

بسمه تعالی

پیشگفتار

در درس مدنی ۸ به مباحث «شفعه»، «وصیت» و «ارث» خواهیم پرداخت. مبنای این درس، مقداری با سایر درسهای حقوق مدنی متفاوت است؛ علت آن هم این است که اگرچه ما در درس حقوق مدنی به دنبال مبانی عقلی و نقلی هستیم و در نحوه استدلال و برداشت خود از حقوق مدنی، از این مبانی عقلی و نقلی استفاده می‌کنیم، اما در این درس، اجرای این روند کمی با دشواری همراه است چراکه بخش عمده‌ای از بحث‌های ما، مبحث ارث می‌باشد که قواعد آن امری است و تابع اراده ما نیست. متنها تا آنجا که می‌توانیم سعی خواهیم کرد به تحلیل مبانی هم بپردازیم. در بحث شفعه مبنای ما کتاب «ایقاع» دکتر کاتوزیان خواهد بود. در بحث وصیت هم کتاب دکتر کاتوزیان کتاب خوبی است اما کتاب ارث ایشان چندان مناسب نیست و احکام ارث در آن به خوبی بیان شده است. لذا احتمالاً مبنای ما در ارث کتاب دکتر امامی خواهد بود.

فصل اول

شفعه

❖ مقدمه

ماده ۱۴۰ قانون مدنی اسباب تملک را بیان می‌کند:

«تملک حاصل می‌شود:

۱- به احیای اراضی موات و حیات اشیاء مباحه (مدنی ۲)

۲- بوسیله عقود و تعهدات (مدنی ۳ و ۵ و ۶ و ۷)

۳- بوسیله أخذ به شفعه

۴- به ارث»

بنابراین ما می‌خواهیم از یکی دیگر از اسباب تملک صحبت کنیم و آن «أخذ به شفعه» است. یعنی همانگونه که عقود باعث تملک می‌شود؛ اگر شخصی أخذ به شفعه بنماید این کار او تملک می‌آورد. أخذ به شفعه یعنی اعمال حق شفعه؛ بنابراین خود حق شفعه تملک نمی‌آورد، همانگونه که در خیارات می‌گوییم خیار اسباب فسخ است ولی خود خیار، عقد را بر هم نمی‌زند؛ چنانچه ممکن است عقدی خیار باشد ولی ۱۰۰ سال هم دوام پیدا کند.

شفعه هم همینگونه است یعنی حقی است که اعمال آن سبب تملک می‌شود. لذا به نظر می‌رسد بند ۳ ماده ۱۴۰ که می‌گوید: «بوسیله أخذ به شفعه» عبارت دقیقی نیاورده است، چون خود «أخذ به شفعه» یعنی «حق شفعه سبب تملک است» چراکه در عبارت «أخذ به شفعه»، باء، باء سببیت است و اگر بگوییم «بوسیله أخذ به شفعه»، دیگر کلمه «بوسیله» اضافه خواهد بود.

قانون مدنی از ماده ۸۰۸ تا ۸۲۴ به احکامات شفعه می‌پردازد. پیش از آنکه بدانیم أخذ به شفعه چگونه صورت می‌گیرد و این حق چگونه اعمال می‌شود باید بدانیم اساساً خود حق شفعه به چه معناست.

*** گفتار اول**

حق شفعه

بند اول

معنای حق شفعه

در معنای لفظی شفعه گفته شده جف کردن یا پیوند زدن چیزی با چیز دیگر؛ یا ملحق کردن دو چیز. معنی اصطلاحی شفعه هم چندان از معنی لفظی آن دور نیفتاده است چراکه در واقع شخصی با اعمال حق شفعه می‌خواهد چیزی را به اموالش ملزم کند.

اما معنای اصطلاحی حق شفعه در ماده ۸۰۸ همراه با نتیجه آن آمده است. در حقیقت به خلاف بیع و اجاره و شرکت و ... که قانون مدنی تعریف مستقلی ارائه می‌دهد و سپس در مواد دیگر به آثار آن‌ها می‌پردازد؛ در حق شفعه تعریف مستقلی بیان نمی‌کند بلکه آثار آن را در ماده ۸۰۸ بیان می‌کند و ما می‌خواهیم از این آثار بفهمیم شفعه به چه معناست.

ماده ۸۰۸

«هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مستقل باشد و یکی از دو شریک حصه‌ی خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبعه را تملک کند.»

این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع گویند.»

بنابراین شفعه حقی است برای یک شریک که به او اجازه می‌دهد در برابر قیمتی که خریدار می‌پردازد سهم او را تملک کند. به عبارت دیگر حق شفعه حقی است از آن شریک، نسبت به سهم شریک دیگر بدین معنا که با پرداخت ثمن، مالک سهم شریک خود می‌شود.

فقها هم تعاریفی از شفعه ارائه کرده‌اند مثلاً در شرح لمعه اینگونه تعریف شده است: «هی استحقاقُ الشَّرِیکِ الحِصَّةُ المبیعِ فی شرکتِه» یا مصلاً در شرایع اینگونه آمده است: «هی استحقاقُ أحدِ الشَّرِیکِینِ حصَّةُ شریکِه بسببِ إنتقالِها بالبیع». بنابراین اگر سهم‌الشرکه در ملکیت شریک باشد حق شفعه برای شریک دیگر وجود ندارد؛ بلکه این حق زمانی ایجاد می‌شود که شریک سهم‌الشرکه خود را بواسطه بیع منتقل کند. پس بواسطه این انتقال، حق شفعه ایجاد می‌شود تا حصه فروخته شده را تملک کند.

نکته‌ای که باید به آن توجه شود این است که شفعه فقط در شرکت (نه عقد شرکت بلکه به معنی اشاعه) بوجود می‌آید، بنابراین اگر مال مشاع نبود شفعه‌ای بوجود نخواهد آمد. مثلاً اگر دو نفر آپارتمان دوطبقه‌ای را به صورت مفروز و سه دانگ سه دانگ بخرند، حق شفعه وجود نخواهد داشت. اما اینکه (در همین فرض) آیا وقتی یک نفر حصه‌ی مفروز خود را می‌فروشد و به تبع آن حصه مشترک نیز فروخته می‌شود، حق شفعه بوجود خواهد آمد یا نه را بحث خواهیم کرد.

بند دوم

ویژگی‌های حق شفعه:

۱. شفعه یک حق مالی است؛ یعنی این حق ارزش دارد. ماده ۸۲۲ مقرر می‌دارد: «حق شفعه قابل اسقاط است...» پس یک حق مالی است، چون حقوق غیر مالی قابل اسقاط نیست. چراکه حقوق غیر مالی معمولاً ناشی از تکالیف است؛ مثلاً حق ابوت و بنوت و ولایت یا حضانت را نمی‌توان اسقاط کرد. (اگرچه به تبع آن حقوق مالی ممکن است بیاید.) پس اگرچه حقوق مالی ممکن است ناشی از حقوق غیر مالی باشد ولی حقوق غیر مالی ناشی از تکالیف است و قابل اسقاط نیست. عده‌ای از همین قسمت ماده ۸۲۲ گفته اند پس حق شفعه هم مانند اختیارات است چون اختیارات هم قابل اسقاط هستند و حتی می‌توان آن‌ها را به غیر واگذار نمود یا فروخت؛ لذا حق شفعه هم مانند اختیارات حق مالی است و می‌توان آن را به غیر واگذار نمود.

اگرچه قانون مدنی در باب واگذاری حق شفعه حکمی نیاورده است لکن فقهای ما شفعه را فقط در موارد منصوص تجویز کرده‌اند چون شفعه یک حکم استثناست و خلاف قاعده است. از آن جا می‌گوییم خلاف قاعده است که ما هر جا در مورد تملک صحبت می‌کنیم، جز در مورد ارث، نیاز به قبول داریم، اما در شفعه بدون رضا و قبول دیگری مال او را تملک می‌کنیم. بنابراین چون شفعه استثناست، نمی‌توان از آن قاعده استخراج کرد و باید فقط به موارد منصوص اکتفا نمود. بنابراین نمی‌توان شفعه را به دیگری واگذار نمود. پس شفعه قابل اسقاط است بدین معنا که شفیع می‌تواند پول بگیرد و بگوید من شفعه را اِعمال نمی‌کنم. (از این نظر شفعه حق مالی است) اما قابل واگذاری به غیر نیست و با حقوق مالی دیگر در اینجا تفاوت دارد. لکن به ارث هم می‌رسد که به آن خواهیم پرداخت.

۲. شفعه یک حق عینی است (تعبیر دکتر کاتوزیان) بدین معنا که وقتی ما در ماده ۸۰۸ از شفعه صحبت می‌کنیم، در واقع داریم از یک حق تملک مستقیم صحبت می‌کنیم بدون اینکه نیاز به رجوع به خریدار و الزام وی باشد و بدون اینکه نیاز به قبول خریدار باشد. در رهن هم اشاره‌ای به حق عینی داشتیم و گفتیم رهن یک حق عینی است. حقوق عینی حقوقی هستند که بین یک شخص و یک مال معین در عالم خارج وجود دارد. این حق عینی دو حالت دارد: الف) یا حق عینی مالک است نسبت به مال خود بواسطه قواعد ملکیت؛ که این اختیار را به مالک می‌دهد که اگر هر کسی آمد و مال او را تصرف کرد، این مال در نزد هر کسی بود بتواند آن را باز پس گیرد.

ب) یا حق عینی به معنای حق اولویت است (که در رهن از آن بحث کردیم) بدین معنا که مثلاً مرتهن نسبت به راهن حق دارد به مال مرهونه رجوع کند و برای طلبش مال را بفروشد؛ در اینجا نیز این حق عینی این اختیار را به صاحب حق می‌دهد که اگر مثلاً راهن مال مرهونه را فروخت چون این بیع مغایر حق مرتهن است بتواند جلوی این بیع را بگیرد.

در شفعه نیز می‌گویند این یک حق عینی به معنای یک حق اولویت نسبت به مال معین است. بنابراین اگر شریک سهم خود را در مال مشترک فروخت، شفیع نسبت به این مال بر همه تقدم دارد لذا می‌تواند با پرداخت ثمن به خریدار، مالک این سهم مشترک بشود ولو این که این سهم مشترک بین صد دست چرخیده باشد.

بند سوم

فلسفه حق شفعه

در اینجا می‌خواهیم به این سؤال پاسخ دهیم که اساساً شارع بع چه دلیل حق شفعه قائل شده است؟

در پاسخ به این سؤال اختلاف نظر بسیاری وجود دارد.

مستند شفعه یکی روایات متواتری است که در این باب وجود دارد و دیگری اجماع فقها است. اما برای فلسفه شفعه نظریات متعددی مطرح است که به چند مورد می‌پردازیم:

عده‌ای گفته‌اند فلسفه شفعه لاضرر است؛ پیش از توضیح این نظر بهتر است بحثی را که در باب شرکت داشتیم یادآور شویم. گفتیم اسباب شرکت یا ارادی است یا قهری؛ شرکت ارادی یا ناشی از عقدی از عقود است یا ناشی از یک عمل (مزج) است: مثل اینکه دو کشاورز با هم مزارعشان را درو می‌کنند و گندم‌ها را یک جا جمع می‌کنند. اما شرکت قهری یا ناشی از ارث است یا ناشی از امتزاج.

خوب ما وقتی از اشاعه صحبت می‌کنیم (به غیر از موارد قهری) علی‌الأصول با هر کسی شریک نمی‌شویم؛ یعنی جایی که اشاعه به اراده ماست طرف معامله برای ما مهم است. حال اگر احد از شرکاء سهم خود را بدون اطلاع به دیگری بفروشد، شریک دیگر چون راضی به شراکت با شریک جدید (خریدار) نیست، قاعده لاضرر به ما می‌گوید این شراکت ضرری است و برای دفع این ضرر طریقه اخذ به شفعه وضع شده است.

عده‌ای به این نظر ایراد گرفته‌اند و می‌گویند مگر در مواردی که سه شریک وجود دارد یا مال منقول است و چنین وضعیتی پیش می‌آید، لاضرر وجود ندارد؟ پس چرا در اینگونه موارد حق شفعه نداریم؟! پس نمی‌توان فلسفه این قاعده را لاضرر دانست.

اشکال دیگری که به این نظر گرفته‌اند این است که می‌گویند مگر ما حق افراز برای شرکاء قائل نیستیم؟ خوب شرکاء اگر این وضعیت را نمی‌خواهند، بروند شراکت را به هم بزنند؛ چه لزومی دارد در موارد ضرری حق شفعه اعمال شود، خوب می‌روند افراز می‌کنند. در پاسخ به این اشکال گفته‌اند از آنجا که افراز باعث کوچک شدن مال می‌شود، خود این افراز ضرری است، لذا قائل به حق شفعه شده‌ایم! اما این پاسخ با قواعد قبلی ما جور در نمی‌آید، چون ما گفتیم اشاعه عیب مال است اما حالا کمال مال محسوب شده‌است و تقسیم را عیب گرفته‌اند. از طرف دیگر وقتی می‌گوییم تقسیم و کوچک شدن عیب است که شرکاء بخواهند با این سرمایه کار کنند چون اساساً هدف شراکت این بوده است، لذا تقسیم با این هدف جور در نمی‌آید اما در وضعیت شفعه که شفیع راضی به شراکت با خریدار نیست معنا ندارد بگوییم چون تقسیم باعث کوچک شدن مال است اعمال شفعه می‌کنیم تا جلوی تقسیم و کوچک شدن مال را بگیریم!

نکته دیگر اینکه در بحث شراکت گفتیم افراز در مواردی ممنوع است و شدنی نیست چون یا منجر به کسر قیمت مال تقسیم شده می‌شود (که در این صورت رضایت شرکاء شرط بود) یا منجر به از مالیت افتادن مال مشاع می‌شد یا اساساً منع قانونی وجود داشت. خوب اتفاقاً شفعه اگر مبنایش لاضرر باشد باید در اینگونه موارد (اموال غیر قابل

افراز) اعمال شود اما می‌بینیم که قانونگذار می‌گوید «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی...». پس می‌بینیم با اینکه در مال غیر قابل تقسیم ضرر بیشتری وجود دارد حق شفعه از نظر قانون وجود ندارد. بنابراین مشاهده کردیم که به هر طریق فلسفه شفعه را تحلیل کنیم یک جای کار می‌لنگد و با دیگر قواعد جور در نمی‌آید. لذا حقوقدانان هم در تحلیل فلسفه شفعه به مشکل برخوردند. به همین دلیل در تحلیل فلسفه شفعه نمی‌توان با قواعد عمومی تحلیل کرد و نهایتاً تنها دلیل آن را روایات متواتر و اجماع فقها می‌دانند.

*** گفتار دوم**

شرایط اعمال حق شفعه

ماده ۸۰۸: «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه‌ی خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبعه را تملک کند...»

۱. اولین فرضی که در ماده ۸۰۸ داریم این است که شفعه یک حکم تکمیلی در ذیل شرکت است. بنابراین ما از این ماده در جایی می‌توانیم صحبت کنیم که شرکتی موجود باشد بنابراین اولین شرط اعمال شفعه «وجود شرکت» است. این شرکت لزوماً در معنای عقد شرکت نیست بلکه هر جا اشاعه‌ای موجود باشد برای موجود شدن حق شفعه کافی است.

حال می‌خواهیم ببینیم منظور از مال مشترک چیست؟ به عبارت دیگر در چه چیزی مشترک باشد؟ در ملکیت عین مشترک باشد یا اگر مثلاً در جزئی مثل ممر و مجرای مشترک بود کفایت می‌کند؟

آنچه که در ماده ۸۰۸ به تبع از فقه امامیه آمده، ملکیت مشترک در خود مال است یعنی خود مال باید مشاع باشد. در فقه قول ضعیفی وجود دارد که همسایه نیز دارای حق شفعه است، به این دلیل که اگر قرار باشد فرد دیگری به واسطه فروش سهم همسایه جانشین او بشود برای همسایه قبلی همان ضرری که در باب اشاعه بواسطه ورود یک فرد غریبه وجود دارد، قابل تصور است. اما همانگونه که گفتیم مشهور امامیه این است که خود مال مشترک باشد چنانچه در ماده ۸۰۸ آمده است.

برخی قول دیگری را مطرح کرده و گفته‌اند که امکان دارد دو ملک همسایه‌اند اما دارای ممر و مجرای مشترک هستند. حال سؤال این است که آیا ممر و مجرای مشترک هم می‌تواند ایجاد شفعه کند؟ چرا که به هر حال ممر و مجرای مشترک موجب تصرف در بخش مشترک مال است.

قانون مدنی در ماده ۸۱۰ می‌گوید: «اگر ملک دو نفر در ممر یا مجرا مشترک باشد و یکی از آنها ملک خود را با حق ممر یا مجرا بفروشد، دیگری حق شفعه دارد اگرچه در خود ملک مشاعاً شریک نباشد...»

پس فرض این ماده این است که اگر اصل مال اختصاصی بود اما ممر و مجرای مشترکی وجود داشت و سهم فروخته شده همراه با ممر و مجرا بود حق شفعه وجود دارد. «... ولی اگر ملک را بدون ممر و مجرا بفروشد دیگری حق شفعه ندارد.» مثلاً امکان دارد فرد یک راه اختصاصی پیدا کرده و قاعدتاً آن حق ارتفاقی که برای دسترسی به ملک لازم بوده از بین رفته است که در این صورت چون سهم اختصاصی فروخته شده و حق ارتفاق هم زائل شده و ملک بدون حق ممر و مجرا به فروش رسیده، حق شفعه وجود ندارد.

اما اگر به همراه ممر و مجرا فروخته شود حق شفعه وجود دارد مثل آپارتمانی که به همراه راه پله که مشترک است فروخته می‌شود. پس ماده ۸۱۰ در واقع استثنائی بر ماده ۸۰۸ است بدین معنا که اصل این است که برای ایجاد حق شفعه باید اشاعه در مال داشته باشیم اما استثنائاً اگر مال مشاع نبود ولی ممر و مجرای مشترک وجود داشت و این حصه اختصاصی به همراه ممر و مجرای مشترک فروخته شد باز حق شفعه وجود دارد؛ البته باید توجه داشت این در صورتی است که سایر شرایط نظیر اینکه بین دو نفر باشد و یا به قصد بیع فروخته شود موجود باشد. (شرط قابل تقسیم بودن قابل تصور نیست.)

نکته: حق ممر و مجرا و حقوق ارتفاقی، تبعی است و همیشه به تبع سهم اختصاصی فروخته می‌شود لذا فرض ذیل ماده که گفته بدون ممر و مجرا فروخته شود در صورتی قابل تصور است که شخص یک راه اختصاصی پیدا می‌کند؛ مثلاً زمین تغییر حالت می‌دهد و ... که در این صورت اساساً حق ممر و مجرای طرف زائل شده است، لذا وقتی سهم خود را می‌فروشد بدون این حق فروخته است.

برخی فرض دیگری را مطرح کرده‌اند و گفته‌اند آیا دیوار مشترک هم باعث ایجاد حق شفعه می‌شود یا نه؟ که پاسخ منفی است؛ چراکه حکم ماده ۸۱۰ استثناست و فقط به ممر و مجرا اشاره کرده است و در موارد استثنا باید به مورد نص اکتفا نمود.

۲. شرط دوم این است که مال غیر منقول باشد. حال سؤال این است که اگر مال منقول به تبع غیر منقول فروخته شود آیا شفعه موجود است؟ مثلاً بنا ساخته است یا درخت کاشته (این‌ها منقول هستند) و آن را با زمین فروخته است (که غیر منقول است)؛ فرض قانون مدنی این است که در این فرض حق شفعه وجود دارد. ماده ۸۰۹: «هرگاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود.» مثلاً زمین وقف است و طرف مالک آن نیست و بنا جداگانه فروخته می‌شود. در اینجا قطعاً حق شفعه ای نخواهد بود. پس معنای ماده این است که اگر اموال منقول مثل درخت و بنا به تبع زمین فروخته شوند داخل حق شفعه خواهد بود یعنی طرف اگر نسبت به زمین اعمال حق

شفعه نمود نسبت به بنا و درخت هم تملک می‌آید. قول ضعیفی در فقه وجود دارد که شفعه در اموال منقول نیز هست و روایاتی هم به عنوان دلیل ذکر کرده‌اند اما مشهور در بین امامیه این است که شفعه فقط در اموال غیر منقول است.

نکته: اموال غیر منقول دو نوع اند: ۱. حکمی ۲. ذاتی

اموال غیر منقول حکمی اموالی است که از منظر قانون‌گذار غیر منقول نیست اما از احکام اموال غیر منقول تبعیت می‌کند. مانند کشتی؛ با توجه به ماده ۸۰۹ هر مال منقولی هم که به تبع غیر منقول فروخته شود در حکم غیر منقول است. لذا اگر ابزارآلات کشاورزی مثل تراکتور هم به تبع زمین فروخته شود یا محصول گندم به تبع زمین فروخته شود در حکم غیر منقول است و داخل در حق شفعه. منتها باید دقت داشت وجود شفعه در مال منقول منظور نیست بلکه منظور این است که هرگاه معامله بواسطه شفعه به هم خورد شفیع مالک تبعات هم می‌شود. یعنی چون فروشنده تبعیض قائل نشده و محصول را به تبع زمین فروخته، شفیع مالک محصول هم می‌شود. لذا حکم ماده ۸۰۹ حکم وجود شفعه در اموال تبعی نیست که اشکال شود که چرا حکم استثنا را تسری داده‌اید! بلکه ما داریم از ملکیت تبعی صحبت می‌کنیم بدین معنا که وقتی من نسبت به مال غیر منقول با اعمال حق شفعه مالک شدم، نسبت به توابع آن هم مالک هستم. پس اینکه ماده ۸۰۹ می‌گوید: «هرگاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود» مفهوم مخالفش این می‌شود که اگر با زمین فروخته شد حق شفعه خواهد بود منتها حق شفعه در بنا و درخت نیست بلکه حق شفعه در زمین خواهد بود یعنی به تبع اعمال شفعه در زمین، ملکیت بنا و درخت هم به شفیع منتقل می‌شود. پس آنجا که بنا و درخت جداگانه فروخته می‌شود قطعاً حق شفعه نیست [بدین معنا که اگر در زمین اعمال حق شفعه شد شفیع مالک بنا و درخت نمی‌شود] اما آنجا که بنا و درخت با زمین فروخته شد قطعاً شفعه هست اما شفعه نسبت به معامله نه اینکه شفعه نسبت به درخت و بنا و تراکتور منظور باشد بلکه شفعه نسبت به زمین زراعی منظور است که موارد تبعی هم داخل خواهد شد.

۳. شرط سومی که در ماده ۸۰۸ بیان شده «قابل تقسیم» بودن است. باید دقت داشت که ماده نمی‌گوید مال غیر منقول تقسیم شده بلکه می‌گوید مال مشترکی که قابلیت تقسیم دارد. پاسخ به این سؤال که چرا قانون‌گذار چنین شرطی آورده سخت است؛ چراکه علی‌الأصول وقتی مال قابل تقسیم است دیگر نیازی به شفعه نیست؛ که قبلاً هم گفتیم عده‌ای گفته‌اند در اینجا افراز و تقسیم عیب است؛ حال آنکه گفتیم همیشه اشاعه عیب مال محسوب می‌شود نه افراز آن. به هر حال قانون مدنی به تبع از فقه این شرط را نیز ذکر کرده است. (إِنَّمَا جُعِلَ الشَّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ)

در بحث شرکت به این مطلب اشاره کردیم که تقسیم در مواردی ممنوع است. یکی موردی بود که تقسیم باعث از مالیت افتادن مال می‌شد؛ مثلاً حصه فردی آنقدر کم است که اگر تقسیم کنند ۱۰۰ متر بیشتر به او نمی‌رسد و این

مقدار در آن منطقه قیمتی ندارد. دوم در مواردی بود که تقسیم ضرری باشد و افرادی که متضرر می‌شوند رضا ندهند، مثلاً اگر تقسیم کنند سهم وی که پنج میلیون ارزش داشته، حالا سه میلیون بیشتر نمی‌ارزد و دیگر مواردی بود که ملک قابلیت تقسیم نداشت، مثلاً یک ملک ۱۰۰ متری را صد نفر شریک هستند یا موردی که اساساً منع قانونی وجود داشت مثلاً اداره ثبت می‌گوید نمی‌توانید این خانه را تقسیم کنید. به هر حال مال غیر منقول اگر غیر قابل تقسیم باشد شفعه در آن موجود نخواهد بود.

۴. شرط دیگر «انتقال به واسطه بیع» است. در اینجا نیز چاره‌ای به تبعیت از فقه نداریم (إِنَّمَا الشَّفْعَةُ فِي الْبَيْعِ) و إلا اگر بنا باشد خود فلسفه آن را ذکر کنیم باز به مشکل بر می‌خوریم چراکه همان ملکیت و ضرر ناشی از آن که بواسطه بیع برای شریک می‌آید، با صلح و هبه و ... نیز قابل تصور است و دوباره این سؤال مطرح می‌شود که چرا فقط در بیع شفعه داریم؟! به هر حال طبق روایت، فقط در بیع حق شفعه داریم. (از «ال» بر سر بیوع حصر فهمیده می‌شود). ماده ۸۱۳ نیز در تکمیل بحث می‌گوید: «در بیع فاسد حق شفعه نیست.» اما مطابق ماده ۸۱۴ خیاری بودن بیع مانع اعمال حق شفعه نیست که بعداً به این ماده و تبعات آن خواهیم پرداخت. البته در مورد بیع خیاری عده‌ای مانند شیخ طوسی معتقداند که مادامی که زمان خیار طی نشده ملکیت منتقل نشده است که با این مبنا این سؤال مطرح می‌شود که آیا شفعه از همان زمان بیع بوجود می‌آید یا خیر؟ (چون اگر انتقال ملکیت را شرط بوجود آمدن شفعه بدانیم قاعداً باید با مبنای شیخ طوسی تا زمان خیار و انتقال ملکیت صبر کرد و بعد که حق شفعه ایجاد شد آن را اعمال نمود). اما نظر مشهور این است که در بیع خیاری ملکیت با همان بیع منتقل می‌شود لذا حق شفعه هم از همان زمان بیع ایجاد می‌شود نه از زمان طی شدن مدت خیار. به هر حال ماده ۸۱۴ می‌گوید خیاری بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست. و جالب اینجاست که نمی‌گوید مانع از ایجاد حق شفعه نیست بلکه می‌گوید مانع از اخذ به شفعه نیست یعنی در بیع خیاری نه تنها حق شفعه بوجود می‌آید بلکه می‌توان آن را اعمال نمود.

نکته‌ای که در ماده ۸۰۸ باید به آن توجه داشت این است که می‌گوید «... به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند...» یعنی آنچه برای ما مهم است قصد طرفین است چراکه ممکن است افراد گاهی برای ساقط کردن شفعه ظاهر معامله را صلح واقع کنند اما در واقع قصد بیع دارند؛ لذا قانون‌گذار می‌گوید شما فریب ظاهر معامله را نخورید و به قصد طرفین نگاه کنید.

۵. شرط دیگر این است که «شراکت بین دو نفر باشد» بنابراین اگر شرکاء سه نفر یا بیشتر باشند دیگر شفعه‌ای وجود نخواهد داشت. بنابراین آن مثالی که قبلاً برای آپارتمان زدیم با فرض این است که دو شریک باشند و الا در یک آپارتمان که بیش از دو نفر اند حق شفعه نداریم.

حال می‌خواهیم به یکی از مصادیق این فرض بپردازیم :

اگر شریک آمد و جزء سهمش را به دیگری فروخت مثلاً دو شریک هر یک مالک سه دانگ از یک ملک هستند و یکی از دو شریک (مثلاً آقای الف) یک و نیم دانگ از سهم خود را فروخته است. تا اینجا شریک دیگر (آقای ب) می‌تواند اعمال شفعه کند و مالک یک و نیم دانگ فروخته شده بشود. حال اگر فرض کنیم ب حق شفعه خود را ساقط کرد و اعمال نکرد در نتیجه شخص ثالث (آقای ج) یعنی خریدار نیز می‌شود شریک اینها. (الف و ج هر یک مالک یک و نیم دانگ و ب مالک سه دانگ)

با این فرض اگر هر یک از الف و ج سهم خود را بفروشد، ب دیگر نمی‌تواند اعمال حق شفعه کند چون شرکاء بیش از دو نفر شده‌اند.

۶. مطلبی که در قانون مدنی نیامده است بحث «اسلام» است. بدین معنا که قانون نگفته است آیا شفعه فقط برای مسلم است یا برای غیر مسلم هم هست؟

در فقه، فقها در باب اعمال شفعه اسلام را شرط می‌دانند و مبنای این حرفشان قاعده‌ی نفی سبیل است. بدین ترتیب که می‌گویند اگر بنا باشد شریک کافر اعمال حق شفعه کند و شریک مسلم را از ملکیت خارج کند این باعث ارجحیت کافر بر مسلم است. حال آنکه قاعده کلی می‌گوید: «و لن يجعل الله للكافرين على المسلمين من سبيل» در برخی روایات هم آمده و تعبیری نظیر «لا شفعه للذمی علی المسلم» یا «لیس للیهود و النصراری شفعه» نقل شده است.

بنابراین اگرچه این شرط در قانون نیامده ولی ما از قواعد کلی این شرط را استخراج می‌کنیم و اسلام را شرط می‌دانیم.

۷. آخرین شرطی که در ماده نیامده یا حداقل اینگونه است که با مسامحه اشاره شده، است که شفیع باید قبل از بیع مالکیت بر مال مشترک داشته باشد. چنانچه ماده می‌گوید «... و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد...»؛ می‌بینیم که می‌گوید «شریک دیگر» حق شفعه دارد بنابراین شفیع باید کسی باشد که مالک باشد. بنابراین اگر الف و ب دو شریک اند و ب سهم خود را به ج بفروشد و الف پس از این بیع سهم خود را به دال بفروشد، شخص دال نمی‌تواند نسبت به معامله ب و ج اعمال شفعه کند چون پیش از بیع ب و ج دال مالک نبوده است. بنابراین فرض ما این است که هر کسی می‌خواهد اعمال شفعه کند باید قبل از بیع مالک بوده باشد و ملکیتش تا زمان اعمال حق شفعه استمرار داشته باشد. بنابراین اگر الف به دال فروخت، دیگر نمی‌تواند نسبت به معامله ب و ج اعمال حق شفعه کند چون قبل از اعمال شفعه مالکیتش را از دست داده است.

چگونگی اعمال حق شفعه

اجرای حق شفعه به تعبیر ماده ۸۰۸ منجر به تملک شفیع می‌شود. شفعه ایجاد تملک قهری می‌کند و در حقیقت همان ایقاع است. با اعمال شفعه و پرداخت ثمن به خریدار، شفیع حصه شریک را بدون رضایت او تملک می‌کند. بنابراین اعمال شفعه به معنی تملک قهری با پرداخت ثمن می‌باشد. نکته مهم این است که این امکان تملک قهری کلیه معاملاتی را که مشتری نسبت به مال مشترک انجام داده است باطل می‌کند. ماده ۸۱۶: «اخذ به شفعه هر معامله ای را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد/ع باطل می‌نماید.» بنابراین هر معامله‌ای را که مشتری قبل از اعمال حق شفعه و بعد از عقد بیع صورت داده باشد، با اعمال حق شفعه فضولی خواهد بود. به عبارت دیگر با اعمال حق شفعه، مال از ملک خریدار اولی خارج خواهد شد و نسبت به خریداران بعدی هم غیر نافذ خواهد بود. تعبیر به بطلان در اینجا صحیح نیست، چراکه اگر بگوییم بطلان، این بدین معناست که عقد از زمان انعقاد به هم خورده است؛ اما این صحیح به نظر نمی‌رسد، چراکه بیع اثر دارد و نمائات تا هنگام اعمال حق شفعه از آن خریدار است. ماده ۸۱۹: «نمائاتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می‌تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.»

نکته ای که باید به آن توجه داشته باشیم این است که خود وجود حق شفعه هیچ گونه تملکی برای شفیع نخواهد آورد بلکه با اعمال حق شفعه این تملک قهری حاصل خواهد شد.

حق شفعه یک حق عینی برای شفیع است بنابراین تصرفات مغایر این حق شفیع، نمی‌تواند صورت گیرد. همانگونه که در بحث رهن می‌گفتیم برای مرتهن یک حق عینی تبعی می‌شناسیم؛ با این تفاوت که در شفعه حق عینی تبعی نیست بلکه اصلی است. لذا این حق عینی می‌تواند تمامی معاملات بعدی را بواسطه اعمال منحل کند. همانگونه که گفتیم مراد از بطلان در ماده ۸۱۶ بطلان نیست بلکه مراد انحلال است. در حقیقت اثر اعمال حق شفعه نسبت به معاملات بعدی مشتری بطلان است و نسبت به معامله خود مشتری اثر انحلال دارد و این به حق عینی شفیع بر می‌گردد و اعمال این حق عینی در مواردی است که تصرفات، خلاف حق شفیع بوده است. بنابراین منافع، در مدت عدم اعمال حق شفعه، متعلق به مشتری است. در ماده ۸۱۴ اشاره شد که خیاری بودن بیع مانع از اعمال حق شفعه نیست. حال سؤال این است که چگونه تملک قهری با خیاری بودن قابل جمع است؟ آیا اگر شفیع اعمال حق شفعه کرد خیاری خود به خود ساقط می‌شود؟

فرض این است که بیع خیار است و اگر شفیع اعمال شفعه کند خیار ساقط می‌شود.

فقها معتقدند که باید بین دو حالت فرق قائل شد :

۱. اعمال خیار بعد از اخذ به شفعه

۲. اعمال خیار قبل از اخذ به شفعه

گاهی شفیع با اخذ به شفعه تملک قهری برایش حاصل شده و با این تملک قهری عقد بیع منحل می‌شود و چون خیار مربوط به عقد بیع بوده است لذا اعمال خیار اثر ندارد و شفیع مالک حصه مشترک است.

اشکال در حالت دوم ایجاد می‌شود، یعنی اعمال خیار صورت می‌گیرد و بیع بر می‌گردد به بایع و حال شفیع می‌خواهد اعمال شفعه کند، حال آنکه ملکی منتقل نشده و بیعی که صورت گرفته بود منحل شده است.

در این خصوص دو نظر وجود دارد :

۱. عده‌ای می‌گویند با اعمال خیار، اخذ به شفعه منتفی است چون در اینجا مال بر می‌گردد و فلسفه شفعه از بین رفته است.

۲. عده‌ای معتقدند اگر حق شفعه ایجاد شد، این حق دوام دارد و سقوط آن نیاز به دلیل دارد و این دلیل که بگوییم مال به حصه شریک قبلی بازگشته کفایت نمی‌کند. بنابراین حق شفعه وجود دارد با این تفاوت که هنگامی که در حالت قبل اخذ به شفعه می‌کردیم ثمن را به مشتری می‌دادیم حال آنکه در اینجا باید ثمن را به شریک سابق بدهیم.

در بحث خیارات هم پیش از این گفتیم که در اینکه آیا اگر سبب خیار برطرف شد مثلاً عیب مبیع برطرف گردید، خیار ساقط است یا خیر؟ اختلاف نظر وجود دارد و عده‌ای با توجه به اینکه می‌گویند سقوط خیار نیازمند دلیل است معتقدند خیار دوام دارد و ساقط نمی‌شود.

اجرای حق شفعه به چه صورت است؟ آیا حق شفعه تابع زمان است یا خیر؟

ماده ۸۲۱ می‌گوید «حق شفعه فوری است.» و همانگونه که پیش از این گفتیم ضابطه فوریت «عرفی» است. چنانچه در ماده ۱۱۳۱ در بحث نکاح می‌گوید: «خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند خیار او ساقط می‌شود به شرط اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است.»

بر اساس این دو ماده می‌گوییم شفیع باید فوری اقدام کند مشروط بر اینکه اولاً بداند این ملک فروخته شده است و بداند بیعی واقع شده است، پس اگر پنهان‌کاری شود و بیع را به اطلاع نرساند حق شفعه تا هنگام اطلاع وجود

خواهد داشت. ثانیاً از وجود حق شفعه باید اطلاع داشته باشد. ثالثاً از فوریت این اعمال حق، باید اطلاع داشته باشد. رابعاً علم بر مقدار ثمن وجود داشته باشد.

نکته دیگر اینکه هدف از انتشار قوانین اطلاع عمومی است و این اطلاع، عمومی فرض می‌شود و اماره و قرینه علم و اطلاع عموم، انتشار است. اماره خلاف پذیر است و می‌شود خلاف آن را اثبات نمود، لذا عدم اطلاع بر حق شفعه را می‌توان اثبات کرد.

از طرف دیگر اگر اطلاع داشته باشد حداقل زمان عرفی لازم است. مثلاً گاهی فرد پول نزدش نیست و تا زمان تهیه ثمن به طور متعارف مهلت دارد. در شفعه گفته می‌شود شفیع باید ثمن معامله را بدهد و تملک کند بر خلاف خیار؛ بنابراین اعمال حق شفعه یعنی پرداخت ثمن. فوریت حق شفعه با خیار متفاوت است. در خیار فوریت، تنها فوریت اعمال اراده است و در شفعه فوریت، فوریت پرداخت ثمن است. شفیع نیاز به پرداخت ثمن دارد و این نیاز به زمان دارد.

اگر طرف بداند بیع صورت گرفته است و بداند حق شفعه دارد اما مشتری نمی‌گوید چند خریده است، فوریت بر ردّ ثمن بر فرض دانستن مقدار ثمن است. پس فرض بر این است که فوریت ادامه دارد تا هنگامی که علم به مقدار ثمن بوجود بیاید.

همچنین در صورتی که حادثه قهری مانع اعمال فوری حق شفعه شود، این حق دوام دارد.

ما می‌خواهیم با اعمال حق شفعه تملک قهری نمائیم. در ماده ۸۰۸ می‌گوید این تملک باید با پرداخت ثمن باشد. حال اگر شفیع گفت ثمن را می‌پردازم اما به صورت مؤجل؛ آیا این صحیح است؟ دکتر امامی معتقد است اگر شفیع تضمین بدهد این امر قابل قبول است. اکثراً این نظر را قبول ندارند و مخالف ماده ۸۰۸ می‌دانند.

فرض دیگر این است که شفیع ثمن را حواله دهد؛ از آنجا که حواله در حکم اداء دین است، حواله را می‌پذیریم و آن را در حکم ضمان نمی‌دانیم. اما معرفی مال مرهونه و ضمان در حکم پرداخت نیست پس حواله پذیرفته است چون در حکم تأدیه است.

ماده ۸۲۲: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود.»

بنابراین تأخیر در پرداخت ثمن موجب اسقاط حق شفعه است. اسقاط شفعه یا توسط خود شفیع است یا به خاطر سکوت شفیع در صورت علم اوست و همانطور که گفتیم تأخیر در پرداخت ثمن موجب سقوط حق شفعه است.

آیا با این فرض که مثلاً بگویید سه ماهه پرداخت می‌کنم می‌توان پرداخت را مؤجل کرد؟ این قید اجل نیز در حکم تأدیه نیست و مخالف ماده ۸۰۸ است. چون تأخیر در ثمن باعث سقوط شفعه است. بنابراین اعمال حق شفعه با تأدیه کامل صورت می‌گیرد و توافق بر تقسیط پذیرفتنی نیست. همچنین است توافق بر تأجیل و ضمان؛ چراکه بحث شفعه خود از احکام استثنایی است و اینگونه احکام آمره هستند و امکان توافق بر خلاف آن‌ها نیست.

* گفتار چهارم

آثار اجرای حق شفعه

پیش از هر چیز دوباره بر این نکته تأکید می‌کنیم که در اجرای حق شفعه، اعمال شفعه ملازمه با پرداخت ثمن دارد. از اینجا می‌فهمیم که اعمال شفعه با اعمال خیار متفاوت است؛ چراکه در اعمال خیار ما خیار را اعمال می‌کنیم و پس از آن با انحلال عقد به سراغ پرداخت ثمن و برگشت مبیع می‌رویم اما در شفعه فرد نمی‌تواند اعمال شفعه بکند و بعد ثمن را بپردازد بلکه اعمال شفعه توأم با پرداخت ثمن است، چون اثر شفعه تملک است و تملک مطابق ماده ۸۰۸ نمی‌آید مگر اینکه ثمن به مشتری پرداخت شود. پس شفعه یک انشاء یک طرفه برای تملک است که ملازمه با پرداخت ثمن دارد. یعنی پرداخت ثمن شرط است و هر توافقی بین خریدار و شفیع در پرداخت ثمن حاصل شود خلاف ماده ۸۰۸ است و اثری ندارد و تنها فرضی که گفتیم برای ما قابل تصور است حواله ثمن است.

۱. اولین اثری که ما از ماده ۸۰۸ بدست می‌آوریم این است که شفعه منجر به تملک سهم فروخته شده می‌شود. اساساً فایده شفعه هم همین است؛ چراکه در شفعه می‌خواهیم جلوی ضرری را که به سبب فروش حصه مشترک به خریدار نسبت به شریک اول ایجاد می‌کند بگیریم. یعنی هدف از اعمال شفعه بر هم زدن آن بیع است. ماده ۸۰۸ هم می‌گوید: «...و حصه مبیعه را تملک کند.»

در ادامه این بحث باید به فروض ماده ۸۱۶ نیز بپردازیم. در جمع این دو ماده چند فرض برای ما قابل تصور است. فرض ما این است که دو نفر [الف و ب] مالک حصه مشترک هستند. الف به خریدار اول می‌فروشد، خریدار اول به خریدار دوم، دومی به سومی و زمانی که الف به واسطه بیع، سهم خود را از حصه مشترک به خریدار اول می‌فروشد، شریک دوم [ب] حق شفعه پیدا می‌کند. یعنی از لحاظ زمانی به محض انعقاد عقد بیع میان الف و خریدار اول، حق شفعه برای ب می‌آید. اما امکان دارد میان انعقاد عقد بیع و ایجاد حق شفعه با اعمال حق شفعه فاصله بیفتد. چون ممکن است ب از بیع یا خود شفعه آگاه نباشد و این به فوریت لطمه نمی‌زند چون گفتیم فوریت فرع بر علم است. بنابراین وقتی فاصله بین دو زمان مذکور طولانی شد احتمال معاملات بعدی برای حصه مشترک

هم وجود دارد. خوب تا زمانی که حق شفعه وجود دارد، این معاملات بعدی متوقف است بر اینکه تکلیف این حق شفعه روشن شود. چون ماده ۸۰۸ اثر شفعه را تملک حصه فروخته شده می‌داند. خوب اگر قرار است تملک حاصل شود این معاملات بعدی می‌تواند معارض با حق شفیع برای تملک باشد. پس تکلیف این معاملات باید روشن شود. قانون مدنی در این باره دو فرض دارد:

الف) تکلیف بیع اول: ماده ۸۰۸: «... شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند.» این مشتری، همان خریدار اول است یعنی با پرداخت ثمن به مشتری اول حصه مبیعه به تملک شفیع در می‌آید. در اینکه آیا این به معنای بطلان عقد بیع است یا نه؟ پاسخ منفی است؛ چون فرض ماده ۸۱۹ این است که نمائات منفصل از زمان انعقاد بیع تا اعمال شفعه مال مشتری است؛ پس بیع را در این فاصله صحیح می‌داند. بنابراین اعمال شفعه مانند اختیارات بیع را منحل می‌کند. منتها اثر اعمال اختیار برگشت مبیع به بایع است ولی در شفعه مبیع به شفیع برمی‌گردد نه به بایع.

ب) این از تکلیف بیع اول؛ اما تکلیف معاملات بعدی چیست؟

اگر فرض ما این است که اعمال شفعه بر همه معاملات آتی تقدم دارد، پس همه معاملات آتی باید با در نظر گرفتن حق شفیع صورت بگیرد. یعنی همان تعبیری که گفتیم شفعه، یک حق عینی است؛ چون حق عینی دو ویژگی دارد:

۱. حق اولویت: مثل رهن که اگر رهن مال مرهونه را بفروشد این بیع معارض با حق مرتهن است. پس اقتضای حقوق عینی این است که هیچ کس بدون رضای ذیحق امکان معاملات معارض را ندارد.

۲. حق تعقیب: یعنی ذیحق می‌تواند به سراغ هر کسی که مال نزد اوست برود و مال را پس بگیرد. مثل حق مالک نسبت به مال خود در صورت غصب.

در حقوق ما می‌گویند برای شفیع هم همین بحث قابل تصور است، یعنی شفیع دارای حق عینی نسبت به مال است و هم حق اولویت دارد و هم حق تعقیب؛ پس تصرفات در مال بدون در نظر گرفتن حق شفیع امکان پذیر نمی‌باشد. لذا شفیع نسبت به همه معاملات آتی دارای حق اولویت است. مثل معاملات فضولی که اگر اموال مالک را به ایادی بعدی بفروشند می‌تواند نسبت به این معاملات تصمیم بگیرد. لذا ماده ۸۱۶ می‌گوید: «اخذ به شفعه هر معامله ای را که مشتری قبل از آن و بعد از بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید.»

این مثل تعبیری است که ما در «عدم نفوذ» داریم. در معاملات فضولی هم مالک در این سلسله معاملات نسبت به هر کدام تصمیم بگیرد و هر کدام را رد کند، معاملات بعدی باطل و معاملات قبلی صحیح می‌شود. خوب شفیع هم می‌تواند انتخاب کند، مثلاً اگر خریدار اول به دومی و دومی به سومی و سومی به چهارمی فروخته، شفیع می‌تواند

به سراغ دومی برود و اعمال شفعه نماید. در اینجا هم مال به تملک شفیع در می آید لذا معاملات بعدی باطل و معاملات قبلی صحیح است.

ممکن است این سؤال پیش بیاید که برای شفیع چه نفعی دارد که به جای اینکه بیع اولی را منحل کند به سراغ بیع دومی می رود؟ پاسخ این است که امکان دارد در خریدار دوم ثمن تقلیل یافته باشد لذا به نفع شفیع است که حق شفعه را نسبت به دومی اعمال کند.

باید دقت داشت که فرض انتخاب برای شفیع با در نظر گرفتن فوریت شفعه است مثلاً تا زمان علم، مال چهار دست چرخیده است و حال که شفیع آگاه شده باید فوراً اعمال شفعه نماید و حق انتخاب هم میان این چهار بیع دارد.

پس ما تا اینجا اثر اول اعمال شفعه را بررسی کردیم و آن تملک است.

اما نکته ای که در اینجا لازم است به آن پردازیم این است که اگر خریدار فوت نمود تکلیف چیست؟ آیا حق شفعه ساقط است؟ چرا که ما اشاره کردیم که از شرایط اعمال شفعه این است که دو شریک داشته باشیم؛ خوب آیا درست است که بگوییم حال که حصه مشترک به ارث رسیده و تعداد شرکاء بیش از دو نفر شده، پس شرط وجود دو شریک منتفی است و حق شفعه ساقط است؟

خیر؛ فوت و به ارث رسیدن حصه مشترک منجر به سقوط حق شفعه نیست. چون فرض ما این است که دو شریک در زمانی که شفعه بوجود آمده شرط است. مثل جایی که خریدار اول به سه نفر هم زمان بفروشد؛ در اینجا نمی گوییم که شرط دو شریک ساقط شده است، چون تکلیف بیع اول ما هنوز روشن نشده است. [یکی از دو شریک به سه نفر فروخته] حال اگر شفیع نسبت به این بیع اعمال شفعه نکند، نسبت به بیع های بعدی حق اعمال شفعه ندارد چون تعداد شرکاء بیشتر شده است. در ارث هم همینگونه است.

حالا در اینجا بین فقها اختلاف نظر هست که در صورت فوت خریدار آیا می توان تبعیض قائل شد یا خیر؟ یعنی آیا شفیع می تواند نسبت به حصه احد از ورثه اعمال شفعه بکند و نسبت به حصه ما بقی اعمال شفعه نکند؟ در پاسخ اکثراً قائل به صحت تبعیض هستند، در این صورت اگر شفیع نسبت به کل حصه مشترک اعمال شفعه کند این ثمن جزء ماترک خواهد بود و ثمن بین وراثت تقسیم می شود. ولی اگر شفیع نسبت به سهم برخی اعمال شفعه نماید، سهم الارث برخی از ورثه را پرداخت می کند و حصه شان را تملک می کند چون جزء حصه ای است که می تواند بواسطه شفعه تملک کند. البته باید دقت داشت تبعیض منجر به ضرر به ورثه نیست چون این تبعیض بواسطه ارث خود به خود حاصل شده است و حالا ما باید قائل شویم که شفیع حق انتخاب دارد که یا نسبت به همه اعمال شفعه کند یا نسبت به برخی از آنها.

بحث دیگری که داریم این است که اگر خریدار تصرفاتی در مبیع کرده باشد (که مثلاً باعث کاهش یا افزایش قیمت مبیع شده) تکلیف چیست؟

گفتیم شریک دوم ثمن المسمی را به خریدار می‌پردازد و با اعمال حق شفعه حصه را تملک می‌کند. در اینجا چند احتمال وجود دارد:

الف) کاهش قیمت مبیع ب) افزایش قیمت مبیع

- کاهش قیمت مبیع :

غیر ارادی: مثلاً بازار راکد شده و خانه‌ای که بیست میلیون خریده، هجده میلیون می‌شود.

ارادی : یا بواسطه اقدام شخص ثالث (مثلاً خانه را غصب می‌کند و پنج میلیون خسارت می‌زند) یا بواسطه

عمل مشتری

قانون به ما می‌گوید ثمن المسمی در فرض کاهش قیمت غیر ارادی باید پرداخت شود و شفیع حق کسر قیمت ندارد چون شفعه اجباری که نیست، خوب اگر برایش نفع ندارد می‌تواند اعمال شفعه نکند.

در فرض کاهش قیمت بواسطه عمل ثالث نیز شفیع حق کسر قیمت ندارد یعنی باید بیست میلیون را به مشتری پرداخت کند و برای خسارات به شخص ثالث رجوع نماید.

اما اگر کاهش قیمت بواسطه عمل مشتری بود تکلیف چیست؟

عده‌ای گفته‌اند ما باید قائل شویم به کسر قیمت بابت ارش یعنی اعمال خیار عیب.

پاسخ این نظر این است که شفعه ایقاع است حال آنکه ما خیار عیب را در معاملات (بیع) داریم نه در ایقاعات، پس شفیع علی‌الاصول حق اعمال خیار عیب ندارد.

نظر دوم این است که ثمن المسمی پرداخته شود و از باب خسارات به مشتری رجوع نماید. (مثل شخص ثالث) به نظر می‌رسد این نظر صحیح است.

-/افزایش قیمت مبیع:

غیر ارادی : مثلاً خانه را بیست میلیون خریده حالا در بازار می‌شود سی میلیون تومان

ارادی: مشتری اعمالی را انجام می‌دهد یا اموالی داخل می‌کند که منجر به افزایش قیمت می‌شود.

در فرض افزایش قیمت مبیع به صورت غیر ارادی نیز ثمن المسمی پرداخت می‌شود و مابه‌التفاوت همان نئانات متصل است که به تبع ملکیت از آن شفیع می‌شود.

اما تکلیف این ضرر ده میلیونی که متوجه مشتری است چیست؟

اگر مشتری جاهل باشد نسبت به خسارات، به مسئول مراجعه می‌نماید و مسئول شریک اول است که مشاعی بودن مال و وجود حق شفعه را به اطلاع مشتری نرسانده است.

اما اگر مشتری عالم به وجود حق شفعه بود از باب خسارات حقی ندارد.

لکن اگر افزایش قیمت بواسطه اقدامات مشتری بود تکلیف چیست؟

در اینجا چند فرض وجود دارد:

الف) مشتری تصرفاتی کرده که می‌تواند آن‌ها را جدا کند یعنی افزایش قیمت ناشی از اموال قابل تجزیه است. مثلاً یک مجسمه گران قیمت گذاشته است. در اینجا شفیع لازم نیست ثمن این را هم بدهد بلکه این افزایش قیمت از آن مشتری است و می‌تواند آن را با خود ببرد.

ب) افزایش قیمت یا ناشی از اعمال مشتری است مثلاً خانه را نقاشی کرده یا ناشی از اموال غیر قابل تجزیه است مثلاً مجسمه گران‌قیمتی را نصب کرده که دیگر نمی‌توان آن را جدا نمود.

در اینجا دو احتمال وجود دارد:

اول اینکه برخی می‌گویند افزایش قیمت از آن شفیع است (چشم خریدار کور می‌خواست این کار را نکنند!!!) یعنی در واقع مثل نمائات متصله است که از آن شفیع است و شفیع هم فقط ثمن‌المسمی را می‌دهد. این نظر از مصادیق دارا شدن غیر عادلانه است.

دوم اینکه برخی می‌گویند شفیع ثمن‌المسمی می‌دهد متنها باید به خریدار ارش بدهد ولو شخص خریدار عالم بوده باشد؛ چون به هر حال او مال در خانه آورده است یا تعمیرات کرده. به عبارت دیگر این زیادتای قیمت ناشی از عمل است و این عمل حرمت دارد و این دیگر مشمول قاعده اقدام نیست.

پس طبق نظر دوم به ثمن اضافه نمی‌شود یعنی اینگونه نیست که بگوییم ثمن روز کالا پرداخت شود بلکه ثمن‌المسمی + ارش پرداخته می‌شود.

۲. در ادامه بحث آثار شفعه، دومین اثر تملك نمائات است. تعبیری که در ماده ۸۱۹ قانون مدنی اشاره شده است.

این ماده نمائات را به دو دسته تقسیم می‌کند: الف) نمائات منفصل که مال مشتری است. ب) نمائات متصل که از آن شفیع است.

صدر ماده کاملاً واضح است به دلیل اینکه با اعمال حق شفعه و با پرداخت ثمن، تملک عین و منفعت حاصل می‌شود.

ادامه ماده می‌گوید: «... ولی مشتری می‌تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.» مشتری در مورد فروخته شده تصرفات کرده است؛ در اینکه تکلیف این تصرفات چیست گفتیم اگر بواسطه تصرفات مشتری قیمت

مورد معامله افزایش یابد دو نظر وجود دارد: ۱. شفیع اعمال شفعه می کند و به تبع این افزایش قیمت از آن اوست. ۲. به هر حال اقدامات مشتری مشروع است و باید ارزش دریافت نماید.

منتها باید دقت داشت که ذیل ماده در مقام بیان این حکم نیست بلکه دارد در باب اختیار مشتری صحبت می کند و می گوید مشتری اختیار دارد بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند. مثلاً باغی فروخته شده و مشتری در آن درخت گردو کاشته است. حالا می خواهد همه را بکند و ببرد. اگر بواسطه قلع، خساراتی به مورد فروخته شده وارد نمی شود این اشکال ندارد. مگر اینکه فرض کنیم اقدام مشتری به قلع، به مبیع خسارت می زند که در اینجا مشتری حق قلع ندارد. بلکه مال باقی می ماند و مشتری می تواند ارزش دریافت نماید.

۳. سومین اثر شفعه بطلان معاملات آتی مشتری است که با اعمال شفعه صورت می گیرد. که در این رابطه مفصلاً توضیح دادیم.

*** گفتار پنجم**

برخی احکام در باب شفعه

- آیا ما در اخذ به شفعه امکان اشتباه یا اکراه داریم؟ مثلاً شفیع از روی اکراه بیاید و اخذ به شفعه کند و بعداً مدعی شود که ایقاع او از روی اکراه یا اشتباه بوده است.

حقوقدانان غالباً می گویند نمی توان در شفعه فرض اشتباه نمود. مثلاً نمی توان تصور نمود که شفیع بگوید من فکر می کردم به فلانی فروخته و اشتباهاً اعمال شفعه کردم!!!

خوب فرض ما در اینجا این است که شفعه معامله نیست که شخص طرف عقد برای ما مهم باشد تا بگوید اگر به الف فروخته باشد من اعمال شفعه نمی کنم و اگر به غیر الف فروخته اعمال شفعه می کنم و حالا هم که اعمال شفعه کرده ام فکر می کرده ام این شخص الف نبوده است.

در اینجا اشتباه را قابل تصور نمی‌دانند و تأثیری ندارد، چون شفعه یک ایقاع و عمل حقوقی یک طرفه است که اساساً طرف برای ما مهم نیست.

اما اینکه شفیع از روی «اکراه» اعمال شفعه کند تکلیف چیست؟

برخی مثل دکتر کاتوزیان اعتقادشان این است که احکام عدم نفوذ در ایقاعان هم جاری است. بنابراین اگر کسی از روی اکراه اعمال شفعه کند [با فرض اینکه به هر حال ما در ایقاع هم قصد و رضا را شرط می‌دانیم (ایقاع هم یک قصد و رضای یک طرفه است؛ یعنی طرف معامله ندارد. اما نسبت به یک طرف قصد و رضا صادق است.)] دلیل عدم نفوذ در اینجا هم جاری است، چون دلیل عدم نفوذ را در کلیه اعمال حقوقی اعم از دو طرفه و یک طرفه جاری می‌داند منتها ایشان با اینکه اکراه را در شفعه قابل فرض می‌داند نمی‌گویند اکراه در شفعه باعث عدم نفوذ می‌شود چون اگر کسی اکراهاً اخذ به شفعه کند و ما بگوییم صبر کند تا پس از زوال کُره تکلیف این شفعه را روشن کنند، این با فوریت اعمال شفعه سازگار نیست. بنابراین چون ما فوریت را شرط می‌دانیم نمی‌گوییم شفعه اکراهی غیر نافذ است بلکه دکتر کاتوزیان می‌گوید شفعه اکراهی «باطل» است، چون اقتضای شفعه فوریت است.

اما مبنای دکتر شهیدی متفاوت بود؛ ایشان معتقد بودند که عدم نفوذ اساساً ناظر بر عقود و معاملات است چون در هیچ کجای قانون مدنی از عدم نفوذ در ایقاعات صحبت نشده است. بنابراین اصولاً ایقاع غیر نافذ نداریم لذا هر کجا ادله عدم نفوذ بود ایقاع باطل است. و هر جا هم تردید می‌کنیم اصل بر عدم بطلان است. بنابراین ایشان هم شفعه اکراهی را باطل می‌دانند منتها با مبنایی متفاوت از مبنای دکتر کاتوزیان.

- آیا برای شفیع اهلیت لازم است یا خیر؟

شفعه ایقاع است و شفیع با پرداخت ثمن می‌خواهد تملک کند؛ در ایقاعات هم ما از قصد و رضای یک طرف صحبت می‌کنیم بنابراین شفیع به طور طبیعی باید عاقل، بالغ و رشید باشد؛ چون دارد در اموال تصرف می‌کند لذا اهلیت برای او شرط است.

- بحث دیگر در باب صغیر و غیر رشید است که اختلافی است. ما در باب صغیر و غیر رشید می‌گوییم اختیار معاملات این‌ها به دست ولی یا قیم آنهاست. خوب اینجا این بحث پیش می‌آید که شفعی که فاقد بلوغ و رشد است ولی و قیم او باید نسبت به این ایقاعی که ایجاد تملک برای او می‌کند تصمیم‌گیری کند. خوب اگر تصمیم گرفتند اعمال شفعه بکنند و فوریت را هم رعایت کنند، قاعدتاً تصرفات آنها صحیح است. اما آنچه که برای ما

تردید ایجاد می‌کند این است که اگر ولی و قیم اعمال شفعه نکنند تکلیف چیست؟ آیا شفعه ساقط است یا باقی می‌ماند تا هر موقع که صغیر بالغ شد یا سفیه رشید شد اعمال شفعه کند؟! در اینجا دو نظر وجود دارد:

عده‌ای قائلند که اقدامات ولی یا قیم صحیح است یعنی از آنجا که در چارچوب مصلحت مولی علیه دارند تصمیم می‌گیرند اقداماتشان صحیح است؛ حالا اگر معلوم شد اعمال شفعه از جانب این‌ها به زیان مولی علیه بوده ضامن هستند. بنابراین مطابق این مبنا اگر حق شفعه فوراً توسط ولی یا قیم اعمال نشود ساقط است.

اما عده‌ای معتقدند اهمال ولی یا قیم مانع شفعه نیست بلکه ما صبر می‌کنیم تا هر موقع صغیر بالغ شد یا سفیه رشید شد بیاید و تصمیم بگیرد.

به نظر می‌رسد این فرض اخیر با فوریت و لزوم روشن شدن هرچه زودتر تکلیف معاملات انطباق ندارد خصوصاً اینکه شفعه یک اقدام خلاف اصل است. بنابراین بهتر است نظر اول را اقوی بدانیم.

- ما اشاره کردیم که اعمال شفعه یعنی پرداخت ثمن و پرداخت ثمن مساوی تملک قهری برای شفیع است. حال اگر شفیع اعمال شفعه کند چه کسی مسئول تحویل دادن مبیع است؟ قانون مدنی در ماده ۸۱۷ در باب ضمان درک چنین می‌گوید: «در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند، مشتری ضامن درک است نه بایع.»

یک احتمال از صدر ماده این است که این حصه مستحق‌لغیر درآمده باشد یعنی شریک تصور می‌کند این مال، مال شریک خودش است که به ثالث فروخته شده، لذا با پرداخت ثمن اعمال شفعه می‌کند. حالا معلوم می‌شود که این مال مثلاً توقیف شده بوده و متعلق حقوق طلبکاران است. خوب در اینجا حصه مستحق‌لغیر درآمده است. بنابراین بیع باطل و مشتری باید ثمنی را که بابت حق شفعه از شفیع گرفته به او رد کند. مطابق ذیل ماده اگر شفیع می‌خواهد اعمال شفعه کند باید ثمن را به مشتری بدهد و چون با پرداخت ثمن، مبیع قهراً به تملک شفیع در می‌آید، به تعبیر ماده این مشتری است که باید مبیع را تحویل شفیع بدهد. اما اگر خریدار هنوز مبیع دریافت نکرده (قبض نکرده) علی‌الاصول تکلیفی به تسلیم مبیع ندارد. لذا ادامه ماده می‌گوید: «... لیکن اگر در موقع اخذ به شفعه مورد شفعه هنوز به تصرف مشتری داده نشده باشد حق رجوع به مشتری نخواهد داشت.» در این صورت شفیع باید به بایع (شریک) مراجعه کند و از او تحویل بگیرد.

از تعبیری ضمان درک این را می‌فهمیم که اگر ما ثمن را به مشتری داده‌ایم و حالا این مستحق‌لغیر در می‌آید، مطابق صدر ماده شفیع باید برای ثمن به مشتری مراجعه کند و مشتری ضامن درک است.

صدر ماده ناظر به ضمان درک است و ادامه ماده («...لیکن...») ناظر بر مسئولیت است. لذا این استثنایی که می‌گوید «لیکن» به نظر می‌رسد خیلی مبنايي ندارد. لذا در تفسیر این ماده اختلاف نظر هست که مراد از لیکن چیست؟ آیا دارد به صدر ماده و ضمان درک استثنا می‌زند یا دارد در مسئولیت مشتری استثنا می‌زند؟ فرض غالب حقوقدانان این است که صدر ماده ناظر به ضمان درک و ذیل آن در باب مسئولیت کلی در تسلیم است و می‌گوید اگر مشتری تحول گرفته مشتری ضامن است والا فلا.

از صدر ماده یک احتمال دیگر هم داده اند و آن اینکه اگر عقد بیع به درک برود باطل است. بنابراین مشتری مالک مبیع نمی‌شود و ضامن درک است. به عبارت دیگر ثمنی را که مشتری بابت عقد بیع پرداخته مستحق للغير در می‌آید، حال شفیع اعمال حق شفعه می‌کند و چون مبیع در تصرف مشتری است به او مراجعه کرده، ثمن را می‌پردازد و مبیع را از او تحویل می‌گیرد. در اینجا شریک اول یعنی بایع به شریک دوم مراجعه می‌کند و به استناد اینکه عقد بیع باطل بوده مبیع را از او تحویل می‌گیرد. چون عنوان ید شریک دوم (شفیع) بر مبیع غیر قانونی است (علی الید ما اخذت حتی تؤدیه) چراکه عقد بیع باطل بوده است. حالا شفیع مبیع را به شریک خود تحویل می‌دهد و در مورد ثمنی که به مشتری داده، مشتری ضامن درک ثمن است.

پس صدر ماده ناظر بر دو حکم است اعم از اینکه مبیع مستحق للغير درآید یا ثمن در بیع. که در هر دو حالت شفیع باید به مشتری مراجعه کند. اما ذیل ماده ناظر بر تسلیم مبیع است یعنی چون شفیع مالک است و نسبت به مال خود حق عینی دارد مالش در دست هرکسی که هست به او مراجعه می‌کند.

باید دقت داشت آنجا هم که حصه مستحق للغير در آمده حق شفعه بوجود نمی‌آید. یعنی اگر حصه مستحق للغير در آمد عقد بیع باطل است چون ملکیتی برای مشتری ایجاد نمی‌شود، لذا شفعه ای هم نخواهد بود؛ اما ماده دارد در باب این حکم تعیین تکلیف می‌کند که ثمنی که شریک دوم از باب اعمال شفعه داده تکلیفش چیست؟ در واقع قانون‌گذار در بیان تکلیف ثمن پرداختی شفیع حکم آورده پس فرضش اصلاً بر صحت شفعه نیست. یعنی این هم که می‌گوید رجوع کن نه از باب صحت بلکه از باب بطلان بیع است. یعنی در هر دو حالت (چه مبیع به مستحق للغير درآید چه ثمن) بیع را باطل و مشتری را ضامن درک می‌داند.

- نکته دیگری که در باب بحث اعمال حق شفعه وجود دارد این است که مشتری مکلف است مال را تحویل بدهد. حالا اگر این مال را خراب کرد یا قبل از اینکه تسلیم شود نقص پیدا کرد تکلیف چیست؟

ماده ۸۱۸ می‌گوید: «مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد ضامن نیست...» چون این خریدار مالک است پس اگر وضع یدی کرده که منجر به عیب یا خرابی شده در مال خودش

تصرف کرده لذا ضامن نیست. خوب در اینجا شریک مخیر است در مورد این مال با همین وضعیت اعمال شفعه بکند یا خیر.

ادامه ماده می‌گوید: «... و همچنین است بعد از اخذ به شفعه و مطالبه در صورتی که تعدی و تفریط نکرده باشد.» فرض ما این است که بعد از اخذ به شفعه شفیع مالک حصه فروخته شده می‌شود در نتیجه خریدار دیگر حقی بر مال ندارد و عنوان مالکانه او ساقط شده است. لذا تکلیف به ردّ فوری دارد از این به بعد وضع یدش بر مال غیر قانونی است. بنابراین اگر بدون تعدی و تفریط در این فاصله خسارت وارد شود ضامن نیست اما اگر تعدی و تفریط کرده و خسارت ناشی از تقصیر اوست ضامن است. باید توجه داشت اگر مشتری فوراً ردّ نکند این هم خود به نوعی تعدی و تفریط است و ضامن او را در پی دارد.

ذیل این ماده با آوردن کلمه مطالبه («... بعد از اخذ به شفعه و مطالبه...») برای حقوق دانان سردرگمی ایجاد کرده لذا عده‌ای مثل دکتر کاتوزیان در تفسیر این کلمه دو فرض قائل شده اند. ۱. بعد از اخذ به شفعه و بعد از مطالبه: که در اینجا مطالبه را ناظر بر تکلیف مشتری بر ردّ فوری می‌دانند که اگر به این تکلیف عمل نکند تعدی و تفریط کرده است.

۲. بعد از اخذ به شفعه و قبل از مطالبه: که می‌گوید هنوز تکلیفی به ردّ فوری نیست بنابراین هنوز در دامنه قواعد ید امانی است.

اما برخی دیگر گفته اند این کلمه اصلاً زائد است و منظور قانونگذار همان اخذ به شفعه است یعنی اگر اخذ به شفعه شد به طور طبیعی مطالبه هم در آن هست. (نظر «مصطفی عدل» از مصنفین و شارحین اولیه قانون مدنی)

– نکته دیگر اینکه اگر قبل از اخذ به شفعه که خود مشتری هنوز مالک است اتلاف عمدی کند، اگر با علم به وجود شفعه باشد می‌توانیم این را با سوء نیت تلقی کنیم لذا با توجه به اینکه مال قابل برگشت نیست و شفیع دیگر نمی‌تواند اعمال شفعه کند مشتری باید خسارت عدم اعمال حق را جبران نماید چون مانع اعمال شفعه شده است. اما اگر جاهل به وجود شفعه بود با توجه به اینکه مال خود را تلف کرده هیچ مسئولیتی ندارد.

– ماده ۸۲۰: «هرگاه معلوم شد که مبیع حین البیع معیوب بوده و مشتری ارش گرفته است، شفیع در موقع اخذ به شفعه مقدار ارش را از ثمن کسر می‌گذارد.» ما قبلاً در بحث بیع گفته ایم که ارش جزئی از ثمن است بنابراین اگر مشتری ارش دریافت می‌کند مثل این است که به تقلیل ثمن با بایع ترازی کرده است. در

ماده ۸۰۸ هم گفتیم شفیع باید قیمتی که مشتری داده است را بپردازد، پس اگر مشتری ارش گرفته الان آن ثمن تقلیل یافته ثمن المسمی است، لذا شفیع هم باید همین ثمن المسمی (ثمن منهای ارش) را بدهد. حالا اگر مشتری ارش نگرفته باشد آیا شخص شفیع می‌تواند از بایع ارش بگیرد؟ در اینجا دو احتمال است با این پیش فرض که :

آیا اختیار ارش شفعه به تبع اعمال خیار است و آیا اعمال خیار فقط در عقود است یا در ایقاعات هم جاری است؟

۱. عده ای قائلند که شفیع نمی‌تواند ارش دریافت کند یعنی یا مال معیوب را با اعمال شفعه تملک می‌کند و ثمن را به همان ترتیب می‌پردازد یا چون مال معیوب است اعمال شفعه نمی‌کند. (با این فرض که نمی‌تواند مشتری را وادار کند که برود ارش بگیرد تا ثمن تقلیل پیدا کند.) پس این عده قائلند که خیار عیب در عقود هست نه در ایقاعات، پس شفیع به هیچ وجه حق اعمال خیار ندارد (اعمال خیار یعنی یا فسخ یا ارش)
۲. عده ای هم معتقدند چون به هر حال در تملکات ایقاعی هم نظیر شفعه ثمن دارد پرداخت می‌شود و این ایقاع معوض است نه مجانی، بنابراین شفیع اگر خریدار مطالبه ارش نکرده باشد می‌تواند ارش دریافت کند. مرحوم دکتر شهیدی علی رغم اینکه معتقدند عدم نفوذ فقط ناظر بر معاملات است در اینجا قائل است که شفیع می‌تواند ارش بگیرد. لذا به نظر می‌رسد در اینجا از باب عدم تساوی عوضین چنین فرضی کرده از باب خیار.

- فرض دیگری که در اینجا وجود دارد این است که اگر مال ، معیوب در آمد آیا خیار وجود دارد ؟ یعنی شفیع آمده تملک کرده و حالا عیب سابق را کشف می‌کند، آیا شفیع می‌تواند اعمال خیار عیب کند؟ در اینجا هم همان دو مبنا جاری است. یک عده قائلند که شفیع حق اعمال خیار دارد، بواسطه اینکه تملک حاصل شده و خیار عیب هم از مصادیق عدم تناسب عوضین است؛ یعنی او ثمنی پرداخت کرده که مبیعه ارزان تری را مالک شده پس می‌تواند اعمال خیار کند. در اینکه اعمال خیار او ناظر بر فسخ است یا ناظر بر ارش؟ گفته‌اند ناظر بر فسخ نیست، چون فسخ در عقود متصور است حال آنکه شفیع بواسطه ایقاع تملک کرده پس خیار عیب دارد منتها فقط می‌تواند ارش دریافت کند. (مثل مواردی که در بیع داشتیم که خیار عیب فقط ناظر بر ارش بود مثلاً جایی که مبیع تلف شده بود.)

عده‌ای هم اساساً قائلند که در ایقاعات خیار وجود ندارد لذا می‌گویند شفیع نمی‌تواند ارش دریافت کند.

زوال شفعه

گفتیم اخذ به شفعه حقی است که قابل زوال است.

یکی از موارد زوال این حق، «اسقاط» است. ماده ۸۲۲: «حق شفعه قابل اسقاط است...» در اینکه این اسقاط به چه ترتیب است عده‌ای می‌گویند اسقاط پیش از انعقاد بیع از موارد اسقاط مالم یجب است. اما دکتر کاتوزیان معتقد است این هم مثل خیار است یعنی همانگونه که مثلاً خیار تأخیر ثمن را در حین عقد بیع ساقط می‌کنیم (این خیار سه روز بعد از عقد ایجاد می‌شود) در شفعه هم به همان ترتیب است.

ادامه ماده می‌گوید: «اسقاط به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود.» مثلاً اگر به شریک اطلاع بدهد که دارد سهم را می‌فروشد و شریک هیچ واکنشی نشان ندهد یا اصلاً اگر به خود شریک وکالت بدهد که سهمش را بفروشد و او هم این کار را بکند (با اینکه می‌دانسته شفعه بوجود می‌آید با این حال سهم را به جای اینکه بعداً اعمال شفعه کند، به خود می‌توانسته منتقل کند ولی این کار را نکند.) یا اصلاً اگر از فروش اطلاع پیدا کند و به شریک تبریک هم بگوید، آیا این تعابیر دلالت بر اسقاط می‌کند؟ این امر مورد اتفاق حقوق‌دانان نیست. خصوصاً مبنای دکتر کاتوزیان این است که این امور کفایت نمی‌کند حتی مثال بارزی می‌زند و می‌گوید اگر خود شفیع را ضامن درک قرار دهد این هم کفایت نمی‌کند و هیچ کدام دلالت بر اسقاط نمی‌کند. لذا اسقاط شفعه نیاز دارد که شفیع عالماً عامداً با فرض تصور حق شفعه برای خود آن را اسقاط کند. یعنی نیاز به قرائن و دلایل قطعی بر اسقاط شفعه داریم.

فرض دیگر در اسقاط این است که شفیع خودش سهمش را بفروشد، یعنی صاحب حق شفعه است و حالا خودش سهمش را بفروشد. آیا در این حال حق شفعه ساقط می‌شود؟ گفته‌اند در اینجا باید بین علم و جهل فرق قائل شویم؛ اگر شفیع عالم بر وجود شفعه است و حصه خود را بفروشد چون شرط مالک بودن منتفی است می‌شود حق شفعه هم ساقط می‌شود. چرا که گفتیم شفیع باید از زمان بیع تا اعمال حق شفعه مالک باشد. اما اگر جاهل باشد برخی بقای شفعه را احتمال داده‌اند؛ اما سؤال اینجاست که چرا باید شفعه باقی باشد؟ شفعه اصلاً چه فایده‌ای برای شفیع دارد؟ گفتیم حق شفعه برای دفع ضرر شریک است و اینجا دیگر او شریک نیست. پس اگر حتی جاهل هم بوده باشد حق شفعه ساقط است. پس به نظر می‌رسد تفصیل بین علم و جهل درست نیست و باید فرض ما این باشد که با فروش سهم شفیع حق شفعه عملاً ساقط خواهد شد.

با فوت شفیع هم حق شفعه ساقط نیست؛ ماده ۸۲۳: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود.»

ماده ۸۲۴: «هرگاه یک یا چند نفر از وراث، حق خود را اسقاط کند باقی وراث نمی‌توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمایند و باید یا از آن صرف نظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نمایند.»

یعنی با فرض اینکه شفعه به ارث برسد و بعضی از وراث حق خودشان را نسبت به شفعه ساقط کنند این مانع حقوق سایر وراث نیست، اما آنها یا باید به کل اعمال کنند یا اصلاً اعمال نکنند؛ یعنی تبعیض را نسبت به حق شفعه در این ماده نپذیرفته است. اما همانطور که قبلاً هم گفتیم تبعیض نسبت به خریداری که فوت می‌کند و به ورثه می‌رسید برای شفیع جاری است. یعنی شفیع می‌توانست نسبت به بعضی ورثه اعمال بکند و نسبت به بعضی اعمال نکند. پس در مورد خود شفیع تبعیض وجود ندارد اما در مورد خریدار تبعیض نسبت به شفیع وجود دارد.

پایان شفعه

فصل دوم

وصیت

*مقدمه

در بحث وصیت و ارث ما با یک سری ادله شرعیه اعم از آیات و روایات روبرو هستیم که مباحث مربوط به این بحث‌ها در آن‌ها آمده است و خصوصاً در ادله شرعیه به وصیت توصیه شده است.

آیات و روایات ما وصیت را برای مسلمین ذکر می‌کند از جمله در آیه ۱۸۰ سوره مبارکه بقره که در انتهای آیه می‌فرماید: «...حقاً علی المسلمین» این آیه می‌فرماید اگر شخصی در معرض فوت است و مالی هم دارد باید برای والدین و نزدیکان وصیت به نیکی و خیر شود. یا در آیات دیگر مثل ۱۱ و ۱۲ سوره مبارکه نساء. تعبیر وصیت در آیات قرآن زیاد به کار رفته است. در سایر ادله شرعیه هم شبیه همین تعابیر داریم مثلاً در حدیثی از امام صادق (علیه السلام) آمده است: «الوصیه حقٌ علی کلِّ مسلم» یا در روایت مشهوری از امام باقر (علیه السلام) آمده است: «من لم یوص عند موته لذوی قرابته ممن لا یرثه فقد ختم عمل بمعصیته» که گویا وصیت را امری واجب بر مسلمانان می‌داند. پس وصیت برای مسلمین بسیار تأکید شده است و چنانچه ذکر شد آیه ۱۸۰ سوره مبارکه بقره هم با تعبیر «کُتِبَ علیکم ... الوصیه...» آغاز شده و شبیه آیه «کتب علیکم الصیام...» است یعنی همان تعبیری که برای وجوب روزه آورده، برای وصیت آورده و گویا آن را واجب می‌داند. لذا فقها وقتی از وصیت صحبت می‌کنند می‌گویند این مستحب به قدری تأکید شده که بوی وجوب از آن استشمام می‌شود. البته در این زمینه تعابیر مختلف است؛ مثلاً شیخ بهایی (اعلی الله مقامه) در کتاب جامع عباسی تقسیم بندی ای را از وصیت ارائه می‌دهد و آن را به وصیت حرام، واجب، مستحب و مکروه تقسیم می‌کند. و وصیت واجب را آن نوعی می‌داند که اگر فرد وصیت نکند دیونش بلا تکلیف می‌ماند. یا وصیت حرام را آن نوعی می‌داند که برای صرف اموال در امور نامشروع وصیت کند.

حال بحث این است که از منظر حقوقی مبانی ما در وصیت چیست و چرا فرد می‌تواند در مورد اموال بعد از فوت (که موضوع وصیت است) تصمیم گیری کند؟ به عبارت دیگر وقتی ما از بعد از فوت صحبت می‌کنیم، مگر برای فرد بعد از فوت شخصیت حقوقی قائلیم که بگوییم تو بیا و در مورد بعد از فوت تصمیم گیری کن؟!

تعبیر دکتر کاتوزیان این است که شخصیت حقوقی با فوت از بین نمی‌رود، یعنی همانگونه که قبلاً گفتیم فرض ما بر این است که اگر فرد دارای حقوق و تعهدات مالی است و فوت می‌کند، این حقوق و تعهدات به یک امر اعتباری تعلق می‌گیرد که به آن ذمه فرد می‌گوییم و فرض این است که این ذمه استمرار دارد و ربطی به فرد ندارد که بگوییم چون فوت شده شخصیت حقوقی او هم از بین می‌رود. بلکه این شخصیت حقوقی تا زمانی که در این ذمه (که یک امر اعتباری است) حقوق و تعهداتی باقی است ادامه دارد. پس وصیت از این باب برای ما دارای اهمیت است که ما برای اموال این فرد بعد از موت او هم به عنوان یک امر اعتباری موجودیت فائیم، لذاست که می‌گوییم وقتی فرد فوت می‌کند به طلبکاران نمی‌گوییم به سراغ ورثه بروید بلکه می‌گوییم از اموال او پرداخت می‌شود. و پس از پرداخت تمام دیون اموال را بین ورثه تقسیم می‌کنیم. چراکه پس از پرداخت تمام دیون در این لحظه ذمه تمام شده و دیگر استمرار ندارد و در این موقع است که شخصیت حقوقی فرد هم از بین می‌رود. پس افراد با آنکه با فوت، حق تمتع و استیفا را از دست می‌دهند به این دلیل می‌توانند در مورد اموال خود بعد از مرگ تصمیم بگیرند که ذمه‌شان استمرار دارد تا زمانی که تکلیف اموال او روشن شود.

به تعبیر دکتر کاتوزیان در حقوق ما قواعد مذهبی - اخلاقی با قواعد حقوقی در هم آمیخته است مثل مباحث نکاح که قواعد حقوقی محض نیست بلکه مباحث اخلاقی هم در آن وارد شده و همینگونه است وصیت. در اغلب نظام‌های حقوقی وصیت را ذیل احوال شخصیه بحث می‌کنند. لذا چون قواعد مربوط به احوال شخصیه تابع قانون دولت متبوع فرد است وصیت نیز اینگونه است. یعنی در اینجا دیگر بحث‌های مربوط به قراردادهای و اسناد و ... جایی ندارد که بگوییم قانون محل اقامتگاه یا وقوع مال و ... بلکه احوال شخصیه افراد در کشور ما با توجه به ماده واحده مربوط به ایرانیان غیر شیعه تابع مذهب است.

با این اوصاف وصیت با قواعد عادی ما در بحث معاملات قدری متفاوت است.

*** گفتار اول**

وصیت

بند اول

معنای وصیت

در معنای لغوی وصیت به شدت اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای آن را مصدر فعل ثلاثی مجرد می‌دانند «وصی یصی وصیه» و برخی آن را از باب تفعیل می‌دانند «وصی یوصی توصیهً وصیه» و عده‌ای آن را از باب افعال می‌دانند: «وصی یوصی ایصا وصیه». در هر یک از این ابواب معنی وصیت هم تفاوت می‌کند؛ اگر از ثلاثی مجرد بدانیم به معنی وصل کردن خواهد بود و اینکه فرد وصیت می‌کند یعنی دارد اموالش را به موصی له وصل می‌کند. یا اگر از باب تفعیل بدانیم به معنای عهد کردن خواهد بود و تقریباً تمام تعابیر قرآن از وصیت در معنای عهد کردن است.

قانون مدنی در معنای اصطلاحی تعبیری برای وصیت نیاورده است (اگرچه آن را در ماده ۸۲۵ به تملیکی و عهدی تقسیم کرده) به همین دلیل فقها وصیت را عملی برای تملیک (اعم از عمل حقوقی دو طرفه یا یک طرفه) یا ایجاد تعهد برای انجام عملی فرض می‌کنند و یک چنین تعریف ساده‌ای ارائه کرده‌اند.

اگرچه قانون مدنی وصیت را به دو قسم (تملیکی و عهدی) تقسیم می‌کند، ولی برخی فقها مانند امام (ره) وصیت را به سه قسم تقسیم می‌کنند: «تملیکی و عهدی و فکی (به معنای جدا کردن)» منتها قانون مدنی مطابق مشهور تقسیم بندی کرده است؛ ماده ۸۲۵: «وصیت بر دو قسم است: تملیکی و عهدی»

در مورد وصیت تملیکی ماده ۸۲۶ مقرر می‌دارد: «وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند...»

در ادامه وصیت عهدی را تعریف می‌کند: «... وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌نماید.» یا برخی اینگونه تعبیر کرده‌اند که وصیت عهدی یکی از مصادیق نیابت است.

پس وصیت تملیکی ناظر بر تملیکی عین و منفعت بعد از فوت و وصیت عهدی ناظر بر انجام عمل است.

برخی به این تعریف ایراد گرفته‌اند و گفته‌اند این تعریف نسبت به ابراء یا وقف و آنچه که مصادیق وصیت فکی است سکوت کرده است، چون اینها ذیل این تقسیم بندی نمی‌گنجد.

ادامه ماده اصطلاحات وصیت را نام می‌برد: «... وصیت کننده موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی له، مورد وصیت موصی به، کسی که به موجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرار داده می‌شود وصی نامیده می‌شود.»

بند دوم

تحلیل حقوقی وصیت تملیکی و عهدی

۱. وصیت تملیکی

در وصیت تملیکی اولین بحث اختلافی این است که این تملیک عین و منفعت عقد است یا ایقاع؟ و این بحث از اینجا ناشی می‌شود که آیا اساساً ما تملیک یک طرفه داریم یا خیر؟ و آیا بدون رضای فرد می‌توان مالی را در ذمه او کرد؟ قبلاً در مورد تملیک گفته‌ایم رابطه‌ای اعتباری است که بین شخص و شیء در ذمه او ایجاد می‌شود. حال فرد می‌خواهد به موجب وصیت مالی را تملک کند. آیا بدون «قبول» می‌توان این رابطه‌ی اعتباری را بین شیء و شخص ایجاد نمود؟ برخی می‌گویند خیر؛ چون اولاً بدون اراده فرد نمی‌توان ترتیبات ذمه او را تغییر داد. ثانیاً این موجب می‌شود که فرد زیر بار منت دیگری برود. لذا این عده وصیت تملیکی را نیازمند قبول موصی‌له می‌دانند و بدون قبول او را مالک نمی‌دانند.

با بررسی مواد قانون مدنی می‌بینیم که حرفی از عقد بودن وصیت تملیکی نمی‌زند و تنها ماده‌ای که راجع به قبول سخن می‌گوید ماده ۸۳۷ است: «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی‌له پس از فوت موصی.» پس این ماده هم نمی‌گوید وصیت تملیکی عقد است منتها ملکیت موصی‌له را منوط به قبول بعد از فوت می‌داند. (البته در ماده ۸۳۰ استثنا می‌زند که اگر قبل از فوت قبول کرده باشد، بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست که به این بحث خواهیم پرداخت).

خوب قانون مدنی قبول را شرط تملیک دانسته اما در باب اینکه این قبول دارای چه اثری است؟ چندین نظر میان حقوق‌دانان مطرح است:

عده‌ای قبول موصی‌له را رکن وصیت تملیکی می‌دانند. یعنی اگر ما وصیت تملیکی را عقد بگیریم برای انعقاد این عقد، قبول لازم است چون رکن است پس بدون قبول موصی‌له اصلاً عقد وصیت محقق نمی‌شود. پس فرد دارد یک ایجاب قبل از فوت خود می‌گوید و شخص دیگری بعد از فوت او قبول می‌کند. البته استثنائاً قانون می‌گوید اگر قبل از فوت هم قبول کردی بلا اشکال است. خوب قبول قبل از فوت، مطابق ماده ۱۹۰ است و تلاقی ایجاب و قبول و عقد واقع شده است. اما اگر بعد از فوت قبول کرد این قبول چه خاصیتی دارد؟ در اینجا گفته شده که ما دو مبنا داریم؛ این قبول یا کاشف است یا ناقل؛ اگر کاشف باشد بدین معناست که کشف می‌کند از انتقال ملکیت موصی‌به [به محض فوت موصی] به موصی‌له. و اگر ناقل باشد بدین معناست که الآن که قبول می‌کند ملکیت می‌آید.

البته اینجا بحث شده که این چه جور عقدی است که قبول بعد از فوت می‌آید چون ایجاب با فوت فرد ساقط است (چراکه ایجاب منوط به حیات است و به تعبیری حدوثاً و بقائاً منوط به اراده است).

عده‌ای در مقابل اساساً قبول را در وصیت شرط نمی‌دانند. این دسته «عدم رد» را شرط می‌دانند. یعنی با وصیت فرد، ملکیت «موصی‌به» به «موصی‌له» منتقل می‌شود متنها اگر قائل هستید که نمی‌توان یک طرفه ملکیت ایجاد کرد و فرد نمی‌خواهد زیر بار منت برود، خوب می‌تواند رد کند. که مطابق ماده ۸۳۰ اگر رد کند دیگر نمی‌تواند قبول کند و مال از اموال او خارج می‌شود.

عده‌ای از فقها قائل اند که موصی‌له اساساً حق رد ندارد و به صرف وصیت موصی، تملک قهری می‌آید و اگر موصی‌له نمی‌خواهد می‌تواند به وراثت هبه کند.

به هر حال ماده ۸۲۷ قبول را شرط می‌داند لذا این نظر که وصیت عقد است بین حقوق‌دانان ما تقویت شده است. یعنی عقدی است که ایجاب آن صادر شده و موصی‌له باید قبول کند.

حال این عده باید به چند اشکال پاسخ دهند :

اگر موصی‌له محصور است که مشکلی پیش نمی‌آید مثلاً می‌گوید این مال از آن الف. اما اگر فرد بگوید ثلث اموال را به فقرا شهر تملیک کردم تکلیف قبول چیست؟

ماده ۸۲۸ می‌گوید: «هرگاه موصی‌له غیر محصور باشد مثل اینکه وصیت برای فقرا یا امور عام‌المنفعه شود، قبول شرط نیست.» همانگونه که در وقف می‌گفتیم اگر غیر محصور باشند، قبول موقوفه علیهم شرط نیست. می‌بینیم که اینجا در عقد بودن وصیت تملیکی تردید ایجاد می‌شود.

نکته دیگری که اشاره کردیم اینکه این چه قبولی است که بعد از فوت می‌آید؟ مگر می‌توان گفت که فرد ایجاب صادر کند و دیگری بعد از فوت قبول کند؟ چون در هنگام قبول ظاهراً دیگر ایجابی وجود ندارد.

در پاسخ به این اشکال گفته‌اند این ایجاب، یک ایجاب مشروط است یعنی ایجاب مشروط به فوت است و نمی‌توان فرض کرد که الزام به قبول قبل از فوت نمود. اما این نظر نیز قابل قبول نیست. لذا نهایتاً فقها و حقوق‌دانان گفته‌اند درست است که ما می‌گوییم عقد است اما نه از آن عقدهایی که تا حالا بررسی کرده‌ایم بلکه عقدی است که قواعد خاص خود را دارد. (تعبیری که صاحب جواهر دارد: «و منه يعلم عدم كون الوصیه من العقود المتعارفه»). دکتر کاتوزیان هم به این تعبیر اشاره کرده است.

در سایر مبانی هم وصیت از عقود متعارف تبعیت نمی‌کند مثلاً در عقود متعارف ما نیاز داریم که در تملیک، موضوع مورد معامله معلوم باشد اما در وصیت اینگونه نیست و ممکن است فرد مبهم وصیت کند. مثلاً می‌گوید وصیت می‌کنم نسبت به ثلث اموال؛ که این صحیح است.

ماده ۸۲۹: «قبول موصی له قبل از فوت موصی مؤثر نیست و موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند حتی در صورتی که موصی له موصی به را قبض کرده باشد.»

ما وقتی از انعقاد وصیت تملیکی به عنوان یک عقد صحبت می‌کنیم در واقع فرض ما باید اینگونه باشد که اگر منعقد شد برای طرفین الزام آور است. پس علی‌الأصول وقتی قبول قبل از فوت موصی هم بیاید این باید اثر داشته و عقد باید لازم باشد. اما صدر این ماده می‌گوید قبول موصی له قبل از فوت موصی مؤثر نیست؛ خوب آیا در انعقاد عقد مؤثر نیست یا در ایجاد الزام برای موصی مؤثر نیست؟ با نگاه به ادامه ماده می‌بینیم که می‌گوید موصی می‌تواند رجوع کند حتی در صورت قبض موصی له.

خوب آنچه ذیل ماده به ما می‌گوید نشان می‌دهد که حتی اگر وصیت تملیکی را عقد فرض کنیم و قبول قبل از فوت را هم دارای اثر بدانیم (بدین معنی که با قبول قبل از فوت عقد محقق می‌شود.) لکن این عقد آثاری ندارد یعنی هیچ اثر الزام آوری ندارد و موصی می‌تواند از وصیت خود عدول کند. پس ما دو فرض داریم یا باید بگوییم این قبول قبل از فوت اثر ندارد و عقد منعقد نمی‌شود (حداکثر این است که اگر قبول قبل از فوت رخ داد صبر می‌کنیم تا بعد از فوت و اگر موصی له رد نکرد استمرار قبول را کشف می‌کنیم.) یا باید بگوییم این قبول اثر دارد و عقد منعقد می‌شود ولی این وصیت الزام آور نیست.

در اینجا فرضی مطرح شده است که آیا می‌توان شرط نمود که موصی بعد از وصیت، اختیار تغییر وصیت را نداشته باشد؟ (یعنی خلاف ذیل ماده شرط کنند) حقوق دانان ما این شرط را صحیح نمی‌دانند چون مبنای ما این است که وصیت قبل از فوت موصی جزء احکامی است که متعلق حق موصی است و شرط خلاف باطل است. از طرفی باید توجه داشت که وصیت ناظر بر تعیین تکلیف اموال بعد از فوت است؛ لذا موصی هرگونه تغییری بخواهد قبل از فوت می‌تواند بدهد. بنابراین بهتر است این مبنا را بپذیریم که عقد وصیت بعد از فوت ارکانش کامل و منعقد می‌شود. چون اگر قائل شویم قبل از فوت منعقد می‌شود آن وقت باید به آثار آن پایبند باشیم. اگر هم مبنای دوم را بپذیریم که قبل از فوت منعقد می‌شود باید قواعد ۸۲۹ را آمره و این را عقدی با قواعد خاص بدانیم.

ماده ۸۳۱: «اگر موصی له صغیر یا مجنون باشد، ردّ یا قبول وصیت با ولی خواهد بود.»

در کنار این ماده می‌بینیم که ماده ۱۲۱۲ مقرر می‌دارد: «أعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد باطل و بلا اثر است، معذک صغیر ممیز می‌تواند تملک بلا عوض کند مثل قبول هبه و صلح بلا عوض و حیازت مباحات.»

در جمع بین این دو ماده گفته‌اند منظور ماده ۸۳۱ صغیر غیر ممیز و مجنون است، چون در بحث صغیر ممیز از آنجایی که به تصریح ماده ۸۲۶ تملیک در وصیت مجانی است، این از مصادیق ماده ۱۲۱۲ است. بنابراین اگر موصی له صغیر ممیز است می‌تواند قبول کند و قبول ولی یا قیم ضرورتی ندارد.

ماده ۸۳۲: «موصی له می‌تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی به قبول کند در این صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می‌شود.»
بنابراین اگر موصی له کل موصی به را قبول کند همه آن به تملک او در می‌آید اما اگر بخشی را رد کند تعبیر ماده این است که وصیت نسبت به این بخش باطل می‌شود. بطلان به این معنی است که گویا از ابتدا نسبت به این بخش وصیتی صورت نگرفته است پس این به دارایی‌های موصی برمی‌گردد.

ماده ۸۳۳: «ورثه موصی نمی‌تواند در موصی به تصرف کند مادام که موصی له رد یا قبول خود را به آن‌ها اعلام نکرده است...» بنابراین نتیجه آن ایجاب الزام آور برای بعد از فوت این خواهد بود که انعقاد این عقد منوط به تعیین تکلیف از سوی موصی له است و لذا ورثه باید به این وصیت توجه کنند و حق تصرف ندارند.
از آنجا که ممکن است موصی دیونی داشته باشد و ورثه باید هرچه زودتر تکلیف خود را با ماترک روشن کنند ادامه ماده می‌گوید: «... اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد حاکم موصی له را مجبور می‌کند که تصمیم خود را معین نماید.» اما حال این سؤال مطرح است که این اجبار چگونه است؟ آیا این از مصادیق است که از باب «الحاکم ولی الممتنع» حاکم می‌تواند به جای ممتنع تصمیم‌گیری نماید؟ به نظر می‌رسد اینگونه نیست. لذا حاکم باید تصمیمی بگیرد تا موصی له را وادار کند مثلاً او را جریمه کند یا ... والا نمی‌تواند خود به جای او تصمیم بگیرد. چون این بحث شخصی است و مثل عقد بیع نیست که حاکم بتواند از قبل او تصمیم بگیرد. مثل بحث معرفی وثیقه و ضامن که یک امر شخصی بود و حاکم نمی‌توانست از قبل او وثیقه یا ضامن معرفی کند.

۲. وصیت عهدی (وصایت)

ماده ۸۲۶: «... وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور نماید...»

گفتیم برخی حقوق‌دانان ما وصیت عهدی را از مصادیق نیابت و نمایندگی می‌دانند. یعنی فرد دارد برای بعد از فوت شخصی را جانشین خود قرار می‌دهد مثلاً می‌خواهد کسی بعد از فوتش اموالش را خرج فقرا کند. به این شخص «وصی» می‌گویند.

در وصایت (وصیت عهدی) ما تملیک نداریم. البته ممکن است اقدامات وصی منتهی به تملیک شود مثلاً می‌گوید این مال را بفروش و بعد از فوت من میان فقرا تقسیم کن.

آیا در اینجا قبول شرط است؟ ماده ۸۳۴: «در وصیت عهدی قبول شرط نیست لیکن وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد.»

بنابراین چون در وصایت قبول شرط نیست پس وصیت عهدی عقد نیست. با توجه به ماده می‌بینیم که دقیقاً عکس وصیت تملیکی فرضی را مطرح می‌کند؛ ما در وصیت تملیکی گفتیم قبول یا رد قبل از فوت مؤثر نیست اما اینجا قبل از فوت را مؤثر می‌داند. بنابراین اگر قبل از فوت رد کند تکلیفی بر عهده او نیست و موصی می‌تواند وصی دیگری تعیین کند و اگر موصی وصی دیگری تعیین نکرده باشد، حاکم باید برای اجرای وصیت تصمیم بگیرد.

اما اگر وصی سکوت کرد، بعد از فوت نمی‌تواند رد کند اگر چه جاهل بر وصیت بوده باشد. یعنی برای او الزام آور است و این به خاطر ترجیح حقوق موصی بر وصی است.

از این رو می‌گوید اگر خواست رد کند باید قبل از فوت باشد که موصی مهلت برای تعیین تکلیف داشته باشد. خوب اینکه می‌گوید اگر قبل از فوت رد نکردی، بعد از فوت مکلف هستی، این به نوعی تکلیف بدون قبول است، لذا حقوق‌دانان گفته‌اند بهتر است ما وصیت عهدی را ایقاع تلقی کنیم، منتها این ایقاع چون به زیان وصی است و تکلیف و مشقتی را بر عهده‌ی او می‌گذارد، تا قبل از فوت حق رد دارد و این مطابق قاعده است اما اینکه می‌گوید اگر سکوت کرد بعد از فوت نمی‌تواند رد کند این خلاف قاعده است. یعنی داریم ایقاعی را به فرد تحمیل می‌کنیم که به زیان اوست و این به خاطر ادله استثنایی است که در بحث وصایت است.

باید دقت داشت همانگونه که در وصیت تملیکی می‌گفتیم قبول قبل از فوت بلا اثر است و موصی می‌تواند در ترتیبات وصیت تغییر بدهد، اینجا هم می‌گوییم قبول قبل از فوت بلا اثر است (فقط رد قبل از فوت اثر دارد) بنابراین اگر وصی موضوع وصایت را قبول هم نکند موصی می‌تواند وصی دیگری تعیین بکند چون این ایقاع و یک عمل یک طرفه است.

رایگان بودن وصیت

ماده ۸۲۶: «وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند...»

می‌بینیم که ذیل وصیت تملیکی قید مجانی بودن را آورده است. در حالی که در ادامه ماده در وصیت عهدی حرفی از مجانی بودن نمی‌زند. لذا این بحث مطرح شده است که آیا وصیت مجانی است یا می‌توان در آن شرط عوض نمود؟

آنچه که از مفهوم وصیت تملیکی در ماده ۸۲۶ فهم می‌شود، این است که این نوع از وصیت رایگان است بدین معنا که علی‌الأصول عوضی قابل مطالبه نیست. لذا حقوق‌دانان قائلند که در وصیت تملیکی هرگونه عوضی شرط شود موجب بطلان عقد است. علت آن هم این است که در تحلیل وصیت تملیکی گفتیم یک تملیک یک طرفه است یعنی ما داریم مالی را به موصی‌له تملیک می‌کنیم و بنا بر این است که چیزی در ازای آن دریافت نشود و این عقد اساساً عقد غیر معوض و رایگان است.

و از همین روست که گفتیم این عقد موجب امتنان است. لذا اگر قرار است زیر بار منت برود قبول و رد او شرط است. و اگر قرار بود عوض بپردازد و زیر بار منت نرود، بحث قبول و رد او بی معنا بود. البته عده ای بحث کرده اند که همانگونه که ما هبه معوض را می‌پذیریم در وصیت هم (که از حیث غیر معوض بودن شبیه هبه است) می‌توان شرط عوض را پذیرفت. ولی به هر حال به نظر می‌رسد با تعبیری که ماده ۸۲۶ آورده، شرط هرگونه عوضی در وصیت موجب بطلان است.

نکته‌ای که در اینجا مطرح است این است که آیا می‌توان عوضی را به صورت شرط انجام کاری قرارداد؟ مثلاً بگویند من به موجب وصیت، فلان مال را به تو تملیک می‌کنم به شرط اینکه فلان کار را برای من انجام دهی. در این فرض گفته‌اند این شرط بلا اشکال است یعنی این شریطی است برای اجرای وصیت، همانطور که یکی از شرایط اجرای وصیت فوت است. البته در تحلیل این شرط گفته‌اند این ترکیبی از دو نوع وصیت است. بدین معنا که یک وصیت عهدی است که ضمن آن یک وصیت تملیکی شده است. مثلاً شرط می‌کند که فلان کار را برای من انجام بده (وصیت عهدی) منتها در ازای آن فلان مال را هم بگیر. در واقع در اینجا تلفیقی از وصیت عهدی و وصیت تملیکی شرط شده است. بنابراین اگرچه ما اخذ اجرت را برای ذات وصیت موجب بطلان می‌دانیم چون وصیت ذاتاً جزء عقود معوض نیست اما اگر به عنوان یک شرط فرعی و در قالب یک وصیت عهدی آمده باشد بلا اشکال است. در

واقع شخصی را برای انجام کاری وصی قرار می‌دهیم و می‌گوییم اگر وصی به موضوع وصایت عمل کرد فلان مال به او تملیک می‌شود. به عبارت دیگر شرط انجام وصیت تملیکی را اجرای یک وصیت عهدی فرض می‌کنیم. اما باید توجه داشت آنچه که ما فرض می‌کنیم بخشی از آن تابع اعتباراتی است که طرفین در اراده می‌کنند، لذا ما باید کشف بکنیم که آیا این عمل ما به ازاء دارد قرار می‌گیرد یا خیر؟ اگر قصد فرد این است که این را ما به ازاء قرار بدهد خوب این به طور طبیعی باطل است، اما اگر قصد فرد این باشد که شرط انجام عمل یک شرط فرعی و در قالب یک وصیت عهدی باشد، بلا اشکال است. لذا عده ای در تحلیل این فرض گفته‌اند این اساساً اجرت عمل فرد است بدین معنا که شخصی کاری را انجام می‌دهد و در ازاء آن مالی به عنوان اجرت به او تملیک می‌شود. خصوصاً اینکه دیدیم در وصیت عهدی شارع منعی برای دریافت اجرت نیاورده (ماده ۸۲۶) و آن را مجانی فرض نکرده است. لذا در تحلیل فرض مذکور می‌توان تملیک را اجرت عمل در وصیت عهدی فرض کرد.

*** گفتار دوم**

اهلیت

الف) اهلیت موصی

فرض ما این است که موصی می‌خواهد اموالی را برای دیگران تملیک کند، پس موصی باید عاقل، بالغ و رشید باشد. در فقه هم داریم که مثلاً موصی نمی‌تواند در حال مستی یا بیهوشی وصیت کند، چون نیاز به قصد داریم. (در هر دو نوع وصیت) بنابراین برای اینکه بتواند قاصد باشد باید عاقل و بالغ و رشید و مختار باشد. آیا موصی می‌تواند مکره باشد و بعد از دفع کره وصایت را تنفیذ کند؟ در پاسخ گفته‌اند اگر موصی هنوز زنده است، این اشکالی ندارد؛ مثلاً موصی له او را تهدید می‌کند که ثلث اموالت را برای من وصیت کن، و او بعد از رفع کره رضایت می‌دهد.

اما مشکل آنجاست که فرد وصیت اکراهی کرده و فوت می‌کند. چون ما در اکراه می‌گوییم مکره قاصد است منتها رضا ندارد، لذا این غیر نافذ می‌ماند و منوط به تنفیذ است؛ خوب حال که موصی فوت کرده چه کسی باید تنفیذ کند؟ عده‌ای گفته‌اند ما به ورثه به عنوان قائم مقام می‌گوییم تنفیذ کن! تقریباً اکثر حقوق‌دانان ما بر این نظر هستند اما براین نظر خدشه وارد است، چراکه ورثه اصلاً قائم مقام موصی نیستند و اساساً نسبت به وصیت کاره‌ای نیستند که بیابند و تکلیف این وصیت را روشن کنند، از طرف دیگر اگر ورثه بعد از فوت تصمیم بگیرند ثلث اموال را به کسی بدهند، دارند مال خود را هبه می‌کنند و این ربطی به قائم مقامی ندارد. البته در بحث‌های آتی خواهیم دید که

تنها جایی که ما فرض قائم مقامی داریم جایی است که موصی به یک مال کلی وصیت کرده که مصداق ندارد لذا می‌گویند در اینجا ورثه باید تعیین تکلیف بکنند که کدام مال باید داده شود.

ماده ۸۳۵: «موصی باید نسبت به مورد وصیت جایزالتصرف باشد.» بنابراین موصی باید امکان تصمیم‌گیری در رابطه با این مال را داشته باشد و بتواند در مال تصرف کند. لذا عده‌ای گفته‌اند اگر شخص تاجر ورشکسته باشد، چون اموال او متعلق حقوق دیان است نمی‌تواند وصیت کند. در مقابل هم عده‌ای گفته‌اند چه اشکالی دارد تاجر ورشکسته وصیت کند؟ چرا که الآن وصیت می‌کند و شاید تا زمان فوت، دیون این دیان پرداخته شود. به نظر می‌رسد این دو نظر قابل جمع است؛ به این ترتیب که وصیت تاجر ورشکسته نسبت به مازاد بر اموالی که متعلق حقوق دیان است درست است. به عبارت دیگر اگر قائل بر صحت وصیت شدیم بگوییم آثار حقوقی ندارد تا زمانی که تکلیف طلب طلب‌کاران روشن شود. مثل کسی که وصیت می‌کند ولی نمی‌داند بدهی‌هایش چقدر است، امکان دارد این بدهی کمتر از ماترک باشد و او بتواند نسبت به آن تصمیم بگیرد و امکان هم دارد بدهی‌هایش مازاد بر ماترک باشد، لذا نمی‌توان گفت شخص نمی‌تواند وصیت بکند بلکه او وصیت می‌کند منتها وصیت موکول است بر تعیین تکلیف اموال و دیون.

بنابراین مراد از جایزالتصرف بودن در ماده فوق، جایزالتصرف بودن در زمان وصیت نیست بلکه منظور جایزالتصرف بودن در زمان فوت است.

آیا موصی می‌تواند صغیر یا سفیه باشد یا خیر؟

به طور طبیعی وصیت یعنی تصرف در اموال، بنابراین صغیر یا مجنون حق وصیت ندارد. البته باید قائل به فرق شد؛ اگر صغیر ممیز یا سفیه وصیت کند ولی یا قیم باید در رابطه با این وصیت تصمیم بگیرد.

فرض دیگری که در اینجا مطرح است این است که اگر محجور الآن وصیت کند و تا قبل از فوت از او رفع حجر شود (مثلاً رشید شود یا اگر مجنون است عاقل شود) خودش تعیین تکلیف می‌کند. اما اگر قبل از فوت رفع حجر نشد تعیین تکلیف با ولی یا قیم است.

در رابطه با مجنون هم گفته‌اند اگر مجنون وصیت کند و قبل از فوت جنونش بر طرف شود و تعیین تکلیف کند، وصیت او صحیح است، همچنین است اگر در زمان عاقل بودن وصیت کند و بعد مجنون شود. (که این هم درست است) مگر اینکه فرض کنیم در زمان عاقل بودن وصیت کند و بعد مجنون شود و حالا آن کسی که سرپرست قانونی اوست مجبور می‌شود برای اداره زندگی مجنون از ثلث اموال هم هزینه کند که این به منزله رجوع از وصیت است.

اما آیا ولی یا قیم می‌تواند از قبل صغیر غیر ممیز و مجنون وصیت کند؟ پاسخ منفی است، چون این یک امر شخصی است و ما در حقوق خود اساساً وصیت به نمایندگی از طرف دیگری نداریم یا به تعبیر دکتر کاتوزیان ما نمایندگی قانونی را نسبت به موصی نمی‌پذیریم.

قانون‌گذار چند فرض را مطرح می‌کند که در آن‌ها ولو فرد دارای اهلیت باشد، وصیت او را نمی‌پذیریم.

فرض اول: محروم کردن وراث

ماده ۸۳۷: «اگر کسی به موجب وصیت یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند وصیت مزبور نافذ نیست.» بنابراین قانون‌گذار در این ماده به نحو حکم قطعی نسبت به ورثه تعیین تکلیف کرده است و هیچ شرط خلافی قابل پذیرش نیست. (به تعبیر فقهی وصیت به حرمان از ارث باطل است). البته حرمان از ارث با نهادهای حقوقی دیگر شدنی است و گاهی افراد از این کارها می‌کنند مثلاً قبل از فوت تمام اموالش را به برخی از ورثه هبه می‌کند و عملاً دیگران را محروم می‌کند. اما به هر حال در قالب وصیت چنین کاری نمی‌توان کرد. (عدم نفوذ در ماده به معنی بطلان است).

فرض دوم: ماده ۸۳۶: «هرگاه کسی به قصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید، آن وصیت در صورت هلاکت باطل است و هرگاه اتفاقاً منتهی به موت نشد وصیت نافذ خواهد بود.» چند شرط در این ماده هست: ۱. قصد خودکشی داشته باشد بنابراین اگر قصد نداشت و اشتبهاً سم مهلکی را خورد و بعد که متوجه شد وصیت کرد این صحیح است. ۲. عملی انجام دهد که عرفاً موجب هلاکت باشد، بنابراین اگر به قصد خودکشی عملی انجام دهد که عرفاً موجب هلاکت نیست این هم صحیح است. ۳. وصیت، بعد از این عمل مهلک باشد، پس اگر قبل از آن وصیت کرده باشد صحیح است. ۴. عمل منتهی به هلاکت شود، پس اگر طرف نمیرد، وصیت او صحیح است.

در اینکه دلیل عدم صحت این نوع وصیت چیست؟ تحلیل حقوق دانان این است که این اقدام نشان می‌دهد عقل او زائل شده بنابراین وصیت او صحیح نیست. البته این تحلیل حقوقی است والا دلیل این حکم ادله و روایات خاص است. (روایت صحیحی از ابی ولاد از امام صادق (علیه السلام))

فرض سوم: ماده ۸۶۰: «غیر از پدر و جد پدری، کس دیگر حق ندارد بر صغیر وصی معین کند.» بنابراین اگر مثلاً مادر حضانت فرزند را به عهده گرفته چون ولایت ندارد نمی‌تواند وصی تعیین کند. پس تا جایی که فرد ولی یا قیم دارد فرض ما این است که تعیین وصی درست نخواهد بود، اما پدر و جد پدری اختیار تعیین وصی برای بعد از فوت خود را دارند.

مکمل این ماده، ماده ۱۱۸۸ است: «هریک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشد وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید.»

ماده ۱۱۸۹ در این باره می‌گوید: «هیچ یک از پدر و جد پدری نمی‌تواند با حیات دیگری برای مولی علیه خود وصی تعیین کند.»

(ب) اهلیت موصی له

ماده ۸۲۷: «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.»

گفتیم وصیت تملیکی نیاز به قبول موصی له دارد. پس قبول برای وصیت تملیکی شرط است و با این حساب اهلیت آن محل توجه است. ماده ۸۳۱ هم می‌گوید: «اگر موصی له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیت با ولی خواهد بود.»

وصیت تملیکی را اگر یک تملیک مجانی بگیریم همانند تملکات مجانی می‌باشد و صغیر ممیز می‌تواند قبول تملک کند. چون حجر او یک حجر حمایتی است لذا در حالت تملک مجانی، صغیر ممیز را داری اهلیت می‌دانیم. پس آنچه مراد ماده ۸۳۱ است صغیر غیر ممیز و مجنون است.

نکته‌ای که در اینجا باید توجه داشت این است که ماده ۸۳۱ می‌گوید قبول یا رد نیاز به اجازه ولی دارد، حال آنکه در ماده ۱۲۱۲ می‌گوید قبول تملک بلاعوض بلا اشکال است. حال این سؤال مطرح است که اگر صغار ممیز رد کنند آیا عمل این‌ها صحیح است؟

آنجا که صغیر ممیز و سفیه رد می‌کند به ضرر خودش در واقع دارد اقدام می‌کند لذا در اینجا نیاز به اجازه ولی یا قیم دارد. در حقیقت اینجا همانند حالتی است که فرد دارد به ضرر خودش اقدام می‌کند. آنچه از جمع مواد ۸۳۱ و ۱۲۱۲ به دست می‌آوریم این است که اگر صغیر ممیز و سفیه وصیت تملیکی را قبول کردند صحیح است و اگر رد کردند نیاز به تنفیذ ولی یا قیم دارد.

آیا موصی له می‌تواند غیرمسلمان باشد؟

در قانون راجع به این حکمی نداریم اما در فقه گفته شده کافر اهلیت قبول وصیت مسلم را ندارد.

اگر موصی له حمل باشد تکلیف چیست؟

ماده ۸۵۱: «وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر اینکه زنده متولد شود.» چراکه ما برای حمل اهلیت قائلیم (اهلیت تمتع)

اما اگر این حمل فوت کند تکلیف قبول و رد بر عهده کیست؟ ابتدا باید روشن شود که فوت چه تأثیری خواهد داشت؟ قانون مدنی می‌گوید تملک برای حمل در صورتی است که زنده متولد شود. پس وصیت بر حمل درست است اما آثار وصیت یعنی تملک منوط به زنده متولد شدن حمل است. اگر موصی فوت کند و حمل هنوز به دنیا نیامده است، اگر فرض ما این باشد که حمل اهلیت تمتع دارد باید گفت ولی یا قیم تعیین تکلیف کنند. (اما برخی اساساً این وصیت را نمی‌پذیرند چون حمل را فاقد اهلیت می‌دانند.)

اگر ولی یا قیم رد کرد که هیچ اما اگر قبول کردند علی‌الأصول باید تملک برای حمل بوجود بیاید. اگر زنده به دنیا آمد مال، مال خود اوست ولی اگر زنده به دنیا نیامد این مال به موجب وصیت جزء اموال اوست و به ورثه خواهد رسید. اما می‌بینیم که تعبیر ماده ۸۵۱ این است که تملک حمل منوط به این است که زنده متولد بشود. بنابراین ما باید صبر کنیم تا حمل متولد شود و اگر زنده متولد شد این تملک صحیح است. این بدین معناست که وصیت بر حمل صحیح اما تملک موصی به معلق است. و هرگاه زنده متولد نشد با تعبیر ماده ۸۵۱ می‌توان گفت وصیت باطل است چراکه در وصیت فرض ما این است که موصی له موجود باشد، پس هنگامی که موصی له معدوم بود وصیت علی‌الأصول باید باطل تلقی شود و مبلغ وصیت شده بر می‌گردد به ماترک.

فرض مذکور در ماده ۸۵۱ خیلی قابل دفاع نیست. و در فقه هم گروهی قائل به این نیستند بدین معنا که معتقدند حمل همین که موجود باشد وصیت نسبت به او درست است و همین که حمل در حین وصیت موجود بوده اهلیت تمتع دارد و اگر زنده به دنیا آمد قبول یا ردش به عهده ولی یا قیم اوست. و اگر زنده به دنیا نیامد ورثه حمل باید در موردش تصمیم بگیرند و اگر قبول کردند این داخل در اموال حمل می‌شود و سپس به ورثه حمل به ارث می‌رسد.

به هر حال ذیل این ماده در فقه اختلافی است. اما اینکه این ماده امری است یا اختیاری؟ باید گفت چون قواعد وصیت بستگی به شرع دارد (بستگی به نظر مرجع تقلید دارد) در این امر باید به نظر مرجع تقلید مراجعه نمود. بنابراین اگرچه قانون مدنی زنده به دنیا آمدن را شرط تملیک دانسته اما اگر فتوایی خلاف این باشد باید پذیرفت.

[ماده ۸۵۱: - مبنای قانون مدنی: وصیت برای حمل درست، شرط تملیک: زنده به دنیا آمدن

- مبنای فقهی: وصیت برای حمل صحیح، تملک هم صحیح:

- زنده متولد شد: تعیین تکلیف با ولی یا قیم - مرده متولد شد: ورثه حمل [

قبول و رد موصی به همانند قبول و رد خیار به ارث می‌رسد، اگر قبول کردند به تملک آن‌ها در می‌آید و اگر رد کردند به تملک آن‌ها نمی‌رسد.

در مورد حمل نکته‌ای دیگر در ماده ۸۵۲ آمده است: «اگر حمل در نتیجه‌ی جرمی سقط شود موصی به به ورثه او می‌رسد مگر اینکه جرم مانع از ارث باشد.»

بنابراین اگر سبب زنده به دنیا نیامدن جرم باشد و به واسطه جرم سقط شده باشد این سقط را نادیده می‌گیریم و همانند فرض زنده بودن اوست منتها موصی به به ورثه حمل به ارث می‌رسد. این یک استثنا است.

حال سؤال اینجاست که آیا تملیک قهری برای ورثه می‌آید یا می‌توانند در مورد موصی به تصمیم‌گیری کنند؟ ظاهراً اگر وصیت تملیکی را عقد می‌دانیم اینکه موصی به به ارث به ورثه می‌رسد مراد تملک نیست بلکه اختیار تعیین تکلیف مال است. یعنی ورثه حمل می‌توانند تصمیم‌گیری کنند. این را به موجب قواعد عقدی باید تفسیر کنیم. چون تملک قهری در وصیت خلل ایجاد می‌کند چراکه وصیت تملیکی مستلزم قبول است.

ذیل ماده می‌گوید: «مگر اینکه جرم مانع از ارث باشد.» یعنی کسی که جزء ورثه است خودش مرتکب قتل شود. چون قتل از موانع ارث است و قاتل اگرچه جزء ورثه باشد این مانع ارث است. لذا باید در اینجا گفت اموال در تملک موصی له سقط شده قرار نمی‌گیرد. در صورتی که قاتل تنها وارث جنین باشد بعد از سقط جنین حق قبول یا رد ندارد و به این واسطه وصیت باطل بوده و ثلث اموال وصیت شده به وراثت موصی تعلق خواهد گرفت. جرم ماده ۸۵۲ جرم عمدی، غیر عمدی و شبه عمد را دربر می‌گیرد.

ماده ۸۵۰: «موصی له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیت شده است.» آیا این وجود در حین وصیت شرط است یا حین قبول وصیت شرط است؟

اگر ماده ۸۵۰ را با ۸۵۱ جمع کنیم مراد این می‌شود که جنین اگرچه موجود بوده منتها این موجود بودن در حین وصیت کفایت نمی‌کند بلکه باید زنده هم متولد شود. یعنی در زمان فوت فرد هم این باید موجود باشد. لذا از ماده ۸۵۰ اینگونه استفاده کرده‌اند و گفته‌اند وجود موصی له در حین وصیت شرط است. (صدر ماده ناظر بر این معنی است) و اینکه ماده می‌گوید «تواند...» یعنی در حین فوت فرد هم باید موجود باشد یعنی زنده متولد شود تا بتواند قبول کند چون اگر قبل از فوت موصی جنین فوت کند قاعدتاً نمی‌تواند قبول تملک کند.

برخی می‌گویند مگر وصیت تملیکی با وقف تفاوتی دارد؟ چگونه است که در وقف می‌توانیم به معدوم به تبع موجود وقف کنیم (وقف بر اولاد اولاد و...) [توضیح اینکه وقف بر معدوم باطل است اما وقف بر معدوم به تبع

موجود صحیح است.] در وصیت هم همینگونه است و هردو از باب «خیر» است. لذا می‌توانیم از احکام وقف در ذیل وصیت استفاده کنیم پس وصیت بر معدوم به تبع موجود هم درست است؛ اما به نظر می‌رسد ظاهر ماده ۸۵۰ مانع قبول این نظر است. در فقه هم از احکام وقف در ذیل وصیت استفاده نکرده‌اند چراکه قواعد وصیت یک سری قواعد خاصی است.

لذا اگر فرد وصیتی کرد و معلوم شد زمان فوتِ موصی‌له قبل از وصیت بوده است و در حین وصیت معدوم بوده است، این وصیت باطل است، از این رو تاریخ وصیت برای ما خیلی مهم است.

در مورد تشخیص موجود بودن حمل نیز همان امارات فراش را باید جاری کنیم. (ماده ۱۱۵۸)

حال که موجود بودن موصی‌له شرط است آیا موصی‌له ما شخص حقیقی باید باشد یا حقوقی؟ به عبارت دیگر آیا بر اشخاص حقوقی هم می‌توان وصیت کرد؟

حقوق‌دانان می‌گویند می‌توان احکام وصیت تملیکی را به اشخاص حقوقی هم تسری داد و در نهایت سهامداران مالک می‌شوند. دکتر کاتوزیان اینگونه مطرح می‌کند و می‌گوید آیا هر شخص حقوقی می‌تواند قبول وصیت تملیکی کند؟ مثلاً یک مؤسسه خیریه و غیر انتفاعی است. که در پاسخ گفته شده اگر به ثبت رسیده باشد می‌تواند قبول کند. در مورد شرکت‌های تجاری هم مشکلی وجود ندارد. اما اینکه شخص حقوقی کی موجود می‌شود؟ حسب مقررات قانون تجارت متفاوت است مثلاً در مواردی نیاز به ثبت دارد ولی در مورد شرکت‌های سهامی متفاوت است.

*** گفتار سوم**

تعیین موصی‌له

گفتیم موصی‌له باید موجود باشد و باید قبول کند. از مواد این فصل استفاده می‌شود که موصی‌له باید معین هم باشد. گاهی خود موصی تعیین می‌کند. اما گاهی خودش تعیین نمی‌کند و بر عهده شخص ثالث می‌گذارد. در حالت اخیر، ترکیبی از وصیت عهدی و وصیت تملیکی است. چون به دیگری نیابت به تعیین موصی‌له می‌دهد. (وصایت، نوعی نمایندگی مختص به فوت است و وکالت نمی‌تواند باشد.) که در این حالت وصی ثلث اموال را بر اساس موضوع وصایت تعیین می‌کند.

گاهی موصی می‌گوید می‌خواهم ثلث اموال را وصیت کنم اما موصی‌له را تعیین نکرده است. لذا این مشکل وجود دارد که اگر وصیت ایهام دارد تکلیف چیست؟ ما معمولاً باید مقصود موصی را تا آنجا که می‌توانیم کشف کنیم (مبنای دکتر کاتوزیان) چون قواعد وصیت اخلاقی هم هست. ما در عقود به دنبال آن هستیم که قصد طرفین را

احراز کنیم. اینجا هم حاکم باید بگردد و قصد موصی را کشف کند. پس ما نباید با ابهام وصیت بلافاصله آن را باطل فرض کنیم. بنابراین ما در تعیین موصی له سه روش را گفتیم: ۱. موصی له توسط موصی تعیین شود. ۲. موصی له توسط وصی تعیین شود. ۳. موصی له توسط حاکم کشف می شود.

گاهی هم ورثه اقرار می کنند که می دانند موصی له کیست. در این فرض حاکم باید به اظهار نظر آن ها توجه کند چون اقرار به زیان آن ها است.

تعیین موصی له متعدد و غیر محصور هم امکان پذیر است.

آخرین نکته ای که در بحث موصی له باید به آن اشاره کنیم این است که ترتیب تملیک موصی له با فرض اینکه موصی له متعدد است چگونه است؟ در این مورد دو حالت متصور است:

۱. یا شخص موصی تصمیم می گیرد موصی به چگونه تقسیم شود.

۲. گاهی هم موصی تعیین تکلیف نکرده است.

قانون مدنی در ماده ۸۵۳ می گوید: «اگر موصی لهم متعدد و محصور باشند موصی به بین آن ها بالسویه تقسیم می شود مگر اینکه موصی طور دیگری مقرر داشته باشد.»

بنابراین در حالتی که موصی تعیین نکرده است هیچ کدام ترجیح بر دیگری ندارند و به تساوی بین موصی لهم تقسیم می شود.

محصور بودن آیا مفهوم مخالف دارد یعنی اگر موصی لهم محصور نباشند بالسویه بین آن ها تقسیم نمی شود؟ گاهی موصی لهم را اساساً نمی توانیم احراز کنیم. اما گاهی قابل احراز است لکن نیاز به فحص دارد تا احصا شود که در این حالت نیز بالسویه باید تقسیم شود.

اگر وصیت قابل اجرا نباشد یعنی قابل احراز نباشد آیا باید وصیت را باطل فرض کرد یا به حکم حاکم واگذار می شود؟ که در اینجا دو نظر وجود دارد: نظر اقوی این است که وصیت در این حالت باطل است اما نظر دیگر معتقد است به حاکم واگذار می کنیم تا او نزدیکترین افرادی را که مقصود موصی بوده را کشف کند همانند وقف.

*** گفتار چهارم**

موصی به

اولین بحث وجود موصی به است. بدین معنا که مالی که مورد وصیت قرار می‌گیرد، آیا باید بالفعل موجود باشد یا خیر؟

در اینجا تقسیم بندی‌ای ارائه شده است:

گاهی وصیت به «عین معین» می‌شود. بدین معنا که می‌خواهد عین معین از اموالش را به دیگری تملیک کند که این عین معین یا در آن لحظه که موضوع وصیت قرار می‌گیرد، موجود است یا فرض موصی این است که قرار است بعداً موجود شود مثلاً می‌خواهد اتومبیلی را بعداً بخرد و آن را موضوع وصیت قرار می‌دهد.

قانون در ماده ۸۴۲ می‌گوید: «ممکن است مالی را که هنوز موجود نشده است وصیت نمود.» یعنی فرض را بر این گذاشته است که لزومی ندارد در حین وصیت مال موجود باشد ولی شخص موصی می‌داند که مثلاً قرار است اموالی را خریداری کند یا مثلاً اموالی را خریداری کرده و قرار است بعد از شش ماه تحویل بگیرد. خوب در اینجا با توجه به این ماده فرض ما بر این است که لزومی ندارد مال بالفعل در حین وصیت موجود باشد. خصوصاً اینکه در وصیت تملیکی قبول شرط است و موصی له هم قرار است بعد از فوت قبول کند نه در حین وصیت؛ پس بودن مال در حین الوصیه فایده‌ای هم ندارد چون اساساً قرار است تملیک مال از لحظه‌ی قبول بیاید. نهایت امر این است که اگر موصی احتمال می‌داده مال در حین فوت موجود می‌شود ولی به هر دلیل این اتفاق نیفتد، این وصیت باطل است.

ما وقتی از اموال صحبت می‌کنیم این اموال هم اعیان (اعم از عین معین و کلی) و هم منافع را شامل می‌شود. لذا موصی ممکن است منافع ملکش را وصیت کند مثلاً بگوید من وصیت می‌کنم سکونت این منزل مسکونی پنج سال برای موصی له باشد.

موصی به باید معین باشد. به این دلیل که وصیت در ثلث مال است و فرد نمی‌تواند بگوید من بخشی از اموال را وصیت می‌کنم و ما باید بتوانیم تعیین کنیم که این مازاد برثلث است یا مساوی یا کمتر از ثلث. از طرف دیگر ما می‌خواهیم موصی له را مالک کنیم و باید معلوم باشد موصی له نسبت به کدام مال قبول می‌گوید. البته اگر از اینکه موصی معین نکرده فهم شود که برای او فرقی نمی‌کرده کدام مال را می‌خواهد تملیک کند خوب علی‌الأصول وصی یا ورثه بعد از او مال معینی را به موصی له تملیک می‌کنند. اما اگر از این، جهل فهم شود وصیت باطل است.

با این حال امکان دارد موضوع وصیت مجهول باشد. مثلاً طرف بگوید من بخشی از اموال را برای فلانی وصیت می‌کنم. خوب، (مطابق مبنای دکتر کاتوزیان) ما باید تا جایی که می‌توانیم وصیت را صحیح بدانیم و سعی کنیم به موضوع وصیت عمل کنیم. لذا بهتر است در چنین مواردی سعی کنیم نزدیک‌ترین غرض موصی را به دست بیاوریم. یعنی به جای اینکه فوراً وصیت را باطل فرض کنیم ورثه بیایند تعیین کنند که نزدیک‌ترین غرض موصی چه بوده تا

یک سوم از همان استخراج شود. مثلاً اگر می‌دانیم موصی خانه‌های متعدد دارد و موصی‌له هم مشکل مسکن دارد، به جای اینکه از باغ میوه به او بدهیم از خانه‌های مسکونی بدهیم.

موصی‌به باید مالی باشد که قابلیت تملک داشته باشد مثلاً اگر خیاری (که یک حق مالی است) موجود باشد و حالا فرد وصیت کند که این خیار برای کسی باشد، آیا این صحیح است؟ اگرچه خیار یک حق مالی است (یا موارد دیگر مثل حق شفعه و ...) اما واقعاً برای آن نمی‌توان مالیتی قائل شد که قابلیت تملک از طرف موصی‌له داشته باشد. چون نفعی برای موصی‌له ندارد. البته اگر فرض ما این باشد که موصی‌له می‌تواند این خیار را معامله کند یا مصالحه کند و در قبال آن پولی دریافت کند، این وصیت صحیح خواهد بود. چراکه قابلیت تملک دارد و برای وصی هم دارای نفع است. همچنین در فرضی که خیاری را که در معامله ملکی وجود دارد وصیت می‌کند که اگر موصی‌له اعمال خیار کند این ملک برای او می‌شود در اینجا قطعاً قابل وصیت است یعنی در واقع اختیار معامله را به موصی‌له سپرده است.

اما اگر مثلاً طلبی داشته باشد این مسلم است که می‌تواند آن را برای موصی‌له وصیت کند. در حقیقت موصی‌له مالک ذمه‌ای می‌شود که الآن می‌تواند رجوع کند و آن ثمن را دریافت کند.

همچنین وصیت حق انتفاع در ملکی نیز قابل وصیت است چون قابلیت تملک دارد.

آیا ما وصیت فضولی هم داریم؟ بدین معنا که کسی مال غیر را وصیت کند؟! (چه در فرضی که فرد مال غیر را برای خود وصیت می‌کند و چه اینکه از جانب غیر وصیت می‌کند برای دیگری)

ماده ۸۴۱: «موصی‌به باید مالک موصی باشد و وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است.» بنابراین اگرچه وصیت تملیکی عقد است ولی تصور فضولی بودن برای آن امکان ندارد و از طرف قانون پذیرفته نشده است. به همان دلیل که گفتیم وصیت در بسیاری موارد از قواعد عمومی معاملات بتعیت نمی‌کند. منتها عده‌ای بحث کرده‌اند و گفته‌اند ماده ۸۴۱ ناظر بر جایی است که شخصی به مال دیگری برای خود وصیت کند و آن را منوط به فوت خود کند یعنی بگوید وصیت می‌کنم که بعد از فوت من مال فلانی از آن موصی‌له باشد! خوب این وصیت بی‌معنا و باطل است. اما مطابق نظر این عده اگر فرض ما این باشد که شخص از جانب دیگری برای دیگری وصیت می‌کند بدین معنا که اگر آن شخص فوت کرد این شخص وصیت می‌کند که ثلث اموال او برای دیگری است، این فضولی و منوط به اذن موصی است. چراکه ماده اطلاق دارد و گفته وصیت به مال غیر باطل است و نگفته برای خود یا برای دیگری. دکتر کاتوزیان نیز این احتمال را می‌دهد ولی با قطعیت آن را نپذیرفته است. و در بین فقها ظاهراً حضرت امام^(ره) نیز این را پذیرفته‌اند.

گفتیم موصی گاهی موصی به را عین معین تعیین می‌کند اما گاهی موصی به را به سهم تعیین می‌کند مثلاً می‌گوید یک سوم اموال یا یک‌دهم این خانه و ... که این هم اشکالی ندارد منتها موصی له نظیر ورثه می‌شود مالک سهم مشاعی.

ماده ۸۴۸: «اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث، موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود.»

نکته دیگری که در بحث موصی به وجود دارد این است که اگر موصی به عین معین است خوب باید همان را تسلیم کنند؛ اگر خواست قبول می‌کند و اگر خواست ردّ می‌کند. اما اگر موصی به کلی باشد مثلاً بخشی از اموالش را وصیت کرده است ماده ۸۴۷ می‌گوید: «اگر موصی به کلی باشد تعیین فرد با ورثه است مگر اینکه در وصیت طور دیگری مقرر شده باشد.» بنابراین به خلاف عین معین که ورثه باید دقیقاً همان را تسلیم کنند در کلی تعیین مصداق با ورثه است. ذیل ماده که می‌گوید مگر اینکه طور دیگری مقرر کرده باشند فقط یک فرض را شامل می‌شود و آن اینکه ما اختیار تعیین فرد را به شخص ثالث بدهیم که او در واقع وصی خواهد بود در تعیین مصداق. و در مورد اینکه نفع ورثه را باید در نظر بگیرد یا نفع موصی له را انتخاب با خود اوست.

ماده ۸۴۰: «وصیت به صرف مال در امر غیرمشروع باطل است.» بنابراین مثلاً نمی‌تواند وصیت کند این مال برای موصی له باشد تا با آن قمار کند چراکه اساساً فرض ما این بود که وصیت در امور خیر است ضمن اینکه خلاف شرع هم هست. در اینجا نیز مثل بحث‌های گذشته در جهت نامشروع می‌گوییم نیاز به تصریح ندارد و همین که احراز شود وصیت در امر نامشروع بوده باطل است.

وصیت را به چه ترتیب باید تنظیم کرد و تابع چه قواعدی است؟

قانون مدنی در بحث شکل وصیت تشریفات خاصی را ذکر نکرده است. در فقه هم هر نوع وصیت را می‌پذیرد، مثلاً الزام به کتبی بودن وجود ندارد. در آیه ۱۰۶ سوره مبارکه مائده هم توصیه به شاهد کرده است. لذا اگر کتبی هم وصیت نکرد و حاکم از طریق دو شاهد عادل وصیت را احراز کرد گفته‌اند این صحیح است.

اما قانون امور حسبی وصیت را به دو نوع تقسیم می‌کند: - عادی - غیر عادی

وصیت عادی آن وصیتی است که فرد برای نوشتن وصیت فرصت داشته و در شرایط عادی تنظیم شده است.

وصیت غیر عادی در شرایط فوق‌العاده است. ماده ۲۸۳ قانون امور حسبی: «در موارد فوق‌العاده از قبیل جنگ یا خطر مرگ فوری و امراض ساریه و مسافرت در دریا که مرآوده نوعاً مقطوع و به این جهت موصی نمی‌تواند به یکی از طرق مذکور وصیت کند، ممکن است وصیت به طریقی که در مواد بعد ذکر می‌شود واقع شود.»

ماده ۲۸۴: در مورد افراد نظامی است «افراد و افسران نظامی و کسانی که در ارتش اشتغال به کاری دارند می‌توانند نزدیک یک نفر افسر یا هم‌ردیف او با حضور دو گواه وصیت خود را شفاعتاً اظهار نمایند.» پس در اینجا وصیت کتبی لازم نیست. و لازم نیست حتماً پیش مافوق وصیت کند چون نص ماده می‌گوید نزد یک نفر افسر می‌تواند وصیت کند.

ماده ۲۸۵: «در صورتی که نظامی یا کسی که در ارتش اشتغال به کاری دارد بیمار یا مجروح باشد ممکن است وصیت خود را در حضور رئیس بهداری ارتش و مدیر بیمارستان که موصی آنجاست اظهار نماید.»

ماده ۲۸۶: «اشخاصی می‌توانند به ترتیب مذکور در دو ماده قبل وصیت نمایند که در جنگ یا مأمور عملیات جنگی باشند و یا در محلی زندانی یا محصور باشند که مرآوده با خارج نباشد.»

پس اگر در چنین مواردی وصیت شفاهی کرد مطابق این قانون پذیرفته می‌شود. اما آن کسانی که نزد آنها وصیت اینگونه می‌شود هم تکالیفی دارند. که در مواد ۲۸۷ و ۲۸۸ ق.ا.ح آمده است.

ماده ۲۸۷: «در سایر موارد مذکور در ماده ۲۸۳ موصی می‌تواند در حضور دو نفر گواه وصیت خود را اظهار نماید و یکی از آن دو گواه اظهارات او را با تعیین تاریخ روز و ماه و سال و محل وقوع وصیت نوشته و موصی و گواه‌ها آن را امضاء می‌نمایند و اگر موصی نتواند امضاء کند گواه‌ها این نکته را در وصیت نامه قید می‌کنند.»

ماده ۲۸۸: «اشخاصی که مطابق ماده ۲۸۴ و ۲۸۵ وصیت نزد آنها شده و همچنین گواه‌های مذکور در ماده قبل در اول زمان امکان باید در اداره ثبت اسناد یا محلی که در آیین‌نامه‌ی وزارت دادگستری تعیین می‌شود حاضر شده وصیت نامه را مطابق مقررات راجع به امانت‌گذاران اسناد امانت بگذارند و ضمناً اعلام کنند که این آخرین وصیت موصی است که با داشتن اهلیت اظهار داشته است.»

ماده ۲۸۹: «در صورتی که اشخاص مذکور در ماده ۲۸۴ و ۲۸۵ اظهارات موصی را ننوشته باشند در اول زمان امکان نزد دادرسی بخشی که به او دسترسی دارند حاضر شده و اظهارات موصی را با تاریخ و محل وقوع وصیت و اهلیت موصی شفاهتاً اظهار می‌دارند. اظهارات مزبور در صورت مجلس نوشته شده و به امضاء دادرسی دادگاه بخش و گواه‌ها می‌رسد.»

اما در مورد وصیت عادی ماده ۲۷۶ ق.ا.ح مقرر می‌دارد: «وصیت نامه ... ممکن است به طور رسمی یا خودنوشت یا سری تنظیم شود.» پس سه نوع وصیت نامه را نام می‌برد.

- وصیت نامه رسمی: ماده ۲۷۷: «ترتیب تنظیم وصیت نامه رسمی و اعتبار آن به طوری است که برای اسناد تنظیم شده در دفاتر اسناد رسمی مقرر است.» بنابراین وصیت نامه رسمی را دفتر اسناد رسمی مثل یک سند معامله تنظیم می‌کند موصی امضاء می‌کند و به مهر سردفتر می‌رسد.

- وصیت نامه خود نوشت: ماده ۲۷۸: «وصیت نامه خود نوشت در صورتی معتبر است که تمام آن به خط موصی نوشته شده و دارای تاریخ روز و ماه و سال به خط موصی بوده و به امضاء او رسیده باشد.» پس اگر هریک از شرایط مذکور در ماده نباشد وصیت نامه معتبر نیست و در اینگونه موارد (مثلاً اگر امضاء نداشت) باید صحت آن احراز شود مثلاً با شهادت ورثه اثبات می‌شود.

- وصیت نامه سری: ماده ۲۷۹: «وصیت نامه سری ممکن است به خط موصی یا به خط دیگری باشد ولی در هر صورت باید به امضاء موصی برسد و به ترتیبی که برای امانت اسناد در قانون ثبت اسناد مقرر گردیده در اداره ثبت اقامتگاه موصی یا محل دیگری که در آیین نامه وزارت دادگستری معین می‌گردد امانت گذارده می‌شود.» پس اساساً صحت این وصیت نامه به سپردن توسط خود موصی است.

ماده ۲۸۰: «کسی که سواد ندارد نمی‌تواند به ترتیب سری وصیت نماید.» چون این وصیت نامه امکان دارد به خط دیگری باشد و حال که او سواد ندارد نمی‌فهمد چه چیزی را امضاء می‌کند. همچنین شخص بی‌سواد وصیت نامه خودنوشت نیز نمی‌تواند تنظیم کند چون باید به خط خودش باشد. پس فقط می‌تواند وصیت نامه رسمی تنظیم کند.

ماده ۲۸۱: «کسی که نمی‌تواند حرف بزند هرگاه بخواهد وصیت نامه سری تنظیم کند باید تمام وصیت نامه را به خط خود نوشته و امضاء نماید و نیز در حضور مسئول دفتر رسمی روی وصیت نامه بنویسد که این برگه وصیت نامه اوست و در این صورت مسئول دفتر باید روی پاکت یا لفافی که وصیت نامه در اوست بنویسد که عبارت مزبور را موصی در حضور او نوشته است.»

ماده ۲۸۲: «وصیت نامه سری را موصی همه وقت می‌تواند به ترتیبی که برای اسناد امانتی مقرر است استرداد نماید.» ضمانت اجرای این تشریفات در ماده ۲۹۴ آمده است: «دادگاه بخش در آگهی که برای اداره یا تصفیه ترکه یا تصدیق حصر وراثت می‌شود قید می‌کند که هرکس وصیت نامه ای از متوفی نزد اوست در مدت سه ماه به دادگاهی که آگهی نموده بفرستد و پس از گذشتن این مدت هر وصیت نامه ای (جز وصیت نامه رسمی و سری) ابراز شود از درجه اعتبار ساقط است.» چون آن وصیت نامه ای که نزد مراجع رسمی است امکان دست بردن در آن وجود ندارد

اما در وصیت‌نامه خودنوشت اگر در موعد مقرر ابراز نشود فرض قانون‌گذار بر این است که شاید در آن دست برده باشند.

شورای نگهبان به این ماده ایراد گرفته و آن را مطابق موازین شرعی ندانسته است:

«محدود نمودن اعتبار وصیت‌نامه‌ی ابرازی به مدت سه ماه مذکور ... خلاف موازین شرع و این قسمت از ماده ابطال می‌شود. لکن به طور کلی اعتبار وصیت‌نامه مانند سایر اسناد در صورتی است که حجت شرعی بر مفاد آن باشد. در این قسمت به تحریرالوسیله مراجعه شود.» بنابراین کاری ندارد وصیت‌نامه رسمی است یا سری یا خودنوشت، بلکه معتقد است اساساً باید به این برسیم که حجیت شرعی داشته باشد، یعنی اصالت آن احراز شود. با این فرض علی‌الأصول باید وصیت شفاهی را هم پذیرفت (البته در فرضی که حجت شرعی بر آن باشد). مثلاً فرد نزد پیش‌نماز محله وصیت می‌کند و حاج‌آقا می‌نویسد و او هم انگشت می‌زند و ... در چنین مواردی اگر صحت سند با گواه یا ... احراز شد اصالت دارد. (پس ذیل نظر شورای نگهبان یک قاعده کلی به ما می‌دهد و ربطی به ماده ۲۹۴ ندارد.) مگر اینکه صحت آنگونه وصیت‌نامه‌ها از سوی ورثه مورد تردید واقع شود که باید صحت آن احراز شود.

* گفتار پنجم

حدود اختیارات موصی

اختیار موصی نسبت به اموال خود تابع چه حدودی است؟

یکی از این قیود وصیت در ثلث مال است. پس موصی فقط در ثلث اموال خود می‌تواند وصیت کند.

پس فرض ما این است که موصی نسبت به سهم الارث ورثه هیچ اختیاری در وصیت خود ندارد.

ماده ۸۳۷: «اگر کسی به موجب وصیت یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند وصیت مزبور نافذ نیست.»

نکته دیگر بحثی است که به تبع از فقه وارد حقوق ما شده و آن بحث «منجزات مریض» است. گفتیم فرض قانون در ماده ۸۳۶ این بود که اگر کسی به قصد خودکشی اقدام کند و بعد وصیت کند و بعد بمیرد این وصیت باطل است. در بحث منجزات مریض طرف اقدامی مبنی بر هلاکت خود نکرده است منتها در مرضی قرار گرفته که منتهی به مرگ او می‌شود. این بحث اعم از وصیت است و اینگونه بحث کرده‌اند که آیا چنین کسی اصولاً اختیار تصرف در اموال خود را دارد یا نه؟

گفته شده معمولاً انسان‌ها در چنین حالاتی رقیق‌القلب و مهربان می‌شوند و چون دل از دنیا کنده‌اند به راحتی اموال خود را می‌بخشند. لذا بسیاری از تصرفات او هبه غیر معوضه و به صورت مجانی است. حال یکی از این مصادیق وصیت است.

برخی قائلند تمامی تصرفات فرد در دوره بیماری صحیح است چون عاقل و بالغ و رشید است و اینکه شخص عاطفی شده دلیل بر زوال عقل او نیست. (نظر اکثر فقها نظیر صاحب جواهر، صاحب عروه و علامه حلی) پس قطعاً وصیت مریض در آن حال صحیح است.

در فقه عامه قائلند که تصرفات در منجزات مریض فقط تا ثلث است. همین نظر را برخی در امامیه هم پذیرفته‌اند و تصرفات مریض را تا ثلث صحیح می‌دانند. پس اگر مریض اقدامات و معاملات دیگری نکرده وصیت او تا ثلث درست است. اما اگر فرد اقدامات و تصرفات دیگری کرده و می‌خواهد وصیت کند باید کل این اقدامات (معاملات دیگر + وصیت) تا ثلث باشد. به عبارت دیگر وصیت با احتساب اقدامات دیگر او تا ثلث صحیح است.

ما حکم قانونی در این مورد نداشته‌اند لذا باید به فتاوی مراجع نمود و هرکس می‌تواند در این مسئله به نظر مرجع تقلید خود مراجعه نماید.

بحث دیگری که ذیل حدود اختیارات موصی در وصیت تملیکی مطرح است این است که کل مباحثی که ما تا حالا کرده‌ایم تماماً مقید به قیدی است و آن اینکه در هر حال رعایت ثلث شرط است و موصی نمی‌تواند تملیکی مازاد بر ثلث انجام دهد.

قانون مدنی هم در ماده ۸۴۳ بیان می‌کند: «وصیت به زیاده بر ثلث ترک نافذ نیست مگر با اجازه وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است.» پس مبنای تصمیم‌گیری و سقف وصیت در ثلث اموال است و این به دلیل روایاتی است که در این زمینه وجود دارد که معروف‌ترین آن صحیح احمد بن اسحاق از امام هادی (علیه‌السلام) است.

می‌بینیم که در ماده ۸۴۳ نمی‌گوید وصیت زیاده بر ثلث باطل است بلکه می‌گوید نافذ نیست، یعنی مازاد بر ثلث جزء حقوق ورثه است، بنابراین چون وصیت یک امر اخلاقی و استثناست تصرف موصی نسبت به مازاد، تصرف در حقوق ورثه است. لذا ادامه ماده مازاد بر ثلث را منوط به تعیین تکلیف ورثه کرده است. اگر رد کنند آنچه که مازاد بر ثلث است باطل و داخل ماترک می‌شود و بین ورثه تقسیم می‌شود. ولی اگر تنفیذ کنند صحیح است و به آن عمل می‌شود. یعنی وقتی تنفیذ می‌کنند تازه نوبت به قبول و رد موصی له می‌رسد که اگر قبول کند تملیک صورت می‌گیرد.

ذیل ماده فرض دیگری را مطرح می‌کند و می‌گوید اگر کل ورثه تنفیذ نکردند بلکه بعضی از ورثه تنفیذ کردند و برخی رد کنند، فقط نسبت به سهم آن‌ها که تنفیذ کرده‌اند نافذ است. یعنی ما باید بینیم سهم‌الارث ورثه چقدر است، سپس بگوییم حسب ارثی که می‌برند نسبت به سهم این افراد نافذ است. مثلاً اگر طرف یک میلیون مازاد بر ثلث وصیت کرده این مازاد فقط جزء سهم‌الارث همان‌هایی که تنفیذ کرده‌اند قرار خواهد گرفت.

نکته‌ای که در اینجا مطرح است این است که آیا ورثه می‌توانند جزء را بپذیرند یا مجبورند همه مازاد بر ثلث را بپذیرند؟ به نظر می‌رسد وقتی ما اختیار تنفیذ را به آن‌ها می‌دهیم پس امکان هم دارد نسبت به جزء قبول کنند. مثلاً اموال متعددی دارد و ورثه می‌گویند ما این اتومبیل را که مازاد بر ثلث است قبول داریم ولی آن خانه را قبول نداریم چون این متعلق حقوق خودشان است.

نکته دیگر در باب محاسبه ثلث است. اینکه ما می‌گوییم مازاد بر ثلث نیاز به تنفیذ دارد این ثلث را کی باید حساب کنیم؟ چراکه ما با تاریخ‌های متعددی روبرو هستیم مثلاً یکی تاریخ تنظیم وصیت است و یکی تاریخ فوت موصی است. با این پیش فرض که امکان دارد موصی وصیت بکند و بعد تا زمان فوت بر اثر یک سری تصرفات در اموالش مقدار اموالش کم یا زیاد شود. خوب اگر او حین وصیت در مورد ثلث مال تصمیم‌گیری کرده تکلیف این کمی یا زیادی در ماترک چیست؟

همانگونه که گفتیم شرط وجود موصی به در حین فوت مد نظر است و اگر حین‌الوصیه مال موجود بوده و حین‌الفوت مال از بین برود، وصیت باطل است. در اینجا هم می‌گوییم ما باید موصی به را در زمان فوت مبنای محاسبه قرار دهیم. ماده ۸۴۵ هم در این باره می‌گوید: «میزان ثلث به اعتبار دارایی موصی در حین وفات معین می‌شود نه به اعتبار دارایی او در حین وصیت.» پس ما باید ببینیم میزان دارایی فرد در زمان فوت چقدر است و در این زمان ثلث را محاسبه کنیم.

نکته دیگر در باب محاسبه ثلث این است که آیا همین که فرد فوت کرد بلافاصله باید ثلث را حساب کرد؟ و هر آنچه که در ماترک است مبنای محاسبه ثلث قرار گیرد؟

امکان دارد موصی مدیون بوده لذا ابتدا باید تکلیف دیون موصی از ماترک روشن شود. چون حقوق دیگران در معرض تضییع قرار دارد. بنابراین مبنای محاسباتی ما بعد از خروج یک سری حقوق مالی است.

قانون مدنی در باب ارث تعیین تکلیف کرده است: ماده ۸۶۸: «مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی‌شود مگر پس از اداء حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق گرفته.» اما اینکه این حقوق و دیون چیست در ماده ۸۶۹ مشخص است:

«حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق می‌گیرد و باید قبل از تقسیم آن اداء شود از قرار ذیل است:

۱. قیمت کفن میت و حقوقی که متعلق است به اعیان ترکه مثل عینی که متعلق رهن است.» هزینه کفن و دفن متعارف را در نظر می‌گیرند لذا اگر میت وصیت کرده مرا در جایی دفن کنید که قیمتش زیاد است مثل کنار حرم امام رضا (علیه‌السلام) این جزء وصیت و ثلث محسوب می‌شود یعنی هزینه‌های ویژه داخل در ثلث محسوب می‌شود.

ادامه بند یک درباره رهن است؛ گاهی متوفی مدیون است و این رهن را در ازای دین گذاشته است. خوب در اینجا اگر مال دیگری وجود ندارد، از همین رهن دین پرداخته می‌شود و مابقی می‌شود جزء ماترک. مگر اینکه ورثه دیون را تقبل کنند و بگویند این رهن را نفروش، مثلاً خانه‌ای در رهن است و نمی‌خواهند آن را بفروشند.

۲. دیون و واجبات مالی متوفی «خوب این دیون بخشی از آن همین بدهی‌های عادی است که به دیگران دارد. اما منظور از واجبات مالی این است که واجباتی از او ترک شده و حالا برای ادای آن باید مالی پرداخت شود مثلاً نماز و روزه‌اش فوت شده و پسر ارشد هم ندارد، لذا برای اینکه شخصی را اجیر کنند نیاز به پول دارند یا اصلاً خمس و زکات از او فوت شده که ابتدا باید این‌ها پرداخت شود. حتی برخی در اینجا معتقدند هزینه‌های نگهداری از ماترک نیز باید در نظر گرفته شود، یعنی ابتدا تکلیف آن روشن می‌شود سپس ثلث مال برای وصیت محاسبه می‌گردد. مثلاً باغ میوه‌ای است که تا زمانی که تشریفات تقسیم ماترک قرار است انجام شود نیاز به نگهداری دارد و این نگهداری هزینه می‌برد. ماده ۲۲۵ قانون امور حسبی هم برخی هزینه‌های ضروری را نام برده است: «دیون و حقوقی که به عهده‌ی متوفی است بعد از هزینه‌ی کفن و دفن و تجهیز متوفی و سایر هزینه‌های ضروری از قبیل هزینه حفظ و اداره‌ی ترکه باید از ترکه داده شود.» یعنی ورثه درست است که نفع می‌برد اما چون حاکم هنوز در مورد ماترک تصمیم‌گیری نکرده ملکیتی منتقل نشده است. لذا ابتدا باید تکلیف این گونه هزینه‌ها روشن شود.

۳. وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجازه ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه آن‌ها.» خوب ما تکلیف حقوق عینی که متعلق به اعیان ترکه است را روشن کردیم. هزینه تجهیز و کفن و دفن را هم حساب کردیم. دیون و واجبات مالی را هم تعیین تکلیف کردیم (از جمع بند یک و دو می‌فهمیم که دیون دارای رهن مقدم است.) حالا می‌خواهیم به وصیت عمل کنیم پس الآن ثلث مال را از ترکه خارج می‌کنیم.

باید دقت داشت ماده ۸۷۰ می‌گوید: «حقوق مزبوره در ماده قبل باید به ترتیبی که در ماده مزبوره مقرر است تأدیه شود و مابقی اگر باشد بین وراثت تقسیم می‌گردد.» پس بند های یک و دو و سه به ترتیب اولویت باید عمل شود. و با توجه به ذیل ماده اگر مثلاً مطابق بند یک عمل کردیم و از ترکه چیزی باقی نماند، دیگر نوبت به بندهای دیگر نمی‌رسد. همچنین است بند دو نسبت به بند سه.

اگر هم دیون مازاد بر ترکه باشد گفتیم تقدم با دیون همراه با وثیقه است و آنچه از ترکه باقی می ماند بین بقیه دیان به تساوی تقسیم می شود. البته به نظر می رسد اگر به نسبت طلب پرداخت شود به عدالت نزدیک تر است یعنی آنکه طلبش ده میلیون است با آنکه یک میلیون است مساوی نگیرند.

آیا خمس و زکات (حق الله) هم با دیون مردم (حق الناس) در یک ردیف قرار می گیرند؟ بله ، در فقه هم فرقی بین این دو قائل نشده اند.

البته در بند دو که می گوید دیون و واجبات مالی، قانون امور حسبی در ماده ۲۲۶ خود تقسیم بندی ای را ارائه کرده است:

«ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند و اگر ترکه برای ادای تمام دیون کافی نباشد ترکه مابین تمام بستانکاران به نسبت طلب آنها تقسیم می شود مگر اینکه آن را بدون شرط قبول کرده باشند که در این صورت مطابق ماده ۲۴۶ مسئول خواهند بود. در موقع تقسیم، دیونی که به موجب قوانین دارای حق تقدم و رجحان هستند رعایت خواهد شد. بستانکاران زیر هر یک به ترتیب حق تقدم بر دیگران دارند:

طبقه اول

الف- حقوق خدمه خانه برای مدت سال آخر قبل از فوت

ب- حقوق خدمت گزاران بنگاه متوفی برای مدت شش ماه قبل از فوت

ج- دستمزد کارگرانی که روزانه یا هفتگی مزد می گیرند برای مدت سه ماه قبل از فوت

طبقه دوم

طلب اشخاصی که مال آنها به عنوان ولایت یا قیمومت تحت اداره متوفی بوده نسبت به میزانی که متوفی از جهت ولایت و یا قیمومت مدیون شده است. این نوع طلب در صورتی دارای حق تقدم خواهد بود که موت در دوره قیمومت یا ولایت و یا در ظرف یک سال بعد از آن واقع شده باشد.

طبقه سوم

طلب پزشک و دارو فروش و مطالباتی که به مصرف مداوای متوفی و خانواده اش در ظرف سال قبل از فوت رسیده است

طبقه چهارم

الف- نفقه زن مطابق ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی

ب- مهریه زن تا میزان ده هزار ریال

طبقه پنجم

* گفتار ششم

چگونگی محاسبه ثلث

گاهی وصیت نسبت به عین است؛ در این صورت نحوه محاسبه بدین صورت است که ببینیم این مال در حین فوت ارزشش چقدر است؟ سپس کل ماترک را حساب می‌کنیم و بعد می‌بینیم آیا این عین نسبت به کل یک‌سوم می‌شود یا خیر؟

اگر شد که صحیح و اگر بیشتر شد به سراغ ورثه می‌رویم. پس در مورد عین معین مشکلی وجود ندارد.

گاهی وصیت کلی است. مثلاً گفته شما هزارتا از فلان چیز بخرید و خیرات کنید. خوب در این حالت باید ببینیم این عین کلی چقدر در بازار می‌ارزد؟ آن را محاسبه می‌کنیم سپس می‌بینیم ارزش آن به نسبت کل ماترک چقدر است. در این فرض هم مشکلی وجود ندارد.

اگر کلی در معین وصیت کند مثلاً ده تا اتومبیل دارد و گفته یکی از آن‌ها. خوب ما قبلاً گفتیم هرگاه موصی به غیر معین است تعیین مصداق یا با ورثه است یا با وصی (خود موصی له نمی‌تواند تعیین کند) پس ورثه یا وصی باید تعیین مصداق کنند و لذا این مصداق نباید مازاد برثلث باشد. البته اگر خود ورثه انتخاب کنند و مازاد در بیاید این اقدامشان به معنی جواز است اما وصی نمی‌تواند مازاد تعیین کند.

اگر مشاعی وصیت کرده مثلاً گفته یک‌پنجم اموال من برای او باشد. خوب در اینجا موصی له نظیر ورثه داخل در ملکیت مشاعی شده و با آن‌ها شریک می‌شود.

آنجایی ما بیشتر با مشکل روبرو هستیم که وصیت به منافع شده است.

البته گاهی منفعت موقت است. مثلاً گفته من سه سال سکونت در این خانه را واگذار می‌کنم. خوب ما باید ببینیم سکونت سه سال اجرت‌المثلش چقدر است. بعد ببینیم کل ماترک چقدر قیمت دارد، بعد محاسبه کنیم که ثلث آن چقدر است. که این هم مشکلی بوجود نمی‌آورد.

اشکال آنجاست که منافع را به طور کلی واگذار کند. مثلاً بگوید من مالکیت این خانه را علی‌الدوام به موصی له واگذار می‌کنم. قانون مدنی در ماده ۸۴۶ ترتیب محاسبه ثلث در منافع را بیان کرده است. «هرگاه موصی به منافع ملکی باشد دائماً یا در مدت معین به طریق ذیل از ثلث اخراج می‌شود:

بدواً عین ملک با منافع آن تقویم می شود سپس ملک مزبور با ملاحظه مسلوب المنفعه بودن در مدت وصیت تقویم شده تفاوت بین دو قیمت از ثلث حساب می شود.

اگر موصی به منافع دائمی ملک بوده و به این جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد قیمت ملک با ملاحظه منافع از ثلث محسوب می شود.»

قسمت اول ماده می گوید ما اول ارزش عین ملک با منافع را با هم تا زمانی که باقی است حساب می کنیم. مثلاً خانه ای است که عرفاً سی سال باقی می ماند؛ سی سال منفعتی را که می توان از آن برد را حساب می کنیم. ارزش اعیان را هم حساب می کنیم. در مرحله بعد می آیم ملک را بدون منفعت در مدت وصیت تقویم می کنیم مثلاً اگر در مرحله اول عین خانه پنجاه میلیون و منفعت آن ده میلیون یعنی جمعاً شصت میلیون بوده، در مرحله دوم عین را با منفعتی که در مدت وصیت واگذار می شود حساب می کنیم مثلاً گفته پنج سال منافع این خانه مال او باشد و این معادل سه میلیون است. که جمعاً می شود پنجاه و سه میلیون. تفاوت این دو هفت میلیون است که باید از ثلث حساب شود. حال ما باید هفت میلیون را به کل ماترک بسنجیم. در اینجا اگر مازاد بر ثلث در آمد و ورثه تنفیذ نکردند نمی گوئیم وصیت باطل است بلکه می آیم به نسبت ثلث حساب می کنیم مثلاً به جای سی سال، ده سال از منافع استفاده می کند.

اینکه از کی موصی له می تواند استفاده کند بستگی به وصیت دارد؛ اگر موصی زمان تعیین نکرده علی الاصول باید از بعد از فوت اجرا شود و منافع باید واگذار شود ولی اگر زمان تعیین کرده یا مثلاً گفته ورثه یا وصی تعیین کنند مشکلی نخواهد بود و از هر وقت تعیین کنند منافع را واگذار می کنند.

حالت دیگری که متصور است فرضی است که موصی کل منافع را واگذار می کند مثلاً خانه ای است که سی سال کار می کند و منافع سی ساله هم واگذار شده. در این فرض ما باید ابتدا ارزش عرصه و اعیان + منافع را حساب کنیم که مثلاً می شود شصت میلیون. سپس ارزش ملک بدون منفعت را حساب می کنیم که مثلاً می شود سی میلیون. یعنی این خانه بعد از سی سال اگرچه منفعتی ندارد اما عرصه و اعیان آن قیمت دارد و سی میلیون می ارزد. در اینجا تفاوت این دو قیمت از ثلث حساب می شود. اما اگر مثلاً اتوبیلی بوده که ده سال کار می کند و حق تردد دارد و منافع ده ساله اش واگذار شده یعنی در سال یازدهم قیمت آن صفر است (اتومبیل بدون منفعت ده ساله که منفعت آن صفر است.) خوب ما باید قیمت این ده سالی را که واگذار کرده را از ثلث حساب کنیم.

البته در فقه روش های دیگری هم نیز برای محاسبه ثلث ذکر شده است.

ماده ۸۴۶: «... اگر موصی به منافع دائمی ملک بوده و به این جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد قیمت ملک با ملاحظه منافع از ثلث محسوب می شود.»

در توضیح بیشتر ذیل این ماده باید ذکر کنیم فرض ما این است که موصی منافع دائم را واگذار می‌کند؛ مثلاً خانه ای را واگذار کرده و می‌گوید منافع الی الأبد آن مال موصی له باشد. خوب وقتی منافع کل واگذار شود عین دیگر به چه درد می‌خورد؟ البته باید تفاوت قائل شد؛ گاهی می‌گوید منافع دائمی این خانه را برای این فرد وصیت می‌کنم یعنی بعد از او خانه به ورثه موصی می‌رسد. خوب در اینجا باید ببینیم این آدم عرفاً تا چند سال دیگر زنده است و بعد مطابق آن منافع را حساب کنیم. اما اگر بگویید منافع دائمی این خانه را برای او وصیت می‌کنم به این معنا که اگر فوت هم کرد به ورثه موصی له خواهد رسید و نسل به نسل مال آن‌هاست. در این فرض ماده می‌گوید: «قیمت ملک با ملاحظه منافع از ثلث محسوب می‌شود.» خوب در اینجا خانه‌ای که مثلاً صد سال منافعش واگذار شده این دیگر قیمتی ندارد. (مگر اینکه باز فرض ما این باشد که وصیت کرده و گفته منافع این خانه تا زمانی که خانه هست؛ خوب پس اگر مثلاً در این فرض زلزله بیاید و خانه خراب شود، زمین آن مال ورثه است.) به هر حال فرض ماده این است که اگر ملک بدون منفعت قیمت نداشت کل ملک با منافع از ثلث محسوب می‌شود. مثلاً می‌گوییم این خانه ده میلیون قیمتش است و به طور متعارف چهل سال پابرجاست. منفعت آن چهل سال با ده میلیون جمع می‌شود از ثلث کل ماترک حساب می‌شود. اما اگر منفعت خانه‌ی واگذار شده و زمین هنوز مال ورثه است خوب در اینجا قیمت ملک را داخل منفعت نمی‌کنیم، چون در این خانه بعد از چهل سال زمین باقی است. پس این حساب کردن‌ها بستگی به شرایط مال دارد بدین معنا که آیا اگر منافع مال واگذار شود قیمتی برای خودش متصور هست یا نه؟ مثلاً اگر طرف منافع یک کارگاه صنعتی را ده سال واگذار کند با این فرض که بعد از ده سال دیگر ماشین‌آلاتی برای آن باقی نمی‌ماند و همه خراب می‌شود، خوب در اینجا ما قیمت ملک و منفعت را توأمان از ثلث حساب می‌کنیم چون با وصیت، قیمت ملک هم ساقط شده است. اما اگر به گونه‌ای وصیت شده که مال با واگذاری منفعت قیمت دارد، اینجا باید به ترتیب قبل عمل شود.

حال اگر زیاده بر ثلث وصیت کرده ولی ترتیب آن را مشخص نکرده تکلیف چیست؟ مثلاً گفته این خانه و اتومبیل و کارگاه مال حسن و حسین و تقی؛ (جمع این‌ها مازاد بر ثلث است.) و نگفته کدام مقدم است و به چه کسی باید کدام مال داده شود.

خوب اگر ورثه تنفیذ نکنند گفتیم مازاد بر ثلث باطل است لذا این سهمی که در حد ثلث کاسته می‌شود از سهم هر سه (حسن و حسین و تقی) به تساوی کسر می‌شود. ذیل ماده ۸۴۹: «...» و اگر وصیت به تمام، یک دفعه باشد زیاده از همه کسر می‌شود.»

اما اگر موصی مثلاً گفته باشد اول این خانه را به حسن بدهید و بعد این کارگاه را به حسین و بعد این اتومبیل را به تقی بدهید (ترتیب مشخص کرده) ما خانه را به حسن می‌دهیم و اگر مازاد بر ثلث نبود کارگاه را هم به حسین می‌دهیم. حالا اگر خواستیم اتومبیل را به تقی بدهیم و مازاد بر ثلث شد فقط از سهم تقی کم می‌شود. ماده ۸۴۹: «... به همان ترتیبی که وصیت کرده است از ترکه خارج می‌شود تا میزان ثلث، و زاید بر ثلث باطل خواهد بود.»

آخرین نکته در موصی به این است که گفتیم فرض ما این است که مازاد بر ثلث نافذ نیست مگر با اجازه وراثت (ماده ۸۴۳)؛ خوب در اینجا بحث شده که اجازه وراثت به چه معناست؟ آیا اجازه تملیک می‌آورد یا هبه است یا...؟ و اینکه اساساً اجازه در چه زمانی نافذ است؟

خوب ابتدا باید ببینیم اجازه ورثه در زمان حیات موصی مهم است یا در زمان وفات او؟

فرض این است که شاید ورثه قبل از فوت و در زمان حیات موصی اجازه بر مازاد بر ثلث داده اند اما بعد از فوت پشیمان شده‌اند. لذا عده‌ای اینگونه بحث کرده اند که اجازه قبل از فوت مؤثر است اما اینکه عدول از اجازه امکان دارد یا خیر؟ عده‌ای گفته اند قابل عدول نیست (بر این نظر ادعای شهرت شده) اما عده‌ای دیگر (بیشتر حقوق دانان) می‌گویند چون ورثه در زمان حیات اساساً حقی نسبت به این مال ندارند اجازه قبل از فوت اگرچه مؤثر است اما الزام‌آور نیست و قابل عدول است. به هر حال قانون مدنی فقط گفته به اجازه وراثت و حرفی از اینکه چه زمانی اجازه دهند نیآورده است. (حقوق دانان با دقت در قید «وراثت» می‌گویند ما اساساً بعد از فوت است که افرادی را با عنوان «ورثه» داریم و اینگونه ماده را تفسیر می‌کنند که پس اجازه بعد از فوت الزام‌آور است نه قبل از آن.)

اما بر یک نکته هر دو گروه اتفاق نظر دارند و آن اینکه اگر ورثه اشتباه کنند رجوع امکان پذیر است. مثلاً فکر کرده‌اند مازاد بر ثلث دو میلیون است و حالا که موصی فوت کرده می‌فهمند صد میلیون است!

نکته دیگر اینکه اگر ورثه در زمان حیات، مازاد بر ثلث را رد کردند آیا بعد از فوت می‌توانند اجازه کنند؟ خوب این هم مثل بحث قبلی است لذا ردّ ورثه قبل از فوت موصی اثر ندارد. (چون اساساً اطلاق ورثه به آن‌ها در زمان حیات نمی‌شود.)

اما اگر بعد از فوت رد کردند آیا می‌توانند دوباره تنفیذ کنند؟ بله، چراکه این مثل این است که دارند از اموال خودشان هبه می‌کنند.

اما بر می‌گردیم به سؤالی که ابتدا طرح کردیم که این اجازه به چه معناست؟ آیا همین که فرد سکوت کند، رضای باطنی او از آن فهم می‌شود؟

ابتدا ما باید ببینیم اجازه چه اثری دارد؟ فرض ما این است که موصی فوت می‌کند در حالی که بر مازاد بر ثلث وصیت کرده است. یک فرض این است که این ابتدا داخل اموال ورثه می‌شود و با تنفیذ ورثه از اموال آن‌ها خارج

شده به اموال موصی له داخل می شود. یعنی هبه است از جانب ورثه. اما برخی می گویند این فرض درست نیست، به عبارت واضح تر این اجازه ای که ما از آن صحبت می کنیم تنفیذ نیست بلکه اجازه «اعطا» است. یعنی با اجازه، ما کشف می کنیم که این مازاد بر ثلث مستقیماً از اموال موصی داخل اموال موصی له می شود. اگر ما فرض اول را بپذیریم به این معنا که مازاد را هبه تلقی کنیم، اینجا یک عقد وجود دارد بنابراین قطعاً نیاز به ابراز اراده داریم و اجازه به معنای یک رضای باطنی کافی نیست. همچنین اگر فرض دوم را بپذیریم که اجازه اعطا است، گفته شده در اینجا هم ما در هر حال نیاز به یک عمل داریم یعنی لفظی یا فعلی باید دال بر قبول گفته شود و رضای باطنی کشف از اجازه نمی کند. پس در هر دو حال ما از سکوت، اجازه نمی فهمیم.

*** گفتار هفتم**

وصی

بند اول

تعیین وصی

قبلاً در ماده ۸۲۶ به تعریف وصیت عهدی اشاره کردیم. بنابراین مطابق آن تعریف، موصی می تواند شخصی را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور نماید. مثلاً دینی دارد و به وصی می گوید آن را پرداخت کند. پس اختیار در انتخاب وصی دارد.

وصایت در چه اموری امکان پذیر است؟

یکی از مصادیق، انتخاب وصی برای کودکان است. ماده ۱۱۸۸: «هریک از پدر و جد پدری ... می تواند برای اولاد خود ... وصی تعیین کند ...» این ماده اختیار را محدود کرده است. یعنی اولاً می گوید کسی که ولایت دارد حق تعیین وصی دارد که یا پدر است یا جد پدری. ثانیاً هر یک بعد از وفات دیگری می تواند وصی تعیین کند، مثلاً پدر فوت می کند و جد پدری وصی تعیین می کند. اما اگر هر دو زنده بودند نمی توانند وصی تعیین کنند. حال سؤال این است که اینکه گفته وصی بر اولاد، مفهوم وصی در اینجا چیست؟ آیا ولایت دارد؟ آیا حضانت دارد؟ قطعاً اینگونه نیست. تکلیف ولایت روشن است؛ ولایت بر عهده ولی است (نه وصی) و اگر پدر فوت کند و وصی تعیین کند هم حضانت با مادر است و نگهداری از طفل با وصی نیست.

پس وصی چه کاری باید انجام دهد؟ ماده ۱۱۸۸ در ادامه می‌گوید: «... تا بعد از فوت خود، در نگهداری و تربیت آن‌ها مواظبت کرده و اموال آن‌ها را اداره نماید.» یعنی تربیت یا نگهداری نمی‌کند بلکه در اینها مراقبت می‌کند. مثلاً پدر دارد فوت می‌کند، وصی تعیین می‌کند تا اگرچه نگهداری با مادر است لکن وصی مراقب اخلاق فرزند و ... باشد. ضمن اینکه اموال را هم اداره می‌کند. پس وصی یا اداره اموال را بر عهده دارد (مثلاً می‌گوید من نگهداری اموال این صغیر را برای بعد از مرگ خودم به وصی می‌دهم تا وصی آن‌ها را نگهداری کند و خرجی این صغیر را بدهد.) یا مراقبت در نگهداری و تربیت می‌کند (به تعبیر عامیانه بالا سر فرزند باشد).

ماده ۱۱۸۹: «هیچ یک از پدر و جد پدری نمی‌تواند با حیات دیگری برای مولی علیه خود وصی معین کند.» حتی اگر با حیات دیگری مثلاً پدر وصی تعیین کند و بعد از چند روز جد پدری فوت کند آن وصیت باطل است. ماده ۱۱۹۰: «ممکن است پدر یا جد پدری به کسی که به سمت وصایت معین کرده اختیار تعیین وصی بعد از فوت خود را برای مولی علیه بدهد.» مثلاً می‌گوید تو وصی من هستی و برای بعد از خودت هم اختیار داری خودت وصی تعیین کنی.

در صورتی که پدر الآن بگوید وصی بعد از من حسن است و بعد از او حسین، این فرض هم درست است.

ماده ۱۱۹۲: «ولی مسلماً نمی‌تواند برای امور مولی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند.»

این به خاطر قاعده نفی سبیل است. بنابراین اگر هم فرد غیر مسلمی را انتخاب کند این باطل است.

خوب؛ گفتیم مطابق ذیل ماده ۱۱۸۸ وصی نگهداری و تربیت فرزندان را مواظبت کرده و اموال آن‌ها را اداره می‌کند. خوب ما باید این را با حق مادر در خصوص حضانت جمع کنیم بدین معنا که نگهداری از طفل و حضانت او در غیاب پدر بر عهده مادر است منتها نظارت بر آن نگهداری و تربیت می‌تواند بر عهده‌ی وصی قرار بگیرد.

ماده ۱۱۷۱ هم می‌گوید: «در صورت فوت یکی از ابوین حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود...» پس در واقع این یک تکلیف قانونی در باب نگهداری است. ضمانت اجرای آن هم در ماده ۱۱۷۲ آمده است: «... هیچ یک از ابوین حق ندارد در مدتی که حضانت طفل بر عهده‌ی آن‌ها است از نگهداری او امتناع کنند...» مثلاً در فرض فوت پدر، چون حضانت طفل بر عهده مادر است، او نمی‌تواند بگوید «چون وصی تعیین شده نگهداری طفل از دوش من برداشته می‌شود.» چراکه این همانند ولایت (که یک تکلیف قانونی است) یک تکلیف قانونی برای مادر محسوب می‌شود.

بنابراین در جمع این مواد به این نکته می‌رسیم که پدر نمی‌تواند تکلیف نگهداری را با وجود مادر بر عهده‌ی وصی بگذارد و بگوید مادر صلاحیت ندارد و نباید نگهداری کند؛ بلکه تکلیف نگهداری با مادر است (ماده ۱۱۷۲) و تکلیف نظارت بر نگهداری با وصی است. (ماده ۱۱۸۸)

باید دقت داشت که در ماده ۸۶۰ می‌گوید: «بر صغیر می‌تواند وصی معین کند.» و در ماده ۱۱۸۸ هم می‌گوید «برای اولاد خود»؛ آنچه که مشخص است ما اختیار ولایت را برای پدر و جد پدری در سه مورد قائل هستیم: ۱. جایی که به تعبیر ماده ۸۶۰ فرد صغیر است. ۲. جایی که فرد مجنون است و جنون او متصل به صغر است. ۳. جایی که فرد سفیه است و سفیه او متصل به صغر است. بنابراین اگر این جنون یا سفیه متصل به صغر نبود یعنی فرد بالغ می‌شود و بعد از مدتی دچار جنون یا سفیه می‌شود، در این صورت پدر دیگر ولایت ندارد بلکه ترتیبات نگهداری با قیم است. و قیم هم با توجه به حدود اختیاراتش علی‌الأصول حق تعیین وصی ندارد. بنابراین آنچه که ما در ماده ۸۶۰ بیان می‌کنیم بدین معناست که تعیین وصی از باب ولایتی است که پدر و جد پدری دارند و این ولایت در سه حالت است.

گفتیم ماده ۸۲۶ در تعریف وصیت عهدی می‌گوید: «... یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری ... مأمور می‌نماید.» برخی با توجه به این تعریف گفته‌اند پس برای اداره ثلث هم می‌توان وصی تعیین کرد. به عبارت دیگر مثلاً فرد نمی‌خواهد ثلث اموالش را وصیت تملیکی کند لذا می‌گوید «ثلث اموال اداره شود و منافع آن خرج فقرای شهر بشود.» و برای نگهداری ثلث وصی تعیین کند. خوب به نظر می‌رسد اگر رعایت ثلث بشود این کار بلاشکال است.

فرضی که محل اختلاف است این است که آیا می‌توان وصی را برای نگهداری و اداره ماترک تعیین نمود؟ (با این پیش فرض که مازاد بر ثلث از آن ورثه است.)

خوب از آنجا که مازاد بر ثلث ملک ورثه است، تعیین وصی در این قسمت معنا ندارد. اما قبل از اینکه این مال به ورثه برسد نیاز است که تکلیف اموال روشن بشود بدین معنا که روشن کنیم چه چیزی باید از اموال موصی خارج شود. (که گفتیم اول تجهیز و کفن میت، بعد دیون طلبکاران با وثیقه و بعد ...) لذا این سؤال مطرح شده که آیا موصی می‌تواند در همین حد وصی تعیین کند؟ (به تعبیری وصی کار تصفیه ماترک را انجام بدهد.)

قانون مدنی در این مورد حکمی نیاورده است. لذا عده‌ای از حقوق‌دانان هم این مورد را صحیح دانسته و آن را در حیطه وصیت عهدی می‌دانند. و مستند هم ماده ۸۲۶ می‌دانند («انجام امر یا اموری») اما عده‌ای گفته‌اند تکلیف وصی فقط در حد ثلث اموال است و اینکه دیون را بپردازد یا طلب را وصول کند ربطی به وصی ندارد.

این بحث نظری با وجود قانون امور حسبی منتفی است. این قانون در ماده ۲۶۰ می‌گوید: «فرض ما این است که ماترک بعد از تصفیه به ورثه می‌رسد و اینکه تصفیه چیست در ماده ۲۶۰ ق. ا. حسبی آمده است.» [مقصود از تصفیه‌ی ترکه، تعیین دیون و حقوق بر عهده‌ی متوفی و پرداخت آن‌ها و خارج کردن مورد وصیت از ماترک است.] بنابراین بدون تصفیه، ماترک به ملک ورثه در نمی‌آید و تصفیه خالص کردن ماترک است از هرآنچه که متعلق به

ورثه نیست. و در باب اینکه چه کسی درخواست تصفیه می‌کند ماده ۲۶۱ ق.ا. حسبی می‌گوید: «وصی و هریک از ورثه می‌تواند از دادگاه کتباً تصفیه ترکه را بخواهد.» در ادامه ماده ۲۶۴ هم می‌گوید: «در صورتی که متوفی وصی برای اداره اموال داشته باشد، امر تصفیه به وصی واگذار می‌شود.» بنابراین ما می‌توانیم در تصفیه ماترک وصی تعیین کنیم.

سؤال: آیا تصرفات وصی با حقوق سایر ورثه منافاتی دارد؟

اجرای موضوع وصایت با چند فرض است:

و آن اینکه قطعاً چنین نیست که وصی خودش دیون را تشخیص بدهد تا بخواهد به عنوان مثال به زیان ورثه عمل کند. چون وصی باید مطالبات و دیونی را که محرز است پرداخت کند. و این دیون محرز را یا حاکم تعیین می‌کند یا ورثه می‌پذیرند. (ما اقرار ورثه را در تعیین دیون متوفی می‌پذیریم چون این اقرار به زیان آن‌ها است.) اما آنچه که محل بحث ماست طلب‌های مشکوک است چون این احتمال وجود دارد که وصی تبانی کرده باشد. ماده ۲۳۷ ق.ا. حسبی می‌گوید: «در مواردی که برای ادای دیون متوفی وصی معین شده است، اثبات دین به طرفیت وصی و ورثه خواهد بود.» پس بدون در نظر گرفتن حقوق ورثه نمی‌توان دینی را پرداخت کرد بلکه نیاز به اثبات دین است و اثبات دین با طرح دعوی در موارد مشکوک امکان پذیر است و موارد مشکوک هم جایی است که ورثه تأیید نمی‌کند. بنابراین در چنین مواردی وصی حق قبول یا ردّ دین را ندارد بلکه وظیفه او پرداخت دیون محرز است.

نکته دیگر در اینجا این است که وصی از کدام مال باید طلب را بپردازد؟ مثلاً آیا می‌تواند اموال مرغوب متوفی را بردارد و بگوید من می‌خواهم از این اموال پرداخت کنم و سراغ آن اموالی که مثلاً فروشش درد سر دارد نرود؟ [در اینجا هم بیم این هست که وصی به زیان ورثه عمل کند] ماده ۲۲۸ قانون امور حسبی فرض را بر این گذاشته که «ورثه می‌توانند دیون را از ترکه یا از مال خود ادا نمایند.» پس اینجا هم وصی اگرچه وصی در اداء دیون است و نیاز به تصرف در ماترک دارد، اما این ماترک، حقوق ورثه است پس باید به آن‌ها اعلام کند که مثلاً من می‌خواهم بپردازم و از کدام بپردازم؟ لذا امکان دارد ورثه اجازه پرداخت از ترکه را ندهند و خودشان وجهی به وصی بدهند تا بپردازد. بنابراین پرداخت وصی چون ملازمه با تصرف در ماترک دارد تعیین تکلیف در ترتیبات پرداخت با ورثه است مگر اینکه ورثه اجازه ندهند که امر علی حده است مثلاً بگویند ما اجازه فروش نمی‌دهیم تا دیون را بپردازی! (و مال جایگزینی هم به وصی ندهند تا دیون را بپردازد) که در این فرض وصی باید برای تصرف در مال از حاکم اذن بگیرد.

اگر هم موصی تعیین کرده باشد که دیون از کدام مال باید پرداخت شود که حرفی نیست و باید به وصیت عمل شود.

ذکر این نکته که فراموش شد لازم است که مطابق مواد ۸۵۴ و ۸۵۵ دو نوع وصی داریم : ۱. وصی طولی ۲. وصی عرضی . در وصی طولی می‌گوییم اول الف وصی باشد سپس ب و پس از آن ج و ... و در وصی عرضی می‌گوییم دو یا چند نفر با هم وصی باشند و به موضوع وصایت عمل کنند.

ماده ۸۵۴: «موصی می‌تواند یک یا چند نفر وصی معین نماید، در صورت تعدد، اوصیاء باید مجتمعاً عمل به وصیت کنند مگر در صورت تصریح به استقلال هر یک.»

ماده ۸۵۵: «موصی می‌تواند چند نفر را به نحو ترتیب، وصی معین کند به این طریق که اگر اولی فوت کرد دومی وصی باشد و اگر دومی فوت کرد سومی باشد و هكذا.»

در ادامه بحث تعیین وصی به این مطلب می‌پردازیم که ما می‌توانیم برای وصی ناظر تعیین کنیم. ماده ۸۵۷ ق مدنی : «موصی می‌تواند یک نفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید.»

اما این نظارت قطعاً به این خاطر است که بیم آن می‌رود که تصرفات وصی مغایر حقوق ورثه قرار گیرد. یا امکان دارد وصی در پرداخت دیون به شایستگی عمل نکند و برخی را بی دلیل بر برخی دیگر مقدم کند. به هر حال موصی می‌تواند برای اطمینان خاطر بر وصی ناظر تعیین کند. اما اینکه حدود و اختیارات ناظر چیست ذیل ماده ۸۵۷ می‌گوید: «... حدود اختیارات ناظر به طریقی خواهد بود که موصی مقرر داشته است یا از قرائن معلوم می‌شود.» بنابراین خود موصی می‌تواند حدود اختیارات ناظر را تعیین کند چه به صورت اطلاعی و چه به صورت استصوابی. همچنین حدود اختیارات ممکن است از قرائن معلوم شود. عده ای گفته اند در وصایت اصل بر این است که نظارت اطلاعی است، یعنی شخص فقط ناظر است و اگر احراز کرد که تخلفی صورت گرفته به حاکم رجوع می‌کند تا او را منع کند.

بند دوم

شرایط وصی

آیا برای وصی اهلیت لازم است؟

ماده ۸۵۶ می‌گوید: «صغیر را می‌توان به اتفاق یک نفر کبیر وصی قرار داد. در این صورت اجراء وصایا با کبیر خواهد بود تا موقع بلوغ و رشد صغیر.»

بنابراین می‌توان صغیر را وصی قرار داد البته به اتفاق یک نفر کبیر. و چون صغیر اهلیت ندارد و نمی‌تواند وصیت را اجرا کند، اجرای وصیت با کبیر خواهد بود، البته تا زمان بلوغ صغیر؛ چون هدف وصایت این بوده است که صغیر

وصی باشد. بنابراین بعد از بلوغ صغیر، اینگونه نیست که هردو نفر با هم وصی باشند بلکه صغیر (که حالا بالغ شده) به تنهایی وصی خواهد بود. پس دیگر کبیر حق تصرف نخواهد داشت.

بنابراین منظور این است که صغیر قرار است پس از بلوغ به عنوان وصی اقدام کند لذا کبیر یک فرع است و مراد این نیست که کبیر می خواهد توأمان اقدام بکند، پس بعد از بلوغ صغیر، کبیر دیگر سمتی ندارد.

فرض دیگر: اگر صغیر قبل از بلوغ فوت کند تکلیف چیست؟ آیا کبیر باید اقدام کند؟ یا چون گفتیم صغیر و کبیر باید توأمان اقدام کنند، با فوت صغیر وصایت کلاً منتفی می شود؟

چند احتمال در اینجا مطرح شده است:

یک احتمال اینکه کبیر می تواند تا زمانی که موضوع وصایت دوام دارد، اقدامات را انجام دهد. (نظر دکتر کاتوزیان) احتمال دوم اینکه در هر حال ما باید به دنبال کشف اراده موصی باشیم. لذا اگر بدانیم اساساً کبیر برای موصی موضوعیت نداشته و مراد وصایت صغیر بوده، با فوت صغیر موضوع وصایت منتفی است و کبیر نمی تواند اقدام کند. بنابراین مانند حالتی می شود که موصی وصیت کرده و حالا وصی وجود ندارد؛ لذا انجام موضوع وصایت با ورثه است و اگر ورثه نباشد با حاکم است.

فرض دیگر: اگر صغیر به سن بلوغ برسد و فوت کند تکلیف چیست؟ عده‌ای آمده‌اند و در این فرض قائل به تفکیک شده‌اند:

حالت اول: فرصت اقدام پیدا نکند و فوت کند.

حالت دوم: فرصت اقدام پیدا کند و تصرف هم بکند ولی در حین اجرای موضوع وصایت فوت کند.

خوب آیا در این فرض می توان قائل شد که کبیر اقدام کند؟

به نظر می رسد اساساً بحث اجرا و فرصت اقدام مطرح نیست بلکه آنچه برای ما مهم است این است که با بلوغ صغیر، سمت کبیر ساقط می شود، یعنی همین که صغیر صلاحیت اجرای موضوع وصایت را پیدا کند وصی محسوب می شود و اقدام یا عدم اقدام او فرقی برای ما ندارد و در این حال کبیر از سمت ساقط است. بنابراین در این فرض هم وصیتی موجود است منتها کسی نیست تا موضوع وصایت را انجام دهد لذا ورثه مسئول اجرا هستند و اگر ورثه هم نباشند حاکم انجام می دهد.

آیا در مورد مجنون هم می توان چنین فرضی کرد که او را همراه کبیر وصی قرار دهیم تا هرگاه جنونش رفع شد وصی باشد؟ این بحث در حقوق ما اختلافی است. عده‌ای گفته‌اند با توجه به این ماده (۸۵۶) همانگونه که برای صغیر می توان وصایت کرد، برای مجنون هم می توان وصایت نمود. اما به نظر می رسد این نظر صحیح نباشد چون ما

در مورد صغیر می‌دانیم که قطعاً صغر خاتمه می‌یابد و او بالغ می‌شود، اما در بحث جنون نمی‌توان به طور قطع ادعا نمود که جنون شخص رفع شده و او عاقل خواهد شد. چراکه امکان استمرار جنون وجود دارد. لذا می‌بینیم ملاکی که در ماده وجود دارد متفاوت است از جنون.

ما در باب اهلیت وصی صحبت کردیم و گفتیم وصی باید اهلیت داشته باشد مگر همان مورد استثنایی که قانون جواز وصی قرار دادن صغیر همراه با کبیر را داده است که در آنجا هم صغیر حق اقدام نداشت و اجرای وصایا با کبیر بود.

حال با توجه به این بحث و نیز اینکه وصی امین محسوب می‌شود این مسأله را حقوق‌دانان مطرح کرده‌اند که اهلیت برای وصی در چه زمانی شرط است؟ (این بحث در وصیت عهدی مطرح است چراکه در وصیت تملیکی، بر صغیر هم می‌توان وصیت کرد و در این صورت ولی یا قیم او قبول می‌کنند.) چراکه ما چند مقطع زمانی می‌توانیم فرض کنیم: یکی اهلیت در زمان وصیت، یکی اهلیت در زمان فوت و دیگر اهلیت در زمان اجرای موضوع وصایت است. مسأله این است که اهلیت در کدام یک از زمان‌های مذکور شرط است؟!

در این باره نیز قانون سکوت کرده و بین فقها و حقوق‌دانان ما اختلاف نظر وجود دارد. در فقه ظاهراً اکثرأ قائل به اهلیت وصی در زمان وصیت هستند نه در زمان فوت، و می‌گویند از آنجایی که وصی در زمان وصیت هنوز اختیار قبول یا رد دارد لذا در آن زمان باید قدرت تصمیم‌گیری در اجرای موضوع وصیت را داشته باشد. بنابراین اهلیت را در حین وصیت شرط می‌دانند.

اما در بین حقوق‌دانان ما اکثریت قائل‌اند که اهلیت در حین اجرای موضوع وصیت شرط است. و می‌گویند اگرچه وصی می‌توند قبل از فوت رد بکند و در رد اهلیت شرط است اما موضوع بحث ما این نیست بلکه از آنجایی که ما برای وصی اختیار اجرا قائل هستیم اهلیت را هم در زمان اجرا شرط می‌دانیم چون در آن زمان هست که مسئول قرار می‌گیرد و قبل از آن مسئولیتی برای وصی قابل تصور نیست. بنابراین در جایی که وصی در زمان وصیت اهلیت نداشته ولی اطلاع هم پیدا نمی‌کند و بعد از فوت که اطلاع پیدا می‌کند دارای اهلیت برای اجرا می‌شود، نباید بگوییم چون در زمان وصیت اهلیت نداشته الآن نمی‌تواند اقدام کند. بنابراین چون قبل از فوت تعهدی بر عهده‌ی وصی نیست و با فوت است که وصیت عهدی تعهدی می‌شود بر ذمه‌ی شخص وصی و حالا باید اقدام کند، پس در همین زمان اهلیت شرط است.

وصی علی الأصول اختیارات مالی دارد حتی در وصی بر کودک می‌خواهد نظارت یا اداره اموال کند. پس باید بتواند تشخیص بدهد. خوب این تشخیص موکول بر این است که اگر وصی تشخیص داد بتواند اقدام کند. مثلاً وصی بر کودک اگر تشخیص بدهد اموال بد اداره می‌شوند، باید اقدام کند. حال امکان دارد وصی از اجرای موضوع وصایت عجز پیدا کند؛ با این فرض تکلیف چیست؟

به نظر می‌رسد اگر این عجز از زمان وصایت باشد باید بگوییم در اینجا وصیت باطل است. مثلاً موصی سی سال پیش شخصی را به عنوان وصی تعیین می‌کند و حالا که فوت می‌کند، وصی هم پیرمرد نود ساله ای شده و نمی‌تواند موضوع وصایت را انجام دهد. بنابراین اگر معلوم شد این وصی از زمان وصایت عاجز شده است باید گفت این وصیت باطل است و باید به سراغ حاکم برویم تا تعیین تکلیف کند. البته برخی این احتمال را داده اند که این وصایت باقی است اما چون امکان اجرا ندارد حاکم شخصی را تعیین می‌کند تا به وصی در اجرای موضوع وصایت کمک کند.

اگر وصی در حال اجرای وصایت عجز پیدا کند مثلاً تصادف کند و خانه نشین شود نیز حاکم مکلف است شخصی را در کنار وصی قرار دهد تا به او کمک کند. البته اگر خود وصی امکان نظارت دارد مثلاً قادر به رسیدگی به حساب کتاب‌ها و ... هست ولی برای برخی کارها مثل فروش قادر نیست، می‌تواند وکیل بگیرد و این بلاشکال است. اما اگر مثلاً کاملاً به حالت بی‌هوشی رفته قطعاً حاکم باید دخالت کند.

همانگونه که قبلاً گفتیم موصی می‌تواند وصی متعدد انتخاب کند (همانگونه که در وکالت این بحث را داشتیم) که در این صورت اصل بر اجتماع است مگر اینکه تصریح به استقلال شده باشد. (ماده ۸۵۴)

بحث بعدی در رابطه با اسلام است. ما قبلاً اشاره کردیم که علی رغم سکوت قانون در فقه این بحث مطرح است که موصی له باید مسلمان باشد. ماده ۱۱۹۲ در باب وصی تصریح می‌کند که نمی‌توان برای امور مولی علیه وصی غیر مسلم تعیین نمود. اگرچه این نص تنها برای وصی بر کودک آمده است اما به نظر می‌رسد بتوان از باب قاعده نفی سبیل این نص را در جاهای دیگر هم اعمال کرد. بنابراین یکی از شرایط وصی مسلمان بودن است.

شرط دیگری که در فقه برای وصی ذکر شده «عدالت» وصی است. البته این بحث اختلافی است و غالباً حقوق‌دانان می‌گویند از آنجا که وصی امین است و در صورت تعدی و تفریط ضامن (ماده ۸۵۸) بنابراین نیازی به شرط عدالت نیست چون ضمانت اجرا وجود دارد. (هم در ماده ۸۵۸ و هم ۸۵۹)

آخرین بحثی که ذیل تعیین وصی مطرح می‌شود این است که آیا شخص حقوقی را می‌توان وصی انتخاب نمود؟

برخی حقوق دانان از عبارت ماده ۸۲۶ که می‌گوید: «... یک یا چند نفر را ... مأمور می‌نماید.» این احتمال را داده‌اند و گفته‌اند که چه اشکالی دارد شخص حقوقی به عنوان وصی اقدام کند؟ لذا افرادی مانند دکتر کاتوزیان این بحث را مطرح کرده و می‌گویند ما صلاحیت اشخاص حقوقی را می‌توانیم بپذیریم منتها با این قید که صلاحیت اشخاص حقوقی استثنایی است بدین معنا که:

اولاً ما باید به دنبال آن برویم که صلاحیت آن‌ها برای اجرای موضوع وصایت باید «احراز» شود و یکی از روش‌های احراز این است که با توجه به اساسنامه شخصیت حقوقی ببینیم آیا اساساً می‌تواند چنین موضوعاتی را انجام دهد یا نه؟ (یعنی بحث اهلیت اشخاص حقوقی مطرح است که این خود بحث جداگانه‌ای است و در قانون تجارت این بحث مطرح است که آیا شرکت‌ها بر خلاف اساسنامه حق معامله دارند یا خیر؟ و این فرض پذیرفته شده که شرکت‌ها باید در حوزه صلاحیت و اهلیت خود اقدام کنند.)

ثانیاً در غالب موارد در تعیین وصی، شخصیت طرف مهم است. حال آنکه در اشخاص حقوقی یک شخصیت انتزاعی خارج از شرکاء وجود دارد نه یک فرد معین. مگر اینکه موصی بگوید من این شخصیت حقوقی را بواسطه آنکه فلانی مدیر عامل آن است به عنوان وصی انتخاب می‌کنم یا مثلاً یک شرکت تضامنی سه نفره است و موصی می‌گوید من می‌خواهم همین سه نفر اقدام کنند.

به هر حال در کنار احراز اهلیت باید این مورد هم احراز شود که آیا منظور موصی تعیین شخص خاصی به عنوان وصی بوده یا خیر؟ بنابراین چون نصی در این باره نداریم در تعیین اشخاص حقوقی به عنوان وصی اصل بر منع است مگر آنکه موارد مذکور احراز شود.

بند سوم

حقوق و اختیارات وصی

سؤالی که در ابتدا در بحث نحوه اقدامات وصی مطرح است این است که آیا وصیت اساساً برای وصی الزام می‌آورد؟

در ماده ۸۳۴ می‌گوید: «در وصیت عهدی قبول شرط نیست (و از همین جا پی می‌بریم که وصایت ایقاع است.) لیکن وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند...» بنابراین اختیار قبول نکردن برای وصی در این ماده به رسمیت شناخته شده است، منتها این اختیار تا زمانی مطرح است که موصی فوت نکرده است، تا اگر وصی رد کرد امکان انتخاب مجدد وصی برای موصی باشد.

ادامه ماده می‌گوید: «... و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگرچه جاهل بر وصایت بوده باشد.» بنابراین اگر در زمان حیات موصی نسبت به وصیت سکوت کند و رد نکند بعد از فوت حق رد ندارد حتی اگر نمی‌دانسته است؛ مثلاً موصی وصیت سری کرده و به اداره ثبت هم سپرده و هیچ کس هم اطلاعی ندارد و حالا که فوت کرده می‌بینند فلانی را به عنوان وصی تعیین کرده است. در اینجا نیز وصی حق رد ندارد و اگر انجام نداد خیانت کرده است، مگر اینکه عاجز باشد مثلاً رئیس جمهور یا یک مرجع تقلید را وصی قرار داده که چون این‌ها فرصت انجام موضوع وصایت را ندارند از مصادیق عجز است.

در باب اختیارات وصی قبلاً هم اشاره کردیم که وصی انواع مصادیق دارد: یکی اینکه فقط بر مراقبت کودک نظارت کند، دیگر اینکه ممکن است وصی در ادای دیون باشد یا ممکن است اداره ماترک را به عهده بگیرد و ... بنابراین اختیارات وصی به این بستگی دارد که موضوع وصایت چیست.

منتها این بحث مطرح شده که آیا وصی اختیار واگذار به غیر را هم دارد یا نه؟ مثلاً بگویند چون من نمی‌توانم انجام دهم شخص دیگری را جایگزین خود می‌کنم.

ما در مورد وصی نص قانونی نداریم منتها به دو نحوه استدلال شده است:

یکی اینکه به ماده ۸۳ قانون مدنی استناد کرده‌اند - بحث تولیت در وقف - این ماده می‌گوید: «متولی نمی‌تواند تولیت را به دیگری تفویض کند مگر آنکه واقف در ضمن وقف به او اذن داده باشد...» عده‌ای گفته‌اند وصی هم مثل متولی است بنابراین همانگونه که متولی اختیار واگذاری به غیر را ندارد وصی هم نمی‌تواند موضوع وصایت را به دیگری واگذار کند.

استدلال دوم این است که وصیت یک امر شخصی است و نیابت بردار نیست لذا در موارد شک، اصل بر عدم تفویض است و نمی‌توان فرض نمود که وصی اجازه داشته باشد موضوع وصایت را به دیگری واگذار کند. البته این فرض با فرضی که قبلاً گفتیم که وصی می‌تواند در صورت عجز از کسی کمک بگیرد متفاوت است؛ در آنجا به عنوان مثال وصی بیمار است و نمی‌تواند مثلاً برای فروش ملک بیرون برود و قیمت بگیرد لذا از شخصی کمک می‌گیرد منتها در نهایت معامله را خود انجام می‌دهد. اما در اینجا شخص وصی مثلاً می‌گوید من حال ندارم موضوع وصایت را اجرا کنم یا وقت ندارم و ... و از این جهت می‌خواهد به دیگری واگذار کند که این پذیرفتنی نیست و اگر چنین کاری بکند تعدی و تفریط محسوب شده و مسئول است.

آیا وصی می‌تواند اجرت بگیرد؟

علی‌رغم اینکه ما در بحث وصایت برای اجرت وصی نص ندارم اما حقوق‌دانان ما از این حکم استفاده کرده اند که: «اگر از عمل کسی بهره‌مند شدیم منجر به ضمان است.» - در باب استیفاء ماده ۳۳۶ - یعنی از ملاک ماده ۳۳۶ استفاده کرده و گفته‌اند فرض بر این است که وصی می‌تواند اجرت بگیرد.

در بین حقوق‌دانان کسی قائل به این نیست که وصی نمی‌تواند اجرت بگیرد و در فقه هم نظر اقلیت این است. بنابراین وصی می‌تواند اجرت بگیرد؛ حال دو فرض مطرح است:

یکی اینکه خود موصی در وصیت نامه تعیین کند که فلان مقدار به عنوان اجرت به وصی بدهید که در این فرض باید طبق وصیت‌نامه عمل شود.

اما اگر موصی در باب اجرت وصی تعیین تکلیف نکرد، علی‌الأصول وصی باید اجرت المثل عملش را دریافت کند.

بحث دیگر در نحوه‌ی اقدامات وصی است. ماده ۸۵۸ می‌گوید: «وصی نسبت به اموالی که بر حسب وصیت در ید او می‌باشد حکم امین را دارد...» بنابراین اموال به امانت در نزد وصی قرار می‌گیرد. «... و ضامن نمی‌شود مگر در صورت تعدی و تفریط.» بنابراین اگر مثلاً وصی در اداره ماترک بوده است و ماترک بدون تعدی و تفریط او از بین برود، وصی ضامن نیست و ورثه نمی‌توانند علیه او طرح دعوی کنند.

ماده ۸۵۹ مکمل ماده قبل است: «وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند والا ضامن و منعزل است.» بنابراین ضمانت اجرای تعدی و تفریط مسئولیت و عزل وصی است. و در صورت عزل، ورثه و در صورت نبود ورثه، حاکم مسئول اجرای وصیت خواهد بود.

باید دقت داشت که ما در بحث ودیعه و عاریه این مبنا را پذیرفتیم که خیانت در امانت منجر به سقوط عنوان مستودع یا مستعیر نمی‌شود و اگر تعدی و تفریط را جبران کرد، عنوان ید امانی مجدداً اعاده می‌شود. به عبارت دیگر خیانت و تعدی و تفریط در حکم مانع است که اگر اثبات شود او ضامن است و مانع اقدامات او می‌شود اما اگر تعدی و تفریط جبران شود، این مانع برداشته شده مجدداً سمت بر می‌گردد. اما در بحث وصیت، قانون صراحت دارد و تعدی و تفریط را منجر به عزل وصی می‌داند، لذا اگر وصی تعدی و تفریط را جبران هم نکند دیگر به سمت وصی بر نمی‌گردد.

یکی از تکالیف وصی حفظ و اداره ترکه است، یعنی مثلاً اگر قرار است وصی دیون را پردازد (گفتیم ادای دیون بر عهده‌ی ورثه است مگر خود موصی آن را به موجب وصیت بر عهده‌ی وصی بگذارد.) در این صورت باید اموال موصی در تصرف و اختیار وصی قرار گیرد و امکان دارد لازم باشد برای پرداخت دیون اموال به فروش برسد و ...

به هر حال در این صورت تکلیف وصی حفظ و اداره ماترک است. و در این مورد در حکم امین است. (ماده ۸۵۸) در نتیجه ضامن نیست مگر در صورت تعدی و تفریط. و در صورت تعدی و تفریط (خیانت) منعزل می شود (ماده ۸۵۹) لذا در صورت جبران تعدی و تفریط دیگر سمت او بر نمی گردد و تصمیم گیری با ورثه است یا حاکم. در این صورت اگر موضوع وصایت مثلاً از مصادیق دیون باشد اجرای وصیت با ورثه است ولی اگر موضوع وصایت طوری بوده که خود وصی باید انجام می داده - مثلاً گفته پنج سال برای من نماز بخوان - و این قابل واگذاری نیست، حالا که از سمت ساقط شده حاکم شخصی را معین می کند تا وصیت را اجرا کند. همچنین است مواردی که موضوع وصیت نگهداری از صغیر است یعنی در صورت منعزل شدن وصی حاکم باید دخالت کند و شخصی را به عنوان قیم یا ناظر منصوب کند تا موضوع وصایت تحقق پیدا کند.

یکی دیگر از اختیاراتی که وصی دارد درخواست مهر و موم ترکه است. ماده ۱۶۷ قانون امور حسبی: «اشخاص مذکور زیر می توانند درخواست مهر و موم ترکه را نمایند:...

بند ۴: کسی که از طرف متوفی به عنوان وصایت معین شده باشد.»

مهر و موم ترکه به این خاطر است که تا زمانی که تعداد ورثه مشخص نشده در اموال تصرفی رخ ندهد. مهر و موم ترکه بدین معنا است که اموال (به تعبیر ماده ۱۶۶ ق. ا. حسبی) فهرست می شود و مهر می زنند که معلوم شود اینها جزء ماترک است و کسی حق تصرف در آنها ندارد، تا ورثه مشخص شوند.

بلافاصله بعد از مهر و موم ترکه (ماده ۲۰۶ قانون امور حسبی) تحریر ترکه رخ می دهد یعنی مقدار ترکه و دیون متوفی تعیین می شود. این اقدامات نوعی اقدامات احتیاطی است که به تعبیر قانون وصی می تواند انجام دهد. در کنار این (درخواست مهر و موم) همچنین وصی می تواند درخواست رفع مهر و موم را نیز بکند. ماده ۱۹۴ ق. ا. ح: « کسانی که حق درخواست مهر و موم ترکه را دارند می توانند رفع مهر و موم را هم درخواست نمایند. » این رفع مهر و موم در جایی است که ورثه دقیقاً مشخص شده اند و ضرورتی برای مهر و موم وجود ندارد.

اختیار دیگری که برای وصی متصور است این است که وصی می تواند برای مطالبه دیون اشخاص ثالث به شخص متوفی طرح دعوی کند. قانون امور حسبی در ماده ۲۶۰ می گوید: « تصفیه ترکه یعنی تعیین دیون و حقوقی که بر عهده متوفی است و پرداخت آنها و خارج کردن مورد وصیت از ماترک. » در تکمیل این ماده، ماده ۲۶۱ می گوید: « وصی و هریک از ورثه می توانند از دادگاه تصفیه ترکه را بخواهند. » یعنی به دادگاه مراجعه می کنند و از دادگاه می خواهند که این دیون از ماترک پرداخت شود. البته به تعبیر قانون امور حسبی لازم نیست دادگاه همیشه

اقدام کند بدین معنا که اگر ورثه خود مبادرت به اقدام کنند دادگاه دخالت نمی‌کند؛ فرض دخالت دادگاه در جایی مطرح است که بعضی از ورثه می‌خواهند نسبت به ادای دیون اقدام کنند ولی تعداد دیگری از ورثه مانع می‌شوند.

ماده ۲۶۴: «در صورتی که متوفی وصی برای اداره اموال داشته باشد امر تصفیه به وصی واگذار می‌شود.» بنابراین اگر وصایت شده که وصی اداره اموال را بر عهده بگیرد، امر تصفیه نیز بر عهده‌ی خود وصی قرار می‌گیرد بدین معنا که برای اداره اموال لازم است مطالبات متوفی را وصول بکند که این مطالبات امکان دارد مستلزم طرح دعوی هم باشد. (مواد ۲۶۰ تا ۲۷۵ ق.ا.ح. به شرح اختیارات وصی برای امر تصفیه می‌پردازد.)

ماده ۲۶۹: «مدیر تصفیه کلیه اقداماتی که برای اداره ترکه لازم است به عمل می‌آورد.» پس هر اقدامی که لازم باشد وصی می‌تواند اقدام کند تا موضوع وصایت را انجام دهد.

برخی دیگر از اختیارات وصی نظیر پرداخت دیون و سرپرستی و ... را قبلاً مورد بحث قرار دادیم.

بحث دیگری که قبلاً هم به آن اشاره داشتیم این است که گاهی اوصیاء، متعدد انتخاب می‌شوند و ماده ۸۵۴ هم فرض را بر این گذاشته که اشاره کردیم که این مورد مثل وکلای متعدد است که باید مجتمعاً اقدام کنند مگر تصریح به استقلال شده باشد.

وصی هم، چنانچه به او اختیار داده شده باشد می‌تواند برای بعد از فوت خودش مجدداً وصی دیگری انتخاب کند. قانون مدنی در ماده ۸۵۵ می‌گوید: «موصی می‌تواند چند نفر را به نحو ترتیب، وصی معین کند به این طریق که اگر اولی فوت کرد دومی وصی باشد و اگر دومی فوت کرد سومی باشد و هکذا.» این فرضی است که موصی می‌تواند اوصیاء را به نحو طولی انتخاب کند.

می‌توان همین نوع انتخاب را به شخص وصی هم واگذار کرد یعنی مجاز باشد برای بعد از فوت خودش وصی انتخاب کند. حالا اگر علی رغم اختیار، برای بعد از فوت خود وصی معین نکند تکلیف چیست؟

در این بحث چند مبنا وجود دارد:

عده‌ای اساساً قائل به اختیار وصی مبنی بر تعیین وصی برای بعد از فوت خود نیستند مگر تصریح شود. اما عده‌ای می‌گویند در جایی که اجرای موضوع وصایت زمان دار است علی‌الأصول وصی حق انتخاب وصی بعد از خود را دارد. ما از این مبنا این نکته را استفاده می‌کنیم که اگر احیاناً شخص موصی وصی انتخاب کرده بود و نگفته بود وصی می‌تواند برای بعد از فوت خود وصی دیگری انتخاب کند، چون موضوع وصایت یک عمل مدت دار است ما باید برای وصی این اختیار را قائل باشیم که بتواند برای بعد از فوت خود وصی انتخاب کند ولو اینکه

موصی بالصراحه بر این امر تأکید نکرده باشد. حال اگر وصی فراموش کرد وصی دیگری تعیین کند یا مثلاً فوتش ناگهانی بود، یا ما باید قائل شویم که ورثه اقدام کنند یا حاکم .

حال اگر اوصیاء متعدد بودند و یکی از آنها فوت کند تکلیف چیست؟ ما در بحث وکالت فرض را بر این می‌گرفتیم که در وکلای متعدد اگر احد از وکلا فوت کرد وکیل بعدی حق اقدام ندارد چون قید اقامان وجود داشت و با فوت، عملاً وکیل دیگر اختیاری برای انجام موضوع وکالت نداشت. (ماده ۶۷۰: «در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می‌شود.»)

اما در باب وصیت به نظر می‌رسد یک تفاوت موجود است و آن اینکه در وکالت، اختیار مال با موکل است بنابراین در فرض زائل شدن سمت وکیل علی‌الأصول، مال در اختیار خود موکل قرار می‌گیرد و او خود تصمیم‌گیری می‌کند اما در وصایت با فوت متوفی، اداره اموال از جانب او منتفی است، لذا نمی‌توان گفت با فوت یکی از اوصیا سمت دیگری زائل می‌شود. لذا قائلتاً با یک مشکل روبرو خواهیم شد و آن اینکه در فرض فوت یا جنون یکی از اوصیا، اگر بگوییم وصی دیگر سمت ندارد، خوب دیگر موصی وجود ندارد تا مال را اداره کند و اگر هم بگوییم سمت دارد خوب تکلیف آن اجتماعی که مورد نظر موصی بود چه می‌شود؟ چراکه موصی عامدانه فردی را در کنار وصی تعیین کرده بوده تا مجتمعاً اقدام کنند.

قانون مدنی در این مورد سکوت کرده است. به نظر می‌رسد از آنجا که امکان بازگشت مال به موصی وجود ندارد و از ملاک ماده ۶۷۰ هم نمی‌توان استفاده کرد، باید بگوییم وصی دیگر سمت دارد منتها سمت او به قید اجتماع بوده و این قید با فرض فوت یا حجر احد از اوصیا منتفی شده است. لذا باید به حاکم رجوع نمود تا یا شخصی را به عنوان معاون در کنار وصی قرار دهد (حاکم وصی نمی‌تواند انتخاب کند) یا شخصی را به عنوان ناظر بر وصی تعیین کند.

همان گونه که حاکم می‌تواند ناظر تعیین کند، خود موصی هم می‌تواند ناظر تعیین کند، ماده ۸۵۷: «موصی می‌تواند یک نفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید. حدود اختیارات ناظر به طریقی خواهد بود که موصی مقرر داشته است یا از قرائن معلوم می‌شود.» فرض حقوق دانان این است که این نظارت، اطلاعی است یعنی شخص مورد نظر صرفاً ناظر است و نیازی به این نیست که اقدامات وصی را تنفیذ کند.

*** گفتار هشتم**

رجوع از وصیت

آیا موصی می‌تواند از وصیت خود عدول و رجوع کند؟ و این عدول به چه ترتیبی حاصل می‌شود؟ ما قبلاً هم اشاره کردیم و گفتیم از آنجا که قبل از فوت موصی، در باب وصیت تملیکی و عهدی تعهدی ایجاد نمی‌شود، قانداً می‌تواند از وصیت خود رجوع کند.

اما در اینکه ترتیب رجوع از وصیت چگونه است باید به چند فرض توجه نمود:

فرض اول: اینکه موصی می‌تواند وصیت دومی بکند (وصیت دوم منع نشده است). این وصیت دوم می‌تواند در صورت تعارض به معنای رجوع از وصیت اول باشد. البته روشن است که باید احراز شود وصیت اول و دوم کدام است و طبیعتاً آخرین اراده موصی (وصیت دوم) صحیح است.

اگر تاریخ دو وصیت یکسان بود باید احراز کنیم کدام یک مقدم است چون بالأخره شخص نمی‌توانسته دو وصیت همزمان و معارض تنظیم کند. اگر چه احراز این امر در گذشته مشکل بود (و در موارد عدم احراز تقدم و تأخر، هر دو را باطل می‌دانستند) اما امروزه با وجود امکانات مثل کارشناس، آزمایشگاه و ... می‌توان تقدم و تأخر را تشخیص داد. با این وجود اگر باز هم احراز نشد هر دو وصیت به دلیل تعارض باطل است، البته همانگونه که گفتیم ما باید تا آنجا که می‌توانیم غرض موصی را کشف کنیم. بنابراین اگر دو وصیت داشتیم که در یکی وصیت کرده، ثلث اموال به حسن و در دیگری وصیت کرده به حسین داده شود - در صورت عدم احراز تقدم و تأخر - در صورتی که کشف کنیم غرض موصی، تنها داده ثلث اموال به یکی از آنها بوده، یا باید قائل به بطلان هر دو وصیت شویم (چون نمی‌دانیم کدام یک مقدم است) یا طبق نظر عده‌ی دیگری می‌توانیم قرعه بیندازیم.

اما در صورتی که کشف کنیم غرض موصی این بوده که ثلث به هر دو آنها داده شود، ثلث اموال بین آن دو تقسیم می‌شود. بنابراین ما باید بگردیم و غرض موصی را کشف کنیم.

البته باید توجه داشت ما زمانی می‌گوییم نوشتن وصیت دوم در حکم رجوع از وصیت اول است که این دو وصیت در تعارض با هم باشند و الا اگر بتوان بین دو وصیت جمع کرد مشکلی نخواهیم داشت. مثلاً امروز می‌گوید نصف ثلث اموال حسن و فردا وصیت می‌کند و می‌گوید نصف دیگر ثلث اموال مال حسین؛ خوب این قابل جمع است و تعارضی ندارد.

فرض دیگر در رجوع از وصیت این است که موصی «اقدام معارضی» انجام دهد. مثلاً وصیت کرده این خانه متعلق به موصی له خواهد بود متنها قبل از فوت، خانه را بفروشد. پس تصرفاتی نظیر انتقال موصی به یا از بین بردن آن توسط موصی، به معنای رجوع از وصیت است.

فرض دیگر اینکه گاهی اقدامات موصی، در تعارض قطعی نیست مثلاً وصیت کرده این خانه مال موصی له باشد ولی آمده و خانه را اجاره داده است. در اینجا دو حالت متصور است:

۱. اگر موصی به عنوان مثال وصیت کرده باشد منافع این ملک برای سه سال از آن موصی له باشد و حالا آمده و خانه را برای یک سال اجاره داده و فوت کرده است. خوب در اینجا چون اجاره عقدی لازم است، تا یک سال عقد اجاره دوام دارد و صحیح است و بعد از آن، منافع ملک تا سه سال از آن موصی خواهد بود. چراکه اینها قابل جمع است و اجاره‌ی یک ساله‌ی ملک، منافاتی با حقوق موصی له ندارد و موصی له می‌تواند بعد از خاتمه‌ی عقد اجاره سه سال از منافع ملک استفاده کند.

۲. اما اگر مثلاً موصی گفته باشد منافع ملک، تنها یک سال بعد از فوت من، از آن موصی له باشد و حالا آمده خانه را برای سه سال اجاره داده و فوت کرده است. می‌بینیم که در اینجا اقدام موصی در تعارض با وصیت است چراکه وصیت برای یک سال بعد از فوت است ولی عقد اجاره تا سه سال بعد از فوت دوام دارد. لذا منافع موصی له منتفی است. (برخی گفته اند شاید بتوان فرض کرد که اجاره باطل است چون در تعارض با حقوق موصی له می‌باشد اما این فرض صحیح نیست چون مبنایی برای آن نداریم و عقد اجاره عقدی است لازم.)

البته ذیل همین فرض اگرچه موصی برای سه سال اجاره بدهد و زمانی فوت کند که تنها سه ماه از عقد اجاره باقی مانده، می‌توانیم این را با وصیت جمع کنیم منتها طبیعتاً اگر وصیت برای یک سال بعد از فوت بوده (۱۲ ماه) چون سه ماه از این مدت، ملک در عقد اجاره است، این سه ماه از مدت وصیت کم می‌شود بنابراین موصی له فقط نه ماه می‌تواند از منافع ملک استفاده کند.

مروری بر چند ماده دیگر در باب وصیت:

در تکمیل بحث رجوع از وصیت ماده ۸۳۸ مقرر می‌دارد: «موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند.» پس قبول قبل از فوت موصی تأثیری ندارد و موصی می‌تواند مادام که زنده است از وصیت رجوع کند؛ یعنی الزام به وصیت، بعد از فوت است و رجوع بعد از فوت منتفی است؛ لذا موصی نمی‌تواند کسی را به عنوان وصی انتخاب کند و بگوید بعد از فوت من وصیت را عوض کن! چراکه رجوع از وصیت بعد از فوت ممکن نیست.

ماده ۸۳۹: «اگر موصی ثانیاً وصیتی بر خلاف وصیت اول نماید، وصیت دوم صحیح است.» که به این بحث پرداختیم.

چند ماده در بحث قبول:

ماده ۸۲۹: «قبول موصی له قبل از فوت موصی مؤثر نیست و موصی می تواند از وصیت خود رجوع کند حتی در صورتی که موصی له موصی به را قبض کرده باشد.»

ماده ۸۳۰: «نسبت به موصی له رد یا قبول وصیت بعد از فوت موصی معتبر است بنابراین اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیت را رد کرده باشد بعد از فوت می تواند آن را قبول کند و اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد دیگر نمی تواند آن را رد کند لیکن اگر قبل از فوت قبول کرده باشد بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست.» مطابق این ماده اگر موصی له بعد از فوت قبول و موصی به را قبض کند دیگر نمی تواند رد کند، یعنی این مال در ملکیت او باقی خواهد بود. مگر اینکه بگوییم رد، به معنای اعراض از ملکیت است که در این صورت رد منجر به این نخواهد شد که مال به ورثه برگردد. یعنی اگر رد کرد مال، داخل اموال مجهول المالک خواهد شد.

ماده ۸۳۲: «موصی له می تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی به قبول کند. در این صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می شود.»

ماده ۸۳۳: «ورثه موصی نمی تواند در موصی به تصرف کند مادام که موصی له رد یا قبول خود را به آن ها اعلام نکرده است. اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد حاکم موصی له را مجبور می کند که تصمیم خود را معین کند.» حقوق دانان فرضی را ذیل این ماده مطرح کرده و می گویند تأخیر در غالب موارد به ضرر ورثه است، بنابراین صرف تأخیر، ضرری است و حاکم باید موصی له را اجبار کند بر خلاف ماده که می گوید «اگر تأخیر موجب تضرر باشد» یعنی فرض ماده این است که ضرری بودن تأخیر باید اثبات شود. اما حقوق دانان می گویند صرف تأخیر در غالب موارد ضرری است مگر اینکه ماترک مبلغ بسیار کمی باشد یا ورثه ملائت داشته باشند که در این صورت باید احراز شود که تأخیر ضرری است.

نکته دیگر که پیش از این هم به آن اشاره کردیم این است که اجبار در این ماده نهایتاً بوسیله جریمه نقدی است و از مصادیق «الحاکم ولی الممتنع» نیست. یعنی حاکم نمی تواند برای اجبار به جای موصی له تصمیم بگیرد. بنابراین فرض اجبار در همه ی موارد قابل تصور نیست، مثلاً اگر به موصی له دسترسی نداریم حاکم باید حقوق موصی له را کنار بگذارد و بقیه ماترک را برای تقسیم در اختیار ورثه قرار دهد.

*** گفتار نهم**

خاتمه وصیت

وصیت به چه ترتیبی خاتمه پیدا می‌کند؟ (این بحث را ذیل مباحث پیشین گفته‌ایم.)
یک فرض این است که موصی له قبل از فوت موصی، فوت بکند که در این صورت اساساً عقد وصیتی منعقد نمی‌شود و وصیت منتفی است.
فرض دیگر این است که وصی خیانت بکند و منعزل بشود.
فرض دیگر اینکه اساساً اجرای موضوع وصایت منتفی شود. مثلاً در وصیت عهدی مالی که موضوع وصایت است دیگر موجود نیست؛ یا خود موصی قبلاً موضوع وصایت را انجام داده باشد مثلاً گفته وصی دیون مرا بپردازد ولی قبل از فوت، خود موصی همه‌ی دیونش را بپردازد.
فرض دیگر هم این است که وصی موضوع وصایت را انجام دهد که بعد از آن دیگر سمتی ندارد و وصیت منتفی است.

پایان وصیت

فصل سوم

ارث

*مقدمه

در مبحث ارث بر خلاف بحث‌های گذشته ما با یک سری قواعد مشخص روبرو هستیم که قدری با قواعد عمومی که در بحث قراردادها و معاملات داشتیم متفاوت است.

البته مرحوم دکتر شهیدی برای خود یک سری قواعد و اصول را ذیل ارث بیان می‌کند که ما هم ترجیحاً از همین روش استفاده می‌کنیم. منتها همانگونه که پیش از این گفته‌ایم احکام ارث دقیقاً در قانون مدنی موجود است و ما به ندرت با قواعد عمومی روبرو خواهیم شد مگر در مواردی که قانون سکوت کرده یا ابهام دارد.

ماده ۱۴۰ قانون مدنی اسباب تملک را بیان می‌کند :

«تملک حاصل می‌شود :

۵- به احیای اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه

۶- بوسیله عقود و تعهدات

۷- بوسیله أخذ به شفعه

۸- به ارث»

پیش از ورود به بحث اصلی لازم است چند نکته تذکر داده شود:

ارث به لحاظ تاریخی دارای مفهومی دارای قدمت است و در تمامی نظام‌های حقوقی برای آن قاعده وضع شده است. اما اولین بحثی که باید به آن توجه داشت این است که چرا ما باید به ارث به عنوان یکی از اسباب تملک توجه کنیم؟

در پاسخ باید گفت مفهوم ارث به این معناست که ما می‌خواهیم بعد از فوت فرد برای ماترک تعیین تکلیف کنیم یعنی قرار نیست ثروت فرد بعد از فوت او از بین برود بلکه می‌خواهیم این مال مجدداً به چرخه تولید بازگردد. لذا این مفهوم مورد توجه همه‌ی نظام‌های حقوقی بوده است.

برخی نظام‌های حقوقی تعیین تکلیف این مال را بر عهده‌ی خود متوفی قرار می‌دهند یعنی فرد در مورد صد در صد اموال خود می‌تواند برای بعد از فوتش تصمیم‌گیری کند.

اما نکته‌ی جالب و قابل توجه این است که تقریباً در تمامی نظام‌های حقوقی، ارث، ریشه در قواعد مذهبی دارد. یعنی ترتیبات تقسیم، توسط قواعد مذهبی مشخص می‌شود. در اسلام ما با یک سری قواعدی برای ارث روبرو هستیم که تقریباً بر خلاف تمامی نظام‌های حقوقی تا حدود زیادی ربطی به اراده‌ی فرد ندارد، همانطور که در بحث وصیت هم گفتیم که فرد در ثلث اموال می‌تواند وصیت کند و مابقی اموال ربطی به اراده‌ی فرد ندارد. بلکه شارع برای تقسیم اموال قاعده وضع کرده که اینها قواعدی امری است و نمی‌توان خلاف آن تراضی کرد و حتی نمی‌توان به گونه‌ای عمل نمود که این قواعد اجرا نشود.

اگر در کتب فقهی بنگریم در باب اینکه چرا این قواعد آمده است یک فرض این است که به هر حال ما در فقه یک سری قواعد متقن و قطعی داریم که احکام ارث از جمله‌ی آن‌هاست خصوصاً اینکه کلیات این احکام در قرآن کریم به صراحت بیان شده است.

نکته دیگر در این که چرا این قواعد امری است این است که شارع به هر حال می‌خواسته است ما به سراغ قواعدی برویم که عادلانه‌ترین روش برای باز توزیع ثروت باشد. (لذا عده‌ای مثلاً بر همین مبنا می‌گویند به همین دلیل است که ما سهم زنان را کم می‌کنیم چراکه آن‌ها کمتر از مردان در توزیع ثروت در جامعه نقش دارند.) به هر حال چون این قواعد عادلانه است مقدم بر برداشت‌های شخصی ما از مفهوم عدالت است لذا ما این قواعد را به عنوان قواعد آمره اجرا می‌کنیم.

منتها در عین آمره بودن، شارع نیامده این قواعد را برای غیر مسلمان هم آمره فرض کند؛ یعنی این حوزه نیز از مصادیق احوال شخصیه است؛ بنابراین اگر هم ما این قواعد را عادلانه می‌دانیم، این عدالت از منظر نگاه شرعی خودمان است.

نکته دیگر این است که اساساً ارث به چه معناست؟!

ارث به معنای ماترک است. منتها اینکه قانون مدنی در ماده‌ی ۱۴۰، ارث را از اسباب تملک می‌داند، در اینجا ارث به معنای ماترک نیست بلکه منظور تأسیسی است که برای تقسیم ماترک وجود دارد. پس در مفهوم لغوی، ارث هم به معنای ماترک است و هم به معنای قواعدی که برای تقسیم ماترک وجود دارد.

*** گفتار اول**

قواعدی که برای تقسیم ماترک وجود دارد:

قاعده اول:

موجبات ارث

موجبات ارث

موجبات ارث یعنی آن شرایطی و اسبابی که اگر جمع شوند ما می‌توانیم ماترک را تقسیم کنیم. پس موجبات ارث یعنی دلایل و اسباب ارث بردن؛ به عبارت دیگر چه اسبابی باید جمع شود تا فرد بتواند از ماترک سهمی ببرد؟ موجبات ارث خویشاوندی [نسبی و سببی] است.

ماده ۸۶۱: «موجب ارث دو امر است: نسب و سبب.» بنابراین موجب ارث، خویشاوندی است و خویشاوندی دو مصداق دارد: نسب و سبب.

الف) نسب:

ماده ۸۶۲: «اشخاصی که به موجب نسب ارث می‌برند سه طبقه‌اند:

۱. پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد

۲. اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها

۳. اعمام و عمات و احوال و خالات و اولاد آنها.»

ما وقتی از نسب صحبت می‌کنیم داریم از یک رابطه‌ی خونی صحبت می‌کنیم یعنی خویشاوندی که از یک رابطه‌ی خونی بوجود آمده است. بندهای سه‌گانه ماده فوق نسب‌هایی را نام می‌برد که به تبع رابطه‌ی خونی ایجاد شده است. نکته بسیار مهم در اینجا این است که این نسب‌ها اگرچه به تبع رابطه‌ی خونی است اما ناشی از نکاح قانونی و مشروع است. بنابراین فرزند ناشی از زنا مشمول نسب مورد نظر ماده مذکور نخواهد شد و قاعده ارث در مورد او جاری نمی‌شود.

ب) سبب:

ماده ۸۶۴: «از جمله اشخاصی که به موجب سبب ارث می‌برد هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد.»

در اینجا رابطه سببی ناشی از نکاح مشروع است و فرض ما هم نکاح دائم است چراکه نکاح موقت مشمول قواعد ارث نیست. لذا ماده ۹۴۰ می‌گوید: «زوجین که زوجیت آن‌ها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می‌برند.»

ماده ۸۶۴ تأکید می‌کند و می‌گوید: «هریک از زوجین که در حین فوت دیگری زنده باشد.» بنابراین زوجینی از هم ارث می‌برند که در حین فوت دیگری زنده باشد.

از تعبیر صدر ماده ۸۶۴ که می‌گوید: «از جمله اشخاصی که به موجب سبب ارث می‌برد...» می‌فهمیم که اشخاص دیگری هم هستند که به واسطه سببیت ارث می‌برند. منتها قانون مدنی در هیچ کجای دیگر در باب اینکه این‌ها چه اشخاصی هستند حکمی بیان نمی‌کند. در فقه رابطه سببیت دیگر «ولاء» است که به سه قسم تقسیم می‌شود: ۱. ولای عتق: مالکی به قصد تبرع عبد را آزاد می‌کند و در صورتی که از ضمان جریره هم تبری نجسته باشد و بمیرد و وارث دیگری هم نداشته باشد، مولا از عبد ارث می‌برد. (در ولای عتق فقط مولا از عبد ارث می‌برد نه بالعکس) ۲. ولاء ناشی از ضمان جریره: یعنی دو نفر با هم قرارداد می‌بندند که در جرم و جنایتی که مرتکب شوند ضامن هم باشند و از هم ارث می‌برند. در اینجا نیز وارث دیگری نباید باشد. ۳. ولاء امام: امام از باب اینکه ولایت بر تمام مسلمین دارد «وارث من لا وارث له» می‌باشد. ماده ۸۶۶: «در صورت نبودن وارث، امر ترکیه‌ی متوفی راجع به حاکم است.» باید دقت داشت منظور از حاکم در این ماده با توجه به اینکه مصوب قبل از انقلاب است قاضی است لذا این سؤال پیش می‌آید که آیا با توجه به تعبیر اصل ۴۵ قانون اساسی که ارث بلا وارث در اختیار حکومت اسلامی (رهبر) است، صحیح است که بگوییم اموال بلاوارث را به قاضی (قوه قضائیه) بدهیم؟ به نظر می‌رسد باید بگوییم مراد از حاکم در این ماده همان است که در اصل ۴۵ آمده است، بنابراین ارث بلا وارث باید در اختیار ولی فقیه که مقامی مافوق قوای سه گانه است قرار بگیرد نه در اختیار یکی از قوا.

قاعده‌ی دوم:

اقریبیت

در یک تقسیم‌بندی نسب دو قسم است: (بدون در نظر گرفتن طبقات ارث در ماده ۸۶۲)

۱. نسب طولی: که خود به دو نوع تقسیم می‌شود: الف- صعودی: پدر و جد و ... ب- نزولی: فرزند، نوه و ... ؛ نسب طولی مستقیماً به خود متوفی مربوط است.

۲. نسب عرضی: این‌ها در اطراف متوفی هستند و مستقیماً به او مربوط نیستند چراکه نه سبب بوجود آمدن او شده‌اند و نه او سبب بوجود آمدن آن‌ها شده است. مثل برادر، خواهر، عمو، عمه، خاله، دایی و ...

در این تقسیم بندی کلی از نسب اولویت‌هایی وجود دارد. پس قاعده‌ی دوم نظامی است که این اولویت‌ها را مشخص می‌کند و آن اقریبیت یا نزدیکی است. بر همین اساس است که ماده ۸۶۲ نسب‌ها را به سه طبقه تقسیم کرده که به ترتیب، اولویت دارند. منتها باید دقت داشت در داخل خود طبقات نیز ما قاعده‌ی اقریبیت را جاری می‌کنیم. همانطور که دیدیم ماده ۸۶۲ طبقات ارث را در اقرباء نسبی مشخص کرده است. اما آیا اینکه مثلاً در طبقه اول می‌گوید «پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد»، اینها همه با هم ارث می‌برند؟ خیر؛ اینگونه نیست. چنانچه بعداً خواهیم دید برخی از اینها مانع ارث دیگران خواهند بود. مثلاً وقتی فرد اولاد دارد، اولاد اولاد ارث نمی‌برد. پس ما در خود طبقات درجه بندی می‌کنیم: پدر و مادر و اولاد درجه‌ی اول و اولاد اولاد درجه دوم اند. لذا است که در درجه‌ی اول هیچگاه پدر و مادر و اولاد مانع (حاجب) یکدیگر نیستند. (اینکه می‌گوییم حاجب نیستند منظور «حاجب حرمانی» است اما اینکه وجود اولاد باعث کاهش سهم والدین می‌شود «حاجب نقصانی» است که بعداً به آن خواهیم پرداخت).

طبقات ارث:

- طبقه اول:

درجه اول: اولاد، پدر و مادر

درجه دوم: اولاد اولاد (هرچه که پایین برود)

- طبقه دوم:

درجه اول: اجداد (هرچه که بالاتر بروند) اجداد نزدیک‌تر مقدم‌اند.

درجه دوم: برادر و خواهر (ابوینی، ابی و امی) و اولاد برادر و خواهر (هرچه که پایین‌تر بروند).

- طبقه سوم:

درجه اول: اعمام و عمات (ابوینی و ابی) و احوال و خالات

درجه دوم: اولاد آنها (هرچه که پایین‌تر بروند).

باید توجه داشت که ما قاعده اقریبیت را نسبت به متوفی می‌سنجیم. از این جهت به این نکته اشاره کردیم که

خواستیم بگوییم در تقسیم ارث آن تعبیر «جامع نسب» که حقوق‌دانان دارند مبنای تقسیم قرار نمی‌گیرد.

در جامع نسب، درجه بندی خوشاوندان نسبت به جدّ مشترک سنجیده می‌شود، مثلاً اگر الف را متوفی در نظر

بگیریم، ب که پسر عموی اوست، خویشاوند درجه چهار او محسوب می‌شود. (الف متوفی - ۱: پدر متوفی - ۲: جدّ

. ۳: پدر ب - ۴: ب)

ماده ۸۶۳ همان قاعده اقریبیت (الأقربُ فالأقرب) را بیان می‌کند: «وارثین طبقه‌ی بعد وقتی ارث می‌برند که از وارثین طبقه‌ی قبل کسی نباشد.»

قائم مقامی

در ادامه بحث به چند استثنا ذیل ماده ۸۶۳ می‌رسیم، چراکه ما برخی قرابت‌های نسبی داریم که دورترند ولی ارث می‌برند. حقوق‌دانان این‌ها را در قالب قاعده بیان کرده‌اند:

قاعده قائم مقامی و استثناء اول:

برخی از ورثه هستند که خودشان نباید ارث ببرند اما به قائم‌مقامی طبقه‌ی قبلشان ارث می‌برند. استثناء اول در مورد «نوه» است. گفتیم اولاد اولاد در طبقه‌ی اول، درجه دوم است، بنابراین اگر فرض کنیم بعد از متوفی پدر و مادر او هستند (درجه اول) اولاد اولاد او (درجه دوم)؛ - با فرض اینکه اولاد فوت شده است و در درجه اول وجود ندارد - اصولاً طبق قاعده اقریبیت نباید به اولاد اولاد ارث برسد چون پدر و مادر جزء درجه اول هستند و اولاد اولاد جزء درجه دوم؛ ولی طبق قاعده «قائم مقامی» این مورد استثناست و اولاد اولاد به قائم‌مقامی پدر یا مادر خود ارث آن‌ها را می‌برد.

منتها باید دقت داشت قاعده قائم مقامی می‌گوید باید دید این اولاد متوفی (که قبلاً فوت کرده) پسر بوده یا دختر؛ اگر اولاد متوفی پسر بوده، نوه سهم‌الارث پدر خود را می‌برد و اگر اولاد متوفی دختر بوده، نوه سهم‌الارث مادر خود را می‌برد. به همین خاطر می‌گوییم قاعده قائم مقامی، یعنی نوه جانشین پدر یا مادر خود می‌شود. (فرض ما این است که متوفی فقط یک پسر یا یک دختر داشته که فوت کرده‌اند که در این صورت نوه همراه پدر و مادر متوفی ارث می‌برد، اما اگر متوفی اولاد دیگری هم داشته باشد که یکی از آن‌ها فوت شده، دیگر، فرزندان آن شخص فوت شده همراه اولاد دیگر متوفی ارث نمی‌برند.)

قاعده قائم مقامی و استثناء دوم:

اگر در طبقه دوم اجداد متوفی زنده باشند، اما برادر یا خواهر متوفی قبلاً فوت شده‌اند ولی اولاد برادر یا خواهر زنده باشند، علی‌الأصول مطابق اقریبیت نباید به اولاد برادر و خواهر ارث برسد ولی در اینجا نیز قاعده قائم مقامی اجرا می‌شود و اولاد برادر یا خواهر متوفی به تبع از پدر یا مادر خود ارث می‌برد.

(در این فرض نیز باید متذکر شویم که این قاعده در صورتی است که متوفی برادر و خواهر دیگری نداشته باشد.)

استثناء سوم:

استثناء سوم در مورد «عموی ابی و پسر عموی ابوی» است. خوب در طبقه سوم گفتیم عمو درجه اول و اولاد آن‌ها درجه دوم است. پس قاعدتاً نباید تا زمانی که عمو وجود دارد به پسر عمو ارث برسد. اما یک استثنا وجود دارد و آن اینکه اگر پسر عموی ابوی و عموی ابی جمع شوند، پسر عموی ابوی مقدم می‌شود و قاعده اقریبیت اجرا نمی‌شود. (این در فرضی است که ورثه منحصر در این دو باشد. لذا اگر عمه و عموی ابی و پسر عموی ابوی بودند، دیگر نوبت به پسر عموی ابوی نمی‌رسد.)

قاعده سوم

در صورتی که ما اجتماع چند موجب را در خویشاوندان داشته باشیم، به اجتماع چند موجب امکان دارد ارث ببرند.

ماده ۸۶۵: «اگر در شخص واحد، موجبات متعدده‌ی ارث جمع شود به جهت تمام آن موجبات ارث می‌برد...» مثلاً فرض کنیم زوجه‌ی میت، در عین حال دختر عموی اوست. با فرض اینکه طبقه ارث بر دیگری نداریم، زوجه یک بار از باب زوجیت که داخل خویشاوندان سببی است ارث می‌برد و یک بار هم از باب اینکه داخل طبقه سوم قرار دارد ارث می‌برد.

ادامه ماده: «... مگر اینکه بعضی از آن‌ها مانع دیگری باشد که در این صورت فقط از جهت عنوان مانع می‌برد.» یعنی اگر در فردی دو عنوان وجود داشت، مثلاً برادر ابی میت، پسرخاله‌ی او نیز هست، در این صورت چون برادر در طبقه‌ی دوم است و طبقه دوم مانع از ارث‌بری طبقه سوم است این شخص فقط با عنوان برادر می‌تواند ارث ببرد نه با عنوان پسر خاله، چون پسرخاله در طبقه سوم است.

*** گفتار دوم**

شرایط تحقق ارث:

۱. فوت مورث
۲. وجود وارث
۳. وجود ترکه

۱. فوت مورث

ماده ۸۶۷: «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می‌کند.»

الف) موت حقیقی:

تعریفی که در فقه آمده است این است: «موت، ازهاق روح است.» با توجه به این تعریف بحث‌هایی بوجود آمده که آیا در مواردی مثل مرگ مغزی باید قائل به موت طرف شویم یا خیر؟

در این باره اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای می‌گویند فوت زمانی محقق است که دیگر امیدی به بازگشت فرد نیست، لذا مرگ مغزی را فوت محسوب می‌کنند، اگرچه سایر اعضای بدن فرد با تجهیزات پزشکی کار می‌کند. اما عده‌ای دیگر می‌گویند درست است که بر اساس دانش پزشکی امروز برای افراد دچار مرگ مغزی امکان بازگشت به زندگی وجود ندارد، لیکن شاید در آینده با پیشرفت علم پزشکی این امکان محقق شود، همانگونه که در گذشته فردی که دچار سکته قلبی می‌شد را مرده تلقی می‌کردند ولی امروزه او را به حیات بر می‌گردانند. لذا نباید افراد دچار مرگ مغزی را موت حقیقی بدانیم.

ب) موت فرضی:

با توجه به مواد ۱۰۱۱ و ۱۰۱۷ و ۱۰۱۹ شخصی را مرده فرض می‌کنیم که یا آن قدر از زمان غیبت او گذشته باشد که زنده بودن او محال به نظر برسد. یا می‌دانیم مرده است ولی تاریخ فوت او را نمی‌دانیم.

ماده ۱۰۱۱: «غایب مفقود الأثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او هیچ خبری نباشد.»

ماده ۱۰۱۷: «اگر فوت غایب بدون تعیین تاریخ فوت ثابت گردد محکمه باید تاریخی را که فوت او در آن تاریخ محقق بوده معین کند...» بنابراین چون ما نمی‌دانیم فرد، واقعاً در چه تاریخی فوت کرده، از آنجا که برای تعیین وارث نیاز به تاریخ فوت داریم، تاریخی که فوت شخص در آن تاریخ برای ما محرز است توسط محکمه به عنوان تاریخ فوت معین می‌گردد.

ادامه ماده: «در این صورت اموال غایب بین ورثاتی که در تاریخ مزبور موجود بوده‌اند تقسیم می‌شود.» بنابراین با تعیین تاریخ فوت فرضی، وارثین مشخص می‌شوند و آن، کسانی هستند که در تاریخ فوت فرضی موجود باشند.

ماده ۱۰۱۹: «حکم موت فرضی غایب در صورتی صادر می‌شود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند.»

ماده ۱۰۱۷ فرضی را مطرح می‌کند که ما فوت فرد غایب را می‌دانیم اما تاریخ آن را حاکم معین می‌کند اما ماده ۱۰۱۹ فرضی را مطرح می‌کند که ما عرفاً نمی‌توانیم آن فرد را زنده فرض کنیم. در این صورت حاکم بر موت فرضی حکم صادر می‌کند و تاریخ صدور حکم همان تاریخ فوت فرد خواهد بود. ماده ۱۰۲۰ مواردی که شخص عادتاً نمی‌تواند زنده بماند را معین کرده است.

۲. وجود وارث

ماده ۸۷۵: «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است...»

در باب افراد عادی در احراز این شرط مشکلی نداریم ولی در باب حمل بحث وجود دارد لذا ادامه ماده می‌گوید: «... و اگر حملی باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین‌الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد.»

در اینکه از کجا باید بفهمیم نطفه منعقد شده، از اماره فراش استفاده می‌کنیم یعنی حمل باید بین شش ماه تا ده ماه از زمان فوت متولد شود. از آنجا که تشخیص پزشکان نیز نوعی اماره محسوب می‌شود، تشخیص پزشک نیز قابل استناد است. (چراکه شش تا ده ماه نیز خود نوعی اماره است نه دلیل قطعی)

امروزه بحث‌هایی بوجود آمده که آیا اسپرم‌هایی که در بانک اسپرم نگهداری می‌شوند و بعد از فوت منعقد می‌شوند قابل الحاق به زوج هستند یا خیر؟ به عبارت دیگر اینکه ماده ۸۷۵ می‌گوید نطفه حین‌الموت منعقد باشد به این خاطر است که ما بتوانیم الحاق این نطفه به زوج را احراز کنیم؛ خوب، حالا سؤال این است که با اینکه می‌دانیم این اسپرم مال زوج است، آیا اساساً بعد از فوت امکان الحاق نطفه‌ای که منعقد می‌شود به زوج وجود دارد؟ به نظر می‌رسد خیر؛ چراکه رابطه زوجیت قطع شده است حال آنکه ما گفتیم منظور از نسب، نسب مشروع است و نسب مشروع ناشی از علقه زوجیت است. خوب حال که این زوجیت قطع شده دیگر علقه‌ای وجود ندارد بنابراین اساساً ما مجاز به انعقاد نطفه بعد از فوت نیستیم چون علقه زوجیتی وجود ندارد. بنابراین صرف الحاق اسپرم کافی نیست بلکه نطفه باید ناشی از رابطه زوجیت مشروع باشد.

مقالاتی که امروزه در این زمینه وجود دارد هیچ کدام به این نکته‌ی اساسی نپرداخته است.

(در مورد انتقال اسپرم به زوجه اجنبی تقریباً همه‌ی مراجع متأخر فتوی به حرمت داده اند؛ اگرچه فقها فرزند ناشی از این عمل را به زنازاده ملحق نمی‌کنند یعنی احکام زنازاده را بر او بار نمی‌کنند، لکن نسب وی را هم مشروع نمی‌دانند یعنی ارث نمی‌برد. یعنی یک حالت بینابینی دارد.

اما فرض ما در انتقال اسپرم زوج به زوجه‌ی خودش بود منتها بعد از فوت، که گفتیم این هم محل تردید است چون دیگر علقه‌ی زوجیتی وجود ندارد.)

پس فرض اول ماده ۸۷۵ در مورد حمل این شد که نطفه حین‌الموت منعقد شده باشد.

فرض دوم این است که حمل، زنده به دنیا بیاید. اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد. بنابراین اگر طفل یک لحظه بیشتر زنده نباشد باز هم ارث می‌برد.

اگر حمل زنده باشد لیکن در حین به دنیا آمدن فوت کند اطلاق زنده بودن بر او صدق نمی‌کند.

اگر طفل زنده به دنیا بیاید و یک لحظه هم زنده باشد لیکن دچار بیماری بوده که عرفاً نمی‌توانسته حیاتش دوام داشته باشد، اطلاق زنده بودن بر او صدق می‌کند. این بحث از آنجا ناشی شده است که عده‌ای می‌گویند منظور از زنده به دنیا آمدن این است که جنین قابلیت حیات مداوم را داشته باشد ولی این فرض صحیح نیست.

اگر حمل در حین به دنیا آمدن باشد ولی هنوز برخی اعضای بدن، کامل خارج نشده است کافی نیست، بلکه عرفاً باید کامل خارج شود و در این هنگام ببینیم زنده است یا خیر.

اگر حمل موجود و زنده باشد ولی هنوز متولد نشده باشد تکلیف سهم‌الارث او چیست؟

ماده ۸۷۸: «هرگاه در حین موت مورث حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می‌گردد تقسیم ارث به عمل نمی‌آید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچ یک از سایر وراثت نباشد و آن‌ها بخواهند ترکه را تقسیم کنند باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصه‌ی دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصه‌ی هریک از وراثت مراعاتاً است تا حال حمل معلوم شود.»

اینکه ماده می‌گوید حصه‌ی دو پسر کنار گذاشته می‌شود برای این بوده که امکان داشته جنین دو قلو متولد شود؛ لذا اگر از لحاظ پزشکی معلوم شود که جنین چگونه به دنیا می‌آید (پسر یا دختر یا دو قلو و...) به نظر می‌رسد رعایت ترتیبات ذیل این ماده لزومی ندارد.

ذیل این ماده اقدام احتیاطی است یعنی سهم‌الارث را به نحو مقید در اختیار ورثه قرار می‌دهد یعنی استفاده می‌کنند ولی اگر منجر به تلف شود ضامن‌اند بنابراین سهم‌الارث مراعاتاً یعنی با رعایت این قیود می‌ماند تا تکلیف حمل روشن شود.

نکته دیگر در مورد فرزند خوانده است. قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب قبل از انقلاب این اجازه را به زوج و زوجه می‌داد که بتوانند کودکانی را به فرزند خواندگی قبول کنند. این قانون اخیراً نیز دوباره در حال اجرا است. سوای مشکلات محرمیت یا بحث ولایت شرعی (که قطعاً زوج بر فرزند خوانده ولایت شرعی ندارد) این نکته برای ما محرز است که فرزندخوانده ارث نمی‌برد. لذا رویه محاکم این است که تعهدات مالی از زوج و زوجه می‌گیرند که بخشی از اموالشان را به فرزندخوانده صلح کنند. و با توجه به اینکه اگر کودک پیش از زوج و زوجه فوت کند اموال او به دولت می‌رسد (چون وارث ندارد) در همین قانون پیش‌بینی شده که دولت موظف است در صورت چنین اتفاقی اموال را به زوج و زوجه بازگرداند.

خوب گفتیم اگر حکم موت فرضی برای غایب صادر شود، فرض می‌کنیم که او فوت کرده است. قانون مدنی در ماده ۸۷۲ می‌گوید: «اموال غایب مفقودالأثر تقسیم نمی‌شود مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضاء مدتی که عادتاً چنین

شخصی زده نمی ماند.» این حکم در مورد مورث غایب بود. اما اگر در بین وراثین غایب وجود داشت تکلیف چیست؟

ماده ۸۷۹: «اگر بین وراث، غایب مفقودالأثری باشد سهم او کنار گذارده می شود تا حال او معلوم شود. در صورتی که محقق گردد قبل از مورث مرده است حصه‌ی او به سایر وراث برمی گردد و الا به خود او یا به ورثه‌ی او بر می گردد.»

ما از این ماده دو نکته را می فهمیم:

یکی اینکه غیبت مانع ارث نیست یعنی غیبت شخص، مانع اینکه او جزء وراث محسوب شود نیست. دوم اینکه غایب بودن مانع تقسیم ترکه نیست.

حال سؤال این است که در این مدت تکلیف این مال با کیست؟

ماده ۱۰۱۲ می گوید: «اگر غایب مفقودالأثر برای اداره اموال خود تکلیفی معین نکرده باشد و کسی هم نباشد که قانوناً حق تصدی امور او را داشته باشد محکمه برای اداره اموال او یک نفر امین معین می کند و تقاضای تعیین امین فقط از طرف مدعی‌العموم و اشخاص ذی نفع در این امر قبول می شود.»

پس وقتی سهم غایب را کنار می گذاریم این داخل اموال غایب است و تکلیف اموال غایب در این ماده روشن شده است.

تاریخ فوت

گفتیم مطابق صدر ماده ۸۷۵ که شرط وراثت را زنده بودن در حین فوت مورث می داند به این مطلب می رسیم که تاریخ فوت برای ما مهم است یعنی ما باید بدانیم مورث کی مرده است و آیا وارث در زمان فوت مورث زنده بوده یا نه؟! خوب یک موقع هست که فوت مورث معلوم می شود و حیات وارث هم معلوم است که در این صورت مشکلی نیست و وارث می برد. اما یک موقع هست که هم مورث فوت کرده هم وارث؛ و ما باید تعیین کنیم زمان فوت هر یک کدام است. در اینجا چند فرض قابل تصور است:

یکی اینکه تاریخ فوت‌ها معلوم است و ما تقدم و تأخر تاریخ وفات مورث و وارث را می توانیم تشخیص بدهیم. خوب با فرض وجود رابطه‌ی نسبی، آنکس که تاریخ فوتش مؤخر است از دیگری ارث می برد.

فرض دیگر اینکه تاریخ فوت هر دو نامعلوم است که ماده ۸۷۳ تکلیف ما را روشن کرده است: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می برند مجهول و تقدم و تأخر هیچ یک معلوم نباشد اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی برند...»

عده‌ای گفته‌اند در اینجا می‌توان قرعه انداخت چراکه «القرعه لكل امرٍ مشکل»؛ اما نظر مشهور در فقه این را نپذیرفته است و گفته‌اند در ارث وجود سبب باید احراز شود. ادامه ماده بر همین قاعده یک استثنا می‌زند: «... مگر آنکه موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند.»

این استثنا ناظر بر دو سبب است که مرگ ناشی از آن است: غرق و هدم.

غرق که مشخص است. البته عده‌ای مصادیقی ذکر کرده‌اند مثلاً گفته‌اند اگر منظور از غرق خفه شدن است آیا هر نوع خفگی صدق غرق می‌کند؟ یا مثلاً اگر سر کسی را زیر آب کردیم و خفه شد صدق غرق می‌کند؟ که در پاسخ گفته شده این حکم استثناست و در موارد تردید اصل عدم جاری می‌شود. لذا مراد از غرق این است که در آب غرق شوند مثلاً در کشتی یا استخر یا

مراد از هدم این است که مثلاً در خانه‌ای هستند و بر اثر زلزله خانه روی سرشان خراب می‌شود. یا مثلاً داخل جایی مثل اتومبیلی هستند و آن ناگهان منفجر می‌شود. اما باید توجه داشت موت هر دو باید به سبب غرق یا هدم باشد؛ لذا اگر یکی مثلاً به مسافرت برود و در دریا غرق شود و دیگری زیر زلزله از بین برود مشمول ماده نمی‌شود. ذیل ماده می‌گوید از هم ارث می‌برند؛ یعنی یک بار فرض می‌کنیم اولی زودتر فوت کرده و دیگری ارث می‌برد و یک بار فرض می‌کنیم دومی زودتر فوت کرده و دیگری ارث می‌برد. چند روش محاسبه در اینجا گفته‌اند، روش مشهور این است:

ما دو بار تقسیم را انجام می‌دهیم با فرض اینکه هر بار دیگری زنده است و آنگاه که سهم‌الارث ویژه هر یک تعیین شد چون هر دو فوت کرده‌اند باید سهم‌الارث آن‌هایی که تعیین شده به ماترک برگردد. که وقتی می‌خواهیم سهم‌الارث هر یک را برگردانیم دوباره دیگری را در نظر نمی‌گیریم، مثلاً پدر و پسر هستند؛ یک بار پدر را متوفی فرض می‌کنیم و ماترک را تقسیم و سهم پسر را مشخص می‌کنیم و یک بار هم پسر را متوفی فرض می‌کنیم و سهم‌الارث پدر را مشخص می‌کنیم. حالا در مورد پسر: چون پسر هم واقعاً فوت کرده باید سهم‌الارث او به ماترک باز گردد منتها این بار دیگر بدون در نظر گرفتن پدر، یعنی سهم‌الارث پسر بین همسر و اولادش تقسیم می‌شود. و در مورد پدر نیز باید سهم‌الارثش بین ورثه تقسیم شود، منتها دیگر به پسر نمی‌دهیم بلکه سهم‌الارث پدر بین زوجه و دخترش تقسیم می‌شود.

بحث دیگری در ماده ۸۷۴ بیان شده و آن اینکه ما تاریخ فوت یکی را می‌دانیم ولی نمی‌دانیم دیگری قبل از او فوت کرده یا بعد از او؛ مثلاً تاریخ فوت پدر را می‌دانیم ولی نمی‌دانیم پسر قبل از پدر فوت کرده یا بعد از او (فوت پسر نیز بر ما معلوم است منتها تقدم و تأخر آن را نمی‌دانیم). ماده ۸۷۴: «اگر اشخاصی که بین آن‌ها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آن‌ها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است

از آن دیگری ارث می‌برد.» اصلی در حقوق وجود دارد به نام اصل «تأخر حادث» و به این معناست که آن چیزی که تاریخش مجهول است، حدویش مؤخر است نسبت به آن چیزی که معلوم است. این اصل همانند اصول عملیه برای رفع جهل ما وضع حکم می‌کند یعنی کاشف از چیزی نیست بلکه فقط به ما می‌گوید آن که تاریخش معلوم است مقدم است. (در معاملات هم این اصل جاری است یعنی بین دو معامله، آن معامله که تاریخش معلوم است مقدم واقع شده است.) پس در اینجا آن کسی که تاریخ فوتش معلوم است مقدم فوت کرده لذا دیگری از او ارث می‌برد.

۳. وجود ترکه

شرط سوم برای ارث بردن این است که اساساً باید مالی موجود باشد تا امکان ارث بردن محقق شود. وقتی ما از ترکه صحبت می‌کنیم، منظورمان داری‌های مثبت و منفی متوفی است؛ یعنی هم باید طلب‌هایی که از دیگران دارد جزء ماترک محسوب شود (که برای وصول آن یا ورثه یا وصی طرح دعوی می‌کنند و اگر وارثی نباشد، حاکم طرح دعوی می‌کند) هم باید دیونی که به دیگران دارد از ماترک کسر شود، بنابراین اگر نهایتاً مال کمتر از دیون بود دیگر چیزی به عنوان ماترک باقی نخواهد ماند.

پیش از این نیز گفته‌ایم که ما برای ماترک یک شخصیت حقوقی مستقل از متوفی قائل هستیم اما این بدین معنا نیست که طلبکاران بیابند و علیه ماترک طرح دعوی کنند یعنی این شخصیت حقوقی مثل شخصیت حقوقی شرکت نیست بلکه منظور این است که این ماترک منهای شخصیت متوفی موجودیت دارد و این به خاطر دوام ذمه است یعنی ذمه سوای وجود متوفی استمرار دارد و با فوت شخص از بین نمی‌رود.

خوب در مورد داری‌های مثبت متوفی گفتیم یا ورثه یا وصی یا حاکم طرح دعوی می‌کند.

اما در مورد داری‌های منفی اگر متوفی وصی دارد، طلبکاران می‌توانند علیه وی طرح دعوی کنند، البته باید دید که اموال در اختیار چه کسی است تا علیه همان شخص طرح دعوی شود، لذا اگر اموال در اختیار وراث باشد علیه آن‌ها طرح دعوی می‌شود. و اگر هم اموال بلاوارث و در اختیار حاکم باشد، علیه حاکم طرح دعوی می‌شود. حتی اگر پیش از ادای دیون، مال در اختیار موصی له قرار بگیرد می‌توان علیه او طرح دعوی نمود.

ماده ۸۶۹ که پیش از این در بحث وصیت مفصل توضیح داده شد به حقوق و دیونی اشاره می‌کند که باید از اموال میت خارج شود تا مابقی اگر ماند بین وراث تقسیم گردد.

ماده ۸۶۹: «حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق می‌گیرد و باید قبل از تقسیم آن اداء شود از قرار ذیل است:

۱. قیمت کفن میت و حقوقی که متعلق است به اعیان ترکه مثل عینی که متعلق رهن است.

۲. دیون و واجبات مالی متوفی

۳. وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجازه ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه آنها.»

ماده ۸۷۰: «حقوق مزبوره در ماده قبل باید به ترتیبی که در ماده‌ی مزبوره مقرر است تأدیه شود و مابقی اگر باشد بین وراثت تقسیم گردد.»

ذیل ماده ۲۲۶ ق. ا. ح. حسبی نیز در این بحث قبلاً بررسی شد.

اما صدر این ماده دو فرض را مطرح می‌کند:

فرض اول اینکه «ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکار بدهند» یعنی اگر ترکه برای ادای دیون کافی نبود لازم نیست از جیب خودشان بدهند.

فرض دوم اینکه «اگر ترکه برای ادای دیون کافی نباشد ترکه مابین تمام بستانکاران به نسبت طلب آنها تقسیم می‌شود.»

منتها دیدیم که ماده ۸۶۹ حقوق رهنی را مقدم بر سایر دیون فرض کرده است (با توجه به ماده ۸۷۰ بندهای ماده ۸۶۹ به ترتیب است بنابراین بند یک مقدم بر بند دو و بند دو مقدم بر بند سه است).

بنابراین با توجه به اولویت حقوق رهنی اگر فرض کنیم شخصی طلب ممتاز دارد حتی اگر با وصول طلبش چیزی به بقیه طلبکاران نرسد این بلاشکال است و باید اول دیون ممتاز پرداخت شود. ما این را از جمع بین ماده ۲۲۶ ق. ا. ح. و ماده ۸۶۹ ق. مدنی بدست می‌آوریم.

بنابراین ورثه مسئولیتی مازاد بر ترکه ندارند. اما ادامه ماده ۲۲۶ ق. ا. ح. یک استثنا می‌زند و می‌گوید: «... مگر اینکه آن را بدون شرط قبول کرده باشند که در این صورت مطابق ماده ۲۴۶ [این قسمت غلط است و باید می‌گفت مطابق ماده ۲۴۸] مسئول خواهند بود.»

پس اگر ورثه ماترک را بدون شرط قبول کنند مطابق ماده ۲۴۸ مسئول خواهند بود. (یعنی پیش از تحریر ترکه، تقسیم و تملک را بدون قید و شرط پذیرفته‌اند که به این معنا خواهد بود که هرچه دیون از متوفی باقی مانده بر عهده‌ی ورثه است).

ماده ۲۴۸ ق. ا. ح. «در صورتی که ورثه ترکه را قبول نمایند هر یک مسئول ادای تمام دیون به نسبت سهم خود خواهند بود...» بنابراین اگر ورثه ماترک را پیش از ادای دیون قبول کنند به این معناست که تمام دیون را پذیرفته‌اند لذا مسئول هستند بنابراین اگر ماترک کم‌تر از دیون هم باشد موظف‌اند از جیب خود بپردازند و پرداخت هم به نسبت سهم آنهاست، مثلاً اگر یکی از ورثه دوسوم سهم الارث گرفته باشد دوسوم طلب را هم باید بدهد. در این حالت است که طلبکار می‌تواند علیه ورثه طرح دعوی کند.

[اینکه ذیل ماده ۲۴۸ می‌گوید: «مگر اینکه ثابت کنند...» استثنا بر صدر ماده یعنی استثنا بر قبول ترکه است، به عبارت دیگر قبول دو حالت دارد: «یا قبول با تحریر ترکه است یا قبول بدون تحریر ترکه است» اگر قبول با تحریر ترکه باشد می‌شود همان ذیل ماده ۲۴۸]

شرایط و موانع ارث

قانون مدنی فصل سوم از باب دوم در ارث را «در شرایط و جمله از موانع ارث» نام‌گذاری کرده است. و از این عنوان معلوم می‌شود همه موانع را نمی‌خواهد نام ببرد.

برخی از این موارد مثل بحث حمل از شرایط ارث است و می‌توانست ذیل فصل دوم (در تحقق ارث) به آن اشاره شود، منتها از آنجا که عدم حیات وارث در واقع از موانع محسوب می‌شود زنده متولد شدن حمل را ذیل این بحث آورده است. همچنین منظور از حمل انعقاد نطفه‌ی ناشی از نکاح صحیح و شرعی است لذاست که در ماده ۸۸۴ می‌گوید ولدالزنا ارث نمی‌برد یعنی این هم به نوعی از موانع ارث است.

و علت اینکه می‌گوید «جمله از موانع ارث» به این خاطر است که قانون مدنی قبل از انقلاب فقط به سه مانع (قتل، ولادت ناشی از زنا و لعان) اشاره می‌کرد و از موانع کفر نام نمی‌برد که بعد از انقلاب کفر، در ماده ۸۸۱ مکرر از موانع ارث محسوب شد. بنابراین عبارت جمله از موانع ارث الآن صحیح نیست چون همه موانع ارث را نام برده است.

منظور از موانع ارث آن شرایطی است که اگر موجود باشد حتی اگر موجبات ارث هم موجود باشد، این شرایط مانع از آن می‌شود که وارث از ماترک به عنوان سهم‌الارث استفاده کند. این موانع چهار مورد است که نام برده شد.

*** گفتار سوم**

موانع ارث:

۱. قتل

ماده ۸۸۰: «قتل از موانع ارث است. بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع می‌شود اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری.»
چرا قتل جزء موانع است؟

در تحلیل این بحث حقوق‌دانان می‌گویند قانون‌گذار خواسته است برخی از قواعد اخلاقی در حیطه ارث را وارد قلمرو قانون نماید و هدفی که دارد خنثی کردن قتل به عنوان موجب ارث است. چون ما گفتیم فوت مورث موجب

ارث است و در قتل هم صدق فوت می کند متتها قانون گذار خواسته بگوید اگر وارث به انگیزه مادی خواست مرتکب قتل شود و زودتر به سهم الارث برسد او را به کلی از ارث محروم می کنیم.

این تحلیل خوبی است اما در همه جا جواب نمی دهد مثلاً اگر وارث به قصد اینکه سهم الارث خود را افزایش دهد مرتکب قتل دیگر وراث شود نمی گوئیم از ارث محروم می شود.

اینکه قتل مانع ارث است اطلاق ندارد و با توجه به این ماده مقتول باید مورث باشد (کسی که مورث خود را عمداً بکشد) با توجه به این شرط اولین نکته این است که بنابراین اگر موصی له موصی را بکشد مانع نیست و از وصیت محروم نخواهد شد.

نکته دوم این است که وارث باید مورث را بکشد بنابراین اگر نوه جد پدری خود را بکشد این مانع ارث نیست چون تا زمانی که پدر زنده است نوه جزء وارثین محسوب نمی شود. یعنی منظور از وارث، وارث مستقیم است. بنابراین تا زمانی که پدر زنده است اگر قتل توسط نوه ارتکاب یابد مانع ارث پدر نیست.

فرض دیگر این است که اگر کسی مابقی وارثین را بکشد باز مانع ارث نیست چون گفتیم مقتول باید مورث باشد. فرض دیگر این است که مثلاً نوه پدر خود را بکشد تا اگر جد پدری مرد، ارث به او برسد که این قتل هم مانع ارث نیست.

فرض دیگر: قانون مدنی می گوید کسی که مورث خود را بکشد از ارث او ممنوع می شود بنابراین اگر وارث مورث خود را بکشد و بعداً اتفاقاً بمیرد یا قصاص شود، این مانع نمی شود که ارث به فرزندان وارث برسد. مثلاً اگر شخصی پدر خود را بکشد و بعد بمیرد، ارث پدر بزرگ به نوه ها خواهد رسید و اولاد اولاد سهم الارث خود را می برند.

نکته دیگر اینکه ماده می گوید «باید عمداً بکشد» بنابراین اگر قتل خطائی یا شبه عمد باشد مانع از ارث نخواهد بود. باید توجه داشت که قتل عمد هم در جایی است که قاتل قصد قتل داشته باشد یا اگر قصد قتل ندارد عمل او نسبت به مقتول نوعاً کشنده باشد که در این مورد نیز قتل عمد صدق می کند و مانع ارث است.

خوب ماده می گوید: «اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری.» بنابراین اگر به واسطه اقدام وارث، عملی انجام شود که منتهی به قتل مورث شود (تسبیب) این هم مانع است. در باب معاونت قانون مدنی حکمی ندارد و فقط قتل بالمباشره یا بالتسبیب را نام برده است. لذا حقوق دانان گفته اند ما باید ببینیم اگر عرفاً اقدام معاون آن قدر مؤثر هست که بتوان معاون را عامل قتل شناخت، باید این نوع قتل را نیز مانع بدانیم. (مبنای دکتر کاتوزیان و دکتر شهیدی)

امام(ره) در تحریر الوسیله مثالهایی بیان می کند:

«اگر چاهی حفر کند یا اشیاء لغزنده‌ای را جلوی راه مورث قرار دهد تا منتهی به قتل شود این اقدامات مانع ارث نیست» یعنی امام این مورد را از مصادیق مباشرت یا تسبیب نمی‌دانند. به نظر می‌رسد باید بین مصادیق فرق قائل شد مثل اینکه خود فرد به درون چاه بیفتد یا او را هل بدهند؛ به هر حال آنچه برای ما مهم است صدق قتل عمد است.

سؤالی را دکتر کاتوزیان مطرح می‌کنند و آن اینکه وقتی از قتل عمد صحبت می‌کنیم آیا لزوماً باید حکم کیفری صادر شده باشد تا این قتل را مانع از ارث بدانیم؟

ایشان می‌گویند اینگونه نیست؛ به عبارت واضح‌تر وقتی ما وارث قاتل را از ارث محروم می‌کنیم داریم یک حکم مدنی جاری می‌کنیم و لزوماً از تبعات حکم کیفری نیست.

منتها باید توجه داشت اگرچه محرومیت از ارث از توابع احکام مدنی است اما اجرای این حکم مدنی و اعلام اینکه این وارث قاتل و از ارث محروم است منوط به این است که قاضی کشف کرده باشد که قتل عمدی رخ داده است و امروزه این امر محقق نمی‌شود جز با تعقیب کیفری و صدور حکم قضایی. بنابراین علی‌الأصول چاره‌ای جز استناد به حکم کیفری نیست.

اما گاهی دادگاه در حال رسیدگی است و در جریان رسیدگی به قتل، متهم مجنون می‌شود و به این خاطر دادگاه قرار موقوفی دعوا صادر می‌کند. در اینجا حرف دکتر کاتوزیان صدق می‌کند. بنابراین ما منتظر صدور حکم کیفری نمی‌شویم چون دیگر حکمی صادر نخواهد شد اما از دادگاه می‌خواهیم به رسیدگی ادامه دهد و تشخیص دهد آیا قتل عمدی رخ داده یا خیر که در اینجا اگرچه تشخیص دادگاه دیگر ارزش حکم کیفری را ندارد اما مستند صدور حکم در جنبه حقوقی می‌شود یعنی قاضی از همین جا کشف می‌کند که آیا مصداق ممنوعیت از ارث رخ داده است یا نه.

بنابراین حرمان از ارث اگرچه اثر تبعی احکام کیفری نیست اما با فرض اینکه این حکم، حکم اعلامی است، حرمان از ارث ناشی از صدور حکم کیفری است و حتی اگر دادگاه نتواند حکم صادر کند در خصوص حرمان از ارث باید تصمیم‌گیری کند.

ذیل موانع در فقه بحث‌های دیگری نیز آمده است؛ یکی اینکه رضای مقتول مانع عمدی بودن نیست لذا اگر خود مورث هم بگوید «بیا من را بکش» اگر صدق قتل عمد بکند کافی است.

دیگر اینکه اگر سقط جنین رخ دهد و وارث جنین را بکشد از ارث محروم می‌شود حتی اگر احکام قتل عمد بر آن بار نشود.

نکته دیگر حکم ماده ۸۸۱ است: «در صورتی که قتل عمدی مورث به حکم قانون یا برای دفاع باشد مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود.» بنابراین قتل عمد باید نامشروع باشد تا مانع ارث محسوب شود و الا در مواردی که مورث مهدور الدم است یا وارث مجری حکم اعدام مورث است یا وارث در مقام دفاع مشروع مرتکب قتل مورث می شود مانع ارث نیست.

تعبیر ماده ۸۸۰ که می گوید «منفرداً باشد یا به شرکت دیگری» نیز از فقه گرفته شده لذا خواه خود وارث بکشد خواه شریک قتل عمد باشد فرقی نمی کند و مانع از ارث است.

۲. کفر

ماده ۸۸۱ مکرر: «کافر از مسلم ارث نمی برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری، مسلم باشد وراثت کافر ارث نمی برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.»
این ماده دو حکم دارد: الف) کافر از مسلم ارث نمی برد.
ب) مسلم از کافر ارث می برد.

تعبیر این ماده ظاهراً تعبیر ناقصی است چون نمی گوید کافر به چه کسی گفته می شود. دکتر کاتوزیان بحث مختصری دارند و می گویند که برای اینکه بدانیم کافر کیست به احکام فقه رجوع می کنیم. در فقه به کسی کافر می گویند که «اصول یا ضروریات دین را منکر شود.» البته خواهیم گفت که خود این تعبیر اطلاق دارد و در ضروریات دین در بین فقها اختلاف نظر هست. مثلاً امام (ره) در تحریر منکر حجاب را منکر ضروریات دین می داند. مرحوم آیت الله مشکینی در کتاب «واجب و حرام» خود موارد ضروریات دین را تک تک نام می برند. مثلاً منکر عصمت ائمه (علیهم السلام) را منکر ضروری دین می دانند یا عصمت حضرت زهرا (سلام الله علیها) را نیز از ضروریات دین برمی شمردند. یا گفته شده کسی که عمداً نماز را ترک کند منکر ضروریات دین است.

به هر حال ما کافر را منکر اصول دین (توحید، نبوت، معاد، عدل و امامت) و ضروریات دین (با همان گستردگی که گفتیم) می دانیم. البته همانگونه که دکتر کاتوزیان تذکر می دهد ورود به حوزه اعتقادات کار مشکلی است چون باید اخبار از یک امر درونی بدهیم. بله، اگر کسی در مقاله یا کتاب خود منکر اصول و ضروریات شود، احراز این کار مشکلی نیست اما اگر در کنار وارث، ذینفع دیگری باشد و او ادعا کند که وارث کافر است، احراز این امر کار ساده ای نیست. در فقه نیز ادله شرعی ما در اثبات کفر، توأم با احتیاط است. یعنی ما در اثبات کفر انتساب نطفه به پدر و مادر کافر را شرط می دانیم (که این شخص کافر اگر بعد از بلوغ مسلمان شده و بعد کافر شود می شود مرتد

ملی) اما در انتساب اسلام، اگر یکی از پدر و مادر مسلمان بود این شخص را مسلمان می‌دانیم (که این شخص اگر بعد از بلوغ کافر شود می‌شود مرتد فطری) بنابراین به هر حال باید با رعایت جوانب احتیاط احراز شود که شخصی کافر است تا کفر او از موانع ارث محسوب شود.

کفر سبب می‌شود که شخص کافر از ارث محروم شود اما این کفر به اولادِ اولاد تسری پیدا نمی‌کند. چراکه ممکن است این شخص مسلم بوده و بعد از اسلام کافر شده لذا اولادِ او مسلم‌اند چون نطفه آن‌ها ملحق به مسلم بوده است.

وقتی می‌گوییم اسلام، یا این اسلام اصلی و مستقل است و آن به کسی اطلاق می‌شود نطفه‌اش ملحق به کافر است اما در دوره بلوغ مسلمان شده است. یا این اسلام، اسلام تبعی است یعنی نطفه او ملحق به پدر یا مادر مسلم است. (ولو پدر یا مادر بعداً کافر شوند).

در رابطه با کفر هم همین‌گونه است. کافر اصلی یا مستقل کسی است که مسلم بوده و در دوره بلوغ کافر می‌شود. و کافر تبعی کسی است که نطفه‌اش ملحق به پدر و مادر کافر است. در رابطه با کافر تبعی گفته‌اند اگر شخصی نطفه‌اش ملحق به پدر و مادر کافر باشد ولی بعد از انعقاد نطفه احد از ابویین مسلم شوند این فرزند را مسلم تبعی محسوب می‌کنند.

این‌ها همان نکاتی است که با توجه به آن‌ها می‌بینیم تشخیص اسلام را راحت و احراز کفر را سخت کرده است. احکام کفر:

- کفر خواه اصلی باشد یا تبعی این از موانع ارث است.

- اگر اسلام فرد کافر قبل از تقسیم باشد، فرد ارث می‌برد اما اگر اسلام او بعد از تقسیم ترکه باشد این اسلام نفعی ندارد.

امام فرضی را در تحریر مطرح می‌کنند و آن اینکه اگر شخصی در حین تقسیم اسلام بیاورد تکلیف چیست؟ خوب نسبت به آن قسم از مال که هنوز تقسیم نشده تردیدی نیست که ارث می‌برد اما ایشان می‌گویند نسبت به آن قسم از مال که در حال کفر فرد تقسیم شده احوط مصالحه است. برای اینجانب (استاد) معلوم نیست این مصالحه چگونه باید صورت بگیرد. چون ظاهراً این مصالحه نسبت به آن قسمت تقسیم شده است والا در مورد آن مالی که هنوز تقسیم نشده تردیدی نیست که ارث می‌برد.

- در حکم به ارتداد بلوغ و عقل و قصد و اختیار شرط است.

- اگر به فردی مسلمان می‌گویند متنها از فِرَق خاصی مثل زیدیه یا دراویش یا ... است مطابق نظر امام(ره) صدق اسلام به این‌ها می‌شود. لذا جزء ورثه خواهند بود. اما ایشان غلاۀ و خوارج و ناصبی‌ها را ملحق به کفر می‌دانند چون منکر ضروریات دین هستند.

- اما قسم دوم ماده ۸۸۱ مکرر می‌گوید مسلم از کافر ارث می‌برد و در اینجا دیگر اقریبیت و ... نداریم. بلکه اسلام مقدم است؛ لذا اگرچه ورثه دیگر که کافرنند از لحاظ درجه مقدم‌اند لیکن ارث به آن فرد مسلم می‌رسد ولو در طبقات پایین‌تر ارث باشد.

- اما اگر ورثه کافر، همه کافر باشند از او ارث می‌برند. (کافر از کافر ارث می‌برد).

- اگر فرد مرتد شود با فرض اینکه ورثه‌ی مسلم موجود نباشد ترکه‌ی او در اختیار حاکم قرار می‌گیرد. البته در اینکه اگر ورثه مسلم موجود بود و فرد مرتد شد اموال او به ورثه مسلم می‌رسد یا حاکم بحث وجود دارد ولی از آنجا که گفته شده اموال مرتد «بید الحاکم» است، به نظر می‌رسد حتی با وجود ورثه مسلم نیز باید ولاء امام را مقدم کنیم و حاکم موجب حرمان خویشاوندان مسلم خواهد شد.

[تذکر مرحوم صاحب جزوه !!! شهید در لمعه حرفی از اینکه اموال مرتد به امام می‌رسد نمی‌زند و اتفاقاً می‌گوید ورثه مسلمان ارث می‌برند: «والمرتد عن فطره لا تُقبل توبته و تُقسم ترکته و إن لم یقتل و یرثه المسلمون لا غیر و المرتد عن غیر فطره یستتاب، فإن تاب، وإلا قتل و لا یقسم ماله حتی یقتل...»]

۳. لعان

ماده ۸۸۲: «بعد از لعان، زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند و همچنین فرزندی که به سبب انکار او، لعان واقع شده، از پدر و پدر از او ارث نمی‌برد لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می‌برند.» با توجه به این ماده و نیز مباحثی که در فقه آمده روشن می‌شود که لعان به دو منظور واقع می‌شود:

یکی آنکه زن و شوهر نسبت به هم لعان واقع می‌کنند که به تعبیر دیگر قذفِ زوجه صورت می‌گیرد یعنی مرد نسبتِ زنای محصنه به همسر خود می‌دهد با فرض اینکه ادعای او مبتنی بر مشاهده است.

صورت دوم لعانِ فرزند است که موجب انکارِ رابطه‌ی ابوت نسبت به فرزندی است که بر اساس اماره‌ی فراش ما او را منتسب به زوج کرده‌ایم یعنی زوج با لعان، نفیِ فرزند می‌کند.

پس ما دو سبب برای لعان داریم: الف) لعان نسبت به زوجه ب) لعان نسبت به فرزند

آثار این دو نوع لعان خیلی در قانون مدنی روشن نیست ولی در فقه مفصلاً بحث شده است. امام در تحریر می‌فرماید: اگر لعان با شرایط کافی واقع شود چهار حکم بر آن مترتب است: یک اینکه منجر به انفساخ یا انحلال عقد نکاح می‌شود.

دوم اینکه منجر به حرمت ابدی زن و شوهر نسبت به هم می‌شود؛ خواه در قذف خواه در نفی ولد. سومین اثر لعان سقوط حد قذف از شوهر و حد زنا از زوجه است.

چهارم اینکه رابطه‌ی وراثت بین پدر و فرزند ساقط خواهد شد. (این اثر در ماده ۸۸۲ آمده است.)

در فقه گفته شده است که لعان نوع خاصی از مباحله بین زن و شوهر است که با الفاظ خاصی هم ادا می‌شود. که ما به بحث کیفیت لعان و صیغه‌هایی که باید جاری شود وارد نمی‌شویم. متنها ما لعان را فقط از حیث اینکه یکی از موانع ارث است مورد مطالعه قرار می‌دهیم و به آثار دیگر نمی‌پردازیم.

همانگونه که ماده ۸۸۲ می‌گوید با لعان، زن و شوهر از هم ارث نمی‌برند و این بدین خاطر است که دیگر رابطه‌ی زوجیت برقرار نیست.

نکته دیگر در این ماده این است که اگر لعان بواسطه‌ی نفی فرزند واقع شود، فرزند و پدر از هم ارث نمی‌برند.

اما برای اینکه لعان اثر حقوقی داشته باشد ما باید بر چند شرط تأکید کنیم:

یکی از شروط این است که اگر لعان نسبت به زوجه صورت گرفت باید مبتنی بر مشاهده باشد یعنی زوج باید مدعی مشاهده‌ی زنا باشد لذا اگر به طرق دیگری علم به دست بیاورد، لعان در قطع رابطه‌ی زوجیت آثار حقوقی ندارد.

دومین شرط در ثبوت لعان این است که اگر لعان می‌خواهد نسبت به ولد واقع بشود، لعان در صورتی دارای آثار است که زوجه، زوجه‌ی دائمی باشد. لذا در عقد نکاح منقطع فقها می‌گویند ما نیازی به لعان نداریم. امام (ره) می‌فرماید در عقد منقطع همینکه مرد نافی یا منکر رابطه‌ی ابوت شود کافی است و نیازی به جاری ساختن صیغه‌ی مخصوص لعان نیست. البته ایشان تصریح می‌کنند که در نکاح منقطع اگر اماره‌ی فراش رابطه‌ی نسب را بین فرزند و پدر تأیید کند این انکار مرد، دیگر اثری نخواهد داشت. (اما در نکاح دائم می‌بینیم که حتی اگر اماره‌ی فراش هم باشد، باز هم با لعان رابطه‌ی ابوت قطع می‌شود.)

نکته دیگر اینکه به تعبیر امام (ره) فرقی نیست که در نفی فرزند، حمل به دنیا آمده باشد یا نباشد. ما در بحث وراثت گفتیم اگر وارث حمل است باید صبر کنیم؛ اگر حاجب بود که باید صبر می‌کردیم تا متولد شود و اگر حاجب نبود و مثل بقیه ارث می‌برد، گفتیم مابقی ارثشان را می‌برند متنها به قدر دو فرزند ذکور سهم الارث او را کنار می‌گذاریم. اما در لعان چون می‌خواهیم به کل او را از عداد ورثه خارج کنیم دیگر فرقی نمی‌کند که این حمل متولد شده باشد

یا خیر. بلکه همین که لعان واقع شود رابطه‌ی وراثت قطع می‌شود و فرزند، دیگر ملحق به پدر نمی‌شود، لذا تفاوتی از این حیث که متولد شده یا نه در موضوع لعان وجود ندارد.

نکته دیگر اینکه اگر زوج قبلاً مبنی بر وجود رابطه‌ی ابوت با ولد اقراری کرده باشد، دیگر نمی‌تواند نفی فرزند کند، حتی مرحوم امام (ره) می‌فرماید اگر زوج به همسرش برای تولد فرزند، تبریک گفته باشد و بگوید: «بارک الله فی مولودک» همین اقرار بر ولد است و دیگر نمی‌تواند نفی ولد کند.

نکته دیگر اینکه لعان فقط در نزد حاکم شرع واقع می‌شود یعنی فرد اگر می‌خواهد لعان واقع کند چون نیاز به مراقبت حاکم از ترتیبات خاص و الفاظ خاص لعان است، باید نزد حاکم باشد لذا اگر مثلاً زوج در حالت عصبانیت بگوید این فرزند من نیست کفایت نمی‌کند.

آثار لعان:

گفتیم اگر لعان نسبت به زوجه واقع شود، زن و شوهر از هم ارث نمی‌برند. (ماده ۸۸۲) پس از آثار لعان این است که عقد نکاح (دائم) را منحل می‌کند. و چون در موجبات ارث گفتیم قرابت (نسب و سبب) موجب ارث است و در اینجا رابطه‌ی زوجیت که قرابت سببی است منحل شده، دیگر موجبی برای ارث وجود ندارد لذا زن و مرد از هم ارث نمی‌برند.

[عده‌ای در توجیه اینکه چرا ماده ۸۸۲ مفصلاً به بحث لعان نپرداخته می‌گویند به این دلیل است که قانون می‌خواسته در موارد مبهم ما به فتاوی و کتب فقهی رجوع کنیم اما بیشتر حقوق‌دانان می‌گویند به این خاطر مفصلاً بیان نشده که امروزه دیگر اینگونه موارد (نظیر لعان، ظهار و ایلاء) در بین مردم عرف نیست.]

لعان نسبت به فرزند هم اثر دارد و آن اینکه رابطه‌ی ابوت و بُنوت قطع می‌شود. بنابراین نه فرزند از پدر ارث می‌برد و نه پدر از فرزند.

اما از آن جا که لعان، نفی فرزند از سوی زوج است، دیگر نسبت به زوجه چنین آثاری را ندارد لذا فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری و همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می‌برند. پس اینکه می‌گوییم لعان از موانع ارث است، در نفی ولد، این مانع صرفاً مانع توارث فرزند و پدر است. لذا رابطه‌ی فرزند در لعان، با خویشان پدری هم قطع می‌شود.

قانون مدنی در ماده ۸۸۳ حکم دیگری را نیز در باب لعان مطرح می‌کند: «هرگاه پدر بعد از لعان رجوع کند پسر از او ارث می‌برد لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمی‌برند.»

پس در رجوع از لعان کلیه آثار قبلی برنمی‌گردد و رابطه‌ی فرزند با خویشان پدری و رابطه‌ی پدر با فرزند قطع می‌شود و فقط فرزند از پدر ارث می‌برد.

۴. ولادت ناشی از زنا

ماده ۸۸۴: «ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد لیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمره‌ی آن است نسبت به یکی از ابویین ثابت باشد و نسبت به دیگری به واسطه‌ی اکراه یا شبهه، زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس.»

ما قبلاً گفتیم آنچه که ما قاعدتاً در انتساب حمل شرط می‌دانیم «وجود رابطه‌ی مشروع نکاح» است. لذا اگر فرزندی ناشی از رابطه‌ی مشروع نباشد و به تعبیر حقوق دانان «فرزند طبیعی» باشد، حتی اگر بدانیم نطفه‌ی او ملحق به کدام زن و مرد است، ارث نمی‌برد چون رابطه نامشروع بوده‌است.

لذا در مواردی هم که نطفه مرد بیگانه به زن اجنبی منتقل می‌شود چون این نطفه ناشی از رابطه‌ی زوجیت مشروع نیست، فرزند ناشی از آن ارث نمی‌برد، اگرچه زنا در اینگونه موارد در آن معنای خاص تحقق نیافته‌است. لذا این فرزند از حیث موانع ارث، مثل ولد الزنا است، اما کلیه احکام ولدالزنا بر او بار نمی‌شود.

حکم ذیل ماده نیز از فقه گرفته شده است و آن اینکه اگر زنا فقط نسبت به یکی از طرفین ثابت باشد، مثلاً مرد می‌دانسته این زن، زوجه‌ی او نیست اما زن نمی‌دانسته یا مکره بوده؛ زنا نسبت به مرد ثابت است ولی نسبت به زن ثابت نیست لذا رابطه فرزند با مادر در این مثال برقرار است و بنابراین فرزند فقط از مادر و اقوام مادری ارث می‌برد و آن‌ها نیز از فرزند ارث می‌برند. اما رابطه‌ی بین فرزند و مرد قطع است و هیچ یک از دیگری ارث نمی‌برد.

در فقه گفته شده ولدالزنا اگرچه ناشی از وطی حرام است اما هر وطی حرام منجر به ولدالزنا شدن افراد نمی‌شود. مثلاً اگر زن و شوهری در روز ماه رمضان نزدیکی کنند اگرچه مرتکب وطی حرام شده‌اند اما فرزند ناشی از این عمل ولدالزنا محسوب نمی‌شود.

نکته دیگر اینکه منظور از ولادت مشروع این است که رابطه‌ی بین زوجین ناشی از نکاح صحیح باشد اگرچه مطابق موازین دین و آیین خودشان باشد. ولو موازین اسلامی رعایت نشده باشد و این فرزند ولدالزنا محسوب نمی‌شود.

* گفتار چهارم

احکام وراثت

سه دسته وراثت در سه حالت ارث می‌برند:

الف) برخی به فرض: شارع نسبت معینی را برای آن‌ها تعیین کرده است.

ب) برخی به قرابت

ج) برخی گاهی به فرض و گاه به قرابت

ماده ۸۹۳: «وراث بعضی به فرض، بعضی به قرابت و بعضی گاه به فرض و گاهی به قرابت ارث می‌برند.»

ماده ۸۹۴ اشخاصی را که به فرض و قرابت ارث می‌برند اجمالاً معرفی کرده است: «صاحبان فرض اشخاصی هستند که سهم آنان از ترکه معین است و صاحبان قرابت کسانی هستند که سهم آنان معین نیست.» یعنی چون سهم صاحبان قرابت معین نیست بنابراین اگر ما می‌خواهیم ترکه را تقسیم کنیم اول به صاحبان فرض می‌دهیم سپس به صاحبان قرابت می‌رسیم.

ماده ۸۹۷ قسم سوم را معرفی می‌کند: «اشخاصی که گاه به فرض و گاهی به قرابت ارث می‌برند عبارتند از: پدر، دختر و دخترها، خواهر و خواهرهای ابی یا ابوینی و کلاله‌ی امی.» مثلاً پدر اگر متوفی اولاد نداشته باشد به قرابت می‌برد و اگر متوفی اولاد داشته باشد، به فرض یک‌ششم ترکه را می‌برد.

الف) صاحبان فرض

ماده ۸۹۵ فروض را نام می‌برد: «سهم معینه که فرض نامیده می‌شود عبارت است از:

نصف، ربع، ثمن، دوثلث، ثلث و سدس ترکه.» یعنی یک‌دوم، یک‌چهارم، یک‌هشتم، دوسوم، یک‌سوم و یک‌ششم.

ماده ۸۹۶ صاحبان فرض را معرفی می‌کند: «اشخاصی که به فرض ارث می‌برند عبارتند از مادر و زوج و زوجه.»

* مادر:

- اگر متوفی اولاد نداشته باشد سهم مادر یک‌سوم است.

- اگر متوفی اولاد داشته باشد سهم مادر یک‌ششم است.

* زوج:

- اگر متوفی (زوجه) اولاد نداشته باشد سهم زوج یک‌دوم است.

- اگر متوفی (زوجه) اولاد داشته باشد سهم زوج یک‌چهارم است.

ماده ۹۰۰ در بند ۱ سهم زوج را در صورتی که یک‌چهارم است بیان کرده است: «... ۱. شوهر در صورت فوت زن با داشتن اولاد.» باید دقت داشت لزومی ندارد اولاد زوجه از آن خود زوج هم باشد بلکه اگر زوجه اولادی ناشی از زوج دیگر هم داشته باشد باز سهم زوج در این صورت یک‌چهارم است.

* زوجه:

- اگر متوفی (زوج) اولاد نداشته باشد سهم زوجه یک‌چهارم است.

- اگر متوفی (زوج) اولاد داشته باشد سهم زوجه یک هشتم است.

بند دو ماده ۹۰۰ می گوید: «... ۲. زوجه یا زوجه‌ها در صورت فوت شوهر بدون اولاد.» می بینیم که می گوید « زوجه یا زوجه‌ها » بنابراین اگر شوهر اولاد نداشت، سهم یک چهارم از آن همه‌ی زوجه‌هاست یعنی همه با هم یک چهارم می‌برند و یک چهارم بین آن‌ها تقسیم می‌شود. همچنین است اگر شوهر اولاد داشته باشد که در این صورت سهم یک هشتم بین همه‌ی زوجه‌ها تقسیم می‌شود.

قانون مدنی در ماده ۸۹۶ همین سه فرض بر را نام برده است اما با رجوع به مواد دیگر خواهیم دید که ما فروض دیگری هم داریم که در ماده ۸۹۶ نیامده است که در ذیل بدان‌ها اشاره می‌کنیم:

- یکی فرض خویشان امی در طبقه دوم است. (طبقه دوم: اجداد و برادر و خواهر و اولادشان) و منظور ما کلاله امی است که اگر تنها باشد یک ششم می‌برد.

ماده ۹۰۴: «فرض سه وارث سدس ترکه است: پدر و مادر و کلاله امی اگر تنها باشد.» ما فعلاً با پدر و مادر کاری نداریم چون بعداً خواهیم دید که پدر گاه به فرض می‌برد و گاه به قرابت و مادر را هم که بحث کردیم. در این ماده کلاله امی برای ما مهم است یعنی برادر و خواهر امی و اولادشان؛ که مطابق این ماده کلاله امی اگر تنها باشد یک ششم ترکه می‌برد، مثلاً یک برادر امی وجود دارد.

- مورد دیگر از صاحبان فرض کلاله امی بیش از یک نفر است که در این صورت یک سوم ترکه را می‌برد. (بند دو ماده ۹۰۳)

- فرض بر دیگر که در ماده ۸۹۶ نیامده خویشان امی طبقه سوم است یعنی احوال و اولاد آن‌ها. ماده ۹۳۵ در این باره می‌گوید: «اگر برای میت یک یا چند نفر اعمام با یک یا چند نفر احوال باشد ثلث ترکه به احوال و دو ثلث آن به اعمام تعلق می‌گیرد.»

مطابق این ماده احوال و اولادشان یک سوم می‌برد. (اعمام صاحب قرابت اند نه فرض)

ب) صاحبان قرابت

۱. فرزندان ذکور (در طبقه اول)

۲. جد و جدوی ابی هرچه بالا رود و برادران ابوی و اولاد آن‌ها هرچه پایین رود (در طبقه دوم)

۳. اعمام ابوی و ابی و امی و اولادشان هرچه پایین روند (در طبقه سوم)

ج) افرادی که گاهی به فرض و گاه به قرابت می‌برند:

ماده ۸۹۷ مواردی را بیان نموده است که هم به فرض ارث می‌برند و هم به قرابت.

* پدر متوفی:

- اگر متوفی اولاد داشته باشد: یک‌ششم به فرض می‌برد.

- اگر اولاد نداشته باشد: به قرابت می‌برد.

* دختر متوفی:

- اگر متوفی یک دختر داشته باشد: یک‌دوم به فرض می‌برد.

- اگر با فرزندان ذکور است: به قرابت می‌برد. (لذکر مثل حظ الأنثیین)

- اگر چند دختر باشند (دو یا بیشتر) در صورت نبودن اولاد ذکور دوسوم به فرض می‌برند.

- اگر چند دختر به همراه اولاد ذکور باشند: به قرابت می‌برند.

* خواهر:

الف) یک خواهر ابوینی یا ابی:

- نصف ترکه (یک‌دوم) به فرض [بند ۳ ماده ۸۹۹]

- همراه با برادر به قرابت می‌برد.

ب) دو خواهر به بالاتر:

- اگر همراه با ذکور نباشد: دوسوم به فرض

- با وجود برادر: به قرابت می‌برند.

* گفتار پنجم

فروض مختلف

سهم‌الارث‌های مختلف در فروض مختلف متعلق به افراد زیر است:

۱. فرض یک‌دوم:

- شوهر در صورت فوت زوجه با فرض نبودن اولاد (بند یک ماده ۸۹۹) سوره نساء آیه ۱۲

- دختر اگر فرزندی منحصر باشد. (بند دو ماده ۸۹۹) سوره نساء آیه ۱۱

- خواهر ابی یا ابوینی منحصر به فرد (بند سه ماده ۸۹۹) سوره نساء آیه ۸۸

۲. فرض یک‌چهارم:

- شوهر در صورت فوت همسر با وجود اولاد (هرچند اولاد از شوهر دیگر باشند) ماده ۹۰۰
- زوجه یا زوجه‌ها در صورت فوت شوهر بدون اولاد (با این تذکر که اگر زوجات متعدد بودند یک‌چهارم بین همه تقسیم می‌شود).

۳. فرض یک‌هشتم:

- فریضه‌ی زوجه یا زوجات است در صورت فوت شوهر با داشتن اولاد (ماده ۹۰۱)
۴. فرض دوسوم: (ماده ۹۰۲)

- دو دختر یا بیشتر در صورت نبودن اولاد ذکور (نساء آیه ۱۱)

- دو یا چند خواهر ابوینی یا ابی به شرط نبودن برادر (نساء آیه ۱۷۶)

۵. فرض یک‌سوم (ماده ۹۰۳)

- مادر متوفی در صورتی که میت اولاد و اخوه نداشته باشد. (نساء آیه ۱۱)

- کلاله امی در صورتی که بیش از یکی باشد یعنی برادر و خواهر امی و اولادشان (نساء آیه ۱۲)

۶. فرض یک‌ششم (ماده ۹۰۴) پدر و مادر و کلاله امی اگر واحد باشد:

- پدر متوفی در صورتی که متوفی اولاد داشته باشد. (پدر به فرض می‌برد نه به قرابت)

- کلاله امی در صورتی که واحد باشد. (نساء آیه ۱۲)

- مادر متوفی در صورتی که متوفی اولاد داشته باشد.

*** گفتار ششم**

تقسیم ماترک

بند اول

چگونگی تقسیم

چگونگی تقسیم برای ما مهم است، چراکه گاهی اوقات با حالتی روبرو می‌شویم که اضافه از سهم می‌آید. در تقسیم چند فرض مطرح است:

فرض اول: همه وراثت قرابت‌برند و فرض‌بری در میان وراثت متوفی وجود ندارد:
برای این فرض یک حالت متصور است: متوفی یک اولاد ذکور و دو اولاد اناث دارد.
مطابق «للدکر مثل حظ الأنثیین»: دوچهارم سهم پسر / یک‌چهارم سهم دختر / یک‌چهارم سهم دختر دیگر

فرض دوم:

عده‌ای فرض‌برند و عده‌ای قرابت‌بر:

برای این فرض یک حالت متصور است: متوفی زوجه و پدر و اولاد دارد:

یک‌هشتم سهم زوجه به فرض / یک‌ششم سهم پدر به فرض / الباقی را اولاد به قرابت می‌برند (هفده بیست و چهارم)
در اینگونه موارد قاعده این است که ابتدا سهم فرض‌برها را تقسیم می‌کنیم و سپس قرابت‌برها .
قانون مدنی در ماده ۹۰۹ می‌گوید: «هرگاه پدر یا مادر متوفی یا هر دو ابویین او موجود باشند با چند دختر ، فرض تمام دخترها دوثلث ترکه خواهد بود که بالسویه بین آنها تقسیم می‌شود و فرض هر یک از پدر و مادر یک‌ششم...»
می‌بینیم که در این صورت سهام در ترکه مستغرق است. (چهارششم سهم دخترها + یک‌ششم سهم پدر + یک‌ششم سهم مادر = شش‌ششم) و چیزی زیاد نمی‌آید اما ادامه ماده می‌گوید: «... و مابقی اگر باشد بین تمام ورثه ... تقسیم می‌شود...» در حالی که چیزی زیاد نمی‌آید.

[تذکر مرحوم صاحب جزوه: در صورتی که فقط مادر با چند دختر باشند یک‌ششم اضافه می‌آید و فرض ماده صحیح خواهد بود.]

فرض سوم: همه فرض‌برند . در این فرض سه حالت متصور است:

حالت اول: ماترک مساوی سهم‌الارث در بیاید مثل همان حالتی که گفتیم پدر و مادر با چند دختر :

(چهارششم سهم دخترها + یک‌ششم سهم پدر + یک‌ششم سهم مادر = شش‌ششم)

حالت دوم: ماترک نسبت به سهام ورثه زیادتر بشود؛ مثلاً جایی که یک مادر (یک‌ششم) و یک دختر (یک‌دوم) هستند: که دوششم اضافه می‌آید. در فقه اهل تسنن می‌گویند در چنین حالتی مازاد را به خویشان پدری می‌دهیم (عصبه) و به آن تعصیب می‌گویند. اما در فقه امامیه می‌گوییم مازاد به نسبت سهم بین ورثه تقسیم می‌شود.
در فرضی که فقط پدر (یک‌ششم) با یک دختر (یک‌دوم) است نیز مازاد را بین ورثه به نسبت تقسیم می‌کنیم.

حالت سوم: سهام مازاد بر ترکه باشد. (عول)

مثلاً ورثه عبارتند از: زوج (یک چهارم) + دو دختر (دوسوم) + پدر (یک ششم) و مادر (یک ششم)

که جمع سهام می شود پانزده دوازدهم!

در فقه اهل سنت می گویند نقصان را از فرائض به نسبت کسر می کنیم؛ اما مطابق فقه امامیه قانون مدنی تعیین کرده که در هر طبقه نقصان بر چه کسی وارد شود:

- ماده ۹۱۴: «اگر به واسطه ی بودن چندین نفر صاحبان فرض، ترکه ی میت کفایت نصیب تمام آنها را نکند نقص بر بنت و بنتین وارد می شود...»

بنابراین در طبقه اول نقص بر بنت و بنتین وارد می شود.

- ماده ۹۲۷: «... هرگاه به واسطه ورود زوج یا زوجه نقصی موجود گردد نقص بر کلاله ی ابوینی یا ابی وارد می شود.»

بنابراین در طبقه دوم: اگر زوج یا زوجه و کلاله ی ابوینی و ابی داشته باشیم ابتدا هریک از زوجین فرض خود را از ترکه می برد بعد کلاله ی امی یک سوم می برد و اگر نقصی وارد گردد بر کلاله ی ابوینی و ابی وارد می شود. یعنی اول فرض زوج یا زوجه را می دهیم و سپس کلاله امی را می دهیم و بقیه را بین کلاله ی ابی و ابوینی تقسیم می کنیم. که در اینجا هشت حالت را بر شمرده اند که فعلاً وارد آن نمی شویم.

- ماده ۹۳۸: «... اگر نقصی هم باشد بر متفرین به پدر وارد می شود.»

بنابراین در طبقه سوم: در صورت نقص در ترکه نقص را بر متفرین به پدر وارد می کنیم. یعنی در فرضی که زوج یا زوجه اگر همراه احوال و اعمام بودند، ابتدا سهم زوج (یک دوم) یا زوجه (یک چهارم) را می دهیم بعد سهم احوال و حالات را می دهیم و باقی ترکه مال متفر به پدر است، پس نقص به متفر به پدر وارد می شود.

نکته: ذیل ماده ۹۳۸ اصلاً مصداق پیدا نمی کند و می توان گفت از اشتباهات قانون مدنی است. در طبقه دوم و سوم عملاً اقوام مادری را مقدم بر پدری می کنیم.

بند دوم

حَجَب

ماده ۸۸۶: «حجب حالت وارثی است که به واسطه‌ی بودن وارث دیگر از بردن ارث کلاً یا جزئاً محروم می‌شود.»
پس حجب دو حالت است:

۱. وارث اصلاً نمی‌تواند ارث ببرد. (حجب حرمانی)

ماده ۸۸۷: «حجب بر دو قسم است:

قسم اول آن است که وارث از اصل ارث محروم می‌گردد مثل برادرزاده که به واسطه‌ی بودن برادر یا خواهر متوفی، از ارث محروم می‌شود یا برادر ابی که با بودن برادر ابوینی از ارث محروم می‌شود...» (حجب حرمانی)
قاعده‌ای که خود قانون در مورد حجب حرمانی وضع کرده در ماده ۸۸۸ آمده است: «ضابطه حجب از اصل ارث، رعایت اقریبیت به میت است بنابراین هر طبقه از وراثت طبقه بعد را از ارث محروم می‌نماید مگر در مورد ماده ۹۳۶ [«... در صورت انحصار وارث به یک پسر عمومی ابوینی با یک عمومی ابی... پسر عمو، عمو را از ارث محروم می‌کند...»] و موردی که وارث دورتر بتواند به سمت قائم مقامی ارث ببرد که در این صورت هر دو ارث می‌برند.»
بنابراین قاعده‌ی اقریبیت ملاک حجب حرمانی است لذا هر طبقه حاجب طبقه بعد و در هر طبقه درجه مقدم حاجب درجات بعدی است. مگر در دو موردی که استثنا کرده است.

ماده ۸۹۱: «وراث ذیل حاجب از ارث ندارند:

پدر - مادر - پسر - دختر - زوج و زوجه» یعنی اینها در هیچ حال محروم از ارث نمی‌شوند. بنابراین در حجب حرمانی اگر اولاد باشند هیچگاه حاجب پدر و مادر نیستند و پدر و مادر نیز حاجب اولاد نیستند. اما از طرف دیگر پدر و مادر حاجب جد و جده هستند چون جد و جده در طبقه‌ی دوم‌اند.

۲. سهم وارث کاهش پیدا می‌کند. (حجب نقصانی)

ادامه ماده ۸۸۷ «... قسم دوم آن است که فرض وارث از حد اعلی به حد ادنی نازل می‌گردد مثل تنزل حصه‌ی شوهر از نصف به ربع در صورتی که برای زوجه اولاد باشد و همچنین تنزل حصه‌ی زن از ربع به ثمن در صورتی که برای زوج اولاد باشد.»

ما در شش حالت برای وراثت قائل به حجب نقصانی هستیم:

۱. زوج: وجود اولاد برای متوفی (زوجه) موجب کاهش سهم زوج از یک‌دوم به یک‌چهارم می‌شود.
۲. زوجه: وجود اولاد برای متوفی (زوج) موجب کاهش سهم زوجه از یک‌چهارم به یک‌هشتم می‌شود.
۳. پدر: گفتیم اگر متوفی اولاد نداشت، ابتدا سهم فرض برها را می‌دهیم و سپس پدر به قرابت مابقی ترکه را می‌برد اما اگر متوفی اولاد داشت سهم پدر از قرابت‌بری به یک‌ششم تقلیل پیدا می‌کند.

۴. مادر: اگر متوفی اولاد نداشته سهم الارث مادر یک سوم است؛ اما اگر متوفی اولاد داشته سهم الارث مادر یک ششم خواهد بود. برای مادر یک حالت دیگر نیز متصور است: اگر همراه مادر، برای میت چند برادر و خواهر باشند و میت اولاد نداشته باشد اگر این برادر و خواهرها شرایط ذیل ماده ۸۹۲ را داشته باشند سهم مادر را از یک سوم به یک ششم تقلیل می دهند.

ذیل ماده ۸۹۲: «... ب) وقتی که برای میت چند برادر یا خواهر باشد در این صورت مادر میت از بردن بیش از یک سدس محروم می شود مشروط بر اینکه:

اولاً- لااقل دو برادر یا یک برادر با دو خواهر یا چهار خواهر باشند.

ثانیاً- پدر آنها زنده باشد.

ثالثاً- از ارث ممنوع نباشد مگر به سبب قتل [یعنی اگر برادر و خواهر به سبب قتل ممنوع بودند در این صورت هم حاجب مادر هستند].

رابعاً- ابوینی یا ابی تنها باشند.»

۵. دختر: اگر دختر منحصر باشد یک دوم است؛ اما اگر دختر بیش از یک نفر باشند به دوسوم تقلیل پیدا می یابد. به عبارت دیگر وجود دختر اضافه حاجب نقصانی یک دختر خواهد بود.

۶. خویشان ابی یا ابوینی که همراه دختر باشند. [به این مورد در بحث های آتی خواهیم پرداخت].

بند سوم

ترتبات تقسیم سهم الارث

الف - طبقه اول:

مصادیق متصور برای تقسیم:

* پدر و مادر متوفی بدون اولاد (ماده ۹۰۶):

✓ فقط پدر زنده باشد: کل ماترک را به قرابت می برد.

✓ فقط مادر زنده باشد: یک سوم به فرض و مابقی را به قرابت می برد.

✓ پدر و مادر هر دو زنده باشند:

- اگر مادر حاجب نداشته: مادر: یک سوم به فرض / پدر: دوسوم به قرابت

- اگر مادر حاجب داشته: مادر: یک ششم به فرض / پدر: مابقی را به قرابت می برد.

* اولاد متوفی بدون پدر و مادر (ماده ۹۰۷):

- ✓ یک پسر: تمام ترکه را به قرابت می‌برد.
- ✓ دو یا چند پسر: کل ماترک را به قرابت به تساوی می‌برند.
- ✓ یک دختر: یک‌دوم به فرض و مابقی را به قرابت می‌برد.
- ✓ دو یا چند دختر: دوسوم به فرض و مابقی را به قرابت می‌برند.
- ✓ یک پسر و یک دختر: کل ماترک را با رعایت «للذکر مثل حظ الأنثیین» به قرابت می‌برند.
- ✓ چند پسر و چند دختر: کل ماترک را با رعایت «للذکر مثل حظ الأنثیین» به قرابت می‌برند.
- ✓ اولاد اولاد: سهم پدر یا مادر خود را به قائم مقامی می‌برند.

* تلفیق ابویین با اولاد

✓ پدر یا مادر + یک دختر:

سهم پدر یا مادر یک ششم و سهم دختر یک‌دوم = چهارششم

بنابراین دوششم اضافه می‌آید. از آن جا که سهم دختر سه برابر پدر یا مادر است در نتیجه نسبت سه سهم از آن دختر و نسبت یک سهم از آن پدر یا مادر است. لذا اگر کل سهم چهار است، سه‌چهارم از مابقی را دختر و یک‌چهارم از آن را پدر یا مادر به قرابت می‌برند.

سه‌چهارم از مازاد به قرابت + یک‌دوم به فرض = سهم نهایی دختر

یک‌چهارم از مازاد به قرابت + یک‌ششم به فرض = سهم نهایی پدر یا مادر

✓ پدر و مادر + یک دختر:

سهم پدر یک‌ششم + سهم مادر یک‌ششم + سهم دختر یک‌دوم = پنج‌ششم

بنابراین یک‌ششم اضافه می‌آید. خوب چون سهم دختر سه برابر سهم پدر و مادر است. در نتیجه نسبت سه سهم مال دختر + نسبت یک سهم پدر + نسبت یک سهم مادر؛ لذا اگر کل سهم پنج است، سه‌پنجم از مازاد ترکه سهم دختر، یک‌پنجم از آن سهم مادر و یک‌پنجم سهم پدر است که به قرابت می‌برند.

✓ پدر و مادر + چند دختر:

سهم پدر یک‌ششم + سهم مادر یک‌ششم + سهم چند دختر دوسوم = شش‌ششم

✓ پدر و مادر + اولاد ذکور:

سهم پدر یا مادر یک‌ششم و مابقی اولاد ذکور به قرابت

✓ پدر و مادر + اولاد ذکور و اناث:

سهم پدر یا مادر یک‌ششم و مابقی اولاد به قرابت با رعایت «للذکر مثل حظ الأنثیین»

مصادیق عول در طبقه اول

پیش از این گفته‌ایم که نقص در طبقه اول بر بنت و بتین وارد می‌شود که دو حالت می‌توان برشمرد:

۱. پدر یک‌ششم + مادر یک‌ششم + زوج یک‌چهارم + یک دختر یک‌دوم = سیزده‌دوازدهم

بنابر قاعده‌ای که گفتیم نقص بر بنت وارد می‌شود. در اینجا ما ابتدا سهم پدر و مادر و زوج را می‌دهیم و مابقی از آن دختر خواهد بود.

۲. پدر یک‌ششم + مادر یک‌ششم + زوج یک‌چهارم + دو یا چند دختر دوسوم = پانزده‌دوازدهم

در اینجا نیز ابتدا سهم پدر و مادر زوج را می‌دهیم و مابقی از آن دو یا چند دختر خواهد بود. یعنی نقص بر ایشان وارد می‌شود.

ماده ۹۱۳: «در تمام صور مذکور در این مبحث هر یک از زوجین که زنده باشد فرض خود را می‌برد و این فرض عبارت است از نصف ترکه برای زوج و ربع آن برای زوجه در صورتی که میت اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد و از ربع ترکه برای زوج و ثمن آن برای زوجه در صورتی که میت اولاد یا اولاد اولاد داشته باشد و مابقی ترکه بر طبق مقررات مواد قبل ما بین سایر وراثت تقسیم می‌شود.»

ماده ۹۱۴: «اگر به واسطه‌ی بودن چندین نفر صاحبان فرض، ترکه‌ی میت کفایت نصیب تمام آن‌ها را نکند نقص بر بنت و بتین وارد می‌شود و اگر پس از موضوع کردن نصیب صاحبان فرض، زیادتى باشد و وارثی نباشد که زیاده را به عنوان قرابت ببرد این زیاده بین صاحبان فرض بر طبق مقررات مواد فوق تقسیم می‌شود لکن زوج و زوجه مطلقاً و مادر اگر حاجب داشته باشد از زیاده‌ی چیزی نمی‌برد.»

ب - طبقه دوم:

طبقه دوم شامل این افراد است: اجداد هرچه بالا روند و اخوه و اولادشان در صورت نبود اخوه

- اجداد یا ابی هستند (پدر و مادر پدر) یا امی (پدر و مادر مادر)

- اخوه یا ابوینی هستند یا ابی یا امی

- اخوه ابوینی مانع از ارث بردن اخوهی ابی هستند. اما با اخوهی امی قابل جمع است: ماده ۹۱۸: «اگر میت اخوهی ابوینی داشته باشد اخوهی ابی ارث نمی‌برند. در صورت نبودن اخوهی ابوینی اخوهی ابی حصه‌ی ارث آن‌ها را می‌برند.» مطابق ذیل ماده اولاً اخوهی ابی سهم الارث اخوهی ابوینی را در صورت نبودن آن‌ها می‌برد یعنی سهم الارث آن‌ها یکی است. ثانیاً اخوهی امی هیچ‌گاه حاجب ندارد و با هر دو آن‌ها جمع می‌شود و در هر حال سهم خود را خواهد برد.

- در اخوهی امی اگر ذکور و اناث باشند، سهم الارث به «تساوی» بین آن‌ها تقسیم می‌شود. اما در اخوهی ابوینی و ابی، ذکور دو برابر اناث ارث می‌برند. در مورد اجداد هم همین‌گونه است (ماده ۹۲۳)

- مصادیق متصور برای تقسیم:

* انحصار اجداد (یعنی بدون اخوه)

✓ جد یا جدوی تنها: چه امی چه ابی باشد کل ترکه را خواهد برد.

✓ جد و جدوی با هم:

الف) اگر جد و جدوی ابی باشند کل ترکه را با رعایت ذکور دو برابر اناث می‌برند. اگر امی باشند کل ترکه به تساوی بین ذکور و اناث تقسیم می‌شود.

البته قاعده این است که خویشان امی یک‌سوم به فرض می‌برند که در فرض بالا نتیجه همان خواهد شد که کل ترکه را می‌برند.

ب) اگر جد و جدوی ابی با جد و جدوی امی جمع شوند یک‌سوم ترکه به جد و جدوی امی می‌رسد که به تساوی تقسیم می‌شود و دوسوم سهم اجداد ابی است که به قاعدهی ذکور دو برابر اناث تقسیم می‌شود. (ماده ۹۲۳)

- زوج یا زوجه نیز با اجداد جمع می‌شوند و چون در فرض ما اولاد وجود ندارد (چون بحث ما در طبقه دوم است) نصیب اعلی می‌برند یعنی زوج یک‌دوم، زوجه یک‌چهارم، اجداد امی یک‌سوم، اجداد ابی مابقی؛ یعنی اگر هم نقصی وارد شود بر خویشان ابی وارد می‌شود.

[نکته: اینکه ذیل ماده ۹۲۷ قاعده می دهد که «هرگاه بواسطه‌ی ورود زوج یا زوجه نقصی موجود گردد بر کلاله‌ی ابوینی ... وارد می شود.» تعبیر دقیقی نیست چراکه اساساً جایی که اجداد ابی نیستند نقصی وارد نمی شود و اگر هم باشند همیشه مابقی را به قرابت می برند و نمی توان گفت نقص وارد شده است.]

- سهم پدر و مادر جد و جده ، همان سهم جد و جده است که به قائم مقامی می برند.

* انحصار اخوه(یعنی بدون اجداد): ماده ۹۲۲ و ۹۱۷

- ✓ سهم کلاله امی اگر منفرد باشد یک ششم است و اگر اخوه‌ی ابی نباشند مابقی ترکه را به رد می برد.
 - ✓ برادر و خواهر امی با هم یک سوم سهم دارند که «بالسویه» بین ذکور و اناث تقسیم می شود و اگر اخوه‌ی ابی نباشد مابقی را به رد می برد که باز بالسویه بین آنها تقسیم می شود.
 - ✓ اگر یک یا چند برادر ابوینی یا ابی باشد کل ترکه را به قرابت می برد. (در صورت بودن ابوینی به ابی نمی دهیم.)
 - ✓ اگر یک خواهر ابوینی یا ابی باشد یک دوم به فرض و مابقی را به رد می برد.
 - ✓ اگر چند خواهر ابوینی یا ابی باشند دو سوم به فرض و مابقی را به رد می برند که بالسویه بین آنها تقسیم می شوند.
 - ✓ اگر برادر و خواهر ابوینی منحصراً جزء وراثت کل ترکه به قاعده‌ی ذکور دو برابر اناث
 - ✓ اگر چند برادر و خواهر ابوینی با برادر و خواهر امی جمع شوند سهم امی اگر واحد باشد یک ششم و اگر متعدد باشد یک سوم (که به تساوی بین آنها تقسیم می شود) و مابقی به برادر و خواهر ابوینی می رسد. یعنی دو سوم به قاعده‌ی ذکور دو برابر اناث
 - ✓ یک خواهر ابوینی + یک برادر یا یک خواهر امی : یک دوم خواهر ابوینی و یک ششم امی و بقیه به نسبت سهام
 - ✓ اگر زوج با اخوه‌ی ابوینی یا ابی و چند اخوه‌ی امی جمع شود، یک دوم سهم زوج، یک سوم اخوه‌ی امی و مابقی سهم ابوینی یا ابی است که به قاعده‌ی ذکور دو برابر اناث بین تقسیم می شود. اگر زوجه با ایشان جمع شود سهم زوجه یک چهارم است و بقیه به همان ترتیب خواهد بود.
- نکته : در تمام فروض فوق اگر اخوه نباشند اولادشان به قائم مقامی می برند.

ماده ۹۲۵: «در تمام صور مذکوره در موارد فوق اگر برای میت نه برادر باشد و نه خواهر، اولاد اخوه قائم مقام آنها شده و با اجداد ارث می‌برند. در این صورت تقسیم ارث نسبت به اولاد اخوه بر حسب نسل به عمل می‌آید یعنی هر نسل حصه‌ی کسی را می‌برد که بواسطه‌ی او به میت می‌رسد...»

*تلفیق اخوه و اجداد:

- ✓ جد امی + خواهر امی: یک‌سوم به فرض می‌برند و مابقی به رد. به عبارت دیگر کل ترکه را می‌برند که چون امی هستند به تساوی تقسیم می‌شود.
- ✓ جد و جدوی امی + برادر و خواهر امی: کل ترکه را به تساوی می‌برند.
- ✓ جد ابی + خواهر ابوینی: کل ترکه به قاعده‌ی ذکور دو برابر اناث
- ✓ جد و جدوی ابی + برادر و خواهر ابوینی یا ابی: کل ترکه به قاعده‌ی ذکور دو برابر اناث
- ✓ جد و جدوی امی + جد و جدوی ابی + خواهر ابوینی یا ابی: یک‌سوم سهم امی به تساوی؛ مابقی به ابوینی می‌رسد.
- ✓ جد و جدوی امی + جد و جدوی ابی + برادر و خواهر ابوینی یا ابی: یک‌سوم سهم امی به تساوی؛ مابقی به ابوینی
- ✓ جد و جدوی امی + برادر و خواهر امی + یک یا چند خواهر ابوینی یا ابی: یک‌سوم به امی و اگر یک خواهر ابوینی است یک‌دوم به او می‌رسد و مابقی به نسبت سهام به آنها می‌رسد. اما اگر چند خواهر ابوینی است دوسوم به آنها می‌رسد که در این صورت مازاد نداریم.
- ✓ اگر زوج یا زوجه به فرض اخیر وارد شود نقص ترکه پیدا می‌شود لذا ابتدا زوج یا زوجه سهم خود را می‌برند سپس خویشان امی و سپس هرچه ماند بین ابی یا ابوینی تقسیم می‌شود. یعنی در طبقه دوم نقص بر خویشان ابوینی یا ابی وارد می‌شود.

ج - طبقه سوم:

طبقه سوم عبارتند از اعمام و احوال و اولادشان (عمو و عمه و دایی و خاله) افراد طبقه سوم همگی در خط اطراف هستند و لذا درجه‌ای نیست تا در داخل طبقه مانع شود اما قاعده‌ی اقربیت همچنان جاری است. ماده ۹۲۸: «هرگاه برای میت وراثت طبقه دوم نباشد ترکه‌ی او به وراثت طبقه‌ی سوم می‌رسد.»

قانون مدنی غیر از افراد مذکور در طبقه سوم (اعمام و احوال و اولادشان) دیگر مصداقی ذکر نمی‌کند اما در فقه گفته شده است که اگر برای متوفی اعمام و احوال و اولادشان موجود نبود ولی اعمام و احوال پدر و مادر متوفی زنده بودند ترکه به آن‌ها می‌رسد. همچنین اگر اعمام و احوال پدر و مادر موجود نبودند اما اعمام و احوال جد و جده موجود بودند باز ترکه به آن‌ها می‌رسد.

در طبقه سوم نیز همان قاعده جاری است که اگر ابوینی موجودند مانع ابی هستند اما امی‌ها در هر حال سهم خود را می‌برند.

مصداقی متصور برای تقسیم:

* انحصار اعمام (یعنی بدون احوال):

✓ یک عمو یا یک عمه: تمام ترکه را به قرابت می‌برند.

✓ «چند عمو و عمه ابوینی یا ابی» یا «چند عمو و عمه امی»: کل ترکه؛ منتها در بین ابوینی به قاعده ذکور دو برابر اناث ولی در بین امی به تساوی تقسیم می‌شود.

نکته: منظور از عموی امی برادرِ مادریِ پدرِ متوفی است.

✓ چند عمو و عمه ابوینی یا ابی + عمو و عمه امی: یک سوم سهم امی و مابقی به قرابت به ابوینی یا ابی می‌رسد. به قاعده ذکور دو برابر اناث

استثناء: تقدم پسر عموی ابوینی بر عموی ابی (ماده ۹۳۶)

در فقه یک احتمال ضعیفی هست که اگر چند پسر عموی ابوینی با چند عموی ابی جمع شوند باز پسر عمو مقدم است اما در قانون مدنی تصریح کرده که «یک» پسر عموی ابوینی با یک عموی ابی - زوج و زوجه در صورت جمع با فروض فوق سهم خود را می‌برند یعنی یک دوم یا یک چهارم برای زوج و زوجه، اما یک سوم یا یک ششم برای خویشان امی و مابقی بین ابوینی یا ابی تقسیم می‌شود.

* انحصار احوال (یعنی بدون اعمام):

✓ یک دایی یا یک خاله (چه ابی چه امی چه ابوینی): کل ماترک

✓ «چند دایی و خاله ابوینی یا ابی» یا «چند دایی و خاله امی»: کل ماترک به تساوی چون در هر حال خویشان امی هستند.

✓ چند دایی و خاله ابوینی یا ابی + چند دایی و خاله امی: یک ششم در صورت انفراد و یک سوم در صورت تعدد سهم امی‌ها و مابقی به ابوینی یا ابی می‌رسد. و چون متناسب به مادرند همه به تساوی می‌برند.

- فرزندان اعمام و احوال به قائم مقامی آن‌ها در صورت نبودشان ارث می‌برند.

* تلفیق اعمام و احوال:

✓ در این فرض نیز همان قواعد پیشین جاری است یعنی ابتدا سهم امی‌ها را می‌دهیم سپس به ابوینی یا ابی می‌دهیم.

مثلاً: اعمام و احوال امی + اعمام و احوال ابی یا ابوینی + زوج یا زوجه

که اول سهم زوج یا زوجه را می‌دهیم. دوم سهم خویشان امی و سوم سهم مابقی یعنی خویشان ابی یا ابوینی.

* گفتار هفتم

سهم‌الارث خنثی

ماده ۹۳۹: «در تمام موارد مذکوره در این مبحث و در مبحث قبل اگر وارث خنثی بوده و از جمله وراثی باشد که ذکور آن‌ها دو برابر انث می‌برند سهم‌الارث او به طریق ذیل معین می‌گردد:

اگر علائم رجولیت غالب باشد سهم‌الارث یک پسر از طبقه خود و اگر علائم انائیت غلبه داشته باشد سهم‌الارث یک دختر از طبقه خود را می‌برد و اگر هیچ یک از علائم غالب نباشد نصف مجموع سهم‌الارث یک پسر و یک دختر از طبقه خود را خواهد برد.»

صدر ماده حکم خنثای آشکار یا ظاهر را بیان می‌کند و ذیل ماده حکم خنثای مشکل را بیان کرده است. البته در فقه در مورد خنثای مشکل اقوال متفاوتی است مثلاً عده‌ای قائل به قرعه هستند اما قانون مدنی این نظر را نپذیرفته است.

امام (ره) در تحریر می‌فرمایند اگر به لحاظ عرف نتوان خنثای مشکل را تشخیص داد ولی پزشک بتواند با آزمایش تشخیص دهد، این اماره را مقدم می‌کنیم. با این حساب به نظر می‌رسد ذیل ماده فوق در صورت وجود اماره پزشکی مجری نخواهد بود.

* گفتار هشتم

میراث زوجین

مراد از زوجیت رابطه ناشی از نکاح «دائم» است پس در نکاح منقطع زوج یا زوجه ارث نمی‌برند. (ماده ۹۴۰) البته در مورد این فرض که آیا می‌توان در نکاح منقطع شرط ارث قائل شد یا خیر برخی فقهای ما این شرط را صحیح دانسته‌اند. ولی نظر مشهور خلاف این است و ماده ۹۴۰ هم زوجیت دائمی را شرط توارث زوجین می‌داند.

- در سهم مورد زوجین همانطور که قبلاً گفته‌ایم به این ترتیب است:

* زوج: - در صورت نبود اولاد: یک‌دوم - در صورت وجود اولاد: یک‌چهارم

* زوجه: - در صورت نبود اولاد: یک‌چهارم - در صورت وجود اولاد: یک‌هشتم

- در فرض تعدد زوجات سهم یک‌چهارم یا یک‌هشتم بین همه زوجات بالسویه تقسیم می‌شود. (ماده ۹۴۲)

- اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند؛ عده‌ای گفته‌اند ما باید این نکاح را در هر حال مؤثر بدانیم چراکه مرد چون می‌دانسته در حال موت است از عمد خواسته این زن را داخل ورثه کند. اما ماده ۹۴۵ تصریح می‌کند: «اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد زن از او ارث نمی‌برد...» بنابراین مدخوله بودن زن، نشان از جدیت مرد در نکاح داشته لذا زن در صورت دخول از او ارث می‌برد: «... لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد زن از او ارث می‌برد.»

- ماده ۹۴۴ نیز حکمی مشابه اما در حالت عکس دارد: «اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و در ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد زوجه از او ارث می‌برد اگرچه طلاق بائن باشد مشروط بر اینکه زن شوهر نکرده باشد.»

- ماده ۹۴۳: «اگر شوهر زن خود را به طلاق رجعی مطلقه کند هر یک از آنها که قبل از انقضاء عده بمیرد دیگری از او ارث می‌برد لیکن اگر فوت یکی از آنها بعد از انقضاء عده بوده و یا طلاق بائن باشد از یکدیگر ارث نمی‌برند.»

- زوجه از چه اموالی ارث می‌برد؟

قبلاً در ماده ۹۴۶ به تبع از فقهای متقدم آمده بود: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد لیکن زوجه از اموال ذیل:

۱. از اموال منقول از هر قبیل که باشد.

۲. از ابنیه و اشجار»

پس زوجه از عرصه ارث نمی‌برد و ماده ۹۴۷ هم در مورد اعیان می‌گفت: «زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می‌برد و نه از عین آنها...» یعنی نمی‌توانست به عنوان ورثه درخواست افراز کند بلکه می‌توانست درخواست فروش کند تا سهمش را بدهند. در توجیه این حکم هم گفته می‌شد چون ابنیه و اشجار ابزار تولید است باید به مرد برسد و زن را محروم کرد چون این مرد است که کار و تولید می‌کند.

اما این ماده در تاریخ ۸۷/۱۱/۶ اصلاح شد؛ اولاً ماده ۹۴۷ حذف شد و ماده ۹۴۶ جدید هم می‌گوید: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزندان بودن یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت

اموال غیر منقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد و در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک‌چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق است.»

ماده ۹۴۸ نیز بدین صورت اصلاح شده است: «هرگاه ورثه از اداء قیمت امتناع کنند زن می‌تواند حق خود را از عین اموال استیفاء کند.»

نکته: قبلاً گفتیم که هرگاه ماترک زیاد بیاید زوج جزء قرابت‌برها نخواهد بود اما ماده ۹۴۹ یک فرض را مطرح می‌کند: «در صورت نبودن هیچ وارث دیگر به غیر از زوج یا زوجه، شوهر تمام ترکه‌ی زن متوفای خود را می‌برد لیکن زن فقط نصیب خود را و بقیه‌ی ترکه شوهر در حکم مال اشخاص بلاوارث و تابع ماده ۸۶۶ خواهد بود.» به این نکته هم از باب تأکید مجدداً اشاره می‌کنیم که منظور از اولاد [در فروضی که می‌گوییم آیا برای زوج یا زوجه اولادی هست یا خیر تا سهم‌الارث آن‌ها را مشخص کنیم] اولاد حیّ است پس اگر اولادی بوده‌اند که فوت کرده‌اند زوج یا زوجه نصیب اعلی از سهم خود را می‌برند.

*** گفتار نهم**

حبوه

ماده ۹۱۵: «انگشتی که میت معمولاً استعمال می‌کرده و همچنین قرآن و رخت‌های شخصی و شمشیر او به پسر بزرگ او می‌رسد بدون اینکه از حصه او از این حیث چیزی کسر شود مشروط بر اینکه ترکه‌ی میت منحصر به این اموال نباشد.»

این ماده مصادیق حبوه را بر می‌شمرد. حکم این ماده در واقع استثنایی است بر قواعدی که تا به حال مرور کردیم. اگرچه قانون مدنی با بیان مصداق، حکم را بیان کرده ولی در فقه، این مقوله اول حکم است سپس به ذکر مصادیق می‌پردازد.

ظاهراً دلیل این حکم مستنداتی است که از روایات وجود دارد. منتها گفته شده این عرفی بوده که مرسوم بین اعراب بوده و از احکام امضایی است.

در رابطه با حبوه ذکر چند نکته لازم است:

- حبوه از آن اولاد ذکور است، آن هم بزرگترین اولاد ذکور؛ بنابراین اگر اولاد ذکور نداشت به مادر یا زوجه یا دختران نمی‌رسد.

- اگر چند فرزند ذکور همسن باشند مثلاً دوقلو هستند، در این صورت اگر عرفاً بتوان فرزند بزرگ را تشخیص داد (مثلاً می‌دانیم کدام یک چند دقیقه زودتر متولد شده است) حبه از آن اوست اما اگر نتوان فرزند بزرگتر را تشخیص داد چند نظر برای اعطای حبه وجود دارد:

در فقه عده‌ای گفته‌اند به تساوی بین آن‌ها تقسیم می‌شود و عده‌ای هم گفته‌اند قرعه می‌اندازیم. اما در بین حقوق‌دانان بیشتر نظر بر این است که اگر نتوان اولاد بزرگتر را تشخیص داد چون مصداق اولاد ذکور بزرگتر نداریم اساساً احکام حبه ساقط است که نظر مشهور هم در فقه همین است.

- اعطای حبه به اولاد مستقیم و بلافصل میت است بنابراین در صورت فوت فرزند ذکور بزرگتر، حبه به نوه داده نمی‌شود.

- در فقه گفته شده فرزند ذکور بزرگتر باید شیعه دوازده امامی باشد تا حبه به او تعلق بگیرد.

ماده ۹۱۵ چهار مصداق برای حبه بر شمرده است:

۱. انگشتی میت که معمولاً استعمال می‌کرده است.

- در روایات عنوان خاتم به کار رفته یعنی آن چیزی که به دست می‌کنند، پس اگر متوفی نگینی سفارش داده تا برایش درست کنند ولی هنوز رکاب یا حلقه‌ی آن را درست نکرده این نگین صدق انگشتی نمی‌کند.

- تفاوتی ندارد که این انگشتی گران‌قیمت باشد یا نه و ... بلکه مهم این است که انگشتی شخصی میت بوده که معمولاً استعمال می‌کرده است.

- اگر میت انگشتی را کنار گذاشته تا استعمال کند ولی فرصت استفاده پیدا نکرده باز جزء حبه صدق می‌کند.

- اما اگر میت مجموعه‌ای از انگشترها را نگهداری می‌کرده همه این انگشترها به عنوان حبه به اولاد ذکور بزرگتر نمی‌رسد بلکه فقط همان‌ها که میت استعمال می‌کرده مراد است؛ اگرچه چند انگشتر باشد.

دکتر امامی در کتاب خود می‌گوید ما باید فقط یک انگشتر به پسر ارث بدهیم خواه ورثه آن را انتخاب کنند خواه به قرعه مشخص شود، اما این نظر پذیرفته نیست؛ نه در فقه و نه در میان سایر حقوق‌دانان.

۲. قرآن

- مراد قرآنی است که شخص استفاده می‌کرده است یا برای تبرک کنار گذاشته و به هر حال منظور قرآن شخصی فرد است ولو نسخه‌ی خطی یا گران‌قیمتی باشد.

- اگر قرآن‌ها متعدد بود به عرف رجوع می‌کنیم و اگر همه‌ی آن‌ها عرفاً قرآن شخصی و مورد استفاده بوده مصداق حبه خواهد بود.

۳. رخت‌های شخصی

- منظور از رخت شخصی هر نوع لباس اعم از زیر و رو و ... است که متعلق به میت بوده؛ فرقی هم نمی‌کند فرد ماهی یک بار آن‌ها را می‌پوشیده یا نه و ... اگر اطلاق لباس شخصی به آن بشود کافی است.
- اگر لباسی برای متوفی دوخته شده ولی متوفی فرصت استفاده پیدا نکرده این هم مصداق حبوه است.
- اگر پارچه‌ای خریده بوده که بعداً با آن لباس بدوزد، جزء حبوه محسوب نمی‌شود اما اگر این پارچه بُرش خورده ولی دوخته نشده اکثراً می‌گویند جزء حبوه است.
- اگر شخص لباس‌های رسمی داشته که مثلاً فقط در مراسمات رسمی می‌پوشیده و مدال نصب می‌کرده و شمشیر می‌بسته و ... این متعلقات (مدال، شمشیر و ...) جزء حبوه نخواهد بود.

۴. شمشیر

- این مورد نیز مبتنی بر سنن اعراب است که امروزه دیگر مصداق ندارد و منظور از آن سلاح شخصی بوده که همیشه همراه پدر بوده اما امروزه اگر می‌بینیم شمشیری را برای تزئین به دیوار نصب کرده‌اند این جزء حبوه نخواهد بود.
 - غلاف شمشیر هم با شمشیر همراه است و جزء حبوه است.
 - اگر شمشیر مربوط به اجداد بوده و در خاندان دست به دست می‌گشته، اما پدر استفاده نمی‌کرده بعد از مرگ پدر باز جزء حبوه خواهد بود.
 - ابزارآلات دیگر مثل رزه و کلاه‌خود و تفنگ و ... جزء حبوه نیست چون در حکم استثنا به مورد نص اکتفا می‌شود.
- همه این‌ها که گفتیم منوط به دو شرط است:
- الف) حبوه جزء سهم الارث محسوب نمی‌شود: «... بدون اینکه از حصه‌ی او چیزی کسر شود...» بلکه به پسر ارشد به عنوان عطیه تعلق می‌گیرد. لذا گفته‌اند حبوه جزء ارث نیست بلکه یک حکم استثنایی است ذیل احکام ارث، بنابراین قبل از تقسیم ترکه می‌توان حبوه را به پسر ارشد داد.
 - ب) «... ترکه‌ی میت منحصر به این اموال نباشد...»؛ بنابراین اگر میت چیزی جزء همین موارد (انگشتر و قرآن و ...) نداشته باشد، دیگر حکم این ماده جاری نمی‌شود و به پسر ارشد چیزی نمی‌دهیم بلکه جزء ماترک محسوب شده و بین همه‌ی وراثت تقسیم می‌شود.

اگر متوفی غیر از حبوه اموالی داشته باشد اما آن اموال ناچیز باشد دو حالت متصور است:

گاهی مال کم است اما همان مال کم به ورثه می‌رسد یعنی با وجود جدا کردن حبوه چیزی هست که به ورثه برسد. اما گاهی این مال ناچیز است و چیزی به ورثه نمی‌رسد؛ مثلاً متوفی دیون زیادی دارد، خوب اگر قرار باشد حبوه را به پسر ارشد بدهیم و دیون را هم از مابقی بدهیم چیزی باقی نمی‌ماند، لذا گفته‌اند در این حالت باید قسمتی از حبوه را بفروشیم و دیون متوفی را بدهیم و پس از آن اگر چیزی ماند جزء ماترک است نه حبوه و بین ورثه تقسیم می‌شود.

بنابراین حبوه پس از ادای دیون و واجبات مالی و عمل به وصیت و ... است. آن‌گاه اگر متوفی علاوه بر حبوه ماترک اضافه داشت حبوه به پسر ارشد می‌رسد.

پایان ارث

مسائل

۱. حسن که وکیل الف می‌باشد حصه‌ی او را در مال مشترکی به ج فروخته است. در عقد وکالت شرط شده است که الف مبلغ یک میلیون تومان بابت اجرت وکالت به حسن پرداخت کند. و حصه‌ی الف به مبلغ صد میلیون تومان به فروش برسد. حسن حصه‌ی الف را به ج به مبلغ ۱۲۰ میلیون تومان فروخته و در آن خیار شرط قرار داده که شریک وی (شخص ب) تا شش ماه اختیار بر هم زدن معامله را دارد. حصه به تصرف ج داده شده و ب یک ماه پس از انعقاد قرارداد به شرط اینکه ج مالی را به نفع او وصیت کند خیار خود را ساقط می‌کند.

الف) بعد از گذشت سه ماه از قرارداد، ب اخذ به شفعه می‌نماید. ج در دفاع مدعی است که سقوط خیار از جانب او در حکم اسقاط حق شفعه است. در این خصوص با فرض علم و جهل ب اعلام نظر کنید.

ب) اگر پنج روز بعد از سقوط خیار، ج مبادرت به انجام تعمیرات در حصه‌ی مشترک نماید، هزینه‌های به عمل آمده در صورت اعمال شفعه بر عهده‌ی چه کسی است؟

ج) اگر برای احداث بنا، خریدار با موافقت ب بخشی از مال مشترک را خراب کند، در صورت اعمال شفعه پرداخت خسارت وارد به عهده‌ی چه کسی است؟

د) اگر اخذ به شفعه صحیح باشد شفیع کدام ثمن را باید پرداخت کند؟ (صد میلیون یا صدویست میلیون)
 ه) اگر حسن قبل از اجرای موضوع وکالت عزل شده و خبر عزل به اطلاع او رسیده باشد وضعیت چگونه است؟
 و) اگر ج به تعهد خود برای وصیت مالی به نفع ب عمل نکند، وضعیت عقد بیع و شفعه چگونه است؟
 ز) در صورت اعمال حق شفعه آیا وصیت ج صحیح است؟
 ح) اگر قبل از اعمال شفعه، ج فوت نماید در حالی که به تعهد خود برای وصیت عمل کرده است چنانچه شفعه‌ی شفیع صحیح باشد آیا ورثه‌ی ج حق ابطال وصیت را دارند؟

۲. زنی بوسیله فرزند پسر خود به قتل می‌رسد. وراثت او عبارتند از پدر و مادر و زوج و فرزند مذکور و دو برادر امی و سه خواهر و یک برادر ابی.

ماترک هم ۲۱۶ واحد پول است. نحوه تقسیم چگونه است؟

۳. پدربزرگی به قتل می‌رسد. وراثت او عبارتند از: دو نوه از یک دختر که یکی ذکور است و یکی اناث، مادر، زوجه، دو برادر ابی و یک خواهر ابوینی، و یک اولاد ذکور بلافصل. ضربه‌ی چاقو را نوه‌ی ذکور وارد کرده اما پیش از فوت پدربزرگ اولاد ذکور فوت می‌کند.

ماترک نیز ۳۸۸ واحد پول است. نحوه تقسیم مال چگونه است؟

۴. شخصی فوت می‌کند. خویشان او عبارتند از زوجه، مادر، پدر، سه نوه دختری از یک دختر که یکی از آنها ذکور و دو تا اناث است، سه برادرزاده و دو خواهرزاده؛ بعد از چهارماده از فوت زوج حاملی به دنیا می‌آید که زنده بودن او در زمان حمل بودن، مسلم ولی در زمان تولد مشکوک است. اگر ماترک ۱۹۴۴ واحد باشد با مشخص کردن وراثت سهم هریک را مشخص کنید.

نمونه سؤال امتحانی

(نیم‌سال دوم سال تحصیلی ۸۸-۸۷)

سؤالات میان ترم

سؤال اول) الف سه دانگ سهم مشاع خود را از یک باغ میوه به ج با خیار شرط ۶ ماهه برای بایع، به ثمن معین به اقساط ۱۰ ماهه می‌فروشد. ب شریک وی پس از ۶ ماه اعمال حق شفعه می‌کند.

۱. چنانچه متبایعین قبل از اعمال حق شفعه بیع شرط را اقاله کنند، وضعیت روابط حقوقی طرفین چگونه خواهد بود؟
 ۲. چنانچه الف قبل از اطلاع ب از وقوع معامله، اعمال خیار کند وضعیت روابط حقوقی طرفین چگونه خواهد بود؟
 ۳. اگر ب با پرداخت نیمی از ثمن فقط نصف مبیع را تملک کند آیا الف با اعمال خیار شرط می تواند مابقی را تملک نماید؟
 ۴. اگر در این مدت مشتری با قلع درختان باغ مبادرت به احداث بنا نماید پس از اعمال حق شفعه روابط شفیع و مشتری را در خصوص بنای احداث شده و درختان قلع شده بررسی نمایید.
 ۵. چنانچه بایع فقط درختان باغ را در سهم مشاع خود بفروشد، در صورت اعمال شفعه روابط شفیع و خریدار را در خصوص درختان با فرض اینکه قلع شده یا نشده باشد را بررسی کنید.
- سؤال دوم)** الف ثلث اموال خود را وصیت می کند که پس از فوت وی متعلق به ب باشد. همچنین موصی له را به عنوان وصی تعیین میکند تا منزل وی را به ملکیت فرزند صغیر او درآورده و در ضمن مسئولیت اداره اموال صغیر و نگهداری و تربیت او را نیز عهده دار شود.
۱. اگر ب قبل از فوت وصیت را رد کند، آیا بعد از فوت حق دارد ثلث را قبول و نسبت به انجام موضوع وصایت اقدام کند؟
 ۲. اگر نیمی از اموال الف بعد از وصیت از بین رود، تکلیف اجرای وصیت چه خواهد بود؟
 ۳. آیا با فرض صحت وصیت ب حق دارد در ازای انجام موضوع وصیت اجرت دریافت کند؟
 ۴. اگر اموال موضوع وصیت مازاد بر ثلث در آید ب و فرزند صغیر متوفی چگونه اموال موضوع وصیت را تملک خواهند نمود؟
 ۵. اگر الف به قصد خودکشی خود را مسموم کرده و سپس وصیت کند، ولی بلافاصله بر اثر شلیک گلوله‌ی به قتل برسد صحت وصیت را بررسی کنید.

سؤالات پایان ترم

سؤال اول) از حسن پس از فوت وی سه وصیت جداگانه بدست آمده است که طی یک وصیت ثلث اموال را برای الف و در وصیت دوم کل اموال را برای ب و ج، و در وصیت سوم ثلث اموال را برای د و ه وصیت کرده است. ضمناً الف را به عنوان وصی خود برای نگاهداری و تربیت طفل صغیر خود تعیین نموده است.

۱. با وجود وصایای متعدد موصی لهم و سهم آنها را تعیین کنید.

۲. اگر ورثه فقط وصیت آخر را تنفیذ کنند ولی د و ه آن را رد کنند موصی لهم را تعیین کنید.

۳. آیا وصی حق دارد بابت اجرای مورد وصیت بیش از ثلث مال که برای وی وصیت شده است اجرت دریافت کند؟

۴. موصی مقرر داشته که دیون وی به طلبکاران توسط وصی از محل سهم الارث دختر وی پرداخت شود آیا این شرط صحیح است؟

سؤال دوم) ماترک متوفی عبارت است از ۱۸۴۵ واحد و ورثه متوفی عبارتند از :

زوجه، پدر و مادر، جد ابی و جده امی، اولاد از فرزند پسر ارشد (یک ذکور که متوفی را به قتل رسانده و یک اناث که کافر بوده ولی بعد از فوت متوفی اسلام آورده است)، یک فرزند دختر که قبلاً فوت کرده است، اولاد از دو فرزند دختر (یک ذکور و یک اناث از دختر بزرگ و دو اناث از دختر کوچک) که نسب دختر کوچک از سوی متوفی قبلاً مورد تردید قرار گرفته است، یک برادر و یک خواهر ابویی، یک خواهر ابی، دو خواهر امی

۱. وراثت و سهم الارث هر یک را تعیین کنید.

۲. حبه متعلق به چه کسی است؟ اگر متوفی آن را جزء ثلث برای موصی له وصیت کرده باشد تکلیف چیست؟

سؤال سوم) هنگام فوت دارایی متوفی عبارت است از ۱۸۴۶ واحد و ورثه عبارتند از :

زوج، جد و جده امی، جده ابی، یک پسر و یک دختر خاله ابی، دو پسر و یک دختر دایی امی، یک پسر از دختر خاله ابی، یک پسر و یک دختر عمه ابویی، یک پسر و یک دختر عموی امی، دو پسر و یک دختر عموی ابویی.

وراثت و سهم الارث هر یک را تعیین کنید.

