

# حوزه فقه معاملات

پروپوزیشن گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پتال جامع علوم انسانی



شروېشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## بررسی اجمالی نقش قبض در عقود عینی

سیدمحمد هادی مهدوی\*

### چکیده:

در خصوص چگونگی نقش قبض در عقود عینی میان صاحب نظران حقوقی اختلاف دیدگاه وجود دارد. عده‌ای قبض را رکن تحقق عقد، مانند ایجاب و قبول شمرده و تمامیت و صدق عقد را منوط به آن دانسته‌اند. گروهی دیگر، تحقق این دسته از عقود را مانند بقیه عقود، به ایجاب و قبول تمام می‌دانند، منتها برخی از این علما، قبض را شرط صحت عقد و برخی دیگر، آن را جزئی دانسته‌اند که قانونگذار یا شارع آن را لازم شمرده است. تفاوت این دیدگاه‌ها صرفاً جنبه نظری ندارد؛ بلکه از جنبه عملی نیز حائز اهمیت است و آثار زیادی بر آن مترتب است. به طور مثال در دیدگاهی که قبض از ارکان عقد است، اثر عقد از زمان قبض مترتب می‌شود، اما در دیدگاهی که قبض شرط ترتب اثر عقد است اثر عقد از زمان عقد (تمامیت ایجاب و قبول) مترتب می‌شود. در این مقاله ارزش این دیدگاه‌ها از لحاظ موازین حقوقی و همچنین با توجه به نصوص شرعی و قانونی مورد نقد و بررسی قرار گرفته است و در نهایت نظر منتخب ارائه شده است.

**کلید واژه‌ها:** قبض، اقباض، عقود عینی، شرط صحت، شرط نفوذ.

## مقدمه

اساس این تحقیق بر آن است که ماهیت عقود عینی و نقش قبض در آنها را مورد بررسی و تحلیل قرار دهد. عقود عینی موضوع بحث، مصادیق متنوع و بسیار متعددی دارد به طوری که می‌توان گفت: بعضی از مصادیق آن، تفاوت اساسی و ماهوی با یکدیگر دارند به وجهی که تنها در عنوان و لزوم قبض عین با یکدیگر اشتراک دارند. براین اساس، به سختی می‌توان در این زمینه نظریه عمومی ارائه کرد. با وجود این، این گروه از قراردادهای را بهتر است به طور یکجا و نه پراکنده مورد مطالعه قرار داد. زیرا بی تردید، واقعیتی این نام‌های آشنا را به هم مربوط می‌سازد. بنابراین باید کوشید تا عقود که جوهر یا احکام و شرایط مشترک دارند در کنار هم و زیر سایه اصول حاکم بر خود قرار گیرند. این تلاش نه تنها از تکرار بیهوده مطالب می‌کاهد، بلکه مبانی را نیز می‌تواند برای ما کشف کند و به تدوین قانون دقیق و تفسیر هماهنگ و درست از آن کمک کند. این تحقیق در دو فصل تدوین شده است. ابتدا ماهیت عقد عینی و مبنا و فلسفه قبض را سپس به تأثیر قبض در این عقود بر اساس دیدگاه‌های متفاوت پرداخته می‌شود.

## الف) مفهوم عقد عینی

عقد از جهات متفاوت و متعدد دارای تقسیم‌های گوناگون می‌باشد. این تقسیم‌بندی‌ها از لحاظ اختلاف عقود در شرایط، احکام و آثار آنها ناشی می‌گردد. قانون مدنی ایران در ماده ۱۸۴ فقط به طور اجمالی و بدون ارائه معیاری چنین مقرر داشته است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق». البته عقد تقسیم‌های دیگری نیز دارد که از مطالعه مواد قانون مدنی استنباط می‌گردد. یکی از تقسیم‌های آن که مرتبط به موضوع بحث ما است، تقسیم عقد به عقد «رضائی» (Contrat cosensual)، «تشریفاتی» (Contrat solennel) و «عینی» (Contrat reel) است. این تقسیم‌بندی بر اساس آزاد یا مشروط بودن توانائی اراده در تحقق عقد است. در صورتی که صرف اراده مشترک طرفین و تراضی آنها در تحقق عقد کفایت کند بدون این که نیاز به امر دیگری باشد به آن، عقد رضائی گویند. در صورتی که عقد علاوه بر تراضی نیازمند به کاربرد واژه و عمل خاص و یا تسلیم مورد معامله باشد، حسب مورد به آن عقد تشریفاتی یا عینی گفته می‌شود. (در کتاب حقوق قراردادهای در فقه امامیه، آمده است: عقد رضائی عقدی است که... در وقوع یا نفوذ خود نیاز به تشریفات خاصی ندارد. (محقق

داماد، ۱۳۷۹، ۱۹۰) لازم به ذکر است که تقسیم بندی مزبور از حقوق رم وارد حقوق فرانسه و حقوق سیستم های مشابه شده است. (مهدی، ۱۳۸۰، ج ۱، ۱۸۵)

### ۱- ماهیت و تعریف عقد عینی

در متون فقهی و حقوقی ما عنوان «عقد عینی»، مطرح نشده است و این اصطلاحی است که از حقوق فرانسه در حقوق ایران معادل سازی شده است؛ اما در قانون مدنی می توان از عقودی مانند «حجس» ماده ۴۷، «وقف» ماده ۵۹، «بیع صرف» ماده ۳۶۴، «رهن» ماده ۷۷۲ و «هبه» ماده ۷۹۸ به عنوان عقود عینی یاد کرد که قبض و اقباض مورد معامله در خصوص آنها مطرح است. به طور مثال، ماده اخیر چنین مقرر می دارد: «هبه واقع نمی شود مگر با قبول و قبض متهب...».

به غیر از موارد مزبور که قانون به طور صریح، قبض را از شرایط درستی یا وقوع عقد دانسته است؛ عده ای از نویسندگان حقوقی، لزوم تسلیم مورد معامله را از ساختمان حقوقی بعضی از عقود، مانند عاریه و ودیعه استنباط نموده اند. (کولن و کاپیتان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ش ۳۰- گودمه و دبوآ، نظریه عمومی تعهدات ص ۲۹ و ... کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ۱۰۹۳ - عدل بی تا، ۶۹۲)

در قانون مدنی فرانسه عقود عاریه (ماده ۱۸۷۵)، قرض (ماده ۱۸۹۲)، و ودیعه (ماده ۱۹۱۵) و رهن (ماده ۲۰۷۱ به بعد) از عقود عینی معرفی شده است. دیوان عالی فرانسه قرارداد حمل و نقل را از جهت این که شامل ودیعه نیز می باشد از عقود عینی محسوب داشته است. (شهبیدی، ۱۳۸۰، ۸۷ - ۸۸ - pp.35-4 (Nicholas Press, 1992.

در قانون مدنی سوئیس، عقود مزبور از عقود رضائی است و صرفاً عقد «رهن تصرف» در قانون التزامات این کشور در مواد ۳۰۵، ۳۱۲ و ۴۰۷ از عقود عینی تلقی شده است. **قانون مدنی آلمان** نیز صرفاً عقد قرض و رهن تصرف را در مواد ۵۹۸، ۶۰۷، ۶۱۰، ۶۸۸، ۶۲۵ خود از عقود عینی دانسته است. (سنهوری، بی تا، ۱۱۶)

در حقوق انگلستان به طور مشخص، نامی از عقد عینی به میان نیامده است و صرفاً می توان در عقد هبه، ودیعه و تراست نشانی از این امر را ملاحظه نمود. (Chitty on Contract, -) (j.G.Riddall . *The Law Of Trusts*, p.352 - *The Law Of Specific Contract* , P.157.

در قانون مدنی قدیم مصر، عقود عاریه، ودیعه، قرض، رهن و هبه از عقود عینی بود؛ اما در قانون جدید مصر فقط عقد هبه در اموال منقول به صورت عقد عینی مورد شناسائی قرار گرفته است که می‌تواند به صورت شکلی در سند رسمی نیز محقق شود. (سنه‌وری، بی‌تا، ۱۱۶) در ماده ۵۷ مجله الاحکام العدلیه آمده است: «التبرع لا یتیم الا بالقبض» رستم باز لبنانی، سلیم) با توجه به این که عنوان عقود عینی از حقوق فرانسه اقتباس شده است و در این حقوق، قبض شرط حدوث عقد است؛ (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱، ۱۳۱) در تعریف آن می‌توان گفت: «عقد عینی عقدی است که برای تشکیل و تحقق آن، علاوه بر شرایط عمومی صحت قراردادها، تسلیم مورد معامله نیز لازم دارد». عقد عینی در واقع از عقود تشریفاتی است که تشریفات آن، تسلیم مورد معامله است مانند عقد هبه و رهن.

در کتاب حقوق قراردادها در فقه امامیه در تعریف عقد عینی آمده است: عقدی است که افزون بر شرایط عمومی صحت قراردادها، تسلیم مورد معامله شرط صحت یا نفوذ عقد است. (محقق داماد، ۱۳۷۹، ۱۹۰ و ۱۹۲) البته در این خصوص، مثال یا توضیحی مطرح نشده است. از این تعبیر و تعریف عقد رضائی به عقدی که در وقوع یا نفوذ خود نیاز به تشریفات خاصی ندارد؛ (همان، ص ۱۹۰) این مطلب به ذهن متبادر می‌گردد که عقد عینی یک عقد غیر نافذ است؛ زیرا در تعریف عقد غیر نافذ نیز آمده است: عقدی است که ارکان اصلی عقد را دارا است؛ ولی به دلیل نقصان پاره‌ای از شرایط، شارع، تأثیر آن را منوط به رفع نقص از عقد دانسته است. (همان، ۱۰۸) این دیدگاه صحیح به نظر می‌رسد؛ زیرا عقد غیر نافذ، عقدی است که از جانب اصیل، تمام است و حق بر هم زدن آن را ندارد (ماده ۲۵۲ ق.م.؛) در حالی که در عقود عینی تا قبل از قبض، التزامی بر هیچ یک از طرفین ایجاد نمی‌شود.

در قانون مدنی، قبض و اقباض در بعضی از عقود، به عنوان شرط وقوع عقد (مانند عقد وقف در ماده ۵۶) و در اکثر موارد قانونی شرط صحت عقد مطرح شده است. از این رو این شبهه وجود دارد که معیار عقد عینی چیست؟ آیا عینی بودن عقد در گروهی آن است که قبض، شرط وقوع عقد باشد یا شرط صحت آن؟ و آیا اصولاً میان این دو اصطلاح تفاوت است یا خیر؟ به بیان دیگر شاید بتوان گفت: منشأ شک از آنجا ناشی می‌شود که آیا عقد، به صرف «ارتباط ایجاب و قبول» محقق می‌شود در واقع، عقدیک امر دو جزئی است و قبض از شرایط صحت و تأثیر سبب (عقد) است؛ یا این که عقد، سه جزئی است و از سه عنصر ایجاب و قبول و قبض تشکیل می‌شود؟ بنابراین،

در خصوص نقش قبض در این عقود از دو جهت تردید وجود دارد:

۱- این که آیا عقد به واسطه ایجاب و قبول تمام است و وقوع قبض، نافذ ساختن اثری است که با ایجاب و قبول واقع شده است و قبض اثر قهقرائی دارد، یا این که پیش از قبض هیچ اثری بر ایجاب و قبول بار نیست؟

۲- آیا قبض یک عنصر اضافی و خارج از عقد است یا در زمره ارکان عقد به شمار می‌آید؟ در پاسخ به این تردیدها، اظهارات فقیهان و حقوقدانان خیلی واضح و گویا نیست و برداشت‌های ذیل متصور است. (امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ۷۱ و ۷۲) برخی از علمای عامه بدون این که به این تفصیل بین این امور صرفاً قبض را در برخی از این عقود شرط دانسته‌اند. (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۴، ۳۵۴)

**الف-** عقد به واسطه ایجاب و قبول تمام است و صدق مفهوم عقد، منوط به تحقق قبض نیست و قبض تنها نقش کاشفیت را ایفا می‌کند و در واقع، قبض از ارکان عقد نیست و عقد یک امر دو جزئی است. (نجفی، بی‌تا، ج ۲۸، ۱۰) این نظر را ایشان در مورد وقف بیان کرده و در عقود عینی دیگر نیز به مناسبت همین دیدگاه را بیان داشته است.

**ب-** عقد به واسطه ایجاب و قبول و قبض واقع می‌شود و همان طور که ایجاب و قبول از ارکان عقد است، قبض نیز از اجزاء موثر در عقد است؛ متنها صدق مفهوم عقد، منوط به وقوع قبض نیست؛ قبض خواه واقع شود یا نه، عنوان عقد هبه یا وقف و ... صادق است و قبض صرفاً عقد را تمام می‌سازد تا اثر خود را بگذارد. به بیان دیگر قبض امری خارج از عقد است که قانونگذار (یا عرف) آن را موثر در عقد قرار داده است. (طباطبائی یزدی، بی‌تا، ج ۲، ۱۸۲ - نائینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ۵۳ - امامی، ۱۳۶۶، ج ۲، ۳۸۲)

**ج-** عقد همانند مورد قبل، به واسطه ایجاب و قبول و قبض واقع می‌شود، با این تفاوت که قبض، نقش اساسی در صدق مفهوم عقد دارد و همان طور که بدون ایجاب و قبول، مفهوم عقد صدق نمی‌کند، بدون وقوع قبض نیز عنوان عقد صادق نیست. این دیدگاه را می‌توان از تألیفات بعضی از حقوقدانان استنباط کرد. آنجا که گفته‌اند: «قبض از عناصر عقد و داخل در مفاد تراضی است؛ زیرا باید به اذن واهب و رضای متبهد انجام شود. به اضافه، آوردن قبض در ماده ۷۹۸ در ردیف قبول نیز نشان می‌دهد که «قبض» داخل در مفهوم عقد و از عناصر آن است». (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، ۴۳-۴۲) در همین بحث باز این دیدگاه تقویت می‌شود، آنجا که گویند: «با وجود این،



از عبارت پاره‌ای از فقها برمی‌آید که مفهوم عقد و قبض را دو امر جداگانه دانسته‌اند». (همان) البته ایشان در مورد عقد هبه و رهن چنین دیدگاهی را مطرح می‌سازد، اما در موارد دیگر عباراتی دارد که خلاف این دیدگاه از آن استنباط می‌شود. ایشان در بحث رهن گویند: پیش از آن (قبض) تراضی طرفین در حدود طبیعت خود آثاری دارد و در این مورد به مواد ۵۹ و ۶۰ ق.م. تمسک می‌کند. (همان، ۵۴۵) مفهوم این عبارت آن است که مفهوم عقد از قبض جدا نیست و در مفهوم عقد، وجود قبض ضروری است. از عبارت برخی دیگر از حقوقدانان، که در تعریف عقد عینی گفته‌اند: «عقدی است که برای تشکیل یا لااقل تحقق آن، دو عنصر تعهد و توافق اراده (که حداقل عناصر لازم برای حصول عقد است) کافی نبوده بلکه تحقق عامل سوم قبض ضروری است» (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ۹۳) نیز این دیدگاه استنباط می‌شود؛ بخصوص این که میان تشکیل عقد و تحقق عقد تفاوت قائل شده است. در جایی دیگر نیز این دیدگاه گفته است: «تا زمانی که مال به قبض متهب داده نشده نه عقد هبه وقوع خواهد یافت و نه مال موهوبه به ملکیت متهب در خواهد آمد». (همان، ۶۸) تفکیک و دوگانگی میان وقوع هبه و نقل ملکیت نیز قرینه آن است که این دیدگاه قبض را در صدق مفهوم عقد هبه دخالت داده است. (از عبارت برخی از فقیهان نیز این دیدگاه در باب عقد رهن و هبه استنباط می‌گردد)

از تقی الدین سبکی از علمای اهل سنت نیز عبارتی نقل شده است که در راستای همین دیدگاه است. ایشان گویند: «در عقود مانند وقف و هبه اگر قبض صورت نگیرد، عقد پدید نمی‌آید. اگر برخی از فقیهان در این موارد گفته‌اند عقد بی قبض باطل است سخن آنان به منزله این است که گفته شود، هرگاه قابل، ایجاب را نپذیرد آن ایجاب باطل می‌شود؛ لکن این بطلان به معنی بطلان امر ناتمام است نه بطلان امری که محقق شده است». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱، ۱۳۴)

با توجه به دیدگاه اول و دوم بخصوص دیدگاه اول، این عقود در تعریف مصطلح عقود عینی نمی‌تواند قرار گیرد؛ زیرا عقد عینی، عقدی است که جهت تشکیل و انعقاد آن نیاز به قبض است؛ درحالی که وفق این دو نظر، قبض، در تحقق مفهوم عقد نقشی ندارد. در واقع این دو اصطلاح با یکدیگر اشتراک لفظی داشته که در نام مشترک، اما در محتوا متفاوت هستند. البته ممکن است این مطلب را این گونه توجیه کرد که منظور از تشکیل عقد، وجود عقد، در مقام اثرگذاری است؛ در این صورت، تفاوت چندانی میان دو اصطلاح به نظر نمی‌رسد.



همان‌طور که اشاره شد، فقیهان نوعاً قائل به شرطیت قبض و بعضی قائل به جزئیت آن می‌باشند. در صورت اول که قبض، شرط صحت عقد است، بعضی علما آن را شرط تأثیر سبب می‌دانند و مانند «اجازه» در عقد فضولی، قبض را کاشف از نقل و انتقال از زمان ایجاب و قبول (عقد) تلقی نموده و بعضی دیگر قائلند که قبض، موجب نقل و انتقال می‌شود؛ همانند دیدگاهی که قبض را جزء موثر در عقد می‌داند. البته همه فقیهان بر اساس اجماع موجود در عقد هبه، قائل به نظریه نقل می‌باشند.

آنچه از مواد قانون مدنی استنباط می‌شود، آن است که این قانون نیز به پیروی از مشهور فقهایان، قبض را شرط تأثیر سبب تلقی نموده است و صرف ربط میان ایجاب و قبول را موجب تشکیل عقد می‌داند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ۱۴۳) ایشان در این زمینه گفته است: در اصطلاح فقها، عقد عبارت از ربط یک قرار به قرار دیگری است (ربط قرار بقرار). (مقصود از قرار یعنی یک اعتبار عقلائی) و بقیه امور موجود در عقد را به منزله شرط تلقی کرده است.

موادی از قانون مدنی که می‌تواند گویای این نقطه نظر باشد به شرح ذیل است. ماده ۱۹۰ این قانون، که شرایط (ارکان) اساسی صحت معامله را برمی‌شمرد و بیانگر اصول کلی قرار دادها است از پنج عنصر یاد می‌کند و از قبض به عنوان رکن نامی به میان نیاورده است. ماده ۱۹۱ نیز به طور صریح، عقد را به واسطه «قصد انشاء» به شرطی که مقرون به مبرز باشد محقق و تمام می‌داند. ماده ۲۴۸ ق.م نیز در معامله فضولی، اظهار ایجاب و قبول و تلاقی آن دو را با توجه به این که رضای مالک همراه آن نیست، عقد تلقی کرده است و نفوذ آن را منوط به اجازه مالک کرده است.

ممکن است ایراد شود که ماده ۱۹۰ ق.م شرایط عمومی قرار دادها را بیان کرده و این امر به مفهوم آن نیست که قبض در عقود مخصوصی رکن عقد نباشد. در این خصوص می‌توان گفت: ماده ۴۷ ق.م قبض را در سکنی و عمری به عنوان شرط صحت تلقی کرده است و بیان کلمه شرط، گویای این نکته مهم است که «عقد» به واسطه ایجاب و قبول محقق شده است و قبض صرفاً شرط صحت و درستی آن است. ماده ۵۶ ق.م نیز بصراحت مقرر داشته است: «وقف واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف... و قبول طبقه اول...» بدون این که قبض را در مرحله «وقوع» دخالت دهد. این ماده توسط مواد ۵۹ و ۶۰ همین قانون تفسیر شده است و تحقق و تمامیت عقد را به قبض دانسته است. در ابتدا به نظر می‌رسد، این دو ماده، قبض را به عنوان رکن عقد مطرح

کرده است؛ اما توجه به مواد ۵۶ و ۶۱ این قانون روشن می‌سازد که قبل از قبض نیز عنوان عقد وقف صادق است. بنابراین، عبارت «تحقق و تمام شدن عقد» در مواد ۵۹ و ۶۰ به معنای تحقق اثر عقد به واسطه قبض است (از ماده ۶۱ ق.م. این گونه استنباط می‌شود که اولاً: عقد وقف پیش از اقباض موقوفه، تمام و صحیح است. زیرا این ماده، وقوع وقف به نحو صحت و حصول قبض را دو چیز دانسته است و میان آن دو تفکیک قائل شده است و ثانیاً قبض را بعد از صحت عقد به کار برده است که بیانگر آن است که قبض، خارج از اجزاء عقد وقف است، امری که کاملاً بر خلاف مواد قبلی است و ثالثاً: قبض را موجب لزوم عقد وقف دانسته است.) ماده ۳۶۴ ق.م. در مورد بیع صرف و امثال آن و ماده ۷۷۱ در مورد عقد رهن نیز، قبض عین را شرط صحت این عقود مطرح نموده است. از طرف دیگر گفته شده است: هر آنچه در تحقق ماهیت دخالت نداشته باشد و در صحت آن دخالت داشته باشد، شرط عقد است نه رکن آن. (دیدگاه برخی از حقوقدانان فقیه چنین است که هر آنچه در اصل ماهیت و ذات شیء موثر است - اگر چه جزء ماهیت نباشد - رکن تلقی می‌شود و هر آنچه در وجود یا عدم ماهیت حقوقی تأثیر ندارد و فقط در صحت و لزوم و نفوذ آن تأثیر داشته باشد شرط محسوب می‌شود.) (محقق داماد، ۱۳۷۹، ج ۱، ۷۳) بنابراین در کلیه مواردی که قانونگذار عبارت تحقق و تمامیت عقد را بکار برده است، خود عقد را به ایجاب و قبول تمام دانسته است (وقوع)؛ اما اثر و تحقق نهائی آن را منوط به قبض کرده است و در نهایت، قبض از ارکان عقد نبوده و صدق عرفی آن نیز منوط به قبض نیست.

البته ماده ۷۹۸ ق.م. در باب هبه از عبارت «وقوع» استفاده نموده است و وقوع هبه را منوط به قبض نموده است و چنین مقرر داشته است: «هبه واقع نمی‌شود مگر با قبول و قبض متهب...». در این جا نیز به نظر می‌رسد که قبض به عنوان شرط تأثیر سبب باشد نه رکن؛ اما به جهت این که همه فقیهان، قبض را به علت اجماع موجود، ناقل تلقی کرده‌اند، قانونگذار در این مورد جهت تحقق و تمامیت هبه از عنوان «وقوع» استفاده کرده است. حتی شاید بتوان گفت: ذکر این نکته در ماده ۷۹۸ مؤید آن است که قانون مدنی در عقود دیگر بر دیدگاه اول گام برداشته است و قبض را کاشف می‌داند؛ زیرا در فقه حتی کسانی که قبض را کاشف می‌دانند در مورد هبه، آن را ناقل تلقی نموده‌اند. پیروی قانونگذار از این شیوه و به کارگیری عبارت «وقوع» در این ماده و عدم به کارگیری چنین عنوانی در بقیه عقود عینی، بیانگر آن است که در این موارد از نظر کسانی پیروی کرده است که برای قبض نقش کاشفیت قائل هستند؛ در غیر این صورت، در این موارد نیز از



عنوان «وقوع» استفاده می‌کرد؛ یا این که در مورد هبه نیز، عنوان شرط صحت را به کار می‌گرفت. بنابراین با توجه به این که ماده ۵۶ ق.م.وقوع عقد وقف را به ایجاب و قبول می‌داند و ماده ۶۰ و ۶۱ این قانون تحقق عقد را به قبض دانسته است؛ می‌توان بر این عقیده بود که قانون مدنی میان واژه «وقوع» و «تحقق» قائل به تفاوت است. به این بیان که واژه وقوع، مربوط به صرف مرحله انعقاد و صدق عرفی عقد است (ماده ۳۶۴ ق.م. نیز در عقد صرف مؤید این دیدگاه است. زیرا اثر وانتقال را از حین قبض دانسته است نه از حین وقوع بیع و عنوان آن) و واژه تحقق، مربوط به مرحله اثر گذاری عقد می‌باشد. دکتر لنگرودی دو واژه وقوع، و تحقق و تمامیت را به یک معنا گرفته است که درست به نظر نمی‌رسد. (همان، ۱۳۱ و ۱۶۳) و در واقع، به معنای شرط صحت عقد است آن طوری که در حق انتفاع و عقد رهن و... به کار رفته است. گرچه همان طور که اشاره شد این تفاوت در مورد عقد هبه در قانون مدنی به علت ویژگی خاص خود رعایت نشده است.

تا به حال آنچه مشخص و مبرهن است این نکته است که دیدگاه سوم، چندان شاهدهی در متون فقهی (البته در مورد هبه روایتی از امام صادق از ابن بصیر نقل شده است که شاید بتوان از آن این دیدگاه را استنباط نمود). در روایت آمده است: «لا تكون هبه ابدا حتى يقبضها» یعنی بدون قبض، هبه هرگز تحقق پیدا نمی‌کند. (عاملی، بی تا، ج ۳۳۶، ۱۳) برخی حقوقدانان نیز در مورد رهن نیز گفته‌اند که توثیق، در حقیقت رهن نهفته است و این امر بدون قبض مال امکان‌پذیر نیست. (عدل، بی تا، ۳۴۸ و ۳۴۹) و در مواد قانونی ندارد و دلیل منطقی نیز وجود ندارد که صدق مفهوم عقود عینی، منوط به وقوع قبض باشد. حتی، بسیار بعید به نظر می‌رسد که نویسندگان این دیدگاه، خود ملتزم به آن و لوازمش باشند. بعضی از حقوقدانان در این زمینه گویند: «از مقایسه ماده ۷۹۸ ق.م. با مواد ۸۰۲ و ۸۰۳ این قانون معلوم می‌شود که مقصود قانونگذار از عبارت «هبه واقع نمی‌شود» این است که نتیجه نهائی عقد هبه (که انتقال کامل ملکیت است) واقع نمی‌شود؛ مگر به قبض و این دلیل نمی‌شود که بگوئیم: عقد هبه بدون قبض واقع نمی‌شود و گرنه باید ملتزم شد که قبض از عناصر هبه است و کسی این را نگفته است». (عمید، ۱۳۴۹، ۲۴ و ۲۵) از طرف دیگر، ماده ۸۰۲ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر قبل از قبض، واهب یا متهب فوت کند هبه باطل می‌شود»؛ این عبارت، خود بیانگر آن است که از نظر قانونگذار، مفهوم عقد هبه قبل از قبض نیز صادق است. به هر جهت، علی‌رغم وجود مؤیداتی در پذیرش دیدگاه اول، اشکالات اساسی نیز بر آن وارد است که پذیرش دیدگاه دوم را منطقی‌تر می‌سازد. اول آن که در این دیدگاه، «قبض» به «اجازه»



تشبیه شده است و به نظر می‌رسد که تشبیه نمودن این دو با یکدیگر درست نباشد؛ زیرا مستلزم آن است که همان طور که ما قبض را به عنوان تشریفات تحقق عقد مطرح می‌کنیم، اجازه را نیز به عنوان تشریفات تحقق عقد مطرح کنیم و عقود فضولی را از عقود تشریفاتی تلقی نمائیم؛ امری که هیچ کس آن را نگفته و کسی نیز بدان ملتزم نیست. ثانیاً، لازمه وقوع هبه با ایجاب و قبول این است که در صورت فوت واهب یا متهب پیش از قبض، عقد بر هم نخورد. همان طور که در معامله فضولی در صورت فوت هر یک از طرفین خللی به معامله وارد نمی‌شود. درحالی که طرفداران این نظریه و ماده ۸۰۳ ق.م معتمد به انحلال هبه در این صورت هستند. ثالثاً، کاشف دانستن قبض، بر خلاف سیر منطقی و فلسفی امور است و معقول نیست که امری متأخر در امر مقدم تأثیر گذارد. در معامله فضولی نیز که قانونگذار این امر را پذیرفته است، یک امر استثنائی است که باید به قدر متیقن اکتفا کرد. بر فرض این که از لحاظ مقام ثبوت اشکالی بر نظریه کشف و تأثیر امر مؤخر در مقدم در امور اعتباری نباشد؛ می‌توان گفت: در مقام اثبات، دلیلی بر کاشفیت قبض، همانند کاشفیت اجازه نداریم. بنابراین، منطقی اقتضا می‌کند که در تمام مواردی که قبض شرط صحت یا وقوع عقد است آن را امری خارج از عقد تلقی کنیم؛ امری که قانون آن را مؤثر در عقد دانسته است و آثار آن از هنگام قبض به وجود می‌آید (دیدگاه دوم).

ماده ۳۶۴ ق.م نیز این دیدگاه را در بیع صرف (وسلم) که قبض شرط صحت این عقود است مورد تأیید قرار داده است. این ماده چنین مقرر می‌دارد: «... در بیعی که قبض شرط صحت آن است مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع. با ملاک‌گیری از این ماده امکان دارد مفاد آن را در بقیه عقود عینی نیز اعمال نمود. پذیرش این دیدگاه، همخوانی بیشتری با مفهوم عقود عینی در معنای مصطلح دارد.

به غیر از سه دیدگاهی که قبض را رکن یا شرط صحت این عقود می‌داند؛ دیدگاهی نیز وجود دارد که در پاره‌های از این عقود، قبض را شرط لزوم عقد تلقی کرده است. (پاره‌های از علما معتقدند برخی از این عقود مانند «وقف» از عقود رضائی هستند و آنها با تراضی طرفین محقق می‌شود؛ منتها قبض و تسلیم مورد معامله موجب می‌شود که این عقود از حالت «عقد جایز» تبدیل به «عقد لازم» و الزام‌آور شود. به بیان دیگر، این عقود تا قبل از قبض به صورت یک عقد جایز مطرح است و مالک هر زمان می‌تواند عقد را فسخ نماید؛ اما با تسلیم عین، از عقود لازمه گشته و

دیگر نمی‌توان آنها را برهم زد. حلی، مختلف، (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۴۹۶ - جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۱، ۱۴۹ - ابن قدامه، بی‌تا، ج ۴، ۳۶۹).

تفاوت این دیدگاه‌ها صرفاً جنبه تئوری ندارد؛ از جنبه عملی، اختلاف احکام و آثار نیز حائز اهمیت است که در مباحث بعدی به تبیین آن می‌پردازیم.

## ۲- فلسفه و مبنای قبض در عقود عینی

در این که ضرورت و فلسفه قبض، در عقود عینی چیست، اظهارات متفاوتی در این زمینه مطرح گشته است.

در حقوق رم اصولاً عقود به طور شکلی ظهور و بروز داشت و توافق برای تکوین عقد کافی نبود و تحقق عقد بدون رعایت شکل و تشریفات امکان پذیر نبود. سپس به مرور زمان، عقود عینی جایگزین عقود شکلی شد و به واسطه تسلیم عین از رعایت شکل بی‌نیاز شدند. بنابراین از آنجا که رضایت برای تحقق عقود و تعهد به بازگرداندن عین کافی نبود؛ بر اساس نظریه «کسی که شی‌ای را دریافت دارد و آن را مسترد نکند مرتکب جرم شده است»، یا بر اساس نظریه «إثراء بلا سبب» (دارا شدن غیر عادلانه)، (سنهوری، بی‌تا، ج ۱) قبض را منشأ چنین تعهدی قرار دادند. (همان) البته به مرور زمان با ظهور و بروز اصل حاکمیت اراده و نقش آن در انعقاد عقد، این شیوه رو به افول نهاد و رضایت تا اندازه زیادی برای به وجود آمدن تعهد کافی تلقی شد و عقود شکلی و عینی جایگاه و مبنای خود را از دست دادند.

بر این اساس، به نظام‌های حقوقی، مانند فرانسه، که شرطیت قبض در عقود را از حقوق رم باستان اقتباس کرده‌اند، اشکال شده است که، با زائل شدن سببی که قبض و تسلیم عین را در حقوق رم ایجاب می‌کرد، دیگر شرط دانستن قبض، جهت تحقق این عقود توجیه منطقی ندارد. بر اساس این تفکر، شرطیت قبض در پاره‌ای از عقود، در حقوق امروزی مفهوم نداشته و یادگار رسم و رسوم رم باستان است.

با وجود این، باید گفت: علی‌رغم نقش قابل توجه حاکمیت اراده و اصل آزادی در تحقق قراردادهای امروزه این اصل تا اندازه زیادی به خاطر ملاحظات اقتصادی و حفظ نظم عمومی و یا جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث محدود گشته است و دولت‌ها جهت تحقق این امور، گرایش به شکلی نمودن برخی قراردادهای پیدا نموده‌اند و این امر ارتباطی به حقوق رم ندارد. (همان)



برخی از حقوقدانان با اقتباس از دیدگاه پاره‌ای از فقهای عامه در مبنای قبض در بیع سلم گفته است: «بیع سلم را بیع المحایج و بیع المفالیس نام نهاده‌اند. زیرا تهیدستان در این بیع، فروشنده اجناس خود هستند به وعده، تا محصول مزرعه یا باغ بدست آید. شرع برای حمایت از این تهیدستان، اقباض ثمن را در مجلس بیع لازم دیده است تا لا اقل اندکی از اجحاف سلم خران جلوگیری کند. اگر این جلوگیری نبود اجحاف، شدت پیدا می‌کرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۶۸ قرطبی، ج ۳، ۳۷۹) البته این توجیه، گرچه جالب به نظر می‌رسد؛ ولی از طرف دیگر ممکن است بایع، به علت شرطیت قبض ثمن در مجلس ومهیا بودن آن، مشتری مورد اطمینان خود را از دست بدهد و از این بابت متضرر شود. از طرف دیگر، امروزه که صاحبان انحصار نوعاً بیع سلف انجام می‌دهند این توجیه، دیگر چندان جایگاهی ندارد.

برخی از نویسندگان حقوق مدنی فرانسه (شهییدی ۱۳۸۰، ۱۲۲) لزوم قبض را در (برخی) عقود عینی ناشی از ماهیت این عقود دانسته و معتقدند مادام که مورد این عقود به طرف دیگر تسلیم نشده است، نمی‌توان تعهد وی را به ردّ مثل محقق دانست. در مقابل، برخی دیگر منشأ مذکور را برای عینی بودن این عقود انکار می‌کنند و معتقدند که تسلیم مورد عقد برای پیدایش تعهد طرف معامله به ردّ مثل یا عین و برای تشکیل عقد، لازم نیست؛ زیرا ممکن است پیش از تسلیم مورد عقد، تحقق تعهد گیرنده به ردّ مثل، موکول به دریافت مورد عقد شود. دکتر شهیدی پس از ذکر این دیدگاه، نظریه دوم را تأیید کرده و گوید: نیاز به قبض را در عقود عینی نمی‌توان ناشی از ماهیت این عقود دانست؛ بلکه بدون قبض می‌توان تحقق ماهیت این عقود را تصور کرد. مثلاً در عقد ودیعه به صرف تحقق ایجاب و قبول و پیش از قبض، مستودع متعهد به ردّ مالی می‌شود که به عنوان ودیعه به او تسلیم خواهد شد نه مالی که تسلیم نشده است. بنابراین، تسلیم مورد ودیعه، قید مورد تعهد است نه شرط تحقق تعهد. (همان) دکتر کاتوزیان نیز این امر را با اندکی تفاوت به همین شیوه مطرح نموده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ۹۴) به هر جهت، شرطیت قبض در عقود عینی در متون فقهی، مستند به اجماع و روایات می‌باشد و تعلیلی نیز در این زمینه مطرح نشده است و حکمت آن نیز در تمام عقود عینی برای ما روشن نیست؛ اما به طور اجمال می‌توان گفت: تأثیر قبض در عقود عینی به خاطر ناتوانی اراده اشخاص در ایجاد روابط حقوقی نیست؛ بلکه حفظ منافع اشخاص ثالث و آگاه ساختن دو طرف از نتایج عقد، فلسفه اصلی آن است. قانونگذار خواسته است که دو طرف عقد، نتیجه عملی توافق خود را در عالم خارج ببینند و در اثر

اشتباه یا غلبه احساسات زودگذر اموال خود را از دست ندهند. در ضمن انتقال گیرنده نیز بتواند با ملاحظه تصرف انتقال دهنده به مالکیت او اطمینان کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ۸۱) دکتر جعفری لنگرودی وقف را نوعی ایقاع تلقی کرده است و پس از آن که قبض را در تحقق آن بی اثر می داند، گفته است: عملکرد انسان ها در احسانات، خواهان برهان قاطع منازعات و اختلافات احتمالی است تا قال و مقال در اطراف عمل حقوقی بروز نکند و مصلحت احسان مبدل به فساد و منازعه نگردد. پس اقباض موقوفه را مُسقط حق رجوع واقف قرار دادند تا هم حریم احسان محفوظ ماند و به احسان کننده تجدید نظر در احسان داده شده باشد و هم باب منازعات احتمالی مسدود گردد. (جعفری لنگرودی، ج ۱، ۱۴۴) البته قسمت اخیر استدلال، تمام نیست؛ زیرا این توجیه در بقیه عقود نیز می تواند مطرح باشد و خاص عقود عینی نیست. برخی دیگر از حقوقدانان در این زمینه گفته اند: اقباض مال مورد عقد، هیچ ارتباط به مرحله ماهیت عقود عینی ندارد. زیرا به نظر می رسد، لزوم تسلیم مال موضوع این عقود از عمل عرف های قدیم گرفته شده است و عمل عرف در مرحله وجود عقد است و ربطی به ماهیت که انتزاع عالم است ندارد. عرف از دیدگاه مصالح خاص به پدیده ها می نگرد نه از دید انتزاع ماهیات. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۱۳۹ و ۱۴۰) در جای دیگر نیز گفته است: ماهیت و وجود تبرعات بی نیاز از عنصر قبض است و در واقع، تبرعات از ایقاعات است که نیازی به قبول طرف مقابل ندارد. (همان، ۵۶)

### ب) چگونگی تأثیر قبض در عقود عینی بر اساس دیدگاه های متفاوت

بر اساس این که آیا قبض از ارکان عقود عینی است یا جزئی است که قانونگذار یا عرف آن را لحاظ کرده است در مباحث مختلفی حائز اهمیت است و آثاری بر آن مترتب است که در ذیل به بررسی آن می پردازیم.

#### ۱- تأثیر قبض در آثار مترتب بر عقد عینی

این مبحث را طی دو گفتار مورد بررسی قرار می دهیم. اول در صورتی که عقد یا قبض از سوی مالک صورت پذیرد. دوم در صورتی که عقد یا قبض از سوی غیر مالک و نماینده او یعنی از سوی فضول صورت می پذیرد.

۱-۱- تأثیر قبض بر عقد عینی زمانی که عقدا قبض از سوی مالک واقع می شود



همان‌طور که اشاره شد دیدگاه‌های مختلفی در خصوص نقش قبض در عقود عینی وجود دارد. بر این اساس، هر گاه قبض، شرط وقوع عقد جزئی باشد که قانونگذار یا عرف آن را لازم شمرده باشد و یا حتی قبض، شرط صحت عقد به نحو نظریه نقل باشد، انتقال در عقود ناقل عین از زمان قبض حاصل می‌شود و منافع از آن زمان، متعلق به منتفع می‌شود و منافع قبل از آن، متعلق به مالک است؛ اما اگر قبض، شرط صحت عقد به نحو نظریه کشف یا شرط لزوم عقد باشد، در این صورت، منافع از زمان عقد، متعلق به منتفع است؛ زیرا انتقال از زمان عقد حاصل شده است. صاحب جواهر در این زمینه در وقف با تردید گفته است: اشکالی ندارد در عین حالی که قبض، شرط لزوم عقد وقف باشد؛ آن را شرط صحت عقد وقف نیز تلقی نمود؛ و این امر یا به خاطر بدیهی بودن آن است که تا قبل از قبض، عقد وقف لازم نمی‌باشد؛ لذا قبض را علاوه بر شرط صحت، می‌توان شرط لزوم نیز دانست و یا به این دلیل، فقیهان قبض را شرط لزوم عقد وقف دانسته‌اند تا اظهار دارند، بعد از ایجاب و قبول، قبض و اقباض که شرط صحت وقف است، اجباری نمی‌باشد. ایشان در پایان گویند: برای این که قبض هم شرط صحت و هم شرط لزوم باشد، بهتر است آن را شرط کاشف بدانیم؛ نه جزء سبب و از عناصر تشکیل دهنده عقد. ایشان سپس اضافه می‌کند که با پذیرش این نظر، دیگر ثمره‌ای برای شرطیت قبض، جهت لزوم یا صحت نمی‌توان قائل شد. زیرا همان ثمره‌ای را که شرط لزوم قبض دارد شرط صحت نیز دارا می‌باشد. (نجفی، بی‌تا، ج ۲۸، ۹۰ و ۱۰)

با وجود این، باید اذعان نمود که میان این دو مورد از لحاظ عملی تفاوت وجود دارد. زیرا در صورتی که قبض، شرط لزوم وقف باشد اگر واقف پس از گذشت مدتی از زمان انعقاد عقد از آن رجوع کند یا یکی از طرفین فوت کند، منافع این مدت به موقوف علیه تعلق می‌گیرد. چون فرض بر این است که عقد به طور کامل، منتها به صورت جایز محقق شده است. اما در صورتی که قبض، شرط صحت عقد باشد، چون هنوز شرط، محقق نشده است، چنین ثمره‌ای بر آن مترتب نیست. دکتر لنگرودی در این زمینه گویند: تفکر فقهی، عقد را به صرف ایجاب و قبول تمام می‌داند و اقباض، صرفاً شرط ترتب اثر سبب است و تبعاً در قانون مدنی نیز چنین است. ایشان سپس این دیدگاه را به عنوان یک قاعده کلی در عقود عینی از نظر نویسندگان قانون مدنی مطرح ساخته است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۱، ۵۳)

در مباحث قبلی اشاره شد که این دیدگاه، گرچه از لحاظ مفاد مواد قانون مدنی مؤیداتی دارد،



با وجود این به علت این که این دیدگاه، خلاف موازین حقوقی است و در مقام اثبات دلیلی بر آن نداریم، قابل پذیرش نیست و نظر برتر آن است که اثر عقد از هنگام قبض مترتب می‌شود. پس، اگر مالک، یکی از عقود عینی را واقع نمود و پس از گذشت مدتی مورد معامله را به قبض داد، اثر معامله از زمان قبض حاصل می‌شود؛ (شهیدی، ۱۳۸۰، ۱۲۱) مگر این که دلیل داشته باشیم که اثر را از زمان عقد مترتب نمائیم.

#### ۱-۲- تأثیر قبض بر عقد عینی زمانی که قبض از سوی فصول واقع شود

اگر فردی بدون داشتن سمت، مال غیر را به قبض دهد یا طرف معامله بدون داشتن اذن، مال را قبض کند این سؤال مطرح است که آیا رضایت و اجازه مالک نسبت به این قبض، موجب نفوذ آن می‌شود؟ و در صورت پاسخ مثبت، آیا اجازه به قبض از زمان عقد موثر است یا از زمان قبض و یا از زمان اجازه؟

پاسخ به سؤال اول، منوط به این نکته است که آیا اصولاً قبض از اموری است که قابلیت تعلق اجازه را دارا است یا خیر؟ بعضی از فقیهان گفته‌اند: قبض یک موضوع تکوینی است که امکان تعلق اجازه به آن ممکن نیست. زیرا آنچه از امور خارجی است به هر صورتی که واقع شده است دیگر نمی‌توان به واسطه اجازه، آن را از حالت خود به حالت دیگری تغییر وضعیت دارد. سید محمد کاظم طباطبائی گفته است: اجازه صرفاً به تصرفات معاملی تعلق می‌گیرد و قبض چنین ویژگی را ندارد و بر این اساس، قبض فضولی قابل اجازه و تنفیذ نیست. آخوند خراسانی نیز در این خصوص گفته است: با تحقق قبض از جانب فصول، دیگر نمی‌توان با اجازه آن را منسوب به اجازه دهنده کرد. بر این اساس، قبض مورد نظر حاصل نمی‌شود. (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۶، ۱۴۵ الی ۴۴)

در پاسخ می‌توان گفت: حقیقت اجازه، اظهار رضایت به آن چه واقع شده است می‌باشد. این ویژگی موجب می‌شود که فعل قبض به اجازه دهنده منسوب شود و فرقی نیز نمی‌کند که اجازه معامله به امور اعتباری تعلق گیرد یا به یک فعل خارجی. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲، ۱۹۱- همان). آیه‌الله خوئی در این زمینه گفته‌اند: افعال دو دسته است. یک دسته افعالی که قابل نیابت و وکالت را دارند مانند عقود و ایقاعات و دسته دیگر که چنین قابلیت را ندارند مانند خوردن، خوابیدن، ایستادن. این امور از افعال تکوینی است که نیابت و وکالت پذیر نیستند. قبض در زمره امور اول است؛ زیرا می‌توان در انجام آن به دیگری اجازه داد همان‌طور که می‌توان در این امر وکالت داد. منتها، وکالت از ابتدای امر داده می‌شود؛ اما اجازه بر فعلی که محقق شده داده می‌شود.

(خوئی، ۱۳۷۱، ج ۴، ۲۲۵) برای مطالعه بیشتر (امام خمینی، ۱۳۶۳، ج ۲، ۲۲۲) همان طور که اجازه می‌تواند به امری در حال یا آینده تعلق گیرد می‌تواند به امری در گذشته تعلق گیرد و این امر، مستلزم دگرگونی فعل از وضعیت و حالت خود به وضعیت دیگر نیست تا یک امر بعید یا محال به نظر رسد. زیرا قبض از امری نیست که تحقق آن نیاز به مباشرت مالک داشته باشد، دیگری نیز می‌تواند آن را به نمایندگی از طرف او یا به طور فضولی محقق سازد و با رضایت مالک نفوذ حقوقی پیدا کند.

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت: همان طور که در معامله فضولی مطرح است که آیا اجازه مالک، کاشف از نقل و انتقال از زمان انعقاد عقد است یا اجازه ناقل بوده و از همین زمان، نقل و انتقال صورت می‌پذیرد؟ همین سوال نیز در مورد اجازه قبض در عقود عینی است مطرح می‌باشد. یعنی اگر قبض به طور فضولی واقع شود و سپس مورد اجازه مالک واقع شود آیا اجازه قبض، نقش کشف دارد یا نقل؟ و آیا اصولاً نزاع کشف و نقل در قبض نیز جاری است و قبض، قابلیت بحث نزاع کشف و نقل را دارد یا خیر؟

بعضی از فقیهان در این خصوص گفته‌اند: قبض مانند بیع و سایر عقود نیست که امکان تعلق اجازه به آن در زمان مقدم داده شود؛ زیرا عقد از امور اعتباری و تعلیقی است که می‌توان الان اجازه داد و از زمان عقد، مالکیت را اعتبار و آن را مستند به خود کرد. در ادامه گویند: بر این اساس ما معتقدیم که می‌توان اکنون بیع را منعقد نمود و آن را از روز قبل یا ماه قبل دارای اثر تلقی کرد؛ گرچه این امر خلاف بناء عقلا و مفاد عمومات است؛ اما به خودی خود اشکالی ندارد؛ ولی در قبض چنین امری درست نیست. زیرا قبض یک امر تکوینی و غیر اعتباری است. بنابراین امکان‌پذیر نیست که به واسطه اجازه مالک، قبض از زمان وقوعش مستند به مالک شود؛ بلکه صرفاً از زمان اجازه مستند به مالک می‌شود. زیرا آنچه (قبض) با تمام حقیقت خود در خارج واقع شده است و وجود کامل و بالفعلی دارد با اجازه مالک نمی‌تواند واقعیت خود را از دست دهد و به غیر از کسی که در زمان صدور آن را انجام داده استناد داده شود. (همان، ۲۲۶) پس، نزاع کشف و نقل در اجازه جاری نیست و اجازه در این مورد صرفاً موجب نقل و انتقال می‌باشد.

حال اگر کسی اقرار کند که فلان مال را وقف نمودم آیا به واسطه این اقرار، حکم خواهد شد که همه شرایط این عقد از جمله قبض نیز به عمل آمده است یا این که اصل این عقد، ثابت می‌شود و در تحقق قبض محتاج به دلیل جدید خواهیم بود؟

در پاسخ می توان گفت: اگر قبض از اجزاء تشکیل دهنده عقد باشد روشن است که اقرار به انجام چنین عقدی ملازم با انجام قبض و تمام نمودن آن دارد؛ زیرا در صورتی که قبض انجام نگرفته باشد، بدین معنا است که هنوز این ماهیت صورت نگرفته است تا بتوان به آن اقرار کرد. پس، اقرار به ماهیت مرکب از اجزاء، اقرار به هر یک از اجزاء آن از جمله قبض و اقرار به انجام عقدی کامل و صحیح می باشد. (همان، ۱۳۹) اما در صورتی که قبض از اجزاء سازنده عقد نباشد و بر اساس نظر بعضی فقیهان، شرط تاثیر سبب باشد در این صورت، اقرار به چنین عقودی، ملازمی با اقرار به قبض عین ندارد. میرزای قمی در این زمینه گوید: (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۴، ۱۱۶) هر چند، مقتضای پذیرش قبض به عنوان شرط صحت در این عقود (هبه و وقف)، آن است که اقرار به عقد، اقرار به قبض هم باشد؛ لکن چنین نیست و این امر، منافاتی با این نکته ندارد که قبض، شرط صحت عقد است؛ زیرا مراد از شرط صحت، شرط ترتب اثر است. یعنی هرگاه قبض به عمل آید، کاشف از آن است که در هنگام اجرای صیغه، منافع آن زمان، متعلق به طرف عقد بوده است و قبض در این جا مانند اجازه در عقد فضولی است. پس هر گاه واقف یا واهب بگوید: مال را وقف و هبه نمودم و بعد بگوید مال را به قبض ندادم از او پذیرفته می شود و مدعی اقباض باید آن را اثبات کند.

بر اساس دیدگاه مورد پذیرش ما در مورد جایگاه قبض در عقود عینی نیز اقرار به عقد عینی، ملازمی با اقرار به قبض ندارد؛ زیرا از لحاظ عرفی و منطقی، عقد به واسطه ایجاب و قبول واقع می شود و این دو، بیکر واحدی را تشکیل می دهند و قبض عنصری خارج از عقد است که شارع (قانونگذار) یا عرف آن را موثر در عقد قرار داده است. مفاد روایات نیز می تواند دلالت بر این دیدگاه داشته باشد.

## ۲- وقوع عقد عینی به صورت شرط ضمن عقد

یکی دیگر از آثار مترتب بر اختلاف دیدگاهها در ماهیت عقود عینی می تواند در زمانی باشد که این عقود به عنوان شرط ضمن عقد درج شود. تحقق عقود عینی به صورت شرط ضمن عقد به دو صورت شرط فعل و شرط نتیجه متصور است که به بررسی آن می پردازیم.

### ۲-۱- وقوع عقد عینی به صورت شرط فعل

در صورتی که عقد عینی به صورت شرط فعل در عقد دیگری درج شود، در صحت و درستی آن هیچ تردید و شبهه ای وجود ندارد. وقوع عقد رهن به عنوان شرط ضمن عقد، به خاطر ویژگی

خاص آن در میان عقود عینی، متداول تر است. بنابراین به طور مثال اگر در ضمن عقد بیع شرط شود که مشتری برای ثمن معامله رهن دهد، راهن(مشتری) مکلف است که به تعهد خود عمل کند و اقدام به انعقاد عقد رهن نماید (ماده ۲۳۷ ق.م). اما جای این سوال وجود دارد که آیا در صورت انجام عقد آیا مشروط علیه موظف به قبض عین نیز می باشد؟ حقوقدانان نوعاً بر این نظر هستند که وی ملزم به اقباض عین است. (امامی، ۱۳۶۶، ج ۱، ۲۹۰، الی ۲۹۱ - کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۴، ۵۱۳ الی ۵۱۴ - جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۲۴) در این زمینه بعضی از آنان گفته‌اند: در صورتی که شرط شده باشد که راهن مال معینی را رهن دهد و از تعهد خود سرباز زند، مشروط له می‌تواند الزام او را از دادگاه بخواهد و در صورت امتناع، بر اساس قاعده «الحاکم ولی الممتنع» حاکم یا نماینده او، مال مزبور را به رهن مشروط له خواهد داد (ماده ۲۳۸ ق.م). زیرا رهن مال معین از اعمالی نیست که دیگری نتواند آن را انجام دهد. سرانجام در صورتی که امکان الزام و یا رهن‌گذاری از سوی حاکم وجود نداشته باشد (به طور مثال مال معین تلف شده باشد)؛ مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت (مواد ۳۳۹ و ۲۴۲ و ۳۷۹ ق.م). در موردی نیز که رهن عین معین مطرح نباشد گفته‌اند: در صورتی که راهن در ضمن عقدی تعهد به دادن رهن کند، باید پس از معامله، مالی را که از جهت ارزش بتوان وثیقه دین قرار داد، به رهن گذارد. در صورتی که مشروط له به مفاد شرط عمل نکند و اجبار او موثر واقع نشود، مشروط له می‌تواند معامله را فسخ کند. زیرا تعهد به رهن از اعمالی است که دیگری نمی‌تواند به جای او آن را انجام دهد. انتخاب مالی که باید به رهن داده شود به عهده راهن است و کسی نمی‌تواند به جای او آن را انتخاب کند. (امامی، ۱۳۶۶، ج ۱، ۲۹۰ الی ۲۹۱) ماده ۳۷۹ ق.م به لزوم در خواست اجبار مشروط علیه به انجام شرط، اشاره نموده است که از این لحاظ با مفاد قواعد عمومی (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م) منافات دارد. در جمع این دو دسته مواد می‌توان گفت: قانونگذار در مورد تعهد به دادن رهن بر مبنای غلبه چنین فرض کرده است که در این مورد نه اجبار ملتزم به انجام شرط امکان دارد و نه با هزینه او می‌توان موجبات تحقق شرط را فراهم آورد. بنابراین در این گونه موارد اگر مشروط علیه به شرط عمل نکرد، می‌توان بدون مراجعه به دادگاه جهت اجبار، معامله را فسخ نمود.

بدیهی است در صورتی که قبض از شرایط صحت رهن نباشد و در واقع، رهن از عقود عینی نباشد، مشروط علیه موظف به قبض دادن مال به مشروط علیه می‌باشد. البته این التزام در این

صورت از لوازم و آثار عقد رهن است نه به جهت شرطیت رهن. بر همین اساس، این التزام بدون درج رهن در عقد لازم دیگری نیز موجود است.

ولی در صورتی که قبض، شرط صحت عقد باشد نه از ارکان آن، به نظر می‌رسد مشروط علیه التزامی به قبض عین نداشته باشد؛ زیرا مفهوم رهن بدون قبض نیز صادق است. این بحث را در شرط نتیجه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

## ۲-۲- وقوع عقد عینی به صورت شرط نتیجه

در صورتی که عقد عینی به صورت شرط نتیجه در ضمن عقدی درج شود، در تحقق آن، جای تردید وجود دارد؛ زیرا از یک طرف تحقق عقد عینی نیاز به قبض مورد معامله دارد و از طرف دیگر قبض عین به صورت شرط نتیجه قابل تحقق نیست؛ چون نیاز به عمل جداگانه‌ای دارد تا محقق شود. بر این اساس، این سوال مطرح است که آیا اصولاً عقد عینی به صورت شرط نتیجه امکان پذیر است یا به دلیل اشکالی که درباره قبض عین گفته شد تحقق آن به صورت شرط نتیجه امکان پذیر نیست؟ (البته برخی از فقیهان از جهت این که قبول، رضایت به ایجاب است و پذیرش و قبول، قبل از ایجاب صحیح نیست، چنین شرطی را صحیح تلقی ننموده‌اند. (محقق کرکی، ۱۴۰۸، ج ۵، ۴۶-نجفی، بی‌تا، ج ۲۵، ۹۸)

از آنجا که شرط نتیجه به این مفهوم است که نتیجه عقد به واسطه شرط حاصل شود و این امر در مورد بحث ما امکان ندارد باید اذعان نمود که نمی‌توان از راه شرط نتیجه به عقد عینی نائل آمد. ولی به طور مسامحه می‌توان گفت: ایجاب و قبول که به صورت شرط، در ضمن عقد درج شده است و جزئی از سبب عقد عینی است، بدون قبض نیز وجود حقوقی دارد و در تحقق آن به صورت شرط نتیجه تردیدی نیست. پس هرگاه این تراضی با فعل خارجی قبض همراه شود، آثار حقوقی عقد مورد نظر محقق می‌شود. در واقع، شرط نتیجه (به طور مثال در عقد رهن) فقط در تحقق تراضی و تعلق حق عینی مرتبه به وثیقه موثر است و از جهت اقباض رهنه، خاصیت شرط فعل را دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۱۵)

اکنون، این سوال به طور کلی (در شرط فعل و نتیجه) مطرح است که آیا قبض دادن عین بر رهن الزام‌آور است یا او می‌تواند از آن خودداری کند؟ در پاسخ به این سوال، اختلاف است و فقیهان بدون تفکیک میان شرط فعل و شرط نتیجه، بعضی قبض مال مرهون را الزامی می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ۵۸) و برخی دیگر قبض را اختیاری قلمداد می‌کنند. (حلی، بی‌تا،

ج ۲، ۲۶) حتی ایشان در صورتی که قبض دادن نیز شرط شده باشد الزام مشروط علیه را بر اساس تفکری که در شروط ضمن عقد وجود دارد درست نمی‌داند. (این تفکر در پاورقی صفحه بعد توضیح داده شده است) بعضی از فقیهان که قبض را شرط صحت عقد می‌دانند گفته‌اند: قبض مال بر مشروط علیه لازم است. زیرا صرف تحقق عقد، بدون قبض دادن مال، برای مشروط له ایجاد حق بر عین مال نمی‌کند. پس، تحقق عقد، بدون قبض کافی نیست و مانند رهن فاسد است. درست است که عنوان رهن بر صرف عقد صادق است؛ اما این امر منافاتی با این نکته ندارد که مراد و منظور در بحث ما، رهن مخصوص باشد. اما اگر قبض، شرط لزوم رهن باشد قبض مال لازم نیست. زیرا وفای به عقد صحیح، واجب است نه عقد لازم (عقد همراه با قبض) و عقد صحیح، عام تر از عقد لازم است. بنابراین، چنین شرطی اثری بر آن مترتب نیست. پس بهتر است شرط رهن، مقید به قبض گردد؛ (نجفی، بی تا، ج ۲۵، ۱۰۶) مگر این که قرائنی بر این نکته وجود داشته باشد که در اینگونه موارد، قبض الزام آور است.

در مقابل، برخی از حقوقدانان معتقدند با وقوع عقد رهن، مرتهن بر مال مرهون حق الرهانه پیدا خواهد نمود و آن مال دیگر برای مالک آن (راهن) ملک طلق نیست. اما سؤال این است که آیا مرتهن در این صورت حق دارد به دون اذن راهن، مال را قبض کند؟ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ۸۹) این دسته از حقوقدانان در پاسخ به این سوال، در موردی که رهن به صورت شرط ضمن عقد محقق شود بدون تفصیل میان این که قبض از ارکان است یا نه، گفته‌اند: اقباض هم داخل در تعهدات راهن است پس اگر راهن، اذن در قبض داد، نمی‌تواند از اذن خود رجوع کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ۹۶)

از این دو دیدگاه، نظر فقیهانی که به مجرد عقد رهن، برای مرتهن حق الرهانه قائل نیستند قوی‌تر به نظر می‌رسد.

تفصیل ذکر شده در ابتدا شاید درست به نظر برسد؛ زیرا در صورتی که صدق عقد، متوقف بر قبض نباشد انجام آن بر مشروط علیه لازم نیست؛ همان طور که (مشابه این امر) در مورد اقرار به عقد عینی مطرح است و گفته شد که اقرار به عقد عینی ارتباطی به قبض مورد آن ندارد و انکار قبض، پس از اقرار به عقد عینی امکان پذیر است؛ اما در صورتی که قبض از ارکان باشد باید مشروط علیه موظف به قبض باشد. زیرا صدق رهن، منوط به قبض است.

با وجود این، باید اذعان نمود که بحث شرط ضمن عقد با اقرار به عقد عینی با یگدیگر متفاوت است و مقایسه این دو امر با یگدیگر درست نیست. زیرا در صورتی که قبض در مورد عقد عینی مشروط، الزام آور نباشد، با توجه به این که عقد رهن، حق الرهانه‌ای نیز برای مرتهن ایجاد نمی‌کند، شرط نمودن آن در ضمن عقد دیگر، امر لغوی خواهد بود. در صورتی که از اقرار به انجام عقد عینی و انکار قبض، لغویتی به وجود نمی‌آید؛ بلکه صرفاً عقدی حاصل نمی‌شود. شاید بر همین اساس، برخی از فقیهان نیز گفته‌اند: طبع درج شرط در عقد لازم، دلالت بر لزوم قبض دارد. (مسالك الافهام، به نقل از جواهر، همان) بنا بر این به نظر می‌رسد که رهن چه به صورت شرط نتیجه و چه به صورت شرط فعل باشد و خواه قبض از ارکان عقد باشد یا شرط صحت آن، مشروط علیه موظف به قبض دادن عین می‌باشد.

بنابراین، اختلاف نظری که در میان فقیهان در این زمینه وجود دارد ارتباطی به این امر ندارد که قبض از ارکان است یا شرط صحت؛ بلکه به نظر می‌رسد به علت این نکته است که به‌طور کلی در خصوص شروط ضمن عقد در بین فقیهان اختلاف عمده‌ای مطرح است که آیا شروط ضمن عقد بر مشروط علیه الزام‌آور است یا این که در صورت تخلف از شرط، عقد لازم صرفاً قابل فسخ می‌شود؟ (در پاسخ به این سؤال، فقیهان دیدگاه‌های متفاوتی ارائه نموده‌اند: شهید اول معتقد است: وقتی مفاد شرط به صورتی باشد که با تحقق عقد، محقق می‌شود (شرط نتیجه)، در این صورت، شرط نیز مانند عقد لازم است؛ اما اگر مفاد شرط یک امر منفصل از عقد و ممکن الوقوع باشد (شرط فعل) از آنجا که عقد بر یک امر ممکن الوقوع تعلیق شده است خود نیز ممکن الوقوع خواهد بود و در واقع در این گونه موارد، در صورت عدم تحقق شرط از سوی مشروط علیه، عقد لازم تبدیل به عقد جایز می‌شود و مشروط له فقط حق فسخ معامله را خواهد داشت و نمی‌تواند الزام مشروط علیه به مفاد شرط را تقاضا کند. (شهید اول، بی‌تا، ج ۳، ۵۰۶ تا ۵۰۸) در مقابل، شهید ثانی و برخی دیگر از فقیهان این دیدگاه را مورد تردید قرار داده و معتقدند: در مورد شرط فعل نیز شرط تابع عقد است و در صورت لزوم عقد شرط نیز الزام آور است. (همان). برای مطالعه بیشتر ر.ک به مقاله شروط ضمن عقد از دکتر محقق داماد، یادنامه مرحوم دکتر شهیدی، ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۸۵) بدیهی است در صورتی که عقد عینی در ضمن عقدی شرط شود می‌تواند یکی از مصادیق این نزاع باشد.



برخی از فقیهان در این زمینه گفته‌اند: اگر مشروط علیه به مفاد شرط عمل ننمود، اجبار بر آن نمی‌شود؛ بلکه صرفاً مشروط له حق فسخ عقد را خواهد داشت. (کرکی، ۱۴۰۸، ج ۵، ۱۰۱) اما قانون مدنی از دیدگاه اول تبعیت نموده و قائل به الزام مشروط علیه به انجام شرط است. بر این اساس می‌توان گفت: کسانی که قبض را اختیاری می‌دانند تابع دیدگاه دوم هستند و کسانی که قبض را الزامی می‌دانند از دیدگاه اول پیروی نموده‌اند.

### نتیجه

از مطالب ذکر شده می‌توان نتیجه گرفت که عقود عینی نیز مانند بقیه عقود به صرف ایجاب و قبول واقع می‌شود؛ منتها اثر و تحقق آنها منوط به قبض است. قانون مدنی نیز میان وقوع عقد و تحقق عقد که مربوط به حیطه اثر عقد است تفاوت گذاشته است؛ وقوع این عقود را به صرف ایجاب و قبول تمام می‌داند و اثر و تحقق خارجی آنها را به قبض دانسته است. بنابراین، اثر این عقود نیز از زمان قبض مترتب می‌شود و قبض یا اجازه قبض، نقش ناقلیت در اثر مربوطه را ایفا می‌کند. از طرف دیگر، قبض مورد معامله به ناتوانی اراده در ایجاد این عقود نیست، بلکه این امر یا از جانب قانون و یا از جانب عرف به خاطر مصالحی لازم شمرده شده است. در صورتی که این عقود به عنوان شرط در عقود دیگر درج شود چه به صورت شرط نتیجه و چه به صورت شرط فعل و خواه قبض از ارکان عقد باشد یا شرط صحت آن، مشروط علیه موظف به قبض دادن عین می‌باشد. در غیر این صورت، درج این عقود به صورت شرط ضمن عقد، امر لغوی خواهد بود.

### فهرست منابع

- ۱- ابن قدامه، عبدالمعین احمد (بی تا)، شرح بر مختصر احمد الخرقی، ۱۲ جلدی، جلد ۶، بیروت، دارالکتب العربی.
- ۲- امامی، حسن، (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، تهران، مجلدات ۱ و ۲ و ۳، چاپ چهارم، کتابفروشی اسلامیه.
- ۳- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، (۱۳۷۸)، حقوق و تعهدات، مجلدات ۱ و ۲، نشر میزان، چاپ اول.
- ۴- جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، (۱۴۱۰)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ۱۰ جلدی، مجلدات ۳ و ۴، قم، چاپ اول، ناشر؛ داوری.



- ۵- \_\_\_\_\_ مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، ج ۱، چاپ سنگی.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰)، صلح و رهن، گنج دانش، چاپ دوم.
- ۷- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، مجلدات ۱، ۲، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، چاپ اول.
- ۸- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۲)، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، چاپ اول.
- ۹- \_\_\_\_\_، (بی تا)، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، چاپ اول، ۳۸۲.
- ۱۰- جیلانی، ابوالقاسم بن حسن (میرزای قمی)، (۱۳۷۱)، جامع الشتات، ۴ جلدی، جلد ۴، چاپ اول، انتشارات کیهان.
- ۱۱- حلی، حسن بن یوسف ابن مطهر الاسدی، (بی تا)، تذکره الفقها، بی جا، ۲ جلدی، جلد ۲، منشورات مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه،
- ۱۲- خمینی، سید روح الله، (۱۳۶۳)، البیع، چاپ سوم، مجلدات ۲ و ۳، قم، موسسه مطبوعاتی، اسماعیلیان.
- ۱۳- خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۱)، مصباح الفقاهه، ۷ جلدی، جلد ۴، قم، وجدانی.
- ۱۴- روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۲)، فقه الصادق، ۲۶ جلدی، مجلدات ۱۶ و ۲۰، قم، چاپ سوم، موسسه دارالکتاب.
- ۱۵- سنهوری، عبدالرزاق احمدی (بی تا)، العقود التي تقع علی الملکیه، جلد ۵، قاهره، دار النهضه العربیه.
- ۱۶- \_\_\_\_\_، (۱۹۳۴)، نظریه العقد، النظریه العامه للالتزامات، بیروت، درالفکر.
- ۱۷- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی عقود معین، جلد ۳، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، احمدی.
- ۱۹- \_\_\_\_\_، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۴، چاپ دوم، تهران، انتشارات مدرس.
- ۲۰- \_\_\_\_\_، (۱۳۷۴)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۲۱- طباطبائی یزدی، محمد کاظم، (بی تا)، ملحقات عروه الوثقی، ۲ جلدی، مجلدات ۱ و ۲، کتابفروشی داورى.
- ۲۲- عمید، موسی، (۱۳۴۹)، هبه و وصیت در حقوق مدنی، تهران.
- ۲۳- عدل (منصور السلطنه) مصطفی، حقوق مدنی، تهران، چاپ چهارم.
- ۲۴- غروی اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸)، حاشیه المکاسب، ۵ جلدی، جلد ۱، چاپ اول، نشرالمحقق.
- ۲۵- کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۰۸)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۳ جلدی، جلد ۵، چاپ اول، قم، چاپ مهدیه.

- ۲۶- محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۷۹) حقوق قراردادها در فقه امامیه (با همکاری جلیل قنواتی، حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور)، تهران، چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول.
- ۲۷- نائینی، محمدحسین (از خوانساری)، (۱۴۱۸)، منیه الطالب، ۳ جلدی، جلد ۳، بی جا، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- ۲۸- نجفی، محمد حسن، (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، مجلدات ۲۵ و ۲۸، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

29 -Bary Nicholas. (1982) **French Law of Contract**. London Butterworth.

30 -Chitty on Contract, (1989)**The Law Of Specific Contract**, V.Vol (2).



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

