

## تبیین و تحلیل دلایل عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی در فقه و حقوق با

### محوریت نظر استاد جعفری لنگرودی

فهیمة ملک‌زاده<sup>۱</sup>

محمد علی انصاری پمرودی<sup>۲</sup>

#### چکیده:

در فقه و حقوق اسلامی برای تفکیک و شناخت عقد از ایقاع تعاریف روشن و معینی ارائه شده است اما در برخی اعمال حقوقی بین فقها و حقوق‌دانان به‌خاطر وجود شباهت‌هایی اختلاف نظر وجود دارد، وصیت تملیکی که تملیک عین یا منفعت توسط موصی بعد از مرگش به فرد دیگر به طور مجانی است یکی از مباحث حقوقی است که از زمان‌های گذشته تا کنون در آن اختلاف دیده می‌شود، به‌طوری‌که برخی ماهیت عقدی آن را قبول دارند، برخی دیگر با رد دلایل گروه اول ماهیت ایقاعی وصیت تملیکی را پذیرفته‌اند هر چند هر دو نظر دلایل خود را دارند اما با توجه به عنوان مقاله که بررسی عقد یا ایقاعی بودن وصیت تملیکی با محوریت نظر استاد جعفری لنگرودی است سعی شده است دلایل و استدلال هر دو گروه مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد تا ضمن آشنا شدن با مبانی هر دو گروه، بتوان با تحلیل درست به نتیجه مطلوب نیز دست یافت که بیشتر نظر به ایقاعی بودن وصیت تملیکی است که مورد قبول وی است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

کلیدواژه: وصیت تملیکی، عقد، ایقاع، حقوق مدنی  
پرتال جامع علوم انسانی

یکی از فروع دین اسلام، وصیت است که ریشه در قرآن و روایات معصومین علیهم السلام دارد، در این باره قرآن کریم می‌فرماید: اگر مرگ انسان فرا برسد و مالی دارد برای پدر، مادر و خویشان خود وصیت پسندیده کند.<sup>۱</sup> بررسی ماهیت حقوقی وصیت و به طور خاص وصیت تملیکی و مطالعه درباره آن از جهات مختلف مفید است و می‌توان احکام مترتب بر آن را نیز شناخت چرا که اگر ماهیت حقوقی وصیت تملیکی عقد باشد آثار خاص خود را دارد و تابع قراردادهای حاکم بر آن است و اگر ایقاع باشد، احکام آن نیز فرق خواهد کرد که در این صورت قراردادهای مخصوص ایقاعات بر آن مترتب می‌شود. هر چند درباره وصیت تملیکی دو نظر عمده وجود دارد برخی قائل هستند وصیت تملیکی عقد است و برخی دیگر اعتقاد دارند ایقاع است.

بنابراین هدف اصلی این پژوهش بررسی استناد دهی و در صورت لزوم نقد ادله دو گروهی است که قائل به عقد یا ایقاعی بودن وصیت تملیکی هستند که با بیان آرا و استنادات طرفین پاسخ‌گویی به چند پرسش است. پرسش‌های اصلی و فرعی عبارتند از:

۱- وصیت تملیکی عقد است یا ایقاع؟

۲- ارکان عقد و ایقاع چیست؟

فرضیه‌های این بحث عبارتند از:

۱- در وصیت تملیکی، مخاطب با قبول وصیت می‌تواند آن را عقد کند.

۲- در وصیت تملیکی، موصی له اگر بعد از مرگ موصی قبول کند اثر آن برای گذشته نیز خواهد بود که موصی به و منافع آن از گذشته به موصی له می‌رسد در حالی که در عقد این چنین اثری نیست.

۳- از ارکان عقد، دو طرف داشتن ایجاب و قبول است.

۴- از ارکان ایقاع، بودن یک طرف با اراده کافی است.

اهمیت این پژوهش با توجه به پرسش‌ها و فرضیات آشکار است تا جایی که شاید در دنیای معاصر و با وجود مسائل گوناگون با دانستن احکام حقوقی، انسان‌ها کمتر دچار مشکل و اختلاف شوند.

با این وجود بحث وصیت در کتب فقهای اسلام و در ابواب وصیت به طور مفصل آمده است که دارای شرایط و آداب خاصی است. در حال حاضر به دلیل گسترش مباحث حقوقی میان حقوق‌دانان کتب و

۱. سوره بقره، آیه ۱۸۰ - کتب علیکم إذا حضر احدکم الموت ان ترک خیرا الوصیه للوالدین و الاقربین بالمعروف حقا علی المتقین



مقالات متعددی در این باب نوشته شده است از جمله کتاب حقوق مدنی کاتوزیان، کتاب دوره حقوق مدنی استاد جعفری لنگرودی، حقوق مدنی سید حسن امامی که بارها چاپ شده‌اند و مقالات متعدد مانند بررسی وضعیت نظریه تملیک از طریق تعهد یک جانبه در فقه و حقوق ایران اثر علیرضا یزدانیان که در زمستان سال ۹۱ در نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق در ۲۵ صفحه چاپ شده است که بیشتر تملیک قهری و شیربها و مختصری درباره وصیت تملیکی بحث شده است و مقاله دیگری با عنوان تئوری تاثیر یک جانبه اراده متعهد است که در فصلنامه پژوهش حقوق در تابستان سال ۹۱ در ۲۰ صفحه به چاپ رسیده است که این مقاله نیز تعهد یک جانبه را به طور مطلق مورد بررسی قرار داده است.

بنابراین تحقیق حاضر به دلایل زیر دارای امتیاز و در مواردی حرف‌های تازه است: بیان و تحلیل استناد قائلین به عقد و ایقاع بودن وصیت تملیکی است که در برخی موارد نیز نقد خواهد شد و همچنین بیان استناد در بحث وصیت تملیکی، به عنوان ایقاع، که نظر استاد جعفری لنگرودی است بیشتر مورد تأکید است.

تحقیق حاضر به صورت تبیین و تحلیلی و پاره‌ای به صورت نقد استنادات دو گروه است که به روش کتابخانه‌ای و با تکیه بر آرای فقها و حقوق دانان است و اصل، ایقاع بودن وصیت تملیکی است مگر این که خلاف آن ثابت شود که این مباحث از نتایج این تحقیق است.

### مفهوم‌شناسی

اعمال حقوقی که منشأ تعهد برای متعهد است از دو موضوع کلی خارج نیست و شامل عقد یا ایقاع می‌شود و اگر اثر شرعی به همراه رضایت دو طرف باشد عقد است و اگر یک طرف باشد ایقاع می‌گویند.

### ۱- معنای ایقاع

برای شناخت ابعاد و ورود به بحث لازم است معنای ایقاع از نظر لغوی و اصطلاحی مورد بررسی قرار گیرد.

#### ۱-۱- معنای لغوی ایقاع

لغت‌شناسان برای واژه ایقاع دو معنی ذکر کرده‌اند:

ایقاع مصدر باب افعال از ریشه وقع به معنای سقوط شیء است.<sup>۱</sup>

دیگری به معنای ثبوت شیء است.<sup>۲</sup>

۱. ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۵، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۶۹ - فیومی، مصباح المنیر، ۱۴۲۵ ق، ص ۶۶۸  
 ۲. راغب اصفهانی، مفردات راغب، ۱۳۷۶، ص ۵۶۷ - فیومی، مصباح المنیر، پیشین، ص ۶۶۸

## ۱-۲- معنای اصطلاحی ایقاع:

در متون فقهی و نیز از نظر حقوق دانان، می‌توان تعاریف متعددی برای ایقاع یافت که به طور جداگانه به برخی اشاره می‌شود.

### ۱-۲-۱- تعریف ایقاع در فقه:

کثیری از فقها ایقاع را به معنای لغوی آن یعنی ایجاد یا انشا از طرف شخص واحد می‌دانند<sup>۱</sup> که نیازی به قبول و طرف دوم ندارد.<sup>۲</sup> برخی از فقها در تعریف ایقاع می‌گویند ایقاع لفظی است که دلالت به انشای خاص به همراه رضایت از طرف شخص واحد می‌کند.<sup>۳</sup>

### ۱-۲-۲- تعریف ایقاع از نظر حقوق دانان:

هر چند حقوق دانان تعاریف متعددی از ایقاع بیان کرده‌اند اما در این نوشتار برخی تعاریف با محوریت تعریف لنگرودی درباره ایقاع را بررسی خواهیم کرد.

در یک تعریف کلی آمده است ایقاع عمل حقوقی است که با یک اراده واقع می‌شود. اما با توجه به نامفهوم بودن اصطلاح "عمل حقوقی" در فرهنگ حقوقی ایران تعریف دیگری شده است که ایقاع، انشای اثر حقوقی است که با یک اراده واقع می‌شود.<sup>۴</sup> در تعریف دیگر آمده است که ایقاع عمل یک طرفه‌ای است که به صرف قصد انشاء، منشأ یک اثر حقوقی می‌شود بدون اینکه تأثیر قصد مذکور ضروری به دیگری برساند - مگر مواردی که در قانون تصریح شده است مانند طلاق -.<sup>۵</sup>

## ۲- معنای وصیت

اختلاف نظرهایی در ماهیت حقوقی وصیت وجود دارد که آیا از عقود است یا از ایقاعات، بدین جهت برای تبیین درست از عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی به بیان معنا و مفهوم آن می‌پردازیم.

### ۱-۲- معنای لغوی وصیت

وصیت در لغت از دو ریشه است یا از ریشه وصی، به معنای وصل است.<sup>۶</sup> یا از ریشه ایصاء به معنای عهد و پیمان است.<sup>۷</sup>

۱. بطلق الایقاع عند الفقهاء بمعناه اللغوی کثیرا، وهو بمعنی الایجاد.

۲. موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱۹، ص ۳۰۳

۳. الایقاع بانها ایجاد او بانها قصد من جانب واحد او بانها رضی کذلک - الایقاع اللفظ الدال علی انشاء خاص من طرف واحد نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۲، ۱۹۸۱ م، ص ۳ - موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱۹، ص ۳۰۳.

۴. کاتوزیان، ناصر، ایقاع، ۱۳۸۷، ص ۱۹

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ۱۳۸۸، ص ۳۸۳ - همو، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۰۰

۶. راغب اصفهانی، مفردات راغب، ۱۳۷۶، ص ۵۶۲ - ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۵، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۲۱

۷. فیومی، احمد بن محمد، مصباح المنیر، ۱۴۲۵ ق، ص ۶۶۲

معنای وصیت در فقه، وصیت یعنی تملیک عین یا منفعت بعد از مرگ موصی، به فرد دیگر است.<sup>۱</sup>

### ۲-۳- وصیت در قانون و تعریف حقوق دانان

با توجه به بیان معنای لغوی وصیت در ماده ۸۲۵ قانون مدنی وصیت را دو قسم کرده‌اند، تملیکی و وصیت عهدی که هر دو تعریف ناظر به معنای لغوی است به طوری که اگر وصیت از ریشه وصی و به معنای وصل باشد یعنی موصی بعد از مرگ خود به خاطر خویشاوندی ضمن وصیت، تصرفات بعد از مرگ خود را به تصرفات حال حیات، متصل می‌کند، در تعریف وصیت تملیکی قانون مدنی از تعریف فقها استفاده کرده است و در ماده ۸۲۶ ق.م. گفته شده است، وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند. اما اگر وصیت را طبق معنای عهد و پیمان تعریف کنند می‌شود، تعهدی برای بعد از مرگ است در ماده ۸۲۶ ق.م. در تعریف وصیت عهدی آمده است، از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌کند. البته ما در این مقاله به بررسی تعریف وصیت عهدی نمی‌پردازیم فقط برای آشنایی از انواع وصیت به تعرف آن اشاره کردیم.

در ادامه بحث وصیت تملیکی باید گفت از تعریفی که در قانون مدنی برای این نوع از وصیت شده است نمی‌توان به عقد یا ایقاع بودن آن پی برد بنابراین برای روشن شدن مطلب، دلائل عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی از منظر فقها و حقوق دانان و مباحث دیگری که در قانون مطرح شده است مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۳- دلائل عقد بودن وصیت تملیکی

در میان فقهای بزرگ اسلام کسانی که به عقد بودن وصیت تملیکی قائل هستند می‌توان به شهید اول (محمد بن مکی)<sup>۲</sup> و محقق حلی صاحب شرائع<sup>۳</sup> اشاره کرد. در میان حقوق دانان نامی معاصر نیز افرادی مانند سید حسن امامی<sup>۴</sup> و کاتوزیان<sup>۵</sup> بر همین عقیده هستند. با این مقدمه به بررسی ادله آنها می‌پردازیم.

۱. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۳، ۱۴۳۸ ق. ص ۱۹۸- حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام، ج ۱، ۱۴۳۱ ق. ص ۴۸۱ - شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۴۲ - نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ۱۳۸۸، ص ۲۴۲ و طباطبایی حکیم، مستمسک عروه الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۳۴

۲. محمد بن مکی، (شهید اول)، اللعه دمشقیه، ج ۲، ۱۴۲۱ ق. ص ۴۳

۳. حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام، ج ۱، ۱۴۳۱ ق. ص ۴۸۱

۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، ۱۳۶۶، ص ۵۹

۵. کاتوزیان، ناصر، وصیت در حقوق مدنی (رساله دکترا)، ۱۳۸۱، ص ۸

۳-۱- وصیت تملیکی یکی از عقود است زیرا عقد چنانکه از مواد مربوط به تعهدات و بیع معلوم می‌گردد آن است که از طرف یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد و یا تملیک مالی را نمایند و در وصیت تملیکی مالی از طرف موصی، به موصی له تملیک می‌شود و موصی له آن را قبول می‌کند و بدین جهت است که در قانون مدنی ۸۲۷ می‌گوید تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.<sup>۱</sup>

۳-۲- اگر موصی عینی را وصیت تملیکی کند و موصی له قبول نکند در انتقال مال و عین به او شک می‌شود و اصل این است که مال به او انتقال نیافته است و موصی له مالک نمی‌شود مگر اینکه موصی له وصیت را قبول کند که در صورت قبول وصیت از طرف موصی له از عقود شمرده می‌شود.<sup>۲</sup>

۳-۳- در فقه زمانی که سخن از انتقال دهنده عین و یا منفعت پیش می‌آید عقد است و ایقاعی نداریم که انتقال دهنده ملکیت باشد.<sup>۳</sup>

۳-۴- در قانون مدنی ماده ۸۲۷ اشاره شده است که در انتقال عین یا منفعت قبول موصی له لازم است از این مطلب به دست می‌آید این قبول، ظهور در جزئیت آن برای وصیت با انشای موصی له دارد و باید پذیرفت که اراده انشائی یک طرف به طور ابتدایی معمولاً نمی‌تواند مالی را به ملکیت کسی در بیاورد و همچنین مالی را از ملک کسی خارج کند.<sup>۴</sup>

۳-۵- برای عقد بودن وصیت تملیکی ادعای اجماع شده است و این که قبول جزء سبب ملکیت است.<sup>۵</sup>

۳-۶- در وصیت تملیکی اگر قائل به عقد نباشیم لازمه‌اش حصول ملکیت قهریه است و این در غیر از ارث امکان ندارد.<sup>۶</sup>

#### ۴- نقد دلایل قائلین به عقد بودن وصیت تملیکی

۴-۱- در وصیت تملیکی، موصی و موصی له هر یک ایقاعی را به وجود می‌آورند به صرف این که ایقاع دوم، یا همان قبول موصی له را، که نتیجه ایقاع اول از طرف موصی است، نباید آن را عقد نامید البته هر عقدی نیازمند قبول است ولی هر قبولی علامت تراضی و عقد نیست. اگر قصد اول به تنهایی منشأ اثر

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، ۱۳۶۶، ص ۵۹

۲. انصاری، مرتضی، الوصایا و الموارث، ۱۳۸۹، ص ۲۷

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۸، ۱۹۸۱ م، ص ۲۴۲

۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی تشکیل قرار دادها و تعهدات، ج ۱، ۱۳۹۳، ص ۵۴ - امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۳، ۱۳۶۶، ص ۵۹

۵. نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۲۴۲

۶. الجبعی العاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، ج ۶، ۱۴۲۵ ق، ص ۱۳۵

باشد ایقاع است و تأثیر ایقاع دوم بر آن نمی‌تواند ماهیت ایقاعی را دگرگون سازد. ارادهٔ موسی له فقط انشای موسی را از حالت جواز به حالت لزوم در می‌آورد.<sup>۱</sup>

۴-۲- تملیک رایگان مانع عقلی ندارد و احسانی است که نباید راه آن را بست، قانون‌گذار برای جلوگیری از زیر بار منت رفتن منتقل‌الیه حق رد را به او داده است و اگر موسی له رد نکرد و قبول کرد قبول او موجب لزوم انشای موسی می‌شود بعلاوه تملیک قهری اختصاص به وصیت تملیکی ندارد و عقد دانستن وصیت تملیکی به دلیل ممنوعیت تملیک قهری صحیح نیست.<sup>۲</sup>

۴-۳- در فقه همیشه علت انتقال دهنده عین، یا منفعت، عقد نیست، چه بسا ایقاعاتی مانند ابراء و اسقاط ذمه که انتقال دهنده مالکیت هستند اما عقد نیستند.

۴-۴- ادعا شده است اگر وصیت را عقد ندانیم لازمه اش حصول ملکیت قهریه است و برای فرار از این مطلب لازم است وصیت را عقد بدانیم، اما این سخن صحیح نیست، زیرا ملکیت قهری عقلا مانع ندارد و در نظیر وقف ملکیت قهری وجود دارد (در حالی که وقف ایقاع است).<sup>۳</sup> لذا تحقق آن در وصیت تملیکی نیز با موازین عقلی ناسازگار نیست و نیز تمسک به آزادی اراده برای دفع منافع، دور از عقل و منطوق است.<sup>۴</sup>

۴-۵- درباره عقد بودن وصیت تملیکی ادعای اجماع شده است، این سخن نیز پذیرفته نیست چرا که برخی از فقها این اجماع را ضعیف می‌دانند<sup>۵</sup> و همچنین برخی قائل هستند دربارهٔ مطلق وصیت، اجماعی بر عقد بودن وجود ندارد.<sup>۶</sup> و صاحب العروه الوثقی تصریح بر ایقاع بودن وصیت دارد و حتی احتمال قوی بودن را بر وصیت داده است.<sup>۷</sup> این سخن مقابل ادعای اجماع برای وصیت است.

## ۵- دلایل قائلین به ایقاع بودن وصیت تملیکی

هر چند قائلین به عقد بودن وصیت تملیکی دلایل متعددی ارائه کرده‌اند، اما قائلین به ایقاع بودن وصیت نیز ادله فراوانی دارند که به مهمترین آنها اشاره می‌شود:

۵-۱- در وصیت اگر موسی از دنیا برود حق قبول به ورثه می‌رسد و ساقط نمی‌شود<sup>۸</sup> در حالی که مسلم

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، ۱۳۸۸، ص ۴۰۲
۲. همان، ص ۳۸۶، محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی و حقوقی وصیت، ۱۳۹۴، ص ۳۷
۳. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروه الوثقی (کتاب وصیت)، ج ۲، ۱۳۵۸، ص ۸۷۸
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ۱۳۹۲، ص ۱۵۴
۵. حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، ج ۱۹، ۱۴۱۸، ق، ص ۶۱۴
۶. حسینی روحانی، محمد صادق، فقه الصادق، ج ۲، ۱۴۱۲، ق، ص ۳۱۸
۷. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروه الوثقی (کتاب وصیت)، ج ۲، ۱۳۵۸، ص ۸۷۸
۸. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، ج ۱۰، ۱۴۱۱، ق، ص ۱۵



است در عقود اگر طرف مقابل، ایجاب را نگوید و موجب، فوت کند قاعدتا عقدی صورت نگرفته است. ۲-۵- اگر موصی له در زمان حیات موصی وصیت را رد نماید، می‌تواند بعد از مرگ وی، وصیت را قبول کند<sup>۱</sup> و این امر از نظر فقها مشهور است<sup>۲</sup> در حالی که در هیچ عقدی ایجاب بعد از رد مورد قبول نیست و رد ایجاب موجب از بین رفتن ایجاب خواهد شد.

۳-۵- مشهور بین علمای شیعه این است که در عقود بین ایجاب و قبول موالات لازم است<sup>۳</sup> اما ممکن است در وصیت بین ایجاب و قبول فاصله ولو طولانی رخ دهد و کسی هم متعرض نشده است.

۴-۵- یکی از شرایط عقد این است که عقد منجز باشد و تعلیق در عقد موجب بطلان آن می‌شود<sup>۴</sup> ولی در وصیت که اثر ایجاب موصی معلق به فوت وی است - تعلیق اساس چنین ماهیتی را تشکیل می‌دهد و در قانون مدنی ماده ۱۰۶۸ نیز به این مطلب اشاره شده است.

۵-۵- عقد نسبت به آثار خود مسببیت دارد تا سبب تمام نشود اثر آن حاصل نمی‌شود لذا اثر عقد بیع از حین وقوع عقد است و با حصول قبول که از ارکان عقد است، ملکیت حاصل می‌شود و آثار را به دنبال دارد ولی در وصیت تملیکی با قبول موصی له مدتی پس از فوت موصی، موصی به از هنگام فوت، به موصی له منتقل می‌شود نه از هنگام وقوع قبول. به عبارت دیگر قبول کاشف است نه ناقل.<sup>۵</sup>

۶-۵- در تعریف وصیت معمولاً فقها از واژه عقد استفاده نکرده‌اند.<sup>۶</sup>

۸-۵- در عقد بعد از ایجاب و قبول و تصرف، مشتری مالک عین می‌شود و بایع نمی‌تواند از عقد خود برگردد مگر در صورت داشتن خیار که شرایط خود را دارد اما در قانون مدنی ماده ۸۲۹ آمده است قبول موصی له قبل از فوت موصی اثر ندارد و موصی می‌تواند از وصیت خود برگردد حتی در صورتی که موصی له، موصی به را قبض کرده باشد.

۹-۵- در عقد با توجه به حق رجوع و برهم زدن و همچنین با جنون و مرگ یکی از طرفین، عقد باید از بین برود.<sup>۷</sup> درحالی که وصیت تملیکی این چنین نیست و اگر موصی یا موصی له دیوانه شود یا از دنیا برود عقد همچنان باقی است و این نشان از عقد نبودن وصیت تملیکی دارد بلکه مشخص و اثبات می‌کند وصیت تملیکی، ایقاع است.

۱. همان، ج ۱۰، ص ۱۲؛ عاملی شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۲۸۲
۲. حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، ج ۱۹، ۱۴۱۸ ق، ص ۶۱۵
۳. انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۳، ۱۴۲۸ ق، ص ۱۵۷
۴. همان، ج ۳، ص ۱۶۳
۵. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۲۸، ۱۹۸۱ م، ص ۲۵۰
۶. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۳، ۱۳۸۲، ص ۳۰۳
۷. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۲۸، ۱۹۸۱ م، ص ۲۷۶



## ۶- مهمترین دلایل استاد جعفری لنگرودی برای ایقاع بودن وصیت

با توجه به عنوان مقاله که بررسی دلایل عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی در فقه و حقوق با محوریت نظر استاد جعفری لنگرودی است لازم است دلایل ایشان جداگانه آورده شود.

۶-۱- اگر گوینده ایجاب پیش از بستن قرارداد از دنیا برود، ایجاب از بین می‌رود و امکان قبول پس از مرگ موجب، ممکن نیست در حالی که در وصیت تملیکی به موجب ماده ۸۳۰ قانون مدنی، قبول بعد از فوت موصی معتبر است این امر حاکی از این است که آنچه موصی انشا کرده است ایقاع بوده و اثبات می‌کند که قبول وصیت، معنایی غیر از قبول در انشای عقود دارد.<sup>۱</sup>

۶-۲- بنا بر عرف مسلم، از شرایط صحت عقد این است که دو طرف آن معین باشد در حالی که در وصیت تملیکی تعیین موصی له در وصیت تملیکی ضرورت ندارد و اگر کسی به سود یکی از چند نفر به نحو نامعین وصیت کند صحیح است، عدول از مقررات عقود در وصیت تملیکی دلیل بر آن است که ماهیت آن متفاوت از عقود است.<sup>۲</sup>

۶-۳- اگر موصی له پیش از قبول یا رد وصیت، موصی به را در اختیار بگیرد و به آن خسارت وارد کند یا تلف نماید الزامی برای جبران خسارت نیست و این مطلب با عقد دانستن وصیت تملیکی موجه نیست، زیرا تا وقتی موصی له وصیت را قبول نکرده باشد مالک آن نبوده و لذا جبران خسارت ورثه به عهده اوست ولی بنابر ایقاع دانستن وصیت تملیکی نباید چیزی به ورثه بدهد.<sup>۳</sup>

۶-۴- شارع مقدس اسلام با وجود احکام امضایی، دلیلی ندارد تا در مورد وصیت دست به ابداع بزند و آنچه را که صورت ایقاعی دارد به عقد تبدیل کند و از آنجا که مقررات وصیت در قانون مدنی برگرفته از فقه امامیه است باید ماهیت حقوقی وصیت تملیکی را ایقاع دانست. بررسی متون فقهی نیز مؤید این دیدگاه است زیرا فقهای متقدم طرفدار ایقاع بودن وصیت بودند و در میان فقهای متأخر نیز این عقیده رو به فزونی است.<sup>۴</sup>

۶-۵- در ماده ۱۹۴ قانون مدنی آمده است، الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشا معامله می‌نمایند باید موافق باشد بنابراین مبیع باید فرد معین از شیء معین باشد تا پس از ایجاب، قبول خود را به آن اعلام کند، اما در وصیت موصی له می‌تواند قسمتی از موصی به را قبول کند در این صورت

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی وصیت، ج ۲، ۱۳۵۰، ص ۸؛ همو، وصیت - ارث، ۱۳۷۰، ص ۹؛ محقق داماد،

مصطفی، بررسی فقهی و حقوقی وصیت، ۱۳۹۴، ص ۳۹

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وصیت - ارث، ۱۳۵۰، ص ۱۲

۳. همان، وصیت - ارث، ص ۱۳

۴. همان، ص ۱۳



وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمتی که رد شده، باطل باشد.<sup>۱</sup>

۶-۶- اثر عقود نسبت به آینده است و نسبت به گذشته اثری ندارد، عقد بیع موجب انتقال مالکیت در گذشته نمی‌شود و مشتری از زمان خرید به بعد مالک مبیع است، در حالی که وصیت تملیکی اگر قبول موصی له پس از مدتی از فوت موصی انشا شود اثر قهقرایی داشته و موجب انتقال موصی به و منافع آن از حین فوت موصی، به موصی له می‌شود بنابراین عقد دانستن وصیت تملیکی با تأثیر قهقرایی سازگار نیست و بدین جهت ماهیت وصیت تملیکی ایقاع است.<sup>۲</sup>

۶-۷- با انشای موصی، زمینه انتقال مالکیت موصی به، به موصی له پس از فوت موصی فراهم می‌شود، انشای موصی، به تنهایی درجه ضعیفی از مالکیت را برای موصی له ایجاد می‌کند که با قبول او پس از فوت موصی این ملکیت به کمال می‌رسد، لذا چون انتقال مالکیت موصی به، هر چند به طور ضعیف، تنها به اراده موصی واقع می‌شود و اراده موصی له موجب کمال آن است نه ایجاد آن که این نشان از ایقاعی بودن وصیت تملیکی است.<sup>۳</sup>

۶-۸- نقش قبول در وصیت تملیکی مانند قبول در سایر عقود نیست و از ارکان وصیت تملیکی محسوب نمی‌شود، برخی فقها منکر دلالت اخبار وارده بر وجوب قبول در وصیت تملیکی هستند و معتقدند آن چه که مورد اتفاق است این است که موصی له حق رد یا عدم قبول را دارد، در این دیدگاه قبول، شرطی برای استقرار و استمرار انشای موصی است.<sup>۴</sup> و در ماده ۸۲۷ قانون مدنی نیز قبول موصی له و فوت موصی هر دو شرط تحقق وصیت تملیکی می‌باشد که طبق این ماده وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی. اگر در نظر قانون‌گذار وصیت تملیکی، ماهیت عقدی داشت بایستی قبول موصی له شرط وقوع آن می‌شد چنان که در ماده ۱۰۶۲ آمده است «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». چون قبول موصی له در وقوع وصیت تملیکی نقشی ندارد پس ماهیت آن ایقاع است.<sup>۵</sup>

#### ۷- نقد دلایل قائلین به ایقاع بودن وصیت تملیکی

با توجه به بیان ادله قائلین به ایقاع بودن وصیت تملیکی به نظر می‌رسد برخی موارد صحیح نباشد و مورد نقد قرار بگیرد.

۱. همان، ص ۸، قانون مدنی، ماده ۸۳۲
۲. همان، ص ۸، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی، وصیت، ج ۲، ص ۱۱
۳. همان، حقوق مدنی، وصیت، ج ۲، ۱۳۵۰، ص ۱۵
۴. بحرانی، یوسف، حدائق الناصره، ج ۲۲، ۱۳۶۳، ص ۳۸۴ - طباطبایی یزدی، محمد کاظم، عروه الوثقی، ج ۲، ۱۳۵۸، ص ۸۷۸.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی، وصیت، ج ۲، ۱۳۵۰، ص ۵.

۷-۱- درست است در تعریف وصیت به ماهیت حقوقی آن تصریح نشده است اما این اجمال نقص مهمی شمرده نمی‌شود زیرا الزامی ندارد که در تعریف تمام اوصاف معرف باشد.<sup>۱</sup> لذا عدم تصریح عقد بودن وصیت تملیکی دلیل متقنی برای ایقاع شمردن وصیت نیست همچنین علت این که قانون‌گذار وصیت را از سایر عقود خارج کرده به واسطه ارتباط آن با مبحث ارث است. ترکه میت در وصیت و ارث، با فوت موصی، به وراثت و موصی له می‌رسد و در این دو مبحث، اراده و سلطه انسان بر اموال و اقاایشان به محدوده‌های زمانی بعد از مرگ موصی گسترش می‌یابد. از این رو قانون مدنی آن دو را تحت عنوان قسمت چهارم بیان کرده و به دو باب وصایا و ارث اختصاص داده است.<sup>۲</sup> در نتیجه جایگاه مقررات مربوط به وصیت در مجموعه قانون مدنی نمی‌تواند دلالت بر ماهیت ایقاعی وصیت نماید. (خود این سخن نیز اشکال دارد چرا که اگر با دقت منطقی بخواهیم مطلبی را تعریف کنیم باید تلاش کرد تا تعریف جامع افراد و مانع اغیار باشد و اگر این چنین نباشد نمی‌توان سخن تمام و درستی را از آن استخراج کرد)

۷-۲- در نظر قانون‌گذار، وصیت یک شیوه است و چنان که برخی یاد آور شده‌اند عنوانی در کنار سایر عناوین از عقود یا ایقاعات نیست تا در خصوص اینکه چه ماهیتی دارد، بحث شود. هم چنان که تصرفات منجز حال حیات ممکن است در قالب عقود یا ایقاعات صورت پذیرد، تصرفاتی که برای پس از فوت صورت می‌گیرد، نیز ممکن است ماهیات گوناگون داشته باشد، از جمله این تصرفات، تملیک است. همان طوری که تحقق تملیک رایگان در هنگام حیات، نیازمند قبول است و نمی‌توان مالی را بدون اراده بر دارایی دیگری افزود، در تملیک رایگان معلق بر فوت نیز موصی له باید قبول کند. اما اگر وصیت بر امور دیگری چون ابرای مدیون باشد برای تحقق، نیازی به قبول نخواهد داشت پس در اینکه وصیت نیازمند قبول است یا خیر باید درست قضاوت کرد.<sup>۳</sup> نتیجه اینکه بر خلاف ظاهر، قانون‌گذار در به کارگیری الفاظ، دقت کافی را کرده است به عبارت دیگر تملیک به موجب وصیت، سبب انتقال مالکیت موصی به، به موصی له است که باید مورد قبول او قرار گیرد. اگر ایجاب وصیت به عنوان سبب تملیک، کامل بود باید نفوذ حقوقی می‌داشت و نیازی به قبول نبود.<sup>۴</sup> به نظر می‌رسد این سخن نیاز به دقت بیشتری دارد چرا که موصی له واجب نیست موصی به را قبول کند و اجباری ندارد و حتی بیان شد که موصی له بدون قبول و یا رد می‌تواند در موصی به تصرف کند هر چند مالک نیست و اگر خسارتی وارد کرد نیازی به جبران ندارد.<sup>۵</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، وصیت در حقوق مدنی ایران، ۱۳۸۱، ص ۳۷.

۲. محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی و حقوقی وصیت، ۱۳۹۴، ص ۱۵؛ امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۳، ۱۳۶۶، ص ۵۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۴.

۴. همان، ص ۵۱.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وصیت - ارث، ۱۳۷۰، ص ۱۳.

۷-۳- در این که بین ایجاب و قبول موالات لازم است و ممکن است بین ایجاب و قبول وصیت تملیکی فاصله ولو طولانی باشد پس وصیت ایقاع است نه عقد باید گفت برخی فقها فوریت در قبول را مختص عقود منجز دانسته و در عقودی مانند وصیت، به دلیل تعلیقی بودن آن فوریت قبول را شرط نمی‌دانند.<sup>۱</sup> ولی در واقع آن است که طبق قواعد عمومی قراردادها برای تشکیل عقد باید قبول به هنگامی انشا شود که ایجاب، موجود است و اگر مدت التزام موجب، به انشای خود منقضی شود قبول فایده ندارد.<sup>۲</sup> مدت بقای ایجاب، تابع ارادهٔ موجب است، موصی ایجابی پایدار را انشا می‌کند که پس از فوت خود، ایجاب نیز دوام داشته باشد و قبول موصی له می‌تواند با الحاق به آن، سبب انتقال مالکیت موصی به شود. در نتیجه عدم ضرورت توالی عرفی بین ایجاب و قبول نمی‌تواند ماهیت عمل حقوقی انجام شده را مشخص کند، علاوه بر اینکه در برخی عقود معین مانند وکالت با این که رعایت توالی عرفی بین ایجاب موکل با قبول وکیل شرط نبوده و ممکن است پس از انقضای مدت‌ها از اعطای نمایندگی و با انجام مورد وکالت، قبول فعلی انشا شود، ولی در عقد بودن وکالت تردیدی نیست و صحت عقد بین غایبان نیز با این توجیه مورد قبول است.<sup>۳</sup>

۷-۴- قانون مدنی مادهٔ ۸۲۵ وصیت را دو قسم کرده است، وصیت تملیکی و عهدی و در مادهٔ بعد برای وصیت تملیکی قبول را شرط می‌داند و لی در مادهٔ ۸۳۴ برای وصیت عهدی قبول، شرط نیست بنابراین وصیت تملیکی از اقسام عهدی نیست تا در ماهیت نیز مانند آن باشد و ایقاع نامیده شود.

۷-۵- به ارث رسیدن قبول، در وصیت تملیکی نمی‌تواند دلیل متقنی برای ایقاع بودن وصیت باشد، زیرا ارث قبول در فقه مورد اختلاف است.<sup>۴</sup> و در صورت فوت موصی له، به صراحت، در مقررات پیش‌بینی نشده و از نظر منطقی حقوقی نیز حق، مالی نیست تا به ورثه منتقل شود.<sup>۵</sup> بر فرض اینکه قبول، به ارث برسد و مورد پذیرش باشد، این امر نتیجهٔ وابسته نشدن ایجاب موصی در مقام انشا است. به عبارت دیگر در بیش‌تر عقود، ایجاب معلق بر قبول انشا می‌شود ولی در وصیت، موصی، به هنگام انشا، نظر به قبول موصی له ندارد. لذا ایقاع بودن وصیت تملیکی با ارث رسیدن قبول، توجیه نمی‌شود.<sup>۶</sup>

۱. حسن بن یوسف حلی، (علامه حلی)، تذکره الفقهاء، ج ۲، ۱۳۹۳، ص ۴۵۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ۱۳۹۵، ۳۳۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۴۸.

۴. الجبلی العاملی، زین الدین (شهید ثانی)، شرح لمعه، ج ۲، ۱۴۲۱، ص ۲۹۶.

۵. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، ۱۳۶۶، ص ۶۹.

۶. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۵۲.



۶-۷- هرچند با رد، ایجاب چیزی برای قبول نمی‌ماند، ولی در صورتی که ایجاب مستمر باشد هر لحظه پس از رد، تجدید شده و امکان پیوستن قبول به آن ممکن است. موصی تا هنگام که زنده بوده و از وصیت خود رجوع نکرده باشد یعنی بر اراده خود نسبت به تملیک موصی به، بعد از فوتش به موصی له باقی است و از همین رو موصی له پس از رد وصیت می‌تواند آن را قبول کند. این وضعیت قابل قیاس با دیگر عقود که گوینده ایجاب چنین قصدی ندارد نیست، پس اعتبار قبول رد، دلالت بر ایقاع بودن وصیت تملیکی نمی‌کند و ناشی از استمرار قصد موصی در مدت حیاتش می‌باشد.<sup>۱</sup>

۷-۷- فوت گوینده ایجاب، پیش از قبول در صورتی که شخصیت موجب مؤثر در اجرای تعهدات ناشی از عقد باشد مانع از بسته شدن عقد می‌شود، زیرا حیات او قید بقای ایجاب است، ولی در مواردی که چنین نباشد در اثر فوت، اتفاق نظر وجود ندارد و امکان قبول وصیت تملیکی پس از فوت موصی نمی‌تواند پایه‌ای استوار برای ایقاع بودن آن باشد.<sup>۲</sup>



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، ۱۳۶۶، ص ۶۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۴۸، همو، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ۱۳۹۵، ص ۳۲۹.

با توجه به استدلال‌های متعدد فقهی و حقوقی دربارهٔ وصیت تملیکی، نشان‌دهندهٔ این است که در فقه و نظام حقوقی ایران اختلاف نظر دربارهٔ عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی به چشم می‌خورد هر چند طرفداران هر گروه برای حرف خود دلائلی دارند که کار را برای داوری سخت کرده و باعث شده است برخی در غلبهٔ قواعد عقود یا اصول ایقاعات در وصیت تملیکی به نتیجه نرسند اما این اختلاف نظرها نمی‌تواند مانع شود تا دربارهٔ عقد یا ایقاع بودن وصیت تملیکی نظری نداد بلکه دلائل ایقاعی بودن وصیت تملیکی به قدری است که یک جانبه بودن این عمل حقوقی را تقویت کند. صرف نظر از مباحث نظری، باید اذعان داشت، حکمت شارع از وضع وصیت تملیکی از یک سو و تأکید اسلام بر وصیت کردن نشان می‌دهد که ارادهٔ موصی برای شکل‌گیری وصیت کافی است و ایقاع بودن وصیت با مصالح موصی سازگاری بیشتری دارد.



۱. ابن منظور، (۱۴۰۸ق)، لسان العرب، جلد ۱۵، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، بیروت.
۲. امامی، سید حسن، (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ چهارم.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۳۸۹)، الوصایا و المواریث، قم، مجمع الفکر الاسلامی (چاپ کنگره)، چاپ چهارم.
۴. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۸)، مکاسب، قم، جلد سوم، مجمع الفکر الاسلامی (چاپ کنگره)، چاپ هفتم.
۵. بحرانی، یوسف، (۱۳۶۳)، حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، جلد ۲۲، موسسه النشر الاسلامیه.
۶. الجعبی العاملی، زین الدین بن علی - شهید ثانی، (۱۴۲۱ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، چاپ یازدهم، قم.
۷. الجعبی العاملی، زین الدین بن علی، (۱۴۲۵ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، جلد ششم، موسسه معارف اسلامی، چاپ سوم.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۰)، حقوق مدنی - وصیت، تهران، ابن سینا.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۷)، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ دوم، تهران.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰)، وصیت - ارث، تهران، دانشگاه تهران.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، چاپ اول، گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۲)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، چاپ سوم، گنج دانش.
۱۳. حسن بن یوسف (علامه حلی)، (۱۳۹۳)، تذکره الفقهاء، قم، چاپ اول، آل البيت علیهم السلام.
۱۴. حسینی العاملی، محمد جواد، (۱۴۱۸ق)، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، بیروت، جلد ۱۹، دار التراث، چاپ اول.
۱۵. حسینی روحانی، محمد صادق، (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق، قم، جلد دوم، مطبعه العلمیه، چاپ اول.
۱۶. حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۳۱ق)، شرائع الاسلام، فقهت، چاپ سوم، قم.
۱۷. راغب اصفهانی، (۱۳۷۶)، معجم مفردات الفاظ قرآن، مرتضوی، چاپ دوم، تهران.
۱۸. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۳)، حقوق مدنی تشکیل قرار دادها و تعهدات، تهران، جلد اول، مجد، چاپ دهم.
۱۹. طباطبایی حکیم، محسن، (۱۳۹۱)، مستمسک العروه الوثقی، احیاء تراث العربی، چاپ چهارم، بیروت.
۲۰. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، (۱۳۵۸)، العروه الوثقی، تهران، جلد دوم، مکتبه العلمیه الاسلامیه، چاپ اول.

۲۱. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۳۸ق)، المبسوط، مؤسسه النشر الاسلامیه جامعه مدرسین قم، چاپ سوم، قم.
۲۲. الفیومی، احمد بن محمد، (۱۴۲۵ق)، المصباح المنیر، هجرت، چاپ سوم، قم.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱)، وصیت در حقوق مدنی ایران، (رساله دکتری)، تهران، دانشگاه تهران.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، عقود معین، تهران، میزان.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، ایقاع، میزان، چاپ هشتم، تهران.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قرار دادها، تهران، چاپ سیزدهم، شرکت سهامی انتشار.
۲۷. کرکی، علی بن حسین، (۱۴۱۱ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، جلد ۱۰، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، چاپ اول.
۲۸. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۴)، تحلیل فقهی و حقوقی وصیت، تهران، چاپ پنجم، علوم اسلامی.
۲۹. محمد بن مکی - شهید اول، (۱۴۲۱ق)، اللعه الدمشقیه، چاپ یازدهم، قم.
۳۰. محمد بن مکی - شهید اول، [بی تا]، القواعد و الفوائد، قم، جلد دوم، کتابفروشی مفید، چاپ اول.
۳۱. محمد بن مکی - شهید اول، [بی تا]، شرح لمعه، جلد دوم.
۳۲. منصور، جهانگیر، (۱۳۹۲)، قانون مدنی، تهران، دیدار، چاپ صدوسوم.
۳۳. مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، (۱۴۳۱ق)، مؤسسه الفقه الاسلامی، چاپ اول، قم.
۳۴. نجفی، محمد حسن، (۱۹۸۱)، جواهر الکلام، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت.
۳۵. نجفی، محمد حسین، (۱۹۸۱)، جواهر الکلام، دار احیاء التراث العربی، چاپ ۷، بیروت.

