

## شکل‌گرایی محض در وصیت؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۰۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۶

عباس میرشکاری<sup>۱</sup>

احسان بهرامی<sup>۲</sup>

سید امین پیشناماز<sup>۳</sup>

### چکیده

انعقاد برخی از اعمال حقوقی صرفاً تابع قواعد ماهوی نیست، بلکه شرایطی شکلی نیز بایسته است تا آن عمل حقوقی معتبر شناخته شود. یکی از شایع‌ترین این اعمال، وصیت است که اعتبار آن در بیشتر نظام‌های حقوقی تابع رعایت شرایط شکلی می‌باشد. بر این اساس، انعقاد وصیت صرفاً تابع اراده موصی نیست و تشریفات چند برای تنظیم آن ترسیم شده است. در حقوق ایران، با وضع قانون راجع به طرز تنظیم وصیت‌نامه و قانون امور حسبی، و در حقوق آمریکا، به موجب قانون وصایا و رأی دادگاه در پرونده «پاولینکو»، رعایت شرایط شکلی در تنظیم وصیت، بی‌تردید ضروری بوده و ضمانت اجرای آن، عدم اعتبار وصیت است؛ امری که به شکل‌گرایی محض شهرت دارد. با این حال، شکل‌گرایی محض در هر دو نظام حقوقی، مصون از مخالفت نمانده و همواره دیدگاه عدول از آن در ذهن گروهی پرورش یافته است. از این رو، مهم‌ترین پرسشی که در خصوص شکل‌گرایی محض در این دو نظام حقوقی مطرح شده این است که آیا امکان عدول از شکل‌گرایی محض در وصیت وجود دارد یا خیر؟ در این مقاله، تلاش می‌شود با روش کتابخانه‌ای این فرضیه اثبات گردد که هرچند توجه به کارکردهای شکلی شکل‌گرایی محض در وصیت اقتضا دارد که شکل‌گرایی محض به عنوان اصل در وصیت پذیرفته شود و عدول از آن تنها در مواردی ممکن است که قصد و اراده موصی به نحو صحیح نزد دادگاه احراز گردد، مطالعه حقوق ایران و آمریکا نشان می‌دهد که به دلیل ناکارآمدی نظریات جایگزین شکل‌گرایی محض، امکان عدول منتفی است.

1. استادیار دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول)

2. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، ایران

3. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، ایران

1. استادیار دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول)

2. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، ایران

3. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، ایران

mirshekariabbas1@ut.ac.ir

e\_bahramy@sbu.ac.ir

s\_pishnamaz@sbu.ac.ir

واژگان کلیدی: اثبات، شکل‌گرایی محض، قصد، کارکرد، وصیت.

## مقدمه

وصیت، عملی حقوقی است که به موجب آن، شخص می‌تواند عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری به‌طور رایگان تملیک کند یا اینکه شخص یا اشخاصی را برای انجام اموری مأمور نماید.<sup>۴</sup> برای تحقق این عمل حقوقی، طبیعتاً ضروری است شرایط ماهوی لازم برای اعتبار اعمال حقوقی فراهم باشد؛ برای نمونه، موصی باید قصد و رضا داشته باشد، اهلیت داشته باشد... اکنون، این پرسش مطرح است که آیا افزون بر شرایط یادشده، شرط دیگری هم برای اعتبار وصیت لازم است یا خیر؟ به دیگر بیان، آیا برای تحقق وصیت، رعایت پاره‌ای تشریفات نیز ضروری است یا همین که اراده موصی به هر روش ابراز شود، کفایت می‌کند؟ در مقام پاسخ به این پرسش، اکثر نظام‌های حقوقی دنیا تشریفات قانونی خاصی را برای تنظیم وصیت تعیین نموده‌اند؛ به نحوی که اگر این تشریفات رعایت نشود، وصیت بی‌اعتبار می‌شود.<sup>۵</sup> از این رویکرد می‌توان با عنوان «شکل‌گرایی محض»<sup>۶</sup> یاد کرد که بر اساس آن، اولاً شرایط شکلی مشخصی برای تنظیم وصیت وجود دارد و ثانیاً ضمانت اجرای این تشریفات، عدم اعتبار وصیت است.

در حقوق امریکا، به‌طور سنتی، اگر وصیتی بدون رعایت شرایط شکلی و تشریفات قانونی تنظیم شود، آن وصیت معتبر نخواهد بود و حتی دادگاه نیز قدرت اعتباربخشی به آن را نخواهد داشت.<sup>۷</sup> با این حال، رویکرد دیگری نیز در این خصوص در حقوق نوین امریکا شکل گرفته است که به موجب آن، شکل‌گرایی محض جایگاهی ندارد و وصیت بدون رعایت شرایط شکلی نیز تحت شرایطی معتبر خواهد بود.

۴. به حالت اخیر، وصایت نیز گفته می‌شود (حسین، قافی، «حدود اختیارات موصی در وصیت درباره صغار»، *دوفصلنامه ققه و حقوق اسلامی*، ش ۱۴ (۱۳۹۶)، ص ۱۱۲.

۵. برای نمونه، جهت ملاحظه نظام‌های حقوقی فرانسه، انگلیس و برزیل، ر.ک. ناصر کاتوزیان، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، (تهران: گنج دانش، چ ۲، ۱۳۹۹)، صص ۲۲۳-۲۲۴.

۶ Strict Compliance Requirement

۷ Robert, H. Sitkoff, & Jesse, Dukeminier, *Wills, Trusts, And Estates*, (2013), p. 171; Bruce, H. Mann, "Formalities and Formalism in the Uniform Probate Code", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142, (1994), pp. 1033, 1035-1036.

قضیه در حقوق ایران نیز مشابه است. به موجب ماده ۱ ق.ر.ط.ت.و<sup>۸</sup> مصوب ۱۳۱۷: «وصیت‌نامه اعم از اینکه راجع باشد به وصیت عهدی یا تملیکی منقول یا غیرمنقول ممکن است به طور رسمی یا خودنوشت یا سری تنظیم شود». بر اساس ماده ۱۶ قانون یادشده: «هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این قانون واقع نشده باشد در مراجع رسمی پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه به صحت وصیت اقرار نمایند». پس از وضع قانون امور حسبی در سال ۱۳۱۹، شناسایی مفهوم شکل‌گرایی محض همچنان به قوت خود باقی مانده است. در حقیقت، در مواد ۲۷۶ و ۲۹۱ ق.ا.ح<sup>۹</sup> که ذکر دوباره مواد ۱ و ۱۶ ق.ر.ط.ت.و است، مفهوم شکل‌گرایی محض تکرار شده است. آری بر این اساس است که برخی از علمای حقوق معتقد بودند وصیت از اعمال حقوقی تشریفاتی است و عدم رعایت شرایط شکلی و تشریفات قانونی وصیت، سبب عدم نفوذ وصیت می‌گردد.<sup>۱۰</sup> گویی در تأیید این دیدگاه است که گفته‌اند: «بنظر می‌رسد وصیت‌نامه موضوعیت دارد نه طریقت، چون با وصیت‌نامه انشاء وصیت می‌شود نه آنکه وصیت قبلاً واقع شده و وصیت‌نامه کاشف از آن باشد...»<sup>۱۱</sup>

در مقابل، برخی با بیان اینکه تنظیم وصیت‌نامه شرط صحت وصیت نیست و ممکن است وصیت با اقرار ذی‌نفع یا شهادت شهود به اثبات برسد،<sup>۱۲</sup> اساساً مفهوم شکل‌گرایی محض را در حقوق ایران به رسمیت نمی‌شناسند. در تأیید این دیدگاه، برخی از استادان گفته‌اند: «وصیت عمل حقوقی تشریفاتی نیست و با شهادت شهود نیز می‌توان اعتبار آن را اثبات کرد»<sup>۱۳</sup>؛ گویی نظریاتی که شورای نگهبان در تاریخ ۱ تیر ۱۳۶۵ و ۴ آبان ۱۳۶۷

۸. قانون راجع به طرز تنظیم وصیت‌نامه

۹. قانون امور حسبی

۱۰. موسی عمید، حقوق مدنی ایران - بخش دوم (هبه - وصیت - ارث)، (تهران: چاپخانه خودکار ایران، بی‌جا، ۱۳۲۱)، صص ۱۳۵-۱۳۶.

۱۱. سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی و حقوقی وصیت، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۴، ۱۳۸۷)، ص ۲۰۸.

۱۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق مدنی: وصیت، (تهران: گنج دانش، چ ۳، ۱۳۹۰)، ص ۲۲۳ و ۴۹۲.

۱۳. سید حسین صفایی و هادی شعبانی کندسری، حقوق مدنی: وصیت، ارث، ثنعه، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص

اعلام نمود و به موجب آن، محدود نمودن اعتبار وصیت‌نامه ابرازی به مدت سه ماه مذکور در ماده ۲۹۴ ق.ا.ح، خلاف موازین شرع اعلام شد، کفه باور اخیر را سنگین‌تر می‌کند.

با این همه، حقیقت این است که شکل‌گرایی محض می‌تواند کارکردهای مؤثری داشته باشد، از جمله اینکه سبب می‌شود قصد موصی احراز شود، وصیت مصون از حيله و نیرنگ افراد سودجو قرار گیرد، موصی اهمیت عمل حقوقی وصیت و تفاوت آن با سایر اعمال روزمره را متوجه شود و دادگاه در مقام احراز وصیت، چارچوب مشخصی داشته باشد. از این رو، پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا در نظام حقوقی ایران و امریکا، امکان عدول از شکل‌گرایی محض در وصیت وجود دارد یا خیر؟

با وجود اهمیت پرسش یادشده، مطالعه ویژه‌ای در این باره صورت نگرفته و عمدتاً به صورت فرعی در کتب حقوقی بحث مختصری در خصوص شکل‌گرایی محض در وصیت و امکان عدول از آن به عمل آمده است.<sup>۱۴</sup> این درحالی است که ادبیات حقوقی نیازمند پاسخ مفصل به این پرسش است. به همین سبب، نگارندگان این نوشته تلاش می‌کنند در پاسخ به این پرسش، کارکردهای شکل‌گرایی محض را مد نظر قرار دهند و در کنار آن با تمرکز بر تحولات رخ داده در نظام تقنینی و با بررسی رویه قضایی، تصویر تمام‌نمایی از موضوع در حقوق ایران ارائه دهند. افزون بر اینها، با توجه به اینکه مطالعه تطبیقی در آثار پیشین صورت نگرفته است، در راستای رفع این خلأ، حقوق امریکا که در زمینه این پژوهش، غنی به‌نظر می‌رسد و مدت‌ها با این چالش مواجه بوده است، مد نظر قرار می‌گیرد.

در مقاله حاضر، ابتدا تلاش می‌شود به تحلیل کارکردهای اثباتی، حمایتی، احتیاطی و چارچوب‌ساز و ماهیت آنها پرداخته شود تا از این طریق، امکان عدول از شکل‌گرایی محض در حقوق ایران و امریکا مورد سنجش قرار گیرد. سپس، سعی بر آن است که با تکیه بر وضعیت حقوقی که شکل‌گرایی محض در هر یک از این دو نظام حقوقی دارد، به قضیه نگریسته شود. به این منظور، نخست، چگونه بنیادینه شدن شکل‌گرایی محض و پدیدار شدن نظریات انطباق اساسی و اشتباه بی‌ضرر به‌عنوان جریان‌های عدولی در حقوق امریکا

۱۴. برای نمونه، ر.ک. ناصر کاتوزیان، پیشین، صص ۲۰۸-۲۱۳؛ سید حسین صفایی و هادی شعبانی کندسری، پیشین، صص ۲۸-۴۲؛ سید مصطفی محقق داماد، پیشین، صص ۲۰۷-۲۰۹.

مورد مطالعه قرار می‌گیرد و سپس، شکل‌گرایی محض و عدول از آن در پرتو تحولات قانونی و رویکرد رویه قضایی ایران بررسی خواهد شد.

## ۱. کارکردهای شکل‌گرایی محض و ماهیت آنها

### ۱.۱. کارکردهای شکل‌گرایی محض

#### ۱.۱.۱. کارکرد اثباتی یا مدرکی<sup>۱۵</sup>

در تحلیل‌های کارکردگرایانه، شکل وصیت به‌طور سنتی، ابزاری برای احراز قصد موصی بر انشای وصیت بوده است؛<sup>۱۶</sup> به این معنا که با رعایت تشریفات، این اطمینان نوعی ایجاد می‌شود که موصی اراده انشایی داشته است. توضیح بیشتر آنکه معمولاً میان انشای وصیت و اجرای آن و تصفیة ترکه مدت زمان زیادی فاصله می‌افتد. خود موصی نیز در مرحله اجرای وصیت در قید حیات نیست تا اراده حقیقی‌اش را به اطلاع دادگاه و بازماندگان برساند. از سوی دیگر، ممکن است موصی پیش‌نویس‌ها و یادداشت‌هایی از خود به‌جا گذاشته باشد<sup>۱۷</sup> که تصور شود اراده نهایی او در این اسناد تجلی یافته است. از این رو، لزوم رعایت شرایط شکلی از دو جهت مؤثر است؛ نخست، احراز قصد موصی بر انشای وصیت را تسهیل می‌کند و دوم، این مهم را نشان می‌دهد که وصیت‌نامه حاوی شرایط شکلی قانونی، آخرین اراده او تلقی می‌شود.<sup>۱۸</sup>

بر این بنیاد، وصیتی که با رعایت تمام تشریفات شکلی لازم تنظیم شده باشد، آشکارکننده قصد موصی خواهد بود؛<sup>۱۹</sup> زیرا اولاً شخصی که با صرف زمان قابل‌توجه، تشریفات تنظیم وصیت را رعایت می‌کند، قصدش بر وصیت برای همگان آشکار است. ثانیاً

<sup>۱۵</sup>Evidentiary Function

<sup>۱۶</sup>John, H. Langbein, "Substantial Compliance With the Wills Act", Harvard Law Review, Vol. 88, (1975), p. 492.

<sup>۱۷</sup>Adam, J. Hirsch, "Inheritance and Inconsistency", Ohio State Law Journal, Vol. 57, (1996), pp. 1056, 1067.

<sup>۱۸</sup>Mohn, H. Langbein, *op. cit.*, pp. 494-495.

<sup>۱۹</sup>Joseph, M. Perillo, "The Statute of Frauds in the Light of the Functions and Dysfunctions of Form", Fordham Law Review, Vol. 43, (1974), pp. 56-57.

وقتی موصی متوجه می‌شود که باید در راستای تنظیم وصیت تشریفات چند را رعایت کند، درمی‌یابد که این عمل حقوقی، ساده نیست و خودش نمی‌تواند به‌تنهایی وصیت خویش را تنظیم کند. به همین دلیل به مشاور حقوقی مراجعه می‌کند و از تشریفات تنظیم وصیت آگاهی می‌یابد و حتی از ماهیت وصیت هم ممکن است سؤالاتی از وی بپرسد؛ از این رو، با رعایت تشریفات، مشخص است آنچه به رشته تحریر درآمده، مقصود اوست.<sup>۲۱</sup> ثالثاً آنگاه که موصی تشریفات سخت و زمان‌بر تنظیم وصیت را ملاحظه می‌کند، معمولاً ترجیح می‌دهد زمانی به انشای وصیت مبادرت نماید که توانایی فراهم و رعایت کردن این تشریفات را داشته باشد. به همین دلیل، تشریفات بودن وصیت سبب می‌شود که موصی وصیت خویش را در زمان جوانی که در آن، قوای دماغی و مقاصدش محکم‌تر است، تنظیم و از وصیت در دوران پیری و کهولت سن اجتناب نماید.<sup>۲۲</sup>

در حقوق ایران، نویسندگان قانون امور حسبی، کارکرد اثباتی را مد نظر داشته‌اند. در واقع، برای اینکه قصد موصی در وصیت احراز شود، ماده ۲۷۷ ق.ا.ح. مقرر نموده است که وصیت رسمی باید بر اساس تشریفات تنظیم اسناد رسمی تدوین شود؛ چراکه حضور و نقش مأمور واجد صلاحیت قانونی در تنظیم وصیت‌نامه می‌تواند احتمال غیرقاصد بودن موصی را به حداقل برساند. به‌علاوه، آنجا که وصیت به نحو خودنوشت تنظیم می‌شود، جهت اثبات قصد موصی است که مقرر شده وصیت و تاریخ آن باید تماماً به خط موصی نوشته شود (ماده ۲۷۸ ق.ا.ح.).

در حقوق امریکا نیز تشریفات سه‌گانه «مکتوب بودن، امضای موصی و شهادت دو شاهد»، همگی در خدمت کارکرد اثباتی بوده، سبب می‌شوند یک قالب دائمی قابل اعتماد از قصد واقعی موصی باقی بماند. در حقیقت، یک وصیت شفاهی همواره در معرض گزارش غیرقابل اعتماد شهود بوده که ممکن است ناشی از فراموشی خاطر، تلقی اشتباه و... شهود باشد.<sup>۲۳</sup> این درحالی است که یک وصیت‌نامه مکتوب، سندی واضح و روشن راجع به اراده

<sup>۲۱</sup>Lawrence, M. Friedman, "The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society", Wisconsin Law Review, No. 2 (1996), pp. 367-368.

<sup>۲۲</sup>Adam, J. Hirsch, *op. cit.*, p. 1065.

<sup>۲۳</sup>Ashbel, G. Gulliver & Catherine, J. Tilson, "Catherine Classification of Gratuitous Transfers",

موصی است.<sup>۲۳</sup> به همین ترتیب، امضای موصی سبب می‌شود نام وی به ورقهٔ مکتوب ضمیمه شود و از این حیث، هم نویسندهٔ آن مشخص شود و هم یک نمونهٔ دست‌خط از او برای انطباق و اعتبارسنجی باقی بماند.<sup>۲۴</sup> شهادت شهود نیز باعث می‌شود اشخاص در حین انعقاد وصیت حضور داشته باشند تا بتوانند در فرایند رسیدگی در دادگاه، نسبت به تحقق یک وصیت قانونی گواهی دهند.<sup>۲۵</sup>

### ۱.۱.۲. کارکرد حمایتی<sup>۲۶</sup>

یکی از کارکردهای شکل‌گرایی محض را می‌توان حمایت از موصی دانست. توضیح آنکه خوب می‌دانیم وصیت ناظر به تصرفات موصی در زمان پس از مرگ اوست. از این رو، این احتمال وجود دارد که موصی تحت فشار، فریب، اجبار، تقلب و... مبادرت به انشای وصیت کند<sup>۲۷</sup> و سرنوشت دارایی او پس از مرگش تغییر یابد. برای جلوگیری از این مشکلات، شکل‌گرایی محض از موصی و ارادهٔ او، هم در زمان انعقاد وصیت و هم در زمان عمل به وصیت و تصفیةٔ ترکه حمایت می‌کند. بر این اساس، کسانی که به هر دلیلی، قصد دارند وصیت موصی را متفاوت با آنچه در حقیقت است نشان دهند، در مقاصد مذموم خویش ناکام می‌مانند؛ زیرا شخصی که قصد انجام تقلب در وصیت موصی و قلب حقیقت دارد، زمانی که با لزوم رعایت تمام تشریفات تنظیم وصیت مواجه می‌شود، امکان توفیق خود در تقلب را کم می‌بیند و دست از انحراف در قصد موصی برمی‌دارد.<sup>۲۸</sup> آری در راستای اشاره به این کارکرد است که گفته‌اند: «به‌ویژه در وصیت، که به‌طور معمول نزدیک به مرگ موصی انشاء می‌شود و ناتوانی مادی و معنوی محتضر به فریبکاران فرصت بیشتری برای سوء استفاده می‌دهد، تشریفات تنظیم وصیت‌نامه را می‌توان ضامن حفظ آزادی و استقلال فکر

Yale Law Journal, Vol. 51, (1941), pp. 4-6.

<sup>۲۳</sup>John, H. Langbein, *op. cit.*, pp. 492-493.

<sup>۲۴</sup>Ashbel, G. Gulliver & Catherine, J. Tilson, *op. cit.*, p. 7.

<sup>۲۵</sup>*Ibid.*, p. 8.

<sup>۲۶</sup>Protective Function

<sup>۲۷</sup>Stephan, Clowney, "In Their Own Hand: An Analysis of Holographic Wills and Homemade Willmaking", *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, Vol. 43, (2008), p. 139.

<sup>۲۸</sup>Ashbel, G. Gulliver & Catherine, J. Tilson, *op. cit.*, pp. 12-13.

موصی دانست<sup>۲۹</sup>:

در حقوق ایران کارکرد حمایتی جلوه‌هایی دارد. آری قانون امور حسبی برای اینکه موصی به دور از فریب، اجبار، اکراه و تقلب سایرین موفق به تنظیم وصیت شود، حسب اینکه وصیت از چه نوعی باشد، راهکارهای مختلفی را ارائه داده است. برای مثال، در وصیت رسمی، قانون با محول نمودن نگارش وصیت به مأمور قانونی ذی‌صلاح، از ورود حيله و تقلب به وصیت ممانعت می‌کند (ماده ۲۷۷ ق.ا.ج. و ماده ۱۲۸۷ ق.م.):<sup>۳۰</sup> همچنین، اگر وصیت خودنوشت باشد، ماده ۲۷۸ ق.ا.ج. با تأکید بر اینکه وصیت باید تماماً به خط موصی و منقش به امضای او باشد، کارکرد حمایتی را تضمین می‌کند.

در حقوق امریکا نیز این امر که دو شاهد نظاره‌گر انعقاد وصیت باشند می‌تواند مبین آن باشد که موصی تحت تأثیر عیوب اراده نبوده، آن دو، شاهد اعمال اراده آزادانه و آگاهانه وی بوده‌اند. در زمان عمل به وصیت نیز احتمال دارد اشخاصی ادعا نمایند که وصیت موصی چیز دیگری بوده است و یا وصیت‌نامه را به شیوه‌ای برخلاف اراده او تفسیر و تبیین کنند. در این مرحله نیز تشریفات تنظیم وصیت نظیر کتبی بودن آن و شهادت شهود و امضای موصی سبب می‌شود تا دشواری جعل و تحریف وصیت و اراده موصی افزایش یابد.<sup>۳۱</sup> همچنین، این امر که شهود متعدد بوده، ذی‌نفع نباشند، خود عاملی است که ضمن پیشگیری از گزارش‌های خلاف واقع، اراده موصی را از تحریف مصون نگه می‌دارد.<sup>۳۲</sup>

۳.۱.۱. کارکرد احتیاطی<sup>۳۳</sup>

تأکید اصلی کارکرد احتیاطی که از آن با عنوان «کارکرد تشریفاتی» نیز نام برده‌اند،<sup>۳۴</sup>

۲۹. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۶۳.

۳۰. قانون مدنی

۲ Douglas, C. Miller, "Will Formality, Judicial Formalism, and Legislative Reform: an Examination of the New Uniform Probate Code "Harmless Error" Rule and the Movement Toward Amorphism", Florida Law Review, Vol. 43, (1991), pp. 128-131.

۳۱ Ashbel, G. Gulliver & Catherine, J. Tilson, *op. cit.*, pp. 11-12.

۳۲ Cautionary Function

۳۳ Lloyd, Bonfield, "Reforming the Requirements for Due Execution of Wills: Some Guidance from the Past", Tulane Law Review, Vol. 70, (1996), p. 1907.



این است که لزوم تبعیت از شکل مشخص در وصیت موجب می‌شود به موصی این هشدار داده شود که اقدامی که می‌خواهد به آن مبادرت کند، یک عمل روزمره ساده نیست، بلکه یک عمل حقوقی بااهمیت است. در واقع، تشریفات، تمیزدهنده میان انشای وصیت و اعمال ساده روزانه بوده، مانع از انعقاد وصیت به صورت اتفاقی یا تصادفی است.<sup>۳۵</sup> این تشریفات سبب می‌شود موصی تشویق شود وصیت را پس از برنامه‌ریزی دقیق و محتاطانه انجام دهد.<sup>۳۶</sup> این امر که موصی ملتزم گردد وصیت خود را به صورت مکتوب درآورد، باعث می‌شود از انجام یک وصیت در حالت بی‌توجهی و حواس‌پرتی حاکم بر یک بیان شفاهی جلوگیری شود.<sup>۳۷</sup> زیرا به‌طور کلی، انجام یک عمل کتبی با سبق تصمیم و اندیشه‌ای قبلی همراه است که نظیر آن در یک بیان شفاهی وجود ندارد.<sup>۳۸</sup>

در حقوق ایران، کارکرد احتیاطی آشکارا مد نظر قانون امور حسبی بوده است. توضیح آنکه علی‌رغم اینکه در قوانین موضوعه اصولاً شرایط شکلی و تشریفات خاصی جهت تنظیم اعمال حقوقی مختلف وجود ندارد، قانون امور حسبی در مواد ۲۷۶ تا ۲۹۹ با ذکر تشریفات چند برای تنظیم وصیت، در صدد است تا اهمیت انعقاد وصیت را به‌عنوان یک عمل حقوقی خاطر نشان ساخته، آن را از سایر اعمال حقوقی روزمره متمایز کند.

در حقوق آمریکا نیز با لزوم رعایت تشریفات کتابت و شهادت شهود، به موصی دو مرتبه اخطار داده می‌شود که اگر هنوز تصمیم سنجیده خود را اتخاذ نکرده است، از ادامه نگارش وصیت خودداری نماید و با رعایت نکردن تشریفات بعدی، گامی به عقب بردارد.<sup>۳۹</sup>

#### ۱. ۱. ۴. کارکرد چارچوب‌ساز<sup>۴۰</sup>

<sup>۳۵</sup>Ashbel, G. Gulliver & Catherine, J. Tilson, *op. cit.*, p. 5.

<sup>۳۶</sup>ohn, H. Langbein, *op. cit.*, pp. 494-495.

<sup>۳۷</sup>Lon, L. Fuller, "Consideration and Form", *Columbia Law Review*, Vol. 41, (1941), p. 800.

<sup>۳۸</sup>Charles, L. Nelson & Jeanne, M. Starck, "Formalities and Formalism: A Critical Look at the Execution of Wills", *Pepperdine Law Review*, Vol. 6, (1979), p. 349.

<sup>۳۹</sup>Mark, Glover, "The Therapeutic Function of Testamentary Formality", *University of Kansas Law Review*, Vol. 61, (2012), pp. 622-623.

<sup>۴۰</sup>Channeling Function

واپسین کارکرد، کارکرد چارچوب‌ساز است که بر اساس آن، وظیفه دادگاه در تشخیص وصیت معتبر از غیرمعتبر راحت‌تر بوده، در چارچوب مشخصی قالب زده می‌شود<sup>۴۱</sup> و وصف هزینه‌بر و زمان‌بر بودن از دعاوی راجع به وصیت زدوده می‌شود.<sup>۴۲</sup> در واقع، دادگاه در مقام رسیدگی به صحت و اصالت وصیت، با یک چارچوب مشخص مواجه است: اگر وصیت بر اساس شرایط شکلی لازم تنظیم شده باشد، معتبر است؛ در غیر این صورت، فاقد اعتبار بوده، دادگاه نیز صلاحیت اعتبار بخشیدن به آن را نخواهد داشت.<sup>۴۳</sup>

در حقوق ایران به این کارکرد آشکارا در ماده ۲۹۱ ق.ا.ج. اشاره شده است. این ماده که مقرر می‌دارد: «هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این فصل واقع نشده باشد، در مراجع رسمی پذیرفته نیست مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه به صحت وصیت اقرار نمایند»، به کارکرد چارچوب‌ساز اشاره دارد. در حقوق امریکا نیز کارکرد چارچوب‌ساز جایگاه انکارناپذیری در شکل‌گرایی محض دارد تا آنجا که گفته‌اند تشریفات تنظیم وصیت باید به‌گونه‌ای باشد که در امر اداره میلیون‌ها ترکه از سوی دادگاه، توانمند و مناسب باشد.<sup>۴۴</sup>

## ۲.۱. ماهیت کارکردهای شکل‌گرایی محض؛ موضوعیت یا طریقت؟

اکنون که کارکردهای شکل‌گرایی محض مورد تحلیل قرار گرفت، مسئله این است که ماهیت این کارکردها چیست؟ به دیگر بیان، این کارکردها موضوعیت دارند یا طریقت؟

در تحلیل موضوعی، تکیه بر این است که اگر وصیت بدون رعایت شرایط شکلی مقرر تنظیم گردد، تنها در صورتی معتبر است که متضمن تمام کارکردهای پیش‌گفته باشد. برای مثال، زمانی که دادگاه انشای وصیت را از طریق شهادت شهود واجد شرایط احراز می‌کند، کارکردهای اثباتی و حمایتی حفظ می‌شود؛ زیرا فرض بر این است که شهادت بر اساس شرایط قانونی بوده و به‌وسیله آن، قصد موصی بر انشای وصیت احراز شده است. به‌علاوه،

<sup>۴۱</sup>James, Lindgren, "Abolishing the Attestation Requirement for Wills", *The North Carolina Law Review*, Vol. 68, (1990), pp. 541, 544.

<sup>۴۲</sup>John, H. Langbein, *op. cit.*, p. 504.

<sup>۴۳</sup>Mark, Glover, "Decoupling the Law of Will-Execution", *St. Johns Law Review*, Vol. 88, (2014), p. 35.

<sup>۴۴</sup>Lawrence, M. Friedman, *op. cit.*, p. 368.

شهادت که بر کیفیت اعمال نیز دلالت دارد، شبهه هرگونه اجبار و اکراه ... را که نافی کارکرد حمایتی است از بین می‌برد. با این حال، احراز انشای وصیت به واسطه شهادت شهود، کارکرد احتیاطی شکل‌گرایی محض که همانا آگاه ساختن موصی از اهمیت عمل حقوقی وصیت و افتراق آن با سایر اعمال روزمره است و همچنین، کارکرد چارچوب‌ساز را که جهت تسهیل وظایف و تعیین اختیارات دادگاه است نادیده می‌گیرد.<sup>۴۵</sup> بر این اساس، تحلیل موضوعی کارکردهای شکل‌گرایی محض، ما را به این سمت و سو رهنمون می‌کند که اگر تشریفات تنظیم وصیت رعایت نشود، به علت عدم تأمین کارکردهای احتیاطی و چارچوب‌ساز، امکان اعتبار بخشیدن به وصیت با مانع جدی روبه‌رو است؛ چراکه عدم رعایت تشریفات تنظیم وصیت به این معنا است که دست‌کم دو کارکرد احتیاطی و چارچوب‌ساز که موضوعیت دارند، تأمین نشده‌اند.

در مقابل، تحلیل تطبیقی بیش از آنکه نفس کارکردها را مورد توجه قرار دهد، قصد و اراده موصی را با ارزش می‌داند و این کارکردها را تنها ابزار و طریقی برای دستیابی به قصد موصی قلمداد می‌کند.<sup>۴۶</sup> در این تحلیل، آنچه اهمیت دارد، اصل آزادی موصی در وصیت است.<sup>۴۷</sup> به همین سبب، نباید با بها دادن بیش‌ازحد به کارکردها، این ارزشمند را مخدوش نمود. درواقع، شکل‌گرایی محض ایجاد شده است تا وسیله‌ای برای اثبات قصد واقعی موصی باشد، نه آنکه کارکردهای آن از مطلوبیت و موضوعیت برخوردار باشد.<sup>۴۸</sup>

در مقام نقد دو تحلیل پیش‌گفته به‌نظر می‌رسد که بتوان با تکیه بر شأن نزول کارکردهای شکل‌گرایی محض، راه میانه‌ای را انتخاب کرد. به عبارت دیگر، کارکردهایی که برای شکل‌گرایی محض در وصیت گفته شده، همگی به‌جز کارکرد چارچوب‌ساز، در راستای رسیدن به یک هدف مهم یعنی احراز قصد و اراده موصی است. از این رو، در وابستگی به

<sup>۴۵</sup>Mark, Glover, "Decoupling the Law of Will-Execution", p. 646.

<sup>۴۶</sup>Melanie, B. Leslie, "The Myth of Testamentary Freedom", Arizona Law Review, Vol. 38, (1996), pp. 235-236.

<sup>۴۷</sup>Reid Kress, Weisbord, "Wills for Everyone: Helping Individuals Opt Out of Intestacy", Boston College Law Review, Vol. 53, (2012), pp. 887, 883-884.

<sup>۴۸</sup>Pamela, R. Champine, "My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical Testator", Nebraska Law Review, Vol. 80, (2001), pp. 387, 391-392.

این کارکردها، افراط ممنوع است و باید تا جایی مورد استفاده و استناد قرار بگیرند که به قصد موصی لطمه‌ای وارد نشود. بر این بنیاد، باید گفت که جمع میان طریقت کارکردهای اثباتی، حمایتی و احتیاطی از یک طرف (احراز قصد موصی) و موضوعیت کارکرد چارچوب‌ساز از طرف دیگر (تسهیل وظایف دادگاه و تعیین اختیارات آن) اقتضا دارد که شکل‌گرایی محض در وصیت به‌عنوان اصل اولیه پذیرفته شود و تنها زمانی بتوان از آن عدول کرد که اراده و قصد موصی بر انشای وصیت برای دادگاه احراز و اثبات گردد؛ اراده‌ای که عاری از هرگونه اجبار، اکراه، تقلب و... باشد؛ خاصه آنکه بسیاری از انسان‌ها در شرایطی مبادرت به انشای وصیت می‌کنند که در آن شرایط، رعایت تشریفات تنظیم از سوی آنها غیرممکن است.

## ۲. شکل‌گرایی محض و جریان‌های عدول از آن در حقوق امریکا

### ۲.۱. پرونده مشهور پاولینکو

در حقوق امریکا، تشریفات لازم برای انشای وصیت به دو دسته تشریفات اولیه<sup>۴</sup> و تشریفات ثانویه<sup>۵</sup> تقسیم می‌شود. تشریفات اولیه عبارت است از آن دسته از شرایط شکلی وصیت که همه ایالت‌های امریکا وجود آن را برای انشای وصیت ضروری می‌دانند. برای مثال، مکتوب بودن وصیت، امضای وصیت از سوی موصی و شهادت دو شاهد بر وصیت، تشریفات اولیه محسوب می‌شوند.<sup>۵</sup> در مقابل، تشریفات ثانویه به آن دسته از شرایط شکلی گفته می‌شود که تنها در برخی ایالات در زمره شرایط شکلی صحت وصیت آورده شده است. برای نمونه، در برخی ایالات، امضای موصی تنها در صورتی معتبر است که در ذیل وصیت‌نامه باشد؛ حال آنکه در بعضی دیگر از ایالت‌ها جایگاه امضای موصی در وصیت‌نامه از اهمیت برخوردار نیست.<sup>۵</sup>

با این اوصاف، اگر وصیتی بدون رعایت شرایط شکلی و تشریفات قانونی تنظیم شود،

<sup>۴</sup>Primary Formalities

<sup>۵</sup>Ancillary Formalities

<sup>۵</sup>Robert, H. Sitkoff, & Jesse, Dukeminier, *op. cit.* p. 159.

<sup>۵</sup>*Ibid.*, p. 163.

آن وصیت معتبر نخواهد بود و حتی دادگاه نیز قدرت اعتباربخشی به آن را نخواهد داشت.<sup>۵۳</sup> این وضعیت که معنایی جز پذیرش شکل‌گرایی محض در حقوق آمریکا ندارد، در پرونده «وصیت پاولینکو»<sup>۵۴</sup> ژانویه سال ۱۹۵۹ که نزد دادگاه عالی پنسیلوانیا مطرح شد، منعکس گردید و تا آنجا شهرت یافت که امروزه شکل‌گرایی محض بیشتر در پرونده پاولینکو جستجو می‌شود تا قانون وصایا.

در این پرونده، زن و شوهری که از اروپای شرقی به آمریکا پناهنده شده بودند، قصد داشتند که برای اموال خود پس از فوت، تعیین تکلیف کنند و به این منظور، وصیت نمودند که اموال هر یک از آن دو که زودتر از دیگری فوت کند، به بازمانده برسد.<sup>۵۵</sup> زوجین که از شکل‌گرایی محض آگاهی نسبی داشتند، جهت تنظیم وصیتی که از نظر حقوق آمریکا نیز معتبر باشد، با یک مشاور حقوقی مشورت کردند و در نهایت، وصیتی به امضای زوجین در حضور مشاور حقوقی و دستیار او تنظیم گردید.<sup>۵۶</sup> زن پس از چند سال فوت کرد و شوهر بدون مراجعه به دادگاه، شروع به تصرف در اموال او نمود.<sup>۵۷</sup> پس از چندی، شوهر نیز فوت کرد و طبق وصیت زوجین، اموال ایشان باید به برادر زن (پاولینکو) می‌رسید.<sup>۵۸</sup> پاولینکو به منظور رسمی نمودن مالکیت خویش نسبت به اموال زوجین به دادگاه مراجعه کرد.<sup>۵۹</sup>

با اینکه شکل وصیت پس از مشاوره حقوقی تنظیم شده بود، دادگاه با اشاره به اینکه زوجین در امضای وصیت اشتباه کرده‌اند، به نحوی که هریک وصیت دیگری را امضا زده است، وصیت را باطل قلمداد نمود.<sup>۶۰</sup> قاضی پرونده «پاولینکو» که گویی علی‌رغم میل باطنی‌اش به شکل‌گرایی محض پایبند بود، چنین مقرر نمود: نخست، «در این پرونده، همه قبول دارند که یک اشتباه رخ داده است: یک اشتباه از روی صداقت و به دور از تقلب، از

<sup>۵۳</sup>*ibid.*, p. 171; Bruce, H. Mann, *op. cit.* pp. 1033, 1035-1036.

<sup>۵۴</sup>Pavlinko Will

<sup>۵۵</sup>Casetext, Pavlinko Will, <[www.casetext.com](http://www.casetext.com)>.

<sup>۵۶</sup>*ibid.*

<sup>۵۷</sup>*ibid.*

<sup>۵۸</sup>*ibid.*

<sup>۵۹</sup>*ibid.*

<sup>۶۰</sup>*ibid.*

روی بی‌گناهی، واضح، ساده و ... هیچ‌کس بر سر این حقیقت بی‌رحم، غیرقابل انعطاف و غیرقابل تغییر<sup>۶۱</sup> بحثی ندارد.<sup>۶۲</sup> دوم، «شاید متوفی فکر کرده که وصیت را منعقد نموده است، درحالی که حقوق می‌گوید خبری از انعقاد وصیت نیست. پرسش در اینجا این نیست که قصد متوفی چه بوده است، بلکه این است که در حقیقت، متوفی به‌منظور رعایت شکل‌گرایی محض چه کار کرده است.»<sup>۶۳</sup> سوم، ممکن است با وصایای زیادی مواجه شویم که علی‌رغم اینکه به‌صراحت دلالت بر قصد انشای موصی دارند، قانون آنها را معتبر نمی‌داند؛ زیرا قانون وضع‌کننده تشریفات تنظیم وصیت است و قصد بدون رعایت تشریفات را بی‌اثر تلقی می‌نماید.<sup>۶۴</sup>

استدلال‌های دادگاه در پرونده «پاولینکو»، در سایر پرونده‌ها نیز مورد قبول واقع شد. برای مثال، در پرونده «استیونز علیه کسدورف»<sup>۶۵</sup> دادگاه با اعلام اینکه موصی با نگارش یک وصیت مکتوب، قصد انعقاد آن را داشته است، صرف داشتن قصد و نگارش را برای معتبر تلقی کردن وصیت کافی ندانست؛ زیرا وصیت مکتوب برای آنکه بتواند معتبر قلمداد شود، باید منطبق با همه شرایط شکلی مقرر باشد. همچنین، در پرونده «مورای علیه لويس»<sup>۶۶</sup> دادگاه عقیده داشت که در وصیت، آنچه از اهمیت برخوردار است، احراز قصد موصی نیست، بلکه احراز رعایت تشریفات قانونی تنظیم وصیت است. به همین سبب، در صورت عدم احراز رعایت تشریفات، وصیت باطل قلمداد می‌شود. تأسی از پرونده «پاولینکو» تا آنجا پیش‌رفت که یکی از علمای حقوق گفته است پرونده «پاولینکو» نشانگر پرونده‌های مشابه بسیاری است که هرچند دادگاه‌ها در این پرونده‌ها مطمئن بودند که موصی قصد انشای وصیت را داشته، اما به جهت عدم رعایت شکل‌گرایی محض، وصیت را باطل تلقی نمودند.<sup>۶۷</sup>

۶۱. منظور شکل‌گرایی محض است.

۶۲. Casetext, *op. cit.*

۶۳. *ibid.*

۶۴. *ibid.*

۶۵. Stevens V. Casdorff (1998)

۶۶. Murray V. Lewis (1964)

۶۷. Bruce, H. Mann, *op. cit.*, p. 1036.

۲.۲. نظریه انطباق اساسی<sup>۶۸</sup>

در برابر سخت‌گیری شکل‌گرایی محض، برخی از علمای حقوق، از نظریه جایگزینی تحت عنوان «نظریه انطباق اساسی» نام برده‌اند. این ایده که نخستین جایگزین شکل‌گرایی محض محسوب می‌شود، به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد در صورتی که وصیت شرایط شکلی لازم را نداشته باشد، تحت شرایطی آن را معتبر قلمداد کنند.<sup>۶۹</sup>

نظریه انطباق اساسی، عدول از شکل‌گرایی محض را با تحقق دو شرط ممکن می‌داند: نخست اینکه قصد موصی بر وصیت احراز شود و دوم اینکه، تمام کارکردهای شکل‌گرایی محض در وصیت موصی تحقق یافته باشد.<sup>۷۰</sup> بر این اساس، اگر دادگاه احراز نماید که موصی حقیقتاً قصد انشای وصیت را داشته و کارکردهای شکل‌گرایی محض نیز در وصیت موصی حاصل شده است، حکم به اعتبار وصیت خواهد داد. بر بنیاد این نظریه، اگر وصیت بتواند دو شرط پیش‌گفته را محقق سازد، هرچند نواقص شکلی دیگری داشته باشد، صحیح است و ادعای بطلان آن به دلیل عدم رعایت سایر شرایط شکلی، قابل پذیرش نیست.<sup>۷۱</sup>

پس از طرح این نظریه، طرف‌داران شکل‌گرایی محض به مخالفت با آن پرداخته، این انتقاد را وارد ساختند که نظریه انطباق اساسی، کارکرد احتیاطی شکل‌گرایی را رها کرده است.<sup>۷۲</sup> به باور ایشان، این نظریه اتکای خود را بر احراز قصد موصی گذاشته و در این راه، از کارکرد احتیاطی فاصله گرفته و ارزش آن را در قیاس با کارکردهای اثباتی و حمایتی کاهش داده است. در واقع، منتقدان این نظریه اعتقاد دارند که حتی اگر دکترین انطباق اساسی بتواند قصد انشای موصی را از طریق به‌جز رعایت تشریفات احراز کند، تأمین تمام کارکردهای شکل‌گرایی محض چالشی است که این نظریه در تفوق بر آن ناتوان است؛ زیرا

۶۸Substantial Compliance Doctrine

۶۹Stephanie, Lester, "Admitting Defective Wills to Probate, Twenty Years Later: New Evidence for the Adoption of the Harmless Error Rule", *Real Property, Probate and Trust Journal*, Vol. 42, (2007), pp. 579-580.

۷۰John, H. Langbein, *op. cit.*, p. 513.

۷۱Mark, Glover, "The Therapeutic Function of Testamentary Formality", p. 159.

۷۲Mark, Glover, "Decoupling the Law of Will-Execution", p. 647.

دست‌کم کارکرد احتیاطی که تحقق آن منوط به رعایت تمام ضوابط شکلی است، در این نظریه تأمین نمی‌شود.<sup>۷۳</sup>

این انتقاد باعث شده است در عمل نیز محاکم امریکا رغبتی به پذیرش این نظریه نشان ندهند؛ تا جایی که در یکی از آرای دادگاه‌ها چنین می‌خوانیم که هرچند در یک پرونده خاص، پذیرش نظریه انطباق اساسی ممکن است به برقراری عدالت منجر شود، لکن نمی‌تواند سبب شود که به‌طور کلی از تشریفات شکل‌گرایی محض عدول گردد.<sup>۷۴</sup> آری طرف‌داران این نظریه که نتوانسته بودند منافع موجهی را برای جایگزینی آن مطرح کنند، پس از ایراد پیش‌گفته نیز پاسخ قابل‌قبولی ارائه نکردند. به همین دلیل، این نظریه نتوانسته است به‌عنوان جایگزینی مناسب برای شکل‌گرایی محض پذیرفته شود.<sup>۷۵</sup>

### ۳.۲. نظریه اشتباه بی‌ضرر<sup>۷۶</sup>

دومین نظریه‌ای که منتقدان در راستای جایگزینی شکل‌گرایی محض ارائه کرده‌اند، «نظریه اشتباه بی‌ضرر» است. بر اساس این نظریه، اگر دادگاه بتواند کشف کند که علی‌رغم عدم رعایت شرایط شکلی وصیت، دلیل آشکار و متقاعدکننده‌ای وجود دارد که موصی قصد بر وصیت داشته است، می‌تواند وصیت را معتبر تلقی کند.<sup>۷۷</sup> به‌موجب این نظریه، دادگاه تکلیفی ندارد که بررسی کند آیا وصیت ارائه‌شده کارکردهای شکل‌گرایی محض را محقق می‌سازد یا خیر.<sup>۷۸</sup> این نظریه به‌عنوان ابزاری که می‌تواند از یک سو، حمایت از موصی در برابر اقدامات سوء بیرونی را محقق سازد و از دیگر سو، به قصد او محوریت ببخشد، در ۹

۷۳. هرچند مخالفان اشاره‌ای به عدم تأمین کارکرد چارچوب‌ساز در نظریه انطباق اساسی نکرده‌اند، ناتوانی این نظریه در فراهم نمودن این کارکرد نیز واضح است.

۷۴. Casetext, Succession of Roussel, <www.casetext.com>.

۷۵. Mark, Glover, "Decoupling the Law of Will-Execution", p. 649.

۷۶. Harmless Error Rule

۷۷. John, H. Langbein, "Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law", Columbia Law Review, Vol. 87, (1987), pp. 1, 4-5; Irma, Sasso, "Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks" Italian Law Journal, Vol. 4, (2018), p. 176.

۷۸. Stephanie, Lester, *op. cit.*, p. 580.



ایالت آمریکا مورد پذیرش قرار گرفت.<sup>۷۹</sup>

نظریه پیش‌گفته هرچند مانند نظریه انطباق اساسی به‌دنبال احراز قصد موصی است، اما از یک جهت با نظریه اخیر متفاوت است. در واقع، نظریه انطباق اساسی علاوه بر اینکه قصد موصی را واجد اهمیت می‌داند، کارکردهای شکل‌گرایی محض را نیز انکار نمی‌کند و عدول از شکل‌گرایی محض را تنها زمانی میسر می‌داند که هم قصد موصی احراز شود و هم کارکردهای شکل‌گرایی محض حفظ شود. این درحالی است که در نظریه اشتباه بی‌ضرر، تمرکز تنها بر قصد موصی است و حفظ کارکردهای شکل‌گرایی محض از اهمیت برخوردار نیست.<sup>۸۰</sup>

این نظریه پس از طرح، با حمایت گسترده علمای حقوق مواجه شد<sup>۸۱</sup> و سبب گردید نویسندگان پیش‌نویس «قانون متحدالشکل امور حسبی»<sup>۸۲</sup> این نظریه را در ماده ۵۰۳ بخش دوم این قانون بگنجانند. به‌علاوه، این نظریه در رویه قضایی نیز مهجور نمانده است. برای مثال، در پرونده «تیلور علیه هالت»<sup>۸۳</sup> دادگاه تجدیدنظر ایالت تنسی وصیت‌نامه‌ای را که به نحو دیجیتال و در رایانه شخصی موصی تنظیم و امضا شده بود، معتبر شناخت؛ با این دلایل که اولاً دو شاهد آن را گواهی کرده و ثانیاً، امضای الکترونیکی وصیت بر اساس قانون حاکم به‌درستی انجام شده بود و ثالثاً، همان شهودی که در دادگاه شهادت دادند، نسخه چاپ‌شده وصیت‌نامه را امضا کردند.<sup>۸۴</sup>

با این همه، یک ایراد اساسی که نسبت به این نظریه مطرح شده، این است که پذیرش نظریه اشتباه بی‌ضرر سبب می‌گردد حجم دعاوی اثبات وصیت که نزد دادگاه‌ها مطرح

<sup>۷۹</sup>Mark, Glover, "The Therapeutic Function of Testamentary Formality", p. 139.

<sup>۸۰</sup>Mark, Glover, "Decoupling the Law of Will-Execution", p. 649.

<sup>۸۱</sup>John, H. Langbein, "Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law", pp. 6-7; Stephanie, Lester, *op. cit.*, p. 606; James, Lindgren, *op. cit.*, p. 1016.

<sup>۸۲</sup>Uniform Probate Code.

این قانون برای آخرین بار در سال ۲۰۱۹ اصلاح شد.

<sup>۸۳</sup>Taylor V. Holt (2003).

<sup>۸۴</sup>Scott, S. Boddery, "Electronic Wills. Drawing a Line in the Sand Against Their Validity", *Real Property Trust & Estate Law Journal*, Vol. 47, (2012), p. 203; Irma, Sasso, *op. cit.*, p. 177.

می‌شود بسیار بیشتر از زمانی باشد که نظریه شکل‌گرایی محض و انطباق اساسی مورد پذیرش قرار می‌گیرد.<sup>۸۵</sup> در واقع، با پذیرش نظریه شکل‌گرایی محض، ذی‌نفعانی که وصیت را بر اساس تشریفات قانونی یافت نمی‌کنند، از مراجعه به دادگاه و طرح دعوا خودداری می‌نمایند؛ چراکه می‌دانند پاسخ دادگاه به ایشان روشن است و این مرجع، وصیت را باطل خواهد شمرد. به علاوه، پذیرش نظریه انطباق اساسی، نیازمند احراز کارکردهای شکل‌گرایی محض است؛ کارکردهایی که خوب می‌دانیم اثبات آن از سوی ذی‌نفع و احراز آن از سوی دادگاه، امر آسانی نیست. این نکات سبب شده است که با وجود مقبولیت بیشتر نظریه اشتباه بی‌ضرر در مقایسه با نظریه انطباق اساسی، شکل‌گرایی محض در وصیت همچنان به‌عنوان نظریه غالب در این کشور شناخته شود. آری از این رو است که گفته‌اند حمایت گسترده از این نظریه و پذیرش آن به‌عنوان جایگزینی مناسب برای شکل‌گرایی محض، نیازمند این است که نخست، مزایا و معایب این نظریه به‌طور کامل احصا شود و دوم، توجیهات مناسب جهت عدول از شکل‌گرایی محض ذکر گردد.<sup>۸۶</sup> پس از طی این مراحل است که نظریه اشتباه بی‌ضرر می‌تواند در قامت نظریه جایگزین شکل‌گرایی محض بایستد؛ امری که البته تاکنون اتفاق نیفتاده است.<sup>۸۷</sup>

### ۳. شکل‌گرایی محض و جریان‌های عدول از آن در حقوق ایران

#### ۳.۱. قانون امور حسبی

به‌موجب ماده ۲۷۶ ق.ا.ح، وصیت از حیث شکل بر سه قسم است: رسمی، خودنوشت و سرّی. قانون‌گذار پس از تبیین تشریفات حاکم بر تنظیم هر یک از این وصیت‌نامه‌ها، در ماده ۲۹۱ مقرر می‌دارد: «هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این فصل واقع نشده باشد، در مراجع رسمی پذیرفته نیست مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه به صحت وصیت اقرار نمایند». این بیان قانون‌گذار معنا و مفهومی جز شکل‌گرایی محض ندارد؛ امری که با توجه به پیشینه وضع قانون امور حسبی به‌نظر می‌رسد که از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است. بر

<sup>۸۵</sup>Stephanie, Lester, *op. cit.*, p. 606.

<sup>۸۶</sup>Mark, Glover, "Decoupling the Law of Will-Execution", p. 650.

<sup>۸۷</sup>*Ibid.*, p 650

اساس ماده ۱۰۰۱ ق.م. فرانسه: «وصیتی که بر اساس تشریفات مقرر در مواد ۹۶۷ تا ۱۰۰۰ این قانون تنظیم نشده باشد، معتبر نخواهد بود». آری از این رو است که گفته‌اند: «قانون امور حسبی ایران تقریباً ترجمه قانون مدنی فرانسه است، و بنابراین جز در بعضی موارد جزئی، از جمله تشریفات وصیت‌نامه رسمی، و مقررات مربوط به امانت وصیت‌نامه سری و مدت اعتبار وصیت‌نامه‌ها، با قانون فرانسه شباهت کامل دارد»<sup>۸۸</sup>. گویی بر همین مبناست که شعبه ۲۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۱۱۸۰۶۱۱۹ مورخ ۲۲ آبان ۱۴۰۰ در مقام رد دعوی تنفیذ وصیت‌نامه عادی که واجد شرایط وصیت‌نامه‌های سه‌گانه نمی‌باشد، بیان داشته است: «... ماده ۲۷۶ منحصراً صرفاً سه نوع وصیت را نام برده است و ... اگر وصیت دیگر غیر از سه نوع وصیت فوق پذیرفته شود، ماده ۲۹۱ لغو خواهد بود»<sup>۸۹</sup>.

### ۳.۲. نظریه شورای نگهبان

تا پیش از انقلاب اسلامی ایران، در به‌کارگیری ضابطه شکل‌گرایی محض در تنظیم وصیت تردیدی وجود نداشت، اما پس از انقلاب، شورای نگهبان با صدور دو نظریه، پذیرش شکل‌گرایی محض در وصیت را با چالش جدی مواجه کرد. نقطه آغاز مداخله شورای نگهبان، نظریه شماره ۶۲۹۵ مورخ ۲۲ تیر ۱۳۶۵ بود. به موجب این نظریه، ماده ۲۹۴ ق.ا.ج. برخلاف موازین شرعی تشخیص داده شد.<sup>۹۰</sup> بار دیگر و در پی استعلام شعبه اول دادگاه مدنی خاص شهرستان گلپایگان، شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۳۹ مورخ ۴ آبان ۱۳۶۷، علاوه بر آنکه مقرر ماده ۲۹۴ ق.ا.ج. را خلاف شرع اعلام و ابطال کرد، در ذیل نظریه بیان داشت: «اعتبار وصیت‌نامه به‌طور کلی مانند سایر اسناد در صورتی است که حجت شرعی بر صحت مفاد آن باشد»<sup>۹۱</sup>. این عبارت، این تصور را ایجاد نمود که شورای نگهبان،

۸۸. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۲۳.

۸۹. دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۱۱۸۰۶۱۱۹ مورخ ۱۴۰۰/۸/۲۲، صادره از شعبه ۲۲ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران.

۹۰. شورای نگهبان، سامانه جامع نظرات، <[www.nazarat.shora-rc.ir](http://www.nazarat.shora-rc.ir)>.

۹۱. همان.

شکل‌گرایی محض در وصیت را از اعتبار انداخته و در قواعد شکلی تنظیم وصیت، دخل و تصرف کرده است. آری بر این بنیاد است که شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامه شماره ۰۳۹۱ مورخ ۴ آبان ۱۳۶۷، ضمن استناد به نظریه شورای نگهبان، حکم به تنفیذ وصیت‌نامه‌ای داد که برخلاف تشریفات قانونی تنظیم شده بود.<sup>۹۲</sup>

با وجود این، در مقام تحلیل دو نظریه پیش‌گفته به‌نظر می‌رسد، **نخست**، سؤال مراجع پرسش‌گر در خصوص ماده ۲۹۴ ق.ا.ج. راجع به مدت ارائه وصیت‌نامه و ضمانت اجرای آن است و با شکل‌گرایی محض به معنایی از آن که موضوع این نوشتار است، ارتباطی ندارد.

**دوم**، در بخش پایانی نظریه موخر، شورای نگهبان اعلام داشته که اعتبار وصیت‌نامه تابع ادله شرعی است؛ چراکه اقامه حجت شرعی معنایی جز وجود ادله اثبات فقهی مانند بینه، اقرار و علم قاضی ندارد. بنابراین، گویا شورا در پی بیان آن بوده است که وصیت‌نامه به‌طور خاص و سایر اسناد به‌طور کلی، دلیل اثباتی نبوده، در صورتی معتبر هستند که دلیل و حجت شرعی بر صحت مندرجات آن اقامه گردد. با این حال، این تلقی از نظریه شورای نگهبان، نظام حاکم بر ادله اثبات مندرج در قانون مدنی را ویران می‌سازد؛ زیرا قانون مدنی به‌موجب ماده ۱۲۵۸ اسناد کتبی را یکی از ادله اثباتی معرفی نموده، وفق مواد ۱۲۸۴ تا ۱۳۰۵، قواعد حاکم بر سند کتبی را تقریر کرده است. افزون بر این، ماده ۲۷۶ ق.ا.ج. اشکال وصیت‌نامه را به سه شکل پیش‌گفته منحصر نموده و ماده ۲۹۱ در مقام بیان ضمانت اجرا، هرگونه وصیتی (نه وصیت‌نامه‌ای) را که منطبق بر ترتیب یادشده در این فصل از قانون نباشد، غیرقابل پذیرش در مراجع رسمی دانسته است. لذا تفسیر بیان‌شده از نظریه پیش‌گفته ضمن اینکه اعتبار استقلالی اسناد مکتوب را به‌طور کلی از بین می‌برد، وصیت‌نامه مصرح در قانون امور حسبی را نیز به‌طور خاص بی‌اعتبار جلوه می‌دهد؛ مگر آنکه حجت شرعی بر صحت آن وجود داشته باشد. به همین سبب، باید در خصوص درستی تفسیر یادشده از نظریه شورا تردید نمود.

**سوم**، به‌موجب اصل ۹۱ ق.ا.ج. شورای نگهبان به‌منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از حیث عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها تشکیل شده

۹۲. نقل از سید حسین صفایی و هادی شعبانی کندسری، پیشین، ص ۴۰.

۹۳. قانون اساسی

است. به علاوه، بر اساس اصل ۵۸ ق.ا. «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است». بنابراین، آشکار است که شورای نگهبان صلاحیت تقنینی ندارد و این صلاحیت از آن مجلس است. در نتیجه، اگر قانونی برخلاف موازین اسلامی باشد، راهکار قانون اساسی عبارت است از نسخ آن قانون از طریق وضع قانون جدید از سوی مجلس شورای اسلامی در شرایطی که مورد تأیید شورای نگهبان باشد.<sup>۹۴</sup> با این حال، رویه عملی این شورا، اعمال نظارت شرعی و ابطال مقرراتی است که پیش از تشکیل مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است؛ رویکردی که مورد انتقاد نویسندگان حقوقی واقع شده است؛ زیرا استفاده از قوای عمومی تنها از راه تشریفات و آیین ویژه آن ممکن است.<sup>۹۵</sup> بنابراین، اصل جواز مداخله شورای نگهبان در مانحن‌فیه به شدت مورد تردید است.<sup>۹۶</sup>

**چهارم**، در بحث حاضر، شورای نگهبان حتی بر فرض آن که صالح بر مداخله و ابطال قانون باشد، در محدوده صلاحیت خود عمل نکرده است. پرسشی در خصوص مواد ۲۷۶ یا ۲۹۱ ق.ا.ج. از شورای نگهبان انجام نشده و این شورا نیز اشاره‌ای بر این مواد نداشته است، بلکه عبارتی را در ذیل نظریه خود بیان داشته که حاکی از قانون‌گذاری است؛ نه ابطال قانون موجود. در واقع، شورای نگهبان اعتبار وصیت‌نامه و دیگر اسناد را منوط به اقامه حجت شرعی نموده است و این بیان، صراحت یا ظهوری در ابطال مواد مرتبط ندارد؛ بلکه شورای نگهبان، قاعده حقوقی وضع کرده است؛ امری که به روشنی در محدوده صلاحیت این شورا نیست. لذا، پر واضح است که نظریه یادشده تغییری در موضع قانون امور حسبی در خصوص شکل‌گرایی محض در وصیت ایجاد نکرده است.

گویی این نتیجه مد نظر دادگاه عالی انتظامی قضات نیز بوده است؛ چراکه شعبه اول این مرجع پس از صدور دو نظریه پیش‌گفته، در مقام رسیدگی به تخلفات دادنامه شماره ۶۴ مورخ ۱ خرداد ۱۳۷۲ مقرر می‌دارد: «در مورد وصیت نیز وصایایی برای تنفیذ قابل رسیدگی

۹۴. برای مطالعه مقام صالح بر نسخ قانون، ر.ک. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۹۱، ۱۳۹۲)، ص ۱۶۸؛ همچنین، ر.ک. اصل ۹۴ ق.ا.

۹۵. همان، صص ۱۶۸-۱۶۹.

۹۶. برای مشاهده نظری که شورای نگهبان را صالح به ابطال قوانین می‌داند، ر.ک. فردین مرادخانی، و ابراهیم صباغی ولاشانی، «حدود استقلال شورای نگهبان (مطالعه موردی استقلال مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان)»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۶ (۱۴۰۱)، ص ۲۳۳.

است که سرّی یا خودنوشت یا رسمی باشد که وصیت‌نامه‌های ابرازی در پرونده فاقد چنین اوصافی بوده است.<sup>۹۷</sup> این شعبه در دادنامه شماره ۱۹۳-۱۹۱ مورخ ۲۹ مهر ۱۳۷۲ نیز عدول از شکل‌گرایی محض را تخلف دانسته و مقرر داشته است: «مفاد وصیت‌نامه دارای تشریفات خاصی بوده و دادگاه بدوی بدون رسیدگی و توجه به اینکه در تنظیم وصیت‌نامه ابرازی شرایط قانونی آن رعایت و حاصل شده یا خیر؟... به استناد ماده ۲۷۹ ق.ا.ج. وصیت‌نامه را تنفیذ و شعبه دیوان عالی کشور هم بدون توجه به اعتراضات مستدلی که بر رأی صادره به عمل آمده است آن را تأیید و استوار کرده»<sup>۹۸</sup>.

### ۳.۳. اصلاحات قانون مدنی

پیش از تصویب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰، قانون مدنی از یک سو به سند اعتبار حداکثری داده بود و از سوی دیگر، برای سایر ادله اثبات دعوا اعم از شهادت، سوگند و امارات قضایی، دامنه دلالت محدودی تعیین کرده بود. پس از تصویب قانون یادشده، قلمرو اثباتی شهادت و به تبع آن، سوگند و امارات قضایی به حد اعلی رسید و با موازین شرعی همسو شد. این تغییرات سبب گشت برخی قائل شوند از آنجا که امروزه سند از حجیت حداکثری سابق برخوردار نیست، لزومی ندارد که در قانون امور حسبی نیز به شکل‌گرایی محض در وصیت و حجیت حداکثری اسناد، بها داده شود. این دیدگاه ریشه در این اندیشه دارد که شکل‌گرایی در وصیت در مقوله اثبات مؤثر است و از این رو، در صورت عدم رعایت شرایط شکلی در تنظیم وصیت، سایر ادله (به‌طور خاص، اقرار) می‌تواند این نقص شکلی را جبران نماید.<sup>۹۹</sup> این تصور با دو مقدمه به عدول از شکل‌گرایی محض منتهی می‌شود: نخست، قواعد شکلی حاکم بر تنظیم وصیت در قانون امور حسبی فقط جنبه اثباتی دارند. دوم، ادله اثبات دعوا در قانون، امروزه متفاوت با زمان تصویب قانون امور حسبی است و دیگر سند، تنها دلیل اثباتی قدرتمند نیست. در نتیجه، با شهادت یا سایر ادله و امارات نیز می‌توان وقوع وصیت را در قالبی غیر از شکل‌گرایی محض اثبات کرد. گویی شعبه ۳۵

۹۷. احمد کریم‌زاده، آرای دادگاه‌های انتظامی قضات (امور حقوقی)، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۱۱.

۹۸. همان، صص ۲۵۱-۲۵۲.

۹۹. ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، صص ۲۰۸-۲۰۹.

دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز چنین مبنایی را در ذهن داشته که در دادنامه شماره ۶۵۹۲۰ مورخ ۳۱ فروردین ۱۳۹۲، دعوی خواهان مبنی بر ابطال وصیت خودنوشت به دلیل عدم رعایت تشریفات مقرر در ماده ۲۷۸ ق.ا.ج. را مردود اعلام کرده است؛ چراکه به اعتقاد دادگاه، شهادت شهود مبنی بر وقوع وصیت از جانب متوفی، سبب معتبر تلقی شدن وصیت می‌شود ولو اینکه تشریفات قانونی در تنظیم آن رعایت نشده باشد.<sup>۱۰۰</sup>

با وجود این، در خصوص مقدمه نخست به نظر می‌رسد که مواد قانون مدنی در مورد ادله اثبات دعوا بوده، مفاد و تغییرات آن به قانون امور حسبی قابل سرایت نیست؛ زیرا قانون امور حسبی از قانون مدنی فرانسه و دکترین این کشور اقتباس شده و بر اساس این دو منبع، شکل‌گرایی محض در وصیت از باب اثبات نبوده است که بتوان از ادله اثبات قانون مدنی در خصوص آن الهام گرفت، بلکه از شروط ثبوتی تحقق وصیت است. به همین سبب، عدم رعایت تشریفات قانون امور حسبی، وصیت را نهایتاً به تعهدی طبیعی تبدیل می‌کند.<sup>۱۰۱</sup> توضیح آنکه در تعهدات طبیعی اگر متعهد به میل خود تعهد را ایفا نماید، تعهد ماهیت حقوقی پیدا کرده، قانون از آن حمایت می‌کند. لذا اراده متعهد این توانایی را دارد که یک تعهد را وارد قلمرو حقوق سازد؛ اراده‌ای که به نظر می‌رسد می‌تواند در قالب اخبار نیز ابراز گردد؛ یعنی اقرار متعهد به یک دین طبیعی، به آن قالب حقوقی می‌دهد. آری ذیل ماده ۲۹۱ ق.ا.ج. که اقرار ورثه را سبب پذیرش وصیت در مراجع رسمی دانسته نیز مؤید این نظر است.<sup>۱۰۲</sup> گویی شعبه هفتم دیوان عالی کشور نیز جنبه اثباتی تشریفات تنظیم وصیت را قبول نداشته و قائل به جنبه ثبوتی آن بوده است که در دادنامه شماره ۷/۱۰۹۲ مورخ ۱ دی ۱۳۷۰ اشعار می‌دارد: «وصیت‌نامه ابرازی مطابق ماده ۲۷۶ ق.ا.ج. تنظیم نگردیده است و مستنداً به ماده ۲۹۱ همان قانون در مراجع رسمی پذیرفته نیست».<sup>۱۰۳</sup>

مقدمه دوم نویسنده نیز فرع بر مدعا است؛ چراکه در صورتی می‌توان به مؤثر بودن

۱۰۰. نقل از سید حسین، صفایی و هادی، شعبانی کندسری، پیشین، ص ۴۰.

۱۰۱. Kenneth, G. Reid & Marius, J. de Waal & Reinhard, Zimmermann, Comparative Succession Law, Vol. 1, (Oxford: Oxford University Press, 1st Edition, 2011), pp. 55-56.

۱۰۲. عباس میرشکاری، «ثبوت و اثبات»، ماهنامه کانون سردفتران و کارکنان، ش ۱۱۵ (۱۳۹۰)، صص ۴۹-۵۱.

۱۰۳. نقل از محمد مجتبی رودیجانی، قانون امور حسبی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: کتاب آوا، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۶۱.

توسعه توان اثباتی سایر ادله اثبات دعوا در قضیه حاضر اشاره کرد که جنبه اثباتی سند در وصیت، محرز گردد؛ امری که در مانحن‌فیه با ردّ مقدمه نخست، مفقود است. گویی وی نیز چنین تردیدی را در ذهن خویش داشته که بیان کرده است: «نتیجه مهمی که از این تحلیل گرفته می‌شود، امکان اثبات اعمال حقوقی به وسیله «اقرار» است و اکنون با حذف محدودیت‌های اثباتی شهادت، بتوان اماره و شهادت را نیز بر آن افزود و نتیجه گرفت که، آن اعمال را با دلایل دیگر می‌توان اثبات کرد و نقص مربوط به ثبت سند را جبران کرد، هر چند که دشوار می‌نماید».<sup>۴</sup> در نتیجه به نظر می‌رسد اقرار ورثه در ماده پیش‌گفته موضوعیت داشته، سایر ادله نمی‌توانند چنین آثاری را به‌همراه داشته باشند.

### ۳.۴. سایر قوانین

ذکر عبارت «درخواست تنفیذ وصیت‌نامه» در «قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی» مصوب ۱۳۷۲ و همچنین، درج عبارت «درخواست تنفیذ وصیت‌نامه عادی شهدا از محاکم ذی‌صلاح»<sup>۵</sup> در «قانون اساسنامه بنیاد شهید انقلاب اسلامی» مصوب ۱۳۷۷ ممکن است شبهه عدول از شکل‌گرایی محض در وصیت را به‌وجود آورد. به عبارت بهتر، ممکن است با تکیه بر عبارت «تنفیذ»، گفته شود که این دو قانون، شکل‌گرایی محض در وصیت را نپذیرفته و مقرر داشته‌اند که اگر وصیت از نظر شکلی بر اساس قانون امور حسبی تنظیم نشود، ذی‌نفعان وصیت می‌توانند با تمسک به سایر دلایل، دعوی تنفیذ وصیت را مطرح کنند.

با این حال، به نظر می‌رسد که این شبهه وارد نباشد؛ زیرا اولاً به‌موجب قاعده «الجمع مهما أمکن أولى من الطرح»، منظور از تنفیذ وصیت‌نامه در این دو قانون از دو حالت خارج نیست: نخست، منظور، درخواست تنفیذ ماهوی وصیت است که در ماده ۸۴۳ ق.م. به آن اشاره شده است (یعنی آنجا که شکل وصیت بر اساس قانون امور حسبی معتبر بوده و دعوا صرفاً بر سر ماهیت و مفاد وصیت جهت تنفیذ مازاد بر یک سوم اموال موصی است). در حالت دوم، منظور، جایی است که وصیت‌نامه بر اساس شرایط شکلی قانون امور حسبی

۱۰۴. ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ص ۲۰۹.

۱۰۵. ش ۳ از بند «ج» ماده ۵.



تنظیم شده و خواهان، تنفیذ و رسمیت بخشیدن به آن را از محاکم قضایی درخواست می‌کند. این برداشت در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۸۴۲ مورخ ۴ مهر ۱۳۹۱ با ذکر این عبارت که «... قانون‌گذار تنفیذ سند را فقط نسبت به وصیت‌نامه پذیرفته است و به‌جز تنفیذ وصیت‌نامه سایر اسناد عادی را مطرح ننموده...» قابل مشاهده است. در این زمینه، در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۱۱۶۹۱ مورخ ۲۴ بهمن ۱۳۹۱ نیز می‌خوانیم: «... نظر به اینکه درخواست تنفیذ اسناد عادی در موارد خاص همچون وصیت‌نامه از سوی قانون‌گذار پذیرفته شده...»<sup>۱۰۴</sup> به همین دلیل، حمل عبارت «تنفیذ وصیت‌نامه» بر عدول از شکل‌گرایی محض قابل قبول نیست.

ثانیاً درج این عبارات آن هم در قوانین خاص دلالتی بر عدول قانون‌گذار از مقررات قانون امور حسبی ندارد. به عبارت بهتر، حتی اگر بپذیریم که در خصوص موضوع این دو قانون، از شکل‌گرایی محض عدول شده، از آنجا که چنین امری برخلاف نصوص صریح و قاعده‌محور قانون امور حسبی است، لازم است بر موضع یقینی یعنی مقررات پیش‌گفته حمل شده، مؤدای آن به سایر موارد تسری نیابد.

### نتیجه

در حقوق سنتی ایران و امریکا، وصیت برای اینکه معتبر تلقی شود، می‌بایست مطابق با شرایط شکلی مقرر تنظیم گردد. چنین وضعی که موسوم به شکل‌گرایی محض است، در حقوق ایران، ریشه در قانون راجع به طرز تنظیم وصیت‌نامه و قانون امور حسبی دارد و در حقوق امریکا، منشأ آن را باید در قانون وصایا و رویکرد متبوع دادگاه در پرونده «پاولینکو» جستجو کرد. مسئله‌ای که در مقاله حاضر مطرح گردید و تلاش شد تا به آن پاسخ داده شود، این بود که آیا امکان عدول از شکل‌گرایی محض در وصیت در حقوق ایران و امریکا وجود دارد یا خیر. در راستای حل این مسئله و یافتن پاسخ آن، تلاش شد با تحلیل کارکردهای شکل‌گرایی محض و ماهیت آنها و مطالعه حقوق ایران و امریکا، مسیر پژوهش

۱۰۶ پژوهشگاه قوه قضاییه، بانک داده‌آراء، <www.j.ijri.ir>

۱۰۷. همان.

ساماندهی شود و در نهایت، نتایج زیر حاصل گردید:

تحلیل کارکردهای شکل‌گرایی محض و ماهیت آنها نشان می‌دهد که شکل‌گرایی محض برای فراهم نمودن کارکردهای اثباتی، حمایتی، احتیاطی و چارچوب‌ساز ایجاد شده است. درحالی که سه کارکرد نخست برای احراز آخرین قصد موصی طریقت دارند، کارکرد اخیر به جهت نقشی که در تسهیل وظایف دادگاه و تعیین اختیارات آن دارد، از موضوعیت برخوردار است. از این رو، جمع میان طریقت کارکردهای اثباتی، حمایتی و احتیاطی از یک طرف (احراز قصد موصی) و موضوعیت کارکرد چارچوب‌ساز از طرف دیگر (تسهیل وظایف دادگاه و تعیین اختیارات آن) اقتضا دارد که شکل‌گرایی محض در وصیت به‌عنوان اصل اولیه پذیرفته شود و تنها زمانی بتوان از آن عدول کرد که اراده و قصد موصی بر انشای وصیت برای دادگاه احراز و اثبات گردد؛ خاصه آنکه طبیعت وصیت به‌گونه‌ای است که بسیاری از افراد در شرایطی مبادرت به انشای وصیت می‌کنند که در آن شرایط، رعایت تشریفات تنظیم از سوی آنها غیرممکن است.

در حقوق امریکا، پس از پذیرش شکل‌گرایی محض، تلاش‌هایی در جهت عدول از آن انجام گرفته است. در این کشور، ابتدا نظریه انطباق اساسی به‌عنوان اولین جریان عدولی مطرح شد. به‌موجب این نظریه، اگر قصد موصی و کارکردهای شکل‌گرایی محض در وصیتی که جامع تشریفات قانونی نمی‌باشد، تماماً محقق شود، آن وصیت معتبر است. اما این نظریه به دلیل عدم موفقیت در تأمین کارکرد احتیاطی، مورد پذیرش قرار نگرفت و پس از شکست آن، نظریه دیگری تحت عنوان اشتباه مطرح گردید. مطابق نظریه اخیر، اگر علی‌رغم عدم رعایت شرایط شکلی وصیت، دادگاه بتواند کشف کند که دلیل آشکار و متقاعدکننده‌ای وجود دارد که موصی قصد بر وصیت داشته است، می‌تواند وصیت را معتبر تلقی کند. در این وضعیت، دادگاه هیچ تکلیفی ندارد که بررسی کند آیا این وصیت، کارکردهای شکل‌گرایی محض را محقق ساخته است یا خیر. هرچند نظریه اشتباه بی‌ضرر تا حدی مورد توجه قرار گرفته و نسبت به نظریه انطباق اساسی توفیق بیشتری یافته است، ولی به دلیل اینکه پذیرش آن سبب ازدحام طرح دعاوی اثبات وصیت در محاکم می‌گردد، هنوز به اندیشه‌ای غالب که بتواند جایگزین شکل‌گرایی محض شود، تبدیل نشده است.

وضعیت در حقوق ایران نیز تقریباً مشابه است. در نظام حقوقی کشورمان، پس از پیروزی انقلاب اسلامی، اقداماتی در حوزه تقنین و نظارت شرعی صورت گرفته است که در اثر آن، نظریات عدولی به چشم می‌خورد. با این حال، در حوزه تقنین، علی‌رغم اصلاح قانون مدنی و تصویب برخی قوانین خاص، نمی‌توان رویکرد عدولی را به‌عنوان قاعده به قانون‌گذار منتسب نمود؛ زیرا منشأ شکل‌گرایی محض در وصیت، قانون امور حسبی است و این قانون، عاری از هرگونه نسخ یا اصلاح، همچنان معتبر بوده، سرایت احکام قوانین دیگر به آن ممکن نیست. در حوزه نظارت شرعی نیز صرف‌نظر از صحت و سقم نظارت شرعی شورای نگهبان بر قوانین تصویب‌شده و لازم‌الاجرا، عملاً اقدامی از سوی این مرجع در جهت ابطال مقررۀ موردنظر صورت نگرفته است و با نظریات موجود نیز نمی‌توان چنین مدعایی را اثبات نمود.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتابها

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق مدنی: وصیت*، (تهران: گنج دانش، چ ۳، ۱۳۹۰).
۲. رودیجانی، محمدمجتبی، *قانون امور حسبی در نظم حقوقی کنونی*، (تهران: کتاب آوا، چ ۱، ۱۳۹۷).
۳. صفایی، سید حسین و شعبانی کندسری، هادی، *حقوق مدنی: وصیت، ارث، شفعه*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۹۷).
۴. عمید، موسی، *حقوق مدنی ایران - بخش دوم (هبه-وصیت-ارث)*، (تهران: چاپخانه خودکار ایران، بی‌چا، ۱۳۳۱).
۵. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۹۱، ۱۳۹۲).
۶. کاتوزیان، ناصر، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، (تهران: گنج دانش، چ ۲، ۱۳۹۹).
۷. کریمزاده، احمد، *آرای دادگاه‌های انتظامی قضات (امور حقوقی)*، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۸۹).
۸. محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی و حقوقی وصیت*، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۴، ۱۳۸۷).

## - مقاله‌ها

۹. قافی، حسین، «حدود اختیارات موصی در وصیت درباره صغار»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۴ (۱۳۹۶).
۱۰. مرادخانی، فردین و صباغی ولاشانی، ابراهیم، «حدود استقلال شورای نگهبان (مطالعه موردی استقلال مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان)»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۶ (۱۴۰۱).
۱۱. میرشکاری، عباس، «ثبوت و اثبات»، *ماهنامه کانون سردفتران*، ش ۱۱۵ (۱۳۹۰).

## (ب) انگلیسی

**- Books**

12. G. Reid, Kenneth & J. de Waal, Marius & Zimmermann, Reinhard, *Comparative Succession Law*, Vol. 1, (Oxford: Oxford University Press, 1<sup>st</sup> Edition, 2011),
13. H. Sitkoff, Robert & Dukeminier, Jesse, *Wills, Trusts, And Estates*, (New York: Wolters Kluwer, 9<sup>th</sup> Edition, 2013).

**- Articles**

14. B. Leslie, Melanie, "The Myth of Testamentary Freedom", *Arizona Law Review*, Vol. 38, (1996).
15. Bonfield, Lloyd, "Reforming the Requirements for Due Execution of Wills: Some Guidance from the Past", *Tulane Law Review*, Vol. 70, (1996).
16. C. Miller, Douglas, "Will Formality, Judicial Formalism, and Legislative Reform: An Examination of the New Uniform Probate Code "Harmless Error" Rule and the Movement Toward Amorphism", *Florida Law Review*, Vol. 43, (1991).
17. Clowney, Stephan, "In Their Own Hand: An Analysis of Holographic Wills and Homemade Willmaking", *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, Vol. 43, (2008).
18. G. Gulliver, Ashbel & J. Tilson, Catherine, "Catherine Classification of Gratuitous Transfers", *Yale Law Journal*, Vol. 51, (1941).
19. Glover, Mark, "Decoupling the Law of Will-Execution", *St. Johns Law Review*, Vol. 88, (2014)
20. Glover, Mark, "The Therapeutic Function of Testamentary Formality", *University of Kansas Law Review*, Vol. 61, (2012).
21. H. Langbein, John, "Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law", *Columbia Law Review*, Vol. 87, (1987).
22. H. Langbein, John, "Substantial Compliance with the Wills Act", *Harvard Law Review*, Vol. 88, (1975).
23. H. Mann, Bruce, "Formalities and Formalism in the Uniform Probate Code", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142,

- (1994).
24. J. Hirsch, Adam, "Inheritance and Inconsistency", *Ohio State Law Journal*, Vol. 57, (1996).
25. L. Fuller, Lon, "Consideration and Form", *Columbia Law Review*, Vol. 41, (1941).
26. L. Nelson, Charles & M. Starck, Jeanne, "Formalities and Formalism: A Critical Look at the Execution of Wills", *Pepperdine Law Review*, Vol. 6, (1979).
27. Lester, Stephanie, "Admitting Defective Wills to Probate, Twenty Years Later: New Evidence for the Adoption of the Harmless Error Rule", *Real Property, Probate and Trust Journal*, Vol. 42, (2007).
28. Lindgren, James, "Abolishing the Attestation Requirement for Wills", *The North Carolina Law Review*, Vol. 68, (1990).
29. M. Friedman, Lawrence, "The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society", *Wisconsin Law Review*, No. 2 (1996).
30. M. Perillo, Joseph, "The Statute of Frauds in the Light of the Functions and Dysfunctions of Form", *Fordham Law Review*, Vol. 43, (1974).
31. R. Champine, Pamela, "My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical Testator", *Nebraska Law Review*, Vol. 80, (2001).
32. S. Boddery, Scott, "Electronic Wills. Drawing a Line in the Sand against their Validity", *Real Property Trust & Estate Law Journal*, Vol. 47, (2012).
33. Sasso, Irma, "Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks" *Italian Law Journal*, Vol. 4, (2018).
34. Weisbord, Reid Kress, "Wills for Everyone: Helping Individuals Opt Out of Intestacy", *Boston College Law Review*, Vol. 53, (2012).

**- Websites**

35. Casetext, Pavlinko Will, <[www.casetext.com](http://www.casetext.com)>
36. Casetext, Succession of Roussel, <[www.casetext.com](http://www.casetext.com)>

**- Cases**

37. Murray V. Lewis (1964)
38. Stevens V. Casdorph (1998)

39. Taylor V. Holt (2003)

**- وبسایت‌ها**

۴۰. پژوهشگاه قوه قضاییه، بانک داده‌آراء، <[www.j.ijri.ir](http://www.j.ijri.ir)>.

۴۱. شورای نگهبان، سامانه جامع نظرات، <[www.nazarat.shora-rc.ir](http://www.nazarat.shora-rc.ir)>

**- رأی قضایی**

۴۲. دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۱۱۸۰۶۱۱۹ مورخ ۱۴۰۰/۸/۲۲، صادره از شعبه ۲۲ دادگاه

عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی، تهران