

## ماهیت حقوقی وصیت

امیرحسین وحیدی<sup>۱</sup>

مقدمه

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 طلبهای خویش را نمی‌توانند در زمان حیات خود پرداخت و یا مطالبه نمایند و یا تمایل به انجام کاری داشته‌اند و یا قسمتی از آن را انجام و قسمتی را ناتمام گذاشته‌اند، 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 می‌گردد.

به جهت اهمیت وصیت در زندگی اجتماعی افراد در فقه اسلامی و حقوق مدنی این مبحث از اهمیت وافری برخوردار می‌باشد و همواره مباحث وصیت مورد توجه حقوقدانان و فقهای اسلامی بوده است. شکی نیست که فلسفه وجودی حقوق و بالخصوص 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.

اهمیت وصیت در اسلام به اندازه‌ای است که پیامبر اکرم(ص) در این باره فرموده‌اند:

«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 سیستم‌های حقوقی هریک متفاوت هستند، وصیت را بسیار عمیق و موثکافانه بررسی کرده‌اند. 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 وصیت‌نامه‌ها در زمان کهولت افراد صورت می‌گیرد و از آنجا که افراد در سنین بالا از نظر روانشناسی از حالت ویژه‌ای برخوردار هستند که در برابر مسائل کمتر منطقی برخورد می‌کنند، 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 رساله‌های دانشگاهی مورد بررسی قرار گرفته است و بسیاری از استادان برجسته و نامی<sup>۱</sup> به طور جامع و مستدل به آن پرداخته‌اند، لیکن حداقل منفعتی که این مقاله خواهد داشت این است که موجب یادآوری و مرور مطالب مهم و ویژه وصیت می‌گردد، علاوه بر این، از آنجا که از دیرباز افراد برای تنظیم وصیت‌نامه‌های خود به دفاتر اسناد رسمی مراجعه می‌کرده‌اند و البته این امر همچنان ادامه دارد و اینکه صحبت از افزوده شدن مسؤولیت‌هایی بر سران دفاتر اسنادرسمی نظیر تقسیم ترکه و انجام امور حسبی، شنیده می‌شود، بر اهمیت این مطلب

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، رساله دکتری با عنوان وصیت در حقوقی مدنی ایران و دکتر محمد مصدق، رساله دکتری با عنوان وصیت در حقوق اسلام و وصیت و ارث - دکتر محمدجعفری لنگرودی.

افزوده است.

لذا در این مقاله تحقیقی به بررسی و توضیح اجمالی وصیت و شرایط تحقق وصیت و وظایف هر یک از طرفین آن خواهیم پرداخت که هر یک در گفتاری جداگانه از نظرتان خواهد گذشت، که امید است با همه نواقص و کاستی‌های آن مورد توجه قرار گیرد.

### الف) مفهوم و ماهیت وصیت

وصیت در لغت به معنای اندرز و نصیحت و آنچه بدان سفارش می‌کنند، است<sup>۱</sup> و در علم حقوق نیز تقریباً به همین معنا به کار می‌رود. مستنداً به ماده ۸۲۶ ق.م. وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا قسمتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند و وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور نماید.

در ریشه واژه وصیت و معنای آن اختلاف است برخی از جمله علامه حلی در تذکره و سید محمد جواد عاملی در مفتاح‌الکرامه وصیت را اسم مصدر و مشتق از وصی و به معنی وصل و الحاق می‌دانند و ارتباط آن را با مفهوم اصطلاحی وصیت از آن جهت می‌دانند که موصی به وسیله انشای وصیت تصرفات زمان حیات خویش را به تصرفات بعد از مرگ خود متصل می‌کند. اگرچه برخی آن را مشتق شده از توصیه و به معنای عهد می‌دانند لیکن به نظر می‌رسد معنای اولی به مفهوم حقوقی آن نزدیک‌تر است و حداقل رجحان و برتری نسبت برداشت اول از این واژه این است که جامع افراد وصیت از حیث عهدی و تملیکی است. در استحباب وصیت در دین اسلام تردیدی وجود ندارد، آیات و روایات عدیده‌ای در باب وصیت بیان شده است که جدای از جواز آن، مسلمین را تشویق و ترغیب به وصیت می‌کند. آیه ۱۸۰ سوره بقره، آیات ۱۱ و ۲۳ سوره نساء و آیه ۱۰۶ سوره مائده و... همگی شواهدی هستند دال بر این مدعا. در احکام تکلیفی وصیت بر چهار قسم تقسیم شده است: اول وصیت واجبه، همانند وصیت کردن جهت ادای حقوق واجبه اعم از حق الله و حق الناس، دوم وصیت مستحبه، همانند وصیت کردن به مال کم. مقصود این

است که در وصیت باید به شرایط مالی وراثت نیز توجه کرد از این رو وصیت را نسبت به مال کم پسندیده‌تر می‌شمارند. اگرچه در فقه وصیت تا ثلث اموال جایز است لیکن توصیه شده است در صورت فقر و تنگدستی بازماندگان وصیت نسبت به ربع یا حتی خمس بهتر است و سوم وصیت حرام، همانند وصیت کردن بر گوشت خوک و یا شراب و... که به جهت حرمت متعلق آن باعث حرمت عمل حقوقی نیز می‌شود و در آخر نیز وصیت مکروه، همانند وصیت کردن نسبت به مال بسیار که به جهت مذکور مکروه دانسته شده است.<sup>۱</sup>

### الف) 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 هریک را با اوصاف و شرایط خاصی که هریک ایجاد می‌کنند تعریف کرده است. لیکن وصف مشترک در هر دو نوع وصیت و حالات متفاوتی که هریک ممکن است داشته باشند این است که در تمامی آنها تحقق وصیت معلق به فوت موصی است، لذا به نظر می‌رسد در صورتی که این مطلب را مبنای تعریف وصیت قرار دهیم می‌توان تعریفی از وصیت داشت که هم جامع افراد آن باشد و هم مانع اغیار. لذا بر طبق این مبنا می‌توان وصیت را انشاء امری دانست که اثر آن معلق به موت موصی است.

در قانون مدنی ایران ماهیت حقوقی وصیت به‌طور وضوح مشخص نگردیده است و به‌طور 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. عیناً این مطلب در باب وقف نیز به چشم می‌خورد و بیان این مباحث جدا از

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران ص ۲۲ (نقل از شیخ بهاءالدین عاملی).

سایر عقود باعث بروز ابهامات و شبهاتی گردیده است که آیا جداسازی وقف و وصیت از سایر عقود معین از جهت خاصی بوده است و اساساً قرینه‌ای است مبتنی بر عقد نبودن آنها یا خیر؟

اینگونه نتیجه‌گیری و این‌چنین تحلیل کردن به دور از متطق و استدلال حقوقی است زیرا براساس قواعد عمومی قراردادها شرط لازم و کافی برای اینکه عمل حقوقی را عقد بدانیم، تقابل و تراضی اراده‌های انشایی آن دو طرف است که البته به ایجاب و قبول واقع می‌گردد. 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 می‌شود، پس هر عقدی صرف تراضی و توافق طرفین محقق می‌شود و این اراده‌های انشائی نیز با ایجاب و قبول ابراز می‌گردند. 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 تشریفات 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 می‌خورد.

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 می‌باشد و از آنجا که اساساً در اراده موصی و قصد وی بر انشای وصیت چیزی جز تصرف بعد از زمان فوت او نیست نمی‌توان این اشکال را وارد دانست زیرا اساساً ماهیت حقوقی وصیت ایجاب می‌کند که اثر آن بعد از فوت موصی باشد و بر فرض اینکه قبولی در 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.»

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 آنگونه 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>۱</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>۲</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>۳</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

۱. روضة البهیه فی الشرح لمعه، ج ۳، ص ۱۶۵ - لوح فشرده معجم الفقهی - دفتر آیت‌الله عظمی گلپایگانی قم ۱۳۸۲

۲. در محضر شیخ انصاری، جواد فخار طوسی، جلد ۱۲، ص ۲۰۷، انتشارات دارالحکمه، چاپ اول، ۱۳۸۲

۳. سیدمحمدکاظم طباطبائی، عروة الوثقی، جلد ۲، ص ۴۰۰ - لوح فشرده معجم الفقهی - دفتر آیت‌الله عظمی گلپایگانی قم ۱۳۸۲

نیز نمی‌توان مالکیت را به ورثه نسبت داد. 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 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>۱</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

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ص ۱۵۹ به بعد، چاپ هشتم ۱۳۷۶، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا

به گذشته با همین بیان عرفی آن را معامله فضولی جایز دانسته است.<sup>۱</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. معهداً 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>۲</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 علیهم 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

۱. 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 زیرنظر علی مکرّم)

۲. 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.



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 عهدی 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 عهدی به میان آمده است قانونگذار طرف وصیت را «وصی» خطاب می‌کند و بالعکس در هر جایی که وصیت تملیکی را موردنظر 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 تملیک. اگرچه از این استدلال‌ات در جهت ایقاع دانستن وصیت به‌طور 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.

#### ب) وصیت عهدی:

مستنداً به ماده ۸۳۴ قانون مدنی در وصیت عهدی قبول شرط نیست. این بیان قانونگذار نشان از ایقاع بودن وصیت عهدی است. زیرا تنها در ایقاع است که اراده طرف مقابل شرط تحقق نیست. در اینکه آیا اشخاص می‌توانند به اراده خود در برابر دیگران متعهد گردند اختلاف است، اما این امر در وصیت عهدی به طریق اولی جاری می‌گردد، چرا که اساساً ماهیت وصیت عهدی چیزی جز ایجاد تعهد برای وصی نیست و به موجب آن وصی متعهد است که حتی برخلاف میل باطنی خویش به آنچه موصی بر او تحمیل کرده ملتزم باشد و آن را به مرحله اجرا درآورد این امر با نظریه عمومی ایقاعات منافات دارد و بر همین مبنا بسیاری از فقها از جمله علامه حلی معتقدند وصی در صورت عدم

آگاهی وصیت قبل از فوت موصی می‌تواند آن را رد کند. این نظر به نوعی در جهت پذیرش عقد بودن وصیت عهدی است، زیرا اراده وصی را در تحقق وصیت عهدی دخیل می‌داند و همان‌طور که پیشتر نیز عنوان گردید، نیاز قبول و ابراز اراده وصی شرط لازم و کافی برای عقد بودن وصیت است. لیکن قانون مدنی ایران به پیروی از نظر مشهور در فقه امامیه وصیت عهدی را ایقاعی بیش نمی‌داند و اثر اراده و قبول یا رد موصی را تنها در زمان حیات موصی معتبر می‌شناسد. برخی از حقوقدانان استدلال می‌کنند که وصی مادام که زنده است می‌تواند وصایت را رد کند و با رد آن می‌تواند از وقوع وصیت جلوگیری نماید، لذا اگر در زمان حیات موصی آن را رد نکرد دیگر نمی‌توانند آن را رد کند و در این صورت همانند بایعی است که حاکم او را اجبار به بیع می‌نماید و همان‌طور که عدم رضای بایع از وقوع بیع به نحو صحت جلوگیری نمی‌کند در مورد عدم رضای وصی بعد از فوت موصی نیز وضع اینگونه است.<sup>۱</sup> معهذا این تحلیل منطقی به نظر نمی‌رسد و اساساً قیاس مع الفارق است. زیرا در فرضی که بایع اجبار به بیع می‌شود، این اجبار او به واسطه ولایتی است که از جانب حاکم بر او استقرار می‌یابد و نه به جهت عدم رضای باطنی وی، بایع متعهد به انجام بیع بوده است و تعهدی به انجام داشته است و اجبار او به جهت امتناعی است که از تعهد خویش نموده است (الحاکم ولی الممتنع) در فرضی که اساساً وقوع بیع به واسطه‌ای غیرممکن است آیا باز می‌توان فرض فوق را مطرح ساخت؟

اساساً اختلاط وصیت با سایر عقود دور از ذهن به نظر می‌رسد، 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 می‌شود. 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 می‌گردد و در مقابل هنگامی که موصی مالی را به موجب وصیت به موصی له تملیک می‌کند، قصدی جز رضای موصی له ندارد. غالباً و چه بسا عموماً بین طرفین وصیت روابط احساسی و

۱. مصطفی عدل (منصورالسلطنه) - حقوق مدنی، ص ۵۶۵ چاپ هشتم، انتشارات امیرکبیر ۱۳۵۴.

عاطفی وجود دارد که هریک به جهتی اقدام به وصیت کرده‌اند. لذا قیاس وصیت با عقدی همانند بیع که هریک از طرفین آن صرفاً به مسائل اقتصادی توجه دارند، صحیح به نظر نمی‌رسد.

با این اوصاف موضعی که قانون مدنی ایران اتخاذ کرده است، صحیح‌ترین و منطقی‌ترین نظری است که در مورد ماهیت وصیت می‌توان بیان کرد. تنها نقطه ابهامی که موجود است، در مورد اثر قبول در 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: «تردید نیست که قبول موصی له 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.»<sup>۱</sup>

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 موصی له 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.

حال با این تفاسیر این سؤال متصور است که اساساً چه اصراری است بر اینکه قبول را کاشف از نقل ملکیت در زمان فوت بدانیم؟ تردیدی نداریم که بدون وجود قبول و ابراز آن نقل ملکیت صورت نمی‌پذیرد و نظریه کشف و آثار آن امری برخلاف قاعده است که نیاز به نص صریح قانونی یا فقهی دارد. اگر در عقد فضولی اجازه را کاشف می‌دانیم به جهت

۱. شیخ مرتضی انصاری، رساله وصیت، انتهای مکاسب به نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین جلد ۳ صفحه ۳۲۴.

وجود نص است و در قانون مدنی نیز این حکم در ماده ۲۵۸ قانون مدنی صراحتاً بیان گردیده است و اگر از ملاک آن برای جاری ساختن این حکم در معاملات اکرایی استفاده می‌شود، به جهت سبب این حکم است که در اصل و فرع وجود دارد.<sup>۱</sup> در موضوع وصیت نص صریحی در باب کاشف بودن وجود ندارد، مضافاً به اینکه اساساً قیاس و وحدت ملاک از احکام موجود دیگر فاقد مبنای حقوقی و منطقی است با این تفاسیر به نظر می‌رسد پذیرش نظریه نقل قابل توجیه‌تر است مگر اینکه قرآنی موجود باشد که به وسیله آن احراز گردد. اساساً موصی نظر به نقل ملکیت در زمان فوت خود داشته است که در این صورت نیز احترام به تراضی و قراردادی که طرفین منعقد کرده‌اند اقتضا دارد که پس قبولی آن را کاشف بدانیم و البته بدون تردید این کشف حقیقی است و نه حکمی. علاوه بر آن اشکالی که نسبت به بدون مالک ماندن موصی به بعد از فوت موصی مطرح می‌گردد نیز اینگونه توجیه می‌کنند که پیش از تصفیه ترکه و ضمیمه شدن آن به دارایی وراثت، دارایی متوفی خود دارای شخصیت حقوقی خاص است. این شخصیت حقوقی را که از شرکت حقوق ورثه و طلبکاران و موصی لهم تشکیل می‌شود می‌توان در حکم دارایی متوفی دانست، لذا چه مانعی وجود دارد که قبل از قبولی موصی به در این مجموعه باقی باشد و پس از قبولی به دارایی متوفی نقل یابد؟<sup>۲</sup>

### ج) وضعیت حقوقی وصیت در صورت رد: تالیفات فزینی

آنچه تاکنون مطرح گردید، ما را به سمتی متمایل می‌کند که وصیت تملیکی را عقد و

۱. قیاس از جمله ادله استنباط است که البته اقسام متعددی دارد و بر حجیت آن اقوال متعددی مطرح گردیده است. در قیاس چهار موضوع مورد توجه واقع می‌شود که اصطلاحاً به آن عناصر قیاس می‌گویند. الف) موضوعی که حکم آن معلوم است و آن را اصل می‌گویند. ب) حکم اصل که صریحاً یا ضمناً بیان شده است. ج) موضوعی که حکمش معلوم نیست و آن را فرع می‌گویند و چهارم سبب اصلی حکم است که باید در هر دو یکسان باشد و به آن علت قیاس می‌گویند. در قیاس مزبور که از نوع مستنبط‌العله است، علت حکم، رضای احد از طرفین است که در عقد فضولی به جهت اینکه عقد را فضول انشا کرده است موجود نیست و در عقد اکرایی نیز به سبب کره زائل گردیده است. لذا در هر دو علت یکسان است و عقد فضولی و اکرایی هر دو به جهت اینکه رضا مخدوش گردیده است صحیح نمی‌باشد.

۲. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۳ ص ۳۲۳.

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 هریک 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 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 این‌چنین 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 ترازی طرفین در عقد وصیت، تعلیق آثار آن به فوت موصی است و به عبارت‌الآخری 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 ندانست. 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. مقصود این است که حال اگر قبض تحقق گیرد آیا می‌توان آن را به‌طور ضمنی قرینه‌ای برای اعلان و اعلام قبولی دانست یا خیر؟

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 به طور 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 مصالحتی 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 قیم منسوب از طرف دادگاه تحت نظر دادستان و 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>۱</sup>

#### د) شرایط صحت وصیت:

وصیت نیز مانند سایر اعمال حقوقی برای اینکه به طور 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 لازم‌الرعايه 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 لازم‌الرعايه 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 هیچ‌کس 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.

به نظر می‌رسد مبنای نظریه اول با اصول حقوقی و منطقی سازگارتر باشد. توجه به این امر که انشای وصیت در زمان حیات موصی بوده است برای پذیرش این نظریه کمک بیشتری می‌کند. اگر موصی مورد وصیت را به موصی له هبه می‌کرد تکلیف چه بود؟

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.

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.<sup>۱</sup>

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 موصی زائد بر ثلث نبوده، در زمان بعد از فوت او زائد بر ثلث گردد، آن زیاده را معلق به تنفیذ ورثه می‌دانند.<sup>۲</sup> 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.<sup>۳</sup> این تحلیل از این جهت قابل انتقاد است که ماده ۸۶۶ قانون مدنی اساساً

۱. علامه حلی، تذکره، جلد ۲ کتاب وصایا به نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین جلد ۳ صفحه ۳۷۹.  
 ۲. محقق قمی، جامع الشتات، جلد دوم، باتصحیح مرتضی رضوی، چاپ اول ۱۳۷۱، سازمان انتشارات کیهان.  
 ۳. 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 سیدحسن امامی، دوره حقوق مدنی، ج ۳، صفحه ۱۰۸، چاپ شانزدهم، انتشارات اسلامیة ۱۳۸۱ و دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد ۳ صفحه ۳۸۰.

ناظر به اداره اموال متوفی و ترکه است و نه تعیین مالک آن و نمی‌توان از این ماده اینگونه استنباط کرد که در صورت نبود 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.

#### طرح بحث: وضعیت حقوقی وصیت به حرمان وارث

حال این سؤال متصور است که آیا موصی می‌تواند به موجب وصیت ارث یا وارثان خود را از ارث محروم کند؟ و اساساً اگر به این قصد وصیتی انشا گردد وضعیت حقوقی آن چگونه است؟ مستنداً به ماده ۸۳۷ قانون مدنی اگر کسی به موجب وصیت یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند، وصیت مزبور نافذ نیست. در این ماده مانند بسیاری دیگر از مواد قانون مدنی، قانونگذار صراحت را به فراموشی سپرده است و با تردید و دو پهلو از واژه نافذ بودن استفاده کرده است و معلوم نیست عدم نفوذ موقوف به تنفیذ چه کسی است؟

اگر مقصود تنفیذ از ناحیه همان ورثه محروم شده نسبت به مقدار زیاد بر ثلث است که مگر ممکن است این امر را که به‌طور مطلق به زیان آنهاست، تنفیذ نمایند. به فرض هم که چنین عملی را که به دور از منطوق و عقل است انجام دهند، لیکن از اطلاق این ماده به نظر می‌رسد قانونگذار نظری به میزان ثلث نداشته است و وصیت را به‌طور مطلق غیرنافذ دانسته است.

این تردید و شبهه ایجاد شده گریبانگیر حقوقدانان معاصر نیز شده است و امروزه این اختلاف همانند سابق که در میان فقهای اسلامی مطرح بوده است کماکان پابرجاست.

تمامی اختلافات و مباحث مطرح شده در این باب خارج از دو موضوع نمی‌باشد. بدین شکل که عده‌ای نظر به بطلان وصیت دارند.<sup>۱</sup> و عده‌ای دیگر عدم نفوذ را ترجیح داده‌اند.<sup>۲</sup> آنهایی که نظر به عدم نفوذ وصیت دارند، معتقدند که وصیت به حرمان وارث به طور ضمنی خود وصیت تملیکی برای سایرین است و با حرمان ارث یکی، موجب ارث بردن دیگری گشته و این خود به منزله وصیت تملیکی نسبت به اوست. لذا اگر آن را ناظر به ثلث ماترک بدانیم نباید آن را ناصحیح دانست و البته زیاده بر ثلث موقوف به اذن سایر ورثه است. لیکن این استدلال حداقل از این جهت قابل خدشه است که در فرضی که شخص تنها یک وارث دارد و آن را محروم می‌کند تکلیف چیست؟

علاوه بر این باید به این نکته توجه کرد که مباحث ارث و قوانین حاکم بر آن اولاً جزء قواعد آمره بوده و ثانیاً تراضی برخلاف آن موجب اخلال در نظم عمومی می‌گردد. پس اگر اینگونه استدلال گردد که شخصی اختیار هرگونه تصرف در اموال خویش را دارد و این نیز مصداقی از تصرف است، باید از این جهت به این استدلال خرده گرفت که اولاً با نظم عمومی مغایر است و ثانیاً برخلاف قواعد آمره ارث است، مضافاً به اینکه در حالت تعارض قاعده تسلیط و قاعده لاضرر در حکومت قاعده لاضرر تردیدی نیست و تصرفات اشخاص تا جایی که موجب زیان دیگری نگردد جایز است. با این اوصاف به نظر می‌رسد بطلان وصیت در این فرض به صحت آن ارجحیت دارد. با این وجود حکم چنین وصیت‌هایی در هر نظام حقوقی ممکن است متفاوت باشد و دلیل این امر را نیز باید به وسعت و دامنه اصل حاکمیت اراده در آن نظام حقوقی جست‌وجو کرد. در کشور ما و نظام حقوقی ایران که غالباً از فقه اسلامی و فقه امامیه مقتبس شده است، دامنه‌های اصل حاکمیت اراده با محدودیت‌های قانونی خاصی که در بالا اشاره‌ای بدانها شد مواجه است. لیکن در برخی از کشورها نظیر فرانسه، سوئیس و انگلستان که اصل حاکمیت اراده را

۱. دکتر موسی عمید - تقریرات وصیت، صفحه ۴۸، دکتر سیدحسن امامی، دوره حقوق مدنی، جلد ۳ صفحه ۱۲۵، دکتر ناصر کاتوزیان - عقود معین، جلد ۳ صفحه ۳۸۲، محمد بروجرودی عبده - حقوق مدنی - صفحه ۴۴۹، سیدمحمدکاظم طباطبائی - عروة الوثقی - جلد ۲ صفحه ۴۰۸ به بعد لوح فشرده معجم الفقهی، دفتر آیت‌الله عظمی گلپایگانی، قم ۱۳۸۲  
 ۲. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، وصیت، شماره ۱۷۱ و ۱۷۲.

عنصر اصلی و اساسی می‌دانند و محدودیت‌های زیادی برای آن قائل نیستند این نوع وصیت نافذ برشمرده می‌شود. اما پذیرش این تئوری در سیستم حقوقی ایران بسیار دشوار است و علی‌رغم اینکه امروزه اصل حاکمیت اراده بسیار بیش از گذشته مورد توجه واقع گردیده است اما رویه قضایی در جایی که این اصل با قوانین و قواعد آمره متعارض است آن را کاملاً مطرود می‌داند و تمایل به پذیرش آن به حداقل می‌رسد.

#### ه) سند وصیت یا وصیت‌نامه:

وصیت نیز مانند هر عمل حقوقی دیگر در عالم اثبات نیازمند ادله است و سند به عنوان یکی از ادله اثبات در مورد اثبات وصیت نیز شرط لازم و کافی است. نظر مشهور در فقه اسلامی مبتنی بر کافی بودن سند وصیت برای اثبات وصیت است و نه لزوم آن، لیکن وضع ماده ۲۷۶ قانون امور حسبی موجب تمیز وصیت از سایر اعمال حقوقی در عالم اثبات شده است. زیرا اعمال حقوقی دیگر با اقرار یا شهادت و سایر ادله ممکن اثبات گردد. حال آنکه در مورد وصیت مکتوب بودن آن به موجب قانون شرط لازم است. قانونگذار نیز برخلاف نظر مشهور<sup>۱</sup> در ماده ۲۷۶ قانون امور حسبی علاوه بر اینکه وصیت‌نامه را به سه قسم رسمی، خودنوشت (عادی) و سری تقسیم می‌کند به‌طور ضمنی لازم بودن آن را نیز برای اثبات بیان داشته است. در قانون امور حسبی به‌طور کلی دو دسته قوانین و مقررات برای وصیت‌نامه در نظر گرفته شده است که یکی راجع به تنظیم وصیت‌نامه در مواقع عادی و دیگری مربوط به وصیت‌نامه در مواقع ضروری و فوق‌العاده است و نسبت به وصیت‌نامه‌هایی که در مواقع ضروری تنظیم می‌گردند مقررات کمتر و ساده‌تری پیش‌بینی شده است. لیکن از آنجا که بیان هر دو مبحث فرصت بیشتری می‌طلبد، در این مقاله تنها به بررسی وصیت‌نامه در موارد عادی و مقررات مربوط به آن می‌پردازیم.

چنانکه قبلاً نیز گفته شد، وصیت‌نامه ممکن است به صورت سند رسمی و توسط سردفتر اسناد رسمی تنظیم و ثبت گردد و یا به طور عادی و توسط خود موصی تنظیم

۱. محقق حلی در جهت عدم لزوم وصیت‌نامه می‌فرمایند: «و لا یجب العمل بما یوجد بخط المیت و قیل ان عمل الورثه ببعضها لزمه العمل بجمیعها...».

گردد که در این صورت از حیث اعتبار مانند سایر اسناد عادی دیگر خواهد بود. بدیهی است در صورت رسمی بودن وصیت‌نامه تنظیم آن به عهده سردفتر خواهد بود، لیکن در مورد وصیت‌نامه‌های عادی یا خودنوشت مستنداً به ماده ۲۷۸ قانون امور حسبی شرط لازم برای اعتبار آنها این است که تمام آن به خط موصی نوشته شده و به امضای او رسیده باشد. در مورد وصیت‌نامه‌های سری نیز اگرچه مباشرت او در تنظیم وصیت شرط نیست لیکن با توجه به ماده ۲۸۰ قانون امور حسبی باسواد بودن موصی شرط است. لذا با جمع این مواد این نتیجه حاصل می‌شود که در وصیت‌نامه‌های خودنوشت و سری باسواد بودن موصی شرط صحت است. لیکن در وصیت‌نامه رسمی که تنظیم وصیت‌نامه برعهده سردفتر است نیازی نمی‌باشد. مضافاً به اینکه به نظر می‌رسد یکی از دلایلی که در این دو قسم وصیت‌نامه سواد موصی را شرط دانسته‌اند، حمایت از او و در جهت جلوگیری از سوءاستفاده از بی‌سوادی او در تنظیم وصیت‌نامه از ناحیه ثالث است که البته در وصیت‌نامه رسمی که سران دفاتر اسناد رسمی مسئولیت تنظیم آن را به عهده دارند این امر موضوعیتی نخواهد داشت، چرا که همواره جامعه سردفتران مورد اعتماد و امین اشخاص در مسائل حقوقی و تصرفات مالی آنها بوده و خواهند بود.

علاوه بر این بدیهی است که وصیت‌نامه رسمی از حیث اعتبار همانند سایر اسناد رسمی دیگر بوده و اجرای آن بدون حکم دادگاه امکان‌پذیر است و البته ادعای انکار و تردید نیز نسبت به آن مسموع نخواهد بود. با این اوصاف وصیت‌نامه رسمی نسبت به دوگونه دیگر از جهات مذکور رجحان و برتری دارد و البته تنها خدشه و ایرادی که برخی از استادان<sup>۱</sup> نسبت به آن وارد دانسته‌اند، از حیث علنی شدن وصیت در نزد خانواده و بستگان موصی است که البته جای تأمل دارد. زیرا سردفتران اسنادرسمی در غالب موارد امین مال اشخاص بوده و وصیت نیز از این امر مستثنی نمی‌باشد و این اشکال با توجه به جایگاه اجتماعی سردفتر وارد به نظر نمی‌رسد. همچنین طبق مقررات مربوط به دفاتر اسناد رسمی، سران دفاتر مجاز به ارائه مدارک و اسناد و افشای اطلاعات مربوط به آنها

جز به اشخاص ذی‌نفع نیستند، لذا با اوصاف مزبور این اشکال در فرض وارد بودن نیز رفع می‌گردد.

معهداً در ارجحیت وصیت‌نامه رسمی نسبت به سایر اقسام وصیت‌نامه تردیدی نیست. آنچه غالباً موجب پیریشانی خاطر و نگرانی افراد بوده است، ترس از مفقود شدن وصیت‌نامه‌ها و احياناً الحاق و تحریف در آن بوده است که وصیت‌نامه رسمی از این جهت نیز هرگز مورد تعرض واقع نمی‌شود. چرا که ثبت وصیت‌نامه در دفاتر پلمپ شده مخصوص ثبت اسناد مانع هرگونه الحاق و تحریف در اسناد شده است و در فرض مفقود شدن آن نیز امکان اخذ رونوشت از سردفتر موجب تسهیل امور می‌گردد.

اما نکته قابل توجه در مورد وصیت تملیکی موضوع املاک ثبت شده است. زیرا طبق ماده ۴۶ قانون ثبت وصیت نسبت به املاک ثبت شده الزاماً باید ثبت گردد و لذا در مورد این املاک تنظیم وصیت‌نامه رسمی به موجب قانون الزامی است و آنچه غالباً موجب بروز مشکلاتی در این امر می‌گردد، اجرای مقررات مربوط به تنظیم اسناد رسمی و قوانین خاص وصیت است و در مورد املاک غیرمنقول تعلیق وصیت و یا امکان رجوع موصی از آن ظاهراً با مقررات ثبتی مغایرت دارد. به نظر می‌رسد اندکی تأمل و نگرش پیرامون ماده ۱۲۲ آئین‌نامه قانون ثبت این مشکل را مرتفع می‌سازد. مستنداً به این ماده در مورد وصیت نسبت به ملک ثبت شده باید مفاد وصیت در سند مالکیت همانند سایر معاملات دیگر قید شده و خلاصه آن به دفتر املاک ارسال گردد و همچنین در هنگام عدول از وصیت، ترتیب مزبور رعایت می‌گردد و در صورتی که ملک مورد وصیت ثبت نشده باشد، باید مفاد وصیت در پرونده ثبتی بایگانی و هنگام صدور سند مالکیت رعایت گردد. لذا سردفتر مکلف است در مورد وصیت نیز مانند هر سند دیگری به محض تنظیم و امضاء آن مفاد آن را در سند مالکیت قید و خلاصه آن را به دفتر املاک ارسال نماید، لیکن مستنداً به ماده ۶ آئین‌نامه اجرایی ماده ۲۹۹ قانون امور حسبی خلاصه معامله وصیت در دفتر املاک به ثبت نخواهد رسید مگر بعد از فوت موصی و اتفاق نظر تمام ورثه و اشخاص ذی‌نفع، که در این صورت موصی به نام موصی‌له در دفتر املاک ثبت می‌گردد و



براساس ماده ۶ آئین‌نامه مذکور نیز در صورت بروز اختلاف میان ورثه ثبت خلاصه در دفتر املاک معلق به حل اختلاف در دادگاه و صدور حکم نهایی در این باب خواهد بود. اما با توجه به ماده ۱۴ آئین‌نامه مذکور در صورتی که احراز نگردد که اختلافی وجود داشته است یا خیر، اداره ثبت به هزینه شخص ذی‌نفع، آگهی مشتمل بر مفاد وصیت‌نامه منتشر خواهد کرد که براساس آن اشخاص معترض ظرف سه ماه از تاریخ انتشار آگهی می‌توانند اعتراض خود را به اداره ثبت تسلیم نمایند و البته پس از انقضای مواعد مندرج در ماده فوق‌الذکر هیچ وصیت‌نامه‌ای اعم از رسمی و سری و... پذیرفته نخواهد بود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی