

حدود تصرفات ورثه و موصی به از دیدگاه فقه امامیه

| عباس تولیت* | استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، تهران، ایران

چکیده

در فقه امامیه تصریح شده است که تا زمانی که موصی له رد یا قبول خود را نسبت به وصیت اعلام نکند، ورثه موصی نمی‌توانند در موصی به تصرف کنند. ملاک ممنوعیت از تصرف، تسلطی است که موصی نسبت به ثلث مال خود دارد و می‌تواند تسلط خود را به این نحو اعمال نماید که تا زمان رد یا قبول وصیت، وراث او از تصرف در مال مورد وصیت ممنوع و محروم شوند، مطابق مبنایی که وراث موصی را به مجرد موت موصی مالک مال، مورد وصیت می‌داند، همین حکم جاری است، زیرا آنچه مانع مالک از تصرف می‌شود، شرط ضمنی لزوم ابقای عین و عدم تصرف ناقل یا متلف می‌باشد، با این هدف که موصی له فرصت قبول و تملک موصی به را داشته باشد، از این رو تصرف ورثه با مقصود ذاتی موصی، منافات دارد. بدین ترتیب منع وراث از تصرف، ریشه در اعمال تسلیط موصی و در نتیجه تحدید تسلیط وراث دارد.

واژگان کلیدی: وصیت تملیکی، ارث، تسلیط تام، تصرف منافی.

مقدمه

مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی‌شود، مگر پس از ادای حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق می‌گیرد. از جمله حقوقی که به ترکه میت تعلق می‌گیرد، وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجازه ورثه است. همچنین هرگاه ورثه نسبت به اعیان ترکه معاملات نمایند، مادام که دیون متوفی تأدیه نشده باشد، معاملات مزبوره نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را برهم زنند و نیز پیش از صدور حکم موت فرضی در صورتی می‌توان دارایی غایب مفقودالاثرا را به تصرف وراث او داد، که وراث او ضامن یا تضمینات کافی بدهند تا چنانچه که اشخاص ثالث حقی بر اموال او داشته باشند، از عهده حق اشخاص ثالث برآیند. احکام یادشده یعنی مالکیت غیرمستقر ورثه نسبت به ترکه، عدم نفوذ معاملات آن‌ها نسبت به اعیان ترکه و بالاخره عدم امکان قبول ترکه بدون تضمین مناسب همگی احکامی هستند کاملاً مطابق با قواعد فقهی و اصول حقوقی، زیرا با مرگ موصی و قبول موصی له مال مورد وصیت به موصی له منتقل شده است. از این‌رو تصرف ورثه در آن، تصرف در مال غیر می‌باشد و ممنوعیت چنین تصرفی کاملاً آشکار است همچنین به تصرف دادن اموال غایب مفقودالاثرا به وراث او که دارای سمت وکالت در حفظ و تصرف اموال او نیستند، برخلاف اصل استصحاب حیات غایب مفقودالاثرا و برخلاف قاعده حرمت تصرف در مال غیر است. تا اینجا هیچ مشکلی وجود ندارد. مشکل از آنجا آغاز می‌شود که بعد از موت موصی و پیش از قبول وصیت از سوی موصی له، ورثه موصی از تصرف در ترکه ممنوع باشند، زیرا بعد از موت موصی و پیش از قبول موصی له به حساب ظاهر امر، نه مالی به موصی له منتقل شده و نه یک حق عینی همچون رهن به ترکه تعلق گرفته است، بنابراین اگر ورثه پیش از قبول موصی له در موصی به تصرف کنند، بر چنین تصرفی نه عنوان تصرف در مال غیر صدق می‌نماید و نه عنوان تصرف در متعلق حق غیر. از این‌رو ورثه باید بتوانند به استناد قاعده تسلیط تام در ترکه که ملک آن‌ها است، تصرف کنند. نباید تصرف پیش از قبول وصیت را با تصرف قبل از ادای دیون میت قیاس کرد، زیرا در میت مدیون اگر ورثه ممنوع از تصرف در ترکه هستند، به این دلیل است که ترکه وثیقه عمومی دیون طلبکاران میت است. این درحالی است که در فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی ایران، پیش از قبول وصیت، تصرف ورثه در مال مورد وصیت ممنوع اعلام شده است. از این‌رو ضروری می‌نماید که مبانی حکم یادشده تحلیل و دانسته شود که این ممنوعیت با چه استدلالی و با استناد به چه دلیلی به وجود آمده است.

۱- تأثیر نحوه مداخلت قبول بر منع تصرف

در تبیین دلیل منع تصرف در موصی به علی القاعده ناچار از تفصیل میان مبانی مختلف راجع به اصل مداخلت قبول در وصیت و نیز نحوه مداخلت در وصیت هستیم، زیرا مطابق برخی مبانی،

قبول اساساً مدخلیتی در نقل و انتقال به موجب وصیت ندارد و مطابق برخی مبانی، قبول وصیت فی الجمله دخیل در نقل و انتقال است، اعم از اینکه قبول، جزء وصیت باشد یا شرط آن و نیز در فرض شرطیت قبول، ممکن می‌باشد که قبول جنبه کاشفیت یا ناقصیت داشته باشد. بنابراین پنج مبنا در مورد اصل مدخلیت و یا نحوه مدخلیت قبول وجود دارد. نخست اینکه قبول جزء وصیت باشد و دوم اینکه قبول شرط ناقل باشد و سوم اینکه قبول شرط کاشف باشد و چهارم اینکه قبول هیچ‌گونه مدخلیت و اعتباری نداشته باشد، بلکه ردّ وصیت، مانع از تحقق وصیت باشد و پنجم اینکه نه قبول و نه رد، هیچ‌یک هیچ‌گونه اعتباری نداشته باشند و وصیت همچون ارث از اسباب انتقال قهری باشد. به موجب تمام وجوه یادشده به استثنای دو وجه چهارم و پنجم، قبول نسبت به انتقال مال مورد وصیت مدخلیت دارد و تملیک بدون آن محقق نمی‌شود.

۱-۱- تحلیل ممنوعیت تصرف بر مبنای کاشفیت قبول

پیش از اینکه موصی له قبول خود را اعلام کند، ممنوعیت تصرف ورثه بر اساس نظریه کاشفیت قبول، قابل تبیین است، زیرا در صورت قبول بعدی وصیت از سوی موصی له، کاشف به عمل می‌آید که موصی له از زمان موت موصی مالک مال مورد وصیت شده است. در عین حال این اشکال وجود دارد که به چه دلیلی می‌توان پیش از قبول، ورثه را از تصرف در موصی به محروم کرد، زیرا علی‌الاصول با موت موصی، مال مورد وصیت به مالکیت ورثه درآمده و هنوز وضعیت قبول یا رد آن از سوی موصی له مسلم نیست. به بیان دیگر، قاعده تسلیط به نفع ورثه جاری می‌شود، بدون آنکه حق مسلم و منجزی چون وثیقه محقق شده باشد تا مانع جریان آن شود. درست است که مالکیت ورثه تا اعلام رد یا قبول، مالکیت متزلزل است. لکن مالکیت متزلزل به خودی خود تسلیط مالک را تسلیط ناقص نمی‌گرداند و از تسلیط تام مالک نمی‌کاهد. به همین دلیل است که زوجه پیش از دخول، می‌تواند هرگونه که می‌خواهد در مهریه تصرف کند، اگرچه مالکیت زوجه قبل از دخول مالکیت متزلزل می‌باشد (عاملی، ۸/۱۴۱۴: ۲۶۰-۲۵۹؛ نجفی، ۳۱/۱۹۸۱: ۱۰۹؛ خمینی، ۲/۱۳۹۰: ۳۰۰).

از دیگر مواردی که نشان می‌دهد که مالکیت متزلزل قدرت قاعده تسلیط را کاهش نمی‌دهد و از اقتضای قاعده تسلیط نمی‌کاهد، عدم منع مشتری - بلکه هر منتقل‌الیهی - از تصرف در مبیع است، در فرضی که علیه مشتری حق فسخ وجود دارد. در مورد مزبور، بایع یا منتقل‌منه، اگرچه دارای حق فسخ باشد، ولی مشتری یا منتقل‌الیه که اصطلاحاً من علیه‌الخیار است، ممنوع از تصرف در مبیع یا مال انتقال‌یافته نمی‌گردد، زیرا قاعده تسلیط با مزاحم محرز و مسلمی مواجه نیست که آن را محدود سازد و مانع جریان آن شود (انصاری، ۳/۱۴۱۱: ۸۳-۸۲).

۱-۱-۱- تأثیر اصل عدم رد بر جواز تصرف

ممکن است گفته شود پیش از قبول یا رد چنانچه در رد متعاقب از سوی موصی له شک کنیم، اقتضای اصل، عدم رد وصیت از سوی موصی له است و جریان همین اصل، مانع از جریان قاعده تسلیط می‌باشد. لکن باید دانست که اصل عدم رد، اصل بلامعارض نیست، بلکه اصل یادشده در تعارض با اصل عدم قبول است. بنابراین اصل عدم رد نمی‌تواند اقتضای جواز تصرف از سوی مالکان یعنی وراث را از میان ببرد. تعارض و تساقط اصل عدم رد و اصل عدم قبول، در مواضع دیگری از مبحث وصیت نیز مورد تصریح قرار گرفته است. برای مثال هرگاه کسی سهم خود از مال مشاع را وصیت کند، سپس شریک او سهم خود را به ثالث بفروشد و موصی پیش از اخذ به شفعه از دنیا برود، آیا در اخذ به شفعه حق تقدم با وراث است یا با موصی له؟ علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام، با استناد به اصل عدم قبول وصیت، احتمال تقدم وراث بر موصی له را تقویت کرده است (حلی، ۲/۱۴۱۳: ۵۷۴)، لکن محقق ثانی در شرح خود بر کتاب قواعد، در نقد احتمال یادشده می‌نویسد که نمی‌توان به اصل عدم قبول استناد کرد، زیرا اصل یادشده در تعارض و تساقط با اصل عدم رد، از میان می‌رود و در نتیجه اثری از آن باقی نمی‌ماند (کرکی، ۶/۱۴۰۸: ۴۵۲).

۱-۲- تحلیل ممنوعیت تصرف بر مبنای جزئیت قبول و یا شرطیت آن به نحو ناقلیت

از مطالب یادشده معلوم شد که بر مبنای کاشفیت قبول، دلیل صریحی بر ممنوعیت تصرف وراث وجود ندارد. اینک می‌افزاییم که وقتی مدخلیت قبول به نحو شرطیت و کاشفیت مانع از تصرف نباشد، به طریق اولی مدخلیت قبول به نحو شرطیت و ناقلیت و نیز مدخلیت قبول به نحو جزئیت نخواهد توانست که مانع وراث از تصرف در موصی به شود. قدر مشترک و جامع میان سه مبنای یادشده تمامیت تسلیط به نفع وراث و عدم احراز وجود مانع است. به عبارت دیگر، مقتضی برای تصرف موجود و مانع مفقود می‌باشد.

۱-۳- تحلیل ممنوعیت تصرف بر مبنای مانعیت رد و عدم مدخلیت قبول

برخلاف مبنای سه‌گانه مذکور که فی‌الجمله مبتنی بر مؤثریت و مدخلیت قبول هستند، تبیین ممنوعیت ورثه بر مبنای مانعیت رد و عدم مدخلیت قبول کار دشواری نیست. سیدمحمدکاظم طباطبایی‌یزدی در مورد وصیت تملیکی می‌نویسد: «مشهور بر آن‌اند که وصیت وقتی دارای اعتبار است که قبول، جزئی از وصیت باشد که در این صورت، وصیت از عقود محسوب است یا اینکه قبول شرط باشد، به صورت کاشف یا به صورت ناقل، که در این صورت وصیت از ایقاعات خواهد بود و قویاً محتمل می‌باشد که قبول وصیت در تملیک معتبر نباشد، ولی رد وصیت، مانع تملک باشد که در این صورت نیز وصیت از ایقاعات خواهد بود» (طباطبایی‌یزدی، ۲/۱۴۰۹: ۸۷۷-۸۷۶). از

نظر سید، وصیت تملیکی ایقاع است، نه عقد و قبول وصیت، نه به نحو ناقل و نه به نحو کاشف نقشی در انتقال مال مورد وصیت به موصی له ندارد. بنابراین به محض موت موصی، مال مورد وصیت به موصی له منتقل می‌شود، اگرچه هنوز موصی له وصیت را قبول نکرده باشد، مطابق این مبنا تأثیر صرفاً از آن رد وصیت است، نه قبول وصیت. یعنی به مجرد موت موصی، انتقال به موصی له صورت می‌گیرد و تنها در فرض رد وصیت است که مال مورد وصیت به موصی یا ورثه او منتقل می‌شود.

عبارت سید در مجموع حاوی چهار نظریه و احتمال است، یکم اینکه قبول جزء وصیت می‌باشد و بدون آن وصیت باطل است. دوم اینکه قبول شرط ناقل می‌باشد. سوم اینکه قبول شرط کاشف است. چهارم اینکه قبول هیچ‌گونه اعتباری ندارد، بلکه مدخلیت برای رد وصیت می‌باشد، نه برای قبول وصیت و به عبارت دیگر رد وصیت، مانع تحقق نتیجه وصیت است. احتمال پنجمی نیز وجود دارد و آن اینکه نه قبول و نه رد هیچ‌گونه اعتباری ندارند. تمام نظریات و احتمالات پنج‌گانه یادشده، پیش از سید در کتاب شریف جواهر مورد شناسایی و تصریح قرار گرفته است (نجفی، ۱۹۸۱/۲۸: ۲۵۳ - ۲۵۲).

سید محمد کاظم طباطبایی اگرچه احتمال چهارم یعنی عدم اعتبار قبول در وصیت را قویاً محتمل دانسته، لکن دلیلی بر قوت آن اقامه نکرده است. خوب است بدانیم که پیش از سید، شیخ محمد حسن نجفی ابتدا نظریه عدم اعتبار قبول را پذیرفته و بر قوت نظر یادشده به این صورت استدلال کرده است که عموماً ادله وصیت مانند «مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...» (نساء، ۱۲)، «مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...» (نساء، ۱۲) و «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ...» (بقره، ۱۸۰)، انجام عمل وصیت را مستقیماً به موصی نسبت می‌دهند و تحقق تملیک و تملک به موجب وصیت را به هیچ وجه به شرط دیگری متوقف نمی‌سازند. به بیان دیگر، اقتضای عموم ادله نفوذ وصیت این است که وصیت ماهیتاً چیزی نباشد، جز خواست موصی که همان انتقال معلق بر موت می‌باشد. از این رو اصولاً وصیت عقد نیست که تحقق آن بر پایه دو رکن باشد. رکن نخست تملیک موصی و رکن دوم قبول تملک از سوی موصی له، بلکه یک رکن بیشتر نداشته و آن تملیک مال مورد وصیت به موصی له است، بدون لحاظ مدخلیتی برای قبول موصی له، لکن در نهایت صاحب جواهر تحقق اجماع بر مدخلیت قبول را مانع از تمسک به عموماً ادله وصیت می‌داند (نجفی، ۱۹۸۱/۲۸: ۲۵۰).

به نظر می‌رسد سید همان نظری را که صاحب جواهر ابتدا با استناد به عموماً ادله وصیت تقویت کرده است، برگرفته و در عین حال که توجه به اجماع داشته، به دلیل اینکه اجماع دلیل لبی می‌باشد، قدر متیقن از اجماع را مؤثریت رد وصیت دانسته است، همان‌طور که صاحب جواهر نیز این احتمال را داده است (نجفی، ۱۹۸۱/۲۸: ۲۵۱). به بیان دیگر در اخذ قدر متیقن از اجماع، سبقت

با صاحب جواهر می‌باشد و سید در این امر از صاحب جواهر تبعیت کرده است، با این تفاوت که معقد یقینی اجماع از نظر صاحب جواهر اعتبار قبول به نحو کاشفیت می‌باشد، درحالی که همان معقد اجماعی که برای صاحب جواهر یقینی بوده، برای سید مشکوک واقع شده و به ناچار قدر متیقن اجماع را از کاشفیت قبول به مانعیت رد انتقال داده است.

۱-۳-۱- استناد به اصل عدم انتقال مالکیت

محقق نایینی و آقا ضیاء الدین عراقی در تعلیقه خود بر عروه الوثقی بر نظریه مانعیت رد و عدم مدخلیت قبول این اشکال را گرفته که اقتضای اصل، عدم انتقال مالکیت بدون قبول است (طباطبایی یزدی، ۵/۱۴۱۹: ۶۵۴). پیش از ایشان نیز شیخ انصاری با استناد به اصل عدم انتقال مالکیت، نظریه ایقاع بودن وصیت را رد کرده بود (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷).

۱-۳-۲- نقد اصل عدم انتقال مالکیت

ایرادی که به اصل عدم انتقال مالکیت وارد می‌باشد این است که نخست، اقتضای اصل یادشده لزوماً جزئیت قبول نیست، زیرا با پذیرش نظریه شرطیت قبول نیز می‌توان مشکل یادشده را پاسخ داد. به علاوه در صورتی می‌توان به اصل استناد کرد که دلیلی بر مطلوب وجود نداشته باشد (الاصل دلیل حیث لا دلیل). درحالی که در مانحن فیه، اطلاق ادله وصیت خود بهترین دلیل بر عدم مدخلیت قبول است، به بیان دیگر ادله نفوذ و صحت وصیت، مطلق‌اند و مقید به قبول وصیت نشده‌اند (حکیم، ۱۴/۱۴۱۶: ۵۳۸؛ خویی، ۳۳/۱۴۱۸: ۲۹۹-۲۹۸؛ سبزواری، ۲۲/۱۴۱۳: ۱۳۵). به علاوه روایاتی که مفاد آن‌ها انتقال حق قبول وصیت به ورثه موصی له است، مؤید نظریه مانعیت رد و عدم شرطیت قبول می‌باشد، زیرا در این روایات ترک استفصال شده و معصوم بدون اینکه از تحقق قبول سؤالی بپرسد، بلافاصله در پاسخ به سؤال حکم می‌کند به لزوم تسلیم مال مورد وصیت به موصی له. این روایات که مفاد آن‌ها تحویل و تسلیم مال مورد وصیت به ورثه موصی له در فرض موت موصی له پیش از قبول است، نشان‌دهنده این حقیقت است که مال مورد وصیت پیش از قبول موصی له به مالکیت او در آمده، به همین دلیل قبل از قبول وصیت و با فوت موصی له مال مورد وصیت به مالکیت ورثه او منتقل شده است (خویی، ۳۳/۱۴۱۸: ۳۰۱-۳۰۰). برای نمونه در همین مورد دو روایت ذیل را مورد ملاحظه قرار دهید:

نخست: روایتی که شیخ صدوق و ثقه الاسلام کلینی و شیخ طوسی از امام باقر علیه‌السلام نقل کرده‌اند که مطابق آن «هرکس برای کسی وصیت کند، خواه حاضر باشد، خواه غائب و موصی له پیش از موصی بمیرد، وصیت برای وارث موصی له خواهد بود، مگر آنکه موصی پیش از موت خویش از وصیت خود رجوع کرده باشد. (عن ابی جعفر (ع) قال: و من اوصی لاحد شاهدا کان او غائباً

فتوفی الموصی له قبل الموصی فالوصیة لوارثه الذی اوصی له الا ان یرجع فی وصیة قبل موته؛ (وسائل الشیعة، باب ۳۰، از ابواب احکام وصایا، ح ۲).

دوم: روایتی که مطابق آن ساباطی از امام محمدباقر (ع) سؤال می‌کند در خصوص مردی که وصیت کرده که به عموی او در هر سال چیزی اعطا کنم، ولی عموی وی فوت کرده است. امام باقر علیه السلام در پاسخ می‌نویسد: «به ورثه او تسلیم کن». عن ساباطی قال سألت ابا جعفر (ع)، عن رجل اوصی الی و امر فی ان اعطی عما له فی کل سنه شیئا فمات العم مکتب اعط ورثته (وسائل الشیعة، باب ۳۰، از ابواب احکام وصایا، ح ۲).

۱-۴- وضعیت انتقال حق قبول به وراث موصی له بر مبنای مانعیت رد

بر مبنای مورد قبول صاحب عروه که قائل به مانعیت رد و عدم مدخلیت قبول است، ممنوعیت ورثه از تصرف در ترکه پیش از قبول موصی له با ایرادی مواجه نمی‌شود، چون برحسب مبنای یادشده با موت موصی بدون اینکه نیازی به قبول موصی له باشد، مالکیت موصی به، به موصی له منتقل می‌شود و به این دلیل که انتقال مالکیت به موصی له متوقف بر قبول وصیت نیست، تصرف ورثه در مال مورد وصیت، تصرف در ملک غیر است، اگرچه هنوز از سوی موصی له رد وصیت اظهار نشده باشد. با این وجود نباید گمان کرد که مبنای مانعیت رد و عدم مدخلیت قبول، به‌طور گسترده قابل اعمال است و به‌راحتی می‌توان براساس این مبنا به تمامی مسائل مربوط به قبول وصیت، پاسخ مثبت داد. برای مثال در فرضی که موصی له پیش از صدور قبول از سوی او فوت کند، نمی‌توان بر مبنای مانعیت رد، قائل به انتقال حق قبول به وراث موصی له شد. به‌عبارت دیگر بر مبنای عدم مدخلیت قبول، چنانچه موصی له پیش از موت موصی از دنیا برود، دیگر مانعیت رد و عدم مدخلیت قبول، نفعی به حال موصی له و ورثه او نخواهد داشت، زیرا انتقال مال مورد وصیت از موصی، به موصی له حتی براساس مبنای یادشده متوقف بر موت موصی است و در زمان موت موصی، موصی له در قید حیات نیست تا انتقال مال مورد وصیت به او ممکن باشد. به‌عبارت دیگر در فرض مذکور و بر مبنای مزبور، قابلیت تملک از طرف موصی له از بین رفته است. در نتیجه در زمان حیات موصی له مالی به او منتقل نشده تا قابل انتقال به ورثه او باشد، به همین ترتیب بر مبنای یادشده اساساً مالی به موصی له منتقل نشده است تا حق رد آن به وراث او منتقل شود. نباید از یاد بُرد که سخن بر سر انتقال موصی به، به موصی له است، نه انتقال حق قبول به وراث موصی له است. بر مبنای یاد شده انتقال حق رد به وراث موصی له خلاف قاعده است و اگر در فرض یادشده یعنی فرض موت موصی له پیش از موت موصی، سید قائل به انتقال حق به وراث موصی له شده خود تصریح کرده که این انتقال برخلاف قاعده و صرفاً به استناد نص خاص بوده است (طباطبایی‌یزدی، ۲/۱۴۰۹: ۸۸۲؛ خویی، ۳۳/۱۴۱۸: ۳۱۲؛ قمی، ۱۴۱۹: ۱۰۲). آری ممکن

است گفته شود که منعی برای مالکیت بعد از موت نیست، به همین دلیل دیه بعد از مرگ به مجنی علیه منتقل می‌شود و دیون و وصایای او از محل دیه تأدیه می‌شود، لکن باید دانست که انتقال دیه به مقتول، به استناد دلیل خاص است. درحالی‌که در وصیت نه چنین دلیل خاصی وجود دارد و نه عموماً وصیت توان اثبات چنین امری را دارند (حکیم، ۱۴۱۶/۱۴: ۵۵۸). به بیان دقیق‌تر تأخر دیه نسبت به زمان حیات موصی مقتول و بلا محل شدن انتقال دیه به موصی مقتول به دلیل موت او عقلاً مانع از انتقال دیه به او می‌باشد و باید صرف دیه در دیون و وصایای مقتول را تعبداً به دلیل امر شارع مقدس پذیرفت، بگذریم از اینکه امر شارع نیز یک امر گزارفی نیست، بلکه به لحاظ احتیاجی است که میت مدیون به بریء الذمه شدن از دیون خود دارد و نیز به لحاظ نیازی می‌باشد که موصی به پاداش اخروی بخشش معلق بر موت خود دارد و همین نیاز به خلاصی از عقاب و تحصیل ثواب، او را نسبت به دیه مقدم بر ورثه می‌گرداند (عاملی، ۱۴۱۴/۱۳: ۴۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳/۹: ۱۰۳-۱۰۲).

۲- ارزیابی نهایی ادله منع تصرف به تفکیک مبانی

تاکنون دانستیم مطابق آن دسته از مبانی که برای قبول وصیت، فی الجمله مؤثریت و مداخلیت قائل اند، به ظاهر منع ورثه از تصرف چندان موجه به نظر نمی‌رسد، زیرا پیش از قبول هر چند به نحو کاشفیت، مال مورد وصیت به موصی له منتقل نشده، بلکه مطابق مبنای سید نیز که مطلقاً مداخلیتی برای قبول قائل نیست در خصوص موت موصی له پیش از موت موصی امکان انتقال به موصی له وجود ندارد و علی القاعده نمی‌بایست وراثت موصی را از تصرف بازداشت، لکن می‌بینیم که فقهای امامیه با هر مبنایی مطلقاً حکم به منع تصرف کرده‌اند. به عبارت دیگر حتی آن دسته از فقیهانی که قبول را جزء وصیت و وصیت را عقد می‌دانند، فتوا به ممنوعیت وراثت از تصرف در مال مورد وصیت داده‌اند. حال باید پرسید در جایی که انتقال به موصی له یا مطلقاً غیر ممکن است و یا حداقل در فرض تقدم موت او بر موت موصی امکان انتقال وجود ندارد، دیگر چه دلیلی بر منافی بودن این تصرف وجود دارد و چه چیزی این تصرف را تصرف منافی می‌سازد؟ در زیر برخی ادله را که به طور مطلق و مطابق هر مبنایی منع تصرف را موجه می‌سازد از نظر می‌گذرانیم، اگر چه برخی از این ادله می‌تواند عبارت اخری یا تقریر متفاوت از دلیل واحد باشد:

۲-۱- ایجاد حق اولویت به موجب وصیت

لازم نیست که حق انتقال یافته از ناحیه انشاء ایجاب وصیت، حق مالکیت باشد، بلکه هر حقی از ناحیه انشاء ایجاب وصیت ایجاد شود، مانع تصرف ورثه خواهد شد، ولو آن حق، حق اولویت قبول یا حق اولویت تملک باشد، همچون حق تحجیر (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۱۹/۵: ۶۶۱، تعلیقه محمدحسین بروجردی و امام خمینی؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴: ۱۴۲).

۲-۲- اعمال سلطنت موصی نسبت به ثلث مایملک

موصی می‌تواند در حد ثلث مال خود به این نحو اعمال سلطنت کند که برای شخص یا اشخاصی این حق را به وجود آورد و به آنان این فرصت را بدهد تا در مورد تملک مال مورد وصیت تصمیم مقتضی اتخاذ کنند (سبزواری، ۱۴۱۳/۲۲: ۱۴۷-۱۴۶).

۲-۳- اصیل قرار گرفتن وراث موصی نسبت به موصی له

در وصیت تملیکی وراث موصی همچون اصیل در عقد فضولی هستند، از این رو مادامی که تکلیف وصیت از نظر رد یا قبول مشخص نشود، ورثه موصی ممنوع از تصرف هستند (اشتهاردی، ۱۴۱۷/۳۰: ۲۱۱). توضیح مطلب این است که در عقد فضولی پیش از آنکه مالک، عقد را اجازه دهد و یا آن را رد کند، طرف اصیل نمی‌تواند در مورد معامله تصرف کند و اصیل تنها در صورت رد معامله، مجاز به تصرف در مورد معامله است. منع اصیل از تصرف به قدری مسلم می‌باشد که شیخ انصاری حتی در فرض یقین به رد از سوی مالک، قائل به ممنوعیت اصیل از تصرف است (انصاری، ۱۴۱۵/۳: ۴۱۵-۴۱۴). نظر به همین ممنوعیت اصیل از تصرف است که هرگاه راهن بدون اذن مرتهن اقدام به فروش عین مرهونه کند، عقد بیع نسبت به راهن که اصیل محسوب می‌شود، عقد لازم است و راهن بعد از عقد به بهانه اینکه مبیع متعلق حق مرتهن است، نمی‌تواند به طور یک جانبه از عقد بیع انصراف دهد، حتی راهن نمی‌تواند به قصد بریء الذمه شدن از دین به مرتهن اجازه فروش عین مرهونه را بدهد، بلکه راهن را ملزم می‌کنند که از محل مال دیگر خود طلب مرتهن را بپردازد تا عین مرهونه منفک شود و به عنوان مبیع، تحویل مشتری گردد (انصاری، ۱۴۱۵/۴: ۱۶۵). در معامله فضولی ممنوعیت اصیل بر مبنای کاشفیت قبول کاملاً آشکار است، در عین حال برخی اعظام فقهای امامیه بر مبنای ناقصیت نیز قائل به منع اصیل از تصرف است (انصاری، ۱۴۱۵/۳: ۴۱۳). ماحصل سخن این است که هرگاه نسبت به مالی که در معرض انتقال می‌باشد حقی برای کسی به وجود آید، حق ایجاد شده باید محترم شمرده شود و غیر ذی حق ممنوع از تصرف در آن مال است، اعم از اینکه مال مزبور به موجب عقد در معرض انتقال باشد یا به موجب ایقاع و اعم از اینکه انتقال ارادی باشد یا انتقال قهری، همچنین تفاوتی نمی‌کند که عین متعلق حق، مبیع معین باشد یا عین مورد وصیت یا اینکه صاحب حق، مشتری باشد یا موصی له.

۲-۴. منع ناشی از الزام ضمنی وراث به ابقای موصی به

متفاهم عرفی از وصیت این است که موصی ورثه خود را از تصرف منافی با وصیت منع کرده است و آنان را ملزم نموده است که عین موصی به را به حال خود باقی بگذارند تا امکان انتقال آن به موصی له از بین نرود، همان گونه که در نذر، متفاهم عرفی این است که تا تحقق واقعه مطلوب

موردنظر نذرکننده، وراث نذرکننده ممنوع از تصرفاتی هستند که با بقای مال مورد نذر منافات داشته باشد (حکیم، ۱۴/۱۴۱۶: ۵۵۲ - ۵۵۱؛ مکارم شیرازی، ۲/۱۴۲۸: ۸۷۷). محدودیت ناشی از شرط ضمنی، نظائر دیگری نیز دارد. برای مثال شیخ انصاری در مورد خیار شرط تصریح کرده است که با بیع با شرط خیار علیه مشتری ضمناً امر دیگری را علیه او شرط کرده است و آن اینکه مشتری اگر چه به مجرد عقد، مالک مبیع می‌شود، لکن نمی‌تواند پیش از انقضای مدت خیار در مبیع تصرف ناقل یا تصرف متلف به عمل آورد تا در صورت اعمال حق فسخ، با بیع امکان دسترسی به عین مبیع را داشته باشد و بتواند عین مبیع را مسترد کند. شیخ انصاری تصریح می‌نماید که ابقای سلطنت بر استرداد عین مبیع، در سایر خیارات حکمت حکم است و در خصوص خیار شرط، علت حکم می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵/۶: ۱۵۰؛ کاشف‌الغطاء، ۱/۱۳۵۹: ۱۱۸-۱۱۷). سید نیز به پیروی از شیخ انصاری همین نظر را مورد تصریح قرار می‌دهد و می‌نویسد کسی که چیزی را به بیع خیار به شرط ردّ مانند ثمن، خریده باشد، جایز نیست مبیع را اجاره دهد به مدتی که زیاده از مدت خیار با بیع باشد و هم چنین جایز نیست اجاره دهد به مدت خیار با بیع، مگر آنکه بر مستأجر شرط کند که خیار داشته باشد تا آنکه اگر با بیع بیع را فسخ کند، مشتری بتواند به فسخ اجاره، خانه را تخلیه کرده به با بیع ردّ نماید، زیرا خیار شرط ضمناً مقتضی آن است که مبیع به حال خود بماند تا بتواند آن را به فسخ پس گیرد و تصرفی که منافی بقای مبیع باشد، جایز نیست (طباطبایی‌یزدی، ۲/۱۴۰۹: ۶۳۰). این استدلال که اشتراط خیار از سوی با بیع، در حکم شرط صریح ابقای مبیع است و توان اشتراط صریح ابقای مبیع را علیه مشتری دارد، به آثار سید ختم نمی‌شود، بلکه به لحاظ قوت و استحکامی که دارد، فقیه اهل بیت سیدابوالحسن اصفهانی، متبادر بودن شرط ضمنی ابقای مبیع و متفاهم عرفی بودن چنین شرطی را مورد تصریح و تنصیص قرار داده است (اصفهانی، ۲/۱۳۹۳: ۳۶). امام خمینی نیز همین مبنا را اختیار کرده است، با این تفاوت که در منع از تصرف، مجرد شرط خیار را کافی نمی‌داند، بلکه آن را فقط در صورتی مانع تصرف می‌داند که مشروط به استرداد و باز گرداندن مبیع شود. به عبارت دیگر از نظر ایشان آنچه شرط ضمنی منع از تصرف را ایجاد می‌کند این است که متعلق حق، استرداد مبیع باشد، نه صرف فسخ بیع (خمینی، ۱/۱۳۹۰: ۵۲۰). بی‌شک به دلیل استحکام استدلال یادشده، قانون‌گذار ایران نیز یک‌بار در بیع شرط و بار دیگر در مبحث اجاره به پیروی از شیخ انصاری، سیدمحمدکاظم طباطبایی و سیدابوالحسن اصفهانی، تصریح کرده است که تصرف ناقل و تصرف متلف در مبیع، تصرف منافی است، اگر چه مشتری مالک مبیع می‌باشد. مطابق ماده ۴۶۰ ق.م، «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد، مانند نقل و انتقال و غیره بنماید». همچنین مطابق ماده ۵۰۰ همان قانون، «در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع

را برای مدتی که بائع حق خیار ندارد، اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بائع باشد، به وسیله جعل خیار یا نحو آن حق بائع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق بائع باشد، باطل خواهد بود». در عقد رهن که تکلیف کاملاً روشن و آشکار است، در حدی که وجوب ابقای عین مرهونه و عدم سلطه راهن بر اتلاف عین مرهونه، اقتضای ذات عقد رهن می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵/۶: ۱۵۰). به طوری که شرط خلاف آن، شرط باطل و مبطل است.

۳- ملاک تحقق تصرف منافی

دانستیم که ادله منع از تصرف، عام هستند و اختلاف مبانی در مورد اصل مدخلیت یا نحوه مدخلیت قبول، تأثیری بر ممنوعیت ندارد و مطابق تمامی مبانی صدق می‌کند که موصی با اعمال حق تسلیط خود، ورثه را از تصرف در موصی به بازداشته است تا فرصت تملک برای موصی له باقی بماند و یا فرصت حفظ مالکیت موصی له تزییع نشود. از این رو تفاوت نمی‌کند که قانون‌گذار چه مبانی را در مورد قبول اختیار کرده باشد. به عبارت دیگر قانون‌گذار ایران هر مبانی را در مورد قبول اختیار کرده باشد، باز حکم مذکور در ماده «۸۳۳» ق.م. ساری و صادق است. به موجب ماده مذکور، «ورثه موصی نمی‌تواند در موصی به تصرف کند، مادام که موصی له رد یا قبول خود را به آن‌ها اعلام نکرده است...». با این وجود از آنجا که ملاک منع تصرف ورثه، تضرر موصی له می‌باشد، ورثه تنها از تصرفی ممنوع می‌شوند که منافی حق موصی له بوده و مستلزم تضرر موصی له شود ماده «۸۳۳» ق.م. به طور مطلق حکم به منع تصرف ورثه نکرده است، بلکه ورثه را تنها از تصرف در خصوص موصی به بازداشته است. به عبارت دیگر، منع مذکور در ماده یادشده شامل تصرف غیر منافی حق نمی‌شود و منصرف از تصرفی می‌باشد که با حق موصی له منافاتی ندارد. از این رو ماده مزبور ناظر به موردی است که مورد وصیت سهم مشاع از ترکه باشد، مانند ربع یا ثلث به طوری که هرگاه ورثه بخواهند در سهم خود تصرف کنند، عملاً منجر شود به تصرف در موصی به، از این رو در صورتی که ورثه بتوانند به گونه‌ای در سهم الارث خود تصرف کنند که موجب تصرف در موصی به نشود، مانند آنکه موصی به، عین معین باشد، ممنوع از تصرف نخواهند بود. به عبارت دیگر منع تصرف ورثه در ترکه مقید به صورتی است که موصی به جزء مشاع از ترکه باشد، مانند ربع و سدس ترکه، زیرا تنها در این صورت است که تصرف آن‌ها در ترکه، موجب تصرف در موصی به می‌گردد، از این رو آنان باید انتظار اعلام رد یا قبول موصی له را بکشند. به همین دلیل مطابق قسمت دوم ماده «۸۳۳» ق.م. مقرر شده است: «... اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد، حاکم موصی له را مجبور می‌کند که تصمیم خود را معین کند». مفهوم مخالف ماده مزبور این است که در مواردی که موصی به عین معین و مفروز باشد، ورثه مجاز به تصرف در مابقی از ترکه خواهند بود و حاکم

نمی‌تواند موصی‌له را اجبار به رد یا قبول بنماید، بنابراین موصی‌له می‌تواند هرچند مدت، اگرچه طولانی باشد، اعلام قبول یا رد را به تأخیر اندازد. با این وجود از نظر بعضی از اساتید حقوق فرض وجود ضرر را نباید ویژه موردی پنداشت که موصی به جزء مشاع از ترکه است، زیرا آنان نسبت به تلف تدریجی و تنزل بهای موصی‌به و تحمل هزینه نگاهداری آن بیگانه، بی‌طرف و بی‌نفع و ضرر نیستند (کاتوزیان، ۳/۱۳۹۲: ش ۱۷۶؛ همو، ۱۳۹۶: ۵۱۴).

دانستیم که هرگاه مورد وصیت سهم مشاع از ترکه باشد، مانند ربع یا ثلث چنانچه ورثه بخواهند در سهم خود تصرف کنند، عملاً در موصی‌به نیز تصرف کرده‌اند، اینک می‌افزاییم که از موارد تصرف در سهم مشاع، تقسیم مال مشاع است. از این رو در صورتی که موصی‌به سهم مشاع باشد، موصی‌له با ورثه شریک خواهد بود و مانند موارد دیگر شرکت، هریک از شرکاء می‌تواند سهم خود را از سهام دیگران از جمله از سهم موصی‌له افزا کند و از این جهت باید رضایت موصی‌له را نیز جلب کنند. در غیر این صورت برای افزا فقط می‌توانند به حاکم رجوع نمایند و نمی‌توانند بدون جلب رضایت او اقدام به تقسیم کنند. در حقوق ایران نیز برابر ماده ۸۴۸ ق.م. «اگر موصی‌به جزء مشاع ترکه باشد، مانند ربع یا ثلث، موصی‌له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود». همچنین مطابق ماده ۳۰۱ قانون امور حسبی، «موصی‌له و وصی راجع به موصی‌به در صورتی که وصیت به جزء مشاع از ترکه شده باشد، حق درخواست تقسیم را دارند». ماده ۸۴۸ ق.م. نیز مالکیت مشاع موصی‌له را مورد تصریح قرار داده است، برابر ماده مزبور: «اگر موصی‌به جزء مشاع ترکه باشد، مانند ربع یا ثلث، موصی‌له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود». همان‌طور که بعضی از اساتید حقوق (امامی، ۳/۱۳۶۸: ۱۱۱). تصریح کرده‌اند ذکر ماده ۸۴۸ ق.م. برای آن است که تصور نرود ورثه می‌توانند سهم موصی‌له را به میل خود و خودسرانه انتخاب و تعیین کنند. از این جهت نباید وصیت به سهم مشاع را با وصیت به موصی‌به کلی قیاس نمود، در وصیت به موصی‌به کلی، تعیین فرد با ورثه می‌باشد و موصی‌له حق اعتراض ندارد. مطابق ماده ۸۴۷ ق.م. نیز «اگر موصی‌به کلی باشد، تعیین فرد با ورثه است، مگر اینکه در وصیت طور دیگر مقرر شده باشد». دلیل عدم حق اعتراض موصی‌له این است که حتی اگر ورثه ارزان‌ترین فرد کلی را انتخاب کرده و به موصی‌له تسلیم نمایند، مطابق وصیت عمل کرده‌اند، زیرا حسب فرض بر فردی که به موصی‌له تسلیم شده صدق می‌کند که یکی از افراد کلی است و به بیان دیگر، عنوان کلی مورد وصیت بر فرد تسلیم شده نیز صدق می‌کند و اصولاً مفهوم کلی آن است که صادق بر کثیرین باشد. اقتضای اصل برائت از زائد نیز همین است که ورثه تعهدی به تسلیم فرد اعلی ندارند. در تنظیم ماده ۲۷۹ قانون مدنی نیز از همین اصل تبعیت شده است. به موجب ماده مزبور، «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد، متعهد

مجبور نیست که از فرد اعلائی آن ایفا کند، لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است، نمی‌تواند بدهد».

باید دانست که در موصی به کلی نمی‌توان ملاک تعیین فرد را قرعه قرار داد، زیرا قرعه در موردی به‌کار می‌رود که منظور موصی فرد معین بوده و به‌دلایلی تشخیص آن فرد در خارج مشکل شود و حال آنکه در فرض بالا نخست، موصی، فرد معینی را در نظر نداشته است. دوم، مورد وصیت هم اجمالی ندارد، بنابراین هر فردی از کلی را که ورثه تعیین نمایند، به وصیت عمل کرده‌اند.

۳-۱- تصرف مادی و تصرف حقوقی در مال مشاع

دانستیم که در وصیت به سهم مشاع، موصی له یکی از شرکا است و به‌موجب قاعده کلی هیچ‌یک از شرکا نمی‌تواند بدون اجازه شرکاء دیگر در مال مشترک تصرف کند، زیرا تصرف هر یک در سهم مشاع خود موجب تصرف او در سهام دیگران نیز خواهد بود و تصرف در سهم دیگران بدون اجازه شرکاء، تصرف منافی و تجاوز به حقوق آنان است. در این امر فرقی نمی‌کند که تصرف شریک برای اداره مال مشترک باشد و یا برای انتفاع از آن. در عین حال برای تنقیح محل بحث باید دانست که منظور از تصرف منافی در مال مشاع، تصرف مادی مانند سکونت در خانه، تعمیر، تخریب و مانند آن است، ولی هرگاه تصرف غیرمادی باشد، مانند فروش، اجاره، رهن، هبه و امثال آن، چنین تصرفی موجب تصرف در سهام شرکاء دیگر نخواهد بود. به‌موجب ماده ۵۸۳ ق.م نیز «هریک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزء یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند» همچنانی که می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر به یکی از شرکای خود انتقال دهد، اگرچه تسلیم آن به غیر، محتاج به اجازه بقیه شرکا باشد.

۳-۲- وضعیت تصرف ناقل عین در وصیت به منافع

علاوه‌بر آنچه در بالا مرقوم شد، تصرف وراثت در عینی که منافع آن مورد وصیت قرار گرفته است، تصرف منافی محسوب نمی‌شود و تصرف وراثت در عینی که منافع آن وصیت شده منعی ندارد. وراثت موصی می‌تواند در عینی که منافع آن مورد وصیت است تصرف ناقل عین به‌عمل آورند. چنین معاملاتی صحیح می‌باشد، زیرا تصرف وراثت در عین مزبور منافاتی با منافع موصی له ندارد (نجفی، ۲۸/۱۹۸۱: ۳۴۲-۳۴۱). همین وضعیت در انتقال عین مستأجره به ثالث نیز وجود دارد، یعنی مؤجر بلافاصله پس از عقد اجاره می‌تواند عین مستأجره را به ثالث انتقال دهد، بدون اینکه خللی به اعتبار عقد اجاره وارد شود و یا موجب بطلان عقد بیع گردد. برای مثال در بیع عین مستأجره در عین اینکه اجاره به حال خود باقی است، عقد بیع نیز صحیح می‌باشد، زیرا بیع عین مستأجره تصرف منافی محسوب نمی‌شود؛ چراکه انتقال عین بدون منفعت منافع با اجاره سابق که

صرفاً بر منفعت واقع شده ندارد و اصطلاحاً متعلق بیع، غیر از متعلق اجاره است، برخلاف بیع عین مرهونه که به دلیل وحدت متعلق بیع و رهن، عقد بیع لاحق با عقد رهن سابق منافات دارد و همین منافات است که موجب عدم نفوذ بیع می‌شود. در بیع عین مستأجره، مؤجر در مدت اجاره مالک عین مستأجره بدون منفعت (مسلوب‌المنفعه) خواهد بود و می‌تواند به حکم قاعده تسلیط، عین مسلوب‌المنفعه را به هرکس که بخواهد انتقال دهد، خواه منتقل‌الیه مستأجر باشد یا شخص ثالث. (عاملی، ۱۴۱۴/۵: ۱۷۴؛ نجفی، ۱۹۸۱/۲۷: ۲۰۶). به موجب قسمت نخست ماده «۴۹۸» ق.م نیز: «اگر عین مستأجره به دیگری منتقل شود، اجاره به حال خود باقی است...»، زیرا آنچه انتقال داده می‌شود، عین مسلوب‌المنفعت است و بین انتقال عین بدون منفعت و انتقال منفعت به تنهایی (منفعت بدون عین)، تنافی نیست.

۳-۳- وضعیت حقوقی تقسیم عینی از اعیان ترکه که حق انتفاع از آن متعلق وصیت قرار

گرفته است

دانستیم که تصرف وراث در عینی که منافع آن مورد وصیت قرار گرفته است، در فرضی که تصرف، تصرف ناقل عین باشد، منعی ندارد زیرا به دلیل عدم وحدت متعلق، تصرف مزبور، تصرف منافی محسوب نمی‌شود. همین حکم در مورد تصرف به نحو تقسیم نیز جاری است، یعنی ورثه می‌توانند عینی را که حق انتفاع از آن برای مدت معینی مورد وصیت قرار گرفته، تقسیم کنند، بدون اینکه خللی به حق انتفاع وارد شود. آنچه مجوز تقسیم است، همان عدم مغایرت تقسیم عین بین ورثه با حق انتفاعی می‌باشد که به موجب وصیت ایجاد شده است. بنابراین اگر شخصی وصیت کند بعد از مرگ‌اش مادامی که همسرش در قید حیات باشد، حق انتفاع از منزلش را دارا باشد، در صورتی که ورثه خواستار تقسیم ترکه متوفی باشند، مخالفت زوجه مانع تقسیم نخواهد بود، زیرا تقسیم عین منافاتی با حق انتفاع زوجه نخواهد داشت و از این جهت مانند تقسیم عین مستأجره پیش از منقضی شدن مدت اجاره است. قانون‌گذار ایران نیز همین مبنا را ملاک تنظیم ماده ۶۰۴ ق.م. قرار داده و ضمن تصریح به محفوظ ماندن حق ارتفاق، آن را مانع از تقسیم ندانسته است. مطابق ماده مزبور، «کسی که در ملک دیگری حق ارتفاق دارد، نمی‌تواند مانع از تقسیم آن ملک شود، ولی بعد از تقسیم حق مزبور به حال خود باقی می‌ماند».

نتیجه

در وصیت تملیکی، وراث موصی ممنوع از تصرف ناقل یا تصرف متلف هستند. در ممنوعیت تصرف هیچ تفاوتی میان مبانی مختلف وجود ندارد و اختلاف مبانی، موجب اختلاف نتیجه نمی‌شود و مطابق تمامی مبانی، نتیجه وصیت تملیکی منع وراث موصی از تصرف است، چه مطابق

مبنایی که برای قبول وصیت، هیچ‌گونه مؤثریت و مداخلیتی در تملیک قائل نیست و چه مطابق مبنایی که قبول را به نحو ناقلیت مؤثر می‌داند و چه مطابق مبنایی که برای قبول به نحو کاشفیت قائل به تأثیر می‌باشد. آنچه وراث را ممنوع از تصرف می‌سازد، مالک نبودن ورثه نسبت به مال مورد وصیت نیست، بلکه ملاک ممنوعیت، تسلطی است که موصی نسبت به ثلث مال خود دارد و می‌تواند این تسلط را به این نحو اعمال کند که تا زمان رد یا قبول وصیت، وراث او از تصرف در مال مورد وصیت ممنوع و محروم شوند. به لحاظ اعمال سلطه موصی و محدودیت ناشی از اعمال سلطه یادشده، تفاوتی نمی‌کند که به مجرد موت موصی، وراث او مالک غیرمستقر مال مورد وصیت شوند یا اینکه به مجرد موت موصی، مال مورد وصیت به تملک موصی له درآید. حتی مطابق این مبنا که وراث موصی به مجرد موت او مالک مال مورد وصیت می‌شوند، نباید ممنوعیت آن‌ها از تصرف را مستبعد شمرد، زیرا کم نیستند مواردی که مالک ممنوع از تصرف می‌شود، عین مورد نذر، عین مورد انتقال با حفظ حق استرداد آن و عین مرهونه همه از مصادیق و موارد ممنوعیت مالک از تصرف اند. در تمامی موارد یادشده اعم از وصیت، نذر، بیع شرط و رهن، عامل مشترکی که مانع مالک از تصرف منافی است، همان شرط ضمنی لزوم ابقای عین و منع مالک از تصرف ناقل یا متلف می‌باشد. با این هدف که موصی له و منذور له امکان تملک موصی به و تملک مال مورد نذر را داشته باشند و بایع بتواند عین مبیع را استرداد و استرجاع کند و مرتهن نیز بتواند از محل فروش عین مرهونه، طلب خود را استیفا نماید. شرط ابقا چه به قصد تملک بلا عوض دیگران باشد، چه به قصد استرداد و تملک مجدد از طریق فسخ باشد و چه به قصد استیثاق و استیفاءی طلب از محل عوض مبیع باشد، در تمامی حالات یادشده، شخصی را که علیه او ابقا و عدم تصرف شرط شده است ممنوع از تصرف می‌سازد؛ چراکه تصرف با مقاصد ذاتی اعمال حقوقی که ابقا در ضمن آن شرط شده است منافات دارد، اعم از اینکه تصرف، تصرف ناقل باشد یا تصرف متلف و اعم از اینکه شرط ابقا، شرط صریح باشد یا شرط ضمنی. قانون‌گذار ایران نیز به تبعیت از فقه امامیه، تصریح کرده است که مانعیت و بازدارندگی از تصرف، علاوه بر شرط صریح با شرط ضمنی نیز محقق می‌شود؛ مطابق ماده ۴۵۴ ق.م. «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است».

منابع

فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، جلد سوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، عقود معین، جلد سوم، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۹۶)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

عربی

- اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اشتهازی، علی پناه (۱۴۱۷ق)، مدارك العروة، جلد سی ام، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
- اصفهانی، سیدابوالحسن (۱۳۹۳)، وسیلة النجاة، جلد دوم، قم: چاپخانه مهر.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، رسالة في الوصايا، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- _____ (۱۴۱۱ق)، کتاب المكاسب، جلد سوم، قم: منشورات دار الذخائر.
- _____ (۱۴۱۵ق)، کتاب المكاسب، جلد های سه، چهار و شش، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروة الوثقی، جلد چهارده، قم: مؤسسه دار التفسیر.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، جلد دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خمینی، سیدروح الله موسوی (۱۳۹۰ق)، تحرير الوسيلة، ج یک و دو، نجف: دار الکتب العلمیة.
- خوبی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۴۱۸ق)، موسوعة الامام الخوئي، جلد سی و سه، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، جلد بیست و دوم، قم: مؤسسه المنار.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۰۹ق)، العروة الوثقی، جلد دوم، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- _____ (۱۴۱۹ق)، العروة الوثقی، جلد پنج، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی، زین الدین (۱۴۱۴ق)، مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، جلد پنج، هشت و سیزده، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۴ق)، تفصیل الشریعة، کتاب الوقف و الوصیة، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- قمی، سیدتقی (۱۴۱۹ق)، مباحث فقهیة، کتاب الوصیة و الشركة، قم: چاپخانه امیر.
- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق)، تحرير المجلة، جلد نخست، نجف: المكتبة المرتضوية.
- کرکی، علی (۱۴۰۸ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد شش، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث..
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، تعلیقه علی العروة الوثقی، جلد دوم، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام. ق.
- نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام، جلد بیست و هفت، بیست و هشت و سی و یک، بیروت: دار احیاء التراث العربی.