

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری
دانشگاه شهید مدنی آذربایجان
دانشکده الهیات
گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی

پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد
رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

بررسی فقهی نقش اجازه ورثه در وصیت به بیشتر از ثلث

استاد راهنما:
دکتر رضا الهامی

استاد مشاور:
دکتر مرتضی حاجی پور

پژوهشگر:
محمدحسین حسین زاده

بهمن / ۱۳۹۲

تبریز / ایران

تقدیر و تشکر

الحمد لله الذی هدانا لهذا و ما كنا لنهتدی لولا أن هدانا الله

قال رسول الله (ص): «من مات و میراثه الدفاتر و المحابر و جبت له الجنة»

« هر که بمیرد و میراث او دفتر و مداد باشد، بهشت بر او واجب است.»

با سپاس بی پایان از خدای منان که ما را توفیق داد که شیعه اثناعشری و محب اهل بیت مطهر خاتم الانبیاء محمد مصطفی (ص) شویم و مشمول توجهات و عنایات حضرت ولی عصر (عج) قرار بگیریم و افتخار شاگردی مکتب صادق آل محمد (ص) را در کنار بارگاه کریمه اهل بیت روزی مان کرد.

تحت عنوان « من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق » برخود لازم می دانم که از راهنمایی و ارشاد استاد محترم راهنما **سرتبت الاسلام و این دبر صالحی** که در مرحله تدوین پایان نامه از توصیه های علمی معظم له بهره مند شدم ، تشکر نمایم و همچنین تشکر و سپاسگزاری صمیمانه دارم از مشورتهای علمی و فکری استاد محترم مشاور **دبر سی جابی پور** که در طی این مدت برخوردار بودم.

از خداوند متعال خواستارم که توفیقات این بزرگواران را روز افزون نماید و همه ما را از سربازان امام زمان (عج) قرار دهد . إن شاء الله.



(يا أَيُّهَا الْعَزِيزُ مَسْنًا و أَهْلنَا الضَّرَّ و جئنا ببضاعة مزجاء
فأوف لنا الكيل و تصدق علينا إنَّ الله يجرى المتصدقين)

یوسف / ۸۸

تقدیم به لاله هستی ؛ حسین !

که با بذل جان ، اسلام را جان بخشید !

و با قیامش ، راه عبدالله شدن را به انسانها آموخت !

و تقدیم به آن که هستی در فراقش زار می گرید !

چکیده

وصیت عبارت است از تملیک عین یا منفعت یا مسلط کردن بر تصرف بعد از موت . در نظام حقوقی اسلام وصیت محدود به ثلث اموال موصی می باشد و در قسمت بیشتر از ثلث ، نفوذ وصیت منوط به اجازه وراثت است . این قول ، قول مشهور فقهاء می باشد که برای نظر خودشان دلیل هایی مانند قرآن و روایات وارده در این باب و اجماع را ذکر کرده اند.

در مقابل فقہائی بوده اند که به عدم نیاز به اجازه ورثه در بیشتر از ثلث قائل هستند. این گروه نیز برای نظر خویش دلیل هایی مانند اصل و روایات مشعر یا ظاهر در این قول را ذکر کرده اند.

اجازه عبارت است از اظهار رضایت شخصی که رضایت او در عقد یا ایقاع ایجاد شده موثر است. طبق نظر مشهور اگر ورثه نسبت به وصیت بیشتر از ثلث موصی اجازه ندهند ، وصیت در بیشتر از ثلث باطل خواهد بود. و در مورد اجازه ورثه هر کدام از ورثه که اجازه داده اند نسبت به سهم اجازه دهنده وصیت صحیح خواهد بود.

اجازه می تواند هم در زمان حیات موصی و هم بعد از مرگ موصی باشد و اگر اجازه در این دو زمان اتفاق بیافتد ، ورثه می تواند بعد از این که اجازه دادند از اجازه خود برگردند یا این که حق خود را ساقط کرده و نمی توانند از اجازه داده شده برگردد.

اجازه می تواند از همه ورثه و یا از بعضی از ورثه باشد در صورتی که اجازه از بعضی از ورثه باشد فقط نسبت به سهم اجازه دهنده نقصان وارد می شود.

اجازه کاشف از صحت وصیت در بیشتر از ثلث از زمان فوت موصی یا ناقل از زمان اجازه می باشد. در نتیجه نماند متجدد در فاصله بین اجازه و فوت موصی برای ورثه یا موصی له به سبب ناقل یا کاشف بودن متفاوت خواهد بود.

در این پایان نامه تلاش شده است برای سوالات فوق پاسخ های مناسب و مستدل از منابع فقهی برداشت و ارائه شود.

واژگان کلیدی : وصیت - اجازه - اذن - ثلث - کاشفیت - ناقلیت

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	چکیده.....
۲.....	مقدمه.....
۶.....	فصل اول (کلیات).....
۷.....	۱-۱- گفتار اول کلیات (مفهوم وصیت).....
۷.....	۱-۱-۱- تعریف وصیت در لغت و اصطلاح.....
۱۱.....	۱-۱-۲- تعریف شرعی وصیت.....
۱۳.....	۱-۱-۳- وصیت عقد است یا ایقاع؟.....
۱۷.....	۱-۱-۴- ارکان وصیت.....
۱۹.....	۱-۱-۵- وصیت از دیدگاه آیات و روایات.....
۲۵.....	۱-۱-۶- نسبت وصیت و ارث در فقه اسلامی.....
۲۷.....	۱-۱-۷- اقسام وصیت.....
۲۸.....	۱-۱-۸- نقش قبول در باب وصیت تملیکی.....
۲۹.....	۱-۱-۹- حکم وصیت زائد بر ثلث.....
۳۰.....	۱-۲- گفتار دوم اجازه.....
۳۰.....	۱-۲-۱- تعریف اجازه.....
۳۲.....	۱-۲-۲- کیفیت تحقق اجازه.....

۳-۲-۱-رد نکردن شرط نفوذ اجازه..... ۳۳

۴-۲-۱-ارث بردن حق اجازه..... ۳۴

۵-۲-۱-تفاوت اجازه و اذن..... ۳۵

۶-۲-۱-ناقله یا کاشفه بودن اجازه..... ۳۷

۷-۲-۱-اقسام کشف..... ۳۸

فصل دوم وصیت به منافع و نحوه احتساب ثلث منافع..... ۴۰

۱-۲-مقصود از منافع..... ۴۱

۲-۲-وصیت به منافع همانند وصیت به عین تملیکی است..... ۴۳

۳-۲-وصیت به منافع حسب مدت به موقت، دائمی، مطلق تقسیم می شود..... ۴۵

۴-۲-وصیت به منافع در مدت معین و نحوه احتساب ثلث آن..... ۴۷

۵-۲-وصیت به منافع به طور مطلق و نحوه احتساب ثلث آن..... ۴۸

۶-۲-وصیت به منافع به طور دائمی و نحوه احتساب ثلث آن..... ۴۹

فصل سوم اجازه ورثه..... ۵۱

۱-۳-گفتار اول عدم نفوذ وصیت مازاد بر ثلث..... ۵۲

۱-۱-۳-ادله قائلین به نافذ بودن تصرفات موصی بدون نیاز به اجازه ورثه..... ۶۱

۲-۱-۳-اصل صحت عقود..... ۶۲

۳-۱-۳-اصل استصحاب..... ۶۲

۴-۱-۳-اصل تسلط..... ۶۳

۵-۱-۳-بررسی دلیل اصل..... ۶۳

- ۶۵.....۳-۱-۶- اخبار قائلین به عدم نیاز به اجازه
- ۶۷.....۳-۱-۷- بررسی دلیل روایات
- ۶۹.....۳-۱-۸- ادله کسانی که وصیت در بیشتر از ثلث را با اجازه ورثه صحیح می دانند
- ۶۹.....۳-۱-۹- آیات
- ۷۰.....۳-۱-۱۰- بررسی دلیل آیات
- ۷۲.....۳-۱-۱۱- روایات
- ۷۶.....۳-۱-۱۲- بررسی دلیل روایات
- ۷۷.....۳-۱-۱۳- استفاده از ادله با قطع نظر از نصوص خاص و با لحاظ نصوص خاص
- ۷۹.....۳-۱-۱۴- تعلق حق ورثه
- ۷۹.....۳-۱-۱۵- بررسی دلیل تعلق حق ورثه
- ۷۹.....۳-۱-۱۶- اجماع
- ۸۰.....۳-۱-۱۷- سیره علماء
- ۸۱.....۳-۱-۱۸- جمع بین ادله طرفین
- ۸۲.....۳-۲- گفتار دوم اجازه ورثه
- ۸۳.....۳-۲-۱- اجازه ورثه در زمان حیات موصی
- ۸۵.....۳-۲-۲- اجازه ورثه بعد از موت موصی
- ۸۸.....۳-۲-۳- صور اجازه وعدم اجازه ورثه در بیشتر از ثلث
- ۹۱.....۳-۲-۴- وصیت به مشاع و معین
- ۹۳.....۳-۲-۵- اجازه ورثه تنفیذ است یا ابتداء عطیه؟

- ۹۵.....۳-۲-۶-زمان معتبر بودن ثلث.....
- ۹۶.....۳-۲-۷-کاشفیت یا ناقلیت اجازه ورثه.....
- ۱۰۰.....۳-۲-۸-آیا مال مورد مصالحه جزء ما ترک محسوب می شود.....
- ۱۰۱.....۳-۲-۹-اجازه از ورثه در چه صورتی صحیح است.....
- ۱۰۱.....۳-۲-۱۰-اجازه ورثه به گمان کم بودن موصی به.....
- ۱۰۲.....۳-۲-۱۱-عدم تاثیر اجازه در صورت بطلان وصیت.....
- ۱۰۳.....۳-۲-۱۲-حق اجازه به ورثه وارث متوفی منتقل می شود.....
- ۱۰۴.....نتیجه گیری.....
- ۱۰۵.....فهرست منابع و مآخذ.....

امروزه در جوامع بشری رابطه مال و ثروت با افراد ، نقش تاثیر گذاری در روابط اجتماعی دارد . از این رو در میان افراد چنین جامعه باید قوانین خاص مالی برقرار شود ، تا توازن مالی بین افراد جامعه حفظ شود ، تا از این طریق هر نوع رابطه ی بین افراد جامعه به نفع هم باشد. دین مبین اسلام که سعادت دنیا و آخرت انسان ها را می خواهد می تواند چنین ارزشی را در اجتماعات گوناگون ایجاد کند علتش هم این می تواند باشد که چون چنین برنامه ای متصل به منبع فوق بشری است و بشر نمی تواند در برنامه های آن دخل و تصرف نماید . بنابراین برای رهایی از سود جوییهای بشری مصون خواهد ماند ، به همین خاطر پیروی و آگاهی از برنامه های چنین دینی برای بشر امروزی مهم و تاثیر گذار خواهد بود. یکی از این برنامه های که در خدمت حفظ جامعه می باشد برنامه های مالی اسلام است ، که ملکیت انسان ها بر اموال را کنترل می کند و یکی از این کنترل کننده های مالی برنامه ای به نام وصیت می باشد . طبق وصیت در اسلام هر کس تا ثلث مالش می تواند به بعد از حیات خودش وصیت کند و از این حیث دارای اهمیت است که انسان ها در مدت زندگی خود بنا به ملاحظاتی نمی توانند در همه اموال خود تصرف کنند و دوست دارند که نسبت به اموالی که خودشان جمع کرده اند ، هر گونه تصرفی انجام دهند ولی به خاطر پیروی از دستورات الهی می توانند تا ثلث اموال تصمیم گرفته و تصرف نمایند.

وصیت ، از یک ویژگی خاص برخوردار است و آن اینکه اداره و سلطه انسانها را بر اموال و اقرارشان به محدوده های زمانی بعد از مرگ نیز گسترش می دهد و در بین نهادهای حقوقی و فقهی شاید مصادیق نادری نظیر وقف از این خصیصه برخوردار باشد.

در فقه اسلامی، قواعد و مقررات ارث، بخشی از احکام به شمار می روند. در این قوانین اشخاصی که سهمی از ارث دارند، طبقات ارث و سهم و فرض آنان مشخص شده است . حقوق و سهم الارث وراثت به وسیله قانون تعیین می شود و به وسیله وصیت منحصرأ بخشش و تملیک رایگان مال میسر است. اما هرگز امکان ندارد که به یک بیگانه امتیاز ارث بردن از شخص اعطاء شود. در واقع، در دیدگاه عرفی ، وصیت اعمال اراده موصی و گزینش وراثت پس از فوت وی نیست ، بلکه وسیله تملیک و تصرف رایگان بوده و هدف اصلی آن ، انجام نیکی و ادای واجبات عنوان شده است. این در حالی است که قوانین ارث به اراده

اشخاص تغییر نکرده و اموال به جای مانده از متوفی به طور قهری به خویشاوندان نزدیک وی منتقل می شود. اما در وصیت ، اراده موصی نسبت به تصرف در ثلث اموالش ، پس از فوت وی نافذ و در مازاد بر ثلث نیز به وسیله اجازه ورثه قابل اعمال است.

در جامعه ای که انسان ها معتقد به عقیده ای مذهبی و مؤمن به معاد پس از مرگ هستند، نقش زندگی پس از مرگ در نظر آنان مهم تر و خطیرتر از زندگی قبل از مرگ است. بنابراین در چنین جوامعی هر فرد معتقد به زندگی اخروی درصدد اصلاح و اداره امور خویش پس از مرگ می باشد ، لازمه این اعتقاد این است که از این مال جمع آوری شده در حال حیاتش اختیار تصرف در ثلث به وی داده شود و نسبت به انجام اموری که در حال حیات نتوانسته اقدام کند عمل شود.

یکی از مهم ترین راه هایی که در جوامع مذهبی جهت اداره امور پس از مرگ مرسوم و متداول بوده ، نهاد « وصیت » است. سابقه این امر سودمند به زمان های بسیار قدیم برمی گردد ، به حدی که می توان گفت در هر زمانی که انسان زندگی خود را شروع کرده است مسئله وصیت نیز مطرح بوده است. (بروجردی ، وصیت و منجزات مریض ، ص ۷) نظام حقوقی اسلام و امامیه نیز که بر قواعد و مقررات حقوقی بسیار مستحکم مبتنی است به امروصیت و فروع آن اهمیت شایانی داده است؛ به صورتی که گزاف نیست ادعا شود که هر انسان مسلمان درباره این موضوع در زندگی خودش فکر می کند و به گونه ای به آن می پردازد و شاید کمتر فردی پیدا شود که بدون وصیت حتی شفاهی از دنیا برود. دلیل این اهمیت فوق العاده نیز تصریحاتی است که در قرآن کریم ، اولین و اصیل ترین منبع حقوق اسلام و نیز در سنت رسول گرامی اسلام(ص) به امر وصیت اشاره شده است.

قرآن کریم در جای جای خود به وصیت اشاره نموده و اهمیت آن را یادآوری کرده است. به عنوان نمونه به موردی از آن اشاره می شود :

«کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیراً الوصیه للوالدین والاقربین» (بقره/۱۸۰)

«دستور داده شد که چون یکی از شما را مرگ فرا رسد اگر دارای متاع دنیاست برای پدر و مادر و خویشان وصیت کند».

گاهی شرع و قانون به طور مستقیم اذن تصرف به شخص می دهد مانند وصیت که فرد می تواند تا یک سوم مال تصرف کند و گاهی شخص به دلیل این که از نظر شرع و قانون دارای حق اظهار نظر است و حق اذن دادن به دیگری را دارد مانند تنفیذ وصیت بیشتر از ثلث که این اختیار توسط ورثه در وصیت بر مازاد بر ثلث اعمال می شود. پس موصی به خاطر اذن مستقیم در تصرف یک سوم ماترک می تواند استقلالاً وصیت کند و اما در بیشتر از یک سوم چون حق متعلق به دیگری می باشد باید با اجازه دیگری باشد که موصی استقلالاً در تصرف نخواهد داشت.

قول مشهور فقهاء وصیت رانسبت به ثلث ترکه نافذ می دانند. و در بیشتر از ثلث نافذ بودنش نیاز به اجازه ی ورثه دارد. (الجبعی العاملی ، شهید ثانی، اللمعه الدمشقیه ، ص ۲۵۸ و حسینی عاملی ، مفتاح الکرامه ، ص ۷۴۵ و طوسی ، استبصار ، ص ۷۴۱-۷۳۹ و طوسی ، مبسوط ، ص ۴-۳ و بحر العلوم، بلغه الفقیه ، ص ۳۳)

در مقابل بعضی از فقهاء وصیت بر تمام ترکه را جایز می دانند و می گویند که در بیشتر از ثلث نیازی به اجازه ی ورثه نیست و این قول را علماء به شیخ علی بن بابویه نسبت داده اند. (حسینی عاملی ، مفتاح الکرامه ، ص ۷۵۶)

طبق قول مشهور اگر بعضی از ورثه وصیت مازاد بر ثلث را اجازه کند ، فقط نسبت به سهم او نافذ است. (کرکی ، جامع المقاصد ، ص ۱۲۶)

افراد سعی و تلاش می کنند و اموالی را به دست می آورند و نمی توانند آزادانه نسبت به اموالی که به دست آورده اند دخل و تصرف کنند ، و در این جا این سؤال مطرح می شود که اگر کسی به بیشتر از ثلث وصیت کند آیا وصیت این شخص باطل خواهد بود یا این که اگر ورثه اجازه داد وصیت صحیح خواهد بود؟ علت این که وصیت به بیشتر از ثلث با اجازه ورثه صحیح خواهد بود چیست؟ یعنی ورثه در مال موصی چه حقی دارد ، که باید برای صحت وصیت در بیشتر از ثلث اجازه دهد و شخصی که اموال را با زحمت و تلاش به دست آورده تصرفش منوط به اجازه ورثه باشد؟

در صورتی که ورثه ، وصیت مازاد بر ثلث را اجازه دادند ، اجازه ورثه چه نقشی دارد؟ آیا این اجازه تنفیذ بر عمل موصی می باشد یا ابتداء عطیه ؟


و آیا اجازه ی ورثه ، کاشف از مالکیت موصی له خواهد بود و منافع موصی به ، در فاصله ی بین فوت و اجازه ، به موصی له تعلق خواهد داشت و یا این که ناقل مالکیت برای موصی له خواهد بود و در این صورت نماء موصی به در فاصله فوت و اجازه برای موصی له خواهد بود؟

شخصی که برای بعد از مرگش تصرف در اعیان در مازاد بر ثلث ، منوط به اجازه ی ورثه شده است ، آیا در مورد منافع نیز تصرف این شخص بعد از مرگش منوط به ثلث است؟ یا این که در منافع تصرف این شخص محدود به ثلث نیست و اگر وصیت در منافع مانند اعیان منوط به ثلث باشد ، ثلث منافع چگونه حساب خواهد شد؟ و در منافع آیا فرقی بین منافع موقت و دائمی است؟

اگر بعضی از ورثه در وصیت به بیشتر از ثلث ، اجازه دهند و بعضی دیگر رد کنند ، به وصیت چگونه عمل می کنیم؟ نقصان به همه ورثه وارد خواهد شد ، و یا نقصان فقط نسبت به سهم ورثه ای وارد خواهد شد که اجازه داده اند؟

در صورتی که ورثه اجازه دادند ، و بعد از اجازه ادعا کنند که ما فکر می کردیم وصیتی که بیشتر از ثلث است ، اجازه دادیم موصی به ، مال کمی است و الآن می بینیم آن مال زیاد است و ما هم اجازه نمی دهیم. آیا این ادعا از ورثه قبول می شود؟ و در صورت قبول یا رد ، فرقی بین وصیت به مال معین و غیر معین است. یعنی بگوییم که در مال غیر معین این ادعا از ورثه قبول بشود. و در مورد مال معین این ادعا از ورثه قبول نشود.

پایان نامه ی حاضر در راستای موضوع وصیت ، به « بررسی فقهی نقش اجازه ورثه در وصیت به بیشتر از ثلث » پرداخته است و احکام و مسائل مرتبط با آن را از کتب فقهی معتبر شیعه استخراج و تبیین نموده ، که در قالب سه فصل مجزاً تنظیم گردیده است.

A decorative border with a repeating floral pattern in blue, orange, and pink, surrounding a central white oval. The pattern consists of stylized flowers and leaves, with small yellow and red accents. The border is symmetrical and has a scalloped edge.

فصل اول:
«مفاهیم و کلیات»

۱-۱-۱- گفتار اول: «کلیات»

«مفهوم وصیت»

۱-۱-۱- تعریف وصیت در لغت و اصطلاح:

واژه وصیت در لغت:

وصیت ، از ریشه ی «وصی» و در لغت به معنای عهد، فرمان دادن و سفارش کردن می باشد. و در صورت نبودن شخص متوفی ، به امور او پرداختن است. (ابن منظور، لسان العرب ، ج ۱۵ ، ص ۳۹۵ و فیومی ، مصباح المنیر ، ج ۲ ، ص ۶۶۲ و مصطفوی ، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم ، ج ۱۴ ، ص ۱۲۹)

وصیت ، از ریشه «وصی» است که در لغت به معنای گیاهان به هم وصل شده و بافته شده آمده ، و « أرض و اوصیة » یعنی زمینی که سراسر پوشیده از گیاه به هم متصل است. (جوهری ، صحاح ، ج ۶ ، ص ۲۵۲۵ و اصفهانی ، مفردات الفاظ القرآن ، ص ۸۷۳ و ابوالحسین ، معجم مقاییس اللغه ، ج ۶ ، ص ۱۱۶)

وصیت در لغت ، یا از وصی به معنی وصل است، چون وصیت کننده (موصی) تصرفات بعد از فوت خود را به قبل از ممات ، متصل می سازد. یا از ایصاء به معنی عهد و پیمان است؛ زیرا وصیت کننده تعهد می گیرد که بعد از درگذشت وی قسمتی از مالش را به موصی له بدهند. (ابن منظور ، لسان العرب ، ج ۱۵ ، ص ۳۹۵ و حمیری ، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم ، ج ۱۱ ، ص ۷۱۸۹)

وجه تسمیه: به این چنین تصرفاتی وصیت گفته‌اند. چرا که ، در آن تصرف در حال حیات به تصرف بعد از مرگ وصل و متصل می‌گردد.

در اینکه واژه وصیت از ثلاثی وصی ، یصی یا از رباعی وصی ، یوصی (باب تفعیل) و یا از اوصی ، یوصی (باب افعال) اتخاذ گردیده و این که به هر حال مصدر است یا اسم مصدر ، در بین اهل لغت و فرهنگ‌نویسان ادب عرب اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف به کتب فقهیه نیز سرایت نموده است. (فراهیدی ، کتاب العین ، ج ۷ ، ص ۱۷۷ و حمیری ، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم ، ج ۱۱ ، ص ۷۱۸۴) ولی در این جهت که ریشه ثلاثی به معنی وصل و ریشه رباعی به معنی عهد است ، ظاهراً اتفاق نظر وجود دارد. اهل لغت، بعضی مانند مصباح المنیر (فیومی ، مصباح المنیر ، ج ۲ ، ص ۶۶۲) موضوع را به دیده تردید برگزار

کرده و به پیروی از آنان بعضی از فقهاء مانند شهید ثانی در شرح لمعه^۱ (الجبعی العاملی، الروضه البهیة فی الشرح للমেة الدمشقیة محشی کلانتر، ج ۵، ص ۱۱) و مرحوم سید محمد کاظم یزدی در کتاب عروه الوثقی^۲ (یزدی، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۶) همچنان به همین تردید اکتفاء نموده‌اند.

بعضی از اهل لغت و ادب مانند جوهری در صحاح (جوهری، صحاح، ج ۶، ص ۲۵۲۵) و دسوقی در حاشیه کبیر (دسوقی، حاشیه کبیر، ج ۴، ص ۴۲۲) بطور قطع می‌گویند؛ وصیت مأخوذ از ثلاثی و به معنای وصل است.^۳

بعضی فقهاء دیگر نیز مانند شیخ در مبسوط^۴ (طوسی، مبسوط، ج ۴، ص ۱) و علامه در تذکره الفقهاء^۵ (حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۴۵۲) و ابن ادریس در سرائر در این باره تردیدی ندارند و می‌گویند: اینکه این گونه تصرفات را وصیت گفته‌اند به خاطر آن است که شخص موصی با این عمل تصرفات در زمان حیاتش را به تصرفات بعد از مرگ متصل نموده است.

حل اختلاف ثلاثی یا رباعی بودن وصیت به عقیده شیخ انصاری (انصاری، رساله فی الوصایا، ص ۲۴)؛ وصیت اسم مصدر رباعی و به معنای عهد است، زیرا که الفاظ مشتقه از این ماده که در کتاب و سنت آمده، همه به معنای عهد و پیمان است. سپس ایشان برای حل اختلاف و ایجاد وحدت نظر بین ارباب لغت چنین اضافه می‌کند: «شاید نظر آنها که می‌گویند وصیت مأخوذ از ثلاثی است نه آن است که مستقیماً مصدر و یا اسم مصدر «وصی یصی» باشد، بلکه منظورشان آن است که افعال رباعی، زیادشده ثلاثی است. پس

^۱ - شرح لمعه: الوصیة مأخوذة من وصی یصی، او اوصی یوصی، او وصی یوصی.

^۲ - عروه الوثقی: و هی اما مصدر وصی یصی به معنی الوصل حیث ان الموصی یصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحیات و اما اسم مصدر به معنی العهد من «وصی یوصی توصیة» او «اوصی یوصی ایصاء».

^۳ - «الوصایا جمع وصیة مأخوذة من وصیت الشیء بالشیء اذا وصله به، كان الموصی لما اوصی بها وصل ما بعد الموت بما قبله فی نفوذ التصرف».

^۴ - المبسوط: «الوصیة مشتقة من وصی یصی و هو من الاصل قال الشاعر: نصی اللیل بالایام حتی صلاتنا مقاسمة یشتیق انصافها السفر و معناه یصل تصرفه بما یكون بعد الموت ما قبل الموت».

^۵ - تذکره الفقهاء: «هی مشتقة من قولهم وصی الیه بكذا یصیبه صیة» اذا وصل به و ارض واصیبه، متصلة النبات نسمی هذا التصرف و صییه، لما فیہ من وصله القریبه بعد الموت بالقریبات المنجزة فی الحیاء فكأنه وصل تصرفه فی حیاتہ بتصرفه بعد مماتہ».

^۶ - «الا ان یریدوا ان اصل هذه اللفظة مأخوذة من وصی حتی ان الایصاء و التوصیة بمعنی العهد مأخوذة من ذلك لا ان توصیته المذكورة فی الاستعمالات مصدر وصی، یصی فلا خلاف فی المعنی و لعل هذا هو المتین.»

احتمالاً از ثلاثی اتخاذ گردیده و به عبارت دیگر مأخوذ از ثلاثی ولی با واسطه می‌باشد». بعضی متأخرین سخت با نظر شیخ مخالفت نموده و می‌گویند: رباعی و ثلاثی دو ماده متباین هستند و هیچ‌گونه اشتقاقی میان آنها وجود ندارد. (حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۲، ص ۴۷۸)

به نظر صاحب الفقه (حسینی شیرازی، الفقه، کتاب الوصیه) منافاتی بین وصلیه و عهدیه بودن وصیت نیست چون عهد نوعی از وصل می‌باشد و مقتضای قاعده، بودن ماده به یک معنا می‌باشد چه در مجرد و چه در مزیدفیه استعمال شود.

با امعان نظر در کلمات اهل لغت و فقهاء عظام و نیز بررسی موارد استعمال واژه وصیت و هم خانواده‌های آن چنین بنظر می‌رسد:

۱- در قرآن مجید هر جا که این واژه بصورت چهار حرفی استعمال شده، به معنای وصل نبوده است، مثل آیات:

«إِذْ وَصَّيْنَاكَ اللَّهُ بِهَذَا...» (سوره انعام، آیه ۱۴۴) هنگامی که خداوند سفارش کرد شما را به چنین ...

«ذَلِكُمْ وَصَّيْنَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ...» (سوره انعام، آیه ۱۵۱) این چیزی است که خداوند شما را بدان سفارش نموده تا هوشمند شوید.

«وَلَقَدْ وَصَّيْنَا الَّذِينَ آتُوا الْكِتَابَ...» (سوره نساء، آیه ۱۳۱) و همانا سفارش کردیم به کسانی که پیش از شما کتاب بر آنان فرستاده شد.

«وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ...» (سوره لقمان، آیه ۱۴) ما به انسان سفارش کردیم که به پدر و مادر نیکی کند.

«وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ...» (سوره مریم، آیه ۳۱) مرا به نماز و روزه سفارش کرد.

«أَتَوْصَوْا بِهِ بَلْ هُمْ قَوْمٌ طَاغُونَ...» (سوره الذاریات، آیه ۵۳) آیا مردم یکدیگر را به این امر سفارش کرده‌اند، بلکه این مردم گروهی سرکش و نافرمانند.

در تمام موارد فوق همان طور که ملاحظه می‌شود واژه مذکور مناسبتی با معنای وصل ندارد و به معنای عهد آمده است.

۲- به گفته قاموس و صحاح اللغه ، کلمه «وصیت» خود نمی‌تواند مصدر برای ثلاثی وصی یصی باشد. زیرا ، این وزن جزء اوزان مصدر ابواب ثلاثی نیست. (جوهری ، صحاح ، ج ۶ ، ص ۲۵۲۵ و قرشی ، قاموس قرآن ، ج ۷ ، ص ۲۲۴)

۳- در قرآن مجید هم در موارد بسیاری کلمه وصیت از مشتقات باب افعال آمده است مانند:

«مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أُودَيْنِ...» (سوره نساء، آیه ۱۲) پس از خارج کردن حق وصیتی که بدان وصیت شده و یا دینی که دارد.

«مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أُودَيْنِ...» (سوره نساء، آیه ۱۲) پس از وصیتی که بدان وصیت نموده‌اید یا دین شما ...

و قرینه سیاق اقتضاء می‌کند که کلمه وصیت از یوصین و یا توصون (از مشتقات باب افعال) مأخوذ از همان باب باشد.

این نکته را نمی‌توان پذیرفت که باب افعال هیچ‌گونه رابطه اشتقاقی با فعل ثلاثی نداشته باشد. مگر نه این است که باب افعال را « ثلاثی مزید » می‌خوانند ، که به معنای فعل سه حرفی زیاد شده می‌باشد؟ و اصولاً دانشمندان علم صرف برای آنکه فعل ثلاثی به باب افعال بیاید روش و متد خاصی را بیان داشته‌اند و مواقع مخصوص و موارد مشخصی را معین نموده‌اند.

پس نتیجه آنکه نمی‌توان گفت ، که این دو فعل به کلی متباین هستند. و هیچ‌گونه رابطه اشتقاقی میان آنان وجود ندارد ، بلکه ضمن تأکید بر آنکه وصیت از رباعی مأخوذ و به معنای عهد است ، و معتقدیم که در اصل ، ریشه همان افعال ثلاثی است و میان عهد و وصل هم تباین کلی وجود ندارد و نظر شیخ انصاری کاملاً موجه می‌باشد.

۲-۱-۱- تعریف شرعی وصیت:

در اصطلاح فقهاء این است که انسان، تملیک و واگذاری عین مال یا منفعت آن را بعد از وفات خودش به شخص دیگر یا عموم مردم سفارش کند؛ به طوری که تصرف در اموال وی بعد از مرگش برای دیگران مباح باشد. (مکی عاملی، الدروس الشرعیه، ج ۲، ص ۲۹۶)

تعریف وصیت در اصطلاح عبارت از تملیک عین یا منفعت یا مسلط کردن بر تصرف بعد از فوت است. در این تعریف، تملیک به منزله جنس است و جمیع تصرفات موجب تملیک، مانند بیع و وقف و هبه را شامل می شود و فصل این تعریف تصرف بعد از فوت می باشد که سایر تصرفات موجب تملیک را از تعریف خارج می کند .

آوردن کلمه عین و منفعت به دو متعلق وصیت اشاره دارد و در مفهوم عین، عینی که بالفعل موجود است، مانند درخت و نیز عینی که بالقوه موجود است، مانند ثمره ای که به دست خواهد آمد، داخل هستند. مفهوم منفعت نیز شامل منفعت مؤبد، موقت و مطلق می شود .

همچنین در مفهوم مسلط کردن بر تصرف، وصیت به غیر برای انجام وصیت و نیز واگذاری ولایت بر کسی که موصی بر او ولایت دارد داخل می شود. و با قید بعد از فوت، هبه و سایر تصرفات منجز شخص در زمان حیاتش نسبت به عین و منفعت از مفهوم وصیت خارج می گردد؛ همچنین وکالت؛ زیرا وکالت مسلط کردن دیگری بر تصرف در زمان حیات است. جامع افراد بودن تعریف فوق، با وصیت به ابراء مدیون و وصیت به وقف مسجد نقض می شود؛ زیرا وقف، فک ملک است (نه تملیک). همچنین وصیت به مضاربه و مساقات از تعریف خارج می مانند؛ چه آنکه این دو، اگرچه مفید ملکیت عامل نسبت به سهمی از سود و ثمره در فرض تحقق سود و ثمره می باشند، ولی حقیقت مضاربه و مساقات این نیست. و نیز ممکن است اصلاً سود و ثمره ای حاصل نگردد. و در نتیجه، تملیک منتفی شود. (الجبعی العاملی، روضه البهیة محشی سلطان العلماء، ج ۵، ص ۱۳)

اختلاف در تعاریف وصیت از علماء به این خاطر اتفاق افتاده است که علماء سعی داشتند تعریفی جامع ارائه کنند که غیر وصیت از تعریف خارج شود و آنچه که در داخل وصیت است شامل شود.

مرحوم محقق در شرایع وصیت را چنین تعریف کرده: « وصیت تملیک عین یا منفعت بعد از وفات است » (حلی، شرایع الاسلام و نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۲۴۷) ولی تعریف ایشان به لحاظ عدم جامعیت مواجه با این ایراد شده که شامل وصیت به ولایت بر ثلث و نیز وصیت به ولایت بر اطفال و مجانین و به طور کلی وصایای عهدیه نمی‌گردد. و ظاهراً تعریف مزبور در خصوص وصیت تملیکی است و وصیت عهدی تحت عنوان وصایت مستقلاً مطرح می‌گردد.

بعضی از فقهاء مانند شهید اول به منظور رفع نقص فوق این عبارت را بر تعریف مزبور افزوده‌اند: «... و یا تسلیط بر تصرف پس از وفات» (شیروانی، شرح لمعه، ج ۲، کتاب الوصیه، ص ۳۱)

ولی شهید ثانی، نقص های دیگری بر تعریف مذکور وارد ساخته که با در نظر گرفتن عبارت فوق نیز مشکل حل نخواهد شد و از آن جمله است: وصیت به عتق، که نه تملیک عین است و نه منفعت و نه تسلیط بر تصرف و همچنین است وصیت به ابراء مدیون. (شیروانی، شرح لمعه، ج ۲، کتاب الوصیه، ص ۳۱؛ الجبعی العاملی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۰۵)

از آنجایی که فقهاء پیشین تعریف جامع و دقیق و صحیحی از وصیت ارائه نداده‌اند، لذا در بسیاری از متون متأخر فقهی، قبل از تعریف کلی، مبادرت به تقسیم وصیت به عهدیه و تملیکی شده است. (اصفهانى، وسیله النجاء، کتاب وصیت، ص ۵۵۶) و بعضی نیز به خاطر آنکه این دو قسم هم نمی‌تواند تمامی مصادیق را فراگیرد، موارد دیگری را بر آن افزوده و همه را در کنار یکدیگر ذکر کرده‌اند. (خمینی، تحریر الوسیله امام خمینی، ص ۹۳، وصیت را به سه قسم تقسیم می‌نمایند: تملیکی، عهدی، فکی)

مرحوم سید محمد کاظم یزدی می‌فرماید: « وصیت یا تملیکی است و یا عهدی و به عبارت دیگر یا تملیک عین و منفعت است و یا تسلیط بر حق و یا فک ملک و یا عهد متعلق به غیر و یا عهد متعلق به خود موصی، مانند وصیت به تجهیز (کفن و دفن). » (طباطبایی یزدی، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۶۶۱)

از آن چه در تعاریف ذکر شده به دست می‌آید، وقتی در تعریف وصیت تملیک عین یا منفعت بعد از فوت آورده شده، اراده حصری در کار نبوده است. بلکه به عنوان مثال بیان شده است. به خاطر همین می‌بینیم هر وقت به غیر از این جهات به جهات دیگری اشاره می‌کنند « مثلاً » را اضافه می‌کنند.