

## واکاوی چگونگی اعتبار وصیت تملیکی معلق از منظر حقوقی و سیاسی در ایران

علی شهریار منطقی فسایی<sup>۱</sup>، محمود سریع القلم<sup>۲</sup>، سمیه حسینی خشه حیران<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری جامعه شناسی سیاسی، دانشگاه آزاد تهران شمال، تهران، ایران.

<sup>۲</sup> استاد دانشکده علوم اقتصادی و سیاسی، دانشگاه شهید بهشتی، ایران، تهران.

<sup>۳</sup> کارشناس ارشد جامعه شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، تهران، ایران.

نام نویسنده مسئول:

علی شهریار منطقی فسایی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۱۸

### چکیده

یکی از مسائل پرچالش و پر بحث در زمینه وصیت، دشواری شناخت عواملی است که سبب معلق شدن وصیت شود. مقاله حاضر با موضوع تحلیلی بر چگونگی اعتبار وصیت تملیکی معلق در حقوق ایران، و به کارگیری روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از مطالعات کتابخانه ای-اسنادی سعی در رسیدن به مقصود مورد نظر دارد. وصیت در تنوع تصرف هایی است که شخص برای زمان بعد از مرگ خود می کند. تصرف ممکن است حاوی تملیک و تعهد و ابراء و بسیاری از امور دیگر باشد. با بررسی های انجام شده، در قانون مدنی به ماهیت حقوقی وصیت تملیکی اشاره ای نشده است. مشخص نمودن ماهیت حقوقی وصیت دارای آثار متعددی است که برای تعیین آن باید اقسام آن را تبیین و تعریف کرد تا هر کدام به صورت مجزا بررسی شود. حقوقدانان در خصوص عقد معلق و به طور خاص وصیت که عقدی معلق محسوب می شود بر غیر محصور و جهت اتفاق نظر دارند، ولی به دلیل ماهیت آن اختلاف دارند و با توجه به این مسئله که وصیت یک عقد معلق محسوب می شود و در آن اعمال نظرات موصی و تعلق آثار آن بر موصی له و حتی وصی معلق به فوت محسوب گردیده است می توان با فحص و تدبیر در این مسئله به نکات جالب و مفیدی دست یافت که راهبردی نیز هست.

واژگان کلیدی: وصیت، موصی، موصی له، تملیکی، تعلیق.

## مقدمه

یکی از مسائل پرچالش و پر بحث در در زمینه وصیت، عقد معلق است. وصیت از جمله تصرفاتی است که شخص برای بعد حیات خود انشاء می کند و از این رو در برابر منجزات یعنی تصرفات زمان حیات انسان قرار می گیرد و به جهت اهمیت وصیت در زندگی اجتماعی افراد در فقه اسلامی، این مبحث از اهمیت وافری برخوردار است و همواره مباحث وصیت مورد توجه حقوقدانان و فقهای اسلامی بوده است.<sup>۱</sup> بدون تردید کمتر کسی است که با واژه وصیت تا به حال برخورد نکرده باشد. وصیت از جمله اعمال حقوقی است که هر فردی ممکن است نیازمند آن باشد. چه بسیار دیده شده است اشخاص دیون و طلب های خویش را نمی توانند در زمان حیات خود پرداخت و یا مطالبه نمایند و یا تمایل به انجام کاری داشته اند و یا قسمتی از آن را انجام و قسمتی را ناتمام گذاشته اند، ولی اجل مجال اتمام و یا انجام آن کار را ممکن نساخته است. در بسیاری از موارد و به طور مثال مواردی که مطرح گردید وصیت عمل حقوقی مفیدی است که موجب رضایت و آرامش خاطر افراد در حیات دنیوی آنها می گردد. به جهت اهمیت وصیت در زندگی اجتماعی افراد در فقه اسلامی و حقوق مدنی این مبحث از اهمیت وافری برخوردار می باشد و همواره مباحث وصیت مورد توجه حقوقدانان و فقهای اسلامی بوده است. شکی نیست که فلسفه وجودی حقوق و بالاخص حقوق مدنی تنظیم و برقراری عدالت در مطالبات و دیون و اساساً روابط حقوقی افراد است لذا اقتضای این امر این است که در مورد مرادوات و معاملات حقوقی اشخاص بعد از حیات دنیوی نیز قواعد و مقرراتی حاکم باشد که موجب حمایت از حقوق بازماندگان او باشد.<sup>۲</sup> اهمیت وصیت در اسلام به اندازه های است که پیامبر اکرم (ص) در این باره فرموده اند: «آنکه هنگام مرگ وصیت نکند، نقصی در مروت و عقل دارد.» علاوه بر قوانین ایران و فقه اسلامی در حقوق سایر کشورها نیز به وصیت اهمیت و توجه بسیاری شده است. کشورهایی نظیر فرانسه، آلمان، انگلیس و... که از لحاظ سیستم های حقوقی هر یک متفاوت هستند، وصیت را بسیار عمیق و موشکافانه بررسی کرده اند. این توجه و حساسیت در این موضوع از چند جهت قابل استدلال است، وصیت از جمله اعمال حقوقی است که مبتنی بر تسامح است و نه تعابن، لذا اقتضا دارد همانند عقود تسامحی دیگر نظیر هبه، صلح بلاعوض و... به آزادی اراده موصی توجه و اهمیت قائل شویم. مضافاً به اینکه غالباً تنظیم وصیت نامه ها در زمان کهولت افراد صورت می گیرد و از آنجا که افراد در سنین بالا از نظر روانشناسی از حالت ویژه ای برخوردار هستند که در برابر مسائل کمتر منطقی برخورد می کنند، لازم است با بررسی دقیق و تفسیر صحیح از قوانین موضوعه و قواعد فقهی حاکم بر این مسأله و به تبع آن برداشتهای دقیق و عادلانه در جهت حمایت از آنان برخیزیم. اگرچه این مبحث در بسیاری از مقالات و رساله های دانشگاهی مورد بررسی قرار گرفته است و بسیاری از استادان برجسته و نامی به طور جامع و مستدل به آن پرداخته اند، لیکن حداقل منفعتی که این مقاله خواهد داشت این است که موجب یادآوری و مرور مطالب مهم و ویژه وصیت می گردد، علاوه بر این، از آنجا که از دیرباز افراد برای تنظیم وصیت نامه های خود به دفاتر اسناد رسمی مراجعه می کرده اند و البته این امر همچنان ادامه دارد و اینکه صحبت از افزوده شدن مسؤولیت هایی بر سران دفاتر اسناد رسمی نظیر تقسیم ترکه و انجام امور حسبی، شنیده می شود، بر اهمیت این مطلب افزوده است. اساساً اختلاط وصیت با سایر عقود دور از ذهن به نظر می رسد، وصیت عمل حقوقی است که مبتنی بر تسامح است. در فرضی که وصیت تملیکی است این تسامح منتسب به موصی است و در فرضی که عهدی است به وصی مرتبط می شود. وصیت عملی حقوقی است جدا از سایر اعمال و معاملات حقوقی و انگیزه درونی و باطنی طرفین نیز از انجام آن چیزی جز مسائل اقتصادی است. بدون شک عمل به وصیت از جانب وصی همواره همراه با قصد قربت است، عملی است معنوی که سبب تسلی خاطر متوفی می گردد و در مقابل هنگامی که موصی مالی را به موجب وصیت به موصی له تملیک می کند، قصدی جز رضای موصی له ندارد. غالباً و چه بسا عموماً بین طرفین وصیت روابط احساسی و عاطفی وجود دارد که هریک به جهتی اقدام به وصیت کرده اند. لذا قیاس وصیت با عقدی همانند بیع که هریک از طرفین آن صرفاً به مسائل اقتصادی توجه دارند، صحیح به نظر نمی رسد. با این اوصاف موضعی که قانون مدنی ایران اتخاذ کرده است، صحیح ترین و منطقی ترین نظری است که در مورد ماهیت وصیت می توان بیان کرد. تنها نقطه ابهامی که موجود است، در مورد اثر قبول در

<sup>۱</sup> رک. ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۶، عقود معین، ج ۳، ش ۱۵۲.

<sup>۲</sup> همان، ص ۲۲.

وصیت تملیکی است. زیرا همانطور که گفته شد اگر قبول در وصیت تملیکی بعد از فوت موصی ابراز گردد، احراز مالکیت موصی به از زمان فوت موصی تا زمان ابراز قبول با مشکل مواجه می‌شود. بر این مبنا دو نظر ارائه شده است که اولی براساس نظریه نقل ملکیت و دومی طبق نظریه کشف ملکیت مطرح گردیده است. آن عده‌ای که قبول را در وصیت بعد از فوت موصی ناقل ملکیت می‌دانند، معتقدند که وصیت عقد است و جز با الحاق قبول به ایجاب وصیت تحقق نمی‌یابد و لذا انتقال مالکیت اثری است که به مطلب قانون صرفاً با ایجاب و قبول واقع می‌گردد. لذا تا وقتی که قبول ابراز نگردد نمی‌توان انتقال مالکیت را تصور کرد. بر این استدلال اشکال می‌شود که اگر فرض را بر نقل ملکیت بدانیم و به تبع آن با ابراز قبولی مالکیت به موصی‌له نقل گردد، موصی به از زمان فوت موصی تا زمان قبولی بدون مالک است، زیرا انتساب مالکیت به متوفی به سبب فوت او منتفی است و از جهت دیگر از آنجاست که وصیت مقدم بر ارث است نمی‌توان آن را متعلق به ورثه دانست. باید توجه کرد این استدلال در صورتی وارد است که بتوان پیش از ابراز قبولی وصیت را محقق دانست. در حالی که طبق آنچه گفته شد در وصیت قبول شرط است و تا شرط حاصل نگردد وصیت محقق نمی‌شود، پس نمی‌توان قبل از الحاق قبول به ایجاب وصیت، آن را لازم دانست و لذا تقدم وصیت بر ارث در فرضی که هنوز کامل نگردیده است دور از منطقی بوده و فاقد مبنای حقوقی است. جدایی از این مسأله همان‌طور که در مبحث توالی بین ایجاب و قبول عنوان گردید اساساً قصد طرفین در انشای وصیت ایجاد تملیک در زمان بعد از فوت اوست و بر همین مبنا نیز توجیه گردید که فاصله زمانی ایجاد شده موجب زوال ایجاب نمی‌گردد. لیکن این استدلال را نمی‌توان دلیل محکمی برای نقد نظریه مذکور دانست. زیرا تنها اثری که دارد این است که زمان انتقال مالکیت را به بعد از فوت موصی منتقل می‌کند و در جهت زمان معینی بعد از فوت موصی دلالتی ندارد. برخی دیگر مسأله را به گونه‌ای دیگر مطرح ساخته‌اند، با این مضمون: «تردیدی نیست که قبول موصی‌له از شروط و اسباب وصیت بوده و شرط ناقل بودن موصی به می‌باشد، لهذا چون مفاد تراضی مقید به فوت موصی است به حکم و ضرورت پیروی اثر عقد از اراده مشترک طرفین، موجب انتقال موصی به از زمان فوت می‌شود که به آن کشف حکمی می‌گویند.» مضافاً به اینکه بر طبق آنچه گفته شد وصیت بدون قبول نمی‌تواند ناقل باشد و بدیهی است که تقدم تأثیر آن نیز محال است، زیرا شیء مؤخر در ماقبل خود قابلیت تأثیر را نخواهد داشت. لذا با توجه به آنچه قصد موصی بوده است باید آثار نقل ملک را از زمان عقد بدانیم و نه به‌طور حقیقی آن را کاشف بدانیم. این تحلیل به اعتباری که اراده و انشا موصی را در آن دخیل دانسته است در زمانی که احراز گردد که حقیقت اراده باطنی وی چیزی جز این نبوده است، تحلیلی مستدل و منطقی است، لیکن دلیلی ندارد به‌طور عام و مطلق قبول را به‌طور اعتباری مزبور، کاشف بدانیم. زیرا در فرضی که هدف اصلی و باطنی موصی قابل احراز نباشد، فرض بر این است که با فوت موصی ترکه به ورثه منتقل می‌گردد، و لذا تأیید کاشف بودن قبول به این معنا است که بعد از فوت موصی، موصی به، به ورثه منتقل می‌شود و سپس با ابراز قبولی از جانب موصی‌له به او نقل می‌گردد و اثر قهقرائی نیز دارد، لذا در فاصله زمانی بین فوت موصی تا قبولی موصی به دارای دو مالک است که تصور آن امکان‌پذیر نمی‌باشد و عقلاً محال است.<sup>۳</sup> لذا در این مقاله تحقیقی به بررسی و توضیح اجمالی وصیت و شرایط تحقق وصیت و وظایف هریک از طرفین آن خواهیم پرداخت که هریک در گفتاری جداگانه از نظر تان خواهد گذشت، که امید است با همه نواقص و کاستی‌های آن مورد توجه قرار گیرد.

### واژه شناسی تعلیق

تعلیق مانند سایر عقود با ایجاب و قبول واقع می‌شود و فقط آثار آن (تعهد یا نقل ملکیت) پس از تحقق شرط بوجود می‌آید. اگر انشا معلق بر شرط باشد و متعاملین ایجاد مفاد عقد را موقوف بر آن کرده باشند، دیگر نمی‌توان ادعا کرد که، پس از تحقق شرط، عقد از رو نخست موثر واقع می‌شود و وقوع شرط کاشف از این است که تعهدات طرفین از هنگام تراضی بوجود آمده است ولی اگر تعلیق در منشا باشد، برای تعیین تاریخ ایجاد تعهد تحلیل قصد طرفین ضرورت دارد زیرا در چنین صورتی آنان می‌توانند روز وقوع شرط را تاریخ ایجاد اثر عقد قرار دهند،<sup>۴</sup> یا آنرا موثر در گذشته سازند.

<sup>۳</sup> نراقی، مولی احمد، (۱۴۱۷ ه.ق)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

<sup>۴</sup> شهیدی، مهدی (۱۳۸۰) آثار قراردادهای و تعهدات، جلد ۳، چاپ دوم، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.

### اقسام تعلیق در عقد معلق

همانطور که میدانیم قانون مدنی در ماده ۱۸۴، اینچنین مقرر میدارد: ((عقد منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود)) با توجه به ماهیت عقد معلق و از تدقیق در منابع فقهی بایستی اینچنین اظهار نظر کرد که عقد معلق عقدی است که خود معلق به امر دیگریست اما قانون مدنی تاثیر آن را بر حسب انشاء منوط بر امر دیگری میداند پس متن ماده ۱۸۴ نیازمند تفسیر در جهت صحیح ما نحن فیه عبارت میباشد. اما خود تعلیق دارای اقسامی است که توجه به آنها موید آثاریست که سرنوشت عقد را رقم خواهد زد!<sup>۵</sup>

الف - تعلیق در انشاء: به معنای معلق نمودن ایجاد و انشاء عقد به امر دیگری که چنین تعلیقی مستفاد از قانون مدنی و تحلیل های ارائه شده توسط دکترین حقوق باطل و بلا اثر است. چه اینکه عقد محقق میشود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن بر چیزی که دلالت بر قصد نماید.<sup>۶</sup>

مثال: شخصی فروش اتومبیل خود را منوط به این میکند که در سه سال متوالی در تابستان برف ببارد، همانطور که از ما نحن فیه تعلیق و جمله پیداست، تحقق معلق علیه به یک امر غیر ممکن ارجاع شده که قصد انشاء را تحت تاثیر قرار می دهد.

ب- تعلیق در منشاء: به معنای تعلیق ماهیت عقد انشاء شده در عالم اعتبار به امر دیگری.<sup>۷</sup>  
تعلیق در منشاء وابسته نمودن به یک امر ممکن الحصول میباشد پس در تعلیق در منشاء قصد انشاء وجود دارد.  
مثال: شخصی پیش فروش خانه خود را منوط به اخذ مجوز های لازم جهت ساخت و ساز از شهرداری می کند.  
همانطور که ملاحظه میکنید حصول معلق علیه در این مثال یک امر محیر العقول غیر ممکن نیست که خدشه ای هم به انشاء و ایجاد معامله وارد نمیکند.

ج: تعلیق در اثر: در این نوع تعلیق جریان اثر عقد منوط به امر دیگری میشود. مانند ماده ۸۲۷ ق.م. (وصیت تملیکی)، که در آن وجود عقد با ایجاب موصی و قبول موصی له محقق میشود.<sup>۸</sup>

### واژه شناسی وصیت

نظریه های مختلفی درباره وصیت وجود دارد در واقع وصیت در لغت از ریشه «وصی» و به معنای عهد، فرمان دادن، در نبود کسی به کاری پرداختن می باشد.<sup>۹</sup> «وصیت» در اصطلاح علم اخلاق با پند و موعظه سفارش کردن بر دیگری، جهت فرمان بردن و عمل نمودن است<sup>۱۰</sup> و در اصطلاح فقه 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.<sup>۱۱</sup>  
واژه «وصیت» در قرآن کریم در دو معنا به کار رفته: اخلاقی که به معنی موعظه و نصیحت باشد، و فقهی که سفارش فردی به وصی خودش، برای رسیدگی به اموال و کارهای باقی مانده بعد از مرگ او، مطرح شده است.<sup>۱۲</sup>

«وصیت» عبارت است از برنامه های عهد و ایصال (رساندن)، و آن همان چیزی است که به آن وصیت می شود؛ و «وصی» کسی است که متصف به تعهد و ایصال باشد؛ این معنی بر «موصی (وصیت کننده)» که تعهد می کند، نیز صدق کرده، و همچنین بر «موصی الیه» نیز صدق می کند، که قبول إجراء تعهد نموده و تحقق رساندن وصیت به دست ایشان است.<sup>۱۳</sup>

<sup>۵</sup> بجنوردی، سیدحسن بن آقا بزرگ، (۱۴۱۹ه.ق)، القواعد الفقهیه، ج ۶، قم، نشر الهادی.

<sup>۶</sup> ماده ۱۹۱ ق.م.

<sup>۷</sup> خویی، ابوالقاسم موسوی، (۱۴۱۸ه.ق)، مؤسسه الامام خویی، ج ۳۳، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام خویی

<sup>۸</sup> نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۳۷۳ ه.ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد ۲، چاپ اول، تهران، المکتبه المحمّديه.

<sup>۹</sup> حکیم، سید محسن، مستمسک العروه، ج ۱۴، ص ۵۳۲. آلکاشف الغطا، محمدحسین، تحریرالمجله، ج ۲، ص ۱۱۲.

<sup>۱۰</sup> راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات، ج ۱، ص ۵۲۵.

<sup>۱۱</sup> طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، ج ۴، ص ۵۱۲.

<sup>۱۲</sup> طیب، سیدعبدالحسین، اطیب البیان فی تفسیر القرآن، تهران، اسلام، ۱۳۷۸ش، چاپ دوم، ج ۲، ص ۳۱۹.

<sup>۱۳</sup> واسطی زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۲۰، ص ۲

## اقسام وصیت

الف) وصیت تملیکی: عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند. با این نوع وصیت، شخص می‌تواند تا حدودی تکلیف اموال خود را، معین کند مانند صرف آن در امور خیریه. در وصیت تملیکی، شخصی که وصیت می‌کند موصی و کسی که به نفع او وصیت تملیکی شده موصی‌له و مورد وصیت را موصی به می‌گویند. در وصیت تملیکی، تملیک با قبول موصی‌له پس از فوت موصی محقق می‌شود؛ لذا قبول آن قبل از فوت موصی موثر نیست. موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند حتی اگر موصی‌له، موصی به را قبض کرده باشد.<sup>۱۴</sup>

ب) وصیت عهدی: عبارت است از این که شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور نماید. مثل این که شخصی را وصی نماید تا این که بعد از مرگش، بدهی‌های او را پرداخت کند. در وصیت عهدی شخصی را که به موجب وصیت، به عنوان ولی بر صغیر یا بر کارهای دیگر انتخاب شده را وصی می‌گویند.<sup>۱۵</sup>

## شرایط صحت وصیت

وصیت نیز مانند سایر اعمال حقوقی برای اینکه به‌طور صحیح منعقد گردد نیازمند جمع شرایطی است که فقدان هر یک از این شروط موجب عدم صحت آن می‌گردد. وصیت خواه تملیکی باشد و خواه عهدی از حیث اینکه جزء اعمال حقوقی محسوب می‌گردد، مشمول ماده ۱۹۰ قانون مدنی است. لذا تمامی شرایط احصا شده در ماده مذکور در باب وصیت نیز لازم‌الرعایه است. در وصیت عهدی که آن را ایقاع می‌دانیم حداقل اهلیت موصی از شرایط صحت است، زیرا مقصود این است که اراده انشا شده از جانب شخصی باشد که حائز اهلیت استیفا باشد. شرایط اساسی صحت معاملات بی‌گمان در مورد وصیت لازم‌الرعایه است، اما آنچه در این مبحث بدان اشاره می‌شود شرایط اختصاصی است که لازمه صحت وصیت جمع آنها می‌باشد. مستنداً به ماده ۸۴۳ قانون مدنی در حقوق ما وصیت تا میزان ثلث ترکه نافذ است و وصیت زیاده بر ثلث موقوف به تنفیذ ورثه است. تحدید اختیار موصی از دو جهت قابل استدلال است. اول اینکه مستنداً به ماده ۳۰ قانون مدنی شخص تا زمان حیات خود اختیار تصرف در اموال خویش را دارد، لذا محدود کردن اختیار موصی در وصیت امری برخلاف قاعده که این امر به منظور حفظ مصالح وراثت و توزیع ثروت بیان گردیده است و دوم اینکه اختیار مالک با فوت او از بین می‌رود و لذا ورثه مالک دارایی می‌گردند. لذا این امر اقتضا می‌کند که هیچ کس نتواند به موجب وصیت به حقوق ورثه تجاوز کند و اختیاری که به موصی درباره ثلث داده شده است حکمی است استثنائی که برای رعایت انصاف و برقراری عدالت مقرر شده است. بر مبنای نظریه اول دخل و تصرف در اموال، اختیار مسلم موصی است لیکن به جهت اینکه این اختیار اگر نامحدود و مطلق باشد ممکن است موجب اضرار ورثه گردد، آن را تحدید می‌کنند و بر مبنای نظر دوم با فوت موصی اختیار او نسبت به اموالش قطع شده و مالکیت به ورثه منتقل می‌گردد. لذا اختیار مطلق با ورثه است و سبب این اختیار امری است برخلاف قاعده مزبور که در وصیت تا ثلث اموال جایز دانسته می‌شود و یا اگر منافع ملک خویش را برای مدتی به ثالث واگذار می‌کرد، مثلاً اجاره می‌داد و در خلال مدت فوت می‌کرد وضعیت چگونه می‌بود؟ ملاحظه می‌شود این تحلیل که با فوت موصی اختیار ماترک به‌طور مطلق به ورثه منتقل می‌گردد و لذا برخلاف اصل دانستن تصرفات قبل از فوت که تا زمان بعد از فوت ادامه داشته است صحیح به نظر نمی‌رسد. انشای وصیت در زمان حیات موصی صورت می‌گیرد و یکی از دلایل عدم تحقق آن تا قبل از فوت او به جهت اذن رجوع از وصیت است، پس نمی‌توان به استناد این امر که با فوت او مالکیت موصی زائل می‌گردد، این اختیار را برخلاف قاعده دانست.<sup>۱۶</sup>

در اینکه آیا موصی اختیار تعیین ثلث را در ضمن وصیت دارا می‌باشد یا خیر اختلاف وجود دارد. برخی این اختیار را جایز نمی‌دانند و معتقدند در صورتی که موصی ثلث را معین می‌کند این اراده او موقوف به تنفیذ ورثه است ولو اینکه زائد بر مقدار ثلث ماترک هم نباشد و دلیل آن را اختیار ورثه نسبت به تعیین سهم خود از ماترک می‌دانند. برخی اراده موصی را در این فرض نافذ می‌دانند، لیکن آن را مقید به عدم تجاوز از ثلث می‌کنند، یعنی اگر آن مال مشخص شده که در زمان انشای وصیت از جانب

<sup>۱۴</sup> شهید ثانی، ۱۳۸۸، ج ۸، ص ۲۲۱

<sup>۱۵</sup> محقق داماد، ۱۳۷۸، ش، صص ۲۴-۲۵

<sup>۱۶</sup> علامه حلی، تذکره، جلد ۲ کتاب وصایا به نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین جلد ۳ صفحه ۳۷۹.

موصی زائد بر ثلث نبوده، در زمان بعد از فوت او زائد بر ثلث گردد، آن زیاده را معلق به تنفیذ ورثه می‌دانند. این نظر با اصول و شروط وصیت در سیستم حقوقی ایران و فقه اسلامی سازگارتر است، زیرا نافذ بودن وصیت نسبت به ثلث و عدم نفوذ آن مازاد بر ثلث از قواعد امره محسوب می‌گردد و رعایت آن شرط صحت وصیت است، لیکن از آنجا که وصیت در زمان بعد از فوت موصی و ابراز قبولی از جانب موصی له و سپس قبض آن تمام می‌شود، به نظر می‌رسد، ملاک برای تشخیص اینکه وصیت مازاد بر ثلث بوده است یا خیر در زمان تقسیم ترکه است و نه در زمان انشای وصیت، لذا در موضوع ما نحن فیه در صورتی که موصی به معین از ماترک گردد و در زمان تقسیم ترکه ارزش مالی و اقتصادی آن بیش از ثلث باشد، تنفیذ آن زیاده از ناحیه ورثه شرط است. در فرضی که شخص هیچ ارثی ندارد این سؤال مطرح است که آیا او می‌تواند تمامی مال خود را به نفع شخصی وصیت کند یا خیر؟ اولین تحلیلی که حقوقدانان در مواجهه با این پرسش بیان داشته‌اند، اشاره به حکم ماده ۸۶۶ قانون مدنی است که به موجب آن امر ترکه در صورت نبودن وارث با حاکم است. بیان می‌دارند این امر نشان‌دهنده این است که خزانه عمومی از جمله اشخاصی است که در صورت نبودن وارث نسبی یا سببی، خود وارث محسوب می‌گردد و لذا اساساً تصور اینکه شخص بدون وارث باشد با این تحلیل ممکن نیست. این تحلیل از این جهت قابل انتقاد است که ماده ۸۶۶ قانون مدنی اساساً ناظر به اداره اموال متوفی و ترکه است و نه تعیین مالک آن و نمی‌توان از این ماده اینگونه استنباط کرد که در صورت نبودن وارث خزانه عمومی وارث محسوب می‌گردد، بلکه مستنداً به ماده ۳۳۴ قانون امور حسبی در صورتی که مال مجهول‌المالک یا بدون مالک است، اداره آن به خزانه عمومی واگذار می‌گردد و اجرای وصیت مقدم بر این امر قرار دارد. لذا در صورتی که شخص وارثی ندارد، نمی‌توان این تحلیل را پاسخی برای سؤال مزبور دانست و از آنجا که مبنای اصلی محدود کردن اختیار موصی تا ثلث ترکه را از جهت حفظ مصالح وراثت و توزیع عادلانه ثروت و ماترک بین ورثه دانستیم و این امر را حاکم بر تسلیط موصی بر اموال خویش معرفی کردیم در فرضی که شخص وارثی ندارد، دلیلی باقی نمی‌ماند تا وصیت او مازاد بر ثلث را صحیح ندانیم. اقتضای اصل حاکمیت اراده و قاعده تسلیط این است که این اختیار به موصی داده شود تا اموال خویش را در زمان فوت خود به دست شخص معینی بسپارد و محدودیتی که برای او قائل شده‌اند به جهت مزبور است و در فرضی که آن جهت موضوعیتی نداشته باشد محدودیت موصی نسبت به «موصی به» سالبه به انتفای موضوع خواهد بود.<sup>۱۷</sup>

### موارد ابطال وصیت

اولاً - موصی ل را رد کند و یا آنکه نسبت به قسمی قبول و قسمت دیگر را رد نماید و وصیت فقط در آن قسمتی که قبول شده صحیح و نافذ خواهد بود ملاک در قبول و عدم رد وصیت بعد از فوت موصی اس چنانچه موصی له پس از فوت موصی و قبل از قبول وصیت فوت نماید حق قبول وصیت منتقل بورثه موی له خواهد شد.<sup>۱۸</sup>

ثانیاً - وصیت وصیتی برخلاف وصیت سابق خود نماید که هر دو وصیت قابل جمع شدن نباشد وصیت اولی باطل است و نیز موصی می‌تواند در هر موقع از وصیت خود صریحاً و یا بموجب وصیت دیگری که مخالف وصیت اول او باشد رجوع نماید.<sup>۱۹</sup>

ثالثاً - وصیت نسبت به مازاد از ثلث دارایی مادام که ورثه موصی آنرا اجازه نداده اند نافذ نیست و در صورت رد وصیت نسبت بمازاد از ثلث ترکه باطل است. چرا که ملاک و مناط دارایی حین الفوت می‌باشد نه حین وصیت و چه بسا ممکن است زمان وصیت موصی از خود دارایی نداشته ولی حین الفوت دارایی داشته. همچنین ثلث دارایی که مورد وصیت واقع شده و نافذ می‌باشد آنهم مربوط به موقع فوت موصی است بنابراین بنا بر این اگر موصی در حال وصیت ثلث دارایی او بعنوان مثال یکهزار ریال بوده ولی در موقع فوت ثلث دارایی او یک میلیون ریال باشد مناط و ملاک یک میلیون ریال است و بالعکس و مادام که ورثه موصی نسبت بمازاد از ثلث غیر نافذ است و پس از اجازه ورثه تمام مورد وصیت ولو زائد بر ثلث باشد متعلق به موصی له

<sup>۱۷</sup> مصطفی عدل (منصورالسلطنه) حقوق مدنی، صفحه ۵۴۱، دکتر موسی عمید، تقریرات وصیت، صفحه ۲۰ تهران ۱۳۴۲، دکتر جعفری لنگرودی، وصیت و ارث، شماره ۱۳۲ صفحه ۹۹، تهران ۱۳۵۰ و برای دیدن نظر مخالف که این استدلال را نفی می‌کند رجوع کنید: دکتر سیدحسین امامی، دوره حقوق مدنی، ج ۳، صفحه ۱۰۸، چاپ شانزدهم، انتشارات اسلامیة ۱۳۸۱ و دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد ۳ صفحه ۳۸۰.

<sup>۱۸</sup> جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰) حقوق مدنی - وصیت، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش

<sup>۱۹</sup> همان، ص ۶۸

خواهد شد. در این مورد موضوع اجازه ورثه موصی قابل بحث زیادی شده است ولی حق انی است که گفته شود و یا ناقل می باشد. در اطراق این موضوع بحث زیادی شده است ولی حق این است که گفته شود کشف و نقل شامل این مورد نیست زیرا در زمان وصیت ورثه موصی سمتی نسبت به مورد وصیت نداشته و پس از فوت هم مازاد از ثلث بلا فاصله منتقل بورثه شد و وارث مالک مازاد می باشد. بنابر این برحسب قول صحیح می بایستی اجازه رثه را در این مورد در حکم هبه دانست و متفرع بر این قول ورثه موصی پس از اجازة ورثه مشمول عنوان هبه بوده و تمام مقررات مربوط به هبه در آن جاری خواهد شد.<sup>۲۰</sup>

رابعاً - مورد وصیت حین الفوت موجود نباشد و یا فاقد عنوانی باشد که در موقع وصیت آن عنوان مورد نظر موصی بوده است مثلاً موصی نسبت به منافع ملکی وصیت کرده و آن ملک مسلوب المنفعه شده باشد و یا آنکه موصی حمامی را مودر وصیت قرار داده ولی حین الفوت حمامی وجود نداشته و یا تبدیل بمستغل دیگری شده باشد یک چنین وصیتی موضوعاً منتفی و بالتسبیح باطل است.<sup>۲۱</sup>

### وصیت تملیکی

از دیرباز ماهیت حقوقی وصیت مورد اختلاف فقها و حقوقدانان واقع گردیده است و قانون مدنی ایران نیز همانند سایر موارد اختلافی دیگر موضع مشخصی انتخاب نکرده است و چنانکه دیدیم قانونگذار در قانون مدنی وصیت را به دو گروه تملیکی و عهدی تقسیم کرده است و هر یک را با اوصاف و شرایط خاصی که هر یک ایجاد می کنند تعریف کرده است. لیکن وصف مشترک در هر دو نوع وصیت و حالات متفاوتی که هر یک ممکن است داشته باشند این است که در تمامی آنها تحقق وصیت معلق به فوت موصی است، لذا به نظر می رسد در صورتی که این مطلب را مبنای تعریف وصیت قرار دهیم می توان تعریفی از وصیت داشت که هم جامع افراد آن باشد و هم مانع اغیار. لذا بر طبق این مبنا می توان وصیت را انشاء امری دانست که اثر آن معلق به موت موصی است. در قانون مدنی ایران ماهیت حقوقی وصیت به طور وضوح مشخص نگردیده است و به طور واضح مشخص نشده که وصیت از جمله اعمال حقوقی است که نیازمند اراده انشائی دو طرف یعنی عقد است یا ایقاع. مضافاً به اینکه مبحث مربوط به وصیت جدا از سایر عقود آورده شده است و در مبحث ارث و بعد از مسائل مربوط به حق شفعه بیان گردیده است.<sup>۲۲</sup>

اینگونه نتیجه گیری و این چنین تحلیل کردن به دور از منطق و استدلال حقوقی است زیرا براساس قواعد عمومی قراردادهای شرط لازم و کافی برای اینکه عمل حقوقی را عقد بدانیم، تقابل و تراضی اراده های انشائی آن دو طرف است که البته به ایجاب و قبول واقع می گردد. پس اگر در تحقق وصیت نیز قبول را شرط لازم بدانیم بدون تردید باید آن را کافی نیز دانست. به دو جهت اولاً اینکه بر طبق اصل رضائی بودن عقود هر عقدی اصولاً به ایجاب و قبول واقع می شود، پس هر عقدی صرف تراضی و توافق طرفین محقق می شود و این اراده های انشائی نیز با ایجاب و قبول ابراز می گردند. پس در اینکه اصل در رضائی بودن عقد است تردیدی نداریم لذا ادعای خلاف اصل نیازمند نص است خواه نص قانونی یا فقهی که البته در این مورد نه در فقه و نه در قانون نص صریحی دال بر تشریفاتی بودن وجود ندارد. پس اگر به این نتیجه برسیم که در وصیت قبول لازم است، نباید در عقد بودن آن تردیدی حاصل کرد و این در حالیست که این امر در ماده ۸۳۷ ق.م. در باب وصیت تملیکی به چشم می خورد. ممکن است اشکال شود که تا زمان اتصال قبولی به ایجاب ممکن است ایجاب حیات حقوقی خود را از دست داده باشد، لیکن باید توجه کرد که اگرچه موالات در ایجاب و قبول شرط است لیکن باستناد ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی ملاک برای تعیین این مدت عرف می باشد و از آنجا که اساساً در اراده موصی و قصد وی بر انشای وصیت چیزی جز تصرف بعد از زمان فوت او نیست نمی توان این اشکال را وارد دانست زیرا اساساً ماهیت حقوقی وصیت ایجاب می کند که اثر آن بعد از فوت موصی باشد و بر فرض اینکه قبولی در

<sup>۲۰</sup> عدل، مصطفی (۱۳۷۳) حقوق مدنی، قزوین، انتشارات بحر العلوم.

<sup>۲۱</sup> شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ ه.ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.

<sup>۲۲</sup> حکیم، محسن طباطبایی، (۱۴۱۶ ه.ق)، مستمسک عروة الوثقی، جلد ۱۲ و ۱۴، قم، مؤسسه دارالتفسیر.

زمان کوتاهی به آن ملحق شود نمی‌توان آن را لازم دانست. ماده ۸۲۹ قانون مدنی نیز در راستای همین تحلیل مقرر داشته است: «قبول موصی له قبل از فوت مؤثر نیست.»<sup>۲۳</sup>

وضعیت تملیک خود به دو دسته تقسیم می‌شود:

● وصیت تملیکی خاص: وصیتی که موصی لهما (کسانی که وصیت به نفع او یا آنها شده است) آن محصور باشد (یعنی قابل شمارش و شناخته شده)، وصیت تملیکی نوعی عقد است و بدون اینکه شخصی که وصیت به نفع او شده است قبول کند واقع نمی‌گردد بلکه نیازمند قبول وی می‌باشد در این رابطه ماده ۸۲۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له، پس از فوت موصی. طبق ظاهر ماده زمانی که وصیت را قبول می‌کند مالکیت آن مال به وی منتقل می‌گردد یعنی اثر وصیت و تملیک، از تاریخ قبول و محقق می‌شود مگر اینکه محرز شود که شخصی که وصیت کرده است می‌خواسته مالکیت مال مورد وصیت و تمام آثار آن در فاصله فوت و قبولی هم متعلق به موصی له باشد. در نتیجه تشخیص اراده موصی در تعیین مالکیت منافع موصی به حائز اهمیت می‌باشد.<sup>۲۴</sup>

● وصیت تملیکی عام: وصیت تملیکی عام یعنی وصیتی که موصی لهما آن غیر محصور است مانند وصیت برای دانشجویان دانشگاه شهید بهشتی، یا وصیت بر جهت است، مثل وصیت برای ساختن مسجد یا وصیت به جهت ساختن پل.<sup>۲۵</sup>

شهید اول در باب توالی ایجاب و قبول تحلیلی دارد که بررسی آن در موضوع مانحن فیه خالی از لطف نخواهد بود. مضافاً به اینکه با تأمل در این تحلیل و تحلیلی که شیخ انصاری بر آن کرده‌اند مشخص می‌گردد که در وصیت نیز موالات شرط است و تا زمانی که قبول به ایجاب اتصال نیافته است وصیت محقق نمی‌شود، لیکن نمی‌توان به واسطه فوت موصی یا گذشت زمان زیادی از ابراز ایجاب از ناحیه او ایجاب را زایل شده تلقی کرد. بر مبنای تحلیل ایشان لزوم اتصال مستثنی و مستثنی منه منشأ و سبب اعتبار موالات در عقد است زیرا آن گونه که مستثنی و مستثنی منه در عین دو جمله بودن مانند کلام واحد محسوب می‌شوند، ایجاب و قبول نیز دو جمله بوده و در حکم یک کلام محسوب می‌شوند و اتصال آن دو ضرورت می‌یابد.<sup>۲۶</sup>

شیخ انصاری در تحلیل این نظریه می‌فرماید به نظر می‌رسد موالات ضرورتی ندارد زیرا پیدایش ملکیت و لزوم عقد تنها متوقف بر صدق عرفی است و لذا هرگاه در نظر عرف توالی ایجاب و قبول واقع شده باشد عقد محقق شده است مگر در مواردی که اجماع بر عدم تحقق آن باشد.<sup>۲۷</sup>

اما آنچه محل نزاع واقع شده است این است که برخی اساساً تصور لزوم قبول را در وصیت موجب تعارض با ادله قرآنی و فقهی وصیت می‌دانند.<sup>۲۸</sup> بر مبنای استدلال ایشان از آنجا که علاقه و ارتباط متوفی با فوت او نسبت به اموالش قطع می‌شود و اساساً شرط تمتع و استیفا از حقوق مدنی حیات افراد دانسته می‌شود با فوت موصی مالکیت او نسبت به اموال و دارائی‌هایش زایل می‌شود و در فرضی که قبول بعد از فوت اعلام گردد در فاصله زمانی فوت موصی تا اعلام قبولی موصی به بدون مالک خواهد بود زیرا همانطور که گفته شد انتساب مالکیت به موصی منتفی است و به جهت انشاء وصیت از جانب وی نیز نمی‌توان مالکیت را به ورثه نسبت داد.<sup>۲۹</sup> مضافاً به اینکه از آنجا که در وصیت عهدی قبول لازم نمی‌باشد، لذا به قیاس از وصیت عهدی قبول را در وصیت تملیکی لازم نمی‌دانند. اما در پاسخ به این اشکال باید گفت که در فرض لزوم قبول برای تحقق وصیت دو حالت متصور است یا موصی له آن را بعد از فوت موصی رد می‌کند که در این صورت اساساً وصیت محقق نشده است و به اعتبار رد وصیت مالکیت موصی به را بعد از فوت موصی منتسب به ورثه خواهیم دانست و یا آن را قبول می‌کند که در این صورت باید یا قبول را کاشف بدانیم و یا ناقل. اگر نظریه کشف را مورد پذیرش قرار دهیم که دیگر نمی‌توان موصی به را بعد از فوت موصی

<sup>۲۳</sup> قانون مدنی، ماد ۲۹۱؛ الج یری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الفقهی، ج ۲، ص ۹۱۱

<sup>۲۴</sup> شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ هـ.ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.

<sup>۲۵</sup> سبزواری، سید عبد الاعلی، (۱۴۱۳)، مهذب الأحكام، جلد ۱۶، چاپ ۴، قم، مؤسسه المنار.

<sup>۲۶</sup> در محضر شیخ انصاری، جواد فخار طوسی، جلد ۱۲، ص ۲۰۷، انتشارات دارالحکمه، چاپ اول، ۱۳۸۲

<sup>۲۷</sup> سیدمحمدکاظم طباطبائی، عروه الوثقی، جلد ۲، ص ۴۰۰ - لوح فشرده معجم الفقهی - دفتر آیت‌الله عظمی گلپایگانی قم ۱۳۸۲

<sup>۲۸</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ص ۱۵۹ به بعد، چاپ هشتم ۱۳۷۶، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا

<sup>۲۹</sup> کرکی، شیخ علی بن الحسین، (۱۴۱۴ هـ.ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۹ و ۴، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.



بدون مالک دانست زیرا با قبول موصی له کشف می‌گردد که بعد از فوت موصی مالکیت به وی انتقال یافته است. لیکن بر طبق نظریه نقل به نظر می‌رسد کماکان اشکال وارده مرتفع نشده است. وضع ماده ۸۲۷ قانون مدنی به این اختلافات پایان داده است و به موجب آن قبول شرط لازم برای تحقق وصیت تملیکی است پس باید بررسی کنیم که وقوع قبول پس از فوت موصی کاشف است یا ناقل. انتقال امری است اعتباری و تابع اراده‌های مشترک طرفین. استدلال می‌شود همان اراده‌هایی که می‌تواند مالکیت را به طرف مقابل منتقل کند یا اثر آن را به زمان مؤخر دیگری منتقل موقوف کند می‌تواند تاریخ انتقال را نیز زمان مقدمی معین سازد.<sup>۳۰</sup>

آن عده‌ای که این امر را برخلاف قواعد و مقررات حاکم بر قرارداد می‌دانند ملکیت را واقعیتی خارجی فرض می‌کنند در حالی که این مفاهیم ساخته ذهن حقوقدان و طریقی است برای تجسم آنچه طرفین قصد کرده‌اند ذهن ساده عرف اگر خود را از بندهای فلسفی برهاند این‌گونه توافقات را می‌پذیرد. چنانکه در قانون نیز در مورد آثار اجازه مالک به گذشته با همین بیان عرفی آن را معامله فضولی جایز دانسته است.<sup>۳۱</sup> لیکن در سایه این قرارداد در حقیقت قراردادی دیگر سایه افکنده است، زیرا این توافق بیانگر دو مطلب است اولاً انتقال که شخصی نسبت به عین ملک خویش انجام داده است و ثانیاً توافقی که طرفین نسبت به انتقال منافع آن نسبت به مدت زمانی خاص کرده‌اند.<sup>۳۲</sup> معهدا به نظر می‌رسد این تحلیل که از جانب برخی استادان مطرح شده است در حقیقت همان تعریف و تحلیل دیگر از نظریه کشف است، حداقل همان اثر را دارد و تنها با بیان و سیاقی دیگر مطرح گردیده است. از تحلیلی که گذشت و وضع ماده ۸۲۷ قانون مدنی و خصوصاً به پیشینه فقهی این ماده در عقد بودن وصیت تملیکی تردیدی نداریم و اغلب حقوقدانان معاصر نیز همین نظر را مورد پذیرش قرار داده‌اند.<sup>۳۳</sup> لیکن در حالتی که موصی له غیر محصور باشد لزوم قبول مشکل به نظر می‌رسد. در بحث وقف قانونگذار در ماده ۵۶ قانون مدنی قبول را در صورتی که موقوف علیه محصور نیستند از جانب حاکم لازم دانسته است، لیکن در بخش وصیت قبول را در فرض فوق لازم ندانسته است. با وجود این نباید وقف را با وصیت قیاس کرد، زیرا در وقف بحثی از تملیک به میان نمی‌آید، فقط صحبت از حبس عین و تسبیل منافع است و قصد ایجاد مالکیت نیست. ولی وصیت تملیکی ایجاد مالکیت می‌کند و در فرضی که موصی له غیرمحصور است این امر با اشکال مواجه می‌شود. اگر وصیت بر غیرمحصور را تملیکی بدانیم، در این صورت مصداق کلی طرف تملیک واقع شده‌اند و نمی‌توان تنها قبول حاکم را کافی برای وقوع عقد دانست که در صورت تحقق برای طرف دیگر ایجاد مالکیت می‌کند. از طرفی امکان شناسایی تمام مصداق‌های موجود نیز ممکن نمی‌باشد لذا به نظر می‌رسد که تحلیل آن دسته‌ای که وصیت بر غیرمحصور را عهده‌ی دانسته‌اند با اصول و قواعد حقوقی سازگارتر است. اما با تمامی این تحلیل‌ها به نظر می‌رسد موضع قانون مدنی ایران متفاوت است. در قانون مدنی در مبحث وصیت هر جا صحبت از وصیت عهده‌ی به میان آمده است قانونگذار طرف وصیت را «وصی» خطاب می‌کند و بالعکس در هر جایی که وصیت تملیکی را مورد نظر داشته است از موصی له صحبت به میان آورده است. این تقسیم‌بندی نیز به صراحت در ماده ۸۲۶ قانون مدنی بیان شده است، لذا با وجود این قرائن تردیدی نداریم که در نظر قانونگذار وصیت بر غیرمحصور نیز وصیت تملیکی محسوب می‌شود. اگرچه در وصیت بر غیرمحصور قبول شرط نیست، لیکن تنها اراده موصی را نیز نمی‌توان برای تحقق وصیت کافی دانست. زیرا استقرار ملکیت برای شخص بدون رضایت موجب غرر است و بر همین مبنا به نظر می‌رسد چاره‌ای نداریم جز اینکه اثر بلاواسطه وصیت بر غیرمحصور را ایجاد تعهد بدانیم و نه

<sup>۳۰</sup> برخی از استادان توجیه ایقاع بودن وصیت را اینگونه استدلال کرده‌اند: «اگر قبول را جزء وصیت بدانیم و وصیت را عقد محسوب کنیم، نسبت به کاشفیت آن از حین موت دچار مشکل خواهیم شد زیرا چگونه قبول که جزء عقد است می‌تواند ملکیت قبل از انجام خود را تثبیت نماید. درحالی که با نبودن قبول عقد انجام شده است و قیاس مورد به اجازه در عقد فضولی قیاس مع الفارق است. زیرا اجازه بی‌تردید از اجزاء عقد نیست بلکه از شرایط است. (دکتر سیدمصطفی محقق داماد - مقاله وصیت عقد است یا ایقاع. سایت وزارت دادگستری زیر نظر علی مکرّم)

<sup>۳۱</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران - صفحه ۳۹ به بعد، عقود معین، جلد ۳ صفحه ۲۹۵ به بعد، چاپ چهارم ۱۳۸۰، انتشارات گنج دانش.

<sup>۳۲</sup> محدث نوری، میرزا حسن، (۱۴۰۸ هـ.ق)، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، جلد ۱۳، چاپ اول، بیروت، مؤسسه البیت (ع).

<sup>۳۳</sup> صطفی عدل (منصورالسلطنه) - حقوق مدنی، ص ۵۱۵ چاپ هشتم، انتشارات امیرکبیر ۱۳۵۴.

تملیک. اگرچه از این استدلالات در جهت ایقاع دانستن وصیت به طور عام استفاده می‌شود، لیکن باید توجه داشت که طریقی که اتخاذ شده است ما را به ایقاع بودن وصیت عهدی رهنمون می‌سازد و به عقد بودن وصیت تملیکی خللی وارد نمی‌آورد.<sup>۳۴</sup>

### عناصر وصیت تملیکی

۱- قصد موصی: وصیت تملیکی از ایقاعات است. ۲- انشاء در قصد: در علم حقوق دو نوع قصد وجود دارد. قصد انشاء. قصد اخبار. ایقاع و عقود از حیث قصد انشاء یکسان هستند یعنی این نوع قصد در عقد و در ایقاع وجود دارد. پس در هر عقد و در هر ایقاع قصد نتیجه عقد یا ایقاع باید وجود داشته باشد وگرنه عقد یا ایقاع باطل است. ۳- ملک: مورد وصیت که موصی به نامیده می‌شود باید اختصاص به موصی داشته باشد و از آن دیگری نباشد. خواه موصی به مال باشد خواه نباشد مانند آلبوم عکس. ۴- تعهد: کسی که وصیت تملیکی می‌کند یعنی قصدیک جانبه خود را اظهار می‌دارد خود را ملتزم و متعهد به ایجاد حق تقدم در ضمن یک حق به سود موصی له می‌کند. ۵- استیفاء حق پس از موت: این عنصر حتمی و مهم وصیت تملیکی است موصی با وصیتی که می‌کند در مقام استیفاء حق برای بعد از موت خود برمی‌آید، فرق نمی‌کند که بموجب وصیت حقی به سود موصی له ایجاد شود یا ذمه او بموجب وصیت به محض فوت موصی بری گردد. که این را وصیت به ابراء نامیده‌اند. با درج این عنصر در میان عناصر وصیت تملیکی ایرادات مربوط به تملیک در ماده ۸۲۶ ق م دفع می‌شود زیرا استیفاء حق شامل وصیت به تملیک و شامل وصیت به ابراء می‌گردد. پس وصیت را می‌توان اینطور بیان کرد (وصیت انشاء امری است که اثر آن معلق به موت باشد). ۶- دخل و تصرف در ترکه: در این مورد به دو صورت انجام می‌گیرد. الف- بصورت حذف رقمی از ترکه به سود خود موصی مانند وصیت به ثلث که در مصارف خیرات برای موصی خرج می‌شود یا به سود غیر... ب- به صورت تعیین سهم الارث. ۷- عدم پیدایش ولایت برای دیگری: ولایت سلطه و اختیار قانونی است متولی موقوفه بر موقوفه ولایت دارد. اگر وصیتی ایجاد ولایت برای دیگر نکند آن یک وصیت تملیکی است. وصیت عهدی: عبارت است از دادن ولایت برای انجام دادن کار یا کارهای معین برای بعد از ممات.<sup>۳۵</sup>

### اجزاء موصی به در وصیت تملیکی

الف- پرداختن بدهی های موصی ب- وصول مطالبات موصی ج- پس دادن ودیعه ای که نزد موصی بوده و تعلق به دیگران دارد و نیز پس گرفتن ودیعه هایی که موصی نزد دیگران دارد. د- ولایت بر اولاد و اولاد اولاد موصی، یعنی ولایت بر صغیر و سفیه و دیوانه و حفظ آنان. و- توزیع حقوق واجبه. عبارت است از تعهدات دینی و مدنی موصی از قبیل پرداختن دیون و دادن زکات یا مالیات و عوارض شهرداری. م- انجام دادن تبرعات موصی که خود او امر به آنها کرده است مانند اجراء وصیت به ثلث که همراه با انجام دادن تبرعات است. پایه اصطلاح عهدی در واژه هایی از قبیل عقد عهدی بیع عهدی وصیت عهدی یمسان است یعنی دانشمندان این طور فکر کرده‌اند، که عمل حقوقی که منشاء تعهد فعل یا ترک است عمل حقوقی عهدی است. باقی اعمال حقوقی را که منشاء تعهد فعل و ترک نیستند عمل حقوقی تملیکی نامیده‌اند. مانند بیعی که همزمان با ایجاب و قبول موجب انتقال مالکیت مبیع می‌شود. بنابراین مقدمه اگر آن عمل حقوقی عهدی باشد آن عقد را عقد عهدی نامیده‌اند و اگر بیع باشد بیع عهدی می‌باشد و اگر وصیت باشد وصیت عهدی نام دارد. از آنجا که وصیت عهدی برابر قانون مدنی تعهد فعل برای وصی پدید می‌آورد بهمین جهت این وصیت را وصیت عهدی خوانده‌اند. ولی در وصیت تملیکی تعهد فعل وجود ندارد بلکه هدف موصی دخل و تصرف در ترکه است که به صورت یک حق همزمان با ایجاب موصی پدید می‌آید.<sup>۳۶</sup>

### شرایط معلق بودن وصیت تملیکی

در خصوص ماهیت وصیت تملیکی اختلاف است، برخی آن را عقد می‌دانند و عده‌ای آن را در زمره ایقاعات قرار می‌دهند. اما وصیت عهدی بدون تردید ایقاع است. علاوه بر معلق بودن وصیت بر فوت و قابل رجوع بودن آن، وصیت مجانی می‌باشد و

<sup>۳۴</sup> نجفی، محمد حسن، (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۸، لبنان، دار احیاء التراث العربی

<sup>۳۵</sup> کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۵۱ و امامی، ۱۳۷۳: ۳، ۶۲ و ۱۳۷۳: ۵۱۴

<sup>۳۶</sup> لمعه دمشقیه دکتر ابراهیم لطفی از ص ۳۳۹ الی ۳۶۷

نمی‌توان در آن شرط عوض کرد و به صورت معامله درآورد. اگر موصی له غیر محصور باشد مثل وصیت بر فقرا، قبول موصی له شرط نیست<sup>۳۷</sup>. وصیت پس از فوت موصی و قبض موصیبه غیرقابل رد می‌باشد. و موصی له نمی‌تواند وصیت را رد نماید. موصیله می‌تواند قسمتی از وصیت را قبول کند و قسمت دیگر را رد نماید، و نسبت به قسمت قبول شده صحیح است. موصیله باید اهلیت تمتع داشته باشد. وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر این که زنده متولد شود.<sup>۳۸</sup>

موصی می‌تواند تا ثلث از اموال خود را وصیت کند، وصیت در زیاده بر ثلث اموال، نافذ نیست مگر به اجازه وراثت و اگر بعضی از وراثت اجازه دهند، فقط نسبت به سهم آنان نافذ خواهد بود. و میزان ثلث هم نسبت به اموال موصی در زمان وفات است نه زمان وصیت. موصی باید در زمان وصیت، اهلیت داشته باشد و نسبت به مورد وصیت جازر التصرف باشد. در وصیت اگر موصی بعد از اقدام به خودکشی وصیت نماید. (مثلاً مقدمات خودکشی را فراهم کرد و بعد وصیت نمود اگر به هلاکت رسید) وصیت باطل است ولی اگر قبل از خودکشی و اقدام به آن، وصیت بکند صحیح است.

□ هرگاه کسی به قصد خودکشی خود را مجروح یا مسموم کند یا اعمال دیگر از این قبیل که موجب هلاکت است مرتکب گردد و پس از آن وصیت نماید آن وصیت در صورت هلاکت باطل است و هرگاه اتفاقاً منتهی به موت نشد و وصیت نافذ خواهد بود<sup>۳۹</sup>

□ مورث نمی‌تواند، بعضی یا همه وراثت را از ارث محروم کند.<sup>۴۰</sup>

□ موصیبه باید ملک موصی باشد، وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است.<sup>۴۱</sup>

□ لازم نیست موصیبه هنگام وصیت موجود باشد و می‌توان به مالی که در آینده موجود می‌شود وصیت نمود.

□ تا زمانی که موصیله، رد یا قبول خویش را اعلام نکرده، ورثه نمی‌توانند در موصیبه تصرف کنند.

□ در وصیت عهدی قبول شرط نیست ولی وصی می‌تواند تا زمانی که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد.

نکته قابل ذکر این است که امام خمینی (ره) علاوه بر وصیت عهدی و تملیکی که در قانون مدنی به آنها اشاره شده است، صحبت از قسم دیگری تحت عنوان وصیت (فکّی) کرده است و وصیت به وقف را از مصادیق آن شمرده است.

آنچه تاکنون مطرح گردید، ما را به سمتی متمایل می‌کند که وصیت تملیکی را عقد و وصیت عهدی را ایقاع بدانیم. با پذیرش این نظر در اینکه اراده موصی له در تحقق وصیت تملیکی لازم است، تردیدی باقی نمی‌ماند. لذا با اعلان قبولی از ناحیه او وصیت محقق می‌گردد و بالعکس اگر آن را رد کند عقد وصیت فاقد آثار حقوقی خواهد بود.

رد وصیت از چندین جهت قابل بررسی است. اول اینکه وصیت تملیکی است یا عهدی و دوم اینکه رد وصیت در هر یک از اقسام مزبور قبل از فوت و بعد از فوت موصی چه آثاری را در پی خواهد داشت.

مستنداً به ماده ۸۳۰ قانون مدنی قبول یا رد موصی به قبل از فوت موصی اثری ندارد و رد یا قبول وصیت بعد از فوت او معتبر می‌باشد. آن عده‌ای که اراده موصی له را در انعقاد وصیت مؤثر نمی‌دانند و به عبارت دیگر وصیت تملیکی را ایقاع می‌دانند، این مطلب را اشکالی وارد بر نظریه عقد بودن وصیت تملیکی می‌دانند. بدین نحو که اگر قبول موصی له شرط لازم برای تحقق وصیت است، لذا با الحاق قبولی به ایجاب وصیت از ناحیه موصی، دیگر وصیت را باید تمام شده فرض کرد. لیکن وضع این ماده حکایت دیگری را مطرح کرده است. آن عده‌ای که این اشکال را به نظریه عقد بودن وصیت وارد می‌دانند، توجهی به قصد انشاء موصی و اراده باطنی او نداشته‌اند، مضافاً به اینکه تحلیل نادرستی از مفاد این ماده و مستندات فقهی آن به عمل می‌آورند. زیرا این مطلب بیانگر این موضوع نیست که اراده موصی له در تحقق وصیت لازم نمی‌باشد بلکه بحث بر اعتبار ایجاد موصی تا زمان فوت اوست از یک جهت و از جهت دیگر اجازه‌ای که به موصی برای رجوع از وصیت داده شده است. به این معنا که در فرض رد

<sup>۳۷</sup> مفاد ماده ۸۲۸ قانون مدنی

<sup>۳۸</sup> ماده ۸۵۱ ق مدنی

<sup>۳۹</sup> مفاد ماده ۸۳۶ قانون مدنی

<sup>۴۰</sup> مفاد ماده ۸۲۷ قانون مدنی

<sup>۴۱</sup> مفاد ۸۴۱ قانون مدنی

از ناحیه موصی له چون اساساً ایجاب وصیت برای زمان بعد از فوت موصی خلق شده است، با رد آن حیات حقوقی آن تمام نمی‌شود و اثر آن این چنین است که اگر آن را رد کند و سپس بعد از فوت مجدداً قبول نماید، عقد وصیت محقق می‌گردد و بالعکس در فرضی که موصی له قبول می‌کند، باید این حق را برای موصی قائل شد که تا زمان حیات دنیوی خویش حق رجوع از آن را داشته باشد. این حق را نمی‌توان با قواعد عمومی قرارداد مغایر دانست، زیرا مفاد تراضی طرفین در عقد وصیت، تعلیق آثار آن به فوت موصی است و به عباره‌الآخری ماهیت و فلسفه وجودی وصیت را چیزی جز این نمی‌توان دانست.

در اینکه اراده باطنی موصی حکایت از استدام ایجاب وصیت تا زمان فوت او دارد، تردیدی وجود ندارد و اساساً همان‌طور که گفته شد رد وصیت را قبل از فوت مؤثر نمی‌دانیم، اما باید توجه داشت که اگرچه موصی به طور ضمنی برای ایجاب وصیت مدت قائل شده است ولی نمی‌توان این قصد را التزام به ایجاب وصیت تلقی کرد و به تبع آن رجوع از آن را پس از قبولی جایز دانست. این تعیین مدت هیچ قرینه‌ای برای التزام به ایجاب وصیت ندارد. زیرا اساساً جزء ماهیت وصیت است و اگر اینچنین نباشد نمی‌توان آن را وصیت دانست.

اما اگر قبول یا رد پس از فوت موصی ابراز گردد بی‌گمان مؤثر خواهد بود و در صورت قبول باعث انعقاد وصیت می‌گردد و اگر هم رد شود موجب زوال ایجاب آن می‌شود و در نتیجه موصی به در ماترک متوفی باقی خواهد ماند و به ورثه تعلق می‌گیرد. با وجود این ماده ۸۳۰ قانون مدنی در این باب مقرر داشته است که:

«... اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد، دیگر نمی‌تواند آن را رد کند»...

مفهوم مخالف این ماده حاکی از این امر است که در صورتی که آن را قبول ولی موصی به را قبض نکرده باشد، کماکان حق رد وصیت را خواهد داشت. این موضوع امری برخلاف قواعد عمومی قراردادها است. زیرا دلیلی ندارد با ابراز قبولی و الحاق آن به ایجاب وصیت، قبض را نیز شرط لزوم برای تحقق وصیت دانست. با وجود این قانونگذار در ماده ۸۳۰ قانون مدنی به پیروی از نظر برخی از فقها و برخلاف نظر مشهور که قبض را شرط لزوم وصیت نمی‌دانند، اینگونه مقرر داشته است. اما این ماده تنها بیانگر لزوم قبض برای تحقق وصیت است و به عبارت دیگر قبض را شرط لازم معرفی کرده است ولی در اینکه آیا شرط کافی نیز می‌باشد یا خیر، ساکت است. به نظر می‌رسد در فرضی که موصی له عالماً و عامداً اقدام به قبض موصی به می‌کند، دلیلی وجود ندارد که آن را کافی برای تحقق وصیت ندانست، زیرا این اقدام او به‌طور ضمنی دلالت بر قبول وصیت نیز دارد. لیکن قبض به تنهایی در صورتی موجب تحقق وصیت می‌باشد که به شرح مذکور محفوف به قرینه‌ای باشد که دلالت بر قبول وصیت نیز داشته باشد. لذا در فرضی که قبض مبتنی بر اشتباه بوده است و موصی له اساساً از وجود ایجاب وصیت اطلاعی نداشته است و عدم احراز قبول از ناحیه او نمی‌توان قبض را کافی برای تحقق وصیت دانست. در صورتی که وصیت عهدی باشد مستنداً به ماده ۸۳۴ قانون مدنی قبول شرط نیست و مادامی که موصی زنده است، وصی می‌تواند وصایت را رد کند ولی در صورتی که موصی فوت کرده باشد، رد وصیت فاقد اثر حقوقی خواهد بود ولو اینکه وصی نسبت به وصایت جاهل باشد. الزام وصی نسبت به اجرای وصایت حتی در صورت جهل به آن از دو جهت قابل بررسی است. اینکه آیا اشخاص می‌توانند یا ایقاع و اراده یک‌جانبه خود برای ثالث ایجاد تعهد و التزام کنند، محل بحث است که به نظر حداقل در مورد وصیت عهدی با شرایط خاص و ویژه آن قابل قبول است. با وجود این امکان رد برای وصی داده شده است و در صورت عدم تمایل به آن وصایت را رد کند، لیکن در صورت عدم قبول در ابلاغ و ابراز رد تا زمان حیات موصی ملتزم به اجرای آن می‌شود. این التزام به دو جهت است: اول اینکه رد وصی بعد از فوت موصی و در نتیجه عدم اجرای وصیت، ممکن است به منافع عمومی خلل وارد آورد. تردیدی نیست که غالباً وصایت در جهت حمایت معنوی و اجتماعی بازماندگان متوفی و همچنین امور مالی و غیرمالی او که مرتبط با اشخاص ثالث است می‌باشد. لذا عمل به وصایت همراه با منفعت‌های معنوی و اجتماعی خواهد بود و آثار آن با وصیت تملیکی که ناظر به امور مالی است متفاوت است. رد وصیت در اینگونه موارد طبیعتاً آثار سوئی در بر خواهد داشت که موجب ضررهای معنوی و اخلاقی بسیاری می‌گردد. مضافاً به اینکه هر عمل حقوقی که ایجاد تعهد می‌کند علاوه بر ضمانت اجرای قانونی، دارای ضمانت اجرای اخلاقی نیز می‌باشد که این امر در وصیت عهدی نیز به طریق اولی جاری خواهد بود. بدون تردید موصی در تعیین وصی مصالحی را در نظر گرفته است که آن را باید محرک اصلی او در انشای وصیت دانست. موصی با انشای وصیت، وصی را امین خود پس از فوت خویش قرار داده است تا در امور و مصالح اجتماعی و خانوادگی او به جای او عمل کند، اقتضای این امر عمل به

وصیت است. علاوه بر این گاهی رد وصیت غیرقابل جبران می‌باشد. وصیت ممکن است ناظر به اعمالی باشد که قائم به شخص وصی بوده است، لذا عدم انجام وصیت جبران‌ناپذیر می‌باشد. در موردی که موصی وصیت می‌کند که وصی تشریفات کفن و دفن او را انجام دهد یا از کودکان او نگهداری کند، اگر وصی به وظایف خود عمل نکند اراده موصی هرچند به طور ناقص عملی خواهد گردید. زیرا مطابق عرف و مقررات عمومی جسد او دفن می‌گردد و قیام منسوب از طرف دادگاه تحت نظر دادستان وظایف وصی را انجام می‌دهد. ولی در فرضی که انجام وصیت قائم به شخص وصی است، رد او غیرقابل جبران است و اختیار وصی و رد وصیت انجام اراده موصی را غیرممکن می‌سازد.<sup>۴۲</sup>

مقصود از بطلان وصیت اینست که انشاء کننده وصیت اگر شرایط اساسی و مقررات قانونی وصیت را در موقع انشاء وصیت رعایت نکند یک چنین وصیتی خود بخود باطل است ولی ابطال وصیت بر حسب موجبات و علل دیگری است که خارج از انشاء وصیت بوده و ارتباط بنفوس وصیت نخواهد داشت و بالنتیجه در بطلان وصیت محاکم قضائی بدون استناد طرف مقابل مکلف به تأثیر ندادن آن وصیت باطل در دعوی میباشند ولی در قسمت ابطال وصیت محاکم حق ندارند بدون استناد طرف ذینفع آنرا در دعوی بلا تأثیر بدانند. مثلاً وصیت تملیکی برای صرف مال در امر غیر مشروع از قبیل تأسیس قمارخانه علنی و شیره‌کش خانه در صورتی که طرف دعوی هم بطلان آنرا اعلام نکند محاکم حق صدور حکم نسبت باجرا مدلول چنین وصیتی را نخواهند داشت ولی در آن قسمت وصیت که آنرا ابطال مینامیم مانند وصیت زائد بر ثلث که وراثت نسبت بمازاد از ثلث موافقت نکرده‌اند محاکم بدون استناد طرف دعوی نمیتوانند از لحاظ بطلان وصیت نسبت بمازاد ثلث یک چنین وصیتی را نسبت بمازاد از ثلث غیر معتبر دانسته و ترتیب اثر بآن ندهند.<sup>۴۳</sup>

### نتیجه گیری

تعلیق در وصیت موجب بطلان است. با توجه به آنچه که در خصوص عقد بودن وصیت تملیکی بیان شد در خصوص قبول یا رد وصیت تملیکی باید به موارد زیر توجه کنیم. قبول شخصی که وصیت به نفع او شده است قبل از فوت موصی نسبت به اراده موصی موثر نیست و موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند حتی در صورتی که موصی له، موصی به را قبض کرده باشد. ماده ۸۲۹ قانون مدنی بر اساس ماده ۸۳۰ قانون مدنی: قبول شخصی که وصیت به نفع او شده است صرفاً بعد از فوت وصیت کننده معتبر است نه قبل از فوت وی. در صورتی که موصی له، قبل از فوت موصی وصیت را قبول کند و سپس موصی فوت نماید بعد از فوت او لازم نیست تا مجدداً مورد وصیت را قبول کند بلکه همان قبول سابق بر فوت وصیت کننده برای انتقال مال مورد وصیت کافی میباشد. بر اساس همین ماده در صورتی که موصی له قبل از فوت موصی وصیت را رد کرده باشد بعد از فوت وی می‌تواند آن را قبول کند. در صورتیکه موصی له قبل از فوت موصی مورد وصیت را قبول کرده باشد و موصی فوت کند ولی هنوز مورد وصیت توسط موصی له قبض نشده باشد میتواند از قبول رجوع کند و مجدداً وصیت را رد نماید ولی اگر او علاوه بر قبول وصیت مورد وصیت را قبلاً نیز کرده باشد دیگر نمی‌تواند وصیت را رد نماید. علاوه بر رعایت مقررات و احکام مخصوص بوصیت لازم است سایر شرایط اساسی و عمومی مربوط بصحت معاملات از قبیل قصد و اراده جدی و اهلیت موصی در موقع انشاء وصیت رعایت گردد و چون یکی از شرایط اساسی هر عقد و ایقاعی تخیر است لذا نمیتوان انشاء وصیت را معلق بحصول امر دیگری نمود مانند تعلیق وصیت بر اجازه دیگری و لو محقق الحصول باشد زیرا وصیت اعم از اینکه عقد باشد و یا ایقاع از مصادیق انشاء خواهد بود و انشاء که بمعنی ایجاد است قابل تعلیق نیست بنابراین اگر موصی وصیت خود را معلق بموجود شدن امر و موضوع دیگری نماید یک چنین وصیتی غیر صحیح و باطل میباشد. بعضی از فضایل معاصر به پیروی از متقدمین وصیت را از جمله عقود دانسته و حتی وصیت را منحصر از مصادیق عقد معلق تشخیص داده‌اند و اشتباه این اشخاص بیشتر ناشی از اینست که از ظاهر ماده ۱۸۴ قانون مدنی که عقد را بمنجز و معلق تقسیم نموده تصور کرده‌اند وصیت استثنائاً از عقود معلق محسوب میشود در صورتیکه هیچ عقد و ایقاعی قابل تصور تعلیق نیست و وصیت هم اعم از عقد و یا ایقاع باشد مستثنی از این قاعده نمیشود و فقط ممکن است متعلق عقد و ایقاع معلق باشد و این هم اختصاصی بانشاء وصیت نداشته و ممکن است در

<sup>۴۲</sup> علامه حلی، تذکره، جلد ۲ کتاب وصایا به نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین جلد ۳ صفحه ۳۷۹.

<sup>۴۳</sup> کلیایگانی، سیدمحمدرضاموسوی، (۱۴۱۳ه.ق)، هدایه العباد، جلد ۲، چاپ اول، قم، دارالقرآن الکریم

تمام عقود و ایقاعات این فرض بوجود آید. مقصود از بطلان وصیت این است که اگر شرایط اساسی و مقررات قانونی وصیت را در موقع انشا وصیت رعایت نکند یک چنین وصیتی خودبخود باطل است ولی ابطال وصیت برحسب موجبات و علل دیگری است که خارج از انشا وصیت بوده و ارتباط بنفوس وصیت نخواهد داشت و بالنتیجه در بطلان وصیت محاکم قضایی بدون استناد طرف مقابل مکلف به تاثیر ندادن آن وصیت باطل در دعوی می باشند ولی در قسمت ابطال وصیت محاکم حق ندارند بدون استناد طرف ذی‌بفع آنرا در دعوی بلا‌تاثیر بدانند. مثلاً وصیت تملیکی برای صرف مال در امر غیر مشروع از قبیل تاسیس قمارخانه علنی و شیره کش خانه در صورتی که طرف دعوی هم بطلان آنرا اعلام نکند محاکم حق صدور حکم نسبت به اجرا مدلول چنین وصیتی را نخواهند داشت ولی در آن قسمت وصیت که آنرا ابطال می‌نماییم مانند وصیت زائد بر ثلث موافقت نکرده اند محاکم بدون استناد طرف دعوی نمی‌توان از لحاظ بطلان وصیت نسبت بمزاد ثلث یک چنین وصیتی را نسبت بمزاد از ثلث غیر معتبر دانسته و ترتیب اثر به آن ندهند. تعلیق در وصیت بطلان است. علاوه به رعایت مقررات و احکام مخصوص بوصیت لازم است سایر شرایط اساسی و عمومی مربوط بصحت معاملات از قبیل قصد و اراده جدی و اهلیت موصی در موقع انشا وصیت رعایت گردد و چون یکی از شرایط اساسی هر عقد و ایقاعی تخیر است لذا نمیتوان انشا وصیت را معلق بحصول امر دیگری نمود مانند تعلیق وصیت بر اجازه دیگری ولو محقق الحصول باشد زیرا وصیت اعم از اینکه عقد باشد و یا ایقاع از مصادیق انشا خواهد بود و انشا که بمعنی ایجاد است قابل تعلیق وصیت بر اجازه نیست بنابر این اگر موصی وصیت خود را معلق بموجود شدن امر و موضوع دیگری نماید یک چنین وصیتی غیر صحیح و باطل می‌باشد. بعضی از فضالی معاصر به پیروی از متقدمین وصیت را از جمله عقود دانسته و حتی وصیت را منحصراً از مصادیق عقد معلق تشخیص داده اند و اشتباه این اشخاص بیشتر ناشی از این است که از ظاهر ماده ۱۸۴ قانون مدنی که عقداً بمنجر و معلق تقسیم نموده تصور کرده اند وصیت استثنائاً از عقود معلق محسوب می‌شود در صورتیکه هیچ عقد و ایقاعی قابل تصور تعلیق نیست و وصیت هم اعم از عقد و یا ایقاع باشد مستثنی از این قاعده نمی‌باشد و فقط ممکن است متعلق عقد و ایقاع معلق باشد و این هم اختصاص به انشا وصیت نداشته و ممکن است در تمام عقود و ایقاعات این فرض بوجود آید. مثل اینکه شخصی ملک خود را در مدت دو سال بدیگری اجاره و در همان تاریخ همان مک را بشخص دیگری اجاره می‌دهد که پس از انقضا مدت اجاره منافع آنرا تملیک و استفاده نماید و همچنین ملکی که در مدت بیست سال برای وارث حبس شده ورثه می‌تواند در زمان حبس ملک را فروخته‌النهاییه تصرف و تملک خریدار متوقف به انقضا مدت حبس است و در این دو مورد اجاره و بیع باعتبار متعلق عقد اجاره و بیع معلق محسوب می‌شوند و در وصیت هم انشا وصیت تعلیق نشده بلکه تاثیر عقد وصیت و متعلق وصیت معلق به بعدالحیات گرفته است. بطور خلاصه می‌توان استنباط کرد که یک سری اصول کلی موجب بطلان وصیت می‌باشد عبارت است از:

اول - مورد وصیت حقوق قتل انتقال واقع شود از قبیل حق اشفعه و خیارات و سایر حقوق و یا آنکه انشا تملیک بعد از فوت بازا وجه نقد و یا عملی که دارای اجرت و حق الجعالة می‌باشد قرار گیرد بیدهی است یک چنین وصیتی مخالف ماده ۸۲۶ قانون مدنی بوده و محکوم بطلان است زیرا وصیت تملیکی برحسب ماده مزبور عبارت است از اینکه کسی عین و یا منفعتی از مال خود برای زمان بعد از فوتش بدیگری مجاناً تملیک نماید.

در اینصورت حقوق مالی موصی نه عین و نه منفعت مال است و همچنین وصیت بازا ما و یا عمل قابل اجرت تملیک مجانی نیست مبنیاً بر این اصل اگر حقوق خیارات که بوراث انتقال یافته ورثه از اختیارات خود در قسح معاملات متوف استفاده نمایند و در اثر آن مالی برای ورثه تحصیل شود آن مال نمی‌تواند مورد وصیت واقع گردد.

دوم - وصیت نسبت باعیان و منافع می‌شود که موصی از تصرف در آنها ممنوع بوده تا حین الفوت مانند اموالی که بوثیقه دیگری گذاشته شده و یا آنکه از طرف مقامات ذی‌صلاحیت بواسطه حجر موصی و یا بعنوان تامین مدعی به توقیف و موصی از مداخله در آنها عیناً و منفعه ممنوع بوده است اینکه ممنوعیت موصی را تا حین الفوت قید نمودیم برای این است که مناط در وجود ورد وصیت حین الفوت موصی است زیرا هر چند در ماده ۸۳۵ قانون مدنی بطلان وصیت در ای مورد بطور کلی ذکر شده ولی از ملاحظه ماده ۸۴۲ از آن قانون که می‌گوید ممکن است مالی را که موجود نشده است وصیت نمود میتوان استنباط کرد که بطریق اولی شامل وصیتی خواهد شد که موصی در موقع انشا وصیت ممنوع از تصرف در اموال خود بوده ولی در موقع فوت رفع ممنوعیت از اموال او شده باشد.

سوم - وصیت برای اشخاصی که در حین وجود نداشته اند ولی وصیت برای حمل و همچنین وصیت برای اشخاص غیر موجود ولی به تبع موجود مانند وقف صحیح بوده و باطل نیست بنا بر این وصیت برای شخصی بدون قید صفت می بایستی آن شخص در موقع فوت موصی وجود داشته باشد و بانتفا هر یک از آنها وصی باطل است.

ولی در موردی که وصیت بر شخص معینی با قید صفت مخصوص انجام گردد جود آن صفت در موقع انشا وصیت لازم رعایه نیست ولی در موقع فوت موصی و قبول وصیت لازم است که آن شخص متصف به آن صفت باشد.

چهارم - وصیت کسی که خود را مجروح و مسموم نموده و در اثر مجروح و مسموم شدن فوت کند و بطلان وصیت شخصی که انتحار کرده موقعی است که بعد از جرح و مسموم کردن وصیت خود را انجام دهد. ولی اگر قبل از مجروح و مسموم نمودن خود وصیت نمای وصیت او باطل نیست و برای این حکم علت و مصلحتی بنظر نمی رسد جز نص قانون زیرا اگر فقدان شعور منحل را علت وجود این حکم فرض نمائیم سایر معاملات یک چنین شخصی بطریق اولی باید محکوم بطلان شود و حال آنکه علی الاصول معاملات شخصی که بنحو مذکور اقدام بخودکشی نموده محمول بر صحت است مگر خلاف آن ثابت شود. و بعلاوه چنانچه شخصی که خود را مجروح و یا مسموم نموده و در اثر آن فوت نکند وصیت او صحیح و نافذ خواهد بود و از این حکم فرض نمائیم سایر معاملات یک چنین شخصی بطریق اولی باید محکوم بطلان شود و حال آنکه علی الاصول معاملات شخصی که بنحو مذکور اقدام بخودکشی نموده محمول بر صحت است مگر خلاف آن ثابت شود. و بعلاوه چنانچه شخصی که خود را مجروح و یا مسموم نموده و در اثر آن فوت نکند وصیت او صحیح و نافذ خواهد بود و از این حکم علوم می شود که علت بطلان وصیت یک چنین شخصی فقد شعور نبوده است و اگر چنین فرضی قبلاً تصور بود میبایستی در این حال هم وصیت او باطل تلقی شود.

پنجم - وصیت بصرف مال در امر غیر مشروع. مراد از غیر مشروع موضوعاتی است که برحسب قوانین انتظامی افراد ممنوع از ارتکاب آن موضوعات و اعمال می باشند و بطلان این قسمت از وصیت شامل تمام افراد است ولی آنکه دارای مذاهب مختلف باشند و اختصاص به افرادی که دارای هر گونه مذهب اسلام هستند ندارد زیرا در مقابل قوانین انتظامی تمام افراد دارای هر گونه مذهب و دین باشند متساوی هستند بنا بر این وصیت صرف مال برای افتتاح مراکز فساد و بالاخره وصیت برای هر امر نامشروعی باطل است.

ششم - وصیت بمحروم نموده یک و یا چند نفر ورثه را از ارث باطل است و حکم بطلان در موردی است که صریحاً مورث وراث خود را از ارث محروم کند ولی اگر بوسیله عقود و معاملاتی خواسته باشد وراث را محروم از ارث کند ظاهر قانون او را ممنوع ننموده است و انتقالات چنین شخصی ظاهراً محمول بر صحت است. گرچه ممکن است نظر مخالف آنرا هم قابل بحث دانست زیرا یکی از شرایط اساسی صحت معامله مشروعیت جهت معامله است و در اینموارد شاید گفته شود که محروم نمودن وراث از ارث مشروع نیست و کسی که به آن جهت اقدام بمعاماتی نماید نمی بایستی آن معاملات را صحیح دانست. زیرا جهت معامله در اینموارد مشروع تلقی نمی شود. ولی البته اینموضوع محتاج بامعان نظر بیشتری است

هفتم - مورد وصیت باید ملک طلق موصی باشد و وصیت بمال غیر ولو با اجازه مالک جایز نیست زیرا وصیت ایقاع را نمی توان بطور فضولی از طرف الک انشا نمود. مانند طلاق چه آنکه هیچکس حق ندارد زوجه دیگری را طلاق دهد ولو آنکه بعداً شوهر زن طلاق فضولی را تصویب و تنفیذ نماید و قصود از ماده ۸۴۱ قانون مدنی همان وصیت فضولی است. ولی عبارت ماده مرقوم موهم آنست که وکالت در انجام وصیت هم جایز نیست. زیرا ماده مرقوم بطور کلی انجام وصیت را از طرف دیگری ولو با اجازه مالک باشد ممنوع نموده است و حال آنکه اگر اجازه مالک بعنوان وکالت بدیگری داده شده و آن شخص بعنوان وکالت از طرف موصی انشا وصیت نماید بدیهی است وصیت مرقوم محمول بر صحت است.

نکته دیگری که ذکر آن در این رابطه حائز اهمیت است این است که قبل از اینکه مساله وصیت را قبول یا رد نماید، ورثه موصی، نمی توانند در آن تصرف کنند ولی اگر موصی له در اعلام رد یا قبول تاخیر نماید و به سبب این تاخیر، ضرری به ورثه وارد گردد آنها می توانند از دادگاه بخواهند تا او را ملزم کند که تصمیم خود را بیان نماید.

## منابع و مراجع

- [۱] امامی، سید حسن، (۱۳۷۳) حقوق مدنی، جلد ۱ و ۲، چاپ دهم، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
- [۲] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰) حقوق مدنی-وصیت، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- [۳] -----، (۱۳۸۲)، فلسفه اعلیٰ در علم حقوق، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- [۴] -----، (۱۳۸۸) دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- [۵] -----، (۱۳۹۰) فلسفه حقوق مدنی، جلد ۱ و ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- [۶] شهیدی، مهدی (۱۳۸۰) آثار قراردادهای و تعهدات، جلد ۳، چاپ دوم، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.
- [۷] -----، (۱۳۸۶) شروط ضمن عقد، جلد ۴، چاپ اول، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.
- [۸] صفایی، سیدحسین (۱۳۸۶) قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۲، چاپ پنجم، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- [۹] عدل، مصطفی (۱۳۷۳) حقوق مدنی، قزوین، انتشارات بحرالعلوم.
- [۱۰] کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹) وصیت در حقوق مدنی ایران، چاپ دوم، تهران، کانون وکلای دادگستری مرکز.
- [۱۱] -----، (۱۳۸۵) اعمال حقوقی، چاپ ۱۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- [۱۲] -----، (۱۳۸۷) ایقاع، چاپ ۸، تهران، نشر میزان.
- [۱۳] -----، (1388) قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۱، چاپ ۸، تهران، بنیاد حقوقی کاتوزیان.
- [۱۴] -----، (۱۳۹۰) قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۳، چاپ ۶، تهران، بنیاد حقوقی کاتوزیان.
- [۱۵] گیلانی فومنی، (بهجت)، محمدتقی، (۱۴۲۸ هـ ق)، استفتاءات، جلد ۴، قم، بی نا.
- [۱۶] محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۶۸ هـ ش)، بررسی فقهی و حقوقی وصیت، تهران، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.
- [۱۷] ----- (۱۳۸۷ هـ ش)، بررسی فقهی حقوق خانواده-نکاح و انحلال آن، چاپ پانزدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- [۱۸] انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵) المکاسب، جلد ۳ و ۶، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخاعظم انصاری.
- [۱۹] انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵) رساله فی الوصایا، جلد اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- [۲۰] ۳ جنوردی، سیدحسن بن آقا بزرگ، (۱۴۱۹ هـ ق)، القواعد الفقهیه، ج ۶، قم، نشر الهادی.
- [۲۱] بحر العلوم، محمد، (۱۴۰۳ هـ ق)، بلغه الفقیه، جلد ۳، چاپ چهارم، تهران، منشورات مکتبه الصادق.
- [۲۲] حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، (۱۴۱۷ هـ ق)، العناوین الفقهیه، جلد ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۲۳] حکیم، محسن طباطبایی، (۱۴۱۶ هـ ق)، مستمسک عروة الوثقی، جلد ۱۲ و ۱۴، قم، مؤسسه دارالتفسیر.
- [۲۴] حلی، (فخرالمحققین)، محمد (۱۳۸۷) ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۵] حلی، مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۳ هـ ق)، نضد القواعد الفقهیه، چاپ اول، ایران، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- [۲۶] خمینی، سید روح الله (۱۴۲۸) تحریر الوسیله، جلد ۲، قم، مؤسسه دارالعلم.
- [۲۷] خمینی، سید روح الله، (بی تا)، کتاب البیع، جلد ۴، قم، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی.
- [۲۸] خوبی، ابوالقاسم موسوی، (۱۴۱۸ هـ ق)، مؤسسه الامام خویی، ج ۳۳، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام خویی.
- [۲۹] سبزواری، سید عبد الأعلى، (۱۴۱۳)، مهذب الأحکام، جلد ۱۶، چاپ ۴، قم، مؤسسه المنار.
- [۳۰] شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ هـ ق)، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- [۳۱] شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۲۴ هـ ق)، کتاب النکاح، جلد ۶، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- [۳۲] عاملی حسینی، سیدجواد، (۱۴۱۹ هـ ق)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۲۱ و ۲۳، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۳۳] عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (بی تا)، القواعد و الفوائد، جلد ۲، چاپ اول، قم، کتابفروشی مفید.
- [۳۴] علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ هـ ق)، قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد ۳، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۳۵] قمی، سید صادق حسینی روحانی، (بی تا)، منهاج الصالحین، جلد ۲، بی نا.
- [۳۶] کرکی، شیخ علی بن الحسین، (۱۴۱۴ هـ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۹ و ۴، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.



- [۳۷] کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، (۱۴۲۹ هـ.ق)، الکافی، جلد ۱۳، دار الحدیث للطباعة و نشر.
- [۳۸] گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، (۱۴۱۳ هـ.ق)، هدیها للعباد، جلد ۲، چاپ اول، قم، دارالقرآن الکریم.
- [۳۹] گیلانی، میرزای قمی، ابوالقاسم، (۱۴۲۶ هـ.ق)، رساله فی حکم شیربها، جلد ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- [۴۰] لنکرانی، محمد فاضل، (۱۴۲۱ هـ.ق)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، جلد ۱، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- [۴۱] محدث نوری، میرزا حسن، (۱۴۰۸ هـ.ق)، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، جلد ۱۳، چاپ اول، بیروت، مؤسسه البیت (ع).
- [۴۲] نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۳۷۳ هـ.ق)، منیه الطالب فی حاشیهها لمکاسب، جلد ۲، چاپ اول، تهران، المکتبه المحمديه.
- [۴۳] نجفی گیلانی، میرزا حبیب الله رشتی، (۱۳۱۶ هـ.ق)، التعلیقہ علی مکاسب، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه.
- [۴۴] نجفی، محمد حسن، (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۸، لبنان، دار احیاء التراث العربی.
- [۴۵] نراقی، مولی احمد، (۱۴۱۷ هـ.ق)، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- [۴۶] یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، (۱۴۰۹ هـ.ق)، العروه الوثقی، جلد ۲، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه العلمی للمطبوعات.
- [۴۷] -----، (۱۴۲۸ هـ.ق)، العروه الوثقی مع التعلیقات، جلد ۲، قم، انتشارات مدرسه امامعلی بن ابی طالب.