

## رجوع از وصیت تملیکی در حقوق مدنی ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق مصر و انگلیس

علی تقی‌زاده\*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی تهران

غلامحسین عسگری

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی پردیس بین‌المللی کیش دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۵/۱۶ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۴/۳۱)

### چکیده

صرف‌نظر از اینکه وصیت تملیکی عقد یا ایقاع دانسته شود، قابل رجوع بودن آن از جانب موصی در حقوق اغلب کشورها پذیرفته شده است. اما اینکه آیا موصی می‌تواند حق رجوع را به‌نحوی از خود اسقاط کند، محل اختلاف است. در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه اگر چنین شرطی ضمن وصیت صورت گیرد، قطعاً بلااثر است، اما اگر اسقاط این حق ضمن عقد لازمی شرط شود، بعضی آن را برخلاف شرع و باطل می‌دانند و بعضی صحیح و لازم‌الوفاء. در حقوق مصر شرط اسقاط این حق باطل دانسته شده است. در حقوق انگلیس نیز چون رجوع را می‌توان از عناصر ذاتی وصیت محسوب کرد، به‌نظر می‌رسد سلب آن امکان‌پذیر نباشد. این تحقیق درصدد تبیین این حق و مطالعه تطبیقی آن با حقوق مصر و انگلیس جهت اخذ ملاکات مشترک و انتخاب نظری است که بیشتر با موازین قانونی و فقه امامیه منطبق باشد.

### واژگان کلیدی

اسقاط حق، رجوع از وصیت، شرط ضمن عقد لازم، عقد یا ایقاع، وصیت تملیکی.

## ۱. مقدمه

یکی از مسائل مورد بحث در اعمال حقوقی تملیکی رایگان از جمله وصیت تملیکی، رجوع می‌باشد که وجه متمایز این اعمال از سایر عقود تملیکی (غیر رایگان) است. در واقع جایی که شخصی مالی را به دیگری مجاناً تملیک می‌نماید، این امکان که در صورت پشیمانی بتواند با رجوع از تملیک مجانی مال را به خود یا شخص ثالثی برگرداند، همواره می‌تواند قابل طرح و بررسی باشد. از این رو در حقوق مدنی ایران و فقه مذاهب اسلامی و حقوق بیشتر کشورها رجوع از وصیت تملیکی مطرح و به نظرهای مختلفی منجر شده است. قانون مدنی ایران در ماده ۸۳۸ به صراحت حق رجوع از وصیت توسط موصی را پیش‌بینی و مقرر کرده است: «موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند». در ماده ۸۳۹ به نوعی رجوع ضمنی از وصیت را پذیرفته بدین ترتیب که مقرر کرده است: «اگر موصی ثانیاً وصیتی برخلاف وصیت اول نماید وصیت دوم صحیح است».

در ماده ۸۲۹ قانون مدنی نیز رجوع موصی از وصیت را حتی در صورتی که موصی‌له، موصی‌به را قبض کرده باشد، پیش‌بینی کرده و مقرر می‌دارد: «قبول موصی‌له قبل از فوت موصی مؤثر نیست و موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند، حتی در صورتی که موصی‌له، موصی‌به را قبض کرده باشد».

اما سؤال اصلی این است که آیا موصی می‌تواند این حق را ضمن عقد لازمی به صورت شرط از خود ساقط کند یا خیر و چنین شرطی لازم‌الوفاء است یا خیر؟

## ۲. رجوع از وصیت تملیکی در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه

### ۲.۱. کلیات

#### الف) تعریف رجوع از وصیت تملیکی

در فرهنگ لغت رجوع به بازگشتن - برگشتن و بازآمدن تعریف شده است (عمید، ۱۳۷۹: ۱۰۳۴؛ معین، ۱۳۸۶: ۱۶۴۰).

برخی حقوقدانان در تعریف رجوع به طور کلی گفته‌اند: «الف - برگشت به حالت قبل از عقد معین یا قبل از ایقاع معین که در این صورت مرادف فسخ است. رجوع در هر حال از ایقاعات است و همیشه لازم است و لزوم آن لزوم عرفی است که مورد تأیید قانونگذاران است...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۲۹). برخی دیگر ذیل اصطلاح رجوع گفته‌اند: «در لغت، از ریشه رجع، مصدر و به معنای بازگشت، عودت و بازگشتن است. در فقه و حقوق به بازگشت به حالت پیشین و یا نقض تصرف نخست رجوع گویند. بنابراین در فقه اسلامی رجوع اعم از

رجعت است و رجعت به طلاق رجعی اختصاص دارد، حال آنکه رجوع عبارت از بازگشت به وضعیت پیش از یک عمل حقوقی است» (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۱۰۱۷).

در عین حال به نظر می‌رسد وصیت تملیکی را چه ایقاع بدانیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۶) و چه عقد (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۶۷)، رجوع از آن را می‌توانیم تعریف کنیم به ایقاعی که عمل حقوقی (عقد یا ایقاع) دیگری را منحل یا حقی (مالی) را برای دیگری برقرار کند.

#### ب) مبانی رجوع از وصیت تملیکی

وصیت عمل حقوقی معلق بر فوت موصی است و انتقال موصی به در زمان حیات موصی واقع نمی‌شود و لذا تا مادامی که موصی در قید حیات است، طبق قاعده کلی «الناس مسلطون علی اموالهم»، اصولاً حق دارد، به نحوی که می‌خواهد در اموال خود دخل و تصرف کند یا آن را تغییر دهد. یکی از این تصرفات آن است که اگر سابقاً وصیتی کرده از آن عدول کند. از طرف دیگر، وصیت برای تأمین آخرین اراده موصی نسبت به اموال و حقوق مالی خود وضع شده تا آخرین لحظه زندگی و تا دم واپسین هر تصمیمی که صلاح می‌داند، نسبت به اموال خود و برای پس از مرگ خود اتخاذ کند. پس نباید این آزادی را از او گرفت تا از التزام و پایبندی خود ترس نداشته باشد. به همین سبب در ماده ۸۳۸ قانون مدنی مقرر شده است: «موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند». حتی در تأکید اهمیت موضوع در ماده ۸۲۹ مقرر شده: «... موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند حتی در صورتی که موصی له، موصی به را قبض کرده باشد.» اما اینکه آیا این آزادی بی‌حد و حصر به صلاح شخصیت موصی و حتی جامعه و روابط اقتصادی آن می‌باشد یا امری است کاملاً خصوصی باید مورد تحقیق و تدقیق بیشتر قرار گیرد. به همین منظور برخی این حق را کاملاً مطلق و انحصاری و وابسته به اراده بی‌حد و حصر موصی می‌دانند، لذا آن را حق محض می‌دانند که موصی می‌تواند ضمن عقد لازم دیگر رجوع از وصیت سابق را از خود سلب کند. ولی برخی دیگر آن را به نوعی مرتبط با شخصیت موصی و پیوستگی آن با مسائل معنوی وی و آرزوها و امیال او و حتی مرتبط و مؤثر بر روابط اجتماعی و ارکان خانوادگی وی می‌دانند، از این رو آن را آمیخته با نوعی تکلیف دانسته حق صرف نمی‌دانند و در نتیجه جنبه حکم بودن آن را ترجیح داده و اجازه رجوع از وصیت سابق را به او می‌دهند. به عبارت دیگر، سلب چنین حقی را برای موصی لازم‌الرعایه نمی‌دانند که با اینکه ظاهر قانون مدنی (ماده ۸۳۸) و برخی نویسندگان حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۶۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۵۲۰) بر آمره بودن این قاعده و عدم امکان سلب حق رجوع موصی از وصیت سابق خود عقیده دارند و نیز غالب مراجع تقلید معاصر هم آن را حکم می‌دانند، برخی نویسندگان حقوقی (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۵۴) آن را آمره نمی‌دانند و رجوع از وصیت را حق صرف می‌دانند که در

ادامه به آن اشاره می‌شود و نظر مختار ما هم ترجیح جنبه حکم بودن رجوع از وصیت تملیکی به حق محض بودن آن است.

### ج) انواع رجوع از وصیت تملیکی

رجوع از وصیت به یکی از دو صورت قولی یا صریح و فعلی یا ضمنی قابل تحقق است.

**رجوع قولی یا صریح:** در این روش مضمون لفظ صریحاً حکایت از رجوع دارد، مثلاً موصی می‌گوید رجوع کردم یا فسخ کردم یا بگویند موصی به را به او (موصی‌له) ندهید و به هر تقدیر هر لفظی که به دلیل مطابقی یا التزامی انصراف و رجوع موصی از وصیت را برساند، محقق می‌شود.

**رجوع فعلی یا ضمنی:** که منظور آن است موصی عملی انجام دهد (اعم از حقوقی یا فیزیکی) که با تملیک موصی‌به، به موصی‌له منافات و معارض باشد. مثلاً وصیت‌نامه دیگری مخالف با وصیت‌نامه سابق تنظیم کند یا موصی‌به را به‌طور منجز به دیگری منتقل کند (تصرفات حقوقی معارض) موصی‌به را تلف نماید یا تصرفات متغیر موصی‌به انجام دهد (تصرفات مادی یا فیزیکی مغایر) بنابراین حداقل به چهار صورت، موصی می‌تواند به‌طور ضمنی از وصیت خود رجوع کند:

**در مورد انشای وصیت مخالف وصیت سابق:** ماده ۸۳۹ قانون مدنی صراحتاً مقرر کرده وصیت دوم صحیح است که عین ماده قبلاً درج شد، ولی باید توجه داشت برای تحقق رجوع (ضمنی) در این مورد باید بین دو وصیت تعارض و تضاد به‌گونه‌ای باشد که به‌هیچ‌وجه سازگاری و جمع بین آنها ولو به‌طور ناقص امکان‌پذیر نباشد و این فرض در صورتی است که موصی‌به واحد و موصی‌له مختلف باشد. لذا اگر موصی در یک وصیت یکجا عین معینی از مال خود را به نفع یکی از فرزندان خود و همسرش وصیت کند، آن دو به‌صورت اشتراکی مالک عین موصی‌به می‌شوند که مالکیت آنها اگر شرط خلافی نباشد، اصولاً بالمناصفه خواهد بود. همچنین اگر سه نفر باشند، هر کدام ثلث عین معین را مالک می‌شوند و الی آخر. اما اگر در وصیت‌نامه سابق عین معینی از مال خود را به نفع یکی از فرزندانش وصیت کرد و متعاقباً در وصیت دیگری همان عین معین را به همان مقداری که قبلاً وصیت کرده بود به نفع همسرش وصیت کرد، وصیت دوم صحیح و وصیت اول رجوع‌شده محسوب می‌شود و باطل است.

به همین صورت اگر ثلث مال خود را بدون قید عین معین (به‌طور کلی) به نفع فرزندانش وصیت کرد، سپس ثلث مال خود را برای مصرفی مغایر وصیت کرد، می‌توان چنین وصیتی را متضاد و موجب بطلان وصیت قبلی دانست که برخی فقها (شهید ثانی، بی‌تا: ۳۹۵؛ عاملی، بی‌تا: ۴۶۵) وصیت دوم را ناسخ دانسته‌اند، چون ظاهر کلام را نظر موصی به همان ثلث اولیه مال دانسته‌اند

نه ثلث دیگر، اگرچه برخی دیگر تعارض و تضاد وصیت دوم را قطعی ندانسته و بسته به قرائن قضیه دانسته‌اند (علامه حلی، بی‌تا: ۴۰۱). ولی اگر متعاقباً نصف ثلث مال خود را برای همسرش وصیت کرد، نصف وصیت‌نامه قبلی رجوع‌شده محسوب است؛ یعنی نصف ثلث به فرزندش و نصف دیگر همان ثلث به همسرش به‌عنوان وصیت تعلق می‌گیرد.

اینکه در انشای وصیت دوم مغایر با وصیت اول، موصی، به مخالفت وصیت دوم با وصیت اول خود توجه داشته یا بدون توجه، عملی مخالف وصیت اول از او صادر شده است، از نظر قانون مدنی و با توجه به ظرافتی که از ماده ۸۳۹ استنباط می‌شود و قصد رجوع و توجه موصی از آن برداشت نمی‌شود، معلوم می‌شود قانون مدنی از آن نظر فقهی استفاده کرده که توجه و قصد رجوع موصی را لازم ندانسته است<sup>۱</sup> (نجفی، ۱۳۳۰ق، ج ۲۸: ۱۹۷).

**در مورد انتقال موصی‌به:** به‌صورت منجز اتفاق نظر وجود دارد که اگر موصی در زمان حیات خود معامله ناقله‌ای نسبت به موصی‌به صورت دهد، وصیت باطل است و عملاً وصیت رجوع‌شده محسوب می‌شود. در عین حال این بحث مطرح می‌شود در این فرض بطلان وصیت به لحاظ منتفی شدن موضوع وصیت است که با معامله آن عملاً موضوعی برای وصیت باقی نمی‌ماند یا صرف اقدام موصی به انجام معامله نسبت به موصی‌به، رجوع از وصیت محسوب می‌شود؟

همان‌طور که برخی فقها معتقدند (همان)، نتیجه این بحث دارای فایده عملی است، چراکه اگر معامله موصی‌به، به‌سبب منتفی شدن موضوع وصیت، رجوع محسوب شود، در صورتی که معامله ناقله باطل باشد یا بعداً معلوم شود باطل است، در نتیجه وصیت صحیح و نافذ خواهد بود. ولی اگر صرف اقدام به معامله راجع به موصی‌به، رجوع محسوب شود، چه معامله راجع به موصی‌به باطل باشد چه صحیح، در هر صورت وصیت رجوع‌شده تلقی خواهد شد و دیگر احیا نمی‌شود.

به‌نظر می‌رسد صرف اقدام به معامله راجع به موصی‌به، به‌منزله رجوع محسوب شود، زیرا قصد یا توجه به وصیت سابق از مسائل معنوی و مربوط به نیت موصی است که در حقوق قابل اثبات نیست و نباید به آن اعتنا کرد. در نتیجه چنانچه معامله خیاری باشد و بعداً فسخ شود و موضوع معامله (موضوع رجوع) به موصی استرداد گردد، وصیت رجوع‌شده تلقی و احیا نخواهد شد، لذا اگر موصی بخواهد همان را مورد وصیت قرار دهد، باید مجدداً وصیت کند.

۱. و من هنا ینتجه البطلان حتی لو صدر ذلک منه نسباً للوصیه.

**در مورد تصرفات مادی از نوع تغییر در موصی به:** بدیهی است اگر در موصی به تغییر ماهیتی صورت گیرد، مؤثر است نه تغییر عارضی، لذا اگر با تغییر، نام و عنوان موصی به عوض شود بعضی معتقدند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۱۹۰): چنین اقدامی خواه از سوی موصی و خواه شخص ثالثی صورت گرفته باشد، موجب بطلان وصیت است؛ مثل اینکه زمینی به صورت باغ درآمده یا در آن احداث بنا صورت گرفته باشد یا گندم آرد شده باشد. ولی برخی دیگر از فقها آن را نپذیرفته و معتقدند (نجفی، ۱۳۳۰ق، ج ۲۸: ۱۹۸) هر گاه موضوع مورد وصیت، جنس خاص و نام مخصوص آن موردنظر و اراده موصی بوده و تغییر یافته باشد، موجب بطلان وصیت و رجوع ضمنی است، اما اگر ذات شیئی، مورد اراده موصی بوده و نوع جنس و نام آن مدنظر موصی نباشد، تغییر نام صرفاً موجب بطلان وصیت نخواهد شد.

**اتلاف موصی به:** که با اتلاف موضوع وصیت منتفی و رجوع محسوب می شود.

## ۲.۲. وضعیت شرط عدم رجوع از وصیت تملیکی ضمن عقد لازم

بی شک چنانچه موصی چنین شرطی را ضمن عقد وصیت کند، به لحاظ اینکه موصی می تواند عقد وصیت را که جایز است برهم زند، شرط نیز که تعهد تبعی است، به تبع آن منتفی می شود. اما اگر به صورت شرط ضمن عقد خارج لازم بر موصی عدم رجوع از وصیت شرط شود، ممکن است چنین استدلال کرد که اگرچه این شرط با حکم مندرج در ماده ۸۳۸ قانون مدنی که حق رجوع موصی می باشد و وصفی ذاتی است، ممکن است مبادنت داشته باشد، ولی به سبب آنکه وفق ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی تا جایی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است، چنین شرطی فاقد اشکال باشد، مثل اینکه نمونه هایی از عقد جایز وجود دارند، مشابه عقد وکالت که می توان آنها را به صورت شرط ضمن عقد خارج لازم گنجانند و آنها را به صورت عقد لازم درآورد. اینکه عدم رجوع مقتضا و از ذاتیات عقد وصیت باشد، کمی دشوار به نظر می رسد، لذا برخی شرط سقوط حق رجوع و وصیت ضمن عقد خارج لازم را باطل ندانسته و بلکه الزام آور دانسته اند (نجفی، ۱۳۳۰ق، ج ۲۸: ۱۹۰). در مقابل گروهی دیگر با اینکه این شرط را خلاف ذات عقد وصیت ندانسته اند، اما معتقدند (کاتوزیان، ۱۳۶۹ ب: ۶۹ و ۷۰): «با وجود این، چون حکمت وصیت در این است که آخرین اراده متوفی اجرا شود، منطقی تر این است که اختیار رجوع برای او محفوظ بماند و رویه قضایی ماده ۸۳۸ را از احکام تخلف ناپذیر به شمار آورد» که به نظر می رسد باید نظر اخیر را قابل قبول و موجه تر دانست.<sup>۱</sup>

۱. محمدجعفر لنگرودی در کتاب الفارق، جلد پنجم ص ۳۰۴ ضمن ایقاع دانستن وصیت تملیکی و به علت اینکه یکی از اوصاف وصیت تملیکی را قصد موصی در التزام ضمن ایجاب وصیت و استمرار آن تا زمان موت او دانسته، در نتیجه امکان

در عین حال باید توجه داشت در مواردی هم که وصیت می‌تواند ضمن عقد به‌عنوان شرط نتیجه محقق شود، آن عقد مشروط هم باید شرایط صحت و تشریفاتی وصیت را رعایت کرده باشد، یعنی اولاً کتبی باشد، ثانیاً عقد مشروط خود اگر رسمی باشد، شرط آن هم به‌عنوان وصیت رسمی و اگر خودنوشت باشد، شرط آن هم به‌عنوان خودنوشت و اگر سری باشد، شرط ضمن آن به‌طور سری واقع شود، به‌نحوی که متابعت شرط و عقد مطابق تشریفات وصیت انجام شده باشد تا صحیح باشد. در نتیجه اگر عقدی به‌صورت عادی انجام و شرط نتیجه ضمن آن هم که متضمن وصیت است، به‌صورت عادی واقع شود، چون وصیت ضمن عقدی شرط شده که رسمی نبوده شرایط لازم پذیرش به‌عنوان وصیت را فاقد است و چنین وصیتی معتبر نخواهد بود. به‌طور کلی چون وصیت از احوال شخصیه محسوب می‌شود، نباید دستاویزی برای ایجاد سایر معاملات و دادوستدها قرار گیرد و موصی باید بتواند با رجوع از وصیت به آخرین اراده و امیال خویش دست یابد.

از طرف دیگر گفته شده است: «صرف استرداد وصیت‌نامه سری از اداره ثبت، انصراف موصی از وصیت نیست و فقط سالب سری بودن وصیت است» (محقق داماد، ۱۳۶۸: ۹۸).

به موجب این نظریه اگر وصیت‌نامه مزبور واجد شرایط قانونی وصیت‌نامه مثلاً به‌صورت خودنوشت باشد، تحت عنوان وصیت‌نامه خودنوشت (در صورت وجود آن و عدم تنظیم وصیت‌نامه یا عمل و اقدام مغایر با آن توسط موصی) می‌تواند معتبر باشد، مگر خلاف این امر توسط ورثه علیه موصی‌له در دادگاه ثابت شود و در حقیقت ورثه ثابت کنند صرف استرداد وصیت‌نامه سری توسط مورثشان دلالت بر عدول و رجوع از وصیت وی به‌طور کلی داشته است.

درحالی‌که در رجوع از هبه وفق موارد مندرج در ماده ۸۰۳ قانون مدنی واهب در آن موارد حق رجوع ندارد و در واقع ممنوع از رجوع است و از جمله در بند ۱ آن همان‌طورکه در ماده اخیر آمده: چنانچه واهب پدر و مادر یا اولاد متهب باشد حق رجوع ندارد، ولی در وصیت تملیکی صرف‌نظر از اینکه موصی‌له از ارحام یا اقارب موصی باشد یا فردی بیگانه و صرف‌نظر از اینکه برای امور خیریه و یا در واقع امور غیرمالی و معنوی خود وصیت کرده باشد در هر حال تا زمان فوت، موصی حق رجوع از وصیت خود را دارد و می‌تواند آن را تغییر دهد. این امر مورد اتفاق فقهای امامیه است که در ماده ۸۳۸ قانون مدنی به‌صراحت ذکر شده است: «موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند». ماده ۸۲۹ همان قانون نیز مقرر کرده است: «و

موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند، حتی در صورتی که موصی‌له، موصی‌به را قبض کرده باشد».

اگرچه در قرآن مجید اشاره‌ای به امکان رجوع موصی از وصیت خود نشده است، برابر احادیث وارده حکم شرعی رجوع موصی از وصیت تملیکی توسط فقها متقدم و معاصر استخراج شده که به نمونه‌هایی از روایات وارده و احکام فقهی مربوطه اشاره می‌شود که علاوه بر آن به دلیل عقلی و منطقی که هر انسان که مالک اموال خود شناخته می‌شود، برابر قاعده الناس مسلطون علی اموالهم حق دارد در مورد مال خود تصمیم‌گیری کند یا تا زمان زنده بودن و اقتدار داشتن بر مال خود به شرط عدم جنون و سفاهت و صغر سن می‌تواند هر تغییری نسبت به اموال خود به عمل آورد. به همین دلایل در مواد ۸۲۹ و ۸۳۹ قانون مدنی ایران و در قوانین غالب کشورهای دنیا این حق برای موصی به رسمیت شناخته شده است. از امام صادق (ع) نقل شده است: «لصاحب الوصیه ان یرجع فیها و یحدث فی وصیتیه مادام حیاً؛ برای موصی این حق وجود دارد که از وصیت رجوع کند و وصیت جدیدی کند تا مادامی که زنده است» (حر عاملی، ۱۴۲۷ق: ۲۰۴-۲۰۳).

در روایت دیگر گفته شده است: «از محمد بن یحیی از محمد بن عیسی بن عبید نقل شده که گفته نامه‌ای نوشتم به علی بن محمد (ع) درباره مردی که وصیت کرد به مال معلومی برای شما و وصیت کرده برای اقرباء خود از جمله پدر و مادرش و سپس وصیتش را تغییر داده به نحوی که آنها را محروم کرده از مالی که اعطاء کرده بود، آیا این نوع وصیت کردن جایز است؟ پس امام (ع) در جواب نوشت: او (موصی) اختیار دارد در جمیع این حالات تا اینکه موت او فرا رسد» (همان). و روایات دیگری که رجوع از وصیت را تا مادامی که موصی زنده باشد برای وی به رسمیت شناخته‌اند که به سبب تطویل کلام از ذکر بقیه خودداری شد.

### ۲.۳. حق یا حکم بودن رجوع موصی از وصیت تملیکی از نظر فقهی و حقوقی

به دلیل آنکه وصیت تملیکی را ایقاع دانسته‌اند، بدیهی است رجوع نیز که خود ایقاع است تا زمان حیات ایقاع‌کننده قابل رجوع می‌باشد، البته این قاعده کلی نیست و فقط در مورد رجوع از وصیت تملیکی مصداق دارد، وگرنه بسیاری از ایقاعات ولو با اراده ایقاع‌کننده محقق می‌شوند، ولی متعاقباً قابل رجوع نیستند، مثل طلاق رجعی، ابراء، فسخ و ... که اینها با اینکه ایقاع‌اند، در صورت وقوع قابل رجوع نیستند.

از نظر آنها که وصیت تملیکی را عقد دانسته‌اند و قانون مدنی ما هم براساس همین نظر تدوین شده است، چون عقدی است غیرلازم از طرف موصی و تا قبل از قبول موصی‌له آن هم پس از فوت موصی در مورد موصی‌له لازم نمی‌شود، تا قبل از فوت، هر زمان موصی اراده



کند، می‌تواند از آن رجوع نماید. خواه صریحاً مثل اینکه الفاظ و کلمات صریح که دلالت بر رجوع دارد به کار ببرد یا به‌طور ضمنی اعمال و اقداماتی انجام دهد که دلالت بر رجوع وی دارد؛ مثل اینکه مال مورد وصیت را به دیگری بفروشد یا هبه کند یا آن را وقف عام یا خاص کند.

به همین ترتیب مبادرت به وصیت‌نامه دیگر خود به‌خود رجوع ضمنی از وصیت اول را ثابت و آن را باطل می‌کند. لیکن باید توجه داشت اگر در مورد عین مال وصیت کرده باشد، با فروش منافع، وصیت عین پابرجاست، در واقع عین مسلوب‌المنفعه به وصیت به موصی‌له واگذار شده است. همچنین تصرف مادی در موصی‌به توسط موصی، به‌نحوی که ذاتاً عین موصی‌به تغییر کند یا تلف شود، به‌منزله رجوع از وصیت و ابطال وصیت است. از طرفی در هر حال موصی نمی‌تواند از اقراری که ضمن وصیت‌نامه‌ای کرده است، ولو از خود وصیت رجوع کند، از آن اقرار عدول و رجوع نماید و در نتیجه اقرارش ثابت و لازم است.

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا رجوع در وصیت توسط موصی حق است یا حکم؟ در اینکه صرف‌نظر از حکم یا حق تلقی شدن رجوع، قابل واگذاری یا انتقال قهری مثل وراثت نیست، تردیدی وجود ندارد، اما در اینکه شخص می‌تواند این حق رجوع از وصیت را ضمن عقد لازمی از خود سلب یا سقط کند، مسئله با ابهاماتی روبه‌روست. در این مورد احدی از اساتید حقوق ضمن اینکه اذعان می‌کند از ظاهر ماده ۸۲۹ قانون مدنی فهمیده می‌شود که قابلیت رجوع وصیت تملیکی که به نفع موصی است از قواعد آمره است و قابل اسقاط هم نیست، به استناد مواد ۲۴ و ۲۶ قانون بیمه<sup>۱</sup> که این مطلب از آن استفاده می‌شود که اگر ضمن عقد بیمه، بیمه‌گر حسب تقاضای بیمه‌گذار و به قصد وصیت، تعهد کند که وجه بیمه را در حق ثالث بدهد، باید به تعهد خود عمل کند، در این صورت عقد لازم که وصیت تملیکی ضمن آن به‌عمل آمده لازم می‌شود، ولی می‌توان گفت بیمه‌گذار با استفاده از صدر ماده ۲۶ قانون بیمه و با استفاده از قابلیت رجوع وصیت تملیکی می‌تواند وجه بیمه را به شخص دیگری بدهد؛ معتقد است: «با اینکه قابلیت رجوع در این مورد هم وجود دارد مع‌الوصف و صرف‌نظر از این دو ماده چه از نظر تئوری و چه از نظر عملی، ماده ۸۲۹ ق. م از قواعد آمره تلقی نمی‌شود و در نتیجه قابلیت رجوع از عناصر وصیت تملیکی نمی‌تواند باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۵۴).

۱. ماده ۲۴ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶/۲/۷ مقرر می‌دارد: «وجه بیمه عمر که باید بعد از فوت پرداخته شود به ورثه قانونی پرداخته می‌شود مگر اینکه در موقع عقد بیمه یا بعد از آن در سند بیمه قید دیگری شده باشد. که در این صورت وجه بیمه متعلق به کسی خواهد بود که در سند بیمه اسم برده شده است». ماده ۲۶ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «در تمام مدت اعتبار قرارداد بیمه عمر بیمه‌گذار حق دارد وجه معینه در بیمه‌نامه را به دیگری منتقل نماید انتقال مزبور باید به امضاء انتقال‌دهنده و بیمه‌گر برسد».

نویسنده مذکور سپس اضافه می‌کند: «تبصره - هر چند ماده ۸۲۹ ق. م فقط از قابلیت رجوع در وصیت تملیکی بحث کرده است ولی ماده ۸۳۸ ق. م به‌طور عام و در جمیع اقسام وصایا از قابلیت رجوع سخن رانده است و ما می‌دانیم که قابلیت رجوع در وصیت عهدی فرقی با قابلیت رجوع در وصیت تملیکی ندارد و از طرف دیگر در بحث از عناصر وصیت عهدی خواهیم دید که در وصیت عهدی، قابلیت رجوع از قواعد آمره تلقی نشده است. بنابراین در وصیت تملیکی هم نباید آن را از قواعد آمره تلقی کرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۵۶-۵۵). در نتیجه از این دیدگاه رجوع از وصیت تملیکی حق است نه حکم.

یکی دیگر از اساتید حقوق در این زمینه می‌گوید: «رجوع از وصیت حق است، زیرا اصل در اختیاری که به‌وسیله مقررات مربوط به امور مالی به کسی داده می‌شود آن است که حق و متعلق به دارنده آن باشد و بتواند اسقاط نماید، مگر آنکه قانون به جهتی از جهات آن را حکم بداند. ماده‌ای دیده نمی‌شود که رجوع را حکم بداند و از مواد مربوط به وصیت این امر دانسته نمی‌شود، بنابراین موصی می‌تواند آن را ساقط نماید و یا وصیت را به‌صورت شرط ضمن عقد لازمی قرار دهد. در این دو صورت موصی نمی‌تواند از وصیت خود رجوع کند» (امامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۶). برخی حقوقدان‌ها مشابه همین استدلال شرط سقوط حق رجوع وصیت ضمن عقد لازم را باطل ندانسته و لازم‌الوفاء می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۶۸: ۹۸؛ ارشدی، ۱۳۸۷: ۱۹۲-۱۹۱؛ طاهری، ۱۳۷۵، ج ۵: ۱۴۳).

در جهت مخالف برخی دیگر از اساتید حقوق معتقدند: «در اینکه آیا رجوع از وصیت حقی قابل اسقاط است یا از احکام تخلف‌ناپذیر وصیت، تردید و اختلاف است. ولی، چون حکمت وصیت در این است که آخرین خواست‌های مشروع متوفی اجرا شود و موصی تا لحظه مرگ بتواند آرمان‌های تازه خویش را جامه عمل بپوشاند، منطقی‌تر این است که امکان رجوع از احکام تلقی شود و غیرقابل اسقاط باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۵۲۰ و ۱۳۶۹ الف، ج ۳: ۴۰۱ و ۲۹۲). به نظر استاد اخیر اگرچه ممکن است گفته شود ماهیت اعمال تبرعی به‌نحوی است که باید همواره بتوان از آن رجوع کرد و از این رو نمی‌توان آن را به‌صورت تعهد لازم درآورد و از طرفی چون وصیت معلق به موت موصی است، قبل از آن حقی برای موصی له به‌وجود نمی‌آید و همه‌چیز در اختیار موصی است که حق دارد اراده خود را تغییر دهد و مشابه واهب پیش از قبض حق رجوع دارد، ولی اولاً این قاعده که رجوع از تبرع نتیجه ماهیت آن است و به تراضی از بین نمی‌رود، خود محل بحث است و در هبه می‌توان آن را ساقط کرد؛ ثانیاً بین تعلیق اثر عقد و جایز بودن آن ملازمه‌ای وجود ندارد و نمی‌توان پذیرفت هر عقد معلق جایز است، بلکه برابر قاعده هر عقد اعم از لازم یا جایز اقتضا دارد در حدود مفاد خود الزام‌آور باشد. بنابراین به مقتضای قواعد، موصی می‌تواند به‌وسیله شرط عدم رجوع در وصیت یا عقد

لازم دیگر با شرط کردن وصیت ضمن عقد لازم، وصیت را غیرقابل رجوع سازد، اما چون حکمت وصیت در این است که آخرین خواسته‌های متوفی اجرا شود، منطقی‌تر این است که اختیار رجوع او محفوظ بماند و تا آخرین لحظه حیات از وی سلب نشده باشد.

بدین ترتیب ایشان هم برابر قانون مدنی و وضع موجود و اقتضای قواعد حقوقی عقود جایز و لازم، ضمن اینکه شرط رجوع را خلاف مقتضای ذات وصیت نمی‌داند، مع الوصف به استدلالی که ذکر کرده و به سبب حفظ مصالح موصی و بر کرسی نشستن آخرین اراده وی و عدم هر گونه مانع در جهت آخرین خواسته‌های وی، بهتر دانسته رویه قضایی ماده ۸۳۸ قانون مدنی را از احکام تخلف‌ناپذیر محسوب کند نه حق صرف و محض که قابل اسقاط باشد.

این تردید را در فتاوی برخی مجتهدان معاصر هم می‌توان دید، بدین توضیح که در این مورد از احدی از مراجع معظم تقلید معاصر یکبار در خصوص حکم بودن رجوع از وصیت استفتاء به شرح زیر می‌شود که این گونه پاسخ داده می‌شود (سبحانی، ۱۳۹۱، ج ۲: ۴۶۶):

«سؤال ۱۴۰۹- آیا جواز رجوع از وصیت حق است که با شرط بتوان اسقاط کرد؟»

[پاسخ] باسمه تعالی: ظاهراً حکم است و قابل اسقاط نیست. والله العالم.»

ولی متعاقباً که از همین مرجع محترم همین سؤال عیناً استفتاء می‌شود چنین پاسخ داده

می‌شود (سبحانی، ۱۳۹۴، ج ۳: ۴۶۶):

«سؤال ۱۴۴۷- آیا موصی می‌تواند حق رجوع از وصیت را اسقاط نماید؟»

[پاسخ] باسمه تعالی: وصیت یک نوع تعهد یکطرفه است و می‌تواند از تعهد خود برگردد

ولی در ضمن عقد خارج لازم می‌تواند حق رجوع را ساقط کند. والله العالم.»

ملاحظه می‌شود مؤخر بر استفتای سابق نظر مجتهد یادشده تقریباً به‌طور کامل با نظر قبلی ایشان تفاوت دارد که احتمالاً در فتوای قبلی خود تجدیدنظر کرده است و در هر حال رجوع از وصیت را حق دانسته که قابل اسقاط است، اگرچه متعاقباً با استفتا که نگارنده شخصاً از ایشان به‌عمل آوردم، مجدداً بر نظریه اول خود که حکم بودن رجوع از وصیت تملیکی است، تأکید کرده است!

چنانکه در استفتائات دیگر، غالب مراجع معاصر هم، رجوع از وصیت را حکم دانسته‌اند

که به آن اشاره می‌شود:

«سؤال: حق رجوع در وصیت حق است یا حکم؟»

جواب:

۱. استفتائات شماره ۶۱۵۸۲۹ مورخ ۹۶/۳/۴ از دفتر آیت‌الله مکارم شیرازی، شماره ۱۱۷۲۶ مورخ ۹۶/۱/۲۴ از دفتر آیت‌الله علوی گرگانی، شماره ۱۱۷۷۹ مورخ ۹۶/۳/۴ از دفتر آیت‌الله شبیری زنجانی، شماره ۵/۲۴/۱۱۳۸۱ مورخ ۹۶/۲/۹ از دفتر آیت‌الله سید صادق حسینی شیرازی و شماره ۱۰۱۴۳ مورخ ۹۶/۳/۱۹ از دفتر آیت‌الله جعفر سبحانی.

۱. آیت‌الله مکارم شیرازی: حکم است زیرا حق بودن دلیل خاص می‌خواهد.
۲. آیت‌الله علوی گرگانی: حکم است با استظهار از روایات.
۳. آیت‌الله شبیری زنجانی: حکم است.
۴. آیت‌الله سید صادق حسینی شیرازی: حکم شرعی است.
۵. آیت‌الله جعفر سبحانی: رجوع در وصیت حکم است و قابل اسقاط نیست.

**تبصره:** سؤالی ممکن است مطرح شود که آیا در صورت حجر موصی قبل از فوت، حق رجوع از بین می‌رود یا در اختیار ولی او قرار می‌گیرد؟ در حقوق ایران پاسخ صریحی در مورد این سؤال وجود ندارد، ولی برخی حقوقدان‌ها گفته‌اند: «ضرورتی ندارد که شرایط موصی تا زمان مرگ او باقی بماند، و عارض شدن جنون یا سفه بعد از انشاء تأثیری در صحت وصیت ندارد زیرا راست است که موصی قبل از مرگ می‌تواند از وصیت رجوع کند، وصیت را نباید در شمار عقود جایز آورد و حکم انحلال عقد جایز در نتیجه جنون و سفه را جاری کرد...» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۸۹). با توجه به استدلال یادشده و استصحاب صحت وصیت در مقام تردید در اینکه بر فرض سلامت موصی تا قبل از فوت آیا از آن رجوع کرده یا خیر و با توجه به قائم به شخص بودن رجوع و پیوند معنوی موصی با آن به نظر می‌رسد این حق (رجوع از وصیت تملیکی) قابل انتقال به ولی یا قیم محجور نباشد.

### ۳. مطالعه تطبیقی رجوع از وصیت تملیکی در حقوق مصر و انگلیس

#### ۳.۱. رجوع از وصیت در حقوق مصر

ماده ۱۹ قانون مدنی مصر وصیت را تابع احکام شریعت اسلامی و قوانین ناظر بر آن دانسته است (نوری، ۱۳۸۸: ۲۸۰) که در مصر قانون جداگانه راجع به وصیت در سال ۱۹۴۶ میلادی تصویب شده که مواد ۱۸ و ۱۹ قانون وصیت مصر از رجوع از وصیت صحبت کرده است. به موجب ماده ۱۸ قانون یادشده: «يجوز للموصی الرجوع عن الوصیه کلها او بعضها صراحة او دلاله و يعتبر رجوعاً عن الوصیه کل فعل او تصرف یدل بقرینه أو عرف علی الرجوع عنها و من الرجوع دلاله کل تصرف یزیل ملک الموصی عن الموصی به» (ابوزهره، ۱۹۵۰: ۲۷۵).

در متون قانونی و کتب شارحان قانون مدنی مصر بحثی در مورد اینکه رجوع از وصیت توسط موصی حق صرف است که موصی بتواند آن را از خود سلب و ساقط کند یا در زمره تکالیف الهی و حکم صرف محسوب می‌شود که امکان سلب آن نباشد، به جز یک مورد که گفته خواهد شد، ملاحظه نشد. کما اینکه در مبحث رجوع از وصیت در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه ملاحظه شد به سکوت برگزار شده و به نظر برخی حقوقدان‌ها جنبه حکم بودن آن ترجیح دارد. چنانکه در استفتانات به عمل آمده از مراجع معظم تقلید هم اختلاف نظر وجود

داشت که به آن اشاره شد، اما در خصوص علت وضع حکم یادشده در حقوق مصر گفته شده: «چون وصیت عقد تبرعی و در نتیجه غیر لازم می‌باشد موصی‌له می‌تواند کل وصیت تملیکی یا بعض آن را رد نماید و متقابلاً به دلیل اینکه این حکم مظهري از مظاهر تشریح بوده که با دقت وضع گردیده که اگر موصی از نعمت اولاد محروم بود و قسمتی از اموال خود را برای امور خیر یا دیگران وصیت نمود و متعاقباً به فضل پروردگار اولادی به او داده شد، استطاعت بر رجوع از آنچه وصیت کرده یا بخشی از آن جهت ارتزاق اولاد خود داشته باشد» (شحاته الحسینی، ۱۹۷۶م: ۷۸).

به همین سبب بعضی شارحان حقوق مصر شرط سقوط حق رجوع از وصیت تملیکی را صراحتاً باطل دانسته‌اند (ابراهیم بک، ۱۹۸۲م: ۴۳).

مطلب دیگر اینکه رجوع در حقوق مصر به دو صورت امکان‌پذیر است:

رجوع صریح که همان رجوع با الفاظی است که صراحت در رجوع وصیت داشته باشد مثل رجعت فی وصیتی یا نقضتها یا ابطلتها.

رجوع ضمنی و آن هر تصرف قولی یا فعلی است که شأن آن تصرف عین موصی‌به را از ملک موصی خارج کند، مثل اینکه موصی‌به را بفروشد یا آن را مهریه ازدواج قرار دهد و از این قبیل (شحاته الحسینی، ۱۹۷۶م: ۷۸).

و اما به موجب ماده ۱۹ قانون وصیت مصر انکار یا تکذیب وصیت، رجوع از وصیت محسوب نمی‌شود. این ماده مقرر می‌دارد: «لا یعتبر رجوعاً عن الوصیه جحدھا ولا ازاله بناء العین الموصی بها و لا الفعل الذی یزیل اسم الموصی به أو یغیر معظم صفاته ولا الفعل الذی یوجب فیه زیاده لا یمكن تسلیمه الا بها الا اذا دلت قرینه او عرف علی أن الموصی یقصد بذالک الرجوع عن الوصیه» (ابوزهره، ۱۹۵۰م: ۲۷۶).

برخی شارحان قانون وصیت مصر گفته‌اند: «فقها در اینکه انکار وصیت رجوع از وصیت محسوب می‌شود یا خیر اختلاف نظر دارند پس رأی امام محمد این است که انکار وصیت اعتبار رجوع از وصیت را ندارد زیرا انکار وصیت کذب آن است و کذب متعلق حکم واقع نمی‌شود. ولی مالکیه و امام ابویوسف از حنیفه بر این اعتقادند که انکار وصیت آن را باطل می‌کند زیرا انکار وصیت نفی وجود آن در گذشته و حال محسوب می‌شود پس چنین حالتی (انکار) اقوا از رجوع صریح از وصیت می‌باشد» (شحاته الحسینی، ۱۹۷۶م: ۷۹).

به هر حال ملاحظه شد قانون وصیت مصر در ماده ۱۹ نظر امام حنفی را ترجیح داده (شریبی خطیب، ۱۹۵۸م: ۷۲-۷۱) و انکار وصیت را رجوع محسوب نکرده است. همچنین از بین بردن عین موصی‌به یا انجام عملی را که باعث ازاله اسم موصی‌به گردد که تسلیم آن غیرممکن شود رجوع یا در حکم رجوع از وصیت ندانسته است. مگر اینکه ثابت شود این اقدامات قرینه باشد

یا عرف بر این مبنا بدانند که موصی آنها را به قصد رجوع انجام داده باشد که صرفاً در این صورت رجوع محسوب خواهد شد. در هر حال چنانکه گفته شد، در حقوق مصر رجوع از وصیت حکم محسوب می‌شود. در ضمن در خصوص حجر موصی قبل از فوت گفته شده است: «به موجب بند اول ماده ۱۴ قانون وصیت مصر، در صورتی که موصی بعد از انشاء وصیت مجنون شود و قبل از موت افاقه نیابد، وصیت باطل خواهد بود. این حکم از مذهب حنفی اقتباس و برای توجیه آن استدلال شده است که چون وصیت عقد جایزی است و در این گونه قراردادها کلیه شرایطی که برای انعقاد قرارداد ضرورت دارد جهت بقای آن نیز لازم است. به اضافه امکان دارد که اگر موصی سالم بود از اراده خود منصرف می‌شد برای مراعات این حق موصی، وصیت را باید باطل دانست. این استدلال چنانکه مورد انتقاد بعضی از حقوقدانان مصری قرار گرفته است دلیل محکمی به نظر نمی‌رسد زیرا، نه تنها محقق نیست که موصی از اراده خود منصرف شود، به همان دلیل صدور وصیت از ناحیه او، بیشتر احتمال دارد که بر این اراده باقی بماند» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۹۰-۸۹).

### ۳.۲. رجوع از وصیت تملیکی در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس وصیت به طور مطلق بررسی و مورد بحث قرار دارد و به وصیت عهدی یا تملیکی تقسیم نشده است (WALKER, 1980: 1301). از طرفی قواعد وصیت و ارث کاملاً به هم آمیخته است و از این نظر افتراق مبنایی با حقوق ما (ایران) دارد. در حقیقت شخصی که فوت می‌کند، چنانچه وصیت معتبری کرده باشد که اموالش باید چگونه تقسیم شود، به همان شکل عمل می‌گردد و متوفای با وصیت‌نامه نامیده می‌شود. ولی اگر وصیت نکرده و فوت کرده باشد، متوفای بدون وصیت‌نامه نامیده می‌شود. با این توضیح رجوع از وصیت<sup>۱</sup> که بیشتر به معنی فسخ نزدیک است، می‌توان در حقوق انگلیس از عناصر ذاتی وصیت‌نامه محسوب کرد و به‌عنوان یک رکن وصیت، موصی باید هر زمان تا قبل از فوت حق تغییر و اصلاح آن را داشته باشد و در نتیجه حکم تلقی می‌شود و حق صرف نیست که این رجوع یا فسخ ممکن است صریح باشد یا ضمنی و اغلب به چهار صورت امکان‌پذیر است که عبارت‌اند از:

الف) وصیت‌نامه مؤخر یا متمم؛

ب) نوشته‌ای که مثل خود وصیت‌نامه قابلیت اجرایی داشته باشد؛

ج) ازدواج متعاقب موصی؛

د) انهدام وصیت‌نامه با قصد فسخ (رجوع) که به ترتیب آنها را بررسی می‌کنیم:

**الف) فسخ یا رجوع از طریق وصیت‌نامه مؤخر یا متمم**

چنانچه در وصیت‌نامه مؤخر یا متمم قیدی در همان ابتدا وجود داشته باشد که اشاره شده باشد، تمام وصیت‌نامه‌های قبلی فسخ‌شده طبیعی است به‌صراحت موصی از وصیت قبلی خود رجوع کرده است. اما در صورت عدم چنین قیدی لزوماً وصیت‌نامه بعدی فاسخ یا موجب رجوع وصیت‌نامه قبلی نیست و صرفاً تا حد تعارض با وصیت قبلی آن را فسخ می‌کند. از این‌رو اگر موصی (T) منزل معینی را در وصیت اول خود به (A) و در وصیت بعدی آن را به (B) واگذار کرده باشد، منزل به (B) تعلق می‌گیرد و وصیت‌نامه قبلی فسخ‌شده تلقی می‌شود. ولی اگر نامبرده در وصیت‌نامه اولش ۵۰۰ پوند به (X) و در وصیت‌نامه بعدی که قید فسخ وصیت‌نامه اولی را ندارد، ۵۰۰ پوند هم برای (Y) وصیت کرده باشد، وصیت‌نامه بعدی رجوع از وصیت اول یا موجب فسخ وصیت اول محسوب نمی‌شود و هر دو نفر (X) و (Y) هر کدام ۵۰۰ پوند به‌عنوان وصیت از مال موصی دریافت خواهند کرد (هر دو وصیت قابل اجرا می‌باشد) (PAFIELD, 2007: 300).

**ب) نوشته‌ای که محتوای وصیت را ندارد، ولی قدرت اجرایی فسخ وصیت‌نامه را دارد**

ممکن است موصی مبادرت به وصیت‌نامه مؤخر نکند ولی نوشته‌ای را امضاء کند که مفهوم آن فقط دلالت بر فسخ وصیت‌نامه اول داشته باشد و شهود آن را امضاء نموده و تصدیق شده باشد ولی لازم نیست به جزئیات و محتوای وصیت اشاره شده باشد کافی است نوشته دلالت بر فسخ وصیت‌نامه داشته باشد.

این نظر در رأی قضایی (پرونده معروف به این دِ گودز آو دورانس سال ۱۸۷۲) پذیرفته شد (Ibid: 301).

**ج) ازدواج متعاقب موصی**

براساس ماده ۱۸ قانون وصایا مصوب سال ۱۸۳۷ مقرر شده بود موصی خواه مرد باشد یا زن، ازدواج بعدی وی موجب فسخ وصیت‌نامه می‌شود. بعداً ماده جدیدی به نام ۱۸ الف قانون اجرای عدالت مصوب سال ۱۹۸۲ جایگزین ماده ۱۸ قانون وصایای مصوب سال ۱۸۳۷ شده و ضمن الغای ماده ۱۷۷ قانون حقوق اموال مصوب سال ۱۹۲۵ این اصل کلی قانون سال ۱۸۳۷ را مشروط کرده است. بدین توضیح که اگر از وصیت‌نامه استنباط شود، موصی در زمان وصیت خود قصد ازدواج با شخص خاص را داشته و نمی‌خواسته که وصیت‌نامه‌اش با ازدواجش فسخ شود، چنین وصیت‌نامه‌ای فسخ نخواهد شد. مضافاً اگر استنباط شود قصد فسخ هر کدام از بندهای وصیت‌نامه‌اش را با ازدواجش نداشته آن بند یا بندهای وصیت‌نامه فسخ نمی‌شود یا آن بند خاص به قوت خود باقی می‌ماند. به‌عکس ممکن است معلوم شود قصد موصی از ازدواج فسخ یک یا چند بند دیگر وصیت‌نامه بوده، در آن صورت آن بند یا بندهای خاص وصیت‌نامه بی‌اعتبار (فسخ) خواهد شد. ماده جدید (۱۸ الف مصوب سال

۱۹۸۲) مقرر کرده است: به جز در مواردی که وجود قصد مخالفی در وصیتنامه احراز می‌شود اگر نکاح موصی بر اثر طلاق<sup>۱</sup> یا فسخ قضایی<sup>۲</sup> یا تأیید بطلان<sup>۳</sup> منحل گردد امکان انتصاب همسر قبلی به عنوان مدیر ترکه یا امین ترکه وجود ندارد و بی‌اعتبار خواهد بود و در این صورت هرگونه واگذاری رایگان به همسر سابق باطل خواهد بود (Ibid).

#### د) فسخ وصیتنامه از طریق از بین بردن آن مقرون به قصد فسخ موصی

موصی ممکن است خود یا با دستور به شخص دیگر در حضور خودش مشروط به اینکه قصد فسخ وصیتنامه را داشته باشد با پاره کردن وصیتنامه یا آتش زدن آن را از بین ببرد (مواد ۲۰ و ۲۱ قانون وصایای مصوب سال ۱۸۳۷)، چنین اقدامی را فسخ یا رجوع از وصیتنامه دانسته است.

از رویه قضایی انگلیس آرای متفاوتی در خصوص این موضوع نقل شده که به آن اشاره می‌شود:

در پرونده رِ آدامز متوفی (۱۹۹۰) که امضاهاى موصی و شهود تصدیق‌کننده با قلم خودکار مخدوش و محو شده بود، کافی برای فسخ وصیتنامه دانسته شد. البته در این مورد دلیل روشنی بر اینکه از بین بردن وصیتنامه ارادی بوده است در دسترس بوده از این جهت انهدام جزئی مثل موارد مذکور را کافی برای فسخ دانسته‌اند (Ibid).

قاضی لرد جیمز در دعوی چیز علیه لاورجری (۱۸۷۷) چنین رأی می‌دهد که: «هر از بین بردنی که در جهان واقع شود بدون اینکه قصد فسخ احراز شود موجب فسخ و یا انحلال وصیتنامه نخواهد شد کما اینکه قصد فسخ وصیتنامه هم بدون اینکه عمل مادی منهدم کردن یا از بین بردن اتفاق افتد نمی‌تواند موجب فسخ وصیتنامه شود (هر دو عمل انهدام و قصد فسخ باید توأمأً موجود باشد)» (Ibid).

با گم شدن وصیتنامه یا از بین بردن آن توسط موصی یا دیگری بدون اینکه قصد فسخ موصی احراز شود، وصیتنامه فسخ نمی‌شود و در این مورد ذی‌نفع می‌تواند محتویات وصیتنامه را با ادله دیگری همچون رونوشت وصیتنامه یا پیش‌نویس آن یا دلیل شفاهی اثبات کند (دعوی سوگدن علیه لرد سنت لئوناردز، ۱۸۷۶؛ PAFIELD, 2007: 301).

در دعوی گیل علیه گیل (۱۹۰۹) در این خصوص که مشاور حقوقی موصی صلاحیت از بین بردن وصیتنامه وی را ندارد، مگر در حضور موصی و به دستور او واقع شده باشد. چنین رأی داده شد: «اگر عمل انهدام وصیتنامه در زمان از بین بردن وصیتنامه توسط مشاور حقوقی با دستور موصی و در حضور او واقع نشده باشد، هیچ اجازه‌ای برای تنفیذ عمل انهدام

1. Divorce  
2. Annulment  
3. void



مشاور حقوقی پس از آن زمان توسط موصی مؤثر نیست (کارگر واقع نمی‌شود)» (PAFIELD, 2007: 301).

در حقوق انگلیس اصل و فرض بر اعتبار وصیت‌نامه سابق موصی است تا ثابت شود موصی قصد فسخ وصیت‌نامه خود را به‌طور مطلق داشته است. در این صورت اگر اقدام ناقصی هم برای انهدام وصیت‌نامه خود کرده باشد، ولی به‌دلیل مثلاً فوت قبل از تکمیل آن موفق به انجام این کار نشده باشد، دادگاه آن وصیت‌نامه را فسخ شده تلقی می‌کند. به‌عکس اگر ثابت شد موصی قصد فسخ وصیت‌نامه خود را به‌طور مطلق نداشته یا در ذهن خود با اعتقاد نادرست خود به چنین قصد اشتباهی رسیده بوده، مثلاً فکر می‌کرده با مرگ او در صورتی که وصیت‌نامه هم نداشته باشد همه اموالش خودبه‌خود به همسرش می‌رسد، با این اعتقاد نادرست وصیت‌نامه خود را از بین برده و سپس مرده است. در این حالت دادگاه رأی داده با توجه به اوضاع و احوال و اشتباه در قصد فسخ موصی، همسر وی (موصی‌له) می‌تواند با رونوشت وصیت‌نامه پاره‌شده یا از بین رفته هم آن را ارائه دهد تا نسبت به تصدیق صحت آن و انتفاع از وصیت‌نامه متوفی، همسرش بتواند استفاده کند (رأی صادره در مورد ماترک گرین استریت سال ۱۹۳۰) (Ibid: 302).

این اصل در حقوق انگلیس به نظریه یا دکترین اعتبار نسبی یا ارتباطی فسخ<sup>۱</sup> معروف شده است.

در پایان این گفتار لازم است به این مطلب اشاره شود که در حقوق انگلیس فرضی تحت عنوان احیا و صایای فسخ شده<sup>۲</sup> مطرح شده است، بدین توضیح که شخصی که وصیت اول خود را به یکی از روش‌های گفته شده فسخ کرده یا از آن رجوع کرده باشد، می‌تواند آن را یا از طریق تنفیذ مجدد<sup>۳</sup> وصیت‌نامه اول، یا متممی که با شرایط لازم امضا شده و دلالت کامل بر قصد معتبر ماندن وصیت اول توسط موصی داشته باشد، وصیت اول را احیا کند. البته مقرر شده احیای وصیت اول صرفاً از طریق از بین بردن وصیت دوم توسط موصی صورت نمی‌گیرد و تحقق نمی‌یابد. از این رو گفته شده است فرض کنیم که موصی وصیت‌نامه شماره ۱ را تنظیم می‌کند، در این حالت به صرف اینکه وصیت‌نامه شماره ۲ را از بین ببرد یا معدوم کند، موجب نمی‌شود وصیت‌نامه شماره ۱ احیا و معتبر محسوب شود. این اقدام تنها سبب می‌شود هیچ‌کدام از دو وصیت‌نامه معتبر نباشند و چنین شخصی متوفای بدون وصیت‌نامه تلقی شود (HEWISTON(r), 2010-2011: 8-9).

1. Doctrine of Dependent Relative Revocation  
2. Revival of revoked wills  
3. Re- execution

در حقوق ایران نیز اگرچه رجوع از رجوع پذیرفته نیست، چون با رجوع از وصیت چه با وصیت دوم متعارض واقع شده و چه با اراده صریح رجوع از وصیت اول صورت گرفته باشد، موضوع رجوع با ایجاد رجوع خودبه‌خود منتفی شده و چیزی وجود ندارد تا بتوان مجدد به آن رجوع کرد. لیکن به نظر می‌رسد این راه‌حل در حقوق انگلیس که صرف از بین بردن وصیت‌نامه دوم موجب احیای وصیت اول نمی‌شود، در حقوق ایران قابل عمل نباشد، چراکه گفته شده است: «با وجود این، در صورتی که رجوع از وصیت به‌طور ضمنی و از راه تملیک معلق به مرگ موصی باشد، عدول از آن امکان دارد: برای مثال، اگر موصی وصیتی متضاد با وصیت نخست خود انشاء کند، سپس وصیت دوم را فسخ نماید، با توجه به ماده ۸۳۶ قانون مدنی، وصیت سابق دارای اعتبار است» (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ب: ۳۲۰).

در واقع در حقوق ایران با رجوع از وصیت عمل حقوقی منحل می‌شود و اعاده اعتبار امر معدوم قابل پذیرش عقلی نیست. ولی در صورتی که رجوع از وصیت اول به‌صورت ضمنی و از جمله با تنظیم وصیت معارضی با وصیت اول محقق شده باشد و موصی نهایتاً به وصیت دوم رجوع کند یا وصیت دوم را فسخ کند، وصیت اول معتبر خواهد ماند. درحالی‌که در حقوق انگلیس به صرف انهدام وصیت دوم، وصیت اول اعتبارش محفوظ نمی‌ماند و هر دو وصیت از اعتبار می‌افتد و شخص متوفای بدون وصیت‌نامه محسوب می‌شود.

#### ۴. نتیجه‌گیری

ملاحظه می‌شود با لحاظ ملاکات مطرح شده حق رجوع از وصیت تملیکی تا زمان فوت موصی در حقوق مصر و انگلیس از قواعد آمره است، ولی صرف‌نظر از اختلاف نظر حقوقدان‌ها، در مورد حکم یا حق صرف دانستن رجوع از وصیت تملیکی در حقوق ایران تردید وجود دارد. قطع‌نظر از اینکه با توجه به عمومات و ملاکات قوانین موجود به‌خصوص قانون مدنی در امور مالی برخلاف حقوق غیرمالی و معنوی اصل بر اسقاط این‌گونه حقوق است و وقتی موصی برابر قاعده تسلیط حق دارد نسبت به مال خود هر گونه تصمیم‌گیری که تمایل دارد اتخاذ کند و با وجود استحباب وصیت مختار در اصل وصیت کردن یا نکردن است، به طریق اولی یکی از این حقوق هم سلب کردن حق رجوع خود از وصیت می‌باشد.

پس در نظر نخست می‌تواند از این حق استفاده کند و از طرف دیگر، در حقوق ایران صریحاً هیچ مقرره‌ای بر حکم و تکلیف بودن، تغییر وصیت یا رجوع از وصیت توسط موصی وجود ندارد و برابر اصل آزادی اراده، اشخاص در امور مالی و حقوق مالی خود دارای اختیار کامل هستند؛ با این حال وصیت چون جزء احوال شخصیه محسوب می‌شود و جنبه مذهبی و معنوی آن به جنبه مادی آن ارجحیت دارد و از طرفی فرض قانون و شرع بر بازگذاشتن دست

موصی و امکان تغییر اراده وی تا آخرین لحظه حیات اوست و سلب کردن این حق از خود با اقتضای رجوع موصی بنابر ملاحظات و مسائلی که در آینده برای او پیش خواهد آمد و قابل پیش‌بینی نیست منافات دارد، به نظر می‌رسد حق رجوع موصی را باید در زمره احکام و تکالیف موصی محسوب کرد تا جلوی آخرین اراده وی و تغییراتی که به صلاح وی و حقوق احتمالی دیگران است، گرفته نشود. به همین سبب غالب فقهای معاصر امامیه بر حکم بودن آن فتوا داده‌اند، بدین ترتیب شایسته است تا اصلاح ماده قانون ۸۳۸ قانون مدنی توسط قانون‌گذار، رویه قضایی به دلایل گفته شده و هماهنگی با نظرهای اتفافی فقهای معاصر امامیه و یکنواختی با حقوق کشورهای مورد مطالعه در این تحقیق، چنین حقی را قابل اسقاط نداند.

## منابع

### الف) فارسی

۱. ارشدی، علی‌یار (۱۳۸۷). *وصیت در حقوق ایران و مذاهب اسلامی*، ج اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۶۴). *حقوق مدنی*، ج سوم، ج ۳، تهران: انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴). *دانشنامه حقوق خصوصی*، ج اول، ج ۳، تهران: محراب فکر.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). *الفارق*، ج دوم، ج ۵، تهران: گنج دانش.
۵. ----- (۱۳۹۰). *حقوق مدنی (وصیت)*، ج سوم، تهران: گنج دانش.
۶. ----- (۱۳۶۷). *ترمیم‌ولوژی حقوق*، ج دوم، تهران: گنج دانش.
۷. سبحانی، جعفر (۱۳۹۱). *استفتائات*، ج اول، ج ۲، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۸. ----- (۱۳۹۴). *استفتائات*، ج اول، ج ۳، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۹. طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۵). *حقوق مدنی*، ج اول، ج ۵، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. عمید، حسن (۱۳۷۹). *فرهنگ عمید*، ج سی‌ام، تهران: امیرکبیر.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹). *الف. حقوق مدنی (عقود معین، عطایا)*، ج اول، ج ۳، تهران: یلدا.
۱۲. ----- (۱۳۶۹). *ب. وصیت در حقوق مدنی ایران*، ج دوم، تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز.
۱۳. ----- (۱۳۸۱). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ج هفتم، تهران: میزان.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۸). *وصی*، ج اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۵. معین، محمد (۱۳۸۶). *فرهنگ معین*، ج چهارم، تهران: پارس نوین.
۱۶. نوری، محمدعلی (۱۳۸۸). *ترجمه قانون مدنی مصر*، ج اول، تهران: گنج دانش.

### ب) عربی

۱۷. ابراهیم بک، شیخ احمد (۱۹۸۲م). *وصیت*، ج چهارم، بیروت: الدارالجامعیه.
۱۸. ابوزهره، محمد (۱۹۵۰م). *شرح قانون الوصیه*، ج دوم، قاهره: مکتبه الانجلو المصریه.
۱۹. حرّ عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۲۷ق). *وسائل الشیعه*، ج اول، ج ۷، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۲۰. حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن معروف به محقق (۱۴۰۸ق). *شرایع الاسلام*، ج اول، ج ۲، قم: انتشارات موسسه اسماعیلیان.
۲۱. حلی، علامه جمال‌الدین حسن بن یوسف (بی‌تا). *تذکره الفقهاء (کتاب الوصایا)*، چاپ سنگی، ج ۲، بی‌جا.

٢٢. شحاته الحسينى، محمد مصطفى (١٩٧٦م). *الاحوال الشخصيه فى الولايه و الوصيه و الوقف*، ج اول، قاهره: مطبعه دارالتاليف.
٢٣. شربيني، خطيب (١٩٥٨م). *مغنى المحتاج*، ج اول، ج ٣، بيروت: داراحياء التراث العربى.
٢٤. شهيدثانى، زين الدين جبل عاملى (بى تا). *مسالك الافهام (شرح بر شرايع محقق)*، چاپ سنگى، ج ١، بى جا.
٢٥. عاملى، سيد محمدجواد (١٣٢٦ق). *مفتاح الكرامه (شرح بر قواعد علامه)*، چاپ مصر، ج ٩.
٢٦. نجفى، محمدحسن (١٤٣٠ق). *جواهرالكلام*، ج ١، ج ٢٨، بيروت: داراحياء التراث العربى.

### (ج) خارجى

27. HEWITSON(r), (2012). *Property Law Statutes*, (2010-2011). London, Routledge Taylor and Francis Group
28. PADFIELD(c. f),(2007). *Law Made Simple*, London,10ed.
29. WALKER(d. m),(1980). *The Oxford Companion to Law*, Clarendon, Oxford University Press.