

اثر قبض در عقود در ایران با تطبیق به فقه امامیه و حقوق کامن لا

روح انگیز محمدی مقان لو^۱

محمد رضا حبیبی مهر^۲

چکیده:

قبض دارای آثار زیادی است و با توجه به نقش و اثر قبض در اعمال حقوقی و تعهدات و این که قانون گذار، آن را موضوعی برای احکام مختلف قرار داده است و چون قانونگذار با تبعیت از فقه به بیان قواعد کلی قبض پرداخته که علاوه بر عقد بیع در سایر اعمال و پدیده های حقوقی که قبض مطرح باشد قابلیت اعمال دارد. در حقوق ایران قبض در برخی از عقود شرط تحقق و شرط صحت آن عقود می باشد، این در حالی است که در نظام حقوقی کامن لا، قبض از آن اهمیتی که در حقوق ایران برخوردار می باشد نیست، در حقوق ایران قبض دارای اثر و اهمیتی است که باعث شده است که برخی از عقود به عنوان عقود عینی نام گیرند که در آن ها قبض موضوع عقد، شرط صحت می باشد، که رهن دین و منفعت به دلیل عدم قبض باطل اعلام شده اند این در حالی است که در نظام حقوقی کامن لا این مسئله به راحتی پذیرفته شده و قبض رادر عقودی مثل رهن جزو شرایط صحت رهن ندانسته اند. بر این اساس با توجه به تنوع در نحوه شکل گیری عقود و اهمیت قبض در آنها و وجود قواعد کلی و قدیمی که بسیار هم مجمل و نارساست و قادر به حل مشکلات قراردادی نیست لذا بر آن شدیم تا در این مقاله به بررسی زوایای مختلف قبض در برخی از عقود در کشور ایران و نظام حقوقی کامن لا بپردازیم.

کلیدواژه: قبض، فقه امامیه، حقوق کامن لا، عقود عینی، حق حبس.

rohanguiz.mohammadi2015@gmail.com

m.habibmehr@gmail.com

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد مرودشت

^۲ استاد دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز

۱-۱-۱ مقدمه :

واژه قبض دارای کلمات مترادف زیادی می باشد که در لسان فقهای امامیه و حقوقدانان گاه بجای قبض از این کلمات هم معنی استفاده شده است، مثلاً بجای قبض کلمه تسلیم یا تسلیم و یا تحویل را بکار می برند. ولی آنچه که در تمام این اصطلاحات مشترک است، نفس فعل دادن و گرفتن دو چیز مورد معامله که غالباً به شکل ثمن یعنی پول و مبیع یعنی جنس مورد معامله می باشد. در عرف ما این عمل یعنی به قبض دادن مبیع که از آن به اقباض تعبیر می شود و تحویل گرفتن یا تسلیم نمودن مبیع که به آن قبض گفته می شود که یک امر کاملاً رایج و معمول می باشد. در هر معامله ای قبض به مقتضای حال عوضین آن معامله است، مثلاً در خرید و فروش خانه قبض آن باتخلیه ی آن از سوی بایع محقق می گردد و درمکیل و موزون، کیل و وزن نمودن مبیع به منزله ی قبض است، در نکاح قبض به مقتضای عوضین آن به معنی تمکین نمودن زوجه از زوج است. در قبض غالباً فوریت شرط نیست و همچنین اذن بایع در قبض مبیع شرط نیست، ولی در عقودی مثل وقف و هبه برای قبض نمودن مال موهوبه یا موقوفه باید واهب و واقف اذن دهد. قبض وقتی می تواند منشا اثر و احکام باشد که بر پایه بیع صحیح باشد. از شروط مشترک بین تمام عقود از جمله بیع، وقف، اجاره، هبه و ... قابلیت تسلیم عوضین است. قبض در بسیاری از عقود و حتی برخی ایقاعات مانند طلاق خلع، دارای تاثیرات مهم و اساسی می باشد و اهمیت آن وقتی آشکارتر می شود که متوجه می شویم در برخی عقود مثل هبه، وقف، رهن صحت یا لزوم آن مشروط به قبض است، اما در بیع صرف تقابض نقدین قبل از جدا شدن از شروط اساسی می باشد. از جمله از تاثیرات قبض این است که اگر مبیع تلف شود ضمان از عهده بایع به واسطه قبض به عهده مشتری منتقل می شود، یعنی ضمان قبل از قبض بر عهده بایع و بعد از قبض بر عهده مشتری است و همچنین برخی خیارات از جمله خیار تاثیر ثمن به وسیله قبض ساقط می شود. در مواردی که به تبعیت از اقوال فقهای، قانونگذار صراحتاً نقش قبض در تحقق عقد تأیید کرده است که به این دسته از عقود که قانونگذار یا شارع جز رضایت طرفین امر دیگری به عنوان قبض و اقباض یا تسلیم را نیز برای تحقق آن لازم می داند، عقود عینی اطلاق می شود که در قانون مدنی دسته بندی به صورت دقیق و به این نام نشده اند و اصطلاح کاربردی فقهای امامیه و حقوقدانان می باشد. در حقوق ایران، قانونگذار مقرراتی را در خصوص قبض وضع کرده و ضمن ارائه تعریفی از این وضعیت، پاره ای از آثار قبض را در عقودی که قبض مورد معامله در آن ها اعتبار خاصی دارد بیان کرده است. در بعضی از قراردادها مانند بیع قبض مبیع توسط مشتری موجب انتقال ضمان از بایع به مشتری می گردد. میان صاحب نظران، فقها و حقوقدانان در چگونگی نقش قبض در این نوع از عقود اختلاف است. عده ای آن را شرط لزوم و عده ای هم آن را شرط صحت می دانند که در این میان فقهای امامیه نیز قبض را شرط صحت این گونه عقود می دانند و استدلال های خود را دارند. فلذا در این پژوهش اثبات می شود که قبض شرط لزوم و صحت برخی از عقود است و در واقع با قصد انشاء عقد برقرار می گردد و ایجاد شده و با قبض یا ایجاب و قبول و ... عقد تمام و منجز و لازم می شود. در این پژوهش در حد بضاعت به آن پرداخته و در نظام حقوقی ایران با نگاهی بصورت تطبیقی با نظام حقوقی کامن لا و فقه امامیه مقایسه صورت گیرد. هدف اصلی این پژوهش، در درجه نخست شناسایی وضعیت این مبحث در حقوق داخلی و فقه امامیه و مباحثه مختصر پژوهشی با حقوق کامن لا است، نه انجام دادن یک تحقیق تطبیقی؛ زیرا انجام دادن یک کار تطبیقی در این موضوع در قالب یک پژوهش جامع تقریباً غیر ممکن است.

۱-۱-۲ روش تحقیق:

روش تحقیق در این نوشتار روش توصیفی و تحلیلی است، لذا شیوه گردآوری اصلی اطلاعات و مطالب تحقیق بصورت کتابخانه ای از طریق فیش برداری و عمدتاً از آثار و تالیفات فقهی و حقوقی همچنین بنا بر اقتضات استفاده از مقالات علمی معتبر،

پایگاه های اطلاعاتی الکترونیکی و اینترنتی داخلی و خارجی به تبیین مطالب همت گمارده ایم تا با تشریح ابعاد موضوع تحقیق حسب آنچه در قوانین موضوعه ایران، متون فقهی، و نیز قوانین موجود در سطح کشورهای تحت نظام کامن لا بیان گردیده، پردازیم.

۱-۱-۳ پیشینه تحقیق:

بیگ زاده آروق (۱۳۸۷) در پژوهشی با عنوان «آثار قبض در بیع» که چکیده ی آن عبارت است از: آنچه در این پژوهش بررسی و مطالعه شده، آثار قبض مبیع است، آن هم به گونه ای که در قانون مدنی ایران از آن سخن به میان آمده است. البته هرگاه در جایی کاستی، ابهام و یا خلئی قانونی به نظر آمده، به نظریه مشهور فقهای امامیه و گاه قوانین خارجی نیز رجوع شده است. انتخاب موضوع به سبب اهمیتی که قبض، در عقد بیع و بالتبع سایر تاسیسات حقوقی دارد و اینکه به رغم این اهمیت، احصا و بیان این آثار باهم و جملگی هنوز انجام نشده بود و اقدام به آن ضروری می نمود. در نگارش سعی شد تا حد مقدور و تا آنجا که منابع موجود اجازه می داد به پرسشهایی از این دست پاسخ داده شود که آیا تمام آثار قبض در قانون مدنی ایران بیان شده است یا خیر؟ آیا آثار قبض برخاسته از نظر قانونگذار است و در نتیجه مربوط به کشوری خاص یا اینکه در قوانین دیگر نیز پذیرفته شده است؟ آیا قبض اثر عدمی دارد یا اثر وجودی و سرانجام اینکه خلاهای قانون ایران در این باره چیست و چگونه باید به آنها پاسخ گفت. رجوع به قانون ایران درباره چیست و چگونه باید به آنها پاسخ گفت. رجوع به قانون مدنی، آرای فقهای امامیه و کتب حقوقی خارجی نشان داد که قانون مدنی ذکر برخی آثار قبض تا حدودی برخاسته از ماهیت این تاسیس حقوقی است و به این علت، در اغلب قوانین آثاری تقریباً مشابه دارد، آن طور که در بیع صرف وجود دارد. البته کوشش شده است موارد مبهم یا ناگفته قانون مدنی ایران نیز در خلال مباحث نوشته طرح شود و با کمک از کلام فقهای امامیه و متون حقوق غربی توضیح داده شود و راه حلی در خور برای هر یک فراهم آید.

عباس زاده (۱۳۷۹) در پژوهشی با عنوان «قبض در عقود عینی و آثار آن» که چکیده ی آن عبارت است از: در بسیار از عقود قبض هیچگونه تاثیری ندارد و آثار عقد بوسیله توافق دو اراده مشروط به مقرون بودن به چیزی که دلالت بر آن نماید حاصل می گردد مانند بیع، ودیعه، و... زیرا در نظام حقوقی ما اصل رضایی بودن معاملات جاری است. و نظر به اینکه تاثیر قبض در بعضی از عقود استثناء است لذا نیازمند تصریح است، علاوه بر آن تاثیر عقد به اعتبار جنبه خلاقیت اراده طرفین است و حاکمیت اراده ایجاب می کند که امر دیگری در تولید مقتضاء مؤثر قرار نگیرد. امروزه در عقود عینی معاوضی، نظر به اینکه طرفین سود و زیان خود را سنجیده و بر اساس منافع اقدام به انعقاد عقد می کنند، لزوم قبض مادی از چندان ضرورتی برخوردار نیست. و قبض عرفی و معنوی کفایت می کند، به عنوان مثال در مورد رهن همین که عین مرهونه با ثبت در دفتر املاک از نقل و انتقال متوقف شد، قبض معنوی که همانا سلطه مرتهن بر مورد رهن می باشد تحقق یافته است. قانونگذار نیز در مواردی از قواعد قانون مدنی در این خصوص پیروی ننموده است ماده ۴۲ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ صریحاً مقرر می دارد "کشتی مال منقول و رهن آن تابع احکام این قانون است، رهن کشتی در حال ساختمان و یا کشتی آماده بهره برداری نیز بوسیله سند رسمی باید صورت گیرد و قبض شرط صحت نیست" بر خلاف آنچه در مورد رهن گفته شد در عطایا با توجه به فلسفه قبض و برای جلوگیری از خطرات احتمالی و مشکلات اخلاقی و اجتماعی بعدی باید بر لزوم قبض حتی قبض مادی تاکید داشت، زیرا "اولاً" پدیدار شدن اثر خارجی عقد مالک را به نتیجه اقدام خود هوشیار نموده و "ثانیاً" پس از قبض ذینفع نیز آسوده خاطر خواهد بود و از تزلزل در مالکیت حاصل از این عقود جلوگیری خواهد شد. به دلایل مزبور و جنبه عقلایی این اثر است که قانونگذاران سایر کشورها نیز موافق در ایجاد و تحقق این عقود به صرف ایجاد و قبول بوجود آورده اند و اکثراً قبض را ضروری دانسته یا

اینکه ثبت در دفاتر اسناد رسمی را الزامی نموده‌اند. در خصوص سابقه تحقیق لازم به ذکر است که اگرچه در خصوص موضوع قبض پژوهشهای متفاوتی با عناوین مختلف صورت گرفته است ولی تحت این عنوان و مقایسه با قانون خارجی مشاهده نگردید.

۴-۱-۱ فصل اول :

۵-۱-۱ کلیات، بیان مفاهیم:

در این فصل به بررسی کلیات تحقیق می پردازیم و سعی می شود در پایان این فصل اطلاعات جامع و کاملی نسبت به مفاهیم مورد بحث داشته باشیم.

۶-۱-۱ معنا و مفهوم لغوی و عرفی قبض:

برای درک صحیح و دقیق از یک اصطلاح باید اصل و ریشه و بعضی لغات مشتق از آن که به شناخت اصل اصطلاح کمک می کند را مورد بررسی و مطالعه قرار داد، لذا در اینجا ابتدا به مفهوم قبض در لغت می پردازیم.

قبض مصدر ثلاثی مجرد از قبض، یقبض می باشد و از نظر لغوی در معانی زیر به کار رفته است :
گرفتن و بادست گرفتن، زیرنگین داشتن، ملکیت، تصرف، تحت سلطه درآوردن خانه، ملک و چیزهایی مانند آن، اندوه و گرفتگی، جدایی، خارج شدن روح از کالبد آدمی به پنجه گرفتن، ثم قبضناه الینا قبضاً یسیراً فرقان (سپس آنرا به آسانی به طرف خویش گرفتیم) مثلاً قبض روح به معنای گرفتن جان است. (حسینی شاهرودی ، ۱۴۰۹، ق)

۷-۱-۱ تعریف اصطلاحی قبض:

یکی از فقیهان در تعریف قبض می آورد: « قبض عبارت است از گرفتن چیزی به جمیع کف دستان است. هیچ یک از تعاریف پیش گفته با آن چه فقهای امامیه گفته اند، یکسان نیست، چرا که برخی گفته اند که قبض به معنای مطلق تخلیه (بر کنار ماندن) است و تفاوتی نمی کند که مبیع مانند زمین غیرمنقول و یا منقول و قابل جابجایی باشد (مانند لباس و گوهر و دابه و ...). اما برخی دیگر گفته اند که در اموال منقول قبض بادست، پیمودنی ها با کیل و در حیوانات با انتقال صورت می پذیرد.
ماده ۳۶۷ قانون مدنی در تعریف تسلیم و قبض مقرر می دارد: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری، به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع»

۸-۱-۱ مفهوم فقهی قبض:

فقهای امامیه در مفهوم فقهی قبض دچار اختلاف نظر می باشند، شیخ مرتضی انصاری نظر خود را بدین مضمون اعلام می دارد، که لفظ قبض در فعل قابض یا مشتری ظهور دارد و آن عبارت است از؛ استیلا بر مال، خواه در منقول و خواه در غیر منقول، زیرا کلمه قبض در لغت به معنای گرفتن مطلق یا به دست و یا به تمام کف دست بنابه اختلاف تعبیرات می باشد و اگر از قبض و گرفتن، گرفتن حسی با دست اراده شود، این عمل حسی در تمام انواع مبیع امکان ندارد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰) در حالی که احکام قبض در تمام انواع مبیع جاری است، پس ضرورت دارد که در کلام اهل لغت و در لسان شرع از کلمه قبض که احکام زیادی در باب بیع، رهن، صدقه و تشخیص ما فی الذمه و غیره بر آن حاکم است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰)

۹-۱-۱ مبنا و ماهیت قبض:

قبض یک عمل حقوقی است که برای تحقق آن باید اراده دو نفر باشد، به عبارت دیگر قبض به نوعی عقد می باشد زیرا در آن یک نفر مالی را از ید خود خارج ساخته و به کس دیگری تسلیم می کند، لذا برای تحقق آن اراده دو نفر لازم است به همین دلیل به بررسی عقد می پردازیم تا ماهیت قبض روشن شود. (محقق داماد، ۱۳۷۹) در اصطلاح حقوقی قبض تحت تاثیر معنا و

اصطلاح فقهی آن می باشد و بعضی از حقوق دانان آن را سلطه واستیلا معنوی مشتری بر مبیع دانسته اند گونه ای که هر وقت بخواهد عملاً در آن تصرف نماید و از آن منتفع شود بدون اینکه تصرف فعلی و مادی را ملاک بدانند، و اگر کسی مالی را بفروشد و آن را بدون توجه مشتری در منزل وی قرار دهد مادامی که مشتری به این امر توجه نکرده است قبض حاصل نشده است. هر چند عرفاً در مواردی اطلاع مشتری لازم قبض نیست، مثل روزنامه فروشی که هر روز، روزنامه را در منزل مشتری می اندازد و ممکن است بعداً مشتری از این امر اطلاع حاصل نماید. (کاتوزیان، ۱۳۸۸) بنابر تعریف دیگر قبض آخرین جزء علت تامه عقد است و آن به اختیار گذاردن و تسلیط فعلی بر عین معین است که استیلا با بایع بر ثمن و مشتری بر چیزی که خریداری نموده است و در قلمرو تعریف قبض قرار دارد. در قانون مدنی همه جا ضابطه برای انتقال ضمان، تسلیم است نه قبض (موارد ۳۷۸ و ۳۸۸ و ۴۵۳ قانون مدنی) تفاوت میان تسلیم و قبض در جایی همزمان با هم انجام می گیرند اثری ندارد، ولی در جائیکه بایع مبیع را تسلیم و مشتری از قبض خودداری می کند، تفکیک بین این دو منشا اثر است. زیرا اگر اثبات گردد که تسلیم تحقق یافته ضمان بایع به مشتری منتقل می گردد، در حالی که ممکن است تسلیم منتهی به قبض نگردد. در واقع قبض و تسلیم دو جنبه گوناگون یک حقیقت اند. بنابراین تسلیم معادل قبض است و آن عبارت است از: استیلا متعهد له بر متعلق تعهد، و همچنین دو واژه تسلیم و اقباض دارای یک معنی هستند و در واقع دو روی سکه می باشند. در تعریف اقباض آورده شده است، که آن عبارت است از: رفع ید و رفع تصرف از موضوع تعهد یا موضوع معامله از جانب کسی که آن را انتقال داده، به نحوی که منتقل البیه بتواند هر گونه تصرفی را که بخواهد انجام دهد. فقهای امامیه تعبیر مختلفی دارند، برخی از آن به «بستن و گره زدن یکی از دو التزام به دیگری» تعبیر کرده اند. (حسینی شاهرودی، ۱۴۰۹.ق) ولی در حقوق حقوق کامن لا بویژه در کشور انگلیس تعریف دیگری از عقد ارائه شده است: «عقد عبارت از تعهد یا تعهداتی است که تخلف از آن قانوناً قابل تعقیب بوده و قانون اجرای آن را وظیفه متعهد می شناسد». (میرداداشی، ۱۳۸۸)

۱-۱-۱ عقد عینی:

عقد عینی عقدی است که برای تشکیل یا اعتبار آن، تسلیم مادی مورد آن، یا به تعبیر رایج، قبض و اقباض مورد آن، لازم است. عقود عینی عقود هستند که در آن ها قبض، شرط صحت است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴) این تعریفی است که حقوقدانان ارائه نموده و بدان اعتقاد دارند. عقد عینی در تقسیم عقود، از حقوق رم وارد حقوق کامن لا و سیستم های مشابه شده است. در حقوق ایران نیز برخی از عقود عینی است که برای تشکیل یا اعتبار آن، تسلیم مورد عقد ضروری است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵) بیع صرف عبارت است از: بیع هر یک از طلا و نقره به طلا و نقره (عمید، ۱۳۶۴) عقد وقف و عقد حبس و عقد رهن و عقد هبه، از عقود عینی است و عقود مزبور بدون قبض تحقق پیدا نمی کند. در مورد بیع ماده ۳۶۴ قانون مدنی صریحاً قبض را شرط صحت عقد معرفی کرده است. در مورد عقد وقف از ماده ۵۹ قانون مدنی نیز استفاده می شود که قبض شرط تحقق عقد است و بدون آن وقف واقع نمی شود، اما مطابق ماده ۶۰ قانون مدنی لازم نیست. قبض پس از ایجاب و قبول بلافاصله محقق شود و ایجاب و قبول معتبر باقی می ماند تا هر زمان که قبض شرط صحت است، ولی قانون، لزوم یا عدم فوریت را در این عقد اعلام نکرده است. در عقد رهن هر چند قبض صریحاً شرط صحت عقد معرفی نشده است ولی در ماده ۷۷۲ قانون مدنی مقرر گردیده که مال مرهون باید به قبض مرتهن داده شود که ظاهر این جمله به قرینه جمله بعدی: «... ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست» این است که قبض مورد رهن، شرط صحت عقد رهن می باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴) در عقود که قانون مدنی صریحاً قبض را شرط صحت عقد معرفی نکرده ولی تحقق عقد را به قبض یا تسلیم مورد عقد، موکول کرده است، مانند وقف که حتی تصریح به عدم لزوم قبض شده است. در هبه که نسبت به فوریت یا عدم فوریت عقد مطلبی مقرر نشده است، به نظر می رسد که فوریت قبض، شرط نیست و پس از ایجاب و قبول، هر زمان که قبض صورت گیرد عقد کامل می شود. این نظر به خصوص تقویت می شود به این که توجه کنیم عقاید فقها در مورد قبض و فوریت یا عدم فوریت آن در عقود مختلف عینی، متفاوت است. (امامی، ۱۳۸۳). در رابطه با عقود مشخص در قانون مدنی باید گفت این عقود معین هستند. یکی از شارحان قانون

مدنی در ارتباط با عقد معین مقرر می‌دارد: «عقد معین هم به عقدی گفته می‌شود که در قانون، عنوان خاص داشته باشد و قانون احکام خاصه آن را بیان کرده باشد. هر عقد که احکام خاصی نداشته باشد، یک عقد بی نام است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴) یکی از حقوقدانان در تعریف عقد معین می‌آورند: «عقودی که در قانون نام خاص دارد و قانونگذار شرایط و آثار آن را معین کرده است: مانند بیع، اجاره، قرض، ضمان، حواله، رهن، ودیعه، شرکت و صلح و مانند این‌ها». در این گروه از عقود ضرورت ندارد که تمام حقوق و تکالیف طرفین در پیمان آورده شود، زیرا قانونگذار خود به چنین کاری دست زده و آن چه را عادلانه و متعارف یافته است، به صورت قوانین تکمیلی و گاه امری، در آثار عقد آورده است. پس همین اندازه که آنان در ارکان عقد تراضی کنند، دیگر مسائل فرعی را قانون حل می‌کند. برای مشخص کردن عقود معین بی تناسب به نظر نمی‌رسد که به تعریف عقود نامعین (بی نام) نیز پرداخته شود و با ارائه تعریف آن از جمع تناقضات، حکم مسئله کشف شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۵)

۱۱-۱-۱ عقود عینی در حقوق کامن لا :

در این مبحث به بررسی جایگاه تراست و فاندیشن در حقوق کامن لا اشاره می‌شود و تحلیل ارکان و پایه های این نهادها را در فصل آتی بررسی خواهیم کرد.

۱۲-۱-۱ تراست^۳:

مفهوم تراست که در خانواده حقوقی رومی ژرمنی ناشناخته است، مفهوم اساسی در حقوق کامن لا و مهمترین مخلوق انصاف است. تراست به طور کلی مبتنی بر نمودار زیر است:

شخصی به عنوان تشکیل دهنده تراست شرط می‌کند که پاره ای اموال به وسیله یک یا چند نفر امین (تراستی) به نفع یک یا چند شخص دیگر اداره شود. این ترکیب در نظام کامن لا بی نهایت معمول است، چه برای رسیدن به هدفهای عملی متعددی به کار می‌رود. حمایت از مجبورین، حمایت از زن شوهردار و تصفیه تر که به این وسیله تأمین می‌شود، همچنین بنیادها و موسسات عام المنفعه غالباً با استفاده از این تکنیک به کار می‌پردازند. به ویژه امروزه، تراست برای اجتناب از فاجعه ای که ارث یک دارایی خیلی مهم برای خانواده پدید می‌آورد کاملاً ضروری جلوه می‌کند. در اکثر کشورهای تحت نظام کامن لا بویژه انگلستان و استرالیا، مالیات بر ارث بسیار سنگین است. لیکن دارایی موضوع مالیات شامل اموالی که متوفی لاقلاً سه سال قبل از فوت خود مالکیت آنها را به تراستی ها واگذار کرده است نمی‌شود. حقوقدانان نظام کامن لا، هنگامی که می‌بینند به این وسیله، حمایت مجبورین یا اداره دارایی شخصی که او را شخص حقوقی می‌نامند تأمین می‌شود، تمایل بدان پیدا می‌کند که تراستی را نماینده مجبور یا شخص حقوقی تلقی کند، که این یک از دیدگاه او مالک حقیقی اموال مورد تراست محسوب می‌شود و این اموال به نفع او مورد بهره برداری قرار می‌گیرد. در نتیجه، حقوقدانان نظام کامن لا بدان گرایش دارد که تراست را از مصادیق اصل نمایندگی و نوعی از نیابت که به وسیله تشکیل دهنده تراست و احیاناً به وسیله قانون به تراستی داده شده است، تلقی کند. آرای مختلفی از دادگاههای تحت نظام کامن لا بویژه انگلیس و استرالیا در اجرای این فکر تردید نشان نداده اند، به ویژه هنگامی که تصفیه تر که مورد نظر بوده است. از دیدگاه آنان غیرقابل تصور است که شخصی، غالباً بیگانه از خانواده، به نام مدیر یا وصی، که مکلف به پرداخت دیون متعلق به ترکه و تقسیم باقیمانده آن بین وراث است، بتواند بیش از یک مدیر باشد و احیاناً مالک اموال مورد ارث به شمار آید. (نقیبی، ۱۳۸۶) تراست در واقع، مانند اکثر مفاهیم و نهادهای حقوق کامن لا جز با تاریخ قابل توجیه نیست. به نظر حقوقدانان نظام کامن لا، تراستی یک مدیر ساده و یک نماینده ساده اشخاص ذی نفع تراست

trust^۳

نیست؛ بلکه مالک اموال مورد تراست است. در نتیجه، تراستی این اموال را، بدان گونه که می خواهد، اداره می کند و می تواند به میل خود در آن تصرف کند و مکلف نیست به کسی حساب پس دهد. محدود کردن حق مالکیت او جنبه حقوقی ندارد بلکه دارای جنبه اخلاقی است. تراستی، بر طبق وجدان، نه بر اساس حقوق، باید اموال مزبور را با رعایت دلسوزی و احتیاز اداره کند؛ او باید درآمد اموال را به اشخاصی که به عنوان ذی نفع به وسیله تشکیل دهنده تراست تعیین شده اند بپردازد و در زمانی اصل سرمایه را هم به آنان انتقال دهد. با وجود این، ذی نفع، به نظر حقوقدانان نظام کامن لا، حق هیچ گونه دعوی برای احقاق حقوق خود ندارد؛ و ذینفع تراست دارای هیچ گونه حقی نیست، اما نباید فراموش نکنیم که تعهدات قراردادی، در دوره ای که تراست پدید آمده است، از نظر حقوقدانان عموماً ضمانت اجرایی نداشته است. در مواجهه با نقض، هنگامی که تراستی مطابق اعتمادی که تشکیل دهنده تراست به او کرده است عمل نکند و هنگامی که برخلاف وجدان، اموال را به سود ذی نفع تراست مورد بهره برداری قرار ندهد، مداخله مهرداد تقاضا می شود. مهرداد به تراستی دستور می دهد تا به تعهدات خود که در سند تشکیل دهنده تراست پیش بینی شده است احترام بگذارد، یا به شیوه ای که دادگاه مقرر داشته است عمل کند و این دستور دارای ضمانت اجرایی است: هرگاه تراستی از دستوری که مهرداد به او داده است اطاعت نکند، به زندان می رود یا اموالش توقیف می شود. در واقع، تهدید به این مجازات موثر است و تراستی طبق دستور دادگاه مهورداری عمل می کند. فلذا تراستی به حد یک نماینده تنزل پیدا نمی کند. (تفرشی، ۱۳۸۳)

۱-۱۳-۱ فاندیشین^۴:

در حقوق کامن لا پذیرفته شده است، که مجموعه ای از اموال، به دلیل اختصاص یافتن به هدف معین، ممکن است دارای مستقلی شود و زندگی حقوقی ویژه خود را آغاز کند. وجود بنیادهای وابسته و محدود به اذن مقام های اداری است، لیکن این اذن به گذشته سرایت می کند و در صورتی که وقف به موجب وصیت انجام پذیرد، از روز فوت موصی به بنیاد شخصیت حقوقی می دهد. بدین ترتیب، هرگاه موسس برای ایجاد آن به دارای خود وصیت کند، موصی به طور مستقیم به شخصیت حقوقی موجود می رسد و طفره در مالکیت رخ نمی دهد. حقوقدانان انگلیسی و استرالیایی به آسانی پذیرفته اند، که برای ایجاد یک موسسه مفید اجتماعی هیچ ضرورتی ندارد که دارایی موسس به شخص موجود تملیک شود، وقف و اختصاص خود دلیل وجود است و نیازی به صورت سازی نیست. (A. Blum, 2001) چنانکه در هر دو تکیه بر اصالت اموال است و این اموال به هیچ شخص تعلق ندارد. ولی تفاوت در این است که در حقوق موضوعه کشور ما، عین مال موقوف «حبس» می شود و متولی نمی تواند آن را به دیگری منتقل سازد، ولی در حقوق کامن لا مجموعه اموالی که به وقف اختصاص داده شده خود یک «دارایی» با تمام مختصات نظری آن است، یعنی مفهومی است کلی و مستقل از اجزای آن. همین فرض باعث می شود که موسسه وقف زندگی حقوقی متحرک پیدا کند و امکان گسترش داشته باشد. با وجود این، در مقابل این امتیاز، وجود شخصیت حقوقی برای وقف در حقوق کامن لا نیز موکول به اذن دولت است. در حالی که حقوق موضوعه کشور ما چنین قیدی ندارد و همین که مالی از جانب مانند آن وقف و به تصرف موقوف علیه داده شد، خود موسسه ای مستقل است. منتها، چون در وقف بر غیر محصور و مصالح عمومی (وقف عام) حاکم باید وقف را بپذیرد. نظارت مقام های عمومی نیز درباره فایده ایجاد موقوفاتی که به سود جامعه تاسیس می شود معمول خواهد شد. در حقوق کامن لا، این تفاوت اخیر از میان رفته است، زیرا در عین حال که حقوق کامن لا برای وقف راه حلی مانند حقوق جز در صورت بنیادهای مذهبی و خانوادگی، نظارت دارد و از این حیث به حقوق ایران نزدیک تر شده است. (تفرشی، ۱۳۸۳)

۱-۱۴ آثار قبض در عقد وقف:

⁴Foundation

وقف تنها با توافق طرفین ایجاد نمی شود، بلکه علاوه بر توافق طرفین باید قبض نیز صورت گیرد زیرا وقف یک عقد عینی است و به ایجاب و قبول محقق نمی شود، بلکه باید مال موقوفه به قبض موقوف علیهم در آید. تنها چالشی که در این رابطه می توان مطرح کرد به این نحو می باشد که آیا ثمره و منفعت به وجود آمده بعد از عقد و قبل از قبض چه وضعیتی پیدا می کند؟

با توجه به اینکه قانون مدنی به ترتیب در مواد ۴۷ و ۵۹ قبض را شرط صحت و به بیانی دیگر شرط وقوع عقد حبس و عقد وقف دانسته است. قبض، شرط صحت عقد وقف است و پس از قبض است که عقد وقف تحقق می یابد (ماده ۵۹ قانون مدنی). قبض باید با اذن واقف انجام شود و یا خود واقف، مال موقوفه را به قبض دهد (وحدت ملاک ماده ۷۹۸ قانون مدنی) زیرا در عقود که قبض شرط صحت آنست قبض طریقت ندارد بلکه موضوعیت دارد و به عبارت دیگر قبض جزء عمل حقوقی است، لذا اگر موقوف علیهم بدون اذن واقف مال موقوفه را قبض نمایند عقد وقف ایجاد نمی شود، اما اگر واقف از این قبض مطلع شد و آن را تأیید کرد این تأیید در حکم اقباض است و وقف صحیح است. (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲) اگر قبل از تحقق عقد وقف، مال موقوفه به نحو قانونی و یا عدوانی در تصرف موقوف علیهم باشد، در صورت اذن واقف بر بقاء مال در ید ایشان قبض مجدد ضرورتی ندارد و همان تصرف موجود وقف خواهد بود. به طور کلی باید توجه داشت که مقصود از اذن واقف، رضای او به قبض مال موقوفه به عنوان موقوف علیهم است و الا مثلاً اذن او جهت ایداع و یا فروش اثری نخواهد داشت، اگر واقف قبل از اقباض مال موقوفه فوت کند عقد وقف باطل خواهد بود و چنانچه موقوف علیهم قبل از قبض بمیرند بعضی از فقها معتقدند همین حکم جاری خواهد بود اگر چه احتمال جانشینی وراثت ایشان وجود دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳) به نظر می رسد با توجه به وحدت ملاک ماده ۸۰۲ قانون مدنی که بیان نموده: اگر قبل از قبض، واهب یا متبهب فوت کند هبه باطل می شود، مرگ موقوف علیهم قبل از قبض منجر به بطلان عقد وقف است. فوریت در قبض مال موقوفه شرط عقد وقف نمی باشد و مال موقوفه به قبض کسی که حق انتفاع به او منتقل شده و یا فردی که سمت نمایندگی از سوی وی را دارد داده می شود (مواد ۶۰، ۶۲، ۶۳) قانون مدنی فلذا مال موقوفه می بایست قابلیت قبض را داشته باشد والا عقد وقف باطل است چرا که قبض، شرط صحت وقف است لذا آن مالی که قابل قبض و اقباض نباشد، خواه این عدم امکان به واسطه ذات مال باشد مانند مال کلی و یا منفعت و خواه آن مال طبیعتاً مادی و قابل قبض باشد اما به دلیل موانع خارجی مثل غرق شدن مال و یا غصب آن، واقف نتواند آن را به قبض موقوف علیهم بدهد و وقف آن باطل است. اما اگر موقوف علیهم خود قادر به اقباض مال اخیرالذکر باشند وقف محقق خواهد شد. لذا انتقال منافع از زمان قبض حاصل می شود و منافع از آن متعلق به محبوس له و موقوف علیهم است و قبل از قبض اولاً ایشان نمی توانند بدون اجازه مالک یا قائم مقام او در ملک تصرفی نمایند، زیرا تصرف در ملک غیر است و در ثانی نمائت فی مابین تاریخ وقوع عقد و قبض نیز مال حابس و واقف است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳) به همین دلیل اگر واقف و یا حابس پیش از قبض بمیرد، وقف و حبس باطل بوده و قبض پس از فوت مشارالیه هم موثر نیست و مال موقوفه و محبوس، به وراثت واقف و حابس بر خواهد گشت. همچنین فوت محبوس له و یا موقوف علیهم اگر قبل از قبض رخ بدند متعاقباً بطلان وقف و حبس را بهمراه خواهد داشت. (حائری، ۱۳۸۲). اما چنانچه قبض را شرط لزوم وقف یا حبس فرض کنیم آنگاه قبل از قبض، تصرفات منتفع یا موقوف علیهم در موضوع حق انتفاع، تصرف در ملک غیر نیست چرا که بیش از قبض، عقد بطور جایز محقق گردیده و قبض تنها منجر به لازم شدن عقد خواهد گشت. در چنین فرضی منافع و نمائت حاصله در فاصله میان انشاء عقد و قبض متعلق به موقوف علیه و محبوس له است، زیرا انتقال منافع از زمان انشاء عقد حاصل شده است و در صورتی که مالک قبل از قبض فوت نماید عقد مزبور مانند سایر عقود جایز منفسخ می گردد. تسبیل منافع مختص وقف نبوده و در حبس ناقص نیز وجود دارد، چرا که در عمری، رقبی و سکنی تسبیل منافع وجود دارد اما حبس کامل عین وجود ندارد از تجمیع تسبیل منافع و حبس کامل عین است که وقف محقق می گردد. پس ذکر کلمه «کامل» به دنبال حبس در ماده ۵۵ قانون مدنی لازم می بود زیرا فقدان این کلمه باعث شده ماده مزبور حبس کامل و ناقص را فرا گرفته فلذا شامل عمری و غیره نیز بشود. بنابراین تعریف این ماده از وقف ناقص است در عقد وقف تسبیل برخی از منافع نیز ممکن است، لذا در وقف تسبیل همه منافع شرط نیست مثلاً می توان تنها میوه های باغی را وقف کرد بنابراین برگها و شاخه های خشک درخت که می ریزد ملک واقف باقی خواهد ماند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴)

۱-۱۵ تراست (وقف) در نظام حقوقی کامن لا:

در این قسمت به برخی دیگر از زوایای پنهان این نهاد حقوقی در نظام حقوقی کامن لا بویژه کشور انگلیس و استرالیا سایر کشورهای تحت این نظام بصورت مختصر و اشاره ای را بررسی می کنیم.

۱-۱-۱۶ مبنای تراست:

در نظام حقوقی کامن لا و بویژه در کشورهای انگلیس و استرالیا تراست از جایگاه ویژه ای برخوردار است، چرا که مصادیق آن آنقدر گسترده است که شامل وصیت، هبه، وکالت و... نیز می شود. در نتیجه این گستردگی مصادیق، تراست نقش موثری در روابط اجتماعی ایفا می نماید تا آنجا که حقوقدان کامن لا معتقد هستند که، هرگاه مالی غیر از مالکیت مطلق در تصرف کسی باشد که معمولاً تحت عنوانی از عناوین تراست خواهد بود. بنابراین، تراست از جمله اعمال حقوقی یا نهادهایی است که هم دارای ویژگیهای عقود امانتی، نیابتی مانند وصایت و وکالتا و هم دارای ویژگی های تملیکی مانند هبه است. (شعبانی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۴) در تبیین جایگاه تراست، ذکر این نکته ابتدأً ضروری است که چون در قرون وسطی قواعد کامن لا مانع از توارث زمین می شد، بنابراین ایجاد تراست راه گریزی از قواعد حقوقی دست و پا گیر نظام حقوقی کامن لا بود؛ بدین صورت که با ایجاد تراست، مالکیت قانونی ملک، قبل از فوت مالک، به تراست ها منتقل می شد و مالکیت انصافی و واقعی آن برای ورثه باقی می ماند و پس از گذشت مدتی، مالکیت قانونی نیز به ورثه منتقل می گردید و در نتیجه، هم از ممنوعیت توارث و هم از پرداخت مالیات سنگین بر ارث، گریز گاهی یافت می شد. همچنین از تراست برای رسیدن به اهداف مختلفی استفاده می شد، به طوری که توسل به هیچ نهاد حقوقی، چنین اهدافی را برآورده نمی سازد. (تفرشی، ۱۳۸۳)

اهدافی که می توان نام برد:
الف- برای قادر ساختن افرادی که در حالت عادی قادر به تملک برخی از اموال نیستند. مثلاً صغار که قادر نیستند مالک زمین گردند، از طریق تراست می توان آنها را مالک ساخت.

ب- برای اینکه بتوان وراثت را از منافع مالی بهره مند ساخت.

ج- برای استفاده عموم.

د- به منظور فرار یا کاهش مسئولیتهای مختلف مالیاتی.

از مطالب گفته شده می توان به جایگاه پراهمیت تراست در بین نهادهای حقوقی نظام کامن لا پی برد.

۱-۱-۱۷ شخصیت حقوقی تراست:

یکی از نویسندگان در رابطه با شخصیت حقوقی وقف این چنین مقرر می دارد: «گاهی نهادی به عنوان وقف ایجاد می شود، تا واقف را به مقاصد خیریه خویش برساند. این نهاد به صورت یک شخص حقوقی عمل می کند و دارای مدیر و ناظر و اموال خاصی است. هدف واقف، در واقع انجام امور عام المنفعه است. (تفرشی، ۱۳۸۳) در کتب فقهای امامیه هم از اینگونه امور تحت عناوین متفرقه، مثل وقف بر مسجد، وقف بر جهات و اموال موقوفه یاد می شود. ولی سامانی به آن داده نشده، بلکه به صورت متفرقه و ذکر مسأله مطرح گردیده است. به هر حال، این نهاد حقوقی هم دارای اوصاف عقد وقف، که عمل حقوقی خاصی است، می باشد؛ یعنی هدف از تاسیس آن منافع شخصی ایجاد کننده این نهاد نیست، بلکه برای عموم یا اشخاص محصور یا جهات دیگر است. وقف به صورت «عقد وقف» و وقف به صورت «سازمان یا نهاد موسسه وقف»، دارای شخصیت حقوقی مستقل و جدای از شخصیت

واقف هستند.» (داراب پور، ۱۳۹۱) با تحلیلی که از بنیان حقوقی وقف شد، چاره منحصرأ در این است که، برای مال وقف، نظیر مسجد، شخصیت خاص حقوقی قائل شویم، و متولی را مامور اداره این شخصیت بدانیم، زیرا اگر مالکیت واقف و موقوف علیهم پذیرفته نشود، گزیری از قبول این شخصیت حقوقی نیست، یعنی باید وقف سازمان خاصی تلقی شود که عین موقوفه از ارکان آن است. در ماده ۳ قانون اوقاف (مصوب ۱۳۵۴) ابتدا شخصیت حقوقی وقف عام را شناخت و بعد از آن قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه (مصوب ۱۳۶۳) به این بحث خاتمه داد و در ماده ۳ اعلام کرد: «هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد نماینده آن می باشد». (کاتوزیان، ۱۳۸۴) هر چند تعریف کاملی از شخصیت حقوقی که مورد پذیرش همه حقوقدانان باشد ارائه نشده است، لکن با جمع بندی تعاریف گوناگون، می توان به تعریفی که متضمن اوصاف اصلی همه آن تعاریف باشد، دست یافت. یکی از اساتید، نهاد شخصیت حقوقی را این گونه به رشته تحریر در آورده اند: «شخص حقوقی یا اعتباری، عبارت است از دسته ای افراد انسان یا موسسه ای از موسسات تجاری یا خیریه و امثال آن هاست که قانون به آن ها شخصیت می دهد، یعنی برای آن ها حقوق و تکالیف شبیه به حقوق و تکالیف انسانی (تا آنجا که میسر است) قائل می شود. دولت، شهرداری ها، شرکت های تجاری، دانشگاه ها، بیمارستان ها، اشخاص حقوقی هستند.» (شایگان، ۱۳۳۹) به نظر یکی حقوقدانان، شخص حقوقی را تنها «اجتماعی و تشکیلی و همبستگی افراد انسانی یا اشخاص حقیقی» به شمار می آورد که «به منظور انجام مقصد و هدفی اعم از انتفاعی یا غیرانتفاعی تحت شرایط و مقررات قانونی به وجود می آید» (کاتبی، ۱۳۸۸). در تعریف اخیر، اشخاص حقیقی عنصر محوری شخصیت حقوقی به شمار رفته اند، در حالی که همان گونه که در تعریف دیگری به درستی اشاره شده اشخاص حقوقی نیز می توانند خود شخصیت حقوقی مستقل جدیدی را ایجاد کنند. به موجب این تعریف: «شخص حقوقی عبارت است از؛ شخصیتی است که به وسیله شخص یا اشخاص، اعم از حقیقی و حقوقی به وجود می آید و می تواند دارای همه نوع دارایی و حقوق و تکالیف و اعمال آن ها جز آن چه که مختص به فرد انبیا است بشود.» برخی از حقوقدانان برای این منظور بیشتر تلاش نموده اند تا بیشتر ماهیت و فرضیه های مربوط به شخصیت حقوقی و آثار آن را تبیین نمایند. (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳) شماری دیگر از حقوقدانان ضمن تأکید بر این که تعریف و شناسایی شخصیت حقوقی مستلزم شناسایی شخص حقوقی است، شخصیت حقوقی را عبارت از اهلیت و صلاحیت دارا شدن حقوق و تکالیف، قبول تعهدات و اجرای آن ها از طرف شخص حقوقی می دانند. در تعریف اخیر برای آشنایی با مفهوم شخصیت حقوقی، ناگزیر باید ابتدا شخص حقوقی و ویژگی های آن را شناخت. در نزد بعضی حقوقدانان، شخصیت حقوقی، معنایی برابر با موجودیت و ماهیت شخص دارد و شخصیت حقوقی را به معنای عام کلمه به دارنده حقوق اعم از انسان و یا جمعیت و موسسه اطلاق نموده اند. براین اساس شخصیت حقوقی مفهومی کلی دارد و نباید به دسته ای خاصی از اشخاص باز گردد. (طباطبائی مومنی، ۱۳۷۵). یکی از حقوقدانان برجسته که در زمره معتقدان به این تحلیل است شخصیت حقوقی را عبارت از قابلیت در انسان به شمار می آورد که به واسطه آن بتواند «در جامعه دارای تکلیف و حق قرار گیرد و آن را به واسطه یا بدون واسطه اجرا نماید. بنابراین در اصطلاح علم حقوق شخصیت حقوقی به کسی گفته می شود که بتواند دارای حق گردد و عهده دار تکلیف شود و بتواند آن را اجرا نماید حق و تکلیف چون از موضوعات حقوقی است آن وضعیت موجود را در شخص، شخصیت حقوقی گویند» (امامی، ۱۳۸۳). ایشان با توضیح مزبور به تعریف دقیق از شخصیت حقوقی نزدیک تر می شوند: در میان روابط حقوقی که در جامعه موجود است حقوق و تعهداتی مشاهده می شود که موضوع آن اشخاص طبیعی نیستند، بلکه جمعیت ها و موسساتی هستند که مانند اشخاص طبیعی دارایی دارند که آن ها را اشخاص حقوقی، اعتباری یا اخلاقی می نامند. به نظر می رسد یکی دیگر از حقوقدانان نیز با همان نگاه مفهوم شخصیت حقوقی را تحلیل می نماید، آن جا که می گوید: «اگر آن گونه که گفته شد شخصیت عبارت است از: وصف و شایستگی شخص برای این که طرف و صاحب حق و تکلیف باشند، بنابراین شخصیت مزبور

می تواند اعم از حقیقی و حقوقی باشد.» (صفایی، قاسم زاده، ۱۳۸۲) یکی از حقوقدانان بر این باور است که «اگر شخصیت و اهلیت ذاتی شخص نباشد بلکه قانون گذار و یا خردمندان یک جامعه آن را برای موجودی اعتبار نموده باشند، و در نتیجه قابلیت سلب و انفکاک از آن موجود را داشته باشد در این صورت، چنین شخصیتی را «شخصیت حقوقی» و دارنده و صاحب آن را «شخص حقوقی» می نامند. (صفار، ۱۳۷۳). یکی از حقوقدانان ضمن تفکیک میان شخص حقوقی و همه عناصر متشکله آن شخص حقوقی را «عبارت از اجتماع منافع و هدفهایی می داند که قدرت عمومی آن را به عنوان واحد مستقل از عناصر تشکیل دهنده اش تلقی می کند و مورد حمایت قرار می دهد.» (ابوالحمد، ۱۳۵۵) با ملاحظه ویژگی های شخصیت حقوقی و نیز تعاریف داده شده در این رابطه، می توان این نهاد را این گونه تعریف نمود؛ شخصیت حقوقی عبارت از مجموعه اموال یا اشخاص که برای تحقق هدفی معین و مطابق ضوابط یا تشریفات خاص شکل گرفته و صلاحیت دارا شدن حقوق و تکالیف مستقل را دارد. در تعریف بالا، مجموعه اموال و اشخاص به عنوان عنصری محوری به کار رفته است. زیرا که تصور تشکیل شخصیت حقوقی به صرف وجود مالی بدون وجود اشخاص و یا عکس آن تصویری باطل نیست. برای نمونه در مورد وقف و به ویژه از نوع عام، اشخاص عنصر تشکیل دهند وقف به شمار نمی آیند. در مقابل، موسسات با اهداف فرهنگی، خیریه و ... ممکن است صرفاً متشکل از اشخاص و بدون سرمایه تاسیس گردند. در رابطه با پذیرش شخصیت حقوقی برای تراست باید گفت که نظریه های مختلفی در این رابطه وجود دارد که برخی به آن پرداخته اند. (تفرشی، ۱۳۸۳) ولی آنچه که در نظر نویسندگان نظام حقوقی کامن لا وجود دارد، پذیرش نهاد شخصیت حقوقی برای تراست می باشد. به طوری که به تعبیر یکی از نویسندگان حقوق کامن لا، ماهیت موضوع تراست همانند شخصیت حقوقی است که یک موسسه انتفاعی دارد و منظور از موسسه، نهادی است که تعهداتی را میان شخص استفاده کننده و شخص اداره کننده تراست به وجود می آورد. (Nichols, David, 2006) این شخصیت حقوقی یک کل تجزیه ناپذیر را تشکیل می دهد به این صورت که مال موضوع تراست دارای یک شخصیت حقوقی مستقل و انفکاک ناپذیر می باشد. به این صورت که در این نهاد، علاوه بر شخصیت حقوقی هیچ نوع مالکیت خصوصی برای آن متصور نمی توان بود. باید گفت که مفهوم شخصیت حقوقی برای وقف همانند مفهوم شخصیت حقوقی برای تراست می باشد از نظر ماهیت و اشکال اداره این نهاد بین حقوق ایران و کشور های کامن لا سنخیت بیشتری وجود دارد. در تراست نیز شخصیت حقوقی برای خود مستقل از شخص اداره کننده تراست و منتفعان این مال موضوع تراست می باشند. (نیک فرجام، ۱۳۹۰)

۱-۲-۲ فصل دوم: نقش قبض در انواع مبیع در نظام حقوقی کامن لا و حقوق ایران :

۲-۲-۲- اثر قبض در حقوق کامن لا :

قبض در حقوق در اکثر کشورهای تحت نظام کامن لا تنها در مبحث قراردادهای و تعهدات آمده است و در کشورهای تحت این نظام در رابطه با عقود دیگر از قبض و نقش آن خیلی کم سخنی به میان آمده است. ماده ۲ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، بیع را قراردادی دانسته است که به موجب آن فروشنده، مالکیت را در برابر عوض نقدی، به نام ثمن (بها)، به خریدار منتقل می کند یا توافق برای انتقال آن می نماید. (تفرشی، ۱۳۸۳) با دقت در تعریف مذکور ملاحظه می گردد که عقد بیع به دو منظور به کار می رود: انتقال مالکیت، توافق برای انتقال مالکیت، بنابراین عقد بیع در نظام حقوقی کامن لا، دو چهره تملیکی و عهدی را داراست. جایی که عقد بیع به منظور انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار منعقد شده، قرارداد با شرایطی که خواهد آمد تملیکی است. در صورتی که هنگام قرارداد، مالکیت مبادله نشود بلکه صرفاً توافقی برای انتقال مالکیت به عمل آید و انتقال مالکیت، به گذشتن مدت زمانی یا تحقق شرطی موقوف شود، عقد بیع عهدی خواهد بود. بند ۴ و ۵ ماده ۲ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، دو نام متفاوت برای این دو معامله مقرر داشته است، در صورت اول که عقد بیع برای انتقال مالکیت به کار می رود، قرارداد

فروش را بیع نامیده و در صورت دوم که قرارداد فروش صرفاً چهارچوبی است که توافق طرفین برای انتقال مالکیت کالا در آن شکل می‌گیرد، قرارداد را توافق برای بیع نامیده است. مطابق بند ۶ ماده ۲ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، توافق برای بیع هنگامی به بیع تبدیل می‌شود که مدت زمان تعیین شده سپری شده یا شرایط پیش بینی شده انجام شود. (ابهری، ۱۳۹۰)

۳-۲-۲- قبض مبیع در حقوق ایران:

در حقوق ایران، مبیع ممکن است عین معین، کلی در معین، یا کلی فی الذمه باشد. در جایی که مبیع عین معین است، اصولاً انتقال مالکیت با ایجاب و قبول واقع می‌شود و قبض تأثیری در انتقال مالکیت ندارد، به استثنای بیع صرف که قبض، شرط صحت آن است (ماده ۳۶۴ قانون مدنی). در موردی که مبیع کلی است، بین حقوقدانان در باره زمان انتقال مالکیت و نقش قبض در آن اختلاف نظر وجود دارد: برخی، زمان تعیین مصداق مبیع را زمان انتقال مالکیت میدانند و بعضی، زمان تسلیم (قبض) را زمان انتقال دانسته اند. قانون مدنی، در مورد اختیار طرفین، برای تعیین زمان انتقال مالکیت ساکت است. در حقوق لا کامن، ممکن است مبیع، عین معین یا نامعین باشد. در این نظام حقوقی، اگر مبیع در وضعیت قابل تسلیم باشد با انعقاد عقد، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد، ولی اگر مبیع در وضعیت قابل تسلیم نباشد، وقتی که فروشنده یا خریدار، حسب مورد، مبیع را در وضعیت تسلیم قرار دهد، انتقال مالکیت صورت می‌گیرد، لذا قبض تأثیری در انتقال مالکیت ندارد. البته قانون بیع کالا، صراحتاً به طرفین اختیار تعیین زمان انتقال مالکیت را داده است. در این مبحث، نقش قبض در انتقال مالکیت در عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه، به تفکیک در حقوق ایران بیان و بررسی می‌گردد.

۴-۲-۲- اثر قبض در عین معین در ایران : پژوهشنامه تطبیقی دادپیشگان

طبق ماده 350 قانون مدنی، در عقد بیع، مبیع ممکن است سه حالت داشته باشد: عین معین، مبیع ممکن است مفروز باشد، یا مشاع، یا کلی در معین و کلی فی الذمه، این ماده مقرر می‌دارد مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد. عین معین که آن را عین شخصی یا عین خارجی نیز گویند، به چیزی گفته می‌شود که در عالم خارج موجود است و میتوان به آن اشاره نمود، مانند خانه مشخصی که مبیع، عین معین باشد؛ مالکیت آن پس از تشکیل عقد، بلافاصله به طرف دیگر معامله انتقال پیدا میکند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵) بدین جهت عقد بیع را در این وضعیت، تملیکی می‌گویند و در صورتی که مبیع عین معین باشد، قبض صرفاً یک ایفای تعهد است، زیرا با تشکیل عقد بیع، مبیع عین معین به ملکیت خریدار در آمده است. قبض و تسلیم، اثر این عقد محسوب می‌شود. (شهیدی، 1383) بنابراین، بند 1 ماده 362 قانون مدنی، که مقرر داشته است که به مجرد عقد بیع، مبیع به ملکیت مشتری و ثمن به ملکیت بایع در می‌آید، ناظر به موردی است که مبیع یا ثمن عین معین باشد. (نجفی، ۱۴۱۳.ق)

۵-۲-۲- اثر نقش قبض در کلی در معین در ایران :

در فقه امامیه، بیع کلی در معین در دو صورت صحیح دانسته شده است:

الف) مقدار تمامی شیء متساوی الاجزاء و همچنین مقدار خریداری از آن به طور کلی معلوم است، مثلاً خرمنی دارای ده تن گندم بوده و مورد معامله یک تن از آن باشد، در این صورت بیع صحیح است، زیرا مقدار مورد معامله یک تن است که معلوم و موجود است. (شهید ثانی، بی تا).

ب) مجموع کلی در معین، معلوم نیست، ولی مقدار مورد معامله معلوم است و متبایعین می دانند که مقدار مورد معامله در آن موجود است. به عنوان مثال، طرفین مقدار گندم موجود در خرمن را نمی دانند، ولی مالک خرمن، یک تن گندم را می فروشد طرفین مطمئن هستند که گندمهای خرمن بیش از یک تن است، این بیع نیز صحیح می باشد، زیرا مقدار مبیع معلوم است و عقد شناخته شده باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷)

در مورد مبیع کلی در معین، این سوال پیش می آید که آیا انتقال مالکیت با عقد واقع میشود یا با قبض؟

در این خصوص سه نظر وجود دارد:

۱) برخی از حقوقدانان معتقدند که بیع، عقدی است تملیکی و در صورتی که مبیع عین خارجی یا در حکم آن باشد به نفس عقد به ملکیت مشتری داخل میشود، اگر چه هنوز مبیع تسلیم مشتری و ثمن به قبض بایع داده نشده باشد. (امامی، ۱۳۷۷)

۲) گروهی از فقهای امامیه و حقوقدانان معتقدند که در بیع کلی در معین، به صرف ایجاب و قبول، مالکیت مبیع، منتقل نمی شود، زیرا بعد از عقد، خریدار مالک هیچ عینی نمی شود و هیچ حق بر عینی پیدا نمی کند و فقط می تواند از فروشنده اجرای تعهد او را بخواهد. این تعهد، در مرحله نخست ناظر به تعیین مصداق کلی است، ولی با انجام دادن آن، تملیک تحقق می یابد. (شهیدی، ۱۳۸۲)

۳) برخی از حقوقدانان معتقدند که در بیع کلی در معین، مبیع کلی در معین مشخص و مجزاست و مالکیت که عبارت از رابطه اعتباری است، هنگامی بین شخص و شیء قابل تصور است که شیء مشخص باشد. مالکیت نسبت به شیء غیر معین قابل تصور نیست، و می توان گفت که با تشکیل عقد، برای خریدار، یک حق عینی که حق مالکیت نیست، نسبت به مجموع معین به وجود می آید که به اعتبار این حق، خواهد توانست، فروشنده را ملزم کند که مقداری از مجموعه معین را تملیک نموده و به خریدار تسلیم نماید. این حق عینی مسلماً نه یک حق مالکیت است و نه آثار آن را دارد؛ بر این اساس، بیع کلی در معین در این فرض تملیکی نمی باشد و تسلیم، علاوه بر ایفاء تعهد، سبب انتقال ملکیت به خریدار می شود و این مالکیت زمانی قابل تصور است که فردی از افراد کلی، معین شده و به تصرف خریدار داده شود. (شهیدی، ۱۳۸۲)

۶-۲-۲- اثر قبض در مبیع عین معین (کالای خاص) و مبیع نامعین در حقوق کامن لا:

۱-۶-۲-۲- اثر قبض در مبیع عین معین در حقوق کامن لا:

طبق بند یک ماده ۶۱ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، مبیع معین کالایی است که هنگام انعقاد قرارداد بیع مشخص شده و روی آن توافق صورت گرفته است. در فرهنگ حقوقی آکسفورد آمده است که کالای معین، کالایی است که به طور مشخص هنگام انعقاد قرارداد بیع، شناسایی و تعیین هویت شده است؛ مثل یک ماشین مشخص با پلاک ثبت شده معین. اگر موضوع قرارداد به ترتیب مذکور معین نشده باشد قرارداد برای فروش کالای نامعین خواهد بود. در قراردادی که برای فروش کالای معین منعقد شده، فروشنده ملزم به تسلیم همان کالا است نه کالای دیگر. در نظام حقوقی کامن لا بویژه در دو کشور انگلیس و استرالیا، جایی که قرارداد برای فروش کالای معین باشد، مالکیت کالا در زمانی که طرفین قرارداد قصد کرده باشند به خریدار منتقل می شود. (Mekendrick, 2000) ماده 2 قانون فروش کالا مصوب 1979، بیع را قراردادی دانسته است که به موجب آن فروشنده، مالکیت را در برابر عوض نقدی، به نام ثمن (بها) به خریدار منتقل می کند یا توافق برای انتقال آن می نماید. با دقت در تعریف مذکور ملاحظه می گردد که عقد بیع به دو منظور به کار میرود:

بنابراین عقد بیع در حقوق، انتقال مالکیت، توافق برای انتقال مالکیت می باشد که در نظام حقوقی کامن لا بویژه در دو کشور انگلیس و استرالیا، دو چهره تملیکی و عهدی را داراست. جایی که عقد بیع به منظور انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار منعقد شده، قرارداد با شرایطی که خواهد آمد تملیکی است. (Guest, 1989) در صورتی که هنگام قرارداد، مالکیت مبادله نشود بلکه صرفاً توافقی برای انتقال مالکیت بعمل آید و انتقال مالکیت، به گذشتن مدت زمانی یا تحقق شرطی موقوف شود، عقد بیع عهدی خواهد بود. بند 4 و 5 ماده 2 قانون فروش کالا مصوب 1979، دو نام متفاوت برای این دو معامله مقرر داشته است، در صورت اول که عقد بیع برای انتقال مالکیت بکار می رود، قرارداد فروش را بیع نامیده و در صورت دوم که قرارداد فروش صرفاً چهار چوبی است که توافق طرفین برای انتقال مالکیت کالا در آن شکل میگیرد، مطابق بند 6 ماده 2 قانون فروش کالا قرارداد را توافق برای بیع نامیده است توافق برای بیع هنگامی که بیع تبدیل میشود که مدت زمان تعیین شده سپری شده یا شرایط پیش بینی شده انجام شود. (Rushforth, 2006) انتقال مالکیت کالا یک امری قصدی است، از آنجا که ممکن است پی بردن به اراده طرفین امری مشکل باشد، قانونگذار در ماده 18 قانون فروش کالا مصوب 1979، قانونی مختلفی را برای احراز قصد مشترک متعاملین در خصوص زمان انتقال ملکیت کالا به دست داده است. صدر ماده مزبور مقرر می دارد که قواعد مذکور در این ماده قواعدی است که جز در صورتی که قصد دیگری ظاهر شود، برای احراز قصد متعاملین در مورد زمان انتقال ملکیت کالا به خریدار به کار می رود. اهمیت قواعد مذکور در این ماده این است که:

اولاً: در اغلب موارد قصد مشترک طرفین در قرارداد مورد تصریح قرار می گیرد و ثانیاً: در مواردی با وجود آنکه به قصد طرفین در زمان انتقال ملکیت کالا تصریح شده، ولی این تصریح در صورتی که قبل از آن، مالکیت کالا به موجب این قواعد منتقل شده باشد بی اثر خواهد بود (Guest, 1989) در مورد نقش قبض در انتقال مالکیت مبیع عین معین، لازم است فروض مختلف مذکور در ماده 18 قانون فروش کالا مصوب 1979 مورد بررسی قرار گیرد:

الف) طبق بند اول ماده 18 قانون فروش کالا مصوب 1979، هرگاه کالاها در وضعیت قابل تسلیم باشند، مالکیت در زمان انعقاد قرارداد منتقل می شود اگرچه زمان پرداخت و یا تسلیم، تاریخ دیرتری باشد. بنابراین مالکیت مبیع معین طبق این بند زمانی به موجب عقد منتقل می شود که اولاً: قرارداد بیع، غیرمشروط باشد؛ یعنی شرط مخالف برای زمان انتقال مالکیت نباشد.

ثانیاً: کالای موضوع قرارداد کالای معین باشد.

ثالثاً: کالای معین در وضعیت قابل تسلیم قرار داشته باشد که با جمع این شرایط مالکیت همزمان و بلافاصله پس از انعقاد قرارداد به خریدار منتقل می شود. تملیکی بودن عقد بیع در این قاعده پیش بینی شده است. فرق نمی کند که مبادله مادی ثمن و مبیع همزمان با تشکیل عقد انجام شده باشد، یا اینکه برای پرداخت ثمن یا تسلیم کالا مهلتی پیش بینی شده باشد. پس انتقال مالکیت بدون تسلیم یا قبض نیز صورت می گیرد. قاعده اول مذکور در ماده 18 قانون فروش کالا مصوب 1979 فقط در صورتی اجرا می شود که موضوع قرارداد، کالای معین باشد.

۲-۲-۶-۲- اثر قبض در مبیع نامعین در حقوق کامن لا:

قانون فروش کالا مصوب 1979، اصطلاح مبیع یا کالای نامعین را تعریف نکرده و با توجه به تعریف و مفهوم کالای معین، می توان گفت منظور از مبیع نامعین، کالایی است که هنگام انعقاد قرارداد در خارج مشخص و قابل اشاره نباشد. به عبارت دیگر، مبیع کلی عبارت از کالایی است که در هنگام انعقاد قرارداد، به طور مشخص شناسایی و تعیین هویت نشده باشد؛ مثلاً در یک قرارداد به منظور فروش هزار تن دانه روغنی سویا، فروشنده می تواند هر هزار تنی را که با توصیف قراردادی مطابق باشد، تسلیم

خریدار کند، هنگامی که مقدار لازم برای تحویل به خریدار کنار گذاشته می شود، کالا به عنوان معین توصیف می شود. (2000، Mekendrick)

از نظر حقوق دانان کامن لا کالای نامعین دارای اقسام ذیل است:

الف) کالای کلی: مقدار معلومی از یک کالا به طور کلی را کالای کلی گویند. کالای کلی دارای مصادیق فراوان است و هرچند مقدار و وصف آن معلوم باشد ولی نامعین می باشد، مثل یک تن شکر چون در هنگام قرارداد مشخص و قابل اشاره نیست و به قرارداد تخصیص داده نشده، نامعین است. در قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، کالای کلی تعریف نشده و به نظر می رسد که مقررات مربوط به کالای آینده، در مورد کالای کلی هم اعمال می شود. (Guest.1989)

ب) کالای آینده: کالایی است که هنگام قرارداد در اختیار فروشنده نیست، بلکه باید پس از انعقاد قرارداد به وسیله او تولید یا تحصیل شود.

ج) بخش نامعین از یک مجموعه معین: اصطلاح بخش نامعین از یک مجموعه معین، مترادف «کلی در معین» در حقوق موضوعه ایران است، مانند ۱۰ تن گندم از انباری که حاوی هزار تن گندم است. کالای کلی در معین نیز در قانون فروش کالا تعریف نشده است، ولی حقوقدانان به آن توجه داشته اند. حق انتخاب و تفکیک قسمت فروخته شده از انبار ممکن است به خریدار، فروشنده یا شخص ثالث واگذار شود. تخصیص کالای نامعین در این قسم ممکن است بدون اراده فروشنده و خریدار هم اتفاق بیفتد، مثل آنکه، تمام انبار یا مجموعه، به جز مقدار فروخته شده تلف شود. در این فرض، مقدار باقی مانده خود به خود تخصیص یافته به قرارداد محسوب می شود و مالکیت آن از آن هنگام به خریدار منتقل می شود، همچنین است اگر یک خریدار تمام موجودی انبار را در چند نوبت خریداری کند. در این حالت تمام انبار پس از آخرین قرارداد به تملک او در خواهد آمد. (ابهری، ۱۳۹۰).

۷-۲-۲- رهن در حقوق ایران، فقه امامیه و حقوق کامن لا:

تعریف لغوی رهن:

رهن در لغت به معنی «گرو گذاشتن، چیزی را نزد کسی گرو گذاشتن و به معنی گرو، گروی و آنچه که نزد کسی بگذارند و به قدر ارزش آن پول قرض کنن، رهان و رهون جمع رهن است. (عمید، ۱۳۶۴) به عبارت دیگر رهن، توثیق دین به عین است به این معنی که حبس و نگه داشتن مالی برای ضمانت حقی که بر عهده دیگری (بدهکار) است.

۷-۲-۱- تعریف اصطلاحی رهن:

رهن عقدی است که به موجب آن مال مدیون وثیقه طلب قرار می گیرد در اصطلاح حقوقی، رهن عبارت است از : گرو گذاشتن مقداری از دارایی بدهکار نزد طلبکار به این منظور که اگر طلب خود را در موعد مقرر وصول نکرد، از مال مزبور آن را جبران و تلافی کند. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن و مال مذکور مال الرهانه و مال مرهونه و عین مرهونه نامند. عقد رهن از طرف رهن لازم و از طرف مرتهن جایز است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵) برخی از فقهای امامیه، رهن را به «هو وثیقه للدين» یا «وثیقه لدين المرتهن» تعریف کرده اند (نجفی، ۱۳۹۴ه ق) در حقوق کامن لا اصطلاح رهن غیر مقبوض^۵ و وثیقه ای اطلاق می شود که اولاً موضوع آن منقول است و ثانیاً از تصرف بدهکار خارج نمی شود و در موعد پرداخت دین طلبکار حق دارد آن مال را به فروش رسانده، طلب خود را وصول کند. اصطلاح رهن غیر مقبوض^۶ ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی استرالیا، قراردادی است

^۵ . hypotheque

^۶ . nantist

که به موجب آن مدیون مالی را به عنوان وثیقه به طلبکار می دهد. این عقد هم در اموال منقول وهم در اموال غیرمنقول قابل انعقاد بوده ولی آثار و احکام آن در ارتباط با هر یک متفاوت است. (سادات فقیه، ۱۳۸۷)

۷-۲-۲-۲- اثر قبض در عقد رهن:

در فقه امامیه در مورد نقش قبض عین مرهونه و تأثیر آن بر عقد رهن سه نظریه متفاوت وجود دارد:

۷-۲-۲-۳- نقش قبض در حقیقت و ماهیت عقد رهن:

برخی از فقها، قبض عین مرهونه را شرط صحت عقد رهن دانسته و گفته اند: عقد رهن پس از ایجاب و قبول و قبض عین مرهونه تحقق می یابد و قبل از قبض عین مرهونه، عقد رهن کامل نیست، بنابراین، نظریه قبض از ارکان صحت عقد رهن به شمار می رود.

۷-۲-۲-۴- نقش قبض در لزوم عقد رهن:

بنابراین، دیدگاه قبض شرط لزوم عقد رهن است، اما قبض شرط تحقق نام رهن یا درستی (صحت) آن به شمار نمی رود، بنابراین عقد رهن پیش از قبض نیز صحیح است و آثار و احکام مربوط به آن نیز بر آن مترتب می گردد، اما عقد از طرف راهن و مرتهن جایز است و زمانی این عقد لازم می شود که مرتهن در عین مرهونه تصرف کند و قبض تحقق یابد.

۷-۲-۲-۵- نقش قبض به عنوان آثار و احکام عقد رهن:

بر اساس این دیدگاه قبض هیچ دخالتی در درستی و لزوم رهن ندارد و از احکام آن است، این دیدگاه متعلق به گروهی از بزرگان فقها از جمله شیخ طوسی در یکی از دیدگاه هایش، علامه حلی و فرزندش فخر المحققین، ابن ادریس، محقق کرکی، شهید ثانی و غیره است. در ماده ۷۷۲ قانون مدنی نظریه نخست را پذیرفته است، و از آنجائی که اغلب طرفداران نظریه اول و دوم رهن دین و منافع را باطل دانسته و در حقیقت آن را (بطلان رهن دین) از نتایج این نظریات قلمداد کرده اند. لذا لازم است، دلائل و مستندات این نظریات مورد مذاقه قرار گیرند، و به لحاظ آن که اکثر دلائل و مستندات نظریه اول و دوم یکسان و مشترک است. (نجفی، ۱۳۹۴ ه.ق) برخی نیز صحت را به صحت تأهلی (قابلیت عقد برای تمامیت) و صحت فعلی تقسیم کرده و گفته اند: منظور کسانی که قبض را شرط صحت اعلام کرده اند صحت تأهلی است و مقصود کسانی که آنرا شرط لزوم قلمداد کرده اند صحت فعلی است. ولی به نظر می رسد به لحاظ عملی تفاوت عمده ای میان این دو نظریه نیست، چرا که تفاوتی که در فاصله انعقاد عقد و لزوم آن در سایر عقود که قبض شرط صحت آنست، مانند هبه، وقف... صرفاً در نمائات و منافع منفصله آن ظاهر می شود که این منافع متعلق به واهب یا واقف است. ولی این نتیجه در عقد رهن بی معناست، چرا که عین مرهونه و منافع آن قبل و بعد از قبض ملک راهن است، از این رو تفاوت عملی بین این دو نظریه وجود ندارد. (حر عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق)

نتیجه گیری:

۱- قبض از واژه هایی است که جنبه معنوی و عرفی دارد و معنی آن بر حسب عرف، استیلاء و تسلط بر شیئی است به این معنی که شیئی به نحوی در اختیار شخص قرار گیرد که عرف او را مسلط بر آن بداند. استیلاء عرفی بر هر چیزی متناسب با وضع آن بوده و به اختلاف موارد متفاوت پیدا می کند. در فقه امامیه و به تبع آن در قانون مدنی، قبض، شرط صحت و وقوع برخی از عقود مثل بیع صرف شناخته شده است، به عکس در بعضی عقود؛ قبض به عنوان نتیجه و لازمه عقد است؛ در عقود رضایی که پس از ایجاب و قبول واقع می گردند و طرفین ملزم به اجرای تعهدات خود می باشند.

- ۲- قبض و اقباض به عنوان یکی از آثار و لوازم عقد می‌باشد، مانند عقد بیع و هر عقد معاوضی دیگر در این گونه عقود عمل قبض و اقباض به عنوان مکمل تعهدات طرفین که براساس عقد ایجاد شده تلقی می‌گردد، نه به عنوان تکمیل کننده خود عقد، در نتیجه اگر قبض صورت نگیرد، مقتضای ذات عقد که ایجاد مالکیت است زائل نمی‌شود، فلذا در مورد عقد وقف از ماده ۵۹ قانون مدنی نیز استفاده می‌شود که قبض شرط تحقق عقد است و بدون آن وقف واقع نمی‌شود.
- ۳- در عقود که قانون صریحاً قبض را شرط صحت عقد معرفی نکرده ولی تحقق عقد را به قبض یا تسلیم مورد عقد، موکول کرده است، مانند وقف (ماده ۵۹ و ۶۰ قانون مدنی) که حتی تصریح به عدم لزوم قبض شده است و هبه، به نظر می‌رسد که فوریت قبض، شرط نیست و پس از ایجاب و قبول، هر زمان که قبض صورت گیرد عقد کامل می‌شود. این نظر به خصوص تقویت می‌شود به این که توجه کنیم عقاید فقهای امامیه در مورد قبض و فوریت یا عدم فوریت آن در عقود مختلف عینی، متفاوت است. در رهن دین موضوع رهن دین شخصی می‌باشد که دائن آن دین برای تضمین بدهی خود به دائن دیگری آن را به رهن می‌گذارد. بر این اساس متعهدله اصلی برای پرداخت دین تغییر می‌کند در حالی که مدیون ثابت می‌ماند. قانون مدنی براساس منابع فقهی حکم این قضیه را بطلان دانسته و در ماده ۷۷۴ قانون مدنی متذکر این امر شده است که رهن دین و منفعت باطل می‌باشد.
- ۴- به نظر می‌رسد که دلیل بطلان رهن دین عدم قبض دین می‌باشد، زیرا دین وجود مادی و محسوس ندارد که بتوان به آن عینیت بخشید. منظور از نداشتن عین در اینجا حکم ماده ۷۷۴ قانون مدنی می‌باشد که دین و منفعت را در مقابل عین آورده است و احساس می‌شود که منظور از این تقابل عدم وجود مادی و محسوس دین می‌باشد. برخی از فقها و حقوقدانان علت بطلان رهن دین را عدم قبض آن عنوان کرده‌اند، به عبارت دیگر رهن یک عقد عینی است و قبض از شرایط صحت آن می‌باشد. به این صورت که تا مال مورد رهن به قبض مرتهن یا کسی که از جانب او وکالتاً یا وصایتاً نمایندگی دارد، تحقق پیدا نمی‌کند. بر این اساس نیز هنگامی که رهن دین به خاطر وجود غیرمادی و نامحسوس خود به قبض مرتهن در نمی‌آید پس رهن دین منفعت باطل اعلام می‌شود، اما برخی دیگر عقد رهن را یک عقد رضایی دانسته‌اند و قبض را از شرایط صحت آن عنوان نکرده‌اند.
- ۵- در نظام حقوقی کامن لا نیز از این نظر پیروی کرده است و هر چند حکم واضحی در این زمینه ندارد ولی به نظر می‌رسد عقد رهن را یک عقد رضایی دانسته است ولی با وجود این تسلیم سندی که بر اساس آن مدیونیت مدیون را مشخص می‌کند به مرتهن را از شرایط عقد رهن دین دانسته است.
- ۶- در حقوق کامن لا رهن دین با تمام ضوابط و ویژگی‌های خاص خود به صورت کامل پذیرفته شده است، حتی در این زمینه به سهام شرکت‌ها و اسناد بی نام و بانام نیز اشاره شده است و رهن آنها نیز درست دانسته شده است. با توجه به نیازهای تجار دنیای کنونی ایجاب می‌کند که در بسیاری از موارد بتوانند اسناد دینی خود را میان خود به رهن بگذارند و از این طریق بتوانند در دنیای داد و ستدها و چرخش سرمایه و عدم انتقال و جابجایی بیشتر وجوه نقد و کالاهای مورد نیاز تجار در جهت رفع حوائج یکدیگر برآیند. بر این اساس نمی‌توان دلیل منطقی و واضح و روشن برای مخالفت قانون گذار با رهن این گونه اموال پیدا کرد.
- ۷- در حقوق کامن لا، با تفکیک اموال غیر منقول از منقول، در مورد اموال غیر منقول انتقال مالکیت را با سند رسمی و نسبت به اموال موجود، ممکن می‌دانند ولی در اموال منقول با حذف این تشریفات، بیع کالای آینده را صحیح میدانند و انتقال مالکیت را پس از تولید و ساخت کالا می‌دانند.
- ۸- برخی دیگر زمان انتقال مالکیت را زمان تعیین مصداق مبیع میدانند. نظر دوم منطقی تر است زیرا ماده 338 قانون مدنی، عقد بیع را تملیکی دانسته است و تفاوتی بین عین معین و کلی قائل نشده است. در حقوق کامن لا، در صورتی که مبیع کلی باشد اعم از کلی در معین و کلی فی الذمه، در صورتی مالکیت مبیع منتقل می‌شود که اولاً مصداق مبیع کلی توسط فروشنده یا با رضایت طرفین تعیین شده باشد. ثانیاً، مصداق تعیین شده در وضعیت قابل تسلیم باشد. به عبارت دیگر، در بیع کلی در صورتی که مصداق تعیین شده در وضعیت قابل تسلیم باشد و طرفین با قصد صریح زمانی برای انتقال مالکیت تعیین نکرده باشند، مالکیت به صرف تعیین مصداق به خریدار منتقل می‌شود و قبض تأثیری در انتقال مالکیت ندارد.

پژوهشنامه تطبیقی دادپیشگان

منابع و ماخذ:

منابع فارسی:

- ابهری، حمید، (۱۳۹۰) نقش قبض در انتقال مالکیت انواع مبیع در حقوق ایران و انگلیس، پژوهشنامه حقوقی، سال دوم، شماره دوم.
- افشار، محمد (۱۳۸۴) قوانین کشورهای استرالیا و انگلیس در مورد اثر قبض در مالکیت، تهران: نشر دیدار، چاپ اول.
- امامی، سید حسن، (۱۳۸۳) حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ بیست و چهارم، جلد ۱.
- امامی، سید حسن، (۱۳۸۴) حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه، ج ۲، چاپ بیستم.
- تفرشی، عیسی، (۱۳۸۳) تجزیه و تحلیل تراست در حقوق انگلیس و مقایسه آن با نهاد وقف در حقوق ایران، مجله پژوهش و سیاست، شماره ۱۳.
- جعفری لنگرودی، سید جعفر، (۱۳۸۶) ضمان عقدی در حقوق مدنی، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، ج ۴، چاپ هشتم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۴) ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
- حائری شهاباغ، سید علی، (۱۳۸۲) شرح قانون مدنی، قم: انتشارات گنج دانش، ج ۲، چاپ دوم.
- داراب پور، مهرباب، (۱۳۹۱) حقوق اموال و مالکیت، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول.
- رسوق، محسن، (۱۳۹۰) تسلیم مبیع و ثمن، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، چاپ اول.
- سادات فقیه، صدیقه، (۱۳۸۷)، بررسی تطبیقی مالکیت مبیع در ایران و کامن لاء، پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور تهران، گرایش حقوق خصوصی.
- ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۸۳) حقوق تجارت، تهران: انتشارات دادگستر، ج ۱، چاپ چهارم.
- شایگان، علی، (۱۳۳۹) حقوق مدنی ایران، جلد اول، انتشارات چاپ مشعل، چاپ اول.
- شریف، محمد مهدی، (۱۳۸۱) پایان نامه قبض در حقوق ایران و انگلیس، استرالیا، دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
- شعبانی، قاسم، (۱۳۸۵) تعیین مالکیت مبیع در قراردادهای نظام کامن لاء و حقوق ایران، تهران: چاپ اول، انتشارات اطلاعات.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۸) تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چاپ هفتم.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲) آثار قراردادهای، تهران: انتشارات مجد، ج ۱، جلد اول.
- صغار، محمد جواد، (۱۳۷۳) شخصیت حقوقی، تهران: نشر دانا، چاپ اول.
- صفایی، حسین، قاسم زاده، مرتضی، (۱۳۸۲) اشخاص و مجبورین، تهران: انتشارات سمت، چاپ نهم.
- صقری، محمد، (۱۳۸۷) حقوق بازرگانی (اسناد)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- طباطبائی مومتمنی، منوچهر، (۱۳۷۵) حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول، جلد ۳.
- عباس زاده، هادی، (۱۳۷۹) شرایط و احکام مورد رهن در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق.
- عمید، حسن، (۱۳۶۴) فرهنگ فارسی عمید، تهران: انتشارات امیرکبیر، ج ۲، چاپ ششم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴) حقوق مدنی، عقود معین ۱، معاملات معوض، عقود تملیکی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۲، جلد اول.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴) دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران: انتشارات میزان، چاپ دهم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵) عقود اذنی وثیقه های دین، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵) قواعد عمومی قراردادهای، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، جلد ۱.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳) قواعد عمومی قراردادهای، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۴، جلد ۲.
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۹) حقوق قراردادهای در فقه امامیه، تهران: انتشارات سمت، ج ۱، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۸۰) مقالات فقهی، حقوقی، تهران: پژوهشگاه امام خمینی، چاپ اول.
- میرداداشی، سید مهدی، (۱۳۸۸) آسیب شناسی فقهی حقوقی قوانین، تهران: انتشارات جنگل، ج ۱، چاپ اول.
- نقیبی، امین (۱۳۸۶). مالکیت در حقوق اسلام، ایران و نظام های حقوقی کامن لاء، تهران: چاپ اول، انتشارات امیرکبیر.
- نیک فرجام، کمال، (۱۳۹۰) رهن و وثیقه اسناد براتی در حقوق ایران و انگلیس، فصل نامه علمی پژوهشی دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۳.

نیک‌نام، زهرا، (۱۳۸۴) مالکیت مبیع در حقوق موضوعه ایران و مطالعه تطبیقی با فقه امامیه، پایان‌نامه‌ی دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، گرایش فقه و حقوق.

منابع عربی:

حسینی شاهرودی، سیدعلی، (۱۴۰۹ هـ ق) محاضرات فی الفقه الجعفری، دارالکتب اسلامی، ج ۲، قم، چاپ اول.
 شهید ثانی، (بی تا)، سالک الافهام، قم: چاپ سنگی، چاپ سوم، جل چهارم.
 نجفی، محمدحسن، (۱۳۹۴ هـ ق). جواهر الکلام، قم: انتشارات دارالکتب اسلامی، چاپ ششم، جلد ۴.

منابع انگلیسی:

A.Blum,Brain.(2001). Contracts (Examples, Explanation). 2nd ed. Newyork: Aspenlaw, Business.
 Guest, A.G. Chitty on Contracts, v. 2, 26thed, London, Sweet, 1989.
 Mekendrick, Ewan.(2000). Contract law. 4th ed. Great Britain: Macmillan press LTD.
 Layne T, Rushforth, Your duties as trustee for living settler, Rushforth publisher, 2006.
 Treite, Guenter.(1999 repri: 2000). The law of contract. 10th ed. London: sweet 6 maxwell.

پژوهشنامه تطبیقی دادپیشگان