
بررسی تطبیقی وصیت تملیکی به نفع ورثه در حقوق و فقه مذاهب اسلامی

علیرضا شریفی^۱

چکیده

بر اساس قانون مدنی و فقه اسلامی موصی تا ثلث اموال خود را برای بعد از فوت می‌تواند به صورت رایگان به دیگری به صورت رایگان تملیک نماید، اراده موصی در واگذاری اموال خود برای بعد از فوت محدودیت ثلث را دارد، اما مازاد بر آن منوط به اجازه و تنفیذ ورثه می‌باشد؛ اما در فقه اهل تسنن وصیت تا ثلث هم در صورتی نافذ می‌باشد که برای ورثه نباشد و اهدافی چون جلوگیری از نزاع، اختلاف و... برای این امر ذکر شده است؛ و در خصوص ضمانت اجرای آن هم اختلاف نظر وجود دارد. هدف از این مقاله بررسی دودیدگاه موجود در خصوص آزادی یا عدم آزادی موصی برای وصیت بنفع وراث خود وی می‌باشد و با روش تحلیلی - توصیفی و به صورت تطبیقی آرا و نظریات مختلف گردآوری شده و نهایتاً چنین نتیجه گرفته می‌شود که با وجود نظریات مختلف فقه تسنن و مذاهب چهارگانه آن می‌توان همانند قانون مدنی و فقه تشیع وصیت تا ثلث اموال را حتی برای ورثه نافذ دانست.

واژگان کلیدی: موصی، وصیت تملیکی، وراث، تنفیذ، ثلث

تاریخ وصول: ۱۴۰۰/۳/۱۲ تاریخ تصویب: ۱۴۰۰/۹/۲۰

۱. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور (alireza.sharif@yahoo.com).

مقدمه

مالک حق هرگونه دخل و تصرف در مایملک خود را دارد. این قاعده که در ماده ۳۰ قانون مدنی بیان شده، بیان گراصل تسلیط می باشد، اما اختیار مالک به وسیله قانون و یا قرارداد گاهاً محدود می شود و موارد منع و محدودیت‌هایی در اراده مالک ایجاد می شود. یکی از محدودیت‌های قانونی برای مالک، اختیار مالک در وصیت تملیکی تا ثلث اموال وی می باشد. قانون مدنی در ماده ۸۲۶ وصیت تملیکی را این گونه تعریف نموده است: «وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند». بر اساس مقررات قانونی و نیز توجه به منابع فقهی برای انعقاد وصیت تملیکی دو گونه شرایط ضروری است: شرایط صحت (شامل اراده، اهلیت، موصی به مشروع بودن جهت وصیت) و شرایط نفوذ؛ شرط نفوذ وصیت در خصوص محدودیت قانونی اراده موصی در وصیت تملیکی تا ثلث اموال می باشد. به عبارت دقیق تر، موصی تا ثلث اموال خود را آزادانه می تواند وصیت نماید؛ اما مازاد بر آن منوط به تنفیذ ورثه می باشد. در خصوص موضوع فوق اختلاف نظری در فقه اسلامی و مقررات کشورهای اسلامی وجود ندارد.

اما در خصوص وصیت به نفع ورثه تا ثلث در فقه اهل تسنن و برخی قوانین کشورهای اسلامی برای موصی محدودیت وجود دارد. در این خصوص دو سؤال مطرح می شود: اول این که مبنای محدودیت موصی در وصیت تملیکی به نفع ورثه چیست؟ دوم این که آیا محدودیت موصی در وصیت تملیکی برای ورثه مطلق می باشد یا می توان وصیت تملیکی به نفع ورثه را در مواردی پذیرفت؟ با توجه به این که وصیت جزء احوال شخصیه می باشد و بر اساس قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه مصوب ۱۳۱۲ در محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، اجرا می شود و نظر به اجرای این قواعد در خصوص وصیت در محاکم، بررسی موضوع دارای اهمیت می باشد؛ به ویژه در این خصوص در لابه لای مباحث فقهی و حقوقی در خصوص وصیت تملیکی به صورت مختصر به مباحثی اشاره شده است، ولی تاکنون

تحقیقی مستقل که به صورت تطبیقی به بررسی موضوع پرداخته باشد، نگارش نشده است. همین امر اهمیت این تحقیق را بیشتر نمایان می‌نماید. هدف این مقاله بررسی دو دیدگاه فوق و دلایل و مبانی هرکدام از دیدگاه‌ها می‌باشد که با روش توصیفی، تحلیلی به صورت تطبیقی با مراجعه به منابع و نصوص فقهی و شرعی و قوانین کشورهای مختلف اسلامی موضوع بررسی شده است و ضرورت‌های پذیرش آزادی موصی به‌ویژه در موارد خاصی چون تحصیل، ازدواج، تأمین مخارج زندگی و... در نظر گرفته شده است و نهایتاً چنین نتیجه گرفته می‌شود که موصی تاثلث اختیار دارد هرگونه اقدامی را در اموال خود انجام دهد و در دو قسمت اراده آزاد موصی تاثلث و محدودیت اراده تاثلث، موضوع بررسی می‌شود.

مبحث اول - وحدت نظریه فقهی و حقوقی وصیت برای غیرورثه تاثلث اموال

مالک هر مالی اختیار دارد که در اموال و مایملک خود هرگونه دخل و تصرف را بنماید به تصرفات شخص در دو حالت در زمان حیات و بعد از فوت قابل تصور می‌باشد، دسته اخیر که انشاء اموری است که اثر آن معلق به فوت می‌باشد را وصیت می‌نامند؛ اگرچه با شکل مبیع، اجاره، قرض، هبه و... باشد؛ خواه این امر تملیک رایگان و مستقیم مال یا دستور تصرف در آن باشد ملک و اسقاط حق و نصب وصی ادای واجبات مالی و مانند این‌ها باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۶؛ صفایی و کندسری، ۱۳۹۷: ۸۵) بر این جوهر همه تصرفات فوق تعلیق به مرگ موصی است و به همین دلیل همه موارد تحت عنوان وصیت می‌باشند؛ چنان‌که نتیجه تصرف فوق ملک بعد از فوت: وصیت تملیکی می‌باشد. (ماده ۸۲۶ ق.م)

اما اقدام موصی در تملیک اموال بعد از فوت در فقه اسلامی اعم از امامیه و تسنن تاثلث ترکه نافذ می‌باشد و دلیل آن را حفظ حقوق بازماندگان اعلام نموده‌اند و مازاد بر ثلث منوط به اجازه ورثه می‌باشد. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۴۴۶؛ شربینی، ۱۴۳۱: ۵۹؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴: ۲۵) در خصوص آزادی اختیار موصی پیروان مکتب انتقادی اجتماعی، خلاف محدودیت‌های موصی و آزادی کامل اراده در مورد وصایا را برای سعادت اجتماع ضروری می‌دانند و چنین اعتقاد دارند که محدود ساختن اختیار موصی از لحاظ اخلاقی و اجتماعی

زیان بار و یکی از علل اساسی انحطاط خانواده‌هاست» (نقل در کاتوزیان ۱۳۸۲: ۲۳۷) این‌گونه ستایش آزادی موصی و فایده‌های اخلاقی و اجتماعی مبالغه‌آمیز می‌باشد و مطلب فوق طرفداران زیادی ندارد و بالعکس در بیشتر موارد در خصوص تصرفات معلق به فوت، دارایی ترکه به دویخش قابل تصرف و ذخیره تقسیم شده است.

اصل بر این است که، هیچ‌کس نباید حق داشته باشد که به حقوق وارثان خود صدمه بزند و برای بعد از فوت خود تصرف کند ولی چون هر مالک آرزوهایی دارد که رسیدن به تمام آن‌ها در زمان حیات ممکن نیست، انصاف حکم می‌کند که به اشخاصی اجازه داده شود، مقداری از اموال خود را به اجرای هدف‌هایی که در زمان زندگی موفق به رسیدن به آن نشده‌اند اختصاص دهد. روایت «ان الله تصدق علیکم بثلث اموالکم عند وفاتکم زیاده فی حسناتکم» تأییدکننده این نظر می‌باشد (صحیح بخاری، ۱۴۰۷: ۲/۴۳۹) بر این اساس هر شخصی تا ثلث اموال خود را می‌تواند برای بعد از فوت خود به هر شخصی که تشخیص دهد، در قالب وصیت تملیکی انتقال دهد و این امر مورد اتفاق مذاهب اسلامی و مقررات موضوعه می‌باشد.

مبحث دوم - صحت وصیت تملیکی بنفع ورثه در فقه اهل تشیع و حقوق برخی کشورهای اسلامی
در فقه امامیه وصیت تملیکی تا ثلث اموال حتی برای وراثت از جمله پسر و پدر و مادر صحیح می‌دانند و دلیل را آیه ۱۸۰ سوره بقره ذکر نموده‌اند: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ و ادعای نسخ آیه فوق را با حدیث نبوی «لا وصیه لوارث» مردود می‌دانند. (حلی، ۱۴۲۸: ۵۶۳؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۴۴۶) همچنین ذکر شده که وصیت برای اقربا مستحب اعلام شده است اعم از این‌که برای ورثه یا غیرورثه باشد و دلیل نظر را آیه شریفه بیان شده است و همچنین این امر سبب صله رحم بین ورثه بی‌اقربا می‌شود. (شهید ثانی، ۱۳۸۴: ۲۶)

برخی حقوق دانان نیز با استناد به آیه شریفه ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ چنین عقیده دارند که وصیت کردن به پدر و مادر و خویشاوندان مورد تأکید قرار گرفته است و مفسران قرآن کریم استحباب موکد وصیت بر خویشان را از آیه فوق استنباط کرده‌اند. (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱: ۷۷؛ قاسم‌زاده و ره‌پیک، ۱۳۹۰: ۲۳۶)

در قانونی مدنی جدید عراق در ماده ۱۱۰۸ بصراحت بیان شده که: «وصیت تا میزان ثلث ترکه برای ورثه و غیرورثه نافذ می‌باشد. مازاد بر ثلث نافذ نیست مگر ورثه اجازه دهند» همچنین در ماده ۳۷ قانون وصیت مصر وصیت برای ورثه در حدود ثلث را بدون اجازه ورثه نافذ می‌دانند. (زحیلی، ۱۴۳۳: ۴۹)

در خصوص محدودیت مازاد بر ثلث مبتنی بر حق وراثت بعد از فوت موصی می‌باشد که آن را حق ذخیره می‌نامند و در خصوص ماهیت حق ذخیره چنین بیان شده است که: سهم ذخیره، بخشی از دارایی موصی است که در قانون اختصاص به وارثان داده است تا پس از مرگ او مالک شوند. پس در حقوق ما، حق وارثان بر بخش ذخیره حق عینی است معلق بر وجود آنان پس از مرگ مورث. به مقتضای همین حق است که می‌توانند، پس از تحقق شرط، ابطال وصایایی را که به این حق عینی تجاوز کرده است از دادگاه بخواهند. ولی در قانون مدنی آلمان (مواد ۲۳۰۳ به بعد) بخش ذخیره سبب ایجاد یک حق دینی است که بعضی از ورثه نسبت به سایرین و موصی له دارند و می‌توانند به میزان آن حق مبلغی پول از آنان مطالبه کنند. در حقوق آلمان، صاحبان ذخیره نمی‌توانند مطالبه بخشی از میراث یا ابطال وصایای مورث خود را در دادگاه عنوان کنند. سهم ذخیره را نباید به مجموع حقوقی که وارثان بردارایی بازمانده مورث دارند تعبیر کرد و محدودیت موصی را از لوازم این حقوق شمرد، زیرا، نتیجه طبیعی تعبیر، این است که، اگر شماری از وارثان از حقوق خود بگذرند، به همان نسبت به میزان بخش قابل تصرف افزوده شود، درحالی‌که این بخش در حقوق ما، در هر حال تثبیت شده است: وارث می‌تواند، در جایگاه صاحب حق زاید بر ثلث را اجازه دهد و مانع نفوذ را از سر راه آن بردارد. حقوق او به سود وارثان دیگر تمام می‌شود و بر اختیار موصی نمی‌افزاید. پس باید چنین تحلیل کرد: سهم ذخیره، عبارت از محدودیتی است که قانون‌گذار، بنا به ملاحظه و رعایت حقوق وارثان، قطع نظر از شمار آنان و نسبتی که با مورث دارند، برای موصی ایجاد کرده است. بدین ترتیب، سهم ذخیره حق جمعی وارثان است و قانون‌گذار به سهم هر کدام از این جمع نظر ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۴۲) بنابراین در فقه امامیه و قانون مدنی (که بر

اساس فقه امامیه می‌باشد) آزادی وصیت برای موصی تا ثلث اموال برای هر شخصی حتی ورثه پذیرفته شده است و اختلافی در این خصوص وجود ندارد، زیرا اصل تسلیط در اموال برای مالک پذیرفته شده و منعی برای دخالت در اموال مالک تا میزان ثلث برای بعد از فوت وجود ندارد و فقط مازاد بر ثلث را به عنوان ذخیره وراث منوط به تنفیذ وراث می‌باشد.

مبحث سوم - محدودیت اراده موصی تا ثلث بنفع ورثه در فقه اهل سنت

برخلاف فقه تشیع و قانون مدنی در فقه اهل سنت در خصوص اعتبار وصیت تا ثلث اموال به نفع ورثه اختلاف عقیده وجود دارد. این در حالی است که به علت وجود قواعدی چون تعصیب در ارث، در میان اشخاص دارای مذهب اهل سنت در ایران گرایش زیادی وجود دارد تا اقدامی صورت گیرد و مورث سعی نماید اموال و ماترک وی بعد از فوت در اختیار تمام ورثه وی باشد، با استثنا ورثه‌ای که از طریق تعصیب جزء وراث می‌باشند تا عصبه؛ و در این خصوص گاه از وصیت تملیکی استفاده می‌نمایند؛ غافل از این‌که مواجه با اختلاف عقیده در خصوص اعتبار وصیت تملیکی به نفع ورثه مواجه می‌گردند. همچنین در مواردی که مورث علاقه دارد که اموالی را بیشتر از سهم الارث (به علت پاره‌ای تعلقات و یا میزان استفاده فرزندان در حیات وی از اموال وی)، به برخی از ورثه منتقل نماید از قالب وصیت تملکی استفاده نموده است؛ برای نمونه شوهری برای آن‌که بعد از فوت وی همسرش بتواند در امنیت مادی قرار بگیرد و برای جبران زحمات دوران زوجیت اقدام به وصیت تملیکی منزل مسکونی محل سکونت به زوجه می‌نماید و حال آن‌که بعد از فوت وی، با ادعای فرزندان با منع وصیت تملیکی به نفع ورثه مواجه می‌شود؛ اعتبار یا عدم اعتبار چنین وصیتی دارای اهمیت بسزایی می‌باشد؛ در خصوص محدودیت اراده موصی در وصیت برای ورثه تا میزان ثلث ترکه در فقه اصل سنت دودیدگاه وجود دارد که به بررسی آن پرداخته می‌شود:

بند اول - عدم صحت وصیت به نفع ورثه

دیدگاه مشهور در فقه اهل تسنن وصیت برای ورثه را حتی تا ثلث ترکه باشد، منوط به تنفیذ وراث بعد از فوت وصی می‌دانند و برای چنین نظری به روایات زیر استناد می‌نمایند.

«لا تجوز وصیه لوارث، الا ان یشاء الورثه»، «ان الله قد اعطى كل ذی حق حقه، فلا وصیه لوارث» و «لا وصیه لوارث الا ان یجوز الورثه» (صحیح بخاری، ۱۴۰۷: ۲/۴۳۸)

بر این معنای احادیث فوق این است که وصیت به نفع ورثه مطلقاً نافذ نیست، ولی اگر ورثه تنفیذ کردند وصت نافذ می‌شود، در غیر این صورت باطل می‌شود و تنفیذ برخی ورثه وصیت را نسبت حصه اجازه‌دهنده، نافذ می‌کند و به نسبت حق کسی که اجازه نداده، باطل می‌شود. این شرط نفوذ وصیت بر اساس نظریه مشهور و اکثریت فقهای اهل تسنن می‌باشد. (زحیلی، ۱۴۳۳: ۴۸؛ سید سابق، ۲۰۰۷: ۳۸۴؛ زحیلی ۱۴۳۷: ۴۲۷) دلایل چنین دیدگاهی چنین است:

در مرحله اول از لحاظ نقلی به احادیث پیغمبر ﷺ استناد می‌نماید و در این خصوص برخی فقهای تسنن به نسخ آیه فوق با آیه ارث (» و حدیث «ان الله اعطى كل ذی حق حقه فلا وصیته لوارث») همانا خداوند حق هر صاحب حقی را به آن صاحب حق داده است، فذا وصیت برای ورثه جایز نیست) نظر داده‌اند (ابن حزم، بی‌تا: ۳۱۶) و برخی از فقهای تسنن ادعای مشهوریت نظر فقها در این خصوص را نموده‌اند (بدرالدین العینی، ۱۴۲۰: ۳۸۸؛ سید سابق، ۲۰۰۷: ۳۸۴) و چنین استدلال شده است که آیه ۱۰۸ سوره بقره در خصوص وصیت با آیه ۷ سوره نساء نسخ شده و علمای تفسیر شافعی و مالکی ... چنین نظر داده‌اند.

در مرحله بعدی به لحاظ عقلی چنین استدلال شده است که چنین وصیتی سبب نزاع و اختلاف بین ورثه و از بین بردن محبت و مودت فی مابین ورثه و ایجاد بغض و.... و کینه فی مابین ورثه می‌باشد. (زحیلی، ۱۴۳۳: ۴۷) همچنین بیان شده اصل در وصیت برای غیر است به جهت قصد قربت، تحصیل ثواب و جبران آنچه در زمان حیات انجام نداده است در حالی که ورثه سهم می‌برند شامل آن‌ها نمی‌شود (لبغا وخن، ۱۴۳۱: ۴۹۹)

البته دیدگاه عدم صحت در خصوص ضمانت اجرای چنین وصیتی اختلاف عقیده وجود دارد و به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف) عده‌ای (ابن حزم، بی‌تا: ۳۱۶) وصیت برای ورثه را مطلقاً اعم از این که ورثه اجازه

داشته باشند یا نداشته باشند، نادرست می‌دانند و دلایل خود را برای این استدلال چنین ذکر نموده‌اند:

۱. وصیت برای ورثه منجر به ضرر سایر وراث می‌گردد و خداوند متعال در آیه شریفه ۱۲ سوره نساء از چنین امری نهی فرموده‌اند: «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ» و پیامبر ﷺ بر نهی مذکور تأکید نموده‌اند: «الاضرار في الوصيه من الكبائر».
۲. بعد از تعیین حق هر کدام از ورثه در قرآن کریم، پیغمبر ﷺ فرموده‌اند: «ان الله اعطى كل ذي حق حقه، فلا وصيه لوارث».

استدلال فوق در حقوق برخی قوانین کشورها اسلامی مورد پذیرش قرار گرفته است از جمله بر اساس ماده ۱۷۶ قانون مدنی مراکش بیان شده «لاوصيه لوارث».

ب) دیدگاه دیگر در مقابل استدلال فوق برخی فقهای دیگر از فقهای حنفی (ابن نجیم المصری، بی تا: ۴۵۹) و شافعی (النووی، ۲۰۱۰: ۴۲۰)، وصیت برای ورثه را غیرنافذ می‌دانند و صحت آن منوط به اجازه ورثه می‌دانند: در صورت تنفیذ بعد از فوت موصی صحیح و نافذ می‌گردد و در غیر این صورت باطل می‌باشد و دلایل خود را بدین شکل بیان نموده‌اند:

۱. دلیل عدم نفوذ وصیت برای ورثه کینه و نفرت و اختلاف بین ورثه می‌باشد که با اجازه ورثه بعد از فوت موصی چنین اموری از بین می‌رود.

۲. حدیث «لاوصيه لوارث» در برخی روایات ادامه دارد بدین گونه که «الا ان یجیزها الورثه» بر این اساس با تنفیذ ورثه، وصیت صحیح می‌گردد. (نقل در: زلمی، ۲۰۱۴: ۲۱۰)

در راستای دیدگاه فوق قانون مدنی سوریه در ماده ۲ / ۲۳۸ بر اساس نظر مشهور فقهای تسنن وصیت برای ورثه را نافذ نمی‌داند و چنین دیدگاهی با توجه به شأن مرتبه عالی قرآن کریم مورد تأیید می‌باشد.

در رویه قضایی نیز چون وصیت جزء احوال شخصیه می‌باشد و بر اساس قانون رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه، محاکم و قاعد مسلم مذهب موصی را در این خصوص اجرا می‌نمایند، آرای صادر شده که با استعلام از شورای اهل سنت و ارائه نظر مشهور در

این خصوص با عدم تنفیذ ورثه وصیت به نفع وراث را بی اعتبار می دانند؛ از جمله رأی شماره ۱۴۰۰۴۸۳۹۰۰۰۰۶۲۵۲۹۳ - ۱۴۰۰/۳/۱ - صادره از شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان کردستان می باشد که با استعلام از شورای افتای استان کردستان و پذیرش عدم نفوذ در وصیت برای ورثه به نسبت سهم وراث معترض رأی به بطلان وصیت صادر نموده است.

بند دوم - صحت در مورد برخی ورثه

برخی دیگر از حقوق دانان و فقهای اسلامی نظری متفاوت با نظرات موجود در فقه تسنن ابراز نموده اند: در این دیدگاه بدواً در خصوص ادعای نسخ آیه ۱۸۰ سوره بقره، بیان شده که: «اگرچه بین فقها مفسرین و اصولین اختلاف نظر وجود دارد و به نظر شافعی حدیث به تنهایی نمی تواند نسخ قرآن باشد و برخی محققین و دارندگان فکر سلیم معتقدند عموم آیه ۱۸۰ سوره بقره به آیه ارث تخصیص پیدا کرده است و براین اساس بحث نسخ آیه فوق منتفی است». (زلمی، ۲۰۱۴: ۷۶/۵) و بر اساس عدم نسخ آیه ۱۸۰ سوره بقره در خصوص ادعای وصیت به نفع ورثه را تا میزان ثلث برای برخی از ورثه به صورت مطلق اعم از این که ورثه دیگر اجازه بدهند یا اجازه ندهند، نافذ و صحیح می دانند و دلایلی چون نیاز، مصلحت و ضرورت را برای برخی ورثه ذکر کرده اند و در حالت های مختلف آن را تصور نموده اند:

۱. وصیت برای دانشجو و دانش آموز (طالب علم) برای فراغت از تحصیل بعد از فوت موصی در حالتی که بدان نیاز دارد.

۲. برای اشخاصی که به سبب معلولیت یا بیماری طولانی امکان کسب و کار ندارند و نیاز به انفاق دارند.

۳. در صورتی که در بین ورثه تفاوت از لحاظ ثروت و جایگاه اجتماعی و علمی و اقتصادی وجود داشته باشد؛ برای مثال از ورثه پزشک، مهندس یا وکیل باشند و سایر ورثه از چنین وضعیتی بی بهره باشند

۴. موصی له در زمان حیات موصی وی را در کسب و کار و ثروت اندوزی کمک نموده باشد که برای بعد از فوت به عنوان ماترک برای و ته بجا بماند.

۵. در بین موصی له ورثه باشد که ازدواج ننموده و نیاز به ازدواج و تأمین مخارج آن داشته باشد.
 ۶. یا هرگونه سبب و دلیل اخلاقی، دینی و انسانی که توجیه کننده تفاوت در بین ورثه باشد.
 ولی اگر تمامی ورثه در یک سطح از جهت علم، دانش، اجتماعی و اقتصادی و... باشند، جدا نمودن برخی دیگران و متفاوت برخورد کردن با آنان حرام می باشد به این دلیل که در بین آنان حسد، کینه، دشمنی و اختلاف ایجاد می نماید که دین اسلام عقل سلیم آن را نمی پسندد. (زلمی، ۲۰۱۴: ۲۱۱/۱۳)

چنین نظریه ای با توجه به در نظر گرفتن ضرورت های زندگی اجتماعی و توجه به نیازهای روز جامعه برای خویشاوندان نسبت به همدیگر بیشتر مورد تأیید قرار می گیرد؛ به ویژه یکی از ضرورت های فقه اسلامی، انعطاف پذیری احکام با توجه به نیازهای مختلف زمانی و مکانی می باشد.

قانون وصیت مصر در ماده ۳۷ برخلاف نظر مشهور فقها وصیت برای ورثه در حدود ثلث را بدون اجازه به ورثه نافذ می داند (زحیلی، ۱۴۳۳: ۴۹) همچنین در قانونی مدنی جدید عراق در ماده ۱۱۰۸ به صراحت بیان شده که: «وصیت تا میزان ثلث ترکه برای ورثه و غیرورثه نافذ می باشد و مازاد بر ثلث نافذ نیست، مگر ورثه اجازه دهند». (زلمی، ۲۰۱۴: ۲۱۱/۱۳)

نتیجه

از جمع مطالب فوق چنین نتیجه گرفته می شود که:

به لحاظ رعایت حقوق وراثت در در فقه اسلامی و حقوق کشورهای اسلامی اتفاق نظر وجود دارد در خصوص این که آزادی مورث در وصیت تا ثلث اموال می باشد با این تفاوت که در فقه اهل تشیع این وصیت را تا ثلث اموال برای ورثه هم صحیح و جایز می دانند و اختلاف نظری در این خصوص وجود ندارد و از قواعد مسلم فقهی در خصوص وصیت می باشد، ولی در فقه اهل سنت در خصوص وصیت تملیکی برای وراثت تا ثلث هم باشد محل اختلاف می باشد. ولی با وجود اختلاف تفسیر و عقیده در خصوص اعتبار چنین وصیتی، نظر مشهور وصیت را برای ورثه تا میزان ثلث اموال نافذ نمی دانند و نیازمند تنفیذ

الباقی ورثه است با این استدلال که به موجب آیه ارث (آیه ۷ سوره نساء)، آیه ۱۸۰ سوره بقره نسخ شده و با حدیث پیامبر ﷺ وصیت را برای ورثه نافذ نمی‌دانند تا موجب عدوات و دشمنی و... در میان وراث نگردد، اما به نظر می‌رسد که خللی به اعتبار وصحت وصیت تا ثلث برای ورثه در فقه اهل سنت نیز وجود ندارد و نیازی به تنفیذ سایر ورثه نمی‌باشد، زیرا:

۱. آیه شریفه ۱۸۰ سوره بقره ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ به صراحت وصیت را برای والدین و فرزندان که از وراثت شخص می‌باشند را اعلام فرموده‌اند و حکم مقرر در آیه ۷ سوره نساء با توجه به تفاوت در موضوع نسبت ناسخ و منسوخ با آیه وصیت را ندارد.

۲. احادیث نبوی هیچ‌کدام نمی‌توانند، آیه شریفه فوق را نسخ نمایند، زیرا احادیث در راستای تفسیر آیات قرآنی می‌باشند.

۳. همان‌گونه که برخی فقها و حقوق‌دانان اهل تسنن بیان نموده‌اند در موارد خاص، چون تحصیل، ازدواج، تأمین مخارج زندگی و... برای موصی له صحت وصیت را ایجاب می‌نماید.

۴. قوانین موضوعه تعدادی از کشورهای اسلامی که بر اساس فقه تسنن نیز می‌باشند؛ از جمله مصر چنین وصیتی را صحیح می‌دانند.

بنابراین در فقه اهل سنت نیز همانند فقه اهل تشیع و قانون مدنی می‌توان وصیت تا ثلث اموال را حتی برای ورثه نافذ دانست.

منابع

۱. ابن حزم، ابن حزم (۱۹۲۷) *المحلی فی شرح المجلی*، ج ۹، بیروت، اراآفاق الجديدة.
۲. عسقلانی، احمد بن علی بن حجر (۱۴۰۷)، *صحیح بخاری*، ج ۲، بیروت، دارالریان للتراث.
۳. البغا، مصطفی والخن، مصطفی (۱۴۳۱)، *الفقه المنهجي*، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دمشق، دارالمصطفی.
۴. بن شرف النووی، ابو زکریا محیی الدین یحیی (۲۰۱۰)، *المجموع شرح المهذب* (مع تکملة السبکی والمطیعی)، ج ۱۵، دمشق، دارالفکر.
۵. بدرالدین العینی، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسی بن أحمد بن حسین الغیتابی الحنفی (۱۴۲۰)، *البنایة شرح الهدایة*، ج ۱۳، بیروت، دارالکتب العلمیة.
۶. خطیب شربینی، شمس الدین محمد (۱۴۳۱) *مغنی المحتاج*، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة، بیروت، دارالمعرفه.
۷. زحیلی، وهبه (۱۴۳۳)، *موسوعه الفقه الاسلامی والقضایا المعاصره*، الجزء التاسع، دمشق، دارالفکر.
۸. زحیلی، محمد (۱۴۳۷)، *الوسیط فی الفقه الشافعی*، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، دمشق، دارالقلم.
۹. زحیلی، محمد (۱۴۳۴)، *المعتمد فی الفقه الشافعی*، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، دمشق، دارالعلم.
۱۰. زلمی، مصطفی ابراهیم (۲۰۱۴)، *الکامل فی الزلمی*، الجزء الخامس، الطبعة الاولى، تهران، احسان.
۱۱. زلمی، مصطفی ابراهیم (۲۰۱۴)، *الکامل فی الزلمی*، الجزء الجزء ثلاثة عشره، الطبعة الاولى، تهران، احسان.
۱۲. زین الدین بن ابراهیم بن محمد، المعروف بابن نجیم المصری (بی تا)، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، ج ۱، الطبعة الثاني، قاهره: دارالكتاب الإسلامی.
۱۳. سید سابق (۲۰۰۷)، *فقه السنه*، الطبعة الثالثة، بیروت، دارالكتاب العربی
۱۴. شهید ثانی (۱۳۸۴) *الروضه البهی فی المعه الدمشقیه*، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، قم، المطبعة نوید الاسلام.
۱۵. صفایی، سید حسین وهادی کندسری (۱۳۹۷)، *حقوق مدنی* (وصیت، ارث، شفعه)، چ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۶. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن (۱۳۹۰)، *مسائل هامه من کتاب الخلاف*، چ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (درسهایی از شفعه، وصیت، ارث)*، چ نوزدهم، تهران، میزان.
۱۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، چ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۹. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۹۱)، *حقوق مدنی (حق شفعه، وصیت و ارث)*، چ اول، تهران، دادگستر.
۲۰. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۹۰)، *تبیان حقوق*، پژوهشنامه قرآنی حقوقی، ج ۲، حقوق خصوصی، چ دوم، تهران، دادگستر.
۲۱. محقق حلی (۱۴۲۸) *شرایع الاسلام*، سماحه آیت الله العظمی الحاج السید صادق الحسینی الشیرازی، چ اول، قم، انتشارات رشید.
۲۲. مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱)، *فقه الامام الجعفر الصادق*، الجزء ۲۰، الطبعة الثانی، قم، الموسسه انصاریان.
۲۳. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، الطبعة السابع، الجزء ۲۸، بیروت، دار الحیاء التراث العربی.