

## ماهیت حقوقی وصیت تملیکی

سعید محسنی

در اینکه این نوع وصیت، عقد است یا ایقاع اختلاف نظر زیاد است. البته یک نظر نادر هم وجود دارد که وصیت را برزخی بین عقد و ایقاع می‌داند. تمام اشکالات مربوط به عقد بودن یا ایقاع بودن وصیت به این نظر وارد است. عمده دلیل کسانی که آن را عقد می‌دانند، لزوم قبول از طرف موصی له است. اما به نظر ما وصیت، ایقاع است. چنان که در بسیاری از کشورها این‌گونه است. حتی کسانی که معتقد به عقد بودن وصیت هستند، مایلند در مقام تقنین و قانونگذاری، وصیت را ایقاع بشمرند و این مطلب را منطقی‌تر می‌دانند.<sup>(۱)</sup>

چنان‌که عرض شد، عمده دلیل معتقدین به عقد بودن وصیت، لزوم قبول در آن است که ماده ۸۲۷ می‌گوید: «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی.» به همین دلیل استاد دکتر کاتوزیان با اینکه توجه به دلایل طرفداران ایقاع بودن وصیت داشته و آن دلایل را بعضاً متذکر شده‌اند، می‌فرماید باید به یک پرسش پاسخ داد که آیا این ویژگیها و دلایل (یا انحرافها!) چندان مهم است که حتی در

صورت لزوم قبول موصی له در تحقق تملیک! باز هم آن را ایقاع شمرد و نقش قبول را به عاملی دست دوم و ناچیز تأویل کرد؟ و می فرمایند: «به نظر می رسد که از تفاوتها بتوان گذشت و معیار اصلی را نقش قبول، قرار داد.»<sup>(۲)</sup>

پس از آن به توجیه دلایل طرفداران ایقاع می پردازند و در نهایت می فرمایند: «تمام اشکالی را که توصیف «عقودالحاقی» دارد، در این عمل حقوقی نیز می توان مشاهده کرد.»<sup>(۳)</sup>

ولی به نظر ما، دلایل طرفداران ایقاع در مورد وصیت و خصیصه‌هایی از وصیت که نشان‌دهنده ایقاع بودن آن است، «انحراف» از قواعد عمومی نیست بلکه چون وصیت ایقاع است، آن ویژگیها کاملاً منطبق بر قواعد است و همچنین با پذیرش ایقاع بودن آن، نیازی نیست که اشکالات عقود الحاقی را بپذیریم.

اما اینکه قبول، شرط است، نه به این دلیل که لحوق قبول به ایجاب، «عقد» وصیت درست می شود، بلکه از این بابت است که تملک قهری، و ورود مال به دارایی شخص بدون اجازه و رضایت صاحب دارایی ممنوع است، مگر استثنائاً در باب ارث. بنابراین قبول، شرط است. چنانکه در وصیت به تملیک هم قبول موصی له شرط است و حال آنکه احدی در ایقاع بودن آن تردیدی ندارد.

اما دلایلی که ایقاع بودن وصیت را توجیه و عقد بودن آن را رد می کند عبارتند از:

۱- چنانکه می دانیم اثر عقد نسبت به آینده است و نمی تواند اثر قهقرایی داشته باشد. لازمه پذیرش عقد بودن وصیت این است که بگوییم، عقد به ماقبل خود اثر می کند. چون زمان ایجاد مالکیت، فوت موصی است و موصی له بعد از فوت موصی قبول وصیت می کند. لذا لحوق قبول به ایجاب در زمان پس از فوت است و اثر آن «تملیک و تملک» در زمان فوت می باشد.

ممکن است در مقام جواب گفته شود، تقدم معلول بر علت در عالم تکوین محال است. اما در عالم اعتباریات چه اشکال دارد که عقد (علت) در ماقبل زمان خود تأثیر

کند؟

البته درست است که: «یتسامح فی الاعتباریات ما لایتسامح فی التکوینیات»، ولی اموری که پذیرش آن حتی در اعتباریات خلاف عقل است، مشمول این قاعده نیست. کما اینکه جناب دکتر کاتوزیان در بحث عقود معلق، تعلیق انشاء را که یک امر اعتباری است، دقیقاً به همین دلیل ردّ می‌کنند. ایشان می‌فرمایند: «درست است که امور اعتباری و ذهنی از هر حیث تابع قواعد طبیعی نیست، ولی نبایستی به بهانه اعتباری بودن انشاء، اموری را ممکن شمرده که عقل سلیم آن را محال می‌پندارد.»<sup>(۴)</sup>

۲- از قواعد عمومی قراردادها است که فوت ایجاب کننده، باعث از بین رفتن آن می‌شود و ایجاب پس از فوت هیچ تأثیری ندارد. اگر وصیت را عقد بدانیم لاجرم باید از این قاعده عمومی تجاوز کنیم یا به تعبیری، انحراف از قاعده است.

دکتر کاتوزیان این اشکال را این‌گونه جواب می‌دهند که این قاعده از اساس مورد تردید محققان است. تمایل بر این است که ایجاب را الزام‌آور شمارند و وجود آن را مستقل از انشاءکننده بدانند. لذا استناد به چنین قاعده سنتی و مورد تردید جایز نیست.<sup>(۵)</sup> اما باید توجه داشت که خود استاد این قاعده سنتی را بدون تردید تأیید کرده و قایل به زوال ایجاب به وسیله فوت ایجاب‌کننده هستند. اعم از اینکه شخصیت او معتبر باشد یا نباشد. چه ایجاب ساده باشد و چه همراه با التزام. در هر صورت ایجاب با فوت طرف ایجاب زایل می‌شود. حکم قانون مدنی هم در این خصوص، زوال ایجاب است و این نظر در فقه دارای شهرت است.<sup>(۶)</sup> بنابراین اشکال مذکور، با توجه به مطلبی که نقل شد، عجیب و خالی از وجه است.

۳- لزوم توالی عرفی بین ایجاب و قبول

اشترای موالات بین ایجاب و قبول از مسلمات قواعد عمومی است. این ادعا را ماده ۱۰۶۵ در باب نکاح تأیید می‌کند. النهایه اختلاف در توجیه آن است.<sup>(۷)</sup> اگر وصیت عقد باشد، با توجه به اینکه ممکن است بین ایجاب و قبول سالها فاصل بيفتد، این فاصله

زمانی چگونه قابل توجیه است؟

اگر گفته شود، فوریت شرط نیست، بلکه توالی عرفی لازم است، باید گفت، عرف هیچ‌گاه فاصله چندین ساله را توالی نمی‌داند. مگر اینکه گفته شود، عقد وصیت ویزگی خودش را دارد، لذا این شرط در وصیت معفو عنه است. گرچه این جواب را می‌توان تقویت کرد، ولی لااقل باید پذیرفت که تخلف از قواعد عمومی صورت گرفته و اصل عدم تخلف است و تخلف از قواعد عمومی استثناء است و نیاز به دلیل دارد. تا زمانی که بتوان عملی را براساس قواعد عمومی توجیه نمود، نباید آن را مشمول استثنائات شمرد.

۴- به نظر ما نویسندگان قانون مدنی هم، نظر به ایقاع بودن وصیت داشته‌اند. چون ماده ۸۲۷ مقرر می‌دارد: «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود، مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی». ظهور این ماده در این است که در وصیت «ایجاب موصی» موجب تملیک است. النهایه تحقق و استقرار این تملیک منوط به قبول موصی له است که توجیه لزوم قبول را هم قبلاً گفتیم. جالب است که بعضی از چنین استنتاجی منع نموده و می‌فرمایند: «از تکیه بر «تملیک» نباید چنین نتیجه گرفت که وصیت پیش از قبول واقع می‌شود و تحقق اثر آن «تملیک» منوط به قبول است. زیرا وصیت به عنوان سبب تملیک، اگر کامل باشد، نفوذ حقوقی نیز دارد و باعث انتقال موصی به بعد از فوت می‌شود و نیازی به قبول ندارد و مفاد ماده ۸۲۷ نشانه نقص سبب است.»<sup>(۸)</sup> اشکال نظر مزبور در این است که به هیچ‌وجه برای قبول غیر از سبب تکمیل، توجیه دیگری قائل نیست. حال آن‌که ما گفتیم، لزوم قبول از باب جواز ورود مال به دارایی موصی له است. چون می‌دانیم که هیچ‌کس را نمی‌توان به طور قهری مالک چیزی نمود، مگر از باب ارث. با این بیان به راحتی از ماده ۸۲۷ ایقاع بودن وصیت فهمیده می‌شود و به هیچ وجه نباید عمل حقوقی وصیت را قبل از قبول، ناقص شمرد.

۵- این دلیل از آقای دکتر لنگرودی است<sup>(۹)</sup> که دکتر کاتوزیان به عنوان تنها تردید

معقول آن را مطرح ساخته‌اند.<sup>(۱۰)</sup>

این دلیل مبتنی بر یک تحلیل است. به گفته ایشان (دکتر کاتوزیان): «بر مبنای مفهوم عرفی وصیت، ماده ۸۲۷ را چنین تأویل کرده است (دکتر لنگرودی) که انشای وصیت از طرف موصی، سلطه مالکانه ناقصی (ملک ان یملک) برای موصی له به وجود می آورد، که براساس آن، اختیار پیدا می کند، تا از راه اعلان رضا مالکیت خود را کامل سازد. از این تحلیل نتیجه گرفته شده است که وصیت، ایقاع معلق بر فوت موصی است و قبول موصی له تنها به آنچه واقع شده است اعتبار می بخشد.

جواب دکتر کاتوزیان به این تحلیل این است که در تمام عقود، این اختیار برای مخاطب ایجاب هست.<sup>(۱۱)</sup> اما در جواب می توان گفت، اختیاری که در سایر عقود هست، اختیار بر تکمیل عقد به صورت الحاق قبول به ایجاب است. لیکن در وصیت عمل حقوقی کامل صورت گرفته (گرچه معلق بر فوت موصی می باشد)، و قبول موصی له برای تکمیل آن نیست و کاربرد دیگری دارد که قبلاً متذکر آن شده ایم.

۶- حق قبول و ردّ به ورثه موصی له انتقال می یابد (در صورتی که موصی له قبل از موصی فوت نماید و همچنین است اگر بعد از فوت موصی و قبل از قبول فوت نماید و موصی از وصیت خود هم بازگشت ننموده باشد). اما چنان که می دانیم قبول در عقود به هیچ وجه به ورثه نمی رسد. علتش این است که قبول فقط از کسی پذیرفته است که مخاطب ایجاب بوده است.<sup>(۱۲)</sup> بنابراین، وصیت ایقاع است و نه عقد والا لازم می آمد قبول و ردّ به ورثه منتقل نشود، چنان که در سایر عقود چنین است.

ممکن است گفته شود، اصل انتقال حق قبول و ردّ به ورثه محل اشکال است. البته صحیح است که چهارنظر در این خصوص مطرح می باشد:

الف) حق قبول و ردّ با فوت موصی له مطلقاً به ورثه او منتقل می شود. چه مرگ موصی له قبل از فوت موصی باشد و چه پس از آن و قبل از شهود (مشهور فقهای امامیه و مراجع معاصر).

ب) این حق به هیچ وجه به ورثه منتقل نمی شود و وصیت بالمرة باطل می شود. (نظر

ابن جنید و علامه).

ج) عده‌ای بین دو حالت تفکیک می‌کنند. چنانچه فوت موصی له در زمان حیات موصی باشد، وصیت باطل و چنانچه پس از فوت موصی و قبل از قبول باشد، حق ردّ و قبول منتقل به ورثه می‌شود (مشهور فقهای عامه).

د) عده‌ای هم تفکیک نموده‌اند بین حالتی که شخصیت موصی له برای موصی حائز اهمیت خاص در انجام وصیت بوده، که در این صورت، وصیت با فوت موصی له باطل می‌شود و فرضی که این‌گونه نبوده، که در این حالت، حق قبول و ردّ منتقل خواهد شد (بعضی از علمای امامیه).<sup>(۱۳)</sup>

آری، چهار نظر مختلف مطرح شده است که فقط پذیرش نظر دوم می‌تواند، این قسمت از بحث ما را از عداد دلایل خارج کند والا اگر هریک از سه نظر اول، سوم یا چهارم را بپذیریم، بالاخره حق قبول اجمالاً به ورثه منتقل می‌شود و همین مقدار کافاست، در اثبات ایقاع بودن وصیت.

باید توجه داشت، نظر دوم در بین امامیه، و حتی فقهای عامه نظر نادری است و قائلین آن محدودند. بلکه نظر مشهور فقهای امامیه همان نظر اول و عقیده مشهور عامه، نظر سوم است. گذشته از این، «شهرت» احادیث مربوط هم قول مشهور را تقویت می‌کند.<sup>(۱۴)</sup>

۷- اگر وصیت تملیکی عقد است و به همین دلیل نیازمند قبول است، پس چرا در وصیت بر غیر محصور و جهات، قبول شرط نیست؟ آیا عقدی بدون قبول متصور است؟!

این اشکال، قائلین به عقد بودن وصیت را بر آن داشته که چنین توجیه کنند که وصیت بر غیر محصور در شمار وصایای عهدی است.<sup>(۱۵)</sup> این نظر را نباید پذیرفت. چون بالاخره چنین وصیتهایی وجود دارد و مورد پذیرش واقع شده که چنین وصیتی تملیکی است. قانون مدنی نیز این نظر را پذیرفته و به همین دلیل عدم اشتراط قبول موصی له غیر

محصور را - که در ماده ۸۲۸ گفته - در بین مواد مربوط به وصیت تملیکی (ماده ۸۲۸ تا ۸۳۳) گنجانده و از طرف دیگر در ماده ۸۳۴ به طور کلی در وصیت عهدی، قبول را شرط ندانسته است. اگر وصیت بر غیر محصور، وصیت عهدی می بود، نیازی به تکرار حکم نبود. بلکه ممکن است موصی، وصیت کند که فلانی (وصی)، فلان مال مرا برای فقرا خرج کند یا به آنها تملیک کند، این وصیت قطعاً از نوع عهدی است. اما چنانچه بگویند، فلان مال را وصیت کردم برای فقرا شهر، در تملیکی بودن آن تردید روا نیست، مگر از باب ضیق خناق و برای رهایی از اشکالی که به عقد بودن آن وارد می شود، بخواهیم آن را تملیکی ندانیم تا صورت مسأله را پاک کنیم. ممکن است، در این قسمت به قائلین ایقاع بودن وصیت چنین اشکال شود که اگر در وصیت تملیکی، قبول شرط است، (البته از باب اجازه ورود به ملکیت) پس چرا در وصیت به غیر محصور، قبول شرط نیست؟ در جواب به این اشکال باید گفت که ورود به دارایی، همیشه نیازمند اجازه صاحب آن است. لذا در مانحن فیه هم که وصیت به غیر محصور، بدون قبول محقق می شود، برای ورود به دارایی آنها (مصادیق شخص غیر محصور)، رضایتشان شرط است و چنین وصیتی موجب تملک قهری افراد موصی له غیر محصور نیست. بنابراین وصیت بدون قبول محقق است، اما در مقام تملک هر مصداق از مصادیق موصی له، رضایت او شرط است و این کاملاً منطبق بر قواعد است. اما اینکه چرا برای تحقق وصیت، قبول شرط نیست، علتش این است که: اولاً شخص معینی نیست تا قبول او را لازم بدانیم. اشتباه نشود که چرا در وقف بر غیر محصور یا جهات، قبول امام را شرط می دانیم، مقایسه وصیت تملیکی بر غیر محصور با وقف بر غیر محصور اشتباه و قیاس مع الفارق است. در وقف قبول از باب تکمیل عقد است ولی در مانحن فیه که وصیت را ایقاع می دانیم، قبول برای تکمیل وصیت نیست. از طرف دیگر در وصیت، امام تحت چه عنوانی، قبول نماید؟ آیا امام می خواهد ورود مال را به دارایی خودش اجازه دهد؟ بنابراین نباید تعجب نمود که چرا زمانی که کسی برای قبول وجود ندارد،

امام را به عنوان طرف قبول مطرح نمی‌کنیم.

ثانیاً در وصیت بر محصور، قبول برای تحقق و استقرار وصیت لازم است، چون بدون قبول اگر وصیت محقق و مستقر شود، لازم می‌آید که مال با وصیت از دارایی موصی خارج می‌شود (و طبعاً وارد دارایی ورثه هم نمی‌گردد.) و چنانچه موصی له محصور هم وصیت را نپذیرد و رد کند، (بدین معنی که ورود موصی به را به داراییش نپذیرد.) موصی به، بدون مالک (اموال بلا مالک) می‌گردد. لذا قانونگذار، قبول موصی له را شرط تحقق و استقرار وصیت دانسته تا در صورتی که موصی له رد نمود، وصیت باطل شده، مال به طور قهری به ورثه موصی برسد. اما در وصیت بر غیر محصور، حالتی پیش نخواهد آمد که مال بلا مالک بماند. اگر فقیر اولی نپذیرفت سایر فقرا هستند و هکذا.

اشکال نشود که، ممکن است، هیچ‌یک از فقرا، تملک موصی به را نپذیرند، چون این احتمال در جایی است که فقرای مزبور، محدود و انگشت‌شمار باشند که در این صورت، مورد تخصصاً از بحث ما خارج است. چون اصلاً وصیت بر غیر محصور نیست، بلکه وصیت بر محصور خواهد بود. مثل اینکه موصی یک سوم اموالش را وصیت کند بر ورثهٔ اناث خود.

ثالثاً «فقها در خصوص وصیت نظرشان اوسع از سایر عقود و ایقاعات است. لذا بسیاری از اموری که در موارد دیگر معتبر است در وصیت معتبر ندانسته‌اند. مثل: تنجیز، صراحت در اعلام اراده، وضوع صیغه به زبان عربی و بسیاری از شرایط دیگر. (۱۶) مرحوم دکتر امامی نیز همین احتمال و توجیه را با قید «شاید» مطرح می‌کنند. (۱۷)

۸- عموماً در بحث وصیت، وصیت را به موصی نسبت می‌دهند. از این انتساب می‌توان فهمید که وصیت با انشای موصی تحقق می‌یابد و برای شکل گرفتن وصیت نیازی به قبول موصی له نیست.

بعضی از عموماً مزبور عبارتند از:

- من بعد وصیة یوصی بها او دین... / نساء آیه ۱۲.



- من بعد وصیة تو صون بها او دین... / نساء آیه ۱۲.

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

۹- وصیت به تملیک (مثل اینکه موصی، وصیت کند که فلان مال را به فلانی تملیک نماید). قطعاً ایقاع است و کسی بر آن اشکال نمی‌کند. اما در همین نوع وصیت، اجرای آن منوط است به پذیرش موصی له. بنابراین اشتراط قبول در همه جا به این معنی نیست که قبول جزء عقد و رکن سازنده آن است. اگر چنین بود، اشتراط قبول در وصیت به تملیک را چگونه می‌توان توجیه نمود؟

۱۰- در قواعد عمومی دیده‌ایم که قبول باید مطلق باشد. یعنی طرف قبول همان چیزی را قبول کند، که طرف ایجاب انشاء نموده است و نمی‌تواند در شرایط آن تغییراتی بدهد و سپس بپذیرد، چرا که این اعلام، قبول آن ایجاب قبلی نیست. بلکه ایجاب و پیشنهادی جدید است که ممکن است مورد قبول قرارگیرد. اما چنان‌که می‌دانیم طبق ماده ۸۳۲ قانون مدنی وصیت را می‌توان در مقام قبول، تفکیک نمود. «موصی له می‌تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی به قبول کند و در این صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می‌شود.» اشکال نشود که در عقود هم بعضاً می‌توان ایجاب را در مقام قبول تجزیه نمود. مثلاً بایع بگوید، کتاب قانون مدنی را به ۳۵۰ تومان و دوره حقوق مدنی مرحوم دکتر امامی را به ده هزار تومان فروختم. مشتری می‌تواند، این ایجاب را تجزیه نموده، تنها قانون مدنی یا تنها دوره حقوق مدنی را بخرد (قبول کند). چون خواهیم گفت که، بله! هرگاه از مبنای گفت‌وگوها و مفاد ایجاب چنین برآید که می‌توان آن را تجزیه کرد، قبول بخش جداگانه‌ای از ایجاب باعث وقوع تراضی در همان بخش است. لیکن در وصیت که این‌گونه نیست یا لاقلاً تمام وصیتهای این خصوصیت را ندارند (که از مفاد آنها بتوان قابلیت تجزیه را فهمید) اما در عین حال، در تمام وصیتهای امکان تجزیه وجود دارد.

تنها جواب جدی که می‌توان به این دلیل داد، این است که قاعده عام فوق‌الذکر (لزوم

مطلق بودن قبول) خاص عقود معوض و دو تعهدی است.<sup>(۱۸)</sup> اما اگر لزوم انطباق قبول بر ایجاب را حاکم بر تمام عقود بدانیم، این قاعده با بیانی که در فوق داشتیم، دال بر ایقاع بودن وصیت خواهد بود.

۱۱- اگر وصیت را عقد بدانیم، لاجرم باید آن را در زمره عقود جایزه به شمار آوریم. چون موصی له که در زمان حیات موصی وصیت را قبول کرده، می تواند از قبول خود رجوع کند و موصی نیز می تواند از وصیت خود رجوع کند. از طرف دیگر می دانیم که عقود جایزه با جنون احد متعاملین منحل خواهد شد. اما در وصیت، جنون موصی (جنون حادث پس از وصیت) هیچ تأثیری در وصیت ندارد و به همین دلیل است که فقها وصیت مجنون ادواری را که در زمان افاقه صورت گرفته صحیح می دانند ولو اینکه پس از وصیت، جنون بر او عارض شود و همچنین وصیت شخصی را که پس از انشای وصیت، مجنون شود (ولو اینکه جنون او تا زمان فوت هم ادامه یابد) نافذ می دانند. حتی علامه طباطبایی در مصابیح ادعای اجماع بر این مطلب نموده است.<sup>(۱۹)</sup>

عین همین ادعا درباره فوت موصی هم مطرح است. به تعبیر دیگر، برای موصی، اهلیت زمان انشاء شرط است و زوال آن پس از انشاء هیچ تأثیری در وصیت ندارد. در حالی که در عقود، اهلیت زمان ایجاب و استمرار آن تا زمان قبول شرط است.

۱۲- ایجاب کننده (در عقود) تا زمانی که قبول مخاطب به ایجاب او پیوند نخورده، می تواند از ایجاب خود عدول کند مگر در ایجاب مقید (التزام به بقای ایجاب)، که البته آن هم محل بحث و اختلاف است. اما اگر قبول به ایجاب متصل شود، عقد کامل شده و دیگر قابل رجوع از طرف ایجاب کننده نیست، مگر از باب فسخ آن هم در عقود جایزه. در مانحن فیه، چنانچه موصی له قبول خود را از قبل از فوت موصی اعلام نماید - بر فرض که وصیت «عقد» باشد - لازم می آید که موصی حق عدول از ایجاب خود را نداشته باشد، مگر از باب فسخ عقد وصیت در حالی که می دانیم حتی اگر موصی له، قبول خود را اعلام نموده باشد، یا حتی اگر موصی به را به قبض نموده باشد، موصی

می‌تواند از وصیت (ایجاب خود) عدول کند (ماده ۸۲۹ ق.م) و هیچ‌کس نام این رجوع را فسخ ننهاده‌است. به تعبیر دیگر این عمل حقوقی، ماهیت فسخ را ندارد بلکه، صرفاً رجوع ساده است. البته انسان آگاه از مبانی اشکال نخواهد کرد که «وصیت، در تحقق خود معلق بر فوت است. بنابراین حتی پس از لحوق قبول به آن (قبل از فوت موصی)، هنوز مستقر نشده است. لذا موصی امکان رجوع از وصیت را دارد.» چون جواب از این اشکال بسیار راحت است. گرچه وصیت عمل حقوقی معلق است، و تا قبل از تحقق معلق علیه، مستقر نمی‌شود، لیکن مستشکل به این قاعده توجه ننموده که؛ عقد معلق، عقدی است کامل و تمام ویژگیهای یک عقد منجز را دارد و فقط مُنشأ آن منوط به تحقق یک شرط است. اگر شرط محقق شد، کاشف به عمل می‌آید که عقد از ابتدا صحیح و کامل و تام بوده و مستقر است. در مانحن فیه نیز اگر وصیت، عقد باشد، فوت موصی - به عنوان شرط وصیت - که قطعاً هم صورت خواهد گرفت، فقط موجب استقرار وصیت خواهد بود و الا قبل از آن با اتصال قبول به ایجاب، عقد کامل، ایجاد شده است و ایجاب کننده حق عدول از ایجاب را ندارد. و هذا ممّا لم یقل به احد.

۱۳- طبق قواعد عمومی، قبول مسبوق به ردّ مفید نیست. به تعبیر دیگر، ردّ ایجاب، آن را از بین می‌برد. و برای قبول پس از آن لازم است که طرف ایجاب، مجدداً ایجاب خود را اعلام کند. این قاعده از قواعد مسلم است<sup>(۱۰)</sup> که مبنای آن علاوه بر فتاوی فقها در ماده ۲۵۰ قانون مدنی، نمایان است. این ماده در مورد عقد فضولی می‌گوید: «اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد والا اثری ندارد.» این قاعده در سایر موارد هم جاری است و ردّ پس از ایجاب، اثر ایجاب را از بین می‌برد و اجازه (قبول) بعد از ردّ هیچ اثری ندارد. مضاف بر اینکه در عقد فضولی، غیر از ایجاب یک قبول ناقص هم ضمیمه آن شده و قوت بیشتری یافته است. اگر چنین عقدی را نتوان با اجازه مسبوق به ردّ تنفیذ کرد (م. ۲۵۰ ق.م)، به طریق اولی ایجاب صرف را نمی‌توان با قبول پس از ردّ کامل ساخت.

اما در وصیت چنین نیست، ردّ موصی له در زمان حیات موصی، هیچ تأثیری بر وصیت ندارد و موصی له می تواند پس از آن، مجدداً وصیت را قبول کند چه در زمان حیات موصی، چه در زمان بعد از آن.

۱۴- ماده ۸۴۱ قانون مدنی، وصیت به مال غیر را باطل می داند: «موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است.» این ماده را در نوع می توان تفسیر کرد:

الف) معاملات فضولی علی الاصول غیر نافذ است لیکن وصیت فضولی باطل است و به طریق اولی وصیت به اسم خود به مال دیگری هم باطل است.

ب) مراد از ماده ۸۴۱ وصیت فضولی نیست. وصیت فضولی طبق قواعد عمومی (م. ۲۴۷ق.م) صحیح است اما منوط به اجازه مالک می باشد. ماده ۸۴۱ ناظر به موردی است که موصی، مال دیگری را برای پس از فوت خود وصیت نماید. این عمل حقوقی باطل است و اجازه مالک تأثیری در آن ندارد. چراکه اجازه مالک برای «موصی ظاهری» مالکیت ایجاد نمی کند و حال آنکه مشکل عمل حقوقی او، این است که مالک مال موصی به نیست.

شاید بتوان نظر «الف» را تقویت کرد. چون اولاً، تعبیر به «مال غیر» ظهور در فضولی بودن عمل دارد. چنانکه در م. ۲۴۷ق.م معامله فضولی را با تعبیر «معامله به مال غیر» بیان کرده است. از طرف دیگر ایقاع فضولی به اتفاق اصحاب باطل است. شیخ انصاری درباره معاملات فضولی می فرماید: «اختلف الاصحاب و غیرهم فی بیع الفضولی بل مطلق عقده بعد اتفاقهم علی بطلان ایقاعه.»<sup>(۲۱)</sup>

اگر این ادعای شیخ علیه الرحمه درست باشد (که ایقاع فضولی باطل است). پس وصیت هم که یک عمل حقوقی یک جانبه است، اگر به صورت فضولی انجام شود، باطل است. بنابراین وصیت به مال غیر که متبادر از آن وصیت فضولی است، توجیه حقوقی خواهد داشت و نیازی نیست که مثل نظر «ب» در صدد توجیه ماده برآیم.

جالب است که بدانیم، در حقوق فرانسه؛ وصیت یک عمل حقوقی یک جانبه است و در عین حال قبول موصی له شرط تحقق و استقرار آن است و جای هیچ شبهه نیست که چگونه قبول شرط است ولی عمل مزبور ایقاع می باشد و نه عقد. و اکثر نویسندگان فرانسوی بدون تردید وصیت را به عنوان یک عمل حقوقی یک جانبه "acte unilatéral" معرفی می کنند و ما برای اختصار به دو نمونه آن اشاره می کنیم:

A) Le testament est un acte unilatéral, à titre gratuit, solennel et révocable, par lequel une personne dispose de tout ou partie des biens quelle laissera à sa mort.<sup>(22)</sup>

B) Testament: Acte unilatéral et solennel de dernière volonté révocable jusqu'au décès de son auteur, par lequel une personne (testateur) dispose pour le temps où elle n'existera plus, sous l'une des trois formes écrites déterminées par la loi, de tout ou partie de ses biens, en faveur d'une ou plusieurs personnes (légataire universel, à titre universel ou particulier)<sup>(23)</sup>

#### پی نوشت

- ۱- دکتر کاتوزیان - عقود معین، ج ۳، ص ۲۹۸، ش ۱۶۵
- ۲- همان، ص ۲۹۶، ش ۱۶۵
- ۳- همان - ص ۲۹۸، ش ۱۶۵
- ۴- همان - قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۶، ش ۵۵
- ۵- همان - ج ۱، صص ۳۱۸ تا ۳۲۳، شماره های ۸ - ۱۶۷
- ۶- همان - ج ۱، صص ۳۱۸ تا ۳۲۳، شماره های ۸ - ۱۶۷
- ۷- همان - ج ۱، صص ۳۲۶ تا ۳۲۹، ش ۱۷۳
- ۸- همان - عقود معین، ج ۳، ص ۳۰۰، ش ۱۶۷

- ۹- دکتر جعفر لنگرودی، وصیت، ش ۳۶
- ۱۰- دکتر کاتوزیان - عقود معین، ج ۳، ص ۳۰۱
- ۱۱- همان
- ۱۲- همان - قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۳۳۸، ش ۱۷۸
- ۱۳- برای دیدن این نظریات رجوع شود به؛ محقق داماد، وصیت، صص ۵۲ تا ۵۶، ایشان تا حدودی دلائل هر یک از گروهها را هم آورده‌اند. مرحوم دکتر امامی هم در ص ۶۹ ج ۳ حقوق مدنی قول مشهور و غیر مشهور را نقل کرده‌اند.
- ۱۴- برای دیدن این احادیث، ر.ک. محقق داماد، وصیت، صص ۵۳ به بعد
- ۱۵- دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۳، ص ۳۰۳
- ۱۶- محقق داماد، وصیت، ص ۴۴
- ۱۷- مرحوم دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۳، صص ۶۴ و ۶۳
- ۱۸- دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، صص ۳۲۵ و ۳۲۶
- ۱۹- به نقل از محقق داماد، وصیت، ص ۷۳
- ۲۰- ابن قاعده در ماده ۱۷ موافقتنامه بیع بین المللی هم آمده است.
- ۲۱- شیخ انصاری، مکاسب، ج ۱، ص ۳۶۵

22) Droit civil, par: Georges Hubrecht, Georges Vermelle, page: 262

23) Vocabulaire juridique, publié sous la direction de Gérard Cornu,

France \_ 1992