

بررسی تأثیر اراده در قواعد حاکم بر ارث از طریق نهاد وصیت

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۰۷

رضا سکوتی نسیمی*

محمد رضا رشیدی احمدآبادی**

چکیده

اراده به عنوان عنصر اصلی عقود و ایقاعات همواره از دریچه‌های مختلفی مدنظر فقها و حقوقدانان بوده و همواره آنان سعی داشته‌اند تا از زوایای مختلفی از جمله شرایط صحت، ضمانت اجرای نقض و... آن را مورد بررسی قرار دهند اما هیچ‌گاه عنصر اراده به عنوان عاملی که بتواند در قواعد ارث نقش داشته باشد چه به صورت مستقل و چه به صورت غیر مستقل مورد توجه نبوده و آنان اساساً مدخلیتی برای اراده در قواعد ارث قائل نبوده‌اند. اگرچه در مصادیق و مباحث مختلفی آثار این اعمال اراده را پذیرفته و سعی در توجیه آن کرده‌اند. شاید عدم توجه به بحث مذکور به عنوان بحثی که به صورت مستقل بتواند مطرح باشد مبتنی بر این امر بوده که اساساً در رابطه با قواعد ارث چنین نگرشی وجود دارد که مطلقاً اراده در قواعد ارث حاکم نیست و ارث بنا بر ماهیت خود کاملاً غیرارادی و قواعد آن از قواعد آمره است. در این تحقیق سعی خواهد شد صور مختلفی از نهاد وصیت را که ممکن است اراده مورث در قالب آن اعمال شود بررسی گردد تا روشن شود که بر خلاف آنچه مشهور است اراده می‌تواند تا حدودی در قواعد حاکم بر ارث تأثیرگذار باشد و آثار عملی تغییر قواعد ارث را به دنبال داشته باشد. این اعمال اراده می‌تواند شامل محرومیت از ارث، تغییر سهم الارث و رثه، اضافه کردن بیگانه‌ای به جمع وراثت، قراردادن هر یک از اعیان در سهم هر یک از ورثه و... باشد. البته در این خصوص دیدگاه قانونگذار، فقهای امامیه و حقوقدانان نیز مورد بررسی قرار گرفته و ارائه خواهد شد.

واژگان کلیدی

اراده، ارث، قاعده آمره، وصیت

r-sokouti@tabrizu.ac.ir

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز (نویسنده مسئول)

mrezarashidi1990@gmail.com

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تبریز

مقدمه

بررسی اینکه آیا اراده مورث می‌تواند در قواعد حاکم بر ارث تأثیرگذار باشد یا خیر؟ از دو بعد حائز اهمیت است. از بعد نظری همواره این بحث مطرح بوده که قواعد حاکم بر ارث قواعدی آمره هستند لذا امکان اینکه اراده بتواند در آن منشأ اثر شود متفی است. متعاقب چنین نظری هرگاه مسئله‌ای مطرح شود که مرتبط با اعمال اراده در ارث باشد محکوم به بطلان است. در حالی که ما خواهیم دید که اراده در ارث نیز می‌تواند کارساز باشد منتهی با توجه به دو نکته:

نکته اول اینکه اراده‌ای که مدنظر ماست عموماً در پی دور زدن قواعد ارث است و کمتر اتفاق می‌افتد که خود را به‌طور مستقیم درگیر تغییر قواعد ارث به معنای حقیقی خود کند. به دیگر سخن عموماً و در اکثر موارد اگرچه عملاً نتیجه اعمال اراده، تغییر قواعد استحقاق و تخصیص ارث است لکن اراده با عنوان «قانونگذار قواعد ارث» عمل نمی‌کند؛ بلکه خود را در چهارچوب قواعد پذیرفته‌شده وصیت نمایان می‌کند.

نکته دوم آنکه اگرچه ما در صدد نفی دکترینی هستیم که به‌هیچ‌وجه امکان اعمال اراده را در قواعد ارث نمی‌پذیرد لکن نباید از این نکته غافل شد که به‌هیچ‌وجه اراده به همان میزانی که در عقود و ایقاعات مؤثر و منشأ اثر است در ارث نمی‌تواند کارساز باشد و به‌مراتب اثر کمتری دارد.

اما از بعد عملی مسئله مورد بحث، نمود بیشتری خواهد داشت چنانکه در موارد متعددی دیده شده که مورث به اشکال مختلفی، در قالب وصیت در قواعد ارث اعمال اراده کرده است؛ حال آنکه هرگاه چنین وصایایی در دادگاه مطرح شده عموماً قضات با عبارات کلیشه‌ای چون «قواعد حاکم بر ارث از قواعد آمره است» حکم به بطلان آن داده‌اند درحالی‌که در بسیاری از موارد چنین احکامی خلاف عدالت و انصاف است چراکه در اکثر موارد چنین وصایایی که توسط مورث صورت می‌گیرد و به‌موجب آن به برخی از وراث عنایت بیشتری می‌شود مبتنی بر اقداماتی است که آن وارث در زمان حیات مورث به‌منظور رفاه حال او انجام داده است.

۱. وصیت به حرمان وارث

گاه اتفاق می‌افتد که مورث به موجب وصیت و بنا بر دلایل مختلفی یکی از وارث خود را از ارث محروم می‌کند که چنین اقدامی از نظر فقهی و حقوقی جای تأمل دارد. فقها و به تبع آن حقوقدانان در مورد وضعیت حقوقی چنین وصیتی با هم اختلاف نظر دارند و ماده ۸۳۷ قانون مدنی نیز در مقام بیان حکم چنین وصیتی آن را «غیرنافذ» دانسته که چنین بیانی منشأ اختلاف بین حقوقدانان شده که منظور از آن چیست؟ آیا منظور «بطلان» است یا «عدم نفوذ»؟ در این مورد فقها و حقوقدانان به طور کلی سه نظر را مطرح کرده‌اند که بررسی می‌گردد.

۱-۱. بطلان وصیت

مشهور فقها در مواجهه با چنین وصیتی عنوان کرده‌اند که باید چنین وصیتی را باطل شمرد. در واقع آنان بیان داشته‌اند که نباید چنین پنداشت که وصیت به حرمان یکی از وارث همان وصیت به تملیک تمام ماترک به سایر ورثه (غیر از وارث محروم) است چراکه اگرچه عملاً وصیت به حرمان وارثی منجر به تملیک تمام ماترک به سایر وارث می‌شود لکن این امر به خاطر آن بوده که وارثی غیر از آن وارث نبوده است نه آنکه ناشی از نفس وصیت مزبور باشد. به دیگر سخن در وصیت به حرمان وارث از ارث نتیجه عملی اجرای چنین وصیتی تملیک تمام ماترک به سایر وارث است؛ اما این بدان معنا نیست که وصیت به حرمان وارث، مساوی با وصیت به تملیک تمام ماترک به سایر وارث باشد؛ چراکه اساساً چنین امری نتیجه انشاء و اراده موصی نبوده است بلکه نتیجه این امر بوده که اشخاصی غیر از آن وارث برای تملک ماترک وجود نداشته‌اند. چنین وصیتی نه به دلالت التزام، نه به دلالت مطابقی و نه به دلالت تضمن بر چنین امری دلالت ندارد. عدم دلالت مطابقی و تضمن که روشن است؛ اما در مورد عدم دلالت التزام بایستی بیان کرد که انتفای دلالت مذکور به این خاطر است که انتقال سهم وارث محروم به سایر وارث، معلول مستقیم وصیت نیست؛ بلکه معلول آن است که سایرین، ورثه موصی هستند و ترکه موصی به آنان منتقل می‌گردد چنانکه در صورت فوت یکی از ورثه نیز وضع به همین منوال است. وانگهی ممکن است که اساساً مورث (موصی) هنگام وصیت به حرمان وارث از ارث هیچ وارثی غیر از آن وارث محروم از ارث نداشته باشد و یا آنکه از وجود آن آگاه نباشد پس چگونه می‌تواند از چنین وصیتی

اراده تملیک تمام ماترک به سایر ورثه را بکند؟ بنابراین نایستی چنین وصیتی را تملیکی شمرد لذا به دلیل مخالف شرع بودن، چنین وصیتی باطل است (حسینی عاملی، بی تا، ج ۹، صص ۵۴۲-۵۴۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ج ۳، ص ۲۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۶، صص ۱۸۴-۱۸۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۲۰۰؛ محقق حلی، ۱۴۱۵، ج ۱ و ۲، ص ۵۳۲؛ طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، صص ۳۷۱-۳۷۲).

اکثر حقوقدانان در بررسی حکم وصیت به حرمان وارث و برخورد با حکم ماده ۸۳۷ قانون مدنی ضمن انتقاد از ظاهر ماده مزبور چنین بیان داشته‌اند که قانون‌گذار در استعمال واژه «عدم نفوذ» دچار اشتباه شده است و آن را از روی مسامحه به کار برده است در حالی که می‌بایست از واژه «باطل» استفاده می‌کرد؛ چراکه اساساً وصیت به حرمان وارث، وصیت به تملیک تمام ماترک به سایر ورثه نیست و چنین وصیتی را نباید وصیت تملیکی شمرد لذا وصیت مزبور به علت تعارض با قواعد آمره ارث باطل است (امامی، ۱۳۷۴، ج ۳، صص ۱۱۷-۱۱۹؛ عدل، ۱۳۳۱، صص ۵۲۰-۵۲۳؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۴۳۹؛ عمید، بی تا، ص ۵۱).

دیوان عالی کشور نیز در رأی شماره ۷/۳۴۷/۷۱ بیان می‌دارد که چنین وصیتی خلاف شرع و قانون است؛ چراکه در ماده ۸۳۷ قانون مدنی آمده است که اگر کسی به موجب وصیت، یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند چنین وصیتی نافذ نیست؛ لذا رأی صادره مخدوش و نقض می‌گردد (بازگیر، ۱۳۷۶، ص ۲۲۰).

۲-۱. عدم نفوذ نسبت به مازاد ثلث

برخی از فقها بیان داشته‌اند که هرگاه به موجب وصیت یکی از ورثه از ارث محروم شوند چنین وصیتی یک وصیت تملیکی است که مطابق آن موصی تمام ترکه را برای مابقی ورثه وصیت، و به آنان تملیک می‌کند. به نظر این دسته از فقها، اگرچه تملیک تمام ترکه به سایر وراث اثر مستقیم وصیت و مورد انشاء وصیت نبوده است لکن اثر عملی و غیرمستقیم آن است لذا تفاوتی در این امر وجود ندارد که تمام ترکه را برای سایر ورثه وصیت کنیم یا آنکه یکی از ورثه را از ارث محروم کنیم؛ بنابراین از آنجاکه وصیت از نوع تملیکی است و در وصایای تملیکی موصی حق دارد تا ثلث ترکه را مورد وصیت قرار دهد و در مازاد ثلث است که به اجازه ورثه نیاز است، در اینجا نیز ثلث ترکه به تملیک سایر وراث درمی‌آید و

دوسوم باقی مانده منوط به اجازه وارث محروم است؛ نتیجه آنکه وارث مذکور تا ثلث از ترکه محروم می شود (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، ص ۳۲۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۳۳۵). یکی از حقوقدانان در مواجهه با حکم ماده ۸۳۷ قانون مدنی چنین اظهار نظر کرده اند که از آنجا که قانون مدنی در مقام بیان حکم وصیت مزبور از واژه «غیرنافذ» استفاده کرده و اینکه بایستی کلمات قانون را حمل بر معانی عرفیه کرد و از طرفی نمی توان به قانون گذار اشتباه در بیان را نسبت داد بایستی قائل به این بود که چنین وصیتی تا حدود ثلث، نافذ است و نسبت به مازاد ثلث، نیازمند اجازه وارث محروم می باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۰، ص ۱۵۵).

یکی دیگر از حقوقدانان در مواجهه با حکم ماده مزبور، ضمن انتقاد از حکم مقرر در ماده چنین بیان داشته اند که در حال حاضر با وجود حکم قانون مدنی بایستی قائل به این امر شد که چنین وصیتی تا حدود ثلث نافذ است چراکه قانونگذار در مقام بیان حکم چنین وصیتی، از نظر آن دسته از فقهای تبعیت کرده که وصیت مزبور را تا حدود ثلث نافذ شمرده اند؛ بنابراین چاره ای نیست جز اینکه عدم نفوذ را به عنوان حکم مقرر برای چنین وصیتی بپذیریم. در واقع ایشان معتقدند که از نظر منطق حقوقی قاعداً چنین وصیتی باطل است لکن قانونگذار چنین امری را نپذیرفته و قائل به عدم نفوذ وصیت مذکور شده است (محقق داماد، ۱۳۷۸، ص ۸۸-۸۹).

۱-۳-۱. نظریه تفکیک

برخی از فقها و حقوقدانان معتقدند که بایستی در مورد وضعیت وصیت مزبور بین دو فرض قائل به تفکیک شد. فرض اول که در واقع هدف از چنین وصیتی همان حرمان وارث است مثل موردی که شخص به منظور تنبیه یکی از ورثه اقدام به چنین وصیتی می کند که در این فرض وصیت مزبور بلاشک باطل است؛ اما فرض دوم که در واقع هدف از انجام چنین وصیتی حرمان وارث نبوده است بلکه هدف واقعی موصی تملیک تمام ماترک به سایر ورثه است مثل حالتی که مورث در زمان حیات اموالی را به یکی از ورثه اش تملیک کرده و به منظور آنکه حقوق سایر ورثه ضایع نشود و به عدالت با آنان برخورد کرده باشد وصیت می کند تا چنین وارثی بعد از مرگ چیزی از اموال به ارث نبرد که چنین وصیتی

چون ماهیتاً تملیک تمام ماترک به سایر وراث است تا حدود ثلث نافذ است و نسبت به مازاد ثلث نیازمند اجازه وراث محروم است (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۴، صص ۲۳۰-۲۳۱؛ منتظری، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۴۵۹؛ کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۲۷۰). همچنانکه پیداست نظریه مذکور با دو نظریه قبل از این جهت متفاوت است که دو نظریه قبل به صورت کلی حکم وصیت به حرمان ارث را از جهت بطلان یا عدم نفوذ بیان می‌داشتند در حالی که نظریه اخیر بیان می‌دارد که بایستی به صورت موردی بررسی کرد که قصد واقعی موصی از چنین وصیتی چیست؟ آیا قصد واقعی حرمان بوده است یا تملیک؟

به نظر می‌رسد هم‌چنانکه برخی از فقها و حقوقدانان بیان داشته‌اند در بررسی وضعیت حقوقی چنین وصیتی توجه به قصد واقعی موصی ضرورت دارد و بایستی به صورت موردی و بنابر ملاحظات موجود بررسی کرد که آیا قصد واقعی موصی از چنین وصیتی تملیک بوده است یا حرمان؟ چنانچه قصد واقعی تملیک بوده باشد چنین وصیتی از نوع وصیت تملیکی است و اساس و حدود اعتبار آن در چهارچوب قواعد وصیت تملیکی بایستی لحاظ شود؛ اما چنانچه قصد واقعی از چنین وصیتی همان حرمان بوده باشد هیچ شکی در بطلان آن نیست.

اما در مورد ظاهر ماده ۸۳۷ که حکم عدم نفوذ را برای وصیت به حرمان وراث ذکر کرده است بایستی بیان داشت که حکم مزبور در مقام بیان اصل است؛ بدین معنا که از نظر قانون‌گذار اصل بر این است که وصیت به حرمان وراث همان وصیت به تملیک تمام ماترک به سایر وراث است و چنانچه وراث محروم از ارث ادعای خلاف آن را داشته باشد بایستی آن را به اثبات برساند. به دیگر سخن قانون‌گذار اصل را بر این قرار داده که هرگاه موصی در قالب وصیت وارثی را از ارث محروم کند در واقع خواسته تا تمام ماترک را برای سایر وراث وصیت کند لذا وصیت مزبور غیر نافذ است اما چنانچه وراث محروم از ارث بتواند خلاف آن را ثابت کند وصیت به‌طور کلی باطل است. چنین تفسیری از ماده مزبور باعث می‌شود تا اولاً در مواردی که قصد واقعی موصی از وصیت به حرمان وراث، تملیک تمام ماترک به سایر وراث بوده (نسبت به مازاد ثلث) به راحتی حکم به عدم نفوذ دهیم و با هیچ مانعی مواجه نباشیم و ثانیاً در مواردی که قصد واقعی از چنین وصیتی همان حرمان

بوده مجبور نباشیم تا برای ابطال آن (نسبت به تمام مورد وصیت) به قانون‌گذار اشتباه و تسامح را نسبت دهیم که این با اصل حکیم بودن قانون‌گذار نیز سازگارتر است.

یکی از ایراداتی که ممکن است به وصیت مزبور وارد باشد این است که چنین وصیتی موجب می‌شود تا موصی از حقی که قانون‌گذار برای او قرار داده سوء استفاده کند حال آنکه سوء استفاده از حق مطابق اصل ۴۰^۲ قانون اساسی ممنوع است؛ لذا این سوال مطرح می‌شود که چگونه ممکن است بین این دو امر جمع کرد و در عین حال که چنین وصیتی تا حدود ثلث (در برخی حالات) نافذ دانسته شود باز قائل به این امر بود که سوء استفاده از حق ممنوع است؟ در واقع سوال اساسی ما اینجاست که آیا چنین وصیتی از مصادیق سوء استفاده از حق نیست؟ بیان یکی از حقوقدانان در این باب مفید و مثمر ثمر است. ایشان در توضیح شرایط تحقق تجاوز از حق (سوء استفاده از حق) بیان داشته‌اند که لازم است تا ضمن تحقق شرایطی چون وجود حق برای فاعل زیان‌بار، انجام عمل زیان‌بار نسبت به دیگری و ... ضرر نیز اعم از آنکه مادی باشد یا معنوی به دیگری وارد شود (شهیدی، ۱۳۸۰، صص ۵۰ و ۵۱). به دیگر سخن یکی از ارکان تحقق تجاوز از حق ورود ضرر به غیر است و هم چنانکه برخی از حقوقدانان در تعریف ضرر بیان داشته‌اند ضرر زمانی محقق می‌شود که نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخصی لطمه‌ای وارد آید (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۱۹)؛ حال آنکه در اجرای چنین وصیتی ضرر به معنای مذکور به هیچ وجه محقق نیست. در واقع اگرچه اجرای چنین وصیتی باعث می‌شود تا شخصی که به موجب وصیت از ارث محروم شده (سهم او به سایر وراثت تملیک شده) از دریافت ثلث ماترک محروم شود، لکن چنین محرومیتی مساوی با ضرر نیست چراکه ارث بعد از ادای دین و وصیت محقق است؛ لذا چنین وصیتی مانند سایر وصایا تخصصاً از بحث ارث خارج است بنابراین نمی‌توان گفت که به موجب وصیت مزبور به حقوق ارثیه وارث زانی وارد شده است. در واقع حق ورثه به ماترک بعد از ادای دیون و وصیت محقق می‌شود و اجرای وصیت را نایستی اضرار به ورثه دانست چراکه اگر چنین بود اجرای تمامی وصایا به علت اضرار به وراثت نباید پذیرفته شود؛ در حالی که هیچ کس اجرای وصیت را موجب اضرار به ورثه ندانسته است.

۲. وصیت به تغییر سهم الارث ورثه

گاه ممکن است که مورث به موجب وصیت قواعد تقسیم ارث را تغییر دهد مثل آنکه مقرر دارد که به دختران به اندازه سهم پسران داده شود و یا آنکه سهم زوجه را از ارث افزایش دهد. حال سوالی که مطرح است این است که وصیت مزبور چه وضعیتی دارد؟ یکی از فقها در پاسخ این سوال که «چنانچه متوفی به موجب وصیت مقرر کرده باشد که سهم الارث دختر را به اندازه پسر بدهند وضعیت آن چگونه است؟» چنین وصیتی را باطل دانسته و حتی امکان اجرا و برداشت آن از ثلث ماترک را نیز منتفی دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۴۱۵).

اما برخی دیگر از فقها در مواجهه با فرضی که به موجب آن وصیت شده، تا سهم الارث دختر برابر پسر داده شود تنها به بررسی این مورد پرداخته‌اند که آیا چنین وصیتی ماهیتاً یک وصیت است که متضمن پرداخت مابه‌التفاوت به دختر به نحوی که موجب برابری سهم او با پسر شود هست یا آنکه متضمن دو وصیت است که یکی از آن دو به دلالت مطابقی است و دیگری به دلالت التزام؟ (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، صص ۴۷۷-۴۷۸). به نظر می‌رسد که در نظر فقیه مزبور اساساً چنین وصیتی صحیح و نافذ تلقی شده است چراکه بررسی ماهیت چنین وصیتی از لحاظ تعدد یا وحدت فرع بر صحت آن است. یکی دیگر از فقها در فرضی که به موجب آن موصی وصیت کرده تا ارث بین دختر و پسرش به طور مساوی تقسیم شود چنین بیان داشته‌اند که چنین وصیتی چنانچه موجب تصرف در مازاد ثلث نباشد یعنی اینکه افزایش سهم الارث ورثه مونث از ارث به منظور ایجاد برابری با سهم الارث ورثه مذکر به میزان بیش از یک سوم کل ماترک نباشد چنین وصیتی صحیح و نافذ است و هرگاه متضمن تصرف در مازاد ثلث باشد نسبت به مازاد نیازمند اجازه سایر وراث است (ابن ادریس، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۲۰۳؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص ۲۷۶).

اما کلام برخی دیگر از فقها قابل تامل است. ایشان در پاسخ به سوالی که به موجب آن حکم وصیت به برابری سهم الارث دختر و پسر پرسیده شده بود بیان داشته‌اند که چنانچه اجرای وصیت و دادن سهم الارث مساوی به دختر متضمن تصرف در بیش از ثلث نباشد چنین وصیتی صحیح و نافذ است و در مازاد ثلث نیازمند اجازه سایر ورثه است لکن چنانچه منظور از این وصیت، وصیت به ارث باشد بدین نحو که ارث دختر و پسر

برخلاف نص کتاب الله برابر باشد چنین وصیتی باطل است (صانعی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۳۷۶). در واقع از نظر ایشان هرگاه قصد موصی از چنین وصیتی تملیک باشد، در حدود وصیت صحیح و نافذ است لکن اگر موصی، به وصیت مزبور از دریچه ارث بنگرد بدین صورت که مدلول آن تغییر قواعد ارث باشد به علت تعارض با احکام الهی محکوم به بطلان است. یکی از حقوقدانان صرفاً به بیان یک قاعده کلی اکتفا کرده و بیان داشته‌اند که قواعد مربوط به ارث و میزان سهم‌الارث ورثه از قواعد آمره است و امکان تراضی برخلاف آن وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۵).

یکی دیگر از حقوقدانان نیز بیان داشته‌اند که وارثان و سهم‌الارث آنان را قانون‌گذار تعیین می‌کند و هیچ کس حق ندارد در این باره تصمیم بگیرد لذا اراده مورث در افزایش و تغییر سهم‌الارث وراث تأثیری ندارد و مورث نمی‌تواند فی‌المثل تصمیم بگیرد که دختر وی به اندازه پسرش ارث ببرد و همه چیز به نظم عمومی و تصمیم قانون‌گذار ارتباط دارد نه اراده متوفی (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۷۷).

یکی دیگر از حقوقدانان در خصوص موردی که به موجب آن موصی وصیت کرده که ارث دختر و پسرش را از ارث برابر بدهند بیان داشته‌اند که چنانچه اجرای وصیت و ارتقاء سهم‌الارث دختر از ارث، متضمن تصرف در مازاد ثلث نباشد چنین وصیتی نافذ است و نسبت به مازاد بر ثلث نیازمند اجازه سایر وراث است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۷۸).

ما نیز مانند برخی از فقها و حقوقدانان معتقدیم هرگاه به موجب وصیت، سهم‌الارث ورثه از ارث تغییر کند چنانچه اعمال تغییر مزبور متضمن تصرف در بیش از ثلث مال نباشد چنین وصیتی صحیح و نافذ است. به تعبیر دیگر به طور مطلق نمی‌توان وصیتی را که موجب تغییر در سهم‌الارث یکی از وراث یا چند نفر از آنان می‌شود باطل یا غیرنافذ دانست بلکه بایستی بین وصیتی که اجرای آن در محدوده ثلث قرار می‌گیرد با وصیتی که اجرای آن مازاد بر ثلث را نیز در برمی‌گیرد قائل به تفکیک شد. بدین ترتیب که وصیت اول نافذ و معتبر بوده ولی وصیت دوم تا ثلث نافذ و معتبر و نسبت به مازاد آن غیر نافذ بوده و منوط به اجازه وراث می‌باشد؛ بنابراین اراده می‌تواند به صورت غیر مستقیم در سهم‌الارث وراث تأثیرگذار باشد اگرچه به اموال تحصیل شده به موجب چنین وصیتی در اصطلاح حقوقی سهم‌الارث اطلاق نمی‌شود.

۳. وصیت به وارث بودن غیر وارث

یکی دیگر از طرقی که ممکن است مورث اراده خود را در قالب وصیت اعمال نماید حالتی است که به موجب آن مورث شخص بیگانه‌ای را به جمع وراثت بیفزاید و بیان دارد که با او مانند یک وارث رفتار شود. حال سوالی که مطرح می‌شود این است که وضعیت حقوقی چنین وصیتی چیست؟

یکی از حقوقدانان بیان داشته‌اند که ارث از قواعد امره است و نمی‌توان از طریق وصیت، بیگانه‌ای را به جمع وراثت افزود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۵۹). یکی دیگر از حقوقدانان نیز بیان داشته‌اند که در نظام حقوقی عرفی، ورثه و سهم‌الارث آنان به وسیله قانون مشخص می‌شود و فرد تنها می‌تواند در حدود وصیت، اقدام به بخشش مال کند؛ نه آنکه به موجب وصیت، شخص بیگانه‌ای را به جمع وراثت اضافه و او را وارث محسوب کند (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۵).

به نظر می‌رسد در بررسی وضعیت چنین وصیتی باید به یکی از فروض و مسائلی که فقها در کتب فقهی خود مطرح کرده‌اند توجه کرد و آن این است که گاه موصی به موجب وصیت بیان می‌دارد که به موصی‌له (که یک شخص بیگانه است) به میزان سهم وارث داده شود که فقهای امامیه در مورد وضعیت چنین وصیتی بیان داشته‌اند هرگاه سهم متعلق به موصی‌له مازاد ثلث نباشد چنین وصیتی نافذ است و نسبت به مازاد ثلث نیازمند اجازه وراثت است. فقهای مذکور هم‌چنین در مقام تعیین میزان سهم موصی‌له و آنچه که به موجب وصیت به او تعلق می‌گیرد چنین حکم داده‌اند که هرگاه به میزان سهم وارث معین یا وارث غیرمعین در فرضی که سهم وارث به یک میزان است وصیت صورت گرفته باشد مطابق آن عمل می‌شود، لکن در فرضی که به میزان سهم وارث معین وصیت صورت نگرفته باشد و از طرفی سهم ورثه از ارث متفاوت باشد باید به قدر متیقن عمل نمود و به موصی‌له به میزان سهم کمترین وارث بدهیم (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، صص ۴۴۵-۴۴۶؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۶، ص ۲۷۹؛ حسینی عاملی، بی‌تا، صص ۵۵۲-۵۵۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۷۳).

مسئله فوق از این جهت قابل توجه است که هیچ تفاوتی بین چنین وصیتی (خصوصاً زمانی که وصیت به میزان سهم‌الارث وارث، به صورت غیر معین بوده) با وصیت به وارث بودن غیر وارث، در عمل وجود ندارد و تنها تفاوتی که بین این دو نوع وصیت وجود دارد

تفاوت لفظی است. حال سوالی که مطرح است این است که آیا با وجود صحت وصیت به میزان سهم الارث وارث، می‌توان قائل به صحت وصیت به وارث بودن غیر وارث شد و تفاوت لفظی میان این دونوع وصیت را نادیده انگاشت؟

برای حل این مشکل توجه به بحثی که یکی از حقوقدانان در ارتباط با «شروط خلاف مقتضای ذات عقد» مطرح کرده‌اند مفید و مثمر ثمر است. ایشان در مقام بیان وضعیت حقوقی چنین شروطی آن را در دو فرض جداگانه مورد بررسی قرار داده‌اند. فرض اول که در واقع ماهیت حقوقی چنین شرطی به نحوی است که نه تنها چنین شرطی باطل و مبطل عقد است بلکه اساساً مانع از آن می‌شود تا هرگونه عقدی شکل بگیرد، چنانکه در عقد بیع شرط شود که انتقال مالکیت صورت نگیرد که در اینجا نه تنها عقد بیع به عنوان عقد اولیه شکل نگرفته است بلکه هیچ عقد دیگری نیز شکل نمی‌گیرد.

اما در فرض دیگر اراده طرفین از ایجاد چنین عقدی و درج چنین شرطی ضمن آن این بوده که آنان ماهیت حقوقی دیگری غیر از آنچه که بر زبان جاری کرده‌اند را اراده کرده‌اند که آن خود ماهیتی مستقل و از نظر قانونی پذیرفته شده است، چنانکه فی‌المثل در بیع شرط شود که انتقال مالکیت مجانی بوده باشد و در مقابل عین عوضی پرداخت نشود که چنین شرطی اگرچه با ماهیت بیع در تعارض است لکن چنین توافقی در قالب عقد هبه پذیرفته شده است. در واقع قصد واقعی طرفین از درج چنین شرطی ضمن عقد بیع حاکی از آن است که آنان هبه را قصد کرده بودند؛ اگرچه آن را در لفظ بیع به کار برده‌اند؛ بنابراین چنین عقدی را بایستی هبه تلقی کرد و احکام آن را بر توافق جاری کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، صص ۱۹۶-۱۹۹).

درواقع فرض فوق یکی از مصادیق تعارض اراده ظاهری و باطنی است و سوال این است که در تعارض این دو کدام یک حاکم است؟ برخی از فقها با استناد به قاعده «العقود تابعه للقصد» و روایات «انما الاعمال بالنیات» و «انما لكل امرء ما نوى» اراده باطنی را مقدم بر اراده ظاهری دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۲، ص ۲۲۶؛ نائینی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۷۸). به نظر می‌رسد در تعارض اراده ظاهری با اراده باطنی بایستی ملاک را بر اراده باطنی گذاشت نه اراده ظاهری؛ چراکه اراده ظاهری همه اعتبار خود را از مبنای درونی می‌گیرد و در واقع انعکاسی از اراده درونی است. منتهی بایستی توجه داشت از آنجاکه ظاهر بر انطباق اراده

ظاهری با اراده باطنی است لذا اثبات این امر که اراده باطنی غیر از اراده ظاهری بوده است نیازمند دلیل است و شخصی که چنین موضوعی را بیان می‌کند مدعی محسوب می‌شود و بایستی دلیل بیاورد؛ بنابراین هرگاه قرینه‌هایی یا مقالیه دلالت کند بر اینکه اراده باطنی خلاف اراده ظاهری بوده به اراده باطنی توجه کرده و آثار آن را بر موضوع مترتب می‌کنیم منتهی هرگاه قرینه‌هایی یا مقالیه‌ای در بین نباشد در این صورت اصله الظهور، اقتضای حاکمیت اراده ظاهری را خواهد داشت (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۸).

به نظر می‌رسد که بحث ما نیز از این نوع است و هرگاه موصی، به موجب وصیت بیان دارد که فلانی هم وارث من باشد بایستی دید آیا واقعاً خواسته تا شخص بیگانه‌ای به موجب وصیت وارث شود یا آنکه خواسته است تا به اندازه سهم الارث وارث به او تملیک شود؟ چنانچه بتوان به موجب قرینه‌ای اثبات نمود که قصد واقعی موصی از چنین وصیتی تملیک به اندازه سهم الارث وارث به شخص موصی‌له است چنین وصیتی تا حدود ثلث نافذ است منتهی اگر نتوان کشف نمود که قصد واقعی موصی از چنین وصیتی امر مزبور بوده چنین وصیتی به علت تعارض با قواعد ارث باطل است.

۴. وصیت به تعلق حبوه به غیر از پسر بزرگ‌تر

قانون مدنی در ماده ۹۱۵ بیان می‌دارد که انگشتر، قرآن، رخت و لباس و شمشیر متوفی متعلق به پسر بزرگ است. یکی از سؤالاتی که در این زمینه می‌تواند مطرح شود این است که آیا می‌توان به موجب وصیت، حبوه را به سایر ورثه یا حتی شخص غیر وارث تملیک کرد؟ یکی از فقها در پاسخ به سوال فوق چند دیدگاه را مطرح کرده‌اند. یکی اینکه چنین وصیتی اساساً نافذ نباشد؛ چراکه حبوه مختص به یکی از ورثه به طور خاص است؛ لذا نمی‌توان به موجب وصیت آن را به دیگری تملیک کرد بنابراین چنین وصیتی به علت مخالفت با قواعد ارث، باطل است. قول دیگر آن است که چنانچه وصیت مزبور مازاد بر ثلث نباشد نافذ است و نسبت به مازاد بر ثلث، نیازمند اجازه پسر بزرگ است. قول آخر این است که در صورت تجاوز وصیت مزبور از ثلث ماترک، به منظور جمع حقیقین، قیمت مازاد را به پسر بزرگ بپردازیم (ابن فهد حلی، ۱۴۱۱، ج ۴، صص ۳۸۳-۳۸۴).

هم چنانکه در بیان فقیه مزبور و همچنین برخی دیگر از فقها (موسوی خمینی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۳۴۴؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۱۳، ص ۱۳۵؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۳۹، ص ۱۳۵)، ملاحظه می‌شود حبوه سهم اختصاصی پسر بزرگ است و از این جهت است که در فرضی که وصیت مازاد بر ثلث باشد نیز صرفاً اجازه پسر بزرگ لازم است اما هنوز این سوال پابرجاست که آیا می‌توان اساساً چنین وصیتی را نافذ شمرد در حالی که در نتیجه آن عملاً سهم اختصاصی پسر بزرگ به دیگری تملیک می‌شود؟ به دیگر سخن با قطعیت بر اینکه حبوه سهم اختصاصی پسر بزرگ است چگونه می‌توان چنین وصیتی را صحیح دانست؟

فقهای شیعه عموماً در پاسخ به این سؤال بیان داشته‌اند که چنین وصیتی تا حدود ثلث ماترک صحیح و نافذ است و اختصاص آن به پسر بزرگ مانع از صحت چنین وصیتی نیست؛ چراکه اولاً عموم ادله وارد در بحث وصیت شامل وصیت مذکور نیز می‌شود. ثانیاً اینکه وصیت مزبور در زمانی محقق می‌شود که موصی هنوز در حال حیات و مسلط بر تمامی اموالش است حال آنکه تحقق حبوه منوط به فوت مورث است ثالثاً آنکه چنین وصیتی در واقع در حکم تلف اعیان حبوه پیش از فوت مورث است و هم چنانکه در تلف اعیان تحقق حبوه منتفی است در اینجا نیز به واسطه وصیت تحقق حبوه منتفی است و رابعاً آنکه حبوه جزو ماترک و نوعی از ارث محسوب می‌شود و به همین خاطر است که موانع مطرح در باب ارث (مثل قتل) در باب تعلق حبوه به پسر بزرگ هم مطرح است؛ بنابراین با توجه به چنین ماهیتی، بایستی همچون سایر موارد بیان داشت که ارث در غیر ثلث (وصیت) جاری است و چون حبوه از مصادیق ارث است و وصیت مقدم بر ارث است در مورد حبوه هم نیز وضع چنین است؛ لذا وصیت مذکور هیچ منافاتی با قواعد ارث ندارد (شهید ثانی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۵۵۰؛ نراقی، ۱۴۲۹، ج ۱۹، ص ۲۳۶؛ روحانی، ۱۴۲۹، ج ۳۷، ص ۱۳۴؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۴، صص ۳۲۷-۳۲۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۴۰۶؛ اراکی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۷۷).

عده‌ای از حقوقدانان نیز در پاسخ به سوال فوق بیان داشته‌اند که اساساً حبوه جزو ماترک محسوب می‌شود؛ چراکه قانون مدنی در ماده ۹۱۵ تعلق حبوه به پسر بزرگ را منوط به آن دانسته که ماترک مورث محدود و محصور به حبوه نباشد و چنین بیانی حاکی از آن است که حبوه جزو ماترک است و از آنجاکه ارث بعد از ادای دین و وصیت است، وصیت به تعلق

حبوه به دیگری منافی قواعد ارث نیست و وصیتی صحیح محسوب می‌شود (امامی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۱۹؛ شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۱۲۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۱۶۹).
 به نظر می‌رسد هم چنانکه فقها و برخی از حقوقدانان نیز بیان داشته‌اند نبایست در صحت چنین وصیتی تردید کرد چراکه مشخص شد که حبوه نیز به عنوان ماترک و نوعی ارث به پسر بزرگ تعلق می‌گیرد و اختصاص آن به وارث خاصی خللی به این امر وارد نمی‌کند؛ بنابراین هم چنانکه در سایر موارد بیان می‌داریم که وصیت مقدم بر ارث است در اینجا نیز وضع به همین منوال است لذا مورث می‌تواند اعیان حبوه را به سایر ورثه و یا حتی اشخاص بیگانه تملیک نماید و این وصیت تا حدود ثلث ماترک صحیح و نافذ است.

۵. وصیت به قرار دادن هر یک از اعیان در سهم هر یک از ورثه

گاهی اتفاق می‌افتد که مورث پیش از موت خود به موجب وصیت، اعیان موجود در زمان حیات را برای بعد از مرگ خود تقسیم می‌کند و هر یک از اعیان را در سهم الارث یکی از ورثه قرار می‌دهد. حال سؤالی که مطرح است این است که وضعیت حقوقی چنین وصیتی چیست؟ بیان برخی از فقها به گونه‌ای است که گویا از نظر ایشان چنین وصیتی به طور مطلق صحیح و نافذ است (صانعی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۳۵۴).

اما برخی از فقها و حقوقدانان بیان کرده‌اند که چنین وصیتی تا حدود ثلث نافذ است و نسبت به مازاد ثلث نیازمند اجازه ورثه است. در واقع ایشان بیان می‌دارند هم چنانکه اراده موصی در بحث قیمت محدود به ثلث قیمت تمام ترکه است در بحث خود اعیان هم وضع به همین منوال است؛ چراکه اغراض تنها به قیمت ماترک تعلق نمی‌گیرد بلکه نسبت به نفس اعیان نیز اغراض تعلق می‌گیرد و در هر مورد این اغراض می‌تواند متفاوت از دیگری باشد که چنین امری اقتضای آن را دارد که اراده موصی تنها تا حدود ثلث نافذ و اثرگذار باشد (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۳۷۹؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص ۲۴۳).

یکی از فقها در رابطه با وضعیت حقوقی چنین وصیتی چنین نظر داده‌اند از آنجاکه اولاً نفس وصیت، تصرف در زمان حیات موصی است (اگرچه اثر آن که همان تملیک است ناظر به زمان بعد از موت موصی است) لذا مشمول حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم»

قرار می‌گیرد و ثانیاً چون ماهیثاً عقد است تحت عموم «المومنون عند شروطهم» قرار می‌گیرد؛ لذا بایستی قائل به صحت و نفوذ وصیت نسبت به تمام ماترک باشیم؛ لکن در مقام جمع حقین چنین حکم می‌دهیم که اگرچه چنین وصیتی نسبت به تمام ماترک نافذ است؛ لکن سایر ورثه نسبت به مازاد ثلث مستحق دریافت قیمت آن می‌باشند (محقق کرکی، ۱۴۲۹، ج ۱۰، صص ۸۹-۹۰).

هم چنانکه مشهود است هم آن نظری که وصیت را تا حدود ثلث نافذ می‌شمارد و هم آن نظری که وصیت را نسبت به تمام ماترک صحیح و نافذ به حساب می‌آورد از مبانی فقهی و استدلالی قوی و محکمی برخوردارند اما پاره‌ای از ملاحظات عملی کفه ترازو را به نفع آن نظری سنگین می‌کند که وصیت را در تمام ماترک نافذ می‌داند. توضیح آنکه فوت متوفی اقتضای این امر را دارد که تمام ماترک به مالکیت مشاع تمام ورثه درآید که چنین چیزی هرگاه در مقابل مالکیت مفروض (برای هریک از ورثه) قرار گیرد قطعاً برای ورثه مطلوب نخواهد بود حال اگر متوفی پیش از فوت به منظور فراهم آوردن چنین مطلوبیتی برای ورثه، از طریق وصیت، هر یک از اعیان را با توجه به ارزش تقریبی آن و سهم الارث وراثت در سهم هریک از آنان قرار دهد چرا نبایست چنین وصیتی را نافذ شمرد؟ درواقع اگرچه چنین وصیتی ممکن است که باعث شود تا سودی که عائد یکی از ورثه می‌شود تا حدی بیش از سود تعلق گرفته به سایر وراثت باشد لکن آنچه واضح است آن است که سودی که در مجموع به ورثه از جهت مالکیت مفروض تعلق می‌گیرد بیش از سودی است که از جهت مالکیت مشاع به آنان تعلق می‌گیرد.

بیان یکی از حقوقدانان نیز تا حد زیادی موید همین مطلب است. یکی از مباحثی که ایشان مطرح کرده است بحث «ذوق حقوقی» یا آنچه در فقه تحت عنوان «شم الفقاهه» شناخته شده می‌باشد. ایشان در توضیح چنین اصطلاحی بیان می‌دارند که منظور از آن تجلی ظرافت ادراک در نظر است. به دیگر سخن هرگاه شخص به علت دانش و فن خود و ممارست در انجام کار، به مسئله مورد بحث تسلط کامل داشته باشد و به نکات ظریف بحث مسلط باشد می‌گوییم چنین شخصی ذوق حقوقی دارد. ایشان در ادامه با بیان مثالی جایگاه ذوق حقوقی را چنین به نمایش می‌گذارند که فی‌المثل هرگاه موصی، به ثلث اموالش وصیت کند و اموال عبارت باشند از خانه، اتومبیل، سگ شکاری، عینک،

خودنویس و... آیا اجرای وصیت از ثلث تمام این اموال صحیح است؟ آیا بایستی فارغ از ملاحظات عملی صرفاً به تفسیر لفظی بپردازیم؟ ایشان بیان می‌دارند که اجرای وصیت از ثلث مشاع تمامی این اموال بیشتر به مردم آزاری شبیه است تا به وصیت. لذا ذوق حقوقی اقتضای این امر را دارد که به میزان ارزش یک سوم ترکه از اموالی که مصرف کردن آنها موجب مضیقه برای ورثه متوفی نباشد به مصرف ثلث برسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۴، صص ۳۳۸-۳۳۹).

اگرچه مثالی که حقوقدان اخیر ذکر کرده‌اند، متفاوت از بحث ماست و تنها نقطه اشتراکشان این است که هر دو در باب وصیت مطرح شده‌اند لکن آنچه از دیدگاه فوق در بحث ما کارایی دارد توجه به ملاحظات عملی و استناد به ذوق حقوقی است. درواقع در بحث ما نیز ذوق حقوقی این چنین نمود خود را نشان می‌دهد که نافذ دانستن چنین وصیتی در تمام ماترک اگرچه باعث می‌شود تا برخی از ورثه از مزایای بیشتری نسبت به سایر ورثه بهره‌مند شوند؛ لکن مزایایی که به کل ورثه در مجموع تعلق می‌گیرد بیش از مزایای مذکور است و ذوق حقوقی اقتضای آن را دارد که چنین منفعتی را فدای منفعت کمتری نکنیم؛ بنابراین می‌توان چنین وصیتی را در تمام ماترک نافذ دانست خصوصاً آنکه چنین حکمی مستند به ادله استنباطی فقهی نیز می‌باشد.

۶. وصیت ضمنی

گاه ممکن است که در برخی از مناطق عرف‌هایی راجع به نحوه استحقاق و تقسیم ارث شکل بگیرد که به هیچ‌وجه با قواعد حاکم بر ارث تطابق نداشته باشد؛ چنانکه ممکن است عرفی شکل بگیرد که به موجب آن برخی از اموال بدون آنکه در سهم الارث و ارث معینی محاسبه شود صرفاً مختص به او باشد یا آنکه به موجب عرف، سهم الارث ورثه از ارث تغییر کند و به برخی بیش از میزان استحقاقشان داده شود یا

حال سوالی که مطرح است این است که اولاً آیا چنین عرفی اعتبار و حجیت دارد و می‌تواند موجب تغییر قواعد حاکم بر ارث شود؟ ثانیاً در صورت اعتبار منشأ حجیت آن چیست؟ آیا عرف مذکور فی نفسه اعتبار و حجیت دارد یا آنکه به واسطه عامل دیگری حجیت و اعتبار پیدا می‌کند؟ و ثالثاً اینکه تا چه اندازه عرف مزبور می‌تواند قواعد ارث را تغییر دهد؟

در باب اینکه آیا اساساً عرف شکل گرفته برخلاف قواعد ارث حجیت دارد یا خیر برخی از فقها در پاسخ به استفتائی که به موجب آن بیان شده بود که چنانچه عرف محل سکونت متوفی بدین گونه بوده باشد که در تقسیم آب کشاورزی اینکه فرزند متوفی خود اولاد ذکور داشته باشد یا خیر ملاک عمل است و بسته به اینکه چه تعداد اولاد ذکور دارد از سهم الارث متفاوتی برخوردار خواهد بود بیان داشتند که تقسیم ترکه بین ورثه بنا بر قوانین ارث بایستی صورت بگیرد و از این حیث تفاوتی بین آب و زمین نیست و هریک از دختر و پسر سهم خود را از ماترک می‌برند (موسوی خمینی، ۱۳۸۰، ج ۳، صص ۴۲۳-۴۲۴).

برخی دیگر از فقها نیز در باب عرفی که در منطقه‌ای برخلاف قواعد ارث شکل گرفته بود و به موجب آن دختر به واسطه بالا بودن هزینه‌های تجهیزیه از به ارث بردن زمین محروم بود بیان داشتند که دختر از تمام اموال متوفی ارث می‌برد و نمی‌توان تجهیزیه را که در زمان حیات داده شده بدل از ارث دانست (صانعی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۴۰۰).

به نظر می‌رسد اگرچه عرف فی‌نفسه و بالذات به عنوان عاملی که همچون قانون‌گذار اقدام به تعیین قاعده و قانون‌گذاری در باب ارث کند مورد قبول فقها و حقوقدانان نباشد اما این امر مانع نمی‌شود تا عرف به صورت غیر مستقیم و در قالب نهادهای حقوقی شناخته شده بتواند تا قواعد حاکم بر ارث را تغییر دهد. توضیح آنکه وجود عرف و آگاهی متوفی از وجود چنین عرفی و عدم انجام وصیتی برخلاف آن را می‌توان حاکی از پذیرش عرف مزبور توسط متوفی و تأیید ضمنی آن دانست. در واقع اگرچه به ساکت چیزی نسبت داده نمی‌شود لکن در اینجا اماره‌ای قوی وجود دارد که باعث می‌شود تا ما متوفی را تاییدکننده عرف مزبور بدانیم و آن اینکه رایج بودن تقسیم ماترک بر اساس عرف و ایجاد ظن قوی در متوفی که تقسیم ماترک بر اساس عرف رایج صورت خواهد گرفت او را اقناع خواهد کرد تا چنانچه مخالفتی با آن دارد با تنظیم وصیت‌نامه مخالفت خود را اعلام و اعمال نماید و سکوت در مقابل آن به منزله پذیرش ضمنی آن است. این استدلال تقویت می‌شود وقتی که بدانیم حتی در موارد متعددی متوفی عرف مزبور را به عنوان یکی از قواعد استحقاق و تقسیم ارث می‌پنداشته است و با یقین بر اینکه تقسیم مطابق قواعد مزبور صورت خواهد گرفت اراده‌ای برخلاف آن را برای زمان حیات یا بعد از فوت اعمال نکرده است.

یکی از حقوقدانان نیز در باب اینکه آیا اساساً سکوت توانایی بیان اراده را دارد یا خیر بیان می‌دارند که اگرچه سکوت وسیله بیان اراده نیست لکن سکوت در اوضاع و احوال خاصی که قرار بگیرد حکم آن متفاوت خواهد بود. ایشان در ادامه و در بحث کشف قبول از طریق سکوت بیان می‌دارند که هر کجا بر اساس عرف و یا اوضاع و احوال خاصی بتوان سکوت را کاشف از قصد باطنی دانست بایستی ایجاب را قبول شده تلقی کرد و دو طرف پایبند به تعهد خویش هستند. ایشان هم‌چنین بیان می‌دارند که آنچه باعث بی‌اعتباری سکوت در بیان اراده می‌شود ابهامی است که در وضع ساکت وجود دارد و نگرانی از این امر است که عقدی برخلاف میلش بر او تحمیل شود و گرنه هیچ تفاوتی بین الفاظ یا افعالی که دلالت بر قبول کند وجود ندارد. ایشان یکی از مصادیقی را که سکوت در آن به معنای اعلام اراده است چنین معرفی می‌کنند «جایی که عرف مسلم سکوت در برابر اقدامی را قبول تلقی می‌کند» و در ادامه نیز بیان می‌دارند که «عرف در این‌گونه امور به منزله قانون تکمیلی است و دو طرف را در صورتی که خلاف آن مقرر نشود پایبند می‌کند. بر همین مناسبت که فقیهان امامیه سکوت بکر را در عقد نکاح دلیل بر قبول او می‌دانند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، صص ۲۶۳-۲۶۷).

بایستی توجه داشت که عرف قدرت مقابله با قواعد آمره را ندارد و تنها می‌تواند قواعد تکمیلی را تغییر دهد و بیان حقوقدان اخیر نیز ناظر به حالتی است که سکوت در مقابل عرفی قرار گیرد که فی‌نفسه جایز است نه عرفی که مغایر با قواعد آمره است؛ اما در مورد عرف مورد بحث، عرف خود را با قواعد آمره درگیر نمی‌کند تا شبهه بطلان آن پیش آید بلکه عرف مزبور در مقام انشای امر دیگری است. در واقع پذیرش ضمنی عرف توسط متوفی به منزله بیان مفاد عرف است که ما از آن به عنوان «وصیت ضمنی» یاد می‌کنیم که در مقابل «وصیت صریح» قرار دارد. ما معتقدیم وجود عرف مزبور به نحو قاطع و علم متوفی به وجود چنین عرفی و اینکه تقسیم ماترک بین وراثت بر اساس عرف مزبور صورت خواهد گرفت و عدم اراده خلاف آن را بایستی انشاء ضمنی وصیت تلقی کرد. در واقع هم چنانکه حقوقدان اخیر نیز بیان داشته‌اند اگر سکوت، توأم با عرف مسلمی باشد می‌تواند مبین اراده باشد و اگرچه ایشان تنها از کشف قبول از طریق سکوت بحث کرده‌اند، لکن از آنجاکه قبول در این رابطه خصیصه‌ای ندارد حکم آن را به ایجاب نیز می‌توان تسری داد؛

بنابراین در این‌گونه موارد وجود عرف حاکی از انشاء وصیت توسط مورث است و موصی‌له با قبول چنین وصیتی مالک آن می‌شود. لذا در بررسی عرف به عنوان عامل تغییر دهنده قواعد حاکم بر ارث، توجه به چند نکته ضروری است:

اولاً عرف فی‌نفسه و بالذات نمی‌تواند به عنوان یک قانون‌گذار اقدام به تغییر قواعد ارث کند بلکه کارکرد آن در قالب وصیت و بر طبق آنچه بیان شد صورت می‌گیرد.

ثانیاً اگرچه در مورد مبنای حجیت عرف به‌طور کلی بین حقوقدانان اختلاف نظر است و برخی آگاهی طرفین از وجود عرف را برای حاکمیت عرف ضروری دانسته‌اند و حکم ماده ۳۵۶ قانون مدنی را یک حکم خاص و مبتنی بر مصلحت خاصی دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۶) و برخی دیگر آگاهی طرفین از وجود عرف را ضروری ندانسته و بیان داشته‌اند که ماده ۳۵۶ قانون مدنی حکمی خاص و مختص به بیع نیست بلکه مصداقی از یک قاعده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۳۱)؛ لکن در بحث ما هیچ شکی در اینکه متوفی می‌بایست نسبت به وجود عرف آگاه باشد وجود ندارد.

ثالثاً با تحقق شرایط فوق باز اعتبار عرف در گرو حدود و شرایط اعتبار وصیت است و مفاد عرف را بایستی در چارچوب وصیت و قواعد حاکم بر آن (خصوصاً لزوم رعایت ثلث) مورد بررسی قرار داد.

رابعاً در تشخیص عرف حاکم بر موضوع، بایستی به عرف محل زندگی متوفی توجه کرد؛ نه عرف محل زندگی موصی‌له یا عرف محل فوت متوفی.

در اینجا جا دارد تا دو نهاد مشابه نهاد وصیت ضمنی یعنی نهاد وصیت واجب و وصیت مفروض را نیز بررسی کنیم. نهاد وصیت واجب که در قانون وصیت مصر مصوب ۱۹۴۳ پیش‌بینی شده است را می‌توان چنین تعریف کرد: «وصیت واجب حکمی است قانونی بر استحقاق فرزند در مواردی که ارث نمی‌برد، به مقدار سهم پدرش که در حیات پدر خود مرده و در حدود ثلث ترکه» (محمدی، ۱۳۵۸، ص ۱۱۹). وصیت مزبور که متکی به برخی نصوص قرآنی و آراء فقهای عامه است باعث می‌شود تا نوه میتی که پدرش در زمان حیات پدر بزرگ یا مادربزرگش فوت شده به حکم قانون و تا حدود ثلث از سهم پدرش بهره‌مند شود. در واقع در فرض مزبور قانون‌گذار مورث را ملزم به وصیت به نفع نوه‌اش کرده و در صورتی که مورث چنین وصیتی را انجام ندهد یا پیش از انجام آن بمیرد به حکم قانون حتی

بدون انشاء نیز چنین وصیتی نافذ است و انتقال سهم الارث (موصی به) به نوه، به حکم قانون صورت می‌گیرد چنانکه در مورد ارث وجود دارد (ابوزهره، ۱۳۶۹، ص ۱۹۸).

وجه اشتراک نهاد مزبور با نهاد وصیت ضمنی در این است که به موجب هر دو نهاد، در قواعد حاکم بر ارث، تصرف صورت می‌گیرد اما این دو نهاد در سه نکته با یکدیگر متفاوت‌اند. اول آنکه اگرچه به موجب هر دو نهاد در قواعد ارث دخل و تصرف شده اما تنها در وصیت ضمنی این تصرف ارادی بوده است. به دیگر سخن چون در قالب وصیت ضمنی وجود علم به عرف لازم است اعمال اراده در قواعد ارث به نحو ضمنی تحقق می‌یابد؛ اما در وصیت واجب، چون وجود علم به حکم قانون لازم نیست و از طرفی انشاء وصیتی خلاف حکم قانون نیز امکان‌پذیر نیست؛ اعمال اراده در قواعد ارث با مشکل مواجه است. دوم آنکه مبنای نهاد وصیت ضمنی عرف حاکم و علم متوفی به آن است اما مبنای وصیت واجب حکم قانون‌گذار است و نکته آخر آنکه می‌توان با انشاء وصیت بر خلاف عرف موجود مانع از حاکمیت آن به عنوان وصیت ضمنی بر قواعد ارث شد اما در مورد وصیت واجب چون به حکم قانون است امکان اراده خلاف آن وجود ندارد.

در مورد نهاد وصیت مفروض نیز بایستی بیان داشت که یکی از حقوقدانان به منظور جبران تفاوت فروض ارث زن و شوهر نهاد مزبور را پیش‌بینی کرده‌اند بدین نحو که قانون‌گذار با ایجاد فرض حقوقی به تحقق چنین نهادی کمک کند و برای مثال مقرر سازد: «در صورتی که زن همراه با طبقه دوم یا سوم وارثان فرض می‌برد، چنین فرض می‌شود که شوهر ثلث اموال خود را به سود زن وصیت کرده است مگر اینکه خلاف آن از وصیت‌نامه متوفی یا سایر اسناد به‌جامانده از او استنباط شود»؛ بنابراین با پیش‌بینی نهاد مذکور اولاً وصیت بر شوهر تحمیل نمی‌شود و او می‌تواند خلاف آن را اراده کند و ثانیاً چون بعد از انتشار قانون همه آگاه بر آن فرض می‌شوند سکوت شوهر در برابر این فرض حمل بر رضای او به وصیت است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۰۹). نهاد مزبور از جهات متعددی شبیه به نهاد وصیت ضمنی است. در هر دو نهاد در قواعد حاکم بر ارث تصرف شده است. در وصیت مفروض در فرضی که شخص آگاه به وجود قانون است مانند فرض وصیت ضمنی تصرف در قواعد ارث ارادی بوده است و آخر آنکه در هر دو نهاد مورث می‌تواند به نحوی دیگر تصمیم

بگیرد. تنها تفاوت موجود در آن است که مبنای وصیت ضمنی عرف و علم متوفی به وجود عرف مزبور است اما در نهاد وصیت مفروض مینا، حکم قانون‌گذار است.

۷. وصیت تفویض اختیار به وصی

گاه ممکن است که متوفی به موجب وصیت مقرر دارد که امور راجع به ترکه از جمله نحوه تقسیم ماترک با وصی باشد و او در این امر به طور کامل مختار باشد. حال سوالی که مطرح است این است که آیا چنین تفویض اختیاری به وصی و اینکه او در نحوه تقسیم ماترک بین وراث آزاد باشد مخالف قواعد ارث نیست؟ مشهور فقها و حقوقدانان معتقدند که خود مورث نیز از این حق برخوردار نیست چه برسد به آنکه بتواند چنین حقی را به دیگری تفویض کند. تنها یکی از فقها در پاسخ به سوالی راجع به وضعیت حقوقی وصیتی که به موجب آن بیان شده بود که همه اختیارات ماترک در دست وصی باشد و او مختار باشد تا هرگونه که خواست ماترک را بین ورثه تقسیم کند و اگر بخواهد تمام ماترک را تنها به یکی از ورثه بدهد و یا حتی تماماً خود تملک کند؛ مقرر داشتند که چنین وصیتی تا حدود ثلث نافذ است (منتظری، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۴۵۰).

به نظر می‌رسد هم چنانکه فقیه مزبور بیان داشته‌اند چنین وصیتی نیز تا حدود ثلث نافذ است؛ چراکه اولاً موصی می‌تواند در ثلث اموالش به هر نحو که خواست برای بعد از مرگش تصرف کند و ثانیاً اینکه نه تنها منعی در باب وصی قرار دادن اشخاص، وارد نشده بلکه وصی قرار دادن اشخاص یکی از نهادهای مرسوم فقهی و حقوقی در این زمینه نیز هست.

جمع‌بندی

از آنچه بیان شد روشن گردید که راه نفوذ اراده در قواعد حاکم بر ارث به‌طور کلی مسدود نیست و این امر از جانب مورث در قالب وصیت و به اشکال مختلفی قابلیت اعمال دارد که اگرچه اراده مذکور مستقیماً در صدد تغییر قواعد ارث نیست لکن آثار عملی چنین امری را به دنبال دارد. بسیاری از فقها و حقوقدانان نیز در موارد عدیده‌ای به آثار این اعمال اراده، روی خوش نشان داده و سعی کرده‌اند تا با تفاسیری متفاوت از آنچه که صورت گرفته در درجه اول کمترین تنش را با قواعد ارث ایجاد کنند و در مرحله بعد با گریز از شکل‌گرایی

و توجه به آنچه که ماهیتاً واقع شده به آن اعتبار ببخشند. لذا جا دارد تا دست‌اندرکاران عرصه قضاوت خصوصاً قضات دادگستری با سعه صدر بیشتری با چنین وصایایی برخورد کنند و صرفاً با استناد به عبارت کلیشه‌ای، چون «ارث از قواعد آمره است» و بدون تحلیل از آنچه که واقع شده به رد دعاوی مذکور نپردازند.

یادداشت‌ها

۱. ماده ۸۳۷ قانون مدنی: «اگر کسی به موجب وصیت، یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند وصیت مزبور نافذ نیست».
۲. اصل ۴۰ قانون اساسی بیان می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».
۳. ماده ۳۵۶ قانون مدنی: «هر چیزی که بر حسب عرف یا عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن، دلالت بر دخول آن در مبیع نماید؛ داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند».

کتابنامه

- ابن‌ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۱ق)، سرائر، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۳.
- ابن‌فهد حلّی، احمد بن حسن (۱۴۱۱ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابوزهره، محمد (۱۳۶۹ق)، شرح قانون الوصیه، قاهره: مکتبه الانجلو المصریه، چ ۲.
- اراکي، محمدعلی (۱۴۱۳ق)، رسالتان فی الارث و نفقه الزوجه، ج ۱، قم: اسماعیلیان، چ ۱.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۴ش)، حقوق مدنی، ج ۳، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة، چ ۱۱.
- بازگیر، یدالله (۱۳۷۶ش)، علل نقض آراء محاکم در موضوعات احوال شخصیه و مدنی در دیوان عالی کشور، تهران: ققنوس، چ ۱.
- بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی (۱۴۰۳ق)، بلغة الفقہیة، ج ۴، تهران: منشورات مکتبه الصادق (ع)، چ ۴.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰ش)، حقوق مدنی، تهران: مجد، چ ۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۰ش)، وصیت، تهران: ابن‌سینا.
- همو (۱۳۶۹ش)، ارث، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، چ ۲.

- همو (۱۳۷۵ش)، دانشنامه حقوقی، ج ۴، تهران: امیر کبیر، چ ۴.
- حسینی عاملی، محمدجواد (بی تا)، *مفتاح الكرامه*، ج ۹، بیروت: دار احیا تراث العربی.
- روحانی، سید محمد صادق (۱۴۲۹ق)، *فقه الصادق (ع)*، ج ۳۷، قم: منشورات الاجتهاد، چ ۱.
- شکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۰ش)، *عقود معین (مضاربه)*، تهران: میزان، چ ۱.
- شهید ثانی (۱۴۲۲ق)، *رسایل*، ج ۱، قم: بوستان کتاب، چ ۱.
- همو (۱۴۲۵ق)، *مسالك الافهام*، ج ۶ و ۱۳، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چ ۳.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹ش)، *ارث*، تهران: سمت، چاپ سوم.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰ش)، «تجاوز از حق»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۳ و ۳۴، صص ۳۱-۶۲.
- همو (۱۳۸۳ش)، *اصول قراردادهای و تعهدات*، تهران: مجد، چ ۳.
- صانعی، شیخ یوسف (۱۳۸۴ش)، *استفتائات قضایی*، ج ۲، تهران: میزان، چ ۲.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی (۱۴۱۸ق)، *ریاض المسائل*، ج ۱۰، قم: موسسه آل بیت علیهم السلام لاحیا تراث، چ ۱.
- عدل، منصور السلطنه (۱۳۳۱ش)، *حقوق مدنی*، تهران: مطبوعاتی امیرکبیر، چ ۵.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۶ق)، *مختلف الشیعه*، ج ۶، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، چ ۱.
- همو (۱۴۱۸ق)، *قواعد الاحکام*، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی، چ ۱.
- عمید، موسی (بی تا)، *تقریرات وصیت*، به اهتمام سهراب امینیان.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*، ج ۱، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار، چ ۱.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۱ق)، *مفاتیح الشرایع*، ج ۳، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۹۱ش)، *حق شفعه، وصیت و ارث*، تهران: نشر دادگستر، چ ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹ش)، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز، چ ۲.
- همو (۱۳۷۴ش)، *الزام‌های خارج از قرارداد*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱.
- همو (۱۳۷۵ش)، *عقود معین*، ج ۳: عطایا، تهران: کتابخانه گنج دانش، چ ۴.
- همو (۱۳۷۶ش)، *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چ ۲.
- همو (۱۳۷۸ش)، «ارزش سنت و جذبه عدالت در توارث همسران»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۲۸ و ۲۹، صص ۹۳-۱۱۸.
- همو (۱۳۸۳ش)، *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار و با همکاری بهمن برنا، چ ۶.

- همو (۱۳۸۴ش)، ارث (دوره مقدماتی)، تهران: نشر میزان، چ ۲.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۵ق)، شرایع الاسلام، ج ۱ و ۲، تهران: انتشارات استقلال، چ ۴.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸ش)، تحلیل فقهی و حقوقی وصیت، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۳.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۲۹ق)، جامع المقاصد، ج ۱۰، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیا تراث، چ ۲.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۵۸ش)، وصیت واجب در حقوق مصر، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۱، صص ۱۱۶-۱۲۴.
- منتظری، حسینعلی (۱۳۸۸ش)، رساله استفتائات، ج ۳، تهران: ارغوان دانش، چ ۱.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۸۰ش)، استفتائات، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۵.
- همو (۱۳۸۲ش)، استفتائات، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱.
- همو (۱۴۰۵ق)، تحریر الوسیله، ج ۲، بیروت: دارالمنتظر، چ ۲.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۳۷۱ش)، جامع الشتات، ج ۴، تهران: کیهان، چ ۱.
- نائینی، میرزا محمد حسن (۱۴۱۸ق)، منیه الطالب، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۱.
- نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۶۸ش)، جواهر الکلام، جلد ۲۲، ۲۸ و ۳۹، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چ ۳.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۹ق)، مستند الشیعه، ج ۱۹، قم: مؤسسه آل بیت (ع) لاحیا تراث، چ ۱.