

Jurisprudential and Legal Examination of the Obligatory Testament Law from the Viewpoint of Fazel Moqadd and Abu Bakr Jassas

Sayed Taha Hassan Nejad¹, Ahmad Reza Rafiei², Javad Panjehpour³

¹PhD student, Islamic Jurisprudence and Islamic Law, Islamic Azad University, Khorasgan Branch, Isfahan, Iran. taha.h²ξ • @gmail.com

²Assistant Professor, Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Islamic Azad University, Khorasgan Branch, Isfahan, Iran (**Corresponding Author**). tah@gmail.com

³Assistant Professor, Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Islamic Azad University, Khorasgan Branch, Isfahan, Iran. j.panjepour@gmail.com

Abstract

In this research, by using a library method for interpretive and jurisprudential examination of verse ١٨٠ of Surat al-Baqarah, according to the verses of inheritance and traditions, first the concept of will is literal and idiomatic and then according to the viewpoints of Imamiyyah jurists including Fazel Muqdad and Sunni jurists including Abu Bakr. The following questions have been addressed: The legitimacy of a will for heirs and non-heirs? Survey of Ibn Hazm Ijtihad and Some of the Predecessors of Verse ١٨٠ Baqarah? In the next step, the reasons of those who support and oppose the obligatory will of the law with regard to the opinions of earlier jurists and later jurists and finally conclude the issue as to the necessity of this law in Iranian personal laws.

Keywords: Obligatory Will, Faizal Muqaddas, Abu Bakr Jassas, Inheritance, Inheritance, Inheritance Share.

بررسی فقهی و حقوقی قانون وصیت واجب از دیدگاه

فاضل مقداد و ابوبکر جصاص

سیدطه حسن نژاد^۱، احمدرضا رفیعی^۲، جواد پنجه پور^۳

^۱دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خوراسگان، اصفهان، ایران.

Taha.h3240@gmail.com

^۲استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خوراسگان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول).

tah@gmail.com

^۳استادیار، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خوراسگان، اصفهان، ایران. j.panjepour@gmail.com

چکیده

در این پژوهش با روش کتابخانه‌ای برای بررسی تفسیری و فقهی حکم آیه ۱۸۰ سوره بقره با توجه به آیات ارث و روایات ابتدا مفهوم وصیت از نظر لغوی و اصطلاحی و سپس با توجه به دیدگاه فقهای امامیه از جمله فاضل مقداد و فقهای مذاهب اهل سنت از جمله ابوبکر جصاص این سئوالات مورد بررسی قرار گرفته است: مشروعیت وصیت برای وارثین و غیر وارثین؟ بررسی اجتهاد ابن حزم و عده دیگر از فقهای سلف از آیه ۱۸۰ بقره؟ در مرحله بعد به بررسی دلایل موافقان و مخالفان قانون وصیت واجب با توجه به آرای فقهای متقدم و حقوق دانان متاخر و در پایان به نتیجه‌گیری موضوع در لزوم این قانون در قوانین احوال شخصیه ایران پرداخته شده است.

کلیدواژه‌ها: وصیت واجب، فاضل مقداد، ابوبکر جصاص، ارث، وارثان، سهم الارث.

مقدمه

از آنجا که قرآن، منبع اصلی استنباط احکام شریعت می‌باشد و اختلاف در برداشت از آیات، در حکم و نتیجه، تأثیر بسزایی دارد، لذا این تحقیق بر آن است تا اختلافات و اشتراکات فقهی فقها را درباره آیه وصیت و قانون وصیت واجب را در کنار یکدیگر و به طور منسجم بیان کرده تا نتیجه‌گیری و قضاوت برای خواننده راحت‌تر باشد.

هر فردی از افراد بشر کم و بیش دارای مال و خویشاوندانی می‌باشد که درجه بازماندگان از لحاظ تقدم و تاخر نسبت به متوفی متفاوت است. در اسلام تقسیم ماترک متوفی بر مبنای قرابت قرار داده شده و سهام هر یک مفروض و بیشترین میراث به نزدیک‌ترین افراد داده می‌شود، و دایره ارث در اسلام از خانواده نسبی و سببی بیرون نمی‌رود، و انتقال ارث اجباری است و به طور تملک قهری به وراث منتقل و هیچ فردی حق محروم کردن هیچ کدام از افراد ورثه را از ارث ندارد (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۴، ص ۲۰۳). همچنین در شریعت اسلام اجماع بر جواز، صحت و نافذ بودن وصیت است. مشروعیت این امر الهی که نشان از متقی بودن است از کتاب و سنت استدلال شده است (نووی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۵، ص ۴۲۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۳۷، ص ۲۱۷؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۳۵۲). بنابراین، برای شخص جایز است تا ثلث اموال خود را برای اقریبین مانند غیر وارثین و وارثین که به هر دلیلی از ارث محروم شده‌اند، و یا برای کارهای خیر عام المنفعه عمومی وصیت کند، چون اهلیت عام شخص و مالکیت او ایجاب می‌کند تا زمانی که زنده است، حق داشته باشد هرگونه تصرفی که با نظم جامعه و مصالح عموم در تضاد نباشد، در اموال و دارائی خود بنماید. خواه این تصرف بعد از مرگ و یا قبل از فوتش باشد.

از طرفی با توجه به قاعده «الاقرب یمنع الابدع» ارث تنها به بعضی از خویشاوندان، آن هم از روی حساب معینی داده می‌شود، و عده‌ای از اقریبین به نام نوادگان که پدرشان قبل از پدربزرگشان فوت نموده، مطابق تمام مذاهب اسلامی محروم از ارث جدشان هستند، لذا با توجه به اهمیتی که اسلام برای اقامه عدالت در اجتماع و رعایت عدل و انصاف در بین بستگان خانواده قائل است، گروهی از حقوق‌دانان مصری براساس مراجعه به استنباطات و آرای متفاوت فقهای تمام مذاهب اسلامی در پی رفع مشکلات و تنگناهای موجود در قانون احوال شخصیه کشورشان اقدام به بازنگری آن نمودند، و با اعتمادی که به عده‌ای از فقهای متقدم داشتند و همچنین با اقتباسی که از فتوای ابن حزم اندلسی نمودند، اقدام به تأسیس، تدوین و تصویب قانونی تحت عنوان وصیت واجب کردند، که براساس آن به حکم انشای قاضی سهم الارث پدرشان که بیش از ثلث ماترک پدربزرگشان نباشد، در حضور وارثین با شرایط و احکام خاص به نوادگان داده می‌شود و همچنین به پیروی از مصر در اکثریت کشورهای اسلامی و عربی هم این قانون را با اختلافاتی وارد قوانین احوال شخصیه خود نمودند.

در این پژوهش با روش کتابخانه‌ای برای بررسی تفسیری و فقهی حکم آیه ۱۸۰ سوره بقره با توجه به آیات ارث و روایات ابتدا مفهوم وصیت از نظر لغوی و اصطلاحی و سپس با توجه به دیدگاه فقهای امامیه از جمله فاضل مقداد و فقهای مذاهب اهل سنت از جمله ابوبکر جصاص سئوالات زیر مورد بررسی قرار گرفته است:

۱- مشروعیت وصیت برای وارثین و غیر وارثین؟

۲- بررسی اجتهاد ابن حزم و عده دیگر از فقهای سلف از آیه ۱۸۰ بقره؟

در مرحله بعد به بررسی دلایل موافقان و مخالفان قانون وصیت واجب با توجه به آرای فقهای متقدم و حقوق دانان متاخر و در پایان به نتیجه‌گیری موضوع در لزوم این قانون در قوانین احوال شخصیه ایران پرداخته شده است.

تعریف وصیت در لغت

وصیت در لغت، مشتق از «وصی یصی» به معنی وصل و پیوند بین دو شیء است. به اعتبار این که موصی، تصرف در اموال و دخالت در امور زمان خود را به بعد از موت متصل می‌نماید، آن را وصیت نامیده‌اند. (طریحی، بی‌تا، ج ۴، ص ۵۱۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۴۵۱) و گفته شده وصیت از فعل رباعی «اوصی یوصی یا وصی» گرفته شده و به معنی عهد به کار می‌رود (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۵۲۵). در این صورت وصیت نامیدن عقد مزبور به اعتبار تعهدی است که موصی آن را می‌پذیرد. و اسم آن وصایت (باکسر و یا فتح واو) به معنی تعیین وصی برای صغار و مجنون می‌باشد (انصاری و طاهری، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۲۱۷۲).

وصیت در اصطلاح شرع

وصیت مالکیت قرار دادن عین یا منفعت آن به طریق تبرع بعد از مرگ و در حال صحت و سلامتی می‌باشد و نیز در معرض موت و غیر آن صحیح است و در هر حالت حکم آن نزد همه مساوی است. وصیت لفظ خاصی ندارد و به هر لفظی که ایجاد تملیک تبرعی را پس از مرگ برساند، صحیح است، یعنی وصیت سفارشی برای بعد از مرگ می‌باشد. اگر وصیت‌کننده بگوید: برای فلانی چنین و چنان وصیت کردم و این لفظ به خودی خود بدون اینکه مرگ در آن قید شود، به قید پس از فوت دلالت دارد. ولی اگر گفت: ببخشید یا بدهید یا قرار دادم یا برای فلانی چنین و چنان کنید، ناچار باید مقید کند و بگوید پس از موت؛ زیرا این لفظ بر قصد وصیت دلالت ندارد (مغنیه، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۲۲۴).

وصیت قبل از اسلام در دوران جاهلیت در میان اعراب رواج داشته است. مثلاً عرب‌های دوره جاهلیت از روی فخر و مباهات به نفع بیگانگان وصیت می‌کردند و اقارب و نزدیکان خود را در فقر و تنگدستی رها می‌کردند

(زحیلی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۱). فقها اتفاق دارند وصیت در صدر اسلام در میان مسلمانان برای والدین و نزدیکان واجب بوده است (کاسانی، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص ۲۲۰؛ شربینی، ۱۳۷۷ق، ج ۳، ص ۳۹؛ زحیلی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۰، ص ۴۳۸).

حکم وصیت در اسلام یک حکم امضایی است، نه تاسیسی. اما بعد از نزول آیات میراث، فقها و مجتهدان مذاهب اسلامی در استنباط حکم وصیت بر سه قول می‌باشند.

قول اول: جمهور علماء از حنفیه، مالکیه، شافعی، حنبلی و شیعه بر این قول اتفاق دارند که وصیت مستحب است. اما بر کسی که دینی دارد و یا امانتی در نزدش می‌باشد، که طلبکار و یا صاحب امانت بین‌های ندارد و یا حقی از حقوق خداوند مانند زکات و کفاره و غیره دارد، وصیت به این امور واجب می‌باشد (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۷، ص ۱۴۲؛ زیعلی، ۱۳۱۳ق، ج ۵، ص ۱۸۲).

قول دوم: داود ظاهری و مسروق و طاوس و قتاده بر این قول‌اند که وصیت برای نزدیکانی که ارث نمی‌برند، واجب است (ابن قدامه، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۱۱۴).

قول سوم: ابن حزم اندلسی از مذهب ظاهریه معتقد است که وصیت بر هر کسی که مالی از خود به جای بگذارد، واجب است (ابن حزم، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۳۱۲).

تفسیر فقهی آیه ۱۸۰ سوره بقره

«كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» «بر شما مقرر شده است که چون یکی از شما را مرگ فرا رسد، اگر مالی بر جای گذارد، برای پدر و مادر و خویشاوندان [خود] به طور پسندیده وصیت کند، [این کار] حقی است بر پرهیزگاران (بقره، ۱۸۰).

ابوبکر جصاص گوید: سلف در این که لفظ «خیراً» به معنای مال باشد، اختلاف ندارند. اختلاف آنان در مقدار مالی است که خداوند وصیت را در آن واجب فرموده است. «کتب علیکم» به معنای فرض شد بر شما، مانند فرموده خداوند «کتب علیکم صیام» (بقره، ۱۸۳) و همچنین فرموده «إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا» (نساء، ۱۰۳) که به معنای فرض «واجب» است.

مردم درباره حکم وصیت در آیه مبارکه ۱۸۰ سوره بقره اختلاف دارند. آیا واجب است یا مستحب. عده‌ای می‌گویند واجب نیست. اما مستحب است و خداوند آن را جهت ارشاد بیان فرموده و گروهی دیگر گویند ابتدا فرض بوده و سپس نسخ شده است. اما کسانی که می‌گویند از ابتدا واجب نبوده، استنادشان به لغت «بالمعرف» است. چون در آیه خداوند فرموده «بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ»، این تعبیر دلالت بر عدم وجوب آن از سه وجه می‌باشد:

۱. «بِالْمَعْرُوفِ» مقتضی ایجاب نیست.

۲. «حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» چون بر هر فردی از افراد مسلمین حکم متقی اطلاق نمی‌شود.
۳. این وصیت اختصاص یافته به متقین در حالی که واجبات برای متقین و غیره آنان فرق ندارد.

جصاص در پاسخ به آنان می‌گوید: لفظ «بِالْمَعْرُوفِ» که به آن استناد کرده‌اند، وجوب را منتفی نمی‌کند، زیرا معروف به معنای عدل و انصاف است که در آن کوتاهی و تقصیر نباشد. مانند «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره، ۲۳۳). در وجوب این رزق و کسوت و لباس در این آیه اختلافی نیست. «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹)، معروف در اینجا همان واجب است. پس ذکر «بِالْمَعْرُوفِ» منافاتی با وجوب ندارد، بلکه وجوبش را تاکید می‌کند. زیرا تمام اوامر الهی معروف هستند. نه منکر و معلوم است ضد معروف همان منکر است. آن چه که معروف نیست، مذموم است، پس معروف مساوی با واجب است (جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۰۳-۲۰۲).

صاحب کنزالعرفان هم لفظ «خیراً» را به معنای مال می‌داند. همانطور که خداوند در آیه ۸ سوره عادیات می‌فرماید: «وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ» (عادیات، ۸) و همچنین لفظ «كُتِبَ» به معنای واجب است و کلمه «وصیت» فاعل آن است (یعنی وصیت واجب است) و یا به خاطر آن است که معنای مصدری دارد، یعنی «أن یوصی» آمده است (یعنی وصیت کردن واجب است) چند قول را درباره «بِالْمَعْرُوفِ» آورده، ولی همان رأی جصاص را قبول دارد. مقصود از «بِالْمَعْرُوفِ» را عدل و رعایت آن می‌داند و این نظر را بر سایر نظریات دیگر ترجیح می‌دهد. اما چند احتمال به واژه «بِالْمَعْرُوفِ» داده است:

۱. افزون بر ثلث نباشد.

۲. به نفع «فقیر» و کسی که نیازش بیشتر است و غنی بر فقیر ترجیح داده نشود.

۳. اگر وراثت فقیری داشته باشد، به آنان زبان نرساند.

۴. وصیت را کمتر انجام بدهد، هرچند وراثت موصی غنی باشند.

به دلیل روایت سعد ابی وقاص از پیامبر (ص) (فاضل مقداد، ۱۳۹۵، ص ۵۳۸) در ذیل آیه «من بعد وصیه یوصی بها أودین» ظاهر آیه شریفه وجوب عمل به وصیت به شکل مطلق دلالت دارد. در حالی احادیث و اجماع علماء به یک سوم و حتی کمتر از آن تخصیص زده‌اند و بیشتر از آن را منوط به تنفیذ وراثت دانسته‌اند. همانطور که واژه «بِالْمَعْرُوفِ» در آیه «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» یعنی آنچه را که اهل عرف حق زن می‌دانند (فاضل مقداد، ۱۳۹۵، ص ۵۳۸).

(ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۶۵؛ طبرسی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۱۹۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۴۵؛ هاشمی شاهرودی، و دیگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۱۹۷) همگی واژه «خیراً» را به معنای مال می‌دانند. وصیت در صورتی واجب است که برای وصیت‌کننده مال درخور توجهی وجود داشته باشد، در غیر این صورت وصیت لازم نیست (مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۳، ص ۱۸؛ قطب راوندی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۳۰۱؛ احمدی میانجی، ۱۴۲۴ق، ص ۱۴۴).

جصاص می‌گوید: اما «حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» تاکید بر وجوب وصیت است، زیرا بر مردم واجب است که تقوا را پیشه خود کنند. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ» (حشر، ۱۸) بین مسلمانان خلافی نیست در این که، تقوای الهی واجب است. پس زمانی که اجرای این وصیت از شرایط تقوا قرار داده شد، همین هم بیانگر وجوب آن است.

اما اختصاص وصیت بر «عَلَى الْمُتَّقِينَ» دلالت بر نفی وجوب آن ندارد، بلکه بر وجوب آن بر همگان دارد، زیرا همان طور که «هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ» (بقره، ۲) به معنای هدایت از غیر متقیان نیست و فایده ذکر متقیان در آیه مبارکه این است که انجام چنین وصیتی نشانه تقوای الهی است (جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۰۳-۲۰۲).

فاضل مقداد: می‌گوید: «تَبَّ» یعنی «واجب شده» و فاعل آن «وَصِيَّت» است و اینکه آن را مذكر آورده یا به این دلیل بوده که «تاء» تانیث در «وَصِيَّت»، غیرحقیقی است، یا به علت وجود فاصله از «حضور موت» ظهور اسباب و نشانه‌های آن می‌باشد و مقصود از «خیر» همان «مال و متاع دنیا» است، چون خداوند متعال می‌فرماید: «وَأِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ» (عادیات، ۸).

اقوال مختلف درباره نسخ آیه وصیت

در تفسیر و استنباط آیات وصیت و آیات مواریث، قائلین به وجوب، در این که آیه وصیت نسخ شده یا نه با هم اختلاف دارند. در این مورد دو روایت از ابن عباس وارد شده، که عثمان بن عطاء خراسانی از ابن عباس روایت کرده است که گفته تمام آنچه در این آیه از ایجاب وصیت آمده، با آیه ارث منسوخ شده است. اما روایت دیگری که ابن جریج از عکرمه که از ابن عباس روایت کرده، گفته است: آیه وصیت در حق وارثین نسخ شده، ولی حکم آن در حق غیر وارثین به قوت خود باقی است (جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۰۴).

جصاص در تفسیر آیه وصیت گفته: آیه با آیات فرائض نسخ شده است. ابن جریج از مجاهد روایت کرده که ارث برای فرزند و وصیت برای والدین و خویشاوندان بوده، اما این حکم با آیه فرائض نسخ شده است (جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۱۶۴). گروهی دیگر گفته‌اند: حکم آیه در مورد پدر و مادر و کسانی از خویشاوندان ارث نمی‌برند، تخصیص خورده است.

گفته شده آیه «وَصِيَّت» با آیه «ارث» و با امر رسول خدا(ص) که در حجه الوداع فرمود: «و خداوند حق هر صاحب حقی را عطاء نموده است، آگاه باشید که وصیتی بر وارث وجود ندارد»، منسوخ شده است (ترمذی، ۱۴۰۳ق، ج ۴، ص ۴۳۴؛ نووی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۴، ص ۶؛ ابن ماجه، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۹۰۵)؛ ولی ما می‌گوییم: اصل، عدم نسخ است و دلیل دیگر آنکه شرط نسخ، عدم منافات بین ناسخ و منسوخ است؛ در صورتی که بین «وَصِيَّت» و «ارث» منافاتی

وجود ندارد، چون این وصیت، موجب افزایش صله و ارتباط می باشد و اگر بپذیریم که «نسخ» وجود دارد، این نسخ، «رافع وجوب» است، نه «رافع جواز»؛ چون همان طور که در اصول خواندیم، رفع مرکب، مستلزم رفع تمام اجزای آن نیست (فاضل مقداد، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۰۴).

ادله قائلین به مشروعیت وصیت

۱. کتاب: آیه ۱۸۰ سوره بقره با تصریح بر مشروعیت و جواز وصیت دلالت دارد، و آیاتی که در مورد تقسیم ترکه میت هستند، به طور ضمنی، وصیت را نافذ و حتی آن را لازم دانسته‌اند، و بخشی دیگر از آیات نیز پیرامون احکام وصیت و عدم جواز تبدیل آن از ناحیه وصی وارد شده است. از قبیل: «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» (نساء، ۱۱).

در قرآن کریم آیه «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» (نساء، ۱۱) پس از انجام وصیتی است که او بدان سفارش کرده یا دینی. همه سهام مذکور در این آیه پس از انجام وصیتی است که متوفی می‌کند، و بعد از پرداخت وامی است که بر عهده دارد و «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ» (نساء، ۱۲) بر مشروعیت وصیت برای نزدیکان دلالت دارد و این دو آیه تنفیذ میراث را بعد از انجام وصیت و پرداخت دیون قرار داده است. اما پرداخت بدهی مقدم بر وصیت است، به دلیل فرموده حضرت علی (ع) که فرموده شما این آیه «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» را می‌خوانید و پیامبر (ص) این گونه قضاوت نمود که بدهی را قبل از اجرای وصیت می‌پرداخت (شوکانی، ۱۴۱۲، ج ۶، ص ۵۳) و نیز با توجه به این نکته که از زمان رسول اکرم (ص) تاکنون به همین منوال عمل شده، می‌توان گفت که این مسأله به صورت اجماع درآمده است، چون احدی با آن مخالفت نکرده است (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۴، ص ۲۶). خداوند میراث را در آیه اول و دین و وصیت را قبل از میراث واجب ساخته و کسی که میان آنان بدون دلیل تفاوت قایل است، به خطا رفته و خداوند وصیت را ابطال نفرموده، پس وجوب آن به طور مطلق باقی است (داود، ۲۰۰۶، ص ۱۴۸).

۲. سنت نبوی (ص): خداوند ثلث اموالتان را در آخر عمرتان صدقه کرده برای افزایش خیرات اعمالتان، پس آن را، همان گونه که خواستید قرار دهید (ابن ماجه، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۹۰۴). سرخسی در المبسوط می‌گوید، در این حدیث وصیت امر فرض و واجب نیست، بلکه امری مستحب است و به منزله عبادات نوافل می‌باشد (سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۲۷، ص ۱۴۲). اما اختلاف در ظواهر نصوص که بعضی از آنها بیانگر عدم وجوب وصیت می‌باشند. «ان الله تصدق علیکم عند وفاتکم...» (ابن ماجه، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۹۰۴). ولی بعضی دیگر از نصوص هم بر مشروعیت وجوب وصیت دلالت دارند، «ما حق امری مسلم له شیء یوصی فیه...» (بخاری، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۱۰۵۰) که گفته‌اند دلالت این حدیث عام است، اما اطلاق آن برای کسانی است که ارث نمی‌برند.

جصاص گوید: روایاتی که از پیامبر(ص) وارد شده‌اند دلالت بر وجوب وصیت دارند: «عن ابن عمر قال قال رسول الله(ص) ما حق امری مسلم یوصی فیه تمر علیه لیلتان إلا و وصیتة عنده مکتوبة» و یا «ابن عمر أن النبی(ص) ما ینبغی لمسلم أن ینبغی لیلتین إلا و وصیتة عنده مکتوبة».

وجوب میراث برای ورثه ناسخ وصیت نیست، زیرا جایز است که میراث و وصیت با هم جمع شوند. آیا نمی‌بینی که پیامبر(ص) اجازه وصیت را برای وارث داده، زمانی که بقیه ورثه اجازه دهند. از ابن عباس روایت می‌کند که پیامبر(ص) فرموده: «لایجوز لوارث وصیه إلا أن یجیزها الورثه». پس اجتماع میراث و وصیت برای یک شخص محال نیست (جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۰۵).

۳. **قیاس:** قیاس وصیت بر هبه، به علت اینکه هر کدام از آنان، بخشش و عطایا هستند، که وجوبی در آنان نیست. قیاس بر سایر تبرعات به دلیل اینکه مراد از هر یک از آنان، کسب ذکر خیر در دنیا و به دست آوردن درجات عالیه در آخرت است و در تبرع وجوب نیست (ابن قدامه، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۱۱۵). اما فقها وصیت را از نشانه تقوای الهی دانسته‌اند.

۴. **عقل:** عقلاً اگر وصیت واجب بود، باید از مال متوفی جبراً اخذ شود (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۷، ص ۱۴۲)، اما عقلاً وصیت برای اقامه عدالت در اجتماع و رعایت انصاف بین بستگان، مخصوصاً بستگان نیازمند و محروم از ارث همان تقوای الهی است.

دیدگاه فقهای شیعه و اهل سنت درباره وصیت

ابن عمر از پیامبر(ص) روایت کرده که فرموده هیچ حقی برای فرد مسلمان از چیزی که بر آن وصیت می‌کند، بالاتر نیست (بخاری، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۰۵۰) و روایت سکونی از حضرت علی(ع) که فرموده: هر کس هنگام مرگش برای خویشاوندانی که از او ارث نمی‌برند، وصیت انجام ندهد، عمل او ختم به گناه شده است (فاضل مقداد، ۱۳۹۵، ص ۵۳۶). ظاهر این روایات دلالت بر وجوب وصیت و انجام آن دارد. فاضل مقداد در مورد روایت دوم از سنی بودن راوی اشکال دارد، ولی می‌گوید این روایت وصیت را برای وارث رد نمی‌کند، مگر از حیث مفهوم مخالف اصولی و مفهوم مخالف حجت نیست (فاضل مقداد، ۱۳۹۵، ص ۵۳۶) و گفته شده آیه وصیت با آیه ارث و قول پیامبر(ص) منسوخ شده است. فاضل مقداد می‌گوید: صحّت آن را قبول نداریم و اگر بپذیریم، باز جزء اخبار آحاد است که نمی‌تواند قرآن را نسخ کند، و اگر هم پذیرفتیم که می‌تواند نسخ نماید، بر ما است که آن را حمل بر تخصیص بنماییم و بگوییم مربوط به جایی است که مازاد بر ثلث باشد و «تخصیص» بهتر از «نسخ» می‌باشد، به این علت که در اصول مقرر شده یا آن را حمل بر تقدیر نماییم: یعنی «لاوصیة واجبه لوارث»، «وصیت بر وارث، واجب نیست» (فاضل مقداد، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۰۴).

آیه مبارکه ۱۸۰ سوره بقره، وصیت را برای والدین و نزدیکان واجب می‌گرداند، زیرا واژه «کتب» به معنای فرض کردن است، و بیان موصی لهم یعنی (والدین و اقربین) می‌باشند، با اختیار و اراده خود موصی. پس این آیه در حق وارثین با آیات میراث نسخ شده و اما وجوب آن در حق غیر وارثین از نزدیکان باقی است (جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۰۶؛ ابن حزم، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۳۱۴).

صاحب الفقه علی مذاهب خمس می‌گوید: مذاهب اربعه اهل سنت بر عدم جواز وصیت برای ورثه اتفاق دارند، مگر با اجازه ورثه. اما امامیه وصیت را برای ورثه و هم برای دیگران جایز می‌دانند، به شرطی که از ثلث ترکه تجاوز نکند و موقوف به اذن ورثه نیست (مغنیه، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۲۲۷).

سید مرتضی گفته: از جمله مواردی که گمان می‌رود از احکام خاص فقه امامیه باشد، جواز وصیت برای وارث است، و وارث نمی‌تواند این وصیت را رد کند. برخی از فقهای اهل سنت نیز در این زمینه با امامیه همراهی کرده‌اند، ولی غالب آنان خلاف این نظر دارند (سبحانی، ۱۳۸۷، ص ۱۶).

شیخ طوسی گفته: وصیت کردن برای وارث مثل پسر، پدر و مادر، صحیح است، اما همه فقهای اهل سنت با این نظریه مخالفت کرده‌اند و گفته‌اند که وصیت برای وارث، صحیح نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۱).

اما با همه اختلافاتی که در خصوص وصیت وجود دارد، فقهای همه مذاهب اسلامی با توجه به روایات وارده وصیت را به بیش از ثلث معروف و جایز نمی‌دانند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۲۸۷-۲۶۷؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۹).

مقدار جایز وصیت

به اتفاق فقهای مذاهب مقدار وصیت تبرعی با وجود وراث فقط در مقدار ثلث نافذ است و بیشتر از ثلث احتیاج به اجازه ورثه دارد و موصی چه در حال بیماری باشد یا سلامتی، اگر تمام ورثه راضی باشند، وصیت نافذ، ولی اگر راضی نباشند، وصیت باطل می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۴۱؛ کاسانی، ۱۴۲۰ق، ج ۷، ص ۳۷۵؛ جصاص، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۹۹). ولی اگر عده‌ای اجازه دادند، به نسبت آنها از ثلث بیشتر نافذ است و اجازه وراث فقط زمانی نافذ است که عاقل، بالغ و مختار باشند، در غیر این صورت موثر نیست.

تاریخچه قانون وصیت واجب

قانونگذاران مصر به هنگام وضع قانون ارث، وصیت، وقف و احوال شخصیه در حالی که خود را مقید به رعایت احکام شرع اسلام می‌دانسته‌اند از تقید به مذهب خاصی خود را رها نکرده‌اند. پیش از آن، عمل به قول راجح در مذهب ابوحنیفه نیز در محاکم مصر معمول بوده، ولی در موقع قانونگذاری جدید به سال ۱۹۴۳ میلادی این محدودیت را از

بین بردند و وزارت دادگستری مصر انجمنی را مامور وضع قوانین نامبرده کرد و به آن اختیار داده بود که راه‌حل‌هایی منطبق با شرع اسلام بدون وابستگی به مذهب خاصی، متناسب با عادات و اخلاق عمومی و پیشرفت‌های اجتماعی، پیش‌بینی و پیشنهاد کند و این اختیار دست و بال انجمن را باز گذاشته و موجب شد که راه‌حل‌های حقوقی که در مذاهب دیگر حتی مذهب شیعه زیدیه و شیعه امامیه وجود داشته و استفاده نمایند (محمدی، ۱۳۵۸، ص ۱۱۷).

وصیت واجب به این صورتی که در قانون مصر آمده، مسبوق به سابقه نمی‌باشد، بلکه ساخته و پرداخته قانونگذاران مصری است، که با اتکاء بر نصوص قرآن کریم و آرای عده‌ای از فقیهان به جهت رعایت مصلحت جمعی و حل مشکلات بعضی از خویشان و نزدیکان متوفی تاسیس، تدوین و تصویب شده است (ابوزه‌ره، ۱۴۰۹ق، ص ۲۲۹).

قانون وصیت واجب اولین بار در کشور مصر در سال ۱۹۴۳م ماده ۷۹-۷۶ از مذهب ظاهری، و از نظر ابن حزم اندلسی اقتباس شده است. کشورهای اسلامی و عربی هم با پیروی از مصر این قانون را وارد قوانین احوال شخصیه خود نمودند. براساس این دیدگاه وصیت برای برخی از کسانی که از ارث محروم می‌شوند، از قبیل نوادگانی که پدرشان در حیات جدشان فوت نموده باشد (موت حقیقی)، و چه برای فرزندان کسی که با پدرش در یک حادثه فوت کرده باشد (موت حکمی)، و حکم حاکم به مرگ کسی که بیش از چهار سال از مفقودی آن گذشته (موت فرضی)، در این حالت‌ها فرع از اصلش ارث نمی‌برد. بلکه وصیت برای فرزندان این فرع واجب می‌شود (زحیلی، ۱۹۹۶م، ص ۱۳۴)، زیرا در نظام ارثیه تمام مذاهب اسلامی چه نظام قرابتی و چه نظام تعصیبی، اگر پدر بزرگ برای چنین نوه‌هایی سهمی از مال خود وصیت نکند، آنان محروم از ماترکه پدر بزرگ به علت وجود عموها و عمه‌ها که در قید حیات هستند، می‌باشند.

تعاریف وصیت واجب

دکتر صلاح سلطان می‌گوید: وصیت واجب عبارت است از مقداری از اموال که به فرع فرزند شخص مرده (دختر دختر یا پسر پسر یا دختر پسر پسر) تعلق می‌گیرد، وقتی که پدرش در زمان حیات جدش وفات کرده باشد، پس سهم پدرش همچنان که اگر زنده باشد، بیشتر از یک سوم نیست و این مقدار به حکم قانون به طور الزامی گرفته می‌شود که رد آن جایز نیست و وارثان حق ندارند که مانع آن بشوند و بر تمام وصیت‌های اختیاری مقدم است، بلکه اگر مقدار آن یک سوم باشد، واجب است و وارثان بر غیر آن موافق نیستند (سلطان، ۱۳۹۴، ص ۲۸۸).

محمد طه ابوالخلیفه وصیت واجب را چنین تعریف کرده: وصیتی که یک سوم ماترکه میت به فرع فرزندش که در حیات او فوت کرده و یا همزمان با او مرده است و یا حکماً مرده است (خلیفه، ۱۴۲۶ق، ص ۳۳۶).

عبدالرزاق الویح هم وصیت واجب را چنین تعریف کرده: وصیتی که قانون آن را با شروط معین برای فرع کسی که در حیات پدرش فوت می‌کند و نیز برای فرع کسی که همراه پدر می‌میرد، حقیقتاً یا حکماً داده می‌شود (ویح، ۱۴۲۰ق، ص ۴۶۳).

از جمیع این تعاریف می‌توان چنین استنباط کرد، وصیت واجب بهره یا سهمی است از ماترک که فرع فرزندان میتی که قبل از پدرش مرده، استحقاق آن را می‌یابد، اگرچه وارث نیستند، اما با ضوابطی خاص به حکم قانون به آنها داده می‌شود.

حکم وصیت واجب

وصیت واجب به صورتی که امروز اجرا می‌شود، دلیل صریحی برای آن در قرآن و سنت نبوی نیامده است. همچنین هیچ کدام از فقهاء مذاهب معروف به آن قول عمل نکرده‌اند. اما قانونگذاران تلاش کرده‌اند که حکم آن را به یک مستند شرعی ارجاع دهند، و آنها عقیده وجوب وصیت به نزدیکان غیر وارث را، از جمع زیادی از فقهای تابعین و فقهای بعد از آنها از امامان فقه و حدیث که روایت شده، گرفته‌اند، از جمله این‌ها سعید بن مسیب، حسن بصری، طاوس، امام احمد، داود، طبری، اسحاق بن راهویه و ابن حزم هستند و اصل این نظریه از آیه ۱۸۰ بقره استنباط شده است (سلطان، ۱۳۹۴، ص ۲۹۲). همچنین حقوق دانانی که قایل به این حکم شرعی وجوب وصیت برای اقربین غیر وارث شده‌اند، علاوه بر اعتمادی که به رأی ابن حزم اندلسی و بعضی از صحابه و تابعین که از کتاب خدا داشته‌اند، به سنت نبوی، قواعد شرعی، مقاصد عامه و قواعد فقهی نیز استناد کرده‌اند.

۱. کتاب: استناد به آیه ۱۸۰ بقره این آیه مبارکه در ظاهر به وجوب وصیت برای والدین و نزدیکان دلالت دارد، زیرا واژه «کتب» به معنای فرض است.
۲. سنت نبوی: ابن عمر از رسول خدا(ص) روایت نموده که فرمود: «ما حق امری مسلم له شیء یرید ان یوصی فیه، بییت الا وصیته عنده مکتوبه» ظاهر این حدیث دلالت بر وجوب وصیت دارد، و مالک این حدیث را آورده، ولی بدون عبارت «له شیء یرید ان یوصی فیه» (ابن حزم، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۳۱۲).
۳. براساس قواعد فقه: صاحبان این رأی به بعضی از قواعد فقهی استناد کرده‌اند، که برای ولی امر جایز است در امور مباح، در آنچه به مصلحت عام می‌بیند، تصرف نماید، و چنین حکمی واجب الطاعت است، چون یک امر شرعی است (سیوطی، ۱۳۹۹ق، ص ۱۲۱؛ ابن نجیم، ۱۴۰۰ق، ص ۱۲۳). لذا به دلیل این که نوه‌ها در حال مرگ پدرشان غیر وارث هستند. برای ولی الامر جایز است جهت مصلحت نوه‌ها صفت غیر وارث به آنان بدهد، زیرا آنان شایسته ترین مردم نسبت به ثروت پدر بزرگشان می‌باشند (زحیلی، ۱۴۲۲ق، ص ۱۰۶).

شروط وصیت واجب

قانون چند شرط را برای استحقاق وصیت واجب قرار داده است و این شروط در همه قوانین کشورها یکنواخت است.

الف). شروط فرع «نوادگان» مستحق وصیت

۱. فرع میّت که وارث نیستند، و آنها فرزندان پسر و یا فرزندان دختراند.

۲. به مقتضای قانون به مستحقان انتقال داده می‌شود، در صورت نبود فرزندان پسر و یا دختر به نوادگان داده می‌شود. فرع از اولاد ذکور باشند، یا طبقه اول از فرزندان دختر باشند (ابوزه‌ره، ۱۴۰۹ق، ص ۱۷۶).

۳. وارث جدش نباشند.

۴. مستحق وصیت واجب، پدرش محجوب و یا محروم از ارث نباشد، مانند اینکه پدرش قاتل و یا کافر و مرتد باشد.

ب). شروط پدر مرده فرزندان

۱. در حیات پدرشان فوت کرده باشد، حقیقتاً، حکماً و یا فرضاً.

۲. نوه در زمان حیات پدرشان مستحق میراث باشد و مانعی از موانع میراث وجود نداشته باشد.

مقدار وصیت واجب

فقهایی که قایل به وجوب وصیت برای والدین و اقربای غیر وارث هستند، مقدار آن را تعیین نکرده‌اند. مقدار وصیت واجب به مقدار سهم پدرش که در حیات خود مرده و در حدود ثلث ترکه (محمدی، ۱۳۵۸، ص ۱۱۹؛ ابوزه‌ره، ۱۴۰۹ق، ص ۱۷۹؛ زحیلی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۰، ص ۵۶۶)، ولی بیشتر از آن منوط به اذن ورثه می‌باشد.

متوفی (جد) در حیات خودش مقدار مالی از طریق هبه، صلح و یا وصیت بدون عوض که کمتر از قیمت، منتفع نشده باشند. در صورتی که مالی که به نوادگان داده‌اند، برابر وصیت باشد، دیگر مستحق وصیت نمی‌باشد، و در صورتی که کمتر از آن اندازه وصیت باشد، واجب است، مقدار دیگری با وصیت واجب کامل به نوادگان داده شود، اگر به عده‌ای از مستحقین داده باشد، واجب است برای آنان که از این بخشش محروم بوده‌اند، به مقدار سهم وصیت شود (زحیلی، ۱۹۹۶م، ص ۱۳۴).

نحوه تقسیم ماترکه متوفی

از تعریف وصیت واجب دانسته می‌شود که فرزند فرزند (نوه میت) از وصیت واجب منتفع می‌شود، این اجمال در صور متعدد زیر ظاهر می‌شود:

۱. فرزند فرزند اعم است از پسر و دختر ۲- میت اعم است از مرد و زن ۳- موت اعم است از موت حقیقی، حکمی، فرضی. بنابراین، منتفع از وصیت واجب دوازده صورت دارد که از ضرب سه فرض بالا در یکدیگر بدست می‌آیند.
۲. قاعده «لذکر مثل حظ الانثیین» یعنی: پسر دو برابر دختر، در تقسیم وصیت واجب بکار گرفته می‌شود، مثلاً اگر کسی بمیرد و از او فرزند بماند و پسر و دختری از فرزند دیگر، به اندازه یک سوم دارائی او به این دو نوه می‌رسد که بین آنها براساس قاعده بالا تقسیم می‌شود (محمدی، ۱۳۵۸، ص ۱۱۹).

ماهیت حقوقی وصیت واجب

۱. بنا به تعریف وصیت واجب، که از ماده ۷۶ قانون وصیت مصر استخراج شده، این تاسیس حقوقی با آنچه بنام «وصیت» می‌شناسیم، تفاوت کلی دارد، و ماهیتاً از آن جدا است، زیرا وصیت عملی است حقوقی که از طرف موصی انشاء می‌شود، در حالی که این تاسیس حقوقی به انشاء موصی نیست، بلکه الزامی قانونی است که شبیه ارث می‌باشد.
۲. اصل در وصیت حتی اگر شرعاً هم واجب باشد، اختیاری بودن آن است که صرف اراده انسان آن را انشاء کند و نیازی به حکم قاضی نداشته باشد. اما مقصود از وصیت در بحث ما، که نوع جدیدی از وصایا است، ویژگی وجوب آن به جهت حکم قاضی اخذ کرده و این حکم قاضی است، که آن را در مال متوفی واجب می‌گرداند، و این قانون تصریح بر دادن مال نموده است، که میت چه وصیت کرده باشد، و یا نکرده باشد چه ورثه راضی باشند و چه نباشند. برای گروه معینی از نزدیکان متوفی که از ارث محروم‌اند، واجب می‌باشد که وجوب و تنفیذ این حکم به حکم قانون می‌باشد.
۳. از نظر ماهوی این تاسیس نه عقد است نه ایقاع، چون با اراده کسی بوجود نیامده، بلکه به حکم قانونگذار است و به همین لحاظ «حق» قابل اسقاط هم نیست (محمدی، ۱۳۵۸، ص ۱۱۹).

تزامم وصایا: تداخل وصیت واجب با وصایای اختیاری

هرگاه وصایا متعدد بوده، و مزاحم یکدیگر شدند و ثلث ترکه به اندازه عمل به تمام وصایا نباشد، و وراثت بیشتر از ثلث را اجازه ندهند، و یا اگر اجازه دهند، ولی مال مورث به اندازه تنفیذ همه وصایا نباشد، در این حالت التزامم وصایا پیش می‌آید (ابوزهرة، ۱۴۰۹ق، ص ۲۳۰). در حالت اجتماع وصیت واجب با وصایای اختیاری دیگر، اگرچه وصایا در مورد حقوق خداوند و یا حق مردم باشد، قانون وصیت واجب را مقدم بر غیر آنان قرار داده است. فرقی نمی‌کند که متوفی در حق آنان وصیت کرده باشد یا خیر. چنانچه وصیت واجب به اندازه ثلث ترکه باشد و ورثه اجازه مازاد بر ثلث را ندهند، صاحبان وصیت واجب ثلث را می‌گیرند و صاحبان وصیت اختیاری حقی ندارند و در صورتی که وصیت واجب کمتر از ثلث باشد، ابتدا صاحبان وصیت واجب سهم خود را می‌گیرند و بقیه ثلث برای صاحبان اختیاری داده می‌شود.

قانون تصریح کرده که وصیت واجب مقدم بر دیگر وصیت‌های اختیاری می‌باشد، اعم از اینکه وصیت برای انجام واجبات او یا برای امور مستحب باشد و قبل از آن، از یک سوم ترکه استخراج می‌شود. در صورتی که یک سوم ترکه کفاف همه وصیت‌ها اعم از وصیت واجب و اختیاری داشته باشد، همه آنها تنفیذ می‌گردند. در صورتی که کفاف همه را نکند، ابتدا وصیت واجب عمل می‌شود، سپس دیگر وصیت‌ها تنفیذ می‌گردد.

دلایل موافقین وصیت واجب

۱. از نظر ابن حزم، الطبری و ابی بکر بن عبدالعزیز فقیه حنبلی، ماهیت وصیت واجب قضایی است نه دینی، بنابراین واجب است برای خویشاوندان که ارث نمی‌برند، وصیت کند و در غیر اینصورت بر ورثه او یا بر کسی که اشراف بر ترکه میت دارد، واجب است که مقداری از اموال به خویشاوندانی که ارث بر نیستند، بدهد. و این گروه به مبرهن کردن اندیشه خود به آیه ۱۸۰ بقره استناد کرده و معتقدند این آیه از محکومات قرآن است و در ضمن نسخ نشده است (قیاسی، ۱۳۹۷، ص ۱۷).
۲. عقیده دادن مقداری از اموال شخص متوفی به نزدیکان غیروارث طبق وصیت واجب، عقیده ابن حزم است که از نظرات فقهای تابعین و یک روایت از امام احمد گرفته شده است (سلطان، ۱۳۹۴، ص ۲۹۳).
۳. محدود کردن نزدیکان غیروارث به نوه‌ها و تعیین کردن سهمی به اندازه سهم پدرشان در حد یک سوم، مبتنی بر مذهب ابن حزم و این قاعده شرعی است که: امام می‌تواند به امر مباحی امر کند و آن را لازم گرداند، وقتی که مردم آن را رها کرده باشند (سلطان، ۱۳۹۴، ص ۲۹۳).
۴. اقامه عدل و رعایت انصاف، بین بستگان متوفی اقتضاء دارد که سهمی از ماترکه جدّ به فرزندان فرزندی که قبل از پدرش فوت نموده با علم به اینکه این متوفی در ایجاد و جمع‌آوری ثروتی که پدر بزرگشان به جای گذاشته و عموها و عمه‌ها آن را به ارث می‌برند، نقش داشته و عدل و انصاف حکم می‌کند به این نوادگان هم به اندازه سهم پدرشان اگر زنده بود، ارث داده شود.
۵. حفظ کیان خانواده تا به خاطر توزیع ثروت پیوند عاطفی و روابط خونی آنان از بین نرود، که گروهی در فقر و احتیاج و گروهی دیگر در غناء و رفاه باشند، با علم به اینکه این فرزندان در فوت پدرشان هیچ تقصیری و گناهی نداشته‌اند.
۶. حل مشکل مالی فرزندان که پدرشان در حیات جدّشان مرده و رفع گلايه و خصومت، با عمو و عمه‌هایشان.

دلایل مخالفین قانون وصیت واجب

۱. همانا حکم وجوب آیه وصیت منسوخ شده، و به اجماع فقهای تمام مذاهب اسلامی وصیت کردن واجب نیست، بلکه امری مستحب می‌باشد. اما علمایی که وجوب آن را گفته‌اند، فقط برای کسی که در حال حیات به مقداری که می‌خواهد و آن هم از باب استحباب برای نزدیکانش، ولی چیزی که در قانون وصیت واجب آورده‌اند، با وصیت بسیار متفاوت است.

۲. جمهور اهل علم بر عدم وجوب وصیت برای عموم می‌باشد. اما چیزی که مسلم و قطعی است در وصیت واجب، چرا کسانی که قایل به وجوب آن هستند، معلوم و مشخص نکرده‌اند که چرا واژه «الأقربین» فقط تخصیص به نوادگان زده‌اند، زیرا خداوند آن را به طور عام فرموده: «الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ» و این لفظ (الأقربین) می‌تواند بر بستگان دوستان و آشنایان نیز حمل گردد. چنین تخصیصی با مخصص هماهنگی ندارد. پس چگونه آن را به اشخاص خاص و مقدار مال معلوم محدود کرده‌اند. اگر ابن حزم قائل به وجوب وصیت برای بستگانی که وارث نیستند، می‌باشد، ولی آن را محدود در فرزندان فرزند متوفی نکرده است.

۳. کسانی که گفته‌اند برای ولی الامر جایز است که در امور مباح برای مصلحت عام حکم شرعی نماید، باید گفت میراث از اوامر مباح نیست، بلکه از امور مقیده‌ای است که در نصوص شریعت تنظیم گشته و اعلام شده و محلی برای اجتهاد ولی الامر یا کس دیگری نیست. پس جایز نیست برای ولی الامر و یا هیچ مسلمانی که چیزی به آن اضافه یا کم کنند. همانطور که جایز نیست برای ولی الامر یا هیچ کس که مال شخصی را به دیگری ببخشد. مگر بواسطه امر حق و این امر مباح نیست تا کسی آن را با حکم خود نظم دهد.

۴. هنگامی که خداوند قانون وراثت را قرار داد، و رسولش(ص) فرمود: فرزند حجب است، برای فرزند فرزند(نوه)، و همانا نزدیک حجب است برای دور، ولی کسانی که حکم به وصیت واجب کرده‌اند، در واقع اجتهاد در مقابل نص نموده‌اند و هیچ دلیلی ندارند، به خاطر اینکه چون رسول خدا(ص) فرموده است: «باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلاولى رجل ذكر»، ذکر نکرده‌اند. همانا وصیتی نیست، مگر در حال حیات موصی، پس زمانی که انسان مرد، دیگر وصیتی برای او نیست، زیرا:

الف). آنکه حق وصیت داشت، دیگر مرده است.

ب). بنا به دستور شرع از لحظه‌ای که کسی می‌میرد مال به ملکیت ورثه منتقل می‌شود و دیگر مال به متوفی برنمی‌گردد، که در آن تصرف نماید. پس دستش کوتاه شده از تصرف در ترکه، مگر تحت عنوان تصرف در مال ورثه و

آن هم برای مرده مقدر نیست، و جبراً تمام ترکه به بستگان مرده آن هم با درجه نزدیکی تحت عنوان توریث منتقل می‌شود. بنابراین، توریث نیاز به نص دارد و برای وصیت واجب نص موجود نیست.

قاعده توریث بر نزدیکی است نه حق، پس کسی حق ندارد مال وراثت را بگیرد، مگر با رضایت کامل، به دلیل اینکه خداوند فرموده: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (نساء، ۲۹).

۱. این چیزی که در قانون آمده خارج از فرایض خداوند است، و ملزم کردن مردم به چیزی که ملزم نیستند با نصوص قرآن و سنت پیامبر(ص).

۲. وجود اختلافات در متن قانون وصیت واجب در بعضی کشورهای اسلامی و عربی خود دلیلی است بر اینکه قانون وصیت واجب یک امر شرعی نیست (ریاض، ۱۴۲۹ق، ص ۲۹۳).

نتیجه‌گیری

مبحث وصیت با توجه به اهمیت خاصی که دارد، همواره از مباحث چالش برانگیز و حساس فقه در مذاهب اسلامی بوده است. فقهای امامیه از جمله فاضل مقداد آیه وصیت را منسوخ نمی‌دانند چه در حق وارث و غیر وارث، اما فقهای مذاهب اهل سنت از جمله ابوبکر جصاص وصیت کردن را در حق وارث منسوخ به آیه میراث و احادیث نبوی(ص) می‌دانند. اما وصیت برای غیر وارث مانند فقهای امامیه امری مستحب و از اوامر الهی و رعایت عدل و انصاف و نشانه متقیان می‌دانند.

قرآن کریم از اهداف اصلی رسالت انبیاء(ع) را در طول تاریخ، و همچنین سیره عقلاء و اجماع علماء هم در هر عصر و زمانی تأکید بر اصل اقامه عدالت، در جامعه به صورت عام و به شکل خاص در خانواده می‌باشد. این یک واقعیت غیر قابل انکار است، که افزایش جمعیت و به تبع آن آمار مرگ و میر و مشکلات بازماندگان متوفی‌ها در جامعه و محدودیت‌ها و تنگناهای حاکمیت برای تأمین هزینه‌های لازم آنان رو به افزایش می‌باشد، لذا جهت رفع این تنگناها علما مقننین مصر و به تبع آن سایر کشورهای اسلامی و عربی را واداشت، تا با تأسیس و تصویب قانونی، به ایفای حق محرومین از ارث در قوانین احوال شخصیه خود با اقتباس از نظر این حزم اندلسی که به نوعی منطبق با گزاره‌های قرآنی و روایی نیز می‌باشند، استنباط رأی کنند. این قانون دارای ظرفیت زیادی می‌باشد و توانسته در ساختار و منظومه قواعد و قوانین احوال شخصیه این کشورها نقش تکمیل‌کننده قراردادهای عرفی را به صورت رسمی ایفا نماید.

ظاهراً تصریح در پذیرش این قانون در اغلب کشورهای اسلامی در فاصله زمانی بسیار کم، بیانگر فوائد این قانون در رفع مشکلات و تنگناها در اقامه عدالت اجتماعی و برقراری عدل و انصاف بین بستگان خانواده بوده است. چون اکثراً پدربزرگ‌ها به صورت عرفی برای فرزندان، فرزند جوان مرگش تا جایی که مقدور باشد، وصیت می‌کنند، تا سهمی از ماترکش ببرند. ولی چه بسا در این میان نوادگانی هستند با هر دلیل و توجهی با کم لطفی و بی‌اعتنائی جدشان واقع شده، و محروم از ارث می‌شوند، و این نوادگان فقیر و نیازمند، دچار مشکلات متعدد مالی شده و همین امر سبب ایجاد گلایه و خصومت بین بستگان می‌شود.

از آنجا که مجموعه قوانین احوال شخصیه ایران که تابع فقه پویای امامیه می‌باشد، امید است با داشتن ظرفیت مبانی و مستندات شرعی و انفتاح ابواب فقهی و وجود حکم ولی امر، که صاحب نظران به طور جد، به پژوهش و واکاوی قانون وصیت واجب پرداخته و در بازه زمانی کوتاه جامعه ما هم به مانند دیگر ممالک اسلامی به صورت قانونی نوادگان محروم از ارث جدشان صاحب سهم شوند.

منابع

قرآن کریم

۱. ابن حزم (بی تا). **المحلی بالآثار**. بیروت: دار الجیل.
۲. ابن قدامه، ابو محمد (۱۴۱۸ق). **المغنی**. قاهره: دارالحديث، ج ۸.
۳. ابن ماجه، ابو عبدالله (۱۴۱۵ق). **سنن ابن ماجه**. بیروت: دارالفکر، ج ۲.
۴. ابن منظور (۱۴۱۴ق). **لسان العرب**. بیروت: دار صادر، الطبعة الثالثة، ج ۴، ۶.
۵. ابن نجيم، زين العابدين (۱۴۰۰ق). **الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة**. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۶. ابوزهره، محمد (۱۴۰۹ق). **شرح قانون الوصیه**. القاهره: دارالفکر العربی.
۷. ابوزهره، محمد (۱۴۰۹ق). **احکام التركات و الموارث**. قاهره: دارالفکر.
۸. احمدی میانجی، علی (۱۴۲۴ق). **مالکیت خصوصی در اسلام**. تهران: نشر دادگستر.
۹. انصاری خوشابر، مسعود؛ طاهری، محمدعلی (۱۳۸۶). **دانشنامه حقوق خصوصی**. تهران: محراب فکر، چاپ دوم، ج ۳.
۱۰. بخاری، ابو عبدالله (۱۴۰۷ق). **صحیح البخاری**. بیروت: دار طوق النجاه، ج ۳.
۱۱. ترمذی، محمد بن عیسی (۱۴۰۳ق). **سنن الترمذی**. بیروت: احیاء التراث العربی، ج ۴.
۱۲. جصاص، احمد بن علی (۱۴۰۵ق). **احکام القرآن للجصاص**. تحقیق محمد الصادق قمحاوی. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۱۳. جوهری، اسماعیل بن حماد مقدم (۱۴۰۷ق). **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه**. بیروت: دار العلم للملایین، ج ۶.
۱۴. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). **وسایل الشیعه**. قم: موسسه آل البيت(ع)، ج ۱۹.
۱۵. خلیفه، محمد طه ابوالعلاء (۱۴۲۶ق). **احکام الموارث در اسسه تطبیقه**. قاهره: دارالسلام.
۱۶. داود، احمد محمدعلی (۲۰۰۶م). **الحقوق المتعلقة بالترکة بین الفقه و القانون**. الأردن: دار النشر.
۱۷. رازی، محمد (۱۹۸۶م). **مختار الصحاح**. بیروت: دارالمعاجم.
۱۸. ریاض، محمد (۱۴۲۹ق). **أحکام الموارث بین النظر الفقهي و التطبيق العلمی**. قاهره: بی نا.
۱۹. زحیلی، وهبه (۱۴۱۷ق). **الوصایا والوقف فی الفقه الإسلامی**. دمشق: دارالفکر.

۲۰. زحیلی، وهبه (۱۴۲۲ق). **الفقه الإسلامی و ادلته**. دمشق: دارالفکر، ج ۱۰.
۲۱. زحیلی، فخرالدین (۱۳۱۳ق). **تبیین الحقایق شرح کنز الدقائق**. بی‌جا: دارالکتاب الاسلامی، ج ۵.
۲۲. سبحانی، جعفر (۱۳۸۷). **وصیت برای وارث**. *فقه اهل‌البیت*، سال ۱۴، شماره ۵۳، ص ۴۳-۱۵.
۲۳. سرخسی، شمس‌الدین (۱۴۰۶ق). **المبسوط**. بیروت: دارالمعرفه، ج ۲۷.
۲۴. سرطاوی، فواد عبدالطیف (۱۴۲۱ق). **الوجیز فی الوصیا و المواریث**. بی‌جا: دارالبیارق.
۲۵. سلطان، صلاح‌الدین (۱۳۹۴). **المواریث و الوصیه بین الشریعه و القانون**. بی‌جا: انتشارات عقیده.
۲۶. سیوطی، جلال‌الدین (۱۳۹۹ق). **الأشباه النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعه**. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۷. شربینی، محمد (۱۳۷۷ق). **معنی المحتاج**. دمشق: مکتبه و مطبعه مصطفی‌البابلی، ج ۳.
۲۸. شوکانی، محمد (۱۴۱۲ق). **نیا الأطار شرح منتقى الاخبار**. بیروت: دارالفکر، ج ۶.
۲۹. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۵ق). **الروضه البهیة فی الشرح للمعه دمشقیه**. قم: موسسه اسماعیلیان، ج ۲.
۳۰. شیخ‌الاسلامی، سید اسعد (۱۳۷۴). **احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه اهل سنت**. تهران: سمت.
۳۱. طبرسی، أبو علی الفضل بن الحسن (۱۴۲۷ق). **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**. بیروت: دارالمرتضی.
۳۲. طریحی نجفی (بی‌تا). **مجمع البحرین**. قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ج ۴.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). **الخلاف**. تصحیح علی خراسانی و دیگران. قم: دفتر انتشارات اسلامی، جامعه مدرسین حوزه علمیه، ج ۲، ۴.
۳۴. فاضل مقداد، مقداً بن عبدالله (۱۳۹۲). **کنز العرفان فی فقه القرآن**. ترجمه و شرح عباس زراعت. تهران: انتشارات اندیشه‌های حقوقی، ج ۱.
۳۵. فاضل مقداد، مقداً بن عبدالله (۱۳۹۵). **کنز العرفان فی فقه القرآن**. ترجمه عبدالرحیم عقیقی بخشایشی. قم: پاساژ قدس.
۳۶. قطب‌راوندی، سعید (۱۴۰۵ق). **فقه القرآن**. قم: زمینه‌سازان ظهور امام عصر، ج ۲.
۳۷. قیاسی، سیامک (۱۳۹۷). **ماهیت وصیت واجب در قوانین کشورهای اسلامی - عربی**. *پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت*، سال پنجم، شماره ۹، ص ۲۶-۹.
۳۸. کاسانی، ابوبکر علاء‌الدین (۱۴۲۰ق). **بدائع الصنائع**. بیروت: دارالمعرفه، ج ۷-۸.
۳۹. مجلسی، محمدباقر (۱۴۱۰ق). **بحار الانوار**. بیروت: موسسه الطبع و النشر، ج ۲۳.
۴۰. محمدی، ابوالحسن (۱۳۵۸سفند). **وصیت واجب در حقوق مصر**. *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)*، شماره ۱۲۲-۱۱۶.
۴۱. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۲ق). **الفقه علی المذاهب الخمسه**. قم: دارالکتاب الاسلامی، ج ۲.
۴۲. نووی، ابو زکریا (۱۴۲۰ق). **صحیح مسلم**. قاهره: دارالفجر، ج ۱۵، ۱۴.
۴۳. ویج، أشرف (۱۴۲۰ق). **الرائد فی علم الفرائض**. بیروت: دارالنهضة العربیه.

۴۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود، و دیگران (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق با مذاهب اهل بیت(ع). قم: موسسه دائرهالمعارف فقه اسلامی بر مذاهب اهل بیت(ع)، ج ۱.