

بسم الله الرحمن الرحيم

وصیت مازاد بر ثلث

در

مکاتب حقوق اسلامی

سید مصطفی محقق داماد

ماده ۸۴۲ قانون مدنی ایران مقرر میدارد :

«وصیت به زیاده بر ثلث ترک نافذ نیست، مگر با اجازه وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند

فقط نسبت به سهم او نافذ است»

توضیح ماده فوق متوقف بر طرح مباحثی است که به ترتیب مورد بحث

قرار میگیرد :

۱. وصیت بمقدار ثلث نافذ و بمازاد آن نافذ نیست مگر با اجازه وراثت.

این حکم مطابق فتوای مشهور امامیه است و مخالف در آن بسیار اندک، تاجائیکه شهید ثانی در مسالک میگوید : شاید بتوان بر آن ادعای اجماع نمود، ولی از نظر علمای عامه، ابن حزم^۱، شافعیان^۲ و مالکیان^۳ وصیت بمازاد بر ثلث مطلقاً باطل است هر چند که وراثت اجازه نمایند.

۱. المحلی، ابن حزم، ج ۹، ص ۳۱۷.

۲. تذکرة الفقهاء علامه حلی، نقل از شافعی، ج ۲، ص ۴۸۱.

۳. حاشیه دسوقی بر شرح کبیر، ج ۴، ص ۴۲۷.

مستند مشهور امامیه روایات زیادی است که اگر به حد تواتر نباشد لا اقل مستفیض است (جواهرالکلام). برای نمونه به قسمتی از یک روایت اشاره میشود :

محمد بن مسلم از حضرت باقر (ع) در مورد شخصی که به بیش از ثلث اموال خویش وصیت کرده بود سؤال کرد ، آن حضرت فرمود : اگر به بیش از ثلث وصیت شود برمیگردد به ثلث . . . ۴ .

نظیر سؤال فوق را احمد بن اسحق به حضرت ابی الحسن (ع) طی شرحی مکاتبه مینماید ، آن حضرت در پاسخ با دستخط خط خویش مرقوم میفرماید :

« برای او (موصی) در تر که جز ثلث چیزی نیست »
و سپس آن حضرت اضافه میکند که « اگر ورثه تفضل کنند میتوانند اجازه نمایند. »^۵

۲ . نظریه مرحوم صدوق

محمد بن علی بن بابویه قمی (صدوق) بعنوان تنها مخالف در مسئله قلمداد شده است. ایشان وصیت به تمامی اموال را نافذ میدانند ولی عبارت ایشان صریح در مخالفت نیست زیرا متن کلام چنین است :

« اگر به ثلث وصیت کند که نهایت حد وصیت است و اگر تمام مال خویش را وصیت کند او آگاه تر است به آنچه که انجام داده است و برواث لازم است که آنچه را وصیت کرده است انجام دهند . »

با امعان نظر در عبارت فوق معلوم میشود که صدر کلام مرحوم صدوق عیناً همان بیانی است که سایر فقهاء معتقدند و جملات ذیل آنرا اگر بخواهیم متناسب با جمله صدر معنی کنیم ظاهراً چنین است که اگر کسی تمامی مال خود را وصیت کند بخاطر دیونی که شرعاً بر عهده خویش احساس مینموده است

آن وصیت لازم الاجراء خواهد بود زیرا هر کس به کرده خویش آگاه تر از دیگران است و او آگاه تر است از دیونی که بر ذمه داشته .

کلام مرحوم صدوق را اگر چنین تفسیر کنیم تعارضی بین صدر و ذیل آن ملاحظه نمیشود و در غیر اینصورت دارای انسجام منطقی نخواهد بود در حالیکه این مدلول هم با آنچه فقهای دیگر گفته اند اختلاف ندارد . زیرا کلام فقهاء این است که موصی نمیتواند بیش از ثلث خود را تبرعاً و مجاناً وصیت نماید مگر به اجازه وراثت و کلام صدوق بموجب این تفسیر در موردی است که موصی مقادیری از اموال خویش را که مازاد بر ثلث است برای مصارفی و یا پرداخت به افرادی وصیت کند و چنین احتمالی وجود داشته باشد که نسبت به آن مصارف، موصی بجهتی شرعی مدیون بوده و در حقیقت اموال وی قبل از وفات متعلق حق دیگران قرار داشته و با وصیت ذمه و عهده خویش را بری نموده است، مثل آنکه نذورات واجبه‌ای بعهدہ اش بوده که تا قبل از وفات اقدام به پرداخت نموده است .

۳. روایات مخالف

در مقابل قول مشهور چند روایت وجود دارد که مدلول ظاهری آنها مخالف است یکی از آنها روایت فقه رضوی است که متن آن عیناً همان ذیل عبارت مرحوم صدوق بوده و بنحوی که گذشت توجیه شده است .
چند روایت دیگر نیز وارد شده است ، از جمله روایت عمار سبابلی از حضرت صادق (ع) که فرمود :

« . . . شخص مادام که روح در بدن دارد احق به مال خویش است ، چنانچه به تمامی آن وصیت کند جائز است .^۶

۶. وسائل ، باب ۱۱ از ابواب کتاب الوصایا ، حدیث ۱۹ .

اینگونه روایات را نمیتوان بوجهی که ذکر شد توجیه نمود و بنابراین معارض روایات دسته اول محسوب میگردد و چون بموجب قواعد تعارض ادله روایات دسته اول از نظر کمی بیشتر و بلحاظ کیفی از جهت سند و دلالت صحیح تر و محکمر هستند و علاوه بر تمام جهات مورد استناد و عمل مشهور نیز قرار گرفته اند لذا بردسته دوم ترجیح می یابند و دسته دوم را یا کنار میگذاریم و یا آنکه آنها را به سواردی حمل میکنیم که با نظریه مشهور ناسازگار نباشد، مثل آنکه میگوئیم مدلول این روایات ناظر به سواردی است که ورثه نسبت به مازاد بر ثلث موافقت نمایند.

۴. اجازه وراث

در وصیت بمازاد بر ثلث هر گاه وراث اجازه نمایند بی تردید وصیت تنفیذ میشود زیرا مازاد بر ثلث مورد تعلق حق وراث است و آنان حق دارند که در آن اعلام نظر نمایند علاوه آنکه روایات زیادی هم بر موضوع تصریح دارد که نیاز به ذکر آنها نیست.

البته در اینجا فرقی نمیکند که «موصی به» بصورت مشاع از ترکه (مانند نصف مال) یا عین معین مفروز باشد، مثل اینکه موصی باغی از باغات خود را وصیت کند که پس از محاسبه معلوم شود قیمت باغ بیش از ثلث ترکه وی بوده است. در هر دو صورت وراث میتوانند مازاد را اجازه و یا رد نمایند دلیل این موضوع هم اطلاعات ادله و نصوص میباشد که از این جهت فرقی قائل نشده است.

۵. اجازه بعضی از وراث

اگر تمامی وراث نسبت به قبول یا رد مازاد بر ثلث به توافق نرسند یعنی بعضی اجازه و برخی دیگر رد کنند، باز هم اشکالی بوجود نخواهد آمد بلکه

همانگونه که قانون مدنی متعرض است وصیت فقط نسبت به سهم کسانی که اجازه کرده‌اند از مازاد نافذ بوده و نسبت به مابقی نافذ نیست. یعنی اگر کسی که دارای یک پسر و یک دختر است نسبت به دوسوم مال خویش وصیت نماید چنانچه پسر اجازه نماید و دختر رد کند یک سوم مازاد بر ثلث که مورد وصیت قرار گرفته، تنفیذ نمیشود بلکه نسبت به سهم پسر نافذ و مابقی مردود است. توضیح اینکه در فرض مسئله پس از اخراج ثلث مابقی را بین ورثه به نسبت ۲ و ۱ باید تقسیم کرد لذا یک سوم مال که بر ثلث اضافه بوده و متعلق وصیت قرار گرفته بایستی به نسبت ۲ و ۱ مورد اجازه این دو ورثه قرار بگیرد.

صاحب جواهر اضافه میکند که صورتهای دیگری نیز متصور است و آن اینکه تمامی ورثه، تمامی مازاد را اجازه نکنند بلکه بعضی از مازاد را اجازه و مابقی را رد نمایند و یا آنکه بعضی از ورثه بعضی از مازاد را اجازه و مابقی را رد کنند، که در همه صور به همان رویه عمل خواهد شد.

مبنای فقهی این مسائل، عمومات و اطلاقات وارده است، که فرقی میان صور قائل نشده بلکه بطور مطلق وصیت مازاد بر ثلث را منوط به اجازه وراث دانسته است.

۶. آیا اجازه وراث در زمان حیات موصی کافی است؟

اجازه وراث پس از وفات موصی نسبت به مازاد بر ثلث بی‌تردید نافذ و موجب استقرار موصی به میگردد و بر این مسأله، علاوه بر اجماع، نصوص صریحه نیز دلالت دارد که ذکر آنها لازم نیست.^۷

فقهاء اضافه میکنند که اجازه صادره پس از وفات از ناحیه وراث قابل

۷. رجوع شود به وسائل الشیعه، باب ۱۱ از ابواب کتاب الوصایا.

رجوع نمیباشد زیرا که با اجازه آنان وصیت تنفیذ شده و استقرار یافته و لذا ابطال آن محتاج به دلیل است و چون دلیلی مبنی بر بطلان وصیت نسبت به مازاد، با رجوع وراثت، وجود ندارد لذا قاعده استصحاب، بقاء آن را اقتضاء میکند.

در مورد نفوذ اجازه وراثت در حیات موصی اختلاف نظر وجود دارد، مشهور امامیه به نفوذ نظر داده و معتقدند که اجازه قبل از وفات موصی از ناحیه وراثت بر آنها الزام آور است و نمیتوانند پس از تنفیذ آن را رد نمایند، همانند بعد از وفات.

در مقابل مشهور، مفید در مقنعه و ابن ادریس در سرائر و فخرالمحققین در ایضاح^۸ و عدهای دیگر از فقهاء بر آنند که اجازه در زمان حیات موصی نافذ نیست و الزامی برای وراثت در پی نخواهد داشت. ابن ادریس در توجیه نظریه خود میگوید:

« آنها اجازه فی مالایستحقونه بعد فلا یلزمهم » یعنی اجازه در حال حیات، اجازه نسبت به مالی است که هنوز حقی بر آن ندارند بنابراین الزام آور نیست.^۹

علامه حلی در تذکرة الفقهاء مورد نزاع را در اجازه ورد هر دو مطرح نموده، یعنی اگر ورثه وصیت مازاد بر ثلث را در زمان حیات موصی رد کردند آیا میتوانند مجدداً اجازه کنند؟

علامه در همین کتاب عدهای از علمای عامه را در عداد مخالفین مشهور امامیه بر شمرده و از ابوحنیفه و شافعی، دو نفر از ائمه اربعه اهل سنت، نقل میکند که اجازه ورد را در حال حیات بی اعتبار خوانده و اضافه کرده اند

۸. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۵۰۸.

۹. جواهر، ج ۲۸، ص ۱۸۵ و نیز تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۴۸۲ - مستمسک العروة.

الوثقی، ج ۱۳، ص ۱۵۲.

که اجازه در حال حیات موصی مانند آن است که زوجه قبل از نکاح صداق خویش را اسقاط کند و بدیهی است که چنین اقدامی کان لم یکن و بی اعتبار است زیرا حقی را که هنوز مالک آن نشده اسقاط کرده است.^{۱۰} بعضی از حقوقدانان معاصر استدلال فوق را اتخاذ و آن را چنین تقریر نموده است :

« تحلیل حقوقی اقتضاء دارد اجازه در زمان حیات موصی نافذ نباشد زیرا حق ورثه بر مازاد ثلث با فوت موصی بوجود می‌گردد و قبل از فوت او ورثه هیچگونه حقی بردارائی مورث خود ندارند بدین جهت مورث میتواند تمامی دارائی خود را بهرکس بخواهد ببخشد یا صلح بنماید . بنابراین در زمان حیات موصی نمیتوان تصور حق ولو بالقوه برای ورثه نسبت به مازاد برثلث ترکه نمود . لذا از نظر تحلیلی باید بر آن بود که اجازه ورثه در زمان حیات موصی کافی برای تنفیذ وصیت نسبت به مازاد بر ثلث نمیباشد . »

انتقاد

ولی این استدلال مردود است زیرا اگرچه مورث در زمان حیات خویش حق دارد هرگونه تصرفی در دارائی خود بنماید و منوط به اجازه وراثت نیست ولی در مانحن فیه مورث نمیخواهد تصرف در دارائی خویش در زمان حیات خود بنماید بلکه او در زمان حیات خود میخواهد در دارائی پس از وفات تصرف نماید و بعبارت 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 ولذا شریعت اسلام دست او را بسته و او را مقید به حدود معینی نموده است وگرنه هر کس در حیات خویش

حق هرگونه دخل و تصرفی در اموال متعلقه بخود را دارد، روی این حساب هر چند ورثه قبل از مرگ موصی هنوز هیچ رابطه‌ای با دارائی مورث ندارند ولی چون ظرف تملیک و انتقال به موصی له زمانی است که مال در حیطة قانونی و شرعی ورثه قرار خواهد گرفت، لذا اجازه ورثه در زمان حیات به اعتبار آن زمان کاملاً مطابق با موازین خواهد بود.

صرف نظر از استدلال فوق، مستند قول مشهور روایات و نصوصی است که ذیلاً به نمونه آنها اشاره میگردد و هرگونه استدلال مخالف آنها اجتهاد در مقابل نص خواهد بود.

اول. محمد بن مسلم از حضرت صادق (ع) سؤال میکند در باره مردی که وصیت کرده است در حضور ورثه اش و آنان وصیت او را اجازه نموده‌اند ولی پس از آنکه او فوت کرده وصیت را نقض کرده‌اند آیا آنان میتوانند چیزی را که امضاء نموده‌اند رد نمایند؟

آن حضرت در پاسخ میفرماید: «خیر، آنان نمیتوانند بلکه وصیت بر آنها نافذ است زیرا که در حیات موصی تنفیذ نموده‌اند». در این روایت هر چند ذکری در خصوص مازاد بر ثلث به میان نیامده ولی با توجه به اجازه سابق ورثه، حمل به مورد مازاد بر ثلث شده است زیرا نفوذ وصیت به مقدار ثلث نیازی به اجازه آنان ندارد.

دوم. منصور بن حازم از حضرت صادق (ع) سؤال کرده است درباره مردی که به بیش از ثلث وصیت میکند در حالیکه ورثه اش حضور دارند و آنان اجازه کرده‌اند حضرت میفرماید: «جائز است»^{۱۲}

قانون مدنی مطابق نظریه مشهور تنظیم شده و گرچه زمان وقوع اجازه را به صراحت بیان ننموده ولی از اطلاق عبارت ماده ۸۴۳ چنین مستفاد

میشود که قانون مزبور اجازه زمان حیات را نسبت به مازاد بر ثلث نافذ تلقی نموده است و براین اساس هرگاه وراث در زمان حیات موصی آنرا اجازه کرده باشند، بعد از وفات او نمیتوانند رد کنند.

در تحریر الوسیله مسئله به شکل دیگری مطرح شده است که به نقل مفاد آن مبادرت میگردد:

« هرگاه ورثه مازاد بر ثلث را بعد از موت اجازه نمایند بلاشکال نافذ است اگرچه قبل از موت هم رد کرده باشند و همچنین اگر قبل از مرگ اجازه کنند و بعد از آن رد نکنند و اما اگر بعد از مرگ رد کنند، آیا اجازه سابقه نافذ است و رد اثر ندارد یا آنکه رد، اجازه سابقه را زائل میسازد؟ دو قول است که قویترین آنها قول اول است. »^{۱۳}

لازم به ذکر است که مستنبط از متون فقه امامیه همانطور که ملاحظه میشود آنست که کسی از فقهاء قائل نیست که اجازه قبل از وفات آنچنان بی اثر است که بعد از وفات مجدداً اجازه لازم باشد، بلکه منظور مخالفین مشهور آن است که وراث میتوانند بعد از وفات رد کنند و در این صورت اجازه قبل زائل خواهد شد که این نظر توسط مشهور رد شده است.

۷. آیا اجازه وراث تنفیذ است یا اعطاء؟

این بحث از جنبه نظری جالب است و خالی از فائده نیست، باین بیان که آیا اجازه وراث تنفیذ عمل موصی است یا آنکه اعطائی است ابتدائی و بخششی است از ناحیه وراث؟ محل نزاع در این مقام آنستکه در فرض اجازه آیا مقدار زائد بر ثلث، از موصی مستقیماً به موصی له منتقل

میگردد یا از وراثت به موصی له انتقال مییابد؟^{۱۴}
اکثر فقهاء امامیه بطور مطلق گفته‌اند که اجازه ورثه تنفیذ عمل موصی است نه عطیه و هبه از ناحیه آنها. ثمره بحث هم این است که بنابراین، صحت آن منوط به قبض نیست در حالی که اگر هبه و عطیه محسوب می‌شود بایستی پس از قبض متهب حکم به صحت کرد.^{۱۵}

۱۴. مرحوم شهید ثانی در مسالک نزاع را فقط در خصوص موردی که اجازه بعد از وفات واقع شده جاری میداند و میگوید:

در صورتیکه وراثت در زمان حیات موصی اجازه نموده‌اند بدون اشکال اجازه وراثت تنفیذ عمل موصی است نه عطیه و بخششی از ناحیه وراثت، و چنین توجیه میکند که در زمان حیات موصی وراثت مالک نشده‌اند تا اعطاء و بخششی از ناحیه آنها تصور گردد و لذا این احتمال مطرح نمیباشد.

بنظر میرسد که جریان نزاع بر هر دو صورت، اعم از آنکه اجازه قبل از فوت واقع شده باشد یا بعد از آن، شمول دارد زیرا همانگونه که قبلاً تحلیل کردیم اجازه وراثت در زمان حیات به اعتبار حال تملک است نه به اعتبار حال وقوع، چرا که در زمان وقوع، مال در ملکیت آنان وارد نشده است و بنابراین هر چند در زمان وقوع اجازه وراثت مالک نیستند ولی با توجه به اینکه انتقال موصی به نیز به موصی له پس از فوت صورت میگیرد نه در زمان حیات و در ظرف انتقال، ورثه مالک خواهند بود لذا این سخن مطرح میشود آیا مازاد بر ثلث در فرض اجازه (هر چند قبل از فوت شده باشد) مستقیماً از «موصی» به موصی له، همراه با ثلث، منتقل میگردد یا آنکه از ورثه به موصی له انتقال مییابد؟ و لذا همانگونه که ملاحظه میشود این سؤال بطور کلی در متن مطرح و بررسی گردیده است.

۱۵. ویس با ابتداء هبة فلا تفتقر صحتها الی قبض (شرایع) - جواهر الکلام، ج ۲۸،

ص ۲۸۶.

والاجازة تنفیذ لنعل الموصی لا ابتداء عطية فلا یفتقر الی قبض (قواعد اعلامه - ایضاح

الفوائد، ج ۲، ص ۵۰۷).

بموجب این نظر چنین نیست که پس از فوت مورث ابتداء مال به ملکیت ورثه درآید و سپس از ملکیت ورثه به موصی له منتقل گردد بلکه مستقیماً از «موصی» به موصی له انتقال مییابد.

فقهاء امامیه نظر خویش را چنین توجیه نموده‌اند که مال از حین وصیت تا زمان فوت بی تردید در ملک موصی باقی است و با توجه به اجازه وارث، تصرف موصی له در مال مورد وصیت پس از مرگ تجویز شده است و لذا مستقیماً از موصی، به موصی له منتقل شده نه از ورثه و انتقال مال از موصی، به ورثه خلاف مقتضای نمودن وصیت است زیرا مفاد وصیت، انتقال به موصی له است نه به ورثه.^{۱۶}

در کتب فقهیه نظر مخالف را به بعضی از علمای عامه از جمله شافعی در یکی از اقوالش نسبت داده‌اند ولی تا آنجا که نگارنده تتبع نموده مخالف صریحی در مسئله وجود ندارد و شافعی هم از این جهت مخالف است که وی اصولاً وصیت به بیش از ثلث را باطل میدانند و لذا میگوید: هر گاه ورثه مازاد بر ثلث را اجازه کند مقدار مزبور از ناحیه آنان هبه ابتدائی محسوب میگردد و مؤید این مطلب آنستکه شافعی در مقام توجیه نظریه خویش اظهارمیدارد وصیت به مازاد بر ثلث مورد نهی شارع است و نهی در معاملات مقتضی فساد است و بنابراین محکوم به بطلان میباشد.^{۱۷}

ولی صرفنظر از اینکه قول مخالف وجود دارد یا نه توجیه مخالف چنین است که مقدار زائد بر ثلث ملک ورثه میباشد و با اجازه آنان وصیت محمول به صحت شده و لذا بایستی گفت که انتقال هم از آنان به موصی له انجام گرفته است.

۱۶. عروة الوثقی، مسأله ۴، فصل موصی به.

۱۷. تذکرة الفقهاء علامه حلی، ج ۲، ص ۴۸۱.

اما پرواضح است که این توجیه منطقی بنظر نمیرسد زیرا با اذعان به صحت وصیت مازاد بر ثلث در فرض اجازه ورثه ، انتقال به ورثه از اصل تحقق نخواهد یافت و انتقال به ورثه متفرع بر عدم صحت وصیت است و با توجه به صحت وصیت انتقال انجام نگرفته تا از سوی آنان به موصی له منتقل گردد .

بنابراین بنظر میرسد قول مشهور از نظر حقوقی کاملا موجه و هیچگونه ایراد و خدشه‌ای بر آن وارد نیست و شاید بتوان گفت قول مخالفی هم در مسئله وجود ندارد .

۸. شرایط اجازه دهنده

وراث اجازه دهنده نسبت به مازاد بر ثلث بایستی دارای اهلیت قانونی و جائز التصرف در مال باشند ، بنابراین هر گاه اجازه توسط وارث صغیر و یا مجنون و یا سفیه انجام گیرد اجازه باطل است زیرا اجازه نسبت به مازاد بر ثلث ، اعلام رضایت بوده و محتاج به اراده قانونی است و چون افراد مذکور فاقد اراده مستقل میباشند لذا اجازه صادره از سوی افراد مذکور باطل و بلااثر خواهد بود .^{۱۸}

بنا به مراتب فوق تفاوتی نیست که محجور در زمان حیات موصی ، مازاد بر ثلث را تنفیذ کند یا بعد از فوت او و استدلال مخالف مبنی بر این که تنفیذ در زمان حیات موصی تصرف محجور در مال خودش محسوب نیست تا ممنوع باشد ، مردود است زیرا گفتیم تنفیذ یک عمل حقوقی است که باید توسط صاحب اراده قانونی انجام گیرد و محجور فاقد این شرط است .

۱۸. رجوع شود به بلغه الفقیه سید بحر العلوم ، چاپ سنگی ، ص ۳۸۷ - مغنی ابن قدامه ،

ج ۶ ، ص ۸۸ - بدائع الصنایع ، ج ۷ ، ص ۳۷۰ .

۹. تنفیذ ولی و قیم نسبت به مازاد بر ثلث

ولی نمیتواند از طرف مولی علیهم وصیت بمازاد بر ثلث را تنفیذ نماید بنابراین هر گاه صغار و یا مجانین تحت سرپرستی ولی باشند چنانچه احد از مورثین آنان به بیش از حد ثلث وصیت کند ولی مجاز نیست که به قائم مقامی مولی علیهم تنفیذ نماید نه قبل از فوت موصی و نه بعد از فوت او مگر اینکه اجازه قویاً متضمن مصلحت و غبطه صغیر و عدم اجازه موجب تضییع حتمی او باشد.

ممکن است در نظر آید که ماده ۱۳۱۷ قانون مدنی^{۱۹} اختیارات ولی و قیم را محدود به اعمال اداری دانسته و تنفیذ وصیت مازاد بر ثلث را که اثر آن در معنی تملیک مجانی مال محجور به موصی له است، نمیتوان از اعمال اداری دانست ولی ناگفته پیداست که چنانچه عدم اجازه موجب تضییع حتمی مولی علیه باشد بیگمان پیشگیری از ضرر جزء اعمال اداری محسوب خواهد بود و جای تردید نیست که از وظایف ولی و قیم میباشد.

۱۰. تنفیذ وارث ورشکسته نسبت به مازاد بر ثلث

آیا شخص ورشکسته بعنوان احد از وارث در صورتی که مورث او به بیش از ثلث وصیت نماید میتواند آن را تنفیذ کند؟
از نظر فقهی بنظر میرسد که در این خصوص بایستی قائل به تفکیک شد باین معنی که اگر تنفیذ در زمان حیات موصی باشد بی تردید میتواند اجازه نماید زیرا مال مورد وصیت در آن زمان هنوز در ملکیت وارث وارد نگشته تا متعلق حق طلبکاران قرار گیرد، اما پس از فوت موصی صحت اجازه وارث ورشکسته و عدم صحت آن منوط است به مسئله پیش، یعنی آنکه آیا اجازه

۱۹. ... ادارهٔ اسوال صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید بعهدهٔ ولی یا قیم آنان است.

وارث تنفیذ است یا اعطاء ؟ چنانچه اجازه تنفیذ باشد صدور اجازه از ناحیه وارث ورشکسته بلامانع خواهد بود ولی اگر اجازه عطیة ابتدائی باشد ، وارث ورشکسته نمیتواند وصیت مورث را نسبت به مازاد بر ثلث اجازه نماید زیرا او مجاز در هیچگونه بخشش و اعطاء نمیشد .^{۲۰}

اما پاسخ مسئله در حقوق عرفی با توجه به ماده ۱۸۴ قانون تجارت منفی است، چون طبق ماده مزبور: در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد، مدیر تصفیه قائم مقام قانونی او است ولذا تنفیذ وصیت مازاد بر ثلث، که از حقوق و اختیارات مالی ورشکسته است و متضمن منافع مالی و مؤثر در تأدیه دیون میباشد ، بر عهده مدیر تصفیه می باشد و ورشکسته از انجام آن ممنوع است .

والسلام

۲۰. رجوع شود به تذکرة الفقهاء ، ج ۲ ، افست قم ، ص ۴۸۲ - جواهر الکلام ، ج ۲۸ ، ص ۲۸۸ - شرح لمعه ، ج ۲ ، ص ۴۰ .

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی

