

مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره بیست و سه، بهار و تابستان ۱۳۹۸، ص ۱۱۹-۱۶۱

اوصاف اختصاصی وصی از دیدگاه مذاهب خمس و حقوق^۱

احمد علی قانع^۲

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران

اسماعیل محمدپور^۳

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران

چکیده

صاحب‌نظران برای وصی شرایط و اوصافی در نظر گرفتند. از جمله این شرایط می‌توان به اهلیت و کمال، کفایت و قدرت، بینایی و شنوایی، اسلام، عدالت، امانت و وثاقت، حریت و ذکوریت اشاره کرد. وجود برخی از شرایط مذکور (شرایط عمومی قراردادها) در سایر اعمال حقوقی نیز الزامیست اما دسته‌ای دیگر از شرایط مانند اسلام، عدالت و ذکوریت، به دلیل وضعیت خاص نهاد وصایت فقط در مورد وصی مطرح شده‌اند که پذیرش اشتراط اوصاف خاص برای وصی در مقام عمل آثاری زیادی دارد. لذا ضروریست که در قالب یک بحث منسجم به آن پرداخته شود. از بررسی آرای مختلف این مطلب استنتاج می‌شود که وصی باید امین باشد و فقدان وصف عدالت و ذکوریت به وصایت آسیبی وارد نمی‌آورد و شرط اسلام نیز جز در برخی موارد خاص، نمی‌تواند به عنوان شرط کلی برای احراز سمت وصایت شرط باشد.

کلیدواژه‌ها: وصیت عهدی، اوصاف اختصاصی وصی، اسلام، عدالت، امانت، ذکوریت.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۵/۱۶؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۶/۱۲

۲. پست الکترونیک: 4ghane@gmail.com

۳. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): ismaiel.m5@gmail.com

مقدمه

وصایت یک نهاد حقوقی-اجتماعی و یکی از ابواب پرکاربرد و مهم فقهی است که در آیین اسلامی مورد توصیه و تأکید قرار گرفته است (بقره، ۱۸۰)^۱ و خود نوعی تشریک مساعی و کمک مؤمنین به یکدیگر محسوب می‌شود. حقوق ایران بر خلاف فقه اسلامی وصایت را به طور مبسوط مورد بحث قرار نداده است تنها موادی از قانون مدنی (۸۲۵ تا ۸۶۰) و قانون امور حسبی (۲۷۶ تا ۲۹۹) به بیان احکام وصایت اختصاص داده شده و قوانین در مورد بسیاری از مسائل مربوط به وصایت ساکت هستند. همین اختصار موجب ایجاد ابهامات زیادی شده که متأسفانه حقوق‌دانان نیز پاسخی به آن‌ها نداده و دکترین حقوقی هم در این باره ساکت است. در بهترین حالت بعضی از حقوق‌دانان با اجمال مطالبی را در مورد شرایط وصی بیان کرده‌اند که در همان مطالب مجمل و کوتاه هم اختلافات زیادی وجود دارد. از جمله این ابهامات، روشن نبودن شرایط لازم برای وصی به عنوان یکی از ارکان وصایت است.

در بسیاری از وصایایی که امروزه تحقق می‌یابند ممکن است اختلافاتی میان اشخاصی که به نوعی با وصایت ارتباط پیدا می‌کنند، بوجود آید. از جمله این اختلافات بحث شرایط وصی و در مرحله بعد ضمانت اجراهای عدم وجود این شرایط (بطلان، ضم امین، انزال، عزل توسط حاکم و ...) و همچنین زمان معتبر در وجود (زمان ایضا، فوت موصی، زمان اجرای وصیت و ...) آن‌هاست. در حقوقی کنونی، هم در قوانین و هم در میان دکترین و آرای حقوق‌دانان پاسخ مسائل مذکور بسیار مبهم است و به تفصیل به آن‌ها پرداخته نشده و به دلیل همین سکوت و خلأ قانونی، مراجع قضایی نیز در مقام رفع اختلاف، به مشکل برخورد و متوقف خواهند شد. مقصود از شرایط اختصاصی آن دسته

۱. «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ»، بر شما نوشته شده: «هنگامی که یکی از شما را مرگ فرا رسد، اگر چیز خوبی (مالی) از خود به جای گذارده، برای پدر و مادر و نزدیکان، به طور شایسته وصیت کند! این حقی است بر پرهیزگاران!».

از اوصاف هستند که فقط در مورد وصی یا حداکثر درباره نهادهای مشابه آن مانند متولی وقف، قیم و ولی قهری مطرح شدند. شرایط اختصاصی وصی ارتباط وثیقی با امانت و اطمینان به وصی یا قدرت انجام وصایت توسط وی دارند. از جمله این شرایط می‌توان به اسلام، عدالت، امانت، بینایی و شنوایی، ذکوریت و حریت اشاره کرد. مضافاً خاص بودن نهاد وصایت به لحاظ این که شروع امر وصایت مربوط به زمان بعد از فوت موصی است و در آن زمان دیگر موصی وجود ندارد که بتواند در مورد مسائل مستحدثه در امر وصایت تعیین تکلیف و تصمیم‌گیری نماید، باعث شده که اهمیت و ضرورت بحث و تعیین تکلیف در مورد این ابهامات دوچندان شود. با توجه به مطالب مذکور و مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۱ در موارد سکوت و ابهام در قوانین موضوعه، بایستی به قواعد، احکام و فتاوی مشهور فقهی مراجعه کرد و احکام مورد نیاز و پاسخ مسائل مستحدثه را از منابع اسلامی استنتاج نماییم. به منظور بررسی دقیق و بهتر اشتراط صفات مذکور در وصی، آن‌ها را به دو دسته صفات عمومی و اختصاصی تقسیم می‌نماییم و در نوشته‌ی حاضر شرایط اختصاصی شمرده شده برای وصی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. مسلمان بودن

قانون مدنی در ماده ۱۱۹۲ و ذیل بحث ولایت قهری در مورد شرط اسلام در وصی سخن به میان آورده است. این ماده مقرر داشته «ولی مسلم نمی‌تواند برای امور مولی علیه خود وصی غیرمسلم معین کند». لازم به ذکر است که با توجه به قرینه معنوی، عبارت «مسلم» در صدر ماده، به مولی علیه بر می‌گردد و نه به شخص موصی. یعنی سخن در مورد مولی علیه مسلم است و نه موصی مسلم. به هر حال به نظر می‌رسد که این ماده بسیار کلی و

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

مبهم حکمی را بیان کرده و بسیاری از حالاتی که ممکن است برای مولی علیه یا موصی و یا وصی اتفاق بیفتند را مورد بحث قرار نداده است و در مورد احکام آن‌ها ساکت است. همان‌طور که سابق بر این هم ذکر شد در مواقع سکوت قانون ما باید به دکترین حقوق و فتاوی و نظرات فقها مراجعه نماییم. مشهور فقها، اسلام را همانند اهلیت به عنوان یکی از شرایط لازم برای وصی ذکر می‌کنند و معتقدند که در صورتی که مولی علیه مسلمان باشد، وصی نیز حتماً باید مسلمان باشد (کلانتری و دیگران، ۱۳۹۲ ش، ص ۱۰۶؛ عمید، ۱۳۴۲ ش، ص ۱۴۵). حتی بعضی از فقها متقدم احتمال داده‌اند که علاوه بر اسلام، ایمان (یعنی شیعه دوازده امامی بودن)^۱ نیز برای وصی شرط است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ ق، ج ۴، ص ۱۵۳). اما اطلاق کلام فقها در مورد شرط اسلام، این ابهام را ایجاد کرده که آیا نصب شخص کافر به سمت وصایت در مطلق موارد ممنوع است یا این‌که در در اوضاع و احوال خاصی می‌توان حکم به جواز نصب کافر به عنوان وصی داد. برای پاسخ به سؤال مذکور باید اقوال مختلف در مورد شرط اسلام و مبنای حکم فقها در هر کدام از اقوال را تبیین نموده و پس درک کامل اصل موضوع، در مورد مسائل جزئی مانند آن‌چه که ذکر شد، تعیین تکلیف نماییم.

۱.۱. نظرات مختلف در مورد اشتراط اسلام در وصی

نظرات مختلفی در باب امکان وصایت غیر مسلم بیان شده است که اهم آن‌ها از این قرارند:

۱. برخی وصایت کافر را تنها در حالتی که وصایت متضمن ولایت باشد ممنوع دانستند، ولی در مواردی که وصایت به منظور انجام امور مالی بوده و مسئله ارتباطی با ولایت وصی بر مولی علیه مسلمان، نداشته باشد، قائل به عدم منع شده‌اند (طباطبایی حکیم، ج ۲، ص ۳۰۶).

۱. در اصطلاح فقهی و حدیثی شیعی مقصود از مؤمن، شیعه اثنی عشری (دوازده امامی) است ولی در معنای عام گروه گسترده‌تری از اشخاص مشمول مفهوم مؤمن می‌شوند.

۲. عده‌ای وصایت کافر بر مسلمان را صحیح اما حرام می‌دانند (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۴۰۶).
۳. بعضی شرط اسلام را شرطی احتیاطی می‌دانند (سیستانی، ج ۲، ص ۱۳۹).
۴. حنفیه معتقدند که وصی قرار دادن غیرمسلمان، وصایت صحیح است، ولی حاکم باید وصی غیرمسلم را عزل نموده و به جای او مسلمانی را نصب نماید (ابن عابدین، ج ۲۹، ص ۱۳۹؛ ماوردی، ۱۹۹۹م، ج ۸، ص ۳۳۰؛ میرداداشی و دیگران، ۱۳۸۹ش، ص ۱۱۲). عده‌ای از اهل سنت با استناد به روایتی^۱ وصایت به اهل ذمه (کفار ذمی) را صحیح دانستند (الدارمی، ۲۰۱۳م، ص ۷۵۲).
۵. حنابله به این دلیل که کافر را شایسته ولایت بر مسلمان نمی‌دانند، معتقدند در حالتی که مولی علیه مسلمان باشد، وصی هم باید لزوماً باید مسلمان باشد و نمی‌توان وصایت را به کافر سپرد. آن‌ها به این دلیل که کافر اهل عدالت نیست و شهادتش هم پذیرفته نیست، وصایت به او را نیز صحیح نمی‌دانند. هم‌چنین اگر موصی کافر باشد و وصی را کافری که در دینش عدالت ندارد، به وصایت برگزیند، وصایت باطل خواهد بود، چرا که وقتی عادل نبودن شخص مسلمان مانعی برای وصی قرار گرفتن وی است، پس به طریق اولی عدم عدالت در کافر مانعی برای وصایت خواهد بود. اما اگر کافر در دین خودش عدالت داشته باشد، دو نظر وجود دارد، عده‌ای معتقدند وصایت به او را صحیح شمردند و بعضی دیگر با این استدلال که چون کافر فاسق است و فاسق هم حتی اگر مسلمان باشد، نمی‌تواند وصی قرار گیرد، وصایت به وی را باطل دانسته‌اند. از شافعیه نیز همین دو قول نقل شده است. اما در حالتی که کافری، شخص مسلمانی را به وصایت منصوب می‌کند، وصایت صحیح است مگر این‌که موضوع وصایت مرتبط با مسکرات و خوک باشد (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۶، ص ۲۴۴؛ النووی، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۵۰۸).
۶. مشهورترین نظر در این میان لزوم اشتراط اسلام است و غالب فقهای امامیه و

۱. حَدَّثَنَا أَبُو نُعَيْمٍ، حَدَّثَنَا سُفْيَانُ، عَنْ لَيْثٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ صَفِيَّةَ أَوْصَتْ لِنَسِيبٍ لَهَا يَهُودِيًّا.

عامه مسلمان بودن را در همه موارد؛ فارغ از این که مولی علیه مسلمان است یا خیر؛ شرط دانسته اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۷۳؛ طباطبایی قمی، ج ۱۰، ص ۳۲۰؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۸۹؛ ماوردی، ۱۹۹۹م، ج ۸، ص ۳۳۰). همان طور که مشاهده می شود نظرات موجود در مورد شرط اسلام به دو دسته کلی، یعنی موافقان اشتراط اسلام و مخالفان آن تقسیم می شوند.

۲.۱. دلایل موافقان اشتراط اسلام در وصی

۱. موافقان برای اثبات نظریه خود به آیات شریفه نفی کننده ولایت کافران بر مسلمین (مانند: «الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...») (توبه: ۷۱) و «لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرَانَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ...» (آل عمران: ۲۸) استناد و این گونه استدلال کردند که وصی قرار دادن غیرمسلم بر مسلمان، مستلزم ولایت پیدا کردن کافر بر مسلمان است و آیات مورد اشاره به صراحت ولایت غیرمسلمان بر مسلمان را ممنوع دانستند. صاحب تفسیر المیزان معتقد است مقصود از کافران در آیه اخیر اعم از اهل کتاب و مشرکین است. هر چند کلمه ولایت که اولیاء از این ریشه است، در مورد حب نیز استعمال شده، اما معنای اصلی آن مالکیت تدبیر امر است (علامه طباطبایی (ره)، ۱۳۷۴ش، ج ۳، ص ۲۳۶). آیات مشابه دیگری نیز با همین مضمون وجود دارند که به بعضی از آنها اشاره می شود: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ...» (مائده: ۵۱) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي

۱. ترجمه آیه ۷۱ سوره مبارکه توبه: «مردان و زنان باایمان، ولی (و یار و یاور) یکدیگرند...» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶).

۲. ترجمه آیه ۲۸ سوره مبارکه آل عمران: «افراد باایمان نباید به جای مؤمنان، کافران را دوست و سرپرست خود انتخاب کنند...» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶).

۳. ترجمه آیه ۵۱ سوره مبارکه مائده: «ای کسانی که ایمان آورده اید! یهود و نصاری را ولی (و دوست و تکیه گاه خود)، انتخاب نکنید! آن ها اولیای یکدیگرند...» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶).

وَعَدُوَكُمْ أَوْلِيَاءَ...»^۱ (ممتحنه: ۱).

۲. دلیل دیگری که قائلان به قول مشهور آن را مبنای استدلال خویش قرار دادند آیه شریفه «... وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»^۲ (نساء: ۱۴۱) است که مشهور به قاعده نفی سبیل (نفی تسلط) است. بر اساس این آیه وصی قرار دادن کافر بر مسلمان به نحوی یک سبیل برای کافران بر مسلمین است که آیه مذکور از آن نهی کرده است (علامه طباطبایی (ره)، ۱۳۷۴ش، ج ۵، ص ۱۸۹).

۳. نهی از رکون به ستمکاران در آیه «وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ...»^۳ (هود: ۱۱۳) نیز به عنوان دلیل دیگر برای قول مشهور مورد استناد قرار گرفته است. کسانی که این آیه را مبنای استدلال خود قرار می دهند، معتقدند که «الذین ظلموا» به کافران اشاره دارد، بنابراین از آن جا که سپردن امور اداره اموال یا امور مربوط به مولی علیه به کافر مستلزم رکون و اعتماد به اوست و آیه از این رکون و اعتماد نهی کرده است، نمی توان صحت نصب کافر به عنوان وصی را قبول کرد (شهید ثانی، ج ۵، ص ۶۸). رکون به معنای صرف اعتماد نبوده و اعتمادی توأم با میل است از جمله معانی ای که برای این کلمه در معاجم عربی و کتب لغت قرآنی انتخاب شده است، می توان به میل و آرام گرفتن (قرشی، ج ۳، ص ۱۲۲)، متمایل شدن و اطمینان یافتن (صاحب بن عباد، ج ۲، ص ۴۶) به سکون و اطمینان رسیدن (فارابی، ج ۲، ص ۲۵۳) در جانب چیزی قرارگرفتن و بدان تسکین یافتن (راغب اصفهانی، ج ۱، ص ۲۰۳) و متمایل شدن و به سکونت و آرامش رسیدن (ابن منظور، ج ۱۳، ص ۱۸۵) اشاره نمود. هم چنین نزدیک ترین معنی از ظالمین در آیه، بنا به آنچه که در تفسیر المیزان

۱. ترجمه آیه ۱ سوره مبارکه ممتحنه: «ای کسانی که ایمان آورده اید! دشمن من و دشمن خودتان را دوست نگیرید...» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶).

۲. ترجمه آیه ۱۴۱ سوره مبارکه نساء: «... و خداوند هرگز کافران را بر مؤمنان تسلطی نداده است» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶).

۳. ترجمه آیه ۱۱۳ سوره مبارکه هود: «و بر ظالمان تکیه ننمایید، که موجب می شود آتش شما را فرا گیرد...» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶).

آمده، کافران و مشرکین هستند. البته نه کسانی که یک بار از آن‌ها کفر سر زده، بلکه صفت ایشان کفر است (علامه طباطبایی (ره)، ۱۳۷۴ ش، ج ۱۱، ص ۷۱).

۴. شافعیه برای اشتراط اسلام در وصی به آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُؤًا مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ...»^۱ (آل عمران: ۱۱۸) استناد و از آن‌جا که آیه شریفه کفار را مورد اطمینان ندانسته و مسلمین از طرف آن‌ها در امان و امنیت نیستند، وصایت به کافر را نفی کردند. هم‌چنین آن‌ها برای تأیید استدلال خود به آیه شریفه «لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَا لَا ذِمَّةً وَ أُولَئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ»^۲ (توبه: ۱۰) نیز متسک شدند (أبو زکریا محیی الدین، بی تا، ج ۱۵، ص ۵۰۸؛ ماوردی، ۱۹۹۹ م، ج ۸، ص ۳۳۰).

۵. با توجه به روایت «الإِسْلَامُ يَعْلُو وَ لَا يُعْلَى عَلَيْهِ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ ق، ج ۴، ص ۳۳۴) و از آن‌جا که وصی قرار دادن کافر بر اموال مسلمان و یا فرزندان وی، برتری دادن کافر بر آن‌هاست، پس نمی‌توان کافر را به عنوان وصی مشخص کرد.

۶. برخی از فقهای امامیه در مورد لزوم مسلمان بودن وصی، در جایی که وصی مسلمان است، ادعای اجماع کرده است (ابن زهره به نقل از کلاتری و دیگران، ۱۳۹۲ ش، ص ۱۰۹).

۷. عده‌ای دیگر از فقهای امامیه با مبنا قرار دادن اعتبار شرط عدالت در وصی، وصایت کافر را رد کردند. به دیگر سخن از آن‌جا که هیچ فسقی بالاتر از کفر نیست (اصفهان‌ی، ۱۴۲۲ ق، ج ۶، ص ۱۱۶). پس عدالت در کافر محقق نمی‌شود و وصی قرار دادن

۱. ترجمه آیه ۱۱۸ سوره مبارکه آل عمران: ای کسانی که ایمان آورده‌اید! محرم اسراری از غیر خود، انتخاب نکنید! آن‌ها از هر گونه شرّ و فساد در باره شما، کوتاهی نمی‌کنند. آن‌ها دوست دارند شما در رنج و زحمت باشید. (نشانه‌های دشمنی از دهان (و کلام) شان آشکار شده؛ و آنچه در دل‌هایشان پنهان می‌دارند، از آن مهم‌تر است. ما آیات (وراه‌های پیشگیری از شرّ آن‌ها) را برای شما بیان کردیم اگر اندیشه کنید! (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶ ش).

۲. آیه ۱۰ سوره مبارکه توبه: (نه تنها درباره‌ی شما،) درباره‌ی هیچ فرد باایمانی رعایت خویشاوندی و پیمان را نمی‌کنند؛ و آن‌ها همان تجاوز کارانند! (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ ق).

کافر صحیح نیست.

۸. برخی از فقهای امامیه نیز علاوه بر استناد به ادله فوق، این گونه بر اعتبار اسلام در وصی استدلال کردند که چون کافر فاسق است، پس نمی‌توان او را از اهل امانت دانست و همانگونه که اشاره خواهد شد در وصی امانت شرط است. بنابراین وصی قرار دادن کافر برای مسلمان را جایز ندانستند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۵۱؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۷۳).

۳. ۱. اشکال به ادله قول مشهور

۱. ۳. ۱. نقد استدلال‌های ارائه شده بر مبنای آیات

عده‌ای از فقها در مورد آیات نهی‌کننده ولایت کافران بر مسلمانان، مانند آیه نفی سبیل و رکون، مدعی شدند که این آیات به دو دلیل نمی‌توانند به عنوان دلیل بر نهی از وصی قرار گرفتن کافر مورد استناد قرار بگیرند: اولاً اعطای سمت وصایت را اعطای ولایت نمی‌دانند و معتقدند که وصایت فقط یک نوع اذن در تصرف و نیابت است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۲، ص ۲۰۹). ثانیاً بر فرض این که وصایت نوعی اعطای ولایت است، این مطلب فقط در مورد بعضی از انواع وصایت (وصایت بر اشخاص) صدق می‌کند و در مواردی که وصایت مشتمل بر ولایت نیست - مانند وصایت برای انجام تعهدات مالی موصی - منعی وجود ندارد. در مورد آیه نفی سبیل هم برخی بعد از تردید وارد کردن به اشاره داشتن کلمه «سبیل» به ولایت و سلطنت، با استفاده از قیاس میان سایر عقود با وصایت، این طور استدلال کردند که حتی اگر بپذیریم که سبیل به ولایت و سلطنت اشاره دارد، آنگاه در همه عقودی که یکی از طرفین کافر باشد و موضوع عقد انجام کاری توسط مسلمان باشد، این عقد باید با توجه به قاعده نفی سبیل باطل باشد، در حالی که چنین نیست. برای مثال طبق این استدلال اگر کافر، مسلمانی را برای انجام کاری اجیر کند، باید با استناد به قاعده نفی سبیل عقد باطل تلقی می‌شد، در حالی که چنین نیست (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۲، ص ۴۰۶) و

فقه‌های ما اجیر شدن مسلمان برای کافر را فقط در صورتی که مستلزم ولایت کافر باشد، باطل دانسته‌اند نه در مطلق موارد (طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۵۲۷؛ شیخ طوسی، الخلاف، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۸۸). ثالثاً استناد به آیه رکون را نیز دارای اشکال است. به عنوان دلیل به این نکته اشاره شده که آیه مذکور اعتماد به افراد ظالم را مورد نهی قرار داده است و اشاره‌ای به کافران و نهی از اعتماد به آن‌ها ندارد حتی اگر بپذیریم که نهی موجود در این آیه کافران را هم شامل می‌شود، ذهن متبادر به نهی در امور دینی و معنوی می‌شود نه سایر امور مانند وصایت (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۲، ص ۲۰۹). حتی در فرضی که بپذیریم نهی از رکون به کافران در مورد امور مادی و دنیوی هم صادق است، از آن‌جا که وصایت از معاملات است و نهی فقط در اموری که نیاز به قصد قربت دارند (واجبات تعبدی) موجب فساد می‌گردد و در معاملات نیازی به قصد قربت نیست، پس نهی در معاملات دلیل فساد معامله (که در این‌جا وصایت مقصود است) نیست (حیدری، ۱۴۱۲ق، ص ۱۱۵؛ قانع، ۱۳۹۶ش).

۱.۳.۲. نقد اجماع

اشکالی دیگری که مخالفان، به ادله قول مشهور وارد می‌کنند، عدم اعتبار اجماع در مورد لزوم وجود شرط اسلام در وصی است و برای خدشه وارد کردن به اجماع مورد اشاره به نظر برخی از متأخران (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۲۰) مبنی بر عدم اشتراط اسلام در وصی اشاره کردند. هم‌چنین مدعی شدند که در فرض وجود چنین اجماعی و عدم وجود قول مخالف، اجماع مورد اشاره، به دلیل این‌که اجماعی مدرکی^۱ است معتبر نیست (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۹، ص ۳۹۷).

۱. اجماع مدرکی عبارت است از اتفاق علما در مسئله‌ای که در مورد آن دلیل یا اصلی وجود دارد. اجماع مدرکی از آن‌جا که اعتبارش وابسته به مدرک آن است، فاقد اعتبار و حجت است، لذا فقط در صورت اعتبار مدرک می‌توان بر اساس آن عمل نمود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۱۳۶).

۱.۳.۳. نقد استناد به شرط عدالت

در مورد استناد به شرط عدالت در وصی و مبنا قرار دادن آن برای اثبات شرط اسلام نیز خدشه‌ای اساسی وجود دارد. اولاً این که عدالت مجزای از اسلام است و وقتی که شخصی به اسلام ایمان پیدا کرد و به او مسلمان خطاب شد، آن‌گاه است که نوبت به انجام واجبات و ترک محرّمات می‌رسد و هرگاه به اتیان این امور قیام نمود، وصف عدالت در وی محرز می‌گردد. پس قیاس این دو مفهوم با هم درست نیست و می‌توان مسلمان بود و عادل نبود و برعکس. ثانیاً بر فرض این که بتوان حکم موضوعی فرعی و جزئی را به موضوعی اصلی و کلی تسری داد، لزوم شرط عدالت در وصی در میان صاحب‌نظران محل تردید است. در صورتی هم که بپذیریم که عدالت در وصی شرط است، اختلافی دیگر وجود دارد که مقصود از عدالت، عدالت واقعی است یا طریقی. لذا در صورتی که امانت‌داری وصی از طریق دیگر احراز و به او اطمینان حاصل شود، وجود عدالت ضروری لازم نیست. در حالت اخیر عدالت بنفسه مد نظر نیست، بلکه اماره‌ایست برای احراز مورد وثوق بودن و امانت‌داری وصی. چرا که برای انجام مورد وصایت، امانت‌داری وصی کافی و وصف امانت در آحاد انسان صرف‌نظر از اعتقادات ایشان قابل حصول است. لذا در صورتی که امانت‌داری وصی از طریقی احراز و به او اطمینان حاصل شد، لزوماً وجود اسلام ضروری نیست. به طور خلاصه استدلال کسانی که می‌خواهند از ملاک موجود در مورد اشتراط عدالت، برای اثبات اشتراط اسلام استفاده کنند، بر پایه‌ای متزلزل استوار شده است و قانع کننده نیست. زیرا که عدالت مرادف با اسلام و یا مبتنی بر آن نیست. پس دیگر نمی‌توان به لزوم وجود شرط عدالت در وصی به عنوان مبنای استدلال ضرورت اسلام وصی استناد کرد.

۱.۴. نظر مختار

همان‌گونه که پیشتر بیان شد، گروهی از فقها مخالف این نظر بودند که اعطای وصایت، در

مفهوم ایجاد ولایت است و اعتقاد داشتند که وصایت به خودی خود موجب ولایت نشده و تنها نوعی اذن در تصرفات و اعطای نمایندگی و نیابت را باعث می‌شود. مشکل نخست کلام ایشان آن است که این دسته از فقها دلیل محکم و مستمسک وثیقی برای این کلام خود بیان نداشته‌اند. مشکل دیگر، مخالفت نظر ایشان با قول مشهور در فقه امامیه و هم‌چنین مخالفت با ظاهر اعمال وصایت است که در مواردی مبتنی بر ولایت انجام می‌گردد (اسفندیارپور، ۱۳۹۶ش، ص ۷).

همان‌طور که پیشتر بیان شد، نظریه‌ای که وصایت را نیابت یا اذن در تصرف می‌دانست، چندان صحیح به نظر نمی‌رسد چرا که نیابت و اذن در تصرف، به دلیل ماهیت اذنی آن، تا زمانی پابرجاست که اذن‌دهنده دچار حجر یا موت نشده باشد و حال آن‌که اساساً وصایت برای زمان پس از موت است. لذا ماهیت اذنی متصوره برای وصایت از سوی این افراد، این کشش را ندارد که این اذن در زمان مرگ موصی ادامه داشته باشد. پس در این حالت هنوز وصایت عملی نشده، به دلیل فوت موصی، منتفی می‌شود. پس باید بپذیریم که وصایت اذن در نیابت نبوده و نوعی ولایت به معنای عام، یعنی مالکیت تصدی امور است (موسوی خلیلی، ۱۴۲۵ق، ص ۸۲۱). از طرف دیگر حتی اگر تعیین وصی را در موارد جزئی و جدای از هم، اعطای ولایت و مشمول آیات نهی از ولایت کفار ندانیم، در مقام عمل و در تعداد انبوهی از وصایا، قطعاً وصی قرار دادن کفار به منزله اعطای اختیار به کفار برای تصمیم‌گیری در مورد بخشی از جامعه مسلمین خواهد بود.

نکته قابل توجه در مورد بحث و تبادل نظرهای فوق این است که وقتی موضوع وصایت و ادله قول مشهور را مورد بررسی قرار می‌دهیم، این مطلب آشکار می‌شود که صاحب‌نظران در بعضی از موارد درباره انتقال ولایت اتفاق نظر دارند و در برخی از موارد در مورد انتقال یا عدم انتقال ولایت اختلاف دارند. به عبارت دیگر هر چند که برخی اسلام در وصی را مطلقاً شرط دانسته‌اند، اما هم از بیان آیات و هم روایات به روشنی مشخص است که اسلام در مواردی که مستلزم ولایت یا تسلط بر مسلمین باشد شرط است و این ملاک به صراحت در

آیات مورد اشاره قرار گرفته و در نصوص موجود علت حکم نیز آمده و در واقع هر عملی که به نوعی کافران را بر مسلمین برتری دهد ممنوع است. حتی اگر کلمه «ولی» که در آیات چندین بار به اشاره شده به معنایی دوستی باشد، وقتی آیات از دوستی با کفار نهی می‌کنند به طریق اولی ولایت نیز منهی عنه خواهد بود.

اما این نکته هم قابل توجه است که اسلام در همه موارد شرط واقعی نیست و در برخی از موارد طریقی برای کشف از اوصافی مانند امانت‌داری است و در هر مورد با توجه به اوضاع و احوال و شرایط عمل حقوقی که موضوع وصایت قرار گرفته، باید بررسی نماییم که آیا در آن مصداق اسلام شرط واقعی است و موضوعیت دارد یا این که شرط کاشف و اماره است و طریقت دارد. این مطلب وقتی تقویت می‌شود که ما میان آیه «وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا» با آیه «وَمِنَ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدُّ إِلَيْكَ» جمع نماییم. به عبارت دیگر آیه اول بدون این که از مسئله ولایت صحبتی به میان بیاورد از اعتماد و رکون به کافران نفی می‌کند و آیه دوم با تخصیص این حکم کلی بعضی از کافران ذمی و اهل کتاب را قابل اعتماد دانسته است. بنابراین لزوماً همه افراد مورد اعتماد و امین از مسلمین نیستند و اهل کتاب هم از نظر قرآن کریم ممکن است امین باشند.

پس اسلام فقط در مواردی که موضوع وصایت شامل ولایت و مستلزم برتری کفار بر مسلمین است (آیات هم در این مورد صراحت دارند)، شرط بوده و در سایر موارد اماره‌ای برای احراز امانت است و اگر امانت از طریق دیگری هم احراز شد، دیگر اسلام شرط نیست. در مورد این مطلب هم دو نکته قابل توجه به نظر می‌رسند: اولاً این مطلب هم فقط در مورد اهل کتاب (کفار ذمی) ثابت می‌شود و در مورد سایر کفار بنا به اطلاق آیه «و لا تركزوا» هم چنان اعتماد و رکون ممنوع است. ثانیاً اگر موضوع وصایت از امور عبادی باشد، که برای انجام آن‌ها باید اسلام وجود داشته باشد، برای مثال انجام امور عبادی واجب مانند حج، به دلیل لزوم وجود وصف اسلام در فرد، به منظور صحت انجام عمل عبادی، اسلام در وصی شرط لازم خواهد بود.

پس از آن که اشتراط اسلام در وصی، با صور بیان شده در بالا پذیرفته شد این مطلب نیز قابل توجه است که، اشتراط اسلام در وصی (مذکور در ماده ۱۱۹۲ ق.م.ا) یک حکم خاص است و جنبه استثنایی دارد، لذا باید مضیق تفسیر شود. بنابراین ماده مذکور صرفاً در مورد وصایت بر مولی علیهم مسلمان است و نمی‌توان با استناد به این ماده، ممنوعیت وصی قرار دادن غیر مسلم را در اموری مانند اداره ثلث و غیره اثبات نمود.

۲. عدالت

عدالت به عقیده برخی از فقهای عامه، مضاف بر اسلام است که شخص عادل با داشتن این صفت، خود را ملتزم به انجام واجبات و مستحبات و دوری از محرمات و مکروهات می‌داند. عده‌ای نیز به صرف این که شخصی خود را به ظاهر مسلمان معرفی کند و علم به گناهکاری او نیز وجود نداشته باشد، عادل دانستند (القرطبی، ۱۳۷۱ق، ج ۲، ص ۵۰۲). در تعریف مذکور یک نکته بسیار مهم نهفته است و آن این مطلب است که مفهوم عدالت به اسلام گره خورده است. هر چند که کفر به عنوان مانع عدالت ذکر نشده، ولی کفر، بنفسه خود گناهی کبیره و مانع عدالت است. جدای از این مطلب مسلمان بودن شرط صحت عبادات و لازمه قصد تقرب در آنهاست و این در حالی است که کافر مهم‌ترین واجبات یعنی عبادات را انجام نمی‌دهد و در مقام ثبوت و عمل اسلام شرط عدالت است. در تعاریفی دیگر عدالت را ملکه نفسانیه‌ای دانستند که شخص را به رعایت تقوا می‌کشاند یا آن را صرف ترک گناهان می‌دانند و یا در تعریفی دیگر که اخص از تعریف نخست و دوم و بسیار مضیق است، عدالت را بدون داشتن ملکه محقق نمی‌دانند. یعنی شخص عادل علاوه بر داشتن ملکه نباید هیچ گاه مرتکب گناهی شود (خراسانی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۰). مالکیه در تعریفی دیگری، عدالت را همان امانت یا حفظ مال صغیر و حسن تصرف در آن دانستند. اما شافعیه عدالت به دو دسته ظاهری و باطنی تقسیم می‌کنند. عدالت ظاهری این است که شهادت شخص معتبر باشد و پذیرفته شود. اما عدالت باطنی این است که عدالت شخص

از طریق قول دو نفر دیگر برای قاضی اثبات شود (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج ۳، صص ۴۱۷-۴۱۸). شافعیه عدالت ظاهری را در وصی کافی دانستند (الخن و دیگران، ۱۹۹۸ق، ج ۲، ص ۲۶۳).

پس از شناخت مفهوم عدالت و پیش از بررسی اشتراط آن لازم است به این نکته توجه شود عدالت چگونه تشخیص داده می‌شود. عده‌ای از فقها عدم علم به وجود مانع را کافی دانستند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۹۴؛ امامی، ۱۳۷۳ش، ج ۳، ص ۱۲۷). به تعبیر دیگر همین که شخص در ظاهر واجد عدالت باشد و بتواند از زیر بار تعهد وصایت با انجام آن خارج شود، کفایت می‌کند (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۷۶). در مورد مسئله حاضر عدم علم به فسق و یا عدم ظهور آن می‌تواند به معنای عدالت باشد اما در مورد این‌که عدالت باید آشکار و ظاهر باشد تا این‌که لزوماً به شخص عادل گفته شود، شک و تردید وجود دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۲۴۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۵). به دیگر سخن لازم نیست که علم به عدم فسق وجود داشته باشد، بلکه صرف عدم علم به فسق، برای عادل دانستن شخص کفایت می‌کند.

۱.۲. نظرات مختلف در مورد اشتراط عدالت

۱. طبق نظر مشهور فقهای امامیه عدالت در وصی شرط است و نمی‌توان شخص فاسق را به عنوان وصی تعیین کرد. در صورت تعیین شخص فاسق به عنوان وصی، وصایت باطل خواهد بود (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۲۲؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۵۱؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص ۲۰۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ص ۳۷۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۹۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۷؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۶۵۹؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۱۶؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۵؛ ظاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۹۶). مالک و شافعی و احمد بن حنبل از علمای اهل سنت نیز از آن‌جا که وصایت را نوعی ولایت و امانت (محبی الدین، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۵۰۹)

و فاسق را ظالم می‌دانند، با استناد به آیه «و لا ترکنوا»، ركون و اعتماد به او را ممنوع دانستند (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۶، ص ۲۴۵؛ شافعی به نقل از علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۵۱۱). همان‌طور که پیداست، قائلان به این قول برای اثبات ادعای خود به نصی شرعی اشاره نکردند و سعی کردند تا علاوه بر یافتن نشانه‌های تأیید از روایاتی موصوله در موارد مشابه، برای اثبات نظر خود دلایلی منطقی و عقلایی ارائه نمایند که در ادامه به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت. این‌که عده‌ای از فقها در بیان اشتراط عدالت در وصی از عبارت «لا یجوز»^۱ استفاده کردند (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۶۶۸)، این شبهه را ایجاد کرده است که آن‌ها قائل به نظر دیگری هستند و هر چند که تعیین شخص غیرعادل به عنوان وصی را عملی حرام تلقی کردند، اما وصایت را نیز صحیح دانسته‌اند. به عبارت دیگر عمل حقوقی دارای اثر و نافذ خواهد بود اما موصی مرتکب حرام شده و مستحق عقوبت است. در این میان این نظر که وصایت به معنای امین قرار دادن در امور دینی است و شخص فاسق قابلیت این امر را ندارد، شبهه مذکور را تقویت نموده است (امامی، ۱۳۷۳ش، ج ۳، ص ۱۲۶). اما این برداشت در مورد وصایت صحیح نیست. دلیل عدم صحت این برداشت این است که عبارت «لا یجوز» صرفاً در باب عبادات مانند نماز و روزه است که دلالت بر حرمت دارد و نمی‌توان چنین حکمی را در مورد معاملات که وصایت در زمره آن‌هاست، پذیرفت (قانع، ۱۳۹۶ش). بنابراین در مورد مسئله حاضر باید عبارت «لا یجوز» به معنای «لا یصح» حمل شود.

۲. برخی از فقها عدالت را شرط صحت وصایت نمی‌دانند، هر چند که وجود آن را اولی و مستحب قلمداد کردند. قائلان وصایت را به ودیعه تشبیه کردند و مدعی شدند همان‌طور که امین قرار دادن فاسق در ودیعه مجاز است، در وصایت نیز اعتماد به فاسق جایز و صحیح است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۸۹؛ علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۵۱۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۳۹۵؛ طباطبایی حائری، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۴).

۱. لا یجوز الوصیة إلى الفاسق

برخی طرفداران این قول بدون اشاره به استحباب وجود شرط عدالت و اولویت شخص عادل برای وصی شدن، قائل به عدم اشتراط و مدعی شده‌اند که تعیین غیرعادل به عنوان وصایت صحیح است و تصرفات وصی فاسق نافذ خواهد بود، اما حاکم بدون این که بر او واجب باشد که وصی مذکور را عزل نماید، به او امینی را منضم می‌گرداند (شافعی به نقل از علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۵۱۱). اما ابوحنیفه مدعی شده که وصی قرار دادن غیرعادل هیچ مشکلی ندارد و تصرفات وصی نافذ خواهد بود و بر حاکم واجب نیست که او را عزل کند، چراکه غیرعادل مانند عادل عاقل و بالغ است و می‌تواند اعمال حقوقی انجام دهد و هر چند که شخص گناهی انجام داده باشد اما در هر صورت او مسلمان است و مسلمان مانند وکالت و ودیعه محل امانت است، پس وصایت هم به همین ترتیب صحیح است (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۶، ص ۲۴۵).

۳. محققانی از مالکیه، حنفیه و بعضی از فقهای امامیه وجود عدالت در وصی را واجب نمی‌دانند و عدالت را وسیله و طریقی برای حصول اطمینان و اعتماد به وصی می‌دانند نه هدف و غایت (طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۵۴ و مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۴۸۴؛ جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۱۹). بنابراین اگر موصی کسی را که در ظاهر عدالت دارد اما در باطن و درون خودش فاسق است، به عنوان وصی منصوب نماید و وصی مذکور هم به مقتضای مفاد وصایت عمل نماید، فعل وصی نافذ است و ذمه او را از آنچه که به موجب وصایت بر عهده‌اش آمده بری می‌کند.

۴. عده‌ای از فقهای متأخر بدون اعلام نظر، صرفاً بیان داشتند که بعید نیست که عدالت در وصی شرط نباشد و وثاقت کافی باشد، اما وجود عدالت را از آن جا که وصی مأمور به تصرف در دوران بعد از فوت موصی است، به احتیاط نزدیک‌تر دانستند (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۲).

۲.۲. دلایل موافقان اشتراط عدالت (نظر مشهور)

۱. ایصاء، ولایت بر اموال و نفوس و یا یکی از آنهاست و فاسق قابلیت چنین امری را ندارد (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۹۶). به عبارت دیگر وصایت شعبه‌ای از ولایت موصی است که توسط او به وصی اعطا می‌شود (محقق داماد، ۱۴۲۰ق، ص ۱۹۱) و فاسق صلاحیت ولایت را ندارد.

۲. ماوردی از علمای شافعی با استناد به آیه مبارکه «أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ»^۱ (سجده: ۱۸) مدعی شده عدم مساوات میان مؤمن و فاسق به معنای عدم مساوات در احکام آنها هم هست و وقتی فسق مانع ولایت فاسق بر اولاد خودش است، پس به طریق اولی ولایت او بر اولاد دیگران ممکن نخواهد بود (ماوردی، ۱۹۹۹م، ج ۸، ص ۳۳۱).

۳. برخی از علمای امامیه برای اثبات اشتراط عدالت به صفت امانت استناد کردند و مدعی شدند که عدالت مقدمه امانت است و فاسق را نمی‌توان امین دانست (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۰۱). عده‌ای هم امانت را منحصر در عدالت دانسته و بیان داشته‌اند که: «لا يُؤْتَمَنُ إِلَّا الْعَدْلُ»^۲ (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۵۱) یا «يعتبر العدالة لأنّ الفاسق لا أمانة له»^۳ (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۵۵) برخی هم با بیان این‌که وقتی فاسق بنا به آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِيبُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ»^۴ (حجرات: ۶) حتی در گفتار مورد اطمینان نیست چگونه

۱. آیه ۱۸ سوره شریفه توبه: «آیا کسی که باایمان باشد هم‌چون کسی است که فاسق است؟! نه، هرگز این دو برابر نیستند» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶ش).

۲. فقط شخص عادل می‌تواند امین و مورد اعتماد قرار گیرد.

۳. به این دلیل که فاسق امین نیست، عدالت شرط است.

۴. ترجمه آیه ۶ سوره مبارکه حجرات: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اگر شخص فاسقی خبری برای شما بیاورد، درباره آن تحقیق کنید، مبدا به گروهی از روی نادانی آسیب برسانید و از کرده خود پشیمان شوید!» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶ش).

می‌توان به او در مقام عمل اعتماد نمود و او را به سمت وصایت منصوب نمود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۶۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۵۹). آیه شریفه «وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ»^۱ (هود: ۱۱۳) نیز تأکیدی بر استدلال فوق است. فاسق ظالم است و بنا به حکم آیه شریفه اعتماد و رکون به ظالم جایز نیست و شخص فاسق هر چند که برای وکالت اهل شناخته شود، اما برای وصایت اصلاً اهل و شایسته نیست (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۵۹).

۴. وصایت نوعی نایب گرفتن است، با این تفاوت که در وصایت استنباه موصی برای مال دیگری (مولی علیه) است نه مال خودش. به عبارت دیگر وقتی شخصی برای خودش وکیل می‌گیرد، وکیل را نایب خود در تصرف در اموال خودش قرار داده و وکیل هم پیوسته تحت نظارت موکل است و خطاهای وکیل توسط موکل یا وکیل ابتدایی جبران می‌گردد (طباطبایی حائری، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۳). در حالی که وصایت استنباه در مال غیر یعنی مال مولی علیه است و مهم‌تر از آن وصی وقتی آغاز به کار می‌کند که موصی در قید حیات نیست و نمی‌تواند بر اعمال او نظارت داشته باشد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۵۹). تفاوت بین ولی قهری با وصی در عدالت در همین است که هر چند ولی قهری عادل نباشد، اما محبت و شفقتی که او نسبت به اولاد خود دارد، مانع از تضییع اموال و حقوق مولی علیه می‌شود، اما در مورد شخص اجنبی (غیر ولی قهری) فاسق، این احتمال به درجه بالاتری وجود دارد که وی احساس شفقت نکند. لذا وصی باید عادل باشد تا عدالتش موجب کنترل وی و رعایت غبطه از سوی وی گردد.

۵. بنا به قاعده تسلیط^۲ موکل می‌تواند هر گونه تصرفی در اموال خود انجام دهد و حتی می‌تواند اموالش را به دست ناهلان بسپارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۶۰). اما هیچ امینی حق ندارد اموال متعلق به دیگری را که به واسطه امانت در اختیار او گذاشته شده،

۱. ترجمه آیه ۱۱۳ سوره مبارکه هود: «و بر ظالمان تکیه ننمایید...»

۲. «الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی دوم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۷۲).

به شخص غیرقابل اعتمادی بسپارد. در مورد وصایت نیز، موصی که خودش بنا به حکم شرع و قانون ولی و به تبع آن امین محجور و مسلط بر اموال شده است، در راستای حفظ اموال و غبطه مولی علیه باید به بهترین وجه عمل کند و نصب وصی غیرعادل اولین قدم مخالفت با وظایف امین است و با این کار موصی اموال مولی علیه خود را در معرض تلف و نابودی قرار داده است (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۹۷). به گفته برخی دیگر از فقها مالک مجاز است که در مال خودش هر گونه تصرفی نماید و حتی مالش را به فاسق به امانت دهد، اما ولی قهری نمی‌تواند اموال اولادش را به دست وصی غیرعادل بسپارد (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۷۵).

۳.۲. دلایل مخالفان اشتراط عدالت

۱. بنا به اقتضای آیات و روایات، عدالت در وصی شرط صحت نیست و نصی در باب اشتراط عدالت در وصی وجود ندارد. بنابراین آن چه که مشهور در مورد اشتراط آن ذکر کردند باید حمل بر استحباب، اولویت و یا شرط کمال شود (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۸۹) و باید به این نکته توجه نمود که اکثر آیات و روایات به طور مستقیم به مسئله اشتراط عدالت در وصی اشاره ندارند.

۲. پیدا کردن شخص عادل در مقام عمل تقریباً غیرممکن است شرط دانستن عدالت در وصی عملاً برابر با تعطیلی و ترک وصایت است. حتی اگر بپذیریم که قاعده نفی سبیل و عدم رکون می‌توانند دلیلی برای اشتراط عدالت هستند، اگر موصی در مقام اضطرار قرار بگیرد و کسی را پیدا نکند که اجرای وصایت را به او بسپارد، از باب قاعده اضطرار می‌توان حکم به جواز نصب شخصی غیرعادل به سمت وصایت داد. توضیح این که در مقام تعارض قاعده نفی سبیل با قاعده اضطرار، به دلیل حکومت قاعده اضطرار، قاعده نفی سبیل کنار گذاشته و اجرا نمی‌شود (قانع، ۱۳۹۶ش).

۳. وصایت به مانند وکالت است و همان طور که در وکالت ابتدایی، لازم نیست که

وکیل عادل باشد، وقتی که موصی وصی تعیین می‌کند، لازم نیست وصی عادل باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۹۵؛ محقق داماد، ۱۴۲۰ق، ص ۱۹۱).

۴. در مورد جواز قرار دادن فاسق به عنوان امین در عقد ودیعه، اجماع وجود دارد و این اجماع در مورد وصایت که نوعی امانت از نیز جاری می‌گردد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۸۹؛ طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۵۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۵۹). اما در تحلیل نظریه کسانی که امانت را منحصر در عدالت دانستند باید گفت که قائلان به قول مذکور میان عدالت و وثاقت خلط کرده‌اند و برای امین دانستن، وثاقت کفایت می‌کند و عدالت لازم نیست. برخی از فقها هم از آن جا که مسلمان را محل امانت می‌دانند، رد وصایت مسلم گناهکار را به دلیل امین ندانستن او، صحیح نمی‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۵۵). در جواب عده‌ای که بیان کردند وصایت در زمان فوت موصی اجرا می‌شود و در آن زمان هم هیچ نظارتی بر وصی وجود ندارد، باید گفت بعد از فوت موصی، اعمال وصی هم ممکن است که توسط ناظری که توسط موصی تعیین شده، مورد نظارت قرار گیرد و هم این که حتی در صورت وجود یا عدم وجود ناظر منصوب از طرف موصی، حاکم و مدعی العموم بر اعمال وصی نظارت دارند.

۵. غرض و هدف از اشتراط وصف عدالت در وصی، صیانت از حقوق و منافع طفل و حفظ مال و ادای امانت است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۷۳). به عبارت دیگر عدالت به نفسه موضوعیت ندارد و شرط واقعی وصی و لازمه صحت وصایت نیست، بلکه عدالت اماره و طریقی برای حصول اطمینان و وثوق به وصی جهت حفظ اموال مولی علیه و حسن عملکرد او در زمان تصدی سمت محوله است.

۶. نگارنده معتقد است فسق مدخلیت و رابطه مستقیمی به ظلم ندارد و نمی‌توان به راحتی با استناد به آیه مذکور عدالت را شرط دانست و حداقل می‌توان گفت که استدلال مذکور هر چند که به کلی رد نمی‌شود اما متزلزل است و نمی‌تواند به عنوان دلیل به آن استناد شود.

۴.۲. نقد و بررسی نظرات

اختلاف نظر میان فقها به دلیل قرابت زیاد، به حقوق ایران نیز تسری پیدا کرده و با این‌که قانون مدنی هیچ اشاره‌ای به عدالت و اشتراط آن در وصی نداشته، اما بعضی از استادان حقوقی به پیروی از نظر مشهور فقها، عدالت را شرط دانستند و در نهایت نتیجه گرفتند که با از دست رفتن عدالت سمت وصایت نیز منحل می‌شود و هر گونه تصرفی پس از آن ضمان‌آور خواهد بود (اسماعیلی، ۱۳۹۵ ش).

از آن‌جا که در میان دلایل قول مشهور نص صریحی در مورد اشتراط عدالت در وصی و لزوم عادل بود وی دیده نمی‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ج ۲۲، ص ۵۶۱)، برای اظهار نظر درست باید فلسفه و هدف از وصایت را در نظر گرفت. اشتراط عدالت در مسائل فقهی و شرعی، عموماً در عبادات مطرح می‌شود و در معاملات که وصایت هم از آن‌هاست، صحبتی از اشتراط عدالت به میان نمی‌آید. در واقع مطلوب موصی از وصایت حفظ حقوق مولی علیهم و دست یافتن به حقوق مورد وصیت است. با توجه به این مطلب، به نظر می‌رسد که وجود وصف امانت و عدم احراز خیانت در وصی برای نیل به هدف مذکور کفایت می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۴۷؛ محقق داماد، ۱۴۲۰ ق، ص ۱۹۲؛ امامی، ۱۳۷۳ ش، ج ۳، ص ۱۲۷). این سخن با دلیل اصلی موافقان اشتراط عدالت مبنی بر این‌که وصایت استئمان است و فاسق اهل آن نیست نیز هم‌خوانی دارد و در صورتی که شخصی اهل امانت باشد برای تصدی سمت وصی هم اهلیت دارد. بنابراین عدالت شرط صحت خود وصایت نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۵، ص ۷۱). از بررسی نظرات موافقان وجود شرط عدالت در وصی و دلایل آن‌ها نیز همین نظر تأیید می‌شود که عدالت به خودی خود موضوعیت ندارد، بلکه طریق و وسیله‌ای برای اطمینان و اعتماد به وصی است.

در مورد اختلافی که منشأ آن استناد به آیه شریفه «و لا ترکونوا الی الذین ظلموا» (هود: ۱۱۳) است به سختی می‌توان پذیرفت که معنای فسق برابر با ظلم باشد و فقهای که به آیه مذکور اشاره کردند، هیچ اشاره‌ای به دلیل و نحوه استدلال و ارتباط دادن معنای فسق با

ظلم نکرده‌اند و هیچ نصی نیز در مورد ارتباط دو مفهوم مذکور به چشم نمی‌خورد. از طرفی در عالم واقع دور از ذهن نیست که فردی مرتکب گناهی می‌شود اما به مراتب از کسانی که ظاهراً نشانه‌ای از فسق در آن‌ها نیست، مورد اعتمادتر و یا در انجام کاری ماهرتر هستند. لذا به نظر می‌رسد که فسق مدخلیت و ارتباط قطعی با حفظ مال ندارد و وصی قرار دادن فاسق لزوماً برابر با اعتماد به ظالم نیست.

اما در مورد این‌که وصایت با وکالت یا ودیعه مقایسه می‌شود نیز نکاتی وجود دارد. اول این‌که وصایت به لحاظ نتایج و زمان اجرا و نحوه نظارت به وضوح با سایر عقود مشابه متفاوت است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص ۵۶۰). اولاً زمان اجرای وصایت بعد از فوت موصی است، در حالی که زمان اجرای وکالت و ودیعه در زمان حیات موکل است. ثانیاً در وکالت موکل پیوسته بر کارهای وکیل نظارت دارد اما در وصایت با فوت موصی، دست او از نظارت بر اعمال و افعال وصی کوتاه می‌شود و دیگر امکان عزل وصی توسط موصی وجود ندارد. ثالثاً موکل وکیل را بر اموال خودش مسلط می‌گرداند اما موصی با وصایت، وصی را بر اموال و نفوس مولی علیهم مسلط می‌نماید. رابعاً در مورد اشتراط عدالت در وکیل که در مورد آن ادعای اجماع شده بود، نیز می‌توان خدشه وارد نمود، بدین ترتیب که وکیل بنا به مصلحتی که موکل تشخیص می‌دهد ممکن است دارای اوصافی باشد و اوصافی را فاقد باشد. بنابراین به نظر می‌رسد که قیاس وکالت به وصایت درست نیست و نمی‌تواند دارای نتیجه منطقی باشد. فساد استدلال آن دسته که مدعی شدند که وصایت به منزله وکالت ابتدایی که در آن عدالت شرط نیست، نیز آشکار است، دلیل این فساد هم این است که وصایت را نمی‌توان به وکالت ابتدایی تشبیه کرد، بلکه از آن‌جا که حتی خود موصی هم امینی از جانب قانون و شرع است، عمل وصایت توسط را باید به منزله توکیل توسط وکیل و وکالت ثانوی دانست.

استدلال دیگری که علاوه بر مطالب فوق، می‌توان برای عدم اشتراط عدالت در وصی ارائه داد، قیاس اولویت شرط اسلام و عدالت است. یعنی در عدم اشتراط عدالت در وصی

در موارد اطلاق وصایت، می‌توان به عدم اشتراط اسلام در وصی اشاره کرد. همان‌طور که سابقاً در مورد شرط اسلام بررسی شد، اسلام همیشه شرط نیست، پس وقتی کفر که به مراتب از انجام گناه و ترک واجب عقوبتش سنگین‌تر است، در نگاه اولی لازم نیست که در وصی موجود باشد، پس به طریق اولی می‌توان اشتراط عدالت را هم رد کرد.

۵.۲. بیان نظر مختار

با توجه به مطالب مذکور و ادله اشتراط عدالت، عدالت به خودی خود شرط نیست، بلکه اشتراط آن از باب طریقت به امانت وصی است. پس وجود امانت در وصی کفایت می‌کند و امانت هم اولاً لازم نیست در همه امور باشد و می‌تواند ناظر به موضوعی خاص باشد، ثانیاً لزومی ندارد که امانت مبتنی بر گرایش‌های دینی و التزام به احکام شرع باشد، برای مثال ممکن است اصولاً کسی مسلمان نباشد یا مسلمانی آلوده به معاصی مختلف باشد اما در زمینه‌ای خاص مورد اعتماد جامعه قرار گیرد. یکی از مصداق‌های این گفته را می‌توان در بحث شرایط قبول روایت در کتاب‌های درایة الحدیث دید. برخی عدالت راوی را شرط قبول حدیث منقول توسط وی می‌دانند اما اکثریت معتقدند که وثاقت در نقل کافی است. یعنی همین که راوی از کذب اجتناب کند، سخن وی را می‌پذیریم هر چند مرتکب گناهان کبیره شود (اسماعیلی، ۱۳۹۵ ش). از همین جا معلوم می‌شود که نسبت میان این دو مفهوم عموم و خصوص مطلق است، یعنی هر کس که عادل است از همه گناهان اجتناب می‌کند و یکی از آن گناهان کذب است، اما هر کس که از کذب اجتناب کند معلوم نیست که تارک همه گناهان دیگر هم باشد. هم‌چنین در بیرون از مذهب اسلام هم آدم امین وجود دارد و مردم به آن‌ها اعتماد می‌کنند^۱ در حالی که بین مسلمانان هم هر کسی به هر عادل‌ی اطمینان

۱. آیه ۷۵ سوره مبارکه آل عمران: «وَمِنَ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِطَارٍ يُؤَدُّهُ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدُّهُ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمَّتْ عَلَيْهِ قَائِمًا ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيِّينَ سَبِيلٌ وَيَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ»

نمی‌کند.

لازم به ذکر است که در تعیین نظر مختار، پیش فرض این است که موصی به و یا موضوع وصایت (عملی که وصی در وصایت مأمور انجام آن شده)، از اموری است که عدالت در آن توسط شارع یا قانونگذار شرط نشده است، اما اگر در موصی به، عدالت شرط صحت عمل باشد (غالباً جایی که موصی به از دسته عبادات است) (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۷۲) یا این که قرینه عقلی بر وجود شرط عدالت وجود داشته باشد (مانند حالتی که مسلمی شرب خمر می‌کند و مورد وصایت هم تربیت اطفال است) عدم وجود شرط عدالت در وصی، موجب بطلان وصایت می‌شود. به طور کلی هر قرینه‌ای که بتواند اثبات کند که عدم وجود عدالت به هدف وصایت لطمه می‌زند برای اثبات اشتراط عدالت در وصی کفایت می‌کند.

۳. امانت

وصی امین است (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۵۶۷؛ حائری شاه باغ، ۱۳۷۶ش، ص ۷۶۱) و مواد ۸۵۸ و ۱۱۹۱ ق.م. نیز به همین نکته اشاره دارند. و اساساً وصایت یک اقدام حمایتی و مبتنی بر اعتماد و ائتمان است (اسماعیلی، ۱۳۹۵ش) و تعهد در اقدام زیان‌بار با اساس این نهاد منافات دارد، نباید تصرفاتی انجام دهد که بر خلاف اراده موصی و زیان‌آور باشد، در غیر این صورت وصی خائن و منعزل خواهد بود. هر چند که موصی اشاره به شرط امانت در وصی نکرده باشد اما شکی نیست که وقتی موصی اقدام به تعیین وصی و وصایت می‌کند،

ترجمه آیه ۷۵ سوره مبارکه آل عمران: «و در میان اهل کتاب، کسانی هستند که اگر ثروت زیادی به رسم امانت به آن‌ها بسپاری، به تو باز می‌گردانند؛ و کسانی هستند که اگر یک دینار هم به آنان بسپاری، به تو باز نمی‌گردانند؛ مگر تا زمانی که بالای سر آن‌ها ایستاده (و بر آن‌ها مسلط) باشی! این بخاطر آن است که می‌گویند: «ما در برابر امینین [غیر یهود]، مسئول نیستیم.» و بر خدا دروغ می‌بندند؛ در حالی که می‌دانند (این سخن دروغ است)» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶ش).

در همه حال امانت وصی را ضروری می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۴۱۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰ش، ص ۱۷۷).

در اقدام به انجام تعریف از مفهوم «امانت» ۳ قول وجود دارد:

نخست: در عنای اول، امانت در مقابل خیانت به کار می‌رود. امانت را از آن جهت امانت گویند که فرد امانت‌گذار از خیانت امین در امان است (قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۱۳۲). و هم‌چنین در مفهوم آن نوعی ارتباط به وثوق و اطمینان و اعتماد دیده می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۸۵۳).

دوم: برخی دیگر امانت را مضیق و ضمن عقد ودیعه معنا کردند و معتقدند امانت یعنی این‌که امین در حفظ ودیعه کوتاهی نکند و حقوق مربوط به آن را ادا کند (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۲۳۱). امانت در این دیدگاه منحصر در نگهداری از مال می‌شود و قابل انتساب به عمل فرد در غیر موارد نگهداری مال نیست.

سوم: در نگاه سوم، سطح انتظار از امین و واجد وصف امانت بالاتر رفته است. به عقیده برخی از حقوق‌دانان رعایت غبطه و مصلحت، علاوه بر موارد مذکور در بالا، در تصرفات وصی شرط است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰ش، صص ۱۸۳-۱۸۴) از آن‌جا که وصی امین است و اساساً وصایت یک اقدام حمایتی و مبتنی بر اعتماد و ائتمان است (اسماعیلی، ۱۳۹۵ش) و تعهد در اقدام زیان‌بار با اساس این نهاد منافات دارد، نباید تصرفاتی انجام دهد که بر خلاف اراده موصی و زیان‌آور باشد، در غیر این صورت وصی خائن و منعزل خواهد بود.

بنابر مطالبی که ذکر آن‌ها گذشت، امانت صفتی در برابر خیانت است که وصی با داشتن آن، نه تنها دیگر از مسئولیت‌هایش تخلف نمی‌کند و از رسیدن ضرر به مولی علیه جلوگیری می‌کند، بلکه در تلاش برای رعایت غبطه و کسب سود و منفعت نیز بر می‌آید. پس از ذکر مطالب فوق تعیین مرز میان امانت و مفاهیم مشابه مانند وثاقت و عدالت لازم به نظر می‌رسد. با بررسی کتب فقهی و حقوقی در می‌یابیم که بعضی، امانت را فقط

همراه با عدالت قبول کردند، یعنی این که فقط عادل را امین می‌دانند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۸۹؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۵۱). در نقد این نظر می‌توان بیان داشت که اولاً این که رابطه بین عدالت و امانت عموم و خصوص من وجه است. به عبارت دیگر هر عادل امین است اما هر امینی لزوماً عادل نیست. دوماً هم این که هم در میان غیرمسلمین و در بیرون مذهب اسلام، اشخاص امین وجود دارند و هم در بین مسلمانان اشخاصی هستند که هیچ کس به آن‌ها اطمینان نمی‌کند. پس همان طور که اشاره شد امانت منحصر در عدالت و اسلام نیست و دلیلی هم بر این انحصار وجود ندارد.

برخی دیگر چنین معتقد شده‌اند که در مورد نسبت بین این دو (امانت و وثاقت)، وثاقت معنایی گسترده‌تر از امانت دارد (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۱۳، ص ۲۵؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۴۹۸). در تبیین این نظر نیز می‌توان گفت که وثاقت با عدالت مساوی نیست و عدالت در شرع و دین است که معنا پیدا می‌کند اما وثاقت خارج از دین و شرع نیز دارای مفهوم است. به دیگر سخن ممکن است شخصی ثقه باشد اما به بسیاری از اوامر و نواهی الهی توجهی نداشته باشد (میرحسینی نیری و دیگران، ۱۳۹۲ش، ص ۷۶). امانت در واقع تصور موصی مبنی بر اعتماد به وصی مورد نظرش در اجرای وصایت است، اما وثاقت یک ملکه نفسانی است که باید در وصی احراز شود (حائری شاه باغ، ۱۳۷۶ش، ج ۲، ص ۷۶۳). بدین ترتیب به نظر می‌رسد که وثاقت و امانت رابطه عموم و خصوص من وجه دارند و امانت معنایی اعم از وثاقت است.

۱.۳. نظرات مختلف در مورد اشتراط امانت در وصی

با توجه به مفاهیم موجود از امانت، در باب اشتراط امانت در وصی و میزان تأثیر آن، نظرات مختلفی بیان شده که اهم آن‌ها از این قبیل‌اند:

۱. این که همان طور که قبلاً ذکر شد عده‌ای (حائری شاه باغ، ۱۳۷۶ش، ج ۲، ص ۷۶۳) وثاقت را شرط ضمنی وصایت می‌دانند و فرض را بر این گذاشتند که موصی

- امانت را پیوسته برای وصی مد نظر داشته و امانت از عناصر سازنده وصایت است.
۲. برخی با مخالفت ضمنی با قول اول، از طرفی قائل به لزوم وجود وثاقت نیستند و از طرف دیگر هم عدم ظهور خیانت در وصی را کافی می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۷؛ امامی، ۱۳۷۳ش، ج ۳، ص ۱۲۷؛ محقق داماد یزدی، ۱۴۲۰ق، ص ۱۹۲).
۳. گروه سومی هم معتقدند چون در بسیاری از موارد ضرورت ایجاب می‌کند که انسان شخصی غیرامین را وصی خود قرار دهد، پس وجود امانت و یا عدم ظهور خیانت در وصی، برای او فضل محسوب می‌شود و این موارد اجباری نیستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰ش، ص ۳۱۷).
۴. از میان نظرات مذکور به نظر می‌رسد که آنچه مشهور به آن گرایش دارند و به آن حکم دادند نظر دوم است. نظر اول از طرفی موصی را در مقام عمل با مشکل مواجه می‌کند و به طور کلی تشخیص وثاقت که یکی از ملکات نفسانی افراد محسوب می‌شود، بسیار مشکل است و از طرف دیگر وثاقت هم ضروری به نظر نمی‌رسد، بلکه صرف این که موصی به وصی اعتماد کند و وصی هم از عهده امور وصایت برآیند و آن‌ها را انجام دهد کفایت می‌کند. نظر سوم هم که بسیار با خطر و ریسک بالایی همراه است و پذیرفته شده نیست. با توجه به شرایط حاکم بر وصیت و صلاح مولی علیه نیز نظریه دوم بهترین قول است. هم‌چنین اختیار این قول مستظهر است به دو دلیل محکم دیگر، اول نظر منصوص در قانون مدنی و دوم موافقت با مشهور. توضیح آن که قانون مدنی هم به طور ضمنی از همین نظر تبعیت کرده و در مواد ۱۸۵۹ و ۲۱۱۹۱ در قالب اعلام ضمانت اجرای عدم التزام به امانت به اصول امانت، مانند حفظ اموال، عمل به وصایا و نگهداری از مولی علیه و اداره امور او نیز اشاراتی داشته است. به عبارت دیگر امانت مقصود در وصایت از نگاه ق.م. التزام به وظایف

۱. ماده ۸۵۹ ق.م.: وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند و الا ضامن و منعزل است.

۲. ماده ۱۱۹۱ ق.م.: اگر وصی منصوب از طرف ولی قهری به نگهداری یا تربیت مولی علیه یا اداره امور او اقدام نکند یا امتناع از انجام وظایف خود نماید منعزل می‌شود.

محواله توسط وصی است که در کلام فقها و حقوق دانان هم عمل خلاف این وظایف خیانت نامیده می‌شود. برای مثال بعضی عمل به خلاف اراده موصی یا عرف یا قانون را خلاف امانت دانسته و خیانت تلقی می‌کنند (قاسم‌زاده، ۱۳۹۴ش، ص ۱۵۴؛ حائری، ۱۳۷۶ش، صص ۷۶۴ و ۱۰۵۵).

۴. ذکوریت

قانون مدنی و به تبع آن حقوق دانان درباره ذکوریت یا همان مرد بودن وصی ساکت هستند اما در فقه این موضوع مورد بحث قرار گرفته و میان فقهای امامیه و اهل تسنن اختلافاتی وجود دارد. به نظر می‌رسد که بررسی نظرات مختلف، دلایل و استلال‌های آن‌ها، در این مقاله که به طور تخصصی به شرایط وصی پرداخته، ضروری و لازم است.

۴.۱. اقوال و نظرات مختلف در مورد اشتراط ذکوریت

۱. عدم اشتراط ذکوریت: تعداد زیادی از فقهای امامیه و عامه متذکر شرط ذکوریت یا مرد بودن وصی نشدند، اما همان عده‌ای هم که در مورد شرط ذکوریت بحثی به میان آوردند، همگی ذکوریت را شرط ندانسته و معتقدند می‌توان زنی را به عنوان وصی منصوب نمود (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۴۰؛ شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۳۷۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۷۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۷۳؛ ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۹۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۶؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۰۲؛ همو، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۶۵؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۶۳؛ جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۱۹؛ ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۶، ص ۲۴۴؛ أبو زکریا محیی الدین، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۵۰۸؛ ماوردی، ۱۹۹۹م، ج ۸، ص ۳۳۱).

ادله قائلان به عدم اشتراط ذکوریت:

الف) علی بن یقظین از امام رضا(ع) در روایتی نقل می‌کند: «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَ عَنِ

رَجُلٌ أَوْصَى إِلَى امْرَأَةٍ - وَ شَرَكَ فِي الْوَصِيَّةِ مَعَهَا صَبِيًّا - فَقَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ وَ تُمَضَى الْمَرْأَةُ الْوَصِيَّةَ - وَ لَا تَنْتَظِرُ بُلُوغَ الصَّبِيِّ - فَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ لَا يَرْضَى ...»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۱۸۵؛ همو، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۴۰؛ علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۵۱۱؛ شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۳۷۶؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۴، ص ۱۶۹). آن چه که به طور ضمنی به آن، در این روایت اشاره شده این است که امام علیه السلام وصی قرار دادن زن و حتی استقلال عمل او را امضا می کنند.

ب) برخی نیز بر عدم اشتراط ذکوریت وصی و صحت وصی قرار دادن زن، ادعای اجماع نمودند (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۴۰؛ همو، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۵۹؛ علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۵۱۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۹؛ طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۵۵).

ج) طبق اصالت الاباحه منع از چیزی به لحاظ شرعی و قانون نیاز به دلیل دارد که در حال حاضر چنین دلیلی وجود ندارد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۵۹؛ مجله فقه أهل البيت عليهم السلام، بی تا، ج ۴۴، ص ۳۸).

د) اهل تسنن برای اثبات عدم اشتراط ذکوریت به روایتی اشاره کردند که در آن زنی (هند^۲) خدمت رسول الله (ص) شکایت می برد که همسرش (ابوسفیان) حق او و اولادش را به غیر از آن چه که پنهانی از او بر می دارد، به او نمی دهد و پیامبر (ص) در جواب به وی

۱. ترجمه روایت علی بن یقطين از امام رضا(ع): از حضرت ابوالحسن الرضا علیه السلام در مورد مردی که زنی را به همراه یک صبی (صغیر) به عنوان وصی منصوب کرده بود، سؤال پرسیدم، امام(ع) در پاسخ حکم به جواز وصیت مذکور دادند و آن را امضا نمودند و در بیان کیفیت اجرای وصیت اینگونه فرمودند که: نیاز نیست که زن در اجرای وصیت منتظر بلوغ وصی دیگر (صبی) شود و زمانی هم که وصی دیگر (صبی) بالغ شود حق این را نخواهد داشت که در مورد تصرفات زن، اعلام عدم رضایت نماید ...

۲. هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية الهاشمية، این زن همسر ابوسفیان و مادر معاویه است که بعد از فتح مکه اسلام آورده است (ابن الأثیر، بی تا، ج ۵، ص ۵۶۳).

می‌فرمایند که «خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف». راویان این کلام پیامبر (ص) را حمل بر این کردند که ایشان آن زن را قیم یا همان وصی بر اولادش قرار دادند و از این نتیجه گرفتند که حاکم می‌تواند زن را وصی برا ایتام قرار دهد (البخاری، ج ۹، ص ۸۹؛ مسند أحمد بن حنبل، ج ۶، صص ۳۹ و ۵۰ و ۲۰۶؛ السنن الکبری، ج ۷، صص ۴۶۶ و ۴۷۷؛ ج ۱۰، صص ۱۴۱ و ۲۷۰؛ به نقل از شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۶۰؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۹). فقهای عامه در روایتی دیگر به این استناد کردند که عمر دخترش بنت حفصه را وصی خودش قرار داده و این را به عنوان دلیل بر عدم اشتراط ذکوریت می‌دانند (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۶، ص ۲۴۴؛ الدارمی، ۲۰۱۳م، ص ۷۵۲؛ أبوزکریا محیی الدین، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۵۰۸؛ الشرح الکبیر، ج ۶، ص ۶۱۷؛ البحر الزخار، ج ۶، ص ۳۳۱؛ به نقل از شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۶۰).

۲. اشتراط ذکوریت: به نظر بعضی وصی قرار دادن زن مجاز نیست. قائلان به این قول برای اثبات نظریه خود به روایات و دلایلی استناد کرده‌اند که به آن‌ها اشاره خواهیم کرد.
ادله قائلان به اشتراط ذکوریت:

الف) در روایت اول که سکونی از امام صادق (ع) نقل کرده آمده «الْمَرْأَةُ لَا يُوصَى إِلَيْهَا لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»^۱ (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۲۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۲۴۵؛ شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ص ۳۷۹).

ب) در خبری دیگر که از امام باقر (ع) در مورد معنی آیه شریفه «وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»^۲ (نساء: ۵) سؤال پرسیده شده، امام فرمودند: «قَالَ لَا تُؤْتُوها شُرَابَ الْحَمْرِ وَ لَا

۱. ترجمه روایت سکونی از امام صادق (ع): زن را نمی‌توان وصی قرار داد زیرا خداوند متعال فرموده است اموالتان را به سفها ندهید.

۲. ترجمه آیه ۵ سوره مبارکه نساء: «اموال خود را، که خداوند وسیله‌ی قوام زندگی شما قرار داده، به دست سفیهان نسپارید...» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶ش).

النِّسَاء»^۱ (شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۳۷۹؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۲۶؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۴۰).

ج) از عطاء^۲ نقل شده که: «لا تصحّ الوصیة الیها لأنه لا يجوز ان تكون قاضیة فلا تصح ان تكون وصیة (وصیاً)»^۳ (أبو زکریا محیی الدین، بی تا، ج ۱۵، ص ۵۰۸؛ الشرح الکبیر، ج ۶، ص ۶۱۷؛ البحر الزخار، ج ۶، ص ۳۳۱؛ به نقل از شیخ طوسی، الخلاف، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۵۹؛ علامه حلّی، ۱۳۸۸ق، ص ۵۱۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۹).

۳. کراهت وصایت به زن: برخی از فقها از جمع میان روایاتی که حکم به صحت و جواز وصی قرار دادن دادند و روایاتی که دال بر نهی از نصب زن به سمت وصی، این گونه حکم به کراهت وصی قرار دادن زن دادند (شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۳۷۹؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۶؛ طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۵۵).

۲.۴. نقد و بررسی ادله اقوال مختلف

اما دو روایتی که در آنها از وصی قرار دادن زن نهی شده است، هر دو در مدلول و نتیجه مشابه یکدیگرند و به عنوان دلیل در آنها به آیه شریفه «لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» (نساء: ۵) استناد شده، به چند دلیل فاقد اعتبار هستند: اولاً این که سند این روایت ضعیف است

۱. ترجمه روایت منقول از امام باقر(ع): اموالتان را به شراب خوران و زنان ندهید.

۲. نام او و کنیه اش ابو محمد عطاء، ربیع اسلم و به روایتی سالم است. در روزگار خود در مکه، فقیهی بزرگ شد و بیشتر فتوا را به مردم، او می داد. در مجلس او همواره نام و یاد خدا بود. اگر از او چیزی سؤال می شد بسیار نیکو پاسخ می داد و هرگاه خودش صحبت می کرد جامع و کاملاً از عهده بر می آمد. او در سال ۱۱۴ قمری در سن ۸۸ سالگی در مکه وفات کرد (طهور، ۱۳۹۶ش).

۳. ترجمه عبارت منقول از عطاء: از آن جا که زن جایز نیست قاضی شود، وصی قرار دادن وی نیز جایز و صحیح نیست.

(محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۶). ثانیاً فارغ از مسئله سند روایات^۱ آن چه که از این آیه برداشت شده بسیار شاذ است (طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۵۵؛ صانعی، ۱۳۸۷ش، ص ۴۰). چرا که زن در اصل توان ایفای عمل و امانت، تفاوت جوهری با مرد ندارد. ثالثاً حتی با فرض این که روایت مذکور و محتوای آن را بپذیریم، برای جمع میان این روایت و سایر روایاتی که دال بر عدم اشتراط ذکوریت هستند می توان این احتمالات را مطرح کرد که ممکن است که منع در روایت اخیر به دلیل تقیه و در شرایط عادی نبودن و به عبارت دیگر در مقام بیان نبودن گوینده باشد (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۴۰) یا این که ممکن است این روایت دال بر کراهت وصی قرار دادن زن باشد و دلالت بر حرمت یا عدم جواز و عدم صحت نکند (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۲۶؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۴۰؛ شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۳۸۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۶؛ جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۴۱۹). و یا ممکن است روایت در مقام توضیح و بیان روایات دال بر عدم اشتراط ذکوریت باشد و در واقع به عدم جواز وصی قرار دادن زنی اشاره می کند که سایر شرایط و صلاحیت های لازم برای سمت وصایت را ندارد (طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۵۵).

اما در مورد روایتی که در آن برای اثبات که برای اثبات اشتراط ذکوریت، به قیاس وصایت با قضاوت متوسل شده، به نظر می رسد این قیاس بدون وجود شرایط لازم برای آن؛ از جمله وحدت موضوع و مبنا؛ انجام شده است. قیاس مذکور نه از نوع منصوص العله است و نه از نوع قیاس اولویت و همان طور که در علم اصول به آن پرداخت شده، صرفاً همین دو نوع قیاس از منظر علما شیعه معتبر هستند. قیاسی که در حال حاضر از آن بهره

۱. در بررسی انجام شده، طبق بعضی از اقوال در علم رجال سند این دو روایت صحیح و به لحاظ اتصال نیز مسند هستند و برخی از علما نیز همین مطلب را تأیید کردند (صانعی، ۱۳۸۷ش، ص ۴۰).

برده شده، قیاس مستنبط العله و غیرمعتبر است.^۱ لذا از ریشه فاقد اعتبار است. ابن قدامه حنبلی ضمن آن که استدلال عطا را مبنی بر شباهت وصی با قاضی نمی‌پذیرد و از آن جهت که شهادت زن پذیرفته است و این باعث شباهت آن به مرد است، وصایت زن را می‌پذیرد. هم‌چنین از آن جهت در قاضی اجتهاد و کمال در اخلاق شرط است اما در وصی این شرط نیست، قائل شده که میان این دو تفاوت وجود دارد و نمی‌توان احکام آن‌ها را یکدیگر تسری داد (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۶، ص ۲۴۴).

در مورد اجماعی که برخی از فقها به عنوان دلیلی بر عدم اشتراط ذکوریت به آن استناد کردند، اولاً هیچ کدام از فقهای امامیه بر خلاف آن چه اجماع بر آن دلالت دارد، (یعنی عدم اشتراط ذکوریت) ادله‌ای ارائه ندادند که اصل اجماع را متزلزل کنند. ثانیاً نه تنها ادله‌ای بر خلاف آن چه اجماع بر آن دلالت دارد، دیده نمی‌شود، بلکه نظرات فقها در این مورد مؤید نتیجه اجماع و تقویت کننده آن است و تقریباً همه فقهای (امامیه) که در مورد شرایط وصی مطلبی نگاشته‌اند، به عدم اشتراط ذکوریت در وصی و جواز و صحت وصی قرار دادن زن رأی داده‌اند. ثالثاً نتیجه و مدلول اجماع گزارش شده با مفهوم و منطق کلام معصومین در روایاتی که از آن بزرگواران به ما رسیده، مطالبقت کامل دارد و این خود تقویت کننده اجماع است. رابعاً حتی اگر به اجماع مذکور خدشه وارد شود و گفته شود که اجماع معتبر نیست، حداقل این مطلب قطعی است که مسئله مذکور دارای شهرت (روایی یا عملی) است. روایاتی که دال بر عدم اشتراط هستند، تقریباً از طرق مختلف و راویان زیادی نقل شدند و علمای نیز در بسیاری از موارد به آن‌ها استناد کردند و آن‌ها را مبنای حکم قرار دادند. این مطلب به حدی رسیده که می‌توان گفت عدم اشتراط ذکوریت میان فقهای امامیه شهرت

۱. انکار قیاس مستنبط العله یا همان قیاس ظنی در میان فقهای امامیه اجماعی و از ضروریات مذهب تشیع است (عاملی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۴۶).

دارد. منظور از شهرت مورد بحث حاضر هم شهرت روایی^۱ است و هم شهرت عملی^۲ و هم شهرت فتوایی^۳. در مسئله حاضر روایتی که مبنای استدلال فقها قرار گرفته دارای شهرت روایی است و از طرق مختلفی نقل شده است، بنابراین خبر مستند این فتوا، دارای شهرت روایی است. اما حکم جواز وصی شدن زن که سابقاً مطرح شد، مصداقی از شهرت عملی یا شهرت در استناد است. هم چنین با توجه به تعدد فتاوی فقها (هر چند که برخی از فقها به مبنای حکم به جواز خود اشاره‌ای نکردند) در مورد جواز وصی شدن زن، می‌توان گفت قطعاً شهرت فتوایی نیز در مسئله حاضر وجود دارد.

۳.۴. نظر مختار

بنابر آنچه ذکر شد، احتمال دلالت روایات^۴ مورد استناد قائلین به عدم جواز جعل زن به

۱. شهرت روایی بدین معناست که نقل خبر و روایتی میان راویان شایع باشد، اما این نقل به حد تواتر نرسد. بدین ترتیب روایت مشهور هم روایتی است که نقل آن میان روات اشتهاار دارد (قافی و شریعتی، ۱۳۹۵ ش، ج ۲، ص ۲۰۴).

۲. اما شهرت عملی به این معناست که شمار زیادی از فقهای در مورد یک حکم، به یک روایت استناد کنند و نتیجه فتوای همه آن‌ها نیز یکی باشد. به عبارت دیگر شهرت عملی سه عنصر دارد: شیوع فتوا به یک حکم میان فقها، معلوم بودن مستند فتوای مشهور و وجود روایتی که مستند فتوای مشهور قرار گرفته باشد. نسبت میان شهرت روایی و شهرت عملی، عموم و خصوص من وجه است (قافی و شریعتی، ۱۳۹۵ ش، ج ۲، ص ۲۰۵).

۳. شیوع و اشتهاار یک فتوا در میان فقها، شهرت فتوایی گفته می‌شود (قافی و شریعتی، ۱۳۹۵ ش، ج ۲، ص ۲۰۵).

۴. الف) سکونی از امام صادق(ع) نقل کرده: «الْمَرْأَةُ لَا يُوصَىٰ إِلَيْهَا لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» ۴ (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۲۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۲۴۵؛ شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ص ۳۷۹).

ب) در خبری دیگر که از امام باقر(ع) در مورد معنی آیه شریفه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» ۴ (نساء: ۵) سؤال پرسیده شده، امام فرمودند: «قَالَ لَا تُؤْتُوها سُرَابَ الخَمْرِ وَلَا النِّسَاءَ» ۴ (شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۳۷۹؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۲۶؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۱۴۰).

عنوان وصی، بسیار پایین است. راه حلی که تعداد بیشتری از فقها هم آن را برگزیدند، حمل نهی موجود در این روایت بر کراهت وصایت زن است. ما حاصل بحث و استدلال‌های فوق این است که وصی قرار دادن زن به عنوان وصی امری جایز، مباح و فاقد اشکال است (حداکثر این‌که کراهت مطرح می‌شود) و زن می‌تواند وصی قرار گیرد. البته این نکته نیز قابل توجه است که این یک حکم کلی است و در هر مورد باید با توجه به موضوع وصایت این مسئله مورد بررسی قرار گیرد. به عبارت دیگر گاهی موضوع وصایت از امور بیست که انجام آن فقط از عهده مردان بر می‌آید یا این‌که خود وصی به مرد بودن وصی تصریح کرده است و در موارد مذکور وصی باید الزاماً مرد باشد.

۵. جمع‌بندی

فقها و قانون‌گذار مدنی به تبعیت از ایشان، در باب اوصاف موردنیاز وصی، موارد مختلفی را بیان کرده‌اند. با مذاقه و تتبع در این شرایط این مطلب محرز می‌گردد که برخی از این شرایط مربوط است به شروط عمومی طرفین عقد که در عموم عقود بدان تصریح شده است. اما شروط دیگری نیز به طور خاص در مورد وصایت مورد اشاره واقع شده و حکم شده که وصی به آن اوصاف متصف باشد. نتایج آن‌چه که در این پژوهش در مورد هر یک از شروط حاصل شد به قرار آتی است:

الف) در مورد اشتراط شروط عمومی در وصی: صفاتی که در همه اعمال حقوقی اعم از عقود و ایقاعات لازم و ضروری هستند؛ یعنی قصد و رضا، اهلیت (کمال)، موضوع معین، مشروعیت جهت و کفایت (قدرت و توانایی) باید در مورد وصی نیز احراز گردد. در مورد اصل وجود این شرایط در وصی، کمتر اختلاف نظر وجود داشته و به دلیل لزوم وجود

ج) این روایت که: «لا تصح الوصیة الیها لأنه لا یجوز ان تكون قاضیة فلا تصح ان تكون وصیة (وصیاً)» ۴ (ابوزکریا محیی الدین، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۵۰۸؛ الشرح الکبیر، ج ۶، ص ۶۱۷؛ البحر الزخار، ج ۶، ص ۳۳۱؛ به نقل از شیخ طوسی، الخلاف، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۵۹؛ علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ص ۵۱۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۹).

این شرایط در اغلب عقود و ایقاعات، در وصایت نیز، احراز وجود این شرایط ضروری است.

ب) در مورد اشتراط وجود شرایط اختصاصی در وصی: مقصود از شرایط اختصاصی آن دسته از اوصاف هستند که فقط در مورد وصی مطرح شده‌اند و ارتباط تنگاتنگی میان آن‌ها و وصف امانت یا کفایت وجود دارند. اسلام، عدالت، امانت، بینایی و شنوایی، ذکوریت و حریت از جمله این شرایط هستند. از شرایط اختصاصی امانت از جمله شرایط مقتضای ذات وصایت است و سایر موارد مانند هر شرط دیگری، صرفاً در صورت ذکر و قید توسط موصی لازم خواهند شد.

در مورد شرط امانت و وثاقت: پس از بررسی اشتراط اوصاف خاص در وصی می‌توان اینگونه جمع‌بندی کرد که امانت مقصود در وصی که یکی از شرایط اصلی برای وی است، به معنای عدم ظهور خیانت در وصی است و احراز وثاقت در وصی لازم نیست.

در مورد شرط اسلام: در این خصوص نیز مشهور فقها، اسلام را همانند اهلیت به عنوان یکی از شرایط لازم برای وصی (در صورتی که مولی علیه مسلمان باشد) ذکر می‌کنند. اما اسلام در همه موارد شرط واقعی نیست و در برخی از موارد طریقی برای کشف از اوصافی مانند امانتداری است. در امور عبادی (مانند ادای نماز قضا و به جا آوردن حج)، از آن‌جا که در عبادات قصد قربت شرط است و مورد وصایت از واجبات تعبدی است، مسلمان بودن وصی شرط صحت وصایت است. در اعمال غیرعبادی که انجام آن مستلزم اعطای ولایت از طرف موصی و سبیل و رکون به وصی نباشد، اسلام نه تنها شرط صحت و جواز نخواهد بود بلکه صرفاً آماره‌ای برای حصول اطمینان در مورد حسن انجام موصی به توسط وصی است. در اموری غیرعبادی مشتمل بر ولایت وصی بر مسلمان، اسلام لازم است. در مواردی که نه مقصود از وصایت رکون و اعطای ولایت به کافر و سبیل بر مسلمان است و وصایت صرفاً جنبه وکالت دارد، اسلام شرط طریقی و صرفاً آماره‌ای بر امانتداری وصی است. در مورد شرط عدالت: در مورد اشتراط عدالت به نظر می‌رسد که وجود وصف

امانت و عدم احراز خیانت در وصی برای نیل به هدف مذکور کفایت می‌کند و عدالت و احراز آن، ابتدائاً لازم نیستند. چرا که در میان دلایل قول مشهور نص صریحی در مورد اشتراط عدالت در وصی و لزوم عادل بود وی دیده نمی‌شود، برای اظهار نظر درست باید فلسفه و هدف از وصایت را در نظر گرفت. در واقع مطلوب موصی از وصایت حفظ حقوق مولی علیهم و دست یافتن به حقوق مورد وصیت است. با توجه به این مطلب می‌رسد که وجود وصف امانت و عدم احراز خیانت در وصی برای نیل به هدف مذکور کفایت می‌کند. بنابراین اگر موصی کسی را که در ظاهر عدالت دارد اما در باطن و درون خودش فاسق است، به عنوان وصی منصوب نماید و وصی مذکور هم به مقتضای مفاد وصایت عمل نماید، فعل وصی نافذ است و ذمه او را از آنچه که به موجب وصایت بر عهده‌اش آمده بری می‌کند

در مورد شرط ذکوریت: مشهور فقهای امامیه متذکر شرط ذکوریت یا مرد بودن وصی نشده‌اند، اما همان دسته از فقها هم که در مورد شرط ذکوریت بحثی به میان آوردند، همگی بر این نظر متفق‌اند که ذکوریت در مورد وصی شرط نیست و می‌توان زنی را به عنوان وصی منصوب نمود. در مورد خنثی و صحت وصی قرار دادن او نیز روشن است که وقتی قول مشهور مبتنی بر جواز وصی قرار دادن زن است، به طریق اولی خنثی نیز می‌تواند وصی قرار گیرد.

منابع

- قرآن کریم با ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
- ابن بابویه قمی، محمد بن علی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۲، ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
- ابن براج طرابلسی، عابد العزیز قاضی، المذهب، ج ۱، تحریر شیخ جعفر سبحانی و دیگران، ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ق.
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، ج ۱، تحریر محمد حسون، قم، انتشارات

- کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، ۱۴۰۸ق.
- ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغنى لابن قدامة، ۱۰ ج، قاهره، مكتبة القاهرة، ۱۹۶۸م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم جمال الدين ابو الفضل، لسان العرب، ج ۳، تحرير احمد فارس صاحب الجوائب، ۱۵ ج، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - دار صادر، ۱۴۱۴ق.
- ابن نعمان عكبري بغدادی، محمد بن محمد (شيخ مفيد)، المقنعة، ج ۱، قم، كنگره جهاني هزاره شيخ مفيد - رحمة الله عليه، ۱۴۱۳ق.
- ابو جعفر، محمد بن حسن (شيخ طوسي)، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۱، ۴ ج، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۳۹۰ق.
- همو، الخلاف، تحرير علي خراساني، سيد جواد شهرستاني، مهدي طه نجف و مجتبی عراقی، ج ۱، ۶ ج، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.
- همو، تهذيب الأحكام، ج ۴، ۱۰ ج، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.
- همو، المبسوط في فقه الإمامية، ج ۳، ۸ ج، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
- أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي شافعي، الأم للشافعي، ۸ ج، بيروت، دار المعرفة، ۱۹۹۰م.
- اسفنديارپور، محمد حسين، پایان نامه وضعیت، آثار و احکام شرایط وصی در حقوق ایران و فقه مذاهب اسلامی، دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۶ش.
- اسماعیلی، محسن، جزوه درس مدنی ۱۰ (وصیت)، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۵ش.
- اصفهانى، محمد باقر بن محمد تقی (مجلسی دوم)، بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار عليهم السلام، ج ۱، ۳۳ ج، بيروت، مؤسسة الطبع والنشر، ۱۴۱۰ق.
- اصفهانى، سيد ابوالحسن، وسيلة النجاة، ج ۱، تحرير سيد روح الله موسوى امام خمينى، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى قدس سره، ۱۴۲۲ق.
- امامی، سيد حسن، حقوق مدنی (در شفعه-وصایا-ارث)، ج ۱، ۶ ج، تهران، چاپخانه اسلامیه، ۱۳۷۳ش.
- بحرانی، يوسف بن احمد بن ابراهيم آل عصفور، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۱، ۲۵ ج، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
- بندرچی، محمدرضا، «بررسی شرایط وصی از دیدگاه هفت مذهب اسلامی (امامیه - حنفی - مالکی -

- حنبلی - شافعی - زیدی - ظاهریه»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۱، ۱۳۸۰ ش.
- جزیری، عبد الرحمن و سید محمد غروی و یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت وفقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، ۵ ج، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، وصیت-ارث، تهران، چاپخانه مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تیر ۱۳۷۰.
- جمعی از مؤلفان، مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام، ۵۲ ج، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، بی تا.
- حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ۲ ج، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
- حسینی روحانی قمی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام، ۱ ج، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلی)، تذکرة الفقهاء (ط - القديمة)، ۱ ج، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۳۸۸ ق.
- همو، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ۱ ج، ۱، تحرير فارس حسون، ۲ ج، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- همو، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، ۱ ج، ۳ ج، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
- حیدری، سید علی نقی، اصول الاستنباط، ۱ ج، قم، شورای مدیریت حوزه علمیه، ۱۴۱۲ ق.
- خراسانی، محمد کاظم بن حسین (آخوند خراسانی)، مقالة (رسالة) في العدالة، ۱ ج، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
- الخن، الدكتور مصطفى البغا و علی الشربجي، الفقه المنهجي علی مذهب الامام الشافعي، المجلد الثاني، طهران، دارالاحسان للنشر و التوزيع، ۱۹۹۸ ق.
- الدارمی، بن عبد الصمد، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام التميمي السمرقندي، مسند الدارمی المعروف بسنن الدارمی، بیروت، دار البشائر، ۲۰۱۳ م.
- سبحانی تبریزی، جعفر، الموجز في اصول الفقه، ۲ ج، قم، مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، ۱۳۸۷ ش.
- سبزواری، سید عبدالأعلى، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ۴ ج، ۲۲ ج، قم، مؤسسه المنار،

۱۴۱۳ق.

سلار ديلمى، حمزة بن عبد العزيز، المراسم العلوية و الأحكام النبوية فى الفقه الإمامى، ج ۱، تحرير محمود بستانى، قم، منشورات الحرمين، ۱۴۰۴ق.

صاحب بن عباد، المحيط فى اللغة، ج ۵، بيروت، عالم الكتاب، ۱۴۱۴ق.

صانعى، يوسف، فقه و زندگى (۴) قيمومت مادر، قم، فقه الثقلين، ۱۳۸۷ش.

طاهرى، حبيب الله، حقوق مدنى، ج ۲، ۵ ج، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۱۸ق.

طباطبايى حائرى، سيد على بن محمد، رياض المسائل فى تحقيق الأحكام بالدلائل (ط - القديمة)، ج ۱، ۲ ج، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بى تا.

طباطبايى (ره)، محمد حسين (علامه طباطبايى)، الميزان فى تفسير القرآن، محمد باقر موسى، ج ۵، ۲۰ ج، قم، جامعه مدرسين حوزه علميه قم، دفتر تبليغات اسلامى، ۱۳۷۴ش.

طباطبايى قمى، سيد تقى، مباني منهاج الصالحين، ج ۱، ۹ ج، قم منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ق.

طباطبايى، محمد بن محمد تقى (علامه بحر العلوم)، بلغة الفقيه، ج ۴، ۴ ج، تهران، منشورات مكتبة الصادق، ۱۴۰۳ق.

عاملى كركى، على بن حسين (محقق ثانى)، جامع المقاصد فى شرح القواعد، ج ۲، تحرير گروه پژوهش مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۲ ج، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.

عاملى، زين الدين بن على (شهيد ثانى)، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية (المحسى - كلانتر)، ج ۱، ۱۰ ج، قم، كتابفروشى داورى، ۱۴۱۰ق.

همو، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ۱۵ ج، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.

عاملى، محمد بن حسن (شيخ حرّ عاملى)، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج ۱، ۳۰ ج، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.

عاملى، محمد بن مكى (شهيد اول)، الدروس الشرعية فى فقه الإمامية، ج ۲، ۳ ج، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۱۷ق.

عاملى، جمال الدين حسن، معالم الدين، قم، جامعه مدرسين، ۱۴۱۷ق.

عميد، موسى، هبه و وصيت در حقوق مدنى ايران، تدوين توسط عباس فربد، تهران، چاپخانه علمى، ۱۳۴۲ش.

فضل بن حسن امين الإسلام طبرسى، المؤلف من المختلف بين أئمة السلف، ج ۱، تحرير شانه چى،

- واعظ زاده، زاهدی، دکتر مصطفوی، دکتر فاطمی، دکتر موحد و سید مهدی رجائی، ۲ ج، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۰ ق.
- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، الوافی، ج ۱، تحریر ضیاء الدین حسینی اصفهانی، ۲۶ ج، اصفهان، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.
- قافی، حسین و سعید شریعتی، اصول فقه کاربردی: ادله و منابع فقه، ج ۷، ۳ ج، تهران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۹۵ ش.
- قانع، احمد علی، مصاحبه با موضوع بررسی شرط عدالت در وصی، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۶/۵/۱۰.
- القرطبی، ابو الولید ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ۲ ج، مطبعة استقامة مصر، ۱۳۷۱ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب ابو جعفر، الکافی، ج ۴، تحریر علی اکبر غفاری، ۸ ج، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.
- کلانتری، عباس خلیل آباد، طاهر علی محمدی و اردوان ارژنگ، «تأملاتی پیرامون شرط بودن اسلام در وصی»، فقه و اصول، ۹۴ (۴۵)، ۱۳۹۲ ش.
- ماوردی، أبو الحسن علی بن محمد بن محمد بن حبيب البصری البغدادی، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی و هو شرح مختصر المزنی، ج ۱، تحریر الشیخ علی محمد معوض و الشیخ عادل أحمد عبد الموجود، ۱۹ ج، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۹۹۹ م.
- محقق داماد یزدی، سید مصطفی، وصیت، تحلیل فقهی و حقوقی، ج ۳، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۲۰ ق.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحکام، ۲ ج، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ ق.
- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۳ ج، تهران، مرکز الکتب للترجمة و النشر، ۱۴۰۲ ق.
- مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسة، ج ۱۰، ۲ ج، بیروت، دار التیار الجدید- دار الجواد، ۱۴۲۱ ق.
- همو، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ج ۲، ۶ ج، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الأصول، ج ۲، تحریر احمد قدسی، ۳ ج، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ ق.

- همو، ترجمه قرآن کریم، آخرین بازدید ۱۳۹۶/۷/۱۷؛ ۱۰:۹#9/quran/ www.makarem.ir/ http://
- موسوی خلخالی، سید محمد مهدی، الحاکمیه فی الإسلام، ج ۱، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۵ق.
- موسوی خمینی (ره)، سید روح الله، تحریر الوسيلة، ج ۱، ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین (للخوئی)، ج ۲۸، ۲، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- میرحسینی نیری، احمد و محمدجعفر صادق پور، «اشرط عدالت وصی در وصایت عهدی از دیدگاه فقهای امامیه»، پژوهش های فقهی، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۹۲ش.
- میرداداشی، سید مهدی، ولی الله علیزاده، مهدی حسن زاده و محمد صالحی مازندرانی، احوال شخصیه اهل سنت (طلاق-وصیت-ارث-حجر) در مذهب شافعی و حنفی، ج ۱، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹ش.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، قوانین الأصول (طبع قدیم)، تهران، مکتبه العلمیه الإسلامیه، ۱۳۷۸ش.
- نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۷، ۴۳، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- نجم الدین حلّی، جعفر بن حسن (محقق حلّی)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ۴، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- همو، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، ج ۶، ۲، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ق.
- النووی، أبو زکریا محیی الدین یحیی ابن شرف، المجموع شرح المهذب مع تکملة السبکی و المطیعی، بی جا، دار الفکر، بی تا.