

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۰۹  
تابستان ۱۳۹۶، ۸۸-۶۹

## تحلیلی بر نقش قبول در وصیت عهدی\*

ملیحه غلامی<sup>۱</sup>

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: m.gholami99@yahoo.com

دکتر عباسعلی سلطانی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: soltani@um.ac.ir

دکتر حسین ناصری مقدم

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@um.ac.ir

### چکیده

یکی از چالش‌های فقه مدنی، چپستی وصایت (وصیت عهدی) و موضوع قبول در آن است. مشهور فقیهان امامیه بر این باورند که در وصیت عهدی، قبول شرط نیست. ماده ۸۳۴ قانون مدنی نیز همین دیدگاه را پذیرفته است. این ماده گرچه با قول مشهور فقیهان امامیه موافق است، اما با تعدادی از قواعد مسلم فقهی و حقوقی مانند: اصل حاکمیت و آزادی اراده، لزوم انضمام قبول در عقود، نفی ضرر، عسر و حرج مغایر است. از دیگر سو، نادیده انگاشتن ایجاب موصی نیز از آن جهت که وصیت بلا تکلیف خواهد ماند و برای او ایجاد ضرر می‌کند، نامیسور است. علاوه بر قول مشهور اقوال دیگری هم در مسئله وجود دارد، از جمله این که وصی پس از فوت موصی در صورتی که امر وصایت را نپذیرفته باشد، حق رد دارد و یا این که هنگامی که پسر وصی پدر باشد یا این که انجام وصایت جز شخص وصی توسط شخص دیگری ممکن نباشد باید وصایت را قبول کند. این نوشتار پس از نقض و ابرام دیدگاه‌ها، نظر علامه حلی را با اندکی تفاوت می‌پذیرد به این صورت که: موصی شرعاً و قانوناً در جهت آگاه کردن وصی از مورد وصایت و اخذ قبول از وی قبل از فوت خود اجبار دارد؛ در این صورت نه در حق وصی و نه در حق موصی ستمی وارد نخواهد شد و تعارض دو قاعده لاضرر نیز مرتفع می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** وصایت، وصیت عهدی، عقد، ایقاع، ایجاب و قبول.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۲/۱۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۱/۱۹.

DOI: 10.22067/fiqh.v0i0.34984

۱. نویسنده مسئول

## مقدمه

مشهور فقیهان، وصیت را دارای دو مصداق می‌دانند: وصیت تملیکی و وصیت عهدی (وصایت)؛ اساس عمل حقوقی وصیت (با هر دو مصداقش) از ویژگی‌های منحصر به فرد برخوردار است و طبیعتاً با چالش‌های خاصی نیز مواجه است. وصیت بر خلاف همه عقود و ایقاعات که اثرشان در زمان حیات، تحقق می‌یابد و اصولاً مراد از اجرای آن‌ها در برگرفتن زمان حیات است، به پس از حیات تعلق می‌گیرد. افزون بر این، تعلیق در عمل حقوقی که از سوی اکثر فقیهان، مورد منع و انکار قرار گرفته است، در وصیت، پذیرفته شده و بلکه جوهره آن را تشکیل می‌دهد. یکی از چالش‌های وصیت، مسئله عقد یا ایقاع بودن آن است که مورد اختلاف فقیهان قرار گرفته است. چالش دیگر در باره ماهیت قبول در وصیت است که میان شرط بودن (به نحو کشف یا نقل)، جزء العله بودن<sup>۱</sup> و ... دوران دارد.

اما مسئله‌ای که در این مقاله مورد واکاوی و تحلیل قرار گرفته است، مسئله نقش و تأثیر قبول در وصیت عهدی است که از دیرباز مورد توجه و نظریه‌پردازی فقیهان بوده است. مشهور فقیهان در یک حکم استثنایی و بر خلاف قواعد قراردادهای، بر این باورند که قبول وصایت پس از مرگ موصی، الزامی است. مستند این فتوا، روایات بسیاری است که در مسئله وارد شده است. نگارندگان ضمن بررسی و تحلیل این دیدگاه و نیز دیگر دیدگاه‌ها، ایده‌ای نو را پیش نهاده‌اند که از مشکلات نظری کمتری برخوردار است.

## چیستی وصایت

فقیهان وصیت (عمل حقوقی معطوف به پس از حیات) را به دو گونه کاملاً متمایز تقسیم و تحدید می‌کنند. وصیت تملیکی و وصیت عهدی (وصایت).<sup>۲</sup> وصایت (به کسر و فتح واو) که به آن وصیت عهدیه یا وصیت به ولایت هم گفته می‌شود عبارت است از استنباه پس از مرگ در آنچه وصیت‌گذار، حق تصرف در آن دارد مانند قضای دیون، استیفای دیون، پس دادن و پس گرفتن ودایع، ولایت بر فرزندان و نظارت بر اموالشان، انجام حقوق واجب و مستحب و... (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۵۶۲؛ محقق کرکی، ۱۱/۲۵۷).

این استنباه ممکن است از کسی باشد که بالاصاله دارای ولایت است مانند پدر و جد پدری؛ و یا از سوی فردی باشد که بالعرض برخوردار از ولایت شده باشد مانند وصی‌ای که در گرفتن وصی (برای موصی

۱. نگ: سید یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی، ۲/۸۷۷.

۲. الوصیة تملیک عین او منفعة او تسلیط علی تصرف بعد الوفاة و یفتقر الی الایجاب و القبول (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱-۲/۲۴۳؛ خوانساری، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ۴/۵۱).

نخست)، مأذون است (صاحب جواهر، ۳۹۱/۲۸). البته صاحب جواهر به جای تعبیر به استنباط، از «ولایت» بهره می‌جوید و آن را سزاوارتر هم می‌شمرد چه آن که شأن وصی پس از فوت موصی، شأن ولی است نه نایب، زیرا موصی با مرگش از ولایت خارج می‌شود (همان). سخن ایشان متین است ولی به نظر می‌رسد به جای تعبیر «ولایت»، مناسب‌تر است از واژه «تولیت» استفاده شود.

گرچه برخی همانند محقق و شهید (محقق حلی، المختصر النافع، ۱/۱۶۳؛ شهید ثانی، اللمعة الدمشقیة، ۱۰۴)، تلاش کرده‌اند وصیت را دارای یک ماهیت واحد قلمداد کنند و تعریفی یکتا از آن ارائه نمایند، اما با تأمل به خوبی می‌توان دریافت که ما با دو طبیعت منحاز و متمایز مواجهیم و تشابه فقط در تسمیه و نام‌گذاری و برخی از اوصاف است؛ از همین رهگذر، شهید در کتاب دیگرش، برای هر یک از دو قسم وصیت، کتابی را مختص ساخته است و وصایت را قسیم وصیت دانسته است (الدروس الشرعیة، ۲/۳۲۱). این موضوع از این جهت اهمیت دارد که در شناسایی چیستی وصایت بسیار تأثیرگذار است. بیان مطلب آن که فقیهان در عقد یا ایقاع بودن «وصایت»، اختلاف نظر دارند و چنانچه وصایت را دارای ماهیتی منحاز بدانیم، اشکالی پیش نمی‌آید اما اگر آن را شعبه‌ای از وصیت به‌شمار آوریم (همانطور که محقق در المختصر النافع، وصیت تملیکی و عهدی را در یک تعریف، مندرج ساخته است: همان‌جا)، آن وقت با محذور تغایر ماهوی در افراد یک ماهیت، مواجه خواهیم شد.

در حقیقت ما در موضوع تغایر وصیت تملیکی با وصایت، در دو موضع، دچار چالش هستیم: یکی این که وصایت از نظر مفهومی، با وصیت تملیکی در تغایر است به این مفهوم که در وصایت، ایصاء به ولایت می‌شود ولی در وصیت تملیکی، تملیک صورت می‌پذیرد بنا بر این، اندراج آن دو در یک تعریف، ناممکن است. از دیگر سو، وصیت تملیکی به عقیده مشهور، عقد است ولی وصایت، مورد اختلاف است.

به هر روی، فقیهان در ماهیت وصایت اتفاق نظر ندارند. دسته‌ای آن را عقدی می‌دانند که بسان هر عقد دیگری نیازمند به ایجاب و قبول است (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۵۶۵؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۶/۲۵۵؛ محقق کرکی، ۱۱/۲۶۱) و گروهی دیگر آن را ایقاع می‌انگارند (صاحب جواهر، ۲۸/۳۹۱). آنان که قائل به عقد بودن وصایت هستند، افزون بر ادعای اجماع (بحرانی، ۲۲/۵۷۶) بر این باورند که وصایت هم بسان وصیت تملیکی، دارای دو طرف است و ایجاب آن از سوی موصی و قبولش از سوی وصی است و با قبول، عقد تمام و کامل می‌شود (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۶/۲۵۵).

اما کسانی که عقد بودن وصایت را برناتافته‌اند چنین استدلال می‌کنند که عقد، چیزی است که ایجاب و قبول در تحقق آن معتبر باشد، در حالی که مشهور بر این باورند آنچه که در لزوم وصیت معتبر است،

عدم ردی است که به موصی برسد و این عدم رد، اعم از قبول است (یعنی دارای دو فرد است: رد و عدم قبول)؛ بنا براین، با فقدان قبول، عقد بودن نیز منتفی می‌شود<sup>۱</sup> (صاحب جواهر، ۳۹۱/۲۸) مراد صاحب جواهر این است که چنانکه خواهد آمد، مشهور فقیهان بر این باورند که وصایت چنانچه از سوی وصی رد نشود، لازم خواهد بود و ضرورتی ندارد وصی آن را قبول کند و صرف عدم رد (آن هم در حیات موصی و رسیدن خبر آن به موصی)، در لزوم آن کفایت می‌کند. صاحب جواهر معتقد است حتی اگر وصی در ظاهر «قبلت» نیز بگوید، باز هم عقد بودن وصایت، تصحیح نمی‌شود و تنها به صورت و شکل عقد خواهد بود و این برای تحقق «عقدیت» کافی نیست، زیرا عقد چیزی است که «قبول» در آن به نحو «جزئیت»، اعتبار شده باشد (همان). ایشان در ادامه مطلب از نیکویی سخن شهید در درس تجلیل می‌کند، آنجا که می‌نویسد: بنا بر آنچه گفته شد که لزوم وصایت با مرگ و عدم رد حاصل می‌آید، اعتباری به قبول و عدم قبول وصی نیست، بلکه آنچه معتبر است، عدم ردی است که به موصی برسد، که اگر حاصل شد، فیها و گرنه وصایت، لازم می‌شود (شهید اول، ۳۲۶/۲؛ صاحب جواهر، ۳۹۱/۲۸).

با این بیان، تفاوت وصیت با وصایت نیز آشکار می‌شود، زیرا وصیت هر چند در برخی از افرادش (مانند وصیت به جهات عمومی) نیازمند قبول نیست (بنا بر قول عدم نیاز به قبول در این موارد)، اما در موارد وصیت به افراد خاص، نیازمند قبول است و گرنه باطل واقع می‌شود، به خلاف وصایت که عدم قبول، آن را باطل نمی‌سازد، مگر در صورتی که وصی آن را رد کرده باشد و ردش هم به موصی رسیده باشد (همان). البته شیخ طوسی در بیان تفاوت وصیت و وصایت سخنی دارد که به نظر قابل نقد می‌آید. او می‌نویسد: تفاوت وصایت با وصیت آن است که وصیت یک نوع تملیک پس از وفات است که طبیعتاً قبول آن نیز باید پس از فوت صورت پذیرد ولی وصایت یک عقد منجز در زمان حال است، بنا بر این ممکن است که قبولش نیز در حال حیات باشد (المبسوط، ۳۶/۴). این کلام شیخ از این جهت درخور نقد است که در وصایت هم اعطای ولایت و وصایت، معلق به پس از فوت می‌شود و از این جهت تفاوتی میان وصیت و وصایت نیست.

### اقوال فقیهان در نقش قبول در وصایت

پس از آن که روشن شد فقیهان در چیستی وصایت اختلاف نظر دارند و گروهی آن را عقد، دسته‌ای ایقاع و تعدادی نیز آن را برزخ میان عقد و ایقاع پنداشته‌اند (کاشف الغطاء، ۶۴۳/۵)، اینک پرسش اصلی

۱. وفیه: أن العقد كما عرفته في محله ما اعتبر فيه الإيجاب والقبول، والمشهور كما تعرفه أن المعتبر في لزوم الوصية، عدم الرد الذي يبلغ الموصى، وهو أعم من القبول، بل يتحقق بالرد وعدم القبول إذا لم يبلغ ذلك الموصى، وهو مناف لدعوى العقدية المزبورة (جواهر الكلام، ۳۹۱/۲۸).

این مقاله چنین مطرح می‌شود که: نقش قبول در وصایت چیست؟ این پرسش هر چند ممکن است به شکل بحث قبلی عنوان شود، یعنی این که آیا وصایت، عقد است یا ایقاع؟ اما چون فقیهان به گونه‌ای مستقل از لزوم «قبول» و عدم آن سخن گفته‌اند، ما نیز از این زاویه، مسئله را مورد تحلیل قرار می‌دهیم. فقیهان امامی در خصوص نقش قبول در وصایت پس از فوت موصی نظریات گوناگونی ابراز داشته‌اند که در مجموع می‌توان نظریات ایشان را در چند دسته جای داد:

#### ۱. لزوم عمل به وصیت عهدی در صورت عدم رد در زمان حیات موصی

قائلان این نظریه که طبق یک نظر، مشهور فقیهان امامیه هستند بر این باورند که وصی در زمان حیات موصی، حق دارد وصایت را بپذیرد یا رد کند. اما اگر قبول کرد، یا سکوت نمود و یا خبر ایصاء پس از مرگ موصی به او رسید، دیگر حق رد وصایت را ندارد و اجباراً باید آن را بپذیرد. البته باید اطلاق این قول را به صورت وجود توانایی و فقدان عجز وصی و عدم خیانت او، مقید سازیم همان‌گونه که غالب فقیهان به آن اشاره کرده‌اند؛ به عنوان مثال، شیخ طوسی می‌نویسد:

... وصیت باید در حضور موصی رد شود ولی پس از فوت همان طور که ما گفتیم وصی حق رد ندارد، مگر این که اقرار به عجز کند و یا این که خیانت کند (طوسی، الخلاف، ۴/۱۴۸).

در ادامه به نقل تعدادی از کلمات فقیهانی که این قول را پذیرفته‌اند، می‌پردازیم: صدوق می‌نویسد: چنانچه فردی به دیگری وصیتی کند، در صورتی که (وصی) حاضر باشد، می‌تواند وصایت را قبول نکند و اگر غایب باشد و موصی قبل از این که وصی را ببیند بمیرد، لازم است وصیت انجام شود. (فقه الرضا، ۲۹۸)

ایشان در جایی دیگر، عین همین عبارت را می‌آورد و اضافه می‌کند: چنانچه انسان به دیگری وصیت کند در حالی که وصی حاضر است، وصی می‌تواند از قبول، سر باز زند، مگر وصی غایب باشد و موصی پیش از قبول او از دنیا برود، که در چنین صورتی وصیت برای او لازم می‌شود (المقنع، ۴۸۳ - ۴۸۴).

مفید نیز در المقنعة عبارتی قریب به همین مضمون را آورده است (۶۷۲). طوسی در المبسوط همین قول را می‌پذیرد (۶۳/۴) و سخن او در خلاف را نیز پیش از این آوردیم. محقق حلی می‌نویسد: موصی الیه (وصی) می‌تواند مادامی که موصی زنده است وصیت را رد کند با این شرط که خبر رد به موصی برسد، اما چنانچه موصی پیش از رد وصی یا پس از رد او و قبل از رسیدن خبر به موصی، بمیرد، رد وصی بی‌اثر است و وصیت برای وصی، لازم خواهد بود (شرایع الاسلام، ۲/۴۸۲).

شهید ثانی نیز چنین می‌نگارد: ... پیش از این گفته شد که وصیت در زمان حیات موصی از عقود جایز است و هر یک از موصی و موصی الیه (وصی) می‌توانند در حیات موصی، آن را فسخ کنند. لکن در وصیت به ولایت (وصایت) چنانچه وصی آن را بپذیرد، اگر پس از مرگ موصی است، دیگر حق رد آن را ندارد (همان‌گونه که در وصیت تملیکی، پس از قبول و فوت موصی، حق رد نداشت)؛ اما اگر قبولش در زمان حیات موصی بوده است، می‌تواند وصایت را رد کند (همان‌طور که حق رد مال را داشت)، زیرا وصایت یک نوع اذن در تصرف مخصوص است، و او حق دارد اذن را نپذیرد همانند وکالت. البته این حکم وصایت (حق رد) در جایی است که خبر رد به موصی رسیده باشد، وگرنه حق رد ندارد و لازم می‌شود (مسالک الافهام، ۶/ ۲۵۵).

#### ادله قول اول:

ادله این قول بدین قرار است:

#### ۱- اجماع

برخی بر این حکم، ادعای اجماع کرده‌اند. شهید ثانی در مسالک، ظاهر فقیهان را اتفاق بر آن می‌انگارد (۶/ ۲۵۵) و محقق بحرانی از آن نفی خلاف می‌کند (۲۲/ ۵۷۴)؛ لیکن کلام صاحب جواهر در این بحث کمی مضطرب است. او در موردی که وصی در زمان حیات، وصایت را پذیرفته، ادعا می‌کند پس از فوت موصی، حق رد ندارد و در این موضوع، خلافی را ندیده است و سپس یک گام جلوتر می‌رود و به نقل از مبسوط و تذکره، ادعای اجماع می‌کند. آن‌گاه در موردی که وصی قبلاً وصایت را نپذیرفته تا آن که موصی از دنیا رفته است، قائل به لزوم قبول می‌شود و آن را اول به مشهور نسبت می‌دهد و سپس با صریح غنیه و ظاهر دروس<sup>۱</sup>، آن را اجماعی می‌پندارد (۲۸/ ۴۱۸).

به نظر می‌رسد افزون بر چالش‌های جدی که ثبوت و اثبات در برابر اجماع، صف‌آرایی کرده‌اند، وقوع چنین اجماعی نیز نامحقق است زیرا در میان فقیهان مخالفانی دارد همانند علامه حلی، شهید ثانی و دیگران که بدان اشاره شد.

#### ۲- روایات

عمده دلیل قائلان به وجوب قبول وصایت از سوی وصی با شرایطی که ذکر شد، روایاتی است که در این باب وارد شده است؛ این روایات، صحیح و در حد استفاضه هستند:

- محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمودند: چنانچه فردی به دیگری وصیتی کند در حالی که (وصی) غائب است، (وصی) حق ندارد وصیت را رد کند؛ اما اگر وصیت را در حالی انجام

۱. شهید در دروس بر خلاف ادعای صاحب جواهر، این قول را به مشهور نسبت می‌دهد (الدروس الشرعية، ۲/ ۲۲).

می‌دهد که وصی در شهر حاضر است، مختار است که آن را بپذیرد یا رد کند<sup>۱</sup> (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۰۵/۹؛ حر عاملی، ۱۳/۳۹۸).

این روایت صحیح است (بحرانی، ۲۲/۵۷۴). مراد امام (ع) این است که اگر موصی پیش از آن که وصی خبر قبول یا رد را به او بدهد، در غیبت او فوت کند، قیام به وصایت بر وصی، واجب است هر چند آن را قبول نکند.

- فضیل بن یسار از امام صادق (ع) در باره مردی که برای او وصیتی شده بود می‌فرماید: چنانچه کسی را به سوی او بفرستند تا او را از وصیت آگاه سازد، حق رد ندارد، ولی اگر در شهر کسی دیگر که به وصیت عمل کند، وجود دارد، او مخیر است قبول یا رد کند<sup>۲</sup> (طوسی، الاستبصار، ۴/۱۳۰؛ حر عاملی، ۱۳/۳۹۸).

سند این روایت هم صحیح است (بحرانی، همان‌جا). منظور آن است که چنانچه موصی پس از فرستادن کسی به سوی وصی و پیش از رسیدن جواب فوت کند، قبول بر وصی واجب می‌شود و حق رد ندارد. اما اگر در حالی وصیت کرده که وصی حاضر بوده است، او حق رد یا قبول دارد، زیرا در شهر کسانی غیر از او برای پذیرفتن وصایت، موجود هستند.

- منصور بن حازم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که حضرت فرمودند: هر گاه فرد به برادرش که غایب است وصیت کند، حق ندارد وصیتش را رد کند زیرا اگر او حاضر بود و نمی‌پذیرفت، موصی کسی دیگر را وصی خود قرار می‌داد<sup>۳</sup> (همو)

سند این روایت هم صحیح است و تعلیلی که در ذیل حدیث آمده است بسیار مهم و قابل استفاده است.

- فضیل بن یسار از امام صادق (ع) در باره فردی که به او وصیت شده بود نقل می‌کند که فرمود: چنانچه کسی را به سوی او فرستاده‌اند، او حق رد وصایت را ندارد<sup>۴</sup> (همو)

سند روایت صحیح و مضمون آن نیز همانند روایات قبلی است به این معنا که اگر وصی در شهر حاضر و شاهد است، در قبول و رد وصایت، مخیر است، اما اگر غایب بود باید حتماً وصایت را بپذیرد.

۱. علی بن ابراهیم عن ابيه عن حماد بن عيسى عن ربیع عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال: ان اوصی رجل الى رجل وهو غائب فلیس له ان یرد وصيته، فان اوصی اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم یقبل.

۲. محمد بن یعقوب عن محمد بن اسماعیل عن الفضل بن شاذان عن ابن ابي عمیر عن ربیع عن فضیل عن ابي عبد الله عليه السلام فی رجل یوصی اليه قال: اذا بعث بها اليه من بلد فلیس له ردھا؟ وان كان فی مصر یوجد فیہ غیره فذلک اليه.

۳. أبو علی الأشعری عن عبد الله بن محمد عن علی بن الحکم عن سیف بن عمیرة عن منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال: اذا اوصی الرجل الى اخیه وهو غائب فلیس له ان یرد علیه وصيته لانه لو كان شاهدا فابی ان یقبلها طلب غیره.

۴. علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمیر عن القاسم ابن الفضیل عن ربیع عن الفضیل عن ابي عبد الله عليه السلام قال: فی الرجل یوصی اليه قال: اذا بعث بها اليه من بلد فلیس له ردھا.

- هشام بن سالم از امام صادق (ع) در مورد فردی که به دیگری وصیت می‌کند و لی او از پذیرش آن استنکاف می‌ورزد، روایت می‌کند: او را در این وضعیت، خوار نکند<sup>۱</sup> (همو)
- سند روایت، صحیح است و مراد امام (ع) آن است که قبول وصیت بر وصی، لازم است زیرا چنانچه آن را نپذیرد، سبب می‌شود موصی خوار و ذلیل گردد (یا به لحاظ آن که در معرض تحقیر قرار می‌گیرد و یا بدین لحاظ که وصایای او بر زمین می‌مانند).
- از امام رضا (ع) منقول است که چنانچه فردی به دیگری در حضورش وصیت کند، وصی حق دارد وصایت را رد کند، اما اگر وصی غائب است و موصی پیش از ملاقات با او فوت کند، وصایت برای وصی، لازم می‌شود<sup>۲</sup> (ابن بابویه، المقنن، ۱۶۶؛ نوری، ۱۴/۱۱۰).
- با دقت در این روایات، می‌توان چنین نتیجه گرفت:
- یک. قبول وصیت در زمان حیات موصی، بر وصی واجب نیست و او می‌تواند آن را رد کند حتی اگر پیش از آن قبول کرده باشد، و دلیل این مطلب، افزون بر اصالت عدم وجوب قبول، روایات مستفیضی بود که از نظر گذشت.
- دو. منظور از غیبت و حضور در این روایات، کنایه از رسیدن خبر رد در زمان حیات، به موصی است زیرا بر این مطلب که رسیدن خبر، مدخلیت دارد نه صرف حضور، اجماع قائم شده و همچنین خبر منصور بن حازم نیز معلل به همین مطلب شده بود. افزون بر این که فتوای اصحاب و روایت امام رضا (ع) نیز این موضوع را تأیید می‌کند (صاحب جواهر، ۱۸/۴۱۵).
- سه. اما پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا افزون بر رسیدن خبر رد به موصی، امکان جایگزینی وصی دیگری برای موصی، شرط است یا صرف رسیدن خبر در زمان حیات او کفایت می‌کند؟ ظاهر فتاوا آن است که کافی است ولی مقتضای تعلیل در روایات، ناکافی بودن آن است زیرا اگر موصی امکان جایگزین کردن فرد دیگری را نداشته باشد، به منزله آن است که خبر رد به نرسیده است. صاحب جواهر امکان نصب وصی دیگر را معتبر می‌شمرد و بر این باور است که قول امام (ع) که می‌فرماید: «لو كان شاهدا فابی...» بر این مطلب دلالت می‌کند زیرا علت، منصوبه و قابل تعدی است (۲۸/۴۱۵).
- چهار. مشهور فقیهان امامی بر اساس همین روایات و بر خلاف قواعد عمومی معاملات فتوا داده‌اند. در حقیقت آنان با این روایات، اصل لزوم «اختیار» در عقد و «عدم جریان اراده یک شخص علیه دیگری»

۱. علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن هشام بن سالم ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يوصي إلى الرجل بوصية فبئى أن يقبلها فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا يخذله على هذه الحال.

۲. عن فقه الرضا (ع): إذا أوصى رجل إلى رجل وهو شاهد فله أن يمتنع من قبول الوصية وإن كان الموصى إليه غائبا ومات الموصى من قبلان يلتقى مع الموصى إليه فإن الوصية لازمة له.



را تخصیص زده‌اند.

### ب. جواز رد وصایت پس از فوت در صورت عدم قبول پیش از فوت

در بررسی‌های به عمل آمده، معلوم شد نخستین فقیهی که در مقابل قول مشهور، فتوای عدم لزوم قبول وصی را مطرح ساخته است، علامه حلی در تحریر و مختلف الشیعه است. وی در تحریر الاحکام می‌نویسد:

... چنانچه به دیگری وصیت کند (وصایت)، بر او قبول آن واجب نیست و می‌تواند چه در حیات یا پس از حیات موصی، آن را رد کند (۳/۳۶۰). البته او در ادامه به نظریه مشهور نیز اشاره می‌کند. در مختلف الشیعه پس از آن که قول وجوب پذیرش وصایت را در صورتی که وصی پس از فوت او بدان آگاه شده یا در زمان حیات موصی آن را رد نکرده است، به طور مطلق به اصحاب امامیه نسبت می‌دهد، چنین می‌نگارد:

من با این قول موافقم در صورتی که وصی در زمان حیات موصی، وصایت را پذیرفته باشد؛ ولی چنانچه قبلاً قبول نکرده یا اساساً از آن آگاهی نداشته است، حق رجوع و رد دارد (۶/۳۳۷). از دیگر اساطینی که به این قول تمایل نشان داده‌اند شهید ثانی و محقق سبزواری هستند. شهید ثانی پس از نقل اخبار وارد شده و اظهار نظر در باره آن‌ها می‌نویسد:

... اثبات چنین حکم مخالف اصول به گونه‌ای که موصی بر وصی به طور قهری مسلط شود، بعید است (مسالک، ۶/۲۵۸).

محقق سبزواری نیز پس از ذکر قول علامه و توجیهی که برای روایات آورده است، آنرا نیکو می‌شمارد (۱۵۰).

### ادله قول دوم:

همان گونه که اشاره شد، علامه و برخی دیگر در مقابل مشهور، بر این باورند که وصی می‌تواند وصایت را در حیات یا پس از فوت موصی، رد کند. تنها در صورتی که وصایت را در حیات موصی پذیرفته باشد و بر آن باقی باشد تا موصی فوت کند، دیگر حق رد آن را ندارد. اینک استدلال این گروه را از نظر می‌گذرانیم:

#### ۱- موافقت با اصل

علامه تأکید می‌ورزد که اصل عملی عند الشک در وجوب قبول، عدم است و وجوب قبول بر خلاف اصل عقلی و شرعی است (مختلف الشیعه، ۶/۳۳۷)

#### ۲- قاعده لا ضرر

دلیل دوم آن است که از وجوب قهری قبول بر وصی، تضییع او لازم می‌آید و حکم ضرر غیر مستحق، از

نظر شارع، ملغی است؛ خداوند می‌فرماید: و ما جعل علیکم فی الدین من حرج (حج/۷۸) و پیامبر (ص) نیز فرموده‌اند: ولا ضرر و لا ضرار فی الاسلام<sup>۱</sup> (همو).<sup>۲</sup>

### ۳- لزوم انضمام قبول در عقد

وصایت یکی از انواع عقود است و هر عقدی نیازمند ایجاب و قبول است. بنا بر این، بدون انضمام قبولی که توأم با قصد و رضا باشد، عقد کامل نیست (همو).

### ۴- حمل احادیث بر سبق قبول

علامه در توجیه احادیث چنین می‌نگارد: می‌توان احادیث را بر موردی حمل کرد که قبلاً از سوی وصی در زمان حیات موصی، قبولی صورت پذیرفته باشد (همو).

### ۵- حمل بر شدت استحباب

شهید ثانی در مسالک، در توجیه دیگری، این روایات را حمل بر استحباب می‌کند. ایشان در آغاز عقیده دارد که این اخبار، صریح در مدعا نیستند زیرا مفاد آنها عدم لزوم مطلق قبول از سوی حاضر و لزوم مطلق قبول از سوی غائب است و این غیر محل نزاع است (زیرا نزاع در جایی است که شخص در زمان حیات موصی، قبول نکرده یا اطلاع نداشته است و اینک پس از فوت او، نزاع است که آیا قبول لازم است یا نه). هر چند در روایت هشام بن سالم، اشاره‌ای به این موضوع هست، اما نمی‌توان با این تعلیل که در یک روایت حسن آمده است، چنین حکمی مخالف با اصول شرعی را اثبات کرد و به طور قهری حق وصایت را بر عهده وصی گذارد و به موصی اجازه داد تا هر کسی را بخواهد به عنوان وصی تعیین کند و از شهود هم بخواهد که تا مرگش آن را پوشیده نگه دارند! بنا بر این، بهتر است این روایات یا بر سبق قبول و یا بر شدت استحباب قبول، حمل گردند (۲۵۸/۶).

### نقد و بررسی قول دوم:

به نظر می‌رسد این سخن شهید ثانی درست نباشد که فرمود: این روایات، صریح در مدعا نیست. با ملاحظه برخی روایات به ویژه روایتی که از کتاب فقه رضوی (ع) نقل شد، امام (ع) تصریح می‌فرمایند که بر غائب لازم است به وصایت عمل کند اعم از این که وصی قبلاً وصایت را پذیرفته باشد یا نپذیرفته باشد؛ البته اگر پذیرفته که محل بحث نیست، ولی چنانچه نپذیرفته باشد، محل خلاف است که این روایات حکم به لزوم پذیرش می‌کنند. حتی خود علامه نیز از روایات، همین معنا را استفاده کرده است، منتهی معتقد

۱. ابن بابویه، من لا یحضره، ۳۳۳/۴.

۲. همان‌طور که برخی از بزرگان گفته‌اند ترکیب «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» در هیچ یک از مجامع معتبر شیعی نیامده مگر در کتاب کم اعتبار عوالی اللثالی؛ بله در برخی مانند من لا یحضره الفقیه، ترکیب «لا ضرر و لا اضرار فی الاسلام» آمده است.

است که این روایات با ادله نفی ضرر حرج، تعارض دارد، و این روایات را حمل بر مورد سبق قبول می‌کند و شهید آن‌ها را حمل بر شدت استحباب می‌کند.

هر دو حمل به نظر نادرست می‌رسند. اما این که روایات را با ادله نفی ضرر و حرج، معارض قرار دهیم، صحیح نیست زیرا به صرف وصایت به فرد، ضرر و حرجی حاصل نمی‌آید، که اگر چنین بود، لازم می‌آمد به طور مطلق، قبول وصایت، جایز نباشد چرا که انسان (وصی) حق ندارد خود را به مجرد وصیت به او در ضرر بیفکند. بله چنانچه در موردی، ضرر و حرج لازم آمد، وصی می‌تواند رجوع کند و به این ترتیب، میان روایات با ادله نفی ضرر و حرج هم جمع می‌شود و نیازی به دو تأویل بعید علامه و شهید نیست. اما اینکه فرمودند با عمل به اطلاق این روایات، لازم می‌آید بر خلاف اصول و قواعد، حق وصایت را به صورت قهری بر عهده وصی بیفکنیم، در فقه کم سابقه نیست. اگر این حکم با ادله صحیح ثابت شده است، می‌توان با آن‌ها اصول و قواعد یادشده را تخصیص زد، زیرا این مثل سائر معروف است که: «ما من عام الا و قد خص» و مجرد استبعاد عقلی در برابر این روایات، تاب مقاومت ندارد (بحرانی، ۲۲/۵۷۸).

صاحب جواهر نیز معتقد است این برخورد با روایات باب، اجتهاد در مقابل نص است و مشهور بر اساس نصوص و اجماع، از اصول و قواعد عدول کرده‌اند؛ از دیگر سو، اگر ضرر و حرج غیر قابل تحمل باشند، تکلیف ساقط می‌شود و دیگر محل بحث نخواهد بود، و اگر قابل تحمل اند، با وجود دلیل، اشکالی متوجه نخواهد شد. و این که گفتند روایات، صریح نیستند، در اصل مسئله خللی ایجاد نمی‌کند زیرا اکثر فقه بر مدار ظواهر بنا شده است (۴۱۸/۲۸).

#### ت. وجوب قبول مطلق در صورتی که موصی پدر وصی باشد.

نظریه سوم که منسوب به شیخ صدوق است، می‌گوید: چنانچه موصی در وصیت عهدی، پدر وصی باشد، قبول وصایت علی الاطلاق بر وصی (فرزندش) واجب است و او به هیچ روی حق رد ندارد. منظور از «اطلاق» آن است که تفاوتی در اینکه وصی به هنگام وصایت، حاضر بوده باشد یا غایب و یا اینکه وصیت را در زمان حیات موصی، قبول یا رد کرده باشد نیست. همچنین صدوق به این مورد جایی را که امر وصایت، منحصر در موصی الیه باشد، ملحق ساخته است (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، حدیث ۵۴۴۷).

علامه در مختلف به این قول تمایل پیدا کرده (۳۸۶/۷) و صاحب ریاض نیز آن را چنانچه خلاف اجماع نباشد، نیکو می‌شمارد (طباطبایی، ۴۴۸/۹).

#### دلیل قول سوم:

شیخ صدوق معتقد است چنانچه موصی، پسر خود را به عنوان وصی خویش تعیین کند، قبول وصایت

بر فرزند، واجب می‌شود؛ همچنین اگر امر وصایت در او منحصر باشد، حق رد ندارد (المقنع، ۱۰۴). دلیل او بر بخش اول ادعایش، مکاتبه علی بن ریان که به امام ابو الحسن عسکری (ع) می‌نویسد: مردی را پدرش به پذیرش وصیتش فراخوانده است، آیا حق دارد از قبول آن امتناع ورزد؟ امام (ع) در پاسخ نوشتند: حق خودداری ندارد<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۲۸/۴۰۰).

و اما دلیلش بر بخش دوم مدعایش، مفهوم صحیح ابن یسار از امام صادق (ع) در باره شخصی که به او وصیتی می‌شود، است که می‌فرماید: چنانچه از شهر به دنبال او بفرستند، حق رد ندارد ولی اگر در شهر است و کسی جز او وجود دارد، حق انتخاب با اوست (حر عاملی، ۲۸/۴۰۰).

علامه در مختلف به این قول تمایل پیدا کرده و در مورد فرزند آن را حمل بر شدت استحباب می‌کند و در مورد وصی منحصر به فرد، آن را از باب واجب کفایی به شمار می‌آورد. البته در مورد فرزند، احتمال وجوب از باب عقود والدین را هم می‌دهد (۶/۴۰۶-۴۰۵). صاحب ریاض نیز می‌نویسد: مطلب چنین است به شرطی که اجماعی بر خلافت منعقد نشده باشد و چنین اجماعی را نمی‌توان از اطلاق کلمات اصحاب به جواز رد، ادعا کرد زیرا از این دو موضوع از آن، متبادر نیست؛ بنا بر این، اطلاقات نصوص دیگر به جواز رد را با این دو خبر، تقیید می‌کنیم (۹/۴۹۲). البته صاحب جواهر در مقام داری می‌نویسد: زمانی می‌توان نسبت اطلاق و تقیید را برقرار ساخت که این دو روایت بتوانند با آن همه نصوص، برابری کنند، در حالی که با توجه به تعداد زیاد نصوص اطلاق و اتحاد خبر تقیید، و نیز معاضدت اطلاق با فتاوی‌های اصحاب، این برابری امکان‌پذیر نیست (۲۸/۴۱۵).

### جمع‌بندی اقوال

دآوری این اقوال مبتنی بر تبیین چند فرضیه است که بدون آن‌ها نمی‌توان یکی از اقوال را تلقی به قبول کرد:

**نخست** موضوع امکان تخصیص قواعد و اصول کلی متخذ از عقل و نقل است. آیا خبر توانایی تخصیص قواعد فراگیری مانند «لزوم وجود قصد و رضا در عقود» را دارد؟ تبارشناسی این قاعده نشان می‌دهد که عقل و نقل هر دو پدیدآورنده آن هستند. عقل به طور قطعی حاکم است که بدون تراضی و توافق طرفینی، نمی‌توان هیچ عقدی را برپا کرد و اصولاً توافق و تراضی در ضمن ماهیت عقد نهفته است. عقد در لغت به معنای گره زدن است و هر گره‌ی، دو سو به دارد. بنا بر این، عقل قطعی، اجبار فرد را به ایجاد عقد،

۱. محمد بن یعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زیاد، عن علی بن الریان قال: کتبت إلى أبي الحسن علیه السلام: رجل دعا والده إلى قبول وصيته، هل لسان يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع علیه السلام: ليس له أن يمتنع ورواه الشيخ باسناده عن سهل بن زیاد، وكذا الصدوق.

ظلم و قبیح می‌شمارد و طبیعتاً به قاعده ملازمه، شرع را نیز هم‌صدای با خود می‌انگارد. اما در نقل نیز شواهد بسیاری بر اعتبار این اصل عقلی وجود دارد. آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود...» (مانده: ۲) دال بر این حقیقت است که مؤمنان تنها بایسته است به پیمان‌های خود وفادار باشند. همچنین آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منکم...» (نساء: ۲۹) که بر لزوم وجود تراضی در تجارت و معامله دلالتی روشن دارد. البته در صورتی این آیه بر مقصود دلالت خواهد داشت که یا مفهوم تجارت، عام و در هر معامله‌ای معنا گردد و یا از مناط آن که حرمت اکل مال به باطل و فقدان رضا در تجارت است، بهره گرفته شود.

شیخ انصاری برای اعتبار قصد و اختیار در معامله افزون بر آیه تراضی و روایت «لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه» (کلینی، ۲۷۳/۷)، به اجماع نیز تمسک می‌کند (البیع، ۱۱۸). از دیگر ادله‌ای که شیخ برای اعتبار اختیار و قصد بدان تمسک می‌کند، حدیث رفع<sup>۱</sup> است. ایشان بر این باور است که گرچه ظاهر حدیث، رفع مؤاخذه است، ولیکن با توجه به این که امام (ع) در رفع برخی احکام وضعی به آن استشهاد کرده‌اند، نشان‌گر این نکته است که حدیث، همه موارد که بر فرد الزام می‌شود را در بر می‌گیرد (همان).

پرسی که اینجا رخ می‌نماید این است که آیا الزام وصی به قبول وصایت در صورت عدم قبول آن در زمان حیات موصی یا عدم اطلاع از وصایت تا زمان فوت موصی، مشمول حدیث رفع نمی‌شود؟ بدین معنا که این الزام نیز یک نوع، اکراه تلقی گردد و به واسطه حدیث رفع، برداشته شود؟ به نظر می‌رسد این سخن چندان وجیه نباشد چرا که ظاهر<sup>۲</sup> مراد از اکراه در حدیث رفع، اکراه بیرونی است که از جانب افراد، بر شخص وارد می‌آید و در محل بحث، این الزام یک تکلیف شرعی و قانونی است. مگر گفته شود که: درست است که حکم الزام وصی، از سوی شارع است، اما ایجاد سبب تحقق آن، از سوی موصی است، بنا بر این، اکراه صادق است.

**دو.** نکته دومی که در این مبحث، تعیین‌کننده است، «حق» یا «حکم» بودن وصایت است. برخی بر این باورند که تعدادی از اموری که به نام «حقوق» شناخته می‌شوند، «حق» نیستند بلکه «حکم» به شمار می‌روند. نظیر حق تولی‌های که واقف برای متولی وقف قرار می‌دهد یا حق وصایتی که موصی برای فردی خاص، مقرر می‌دارد؛ این امور، حکم هستند نه حق به معنای مصطلح. و این که گفته می‌شود وصی در زمان حیات موصی، حق رد دارد (البته به شرط این که خبر رد به موصی برسد و امکان جایگزین کردن هم

۱. صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۵۹/۱: «وقال النبی (ص): رفع عن امتی تسعة اشیاء السهو و الخطأ و النسیان و ما اکرهوا علیه و ما لا یعلمون و ما لا یطیقون و الطیرة و الحسد و التفکر فی الوسوسة فی الخلق ما لم ینطق الانسان بشفة».

داشته باشد)، از این جهت نیست که وصایت، حق وصی است و رد کردنش، یک نوع اسقاط حق، شمرده می‌شود، و گرنه هر زمان بخواهد، باید بتواند آن را رد کند (در حالی که چنین نیست). بنا بر این، وصایت و امثال آن، حق به معنای خاص که از مراتب ملک است، نیستند بلکه می‌توان آن‌ها را حق بالمعنی الاعم دانست<sup>۱</sup> (بحرالعلوم، ۳۸/۱؛ خوانساری، ۴/۱۱۵؛ امام خمینی، البیع، ۱/۲۷). بنا بر این، چنانچه وصایت را «حکم» بدانیم و نه حق، اساساً از مبحث عقود، خارج می‌شود زیرا هر عقدی بر وجود حقی برای متعاقدین در ایجاد یا عدم ایجاد آن مبتنی است.

سه. سومین عنصری که در محل بحث، تعیین‌کننده است، عقد یا ایقاع بودن وصایت است. چنانچه وصایت را عقد بدانیم، طبعاً الزام وصی به قبول، با چالش روبرو می‌گردد، اما اگر وصایت را ایقاع بدانیم، اساساً نیازمند قبول نخواهد بود. در میان فقیهان معاصر کم نیستند کسانی که وصایت و حتی وصیت را ایقاع می‌دانند. صاحب عروه صریحاً می‌نویسد: وصیت عهدی نیازمند قبول نیست، اما وصیت تملیکی، از نظر مشهور، نیاز به قبول دارد و بنا بر این، از عقود به شمار می‌رود و محتمل است که اصلاً نیازی به قبول نباشد بلکه رد، مانع تلقی گردد، که در این صورت، ایقاع صریح خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۵/۶۴۳)؛ در ذیل همین عبارت، مرحوم بروجردی وصیت را مطلقاً ایقاع می‌داند و امام خمینی هم تحقق وصیت و ترتب احکام بر آن را متوقف بر قبول نمی‌داند (همو). فقیهی دیگر در بیانی متفاوت چنین می‌نگارد: در حقیقت، وصیت عبارت است از عهدی که به امور راجع به پس از فوت، تعلق گرفته است و خودش عنوانی مستقل در برابر سایر عناوین عقود و ایقاعات نیست؛ همانطور که عهدهای مردم در زمان حیاتشان متفاوت است، برخی عقد، دسته‌ای ایقاع، پاره‌ای وعد یا استدعا هستند، عهدهای متعلق به پس از فوت نیز مختلف‌اند... و اگر عهدی است که متعلق به تجهیز میت، نماز، روزه، رد امانات و امثال آن‌ها است، یک نوع اذن و استدعا شمرده می‌شود (همو).

ملاحظه می‌شود که دیدگاه‌های فقیهان در چیستی‌شناسی وصیت و وصایت، یکسان نیست، با این همه، غالب آنان وصی را (در صورت قبول وصایت در حیات موصی یا نرسیدن خبر رد به او) ملزم به انجام وصایت کرده‌اند و این موضوع، بسی مایه شگفتی است.

**چهار.** در بررسی اقوال سه‌گانه باید گفت: قول شیخ صدوق، افزون بر آن که هواداری ندارد، در محل خودش به نقد درآمد. ایشان بر این باور بود که قبول وصایت پدر مطلقاً بر پسر موصی لازم است و او حتی در زمان حیات پدر نیز حق رد آن را ندارد. همچنین اگر کسی جز وصی برای وصایت، وجود نداشته باشد،

۱. در ادامه چنین آمده است: وبالجملة، فالظاهر أن الولايات علی إطلاقتها وشعبها المجعولة ممن له الجعل والنصب لاشخاص أو أنواع من حيث الترخيص فی تصرفاتهم فی مال الغير أو نفسه وصحتها ونفوذها - ومنها باب الوصاية - من قبيل الاحكام الثابتة لموضوعاتها فی مواردھا - ترخيصاً أو إمضاء - ومن هنا لا تقبل الاسقاط، فهي من قسم الحق بالمعنی العام، لا من الحق بالمعنی الاخص الذي هو من مراتب الملك القابل للاسقاط بمقتضى طبعه.

باز هم قبول بر او لازم می‌شود (المقنن، ۱۰۴). در پاسخ باید گفت: اولاً روایت علی بن ریان از امام ابوالحسن (ع) که مستند قسمت اول مدعای اوست<sup>۱</sup>، به واسطه وجود «سهل بن زیاد» در طریقش، دچار ضعف است<sup>۲</sup> (خویی، معجم رجال الحدیث، ۳۵۴/۹) و افزون بر آن، می‌توان آن را بر موردی حمل کرد که رد فرزند، سبب ایذاء پدر می‌شود (یعنی از باب حرمت ایذاء پدر، قبول واجب است نه ذاتاً) که از محل بحث، خارج است؛ و ثانیاً در پاسخ مستند قسمت دوم مدعایش که صحیحه فضیل بن یسار از امام صادق (ع) است،<sup>۳</sup> باید گفت: دلالت این روایت با مفهوم است و نمی‌تواند در برابر اطلاق نصوصی که رد را اجازه می‌کنند مقاومت کند؛ همچنین می‌توان آن را بر استحباب قبول، حمل کرد؛ و این احتمال نیز وجود دارد که این روایت، بر اساس غلبه صادر شده باشد تا به فلسفه حکم اشاره کند (بحر العلوم، ۱۷۴/۴).

پنج. اما چالش اصلی میان قول مشهور و علامه و تابعان اوست. هر دو گروه برای مدعای خود ادله محکمی اقامه کرده‌اند. مهم‌ترین دلیل مشهور، افزون بر ادعای اجماع، روایات بود. در ارتباط با اجماع باید گفت: در اعتبار و دلالت اجماع، سخن بسیار است که مجال بیان آن‌ها نیست، اما به نظر می‌رسد این اجماع حداقل با دو مشکل اساسی مواجه است: نخست مدرکی بودن آن است که آن را از درجه اعتبار ساقط می‌کند و دوم مخالفت چند فقیه سرشناس مانند علامه و شهید ثانی که آن را خرق می‌کند. البته این که ما در حجیت اجماع چه مبنایی را اتخاذ می‌کنیم، در وجود مخالف، تأثیرگذار است. ولی بنا بر مسلک متأخران که از طریق حدس، رأی معصوم (ع) را استکشاف می‌کنند، وجود مخالف، قطعاً مضر تلقی می‌شود (انصاری، فرائد الاصول). ولی به هر حال، اشکال مدرکی بودن همچنان به قوت خود باقی است.

اما روایات که به طور کامل آن‌ها را نقل کردیم، اکثرًا صحیح یا معتبر بودند، بنا بر این نمی‌توان در صحت اسناد آن‌ها شبهه‌ای وارد کرد، همان‌گونه که حتی علامه و پیروانش نیز به سند آن‌ها خدشه‌ای وارد نساخته‌اند و تنها به حمل و توجیه آن‌ها بسنده کرده‌اند.

به نظر می‌رسد روشی که مشهور در پیش گرفته‌اند، روش بدیعی نیست؛ معمولاً فقیهان ما در استنباط احکام شرعی، بیش و پیش از هر چیز بر نصوص و منقولات، تکیه می‌کنند و با وجود نصوص معتبر، هیچ درنگی در اظهار فتوا نمی‌کنند و تنها در مواردی که با عقل قطعی یا قطعیات دیگر کتاب و سنت در تعارض باشند، از آن‌ها دست می‌کشند. در محل بحث، روایات هر چند صراحت در مطلوب ندارند ولیکن ظاهر

۱. علی بن ریان می‌گوید به امام (ع) نامه نوشتم که: فردی را پدرش وادار به قبول وصیتش کرده است، آیا می‌تواند آن را قبول نکند؟ امام (ع) در پاسخ نوشت: نمی‌تواند امتناع ورزد (حر عاملی، ۴۰۰/۲۸). بر این اساس که نهی امام از رد کردن، مقتضی عدم تأثیر رد است زیرا نهی در چنین مواردی بر فساد دلالت می‌کند نه صرف حکم تکلیفی (بحر العلوم، ۱۷۳/۴).

۲. هر چند گفته شده: الامر سهل فی سهل (همو، ۱۷۳/۴).

۳. صحیحه ابن یسار از امام صادق (ع) در باره شخصی که به او وصیتی می‌شود، است که می‌فرماید: چنانچه از شهر به دنبال او بفرستند، حق رد ندارد ولی اگر در شهر است و کسی جز او وجود دارد، حق انتخاب با اوست (حر عاملی، ۴۰۰/۲۸).

آن‌ها بر مدعای مشهور، دلالت دارد و به قول صاحب جواهر، اکثر فقه مبتنی بر ظواهر است (۴۱۸/۲۸). اینک باید دید که آیا الزام وصی به قبول وصایت (در موارد یاد شده)، با اصول عقلی و شرعی قطعی در تضاد است (آن گونه که شهید ثانی ادعا کرده است) یا خیر، تضادی در کار نیست و این روایات، ادله عقلی و شرعی را تخصیص می‌زند؟ صاحب جواهر بر این باور است که طرد این روایات، اجتهاد در مقابل نص است و باید به سبب آن‌ها از اصول و قواعد عقلی و نقلی خارج شد و دست کشید؛ و حمل روایات بر دو موردی که علامه و دیگران عنوان کردند، در صورتی قابل پذیرش است که اصول مزبور با روایات در یک سطح باشند، در حالی که چنین نیست (همو).

### تغایر روشی فقیهان

هر فقه‌پژوه متبعی اذعان خواهد کرد که فقیهان در چنین مواردی، رویکرد واحدی اتخاذ نکرده‌اند. برخی از آنان در موارد مشابه، جانب اصول و قواعد عقلی و شرعی را گرفته و نصوص را تأویل یا طرح کرده‌اند. به عنوان مثال، روایات بسیاری که در مورد لزوم مجازات کودک سارق با خراشیدن یا حتی قطع انگشتان او وارد شده است (ابن بابویه، من لا یحضر، ۴/ ۶۲). به عنوان نمونه ابن ادریس حلی (۴۸۵/۳)، علامه حلی (قواعد الاحکام، ۳/ ۵۵۴)، و امام خمینی (تحریر الوسیله، ۲/ ۴۸۲) در مواجهه با این روایات، به استناد اصل عدم تکلیف صبی، آن‌ها را طرح می‌کنند؛ این در حالی است که بسیاری از فقیهان با اشاره به این که طرح این روایات، اجتهاد در مقابل نص و قیاس کردن در دین خداوند است، به مضمون آن‌ها فتوا داده‌اند (ابن بابویه، المقنع، ۴۴۶؛ شیخ طوسی، النهایة، ۷۱۶؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۴/ ۹۵۲). ابن فهد حلی در همین مقام در پاسخ کسانی که مجازات کودک سارق را با قاعده عدم تکلیف صبی، حدیث نبوی «رفع قلم از صبی» و برائت ذمه او از مجازات، در تعارض می‌بینند، چنین می‌گوید: قاعده عدم تکلیف صبی توسط روایات قطع دست، تخصیص خورده است... (۹۱/۵).

بنا بر این، باید توجه داشت که نوع نگرش فقیه به قواعد و اصول کلی از یک سو و نگاه او به دامنه و قلمرو اعتبار نصوص و روایات از دیگر سو، در داوری و اظهار نظر او بسیار تأثیرگذار است. همچنین بنا بر آنچه گفته شد، تحقق تعارض میان روایات با اصول و قواعد، در صورتی است که وصایت را عقد یا ایقاع<sup>۱</sup> بدانیم؛ اما اگر وصایت را یک نوع «حکم» الزامی از سوی شارع (مانند وجوب قضای نماز پدر بر پسر بزرگ‌تر) تلقی کنیم، طبیعتاً دیگر نمی‌توان از مخالفت آن با قواعد سخن گفت. البته

۱. ممکن است گفته شود چنانچه وصایت، ایقاع باشد، بنا بر این نیازی به قبول وصی نخواهد بود؛ ولی باید توجه کرد که درست است که ایقاع یک عمل حقوقی یک طرفه است اما نمی‌تواند موجب تعهد یا تکلیفی بر شخص دیگر شود و تنها می‌تواند حقی را برای ایقاع‌گر ایجاد کند (مانند حیات مباحات یا اجازه مالک در بیع فضولی)؛ یا حقی را ساقط کند (مانند ابراه) و یا رابطه‌ای را از بین ببرد (مانند طلاق).



این فرضیه چندان صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا مشهور فقیهان وصایت را در زمره عقود جای داده‌اند و از طرفی، در خود روایات هم موضوع قبول به نوعی مطرح شده است و این با حکم بودن آن منافات دارد (مگر گفته شود قبول، مشترک لفظی است و دلالت بر عقد بودن وصایت نمی‌کند).

## رأی برگزیده

نگارندگان دیدگاه علامه و پیروانش را نزدیک‌تر به صواب می‌دانند اما در بیان ادله، اندکی متفاوت می‌اندیشند. بر اساس این دیدگاه، وصایت یک عقد جایز است که نیاز به ایجاب و قبول دارد و وصی حق دارد حتی پس از فوت موصی، آن را بپذیرد یا رد کند. اما اگر قبول کرد تا آن که موصی از دنیا رفت، عقد لازم می‌شود و حق رجوع ندارد. طبیعتاً این دیدگاه هم باید اطلاق روایات وارد شده را حمل و تأویل کند. این نظر مبتنی بر چند فرضیه است:

۱- با توجه به صحت روایات باب، بر اساس اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نفس الامری، باید برای روایات مذکور، مصالحی را فرض کرد. روشن است که در جوامع پیشین که روابط، نیازها و امکانات ساده و بسیط بودند و افراد در واحدهای اجتماعی کوچک و به هم پیوسته زندگی می‌کردند، تعلقات جمعی و روح تکافل اجتماعی از قوت و عمق بیشتری برخوردار بود. آحاد جامعه اسلامی که در قالب یک امت شکل گرفته بودند، نسبت به هم و نیازهای متقابل، احساس تکلیف می‌کردند. اسلام نیز این تمایل درونی را در بسیاری عرصه‌ها قانون‌مدار کرد؛ موضوع عاقله، قسامه و لزوم قبول وصی از این جمله است. حکم لزوم قبول وصی یک حکم الزامی خالی از مصلحت نبوده است.<sup>۱</sup> یکی از دانشیان حقوق در ارتباط با ماده ۸۳۴ ق.م می‌نویسد: این ماده برای رعایت احترام اراده موصی و حفظ منافع کودکان و ایجاد حسن تعاون اجتماعی، وصی را مجبور کرده است که امر متوفی را اطاعت کند. بنا بر این در روزگار ما که تحولات عظیم اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی موجب ایجاد روابط و نیازهای تازه‌ای شده است، اساساً موضوع این گونه از روایات از بین رفته است؛ و از آنجا که تغییر موضوع، سبب تغییر حکم می‌شود، ناگزیر باید حکم نیز دست‌خوش تغییر گردد. این نگرش (تغییر حکم با تغییر موضوع) یکی از تفاسیری است که در

۱. با تأمل در روایات باب وصایت می‌توان به مقصدگرا بودن آن‌ها پی برد. مثلاً در روایت فضیل، روشن است که هدف از تشریع حکم، تحقق خواست موصی است نه یک حکم تعبدی محض: عن الفضیل بن یسار، عن ابي عبدالله (ع) فی رجل یوصی الیه، قال: إذا بعث بها الیه من بلد فلیس له ردها، وإن کان فی مصر یوجد فیہ غیره فذاک الیه (وسائل، ۱۸/۱۹)؛ یا در روایت منصور حضرت می‌فرمایند اگر وصی تعیین شده حضور می‌داشت و قبول نمی‌کرد، دیگری را منصوب می‌کرد: عن منصور بن حازم، عن ابي عبدالله (ع) قال: إذا أوصی الرجل الی أخیه وهو غائب فلیس له أن یرد علیه وصیته لأنه لو کان شاهداً فلی أن یقبلها طلب غیره (همان). برای تأیید این مطلب می‌شود به روایاتی اشاره کرد که وصی قراردادن زنان را منع می‌کند و در مقام تعلیل به آیه «لا توتوا السفهاء أموالکم» استناد می‌ورزد (وسائل، ۱۱/۱۹)؛ پر واضح است که در این روایات، شرایط جامعه آن روزگار، مورد توجه قرار گرفته است.

ارتباط با نظریه «زمان و مکان» امام خمینی مطرح شده است.<sup>۱</sup>

۲- موضوع آزادی قراردادی و اصل لزوم اختیار در قراردادها امروزه بیش از گذشته مورد تأکید و پاس‌داشت قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۴۴-۱۴۸). قانون مدنی ما در ماده ۱۰ آن را به رسمیت شناخته و در ماده ۱۹۰ نیز بر لزوم قصد و رضا در معامله، تأکید کرده است. بنا بر این، عدول از آن و الزام وصی به قبول اجباری وصایت (در ماده ۸۳۴) بر اساس روایاتی که در زمانی خاص با مصالحی خاص، صادر شده‌اند، چندان موجه و برخوردار از ضابطه حقوقی به نظر نمی‌رسد. درست است که در کنار اصل آزادی قراردادی، از قراردادهای اجباری و الحاقی نیز سخن گفته شده است، اما موضوع بحث در موارد مشکوکی است که به لحاظ موازین فقهی و حقوقی، دچار چالش‌اند؛ در این گونه موارد شاید بتوان به این اصل، به عنوان یک فصل الخطاب رجوع کرد.

۳- بایسته نیست که ماده مزبور را مقید به عدم لزوم ضرر، حرج و مشقت سازیم زیرا حتی قائلان این قول، بر این باورند که در صورت لزوم ضرر، حرج و مشقت، یا اساساً تکلیف از دوش وصی برداشته می‌شود یا به اندازه توانش اختصاص می‌یابد. بنا بر این، پیشنهاد می‌شود ماده ۸۳۴ قانون مدنی بر اساس دیدگاه علامه حلی اصلاح شود تا ضمن جلوگیری از تضییع حقوق افراد، از ایجاد پرونده‌های حقوقی در محاکم<sup>۲</sup> نیز اجتناب گردد. البته این اصلاح باید با یک تکمله همراه باشد، به این صورت باشد که موصی در آگاه‌سازی وصی مورد نظر خود، قانوناً ملزم باشد. این نظریه مبتنی بر جمع میان ادله مختلف است: روایات دال بر لزوم قبول از سوی وصی؛ ادله نفی ضرر، عسر و حرج؛ ادله حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی. البته برای اجرایی شدن و ضمانت‌های عملی این نظریه باید راه‌کارهایی توسط قانون‌گذار، پیش‌بینی شود.

## نتیجه‌گیری

ایجاد تعهد و الزام برای وصی بدون قبول وی خلاف قواعد و اصول اولیه فقهی است و با اصل سلطنت بر حاکمیت و آزادی اراده وصی معارض است و راه حلی که پیشنهاد شد به این صورت که افرادی که وصیت می‌کنند موظف به آگاه نمودن وصی از امر وصایت باشند و وصی نیز موظف به اعلام پاسخ در

۱. به عنوان نمونه فقیه معاصر آیت الله محمدحسن مرعشی شوشتری ضمن پذیرش اصل تشریح ضمان عاقله، موضوع این حکم را با توجه به شرایط و مقتضیات زندگی قبیله‌ای و عشیره‌ای محقق می‌داند. به همین جهت، اعتقاد دارد چون آن شرایط در حال حاضر موجود نیست، بنابراین موضوع این حکم منتهی است و در نتیجه حکم نیز منتهی خواهد بود و این سخن هیچ منافاتی با (حلال محمد حلال الی یوم القیامه) ندارد؛ چرا که هر حکمی تابع وجود موضوع خود در خارج می‌باشد (دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ۲۲۲/۲)

۲. الزام افراد به پذیرش اجباری و ناآگاهانه وصایت، سبب مراجعه بازماندگان وصیت‌کنندگان خواهد شد.

مدت معین و محدودی باشد و عدم جواب در این مدت تعیین شده به منزله جواب مثبت وی تلقی شود. در این صورت اگر موصی امر وصایت را به اطلاع وصی نرساند، وصی پس از مرگ حق رد خواهد داشت. موصی قبل از فوتش با آگاهی از این امر قطعه نظر وصی را خواهد گرفت تا اطمینان حاصل کند پس از فوتش وصایت به نحو دل خواه او انجام خواهد شد. همچنین به وصی نیز ستمی نخواهد شد که اراده و اختیار از وی سلب شود. بدین صورت تعارض دو قاعده لاضرر از بین می‌رود و وصایت نیز بلا تکلیف نخواهد ماند.

## منابع

### قرآن کریم.

- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنن*، قم، مؤسسه الامام الهادی (ع)، ۱۳۴۸.
- \_\_\_\_\_، *فقه الرضا (ع)*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۶ ق.
- \_\_\_\_\_، *من لا يحضره الفقيه*، قم، جامعه المدرسين، ۱۴۰۴ ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب المحرمه (البيع)*، قم، انتشارات باقری، ۱۴۱۵ ق.
- \_\_\_\_\_، *فرائد الاصول (رسائل)*، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*، قم، مؤسسه الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۱۷ ق.
- آل بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقيه*، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ۱۳۶۲.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی (الاسلامیة)، بی تا.
- خمینی، روح الله، *البيع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *تحریر الوسیلة*، قم، دار الکتب العلمیة (اسماعیلیان)، ۱۴۰۹ ق.
- خوئی، ابو القاسم، *معجم رجال الحدیث*، نرم افزار المعجم الفقهی، نسخه ۳.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ ق.

- شيخ طوسي، محمد بن حسن، *الاستبصار فيما اختلف من الاخبار*، قم، دار الكتب الاسلامية، ١٣٦٣.
- \_\_\_\_\_، *الخلافة*، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤٠٧ ق.
- \_\_\_\_\_، *المبسوط في فقه الامامية*، تهران، المطبعة الحيدريه، طبعه الثانيه، ١٣٨٨ ق.
- \_\_\_\_\_، *النهاية في مجرد الفقه و الفتوى*، قم، انتشارات قدس محمدي، بي.تا.
- \_\_\_\_\_، *تهذيب الاحكام*، قم، دار الكتب الاسلامية، ١٣٦٥.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام*، تهران، نشر دارالكتب مرتضى آخوندي، ١٣٩٧ ق.
- صفايي، حسين، *قواعد عمومي قراردها*، تهران، نشر ميزان، ١٣٨٣.
- علامه حلي، حسن بن يوسف، *تحرير الاحكام على مذهب الامامية*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤٢٠ ق.
- \_\_\_\_\_، *قواعد الاحكام*، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١٣ ق.
- \_\_\_\_\_، *مختلف الشيعه*، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١٢ ق.
- عميد زنجاني، عباسعلي، «ماهيت حقوقي وصيت»، *فصلنامه حقوق*، تابستان ١٣٨٨، دوره ٣٩، شماره ٢.
- كاتوزيان، ناصر، *حقوق مدني قواعد عمومي قراردها*، تهران، شركت سهامی انتشار، ١٣٨٣.
- كاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء*، اصفهان، انتشارات مهدي، بي.تا.
- كليني، محمد بن يعقوب، *الكافي*، قم، دار الكتب الاسلامية آخوندي، ١٣٨٨ ق.
- محسني، سعيد، «ماهيت حقوقي وصيت تمليكي»، *مجلة حقوقي دادگستري*، زمستان ١٣٨٠، شماره ٣٧.
- محقق حلي، جعفر بن حسن، *المختصر النافع في فقه الامامية*، تهران، مؤسسة البعثة، ١٤١٠ ق.
- \_\_\_\_\_، *شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام*، تهران، انتشارات استقلال، ١٤٠٩ ق.
- محقق سبزواري، محمد باقر بن محمد مؤمن، *كفاية الاحكام*، اصفهان، مدرسه صدر مهدي، بي.تا.
- محقق كركي، علي بن حسين، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، ١٤٠٨ ق.
- مرعشي، محمدحسن، *ديدگاههاي نو در حقوق كيفري اسلام*، نشر ميزان، ١٣٧٩.
- موسوي خوانساري، احمد، *جامع المدارك في شرح المختصر النافع*، تهران، نشر مكتبة الصدوق، ١٣٨٩.
- نوري، حسين بن محمدتقي، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، ١٤٠٨ ق.
- يزدي، محمدكاظم بن عبدالعظيم، *العروة الوثقى (محشى)*، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤٢٠ ق.