

فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی / سال هشتم / شماره بیست و نهم / پاییز ۹۱ / صفحات ۶۷-۷۸

زمان تأثیر اجازه ورثه نسبت به وصیت مازاد بر ثلث ترکه در فقه امامیه و حقوق ایران^۱

محمد عالمزاده *

چکیده:

در موردی که موصی وصیتی مازاد بر ثلث ترکه می‌نماید، بنا به قول مشهور فقهای امامیه اجازه ورثه در زمان حیات موصی غیرقابل رجوع است، لیکن قول مخالفی نیز وجود دارد که اجازه ورثه را به لحاظ اینکه ورثه در زمان حیات موصی مالکیتی نسبت به اموال ندارند، قابل رجوع می‌داند. ماده‌ی ۸۴۳ قانون مدنی ایران نیز مقرر می‌دارد: «وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر به اجازه وراثت...» در تفسیر ماده‌ی مذکور عده‌ای از حقوقدانان معتقدند اجازه ورثه در زمان حیات موصی قابل رجوع است، لیکن برخی دیگر از حقوقدانان اجازه ورثه را بعد از فوت موصی قابل رجوع نمی‌دانند لیکن قبل از فوت آن را قابل رجوع می‌دانند. به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق ماده‌ی ۸۴۳ قانون مدنی و قول مشهور فقهای امامیه و دلایل حقوقی و اخلاقی مندرج در این تحقیق اجازه ورثه در زمان حیات موصی، آنها را متعهد نموده و قابلیت رجوع ندارد. در مورد نفوذ اجازه ورثه بعد از فوت موصی اختلافی وجود ندارد.

کلید واژه‌ها: وصیت، مازاد بر ثلث، تنفیذ، اجازه، رجوع.

۱- تاریخ وصول: ۹۰/۳/۷ تاریخ پذیرش: ۹۱/۶/۱۱

* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم‌شهر Alemzadeh@baboliau.ac.ir

۱- مقدمه

در مورد وصیت مازاد بر ثلث این سؤال در بین فقها و حقوقدانان مطرح گردیده که آیا اجازه ورثه صرفاً بعد از فوت موصی مؤثر است یا اجازه ورثه در زمان حیات نیز تأثیرگذار بوده و قابلیت رجوع ندارد؟ به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش، مستلزم بررسی ماهیت اجازه ورثه نسبت به وصیت مازاد بر ثلث است، لذا مطالب این تحقیق در دو مبحث ارائه می‌شود. در مبحث اول، ماهیت اجازه ورثه در خصوص وصیت مازاد بر ثلث مورد بحث قرار می‌گیرد و تأثیر اجازه ورثه نسبت به وصیت مازاد بر ثلث، موضوع مبحث دوم را تشکیل می‌دهد.

۲- ماهیت اجازه ورثه

در مورد ماهیت اجازه ورثه نسبت به وصیت مازاد بر ثلث، فقها و حقوقدانان نظریاتی را مطرح نموده‌اند لذا در دو گفتار مجزا نظریات فقها و حقوقدانان در این خصوص مورد بررسی واقع می‌شود.

۲-۱- ماهیت اجازه ورثه از دیدگاه فقها

اکثر فقهای امامیه اجازه ورثه را تنفیذ عمل موصی در انجام وصیت دانسته و آن را قرارداد نمی‌دانند لیکن قول مخالفی نیز در فقه وجود دارد که اجازه ورثه را هبه‌ی مال موروثی و عمل حقوقی مستقلی تلقی می‌نماید.

۲-۱-۱- نظریه اکثر فقها- اجازه‌ی ورثه، تنفیذ عمل موصی

اکثر فقهای امامیه معتقدند که اجازه ورثه تنفیذ عمل موصی است نه هبه زیرا اگر اجازه ورثه هبه محسوب شود صحت آن نیازمند قبض است و پس از قبض متهب می‌توان حکم به صحت آن کرد (حلی، ۱۹۸۳، ۲۴۵؛ قمی، ۱۳۷۵، ۲۴؛ نجفی، ۱۳۷۴، ۲۸۵).

مرحوم شهید ثانی در مسالک نزاع را فقط در خصوص موردی که اجازه بعد از وفات واقع شود جاری می‌داند و می‌گوید: «در صورتی که وراثت در زمان حیات موصی اجازه نمودند بدون اشکال اجازه وراثت تنفیذ عمل موصی است نه عطیه و بخششی از ناحیه وراثت» و چنین توجیه می‌کنند که «در زمان حیات موصی وراثت مالک نشده‌اند تا اعطاء و بخششی از ناحیه‌ی آنها تصور گردد و لذا این احتمال مطرح نمی‌-

باشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۹، ۳۹۳). لیکن به اعتقاد برخی از محققین «جریان نزاع بر هر دو صورت اعم از آنکه اجازه قبل از فوت واقع شده باشد، یا بعد از آن شمول دارد زیرا اجازه وراثت در زمان حیات به اعتبار تملک است نه به اعتبار حال وقوع چرا که در زمان وقوع، مال در ملکیت آنان وارد نشده است. بنابراین هر چند در زمان وقوع اجازه، ورثه مالک نیستند، ولی با توجه به اینکه انتقال موصی، به موصی له پس از فوت صورت می‌گیرد نه در زمان حیات، در ظرف انتقال ورثه مالک خواهند بود لذا این سؤال مطرح می‌شود که آیا مازاد بر ثلث در فرض اجازه (هر چند قبلاً صادر شده باشد) مستقیماً از موصی به موصی له همراه با ثلث منتقل می‌شود یا آنکه از ورثه به موصی له انتقال می‌یابد؟» (محقق داماد، ۱۳۷۸، ۱۱۷). فقهای حنفیه و مالکیه نیز می‌گویند هرگاه وارث وصیت مازاد بر ثلث را اجازه دهد این کار در واقع، امضاء و تأیید عمل موصی و تنفیذ آن است و هبه‌ی وارث به موصی له محسوب نمی‌شود (مغنیه، ۱۳۷۹، ۲۱۱). بر اساس نظر اکثر فقها چنین نیست که پس از فوت مورث ابتدا مال به ملکیت ورثه درآید و سپس از ملکیت ورثه به موصی له منتقل گردد بلکه مستقیماً از موصی به موصی له انتقال می‌یابد. توجیه نظریه مذکور این است که مال از حین وصیت تا زمان فوت بی‌تردید در ملک موصی باقی است و با توجه به اجازه وراثت تصرف موصی له در مال مورد وصیت پس از مرگ تجویز شده است و لذا مستقیماً از موصی به موصی له منتقل شده است نه از ورثه و انتقال مال از موصی به ورثه خلاف مقتضای نفوذ وصیت است زیرا مفاد وصیت انتقال به موصی له است نه به ورثه (یزدی، ۱۳۴۹، ۴۰۹).

۲-۱-۱-۱- نظریه‌ی هبه بودن اجازه ورثه

در کتب فقهیه این نظر را به برخی از علمای عامه از جمله شافعی در یکی از اقوالش نسبت داده‌اند و شافعی هم از این جهت مخالف است که وی اصولاً وصیت بیش از ثلث را باطل می‌داند (مغنیه، ۱۳۷۹، ۲۱۱) و لذا می‌گوید: «هرگاه ورثه مازاد بر ثلث را اجازه کند مقدار مزبور از ناحیه‌ی آنان هبه‌ی ابتدایی محسوب می‌گردد و مؤید این مطلب است که شافعی در مقام توجیه نظریه‌ی خویش اظهار می‌دارد وصیت به مازاد بر ثلث مورد نهی شارع است و نهی در معاملات مقتضای فساد است و بنابراین محکوم به بطلان می‌باشد» (محقق داماد، ۱۳۷۸، ۱۱۷). در مقابل با وجود اینکه مالک معتقد است وصیت جز در مقدار ثلث مال جایز نیست لیکن فقهای مالکیه می‌گویند هرگاه وارث وصیت مازاد بر ثلث را اجازه دهد این کار در واقع امضاء و تأیید محل موصی و تنفیذ آن است و هبه محسوب نمی‌شود (مغنیه، ۱۳۷۹، ۲۱۱).

به اعتقاد برخی از محققین (محقق داماد، همان، ۱۱۸) نظریه‌ی هبه بودن در بین فقها امامیه پذیرفته نشده است ولی در هر حال توجیه نظریه هبه‌بودن اجازه این است که مقدار زائد بر ثلث، ملک ورثه می‌باشد و با اجازه آنان وصیت محمول بر صحت شده و لذا بایستی گفت که انتقال هم از آنان به موصی له انجام گرفته است.

این توجیه منطقی به نظر نمی‌رسد، زیرا با اذعان به صحت وصیت مازاد بر ثلث در فرض اجازه ورثه، انتقال به ورثه از اصل تحقق نخواهد یافت و انتقال به ورثه متفرع بر عدم صحت وصیت اوست و با توجه به صحت وصیت، انتقال انجام نگرفته تا از سوی آنان به موصی له منتقل گردد (همان، ۱۱۹).

۲-۲- دیدگاه حقوقدانان در مورد ماهیت اجازه ورثه

با توجه به مقررات قانون مدنی شاید در بادی امر اینگونه بنظر آید که اجازه ورثه به منزله‌ی هبه‌ی زائد بر ثلث است، زیرا دو ثلث ترکه بطور قهری به ورثه می‌رسد و وصیت نمی‌تواند مانع این انتقال شود، چرا که بنا به فرض غیرنافذ است. پس انتقال این بخش (ثلث) از ورثه به موصی له انجام می‌پذیرد و در واقع هبه‌ای است که بدین صورت واقع می‌شود و باید تابع احکام آن باشد، ولی این تحلیل از دیدگاه اکثر حقوقدانان مردود است (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ۷۲۸؛ بروجرودی عبده، ۱۳۸۰، ۳۵۵؛ امامی، ۱۳۴۴، ۹۹) چرا که ورثه حق دارند هر چه را می‌خواهند به موصی له ببخشند ولی در این فرض چنین نکرده‌اند و خواسته‌اند تا اراده موصی را معتبر سازند و به سببی که او در زمان حیات خویش فراهم آورده است نفوذ حقوقی ببخشند. توصیف اعمال ارادی باید بر مبنای قصد فاعل انجام پذیرد مگر اینکه با قاعده حقوقی تعارض پیدا کند. موصی اختیار تصرف در تمام اموال خود را در زمان حیات منتهی در مورد وصایا چون اثر تصرف مقارن با زمانی می‌شود که ترکه به میراث رسیده است حق ورثه مانع نفوذ آن در بیش از ثلث می‌گردد پس اگر این مانع به رضای صاحبان حق برداشته شود سبب پیشین کارگزار خواهد شد و موصی به را منتقل خواهد کرد (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ۳۵۵؛ کاتوزیان، ۱۳۶۳، ۷۲۸).

به نظر می‌رسد از نظر تحلیل حقوقی نیز هبه از عقود است و بدیهی است که نیاز به قصد انشاء مستقل دارد حال اینکه در مانحن فیه، اجازه، صرفاً تأیید عمل موصی است و ایجاب مستقلی برای تحقق عقد هبه محسوب نمی‌شود. قانون مدنی ایران نیز با این تحلیل سازگارتر می‌نماید زیرا ماده‌ی ۸۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر به اجازه وراثت» و نشان می‌دهد که سبب انتقال وصیت است و اجازه ورثه به آن اعتبار می‌بخشد و انگهی پیشینه تاریخی این ماده در فقه امامیه نیز آن را تأیید می‌کند، پس انتقال بخش زائد نه منوط به قبول موصی له این عنوان است و نه قبض آن اثری در تملک دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ۷۳۹ و ۷۲۸).

۳- زمان تأثیر اجازه ورثه در وصیت مازاد بر ثلث

ممکن است ورثه وصیت مازاد بر ثلث را در زمان حیات موصی اجازه دهند و یا اینکه بعد از فوت موصی وصیت را اجازه نمایند لذا تأثیر اجازه در هر یک از این مراحل بطور مجزا مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

۳-۱- اجازه ورثه در زمان حیات موصی

در مورد تأثیر اجازه ورثه نسبت به وصیت مازاد بر ثلث در زمان حیات موصی، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهاء قائل به نفوذ اجازه ورثه در زمان حیات بوده و آن را قابل رجوع نمی‌دانند ولی برخی دیگر از فقهاء اجازه ورثه در زمان حیات را قابل رجوع می‌دانند. حقوقدانان نیز در تحلیل ماده‌ی ۸۴۳ قانون مدنی نظریاتی مطرح نموده‌اند که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱-۱- دیدگاه فقهاء

۳-۱-۱-۱- نظریه‌ی عدم نفوذ اجازه ورثه در زمان حیات موصی

عده‌ای از فقهاء امامیه از جمله ابن ادریس در سرائر و فخرالمحققین در ایضاح الفوائد معتقدند که اجازه در زمان حیات موصی نافذ نیست و الزامی برای وارث ایجاد نمی‌کند (نجفی، ۱۳۷۴، ۱۸۵). توجیه این نظریه آن است که در این دوران، دارایی موصی به خود او تعلق دارد و هر تصرفی که بخواهد در آن می‌کند. محدود ساختن نفوذ وصیت به ثلث به اعتبار این است که آثار آن مقارن با زمانی می‌شود که حق ورثه بوجود می‌آید و دلیل بر وجود این حق در زمان حیات نیست، بنابراین اجازه ورثه پیش از فوت مانند اسقاط مهر پیش از نکاح و اسقاط حق شفعه پیش از بیع است و اثر ندارد، چرا که حق را پیش از بوجود آمدن آن نمی‌شود اسقاط کرد. برخی از فقهای امامیه، عده‌ای از علمای عامه را از قائلین به این نظر دانسته و از

ابوحنیفه و شافعی از ائمه اربعه اهل سنت نقل می‌کنند که اجازه در حال حیات را بی‌اعتبار خوانده و اضافه کرده‌اند که اجازه در حال حیات موسی مانند آن است که زوجه قبل از نکاح صداق خویش را اسقاط کند و بدیهی است که چنین اقدامی باطل و کان لم یکن است زیرا حقی را که هنوز مالک آن نشده است اسقاط کرده است (نجفی، ۱۳۷۴، ۱۸۵؛ حلی، ۱۳۸۸، ۴۸۲).

۳-۱-۱-۲- نظریه‌ی نفوذ اجازه ورثه در زمان حیات موسی

مشهور فقهاء امامیه معتقدند که اجازه ورثه در زمان حیات موسی برای آنها الزام‌آور بوده و پس از فوت موسی حق رجوع از آن را ندارند (نجفی، ۱۳۷۴، ۲۸۴؛ حلی، ۱۹۸۳، ۲۴۵؛ قمی، ۱۳۷۵، ۲۴۰) بلکه ادعای اجماع بر آن شده است (نجفی همان). نظریه‌ی مشهور فقها بر دلایلی به شرح زیر استوار است.

الف- دلایل قول مشهور

- روایات

دو روایت صحیح در این خصوص وجود دارد که مؤید اعتبار اجازه ورثه در زمان حیات موسی است. روایت اول: محمدبن مسلم از امام جعفر صادق (ع) سؤال کرده است: «در باره‌ی مردی که وصیت کرده است در حضور ورثه‌اش پس آنان وصیت را اجازه نموده‌اند و پس از فوت موسی، وصیت را نقض کرده‌اند، آیا می‌توانند چیزی را که امضاء نموده و به آن اقرار نموده‌اند رد کنند. حضرت فرمود: خیر آنان نمی‌توانند بلکه وصیت بر آنها نافذ است» (نجفی، ۱۳۷۴، ۲۸۴).^۱

روایت دوم: منصوربن حازم از حضرت امام جعفر صادق (ع) سؤال کرده است درباره‌ی مردی که بیش از ثلث وصیت می‌کند در حالی که ورثه‌اش حضور دارند و آنان اجازه کردند حضرت می‌فرماید جایز است (همان) و غیر از این دو روایت، روایات دیگری نیز وجود دارد که مؤید قول مشهور است (همان).

- دلیل رد ایراد اسقاط مالم یجب

چنانکه اشاره شد عمده استدلال مخالفین نفوذ اجازه ورثه در زمان حیات موسی آن است که حق ورثه نسبت به مازاد بر ثلث با فوت موسی ایجاد می‌گردد و قبل از فوت او ورثه هیچ حقی بر دارایی مورث

۱. رجل اوصی بوصیته و ورثه شهود فاجزوا ذلک، فلما مات الرجل نقضوا وصیته. هل لهم ان یردد ما اقروا به؟ قال: لیس لهم ذلک، الوصیته جائزه علیهم.

خود ندارند و اجازه ورثه در زمان حیات موصی مانند آن است که زوجه قبل از نکاح صدق خویش را اسقاط کند و چنین اقدامی باطل است، چرا که حقی را که هنوز مالک نشده است ساقط کرده است. پاسخ این ایراد آن است که منع از نفوذ زائد بر ثلث که همانا حقی برای ورثه است در زمان حیات موصی محقق است و هنگامی که اجازه کردند پس حق آنها ساقط می‌شود. موصی به پس از وصیت از ملک موصی خارج نمی‌شود و مال کماکان متعلق به موصی است و هنگامی که فوت کرد برای ورثه است پس اگر برای موصی باشد که به آن وصیت کرده و اگر برای ورثه باشد که قبلاً اجازه داده‌اند (نجفی، ۱۳۷۴، ۲۸۵) و از این جهت اشکالی مترتب نیست. بنابراین با توجه به اینکه حق ورثه در خصوص عدم تأیید وصیت نسبت به مازاد بر ثلث در زمان حیات موصی موجود است لذا اسقاط آن با اشکالی مواجه نیست.

– اجازه ورثه تنفیذ وصیت است نه هبه

برخلاف نظر مخالفین نفوذ اجازه ورثه در زمان حیات، اجازه ورثه از باب هبه نیست که محتاج به قبض و سایر شرایط هبه باشد، بلکه اجازه، تنفیذ و اجرای حکم وصیت است و لذا رجوع از اجازه جایز نیست (قمی، ۱۳۷۵، ۲۴۰؛ نجفی، ۱۳۷۴، ۲۸۵). بنابراین در حکم وصیت به ثلث مال است و دیگر وارث را در آن مدخلیتی نیست و برای وارث قبل از قبض حق رجوع نیست و به طریق اولی بعد از قبض نیز رجوع جایز نیست و این حکم یعنی اجازه تنفیذ است نه هبه و در صورت اجازه‌ی وارث در زمان حیات موصی بی‌اشکال است (قمی، همان).

– عموم ادله

براساس این دلیل، عموم ادله، دلالت بر وجوب امضاء وصیت وارث بعد از وقوع آن دارد و حکم عام در این موضوع، تقدم اخراج وصیت بر ارث است که از این حکم عام، وصیت زائد بر ثلث چنانچه ورثه مطلقاً چه در زمان حیات و چه بعد از فوت موصی) اجازه دهند استثناء شده است و مابقی تحت حکومت عام باقی می‌ماند، بنابراین وصیت زائد بر ثلث که ورثه در زمان حیات موصی آن را اجازه کنند نافذ خواهد بود (نجفی، ۱۳۷۴، ۲۸۵).

– جایز بودن تعلیق در حصول اثر وصیت

یکی از ایراداتی که مخالفین نفوذ اجازه ورثه در زمان حیات موصی مطرح نموده‌اند این است که چون

در وصیت، تملیک معلق به فوت است لذا اجازه در زمان حیات مؤثر نیست. لیکن به اعتقاد مشهور فقها تعلیق در وصیت مانع اجازه نیست، زیرا تعلیقی که در وصیت است تعلیق در انشاء نیست تا قبول و اجازه پذیرفته نشود (در زمان حیات) بلکه تعلیق در حصول اثر است و انشاء در هنگام وصیت حاصل است و هنگام حصول معلق علیه احتیاج به امر جدید نیست (همان).

۳-۱-۲- دیدگاه حقوقدانان در خصوص تأثیر اجازه ورثه در زمان حیات موصی

در مورد تأثیر اجازه ورثه در زمان حیات موصی، نظریاتی توسط حقوقدانان مطرح گردیده است. بعضی از حقوقدانان (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ۳۵۴) به تاسی از قول مشهور فقهای امامیه معتقدند «در مورد تأثیر اجازه وراثت در وصیت زائد بر ثلث، وقوع آن بعد از فوت شرط نیست پس اگر وراثت در حال حیات موصی اجازه کرد حق ندارد بعد از فوت موصی از اجازه رجوع کند زیرا مقتضای اصل عدم اعتبار اجازه ورثه است به جهت اینکه وصیت تصرفی است از مالک در ملک خود و نهایت آنکه قانون مدنی زائد بر ثلث را محض ارفاق ورثه منع کرده پس وقتی که وراثت راضی شده باشد مانع برطرف شده است» (همان). این دسته از حقوقدانان در پاسخ به این ایراد که همانگونه که اثری برای رد در زمان حیات نیست و بعد از رد، وراثت می‌تواند قبول کند باید بتواند پس از اجازه آن را در زمان حیات رد کند اظهار داشته‌اند: «بین قبول و رد فرق است زیرا رد که در حال حیات موصی معتبر نیست برای این است که استمرار وصیت جاری مجرای تجدید وصیت است و مثل این است که آن‌ا وصیت تجدید شود پس رد آن اثری ندارد و اگر بعد از فوت آن را قبول کند چون وصیت تا حین فوت استمرار داشته قبول بعد از فوت مؤثر واقع خواهد شد، برعکس اگر در حال حیات رضایت داده باشد با فرض بقاء وصیت تا حین فوت دیگر موردی برای رد آن باقی نمانده است. به بیان دیگر حاصل رد در حال حیات این است که وراثت به وصیت موصی تن در داده و راضی به خروج خود از ارث نبوده اما بعد از فوت راضی شده است و این رضایت بعدی منافاتی با حالت سابقه ندارد و مثل حالتی است که وراثت اطلاع از وصیت پیدا نکرده باشد و یا اگر مطلع شده در مقام اجازه و رد برنیا آمده باشد» (همان، ۳۵۵).

دکتر جعفری لنگرودی (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ۱۳۵) پس از بیان این استدلال که وراثت چه حقی در زمان حیات بر ترکه دارد تا آن حق را با اجازه مورد بحث ساقط کند و با انتقاد از ماده‌ی ۸۴۳ قانون مدنی که از اجازه وراثت سخن گفته حال آنکه خویشاوندان موصی قبل از فوت او عنوان وراثت ندارند در

نهایت اظهار داشته‌اند «با وجود صحت این مطلب در اصول علمی، منکر این نکته نمی‌توان شد که چه اشکالی دارد که وارثی پیش از فوت مورث، خود را ضمن اجازه‌ی مورد بحث متعهد و ملتزم کند که از بخشی از ترکه استفاده نکند» (همان).

مرحوم دکتر امامی نیز اگرچه اعتقاد دارد «حق ورثه بر مازاد بر ثلث با فوت موصی موجود می‌گردد و قبل از فوت هیچ‌گونه حقی نسبت به دارایی مورث خود ندارند بدین جهت مورث می‌تواند دارایی خود را به هر کس که بخواهد هبه یا صلح بلاعوض نماید علاوه بر آن که ممکن است قسمتی از دارایی در زمان فوت در زمان حیات وصیت موجود نبوده و بعداً به سببی از اسباب در مالکیت موصی داخل شده باشد بنابراین در زمان حیات موصی، نمی‌توان تصور حق بالقوه برای ورثه نسبت به مازاد بر ثلث ترکه نمود لذا بنظر می‌رسد از نظر تحلیلی باید بر این بود که اجازه ورثه در زمان حیات موصی کافی برای تنفیذ زائد بر ثلث نباشد» (امامی، ۱۳۴۴، ۱۰۲). لیکن با توجه به اطلاق ماده‌ی ۸۴۳ قانون مدنی اجازه ورثه را در هر حال چه در زمان حیات موصی و چه بعد از فوت موصی مؤثر می‌دانند (همان، ۹۹).

حقوقدان مذکور ضمن پذیرش تأثیر اجازه در زمان حیات با بیان نظر برخی از فقها که نظر میانه‌ای را در این خصوص انتخاب نموده‌اند بین دو موضوع قایل به تفکیک گردیده‌اند بدین معنی که «چنانچه ورثه در زمان حیات موصی اجازه دهند حق آنان ساقط نمی‌گردد و می‌توانند پس از فوت موصی آن را رد کنند ولی هر گاه ورثه به اجازه خود باقی بمانند احتیاج به اجازه‌ی مجدد نیست زیرا اجازه به طور مستمر باقی است و مانند آن نیست که پس از فوت اجازه داده شده باشد به زعم این اساتید قول مزبور منافاتی با تحلیل حقوقی که از حق ورثه نسبت به مازاد بر ثلث به عمل آمده ندارد بدین جهت تصور می‌کنند که نظر حقوق مدنی پیروی از عقیده مزبور است و آن را با روح قانون مدنی سازگار دانسته و پذیرش آن را با منطق عرفی سازگار می‌دانند» (امامی، ۱۳۴۴، ۱۰۴). به اعتقاد یکی دیگر از اساتید حقوق (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ۷۲۴) اجازه در زمان حیات قابل رجوع است ولی اگر رضای ورثه باقی بماند با فوت موصی وصیت را تنفیذ می‌کند و دیگر قابل عدول نیست، زیرا موجب عدم نفوذ وصیت مانعی است که حق ورثه در راه اجرای آن بوجود آورده است اجازه پیش از بوجود آمدن حق مؤثر نیست، ولی تداوم آن در زمان فوت (هنگام تحقق ارث) این مانع را از بین می‌برد و باعث تنفیذ وصیت می‌شود مگر اینکه با عدول از اجازه در زمان حیات ادامه رضای به وصیت قطع شود، لذا مبانی این نظر را با آنچه نویسندگان قانون مدنی در مورد قبول وصیت در زمان حیات موصی پذیرفته‌اند (ماده‌ی ۸۳۰ قانون مدنی) شبیه دانسته و از نظر منطقی این نظر را ترجیح داده و

میانه‌ی دو نظر متعارض که در تعارض کامل با یکدیگر است می‌دانند، زیرا اجازه اسقاط مانع وصیت و حق ورثه و در واقع یک عمل حقوقی است که موضوع آن باید موجود باشد در حالی که پیش از فوت، وارث حقی ندارد و تنها احتمال است که مورد حمایت قرار می‌گیرد، با وجود این هیچ مانعی ندارد که رضای ورثه استصحاب شود و هنگام فوت اثر خود را بگذارد و مانع را بردارد(همان).

اگرچه دیدگاه اخیر با اصول حقوقی سازگار می‌نماید لیکن همگام با برخی از حقوقدانان به نظر می‌رسد این امر فاقد اشکال است که ورثه در زمان حیات موصی تعهد نمایند که از بخشی از ترکه استفاده نمایند(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ۱۳۵) چنانکه قانونگذار در ماده‌ی ۴۴۸ قانون مدنی شرط سقوط کلیه اختیارات(حتی اختیاراتی که مبنای آن ایجاد نشده است) را پذیرفته و شرط عدم مسؤولیت نیز بنا به نظر اکثریت حقوقدانان معتبر شناخته شده است(در مورد شرط عدم مسؤولیت نیز یکی از ایرادات مطروحه این است که چنین شرطی ابراء مالیم یجب است چون هنوز دینی محقق نگردیده است). به علاوه قائل شدن به این نظر از دیدگاه اجتماعی نیز مفید بوده و زمینه‌ی ایجاد اختلافات در مسائل خانوادگی را از بین برده و از نظر اخلاقی نیز قابل توجیه است و با قول مشهور فقهای امامیه و سنت و اطلاق ماده‌ی ۸۴۳ قانون مدنی نیز مطابقت دارد.

۳-۲- اجازه ورثه بعد از فوت موصی

درخصوص تأثیر اجازه ورثه بعد از فوت موصی اختلاف نظری بین فقها وجود ندارد(نجفی، ۱۳۷۴، ۲۸۴؛ امام خمینی، بی‌تا، ۲۴؛ محقق حلی، ۱۹۸۳، ۲۴۳) و به تعبیر برخی از فقها خلافتی از شیعه در این مورد نقل نکرده‌اند(میرزای قمی، ۱۳۷۵، ۲۴) در میان حقوقدانان نیز در مورد تأثیر اجازه ورثه بعد از فوت موصی اتفاق نظر وجود دارد(امامی، ۱۳۴۴، ۱۰۲؛ کاتوزیان، ۱۳۶۲، ۷۲۴؛ لنگرودی، ۱۳۷۴، ۱۳۵). علت اتفاق نظر فقها و حقوقدانان در این مورد آن است که بعد از وفات موصی، مالکیت ورثه نسبت به مورد وصیت مستقر گردیده است و لذا ایراد اسقاط مالیم یجب که عمده ایراد مخالفین تأثیر اجازه در زمان حیات است در این مورد قابل طرح نیست.

۴- نتیجه

در مورد ماهیت اجازه ورثه در وصیت مازاد بر ثلث به نظر می‌رسد اجازه ورثه تنفیذ عمل موصی و ایقاع محسوب می‌گردد و نظریه‌ی هبه بودن اجازه با ماهیت آن منطبق نیست.

در مورد تأثیر اجازه ورثه بعد از فوت موصی اشکالی متصور نیست، لیکن در خصوص تأثیر اجازه ورثه در زمان حیات موصی با توجه به اطلاق ماده‌ی ۸۴۳ قانون مدنی که مبتنی بر قول مشهور فقهای امامیه است به نظر می‌رسد تعهد ورثه مبنی بر اینکه از بخشی از ترکه که در آینده به آنها تعلق می‌گیرد استفاده نمایند فاقد اشکال است کما اینکه تجویز شرط سقوط همه‌ی خيارات در ماده‌ی ۴۴۸ قانون مدنی و نیز تأیید شرط عدم مسؤولیت توسط اکثر حقوقدانان مؤید این ادعاست بعلاوه پذیرش این نظر در تحکیم روابط خانوادگی مؤثر بوده و از دیدگاه اخلاقی و اجتماعی نیز موجه می‌نماید.

فهرست منابع

الف- منابع فارسی

- ۱- امامی، سیدحسین، ۱۳۸۸، حقوق مدنی، جلد سوم، انتشارات اسلامیه.
- ۲- بروجردی عبده، محمد، ۱۳۸۰، حقوق مدنی، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۴، وصیت ارث، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم.
- ۴- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۳ دوره حقوق مدنی، عقود معین، جلد دوم، انتشارات اقبال.
- ۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، چاپ دوم.
- ۶- محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۷۸، وصیت، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سوم.
- ۷- مغنیه، محمدجواد، ۱۳۷۹، الفقه علی المذاهب الخمسه، جزء دوم، ترجمه‌ی دکتر مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، انتشارات ققنوس، چاپ اول.

ب- منبع عربی

- ۱- حلی، جعفر، ۱۹۸۳، شرایع الاسلام، جلد اول و دوم، انتشارات دارالاضواء، بیروت.
- ۲- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، ۱۳۴۹، عروه الوثقی، جلد دوم، تهران.
- ۳- العاملی، زین العابدین العلی(شهید ثانی)، ۱۴۱۹، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد اول، مؤسسه معارف اسلامی، قم.
- ۴- القمی، ابوالقاسم، ۱۳۷۵، جامع الشتات، جلد چهارم، انتشارات مؤسسه کیهان، تهران.
- ۵- موسوی الخمینی، سیدروح‌اله، بی‌تا، تحریرالوسیله، جلد دوم، مؤسسه مطبوعاتی قم، قم، چاپ دوم.

۶- نجفی، محمدحسن، ۱۳۷۴، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۸، دارالکتب الاسلامیه، قم.