

## اثر قبض در بعضی از عقود متعارف میان افراد جامعه

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۱۱/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۸/۰۲/۱۲)

آرزو عامری

### چکیده

با این که تاثیر قبض و تسلیم در مرحله تحقق عقد و ایجاد تعهد چندان مهم نیست و نمی توان قبض تسلیم را رکن عقد تلقی کرد و عقد بدون قبض واقع می شود مگر در عقود غیر معوض و برخی از عقود استثنایی مانند بیع صرف که قبض در آنها شرط تحقق عقد است و قرارداد بدون آن محقق نمی شود ولی شک نیست که پس از انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد قبض و تسلیم در آن موثر است گاه عدم تسلیم یا تسلیم ناقص و معیوب موجب بی اعتباری قرارداد می شود و حسب مورد به طرف مقابل حق فسخ قرارداد یا حق رد معامله ای که موضوع آن انتقال مال غیر است و به صورت فضولی انجام شده است می دهد. تسلیم موضوع معامله باید مقدر باشد ماده ۳۷۲ قانون مدنی در این باره می گوید: (اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع موعدهی قرارداد کرده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعده شرط است نه در زمان عقد) و (در بیعی که موقوف به اجازه مالک است قدرت بر تسلیم در زمان اجاره معتبر است)





## بخش اول: ماهیت، معنا و مفهوم قبض و اقباض در حقوق موضوعه ایران

ضرورت بررسی معنای عرفی قبض بدین دلیل است که قبض یکی از موضوعات صرفه<sup>۱</sup> می باشد که برای تعریف و شناخت ماهیت این قبیل از موضوعات (بر خلاف موضوعات مستنبطه) نباید به مقنن رجوع کرد بلکه باید به عرف توجه داشت، و مفهوم عرفی آن را ملاک کار قرار داد. قانون‌گذار هم در تعریف و تحقق مفهوم قبض در ماده ۳۶۷ قانون مدنی نظر به همان معنای عرفی داشته است و قبض را استیلاء مشتری بر مبیع دانسته است. زیرا که قانون‌گذاران در معاملات علی القاعده ماهیات را از عرف می‌گیرند، حتی فقها هم تحت عنوان اصل امضائی بودن معاملات همین نکته را پذیرفته و به آن ترتیب اثر داده‌اند و در تعریف اینگونه موضوعات توجه کامل به عرف دارند.<sup>۲</sup> و در تالیف گرانقدر خود به این مساله تصریح نموده‌اند و گفته‌اند: آنچه که در مفهوم قبض معتبر است، تحقق معنای عرفی و اعتبار عقلائی است که مناسب‌ترین معنای عرفی با معنای حقیقی همان «استقلال و استیلاء و سلطنت پرشی» می باشد بدون اینکه نیازی به ضمیمه کردن چیز دیگری باشد.<sup>۳</sup>

### بند اول: نگاهی حقوقی به معنا و مفهوم قبض در فقه امامیه

در یک برداشت سطحی از نوشته‌ها و تالیفات فقهای عظام امامیه چنین بر می‌آید که آنان در مفهوم قبض اختلاف دارند. زیرا که بعضی قبض را مصدر دانسته‌اند که به معنی تقییض که

<sup>۱</sup> موضوعاتی که مقنن حکم بر آن بار می‌کنند دو قسم است: موضوعات مستنبطه و موضوعات صرفه، برای تعریف و شناخت ماهیت موضوعات مستنبطه که خود شارع ایجاد نموده است باید به خود او رجوع کرد ولی موضوعات صرفه، موضوعاتی عرفی هستند که مقنن احکامی بر آنها مترتب ساخته است، بعضی هم ماهیت حقوقی را به سه دسته (ماهیت قانونی، ماهیت مستنبط از قانون و ماهیت عرفی تقسیم نموده‌اند) ماهیت قانونی، حقیقت شرعیه و موضوعات مستنبطه و ماهیات جعلیه و مخترعه همگی رساننده یک معنا هستند.

<sup>۲</sup> آقا باقر - الفوائد الحدیث ص ۵۳ و الفوائد الحائریه ص ۲ و دکتر جعفری لنگرودی - دانشنامه حقوقی ج ۲ ص ۳۷۸.

<sup>۳</sup> کاشف الرموز در شرح عباره رموز مختصر النافع می‌گوید: القبض مصدر يستعمل بمعنى التقییض و هو التخلیه نقل از مکاسب شیخ مرتضی انصاری ص ۳۰۹ و بلغه الفقیه سید محمد آل بحر العلوم جزء اول ص ۱۱۹ و سید محمد جواد عاملی - مفتاح الکرامه - المتاجر ص ۶۹۶ - همچنین رک به محمد بروجردی عبده - کلیات حقوقی اسلامی ص ۹۰ و منیه الطالب ص ۱۸۶ و ۱۸۷.

عبارت باشد از تخلیه استعمال می گردد<sup>۱</sup> و عده ای هم قبض را عبارت از نقل و تحویل دانسته<sup>۲</sup> و هکذا در بحث ماهیت قبض تفصیلاً بیان می گردد. بعضی از فقها بین قبض و تسلیم فرقی نگذاشته و در حقیقت تسلیم گفته اند، تسلیم عبارت است از تخلیه مطلقاً. مرحوم شیخ مرتضی انصاری در این زمینه چنین می گوید: اولاً: قبض فعل قابض است که مشتری باشد. ثانیاً: اگر قبض موضوع احکامی در شرع قرار گرفته است این احکام مترتب بر قبضی که آن فعل مشتری است می باشد که سواى احکام مترتب بر فعل بايع می باشد. در نتیجه برای شناخت مفهوم قبض اولین کاری که باید صورت گیرد، این است که عمل مشتری را (که قبض نام دارد) از عمل بايع متمایز سازیم و بین این دو فعل تفکیک قائل شویم. لذا مقاله متین و استواری را در رد قائلین که قبض را عبارت از تخلیه می دانند در مکاسب خود ارائه می دهد که بعداً از آن گفتگو خواهیم کرد. سپس بعد از آن در زمینه خود ارائه می دهد. بعد از آن در زمینه مفهوم قبض می فرمایند: آنچه که از صیغه و لفظ «قبض» ظاهر می گردد این است که آن فعل مشتری است و منظور از آن استیلاء بر مبیع است چه در منقول و چه در غیر منقول چون قبض که لغتاً به معنی اخذ بالید می باشد در بسیاری از مبيعات این عمل ممکن نیست صورت گیرد با اینکه در تمام آنها احکام قبض جاریست لذا لازم است که از قبض وارد در کلام اهل لغت و لسان شرع «استیلاء و سلطنت» را اراده نماییم. پس به تحقیق می توان گفت که قبض عبارتست از استیلاء و تسلط مشتری همان استیلاء و تسلطی که در مفهوم ید و غضب است.<sup>۳</sup>



<sup>۱</sup> قائلین این قول شیخ طوسی در کتاب خلاف است (جزء اول کتاب البیع مساله ۱۵۹) ابن ادریس در سرائر بنا بر آنچه که حکایت شده از او (در مکاسب و غیره) ابن زهره در غنیه و شهیدان در لمعه و روضه (جلد ۳ ص ۵۲۲) و مکاسب شیخ ص ۳۰۹.

سید مجاهد - متاهل ص ۲۹۲، میرزا حسن نائینی - منیه الطالب جلد ۱ ص ۲۳۹.

<sup>۲</sup> سید محمد جواد عاملی - مفتاح کتاب المتاجر ص ۶۹۶.

<sup>۳</sup> شیخ مرتضی انصاری - مکاسب ص ۳۰۹ و ۳۱۰ می فرماید: بل التحقيق ان القبض مضم هو استیلاء المشتري عليه و تسلطه عليه الذى يتحقق به معنى اليد و يتصور فيه الغضب همچنین رک به حسن بجنوردی - القواعد - الفقيه - ج ۶ ص ۱۱ که می فرماید «الظاهر من هذه الكلمة (القبض)...هر کون المقبوض تحت تحت سيطرة القابض بحيث ان يكون له منع كل احد من - التصرف فيه.»



## بند دوم: تحلیل معنای حقوقی قبض در قانون مدنی

بعضی از مولفین حقوق مدنی قبض را متشکل از عناصر زیر دانسته اند:

۱\_ قرار گرفتن مال مورد معامله تحت اختیار طرف دیگر همان معامله ولو اینکه این کار به فعل و اذن معامل نباشد.<sup>۱</sup> (مستفاد از ماده ۳۷۴ ق. م که می گوید: در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می تواند مبیع را بدون اذن قبض کند).

۲\_ توجه طرف مذکور به قرار گرفتن مال مورد معامله تحت اختیار خود، بنابراین اگر کسی گوسفندی را بفروشد و آن را بدون توجه مشتری در آغل وی قرار دهد مادام که مشتری به این امر توجه نکرده (به قدری که سیطره مشتری بر آن صدق کند) قبض حاصل نشده است.<sup>۲</sup> البته وجود این عنصر در تحقق مفهوم قبض در بعضی موارد دچار اشکال می گردد و آن اینکه در پاره ای از موارد، طبق عرف مسلم، حتی توجه متعهدله به اینکه مال تحت اختیار او قرار گرفته است ضرورت ندارد. چنانچه در مورد بعضی از کالاها همچون شیر و تخم مرغ و سیب زمینی و نظایرشان در بسیاری از کشورها مرسوم است که متعهد آن لوازم را پشت درب منزل متعهدله می گذارد و این، عرفاً تسلیم محسوب می شود و حال آن که صاحب خانه به هنگام تسلیم اشیاء مذکور در خواب است و توجه ندارد، عرف مسلم این امور را تسلیم می شمرد. و در پاره ای موارد دیگر که متعهدله به وسیله متعهد از جریان اقباض آگاه شده است و متعهد تصور صوری به نفع متعهدله ایجاد نموده اما متعهدله در وضعی قرارداد که نمی تواند بهره بگیرد و به عبارت دیگر عذر عام (مثل زلزله، جنگ و سیل و آشوب) یا عذر خاص (مرض شدید) دارد در این موارد هم تسلیم صورت نگرفته است. قانون مدنی در ماده ۳۶۷ می گوید: «... قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع.» همانطور که در ماده مذکور آمده است منظور از قبض این است که مبیع در اختیار و استیلاء مشتری یا قائم مقام او قرار گیرد. پس قانون مدنی هم در تحقق مفهوم قبض همان مفهوم

ترجمه: ظاهراً کلمه قبض (در عبارت شارع و فقها) این است که مقبوض زیر نفوذ قبض کننده باشد به نحوی که اختیار منع دیگران را از تصرف در مقبوض داشته باشد.

<sup>۱</sup> در خصوص تاثیر اذن در قبض که آیا در همه موارد قبض بدون اذن ممکن است در مطالب آتی بحث خواهد شد.

<sup>۲</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی - ترمینولوژی حقوق ماده قبض.

عرفی را در نظر داشته است و به نظر بعضی از مولفین چون قبض در مواردی که شرط صحت یا لزوم است اعم است از اینکه قابل گرفتن به دست باشد یا نباشد، با این تعمیم حمل آن بر معنای حقیقی غیر ممکن است پس باید آن را به معنایی حمل نمود که شامل هر دو قسم باشد و آن عبارت است از استیلاء یافتن به چیزی (ماده ۳۶۷) و در تحقق آن گرفتن بدست ضرورتی ندارد. بلکه اعم است از اینکه شخصی آن را بدست گرفته باشد یا بر آن سوار شده یا کلید و سند انتقال آن را بدست آورده باشد یا به نحو دیگری بر آن استیلاء یابد.<sup>۱</sup>

### بند سوم: بررسی و تطبیق مفهوم دو واژه قبض و تسلیم (قبض و اقباض)

بنا به تصریح بعضی<sup>۲</sup> تسلیم همچون قبض مفهومی عرفی و معنوی دارد. زیرا که منظور از تسلیم تنها مفهوم مادی و محسوس آن نیست، یعنی نه فقط ضرورت ندارد که در همه در همه جا مورد معامله به دست خریدار داده می شود، بلکه قبض مادی، اگر همراه با تسلط خریدار بر مبیع نباشد و او را متمکن از انحصار تصرفات و انتفاعات نسازد تسلیم محسوب نمی شود.<sup>۳</sup> قانون مدنی در ماده ۳۶۷ خود در تعریف تسلیم چنین می گوید: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری، به نحوی که متمکن از انحصار تصرفات و انتفاعات باشد...» می بینید که تحقق این مفهوم بیشتر جنبه عرفی و معنوی دارد و مقصود از آن این است که مبیع چنان در اختیار مشتری قرار گیرد که عرف او را مسلط بر مال بداند منتها گاه وسیله این کار قبض مادی مبیع است، و گاهی تحقق آن منوط به قبض مادی نیست چنانکه تسلیم زمین غیر محصور با دادن سند مالکیت زمین و رفع موانع تصرف از آن محقق می گردد. لذا به همین دلیل است که ماده ۳۶۸ ق. م. تصریح می کند که: «تسلیم وقتی حاصل می شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگر چه مشتری هنوز عملاً تصرف نکرده باشد.» در واقع در مورد چگونگی تسلیم باید داوری عرف را پذیرفت این معنا را قانون گذار در ماده ۳۶۹ تصریح نموده است و می گوید: «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند.» الزامی که فروشنده به تسلیم مبیع

<sup>۱</sup> محمد بروجردی عبده - حقوق مدنی ص ۲۲۱.

<sup>۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان - عقود معین ۱ ص ۱۳۶.

<sup>۳</sup> بر همین نحو تعبیر کرده است علامه حلی در قواعد الاحکام ص ۱۵۱.





یا خریدار به تسلیم ثمن دارد نه به دلیل ممنوعیت و حرمت تصرف در مال غیر است بلکه این معنا ریشه قراردادی دارد و ناشی از عقد می باشد. مطلبی که اینجا برای فهم بهتر مساله تسلیم باید بدان اشاره شود این است که اولاً: منظور از تصرف در ماده ۳۶۷ چیست؟ آیا منظور و مراد از آن تصرف صوری است یا باید تصرف واقعی<sup>۱</sup> بوجود آید تا تعهد تسلیم کننده انجام شده باشد، مثلاً بایع که برابر ماده ۳۶۲ ق.م تعهد تسلیم و اقباض مبیع را دارد مبیع را می برد و درب مغازه خریدار به زمین می گذارد بدون اینکه مشتری را مطلع سازد در اینجا بایه به نفع مشتری، یک تصرف صوری پدید آورده است لکن عنصر معنوی تصرف وجود ندارد.<sup>۲</sup> اگر پیش از آگاهی مشتری از عمل بایع، سارق مال را بر باید به دارائی مشتری ضرر رسانیده است یا به دارائی بایع؟ شک نیست که به دارائی بایع ضرر رسانده است و مشتری هنوز مبیع را قبض نکرده است، در این صورت ممکن است گفته شود که در مساله قبض و اقباض باید تصرف واقعی ملاک کار باشد، اما این هم درست نیست زیرا اگر مشتری در خانه خود نشسته و بایه مبیع را در خانه خریدار بیاندازد و زنگ خانه را به صدا در آورده و به خریدار بگوید مبیع را به حیاط انداختم برو بردار، ولی مشتری اعتنا نکند (و حتی اعتراض هم نکند) و آن را بر ندارد و دزد بیاید و آن را ببرد آیا بایع، ایفاء تعهد خود را نکرده است و تعهد او انجام نشده است؟ چون خریدار هنوز رکن معنوی تصرف را که قصد تملک و تصرف باشد صورت نداده است؟ ذوق سلیم در این جا خریدار را مقصر می داند و تعهد بایع را به اقباض مبیع، انجام شده می شناسد، پس اگر نه تصرف صوری ملاک اقباض است و نه تصرف واقعی، چه تصرفی ملاک است؟ در این مورد باید گفت برای اقباض درست دو امر باید

<sup>۱</sup> این تقسیم در عبارت فقها بدین نحو آمده است: الید علی قسمین: صورتیه و واقعیه: و الاولی عبارته عن مجرد التصرف الحسی، و الثانی عبارته مع السلطنه الواقیه التامه. موضوع الحکم فی سبب الضمان هو الثانی، و موضوع الحکم فی الحکم بدلالته علی الملکیته هو الاول (یعنی در ضمان ید مانند غضب، ید واقعی لازم است اما در ماره مالکیت، تصرف حسی یا صوری کافی است زیرا همان علامت مالکیت است) حاج میرزا حبیب اله رشتی - غضب ص ۱۵.

<sup>۲</sup> منظور از تصرف صوری (ید صوری)، صرف تصرف محسوس شخص بر مال معین را گویند مانند اینکه جامه همسایه با ورزش باد به خانه شخصی بیافتد که در این صورت برای او تصرف صوری پدید آمده است. در اینجا فقط رکن ماده تصرف corpus وجود دارد و منظور از تصرف واقعی (ید واقعی) این است که رکن مادی و معنوی تصرف animus فراهم آید که البته این تصرف ممکن است قانونی (مثل تصرف به عنوان مالکیت) یا غیر قانونی (مثل تصرف غاصب) باشد. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی حقوق اموال جلد اول ص ۱۳۶ و حقوق ثبت ص ۴۵.

انجام گیرد تا تعهد بایع انجام شده تلقی گردد. اول تصرف صوری و دوم رفع مانع، (از تحقق رکن معنوی تصرف واقعی) - یعنی متعهد به اقباض باید موانع را از سر راه رکن معنوی تصرف واقعی متعهدله، بردارد تا او اگر بخواهد بتواند قصد تصرف در مال مورد تعهد را، جامه عمل بپوشاند و برای اینکار باید او را از تصرف صوری آگاه سازد، این آگاهی باید در شرایطی باشد که او دسترسی داشته باشد که اراده خود را مبنی بر وضع ید بر مورد تعهد تحقق بخشد، همین معنی است که در ماده ۳۶۷ ق.م. گفته شده است: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد...» ثانیاً: برای اینکه تسلیم به مفهوم عرفی خود انجام شده باشد، علاوه بر اینکه لازم است فروشنده مبیع را طوری در اختیار مشتری قرار دهد که او بتواند، چنانکه می خواهد و معهود بین طرفین است، از آن استفاده کند. باید اطلاعات لازم را برای بهره برداری از مبیع در اختیار مشتری قرار دهد و پیش از آن تسلیم کامل نشده است، در نتیجه تعهد فروشنده در زمینه وجوب تسلیم مبیع وقتی کاملاً تحقق می گردد که هم مبیع را در تصرف مشتری گذاشته و هم او را متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات نموده است. در بعضی از مبيعات راه وصول به این معنی (متمکن از انحاء انتفاعات) به این است که اطلاعات لازم برای بهره برداری و استفاده از مبیع (مثل کالاهای برقی و الکتریکی با ماشین آلات صنعتی) به مشتری داده شود. البته مخفی نماند که لزوم تحقق این معنا برای تسلیم به معنی این نیست که اگر بایع، مبیع را در تصرف مشتری گذاشت ولی اطلاعات لازم را برای بهره برداری نداد ضمان معاوضی از بایع به مشتری منتقل نشده است بلکه برای رفع ضمان همان به تصرف دادن مشتری کفایت می کند. ثالثاً: تعریفی که مقنن در ماده ۳۶۷ از قبض و تسلیم نموده تعریف عام و شامل قبض و تسلیم در جمیع معاملات و عقود است ولی چون بیع فردا کامل و اتم معاملات است به این جهت لغت «بایع» و «مشتری» در تعریف ذکر شده و قبض و تسلیم در هبه، وقف و رهن و غیره نیز همین است و در همه تعهدات می توان از آن بهره گرفت علاوه بر آن در بیع هم ویژه مبیع عین معین خارجی نیست بلکه شامل عین کلی در ذمه نیز هست. حق بود که قانونگذار ماده ۳۶۷ ق.م را در مبحث کلیات عقود می آورد نه در عقد بیع. رابعاً: مولفین برای اقباض به دو نوع قائلند:





الف: اقباض حقیقی « مقصود از این اقباض این است که متعهد برای تسلیم مورد تعهد اقدام به پسا کرد. (ارسال اختطاری با ضرب اجل برای متعهدله و از او بخواهد که برای تسلیم مورد تعهد اقدام کند.) نماید فایده این عمل این است که متعهد می تواند در صورتی که متعهدله از قبض متعهد به امتناع ورزد آن را به حاکم یا صندوق های رسمی بسپرد.»

ب: اقباض حکمی « که ترجمه consignment هست و مقصود آنست که متعهد اقدام به اقباض حکمی کرده باشد ولی متعهدله امتناع از قبض نموده و سپس متعهد مورد تعهد را به صندوق رسمی یا حاکم تسلیم نماید.<sup>۱</sup>

تعریفی که مقنن از تسلیم به عمل آورده است خالی از اشکال نیست و بعضی بر آن ایراداتی وارد نموده اند.

### بخش دوم: اثر قبض در بعضی از عقود متعارف میان افراد جامعه

الف) اثر قبض در عقد هبه: یکی از اوصاف عقد مزبور این است که عقدی عینی می باشد. در اینگونه عقود، تسلیم موضوع به طرف قرارداد از عناصر عقد است، عقد با تراضی تمام نمی شود و قبض نیز باید ضمیمه آن شود، تا تملیک صورت پذیرد. به همین جهت بر خلاف عقود رضایی (همچون بیع)، قبض نیز باید به اذن مالک باشد و در قلمرو تراضی در آید. برای تحلیل نقش قبض در این عقد باید تردیدهایی را که شده مورد توجه قرارداد و برای هر یک پاسخ مناسب یافت. از جمله اینکه آیا عقد هبه با ایجاب و قبول واقع می شود و اثر آن موقوف به قبض مال موهوب است یا پیش از قبض هیچ تملیکی صورت نمی پذیرد؟ نظر معدودی از فقها این است که قبض شرط لزوم هبه می باشد<sup>۲</sup> و بر آنند که مالکیت عینی واهب بوسیله ایجاب و قبول برای متهب حاصل می گردد ولی عقد مزبور جایز است و واهب می تواند مادام که عین موهوبه به قبض متهب

<sup>۱</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۱۵۳.

<sup>۲</sup> مانند علامه در مختلف (نقل از جواهر ج ۲۸ ص ۱۶۰ به بعد) به استدلال آنکه عقد مقتضی تملیک است و در صحت آن قبض شرط نیست مانند سایر عقود و همین که عقدی واقع شد بر حسب امر بالعقود وفا به آن لازم است. نتیجه این اختلاف آن است که اگر قبض شرط صحت باشد چنانچه واهب قبل از اقباض بمیرد عقد باطل خواهد شد.

همچنین رک به دکتر موسی عمید - هبه ص ۵۱.



داده نشده آنرا بر هم زند و پس از قبض، عقد هبه لازم می‌گردد. در صورتیکه قبض شرط لزوم باشد چرا قانونگذار پس از قبض به واهب حق رجوع داده است. (در مورد هبه غیر معوض) به جز مواردی را که استثنا شده است (ماده ۸۰۳). اما قول مشهور<sup>۱</sup> در فقه این است که پیش از قبض هیچ اثری بر عقد بار نیست و قبض از شرایط صحت آن است. و در تذکره و ایضاح دعوی اجماع بر این امر شده است.<sup>۲</sup> بنا بر قول مزبور در اثر عقد هبه به تنهایی، ملکیت برای متهب ایجاد نمی‌شود بلکه احتیاج به قبض دادن عین موهوبه به متهب دارد و پس از حصول آن که جزء اخیر علت تامه است هبه محقق می‌گردد و عین موهوبه از واهب به متهب منتقل می‌شود. مبنای دو قول، دو دسته اخبار می‌باشد که طفدار هر یک از دو قول، به جهتی از جهات دسته‌ای را بر دسته دیگر برتری داده و بعضی را تاویل نموده‌اند.<sup>۳</sup> البته دسته‌ای که قبض را شرط صحت می‌دانند علاوه بر روایاتی که می‌گویند، (الهبه لا یكون ابدا هبه حتی یقبضها) استصحاب بقاء ملکیت واهب در صورت تمسک از جهت مزبور را مستند قرار داده‌اند قانون مدنی در ماده ۷۹۸ قول مشهور را پذیرفته و قول اول مهجور مانده و به قانون مدنی منتقل نشده است.

ب) اثر قبض در رهن: ۱- عقدی را که موجب آن مال مدیون وثیقه طلب قرار می‌گیرد رهن<sup>۴</sup> می‌نامند. ار استقراء در احکام قانون مدنی می‌توان گفت: یکی از اوصاف عقد مزبور این است که آن عقدی عینی می‌باشد و برای تحققش ایجاب و قبول کافی نیست بلکه محتاج به قبض مال مرهون به وسیله مرتهن می‌باشد. چنانکه ماده ۷۷۲ قانون مدنی می‌گوید: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود ولی استمرار قبض شرط

<sup>۱</sup> شهید ثانی - سالک ج ۱ ص ۳۶۷ و سید محمد کاظم طباطبایی - جزوه ج ۳ ص ۱۶۳ شهید اول در لمعه می‌گوید: «تفتقر الی الایجاب و القبول و القبض...» ج ۳ ص ۱۹۲ محقق حلی شرایع ص ۲۲۹.

<sup>۲</sup> نقل از دکتر امامی - حقوق مدنی - ج ۲ ص ۳۷۵.

<sup>۳</sup> رک شیخ حسن نجفی، جواهر الکلام - ج ۲۸ ص ۱۶۲ به بعد.

<sup>۴</sup> رهن مصدر است و در لغت به معنی ثبات و دوام و حبس (بازداشتن) آمده است. اصطلاح حقوقی از معنی لغوی دور نیفتاده، زیرا در عقد رهن، عین مرهونه از نقل و انتقال بازداشته می‌شود و مالک نمی‌تواند تصرفات مالکانه خود را بطور کامل نسبت به آن انجام دهد.

قانون مدنی در ماده ۷۷۱ در تعریف این عقد می‌گوید: «رهن عقدیست که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد.»



صحت معامله نیست. «از لحن و ترکیب و مفهوم این ماده بر می آید که قبض در عقد رهن مانند قبض در حبس، وقف و هبه جز سبب است و شرط صحت و تحقق عقد می باشد و عقد رهن پیش از تسلیم وثیقه به طلبکار واقع نمی شود لذا اگر عین مرهونه به قبض داده نشود عقد بدون اثر خواهد بود.

۲\_ اقوال فقها در مورد اعتبار قبض در رهن: در فقه امامیه، نسبت به اثر قبض در وقوع عقد رهن یا لزوم آن: سه نظر گوناگون داده شده است:

اول: قبض مال مرهون شرط صحت عقد رهن است و بدون آن عقد واقع نمی شود مثل قبض در بیع و مانند آن<sup>۱</sup> و اگر رهن یا مرتهن قبل از اقباض فوا کند یا مبتلا به جنون شوند رهن باطل است<sup>۲</sup> در این عقیده ایجاب و قبول به تنهایی اثر ندارد و برای انعقاد رهن سه امر لازم است: ایجاب، قبول، قبض. استناد اینان به چند چیز است:

۱\_ آیه شریفه: «وان کنتم علی سفرو لم تجدوا کاتباً فرهان مقبوضه» آیه ۲۸۳ بقره.

۲\_ روایتی است که از مولانا ابی جعفر علیه السلام می باشد که فرمودند لا رهن الا مقبوضاً.<sup>۳</sup>

بنابر اینکه ظاهر جمله مزبور در روایت دلالت بر نفی حقیقت رهن بدون قبض می نماید چون «لا» در لا رهن لا نافیہ جنس است و شان این لا این است که از رهن غیر مقبوض نفی حقیقت می کند بدین معنی که رهن، حقیقتاً آن رهنی است که مقبوض باشد و غیر مقبوض اصلاً رهن نیست پس در این صورت قبض از مقومات حقیقت رهن می باشد.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> شهید اول، لمعه، ج ۴ ص ۵۶ - محقق حلی، شرایع ج ۲ ص ۷۵ - محقق قمی، جامع الشتات ص ۲۱۰ و ۱۸۳ - میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۲ ص ۱۲ - سید علی طباطبائی، ریاض ج ۱ کتاب رهن - شیخ حسن نجفی جواهر الکلام ج ۲۵ ص ۹۸ به بعد، شیخ مفید، ابن جنید، حمزه، البراج و طبرسی (نقل از جواهر - همان جلد ص ۹۹).

<sup>۲</sup> میرزا حسن بجنوردی - القواعد الفقهیه ج ۶ ص ۱۲ - شهید اول، لوعه ج ۴ ص ۵۷ می گوید: «فلوجن اومات: او اغمی علیه، او رجح فیہ قبل اقباضه بطل»

<sup>۳</sup> شیخ عاملی، رسائل الشیعه ج ۱۳ ص ۱۲۳.

<sup>۴</sup> قواعد الفقهیه ص ۹.

دوم: قول دیگر فقهای امامیه آن است که قبض شرط لزوم عقد رهن می باشد.<sup>۱</sup> یعنی عقد رهن بوسیله ایجاب و قبول محقق می شود ولی مادام که عین مرهونه به قبض مرتهن داده شده جائز است و رهن می تواند آن را بر هم زند و چنانچه به قبض مرتهن یا قائم مقام او داده شود رهن لازم می گردد. این دسته از فقها، اختلاف را در شرط بودن قبض ناظر به اثر آن در لزوم می دانند<sup>۲</sup> بنابراین قبول عقد رهن به سبب فوت یا جنون (و مانند آن) قبل از قبض باطل نمی شود. بحث دیگری که در اینجا لازم است بدان اشاره شود این است که می گویند: بنا بر اشتراط قبض در رهن (حال چه شرط صحت باشد چه شرط لزوم) آیا قبض در ماهیت و حقیقت رهن دخیل است یا اینکه شرط شرعی برای صحت عقد است بدون اینکه در تحقق حقیقت و ماهیت رهن دخالتی داشته باشد و یا اصولاً شرط لزوم رهن است. بنابراین طبق رای اول (که قبض در ماهیت رهن دخیل است) مسمای رهن لغتاً و عرفاً محقق نمی گردد مگر بعد از حصول قبض از طرف مرتهن. و بنا بر نظر دوم مسمای رهن بدون قبض محقق می گردد ولی آثار قانونی بر آن مترتب نیست مگر از حصول قبض بنا بر عقیده سوم که تحقق مسمای رهن و صحت آن منوط به قبض نیست. رهن قبل از قبض صحیح است و آثارش بر آن مترتب است النهایه اینکه قبل از قبض جائز است، با قبض رهن لازم می گردد.<sup>۳</sup> دسته دیگر هم می گویند قبض نه در صحت رهن و نه در لزوم آن دخیل نیست، که در ذیل بدان اشاره می گردد.



سوم: این دسته از فقها بر آنند که قبض عین مرهونه تاثیر در صحت و لزوم عقد رهن ندارد بلکه عقد رهن بوسیله ایجاب و قبول بطور لزوم محقق می شود و رهن در اثر عقد مزبور ملزم می باشد

<sup>۱</sup> نقل از سرائر و غنیه (نقل از جواهر ج ۲۵ ص ۱۰۰) می گوید: «و اصرح منها ما فی السرائر فاما القبض فقد اختلف قول اصحابنا فیه، هل هو شرط فی لزوم ام لا؟ فقال بعضهم: انه شرط فی لزومه من جهة الراهن دون المرتهن، ... و هو المذهب شیخنا ابی جعفر فی نهایته و شیخنا فی مقعته...»

<sup>۲</sup> علامه حلی، قواعد، کتاب رهن.

<sup>۳</sup> میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۶ ص ۱۱.



عین مرهونه را به مرتهن تسلیم نماید<sup>۱</sup> و قبض از برای مرتهن حقی از حقوق است<sup>۲</sup> لذا هرگاه راهن مال مرهون را به قبض مرتهن ندهد، می تواند اجبار راهن را از حاکم بخواهد و چنانچه اجبار راهن ممکن نشود می تواند عقد را فسخ کند. <sup>۳</sup> فقهای امامیه، بیع را به اعتبار موعد تسلیم مبیع و ثمن به چهار نوع تقسیم می کنند. نقد (مبیع و ثمن حالین) نسیه (مبیع حال و ثمن موجل) سلم (مبیع موجل و ثمن حال) و کالی به کالی (مبیع و ثمن موجلین) که قسم اخیر آن بدون هیچگونه اختلافی باطل می باشد. بنابراین بیع سلم یا سلف<sup>۴</sup> بیعی است که مبیع آن کلی و در ذمه است و برای تسلیم آن موعدی در عقد مقرر شده باشد. در این بیع قبض ثمن، شرط صحت عقد می باشد<sup>۵</sup> و لازم است قبا از تفرق از مجلس عقد ثمن قبض یا آن را بابت دین و طلبی که مشتری از مسلم الیه دارد حساب کند، البته مشروط به اینکه محاسبه از دین را در متن عقد شرط نکنند چه آنکه در صورت شرط چون از مصادیق بیع دین به دین می شود معامله باطل است.<sup>۶</sup> و اگر قبل از قبض ثمن مجلس عقد را ترک کنند بیع باطل است.<sup>۷</sup> شرط کردن دین به عنوان عوض مسلم فیه به این نحو است که ثمن مبیع را نفس ما فی الذمه قرار دهند مثلاً مشتری طلبکار به بایع بدهکار بگوید خریدم از شما صد کیلو برنج به هزار تومانی که طلبکارم تا یک ماه که در این فرض چون بیع دین به دین است معامله باطل می باشد زیرا که دین بودن مبیع روشن است، چون مشتری به

<sup>۱</sup> شهید ثانی، روضه البهیة، ج ۴ ص ۵۶ و ۵۷ و مسالک ج ۲ ص ۲۲۵ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر ج ۲۵ ص ۹۹ به بعد - محقق کرکی، جامه المقاصد ج ۱ ص ۲۸۱ - علامه حلی تذکره ج ۲ ص ۲۳ و ۲۴ شیخ طوسی و ابن ادریس (نقل از قواعد الفقهیه ج ۶ ص ۱۲ و جواهر ج ۲۵ ص ۹۹).

<sup>۲</sup> اشرفی، شعائر الاسلام ص ۵۰۱.

<sup>۳</sup> دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۲ ص ۳۲۳.

<sup>۴</sup> فقها در تعریف بیع ثمن گفته اند: «هو ابتیاع مال مضمون الی اجل معلوم، بمال حاضر، او فی حکمه» (کان یكون مقبوضاً للبائع قلب العقد، او مطلقاً بذمته) محمد حلی، شرایع ج ۲ ص ۶۱ - و مرحوم شهید در لمعه می فرماید: و هو بیع مضمون فی الذمه، مضبوط بمال معلوم، مقبوض فی المجلس الی اجل معلوم بصیغه خاصه. (لمعه و روضه ج ۳ ص ۴۰۲).

<sup>۵</sup> صاحب جواهر می فرماید: «اجماعاً فی الغنیة و المساک» ج ۲۴ ص ۲۸۹ و علامه حلی در تذکره می فرماید: «یشترط فی السلم قبض الثمن فی المجلس فان تفرقا قبل القبض بطل السلم عند علما ثنا اجمع و بقال ابو حنیفه و الشافعی و احمد ج ۲ ص ۵۵۴.

<sup>۶</sup> شهیدین، لمعه و روضه، ج ۳ ص ۴۰۸ و ۴۰۹.

<sup>۷</sup> محقق حلی، شرایع ج ۲ ص ۶۳ و جواهر ج ۲۴ ص ۲۸۹.

ذمه بايع مبلغی طلبکار است از این رو وقتی آن را عوض مبيع و در مقابل مسلم فیه قرارداد صدق می کند که بگوئیم دین را به دین معاوضه نموده اند. چه آن که وقتی می گوید: (صد کیلو برنج به هزار تومان) با مقابله را که بر عوض داخل می کنند در اینجا بر نفس دین داخل نموده اند به خلاف موردی که ثمن را دین قرار ندهند ولی بعد از اجرا صیغه و قبل از بهم خوردن مجلس عقد مشتری به بايع بگويد در مقابل مبيعی که به من می دهی پولی را که از تو می خواهم بردار و آن را به جای متاع حساب کن زیرا در این صورت دین را به دین معاوضه نکرده اند بلکه قبل از تفرق از مجلس دین را استیفا و وصول نموده اند و چون عقد را بر آن جاری نکرده اند و از آن به عنوان عوض مبيع که خود دین است استفاده ننموده اند اشکالی ندارد. زیرا صورت محاسبه یقیناً کمتر از آن موردی نیست که در عقد سلم ثمن بیع را بطور مطلق و کلی ذکر کرده و بعد از اجرا صیغه و قبل از تفرق از مجلس آن را مشتری حاضر و به بايع مسترد می دارد. پس همانطوریکه این عمل مضر نبوده و به صحت عقد خللی وارد نمی کند، فرض محاسبه نیز باید چنین باشد. مخفی نماند در جایی نیاز به محاسبه است که ثمن مافی الذمه از نظر جنس یا وصف تخالف داشته باشد اما در موردی که مماثل مافی الذمه را ثمن قرار دهند تهاتر و تساقط قهری واقع شده و عقد لازم می گردد بدون اینکه احتیاجی به محاسبه باشد. مرحوم شهید در کتاب دروس فرموده است: <sup>۱</sup> در صورتی که مافی الذمه با ثمن از حیث وصف و جنس متفق باشد مشکل است بتوان عقد را صحیح دانست زیرا لازمه تقدیر این است که مورد عقد دین به دین باشد. ولی این کلام را می توان به این تقریر دفع کرد که تحقق بیع دین به دین زمانی است که در عقد هر دو را مقابل هم قرار داده و با مقابله را بر نفی دین داخل کنند در حالی که در محل بحث چنین نیست، بلکه ثمن را امر کلی قرار داده، منتهی بعد از عقد بواسطه محاسبه آن را متعین در دین نموده اند. و این امر مقتضی تحقق بیع دین به دین نیست بلکه تقاص و استیفاء دین است و چنانچه قبلاً گفتیم اگر این مقدار موثر در بطلان عقد و موجب بیع دین به دین باشد صورتی که ثمن را مطلق قرار داده و بعد از عقد و قبل از تفرق از مجلس آنرا مشتری حاضر و به بايع می دهد نیز باید از مصادیق این بیع و در نتیجه باطل باشد در حالی که چنین نیست بلکه برخی از فقها حتی صورت دوم را نیز اشکال



<sup>۱</sup> نقل از شهید ثانی، الروضه البهیة، ج ۳ ص ۴۱۰.



نکرده و قائل به صحت آن شده‌اند. و آن موردی بود که در عقد با مقابله را بر نفس دین داخل کنند و بدین وسیله ثمن در عقد را دین در مقابل بیع که خود نیز دین است قرار دهند و دلیل این قائل این است که ثمن به ملاحظه اینکه قبلاً قبض شده و به بائع و اصل گشته است مجرد دین بودنش مضر و قاذح در صحت عقد نیست. در مورد اینکه آیا قبض در عقد مزبور شرط است یا خیر؟ قبض در عقد قرض شرط نیست: بعضی از اساتید حقوق مدنی معتقدند که در حقوق ما اصل «رضائی بودن» قراردادها حاکم است و لزوم قبض نیاز به تصریح دارد. این دسته می‌گویند از جمله ویژگی‌های عقد قرض و رضائی بودن آن است.<sup>۱</sup> بدین معنی که، بر خلاف فقه<sup>۲</sup> و مقررات قانون مدنی فرانسه، قبض موضوع قرض از شرایط تملیک نیست زیرا که:

اولاً: قانون مدنی در تعریف قرض به لزوم قبض هیچ اشاره‌ای نکرده است.

ثانیاً: از استقراء در مجموع قواعد مربوط به قراردادها به خوبی بر می‌آید که اصل رضائی بودن قراردادهاست.

عدم اشاره مقنن به نقش قبض در قرض نه به دلیل مسامحه یا بدیهی بودن لزوم قبض بوده بلکه قانونگذار خواسته است به تقلید از قانون مدنی سوئیس در این باب به ابداعی مفید دست نزند و قرض را مانند عاریه و ودیعه و سایر معاملات در زمره عقود رضائی بیاورد. قانون مدنی ایران در قرض نظریه خاصی را ابتکار نموده از هیچ یک از حقوق رومی و حقوق امامیه پیروی نکرده است زیرا که قرض در حقوق رومی که قانون مدنی فرانسه از آن پیروی نموده یکی از قراردادهای حقیقی<sup>۳</sup> است که بوسیله قبض محقق می‌گردد و در حقوق امامیه که بعداً به تفصیل از آن بحث

<sup>۱</sup> دکتر ناصر کاتوزیان - عقود معین ۱ ص ۴۸۹ و قواعد عمومی قراردادها ص ۹۵ و ۹۶.

<sup>۲</sup> نظر مخالفی در فقه وجود دارد که قبض دادن موضوع قرض را شرط تملیک نمی‌داند بلکه به مجرد صیغه مقرض مالک می‌شود و حتی بدون اذن مقرض می‌تواند آن مال را بردارد همچون بیع (مرحوم آخوند ملا علی قزوینی صیغ العقود ۶۸).

<sup>۳</sup> در حقوق رومی عقود دو دسته می‌باشند یکی Le Contrat Consensuel که آن را به قراردادهای تراضی ترجمه کرده‌اند و دیگری

Le Contrat real که به آن قرارداد حقیقی ترجمه کرده‌اند. در دسته اول رابطه حقوقی به واسطه توافق طرفین به وجود می‌آید بدون احتیاج به امر دیگری و در دسته آخر رابطه حقوقی بواسطه قبض و اقباض حاصل می‌شود. (نقل از دکتر حسن امامی - حقوق مدنی - ج ۲ ص ۲۰۴)

خواهیم کرد قرض به وسیله سه امر (ایجاب، قبول و قبض) حاصل می شود و در حقیقت قبض، جزء اخیر علت تامه می باشد و به حصول آن مقترض مدیون و متعهد به پرداخت مثل آن به مقرر می گردد. این دسته از حقوقدانان خصوصیت رضایی بودن قرض را از ظاهر ماده ۶۴۸ ق. م استنباط نموده اند.<sup>۱</sup> که می گوید: «قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل قیمت یوم ارد را بدهد» و معتقدند که قانون مدنی در مورد قرض از هیچ یک از دو حقوق بالا (حقوق رومی و حقوق امامیه) پیروی ننموده است. بعضی از مولفین حقوق مدنی معتقدند که حقیقت قرض و مالکیت مقترض زمانی حاصل می شود که مال موضوع قرض به او تسلیم شود. زیرا از این لحظه است که متعهد به رد مثل آن خواهد شد. این دسته در جهت تایید نظر خود که قانون مدنی هم همان نظر را دارد به چند دلیل متمسک شده اند که دو دلیل آن را در ذیل بیان می گردد.

دلیل اول: گفته اند از مفهوم مخالف ماده ۶۴۹ چنین استنباط می شود که موضوع قرض پیش از تسلیم به وام گیرنده منتقل نمی شود. زیرا در این ماده می خوانیم که «اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقترض است.» و مفهوم آن چنین می شود که: «تلف و نقص مال موضوع قرض پیش از تسلیم مال مقترض است.» تلف و نقص هر مالی از دارایی مالک آن محسوب می شود، پس ناچار باید پیش از تسلیم مال را در ملک وام دهنده فرض کرد تا تلف و نقص نیز بر عهده او قرار گیرد.<sup>۲</sup> دلیل دوم: گفته شده<sup>۳</sup> که از مفاد ماده ۶۵۱ قانون مدنی به

<sup>۱</sup> ماخذ فوق ص ۲۰۵.

<sup>۲</sup> دکتر جعفری لنگرودی، عقد فرض ش ۵، ۶، ۸، مجله حقوقی وزارت دادگستری سال ۵۱، بعضی از مولفین دلیل مزبور را برای اثبات عینی بودن قرض کافی ندانسته و گفته اند: تحمیل تلف و نقص مال موضوع قرض بر وام دهنده برای اجرای قانون مندرج در ماده ۳۸۷ قانون مدنی می باشد (دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها - ج ۱ ص ۹۷) و دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی ج ۲ ص ۱۹۷.

<sup>۳</sup> مصطفی عدل (منصور السلطنه) حقوق مدنی ص ۴۰۸ بر این استدلال خدشه نموده است به این نحو که استقرار و لزوم مالکیت وام گیرنده را نباید با ایجاد آن مخلوط کرد. وقتی که وام دهنده بتواند به میل خویش از تسلیم موضوع امتناع کند و عقد را بر هم زند این حکم دلیل بر این نمی شود که قرض محقق نشده است. عقد قرض لازم است و ب خلاف آنچه





خوبی بر می آید که عقر قرض عقدی است جایز و چون با این حال مقرض می تواند به میل خود و بدون خیار خاص قبل از تسلیم موضوع قرض این عقد را فسخ نماید و از تسلیم عین مال خودداری نماید، لذا نمی توان گفت که مالکیت مقرض نسبت به موضوع عقد تحقق پیدا کرده است، والا عقد قرض بایستی از عقود لازمه بوده و مقرض حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در صورت داشتن خیار مخصوص.

قانون مدنی صدقه را در ذیل مواد هبه قرار داده و بدون اینکه آن را تعریف کند و مسائش را توضیح دهد، فقط در ماده ۸۰۷ گفته است «اگر کسی مالی را به عنوان صدقه به دیگری بدهد، حق رجوع ندارد.» و از بیان چگونگی تحقق صدقه و اثر قبض در آن خودداری کرده است. در نوشته های فقها هم که از صدقه، تحت عنوان عطیه یا وقف و صدقات نام برده شده و مطالب آن بیان گردیده است در مورد اثر قبض عبارات متزلزل می باشد. و دقیقاً از اینکه آیا قبض چه نقشی را ایفا می کند؟ بحث نشده است. به هر حال ما در اینجا ضمن بیان آرا مربوط به این مسئله متذکر می شویم که در صدقه قبض شرط لزوم می باشد. زیرا موید این نظر اولاً: ماده ۸۰۷ قانون مدنی می باشد که در فوق بیان شده. چنانچه از ماده مزبور فهمیده می شود عقد صدقه پس از قبض لازم می گردد و صدقه دهنده نمی تواند از آن رجوع کند اگر چه عین آن باقی و صدقه بر اجنبی (غیر از پدر و مادر یا اولاد) باشد.<sup>۱</sup> و ثانیاً: همین مبنا را فقها در عبارات خود متذکر شده اند چنانچه مرحوم محقق حلی می فرماید: «ولا يجوز الرجوع فیها بعد القبض علی الاصح»<sup>۲</sup> و مرحوم صاحب جواهر می فرماید: «بل عن السرار و التذکره و ظاهر المفاتیح و کذا الغنیه الاجماع علیه»<sup>۳</sup> همین محققان در توجیه عدم جواز رجوع گفته اند که «چون هدف از این بخشش رسیدن به ثواب است و این عوض خوشنودی وجدان بی درنگ برای صدقه دهنده بوجود می آید، پس باید آن را در

ادعا شده است وام گیرنده می تواند، وام دهنده را اجبار به تسلیم موضوع آن بکند. (دکتر ناصر کاتوزیان - عقد معین ۱ ص ۴۹۷ و قواعد عمومی قراردادها ص ۹۷)

<sup>۱</sup> دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی ج ۲ ص ۴۰۵.

<sup>۲</sup> شرایع، ج ۲ ص ۲۲۲.

<sup>۳</sup> جواهر، ج ۲۸ ص ۱۳۰ همچنین شهید اول، لمعه ج ۳ ص ۱۹۱.



زمره هبه های معوض آورد ، هبه ای که عوض آن داده شده و بر واهب لازم گردیده است.<sup>۱</sup> بعضی دیگر توجیه فوق را نپذیرفته اند و گفته اند<sup>۲</sup> شرط خیار یا داشتن حق رجوع در این عقد ، به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه باطل است (ماده ۷۹۵ ق.م) و نباید آن را با هبه معوض مقایسه کرد زیرا که نسبت به نفوذ چنین شرطی در هبه های معوض تردید نباید کرد . در مقابل عقیده ای که قبض در صدقه را شرط می داند رای دیگری وجود دارد که قبض را شرط صحت و تمامیت صدقه نمی داند . چنانچه مرحوم صاحب شرایع می گوید : «اگر موضوع صدقه را معطی له بدون رضایت مالک قبض کند ، منتقل نمی شود به او.»<sup>۳</sup> و مرحوم صاحب جواهر در شرح عبارت مزبور می گوید : «این بدین دلیل است که در هر موردی کخه قبض شرط صحت باشد بدون اذن محقق نمی گردد.»<sup>۴</sup>

### نتیجه گیری

در بسیاری از عقود قبض هیچ گونه تاثیری ندارد و آثار مخصوصه عقد بوسیله توافق قصد و رضای طرفین یعنی توافق دو اراده به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر آن نماید حاصل می گردد . مانند عقد نکاح و غیره . این امر اصل در عقود است . زیرا که در نظام حقوق کنونی اصل «رضائی بودن» عقد است و لزوم قبض به دلیل تاثیر استثنایی آن در بعضی از عقود نیاز به تصریح دارد . علاوه بر آن تاثیر عقد به اعتبار جنبه خلاقیت اراده طرفین است و حاکمیت اراده ایجاب می نماید که امر دیگری در تولید مقتضاء موثر قرار نگیرد . در بعضی عقود همچنن حبس ، وقف ، هبه ، رهن ، وصیت ، بیع صرف و بیع سلم و عقد قرض و صدقه ، ایجاب و قبول به تنهایی مولد مقتضا نمی باشد و بطور استثنا قانون قبض را نیز موثر دانسته است . منتهی در تاثیر قبض حقوقین امامیه یکی از سه نظر را پیروی نموده اند . بعضی بر آنند که قبض شرط صحت عقد می باشد و قبض به عنوان جزء علت است و در نتیجه سبب پیدایش مقتضاء عقد ، عبارت است از ایجاب ،

<sup>۱</sup> محقق حلی ، شرایع ج ۲ ص ۲۲۲-شاهد ثانی شرح لمعه ، ج ۳ ص ۱۹۱ .

<sup>۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان ، مشارکتها ... ص ۴۳۱ .

<sup>۳</sup> همان کتاب و همان صفحه . همچنین مرحوم آخوند ملا علی قزوینی ؛ صنیع العقود ص ۹۵ می فرماید : «قبض به اذن

متصدق شرط تملک و صحت جمیع انواع تصدقات است .

<sup>۴</sup> همان کتاب و همان صفحه



قبول و قبض و پس از حصول تمامی اجزاء سه گانه مقتضاء عقد حاصل می گردد . ثمره این قول آن است که انتقال از زمان قبض حاصل می شود و منافع از آن زمان متعلق به قابض است و قبل از قبض متعلق به مالک می باشد . همچنین در این مورد که قبض شرط صحت عقد می باشد قبض بدون اذن مالک یا قائم مقام او قبض فاسد و تصرف در ملک غیر محسوب می گردد و هرگاه مالک قبل از قبض بمیرد عقد باطل می شود . عده ای دیگر بر آنند که قبض شرط لزوم عقد می باشد و معتقدند که مقتضاء عقد به وسیله ایجاب و قبول بطور متزلزل محقق می گردد و با حصول قبض لازم می شود . در نتیجه هر یک از طرفین مادام که مورد به قبض داده نشده می تواند عقد را منحل نماید و پس از قبض ، عقد لازم می شود و نمی توانند آن را بر هم زنند . همچنین طبق این نظریه انتقال از زمان عقد حاصل شده است و قبض بدون اذن تصرف در ملک غیر نیست و در صورتی که مالک قبیل از قبض فوت کند عقد همچون عقود جایز منفسخ می شود .



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی



## منابع و مأخذ

۱. امامی (دکتر سید حسن) - حقوق مدنی ج ۱ و ۲ و ۳ تهران، چاپ اسلامیة ۱۳۶۲ شمسی .
۲. امیری قائم مقامی (دکتر عبد المجید) - حقوق تعهدات، ج ۲ تهران ۱۳۵۶ انتشارات دانشگاه تهران
۳. تحریر المجله: شیخ محمد حسین آل کاشف الغطاء شرح بر مجله الاحکام، در چهار مجلد - دو جلد در تهران و قم ۱۳۶۱ هجری .
۴. جواهر الکلام: شیخ محمد حسن نجفی: بیروت، لبنان ۱۹۸۱ طبع هفتم در ۴۳ مجلد .
۵. بروجردی عبده (محمد) - حقوق مدنی تهران ۱۳۲۹ و کلیات حقوق اسلامی چاپ دوم - ۱۳۳۹ ه.ش دانشگاه تهران.
۶. عمید (دکتر موسی) هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران ۱۳۴۲ .
۷. کاتوزیان (ناصر) قواعد عمومی قراردادها ج ۲ .
۸. کاتوزیان (ناصر) حقوق مدنی، عقود معین ج ۱ چاپ سوم، به نشر ۱۳۶۳ .
۹. کاتوزیان (ناصر) حقوق مدنی، مشارکتها، صلح، عطایا.
۱۰. نشریه موسسه حقوق تطبیقی شماره ۸، ۱۳۶۰. انی و مطالعات فرهنگی

