

## تحلیل فقهی مباحث وصیت

(۵)

### میزان در محاسبه ثلث

سیدمصطفی محقق داماد

ماده ۸۴۰ قانون مدنی مقرر میدارد:

«میزان ثلث به اعتبار دارائی موصی درحین وفات معین میشود نه به اعتبار دارائی

و درحین وصیت.»

هر گاه شخصی عین و یا مقدار معینی از مال خویش را برای دیگری وصیت کند، پس از مرگ برای اینکه مشخص شود آیا «موصی به» از ثلث بیشتر است یا خیر، بایستی دارائی را محاسبه کنند و سپس موصی به را با مقدار دارائی بسنجند. به موجب ماده فوق محاسبه دارائی و سنجش موصی به با آن، به اعتبار دارائی زمان فوت موصی صورت میگیرد نه به اعتبار دارائی او درحین وصیت. مثلاً اگر موصی وصیت کرده که از مال او یک میلیون ریال به فلان شخص بدهند و در هنگام وصیت او بیش از سه میلیون ریال دارائی اش قیمت داشته و مقدار موصی به کمتر از ثلث بوده باشد محتاج به اجازه ورثه نیست. اما اگر در هنگام فوت بعلت تنزل قیمت اموال و یا نقصان اموال موصی مجموع دارائی کمتر از سه میلیون ریال

به‌مازاد محتاج به اجازه ورثه میباشد و نیز اگر به عین معینی وصیت کند و در هنگام فوت قیمت عین مزبور افزایش یابد و در مقایسه با مجموع دارائی به اعتبار قیمت روز فوت موصی بیشتر از ثلث باشد، نیازمند اجازه وراث خواهد بود و بالعکس اگر مقدار موصی به در حین وصیت کمتر از ثلث باشد ولی در هنگام فوت بعلت افزایش ثروت موصی کمتر و یا مساوی ثلث گردد وصیت نافذ خواهد بود و نیاز به اجازه ورثه ندارد.

### تحلیل فقهی مساله

قانون مدنی در ماده فوق برای زمان اعتبار دارائی موصی تنها دوزمان را تصور نموده است ۱. زمان وصیت، ۲. زمان فوت، که زمان دومی را برای احتساب دارائی موصی معتبر و اولی را غیر معتبر دانسته و زمان دیگری را مطرح نساخته است.

ولی در میان فقهاء زمان سومی نیز مطرح شده و آن زمان پس از فوت است. این زمان به تعبیرهای مختلفی بیان گردیده است، مانند زمان قبض وارث و یا زمان تقسیم ترکه و یا زمان اجازه ورثه و یا زمان اجرای وصیت. خلاصه آنکه در فقه مجموعاً سه نظر نسبت به زمان محاسبه دارائی بیان گردیده است که در خصوص آنها بحث و بررسی میشود.

### نظرات فقها

۱. بنظر بعضی از فقهای شافعیه زمان وصیت، معیار محاسبه ترکه است و دارائی را باید با همان زمان محاسبه نمود.

دلیل آنها مقایسه مورد با نذر است، یعنی همانطور که اگر کسی نذر کند مثلاً ربع مال خود را در راه خدا صدقه بدهد، معیار اموال و موجودی

وی در هنگام انشاء صیغه نذر است نه زمان ایفاء ، همینطور در مورد وصیت ، معیار زمان انشاء وصیت است نه زمان استحقاق موصی به <sup>۱</sup> .

۲ . علمای مالکیه معیار را زمان تنفیذ وصیت توسط ورثه دانسته‌اند <sup>۲</sup>

و بعضی از فقهای امامیه نیز به این نظر متمایلند <sup>۳</sup> .

دلیل کسانی که نظریه دوم را پذیرفته و یا متمایل به آن شده‌اند این است که مواردی در فقه مسلم است که پس از وفات اسوال استحصالی جزء دارائی محسوب میشود ، مثل اینکه هر گاه موصی مقتول شود و ورثه با قاتل نسبت به اخذ دیه به توافق برسند دیه اخذ شده جزء دارائی محسوب و مشمول وصیت خواهد بود و یا آنکه اگر موصی تور ماهیگیری در دریا نصب کرده و پس از فوت ماهی صید شده در آن باشد ، این ماهی جزء دارائی است و مشمول وصیت خواهد بود <sup>۴</sup> .

۳ . جمهور بلکه اجماع علمای امامیه <sup>۵</sup> و حنابله <sup>۶</sup> و بعضی از شافعیان <sup>۷</sup>

معیار را زمان فوت دانسته‌اند و قانون مدنی از این نظر پیروی نموده است .

مادر اینجا پس از بررسی نظرات فوق به ذکر دلایل و توجیه قول مشهور

خواهیم پرداخت .

۱ . نهاية " محتاج ، ج ۶ ، ص ۵۴

۲ . الفقه علی مذاهب الخمسة ، ص ۴۷۱

۳ . عروة الوثقی ، حاج سید کاظم یزدی ( ره )

۴ . عروة الوثقی ، حاج سید کاظم یزدی ( ره )

۵ . جواهر الکلام ، ج ۲۸ ، ص ۲۸۸ - شرح لمعه ، ج ۲ ، ص ۴۰

۶ . مغنی ابن قدامه ، ص ۱۹۵

۷ . الفقه علی مذاهب الخمسة ، ص ۴۷۱

## نقد و بررسی نظرات

بنظر میرسد که نظریه مشهور فقهای امامیه کاملاً قابل دفاع و دلائل مورد استناد دو نظریه دیگر مردود است، به شرح ذیل:

\* دلیل قول اول کاملاً مردود است به لحاظ اینکه علاوه بر عدم اعتبار و ارزش قیاس در فقه امامیه، مقایسه مورد با نذر قیاس مع الفارق است چرا که نذر از همان زمان وقوع به مال تعلق می‌یابد ولی وصیت بعد از وفات در مورد مال قابل اعمال است.<sup>۸</sup>

در مورد نظریه دوم و نمونه مثالهای مطرح شده باید گفت این موارد نمیتواند شاهد و مؤید نظریه مزبور باشد زیرا در مورد مسأله دیه اولاً: دیه مالی است که مقارن با فوت (قتل) استحصال میگردد و نه پس از آن<sup>۹</sup> حتی اگر قتل عمدی باشد. زیرا هر چند در قتل عمدی در مرتبه اول اولیاء دم قصاص قاتل را مطالبه میکنند و سپس قصاص به دیه مبدل شود ولی چون سبب و عامل اصلی این مال فوت وصی بوده است، مال موجود در زمان فوت محسوب میشود. بعبارت دیگر مرگ متوفی عامل احتساب دیه جزء ماترک است و وجه مزبور عوض از نفس مجنی علیه یعنی موصی میباشد و لذا جزء اموال خود او و مشمول وصیت خواهد بود. ثانیاً: نصوص و روایات خاصه‌ای در این باره وارد شده که بر این موضوع به صراحت دلالت دارد و با وجود نصوص مزبور نیازی به توجیه دیگر نیست.<sup>۱۰</sup> و اگر توجیه مذکور هم نمی‌بود، نصوص خاصه وارده برای اثبات موضوع کافی بود.

۸. بلغة الفقہیہ، سید بحر العلوم، ص ۲۸۸.

۹. مسالک شهید ثانی

۱۰. مراجعه شود به وسائل، باب ۱۴، از ابواب کتاب الوصایا. تمام روایات این باب

در همین زمینه است.

در مورد مثال ماهی در تور افتاده ، جهت آنستکه نصب شبکه ، فعل و عمل میت است وصید اثر آنست و اثر تابع مؤثر است ، همانطور که نماءات تابع ذی النماء است و به همین جهت ماهیهای در تور افتاده که محصول کار متوفی است به ترکه ملحق میگردد و در محاسبه ثلث به حساب میآید .<sup>۱۱</sup>

### توجیه قول مشهور امامیه

قول مشهور از نظر فقهی چنین توجیه میگردد که : ادله و نصوص وارده در مورد وصیت گویای آن است که وصیت باید در محدوده ثلث مال انجام شود . ادله و نصوص مزبور در این جهت مطلق است و اطلاق اقتضاء دارد که مراد از ثلث به اعتبار زمان فوت باشد ، زیرا منظور از ثلث ترکه میت آن مقدار از مجموع دارائی و اسوالی است که میت از خود بجای گذارده و به وراثت منتقل میشود ، کما اینکه در بحث ارث ، سهام دیگر مانند نصف ، ربع ، ثمن نیز به اعتبار زمان فوت تقویم میگردد .

با توجه به مردود شمردن دو نظریه دیگر و توجیه نظریه مشهور ، این نظریه کاملاً مورد تأیید میباشد و قانون مدنی نیز از همین نظریه پیروی نموده و رویه قضائی هم بر همین نظر است که معیار ، دارائی حین فوت است .

### رفع خلط مبحث

بعضی از نویسندگان در ذیل ماده ۸۴ قانون مدنی اضافه کرده اند که :  
 « همچنین است هر گاه موصی به سهم مشاع باشد » و چنین پنداشته اند که اگر موصی بگوید ثلث و یا ربع و یا . . . مال مرا به فلان مصرف برسانید ، در این موارد نیز موصی به باید به اعتبار زمان فوت محاسبه گردد .

ولی بنظر میرسد که این موضوع یکنوع خلط مبحث است و ربطی به موضوع مندرج در ماده ۸۴۵ ندارد و این دو را باید از یکدیگر تفکیک کرد، زیرا موضوع ماده مورد بحث این است که چون وصیت فقط باید در محدوده ثلث مال باشد و زیاده بر آن منوط به اجازه وراث خواهد بود، زمان محاسبه اموال چه زمانی است و ثلث اموال به اعتبار چه زمانی ملحوظ نظر قرار میگیرد؟ پاسخ این مسأله را همانطور که گفتیم در نصوص شرعیه بایستی جستجو کرد و در این زمینه گفتگو شد که بموجب ظواهر ادله و نصوص وارده، معیار ثلث دارائی زمان فوت است و قانون مدنی به تبعیت از آن همین معیار را معین نموده است.

اما موضوعی که این دسته از شارحین افزوده‌اند ربطی به ادله و نصوص شرعی وصیت ندارد بلکه به ظهور کلام موصی در هنگام انشاء وصیت مربوط میشود. بنابراین چنانچه موصی بگوید ربع مال مرا به فلان شخص بدهید و از قرائن و احوال چنین استنباط گردد که منظور او اموال موجود بالفعل وی میباشد، بهمان مفاد عمل خواهد شد و اگر مستفاد گردد که منظور وی زمان فوت اوست، باز به همان مفاد اقدام خواهد شد، و اگر به هیچ یک از دو حالت دلالت نداشته باشد این معنی که آیا وصیت شامل اموال متجدده، بخصوص غیر متوقعة الحصول میشود یا خیر؟ مورد تردید است و در میان فقهاء هم نظریات مختلفی مطرح گردیده است، که البته مشهور نظر بر اعتبار زمان فوت داده‌اند و همین نظر هم قابل توجیه است.

در تحریر الوسیله، شمول وصیت نسبت به اموال متجدده بعد از زمان وصیت چنین توجیه گردیده است که هر چند قرینه‌ای دال بر اینکه موصی چه زمانی را اراده کرده است وجود ندارد ولی شاهد حال اقتضاء میکند که مراد موصی مالی است که چنانچه وصیت نکند، متعلق به ورثه خواهد شد

و لذا باید به اعتبار زمان فوت محاسبه نمود و اموال متجدده را نیز مشمول وصیت دانست . ۱۲

همانطور که ملاحظه میشود این مسئله مبتنی بر استنباط از کلام موصی هنگام انشاء وصیت است و حتی در صورت نبودن قرینه لفظیه به استناد قرینه عقلیه و یا شاهد حال استنباط فوق انجام میگیرد و ربطی به ادله و نصوص و اراده در وصیت و اطلاقات ادله مزبور ندارد ، به خلاف موضوع مندرج در ماده ۸۴۵ ، که از ظواهر ادله شرعیه استنباط میگردد .

### وصیت به منافع

ماده ۸۴۶ ق . م مقرر میدارد :

« هر گاه موصی به منافع ملکی باشد دائماً یا در مدت معین به طریق ذیل از ثلث اخراج میشود : بدو عین ملک با منافع آن تقویم میشود ، سپس ملک مزبور با ملاحظه مسلوب المنفعه بودن در مدت وصیت تقویم شده تفاوت بین دو قیمت از ثلث حساب میشود . اگر موصی به منافع دائمی ملک بوده و بدین جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد قیمت ملک با ملاحظه منافع از ثلث محسوب میشود . »

موضوع این ماده وصیت به منافع است که قانون مدنی تنها به ذکر دو مبحث در این زمینه اکتفا نموده است : ۱ . اقسام وصیت به منافع ، ۲ . نحوه استخراج موصی به اذاریتی . ولی این مطلب در کتب بعضی از فقهاء بسبب سبوطر مطرح گردیده است که ما بخاطر کثرت فوائد بعضی مباحث را به اجمال مطرح می سازیم .

### تعریف وصیت به منافع

منظور از وصیت به منافع این است که موصی منافع حاصله از عینی را

برای دیگری وصیت نماید ، مثل آنکه سکنای منزل و یا ثمره بستان و یا سواری اتومبیل را متعلق وصیت قرار دهد .

### صحت و بطلان وصیت به منافع

قانون مدنی هم در ماده مذکور در فوق و هم در ماده ۸۲۶ به پیروی از فقه امامیه ، وصیت به منافع را صحیح دانسته است . ظاهراً در میان فقیهان امامی اختلافی در صحت این نوع وصیت وجود ندارد و اکثر عالمان اهل سنت<sup>۱۳</sup> نیز بر همین عقیده‌اند و تنها ابن‌ابی‌لیلی از فقیهان معروف آنان نظر به بطلان داده است .<sup>۱۴</sup> در توجیه نظریه ابن‌ابی‌لیلی سه وجه به شرح زیر گفته شده است :

۱ . ترکه با موت مورث به ورثه منتقل می‌گردد . بنابراین منافع تابعه اعیان ، که تدریجاً وجود می‌یابد ، نیز به ورثه منتقل خواهد شد زیرا ملکیت اصل مستلزم مالکیت منافع است و وصیت به منافع ، وصیت به ملک غیر بوده و باطل است .

۲ . منافع معدوم است و وصیت به معدوم باطل است .

۳ . وصیت به منافع همچون « عاریه » است زیرا عاریه ، تملک انتفاع بدون عوض بوده و با موت معیر باطل میشود ؛ پس همانگونه که در مورد عاریه موت موجب زوال و ابطال تملیک منفعت بلاعوض میباشد ، در وصیت نیز مانع صحت خواهد بود .<sup>۱۵</sup>

ولی تماسی وجوه فوق مخدوش و مردود است زیرا :

اولا وجه نخستین مصادره به مطلوب است ، زیرا هر چند اعیان به ورثه

۱۳ . رجوع شود به المغنی ابن قداسه ، ج ۶ ، ص ۱۲۷ .

۱۴ . رجوع شود به تذکرة الفقهاء علامه ، ج ۲ ، ص ۵۰۵ - شرح لمعه ، ج ۲ ، ص ۴۱ .

۱۵ . بدائع الصانع کاشانی ، ج ۷ ، ص ۳۵۲ .



منتقل می‌گردد ولی چنانچه منافع مستقلاً مورد تعلق وصیت قرار گرفته باشد، منافع به تبعیت از اعیان به آنان انتقال نمی‌یابد .

ثانیاً بطلان وصیت بمعدوم را نمی‌پذیریم زیرا که دلیلی بر آن وجود ندارد. ثالثاً مقایسه مورد با عاریه قیاس مع الفارق است زیرا عاریه تملیک منفعت در زمان حیات است و وصیت تملیک بعد از وفات می‌باشد . فقهای امامیه پس از رد ادله مخالفین با تمسک به اطلاق ادله وصیت نظر بر صحت وصیت به منافع داده‌اند .<sup>۱۶</sup>

### اقسام وصیت به منافع

منافع به سه صورت ممکن است مورد وصیت قرار گیرد :

- ۱ . دائمی                      ۲ . در مدت معین                      ۳ . مطلق

قانون مدنی به دو صورت اول اشاره نموده و نسبت به صورت سوم ساکت است . اینک وجوه مذکور به ترتیب شرح داده میشود .

۱ . وصیت به منافع بصورت دائم آن است که موصی منافع دائمی عین مشخصی از اموال خویش را برای دیگری وصیت نماید ، مثل اینکه بگوید: ثمرهٔ بستان خودم را برای همیشه به فلان شخص واگذار مینمایم .

۲ . وصیت به منافع در مدت معین ، آن است که موصی منافع عین معینی از اموال خویش را برای زمان محدود و مشخصی برای دیگری وصیت نماید و این نوع وصیت به دو صورت ممکن است انشاء گردد ، یکی اینکه مدت منافع محدود شود و تاریخ ابتداء و انتهاء آن نیز تعیین شود مثل آنکه بگوید منافع بستان از تاریخ ..... به مدت سه سال متعلق به فلان شخص خواهد بود .

نوع دیگر این است که مقدار استفاده موصی له از منافع محدود گردد ولی تاریخ آن معین نشود مثل آنکه بگوید ثمرات بستان یا سواری اتومبیل سرابه مدت سه سال بفلان کس بدهید و معلوم نکند که در چه تاریخی بایستی منافع مزبور در اختیار موصی له قرار گیرد. در مورد اخیر در اینکه از چه زمانی باید مدت معین شده آغاز شود میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد.

برخی از فقیهان شافعی مذهب معتقدند که مدت مذکور در وصیت از زمان فوت آغاز میگردد ولی برخی دیگر از آنها قائل به تفصیل شده میگویند چنانچه موصی له حاضر و آماده استیفاء موصی له باشد، تاریخ استفاده از زمان فوت، آغاز میشود، اما اگر موصی له غائب بوده و نسبت به بهره‌برداری آماده‌گی نداشته باشد، ابتدای مدت مزبور از فوت موصی آغاز نمیشود بلکه موکول به زمان حضور موصی له خواهد شد و براین مبنا موصی له در صورت غیبت و عدم استیفاء منافع مورد وصیت، میتواند آنرا از ورثه مطالبه نماید به‌خلاف آنکه حضور داشته و مبادرت به استیفاء ننموده باشد.<sup>۱۷</sup>

فقهای امامیه<sup>۱۸</sup> عقیده دارند که در این قبیل موارد مبدء اجرای وصیت در اختیار ورثه خواهد بود. این نظریه کاملاً قابل توجیه است زیرا موصی این مقدار از منافع را برای موصی له اختصاص داده و آغاز و انتهای آن را مشخص نموده و لذا ورثه موظفند که منافع مزبور را به موصی له اختصاص دهند ولی از نظر زمان مختار هستند. بعبارت دیگر تسلیط ورثه بر اموال، استمرار سلطه مالکیت مورث است و هرچند منافع مورد تعلق وصیت به موصی له اختصاص یافته است ولی تعیین زمان ایفای آن به موصی له واگذار

۱۷. مغنی المحتاج، ابن خطیب، ج ۶، ص ۸۲.

۱۸. تذکره الفقهاء علامه حلی، ج ۲، ص ۵۰۵ - جواهر الکلام، ج ۲، ص ۳۴۱.

نگردیده بنابراین ورثه ، که جانشین مورث هستند ، این زمان را تعیین خواهند نمود

۳. وصیت به منافع بصورت مطلق ، منظور این است که موصی منافع مالی را برای موصی له اختصاص دهد بدون اینکه ذکر از دوام به میان آورد و یا آن را مقید به زمان خاصی بنماید مثل اینکه بگوید سکنای منزل خود را برای فلان شخص وصیت میکنم . در خصوص این نوع وصیت، فقهای عامه و خاصه دو نظر کاملاً متقابل دارند . شافعیه<sup>۱۹</sup> و حنابله<sup>۲۰</sup> معتقدند اینگونه وصیت محمول بر دائم بودن است . ولی علامه حلی میگوید : « بر کمترین زمان که اطلاق بر آن قابل صدق باشد حمل میشود و بنابراین کافی است که عین مربوطه حتی یک لحظه در اختیار موصی له قرار گیرد .<sup>۲۱</sup>»

هر چند مرحوم علامه توضیح بیشتری در توجیه نظریه خویش ابراز نفرموده‌اند ، ولی منظور ایشان با معیارهای اصولی چنین توجیه میگردد که چون در فرض مورد ، وصیت موصی محتوی هیچگونه قیدی نبوده و بصورت مطلق بیان شده‌است، لذا مطلق به اصطلاح بر صرف الوجود حمل میگردد و با امثال آن به وصیت عمل میشود به جهت آنکه از این نظر اطلاق افرادی با اطلاق زمانی تفاوتی ندارد ، همانطور که اگر فرمانده به فرمانبر بگوید ، برای من کتاب بیاور و نگوید چند کتاب، کافی است که مأمور برای او تنها یک جلد کتاب حاضر نماید که نمونه‌ایست از اطلاق افرادی ، همینگونه نیز در مانحن فیه ، که از مصادیق ازمانی است ، کفایت میکند ورثه به چیزی عمل نماید که مطلق « سکنای » و یا منافع

۱۹. رجوع شود به تذکره الفقهاء و نیز نه‌ایة المحتاج رملی ، ج ۶ ، ص ۵۰ .

۲۰. رجوع شود به الاقناع حجاوی ، ج ۲ ، ص ۶۷ .

۲۱. تذکره الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۵۰۵ .

دیگر مندرج در وصیت ، بر آن صدق میکند و بنابراین نسبت به مازاد آن الزامی نخواهد داشت .<sup>۲۲</sup>

بنظر میرسد که وصایای مطلق نه آنطور که عامه میگویند بر دائم وابد محمول است و نه بدان نحو که مرحوم علامه عقیده دارد به « لحظة واحده » میتوان اکتفا کرد ، بلکه چون اطلاق باید حمل بر قدر متیقن شود و معیار قدر متیقن اندازه‌ای است که عرف و عادت آن را بپذیرد و لحظة واحده چیزی نیست که مورد پذیرش عرف رائج قرار گیرد ، لذا وصایای مطلق بایستی حمل بر مقدار متعارف گردد .

### کیفیت استخراج وصیت به منافع از ثلث

فقهای که قائل به صحت وصیت به منافع باشند تردیدی ندارند که این قبیل وصایا همانند وصیت به اعیان بایستی در حدود ثلث باشد. ولی در نحوه و کیفیت استخراج آن از ثلث ، در صورتهای مختلف دائمی و موقت اختلاف نظر وجود دارد . ما در هر مورد جداگانه بحث میکنیم .

قانون مدنی در مورد صورت موقت چنین تعیین تکلیف نموده است که بدو عین ملک با منافع آن تقویم میشود ، سپس ملک مزبور با ملاحظه مسلوب المنفعه بودن در مدت وصیت تقویم میگردد و تفاوت بین دو قیمت از ثلث حساب میشود . یعنی اگر مورد وصیت سکناى منزل به مدت دو سال باشد یکبار منزل با منافع دائمی ارزیابی میشود و سپس مفروضاً بر اینکه دو سال مسلوب المنفعه باشد تقویم میگردد و تفاوت این دو مقدار را از ثلث محسوب میشود :

مرحوم علامه حلی در تذکرة الفقهاء نسبت به طریقه و کیفیت استخراج

۲۲ . برای توضیح بیشتر به فصل مطلق و مقید ، مباحث اصول فقه نگارنده، مراجعه شود.

این نوع وصیت چهار قول نقل میکند ، که چهارمین آن یعنی همین طریقه فوق مورد تأیید شخص ایشان است .<sup>۲۳</sup> علمای شافعیه<sup>۲۴</sup> و حنابله<sup>۲۵</sup> نیز همین طریق را نیکو دانسته اند .

در خصوص وصیت به منافع دائمی ، میان فقهاء سه قول وجود دارد

بدین شرح :

**قول اول :** عین با منافع دائمی کلا باید از ثلث محسوب شود زیرا

استیفای منفعت توسط موصی له موجب آن است که عین به هیچوجه در دست

ورثه نباشد ، پس موصی له حائل و مانع بین مال و وراثت شده است و در این

حالت مال مورد وصیت هیچ ارزشی برای وراثت نخواهد داشت و همین گونه

اگر غصب میشد ، غاصب ضامن کل آن میبود پس باید از ثلث محسوب

شود . علامه حلی این قول را بدون هر گونه تأیید یا تضعیف ، یکی

از اقوال سه گانه قرار داده است<sup>۲۶</sup> و حنابله<sup>۲۷</sup> و شافعیه<sup>۲۸</sup> آن را نپذیرفته اند

**قول دوم :** آنچه ارزیابی میشود منافع است که از ثلث محسوب شده

و عین بخاطر بی ارزش بودن آن اصلاً تقویم نمیگردد . این نظریه مرحوم

شیخ طوسی است .<sup>۲۹</sup>

**قول سوم :** یکبار عین با منافع ارزیابی میشود و بار دیگر مسلوب

۲۳ . تذکرة الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۵۰۵ : « والرابع و هو الاظهر يقوم بمنافعه ثم يقوم

مسلوب المنفعة في تلك المدة فمانقص فهوالمعتبر من الثلث »

۲۴ . شرح المنهاج ، ج ۶ ، ص ۸۹

۲۵ . المغنی ابن قدامه ، ج ۶ ، ص ۱۲۸

۲۶ . تذکرة الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۵۰۵

۲۷ . المغنی ابن قدامه ، ج ۶ ، ص ۱۲۸

۲۸ . شرح المنهاج ، ج ۶ ، ص ۸۹

۲۹ . تذکرة الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۵۰۵

المنفعة و تفاوت از ثلث محسوب و عین جزء ترکه محاسبه میگردد . مرحوم شهید ثانی بر این عقیده است .<sup>۲۰</sup>

قانون مدنی قائل به تفصیل شده است و میتوان قول آن را نظر چهارم محسوب داشت ، هر چند در میان فقهاء چنین تفصیلی دیده نمیشود ، ولی با توجه به اقوال سه گانه فوق و توجیهاات انجام شده در زمینه آنها بنظر نگارنده این تفصیل بسیار منطقی و موجه است .

### تفصیل موضوع در قانون مدنی

قانون مدنی به موجب منطوق ذیل ماده ۸۴۶ میگوید :

«اگر موصی به منافع دائمی ملک بوده و بدین جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد قیمت ملک با ملاحظه منافع از ثلث محسوب میشود .

مفهوم مخالف مطلب چنین است که : اگر عین ملک بخاطر آنکه منافع دائمی اش در اختیار دیگری است از قیمت ساقط نشده باشد ، این حکم را نخواهد داشت که طبعاً طبق اصول و قواعد کلی بایستی عین از ترکه و منافع از ثلث محسوب گردد . جامع علوم انسانی

پس قانون مدنی بین این امر که عین از ارزش ساقط شود و یا نشود ، تفاوت قائل شده است : در صورت اول کل آن از ثلث محسوب میشود و در صورت دوم منافع از ثلث و عین از ترکه محسوب میگردد . این تفصیل قابل توجیه بنظر میرسد و موجه بودن آن بدین لحاظ است که هر چند در میان فقهای عظام اقوال سه گانه وجود دارد ولی همان طور که ملاحظه شد تناقض و تضاد کلی ظاهراً منتفی است زیرا مرحوم شیخ و علامه مورد را چنین تصور کرده اند که عین با سلب انتفاع از ارزش ساقط میگردد

۳۰ . رجوع شود به مسالک الافهام ، باب الوصایا .

ولی شهیدثانی مورد را چنین ملحوظ نظر داشته‌اند که عین در این صورت بی‌ارزش نخواهد شد .

البته در آن صورت که عین از ارزش ساقط شده باشد ، بین نظر شهید و شیخ طوسی در محاسبه عین از ترکه و عدم محاسبه آن بطور کلی اختلاف نظر احساس میشود ، قانون مدنی در این مورد از نظر شهید ثانی پیروی نموده است .

### مخارج عینی که منافع آن وصیت شده بر عهده کیست ؟

در مورد مخارج عینی که منافع آن بطور موقت متعلق وصیت قرار گرفته است اکثر فقهاء معتقدند که این هزینه بعهده وارث است ، ولی در موردی که منافع عینی بصورت دائم مورد وصیت باشد اختلاف نظر وجود دارد . علامه حلی عقیده دارد که در مورد اخیر نیز مخارج بر عهده وارث است و بعضی از شافعیه هم با نظریه ایشان موافق‌اند . استدلال ایشان آن است که وارث مالک رقبه میباشد و بنابراین مخارج رقبه بعهده اوست ، مانند حیوانی که به اجاره داده شده باشد که مخارج آن بر عهده مالک است ، ولی ابوحنیفه عقیده دارد که این مخارج بعهده موصی‌له است و بر او است که از منافع بهره‌مند میشود و لذا موظف است که مخارج عین را بپردازد . ۳۱

بنظر میرسد که این مساله دائر مدار مساله قبل باشد یعنی چنانچه عین از ارزش ساقط شود مخارج لازم بر ذمه موصی‌له و در غیر این صورت بر عهده مالک خواهد بود .

تصرف وراثت در عینی که منافع آن وصیت شده است .

آیا وراثت میتوانند در عینی که منافع آن مورد وصیت است ، بصورت انجام معاملات ناقله ، تصرف کنند و آیا چنین معاملاتی صحیح است یا باطل ؟

محقق<sup>۳۲</sup> و علامه حلی<sup>۳۳</sup> و بعضی از فقهای شافعیه<sup>۳۴</sup> و حنابله<sup>۳۵</sup> عقیده دارند که تصرف وراثت در عین مزبور، به گونه‌ای که منافات با منافع موصی له نداشته باشد، مانعی ندارد و معامله انجام شده محمول به صحت است. توجیه نظر فقهای مذکور چنین است که این مساله همانند مورد دوشریک نیست، که تصرف هر یک محتاج به اجازه دیگری باشد بلکه محدوده مالکیت هر کدام مجزای از یکدیگر است .<sup>۳۶</sup>

ظاهراً در مورد منافع موقت اختلاف چندانی میان فقهاء وجود ندارد ولی در مورد منافع دائمی مورد وصیت ، اختلاف نظر است . علامه در قواعد نظر بر عدم جواز تصرف وراثت در عین داده است و میگوید « بیع عین مسلوب المنفعه ، لغو و بی اثر میباشد و همانند آن است که کسی حشرات بی ثمر را به دیگری بفروشد بنابراین چنین معامله‌ای محکوم به بطلان است ».

صاحب جواهر به کلام قواعد خدشه وارد ساخته و میگوید اینکه عین

۳۲ . شرایع الاسلام ، کتاب الوصیة

۳۳ . تذکرة الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۵۰۵

۳۴ . شرح المنهاج ، ج ۶ ، ص ۸۸

۳۵ . جواهر الکلام ، ج ۲۸ ، ص ۳۴۱

۳۶ . ماخذ قبل .



بکلی از ارزش ساقط گردد و همچون حشرات شمرده شود مردود است ، زیرا برده‌ای را که منافع آن برای دیگری وصیت شده است ، میتوان آزاد کرد. بنظر میرسد این مساله نیز دائر مدار همان مطلبی است که گفته شد، یعنی اگر عین به گونه‌ای از ارزش ساقط شود که هیچگونه فائده‌ای برای آن متصور نباشد ، در این حالت معامله باطل است و در غیر اینصورت معامله صحیح خواهد بود .

والسلام

