

# DAD-LAW

[www.dad-law.blogfa.com](http://www.dad-law.blogfa.com)

[www.dad-law.ir](http://www.dad-law.ir)



وبلاگ تخصصی  
حقوق ایران

برنزیب مقالات و دانلود جزوات حقوقی و مجموعه قوانین

email : [dad\\_law\\_blogfa@yahoo.com](mailto:dad_law_blogfa@yahoo.com)

gmail : [dad.law.blogfa@yahoo.com](mailto:dad.law.blogfa@yahoo.com)

[WWW.DAD-LAW.BLOGFA.COM](http://WWW.DAD-LAW.BLOGFA.COM)

[WWW.DAD-LAW.IR](http://WWW.DAD-LAW.IR)

وبلاگ تخصصی حقوق ایران



## ماهیت حقوقی وصیت

آیت‌الله عباسعلی عمید زنجانی\*

استاد گروه حقوق خصوصی و حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

سهیل جدی

دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

بشری کریمی

دانشجوی کارشناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۹/۱۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۱۰/۷)

### چکیده:

مقصود از بحث ماهیت حقوقی وصیت، توضیح این مسئله است که آیا وصیت از اعمال حقوقی یک طرفه (ایقاع) است و با ایجاب موصی محقق می‌شود، یا برای وقوع آن غیر از اراده‌ی موصی، اراده‌ی دیگری هم تأثیر دارد و به بیان دیگر وصیت، یک عمل حقوقی دو طرفه (عقد) است؟

### واژگان کلیدی:

عقد و ايقاع- وصیت- وصیت تملیکی - تطابق ایجاب و قبول- سبب- شرط- ملک تام منجز- ملک تام متزلزل- ملک ان یملک.

\* مسئول مقاله

فاکس: ۶۶۴۶۲۳۴۹

برای اطلاع از دیگر مقالات منتشر از این نویسنده در همین مجله، به صفحه پایانی این مقاله نگاه کنید...

### مقدمه

اکثر فقها بدون اینکه وصیت را ابتدا به تملیکی و عهدی و فکی تقسیم نمایند و محل نزاع را کاملاً مشخص سازند، وارد اصل بحث شده‌اند که وصیت عقد است یا ایقاع؟ البته همان‌طور که می‌دانید محل نزاع «وصیت تملیکی» است و گرنه در اینکه «وصیت عهدی و فکی» جزء ایقاعات است و هیچ نیازی به قبول از طرف مقابل ندارد شکی نیست و مورد قبول اکثر قریب به اتفاق فقها و حقوقدانان است.

البته فقهای متأخر و همچنین قانون مدنی ابتدا محل نزاع را مشخص کرده و مورد نزاع را وصیت تملیکی قرار داده‌اند.

اینک این بحث را از دو دیدگاه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

دیدگاه اول: ماهیت وصیت از نظر فقهاء و حقوقدانان.

دیدگاه دوم: ماهیت وصیت از نظر قانون مدنی

### بخش اول: ماهیت وصیت از نظر فقهای امامیه

عده‌ای از فقها، وصیت را عقد و عده‌ای دیگر آن را ایقاع می‌دانند و هر یک نیز برای اثبات ادعای خود دلایلی را بیان کرده‌اند.

علامه معتقد است که وصیت عقد است و در این رابطه چنین می‌گوید: «موصی له بدون قبول، مالک نمی‌شود، زیرا وصیت عقدی است که محقق نمی‌گردد مگر بین دو نفر و با تراضی هر دو، و چون رضایت امری قلبی است بایستی به وسیله‌ی لفظ ابراز گردد» (تذکره الفقها، ص ۴۵۳). از دیگر فقیهانی که وصیت را عقد می‌دانند می‌توان به «محقق» و شهید اول و فقهای عامه اشاره کرد.

### ۱- دلایل فقهی عقد بودن وصیت تملیکی

الف) با استناد به آیه‌ی شریفه‌ی «وَأَنْ لَّیْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى» (نجم، ۳۹) برای انسان چیزی بدون سعی حاصل نمی‌شود لذا اگر موصی به بدون قبول موصی له داخل در ملک او شود چون بدون سعی او حاصل شده به موجب این آیه منتفی است (کاشانی، ۱۳۲۷، ص ۳۲۲).

ب) ثبوت ملکیت برای شخص بدون رضایت وی موجب ضرر اوست.

ج) ایقاع بودن وصیت مستلزم ملکیت قهریه است که در غیر مورد ارث باطل است (شهید اول، ۱۳۷۲، ص ۳۰۶).

به عبارت دیگر: داخل کردن مالی در ملک دیگری بدون اختیار و رضایت وی با اصل تسلیط بر نفس منافات دارد؛ زیرا تأثیر اراده‌ی فرد، به نفع دیگری به استقلال و آزادی اراده‌ی او صدمه می‌زند.

دلایل فوق قابل خدشه می‌باشد زیرا:

الف) آیه‌ی مزبور مربوط به مسایل ثواب و عقاب اخروی است و ربطی به این مسئله ندارد.

ب) التزام به مضمون آیه نمی‌تواند بیانگر اثبات عقد بودن وصیت باشد بلکه مضمون آیه با شرطیت و ایقاع بودن وصیت نیز سازش دارد.

ج) «سعی» اشاره شده در آیه‌ی شریفه اختصاص به سعی ندارد که از طریق قبول موصی‌له اعمال شود، بلکه ممکن است علل و عواملی که باعث اقدام موصی مبنی بر ایصاء نسبت به موصی‌له شده معلول افعال او باشد که باز برگشت به سعی موصی‌له می‌نماید.

د) موضوع ضرر که به آن استناد شده در موارد زیادی به استناد فقه اسلامی نقض شده است؛ مانند ارث و یا وصیت برای حمل که هیچگاه مبتنی بر قبول وراثت و یا موصی‌له نمی‌باشد.

هـ) دلیل آخر نیز از چند جهت مردود است؛ زیرا، اولاً ملکیت قهریه از نظر عقلی مانعی ندارد.

همان‌طور که محقق یزدی بیان کرده ملکیت قهری با موازین عقلی ناسازگاری ندارد زیرا در زندگی اجتماعی اراده‌ی یک فرد به ضرر فردی دیگر مؤثر نیست ولی به نفع دیگری می‌تواند مؤثر باشد هرچند که موافقت او را جلب نکند.

آزادی اراده برای جلب نفع و دفع ضرر است.

در مقابل قول اول، عده‌ای از فقها و حقوقدانان معتقدند که وصیت تملیکی در زمره‌ی ایقاعات است؛ زیرا اکثر شرایط عقد در آن جاری نبوده و اصولاً با آن قابل انطباق نیست.

در توضیح مطالب فوق می‌گوییم: فقها در کتب فقهی برای عقد، شرایطی را ذکر کرده‌اند که اغلب آنها در وصیت وجود ندارد و دلیلی نداریم که وصیت، عقدی استثنایی باشد تا نیازی به چنین شرایطی نباشد. که در اینجا به طور اختصار به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

اول. فوت یکی از متعاقدين قبل از کامل شدن عقد، موجب بطلان عقد نمی‌شود.

همان‌طور که می‌دانید در باب عقود اگر موجب پس از ادای ایجاب و قبل از قبول قابل بمیرد، ایجاب بی‌اثر خواهد شد. در حالی که در وصیت با مرگ موصی نه تنها ایجاب موصی باطل نمی‌شود بلکه از حالت تعلیق به وضعیت منجز مبدل می‌شود.

**ملاحظه:** معتقدین به نظریه‌ی عقد بودن وصیت تملیکی در مقام دفاع در مقابل این نقد این‌گونه بیان داشته‌اند که حیات و بقای اهلیت ایجاب‌کننده در زمانی که طرف مقابل، قبولی می‌گوید در عقد معلقی مانند وصیت نمی‌تواند تأثیری در مفهوم عقد بودن آن داشته باشد، به ویژه امروز که ضرورت بقاء و اهلیت گوینده‌ی ایجاب در زمان قبول مورد تردید قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۴۸).

همچنین قانون‌گذار علاوه بر قواعد عمومی قراردادها قواعد خاصی نیز برای هر قرارداد وضع کرده‌است نظیر شرط عمل قبض در مورد عقد هبه و... حال در مورد وصیت تملیکی هم بر مبنای مقتضیات وصیت، فوت موصی جزء قواعد خاص وصیت می‌باشد.

دوم. عدم لزوم تطابق ایجاب و قبول

تطابق ایجاب و قبول در تمام جهات در ابواب عقد امری الزامی است.

به عنوان مثال: اگر موجر بگوید من مغازه‌ام را به شما به فلان مبلغ اجاره دادم و مستأجر در مقام قبول بگوید: من نصف آن خانه را به نصف آن مبلغ قبول کردم، بخاطر عدم تطابق قبول با ایجاب، عقد باطل خواهد بود و حال آنکه در باب وصیت تملیکی، طبق ماده‌ی ۸۳۲ ق. م: «موصی‌له می‌تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی‌به قبول کند در این صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می‌شود».

**ملاحظه:** در حقوق، قاعده‌ای به نام قاعده‌ی انحلال وجود دارد که از این قاعده می‌توان در توجیه عدم تطابق ایجاب و قبول استفاده کرد. به تعبیر دیگر عقد وصیت تملیکی در مورد آن قسمت از وصیت که موصی‌له قبول کرده معتبر و در مورد آن قسمتی که رد کرده نامعتبر است.

**سوم.** ایجاد تعهد به صرف ایجاب

عرفاً در هیچ عقدی ایجاب به تنهایی ایجاد تعهد نمی‌کند و حال آنکه در وصیت تملیکی ایجاب موصی‌به تنهایی برای قائم‌مقام او ایجاد تعهد می‌کند، یعنی به محض فوت موصی ایجاب او لازم می‌شود.

قانون مدنی در این ارتباط چنین می‌گوید: «ورثه موجر نمی‌تواند در موصی‌به تصرف کند مادام که موصی‌له رد یا قبول خود را به آنها اعلام نکرده است».

**ملاحظه:** البته می‌توان این مورد را هم جزء قواعد خاص وصیت برشمرد.

**چهارم.** عدم لزوم توالی بین ایجاب و قبول

در بعضی از عقود توالی عرفی بین ایجاب و قبول شرط می‌باشد. به طوری که قبول قابل، قبول همان ایجاب به حساب آید و فاصله‌ی طویل را مضر به حال عقد می‌دانند. چنانکه در ماده‌ی ۱۰۶۵ می‌گوید: «توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است و در بعضی دیگر

از عقود نیز لزوم یا عدم لزوم توالی بین ایجاب و قبول شرط نمی‌باشد. و این در حالی است که در وصیت به هیچ عنوان این موضوع رعایت نمی‌شود و عدم توالی بین ایجاب و قبول شرط شناخته شده است به گونه‌ای که فاصله‌ی بسیاری بین ایجاب و قبول وجود دارد و حتی طبق ذیل ماده‌ی ۸۳۳ پس از فوت موصی نیز موصی‌له می‌تواند قبول را به تأخیر اندازد و ورثه‌ی موصی تنها کاری که می‌توانند بکنند این است که اگر از تأخیر قبول متضرر می‌گردند اجبار موصی‌له را به رد یا قبول از دادگاه بخواهند.

**ملاحظه:** البته طرفداران نظریه‌ی عقد بودن وصیت تملیکی به این ایراد این‌گونه پاسخ داده‌اند که: توالی ایجاب و قبول علاوه بر اینکه مستند به نص صریحی نیست، چگونگی آن به نظر عرف واگذار شده است (ماده‌ی ۱۰۶۵ ق.م. و در بسیاری از موارد با آنکه ماه‌ها ممکن است بین ایجاب و قبول فاصله باشد، عرف دو رضایت را به هم مرتبط می‌داند در واقع آنچه اهمیت دارد این است که قبول زمانی اعلام شود که ایجاب هنوز حیات حقوقی دارد و قابل پیوستن و آمیختن با قبول است. پس در عمل حقوقی مانند وصیت، که ایجاب مدتها پیش از مرگ انشاء می‌شود و نظر موصی این است که در دوران حیات مستمر باقی بماند، فاصله‌ی میان ایجاب و قبول مانع از وقوع تراضی نمی‌شود. و اصولاً مبنای تحلیلی لزوم موالات بین ایجاب و قبول محدودیت عمر ایجاب، وابسته بودن ایجاب به اراده‌ی موجب، به وضعیت و شرایط زمان وقوع آن است که این وضعیت و شرایط نسبت به موجب و موضوع ایجاب غیر ثابت و متغیر می‌باشد. و باید زوال ایجاب را پیش از انضمام قبول در اثر تغییرات مذکور، پذیرفت. اصولاً مدت بقای ایجاب تابع اراده موجب است و او می‌تواند مدتی را برای قابلیت ترکیب آن با قبول تعیین کند که در این صورت، مادام که موجب آن را لغا نکند، تا پایان مدت مزبور برحسب موضوع و شرایط، تابع عرف خواهد بود. بنابراین می‌توان گفت، توالی لازم بین ایجاب و قبول برای تشکیل عقد، توالی عقلی و فلسفی نیست بلکه توالی عرفی است (شهیدی، حقوق مدنی، ش ۱۱۶).

#### پنجم. تأثیر عقد قبل از زمان وقوع آن

همان‌طور که می‌دانید «عقد» نسبت به آثار خود، سببیت داشته و تا سبب تمام نشود اثر آن حاصل نمی‌شود؛ یعنی مثلاً در عقد بیع ملکیت حاصل نمی‌شود تا زمانیکه قبول که از ارکان عقد است تحقق یابد و همان‌طور که می‌دانید در عقد اثر قهقرائی معنا ندارد و تأثیر قبولی از حین وقوع آن است و این در حالی است که معتقدین به عقد بودن وصیت تملیکی بر این باورند که اگر موصی‌له فرضاً بعد از یکسال از موت موصی، قبول خود را اعلام نماید، «موصی‌به» از هنگام فوت موصی به او منتقل می‌شود نه از حین وقوع قبول و به تعبیر بهتر: قبول را کاشف می‌دانند نه ناقل.

**ملاحظه:** معتقدین به عقد بودن وصیت تملیکی به این ایراد نیز این‌گونه پاسخ داده‌اند که: کیفیت اثر قبول در انتقال در هیچ یک از قوانین در ماهیت قرارداد، مؤثر شناخته نشده‌است. به ویژه اگر تأثیر قبول در گذشته خود نتیجه‌ی تراضی باشد، این اثر با اعتقاد به وقوع انتقال به سبب آمیزه‌ی ایجاب و قبول منافات ندارد، چنانکه در بیع نیز دو طرف می‌توانند آثار تراضی را به گذشته سرایت دهند و خریدار را از تاریخ ایجاب مالک شناسند (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۴۸).

**ششم.** در عقد، قبول لازم است

اگر وصیت تملیکی عقد است پس چرا در وصیت به جهات عامه قبول لازم نیست؟ و اگر عقد نیست نباید فرقی بین موارد آنها باشد (جامع المدارک، ص ۵۲).

**ملاحظه:** ممکن است بین اقسام وصیت فرق گذاشته شود و گفته شود در وصیت برای جهات عامه قبول لازم نیست اما در وصیت بر موصی له خاص قبول شرط است. پس در جایی وصیت عقد است و در جایی ایقاع، مثل طلاق که اگر بدون عوض باشد قبول زوجه شرط نیست اما طلاق در مقابل عوض نیاز به رضای زوجه دارد.

و همچنین نشانه‌های دیگر وجود دارد که مبنی بر عقد نبودن وصیت تملیکی است نظیر: یک: در ماده ۸۲۷ ق. م. مقنن، قبول را شرط تحقق تملیک حاصل از ایجاب دانسته است این وضع در هیچ یک از عقود دیده نمی‌شود.

دو: اثر حاصل از ایجاب در هیچ عقدی به ارث نمی‌رسد حال اینکه در ماده ۸۵۲ ق. م با فوت موصی له اثر ایجاب به ورثه‌ی موصی له به ارث می‌رسد.

سه: در هر عقدی قبول، جزء سبب است نه شرط سبب و نه کاشف و حال آنکه ماده ۸۲۷ ق. م. قبول را شرط تحقق تملیک ناشی از قصد موصی دانسته است.

چهار: در هر عقد دیگر بعد از ایجاب، اگر طرف آن را رد کرد دیگر حق قبول ندارد در وصیت به عکس است اگر در حال حیات موصی وصیت را رد کرد بعد از موت موصی، حق قبول دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، صص ۱۳۵-۱۳۴).

با توجه به مطالب مزبور، روشن شد که وضع وصیت تملیکی با وضع عمومی عقود تا حدی مباینت دارد و این نوع وصیت را موقعی می‌توان از جمله عقود به حساب آورد که برخی قواعد عمومی قراردادها را زیر پا گذاشت و صرف نیاز داشتن به قبول، نمی‌تواند دلیل بر عقد بودن وصیت تملیکی باشد، زیرا وصیت تملیکی می‌تواند ایقاع باشد ولی مشروط به قبول موصی له، و قبول از جمله شرایط صحت ایقاع باشد نه جزء ارکان آن (طاهری، حقوق مدنی ۸، ص ۱۰۱).

### دلایل فقهی ایقاع بودن وصیت تملیکی

پیرو آن فقها و حقوقدانانی که وصیت تملیکی را جزء ایقاعات به حساب آورده‌اند به پنج گروه تقسیم می‌شوند:

#### نظریه ملک تام منجز

بنابر این نظریه، وصیت تملیکی یک ایقاع معلق است که به محض فوت موصی و بدون دخالت عامل دیگری موصی‌به، به موصی‌له منتقل می‌شود و از زمان فوت موصی لازم الاجرا شناخته می‌شود.

با این توضیح که قانون مدنی ما به دلایل ذیل این نظریه را نپذیرفته است:

یک: در ایقاع، طبق نظریه‌ی ملک تام منجز، قبول تأثیری ندارد و حال اینکه ماده ۸۲۷ ق.م قبول موصی‌له را شرط تحقق تملیک شمرده است؛

دو: طبق نظریه‌ی مذکور چون موصی‌له از تاریخ فوت، مالک موصی‌به شده است تأخیر اعلان رد و قبول، ضرری به احدی نمی‌زند و دلیلی ندارد که ورثه‌ی موصی برای الزام موصی‌له به رد یا قبول، عرض حال به دادگاه (ماده ۸۳۳ ق.م) بدهند حال که ماده ۸۳۳ وجود دارد طبعاً با نظریه‌ی «ملک تام منجز» جمع نمی‌شوند با این توضیح که حق رد و قبول حتی اگر به مدت عمر موصی‌له هم طول بکشد طبق نظریه «ملک تام منجز» ضرری به ورثه‌ی موصی نمی‌زند همان‌طور که تأخیر استفاده از حق خیار مادام‌العمر (در عقد صلح) ضرری به طرف نمی‌زند.

سه: از ماده ۸۶۸ ق.م این‌طور استفاده می‌شود که ایجاب و موت موصی علاقه‌ی مالکانه وارث موصی را از موصی‌به قطع نکرده است و حال اینکه طبق نظریه‌ی ملک تام منجز به محض موت موصی، علاقه‌ی مالکانه‌ی ورثه‌ی موصی از موصی‌به، به کلی گسیخته شده است. پس ماده ۸۶۸ با نظریه مذکور جمع نمی‌شود.

#### نظریه ملک تام متزلزل

بنا بر این نظریه وصیت تملیکی:

اولاً: ایقاع معلق بر موت موصی است؛

ثانیاً: به محض مدت موصی، موصی‌له خود به خود مالک موصی به شناخته می‌شود ولو

متوجه به جریان وصیت و موت موصی نشده باشد؛

ثالثاً: این ایقاع نسبت به موت موصی از حین موت لازم است و نسبت به موصی‌له تا وقتی

که اعلان قبول نکرده، جائز است و در نتیجه مالکیت او متزلزل است، ولی چون هدف این



جواز به لزوم است با موت موصی له قبل از قبول، ملاک ماده ی ۹۵۴ ق.م در این مورد اعمال نمی شود.

این نظریه نیز به همان دلایل قبلی که در نظریه ی قبلی بیان شد از نظر قانون مدنی ایران مردود شناخته شده است.

### نظریه ی حق تقدم

اولاً: ایقاع معلق بر موت موصی است؛

ثانیاً: پس از فوت موصی برای موصی له به استناد قصد یکطرفی موصی یک حق مالی به وجود می آید که از نوع حق تقدم است مانند حق تحجیر؛

ثالثاً: در صورت امتناع موصی له از رد و قبول، دادگاه او را ملزم به اعلان رد و قبول خواهد کرد؛

رابعاً: مالکیت عین موصی به پس از فوت موصی متعلق به ورثه ی موصی است ولی حق تقدم موصی له محفوظ است و در واقع موصی له نسبت به موصی به مانند مرتهن نسبت به رهینه حق تقدم دارد یعنی در مال مورد رهن هر چند که راهن، مالک است ولی مرتهن نسبت به آن، حق وثیقه دارد و می تواند در صورت عدم تأدیه دین، از عین وثیقه برابر مقررات، استیفاء حق کند. در مورد این موضوع مورد بحث هم موصی له حق دارد از زمین موصی به با وجود مالکیت وراث موصی، حق خود را استیفاء نماید. با این توضیح که:

اولاً - ظواهر قانون مدنی بر این نظر کاملاً منطبق است زیرا همان طور که ماده ی ۱۴۲ ق.م در تحجیر گفته است تحجیر موجب بروز حق اولویت است نه مالکیت و ماده ی ۸۲۷ ق.م بر اساس این اندیشه تملک موصی به را موقوف به اظهار قبول موصی له کرده است و قبل از اعلان قبول، تملیک و تملک به وجود نمی آید. البته طبق این نظریه اگر صاحب حق تقدم از این حق استفاده نکند ورثه که مالک متروکات متوفی هستند متضرر خواهند بود (ماده ۸۳۳ ق.م).

همچنین طبق این نظریه منطقی است که با وجود حق موصی له، مالکیت ورثه ی موصی نسبت به ترکه مستقر نمی شود.

ثانیاً: ایرادی که بر این نظریه هست اینکه: حق تقدم از نظر ماهیت حقوقی به محیطی احتیاج دارد که در آن محیط، تصور احتمالی تهاجم امیال اشخاص در بین باشد؛ مثل زمین موات مورد تحجیر شخص معین که در معرض رغبات دیگران هم احتمالاً می باشد اما در موضوع مورد بحث ما این وضع دیده نمی شود زیرا فقط دو نفر بستگی به موصی به دارند (طبق این نظریه) یکی وراث موصی که مالک است و در عرض موصی له نیست تا مفهوم حق

تقدم (که بین اشخاص هم عرض تصور می‌شود) بین او و موصی‌له قابل تحقق بوده باشد، و دیگری موصی‌له که تنهای تنها است.

(چون دیون پیش از وصایا خارج می‌شوند بستانکاران موصی رقیب موصی‌له نخواهند بود در حقوق کنونی ما وزارت دارائی در مورد مالیات بر ارث، رقیب موصی‌له است و بین او و موصی‌له حق تقدم قابل تصور است).

در هر حال با ورود این اشکال بر این نظریه و فرض اجتناب مقنن از اشکال نمی‌توان مواد قانون مدنی را بر این معنی حمل کرد.

### نظریه‌ی مَلِكٍ اَنْ يَمْلِكِ

در فقه نظریه‌ای دیده می‌شود به نام «ملک ان یملک» که عناصر آن از قرار ذیل است:

الف: سلطه‌ی مالکانه‌ی ناقص که با وجود اینکه طعم مالی دارد و جزء ارقام ماترک می‌تواند باشد غالب آثار مالکیت را ندارد، مثلاً قابل انتقال ارادی به دیگران نیست؛

ب: صاحب این سلطه از راه اعلان رضا باید مالکیت خود را به سر حد کمال برساند مانند مالک در عقد فضولی که می‌تواند با استفاده از ملک ان یملک، عقد فضولی را تنفیذ نموده خود را مالک گرداند و متعاقبین (در بیع مثلاً) پس از عقد بیع نسبت به آنچه که از دست داده‌اند سلطه‌ای دارند به نام ملک ان یملک که می‌توانند از طریق اقاله این سلطه را به صورت مالکیت کامل درآورند و همین حق اقاله جزء ماترک هر عاقد است و به ارث می‌رسد. در وصیت زائد بر ثلث، وراث موصی‌به موجب همین نوع از سلطه که ماده ۸۴۳ ق. م برای او شناخته است می‌تواند زیاده را رد کرده و زمینه‌ی مالکیت کامل خود را فراهم کند.

با توجه به این مثالها در وصیت تملیکی می‌گوییم:

اولاً: وصیت، ایقاع معلق بر موت موصی است؛

ثانیاً: پس از فوت موصی به استناد قصد یکطرفی موصی یک حق مالی به وجود می‌آید که از نوع «ملک ان یملک» است و موصی‌له با اعلان قبول (به استناد ماده ۸۲۷ ق.م) می‌توان تملیک تام منجز را محقق گرداند. بدیهی است که آنچه از تصرفات وارث موصی که منافی حقوق موصی‌له باشد طبق صدر ماده‌ی ۸۳۳ ق. م و اصول حقوقی ممنوع است. حق ملک ان یملک موصی‌له، مانعه‌الجمع با حق مالکیت فعلی وارث موصی نمی‌باشد. زیرا این یک حق عینی بر موصی‌به است نه مالکیت فعلی بر موصی‌به. لذا نکات ذیل قابل قبول است:

الف: با وجود حق ملک ان یملک موصی‌له، مالکیت وراث موصی در موصی‌به متزلزل

است (ماده ۸۶۸ ق. م).

ب: چون از یک طرف وراثت موصی، مالک موصی به بعد از فوت موصی و قبل از اعلان قبول موصی می‌باشند و از طرفی موصی له حق ملک ان یملک دارد این وضع اگر مدت زیادی طول بکشد به ضرر مالک است و بنابراین با عنایت به اصل حقوقی لاضرر (ماده ۱۳۲ ق.م) و ذیل ماده ۸۳۳ ق. م مالک حق دارد به دادگاه شکایت کند و الزام موصی له را به اعلان رد و قبول بخواهد.

ج: اشکال نظریه‌ی سوم به این نظریه وارد نیست. به همین جهت مواد قانون مدنی قابل توجیه با این نظریه می‌باشد. زیرا که ملک ان یملک از حقوق مالی است و اگر موصی له که صاحب این حق است قبل از اعلان قبول بمیرد این حق به ورثه‌ی او به ارث می‌رسد. در این نظریه قبول، تنها شرط لزوم وصیت تملیکی نیست بلکه شرط مبدل کردن ملک ان یملک به ملک فعلی است که در عین حال از تاریخ تبدیل، وصیت تملیکی را نسبت به موصی له تبعاً لازم می‌گرداند.

سؤالی که باقی می‌ماند اینک:

#### نقش رد بنابر این نظریه چیست؟

رد وصیت از جانب موصی له (یا ورثه‌ی او):

اولاً: یک عمل حقوقی مستقلی از وصیت است؛

ثانیاً: این عمل حقوقی است که نتیجه‌اش اسقاط حق ملک ان یملک است خود به تنهایی یک ایقاع است. همان‌طور که قبول موصی له با توجه به تأثیر حقوقی مذکور در فوق که به طور یک طرفه دارد ایقاع مستقلی است.

ثالثاً: فلسفه مؤثر شمردن رد، و رعایت احترام موصی له است تا بر خلاف میل قبلی خود ملزم به تملک مال غیر نبوده باشد.

همان‌طور که می‌دانیم وصیت از این رو که به محض فوت یک نفر دیگری مالک ماترک او می‌شود شبیه ارث می‌باشد با این تفاوت که ارث قابل رد نیست ولی وصیت قابل رد است به این منظور که اگر موصی له میل نداشته باشد، علیرغم میل خود مالک مالی نشده باشد.

به این ترتیب، معلوم می‌شود که تأثیر رد و قبول وصیت تملیکی فرق دارد. اثر قبول تبدیل ملک ان یملک به ملک تام منجز است و اثر رد، اسقاط ملک ان یملک است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰،

### بخش دوم: ماهیت وصیت از نظر قانون مدنی و حقوق موضوعه ایران

در ماده ۸۲۷ ق. م هر چند که قبول را شرط تحقق وصیت تملیکی دانسته است ولی همه‌ی مشکلات در فهمیدن معنی (شرط تحقق) است. این عبارت معانی مختلف دارد زیرا اگر قبول در ماده ۸۲۷ یک قبول ساده از نوع قبول در عقد اجاره و بیع بود حاجت به وضع ماده ۸۳۳ نبود. زیرا در این صورت باید به وراثت موصی حق داد که قبل از اعلان قبول از جانب موصی له هر گونه دخل و تصرف که بخواهند در موصی به (مانند سایر قسمت‌های ترکه) بکنند زیرا که ایجاب به تنهایی تعهد آور نیست (همان، ص ۵).

بر خلاف نظر بعضی از حقوقدانان که می‌گویند قانون مدنی وصیت تملیکی را از جمله عقود می‌دانند، به نظر می‌رسد قانون مدنی مسأله را به اجمال گذرانده و در این رابطه حکم صریحی ندارد. درست است که طبق ماده ۸۲۷ ق. م وصیت تملیکی نیاز به قبول و تراضی طرفین دارد اما نمی‌توان صرف نیاز داشتن به قبول دلیل عقد بودن آن عمل حقوقی دانست؛ زیرا در باب قبول وصیت بین فقها اختلاف است و در فقه، نظرات گوناگونی ارائه شده که به صورت خلاصه به آنها اشاره می‌کنیم:

۱. قبول، جزء وصیت و از ارکان آن است و بدون آن وصیت باطل است؛
۲. قبول، شرط ناقل است؛
۳. قبول شرط کاشف است؛
۴. قبول هیچ‌گونه اعتباری ندارد بلکه رد مانع است؛
۵. قبول هیچ‌گونه اعتباری نداشته و رد نیز دخالتی ندارد بلکه وصیت از عوامل انتقال قهری است.

همان‌طور که ملاحظه می‌کنید به استثنای دو وجه اخیر، قبول اعتبار دارد و تملیک بدون آن محقق نمی‌شود. لکن تنها مطابق وجه اول (رکن بودن قبول) وصیت از عقود بوده و بنابر سایر وجوهای از ایقاعات محسوب می‌گردد (طاهری، حقوق مدنی، ص ۱۰۳).

بنابراین به صرف اینکه قانون مدنی در وصیت تملیکی در ماده ۸۲۷ ق. م. قبول را شرط تملیک دانسته است، معلوم نمی‌شود که مقصود قانونگذار کدام یک از وجوه سه گانه نخستین بوده است؟ به نحو جزئیت؟ یا شرط کاشف و یا ناقل؟ و ماده‌ی مزبور، تاب تحمل هر سه وجه را دارد.

بنابراین گمان می‌رود که حتی وصیت تملیکی به مأخذ قوانین ایران ایقاع باشد به دلایل ذیل:

اول: برخی از عناصر عرفی عقود که بعضی از آنها مصرح در قانون است در مورد وصیت تملیکی وجود ندارد.

دوم: می‌توان ماده ۸۲۷ ق. م را از ادله‌ی ایقاع بودن وصیت بر شمرد زیرا: اولاً: این ایجاب را موجب تملیک موصی به دانسته‌اند (و این در حالی است که در هیچ عقدی، ایجاب منشأ حق مالی نمی‌باشد) و همچنین قبول در عقود به ارث نمی‌رسد یعنی اگر قبول کننده قبل از اعلام قبول بمیرد ورثه‌ی او حقی بر ایجاب‌کننده ندارند. با این توضیح که: تملیک ناشی از ایجاب، درجه‌ی ضعیفی از مالکیت است که به آن (ملک ان یملک) گفته می‌شود که یک حق مدنی قابل وراثت می‌باشد به همین جهت اگر موصی له قبل از اظهار قبول فوت کند این حق به وراثت او به ارث می‌رسد.

سوم: ماده ۸۳۳ ق. م از ادله‌ی ایقاع بودن وصیت تملیکی است زیرا اگر وصیت تملیکی همانند عقود دیگر بود نباید تعهدی برای ایجاب‌کننده و قائم‌مقام او (وراثت موصی) به وجود آید و در نتیجه باید ورثه‌ی موصی بتوانند قبل از اعلان قبول از طرف موصی له در موصی به دخل و تصرف نمایند در حالی که اینطور نیست. این ماده صریحاً حاکی از این بیان است که برای موصی له به صرف ایجاب موصی یک حق مدنی به وجود آمده است. بنابراین ماده ۸۳۳ ق. م صریحاً برای قصد یک طرفه آثار حقوقی قائل شده است.

چهارم: قانون‌گذار وصیت را در شمار عقود معین نیاورده و بعد از مبحث اخذ به شفعه که طبق ماده ۸۰۸ ق. م جزء ایقاعات است مبحث وصیت را ذکر کرده‌است و آن را هم ردیف ارث قرار داده‌است. بنابراین، قرینه‌ی قابل ملاحظه‌ای برای ایقاع بودن وصیت تملیکی به دست داده‌است، علاوه بر این به طور معمول در تعریف هر عقدی، لفظ «عقد» را به کار می‌برد مثل اینکه می‌گوید «اجاره عقدی است...». ولی در باب وصیت تملیکی، واژه‌ی عقد را به کار نبرده‌است، گرچه این اموری که در مورد چهارم ذکر شد دلیلی متقن بر اینکه قانون‌گذار عقیده‌اش بر ایقاع بودن وصیت تملیکی است نمی‌باشند لکن غرض این است که متذکر شویم که در قانون مدنی هم آن صراحتی که برخی از صاحب‌نظران حقوق ذکر می‌کنند وجود ندارد.

### قبول موصی له غیرمحصور

وصیت برای غیرمحصور طبق ماده ۸۲۸ ق. م دو گونه است:

اول: موصی له مستقیماً تعدادی غیرمحصور هستند مانند وصیت به نفع ایتم استان تهران.  
دوم: موصی له مستقیماً اشخاص مختلف نیستند بلکه هدف معین است که تحقق آن هدف مستلزم آن است که تعداد غیرمحصور از آن وصیت بهره ببرند مانند وصیت یک باغ برای رسیدگی به بیماران سرطانی. در این وصیت هدف رسیدگی به بیماران سرطانی است که طبعاً در اجراء آن هدف، بیماران بهره‌مند می‌شوند.

وصیت برای غیرمحمصور به معنی اخص فقط در معنی اول به کار می‌رود و دومی را «وصیت به جهت» می‌نامند و در این حالت در وصیت برای غیرمحمصور، قبول ضرورت ندارد. درست است که قانون مدنی قبول موصی‌له را شرط تحقق اثر ایجاب موصی دانسته‌است اما در مورد وصیت تملیکی به نفع غیرمحمصور چون مطمئناً بعضی از افراد موصی‌لهم پذیرای احسان موصی هستند، و همچنین انجام قبول توسط همه‌ی افراد غیرعملی است و قبول بعضی دون بعضی هم ترجیح بلامرجح است. اساساً در چنین وضعی چه حاجت به شناسایی قبول است؟ و همچنین شیوه‌ی مستمره بین مسلمین در طول تاریخ نیز مؤید همین معناست. زیرا بین مسلمین این عمل موسوم و رایج بوده‌است که اموالی را برای فقرا، مساکین، مساجد و... وصیت می‌کرده‌اند و هیچ‌گاه شرط قبول، ملحوظ نظر آنان نبوده‌است (همان، ص ۱۰۶).

بر همین اساس ماده ۸۲۸ ق. م در وصیت بر غیرمحمصور صریحاً اعلان می‌کند که نیاز به قبول نیست و قصد موصی در این مورد آفریدن ملک تام منجز است و اصلاً قابل رد هم نیست.

اما در فقه کسانی که قبول را ناقل یا کاشف و یا شرط تأثیر سبب می‌دانند راجع به قبول در وصیت تملیکی بر غیرمحمصور دو نظر متفاوت دارند:

الف) عده‌ای معتقدند که قبول در این نوع از وصایا هم، لازم است و به قرینه از وقف که قبول در وقف بر غیرمحمصور از طرف حاکم اعلام می‌شود معتقدند که حاکم شرع به نیابت از موصی‌لهم قبول وصیت می‌کند.

ظاهراً به تعبیر شهید ثانی (ره) نظر فقها و حقوقدانان در باب وصیت وسیعتر از باب وقف است. زیرا وصیت نوعاً در حالت و وضعیت غیرعادی انجام می‌گیرد بر خلاف وقف که در حالت عادی صورت می‌گیرد. به همین علت خواسته‌اند تحقق وصیت را آسان‌تر از وقف بدانند چنانکه معلوم بودن موصی‌به را از جمله شرایط صحت وصیت ندانسته‌اند. البته بعضی دیگر از این گروه معتقدند که هر یک از موصی‌لهم که حصه‌ای از موصی‌به را قبض می‌کند از همان لحظه مالک حصه می‌شود و در واقع قبول در این نوع قضایا به صورت قبض برای کسی که قبض می‌کند درمی‌آید.

ب: اکثریت عقیده دارند که قبول در وصایای بر غیرمحمصور ضرورت ندارد که این‌ها نیز از حیث علت به سه دسته تقسیم می‌شوند:

یک: عده‌ای می‌گویند به علت کثرت عدد موصی‌لهم اظهار قبول ممکن نیست.

دو: بعضی دیگر معتقدند که اظهار قبول متعذر و غیر عملی است.

سه: و برخی دیگر بر این باورند که طبق نصوص قرآنی و حدیث مطلقاً در وصیت تملیکی قبول ضرورت ندارد.

البته به نظر صاحب جواهر، وصیت برای غیرمحمصور و جهات عامه از مصادیق وصایای عهدی است و اینکه عناوین کلی به صورت جنس با هیچ‌یک از عقود (به استناد وقف) قابل تملک نمی‌باشد.

و نباید موارد دیگر را با وقف قیاس کرد. زیرا اولاً قیاس باطل است و ثانیاً در وقف تملیک بر معدوم اشکالی ندارد، زیرا بناء وقف اصولاً بر آن است و در وصیت چنین نیست. وانگهی افراد جنس همواره متغیر است زیرا چه بسا افرادی در یک زمان مشمول عنوان وصیت باشند و در زمانی دیگر افرادی جز آنان باشند؛ مثل آنکه فقرا، اغنیا گردیده و اغنیاء فقیر شوند. علاوه بر آن چه بسا ممکن است افرادی در حین وصیت موجود نباشند. صاحب جواهر در نهایت بطلان وصیت را برای جهات عامه چنانچه به قصد تملیک صورت گیرد، بعید نمی‌داند (جواهر الکلام، ص ۲۴۶).

ایرادات صاحب جواهر به دو مطلب برگشت می‌کند:

یکی اینکه تملیک به جنس و کلی امکان‌پذیر نیست و دیگر اینکه در خصوص افراد موصی‌له در حین وصیت مشخص و موجود نیستند، بلکه مجهول و معدوم‌اند و در وصیت موصی‌له بایستی معلوم و موجود باشد.

به نظر می‌رسد کلی و جنس بودن مانع تملک نمی‌گردد. چون در عرف مسلمین عناوین عمومی که در اصطلاح رایج، از آنها به شخصیت‌های حقوقی یاد می‌کنند، مانعی برای تملک ندارند بلکه تملیک به شخصیت حقوقی و مالکیت آنها امری رایج و مورد پذیرش فقه‌است (طاهری، حقوق مدنی، ص ۱۰۸). تعلق احکام به اجناس به اعتبار موجود بودن بعضی افراد موصی‌له و یا تغییر و تبدیل آنان خدشه‌ای در مسئله وارد نمی‌سازد. زیرا موصی‌له فرد خاص نیست، بلکه عنوان کلی است که همواره با وجود افراد موجود است و با هر گونه تغییر و تبدیل در مصادیق، عنوان کلی هیچگاه تغییر نمی‌یابد و کماکان باقی و موجود خواهد بود.

به هر حال با توجه به معیاری که در تفکیک وصایای تملیکی و عهدی داشتیم، بایستی در مورد وصیت برای عناوین کلی: مثل فقراء و دانشمندان قائل به تفکیک شده و می‌توان گفت این قبیل وصایا را از قبیل وصایای عهدی محسوب نمود. زیرا وصیت تملیکی آن است که موصی‌به بلاواسطه و مستقیم از موصی، به موصی‌له منتقل گردد، و بی‌گمان هنگامی که موصی مالی از اموال خود را به عنوان فقرا یا برای مصرف بیمارستانی وصیت می‌کند، مصادیق این عناوین مستقیماً مال را از موصی دریافت نمی‌کنند، بگونه‌ای که هر یک بتوانند به نحو اشاعه‌ی مالک گردند، و هر یک نسبت به سهم خویش به دادگاه دادخواست دهند، بلکه موصی با وصیت خود، تملیک را واگذار به انطباق عناوین مزبور نموده و کسان او یا وصی این امر را متکفل می‌شوند (محقق داماد، ۱۳۷۳، صص ۴۶-۴۵) و برای مثال اگر کسی مالی را برای فقیران وصیت

کند، تصرف هر فقیر قبل از تعیین و تسلیم سهم او در موصی به امکان ندارد، و هر مستمند نمی‌تواند به استناد اینکه وصیتی به نفع او شده و شرط دیگری هم به موجب قانون برای تملک او وجود ندارد در موصی به تصرف کند، در این مورد باید وصی یا حاکم ابتدا سهم هر یک را معین و به او تسلیم دارد تا مالکیت محقق شود.

از همین جاست که می‌توان ادعا کرد که وصیت بر غیرمحصور جز از راه عهدی قابل اجرا نیست، و به تفاوت موارد، وصی یا نماینده‌ی اجتماع باید به نمایندگی از طرف موصی مالی را به فقرا تملیک کند، به بیان دیگر، وصیت بر غیرمحصور، هرچند که سرانجام موجب می‌شود که مالی به ملکیت افراد آن درآید، وصیت به تملیک است نه وصیت به مستقیم (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۵۳). بنابراین به وصیت عهدی بیشتر شبیه است تا وصیت تملیکی.

ولی در خصوص عناوین خاص مانند مسجد و یا بیمارستان که عرف برای آنها اعتبار مالکیت قائل است به هیچ وجه منعی برای صدق عنوان وصیت تملیکی به نظر نمی‌رسد، زیرا ایراد معدوم و مجهول بودن در این‌گونه موارد مطرح نیست و شرط قابلیت تملک موضوع ماده ۸۵۰ ق. م با توجه به اعتبار عرف عقلانی کاملاً موجود است. نباید پنداشت که اینگونه وصایا در حقیقت وصیت نبوده و از مصادیق وقف است، زیرا وقف حبس عین است و تسبیل ثمره در حالی که وصیت، تملیک است، یعنی پس از مرگ موصی، بیمارستان رسماً مالک می‌شود (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۴۶).

در هر حال قانون مدنی در ماده‌ی ۸۲۸ راه این مباحثات را بسته و صریحاً گفته است که در این نوع وصیت قبول، شرط نیست.

### وصیت عهدی

در وصیت عهدی طبق ماده‌ی ۸۳۴ ق. قبول شرط نیست لیکن وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگرچه جاهل به وصایت بوده باشد. دلیل این امر هم این است که چه بسا اگر وصی در زمان حیات موصی وصیت او را رد می‌کرد موصی برای خود وصی دیگری را انتخاب می‌کرد و حتی عنوان گردید که اگر وصی در زمان حیات موصی، رد وصایت کرد و رد به اطلاع موصی رسید ولی به علت اشراف به موت و ضیق وقف مجال تعیین وصی دیگری را نداشت باز هم رد وصایت بی‌اثر است البته این نظر را از مدلول حدیث زیر استخراج کرده‌اند:

«إذا أوصی الرجل الی أخیه و هو غائب فلیس له ان یرد علیه وصیه لانه کان شاهد افابی ان یقبلها طلب غیره» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۶۲).



البته ایجاد تعهد و الزام برای وصی بدون موافقت او خلاف قواعد و اصول اولیه‌ی حقوقی (اصل تسلیط) می‌باشد بنابراین، برای توجیه این مسئله می‌توان به موارد زیر استناد کرد:

اولاً: وصیت عهدی به موجب ادله‌ی شرعی، وظیفه‌ای است که شرع مقدس برعهده‌ی فرد می‌گذارد و به تعبیر دیگر وصیت عهدی یک تعهد حقوقی نیست که به موجب قرارداد و توافق الزام‌آور باشد بلکه وظیفه‌ای است شرعی که از ناحیه‌ی خداوند بر مکلفین نهاده شده است (میرداماد، وصیت عهدی، ص ۶۴).

دوماً: این یک وظیفه‌ی اخلاقی می‌باشد که موصی کارهایی را داشته که به پایان نرسانده است کسی باشد که کارهای او را به اتمام برساند.

وصیت عهدی بر مبنای اهداف زیر شکل می‌گیرد:

الف- ادا دیون موصی و وصول مطالبات او

ب- رد ودیعه و استرداد ودیعه

پ- ولایت بر اولاد و اولاد اولاد موصی (صغار- سفهاء - دیوانگان) و حفظ اموال آنان

ت- توزیع حقوق واجبه مانند زکات و خمس و کفارات

ث- انجام دادن تبرعات موصی مانند ساختن مدرسه و پل و مسجد و غیره به امر موصی

(جعفری لنگرودی- ۱۳۷۰، صص ۶۱-۶۰).

البته باید این نکته را نیز متذکر شد که اگرچه قائل شدیم وصایت حتماً با جهل وصی نیز تعهدآور است، لکن هرگاه انجام وصیت برای وصی سخت و دشوار باشد، و به طور کلی حسب عادت قابل تحمل نبوده و یا با شئون وصی منافات داشته باشد، بی تردید می‌توان گفت که الزام وصایت ساقط می‌گردد؛ هرچند قانون مدنی به صراحت گفته است: «... بعد از آن حق رد ندارد» ولی در صورتی که وصی دلایل عدم توانائی و عسر و حرج خود را در دادگاه اثبات کند، دادگاه آن را از موارد سقوط وصیت محسوب و او را ملزم به پرداخت خسارات در صورت ورود نمی‌سازد. از نظر فقهی نیز آیه‌ی شریفه «لا یكلف الله نفساً الا وسعها» (بقره، ۲۸۶) به روشنی مورد استناد است (محقق داماد، ۱۳۷۳، وصیت، ص ۶۵).

### وصیت به وقف

همان‌طور که بیان شد طبق ماده ۸۲۸ ق.م. هرگاه موصی له غیرمحمصور باشد قبول شرط نیست و همچنین طبق ماده ۶۲ ق.م. اگر موقوف‌علیهم غیرمحمصور باشند یا وقف بر مصالح عامه باشد متولی وقف و الاحاکم قبض می‌کند. حال با توجه به این دو ماده چنانچه شخصی به موجب وصیت مالی را برای دانشجویان یا یکی از جهات عامه وقف کند، حکم قبول چه خواهد شد؟

پاسخ این است که چنانچه موصی ثلث مال خود را به موجب وصیت برای دانشجویان وقف نماید، معنای این عمل وصیت عهدی می‌باشد نه تملیکی یعنی در حقیقت او وصیت کرده است که پس از وی مال او را برای عناوین مذکور وقف نمایند و بدیهی است که در این صورت هنگام انجام وصیت و اجرای صیغه‌ی وقف، قبول شرط صحت وقف است. البته باید توجه داشت که کسی نمی‌تواند مال خود را وقف کند و آغاز وقف را از تاریخ وفات خویش قرار دهد چون وقف مقطوع‌الاول باطل است، ولی می‌تواند با وصیت عهدی وصیت کند که ثلث مال و یا قسمتی از آن را پس از مرگ وی وقف نمایند که در این صورت این وصیت لازم‌الاجراء خواهد بود (منهاج‌الصالحین، ص ۱۵۸). البته منافع موصی در این قسم وصیت بین تاریخ موت موصی و تاریخ وقف جزء ترکه بوده و به ترکه‌ی موصی می‌رسد (ابن حجر، فناوی، ص ۳۱).

### وصیت فکی

قانون مدنی در ماده ۲۸۹ ق.م در ماهیت ابراء روی «صرف نظر کردن از حق» تکیه کرده است که با اسقاط حق مترادف است و در ماده ی ۲۹۰ ق.م هم ابراء را یکی از وسایل سقوط تعهدات شمرده است.

حال هرگاه نتیجه وصیت، اسقاط حق از متعهد بوده باشد این وصیت را وصیت اسقاطی می‌نامند و وصیت اسقاط نه وصیت تملیکی است و نه عهدی؛ عهدی نیست چون کسی را برای انجام کاری مأمور نکرده‌اند، و تملیکی نیست چون مالی به موصی‌له منتقل نشده است. در وصیت به ابراء ذمه‌ی موصی‌له بلافاصله با موت موصی بری می‌شود و حاجت به قبول موصی‌له نیست چون در ابراء قبول ضرورت ندارد.

و همان‌طور که می‌دانید وصیت نوع خاصی از تصرف، مانند سایر عقود معین، نیست و ماهیتی که معلق به فوت شود، در عین حال که نام وصیت می‌گیرد، اصالت خود را حفظ می‌کند و به همین دلیل، ابراء معلق به فوت ایقاع است و اقرار مندرج در وصیت‌نامه معلق به فوت نیست (کاتوزیان، ۳۶۹، ص ۵۶).

### حقوق مقایسه

در حقوق اروپایی، اعم از قوانین نوشته و حقوق عرفی انگلستان، وصیت ایقاع است و تنها با قصد و رضای موصی محقق می‌گردد.

در خصوص وصیت بر غیرمحمصور و جهات عمومی، قانون مدنی فرانسه حکمی خاص دارد که اثر این وصیت را منوط به فرمان مخصوص رئیس جمهوری قرار داده است و از این حیث شبیه حکم قانون مدنی ایران در مورد وقف است. باید توجه داشت که در حقوق فرانسه، گرچه اراده‌ی موصی، به تنهایی برای وقوع وصیت کافی است، موصی‌له نیز می‌تواند با رد وصیت، از قبول موصی‌به امتناع کند. بنابراین، وصیت موجب تملک قهری موصی‌له نمی‌شود (همان، ص ۵۷).

### نتیجه‌گیری

به عنوان کلام آخر می‌توان گفت که صرف‌نظر از وصیت عهدی که ایقاع بودن ماهیت آن مورد اختلاف نیست اما در خصوص وصیت تملیکی می‌توان گفت که هر چند عقد یا ایقاع دانستن آن دارای ثمره‌ی عملی نیست اما می‌توان آن را برزخی میان مفهوم عقد و مفهوم ایقاع دانست.

### منابع و مأخذ

#### الف- فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۰)، حقوق مدنی وصیت، تهران: ققنوس.
۲. طاهری، حبیب‌ا...، حقوق مدنی (۸ و ۹)، جلد پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران: ققنوس.
۴. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۶۸)، بررسی فقهی و حقوقی وصیت (مواد قانونی ۸۶۰-۸۲۵ قانون مدنی) تهران: اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.

#### ب- عربی

۱. محمد ابن مکی (شهید اول، ق ۷۸۶-۷۳۴-۱۳۷۲)، قواعد.
۲. ابوبکر بن مسعود کاشانی (متوفی ۵۸۷ ق.)، (۱۳۲۸-۱۳۲۷)، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع، نشر مصر مطبعه الجمالیه.
۳. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع السلام.
۴. محسن بن مهدی الحکیم (۱۳۹۰-۱۳۰۶)، (۱۳۷۱)، منهاج‌الصالحین، نشر نجف مطبعه العلمیه.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

«تاریخچه حقوق بشر در اسلام» سال ۷۰، شماره ۲۷. «مقدمه‌ای بر مطالعه تطبیقی منابع و مبانی نظام حقوقی اسلام و سیستم حقوقی روم»، سال ۷۳، شماره ۳۱. «مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی تطبیقی»، سال ۷۳، شماره ۳۲. «حقوق بشر اسلامی و کرامت ذاتی انسان در اسلام»، سال ۱۳۸۶، شماره ۴.