

آثار شرط عوض بر عقود رایگان تملیکی^۱

علمی - پژوهشی

سمیه ظهوری *

حمید ابهری **

فخرالدین اصغری آقمشهدی ***

چکیده

از میان عقود رایگان تملیکی متعددی که در قانون مدنی از آن‌ها یاد شده تنها در عقد هبه از امکان قرار دادن شرط عوض ضمن آن بحث گردیده و در سایر عقود مجانی چیزی بیان نشده است. ولی نویسندگان حقوقی با توجه به ماده ۸۰۱ امکان درج شرط عوض را در همه عقود رایگان تملیکی پذیرفته‌اند. مطابق قواعد عمومی اصولاً شرط ضمن عقد تأثیری بر عقد ندارد و تنها شرط است که از عقد اثر می‌پذیرد و با انحلال آن از بین می‌رود. اما این اصل کلی در عقود رایگانی که ضمن آن‌ها شرط عوض می‌شود با تردید روبرو است. زیرا با دقت در برخی مواد قانون مدنی می‌توان دریافت که شرط عوض در برخی موارد بر عقد رایگان تأثیر می‌گذارد و حتی موجب تغییر ماهیت عقد می‌گردد. لذا این پژوهش با رویکرد بررسی آثاری که از درج شرط عوض بر عقود رایگان تملیکی ایجاد می‌شود با مطالعه کتب فقهی و حقوقی و همچنین قانون مدنی به بیان این آثار می‌پردازد.

کلید واژه‌ها: اثر، شرط عوض، عقد رایگان، هبه معوض.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۹/۰۴/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۲۰

* استادیار، گروه حقوق و الهیات، دانشگاه گلستان، گرگان، ایران (نویسنده مسؤول) s.zohuri@gu.ac.ir

** استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکاه مازندران، بابلسر، ایران. hamid.abhary@gmail.com

*** استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکاه مازندران، بابلسر، ایران. f.asghari@umz.ac.ir

۱- مقدمه

با بررسی عقود معین مالی بیان شده در جلد اول قانون مدنی مشاهده می‌شود که تعدادی از این عقود جز عقود غیر معوض به شمار می‌روند. در بعضی از این عقود قانونگذار به صراحت به مجانی بودن آن‌ها اشاره نموده است مانند ودیعه، عاریه، هبه و وصیت. در برخی دیگر مثل عقد صلح گفته شده که این عقد می‌تواند به صورت غیر معوض هم منعقد شود (ماده ۷۵۷ قانون مدنی). اما بعضی دیگر از عقود هستند که در قانون چیزی در خصوص معوض یا بلاعوض بودن آن‌ها نیامده مثل کفالت ولی نویسندگان حقوقی بیان کرده‌اند که این عقد مجانی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۶۶، کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۴، ۴۴۴، امامی، ۱۳۶۴، ۲، ۳۰۴). گروهی دیگر از قراردادها نیز هستند که به عقیده برخی حقوقدانان هم می‌توانند معوض باشند و هم غیر معوض مانند قرارداد واگذاری حق ارتفاق و حق انتفاع (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۲۷۵، کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۱۳، صفایی، ۱۳۹۳، ۱، ۲۷۶). با بررسی این عقود مشخص می‌گردد که اوصاف و آثار برخی از آن‌ها با بقیه متفاوت است، بنابراین لازم است برای بیان بهتر آثار این عقود آن‌ها را طبقه‌بندی نمود. یکی از تقسیم‌بندی‌هایی معمول که برای عقود صورت می‌گیرد تقسیم آن‌ها به تملیکی و عهدی است. منظور از عقد تملیکی عهدی است که موجب انتقال و ایجاد حقوق عینی می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱، ۷۶، شهبازی، ۱۳۸۵، ۶۲). مطابق این تعریف عقد تملیکی به دو دسته تقسیم می‌شود؛ برخی عقود رایگان تملیکی ناقل حق عینی هستند یعنی موجب انتقال حق مالکیت از یک طرف به طرف دیگر می‌شود مثل هبه، وصیت و صلح بلاعوض. اما بعضی دیگر از عقود مجانی تملیکی موجد حق عینی می‌باشند یعنی مالک در آن‌ها یکی از اقسام حقوق عینی (غیر از مالکیت) را برای شخص یا اشخاصی ایجاد می‌نماید مثل قراردادهای واگذاری حق انتفاع، حق ارتفاق و رهن. برخی از عقود رایگان نیز هستند که جز عقود تملیکی به شمار نمی‌روند و باید آن‌ها را در دسته عقود عهدی قرار داد. منظور از عقد عهدی عهدی است که بدون این که نقل مالکیت کند موجب بروز تعهد برای یک طرف یا هر دو طرف عقد می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴، ۲۵۸۴). از جمله عقود رایگان عهدی مذکور در قانون مدنی می‌توان به عقد کفالت، عاریه، ودیعه و وکالت اشاره نمود.

قانون مدنی در ماده ۸۰۱ امکان شرط عوض در هبه را پذیرفته است و هبه معوض را صحیح دانسته و

همین امر موجب شده که حقوقدانان با وحدت ملاک از ماده مذکور بیان کنند که در تمامی عقود بلاعوض (به جز وقف) می‌توان شرط عوض درج نمود. زیرا با قرار دادن عوض در این قراردادها ماهیت آن‌ها تغییر نمی‌کند و عوض در مقابل تعهد اصلی قرار نمی‌گیرد. بلکه عوض به صورت شرط و به عنوان یک تعهد تبعی و فرعی بر عهده مشروط علیه گذاشته می‌شود. مطابق قواعد عمومی، قرار دادن شرط در ضمن عقد رایگان باعث می‌شود که شرط از حیث وجود و آثار تابع عقد قرار گیرد به طوری که در صورت انحلال عقد آن نیز منحل شود. در عقود معوض اصولاً درج شرط عوض ضمن عقد تأثیری بر عقد معوض ندارد اما در عقود رایگان این پرسش مطرح می‌شود که آیا شرط عوض بر این عقود تأثیر می‌گذارد؟ یعنی آیا تغییری در ماهیت عقد رایگان با درج شرط عوض ایجاد می‌شود؟ آیا وجود شرط عوض موجب می‌شود که در آن‌ها نیز مانند عقود معوض خیار غبن ایجاد گردد؟ این پژوهش با رویکرد پاسخگویی به این سوالات به بررسی آثاری که از درج شرط عوض بر عقد رایگان تملیکی وارد می‌شود می‌پردازد. اما پیش از بیان آثار شرط عوض بر عقود رایگان تملیکی ضروری است که تعریفی از شرط عوض ارائه شود و تفاوت آن با عقد معوض بیان گردد. لذا نخست این موضوع مورد بررسی واقع می‌شود و سپس اثر شرط عوض بر عقود رایگان مورد مذاقه قرار خواهد گرفت.

۱- مفهوم شرط عوض

منظور از شرط عوض ضمن عقود رایگان، قراردادی است که به موجب آن یکی از متعاقدين تعهد به دادن مال یا انجام کاری برای طرف مقابل می‌کند. یعنی شخصی که عقد رایگان به نفع او منعقد گشته به منظور جبران احسانی که به او شده اقدام به دادن مال یا انجام کاری به متعهد قرارداد مجانی می‌نماید. برای مثال در ضمن هبه خانه ای شرط می‌شود که متهد اتومبیل خود را به واهب ببخشد و یا آن که آپارتمان او را نقاشی کند.

اگر چه از ظاهر ماده ۸۰۱ قانون مدنی که مقرر داشته در هبه می‌توان شرط نمود که مالی مجانا به واهب تملیک شود و یا عملی به صورت بلاعوض انجام گیرد، ممکن است برداشت شود که عوض باید عمل مادی یا حقوقی مجانی باشد. لیکن باید دست از این ظاهر شست و مواردی که در این ماده بیان شده را از باب غلبه دانست زیرا شیوه مرسوم و معمولی قرار دادن شرط ضمن عقد رایگان این است که در برابر احسانی که یک طرف به دیگری می‌کند او نیز احسانی متقابلاً به وی بنماید. بنابراین منافاتی

ندارد که موضوع شرط یک عقد معوض قرار گیرد یعنی برای مثال ضمن هبه فروش یا اجاره آپارتمان متهب به واهب شرط شود.

۲- آثار شرط عوض بر عقود رایگان تملیکی

۱-۳- از بین رفتن حق رجوع

یکی از بارزترین نمونه‌های عقد رایگان تملیکی عقد هبه است. ماده ۷۹۵ قانون مدنی در تعریف هبه مقرر می‌دارد «هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می‌کند». قانون مدنی در عقد هبه به مالک (واهب) اجازه رجوع به عین موهوبه را داده است ولی استثنائاتی نیز برای آن ذکر کرده که یکی از آن‌ها موردی است که هبه معوض باشد. اما قبل از بیان اثر شرط عوض در از بین بردن حق رجوع ضروری است، نخست ماهیت رجوع بیان شود و پس از آن تفاوت رجوع با فسخ، سپس اصل قابل رجوع بودن و در نهایت عدم امکان رجوع در صورت معوض بودن هبه بحث گردد. لذا ذیلاً هر یک از این موارد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۱-۳- ماهیت رجوع

برای شناسایی ماهیت رجوع باید به دو سوال پاسخ داده شود؛ اول آن که رجوع جز اعمال حقوقی است یا واقعه حقوقی؟ دوم این که در صورتی که عمل حقوقی باشد عقد محسوب می‌شود یا ایقاع؟. در خصوص سوال نخست میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد و اکثریت فقها در بحث رجوع مرد در طلاق بیان کرده‌اند که برای تحقق رجوع نیاز به تقدم نطق و نیت رجوع نیست و لذا گر مرد اعمالی را انجام دهد که رجوع محسوب می‌شود اگر چه قصد رجوع هم نداشته باشد رجوع محقق می‌شود (اسدی حلی، ۱۴۲۰، ۴، ۷۱، سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۶، ۱۵۹). در مقابل عده ای دیگر از فقها معتقدند که تحقق رجوع نیاز به قصد دارد و بدون قصد، رجوع محقق نمی‌شود (حلی، ۱۳۸۷، ۳، ۳۲۵، اسدی حلی، ۱۴۱۳، ۳، ۱۳۴). در حقوق نیز نویسندگان حقوقی اتفاق دارند که رجوع عمل حقوقی محسوب می‌شود و نیاز به قصد و اراده دارد و بدون قصد رجوع واقع نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳، ۸۱، امامی، ۱۳۶۴، ۵، ۶۸ محقق داماد، ۱۳۸۷، ۴۳۱). قانون مدنی با پذیرش نظر اقلیت فقیهان امامیه وجود قصد انشاء و اراده برای رجوع را لازم دانسته است. ماده ۱۱۴۹ در این باره مقرر نموده است «رجوع در طلاق به هر لفظ و فعلی حاصل می‌شود که دلالت بر رجوع کند مشروط بر این که مقرون به قصد رجوع باشد». بنابراین از منظر

قانونی نیز رجوع یک عمل حقوقی است و نیاز به اراده و قصد دارد و در صورتی که افعال و یا الفاظی که دلالت بر رجوع می‌کند بدون قصد رجوع مورد استفاده قرار گیرند رجوع محقق نخواهد شد. در مورد سوال دوم باید گفت که رجوع را باید ماهیتاً یک ایقاع تلقی نمود زیرا ایجاد آن تنها به اراده رجوع کننده نیاز دارد و اراده طرف مقابل در تحقق آن هیچ نقشی ندارد (امامی، ۱۳۶۴، ۲، ۴۰۲، کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۷۰۷). بنابراین در رجوع احتیاجی به تراضی نیست و با یک اراده واقع می‌شود. ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی نیز به خوبی این موضوع را بیان می‌کند، به موجب ماده مزبور «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است». پس رضایت یا مخالفت زن در رجوع از طلاق هیچ نقشی ندارد و تنها اراده مرد برای رجوع کفایت می‌کند.

۲-۱-۳- تفاوت رجوع با فسخ

اگر چه رجوع نیز مانند فسخ، ایقاع به شمار می‌رود و موجب انحلال عقد می‌شود و آثار آن ناظر به آینده است ولی از یکدیگر متمایز هستند. تفاوت‌های آن‌ها را می‌توان به شرح ذیل خلاصه نمود:

۱- فسخ تنها در خصوص انحلال عقد به کار می‌رود ولی رجوع اصطلاح عام‌تری است و موجب انحلال عقد و ایقاع می‌شود و به علاوه در نهادهای حقوقی مثل لعان و شهادت نیز مطرح است (خسروی و دیگران، ۱۳۹۵، ۱۵۶).

۲- رجوع قائم به شخص است و قابل انتقال نیست. یعنی نه می‌توان به طور ارادی و با قرارداد آن را به دیگران منتقل نمود و نه پس از فوت به طور قهری به ورثه منتقل می‌شود. در حالی که فسخ به عنوان حقوق مالی هم قابل انتقال ارادی است و هم پس از فوت به میراث می‌رسد (ره پیک، ۱۳۸۷، ۲، ۱۷۳).

۳- متعلق فسخ با متعلق رجوع متفاوت است به این معنا که متعلق فسخ یک رابطه حقوقی است و با آن رابطه حقوقی را منحل می‌شود. در حالی که متعلق رجوع موضوع یا مورد معامله است یعنی در آن رجوع کننده مستقیماً به موضوع عقد رجوع می‌کند. به همین دلیل اگر موضوع معامله تلف شده باشد دیگر رجوع ممکن نیست ولی امکان فسخ عقد وجود دارد چون فسخ ناظر به موضوع معامله نیست و اصل عقد و رابطه حقوقی را منحل می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳، ۸۹، ره پیک، ۱۳۸۷، ۲، ۱۷۳).

۳-۱-۳- اصل قابل رجوع بودن هبه

بسیاری از فقها در عقد هبه اصل قابلیت رجوع برای واهب را پذیرفته‌اند و می‌گویند که رجوع در هر هبه‌ای حتی پس از قبض نیز جایز است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷، ۲، ۲۷۹، محمدی، بی تا، ۲، ۱۲۷،

مشکینی، بی تا، ۵۵۲). زیرا هبه عقدی جایز است و به موجب قاعده کلی موجود در عقود جایز واهب می‌تواند در هر زمانی به آن رجوع کند.

قانون مدنی اگرچه در عقد هبه به صراحت به جایز بودن آن اشاره نکرده، ولی به تبعیت از نظر فقها در هبه اصل قابل رجوع بودن را پذیرفته و در ماده ۸۰۳ این موضوع را بیان نموده است. به موجب ماده مزبور «بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند ...». بنابراین به نظر نویسندگان قانون مدنی هبه عقدی جایز و قابل رجوع است. اما استثنائات فراوانی که در ماده ۸۰۳ و مواد دیگر قانون مدنی بیان شده موجب گردیده که برخی مولفین حقوقی برخلاف ظاهر امر، اصل را در هبه بر عدم رجوع گذارند (ره پیک، ۱۳۸۷، ۲، ۱۶۷). یعنی به عقیده ایشان هبه عقدی لازم و غیر قابل رجوع است و فقط در موارد استثنایی که قانونگذار اجازه داده حق رجوع وجود دارد. اما این نظر دارای ایراد است و کثرت استثنائات نباید باعث ایجاد تردید شود و اصل قابل رجوع بودن هبه را از بین ببرد. چون اگر اصل بر عدم رجوع هبه باشد باید تمام مصادیق هبه را لازم دانست مگر مواردی که به صراحت قانون، در آن‌ها امکان رجوع وجود دارد. در حالی که این نظر با ظاهر قانون مدنی و قول مشهور فقها ناسازگار و مخالف است. بنابراین می‌بایست در اعمال استثناء تنها به قدر متیقن اکتفا نمود و صرفاً مواردی که به صراحت در قانون بیان شده را موجب از بین رفتن حق رجوع دانست و در موارد مشکوک اصل قابل رجوع بودن هبه را اعمال نمود. بسیاری از فقها در عقد هبه اصل قابلیت رجوع برای واهب را پذیرفته‌اند و می‌گویند که رجوع در هر هبه‌ای حتی پس از قبض نیز جایز است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷، ۲، ۲۷۹، محمدی، بی تا، ۲، ۱۲۷، مشکینی، بی تا، ۵۵۲). زیرا هبه عقدی جایز است و به موجب قاعده کلی موجود در عقود جایز واهب می‌تواند در هر زمانی به آن رجوع کند.

۴-۱-۳- عدم امکان رجوع در صورت معوض بودن هبه

در متون فقهی به طور کلی هبه به دو دسته تقسیم می‌شود؛ قسم اول هبه‌ای است که در آن برای مالک حق رجوع وجود دارد و گروه دوم هبه‌هایی هستند که در آن‌ها مالک حق رجوع ندارد (طوسی، ۱۴۰۰، ۶۰۲، طرابلسی، ۱۴۰۶، ۲، ۹۴). یکی از مصادیق دسته دوم هبه مشروط به عوضی است که نسبت به اجنبی یا غیر ارحام صورت گرفته و عوض آن نیز اعطا شده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۲۲، ۱۹۴، بهبهانی، ۱۳۱۰، ۱۳۰). دلیل حکم مزبور روایتی است که در آن امام صادق علیه السلام فرمودند: هرگاه در هبه عوضی به مالک داده شود برای او دیگر حق رجوع وجود ندارد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۹، ۲۴۲).

بنابراین اگرچه اصل بر جایز بودن عقد هبه و امکان رجوع واهب است، ولی در فرضی که هبه مشروط به عوض باشد و عوض نیز داده شده باشد، به استناد روایت مزبور دیگر برای واهب حق رجوع به مال موهوبه وجود ندارد. در حقیقت حکم تعبدی که از کلام معصوم در روایت مذکور برداشت می‌گردد، مانع از جواز رجوع واهب در هبه معوض می‌شود.

قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه، اگرچه در ماده ۸۰۳ اصل قابل رجوع بودن هبه را پذیرفته، ولی در ذیل ماده مزبور مواردی را ذکر می‌کند که در آنها مالک حق رجوع ندارد. یکی از این موارد که در بند ۳ بیان شده آن است که «هبه معوض باشد و عوض هم داده شده باشد». بنابراین ملاحظه می‌شود که در هبه‌ای که قابلیت رجوع در آن وجود دارد شرط عوض تاثیر می‌گذارد و اصل جایز بودن هبه را از بین می‌برد. زیرا قاعده جواز هبه تا جایی است که تنها احسان و تبرع از سوی واهب صورت گرفته باشد و او در ازای مالی که از دارایی وی خارج می‌گردد چیزی دریافت ندارد. اما در جایی که هبه معوض است، در قبال مالی که به متبهب بخشیده می‌شود، مالی به واهب تملیک می‌شود و یا عملی برای او انجام می‌گیرد، لذا باید همانند عقود معوض در این مورد برای واهب حق رجوع در نظر نگرفت. چون پذیرش امکان رجوع برای واهب با حق متبهب در تضاد قرار خواهد گرفت، زیرا او در قبال تملیکی که به وی انجام شده مالی پرداخت نموده و یا عملی را انجام داده است و حق رجوع به عوض را نیز ندارد. پس این که واهب در صورت معوض بودن هبه حق رجوع ندارد با عقل و منطق نیز سازگار است و شاید همین دلیل موجب شده که امام معصوم در هبه معوض برای واهب حق رجوع قائل نشود.

البته باید توجه نمود که حکم عدم جواز رجوع واهب در جایی است که عوض به واهب داده شده باشد. بنابراین اگر متبهب به مفاد شرط عمل نکند و عوض را به واهب یا هر شخصی که در قرارداد تعیین شده ندهد، واهب حق رجوع به عین موهوبه را به موجب اصل جواز هبه خواهد داشت. لذا صرف شرط عوض در ضمن هبه، موجب از بین رفتن حق رجوع نمی‌گردد.

۲-۳- ایجاد خیار غبن

به عقیده برخی فقها یکی دیگر از آثاری که شرط عوض بر عقود رایگان می‌گذارد این است موجب ایجاد خیار غبن می‌گردد. لذا ذیلاً نخست نظریه مزبور بیان می‌شود و سپس صحت و سقم آن بررسی خواهد شد.

۱-۲-۳- نظریه ایجاد خیار غبن در هبه معوضه

به عقیده بعضی از فقهبانان خیار غبن در کلیه معاملات و از جمله هبه معوض جاری می‌شود چون دلیل عمده خیار غبن که نفی ضرر و عسر و حرج است در همه عقود وجود دارد (گیلانی، ۱۴۱۳، ۲، ۱۵، نراقی، ۱۴۲۲، ۱، ۴۱۰). یعنی به زعم این گروه در مطلق هبه خیار غبن راه ندارد چون تملیک به طور مجانی صورت می‌گیرد و در ازای آن چیزی داده نمی‌شود اما در فرضی که شرط عوضی ضمن هبه می‌شود باید همانند تمامی عقود تعادل و تساوی میان قیمت دو موضوع وجود داشته باشد و الا به موجب قاعده لاضرر خیار غبن برای طرف مغبون ایجاد خواهد شد. اما این نظر مورد تردید قرار گرفته و بیان شده جریان خیار غبن در هبه مشروط به عوض مشکل است (سیوری حلی، ۱۴۰۳، ۹۵). زیرا خیار غبن از احکام معاوضات است و تنها در عقود معاوضی که عرفاً به تساوی عوضین نیاز دارد جاری می‌شود و در عقود رایگان و مبتنی بر تسامح راه ندارد (نجفی، ۱۴۲۷، ۱۴۷، غروی نائینی، ۱۳۷۳، ۲، ۸۶) بنابراین چون نمی‌توان هبه معوضه را مبادله و معاوضه حقیقی محسوب نمود، لذا خیار غبن در آن ایجاد نمی‌گردد (امامی خوانساری، بی تا، ۳۸۶). زیرا خیار غبن در معاوضاتی جریان دارد که بنای نوعی طرفین در آن‌ها بر دقت و عدم مغایرت باشد. لذا در معاملات و عقود که در آن تسامح و تساهل وجود دارد، مانند هبه معوض و صلح در مقام رفع تنازع، خیار غبن جاری نمی‌شود. زیرا مبنای خیار غبن شرط ضمنی وجود تساوی میان عوضین است و در عقود که بنای طرفین در آن مبتنی بر مسامحه و مساهله است، چنین شرطی مفروض نیست.

در قانون مدنی، چیزی در خصوص وجود خیار غبن در هبه معوض نیامده است و همین امر سبب شده در میان مولفین حقوقی نیز اختلاف نظر مشاهده شود. مثلاً برخی از نویسندگان حقوقی گفته‌اند که خیاراتی مثل غبن مخصوص معاملات معوض‌اند و در عقود غیر معوض مثل هبه غیر معوضه، وقف و حق انتفاع جریان ندارد (طاهری، ۱۴۱۸، ۴، ۱۲۱). اگر چه ایشان به صراحت بیان نمی‌کنند که در هبه معوض خیار غبن ثابت است، ولی از این قسمت از کلام ایشان که می‌گویند در هبه غیر معوض خیار غبن جاری نمی‌شود، این مطلب برداشت می‌گردد که در هبه معوض خیار غبن جریان دارد.

در مقابل، عده‌ای دیگر از حقوقدانان بیان کرده‌اند که خیار غبن «ویژه عقود معوض است و در عقود مجانی حتی اگر با شرط عوض همراه باشد مورد ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱، ۱۰، ره پیک، ۱۳۸۷، ۲، ۱۶۹).

۲-۲-۳- اثبات عدم جریان خیار غبن در هبه معوض

با توجه به اختلاف نظر موجود در خصوص ایجاد خیار غبن در هبه معوض به نظر می‌رسد نظر کسانی که خیار غبن را در هبه معوض جاری نمی‌دانند ارجحیت داشته باشد زیرا؛

۱- از جمله عناصر ایجاد خیار غبن این است که عقد معوض مالی مثل بیع یا اجاره واقع شود و این عقد از عقود مغاینه باشد نه از عقود مخاطره، مسامحه و محاباتی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۳۱۸ و ۴۴۶، اصغری آقمشهدی و دیگران، ۱۳۹۳، ۱۳). در حالی که هبه حتی در صورت معوض بودن از عقود معوض و مغاینه ای محسوب نمی‌شود چون بنای طرفین در هبه معوض کسب سود و نفع محض نیست و قصد احسان در آن بر به دست آوردن منفعت غلبه دارد.

۲- هبه طبیعتاً عقدی غیر معوض است (امامی، ۱۳۶۴، ۱، ۴۸۶) و مشروط نمودن آن به عوض در ساختمان فنی عقد رایگان و طبیعت و آثار آن تغییری نمی‌دهد. در حقیقت هبه معوض متشکل از دو بخشش (هبه) رایگان است که در یک عمل حقوقی جمع شده است. بنابراین عدم تعادل میان این دو به اقتصاد قراردادی لطمه‌ای نمی‌زند و ضرری را وارد نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۵، ۱۸۰).

۳- یکی از عواملی که خیار غبن تنها در عقود معوض مالی ایجاد می‌شود این است در عقود معوض دو عوض در مقابل هم قرار گرفته‌اند و وجود هر یک وابسته به وجود دیگری است و بطلان یکی در دیگری اثر می‌گذارد. در حالی که در هبه با شرط عوض در رابطه میان عوض دو هبه حالت معاوضه و مقابله وجود ندارد و هبه دوم در مقابل هبه اول قرار نگرفته است و به همین دلیل بطلان هبه دوم در هبه اول تاثیر نمی‌گذارد و آن را باطل نمی‌کند. در حقیقت رابطه میان دو هبه در هبه معوض به صورت اصل و فرع است یعنی هبه اول اصل و هبه دوم فرعی محسوب می‌شود و تبعی بودن هبه دوم موجب شده که وجودش وابسته به تعهد اصلی (هبه اول) باشد. در حالی که در عقود معوض هر یک از دو عوض جز تعهدات اصلی محسوب می‌گردند و وجودشان وابسته به هم است.

۴- هبه اصولاً به قصد احسان و تبرع ایجاد می‌شود و واهب بدون انگیزه و چشم داشت مادی اقدام به هبه مال خود به متهد می‌نماید. متهد نیز معمولاً برای این که از بار منت این تملیک رایگان بیرون برود در اقدامی مقابل حاضر به انجام کاری برای واهب یا بخشش مالی به وی می‌گردد.^۱ بنابراین در هبه

^۱ - چون مستحب است که در برابر کار خیر به مثل یا کمتر از آن عمل شود (سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۵، ۲۴۶) خداوند متعال نیز در آیه ۶۰ سوره الرحمن می‌فرماید «هل جزاء الاحسان الا الاحسان».

مشروط به عوض نیز قصد احسان یا تبرع وجود دارد و همین عنصر سبب می‌گردد که خیار غبن در آن جریان نیابد.

۵- این که برخی از فقها دلیل عمده خیار غبن را نفی ضرر دانسته و به استناد این موضوع غبن را در کلیه عقود و از جمله هبه معوض جاری دانسته‌اند نیز دارای ایراد است. زیرا اولاً در مورد این که لزوماً دلیل خیار غبن، نفی ضرر باشد اجماع وجود ندارد، چون به نظر بعضی از فقها، دلیل خیار غبن شرط ضمنی است نه نفی ضرر. ثانیاً حتی اگر بتوان خیار غبن را به دلیل نفی ضرر و ضرر در شریعت توجیه کرد، باید به این نکته نیز توجه نمود که فقیهان ضرر در معامله‌ای را موجه و مورد پذیرش ندانسته‌اند که قابل تعابین و تسامح نباشد (طباطبایی حائری، بی تا، ۱، ۵۲۵، انصاری، ۱۴۱۴، ۱۱۷) در حالی که هبه معوض جزء عقود تسامحی محسوب می‌شود. بنابراین نمی‌توان به استناد قاعده نفی ضرر در هبه معوض خیار غبن را جاری ساخت.

بدین ترتیب در هبه معوض خیار غبن جریان نمی‌یابد زیرا از جمله شرایط جاری شدن غبن در معامله‌ای، معوض بودن آن است. این در حالی است که عوض در هبه معوض موجب تغییر ماهیت هبه نمی‌شود و آن را تبدیل به عقد معوض نمی‌کند و هبه علی‌رغم وجود عوض در آن همچنان مجانی است.

۳-۳- تبدیل عقد جایز به لازم

یکی دیگر از آثاری که از درج شرط عوض در عقود رایگان تملیکی ایجاد می‌شود تبدیل عقد از جایز به لازم است. اما قبل از بررسی این اثر لازم است عقود رایگان تملیکی جایز شناخته شود. لذا نخست به بیان عقود جایز رایگان پرداخته می‌شود سپس اثر شرط عوض در این عقود مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۳-۳-۱- مصادیق عقود رایگان تملیکی جایز

عقود هبه، صلح بلاعوض، وصیت تملیکی، حق انتفاع، وقف، حق ارتفاق و رهن جز عقود رایگان تملیکی به شمار می‌روند. در میان این عقود صلح بلاعوض و وقف عقد لازم هستند چون قانونگذار به صراحت به لزوم آن‌ها اشاره کرده است. عقد رهن نیز به صراحت قانون نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است، ولی در باقی عقود چیزی در قانون در خصوص لزوم یا جواز آن‌ها بیان نشده است. اما در خصوص وصیت تملیکی باید این نکته را یادآور شد که چون به موجب قانون وصیت تملیکی تنها با فوت موصی و قبول موصی له پس از فوت موصی منعقد می‌شود لذا تا قبل از فوت بحث از امکان لازم شدن عقد بی

مورد است زیرا در آن زمان هنوز عقد به طور کامل منعقد نشده است و مانند یک ایجاب است که قابل رجوع می‌باشد. بنابراین در این قسمت تنها به بررسی جواز یا لزوم سه عقد هبه، حق انتفاع و حق ارتفاق پرداخته می‌شود. پس از اثبات جواز این عقود اثر شرط عوض در لازم شدن آن‌ها بیان خواهد گردید.

الف - اثبات جواز عقد هبه

در خصوص این که هبه عقدی جایز به شمار می‌رود یا لازم میان فقها و مولفین حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد. به عقیده گروهی هبه عقد لازم محسوب می‌شود که در برخی موارد جواز بر آن عارض شده است مثل بیع که در آن خیار عیب و غبن وجود دارد. به علاوه عقد جایز با امر خارجی مثل شرط لازم می‌شود ولی آن چه که در هبه موجب سقوط حق رجوع می‌شود به علت خارجی نیست. همچنین عقود جایز با عارض شدن جنون و فوت منفسخ می‌شوند در حالی که در هبه خلاف این است و این دلایل نشانه لزوم عقد هبه است (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۸، ۱۹۳، عاملی، ۱۴۱۳، ۶، ۹، ره پیک، ۱۳۸۷، ۲، ۱۶۷).

اما در مقابل عده ای از فقیهان بیان کرده‌اند این که واهب می‌تواند با رجوع بر مال خود تسلط یابد دلالت بر جواز این عقد دارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲، ۴۲، مظفر، بی تا، ۲، ۶۹). به علاوه عدم انفساخ هبه در صورت جنون و مثل آن منافاتی با جایز بودن هبه ندارد زیرا اجماعی که در خصوص انفساخ عقد جایز به دلیل فوت و جنون وجود دارد تنها در عقود اذنی است نه در مثل هبه که عقد تملیکی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۱، ۱۷۴). اکثر مولفین حقوقی نیز از این نظر تبعیت نموده و هبه را عقد جایز دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳، ۳۶، امامی، ۱۳۶۴، ۲، ۲۹۲، عمید، بی تا، ۲۵).

البته برخی از فقها هبه را از طرف متهب لازم و از سوی واهب در هبه غیر معوض جایز دانسته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲، ۴۲). یعنی هبه در هر صورت نسبت به متهب لازم است و او حق بهم زدن عقد را ندارد، بحث از لزوم و جواز تنها در خصوص واهب مطرح می‌شود که آیا واهب حق رجوع و فسخ عقد را دارد یا خیر. ظاهراً دکتر کاتوزیان این نظر را نمی‌پسندند زیرا گفته‌اند «نتیجه مهمی که از جایز بودن عقد هبه گرفته می‌شود این است که متهب در هر زمان بخواهد می‌تواند آن را فسخ کند. در حالی که اگر عقد هبه چنان که ادعا شده است لازم باشد تنها واهب می‌تواند از آن رجوع کند و پس از قبض عقد نسبت به متهب لازم است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳، ۳۶). اما باید دقت نمود که قبول امکان رجوع برای واهب با بر هم زدن عقد توسط متهب با یکدیگر متفاوت هستند. زیرا پذیرش امکان فسخ برای متهب به معنای این است که او می‌تواند تنها با اراده خویش مالی را وارد دارایی دیگران کند در حالی که

طبق اصل عدم ولایت، اشخاص نمی‌توانند یک جانبه اقدام به تملیک مال به دیگران نمایند. زیرا پس از هبه مالکیت واهب نسبت به مال از بین رفته است و دیگر او هیچ حقی در این مال ندارد و قبول امکان فسخ برای متهب موجب این تملیک رایگان خواهد شد. به علاوه با دقت در متون فقهی و قانون مدنی در می‌یابیم که در این‌ها تنها بحث از امکان رجوع برای واهب شده و سخنی از متهب به میان نمی‌آید که این امر خود نشانگر لزوم عقد از جانب متهب دارد زیرا فقها و قانونگذار در تمام عقود که طرفین حق بر هم زدن عقد را دارند این موضوع را به صراحت بیان کرده‌اند و عدم بیان امکان بر هم زدن عقد از سوی متهب خود دلیل بر این است که از نظر فقهی و قانونی عقد هبه نسبت به متهب لازم است. همچنین در مواردی که تردید در لزوم یا جواز عقدی شود باید مطابق اصل لزوم، اصل را بر لازم بودن عقد نهاد. لذا در عقد هبه که در خصوص جایز یا لازم بودن عقد نسبت به متهب شک وجود دارد باید طبق اصل لزوم عقد را از طرف متهب لازم به شمار آورد و به او اختیار بر هم زدن قرارداد را نداد. زیرا موارد فسخ عقود لازم معین است و نمی‌توان عقد لازم را بدون داشتن حق فسخ از بین برد.

ب- اثبات جواز حق انتفاع مجانی نسبت به منتفع

حق انتفاع به عقیده مولفین حقوقی ممکن است به صورت معوض و یا مجانی منعقد شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۱۳، صفایی، ۱۳۹۳، ۱، ۲۷۶). در فرض معوض بودن، حق انتفاع لازم است و هیچ یک از طرفین حق بر هم زدن عقد را ندارند. اما در صورتی که حق انتفاع به طور مجانی ایجاد شود و منتفع در مقابل حقی که برای او ایجاد شده تعهدی بر عهده نگیرد آیا این عقد لازم است یا جایز؟ در فقه بدون این که تفکیکی میان حق انتفاع معوض و مجانی صورت گیرد حق انتفاع را عقد لازم شمرده‌اند و گفته‌اند که مالک نمی‌تواند قبل از گذشتن مدت یا عمر، مال را از دست منتفع خارج کند (حلی، ۱۴۰۸، ۲، ۱۷۷، محقق کرکی، ۱۴۰۹، ۱، ۱۹۸، نجفی، ۱۴۰۴، ۲۸، ۱۴۲). این که عقد نسبت به مالک لازم است به این دلیل است که برای منتفع حقی در اثر عقد انتفاع ایجاد شده و رجوع و فسخ مالک قبل از پایان مدت به حقوق منتفع ضرر وارد می‌کند. اما آیا خود منتفع نمی‌تواند قبل از پایان مدت از حق خویش صرف‌نظر نماید؟ یعنی عقد را نسبت به او جایز بدانیم و به او حق دهیم در هر زمانی قبل از پایان مدت انتفاع بتواند عقد را با اراده خویش بر هم زند، همانگونه که مرتهن می‌تواند در عقد رهن هر وقت بخواهد از حقی که به نفع او ایجاد شده منصرف شود. در فقه در این خصوص چیزی بیان نشده ولی می‌توان با توجه به کلام فقها که بیان نموده‌اند مالک قبل از پایان مدت یا عمر در عقد رقبی و عمری حق رجوع

ندارد (اصفهانی، ۱۴۰۰، ۹۰، موسوی گلپایگانی، ۱۳۹۳، ۲، ۲۹۶) عقد را نسبت به منتفع جایز دانست. زیرا تنها از عدم امکان رجوع مالک سخن گفته شده در حالی که اگر به نظر فقیهان منتفع نیز قادر به برهم زدن عقد نمی‌بود باید این موضوع بیان می‌گشت. بنابراین لزوم عقد حق انتفاع تنها نسبت به مالک است و فقط او حق رجوع پیش از انقضای مدت را ندارد. پس نتیجتاً باید این عقد را از سوی مالک لازم و از جانب منتفع جایز دانست. لذا منتفع می‌تواند از حقی که به سود ایجاد شده صرف‌نظر نماید و حق را از بین ببرد. ضمناً اسقاط حق انتفاع از سوی منتفع دخالت مستقیم در دارایی مالک نیز تعبیر نمی‌شود تا ممنوع باشد زیرا مالکیت مال به مالک تعلق داشته تنها حق انتفاع و بهره برداری آن موقتا به منتفع واگذار شده و با اسقاط حق مزبور از جانب منتفع، مالک می‌تواند به طور کامل از مالکیت خویش بهره ببرد. پس نباید اسقاط حق انتفاع را با فسخ عقد هبه از سوی متهب تشبیه نمود و آن را جایز ندانست بلکه حق انتفاع برخلاف هبه نسبت به منتفع جایز است.

ج- اثبات جواز حق ارتفاق مجانی نسبت به صاحب حق

در قانون مدنی چیزی در خصوص معوض یا غیر معوض بودن حق ارتفاق نیامده است^۱ اما به عقیده حقوقدانان قرارداد مزبور نیز مانند حق انتفاع می‌تواند به طور معوض یا مجانی منعقد شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۲۷۵). ولی در خصوص این مسأله که چنین قراردادی لازم است یا جایز اصولاً نویسندگان حقوقی چیزی عنوان نکرده‌اند و تنها مرحوم دکتر امامی گفته‌اند که قرارداد حق ارتفاق لازم است (امامی، ۱۳۶۴، ۱، ۱۰۰). لیکن در این جا نیز همانطور که برخی از مولفین اظهار کرده‌اند باید میان واگذاری حق ارتفاق به طور معوض و مجانی تفکیک نمود (شهبازی، ۱۳۸۵، ۱۴۴). یعنی در صورتی که قرارداد حق ارتفاق معوض باشد این عقد نسبت به مالک و صاحب حق لازم است و هیچ یک نمی‌توانند این عقد را فسخ کنند مگر این که نسبت به اقاله آن تراضی نمایند. اما اگر قرارداد واگذاری حق ارتفاق به طور رایگان منعقد شود همانند حق انتفاع این عقد نسبت به مالک لازم است زیرا در اثر این قرارداد حقی برای صاحب حق ایجاد شده و مطابق قاعده حق را نمی‌توان بدون رضایت صاحب حق از بین برد. ولی عقد حق ارتفاق مجانی نسبت به صاحب حق ارتفاق جایز است و او می‌تواند در هر زمانی از حقی که به سودش ایجاد شده صرف‌نظر نماید.

^۱ - مواد مربوط به حق ارتفاق عمدتاً از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است و حق ارتفافی که در قانون مدنی آمده، به این عنوان در فقه اسلامی مطرح نیست.

۳-۳-۳- اثر شرط عوض بر عقود رایگان جایز

سوالی در اینجا مطرح می‌شود که اگر در هر یک از عقود رایگان جایز فوق شرط عوض درج گردد آیا عقد همچنان نسبت به آنان جایز می‌باشد و آن‌ها اختیار بر هم زدن عقد را دارند یا آنکه عقد با شرط عوض لازم می‌گردد؟

فقیهان در عقد هبه گفته‌اند که اگر در هبه شرط عوض شود و عوض نیز به واهب داده شود دیگر واهب حق رجوع ندارد و هبه لازم می‌گردد (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ۲، ۱۷۶، گیلانی، ۱۴۱۳، ۲، ۳۵۴). یعنی طبق نظر فقها در هبه مشروط به عوض اگر عوض داده شده باشد عقد هبه از حالت جواز به لزوم تبدیل می‌شود و دیگر واهب حق بر هم زدن عقد را ندارد زیرا در برابر احسانی که به متهب نموده احسانی نیز به وی شده است و داشتن حق رجوع در این حالت با عقل سلیم و منطقی منطبق نیست و مخالف حق متهب نیز می‌باشد.

قانون مدنی نیز در ماده ۸۰۳ که به شمارش موارد عدم امکان رجوع می‌پردازد در بند ۲ مطابق نظر فقها مقرر می‌دارد «در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد» واهب حق رجوع ندارد. نداشتن حق رجوع نیز به این معناست که عقد هبه تبدیل به عقد لازم می‌شود و مرحوم دکتر کاتوزیان نیز هبه معوض را در ذیل بحث از «هبه های لازم» آورده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳، ۹۴).

اما در هبه معوض باید به این نکته توجه نمود که همانطور که فقها هم گفته‌اند و در این ماده نیز بیان شده شرط از بین رفتن حق رجوع واهب و لازم شدن عقد هبه دو چیز است: ۱- هبه مشروط به عوض باشد ۲- عوض هم داده شده باشد. بنابراین اگر یکی از این شرایط موجود نباشد عقد هبه کماکان نسبت به مالک جایز است و او حق رجوع به عین موهوبه را دارد.

اما وضعیت سایر عقود رایگان جایز از سوی یک طرف در صورت درج شرط عوض در آن‌ها چگونه است؟

فقها در باب سکنی چیزی در خصوص امکان درج شرط عوض ضمن عقد حق انتفاع بیان نکرده‌اند؛ بنابراین طبیعتاً در مورد اثر شرط عوض بر این قرارداد مطلبی گفته نشده است. ولی در حقوق برخی از نویسندگان در بحث از حق انتفاع به صورت رایگان گفته‌اند که اگر در حق انتفاع رایگان شرط عوضی به سود مالک بر عهده منتفع شده باشد، این عقد نسبت به منتفع لازم می‌گردد. یعنی او نمی‌تواند با بر هم زدن قرارداد از اجرای شرط خودداری کند در حقیقت این فرض مانند حق انتفاع معوض است که در آن

عقد نسبت به طرفین لازم می‌باشد (شهبازی، ۱۳۸۵، ۱۴۱). اما این نظر دارای ایراد است زیرا عمده دلیلی که به موجب آن حقوقدانان درج شرط عوض را در عقود رایگان جایز می‌دانند استفاده از وحدت ملاک ماده ۸۰۱ قانون مدنی در بحث هبه است که در آن اجازه انعقاد هبه مشروط به عوض داده شده است. لذا اگر مفاد ماده مزبور در سایر عقود رایگان اعمال می‌گردد باید سایر قواعدی که در این عقد در خصوص هبه معوض نیز مطرح شده رعایت شود. از جمله این قواعد این است که مطابق بند ۲ ماده ۸۰۳ در صورتی هبه معوض لازم می‌شود که عوض نیز داده شده باشد. بنابراین شرط لزوم عقود رایگان جایز علاوه بر مشروط شدن به عوض، داده شدن عوض به مالک نیز است. پس تا زمانی که عوض به مالک داده نشود عقد همچنان نسبت به منتفع، صاحب حق ارتفاق و مرتهن جایز است و نمی‌توان به صرف درج شرط عقد را لازم شمرد. به علاوه باید به این نکته نیز توجه نمود که میان این عقود رایگان با عقد هبه یک تفاوت اساسی وجود دارد؛ در عقد هبه عقد نسبت به مالک جایز است و نسبت به متهب که منتفع اصلی عقد هبه به شمار می‌رود لازم است. در حالی که در سایر عقود برعکس هبه، عقد نسبت به مالک لازم و نسبت به کسانی که حق برای آن‌ها ایجاد گشته جایز است. با توجه به این تفاوت به نظر می‌رسد درج شرط عوض در این عقود تغییری در ماهیت این قراردادها ایجاد نمی‌کند حتی در صورتی که عوض نیز داده شده باشد. زیرا هر صاحب حقی می‌تواند هر زمانی که اراده نماید از حقی که به سود او ایجاد شده صرف‌نظر نماید و با بر هم زدن عقد اصلی توسط او شرط ضمن آن نیز که حالت تبعی دارد خود به خود منحل می‌شود و از بین می‌رود. البته نویسنده مزبور نیز علی‌رغم این که بیان می‌دارد در حق انتفاع مجانی با شرط عوض عقد لازم می‌شود ولی می‌پذیرند که منتفع اختیار دارد از حق ایجاد شده به سود خود صرف‌نظر نماید ولی این عمل ملازمه با فسخ قرارداد ندارد (شهبازی، ۱۳۸۵، ۱۴۱). لیکن این منطقی نیست که از یک طرف هم قرارداد لازم باشد و از طرف دیگر منتفع نیز بتواند از حق خود بگذرد. لذا باید پذیرفت که صرف‌نظر نمودن منتفع از حق خویش چیزی جز فسخ عقد نیست که با انحلال عقد شرط عوض نیز منحل خواهد شد. بنابراین شرط عوض در قراردادهای حق انتفاع رایگان، حق ارتفاق رایگان و رهن تأثیری در جواز این عقود نسبت به منتفع، صاحب حق و مرتهن ندارد و این عقود همچنان جایز باقی می‌مانند.

۴-۳- عدم اهلیت صغیر ممیز و سفیه در قبول تملک بلاعوض مشروط به عوض

قانون مدنی در قسمت اخیر مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ به صغیر ممیز و سفیه اجازه انجام تملکات بلاعوض را داده است. با توجه به قبول اهلیت تملک بلاعوض برای سفیه و صغیر ممیز این پرسش مطرح می‌شود که اگر تملک بلاعوض متضمن شرط عوض باشد آیا باز هم آنان اهلیت قبول عقد را دارند؟ به عبارت دیگر آیا شرط عوض اثری بر اهلیت قبول تملک بلاعوض صغیر ممیز و سفیه می‌گذارد؟

در متون فقهی چیزی در این باره به صراحت بیان نشده ولی با توجه به این که شرط عوض در ضمن هبه اصولاً هبه‌ای دیگر است که متهب به واهب می‌کند لذا باید متهب کسی باشد که شرایط و اهلیت انجام معامله نسبت به مال خود را داشته باشد. فقها در شرایط لازم برای واهب گفته‌اند که در واهب شرط است که بالغ، عاقل و رشید باشد و به دلیل سفاهت محجور نباشد (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷، ۵۱۳، بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ۴، ۲۲۴). بنابراین متهبی قادر است احسان واهب به خویش را با دادن عوض به او جبران نماید که شرایط عامه تکلیف (بلوغ، عقل و رشد) را دارا باشد. پس بدین ترتیب اگر هبه‌ای به نفع شخصی سفیه منعقد شود و واهب در آن شرط عوضی به نفع خویش قرار دهد، باید گفت مطابق نظر فقیهان سفیه قادر به قبول چنین عقدی نخواهد بود. زیرا او برای قبول شرط عوض (که هبه مال خود به واهب است) دارای اهلیت نیست. صلح بلاعوض نیز چون افاده فایده هبه می‌کند، (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۲، ۴۰۶، مصطفوی، ۱۴۲۳، ۴۹۵) لذا باید همانند هبه معوض در آن نیز متصالحی که ملتزم به شرط عوض شده بالغ، عاقل و رشید باشد. بنابراین اگر متصالح رشید نباشد، به دلیل فقدان شرایط اساسی لازم برای انجام معامله قادر به پذیرش عقد نخواهد بود.

قانونگذار در قسمت اخیر مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ قانون مدنی نیز تنها تملک بلاعوض را که هیچ ضرری برای صغیر ممیز و سفیه ندارد و تعهدی برای آنان ایجاد نمی‌کند را جایز دانسته است اما تصرفات آن‌ها را در مال خود غیر نافذ می‌داند و اجازه ولی یا قیم آنان را لازم می‌شمارد. بر این مبنا در صورتی که تملک بلاعوض مال به سفیه و صغیر ممیز متضمن ایجاد تعهدی (هر چند جزئی و ناچیز) برای آن‌ها باشد چون انعقاد این عقد باعث دخالت صغیر و سفیه در مال خود خواهد شد لذا مداخله ولی یا قیم آنان ضروری است. زیرا صغیر ممیز و سفیه هنوز توانایی تشخیص سود و زیان ناشی از اعمال حقوقی را ندارد و ممکن است به ضرر خویش اقدامی بنمایند. به واقع اگر چه شرط عوض در قراردادهای رایگان عقد را به صورت معوض در نمی‌آورد ولی از جهت حمایت از محجور عقد مجانی با شرط عوض در حکم سایر

معاملات معوض است و باید با اجازه ولی یا قیم پذیرفته شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۲، ۲۲ و ۳۴). بنابراین اگر چه سفیه و صغیر ممیز می‌توانند تملکات بلاعوضی که به نفعشان را می‌شود را قبول نمایند اما در صورتی که این تملکات متضمن تعهدی برای آنان باشد چون قبول عقد منتج به اجرای آن تعهد و در نتیجه دخالت سفیه و صغیر در اموالشان خواهد شد لذا آنان از اهلیت قانونی برای انعقاد چنین عقودی برخوردار نیستند و اجازه سرپرست آن‌ها برای ایجاد و نفوذ این قرارداد لازم است. زیرا اصل بر عدم اهلیت صغیر و سفیه در انعقاد معامله نسبت به مالشان می‌باشد.

علاوه بر این چون مطابق ماده ۶۶۲ قانون مدنی «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد» بنابراین از آن جا که خود صغیر ممیز و سفیه اهلیت قبول تملک بلاعوض با شرط عوض را ندارند لذا قادر به انتخاب و کیل در این امر نیز نیستند. در حالی که اگر این عقود بدون شرط عوض باشند آن‌ها مطابق ماده مزبور می‌توانند برای قبول این عقد انتخاب و کیل نمایند.

۳- نتیجه گیری

قانون مدنی در بحث هبه از امکان معوض شدن آن با درج شرط عوض سخن گفته و نویسندگان حقوقی با از ملاک ماده مزبور در سایر عقود رایگان استفاده می‌کنند و مشروط شدن آن‌ها به عوض را مورد پذیرش قرار می‌دهند. مندرج کردن شرط عوض در عقود رایگان باعث ایجاد آثاری در این عقود می‌شود. برای مثال در عقد هبه به موجب قانون اصولاً برای واهب حق رجوع وجود دارد اما قانونگذار به تبعیت از نظر فقها اعلام می‌کند که اگر هبه معوض باشد و عوض نیز داده شده باشد دیگر واهب حق رجوع را ندارد. از بین رفتن حق رجوع واهب باعث می‌شود که این عقد لازم شود یعنی شرط عوض منجر به تغییر ماهیت این عقد از جواز به لزوم می‌گردد.

علاوه بر این آثار حتی برخی فقها بیان کرده‌اند که مشروط نمودن هبه به عوض باعث ایجاد خیار غبن در آن می‌گردد اما این نظر مورد پذیرش بسیاری از فقیهان و نویسندگان حقوقی قرار نگرفته و نمی‌توان چنین اثری را در هبه پذیرفت. همچنین شرط عوض در تملکات بلاعوض باعث می‌شود که اهلیت صغیر ممیز و سفیه که به طور استثنایی در قبول این عقود مورد پذیرش قانونگذار واقع شده بود از بین برود و اجازه ولی یا قیم برای انعقاد این عقود لازم شمرده شود. مضاف بر آن چون خود صغیر و سفیه در تملک بلاعوض مشروط به عوض دارای اهلیت قبول نیستند لذا نمی‌توانند برای قبول آن به کسی وکالت دهند در حالی که در صورت عدم درج شرط عوض در تملک بلاعوض آن‌ها قادر به انتخاب و کیل برای قبول

تملك انجام شده هستند.

منابع

اسدی حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه (ط- الحدیثه)، ج ۴، قم، موسسه آل صادق علیه السلام.

اسدی حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم،

اصفهانی، محمد تقی (مجلسی اول) (۱۴۰۰ق)، یک دوره فقه کامل فارسی، تهران، موسسه و انتشارات فراهانی.

اصغری آقمشهدی، فخرالدین، محمدی، سام، مصطفوی، زهرا (۱۳۹۳)، شرایط تحقق خیار غبن، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال دهم، ش ۳۷، ص ۳۶-۱۱.

امامی، سید حسن (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، انتشارات اسلامی.

امامی، سید حسن (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، انتشارات اسلامی.

امامی، سید حسن (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، ج ۵، تهران، انتشارات اسلامی.

امامی خوانساری، محمد (بی تا)، الحاشیه الثانیه علی المکاسب، بی نشر.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۴ق)، رسائل فقهیه، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

بصری بحرانی، محمد امین (۱۴۱۳ق)، کلمه التقوی، ج ۴، قم، سید جواد وداعی.

بهبهانی، محمد باقر (۱۳۱۰)، رساله عملیه متاجر وحید بهبهانی، تهران، حاج شیخ رضا تاجر تهرانی.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، عقد کفالت، تهران، کتابخانه گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰)، حقوق اموال، تهران، کتابخانه گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، تهران، کتابخانه گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، کتابخانه گنج دانش.

حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۷ق)، المسائل الاسلامیه مع المسائل الحدیثه، قم، منشورات رشید.

حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، ج ۲۲، قم، دفتر انتشارات

اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حسینی مراغی، میرفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیه، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی، محمد بن حسن (فخر المحققین) (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۳، قم، موسسه اسماعیلیان.

حلی، جعفر بن حسن (محقق) (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، قم، موسسه اسماعیلیان، قم.

خسروی، حامد، حاجی عزیزی، بیژن، نیازی، قدرت الله (۱۳۹۵)، ماهیت رجوع و تمایز آن از مفاهیم مشابه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۸، شماره ۱۵، ص ۱۷۴-۱۴۷.

ره پیک، حسن (۱۳۸۷)، حقوق مدنی - عقود معین، ج ۲، تهران، انتشارات خرسندی.

سبزواری، سید عبد الاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۱۵، قم، موسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله.

سبزواری، سید عبد الاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۶، قم، موسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله.

سیوری حلی، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳ق)، نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره.

شهبازی، محمد حسین (۱۳۸۵)، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، تهران، نشر میزان.

صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۶ق)، هدایه العباد، ج ۲، قم، دار القرآن الکریم.

صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۷)، جامع الاحکام، ج ۲، قم، انتشارات حضرت معصومه سلام الله علیها.

صفایی، سید حسین (۱۳۹۳)، دوره مقدماتی حقوق مدنی - اشخاص و اموال، ج ۱، تهران، نشر میزان.

طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طباطبایی حائری، سید علی (بی تا)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل (ط - القدیمه)، ج ۱، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، تکمله العروه الوثقی، ج ۱، قم، کتابفروشی داوری.

طرابلسی، عبدالعزیز (ابن براج) (۱۴۰۶ق)، المهذب، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، *النهاییه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دار الکتب العربی. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳ق)، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، ج ۶، قم، موسسه المعارف الاسلامی.

عاملی، محمد بن حسن (حر) (۱۴۰۹ق)، *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۱۹، قم، موسسه آل‌البتت علیهم السلام.

عمید، موسی (بی تا)، *هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران*، بی نا.

غروی نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ق)، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، ج ۲، تهران، المکتبه المحمدیه.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی - اموال و مالکیت*، تهران، نشر میزان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، *دوره عقود معین حقوق مدنی: عطا یا هبه، وقف، وصیت*، ج ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی - درسهایی از عقود معین*، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، نشر میزان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *دوره عقود معین (۴) حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه های دین*، ج ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار.

گیلانی، ابوالقاسم (میرزای قمی) (۱۴۱۳ق)، *جامع الشتات فی اجوبه السوالات*، ج ۲، تهران، موسسه کیهان.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷)، *بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹ق)، *رسائل المحقق الکرکی*، ج ۱، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی.

محمدی، علی (بی تا)، *شرح تبصره المتعلمین*، ج ۲، بی نا.

مشکینی، میرزا علی (بی تا)، *مصطلحات الفقه*، قم، بی نا.

مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۳)، *فقه المعاملات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین

حوزه علمیه قم.

مظفر، محمدرضا (بی تا)، حاشیه المظفر علی المکاسب، ج ۲، قم، حبیب.

موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۳۹۳ق)، وسیله النجاه، ج ۲، قم، چاپخانه مهر.

موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۳ق)، هدایه العباد، ج ۲، قم، دار القرآن الکریم.

نجفی، حسین (۱۴۲۷ق)، مصطفی الدین القیم، نجف اشرف - عراق، دفتر حضرت آیه الله نجفی.

نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۸، بیروت - لبنان، دار احیاء التراث

العربی.

نراقی، مولی احمد (۱۴۲۲ق)، رسائل و مسائل، ج ۱، قم، کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.