

## بازپژوهی ادله بطلان وصیت به مال غیر (با رویکرد انتقادی به ماده ۸۴۱ قانون مدنی)

سید ابوالقاسم نقیعی\* / بابک خسروی نیا\*\*

### چکیده

یکی از شرایط وصیت، مالکیت موصی نسبت به مورد وصیت است که در کتب فقهی و همینطور در قانون مدنی به آن تصریح شده است. موضوع مهم این است که نتیجه فقدان این شرط چیست و وصیت موصی نسبت به مال دیگری غیر نافذ است یا باید آن را باطل تلقی کرد؟

عده ای از فقها و حقوقدانان چنین وصیتی را به طور مطلق باطل دانسته اند در حالی که مراجعه به منابع فقهی نشان می دهد که نص معتبری بر این ایده نیست و مشهور شدن چنین حکمی بین قداما فاقد دلیل است. در عین حال اکثریت فقهای متأخر با استناد به عمومات مربوط به معامله فضولی، اصل اباحه و مسامحی بودن وصیت، چنین وصیتی را با تنفیذ مالک صحیح دانسته اند.

در این مقاله از طریق تحلیل و نقد دیدگاه‌های حقوقدانان پیرامون ماده ۸۴۱ قانون مدنی و بررسی آرای مختلف فقیهان ثابت شده است که وصیت به مال غیر مانند سایر معاملات فضولی غیر نافذ بوده و دلیلی بر استثنا کردن و در نتیجه باطل دانستن آن وجود ندارد.

**کلیدواژه:** وصیت، مال غیر، معامله فضولی، اجازه، باطل، غیرنافذ

\* دانشیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مطهری، نویسنده مسئول

\*\* استادیار دانشگاه پیام نور مرکز صفاشهر

تاریخ وصول: ۹۱/۲/۸ - پذیرش نهایی: ۹۱/۱۰/۱۰

## مقدمه

قانون مدنی ایران بر اساس نظرات مشهور فقها تدوین شده است و حتی اگر یک حکم فقهی مشهور، با قواعد عمومی قراردادها نیز منطبق نباشد در قانون مدنی گنجانده شده است.

یکی از این موارد وصیت به مال غیر است که قانون مدنی در ماده ۸۴۱ به تبعیت از آراء فقهی قائل به بطلان آن شده است و می گوید: «موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است». این در حالی است که قانونگذار در قواعد عمومی راجع به معاملات، معامله به مال غیر را به شرط اینکه مالک یا قائم او پس از وقوع معامله آن را اجازه نماید صحیح دانسته است. بین این احکام تعارض وجود دارد زیرا وصیت تملیکی نیز بنا به نظر بیشتر فقها و حقوقدانان یک عقد است و مطابق قواعد عمومی اگر به طور فضولی واقع شود باید غیر نافذ باشد در حالی که طبق ظاهر ماده ۸۴۱ ق.م. چنین وصیتی باطل است. آنچه که مهم است این است که بینیم هدف قانونگذار از این ماده چه بوده است. آیا قانونگذار خواسته است تا از قاعده کلی صحت معاملات فضولی عدول کرده و آن را تخصیص بزند یا اینکه این ماده هدف دیگری داشته و منافاتی با قاعده کلی مذکور ندارد؟ ماده مذکور صرفاً بر اساس نظرات فقهی متقدم که نص معتبری نیز بر آن نمی باشد تنظیم شده است. این در حالی است که اکثر قریب به اتفاق فقهی متاخر، وصیت به مال دیگری را غیر نافذ دانسته اند که این تغییرات فقهی ضرورت تجدید نظر در قانون مدنی را ایجاب می نماید. لذا برای دستیابی به این نتیجه ابتدا به تحلیل ماده ۸۴۱ قانون مدنی می پردازیم تا مقصود اصلی ماده مذکور روشن شود و تفاسیر مختلف از ماده مذکور را با ادله مربوطه بررسی و نقد می نمائیم و در ادامه به بررسی متون فقهی پرداخته و آراء فقها را پیرامون موضوع مطرح کرده و سپس به نقد ماده ۸۴۱ قانون مدنی می پردازیم تا نتیجه مطلوب که لزوم تبعیت وصیت به مال غیر از قواعد عمومی قراردادها و عدم تخصیص آن می باشد حاصل شود.

## تحلیل ماده ۸۴۱ قانون مدنی

تفاسیر متعددی از ماده ۸۴۱ قانون مدنی ارائه شده است که یکی بطلان مطلق وصیت به مال غیر و دیگری تفصیل بین موردی است که شخص از طرف مالک وصیت

نماید و یا اینکه وصیت را از طرف خود انشاء نماید که در ادامه این دیدگاه ها را بررسی می نمائیم:

### الف: دیدگاه بطلان مطلق وصیت به مال غیر

عده ای از حقوقدانان با توجه به ماده ۸۴۱ قانون مدنی وصیت فضولی را مطلقاً باطل دانسته اند اعم از اینکه فضول مال غیر را از طرف مالک و با هدف کسب اجازه او وصیت نموده باشد و یا اینکه وصیت را از طرف خود و بدون در نظر گرفتن مالک وصیت نموده باشد. این گروه تفصیل بین وصیت از طرف مالک و وصیت از طرف موصی را صحیح ندانسته و هر دو را مشمول حکم ماده یعنی بطلان دانسته اند (امامی، حقوق مدنی/۳/۸۹؛ جعفری لنگرودی، حقوق مدنی/۲۰۰؛ عدل، حقوق مدنی/۳۷۴؛ طاهری، حقوق مدنی/۵/۱۷۸؛ نوین، حقوق مدنی ۱۳۵/۸).

از جمله ادله این گروه استناد به اصله الاطلاق است. این اصل در جایی استعمال می شود که لفظی به صورت مطلق به کار رفته باشد ولی دارای حالات و قیود گوناگون باشد به نحوی که اراده بعضی از حالات آن امکان داشته باشد از این رو برای شنونده تردید حاصل شود که آیا گوینده برخی از افراد معین را اراده نموده یا اساساً نسبت به آن مطلق و رهاست. در چنین صورتی با تمسک به اصله الاطلاق لفظ بر اطلاق حمل می گردد (دروس فی علم الاصول/۱/۲۰۵؛ فوائد الاصول/۲/۵۶۳؛ اصول فقه/۵۷).

ماده ۸۴۱ قانون مدنی نیز عبارت «وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است» را به طور مطلق بکار برده است و در صورت تردید که آیا شامل وصیت از طرف مالک نیز می شود یا خیر؟ باید اصله الاطلاق را جاری کرد.

بعضی دیگر در توجیه بطلان وصیت فضولی به طور مطلق گفته اند که مرجع وصیت به استخلاف است. به این معنی که موصی شخص دیگری را بعد از خود نسبت به اموالی که در تصرف دارد جانشین و قائم مقام خود قرار می دهد و وقتی که شخص حقی ندارد نمی تواند دیگری را به جای خود معین نماید. به عبارت دیگر طبیعت وصیت که قائم مقامی است ابا دارد از اینکه به طریق فضولی واقع شود (بروجدی عبده، حقوق مدنی/۴۴۲).

این استدلال در توجیه بطلان وصیت فضولی به طور مطلق پذیرفته نیست، زیرا درست است که وصیت کننده فضولی برای دیگری وصیت می کند اما ایجاد حق برای موصی له، منوط به اجازه مالک می باشد و تا زمان اعلام نظر مالک حقی برای موصی له ایجاد نمی شود. بنابر این قائل نشدن به بطلان وصیت فضولی ضرری را برای مالک

ایجاد نمی کند، ضمن اینکه حتی در صورت تنفیذ وصیت توسط مالک، امکان رجوع از وصیت وجود دارد.

بعضی دیگر در تأیید بطلان وصیت فضولی به طور مطلق ابراز داشته اند که وصیت برای امور خیریه نیاز به قصد قربت دارد و شخصی که مالک نیست نمی تواند قصد تقرب نماید و حتی چنین عملی از نظر شرعی در بعضی موارد می تواند معصیت تلقی شود (شرح قانون مدنی/۲/۷۴۳). اما این استدلال نیز مخدوش است، زیرا همه انواع وصیت برای امور خیریه نیست و این مالک است که باید قصد تقرب نماید که در زمان تنفیذ وصیت قصد قربت برای او میسر است.

گروهی نیز چنین ابراز داشته اند که وصیت امری قائم به شخص است و قیاس آن به عقود دیگر جایز نیست، زیرا اگر قانونگذار برای تسهیل روابط اقتصادی از قاعده کلی خارج شده و با اجازه مالک معامله فضولی را صحیح قرار داده دلیل بر این نمی شود که در موارد دیگر از اصول حقوقی عدول شود (عدل، حقوق مدنی/۳۷۴). این استدلال نیز قابل قبول نیست، زیرا پذیرش معامله فضولی یک استثناء نیست بلکه یک قاعده است و قانون مدنی نیز آن را در قواعد عمومی قراردادها ذکر کرده است.

ایراد دیگر بر این توجیه آن است که اگر فضولی عقود تبرعی باطل است باید در موارد مشابه مثل هبه و وقف نیز اینچنین باشد در صورتی که فضولی این عقود پذیرفته شده است (وصیت/۱۶۰).

گرچه بعضی از استدلال های این گروه مخدوش است ولی با توجه به اطلاق ماده ۸۴۱ قانون مدنی و لحاظ اینکه این اصل از اصول مسلم فقهی بوده و مبنای آن نیز بنای عقلا می باشد و توجه به اینکه قانون مدنی بر مبنای نظر فقهای متقدم تدوین شده و اکثر آنها وصیت به مال غیر را مطلقاً باطل دانسته اند چاره ای جز حمل ماده مذکور بر اطلاق و باطل تلقی کردن تمام صور وصیت به مال غیر نیست.

### **ب: دیدگاه تفصیل بین وصیت برای مالک و موصی**

در تفسیری دیگر گفته شده است که اگر شخصی به مال غیر و برای مالک به شرط فوت او وصیت کند این عمل فضولی، وصیت به مال غیر نیست، بلکه وصیت برای غیر است و باید آن را قابل تنفیذ دانست و اگر وصیت را برای خود و معلق به فوت خود کند مشمول ماده ۸۴۱ ق.م. شده و باطل است حتی اگر مالک آن را تنفیذ نماید.

در تحلیل ماده ۸۴۱ نیز چنین گفته شده که بخش اول ماده که بیان می کند: «موصی به باید ملک موصی باشد» در مقام بیان وصیت صحیح است چنانکه در عقود تبرعی دیگر مثل ودیعه (ماده ۶۰۹) و هبه (ماده ۷۹۷) به کار رفته است در حالی که عقد ودیعه و هبه فضولی با اجازه مالک صحیح است و قسمت دوم ماده که بیان می کند «وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است» برای بطلان وصیت فضولی به طور مطلق کافی نیست، زیرا متبادر از لفظ وصیت به مال غیر این است که شخصی مال دیگری را برای خود وصیت کند و نباید وصیتی را که برای مالک انشاء شده است وصیت به مال غیر دانست (وصیت/۱۶۲)؛ اما چنین استنباطی از ماده ۸۴۱ موجه نیست و دارای اشکالاتی به شرح زیر می باشد:

۱- حکم مذکور در ماده ۸۴۱ ق.م. روی موضوع رفته است که همان مال غیر می باشد و در وصیت از طرف مالک یا برای خود، موضوع مال، غیر محقق است و با تحقق موضوع حکم بطلان بر آن مترتب می شود. به عبارت دیگر مال غیر، سبب حکم بطلان در ماده می باشد و با تحقق سبب، مسبب نیز به دنبال آن قرار می گیرد.

۲- دقت در عبارت ماده ۸۴۱ فوق الذکر بیانگر آن است که قانونگذار در صدد رفع این توهم بوده است که وصیت فضولی از قواعد عمومی راجع به معاملات فضولی یعنی عدم نفوذ آنها خارج است، زیرا در صدر ماده آمده است که: «موصی به باید ملک موصی باشد» که مفهوم مخالف آن این است که اگر موصی به، ملک موصی نباشد وصیت باطل است و در جایی که موصی مال غیر را برای مالک وصیت می نماید نیز موصی به، ملک موصی نیست و مشمول مفهوم مخالف صدر ماده می باشد. از بخش دوم ماده نیز که می گوید: «وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است» استفاده می شود که قانونگذار در مقام بیان این نکته بوده است که وصیت فضولی از قواعد عمومی راجع به معاملات فضولی خارج است و تابع قواعد مربوط به آن ها نمی باشد، زیرا معاملات فضولی دیگر، با اجازه مالک تصحیح می شوند ولی در اینجا قانونگذار با عبارت ولو با اجازه مالک، تصوّر تبعیت وصیت فضولی از سایر معاملات فضولی را نفی نموده است.

۳- این که در استدلال این گروه گفته شده است که متبادر از عبارت «وصیت به مال غیر»، وصیت برای خود وصیت کننده فضولی است پذیرفته نیست، زیرا منظور از تبادر، سبقت گرفتن یک معنی از بین معانی متعدد به ذهن انسان است و آنچه که به

ذهن اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان از این عبارت تبادر می نماید بطلان وصیت برای مالک است و تبادر معنای مخالف با این اکثریت مقبول نیست.

از طرف دیگر معنای این تبادر، مقید نمودن عبارت مذکور به وصیت برای وصیت کننده فضولی است که با اصاله الاطلاق تعارض دارد و شکی در تقدّم این اصل بر مقید نیست ضمن این که استناد به تبادر در اینجا صحیح نمی باشد زیرا کاربرد تبادر در علم اصول فقه برای تشخیص معنای حقیقی از معنای مجازی است در حالی که در اینجا برای تشخیص یکی از معانی حقیقی بکار رفته است.

۴- عدم صحت معاملات فضولی از طرف شخص معامله کننده فضولی، امری بدیهی است که در تمام معاملات جریان دارد و مختص وصیت نیست ولی قانونگذار در عقود دیگر که شایع تر و مهم تر از وصیت هستند بطلان آن ها را متذکر نشده است و فقط در وصیت این حکم آمده است که نشان می دهد قانونگذار در مقام بیان یک حکم بدیهی و عام یعنی بطلان وصیت برای وصیت کننده فضولی نبوده، بلکه مسأله وصیت از طرف مالک را که در ظاهر غیر نافذ به نظر می رسیده و از قواعد عمومی نیز قابل استنباط بوده است نفی کرده است.

۵- تفصیل بین وصیت از طرف مالک با وصیت فضولی برای خود موصی، با اصاله الاطلاق منافات دارد زیرا در صورت شک بین مطلق و مقید، باید اصل اطلاق را جاری کرد و در اینجا نیز با توجه به اصل مذکور باید گفت که قانونگذار، مطلق وصیت به مال غیر را باطل دانسته است.

۶- اگر تفصیل مذکور مدنظر قانونگذار باشد ذکر ماده ۸۴۱ در قانون مدنی زائد به نظر می رسد، زیرا وصیت از طرف مالک مشمول ماده ۲۴۷ ق.م. بوده که نیازی به تکرار آن به طور خاص نیست چنانچه معاملات فضولی دیگری را که شایع تر هستند قانونگذار به طور خاص ذکر نکرده است و وصیت برای وصیت کننده فضولی که بطلان آن بدیهی است و نیاز به تصریح نداشته چنانکه در معاملات دیگر مسکوت گذاشته شده است.

۷- تطبیق مواد ۲۴۷ و ۸۴۱ قانون مدنی نشان می دهد که موضوع هر دو یکی است و هر دو ماده را باید به یک شکل تفسیر نمود، زیرا در ابتدای ماده ۲۴۷ آمده است که: «معامله به مال غیر...» و در ماده ۸۴۱ نیز آمده که «وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک...» که ملاحظه می شود در هر دو مورد از عناوین مشابه و یکسان استفاده شده

است که باید به صورت مشابه تفسیر شوند و تحلیل متفاوت از مواد مذکور، مناسب نیست بخصوص که می توان این مواد را عام و خاص دانست که موضوع حکم عام و خاص در دو ماده یکی است.

۸- در این نظریه عدم نفوذ و بطلان وصیت به مال غیر، معلق بر قصد وصیت کننده قرار داده شده است در حالی که تشخیص قصد افراد، به سادگی ممکن نیست و معمولاً در وصیتنامه اعم از رسمی یا غیر رسمی، قصد موصی که وصیت را از طرف خود یا مالک انجام داده است ذکر نمی شود. به همین خاطر به نظر می رسد که قانونگذار صحت و بطلان را به امری درونی که قابل احراز برای محاکم نیست معلق ننموده، و هدف او تخصیص قاعده کلی عدم نفوذ معاملات فضولی بوده است که در وصیت جریان پیدا نمی کند.

ممکن است گفته شود برای حکم به صحت وصیت فضولی از طرف مالک، نیاز به احراز قصد افراد نداریم و تحقیق و تفحص هم در این مورد لازم نیست، زیرا اصل صحت به ما کمک می کند که فعل غیر را بر صحت، و اینکه مال غیر را برای او و به قصد اخذ اجازه او وصیت نموده است حمل کنیم. در پاسخ این استدلال باید گفت که درست است که اصل بر صحت فعل مسلم است ولی اطلاق ماده ۸۴۱ خلاف این را می رساند، زیرا اگر قانونگذار به این اصل توجه داشته بود باید به عدم نفوذ وصیت به مال غیر حکم می کرد، زیرا وصیت به مال غیر و برای غیر، بر وصیت به مال غیر برای وصیت کننده غلبه دارد در حالی که قانونگذار به طور مطلق حکم به بطلان داده است که نشان می دهد هدف قانونگذار تفکیک بین موارد مذکور نبوده است، چون اگر هدف او تفصیل بود با توجه به اصل صحت و غلبه وصیت برای مالک، باید حکم به غیر نافذ بودن می کرد نه اینکه یک مورد استثنائی و خلاف اصل را بیان نماید.

۹- در این استدلال وارد شده است که: «اگر کسی به مال غیر و برای مالک (معلق به فوت او) وصیت کند عمل فضولی وصیت به مال غیر نیست، وصیت برای غیر است» (دوره مقدماتی حقوق مدنی/۸۴). دقت در عبارت مذکور نشان می دهد که بین صدر و ذیل عبارت تناقض وجود دارد، زیرا در صدر عبارت مؤلف محترم، وصیت برای مالک را وصیت به مال غیر معرفی می نماید ولی در ذیل عبارت آن را رد می نماید؛ علاوه بر این تشخیص اینکه وصیت به مال غیر چه موقعی واقع می شود با عرف است زیرا مطابق ماده ۲۲۴ قانون مدنی «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». با توجه به این ماده باید تشخیص تحقق وصیت به مال غیر را به عرف واگذار کرد که به نظر می

رسد عرف، هم در موردی که موصی، مال غیر را برای مالک وصیت می کند و هم در جایی که مال غیر را برای خود وصیت می نماید هر دو مورد را از مصادیق وصیت به مال غیر، و مصداق ماده ۸۴۱ دانسته و این ها را از هم تفکیک نمی نماید.

برخی دیگر از حقوقدان ها در تحلیلی مشابه از مورد بحث گفته اند که موضوع وصیت فضولی، از ماده مذکور خارج است. به عبارت اصولی، وصیت فضولی تخصصاً از ماده مذکور خارج است زیرا موضوع ماده جایی است که وصیت کننده، موصی به خود را مال دیگری قرار دهد و تملیک را نیز بر فوت خویش معلق سازد در حالی که وصیت فضولی جایی است که شخص از طرف دیگری وصیت نموده و تملیک نیز معلق بر فوت مالک اصلی باشد (اندیشه های نو در علوم اسلامی/۱۰۴).

تحلیل مذکور ضمن این که با اطلاق ماده سازگار نیست با این ایراد مواجه است که آنچه یک معامله را فضولی می نماید این است که مورد معامله، ملک غیر باشد و قصد و اراده فرد که معامله را برای چه کسی واقع می سازد تأثیری در صدق عنوان معامله فضولی ندارد و تأثیر آن فقط از جهت امکان الحاق اجازه مالک و تنفیذ آن می باشد. بنابر این با توجه به حکم بطلان که در ماده ۸۴۱ ق.م. بر روی موضوع مال غیر قرار گرفته است باید گفت که ماده مذکور شامل وصیت فضولی حتی برای مالک نیز می گردد.

با توجه به توضیحات قبل روشن می شود که ماده ۸۴۱ قانون مدنی وصیت به مال غیر را بطور مطلق باطل اعلام نموده است که این حکم تخصیصی بر قاعده کلی عدم نفوذ معاملات فضولی است و البته دلیل این تخصیص را باید در مآخذ قانون مدنی یعنی منابع فقهی دانست و مدونین قانون مدنی با لحاظ آراء غالب فقهای متقدم، بر خلاف فقهای متاخر حکم به بطلان وصیت فضولی به طور مطلق داده اند. البته لازم به ذکر است که منطقی تر این است که با توجه به پویایی فقه و پذیرفته شدن وصیت فضولی توسط فقهای متاخر، باید آن را با اجازه مالک صحیح دانست.

### وصیت فضولی از دیدگاه فقها

فقهای امامیه و اهل سنت نیز به موضوع وصیت فضولی پرداخته و حکم آن را بیان نموده اند که در ادامه به بررسی آنها می پردازیم:



## الف: فقهای امامیه

فقهای شیعه نیز همانند حقوقدان ها در مورد وصیت فضولی، آراء مختلفی دارند. عده ای از آن ها قائل به صحت وصیت فضولی هستند. زیرا با تنفیذ وصیت فضولی از طرف مالک، وصیت مالک صدق کرده و وصیت مستند به مالک می شود. علاوه بر این از آنجا که صحت معامله فضولی، یک قاعده کلی است وصیت نیز به آن ملحق می شود بخصوص که مشهور فقها، وصیت تملیکی را عقد می دانند که در این صورت از قواعد کلی حاکم بر عقود از جمله تصحیح عقد فضولی با رضایت مالک تبعیت می نماید (العروه الوثقی/۶۶۷؛ خوئی، منهاج الصالحین/۲/۲۱۸؛ سیستانی، منهاج الصالحین/۲/۳۷۲؛ فقه الصادق(ع)/۴۱۱/۲۰؛ ملحق تحریر المجله/۵۹/۲).

همچنین برای صحت وصیت فضولی چنین استدلال شده است که با اجازه مالک، وصیت از طرف مالک صدق می کند و با اجازه مالک، عنوان وصیت مالک محقق می شود. ضمن اینکه از وحدت ملاک صحت بیع فضولی، برای صحت وصیت فضولی می توان کمک گرفت. آیت الله حکیم در این مورد می فرماید: «لصدق الوصیه من المالك كما فی سائر موارد الفضولی فان الإجازة توجب صدق العنوان فكما أنه اذا باع الانسان مال غيره فأجاز المالك صحّت نسبه البيع الى المجيز كذلك فی المقام» (مستمسک العروه الوثقی/۵۹۶/۱۴).

بعضی از فقها نه تنها وصیت فضولی از طرف مالک را با اجازه او صحیح دانسته اند بلکه قائل به صحت وصیت به مال غیر از طرف خود وصیت کننده البته با الحاق اجازه مالک شده اند و دلیل آن را توسعه و مسامحه شارع در امر وصیت دانسته و با قبول چنین وصیتی می تواند خود یک وصیت جدید تلقی شود. آقا ضیاء عراقی در مورد این عبارت سید یزدی در عروه که فرموده: «و لا تصح الوصیه بمال الغير و لو أجاز ذلك الغير اذا أوصى لنفسه» می فرماید: «بل یمكن تصحّ الأول أيضا مع إلغاء قيد لنفسه و لو كانت فائدتها راجعه الى الاول إذ بالاجازه لإنشاء السابق یصدق إضافة الوصیه اليه و فی المقام یمكن جعل الإجازة الوصیه اجمالیه بما ذكره التوسع فی أمرها» (تعلیقہ استدلالیہ علی العروه الوثقی/۳۲۰)؛ آیت الله خوئی نیز نه تنها وصیت فضولی از طرف مالک را قابل تنفیذ می داند بلکه وصیت از طرف خود را نیز دارای همین حکم دانسته است، زیرا در توضیح عبارت سید یزدی فرموده: «هذا هو الأظهر حتی فی الصورة الأولى» (العروه الوثقی و علیها تعلیقات لأشهر مراجع العصر/۶۶۶) که منظور از اولی، مورد اول است که در عبارت صاحب عروه آمده است و همان وصیت از طرف خود می باشد. البته در صورت

ایقاع دانستن وصیت تملیکی نیز بعضی از فقها قائل به صحت وصیت فضولی هستند (تحریر الوسیله/۹۷/۲). در تأثیر اجازه مالک بر وصیت فضولی همچنین گفته شده است که اجازه مالک به دو طریق می تواند مؤثر واقع شود: یکی اینکه اجازه مؤخر، انشاء قبلی را تصحیح نماید و به آن تعلق گیرد و دیگری این که این اجازه را یک انشاء جدید از طرف مالک تلقی نمائیم، زیرا وصیت به هر لفظی که دال بر آن باشد واقع می شود (الوصیه/۱۷۶).

لازم به ذکر است که اگر اجازه را انشاء جدید محسوب کنیم از بحث ما خارج خواهد بود، زیرا فرض ما جایی است که مالک انشاء موصی فضولی را تأیید نماید و الاً اگر آن را انشاء جدید در نظر بگیریم یک عقد جدید در صورت قبول موصی له واقع می شود که شکی در صحت آن نیست.

در مقابل عده ای از فقها وصیت فضولی را به طور مطلق رد کرده اند. شهید ثانی در کتاب مسالک الأفهام ابتدا عبارت محقق در شرائع را ذکر می کند که می گوید: «متعلق وصیت می تواند عین یا منفعت باشد و در هر دو مورد لازم است که ملک باشند. وصیت به خمر و خوک و سگ و لگردد و هر چیزی که در آن نفعی نباشد صحیح نیست.» شهید ثانی در شرح ملک بودن عین یا منفعت، قائل به توسعه شده و می فرماید که شرط ملک بودن، وصیت فضولی را که شخص، مالک مال نیست از وصایای صحیح خارج می کند. عبارت ایشان این است: «و يجوز أن يرید بالملک ما هو أعمّ ممّا ذکرنا و هی الملك بالفعل لیستفاد منه عدم جواز الوصیه بمال الغیر و هو جید» (مسالک الأفهام/۱۴۶/۶). صاحب جواهر نیز به واسطه قید مالکیت، وصیت به مال غیر را خارج دانسته است و حتی آن را با اجازه مالک صحیح ندانسته است (جواهر الکلام/۲۸۰/۲۸).

تعبیر مذکور از عبارت محقق حلی تفسیر به رأی می باشد، زیرا با مثال هایی که محقق حلی برای مطالب خود ارائه می کند کاملاً واضح است که منظور او از مالکیت، قابلیت تملک بوده، و وصیت به مال غیر نظر ایشان نبوده است. لازم به ذکر است که محقق حلی اصلاً این مسئله یعنی وصیت به مال غیر را در شرائع به صراحت ذکر نکرده است مگر این که با تکلف از عبارت ایشان استنباط گردد که مناسب نیست.

محقق کرکی نیز با یک عبارت مختصر، وصیت به مال غیر را صحیح ندانسته و دلیل آن را عدم اختصاص ذکر می کند (جامع المقاصد/۱۰۱/۱۰)؛ منظور ایشان از عدم

اختصاص عدم تعلق ملک به وصیت کننده می باشد در حالی که شرط وصیت اختصاص مورد وصیت به موصی می باشد.

استدلال محقق کرکی نیز مناسب نیست، زیرا یک معامله از جهت فقهی به دو صورت می تواند صحیح واقع شود: یکی این که مالک شخصاً معامله را انجام دهد، و دیگری این که معامله به طور فضولی واقع و مورد تأیید مالک قرار گیرد؛ از اینرو عدم اختصاص، دلیل موجّهی برای بطلان چنین وصیتی نیست ضمن این که اگر اختصاص به مالک، شرط صحت عقد باشد باید معاملات فضولی دیگر نیز باطل باشد.

به نظر می رسد دیدگاه گروه اول از فقها، که به صحت وصیت فضولی قائل هستند رجحان دارد، زیرا مشهور فقها و بخصوص فقهای معاصر، وصیت فضولی را صحیح دانسته اند، علاوه بر این وصیت تملیکی نیز به عنوان یک عقد، تابع قواعد عمومی حاکم بر معاملات فضولی است و همان ادله ای که سایر معاملات فضولی را صحیح می داند دال بر صحت فضولی نیز می باشند، زیرا دلیلی عقلی و یا نصّی شرعی که وصیت فضولی را از عموماًت مربوط به معامله فضولی خارج نماید وجود ندارد، از اینرو پذیرش صحت وصیت فضولی رجحان دارد.

### ب : فقهای اهل سنت

بین فقهای اهل سنت در مورد وصیت به مال غیر اختلاف نظر وجود دارد. غالب این فقها قائل به بطلان وصیت به مال غیر بوده و چنین گفته اند: «أن یكون الموصی به مملوكاً للموصی عند إنشاء الوصیه إذا كان معیناً بالذات لأن الوصیه بمعین إيجاب للملك فی المعین فلا بدّ من أن یكون مملوكاً له وقت الوصیه فالوصیه بملك الغیر لا تصحّ» (الوصایا و الوقف فی الفقه الاسلامی/ ۱۰/ ۷۴۲۸).

بطلان وصیت فضولی، نظر غالب فرق اهل سنت اعم از شافعیه، حنبلیه و حنفیه می باشد (الوصایا و الاوقاف و الموارث فی الشریعه الإسلامیه/ ۶۵؛ الوصیه و أحكامها فی الفقه الاسلامی/ ۲۰۲؛ الأنوار لأعمال الأبرار/ ۲/ ۱۵؛ منتهی الإرادات/ ۲/ ۴۹؛ الإقناع/ ۳/ ۶۴؛ بحر الزخارج/ ۵/ ۳۱۳).

برای بطلان وصیت فضولی چنین استدلال شده است که معامله فضولی به معاوضه اختصاص دارد در حالی که وصیت معاوضه نیست (الاحوال الشخصیه/ ۱۷۰). البته اختصاص معامله فضولی به معاوضات، فاقد دلیل شرعی است زیرا ادله نقلی معاملات فضولی، شامل معاملات غیر معوّض نیز می شود چنان که حنفیه و مالکیه، هبه فضولی

را غیر نافذ دانسته اند ( الوصایا والوقف فی الفقه الاسلامی / ۴ / ۳۰۱۳). دلیل دیگری که ارائه شده این است که در مورد مال معین ایجاب به یک مال خاص تعلق می گیرد و ناگزیر باید ملک موصی باشد (الوصایا و الوقف فی الفقه الاسلامی / ۴۸).

در این مورد هم باید گفت ایجاب یک مال معین ، فقط این اقتضا را دارد که آن مال موجود باشد ولی این که در ملک موصی باشد چنین اقتضایی را ندارد چنان که فروش مال معین فضولی بلا اشکال است. بعضی از قوانین کشور های عربی نیز به تبعیت از فقه اهل سنت، مالکیت موصی را نسبت به موصی به ، در صورت معین بودن آن لازم دانسته اند (الوسیط فی شرح القانون المدنی/ ۲۰۹/۹؛ انتقال ما یملکه الانسان حال حیاته الی غیره بعد موته/ ۹۹۹)، چنان که در بند سوم ماده ۱۰ قانون وصیت مصر آمده است: «أن یكون موجوداً عند الوصیه فی ملک الموصی إن كان معیناً بالذات»، و در بند ب ماده ۲۱۶ قانون لبنان نیز مشابه عبارت قانون مدنی مصر وارد شده است.

### نقد ماده ۸۴۱ قانون مدنی

چنان که در مباحث قبل بیان شد قانون مدنی در ماده ۸۴۱ وصیت فضولی را به طور مطلق باطل دانسته است اما بطلان وصیت فضولی به طور مطلق با اشکالاتی مواجه است که در ادامه به شرح آن می پردازیم:

۱- از ماده ۸۴۳ قانون مدنی می توان صحت وصیت فضولی را استنباط نمود، زیرا در این ماده آمده است: «وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر به اجازه وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است.» از این ماده می توان صحت وصیت فضولی را استنباط نمود، زیرا اجازه وراثت اگر بعد از فوت موصی واقع شود که مال به آنها منتقل شده است ولی در عین حال آن ها عمل حقوقی واقع شده توسط مورث خود را تنفیذ می نمایند که مصداق بارز پذیرش وصیت فضولی و امکان تنفیذ آن است، حتی اگر اجازه ورثه نسبت به مازاد بر ثلث در زمان حیات موصی واقع شود نیز می توان گفت که چون به صورت بالقوه، وراثت در اموال مورث دارای حق می باشند در غیر این صورت قانونگذار اجازه آنها را لازم نمی شمرد مورث در حقوق ورثه به طور فضولی تصرف و اقدام به وصیت کرده است که ورثه حتی در زمان حیات می توانند آن را اجازه نمایند که باز هم یک وصیت فضولی نسبت به حقوق وراثت است ولی با تأیید آنها صحیح است .

اگر گفته شود که موصی در زمان وصیت، مالک کل، خود است و وصیت او، وصیت به مال غیر نیست بلکه وصیت به مال خود است باید بگوئیم با توجه به این که قانونگذار فقط وصیت را نسبت به یک سوم اموال صحیح می داند این نتیجه حاصل می شود که دو سوم باقیمانده، متعلق حق ورثه قرار گرفته است و تصرف در حقوق دیگری نیز فضولی می باشد.

۲- از قیاس اولویت برای صحت وصیت فضولی می توان کمک گرفت، زیرا عقود غیر معوض دیگر مثل هبه و وقف که به طور فضولی واقع می شود باطل نمی باشد حال آن که در این عقود، نقل و انتقال در زمان حیات واقع می شود و در موردی مثل وقف با اجازه امکان رجوع وجود ندارد و در هبه نیز در بعضی موارد امکان رجوع نیست، در حالی که در وصیت فضولی مالک تا زمان فوت، امکان رجوع از وصیت را دارد و حتی در صورت عدم رجوع در زمان حیات، مال در مالکیت او بوده و می تواند تمام انتفاعات را از آن ببرد. با توجه به این توضیحات حال که عقودی مثل هبه و وقف قابل تنفیذ تلقی شده اند به طریق اولی باید وصیت فضولی چنین باشد، زیرا وصیت آثار کمتری نسبت به عقود منجز دارد.

۳- قانون مدنی مطابق با نظر مشهور فقها تنظیم گردیده است و مناسب است که در تمام موارد این قاعده رعایت گردد. در موضوع مورد بحث یعنی وصیت فضولی نیز مشهور فقها و به خصوص فقهای متأخر قائل به صحت آن هستند (العروه الوثقی/۴۰۸/۲؛ مستمسک العروه الوثقی/۵۹۶/۱۴؛ العروه الوثقی و علیها تعلیقات لأشهر مراجع العصر/۶۶۶؛ منهج الصالحین/۳۷۲/۲؛ فقه الصادق(ع)/۴۱۱/۲۰)، بنابر این مناسب است که قانون مدنی از این نظر تبعیت نموده و وصیت فضولی را صحیح بداند.

۴- قانونگذار فصل پنجم قانون مدنی را به معاملاتی که موضوع آن مال غیر است اختصاص داده و در ماده ۲۴۷ این فصل، معامله به مال غیر را جز به عنوان ولایت یا وصایا یا کفالت نافذ نمی داند ولی اضافه می کند که اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجاره نماید، معامله صحیح و نافذ می شود. با توجه به این که صحت معاملات فضولی به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته شده است و از طرفی دلیل محکمی از شرع یا عقل مبنی بر تخصیص وصیت فضولی از این قاعده کلی وجود نداشته، و اصل هم بر جواز می باشد به نظر می رسد که قانون گذار باید از اظهار نظر در مورد وصیت فضولی اجتناب کرده و همانند عقود دیگر آن را تابع قواعد کلی می دانست.

۵- حتی بنا بر قول کسانی که در تفسیر ماده ۸۴۱ به تفصیل قائل شده و ماده مذکور را ناظر به موردی می دانند که فصول، مال غیر را برای خود و معلق بر فوت خود وصیت کند باز هم وجود این ماده ضروری به نظر نمی رسد، زیرا بطلان چنین وصیتی بدیهی است چنان که قانونگذار در معاملات دیگر اشاره ای به بطلان آنها در چنین وضعیتی نمی نماید حال آن که عقود دیگر مقدم بر وصیت بوده و شایع تر هستند .  
با توجه به ایراد هایی که بر ماده ۸۴۱ قانون مدنی وارد می باشد به نظر می رسد ضرورتی برای ذکر ماده مذکور در قانون مدنی وجود ندارد و مناسب تر این است که وصیت فضولی، تابع قواعد کلی قرار گرفته و تخصیص زده نشود .

### نتیجه

از مطالب مذکور در این تحقیق می توان به نتایج زیر دست یافت :

- ۱- ماده ۸۴۱ قانون مدنی بر اساس نظر مشهور فقهای متقدم، به طور مطلق وصیت فضولی را باطل دانسته است .
  - ۲- دید گاهی که وصیت فضولی از طرف مالک را غیر نافذ، و وصیت از طرف موصی را باطل می داند به دلیل مخالفت با اصله الاطلاق و ظهور ماده ۸۴۱ قابل قبول نیست .
  - ۳- فقهای متأخر وصیت به مال غیر را همانند سایر معاملات فضولی دانسته و با توجه به وحدت ملاک و شمول ادله نقلی معاملات فضولی نسبت به وصیت، آن را غیر نافذ دانسته اند.
- بنا بر این با توجه به توضیحات قبل پیشنهاد می گردد که در تدوین قوانین ، تغییر و تحولات فقهی مد نظر قرار گیرد و با ارائه اندیشه های نوین فقهی، مواد قانونی نیز به تبع آن اصلاح شود و از آن جایی که فقهای متأخر، وصیت به مال دیگری را غیر نافذ و با تأیید مالک صحیح دانسته اند شایسته است که ماده مذکور از قانون مدنی حذف شده و این مورد نیز تابع حکم قاعده کلی معامله به مال غیر یعنی عدم نفوذ قرار گیرد.

### منابع

- آخوندی، محمد، العروه الوثقی و علیها تعلیقات لأشهر مراجع العصر، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۷ق

- ابن المرتضی، احمد بن یحیی، بحر الزخارج، السعاده، ۱۹۹۴م.
- احمد ابراهیم بک، انتقال ما یملکه الانسان حال حیاته الی غیره بعد موته، مکتبه الأزهریه، ۱۴۲۰ق.
- اردبیلی، شیخ یوسف، الانوار لأعمال الابرار، چاپ مصطفی محمد، بی تا.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۱.
- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۰.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۵ق.
- الجزیری، عبد الرحمن، کتاب الفقه، دار الفكر، ۱۴۲۴ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق مدنی (وصیت)، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۰.
- حائری شاهباغ، سید علی، شرح قانون مدنی، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶.
- الحجاوی، شرف الدین موسی، الاقناع، چاپ الازهر، ۱۳۵۱ق.
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، نجف، ۱۳۹۱ق.
- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۹ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق (ع)، مؤسسه دار الفكر، ۱۴۱۴ق.
- الزحلی، وهبه، الوصایا و الوقف فی الفقه الاسلامی، دار الفكر، ۱۴۰۷ق.
- السریتی، عبد الودود، الوصایا و الأوقاف و الموارث فی الشریعه الإسلامیه، دار النهضه العربیه، بیروت، ۱۹۹۷م.
- السنهوری، عبد الرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، دار النهضه العربی، ۱۹۶۸م.
- سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، مکتبه آیه الله سیستانی، قم، ۱۴۰۶ق.
- شمس الدین، محمد جعفر، الوصیه و أحكامها فی الفقه الاسلامی، دار التعارف، بیروت، ۱۴۰۵ق.
- صدر، محمد باقر، دروس فی علم الاصول، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، نجف، ۱۳۴۲.
- عدل (منصور السلطنه)، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات طه، ۱۳۷۸.
- عراقی، آقاضیاء، تعلیقه استدلالیه علی العروه الوثقی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ق.
- غروی نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- الفتوحی، محمد بن احمد، منتهی الإرادات، دار الجیل، ۱۳۸۱ق.
- فضل الله، محمد حسین، الوصیه، دار الملائک، بیروت، ۱۴۱۸ق.
- الفقیه، شیخ یوسف، الأحوال الشخصیه، دار الأضواء، ۱۴۰۹ق.

- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (شفعه، وصیت، ارث)، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- \_\_\_\_\_، وصیت، انتشارات یلدا، ۱۳۶۹.
- کاشف الغطاء، محمد حسین، ملحق تحریر المجله، مکتبه النجاح، ۱۳۶۲ق.
- لطفی، اسد الله، اصول فقه، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵.
- محقق داماد، سید مصطفی، اندیشه های نو در علوم اسلامی، ۱۳۶۸.
- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البیت لإحياء التراث، ۱۴۱۱ق.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، مؤسسه دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
- نوین، پرویز، حقوق مدنی ۸، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.

Archive of SID