

بررسی نظریه تملیک یکجانبه در فقه و حقوق ایران با رویکردی برآرای امام خمینی (س)

سید محمد صادق طباطبایی^۱

عادل پرنیان جوی^۲

چکیده: توانایی یک اراده در ایجاد مالکیت برای دیگری همواره منشأ اختلاف میان فقها بوده است. عده‌ای از فقها آنچنان قدرتی به اراده یک نفر می‌دهند که بتواند مالی از اموال خود را داخل در ملکیت دیگری نماید این در حالی است که برخی دیگر به سختی در مقابل این نظر ایستادگی می‌نمایند. با بررسی کتب فقهی مصادیقی مانند وصیت و وقف را می‌توان مشاهده نمود که به شدت این اختلافات دامن زده است، به گونه‌ای که برخی از فقها این دو نهاد را از جمله تملیکات یکجانبه می‌دانند؛ با این وجود برخی دیگر با استناد به قاعده منع تملیک قهری و اصل عدم ولایت، حکم به استثنایی بودن اینچنین تملیکات داده‌اند. در این میان امام خمینی از نظر اخیر جانبداری نموده و در حالی که وصیت را ایقاع و ایجاد شده به اراده موصی می‌داند، اما تملیک موصی به را مشروط به قبول موصی له دانسته‌اند. در وقف نیز علی‌رغم آنکه وقف را ایقاع می‌داند اما با شرط صحت دانستن قبض و فک ملک بودن آن، تصور تملیک یکجانبه بودن این دو نهاد حقوقی را با مشکل مواجه نموده‌اند و تملیک به یک اراده را مخالف با آزادی و سلطنت منتفع می‌داند.

کلیدواژه‌ها: عقد، ایقاع، تملیک قهری، ولایت، وصیت، وقف.

طرح مسأله

پذیرش تأثیر حقوقی اراده یکجانبه‌ای که قادر به ایجاد ملکیت برای دیگری باشد عموماً بحث‌برانگیز و منشأ اختلاف است. اینکه یک فرد بتواند با اراده خود مال دیگری را وارد ملکیت

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان
email: Tabatabaei@ase.ui.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان
email: adelparniyan@yahoo.com

این مقاله در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۱ دریافت گردید و در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸ مورد تأیید قرار گرفت.

خود نماید یا مال متعلق به خود را بدون اراده منتقل‌الیه داخل در ملکیت او نماید همواره مورد نزاع بوده است. شاید تکلیف مورد اول تا حدودی مشخص باشد و بتوان گفت اصولاً یک اراده نمی‌تواند مالی را از دارایی دیگران خارج کند، حق شفعه نیز امری استثنائی است. اما همچنان تملیک مال به اراده یک نفر مورد تردید واقع شده است. مثلاً اگر کسی قصد داشته باشد که یک قطعه زمین متعلق به خود را به دیگری منتقل نماید آیا قبل از آنکه منتقل‌الیه توافق و اراده خود را اعلام کند، مال وارد ملکیت وی می‌گردد؟ یا اینکه هرگاه صاحب کارخانه‌ای با پزشکی قرارداد ببندد که در طول هفته در یک زمان و مکان مشخص و معینی، کارگران کارخانه وی را معالجه نماید آیا منافع مزبور وارد ملکیت مشاع کارگران شده است یا نه؟ آیا کارگران می‌توانند با مراجعه به مراجع قضایی آن را مطالبه نمایند؟

شاید تردید از اینجا ناشی شود که معتقد باشیم اراده آزاد و مختار بتواند مال متعلق به خود را بدون آنکه تصرف یا دخالت منفی در دارایی دیگری داشته باشد، وارد ملکیت وی نماید. تملیکات یکجانبه غالباً به صورت مجانی بوده و به عنوان یکی از احسانات در روابط اجتماعی محسوب می‌شوند. بنابراین هیچ عقل سلیمی صلاح خود را در رد چنین تملیکاتی نمی‌بیند و غالباً نیز با رضای نوعی افراد مواجه می‌شود (جعفری لنگرودی ۱۳۸۲: ۲۴۳). چنانچه بعید نیست این وضعیت را اماره بر اراده مفروض منتقل‌الیه دانست.

از سوی دیگر این استدلال‌ها با مخالفت جدی برخی از حقوق‌دانان نیز روبه رو شده است. عمده دلایلی که مخالفان نظریه تملیک یکجانبه بدان استناد می‌کنند، یکی منع تملیک قهری است که از آن به عنوان یک قاعده یاد نموده‌اند و دیگری اصل عدم ولایت بر غیر است. هدف مقاله حاضر بررسی دلایل و مدارک مخالفان و موافقان این نظریه با تکیه بر دیدگاه‌های امام خمینی است؛ تا ضمن بررسی تملیکات یکجانبه در آثار فقها و حقوق‌دانان به جایگاه اینگونه تملیکات در آرای امام خمینی دست یابیم.

۱) نظریه منع تملیک قهری

۱-۱) دلایل مخالفین

جایگاه طرح بحث منع تملیک قهری در فقه معمولاً در بحث وصیت است. بررسی منابع فقهی نشان می‌دهد یکی از دلایلی که عده‌ای از فقها قائل به عقد بودن وصیت تملیکی شده‌اند استناد به

قاعده منع تملیک قهری است. نویسنده کتاب *القواعد والفوائد* در این باره می‌گوید: «الغالب فی الوصیه بما فیہ نفع المعین یتوقف علی قبوله» (شهید اول بی‌تا ج ۲: ۲۸۲) فاضل مقداد نیز در کتاب *نضد القواعد الفقہیہ* با آوردن عبارت «لا یدخل فی ملک إنسان شیئاً قهراً الا...» پذیرش هرگونه ملکیت قهری را با تردید روبرو می‌سازد (فاضل مقداد ۱۴۰۳: ۳۴۵). در تأیید همین امر، مؤلف *جامع المقاصد* نیز با مناقشه در آرای کسانی که معتقد به عدم لزوم قبول در وقف بوده‌اند، چنین پاسخ می‌دهد «لأن ادخال شیء فی ملک الغیر موقوف علی رضاه..» (محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۹: ۱۱) بر همین اساس است که شهید ثانی در کتاب *مسائل الافهام* پذیرش چنین تملیکاتی را امری بعید دانسته و امکان هرگونه تملیکی را جز از طریق رضایت منتقل‌الیه نمی‌پذیرد (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۵: ۳۱۳).

تأمل در این تعابیر و سایر مواردی که در فقه بیان شده است، نشان می‌دهد که از دید برخی از فقهای متقدم ورود مال در ملکیت دیگری بدون رضایت منتقل‌الیه با اصل آزادی اراده سازگار نیست و مستلزم ملکیت قهری برای غیر است که این امر نیز با وجود یک پیش‌فرض مسلمی با عنوان «قاعده منع تملیک قهری» محکوم به بطلان است. از این روست که قائلین به این‌نظر در بحث وصیت تملیکی نیز انتقال مالکیت را از زمان قبول موصی‌له عنوان نموده و قبل از آن به هیچ عنوان موصی‌له را مالک چیزی نمی‌دانند. حتی عده زیادی از فقهای متأخر نیز تملیک مال به دیگری را بدون اعلام اراده وی صحیح ندانسته و این امر را خلاف اصل می‌دانند (موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۲: ۲۲۴؛ امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۵۸۲ م ۵). از این روست که صاحب *جوهر* نیز در تملیکات و عقود، عدم تملیک قهری را امری بدیهی می‌داند (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۸: ۲۵). البته ناگفته نماند همان‌طور که برخی نیز بدان تأکید دارند تملیک قهری هیچ‌گاه به معنای تملیک مالی با غلبه و زور به دیگری نیست؛ بلکه معنای واژه قهری در تملیک قهری به معنای تملیک مال به دیگری است بدون آنکه وی اراده‌ای از خود اعلام نموده باشد (جعفری لنگرودی ۱۳۸۸: ۹۰۲).

۲-۱) دلایل موافقین

پژوهش در آثار مکتوب فقها نشان می‌دهد علی‌رغم اینکه بیشتر متون فقهی مشحون از استدلال کسانی است که در پذیرش تملیکات یکجانبه سخت مخالفت می‌نمایند اما در این میان کسانی هستند که چنین تملیکاتی را امری نامعقول نپنداشته‌اند (طباطبایی یزدی ۱۴۰۹ ج ۲: ۸۷۹). در تأکید

همین نظر عده‌ای از فقها در بحث وصیت در جواب کسانی که انتقال مالکیت را مستلزم ایجاب و قبول می‌دانند چنین اظهار می‌دارند که تملیک مال از اموری نیست که برای تحقق آن همیشه نیاز به ایجاب و قبول داشته باشیم (حسینی روحانی بی‌تاج ۲: ۴۰۷) و حاصل آنکه با عدم قبول از ناحیه منتقل‌الیه (موصی‌له) اعراض از آنچه در ملکیت وی بوده صورت می‌گیرد (طباطبایی یزدی ۱۴۲۸ ج ۲: ۸۷۲).

خوبی نیز در تأیید همین نظر بدین نحو استدلال نموده است؛ از آنجا که موصی‌له قدرت بر رد وصیت دارد و می‌تواند از پذیرش آن امتناع ورزد، چنین مواردی ملکیت قهری نیست اما اگر گفته شود ملکیت برای موصی‌له حاصل می‌شود و با رد نیز غیر قابل زوال است، در این صورت می‌توان آن را از مصادیق تملیک قهری به حساب آورد. ایشان پس از طرح این مسأله، ملکیت متزلزل را به دو صورت بیان می‌دارند: (۱) موصی‌به، ملک موصی‌له است مادامی که رد نکرده باشد. (۲) رد موصی‌له به معنای کشف از عدم ملکیت وی از ابتدا بوده است. و در نهایت چنین نتیجه می‌گیرند که مقتضای آیات و روایات نیز حاکی از مالکیت موصی‌له بدون احتیاج به قبول است (خوبی ۱۴۱۸ ج ۳۳: ۲۹۹).

کوتاه سخن اینکه با استقراء در کتب فقهی مشخص می‌شود که عده‌ای از فقها قاعده‌ای با عنوان «منع تملیک قهری» به وجود آورده‌اند که متکی به هیچ نص یا دلیل شرعی به جز ادعای اجماع نیست (طباطبایی یزدی ۱۴۲۸ ج ۲: ۸۷۲).

در مقابل، عده‌ای دیگر از فقهای متأخر از اظهار تردید و تمایل فراتر رفته و به صراحت به پذیرش چنین تملیکاتی رأی داده‌اند. آنان با توجه به اطلاق آیات و روایات بیان شده در رابطه با وصیت و وقف معتقدند که قبول موصی‌له هیچ ارتباطی با بحث «منع تملیک قهری» نداشته و با عدم قبول تنها اعراض از ملک اتفاق می‌افتد. از اینرو سید یزدی در کتاب *عمروۃ الوثقی* در جواب کسانی که عدم احتیاج به قبول را مستلزم تملیک قهری می‌دانند، می‌گوید: تملیک مال بدون قبول منتقل‌الیه هیچ منع عقلی نداشته چنانکه مقتضی نیز مؤید این امر است ضمن آنکه ملکیت قهری در مورد وقف هم وجود دارد (طباطبایی یزدی ۱۴۰۹ ج ۲: ۸۷۹).

وانگهی برخی از فقهای هم که «منع تملیک قهری» را به عنوان یک قاعده پنداشته‌اند ناگزیر از پذیرش مصادیقی به عنوان استثناء شده‌اند. به عنوان مثال علامه حلی بعد از پذیرش «منع تملیک

قهری» به عنوان یک قاعده مستقل، به ناچار ۱۸ مورد را احصاء می‌نماید که در قالب تملیک قهری پذیرفته شده است (فاضل مقداد ۱۴۰۳: ۳۴۵).

در ادامه این نوشتار برای رفع ابهام از این تردید معقول به نمونه‌هایی از تملیکات قهری اشاره می‌شود که در فقه بدون احتیاج به اعلام اراده منتقل‌الیه صورت می‌پذیرد.

۲) مصادیقی از تملیک قهری

۲-۱) وصیت تملیکی

فقها غالباً وصیت را به تملیک عین یا منفعت برای بعد از مرگ تعریف کرده‌اند (حسینی عاملی ۱۴۱۹ ج ۲: ۹؛ محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۱۰: ۷) اما آنچه موجب نزاع فراوان در بحث وصیت شده است ماهیت وصیت و نقشی است که قبول وصیت از سوی موصی له دارد. چرا که از یک سو قبول در وصیت دارای تمام ویژگی‌های یک قبول به عنوان عنصر سازنده عقد نیست و از سوی دیگر فقها هم بعضاً تملیک مالی را بدون رضایت یک شخص مغایر با «منع تملیک قهری» می‌دانند (شهید اول بی تاج ۲: ۲۸۲). بر همین نویسنده کتاب *نقد القواعد الفقهیه* قاعده‌ای را با عنوان لایدخل فی ملک انسان شیئاً قهراً الا... به رشته تحریر در آورده است (فاضل مقداد ۱۴۰۳: ۳۴۵). اما در مقابل، فقهای چون سید یزدی در کتاب *عمروۃ الوثقی* این احتمال که قبول در تحقق وصیت اعتباری نداشته باشد بلکه رد موصی له، مانعی برای ایجاد مالکیت باشد را قوی می‌دانند (طباطبایی یزدی ۱۴۰۹ ج ۲: ۸۷۹). برخی از فقها نیز وصیت را برزخی میان عقد و ایقاع می‌دانند (آل کاشف الغطا ۱۳۵۹ ج ۲: ۵۷).

شاید بتوان گفت که وصیت تملیکی یکی از اسباب تملک در حقوق مدنی است هر چند که قانونگذار در ماده ۱۴۰ قانون مدنی ذکری از این مهم نیاورده است. در این ماده بیان می‌دارد: «تملک حاصل می‌شود: ۱) به احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه؛ ۲) به وسیله عقود و تعهدات؛ ۳) به وسیله اخذ به شفعه؛ ۴) به ارث».

همانگونه که ملاحظه شد در این ماده وصیت تملیکی به عنوان سببی از اسباب تملک، مورد غفلت قانونگذار واقع گردید که شاید این غفلت آگاهانه برای فرار از درگیر نمودن خود به اختلافات رایج بین حقوقدانان و فقها باشد، به گونه‌ای که اگر جایی برای این عنوان در نظر می‌گرفت خود به خود تعیین کننده ماهیت این عمل حقوقی می‌شد مثلاً اگر آن را در بند دوم ذکر می‌کرد عقد بودن این عمل حقوقی رادر پی داشت و اگر آن را در بند ۴ ذکر می‌کرد،

ناگزیر از پذیرش ایقاع بودن وصیت تملیکی می‌شد و خود را با طرفداران عقد بودن درگیر می‌نمود. علی‌رغم عدم ذکر وصیت تملیکی در ماده ۱۴۰ قانون مدنی، قانونگذار بعد از بیان ماده ۸۲۴ و اتمام قسمت سوم، در اخذ به شفعه قسمت چهارم را با عنوان «در وصایا و ارث» آغاز می‌کند و باب اول از این قسمت را به «وصایا» اختصاص می‌دهد و باب دوم را به «ارث» که هر دو می‌توانند مقسم مشترکی به نام «تملیک قهری» داشته باشند.

انواع وصیت تملیکی و ماهیت هر کدام از آنها

۱) **وصیت تملیکی بر غیر محصور و جهت:** وصیت بر غیر محصور و جهت وصیتی است که در آن موصی به، به اشخاص معین تملیک نمی‌شود؛ در واقع موصی له اینگونه وصیت‌ها افراد خاص و مشخصی نیستند؛ مثلاً وقتی که موصی له فقرا یا دانشجویان و... باشد از این جهت که موصی در انشای وصیت قصد انتفاع مادی ندارد و آن را به بعد از موت خود معلق می‌کند با سایر اقسام وصیت مشترک است و از این جهت که وصیت به نفع شخص معینی انشا نمی‌شود با سایر وصایا تفاوت دارد. وصیت بر جهت، وصیتی است که در آن موصی به باید در راه معینی صرف شود؛ مثلاً وصیت بر امور عام المنفعه که وجه مشترک آن با وصیت بر غیر محصور در این است که نیاز به تعیین شخص خاص و معینی به عنوان موصی له ندارد.

۲) **وصیت بر محصور:** وصیت بر محصور وصیتی است که موصی له آن مشخص و محصور بین چند نفر است.

۳) **ماهیت وصیت تملیکی بر غیر محصور و جهت:** فقها کمتر در ماهیت اینچنین وصیتی تردید به خود راه داده‌اند و آن را ایقاع می‌دانند و دلیل این امر را نیز تعذر اعتبار قبول از همه آنها عنوان نموده‌اند (بحرانی ۱۴۰۵ ج ۲۲: ۳۸۶) به گونه‌ای که یکی از مخالفین تملیک قهری اینچنین وصیتی را ایقاع می‌داند (علامه حلی ۱۳۸۸: ۴۵۳) هر چند که برخی دیگر قبول را در اینگونه وصیت‌ها لازم دانسته‌اند (طباطبایی یزدی ۱۴۰۹ ج ۲: ۲۷۲) و از اقوال نادر که در فقه مطرح شده آن است که وصیت بر فقرا و جهت، از وصایای عهدی است و تملیک برای جنس صحیح نیست؛ چرا که افراد آن جنس وضعیت مختلفی دارند به گونه‌ای که فقیری ممکن است غنی گردد و بالعکس هر چند که برخی از فقها مانند محقق ثانی وصیت در این فرض را وصیت تملیکی می‌دانند بنابراین معتقدند که نیاز به قبول ندارد یا اگر نیاز به قبول باشد حاکم قبول می‌نماید (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۸: ۲۴۶). اما

اکثریت فقها چنین وصیتی را تملیکی می‌دانند و برخی نیز به صراحت به مالک شدن جهت عامه نظر داده‌اند که در اینجا مختصری از نظر ایشان را ذکر می‌نمایم.

الف) اگر در وصیت تملیک برای نوع باشد مانند فقرا و سادات و علما نیاز به قبول نیست همانگونه که در وصیت عهدی نیاز نیست (سیستانی ۱۴۱۷ ج: ۲؛ ۴۱۷؛ موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج: ۶؛ ۲۲۴؛ فیض کاشانی بی تا ج: ۳؛ ۲۲۱).

ب) اما برخی دیگر به صراحت، مالکیت جهت را پذیرفته و گفته‌اند که اگر موصی له جهت عامه مانند فقرا و مسجد باشد موصی به، با وفات موصی، به موصی له (جهت عامه) منتقل می‌شود (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج: ۱؛ ۱۲۱؛ علامه حلی ۱۴۱۳ ج: ۶؛ ۳۴۰؛ طباطبایی یزدی ۱۴۰۹ ج: ۲؛ ۲۷۲؛ بحرانی ۱۴۰۵ ج: ۲؛ ۳۸۶).

بنابراین وصیت بر جهت و وصیت بر غیر محصور در واقع نوعی ایقاع مملک (تملیک یکجانبه) است که به اراده موصی و موت وی به موصی له منتقل می‌شود.

۴) ماهیت وصیت تملیکی بر محصور: در رابطه با ماهیت وصیت تملیکی بر محصور اختلاف عظیمی میان فقها وجود دارد عده‌ای از فقها وصیت تملیکی بر محصور را عقد و عده‌ای دیگر ایقاع و برخی نیز آن را برزخی بین عقد و ایقاع می‌دانند، هر چند که از این نظر استقبال نشده است.

الف) دلایل معتقدین به عقد بودن وصیت تملیکی بر محصور

آیه شریفه «وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى» (نجم: ۳۹) است؛ یعنی برای انسان چیزی بدون سعی حاصل نمی‌شود. لذا اگر موصی به بدون قبول موصی له، داخل در ملک او گردد، چون بدون سعی او حاصل گردیده به موجب این آیه منتفی است (فیض کاشانی بی تا: ۳۲۲). از این دلیل، جواب‌های متعددی داده شده است که به بعضی از آنها اشاره می‌شود:

اول: آیه مزبور، مربوط به مسائل ثواب و عقاب اخروی است و ربطی به وصیت ندارد.

دوم: التزام به مضمون آیه در مورد بحث ما، اثبات نمی‌کند که وصیت، عقد بوده و قبول جزء

آن است؛ زیرا این مضمون با شرطیت و ایقاع بودن وصیت نیز سازش دارد.

برخی دیگر از فقها نظر داده‌اند که اجماع و اتفاق وجود دارد که وصیت، عقد است و شکی نیست که هر عقدی مرکب از ایجاب و قبول است و تملیک و تملک بدون عوض داخل در باب عطایا و هبه است که فرق این دو نیز در تنجیز و تعلیق اثر، به حیات و موت است (موسوی بجنوردی

۱۴۱۹ ج ۶: ۲۲۵). به نظر می‌رسد ادعای فوق مصادره به مطلوب باشد، چراکه محل نزاع همان «عقد بودن» وصیت است که در این مدعا مسلم فرض شده است و این در حالی است که بسیاری از فقها بر عقد بودن وصیت ایراد گرفته‌اند (طباطبایی یزدی ۱۴۰۹ ج ۲: ۸۷۹؛ ۱۴۲۸ ج ۲: ۸۷۲). حتی امام خمینی هم که از مخالفین تملیک قهری است معتقد به ایقاع بودن عقد وصیت است چنانچه می‌فرماید: «فلا يتملك قهراً. فالوصية من الإيقاعات» (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۵۸۲)؛ به بیان دیگر ایشان ضمن آنکه وصیت را ایقاع و محقق شده به اراده موصی می‌دانند تحقق ملکیت را منوط به قبول موصی له می‌دانند.

عده دیگری از فقها اطلاق آیات و ظهور روایات را دال بر ایجاد مالکیت بدون نیاز به قبول می‌دانند و اثر قبول یا عدم قبول را اعراض از آنچه مالک گردیده، می‌دانند (طباطبایی یزدی ۱۴۲۸ ج ۲: ۸۷۲) این در حالی است که طرفداران عقد بودن وصیت این ادعا را که، اطلاق آیات و روایات وصیت دال بر ایجاد مالکیت بدون توقف بر قبول موصی له است، بی‌اساس توصیف نموده‌اند (موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۲: ۲۲۵). امام خمینی ضمن تقریر این مطلب که وصیت عهدی و همچنین وصیت بر نوع مثل وصیت بر فقرا یا سادات نیاز به قبول ندارد بیان می‌دارند که وصیت اگر تملیک باشد، مشهور قبول موصی له را شرط می‌دانند و ظاهر آن است که تحقق وصیت و مترتب کردن احکام آن، از قبیل حرمت تبدیل و مانند اینها، متوقف بر قبول نیست؛ اما تملک موصی له منوط به قبول است. در واقع امام با تفاوت گذاشتن بین ماهیت وصیت و تملیک در وصیت تملیکی به نحو ظریفی جمع بین آیات و روایات نموده‌اند تا آنکه هم مقتضای آیاتی را که در باب وصیت رسیده رعایت نمایند هم خویشان را ملزم به قاعده فقهی عدم تملیک قهری نموده باشند (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۵۸۲ م ۵).

از جمله دلایل دیگر موافقین عقد بودن وصیت تملیکی این است که اگر شک در لزوم یا عدم لزوم قبول برای انتقال مالکیت باشد اصل بر عدم انتقال موصی به، به موصی له است (انصاری ب ۱۴۱۵: ۳۲؛ نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۸: ۲۴۲؛ موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۶: ۲۲۵؛ محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۹: ۱۱) اما در مقابل چنین پاسخ داده شده است که زمانی می‌توان به اصل رجوع کرد که دلیل خاصی برخلاف آن نباشد حال آنکه دلایل متعددی از آیات و روایات وجود دارد که اطلاق آنها حکایت از نفوذ وصیت پیش از قبول موصی له می‌کند (طباطبایی یزدی ۱۴۲۸ ج ۲: ۸۷۲؛ طباطبایی حکیم ۱۴۱۶ ج ۱۴: ۵۳۸).

بی تردید نقد و بررسی متون فقهی بیانگر آن است که بیشتر فقها در تملیکات به لزوم تراخی دو اراده رأی داده‌اند (شهیداول بی تا ج ۱: ۳۵۰)؛ اما مستندات چندان دقیقی ارائه ننموده‌اند.

(ب) دلایل کسانی که وصیت را ایقاع می‌دانند.

(۱) آیات و روایات زیادی در رابطه با وصیت رسیده است که دال بر ایقاع بودن وصیت تملیکی و عدم احتیاج آن به قبول است.^۱

چنانچه برخی از فقها نیز اعلام داشته‌اند که از ظاهر این اخبار مشخص می‌شود که موصی به، به موصی له منتقل می‌شود هر چند که قبول حاصل نشده باشد و اطلاق این روایات دال بر عدم نیاز به حصول قبول است که این امر را نیز آیه ۱۱ سوره نساء تأیید می‌کند (بحرانی ۱۴۰۵ ج ۲۲: ۳۸۸). اما برخی از فقها این آیه را حمل بر وصیت مقبول نموده‌اند (علامه حلی ۱۳۸۸: ۴۵۵). که این سخن مقبول واقع نشده زیرا این امر خلاف ظاهر است و مستلزم آن است که قبول در تقدیر گرفته شود و در تقدیر گرفتن قبول نیز مستلزم تکلف است، در حالی که اینها فرع بر وجود دلیل بر قبول است (بحرانی ۱۴۰۵ ج ۲۲: ۳۸۸).

اگر وصیت عقد باشد لاجرم باید با قواعد عمومی عقود بررسی شود تا مشخص شود که آیا می‌توان عنوان عقد را بر آن نهاد یا خیر این در حالی است که به نظر می‌رسد وصیت نمی‌تواند تابع قواعد عمومی قراردادها باشد. به دلایل زیر:

(الف) قبول مسبوق به رد در وصیت: در صورتی که موصی له در زمان حیات موصی وصیت را رد نماید، می‌تواند بعد از فوت وی وصیت را قبول کند (محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۱۰: ۱۲؛ شهید اول بی تا ج ۲: ۲۸۲) و این امر میان فقها مشهور است (حسینی عاملی ۱۴۱۹ ج ۹: ۳۷۱) در حالی که در هیچ عقدی ایجاب مسبوق به رد پذیرفته نشده آنچنان که شرح داده شد رد ایجاب باعث از بین رفتن عمر ایجاب می‌شود.

(ب) قائم مقامی ورثه موصی له در قبول وصیت: در کتاب‌های فقهی کمتر دیده می‌شود که فقیهی در بحث وصیت وارد شده باشد، اما موضوع انتقال حق قبول و رد وصیت را پس از فوت موصی له مطرح ننموده باشد، هر چند این امر در قانون مدنی مورد اغفال قرار گرفته است اما با

۱. برای دیدن احادیث و روایات رجوع شود به (کلینی ۱۴۲۹ ج ۱۳: ۳۸۸؛ بحرانی ۱۴۰۵ ج ۲۲: ۳۸۸؛ فیض کاشانی ۱۴۰۶ ج ۲۴: ۵۷).

استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی که دادگاه‌ها موظفند برای حل و فصل دعاوی به منابع یا فتاوی معتبر مراجعه نمایند و از آنجا که موضوع هم مبتلا به است و هم می‌تواند برای تعیین ماهیت حقوقی وصیت مورد نزاع باشد؛ لذا به جاست که هر چند مختصر به بررسی آرا و نظرات فقها در این رابطه پرداخته شود.

به نظر عمده‌ای از فقها قبول در وصیت به ارث می‌رسد (محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۱۰: ۱۵؛ کلینی ۱۴۲۹ ج ۱۳: ۳۴۴) به گونه‌ای که برخی از فقها وصیت را چیزی جز ایجاد یک حق برای موصی له نمی‌دانند (امام خمینی ۱۴۲۰: ۲۱۰) بنابر نظر این عده از فقها به صرف اراده موصی حقی تحت عنوان حق قبول برای موصی له پدید می‌آید که این حق قابل به ارث رسیدن است.

برخی از فقها در جهت اثبات این امر بیان می‌دارند که اصل، بقای وصیت برای موصی له است و همچنین قبول در وصیت مانند خیار و شفعه حقی است پس مانند هر حق دیگری به وراثت منتقل می‌شود و برای اثبات این امر به روایاتی تمسک جسته‌اند (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۸: ۲۵۹؛ شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۶: ۱۲۸) برخی دیگر از فقها نیز با استناد به احادیث دیگر فوت موصی له قبل از قبول را موجب بطلان وصیت پنداشته‌اند^۱ و این احادیث متعارض برخی از فقها را بر آن داشت تا قائل به تفکیک شوند و بطلان را به زمانی اختصاص دهند که موصی له قبل از موصی فوت کند اگر فوت موصی له بعد از فوت موصی باشد وصیت باطل نمی‌شود به دلیل اصل بقای وصیت برای موصی له و عدم وجود دلیل معارض با این امر؛ با توجه به این تشتت آرای فقها برخی از حقوقدانان برای توجیه این قائم مقامی، که در عقود دیگر وجود ندارد، و عقد پنداشتن وصیت تملیکی راهی جز تردید در اصل قائم مقامی ورثه موصی له پیش روی خود ندیده‌اند (کاتوزیان ۱۳۷۰: ۷۸) و این در حالی است که شهید ثانی با طرح این سؤال که چرا باید حق قبول در وصیت وجود داشته باشد اما در سایر عقود وجود نداشته باشد می‌آورند و یکی از دلایلی که می‌توان از این قائم مقامی به ماهیت حقیقی وصیت تملیکی رسید آن است که اگر موصی له بعد از فوت موصی، فوت نماید بدون آنکه وصیت را قبول نموده باشد و از آنجا که موصی له به دلیل فوت برای مالک شدن صالح نبوده و وراثت موصی له نیز قبل از فوت وی قادر به تملک موصی له نبوده‌اند و همچنین فوت موصی باعث خروج وی از اهلیت می‌گردد، ورثه موصی نیز به خاطر

۱. رجوع شود: (بحرانی ۱۴۰۵ ج ۲۲: ۳۸۸).

آیه «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» (نساء: ۱۱) مالک موصی به نمی‌شوند بنابراین نه تنها موصی به برای زمانی فاقد مالک می‌شود بلکه ناگزیر خواهیم بود که بپذیریم ورثه موصی له مال را از ورثه موصی می‌گیرند نه به واسطه انتقال ترکه؛ چرا که در زمان حیات موصی له قبولی واقع نشده به عبارت دیگر موصی له در زمان وفات، مالک موصی به نبوده تا موصی به، به واسطه فوت وی از طریق ارث به وراثت وی منتقل گردد (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۶: ۱۲۹). این در حالی است که برخی از فقها معتقدند اگر موصی له در حیات موصی یا بعد از مرگ او، قبل از آنکه ردّ یا قبولی از او صادر شود، بمیرد ورثه‌اش در ردّ و قبول آن، جایگزین او هستند و حتی وراثت موصی له، موصی به را از موصی می‌گیرند؛ در واقع موصی به جزء ترکه موصی له نیز قرار نمی‌گیرد (امام خمینی ۱۴۰۴: ۲۱۸-۲۱۹) چه رسد به آنکه بخواهند موصی به را از ورثه موصی بگیرند.

ج) موالات بین ایجاب و قبول در وصیت: علی‌رغم آنکه برخی از حقوقدانان توالی عرفی ایجاب و قبول را در کتاب قواعد عمومی قراردادها خود به عنوان یکی از شروط لازم برای توافق طرفین عقد می‌دانند و بر آن اصرار می‌ورزند در بحث وصیت نه تنها توالی ایجاب و قبول را مستند به نص صریحی نمی‌دانند بلکه چگونگی این توالی را نیز به نظر عرف احاله می‌دهند و می‌نویسند:

با آنکه ممکن است ماه‌ها بین ایجاب و قبول فاصله باشد، عرف دو رضایت را به هم مرتبط می‌داند. در واقع، آنچه اهمیت دارد این است که قبول زمانی اعلام شود که ایجاب هنوز حیات حقوقی دارد و قابل پیوستن و آمیختن با قبول است. پس در عمل حقوقی مانند وصیت، که ایجاب مدت‌ها پیش از مرگ انشا می‌شود و نظر موصی این است که در دوران حیات مستمر باقی بماند، فاصله میان ایجاب و قبول مانع از وقوع تراضی نمی‌باشد (کاتوزیان ۱۳۶۹: ۴۸).

ایرادهای وارده به این شکل دفع می‌شود: اول آنکه فقهای امامیه بر آنند که موالات بین ایجاب و قبول در تمامی عقود لازم است (انصاری الف ۱۴۱۵ ج ۳: ۱۵۷؛ شهید اول بی‌تا ج ۱: ۲۳۴؛ موسوی قزوینی ۱۴۲۴ ج ۲: ۶۱۱؛ حسینی روحانی ۱۴۲۹ ج ۳: ۲۲۶). برخی نیز وجود فاصله طولانی بین ایجاب و قبول را موجب خروج آن عمل حقوقی از عنوان عقد و معاهده می‌دانند (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۳۹۴) تا آنجا که برخی خروج از موالات را برخلاف ارتکاز عرفی می‌دانند و بر آن ادعای اجماع

نموده‌اند (خمینی ۱۴۱۸ ج ۲: ۱۲) به همین دلیل وصیت را ایقاع شبه عقدی می‌دانند (امام خمینی ۱۴۲۰: ۲۱۱).

دوم آنکه درست است که این توالی به عرف واگذار شده است اما دنیای حقوق دنیای اعتبارات است نه عالم وهم و هیچ‌گاه عرف فاصله طولانی میان ایجاب و قبول را نمی‌پذیرد در حالی که هیچ‌گونه عقدی محقق نشده و موجب فوت نموده باشد، مرز جدایی عالم اعتبار و وهم که هر دو مخلوق ذهن آدمی است معقول بودن آن برای عرف است که هیچ عرفی با وجود چنین فاصله طولانی، نمی‌تواند آن را در قالب موالات بپذیرد؛ وانگهی تا قبل از فوت موصی بحثی از توالی مطرح نمی‌شود چرا که فرض می‌شود که موصی در هر لحظه از عمر خود انشای وصیت را انجام می‌دهد؛ چرا که نه تنها موصی می‌تواند از اراده خود رجوع کند؛ بلکه بر فرض رد شدن وصیت در زمان حیات موصی، موصی‌له می‌تواند بعد از وفات وی نیز وصیت را قبول نماید، هر چند که در ابتدا وصیت را رد نموده باشد.

بنابراین تا زمانی که موصی فوت ننموده بحثی از توالی بین ایجاب وی و قبول موصی‌له مطرح نیست که بتواند حل و فصل‌کننده بر هم خوردن موالات در این عمل حقوقی باشد.

۵) اناطه ایجاب به قبول: ادله عقود نشان می‌دهد که در همه عقود موجب، ایجاب را به قبول اناطه داده است (حسینی مراغی ۱۴۱۷ ج ۲: ۱۶۹) و حتی برخی از فقها عدم رعایت چنین شرطی را مستلزم عدم انعقاد عقد می‌دانند (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۳۹۵؛ ۱۴۲۱ ج ۱: ۳۵۳)؛ این در حالی است که اگر به اراده موصی در عقد وصیت رجوع شود مشخص می‌شود که موصی در زمان انشای وصیت هیچ‌گونه قصدی مبنی بر اناطه مفاد ایجاب به قبول موصی‌له را نداشته است و آنچه که در تحلیل اراده موصی به چشم می‌خورد اناطه ایجاب به موت خودش است؛ در واقع موصی در زمان انشای وصیت قصد ایجاد مالکیت برای موصی‌له را از زمان فوت دارد نه از زمان قبول.

بنابراین با تکیه بر قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود» اراده موصی به مالکیت موصی‌له از زمان فوت خود بوده است، شاید بتوان گفت که قبول موصی بتواند اعتبار به ماوقع باشد. اما قبول موصی‌له به عنوان قبول تولید‌کننده عقد باشد مصداق بارز «ماوقع لم یقصد و ما قصد لم یقع» است؛ چرا که آنچه موصی اراده کرده است اناطه وصیت به مرگ خویش بوده است و موصی‌له با قبول خود می‌خواهد در ماهیتی دخل و تصرف کند که به او منوط نشده است، در نتیجه آنچه که قصد شده وصیت معلق به قبول، واقع نشده است و آنچه که واقع شده است (در فرض عقد شمردن

وصیت) قصد نشده است. برخی از حقوقدانان در مقام توجیه این ایراد بر وصیت تملیکی ضمن پذیرفتن این امر که در وصیت (برخلاف عقد بیع) انشای تملیک در مقام قصد منوط به رضای موصی له نیست اینچنین استدلال نموده‌اند که:

موصی خود را با موصی له همداستان می‌بیند و در اندیشه تقابل نفع او با وراثت قانونی خویش است می‌خواهد بدین وسیله نفع دلخواه را برتری دهد. ولی، قانونگذار که مایل به حفظ استقلال اشخاص و جلوگیری از دخالت در حقوق دیگران است، نفوذ این انشا را موقوف به قبول موصی له می‌کند. پس حکومت ضرورت قبول در وصیت ماهیت اعتباری ایجاب موصی و اناطه آن بر رضای موصی له نیست؛ بلکه جلوگیری از دخالت در حقوق اوست (کاتوزیان ۱۳۷۰: ۷۴).

اما غافل از این امر بوده‌اند که آنچه اناطه ایجاب و قبول را در بردارد آن است که موصی خود اراده خویش را منوط به ارده موصی له نماید، نه آنکه قانونگذار حکم به اناطه رضای موصی له به ایجاب موصی نماید، چرا که اینچنین اناطه‌ای با اناطه مرسوم در همه عقود متفاوت است؛ به عبارت بهتر حکم قانونگذار اناطه نیست چرا که اناطه ایجاب و قبول از ارکان تراضی است که بدون آن اصلاً تراضی صورت نگرفته است. قانونگذار ناتوان از آن است که اراده‌ای که نه برحسب اراده ایجاد کننده آن و نه برحسب عرف منوط به اراده دیگری نیست را منوط به هم نماید و بر فرض انجام چنین کاری توافقی بین ارده طرفین صورت نگرفته است. کاتوزیان همچنین می‌نویسد که قانون مدنی از نظر مشهور فقها پیروی کرده است و هر عمل حقوقی که نیاز به دو قصد انشای ایجاب و قبول - دارد عقد می‌نامد؛ در حالی که بحث اساسی این است که آنچه در بحث وصیت در ماده ۸۲۷ قانون مدنی آمده است به معنای قبول ایجاد کننده عقد که جزء السبب در پیدایش عقد است نیست، چرا که مشهور فقها قبول در وصیت را کاشف از انتقال موصی به از زمان موت موصی می‌دانند.

۵) عقد از هنگام وقوع واجد اثر حقوقی است: بر اهل نظر پوشیده نیست که «عقد» نسبت به آثار خود، سببیت داشته و تا سبب تمام نشود اثر آن حاصل نمی‌شود؛ به عنوان نمونه، اثر عقد بیع که تملیک مبیع به مشتری از حین وقوع عقد است؛ یعنی قبول که از ارکان عقد است تا تحقق پیدا نکند، ملکیت حاصل نمی‌شود و ملکیت نیز پس از پایان عقد و قبول حاصل می‌شود. و به تعبیر دیگر اگر فرضاً توالی بین ایجاب و قبول را نیز شرط ندانیم و قبول پس از فاصله طولانی با

ایجاب حاصل شود، در عقود اثر فقه‌قراایی معنا ندارد و تأثیر قبول از حین وقوع آن است، در حالی که همه کسانی که وصیت تملیکی را عقد می‌دانند قبول دارند اگر موصی له فرضاً پس از یک سال از موت موصی، قبول خود را اعلام نماید، «موصی به» از هنگام فوت موصی، به او منتقل می‌شود نه از حین وقوع قبول. و به تعبیر بهتر قبول را کاشف می‌دانند نه ناقل. آیا به همین دلیل نیست که قبول از جمله شرایط تأثیر وصیت است نه جزء ارکان اصلی آن؟

و) ایجاب و قبول باید مطابق باشد: تطابق ایجاب و قبول در تمام جهات (خواه طرفین عقد و خواه عوضین و خواه شرایط ضمن عقد) در ابواب عقود امری الزامی است به طوری که تخلف از این شرط موجب بطلان عقد خواهد بود (ماده ۱۹۴ ق.م). به عنوان مثال، اگر بایع بگوید من خانه‌ام را به شما به فلان مبلغ فروختم و مشتری در مقام قبول بگوید: من نصف آن خانه را به نصف آن مبلغ قبول کردم، به خاطر عدم تطابق قبول با ایجاب، عقد باطل خواهد بود. حال آنکه در باب وصیت تملیکی، طبق ماده ۸۳۲ ق.م: «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».

ز) در فقه منجز بودن عقد مورد بحث قرار گرفته و فقها معتقدند که تنجیز در عقود شرط است (فخر المحققین ۱۳۸۷ ج ۲: ۴۱۱؛ سبزواری ۱۴۱۳ ج ۱۶: ۲۴۹). حتی شیخ انصاری نیز به نقل از شهید ثانی بر آن ادعا اجماع نموده است (انصاری الف ۱۴۱۵ ج ۳: ۱۶۳) هر چند برخی دیگر از فقها معتقدند تعلیق بیع بر چیزی که حین عقد حاصل نشده بنا بر احوط جایز نیست، خواه عالم به حصول آن باشد خواه نباشد و همچنین است تعلیق بر چیز مجهول الحصول، اما تعلیق بیع بر چیزی که حین عقد معلوم الحصول است بنا بر اقوی جایز است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۳۹۶). بنابراین تعلیق وصیت بر مرگ موصی، که این تعلیق حتی در خود ایجاب هم وجود دارد، مطابق اصول کلی حاکم بر عقود است.

ح) عدم ایجاد تعهد به صرف ایجاب: از نظر عرف و قانون در هیچ عقدی ایجاب به تنهایی ایجاد تعهد نمی‌کند حال آنکه به موجب ماده ۸۳۳ ق.م تصرف ورثه موصی در موصی به تا وقتی که موصی له رد یا قبول خود را اعلام ننماید ممنوع است. در نتیجه اگر انشای موصی ایجاب باشد، برای ورثه وی نباید چنان الزام آور باشد که ایشان مجبور شوند برای اجبار موصی له جهت تصمیم‌گیری، به دادگاه مراجعه کنند.

ط) ماده ۸۳۲ ق.م بیان می‌دارد که موصی له می‌تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی به قبول کند این در حالی است که باتوجه به مفاد ماده ۱۹۴ ق.م قبول باید انفعالی، مطلق و غیر قابل تبعیض بوده و پیشنهاد طرف چنانچه هست پذیرفته شود (کاتوزیان ۱۳۸۸ ج ۱: ۳۲۶).

ی) ماده ۸۲۸ ق.م وصیت بر غیر محصور را، برخلاف ماده ۶۲ ق.م در وقف، نیازمند قبول نمی‌داند در حالی که ویژگی خاصی در وقف وجود ندارد که توجیه‌کننده این تفاوت باشد لهذا اگر قبول در وصیت یک قبول موجد عقد می‌بود قانونگذار می‌بایست در آنجا نیز قبول حاکم را شرط می‌دانست، هر چند فقهای هستند که برخلاف قانون مدنی، در وقف بر جهات عمومی مانند مساجد و قبرستان‌ها و همچنین در وقف بر عنوان کلی مانند وقف بر فقرا و فقها قبول موقوف علیهم را لازم نمی‌دانند (امام خمینی ۱۴۲۲: ۳۰۶).

ک) فوت یکی از طرفین عقد قبل از تشکیل عقد موجب بطلان عقد است: بر اهل خرد پوشیده نیست که در باب اجاره و بیع اگر موجب بعد از ایجاب و قبل از قبول فوت کند ایجاب باطل و بی اثر می‌شود اما در وصیت نه تنها اراده موصی با مرگ وی باطل نمی‌شود بلکه لازم الاجرا هم می‌شود.

ل) کتاب دوم قانون مدنی در باب سوم از قسمت دوم که راجع به عقود معینه مختلف است ذکری از وصیت بیان نکرده در حالی که قانونگذار در قسمت چهارم و بعد از آنکه در قسمت سوم از همان باب، اخذ به شفعه را آورده (که خود نیز در زمره ایقاعات است) وصیت را در کنار ارث ذکر کرده و با «او» عطف به هم مرتبط نموده است. پرواضح است که در هر دو آنها، مال بدون اراده ورثه و موصی له وارد ملکیت ذینفع می‌شود. با توجه به قواعد عمومی قراردادها انعقاد عقد نسبت به مال دیگری باعث می‌شود عقد صورت گرفته غیر نافذ باشد این در حالی است که وصیت بر مال غیر نه تنها باطل بلکه غیر قابل تنفیذ نیز است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۵۸۴).

بنابراین ملاحظه می‌شود که بین آنچه که به عنوان عقد مطرح می‌شود و وصیت تفاوت‌های بسیاری وجود دارد به گونه‌ای که عقد قلمداد نمودن وصیت مستلزم آن است که معتقد باشیم که عقد مرکب از دو ایقاع مستقل است و وابستگی عقد را به دو اراده انشایی انکار نماییم.

۲-۲) وقف

وقف از سنت‌های حسنه‌ای است که از دیر باز بین سایر ادیان و ملل دیگر نیز رایج بوده است. از آنجا که هر فعل حقوقی ناگزیر یا عقد است یا ایقاع، وقف نیز از این قاعده مستثنی نیست. برای آنکه یک عمل حقوقی نیز عقد باشد نیازمند وجود قبول به عنوان رکن سازنده آن هستیم چنانچه در تعریف عقد گفته‌اند «أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبُولِ» (امام خمینی ۱۴۲۰: ۲۰۹). بدین معنا که عقد محقق نمی‌شود مگر با قبول، بنابراین هر عمل حقوقی که نیازمند قبول باشد عقد است و هرچه که فاقد این رکن اساسی باشد ایقاع است در این بخش ضمن بررسی این مطلب که آیا وقف عقد است یا ایقاع به بررسی نقش قبض در وقف و مالکیت مال موقوفه در دیدگاه‌ها و آرای امام خمینی می‌پردازیم تا با کنارهم گذاشتن این مطالب به این سؤال پاسخ دهیم که آیا امام خمینی وقف را به عنوان مصداقی از تملیک یکجانبه پذیرفته‌اند؟

برای پاسخ دادن به این سؤال لازم است که شرط بودن قبول و قبض را در وقف انکار نماییم و مالکیت منافع یا عین را متعلق به موقوف علیه بدانیم؛ در واقع به این نتیجه برسیم که مالکیت عین یا منافع مال موقوفه به صرف اراده واقف و بدون آنکه موقوف علیه از خود اعلام اراده نماید وارد ملکیت آن می‌شود؛ در نتیجه اگر قبول یا قبض در وقف مدخلیت داشته باشد نمی‌توان آن را مصداقی از تملیک یکجانبه دانست و بلعکس آگه قبول و قبض شرط صحت وقف نباشد وقف از جمله تملیکات یکجانبه است.

۲-۲-۱) وقف عقد است یا ایقاع؟

عقد یا ایقاع بودن وصیت مورد اختلاف فقها است به گونه‌ای که برخی از فقها معتقد به عقد بودن وقف هستند مثلاً علامه حلی در کتاب تبصرة المتعلمین قبول، قصد قربت و اقباض را در وقف شرط می‌داند (علامه حلی ۱۴۱۱: ۱۲۶) و برخی دیگر علی‌رغم آنکه می‌گویند از کلمات اکثر فقها ظاهر می‌شود که به ایجاب تنها بدون قبول کفایت نموده و قبول را شرط ندانسته‌اند اما نظریه شرط بودن قبول در وقف را قول صحیح‌تر می‌دانند (طباطبایی ۱۴۱۸ ج ۱۰: ۹۴). برخی دیگر با نامیدن عقد بر وقف معتقدند در تمام اقسام وقف معتبر بودن قبول قوت دارد (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۸: ۷).

و برخی دیگر وقف را ایقاع می‌دانند صاحب ریاض المسائل از عبارات اکثر فقها، همچنان که در کتاب‌های مسالک و شرح لمعه آمده، فهمیده است که در هیچ یک از اقسام وقف، قبول شرط

نیست (طباطبایی ۱۴۱۸ ج ۱۰: ۹۳). برخی دیگر عدم اعتبار قبول را قول ظاهر می‌دانند (حسینی روحانی ۱۴۱۲ ج ۲۰: ۳۰۴). و برخی دیگر ضمن آنکه مشروط نبودن مطلق وقف را به قبول، قوی‌تر می‌دانند؛ اما احتیاط را در تفصیل بین وقف عام و خاص جستجو کرده‌اند (طباطبایی یزدی ۱۴۱۴ ج ۱: ۱۸۷).

برخی نیز قائل به تفصیل بین وقف عام و خاص شده‌اند و از جمله این افراد علامه حلی است (علامه حلی ۱۳۸۸: ۴۲۸).

در این میان امام خمینی لازم نبودن قبول را اقوی می‌داند چه وقف عام باشد مانند مساجد، قبرها، پل‌ها و غیره و چه وقف بر عنوان کلی باشد مانند وقف بر فقرا و علما و چه وقف خاص باشد؛ ولی قبول در همه اقسام وقف را احتیاط مستحب می‌داند خصوصاً در وقف خاص (امام خمینی ۱۴۲۲: ۳۰۶) ایشان همچنین در برخی از کتب خود به صراحت وقف را چه عام و چه خاص ایقاع معرفی می‌نمایند (امام خمینی ۱۴۲۰: ۲۱۰).

۲-۲-۲) شرط قبض در وقف

برخی از فقها قبض را شرط صحت وقف می‌دانند و معتقد هستند تا زمانی که وقف به دست موقوف علیهم داده نشده است وقف محقق نشده و در نتیجه هیچ اثری بر آن بار نیست (شیخ طوسی ۱۴۰۰: ۵۹۵؛ محقق حلی ۱۴۰۸ ج ۲: ۱۷۱) اما برخی دیگر از فقها معتقدند که از عموم روایات وارده چنین استنباط می‌شود که قبض نه در تحقق و نه در لزوم وقف مؤثر نیست فقط در روایت صفوان از امام موسی^(ع) به صراحت از قبض سخن به میان آمده است که در آنجا هم بر قبض، به عنوان شرط لزوم، حمل گردیده است (حسینی روحانی ۱۴۱۲ ج ۲۰: ۳۰۹).

۱. روایت صفوان به این شرح است: درباره مردی سؤال کردم که زمینی را وقف کرده و تصمیم گرفته چیزی را در آن احداث کند، امام فرمود: «اگر آن را برای فرزندانش یا کسی دیگر وقف کرده و برای آنان قیم قرار داده باشد، نمی‌تواند از وقفش برگردد. و اگر موقوف علیهم صغیر باشند و شرط کرده باشد ولایتش بر او باشد تا آنکه بالغ شوند پس برای آنها حیات می‌کند که در این صورت هم نمی‌تواند از وقفش برگردد اما اگر کبیر بوده‌اند و به آنها تسلیم نکرده باشد و آنها نیز با او به مخاصمه برنخیزند تا آن را از وی بگیرند، پس برای او خواهد بود که از وقفش برگردد» (کلینی ۱۴۰۷ ج ۷: ۳۷).

امام خمینی در این رابطه معتقدند که قبض از جمله شرایط صحت عقد وقف است و تا قبل از آن اصلاً اثری بر اراده واقف بار نمی‌شود (امام خمینی ۱۴۲۲: ۳۰۶).

۳-۲-۲) وضعیت مال موقوفه

از دیر باز تا کنون این موضوع که مالکیت مال موقوفه متعلق به چه کسی است ذهن فقها و حقوقدانان را به خود جلب نموده است، هر چند که امروزه با تصویب ماده ۳ قانون تشکیلات اوقاف، وقف شخصیت حقوقی دارد و در نتیجه مالکیت مال موقوفه از آن این شخصیت است، اما بررسی متون فقهی در این مورد کماکان از اهمیت برخوردار است.

اجماع وجود دارد که مال موقوفه از مالکیت واقف خارج می‌شود اما در رابطه با این مطلب که پس از خروج از مالکیت واقف سرنوشت مال موقوفه چه می‌شود بین فقها اختلاف وجود دارد نظر مشهور در این است که مالکیت مال موقوفه به موقوف‌علیهم منتقل می‌شود هر چند که در این مورد ادعای اجماع نموده‌اند (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۸: ۹۳) برخی دیگر معتقد به این امر هستند که وقف عام ملک الله است (شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۵: ۳۷۷).

امام خمینی در این زمینه معتقدند که وقف فک ملک است بنابراین مال موقوفه نه ملک واقف است نه ملک موقوف‌علیه ایشان همچنین این سخن صاحب جواهر را که برای زوال ملکیت مال موقوفه استدلال شده که وقف یک نوع عقد است و باید در آن قبول موجود باشد. بنابراین لازمه این امر آن است که مال از مالکیت واقف خارج شود و به ملکیت موقوف‌علیه درآید در غیر این صورت نمی‌توان دلیلی برای قبول موقوف‌علیه ارائه نمود با ذکر دو دلیل رد می‌نمایند (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۸: ۹۰) اولاً: معقول نیست که وقف به معنای مشترک در همه موارد عقد باشد و ثانیاً: این امر که هر قبولی مستلزم ایجاد مالکیت باشد مستند به هیچ دلیلی نیست مضافاً که دلایل خلاف این امر وجود دارد همانگونه که بسیاری از عقود متضمن ایجاب و قبول است ولی متعلق آنها مالکیت نیست؛ مانند عقد ودیعه و عاریه و نکاح و ... (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۱۳۱).

۴-۲-۲) تحلیل و ارزیابی

هر چند که امام خمینی وقف را ایقاع می‌داند اما از آنجا که قبض را شرط صحت وقف می‌داند و مال موقوفه را نیز فک ملک می‌داند در نتیجه به ملکیت موقوف‌علیه وارد نمی‌شود بنابراین ایشان وقف را به عنوان مصداقی از تملیک قهری یا یکجانبه نمی‌داند.

۲-۳) شرط تملیک به سود ثالث

اگر دونفر در ضمن عقدی که برای خود می‌بندند، تملیک عینی را به صورت شرط نتیجه برای ثالث قرار دهند چنین شرطی را شرط تملیک به سود ثالث می‌گویند (کاتوزیان ۱۳۹۰ ج ۳: ۳۱۵) که در ذیل مواردی از آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳-۲) جعل ملک به صورت شرط نتیجه برای ثالث

برخی از فقها ضمن تقسیم شرط صحیح به شرط فعل، شرط صفت و شرط غایت معتقدند که شرط غایت به نفس اشتراط حاصل می‌شود. ولی اعمال حقوقی که برای تحقق آن محتاج به سبب خاصی است از قبیل زوجیت و طلاق نمی‌تواند به صورت شرط غایت حاصل شود. از آنجایی که انتقال مالکیت نیازمند سببی خاص نیست بنابراین جعل آن به صورت شرط غایت برای ثالث به نظر فاقد اشکال است (انصاری الف ۱۴۱۵ ج ۶: ۶۰).

با استقرا در متون فقهی مشخص می‌شود که شرط غایت، نتیجه حاصل از عقود و ایقاعات است مثل مالکیت که به نفس اشتراط حاصل می‌شود و در این سخن که مالکیت محتاج سبب خاصی نیست، اشکالی وجود ندارد همچنان که حصول ملکیت ضمن عقد صلح نیز جایز است و در آن هیچ اختلافی نیست بنابراین می‌توان گفت که حصول ملکیت در ضمن عقود دیگر نیز جایز است. محقق نائینی در مثالی بیان می‌کنند که «این کتاب را به یک درهم به تو فروختم به شرط آنکه این پیراهن برای تو یا برای زید باشد» در نهایت ایشان نیز جعل ملکیت برای شخص ثالث را در ضمن عقد، صحیح می‌دانند بدون آنکه تصریحی بر لزوم قبول ثالث داشته باشند (خوانساری ۱۳۷۳ ج ۲: ۱۲۹). امام خمینی در رابطه با شرط جعل خیار برای اجنبی ضمن نقد نظریه‌های موجود در این رابطه؛ یعنی تملیک، توکیل و تحکیم معتقدند اگر جعل خیار برای اجنبی نظیر تملیک ملک برای او باشد باید ثالث قبول نماید پس اگر برای او قهراً حاصل شود برخلاف سلطنت ثالث بر خودش است، و آن نه تنها خلاف عقل بلکه برخلاف شرع نیز هست و تملیک اعیان و جعل حق از عقود است که محتاج به قبول است مگر آنکه دلیلی دلالت بر عدم لزوم قبول مانند باب ارث، و ظاهر از اصحاب و معقد اجماع این است که در جعل خیار برای ثالث، نیازی به قبول ثالث نیست، مگر آنکه گفته شود از کلام اصحاب جواز جعل خیار برای ثالث بدون تعرض به لزوم قبول و عدم آن مستفاد می‌شود (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۴: ۳۲۲).

هرچند که بهتر است گفته شود، بدون در نظر گرفتن اجماع (عدم نیاز به قبول ثالث) قبول ثالث لازم است. در نظر گرفتن اجماع ما را مأخوذ به پذیرش و اعتقاد بر عدم نیاز به قبول می‌نماید و دلیل آن جواز تخصیص قاعده به اجماع است.

۲-۳-۲) تملیک به نفع ثالث در قانون مدنی

ماده ۱۹۶ ق.م بیان می‌دارد: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد، خلاف آن را تصریح نماید یا بعد، خلاف آن ثابت شود معذک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید» به این صورت که طرفین قرارداد در ضمن معامله برای خود تعهد به انجام کار یا خودداری از انجام آن یا تملیک مالی را به ثالث بنمایند (کاتوزیان ۱۳۹۰ ج ۳: ۳۱۶).

این نهاد به عنوان استثنایی بر اصل نسبی بودن قرارداد در حقوق روم محسوب می‌شد که بر اساس آن تعهد به نفع ثالث حتی در قالب نیابت هم امکان پذیر نبود یعنی شخصی که به عنوان نماینده ثالث معامله می‌کرد عاجز از ایجاد حقی برای وی بود. اما این محدودیت‌ها ناتوان از مقابله با ضرورت‌های اجتماعی و نیازهای جامعه بود لذا ناگزیر نهادی تحت عنوان تعهد به نفع ثالث در حقوق روم پدید آمد. اما گذشته از این مباحثات می‌توان در فقه نشانه‌هایی پراکنده از این نهاد را پیدا کرد از اینرو هر چند که قانونگذار ایران در تدوین قانون مدنی به قانون مدنی فرانسه نظر داشته است اما هیچ‌گاه نخواست است که خود را از مبانی فقهی دور کند. حال سؤال این است که آیا به استناد ماده ۱۹۶ ق.م می‌توان شرط تملیک به سود ثالث را پذیرفت؟ آیا ماده ۱۹۶ ق.م تاب پذیرش چنین تفسیری را دارد؟

غالب حقوقدانان به این سؤال پاسخ منفی داده‌اند و ماده ۱۹۶ ق.م را حاوی یک حکم استثنایی و خلاف قاعده می‌دانند (کاتوزیان ۱۳۹۰ ج ۳: ۳۱۸) که به دلیل پذیرش استثنائی این ماده، تأکید بر لزوم تفسیر محدود آن دارند و بر این امر اصرار دارند که ماده ۱۹۶ ق.م ویژه تعهد به سود ثالث بوده لذا تملیک رایگان به نفع ثالث تابع قواعد عمومی است و نیازمند قبول طرف دیگر است (کاتوزیان ۱۳۹۰ ج ۳: ۳۲۱).

برخی نیز اظهار می‌دارند که ثالث می‌تواند با قبول خود به سودی که ضمن عقد فراهم آمده است فعلیت بخشد (شهیدی ۱۳۸۲ ج ۳: ۲۹۷). پس تا زمانی که ثالث قبول نکرده حقی برای وی به

وجود نیامده است بلکه وی می‌تواند با قبول، بدان فعلیت ببخشد به بیان دیگر به نفس جعل شرط، نفعی برای ایشان به وجود نیامده است بلکه ایجاد نفع برای ثالث با قبول او به وجود می‌آید.

۳) اصل عدم ولایت

یکی از دلایلی که مخالفان نظریه تملیک یکجانبه بدان استناد نموده‌اند «اصل عدم ولایت بر غیر» می‌باشد بدین نحو که نفوذ تملیک یکجانبه مخالف با آزادی و استقلال اراده افراد بوده و پذیرش آن موجب اعمال ولایت بر دیگران است و در صحنه اجتماع نیز به عنوان احسانی است که چهره قهر و غلبه به خود گرفته و از اینرو جلب هر گونه حمایت قانونی از آن معقول به نظر نمی‌رسد.

۳-۱) مفهوم اصل عدم ولایت

اصل عدم ولایت به عنوان یک اصل عقلی و شرعی در فقه امامیه سابقه طولانی دارد (آل بحرالعلوم ۱۴۰۳ ج ۳: ۲۱۴؛ امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۴: ۳۲۲) و به استناد این اصل در روابط اجتماعی اشخاص و افراد با همدیگر، کسی را بر دیگری هیچ سلطه و ولایتی نیست مگر به موجب نص صریح شرع یا قانون. پایه و اساس این اصل روشن است چون داشتن تسلط بر غیر دلیل می‌خواهد ولی برای نداشتن سلطه و ولایت بر دیگران نیازی به دلیل نیست (جعفری لنگرودی ۱۳۸۸: ۱۸۲) و به همین دلیل است که فقها غالباً معتقدند که ذوالخیار می‌بایستی حق خود را در مدت فوریت عرفی اعمال نماید؛ زیرا چنانچه زمان اعمال این خیار به طول بینجامد موجب تسلط ذوالخیار بر من علیه الخیار شده و از این طریق ضرری ناروا بر من علیه الخیار وارد می‌شود (رشتی ۱۳۱۶: ۵۱۹) بنابراین مخالفان نظریه تملیک یکجانبه نفوذ آن را به عنوان یک نوع ولایت از جانب ناقل به منتقل‌الیه می‌پندارند و از آنجایی که اصل، عدم ولایت افراد و اشخاص در زندگی اجتماعی بر یکدیگر است از پذیرش آن امتناع می‌ورزند. برای درستی یا نادرستی ادعای فوق می‌بایستی با بررسی ابعاد و دامنه شمول آن بتوان به این سؤال پاسخ داد که آیا می‌توان هر گونه تملیک یکجانبه‌ای را به عنوان ولایت بر غیر فرض نموده و از پذیرش آن جلوگیری کرد؟

۲-۳) قلمرو اصل عدم ولایت

برخی از فقها در باب تملیکات یکجانبه از اصل عدم ولایت به عنوان یک اصل ابزاری جهت رد پذیرش چنین تملیکاتی استفاده نموده‌اند بدین صورت که تملیکات یکجانبه مستلزم ملکیت قهریه بوده که این نیز در غیر از مورد ارث محکوم به بطلان است (موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۶: ۲۲۵؛ طباطبایی حکیم ۱۴۱۶ ج ۱۴: ۵۳۹). چرا که ادخال مالی در ملکیت دیگری بر خلاف اصل تسلیط بر نفس بوده و موجب نقض استقلال و آزادی منتقل‌الیه می‌شود. و از همین روی گمان نمی‌رود هیچ ذوق حقوقی نیز بتواند بر خلاف اقتضای آزاد اندیشی و برابری خواهی پای بر حریم دیگران نهاده و برخلاف میل او حقی برای او ایجاد نماید. و بر همین پایه است که عده‌ای از فقهای معاصر نیز در تأکید این نظر حصول تملیک قهری برای بیگانه را بر خلاف سلطنت شخص بر خود مفروض دانسته و آن را (عدم سلطه بر غیر) به عنوان یک قاعده عقلایی و شرعی دانسته‌اند (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۴: ۳۲۲). در مقابل، موافقان نظریه تملیک یکجانبه با تفکیک بین مرحله استحقاق حق (اهلیت ایجاد حق) و مرحله استیفا از آن (اهلیت استیفا) به هیچ عنوان اصل عدم ولایت را مانعی جهت پذیرش تملیکات یکطرفه نپنداشته و چنین استدلال می‌کنند که در مرحله استحقاق حق اعمال اراده تملیک کننده صرفاً منجر به ایجاد نفع و حقی برای منتقل‌الیه است و از آنجایی که چنین نفعی نیز عموماً با رضای نوعی و تقدیری منتقل‌الیه همراه است لذا قدر متیقن اعمال ولایت این مرحله را شامل نمی‌شود بلکه آنچه که محل تردید است، مربوط به حوزه اهلیت استیفا است و تنها تصرفاتی که منجر به نقض اهلیت استیفا است تحت شمول اعمال ولایت بر غیر بوده و قابل پذیرش نیست (جعفری لنگرودی ۱۳۹۰ ج ۲: ۲۷۰). بر همین اساس است که حتی برخی از فقها قائل به بطلان عقد فضولی هستند (محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۴: ۷۴) زیرا در عقد فضولی نیز کسی غیر از صاحب حق، استیفای حق نموده بدون آنکه از طرف او اذن یا مجوز قانونی داشته باشد. کوتاه سخن اینکه موافقان این نظریه بر این باورند که تملیکات یکجانبه تا آنجایی که با اهلیت استیفای منتقل‌الیه در تضاد نباشد، می‌تواند قابل پذیرش باشد. از تحلیلی که گفته شد می‌توان سرّ تعابیر موجود در کلام برخی از فقها را دریافت که به زعم آنان پذیرش تملیکات یکطرفه امری نامعقول جلوه نمی‌نماید. یکی از این تعابیری که می‌تواند به‌طور قاطع مدعای بر این مکتوب باشد، تعبیری است که مؤلف فقید کتاب *عروة الوثقی* پس از طرح دلایل مخالفان چنین مکتوب داشته‌اند: «مدفوعه بانه لا مانع منه عقلاً و مقتضی عمومات الوصیه ذلک، مع ان الملک القهری موجود فی مثل الوقف» (طباطبایی

یزدی ۱۴۰۹ ج ۲: ۸۷۹). پس در نظر این فقها پذیرش تملیک یکجانبه با موازین عقلی هیچ‌ناسازگاری نداشته و در زندگی اجتماعی نیز می‌توان تملیک یکطرفه‌ای را که به ضرر دیگری نبوده و صرفاً منتج به ایجاد نفعی برای دیگری است، پذیرفت. هرچند که در این میان موافقت منتقل‌الیه هم ابراز نشده باشد. وانگهی روشن است که این استدلال‌ها زمانی صادق است که همداستان با قول افرادی باشیم که بین مرحله استحقاق حق و استیفای حق قائل به تفکیک هستند والا اگر همداستان با قول مشهور در فقه باشیم لاجرم می‌بایستی تملیک یکطرفه را در همین حد نیز نپذیریم.

نتیجه‌گیری

با سیری در آرای فقها مشخص می‌شود که تملیک یکجانبه محل نزاع میان آنها بوده است به گونه‌ای که پذیرش تملیکات یکجانبه در فقه امری غریب نمی‌باشد، هرچند که برخی از فقها در مقابل پذیرش چنین تملیکاتی از خود مقاومت نشان می‌دهند و آن را برخلاف منع تملیک قهری می‌دانند اما عموم آنها پذیرش تملیکات یکجانبه را به عنوان استثناء می‌پذیرند هرچند که در مقابل قاعده بودن آن به سختی ایستادگی می‌نمایند. با مراجعه به آثار امام خمینی مشخص می‌شود که ایشان علی‌رغم آنکه وصیت را از جمله ایقاعات دانسته‌اند اما اثر این ایقاع را منوط به قبول موصی له می‌دانند به بیان دیگر ایشان به خاطر وجود قاعده منع تملیک قهری از یک سو، و عموم آیات و روایات وارده در بحث وصیت از سوی دیگر، با التزام به آیات و روایات به عدم دخالت موصی له در پیدایش ماهیت حقوقی وصیت معتقد هستند و با اعتقاد بر قاعده منع تملیک قهری و اصل عدم ولایت قائل به عدم حصول ملکیت برای موصی له قبل از قبول هستند؛ در نتیجه نمی‌توان وصیت را در آرای ایشان به عنوان مصداقی از تملیک یکجانبه دانست. در رابطه با وقف نیز ایشان علی‌رغم آنکه وقف را از ایقاعات می‌دانند، اما با توجه به آنکه قبض را از جمله شروط صحت وقف و مالکیت عین موقوفه را از آن خداوند می‌دانند و برای موقوف علیه تنها اباحه انتفاع قائل هستند، بنابراین به طور کلی می‌توان گفت که برخلاف برخی از فقها که به پذیرش تملیک یکجانبه تمایل دارند، امام خمینی چنین تملیکاتی را روا نمی‌دانند.

منابع

- آل بحر العلوم، محمد. (۱۴۰۳ق) *بلغه الفقيه*، تهران: منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم.
- آل کاشف الغطاء، محمد حسین. (۱۳۵۹ق) *تحریر المجله*، نجف: المکتبه المرتضویه، چاپ اول.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹ق) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۲۱ق) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۲۰ق) *الرسائل العشره*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۰۴ق) *زبده الأحکام*، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۲۲ق) *نجاه العباد*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- انصاری، شیخ مرتضی. (این ۱۴۱۵ق) *المنکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.
- _____ . (ب ۱۴۱۵ق) *رساله فی الوصایا*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق) *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸) *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- _____ . (۱۳۹۰) *فلسفه حقوق مدنی*، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
- _____ . (۱۳۸۲) *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق) *العناوین الفقهیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- حسینی عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ق) *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- حسینی روحانی، صادق. (۱۴۱۲ق) *فقه الصادق علیه السلام*، قم: دارالکتاب، مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول.
- _____ . (بی تا) *منهاج الصالحین*. بی جا، بی نا.
- _____ . (۱۴۲۹ق) *منهاج الفقاهه*، قم: انوار الهدی، چاپ پنجم .
- خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸ق) *مستند تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- خوانساری، موسی بن محمد. (۱۳۷۳ق) *منیة الطالب فی شرح المنکاسب*، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول.

- خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق) *موسوعه الامام خویی*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام خویی.
- رشتی، حبیب الله بن محمد علی. (۱۳۱۶ق) *التعلیقہ علی مکاسب*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، چاپ اول.
- سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق) *مهذب الأحكام*، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
- سیستانی، سید علی. (۱۴۱۷ق) *منهاج الصالحین*، قم: دفتر آیت الله سیستانی، چاپ پنجم.
- شهید اول، محمد بن مکی. (بی تا) *القواعد و الفوائد*، قم: کتابفروشی مفید، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق) *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲) *آثار قراردادها و تعهدات*، تهران: مجمع علمی فرهنگي مجلد، چاپ دوم.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق) *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت: دارالکتاب العربی، چاپ دوم.
- طباطبایی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق) *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۰۹ق) *الشرح الصغير في شرح مختصر النافع - حديقه المؤمنین*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- طباطبایی حکیم، محسن. (۱۴۱۶ق) *ستمسک عروه الوثقی*، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴ق) *تکملة العروة الوثقی*، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۰۹ق) *العروة الوثقی*، بیروت: مؤسسه العلمی للمطبوعات، چاپ دوم.
- _____ . (۱۴۲۸ق) *العروة الوثقی مع التعليقات*، قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق) *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- _____ . (۱۳۸۸ق) *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۱ق) *تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین*، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۳ق) *نضد القواعد الفقهیه*، تهران: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷) *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- فیض کاشانی، محمد محسن. (۱۴۰۶ق) *الوافی*، اصفهان: کتابخانه امام امیر المؤمنین علی (ع)، چاپ اول.
- _____ . (بی تا)، *مفاتیح الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (د)، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸) *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: بنیاد حقوقی کاتوزیان، چاپ هشتم.
- _____ . (۱۳۹۰) *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: بنیاد حقوقی کاتوزیان، چاپ ششم.
- _____ . (۱۳۶۹) *ایقاع*، تهران: میزان، چاپ دوم.

- (۱۳۷۰) وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹ق) الکافی، قم: دار الحدیث للطباعة ونشر، جلد ۱۳.
- (۱۴۰۷ق) الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، جلد ۷.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق) شوائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- محقق کرکی، شیخ علی بن الحسین. (۱۴۱۴ق) جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۱۹ق) القواعد الفقهیة، قم: نشرالهادی.
- موسوی قزوینی، سید علی. (۱۴۲۴ق) ینایح الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: داراحیاء التراث العربی.