

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## وصیت عقد است یا ایقاع؟

میداد مصطفیٰ محقق داماد

بیشتر فقهاء عظام بدون اینکه وصیت را نخست به تملیک به و عهده تقسیم نمایند و دقیقاً محل نزاع را در خصوص موضوع فوق مشخص سازند، تحت عنوان مذکور به اختلاف نظر پرداخته‌اند و با وجود اینکه از ظواهر بعضی کلمات، معمولاً معلوم میشود که فقط نزاع در مورد وصیت تملیکی است نه عهده ولی در عین حال این تفکیک را به صراحت عنوان نکرده‌اند. بعضی هم مطلب را بطور اعم مورد بحث قرار داده‌اند که اجمالاً به نمونه‌ای از آن اشاره خواهد شد.

### کلام فقهاء

علامه عقیده دارد که وصیت عقد است و چنین میگوید: موصی له بدون قبول مالک نمیشود زیرا وصیت عقدی است که متحقق نمیگردد مگر بین دو نفر با تراضی هر دو و چون رضایت امر قلبی است بایستی بوسیله لفظ ابراز گردد!

محقق نیز به لزوم و اعتبار قبول موصی له نظر داده است<sup>۲</sup> فقهاء عامه نیز اکثراً قبول را جزء ارکان اصلی وصیت شمرده‌اند<sup>۳</sup>.

مرحوم شهید ثانی اقوال علماء را در این خصوص به سه قسم تقسیم نموده است و میگوید:

در این که آیا قبول موصی له در انتقال ملک به او با موت معتبر است یا اصلاً اعتباری ندارد بلکه ملک به وی قهراً همانند ارث منتقل می‌گردد یا آنکه هر چند اعتبار ندارد ولی انتقال به صورت منتزله حاصل می‌شود و استقرار آن به قبول بستگی دارد و در صورت رد باطل می‌گردد و ملک به ورثه موصی بازگشت می‌کند، در میان علماء سه قول است<sup>۴</sup>.

محقق حلی میگوید:

« وصیت تملیک عین یا منفعت و یا تسلیط بر تصرف بعد از مرگ است و آن احتیاج به ایجاب و قبول دارد. »<sup>۵</sup>

و نظیر همین عبارت را شهید اول در متن لمعه متعرض است. همانطور که ملاحظه می‌شود در عبارات فوق موضوع بطور مطلق مطرح گردیده و تفصیلی بین وصیت عهدی و تملیکی داده نشده است.

ولی مرحوم حاج سید محمد کاظم یزدی نخست وصیت را به دو قسم عهدیه و تملیکیه تقسیم نموده و گفته است در قسم اول بدون شک قبول معتبر نیست ولی در قسم ثانی مشهور بر آنند که وصیت محتاج به قبول است و بنابراین قبول جزئی از آن و وصیت از عقود محسوب است یا آنکه شرط است به صورت کاشف یا بصورت ناقل، که در

۲. شرایع الاسلام - جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۲۴۲.

۳. بدائع الصنائع کاشانی، ج ۷، ص ۳۲۱ - مغنی ابن قدامه، ج ۶، ص ۶۸ -

المهذب فیروزآبادی، ج ۶، ص ۴۵۲.

۴. مسالک الافهام شهید ثانی، ج ۱ الوصایا. اقسمت قم، ص ۳۰۶.

۵. متن مختصر النافع - شرح جامع المدارک بر مختصر النافع.

اینصورت از ایقاعات خواهد بود .

آنگاه احتمال دیگری را اضافه میکند و همان احتمال را نیز شخصاً تقویت نموده و آن اینکه قبول معتبر نباشد ولی رد مانع باشد و بنابراین بازهم از ایقاعات خواهد بود.<sup>۶</sup>

پس مجموع نظریات و احتمالات در پنج وجه خلاصه میگردد :

- ۱ . قبول جزء وصیت است .
- ۲ . قبول شرط ناقل است .
- ۳ . قبول شرط کاشف است .
- ۴ . قبول هیچگونه اعتباری ندارد بلکه رد مانع است<sup>۷</sup>
- ۵ . قبول هیچگونه اعتباری ندارد و رد نیز در آن دخالتی ندارد و وصیت از عوامل انتقال قهری است .<sup>۸</sup>

به موجب تمام وجوه متصوره فوق باستثناء دو وجه آخر ، قبول اعتبار دارد و تملیک بدون آن محقق نمیگردد ، النهایه مطابق وجه نخستین ( جزئیت قبول ) وصیت از عقود است و بنابر سایر وجوه از ایقاعات محسوب میگردد .

قانون مدنی به موجب ماده ۸۳۴ در خصوص وصایای عهدیه قبول را معتبر ندانسته هر چند که رد وصی را قبل از موت موصی از عوامل بطلان وصیت محسوب نموده است .

در ماده ۸۲۷ اعتبار قبول را در وصایای تملیکیه متعرض شده ولی

۶ . العروة الوثقی ، کتاب الوصایا ، مسئله ۱ .

۷ . وجوه و اقوال دیگری نیز متصور است که بعلمت رعایت اختصار از نقل و طرح

آن خودداری شد . رجوع شود به : جواهر الکلام ، ج ۲۸ ، ص ۲۴۲ و ص ۲۵۱ -

تذکره الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۴۵۳ - مستمسک العروة الوثقی ، ج ۱۳ ، ص ۴۸۲ - شرح

لمعه دو جلدی ، ج ۲ ، ص ۳۱ .

۸ . مسالک الافهام ، ج ۱ ، ص ۳۰۶ - سرخسی ، مبسوط ، ج ۲۷ ، ص ۴۷ .

از آن معلوم نمیشود که کدام یک از وجوه سه‌گانه نخستین را انتخاب کرده است. آیا بنحو جزء یا بصورت شرط کاشف و یا ناقل؟

لذا بنظر میرسد علی‌رغم آنچه که شارحان قانون مدنی در بیان این مطالب اظهار داشته‌اند در این جهت که وصایای تملیکی از عقود محسوب است، قانون مدنی ابداً صراحتی ندارد و با توجه به تحلیلی که در مورد کلام فقهاء انجام شد عبارت ماده ۸۲۷ تب وجوه مختلف را دارد و اینگونه شرح کنندگان بدون توجه به فقه امامیه چنین پنداشته‌اند که اگر تمایک بدون قبول محقق نگردد، حتماً به نحو جزئی از عقد شناخته شده است و حال اینکه اگر آن را شرط نیز بدانیم تملیک بدون آن محقق نخواهد گشت، همانند وقف که از ایقاعات است ولی شرائط گوناگونی با آن ملازمه دارد که بدون حصول آن شرایط، وقف، یعنی حبس عین و تسبیل ثمره تحقق نخواهد یافت.

### بررسی دلائل

کسانی که عقیده به عقد بودن وصیت دارند به استدلالات مختلفی تمسک کرده‌اند که ذیلاً نقل و بررسی می‌گردد:

۱. آیه شریفه «وان لیس للانسان الاماسعی»<sup>۹</sup> یعنی برای انسان چیزی بدون سعی حاصل نمی‌گردد و لذا اگر بدون قبول، موصی به برای موصی له ثابت شود، چون بدون سعی او حاصل گردیده بموجب این آیه منتفی است.<sup>۱۰</sup>
۲. ثبوت ملکیت برای شخص بدون رضایت وی موجب ضرر است زیرا که اولای بسا توأم با امتنان است و ثانیاً مال موصی به ممکن است مطلوب موصی له نبوده باشد<sup>۱۱</sup> دلائل فوق توسط علمای عامه ارائه گردیده است و بنظر قابل خدشه می‌باشد زیرا:

۹. سوره نجم، آیه ۳۹.

۱۰. بدایع الصنایع کاشانی، ج ۷، ص ۲۲.

اولاً - آیه مزبور به مسائل ثواب و عقاب مربوط است و ربطی به موضوع ما نحن فیه و امثال آن ندارد .

ثانیاً « سعی » اشاره شده در آیه شریفه اختصاص به سعی ندارد که از طریق قبول موصی له اعمال گردد بلکه ممکن است علل و عواملی که باعث اقدام موصی مبنی بر ایصاء نسبت به موصی له شده معلول افعال و کردار او باشد که باز به سعی موصی له برگشت نمی نماید .

ثالثاً - التزام به مضمون آیه در مانحن فیه اثبات نمینماید که وصیت عقد است و قبول جزء آن محسوب میگردد زیرا که این مضمون با شرطیت و ایقاع بودن وصیت نیز سازش دارد .

رابعاً - موضوع ضرر که به آن استناد شده در موارد زیادی به استناد فقه اسلامی منقوض است، مانند ارث و یا وصیت برای حمل که هیچگاه مبتنی بر قبول وارث و یا موصی له نمیباشد و انگهی مسائلی مانند امتنان که از امور نادره میباشد نمیتواند منشاء احکام قرار گیرد ، بعلاوه همانگونه که بیان شد این جهت نیز الزاماً وصیت را در زمره عقود نخواهد برد تا قبول جزء آن باشد بلکه با شرطیت نیز اشکال ضرر مرتفع میگردد .

۳ . ایقاع بودن وصیت مستلزم ملکیت قهریه میباشد که در غیر مورد ارث باطل است<sup>۱۲</sup> و به عبارت دیگر ، ادخال در ملک دیگری بدون اختیار و رضایت وی با اصل تسلیط بر نفس منافات دارد . و با این بیان قصد در اثبات عقد بودن وصیت را استنتاج نموده اند .

مرحوم سید در عروة الوثقی پس از طرح دلیل فوق چنین پاسخ داده است : « مدفوعة بانه لا مانع منه عقلاً و مقتضی عمومات الوصیة ذالک ، مع ان الملك القهری موجود فی مثل الوقت . »

۱۱ . رجوع شود به بدایع الصنائع کاشانی .

۱۲ . عروة الوثقی، حاج سید محمد کاظم یزدی . کتاب الوصایا ، مسئله ۱ .

- یعنی : دلیل مزبور مردود است زیرا :
- اولاً - ملکیت قهریه از نظر عقلی مانعی ندارد .
- ثانیاً - عمومات ادله وصیت چنین اقتضاء دارد .
- ثالثاً - ملکیت قهریه در مثل وقف نیز وجود دارد .

### نقد و بررسی

۱ . بررسیهای حاصله چنین نتیجه میدهد که دلیلی مبنی بر اینکه وصیت از عقود محسوب شود وجود ندارد و ایقاع بودن آن بیشتر منطبق با موازین است زیرا با مخدوش بودن ادله اقامه شده میگوئیم ادله وصیت در کتاب و سنت از نظر اعتبار قبول و عدم آن اطلاق دارند و بعبارت دیگر تمامی عمومات وارده عمل وصیت را به موصی نسبت میدهند و تحقق را آن به هیچ وجه به شرط دیگری متوقف نساخته‌اند .

به آیات زیر توجه کنید :

من بعد وصیة یوصی بها اودین . . . ۱۳

من بعد وصیة توصون بها اودین . . . ۱۴

کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیراً الوصیة للوالدین والاقربین . . . ۱۵

در آیه اخیر پس از حرمت تبدیل وصیت یک مورد از آن استثناء شده است :

« . . . ومن خاف من موص جنفا ( الی آخر آیه ) یعنی : تنها در صورت

وجود جنف ( ستم ) وصیت نافذ نمیشد . بدیهی است که استثناء خود

دلیل بر استحکام عموم میباشد و به هیچ صورت نمیتوان آن را به وجود

۱۳ و ۱۴ . سوره نساء، آیه ۱۲ .

۱۵ . سوره بقره، آیه ۱۸۰ .

قبول مقید ساخت .

نهایتاً آنچه را میتوان به خاطر اصل تسلیط ملتزم شد این است که بگوئیم رد وصیت توسط موصی له مانع از وقوع وصیت است و یا بالاتر قبول را شرط تحقق ایقاع مزبور بدانیم ولی به هیچ وجه نمیتوانیم قبول را جزئی از عمل وصیت دانسته در حالیکه عمومات و اطلاقات وارده عمل مزبور را مستقیماً به موصی انتساب داده‌اند و به نظر میرسد مدلول اجماعی که توسط بعضی فقیهان در مسئله اقامه شده است بیش از این مقدار نباشد اضافه بر آنچه ذکر شد ، مسلم است که نباید در عقود میان ایجاب و قبول فاصله بیفتد و بایستی متوالیاً انجام گیرد ، و نیز از مسلمات است که با مرگ طرف ایجاب، محلی برای قبول وجود نخواهد داشت در حالیکه در وصیت نه فاصله مضر است و نه مرگ موصی ، لذا تحت هیچ عنوان نمیتوان وصیت را عقد دانست .

۲ . مضافاً به اینکه از ماده ۸۲۷ قانون مدنی این موضوع استنتاج میگردد که قبول را کاشف از حین فوت میداند نه ناقل زیرا که تملک را معلق بر قبول کرده ولی زمان آنرا پس از فوت قرارداده است .

این نظریه مطابق مشهور است و دلیل آن هم این است که اگر قبول ناقل باشد لازم می‌آید که مدتی ملک بدون مالک باقی بماند، زیرا موصی با فوت از اهلیت مالکیت ساقط میگردد و نمی‌تواند مالک باشد و از طرفی وارث هم نمی‌تواند مالک باشد زیرا قرآن مجید فرموده است : « من بعد وصیة یوصی بها و دین »<sup>۱۶</sup> یعنی ترکه میت پس از جدا شدن وصیت به وارث منتقل میگردد پس موصی به ، به ورثه هم منتقل نمیشود و شخص دیگری هم که مطرح نیست در حالیکه اگر قبول کاشف ملکیت از حین موت باشد

در فاصله بین مرگ و قبول، مال بدون مالک نخواهد بود .  
 با این نظریه افرادی مانند شیخ طوسی و ابن جنید و علامه موافقتند  
 ولی گروه زیادی مخالف بوده و برای نظر خویش چنین استدلال آورده‌اند :  
 « قبول ، اعم از اینکه جزء باشد یا شرط بهرحال در حصول و تحقق  
 ملکیت اعتبار دارد و لذا تا قبول انجام نگیرد ملکیت محقق نخواهد شد »<sup>۱۷</sup>  
 حال اگر قائل به شرطیت « قبول » شویم و وصیت را ایقاع بدانیم  
 استدلال گروه نخست را میتوان پذیرفت ولی اگر قبول را جزء دانسته و وصیت  
 را از عقود 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 ؟ در حالیکه با نبودن قبول عقد انجام نشده‌است  
 و شاید همین نکته نیز از مؤیدات نظر نسبت به ایقاع بودن وصیت باشد  
 و قیاس مورد به اجازه در بیع فضولی قیاس مع الفارق است زیرا اجازه  
 بی‌تردید از اجزاء عقد نمی‌باشد بلکه از شرایط آن است .

۳ . با توجه به مراتب فوق بنظر میرسد وصیت همان عملی است که  
 مورد نظر و خواست موصی بوده و اصولاً عقد نیست که تحقق آن بر پایه  
 دورکن ( عمل بایع - عمل مشتری ) باشد بلکه یک رکن بیشتر نداشته  
 و همانا عملی است که از اراده موصی ناشی میشود و لذا باید بر ایقاع  
 بودن آن صحه گذارد و هر چند مالک شدن موصی له نسبت به موصی به  
 نیازمند قبول باشد ولی قبول وی نقشی در تحقق وصیت نداشته و مکمل  
 عمل وصیت نخواهد بود بلکه عنصر قبول در ورود موصی به، به ملکیت  
 موصی له مؤثر میباشد .

والسلام

\* \*

\*