

تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۱۰/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۹/۳

دکتر سیدمحمدهادی مهدوی *

چکیده:

با توجه به این که قبض در عقود عینی از ارکان یا شرایط صحت این عقود است و در واقع، قبض در این عقود موضوعیت دارد. بر همین اساس، ضروری است که شرایط اعتبار تحقق قبض در این عقود مورد بررسی قرار گیرد. در این رابطه، مباحث ذیل قابل طرح است. اول آن که آیا اهلیت و استمرار آن در تحقق قبض ضروری است یا خیر؟ ثانیاً در صورت ضرورت، رابطه آن با اذن و رضایت مالک در قبض چیست؟ و ثالثاً آیا فوریت قبض از شرایط تحقق آن است در خصوص هر کدام از این شرایط، نظر یا نظرات مختلفی بیان شده است. بعضی وجود اذن و داشتن اهلیت را تا تحقق قبض شرط می‌دانند و بعضی دیگر معتقدند که استمرار اهلیت لازم نیست؛ بنابراین در صورت عروض فوت و اسباب حجر، عقد عینی باطل نمی‌شود و قائم‌مقام وی جایگزین اذن دهنده می‌شود؛ و از آنجا که قبض، خارج از ماهیت عقد است فوریت آن نیز نیاز نمی‌باشد. ما با ذکر ادله طرفین، دیدگاه اخیر را مورد تأیید قرار داده‌ایم.

کلید واژه‌ها: قبض، شرط، عقود عینی، اهلیت، اذن، فوریت قبض.

* استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد

H1.mahdavi@gmail.com

مقدمه

جامعه بشری در ابتدای زندگی احتیاجی به انجام معامله به شیوه‌ای که امروزه متداول است نداشت و احتیاجات خود را از راه محصولات شخصی یا قبیله‌ای برآورده می‌نمود و اگر از عهده‌ی نیازهای شخصی بر نمی‌آمد؛ به تعامل فردی (داد و ستد) روی می‌آورد. اما این که اقدام به عملی کند که خود را در آینده، ملتزم به آن کند، امری ناشناخته در این دوران است. در این دوران اصولاً عقد و تعهد عقدی بدون داشتن ظواهر، مانند به‌کارگیری لفظ و اشاره و یا ردّ و بدل نمودن عین، برای ذهن بشری امری دشوار بود. بر این اساس، در مقام تشکیل عقد همواره از شکل و یا تسلیم مورد معامله، استعانت می‌جسته است؛ تا این که به مرور زمان با رشد حاکمیت اراده، انسان توانست فارغ از امور شکلی مبادرت به انعقاد عقد کند. اما تمدن رومی در پرتو دگرگونی‌ها و مشکلات امور زندگانی و ضرورت سرعت در معاملات و تنوع و کثرت آنها درنگ ننمود و بین شکل و اراده در عقد قائل به تفاوت گشت و اراده را به عنوان قسمتی از اثر قانونی، دارای سهم دانست. این امر، موجب شد که عقد به مجرد توافق دو اراده معتبر شناخته شود و مراعات شکل صرفاً سبب قانونی برای تعهدی گردد که اسباب آن موجود است. با وجود این، این ویژگی (قبض مورد معامله یا مراعات شکل) در برخی از عقود به لحاظ عرف و عادات قبلی، یا به لحاظ مصلحت-اندیشی قانونگذار به قوت خود باقی ماند؛ به طوری که رعایت نکردن آن، موجب عدم تحقق عقد و بالتبع عدم آثار حقوقی می‌گردد. عقودی که تسلیم مورد معامله در آنها ضروری است، تحت عنوان «عقود عینی» مطرح می‌باشد. در این که قبض معتبر در این عقود به چه ویژگی‌ها و شرایطی نیازمند است میان علما اختلاف نظر وجود دارد. این مقاله به بررسی این شرایط و اختلافات موجود در این زمینه پرداخته است.

گفتار اول: اهلیت

از آنجا که تراضی طرفین عقد، رکن اساسی برای تحقق هر عمل حقوقی است و اعتبار تراضی نیز منوط به داشتن اهلیت طرفین قرارداد است این مسئله مطرح است که در عقودی که قبض از شرائط یا ارکان آن است آیا استمرار اهلیت طرفین تا وقوع قبض ضروری است؟ بنابراین



اگر در زمان انجام ایجاب و قبول، اهلیت وجود داشت؛ اما در فاصله عقد و قبض، حجر عارض شد؛ معامله مخدوش می‌شود؟ یا اهلیت زمان قبض کفایت می‌کند؟

پاسخ به این سؤال منوط به بررسی و پاسخ به چند عنوان مهم‌تر است: اول آن که قبض در این عقود چه جایگاهی دارد؟ آیا از ارکان عقد است یا خارج از ماهیت عقد؟ و در صورت فرض اخیر، آیا جزء مؤثر می‌باشد یا شرط تأثیر سبب؟

دوم باتوجه به این که چگونگی اهلیت در زمان ایجاب و قبول می‌تواند در اهلیت لازم در زمان قبض اثرگذار باشد، این سؤال مطرح است که آیا هنگام ابراز ایجاب، مخاطب آن باید اهلیت داشته باشد؛ یا بدون اهلیت مخاطب نیز ایجاب به قوت خود باقی است؟ به این صورت که مخاطب ایجاب، با افاقه و توجه به ایجاب می‌تواند قبول خود را ابراز کند. عکس این مورد نیز درباره، ابراز قبول مورد سؤال و بحث است.

سوم این که آیا تحقق قبض، نیاز به اذن قبض دهنده دارد یا صرف استیلا طرف، بر مورد معامله کفایت می‌کند؟ در نظر گرفتن هر یک از این فروض ممکن است پاسخ به سؤال اصلی را دگرگون کند.

سؤال اول در خصوص جایگاه قبض بحث مستقلی را می‌طلبد که در مقاله‌ای تحت عنوان مورد بررسی قرار گرفت (فصلنامه فقه و مبانی حقوق، شماره ۸، ۱۳۵). سؤال سوم نیز در خصوص این که آیا تحقق قبض نیاز به اذن قبض دهنده دارد یا نه درگفتار بعدی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

اکنون صرفاً به بررسی سؤال دوم می‌پردازیم. فقیهان در این خصوص، اختلاف نظر دارند و ما فقط به ذکر دو دیدگاه در این رابطه که در بحث عقد بیع مطرح شده است بسنده می‌کنیم و سپس به ارزیابی آنها باتوجه به سؤال‌های مزبور می‌پردازیم.

الف- ایجاب کننده و قبول کننده هر دو باید هنگام اظهار ایجاب و قبول دیگری اهلیت لازم را برای انشای معامله داشته باشند. پس، ایجاب به فرد سفیه، مجنون، بی‌هوش و خواب صحیح نیست؛ همچنان که ابراز قبول به چنین اشخاصی از سوی قبول کننده صحیح نمی‌باشد. زیرا معامله به معنای معاهده است و معاهده با غیر، اقتضا دارد که هر دو قابلیت مخاطب شدن را

داشته باشند "قاعده تخاطب". (انصاری، مکاسب، ۱۰۱، کاتوزیان، قواعد عمومی، ۳۱۷ به بعد).

ب- عقد از مقوله افعال و الفاظ نیست و یک امر اعتباری محض نیز نمی‌باشد؛ بلکه عبارت از ارتباط التزام یکی از متعاملین به التزام دیگری است؛ به طوری که آن را به میرز خارجی اظهار نمایند. از لحاظ عرفی، عنوان عقد، بر خود این ارتباط صدق می‌کند؛ بدون آن که هر طرف، دارای شرایط انشا و اهلیت لازم، هنگام انشای دیگری باشد و دلیلی بر لزوم اهلیت هر دو، هنگام انشای دیگری نداریم؛ بلکه صرفاً بر این امر دلیل داریم که انشا کننده باید هنگام صدور انشا، واجد شرایط آن باشد و اهلیت داشته باشد. البته دقت و تحقیق در این بحث اقتضای آن را دارد که اگر مشتری هنگام انشای بایع، فاقد شرائط صحت انشا باشد معامله صحیح باشد؛ (اما عکس این صورت باطل باشد) زیرا ملاک در تحقق عقد، ارتباط التزام بایع به التزام مشتری است. بنابراین اگر در حالی که مشتری بی‌هوش یا خواب است، بایع ایجاب خود را انشا کند و سپس مشتری هوشیار شود و آن را قبول کند عنوان ارتباط التزام به التزام و در نتیجه عنوان عقد صدق می‌کند و مشمول عموماً و اطلاقات می‌شود. سیره تجار نیز بر این امر استوار است. به طوری که بایع وقتی ایجاب خود را ابراز می‌دارد و یا می‌نویسد، ممکن است مشتری خواب یا غافل یا بی‌هوش باشد؛ با این وجود، عرف اشکالی بر آن مترتب نمی‌داند. اما، عکس قضیه چنین نیست؛ یعنی اگر بایع پس از اظهار ایجاب، مجنون یا بی‌هوش شود و شرط انشا را از دست بدهد، التزام او مرتفع می‌گردد و قبولی مشتری (حتی با افاقه بایع) اثری ندارد. بنابراین، اهلیت بایع باید تا زمان ابراز قبولی ادامه داشته باشد. البته خواب و غفلت بایع به التزام او خللی نمی‌رساند. سیره عرفی نیز بر آن استوار است (خوئی، مصباح الفقاهه، ۳۱۷). این دیدگاه نسبت به دیدگاه اول، منطقی‌تر به نظر می‌رسد. اکنون با توجه به دو دیدگاه مزبور، پاسخ به سؤال طرح شده را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

اول: بر اساس دیدگاه اول (قاعده تخاطب) و نظر کسانی که قبض را از ارکان عقد تلقی می‌کنند، ضروری است که اهلیت طرفین از ابتدا و تا زمان تحقق قبض استمرار داشته باشد. بعضی از نویسندگان حقوقی، در این زمینه، اسباب حجر را به دو دسته زودگذر و دیرگذر تقسیم کرده و با تفاوت میان آن دو گفته‌اند: در موردی که اسباب حجر، زودگذر باشد (مانند خواب، مستی و اغما)؛ باید به انتظار زوال سبب حجر نشست و حجر خدشه‌ای به مقدمات عقد یعنی ایجاب و قبول وارد

نمی‌کند. همچنان چه اگر قبول از ایجاب فاصله افتد، حجر زودگذر خللی به ایجاب وارد نمی‌کند؛ اما وقتی اسباب حجر، دیرگذر باشد (مانند جنون و سفه) به علت این که قبض از عناصر سازنده عقد است ادامه اهلیت تا لحظه کمال عقد ضرورت دارد و با عروض این اسباب، اهلیت زائل شده و ایجاب و قبول از اثر می‌افتد و مجالی برای تکمیل عقد عینی باقی نمی‌ماند. (جعفری لنگرودی، دایره المعارف، ۳۶۱ و ج ۱، ۲۱۳ - کاتوزیان، عقود معین، ۴، ۵۱۲۰، ج ۳، ۵۳ و ۵۷) (دکتر کاتوزیان با وجود این که اظهار می‌دارد: تراضی با قبض متهب کامل می‌شود و تا پایان آن باید ادامه داشته باشد و بنابراین، فوت یا حجر طرفین از وقوع هبه جلوگیری می‌کند؛ اما در صفحه ۵۴ همین کتاب، حجر متهب را موثر در انحلال هبه ندانسته و قبض مال توسط ولی را کافی دانسته است.) براساس دیدگاه دوم (کسانی که صرفاً استمرار اهلیت را در مورد قبول کننده شرط نمی‌دانند) اگر قبض از ارکان عقد تلقی شود، به نظر می‌رسد باید میان اهلیت قبض دهنده و قبض کننده فرق گذاشت. بدین بیان که اهلیت قبض دهنده همانند دیدگاه اول باید تا زمان تحقق قبض استمرار داشته باشد. زیرا با توجه به این که یکی از ارکان عقد یعنی قبض هنوز محقق نشده است، عروض فوت و جنون و... به التزام مورد نیاز عقد، خلل وارد می‌سازد؛ اما در مورد قبض کننده، اهلیت زمان قبض کفایت می‌کند. همان طور که در مورد قبول کننده اهلیت وی در زمان قبول، کفایت می‌کرد. زیرا التزام مورد نظر، جهت صدق عنوان عقد موجود است و خللی به آن وارد نشده است.

دوم: طبق هر دو دیدگاه (اول و دوم) اگر قبض از ارکان عقد نباشد و آن را جزء مؤثر یا شرط تأثیر سبب تلقی کنیم؛ در خصوص نیاز به اهلیت و چگونگی آن، احتمال‌های متفاوتی ارائه شده است و به طور کلی مبتنی بر آن است که آیا تحقق قبض نیاز به اذن دارد یا نه؟ این دیدگاه‌ها عبارت است از:

۱- تحقق قبض نیاز به اذن ندارد: در این صورت نه تنها نیازی به استمرار اهلیت تا زمان قبض نیست؛ بلکه اصولاً نیازی به اهلیت هنگام قبض نیست. زیرا بنا بر فرض، عقد با صرف ایجاب و قبول محقق شده است و قبض، خارج از ماهیت عقد است و از طرف دیگر در تحقق قبض نیازی به اذن نیست تا نیاز به اهلیت یا استمرار آن باشد.



این احتمال از نوشته بعضی از فقیهان استنباط می‌شود؛ (خوانساری، جامع المدارک، ۳، ۳۴۳ و ۳۴۴)؛ زیرا دیدگاه مزبور، بطلان عقد را در صورت عروض جنون و فوت، منوط به نیاز به اذن در قبض دانسته است. از این نظر این گونه برداشت می‌شود که اگر تحقق قبض نیاز به اذن نداشته باشد؛ اصولاً عروض اسباب حجر، قبل از قبض خللی به عقد عینی وارد نمی‌کند.

۲-تحقق قبض نیاز به اذن دارد؛ در این دیدگاه، نیازی به استمرار اهلیت تا زمان قبض نیست؛ زیرا عقد به ایجاب و قبول تمام است؛ اما از آنجا که تحقق قبض، نیاز به اذن دارد اهلیت هنگام قبض لازم است. البته این دیدگاه میان این که فوت و عروض اسباب حجر بعد از اذن باشد یا قبل از آن تفاوت قائل شده است. در صورت اول معتقد است که به عقد خللی وارد نمی‌شود و وارث او ادامه دهنده راه مورث است؛ اما در صورت دوم بیان داشته است که نماینده قانونی او نمی‌تواند مال را اقباض کند. (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۱، ۲۱۴).

دکتر لنگرودی در توجیه این دیدگاه در باب وقف و رهن و در جاهای دیگر از کتاب خود به عنوان یک قاعده کلی در عقود عینی گفته است: «در این قسم از عقود، بین اذن در قبض و خود قبض فرق هست. به این معنی که آثار این عقود، بر قبض مترتب می‌شود نه بر اذن بر قبض. پس، بنابر قاعده‌ای که در ماده ۷۷۲ ق.م قبول شده است و قبض مرتبه را شرط صحت عقد رهن شمرده است، هرگاه رهن پس از اذن در اقباض و قبل از حصول قبض فوت کند یا مجنون یا سفیه یا مغمی علیه گردد لطمه‌ای به عقد رهن نمی‌رسد؛ یعنی اهلیت اذن دهنده تا زمان قبض مأذون ضرورت ندارد. زیرا شرط صحت در ماده ۷۷۲ ق.م خارج از مدلول عقد است. پس بنابر قاعده، لطمه‌ای به عقد رهن وارد نمی‌شود و وارث یا ولی قانونی محجور می‌تواند از حق رجوع ناشی در رهن (تبرع) استفاده کند و عقد رهن را منحل نماید. (همان، ۲، ۱۱۶) وی در قسمتی دیگر از کتاب خود پس از ذکر همین مطلب، آن را با عقد فضولی تشبیه کرده و گفته است: «چنان که در مورد عقد فضولی هم پیش از اجازه (که شرط صحت و ترتب اثر است) اگر مالک فوت کند یا محجور گردد عقد فضولی به نظر پیشینگان قانون مدنی به اعتبار خود باقی است.» (همان، ۹۵)

نامبرده همچنین در مورد هبه همین دیدگاه را به عنوان ضابطه مطرح می‌کند؛ اما در پایان گوید: «اما در عقود تبرع بر متبرع سخت گیری نمی‌کنند و با فوت یا حجر او اذن اقباض، منتفی

می‌شود؛ ماده ۸۰۲ ق.م.هم بر این بنیاد نهاده شده است. «همان، ۱۹۲) البته ایشان این نظر را در رهن ابتدایی (رهن تبرع) متذکر نشده است؛ با وجود این‌که، آن هم از عقود تبرع است. تمام مطالبی که در این خصوص از ایشان ذکر شد بر مبنای فقه و تفسیر مواد قانون مدنی بود. اما نامبرده براساس دیدگاه خاص خود، یعنی عناصر شناسی معتقد است تا عناصر عقد به‌طور کامل تمام نشده است باید اهلیت متعاقبین باقی باشد. (همان، ۱، ۲۱۳)

۳- اگرچه قبض، نیاز به اذن دارد؛ اما با عروض فوت، ورثه جایگزین اذن دهنده می‌شوند و در صورت عروض اسباب حجر و استمرار آن، ولی قائم مقام اوست. در صورت افاقه نیز، خود وی، اذن خواهد داد (خوانساری، جامع المدارک، ۳، ۳۴۳). (این دیدگاه تفاوتی بین عروض فوت و اسباب حجر بعد از اذن و قبل از اذن قائل نشده است و از طرف دیگر استمرار اهلیت را شرط نمی‌داند.)

۴- درست است که عقد به ایجاب و قبول تمام است؛ اما آنچه دلالت بر شرطیت اختیار (اهلیت) دارد، ظهور در آن دارد که باید این ویژگی تا تحقق تمام سبب وجود داشته باشد. (نجفی، جواهرالکلام، ۲۵، ۱۰۷) بنابراین، فوت یا عروض اسباب حجر موجب بطلان عقد می‌شود. نظر مشهور فقیهان امامیه بر همین نظر استوار است. (خمینی، تحریرالوسیله، ۲، ۵۷ و ۶۴) فقیهان عامه نیز بر همین نظر هستند. (ابن قدامه، المغنی، ۶، ۲۴۹). (البته اصحاب شافعی که قبض را شرط لزوم این عقود می‌دانند، در صورتی که واهب بمیرد ورثه او را قائم مقام می‌دانند. زیرا هبه را عقدی می‌دانند که موول به لزوم است.)

اکنون به ارزیابی دیدگاه‌های چهارگانه اخیر (فرضی که قبض از ارکان نیست) می‌پردازیم. بر فرض این که تحقق قبض، نیاز به اذن نداشته باشد به نظر می‌رسد: طبق نظر اول، چون بنا به فرض، عقد به ایجاب و قبول محقق شده است؛ دلیلی وجود ندارد که آن، با عروض فوت و اسباب حجر باطل شود؛ بلکه عقد به قوت خود باقی است تا دلیل محکمی بر بطلان آن اقامه شود. زیرا زوال هر امر موجودی نیاز به دلیل دارد نه بقای آن. بر این اساس، وارث یا ولی حسب مورد عهده‌دار امر قبض خواهد بود.

مسأله موضوع بحث را نمی‌توان با عقود جایز مقایسه کرد و گفت: عقد جایز که عقد تمامی است بافوت و عروض اسباب حجر منحل می‌شود؛ پس به طریق اولی، فوت و عروض اسباب حجر

در این عقود (قبل از قبض که هنوز عقد به کمال نرسیده است) از موجبات انحلال عقد است. زیرا همان طور که در جای خود مبرهن است قاعده انحلال عقد بر اثر فوت وجنون و ... از ویژگی‌ها و آثار عقود جایز نیست؛ (محقق داماد، حقوق قراردادها، ۱۱۹ و ۱۲۰ - جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی - نجفی، جواهر الکلام، ۲۵، ۵۸، و ۵۹)؛ بلکه قاعده مزبور، مربوط به عقودی است که روح عقد را اذن یا نیابت در تصرف تشکیل می‌دهد. (مانند وکالت و عاریه) در نتیجه، اذن پس از مرگ و جنون، مرتفع می‌شود و بنابراین، اذنی وجود ندارد تا براساس آن، تصرف انجام پذیرد. البته عقود عینی که در بحث ما مطرح است هیچ یک از عقود اذنی نیست. (البته عقود ودیعه و عاریه که احتمال عینی بودن آنها داده شده است هر دو از عقود اذنی هستند) حتی برخی از حقوقدانان بر این نظر هستند که: «اثر مشترک عقود اذنیه اعطای اختیار به مأذون است. قدر مسلم آن است که در حین انعقاد عقد باید اهلیت وجود داشته باشد، مازاد بر این دلیلی ندارد و صرفاً التقاطی از فقه جمهور بوده است...» (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۱۱۲ و ۱۱۳). لازمه این کلام آن است که عقود اذنیه مانند وکالت و عاریه نیز با زوال اهلیت موکل و معیر منفسخ نمی‌شود.

براین اساس، هبه که عقد جایزی است به علت این که جنبه اذنی و نیابتی ندارد، مرگ واهب یا متهب (پس از قبض)، نه تنها عقد را منحل نمی‌کند؛ بلکه آن را غیر قابل رجوع می‌سازد. بنابراین، تشبیه عقود عینی قبل از قبض به عقود جایز، و انحلال آن به فوت و عروض اسباب حجر درست نیست. چه بسیاری از فقیهانی که قبض را شرط لزوم عقد رهن یا وقف می‌دانند و قبل از قبض، این عقود را جایز می‌شمردند، تشبیه این عقود، به عقود جایز محض را درست نمی‌دانند. در توجیه این مطلب گویند: این عقود منجر به عقود لازم می‌شود و با عقود جایزی که این ویژگی را ندارد قابل مقایسه نیست. بنابراین، دلیلی وجود ندارد که این عقود، قبل از قبض با عروض اسباب حجر باطل شوند. (البته عقد هبه فی نفسه از عقودی نیست که با عمل قبض منجر به عقد لازم شود) اما در صورتی که تحقق قبض، نیاز به اذن داشته باشد، قدر متقین از نیاز به اهلیت آن است که اذن دهنده در هنگام اذن در قبض، اهلیت داشته باشد و دلیل استوار و منطقی بر این که استمرار اهلیت را لازم بشمرد نداریم.

لازمه کفایت اهلیت هنگام اذن آن است که عقد با عروض اسباب حجر منحل نمی‌شود.





سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود آن است که اگر اهلیت و افاقه اذن دهنده پدیدار نگشت، آیا ولی یا وارث می‌توانند متکفل این کار شوند یا این که اذن، قائم به شخص است؟ گفته شده است که ادله لزوم قبض، ظهور وانصراف در آن دارد که اذن از جانب خود اذن دهنده (راهن) باشد و این امر در برگیرنده اذن و قبض غیر او مانند وارث و ولی نیست. (خوانساری، جامع المدارک، ۳، ۳۴۴)

در پاسخ به این استدلال گفته شده است: آنچه نزد عرف و عقلا در مثل هبه و رهن و.. مطرح است این نکته است که انجام ایجاب و قبول قبل از قبض به منزله تعهد است و این امر بر فرض پذیرش آن، بیانگر انصراف مذکور و این که اذن قائم به شخص باشد نیست. (همان)

بنابراین، دلیلی مبنی بر این که این عقود قبل از قبض به واسطه عروض اسباب حجر یا فوت باطل می‌شود وجود ندارد؛ پس حسب مورد، ولی یا وارث ادامه دهنده راه او خواهند بود. به علاوه از آن جا که مورد اذن، مال است، در صورت فوت اذن دهنده، مال، متعلق به ورثه می‌شود و آنها می‌توانند نسبت به مال خود اذن دهند و در صورت عروض اسباب حجر نیز ولی یا قیم به نمایندگی از محجور، حق خواهد داشت که در صورت وجود مصلحت او یا وجود ویژگی خاص مانند شرط ضمن عقد، اذن در قبض دهد.

وفق دیدگاه مزبور که عدم اهلیت اذن دهنده، موجب انحلال عقد نیست؛ اهلیت مأذون نیز به طریق اولی شرط نمی‌باشد و صرفاً از آنجا که مال باید به تصرف کسی داده شود که اهلیت دارد، اهلیت قبض کننده شرط است. در این صورت نیز اگر قبض کننده اهلیت نداشت؛ حسب مورد ولی یا وارث او مال را قبض خواهند نمود.

فقیهان امامیه غالباً بدون استدلال واضح و متقن و صرفاً براساس کلیاتی بر این نظر هستند که فوت و عروض اسباب حجر قبل از قبض، موجب بطلان این عقود است؛ (حلی، تذکره الفقهاء، ۲، ۴۱۷)؛ (ایشان فوت واهب و متهب را قبل از قبض از موجبات بطلان عقد دانسته است و علت آن را عدم تحقق شرط یعنی قبض می‌داند و در ادامه گوید: هبه قبل از قبض از عقود جایز است و باعروض فوت و جنون و اغما منفسخ می‌شود) در صورتی که دلیل صریح و گویایی در این مطلب وجود ندارد.



به‌طور مثال در بحث هبه از معصوم‌علیه‌السلام سؤال شده است: در صورتی که قبل از قبض، واهب (یا واقف) وفات کند حکم آن چیست؟ در پاسخ فرموده‌اند: مال، میراث خواهد بود. این عبارت، بیانگر بطلان عقد نیست و صرفاً عدم نفوذ معامله و تعلق مال به ورثه را می‌رساند و در مورد حکم عروض اسباب حجر نیز ساکت است. بنابراین در مورد حدیث می‌توان گفت: ورثه با توجه به انتقال مال به آنها می‌توانند اذن در قبض بدهند؛ و شاید بر همین اساس نیز قانون مدنی در ماده ۸۰۲ ق.م صرفاً در بحث هبه، فوت واهب و متهب قبل از قبض را موجب بطلان دانسته است و در بقیه عقود عینی در این خصوص سکوت کرده است.

در این‌که آیا فوت موقوف علیه نیز قبل از قبض، وقف را باطل می‌کند یا نه دو فرض متصور است که باید جداگانه بررسی کرد. گاهی اوقات، وقف ناظر به عنوان خاصی است به‌طوری‌که واقف، اشخاص را مد نظر ندارد؛ مانند وقف بر اولاد، هر نسل بعد از نسل دیگر. در این صورت اگر نسل اول یا بعضی از آنها بمیرند، نسل بعد یا باقی مانده از همان نسل، عین را قبض می‌کنند و خدشه‌ای به وقف وارد نمی‌شود. زیرا همگان مورد اراده او بوده‌اند. ولی در فرضی که طبقه نخستین، اشخاص معین و نه عنوان خاص باشد، در بطلان وقف اختلاف نظر هست. گروهی به فوت آنان، وقف را باطل می‌دانند و این‌گونه استدلال می‌کنند:

۱- عقد جایز که عقد کاملی است با عروض این امور منحل می‌شود؛ پس به طریق اولویت باید قائل به انحلال و بطلان عقدی شد که هنوز کامل نشده است.

۲- قبض مال باید توسط کسانی انجام پذیرد که طرف خطاب ایجاب بوده است و قبض دیگران کافی نیست.

۳- فوت موقوف علیه قبل از قبض، او را به منزله معدوم قرار می‌دهد و مانند وقف بر معدوم است بدون این‌که تابع موجود باشد. از طرف دیگر، وقف برای تمام طبقه‌ها انشا شده است و نمی‌تواند نسبت به طبقه اول، باطل و نسبت به دیگران صحیح باشد. (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۱، ۳۵۳- طباطبائی، ریاض المسائل، ۲۰۰).

در پاسخ به ادله مزبور می‌توان گفت: اولاً شأن عقد جائز در این وضعیت، انفساخ است نه بطلان؛ و قیاس مع الفارق است؛ ثانیاً بر فرض که، شأن عقد جایز بطلان باشد، سرایت دادن این

ویژگی به عقد لازمی که ارکان آن تمام نیست، قیاس و تشبیه درستی نیست؛ ثالثاً ایجاب در عقد وقف، اختصاص به افراد موجود ندارد؛ بلکه به طور اجمال برای جمیع طبقات انشا شده است. پس همان طور که با حیات طبقه اول، قبض آنها کفایت از سائر موقوف علیهم می کند با فوت آنها نیز قبض طبقه دوم کفایت می کند؛ رابعاً در بحث ما وقف بر افراد موجود صورت گرفته است که پس از آن معدوم شده‌اند و ارتباطی با وقف بر معدوم ندارد. (نجفی، جواهر الکلام، ۲۸، ۶۸) مانند حالتی که وقف برای دو نفر شده است، ولی تنها یکی از آن دو، مال را قبض می کند.

در مورد فوت راهن و مرتهن و عروض اسباب حجر بر آنها قبل از قبض نیز مشهور فقیهان قائل به بطلان عقد رهن هستند. اما بعضی میان فوت راهن و مرتهن قائل به تفاوت شده‌اند. نسبت به فوت راهن، قائل به بطلان و نسبت به فوت مرتهن قائل به صحت عقد رهن شده‌اند و گفته‌اند: وقتی راهن فوت کند حق ورثه و طلبکاران به عین مرهونه تعلق می گیرد و کسی از آن بهره‌مند نمی شود و بنابراین، رهن باطل می شود؛ اما در صورتی که مرتهن فوت کند، دین به قوت خود باقی است و بنابراین، عین مرهونه به عنوان وثیقه دین باقی می ماند و ورثه مرتهن قائم مقام او در قبض می باشند. پس از ذکر این استدلال که خود خالی از ابهام نیست؛ بدون هرگونه وجه تشابهی، این حکم، در صورت جنون و اغما نیز تعمیم داده شده است. (نجفی، جواهر الکلام، ۲۵، ۱۰۸ - بحرانی، الحدائق الناضره، ۲۰، ۲۲۹)

لازم به ذکر است بعضی از فقیهان که قبض را شرط لزوم عقد رهن می دانند، قائل به این تفاوت شده‌اند. (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۱۶، ۶ - دکتر کاتوزیان نیز این استدلال را مربوط به شرط لزوم رهن دانسته است. عقود معین، ۵۱۲) این امر در این دیدگاه تا اندازه‌ای قابل پذیرش است. اما اگر قبض، شرط صحت عقد باشد؛ این تفاوت، بخصوص با استدلالی که بیان شده قابل توجیه و پذیرش نیست. زیرا ملاک بطلان عقد، حداقل از دو حالت خارج نیست؛ یا به علت عدم استمرار اهلیت است، آن طور که بعضی ادعا نموده‌اند که در این صورت با فوت مرتهن نیز، اهلیت وی منتفی می شود و سبب بطلان عقد فراهم می گردد. بنابراین تفاوت گذاشتن میان فوت راهن و مرتهن بدون وجه و ضابطه خواهد بود؛ و یا ملاک بطلان عقد، این است که، به صرف عقد، مالکیت یا حقی برای طرف معامله ایجاد نمی شود تا مورد اذن واقع شود؛ در این صورت نیز



جایگاهی برای صحت عقد رهن باقی نیست. زیرا برای مرتهن (قبل از قبض) حقی بوجود نیامده است تا با فوت او به ورثه‌اش منتقل گردد. براساس این ضابطه نیز باید در صورت فوت مرتهن قائل به بطلان عقد رهن شد. شاید بر همین اساس، بعضی از فقیهان (نجفی، همان) گفته‌اند: در هر دو مورد (فوت راهن و مرتهن) دلیل و مستند ما یکسان و واحد است؛ بنابراین یا در هر دو مورد باید قائل به بطلان عقد شد یا در هر دو مورد قائل به صحت گردید و تفاوت گذاردن میان فوت راهن و مرتهن درست نیست و در ادامه گفته‌اند: بعد از فوت راهن نیز ورثه و طلبکاران او حق فسخ رهن را دارند و اقباض مال مرهونه بر آنها الزام‌آور نیست و حقی را که راهن در برهم زدن عقد قبل از قبض داشت با به ارث رسیدن مال به ورثه از بین نمی‌رود. از عبارت مزبور این‌گونه استنباط می‌شود که فوت راهن نیز موجب بطلان عقد رهن نیست. مؤید این استنباط آن که در ادامه آمده است: اگرچه احتمال صحت عقد رهن بعد از فوت مرتهن واضح‌تر از فوت راهن است (همان). به هر جهت، دلیل محکم و قاطعی بر بطلان عقود عینی در صورت فوت و عروض اسباب حجر قبل از قبض به نظر نمی‌رسد. البته عدم بطلان این عقود در صورت فوت اذن دهنده واضح‌تر است. زیرا با فوت اذن دهنده، مال به ورثه او منتقل می‌شود و آنها حق خواهند داشت در صورت تمایل، اذن در قبض دهند. اما در صورت فوت مأذون، این تردید وجود دارد که به صرف عقد، حق یا مالکیتی برای او ایجاد نشده است تا ورثه و ولی یا قیم به نمایندگی از او، مال را قبض نمایند. در پاسخ به این تردید می‌توان گفت: قدر متیقن در عقود عینی آن است که قبض نیاز به اذن دارد و این که اذن دهنده باید اهلیت لازم را جهت اعطای اذن داشته باشد؛ اما دلیلی بر نقش قصد و اراده مأذون در تحقق قبض نداریم. البته اذن دهنده باید مال را طوری در اختیار او قرار دهد که عرفاً قبض و تسلیم صدق کند. اهلیت مأذون نیز صرفاً از این جهت مهم است که مال در تصرف فردی قرار گیرد که ممنوع از تصرف و محجور نباشد. (ماده ۳۶۳ ق.م نیز در مورد وقف گوید: ولی و وصی محجورین از جانب آنها موقوفه را قبض می‌کنند...) بر همین اساس، ماده ۷۹۹ ق.م مقرر می‌دارد: «در هبه به صغیر یا مجنون یا صغیر قبض ولی معتبر است». (به‌گفتار بعدی در این خصوص مراجعه شود) با وجود این، همان‌طور که اشاره شد، قانون مدنی صرفاً در مورد عقد هبه در ماده ۸۰۲ به فوت واهب یا متهب قبل از قبض، عقد هبه را باطل دانسته است و در مورد عروض



اسباب حجر، متعرض مسئله نشده است. در مورد عقود عینی دیگر نیز سکوت اختیار نموده است. البته اکثریت فقیهان بر این نظرند که با فوت و عروض اسباب حجر، قبل از قبض، این عقود باطل می‌شوند. به نظر می‌رسد که در تفسیر قانون مدنی همین دیدگاه مد نظر قرار گیرد.

در پایان لازم به ذکر است؛ حتی براساس دیدگاه مزبور، عقودی که در آنها تملیک بلاعوض است یا تعهدی برای قبول کننده ایجاد نمی‌کند؛ مانند هبه و وقف، صغیر ممیز و سفیه می‌توانند آن را قبول کنند (ماده ۱۲۱۲ ق.م) و حجر آنان مانع از انشا قبول نیست؛ منتها، قبض مال چون مستلزم تصرف در امور مالی است باید از سوی ولی یا قیم صورت پذیرد. بر این اساس، وقتی سفیه و صغیر ممیز خود می‌توانند قبول را انشا کنند به طریق اولویت، عروض سفته خللی به عقد وارد نمی‌سازد و قبض نیز می‌تواند از سوی ولی یا قیم او صورت پذیرد.

گفتار دوم: بررسی نقش اذن مالک و طرف معامله در تحقق قبض

در این که آیا تحقق قبض نیاز به اذن مالک دارد یا صرف استیلاء و تصرف طرف مقابل، بر مال کافی است اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقیهان بر این باورند که قبضی اعتبار دارد که همراه با اذن مالک باشد وگرنه اثر مطلوب بر آن مترتب نیست و بر نظر خود این گونه استدلال می‌کنند: (نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ۱۷۰ و ج ۲۵، ۱۰۴) ۱- در این خصوص اجماع وجود دارد؛ ۲- در روایات، اطلاقی موجود نیست که بتوان به آن استناد نمود و قبض بدون اذن را مؤثر دانست؛ ۳- اصل نیز بر عدم تربت اثر، نسبت به قبضی است که بدون اذن مالک باشد. هم چنین، اصل بر عدم انتقال بدون اذن مالک است. ۴- از طرف دیگر، تحقق یا صحت این عقود به واسطه قبض صورت می‌گیرد و قبل از قبض، مال متعلق به مالک است و تصرف بدون اذن مالک خلاف قاعده سلطنت و خلاف قاعده عدم جواز تصرف در مال غیر، بدون رضایت او می‌باشد. بنابراین، تصرف طرف معامله بدون اذن مالک، حرام و ممنوع است.

در پاسخ به این ادله می‌توان گفت: اولاً اجماع ذکر شده مدرکی است و قابل اعتنا نیست (روحانی، فقه الصادق، ج ۲، ۲۰۶۲ و ۶۱ و ۲۸۲)؛ ثانیاً ادله اطلاق دارد و با وجود اطلاق و فقدان دلیل بر اذن، قبض بدون اذن کفایت می‌کند و دیگر جایی برای اجرای اصل عدم تربت اثر و عدم



انتقال عین باقی نمی‌ماند. علاوه بر این، اصل نیز بر عدم شرطیت اذن است و قدر متیقن از ضرورت قبض، آن است که مال بدست طرف مقابل برسد. (خوانساری، جامع المدارک، ۴، ۲۰۳).
براین اساس، عده‌ای از فقیهان بر این نظر هستند که اگر مال در دست طرف مقابل باشد کفایت می‌کند و نیاز به قبض مجدد ندارد (طباطبائی، ملحقات عروء الوثقی، ۲، ۱۶۵) در خصوص حرمت تصرف بدون اذن نیز گفته شده است: این مسئله یک حکم تکلیفی است که مستلزم حکم وضعی و فساد قبض نیست.

بعضی دیگر از علما احتمال داده‌اند: ادله‌ای که دلالت بر قبض دارد ممکن است از باب افعال باشد (اقباض)، در این صورت، فعل متعدی بوده و ظهور در اذن مالک دارد. در پاسخ می‌توان گفت: در این صورت، دلیل ما دچار اجمال خواهد شد و موضوع مسئله از قبیل دَوْران امر، بین اقل و اکثر خواهد بود که با تمسک به اطلاقات و یا عموماً به قدر متیقن که همان صرف قبض است اکتفا می‌شود. البته در صورت تشکیک در وجود اطلاقات باید به اصل مراجعه نمود و اصل در این گونه موارد، استصحاب عدم ملکیت و نتیجه آن، فساد معامله و عدم تحقق قبض معتبر می‌باشد. (خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، ۴۳۳ و ج ۴، ۶). براین اساس و با توجه به مطالب گذشته، بسیاری از این فقیهان به جهت مخالفت نمودن با دیدگاه مشهور، قائل به شرطیت اذن شده‌اند. فقیهان عامه نیز قائل به شرطیت اذن در تحقق قبض می‌باشند. (ابن قدامه، شرح بر مختصر احمد الخرقی، ۶، ۲۴۸ و ۲۴۹)

ماده ۷۹۸ ق.م. نیز در این خصوص، متابعت از نظر مشهور فقیهان امامیه نموده است و در عقد هبه چنین مقرر نموده است: «... قبض بدون اذن و اهب اثری ندارد» و باب هرگونه بحثی را در خصوص نیاز به اذن مالک را بسته است. بنابراین، صرف ایجاب و قبول، برای طرف معامله، حق استیلا یافتن بر مورد معامله را به وجود نمی‌آورد و مالک را نیز ملزم به تسلیم عین نمی‌کند. در حالی که اگر عقد با ایجاب و قبول کامل می‌شد و قبض در زمره آثار آن قرار می‌گرفت، هیچ لزومی برای اذن مالک وجود نمی‌داشت؛ چنانچه در عقد بیع، چون مبیع باید تسلیم خریدار شود، در قبض آن نیازی به اذن فروشنده نیست؛ (ماده ۳۷۴ ق.م.) گرچه در عقود عینی دیگر، قانون مدنی به این امر اشاره نموده است؛ با این وجود به نظر می‌رسد که هبه در این زمینه خصوصیتی

ندارد و در تمام عقود عینی، اذن مالک لازم است. (امامی، حقوق مدنی، ۲، ۳۷۶ و کاتوزیان، عقود معین، ۵۱۱ - جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۱، ۱۳۴ و ۱۸۸). مطالب دیگری نیز به شرح ذیل در این راستا مطرح شده است که در آنها نیز اختلاف نظر وجود دارد.

الف - ضرورت اذن خاص مالک در تحقق قبض

آیا اذن مطلق مالک کفایت می‌کند یا لازم است مالک، اذن خاص بدهد و متعلق آن را مشخص کند؟ در این خصوص اکثر فقیهانی که نظر بر شرطیت اذن دارند بر این اعتقاد هستند که اذن مالک باید ناظر به قبض مال به عنوان معین و خاص باشد. (نجفی، جواهر الکلام، ۲۸، ۱۷۰) به‌طور مثال اگر مالک، عقد هبه را منعقد ساخت باید اذن به قبض مال به عنوان هبه بدهد. بنابراین اگر پس از عقد هبه صرفاً اذن در تصرف بدهد و متعلق اذن را مشخص نکند کفایت نمی‌کند. زیرا ممکن است اذن او اذن در انتفاع از مال باشد و ربطی به هبه نداشته باشد. شایان ذکر است که اعتبار اذن خاص، منوط به تصریح مالک به این که به چه عنوانی اذن می‌دهد ندارد؛ بلکه کافی است این نکته از اوضاع و احوال و قرائن استنباط گردد که اذن بابت چیست. بنابراین اگر در مجلس عقد هبه، متهم آنچه را به او بخشیده شده است قبض کند و واهب او را منع نکند و قرائن، دلالت بر رضایت مالک بنماید باید قبض را صحیح تلقی کرد. (کاتوزیان، عقود معین، ۳، ۴۴ و ۴۵). البته صرف مجلس عقد، بدون وجود قرائن نمی‌تواند دلالت بر کفایت اذن کند؛ زیرا صرف سکوت، علامت رضا نیست. (نجفی، همان) بنابر این، نظر برخی از فقهای عامه که صرف مجلس را برای تحقق اذن کافی می‌دانند مبنائی ندارد؛ مانند ابوحنیفه که قبض در مجلس عقد را بدون اذن، کافی می‌داند. (المغنی، جواهر الکلام، ۲۸، ۱۷۰)

ب - تأثیر رجوع مالک از اذن

اگر مالک، قبل از قبض طرف معامله از اذن خود رجوع کند، معامله منعقد نمی‌شود و اثری بر چنین قبضی مترتب نیست و در این امر، اختلافی وجود ندارد. زیرا اذن با رجوع از بین رفته و بر قبض بدون اذن نیز اثری مترتب نیست. اما اختلاف در این نکته است که آیا مالک بعد از رجوع از

اذن می‌تواند دو مرتبه اذن در قبض دهد یا این که رجوع از اذن به منزله الغای عقد است؟ بعضی از حقوقدانان براین نظر هستند که رجوع از اذن، نظیر رد مالک در عقد فضولی است و به معنی الغای عقد است. (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۲، ۹۳). براین اساس، مالک با رجوع از اذن، حق اعطای اذن مجدد را نخواهد داشت. ولی به نظر می‌رسد: اگرچه اذن در قبض، با رضایت در عقد فضولی با یکدیگر شبیه است؛ اما یکسان تلقی کردن حکم رجوع از اذن، با رد در عقد فضولی درست نیست. زیرا رد در معامله فضولی همان‌طور که از مواد ۲۴۸ و ۲۵۰ ق.م.مستفاد است به معنای رد معامله فضولی است و طبیعی است که پس از رد معامله چیزی موجود نیست تا اجازه داده شود. درحالی که در موضوع بحث، صرفاً از اذن در قبض رجوع شده است و ایجاب و قبول و تراضی انجام شده به قوت خود باقی است و رجوع از اذن در قبض، لطمه‌ای به عقد نمی‌زند. بنابراین، ارائه اذن مجدد، جهت کامل ساختن عقد اشکالی ندارد؛ مگر این که رجوع از اذن براساس اوضاع و احوال، دلالت بر انصراف از عقد کند.

ج- تأثیر اذن طرف معامله در تحقق قبض

همان‌طور که مرقوم شد در نیاز قبض به اذن مالک در میان فقها تردید وجود دارد و برخی از فقیهان، اذن او را ضروری نمی‌دانند. براین اساس، به طریق اولی اذن طرف معامله، شرط نمی‌باشد. علاوه برآن، دلیلی نیز که دلالت بر نیاز به چنین امری بنماید وجود ندارد. در تألیفات فقیهان نیز ملاحظه نشد که کسی به این امر اشاره کند یا وجود آن را ضروری بشمارد. با این وجود، دکتر کاتوزیان در بحث هبه، رضایت متهب را شرط دانسته و گفته است: قبض باید به اذن واهب انجام شود و متهب نیز آن را با رضا در اختیار گیرد. زیرا، قبض آخرین اقدامی است که مالی را به دارائی متهب می‌افزاید و بناچار باید با رضای او توأم باشد. به بیان دیگر، هنگام قبض نیز باید تراضی نخستین درباره تملیک مجانی ادامه داشته باشد. البته چون هبه به سود متهب است، به همین جهت، در باره قبول (رضایت) او مانند اذن واهب سخت‌گیری نمی‌شود؛ زیرا فرض این است که امتناعی از تحصیل سود ندارد. (کاتوزیان، عقود معین، ۳، ۵۳ و ۵۶)

ملاکی که در این دیدگاه جهت نیاز به اذن متهب اظهار شده است، ملاکی عام و فراگیر است



و باید شامل تمامی طرف‌های عقود عینی بشود. زیرا قبض موقوف علیه در عقد وقف و منتفع در عقد حق انتفاع و مرتهن در عقد رهن و... نیز آخرین اقدامی است که نامبردگان جهت بهره‌وری خود انجام می‌دهند؛ بنابراین، اذن آنها نیز باید ضروری باشد. با این وجود، ایشان صرفاً این ویژگی را در عقد هبه اظهار داشته است و از این جهت قابل انتقاد است. به علاوه، این نظر گرچه از لحاظ تحلیلی ممکن است قابل توجه باشد، اما همان‌طور که اشاره شد، دلیلی بر نیاز به اذن متهب یا طرف‌های معامله در عقود عینی از لحاظ شرعی و قانونی نداریم و صرف استیلای عرفی آنها که همراه با آگاهی آنها از این امر است در تحقق قبض کافی است.

گفتار سوم: تأثیر فوریت قبض در تحقق آن

یکی از شرایطی که برای تحقق عقد ضروری شمرده شده است، لزوم توالی عرفی میان ایجاب و قبول است. یعنی قبول در زمانی ابراز شود که عرف آن را مربوط به ایجاب بداند. اکنون باید ملاحظه کرد که آیا در قبض عین نیز، این ویژگی لازم و ضروری است یا این که هرگاه، قبض واقع شود، اشکالی ندارد و عقد عینی تحقق می‌یابد؟ همین بحث در خصوص فاصله زمانی میان اذن و قبض نیز مطرح می‌باشد.

پاسخ روشن و صحیح به این سؤال، منوط به شناخت دقیق از مفهوم و معنای توالی عرفی میان ایجاب و قبول است. بنابراین در ابتدا به بررسی مختصری در این خصوص می‌پردازیم و سپس به سؤال اصلی پاسخ خواهیم داد.

در توجیه لزوم موالات میان ایجاب و قبول و مفهوم آن در میان نویسندگان اتفاق نظر وجود ندارد و نظریات مختلفی ارائه شده است که به بعضی از آنها اشاره می‌شود.

الف - پاره‌ای از فقیهان، لزوم موالات را نتیجه ساختار و مفهوم عقد می‌دانند و ایجاب و قبول را از مقوله الفاظ تلقی کرده‌اند و بر این نظرند که عقد، یک موجود واحد و یگانه است که از ایجاب و قبول به وجود می‌آید و قبول که پاسخ به ندای موجب است باید در زمانی اظهار شود که عرف آن را پیوسته به ایجاب و پاسخ به آن ندا تلقی کند (قاعده تخاطب) و در غیر این صورت، چنین قبولی اعتباری ندارد. (انصاری، مکاسب، ۹۸)



لازمه این تحلیل آن است که توالی عرفی در عقود جایز نیز مانند وکالت، رعایت شود؛ در حالی که غالب فقیهان، بر این نظر هستند که ضرورتی ندارد که قبول بدون فاصله پس از ایجاب گفته شود. (شهیدثانی، مسالک الافهام الی تنقیح، ۳۳۲) از طرف دیگر براساس این دیدگاه، عقد میان غائبان نیز به خاطر عدم رعایت عرفی بین ایجاب و قبول باطل خواهد بود. زیرا ارتباط لفظی میان ایجاب و قبول تحقق نمی‌یابد؛ چنانچه بعضی از فقیهان به‌طور صریح چنین عقودی را باطل دانسته‌اند. (مامقانی، غایه الامال، ۲۵۴ به نقل از کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۲۷ و ۳۲۸)

ب- برخی دیگر از فقیهان به جهت معایب تحلیل ذکر شده گفته‌اند: عقد از ارتباط مادی الفاظ به وجود نمی‌آید؛ بلکه عقد، ارتباط اعتباری و معنوی است که از تلاقی اراده‌ها حاصل می‌شود. بنابراین، لزوم توالی عرفی ایجاب و قبول ناشی از اراده گوینده ایجاب است. بدین بیان که ایجاب در مقدار بقای خود، تابع اعتبار ایجاب کننده در چارچوب عرف و عادات معاملات می‌باشد. (حکیم، نهج الفقاهه، ۱۰۵). پس، اگر مدت اعتبار ایجاب از سوی موجب تصریح شود، مشکلی در بین نخواهد بود و تا آن زمان، قبول کننده می‌تواند قبولی خود را اظهار داد. در غیر این صورت، ایجاب از دیدگاه عرف، مقید به زمان خاصی است که پس از آن، خود به خود از بین می‌رود. به بیان دیگر، زمانی را که ایجاب به حیات اعتباری خود ادامه می‌دهد نمی‌توان به دقت معین نمود. این زمان را که تابع اراده گوینده آن است می‌توان به یاری عرف استنباط نمود. پس موالات بر اساس این دیدگاه، نتیجه ساختار حقوقی عقد نیست. بنابراین اگر قبول با فاصله زمانی زیادی به ایجاب، پیوند خورد که هنوز وجود اعتباری دارد، در تحقق تراضی و عقد نباید تردید کرد. از لحاظ عرفی، مدت اعتبار ایجاب، زمانی است که طرف خطاب برای اندیشیدن و پاسخ گفتن به ایجاب نیاز دارد که می‌تواند نسبت به موضوعات مختلف، متفاوت باشد. به این ترتیب، شرط موالات را می‌توان چنین بیان کرد که، قبول باید در زمانی گفته شود که بر مبنای دلالت ایجاب یا اقتضای عرف، گوینده آن هنوز بر سرپیمان خویش است و آفریده او به عنوان زمینه توافق از بین نرفته است. (همان)

پس از آنجا که هیچ پیشنهادی جاودانه نیست؛ اگر ایجاب بصراحت، محدود به زمان معینی نشود در دیدگاه عرف، مقید به زمان محدودی است که پس از آن، خود به خود از بین می‌رود. به

بیان دیگر، ایجاب و قبول که مبرز خارجی و کاشف از اعتبار نفسانی ایجاب کننده و قبول کننده است باید طوری اظهار شود که در عرف، آن دو را مربوط به هم تلقی کنند.

دو دیدگاه ذکر شده می‌تواند در خصوص لزوم توالی عرفی میان قبض و عقد (ایجاب و قبول) نیز تأثیرگذار باشد. بعضی از فقیهان احتمال داده‌اند، همان‌طور که قبول باید پس از ایجاب واقع شود تا توالی عرفی به هم نخورد، قبض نیز که جزء سبب عقد است باید بدون تأخیر از ایجاب و قبول صورت پذیرد تا به عقد خللی وارد نشود؛ بخصوص اگر قبض در مفهوم عقود عینی دخیل باشد. (صاحب‌جواهر به‌عنوان یک احتمال، این دیدگاه را در عقدهبه مطرح ساخته است. ۲۸، ۱۹۷ و ۱۹۸)

در پاسخ به این احتمال می‌توان گفت: هرچند قبض از جمله اسباب انتقال است؛ اما نباید آن را با وضعیت قبول در قراردادها قیاس کرد. زیرا لزوم اظهار قبول، بدون تأخیر عرفی به این جهت و اعتبار است که پاسخ به ایجاب است. پس، اظهار آن با فاصله، تخاطب لازم در عقود را خدشه‌دار می‌سازد. در صورتی که قبض، چنین ویژگی را دارا نمی‌باشد و بنابراین، عدم رعایت فوریت در آن، خللی از این جهت به عقد وارد نمی‌نماید. (نجفی، جواهر الکلام، ۱۹۷، ۲۸ و ۱۹۸ - خمینی، تحریر الوسیله، ۲، ۵۷) بخصوص اگر قبض، عامل خارجی به حساب آید که به حکم قانون در عقد مؤثر باشد. بعضی از حقوقدانان نیز در این خصوص گفته‌اند: «هرگاه این عامل خارجی تحقق یابد، عقد تمام می‌شود و نفوذ حقوقی می‌یابد؛ هرچند که مدت‌ها بین عقد و قبض فاصله افتد.» (کاتوزیان، عقود معین، ۳، ۵۱) بنابراین و با عنایت به اصل عدم شرطیت موالات، نظر مشهور فقها آن است که تأخیر در قبض، مانع از صحت و وقوع عقد نیست؛ هرچند قبض جزء مفهوم عقد یا از جمله اسباب انتقال باشد. فقیهان در خصوص عقد هبه و وقف علاوه بر مراتب مذکور به اطلاق روایات مربوطه نیز تمسک کرده‌اند. در این روایات، قبض تا زمانی که فوت مالک اتفاق نیافتاده است معتبر تلقی شده است. البته به نظر می‌رسد این اطلاق در صورتی مؤثر است که انصراف یکی از متعاملین نسبت به تراضی محرز نشده باشد. توجه به مراتب ذکر شده پاسخ‌گوی انتقاد بعضی از حقوقدانان خواهد بود که گفته‌اند: «حال که در هبه {فقیهان} اقباض را رکن عقد هبه دانسته‌اند و در عقد وقف، اقباض را شرط تأثیر عقد شمرده‌اند، منطق و ضوابط عقود، نفی موالات مذکور را طرد می‌کند.» (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۱، ۱۴۷، ۱۴۴) و «هرچه که به عنوان عنصری از عناصر عقد، داخل

در ماهیت عقدی از عقود باشد، بحث موالات شامل آن می‌شود. زیرا در این فلسفه، موالات برای تحقق تراضی متعاقبین در نظر گرفته شده است و تراضی موقعی محقق می‌شود که جمیع عناصر عمومی و اختصاصی عقد، زیر چتر موالات گرد آیند. نتیجه - اگر از لسان شرع در باب صرف کسی این طور بفهمد که اقباض، داخل در ماهیت صرف است آن اقباض هم باید زیر چتر موالات قرار گیرد. پس، موالات را نباید اختصاص به ایجاب و قبول داد. «همان، ۱۸۷»

قانون مدنی در قواعد کلی، طرحی در خصوص لزوم موالات ندارد و آن را شرط ندانسته است. تنها در عقد نکاح (ماده ۱۰۶۵) از توالی عرفی ایجاب و قبول نام به میان آورده است و شاید این مورد نیز بدان علت باشد که به کارگیری لفظ (و بالتبع رعایت قاعده تخاطب) در این عقد ضرورت دارد. (براساس تفکری که ایجاب و قبول را از مقوله الفاظ می‌دانست و پیوستگی آن دو ضروری تلقی می‌شد) در خارج از قلمرو ایجاب و قبول نیز صرفاً در عقد وقف (ماده ۶۰ ق.م) از عدم لزوم موالات و صحت وقف در صورت تأخیر در امر قبض یاد کرده است؛ اما در عقود عینی دیگر سکوت نموده است. (دکتر امامی از این ماده ملاک گیری کرده و حکم آن را در مورد حق انتفاع به معنای خاص نیز سرایت داده است. تهران، ۱، ۵۹). با توجه به نظر مشهور که تأخیر در قبض مال موهوب را مانع از تحقق هبه نمی‌دانند؛ در مورد توالی عرفی میان قبض و ایجاب و قبول می‌توان گفت: همان طور که ایجاب برای زمان معینی بوجود می‌آید و تحقق عقد وابسته به رعایت این مدت است تراضی در عقود عینی نیز، تا مدتی به حیات خود ادامه می‌دهد و پس از آن منتفی می‌شود. بنابراین اگر مدتی برای قبض به طور صریح مشخص نشود، این مهلت را به طور معمول، عرف معین می‌کند و می‌تواند این مهلت، نسبت به اوضاع و احوال و شرایط و موضوع معامله، متفاوت باشد.

به طور مثال، اگر فردی مال خود را به دوست معسر خویش ببخشد و نامبرده قبول کند، این تراضی به طور معمول و ضمنی محدود به زمان متعارفی است که اعسار وی مرتفع نشده باشد. بنابراین، با گذشت این مهلت متعارف، تراضی از بین می‌رود و پس از آن بر قبض، ثمری مترتب نمی‌گردد. اگر چنین اوضاع و احوالی نیز موجود نباشد، با توجه به این که عقود عینی نوعاً عقود مبتنی بر مسامحه است؛ ظاهر، بقای عقد و اذن مربوطه در صورت اعطای آن می‌باشد؛ مگر خلاف



آن ثابت شود. با این بیان، می‌توان عدم فوریت قبض در عقود عینی را توجیه نمود و به عنوان یک قاعده کلی آن را در این عقود مطرح نمود؛ هرچند، در بعضی از این عقود مانند بیع صرف و سلم، انجام قبض در مجلس عقد ضروری است.

نتیجه گیری

فقیهان امامیه غالباً بدون استدلال واضح و متقن و صرفاً براساس کلیاتی براین نظر هستند که فوت و عروض اسباب حجر قبل از قبض، موجب بطلان این عقود است. در صورتی که دلیل محکم و قاطعی بر بطلان عقود عینی در صورت مزبور به نظر نمی‌رسد. البته عدم بطلان این عقود در صورت فوت اذن دهنده واضح‌تر است. زیرا با فوت اذن دهنده، مال به ورثه او منتقل می‌شود و آنها حق خواهند داشت در صورت تمایل، اذن در قبض دهند. اما در صورت فوت مأذون، این تردید وجود دارد که به صرف عقد، حق یا مالکیتی برای او ایجاد نشده است تا ورثه و ولی یا قیم به نمایندگی از او، مال را قبض نمایند. در پاسخ به این تردید گفته شد: قدر متیقن در عقود عینی آن است که قبض نیاز به اذن دارد و این که اذن دهنده باید اهلیت لازم را جهت اعطای اذن داشته باشد؛ اما دلیلی بر نقش قصد و اراده مأذون در تحقق قبض نداریم.

در این که آیا تحقق قبض نیاز به اذن مالک دارد یا صرف استیلاء و تصرف طرف مقابل، بر مال کافی است اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقیهان بر این باورند که قبضی اعتبار دارد که همراه با اذن مالک باشد و گرنه اثر مطلوب بر آن مترتب نیست. قانون مدنی صرفاً به ضرورت وجود اذن و اهب اشاره نموده است؛ با این وجود به نظر می‌رسد که هبه در این زمینه خصوصیتی ندارد و در تمام عقود عینی، اذن مالک لازم است. در نهایت با توجه به نظر مشهور به‌طور کلی و قانون مدنی در مورد عقد وقف که تأخیر در قبض مال موهوب را مانع از تحقق هبه نمی‌دانند؛ در مورد توالی عرفی میان قبض و ایجاب و قبول می‌توان گفت: همان‌طور که ایجاب برای زمان معینی بوجود می‌آید و تحقق عقد وابسته به رعایت این مدت است تراضی در عقود عینی نیز، تا مدتی به حیات خود ادامه می‌دهد و پس از آن منتفی می‌شود. بنابراین اگر مدتی برای قبض به‌طور صریح مشخص نشود، این مهلت را به‌طور معمول، عرف معین می‌کند.

فهرست منابع

- ۱- انصاری، مرتضی، مکاسب، یک جلدی، تبریز، اطلاعات، چاپ دوم، (۱۳۷۵ه.ق).
- ۲- ابن قدامه، عبدا...بن احمد، شرح بر مختصر احمد الخرقی، ۱۲ جلدی، جلد ۶، بیروت، دارالکتاب العربی، (بی تا).
- ۳- امامی، حسن، حقوق مدنی، مجلدات ۱ و ۲، کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ چهارم، (۱۳۶۶ه.ش).
- ۴- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ۷ جلدی، جلد ۶، نشر الهادی، چاپ اول، (۱۳۷۷).
- ۵- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره، ۲۵ جلدی، جلد ۲۰، قم، مؤسسه نشر اسلامی، جامعه مدرسین، (۱۳۷۶).
- ۶- جیبی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، ۱۰ جلدی، مجلدات ۳ و ۴، قم، ناشر: داوری، چاپ اول، (۱۴۱۰ه.ق).
- ۷- _____، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ۱۵ جلدی، جلد ۵، قم، نشر موسسه معارف اسلامی، چاپ اول، (۱۴۱۳ه.ق).
- ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، گنج دانش، چاپ دوم، (۱۳۴۸).
- ۹- _____، فلسفه حقوق مدنی، مجلدات ۱، ۲، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، چاپ اول، (۱۳۸۰).
- ۱۰- حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، (بی تا).
- ۱۱- حلی، حسن بن یوسف ابن مطهر الاسدی، تذکره الفقها، ۲ جلدی، جلد ۲، منشورات مکتبه الرضویه لاحیاء الایثار الجعفریه، (بی تا).
- ۱۲- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، مجلدات ۳ و ۴، تهران، مکتبه الصدوق، چاپ دوم، (۱۳۵۵ه.ش).
- ۱۳- خمینی (امام)، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، (بی تا).
- ۱۴- خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ۷ جلدی، جلد ۴، قم، وجدانی، (۱۳۷۱ ه.ش).
- ۱۵- روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، ۲۶ جلدی، جلد ۲۰، قم، موسسه دارالکتاب، چاپ سوم، (۱۴۱۲ه.ق).
- ۱۶- طباطبائی یزدی، علی، ریاض المسائل، ۲ جلدی، جلد ۲، قم، موسسه آل البيت، (۱۴۰۴ ه.ق).
- ۱۷- طباطبائی یزدی، محمد کاظم، ملحقات عروه الوثقی، ۲ جلدی، جلد ۲، کتابفروشی داوری، (بی تا).



- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، (۱۳۷۴).
- ۱۹- _____، عقود معین، جلد ۴، تهران، انتشارات مدرس، چاپ دوم، (۱۳۷۶).
- ۲۰- _____، عقود معین، جلد ۳، تهران، کتابخانه گنج دانش، احمدی، (۱۳۸۰).
- ۲۱- محقق داماد، مصطفی، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول، (۱۳۷۹).
- ۲۲- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، مجلدات ۲۵ و ۲۸، تهران، المکتبه الاسلامیه، (۱۴۰۱).