

## بررسی تأثیر اراده ورثه در قواعد حاکم بر ارث

رضا سکوتی<sup>۱</sup>

سید محمدتقی علوی<sup>۲</sup>

محمد رضا رشیدی احمدآبادی<sup>۳</sup>

### چکیده

به نظر فقها و حقوق دانان قواعد حاکم بر ارث به عنوان قواعد آمره یا به اصطلاح از احکام شمرده می شوند، لذا غیرقابل تغییرند و هر گونه اعمال اراده ای در آن، چه از سوی مورث و چه از جانب ورثه محکوم به بطلان است. از سوی ورثه این اعمال اراده می تواند صورت های مختلفی داشته باشد؛ از جمله اسقاط ارث و انتقال سهم الارث. با این حال، به نظر می رسد که در موارد متعددی چنین اعمال اراده ای منطبق با قواعد حقوقی باشد. در واقع در بسیاری از موارد، این اعمال اراده، خود عمل حقوقی مستقلی است که باید قواعد آن در چارچوب قواعد حاکم بر اعمال حقوقی (عقد یا ایقاع) بررسی شود، نه آنکه با استناد به عبارات کلیشه ای چون «ارث از قواعد آمره است»، اعمال اراده صورت گرفته را باطل تلقی کرد. بنابراین، لازم است تا در درجه اول مصادیق و صورتی که این اعمال اراده از سوی ورثه در قواعد ارث صورت می پذیرد، شناسایی شود و در مرحله بعد ماهیت حقوقی آن به صورت مستقل مشخص گردد و در پایان وضعیت حقوقی این عمل حقوقی از نظر صحت یا بطلان با توجه به ماهیت حقوقی مستقل همان عمل حقوقی ارزیابی شود.

**واژگان کلیدی:** اراده، ارث، قاعده آمره، ورثه.

۱. r.sokuti@gmail.com

۲. alavi@tabrizu.ac.ir

۳. mrezarashidi1990@gmail.com

۱. استاد گروه حقوق دانشگاه تبریز- نویسنده مسئول

۲. استاد گروه حقوق دانشگاه تبریز

۳. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تبریز

## مقدمه

در موارد متعددی در عمل دیده شده است که یک یا چند تن از ورثه به نحوی مغایر با قواعد حاکم بر ارث تصرفاتی نموده‌اند و برای مثال، سهم‌الارث خود را پیش از فوت مورث ساقط کرده‌اند یا آنکه همین سهم‌الارث را پیش از فوت مورث به صورت مجانی یا معوض به سایر ورثه و یا حتی اشخاص ثالث منتقل کرده‌اند که موجب شده است تا این پرسش مطرح شود که آیا چنین اعمال اراده‌ای می‌تواند صحیح و مثمر باشد؟ آیا چنین اعمال اراده‌ای با قواعد امرهٔ ارث تعارض پیدا نمی‌کند؟ باطل دانستن چنین اعمال اراده‌هایی در بسیاری از موارد باعث می‌شود تا حقوق ورثه یا اشخاص ثالثی که طرف ورثه بوده‌اند، بی‌دلیل تضییع گردد؛ خصوصاً در مواردی که این اعمال اراده از جانب ورثه به صورت معوض بوده باشد. فقها و حقوق‌دانان عموماً یا منکر صحت چنین اعمال اراده‌ای شده‌اند یا بنابر آنکه به نظرشان بطلان چنین اعمال اراده‌ای از بدیهیات است به آن نپرداخته‌اند. اما به نظر نمی‌رسد که با یک چنین بیان کلی بتوان به بطلان مطلق اعمال اراده‌ای که از جانب ورثه صورت گرفته باشد، حکم داد، بلکه باید در هر مورد با بررسی دقیق مسئله و با تحلیل حقوقی آن، با توجه به قصد واقعی ورثه از اعمال چنین اراده‌ای حکم قضیه را جستجو کرد.

لذا ما معتقدیم که می‌توان در موارد متعددی با بررسی قصد واقعی ورثه از اعمال چنین اراده‌ای و با توسل به نهادهای حقوقی شناخته شده و گنجاندن چنین اعمال اراده‌ای در قالب آن، حکم به صحت داد و مانع از ابطال آن شد؛ به خصوص آنکه در موارد متعددی باطل دانستن چنین اعمال اراده‌ای در عمل موجب تضییع حقوق وارث اعمال‌کنندهٔ اراده و در مواردی باعث تضییع حقوق سایر ورثه نیز می‌شود. البته باید در نظر داشت با توجه به اینکه تحقق مالکیت ورثه نسبت به سهم‌الارث فرضیشان معلق به شرایطی است، قاعدتاً اعمال حقوقی صورت‌گرفته از جانب ورثه نیز خواه عقد باشد یا ایقاع از نوع معلق است. بنابراین ما در اینجا ضمن بررسی دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان و رویهٔ قضایی موجود در خصوص این موضوع، مواردی را که چنین اعمال اراده‌ای می‌تواند صحیح و اثرگذار باشد، بررسی خواهیم کرد.

## ۱. دیدگاه فقها

فقها عموماً در بررسی تأثیر اراده وارث در قواعد ارث به دو مبحث توجه نشان داده‌اند. مبحث اول که در خصوص اراده وارث در قالب شرط و توافق با مورث است، در آن عموماً وضعیت حقوقی شرط بدون آنکه به‌طور خاص به اراده وارث توجه شود بررسی شده است. مهم‌ترین مصداق شرط یادشده در فقه، شرط عدم توارث زوجین در نکاح منقطع است. اگرچه در حال حاضر با توجه به حکم ماده ۹۴۰ قانون مدنی شرط لازم برای وارث بودن زوجین از یکدیگر وجود رابطه زوجیت دائم است که چنین حکمی باعث می‌شود تا بررسی وضعیت حقوقی شرط اسقاط ارث در نکاح موقت بی‌معنا باشد، لکن باید توجه داشت که میان فقها در باب وضعیت ارث زوجه موقت اختلاف دیدگاه‌های اساسی وجود دارد. فقهای که معتقد به توارث زوجین در نکاح منقطع هستند، در برخورد با چنین شرطی رویکردی دوگانه اتخاذ کرده‌اند؛ چنان‌که برخی بیان داشته‌اند که به‌موجب شرط ارث ساقط می‌شود (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۵) و برخی دیگر معتقدند که چنین شرطی باطل است (قاضی ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۴۳). بنابراین در این خصوص فقهای یادشده بدون آنکه اراده وارث را جداگانه تحلیل و ارزیابی نمایند، تنها به بررسی حکم شرط پرداخته‌اند.

اما مبحث دیگری که بین فقها در خصوص اراده وارث وجود دارد و برعکس مورد قبل به‌طور خاص اراده وارث را مد نظر قرار داده، بحثی است که آنان پیرامون دو روایت<sup>۱</sup> مطرح کرده‌اند. مضمون روایات یادشده چنین است که پدری نزد حاکم حاضر شده و اعلام کرده است که نه نسبت به جنایت فرزندش مسئولیتی دارد و نه از او ارث خواهد برد که در آن معصوم حکم به سقوط ارث داده و بیان داشته است که پدر به‌واسطه چنین اقدامی از پسر ارث نخواهد برد. فقها درباره چنین موردی دیدگاه‌های متفاوتی اتخاذ نموده‌اند؛ برخی بیان داشته‌اند که هرگاه پدر اقدام به چنین عملی نماید، با توجه به روایات یادشده از اموال پسر چیزی به ارث نخواهد برد (همان، ص ۱۶۷؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۴۰۲؛ شهید اول،

۱. روایت اول از برید بن خلیل است که بیان می‌دارد: «قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تبرأ عند السلطان من جرير ابنه و ميراثه ثم مات الابن و ترك مالا، من يرثه؟ قال: «ميراثه لا قرب الناس اليه». روایت دوم نیز روایتی است قریب به همین مضمون که ابن بصیر آن را نقل می‌کند (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۶، ۲۷۳-۲۷۲).

۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۵۱؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۳۷۴). اما مشهور فقها بر این باور بودند که تبری پیش گفته در مقام عمل فایده‌ای ندارد و پدر همچنان از پسر ارث خواهد برد. آنان برای نظر خود دلایل مختلفی آورده‌اند، از جمله آنکه بیان داشته‌اند چنین اقدامی اولاً مخالف کتاب، سنت و اصل بودن بقای نسب و استحقاق ارث است؛ دوم، سند این روایات ضعیف است؛ سوم، این روایات قادر به تخصیص عموماً ارث از جمله آیه «یوصیکم الله فی اولادکم»<sup>۱</sup> نیست؛ چهارم اینکه ممکن است این روایات ناظر به فوت پدر باشد، نه پسر (شهید ثانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱۳، ص ۲۳۸؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۱ق، ج ۱۱، ص ۵۲۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۲۹؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۰۹؛ طباطبائی کربلایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۴، ص ۴۴۷-۴۴۵؛ فخر المحققین، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۲۴۷؛ فاضل هندی، ۱۴۲۲ق، ج ۹، ص ۴۸۱). حتی یکی از فقها در مورد بطلان چنین اقدامی ادعای اجماع نیز کرده است (ابن ادریس، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۲۸۶).

## ۲. دیدگاه حقوق دانان

بیشتر حقوق دانان در باب تأثیر اراده وارث در قواعد ارث بحثی را مطرح نکرده‌اند و تنها برخی از آن‌ها گاه به صورت ضمنی و گاه به صورت موردی به این اعمال اراده اشاره کرده‌اند. یکی از حقوق دانان در مقام بیان ماهیت رد ترکه (موضوع ماده ۲۴۹ قانون امور حسبی) بیان داشته‌اند که رد ترکه به معنای رد تملک ترکه نیست، چراکه تملک یادشده به حکم قانون و با مرگ مورث انجام می‌شود و نه نیاز به قبول دارد و نه ردّ او می‌تواند مانع از انتقال ترکه به ورثه شود و در واقع انتقال ترکه یک امر قهری است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۵۹). یکی دیگر از حقوق دانان در توصیف ویژگی‌های ارث به امری بودن مقررات ارث اشاره کرده و بیان داشته است که اموال بجامانده از متوفای به‌طور قهری به ورثه او منتقل می‌شود؛ خواه ورثه و مورث (در زمان حیات) خواهان انتقال یا عدم انتقال اموال باشند. وی در ادامه بیان می‌دارد که به ارث رسیدن اموال مورث نوعی حق تمتع است که وارث نمی‌تواند آن را از خود سلب کند، چراکه چنین سلب حقی موضوع ماده ۹۵۹ قانون مدنی، و

باطل است (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۵-۴).

### ۳. رویه قضایی

در باب موضوع مورد بحث اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۱۰۶۱/۷ در تاریخ ۲۷ اردیبهشت ۱۳۷۰ به یکی از مهم‌ترین مصادیق اعمال اراده‌ای که ممکن است از جانب وارث تحقق یابد اشاره کرده و آن اسقاط ارث پیش از فوت مورث است. نظریه یادشده در پاسخ به پرسشی راجع به شخصی که با مطالبه حقوق خود در زمان حیات مورث، حق مطالبه سهم‌الارث را از خود ساقط کرده بود، بیان می‌دارد: «طبق مادتين ۸۶۷ و ۸۶۸ قانون مدنی مالکیت ورثه نسبت به ماترک به محض وقوع فوت به طور قهری حاصل می‌شود و استقرار آن منوط به ادای حقوق و دیونی است که بر ترکه تعلق می‌گیرد. تعهد هر یک از ورثه به محرومیت از ارث و عدم استفاده از آن قبل از فوت مورث فاقد ارزش و اعتبار است زیرا هنوز حقی به وجود نیامده که بتوان آن را اسقاط کرد. «اسقاط مال می‌یجب» فاقد ارزش و اعتبار است.»

آنچه در بررسی نظریه پیش‌گفته دارای اهمیت بوده آن است که تمرکز آن بر اسقاط مال می‌یجب است. در واقع در نظریه پیش‌گفته ارث را نیز مانند سایر حقوق تلقی، و اسقاط آن را در قالب اسقاط حقوق پیش از تحقق بررسی کرده است. به دیگر سخن در نظریه یادشده به هیچ وجه به ماهیت حکم بودن قواعد ارث اشاره‌ای نشده و برای باطل دانستن این تعهد از قواعد حاکم بر اسقاط حق استفاده شده است.

### ۴. اشکال مختلف اعمال اراده از سوی ورثه

بنابر آنچه بیان گردید، روشن شد که آنچه از نظر فقها، حقوق دانان و رویه قضایی به عنوان اصل، حاکم بر اعمال اراده‌ای است که از جانب ورثه صورت می‌گیرد (خصوصاً در قالب اسقاط ارث)، آن است که چنین اعمال اراده‌ای محکوم به بطلان است و نمی‌توان قائل به صحت و نفوذ آن شد. به نظر می‌رسد صرف نظر از اینکه اعمال اراده از جانب وارث منحصر در اسقاط ارث نیست و موارد دیگری را نیز پوشش می‌دهد، این امر باید مد نظر قرار

گیرد که اسقاط ارث نیز شکل واحدی ندارد تا متضمن حکمی واحد باشد. به عبارت دیگر، اسقاط ارث گاه ممکن است در قالب تعهد یک طرفه و گاه در قالب توافق با سایر ورثه یا مورث و یا حتی اشخاص ثالث باشد که هریک از این فروض نیز ممکن است خود شقوق مختلفی داشته باشد و حکم خاصی را می طلبد که ماحصل آن این است که نمی توان تمام فروض را تحت عنوان یک حکم کلی قرار داد، بلکه باید بنا بر مورد و با توجه به ماهیت حقوقی آنچه که واقع شد و با توجه به قصد واقعی وارث از اعمال چنین اراده ای حکم قضیه را بیان داشت. بنابراین، اشکال اعمال اراده در دو قالب کلی اسقاط سهم الارث و انتقال سهم الارث بیان شده، حالات مختلف هریک بررسی خواهد گردید.

#### ۱.۴. اسقاط ارث

رایج ترین صورتی که وراثت در قالب آن اراده خود در قواعد ارث را اعمال می کنند، این است که آنان اقدام به اسقاط ارث می نمایند. در واقع آنان در زمان حیات مورث به شیوه ها و اشکال مختلف حق ارث خود را ساقط می کنند؛ چنان که در عمل در موارد متعددی دیده شده که یکی از وراثت حتی با تعهد محضری دست به چنین اقدامی زده، ولی پس از فوت مورث سهم الارث خویش را مطالبه کرده است که این امر باعث می شود تا این پرسش مطرح باشد که آیا اسقاط صورت گرفته در زمان حیات مورث از جانب وارث صحیح بوده است یا خیر؟ همچنان که پیش از این نیز ملاحظه شد، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی خود اعلام نمود که چنین تعهدی از آنجا که اسقاط مال می بجز است، باطل و کأن لم یکن شمرده می شود. باید توجه داشت که اسقاط ارث تنها محدود به اراده یک طرفه وارث نیست، بلکه گاه در قالب توافق با دیگران نیز تبلور می یابد. به دیگر سخن، اسقاط ارث به دو گونه متصور است؛ حالت اول اینکه وارث درباره چنین اقدامی با دیگران (اعم از سایر ورثه، مورث و اشخاص ثالث) به توافق می رسد، و حالت دیگر آنکه وارث در قالب ایقاع و بدون توافق با دیگران و پیش از فوت به صورت یک طرفه ارث خود را ساقط می کند که هریک از این حالات باید جداگانه ارزیابی شود.

#### ۱.۱.۴. اسقاط ارث در قالب اراده دوطرفه

اسقاط ارث صورت‌های مختلفی دارد که از جمله آن‌ها حالتی است که وارث با مورث، سایر ورثه و یا حتی اشخاص ثالث توافق می‌کند تا از ماترک سهمی نبرد. نفس این توافق نیز حالات مختلفی دارد؛ چنان‌که ممکن است در قالب عقدی مستقل مثل عقد صلح باشد یا آنکه در قالب شروط ضمن عقد تحقق یابد. یکی از فقها در باب فرضی که چنین توافقی در قالب شرط ضمن عقد نکاح باشد، آن را صحیح تلقی کرده است. وی در پاسخ به این پرسش که آیا می‌توان ضمن نکاح دائم عدم توارث زوجین از یکدیگر را شرط نمود یا خیر، بیان داشته که چنین شرطی صحیح و نافذ است (صانعی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۳۸۸).

باید توجه داشت که چنین توافقی مانند سایر توافقات، متضمن اراده طرفین است و تنها اراده وارث را شامل نمی‌شود. در واقع در توافق یادشده افزون بر اینکه وارث در قالب اسقاط ارث اراده خود را اعمال نموده است، طرف دیگر نیز به نحوی اراده خود را اعمال می‌نماید. منتهی فقها عموماً در حالتی که یک پای توافق مورث است، تنها به اراده مورث توجه نشان داده و وضعیت حقوقی آن را بررسی کرده‌اند؛ چنان‌که یکی از فقها در پاسخ به پرسشی در خصوص این موضوع که آیا امکان این امر که وارث با مورث در باب ارث مصالحه کرده و با دریافت مبلغی دیگر نسبت به ماترک حقی نداشته باشد، وجود دارد یا خیر، بیان داشته‌اند که کسی نمی‌تواند دیگری را از ارث محروم کند و تنها می‌تواند نسبت به یک سوم اموالش وصیت کند تا به هر شکلی که می‌خواهد صرف شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۳۲۸). یکی دیگر از فقها نیز در پاسخ به سؤالی راجع به این امر که چنانچه فرزند در زمان حیات اقدام به مطالبه سهم الارثی نماید که بعد از مرگ به او تعلق می‌گیرد و در عوض شرط شود که پس از فوت پدر از ماترک مطالبه ارث نکند، بیان داشتند که چنین شرطی صحیح است، زیرا به موجب آن پدر وصیت می‌کند که تمام ترکه‌اش متعلق به سایر ورثه غیر از وارث یادشده باشد و حصه وارث محروم بین سایر ورثه تقسیم شود و فرزند محروم از ارث نیز چنین وصیتی را بپذیرد و تنفیذ کند و میزان مبلغ پرداختی از این حیث که کمتر یا بیشتر از میزان سهم الارث باشد بلامانع است و به شرط (وصیت) لطمه‌ای نمی‌زند؛ چراکه اجازه در پی این وصیت محقق شده است؛ لذا برای فرزند یادشده پس از مرگ ارثی نیست (خویی،

۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۰۹). بنابراین، ملاحظه شد که این فقها در مواجهه با چنین توافقی تنها به اراده مورث توجه نشان داده و وضعیت حقوقی آن را در قالب وصیت به حرمان وارث از ارث بررسی کرده‌اند، اما آنچه که ما به‌طور خاص به دنبال آن هستیم، تأثیر اراده وارث در این توافق و وضعیت حقوقی آن است. درواقع ما به دنبال آن هستیم که ببینیم آیا اراده وارث در چنین توافقی می‌تواند کارساز باشد یا خیر؟

در پاسخ به پرسش پیش‌گفته باید بیان داشت که برای اثبات صحت چنین توافقی (از جانب وارث) توجه به چند نکته ضروری است. درواقع ما در راه اثبات صحت این‌گونه توافق با چند مشکل مواجه‌ایم. اول آنکه ارث بنا بر ماهیت خود از احکام است و احکام نیز از جمله اموری‌اند که نه قابل اسقاط، نه قابل نقل و نه قابل انتقال هستند (طباطبائی حکیم، بی‌تا، ص ۸)؛ درحالی که ما در این توافق به دنبال اثبات صحت اسقاط ارث هستیم. مشکل دوم آن است که بنا بر فرض بتوانیم ارث را قابل اسقاط بدانیم و باز با این مشکل مواجه‌ایم که چنین اسقاطی اسقاط مال‌موجب است، چراکه پیش از فوت مورث وی مالک چیزی نیست تا آن را اسقاط کند و از طرفی سبب ارث افزون بر قرابت، فوت متوفا نیز می‌باشد (کاتوزیان، همان، ص ۵۳) و صرف قرابت سبب شمرده نمی‌شود تا چنین اسقاطی صحیح تلقی شود.

برای رفع ایرادات یادشده توجه به مباحثی که فقها و حقوق‌دانان درباره نفقه مطرح کرده‌اند، می‌تواند راهگشا باشد. درواقع طرح بحث نفقه در اینجا از این نظر دارای اهمیت است که برخلاف نظر عده‌ای (موسوی خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۸۷)، مشهور فقها و حقوق‌دانان معتقدند که نفقه نیز مانند ارث از احکام، و از این نظر غیرقابل اسقاط است (فاضل هندی، ۱۴۲۲ق، ج ۷، ص ۴۲۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۷۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۴۶؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۳۱؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۸۹، ابن براج، همان، ص ۲۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۸۳).

با وجود این، بسیاری از آنان در بررسی وضعیت ضمانت از نفقه آینده زوج موضعی را اتخاذ کرده‌اند که حق بودن ماهیت نفقه را تأیید می‌کند. درواقع دیدگاه آنان در بررسی وضعیت چنین ضمانتی به دو دسته تقسیم می‌شود. دیدگاه اول که اکثریت قائل به آن است،



بیان می‌دارد که چنین ضمانتی به علت آنکه ضمانت مال می‌یجب است، باطل می‌باشد؛ چراکه نفقه به صرف نکاح برعهده مرد قرار نمی‌گیرد، بلکه به تمکین زوجه وابسته است و چون تمکین زوجه در آینده محتمل‌الوقوع است، نفقه نیز به تبع آن برعهده مرد مستقر نشده، نمی‌توان آن را ضمانت کرد (شیخ طوسی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۲۶-۳۲۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۸ق، ج ۱۴، ص ۳۱۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۱ق، ج ۹، ص ۲۹۳؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۶، ص ۱۳۹؛ ابن ادریس، همان، ص ۷۲؛ ابن براج، همان، ص ۲۱۲). اما برخی دیگر در مقابل معتقدند که چنین ضمانتی صحیح است، چراکه سبب و مقتضی نفقه ازدواج است و با تحقق ازدواج سبب نفقه نیز تحقق یافته است. بنابراین می‌توان آن را مانند سایر دیونی که سببشان ایجاد شده است، ضمانت کرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۴۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۲۴۵).

همچنان که دیدیم بسیاری از فقها و حقوق‌دانان درباره شرط اسقاط نفقه بیان داشته‌اند که چنین شرطی به علت حکم بودن نفقه یا به عبارتی امره بودن قواعد مرتبط با نفقه، شرطی باطل است، ولی درعین حال در باب ضمانت از نفقه آینده زوجه با یکدیگر اختلاف دارند و برخی آن را صحیح و برخی باطل دانسته‌اند؛ درحالی که چنانچه نفقه آینده از احکام بود، به علت ماهیت احکام، فقها و حقوق‌دانان یادشده همگی می‌بایست حکم به بطلان چنین ضمانتی می‌دادند، چراکه مورد ضمان باید از حقوق باشد و نمی‌توان از احکام ضمانت کرد. مضاف بر اینکه استدلال فقهای که چنین ضمانتی را باطل دانسته‌اند نیز مبتنی بر این امر است که چون نفقه پیش از تمکین تحقق نیافته و ضمانت از آن ضمانت مال می‌یجب است، چنین ضمانتی باطل است؛ درحالی که اگر از نظر آنان چنین ضمانتی به علت حکم بودن نفقه باطل بود، می‌بایست به آن اشاره و استناد می‌کردند. در واقع چنین بیانی از آنان مؤید این معناست که نفقه نیز حق است، منتهی چون پیش از تمکین تحقق نیافته است، نمی‌توان از آن ضمانت کرد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که در باب نفقه با ماهیتی دوگانه مواجه‌ایم؛ از یک طرف تکلیفی است که زوج بر پرداخت نفقه دارد که چنین تکلیفی بی‌شک قاعده‌ای امره و از احکام است و از طرف دیگر وجوه و اموالی است که به زوجه به‌عنوان مصادیق این تعهد تعلق می‌گیرد که اموال و وجوه یادشده به‌عنوان حق مطرح هستند. به

دیگر سخن، اصل تکلیف زوج به پرداخت نفقه حکم و قاعده آمره است، اما استحقاق زوجه نسبت به نفس اعیان نفقه از حقوق است. بنابراین، هرگاه مفاد توافق یادشده به این نحو باشد که زوج مکلف به پرداخت نفقه نباشد، چنین توافقی به علت تعارض با قواعد آمره مرتبط با تکلیف زوج نسبت به پرداخت نفقه باطل است، اما چنانچه مفاد توافق یادشده اسقاط نفقه از جانب زوجه باشد، چنین توافقی صحیح است.

البته باید توجه داشت که اسقاط نفقه از جانب زوجه نیز به دو شکل متصور است؛ حالت اول که زوجه فی الحال نفقه آینده را ساقط می‌کند و اساساً خود را مستحق دریافت آن نمی‌داند و حالت دوم آنکه زوجه متعهد می‌شود تا در زمانی که استحقاق دریافت نفقه را داشت، آن را در آن زمان ساقط کند یا اینکه از مطالبه آن خودداری نماید. در حالت اول که زوجه اساساً خود را مستحق دریافت اموال و وجوه یادشده نمی‌داند، چهره توافق بی‌نهایت به توافق بر اسقاط تکلیف زوج مبنی بر پرداخت نفقه نزدیک می‌شود و به عبارتی دقیق‌تر می‌توان گفت که چنین اقدامی از جانب زوجه چهره دیگری از اسقاط تکلیف زوج مبنی بر پرداخت نفقه است؛ چراکه هر حقی با تکلیفی ملازمه دارد و در پی آن اسقاط هر حقی نیز با اسقاط تکلیفی همراه است. لذا هرگاه زوجه اساساً خود را مستحق دریافت نفقه نداند، به نحوی زوج را مکلف بر پرداخت آن قرار نمی‌دهد؛ درحالی که بیان داشتیم تکلیف زوج بر پرداخت نفقه قاعده آمره است و با توافق طرفین قابل اسقاط نیست. بنابراین می‌توان چنین بیان داشت که اسقاط نفقه از جانب زوجه نیز در دو حالت مختلف قابل بررسی است: حالت اول که زوجه اساساً استحقاق خود نسبت به نفقه را ساقط می‌کند که در این حالت چنین اقدامی پذیرفتنی نیست، و حالت دوم که زوجه متعهد می‌شود تا در زمان استحقاق، از مطالبه نفقه خودداری کند یا آن را ساقط نماید؛ مثل آنکه متعهد شود ذمه زوج را نسبت به نفقه ابراء نماید که در این حالت چنین تعهدی از جانب وی صحیح و نافذ است. یکی از فقها نیز با دقت به همین موضوع در باب شرط اسقاط نفقه ضمن عقد نکاح بیان می‌دارد که هرگاه شرط به این نحو باشد که زوجه به موجب شرط استحقاق دریافت نفقه را نداشته باشد و درواقع اساساً حقی نسبت به آن نداشته باشد، چنین شرطی باطل است، اما هرگاه ضمن عقد شرط شده باشد که زوجه نسبت به مطالبه نفقه اقدامی نکند، چنین شرطی صحیح و

نافذ است (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۸، ص ۱۶۹).

شبيه بحث پيش گفته را برخى از فقها در باب شرط عدم فسخ در عقود جايز مطرح کرده‌اند. مشهور فقهاىي که لزوم و جواز را جزء مقتضای ذات عقد تلقى کرده‌اند در مواجهه با وضعیت شرط عدم فسخ در عقد مضاربه به‌عنوان یکی از عقود جايز بیان داشته‌اند که چنین شرطی به علت آنکه مخالف با مقتضای عقد است باطل، و مبطل عقد است (محقق کرکى، ۱۴۲۹ق، ج ۸، ص ۷۷؛ نجفى، همان، ص ۳۴۱؛ علامه حلى، ۱۴۲۸ق، ج ۱۷، ص ۴۷؛ شيخ طوسى، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۷۰؛ شهيد ثانى، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص ۳۴۵). اما برخى ديگر از فقها در تبیین کلام آنان به‌درستی بیان داشته‌اند که آنچه از نظر مشهور خلاف مقتضای عقد و موجب بطلان آن است، شرطی است که یا منجر به لزوم عقد جايز می‌شود و یا باعث سقوط حق فسخ می‌گردد (شرط نتیجه)، به نحوی که عقد با اعمال حق فسخ باز منفسخ نشود؛ درحالی که شرط عدم فسخ در قالب تعهد به عدم فسخ (شرط ترک فعل) مخالفتی با مقتضای عقد ندارد (طباطبایى حکيم، ۱۳۹۲ق، ج ۱۲، ص ۲۶۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲۸، ص ۴۲۳). بنابراین، مشخص شد که تعهد به عدم فسخ متفاوت با اسقاط حق فسخ است؛ چنان‌که اسقاط حق فسخ به علت مغایرت با مقتضای عقد (بنابر نظری) موجب بطلان عقد است، درحالی که تعهد به عدم فسخ هیچ منافاتی با مقتضای عقد ندارد. از این بحث می‌توان این‌گونه استفاده کرد که تعهد به عدم مطالبه نفقه نیز با اسقاط حق نفقه متفاوت است و حکمی جدای از آن خواهد داشت.

آنچه در باب نفقه و اسقاط آن بیان کردیم تا حد زیادی در ارث نیز جريان دارد. درواقع ما در ارث نیز با ماهیتی دوگانه و کاملاً متفاوت روبرو هستیم. برای اثبات اینکه در ارث نیز می‌توان چهره‌ای از حق را یافت، توجه به این نکته اهمیت دارد که فقها در باب صلح سهم‌الارث از جانب وارث پس از استحقاق نسبت به آن، حکم به صحت داده‌اند (گلیپگانی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۱۱۹)؛ درحالی که اگر سهم‌الارث از احکام بود، مانند سایر احکام، نه قابل نقل بود، نه قابل انتقال و نه قابل اسقاط. بنابراین، وضعیت حقوقی که وارث پس از استحقاق سهم‌الارث نسبت به آن دارد، در قالب حقوق می‌گنجد، نه احکام؛ لذا وی می‌تواند حق عینی (مالکیت) را که نسبت به آن دارد، ساقط کند که از آن به اعراض تعبیر می‌شود. حال

پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا وارث می‌تواند پیش از فوت متوفا و استحقاق نسبت به سهم الارث آن را ساقط کند؟

در بررسی پرسش مطرح شده باید اول به این پرسش پاسخ داد که جنبه حکم بودن ارث در چه چیزی تجلی می‌یابد؟ منظور از حکم بودن ارث چیست؟ به نظر می‌رسد آنچه که در ارث به عنوان حکم مطرح است، اساس استحقاقی است که وارث با دارا بودن شرایط نسبت به ماترک دارد و به عنوان وارث مطرح است. به دیگر سخن، اینکه شخصی با دارا بودن شرایط مقرر، وارث باشد حکم است و قابلیت تغییر و اسقاط ندارد. لذا وارث نمی‌تواند در زمان حیات مورث اعلان کند که نمی‌خواهد وارث او باشد، چرا که چنین امری به منزله قطع نسب یا سبب است؛ درحالی که بنابه حکم شارع قطع سبب و نسب باید طبق آنچه پیش‌بینی شده است واقع گردد یا اثبات شود و به صرف اینکه شخص بگوید نمی‌خواهم وارث باشم موجب خروج او از جمع وراثت نمی‌شود. چنین امری به وضوح از بیان بسیاری از فقها نیز قابل استنباط است. چنان که پیش از این نیز آمد، آنان در باب پدری که نسبت به جنایت پسرش خود را میرا از مسئولیت دانسته و همچنین اعلام کرده بود که از او ارث نخواهد برد، برای اثبات بطلان آن، از جمله به این موضوع استناد کرده بودند که چنین اقدامی برخلاف اصل بودن بقای نسب و استحقاق ارث است.

حال که چنین است آیا اسقاط ارث از جانب وارث پیش از فوت مورث با حکم بودن ارث منافات دارد و باید آن را کأن لم یکن تلقی کرد؟ در پاسخ به این پرسش باید بررسی کرد که آیا اقدام وارث در اسقاط ارث به این امر منتهی می‌شود که وی با وجود دارا بودن شرایط، استحقاق دریافت ماترک را نداشته باشد و به عبارتی وارث شمرده نشود یا آنکه چیزی غیر از آن است؟ در نتیجه اگر چنین اقدامی مساوی با این باشد که شخص با وجود دارا بودن شرایط، عنوان وارث را پیدا نکند، قطعاً چنین اقدامی نمی‌تواند منشأ اثر باشد، اما چنانچه اقدام یادشده معنای دیگری را افاده کند، صحت و اعتبار آن قابل بررسی است. همچنان که پیش از این نیز در بحث اسقاط نفقه دیدیم، توافق بین وارث و اشخاص دیگر در باب سهم نداشتن وارث یادشده از ماترک به اشکال مختلفی قابل تصور و تحقق است. گاه این توافق موجب اسقاط حق است، به این معنا که وارث یادشده با وجود دارا بودن شرایط، توانایی به

ارث بردن اموال را نداشته باشد. چنین توافقی عملاً مساوی با این امر است که شخص وارث بی‌هیچ علتی از شمول وراثت خارج شود و درعین حال که نسب و سبب ارث بردن فراهم است، شخص وارث نباشد. بنابراین، توافقی که در این شکل و قالب باشد با حکم بودن ارث تعارض می‌یابد و باطل شمرده می‌شود. اما هرگاه توافق یادشده مفید فایده تعهد باشد، به این معنا که وارث در قالب تعهد مثبت متعهد شود که بعد از فوت مورث و استحقاق نسبت به سهم‌الارث، آن را ساقط نماید یا آنکه در قالب تعهد منفی متعهد شود که پس از فوت مورث از مطالبه سهم‌الارث خودداری نماید، بی‌شک چنین توافق و اقدامی از جانب وارث صحیح و نافذ تلقی می‌شود و به‌هیچ‌وجه با احکام ارث تعارض پیدا نمی‌کند. تفاوت ماهوی بین این دو توافق در این است که توافقی که باعث اسقاط می‌شود، درواقع مانع از آن است که شخص اساساً مستحق نسبت به چیزی بشود که بنابر حکم شرع استحقاق آن را دارد؛ درحالی که تعهد به اسقاط چنین نتیجه‌ای را در پی ندارد و شخص با تحقق شرایط نسبت به آن استحقاق می‌یابد و شرط مانع از استحقاق او برخلاف احکام نمی‌شود، بلکه نتیجه شرط آن است که فرد تنها متعهد می‌شود بعد از آنکه نسبت به آن استحقاق یافت از مطالبه آن خودداری کند یا آن را ساقط نماید. بنابراین، برعکس آنچه نخست به نظر می‌رسد، اسقاط ارث از جانب وارث هرگاه در قالب توافق با دیگران و مبتنی بر تعهد به اسقاط ارث باشد، اقدامی صحیح و نافذ است و وارث یادشده را بعد از فوت متوفا پایبند به تعهد خویش می‌سازد. لذا با چنین تفسیری از ماهیت ارث و اسقاط آن، اولاً برای تبیین اسقاط ارث لازم نیست تا با قواعد امره ارث درگیر شویم و دوم اینکه با مشکل اسقاط مال‌موجب مواجه نخواهیم بود؛ چراکه شخص متعهد می‌شود تا پس از تحقق ارث، سهم‌الارث خود را ساقط کند، نه آنکه فی‌الحال نسبت به اسقاط آن اقدام نماید.

اما پرسش مطرح در باب اسقاط ارث (در قالب اراده دوطرفه) این است که ماهیت اسقاط یادشده چیست و چگونه موجب می‌شود که سایر ورثه سهم‌الارث وارث را تملک کنند؟ در پاسخ باید بیان داشت که این اسقاط درواقع اعراض شمرده می‌شود؛ چراکه همچنان که پیش از این نیز بیان داشتیم، وارث نامبرده به‌محض فوت متوفا، مالک مشاع ماترک می‌شود، لکن متعهد می‌گردد تا آن را اسقاط یا از مطالبه آن خودداری کند که در هر دو

صورت آنچه واقع شده همان اعراض است. ولی باید توجه داشت که تملک سایر ورثه به صرف اعراض تحقق نمی‌یابد، بلکه نیازمند آن است که از جانب آنان نیز چنین تملکی تحقق یابد. حال که چنین است، چگونه تملک یادشده از جانب سایر ورثه تحقق می‌یابد؟ چون در فرض ما اسقاط در قالب اراده دوطرفه است، قصد تملک از جانب ورثه به‌طور ضمنی قابل استنباط است؛ به این صورت که وقتی وارثی متعهدله تعهد به اسقاط ارث قرار می‌گیرد، به صورت ضمنی اراده می‌کند تا به محض اعراض از جانب متعهد، سهم‌الارث یادشده را تملک کند. اما در فرضی که متعهدله این تعهد اشخاصی غیر از ورثه باشند، در این صورت پس از اعراض وارث متعهد، وارث دیگر باید سهم او را تملک کنند. ممکن است در فرض اخیر این ایراد مطرح شود که وارث متعهد پس از اعراض، دوباره خود آن را تملک کند، درحالی که این اقدام با خواست طرفین در تعارض است. در پاسخ به این ایراد باید بیان داشت که تعهد یادشده متضمن یک تعهد ضمنی دیگر نیز می‌باشد و آن اینکه وارث متعهد (وارثی که تعهد به اسقاط یا همان اعراض کرده) در ضمن متعهد شده است که از تملک مجدد سهم‌الارث خودداری کند و از این طریق راه سوءاستفاده وارث یادشده بسته خواهد شد.

اما پرسش دیگری که ممکن است در این خصوص مطرح باشد این است که در عمل و در بسیاری از موارد نمی‌توان تعیین کرد که قصد واقعی وارث از چنین اقدامی چیست؛ آیا خواسته است تا برخلاف قواعد ارث وارث بودن خود را ساقط کند یا آنکه می‌خواهد تعهد کند تا در زمانی که نسبت به سهم‌الارث استحقاق یافت آن را ساقط یا از مطالبه آن خودداری نماید، لذا در این موارد باید اصل را بر چه قرار داد؟ به نظر می‌رسد در این موارد رجوع به عرف بتواند راهگشا باشد و عرف بتواند ما را در یافتن اصل راهنمایی کند؛ چراکه عموماً و عرفاً افرادی که دست به چنین اقدامی می‌زنند در نظر دارند که پس از فوت متوفا پایبند به تعهد خویش باشند و آن را به‌منزله تعهد به عدم مطالبه سهم‌الارث تلقی می‌کنند. به دیگر سخن، در ذهن عموم مردم چنین اقدامی موجد تعهد است؛ به این معنا که آنان متعهد می‌شوند درعین حال که استحقاق دریافت اموال یادشده را دارند، از مطالبه آن خودداری کنند. بنابراین، در مقام شک بایستی چنین اقدامی را تعهد به عدم مطالبه تلقی

کرد و صحیح پنداشت.

#### ۲.۱.۴. اسقاط ارث در قالب اراده یک طرفه

یکی دیگر از فرضی که ممکن است وارث در قالب آن اقدام به اسقاط ارث نماید، فرضی است که او یک طرفه و بدون توافق با مورث اقدام به چنین امری می‌کند. حال، پرسش مطرح شده این است که آیا چنین اقدامی از جانب وارث می‌تواند منشأ اثر باشد یا خیر؟ همچنان که پیش از این نیز در مبحث اسقاط ارث در قالب اراده دوطرفه دیدیم، چنانچه اراده وارث بر این تعلق گرفته باشد که از شمول وراثت خارج باشد و اساساً استحقاق دریافت سهم الارث را باوجود دارا بودن شرایط نداشته باشد، بدون شک چنین اقدامی از جانب وارث باطل است، اما در مورد فرضی که تعهد به اسقاط یا عدم مطالبه سهم الارث شده باشد، برعکس فرض قبل با این مشکل مواجهیم که در اینجا تعهد یک طرفه است و در خصوص تعهدات یک طرفه این پرسش مطرح است که آیا چنین تعهداتی می‌تواند منشأ اثر باشد یا خیر؟ میان حقوق دانان در این باره اختلاف نظر وجود دارد.

یکی از حقوق دانان به تفصیل به این بحث پرداخته و مصادیقی را که می‌تواند در این باب مطرح باشد بررسی کرده است. وی از جمله مصادیقی را که به عنوان مصداق ایقاع موجد تعهد مطرح است، ایجاب، تعهد به نفع ثالث و پذیره نویسی سهام شرکت معرفی می‌کند، اما در ادامه بیان می‌دارد که نمی‌توان با استناد به این مصادیق به یک قاعده عام در خصوص ایقاع موجد تعهد دست یافت و بیان داشت که شخص می‌تواند به تنهایی خود را متعهد سازد. در واقع ایشان بیان می‌دارند که برای اثبات این امر که شخص بتواند به تنهایی و در قالب ایقاع خود را متعهد سازد، نیازمند آنیم که بتوانیم از وضع قوانین موجود و رویه قضایی چنین استنباط کنیم که حقوق ما به اراده مجرد شخص صلاحیت عام برای ایجاد تعهد را داده است و مصادیق یادشده به عنوان استثنا مطرح نیستند. او در نهایت بیان می‌دارد که نمی‌توان ایقاع موجد تعهد را به عنوان یک قاعده پذیرفت و چنین مصادیقی را صرفاً باید به عنوان یک استثنا تلقی کرد؛ چراکه در بحث ایجاب توأم با التزام، حفظ نظم تجارت و حمایت از طرف مقابل است که باعث می‌شود موجب پابندی به ایجاب خود باشد و حتی از حکم ماده ۱۹۶

قانون مدنی در باب تعهد به نفع ثالث نیز نمی‌توان قاعده‌ای عام استنتاج کرد، زیرا اولاً پیش‌بینی نهاد یادشده به‌منظور نیازهایی بوده که در این زمینه وجود داشته است، ازجمله نیاز به شناسایی نهاد بیمه عمر؛ دوم اینکه تعهد به نفع ثالث نیز خود مبتنی بر قراردادی است که بین طرفین اصلی منعقد شده و مانند پیوندی است که بر نهال کهنسال قرارداد زده شده است؛ سوم، استثنایی بودن حکم یادشده مانع می‌شود تا بتوان قاعده‌ای عام استنتاج کرد و حتی نمی‌توان آن را به تملیک به ثالث نیز تسری داد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۳۲-۹۶).

یکی دیگر از حقوق‌دانان پس از بررسی وضعیت فساد و صحت مصادیق ایقاع، ازجمله أخذ به شفعه، ابراء، فسخ و طلاق، در مقام بیان ویژگی‌های ایقاع از محدود بودن ایقاعات به‌عنوان یکی از اصول حاکم بر آن نام می‌برد و بیان می‌دارد: از آنجا که ایقاعات در مرحله تحقق در عالم اعتبار عملی یک‌طرفه و صرفاً متکی به اراده شخص ایقاع‌کننده هستند، ضرورتاً باید معین و محصور باشند و برخلاف عقود از زمینه نامحدود در روابط مالی و معاملاتی برخوردار نیستند و به همین دلیل حکم اعتبار و نفوذ در ماده ۱۰ قانون مدنی فقط برای انواع و مصادیق نامحدود و غیرمعین قرارداد ثابت شده و برای ایقاعات چنین حکمی مقرر نگردیده است (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۲۷۶). بنابراین از نظر این حقوق‌دان نیز نمی‌توان به غیر از موارد مصرح در قانون، اراده یک‌طرفه شخص در قالب ایقاع را موجد تعهد تلقی کرد.

یکی دیگر از حقوق‌دانان اگرچه در بررسی ایقاعات به‌صراحت حکم قضیه را معین نمی‌کند، بیان وی به نحوی است که نظر محدود بودن ایقاعات را تأیید می‌نماید. او در بررسی قلمرو اعمال حقوقی یک‌طرفه بیان می‌دارد که حقوق قدیم اعمال حقوقی یک‌طرفه معدودی را می‌شناخت که عبارت بود از ایجاب وصیت، قبول و رد ترکه، حیازات مباحات و اعراض؛ لکن حقوق اسلام افزون بر اعمال یادشده، فسخ، رجوع، تنفیذ، رد، شفعه و حق تعیین مهر را به رسمیت شناخته است. وی در ادامه در بررسی مصادیق اعمال حقوقی یک‌طرفه، از مصادیقی که در حقوق ما شناخته شده است، نام می‌برد که چنین بیانی حاکی از آن است که ایقاع برای مؤثر واقع شدن نیازمند شناسایی در نظام حقوقی است و بدون آن نمی‌توان ایقاعی را موجد اثر تلقی کرد (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۴۷).



یکی دیگر از حقوق دانان نیز در این خصوص بیان داشت که قانون‌گذار ایران در هیچ ماده‌ای اراده یک‌جانبه فرد را به‌طور کلی سبب ایجاد دین و منبع تعهد معرفی نکرده، چراکه در مواد ۱۰، ۱۸۳ و ۱۹۳ قانون مدنی به‌صراحت توافق اراده دو طرف منبع تعهد شناخته شده است. وی همچنین بیان می‌دارد که نمی‌توان با استناد به مواد ۲۴۸ قانون امور حسبی و مواد ۳۰، ۱۳۲ و ۲۹۰ قانون مدنی به‌عنوان ادله اعتبار تعهد یک‌طرفه، به‌طور کلی بیان داشت که تعهد یک‌طرفه الزام‌آور است (صفایی، ۱۳۸۶، ص ۲۱).

در حقوق اسلام نیز بیان شده که ایقاع به‌عنوان منبع عام تعهد پذیرفته نشده است و فرد نمی‌تواند صرفاً با اراده خود خویشتن را در برابر دیگران ملتزم سازد؛ هرچند که این تعهد ناشی از قصد انشا باشد. در حقوق اسلام ایقاعات منحصر به موارد معین و بانام است و ایقاع بی‌نام و غیرمعین پیش‌بینی نشده است. وی همچنین بیان می‌دارد اگر ایقاع بتواند به‌طور کلی به نفع دیگری ایجاد تعهد کند، نیاز به دلیل شرعی و تأیید شارع دارد که چنین امری ثابت نیست (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۹۹).

در یکی از نشست‌های قضایی نیز قضات به اتفاق آرا در نظریه تاریخ ۲۹ دی ۱۳۶۷ بیان داشتند که تعهدات یک‌طرفه الزام‌آور نیست و حکم ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی تنها ناظر به قراردادهای است و شامل ایقاعات نمی‌شود. هر تعهدی که قبول طرف مقابل یا توالی قبول در آن احراز نگردد، مانند ایقاع است و شخص هروقت که بخواهد می‌تواند از آن منصرف شود. آنان در ادامه بیان می‌دارند که فی‌المثل هرگاه شخص به صورت یک‌طرفه تعهد کند که به دیگری وجهی را بپردازد، درحالی که نه قراردادی در بین باشد و نه حق و تکلیفی، در این صورت شخص ملزم به انجام تعهد نیست (نویخت، ۱۳۷۰، ص ۳۴۴-۳۴۲).

اما برخلاف نظر حقوق دانان پیش‌گفته، یکی از حقوق دانان به اصل آزادی ایقاعات مانند اصل آزادی قراردادهای معتقد است. درواقع وی بر این باور است که آزادی اراده اقتضا می‌کند که شخص بتواند به‌صرف قصد خود برای خود ایجاد تعهد کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص ۱۳۷). همچنین او از اصل نفوذ ایقاعات به‌عنوان یکی از اصول حاکم بر آن نام می‌برد که مفاد اصل یادشده این است که هر ایقاعی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

در واقع بیان یادشده معادل مدلول ماده ۱۰ قانون مدنی در عقود است (همان، ص ۱۵۰). وی در ادامه در خصوص حکم ماده ۱۹۶ قانون مدنی در باب تعهد به نفع ثالث بیان می‌دارد که حکم مقرر در ماده یادشده مطابق با قاعده است، چراکه در زندگی اجتماعی اراده یک طرف به ضرر فرد دیگر مؤثر نیست، لکن اراده یک شخص به نفع شخص دیگر ولو آنکه موافقت آن شخص جلب نشده باشد، مفید فایده است. وی با این استدلال حکم ماده یادشده را حتی به تملیک به نفع ثالث نیز تسری داده و با اعتقاد به اینکه وصیت تملیکی نیز ایقاع است، آن را یکی از مصادیق تملیک به نفع ثالث تلقی کرده است (همان، ص ۱۵۶-۱۵۴).

بنابراین، مشخص شد که بیشتر حقوق دانان ایقاع موجد تعهد را تنها در موارد خاص پیش‌بینی شده در قوانین و یا مستنبط از نظام حقوقی پذیرفته‌اند و در مابقی موارد حکم به صحت نداشتن آن داده‌اند. حال پرسش مطرح‌شده این است که آیا تعهد به اسقاط ارث در قالب اراده یک‌طرفه، متعهد را پایبند می‌سازد یا خیر؟ به نظر می‌رسد در پاسخ به پرسش یادشده بایستی بیان داشت که اگرچه تعهد به اسقاط ارث در قالب اراده یک‌طرفه با احکام ارث در تعارض نیست و از طرفی اسقاط مال می‌باید نیز شمرده نمی‌شود، لکن به این علت که چنین تعهداتی شخص متعهد را پایبند نمی‌سازد، نمی‌تواند کارساز باشد و شخص متعهد می‌تواند با وجود تعهد یادشده از اسقاط سهم‌الارث بعد از به‌ارث بردن، خودداری کند.

#### ۲.۴. انتقال سهم‌الارث به سایر ورثه یا اشخاص ثالث

گاه اتفاق می‌افتد که یکی از وراث با یکی دیگر از ورثه یا با تمام ورثه و یا حتی اشخاص ثالث توافق می‌کند تا سهم‌الارث فرضی خویش را به آنان منتقل کند. فقها و حقوق دانان نیز در این مورد مانند سایر موارد بحثی را مطرح نکرده‌اند و همچنان که پیش‌تر بیان داشتیم چنین سکوتی از جانب آنان عمدتاً مبتنی بر این امر است که چنین اقداماتی از جانب وارث به دلایل مختلفی به وضوح باطل است. ما در اینجا توافق هر یک از ورثه با سایر ورثه یا اشخاص ثالث در خصوص سهم‌الارث فرضی را از حیث اینکه قصد واقعی از چنین توافقی چه بوده است، جداگانه بررسی می‌کنیم و احکام هر کدام را در قالب آن توافق و مطابق با احکامی که بر آن تراضی جاری است، مطالعه و بررسی خواهیم کرد. در واقع در

بررسی این امر که آیا چنین توافقی‌هایی صحیح هستند یا خیر، باید توجه داشت که قصد واقعی از چنین توافقاتی چه بوده و توافق یادشده را بنابر همین قصد واقعی در چارچوب یکی از عقود معین یا در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی بررسی کرد، نه آنکه به صورت کلی حکم تمامی این صورت‌ها را صادر کنیم.

#### ۱.۲.۴. تعیین هریک از اعیان در سهم هریک از ورثه

یکی از اقداماتی که ممکن است از جانب ورثه پیش از فوت مورث صورت گیرد، آن است که ورثه با توافق همدیگر هریک از اعیان را در سهم الارث یکدیگر قرار دهند؛ مانند اینکه دارایی مورث در زمان حیات عبارت باشد از یک باب خانه، یک باب مغازه و یک دستگاه اتومبیل و ورثه او عبارت باشند از دو پسر و یک دختر. حال اگر آنها پیش از فوت مورث با یکدیگر توافق کرده باشند تا اتومبیل در سهم الارث دختر قرار گیرد و خانه و مغازه نیز در سهم الارث هریک از پسران، وضعیت حقوقی چنین توافقی چگونه است؟ آیا این توافق باطل و کأن لم یکن است یا صحیح و نافذ می‌باشد و یا اینکه تا حد معینی صحیح است؟ از این نظر فرض اخیر را در باب انتقال سهم الارث بیان نمودیم که در اینجا نیز هریک از ورثه مالکیت مشاعی را که نسبت به هریک از اعیان دارد به دیگری منتقل می‌کند.

فقها و حقوق‌دانان به فرض یادشده هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند که ممکن است این امر را در ذهن تداعی کند که از نظر آنان چنین توافقی باطل است و علت اینکه آنان متعرض موضوع نشده‌اند، بدهت بطلان آن است. شاید این امر نیز به ذهن متبادر شود که اساساً چنین توافقی به علت آنکه تصرف در اموال بعد از فوت شمرده می‌شود و ورثه پیش از فوت مورث نسبت به آن حقی ندارند، باطل است؛ مضاف بر اینکه مالکیت مشاع ورثه نسبت به ماترک از قواعد آمره‌ای است که ورثه نمی‌توانند برخلاف آن توافق کنند.

به نظر می‌رسد برای اثبات صحت چنین توافقی استناد به یک از مباحثی که در باب وصیت مطرح شده است، خالی از فایده نباشد و آن اینکه فقها و حقوق‌دانان یکی از اقسام وصیت را وصیتی دانسته‌اند که موصی به موجب آن هریک از اعیان را در سهم هریک از

ورثه قرار می‌دهد. در باب وضعیت حقوقی چنین وصیتی بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها با استناد به ادله‌ای چون «الناس مسلطون علی اموالهم» و «المومنون عند شروطهم» چنین وصیتی را نسبت به تمام ماترک صحیح و نافذ دانسته و در مقام جمع حقیق بیان داشته‌اند که سایر ورثه نسبت به مازاد ثلث مستحق أخذ قیمت آن هستند (محقق کرکی، ۱۴۲۹ق، ص ۹۰، ۱۰-۸۹).

اما برخی فقها و حقوق‌دانان بیان داشته‌اند، همچنان که اراده موصی در بحث قیمت محدود به ثلث است و نسبت به مازاد آن نافذ نیست و نیازمند إذن ورثه است، در بحث خود اعیان نیز وضع به همین منوال است؛ چراکه به خود اعیان نیز اغراض تعلق می‌گیرد و اغراض در مورد هر عین متفاوت خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۵۴؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص ۲۴۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۳۷۹).

بنابراین، قدر متیقن از وصیت یادشده آن است که چنین وصیتی تا حدود ثلث صحیح و نافذ است و نسبت به مازاد ثلث نیز چنانچه اذن ورثه به آن تعلق گیرد، صحیح و نافذ است. اما آنچه از بیان پیش‌گفته در بحث ما کارایی دارد، این است که فقها و حقوق‌دانان قرار دادن هریک از اعیان در سهم هریک از ورثه به موجب وصیت را صحیح دانسته‌اند و به گمان برخی با تنفیذ وراث هیچ مانع دیگری در برابر صحت آن وجود ندارد. لذا وقتی چنین توافقی باشد در فرض ما که اساساً توافق وراث موجود و مفروض است، به طریق اولی چنین توافقی میان وراث صحیح و معتبر است؛ چراکه وجود وصیت موضوعیتی نداشته تا نبود آن موجب شود تا توافق ورثه کأن لم یکن باشد. درواقع اگرچه در وصیت موصی مالک موصی به بوده و ضم اجازه وراث موجب تنفیذ وصیت می‌شود، لکن آنچه که در بررسی وضعیت وصیت یادشده موضوعیت داشته، همان رعایت حقوق ورثه بوده است. لذا وقتی در فرض ما ورثه داوطلبانه به چنین اقدامی دست زده‌اند و خودشان برای تعیین تکلیف ماترک پیش از فوت با یکدیگر توافق کرده‌اند، تضييع حقوق ورثه معنایی ندارد تا در صحت این اقدام تردید شود. به دیگر سخن، در فرضی که وصیتی وجود داشت، در صورت توافق وراث بی‌هیچ شکی هریک از اعیان در سهم هریک از آنان قرار می‌گرفت. حال که وصیتی نیز موجود نیست، با توجه به آنکه توافق وراث موجود است، باز هریک از اعیان در سهم هریک از وراث قرار خواهد

گرفت؛ چراکه آنچه اهمیت دارد رعایت حقوق ورثه است، نه وجود وصیت. همچنان که در نظر فقها و حقوق دانانی که وصیت یادشده را تا حدود ثلث نافذ دانسته‌اند، چنین امری به روشنی قابل مشاهده است؛ بنابراین، هرگاه توافق وراثت موجود باشد، نبود وصیت نیز نمی‌تواند به صحت توافق صورت گرفته آسیبی برساند.

#### ۲.۲.۴. توافق در قالب تعهد به تملیک

یکی از صورتی که ممکن است ورثه در خصوص سهم‌الارث خویش با یکدیگر توافق کنند، آن است که چنین توافقی در قالب تعهد به تملیک باشد. درواقع در این فرض یکی از ورثه با سایر ورثه یا اشخاص ثالث توافق می‌کند تا در قبال انجام عملی یا تملیک مالی از سوی آنان نسبت به سهم‌الارث خویش هیچ ادعایی نداشته باشد و بعد از فوت مورث سهم‌الارث او به آنان تعلق بگیرد. فرض کنید شخصی در کهنسالی دچار بیماری می‌شود که نیازمند مراقبت دائمی است و فرزندان یا همان ورثه فرضی او عبارت‌اند از دو دختر و یک پسر. حال چنانچه پسر با دختران مورث توافق کند که در قبال مراقبت دختران از پدر، پسر هیچ حقی نسبت به ماترک نداشته باشد و سهم‌الارث او به آنان تعلق گیرد، آیا چنین توافقی صحیح است؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که در اینجا عقدی معوض شکل گرفته و آن اینکه فرزندان دختر در قبال مراقبت از پدر مستحق دریافت سهم‌الارث شده‌اند. البته باید توجه داشت که در اینجا اگرچه در ظاهر اسقاط ارث از جانب پسر صورت گرفته است، اما با بررسی دقیق آنچه که واقع شده و آنچه که مد نظر آنان بوده است، روشن می‌شود که در اینجا ما با یک عقد معاوضی مواجه‌ایم نه اسقاط. بنابراین باید حکم توافق یادشده را از نظر صحت یا بطلان در قواعد عمومی حاکم بر عقود معاوضی جستجو کنیم. حال آنچه اهمیت دارد بررسی این موضوع است که چگونه می‌توان چنین توافقاتی را صحیح پنداشت.

بزرگترین مشکلات در راه صحت چنین توافقی در سه مورد خلاصه می‌شود. اول آنکه یکی از شرایط صحت قراردادها آن است که موضوع مورد معامله معلوم و معین باشد، چنان که ضمانت اجرای چنین شرطی بطلان قرارداد است؛ درحالی که ما در این فرض هیچ

علمی به میزان سهم الارث وارث به عنوان یکی از عوضین نداریم، چراکه آنچه به وارث بعد از فوت تعلق می‌گیرد، تحت تأثیر عوامل مختلفی از جمله تعداد ورثه، میزان اموال مورث در زمان فوت، میزان بدهی‌های او، وجود یا نبود وصیت و از همه مهم‌تر حیات وارث در زمان فوت مورث قرار دارد و همه این عوامل می‌تواند در میزان سهم الارث یا اصل استحقاق وارث (فرضی) تأثیرگذار باشد. دوم آنکه به فرض بتوان به نحوی علم به مورد معامله را توجیه کرد، باز این مشکل مطرح است که وارث پیش از فوت مورث مالک مالی نبوده، پس چگونه می‌تواند چیزی را که نسبت به آن مالکیت نداشته است، به دیگری تملیک کند. دیگر آنکه به فرض بتوان چنین تملیکی را نیز توجیه کرد، باز با این مشکل مواجه هستیم که چنین اقدامی با این قاعده در ارث که مالکیت ورثه نسبت به ماترک به محض فوت متوفا قهراً تحقق می‌یابد در تعارض است.

ایراد اول را می‌توان این چنین مرتفع کرد که طرفین با در نظر گرفتن اموال مورث در همان حال و این امر که پس از مرگ او با فرض بقای همین اموال و عدم تغییر در تعداد ورثه چه میزان اموالی به آنان تعلق می‌گیرد، میزان مورد معامله را تعیین می‌کنند. در نظر بگیرد حالتی را که اموال مورث در حال حیات عبارت‌اند از یک خانه، یک مغازه و یک خودرو، و ورثه عبارت‌اند از دو دختر و یک پسر که در این فرض سهم وراثت در صورت فوت مورث و عدم تغییر در تعداد ورثه و میزان اموال به این شرح خواهد بود که پسر نصف خانه، نصف مغازه و نصف اتومبیل را به ارث می‌برد و هریک از دختران یک سوم این اموال را به ارث خواهد برد. بنابراین، توافق پسر نامبرده با دختران در باب مراقبت از پدر به این صورت واقع خواهد شد که دختران در برابر مراقبت از پدر مستحق دریافت نیمی از اتومبیل، نیمی از خانه و نیمی از مغازه خواهند بود، لذا با این وصف، موضوع مورد معامله معین خواهد بود و از این نظر ایرادی به این توافق وارد نیست.

اما در باب ایراد دوم در خصوص اینکه مالکیت ورثه پیش از موت مورث یک مالکیت احتمالی است و آنان پیش از فوت مورث مالک چیزی نبوده‌اند تا آن را به دیگری تملیک نمایند، باید گفت یکی از نکاتی که در این باره نیاز است مورد نظر باشد، این است که ماهیت چنین توافقی چیست، آیا تملیک است یا تعهد به تملیک؟ در واقع پرسش ما این است

که آیا طرفین در این توافق خواسته‌اند تا در همان حال و در حین حیات مورث سهم‌الارث را در قالب عقد تملیکی (معلق به فوت مورث) منتقل کنند، به نحوی که به محض فوت مورث و بدون نیاز به انشای جدید طرف مقابل مالک سهم‌الارث شود یا آنکه صرفاً یک تعهد به تملیک واقع شده است؛ به این معنا که به محض فوت مورث طرف مقابل مالک سهم‌الارث نشود، بلکه وارث به موجب توافق متعهد باشد تا سهم‌الارث خویش را به متعهدله منتقل کند. بدون شک اگر این توافق مفید معنای تملیک باشد، باطل است؛ چراکه آنچه در تملیک موضوع انتقال است، حق مالی و عینی است که شخص بر مال دارد، نه خود مال (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۶۵). درحالی که در فرض اخیر وارث حق مالی (عینی) نسبت به سهم‌الارث نداشته است تا آن را به دیگری منتقل کند؛ بنابراین، چنین توافقی در قالب تملیک یقیناً باطل است. اما چنانچه این توافق مفید معنای تعهد به تملیک باشد، توافق یادشده صحیح است، چراکه شخص می‌تواند انتقال مالی را تعهد کند که در زمان تراضی به دیگری تعلق دارد. لذا توافق یادشده وارث را پایبند به تعهد خویش می‌سازد و چنانچه شخص نتواند تعهد خود را اجرا کند (در بحث ما برای مثال اموال مستغرق در دیون باشند)، نمی‌تواند به استناد عدم توانایی تسلیم قائل به بطلان توافق باشد، بلکه موظف به جبران خسارات وارده است (همان، ص ۱۹۲). البته انتقال سهم‌الارث ممکن است در قالب شرط ضمن عقد باشد یا آنکه به طور مستقل صورت پذیرد. در فرض اول این پرسش مطرح می‌شود که آیا در این حالت نیز شرط مفید معنای تعهد است یا خیر؟ در فرض دوم نیز با توجه به ماهیت آن (شرط ابتدایی) آیا بایستی قائل به الزام‌آور بودن آن بود؟ در پاسخ به پرسش اول باید بیان داشت که در فقه چهار نظر در خصوص اثر و به عبارتی ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل وجود دارد.<sup>۱</sup> برابر نظر اول، تخلف از شرط فعل تنها موجب حق فسخ برای مشروطه است و برای او حق اجبار مشروط‌علیه بر انجام تعهد وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۳۳۱). مطابق نظر دوم، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل اجبار متعهد به انجام شرط است؛ منتهی امکان اجبار مشروط‌علیه حکم است نه آنکه حقی باشد که از جانب

۱. برای مطالعه تفصیلی ر.ک. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴) «مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، مجله تحقیقات حقوقی (یادنامه دکتر شهیدی).

مشروطه قابل اسقاط است (شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۶۲). برابر دیدگاه سوم، شرط درعین آنکه مشروط‌علیه را ملزم به انجام تعهد می‌کند، در همان حال برای مشروط‌ه حق مطالبه انجام تعهد را فراهم می‌سازد که البته حق یادشده در همان معنای اصطلاحی حق است که قابل اسقاط است (الحسینی المراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۸۲). دیدگاه چهارم نیز معتقد است که وجود شرط موجد حقی مالی برای مشروط‌ه است که موجب می‌شود تا وی هم بتواند متعهد را ملزم به انجام تعهد کند و هم اینکه در صورت تعذر، عقد اصلی را فسخ کند و یا اینکه بهای شرط را مطالبه نماید (طباطبایی حکیم، همان، ص ۱۵۰). از میان دیدگاه‌های پیش‌گفته، قانون مدنی از نظر سوم تبعیت کرده است، لذا حق اجبار متعهد به عنوان ضمانت اجرای اولیه و حق فسخ عقد اصلی به‌عنوان ضمانت اجرای ثانوی وجود دارد. در پاسخ به پرسش دوم نیز باید بیان داشت که بزرگ‌ترین اختلافی که فقها در خصوص ماهیت الزام‌آور بودن شرط ابتدایی داشته‌اند، با مفهوم حدیث «المومنون عند شروطهم» مرتبط است. در واقع بحث اساسی آنان این است که معنا و مفهوم واژه «شرط» در حدیث یادشده چیست؟ آیا واژه شرط صرفاً ناظر به التزامات تبعی است یا آنکه شامل التزامات مستقل نیز می‌شود؟ اهل لغت در بیان تعریف شرط با یکدیگر اختلاف نظر داشته‌اند؛ برخی شرط را تنها به التزامات تبعی اطلاق کرده‌اند، چنان‌که در مقام تعریف آن بیان داشته‌اند: «الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۳۲۹). برخی دیگر شرط را مطلق التزام دانسته‌اند، اعم از آنکه مستقل باشد یا ضمن عقد دیگر، چنان‌که در المنجد آمده است: «الشرط الزام الشیء و التزامه» (معلوف، ۱۳۶۳، ص ۵۹۱). فقها نیز به تبعیت از اهل لغت در باب مفهوم شرط و به تبع آن مفاد حدیث یادشده اختلاف نظر دارند. برخی با استناد به معنای عرفی و آنچه که از واژه شرط به ذهن متبادر می‌شود، آن را التزام تبعی دانسته‌اند (انصاری، همان، ص ۵۵-۵۴). در طرف دیگر، برخی از فقها باز به استناد تبادر بیان داشته‌اند که واژه شرط شامل حال التزامات مستقل نیز می‌شود (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۱۷). به نظر می‌رسد التزامات مستقل نیز مصداق عرفی شرط قرار می‌گیرند و از این حیث تفاوتی با التزامات تبعی ندارند و مشمول عموم ادله وجوب وفای به شرط می‌شوند؛ بنابراین نباید در ماهیت الزام‌آور بودن شروط ابتدایی تردید کرد (محقق داماد،



۱۳۹۰، ص ۱۷۳).

اما در مورد ایراد سوم باید توجه داشت همچنان که پیش از این نیز بیان داشتیم، در ارث ماهیتی دوگانه حکومت دارد و آنچه که به عنوان حکم در آن مطرح است، رابطه وراثتی است که بین وارث و مورث حاکم است. بنابراین، چنانچه مفاد توافق چنین باشد که طرف مقابل به جای وارث یادشده قرار گیرد و به عنوان وارث از سهم الارث منتفع شود، بی شک چنین توافقی باطل است. لکن با کمی تأمل روشن می شود که ما در اینجا در پی جانشینی شخص دیگری با وارث نیستیم، بلکه وارث همچنان مستحق دریافت سهم الارث است. اما بنابر توافق صورت گرفته متعهد است تا سهم الارث خود را به طرف مقابل تملیک کند. بنابراین یکی دیگر از تفاوت های تملیک و تعهد به تملیک نیز هویدا می شود و آن اینکه در تملیک عملاً طرف مقابل جانشین وارث در استحقاق سهم الارث می باشد و از این نظر نیز به توافق یادشده ایراد وارد است؛ درحالی که در تعهد به تملیک همچنان که ملاحظه شد، چنین امری به هیچ وجه تحقق نمی یابد.

#### ۳.۲.۴. توافق در قالب وصیت

یکی دیگر از فروضی که ممکن است وارث در سهم الارث فرضی خویش پیش از فوت مورث تصرف کند، آن است که آن را از طریق وصیت به دیگری (موصی له) تملیک نماید. در باب چنین اقدامی این پرسش مطرح می شود که آیا وارث می تواند مالی را که هنوز نسبت به آن مالکیتی ندارد از طریق وصیت به دیگری تملیک کند؟ این پرسش از این نظر قابل طرح است که بنابر حکم ماده ۸۴۱ قانون مدنی، موصی باید لزوماً مالک موصی به باشد، درحالی که در این فرض مالکیت موصی نسبت به سهم الارث پیش از فوت مورث منتفی است.

در خصوص حکم ماده ۸۴۱ باید توجه داشت که وصیت به مال غیر به دو نحو متصور است. حالت اول آن است که موصی مال غیر را برای خود وصیت کند؛ به این صورت که مال غیر را درحالی که متعلق به دیگری است، به عنوان مایملک خود برای پس از مرگ خویش وصیت می کند. در این حالت، حقوق دانان اتفاق نظر دارند که چنین وصیتی باطل

است (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۱۶۲؛ امامی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۸۹؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۵۱-۳۵۰؛ عدل، ۱۳۸۵، ص ۳۷۴). حالت دوم آن است که شخص مال متعلق به غیر را برای مالک آن وصیت کند؛ به این صورت که بعد از فوت مالک، مال به عنوان مایملک او به موصی له تعیین شده برسد. برخی از حقوق دانان در بررسی حکم ماده ۸۴۱ قانون مدنی به صراحت بیان داشته‌اند که چنین وصیتی نیز باطل است و اطلاق کلام برخی از فقها در باب لزوم مالکیت موصی به، حاکی از آن است که از نظر آنان نیز چنین وصیتی محکوم به بطلان است (شهیدثانی، ۱۴۲۵ق، ج ۶، ص ۱۴۶؛ علامه حلی، همان، ص ۴۵۵؛ امامی، همان؛ بروجردی عبده، همان؛ عدل، همان). ولی برخی از فقها و حقوق دانان در بررسی حکم حالت یادشده بیان داشته‌اند که چنین وصیتی مانند سایر اعمال حقوقی، وصیتی فضولی و غیرنافذ شمرده می‌شود که با تنفیذ مالک منشأ اثر می‌شود (محقق داماد، ۱۳۷۸، ص ۱۰۴؛ کاتوزیان، همان، ص ۱۶۲-۱۶۱؛ طاهری، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۱۷۹؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸، ص ۲۷۹؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۱۲۱؛ طباطبایی یزدی، همان، ص ۶۶۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۹۲، ج ۱۴، ص ۵۹۶).

فرض ما که در آن وارث سهم الارث خود را در قالب وصیت به دیگری منتقل می‌کند، در قالب وصیت به مال غیر برای خود قرار می‌گیرد؛ چراکه وارث سهم الارث فرضی خویش را که متعلق به مورث است، در قالب وصیت برای خویش به دیگری منتقل می‌کند، نه آنکه برای مورث چنین وصیت کرده باشد تا بتوانیم از احکام ناظر بر معاملات فضولی استفاده کنیم و حکم به عدم نفوذ دهیم. اما باید در نظر داشت که در حالت اول (وصیت به مال غیر برای خود) نیز همچنان که برخی از فقها و حقوق دانان بیان داشته‌اند، بطلان منوط به تحقق شرایطی است که از جمله آن شرایط این است که موصی از طریق وصیت موصی به را درحالی که ملک غیر است، به دیگری تملیک کند. در واقع موصی باید در حین وصیت قصد داشته باشد تا موصی بهی را که متعلق به غیر است، به دیگری تملیک کند، نه آنکه مفاد وصیت به نحوی باشد که قصد او از چنین وصیتی آن باشد تا تملیک بعد از تملک موصی به از جانب موصی صورت پذیرد. بنابراین اگر موصی وصیت خود را مشروط به تملک مال غیر کند، چون ممکن است پیش از فوت آن مال را به دست آورد، چنین وصیتی صحیح خواهد

بود (کاتوزیان، همان، ص ۱۶۳؛ محقق کرکی، همان، ص ۱۰۱). البته برخی از حقوق دانان با این بیان که در تعریف وصیت تنجیز از نظر مالکیت گنجانده شده است، تعلیق در آن را نپذیرفته‌اند (محقق داماد، همان، ص ۱۰۴) که چنین اعتقادی موجب می‌شود تا نتوان تملیک معلق بر تملک را پذیرفت؛ لذا در فرض ما نیز بنا به اعتقاد یادشده وارث نمی‌تواند سهم‌الارث خویش را مورد وصیت قرار دهد. به نظر می‌رسد، نظر اول با اصول حقوقی سازگارتر باشد، چراکه به موجب ماده ۸۴۲ قانون مدنی، وجود موصی به هنگام وصیت ضرورتی ندارد و هنگام فوت متوفا لازم است که موصی به موجود باشد و می‌توان به مال معدوم نیز وصیت کرد؛ درحالی که ملکیت فرع بر وجود است، لذا وقتی می‌توان به مال معدوم وصیت کرد، به مالی که در ملکیت نیست به طریق اولی می‌توان وصیت کرد.

یکی از حقوق دانان در بررسی تعلیق تملیک در وصیت بر تملک موصی به از جانب موصی، فرض مد نظر ما یعنی تملیک سهم‌الارث را مطرح کرده و حکم به صحت آن داده است. وی بیان می‌دارد که هرگاه شخص مالی را که در حین وصیت متعلق به غیر است به اعتبار مالکیت خود وصیت نماید، چنین وصیتی صحیح است؛ برای مثال، کسی وصیت کند که خانه پدرش چنانچه پدرش زودتر از وی مرد و خانه به او رسید، از آن فلانی باشد. چراکه تعلیق در عقد اصولاً موجب بطلان نمی‌شود، خصوصاً در وصیت که طبیعت آن معلق بر فوت موصی است (امامی، همان، ص ۹۰). بنابراین شخص می‌تواند همچنان که نسبت به عینی از اعیان سهم‌الارث فرضی خویش وصیت کند، می‌تواند نسبت به تمامی اعیان به صورت مشاع و در قالب سهم‌الارث نیز وصیت نماید.

اما پرسشی که ممکن است مطرح باشد این است که آیا وارث در وصیت نسبت به سهم‌الارث خویش قصد کرده تا تملیک به محض وصیت تحقق یابد یا آنکه مفاد وصیت به این نحو است که تملیک به موصی له بعد از تملک سهم‌الارث از جانب وارث صورت پذیرد؟ به نظر می‌رسد در مقام بیان اصل باید عنوان کرد که آنچه از اصطلاح سهم‌الارث به ذهن متبادر می‌شود، سهم‌الارث حقیقی است نه فرضی. لذا هرگاه وصیت متوجه سهم‌الارث باشد، باید بیان داشت که موصی خواسته تا پس از استحقاق نسبت به سهم‌الارث، آن را به موصی له تملیک کند.

## نتیجه

از آنچه گفته شد مشخص گردید که وارث ممکن است در سهم الارث فرضی خویش به شیوه‌های مختلفی تصرف کند. این تصرفات گاه مفید فایده اسقاط سهم الارث و گاه انتقال سهم الارث می‌باشند که این انتقال و اسقاط خود نیز صورت‌های مختلفی دارند؛ چنان‌که اسقاط ممکن است در قالب توافق با دیگران باشد یا در قالب تعهد یک‌طرفه، و انتقال نیز ممکن است در قالب توافق با ورثه در تعیین هریک از اعیان در سهم آنان، یا در قالب تعهد به تملیک و یا آنکه در قالب وصیت تملیکی باشد. البته همچنان که ملاحظه شد، برخی از این صور به دلایل مختلفی محکوم به بطلان است و در نظام حقوقی ما قابل پذیرش نیست، ولی در موارد متعددی چنین اقداماتی صحیح و مثمر ثمر است، به‌نحوی که می‌توان گفت بطلان اقدامات یادشده به‌عنوان استثنا مطرح است. این تصرفات در بسیاری از حالات ضمن آنکه عملاً به اعمال اراده در قواعد ارث منجر می‌شود، تعارضی با احکام ارث و امره بودن این قواعد پیدا نمی‌کند. بنابراین، برخلاف آنچه مشهور است، اعمال اراده در قواعد ارث از جانب وارث را نباید به علت تعارض با حکم بودن ارث یا امره بودن قواعد آن، باطل تلقی کرد.

## منابع و مأخذ

## قرآن کریم

## الف) فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۴)، *حقوق مدنی*، جلد ۳، چاپ یازدهم، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، *حقوق تعهدات*، جلد ۲، چاپ اول، تهران: میزان.
۳. بروجرودی عبده، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی*، چاپ اول، تهران: مجد.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۰)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، رساله دکتری.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، *اصول قراردادهای و تعهدات*، چاپ سوم، تهران: مجد.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۷۹)، *ارث*، چاپ سوم، تهران: سمت.
۷. صناعی، شیخ یوسف (۱۳۸۴)، *استفتائات قضایی*، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: میزان.
۸. صفایی، سید حسین (۱۳۸۶)، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ پنجم، تهران: میزان.
۹. طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۶)، *حقوق مدنی*، جلد ۵، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. عدل، منصور السلطنه (۱۳۸۵) *حقوق مدنی*، چاپ دوم، قزوین: انتشارات طه.
۱۱. قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی پور، ابراهیم (۱۳۷۹)، *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*، زیر نظر سید مصطفی محقق داماد، جلد ۱، چاپ اول، تهران: سمت.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، *ارث (دوره مقدماتی)*، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
۱۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷)، *ایقاع*، چاپ دوم، تهران: نشر دادگستر.
۱۴. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۱)، *حقوق خانواده*، جلد ۱، چاپ سوم، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۵. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۵)، *عقود معین*، جلد ۳ (عطایا)، چاپ چهارم، تهران: کتابخانه گنج دانش.

۱۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۶)، *عقود معین*، جلد ۴، چاپ دوم، تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
۱۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۱)، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، چاپ سوم، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۶۹)، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، چاپ دوم، تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز.
۱۹. کلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۲۴)، *مجمع المسائل*، جلد ۳، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
۲۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸)، *تحلیل فقهی و حقوقی وصیت*، چاپ سوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰)، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، چاپ دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵)، *استفتائات جدید*، جلد اول، چاپ دوم، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
۲۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۳۷۱)، *جامع الشتات*، جلد ۴، چاپ اول، تهران: کیهان.
۲۴. نوبخت، یوسف (۱۳۷۰)، *اندیشه‌های قضایی*، چاپ دوم، تهران: کیهان.

#### ب) عربی

۲۵. ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰)، *سرائر*، جلد ۲، چاپ سوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۱)، *سرائر*، جلد ۳، چاپ سوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۷. ابن براج، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶)، *المهذب*، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۲۸. ابن حمزه، محمدبن علی ( ۱۴۰۸)، *الوسيله الى نيل الفضيله*، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۹. ابن منظور، محمدبن مکرم (۱۴۱۴)، *لسان العرب*، جلد ۷، چاپ سوم، بیروت: انتشارات دارالفکر.
۳۰. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰)، *کتاب المکاسب*، جلد ۶، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳۱. تبریزی، میرزا جواد (۱۴۲۶)، *صراط النجاه فی اجوبه الاستفتانات*، جلد ۸، چاپ اول، قم: دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها.
۳۲. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۶)، *وسائل الشیعه*، جلد ۲۶، چاپ سوم، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام لاحیاء تراث.
۳۳. حسینی روحانی، سید محمدصادق (۱۴۲۹)، *فقه الصادق*، جلد ۲۸، چاپ اول، قم: منشورات الاجتهاد.
۳۴. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۵. شهید اول (۱۴۱۷)، *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۶. شهید ثانی (۱۴۱۲)، *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه*، جلد ۱، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۵)، *مسالك الافهام*، جلد ۴، ۶ و ۱۳، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۸. شیخ طوسی (بی تا)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۲ و ۳، تهران: مکتبه المرتضویه.
۳۹. طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۳۹۲)، *مستمسک العروه الوثقی*، جلد ۱۲ و ۱۴، چاپ سوم، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۴۰. \_\_\_\_\_ (بی تا)، *نهج الفقاهه*، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.

۴۱. طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸)، *ریاض المسائل*، جلد ۱۴، چاپ اول، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام لاحیاء تراث.
۴۲. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۷)، *العروه الوثقی*، جلد ۴ و ۵، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۸)، *حاشیه المکاسب* (ط.ق)، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۴. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰)، *ارشاد الازدهان الی احکام الایمان*، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸)، *قواعد الاحکام*، جلد ۲ و ۳، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۸)، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱۴ و ۱۷، چاپ اول، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام لاحیاء تراث.
۴۷. علم الهدی، علی بن الحسین (سید مرتضی) (۱۴۱۵)، *الاتصار*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۸. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴)، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، جلد ۴، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۹. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۲۲)، *کشف اللثام*، جلد ۷ و ۹، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۰. فخر المحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۹)، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، جلد ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۱. کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۴۲۴)، *تحریر المجله*، جلد ۵، چاپ اول، قم: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.
۵۲. کیدری، قطب الدین محمد بن حسن (۱۴۱۶)، *اصباح الشیعه*، چاپ اول، قم: مؤسسه الامام صادق علیه السلام.



۵۳. محقق اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۷)، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان*، جلد ۹ و ۱۱، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۴. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۲۹)، *جامع المقاصد*، جلد ۸ و ۱۰، چاپ دوم، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیا تراث.
۵۵. معلوف، لوییس (۱۳۶۳)، *المنجد الایجدی*، چاپ اول، تهران: انتشارت فقیه.
۵۶. موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹)، *قواعد الفقهیه*، جلد ۳ و ۴، چاپ اول، قم: نشر هادی.
۵۷. موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷)، *صراط النجاه فی اجوبه الاستفتائات*، جلد ۲، چاپ اول، قم: دارالاعتصام للطباعه و النشر.
۵۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰)، *منهاج الصالحین*، جلد ۲، چاپ اول، قم: مدینه العلم.
۵۹. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۶۸)، *جواهر الکلام*، جلد ۲۶ و ۲۸، چاپ سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.