



### مقدمه

وصیت از جمله اعمال حقوقی است که به دلیل اهمیت آن در زندگی اجتماعی اشخاص، در فقه و حقوق مدنی از جایگاه خاصی برخوردار و همواره مباحث آن مورد توجه فقها و حقوق دانان بوده است. به همین علت، در کتب فقهی به صورت مبسوط بررسی و ارکان، شرایط و احکام آن به تفصیل بیان شده است و برای آن محدودیت‌ها و قیودی در نظر گرفته‌اند.

اخبار و احادیثی وجود دارد که مسلمانان را ترغیب و تشویق به وصیت می‌کند؛ از جمله در روایتی از علی (ع) نقل شده است که فرمود: «خداوند ثلث اموال شما را در پایان عمرتان مایه زیادت اعمال شما به شما عطا کرد»<sup>۱</sup> (الهیمنی، ۱۴۱۲: ۲۱۲). یا در روایت دیگری آمده است که عبدالله بن عمر از رسول خدا (ص) روایت می‌کند که حضرت فرمودند: «شایسته فرد مسلمانی نیست که دو شب را به روز آورد و صاحب مالی باشد و بخواهد به آن وصیت کند، مگر این که وصیت او به طور مکتوب زیر سرش باشد»<sup>۲</sup> (ابوداود، ۱۹۹۰: ۶۵۴؛ بخاری، ۱۴۰۱: ۱۸۶؛ ترمذی، ۱۴۰۳: ۲۲۴). شاید از روایت نخست می‌توان فهمید که خداوند اختیار بخشی از اموال را (که همانا بیش از ثلث نیست) در اختیار مالک قرار داده تا هرگونه که می‌خواهد وصیت کند و موجب زیادت اعمال نیک و حسنه خود باشد و از روایت دیگر می‌توان فهمید که برای مسلمان شایسته و گویا وظیفه و تکلیفی شرعی - اخلاقی است که وصیت کند و این تأکید چنان است که مایه تعجب شارع است که مسلمانی دو شب را بگذراند ولی وصیتی نکرده باشد.

به رغم اهتمام شارع مقدس به اصل ممدوح بودن وصیت و تأکید فراوان بر آن در آموزه‌های شرعی، برای وصیت محدودیت‌ها و قیودی در نظر گرفته شده است. یکی از این محدودیت‌ها آن است که وصیت نباید از ثلث اموال موصی تجاوز کند. در واقع، با اینکه انسان در زمان حیات خود می‌تواند طبق قاعده تسلیط (ماده ۳۰ قانون مدنی) در دارایی خود هرگونه تصرفی داشته باشد و آن را خواه در مقابل عوض و خواه به

.....

۱. «إن الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم».

۲. «ما حقّ امری مسلم یبیت لیلتین و له شیء یرید أن یوصی فیہ أأ وصیه مکتوبه عند رأسه».

صورت مجانی، به دیگری تملیک کند شارع مقدس اسلام و به تبع آن قانون‌گذار ایران، این آزادی را نسبت به تصرفات بعد از موت محدود کرده است؛ به طوری که وصیت مزاد بر ثلث، وقتی نافذ است که ورثه، نظر موصی را اجازه کرده و بدان رضایت دهند (ماده ۸۴۳ قانون مدنی). در این‌که آیا ورثه می‌توانند در زمان حیات موصی، وصیت به مزاد بر ثلث را اجازه کنند یا آن‌که چنین حقی برای آنان اساساً وجود ندارد و آنان فقط پس از فوت موصی چنین حقی را خواهند داشت، در فقه مورد اختلاف است. قانون مدنی در ماده ۸۴۳ به همین اندازه بسنده کرده است که: «وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر به اجازه وراث و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است». حکم ماده فوق، مبنی بر محدودیت وصیت تا ثلث اموال موصی، مطابق نظر مشهور فقهای امامیه بوده و حتی برخی ادعای اجماع بر آن را احتمال داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱). سایر مذاهب اسلامی نیز اتفاق نظر دارند که مادام که موصی، وارث قانونی داشته باشد وصیت نباید از ثلث ماترک تجاوز کند (قرطبی، ۱۴۰۹: ۳۳۵).

شایان ذکر است که محدودیت تصرف موصی در مایملک خود از راه وصیت، در قوانین سایر کشورها نیز پذیرفته شده است، مانند قانون مدنی ایتالیا مصوب ۱۸۶۵، قانون مدنی اسپانیا مصوب ۱۸۸۹، قانون مدنی آلمان مصوب ۱۹۰۰ از ماده ۱۳۰۳ به بعد، قانون مدنی سوئیس مصوب ۱۹۱۲ از ماده ۴۷ به بعد، قانون مدنی پرتغال مصوب ۱۸۶۷ از ماده ۱۷۸۴ به بعد و قانون مدنی فرانسه به موجب مواد ۹۱۴ تا ۹۳۰ (ر.ک: دادمرزی و امینی‌نسب، ۱۳۹۶: ۶۳۵). از متن ماده ۳۷ قانون مدنی مصر نیز در خصوص مقدار وصیت چنین برمی‌آید که وصیت به ثلث برای وارث و غیر وارث صحیح بوده و بدون اجازه ورثه نافذ است و به زیاده بر ثلث صحیح است ولی فقط زمانی نافذ است که ورثه آن را پس از فوت موصی اجازه دهند؛ در حالی که متبرع بوده و به آنچه اجازه می‌دهند عالم باشند (ابوزهره، ۲۰۰۱: ۱۸۴).

فقط از یک سو معتقدند همین اندازه که شارع، موصی را از وصیت به بیش از ثلث منع کرده است معلوم می‌شود که ورثه بر مال «حقی» دارند و همین حق و سهم اجمالی، برای چنین منعی کافی است و نیز البته برای این‌که در زمان حیات موصی،

همین «حق ما» را اعمال و وصیت به بیش از ثلث را اجازه دهند. اما از سوی دیگر، این شبهه وجود دارد که وارث، زمانی مالک ماترک خواهد شد که موصی در قید حیات نباشد و فقط آن هنگام است که مال، متعلق حق او خواهد بود و فقط در همان زمان است که وی می‌تواند بر آنچه در حیطه مالکیت او قرار می‌گیرد تصمیمی بگیرد و از حق خود چشم پوشیده و وصیت به بیش از ثلث را اجازه کند (ر.ک: جبعی عاملی، ۱۴۰۳: ۳۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱؛ مفید، ۱۴۱۰: ۶۶۹؛ ابن براج، ۱۴۰۶: ۱۰۵؛ حلی، ۱۴۰۹: ۴۷۰؛ حکیم، ۱۴۰۴: ۵۹۷؛ خمینی، بی‌تا: ۹۷؛ خویی، ۱۴۱۰: ۲۱۲؛ لنکرانی، ۱۴۲۴: ۱۵۷-۱۵۸).

دلیل عدم جواز وصیت به بیش از ثلث، ظاهراً روایات موجود در این باب است که از چنین کاری منع کرده‌اند، اما پرسش این است که آیا می‌توان میان دو وصیت تفاوت گذاشت؛ دو وصیتی که اتفاقاً هر دو به ثلث بوده و نه بیش از ثلث و یکی را نافذ و دیگری را غیر نافذ دانست؟ تصور کنیم موصی با انبوهی از ماترک، بدون هیچ دینی - با «یک وارث بسیار متمکن» که بدون نیاز به ماترک مورث خود می‌تواند بدون کوچک‌ترین دغدغه مالی و اقتصادی زندگی کند - به کس یا کسانی به اندازه ثلث مال خود وصیت کرده است، به نحوی که خروج ثلث از ماترک، کوچک‌ترین آسیبی بر وارث نخواهد داشت. از سوی دیگر، فرض کنیم موصی دیگری با اندکی ماترک، با داشتن دیونی قابل توجه و با داشتن ورثه‌ای متعدد و نیازمند و مقروض - و چه بسا به دلیل شرایط بیماری یا اقتصادی و مالی خود موصی - به ثلث مال خود وصیت می‌کند. آیا می‌توان برای منع چنین وصیتی چاره‌ای اندیشید تا ورثه متضرر نشوند؟ این نوشته در پی یافتن راه حلی است تا بتوان بر مبنای آن، امر وصیت را از امری کاملاً شخصی خارج کرده و آن را امری اجتماعی و قضایی تلقی کرده و به تصمیم نهاد دادرسی منوط کرد.

لازم به ذکر است که حقوق‌دانان و شارحان قانون مدنی نیز بیش از این نگفته‌اند که موصی می‌تواند به میزان ثلث و نه بیش از آن وصیت کند و در خصوص آنچه این نوشتار در پی بیان آن است چیزی متذکر نشده‌اند. در نخستین نگاه چنین به ذهن می‌آید که با وجود روایات و اجماعی بودن موضوع، آیا می‌توان از تغییر حکم سخن

گفت؟ در پاسخ، شاید بتوان گفت همواره عادت کرده‌ایم تا مفاهیم و مصادیقی را که مأنوس ذهن ما شده‌اند و همواره آن‌ها را شنیده‌ایم درست بدانیم و غیر قابل بازخوانی و بازنگری. به عنوان نمونه، به مفهوم و مصداق «مادر» (أم) می‌توان توجه کرد: آیا تاکنون جامعه فقهی و حقوقی به این اندیشیده بود که ممکن است برای طفلی دو مادر قابل تصور باشد؟ آنچه از فضای اندیشه فقهی بر اساس قرآن و روایات به دست آمده این است که مادر، همان زنی است که طفل از تخمک او و در رحم او شکل می‌گیرد و به طریق مأنوس و مألوف از او متولد می‌شود. اینک به این سؤال و جواب‌ها توجه کنید و ببینید که چگونه این مفهوم مأنوس دیرین، در حال دگرگونی است: سؤال: «همسر من به جهت مشکلات پزشکی نمی‌تواند جنین را حفظ کند و تاکنون چندین مرتبه جنین وی سقط شده است. پزشکان برای حل مشکل توصیه کردند که اسپرم من و تخمک همسر من در آزمایشگاه تلقیح شده و سپس جنین حاصله به رحم اجاره‌ای منتقل شود تا در آن رشد کند. همسر برادر همسر حاضر شد که جنین به رحم او منتقل شود و الحمد لله فرزند دختری متولد شد. لطفاً بفرمایید مادر این فرزند کیست و آیا برادر همسر من و همچنین پدر ایشان به این بچه محرم هستند؟ در صورتی که محرم نباشند، اگر همسر برادر همسر من از شیرینی که پس از زایمان در سینه وی وجود دارد به این کودک با شرایطی که در رساله آمده شیر بدهد، آیا این دختر به آن‌ها محرم می‌شود؟ جواب: پدر این فرزند صاحب اسپرم است اما در خصوص مادر وی در نزد فقها اختلاف وجود دارد؛ برخی مادر او را صاحب تخمک می‌دانند که در این صورت، برادر همسر شما دایی کودک و پدر همسر شما پدر بزرگ وی خواهد بود و به وی محرم هستند. برخی دیگر، مادر وی را صاحب رحمی می‌دانند که او را به دنیا می‌آورد که در این صورت، برادر همسر شما به وی محرم خواهد بود، زیرا این دختر ربیبه وی است ولی پدر همسران با وی محرم نیست. ولی به نظر این جانب این کودک دارای دو مادر است و هم زن صاحب تخمک و هم زن صاحب رحم، مادر وی هستند که بر این اساس، این کودک به برادر همسران و همچنین پدر وی محرم است. در هر صورت، شیر دادن همسر برادر همسران به آن دختر از شیرینی که در اثر این زایمان در سینه وی

ایجاد شده، موجب نشر حرمت از طریق رضاع نمی‌شود، چون یکی از شرایط نشر حرمت با رضاع این است که شیر از فحل باشد».

اینک به استفتائاتی از مقام معظم رهبری توجه کنید: سؤال: «آیا تلقیح نطفه مردی نامحرم به همسر مردی که بچه‌دار نمی‌شود، از طریق قراردادن نطفه در رحم او جایز است؟ جواب: تلقیح زن از طریق نطفه مرد نامحرم فی نفسه اشکال ندارد ولی باید از مقدمات حرام از قبیل نگاه و لمس حرام و غیر آن‌ها اجتناب شود و به هر حال در صورتی که با این روش کودکی به دنیا بیاید، ملحق به شوهر آن زن نمی‌شود بلکه ملحق به صاحب نطفه و به زنی است که صاحب رحم و تخمک است». سؤال: «گاهی بعضی از زوجها به علت عدم تخمک‌گذاری در زن که وجود آن برای عمل لقاح ضروری است، مجبور به جدایی شده و یا به علت عدم امکان درمان بیماری و بچه‌دار نشدن، با مشکلات زناشویی و روحی مواجه می‌شوند. آیا در این صورت جایز است که به روش علمی از تخمک‌گذاری زن دیگری برای انجام عمل لقاح با نطفه شوهر در خارج از رحم استفاده شود و سپس نطفه لقاح یافته به رحم آن زن منتقل شود؟ جواب: عمل مذکور هرچند فی نفسه اشکال ندارد ولی کودکی که از این طریق متولد می‌شود ملحق به صاحب نطفه و تخمک بوده و الحاق آن به زنی که صاحب رحم است مشکل است؛ لذا باید نسبت به احکام شرعی مربوط به نسب، احتیاط رعایت شود». سؤال: «اگر زن شوهرداری به علت یائسگی یا غیر آن تخمک‌گذاری نکند، الف) آیا جایز است تخمکی از زن دوم شوهرش بعد از تلقیح با نطفه شوهر به رحم او منتقل شود؟ و آیا در این مورد تفاوتی هست بین این که او یا زن دوم همسر دائم باشند یا موقت؟ جواب: اصل عمل مذکور شرعاً مانعی ندارد و در این حکم، فرقی نیست بین این که نکاح آنان دائم باشد یا منقطع و یا یکی دائم باشد و یکی منقطع». توجه به این نکته مناسب است که با توجه به سؤال و جواب‌های فوق، مادر طفل چه کسی می‌تواند باشد؟

اکنون به فتوای امام خمینی (ره) توجه کنید که نظری متفاوت است: «مسئله ۲۸۷۶: جایز نیست داخل نمودن منی اجنبی را در داخل زن اجنبیه، چه با اجازه شوهر باشد یا نباشد»؛ مسئله ۲۸۷۷: اگر منی مردی را داخل رحم زن اجنبیه نمودند ... ولیکن اگر از

روی علم و عمد باشد محل اشکال است و باید احتیاط در جمیع مسائل مراعات شود» (خمینی، ۱۳۷۸: ۴۳۳-۴۳۴)؛ همچنین رجوع کنید به تحریر الوسیله، جلد دوم، مسئله دوم از بحث تلقیح مصنوعی.

از سوی دیگر، بر اساس آنچه پس از این خواهد آمد می‌توان به این نتیجه رسید که وصیت را می‌توان از امری کاملاً شخصی خارج و آن را امری اجتماعی و قابل دخالت نهاد دادرسی در آن دانست.

لازم به ذکر است در بررسی انجام شده به عنوان پیشینه تحقیق، باید گفت که بیشتر توجه نویسندگان بر محور ماهیت وصیت معطوف شده است؛ از جمله: ۱. مقاله «ماهیت حقوقی وصیت» منتشر شده در فصلنامه حقوق دانشگاه تهران که نویسنده به جنبه عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی پرداخته و در نهایت، آن را برزخ میان مفهوم عقد و ایقاع دانسته است؛ ۲. مقاله «ماهیت حقوقی وصیت تملیکی» در مجله دادرسی که نویسنده بر اثبات جنبه عقد بودن وصیت تملیکی اصرار می‌ورزد؛ ۳. مقاله «وجوب وصیت از دیدگاه ساختارهای قرآنی» منتشر شده در مجله قرآن شناخت که نویسنده ضمن بررسی آیه وصیت، معتقد شده است که حکم تکلیفی وجوب از آیه وصیت نسخ نشده است؛ ۴. مقاله «وصیت مسلمان برای کافر» در فصلنامه مطالعات اسلامی که اقوال مختلف فقها پیرامون وصیت به نفع کافر و نیز آراء مذاهب اهل سنت در این خصوص مورد تحلیل قرار گرفته است؛ اما هیچ نوشته‌ای مستقیماً و به طور مستقل به این سؤال چالشی نپرداخته است که آیا می‌توان حتی فرض وصیت به ثلث و کمتر از آن را امری قضائی تلقی کرده و از حوزه احوال شخصیه و تصمیم فردی موصی خارج دانست؟ در راستای بررسی این موضوع، ابتدا از منظر آیات و روایات، نگاهی به مفهوم وصیت داشته و سپس مبتنی بر قاعده لاضرر و نیز مقاصد الشریعه به تبیین بحث پرداخته‌ایم و در قسمت بعدی، جنبه عبادت و توقیفی بودن وصیت را مورد کنکاش قرار داده و در نهایت از منظر فلسفه تشریح نیز به موضوع ورود پیدا کرده‌ایم.

### ۱. نگاهی به آیات

همه آنچه که در قرآن کریم در باب وصیت تملیکی آمده است عبارت است از آیه ۱۸۰ تا ۱۸۲ سوره بقره و آیات ۱۰ و ۱۱ سوره نساء. در آیه اول، سفارش شده است که به هنگام مرگ، وصیت شود و آنان که وصیت را می‌شنوند حق تغییر و تبدیل وصیت را ندارند مگر آن‌که موصی در وصیت خود به بی‌راهه برود یا مرتکب گناهی شود که در آن هنگام، می‌توان میان موصی له و ورثه اصلاحی انجام داد.

صاحب زبده البیان ذیل شرح آیه «کتب علیکم اذا حضر أحدکم الموت إن ترک خیراً...» (بقره: ۱۸۰) می‌گوید: «خیر در لغت به معنای مال است اما در این‌که منظور از آن در این آیه چه قدر است اختلاف شده است؛ در مجمع البیان از برخی علما نقل شده است که آن عبارت است از مال، چه کم باشد چه زیاد؛ وی سپس از امیرالمؤمنین نقل می‌کند که حضرت بر یکی از دوستان خود که هفت صد یا شش صد درهم مال داشت وارد شد. وی گفت: آیا وصیت کنم؟ حضرت فرمود: نه... زیرا خداوند سبحان فرموده است «إن ترک خیراً» و تو مال زیاد نداری». سپس محقق اردبیلی افزوده است: «و هذا هو المأخوذ به عندنا لأن قوله حجّه» (اردبیلی، بی‌تا: ۴۶۸). آیا از ظاهر این سخن بر نمی‌آید که اگر کسی مال زیاد ندارد نباید وصیت کند؟ اگر چنین باشد آیا ملاک عدم جواز، چیزی جز اضرار به ورثه خواهد بود؟

صاحب کنز/العرفان نیز در توضیح آیه فوق‌الذکر و ذیل کلمه «بالمعروف» بیان می‌دارد که در خصوص معنای این کلمه چند احتمال داده می‌شود: اول این‌که وصیت، زیاده بر ثلث نباشد؛ دوم، برای فقیر و مسکین وصیت شود و غنی بر فقیر ترجیح داده نشود؛ سوم، به ورثه موصی چنانچه فقیر باشند ضرری وارد نشود، هرچند که به کم‌تر از ثلث وصیت شود؛ چهارم، به مقدار کم از اموال وصیت شود، هرچند وراثت موصی، غنی و بی‌نیاز باشند. بنابراین، وصیت به یک چهارم اموال بهتر از یک سوم آن و به یک پنجم اموال بهتر از یک چهارم آن و به یک ششم اموال بهتر از یک پنجم اموال است (فاضل مقداد، ۱۳۴۳: ۹۱) و سپس به حدیث سعد بن ابی وقاص - که در ادامه می‌آید - استدلال می‌کند. همچنین ایشان ذیل آیه «من بعد وصیه یوصی بها أو دین» (نساء: ۱۰) -



۱۱) بیان می‌دارند که ظاهر آیه شریفه اقتضا می‌کند که عمل کردن به وصیت واجب است مطلقاً، در حالی که اجماع و احادیث آن را به یک سوم و کم‌تر از آن تخصیص زده‌اند و اینکه وصیت به زیاده بر ثلث، مشروط به اجازه وارث است (فاضل مقداد، ۱۳۴۳: ۹۳). در ادامه آیه چنین آمده است: «فمن خاف من موص جنفاً أو إثمًا فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم» (بقره: ۱۸۲). طبق گفته فاضل مقداد، از متن این آیه بر مدعای مورد نظر می‌توان چنین استدلال کرد: «منظور از «جنف» در متن آیه، عبارت است از میل به افراط یا تفریط و منظور از «اثم» عبارت است از وصیت به باطل، یعنی وصیت به آنچه که وصیت بدان جایز نیست، مانند وصیت به محرّمات. بنابراین مصداقی از جنف، وصیت به بیش از ثلث است یا وصیت به نحوی که موجب اضرار به ورثه باشد. در این صورت، اگر کسی میان ورثه و موصی‌له اصلاحی کند گناهی مرتکب نشده است. از این سخن می‌توان فهمید که مطلق تبدیل و تغییر در وصیت، منهی‌عنه نیست بلکه تبدیل آن از حقّ به باطل است که جایز نیست و نهی شده است» (فاضل مقداد، ۱۳۴۳: ۹۲). به نظر می‌رسد از آنچه که از آیه استنباط شد می‌توان فهمید که دادرسی در مقام اصلاح و جلوگیری از نزاع میان وارث و موصی‌له و نیز به منظور جلوگیری از زیان وارث می‌تواند «موصی‌به» را تغییر داده و آن را به چیز دیگری تبدیل کند.

البته ممکن است چنین تصور شود که ورود دادگاه‌ها به چنین موضوعی، دادرسی را وارد فرآیندی پیچیده و دشوار خواهد کرد، اما بعید به نظر می‌رسد که بتوان در واقع روند دادرسی، شاهد چنین پیچیدگی‌ای بود. ورود دادگاه به چنین موضوعی هرگز پیچیده‌تر و دشوارتر از ورود به نزاع‌های دسته جمعی و قتل‌هایی که اتفاق می‌افتد و رسیدگی به آن‌ها سالیانی به درازا می‌انجامد و نیز پرونده‌های مربوط به اختلاس و فسادهای مالی بزرگ نخواهد بود.

بر اساس نظر برخی دیگر از محققین، «جنف عبارت است از جور و عدول از حقّ. این تعبیر در مجمع البیان آمده است ...، معنای ظاهری عبارت آیه این است که اگر کسی «علم» پیدا کند- زیرا «خاف» آن‌گونه که در تفاسیر گفته‌اند به معنای عِلْم آمده

است ° که موصی مرتکب جور یا غیر مشروع در وصیت شده است؛ خواه به خطا خواه به گناه (این جور را عمداً مرتکب شده باشد) و بین موصی لهم یعنی والدان و اقرباء در وصیت مذکور، مصالحه به وجود آورد دچار اثم نشده است و احتمال هم دارد مراد از آیه این باشد که اگر کسی «توقع و ظن» این را به هنگام وصیت موصی پیدا کند که موصی در وصیت به جور رفتار کرده و او مصالحه برقرار کند کارش خلاف شرع نخواهد بود، اما بیشتر مفسرین بر نظر اول هستند» (طبرسی، ۱۴۰۸: ۴۸۵).

اکنون می‌توان پرسید با عنایت به این که قرآن، جنف را از جانب موصی محتمل دانسته و راه حل آن را هم بیان کرده است اگر مصالحه و سازش میان طرفین وصیت، به منظور جلوگیری از وقوع نزاع یا حل نزاعی که آغاز شده است کاری پسندیده و موافق عقل و شرع است، این کار به عهده چه کسی یا چه نهادی باید باشد؟ و اگر موصی له حاضر به مصالحه و عدم اضرار آنان نشد چه باید کرد؟

آیات دیگر نیز همین اندازه دلالت دارند که ماترک پس از ادای دیون متوفی و انجام وصایای او، تقسیم خواهد شد و لفظ «وصیه» که به صورت نکره آمده است دلالت دارد بر این که موصی، به هر مقدار می‌تواند وصیت کند و تخصیص آن به ثلث ماترک، توسط سنت انجام شده است.

بنابراین، از مجموع آیاتی که درباره موضوع وصیت وارد شده است آیه‌ای را نمی‌توان یافت که بر عدم جواز وصیت به بیش از ثلث دلالت داشته باشد و نهی‌ای از جانب شارع در این خصوص در کتاب (قرآن) وارد نشده است، مگر آن‌که بپذیریم «جنف»، وصیت مازاد بر ثلث باشد.

## ۲. نظر فقها

حکم وصیت به نسبت موصی، از دیدگاه فقهای اربعه، گاه واجب، گاه مندوب و گاه حرام و گاه مباح است. به عنوان نمونه، مالکیه وصیت مکروه را وصیتی می‌دانند که موصی، مال اندکی داشته باشد در حالی که وارث هم دارد. شافعیه هم وصیت مکروه را وصیتی می‌دانند که یا به بیش از ثلث مال باشد و یا این‌که برای وارث وصیت شده



کتاب وسائل الشیعه نیز عیناً نقل شده است (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۸۱-۲۸۲).

در نقد این استدلال گفته شده است که نخست، روایت عمار ساباطی از نظر سند و دلالت ضعیف است و مدعا به دور از مضمون روایت مذکور است و دوم اینکه، روایات صحیحی وجود دارد که با روایت ساباطی در تعارض قرار دارد و شیخ طوسی روایت ساباطی را به موردی حمل کرده است که موصی، هیچ وارثی نداشته باشد و یا به موردی که ورثه، مازاد بر ثلث را اجازه داده باشند؛ و با وجود این، روایت مذکور توان اثبات مدعا (وصیت به تمامی اموال) را ندارد (حلی، ۱۴۱۵: ۳۹۳).

برخی دیگر از محققین، به گونه‌ای دیگر کلام مرحوم صدوق را تفسیر کرده تا این‌که تعارض بین صدر و ذیل عبارت ایشان برطرف شود و گفته‌اند: «کلام مرحوم صدوق، عیناً همان بیانی است که سایر فقها معتقدند و جملات ذیل را اگر بخواهیم متناسب با جمله صدر معنا کنیم ظاهراً چنین است که اگر کسی تمامی مال خود را وصیت کند به خاطر دیونی که شرعاً بر عهده خویش احساس می‌کرده، آن وصیت لازم الاجراء خواهد بود؛ زیرا هر کس به کرده خویش آگاه‌تر از دیگران است و او آگاه‌تر است از دیونی که بر ذمه داشته» (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۱۰-۱۱۱). بدین ترتیب، مدلول کلام ابن بابویه با مضمون کلام سایر فقها اختلافی نخواهد داشت؛ چه آن‌که برابر نظر فقها، وصیت به بیش از ثلث مال تبرعاً جایز نیست، مگر این‌که وراثت اجازه دهند و کلام صدوق به موجب تفسیری که بیان شد در موردی است که موصی، مقادیری از اموال خویش را که مازاد بر ثلث است برای مصارفی و یا پرداخت به افرادی وصیت کند و چنین احتمالی وجود داشته باشد که نسبت به آن مصارف، موصی به جهتی شرعی مدیون بوده و در حقیقت، اموال وی قبل از وفات، متعلق حق دیگران قرار داشته و با وصیت کردن ذمه و عهده خویش را بری کرده است.

ظاهراً تنها نظری که در مقابل عدم جواز وصیت به مازاد بر ثلث یافت می‌شود همین نظر است. اما این نوشتار در پی آن است که نشان دهد گاه وصیت به اندازه ثلث نیز نباید نافذ دانسته شود و این نظر البته در متون فقهی مسبوق به سابقه نیست.







وصیّت به خمس (یک پنجم) اموال بهتر از وصیّت به ربع اموال است و به همین ترتیب (حلی، ۱۴۱۳: ۴۵۶). ظاهر عبارت حاکی از این است که تقلیل در وصیّت، افضل است مطلقاً، خواه موصی وارث داشته باشد یا نداشته باشد و حال آن‌که در روایات، چیزی وجود ندارد که مؤید چنین اطلاقی باشد.

#### ۴. نگاهی به قاعده لا ضرر

قاعده لا ضرر و اضرار فی الاسلام که با عبارت‌هایی گاه اندکی متفاوت در متون روایی و فقهی دیده می‌شود به تواتر اجمالی، دلالت مسلم دارد بر این‌که شارع، زیان وارد از جانب شخصی بر دیگری را نپذیرفته است. این‌که آیا بر پایه قاعده لا ضرر می‌توان حکمی جعل کرد یا آن‌که حوزه دلالت این قاعده، فقط نفی حکم ضرری است؟ چیزی است که در کتب قواعد فقه بحث شده است، اما قدر مسلم آن است که اسلام، حکمی را که موجب زیان به دیگری باشد برداشته است و با آن موافق نیست. حکومت این قاعده در همه ابواب فقهی چنان است که از آن، قاعده‌ای بلامنازع ساخته است (برای دیدن بحث‌های مستوفی در این زمینه ر.ک: مراغی، ۱۴۲۵: ۳۰۴-۳۲۷؛ مرعشی، ۱۳۷۶: ۷-۳؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۵-۲۶؛ موسوی، ۱۳۷۸: ۱۱۹-۱۴۲).

ممکن است اشکال شود جواز وصیّت به ثلث حتی اگر در اثر چنین وصیّتی، به ورثه ضرر برسد مخصص قاعده لا ضرر بوده و چنین وصیّتی از شمول قاعده لا ضرر خارج و در نتیجه مشمول جواز و صحت خواهد بود. در پاسخ، می‌توان گفت که قاعده لا ضرر در این‌جا حکومت داشته و جواز وصیّت به ثلث را تا جایی صحیح می‌داند که موجب ضرر به ورثه نشود؛ همان‌گونه که «قاعده لا ضرر» بر «قاعده تسلیط» حکومت دارد و به موجب آن، هر کس تا جایی بر مال خود سلطه خواهد داشت که موجب ورود ضرر به غیر نشود؛ چنان‌که امروزه دولت به هنگام تعریض معابر، به منظور رعایت مصلحت عمومی جامعه؛ خانه و مغازه و محل کسب و درآمد شهروندان را تخریب می‌کند هر چند که در نگاه اول، این کار موجب ضرر مالکان خواهد بود و با سلطه آنان بر ملک خودشان در تعارض است، اما بدون تردید باید گفت ابقای سلطه



مالکان موجب «ضرر نوعی» بر اجتماع خواهد بود؛ هرچند که ممکن است در بدو امر چنین به نظر برسد که مالک، متضرر به «ضرر شخصی» شده است. بنابراین، بر پایه این قاعده فراگیر و شامل هم می‌توان گفت: هر وصیت تملیکی که شامل ضرری بر ورثه باشد حتی اگر به کمتر از ثلث باشد نافذ نخواهد بود و بنابراین، امر رسیدگی و اجرای وصیت را باید در اختیار قاضی نهاد تا با رعایت مصلحت ورثه و توجه به وضع معیشتی و سن و سال و وضع جسمانی و روحی و ... ورثه تصمیم بگیرد. در این تصمیم‌گیری، قاضی تشخیص می‌دهد که ممکن است یکی از ورثه که وضع اقتصادی مناسبی ندارد و مثلاً دچار ورشکستگی یا زندان شده است مطلقاً و یا برای مدتی، از دادن سهم خود از ماترک به موصی له معاف باشد یا تصمیم بگیرد که در زمانی که برای وی مشخص می‌کند اقساط سهم خود را از ماترک به موصی له بپردازد تا هم وصیت اجرا شده و هم وارث، به ضرری که می‌توان راه حلی عقلایی برای جلوگیری از آن یافت، متضرر نشود.<sup>۱</sup>

از باب بیان مصداق دیگری برای ضرر و به ویژه از آنجا که در ایران نهاد محرومیت از ارث به رسمیت شناخته نشده است تصور کنید موصی (مورث) با انگیزه محروم کردن وارث از سهم الارث بیشتر، وصیتی می‌کند که در اثر آن وارث متضرر می‌شود: مورث، ثلث تنها مایملک خود را که عبارت است از یک باغ دایر یا زمین بایر، برای موصی له (شخصی حقیقی یا حقوقی مثلاً نهادی دولتی یا شرکتی غیر دولتی) وصیت می‌کند، اما موصی له نه حاضر به فروش زمین، نه خرید آن از وارث است، نه اقدامی نسبت به اصلاح و نگهداری باغ و میوه‌های آن انجام می‌دهد و نه در این راستا

.....

۱. از آنجا که قاعده لاضرر، امضای قاعده عقلایی در جلوگیری از ضرر زدن به دیگران است و با دقت در فروعات و مسائل ارائه شده در باب قاعده لاضرر و اینکه هرگونه ضرر در دائره تشریح نفی شده، می‌توان گفت: تدارک ضرری که وارد شده، از فروع و لوازم نفی حکم ضرری است و هدف اصلی از این قاعده، جبران زیان است، چنانکه در قضیه سمره بن جندب، پیامبر حدیث لا ضرر را به عنوان دلیل صدور حکم بر قلع درخت خرما اعلام کردند و زیان وارده بر مرد انصاری را جبران کرد؛ پس به نظر می‌رسد قاعده «لا ضرر» علاوه بر رفع احکام ضرری وجودی، اثبات حکم عدمی نیز می‌کند، زیرا اثبات ضمان یکی از فروعات نفی حکم ضرری است و اگر ضرر به وسیله عامل ضرر جبران نشود و زیان‌دیده متحمل ضرر شود این با مفهوم لا ضرر در تعارض است.

هزینه‌هایی را که وارث می‌پردازد متحمل می‌شود. بدیهی است در چنین شرایطی، ضرر غیر مستحقّی به وارث وارد خواهد شد: وی از تصرف و فروش ملک خود که در چنین شرایطی کسی حاضر به خرید آن نیست، محروم است. از سوی دیگر، مگر نه این است که در «شفعه»، تملک قهری علیه مشتری صورت می‌پذیرد تا شفیع از طریق ورود شریک جدید زبانی نبیند و چنین تملکی را شرع و به تبع آن قانون پذیرفته است؛ پس آیا نمی‌توان از ملاک همان تملک قهری استفاده کرد و در اینجا هم حکم به عدم نفوذ چنین وصیّتی داد؟ همین که قانون‌گذار گاه حق کسب یا پیشه یا تجارت را نپذیرفته و آن را خلاف شرع دانسته و گاه بنا به ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی آن را پذیرفته است خود بیان‌گر این است که مصلحت‌های اجتماعی و اقتصادی طرفین قرارداد باید رعایت شود، به گونه‌ای که هیچ یک از طرفین متضرر به ضرر غیر مستحقّ نشوند (برای دیدن این نظر که بر پایه قاعده لا ضرر می‌توان علاوه بر نفی حکم ضرری، جعل حکم نیز کرد ر.ک: باقری، ۱۳۹۳: ۱۱۲؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۵-۲۶).

جالب توجه این‌که لسان پاره‌ای از روایات، با همین واژه «ضرر» وارد شده و مورد اهتمام شارع قرار گرفته است، از جمله در روایتی از قول امام صادق (ع) آمده است که: «هر کس به ثلث مال خود وصیّت کند چه بسا به ورثه ضرر وارد کرده است و وصیّت به یک پنجم و یک چهارم اموال بهتر از وصیّت کردن به ثلث آن است و هر کس به ثلث مال خود وصیّت کند [چیزی را برای ورثه] باقی نگذاشته است»<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۳۹۰: ۱۱۹). این روایت و روایات مشابه دیگر، بیان‌گر رویکرد شارع در خصوص وصیّت به مقدار ثلث است و به خوبی اثبات می‌کند که رعایت حال ورثه تا چه اندازه مدنظر شارع قرار گرفته است.

ممکن است اشکال شود که تردید در نفوذ مطلق وصیّت به ثلث و واگذاری نفوذش به تصمیم قاضی، نوعی اجتهاد در مقابل نص است. در جواب باید این سؤال را مطرح کرد: در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی آمده است که: «مرد می‌تواند هر وقت که

.....

۱. عن أبي عبد الله (ع) قال: من أوصى بالثلث فقد أضرّ بالورثه و الوصيه بالخمس و الربع أفضل من الوصيه بالثلث و من أوصى بالثلث فلم يترك.

بخواهد زن خود را طلاق دهد»، ولی آیا امروزه مرد می‌تواند به محضر مستقیماً مراجعه، همسر خود را طلاق دهد؟ آیا نهاد دادرسی به این ماده بدون هیچ قید و شرطی و بدون فوت وقت رسیدگی کرده و حکم طلاق صادر می‌کند؟ آری، در مقابل نص، اجتهادی مستقیم نشده ولی راه‌حلی برای محدود کردن مرد در اعمال حق خود، آن هم در راستای نظم اجتماع و برای حفظ کیان خانواده و مصلحت جامعه و فرزندان اندیشه شده است. راه‌هایی که کم‌ترین ثمره آن‌ها به تأخیر انداختن طلاق است. همان تأخیر مطلوب و مفیدی که شارع نیز راه‌هایی برای آن پیش‌بینی کرده است: همین که طلاق در دوران عادت بدعت است و حرام و غیر واقع و همین که طلاق نیازمند دو شاهد عادل است که برای استماع صیغه طلاق فراخوانده شوند و همین که صیغه طلاق منحصر است به «أنتِ طالق». می‌بینیم که امروزه نیز قانون‌گذار برای به دست آوردن فرصتی که در آن فرصت شاید زوجین به توافقی برسند و زندگی مشترک را از سر بگیرند راه‌هایی پیش‌بینی کرده است که ظاهراً فی‌الجمله به سود جامعه و خانواده است. به نظر می‌رسد شاید در وصیت نیز می‌توان راه‌حلی یافت: الزام قانونی مبنی بر این که هر وصیت باید در دفتر اسناد رسمی تنظیم و ثبت شود. موصی باید در همان سند، نهاد دادرسی را وصی خود قرار دهد تا با توجه به شرایط مالی و روحی وارث و نیز با توجه به شرایط مالی و جایگاه اجتماعی موصی له تصمیم بگیرد. همان‌گونه که دولت می‌تواند برای دریافت مستمری، ورثه معینی را تعریف و بنا به مصلحت، برخی از ورثه را از دریافت مستمری محروم کند، اینجا هم با همان مناط و ملاک می‌تواند وارد شود و اساساً این شرط را بر همه شهروندان الزام‌آور کند که نفوذ هر وصیتی مشروط به نظر نهاد دادرسی است. همان‌گونه که مالکیت هر فرد بر مالی مانند زمین یا خانه بنا به مصلحت اجتماع و نظم عمومی مشروط به این است که نام او در دفتر املاک اداره ثبت اسناد ثبت شده باشد؛ به نحوی که اگر خریدار همه ثمن را داده باشد ولی بعد از امضای مبیعه‌نامه زبانی مثلاً از فاضلاب آن ملک به ملک همسایه وارد شود برابر مقررات، اولین کسی که قانوناً جوابگو خواهد بود فروشنده است که ملک هنوز به نام اوست. نباید چنین تصور کرد که با چنین نحوه استنادی به لا ضرر می‌توان اصل وصیت

را منع کرد، مگر با چنین نحوه استنادی به لا ضرر کسی توانسته است مالکیت افراد را نادیده بگیرد؟ البته چنین نیست. همه سخن این است که لا ضرر از دامنه قاعده تسلیط می‌کاهد و تسلط هر شخص بر ملک خویش تا زمانی است که موجب اضرار به غیر نشود. فوری بودن حق شفعه و اعمال خیار غبن آیا هدفی جز این دارد که از ضرر جلوگیری کند؟ بعید نیست و البته چه قدر بجاست که قانون‌گذار به دلیل رعایت مصلحت بازماندگان، شخص را از این که در زمان حیات خود، همه اموال یا بخش عمده‌ای از اموال خود را حتی منجزاً منتقل کند منع کند. درست است که شخص، مالک اموالی است که در دوران حیات تحصیل کرده است اما از سوی دیگر، این پرسش هم کاملاً عقلانی و عقلانی است که فرزندان شخص تنها با اراده او به این جهان پای نهاده‌اند و او آن‌ها را به زندگی در این جهان، بی آن‌که خود آنان بخواهند و بدانند واداشته است؛ پس مگر می‌توان پذیرفت که شخص حق دارد همه اموال یا بخش عمده‌ای از آن را در زمان حیات یا قبل از وفات به دیگری منتقل کند؟ درست است که کسی تاکنون به چنین نتیجه‌ای ملتزم نشده است ولی این هم سخنی درست است که فرزندان او حاصل تصمیم و اراده او هستند. پس شاید خطا نیست اگر گفته شود: حکم شرع و قانون به الزام پرداخت نفقه فرزندان توسط والد، «حکم عقل محض» است ولی حکم شرع و قانون به الزام پرداخت نفقه والدین توسط فرزندان، «حکم اخلاق و قرارداد اجتماعی». درست است که جامعه شریعتمدار و اخلاق‌مدار ما چنین سخنی را بر نمی‌تابد ولی حقیقت پنهان همیشگی این است که والدین، فرزندان خویش را بی آن‌که در سرنوشت و بود و نبود خود در این جهان هیچ نقشی داشته باشند «به این خراب آباد» آورده‌اند و تاریخ و جغرافیا و سیاست و اقتصاد جامعه خویش را بر آنان تحمیل کرده‌اند و آنان را واداشته‌اند تا خواه ناخواه در چنین زادبومی زندگی کنند. پس این‌که گفته می‌شود شخص تا زنده است می‌تواند هر تصمیمی نسبت به مایملک خود بگیرد از نگاه قانون درست می‌نماید اما آیا عقل منفعت‌طلب حسابگر نیز چنین سخنی را درست می‌انگارد؟ زنه‌ار چنین با‌دا. با پذیرفتن چنین مبنایی که در واقع بحثی «پیش فقهی» است می‌توان گفت وقتی نفوذ تصمیم شخص در حد ثلث به تصمیم دادگاه

واگذار شود بدیهی است که شخص نتواند در خصوص همه اموال خود هرگونه که می‌خواهد تصمیم بگیرد: کافی است فرض کنیم شخصی به دلیل تفاوت و تعارض اندیشه‌های سیاسی و دینی خود با فرزندان و همسر خود، همه اموال خود را پیش از مرگ منجزاً منتقل کرده باشد؛ معنای این کار آن است که هر کس از نگاه او «دیگر اندیش» باشد حق حیات نخواهد داشت. جالب است به هنگام استدلال برای این که چرا والد به ازای قتل عمد فرزند خود قصاص نمی‌شود گفته می‌شود چون فرزندی که حیات خود را از والد گرفته است نمی‌تواند موجب سلب حیات از والد شود، اما اینجا کسی نمی‌گوید والدی که فرزند خود را فقط به تصمیم و اراده خود به این جهان آورده است حق سلب آسایش و حیات و رفاه را از او ندارد. کوتاه سخن این که در خصوص تغییر مفهوم ولایت پدر بر فرزند و کاهش دامنه این ولایت، در جای دیگری باید به جد سخن گفت.

### ۵. بررسی موضوع از منظر مقاصد شریعت

تردیدی نیست که احکام اسلام بر مبنای رعایت مصالح مردم و جامعه تشریح شده است؛ به این معنا که احکام مزبور یا منفعتی را در بردارد و یا مفسده‌ای را دفع می‌کند. تشریح وصیت نیز در راستای همین هدف است. در انجام وصیت سه نکته مهم، مورد نظر شارع است:

۱. رعایت مصلحت و وصیت‌کننده به منظور کسب ثواب اخروی؛

۲. مراعات مصلحت افرادی که نیازمند هستند و به این وسیله از آنان رفع مشکل

می‌شود؛

۳. در نظر گرفتن مصالح جامعه. اشخاصی که مقداری از مال خود را وقف مساجد، مدارس، بیمارستان‌ها و دیگر امور عام‌المنفعه می‌کنند در حقیقت، هم فرد را در نظر دارند و هم به نظام اقتصادی جامعه توجه کرده‌اند و این خود از قدم‌های مفید و مؤثری است که انسان‌ها در طول حیات خویش برمی‌دارند. بنابراین وصیت دربرگیرنده اغراض دنیوی و اخروی است. بدیهی است که شارع در انجام وصیت، زائد بر ثلث را

تجویز نفرموده و از این جهت، مصالح ورثه را نیز مدنظر قرار داده و در واقع، به تمام جهات قضیه توجه کرده است.

از آنجا که از مقاصد شریعت فراوان سخن گفته شده است بحث از آن در این نوشته ضروری به نظر نمی‌آید (برای نمونه ر.ک: ریسونی، ۱۳۷۶؛ که در آن از مقاصد شریعت، تعلیل، مصلحت، تفسیر نصوص بر مبنای مصلحت، نحوه شناخت اهداف و مقاصد شارع و ... سخن گفته شده است؛ نیز ر.ک: محمصانی، ۱۳۸۶، هرچند این کتاب در فضایی با اندیشه فقهی اهل سنت نوشته شده است ولی از بنیادهای ذکر شده در آن و مثال‌هایی که در مواردی خاص مطرح شده است می‌توان دست کم برای طرح یک سؤال راهی یافت: آیا تغییر در یک حکم ممکن است؟ اگر ممکن است چگونه صورت خواهد گرفت؟) همین اندازه کافی است که پرسیده شود آیا وقتی موصی با داشتن مقداری مال و دین از یک سو و تعدادی عیال و ورثه نیازمند از سوی دیگر، برای شخص حقیقی یا حقوقی وصیت می‌کند که پس از بررسی و حتی گاه بدون بررسی، بر هر کس معلوم است که آن شخص به چنین مالی نیاز ندارد و از سوی دیگر، ورثه و خانواده موصی شدیداً به چنین مالی نیازمندند؛ آیا قاضی نباید اختیار عدم تنفیذ چنین وصیتی را در دست داشته باشد؟ آیا نمی‌توان چنین وصیتی را مصداق «تبذیر» دانست؟

#### ۶. آیا وصیت، عبادت و توقیفی است؟

فقیهان در باب اشتراط خیار در نکاح، معتقدند که طرفین نمی‌توانند چنین حقی را برای خود در اصل نکاح قرار دهند، اما می‌توانند در صداق چنین شرطی بگذارند. گفته شده است که چون نکاح دائم بدون مهریه هم می‌تواند صحیح منعقد شود پس می‌توان شرط خیار را در مهریه برای یکی از طرفین نکاح قرار داد. اما در اصل نکاح، علاوه بر این که در زمره عقود و معاملات قرار می‌گیرد شائبه عبادی بودن وجود دارد و از این حیث، با عقود معاوضی صرف، متفاوت است (ر.ک: جبعی عاملی، ۱۴۰۳: ۱۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۹).

این که در وصیت، شائبه عبادی بودن وجود داشته باشد محل تردید است، زیرا حتی به نفع کافر ذمی هم می‌توان وصیت کرد. اگر بپذیریم که قواعد وصیت می‌تواند

مانند بیع و اجاره و دیگر عقود با عنایت به شرایط خاص و زمان و مکان دگرگون شود می‌توان پذیرفت که با عنایت به نظم اجتماعی و خانوادگی می‌توان وصیت را از حالت شخصی خارج کرده و مانند برخی از دیگر موارد که در فقه با نام «احوال شخصیه» شناخته شده است تابع قواعد و نظامات اجتماعی و اقتصادی جامعه قرار دارد: مگر امروزه کسی می‌پذیرد که زوجه‌ای با گفتن عبارت «أنتِ طالق» از سوی زوج، مطلقه شده و اگر طلاقش به دلیل ماهیت خاص خود، طلاق بائن باشد همه آثار طلاق بائن بر آن بار شود: مطلقه بتواند ازدواج کند، مطلق بتواند با خواهر مطلقه ازدواج کند، توارثی وجود نداشته باشد؟ همچنین مگر نه این است که دولت، بی آن‌که عنوان «وارث» داشته باشد سهمی از ماترک، هرچند با نام مالیات بر ارث برمی‌دارد؟ مگر نه این است که امروزه دولت، حاکمیت و نظر خود را حتی در قراردادهای خصوصی که بین دو طرف منعقد می‌شود تحمیل کرده است؟ مگر دولت کسی را که مبیعه‌نامه‌ای هرچند با امضای چندین شاهد اداری دارای مقام معتبر قضایی در دست داشته باشد مالک می‌شناسد؟ برابر با ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد، مالک همان کسی است که نام او در دفتر املاک اداره ثبت اسناد، ثبت و ضبط شده باشد. بدون تردید، تدوین و تنظیم و تنفیذ همه این شیوه‌ها و نظامات، صرفاً به خاطر جلوگیری از نزاع‌ها و زیان‌های اقتصادی، اجتماعی، خانوادگی و روحی و روانی است.

پس درست است که حوزه مسائل غیرعبادی، «منطقه الفراغ» است و به عقل اجتماعی و تجربی جامعه واگذار شده است تا عقلا و خردمندان بر پایه عقل جمعی در خصوص آن تصمیم بگیرند، به نظر می‌رسد که وصیت را هم می‌توان در همین منطقه جای داد. اتفاقاً از متن روایتی که پیامبر، موصی را از تصمیم خود مبنی بر وصیت به بیش از ثلث با این تعلیل که اگر خانواده تو غنی و بی‌نیاز باشند بهتر است تا آن‌که محتاج دیگران، بازمی‌دارد برمی‌آید که آن حضرت در پی تبیین نهادی اجتماعی و حکومتی است و مایل است وصیت را از حوزه تصمیم فردی شخص بیرون برد، زیرا فقیر بودن و محتاج ماندن ورثه باعث مفساد و زیان‌های اخلاقی و اجتماعی جبران‌ناپذیر خواهد بود. بر پایه همین مبانی، تلاش این نوشتار آن است تا وصیت را از

مقوله عبادات خارج دانسته و در حوزه احکام حکومتی و اجتماعی وارد بدانند. حکم وصیت به ثلث، از جنس احکام عبادی نظیر وجوب قصر در سفر و امثال آن نیست که قابل بازنگری نباشد بلکه از جنس احکامی مانند عدم برابری دیه ذمی و مسلمان است که علی‌رغم مشهور بودن و تلقی اجماعی دانستن آن، حکمی اجتماعی و حکومتی تلقی شده و در نتیجه می‌توان قابل تغییر یافت.

### ۷. فلسفه تشریح

رویکرد قانون‌گذار عرفی به تبعیت از مبانی فقهی امامیه چنان است که دو سوم باقیمانده ترکه، ذخیره وارثان موصی است و قانون‌گذار به منظور حفظ حقوق بازماندگان، موصی را از تصرف در دارایی باز داشته است؛ به همین جهت است که اگر وراثت از حق خویش بگذرند و وصیت زیاده‌تر را اجازه دهند مانع نفوذ وصیت از میان می‌رود و اجرای آن واجب می‌شود. بنابراین هرگاه موصی، وارث سببی و نسبی نداشته باشد وصیت نسبت به تمامی ترکه نافذ است؛ یعنی موصی می‌تواند نسبت به مازاد از ثلث تا آن‌که ترکه را فراگیرد وصیت کند و برای کسی حق اعتراض نیست و احتیاج به اجازه کسی نخواهد داشت (امامی، ۱۳۷۶: ۱۰۰-۱۰۱). در نتیجه، مستنبط از کلام حقوق-دانان - به پیروی از فقه امامیه و فلسفه تشریح وصیت به ثلث که آن هم از روح روایات وارده در این باب به دست می‌آید- فلسفه تقنین وصیت تا ثلث مال، به جهت رعایت حال وراثت موصی و جلوگیری از ایجاد ضیق و تنگی در معیشت آنان چیز دیگری نخواهد بود. به عبارت دیگر، قانون‌گذار با این حکم، چهره حمایتی خود از وارثان را آشکارا به رخ کشیده است تا آنجا که «در فرضی که فزونی وصیت به بیش از یک سوم آشکار باشد دادگاه باید از اجرای آن خودداری کند، مگر این‌که وارثان بر آن مهر تأیید زنند. با وجود این، در فرضی که تجاوز به ثلث آشکار نباشد تا زمانی که اشخاص ذی‌نفع به آن اعتراض نکرده‌اند دادگاه از پیش خود به جستجوی اعتبار وصیت نمی‌پردازد و به عدم نفوذ حکم نمی‌کند، زیرا آغاز و اجرای این رسیدگی باید به درخواست ذی‌نفعان باشد. برای مثال، اگر موصی خانه مسکونی خویش را به سود



همسرش وصیت کند و از نسبت بهای آن با ترکه سخنی نگوید، دادگاه نمی‌تواند بدون درخواست وارثان دیگر یا طلبکاران در نفوذ وصیت تردید کند و به جستجو پردازد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۶۳-۲۶۴).

لازم به ذکر است که «در حقوق پاره‌ای از کشورها (مانند فرانسه)، ذخیره وارثان در برابر همه بخشش‌ها حفظ می‌شود و مجموع تملیک‌های رایگان شخص، خواه در زمان حیات و به صورت هبه و حق انتفاع رایگان باشد یا برای بعد از مرگ و به شکل وصیت، نمی‌تواند از میزان سهم قابل تصرف تجاوز کند. ولی در حقوق ما مرز یک سوم تنها برای وصیت است، زیرا پس از فوت شخص، اختیار او با حقوق وارثان برخورد پیدا می‌کند. در زمان حیات، هر کس مالک دارایی خویش است و می‌تواند به دلخواه در آن تصرف کند و بخش مهم آن را ببخشد یا وقف کند و وارثان حق اعتراض ندارند» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۸۶).

چهره حمایتی قانون‌گذار ایران، ریشه در همان نگاه شارع دارد که روایت همراه با تعلیلی که در آن آمده و بیانگر مناط حکم عدم جواز وصیت به بیش از ثلث است، پیش از این ذکر شد.

### نتیجه‌گیری

با عنایت به این که در قرآن کریم مقدار جایز برای وصیت، تعیین نشده و با عنایت به تعلیلی که در روایت راجع به عدم نفوذ وصیت به بیش از ثلث آمده است و نیز با توجه به مفاد قاعده لا ضرر و ماهیت غیرعبادی داشتن و توقیفی نبودن وصیت و با در نظر گرفتن مذاق و مقاصد شریعت می‌توان پذیرفت که وصیت به مال می‌تواند - و شاید بتوان گفت باید - از حالت یک رابطه انحصاری میان موصی و موصی‌له درآمد و شکل یک نهاد اجتماعی را چنان به خود بگیرد که در تنفیذ وصیت حتی به کمتر از ثلث مال، نهاد دادرسی مداخله کرده و با توجه به شرایط اجتماعی، اقتصادی، خانوادگی، روحی و روانی و جسمانی ورثه و وضع مالی و اقتصادی و اجتماعی موصی‌له بر تنفیذ یا عدم تنفیذ آن تصمیم بگیرد.

در بند ۸ آنگاه که از فلسفه تشریح سخن به میان آمد به نقل از حقوقدانان این

مطلب روشن شد که اگر موصی، وارث نداشته باشد می‌تواند به بیش از ثلث - حتی تا تمام ترکه - وصیت کند، زیرا در این صورت زینانی متوجه وارث به دلیل عدم وجود، وارد نمی‌شود. از سوی دیگر، اگر موصی به بیش از ثلث وصیت کرده باشد و ورثه، به هر دلیل - حتی اعتقاد به عدم ورود ضرر به آنان - خواستار تغییر وضعیت نباشند دادگاه رأساً وارد موضوع نخواهد شد و وصیت را به ثلث تغییر نخواهد داد. پس در هر دو صورت، «ملاک حکم» عبارت است از «زیان وارد به وارث»؛ و مقصود از فلسفه تشریح از نگاه این نوشته در خصوص حکم مذکور، همین است.

نگاهی به عقدهایی چون نکاح، اجاره و بیع این معنی را روشن می‌کند که جهت-گیری زندگی اجتماعی و نظم حقوقی به گونه‌ای پیش می‌رود که شخص همین اندازه مختار است که خود را در یک موقعیت حقوقی قرار دهد یا ندهد. اما چنین نیست که شخص بتواند همه آنچه که خود می‌پسندد و همه نتایج و ثمرات عقد را همان‌گونه که خود می‌خواهد بر آن بار کند. قانون و نظم اجتماعی و اقتصادی و سلامت روانی جامعه، گاه ملاک و معیاری بسیار تعیین کننده است.

آیا با همین معیارها می‌توان در خصوص وصیت تملیکی نیز چنین گفت: نهاد دادرسی و دادرس است که با توجه به شرایط اقتصادی، روانی و روابط حاکم بر خانواده تصمیم می‌گیرد که وصیت موصی چگونه باید اعمال شود حتی اگر به اندازه ثلث و گاه به کمتر از ثلث باشد؟ پاسخ این نوشته، «آری» است. البته نباید نگران بود که با چنین استدلالی، هیچ حکم محکم و مسلمی بر جای نخواهد ماند و با استدلال به لا ضرر و فلسفه تشریح هر کس هرچه می‌پسندد خواهد گفت. نگاهی به سال‌های پیش و تحولاتی که رخ داده است می‌تواند موجب رفع این نگرانی باشد: نظرات و فتاوی‌ارائه شده از سوی امام خمینی (ره)، نظرات و فتاوی‌مقام رهبری، برابری دیه ذمی و مسلمان، تلقیح مصنوعی، رحم جایگزین، دیه مرد و زن، تعیین اجرت‌المثل برای زن به هنگام طلاق برای کارهایی که در خانه زوج انجام داده است و همه الزاماتی که دولت مقرر می‌کند و نتیجه آن هرچه محدودتر کردن اختیارات شهروندان در زندگی اجتماعی و نیز حتی خصوصی آنان است همگی گام‌های بلندی است که می‌توان با عنایت به

مبنای آن‌ها گام‌های دیگری برداشت. وانگهی با پذیرش مبانی نظری بحث مطرح شده، اصلاح متن ماده ۸۴۳ قانون مدنی پیشنهاد این نوشتار است؛ ضرورتی اجتناب ناپذیر که قانون‌گذار می‌تواند به این مبنا و جاهت قانونی ببخشد.

### منابع

#### الف. فارسی

امامی، سید حسن (۱۳۷۶) *حقوق مدنی*، ج ۳، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.  
 باقری، احمد (۱۳۹۳) «مبانی فقهی و حقوقی مشروعیت ضمان دولت در پرداخت خسارت ناشی از کاهش ارزش پول»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۱۰، صص ۸۷-۱۱۶.

بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۸) «آیا قاعده لا ضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟ آیا قاعده لا ضرر اثبات حکم می‌کند؟»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ۲۹، صص ۵-۲۶.

خمینی (امام)، سید روح‌الله (۱۳۷۸) *رساله توضیح المسائل*، قم: روح.  
 دادمرزی، سید مهدی، امینی نسب، حمزه (۱۳۹۶) «وصیت مازاد بر ثلث در فرض فقدان وارث برای موصی»، *پژوهش‌های فقهی*، ۳، صص ۶۳۳-۶۵۳.

ریسونی، احمد (۱۳۷۶) *اهداف دین از دیدگاه شاطبی*، ترجمه سید حسن اسلامی و سید محمدعلی ابهری، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

رویداد، «فتوای آیت‌الله موسوی اردبیلی در مورد فرزند متولد شده از رحم اجاره‌ای» (تاریخ مشاهده: ۱۳۹۵/۰۱/۱۷) در: <https://www.rouyad24.ir/fa/news/10254>

محمصانی، صبحی رجب (۱۳۸۶) *فلسفه قانون‌گذاری در اسلام*، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران: آثار اندیشه.

محمصانی، صبحی رجب (۱۳۹۱) *مبانی شرعی و قانونی حجر، نفقه، ارث و وصیت*، ترجمه حمید مسجد سرائی و مصطفی جباری، سمنان: دانشگاه سمنان.

مغنیه، محمدجواد (۱۳۹۳) **الفقه علی المذاهب الخمسه**، ترجمه حمید مسجد سرایي و مصطفی جباري، تهران: بهینه فراگیر.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲) **وصیت در حقوق مدنی ایران**، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸) **دوره مقدماتی حقوق مدنی** (درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث)، تهران: دادگستر.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۳) **تحلیل فقهی و حقوقی وصیت**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

مرعشی، سید محمدحسن (۱۳۷۶) «قاعده لا ضرر»، **مجله دادرسی**، ۴، صص ۳-۷.

موسوی، سید ابراهیم (۱۳۷۸) «قاعده لا ضرر»، **مجله حقوقی دادگستری**، ۲۸ و ۲۹، صص ۱۱۹-۱۴۲.

نهاد رهبری، «احکام مربوط به تلقیح مصنوعی»، (تاریخ مشاهده: ۱۳۹۷/۰۲/۲۰) در:  
<http://muq.nahad.ir/index.jsp?fkeyid=&siteid=192&pageid=66420>

#### ب. عربی

ابن بابویه قمی، محمد بن علی بن حسین (۱۴۰۴ ق) **من لایحضره الفقیه**، ج ۴، تحقیق علی اکبر غفاری، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ ق) **المهذب**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

ابن ماجه، محمد بن یزید (بی‌تا) **سنن ابن ماجه**، ج ۲، بیروت: دارالفکر.

ابوداود، سلیمان بن اشعث (۱۹۹۰ م) **سنن ابی داود**، ج ۱، بیروت: دارالفکر.

ابوزهره، محمد بن احمد (۲۰۰۱ م) **شرح قانون الوصیه دراسه فقهیه لمسائله و بیان لمصادره الفقهیه**، قاهره: دارالفکر العربی.

اردبیلی (مقدس)، احمد بن محمد (بی‌تا) **زبده البیان فی احکام القرآن**، تحقیق محمدباقر بهبودی، تهران: المکتبه المرتضویه.

- انصاری (شیخ اعظم)، مرتضی (۱۴۱۵) الوصایا و المواریث، قم: چاپخانه باقری.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ ق) الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- البخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۰۱ ق) صحیح البخاری، ج ۲ و ۳، بیروت: دارالفکر.
- الترمذی، محمد بن عیسی (۱۴۰۲۳ ق) سنن الترمذی، ج ۲، بیروت: دارالفکر.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۰۳ ق) الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۵، قم: دارالهادی.
- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶ ق) الفقه علی المذاهب الأربعة، ج ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴) وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۳ و ۱۹، قم: مؤسسه آل البيت لإحیاء التراث.
- سیوری (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله (۱۳۴۳ ق) کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۲، تصحیح محمدباقر بهبودی، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- حکیم، سید محسن (۱۴۰۴ ق) مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۴، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی. علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۵) مختلف الشیعه، ج ۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳) قواعد الاحکام، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ ق) شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، تهران: انتشارات استقلال.
- خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا) تحریر الوسیله، ج ۲، قم: دار الکتب العلمیه.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق) منهاج الصالحین، ج ۲، قم: مدینه العلم.

- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۸ ق) مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۱، تصحیح هاشم رسولی و فضل الله یزدی طباطبائی، بیروت: دارالمعرفه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۹۰ ق) الإستبصار، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- القرطبی، محمد بن رشد (۱۴۰۹ ق) بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، ج ۲، بیروت: دار-المعرفه.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۱ ق) جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۰، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۲۴ ق) تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۲۵ ق) العناوین، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مفید (شیخ)، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۰ ق) المقنعه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۴۰۴ ق) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۸، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نسائی، احمد بن علی (۱۳۴۸ ق) سنن النسائی، ج ۶، بیروت: دارالفکر.
- نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸) مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
- الهیثمی، علی بن ابی بکر (۱۴۱۲ ق) مجمع الزوائد و منبع الفوائد، ج ۴، قاهره: مکتبه القدسی.