



دانشگاه علامه طباطبائی
دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی

عنوان پایان‌نامه:

اعتبار وصیت مازاد بر ثلث موصی بلاوارث در حقوق ایران و فقه امامیه

استاد راهنما:

سرکار خانم دکتر ناهید جوانمردی

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر علی تقی زاده

دانشجو:

محمد حردانی

پایان‌نامه برای دریافت کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

زمستان ۱۳۹۰

تقدیم به پدر و مادر مهربانم
که در تمامی مراحل زندگی همواره پشتیبانم بوده اند.

تقدیر نامه:

با تقدیر و تشکر از کرامت معلمان و اساتید عزیزم، صاحبان عز و شرف و کمال علم الهی که در محضرشان توفیق تلمیذ جسته و اکسیر علم را در وجود منور ساختند و مشوق و راهنمایم بودند بلاخص سرکار خانم دکتر جوانمرادی، استاد راهنمای بنده که با راهنمایی های ارزنده خود بر غنای علمی کار افزودند، همچنین جناب آقای دکتر علی تقی زاده که به عنوان استاد مشاور بنده قبول زحمت فرمودند و در این مدت از محضر ایشان نیز استفاده نمودم صمیمانه تشکر و قدردانی می نمایم.

داوری این پایان نامه را نیز جناب آقای دکتر رضا ولویون بر عهده گرفته و بنده را مورد لطف خود قرار دادند که بدین وسیله از ایشان نیز کمال تشکر را دارم.

در پایان برای هر سه استاد بزرگوار از خداوند متعال سعادت و بهروزی روزافزون را خواهانم.

چکیده:

در فرضی که شخص هیچ وارثی ندارد این سوال مطرح است که آیا او می‌تواند تمامی مال خود را به نفع شخصی وصیت کند یا خیر؟

تحلیلی که بعضی از حقوقدانان در مواجهه با این پرسش بیان داشته‌اند، اشاره به حکم ماده ۸۶۶ قانون مدنی است که به موجب آن امر ترکه در صورت نبودن وارث با حاکم است و بیان می‌دارند این امر نشاندهنده این است که خزانه عمومی از جمله اشخاص است که در صورت نبودن وارث نسبی یا سببی، خود وارث محسوب می‌گردد و لذا اساساً تصور این که شخص بدون وارث باشد با این تحلیل ممکن نیست.

این تحلیل از این جهت قابل انتقاد است که ماده ۸۶۶ قانون مدنی اساساً راجع به اداره ترکه است و مستنداً به ماده ۳۳۴ قانون امور حسبی در صورتی که مال مجهول المالک یا بدون مالک باشد اداره آن به خزانه عمومی واگذار می‌گردد و اجرای وصیت مقدم بر این امر قرار دارد.

لذا در صورتی که شخصی وارثی ندارد، نمی‌توان این تحلیل را پاسخی برای سوال مزبور دانست و از آنجا که مبنای اصلی محدود کردن اختیار موصی تا ثلث ترکه حفظ مصالح وارث و توزیع عادلانه ثروت و ماترک بین ورثه می‌شد و این امر حاکم بر تسلط موصی بر اموال خویش است در فرضی که شخصی وارثی ندارد، دلیلی باقی نمی‌ماند تا وصیت مازاد بر ثلث را صحیح ندانیم.

واژگان کلیدی: وصیت، ثلث، موصی، وارث

فهرست مطالب

عنوان.....	صفحه.....
مقدمه:	۱.....
سوال اصلی:	۳.....
سؤالات فرعی:	۳.....
فرضیه اصلی:	۳.....
فرضیه‌های فرعی:	۳.....
پیشینه تحقیق:	۴.....
اهداف تحقیق:	۴.....
روش تحقیق و شیوه جمع آوری داده‌ها:	۴.....
مشکلات و موانع انجام تحقیق:	۴.....
سازماندهی تحقیق:	۵.....
بخش اول: وصیت و انواع آن	۶.....
فصل اول: تعریف وصیت و انواع آن	۷.....
مبحث اول: تعریف وصیت	۷.....
مبحث دوم: انواع وصیت	۱۰.....
فصل دوم: ماهیت حقوقی وصیت	۱۵.....
مبحث اول: نظریه عقد بودن وصیت تملیکی	۱۶.....
مبحث دوم: نظریه ایقاع بودن وصیت تملیکی	۲۲.....
مبحث سوم: نظریه ماهیت خاص داشتن وصیت تملیکی	۲۹.....
گفتار اول: عناصر مشترک عقود براساس قانون مدنی و نظرات حقوق دانان	۳۰.....
گفتار دوم: عناصر مشترک ایقاعات براساس قانون مدنی و نظرات حقوق دانان	۳۴.....
فصل سوم: شرایط صحت و ارکان وصیت تملیکی	۳۶.....
مبحث اول: شرایط عام صحت وصیت تملیکی	۳۶.....

۴۰	مبحث دوم: شرایط خاص وصیت تملیکی
۴۰	گفتار اول: شرایط موصی
۴۱	گفتار دوم: شرایط موصی به
۴۴	گفتار سوم: شرایط موصی له
۴۶	بخش دوم: سهم قابل تصرف توسط موصی در وصیت تملیکی
۴۷	فصل اول: مقدار موصی به و زمان اعتبار آن
۴۷	مبحث اول: مقدار موصی به
۴۹	مبحث دوم: مبنای محدودیت مقدار موصی به
۵۰	مبحث سوم: زمان اعتبار موصی به
۵۱	مبحث چهارم: تعیین میزان ثلث
۵۳	گفتار اول: موصی به عین معین باشد
۵۴	گفتار دوم: موصی به عین کلی باشد
۵۵	گفتار سوم: موصی به جزء مشاع ترکه باشد
۵۵	گفتار چهارم: موصی به منفعت باشد
۵۶	الف: وصیت به منفعت برای مدت معین
۵۶	ب: وصیت به منافع برای همیشه
۵۷	فصل دوم: شرایط و موجبات ارث
۵۷	مبحث اول: کلیات ارث
۵۷	گفتار اول: تعریف ارث
۵۹	گفتار دوم: شرایط اعمال توریث
۵۹	الف: موت مورث
۶۰	ب: حیات وارث حین مرگ مورث
۶۱	ج: نبودن مانع
۶۱	د: وجود ترکه

۶۲	مبحث دوم: موجبات ارث
۶۲	گفتار اول: تعریف
۶۴	گفتار دوم: نسب
۶۵	گفتار سوم: سبب
۶۷	الف: ولاءعتق
۶۸	ب: ولاءضمان جریره
۶۸	ج: ولاءامامت
۷۰	بخش سوم: اعتبار و اجرای وصیت مازاد بر ثلث
۷۱	فصل اول: اعتبار وصیت مازاد بر ثلث در صورت وجود وارث
۷۲	مبحث اول: زمان اعتبار و تاثیر اجازه وارث
۸۱	مبحث دوم: زمان اعتبار و تاثیر رد وارث
۸۳	مبحث سوم: ماهیت حقوقی اجازه وارث
۸۷	فصل دوم: اعتبار و وصیت مازاد بر ثلث در صورت فقدان وارث و اجرای آن
۸۷	مبحث اول: تاریخچه
۸۹	مبحث دوم: شرایط وصیت شخص بلا وارث
۹۰	گفتار اول: فقدان وارث واقعی
۹۰	الف: اتباع ایران
۹۱	ب: اتباع خارجی
۹۱	گفتار دوم: فقدان وارث قانونی (موانع ارث)
۹۲	الف: قتل
۹۳	ب: کفر
۹۴	۱: فرض مسلمان بودن مورث
۹۴	۲: فرض کافر بودن مورث
۹۵	ج: لعان
۹۵	د: زنا
۹۵	مبحث سوم: دیدگاههای فقهی

- گفتار اول: اشخاص بلاوارث نمی توانند تمامی و یا بیش از حد ثلث اموال خود را وصیت نمایند..... ۹۶
- گفتار دوم: اشخاص بلاوارث همانند سایرین تا حد ثلث می توانند وصیت کنند و مازاد بر ثلث در اختیار حاکم است تا اجازه و یا رد نماید..... ۹۷
- گفتار سوم: اشخاص بلاوارث می توانند جمیع اموال خود را برای امور خیریه وصیت نمایند ولی در غیر امور خیریه چنین اختیاری ندارند..... ۹۷
- گفتار چهارم: شخص بلاوارث آزادی کامل دارد..... ۹۸
- گفتار پنجم: بررسی دیدگاه های فقهی..... ۱۰۰
- مبحث چهارم: دیدگاه های حقوقی ۱۰۲
- گفتار اول: دیدگاه قانون مدنی..... ۱۰۲
- گفتار دوم: دیدگاه حقوقدانان..... ۱۰۴
- گفتار سوم: رویه قضایی..... ۱۰۵
- فصل سوم: متولی اموال بلاوارث و بررسی وضعیت آنها در حقوق کشورهای ایران، مصر و سوریه..... ۱۰۹
- مبحث اول: مقررات موجود در حقوق ایران..... ۱۰۹
- گفتار اول: مقررات موجود قبل از انقلاب..... ۱۱۰
- گفتار دوم: مقررات موجود پس از انقلاب..... ۱۱۲
- مبحث دوم: نحوه مصرف اموال بلاوارث..... ۱۱۴
- مبحث سوم: بررسی وضعیت اموال بلاوارث در فقه اسلام و مصر و سوریه..... ۱۱۵
- گفتار اول: فقه امامیه..... ۱۱۶
- الف: ادله ثبوت ولاء امام در بحث اموال بلاوارث..... ۱۲۴
- ب: نوع مالکیت یا تسلط امام بر ترکه بلاوارث..... ۱۲۷
- ج: موارد مصرف اموال بلاوارث..... ۱۲۹
- گفتار دوم: فقه عامه (اهل سنت)..... ۱۳۳
- الف: مذهب حنفی..... ۱۳۵
- ب: مذهب مالکی..... ۱۳۷
- ج: مذهب شافعی..... ۱۳۷
- د: مذهب حنبلی..... ۱۳۸
- گفتار سوم: حقوق کشورهای مصر و سوریه..... ۱۴۰
- نتیجه گیری: ۱۴۹
- فهرست منابع: ۱۵۳

بدون تردید کمتر کسی است که با واژه وصیت تا به حال برخورد نکرده باشد. وصیت از جمله اعمال حقوقی است که هر فردی ممکن است نیازمند آن باشد.

چه بسیار دیده شده است اشخاص دیون و طلبهای خویش را نمی‌توانند در زمان حیات خود پرداخت و یا مطالبه نمایند و یا تمایل به انجام کاری داشته‌اند و یا قسمتی از آن را انجام و قسمتی را نا تمام گذاشته‌اند، ولی اجل مجال اتمام و یا انجام آن کار را نداده است.

در بسیاری از موارد و به طور مثال مواردی که مطرح گردید وصیت عمل حقوقی مفیدی است که موجب رضایت و آرامش خاطر افراد در حیات دنیوی آنها می‌گردد.

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

شکی نیست که فلسفه وجودی حقوق و بالخصوص حقوق مدنی تنظیم روابط و برقراری عدالت در مطالبات و دیون و اساساً روابط حقوقی افراد است لذا اقتضای این امر این است که در مورد مرادوات و معاملات حقوقی اشخاص بعد از حیات دنیوی نیز دارای احکام و مقرراتی باشد.

علاوه بر قوانین ایران و فقه اسلامی در حقوق سایر کشورها نیز به وصیت اهمیت و توجه بسیاری شده است. کشورهای نظیر فرانسه، آلمان، انگلیس و... که از لحاظ سیستم‌های حقوقی هر یک متفاوت هستند، وصیت را بسیار عمیق و موشکافانه بررسی کرده‌اند.

این توجه و حساسیت در این موضوع از چند جهت قابل استدلال است، وصیت از جمله اعمال حقوقی است که مبتنی بر تسامح است نه تغاین، لذا اقتضا دارد همانند عقود تسامحی دیگر نظیر هبه، صلح بلا عوض و... به آزادی اراده موصی توجه ویژه‌ای داشته باشیم. مضافاً به اینکه غالباً تنظیم وصیت‌نامه‌ها در زمان کهولت افراد صورت می‌گیرد و از آنجا که افراد در سنین بالا از نظر روانشناسی از حالت ویژه‌ای برخوردار هستند که در برابر مسائل کمتر منطقی برخورد می‌کنند، لازم است با بررسی دقیق و تفسیر صحیح از

قوانین موضوعه و قواعد فقهی حاکم بر این مسأله و به تبع آن برداشت‌های دقیق و عادلانه در جهت حمایت از آنان برآییم.

اگر چه مباحث مربوط به وصیت در بسیاری از مقالات و رساله‌های دانشگاهی مورد بررسی قرار گرفته است ولی یک از موضوعاتی که کمتر مورد توجه قرار گرفته است اعتبار وصیت مازاد بر ثلث موصی بلاوارث است.

ماده ۸۶۶ قانون مدنی امر ترکه را در صورت نبودن وارث با حاکم می‌داند. موضوعی که محقق در این رابطه به دنبال بررسی آن است این می‌باشد که آیا حاکم از جمله اشخاصی است که در صورت نبودن وارث، ارث می‌برد و به عبارت دیگر وارث محسوب می‌شود و در این صورت وصیت مازاد بر ثلث اشخاص بلاوارث چه وضعیتی پیدا می‌کند و برای تنفیذ مقدار زاید بر ثلث آن اجازه حاکم لازم است.

در حقوق کشور ما، ماده ۸۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«وصیت به زیاده بر ثلث ترکه، نافذ نیست مگر به اجازه وراثت...» و ماده ۸۶۶ همین قانون اشعار می‌دارد:

«در صورت نبودن وراثت، امر ترکه متوفی راجع به حاکم است»

با توجه به این مواد سوالاتی مطرح می‌شود مانند اینکه وضعیت حقوقی وصیت مازاد بر ثلث اشخاص بلاوارث چگونه است؟

و آیا چنین وصیتی معتبر است؟

آیا چنین وصیتی احتیاج به اجازه شخص یا مقام خاصی دارد؟

آیا مقامی که اجازه او لازم است، حاکم می‌باشد؟ و آیا حاکم جزء وراثت محسوب می‌شود؟

آنچه قابل ذکر می‌باشد این است که حکم ماده ۸۶۶ به گونه‌ای مبهم امر ترکه متوفای بلاوارث را به حاکم ارجاع داده است و این مسئله موجب اختلاف در برداشت از این ماده شده است، به این صورت که آیا در چنین حالتی ترکه به حاکم منتقل می‌شود و حاکم مالک ترکه می‌گردد و قدرت حاکم در اداره امور راجع به ترکه تا چه حدی می‌باشد؟

به نظر می‌رسد حکم ماده ۸۶۶ و جمع آن با حکم ماده ۸۴۳ برای حمایت از حقوق وراثت است. حال آنکه در فرض ما این ضرورت وجود ندارد.

سوال اصلی:

آیا وصیت مازاد بر ثلث موصی بلاوارث معتبر است یا خیر؟

سؤالات فرعی:

- ۱) با توجه به متون فقهی که امام را از جمله وراث سببی بیان کرده‌اند، آیا «حاکم» مذکور در قانون مدنی وارث متوفای بلاوارث محسوب می‌شود یا خیر؟
- ۲) با توجه به ماده ۸۶۶ قانون مدنی حدود و ماهیت اختیارات حاکم چیست؟

فرضیه اصلی:

عدم نفوذ وصیت مازاد بر ثلث به خاطر حفظ منافع ورثه است به همین دلیل نیز تنفیذ آنها برای اعتبار وصیت مازاد بر ثلث لازم می‌باشد. بنابراین در صورت فقدان وارث، وصیت مازاد بر ثلث به ضرر هیچ‌کس نیست و چنین وصیتی معتبر خواهد بود.

فرضیه‌های فرعی:

- ۱) با توجه به مواد فصل هشتم باب پنجم قانون امور حسبی «حاکم» از نظر این قانون به هیچ وجه جزء وراث به شمار نمی‌آید و در صورتی که موصی بلاوارث، وصیت مازاد بر ثلث بکند، برای نافذ شدن آن اجازه حاکم یا هیچ شخص و مقام دیگری لازم نیست.
- ۲) حکم ماده ۸۶۶ قانون مدنی فقط راجع به نحوه اداره ترکه متوفای بلاوارث می‌باشد و حاکم در حکم قائم مقام قانونی متوفی، مثل مدیر تصفیه تاجر ورشکسته، امر تصفیه ترکه را به عهده دارد

پیشینه تحقیق:

با بررسی‌ای که صورت گرفت مشخص شد علی‌رغم اینکه مبحث وصیت به طور اختصاصی در کتب تعدادی از اساتید برجسته حقوق مدنی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، در هیچ‌کدام از کتاب‌ها موضوع این تحقیق به طور اختصاصی مورد توجه قرار نگرفته است و فقط بعضی از نویسندگان به طور گذرا و به اجمال به این موضوع پرداخته‌اند.

پایان‌نامه‌های موجود در این زمینه نیز تنها به بررسی احکام کلی وصیت پرداخته‌اند و به این موضوع توجهی نداشته‌اند.

اهداف تحقیق:

اهداف این تحقیق عبارتند از:

- ۱- بررسی وضعیت و اعتبار حقوقی وصیت مازاد بر ثلث اشخاص بلاوراث
- ۲- سعی و کنکاش برای پاسخ‌گویی به مسائلی که در حیطه این تحقیق مطرح شده یا می‌شوند.
- ۳- تلاش در رفع ابهام از مفهوم ماده ۸۶۶ قانون مدنی با توجه به مواد قانون امور حسبی.
- ۴- نیل به خواسته و علاقه شخصی خود جهت بحث و بررسی مسائل مربوط به مباحث ارث و وصیت.

روش تحقیق و شیوه جمع‌آوری داده‌ها:

روش این تحقیق همچون بیشتر تحقیقات حقوقی توصیفی - تحلیلی خواهد بود و روش جمع‌آوری مطالب نیز کتابخانه‌ای است.

مشکلات و موانع انجام تحقیق:

در خصوص موضوع تحقیق به صورت دقیق تحقیق چندانی صورت نگرفته است و به تفصیل مورد اظهار نظر واقع نشده، همین امر، بررسی تمام ابعاد مسئله را مستلزم دقت و توجه خاص می‌کند.

سازماندهی تحقیق:

در این تحقیق ابتدا در بخش کلیات تعریفی از وصیت ارائه می‌دهیم و انواع آن را عنوان می‌کنیم و در ادامه ماهیت حقوقی وصیت را تبیین خواهیم کرد.

پس از تبیین و تعیین ماهیت آن شرایط صحت و ارکان وصیت تملیکی را مورد بررسی قرار می‌دهیم. در بخش دوم تحقیق سهم قابل تصرف توسط موصی در وصیت تملیکی را بررسی می‌کنیم و در نهایت در بخش سوم و پایانی اعتبار وصیت مازاد بر ثلث را در دو فرض وجود وارث و فقدان وارث مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.

بخش اول:

وصیت و انواع آن

فصل اول: تعریف وصیت و انواع آن

مبحث اول: تعریف وصیت

در مورد واژه‌ی وصیت بین اهل لغت و فرهنگ نویسندگان ادب عربی اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند که واژه‌ی وصیت از ثلاثی، وصی، یصی می‌باشد. بعضی دیگر آن را از چهار حرف، وصی، یوصی (باب تفعیل) می‌دانند.^۱

آنچه که گذشت معنای لغوی وصیت بود. معنای اصطلاحی وصیت دور از معنای لغوی نیست. اگر وصیت را مصدر بگیریم (وصی، یصی) به معنای وصل است، از این جهت که موصی تصرفات خود را از زندگی به بعد از مرگ وصل می‌کند.

به عبارت دیگر، وصیت اقدام شخصی برای دخالت در اموال و امور خویشان خود برای بعد از مرگ است، هر چند رابطه‌ی او با دنیا و اموال قطع می‌گردد. بنابراین وصیت، حلقه‌ی وصل یا اتصال تصرفات شخص از زمان حیات به بعد از فوت است.

در قانون مدنی تعریف جامعی که تمام اقسام وصیت را شامل بشود وجود ندارد و قانونگذار بدون اینکه وصیت را تعریف کند در ماده ۸۲۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «وصیت بر دو قسم است: تملیکی و عهدی» و آنگاه به تعریف هر یک از آن دو می‌پردازد.

قانونگذار آگاهانه از تعریف وصیت به طور کلی پرهیز کرده است چرا که قانون مدنی ایران بر مبنای فقه امامیه تدوین شده است و در متون فقهای امامیه برای وصیت تعریفی که جامع افراد و مانع اغیار باشد و تمامی افراد و مصادیق وصیت اعم از تملیکی و عهدی را در برگیرد، ذکر نگردیده و هر تعریفی که از فقهاء ارائه شده مواجه با نوعی ایراد و نقص شده است.^۲

^۱ - الطباطبائی الحکیم، السید محسن، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۴، احیاء التراث العربی، ص ۵۳۱.
^۲ - محقق داماد، مصطفی، تحلیل فقهی و حقوقی وصیت، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۷۳، ص ۲۴.

محقق حلی در کتاب شرایع وصیت را چنین تعریف کرده است: «الوصیة تملیک عین او منفعة بعد الوفات» یعنی وصیت تملیک عین یا منفعت بعد از وفات است.^۳

ولی تعریف ایشان به لحاظ عدم جامعیت مواجهه با ایراداتی شده است:

اولاً- در این تعریف اشاره به عقد یا ایقاع بودن وصیت نشده است.

ثانیاً- از تبرعی بودن وصیت هم ذکری به میان نیامده است.

ثالثاً- این تعریف شامل تمام انواع وصیت مانند وصیت منتج به ابراء یا منتج به وقف نمی‌شود زیرا در این موارد فک ملک می‌شود نه تملیک.

رابعاً- این تعریف شامل وصیت عهدی نیست.^۴

خود ایشان و بعضی دیگر از فقهاء مانند شهید اول به منظور رفع نقایص فوق این عبارت را بر تعریف مزبور افزوده‌اند: «... او تسلیط علی التصرف بعد الوفاء» که به این معنی می‌باشد: و یا تسلیط بر تصرف پس از وفات.^۵ ولی باید دانست با افزودن این عبارت سه اشکال قبلی رفع نمی‌شود و تنها اشکال چهارم رفع می‌شود.

از آنجائی که فقهای متقدم تعریف جامع و دقیق و صحیحی از وصیت ارائه نداده‌اند، لذا در بسیاری از متون متأخر فقهی، قبل از تعریف کلی مبادرت به تقسیم وصیت به عهدیه و تملیکیه شده است و بعضی نیز به خاطر آنکه این دو قسم هم نمی‌تواند تمامی مصادیق را فرا گیرد، موارد دیگری را بر آن افزوده و همه را در کنار یکدیگر ذکر کرده‌اند.

مرحوم سید محمد کاظم یزدی می‌فرماید: «وصیت یا تملیکی است و یا عهدی و به عبارت دیگر یا تملیک عین و منفعت است و یا تسلیط بر حق و یا فک ملک و یا عهد متعلق به غیر و یا عهد متعلق به خود موصی، مانند وصیت به تجهیز».^۶ می‌توان گفت اکثر فقهای اسلامی، وصیت را چنین تعریف کرده‌اند:

^۳ - محقق حلی، شرایع الاسلام، ج دوم، انتشارات مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۹ هجری قمری، ص ۱۸۹.

^۴ - عمید، موسی، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، چاپخانه علمی، آذر ۱۳۴۲، ص ۸۱.

^۵ - محقق حلی، المختصر النافع، مرکز الطباعة و النشر فی مؤسسه البعثه، چاپ دوم، ۱۴۱۶ هجری قمری، ص ۲۶۳ و شهید ثانی، شرح لمعه، ج دوم، مؤسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۴ هجری قمری، ص ۳۱.

^۶ - یزدی، محمدکاظم، عروه الوثقی، ج اول، ۱۳۴۹ هجری قمری، ص ۶۶۱.

«وصیت، مالکیت بر عین یا منفعتی را گویند که پس از مرگ، بر سبیل تبرع، برای شخصی ایجاد می‌شود»^۷

بیشتر نویسندگان حقوقی به تبع فقهای امامیه و از بیم مجهول ماندن ماهیت به افراط می‌گیرند و سعی می‌کنند که مشخصات وصایای مختلف را در آن بگنجانند، و به علت کثرت انواع وصایا، به نتیجه مطلوب نمی‌رسند.^۸

دکتر لنگرودی وصیت را به این شکل تعریف کرده‌اند: «وصیت عبارت است از استیفاء حق که معلق بر فوت استیفاء کننده باشد»^۹.

در تعریفی دیگر آن را عمل حقوقی با هدف استیفاءی حق بعد از فوت دانسته‌اند.^{۱۰}

همچنین در تعریف وصیت گفته شده که «اتصال دادن تصرفات حال حیات است بعد از مرگ»^{۱۱}. نویسندگان قانون مدنی، هم یکی از مشهورترین تعریف‌های وصیت در فقه را در ماده ۸۲۶ قانون مدنی اقتباس کرده‌اند و به تقلید بعضی از فقهایان وصیت تملیکی و عهدی را جداگانه مورد توجه قرار داده‌اند. در این تعریف می‌خوانیم: «وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا منفعتی را از مال خود، برای زمان بعد از فوتش، به دیگری مجاناً تملیک کند»^{۱۲}.

ماده ۸۲۶ قانون مدنی در ادامه وصیت عهدی را نیز به این شکل تعریف کرده است: «وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌نماید...» حقوقدانان از تعریف ماده ۸۲۶ انتقاد کرده‌اند و عیوب آن را به این ترتیب بیان کرده‌اند:

۱- ماده ۸۲۶ شامل وصیت به مضاربه و مساقات نمی‌گردد.

۲- تعریف شامل هیچ یک از وصایایی که از مصادیق فک ملک محسوب است نمی‌شود.

^۷ - شیخ الاسلامی، اسعد، احوال شخصیه در مذاهب چهارگانه ی اهل سنت، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۱۲۹.

^۸ - کاتوزیان، ناصر، وصیت در حقوق مدنی ایران، انتشارات ققنوس، چاپ سوم، ۱۳۷۶، ص ۳۴.

^۹ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، وصیت، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۰، ص ۴.

^{۱۰} - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۴۱۵.

^{۱۱} - حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۲، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۷۲۵.

^{۱۲} - کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۵.

۳- اگر کسی دستور دهد که بعد از فوت او فلان ملک را بفروشند و به طلبکارها یا به شخصی که مورد توجه اوست بدهند و برای انجام این تصرفات تعیین وصی نکنند، هیچ یک از دو بند ماده ۸۲۶ شامل این وصیت نمی‌شود.

۴- موضوع وصیت، علاوه بر عین و منفعت، ممکن است یکی از حقوق قابل انتقال، از قبیل حق فسخ و حق ارتفاق و انتفاع باشد. پس، اختصاص آن به عین و منفعت، بسیاری از وصایا را از تعریف خارج ساخته است.

۵- در تعریف وصیت به ماهیت حقوقی آن اشاره نشده، و از این جهت معلوم نیست که وصیت عقد است یا ایقاع^{۱۳}؟

با توجه به مطالب ذکر شده در بالا و در پایان این مبحث می‌توان وصیت را به این شکل تعریف کرد: «وصیت عملی حقوقی است که به موجب آن شخص، به طور مستقیم یا در نتیجه تسلیط دیگران، در اموال یا حقوق خود برای بعد از فوت تصرف می‌کند»

این تعریف مصداق‌های مهم وصایا را در بر می‌گیرد.^{۱۴}

مبحث دوم: انواع وصیت

فقه‌های امامیه با تاثیر از فقه‌های اهل سنت، وصیت را به دو قسم تقسیم کرده‌اند.

وصیت تملیکی و وصیت عهدی.

حال آنکه همه ی وصایا از تعهدات هستند و هر وصیتی، عهدی است. در لغت عرب هم معنی مشهور وصیت تعهد است.^{۱۵}

قانون مدنی فقط به وصیت تملیکی و وصیت عهدی در ماده ۸۲۶ اشاره کرده است و ذکری از انواع دیگر وصیت به میان نیاورده است.

^{۱۳} - کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۷.

^{۱۴} - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، عطایا، ج سوم، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۸۷، ص ۲۷۸ و ۲۷۹.

^{۱۵} - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، انتشارات ابن سینا، ۱۳۵۳، ص ۲۰۴.

بحث اصلی ما در این نوشتار وصیت تملیکی خواهد بود، به همین خاطر در این مبحث به آن نمی‌پردازیم و در مباحث دیگر به نحو تفصیل به این نوع وصیت و ارکان و عناصر تشکیل دهنده‌ی آن خواهیم پرداخت.

بنابراین در این مبحث به انواع دیگر وصیت اشاره می‌نمائیم. ابتدا به وصیت عهدی می‌پردازیم که همانطوری که بیان شد در قانون مدنی به آن اشاره شده است.

قسمت دوم ماده ۸۲۶ قانون مدنی وصیت عهدی را به این شکل تعریف کرده است: «وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مأمور می‌نماید...» و در ماده ۸۳۴ این قانون آمده است که: «در وصیت عهدی قبول شرط نیست، لیکن وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصیت را رد کند، و اگر قبول از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد، اگر چه جاهل به وصایت بوده باشد»

از این ماده متوجه می‌شویم که در وصیت عهدی رضایت وصی در تحقق وصیت عهدی تأثیری ندارد و او فقط در زمان حیات موصی می‌تواند آن را رد کند و اگر این کار را نکرد بعد از آن حق رد وصیت را ندارد حتی اگر نسبت به آن جاهل بوده باشد.

در وصیت عهدی، به طوری که از قانون مدنی مستفاد می‌گردد، به نظر می‌رسد که وجود وصی معتبر و یکی از ارکان است. لذا ارکان آن عبارتند از: موصی، موصی به و وصی.^{۱۶}

ولی بسیاری از فقها و حقوق دانان معتقدند که وصیت عهدی بدون تعیین وصی نیز امکان دارد و موصی می‌تواند بدون تعیین شخص معینی انجام اموری را وصیت نماید. به موجب این نظر، در وصیت عهدی در صورتی که وصی تعیین شده باشد، وصیت استوار بر سه رکن است و در غیر این صورت دارای دو رکن خواه بود.^{۱۷}

فقه‌های متأخر، همانطور که اشاره شد، هر چند که در آغاز مبحث وصیت به تقسیم آن به تملیکی و عهدی مبادرت ورزیده‌اند؛ ولی ضابطه دقیق و مشخصی که اقسام آنرا کاملاً از یکدیگر مجزا سازد ارائه

^{۱۶} - محقق داماد، سید مصطفی، تحلیل فقهی و حقوقی وصیت، ص ۳۱.

^{۱۷} - حائری شاه باغ، سید علی، همان، ص ۷۲۶.

نداده‌اند. البته برای درک بهتر تفاوت‌های این دو نوع وصیت با یکدیگر ابتدا باید تعریفی از عقد تملیکی و عقد عهدی ارائه داد:

عقدی را تملیکی می‌نامند که، به موجب آن مالی از ملک انشاء‌کننده به ملکیت طرف مقابل درآید. ولی، عقدی عهدی است که با انتقال ملک واقع نمی‌شود و دو سوی پیمان در مقابل یکدیگر تعهدهایی را به گردن می‌گیرند.

به موجب این قاعده، وصیتی که به موجب آن موصی بدون واسطه مالی را برای بعد از فوت خود، به دیگری تملیک می‌نماید تملیکی نامیده می‌شود. لیکن، وصیتی که به موجب آن شخص دیگری، اعم از ورثه ی موصی یا وصی، مأمور به تصرفات یا انشاء تملیک می‌گردد عهدی است.^{۱۸}

البته یکی از اساتید حقوق مدنی اعتقاد دارند که هر وصیتی تعهد است و وصیت تملیکی، اصطلاح مجعول و بی اساس است. و در ادامه عنوان می‌کنند که اصطلاح عقد تملیکی در مقابل عقد عهدی هم از همین نوع اغلاط است و در فقه امامیه اصلی ندارد و به همین جهت در فقه امامیه عقود را به دو دسته اذنی و عهدی تقسیم می‌کنند.^{۱۹}

البته با امعان نظر در مصادیق و موارد ذکر شده در متون فقهی می‌توان تفکیک ذیل را به عمل آورد:

۱- در وصیت تملیکی، موصی مستقیماً و بلاواسطه چیزی از ترکه خویش را برای بعد از وفات خود به شخص یا اشخاصی تملیک می‌نماید؛ در حالی که در وصیت عهدی، موصی شخص یا اشخاصی، اعم از ورثه و غیره را نسبت به تصرفات یا انجام عملی یا انشاء تملیکی یا عقدی و یا ولایت بر صغار، پس از فوت خود مأمور می‌نماید.

به عبارت دیگر در تملیک، انتقال مالکیت به طور مستقیم انجام می‌گیرد ولی در عهد، ایجاد تعهد برای طرف و یا در بعضی از اقدامات عهدی برای طرفین فراهم می‌آید.

با توجه به تفکیک فوق لازم به یادآوری است که در وصایای عهدی، انجام امور توسط دیگران مطرح است و در وصایای تملیکی، رابطه تملیکی میان موصی و موصی‌له ملحوظ نظر است.

^{۱۸} - کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ص ۳۸.

^{۱۹} - جعفری لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، صص ۲۰۴ و ۲۰۵.