به نام محمود و دو دختر به نام های حمیده و مرضیه داشته باشد و احمد وصیت نماید که محمود مستحق سهم یکی از دختران احمد می شود، در این

بخش چهارم / وصیت □ ۲۸۳

صورت محمود علاوه بر سهم خویش، سهم یکی از دختران احمد را نیز مستحق می‌شود. در این مثال، طبق قاعده مذکور دو برابر مؤنث ارث می‌برد که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد، محمود دو سهم، حمیده یک سهم و مرضیه یک سهم از ارث احمد می‌گیرند. محمود علاوه بر دو سهم خویش، به اندازه سهم مرضیه یا حمیده نیز وصیتاً از موروثه احمد مستحق مال می‌شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وصیت به اندازه سهم یکی از ورثه معین است.

نصوص مواد ۲۱۴۱ و ۲۱۴۲ ق. م مانند بسیاری از مواد ق. م ارزش نظری دارد و از نظر تطبیقی و عملی توجیه پذیر به نظر می‌رسند. زیرا، بعید است شخص مانند سهم یکی از ورثه برای شخص دیگر یا وارث مال خویش را وصیت نماید. دلیل پیش بینی این قاعده در ق. م اقتباس قانونگذار مدنی از فقه است. فقهاء در خصوص وصیت مانند سایر مفاهیم سنتی و کلاسیک فقهی از دو هزار چهار صد به این طرف نظریه پردازی نموده اند. قانونگذار مدنی همه نظریات فقهاء در خصوص وصیت را مدون نموده اند. به همین دلیل، ارایه مثال تطبیقی و عملی برای بسیاری از احکام وصیت ق. م مشکل به نظر می‌رسد. همچنین، توجیه عقلی بسیاری از این مواد بسیار مشکل به نظر می‌رسد.

گفتار دهم) وصیت به غله

طبق ماده 2156 ق. م: «هرگاه وصیت به غله یا ثمر صورت گرفته باشد، شخصی که به وی وصیت شده مستحق غله یا ثمره می‌گردد که در وقت مرگ وصیت کننده موجود بوده و آنچه در آینده موجود می‌گردد، مگر اینکه دلیلی به غیر آن موجود شود.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد. قاعده و اصل این است که در صورتی که وصیت به غله مانند: گندم، جو، جواری و امثال اینها و یا ثمر (میوه) مانند سیب و ناک و نظیر اینها صورت گیرد، موصی له مستحق غله و میوه می‌گردد. در چنین حالتی، تفاوت نمی‌کند غله و میوه حین فوت موصی موجود باشد و یا بعد از فوت موصی موجود گردد. ثمر در لغت به معنی فایده، میوه، حاصل، نتیجه و سود است.^{۳۳۷} در اصطلاح ثمر چیزی است که در دوره های معین از صل شی به دست می‌آید بدون این که در اصل شی کمبود و نقص ایجاد شود، مانند محصولات زمین های زراعتی، اجوره خانه کرای، فایده ای که

۲۸۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

از پول نقد به دست می آید و محصولی که از حیوانات به دست می آید مانند پشم و شیر نظیر این ها.^{۳۳۸} غله عبارت از حاصل زراعت است که از زمین برداشت می شود از قبیل جو و گندم و ارزن و برنج و امثال اینها که غلات و غلال جمع آن است.^{۳۳۹} به حیث مثال، اگر حمیده وصیت نماید که غله زمین یا میوه درختان او به مرضیه داده شود، مرضیه مستحق غله زمین و میوه درختان حمیده می شود خواه غله و میوه در زمان حیات حمیده موجود باشد یا بعد از مرگ حمیده ایجاد گردند. استثنای این اصل این است که ورثه حمیده ثابت نمایند که درختان و زمین اصلاً میوه غله نداشته است یا در اثر حوادث طبیعی مانند خشک سالی غله و میوه از بین رفته اند. در این صورت، مرضیه مستحق غله و میوه شناخته نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وصیت به غله و ثمر است.

گفتار یازدهم) وصیت تملیکی و عهدی

وصیت تملیکی عبارت از وصیتی است که هدف از آن تملیک عین و یا منفعت به موصی له است. وصیت عهدی عبارت از وصیتی است که به موجب آن موصی، به وصی اختیار می دهد تا در امور صغار یا اموال او رسیدگی و اقدام لازم نماید.^{۳۴۰} که در حقوق افغانستان به نام وصایت یاد می شود. تفصیل وصایت در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م گذشت.

گفتار دوازدهم) وصیت مطلق و مقید

وصیت مطلق در فقه عبارت از وصیتی است که به قید یا شرطی مقید یا معلق نباشد، مانند اینکه موصی بگوید: فلان چیز را برای فلانی وصیت کرده ام. به عبارت دیگر: هر وصیتی که مقید به قید نباشد، وصیت مطلق است.^{۳۴۱} وصیت مقید^{۳۴۲} که به نام وصیت معلق نیز یاد می شود عبارت از

۳۳۸. عبدالحسین رسولی (۱۳۹۳). اموال و مالکیت در حقوق افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات ابن سینا، ص ۱۳۳.

۳۳۹. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ص ۸۹۲.

۳۴۰. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۶۱.

۳۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۸۸؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۱۴۱۵.

وصیتی است که به تحقق امری یا احراز شرایطی مقید یا معلق باشد، مانند اینکه موصی بگوید: اگر در همین بیماری وفات کردم فلان چیز را برای فلانی وصیت کردم که در این عبارت تحقق وصیت منوط بر مرگ موصی در بیماری مورد نظر است.

مبحث سوم) زیادت در موصی به، تصرف در ترکه در مرض موت و تصرف به نفع ورثه

گفتار اول) زیادت در موصی به

طبق ق. م زیاد شدن مقدار موصی به تابع قواعد ذیل است:

۱) **زیاد شدن غیر مستقل:** براساس ماده ۲۱۷۶ ق. م: «هرگاه وصیت کننده علایم عین وصیت شده را تغییر دهد یا در آن زیادتی را از قبیل ترمیم به عمل آورد که مستقل بنفسه نباشد، عین مذکور با زیادت وارده، مال وصیت شده شناخته می شود.» به موجب نص این ماده هرگاه موصی شی را در موصی به اضافه کند یا در موصی به تغییری وارد نماید که بالذات مستقل نباشد، مانند ترمیم و گج کاری خانه، یا زیادت بسیط و ساده باشد به نحوی که در عرف قابل تسامح باشد، مانند: احداث حمام یا غرفه کوچک در خانه، ورثه وی در زیادت مذکور که از عین منفصل نباشد حقی ندارد، زیرا زیادت دارای قیمت مالی منفصل از عین نیست^{۳۴۳} و زیادت مال موصی له تلقی می گردد. زیادت در لغت به معنی افزونی، افزون شدن، زیاد شدن و بسیار شدن است.^{۳۴۴} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به حمیده وصیت نماید و سپس در آن یک اطاق احداث نماید یا خانه را رنگمالی نماید و سایر زیادات غیرمستقل و وابسته را انجام دهد، زیادات غیرمستقل مال حمیده تلقی می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم زیادت غیرمستقل در عین موصی به است.

۲) **زیادت مستقل:** براسا ماده ۲۱۷۷ ق. م: «هرگاه زیادت در عین مستقل بنفسه باشد مانند درختان و عمارت، ورثه وصیت کننده با شخصی که برای او وصیت شده است در حدود قیمت

۳۴۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۸۸؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۱۵.
۳۴۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۵۳۹.

۲۸۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

زیادت وارده در تمام عین مذکور شریک می شوند.» طبق نص این ماده هرگاه موصی در عین موصی به شی را اضافه نماید که مستقل بالذات باشد مانند غرس درخت یا احداث بناء و یا زیادت غیر مستقل باشد که مطابق عرف تسامح در آن جاری نشود، ورثه شریک موصی له در عین و زواید آن شناخته می شود. بنابراین، حصه ورثه به تناسب قیمت زیادت می باشد که عبارت از قیمت درخت و بنائی که مستقل بالذات اند می باشد.^{۳۴۵} به حیث مثال، اگر احمد یک سوم باغ خویش را به حمیده وصیت نماید و سپس در آن درخت غرس نماید یا جوی احداث نماید و سایر زیادات مستقل را انجام دهد، زیادات مال حمیده و ورثه احمد تلقی می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم زیادت مستقل در عین موصی به است.

۳) **انهدام و احداث بنای جدید:** طبق ماده ۲۱۷۸ فقره اول و دوم ق. م: «هرگاه وصیت کننده عین وصیت شده را منهدم گردانیده و آن را مجدداً به همان حالت سابقه ولو که با تغییر علائم باشد اعمار نماید عین مذکور با حالت جدید مال وصیت شده شناخته می شود. اگر بناء به غیر از حالت سابقه اعمار شود ورثه در حدود قیمت زیادت با شخصی که برای او وصیت شده در تمام عمارت شریک شمرده می شوند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه وصیت کننده عین وصیت شده را منهدم گردانیده و آن را مجدداً به همان حالت سابقه ولو که با تغییر علائم باشد اعمار نماید عین مذکور با حالت جدید مال وصیت شده شناخته می شود. منهدم از ریشه «هدم» گرفته شده است که در لغت به معنی نابود شده، ویران شده و خراب شده است.^{۳۴۶} به حیث مثال، اگر حمیده سه باب تعمیر یا خانه داشته باشد و یک باب آن را به احمد وصیت نماید و سپس تعمیر را منهدم نماید و سپس آن را همانطور که در ابتداء بود مجدداً اعمار نماید، تعمیر مال احمد تلقی می گردد.

۲- اگر بناء به غیر از حالت سابقه اعمار شود ورثه در حدود قیمت زیادت با شخصی که برای او وصیت شده در تمام عمارت شریک شمرده می شوند. به حیث مثال، اگر حمیده سه باب تعمیر یا خانه داشته باشد و یک باب آن را به احمد وصیت نماید و سپس تعمیر را منهدم نماید و سپس آن را با تغییرات اعمار نماید، به حیث مثال، تعمیر در ابتداء دارای ده اطاق و دو منزل باشد، اما بعد از اعمار دارای پانزده اطاق و سه منزل باشد، یک منزل و پنج اطاق ملکیت احمد و ورثه حمیده تلقی

۳۴۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۵۴۰.

می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم زیادت در عین موصی به است.

در فقه، برخی فقهاء در این خصوص می‌نویسند که هرگاه موصی عمارت موصی به را منهدم نماید و عمارت دیگر به شکل عمارت قبلی ولو با مواد ساختمانی جدید احداث نماید، ورثه در آن ذیحق شناخته نمی‌شود. ولی هرگاه عمارت را به سبک و شیوه دیگر احداث نماید که دارای طبقات مختلف باشد و از عمارت قبلی فرق داشته باشد، ورثه و موصی له مالک مشترک آن شناخته می‌شوند و حصه موصی له متناسب به قیمت زمین و حصه ورثه متناسب به قیمت عمارت می‌باشد.^{۳۴۷}

۴) انهدام عین وصیت شده و ضم آن با ملکیت دیگر موصی: طبق ماده ۲۱۷۹ ق. م: «هرگاه وصیت کننده عین وصیت شده را منهدم گردانیده زمین آن را با زمین دیگر ملکیت خود ضم و در آن عمارتی بنا نماید شخصی که برای او وصیت شده با ورثه در تمام بناء و زمین در حدود قیمت زمین وصیت شده شریک شمرده می‌شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه وصیت کننده عین وصیت شده را منهدم گردانیده زمین آن را با زمین دیگر ملکیت خود ضم و در آن عمارتی بنا نماید شخصی که برای او وصیت شده با ورثه در تمام بناء و زمین در حدود قیمت زمین وصیت شده شریک شمرده می‌شود. ضم در لغت به معنی همراه کردن، چیزی که آن را به چیز دیگری جمع کردن و پیوس کردن است.^{۳۴۸} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به حمیده وصیت نماید و سپس خانه را تخریب و سپس زمین آن را با زمین دیگر خویش یکجا نماید و بر هر دو زمین خانه جدید ایجاد نماید، خانه جدید ملکیت موصی له و ورثه موصی تلقی می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تغییر عین وصیت شده است. طبق فقه هرگاه موصی عمارت موصی به، را تخریب و زمین آن را با زمین دیگر خود ضم نماید و در آن عمارت جدید احداث نماید، ورثه و موصی له مالک عمارت جدید به

۳۴۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۵۴۰.

۳۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۸.

۲۸۸ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

صورت مشترک شناخته می شوند و حصه موصی له شامل قیمت زمین و حصه ورثه شامل قیمت عمارت می شود.^{۳۴۹}

۵) یکجا نمودن دو بناء: براساس ماده ۲۱۸۱ ق. م: «هرگاه وصیت کننده از بناء عین وصیت شده و بناء دیگر ملکیت خود، بناء واحدی را تشکیل دهد که به اساس توحید مذکور بیع و تسلیم عین وصیت شده به تنهایی ناممکن گردد شخصی که برای او وصیت شده است با ورثه در حدود قیمت وصیت شریک شناخته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه وصیت کننده از بناء عین وصیت شده و بناء دیگر ملکیت خود، بناء واحدی را تشکیل دهد که به اساس توحید مذکور بیع و تسلیم عین وصیت شده به تنهایی ناممکن گردد شخصی که برای او وصیت شده است با ورثه در حدود قیمت وصیت شریک شناخته می شود. به حیث مثال، به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به حمیده وصیت نماید و سپس خانه را تخریب و با خانه دیگر خویش یکجا نماید و در نتیجه تسلیم عین موصی به برای موصی له توسط ورثه موصی ناممکن گردد، موصی له و ورثه در خانه جدید شریک تلقی می شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تغییر عین وصیت شده است. طبق فقه هرگاه موصی از بناء عین موصی به و بناء ملکیت خود عمارت جدید احداث نماید که فروش و تسلیم عین موصی به، به تنهایی ممکن نباشد، ورثه و موصی له مالک مشترک آن شناخته می شوند و چنین ملکیت تابع احکام ملکیت مشاع است.^{۳۵۰}

۶) طبق ماده ۲۱۸۰ ق. م: «به استثنای احکام مواد سابقه آنچه از طرف وصیت کننده بر عین وصیت پرداخته می شود یا بر عین مذکور افزود می گردد و عرف بر آن جاری است و یا از قرائن چنین استنباط شود که زیادت بر آن از طرف وصیت کننده صورت گرفته است زیادت مذکور با وصیت یکجا می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده آنچه از طرف وصیت کننده بر عین وصیت پرداخته می شود یا بر عین مذکور افزود می گردد و عرف بر آن جاری است و یا از قرائن چنین استنباط شود که زیادت بر آن از طرف وصیت کننده صورت گرفته است زیادت مذکور با وصیت یکجا می گردد. تعریف زیادت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به حمیده وصیت نماید و سپس دو جریب دیگر بر آن بی افزاید، دو جریب

۳۴۹. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۵۴۰.

۳۵۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، ص ۷۵۴۱.

زمین با عین موصی به یکجا می شود و ورثه مکلف است مجموعاً دوازده جریب زمین به حمیده از مجموع زمین های احمد بدهند. عبارات «به استثنای احکام مواد سابقه، «عرف بر آن جاری است و یا از قرائن چنین استنباط شود» در نص این ماده مبهم و زاید به نظر می رسند و قابل توصیه است توسط قانونگذاران مدنی حذف شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم زیادت در عین موصی به است.

گفتار دوم) تصرف شخص در حالت مرض موت

مطابق ماده ۲۱۹۵ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هر عمل قانونی ای که 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 می شود. به صیغه و الفاظ اعتبار داده نمی شود؛ و (۲) اثبات اینکه عمل قانونی هنگام مرض موت صورت گرفته است به دوش ورثه است و می توانند در این مورد از تمام وسایل و طرق اثبات استفاده نمایند. تمسک بر تأریخ سند علیه ورثه در صورتی که این تاریخ ثابت نباشد اعتبار ندارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) هر عمل قانونی ای که 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 می شود. عمل قانونی تصرف قانونی است و تصرف قانونی شامل عقدها و ایقاع ها می شود. در باره تعریف اصطلاحی مرض الموت در فقه دو تعریف وجود دارد: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: مرض الموت عبارت از مرض مخوفی است که متصل با مرگ باشد، هرچند سبب مرگ، مرض نباشد. اما، فقهای حنفیه در تعریف مرض الموت می گویند: «مرض الموت عبارت از مرضی است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریض در آن متصور باشد و آن حالتی است که اگر مریض از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج از منزل عاجز گردد و در صورتی که مریض از جمله زنان باشد از انجام مصالح خود در داخل منزل عاجز گردد و در همین حالت، قبل از مرور یک سال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذارد و یا خارج از بستر. اگر مرض او دوام کند و یک سال از آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت او تغییر نیابد، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات انسان سالم و عادی به حساب می آید. اگر حالت او تغییر کرد، و مرض او شدت یافت و بعد از این حالت وفات کرد، از زمان تغییر حالت تا ساعت وفات، حالت مرض را به

۲۹۰ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

خود می گیرد.» (ماده 1595 مجلة الاحكام).^{۳۵۱} تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۳۵۲} به نظر می رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می گردد، مانند: هبه، صدقه، وصیت، وقف، عاریت و امثال اینها. به حیث مثال، اگر احمد مصاب به مرض سرطان باشد و بخواهد اموال خویش را وقف، هبه و صدقه بدهد، وقف، هبه و صدقه احمد تابع احکام وصیت است.

۲) به صیغه و الفاظ اعتبار داده نمی شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد به عوض وصیت، هبه یا صدقه را استعمال نماید، به لفظ و صیغه ای که احمد استعمال نموده است اعتبار داده نمی شود.

۳) اثبات اینکه عمل قانونی هنگام مرض موت صورت گرفته است به دوش ورثه است و می توانند در این مورد از تمام وسایل و طرق اثبات استفاده نمایند. دلیل این حکم، قاعده عمومی ارایه بینه بر عهده مدنی و سوگند بر منکر است می باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، ورثه احمد ادعا نمایند که هبه، صدقه و وقف احمد در زمان مرض موت احمد صورت گرفته است، ورثه می توانند با ارایه سند، شهود و نظیر اینها مرض موت احمد را در محکمه ذیصلاح ثابت نمایند.

۴) تمسک بر تاریخ سند علیه ورثه در صورتی که این تاریخ ثابت نباشد اعتبار ندارد. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهی و توسل، سند و حجت است.^{۳۵۳} نص بند اخیر ماده 1295 ق. م مفهوم درست را افاده نمی نماید و ایجاب تعدیل را می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن ورثه و جلوگیری از سوء استفاده از حق توسط شخص مبتلا به مرض الموت است.

همچنین، طبق ماده ۲۱۹۶ ق. م: «هرگاه ورثه به اثبات برسانند که تصرف قانونی از مورث آنها در مرض موت صادر گردیده تصرف مذکور تبرع شناخته می شود، مگر اینکه شخصی که برای او تصرف صادر گردیده عکس آن را به اثبات برساند. این امر در حالتی است که احکام دیگری به خلاف آن وجود نداشته باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل

۳۵۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، صص ۲۹۷۷ و ۲۹۸۸؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۵-۷؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۱۳-۳۱۵.
۳۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۹۱

این است در صورت صدور تصرف از شخص مبتلا به مرض الموت بار اثبات بر عهده ورثه است. بنابراین، ورثه باید ثابت نماید که تصرف قانونی حین مرض موت از مریض مبتلا به مرض الموت صورت گرفته است. در صورت اثبات، چنین تصرفی در حکم وصیت است و بنابراین احکام وصیت بر آن تطبیق می‌گردد. از همین رو، نویسندگان ق. م این مسأله را در جلد چهارم، فرع هفتم تحت عنوان احکام متفرق در مبحث وصیت تنظیم نموده‌اند. به حیث مثال، اگر احمد مبتلا به سرطان باشد و اموال خویش را بخواهد هبه نماید و ورثه احمد با شاهدان و سند ثابت نمایند که احمد مبتلا به سرطان است و در حالت مرض موت اموال خویش را هبه نموده است، این هبه تابع احکام وصیت است. استثنای این اصل این است که شخصی که برای او تصرف صادر گردیده عکس آن را به اثبات برساند. به حیث مثال، اگر احمد مبتلا به مرض سرطان باشد و همه اموال خویش را به محمود هبه نماید، محمود می‌تواند با اثبات این که احمد هبه را در حالت مرض موت انجام نداده است، موهوبه را تملک نماید. با از نص این ماده به خوبی فهمیده می‌شود که موصی له می‌تواند ثابت نماید که به حیث مثال تصرف در حین مرض موت صورت نگرفته است. به نظر می‌رسد در صورت اثبات عکس، موصی له مستحق موصی به می‌شود.

بند ماده ۲۱۹۶ ق. م که تصریح می‌نماید که این امر در حالی است که احکام دیگری به خلاف آن وجود نداشته باشد مبهم به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی این است که حکم ماده ۲۱۹۶ ق. م و استثنای آن در صورتی قابل تطبیق است که برخلاف حکم دیگر قانون وجود نداشته باشد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن ورثه است.

گفتار سوم) تصرف موصی به نفع ورثه

طبق ماده ۲۱۹۷ ق. م: «هرگاه شخصی به نفع یکی از ورثه خود تصرفی را انجام داده و حیازت و انتفاع عین مذکور را به یکی از طرق الی زمان حیات خود حفظ نماید، تصرف مذکور به بعد از مرگ منسوب بوده و احکام وصیت بر آن تطبیق می‌گردد مگر اینکه دلیل دیگری بر آن قایم گردد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد. اصل و قاعده این است که هرگاه شخصی به نفع یکی از ورثه خود تصرفی را انجام داده و حیازت و انتفاع عین مذکور را به یکی از طرق الی زمان حیات خود حفظ نماید، تصرف مذکور به بعد از مرگ منسوب بوده و احکام وصیت بر آن تطبیق می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد چندین پسر و دختر داشته باشد و پول خویش را به

۲۹۲ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

در حساب یکی از پسران خویش که او را نسبت به سایر پسران و دختران خویش بیشتر دوست دارد بگذارد و این پول را الی زمان حیات خویش در صورت حساب پسر خویش حفظ نماید، این تصرف احمد منسوب به بعد از مرگ و تابع حکم وصیت است. استثنای این اصل این است که دلیل دیگر بر خلاف این تصرف ثابت گردد. به حیث مثال، حساب بانکی احمد مسدود شده باشد و احمد پول را به دلیل مسدود شدن حساب بانکی خویش در حساب بانکی یکی از پسران خویش گذاشته باشد. در این صورت، تصرف احمد تابع حکم وصیت نیست. گذاشت پول در بانک توسط احمد مصداق تصرف است. همچنین، پول در این مثال مصداق عین است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این مورد حمایت قرار دادن و ورثه و جلوگیری از سوء استفاده از حق توسط شخص است.

مبحث چهارم) تراحم وصایا

گفتار اول) تعریف

تراحم از ریشه «زحم» گرفته شده است که در لغت به معنی گرد آمدن، انبوه شدن، برهم فشردن و با همدیگر برخورد کردن است.^{۳۵۴} در اصطلاح حقوقی و فقهی تراحم وصایا عبارت از حالتی است که وصایا متعدد باشد و ثلث ترکه جوابگوی اجرای وصیت نباشد و ورثه هم زاید بر ثلث را اجازه ندهند یا اجازه دهند، اما مال مورث برای تنفیذ وصیت همه وصایا کافی نباشد^{۳۵۵} مانند اینکه: موصی برای زید یک هزار افغانی، برای فقراء دو هزار افغانی و برای مسجد سه هزار افغانی را وصیت نماید که مجموع این پول شش هزار افغانی می شود، در حالی که ثلث مال پنج هزار افغانی باشد.^{۳۵۶}

گفتار دوم) حالت های تراحم وصایا

۳۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۷۰.

۳۵۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۵۵۹؛ و اسعد شیخ الاسلامی (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، ص ۱۷۵.

۳۵۶. مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۲۱۳.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۹۳

تزام و تعدد وصایا از سه حالت خالی نیست: یا همه این وصایا برای اشخاص حقیقی است، مانند: خالد، احمد یا به قصد قربت به خداوند یا بعضی آن برای مردم و بعضی آن برای خداوند است:

۱- وصیت به اشخاص: طبق ماده ۲۱۹۰ ق.م: «هرگاه وصیت متجاوز از ثلث بوده و ورثه آن را اجازه نماید مگر متروکه تمام وصایا را تکافو نکند یا ورثه اجازه ندهد و ثلث مال، تمام وصیت را کفایت نکند، حسب احوال ثلث با متروکه بین اشخاصی که به آنها وصیت شده است مطابق به حصص، بین آنها تقسیم می شود مشروط بر اینکه شخص وصیت شده به عین، از همان عین معینه وصیت شده، حصه خود را دریافت بدارد.» نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد از نص این ماده دو قاعده ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: هرگاه وصیت متجاوز از ثلث بوده و ورثه آن را اجازه نماید مگر متروکه تمام وصایا را تکافو نکند ثلث مال با متروکه بین اشخاصی که به آنها وصیت شده است مطابق به حصص، بین آنها تقسیم می شود مشروط بر اینکه شخص وصیت شده به عین، از همان عین معینه وصیت شده، حصه خود را دریافت بدارد. ثلث در لغت به معنی یک سوم است. متروکه مالی است که مؤثر از خود به جا می گذارد. وصایا جمع وصیت است. تکافو در لغت به معنی بسنده است.^{۳۵۷} حصص جمع حصه است. به حیث مثال، اگر احمد چهل جریب زمین داشته باشد و شش جریب زمین را به فاروق، قیوم، جمشید و ویس وصیت نماید و ورثه احمد نیز این وصیت را اجازه دهد، متروکه تنفیذ وصیت را کفایت نمی کند. زیرا، نمی توان برای فاروق، قیوم، جمشید و ویس شش جریب زمین را داد در حالی که احمد چهل جریب زمین دارد. در این صورت، چهل جریب زمین میان فاروق، قیوم، جمشید و ویس تقسیم می شود. در این مثال، وصیت بیشتر از یک سوم است. ورثه احمد تنفیذ این وصیت را اجازه می دهد. اما، نمی شود از چهل جریب زمین شش جریب زمین به فاروق، قیوم، ویس و جمشید داد. در این مثال، مقدار مال تنفیذ وصیت را بسنده نمی کند.

دوم این که: هرگاه وصیت متجاوز از ثلث بوده و ورثه موصی تنفیذ وصیت را اجازه ندهد و ثلث مال، تمام وصیت را کفایت نکند، ثلث بین اشخاصی که به آنها وصیت شده است مطابق به حصص، بین آنها تقسیم می شود مشروط بر اینکه شخص وصیت شده به عین، از همان عین

۲۹۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

معینه وصیت شده، حصه خود را دریافت بدارد. به حیث مثال، اگر احمد شصت جریب زمین داشته باشد و چهل جریب زمین را به فاروق، قیوم، جمشید و ویس وصیت نماید و ورثه احمد این وصیت را اجازه ندهد، ثلث مال تنفیذ وصیت را کفایت نکند، بیست جریب زمین میان فاروق، قیوم، جمشید و ویس تقسیم می شود. در این مثال، وصیت بیشتر از یک سوم است. زیرا، احمد شصت جریب زمین دارد و چهل جریب آن را وصیت کرده است در حالی که ثلث شصت جریب زمین بیست جریب زمین می شود. در این صورت، ثلث مال احمد میان فاروق، قیوم، ویس و جمشید تقسیم می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تراحم وصایا برای اشخاص است.

۲- تراحم وصایا در حق الله: براساس ماده ۲۱۹۱ ق. م: «هرگاه وصیت به وجه ثواب صورت گرفته باشد و تماماً فرایض یا واجبات یا نوافل باشد و وصیت کننده برای هر يك از جهات حصه را معین نکرده باشد، وصیت بین جهات مذکور به صورت مساوی تقسیم می شود و اگر برای هر يك حصه متفاوت تعیین نموده و تمام وصیت آن را تکافو نکند به تناسب حصه هر جهت تقسیم می شود.» نص این ماده مبهم و فهم آن بسیار مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که در صورتی وصیت برای ثواب صورت گرفته باشد و تماماً فرایض، واجبات و یا نوافل باشد و موصی برای هر یک از جهات حصه را معین نکرده باشد، موصی به میان جهات به صورت مساوی تقسیم می شود. عبارت تماماً فرایض، واجبات و نوافل باشد مبهم است، زیرا قانونگذار مدنی تعیین و مشخص نکرده است که وصیت به اعتبار حکم فرض، واجب و یا نفل باشد و یا به اعتبار جهت. دوم این که در صورتی که موصی برای هر یک حصه معین تعیین نموده باشد و موصی به تنفیذ وصیت را تکافو نکند، به تناسب حصه هر جهت تقسیم می شود. عبارت «به تناسب حصه هر جهت تقسیم می شود» در این ماده مبهم است. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «وصیت برای خدا و ثواب به سه نوع است: وصیت برای فدیة فرایض، مانند زکات، حج، روزه و نماز. وصیت بریا برای فدیة واجبات مانند کفارات، نذر و صدقه فطر. وصیت بریا خدا و ثواب مانند وصیت به صدقه برای فقراء.^{۳۵۸} سپس، این نویسنده برای قاعده اول و دوم چنین مثال می آورد.

بخش چهارم / وصیت □ ۲۹۵

مثال قاعده اول: هرگاه احمد مبلغ شصت هزار افغانی خود را وصیت به وجه ثواب برای فدیة تمام فرایض یا واجبات یا نوافل نموده باشد ولی وصیت کننده برای هر یک از جهات حصه را تعیین نکرده باشد، وصیت بین جهات به صورت مساوی تقسیم می شود. به این ترتیب که برای فدیة و ثواب فرایض مبلغ بست هزار افغانی و برای واجبات بیست هزار افغانی و برای نوافل مبلغ بیست هزار افغانی از طرف ورثه یا اشخاص ذیصلا به نیت فدیة جهات مذکور برای اشخاص مستحق به منظور تنفیذ وصت از متروکه جدا و توزیع می گردد.

مثال قاعده دوم: هرگاه احمد برای ثواب و فدیة فرایض مبلغ چهل هزار افغانی و برای واجبات مبلغ بیست هزار افغانی و برای نوافل مبلغ بیست هزار افغانی تعیین کرده باشد که مجموع آن بیشتر از هشتاد هزار افغانی می شود و مبلغ بیست هزار افغانی آن از حدود ثلث ترکه که مبلغ شصت هزار افغانی باشد زاید شود که تمام تنفیذ وصیت را تکافو نکند، در این صورت به تناسب حصه هر جهت مذکور تقسیم می شود؛ یعنی: مبلغ شصت هزار افغانی حدود ثلث ترکه به چهار حصه تقسیم شده که هر یک حصه مبلغ پانزده هزار افغانی می شود. چون حصه وصیت فرایض دو برابر و از واجبات و نوافل یک یک حصه می باشد. بنابراین، برای جهت فرایض الله مبلغ سی هزار افغانی و برای هر یک از جهت واجبات و نوافل مبلغ پانزده هزار افغانی به تناسب حصه هر جهت تقسیم و برای مستحقین آن توزیع می شود.^{۳۵۹}

با پذیرش آنچه گفته شد، نص ماده ۲۱۹۱ ق. م بسیاری نظری، غیر عملی و تطبیق آن بعید به نظر می رسد. لذا، نص این ماده ارزش نظری دارد و پیدا کردن مصادیق عملی آن بسیار مشکل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تراحم و صایا در حق الله است.

همچنین، ماده ۲۱۹۲ ق. م: «هرگاه وصیت به انواع مختلف وجوه ثواب به صورت مساوی تقسیم شود و اگر برای هر یکی انواع ثواب خاص تعیین گردیده و مال وصیت شده کفایت همه انواع را کرده نتواند فرایض نسبت به واجبات و واجبات نسبت به نوافل ترجیح داده شده و حصه هر نوع بین افراد آن به صورت مساوی تقسیم می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه وصیت به انواع مختلف وجوه ثواب به صورت مساوی تقسیم شود و اگر برای هر یکی انواع ثواب خاص تعیین گردیده و مال وصیت شده کفایت همه انواع را کرده نتواند فرایض

۲۹۶ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

نسبت به واجبات و واجبات نسبت به نوافل ترجیح داده شده و حصه هر نوع بین افراد آن به صورت مساوی تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد در حین حیات خود مبلغ دو هزار افغانی را برای فرایض الله و دو هزار افغانی را برای واجبات و دو هزار افغانی را برای نوافل وصیت نموده باشد در حالی که تمام دارایی او نه هزار افغانی گردد که ثلث ترکه مبلغ سه هزار افغانی می شود، مبلغ سه هزار افغانی به صورت مساوی به جهت مختلف وجوه ثواب تقسیم شده و مال وصیت شده کفایت همه انواع را وصیت را نمی کند. بنابراین، فرایض الله نسبت به واجبات ترجیح داده شده نخست مبلغ دو هزار افغانی برای تنفیذ وصیت فرایض الله تخصیص داده شود و این دو هزار افغانی به فرایض الله که زکات، حج، روزه و نماز است به صورت مساوی تقسیم شود. سپس واجبات نسبت به نوافل ترجیح داد شود و یک هزار افغانی باقیمانده ثلث ترکه برای تنفیذ وصیت واجبات مثل کفارات، نذر و صدقه فطر به صورت مساوی تقسیم گردد. چون برای تنفیذ وصیت نوافل که در درجه پایین تر قرار دارد چیزی از سه هزار افغانی ثلث ترکه باقی نمی ماند. بنابراین، وصیت نوافل در ترکه نباید تطبیق گردد. ۳۶۰ ایرادی که بر نص ماده ۲۱۹۱ ق. م وارد است بر نص این ماده نیز وارد می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تراحم وصایا در حق الله است.

۳- تراحم وصایا در حق الله و حق العبد: طبق ماده ۲۱۹۳ ق. م: «هرگاه وصیت به وجوه ثواب با وصیت به طرق دیگر بدون تخصیص حصص یکجا شود، مال وصیت شده به صورت مساوی بین جهات مذکور تقسیم می شود.» نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد نص این ماده نظر بر تراحم وصایا در حق الله و حق العبد است، زیرا نص این ماده از «وصیت به وجوه ثواب و با وصیت به طرق دیگر بدون تخصیص حصص» سخن می گوید. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از وصیت به وجوه ثواب، حق الله و وصیت به طرق دیگر وصیت بندگان است. با پذیرش این برداشت و استنباط به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است در صورتی که وصیت به جهات ثواب و افراد صورت گرفته باشد و موصی حصه های مربوط به جهات و افراد را معین ننموده باشد، موصی به صورت مساوی بین جهات تقسیم می شود و افراد از موصی به محروم می شوند. به حیث مثال، اگر احمد شش لک افغانی پول داشته باشد و دو لک آن را برای فرایض الله و محمود وصیت نماید، دو لک افغانی میان فرایض الله و محمود به صورت مساوی تقسیم می

بخش چهارم / وصیت □ ۲۹۷

شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تراحم وصایا در حق الله و حق العبد است. ایرادی که بر نصوص مواد ۲۱۹۱ و ۲۱۹۲ ق. م وارد است بر نص این ماده نیز وارد به نظر می رسد.

پایان جلد حقوق میراث
و دور شرح قانون مدنی افغانستان

فهرست اهم منابع

الف) دري:

اول: در فقه

- ۱) الزحيلي، وهبة (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان.
- ۲) دامنی، عبدالناصر (۱۳۸۶). ميراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان.
- ۳) رستم خیل، سيد آغا (۱۳۹۵). ميراث و مسایل آن از دیدگاه فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۴) زرقاء، مصطفى (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند.
- ۵) سابق، سيد ((۱۳۷۱)). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، (۴) جلد، ایران: انتشارات محمدی سقر.
- ۶) سلطان، صلاح (___). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۵۷ (9 حوت 1398 ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترس است.
- ۷) سوید، محمد نور (۱۳۸۷). تربیت فرزندان از دیدگاه پیامبر، مترجم: محمد صالح سعیدی، چاپ دوم، (___): نشر مترجم.
- ۸) شیخ الاسلامی، اسعد (۱۳۸۴). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت، چاپ اول، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها.
- ۹) عزیز، عبدالعزیز (___). احکام میراث از نگاه فقه و قانون، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی ها دانشگاه ها.

۱۰) مغنیه، محمد جواد (۱۳۷۹). احوال شخصیه، ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسة، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس.

۱۱) نذیر داد محمد (۱۳۹۵). حقوق میراث، چاپ ششم، انتشارات حامد رسالت، کابل.

۱۲) وزیر، مجید (۱۳۸۴). حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل.

دوم: در حقوق

۱۳) امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، (6) جلد، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة.

۱۴) بادینی، حسن (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۱۵) راجی، یادگار (___). تشریح و توضیح قانون مدنی، جلد (۴)، (___)، (___).

۱۶) رسولی، عبدالحسین (۱۳۹۳). اموال مالکیت در حقوق افغانستان، چاپ اول، انتشارات ابن سینا.

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

۱۸) صفایی، سید حسین قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات مهر.

۱۹) عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل: انتشارات سعید.

سوم) فرهنگ ها

۲۰) انصاری مسعود و طاهری محمد علی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.

۲۱) ایمانی، عباس (۱۳۸۲). فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: (___).

۲۲) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش.

فهرست اهم منابع □ ۳۰۱

۲۳) سیاح، عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمة المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام.
۲۴) عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.

چهارم: قوانین و متحدالمال ها:

۲۵) ژوبل، محمد عثمان (____). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۲۶) قانون مدنی (۱۵/۱۰/۱۳۵۵ ش) ۳۵۳ جريدة رسمی.
۲۷) ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه.

ششم: وبسایت ها:

28) <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

29) <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (last visit:

9/3/2016).

ب) عربی:

۳۰) الزحیلی، وهبة (____). الفقه الاسلامی و ادلته، ۱۲ جلد، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ
۳۱) احمد السنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۲م). الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، ۱۴ ج، بیروت، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی.
۳۲) اسماعیل، محمد بکر (۱۴۱۰). الفقه الواضح، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع.
۳۳) القره داغی، علی محی الدین (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة.
۳۴) سعید الصاغرچی، اسعد محمد (____). الفقه الحنفی و ادلته، ۳ ج، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیہ.
۳۵) عبدالحمید، محمد محی الدین (۲۰۰۷م). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیہ للنشر.

٣٠٢ □ شرح قانون مدنى افغانستان: حقوق ميراث و وصيت

٣٦) مصطفى احمد، زرقاء (١٩٦٧-١٩٦٨م). المدخل الفقهي العام، (٣) جلد، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر.

٣٧) محمود، طهماز، عبدالحميد (___). الفقه الحنفي فى ثوبه الجديد، (٥) جلد، باكستان: چاپ مكتب حقانيه.

٣٨) موسى، محمد يوسف (___). احكام الاحوال الشخصية فى الفقه الاسلامى، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعمانى.

٣٩) ___ (١٤٠٤ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (٣٠)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية.

(ج) انگليسى:

40) A. Hussian (2005). The Islamic Law of Succession, first edit, (___) Darussalam.

41) Razi, Mohammad (2008). Islamic inheritance law, Toronto, Canada.

42) Hussaini, Sohail S. (2007). The Laws of Inheritance in Islam, 2nd edi, Denver Colorado: Outskirts Press

43) WJ. Brown (1999). GCSE Law, Seventh edi: (___), Sweet and Maxwell.

نظام الدین عبدالله فرزند عبدالرحیم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکرده ولایت کابل چشم به جهان گشوده است. او در سال ۱۳۸۳ از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه پوهنتون کابل فارغ گردیده است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی واحد افغانستان اخذ نموده است. او از ماه سنبله سال ۱۳۹۹ الی اکنون در دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی استان تهران - واحد تهران مرکزی دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی است. او در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۴ مضامین حقوق و جایب، حقوق عینی، حقوق میراث، مبادی حقوق، حقوق فامیل، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، عقود معین، قانونگذاری، روش تحقیق در حقوق و ... را در پوهنتون کاردان، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک و پوهنتون کاروان و غیره تدریس کرده است. او از سال ۱۳۹۵ الی اکنون استادیار حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه پوهنتون های خصوصی افغانستان است. او در این جریان مضامین حقوق و جایب (قواعد عمومی عقود)، حقوق و جایب (حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی)، حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی، قانونگذاری، حقوق اساسی، مبادی حقوق، حقوق اداری، روش تحقیق در حقوق و ... را در این دانشگاه پوهنتون به زبان انگلیسی تدریس نموده است. برخی آثاری را که او تا اکنون تألیف و ترجمه نموده است قرار آتی است:

- ۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات و جیبه، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۶) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.

۳۰۴ □ شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث و وصیت

۸) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.

۹) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۰). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت چاپ اول، کابل - افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.

۱۰) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

۱۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۸) انواع قانون و مراحل قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ دوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.

۱۲) جولیا پیفیر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.

۱۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و وجایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.

۱۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

۱۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید.

دوم) مقالات:

۱) نظام الدین عبدالله و داکتر جواد تقی زاده (۱۳۹۳). انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان، مجله وکالت، شماره های ۲۶ و ۲۷.

۲) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۳). حق تشکیل حزب سیاسی، مجله وکالت، شماره ۲۸.

۳) نظام الدین عبدالله (۲۰۱۷). مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، جلد (۲)، کابل: بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون و صلح بین الملل.

سوم) به انگلیسی:

1) Nezamuddin Abdullah (2007). A Brief Comparative Analysis of United Nations Convention on Rights of Children (UNCRC), Islam, Afghan Legislations & Customary Practices, Kabul: Save the Children, Sweden – Norway.

2) Nezamuddin Abdullah (2011). Max Planck Manual on Property and Ownership in Afghanistan, first edition, Kabul: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Law of Inheritance and Will

Fourth edition

2024

Nezamuddin Abdullah

(Assistant Professor of Law & PhD candidate of Private Law)