



جایگاه و نقش قبض در عقد هبه

مهدی بیکی شورکی^۱
امیرمحمد صدیقیان^۲
سیدجعفر هاشمی باجگانی^۳

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۱۲/۰۵ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۳/۰۲/۲۹

چکیده

یکی از موضوعات مهم در عقد هبه قبض مال موهوب است. با عنایت به عدم تصریح قانونگذار در برخی مسائل آن و وجود اختلاف نظر در فقه و حقوق از جمله در مورد نقش قبض در تعیین موضوع هبه، قبض اعتباری و قبض مال مشاع، بررسی آن ضروری است. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع معتبر فقهی، حقوقی و آرای قضایی، با هدف بررسی موضوعات مهم و اختلافی جایگاه و نقش قبض در هبه، انجام شده است. در این زمینه جایگاه قبض، شرط صحت و شرایط صحت قبض نیز اذن واهب، رضای متهب، حیات طرفین و اهلیت واهب در زمان قبض می‌باشد. علاوه بر قبض صریح و ضمنی به اعتبار اراده‌ی متهب؛ این نتیجه حاصل شد که مستدل به قبض عرفی، سلطه‌ی معنوی متهب و مطابق با اصل حاکمیت اراده، می‌توان به اعتبار نحوه‌ی قبض مال موهوب نیز، قبض را به قبض فیزیکی و اعتباری تقسیم‌بندی نمود. همچنین اثر قبض، تحقق مالکیت و اثر قبض عوض در هبه‌ی معوض، غیرقابل رجوع شدن هبه است. با توجه به نقش قبض، تملیک مجانی منفعت و حق، هبه نیست ولی مستند به اصل آزادی قراردادها، قراردادی صحیح است. علاوه بر این رجوع از اذن به قبض، قبل از قبض، معتبر و پس از آن فاقد اعتبار است. موضوع مهم اینکه در قبض مال مشاع در فرض امتناع شریک مشاعی، می‌توان با قبض اعتباری، مالکیت متهب را محقق دانست و حداقل، قبض دادن توسط حاکم مطلوب است..

^۱ دکترای حقوق خصوصی، مدرس دانشگاه، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، میبد، ایران (نویسنده مسئول):

Email: mahdi_beiki@yahoo.com

^۲ استادیار گروه حقوق، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، میبد، ایران

Email: asediqian@yahoo.com

^۳ استادیار گروه حقوق، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، میبد، ایران

Email: sjafarhashemi@gmail.com

کلید واژه‌ها

قبض، هبه، مال موهوب، واهب، متهب.

مقدمه

برای اینکه در عقد هبه انتقال مالکیت معتبر باشد باید تمامی شرایط آن رعایت شود. ممکن است عقدی به ظاهر صحیح و کامل منعقد شود، ولی شرایط قانونی لازم را نداشته باشد. یکی از موضوعات مهمی که در عقد هبه مطرح می‌شود قبض مال موهوب است، که بخشی از اختلافات مردم و تعداد زیادی از پرونده‌های مراجع قضایی نیز مربوط به همین موضوع می‌باشد. اختلافاتی که مبنایی و مربوط به تحقق قبض و در نتیجه انعقاد هبه و آثار آن می‌باشد و بسیار مهم است. زیرا آنچه برای متهب اهمیت دارد تحقق مالکیت است، درحالی که گاهی به ظاهر مالی به وی تملیک شده، اما این ظاهر که بدون قبض مال موهوب یا با قبضی فاقد شرایط قانونی بوده، از نظر قانونگذار هیچ اعتباری ندارد. بنابراین با توجه به آثار مهم قبض در عقد هبه و تحقق مالکیت متهب، کاهش اختلاف نظرها، کاهش دعاوی و پرونده‌های دادگستری، نقش قبض در هبه موضوع مهمی است و آثار مهمی نیز به دنبال دارد. در این زمینه پژوهش‌هایی مرتبط با موضوع عقد هبه و با اشاره به قبض مال موهوب صورت گرفته از جمله اینکه گاه به تحلیل مبانی لزوم و جواز هبه و تفاوت‌های فسخ و رجوع از هبه پرداخته شده (بیکو شورکی و همکاران، ۱۴۰۲: ۸۹)، یا در مورد شرط صحت بودن قبض بحث شده (مجاهد و صدیقیان، ۱۴۰۱: ۲۵۹) و در موردی به صورت نظری به موضوع قبض و مقایسه هبه با موضوعات مشابه و ماهیت قبض (صفری و هوشمندپور، ۱۳۹۴: ۹۳) پرداخته شده است؛ ولی تاکنون پژوهش جامعی برای بررسی جایگاه و نقش قبض در عقد هبه با محوریت مال موهوب، انواع قبض و بررسی راهکارهای حقوقی آن انجام نشده و این پژوهش از این جهات دارای نوآوری است. همچنین قانونگذار در برخی از موضوعات مهم مربوط به قبض هیچگونه حکمی به دست نداده است؛ از طرف دیگر پس از مراجعه به منابع معتبر فقهی و دکتربین حقوقی نیز مشاهده می‌شود در این زمینه‌ها اختلاف نظر زیادی وجود دارد. برای نمونه اینکه آیا می‌توان غیر از قبض فیزیکی در مواردی که عرف قبض را محقق می‌داند قائل به قبض اعتباری نیز باشیم؟ دیگر اینکه آیا در هبه‌ی مال مشاع می‌توان بدون اذن شریک مشاعی قبض را محقق دانست و عقد هبه را کامل بدانیم یا در فرض عدم اذن شریک هبه ناتمام می‌ماند؟ برای بررسی و تحلیل این موضوعات و سوالات مرتبط با آن، انجام پژوهش در این زمینه ضروری است. بر همین مبنا هدف از این پژوهش بررسی دقیق‌تر ابعاد بررسی نشده‌ی قبض در عقد هبه می‌باشد. در این راستا بهتر است ابتدا به تحلیل مفهوم قبض، شرایط اعتبار آن، سپس تأثیر نقش قبض در عقد هبه بر تعریف هبه، آثار قبض و تحلیل نقش قبض در فرآیند انعقاد هبه و تأثیر نقش قبض در تعیین مال موهوب را بررسی و در ادامه زمان قبض دادن مال موهوب و انواع قبض را تحلیل نمود.

۱- مفهوم قبض

قبض در لغت به معنای "گرفتن، به دست گرفتن، تنگ کردن و خلاف بسط" می‌باشد (عمید، ۱۳۹۱: ۱۰۳۲). در اصطلاح حقوقی، قرار گرفتن مال مورد معامله تحت اختیار طرف دیگر همان عقد، حتی اگر به فعل طرف اول نباشد و توجه طرف دوم به اینکه آن مال تحت اختیار وی قرار گرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۲۶). به طور کلی مفهوم قبض در هبه، همان قبض در بیع است (حلی، ۱۳۸۸: ۴۱۸) و همین که مورد هبه در تصرف متهب قرار بگیرد تا هر تصرفی در آن داشته باشد، قبض صحیح است. منظور از قبض همان قبض عرفی مال است. برای مال غیرمنقول، تخلیه و رفع موانع به نحوی که متهب بتواند بر آن مال مسلط شود و برای مال منقول قبض دادن با استیلا ملاک دانسته‌اند (خمینی، بی تا: ۵۷). منظور از قبض، قرارداد مکتوب نیست، بلکه مقصود این است که مال در عالم خارج در تصرف متهب قرار بگیرد (خمینی، ۱۴۲۴: ۱۰۰۳). برای مصداق نیز قبض باید به عرف مراجعه کرد. برخی معتقدند در زمین غیرمحصور همین که واهب دست از تصرف مال بردارد و سند مالکیت به نام بزند کافی است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۸) و برخی صرف تخلیه‌ی مال اعم از منقول یا غیرمنقول را به معنای قبض ندانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۷). برای مثال اگر مالی غصب شده باشد و مالک آن را به شخصی غیر از غاصب هبه نماید، صرف اینکه غاصب از آن رفع ید نماید کافی نیست، بلکه باید مال به قبض متهب برسد (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۸). به نظر نگارنده نظر دوم با مفهوم قبض مطابقت دقیق تری دارد. در هر موردی باید قبض را با توجه به مال موهوب و عرف بررسی نمود. ولی در مفهوم خود قبض همین که متهب بر آن مال مسلط شود کفایت می‌کند، لازم نیست حتما تغییراتی در آن ایجاد کند.

در رویه قضایی نیز برای نمونه دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۱۴۳۳ احراز قبض را بر عهده دادگاه دانسته (پژوهشگاه قوه قضائیه، بی تا)، که دادگاه می‌بایست همان گونه که توضیح داده شد با توجه به نوع مال موهوب، منقول یا غیرمنقول بودن، ویژگی‌های مال و نظر به عرف، قبض شدن یا نشدن آن را احراز نماید. در برخی از موارد نظیر پرونده فوق که متهب برای تغییرات فیزیکی بر سر زمین مذکور که مال موهوب بوده رفته ولی اقدامی انجام نداده ممکن است احراز قبض با مشکل مواجه شود. تشخیص اینکه قبض صورت گرفته با توجه به مال موهوب و عرف توسط دادگاه موضوع حکم قرار می‌گیرد. احراز قبض و عدم احراز آن نتیجه پرونده را کامل تغییر می‌دهد. علاوه بر این بهتر است متهب در این زمینه ضمن اعمال تصرفات و تغییراتی مشهود، مستنداتی را برای اثبات قبض مال موهوب تهیه و در دسترس داشته باشد؛ تا در فرض طرح دعوی، غیر از بحث ماهوی از لحاظ داشتن ادله اثباتی، که مال موهوب را قبض نموده ولی در مقام اثبات حق خود مبنی بر قبض و تحقق مالکیت ناموفق مانده، پرونده وی با مشکل مواجه نشود.

بدیهی است باید امکان قبض مال وجود داشته باشد، ممکن است متهب قبض نماید یا شخص ثالث یا مستفاد از ماده ۶۷ قانون مدنی خود متهب بدون نقش واهب و تنها با اذن او، آن را قبض کند؛ زیرا

مقصود از قبض رسیدن مال به متهب با اذن مالک است (امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۹). این موضوع در فرضی که مال در دست شخص ثالث است یا به هر دلیلی واهب به آن دسترسی ندارد ولی متهب می‌تواند آن را قبض کند کاربرد دارد. هرگاه مالی غصب شود و امکان قبض آن به متهب نباشد، مالک نمی‌تواند آن را هبه نماید، مگر اینکه واهب یا خود متهب با اذن واهب توان قبض آن را داشته باشند؛ ولی اگر همان مال با علم واهب به غصب، به غاصب هبه شود صحیح است (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۲).

۲- شرایط اعتبار قبض مال موهوب

با توجه به اینکه فوریت قبض، شرط صحت هبه نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۸)، به‌عنوان شرطی مستقل بحث نمی‌شود. برخی تنها به دو شرط تصریح کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۴)، ولی با دقت می‌توان سه شرط را مطرح نمود.

۱-۲- اذن در قبض

آخرین اقدامی که مالی از مالکیت واهب خارج و مجاناً به دارایی متهب می‌افزاید قبض است، این اقدام باید با اذن واهب و رضای متهب باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۳؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۴). ماده ۷۹۸ قانون مدنی تصریح کرده که قبض بدون اذن واهب اثری ندارد. متهب باید مال موهوب را با اذن واهب قبض نماید (صفری و هوشمندپور، ۱۳۹۴: ۶۵)، در غیراین صورت مورد هبه به او منتقل نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۷، الف: ۵۵۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۱۲؛ حلی، ۱۳۸۸: ۴۱۷)؛ زیرا چنین قبضی فاسد است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۱۷۳). در نتیجه متهب ملکف است مال موهوب را که بدون اذن واهب قبض کرده به واهب رد کند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۴). حتی اگر واهب در مجلس حضور داشته باشد تا اذن به قبض نداده متهب نمی‌تواند مال را قبض نماید (حلی، ۱۴۲۰: ۲۷۵)، مگر اینکه بتوان اذن ضمنی را احراز کرد. حق رجوع، اعمال و اسقاط آن مربوط به بعد از قبض می‌باشد (بیکی‌شورکی و همکاران، ۱۴۰۱)؛ ممکن است رجوع از اذن در قبض نیز مطرح شود، بدین شرح که هرگاه ایجاب و قبول واقع شود و واهب اذن در قبض مال موهوب نیز داده باشد ولی پس از اذن پشیمان شود و از اذنی که داده رجوع کند آیا رجوع از اذن وی تأثیری دارد یا خیر؟ این مورد را باید تفکیک کرد، زیرا هرگاه واهب بعد از قبض، از اذن در قبض رجوع نماید، چون با قبض، عقد تکمیل و مالکیت منتقل شده، رجوع از اذن در قبض، بی‌اثر است. اما اگر متهب هنوز آن را قبض نکرده باشد واهب با رجوع از اذن در قبض، اذن را بی‌اثر کرده و متهب حق قبض مال موهوب را ندارد و در صورت قبض، چنین قبضی بی‌اثر است (حلی، ۱۳۸۸: ۴۱۷؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۵). بنابراین تا زمانی که اذن به قبض باقی است، باید مال موهوب قبض شود. البته هرچند در فرضی که اذن به قبض داده و متهب هم مال را قبض کرده رجوع از اذن بی‌اثر شده؛ ولی در صورتی که هبه قابل رجوع باشد، با رعایت شرایط رجوع، رجوع از هبه امکان‌پذیر است.

اگر متهب اذن در قبض نداشته و مورد هبه را قبض نماید، ولی واهب پس از آن قبض را اجازه دهد مالکیت منتقل می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۲). اذن به قبض نیز باید به‌عنوان هبه باشد و اگر به قصد دیگری غیر از هبه باشد اثری ندارد (امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۷). هرچند نیاز به تصریح به قصد هبه بودن نیست و همین که از اوضاع و احوال برمی‌آید که واهب اذن به قبض داده کافی است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۴). اینکه برخی از فقها (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۵ و ۱۶۶) رعایت اذن به قبض را مطابق احتیاط دانسته‌اند و تصریح به آن را در تمام موارد ضروری ندانسته‌اند، برای مواردی که عرفاً اذن در قبض را جاری بدانیم کاربرد دارد. زیرا وقتی که واهب بداند مال موهوب در ید متهب است و مال را به او هبه کند نیازی به اذن و قبض جدید نیست، برای مثال واهب بگوید این مالی که در دست توست را به تو هبه کردم.

هرگاه کسی مالی را هبه نماید که در تصرف متهب است نیاز به اذن دادن برای قبض نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۲). نه نیاز به قبض جدید دارد و نه نیاز به اذن در قبض (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۵). برای مثال ضرورتی ندارد که امین مال مالک را برگرداند تا مالک به عنوان یک واهب، همان مال را به او به عنوان متهب هبه نماید. ماده ۸۰۰ قانون مدنی از همین نظر گرفته شده که مقرر داشته: "در صورتی که عین موهوبه در ید متهب باشد محتاج به قبض نیست". نظری هم وجود دارد مبنی بر اینکه که بین تصرف نامشروع نظیر غصب و تصرف مشروع نظیر ودیعه تفاوت است و اگر مشروع باشد مشکلی ندارد، اما در تصرف نامشروع اثری برای آن قائل نیستند، زیرا شرعاً غاصب تصرفی در آن مال ندارد (شهیدثانی، ۱۴۱۰: ۱۹۳). در حالی که برخی معتقدند چنین تفاوت قائل شدنی صحیح نیست، زیرا با انعقاد هبه، تصرف از طرف مالک اجازه داده می‌شود و از همان ابتدای اجازه چه تصرف قبلی مشروع بوده چه نامشروع، تصرف از آن لحظه مشروع تلقی می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۵؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۹). به‌طور کلی این نظر با اصول حقوقی نیز مطابقت بیشتری دارد. اما باید توجه داشت که ممکن است واهب عالم به متصرف بودن متهب باشد حتی تصرف نامشروع او، برای مثال بگوید فلان مالی که در تصرف توست به تو هبه کردم، اما ممکن است گاهی واهب در زمان عقد نداند که متهب مال را متصرف شده (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۶) و در صورت ندانستن نمی‌توان گفت وقتی مال را هبه نموده اذن به تصرف هم داده است. قانونگذار نیز بر مبنای غلبه فرض کرده که مالک از وضعیت مال خود و تصرفات آن آگاهی دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۶) و بر مبنای همان آگاهی اذن ضمنی قبض داده است. بنابراین به نظر می‌رسد این موضوع برای مواردی است که واهب از تصرف نامشروع متهب اطلاع دارد، اما در صورتی که واهب نداند متهب به صورت نامشروع مال را در تصرف دارد، نباید چنین حکمی را جاری دانست. برای نمونه اگر واهب با علم به اینکه عین موهوبه در تصرف خودش است یا اینکه واهب تصور کند که اگر در تصرف خودش هم قرار ندارد، در تصرف متهب هم نیست؛ ولی متهب مال را به صورت نامشروع تصرف کرده یا حتی با سوءنیت و با ظاهری موجه پیشنهاد نماید که عین موهوبه به وی هبه شود. همچنین واهب با این اراده هبه نماید که هنوز تا زمان قبض دادن فرصت

برگشت از هبه را دارد، چون هبه پس از قبض کامل می‌شود. به نظر می‌رسد در چنین فرضی باید اذن در قبض را به صورت جداگانه از واهب لازم دانست. زیرا از یک طرف اراده واهب برآن بوده و از طرف دیگر هرچند ایجاب و قبول واقع شده ولی اذن در قبضی مدنظر واهب نبوده است. البته این موضوع را در تصرفات مشروع نیز می‌توان مطرح نمود زیرا ممکن است واهب فراموش کرده باشد که مال را به عنوان عاریه به متهب داده که در تصرفات مشروع ممکن است این دلیل برای نیاز به اذن قبض کافی دانسته نشود. اما از طرف دیگر تصرف نامشروع غاصب نباید منجر به بهره‌مندی از آثار تصرف مشروع باشد، علاوه براین اعمال قواعد حقوقی نباید منجر به سوء استفاده از آن قواعد و ایراد ضرر و غرر برای واهب شود. همچنین به نظر نگارنده اینکه در فقه نظری مطرح شده که اگر عین موهوبه در ید متهب باشد نیز باید مدت زمانی که عادتاً آن مال به قبض متهب می‌رسد بگذرد تا هبه کامل شود، می‌تواند همین موضوع پشیمانی واهب از هبه باشد که اگر این زمان در نظر گرفته شود می‌تواند در این مدت از قبض دادن و اذن در قبض منصرف شود. هرچند این مورد به طور کلی پذیرفته نشده اما مبنای درنظر گرفته شده با اصول حقوقی و موضوع قبض در هبه سازگار است. بنابراین با استدلال‌های مطرح شده باید قائل بر این بود که به عنوان قاعده‌ی کلی، مشروع یا نامشروع بودن تصرف قبلی متهب در مال مورد هبه در صورت عالم بودن واهب به تصرف متهب، تفاوتی ندارد؛ اما در صورتی که آگاه به تصرف نبوده موثر است و باید نیاز به اذن به قبض را هم لازم بدانیم.

سوال اینکه آیا واهب می‌تواند در هنگام ایجاب هبه خود را ملزم به قبض دادن مال پس از تحقق قبولی نماید؟ اگر واهب، دیگری را وکیل نماید که عین موهوبه را به قبض متهب بدهد بحثی نیست. اما از آن جهت که قانونگذار قبض با اذن واهب را لازم می‌داند، برای مثال در هنگام ایجاب دادن شرط کند که من مکلف به قبض دادن هستم به نظر می‌رسد چون اذن به قبض باید با اراده واهب باشد و تا زمان قبض اذن باقی باشد در چنین موردی نمی‌توان واهب را ملزم نمود. ولی برای تخلف از شرط و خسارت وارده به متهب در صورت بروز خسارت ممکن است مطابق قواعد عمومی، مشمول مسئولیت قراردادی و جبران خسارت قرار گیرد.

قبض با تأخیر نیز صحیح است، البته تأخیر واهب در اذن قبض نباید به قصد انصراف از هبه باشد، دراین صورت قبض اعتباری ندارد (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۱). بنابراین تا زمانی که واهب به اذن در قبض باقی است و متهب با رضای خود مال را قبض می‌کند، امکان تکمیل عقد هبه وجود دارد.

۲-۲- رضای متهب به قبض

در مورد اینکه آیا علاوه بر اذن واهب، رضای متهب هم نیاز است یا خیر؟ قانون مدنی حکمی به دست نداده و حرفی از رضای متهب نیاورده است. با این حال علاوه بر اذن به قبض، چون مالی به دارایی متهب اضافه می‌شود متهب نیز باید راضی به قبض باشد و قبض اجباری به متهب برای وی تملیک را به

دنبال نخواهد داشت. هرچند فرض بر این است که متهب با قبول کردن هبه بر قبض و اقباض آن نیز باقی است و کمتر اتفاق می‌افتد که از بردن مال مجانی پشیمان شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۴ و ۵۳). در فقه و قانون با عنایت به وجود چنین فرض غالبی، کمتر به این موضوع پرداخته شده است. با این وجود اگر متهب واقعا پشیمان شد چون در قبض و اقباض هر دو اراده لازم است و شرط ایجاد مالکیت، اذن واهب و رضای متهب است، در فرض راضی نبودن متهب مالکیتی به وی منتقل نمی‌شود. برای مثال اگر واهب برای نشان دادن اینکه انسان مثبتی است بخواهد مالی را به متهب که محبوبیت دارد هبه نماید و متهب که قبلا قبولی داده ولی الان از نیت واهب اطلاع یافته نخواهد آن را بپذیرد و واهب مال را در ملک متهب قرار دهد به طریقی که بگوییم به قبض داده شده، با توجه به عدم رضای متهب انتقال مالکیتی صورت نگرفته است.

مهم رضای متهب برای قبض است نه اینکه قبض قائم به شخص باشد، بنابراین متهب می‌تواند برای قبض به دیگری وکالت دهد تا مال موهوب را به وکالت از وی قبض نماید (امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۷). به موجب ماده ۷۹۹ قانون مدنی قبض ولی نیز به ولایت از مولی‌علیه معتبر است.

۳-۲- حیات طرفین عقد هبه در زمان قبض

واهب و متهب تا زمان قبض باید در قید حیات باشند و فوت هر یک از آنها پیش از قبض، به منزله مرگ پیش از قبول است که مانع انعقاد عقد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۴؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۱). ماده ۸۰۲ قانون مدنی مقرر داشته: "اگر قبل از قبض، واهب یا متهب فوت کند هبه باطل می‌شود". بنابراین تا زمان قبض، طرفین باید در قید حیات باشند و هر گاه یکی از آنها فوت کند، ایجاب و قبولی هم که رد و بدل شده، هیچ اثری ندارد و ورثه متهب نمی‌توانند ادعایی داشته باشند.

یکی از مهمترین موضوعات شایع در عقد هبه که منجر به اختلاف و طرح دعوی می‌گردد این است که واهب مالی را هبه نموده ولی توسط متهب قبض نشده و واهب فوت می‌کند که در این صورت با عدم تحقق قبض در زمان حیات واهب، عقد هبه کامل نمی‌شود و مال در مالکیت متوفی باقی مانده و با تحقق فوت جزء ماترک متوفی محسوب شده و به وراثت می‌رسد. دیگر اینکه گاهی متهب مال را قبض نموده ولی پس از آن، واهب فوت می‌کند و متهب بعد از فوت واهب با سایر وراثت دچار اختلاف می‌شوند. برای نمونه دادنامه شماره ۱۰۳۰۱۰۰۱۰۳۲۲۰۹۹۷۰ صادره از دادگاه تجدیدنظر استان تهران (پژوهشگاه قوه قضائیه، بی‌تا)، که در پرونده‌ای در مورد تحقق عقد هبه اختلاف بوده و دادگاه بدوی هبه را به دلیل فوت واهب و عدم تحقق قبض در زمان حیات واهب محقق ندانسته و حکم به بی‌حقی خواهان‌ها داده است. اما دادگاه تجدیدنظر با دقت در پرونده ضمن نقض دادنامه بدوی، به دلیل در تصرف داشتن مال موهوب توسط خواهان‌های پرونده، قبض را محقق دانسته و با احراز قبض مال موهوب قبل از فوت واهب، به نفع تجدیدنظرخواهان حکم داده است. بنابراین احراز قبض مال موهوب توسط متهب قبل از

فوت واهب دارای اهمیت زیادی است؛ که در این راستا متهم می‌تواند برای سهولت استناد به قبض و تصرفات خود و اثبات آن در فرض اختلاف بین وراثت، ضمن قبض مال موهوب تصرفاتی که موید قبض وی باشد نیز در زمان حیات واهب انجام دهد.

۴-۲- اهلیت واهب در زمان قبض

قبض در عقد هبه داخل در مفهوم عقد و اراده طرفین است و اراده واهب با حجر وی زائل می‌شود؛ اما حجر متهم در این مورد اثری نداشته (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۵؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۷) و مطابق قاعده کلی که در اهلیت مطرح است (رک به صفری و هوشمندپور، ۱۳۹۴: ۶۵) و مستند به ماده ۷۹۹ قانون مدنی در فرض حجر متهم قبض مال موهوب توسط ولی محجور انجام می‌گیرد.

۳- تأثیر نقش قبض در عقد هبه بر تعریف هبه

قانونگذار در ماده ۷۹۵ قانون مدنی عقدهبه را تعریف کرده و از اصطلاح عین برای تعریف هبه استفاده نشده و اصطلاح مال را بکار برده؛ در حالی که اکثر فقها با توجه به اهمیت نقش قبض در هبه، از اصطلاح عین در تعریف هبه استفاده نموده‌اند. در تعریف یکی از فقها (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۵۹) از کلمه مال استفاده شده و احتمال دارد نویسندگان قانون مدنی از همین تعریف الهام گرفته باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۹). آوردن کلمه‌ی مال بر قلمروی هبه می‌افزاید و این نکته مثبتی است، با این استدلال که با آوردن کلمه‌ی مال به جای عین، مفهوم عقود معین گسترش پیدا می‌کند و می‌توان قراردادهای خصوصی اشخاص را در قالب عقود معین قرار داد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۹)، که خود گامی در راستای کاهش مشکلات تفسیر قراردادها و آثار آن و در نتیجه کاهش دعاوی محسوب می‌شود. یکی از حقوق‌دانان تعریف قانون مدنی را بر تمامی تعاریف عقد هبه ترجیح داده‌اند، زیرا تعریف را جامع برای نشان دادن ماهیت هبه می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۲). ضمن تأیید کلی مطلب؛ با این حال در راستای رفع تمامی نقایص قانونی، به نظر نگارنده نقدهایی جزئی نیز به تعریف قانون مدنی وارد است. اول با عنایت به اینکه هبه ممکن است از طرف شخص حقوقی نیز انجام شود بهتر است کلمه نفر که بیانگر شخص حقیقی است حذف شود، یا از عبارت شخص که جامع اشخاص حقیقی و حقوقی است استفاده شود و همین‌طور متهم نیز که در عبارت قانون، کس دیگری آمده حذف یا از کلمه دیگری استفاده شود. دوم اینکه هرچند در تعریف به جای عین از اصطلاح مال، استفاده شده که اهمیت و فواید آن مطرح گردید و قانونگذار نقش قبض را در جای دیگری آورده، اما در ادامه ماده، از اصطلاح عین موهوبه استفاده نموده، که بهتر است این اصطلاح نیز حذف و یا در صورت لازم دانستن معرفی مورد هبه، به جای آن از اصطلاح مال موهوب استفاده شود. بنابراین با استدلال‌هایی که مطرح گردید، تعریفی از عقد هبه که

منطبق بر حقوق کشورمان باشد را می‌توان به طور خلاصه این‌گونه ارائه نمود: "هبه عقدی است مبنی بر تمیلک مجانی مال به دیگری".

۴- تحلیل نقش قبض در فرآیند انعقاد عقد هبه

در مورد شرط بودن قبض در عقد هبه اختلافی وجود ندارد و هبه آن چیزی که قابل قبض و اقباض نباشد صحیح نمی‌باشد (حلی، ۱۴۲۰: ۲۷۶). بنابراین یک مال یا حیوان گم شده که امکان قبض آن وجود ندارد را نمی‌توان هبه کرد (حلی، ۱۳۸۸: ۴۱۶). اما در اینکه قبض شرط صحت هبه است یا شرط لزوم اختلاف نظر وجود دارد. تنها تعداد معدودی از فقها قبض را شرط لزوم هبه دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۳، ب: ۲۷۲-۲۷۰)، آورده‌اند که حتی احتمال دارد نظر علامه هم تنها اشاره به صحت عقد قبل از قبض باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۲)؛ که به نظر می‌رسد علامه در استدلال‌های خود مبنی بر اینکه از یک روایت خاصی چه معنایی برداشت می‌شود اشاره دارند به اینکه هبه صحیح است ولی لازم نیست. مشهور فقها قبض را شرط صحت هبه می‌دانند و برخی با استدلال، شرط لزوم بودن قبض را رد کرده‌اند؛ از جمله آورده‌اند که هرگاه واهب مالی را هبه کند و قبل از قبض فوت نماید آن مال جزء میراث محسوب می‌شود، به این معنا نیست که هبه به صورت جایز منعقد شده و با فوت وی فسخ شود، بلکه بیانگر این است که مال قبل از قبض از مالکیت واهب خارج نشده است. همچنین در صدقه تا زمانی که مال به قبض داده نشده مالکیت منتقل نمی‌شود این موضوع نیز با هبه شباهت دارد، زیرا فرقی جز قصد قربت بین صدقه و هبه در این زمینه وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۲-۱۶۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۳ و ۱۶۴). پس مطابق نظر مشهور قبض شرط صحت هبه است (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۳) و اکثر فقها نص روایات از ائمه علیهم السلام و استدلال در آن مورد و برخی نیز اجماع را به عنوان دلیل آن مطرح می‌کنند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۱۲؛ ر.ک به صفری و هوشمندپور، ۱۳۹۴: ۸۹-۸۳). در حقوق ایران برای هبه می‌توان دو مرحله قائل شد یکی مرحله ایجاب و قبول که قبل از قبض همچنان واهب به عنوان مالک، حق هرگونه تصرف در مال موهوب را دارد و دیگری مرحله بعد از قبض است (مجاهد و صدیقیان، ۱۴۰۱: ۲۶۷)، که با قبض هبه کامل و مالکیت منتقل می‌شود. ماده ۷۹۸ قانون مدنی تحقق هبه را منوط به قبولی و قبض دانسته؛ بنابراین مطابق حقوق کشورمان قبض شرط صحت هبه است و تا زمانی که قبض نشده مالکیتی به متبهد منتقل نمی‌شود.

در مباحث مبنایی، مبنای حق رجوع از هبه مطرح شده و ضمن تأیید نظر جبران پشیمانی از بخشش‌های نسنجیده (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۸۴)، وجود روایات، عقلایی و عادلانه بودن این حق و استدلال این است که در مواردی عدم قابلیت رجوع به دلیل حمایت از خانواده می‌باشد (بیکی شورکی و همکاران، ۱۴۰۲). در مطلب مرتبط در مورد فلسفه وجودی قبض این‌گونه اظهار نظر شده که فلسفه وجودی اینکه قانونگذار قبض را شرط صحت دانسته، حمایت از منافع اشخاص و جلب توجه طرفین به نتیجه عقد و

حمایت از خانواده (مجاهدو صدیقیان، ۱۴۰۱: ۲۵۹) و حمایت از منافع اشخاص ثالث و حمایت از اقتصاد خانواده می‌باشد (صفری و هوشمندپور، ۱۳۹۴: ۹۴). در نقد این نظریات و برای پی بردن به مبنای فقهی شرط بودن قبض می‌توان گفت که حمایت از منافع اشخاص، شامل حمایت از متهب هم می‌شود حال آنکه حمایت از متهب اقتضا می‌کند هرچه سریعتر مال موهوب را مالک شود و شرط قبض در این مسیر تأخیر ایجاد می‌کند. در مورد جلب توجه طرفین به نتیجه عقد نیز متهب از این موضوع خارج است و متوجه آثار هبه بوده زیرا هبه به نفع اوست و هرچه اثرش را بیشتر متوجه شود تمایل به تملکش بیشتر شده و تقاضای تملک سریعتر را دارد نه اینکه باقبض تملک وی نیز به تأخیر بیفتد. حمایت از اشخاص ثالث نیز چندان موجه به نظر نمی‌رسد. حمایت از خانواده بودن نیز اشکال دارد زیرا شرط قبض تنها برای هبه به خویشاوندان نیست و در تمامی هبه‌ها قبض شرط است. ولی با اصلاح آن و استدلال اینکه هدف، حمایت از اقتصاد واهب و خانواده‌ی واهب بوده می‌توان با تسامح آن را پذیرفت زیرا حتی ممکن است واهب خانواده‌ای نداشته باشد. بنابراین به نظر نگارنده دلیل مبنایی شرط قبض در هبه می‌تواند جلب توجه واهب به نتایج و عواقب هبه و انتقال مالکیت باشد و دلیل دیگر اینکه در راستای پیشگیری از پشیمانی واهب می‌باشد تا با قبض دادن مال عرفاً زمان بیشتری برای پی بردن به نتیجه عملش و توجه به آثار هبه که انتقال مالکیت مجانی است، داشته باشد.

موضوع دیگر اینکه مالی که تحت عناوینی نظیر عاریه، ودیعه یا اجاره در تصرف دیگری است را می‌توان هبه نمود (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۲). قبض مال مطابق معمول توسط متهب انجام می‌گیرد و در مواردی که متهب اهلیت ندارد، توسط ولی قهری وی و اگر ولی نداشته باشد توسط وصی و در غیراین صورت توسط قیم. اما اشکالی ندارد متهب به دیگری وکالت دهد تا مال موهوبه را قبض نماید حتی این وکالت می‌تواند به خود واهب داده شود (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۵). پس از آنکه وکیل در قبض، مال مورد هبه را قبض نمود مالکیت به متهب منتقل می‌گردد.

در مواردی که ولی از طرف مولی‌علیه مالی را قبض می‌کند باید قصد قبض داشته باشد و در موردی که خود ولی مالی را به مولی‌علیه هبه می‌نماید و مال در تصرف ولی است، قبض فیزیکی جدیدی لازم نیست. اما در مورد قصد قبض برخی معتقدند که در این مورد هم نیاز به قصد قبض توسط ولی می‌باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۲۴ و ۲۵؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۸) و اگر هم به طور مطلق قصد مطرح شود کفایت می‌کند (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۲۴ و ۲۵). اما در مقابل برخی دیگر براین باورند که چون قبض شرط صحت هبه است، باید ولی قصد قبض از سوی مولی‌علیه داشته باشد و اگر مطلق باشد به معنای قبض از طرف مولی‌علیه محسوب نمی‌شود. بنابراین اگر پس از هبه قصد خود را عوض نکند و همچنان خودش همانند قبل از هبه کردن در مال تصرف نماید مال هبه نشده است. هرچند در روایات قصد نیامده ولی بنای روایات بر این بوده که چنین قصدی وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۵). به نظر می‌رسد با توجه به استدلال نظر دوم، صحیح است زیرا وقتی قبض شرط صحت باشد اگر قصد قبضی نباشد یکی از ارکان هبه وجود

ندارد و اگر ولی همچنان در عین موهوبه خودش را مالک بداند و تصرف مالکانه نماید مالکیتی به مولی علیه منتقل نشده است. با این وجود همان گونه که در روایات هم بنای بر وجود چنین قصدی گذاشته شده باید در بحث ادله اثبات دعوی، اصل را بر این گذاشت که ولی چنین قصدی نیز داشته مگر اینکه خلاف آن را ثابت نماید. با این راهکار هم از لحاظ حقوقی واقعیت‌های حقوقی و قصد افراد در نظر گرفته شده و محترم شمرده شده و هم از لحاظ ادله اثباتی اماره متعارف و مطابق اصل پذیرفته و رعایت نموده‌ایم؛ هم اصل صحت قراردادها رعایت شده است.

هرگاه مالی از طرف ولی به مولی علیه هبه شود که در تصرف خودش نیست نیاز به قبض می‌باشد؛ برای مثال مالی که به ارث رسیده اما هنوز ولی آن مال را قبض نکرده باشد (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۵). اقرار به هبه، اقرار به قبض محسوب نمی‌شود، ولی اقرار به هبه و قبض، به معنای انتقال مالکیت مال موهوب است و انکار پس از آن پذیرفته نمی‌شود. حتی اگر مال موهوب در ید واهب باشد (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۴). زیرا در نظر عرف اقرار به هبه، همان اقرار به ایجاب و قبول است که به تنهایی بدون قبض اثر حقوقی مالکیت ندارد و مالکیت زمانی مستقر می‌شود که قبض نیز شده باشد.

۵- آثار کلی قبض صحیح مال موهوب در عقد هبه

اثر قبض انتقال مالکیت مال موهوب به متهب است. با ایجاب و قبول، قبل از قبض همچنان مال در مالکیت واهب است و می‌تواند از ایجاب خود عدول نماید؛ ولی با قبض مال موهوب، عقد تکمیل و مالکیت منتقل می‌شود (خمینی، ۱۴۲۴: ۹۹۷؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۲). بنابراین زمان انتقال مالکیت مال موهوب نیز زمان قبض مال می‌باشد نه زمان تحقق ایجاب و قبول (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۴؛ صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴: ۱۹۹، مجاهدو صدیقیان، ۱۴۰۱: ۲۶۷). ماده ۷۹۸ قانون مدنی نیز موید همین موضوع می‌باشد، زیرا واقع شدن عقد هبه را منوط به قبولی و قبض متهب دانسته است. با قبض و تکمیل عقده رجوع از اذن به قبض امکان‌پذیر نیست. همچنین با پذیرفتن استدلال و اعتقاد به لزوم هبه به‌ویژه با استدلال متفاوت بودن حق رجوع و فسخ، پس از قبض، امکان انحلال یک‌طرفه عقد هبه توسط واهب وجود ندارد، مگر اینکه مطابق قانون حق رجوع داشته باشد یا برای خود حق فسخ قرار داده باشد (بیکی شورکی و همکاران، ۱۴۰۲: ۱۰۲). این موضوع در مواردی کاربرد عملی دارد که بین قبول و قبض فاصله زمانی باشد، به‌ویژه اینکه ممکن است در این فاصله زمانی مال موهوب منافی نیز داشته باشد. بنابراین تا زمانی که مال موهوب به قبض متهب داده نشده منافع آن نیز برای واهب است. موضوع دیگر اینکه مستنبط از ماده ۸۰۳ قانون مدنی، هرگاه هبه معوض باشد علاوه بر قبض مال موهوب، قبض عوض و اثر آن نیز مطرح می‌شود. هرگاه مال موهوب توسط متهب قبض شود و عوض آن نیز به واهب داده و واهب آن عوض را قبض نماید اثر قبض عوض این است که هبه قابل رجوع به هبه غیرقابل رجوع تغییر وضعیت می‌یابد و پس از قبض عوض، واهب حق رجوع از هبه را ندارد.

۶- تأثیر نقش قبض در تعیین مال موهوب

۱-۶- نقش قبض در هبه‌ی عین، در فرض تعلق حق غیر، به عین یا منافع آن

با توجه به نقش قبض در هبه و آشکار بودن امکان قبض در عین معین، به عنوان مال موهوب، در فقه و حقوق هیچ شک و اختلاف نظری وجود ندارد (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۱؛ خمینی، بی‌تا: ۵۶)، بنابراین توضیح بیشتری در زمینه امکان قبض عین معین ضروری به نظر نمی‌رسد.

اما وضعیت دیگری که در هبه عین می‌توان فرض کرد این است که گاهی شخص قصد دارد عین معینی را هبه کند درحالی‌که آن مال متعلق حق غیر است. برای نمونه اگر شخصی عین را به رهن گذاشته باشد و بخواهد همان عین مرهونه را که دیگری در آن حق دارد هبه کند، یا آن را اجاره داده و موجر بخواهد همان مال را به عنوان واهب هبه نماید، با توجه به اهمیت نقش قبض در این فرض هبه‌ی عین مرهونه و هبه‌ی عین مستاجر صحیح است یا خیر؟ در هبه کردن عین مستاجر به دلیل نقش قبض، اختلاف نظر است و نظر صحیح‌تر این است که هبه‌ی آن نیز صحیح است (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۲)، همان‌گونه که بیع آن صحیح است و مستاجر حق خود را محفوظ خواهد داشت (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۳)، زیرا در هبه عین منتقل می‌شود. برخی مطرح کرده‌اند که راهن می‌تواند عین مرهونه را با قید حق طلبکار به شخص ثالث هبه نماید و هبه‌ی آن منافاتی با حق مرتهن ندارد، زیرا در ماده ۷۹۳ قانون مدنی نیز آمده: "راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن". بر همین مبنا اگر مالک که مالش در رهن دیگری است، به عنوان واهب آن عین را هبه نماید و حق مرتهن را در آن هبه قید کند، هبه صحیح است و نیازی به اجازه مرتهن نیز نمی‌باشد (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۳). این نظر با اصول حقوقی و حق مالکیت واهب نیز منطبق است.

حال باید با توجه به نقش قبض در عقد هبه وضعیت قبض دادن مال موهوبی که عین یا منافع آن متعلق حق غیر است را بررسی نمود. قبض عین موهوبه با قبض مال مشاع متفاوت است و نمی‌توان با پذیرفتن قبض مال مشاع، همان حالت را در این مورد نیز جاری دانست. زیرا در مال مشاع بخشی از سهم مشاعی متعلق به شریک است و مابقی در مالکیت وی نیست، اما در عین مرهونه تمام اجزاء عین متعلق حق مرتهن می‌باشد (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۵) و در عین مستاجر، مستاجر برای استفاده از منفعت عین، عین را قبض کرده است. حال چون عین متعلق حق غیر است، برای قبض مال موهوبی که عین مرهونه است، نیاز به اذن در قبض مرتهن می‌باشد و در مورد عین مستاجر نیز هر چند مالکیت عین برای واهب است، اما چون منافع آن متعلق حق مستاجر قرار گرفته و برای استیفای منفعت باید عین مال را داشته باشد، نیاز به اذن مستاجر نیز می‌باشد (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۳). پس هرگاه راهن عین مرهونه را به دیگری هبه کند، اگر عین مرهونه فروخته شد، که ایجاب و قبول هبه نیز باطل بوده و اثری ندارد و هرگاه فک رهن شد، به دلیل عدم شرط فوریت قبض در هبه، می‌توان هبه را تکمیل کرد و راهن که واهب نیز می‌باشد، در قبض دادن یا ندادن مال به متهب اختیار دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۰)، زیرا قبض

دادن نیز باید با اذن واهب باشد و ممکن است واهب که قبل از این ایجاب یا قبول داده، اکنون نخواهد به قبض بدهد.

بنابراین به نظر می‌رسد به عنوان قاعده‌ای کلی در مواردی که عین، موضوع عقد هبه قرار گیرد و خود عین یا منافع آن متعلق حق دیگری باشد، نظیر عین مرهونه، انعقاد عقد هبه با قید حق مرتهن، صحیح است. اما برای قبض مال موهوب، علاوه بر اذن واهب باید با اذن مرتهن نیز باشد، یا اینکه پس از فک رهن، تنها با اذن واهب عقد تکمیل شود. هبه‌ی عین مستاجر توسط موجر که مالک می‌باشد نیز به همین صورت است. در مورد مالی که در ملک شخصی است اما شخص دیگری در آن حق عمری دارد که ماده ۵۳ قانون مدنی نیز انتقال عین را ممکن دانسته و انتقال عین را موجب ایراد ضرری برای حق انتفاع ندانسته، حال اگر مالک بخواهد آن عین را هبه نماید، مشمول همین موضوع می‌باشد.

۲-۶- نقش قبض در هبه کلی در معین

برخی قاعده کلی در رابطه با مال موهوب مطرح کرده‌اند که هر عینی که بیع آن صحیح باشد هبه آن هم صحیح است (حلی، ۱۳۸۸: ۴۱۵؛ شهیداول، بی تا: ۲۶۶ و ۲۶۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۱۱). مگر اینکه استثنائی را آورده باشند. برخی هبه کلی در معین را صحیح می‌دانند، که پس از تعیین فردی از افراد کلی در معین توسط واهب و قبض آن توسط متهب، مالکیت محقق می‌شود و همین‌طور قبض کل مال یا با وکالت دادن به واهب برای قبض (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۸). زیرا پس از انتخاب موضوع هبه از کلی آنچه به قبض داده می‌شود عین معین است و دیگر اینکه موضوع هبه در زمان عقد وجود خارجی دارد، بنابراین از لحاظ آثار در حکم عین معین محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۲) و هبه آن صحیح است. همچنین از این حیث که موضوع هبه معین است و خود واهب آن را به قبض متهب می‌دهد با هبه عین معین شباهت دارد، زیرا مالکیت متهب در زمان قبض دادن مصادیق کلی در معین محقق می‌شود.

۳-۶- نقش قبض در هبه کلی فی الذمه

آورده‌اند چون در هبه قبض شرط است، هبه در صورتی صحیح است که عین خارجی باشد و هبه کلی صحیح نیست ولی می‌توان انتقال مالکیت مال کلی را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح دانست هرچند از اقسام هبه نمی‌باشد (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۵) و برخی این نظر را پذیرفتند (صفری و هوشمندپور، ۱۳۹۴: ۶۵). برخی هبه کلی فی‌الذمه را نیز به شرط مشخص بودن مقدار آن صحیح می‌دانند (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۲)؛ با توجه به اینکه منظور از تملیک مال کلی، تعیین و تسلیم یکی از مصادیق آن است و به این اعتبار مال کلی نیز وجود خارجی دارد و با تسلیم یکی از آن افراد قبض می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۴؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۵)، هبه کلی نیز صحیح می‌باشد. قانونگذار نیز در تعریف هبه کلمه عین را بکار نبرده و در تعریف از کلمه مال استفاده نموده که بیانگر این است که قانونگذار نمی‌خواهد قلمروی عقد

هبه را به تملیک عین معین محدود نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۴). همچنین در ماده ۸۰۶ قانون مدنی هبه طلب را پذیرفته که این نیز دلالت بر نفوذ هبه کلی فی‌الذمه دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۵۰۲)؛ زیرا طلب چیزی جز کلی فی‌الذمه نیست. هر چند به نظر می‌رسد با استدلال‌های فوق می‌توان گفت هبه کلی فی‌الذمه در حقوق موضوعه ایران صحیح می‌باشد؛ با این حال با توجه به نقش مستقیم قبض در تعیین مال موهوب و وجود تردیدها و اختلاف نظرها، بهتر است قانونگذار پذیرفتن این نوع از مصادیق هبه را نیز مورد تصریح قرار دهد.

۴-۶- نقش قبض و بررسی هبه‌ی منفعت

بین فقها و حقوق‌دانان به دلیل شرط بودن قبض عین موهوبه، صحت هبه‌ی منفعت چالش جدی مواجه است. برخی ابتدا به وجود این چالش و عمیق بودن آن اذعان نموده و آورده‌اند که با توجه به تدریجی بودن منفعت امکان تسلیم آن در هنگام عقد دشوار است. ولی در ادامه خواسته‌اند به توجیه امکان آن بپردازند و تسلیم عین یا منبع استعداد منفعت را در حکم قبض منفعت بدانند، همانطوری که در عقد اجاره موجر عین مستاجر را برای استفاده بردن از منفعت، تسلیم مستاجر می‌کند و تسری آن را به هبه برای ایجاد نظم در ساختمان حقوقی جامعه مفید می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۸ و ۶۷). اما در مقابل این‌گونه اظهار شده که فرض تجسم منفعت در هنگام عقد و قبض منفعت به عنوان مال موهوب به تبع عین مال، قبض حقیقی نبوده و برای صحت هبه کافی نمی‌باشد و از طرف دیگر قبض عین متعلق حق، قبض حق به شمار نمی‌آید (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۶). به نظر می‌رسد با عنایت به اینکه قانونگذار احکام هبه را از فقه گرفته، باید به همان سوابق فقهی نیز توجه داشت؛ از این منظر نیز رویکرد فقهی و سوابق فتوای فقها نشان می‌دهد که فقها امکان قبض دفعی و یک مرتبه مدنظرشان می‌باشد و حال آنکه منفعت به صورت تدریجی در آینده حاصل می‌شود. به همین دلیل که امکان قبض منافع به عنوان مال موهوب در زمان عقد هبه وجود ندارد، اکثر فقها هبه منافع را صحیح نمی‌دانند (خمینی، بی‌تا: ۵۶). با تصریح کرده‌اند که عمل حقوقی هبه‌ی منفعت صحیح است هرچند تحت عنوان هبه مصلح شناخته نشود (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۳). به نظر نگارنده این نظر در حقوق ما نیز قابل پذیرش است، چرا که به استناد اصل آزادی قراردادها، ماده ۱۰ قانون مدنی ضرورتی به تعریف این عمل حقوقی در قالب عقد هبه نیست و می‌توان مالکیت را به شکلی که مخالف قوانین امری نباشد، بر اساس اصل آزادی اراده منتقل نمود. بنابراین عمل حقوقی مذکور صحیح بوده ولی تحت عنوان عقد هبه قرار نمی‌گیرد. علاوه بر این، دلیلی که فقها هبه‌ی منفعت را صحیح نمی‌دانند عدم امکان قبض آن است و الا اگر منفعتی قابل قبض باشد صحیح است. برای نمونه یکی از فقها فتوا داده که هبه‌ی پشمی که بر پشت گوسفند قرار دارد صحیح است چون بیع آن هم صحیح است (حلی، ۱۴۲۰: ۲۷۶). تا زمانی که پشم هنوز جدا نشده به عنوان منفعت حیوان است، ولی از این جهت که می‌توان آن را با چیدن به قبض داد اشکالی ندارد هبه آن را هم صحیح بدانیم. البته

وقتی از حیوان جدا شد، خود پشم نیز به عنوان یک عین به قبض داده می‌شود و در عمل هنگام قبض دادن، قبض همان مال موهوب اتفاق می‌افتد که در آن هیچ اختلافی نیست. اما اگر قبض را تنها به استناد صحت بیع، هبه آن هم صحیح بدانیم با مانع شرط صحت بودن قبض در هبه مواجه می‌شویم، در حالی که در بیع چنین وضعیتی نداریم.

۵-۶- نقش قبض و بررسی هبه‌ی حقوق

در صحت هبه‌ی حقوق قابل انتقال نیز به دلیل شرط بودن قبض، مشکل وجود دارد. یکی از نویسندگان ابتدا ضمن پذیرفتن امکان انتقال مجانی حقوق، در پاسخ به مشکل قبض حق نیز به دلیل صحت استیلای عرفی بر حق همانند عین امکان‌پذیر دانسته، ولی مشکلی که باعث شده تردید جدی در صحت هبه‌ی حق به همراه داشته باشد را این می‌دانند که حق مرتبه ضعیف‌تری از مالکیت است و هبه شکل حقوقی انتقال مالکیت اموال است نه حقوق. در نهایت با عنایت به پیشینه‌ی تاریخی قانون مدنی و ظاهر ماده ۷۹۶ همان قانون، انتقال رایگان حق مشمول عقد هبه ندانستند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۹۶). مطابق نظر برخی حقوق قابل انتقال اعم از حق انتفاع، ارتفاق، حق خیار و حق شفعه هیچکدام قابلیت هبه را به دلیل عدم امکان قبض ندارند (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۶). برخی از فقها نیز عمل حقوقی هبه حقوق قابل انتقال را صحیح دانسته هرچند تحت عنوان هبه مصطلح شناخته نشود (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۳). پس می‌توان به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها حتی به صورت مجانی این حقوق را به دیگری انتقال داد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۹۶؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۳). این نظر با اصول حقوقی و مواد قانون مدنی نیز سازگاری بیشتری دارد. بنابراین انتقال مجانی حقوق قابل انتقال صحیح است، ولی در قالب عقد هبه امکان‌پذیر نیست.

۴-۶- نقش قبض در هبه مال مشاع

در مورد مال مفروز به دلیل عدم اشکال در قبض، اختلاف نظری هم نیست، بر همین مبنا به بررسی قبض مال موهوب مشاع می‌پردازیم. مطابق نظر مشهور هبه‌ی مال مشاع صحیح می‌باشد (خمینی، بی‌تا: ۵۷؛ حلی، ۱۴۲۱: ۱۴۹؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۸؛ مجلسی‌اول، ۱۴۰۰: ۸۹)، اعم از اینکه آن مال قابل تقسیم باشد یا نباشد (طوسی، ۱۴۰۷، الف: ۵۵۷). ضمن وجود اختلاف نظر بین فقها در مذاهب اسلامی در مورد امکان هبه مال مشاع (ر.ک به میرشکاری و حسامی، ۱۳۹۹)؛ مستند به روایات و اینکه هر چیزی که بیع آن صحیح است هبه آن نیز صحیح است و همچنین عمومات (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۸)، نظیر اصل صحت، هبه مال مشاع نیز صحیح می‌باشد. بنابراین در حقوق نیز به طور کلی تفاوتی ندارد که مورد هبه مفروز باشد یا مشاع و مال مشاع نیز می‌تواند موضوع عقد هبه قرار گیرد. برخی مطرح کرده‌اند که همانند اجاره که قانونگذار امکان اجاره دادن مال مشاع را داده ولی برای تصرف در عین

مستاجر اذن شریک را شرط می‌داند در هبه هم این‌گونه است (طاهری، ۱۴۱۸: ۵۵۷ و ۵۵۸) و یا شبیه همان قبض در عقد بیع (شهیدثانی، ۱۴۲۲: ۵۳۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۸)، که با اذن شریک انجام می‌شود و با وکالت دادن به واهب نیز امکان‌پذیر است (خمینی، بی‌تا: ۵۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۸؛ مجلسی‌اول، ۱۴۰۰: ۸۹). این یک راهکار ساده و کاربردی برای پیشگیری از ممانعت احتمالی شریک است. البته با عنایت به تفاوت اجاره و بیع با هبه از این جهت که هبه یک عقد عینی است و با قبض مال موهوب عقد تکمیل می‌شود؛ برای بررسی دقیق‌تر و امکان‌سنجی هبه مال مشاع، می‌توان آن را با وقف مال مشاع نیز مقایسه کرد. در فقه نیز هبه مال مشاع با وقف مال مشاع مقایسه شده و هر دو را صحیح دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۷). قانونگذار در ماده ۵۸ قانون مدنی در بیان اموالی که امکان وقف نمودن آن وجود دارد تصریح نموده، که وقف مال مشاع نیز صحیح است. بنابراین به نظر می‌رسد هبه مال مشاع در حقوق ایران صحیح می‌باشد.

حال که در عقد هبه قبض نقش اساسی داشته و حتی در تعیین نوع مال موهوب نقش مستقیم دارد و با توجه به اینکه مال مشاع نیز تحت شمول تعریف هبه قرار می‌گیرد و با این استدلال هبه مال مشاع را صحیح بدانیم، چالش اصلی در رابطه با این موضوع مطرح است که برای قبض مال مشاع توسط متهم آیا نیازی به اذن شریک مشاعی هم هست؟ و در صورت نیاز و مخالفت شریک مشاعی به قبض چه راهکاری برای رسیدن طرفین هبه به قبض وجود دارد؟ اظهار نظر شده که در هر صورتی اذن شریک برای قبض مال مشاعی لازم است. حال ممکن است موضوع با مشکل عدم موافقت به قبض، توسط شریک مواجه و حتی با مراجعه به دادگاه به سهولت نتوان حکم به اجبار شریک را اخذ نمود و در نتیجه موجب معطل ماندن هبه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۹ و ۵۰). ممکن است گفته شود که در این فرض هبه به دلیل عدم امکان قبض با اذن شریک صحیح نمی‌باشد. برخی معتقدند پذیرفتن اجبار شریک توسط حاکم بر مبنای قانون مدنی دشوار است و برای جلوگیری از مشکل و ضرر و عسر طرفین وکالت دادن مناسب است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۱). به هرحال وکالت دادن به واهب برای قبض، یک راهکاری است که نیازی به اذن شریک مشاعی ندارد.

اگر با اذن واهب برای قبض، باز هم شریک مال را به قبض نداد، برخی آورده‌اند که رفع اختلاف برای قبض توسط خود حاکم یا نایب او انجام می‌شود و به قبض داده می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۹؛ شهیدثانی، ۱۴۲۲: ۵۳۷). بنابراین ذی‌نفع می‌تواند به مرجع قضایی مراجعه و حاکم شریک ممتنع را اجبار به قبض دادن مال به متهم نماید (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۰). در غیراین صورت حاکم امینی را نصب می‌کند و آن امین، تمام مال مشاع را قبض و سهم مشاع شریک را به امانت و سهم مشاع متهم را نیز به او می‌دهد (مجلسی‌اول، ۱۴۰۰: ۸۹). برخی مطرح کرده‌اند که حاکم کل مال را قبض و سهم متهم را به قبض وی می‌دهد و سهم شریک دیگر را نیز به او می‌دهد (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۷). زیرا قبض عین موهوبه نسبت به قبض عین موقوفه و مورد انتفاع و تسلیم مبیع خصوصیتی ندارد و مستفاد از

مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون مدنی همان دادن عین موهوبه به متهب است، به نحوی که بتواند در آن متصرف و منتفع شود هرچند هنوز در آن تصرف نکرده باشد و مستفاد از ماده ۳۶۹ همان قانون در قبض نظر عرف معیار است (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۰). بنابراین مطابق این نظر، امکان الزام شریک مشاعی و قبض سهم مشاعی متهب با طرح دعوی نزد حاکم وجود دارد. نظر دیگر اینکه قبض مال مشاع همان تخلیه است و نیازی به مراجعه به حاکم نیز نمی‌باشد (حلی، ۱۴۱۳، ب: ۲۸۲). در هبه مال مشاعی ظاهر در این است که قبض آن با استیلا متهب، صرف تخلیه و بدون اذن شریک تحقق می‌یابد و دارای اثر می‌باشد (خمینی، بی‌تا: ۵۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۷)، اگرچه در برخی موارد تعدی به شریک باشد (خمینی، بی‌تا: ۵۷).

برخی ضمن پذیرفتن این نظر آورده‌اند که هرگاه مال قابل ثبت باشد تحقق سلطه معنوی تنها با تنظیم سند رسمی میسر می‌شود (میرشکاری و حسامی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۵). اما به نظر نگارنده در صورتی که منظور اموال غیرمنقول باشد در حال حاضر که مالکیت منتقل می‌شود هرچند مراجع رسمی وی را مالک نمی‌شناسند، اما چون با اثبات وقوع عقد و تحقق مالکیت این انتقال معتبر است و با تنظیم دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی موضوع حکم دادگاه قرار می‌گیرد، این تفکیک موجه به نظر نمی‌رسد. اما هرگاه عدم ثبت رسمی به منزله بی اعتباری بوده و پس از آن قابل اثبات و الزام نباشد کاربردی است، نظیر انتقال سهم الشرکه شرکت با مسئولیت محدود یا در فرضی که قانونگذار در قوانین آتی عدم ثبت رسمی نقل و انتقال املاک را موجب بی اعتباری و باطل بودن انتقال محسوب نماید.

بنابراین سه راهکار وجود دارد: راهکار اول اینکه بدون اذن شریک مشاعی امکان قبض دادن نیست، پس هبه محقق نمی‌شود. دوم اینکه از طرف حاکم قبض داده شود و سوم اینکه نیازی به اذن شریک نباشد. به نظر نگارنده راه حل اول ایراداتی دارد، زیرا هرچند متهب مالک نمی‌شود و باید دنبال راهکاری برای قبض باشد ولی در هر صورت با عدم موفقیت او، واهب نیز نتوانسته مالش را به مالکیت متهب درآورد. همان طوری که برخی حقوقدانان اشاره کرده‌اند عدم اذن شریک مشاعی موجب ضرر و عسر طرفین هبه شده (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۱)، هرچند راهکاری غیر از وکالت ارائه نداده‌اند؛ اما پیشگیری از این ضرر مالک نباید بدون راهکار منطقی حقوقی باشد. در فقه پویای امامیه و حقوق ایران با وجود قواعدی از جمله قاعده لاضرر باید راهکاری مناسب یافت. زیرا واهب که به عنوان مالک اختیار مال خودش را دارد، باید بتواند مالش را به هر صورتی که مغایر قوانین امری نباشد به دیگری منتقل کند. اما در این فرض به دلیل سوء استفاده از حق توسط شریک، نمی‌تواند مالش را هبه نماید و این با حق مالکیت مالک نیز منافات دارد. دیگر اینکه واهب برای هبه نمودن و متهب برای تملک، باید دنبال رعایت تشریفات و پیچیدگی‌های حقوقی بگردند تا اینکه مال مشاع به تملک متهب درآید. این نیز از لحاظ حقوقی مطلوب نیست و با هدف والای قانونگذار مبنی بر شفافیت و سهولت قانون مغایرت دارد. دو راه حل بعدی به‌ویژه راهکار سوم از آن جهت که قبض را در معنای عام آن، که استیلا یافتن بر مال موهوب است لحاظ کرده و از مباحث نظری مطلق فاصله گرفته و همچنین قبض و تصرف اعتباری را ملاک و معیار برای قبض

دانسته و از جهت دیگر می‌تواند جلوی سوء استفاده از حقی که برای شریک مال مشاعی قابل تصور است را بگیرد، منطقی است. در صورت پذیرفتن این نظر در فرض عدم اذن شریک مشاعی، نیازی به طرح دعوی نمی‌باشد و در صورت ممانعت و مزاحمت وی، متهم می‌تواند به عنوان مالک مشاعی علیه وی طرح دعوی نماید.

جمع‌بندی اینکه به نظر نگارنده همانگونه که استدلال شد، راهکار سوم یعنی عدم نیاز به اذن شریک مشاعی برای قبض مال موهوب توسط متهم ارجحیت دارد. پیشنهاد می‌شود قانونگذار ضمن تصریح به امکان هبه مال مشاع، ماده قانونی بدین شرح تصویب نماید: "مال موهوب می‌تواند مفروز یا مشاع باشد و در هبه‌ی مال مشاع، استیلاهی متهم بدون اذن شریک برای صدق قبض کافی است". اما راهکار دیگر که در ارجحیت پیشنهادی دوم نگارنده قرار دارد، این است که در هر صورت مناسب است قانونگذار با وضع ماده قانونی این تفسیر را برطرف نماید. زیرا وقتی مالک بخواهد سهم مشاعی خود را به دیگری هبه نماید و شریک دیگر راضی به قبض دادن نشود، درحالی‌که اصل امکان هبه مال مشاع مغایرتی با قوانین امری ندارد و در حقوق پذیرفته شده، منطقی است از لحاظ حقوقی باید اجبار شریک امکان‌پذیر باشد و این موضوع بر مبنای قاعده لاضرر، منع سوء استفاده از حق و احترام به حق مالکیت و اهب قابل توجیه حقوقی است. پیشنهاد می‌شود قانونگذار اصل امکان هبه مال مشاع و الزام به قبض را تصریح نماید. باید به آن افزود، با توجه به اینکه تا قبل از قبض مالکیتی منتقل نشده و اهب نیز باید به اذن در قبض باقی باشد و از طرف دیگر برای شروع فرآیند دادرسی، مطالبه ذی‌نفع لازم است، متهم نیز باید آن را از مرجع قضایی مطالبه نماید. بنابراین تصویب چنین ماده‌ای با عنوان راهکار اولویت دوم، بدین شرح پیشنهاد می‌شود: "مال موهوب می‌تواند مفروز یا مشاع باشد و در صورت عدم رضایت قبض توسط شریک مشاعی، به شرط باقی بودن و اهب به اذن در قبض و مطالبه‌ی متهم، حاکم آن را به قبض متهم می‌دهد."

۷- زمان قبض مال موهوب

۱-۷- قبض پیش از ایجاب و قبول هبه

مستند به ماده ۸۰۰ قانون مدنی: "در صورتی که عین موهوبه در ید متهم باشد محتاج به قبض نیست". پس چون مال تحت عنوانی غیر از هبه برای مثال ودیعه در ید متهم است نیازی نیست مال به اهب برگردد و تحت عنوان هبه به قبض داده شود، همین که در قبض متهم است کفایت می‌کند. آورده‌اند که برای صحت چنین قبضی نیاز به گذشت زمانی است که مال به قبض متهم داده می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۵). اما آن چیزی که اهمیت دارد تملیک است که ایجاب و قبول واقع شده و قبض تحقق یافته و سپری شدن زمان تأثیری در این زمینه ندارد. مگر اینکه گفته شود در قبض مال مغضوب زمان نیاز است و این هم می‌توان جواب داد که رضای و اهب موید صحت قبض متهم است (حلی، ۱۴۱۳، ب:

۲۸۱ و ۲۸۲). به نظر نگارنده برای صحت قبض نیاز به گذر زمان نمی‌باشد. زیرا ایجاب و قبول واقع شده و در فرضی که واهب بداند مال موهوب در تصرف متهب است و اذن در قبض نیز داده، بلافاصله مالکیت منتقل خواهد شد.

در راستای تحلیل وضعیت مواد قانونی مربوط به هبه، به نظر نگارنده می‌توان مزایای این ماده را چنین تحلیل نمود: اول اینکه ماده ۸۰۰ قانون مدنی بر این مبنا استوار است که به طور معمول اشخاص از وضعیت تصرف اموال خود مطلع هستند و می‌دانند که آیا اموالشان در تصرف خودشان یا در تصرف دیگری است و قانونگذار نیز فرض غالب و متعارف را در نظر گرفته است. دوم اینکه با وضع چنین ماده‌ای جلوی تشریفات زائد و بی‌مورد از جمله استرداد مال و قبض مجدد مال توسط متهب، را می‌گیرد و دارای فایده کاربردی و عقلایی است. سوم اینکه با وجود فرض غالب و تصریح آن در قانون، خیلی از موارد اختلافی که ممکن است در دادگاه مطرح شود قضاوت را برای قاضی آسان‌تر کرده و اماره‌های تصرف متهب و عدم تصرف، مسیر پرونده را روشن می‌سازد. بنابراین باید این موضوع را به عنوان قاعده‌ای کلی پذیرفت و بر ماده ۸۰۰ قانون مدنی صحه گذاشت. البته به نظر می‌رسد همان طوری که در بحث اذن واهب به قبض استدلال شد در مواردی که خلاف این فرض غالب ثابت شود یا قابل تصور باشد، باید بر مبنای واقعیت و علم یا جهل واهب به تصرف مالش حکم داد و جلوی سوء نیت دیگران را نیز گرفت و آن را استثناء بر این قاعده‌ی کلی لحاظ کرد.

۲-۷- قبض همزمان با ایجاب و قبول هبه

در خیلی از موارد شخص مالی را هبه می‌کند و همزمان با ایجاب و قبول به قبض متهب می‌دهد؛ با قبض، مالکیت به متهب منتقل می‌شود؛ در این حالت چندان بحثی هم مطرح نمی‌شود.

۳-۷- قبض پس از ایجاب و قبول هبه

مطابق نظر مشهور فوریت قبض، شرط نیست (حلی، ۱۴۲۱: ۱۴۹)، حتی اگر مدت زیادی طول بکشد و پس از آن قبض شود مالکیت ایجاد می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۸۱ و ۱۸۲؛ خمینی، بی‌تا: ۵۷)؛ مگر اینکه به هرنحوی اعراض از ایجاب احراز شود، که در این صورت قبض مال می‌تواند دلیل دیگری غیر از هبه داشته باشد (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۸۱ و ۱۸۲). برای مثال ابتدا قصد هبه نموده و ایجاب داده که مورد قبولی قرار گرفته ولی قبض نشده، اما پس از آن منصرف شده و مالش را به عنوان ودیعه به قبض شخص داده، در این حالت باید عقد منعقد شده را ودیعه دانست.

نباید چنین تصور کرد که ایجاب و قبول واقع شده تا ابد باقی است و قبض آن امکان‌پذیر است؛ بلکه باید مهلت مذکور را بر مبنای عرف تعیین نمود و این مدت با توجه به نوع مال نیز می‌تواند متفاوت باشد. برای مثال اگر واهب مال خوراکی را هبه نماید مهلت اعتبار ممکن است تا چند ساعت بیشتر نباشد، ولی

اگر مال قابل بقا باشد این مهلت طولانی‌تر است. با این حال این مهلت به‌طور معمول طولانی‌تر از مدت اعتبار ایجاب می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۲). در هر صورت قبض تا زمانی امکان‌پذیر و معتبر است، که عرفاً بگوییم ایجاب و قبول باقی است و اذن به قبض و اهب نیز پابرجاست. در مورد هبه‌ی مالی که اکنون امکان قبض آن نیست ولی در آینده قبض آن ممکن می‌شود، اختلاف نظر وجود دارد. برخی هبه مال مغضوب به شخصی غیر از غاصب را صحیح نمی‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۲) که دلیل آن عدم امکان قبض است هرچند ممکن است اگر فرض امکان قبض آن مطرح شود پاسخ مثبت باشد. اما برخی با صراحت معتقدند که چیزی را که در آینده می‌توان تحویل داد هرچند اکنون قابل تحویل نباشد هبه آن صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۱). به نظر نگارنده مستند به اصل صحت و با عنایت به اینکه تا زمانی که مال موهوب به قبض داده نشده عقدی واقع نشده؛ همچنین در صورتی که واهب و متهب بر ایجاب و قبول خود باقی باشند و پس از اراده آنها قبض مال موهوب میسر باشد و واهب نیز اذن به قبض بدهد پس از قبض، باید چنین هبه‌ای را صحیح دانست. اما در صورتی که واهب و متهب علم به نقش قبض داشته باشند و از همان ابتدا اطمینان داشتند که قبض این مال ممکن نیست چون فاقد قصد هبه بوده‌اند، ایجاب و قبول آنها نیز در عالم حقوق اعتباری ندارد.

۸- انواع قبض

۸-۱- انواع قبض مال موهوب به اعتبار اراده متهب

۸-۱-۱- قبض صریح

گاهی واهب مال موهوب را به قبض متهب می‌دهد و متهب نیز با بیان اراده صریح آن را قبض می‌نماید. ممکن است واهب اقرار کند که متهب مال را قبض کرده است. در چنین مواردی هبه محقق و مال به مالکیت متهب درمی‌آید. به دلیل واضح بودن تکمیل عقد هبه و ایجاد مالکیت در قبض صریح کمتر محل اختلاف نظر بوده و توضیح بیش از این ضروری به نظر نمی‌رسد.

۸-۱-۲- قبض ضمنی

در قبض ضمنی متهب با عملی ضمنی مال موهوب را قبض می‌کند که باید از شواهد و قرائن به رضای او به قبض نیز پی برد. برای مثال مالی را که ماذون در قبض آن است در آن تصرفی نماید یا حتی بفروشد یا اجاره دهد (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۸۳)، این اقدام او به منزله رضای ضمنی به قبض و قبض ضمنی و تکمیل عقد هبه می‌باشد و به تبع آن صحت عقودی که به عنوان مالک واقع نموده نیز برداشت می‌شود. بر خلاف قبض صریح، در مورد قبض ضمنی چالش‌ها و اختلاف نظرهایی وجود دارد که لازم است مورد تحلیل حقوقی قرار گیرد.

یکی از موضوعات اختلافی این است که با توجه به نقش قبض در هبه، در فرضی که متهب با قبض ضمنی عمل حقوقی انجام می‌دهد، در صورتی که آن عمل حقوقی نظیر بیع یا اجاره‌ی مذکور باطل باشد، آیا باز هم می‌توان آن را به منزله‌ی قبض ضمنی دانست و هر چند عقود واقع شده باطل است، هبه را صحیح دانست؟

در پاسخ اختلاف نظر وجود دارد. نظر اول اینکه قبض در تمامی موارد بطلان بیع، به صورت صحیح واقع شده، زیرا قبض احتیاج به تصرف مادی از طرف متهب ندارد و ممکن است با هر فعلی محقق شود و یکی از آن افعال عقد باطل می‌باشد. هر چند بیع باطل هیچ اثری ندارد، ولی فعلی است که می‌تواند در حکم قبض باشد (امامی، ۱۳۷۵: ۴۰۷). این نظر در مواردی که متهب فاقد اهلیت بوده و به همین دلیل بیع باطل بوده را نمی‌توان پذیرفت زیرا در قبض نیز باید اراده و رضا وجود داشته باشد. نظر دیگر این که در هیچ‌یک از موارد بطلان، قبض ضمنی واقع نشده و هبه نیز تکمیل نگردیده است (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۸۳). در توجیه این نظر ممکن است مطرح شود که قبض ضمنی با تحقق عقد بیع بوده و وقتی که بیع باطل بوده بر آن هیچ اثری بار نمی‌شود و از طرف دیگر رضای به قبض مقید به وقوع بیع بوده و با منتفی بودن بیع، قبض نیز منتفی محسوب می‌شود. این نظر در صورتی کاملاً درست است که دلیل بطلان بیع یکی از عیوب اراده یا فقدان اهلیت متهب در مقام فروشنده باشد یا در امری که معلوم شود مورد هبه در اختیار متهب نبوده، که در عقد بیع مقدورالتسلیم بودن مبیع شرط است، ولی در سایر موارد نظیر نامشروع بودن جهت بیع (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۴)، یا قرار دادن شرط مجهولی که منجر به جهل به عوضین شود یا شرطی خلاف مقتضای ذات عقد بیع، هر چند در این موارد بیع باطل است، ولی قبض ضمنی محقق شده و مال در مالکیت متهب قرار گرفته است. بنابراین به نظر نگارنده باید قائل به تفکیک دلایل بطلان در هر موردی بود و هرگاه دلیل بطلان اهلیت باشد قبض ضمنی محقق نشده و در سایر موارد بطلان، اراده‌ی قبض ضمنی وجود داشته و قبض ضمنی محقق شده هر چند عقد متعاقب آن باطل باشد.

سوال کاربردی دیگر اینکه هرگاه متهب قبل از اینکه مال موهوب را قبض کند آن را تلف نماید، آیا این تلف به منزله‌ی قبض است یا اینکه از مال واهب تلف نموده است؟ کاربرد پاسخ به این سوال این است که اگر اتلاف توسط متهب را به منزله‌ی قبض بدانیم، با تلف مال موهوب، قبض محقق شده و مال در مالکیت متهب قرار می‌گیرد و اینکه تلف شده از مال خود متهب تلف شده است؛ اما در صورتی که تلف را به منزله قبض ندانیم مال همچنان در مالکیت واهب بوده و تلف مال توسط متهب موجب ضمان خواهد بود.

برخی از فقها تلف را قبض ندانسته و موجب ضمان می‌دانند (طباطبایی، ۱۴۱۴: ۱۶۸). مطابق این نظر تلف مال موهوب، قبض ضمنی محسوب نشده و متهب در مقابل واهب ضامن است زیرا فرض بر این است که مطابق اصل همچنان مال در مالکیت واهب باقی است. برخی به‌طور کلی تلف یا سبب تلف

شدن عین موهوبه توسط متهب را موجب بطلان هبه و ضمان متهب در برابر واهب می‌دانند، مگر اینکه واهب اجازه داده باشد که متهب مال موهوب را تلف نماید، در این صورت اتلاف آن، قبض تلقی می‌شود (امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۱). طبق این نظر فقط در صورتی که واهب اجازه اتلاف داده، اتلاف مال موهوب قبض محسوب می‌شود و اینکه آیا اجازه اتلاف را به اذن در قبض تعمیم دهیم مدنظرشان بوده یا خیر محل بحث است. ولی به نظر می‌رسد می‌توان چنین تعمیمی را نیز در بیان وی احراز نمود چون اذن واهب را ملاک قرار داده و به این موضوع نظر داشته نه تأکید بر اجازه واهب به اتلاف. برخی دیگر با این استدلال که در هبه قبض در ادامه ایجاب و قبول است و قبض باید با اذن واهب و رضای متهب باشد تنها در صورتی اتلاف را در حکم قبض می‌دانند، که هم واهب اذن به قبض داده باشد، هم متهب رضای به قبض داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۶). از نظر تحلیلی و با توجه به مطالبی که در مورد شرایط صحت قبض مطرح شد، باید نظر اخیر را پذیرفت که هم مأذون بودن متهب برای قبض و هم رضای متهب را، شرط در حکم قبض محسوب شدن تلف مال موهوب می‌داند. در نتیجه به نظر نگارنده هرگاه واهب اذن به قبض داده و متهب هم با رضای به قبض، مال موهوب را اتلاف نماید این اتلاف مال، به منزله قبض ضمنی است. بنابراین اگر اذن در قبض نداشته و مال موهوب را اتلاف نماید، ضامن است و اگر اذن در قبض داشته ولی تلف به قصد قبض و تصرف در آن نبوده، نمی‌توان چنین تلفی را به منزله قبض ضمنی دانست؛ برای مثال هرگاه بر اثر حادثه رانندگی و ناخواسته مال موهوب را تلف نماید قبض نخواهد بود و متهب ضامن است.

۸-۲-۱- انواع قبض به اعتبار نحوه قبض مال موهوب

در بین نویسندگان به این نوع تقسیم‌بندی توجهی نشده، اما با دقت در نحوه قبض مال موهوب به نظر می‌رسد، می‌توان قبض را به دو نوع قبض فیزیکی یا مادی و اعتباری نیز تقسیم نمود.

۸-۲-۱- قبض فیزیکی یا مادی

در اکثر موارد، قبض مال به صورت فیزیکی یا مادی است و واهب مال موهوب را به متهب تسلیم و متهب آن را می‌گیرد. با توجه به نقش قبض در هبه و اهمیت آن، قبض فیزیکی مال موهوب به عنوان یک اصل مطرح است؛ زیرا تا زمانی که قبض صورت نگرفته عقد تکمیل نمی‌شود.

۸-۲-۲- قبض اعتباری

در برخی موارد هبه، قبض فیزیکی مال موهوب مطرح نیست؛ با عنایت به نقش قبض در هبه به عنوان شرط صحت عقد، زمینه اختلاف نظر در برخی از موضوعات هبه ایجاد می‌شود. این موضوع در مورد رهن مال غیرمادی به دلیل ضرورت قبض برخی قائل بر این هستند که نباید برای قبض فیزیکی خیلی

سختگیری نمود (نیکوند، ۱۳۹۱: ۱۰۵)، هرچند در این مورد عنوان قبض اعتباری را مطرح نکردند و موضوع آن عقدهبه نیست در مورد عقد رهن است، با این حال می‌توان به کاربرد قبض اعتباری توجه نمود و با عنایت به هر عقدی و اهداف قانونگذار موضوع را تحلیل نمود. برخی از فقها و حقوقدانان قبض اعتباری را نیز پذیرفته‌اند، هرچند از این اصطلاح نامی نبرده‌اند ولی در عمل قبضی که به صورت فیزیکی نباشد را در فتاوی خود صحیح دانسته‌اند زیرا عرف نیز آن قبض را معتبر می‌داند. برای نمونه در هبه طلب به مدیون قبض مال موهوب اعتباری است. به‌ویژه اینکه اگر مستند طلب سند مکتوبی نباشد برای مثال چک صادر نشده باشد که با آن دین نیز منتقل شود. از نظر بسیاری از فقها (خمینی، بی‌تا: ۵۷؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۳ و ۱۶۵) و به تبع آن در حقوق ایران به موجب ماده ۸۰۶ قانون مدنی هبه طلب به مدیون به عنوان عقد هبه که نیاز به ایجاب و قبول و قبض دارد، پذیرفته شده و این پذیرفتن اعم از این است که بین طرفین سندی تنظیم شده یا نشده باشد. نتیجه اینکه به نظر نگارنده در چنین مواردی قبض هبه طلب، قبض اعتباری است که در فقه و عالم حقوق معتبر است.

همچنین در اعتبار بانکی و نحوه قبض و اقباض اعتبارها، با توجه به اینکه عرف نیز آثار مالیت برای چنین اعتباری قائل است با پذیرش اجتماع مالیت و سندیت راه برای تصحیح صدق قبض و اقباض انتقال الکترونیکی هموار می‌شود (محمودی، ۱۴۰۱: ۳۰). به نظر می‌رسد در چنین مواردی با پذیرفتن قبض اعتباری که عرف آن را می‌پذیرد به‌ویژه با صدور سند فیزیکی یا الکترونیکی می‌توان قائل به قبض اعتباری بود. بنابراین هر چند در عقد هبه قبض شرط صحت است و تا زمانی که مال قبض نشده مالکیت مال موهوب منتقل نمی‌شود. با این حال در رویه قضایی نیز برای نمونه در دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۲۸۵ ضمن اذعان به این موضوع پذیرفته شده که قبض مال، تنها مشمول موردی نیست که تصرفات مادی و فیزیکی متهب صورت گرفته باشد، بلکه همان سلطه و تسلط معنوی متهب به عنوان اساس قبض برای محقق شدن مالکیت متهب می‌باشد. در پرونده‌ای که متهب مال موهوب را به دیگری هبه کرده، دادگاه با احراز چنین انتقالی، سلطه معنوی برای این انتقال را به منزله صحت قبض دانسته و نظر داده که قبض معنوی محقق شده است (پژوهشگاه قوه قضائیه، بی‌تا). چنین استنباطی با اصول حقوقی و فقهی سازگاری دارد و به نظر نگارنده چنین رأیی به درستی صادر گردیده است. می‌توان در چنین مواردی قبض اعتباری را جاری و معتبر دانست. همچنین در مواردی که مال موهوب الکترونیکی باشد قبض آن به صورت فیزیکی و مادی انجام نمی‌گیرد و قبض عرفی و اعتباری ملاک است برای مثال شخصی نرم افزاری را به شما هبه کرده و آن را از طریق ایمیل یا سایت دریافت کردید و رمز ورود آن را دارید و می‌توانید همانند یک مالک از آن استفاده و در آن تصرف نمایید می‌توان چنین قبضی را قبض اعتباری دانست.

نتیجه گیری و پیشنهادات

با توجه به اهمیت قبض در عقد هبه بررسی شد که مفهوم قبض در هبه همان قبض عرفی مال در بیع است. همچنین برای انعقاد عقد هبه علاوه بر رعایت شرایط صحت ایجاب و قبول، برای صحت قبض نیز اذن واهب، رضای متهب، حیات طرفین و اهلیت واهب در زمان قبض مال موهوب شرط است. قاعده کلی این است که هرگاه مالی در قبض متهب باشد نیاز به اذن به قبض و قبض جدید نیست؛ اما با وجود اختلاف نظر در این پژوهش این نتیجه حاصل شد که باید بین آگاهی و جهل واهب به اینکه مال در قبض متهب است یا تصور کند که در تصرف خودش است تفاوت و تفکیک قائل شد. فرض اول اینکه در راستای پیشگیری از سوء نیت متهب و حفظ حقوق واهب، در صورتی که واهب از غصب و سوء نیت شخص آگاهی نداشته باشد و مالی که در تصرف شخص است را به وی هبه نماید باید قبض قبلی را فاقد اعتبار دانست، اما حالت دوم در فرض آگاهی واهب نیاز به اذن در قبض و قبض جدید نیست. با عنایت به اینکه قانونگذار هبه طلب به مدیون را صراحتاً پذیرفته و هبه طلب چیزی جز هبه کلی فی‌الذمه نیست می‌توان نتیجه گرفت که قانونگذار هبه کلی فی‌الذمه را نیز پذیرفته است؛ بدیهی است مالکیت با قبض محقق می‌شود و در هبه طلب قبض بلافاصله حاصل می‌شود و در سایر مصادیق کلی فی‌الذمه نیز قبض ضروری است. با تحلیل هدف قانونگذار و نگاه به تصرف عرفی مال موهوب با توجه به نقش قبض این نتیجه حاصل شد که هبه‌ی منفعت و حقوق، تحت عنوان عقد هبه صحیح نیست ولی با استناد به اصل صحت قراردادها دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد و در راستای احترام به اراده‌ی طرفین قرارداد، باید با احراز اراده‌ی طرفین آن را در قالب عقود دیگری نظیر عاریه یا عقود غیرمعین با رعایت ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح دانست. موضوع دیگر اینکه در نتیجه تحلیل‌های پژوهش با دو شرط می‌توان تلف مال توسط متهب را قبض ضمنی دانست یکی اینکه متهب اذن در قبض داشته باشد و دوم رضای متهب در تلف است؛ بنابراین اگر تلف ناخواسته و غیرارادی باشد متهب ضامن است. موضوع دیگر اینکه علاوه بر قبض فیزیکی یا مادی مال موهوب، باید قائل به صحت قبض اعتباری نیز بود. اثر قبض، تکمیل عقد و تحقق مالکیت بوده و اثر قبض عوض در هبه‌ی معوض، غیرقابل رجوع شدن هبه است. همچنین رجوع از اذن به قبض در صورتی که قبل از قبض باشد معتبر است، زیرا با توجه به نقش قبض در هبه هنوز عقد تکمیل نشده؛ اما در صورتی که قبض محقق شده باشد، رجوع از قبض فاقد اعتبار است.

موضوع اختلافی دیگر در مورد قبض مال موهوب مشاع توسط متهب است، همان‌گونه که استدلال شد با توجه به اثبات قبض اعتباری و اینکه عرف قبض مال مشاع را امکان‌پذیر می‌داند، نیاز به اذن شریک مشاعی برای قبض مال موهوب نخواهد بود. پیشنهاد می‌شود قانونگذار در راستای احترام به مالکیت واهب و اراده او و تحقق عنوان مالکیت مطلق واهب، ضمن تصریح به امکان هبه‌ی مال مشاع و قبض آن، ماده قانونی بدین شرح تصویب نماید: "مال موهوب می‌تواند مفروز یا مشاع باشد و در هبه‌ی مال مشاع، استیلاهی متهب بدون اذن شریک برای صدق قبض کافی است". اما راهکار دیگر که در

ارجحیت پیشنهادی دوم نگارنده قرار دارد اینکه قانونگذار اصل امکان هبه مال مشاع و الزام به قبض را در قالب ماده قانونی پیشنهادی تصریح نماید: "مال موهوب می‌تواند مفروز یا مشاع باشد و در صورت عدم رضایت قبض توسط شریک مشاعی، به شرط باقی بودن واهب به اذن در قبض و مطالبه‌ی متهب، حاکم آن را به قبض متهب می‌دهد." در نتیجه با عنایت به مطالبی که استدلال شد، تعریفی از عقد هبه که منطبق بر حقوق کشورمان باشد را می‌توان به طور خلاصه این‌گونه ارائه نمود: "هبه عقدی است مبنی بر تمیلک مجانی مال به دیگری."

منابع و مأخذ

کتاب

- ابن‌ادریس، محمدبن منصوربن احمد (۱۴۱۰ق). السرائرالحوای لتحریرالفتاوی، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خمینی، سیدروح‌الله موسوی (بی‌تا). تحریرالوسیله، ج ۲، قم: دارالعلم.
- خمینی، سیدروح‌الله موسوی (۱۴۲۴ق). توضیح المسائل (محشی - امام خمینی)، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۵). حقوق مدنی، ج ۲، تهران: اسلامیه.
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (للسبزواری)، ج ۲۱، قم: المنار.
- شهیداول، محمدبن مکی (بی‌تا). القواعد والفوائد، ج ۲، تهران: کتابفروشی مفید.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۲۲ق). حاشیه‌ی شرائع الإسلام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۶، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)، ج ۳، قم: داوری.
- طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نجفی، صاحب‌جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی، ج ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی‌یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی، قم: داوری.

- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهراسدی (۱۴۲۰ق). تحریرالأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه (ط-
الحديثه)، ج ۳، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهراسدی (۱۳۸۸ق). تذکره الفقهاء (ط-القدیمه)، قم: مؤسسه آل
البيت (ع).
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهراسدی (۱۴۲۱ق). تلخیص المرام فی معرفه الاحکام، قم: دفتر
تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهراسدی (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعۀ فی أحكام الشریعۀ، ج ۶، قم: دفتر
انتشارات اسلامی.
- عمید، حسن (۱۳۹۱). فرهنگ فارسی عمید، تهران: میلاد.
- فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. ج ۲،
قم: اسماعیلیان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). حقوق مدنی- عقود معین. ج ۳، تهران: گنج دانش.
- مجلسی اول، محمدتقی (۱۴۰۰ق). یک دوره فقه کامل فارسی. تهران: فراهانی.

مقالات

- بیکی شورکی، مهدی، امیرمحمدصدیقیان و سیدجعفرهاشمی باجگانی، «اسقاط حق رجوع از هبه در
حقوق ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۹، دوره ۲۵، آذر، ۱۴۰۱. صفحه ۴۱۷-۳۹۵.
- بیکی شورکی، مهدی، امیرمحمدصدیقیان و سیدجعفرهاشمی باجگانی، «تحلیل مبانی لزوم و جواز
عقد هبه در فقه امامیه و حقوق ایران»، فصلنامه مطالعات میان رشته ای فقه، شماره ۱۳. زمستان،
۱۴۰۲، صفحه ۱۰۴-۸۹.
- بیکی شورکی، مهدی، امیرمحمدصدیقیان و سیدجعفرهاشمی باجگانی، «مبنای حق رجوع از هبه و
شرایط صحت اعمال آن»، اولین کنفرانس بین المللی حقوق، علوم سیاسی، سیاست اسلامی و فقه
اسلامی، ۱۴۰۲.
- صفری، یداله و پریسا هوشمندپور، «بررسی قبض در عقد هبه و آثار آن از نظر فقه و حقوق موضوعه
ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرمی، ۱۳۹۴.
- مجاهد، افشین و امیرمحمدصدیقیان، «آثار قبض و رجوع در عقدهبه از منظر فقه امامیه و حقوق
ایران»، تمدن حقوقی، دوره ۵، شماره ۱۱، تابستان، ۱۴۰۱.
- محمودی، سیدعلی، «بررسی فقهی صدق قبض و اقباض بر انتقال الکترونیکی اعتبار بانکی»،
پژوهه‌های فقهی تا اجتهاد، سال ششم، شماره ۱۲، پاییز و زمستان، ۱۴۰۱.

- میرشکاری، عباس و محمد حسامی، «هبه مال مشاع در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۱، سال بیست و یکم، بهار و تابستان، ۱۳۹۹.
- نیکوند، شکراله، «رهن اموال غیرمادی در حقوق ایران»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری(دانشنامه حقوق و سیاست)، شماره ۱۷، بهار و تابستان، ۱۳۹۱.

منبع الکترونیکی

- پژوهشگاه قوه قضائیه. بی‌تا. سامانه ملی آرای قضایی. <http://j.ijri.ir/SubSystems/Accounting/login/>.



The place and role of possession in the Hiba contract

Mahdi Beiki shouroki *
Amirmohammad Sediqian **
Seyyed jafar Hashemi bajgani ***

Abstract

One important issue in Hiba contract is the possession of the donated property. It is necessary to consider this subject due to the lack of explicitness of the legislator in some cases and differences in jurisprudence and law, including the possession role in determining the subject of Hiba, the issue of constructive possession, revocation of permission in possession, and possession of shared property. This research used a descriptive-analytical method and reliable jurisprudential, legal, and judicial sources. The result is that possession position and the validity conditions of possession are the donor's permission, the donee's consent, and the life of both parties, and the legal capacity of the donor at the time of possession. Besides explicit and implicit possession according to the donee's will; it seems that based on the customary possession, spiritual authority of donee and the sovereignty principle of the owner's will, we can divide the possession into physical and constructive one. The possession effect is the contract completion and ownership realization; and the possession effect of exchange in the exchangeable Hiba is the irrevocability of it. Regarding the possession role, the free transfer of benefits is not Hiba, but a valid contract based on the principle of freedom of contracts. Also, revoking the permission for possession is valid if it is before and is invalid after it. An important point is that the possession of shared property, in the refusal of the co-owner, constructive possession can be accepted; at least, giving possession by the judge is desirable.

Key Words

Possession, Hiba, Donated property, Donor, Donee.

* PhD in (private law). lecturer Maybod Branch, Islamic Azad University, Maybod, Iran. (Corresponding Author): mahdi_Beiki@yahoo.com

** Department of Law. Maybod Branch, Islamic Azad University. Maybod. Iran. asediqian@yahoo.com

*** Department of Law. Maybod Branch, Islamic Azad University. Maybod. Iran. sjafarhashemi@gmail.com