

درنگی بر تاثیر قبول نیابت در وصایت حج

حسین میرسعیدی^۱، بهنام عباسی اول^۲

^۱ گروه آموزشی الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فرهنگیان، مشهد، ایران. (نویسنده مسؤول): hmirsaeidi@yahoo.com

^۲ استادیار گروه معارف اسلامی، دانشگاه فرهنگیان، مشهد، ایران.

نویسنده مسؤول: hmirsaeidi@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۴ / تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۴

چکیده

یکی از موضوعاتی که فقها در آن اختلاف دارند، وصایت و موضوع قبول در آن است. نظر مشهور فقها بر این است که در وصایت قبول شرط نیست. ماده ۸۳۴ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز همین دیدگاه را پذیرفته است. این ماده و همچنین نظر مشهور فقها با تعدادی از قواعد مسلم فقهی مانند: اصل حاکمیت و آزادی اراده، لزوم انضمام قبول در عقود، قاعده نفی ضرر و قاعده عسر و حرج مغایرت دارد. از سوی دیگر نادیده گرفتن ایجاب موصی از جهتی که وصیت برای حج بلا تکلیف می ماند و برای او ضرر ایجاد می کند نیز جای تامل دارد. قول دیگر در این مساله این است که وصی پس از فوت موصی در صورتی که وصایت را نپذیرفته باشد، حق رد دارد و یا هنگامی که پسر وصی پدر باشد و یا اینکه اگر وصی وصایت را انجام ندهد انجام وصایت توسط شخص دیگری ممکن نباشد باید وصایت را قبول کند. در این مقاله پس از بحث و بررسی نظرات فقها دیدگاهی را می پذیرد که می گوید: موصی شرعا و قانونا در جهت آگاه کردن وصی از مورد وصایت (نیابت حج) و اخذ قبول از وی قبل از فوت خود اجبار دارد، در این صورت نه در حق وصی و نه در حق موصی ستمی وارد نخواهد شد و تعارض دو قاعده نفی ضرر و عسر و حرج نیز مرتفع می شود. کلیدواژه: وصایت، وصیت عهدی، نیابت، ایجاب و قبول، حج.

مقدمه

فقها وصیت (عمل حقوقی معطوف به پس از حیات) را به دو گونه کاملاً متمایز تقسیم می کنند. وصیت تملیکی و وصیت عهدی (وصایت). اساساً عمل حقوقی وصیت از ویژگی های منحصر به فرد برخوردار است و طبیعتاً با چالش های خاصی هم مواجه است. وصیت بر خلاف همه عقود و ایقاعات که اثرشان در زمان حیات تحقق می یابد و اصولاً مراد از اجرای آن در بر گرفتن زمان حیات است، به پس از حیات تعلق می گیرد. علاوه بر این تعلیق در عمل حقوقی که از سوی اکثر فقیهان، مورد منع و انکار قرار گرفته است، در وصیت پذیرفته شده و بلکه جوهره و اساس آن را تشکیل می دهد. یکی از چالش های وصیت مساله عقد یا ایقاع بودن آن است که مورد اختلاف فقها قرار گرفته است. چالش دیگر در باره ماهیت قبول در وصیت است که میان شرط بودن (به نحو کشف یا نقل) جزء العله بودن و... دوران دارد. اما مساله ای که در این نوشتار مورد واکاوی قرار گرفته است مساله نقش و تاثیر قبول در وصیت برای نیابت حج است. مشهور فقیهان بر این باورند که قبول وصایت حج پس از مرگ موصی الزامی است. مستند این فتوا، روایات بسیاری است که در این باره وارد شده است.

نگارندگان ضمن بررسی و تحلیل این دیدگاهها ایده ای نو پیش نهاده اند که از مشکلات کمتری برخوردار است.

نیابت

نیابت یعنی: جانشین شدن، بجای کسی نشستن، جانشینی، قائم مقامی

در انجام عمل عبادی حج در دو مورد نایب گرفتن واجب است:

اول: کسی که از دنیا رفته و حج واجب خود را انجام نداده در این صورت بر ورثه واجب است اگر ترکه کافی باشد برای او نایب بگیرند مگر این که یکی از ورثه یا شخص دیگری ولو تبرعا حج میت را انجام دهد.

دوم: این که کسی که قبلاً حج بر او واجب شده باشد یا فعلاً مستطیع است و به جهت عذری نمی تواند حتی در آینده خودش به حج برود باید فوراً نایب بگیرد و نایب گرفتن دیگری کفایت نمی کند. مگر از او وکالت داشته باشد.

هرگاه مریض فقط قادر به انجام طواف و سعی نباشد و بتواند وقوفین را درک کند و بقیه اعمال را نایب بگیرد جایز است دیگران را در طواف و سعی و اعمال دیگر نایب قرار دهد. در یک سال حجه الاسلام برای بیش از یک نفر واقع نمی شود بنابراین نمی توان حجه الاسلام را به نیابت از دو نفر و یا برای خود و دیگری بجا آورد اما انجام حج استحبابی و عمره مستحب به نیابت از چند نفر مانعی ندارد. همانگونه که انجام یک حج یا عمره مستحبی به نیت خود و دیگران صحیح است.

وصایت

فقه‌ها وصیت (عمل حقوقی معطوف به پس از حیات) را به دو گونه کاملاً متمایز تقسیم و تحدید می کنند. وصیت تملیکی و وصیت عهدی (وصایت). وصایت (به کسر وفتح واو) که به آن وصیت عهدیه یا وصیت به ولایت هم گفته می شود عبارت است از: استنباه پس از مرگ در آنچه وصیت گذار، حق تصرف در آن دارد مانند قضای دیون، استیفای دیون، پس دادن و پس گرفتن ودایع، ولایت بر فرزندان و نظارت بر اموالشان، انجام حقوق واجب و مستحب و... (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۶۲/۲؛ محقق کرکی، ۲۵۷/۱۱)

این استنباه ممکن است از کسی باشد که بالاصاله دارای ولایت است مانند پدر و جد پدری؛ و یا از سوی فردی باشد که بالعرض برخوردار از ولایت شده باشد مانند وصی ای که در گرفتن وصی (برای موسی نخست) مأذون است (صاحب جواهر ۳۹۱/۲۸) البته صاحب جواهر به جای تعبیر به استنباه، از «ولایت» بهره می جوید و آن را سزاوارتر هم می شمرد چه آن که شأن وصی پس از فوت موصی، شأن ولی «ولایت» است نه نایب، زیرا موصی با مرگش از ولایت خارج می شود (همان) سخن ایشان متین است ولی به نظر می رسد به جای تعبیر «ولایت» مناسب تر است از واژه «تولیت» استفاده شود. اگرچه برخی همانند محقق و شهید (محقق حلی، المختصر النافع، ۱۶۳/۱، شهید ثانی، اللمعنه دمشقیه، ۱۰۴) تلاش کرده اند وصیت را دارای یک ماهیت واحد قلمداد کنند و تعریفی یکتا از آن ارائه نمایند، اما با تأمل به خوبی می توان دریافت که ما با دو طبیعت متمایز مواجهیم و تشابه فقط در تسمیه و نام گذاری و برخی از اوصاف است؛ از همین رهگذر، شهید در کتاب دیگرش، برای هر یک از دو ۲ قسم وصیت، کتابی را مختص ساخته است و وصایت را قسیم وصیت دانسته است (الدروس الشرعیة، ۲۳۱/۲). این موضوع از این جهت اهمیت دارد که در شناسایی چستی وصایت بسیار تأثیرگذار است. بیان مطلب آن که فقیهان در عقد یا ایقاع بودن «وصایت» اختلاف نظر دارند و چنانچه وصایت را دارای ماهیتی متمایز بدانیم، اشکالی پیش نمی آید اما اگر آن را شعبه ای از وصیت به شمار آوریم (همانطور که محقق در المختصر النافع، وصیت تملیکی و عهدی را در یک تعریف، مندرج ساخته است: همان جا)، آن وقت با محذور تغایر ماهوی در افراد یک ماهیت، مواجه خواهیم شد.

در حقیقت ما در موضوع تغایر وصیت تملیکی با وصایت، در دو موضع، دچار چالش هستیم: یکی این که وصایت از نظر مفهومی، با وصیت تملیکی در تغایر است به این مفهوم که در وصایت، ایصاء به ولایت می شود ولی در وصیت تملیکی، تملیک صورت می پذیرد بنا بر این، اندراج آن دو در یک تعریف، ناممکن است. از دیگر سو، وصیت تملیکی به عقیده مشهور، عقد است ولی وصایت، مورد اختلاف است.

به هر حال، فقیهان در ماهیت وصایت اتفاق نظر ندارند. دسته ای آن را عقدی می دانند که بسان هر عقد دیگری نیازمند به ایجاب و قبول است (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۶۵/۲، شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۵۵/۶، محقق کرکی، ۲۶۱/۱۱) و گروهی دیگر آن را ایقاع می انگارند (صاحب جواهر، ۳۹۱/۲۸). آنان که قائل به عقد بودن وصایت هستند، افزون بر ادعای اجماع (بحرانی، ۵۷۶/۲۲) بر این باورند که وصایت هم بسان وصیت تملیکی، دارای دو طرف است و ایجاب آن از سوی موصی و قبولش از سوی وصی است و با قبول، عقد تمام و کامل می شود (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۵۵/۶).

اما کسانی که عقد بودن وصایت را نپذیرفته اند چنین استدلال می کنند که عقد، چیزی است که ایجاب و قبول در تحقق آن معتبر باشد، در حالی که مشهور بر این باورند آنچه که در لزوم وصیت معتبر است، عدم ردی است که به موصی برسد و این عدم رد، اعم از قبول است. (یعنی دارای دو فرد است: رد و عدم قبول) بنا بر این، با فقدان قبول، عقد بودن نیز منتفی می شود (صاحب جواهر، ۳۹۱/۲۸) مراد صاحب جواهر این است که چنانکه خواهد آمد، مشهور فقیهان بر این باورند که وصایت حج چنانچه از سوی وصی رد نشود، لازم خواهد بود و ضرورتی ندارد وصی آن را قبول کند و صرف عدم رد (آن هم در حیات موصی و رسیدن خبر آن به موصی)، در لزوم آن کفایت می کند. صاحب جواهر معتقد است حتی اگر وصی در ظاهر «قبولت» نیز بگوید، باز هم عقد بودن وصایت، تصحیح نمی شود و تنها به صورت و شکل عقد خواهد بود و این برای تحقق «عقدیت» کافی نیست، زیرا عقد چیزی است که «قبول» در آن به نحو «جزئیت» اعتبار شده باشد (همان). ایشان در ادامه مطلب از نیکویی سخن شهید در دروس تجلیل می کند، آنجا که می نویسد: بنا بر آنچه گفته شد که لزوم وصایت با مرگ و عدم رد حاصل می آید، اعتباری به قبول و عدم قبول وصی نیست، بلکه آنچه معتبر است، عدم ردی است که به موصی برسد، که اگر حاصل شد، فیها و گرنه وصایت، لازم می شود (شهید اول ۳۲۶/۲، صاحب جواهر ۳۹۱/۲۸).

با این بیان، تفاوت وصیت با وصایت نیز آشکار می شود، زیرا وصیت هر چند در برخی از افرادش (مانند وصیت به جهات عمومی) نیازمند قبول نیست. بنا بر قول عدم نیاز به قبول در این موارد) اما در موارد وصیت به افراد خاص، نیازمند قبول است و گرنه باطل واقع می شود، به خلاف وصایت که عدم قبول، آن را باطل نمی سازد، مگر در صورتی که وصی آن را رد کرده باشد و ردش هم به موصی رسیده باشد (همان). البته شیخ طوسی در بیان تفاوت وصیت و وصایت سخنی دارد که به نظر قابل نقد می آید. او می نویسد: تفاوت وصایت با وصیت آن است که وصیت یک نوع تملیک پس از وفات است که طبیعتاً قبول آن نیز باید پس از فوت صورت پذیرد ولی وصایت یک عقد منجز در زمان حال است، بنا بر این ممکن است که قبولش نیز در

حال حیات باشد (المبسوط، ۳۶/۴). این کلام شیخ از این جهت درخور نقد است که در وصایت هم اعطای ولایت و وصایت، معلق به پس از فوت می‌شود و از این جهت تفاوتی میان وصیت و وصایت نیست.

اقوال فقها در تأثیر قبول در وصایت

پس از آن که روشن شد فقها در چپستی وصایت اختلاف نظر دارند و گروهی آن را عقد، دسته‌ای ایقاع و تعدادی نیز آن را برزخ میان عقد و ایقاع پنداشته‌اند (کاشف الغطاء ۶۴۳/۵)، اینک پرسش اصلی این مقاله چنین مطرح می‌شود که: تأثیر قبول در وصایت چیست؟ این پرسش هر چند ممکن است به شکل بحث قبلی عنوان شود، یعنی این که آیا وصایت، عقد است یا ایقاع؟ اما چون فقها به گونه‌ای و عدم آن سخن گفته‌اند، ما نیز از این زاویه، مسئله را مورد تحلیل قرار می‌دهیم. «قبول» مستقل از لزوم فقه‌های امامی در خصوص نقش قبول در وصایت پس از فوت موصی نظریات گوناگونی ابراز داشته‌اند که در مجموع می‌توان نظریات ایشان را در چند دسته جای داد:

الف. لزوم عمل به وصیت عهدی در صورت عدم رد در زمان حیات موصی

قائلان این نظریه که طبق یک نظر، مشهور فقیهان امامیه هستند بر این باورند که وصی در زمان حیات موصی، حق دارد وصایت را بپذیرد یا رد کند. اما اگر قبول کرد، یا سکوت نمود و یا خبر ایصاء پس از مرگ موصی به او رسید، دیگر حق رد وصایت را ندارد و اجباراً باید آن را بپذیرد. البته باید اطلاق این قول را به صورت وجود توانایی و فقدان عجز وصی و عدم خیانت او، مقید سازیم همان‌گونه که غالب فقیهان به آن اشاره کرده‌اند؛ به عنوان مثال، شیخ طوسی می‌نویسد:

... وصیت باید در حضور موصی رد شود ولی پس از فوت همان طور که ما گفتیم وصی حق رد ندارد، مگر این که اقرار به عجز کند و یا این که خیانت کند. (طوسی، الخلاف، ۴/۴۸۱).

در ادامه به نقل تعدادی از کلمات فقیهانی که این قول را پذیرفته‌اند، می‌پردازیم:

صدوق می‌نویسد: چنانچه فردی به دیگری وصیتی کند، در صورتی که (وصی) حاضر باشد، می‌تواند وصایت را قبول نکند و اگر غایب باشد و موصی قبل از این که وصی را ببیند بمیرد، لازم است وصیت انجام شود. (فقه الرضا، ۲۹۸).

ایشان در جایی دیگر، عین همین عبارت را می‌آورد و اضافه می‌کند: چنانچه انسان به دیگری وصیت کند در حالی که وصی حاضر است، وصی می‌تواند از قبول، سر باز زند، مگر وصی غایب باشد و موصی پیش از قبول او از دنیا برود، که در چنین صورتی وصیت برای او لازم می‌شود. (المقتع ۴۸۳-۴۸۴). مفید نیز در المقنع عبارتی قریب به همین مضمون را آورده است (۶۷۲). طوسی در المبسوط همین قول را می‌پذیرد (۶۳/۴) و سخن او در خلاف را نیز پیش از این آوردیم. محقق حلی می‌نویسد: موصی الیه (وصی) می‌تواند مادامی که موصی زنده است وصیت را رد کند با این شرط که خبر رد به موصی برسد، اما چنانچه موصی پیش از رد وصی یا پس از رد او و قبل از رسیدن خبر به موصی، بمیرد، رد موصی بی اثر است و وصیت برای وصی لازم خواهد بود. (شرایع الاسلام ۳/۴۸۲).

شهید ثانی نیز چنین بیان می‌کند: ... پیش از این گفته شد که وصیت در زمان حیات موصی از عقود جایز است و هر یک از موصی و موصی الیه (وصی) می‌توانند در حیات موصی، آن را فسخ کنند. لکن در وصیت به ولایت (وصایت) چنانچه وصی آن را بپذیرد، اگر پس از مرگ موصی است، دیگر حق رد آن را ندارد (همان‌گونه که در وصیت تملیکی، پس از قبول و فوت موصی، حق رد نداشت)؛ اما اگر قبولش در زمان حیات موصی بوده است، می‌تواند وصایت را رد کند. (همان‌طور که حق رد مال را داشت) زیرا وصایت یک نوع اذن در تصرف مخصوص است، و او حق دارد اذن را نپذیرد همانند وکالت. البته این حکم وصایت (حق رد) در جایی است که خبر رد به موصی رسیده باشد، وگرنه حق رد ندارد و لازم می‌شود. (مسالك الافهام ۲۵۵/۶).

ادله قول اول

ادله این قول بدین قرار است:

۱- اجماع

برخی بر این حکم، ادعای اجماع کرده‌اند. شهید ثانی در مسالك، ظاهر فقیهان را اتفاق بر آن می‌انگارد (۲۵۵/۶) و محقق بحرانی از آن نفی خلاف می‌کند (۵۷۴/۴۲) لیکن کلام صاحب جواهر در این بحث کمی مضطرب است. او در موردی که وصی در زمان حیات، وصایت را پذیرفته، ادعا می‌کند پس از فوت موصی، حق رد ندارد و در این موضوع، خلافتی را ندیده است و سپس یک گام جلوتر می‌رود و به نقل از مبسوط و خلاف و تذکره، ادعای اجماع می‌کند. آن گاه در موردی که وصی قبلاً وصایت را نپذیرفته تا آن که موصی از دنیا رفته است، قائل به لزوم قبول می‌شود و آن را اول به مشهور نسبت می‌دهد و سپس با صریح غنیه و ظاهر دروس آن را اجماعی می‌پندارد. (۴۱۸/۲۸).

به نظر می‌رسد افزون بر چالش‌های جدی که ثبوتاً و اثباتاً در برابر اجماع، صف‌آرایی کرده‌اند، وقوع چنین اجماعی نیز محقق نشده است زیرا در میان فقها مخالفانی دارد همانند علامه حلی، شهید ثانی و دیگران که بدان اشاره شد.

۲- روایات

عمده دلیل قائلان به وجوب قبول وصایت از سوی وصی با شرایطی که ذکر شد، روایاتی است که در این باب وارد شده است؛ این روایات، صحیح و در حد استفاضه هستند:

فضیل بن یسار از امام صادق (ع) در باره مردی که برای او وصیتی شده بود می‌فرماید: چنانچه کسی را به سوی او بفرستند تا او را از وصیت آگاه سازد، حق رد ندارد، ولی اگر در شهر کسی دیگر که به وصیت عمل کند، وجود دارد، او مخیر است قبول یا رد کند. (طوسی، الاستبصار، ۱۳۰/۴، حر عاملی ۳۹۸/۱۳).

منظور آن است که چنانچه موصی پس از فرستادن کسی به سوی وصی و پیش از رسیدن جواب فوت کند، قبول بر وصی واجب می‌شود و حق رد ندارد. اما اگر در حالی وصیت کرده که وصی حاضر بوده است، او حق رد یا قبول دارد، زیرا در شهر کسانی غیر از او برای پذیرفتن وصایت، موجود هستند. منصور بن حازم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که حضرت فرمودند: هر گاه فرد به برادرش که غایب است وصیت کند، حق ندارد وصیتش را رد کند زیرا اگر او حاضر بود و نمی‌پذیرفت، موصی کسی دیگر را وصی خود قرار می‌داد. (همو)

سند روایت صحیح و مضمون آن نیز همانند روایات قبلی است به این معنا که اگر وصی در شهر حاضر و شاهد است، در قبول و رد وصایت، مخیر است، اما اگر غایب بود حتماً وصایت را بپذیرد.

هشام بن سالم از امام صادق (ع) در مورد فردی که به دیگری وصیت می‌کند ولی او از پذیرش آن استنکاف می‌ورزد، روایت می‌کند: او را در این وضعیت، خوار نکنند. (همو)

سند روایت، صحیح است و مراد امام (ع) آن است که قبول وصیت بر وصی، لازم است زیرا چنانچه آن را نپذیرد، سبب می‌شود موصی خوار و ذلیل گردد (یا به لحاظ آن که در معرض تحقیر قرار می‌گیرد و یا بدین لحاظ که وصایای او بر زمین می‌مانند).

محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمودند: چنانچه فردی به دیگری وصیتی کند در حالی که (وصی) غائب است، (وصی) حق ندارد وصیت را رد کند؛ اما اگر وصیت را در حالی انجام می‌دهد که وصی در شهر حاضر است مختار است که آن را بپذیرد یا آن را رد کند. (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۵۹/۹، حر عاملی، ۳۸۹/۱۳)

مراد امام (ع) این است که اگر موصی پیش از آن که وصی خبر قبول یا رد را به او بدهد، در غیبت او فوت کند، قیام به وصایت بر وصی، واجب است هر چند آن را قبول نکند.

از امام رضا (ع) منقول است که چنانچه فردی به دیگری در حضورش وصیت کند، وصی حق دارد وصایت را رد کند، اما اگر وصی غائب است و موصی پیش از ملاقات با او فوت کند، وصایت برای وصی، لازم می‌شود. (ابن بابویه، المقنع، ۱۶۶ نوری ۱۱۰/۱۴).

با دقت در این روایات، می‌توان چنین نتیجه گرفت:

۱- قبول وصیت در زمان حیات موصی، بر وصی واجب نیست و او می‌تواند آن را رد کند حتی اگر پیش از آن قبول کرده باشد، و دلیل این مطلب، افزون بر اصالت عدم وجوب قبول، روایات مستفیضی بود که از نظر گذشت.

۲- منظور از غیبت و حضور در این روایات، کنایه از رسیدن خبر رد در زمان حیات، به موصی است زیرا بر این مطلب که رسیدن خبر، مدخلیت دارد نه صرف حضور، اجماع قائم شده و همچنین خبر منصور بن حازم نیز معتدل به همین مطلب شده بود. افزون بر این که فتوای اصحاب و روایت امام رضا (ع) نیز این

موضوع را تأیید می‌کند. (صاحب جواهر ۴۱۵/۱۸).

۳- اما پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا افزون بر رسیدن خبر رد به موصی، امکان جایگزینی وصی دیگری برای موصی، شرط است یا صرف رسیدن خبر در زمان حیات او کفایت می‌کند؟ ظاهر فتاوا آن است که کافی است ولی مقتضای تعلیل در روایات، ناکافی بودن آن است زیرا اگر موصی امکان جایگزین کردن فرد دیگری را نداشته باشد، به منزله آن است که خبر رد به او نرسیده است. صاحب جواهر امکان نصب وصی دیگر را معتبر می‌شمرد و بر این باور است که قول امام (ع) که می‌فرماید: «لو كان شاهدا فابی...» بر این مطلب دلالت می‌کند زیرا علت، منصوبه و قابل تعدی است (۴۱۵/۲۸).

۴- مشهور فقها امامی بر اساس همین روایات و بر خلاف قواعد عمومی معاملات فتوا داده‌اند. در حقیقت با این روایات، اصل لزوم اختیار در عقد «عدم جریان اراده یک شخص علیه دیگری» را تخصیص زده‌اند.

ب- جواز رد وصایت پس از فوت در صورت عدم قبول پیش از فوت

در بررسی‌های به عمل آمده، معلوم شد نخستین فقیهی که در مقابل قول مشهور، فتوای عدم لزوم قبول وصی را مطرح ساخته است، علامه حلی در تحریر و مختلف الشیعه است. وی در تحریر الاحکام می‌نویسد:

... چنانچه به دیگری وصیت کند (وصایت) بر او قبول آن واجب نیست و می‌تواند چه در حیات یا پس از حیات موصی، آن را رد کند (۳۶۰/۳). البته او در ادامه به نظریه مشهور نیز اشاره می‌کند.

در مختلف الشیعه پس از آن که قول وجوب پذیرش وصایت را در صورتی که وصی پس از فوت او بدان آگاه شده یا در زمان حیات موصی آن را رد نکرده است، به طور مطلق به اصحاب امامیه نسبت می‌دهد، چنین می‌نویسد:

من با این قول موافقم در صورتی که وصی در زمان حیات موصی، وصایت را پذیرفته باشد؛ ولی چنانچه قبلاً قبول نکرده یا اساساً از آن آگاهی نداشته است، حق رجوع و رد دارد. (۳۳۷/۶)

از دیگر بزرگانی که به این قول تمایل نشان داده اند شهید ثانی و محقق سبزواری هستند. شهید ثانی پس از نقل اخبار وارد شده و اظهار نظر در باره آن‌ها می‌نویسد:

... اثبات چنین حکم مخالف اصول به گونه‌ای که موصی بر وصی به طور قهری مسلط شود، بعید است. (مسالك ۲۵۸/۶)

محقق سبزواری نیز پس از ذکر قول علامه و توجیهی که برای روایات آورده است، آنرا نیکو می‌شمارد. (۱۵۰)

ادله قول دوم:

همان گونه که اشاره شد، علامه و برخی دیگر در مقابل مشهور، بر این باورند که وصی می‌تواند وصایت را در حیات یا پس از فوت موصی، رد کند. تنها در صورتی که وصایت را در حیات موصی پذیرفته باشد و بر آن باقی باشد تا موصی فوت کند، دیگر حق رد آن را ندارد. اینک استدلال این گروه را از نظر می‌گذرانیم:

۱- موافقت با اصل

علامه تأکید می‌ورزد که اصل عملی عند الشک در وجوب قبول، عدم است و وجوب قبول بر خلاف اصل عقلی و شرعی است. (مختلف الشیعه ۳۳۷/۶)

۲- قاعده لا ضرر

دلیل دوم آن است که از وجوب قهری قبول بر وصی، تضرر او لازم می‌آید و حکم ضرر غیر مستحق، از نظر شارع، ملغی است؛ خداوند می‌فرماید: و ما جعل علیکم فی الدین من حرج (حج/۷۸) و پیامبر (ص) نیز فرموده اند: لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام. (همو)

۳- لزوم انضمام قبول در عقد

وصایت یکی از انواع عقود است و هر عقدی نیازمند ایجاب و قبول است. بنا بر این، بدون انضمام قبولی که توأم با قصدو رضا باشد، عقد کامل نیست. (همو)

۴- حمل احادیث بر سبق قبول

علامه در توجیه احادیث چنین می‌نگارد: می‌توان احادیث را بر موردی حمل کرد که قبلاً از سوی وصی در زمان حیات موصی، قبولی صورت پذیرفته باشد. (همو)

۵- حمل بر شدت استحباب

شهید ثانی در مسالك، در توجیه دیگری، این روایات را حمل بر استحباب می‌کند. ایشان در آغاز عقیده دارد که این اخبار، صریح در مدعا نیستند زیرا مفاد آن‌ها عدم لزوم مطلق قبول از سوی حاضر و لزوم مطلق قبول از سوی غائب است و این غیر محل نزاع است (زیرا نزاع در جایی است که شخص در زمان حیات موصی، قبول نکرده یا اطلاع نداشته است و اینک پس از فوت او، نزاع است که آیا قبول لازم است یا نه). هر چند در روایت هشام بن سالم، اشاره ای به این موضوع هست، اما نمی‌توان با این تعلیل که در یک روایت حسن آمده است، چنین حکمی مخالف با اصول شرعی را اثبات کرد و به طور قهری حق وصایت را بر عهده وصی گذارد و به موصی اجازه داد تا هر کسی را بخواهد به عنوان وصی تعیین کند و از شهود هم بخواهد که تا مرگش آن را پوشیده نگه دارند! بنابراین، بهتر است این روایات یا بر سبق قبول و یا بر شدت استحباب قبول، حمل گردند. (۲۵۸/۶)

نقد و بررسی قول دوم:

به نظر می‌رسد این سخن شهید ثانی درست نباشد که فرمود: این روایات، صریح در مدعا نیست. با ملاحظه برخی روایات به ویژه روایتی که از کتاب فقه رضوی (ع) نقل شد، امام (ع) تصریح می‌فرمایند که بر غائب لازم است به وصایت عمل کند اعم از این که وصی قبلاً وصایت را پذیرفته باشد یا نپذیرفته باشد؛ البته اگر پذیرفته که محل بحث نیست، ولی چنانچه نپذیرفته باشد، محل خلاف است که این روایات حکم به لزوم پذیرش می‌کنند. حتی خود علامه نیز از روایات، همین معنا را استفاده کرده است، منتهی معتقد است که این روایات با ادله نفی ضرر حرج، تعارض دارد، و این روایات را حمل بر مورد سبق قبول می‌کند و شهید آن‌ها را حمل بر شدت استحباب می‌کند.

هر دو حمل به نظر نادرست می‌رسند. اما این که روایات را با ادله نفی ضرر و حرج، معارض قرار دهیم، صحیح نیست زیرا به‌صرف وصایت به فرد، ضرر و حرجی حاصل نمی‌آید، که اگر چنین بود، لازم می‌آمد به طور مطلق، قبول وصایت، جایز نباشد چرا که انسان (وصی) حق ندارد خود را به مجرد وصیت به او در ضرر بیفکند. بله چنانچه در موردی، ضرر و حرج لازم آمد، وصی می‌تواند رجوع کند و به این ترتیب، میان روایات با ادله نفی ضرر و حرج

هم جمع می‌شود و نیازی به دوتأویل بعید علامه و شهید نیست. اما اینکه فرمودند با عمل به اطلاق این روایات، لازم می‌آید بر خلاف اصول و قواعد، حق وصایت را به صورت قهری بر عهده وصی بیفکنیم، در فقه کم سابقه نیست. اگر این حکم با ادله صحیح ثابت شده است، می‌توان با آنها اصول و قواعد یاد شده را تخصیص زد، زیرا این مثل سائر معروف است که «امان عام الا و قد خص». و مجرد استبعاد عقلی در برابر این روایات، تاب مقاومت ندارد. (بحرانی، ۵۷۸/۲۲)

صاحب جواهر نیز معتقد است این برخورد با روایات باب، اجتهاد در مقابل نص است و مشهور بر اساس نصوص و اجماع، از اصول و قواعد عدول کرده اند؛ از دیگر سو، اگر ضرر و حرج غیر قابل تحمل باشند، تکلیف ساقط می‌شود و دیگر محل بحث نخواهد بود، و اگر قابل تحمل اند، با وجود دلیل، اشکالی متوجه نخواهد شد. و این که گفتند روایات، صریح نیستند، در اصل مسئله خللی ایجاد نمی‌کند زیرا اکثر فقه بر مدار ظواهر بنا شده است. (۴۱۸/۲۸).

ت - وجوب قبول مطلق در صورتی که موصی پدر وصی باشد.

نظریه سوم که منسوب به شیخ صدوق است، می‌گوید: چنانچه موصی در وصیت عهدی، پدر وصی باشد، قبول وصایت علی الاطلاق بر وصی (فرزندش) واجب است و او به هیچ روی حق رد ندارد. منظور آن است که تفاوتی در اینکه وصی به هنگام وصایت، حاضر بوده باشد یا غایب و یا اینکه «اطلاق» از وصیت را در زمان حیات موصی، قبول یا رد کرده باشد نیست. همچنین صدوق به این مورد جایی را که امر وصایت، منحصر در موصی الیه باشد، ملحق ساخته است (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، حدیث ۵۴۴۷)

علامه در مختلف به این قول تمایل پیدا کرده است (۳۸۶/۷) و صاحب ریاض نیز آن را چنانچه خلاف اجماع نباشد، نیکو می‌شمارد (طباطبائی ۴۴۸/۹).

دلیل قول سوم:

شیخ صدوق معتقد است چنانچه موصی، پسر خود را به عنوان وصی خویش تعیین کند، قبول وصایت بر فرزند، واجب می‌شود؛ همچنین اگر امر وصایت در او منحصر باشد، حق رد ندارد (المقنع، ۱۰۴) دلیل او بر بخش اول ادعایش، مکاتبه علی بن ریان که به امام ابو الحسن عسکری (ع) می‌نویسد: مردی را پدرش به پذیرش وصیتش فراخوانده است، آیا حق دارد از قبول آن امتناع ورزد؟ امام (ع) در پاسخ نوشتند: حق خودداری ندارد. (حر عاملی، ۴۰۰/۲۸).

و اما دلیلش بر بخش دوم مدعایش، مفهوم صحیح این یسار از امام صادق (ع) در باره شخصی که به او وصیتی می‌شود، است که می‌فرماید: چنانچه از شهر به دنبال او بفرستند، حق رد ندارد ولی اگر در شهر است و کسی جز او وجود دارد، حق انتخاب با اوست (حر عاملی، ۴۰۰/۲۸)

علامه در مختلف به این قول تمایل پیدا کرده و در مورد فرزند آن را حمل بر شدت استحباب می‌کند و در مورد وصی منحصر به فرد، آن را از باب واجب کفایی به شمار می‌آورد. البته در مورد فرزند، احتمال وجود از باب عقود والدین را هم می‌دهد. (۴۰۵-۴۰۶/۶). صاحب ریاض نیز می‌نویسد: مطلب چنین است به شرطی که اجماعی بر خلافش منعقد نشده باشد و چنین اجماعی را نمی‌توان از اطلاق کلمات اصحاب به جواز رد، ادعا کرد زیرا از این دو موضوع از آن، متبادر نیست؛ بنا بر این، اطلاقات نصوص دیگر به جواز رد را با این دو خبر، تقیید می‌کنیم. (۴۹۲/۹) البته صاحب جواهر در مقام داروی می‌نویسد: زمانی می‌توان نسبت اطلاق و تقیید را برقرار ساخت که این دو روایت بتوانند با آن همه نصوص، برابری کنند، در حالی که با توجه به تعداد زیاد نصوص اطلاق و اتحاد خبر تقیید، و نیز معاضدت اطلاق با فتاوی اصحاب، این برابری امکان‌پذیر نیست. (۴۱۵/۲۸).

جمع بندی اقوال

داوری این اقوال مبتنی بر تبیین چند فرضیه است که بدون آن‌ها نمی‌توان یکی از اقوال را تلقی به قبول کرد:

نخست: موضوع امکان تخصیص قواعد و اصول کلی متخذ از عقل و نقل است. آیا خبر توانایی را دارد؟ تبارشناسی این قاعده نشان «لزوم وجود قصد و رضا در عقود» تخصیص قواعد فراگیری مانند می‌دهد که عقل و نقل هر دو پدیدآورنده آن هستند. عقل به طور قطعی حاکم است که بدون تراضی و توافق طرفینی، نمی‌توان هیچ عقدی را برپا کرد و اصولاً توافق و تراضی در ضمن ماهیت عقد نهفته است. عقد در لغت به معنای گره زدن است و هرگاه گره، دو سویه دارد. بنا بر این، عقل قطعی، اجبار فرد را به ایجاد عقد، ظلم و قبیح می‌شمارد و طبیعتاً به قاعده ملازمه، شرع را نیز هم‌صدای با خود می‌انگارد. اما در نقل نیز شواهد بسیاری بر اعتبار این اصل عقلی وجود دارد. «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود...» (مانده: ۲) دال بر این حقیقت است که مؤمنان تنها باید به پیمان‌های خود وفادار باشند. همچنین آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منکم» (نساء: ۲۹) که بر لزوم وجود تراضی در تجارت و معامله دلالتی روشن دارد. البته در صورتی این آیه بر مقصود دلالت خواهد داشت که یا مفهوم تجارت، عام و در هر معامله‌ای معنا گردد و یا از مناسبات آن که حرمت اکل مال به باطل و فقدان رضا در تجارت است، بهره گرفته شود.

شیخ انصاری برای اعتبار قصد و اختیار در معامله افزون بر آیه تراضی و روایت «لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه» (کلینی، ۲۳۷/۷)، به اجماع نیز تمسک می‌کند (البیع، ۱۱۸) از دیگر ادله‌ای که شیخ برای اعتبار اختیار و قصد بدان تمسک می‌کند، حدیث رفع است. ایشان بر این باور است که گرچه ظاهر حدیث رفع مؤاخذه است، ولیکن با توجه به این که امام (ع) در رفع برخی احکام وضعی به آن استشهاد کرده اند، نشان‌گر این نکته است که حدیث، همه موارد که بر فرد الزام می‌شود را در برمی‌گیرد (همان).

پرسشی که اینجا رخ می‌نماید این است که آیا الزام وصی به قبول وصایت در صورت عدم قبول آن در زمان حیات موصی یا عدم اطلاع از وصایت تا زمان فوت موصی، مشمول حدیث رفع نمی‌شود؟ بدین معنا که این الزام نیز یک نوع، اکراه تلقی گردد و به واسطه حدیث رفع، برداشته شود؟ به نظر می‌رسد این سخن چندان وجیه نباشد چرا که ظاهراً مراد از اکراه در حدیث رفع، اکراه بیرونی است که از جانب افراد، بر شخص وارد می‌آید و در محل بحث، این الزام یک تکلیف شرعی و قانونی است. مگر گفته شود که: درست است که حکم الزام وصی، از سوی شارع است، اما ایجاد سبب تحقق آن، از سوی موصی است، بنا بر این، اکراه صادق است.

دو نکته دومی که در این مبحث تعیین کننده است «حق» یا «حکم» بودن وصایت است. برخی بر این باورند که تعدادی از امور که به نام حقوق شناخته می‌شوند. «حق» نیستند بلکه «حکم» به شمار می‌آیند. می‌روند. نظیر حق تولی‌های که واقف برای متولی وقف قرار می‌دهد یا حق وصایتی که موصی برای فردی خاص، مقرر می‌دارد؛ این امور، حکم هستند نه حق به معنای مصطلح. و این که گفته می‌شود وصی در زمان حیات موصی، حق رد دارد (البته به شرط این که خبر رد به موصی برسد و امکان جایگزین کردن هم داشته باشد).

از این جهت نیست که وصایت، حق وصی است و رد کردنش، یک نوع اسقاط حق، شمرده می‌شود، و گرنه هر زمان بخواهد، باید بتواند آن را رد کند (در حالی که چنین نیست). بنا بر این، وصایت و امثال آن، حق به معنای خاص که از مراتب مالک است، نیستند بلکه می‌توان آن‌ها را حق بالمعنی اعم دانست. (بحرالعلوم، ۳۸/۱ خوانساری، ۱۱۵/۴ امام خمینی، البیع، ۲۷/۱) بنا بر این، چنانچه وصایت را «حکم» بدانیم و نه حق، اساساً از مبحث عقود، خارج می‌شود زیرا هر عقدی بر وجود حقی برای متعاقدين در ایجاد یا عدم ایجاد آن مبتنی است.

سه. سومین عنصری که در محل بحث، تعیین کننده است، عقد یا ایقاع بودن وصایت است. چنانچه وصایت را عقد بدانیم، طبعاً الزام وصی به قبول، با چالش روبرو می‌گردد، اما اگر وصایت را ایقاع بدانیم، اساساً نیازمند قبول نخواهد بود. در میان فقهای معاصر کم نیستند کسانی که وصایت و وصیت را ایقاع می‌دانند. صاحب عروه صریحاً می‌نویسد: وصیت عهدی نیازمند قبول نیست، اما وصیت تملیکی، از نظر مشهور، نیاز به قبول دارد و بنا بر این، از عقود به شمار می‌رود و محتمل است که اصلاً نیازی به قبول نباشد بلکه رد، مانع تلقی می‌گردد، در این صورت، ایقاع صریح خواهد بود. (طباطبایی یزدی، ۶۴۳/۵)؛ در ذیل همین عبارت، مرحوم بروجردی وصیت را مطلقاً ایقاع می‌داند و امام خمینی هم تحقق وصیت و ترتب احکام بر آن را متوقف بر قبول نمی‌داند (همو) فقیهی دیگر در بیانی متفاوت چنین می‌نگارد: در حقیقت، وصیت عبارت است از عهدی که به امور راجع به پس از فوت، تعلق گرفته است و خودش عنوانی مستقل در برابر سایر عناوین عقود و ایقاعات نیست؛ همانطور که عهدهای مردم در زمان حیاتشان متفاوت است، برخی عقد، دسته‌ای ایقاع، پاره ای وعد یا استدعا هستند، عهدهای متعلق به پس از فوت نیز مختلفانند... و اگر عهدی است که متعلق به تجهیز میت، نماز، روزه، رد امانات و امثال آن‌ها است، یک نوع اذن و استدعا شمرده می‌شود. (همو)

ملاحظه می‌شود که دیدگاه‌های فقیهان در چپستی‌شناسی وصیت و وصایت، یکسان نیست، با این همه، غالب آنان وصی را (در صورت قبول وصایت در حیات موصی یا نرسیدن خبر رد به او) ملزم به انجام وصایت کرده اند و این موضوع، بسی مایه شگفتی است.

چهار. در بررسی اقوال سه‌گانه باید گفت: قول شیخ صدوق، افزون بر آن که هواداری ندارد، در محل خودش به نقد درآمد. ایشان بر این باور بود که قبول وصایت پدر مطلقاً بر پسر موصی لازم است و او حتی در زمان حیات پدر نیز حق رد آن را ندارد. همچنین اگر کسی جز وصی برای وصایت، وجود نداشته باشد، باز هم قبول بر او لازم می‌شود. (المقنع، ۱۰۴). در پاسخ باید گفت: اولاً روایت علی بن ریان از امام ابو الحسن (ع) که مستند قسمت اول مدعای اوست، به واسطه وجود «سهل بن زیاد» در طریقیش دچار ضعف است. (خوئی، معجم رجال الحدیث، ۳۵۴/۹) و افزون بر آن، می‌توان آن را بر موردی حمل کرد که رد فرزند، سبب ایذاء پدر می‌شود (یعنی از باب حرمت ایذاء پدر، قبول واجب است نه ذاتاً) که از محل بحث، خارج است؛ و ثانیاً در پاسخ مستند قسمت دوم مدعایش که صحیحه فضیل بن یسار از امام صادق (ع) است. باید گفت: دلالت این روایت با مفهوم است و نمی‌تواند در برابر اطلاق نصوصی که رد را اجازه می‌کنند مقاومت کند؛ همچنین می‌توان آن را بر استحباب قبول، حمل کرد؛ و این احتمال نیز وجود دارد که این روایت، بر اساس غلبه صادر شده باشد تا به فلسفه حکم اشاره کند. (بحرالعلوم، ۱۷۴/۴).

پنج. اما چالش اصلی میان قول مشهور و علامه و تابعان اوست. هر دو گروه برای مدعای خود ادله محکمی اقامه کرده‌اند. مهم‌ترین دلیل مشهور، افزون بر ادعای اجماع، روایات بود. در ارتباط با اجماع باید گفت: در اعتبار و دلالت اجماع، سخن بسیار است که مجال بیان آن‌ها نیست، اما به نظر می‌رسد این اجماع حداقل با دو مشکل اساسی مواجه است: نخست مدرکی بودن آن است که آن را از درجه اعتبار ساقط می‌کند و دوم مخالفت چند فقیه سرشناس مانند علامه و شهید ثانی که آن را خرق می‌کنند. البته این که ما در حجیت اجماع چه مبنایی را اتخاذ می‌کنیم، در وجود مخالف، تأثیرگذار است. ولی بنا بر مسلک متأخران که از طریق حدس، رأی معصوم (ع) را استکشاف می‌کنند، وجود مخالف، قطعاً مضر تلقی می‌شود (انصاری، فرائد الاصول). ولی به هر حال، اشکال مدرکی بودن همچنان به قوت خود باقی است.

اما روایات که به طور کامل آن‌ها را نقل کردیم، اکثراً صحیح یا معتبر بودند، بنا بر این نمی‌توان در صحت اسناد آن‌ها شبهه‌ای وارد کرد، همان‌گونه که حتی علامه و پیروانش نیز به سند آن‌ها خدشه‌ای وارد نساخته‌اند و تنها به حمل و توجیه آن‌ها بسنده کرده‌اند.

به نظر می‌رسد روشی که مشهور در پیش گرفته‌اند، روش بدیعی نیست؛ معمولاً فقیهان ما در استنباط احکام شرعی، بیش و پیش از هر چیز بر نصوص و منقولات، تکیه می‌کنند و با وجود نصوص معتبر، هیچ درنگی در اظهار فتوا نمی‌کنند و تنها در مواردی که با عقل قطعی یا قطعیات دیگر کتاب و سنت در تعارض باشند، از آن‌ها دست می‌کشند. در محل بحث، روایات هر چند صراحت در مطلوب ندارند ولیکن ظاهر آن‌ها بر مدعای مشهور، دلالت دارد و به قول صاحب جواهر، اکثر فقه مبتنی بر ظواهر است. (۴۱۸/۲۸).

اینک باید دید که آیا الزام وصی به قبول وصایت (در موارد یاد شده) با اصول عقلی و شرعی قطعی در تضاد است (آن گونه که شهید ثانی ادعا کرده است) یا خیر، تضادی در کار نیست و این روایات، ادله عقلی و شرعی را تخصیص می‌زنند؟ صاحب جواهر بر این باور است که طرد این روایات، اجتهاد در مقابل نص است و باید به سبب آن‌ها از اصول و قواعد عقلی و نقلی خارج شد و دست کشید؛ و حمل روایات بر دو موردی که علامه و دیگران عنوان کردند، در صورتی قابل پذیرش است که اصول مزبور با روایات در یک سطح باشند، در حالی که چنین نیست (همو).

نظر منتخب

نگارنده دیدگاه علامه و پیروانش را نزدیک‌تر به صواب می‌داند اما در بیان ادله، اندکی متفاوت می‌اندیشند. بر اساس این دیدگاه، وصایت یک عقد جایز است که نیاز به ایجاب و قبول دارد و وصی حق دارد حتی پس از فوت موصی، آن را بپذیرد یا رد کند. اما اگر قبول کرد تا آن که موصی از دنیا رفت، عقد لازم می‌شود و حق رجوع ندارد. طبیعتاً این دیدگاه هم باید اطلاق روایات وارد شده را حمل و تأویل کند. این نظر مبتنی بر چند فرضیه است:

۱- باید برای روایات مذکور، مصالحی را فرض کرد. روشن است که در جوامع پیشین که روابط، نیازها و امکانات ساده و بسیط بودند و افراد در واحدهای اجتماعی کوچک و به هم پیوسته زندگی می‌کردند، تعلقات جمعی و روح تکافل اجتماعی از قوت و عمق بیشتری برخوردار بود. آحاد جامعه اسلامی که در قالب یک امت شکل گرفته بودند، نسبت به هم و نیازهای متقابل، احساس تکلیف می‌کردند. اسلام نیز این تمایل درونی را در بسیاری عرصه‌ها قانون‌مدار کرد؛ موضوع عاقله، قسامه و لزوم قبول وصی از این جمله حکم لزوم قبول وصی یک حکم الزامی خالی از مصلحت نبوده است، یکی از دانشمندان حقوق در ارتباط با ماده ۸۳۴ قانون مدنی می‌نویسد: این ماده برای رعایت احترام اراده موصی و حفظ منافع کودکان و ایجاد حسن تعاون اجتماعی، وصی را مجبور کرده است که امر متوفی را اطاعت کند. بنا بر این در روزگار ما که تحولات عظیم اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی موجب ایجاد روابط و نیازهای تازه‌ای شده است، اساساً موضوع این گونه از روایات از بین رفته است؛ و از آنجا که تغییر موضوع، سبب تغییر حکم می‌شود، ناگزیر باید حکم نیز دست‌خوش تغییر گردد. این نگرش (تغییر حکم با تغییر موضوع) یکی از تفاسیری است که در ارتباط با نظریه «مکان و زمان» امام خمینی (ره) مطرح شده است.

۲- موضوع آزادی قراردادهای اصل لزوم اختیار در قراردادهای امروزه بیش از گذشته مورد تأکید و پاسداشت قرار گرفته است. (کاتوزیان ۱۴۴-۱۴۸). قانون مدنی ما در ماده ۱۰ آن را به رسمیت شناخته و در ماده ۱۹۰ نیز بر لزوم قصد و رضا در معامله، تأکید کرده است. بنا بر این، عدول از آن و الزام وصی به قبول اجباری وصایت (در ماده ۸۳۴) بر اساس روایاتی که در زمانی خاص با مصالحی خاص، صادر شده‌اند، چندان موجه و برخوردار از ضابطه حقوقی به نظر نمی‌رسد. درست است که در کنار اصل آزادی قراردادهای اجباری و الحاقی نیز سخن گفته شده است، اما موضوع بحث در موارد مشکوکی است که به لحاظ موازین فقهی و حقوقی، دچار چالش‌اند؛ در این گونه موارد شاید بتوان به این اصل، به عنوان یک فصل الخطاب رجوع کرد.

۳- بایسته نیست که ماده مزبور را مقید به عدم لزوم ضرر، حرج و مشقت سازیم زیرا حتی قائلان این قول، بر این باورند که در صورت لزوم ضرر، حرج و مشقت، یا اساساً تکلیف از دوش وصی برداشته می‌شود یا به اندازه توانش اختصاص می‌یابد. بنابراین، پیشنهاد می‌شود ماده ۸۳۴ قانون مدنی بر اساس دیدگاه علامه حلی اصلاح شود تا ضمن جلوگیری از تضییع حقوق افراد، از ایجاد پرونده‌های حقوقی در محاکم الزام افراد به پذیرش اجباری و ناآگاهانه وصایت، سبب مراجعه بازماندگان وصیت‌کنندگان خواهد شد در آگاه‌سازی وصی مورد نظر خود، قانوناً ملزم باشد. این نظریه مبتنی بر جمع میان ادله مختلف است: روایات دال بر لزوم قبول از سوی وصی؛ ادله نفی ضرر، عسر و حرج؛ ادله حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادهای البته برای اجرایی شدن و ضمانت‌های عملی این نظریه باید راهکارهایی توسط قانون‌گذار، پیش‌بینی شود.

نتیجه‌گیری

ایجاد تعهد و الزام برای وصی بدون قبول وی خلاف قواعد و اصول اولیه فقهی است و با اصل سلطنت بر حاکمیت و آزادی اراده وصی معارض است و راه حلی که پیشنهاد شد به این صورت که افرادی که وصیت می‌کنند موظف به آگاه نمودن وصی از امر وصایت باشند و وصی نیز موظف به اعلام پاسخ در مدت معین و محدودی باشد و عدم جواب در این مدت تعیین شده به منزله جواب مثبت وی تلقی شود. در این صورت اگر موصی امر وصایت را به اطلاع وصی نرساند، وصی پس از مرگ حق رد خواهد داشت. موصی قبل از فوتش با آگاهی از این امر قطعاً نظر وصی را خواهد گرفت تا اطمینان حاصل کند پس از فوتش وصایت به نحو دل‌خواه او انجام خواهد شد. همچنین به وصی نیز سستی نخواهد شد که اراده و اختیار از وی سلب شود. بدین صورت تعارض دو قاعده لاضرر از بین می‌رود و وصایت نیز بلا تکلیف نخواهد ماند.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ادريس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٠ق.
- ابن بابويه، محمد بن علی، المقنع ، قم، مؤسسه الامام الهادی (ع)، ١٣٤٨.
- فقه الرضا (ع) قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث، ١٤٠٦ق.
- من لا يحضره الفقيه، قم، جامعه المدرسين، ١٤٠٤ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤٠٧ق.
- انصاری، مرتضى بن محمد امين، المكاسب المحرمه (البيع)، قم، انتشارات باقری، ١٤١٥ق.
- فرائد الاصول (رسائل) قم، مجمع الفكر الاسلامی، ١٤١٩ق
- ایروانی، باقر، دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهيّة ، قم، مؤسسه الفقه للطباعة و النشر، ١٤١٧ق
- آل بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، تهران ، بلغة الفقيه، منشورات مكتب الصادق. ١٣٦٢،
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احكام العترة الطاهرة ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة ، بیروت، دار احیاء التراث العربی (الاسلامیة)، بی تا.
- خمینی، روح الله، البيع ، قم، موسسه اسماعیلیان. ١٤١٠ق.
- تحریر الوسیلة ، قم، دار الکتب العلمیة (اسماعیلیان) ١٤٠٩ق.
- خوئی، ابو القاسم، معجم رجال الحدیث ، نرم افزار المعجم الفقهي، نسخه ٣.
- شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشریعة فی فقه الامامیة ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٢ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة ، قم، داوری، ١٤١٠ق.
- مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام ، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ١٤١٣ق.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار ، قم، دار الکتب الاسلامیة، ١٣٦٣.
- الخلاف ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤٠٧ق.
- المیسوط فی فقه الامامیة ، تهران، المطبعة الحیدریه، طبعه الثانيه، ١٣٨٨ق.
- النهاية فی مجرد الفقه و الفتوى ، قم، انتشارات قدس محمدی، بی تا.
- تهذیب الاحکام، قم، دار الکتب الاسلامیة، ١٣٦٥.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام ، تهران، نشر دارالکتب مرتضى آخوندی، ١٣٧٩ق.
- صفايي، حسین، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان، ١٣٨٣.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام علی مذهب الامامیة ، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤٢٠ق.
- قواعد الاحکام ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٣ق.
- الاسلامی، «ماهیت حقوقی وصیت» ١٤١٢ق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، فصلنامه حقوق شماره ٢ دوره ٣٩، تابستان ١٣٨٨.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها ، تهران، شرکت سهامی انتشار، ١٣٨٣.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء ، اصفهان، انتشارات مهدوی، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، قم، دار الکتب الاسلامیة آخوندی، ، «ماهیت حقوقی وصیت تملیکی» ١٣٨٨ق.
- محسنی، سعید، مجله حقوقی دادگستری ، شماره ٣٧، زمستان ١٣٨٠.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیة ، تهران، مؤسسه البعثة، ١٤١٠ق.
- شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام ، تهران، انتشارات استقلال، ١٤٠٩ق.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفاية الاحکام ، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی، بی تا.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد ، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤٠٨ق.
- مرعشی، محمد حسن، دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام ، نشر میزان، ١٣٧٩.
- موسوی خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع ، تهران، نشر مکتبه الصدوق، ١٣٨٩.

نوری، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤٠٨ق.
يزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقى (محشى) مؤسسه النشر الاسلامی، قم ١٤٢٠ق