

MLJ

مجله حقوق پزشکی

ویژه نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

مقاله پژوهشی

روش‌های فقهی - حقوقی برون‌رفت از سکوت قانون در ارتباط با ناتوانی، عدالت و خیانت وصی

حوریه عقبايي^۱، زهرا فهرستی^{۲*} 

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: سکوت قانون در فضاهای مختلف نظام حقوقی و به طور خاص در زمینه مسائل مستحدثه امری بدیهی است. در فضای حقوق مدنی، با توجه به وجود اصل حاکمیت اراده و امکان توافق طرفین اختلاف، موارد سکوت قانون نسبت به سایر حوزه‌هایی که امکان توافق اراده ها محدودتر است مشکلات کمتری را برای قضات ایجاد می‌کند. یکی از فضاهایی که سکوت قانون چالش زیادی برای مراجع رسیدگی‌کننده به حل و فصل اختلافات ایجاد می‌کند، باب وصیت می‌باشد.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

یافته‌ها: علی‌رغم اینکه مدت زیادی از تصویب قانون مدنی گذشته است و در زمان تدوین قانون مزبور، طراحان آن به طور خاص احکام و قواعد فقهی را مدنظر قرار داده‌اند، اما در موارد متعددی قانون‌گذار در زمینه ناتوانی، عدالت و خیانت وصی، موضع سکوت را اختیار کرده است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

نتیجه‌گیری: در نظام‌های خانواده حقوق نوشته، دو رویکرد اصلی در تدوین قانون وجود دارد: رویکرد فرانسوی که در آن متن قانون به صورت مفصل و با ادبیات عامیانه طراحی شده است؛ دوم رویکرد آلمانی که در آن متن قانون به صورت فنی و مختصر طراحی و به تصویب رسیده است. در چهارچوب موضوع پژوهش حاضر، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با توجه به ادبیات غنی فقهی، تلفیقی از دو رویکرد فوق را انتخاب نموده است. به تعبیری، در این زمینه قانون‌گذار ایرانی ادبیاتی عامیانه و مختصر دارد. در نتیجه برای رفع موارد سکوت قانون‌گذار می‌توان به تفکیک راهکارهای فقهی و حقوقی مناسبی ارائه داد.

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۰۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۰۶/۲۹

واژگان کلیدی:

سکوت قانون

وصیت

عدالت

خیانت در امانت

* نویسنده مسؤؤل:

زهرا فهرستی

آدرس پستی: ایران، تهران، دانشگاه

آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی،

گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی.

کد پستی: ۱۱۴۸۹-۶۳۵۳۷

تلفن: ۲۱-۷۷۶۳۷۰۶۰

پست الکترونیک:

fehrest41@yahoo.com

۱. مقدمه

حقوق، مجموعه هنجارها و مقرراتی می‌باشد که برای تنظیم روابط میان تابعان آن طراحی و ارائه شده است. اصولاً تابعان حقوق (اعم از همه اشخاصی که شخصیت آنها در عالم حقوق به رسمیت شناخته شده است) هر کدام دارای نیازهایی مختلفی هستند. برای رفع برخی از این نیازها، کمک و همکاری سایر تابعان حقوق نیز لازم می‌باشد. در نتیجه برای رفع نیازهای مزبور، تابعان حقوق اقدام به برقراری رابطه با یکدیگر می‌کنند. در بطن این روابط، هر یک از طرفین، به دنبال تأمین منافع حداکثری خود می‌باشد. در اینجاست که علم و فن سیاست (یا همان تأمین منافع حداکثری با اعمال کمترین میزان قدرت) متولد می‌شود. در گام بعد، عالم حقوق و هنجارهای حقوقی بر این فضا حاکم می‌شوند. به تعبیری هنجارهای حقوقی از طریق ایجاد محدودیت‌های مختلف و سازوکارهای نظارتی و همچنین پیش‌بینی ضمانت اجرا، به تنظیم روابط میان تابعان حقوق می‌پردازند.

در بطن روابط تابعان حقوق به واسطه وجود تعارض و تزاخم میان منافع تابعان، اختلافاتی بروز پیدا می‌کند، که مراجع حل و فصل اختلافات با در نظر گرفتن اصول عدالت و حکومت قانون به رفع اختلافات مزبور می‌پردازند. از طرفی، در نظام‌های حقوقی وابسته به حقوق نوشته رسالت قانون‌گذار پیش‌بینی تمام مصادیق روابط میان تابعان حقوق و تعیین هنجار مناسب با آن نیست. در واقع قانون در قالب قواعد و هنجارهای کلی طراحی و تصویب می‌شود تا در هر قضیه قضات با بررسی پرونده، قواعد مزبور را بر اختلاف جاری کنند. در نتیجه، شفافیت و میزان صراحت قانون در این نظام‌های حقوقی از اهمیت قابل توجهی برخوردار است. با این اوصاف، سکوت قانون در فضاهای مختلف نظام حقوقی و به طور خاص در زمینه مسائل مستحدثه (نسبت به زمان تصویب قانون) امری بدیهی است. در فضای حقوق مدنی، با توجه به وجود اصل حاکمیت اراده و امکان توافق طرفین اختلاف، موارد سکوت قانون نسبت به سایر حوزه‌هایی که امکان توافق اراده‌ها محدودتر است (مانند فضای ارث و وصیت) مشکلات کمتری را برای قضات ایجاد می‌کند. یکی از فضاهایی که سکوت قانون

چالش زیادی برای مراجع رسیدگی‌کننده به حل و فصل اختلافات ایجاد می‌کند، باب وصیت می‌باشد. در بحث وصیت، با توجه به فوت موصی و عدم امکان مراجعه به وی و کشف اراده واقعی، موارد سکوت قانون‌گذار مشکلات فراوانی را برای قضا ایجاد می‌کند. در پژوهش حاضر به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که در ارتباط با ناتوانی، عدالت و خیانت وصی، راهکارهای برون‌رفت از سکوت قانون چیست؟ به بیان ساده‌تر، چنانچه قاضی در موارد ناتوانی، عدالت و خیانت وصی با سکوت قانون‌گذار مواجه شود، چه راهکارهایی برای برون‌رفت از وضعیت موجود برای وی متصور است. با توسل به اصول فقهی و منطقی، فرضیه‌ای که در راستای پاسخ به پرسش فوق مورد بررسی قرار می‌گیرد این است که، در ارتباط با عجز و ناتوانی وصی بایستی بین ناتوانی مالی و جسمی، و ناتوانی معنوی و اخلاقی تفاوت قائل شد؛ علاوه بر این، در ارتباط با عدالت وصی، با توجه به فقدان نص راجع به لزوم عدالت وصی، می‌توان اصل را بر جواز آن گذاشت؛ و در نهایت، در ارتباط با خیانت وصی می‌توان از وضعیت ولی و در ارتباط با عدم رعایت غبطه مولی‌علیه استفاده کرد.

۲. ملاحظات اخلاقی

در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۳. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

۴. یافته‌ها

علی‌رغم اینکه مدت زیادی از تصویب قانون مدنی گذشته است و در زمان تدوین قانون مزبور، طراحان آن به طور خاص احکام و قواعد فقهی را مدنظر قرار داده‌اند، اما در موارد متعددی قانون‌گذار در زمینه ناتوانی، عدالت و خیانت وصی،

کشمکش و تعارض شده‌اند. در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی تحلیلی ابتدا به توصیف وضعیت موجود مسئله پرداخته و سپس با تعیین خلاءها و با بهره‌گیری از نظرات اندیشمندان و بررسی قوانین به پرسش اصلی پژوهش پاسخ داده شده است (۱).

مقاله «سکوت قانون و روش‌های شکست آن» نوشته محمدرضا بندرچی که در سال ۱۳۹۸ به چاپ رسیده است. از نظر نویسنده، شرح و تفسیر قانون یکی از روش‌های پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی جهان است؛ بدین‌گونه که دادرسی در مقام رسیدگی و احقاق حق نیازمند تفسیر مقرراتی است که قصد دارد به آنها استناد نماید و در این راستا مکاتب تفسیری مختلفی پدید آمده‌اند که حقوق‌دانان و قضات با مراجعه به مبانی آن از قوانین موضوعه تفسیرهای خاصی را ارائه می‌دهند ولی گاه دادرسی نه با ابهام قانون بلکه با سکوت آن روبه‌رو می‌شود؛ چرا که مقنن به علت این که ذاتا بشر است قدرت پیش‌بینی همه حوادث و وقایع پیش رو را ندارد، لذا نمی‌تواند همه مطالب ریز و درشت را در قانون بگنجانند و بدین ترتیب گاه دعایی نزد قاضی مطرح می‌شود که در متون قانونی حکمی برایش معین نشده است و از طرفی قاضی ملزم به صدور حکم مقتضی است و نمی‌تواند از رسیدگی به بهانه نبود حکم قانون استنکاف کند؛ در این جاست که با پدیده‌ای به نام سکوت قانون روبه‌رو می‌شویم. در سیستم‌های حقوقی مختلف برای حل این مشکل راه‌های متفاوتی ارائه شده است. در آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ که با الهام از حقوق فرانسه تدوین شده است، قانون‌گذار به تقلید از حقوق فرانسه قاضی را ملزم به مراجعه به روح قانون و عرف و عادات مسلم جامعه نموده که البته خود این متن هم ابهامات متعددی را ایجاد کرده بود. پس از تأسیس جمهوری اسلامی ایران و تدوین قانون اساسی آن رویه تغییر کرد و روش جدید تحلیل سکوت قانونی بنا نهاده شد که اهم آن در اصل ۱۶۷ قانون اساسی تجلی کرد و قاضی به جای رجوع به روح قانون ملزم به رجوع به منابع فقهی و فتاوی معتبر گردید و در دنباله آن در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹ علاوه بر منابع فقهی و فتاوی معتبر به مقوله‌ای به نام «اصول حقوقی» نیز تصریح

موضع سکوت را اختیار کرده است. در نظام‌های خانواده حقوق نوشته، دو رویکرد اصلی در تدوین قانون وجود دارد: رویکرد فرانسوی که در آن متن قانون به صورت مفصل و با ادبیات عامیانه طراحی شده است؛ دوم رویکرد آلمانی که در آن متن قانون به صورت فنی و مختصر طراحی و به تصویب رسیده است. در چهارچوب موضوع پژوهش حاضر، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با توجه به ادبیات غنی فقهی، تلفیقی از دو رویکرد فوق را انتخاب نموده است. به تعبیری، در این زمینه قانون‌گذار ایرانی ادبیاتی عامیانه و مختصر دارد. در نتیجه برای رفع موارد سکوت قانون‌گذار می‌توان به تفکیک راهکارهای فقهی و حقوقی مناسبی ارائه داد.

۵. بحث

۵-۱. پیشینه تحقیق

آثار پژوهشگران و نویسندگان را می‌توانیم به دو دسته تقسیم کنیم: دسته اول آثاری هستند که به صورت کلی، موضوع سکوت قانون را مدنظر قرار داده‌اند؛ دسته دوم آثاری هستند که به صورت موضوعی سکوت قانون‌گذار را مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند که در ادامه به مهمترین آنها اشاره خواهیم کرد:

مقاله «مطالعه تطبیقی سکوت قانون در نظام حقوقی ایران و کشورهای اسلامی» نوشته سید نورالدین حیدری منش و همکاران که در سال ۱۳۹۹ به چاپ رسیده است. از نظر نویسندگان، سکوت قانون با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی محل نزاع بین حقوق‌دانان بوده است. در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ جرم‌انگاری فقهی در جرایم حدی تجویز شده است. مطالعه حقوق تطبیقی سایر کشورهای اسلامی نیز اختلاف نظر بین آنها را نشان می‌دهد. سوال اصلی تحقیق این است که قانون‌گذار ایرانی و سایر کشورهای اسلامی نسبت به سکوت قانون در حوزه حقوق کیفری چه رویکردی را اتخاذ کرده‌اند؟ با بررسی قوانین اساسی کشورها به نظر می‌رسد برخی مانند عربستان حاکمیت شرع را پذیرفته و برخی دیگر مانند مصر تحت تأثیر حقوق کیفری غرب قرار گرفته‌اند و دسته سوم همانند ایران و افغانستان در قوانین خود دچار

نتیجه هر گامی که در جهت رفع سکوت و ارائه راهکار برای برون‌رفت از آن مطرح می‌شود از اهمیت بسزایی برخوردار است. از سوی دیگر، استقرار حکومت قانون از طریق رفع چالش‌های ناشی از سکوت قانون‌گذار نیز گام مهمی در ایجاد وحدت رویه محاکم رسیدگی به حل و فصل اختلافات محسوب می‌شود. به تعبیری، برای استقرار و اعمال اصول عدالت، لازم است که سکوت قانون‌گذار برطرف شود که این امر یا از طریق اصلاح قوانین که فرآیند زمان‌بر می‌باشد صورت گیرد و یا از طریق ارائه راهکارهای تفسیری به قضات انجام پذیرد.

۴-۵. محدودیت‌های پژوهش

اصولاً قضات در زمینه اعمال قوانین با چالش‌های مختلفی از جمله: تعارض، تراحم، سکوت و اجمال مواجه می‌شوند. پژوهش حاضر از این نظر صرفاً وضعیت سکوت قانون را مورد بحث و بررسی قرار خواهد داد. همچنین از نظر موضوعی، سکوت قانون صرفاً در ارتباط با وصی، آنهم به طور خاص در مورد ناتوانی، عدالت و خیانت وصی مورد توجه قرار خواهد گرفت.

۵-۵. عجز و ناتوانی وصی

عجز و ناتوانی وصی در انجام موضوع وصیت، اولین و شاید مهمترین چالشی است که قانون‌گذار نسبت به آن موضع صریحی اتخاذ ننموده است و ما در این قسمت به تحلیل آن خواهیم پرداخت.

۵-۱. ناتوانی وصی از منظر فقهی

مشکل عدم توان وصی در اجرای وصایای متوفی از جمله مسائلی که فقها و علما در مکتوبات خود به آن پرداخته‌اند و درباره آن ابراز عقیده کرده‌اند چرایی این موضوع که چنانچه موصی فوت و توان کار نداشته یا بیمار در بستر مرگ و حتی سفیه را وصی خویش بگذارد آیا این‌گونه وصایت از اساس باطل است یا صحیح؟ و یا آنکه برای انجام اعمال وصایا قاضی برای وصی همکاری در نظر می‌گیرد؟

شد و بدین ترتیب بر اساس این مبنای ایجاد شده در جمهوری اسلامی ایران قاضی در هنگام روبه‌رو شدن با قضیه‌ای که حکمش در قانون نیامده و از راه تفسیر قانونی هم نمی‌تواند رفع مشکل کند، ملزم است حکم واقعه را در منابع فقهی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، جست‌وجو کند. در اینجا نقش قواعد فقه که جایگاه مهمی در حقوق اسلامی دارد آشکار می‌شود چرا که می‌توان آن را جزء اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی هم نیستند دانست و بدین ترتیب اهمیت تعریف و شرح مبنای این اصل حقوقی بیش از پیش مشخص می‌گردد (۲).

۲-۵. نوآوری تحقیق با عنایت به تحقیقات مشابه

در پژوهش‌های صورت گرفته، سکوت قانون به صورت عام مورد توجه قرار گرفته است و در برخی موارد نیز موضوعات خاص (و به طور خاص در زمینه حقوق کیفری) مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. بحث سکوت قانون‌گذار در ارتباط با ناتوانی، عدالت و خیانت وصی به طور خاص و مستقل در هیچکدام از آثار موجود، مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است.

۳-۵. اهمیت و ضرورت پژوهش

به هر میزان که از زمان تصویب قانون بیشتر بگذرد و اصلاحاتی نیز در قانون ایجاد نشود، مسائل مستحدثه بیشتر می‌شود و مصادیق سکوت قانون بیشتر می‌شود. از طرفی، ستون اصلی هر نظام حقوقی تئوری حکومت قانون و عناصر آن می‌باشد. به طور کلی مقصود از حکومت قانون این است که کلیه روابط تابعان حقوق و آثار آن باید به موجب مقررات و قوانین خوب تنظیم شوند. مفهوم حکومت قانون دارای پنج عنصر اصلی می‌باشد که عبارتند از: دسترسی به عدالت و رسیدگی قضایی؛ جزمیت حقوقی و قابل پیش‌بینی بودن؛ تناسب؛ برابری و عدم تبعیض؛ و نهایتاً شفافیت (۳). سکوت قانون‌گذار تقریباً تمام عناصر حکومت قانون به ویژه شفافیت و قابلیت پیش‌بینی را با چالش اساسی مواجه می‌کند. نباید فراموش کرد که وجود حکومت قانون و عناصر آن عامل اصلی برای مقابله با فساد و استقرار عدالت محسوب می‌شود؛ در

پدر ناتوان همیشه به طور انحصار بستگی به تصمیم و نصب قاضی ندارد بلکه می‌شود آن را از منظر جامعه، وظیفه اجتماعی یعنی واجب کفایی بر تک‌تک افراد جامعه دانست (۶). به دلیل اینکه مصداقی از مصادیق همکاری و یاری در کارهای نیک است که در قرآن به آن امر شده، بنابراین بر عهده‌ی تمام افراد جامعه است تا به او کمک کنند و ممکن است علت اینکه صاحب جواهر در این مسئله از گفته‌های خود فعل ضم را مجهول آورده مقصودش همین بوده که نوع اعمال به تمام مردم تعمیم داده شود.

بعضی از فقها همانند صاحب جواهر می‌گویند حتی با دسترسی به حاکم، عدول مؤمنین هم مانند موارد دیگر می‌توانند به جای حاکم این کار را انجام دهد. واضح است که اگر ناتوانی وصی مرتفع شود و قادر باشد خودش به شکل انفرادی تصمیم بگیرد و اعمال وصیت را به پایان رساند در این شرایط او مستقل می‌شود و فرد مورد اطمینانی که کمک حال وی بود دیگر در انجام کارها مشارکت نمی‌نماید (۶).

در خصوص مقام حقوقی و اختیارات، امین فقها تصریح کرده‌اند که چنانچه وصی پس از تصمیم به انجام وصایت و یا پس از وفات موصی و پیش از آغاز به وصایت به دلایلی همانند کهنسالی و یا مسائل دیگر دست تنها قادر به انجام وصیت نباشد، قاضی برای وی معاونی تعیین می‌کند در صورتی که خودش قدرت انتخاب وکیل برای عمل به وصایت را نداشته باشد در این شرایط معاون انتخاب شده با وصی شریک‌الوصایه نمی‌باشد اما به امر وصی انجام وظیفه می‌کند چرا که اگر موصی در قید حیات باشد و از اداره‌ی امور مولی‌علیه ناتوان باشد قاضی مجاز است معاون برای ایشان تعیین کند و معاون مدنظر شریک‌الولایه نخواهد بود (۷، ۸).

۵-۵-۲. عجز و ناتوانی وصی از منظر حقوقی

ضرورت اهلیت موصی در هیچکدام از مواد قانون مدنی برای موصی روشن و مبرهن نشده است اما، این موضوع مفهومی این نیست که از منظر قانون‌گذار تأییدی بر عدم اهلیت وصی باشد لیکن وصی بعد از فوت موصی برای انجام وصایت، شرایط

بین فقها اختلاف عقیده است. سرچشمه اختلاف این است که از یک سو تا جایی که امکان دارد باید به وصیت موصی عمل کرد و از طرف دیگر معین کردن وصی برای چنین اشخاصی بیفایده است اگر وصی به دلایلی چون کهنسالی، یا از کار افتادگی یا وجود مشکلات دیگر، نتوانست وصیت را به جا آورد به طوری که با وجود استخدام وکیل و یا فرد دیگری هم قادر نیست اعمال وصیت را انجام دهد، از نظر فقهی، با وجود عدم توانایی وصی از وصایت بر کنار نمی‌شود. اما قاضی، شخص دیگری را برای کمک به وی معین می‌کند. در این شرایط بین فقها اختلاف نظری وجود ندارد. فقهای امامیه به طریق اجماع نقل نموده‌اند که می‌شود فرد ناتوان را از اول، با نام وصی تعیین نمود (۴-۶).

بعضی از فقها همانند علامه طباطبایی، داشتن توان جسمی و مطلع بودن از چگونگی اعمال وصایت را از شرایط وصی شمرده‌اند اما به وضوح بیان نموده‌اند که این شرایط، شرط استقبال است نه شرط اصلی در وصی بودن. ولی شهید اول گفته است: اگر وصی توانا بود و در اثنای عمل ناتوان شد، حاکم قطعاً کسی را که به او ضمیمه می‌کند و با ناتوان شدن وصی، او عزل نمی‌شود (۶).

دلیل قوام وصایت این است که، احتمال دارد ناتوان، علم، آگاهی و تجربیات ارزنده‌ای برای به سرانجام رساندن وصیت داشته باشد، حتی اگر او به تنهایی قادر به انجام کار وصایت نباشد. بنابراین موصی وی را با نام وصی معرفی می‌کند و برای انجام وظیفه قدری درنگ می‌کند تا قاضی نسبت به او کمک حالی را معین کند تا حکم وصی بودن اون مثمر ثمر واقع شود. ولی قرار دادن ناتوان، احتمالاً می‌تواند مقاصد و منافع دیگری از نظر علم و تجربه‌ی او در رابطه به مسائل وصایت باشد.

از منظری دیگر، عموماً و اطلاقات ادله‌ی وصیت این شیوه از وصیت را جایز نمی‌داند (۶). وصی ناتوان را می‌شود در مثل پدری دانست که در موقعیتی که او ناتوان می‌باشد قاضی شخصی را در جهت کمک به وی می‌گمارد، تا نیرو و اهرم عملی برای او در جهت انجام تصمیماتش باشد. ضمیمه کردن کسی به پدر بوسیله‌ی قاضی حکمی اجماعی است، یاری دادن

لازم را داشته و اکنون به هر دلیلی از اجرای امور وصیت ناتوان شده برای رفع این اشکال راه حل چیست؟ (۹)

عجز وصی از مسئولیتی که به ذمه وی نهاده شده بی تردید جایگاه مستقل او را از بین نمی برد و نمی توان مسئولیت انجام وصیت را از او سلب نمود. اما مسئله ای که مورد اختلاف واقع شده این است که آیا قاضی می بایست برای یاری دادن به ایشان، فرد دیگری را تعیین کند یا وصایت به دلیل عدم بهره ی مطلوب و خواسته شده باطل می باشد؟

قوانین مربوط در این مورد حکمی را به وضوح و روشنی بیان ننموده اما مؤلفان حقوقی در خصوص آن ابراز نظر کرده اند (۱۰). برای درستی بطلان وصیت، امکان دارد به گونه ای استنباط شود که وصی با فوت موصی موظف است به محتوای وصیت عمل کند و تصمیمات وی را در چهارچوب قانون مغتتم بداند. پس بر طبق این فرضی که وصی از ابتدا ناتوان به انجام وصایت باشد، نوشته ی موصی فاقد استفاده و باطل است و چنین فعلی را از لحاظ حقوقی بایستی فاقد اعتبار دانست.

این برهان را از این نظر که وصی ناتوان هم قادر است راهکارها و تمهیداتی را که در انجام مقصد موصی مثمر ثمر است پیاده کند، عمده نویسندگان و حقوقدانان این مؤلفه را قبول نداشته و در خصوص فرضیه ی ناتوانی وصی به ماده ۱۱۸۴ استناد کرده اند (۱۰).

به موجب این ماده «اگر ولی قهری به واسطه ی کبر سن، بیماری و امثالهم قادر به اداره ی اموال مولی علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید، طبق مقررات این ماده فردی به عنوان امین به ولی قهری منضم می گردد». در این صورت حقوقدانان هماهنگ با نظریه ی فقهی عقیده دارند؛ که هر زمان وصی، ناتوان از انجام وصایت باشد برای اینکه استدلالی محکم برای باطل شدن وصیت وجود ندارد، به خواسته ی دادستان یا قریبا یا اقوام، دادگاه، بایستی فرد امین را برای مساعدت با وی تعیین کند گروهی ابراز می دارد ناتوانی وصی در انجام وصایت حکم حجر اوست چرا که مانع عملی هم مانند مانع قانونی از انجام وصیت که مقصود اساسی آن انتخاب وصی است، را نمی شود.

بنابراین توانایی را بایست از خصوصیات اقدام وصی دانست اما در نهایت لحاظ نکردن این شرط دلیل بر باطل شدن وصیت نمی باشد. همین بس که فرد امینی وصی ناتوان را مساعدت کند و رهبری قابل قبول موصی محقق شود به طور اجمال ناتوانی وصی سلامت وصایت را نقض نمی کند بلکه از موارد مهم، جهت انجام وظایف وصی است. بنابراین نبایستی چنین تصور کرد که مدت اعتبار اهلیت و توان وصی، تاریخ انشاء وصیت است.

انجام وصایت در هنگام فوت موصی به وصی محول می شود و از همان تاریخ بایستی خصوصیات لازم را داشته باشد. زائل شدن اهلیت بعد از مرگ هم، وصایت را باطل نخواهد کرد و فقط معلق می سازد. پس از برگشت صلاحیت وصی مجدداً جایگاه او را برمی گرداند؛ همانطور که ماده ۱۱۸۷ قانون مدنی درباره ی ولی قهری نیز مقرر کرده است (۱۱). با این حال اگر موصی بقای وصایت را بسته به وجود یا استمرار وصفی در وصی قرار داده باشد سقوط آن وصف، باعث عزل وصی خواهد شد (۱۱). برای مثال، اگر آورده شود که وصی تا هنگامی که می تواند ترکه را اداره کند سقوط وصف قدرت و توانمندی او سبب عزلش بر طبق ماده ۸۰ قانون مدنی خواهد بود.

برحسب تصریح قانون امور حسبی «امینی که برای مساعدت به وصی معین می شود به منزله ی وکیل برای شخص ناتوان است و نمی تواند مانع از انجام دادن کار به وسیله ی او شود» (مواد ۱۱۸ و ۱۲۳ قانون امور حسبی). بازتاب حقوقی وکیل دانستن این است که امین نمی شود همزمان با وصی ناتوان به شکل اشتراکی در وصایت دخالت کند. وظیفه ی امین تنها یاری و همکاری با وصی ناتوان است و او قادر به دخالت در امر وصایت نخواهد بود و اگر اختلاف نظری بین آنها پیش آید، امین مکلف به انجام تصمیم وصی است (۱۰). چنانچه وصی در خلال وصایت ناتوان نباشد اما هنگام زنده بودن موصی ناتوان گردد حکم به همین شیوه خواهد بود (۸).

با این حال بعضی از حقوقدانان خبره به نکته ی قابل توجهی اشاره کرده اند که حکم فوق را مقید می کند و گفته اند: در شرایطی که ناتوانی وصی در کیفیت انجام وصایت به طریق رضایتمند مثمر ثمر باشد، مداخله ی وصی ناتوان حکم تعیین

دیگران مقدم هستند. لیکن چرا قانون مدنی در این باره مطلبی را یادآور نشده و سکوت را برگزیده جای تعجب است. اگر وصی از اجرای اموری که موصی به او محول کرده ناتوان است، فقه راه چاره تعیین کرده است ولی قانون مدنی سکوت را انتخاب نموده است. در فقه آمده اگر وصی به علل مختلف چون پیری، بیماری، عیالواری و... نمی‌تواند وصایت را انجام دهد این وظیفه را به معاون محول می‌کنند به عبارت دیگر قاضی فردی را که کمک حال وصی باشد با او همراه می‌کند در واقع وصی عزل نمی‌شود فقط شخص دیگری او را مساعدت می‌کند.

اما ماده ۱۱۸۴ دو قسمت دارد که درباره ولی در قسمت دوم بیان می‌کند: برای ولی قهری که بیش از حد فرتوت است و قادر به انجام وظایفش نیست ضم امین تعیین می‌کنند. ضم امین در ماده ۱۰۴ قانون حسبی نیز آمده است لیکن در خصوص قیم می‌باشد اما می‌توان آن را برای وصی ناتوان هم استعمال نمود. ولی مطلبی را که باید در این شرایط برگزید این است که ضم امین بهتر است یا ضم معاون؟

زیرا معاون جایگاهش پایین‌تر از وصی است و ساماندهی امور به اختیار وصی می‌باشد اما امین احتمال دارد خودش را در حد وصی بداند. بنابراین خود او نیز حق رأی داشته باشد که در این صورت بهتر است بگویند اگر وصی از لحاظ جسمانی ناتوان است و قادر به انجام کارهای دستی نمی‌باشد. فردی که ضم به وصی می‌شود به عنوان معاون در انجام امور است اما اگر وصی، از لحاظ فکری و عقلی و... بیمار باشد بهتر است که ضم امین برگزیده شود چرا که جایگاه و نقش بهتری از معاون دارد و در نقش مغز متفکر وصی و همراه او در انجام امور است.

۵-۶. عدالت در وصی

عدل از نظر واژه و اصطلاح معانی متفاوتی دارد که به بعضی از آنها پرداخته می‌شود. «نهادن هر چیزی به جای خود»، «حد متوسط میان افراط و تفریط در قوای درونی» (۱۲)، «تساوی تقسیم کردن»، «رعایت برابری در پاداش و کیفر دادن به دیگران اگر عمل نیک است پاداش، و اگر بد است، کیفر داده شود» (۱۳).

وصی را ملغی نمی‌کند. به عنوان مثال اگر سرپرستی طفلی به فردی بی‌لیاقت، فاسد، و معتاد واگذار شود به طوری که انجام وصیت دچار مخاطره شود در این حالت ضم امین به معنای تعلیق اختیار وصی ناتوان است و نبایست وی را موکل و مرشد امین قلمداد کرد.

بنابراین بایستی بین ناتوانی مالی و جسمی، و ناتوانی و معنوی و اخلاقی تفاوت قائل شد و در حالت دوم وصایت را معلق بر مرتفع کردن مانع دانست. حتی اگر چشم‌داشتی به از بین رفتن مانع نباشد بطلان وصایت نسبتاً به قوت خود باقی است. جایگاه پدری را نمی‌شود به سبب نالایقی و خیانت از بین برد. مقام و حرمت این عنوان تا جایی است که ولایت را عهده‌دار می‌شود و ضم امین سبب کاهش یا برطرف کردن خسارات اجتماعی آن است لیکن در مورد وصی که وجود آن بسته به اراده‌ی ولی است، عرف و اخلاق چنین وصایت نمی‌کند و به محض اینکه تداوم وصایت بیهوده و بی‌بهره بنظر برسد بایستی از آن اغماض کرد (۱۰).

۵-۵-۳. پیشنهادات در ارتباط با عجز وصی

فقها بیان کرده‌اند در شرایطی که وصی ناتوان باشد امین معین می‌شود و همینطور قانون‌گذاران تعیین تکلیف نکرده‌اند و سکوت را برگزیده‌اند با اینکه در این مورد می‌شود به براهین فقهی که اساسی‌تر هستند استناد کرد، لازم است عدله‌ی فقهی را مورد تفحص قرار داده و در نهایت راه‌حلی پیدا کرد تا مسئولان قضایی در مواجهه با این مسائل گرفتار پراکنندگی و سردرگمی نشوند.

درخصوص عدم احراز هویت وصی، که امین را معاون قرار داده‌اند نظر به اینکه امین مؤنث یا مذکر باشد مطلبی ذکر نشده است. لیکن در مواد ۱۰۹ و ۱۱۰ امور حسبی در مورد جنین گفته شده است که مادر در صورت داشتن صلاحیت بر دیگران مقدم است و در صورت عدم صلاحیت یا عدم قبول او اقربای نسبی و سببی بر دیگران مقدم می‌باشند هرچند این مورد در ارتباط با جنین می‌باشد اما غیر موارد جنین هم گفته شده که پدر، جد و مادر با داشتن صلاحیت بر دیگران حق تقدم دارند، در صورت نبودن اشخاص مذکور سایر اقربا بر

برخی از فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که عدالت معتبر است و وصیت به فاسق باطل است (۴، ۵، ۱۶، ۱۷)، این دسته چنین استنباط می‌کنند که:

نخست آنکه ایفاء از نظر ماهیت، همانند ولایت بر اموال و نفوس است، و فاسق قابلیت چنین امری را ندارد.

دوم آنکه به موجب نص قرآنی نمی‌توان اطمینان به گفته‌ی فاسق داشت (ان جائنکم فاسق به نبنا فتبینوا، حجات ۶) بنابراین او از اهل امانت نخواهد بود و چون وصایت به معنای امین قرار دادن است، لذا شایستگی این امر را ندارد (۹).

سوم آنکه حقوق دیگران در غیاب موصی، بایستی با وصایت حفظ گردد در حالی که با وصی قرار دادن فاسق نه تنها رعایت این امر صورت نمی‌گیرد بلکه اموال و دارایی‌ها در معرض تلف و آسیب قرار می‌گیرد (۹).

چهارم آنکه ایفاء، در واقع نایب گرفتن است و در نایب عدالت، بی‌تردید معتبر است. کما اینکه در وکیل، عده‌ی کثیری از فقها عدالت را معتبر دانسته‌اند؛ پس به طریقی اولی باید عدالت در وصایت معتبر باشد زیرا وکیل با نظارت موکل رفتار می‌کند و در صورت تخلف توسط موکل قابل عزل است. ولی در وصایت به دلیل فوت موصی چنین امری امکان‌پذیر نیست (۹، ۱۶).

در برابر دسته‌ای دیگر از فقها معتقدند عدالت در اصطلاح فقهی اعتبار ندارد بلکه با وجود امانت‌داری به وثاقت او کافی است (۵، ۷، ۱۸).

بر اساس نظر مشهور: عمل نکردن بر طبق وصیت، موجب تحقق خیانت است، مگر در صورت جهل که تحقق خیانت محل منع است. همچنین عدم رعایت موازین معمول و متعارف هم خیانت است. چنانکه گفته‌اند، هرگاه موصی بدون جلب نظر کارشناس ارزیاب، تقویم ترکه اقدام کند و عذری در این مسامحه نداشته باشد، خائن و منعزل است.

گروهی پا فراتر نموده و می‌گویند: (۱۸) گاهی ضرورت ایجاب می‌کند که انسان ناامینی را وصی خود قرار دهد. به طور مثال قاضی بلد را از جهت مصلحت وصی می‌نماید یا اینکه فرزند ارشد خود را با وجود فسق ظاهرش با توجه به مصالح و

شهید مطهری (ره) از کلمات عدالت و ظلم که در خصوص انسان به کار می‌رود، چنین تصویری را ارائه داده است: ما انسان‌ها، فردی از نوع خود را که نسبت به دیگران قصد سویی ندارد به حقوق آنها تجاوز نمی‌کند، هیچگونه تبعیضی میان افراد قائل نمی‌گردد، در آنچه مربوط به حوزه‌ی حکومت و اداره‌ی آن است با نهایت بی‌طرفی به همه به یک چشم نگاه می‌کند، در مناقشات و اختلافات افراد دیگر طرفدار مظلوم و دشمن ظالم است، چنین کسی را دارای نوعی از کمال یعنی (عدالت) می‌دانیم و روش او را قابل تحسین می‌شماریم و خود او را «عادل» می‌دانیم در مقابل، فردی که نسبت به حقوق دیگران تجاوز می‌کند، در حوزه‌ی قدرت و اداره‌ی خود میان افراد تبعیض قائل می‌شود، طرفدار ستمگران و نسبت به ستمکشان بی‌تفاوت است، چنین کسی را دارای نوعی نقص به نام «ظلم» و ستمگری می‌دانیم و خود او را «ظالم» می‌خوانیم و روش او را لایق «تقبیح» می‌شماریم. مفهوم لغوی: «العادله» و «المعادله» لفظی است که در آن مساوات می‌باشد. عدل برعکس ظلم مترادف با قسط است. ریشه و مشتقات عدل، قریب به سی بار در قرآن آمده است و این تکرار بیانگر توجه خاص قرآن به مقوله عدل است (۱۴).

معنای عرفی: عدل به مفهوم مراعات حقوق هم‌نوعان در مقابل ستم و تجاوز است. بنابراین عدل را به معنی «اعطای کل ذی‌حق حقه» منظور دانسته‌اند و بعضی مفهوم عدل را گسترش داده و آن را به معنی «هر چیزی را در جای خود نهادن یا هر کاری را به وجه شایسته انجام دادن» به کار گرفته‌اند (۱۵).

۵-۶-۱. عدالت در وصی از نظر فقها

با توجه به اینکه وصایت، روندی است که بعد از مرگ موصی ایجاد می‌شود در هنگامی که خودش حضور ندارد تا دقتی بر درستی انجام امور وصی داشته باشد. بنابراین امین بودن وصی از اهم موارد در وصایت می‌باشد، به همین سبب این موضوع را مطرح کرده‌اند که آیا شرط صحت وصایت، عدالت وصی است یا چنین خصوصیتی برای صحت وصایت لازم نیست؟

توافق صحیح نمی‌باشد. بنابراین به طور کلی نمی‌توان گفت که قاضی آنها را به توافق مجبور خواهد کرد (۱۹).

اما اگر عدالت در وصی لحاظ نشود و آنها هر دو عادل نباشند در این حال نیز به سبب اختلاف و ناسازگاری بینشان از وصایت برکنار می‌شود چرا که براساس نظر مشهور فقه در این شرایط به دلیل فاسق شدن، در اثر عدم توافق آنها وصایت باطل خواهد شد. اگر شرط عدالت را در وصی لحاظ نکنیم و آنها عادل نباشند قاضی می‌تواند در صورت اختلاف و ناسازگاری آنها را به توافق اجبار کند (۱۹).

۵-۶-۳. سکوت قانون مدنی در ارتباط با عدالت وصی

در خصوص اینکه وصی بایستی عادل باشد، قانون مدنی سکوت کرده است این سکوت عمدی می‌باشد زیرا همانگونه که گفته شد عده‌ای از فقها عدالت را شرط وصی قلمداد کرده‌اند (۵) و در مقابل گروهی دیگر از علمای فقه آن را شرط وصی نمی‌دانند (۲۰) و بعضی معتقدند (۲۱) وصیت به فاسق درست است لیکن قاضی می‌تواند او را برکنار و وصی عادل جایگزینش کند لذا با وجود این همه اختلاف نظر، سکوت قانون‌گذاران مدنی از روی عمد بوده و اگر سکوت قانون‌گذار در مقابل بیان، دلیل بر عدم اعتبار باشد در این صورت مؤلفان گفته‌اند قانون‌گذار قول دوم را با آگاهی انتخاب نموده است (۸).

۵-۶-۴. پیشنهاد به قانون‌گذار در ارتباط با عدالت

وصی

عده‌ای از قانون‌گذاران عدالت را شرط وصی قائل نشده و به طور عمد سکوت کرده‌اند آنها می‌گویند: همان مقدار که وثیق و درستکار باشد بسنده می‌کند و لزومی ندارد حتماً عادل باشد. در فقه، عدالت در برابر فسق است. عادل به مفهوم کسی است که مرتکب گناه کبیره نشود لیکن شخص دست پاکی باشد. به نظر گروه نخست می‌گویند او نمی‌تواند ولی دسته‌ی دوم می‌گویند ایراد ندارد چون مورد اعتماد و درستکار است. قانون مدنی، ماده‌ای را درباره شرط عدالت در وصی ذکر نکرده است.

ملاحظات و وصی خود کند. این نظر بر استنباطات زیر استوار است:

اولاً پی بردن به عدالت اشخاص اغلب ناممکن است پس در عمل موضوع ایصاء وصیت پایان می‌پذیرد. ثانیاً وصایت معاونتی است که موصی به کسی دیگر می‌بخشد. لذا حق وصی در اختیار اوست که به هر شکل و به هر کس که بخواهد، می‌بخشد (۹). با دقت‌اندیشی در ادله‌ی طرفین، عدم اعتبار عدالت قوی‌تر دیده می‌شود چرا که اعتبار عدالت اگر با هدف حفظ حقوق مولی‌علیه و ادای حقوق مورد وصیت باشد چنین مقصودی با اعتماد به امانت و وثاقت، به طور کامل ایفا می‌شود اگر که وصی فاسق باشد لذا، آنچه را که می‌شود بر آن اراده و تأکید کرد اعتبار امانت و درستکاری است به ویژه در رابطه با حقوق دیگران من جمله تصرف در امور صغار و یا ادای حقوق واجبه، اما در رابطه با حقوقی که راجع به خود موصی می‌باشد مانند هزینه کردن ثلث در خیرات و مبرات، اعتبار وثوق و امانت نیز جای شک و تردید دارد چرا که همانگونه که ذکر شد امین گواه خود موصی است و گزینش اشخاص به عهده خودش است (۹).

۵-۶-۲. عدالت در اوصیاء متعدد

نقطه‌ی نخست؛ چنانچه دو وصی با هم موافق نباشند قاضی مجاز است آن دو را عوض کند برای اینکه بودن آنها اگر باهم موافق نباشند همان نبود آنها می‌باشد (۱۹). حکم مذکور را فقها به طرز کامل بیان کرده‌اند بدون اینکه بین شرط بودن عدالت در وصی و عدم آن تفاوتی قائل باشند.

به عقیده‌ی شهید ثانی، حکم فوق در حالی درست است که عدالت در وصی شرط نباشد لیکن؛

۱- چنانچه عدالت در وصی شرط باشد، بکارگیری این مطلب درست نیست چرا که اگر با توجه به شرایط تسریع در اجرای امور مربوط به وصیت واجب باشد، آنها به سبب اختلاف و عدم سازش با یکدیگر، فاسق شده و به سبب فسق از وصی بودن برکنار می‌شود و قاضی دو شخص دیگر را جایگزین آنها می‌کند. لذا فرض شرط بودن عدالت با مجبور کردن آنها بر

عموماً یا به صورت خودکار از مقام وصایت برکنار می‌شود؟ یا اینکه وصی با خیانت برکنار نمی‌شود؛ یا شاید قاضی برای او ناظری را انتخاب می‌کند تا بر اجرای صحیح امور وصیت مراقبت کند (۶). پاسخ به این پرسش با توجه به نظریات بیان شده گوناگون خواهد بود.

شهید ثانی می‌گوید: اگر در وصی عدالت شرط دانسته نشود در این صورت نیاز به عزل وصی توسط حاکم است ولی اگر عدالت شرط باشد وقتی وصی خیانت کرد خود به خود از وصیت عزل می‌شود؛ زیرا در صورت اول حاکم وصی خائن را برای حفظ حقوق و اموال اطفال و برای به جا آوردن احسان و صدقات عزل می‌کند اما در صورتی که در وصی عدالت شرط باشد با خیانت کردن، وی فاسق می‌شود هرچند حاکم او را عزل نکند او خود به خود عزل می‌شود (۶).

عزل وصی به سبب خیانت دشوار است نهایتاً اینکه قاضی مانع دخل و تصرف مستقل وی در اعمال وصایت می‌شود و امینی را برای مراقبت از ایشان می‌گمارد که با کمک وی وظایف وصیت را صحیح انجام دهد جز اینکه از وصیت موصی استنباط شود که وصی را به دلیل امین بودنش انتخاب کرده است در این شرایط هرگاه خیانت کرد دیگر در مقام خود نیست.

نظر بعضی از فقها بر این براهین مستحکم است که اصولاً نیاز به عزل وصی نیست. قاضی تنها وی را از تصرف منع می‌کند وکیل هم به همین منوال است، مگر استصحاب بقاء وصی بودن وی بجا و موجه باشد، زیرا که وی هم در مفهوم وکیل است حتی ولایت وصی قوی‌تر از وکالت است چرا که اگر وکیل خیانت کند به محض خیانت در حالی که وظایف دیگرش را اگر صحیح انجام داده باشد از وکالت عزل نمی‌شود تا چه رسد به وصی، اینها مفهوم روایات آمده را این چنین تعبیر کرده‌اند، که وصی با انجام خیانت استقلال در تصرف را از دست می‌دهد در این حال بهتر است که به سبب خیانت وصایتش باطل نشود (۶).

در باب سنجش، اولی‌تر از وصی، پدر وجد پدری می‌باشند که از جانب قاضی ولایت به آنان محول شده است در خصوص ولی قهری هم با خیانت ولایت آنها سلب نمی‌شود اما اگر

از منظر قانون مدنی این مطلب واضح و مبرهن است که به این دلیل قانونی نیابنده که به طور طبیعی موصی شخص معتمدی را به عنوان وصی انتخاب می‌کند و این امر تنها مختص به موصی نمی‌باشد. چرا که بایستی بر طبق اصول و قاعده احتیاط دارایی و اموال را به شخصی به امانت داد که مورد اعتماد باشد. بنابراین به سبب اینکه عدالت از ویژگی‌هایی است که تمیز دادن آن مشکل است، می‌شود نظر فقهی که بیان می‌کند عدالت شرط وصی بودن نیست و یا اینکه امانت‌داری وی برای عمل به وصیت کفایت می‌کند را در قالب سه نظر فقهی به قانون مدنی پیشنهاد داد تا ماده‌ای در این خصوص قائل شوند و شرط عدالت در وصی تصریح گردد.

۵-۷. خیانت وصی

یکی دیگر از موضوعاتی که در ارتباط با وصی چالش ایجاد می‌کند و قانون‌گذار موضع صریحی در ارتباط با آن اتخاذ ننموده است، خیانت وصی می‌باشد که در این قسمت به بررسی آن خواهیم پرداخت.

۵-۷-۱. خیانت وصی از دیدگاه فقها

بی‌کفایتی وصی به سبب خیانت و اشکال در عمل کردن به وصایای موصی گاه‌گاه ممکن است به علت عدم لیاقت و مناسبات اخلاقی وصی باشد واضح است که وصی امین است در خصوص این مورد میان مذاهب اسلامی ضدیتی وجود ندارد چرا که دخل و تصرف در اموالی که در اختیارش است با اجازه‌ی مالک و قاضی می‌باشد.

در این شرایط اگر مالی از جانب وی از بین برود او متعهد نیست جز اینکه با شرط وصایت توافق نکرده یا دچار اهمال شده است که حکم در کلیه‌ی امانت‌ها همین گونه است و در بعضی از روایات (۲۲) وی را متعهد دانسته مقصود در مواردی است که وصی با شرایط وصیت مخالف و یا در تکالیف خود اهمال کرده است و یا به بیان دیگر مرتکب خیانت شده است (۶).

چنانچه خیانتی از وصی سر بزند آیا قاضی مکلف است او را عزل کرده و فرد امینی را به جای وی بگمارد؟ یا آنکه وی

موصی در حین وصایت به خائن بودن او انعزالش جای شک دارد (۸).

۵-۷-۳. خیانت وصی از منظر قانون

یکی از اهم ویژگی‌هایی که هر وصی باید دارا باشد مسئله‌ی امانت‌داری دربار‌ه‌ی آن چیزی است که موصی پس از فوت به آن وصیت نموده است. ایشان باید در نهایت امانت‌داری به وظایفی که به وی محول شده رسیدگی کند. وگرنه نمی‌شود وی را صالح قلمداد کرد. در قانون مدنی در ماده ۸۵۸ وارد شده «وصی نسبت به اموالی که بر حسب وصیت در ید اوست حکم امین را دارد و ضامن نمی‌شود، مگر در صورت تعدی و تفریط» و طبق ماده ۸۵۹ قانون مدنی «وصی باید بر حسب آنچه که موصی وصیت کرده رفتار نماید در غیر این صورت ضامن و منعزل است» واضح است که این نظریه نشأت گرفته از فقه امامیه است (۷).

با این حال در فقه (۲۵) اکثراً عدم فسق وصی مورد توجه است لیکن از لحاظ درستی، معنی خیانت بر تجاوز و تفریط اختلاف نظر دارند ولی همان‌گونه که در ظاهر این ماده استنباط می‌شود شرط انعزال وصی و ضمان او، انجام خیانت نیست چرا که احتمال دارد وصی بدون اینکه خائن شمرده شود بر اثر سهل‌انگاری، ساده‌پنداری و عدم ملاحظه‌کاری فعلی برخلاف وصایت از او سرزند و به دستور ماده ۸۵۹ قانون مدنی؛ «وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند والا ضامن و منعزل است».

در ماده ۱۱۹۱ قانون مدنی «اگر وصی منصوب از طرف ولی قهری به نگهداری یا تربیت مولی‌علیه و یا اداره‌ی امور او اقدام نکند یا امتناع از وظایف خود نماید منعزل می‌شود» (۸). لذا قانون‌گذار انعزال وصی را صادر نموده و دادگاه می‌تواند رأی به انعزال او دهد مضاف بر قانون مدنی، در دیگر قوانین از جمله قانون امور حسبی به این مسئله توجه شده است. ماده ۴۷ قانون امور حسبی می‌گوید: «در امور دعوی خیانت یا عدم لیاقت و سایر موجبات، عزل وصی یا قیم یا امین، ترتیب رسیدگی، مطابق مقررات این قانون است و حکمی که در این

خیانت کردند حق دخل و تصرف مستقل را ندارند تا هنگامی که توبه کنند زمانی که توبه کردند به صورت اول باز خواهند گشت. ممکن است وصی همچین باشد (۶).

اگر بیان شود که با ارتکاب به خیانت وصی عزل خواهد شد در این شرایط بعد از توبه مجدداً وصایت به وی بر نخواهد گشت زیرا اقتضایی برای برگشتن او وجود ندارد. مگر اینکه از وصیت موصی استنباط شود که بعد از خیانت و توبه مجدداً وصی خواهد بود در این حال برمی‌گردد (۶).

۵-۷-۲. نظرات مختلف در میان فقها

الف) وصی با انجام خیانت، از تاریخ تحقق خیانت عزل می‌شود و بعد از برکناری هر زمان به دخل و تصرف خویش ادامه دهد متعهد و مسئول است (۴). بنابراین به حکم قاضی نیاز نیست. معتقدین به این نظریه می‌گویند اگر عدالت شرط صحت وصایت باشد یا اینکه عدالت اعتبار نداشته و امانت معتبر باشد به هر صورت نبود شرط لازم، وصایت کان لم یکن می‌گردد (۴، ۱۶، ۱۷)؛

ب) انجام خیانت قاضی را بر آن می‌دارد که او را عزل نماید و عوض ایشان قیم منصوب کند (۱۷، ۲۱). با وجود خیانت وصی، قاضی مکلف است او را برکنار کند و به جای وصی امین بگذارد (۱۶، ۲۱). این بیان به این معنی است که چنانچه وصی با انجام خیانت از وصایت عزل شود در وظایفش هم که در آن خیانت نکرده بایستی برکنار شود. در این شرایط هر فعلی را که در خصوص وصیت پس از خیانت محقق داشته اگر هم درست انجام داده باشد متعهد خواهد بود.

ج) با انجام خیانت قاضی به او ضم امین می‌کند بنابراین نه منعزل می‌شود و نه عزل (۲۳).

ت) هرگاه موصی با اطلاع با اینکه وصی خائن است او را وصی منصوب کند و وصی در خصوص وصایت خیانت کند نه قابل عزل است و نه قابل انعزال و نه قابل ضم امین (۸، ۲۴).

ث) هر زمان وصی در اموال محجور خیانت کند و یا در خصوص وصیت به واجبات مانند ادای خمس یا دیون مردم خیانت کند منعزل می‌شود اما دربار‌ه‌ی کارهای خیر چون وصیت به احداث مدرسه یا راه، در صورت خیانت و اطلاع

مرتکب خیانت شده، به طور کامل کنار می‌رود. به دلیل خیانتی که انجام داده است در اصل مقام وصایت از او گرفته شده و ضمیمه‌ی امین دیگر مفهومی ندارد.

وقتی گفته می‌شود که منعزل شده است یعنی جریان قانونی نیاز ندارد، به سبب خیانت این مقام به صورت خودکار از او سلب می‌شود در قانون مدنی در این باره مطلبی وارد نشده است لیکن ممکن است از ماده ۸۵۹ و ۱۱۹۱ به صورت نامحسوس (تلویحاً) استفاده شود و زمینه‌ای برای برداشت از نظر قانون‌گذار باشد. در قانون مدنی ۱۱۸۴ در مبحث ولی قهری می‌گوید: دادگاه او را عزل می‌کند در اینجا مسئله وصی نیست مسئله خیانت نیست، مسئله عدم رعایت غبطه‌ی مولی‌علیه است.

به طور مثال ولی در خصوص کودک تصمیمی اتخاذ کرده که به نفع کودک نمی‌باشد از نظر فقه حکم به انعزال وصی خائن داده است و قاضی مکلف است امین را ضم کند که می‌شود از این نظریه‌ی فقهی استفاده کرد اما باید عزل او از جانب دادگاه تأیید شود زیرا در اینجا می‌گوید: وصی به صورت خودکار و خود به خود عزل می‌شود. ارجح این است که برای مراقبت مصلحت عمومی، عزل وصی از جانب دادگاه مورد تأیید قرار گرفته و دادگاه حکم او را صادر کند تا باعث هرج و مرج و آشفتگی در جامعه نشود.

۶. نتیجه‌گیری

با توجه به گذشت مدت زمان زیادی از تصویب قانون مدنی و تغییرات بسیار کمی که در زمینه وصیت در آن ایجاد شده است، سکوت قانون مدنی در موضوعات خاص چالش‌هایی را برای مراجع رسیدگی‌کننده به اختلافات ایجاد می‌کند. در موارد متعددی قانون‌گذار در زمینه ناتوانی، عدالت و خیانت وصی، موضع سکوت را اختیار کرده است. در نظام‌های خانواده حقوق نوشته، دو رویکرد اصلی در تدوین قانون وجود دارد: رویکرد فرانسوی که در آن متن قانون به صورت مفصل و با ادبیات عامیانه طراحی شده است؛ دوم رویکرد آلمانی که در آن متن قانون به صورت فنی و مختصر طراحی و به تصویب رسیده است. در چهارچوب موضوع پژوهش حاضر، قانون‌گذار

خصوص صادر می‌شود، مطابق آیین دادرسی مدنی قابل پژوهش و فرجام خواهد بود.

شاید به نظر برسد که مواد قانون مدنی با ماده ۴۷ قانون امور حسبی متضاد باشد لیکن با ژرفاندیشی معلوم می‌شود که ضدیتی بین قانون امور حسبی و قانون مدنی وجود ندارد و نسخی به وجود نیامده چرا که هدف قانون‌گذار امور حسبی رسیدگی به خیانت وصی و اعلان انعزال وصی از تاریخ خیانت است بکارگیری عزل در رابطه با انعزال به علت سهل‌انگاری فراوان است و در صورت تردید در نسخ هم، اصل عدم نسخ است (۸).

به هر حال قانون مدنی از یک نظریه‌ی فقهی که می‌گوید «محض خیانت وصی خود به خود منعزل است و نیازی به حکم دادگاه ندارد و چنانچه ادامه دهد ضامن است» اطاعت نموده است بنابراین می‌گوید: (... و الا ضامن و منعزل است). قانون‌گذار نسبت به اینکه در شرایط انعزال وظایف امور صغیر و سایر اعمال محوله چه خواهد شد سکوت اختیار کرده است. اما چنین پیداست که به موجب قوانین و مقررات دیگری همانند ماده ۹۹ قانون امور حسبی که درباره قییم عزل شده تعیین تکلیف کرده و با عنایت به وحدت معیار و ملاک به همان روال باید عمل نمود مورد، مانند محلی که وصی فوت کند قاضی مکلف به تعیین امین است (۹).

به هر حال اگر با حکم مرحله‌ی بدوی، وصی معزول قرار بگیرد و قطعی شود، دادستان اقدام به انتساب امین می‌نماید لیکن اگر وصی معزول، اقتضای تحقیق از حکم صادره را بنماید تا زمانی که تکلیف نهایی مشخص نشده امور صغیر توسط دادستان یا فرد قیمی که به طور موقت برای اینکار تعیین می‌شود انجام خواهد شد. و بعد از قطعیت حکم انعزال همانند مرحله بدوی دادستان اقدام به انتساب قیم دائم خواهد کرد.

۵-۷-۴. پیشنهاد به قانون‌گذار در ارتباط با سلب

وصایت در وصی خائن

در فقه آمده وصی با خیانت منعزل نمی‌شود. در قیومت کودکان، قاضی می‌بایست فوراً قیم معین کند در امور مالی، قاضی باید امینی برای مسائل موصی مشخص کند. کسی که

نظر دور داشت که، شرط انعزال وصی و ضمان او، انجام خیانت نیست چرا که احتمال دارد وصی بدون اینکه خائن شمرده شود بر اثر سهل‌انگاری، ساده‌پنداری و عدم ملاحظه‌کاری فعلی برخلاف وصایت از او سرزند.

در ارتباط با خیانت وصی می‌توان از وضعیت ولی و در ارتباط با عدم رعایت غبطهٔ مولی‌علیه استفاده کرد. در مورد اخیر، دادگاه می‌تواند ولی را عزل کند. عدم رعایت غبطه را چنانچه مصداق خیانت محسوب کنیم، با توجه به اینکه قانون‌گذار در ارتباط با ولی امکان عزل را پیش‌بینی نموده است به طریق اولی می‌توان این حکم را در ارتباط با وصی نیز اعمال نمود. اما نباید از نظر دور داشت که عزل وصی در هر حالت نیاز به رأی محکمه دارد.

۷. تقدیر و تشکر

از تمام عزیزانی که در تهیه و تدوین این مقاله مساعدت و همکاری نمودند تقدیر و تشکر می‌کنم.

۸. سهم نویسندگان

تمامی نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین مقاله حاضر سهیم هستند.

۹. تضاد منافع

در این مقاله هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

با توجه به ادبیات غنی فقهی، تلفیقی از دو رویکرد فوق را انتخاب نموده است. به تعبیری، در این زمینه قانون‌گذار ایرانی ادبیاتی عامیانه و مختصر دارد. در نتیجه برای رفع موارد سکوت قانون‌گذار می‌توان به تفکیک راهکارهای فقهی و حقوقی مناسبی ارائه داد.

در ارتباط با عجز و ناتوانی وصی بایستی بین ناتوانی مالی و جسمی، و ناتوانی معنوی و اخلاقی تفاوت قائل شد و در حالت دوم وصایت را معلق بر مرتفع کردن مانع دانست. اگر وصی به علل مختلف چون پیری، بیماری، عیالواری و... نمی‌تواند وصایت را انجام دهد این وظیفه را باید به معاون محول می‌کنند به عبارت دیگر قاضی فردی را که کمک حال وصی باشد با او همراه می‌کند. به تعبیری، در واقع وصی عزل نمی‌شود فقط شخص دیگری او را مساعدت می‌کند. معاون جایگاهش پایین‌تر از وصی است و ساماندهی امور به اختیار وصی می‌باشد. در این میان فرض انتصاب امین نیز مطرح می‌شود. در این راستا باید دقت داشت که امین احتمال دارد خودش را در حد وصی بداند. بنابراین خود او نیز حق رأی داشته باشد که در این صورت بهتر است بگویند اگر وصی از لحاظ جسمانی ناتوان است و قادر به انجام کارهای دستی نمی‌باشد، فردی که ضم به وصی می‌شود به عنوان معاون در انجام امور است. اما اگر وصی، از لحاظ فکری و عقلی و... بیمار باشد بهتر است که ضم امین برگزیده شود چرا که جایگاه و نقش بهتری از معاون دارد و در نقش مغز متفکر وصی و همراه او در انجام امور است. در ارتباط با عدالت وصی، قانون مدنی سکوت کرده است و این سکوت عمدی می‌باشد؛ زیرا همانگونه که بیان شد عده‌ای از فقها عدالت را شرط وصی قلمداد کرده‌اند و در مقابل گروهی دیگر از علمای فقه آن را شرط وصی نمی‌دانند و بعضی معتقدند وصیت به فاسق درست است لیکن قاضی می‌تواند او را برکنار و وصی عادل جایگزینش کند. لذا با وجود این همه اختلاف نظر، سکوت قانون‌گذاران مدنی از روی عمد بوده و اگر سکوت قانون‌گذار در مقابل بیان، دلیل بر عدم اعتبار باشد در این به نظر می‌رسد، قانون‌گذار قول دوم را با آگاهی انتخاب نموده است. در نتیجه با توجه به فقدان نص راجع به لزوم عدالت وصی، می‌توان اصل را بر جواز آن گذاشت. اما نباید از

References:

1. Heydarimanesh SN, Sheikholeslami A, Sheidaeian M. Comparative Study of the Silence of Law in The Legal System of Iran and Islamic Countries (Afghanistan, Egypt and the Saudi Arabia). *Political and International Researches Quarterly*. 2020;11(43):383-403. (Persian).
2. Bandarchi MR. The silence of the law and the method of its defeat. *Legal Encyclopedias*. 2019;3(1):49-63. (Persian).
3. Beyranvand F. The procedure of national courts in confronting with international soft law with emphasis on international humanitarian law. Tehran: Islamic Azad University; 2020. (Persian).
4. Korki A. *Jama'al-Maqassid fi Sharh al-Qawa'ed*. Qom: AlulBayt Institute; 1994. (Arabic).
5. Hali H. *Tazkereh al-Foqhaha*. Qom: Al-Bayt Institute; 1994. (Arabic).
6. Nayeibzadeh A. Translation and explanation of *Jawahar al-Kalam fi Sharh Sharia al-Islam*. Tehran: Khorsandi Publications; 2018. (Persian).
7. Najafi M. *Jawahar al-Kalam*. Tehran: Islamic Publication; 2016. (Arabic).
8. Jafari Langroudi M. *Civil Law: Will*. Tehran: Ganj-e-Danesh Publications; 2017. (Persian).
9. MohagheghDamad M. *Jurisprudential and Legal Analysis of Wills*. Tehran: Islamic Sciences Publishing; 2008. (Persian).
10. Katozian N. *Will in Civil Law*. Tehran: Ganj-e-Danesh Publications; 2018. (Persian).
11. Katozian N. *Introductory Course in Civil Law*. Tehran: Mizan Publications; 2017. (Persian).
12. Moin M. *Farhang-e Farsi*. Tehran: Farhang-e Nama Publications; 2008. (Persian).
13. Ragheb Isfahani H. *Al-Mufradat Fi Gharib Al-Quran*. Beirut: Daro Al-hadis; 2009. (Arabic).
14. Hosseini M. *Quran Encyclopedia*. Kurdistan: Tafghah; 2000. (Persian).
15. Mehrizi Thani M, Bagheri A. An Inquiry into Customary Justice. *Jurisprudential and principled researches*. 2009;5(2):117-37. (Persian).
16. Ameli Z. *Masalak al-Afham al-Tanqih Sharia al-Islam*. Tehran: Eslamiye; 2016. (Arabic).
17. Tabatabai Haeri M. *Riyazo Al-Masael*. Qom: Eslamiye; 2014. (Arabic).
18. Almamqany A. *Manāhij Muttaqin*. Qom: al-Bayt; 1982. (Arabic).
19. Masjed Sarai H. Translation and description of *Luma*. Qom: Islamic Law Publications; 2016. (Persian).
20. Mirza Qomi A. *Jame Al-Shtat*. Tehran: Keyhan; 1996. (Persian).
21. Sarakhsi S. *Al-Mabsut*. Beirut: Dar al-Ma'rifah; 1984. (Arabic).
22. Horamely M. Detailing the Shiites' means of collecting Shariah issues. Qom: Al-Albeyt; 2004. (Arabic).
23. Ibn Qudamah A. *Al-Mughni*. Beirut: World of Books; 2011. (Arabic).
24. Ramli S. *Nahayato Al-Mehtaj*. Beirut: Dar al-Fikr; 1998. (Arabic).
25. Bahrani Y. *Al-Hadayek Al-Nadirah*. Qom: Mudarreen Mosque; 1999. (Arabic).

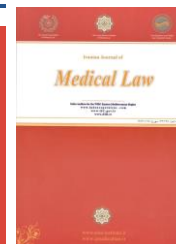


The Iranian Association
of Medical Law

MLJ

Medical Law Journal
2021; Legal Innovation

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



ORIGINAL ARTICLE

Jurisprudential-legal methods to solution the silence of the law in relation to the incapacity, justice and betrayal of the guardian

Horiah Oghbaee ¹, Zahra Fehresti ^{2*}

1. PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Received: 6 May 2021

Accepted: 26 August 2021

Published online: 20 September 2021

Keywords:

The silence of the law

Will

Justice

Betrayal of trust

* Corresponding Author:

Zahra Fehresti

Address: Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Postal Code: 11489-63537

Telephone: 21-77637060

Email: fehrest41@yahoo.com

ABSTRACT

Background and Aim: The silence of the law in different areas of the legal system, and especially in the context of emerging issues, is obvious. In the field of civil law, due to the principle of the rule of will and the possibility of agreement of the parties to the dispute, the silence of the law creates less problems for judges than other areas where the possibility of agreement of will is more limited. One of the spaces in which the silence of the law poses a great challenge to the dispute resolution authorities is the will.

Materials and Methods: This research is of theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of data collection is library and has been done by referring to documents, books and articles.

Results: Despite the fact that a long time has passed since the enactment of the Civil Code, and at the time of the drafting of this law, its designers have specifically considered the rules and regulations of jurisprudence. But in many cases, the legislature has taken a position of silence on the incapacity, justice and betrayal of the guardian.

Ethical considerations: In order to organize this research, while observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

Conclusion: In written law family systems, there are two main approaches to law making: The French approach in which the text of the law is designed in detail and with popular literature; The second is the German approach in which the text of the law is technically and concisely designed and approved. In the context of the subject of the present study, it seems that the legislator, considering the rich jurisprudential literature, has chosen a combination of the above two approaches. In other words, the Iranian legislator has a short and popular literature in this field. As a result, in order to eliminate the cases of silence of the legislator, appropriate jurisprudential and legal solutions can be provided separately.

© Copyright (2018) Iranian Association of Medical law, Tehran, Iran.

Cite this article as:

Oghbaee H, Fehresti Z. Jurisprudential-legal methods to solution the silence of the law in relation to the incapacity, justice and betrayal of the guardian. *Medical Law Journal* 2021; Legal Innovation.