

## ماهیت حقوقی وصیت تملیکی در فقه و حقوق ایران

حبیب طالب‌احمدی\*

### چکیده

هر چند ضابطه تمیز عقود از ایقاعات روشن است؛ ولی اظهار نظر در خصوص ماهیت برخی اعمال حقوقی به دلیل شباهت‌هایی که به هر دو دارند دشوار می‌باشد. وصیت تملیکی از جمله اعمالی است که در تعیین ماهیت حقوقی آن اختلاف نظر وجود دارد. برخی ماهیت عقدی وصیت تملیکی را پذیرفته و گروهی نظر به ایقاع بودن آن دارند. عده‌ای که نتوانسته‌اند یکی از دو دیدگاه را ترجیح دهند، ماهیت آن را برزخی بین عقود و ایقاعات دانسته‌اند. در دیدگاهی دیگر، وصیت از اقسام تصرفات حقوقی معرفی شده که باید در تعیین ماهیت حقوقی آن بسته به نوع تصرف صورت گرفته، اظهار نظر کرد. نظر به این که در وصیت تملیکی، مالی به‌طور مجانی، معلق بر فوت وصیت‌کننده به دیگری تملیک می‌شود به نظر می‌رسد مانند هبه که عبارت از تملیک مجانی مالی در زمان حیات است باید ماهیت عقدی داشته باشد.

**کلیدواژه:** وصیت، تملیک، عقد، ایقاع، ماهیت حقوقی

### مقدمه

اعمال حقوقی عبارتند از اعمال ارادی که منشأ اثر حقوقی باشند. اگر اعمال حقوقی با یک اراده واقع شوند «ایقاع» نامیده می‌شوند و در صورتی که انشای اثر حقوقی، نیازمند دو اراده باشد، عمل انجام شده «عقد» است. هر چند تفکیک عقود از ایقاعات با ملاک وحدت یا تعدد اراده در انشای اثر حقوقی به ظاهر ساده می‌نماید؛ ولی اظهار نظر در مورد ماهیت حقوقی برخی اعمال، به جهت شباهت‌هایی که به عقود و نیز ایقاعات دارند، دشوار است. وصیت

---

\* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه شیراز talebahmadi@yahoo.co.uk

تاریخ وصول: ۹۰/۶/۱۲ - پذیرش نهایی: ۹۰/۱۰/۱۸

تملیکی از جمله نهادهایی است که در خصوص ماهیت پیچیده‌ی آن به سادگی نمی‌توان اظهار نظر کرد. از همین رو در آثار فقها و حقوق‌دانان در تعیین ماهیت حقوقی وصیت تملیکی، اختلاف دیده می‌شود.

مطالعه‌ی ماهیت حقوقی وصیت تملیکی می‌تواند از جهات گوناگون مفید باشد: با تعیین ماهیت حقوقی وصیت تملیکی، می‌توان مقررات حاکم بر آن را شناخت. اگر ماهیت عقدی آن پذیرفته شود باید بر آن بود که وصیت تملیکی به مانند سایر عقود، جز در مواردی که دارای مقررات ویژه است پیرو اصول کلی حاکم بر قراردادها می‌باشد. هم‌چنین در تفسیر قواعد حاکم بر آن، می‌توان از مقررات عقود چون هبه یا وقف، وحدت ملاک گرفت. اما در صورتی که ماهیت حقوقی وصیت تملیکی ایقاع باشد از شمول قواعد مربوط به عقود خارج شده و در مباحث استثنایی ایقاعات باید به آن پرداخت. از سوی دیگر، نقد و بررسی ادله قائلین به اقوال مختلف، موجب روشن شدن ملاک‌هایی می‌شود که در تمیز عقود و ایقاعات باید مورد توجه واقع شوند و از نتایج این تحقیق می‌توان در تمیز ماهیت اعمال حقوقی مشتهبه دیگری مانند «جعاله» استفاده کرد.

دیدگاه‌های ابراز شده در مورد ماهیت حقوقی وصیت تملیکی را می‌توان به چهار گروه بخش کرد: بیش‌تر فقها و حقوق‌دانان برای وصیت تملیکی، ماهیت عقدی قائلند. گروهی نیز به ایقاع بودن وصیت تملیکی رأی می‌دهند. اقلیتی که هیچ‌یک از دو دیدگاه یادشده را نتوانسته ترجیح دهد، ماهیت حقوقی وصیت تملیکی را برزخی میان عقد و ایقاع می‌داند. در دیدگاهی دیگر، وصیت به‌عنوان تصرفی در زمان حیات برای پس از مرگ متصرف تعریف و ماهیت آن بسته به نوع تصرف انجام شده تعیین می‌شود. طبق دیدگاه اخیر، نظر به این که تملیک رایگان در زمان حیات، نیازمند قبول است و تملیک قهری مال به دیگران مستلزم دخالت در دارایی ایشان بوده و چنین امری امکان‌پذیر نیست؛ لذا تملیک رایگان برای زمان پس از مرگ نیز باید به مانند هبه، ماهیت عقدی داشته باشد.

در این نوشتار تلاش بر آشنایی با ماهیت حقوقی وصیت تملیکی است. بر همین اساس پس از مقدمه، وصیت تملیکی معرفی شده و پس از شمارش عمده‌ی دلایل ایقاع بودن آن، نقدی که بر این دلایل وارد شده یادآور می‌شود. دلایل عقد بودن وصیت تملیکی و نقد آن‌ها به دنبال بحث پیشین می‌آید. در پایان نیز مطالعه‌ی تطبیقی کوتاهی در حقوق فرانسه و مصر به عمل آمده و نتیجه‌گیری می‌شود.

## ۱. تعریف وصیت تملیکی

اختلاف نظرهایی که در ماهیت حقوقی وصیت تملیکی وجود دارد توصیفی است. به عبارت دیگر اختلاف در آن است که این موجود حقوقی شناخته شده، اوصاف عقود را دارد تا در میان آن‌ها جای گیرد یا ویژگی‌های ایقاعات را دارد تا در زمره‌ی آن‌ها باشد. با این حال برای ورود به بحث لازم است ابتدا تعریفی از وصیت تملیکی ارائه شود لذا معنی لغوی وصیت مطالعه و سپس با معنی اصطلاحی آن آشنا شده و در نهایت، تعریف قانونی ذکر می‌شود:

### ۱.۱. تعریف لغوی

لغت وصیت در چند احتمال معنی شده است. وصیت ممکن است مصدر ریشه‌ی سه حرفی وَصَى - یَصِی به معنی وصل باشد و یا اسم مصدر از ریشه‌ی چهار حرفی وَصَى - یُوصِی به معنی عهد. برخی نیز احتمال داده‌اند که وصیت از مصدر ایصاء أخذ شده باشد. کسانی که قائل به معنی اول می‌باشند در ارتباط آن با معنی اصطلاحی وصیت، عقاید گوناگون دارند: برخی معتقدند موصی در ضمن وصیت، تصرفات بعد از مرگ خود را به تصرفات حال حیات، متصل می‌کند و گروهی می‌گویند به واسطه وصیت، موصی پیوند عاطفی با نزدیکان خود را به پس از مرگ خود متصل می‌کند. گروهی که معنی لغوی دوم را اختیار کرده‌اند در رابطه آن با معنی اصطلاحی وصیت معتقدند وصیت، تعهدی برای بعد از وفات است. برخی از قائلین هر یک از دو قول، معنی دیگر را به معنی مورد نظر خود ملصق می‌دانند. (العروه الوثقی/۲/۸۷۷؛ شرح اللمعه الدمشقیه/۵/۱۱؛ جامع المقاصد/۱۰/۷؛ جواهر الکلام/۲۸/۲۴۱؛ بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۱۹).

برخی اساتید حقوق مدنی، معنی وصل را با مفهوم و ماهیت وصیت در قانون مدنی سازگار دانسته و در توجیه آن معتقدند در وصیت عهدی، وصی موظف می‌شود اراده موصی را به موقع اجرا بگذارد و موصی تعهدی در مقابل او ندارد و در وصیت تملیکی به کاربردن تعهد خالی از تکلف نیست. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۲۴). در مقابل بعضی دیگر با معنی عهد موافق بوده و معتقدند معنی وصل، تناسبی با علم حقوق ندارد. (حقوق مدنی - وصیت/۲/۴۸). در توجیه تناسب معنی عهد با وصیت آورده‌اند: «در وصیت عهدی شخص انجام آن را به عهده دیگری قرار می‌دهد و در وصیت تملیکی خود عهده‌دار آن می‌گردد». (کلیات حقوق

اسلامی/۳۴۴). گروه سوم به جمع دو دیدگاه پیشین پرداخته و میان دو معنی عهد و وصل، تباین کلی قائل نیستند. (بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۲۲).

### ۲. ۱. تعریف اصطلاحی

بیش تر فقها وصیت را ناظر به وصیت تملیکی دانسته و آن را در برابر وصیت عهدی معرفی کرده‌اند و در باب وصایت از وصیت عهدی سخن گفته‌اند. (شرح قانون مدنی/۷۲۶/۲). محقق حلی وصیت را تملیک عین یا منفعتی برای بعد از وفات معرفی می‌کند. (شرایع الإسلام/۱۸۹/۲). علامه حلی نیز تعریفی مشابه ارائه کرده است. (به نقل از جامع المقاصد/۷/۱۰). در بعضی تعاریف، قید تبرعی بودن نیز اضافه شده است. (تذکره الفقهاء/۴۵۲/۲). عده‌ای نیز ترکیبی از تعریف وصیت تملیکی و عهدی را ارائه کرده‌اند تا تعریفشان جامع هر دو قسم باشد. مثلاً شهید اول وصیت را تملیک عین یا منفعت یا تسلیط بر انجام تصرفی بعد از وفات معرفی کرده است. (اللمعه الدمشقیه/۱۵۳). گروهی دیگر که بعضی از مصادیق وصیت را خارج از تعاریف یادشده یافته‌اند، برای تکمیل تعریف، مصادیق گوناگون وصیت را برشمرده‌اند؛ چنان که سید یزدی می‌فرماید: وصیت تملیک عین یا منفعت یا مسلط گردانیدن بر حقی یا فک ملکی یا تعهدی در خصوص غیر یا خود می‌باشد. (العروه الوثقی/۸۷۷/۲). کسانی هم که خواسته‌اند با توجه به جوهره وصیت از آن تعریف کنند عباراتشان از انتقادات حقوق دانان در امان نمانده است. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۳۴؛ حقوق مدنی - وصیت/۴۱/۲). با جمع‌بندی دیدگاه‌های یادشده در تعریف وصیت تملیکی می‌توان گفت: «تملیک مجانی مالی، معلق بر فوت تملیک کننده است».

### ۳. ۱. تعریف قانونی

قانون‌گذار بدون آن که تعریفی از وصیت ارائه کند، در ماده‌ی ۸۲۵ قانون مدنی، اقسام وصیت را نام برده و در ماده‌ی بعدی، تعریف می‌کند. به دنبال آن احکام وصیت طی مواد ۸۲۷ الی ۸۶۰ آمده است. ورود به اقسام و احکام یک عمل حقوقی بدون تعریف آن، نقص کار قانون‌گذار است و چه بسا عدم ارائه تعریف از جوهره‌ی وصیت در قانون مدنی به لحاظ اختلاف در تعاریف و عدم ترجیح یکی از آن‌ها باشد. (حقوق مدنی - وصیت/۴/۲).

قانون مدنی در تعریف وصیت از روش فقها سود جسته و به ترتیب وصیت تملیکی و عهدی را تعریف می‌کند. تقسیم وصیت به عهدی و تملیکی را برخی ره یافته از فقه اهل سنت به فقه امامیه می‌دانند که در تدوین قانون مدنی نیز به کار گرفته شده است. (حقوق

تعهدات/۳۶/۱). طبق ماده‌ی ۸۲۶ این قانون «وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند. وصیت عهدی عبارت است از این که شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌نماید. وصیت‌کننده موصی، کسی که وصیت تملیکی به نفع او شده است موصی‌له، مورد وصیت موصی‌به و کسی که به‌موجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا صغیر قرار داده می‌شود وصی نامیده می‌شود».

تعریف قانون‌گذار از وصیت عهدی و تملیکی، علاوه بر این که ماهیت عقدی یا ایقاعی وصیت را در ابهام گذاشته (عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۲۳) در برگزیده تمام مصادیق وصیت نیست. برای مثال اگر شخصی وصیت کند بدهکار پس از مرگ بری شود که در اصطلاح «وصیت به ابراء» نامیده می‌شود، نه از مصادیق وصیت عهدی است چون هیچ‌گونه تعهدی برای بعد از مرگ نمی‌شود و نه وصیت تملیکی است؛ زیرا انتقال مالکیتی برای پس از فوت در میان نیست. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۳۶ و حقوق مدنی - وصیت/۴۴/۲ و شرح قانون مدنی/۷۲۶/۲). چنان که اساتید حقوق مدنی پیشنهاد کرده‌اند بهتر بود قانون‌گذار از شیوه‌ی علمای متقدم بهره برده و وصیت را به دو گونه‌ی وصیت به مال و وصیت به ولایت تقسیم می‌کرد تا گونه‌ی نخست، شامل تمام تصرفاتی شود که در خصوص اموال صورت می‌گیرد و تصرف به ولایت هم بر انجام کار تعبیر شود. (حقوق مدنی - وصیت/۴۶/۲).

## ۲. دلایل ایقاع بودن وصیت تملیکی

با این که بیش تر بر عقد بودن وصیت تملیکی نظر دارند؛ ولی اندکی از فقها و حقوق دانان قائل به ماهیت ایقاعی آن هستند. عمده‌ی دلایلی که برای ایقاع شمردن این عمل ابراز شده از قرار ذیل است:

۱- وصیت اسم قصد موصی است و انشای موصی به‌تنهایی عنوان وصیت را دارد. عموماًت وارده در فقه، وصیت را به موصی نسبت می‌دهند و تحقق آن را به شرط دیگری متوقف نساخته‌اند. (بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۳۹) در ماده‌ی ۸۲۷ قانون مدنی نیز وصیت تنها در قصد موصی به‌کار رفته است. برابر این ماده «وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند». اگر قبول موصی‌له از ارکان وصیت تملیکی شمرده می‌شد باید در تعریف، مورد توجه قرار می‌گرفت. در عرف نیز به آن چه موصی انشا می‌کند، صرف‌نظر از اراده‌ی موصی‌له،

وصیت گفته می‌شود. پس وصیت تملیکی، جز انشای یک جانبه موصی نیست. (حقوق مدنی - وصیت/۵/۲ و ۱۵ و ۴۱؛ وصیت - ارث/۶).

۲- قانون‌گذار در تعریف عقود به ماهیت آن‌ها تصریح کرده است. برای مثال در ماده‌ی ۴۶۴ قانون مدنی، معاوضه را عقد خوانده یا در ماده‌ی ۴۶۶ همان قانون اجاره را دارای ماهیت عقدی می‌داند؛ در حالی که در تعریف وصیت تملیکی، ماهیت آن به صراحت تعیین نشده است. همچنین اگر در نظر قانون‌گذار، وصیت تملیکی جزء عقود بود، باید مقررات آن در شمار عقود معین می‌آمد؛ ولی پس از اخذ به شفعه که از ایقاعات است و جدای از عقود معین دیده می‌شود. بنابراین احتمال عقد نبودن وصیت تملیکی بی‌وجه نیست. (عدل، حقوق مدنی/۴۰۴؛ حقوق مدنی - وصیت/۱۶/۲؛ وصیت - ارث/۱۳).

۳- در ماده‌ی ۸۲۷ قانون مدنی، قبول موصی‌له شرط تحقق وصیت نیست؛ بلکه شرط تحقق تملیک است. اگر قانون‌گذار وصیت را عقد می‌دانست باید مقرر می‌کرد وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی‌له، ولی مقرر داشته: «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی‌له پس از فوت موصی». پس آن‌چه برای تحقق نیازمند قبول است تملیک می‌باشد نه وصیت. وصیتی که با یک اراده محقق می‌شود ماهیتی جز ایقاع نخواهد داشت. (وصیت - ارث/۶).

۴- نقش قبول در وصیت تملیکی به مانند قبول در سایر عقود نیست و از ارکان وصیت تملیکی محسوب نمی‌شود. برخی فقها منکر دلالت اخبار وارده بر وجوب قبول در وصیت تملیکی بوده و معتقدند آن‌چه مورد اتفاق است داشتن حق رد یا عدم قبول از سوی موصی‌له می‌باشد. در این دیدگاه، قبول شرطی برای استقرار و استمرار انشای موصی است. (تعلیق استدلالية علی عروه الوثقی/۳۱۹؛ الحدائق/۳۸۴/۲۲؛ العروه الوثقی/۸۷۸/۲؛ سؤال و جواب/۳۹۰). در ماده‌ی ۸۲۷ قانون مدنی نیز قبول موصی‌له و فوت موصی هر دو شرط تحقق وصیت تملیکی می‌باشند. طبق این ماده «وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی‌له پس از فوت موصی». اگر در نظر قانون‌گذار وصیت تملیکی، ماهیت عقدی داشت بایستی قبول موصی‌له شرط وقوع آن می‌شد چنان‌که در ماده‌ی ۱۰۶۲ آمده است: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». چون قبول موصی‌له در وقوع وصیت تملیکی نقشی ندارد پس ماهیت آن ایقاع است. (حقوق مدنی - وصیت/۵/۲).

۵- موصی به هنگام وصیت کردن، قطع نظر از اراده موصی له، قصد دارد به تنهایی موصی به را معلق بر فوت خود به او تملیک کند؛ لذا به قبول موصی له نمی‌اندیشد. پس چگونه ممکن است موصی در مقام انشای یک عمل حقوقی یک‌جانبه باشد و با عقد دانستن وصیت تملیکی، انشای او به ایجابی تنزل داده شود. عقد خواندن وصیت تملیکی با قصد موصی در تنافی بوده و چاره در پیروی از قصد موصی است که با ماهیت ایقاعی وصیت تملیکی سازگار است.

۶- طبق ماده‌ی ۱۰۶۵ قانون مدنی، رعایت توالی عرفی میان ایجاب و قبول، شرط صحت عقد است؛ در حالی که در وصیت تملیکی، رعایت چنین شرطی ضرورت ندارد. احتمال دارد موصی پس از سپری شدن مدت‌ها از هنگام وصیت فوت کند و پس از گذشت مدتی طولانی از زمان مرگ موصی، وصیت او مورد قبول موصی له قرار گیرد. در فرض یادشده، انتقال موصی به به موصی له صورت می‌گیرد؛ ولی توجیه آن با عقد بودن وصیت به دلیل عدم رعایت توالی عرفی میان انشای موصی و قبول موصی له ممکن نیست و چاره‌ای جز ایقاع دانستن ماهیت وصیت تملیکی باقی نمی‌ماند. (حقوق مدنی - وصیت/۱۱/۲؛ بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۳۹).

۷- وصیت تملیکی از اقسام وصیت عهدی می‌باشد؛ زیرا در وصیت عهدی، شخص انجام آن را به عهده دیگری قرار می‌دهد و در وصیت تملیکی، خود عهده‌دار آن می‌شود. پس وصیت تملیکی به وصیت عهدی راجع است. (کلیات حقوق اسلامی/۳۴۴). و چون در ماهیت ایقاعی وصیت عهدی به دلیل عدم نیاز به قبول، کم‌تر تردیدی شده و نظر مشهور آن را از ایقاعات می‌داند؛ لذا ماهیت وصیت تملیکی نیز عمل حقوقی یک طرفه بوده و از ایقاعات شمرده می‌شود.

۸- در وصیت تملیکی، قبول موصی له همان نقش اجازه در بیع فضولی را دارد. (حاج ملا محمد اشرفی به نقل از بروجردی عبده، حقوق مدنی/۴۳۴). به بیان دیگر همچنان که در بیع فضولی، عقد میان فضول و اصیل واقع شده و اجازه‌ی مالک، موجب نفوذ آن می‌شود، در وصیت تملیکی نیز وصیت به اراده موصی واقع شده و قبول موصی له موجب نفوذ آن شده و قبول موقوف است. (بروجردی عبده، حقوق مدنی/۴۳۵؛ کلیات حقوق اسلامی/۳۵۳). لذا اراده‌ی موصی له در ایجاد وصیت تملیکی نقشی نداشته و بنابراین باید آن را از ایقاعات شمرد.

۹- با انشای موصی، زمینه‌ی انتقال مالکیت موصی به به موصی له پس از فوت موصی فراهم می‌شود. انشای موصی به تنهایی درجه‌ی ضعیفی از مالکیت را برای موصی له ایجاد

می‌کند که با قبول او پس از فوت موصی این مالکیت به کمال می‌رسد. لذا چون انتقال مالکیت موصی به، هرچند به‌طور ضعیف، تنها به اراده‌ی موصی واقع می‌شود و اراده‌ی موصی له موجب کمال آن است نه ایجاد آن، باید وصیت تملیکی را دارای ماهیتی ایقاعی دانست. (حقوق مدنی - وصیت/۱۵/۲؛ عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۲۱).

برخی در استدلالی مشابه با مبهم‌گذاران اثر انشای موصی پیش از قبول می‌نویسند: «وصیت همان عملی است که مورد نظر و خواست موصی بوده و اصولاً عقد نیست که تحقق آن بر دو رکن (عمل بایع - عمل مشتری) باشد؛ بلکه یک رکن بیش‌تر نداشته و همانا عملی است که از اراده‌ی موصی ناشی می‌شود و لذا باید بر ایقاع بودن آن صحه گذارد؛ هرچند 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». (بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۴۱).

۱۰- مطابق ماده‌ی ۸۳۳ قانون مدنی «ورثه موصی نمی‌تواند در موصی به تصرف کند مادام که موصی له رد یا قبول خود را به آن‌ها اعلام نکرده است. اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد حاکم موصی له را مجبور می‌کند که تصمیم خود را معین نماید». منع قانونی ورثه از تصرف در موصی به دلالت بر مالک نبودن ایشان و وجود حق مالکیت موصی له دارد. اگر ورثه پس از فوت موصی و پیش از قبول یا رد موصی له، مالک موصی به باشند دلیلی بر منع تصرفات ایشان وجود نداشت. (عدل، حقوق مدنی/۴۰۷). استدلال دیگر بر مبنای ماده‌ی ۸۳۳ قانون مدنی آن‌که ایجاب موصی برای قائم مقام او ایجاد تعهد کرده و از همین جهت است که نمی‌توانند با مرگ موصی در موصی به تصرف کنند؛ لذا ممنوعیت ورثه از تصرف در موصی به نشان از انتقال آن یا ایجاد یک حق مدنی برای موصی له داشته و ایقاع بودن وصیت تملیکی را ثابت می‌کند. (حقوق مدنی - وصیت/۱۵/۲؛ وصیت - ارث/۷).

۱۱- در صورتی که موصی له پیش از قبول یا رد وصیتی که به نفع او شده بمیرد؛ بنا بر قول مشهور، حق قبول وصیت به ورثه او می‌رسد و ایشان می‌توانند وصیت را قبول یا رد کنند. (شرح قانون مدنی/۷۲۷/۲؛ عدل، حقوق مدنی/۴۰۶؛ جامع المقاصد/۱۵/۱۰). در حالی که در عقود، ارث قبول، پذیرفته نیست. طبق اصول حاکم بر قراردادها اگر قابل پیش از قبول فوت کند عقدی بسته نشده و ورثه او نمی‌توانند به قائم‌مقامی ایجاب را قبول کنند. علت ارث قبول در وصیت تملیکی، ایجاد حقی به سود موصی له توسط موصی است. پس ماهیت



وصیت تملیکی غیر از عقود بوده که ارث قبول در آن پذیرفته شده و باید آن را ایقاع شمرد. (حقوق مدنی - وصیت/۲، ۹، ۶؛ وصیت - ارث/۷).

۱۲- اثر عقود نسبت به آینده است و نسبت به گذشته اثری ندارند. مثلاً عقد بیع موجب انتقال مالکیت در گذشته نمی‌شود و مشتری از زمان خرید به بعد مالک مبیع است؛ در حالی که در وصیت تملیکی اگر قبول موصی له پس از مدتی از فوت موصی انشا شود اثر قهقرایی داشته و موجب انتقال موصی به و منافع آن از حین فوت موصی به موصی له می‌شود. عقد دانستن وصیت تملیکی با تأثیر قهقرایی قبول، سازگار نبوده و لذا ماهیت وصیت تملیکی ایقاع است. (حقوق مدنی - وصیت/۲، ۶، ۱۱؛ وصیت - ارث/۸).

۱۳- ماده‌ی ۱۹۴ قانون مدنی، مطابقت ایجاب و قبول را برای صحت عقد لازم دانسته و مقرر می‌دارد: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله‌ی آن انشای معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشای او را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود». این در حالی است که صریح ماده‌ی ۸۳۲ همان قانون، مطابقت قبول را با قصد موصی در وصیت لازم ندانسته و مقرر داشته: «موصی له می‌تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی به قبول کند در این صورت وصیت نسبت به قسمتی که قبول شده صحیح و نسبت به قسمت دیگر باطل می‌شود». عدم پیروی وصیت تملیکی از مقررات ناظر بر عقود و معاملات دلالت بر ایقاع بودن آن دارد. (حقوق مدنی - وصیت/۲، ۱۱؛ وصیت - ارث/۱۰).

۱۴- در اصول حاکم بر عقود و معاملات اگر ایجاب پیش از آن که مورد قبول قرار گیرد، رد شود دیگر امکان قبول آن وجود ندارد؛ زیرا با رد ایجاب، موضوعی برای قبول باقی نمی‌ماند. در حالی که طبق ماده‌ی ۸۳۰ قانون مدنی «نسبت به موصی له رد یا قبول وصیت بعد از فوت موصی معتبر است بنابراین اگر موصی له قبل از فوت موصی وصیت را رد کرده باشد بعد از فوت می‌تواند آن را قبول کند و اگر بعد از فوت آن را قبول و موصی به را قبض کرد نمی‌تواند آن را رد کند لیکن اگر قبل از فوت قبول کرده باشد بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست». امکان قبول پس از رد، حکایت از عقد نبودن وصیت تملیکی دارد و باید بر ایقاع بودن آن صحه گذاشت.

۱۵- تأسیس حقوقی واحد نمی‌تواند دو ماهیت گوناگون داشته باشد. اگر وصیت دارای ماهیت عقدی باشد باید در اقسام آن چنین ماهیتی داشته و اگر ایقاع است باید همواره ایقاع باشد. از آن جا که در وصیت عهدی، طبق ماده‌ی ۸۳۴ قانون مدنی، قبول شرط نیست پس دارای ماهیت ایقاعی است. بنابراین وصیت تملیکی هم باید از ایقاعات باشد.

۱۶- برابر ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی از جمله شرایط اساسی عقود و معاملات، معلوم بودن مورد آن است؛ در حالی که در وصیت تملیکی، معلوم بودن موصی به به هنگام وصیت ضرورت ندارد. اگر موصی ثلث اموالش را به سود دیگری وصیت کند چون به موجب ماده‌ی ۸۴۵ قانون مدنی این میزان به اعتبار دارایی وی در حین وفات معین می‌شود پس در زمان وصیت معلوم نبوده و مورد وصیت برای موصی مجهول است. عدم پیروی وصیت از قواعد عمومی قراردادهای حکایت از نداشتن ماهیت عقدی آن دارد.

۱۷- در صورتی که گوینده ایجاب پیش از بستن قرارداد بمیرد ایجاب از بین می‌رود و امکان قبول پس از مرگ موجب ممکن نیست؛ در حالی که در وصیت تملیکی به موجب ماده‌ی ۸۳۰ قانون مدنی، قبول بعد از فوت موصی معتبر است. این امر حکایت از ایقاع بودن آن چه موصی انشا کرده دارد و اثبات می‌کند که قبول وصیت، معنایی غیر از قبول در انشای عقود دارد. (حقوق مدنی - وصیت/۸/۲؛ وصیت - ارث/۹؛ بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۳۹).

۱۸- بنابر عرف مسلم، معین بودن دو طرف عقد از شرایط صحت آن است؛ در حالی که تعیین موصی له در وصیت تملیکی ضرورت ندارد و اگر کسی به سود یکی از چند نفر به نحو نامعین وصیت کند صحیح است. عدول از مقررات عقود در وصیت تملیکی دلیل بر آن است که ماهیت آن متفاوت از عقود می‌باشد. (حقوق مدنی - وصیت/۱۲/۲؛ وصیت - ارث/۱۲).

۱۹- نظر به این که شارع اسلام با وجود احکام امضایی، دلیلی ندارد تا در مورد وصیت دست به ابداع زده و آن چه صورت ایقاع داشته به عقد تبدیل کند و از آن جا که مقررات وصیت در قانون مدنی برگرفته از فقه امامیه است باید ماهیت حقوقی وصیت تملیکی را ایقاع دانست. بررسی متون فقهی هم مؤید این دیدگاه است؛ زیرا فقهای متقدم طرفدار ایقاع بودن وصیت بوده و در میان فقهای متأخر نیز این عقیده رو به فزونی است. (حقوق مدنی - وصیت/۲۶/۲؛ وصیت - ارث/۱۳).

۲۰- اگر موصی له پیش از قبول یا رد وصیت، موصی به را در اختیار گرفته و به آن خسارت زده یا تلف کند الزامی به جبران زیان ندارد. این نتیجه با عقد دانستن وصیت تملیکی موجه نیست؛ زیرا تا وقتی موصی له وصیت را قبول نکرده باشد مالک آن نبوده و لذا جبران خسارت ورثه به عهده‌ی اوست؛ ولی بنابر ایقاع بودن وصیت تملیکی نباید چیزی به ورثه بدهد. (وصیت - ارث/۱۳).

۲۱- قانون‌گذار بلافاصله پس از این‌که در ماده‌ی ۸۲۷ قانون مدنی شرط تحقق وصیت تملیکی را قبول موصی‌له شمرده در ماده‌ی ۸۲۸ مقرر داشته: «هرگاه موصی‌له غیر محصور باشد مثل این‌که وصیت برای فقرا یا امور عام‌المنفعه شود قبول شرط نیست». اگر در دیدگاه قانون‌گذار، وصیت تملیکی عقد باشد استثنای وصیت بر غیرمحصور دور از منطق است. بر فرض که امکان قبول تمام افراد در چنین وصیتی ممکن نباشد؛ ولی به مانند ماده‌ی ۵۶ قانون مدنی در باب وقف باید قبول حاکم در وصیت بر غیرمحصور پیش‌بینی می‌شد. بنابراین وقتی وصیت تملیکی در یکی از مصادیقش که وصیت بر غیرمحصور است ایقاع باشد باید در سایر مصادیق نیز چنین ماهیتی داشته باشد.

### ۳. نقد دلایل ایقاع بودن وصیت تملیکی

پس از ملاحظه‌ی عمده‌ی دلایل کسانی که ماهیت حقوقی وصیت تملیکی را ایقاع می‌شمارند انتقادات وارد بر دلایل مزبور به ترتیب طرح آن‌ها مطالعه می‌شود:

۱- صرف این‌که در تعریف قانونی وصیت به قصد موصی توجه شده نمی‌تواند دلیل موجهی برای ایقاع بودن وصیت تملیکی باشد؛ زیرا در تعاریف مربوط به سایر عقود نیز قانون‌گذار به بیان ایجاب آن‌ها اکتفا می‌کند. مثلاً در تعریف عقد هبه می‌خوانیم: «هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگر تملیک می‌کند...». در این تعریف به قبول متهب که نشان از تملک عین موهوبه دارد تصریح نشده و هیچ‌یک از شارحین قانون مدنی آن را دلیل بر ایقاع بودن هبه تلقی نکرده‌اند. در تعریف بیع نیز ماده‌ی ۳۳۸ قانون مدنی ایجاب بایع را در مقام تعریف بیع آورده و مقرر داشته: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». در این تعریف به تملک مشتری در ازای تملیک ثمن توجه نشده است. پس این شیوه تعریف از عقود که بیش‌تر برگرفته از متون فقهی است نمی‌تواند در تعیین ماهیت عمل ملاک باشد. (وصیت در حقوق مدنی ایران/ ۳۷ و ایقاع/ ۷۰) علاوه بر این که برخی فقها، ادعای صدق عنوان وصیت را به ایجاب موصی به‌طور واضح ممنوع می‌دانند. (جواهرالکلام/ ۲۸/ ۲۴۱). هم‌چنین داوری عرف در ماهیات اعمال حقوقی نمی‌تواند به‌عنوان ضابطه‌ی قانونی شمرده شود. برای مثال، عرف به دلیل عدم حضور وکیل در هنگام تنظیم وکالت‌نامه، آن را ایقاع می‌پندارد؛ ولی به لحاظ قانونی در عقد بودن وکالت تردیدی نیست.

۲- هرچند در تعریف وصیت به ماهیت حقوقی آن تصریح نشده؛ ولی این اجمال نقص مهمی شمرده نمی‌شود؛ زیرا الزامی ندارد که در تعریف، تمام اوصاف معرف باشد.

(وصیت در حقوق مدنی ایران/۳۷). لذا عدم تصریح عقد بودن وصیت تملیکی، دلیل متقنی برای ایقاع شمردن آن نیست. همچنین علت این که قانون‌گذار وصیت را از سایر عقود خارج کرده به واسطه ارتباط آن با مبحث ارث است. ترکه میت در وصیت و ارث، با فوت به وراثت و موصی له منتقل می‌شوند و در این دو مبحث، اداره و سلطه انسان‌ها بر اموال و اقرارشان به محدوده‌های زمانی بعد از مرگ گسترش می‌یابد. از این رو قانون مدنی آن دو را تحت عنوان قسمت چهارم بیان کرده و به دو باب وصایا و ارث اختصاص داده است. (امامی، حقوق مدنی/۵۸/۳؛ بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۱۵). در نتیجه جایگاه مقررات مربوط به وصیت در مجموعه قانون مدنی نمی‌تواند دلالت بر ماهیت ایقاعی آن کند.

۳- به نظر می‌رسد در نظر قانون‌گذار، وصیت یک شیوه است و چنان که برخی یادآور شده‌اند عنوانی در کنار سایر عناوین از عقود یا ایقاعات نیست تا در خصوص این که چه ماهیتی دارد، بحث شود. هم‌چنان که تصرفات منجز حال حیات ممکن است در قالب عقود یا ایقاعات صورت پذیرد، تصرفاتی که برای پس از فوت صورت می‌گیرد نیز ممکن است ماهیات گوناگون داشته باشد. از جمله این تصرفات، تملیک است. همان‌طوری که تحقق تملیک رایگان در هنگام حیات، نیازمند قبول است و نمی‌توان مالی را بدون اراده بر دارایی دیگری افزود، در تملیک رایگان معلق بر فوت نیز موصی له باید قبول کند. اما اگر وصیت بر امور دیگری چون ابرای مدیون باشد برای تحقق، نیازی به قبول نخواهد داشت. پس در این که وصیت نیازمند قبول است یا خیر باید بسته به مورد قضاوت کرد. (حاشیه مرحوم گلپایگانی بر عروه الوثقی/۲/۸۷۷؛ وصیت در حقوق مدنی ایران/۳۵ و ۳۴؛ عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۱۸). نتیجه آن که برخلاف ظاهر، قانون‌گذار در به‌کارگیری الفاظ، دقت کافی کرده است. به عبارت دیگر تملیک به‌موجب وصیت، سبب انتقال مالکیت موصی به به موصی له است که باید مورد قبول او قرار گیرد. اگر ایجاب وصیت به‌عنوان سبب تملیک، کامل بود باید نفوذ حقوقی داشت و نیازمند قبول نبود. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۵۱).

۴- هرچند وقوع و تحقق در حقیقت دارای معانی گوناگون می‌باشند؛ ولی به هنگام وضع قانون در به‌کارگیری الفاظ و اصطلاحات تا این اندازه دقت نشده و نمی‌توان از استعمال این الفاظ پی به ماهیت اعمال حقوقی برد. استفاده از این دو اصطلاح در متون فقهی به‌جای یکدیگر نیز عدم دقت در به‌کارگیری آن‌ها را در وضع قانونی که از فقه گرفته شده توجیه می‌کند. با ملاحظه مواد دیگر قانون مدنی نیز می‌توان صحت این ادعا را دریافت. برای مثال

با این که ماده‌ی ۶۵۶ قانون مدنی برای وکالت ماهیت عقدی قائل شده؛ ولی در ماده‌ی ۶۵۷ همان قانون، تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است. اگر قانون‌گذار در به‌کارگیری دو اصطلاح تحقق و وقوع دقت داشت باید وقوع وکالت را منوط به قبول وکیل می‌کرد. در ماده‌ی ۷۲۵ قانون مدنی هم وضع مشابه حاکم است. در این ماده تحقق حواله به رضای محتال و قبول محال<sup>۱</sup> علیه منوط شده است؛ ولی عقد بودن حواله به صراحت در ماده‌ی پیشین دیده می‌شود. ماده‌ی ۸۶۷ قانون مدنی ارث را به موت حقیقی یا فرضی مورث محقق می‌داند. اگر قانون‌گذار در استفاده از دو واژه‌ی وقوع و تحقق دقت داشت، باید تاریخ فوت، هنگام وقوع ارث شمرده می‌شد. بنابراین نمی‌توان تاریخ وقوع ارث را به‌جز زمان تحقق آن دانست.

۵- در زمان بستن عقود، یک طرف انشای خود را معلق بر انشای طرف دیگر می‌کند و این سخن که به هنگام وصیت، موصی به تعلیق انشا جز بر فوت خود نمی‌اندیشد صحیح است؛ ولی با پذیرش ماهیت ایقاعی وصیت، او مجوز دخالت در حقوق دیگران را می‌یابد. قانون‌گذار به موصی اجازه دخالت در حقوق موصی‌له را نداده و قبول موصی‌له را برای جلوگیری از دخالت قهری در حقوقش لازم می‌داند. پس خواست یک‌جانبه موصی با برخورد به مانع متوقف می‌شود. در عین حال قانون‌گذار انشای موصی را بی‌اثر نمی‌داند و با الحاق قبول موصی‌له به آن، وصیت شکل می‌گیرد. پس باید بر آن بود که اگر قانون‌گذار قبول را در تحقق عملی مانند وصیت تملیکی ضروری ببیند ماهیت عقدی به وجود آمده است؛ هر چند ایجاب‌کننده چنین نخواهد. (ایقاع/۷۴).

۶- در نقد دلالت عدم رعایت توالی عرفی بین ایجاب و قبول وصیت تملیکی بر ایقاع بودن آن باید به علت ضرورت رعایت توالی عرفی میان ایجاب و قبول توجه کرد. برخی فقها فوریت در قبول را مختص عقود منجز دانسته و در عقود مانند وصیت، به دلیل تعلیقی بودن آن، فوریت قبول را شرط نمی‌دانند. (تذکره الفقهاء/۲/۴۵۳). ولی واقع آن است که طبق قواعد عمومی قراردادها برای تشکیل عقد باید قبول به هنگامی انشا شود که ایجاب موجود است؛ لذا در صورتی که مدت التزام موجب به انشای خود منقضی شود قبول کارگر نمی‌افتد. (قواعد عمومی قراردادها/۲/۳۳۷).

مدت بقای ایجاب، تابع اراده‌ی موجب است. (عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۱۷). موصی ایجابی پایدار را انشا می‌کند که پس از فوت او نیز دوام یابد و لذا قبول موصی‌له می‌تواند با الحاق به آن، سبب انتقال مالکیت موصی‌به شود. در نتیجه عدم ضرورت توالی عرفی بین ایجاب و قبول نمی‌تواند ماهیت عمل حقوقی انجام شده را

مشخص کند. علاوه این که در برخی عقود معین مانند وکالت، با این که رعایت توالی عرفی بین ایجاب موکل با قبول وکیل شرط نبوده و ممکن است پس از انقضای مدت‌ها از اعطای نمایندگی و با انجام مورد وکالت، قبول فعلی انشا شود؛ ولی در عقد بودن وکالت تردیدی نیست. صحت عقد بین غایبان نیز با این توجیه پذیرفته است. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۴۸).

۷- در قانون مدنی، وصیت تملیکی و عهدی ذیل عنوان وصایا آمده است. ماده‌ی ۸۲۵ همان قانون مقرر داشته: «وصیت بر دو قسم است: تملیکی و عهدی» و در ماده‌ی بعد، تعریف وصیت تملیکی و عهدی به‌طور جداگانه یاد شده است. همچنین علی‌رغم این که در ماده‌ی ۸۲۷ وصیت تملیکی برای تحقق نیازمند قبول موصی‌له است در ماده‌ی ۴۸۳ مقرر شده: «در وصیت عهدی قبول شرط نیست». لہذا از دیدگاه قانونی، وصیت تملیکی از اقسام وصیت عهدی نیست تا در ماهیت نیز پیرو آن بوده و ایقاع باشد. علاوه این که برخلاف نظر مشهور، بعضی فقها و نیز شارحین قانون مدنی برای وصیت عهدی نیز ماهیت عقدی قائلند. (قواعد الأحکام/۵۶۲/۲؛ عدل، حقوق مدنی/۴۰۵).

۸- واژه‌هایی که در قوانین به کار رفته، دارای مفاهیم حقوقی ویژه هستند. تعبیر اصطلاحات حقوقی به دل خواه صحیح نیست. قبول مفهومی غیر از اجازه دارد و بسیار بعید است که مراد قانون‌گذار از قبول موصی‌له، تنفیذ وصیتی باشد که موصی انشا کرده است. استعمال لفظ قبول در معنای اجازه در مقررات بی‌سابقه است و نمی‌توان قبول را حمل بر معنای اجازه کرد. نتیجه آن که قیاس قبول موصی‌له با اجازه در بیع فضولی مع‌الفارق است. (بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۴۱).

۹- اگر انشای موصی صرفاً زمینه‌ی انتقال مالکیت را برای موصی‌له فراهم کند دیگر نمی‌توان ادعا کرد انتقال مالکیت تنها با اراده‌ی موصی واقع شده است؛ زیرا انشای موصی در حد زمینه‌سازی انتقال مالکیت، منشأ اثر نبوده و باید قبول موصی‌له به آن ملحق شود و در این صورت نه تنها ایقاع بودن وصیت تملیکی ثابت نمی‌شود بلکه ماهیت عقدی آن به اثبات می‌رسد. در تمام عقود تملیکی نیز ایجاب دارای چنین اثری است. مثلاً ایجاب فروشنده در عقد بیع به عنوان شاخص‌ترین عقد تملیکی، زمینه‌ای فراهم می‌کند که با قبول خریدار، اثر حقوقی دل خواه دو طرف واقع شود. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۵۱).

۱۰- هرچند بعضی از اساتید حقوق مدنی که قائل به عقد بودن وصیت تملیکی هستند نیز ملکیت موصی‌به را برای موصی‌له پس از فوت موصی طرح کرده و قبول موصی‌له

را موجب تثبیت مالکیت او دانسته‌اند. (امامی، حقوق مدنی/۳/۶۰). ولی ماده‌ی ۳۸۳ قانون مدنی به دلیل مالکیت موصی‌له نسبت به موصی‌به ورثه‌ی موصی را از تصرف در موصی‌به ممنوع نکرده بلکه این ممنوعیت مبتنی است بر ماده‌ی ۸۶۸ همان قانون؛ لذا ایشان هم انتقال در وصیت را در جای دیگر به ادای دیون موصی مقید می‌دانند. (امامی، حقوق مدنی/۳/۹۱).

ماده‌ی ۸۶۸ قانون مدنی مقرر داشته: «مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی‌شود مگر پس از ادای حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق گرفته». در ماده‌ی بعد نیز ادای دیون و واجبات مالی متوفی مقدم بر وصایای میت است. اگر موصی‌له، چنان‌که ادعا شده، مالک موصی‌به باشد امکان استیفای مطالبات از محل موصی‌به نباید امکان پذیر باشد. پس ماده‌ی ۳۸۳ قانون مدنی بر مالکیت موصی‌له دلالت نداشته و ایقاع بودن وصیت تملیکی را ثابت نمی‌کند. ایجاب موصی، تعهدآور است که ورثه را مقید می‌کند و چنان‌که برخی از اساتید حقوق مدنی معتقدند تفسیر این مواد باید با فرض شخصیت حقوقی ترکه به عمل آید. پس از فوت، ترکه متوفی به شخصیت مزبور تعلق داشته و با انجام مراحل تصفیه، مالکیت ورثه نسبت به ماترک مستقر می‌شود. (دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت/۳۰؛ وصیت در حقوق مدنی ایران/۳۹۰).

۱۱- ارث قبول در وصیت تملیکی نمی‌تواند دلیل متقنی برای ایقاع بودن وصیت باشد؛ زیرا ارث قبول در فقه مورد اختلاف است. (شرح اللمعه الدمشقیه/۵/۱۷). و به ارث رسیدن قبول در صورت فوت موصی‌له به صراحت در مقررات پیش‌بینی نشده و از نظر منطق حقوقی نیز حق مالی نیست تا به ورثه منتقل شود. (امامی، حقوق مدنی/۳/۶۹). نویسندگان هم که با تردید تمایل بر ارث قبول دارند بر این نکته معترفند. (کلیات حقوق اسلامی/۳۵۲). بر فرض که ارث قبول پذیرفته شود، این امر نتیجه وابسته نشدن ایجاب موصی در مقام انشا است. به عبارت دیگر در بیش‌تر عقود، ایجاب معلق بر قبول انشا می‌شود ولی در وصیت، موصی به هنگام انشا، نظر به قبول موصی‌له ندارد. لذا ایقاع بودن وصیت تملیکی با ارث قبول توجیه نمی‌شود. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۵۲).

۱۲- کیفیت اثر قبول در هیچ‌یک از مواد قانونی در تعیین ماهیت عمل حقوقی انجام گرفته مؤثر شناخته نشده تا تأثیر قهرایی قبول در وصیت تملیکی آن را از زمره‌ی عقود خارج کند. علاوه این‌که تغییر در وضعیت گذشته به موجب تراضی ممکن است و نامتعارف بودن آن نباید موجب ایقاع شمرده شدن عمل حقوقی شود. تقدم معلول از حیث زمان بر علت خود در عالم مادی محال است؛ ولی این امر در عالم حقوقی که عالم فرض و اعتبار

است اشکالی ندارد. انتقال مالکیت، امری اعتباری و تابع اراده‌ای است که می‌تواند تاریخ انتقال را در گذشته معین کند. (امامی، حقوق مدنی/۳/۶۰؛ قواعد عمومی قراردادها/۲/۷۶؛ حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی/۱۵۹). به هنگام انشای وصیت، قصد موصی، انتقال موصی به از حین فوت است که مورد قبول موصی له قرار می‌گیرد. پس اثر قهقراپی قبول در وصیت، ناشی از اراده دو طرف می‌باشد. (ایقاع/۲۹؛ حقوق مدنی: خانواده/۱/۴۸).

۱۳- جایز بودن تبعیض موصی له در قبول بخشی از وصیتی که به سود او صورت گرفته نمی‌تواند دلیل ایقاع بودن آن باشد؛ بلکه با رایگان بودن وصیت قابل توجیه است. عقد به اعتبار مورد آن به عقود متعدد منحل می‌شود. نظر به این که وصیت از عقود غیرمعوض است، قبول بعضی آن موجب غرر نمی‌شود و توافق بین اراده‌ی موصی و موصی له حاصل است. (امامی، حقوق مدنی/۳/۶۸؛ جواهر الکلام/۲۸/۲۵۷). علاوه بر این که برخی قابلیت انحلال عقود را به عقود متعدد، مطابق اصل و خلاف آن را محتاج دلیل می‌دانند. (بروجردی عبده، حقوق مدنی/۱۰۳؛ عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۱۶). البته در عقود رایگان هم اگر موجب قصد هیأت اجتماعی مورد عقد را داشته باشد به مانند عقود معوض، تبعیض روا نیست. (قواعد عمومی قراردادها/۲/۳۵۷).

پاسخی که به این نقد وارد شده آن است که تبرعی بودن نمی‌تواند تبعیض را مجاز کند؛ زیرا در صلح محاباتی نیز قصد تبرع وجود دارد؛ ولی عدم مطابقت میان ایجاب و قبول در آن پذیرفته نشده است. علاوه بر این که ماده‌ی ۸۳۳ قانون مدنی به طور مطلق تبعیض را از سوی موصی له مجاز شمرده و ناظر به موردی که موصی قصد هیأت اجتماعی موصی به را ندارد نیست. (وصیت - ارث/۱۰). ولی می‌توان ظاهر آن را به چنین وضعی منصرف کرد و در صلح محاباتی نیز به طور مشابه توجیه کرد که اگر مصالح قصد واگذاری مورد صلح را به طور یکجا داشته باشد تملیک او به اجزای مورد صلح قابل تجزیه نیست تا تبعیض در قبول صلح روا باشد. دیدگاه یادشده نیز ناظر بر چنین فرضی است.

۱۴- هرچند با رد ایجاب، چیزی برای قبول باقی نمی‌ماند؛ ولی در صورتی که ایجاب مستمر باشد هر لحظه پس از رد تجدید شده و امکان پیوستن قبول به آن ممکن است. موصی تا هنگامی که زنده بوده و از وصیت خود رجوع نکرده باشد یعنی بر اراده‌ی خود نسبت به تملیک موصی به بعد از فوتش به موصی له باقی است و از همین رو موصی له پس از رد وصیت می‌تواند آن را قبول کند. (عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۱۷). این وضعیت قابل قیاس با دیگر عقود که گوینده ایجاب چنین قصدی ندارد نیست. (امامی،



حقوق مدنی/۶۷/۳). پس اعتبار قبول بعد از رد، دلالت بر ایقاع بودن وصیت تملیکی نمی‌کند و ناشی از استمرار قصد موصی در مدت حیاتش می‌باشد.

۱۵- داشتن ماهیت حقوقی واحد برای اعمال حقوقی که در ذیل یک عنوان آمده‌اند مطلوب است؛ ولی این وضع می‌تواند توجیهات دیگری نیز داشته باشد. مثلاً در بند ۳ ماده‌ی ۱۱۴۵ قانون مدنی، طلاق خلع از اقسام طلاق بائن شمرده شده و کسی در ایقاع بودن طلاق تردید ندارد با این حال تمایل به داشتن ماهیت قراردادی یا ترکیبی طلاق خلع بین صاحب نظران زیاد است. (حقوق مدنی: خانواده/۴۵۳/۱؛ حقوق خانواده/۲۵۴ و ۲۵۸). شاید توجیه قراردادن طلاق خلع در میان اقسام طلاق با ماهیت متفاوتی که دارد نقش مشترک آن در گسیختن رابطه‌ی زناشویی با سایر اقسام طلاق باشد.

علت این که قانون‌گذار وصیت تملیکی و عهدی را در ذیل عنوان وصایا گرد آورده می‌تواند وجه اشتراک آن‌ها در تعلیق بر فوت موصی باشد. (امامی، حقوق مدنی/۵۸/۳). علاوه بر این که ایقاع بودن وصیت عهدی نیز از مسلمات نیست تا وصیت تملیکی از آن پیروی کند و بعضی برای وصیت عهدی نیز ماهیت عقدی قائلند. (عدل، حقوق مدنی/۴۰۵).

۱۶- علت این که قانون‌گذار در انشای وصیت تملیکی از به کار بردن برخی قواعد عمومی قراردادهای نظیر معلوم بودن مورد قرارداد عدول کرده، ایقاع بودن آن نیست؛ بلکه وقوع وصیت در وضعیت غیرعادی موجب شده تا قانون‌گذار شرایط تحقق آن را آسان کند یا به تعبیر بعضی، قواعد عمومی را زیر پا گذارد. (عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۱۸). این امر در مقایسه وصیت با وقف کاملاً مشهود است. (امامی، حقوق مدنی/۶۴/۳).

۱۷- فوت گوینده ایجاب پیش از قبول در صورتی که شخصیت موجب مؤثر در اجرای تعهدات ناشی از عقد باشد مانع از بسته شدن عقد می‌شود؛ زیرا حیات او قید بقای ایجاب است؛ ولی در مواردی که چنین نباشد در اثر فوت، اتفاق نظر وجود ندارد. (قواعد عمومی قراردادها/۳۲۹/۲). و امکان قبول وصیت تملیکی پس از فوت موصی نمی‌تواند پایه‌ای استوار برای ایقاع بودن آن باشد. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۴۸).

۱۸- عدول از قواعد کلی عقود در وصیت می‌تواند به دلیل شرایط استثنایی و غیرعادی آن باشد. (عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۱۶). البته این پاسخ، قائلین ایقاع بودن وصیت تملیکی را قانع نکرده و ایشان با ذکر پاسخ مزبور بر آن خرده گرفته‌اند. (حقوق مدنی - وصیت/۱۲/۲). اما باید اضافه کرد که صحت وصیت به نفع شخص نامعین در قانون مدنی به صراحت وارد نشده تا بتوان آن را به قانون‌گذار نسبت داد و نیز در

برخی کتب فقهی که وصیت بر غیرمعین مجاز شمرده شده، ناظر به وصیت بر غیرمحصور است. (جواهر الکلام/۲۸/۲۴۴).

۱۹- هرچند در تدوین قانون مدنی از آرای فقها اقتباس شده؛ ولی در ماهیت وصیت تملیکی در فقه اتفاق نظر وجود ندارد. (عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۱۴). و رویه قانون‌گذار متابع از دیدگاه مشهور فقها در مسائل اختلافی بوده است. (بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۱۶). با مطالعه‌ی متون فقهی، عقد بودن وصیت تملیکی به عنوان گفتار مشهور تأیید می‌شود. (شرح اللمعه دمشقیه/۵/۱۳؛ مفتاح الکرامه/۱۹/۶۱۵).

۲۰- چنان‌که خود طرح‌کنندگان ایراد پاسخ داده‌اند اگر موصی له قبل از اظهارنظر در خصوص پذیرش یا رد ورثه به موصی به آسیب وارد کند، به شرط رد وصیت، ملزم به جبران خسارت ورثه می‌باشد. لذا در صورت قبول وصیت، ذمه وی بری است. (وصیت - ارث/۱۳).

۲۱- در وصیت بر غیرمحصور، اراده‌ی موصی به تنهایی برای تملک افراد موصی له کفایت نمی‌کند و قبض هر یک از ایشان برای فعلیت یافتن مالکیت و جواز تصرف او در حصه خود ضروری است. لذا در این مورد باید وصی یا حاکم، سهم هر یک از افراد را معین و به او تسلیم کند تا مالکیت محقق شود. نتیجه آن‌که برخلاف ظاهر مواد قانون مدنی و برخلاف نظر برخی فقها، وصیت بر غیرمحصور جز از راه عهدی ممکن نیست و نمی‌توان آن را مصداقی برای وصیت تملیکی شمرد تا نتیجه‌ی ایقاع بودن وصیت تملیکی از آن حاصل شود. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۵۲؛ جواهر الکلام/۲۸/۲۴۵).

#### ۴. دلایل عقد بودن وصیت تملیکی

برحسب نظر مشهور فقها و حقوق‌دانان، وصیت تملیکی دارای ماهیت عقدی است.

عمده دلایل عقد بودن وصیت تملیکی عبارتند از:

۱- هر عمل حقوقی که نشان از تراضی داشته باشد عقد است و بی‌تردید در انشای وصیت تملیکی، صرف اراده‌ی موصی کفایت نکرده و طبق ماده‌ی ۸۲۷ قانون مدنی، قبول هم شرط است. (امامی، حقوق مدنی/۳/۵۹). هرچند در وصیت تملیکی، قبول نقش ضعیف‌تری نسبت به ایجاب دارد؛ ولی هم‌سنگ بودن ایجاب و قبول از ارکان عقود نیست. مثلاً در عقود الحاقی، قبول بسیار ضعیف‌تر از ایجاب است؛ ولی به این دلیل نمی‌توان آن را

ایقاع شمرد. (قواعد عمومی قراردادها/۲۷/۲). علاوه بر آن که ایقاع دانستن وصیت تملیکی، علی‌رغم نیاز به قبول، برخلاف ظاهر مواد قانون مدنی است.

۲- ماهیت ایقاعی وصیت تملیکی، مستلزم پذیرش تملیک قهری در دارایی دیگران است. بیش‌تر فقها ایقاع را به عنوان یکی از اسباب شرعی ایجاد مالکیت برای دیگران منکرند. (جواهر الکلام/۲۸/۲۴۱). اکثر حقوق‌دانان نیز معتقدند با توجه به گوناگونی که در خلق و خوی انبای بشر وجود دارد نمی‌توان خشنودی تمام کسانی را که بر دارایی‌شان به‌طور قهری افزوده شده از پیش تأیید کرد. تملیک قهری در دارایی دیگران علاوه بر آن که مستلزم تجویز نوعی ولایت بر دیگری است موجب امتنانی می‌شود که ممکن است به آن راضی نباشند و تحمیل زحمت رد بر شخصی که از افزودن قهری بر دارایی خود ناراضی است صحیح نیست. تملیک مجانی در شاخص‌ترین مصداق خود عقد می‌باشد. اگر تملیک قهری در دید قانون‌گذار پذیرفته بود باید هبه را در زمره‌ی ایقاعات می‌شمرد؛ ولی در ماده‌ی ۷۹۵ قانون مدنی با تصریح به عقد بودن آن به تردیدها پایان می‌دهد. (ایقاع/۶۱؛ وصیت در حقوق مدنی ایران/۴۹).

اندک شماری از حقوق‌دان‌ها که با اصرار بر ایقاع بودن وصیت تملیکی، در صدد چاره از اشکال تملیک قهری آن بوده‌اند ابتدا تملیک ناشی از ایجاب وصیت را درجه‌ی ضعیفی از مالکیت معرفی می‌کنند. (حقوق مدنی - وصیت/۱۵/۲). و در نهایت از این خاصیت وصیت تملیکی چشم‌پوشی کرده و انشای موصی را غیرمملک می‌نامند. البته در این راستا تعابیر گوناگونی نسبت به آن‌چه موصی ایجاد می‌کند ابراز شده است. مثلاً گفته‌اند موصی‌له به موجب وصیت تملیکی، حقی عینی به مانند حق مرتهن بر موصی‌به می‌یابد. (دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت/۱/۳۸۶). یا این‌که موصی حق تقدم در تملک موصی‌به همراه با یک حق آلی برای موصی‌له ایجاد می‌کند. (وصیت - ارث/۱۷ و ۱۴؛ حقوق مدنی - وصیت/۲/۳۰؛ عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۲۰). با این حال هیچ‌کدام از آن‌چه گفته شد توجیهات کارسازی نیستند؛ زیرا علاوه بر تنافی با قصد موصی، اگر حقوق عینی برای موصی‌له ایجاد شود باید حق تقدم و حق تعقیب برای او به‌وجود آورد و این حقوق در برابر همگان قابل استناد باشد و حال آن‌که حقوق دینی طلب‌کاران موصی بر حق موصی‌له مقدمند.

## ۵. نقد دلایل عقد بودن وصیت تملیکی

۱- در وصیت تملیکی، موصی و موصی‌له هر یک ایقاعی را به‌وجود می‌آورند. به‌صرف این‌که ایقاع دوم به صورت پذیرش نتیجه‌ی ایقاع اول است نباید عمل انجامی را عقد شمرد. هر عقدی نیازمند قبول است، ولی هرقبولی علامت تراضی و عقد نیست. (عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۲۳). اگر قصد اول، به‌تنهایی منشأ اثر باشد ایقاع است و تأثیر ایقاع دوم بر آن نمی‌تواند ماهیت ایقاعی را دگرگون سازد. اراده موصی‌له فقط انشای موصی را از حالت جواز به حالت لزوم در می‌آورد. (دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت/۴۰۲/۱).

۲- تملیک رایگان، مانع عقلی نداشته (عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۱۵) و احسانی است که نباید راه آن را بست. برای جلوگیری از رفتن به زیر بار منت احسان کننده، قانون‌گذار به منتقل‌آلیه حق رد داده و قبول موصی‌له، موجب لزوم انشای موصی می‌شود. علاوه آن‌که تملیک قهری، اختصاص به وصیت تملیکی نداشته، در وقف نسبت به طبقات متأخر و وصیت بر نوع که نیازمند قبول نیست دیده می‌شود. (سؤال و جواب/۳۹۰؛ العروه الوثقی/۸۷۸/۲؛ دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت/۳۸۶/۱؛ حقوق مدنی - وصیت/۲۰/۲؛ وصیت - ارث/۱۶؛ بررسی فقهی و حقوقی وصیت/۳۷). پس عقد شمردن وصیت تملیکی به دلیل ممنوعیت تملیک قهری صحیح نیست.

## ۶. مطالعه تطبیقی

### ۶.۱. حقوق فرانسه

در حقوق روم باستان تملیک مال به دیگری، خصوصاً به‌طور رایگان، قابل تصور نبود. لذا تمام اعمال حقوقی را عهدی و قبض و اقباض مال را موجب انتقال مالکیت آن می‌دانستند. وصیت تملیکی با تعریفی که در حقوق ما دارد در حقوق روم باستان ناشناخته بود. اگر کسی می‌خواست مالی بعد از مرگش به دیگری برسد باید او را وارث خود قرار می‌داد تا این‌که مال از طریق ارث به او منتقل شود. این شیوه تصرف تحت عنوان «تأسیس وارث» در حقوق فرانسه از حقوق روم باستان به میراث مانده است. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۴۴).

علاوه بر شیوه‌ی یادشده، ماده‌ی ۸۹۵ قانون مدنی فرانسه در تعریف وصیت تملیکی مقرر داشته: «وصیت عمل رجوعی است که به‌موجب آن موصی در تمام یا بخشی از اموال خود برای بعد از فوت تصرفاتی می‌کند». (The french Civil Code/183). برخی

از مؤلفین فرانسوی این تعریف را کامل ندانسته و اضافه می‌کنند: وصیت، عملی حقوقی است که با اعلام اراده جهت ایجاد آثار حقوقی یعنی انتقال کل یا قسمتی از اموال یا یک مال معین صورت می‌پذیرد. (Lecons De Droit Civil – Successions Liberalites/296).

علی‌رغم این که حقوق فرانسه میانه‌ای با ایقاعات ندارد. (دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت/۳۸۸/۱). چون در تعریف قانونی وصیت تملیکی از واژه‌ی قرارداد استفاده نشده و عملی است که نیاز به قبول ندارد لذا در حقوق آن کشور، ماهیتی ایقاعی دارد. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۴۳). هرچند موصی له می‌تواند وصیت را رد کرده یا بپذیرد؛ ولی پذیرش او به مفهوم قبول در عقود نیست و پیش از آن نیز وصیت معتبر است.

مشابه با دلایلی که برای ایقاع بودن وصیت تملیکی در حقوق ما ابراز شده در حقوق فرانسه نیز معتقدند اگر وصیت فقط ایجاب موصی شمرده شود که نیازمند قبول است، چون قبول زمانی تحقق می‌یابد که موصی فوت کرده پس ایجاب هم باید منتفی باشد. لذا موصی له اموالی را که به سود او وصیت شده به محض فوت موصی به دست می‌آورد. (Lecons De Droit Civil – Successions Liberalites/296). و اگر وصیت عنوان قرارداد یابد باطل است. پیش‌بینی پذیرش موصی له در وصیت تملیکی برای پیش‌گیری از تملیک قهری است. (وصیت در حقوق مدنی ایران/۵۷).

## ۶.۲. حقوق مصر

ماده‌ی ۹۱۵ قانون مدنی مصر وصیت را مشمول احکام شرعی و قوانین ویژه‌ی آن می‌داند. نظیر این ماده در قوانین مدنی کشورهای عربی دیگری چون سوریه، لیبی، عراق و لبنان نیز دیده می‌شود. پیش از تصویب قانون خاص در مورد وصیت، محاکم شرعی مصر بر اساس قول ارجح مذهب حنفی عمل می‌کردند تا این که در سال ۱۹۴۶ قانون وصیت به تصویب رسید. این قانون مشتمل بر دو باب است که باب نخست به کلیات اختصاص دارد و باب دوم در احکام وصیت است.

ماده‌ی اول قانون وصیت مصر مقرر می‌دارد: «وصیت عبارت است از تصرف در ترکه برای پس از مرگ». طبق این تعریف و سابقه وصیت در فقه حنفی، حقوق دانان مصر به دلیل آن که اراده‌ی موصی به تنهایی در انشای وصیت مؤثر است آن را عمل حقوقی یک‌جانبه می‌دانند و برخلاف مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی که قبول را در وصیت شرط شمرده‌اند به پیروی از مذهب حنفی، قبول موصی له را موجب لزوم وصیت یا تثبیت حق موصی له می‌دانند. از جمله دلایلی که برای ایقاع شمردن وصیت، میان آرای حقوق دان‌های این کشور دیده

می‌شود مشابه با استدلال قائلین به ایقاع بودن وصیت در حقوق ایران است که اگر وصیت ماهیت عقدی داشت باید موصی به از حین قبول داخل دارایی موصی له می‌شد؛ در حالی که طبق صریح ماده‌ی ۲۵ قانون وصیت از زمان فوت موصی چنین می‌شود. (الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید/۹/۲۰۳).

هرچند به نظر می‌رسد در رویه‌ی دادگاه‌های مصر، شهرت با ایقاع بودن وصیت است؛ ولی آرایه‌ی که در آن‌ها اعتقاد به عقد بودن وصیت باشد نیز دیده می‌شود: در رأی به سال ۱۹۷۶ وصیت عقدی غیرلازم معرفی شده، حال آن‌که در رأی به سال ۱۹۹۵ بر ایقاع بودن وصیت تأکید شده بود. طبق این رأی، اثر وصیت با فوت موصی محقق می‌شود و رضای موصی له، قبول ایجاب موصی نیست؛ بلکه تثبیت‌کننده حق اوست و چون بدون رضایت کسی صاحب حق نمی‌شود قبول موصی له در وصیت ضرورت دارد. (انتقال ما کان یملكه الأتسان حال حیاته الی غیره بعد موته/۸۱۰ و ۸۴۰).

## ۷. نتیجه‌گیری

هرچند تعریف وصیت تملیکی مبهم نیست؛ ولی به دلیل مشابهت‌هایی که این عمل با عقود و ایقاعات دارد قضاوت در ماهیت آن را دشوار می‌سازد. این اختلاف توصیفی باعث شده تا کسانی که در غلبه قواعد عقود یا اصول ایقاعات در وصیت تملیکی به نتیجه نرسیده‌اند به شناسایی ماهیتی برزخی برای آن بسنده کنند. (کلیات حقوق اسلامی/۳۴۵ و عمید زنجانی و دیگران، «ماهیت حقوقی وصیت»/۲۱۷).

به واقع دلایل ایقاع بودن وصیت تملیکی و تعداد استثناهای آن در قالب عقد به قدری است که یک‌جانبه بودن این عمل حقوقی را تقویت می‌کند. از سوی دیگر نیازمندی تحقق وصیت تملیکی به قبول موصی له و حفظ استقلال قضایی اشخاص، نشان از عقد بودن آن دارد. شاید به همین دلیل است که قانون‌گذار بر سر دو راهی از تصریح به ماهیت حقوقی وصیت تملیکی خودداری کرده است.

این وضعیت اختصاص به حقوق ایران نداشته و در حقوق کشورهای عربی مانند مصر هم دیده می‌شود. وجه اشتراک چنین نظام‌هایی، اقتباس از فقه اسلامی در تدوین قوانین است. چون در فقه موضوع اختلافی است، مقررات برگرفته از آن نیز واضح و روشن نیست. البته تفاوت حقوق ایران با حقوق مصر در آن است که در مصر علی‌رغم نیاز وصیت به قبول موصی له و به پیروی از مذهب حنفی، تمایل به ایقاع بودن وصیت تملیکی است و قبول به

شرط لزوم وصیت و موجبی برای تثبیت حقوق موصی له تعبیر می‌شود؛ ولی در حقوق کشور ما بنابر قول مشهور میان فقهای امامیه، عقد بودن وصیت تملیکی طرف‌داران بیش‌تری دارد و قبول از ارکان وصیت تملیکی شمرده می‌شود. مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق فرانسه، علی‌رغم مفید بودن، در تعیین ماهیت حقوقی وصیت تملیکی در حقوق ایران ره‌گشا نیست؛ زیرا مبانی مقررات ایشان در وصیت، ریشه در حقوق روم باستان دارد و در این زمینه نظر قانون‌گذار ما به مانند بسیاری از مقررات قانون مدنی بر پایه‌های فقهی استوار است. البته مشابه دلایل ایقاع بودن وصیت در حقوق آن کشور در ادبیات حقوقی ما هم دیده می‌شود.

اظهارنظر در میان اختلاف یادشده نتیجه‌گیری را دشوار می‌سازد؛ ولی این دشواری نباید دلیلی برای گریز از تعیین تکلیف ماهیت حقوقی وصیت تملیکی باشد. به نظر می‌رسد در وضع کنونی، هرچند قانون‌گذار نتوانسته با قاطعیت وصیت تملیکی را عقد بنامد و ایقاع بودن آن خالی از قوت نیست؛ ولی ماهیت عقدی وصیت تملیکی بیش‌تر با مقررات و نظام حقوقی ما سازگار است؛ زیرا شرط تحقق وصیت قبول است و اگر مقنن نظری جز این داشت به مانند وصیت عهدی قبول را لازم نمی‌دانست و یا موضوع را به سکوت برگزار می‌کرد. علاوه این‌که تملیک مجانی در نمونه‌ی بارز خود یعنی هبه، ماهیت عقدی دارد و لذا تملیک قهری از دیدگاه قانون‌گذار ما پذیرفته نشده تا وصیت تملیکی مصداق آن باشد.

## منابع

- ۱- ابراهیم بک، احمد و علاءالدین احمد، واصل، *انتقال ما کان بملکه الأنسان حال حیاته الی غیره بعد موته*، بی‌جا، المکتبه الأزهريه للتراث، ۱۹۹۹م.
- ۲- امامی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، ج ۳، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۶.
- ۳- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*، ج ۲۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.
- ۴- بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی محمدعلی علمی، ۱۳۳۹.
- ۵- عبده بروجردی، محمد، *کلیات حقوق اسلامی*، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق مدنی - وصیت*، ج ۲، تهران، انتشارات ابن سینا، ۱۳۵۰.
- ۷- \_\_\_\_\_، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، ج ۱، تهران، بنیاد راستاد، ۱۳۵۷.
- ۸- \_\_\_\_\_، *دوره حقوق مدنی - حقوق تعهدات*، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
- ۹- \_\_\_\_\_، *وصیت - ارث*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- ۱۰- \_\_\_\_\_، *حقوق خانواده*، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶.
- ۱۱- حائری، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، ج ۲، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.

- ۱۲- حسینی العاملی، سیدمحمدجواد، *مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۱۹، بیروت، دارالتراث، ۱۴۱۸ق.
- ۱۳- سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۹، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸م.
- ۱۴- شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی العاملی، *اللمعه دمشقیه*، قم، دارالفکر، ۱۴۱۱ق.
- ۱۵- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه*، ج ۵، نجف، منشورات جامعه النجف الدینیة، ۱۳۹۸ق.
- ۱۶- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *سؤال و جواب*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
- ۱۷- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *العروه الوثقی*، ج ۲، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق.
- ۱۸- عدل، مصطفی، *حقوق مدنی*، قزوین، انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۷۳.
- ۱۹- عراقی، آغا ضیاء الدین، *تعلیقہ استدلالیہ علی عروه الوثقی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ۲۰- علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، *قواعد الأحکام*، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ۲۱- عمید زنجانی، عباسعلی، سهیل جدی و بشری کریمی، *ماهیت حقوقی وصیت*، فصل نامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره سی و نهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۸.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، تهران، کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۶۹.
- ۲۳- \_\_\_\_\_، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴.
- ۲۴- \_\_\_\_\_، *حقوق مدنی: خانواده*، ج ۱، انتشارات بهنشر، تهران، ۱۳۶۸.
- ۲۵- \_\_\_\_\_، *ایقاع*، تهران: یلدا، ۱۳۷۰.
- ۲۶- \_\_\_\_\_، *حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی*، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.
- ۲۷- \_\_\_\_\_، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت*، تهران، مؤسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- ۲۸- محقق ثانی، علی بن الحسین الکرکی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۱۰، بیروت، مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۱ق.
- ۲۹- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، *شرایع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- ۳۰- محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی و حقوقی وصیت*، تهران، اندیشه های نو در علوم اسلامی، ۱۳۶۸.
- ۳۱- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ۲۸، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۷ق.
- 32-Breton, Andre, *Lecons De Droit Civil – Successions Liberalites*, Paris, Mntchrestien, 1982.
- 33-H.crabb, John, *The french Civil Code*, Deventer, The Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995.