

فزونی و کاستی

بخشی نو

از حقوق مدنی سوئیس

۱

فزونی

سهم قراردادی فزونی

دهش فزونی به همسر بازمانده

پاسخ منفی

آیا زن و شوهر می‌توانند «تمام فزونی» را در قرارداد مالی «زن‌ناشویی» به همسر بازمانده واگذار کنند؟ نه. چون بند سوم ماده ۲۱۴ ق.م.سوئیس تنها از تسمیمی دیگر سخن می‌گوید. وقتی بنای حکم بر تسمیم فزونی است، تفویض کل فزونی مورد نخواهد داشت و چنین اندیشه‌ای منتفی است. بعلاوه واگذاری تمام فزونی به یک طرف از جمله بمعنای گذشت مرد از کل سهم فزونی و اسقاط حق تحصیل و تزئید سال^۱ و برحسب ماده ۲۷ ق.م. سوئیس باطل است.

توضیح آنکه ماده ۲۷ ق.م.سوئیس در حمایت از شخصیت می‌گوید:
«از اهلیت تمتع و استیفا هیچکس نمی‌تواند کلا یا جزا صرفنظر کند.
هیچکس نمی‌تواند از آزادی خود صرفنظر کند یا خود را در
استفاده از آن تا درجه نقض حق یا اخلاق محدود سازد.»

حق کسب یا تزئید دارایی یکی از افراد همین حقوق شخصیت است. هر شخص می‌تواند در افزودن به ثروت خود کوشش و اقدام کند و هیچکس نمی‌تواند این حق خود را ساقط سازد. تفویض کل فزونی بمثابة اسقاط این‌گونه حق و از اینرو باطل است.

1) Das Recht auf Vermögenserwerb und -vergrößerung.

ولی این فکر دنبال نشده و در بوتۀ فراموشی مانده است. بخصوص از این جهت که بطلان تفویض کل فزونی را تنها از سوی شوهر صادق می‌داند و عمل زن را در انتقال کل سهم فزونی مصداق ماده ۲۷ و باطل نمی‌بیند؛ چرا که زن می‌تواند کار کند و دارایی خود را افزایش دهد و هر مال که زن با کار خود تحصیل کند، بر طبق ماده ۱۹۱ ق.م. سوئیس مال اختصاصی اوست!

از سویی تفویض کل فزونی بمثابۀ گذشت مشروط از تمامی سهم فزونی نیست و چنین اسقاط حق ناممکن است. توافقیهای مالی زناشویی اصولاً شرط ناپذیر و در شمار آن اعمال حقوقی است که شرطی قبول نمی‌کند. بطلان این‌گونه اسقاط حق از حیث مصلحت ورثه است، نه شخص اسقاط کننده. تجویز شروط در مورد تغییر سهم فزونی بمعنای بند سوم ماده ۲۱۴ ق.م. سوئیس به «نظم مالی نکاح» آسیب می‌رساند، از روشنی آن می‌کاهد، امنیت حقوقی را از میان می‌برد و رابطه‌های مالی زناشویی را دستخوش میل و خودسری افراد می‌سازد، تا آنجا که زن و مرد هر طور بخواهند آنرا تأسیس کنند، و این امر بصراحت منع شده است.^۲

باری طرفداران پاسخ منفی می‌گویند، در مورد تفویض کل فزونی به همسر نامعین (بازمانده) در حقیقت تعارض هست میان آزادی فردی (آزادی زن و شوهر) از یک سو و مصلحت خانوادگی (احفاد) از سوی دیگر. و اگر به مصلحت احماد نیک نگریسته شود، می‌توان دریافت که در هر توافق بر انتقال کل فزونی یک خصیصۀ ارثی نهفته و این حقیقت بالقوه دلیل برگزیده‌ای «نقل ارث» است.

انتقال تمام فزونی از حیث شکل و اثر از ارث جدا نیست. در حقیقت هر توافق بر تفویض فزونی تمشیتی است ناظر بر وفات؛ یعنی دو طرف قراری می‌گذارند که محقق نمی‌گردد مگر با حلول اجل که باید مرگ رخ دهد تا تصفیۀ مالی نکاح انجام و قرارداد تفویض تمامی فزونی نافذ و عملی گردد.

از اینرو برخلاف نظر دیوان کشور سوئیس^۳ که تفویض کل فزونی را جایز و مستقل و تهی از ارث و مانع ارثی می‌بیند، باید گفت که تمامیت هرگونه توافق بر انتقال تمامی فزونی موقوف است به لحظۀ مرگ. وقوع مرگ لازمه عمل به قرارداد است و مرگ زن یا شوهر سبب اجرای توافق^۴ می‌گردد.

پاسخ منفی نوعی راه حل ارثی مسئله است. ولی در عین حال دیوان کشور سوئیس نیز که خود پرچمدار طرفداران پاسخ مثبت است، آگاهست که تفویض کل فزونی نمی‌تواند یک امر مالی زناشویی محض باقی بماند، بلکه از جنبۀ ارث هم منشأ اثرست. چنانکه در هبه، وقتی اجرای آن معلق به فوت واهب باشد، موضوع جنبۀ ممانتی پیدا می‌کند، در اینجا هم توافق به حالت معاضدت ارثی نزدیک می‌شود. زن و شوهر می‌خواهند در لحظۀ مرگ به آنکه باز می‌ماند، کمکی کرده باشند، آن دو

(۲) نگاهی نیز به همین مجله، ش ۱۲۲، ص ۲۸ ببعد.

(۳) نگاه به همین مجله، ش ۱۴۱، ص ۹۹ ببعد.

4) Causa der Vollziehung der Verabredung.

به ظاهر به راه قرار داد مالی زناشویی می‌روند.

اما ماهیت این کمک چیست؟ بنظر یکی از پیروان این راه حل دهش کل فزونی به یک طرف گونه‌ای کمک ارثی^۵ است. و مفهوم این کمک از نفس توافق دوطرف درباره اثر اقتصادی^۶ یا حاصل ثروت بدست می‌آید که آنچه همسری پس از انحلال نکاح دریافت می‌کند، با آنچه که او در زمان مربوطه کرده بود، و نیز با آنچه که به وارثان همسری که جلوتر فوت نموده، می‌رسد، می‌سندد.

پس چون هدف زن و شوهر در قرارداد تفویض کل فزونی به همسر بازمانده (نامعین) کمک ارثی است، عمل آن دو در حقیقت انتقال بلحاظ ممات است که در لغافه قرارداد مالی زناشویی پنهان شده. و بهترست به پیروی از حقیقت امر توافق آندو را شکلی انتقال نامرئی بلحاظ ممات^۷ نامید.

این گونه توافق، از آنرو که نقل به ممات است، محتاج به شکل عقد ارث^۸ می‌باشد. زن و مرد آزادند به دهش تمام فزونی به همسر بازمانده توافق کنند، ولی برای نیل به این مقصود باید شکل عقد ارث را برگزینند.

در عقد ارث نیز حق یقینی ارث و میزان معین میراث شرط نیست، بلکه تنها این استحقاق منظورست که شخص بعنوان وارث داخل در اجتماع ورثه و دخیل در جریان تصفیه گردد. و براین قیاس و با توجه به این حقیقت که وجود فزونی پیش از انحلال نظم وحدت اموال احتمالی است، توافق زن و شوهر بر تفویض کل آن به طرفی که بازمی‌ماند، می‌تواند موضوع عقد ارث قرار گیرد.

پیروان پاسخ مثبت به این جهتها و سببهای گوناگون که در انتقال کل فزونی مناسط است، و به مقررات مالی زناشویی، مقررات ارث زوجین و بطور کلی ارث توجه نمی‌کنند.

توافق بر کل فزونی معارض با رابطه تسهیمی^۹ است، بلکه پایه‌های تصفیه مالی نکاح مندرج در ماده ۲۱۲ ق.م.سویس را از هم می‌پاشد. در این گونه انتقال تمام فزونی به همسر نامعین صفت مالی زناشویی قرارداد از میان می‌رود.

گذشته از این مراتب، دعوی زن در گذشته (متوفاه) در مطالبه فزونی ناشی از تصفیه مالی نکاح حقی تبیی^{۱۰} است، نه مستقیم؛ یعنی با فوت زن احضاد او بموجب قانون چانشین زن در حق وی بر فزونی می‌گردند. اما توافق بر کل فزونی این قاعده را در عمل بی‌اثر و بی‌معنا می‌سازد. و نظر دیوان کشور سویس که جریان فکری مزبور، یعنی جواز تفویض کل فزونی را رهبری می‌کند، به آشفتگیها

5) Erbrechtliche Begünstigung.

6) Wirtschaftlicher Effekt.

7) Eine getarnte Verfügung von Todes wegen.

8) Erbvertrag.

درباره تعریف عقد ارث در حقوق سویس نگاه کنید به همین مجله، ش ۸۲، ص ۱۷ پاورقی ۵.

9) Beteiligungsverhältnis.

10) abgeleitetes Recht.

دامن می‌زند، چه اگر زن و مردی در هنگام عروسی هیچ نداشته، نه گرد آورده و نه مال اختصاصی، اکنون پس از سالها با فوت يك طرف فزونی كشف گردد، همسر بازمانده می‌تواند بروفق تصمیم دیوان کشور هرگونه تصرفی در آن بکند، چون تمام فزونی از آن اوست و مقید و ملزم نیست که فزونی دریافتی را داخل در ترکه خود سازد. چنانچه در این شرایط ناپدیری یا نامادری موجود باشد، ناپدیری یا نامادری می‌تواند با تشکیل ثروت زناشویی تمام این فزونی را ببرد و دعوی ارثی احفاد مشترك را هیچ وپوچ سازد. در اینجا بظاهر نقض حقوق فرض احفاد رخ نمی‌دهد، ولی برحسب محتوا و مضمون همین نتیجه حاصل می‌گردد. چه فرق می‌کند که شخص در اقسام ما ترك دخل و تصرفی کند یا حقی که با مرگ همسری می‌باید داخل در دارایی وی شود، لغو و ضایع گردد؟

رویهم، پیروان طریقه ارثی با آزادی بی‌حد و حصر زن و شوهر در تفویض کل فزونی مخالفند و در تأیید نظر خود یکی به پیشینه قانون نویسی استناد می‌کنند و می‌گویند، مقصود قانونگذار از حکم بند سوم ماده ۲۱۴ ق.م. سوئیس آزادی نامحدود زن و مرد در این زمینه نبوده، بلکه منافع احفاد را نیز در نظر داشته و می‌خواسته «آزادی انتقال در قرارداد مالی زناشویی از راه ارث مورد تضییق»^{۱۱} قرار گیرد. و اکنون با گذشت زمان و دگرگونیهای فراوان احساس می‌شود که قانون در مورد نقل کل فزونی دچار خلاء است که باید بگونه‌ای رفع گردد.

و دیگر خود حکم بند اول ماده ۲۱۴ ق.م. سوئیس را دلیل می‌آورند که بصراحت حد تعریفی یا حد مفهوم^{۱۲} را بیان نموده فزونی را از دیدگاه ارث بررسی و بصراحت از «احفاد» زن و «ورثه» شوهر صحبت می‌کند. فحوای کلام بند اول مزبور طوری است که بر توافق مندرج در بند سوم همین ماده اثر می‌گذارد^{۱۳}.

بزعم طرفداران طریقه ارثی خلاء موجود در مسئله تفویض کل فزونی را می‌توان به کمک اندیشه آزادی محدود در انعقاد قرارداد مالی زناشویی^{۱۴} برطرف نمود؛ بدین تاویل آزادی زن و مرد در تفویض فزونی محترم است، نهایت اگر این قرارداد محتوی نقل کل فزونی باشد، تا آنجا که حقوق فرض بران را نقض کند،

11) Die erbrechtliche Beschränkung der ehevertraglichen Verfügungsfreiheit.

12) Die Begriffsschranke.

۱۳) ولی در این نظر اتفاق نیست، چه گفته‌اند که اگر ق.م. سوئیس در بند یکم ماده ۲۱۴ از «احفاد» سخن می‌گوید، می‌خواهد به این وسیله «حلقه شرکاء» (اجتماع ارث بران) را کوچکتر سازد، نه اینکه با این بیان بخواهد «حقوق ارث مخصوصی» وضع کرده باشد.

این اشاره دلیل نیست که تفویض کل فزونی تابع ارث باشد. این تبعیت محتاج به دلیل خاص و مقررات مخصوص توارث و سلسله ارث در اثر که همسر متوفی در رابطه با تفویض کل فزونی است.

14) Die begrenzte Ehevertragsfreiheit.

باید مشمول دعوی تنزل مربوط به فرض ۱۵ گردد.

فرض در حقوق ارث سویس عبارتست از:

۱- برای فرزند یا نوه (السخ) سه چهارم دعوت ارث قانونی،

۲- برای هر یک از والدین نصف،

۳- برای هر یک از خواهر و برادر یک چهارم،

۴- برای همسر بازمانده تمام دعوی بعنوان مسالکیت، چنانچه در کنار وی وراث قانونی موجود باشند، و نصف، در صورتی که او وارث منحصر بفرده قانونی باشد، ماده ۴۷۱ ق.م. سویس.

هرکس می‌تواند به استناد اصل آزادی انتقال بلحاظ ممات هرگونه وصیت کند، اما قانون حدودوصیت (حد آزادی انتقال بلحاظ ممات) را برپایه فرض نهاده می‌گوید:

«کسی که احفاد، پدر و مادر یا خواهر و برادر یا همسر را بعنوان نزدیکترین ورثه خود باقی بگذارد، مختارست تا فرض آنان به انتقال دارایی خود بلحاظ ممات اقدام نماید»، بند یکم ماده ۴۷۰ ق.م. سویس.

باین ترتیب دعوی تنزل راجع می‌گردد به «ابطال قرارداد مالی زناشویی بسبب نقض مقررات فرض» ۱۶.

فرض در این بحث در حقوق مدنی سویس بمعنای کاملاً خاص بکار می‌رود؛ ترکیبی است از احکام ارث و خانواده.

رعایت فرض در این مسئله در حکم تعدید آزادی انعقاد قرارداد مالی زناشویی است.

با وجود این در طرز تحقق این فکر و چگونگی تنزل مقدار فزونی سویسیها اتفاق نظر ندارند و از سه امکان سخن می‌گویند:

یکم فرض مالی زناشویی ۱۷: ق.م. سویس در نظم شرکت در اموال که نظم دیگری در میان نظمهای مالی نکاح است، مقرر می‌دارد که بجای تنزیف دارایی مشترک می‌توان در ضمن قرارداد مالی زناشویی بر تقسیم دیگری توافق کرد (بند یکم ماده ۲۲۶).

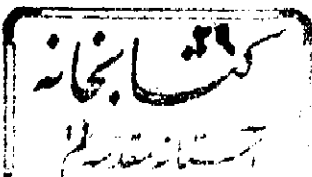
ولی قانون در حکم حفاظتی ۱۸ بند دوم همین ماده می‌گوید، «با وجود این احفاد همسر در گذشته را نباید از یک چهارم دارایی مشترک موجود در لحظه وفات

15) Die pflichtteilsrechtliche Herabsetzungs-klag.

16) Anfechtung des Ehevertrages wegen Pflichtteilsverletzung.

17) das ehgüterrechtliche Pflichtteilsrecht.

18) Schutzvorschritt.



او محروم ساخت.» - این يك چهارم رانومی فرض مالی زناشویی نامیده‌اند.
البته حکم حفاظتی مانند بند دوم ماده ۲۲۶ ق.م. سوئیس در نظم وحدت اموال نوشته نیست، ولی حمل و قیاس آن از راه همانندی ۱۹ امکان پذیرست، چون از يك سو اعمال چنین حکم در هرشرایطی آزادی قراردادهای مالی زناشویی بند سوم ماده ۲۱۴ را از میان نمی برد. فزونی هم مانند دارایی مشترك (ماده ۲۱۵) تمامی ثروت زناشویی را دربر نمی گیرد (ماده ۱۹۴ با توجه به ماده ۱۹۰، ۱۹۱ و ۱۹۲ ق.م. سوئیس) و در نتیجه توافق بر تفویض فزونی قاعده شامل تمام دارایی پدر و مادر نمی گردد؛ از سوی دیگر با تسری حکم همانند بند دوم ماده ۲۲۶ نقل و انتقالی در ترکه رخ نمی دهد، بلکه از تشکیل ترکه جلوگیری می شود. و باین ترتیب آزادی دوطرف تا اندازه ای محدود می گردد. و در حقیقت آزادی زن و شوهر در انعقاد قرارداد مالی زناشویی تا جایی محترم است که مصلحت احفاد محفوظ بماند. از اینرو در تفویض فزونی باید حدی شناخت. و قناعت وجدان حقوقی عموم ۲۰ چنین حد فرض مالی زناشویی را می طلبد. مقررات جاری باید با احساس حقوقی مردم انطباق داشته باشد. نفی حد فرض بمعنای بند دوم ماده ۲۲۶ ق.م. سوئیس به احساس حقوقی عامه لطمه می زند.

برحسب این مقدمه می باید در تکمیل ماده ۲۱۴ ق.م. سوئیس، آنجا که قرارداد ناظر بر اعطای کل فزونی است، حکمی بدین وصف آورد:

«با وجود این احفاد همسر در گذشته را نمی توان از راه توافق برطبق بند سوم ماده ۲۱۴ از نصف ماترك حاصل از تصفیة مالی نکاح محروم نمود.»
در توضیح این همانندی و احراز حدادناي سهم ارث احفاد گفته می شود که تحدید آزادی انعقاد قرارداد مالی زناشویی تنها زمانی جایزست که در حین فوت شوهر و حیات زن دوسوم، و در حین فوت زن و حیات شوهر يك سوم فزونی بیش از سه چهارم یا نه شانزدهم بقیة ماترك باشد.

فرض ارث و یا برحسب مورد سهم ارث قانونی احفاد سه چهارم یا نه شانزدهم ترکه نهایی است.

بدین ترتیب برای کشف نصف غیرقابل سلب باید گفت که هرگاه مقدار فرض و یا سهم ارث یادشده از يك دوم میراثی که بی توجه به قرارداد مالی زناشویی راجع به تسبیم فزونی موجود گردد، کمتر باشد، باید سهم فزونی مالی زناشویی همسر بازمانده بهمین اندازه کاهش یابد تا سه چهارم یا نه شانزدهم ماترك از این راه افزایش یافته نصف غیرقابل سلب را تشکیل دهد.

این نظر مورد قبول اکثریت قرار نگرفته و استدلال آنان چنین است که انتقال

19) Analogie.

20) Die allgemeine Rechtsüberzeugung.

۲۱) اختیار وضع قاعده بجانشینی قانونگذار در ماده ۱ ق. م. سوئیس آمده است.

کل فزونی در حقیقت نوعی «انتقال بلحاظ ممت» است، ولی نه از این جهت که مبنی بردهش از ترکه همسری است که زودتر در گذشته، بلکه از این حیث که نفس «بازماندگی» یک همسر به این انتقال خصلت ارثی می‌بخشد و انتقال فزونی را مصداق عنوان انتقال بلحاظ ممت می‌سازد. بنابراین در حل مسئله مزبور می‌باید از ارث کمک گرفت و قواعد دعوی تنزل را بکار بست و از فرض مربوط به روابط مالی نکاح چشم‌پوشید، چرا که این‌گونه فرض مالی زناشویی نمی‌تواند در عمل تحقق پذیرد.

از این گذشته مقررات حفاظتی خاص ۲۲ بند دوم ماده ۲۲۶ ق. م. سویس تنها در انحلال نظم شرکت در اموال و تقسیم دارایی مشترک زن و شوهر جریان تواند یافت، نه در نظم وحدت اموال که سرانجام آن تسهیم فزونی و یا در مسئله مورد بحث «واگذاری کل فزونی» است. تقسیم دارایی مشترک و تفویض فزونی از بیخ و بن باینکه دیگر فرق دارند. دستور حفاظتی این دو نمی‌تواند یکی باشد.

بعلاوه نقل نمونه‌ای ۲۳ حکم بند دوم ماده ۲۲۶ در مورد خاص قابل دفاع نیست، حتی گاه ضروری است. چنانکه اعمال حکم حفاظتی خاص یادشده در نظم وحدت اموال باعث می‌شود که توافقه‌های زن و مرد در ضمن قرارداد مالی زناشویی در خصوص نوع دیگر واگذاری فزونی مطیع این حکم حفاظتی گردد و باین ترتیب امکان آن هست که این‌گونه توافقه‌ها پس از تصفیه مالی نکاح تغییر یابد و این بدان معناست که از یک سو زن و مرد بتوانند تسهیم فزونی را برحسب شرایط خاص زندگی خود تنظیم کنند و از سوی دیگر احفاد آنان بتوانند توافق آن دو را بار دیگر بکمک احکام ارث تغییر داده ببازی گیرند و این هم نقض غرض است و هم حاکمیت خصوصی افراد را که یک پیشرفت مهم قانون مدنی سویس است، بازیچه و بی‌اثر می‌سازد.

دوم. دعوی تنزل بجهت تجاوز از حد مجاز انتقال. امکان دیگر استفاده از ماده ۵۲۲ ق. م. سویس است که در بند اول می‌گوید، «هرگاه مورث از اختیار خود در انتقال تجاوز نموده باشد، ورثه‌ای که سهم فرض خود را برحسب ارزش دریافت نمی‌دارند، می‌توانند تخفیف انتقال را تا میزان مجاز درخواست کنند.»

در صورت تفویض کل فزونی فرض احفاد را می‌توان با استفاده از این حکم مورد حمایت قرار داده بقیاس از آن گفت که اگر زن و شوهر در تفویض فزونی از حد عمومی انتقال تجاوز کنند، احفاد همسری که زودتر در گذشته، می‌توانند تخفیف این دهش را به حد مجاز درخواست نمایند.

ولی این نظر هم مورد قبول قرار نگرفته و در رد آن گفته شده که ماده ۵۲۲ راجع به نقل بوصیت ۲۴ است و در این مورد وصیتی واقع نگردیده و انتقال فزونی یک واقعه مالی زناشویی و برپایه آزادی زن و شوی در انعقاد قرارداد مالی زناشویی استوارست و دشوارست که این‌گونه انقالها را واجد صفت وصیت دانست که منجر به نقض حق سهم فرض گردیده باشد. بنابراین شمول حد عام انتقال، یعنی دعوی

22) Sonderschutzvorschrift.
23) schematische Übertragung.
24) die letztwillige Verfügung.

تنزل به معنای ماده ۵۲۲ محل تردیدست.

سوم. دعوی تنزل بجهت فرار از حدانتقال (فرض). شماره ۳ و ۴ ماده ۵۲۷ ق. م. سویس از هبه‌های قابل رجوع و هبه‌هایی که مورث در طی پنج سال آخر عمر خود (باستثنای هدیه‌های معمول)، همچنین انتقال اموالی که مورث آشکارا بمنظور فرار از حد انتقال واقع ساخته، سخن گفته و این‌گونه تصرفات را مانند انتقالات بلحاظ معات مشمول دعوی تنزل دانسته است.

دهش کل فزونی به‌همسر بازمانده بدلیل «بازماندگی» دارای صفت ارثی نیز هست و احتیاج به عقد ارث دارد، از اینرو مطیع مقررات فرض و مشمول دعوی تنزل به‌همین معنای ماده ۵۲۷ شماره ۳ و ۴ می‌باشد.

ولی در پیگیری این‌فکر از توجه به «شکل عقد ارث» انصراف حاصل نموده و در تکمیل نظریه گفته‌اند که بطور کلی هر قرارداد مالی زناشویی یک عمل حقوقی راجع به حیات است و انتقال به‌لحاظ معات نیست. از سویی ماده ۵۲۷ ق. م. سویس تنها اعمال حقوقی معین راجع به حیات را در حکم انتقال به‌لحاظ معات دانسته است. و انتقال اموال نیز آن‌گونه که در این حکم آمده، همیشه ملازمه بانقل مالکیت شی ندارد، واکذاری حقی هم که برحسب ارزش معین و درآینده حال می‌گردد، مانند تفویض فزونی، می‌تواند انتقال مال بشمار آید، بشرط آنکه جهت انتقال آشکارا فرار از حد و مانع قانونی انتقال باشد.

حال اگر دهش فزونی، یعنی توافق زن و مرد بر رد فزونی بنحوی غیر از تسهیم قانونی، حقوق فرض ورثه را نقض کند، آشکارست که از حدانتقال تجاوز شده و در نتیجه شرایط ماده ۵۲۷ شماره ۴ حاصل گردیده، از اینرو مشمول دعوی تنزل می‌گردد. فرار از حد از جمله وقتی نیز محقق است که هدف توافق زن و شوی توسعه اجتماع ورثه (احفاد زن) باشد. در اینجا هم فرض قانونی در خطرست و فرض بران می‌توانند دعوی تنزل اقامه کنند.

در عین حال بعضی دهش‌هاست که می‌باید از شمول دعوی تنزل خارج نمود، مانند کم‌کمایی که در اوضاع و احوال خاص یا در شدت و سختی موجه و مقرون به انصاف یا نتیجه طرز همزیستی و همکاری زن و مرد باشد و دیگر بخش‌هایی که مربوط به انجام تکلیف اخلاقی یا اجتماعی گردد.

این راه حل بشدت مورد انتقاد قرار گرفته و خلاصه انتقاد آنکه «نقل کل فزونی» نه‌هیبه است، چون «رد فزونی» اصلی است که از عدالت سرچشمه گرفته و قانون آنرا برسمیت شناخته، به‌همین نهج گذشت از تمامی آن نیز اقدامی است در جهت شفاعت قانونگذار که در زیر عنوان تسهیم فزونی (ماده ۲۱۴) شکلی توزیع ثروت را مورد نظر قرار داده؛ و نه انتقال بمعنای ماده ۵۲۷ شماره ۳ و ۴. گذشته از این اثبات قصد فرار از حدود انتقال و یا تجاوز از حق یا بحق به‌گونه‌ای که از آن سخن رفت، بسیار دشوارست.

دیگر آنکه تصفیه مالی نکاح مقدم بر تصفیه ارث است. سهم فرض ارث نیز

از ماترك بدست می‌آید. بنابراین سهم فرض ارث پس از تصفیه مالی نکاح احراز می‌گردد. و چون در زمان انعقاد قرارداد مالی زناشویی مقدار آن معین نیست، توافق زن و شوهر را نمی‌توان منوط به مقدار نامعین دانست.

دعوی تنزل نیز در مورد توافق مالی زناشویی قابل استناد نیست، چه اگر چنین می‌بود، قانون در نظم شرکت در اموال زن و شوهر حکم تعدیلی یا تصحیحی ۲۵ بند دوم ماده ۲۲۶ را نمی‌آورد.

در موضوع «انتقال مال» منظور شماره ۴ ماده ۵۲۷ نیز هرچند فزونی نوعی حق و دعوی و دارای وصف مالی است، ولی طبع ویژه‌ای دارد، برای آنکه تنها در هنگام انحلال نظم مالی نکاح پدیدار می‌شود و پیش از این لحظه و پیش از اتمام تصفیه مالی نکاح هیچگونه دعوی عینی یا دینی بر سهم فزونی نمی‌تواند وجود داشته باشد.

شاید توافق بر تغییر سهم فزونی یا بر تفویض کل فزونی به یک طرف را بتوان قرار داد بسبب مرگ ۲۶ تلقی نمود، ولی این امر در هر حال ماهیت صورت حقوقی ۲۷ فزونی را تغییر نمی‌دهد و قوت زن یا شوهر به آن خصلت ارثی نمی‌بخشد.

گذشته از این فزونی در تصفیه مالی نکاح از همین راه و خود بخود ۲۸ به همسر بازمانده می‌رسد. و این ویژگی دیگر فزونی است. در انتقال اموال بمعنای شماره ۴ ماده ۵۲۷ ق. م. سویس چنین نقل خود بخود جبری ۲۹ رخ نمی‌دهد ۳۰.

تصحیح

مربوط به شماره ۱۴۲ کتابات فقهی

صفحه	سطر	غلط	درست
۹۵	۱۷	نادختری	دخترخوانده

25) Korrektiv.

26) Vertrag mortis causa.

27) Rechtsfigur.

28) eo ipso.

29) automatischer Übergang.

۳۰) منابع این شماره: هنریچی، ص ۲۹۴ بعد، پاورقی ۱۰۰ و ۱۰۱. بلوخ، ص ۱، ص ۴ قسمت چهارم بعد، ص ۶. گمور، ماده ۲۱۴، ص ۲۴ و ص ۳۴. اگر، توافقیهای مالی زناشویی درباره فزونی، ص ۱۷۲، ص ۱۷۴ بعد. دینر، ص ۶۴، ۶۷ بعد، ص ۷۸ بعد، ص ۸۱ بعد. دتسلر، ص ۱۰۵ بعد، ص ۱۰۸ با پاورقی ۲۴، ص ۱۰۹. مونش، ص ۷۸ بعد. هکلین، ص ۱۲۷. شتوکر، ص ۳۷۶ الف، ص ۳۸۳ الف. اش، ص ۱۹۰ بعد.