



بررسی تطبیقی شرایط موصی به، در حقوق ایران و فقه امامیه و عامه

نظام الدین عبدی^۱، مصطفی ملکی^۲

۱- فارغ التحصیل کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور ایلام

۲- استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی

چکیده

برای آنکه مالی بتواند در وصیت تملیکی به عنوان موصی به انتخاب شود باید دارای شرایطی باشد که این شرایط ممکن است در قانون مدنی ایران و فقه اسلامی با هم متفاوت یا مشترک باشند. بررسی تطبیقی مذاهب اسلامی (امامیه و عامه) با قانون مدنی نشان می دهد که از نظر قانون مدنی ایران: اولاً موصی به، باید مالیت و منفعت عقلایی مشروع داشته باشد، همه ی مذاهب اسلامی نیز با بیان اینکه صرف مال در معصیت و اشاعه ی فسق باطل است و موصی به نباید از نظر شرعی چیز حرام یا امر گناهی باشد این نظر را تأیید کرده اند؛ ثانیاً موصی به باید قابلیت نقل و انتقال به غیر را داشته باشد، در فقه اسلامی نیز تصریح شده است که موصی باید نسبت به مورد وصیت جائزالتصرف باشد؛ ثالثاً نیازی نیست حتماً در لحظه ی وصیت موصی به موجود باشد، فقهای اسلامی ضمن پذیرش عدم لزوم وجود موصی به در لحظه ی وصیت، ولی صحت چنین وصیتی را منوط به این می دانند که موصی به تا لحظه ی فوت به وجود بیاید؛ رابعاً موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر، چه از جانب مالک مال و چه از جانب موصی فضول باطل است، اغلب فقهای اهل سنت نیز همین نظر را پذیرفته اند اما در این باره بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد، خامساً اینکه موصی به نباید مازاد بر ثلث باشد، قانون مدنی در این زمینه منطبق با نظر اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه تدوین شده است اما غالب مذاهب اهل سنت چنین وصیتی را باطل دانسته اند غیر از مذهب مالکیه که همانند امامیه بر غیرنافذ بودن آن تأکید می کند.

واژگان کلیدی: موصی؛ موصی به؛ موصی له؛ وصیت



مقدمه:

به دلیل اهمیت های اجتماعی و فردی وصیت، در فقه اسلامی و قانون مدنی ایران به این موضوع به طور مفصل پرداخته شده است و همواره مسائل آن محل بحث و مناقشه ی فقهای امامیه و عامه و علمای علم حقوق بوده است، همان طور که می دانیم برای اعتبار یک وصیت، باید شرایط شکلی و ماهوی مختلفی رعایت شود، از جمله ی این شرایط؛ شروط لازم برای موصی به است که ما در این پژوهش به دنبال آن هستیم که ماهیت حقوقی و شرایط لازم برای موضوع وصیت تملیکی (یعنی همان موصی به) را در فقه اسلامی (امامیه و عامه) و حقوق ایران بررسی نماییم. همچنین و چه تمایز شرایط موصی به در مذاهب اربعه اهل سنت با مذهب شیعه که مبنای قانونگذاری ایران است، در چیست؟ به عنوان مثال در فقه اسلامی و قوانین موضوعه، موجود و معین بودن موصی به حین وصیت، دارای وضعیت نسبتاً مبهمی است که باید از آن رفع ابهام شود. همچنین اگر موصی به مازاد بر ثلث باشد باید دقیقاً مشخص شود وصیت غیر نافذ است یا باطل. و اگر غیر نافذ است اجازه وارثان در زمان قبل از فوت می تواند به آن اعتبار ببخشد یا بعد از فوت. همچنین با وجود اینکه بر طبق ماده ۸۴۱ قانون مدنی ایران بیان شده است که: «موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است». اما ما مشاهده می شود هنوز سایه ی ابهام از سر این ماده برداشته نشده است و معلوم نیست معنای کلمه باطل در این ماده، معنای اخص آن است یا اینکه مراد قانون گذار معنای اعم آن می باشد که در این صورت می توان آن را به غیر نافذ هم تعبیر نمود. علاوه بر این با تدقیق در فقه امامیه و عامه لازم است مشخص شود که حکم ماده ۸۴۱ در فقه امامیه و عامه داری چه جایگاهی از اعتبار است یعنی اجماع بر روی این حکم وجود دارد یا نظر مشهور بر آن است و یا اینکه یک حکم استثنایی است و باید آن را تفسیر مضیق کرد.

اهمیت و ضرورت تحقیق :

اگرچه موضوع وصیت با توجه به گستره ی مباحث و امکان طرح نظرات مخالف در آن؛ از جمله ی مباحثی است که همواره مورد توجه و اشتیاق پژوهشگران و علمای علم حقوق بوده است، اما بیشتر کارهای تحقیقاتی که تا به امروز در زمینه وصیت انجام گرفته است بیشتر یا به صورت کلی موضوع وصیت را مورد مطالعه قرار داده اند، یا به بررسی شرایط وصی، موصی له و موصی پرداخته اند و کمتر تحقیقی پیدا می شود که آنچنان که باید و شاید است شرایط اختصاصی موصی به را مد نظر قرار داده باشد و اگر هم بوده به صورت جسته و گریخته، فقط در زمینه ای محدود یکی از شرایط خاص آن مانند مازاد بر ثلث نبودن موصی به و یا ملک غیر نبودن آن را مورد بررسی قرار داده اند. بنابراین با توجه به مغفول ماندن موضوعی با این درجه از اهمیت؛ ما می خواهیم با توجه به نقش و اهمیت نهاد وصیت و موضوع آن یعنی موصی به در جامعه ی امروز، یک کار

4th International
Conference on
Jurisprudence, Law
And
Religious Research

March 6, 2022
Tbilisi - Georgia



تحقیقاتی را در این زمینه به انجام برسانیم که شرایط اختصاصی موصی به را به طور کامل مشخص کرده و با پرداختن به تمام جوانب و جزئیات آن و بررسی تطبیقی آن با فقه عامه و فقه امامیه که زیر بنای قانون گذاری ایران است؛ ابهامات موجود در مواد قانونی در این باب زدوده شود و زمینه های به وجود آمدن اختلاف، چه در سطح مباحث نظری و چه در مقام عمل از بین برود.

هدف اصلی تحقیق :

مشخص شدن ماهیت حقوقی موصی به و شرایط لازم برای آن در حقوق ایران و فقه امامیه و عامه

روش تحقیق:

کتابخانه ای - اسنادی : برای این کار از کتابخانه ی دانشگاه و کتابخانه های معتبر عمومی، کتاب های فقهی و حقوقی را مطالعه، و از مطالب مورد نیاز آن ها فیش برداری نمودم. همچنین برخی از کتاب های پر کاربرد که باید در طول تحقیق همیشه در دسترس می بودند را خودم خریداری نمودم. مقالات و پایان نامه های لازم را نیز از سایت های معتبر اینترنتی مانند ایران داک، نورمگز و sid خریداری نمودم.

همچنین از نرم افزارهای کامپیوتری ارزشمند مانند "جامع فقه اهل البیت علیه السلام ۲" که کار یاز مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی است ... بهره برداری نمودم.

پیشینه ی تحقیق:

اگرچه همان طور که قبلاً گفته شده، پژوهشی را سراغ نداریم که به طور اختصاصی، شرایط موصی به را؛ آن هم با بررسی تطبیقی با فقه؛ مورد مطالعه قرار داده باشد اما پایان نامه ها و مقالات مختلفی را می توان نام برد که به موضوع وصیت و بعضاً شرایط موصی به پرداخته اند که ارتباط تنگاتنگی با موضوع تحقیق مورد نظر ما دارند بنابراین مطالعه و بررسی آن ها می تواند بسیار راهگشا باشد. در زیر تعدادی از آن ها را که در تحقیق پیش رویه عنوان پیشینه ی تحقیق، از مطالب و نتایج شان برای تجزیه، تحلیل و تعمیق هرچه بیشتر مباحث بهره گرفته ایم؛ بر مبنای موضوعی که به آن پرداخته اند، در سه عنوان جداگانه دسته بندی می کنیم، گرچه این مرزبندی ها اعتباری است و ممکن است مرز این دسته بندی ها زیاد روشن نباشد و یک کار تحقیقاتی را بتوان همزمان در ذیل عنوان دو یا سه دسته قرار داد ولی به هر حال، برای انسجام مطلب می تواند مفید باشد :



دسته ی اول : پژوهش هایی که وصیت را از نگاه کلی بررسی کرده اند

بیشترین حجم کارهای تحقیقاتی انجام شده در زمینه وصیت، مربوط به بررسی و وضعیت فقهی - حقوقی و وصیت، ماهیت وصیت، شرایط نفوذ آن و ... می باشد که اکثر آن ها سعی دارند با بررسی تطبیقی وصیت، ماهیت حقوقی و شرایط صحت آن را مشخص نمایند. از پژوهش های مربوط به این حوزه می توان موارد زیر را نام برد: ۱- مقاله ی سید مصطفی محقق داماد در سال ۱۳۶۵ با عنوان: "وصیت عقد است یا ایقاع؟" ۲- مقاله ی علی یار ارشدی در سال ۱۳۸۸ با عنوان: "وصیت در مکتب شیعه" ۳- مقاله ی عباس علی عمید زنجانی و همکاران در سال ۱۳۸۸ با عنوان: "ماهیت حقوقی و وصیت" ۴- مقاله ی علمی پژوهشی حبیب طالب احمدی در سال ۱۳۹۰ با عنوان: "ماهیت حقوقی وصیت تملیکی در فقه و حقوق ایران" ۵- پایان نامه کارشناسی ارشد حامد معصومی کلاتی، در سال ۱۳۹۱ با موضوع: "بررسی شرایط نفوذ وصیت در ترکه در فقه اسلامی با نگاهی به حقوق موضوعه"

دسته ی دوم : پژوهش هایی که تمرکزشان بر وصیت مازاد بر ثلث است

برخی از کارهای تحقیقاتی صورت گرفته نیز، تمرکز خود را بر روی احکام وصیت مازاد بر ثلث و موصی بلا وارث گذاشته اند که از جمله ی آن ها می توان به کار سید مصطفی محقق داماد در سال ۱۳۶۶ در مقاله ای با عنوان "وصیت مازاد بر ثلث در مکاتب حقوق اسلامی" پس از بیان نظرات مختلف فقهای امامیه و عامه؛ اعتبار وصیت مازاد بر ثلث را به دلیل آنکه مطابق قول مشهور است و از لحاظ حقوقی کاملاً موجه می باشد و ایراد و خدشه ای به آن وارد نیست، می پذیرد. علاوه بر این ایشان معتقدند که اجازه ی ورثه، قبل از فوت مورث نیز می تواند وصیت مازاد بر ثلث را تنفیذ کند. چون هر چند ورثه قبل از مرگ موصی هنوز هیچ رابطه ای با دارایی مورث ندارد ولی چون ظرف تملیک و انتقال به موصی له، زمانی است که مال در حیطه ی قانونی و شرعی ورثه قرار خواهد گرفت، لذا اجازه ورثه در زمان حیات به اعتبار آن زمان کاملاً مطابق با موازین خواهد بود. همین دیدگاه را محمد حسین حسین زاده در سال ۱۳۹۲ در پایان نامه ای با عنوان "بررسی فقهی نقش اجازه ورثه در وصیت بیشتر از ثلث" این گونه بیان می کند که: طبق نظر مشهور اگر ورثه نسبت به وصیت بیشتر از ثلث موصی اجازه ندهند، وصیت در بیشتر از ثلث باطل خواهد بود. در مورد اجازه ورثه هر کدام از ورثه که اجازه داده اند نسبت به سهم اجازه دهنده وصیت صحیح خواهد بود. اجازه میتواند هم در زمان حیات موصی و هم بعد از مرگ موصی باشد و اگر اجازه در این دو زمان اتفاق بیافتد، ورثه میتواند بعد از اینکه اجازه دادند از اجازه خود برگردند یا اینکه حق خود را ساقط کرده و نمی توانند از اجازه داده شده برگردد. در همین خصوص محمد عالم زاده در سال ۱۳۹۱ در مقاله ی خود با عنوان "زمان تأثیر اجازه ورثه نسبت به وصیت مازاد بر ثلث ترکه در فقه امامیه و حقوق ایران" می گوید: به

4th International
Conference on
Jurisprudence, Law
And
Religious Research

March 6, 2022
Tbilisi - Georgia



نظر میرسد با توجه به اطلاق ماده ی ۸۴۳ قانون مدنی و قول مشهور فقهای امامیه ودلائل حقوقی و اخلاقی مندرج در این تحقیق اجازه ورثه در زمان حیات موصی، آنها را متعهد نموده و قابلیت رجوع ندارد.. در مورد نفوذ اجازه ورثه بعد از فوت موصی اختلافی وجود ندارد. همچنین محمد حردانی در سال ۱۳۹۰ در پایان نامه ای با موضوع "اعتبار وصیت هازاد بر ثلث موصی بلا وارث در حقوق ایران" صحت چنین وصیتی را می پذیرد و نتیجه می گیرد که هر گاه مورث بدون وارث باشد، وصیت مازاد بر ثلث او حتی برای کل ترکه هم صحیح است و نیازی به اجازه ی حاکم ندارد.

دسته ی سوم: پژوهش هایی که به صورت پراکنده، شرایط موصی به رابرسی کرده اند
تعداد معدودی از تحقیقات انجام شده با عنوان وصیت نیز، تنها به صورت جسته و گریخته و موردی، بعضی از شرایط موصی به را مورد مطالعه قرار داده اند که در میان آنها، اختصاصی ترین کارهای صورت گرفته در باره ی شرایط موصی به که ارتباط نسبتاً مناسب و نزدیکی با کار تحقیقاتی ما دارد: یکی مقاله ی مربوط به سید ابوالقاسم نقی بی و با بک خسروی نیا در سال ۱۳۹۱ با عنوان: "بازپژوهی ادله بطلان وصیت به مال غیر (با رویکرد انتقادی به ماده ی ۸۴۱ قانون مدنی)" است که تنها یکی از شرایط موصی به یعنی مال غیر نبودن آن را مورد مطالعه قرار می دهد. دوم هم پایان نامه کارشناسی ارشد زینب مهدی پور در سال ۱۳۹۱ با موضوع: "بررسی تطبیقی چگونگی اخراج وصیت از دیدگاه فقهای امامیه، شافعیه و حقوق ایران" که به بررسی چگونگی تعیین موصی به از اموال موصی می پردازد. سوم هم مقاله ی مربوط به مهدی صادقی مقدم و همکاران در سال ۱۳۹۳ تحت عنوان: "ارائه راهکاری برای تعیین موصی به مبهم در حقوق ایران با تکیه بر منابع فقه شیعیه" است که در مورد لزوم، شرط معین بودن یا قابل تعیین بودن موصی به بحث می کند.

تقسیم مطالب:

موضوع وصیت تملیکی که به آن موصی به در معنای اخص نیز گفته می شود مهمترین رکن و صیت شناخته می شود زیرا رکنی است که به وسیله ی آن، آنچه را که موصی در صدد تحققش بوده است برآورده می شود. در واقع می توان موصی به را میوه ی درخت وصیت نامید. از این رو بررسی شرایط و ویژگی های آن از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است. از تدقیق در منابع معتبر فقهی، حقوقی و قوانین موضوعه و همچنین بررسی شرایطی که برای موصی به در آن ها ذکر شده است، می توان نتیجه گرفت که: برای آنکه مالی بتواند به عنوان موصی به در یک وصیت تملیکی مورد وصیت قرار گیرد باید



دارای شرایط مختلفی باشد که این شرایط ممکن است بعضاً از دیدگاه فقه امامیه و عامه و قوانین موضوعه متفاوت باشند؛ برای همین، در نظر داریم ابتدا در پنج بخش جداگانه شرایط مهم و اساسی موصی به را با توجه به متن قانون مدنی ایران بیان کنیم و نظرات موافق و مخالف در بین فقهای امامیه و عامه را بررسی نماییم..

بخش اول: مالیت و منفعت عقلایی مشروع داشته باشد

در ماده ی ۸۲۶ ق.م. در مقام بیان تعریف وصیت تملیکی آمده است که: «وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند...» ذکر عبارت "عین یا منفعتی از مال" در این ماده، به همه ی ابهامات موجود در مورد لزوم مال بودن موصی به پایان می دهد. پس باید پذیرفت که موصی به، باید مال قابل تقویم بوده و قابلیت توارث و تعاقب در آن باشد. بنابراین بجاست ابتدا مفهوم دقیقی از مال داشته باشیم. برخی از فقهای امامیه در تعریف مال آورده اند: «مال، چیزی است که متقاضی داشته باشد و عقلاً بدان میل و رغبت کنند.» (خمینی، بی تا) همچنین برخی از فقها معتقدند اگر چیزی چنان فراوان شود که هرگاه اراده شود بی هیچ زحمتی بتوان آن را به دست آورد، آن را مال نمی گویند همانند: آب رودخانه و ریگ صحرا و نور خورشید و هوا برای تنفس. (طباطبایی (حکیم)، ۱۳۷۹) وصیت به مردار، خون، شراب و خوک جایز نیست؛ زیرا اینها در عرف شریعت اسلام به عنوان مال اعتبار ندارد، و همچنین است مال مباحی که در تصرف احدی نیست؛ اما اگر هر یک از اشیاء مذکور بنا به عقیده موصی و موصی له، مال با ارزشی باشند، مثلاً موصی و موصی له هر دو تابع دین مسیح علیه السلام باشند اشکالی ندارد، ولی چنانچه یکی از آن دو مسلمان بوده و دیگری مسیحی باشد، این وصیت باطل است. از نظر حقوقی نیز علمای حقوق، چیزی را مال دانسته اند که دارای دو شرط اساسی زیر باشد:

- ۱- مفید باشد و نیازی را برآورد، خواه آن نیازمادی باشد یا معنوی؛
- ۲- قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۹)

امروزه اما مفهوم مال بسیار گسترده تر از قدیم شده و شامل تمام عناصر دارایی و اشیاء گوناگونی است که از لحاظ طبعی با هم متفاوت هستند. از این رو علاوه بر کالاها و اجسام قابل لمس و اشاره که در گذشته لقب مال می گرفتند باید دایره ی این تعریف را بسط بدهیم و مواردی مانند نرم افزارهای کامپیوتری را که نه وجود مستقلی دارند و نه ثمره ی مال دیگری هستند و نه کالای قابل لمسی هستند؛ در زمره ی اموال بیاریم.



بخش دوم: قابلیت نقل و انتقال داشته باشد

با توجه به ماهیت شبه عقدی وصیت تملیکی، که به واسطه ی آن تملیک مالی صورت می گیرد بنابراین مال مورد نظر باید قابلیت تملک را داشته باشد، به عنوان مثال اموال دولتی چون قابلیت تملک خصوصی را ندارند نمی توانند به عنوان موصی به واقع شوند. همچنین اموال وقفی به واسطه حبس عین مال، قابلیت خرید و فروش و انتقال از شخصی به شخص دیگر را ندارد نمی تواند موضوع وصیت قرار گیرد، ماده ی ۳۴۹ ق.م. در این باره تصریح می کند: «بیع مال وقف صحیح نیست...». همچنین در ماده ی ۳۴۸ ق.م. آمده است: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است ... یا چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر این که مشتری، خود قادر بر تسلیم باشد.»؛ که با توجه به پذیرش ماهیت عقدی برای وصیت و تابعیت آن از اصول کلی حاکم بر قراردادها می توان این ماده را برای عقد وصیت نیز قابل استناد دانست. بنابراین به طور کلی، مورد وصیت قرار دادن چیزی که از نظر قانونی نقل و انتقال آن ممنوع است و یا امکان تسلیم آن به موصی له وجود ندارد، باطل است. به عنوان مثال نمی توان مالی را که متعلق حق دیگری است مورد وصیت قرار داد، یعنی: مالی که در رهن دیگری است و یا مالی که توسط اجرای احکام دادگاه ها یا اجرای ثبت بازداشت شده است قابل وصیت نیست. تکمیل کننده ی استناد بالا ماده ی ۸۳۵ ق.م است که به ابهامات در این زمینه این گونه پاسخ داده است: «موصی باید نسبت به مورد وصیت جائزالتصرف باشد». و این بدان معناست که مالی می تواند موضوع وصیت باشد که موصی حق دخل و تصرف حقوقی در آن را داشته باشد.

در فقه امامیه آمده است: «در وصیت تملیکی در موصی به شرط است که مال باشد یا حقی باشد که قابل انتقال باشد مانند حق تحجیر و حق اختصاص.» (خمینی، ۱۳۹۲)

در فقه عامه نیز وصیت موصی را در صورتی صحیح می دانند که کل اموال او متعلق حق دیگران قرار نگرفته باشد و در این خصوص بیان شده است که: «وصیت در صورتی نافذ است که دین موصی تمام دارایی او را فرا نگرفته باشد؛ چون پرداخت دیون بر اجرای وصیت مقدم است، مگر این که طلبکاران از حق خود صرف نظر کنند.» (الکاسانی، ۱۳۲۸ق - الشربینی، ۱۳۵۲ق - الازهری، بی تا - ابن رشد، ۱۴۰۶ق - البهوتی، بی تا)

اما سؤال که مطرح می شود این است که: چنانچه مالی که متعلق حق شخص ثالث قرار گرفته، از طرف مالک آن و بدون توجه به حقوق شخص ثالث، مورد وصیت قرار بگیرد وصیت را باید باطل دانست؟ یا اینکه فضولی خواهد بود؟ به نظر می رسد با توجه به اینکه انتقال موصی به در لحظه ی فوت موصی اتفاق می افتد و در زمان فوت، خود عین مال همچنان در ملکیت موصی باقی مانده است و شرط مندرج در ماده ۸۴۱ ق.م. که گفته است: «موصی به باید ملک موصی باشد»؛ بر قرار



می باشد پس می توان با اجازه ی بعدی شخص ثالث و یا سقوط حق شخص مزبور به نحوی از انحاء، به وصیت مزبور را صحیح دانست. بنابراین اگر تا قبل از فوت موصی از عین مرهونه فک رهن شود و یا مال بازداشت شده آزاد گردد، و وصیت تنفیذ خواهد شد.

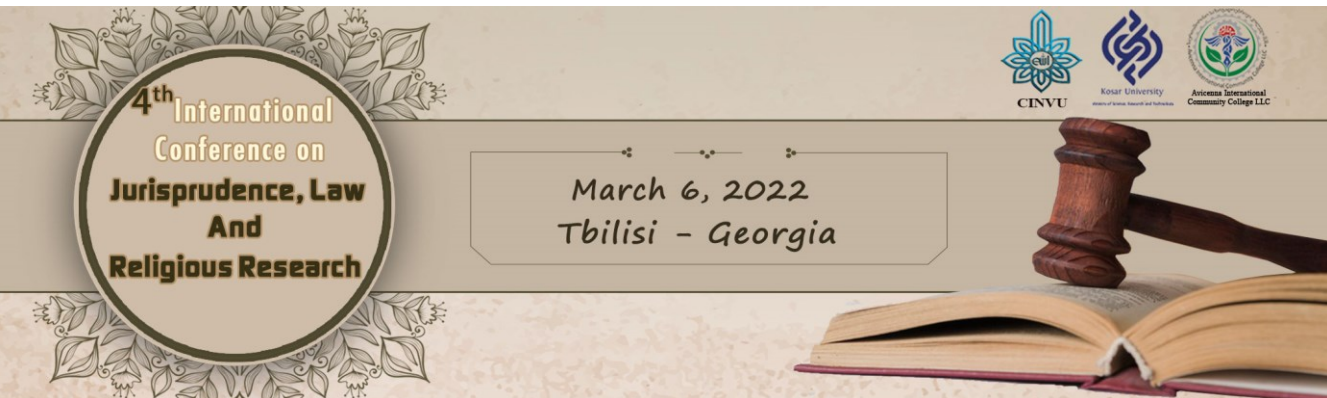
وصیت ورشکسته و مفلس نیز از جمله مسائلی است که بر روی آن اختلاف نظر وجود دارد. زیرا ممکن است گروهی از حقوقدانان با استناد به ممنوعیت های پیش بینی شده در قانون تجارت برای تاجر ورشکسته، و وصیت او و همچنین با وحدت ملاک، مفلس رادخال آنان در امور مالیشان تلقی کنند که احتمال می رود به ضرر طلبکاران تمام شود، بنابراین آن ها را از این کار ممنوع، و هرگونه وصیت آنان را باطل به حساب آورند. گروه دیگر نیز صحت وصیت ورشکسته و مفلس را منوط به تنفیذ طلبکاران می دانند. به عنوان مثال در فقه عامه برخی مذاهب اهل سنت وصیت محجور علیه به فلس را وابسته به اجازه ی طلبکاران می دانند؛ اگر آن را امضاء کنند، جایز است و چنانچه ممانعت کنند، باطل است. (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۹)

اما در این میان عده ای دیگر نیز معتقدند که ورشکستگی و افلاس خواه قبل از حکم دادگاه باشد و خواه بعد از آن، صحیح می باشد، زیرا طبق مواد ۸۶۹ و ۸۷۰ ق.م. دیون متوفی قبل از اخراج ثلث تأدیه می شود، بنابراین ضرری از وصیت متوجه طلبکاران نمی گردد. از این رو استدلال بر بطلان وصیت مفلس و ورشکسته، به دلیل آن که وصیت، تمذیک موصی به، به موصی له است و مالی که متعلق حق طلبکاران است قابل انتقال نمی باشد، صحیح به نظر نمی رسد، زیرا انتقال در وصیت مقید به اداء دیون است. (امامی، ۱۳۸۹)

به نظر ما دیدگاه گروه سوم منطقی به نظر می رسد و باید آن را پذیرفت. زیرا همان گونه که گفته شد تا زمانی که حقوق مالی موصی تأدیه نگردند نوبت به اجرای وصایای او نخواهد رسید، بنابراین وصیت ورشکسته و مفلس منافع طلبکاران را به خطر نمی اندازد که ضمانت اجرای بطلان را برای وصیت آنان در نظر بگیریم. واگذار کردن سرنوشت و وصیت ورشکسته و مفلس به تصمیم طلبکاران نیز جایگاه نهاد وصیت را با تزلزل مواجه خواهد کرد زیرا اختیار یک عمل حقوقی به دست کسانی می افتد که در آن ذینفع نیستند و به عنوان ثالث محسوب می شوند و این ممکن است راه را برای گروکشی و نقل و انتقال فیزیکی و پنهانی اموال موصی به طلبکاران فراهم کند.

بخش سوم: عدم لزوم وجود در لحظه ی وصیت

قانونگذار در ماده ی ۸۴۲ ق.م. بیان کرده است که: «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود.» اما باید از این ظاهر گرایشی دست شست و این را مستمسکی برای عدم لزوم وجود موصی به، در تمام اموال تلقی نکرد. زیرا همچنان



که در ماده ی ۳۶۱ ق.م. در باره مبیع که موضوع عقد بیع است می گوید: « اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع و جود نداشته بیع باطل است». با وحدت ملاک از موضوع بیع یعنی مبیع، می توان ادعا کرد که مو صی به نیز در صورتی که عین معین باشد باید در لحظه ی وصیت موجود باشد و آلا وصیت باطل است، حتی احتمال وجود در آینده نیز نمی تواند این شرط قانونگذار را تعدیل نماید. به عنوان مثال یک ساعت معین را که در اقیانوس غرق شده است و احتمال پیدا شدن آن خیلی کم است نمی توان موضوع وصیت قرار داد، چون در لحظه ی وصیت در حکم عدم وجود است. (برای دیدن نظر مخالف رک. کاتوزیان، ۱۳۸۹)

اموال کلی در معین هم چون در حکم معین تلقی می شوند باید آن ها را تابع قواعد حاکم بر عین معین دانست، یعنی باید در لحظه ی وصیت موجود باشند تا بتوانند مو صی به واقع شوند.

اکثریت قریب به اتفاق فقهای اسلامی به خصوص فقهای عامه معتقدند که اگر مو صی به پیش از اینکه به ملکیت مو صی له درآید از بین برود، وصیت باطل می شود؛ چون محل وصیت نابود شده است و بقای وصیت در شیء معدوم معنا ندارد؛ مثل اینکه شخصی خانه ای برای کسی وصیت کند و آن خانه ویران شود. (الرملی، ۱۳۵۷ق- الد سوقي، بی تا - الکا سانی، ۱۳۲۸ق - البهوتی، بی تا)

با این تفاسیر باید ماده ی ۸۴۲ ق.م. را تخصیص زد و آن را فقط مخصوص اموال کلی دانست. یعنی مو صی تنها در صورتی می تواند در لحظه ی وصیت اموالی را که وجود ندارند مورد وصیت قرار دهد که آن اموال صادق بر افراد عدیده ای باشد و وراثت بتوانند آن را معین کند.

نکته ی قابل توجه در این میان این است که لزوم وجود مو صی به را نباید با معلوم و معین بودن آن یکی گرفت، یعنی مو صی به در هر سه حالت، عین معین، کلی در معین و کلی قابل تصور است و همین که قابلیت تعیین توسط وراثت را داشته باشد کافی است، بنابراین مو صی به ممکن است مبهم باشد یا من جمیع جهات مجهول باشد و یا این که حتی مردد باشد، زیرا وصیت از عقود مبتنی بر تسامح است و نباید در تشکیل آن سختگیری های معمول که برای دیگر عقود وجود دارد را قائل شد.

اگر مو صی به مجهول باشد، در بطلان وصیت تأثیری ندارد؛ به عبارت دیگر معلوم نبودن مو صی به شرط صحت و وصیت نیست. این موضوع مورد اتفاق تمام مذاهب اهل سنت است؛ زیرا غالباً وصیت در موقعی منعقد می شود که مو صی نمی تواند به روشنی آن را بیان کند؛ پس اگر انسانی سهمی از مالش را برای شخصی وصیت کند، هر چند مجهول باشد، صحیح است. چنانچه مو صی تعداد سهم مو صی به، را در زمان حیات خود معین کند، طبق آن عمل خواهد شد؛ ولی اگر قبل از بیان آن

4th International
Conference on
Jurisprudence, Law
And
Religious Research

March 6, 2022
Tbilisi - Georgia



بمیرد و در میان مردم عرف خاصی برای تعیین مقدار سهم وجود داشته باشد، مطابق عرف حکم می شود و در صورت نبود عرف خاص، بیان مقدار سهم به ورثه واگذار می شود؛ به شرطی که آنچه برای موصی له در نظر می گیرند، حداقل سهم ورثه یعنی سدس باشد. حال اگر موصی جزئی از اموالش را وصیت کند و قبل از بیان آن فوت کند، حنفیه و شافعیه و حنابله می گویند: بیان موضوع به ورثه واگذار می شود تا هر قدر که بخواهد به او بدهند؛ زیرا وراثت قائم مقام موصی هستند و بیان مقدار موصی به، به آن ها ارجاع شده است. مالکیه معتقدند که از سهم ترکه یک سهم را به موصی له می دهند و سپس بقیه سهم بین ورثه تقسیم خواهد شد و نقص بر همه وارد می شود. (الکاسانی، ۱۳۲۸ ق - النووی، بی تا - ابن قدامه، بی تا)

برخی دیگر از علمای اهل سنت در این باره گفته اند: از آن جا که تشریح وصیت برای موصی، به این منظور است که بتواند برای جبران مافات و به قصد قربت، قسمتی از مال خود را به خاطر کسب ثواب و یا دستگیری نیازمندان وصیت کند، و از طرفی امکان بیان موصی به، به طور کامل برای وی مقدور نیست، علمای حنفیه و حنابله و فقهای موافق آن ها دید وسیع تری نسبت به انجام وصیت دارند؛ به این معنی که نزد آنان معلوم بودن موصی به شرط صحت وصیت نیست، بلکه وصیت به شیء مجهول را نیز صحیح می دانند؛ مثل این که کسی برای موصی له جزئی یا بعضی یا نصیبی از مالش را وصیت کند. مجهول بودن موصی به در زمان حیات موصی بر طرف می شود و چنانچه موصی قبل از تبیین آن فوت کند، ورثه ی او، مجهول بودن را رفع می کنند. در این صورت، به ورثه گفته می شود که چون موصی به مجهول است هر قدر می خواهید به موصی له بدهید، چون چیز مجهول شامل کم و زیاد می شود و وصیت به دلیل معلوم نبودن موصی به از بین نمی رود و ورثه قائم مقام موصی هستند و بیان موصی به به آن ها واگذار می شود، و اگر وارثی موجود نباشد، تبیین موصی به، به اعتبار این که پس از اجرای وصیت به بیت المال تعلق می گیرد، به ولی امر مسلمانان ارجاع می شود. (ابن عابدین، ۱۳۸۶ ق - زیلعی، بی تا)

در فقه امامیه نیز وصیت به جزء یا سهمی از ترکه، با وجود ابهام در مقدار موصی به، پذیرفته شده و فقیهان به استناد روایات معصوم از آن رفع اجمال کرده اند. با وجود این، باید این نظرات را از دو جهت تعدیل کرد:

- (۱) در فرضی که موصی به مردد میان چند مال است یا به کلی مجهول است و امکان تعیین موصی به وجود ندارد، بطلان وصیت ترجیح دارد.
- (۲) در فرضی که موصی به مجهول است، مانند موردی که جای موصی به در وصیتنامه خالی مانده است یا هیچ معیاری برای تعیین معنای واژه ی به کار برده شده در دست نیست. در این فرض نیز چاره ای جز بطلان نیست. (کاتوزیان، ۱۳۸۹)



بخش چهارم: ملک موصی باشد

ماده ی ۸۴۱ ق.م. بیان می کند: « موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر ولو با اجازه ی مالک باطل است». این ماده را باید یکی از چالشی ترین مواد باب وصیت به حساب آورد، چالش از آن جا ایجاد می شود که طبق قواعد عمومی معاملات، معامله به مال غیر در صورت ملحق شدن اجازه ی بعدی مالک یا قائم مقام او به آن، صحیح دانسته شده است، در حالی که طبق تحلیل هایی که انجام دادیم مشخص شد که وصیت تملیکی دارای ماهیت عقدی است بنابراین باید تابع قواعد عمومی معاملات باشد و در صورتی که وصیت به مال غیر واقع شود باید آن را غیر نافذ دانست که با اجازه ی مالک یا قائم مقامش بتوان به آن اعتبار بخشید، نه آن که طبق ماده ی ۸۴۱ ق.م. مطلقاً باطل اعلام شود. برای همین، وصیت به مال غیر یا به عبارت دیگر، وصیت فضولی همواره مورد منازعه ی علمای علم حقوق و حتی فقهای امامیه و عامه بوده است و در باره ی آن تحلیل و تفسیر های زیادی به عمل آمده است. به طور کلی می توان نظرات و دیدگاه های فقها و مفسرین علم حقوق در این خصوص را در سه دسته متوالی طبقه بندی نمود:

دیدگاه اول: وصیت فضولی مطلقاً باطل است

این گروه با تبعیت محض از ظاهر ماده ۸۴۱ ق.م. وصیت به مال غیر را در همه ی حالات باطل می دانند و از نظر آن ها فرقی هم نمی کند که موصی، مال را از طرف خود وصیت کند یا از طرف مالک آن. برخی از حقوقدانان با پذیرش این نظر، وصیت فضولی را در هر دو فرض یعنی چه برای خود و چه برای مالک باطل دانسته اند. به عنوان مثال: یکی از حقوقدانان با اعلام بطلان وصیت فضولی، در این باره می گوید: « در این امر فرقی نمی نماید که موصی، مال غیر را برای خود وصیت کند، چنانچه کسی خانه ی غیر را برای سکونت خود وصیت کند که ظرف بیست سال پس از فوت مالک در آن سکونت نماید و یا برای مالک آن وصیت نماید، مانند آنکه کسی خانه ی غیر را برای پسر مالک آن وصیت نماید که پس از مرگ مالک، از آن پسر او باشد و بعداً مالک آن را اجازه دهد». (برای دیدن نظر موافق رک. عمید، ۱۳۴۲ - عدل، ۱۳۷۸)

دیدگاه این گروه در فقه نیز طرفدارانی دارد. گروهی به دلیل قید مالکیت موصی به برای موصی، وصیت فضولی به مال غیر را از وصایای صحیح خارج می کند و آن را باطل معرفی می کند که حتی اجازه ی مالک نیز آن را صحیح نمی کند. (شهبید ثانی، ۱۴۱۳ ق)

همچنین برخی فقهای امامیه اختصاص را از شروط موصی به می داند و وصیت فضولی را به دلیل عدم اختصاص موصی به، به موصی باطل دانسته است. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ ق)



غالب فقهای اهل سنت اعم از شافعیه، حنبلیه و حنفیه نیز دیدگاه دسته ی اول را پذیرفته اند و قائل به بطلان و وصیت به مال غیر (وصیت فضولی) هستند. (السریتی، ۱۹۹۷م - شمس الدین، ۱۴۰۵ق - اردبیلی، بی تا - الفتوحی، ۱۳۸۱ق - الحجاجوی، ۱۳۵۱ق - ابن یحیی، ۱۹۹۴م)

اما مذهب مالکیه در این مورد نظر صریحی ارائه نکرده است. برخی از پژوهشگران امروزی نیز وصیت به مال غیر را در همه ی حالات باطل می دانند و حکم ماده ی ۸۴۱ ق.م. را قابل هیچ تخصیصی نمی دانند و در این باره گفته اند: « با توجه به اطلاق ماده ی ۸۴۱ قانون مدنی و لحاظ اینکه اصالة الاطلاق از اصول مسلم فقهی بوده و مبنای آن نیز بنای عقلا می باشد و توجه به اینکه قانون مدنی بر مبنای نظر فقهای متقدم تدوین شده و اکثر آن ها وصیت به مال غیر را مطلقاً باطل دانسته اند، چاره ای جز حمل ماده ی مذکور بر اطلاق و باطل تلقی کردن تمام صور و وصیت به مال غیر نیست (تقیبی و خسروی نیا، ۱۳۸۹)

دیدگاه دوم: وصیت فضولی برای موصی فضول، باطل ولی برای مالک صحیح است

این گروه با مرزبندی و قائل شدن تفاوت بین وصیت به مال غیر برای فضول و وصیت به مال غیر برای مالک؛ سعی دارند ماده ی ۸۴۱ ق.م. را یک حکم استثنایی و خلاف قاعده معرفی کنند که می توان با تخصیص های متعدد، دامنه ی حکومت آن را محدود کنند. به اعتقاد این گروه اگر شخصی مال دیگری را برای مالکش وصیت کند در صورت اجازه ی مالک، وصیتش صحیح است ولی اگر مال دیگری را برای خود وصیت کند، حتی با اجازه ی مالک نیز، وصیت مزبور باطل خواهد بود. به عنوان مثال فرض کنید علی فرزندی به نام حسن و محمد نیز فرزندی به نام ابراهیم داشته باشد. حال اگر علی خودروی متعلق به محمد را برای ابراهیم وصیت کند در صورت اجازه ی محمد وصیتش صحیح خواهد بود. ولی اگر همان خودرو را برای حسن وصیت کند وصیت او حتی در صورت اجازه ی محمد باطل است. برخی از فقهای امامیه نیز همین نظر را پذیرفته اند و بیان کرده اند: «وصیت به مال دیگری اگرچه مالک آن را اجازه کند صحیح نیست، در صورتی که وصیت به آن از جانب خودش باشد به این که مال دیگری را برای شخصی بعد از فوت خودش، قرار دهد. و اما از طرف دیگری به این که آن را برای شخصی بعد از وفات مالک آن قرار دهد بعید نیست که صحیح باشد و با اجازه، نافذ شود.» (خمینی، ۱۳۹۲)

این نظر در بین مذاهب چهارگانه ی اهل سنت مورد اقبال قرار نگرفته است و همان طور که گفته شد قاطبه ی فقهای اهل سنت تابع نظر اول هستند. نظر دوم در بین حقوقدانان معاصر نیز طرفدارانی دارد و بیان کرده اند: «اگر کسی به مال غیر و برای مالک (معلق به فوت او) وصیت کند، عمل فضولی وصیت به مال غیر نیست، وصیت برای غیر است و باید آن را قابل تنفیذ شمرد، ولی اگر وصیت را برای خود و معلق به فوت خود کند مشمول ماده ی ۸۴۱ ق.م. و باطل است، هرچند که



مالک آن را اجازه دهد. این تعبیر در فقه نیز طرفداران سرشناسی دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق - طباطبایی، ۱۴۱۹ق - کاشف الغطاء، ۱۳۶۲ق) و با منطق حقوقی سازگار است. زیرا، آنچه در معاملات فضولی خلاف قاعده به نظر می رسد و باید محدود به مورد نص (معامله) شود، فرضی است که معامله را فضول برای خود انشاء می کند و مالک آن را اجازه می دهد تا از آن استفاده کند. عمل حقوقی فضولی برای مالک با نظریه ی نمایندگی قابل توجیه است و می توان حکم آن را به عنوان قاعده ی عمومی، و از جمله در وصیت، اجراء کرد». (کاتوزیان، ۱۳۸۹)

دیدگاه سوم: وصیت فضولی مطلقاً صحیح است

نظری دیگری که ممکن است در مورد وصیت به مال غیر مطرح شود این است که با توجه به پذیرش ماهیت عقدی برای وصیت و شمول قواعد عمومی معاملات بر آن، ماده ی ۸۴۱ ق.م.را نسخ شده بدانیم و وصیت فضولی را نیز تابع قواعد عمومی معاملات بدانیم و در هر دو فرض مذکور یعنی هم وصیت برای فضول و هم وصیت برای مالک، بتوانا اجازه ی مالک به آن ها اعتبار بخشید. در فقه نیز بعضی از فقها این نظر را پذیرفته اند و نه تنها وصیت فضولی از طرف مالک را صحیح می دانند بلکه وصیت به مال غیر از طرف خود وصیت کننده را، با الحاق اجازه ی مالک صحیح و قابل تنفیذ می شمارند و دلیل آن را توسعه و مسامحه شارع در امر وصیت دانسته و با قبول چنین وصیتی می تواند خود یک وصیت جدید تلقی شود. (رک. ضیاء عراقی، ۱۴۱۰ق - آخوندی، ۱۳۹۷ق)

برخی از پژوهشگران معاصر معتقدند که برخلاف آنچه از تحلیل ماده ی ۸۴۱ ق.م. گفته شد، اما از ماده ی ۸۴۳ ق.م. می توان صحت وصیت فضولی را استنباط نمود، زیرا در این ماده آمده است: «وصیت به زیاده بر ثلث تر که نافذ نیست مگر به اجازه ی وراثت. و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است». از این ماده می توان صحت وصیت فضولی را استنباط نمود، زیرا اجازه ی وراثت اگر بعد از فوت موصی واقع شود که مال به آن ها منتقل شده است و لمی در عین حال آن ها عمل حقوقی واقع شده توسط مورث خود را تنفیذ می نمایند که مصداق بارز پذیرش وصیت فضولی و امکان تنفیذ آن است، حتی اگر اجازه ی ورثه نسبت به مازاد بر ثلث در زمان حیات موصی واقع شود نیز می توان گفت که چون به صورت بالقوه، وراثت در اموال مورث دارای حق می باشند در غیر این صورت قانونگذار اجازه ی آن ها لازم نمی شمرد مورث در حقوق ورثه به طور فضولی تصرف و اقدام به وصیت کرده است که ورثه حتی در زمان حیات می توانند آن را اجازه نمایند که باز هم یک وصیت فضولی نسبت به حقوق وراثت است ولی با تأیید آن ها صحیح است. حتی اگر گفته شود که موصی در زمان وصیت، مالک کل، خود است و وصیت او، وصیت به مال غیر نیست بلکه وصیت به مال خود است باید بگوییم با



توجه به این که قانونگذار فقط وصیت را نسبت به یک سوم اموال صحیح می داند این نتیجه حاصل می شود که دو سوم باقیمانده، متعلق حق ورثه قرار گرفته است و تصرف در حقوق دیگری نیز فضولی می باشد. (نقیبی و خسروی نیا، ۱۳۸۹)

نتیجه ی بحث :

برای آنکه بتوانیم نتیجه ی روشنی از مباحث مطرح شده بگیریم باید بین دو چیز تفاوت قائل شویم: یکی، مفهوم ماده ۸۴۱ ق.م. در حال حاضر و دیگری، نیازهای حقوقی امروزی در وصیت فضولی که در زیر جداگانه آن ها بررسی کنیم:

الف) مفهوم ماده ی ۸۴۱ ق.م در حال حاضر:

با توجه به مباحث مطرح شده، می توان گفت که امروز تعارض، بیشتر بین دیدگاه اول و سوم وجود دارد نه دیدگاه دوم؛ در واقع باید گفت که دیدگاه دوم به جای تفسیر ماده ی ۸۴۱ ق.م، سعی داشته است که دارویی برای در مان تعارض آن با قواعد عمومی قراردادها پیدا کند، برای همین وصیت تملیکی برای مالک را، از آن تخصیص زده است، در حالی که از تدقیق در مفاد ماده ی ۸۴۱ ق.م. به وضوح مشخص است که این ماده در مقام بیان وصیت فضولی برای مالک نیست زیرا آنچه که از عبارت وصیت به مال غیر، در ذهن متبادر می شود این است که موصی مال دیگری را برای خودش وصیت کند نه برای مالک آن. بنابر این به نظر ما بر خلاف دیدگاه دسته های دوم و سوم، باید نظر قانونگذار در ماده ی ۸۴۱ ق.م. را به بطلان مطلق وصیت به مال غیر در تمام حالات تعبیر نمود. زیرا از اطلاق این ماده و به خصوص تاکید موجود در عبارت: «وصیت به مال غیر ولو با اجازه ی مالک» که بلافاصله بعد از عبارت «موصی به باید ملک موصی باشد» آمده است، می توان فهمید که اتفاقاً خود قانونگذار نیز پیش بینی چنین اختلاف نظرهایی را کرده است. برای همین با آوردن عبارت «ولو با اجازه ی مالک» سعی داشته است که تا حدودی توهم پیروی و وصیت فضولی از قواعد عمومی قراردادها را از بین ببرد و آن را از شمول مقررات مربوط به معاملات فضولی خارج کند. در تأیید تحلیل ما گفته شده است که: ماده ی ۸۴۱ ق.م. وصیت به مال غیر را به طور مطلق باطل اعلام نموده است که این حکم تخصیصی بر قاعده ی کلی عدم نفوذ معاملات فضولی است و البته دلیل این تخصیص را باید در مآخذ قانون مدنی یعنی منابع فقهی دانست و مدونین قانون مدنی به لحاظ آراء غالب فقهای متقدم، بر خلاف فقهای متأخر حکم به بطلان وصیت فضولی به طور مطلق داده اند. (نقیبی و خسروی نیا، ۱۳۸۹)

ب) نیازهای حقوقی امروزی در وصیت فضولی:

اگرچه مفهوم ماده ی ۸۴۱ ق.م. را با توجه به حقوق موضوعه، به بطلان وصیت فضولی در تمام حالات تعبیر نمودیم، اما این بدان معنا نیست که از نظر منطبق حقوقی و به خصوص نیاز جامعه ی امروز به آن انتقادی نداشته باشیم. از نظر ما تنها دیدگاهی که می تواند به نیاز حقوقی امروز پاسخ دهد و ما را از مشکلات وصیت فضولی برهاند همان نظر دسته ی سوم است که به

4th International
Conference on
Jurisprudence, Law
And
Religious Research

March 6, 2022
Tbilisi - Georgia



موجب آن باید وصیت به مال غیر را نیز مشمول قواعد عمومی معاملات بدانیم و آن را در تمام حالات غیر نافذ بدانیم که با اجازه ی بعدی مالک تنفیذ می گردد. فقهای متأخر نیز وصیت به مال غیر را همانند سایر معاملات، فضولی دانسته و با توجه به وحدت ملاک و شمول ادله ی نقلی معاملات فضولی نسبت به وصیت، آن را غیر نافذ دانسته اند. بنابراین پیشنهاد می گردد که در تدوین قوانین، تغییر و تحولات فقهی مدّ نظر قرار گیرد و با ارائه ی اندیشه های نوین فقهی، مواد قانونی نیز به تبع آن اصلاح شود و از آن جایی که فقهای متأخر، وصیت به مال دیگری را غیر نافذ و با تأیید مالک آن صحیح دانسته اند، شایسته است که ماده ی مذکور از قانون مدنی حذف شده و این مورد نیز تابع حکم قاعده ی کلی معامله به مال غیر یعنی عدم نفوذ قرار گیرد.

بخش پنجم: مازاد بر ثلث نباشد

ماده ی ۸۴۳ ق.م. بیان می کند: « وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر به اجازه ی وراثت... ». همان طور که ملاحظه می شود در حقوق ما، وصیت تا میزان ثلث ترکه نافذ است و موصی بیش از این مقدار، اختیار تصرف در دارایی خود را ندارد. دو سوم ترکه ذخیره ی وارثان است و قانونگذار برای حفظ حقوق بازماندگان، موصی را از تصرف در دارایی باز داشته است. به همین جهت، اگر وارثان از حق خویش بگذرند و وصیت زیاده تر را اجازه دهند، مانع نفوذ و وصیت از میان می رود و اجرای آن واجب می شود. در حقوق پاره ای از کشورها مانند فرانسه ذخیره ی وارثان در برابر همه ی بخشش ها حفظ می شود و مجموع تملیک های رایگان شخص، خواه در زمان حیات و به صورت هبه و حق انتفاع رایگان باشد یا اینکه برای بعد از مرگ و به شکل وصیت، نمی توانند از میزان سهم قابل تصرف تجاوز کند. ولی، در حقوق ما مرز یک سوم تنها برای وصیت است، زیرا پس از فوت شخص، اختیار او با حق وارثان برخورد پیدا می کند. در زمان حیات، هر کس مالک دارایی خویش است و می تواند به دلخواه در آن تصرف کند و بخش مهم آن را ببخشد یا وقف کند و وارثان حق اعتراض ندارند. (کاتوزیان، ۱۳۸۹)

مورث در زمان حیات خویش حق دارد هرگونه تصرفی در دارایی خود بنماید و منوط به اجازه ی وراثت نیست ولی در وصیت مازاد بر ثلث نمی خواهد تصرف در دارایی خویش در زمان حیات خود بنماید بلکه او در زمان حیات خود می خواهد در دارایی پس از وفات تصرف نماید و به عبارت دیگر با توجه به اینکه وصیت، تملیک مال به دیگری پس از وفات است لذا موصی، با وصیت به مازاد بر ثلث در مال ورثه تصرف کرده است نه در مال خویش. و لذا شریعت اسلام دست او را بسته و او را مقید به حدود معینی نموده است و گرنه هر کس در حیات خویش حق هرگونه دخل و تصرفی در اموال متعلقه به خود را دارد. (محقق داماد، ۱۳۶۶)



همچنین نکته ی دیگری که باید به آن توجه نمود این است که به نظر مشهور فقهای امامیه و عامه تصرفات منجز موصی در مرض متصل به موت، از ثلث خارج می شوند بنابراین موصی در این حالت نمی تواند در بیش از یک سوم اموال خود تصرف کند، اما قانون مدنی مرض متصل به موت را از اسباب حرج ندانسته و نظر معدودی از فقها مانند شیخ صدوق را پذیرفته اند که منجزات در مرض متصل به موت را از اصل می دانند. و به روایت عمار ساباطی از امام صادق (ع) استناد می کنند که می فرمایند: «الْمَيِّتُ أَحَقُّ بِمَالِهِ مَا دَامَ فِيهِ الرُّوحُ يُبَيِّنُ بِهِ فَإِنْ قَالَ بَعْدِي فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الثُّلُثُ» یعنی: "شخص مادامی که روح در بدن دارد احق به مال خویش است، چنانچه به تمامی آن وصیت کند جایز است." (حر عاملی، ۱۴۰۹ق)

فقهای امامیه می گویند: اگر کسی زائد بر ثلث را برای کسی وصیت کند؛ چه صحیح باشد و چه مریض، و ورثه در حال حیات و پیش از فوت وی، مازاد بر ثلث را اجازه دادند، این وصیت صحیح است. (ابی بکر بن علی، ۱۴۱۵ق - العینی، بی تا) یکی از فقهای امامیه برای اثبات صحت این موضوع سه دلیل آورده است: اولاً اینکه مورد اجماع فقهای امامیه است، ثانیاً می گوید موصی، مالی را که وصیت می کند از دو حالت خارج نیست یا مال خودش است یا مال ورثه. اگر مال خودش است که وصیت صحیح است و اگر مال ورثه هم بوده باشد با اجازه ی بعدی آن ها وصیت صحیح خواهد شد، ثالثاً هم به روایت از پیامبر گرامی (ص) استناد می کند که فرموده است: «أَنْ الوصية بما زاد على الثلث باطله إلا أن تجيز الورثة» یعنی: «وصیت مازاد بر ثلث باطل است مگر اینکه ورثه آن را اجازه دهد.» این روایت عام است و هم شامل اجازه ی قبل از وفات و هم شامل اجازه ی بعد از وفات می شود. (طوسی، ۱۴۰۷ق - قائمی و لری نژاد، ۱۳۹۵)

غالب مذاهب اربعه عامه از جمله حنفیه و شافعیه و حنبلیه و وصیت مازاد بر ثلث را باطل دانسته اند.. (السرخسی، ۱۴۱۴ق - العینی، بی تا - ابن رشد ۱۴۰۶ق) و تنها یکی از آن ها یعنی مذهب مالکیه اعتقاد دارند اگر ورثه مازاد را در حال صحت موصی، اجازه کرده باشد، وصیت لازم نیست و می توان از آن رجوع کرد، ولی اگر در حال مرض موصی اجازه کرده باشند، این وصیت قطعی و غیر قابل عدول است. (ابی بکر بن علی، ۱۴۱۵ق)

بنابراین به نظر ما بر طبق آنچه گذشت، در نفوذ وصیت شرط است که موصی به مازاد بر ثلث نباشد و در صورتی که زیادت از ثلث باشد اگر ورثه آن را اجازه بدهند وصیت صحیح؛ در غیر این صورت باطل خواهد بود و فرقی هم بین حالت صحت و بیماری موصی و یا اجازه قبل یا بعد از فوت موصی نیست.

بحث و نتیجه گیری:

4th International
Conference on
Jurisprudence, Law
And
Religious Research

March 6, 2022
Tbilisi - Georgia



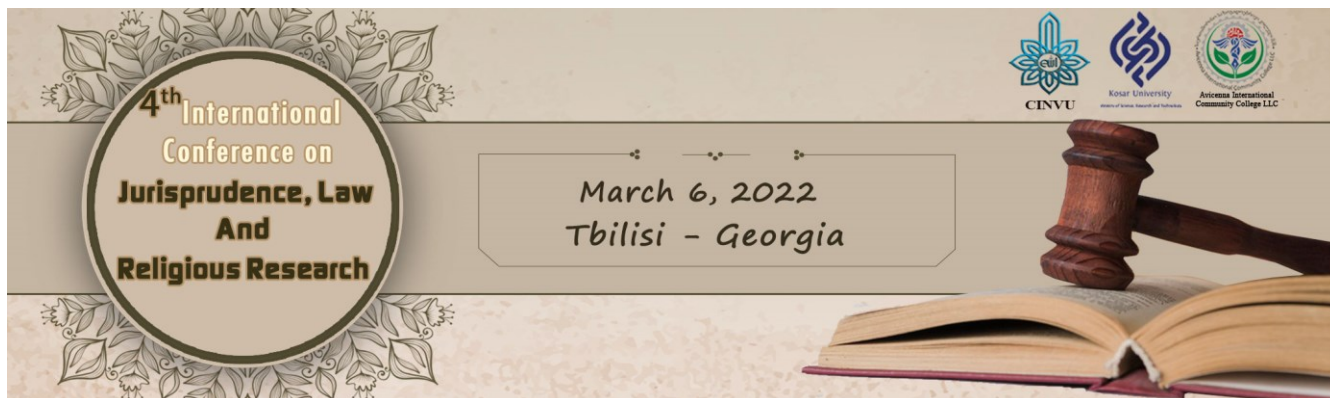
برای آنکه مالی بتواند موضوع وصیت تملیکی قرار گیرد و به عنوان موصی به انتخاب شود باید دارای شرایط خاصی باشد که از نظر فقه امامیه و عامه و همچنین قانون مدنی ایران ممکن است این شرایط مشترک و یا متفاوت باشد بررسی تطبیق در این زمینه ما را به نتایج زیر رهنمون ساخته است:

۱- از نظر قانون مدنی موصی به باید مالیت داشته باشد و متضمن منفعت عقلایی و مشروع باشد و در صورتی که جهت استفاده از آن در وصیت ذکر شده باشد باید مشروع باشد. در فقه امامیه در این خصوص آمده است که وصیت به صرف مال در معصیت و اشاعه ی فسق و کمک به ظالم باطل است، همچنین فقهای عامه مانند شافعیه نیز وصیت به تمام آلات لهُو لعب را باطل می دانند. به نظر می رسد همان طور که در فقه بر آن تأکید شده است موصی به نباید چیز حرام یا امر گناهی باشد.

۲- تدقیق در مواد مربوط به قواعد عمومی معاملات قانون مدنی نشان می دهد که موصی به باید قابلیت نقل و انتقال به غیر را نیز داشته باشد، بنابراین اموال وقفی به واسطه ی حبس عین نمی توانند موضوع وصیت تملیکی قرار بگیرند، در فقه اسلامی نیز نظر قانون مدنی مورد قبول واقع شده است به عنوان مثال در فقه امامیه آمده است موصی به باید مال یا حقی باشد که قابل انتقال باشد، همچنین برخی فقهای عامه وصیت را در صورتی نافذ می دانند که تمام دارایی موصی متعلق حق دیگران قرار نگرفته باشد.

۳- قانون مدنی وجود موصی به در لحظه ی وصیت را لازم نمی داند، اما فقهای اسلامی (چه امامیه و چه عامه) ضمن پذیرش اصل عدم لزوم وجود در لحظه ی وصیت برای موصی به، تأکید می کنند که صحت چنین وصیتی منوط به آن است که موصی به در فاصله زمانی بین وصیت تا لحظه ی فوت به وجود بیاید. به نظر ما در صورتی که موصی به عین معین یا در حکم آن باشد موجود بودن در لحظه ی وصیت لازم نیست، اما در صورتی که موصی به کلی باشد نیازی به وجود در هنگام وصیت و همچنین لحظه ی فوت نیست، بلکه می تواند بعدها توسط ورثه معین شود.

۴- از نظر قانون مدنی کنونی ایران موصی به باید حتماً ملک موصی باشد و وصیت فضولی به مال غیر، چه از طرف موصی و چه از طرف مالک مطلقاً باطل است. این نظر مورد قبول غالب فقهای عامه نیز واقع شده است ولی در فقه امامیه در این باره اختلاف نظر وجود دارد، گروهی از فقهای امامیه، هم نظر با فقهای عامه و قانون مدنی ایران چنین وصیتی را باطل دانسته اند، گروهی دیگر نیز چنین وصیتی را صحیح معرفی کرده اند و گروهی دیگر نیز وصیت به مال غیر را برای مالک صحیح ولی برای فضول باطل می دانند. به نظر ما با توجه به اینکه قانون مدنی ایران نظر فقهای متقدم امامیه را پذیرفته است و وصیت فضول را باطل اعلام کرده است، این دیدگاه قابل انتقاد است و با توجه به قواعد عمومی معاملات که صحت معاملات



فضولی را پذیرفته است، لزوم تجدید نظر در این رویه احساس می شود، به خصوص اینکه قائل بودن به عدم نفوذ و وصیت به مال غیر در فقه نیز طرفداران شاخصی دارد.

۵- قانونی مدنی منطبق با فقه امامیه بیان می کند که موصی به نباید مازاد بر ثلث باشد و در صورتی که زائد بر ثلث باشد نفوذ آن منوط به اجازه ی وراثت است که هم قبل از فوت و هم بعد از فوت می توانند آن را تنفیذ کنند، اما غالب مذاهب اربعه اهل سنت، وصیت زائد بر ثلث را باطل می دانند، غیر از مذهب مالکیه که هم نظر با مذهب امامیه و قانون مدنی، چنین وصیتی را غیرنافذ معرفی می کند.

4th International
Conference on
Jurisprudence, Law
And
Religious Research

March 6, 2022
Tbilisi - Georgia



منابع فارسی:

کتاب:

- ۱- امامی، ح. (۱۳۸۹). حقوق مدنی، جلد سوم (چاپ بیست و سوم). تهران: انتشارات اسلامی.
- ۲- خمینی، ر. (۱۳۹۲). ترجمه ی تحریرالوسیله، جلد دوم (چاپ چهارم). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، مؤسسه چاپ و نشر عروج.
- ۳- _____ (بی تا). کتاب البیع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۴- شیخ الاسلامی، الف. (۱۳۸۹). احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت (ارث، وصیت و وصایت) (چاپ سوم). تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه ی علوم انسانی.
- ۵- عدل، م (منصور السلطنه). (۱۳۷۸). حقوق مدنی. تهران: انتشارات طه.
- ۶- عمید، م. (۱۳۴۲). هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران. تهران: چاپخانه علمی.
- ۷- قائمی خرق، م. و لری نژاد، م. (۱۳۹۵). اندیشه های تطبیقی ارث و وصیت: ترجمه و تحقیق باب الفرائض و الوصایا کتاب الخلاف شیخ طوسی (چاپ اول). تهران: انتشارات خرسندی.
- ۸- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۹). دوره ی مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت (چاپ سی و دوم). تهران: نشر میزان.
- ۹- _____ (۱۳۸۹). دوره ی مقدماتی حقوق مدنی: درس هایی از شفعه- وصیت- ارث (چاپ پانزدهم). تهران: نشر میزان.

مقالات:

- ۱۰- صادقی مقدم، م؛ شعبانی کندسری، ه؛ و سخنور، م. (۱۳۹۳). ارائه راهکاری برای تعیین موصی به مبهم در حقوق ایران با تکیه بر منابع فقه شیعه. پژوهش های حقوق خصوصی، شماره ۶، ص ۳۲-۹.
- ۱۱- طالب احمدی، ح. (۱۳۹۰). ماهیت حقوقی وصیت تملیکی در فقه و حقوق ایران. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۴، ص ۱۳۴-۱۱۱.
- ۱۲- عالم زاده، م. (۱۳۹۱). زمان تأثیر اجازه ی ورثه نسبت به وصیت مازاد بر ثلث ترکه در فقه امامیه و حقوق ایران. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۹، ص ۷۸-۶۷.
- ۱۳- عمید زنجانی، ع؛ جدی، س؛ و کریمی، ب. (۱۳۸۸). ماهیت حقوقی وصیت. مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲، ص ۱۹۰-۱۸۰.



ص ۲۳۲-۲۱۳.

۱۴- محقق داماد، م. (۱۳۶۶). وصیت مازاد بر ثلث در مکاتب حقوق اسلامی. حق (مطالعات حقوقی و قضائی)، شماره ۹، ص ۱۶۴-۱۵۱.

۱۵- _____ (۱۳۶۵). وصیت عقد است یا ایقاع؟. حق (مطالعات حقوقی و قضائی)، شماره ۶، ص ۱۳۰-۱۲۳.

۱۶- نقیعی، الف. و خسروی نیا، ب. (۱۳۹۱). بازپژوهی ادله بطلان وصیت به مال غیر (با رویکردی انتقادی به ماده ۸۴۱ قانون مدنی). مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۷، ص ۱۱۶-۱۰۱.

۱۷- یار ارشدی، ع. (۱۳۸۸). وصیت در مکتب شیعه. کیهان فرهنگی، شماره ۲۷۸ و ۲۷۹، ص ۳۷-۳۱.

پایان نامه ها:

۱۸- حردانی، م. (۱۳۹۰ ه.ش). اعتبار وصیت مازاد بر ثلث موصلی بلاوارث در حقوق ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبایی.

۱۹- حسین زاده، م. (۱۳۹۲ ه.ش). بررسی نقش فقهی اجازه ورثه در وصیت به بیش از ثلث. پایان نامه کارشناسی ارشد، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان.

۲۰- معصومی کلاتی، ح. (۱۳۹۱). بررسی شرایط نفوذ وصیت در ترکیه در فقه اسلامی با نگاهی به حقوق موضوعه. پایان نامه کارشناسی ارشد، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سمنان.

۲۱- مهدی پور، ز. (۱۳۹۱). بررسی تطبیقی چگونگی اخراج وصیت از دیدگاه فقهای امامیه، شافعیه و حقوق ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد، فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه یزد.

منابع عربی:

کتاب:

- ۲۲- آخوندی، محمد. (۱۳۹۷ق). العروة الوثقی و علیها لأشهر مراجع العصر. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۳- ابن رشد، ابوالولید محمد بن احمد. (۱۴۰۶ق). بدایه المجتهد و نهایه المقتصد (چاپ هشتم). بیروت لبنان: دارالمعرفه.
- ۲۴- ابن عابدین، محمد امین بن عمر. (۱۳۸۶ق). رد المحتار علی الدر المختار (چاپ دوم). مصر: مطبعة البابی الحلبي.
- ۲۵- ابن قدامه، موفق الدین عبدالله بن احمد. (بی تا). المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی. بیروت لبنان: دارالفکر.

4th International
Conference on
Jurisprudence, Law
And
Religious Research

March 6, 2022
Tbilisi - Georgia



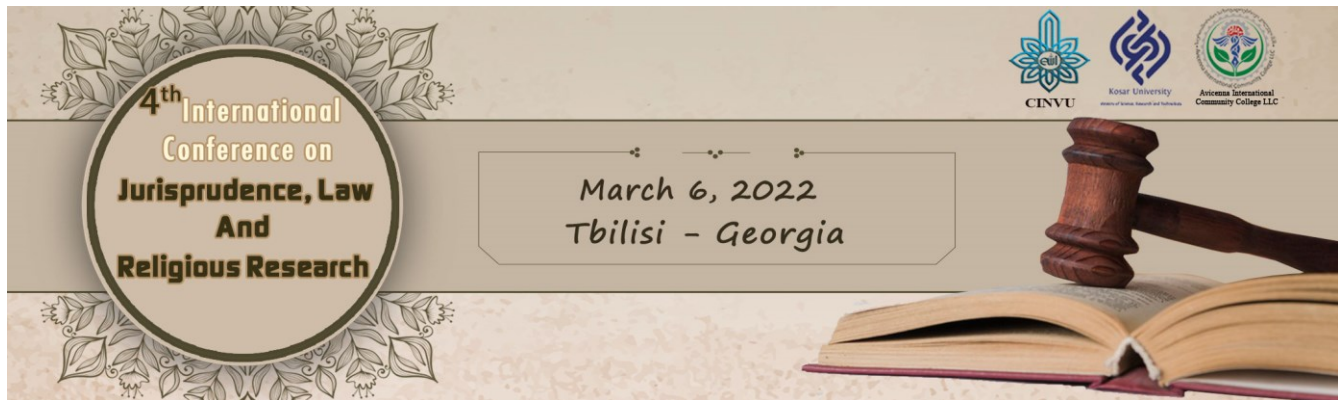
- ٢٦- ابن المرتضى، احمد بن يحيى. (١٩٩٤م). بحر الزخارج. انتشارات السعادة.
- ٢٧- اردبيلي، شيخ يوسف. (بى تا). الانوار لأعمال الابرار. چاپ مصطفى محمد.
- ٢٨- الازهرى، صالح عبدالسميع. (بى تا). جواهرالاكليلى شرح مختصر الخليل. بيروت لبنان: دارالمعرفة.
- ٢٩- البهوتى، منصور بن يونس. (بى تا). كشاف القناع عن متن الاقناع. رياض عربستان: مكتبة النصر الحديثه.
- ٣٠- الحجاوى، شرف الدين موسى. (١٣٥١ق). الاقناع. مصر: الأزهر.
- ٣١- حرعاملى، محمد بن حسن. (١٤٠٩ق). وسائل الشيعة (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- ٣٢- الدسوقى، محمد شمس الدين. (بى تا). حاشية الدسوقى على الشرح الكبير. بيروت لبنان: ادارالفكر.
- ٣٣- الرازى الجصاص، أبى بكر احمد بن على. (١٤١٥ق). احكام القرآن. تحقيق: عبدالسلام محمد على شاهين. بيروت لبنان: دار المكتب العلميه.
- ٣٤- الرملى، شمس الدين محمد بن ابى العباس. (١٣٥٧ق). نهاية المحتاج الى شرح المنهاج. مصر: مطبعة مصطفى البابى الحلبي.
- ٣٥- الزيلعى، فخرالدين عثمان بن على. (بى تا). تبين الحقايق فى شرح كنز الدقائق. بيروت لبنان: دارالمعرفة.
- ٣٦- السرخسى، شمس الدين. (١٤١٤ق). المبسوط. بيروت لبنان: دارابمعرفة.
- ٣٧- السرىتى، عبدالودود. (١٩٩٧م). الوصايا و الاوقاف و الموارىث فى شريعة الاسلاميه. بيروت لبنان: دار النهضة العربية.
- ٣٨- الشرىنى، محمد. (١٣٥٢ق). مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج. مصر: مطبعة مصطفى البابى الحلبي.
- ٣٩- طباطباى (حكيم)، م. (١٣٧٩). نهج الفقاهة. قم: انتشارات جواد قىومى.
- ٤٠- طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). الخلاف (چاپ اول). محقق و مصحح: على خراسانى، سيد جواد شهرستانى، مهدى طه نجف و مجتبى عراقى. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- ٤١- عاملى، زين الدين بن على (شهيد ثانى). (١٤١٣ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
- ٤٢- عراقى، آقا ضياء. (١٤١٠ق). تعليقه استدلاليه على العروة الوثقى. قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
- ٤٣- العينى. (بى تا). عمدة القارى. بى نا.
- ٤٤- الفتوحى، محمد بن احمد. (١٣٨١ق). منتهى الارادات. انتشارات دار الجيل.

4th International
Conference on
Jurisprudence, Law
And
Religious Research

March 6, 2022
Tbilisi - Georgia



- ۴۵- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود. (۱۳۲۸ق). بدائع الصنائع. مصر: بي نا.
- ۴۶- كاشف الغطاء، شيخ محمد حسين. (۱۳۶۲ق). ملحق تحرير المجلة. بيروت لبنان: انتشارات مكتبة النجاج.
- ۴۷- محقق كركي، علي بن حسين (محقق ثاني). (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد في شرح القواعد (چاپ دوم). محقق و مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت عليهم السلام. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- ۴۸- محمد جعفر، شمس الدين. (۱۴۰۵ق). الوصية و احكامها في الفقه الاسلامي (چاپ دوم). بيروت لبنان: دارالتعارف للمطبوعات.
- ۴۹- نجفي، صاحب الجواهر محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام (چاپ هفتم). محقق و مصحح: عباس قوچاني و علي آخوندي. بيروت لبنان: دار احياء التراث العربي.
- ۵۰- النووي، ابو زكريا محيي الدين بن شرف. (بي تا). المجموع شرح المهذب. بيروت لبنان: دارالفكر.
- ۵۱- يزدي، سيد محمد كاظم طباطبائي. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقى فيما تعم به البلوى (المحشى) (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.



Abstract:

In order to be able to be selected as a taxpayer in a willful claim, it must be possible for these conditions to be different or shared in Iranian civil law and Islamic jurisprudence. The comparative study of Islamic religions (Imamie and Amaea) with civil law shows that according to Iranian civil law: Firstly, there legacy legitimate rational tax and profit, All Islamic religions also state that it is null and void to spend money on sin and legacy should not be religiously forbidden or sinful This has been confirmed. Secondly, It should be possible to transfer to others. In Islamic jurisprudence, legacy it has also been stipulated that the willful person should have the power to perform the will. Third, you do not need to be in existence at the moment of will. Islamic jurists, while admitting the need to have a blessing at the time of the will, but the correctness of such a will is due to the fact that there is a failure to exist until the moment of death. Fourthly, the thing to which it is made must be an immovable property, and the will of the property of others, whether from the owner or from the vicegerent, is null and void. Most Sunni jurisprudentes have accepted the same opinion, but there is a controversy between Imami's jurists. Fourth, the legacy exceed one- third. The civil law in this area is in line with the vast majority of Imams' jurists, but most Sunni religions have denied such a will, except for Maliki's religion, which emphasizes Imamieh as being immune.

Key words: Testator, Legacy, Legatee, will