

## مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض و آثار آن در حقوق و فقه امامیه با رویکرد نوین

جواد آقا جانی الیزه<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> دانش‌آموخته کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

### چکیده

قبض در حقوق عبارت از استیلاء مشتری بر مبیع است و اقباض در حقوق عبارت از تحویل دادن مورد تعهد به متعهد له یا قائم‌مقام قانونی او است. عقد معوض، عقدی دارای یک مورد و عقد غیرمعوض، دارای دو مورد است. از اهداف اساسی نگارنده، کاهش چالش‌های علمی، تبیین راه‌حل‌های حقوقی و فقهی و ارائه روش‌های مناسب جهت کاهش تضاد و تمایز در نظرات فقها و حقوقدانان است تا در مراکز آموزشی، پژوهشی، دانشگاهی و قضایی مورد بهره‌مندی اساتید، دانشجویان، مشاوران، وکلا و قضات قرار گیرد. روش انجام تحقیق، روش توصیفی و تحلیلی و نوع پژوهش نیز نظری می‌باشد که یکی از اقسام پژوهش بنیادی است و از روش‌های استدلال و تحلیل عقلانی استفاده می‌نماید و بر پایه مطالعات کتابخانه‌ای انجام می‌شود. اطلاعات این تحقیق با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای بوده است که در این شیوه با مراجعه و استفاده از ابزار گردآوری اطلاعات از قبیل بررسی کتب موجود در کتابخانه‌های گوناگون، مقالات علمی و حقوقی، مجلات و نشریات، پژوهش انجام می‌شود. اهتمام و جهد بر آن بوده است که با مراجعه به حقوق و فقه امامیه به تحلیل و بررسی اقوال گوناگونی که توسط دکترین حقوق و فقه‌های امامیه مطرح گردیده است، پرداخته شود. پژوهش در منابع به صورت مستقیم، مطالعه دقیق نظرات حقوقدانان و فقها، قرائت اکثر مباحث مرتبط با عنوان، تتبع جامع و مشروح به صورت جزئی و تخصصی در موضوع، تحریر تحلیل‌های نوین و بدیع برخی از دستاوردهای مقاله است.

واژه‌های کلیدی: قبض، اقباض، معوض، غیرمعوض

## ۱. مقدمه

وضع و عمل نمودن به قانون از اقتضائات هر جامعه حاوی حکومت است و جامعه اسلامی را نیز شامل می‌شود. در جامعه اسلامی، شریعت توسط علم فقه بیان گردیده و قواعد و قوانین مورد نیاز بر اساس علم فقه تبیین می‌گردد. حقوق کشور ایران متأثر از فقه امامیه است و قوانین مدنی ریشه در علم فقه و حقوق اسلامی دارد. قواعد عمومی قراردادها از مباحث اساسی و بنیادین در حقوق اسلامی و مدنی است که با تدقیق و امعان نظر در آن آگاهی ژرفی ایجاد می‌شود. از مفاهیم حائز اهمیت در این بحث، مفهوم عقد است که به اشراف و درک زوایای قواعد عمومی قراردادها کمک می‌نماید.

به موجب ماده ۱۸۳ قانون مدنی، عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد. ایجاد تعهد، اسقاط تعهد، تملیک مال و موارد عدیده دیگر از تبعات عقد است. متعاقدين و متعاملين در عقود وظایف و تعهداتی را منعقد می‌نمایند که موظف به رعایت آن باشند. در باب مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض اندیشه‌ها و تفکرات گوناگونی مطرح می‌گردد، منتها در خصوص این قضایا و مسائل، اختلافات و افتراق‌هایی میان حقوقدانان و فقها وجود دارد. مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض از مسائل حائز اهمیتی می‌باشند که ضروری و بایسته است به مطالعه و پژوهش آن با عنایت به دیدگاه‌های حقوقدانان و فقها پرداخته شود.

ضرورت خاص و مهم انجام این مقاله آن است که مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض و آثار آن در حقوق و فقه امامیه با رویکرد نوین را بررسی و تحلیل نماید تا با استفاده از دقت و توجه بیشتری موجب دستیابی به نتایج مطلوب و سودمند شود. مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض و آثار آن در حقوق و فقه امامیه با رویکرد نوین یک مسئله چندوجهی، مبسوط، واجد نکات وافر و انبوه از تمایل‌ها و تمایزهای تفکرات حقوقدانان و فقها است. حجم گسترده و متفرق این مطالب سبب وضع ضرورت‌ها و حساسیت‌ها گردیده و اهمیت قضیه را افزون‌تر نموده است. ارزش و جایگاه مباحث، ما را بر این داشت که به تحقیق و پژوهش در این حوزه گسترده بپردازیم. این اهمیت، شایستگی جهت تعمق و بررسی را دارا است.

در ارتباط با این موضوع و با رسیدگی، واریسی، بازدید و مطالعه نگارنده از بخش اعظم کتب فارسی، مقالات، رسالات و برخی از کتب عربی باید بدین نکته و مضمون اشاره نمود که اغلب تحقیقات و پژوهش‌های صورت گرفته در باب قبض و اقباض، عقود معاوضی است و در حالاتی وجوه دیگر موضوع از قبیل احکام تلف مبیع قبل از قبض و بعد از قبض، تفاوت و آثار عملی قبض و تسلیم، قبض و قبول، قبض، اقباض، ضمان معاوضی، معاوضه و موارد دیگر، مورد تحلیل قرار گرفته است. از موضوعات بسیار مهم در حقوق ایران و فقه امامیه بررسی قبض و اقباض است و به دلیل این که دارای پراکندگی و ابعاد گسترده‌ای است، نیاز به تحلیل جزئی‌تری در ابواب گوناگون دارد. عناوین کتب فارسی در این موضوع، روشن، مبرهن و مشخص است و بر شخصی محجوب و پوشیده نیست، اما بابت التزام نگارنده به ارائه و عرضه سوابق، برخی از مقالات معتبر به ترتیب از پیشین به پسین و به نحو اختصار در ذیل معرفی می‌گردند: ۱. احکام تلف مبیع قبل از قبض و بعد از قبض در حقوق اسلام. [۱]. ۲. پژوهشی در مسئله قبض و قبول در عقد وقف. [۲]. ۳. قبض و آثار آن در حقوق ایران. [۳]. ۴. تفاوت و آثار عملی قبض و تسلیم در عقود معاوضی [۴]. ۵. ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض. [۵]. ۶. بررسی قاعده معاوضه در فقه امامیه و حقوق ایران و انگلیس. [۶].

اهداف پژوهش بدین شرح می‌باشند: ۱. هدف اساسی و کلی نگارنده از نگارش مقاله، بررسی و تحلیل جامع و مشروح مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض و آثار آن در حقوق و فقه امامیه با رویکرد نوین است. ۲. بیان راه‌حل‌های حقوقی و فقهی، ارائه روش‌های مناسب و معقول جهت کاهش تضاد و تمایز در نظرات حقوقدانان و فقها، کاهش چالش‌های حقوقی، از اهداف جزئی مقاله می‌باشند. ۳. از اهداف علمی این بررسی، تتبع در حقوق و بررسی تطبیقی آن با قواعد فقهی است. با بهره‌گیری از این تحقیق، برخی از نقاط مبهم موضوع، عیان و هویدا می‌گردد. انجام این مطالعه و بررسی‌های متنوع، به پیشرفت مباحث، مطالب علمی و حقوقی کمک می‌نماید. ۴. از اهداف کاربردی این تحقیق و تفحص آن است که: در مراکز آموزشی، پژوهشی، دانشگاهی و قضایی مورد استفاده قرار می‌گیرد. این تحقیق می‌تواند مورد بهره‌مندی و کاربرد بهره‌وران از قبیل اساتید، دانشجویان، مشاوران، وکلا و قضات قرار گیرد.

در این تحقیق و پژوهش به مطالعه، بررسی و تفحص در باب موضوع مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض و آثار آن در حقوق و فقه امامیه با رویکرد نوین خواهیم پرداخت. نگارنده در حد بضاعت، نه به قدر کفایت و با جدیت به بررسی و رسیدگی این مسائل در مقاله خواهد پرداخت. البته مباحث و مطالب گسترده‌ای که متفرع بر موضوع است، قابلیت عنوان نمودن دارد که ما با عنایت و رعایت به تحقق و اتقان قضیه کلیه (مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض و آثار آن در حقوق و فقه امامیه با رویکرد نوین) از کاوش، جست‌وجو در آن‌ها صرف‌نظر نمودیم و خواننده خود می‌تواند در پیرامون مسئله تحقیق و تفحص نماید. پس از ابراز این مقدمه تا حدی که توفیق و فیض حق، دستگیر و یاری‌دهنده باشد، به اراده و تفضل او به اصل موضوع وارد می‌شویم و آن را سامان می‌بخشیم.

## ۲. مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض در زبان‌های فارسی و عربی (لغت)

قبض دارای مفاهیم: هر نوشته‌ای که در قبال دریافت پول یا کالا از کسی به او می‌دهند، قرار گرفتن مال مورد معامله در تصرف و اختیار خریدار، گرفتن، به چنگ آوردن، حبس کردن، بند کردن و گرفتگی چهره است. اقباض، قبض و رسید دادن است. قبض و اقباض، ردوبدل کردن رسید، سند و قباله است. معوض در مقابل عوض است و مالی است که از طرف ایجاب‌کننده داده می‌شود، مانند آنچه فروشنده به خریدار می‌دهد. [۷]، [۸].

قبض واژه‌ای تازی است و اقباض مصدر ثلاثی مزید از همان ریشه (ق، ب، ض) است و به تصرف کسی درآوردن، تسلیم کردن، تحویل دادن و به قبض دادن معنی می‌دهد. گاه این دو واژه باهم ترکیب‌شده و به صورت (قبض و اقباض) درمی‌آیند و به معنی گرفتن، دادن عوض و معوض است. [۹]. حقیقت لغوی قبض، گرفتن، گرفتن با انگشت، گرفتن کف دست، گرفتن خود دست، تصرف کردن و تملک کردن است. [۱۰].

قبض به گرفتن، دست گرفتن گفته می‌شود. [۱۱]. مفهوم قبض در لغت، اخذ مطلق یا گرفتن با دست است. اقباض، قبض دادن است و مفهوم اقباض در مبیع متفاوت است و در منقولات نقل دادن حسی با دست است و در اموال غیرمنقول خلع ید و بلامانع قرار دادن است، به نحوی که طرف بتواند تصرف کند. غیرمعوض دارای معانی: دگرگونی، دیگر، بیگانه و حرف نفی که صفت یا حالتی را سلب می‌کند، است. [۱۲]، [۱۳]، [۱۴].

قبض، عمل یا فرآیند گرفتن، رسید است. [۱۵]. قبض به معنی پنجه گرفتن، به دست گرفتن، گرفتن جان، سندی مبنی بر دریافت مالی است. قبض و اقباض به معنی گرفتن و دادن قبض، ردوبدل کردن سند و قباله است. [۱۶]. اقباض به تصرف درآوردن، گرفتن، دادوستد قبض است. [۱۷]. قبض از مصدر قَبَضَ و به معنی گردآوردن است. [۱۸]. قبض به پنجه گرفتن است. قبض و اقباض به معنای دادن و گرفتن قبض، ردوبدل کردن سند و قباله است. [۱۹].

چیزی را با سرانگشتان گرفتن به مفهوم قبض است. [۲۰]. قبض دارای معانی: گرفتن، به دست گرفتن، گرفتگی است و نیز به ورقه‌هایی که در آن، دریافت چیزی گواهی‌شده باشد قبض می‌گویند. [۲۱]. قبض، گرفتن و ستن است و به نوشته، سند بستانکاری و بدهکاری هم می‌گویند. اقباض به تصرف درآوردن، به تصرف دادن، وادار کردن است. [۲۲]. قبض به عمل یا فرآیند گرفتن گفته می‌شود. [۲۳].

قبض در لغت بدین معانی است: الف: گرفتن، گرفتن با دست، گرفتن با همه کف دست و به پنجه گرفتن. ب: دست کشیدن و بازایستادن از گرفتن، امساک. قبضه قبضاً: آن را به پنجه گرفتن، قبض الید علی الشیء: جمع و گره کردن دست بعد گرفتن شیء، قبض ید عن الشیء یا قبض الید عن الشیء: جمع کردن دست پیش از اخذ شیء، یقبضون ایدیهم: بسته می‌دارند دست‌های خود را، منظور این که در راه خدا از انفاق مال امساک می‌کنند، فی قبضه: در تصرف او، فی قبضه یده: زیر نفوذ و تحت سلطه‌ی او، تقبض: در دست و قبضه کسی دادن چیزی را، معنی دارد. [۲۴].

### ۳. مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض در زبان انگلیسی

اقباض معادل Handing Over Delivering - و قبض دارای مفاهیم: Taking Possession - Taking Delivery است. [۲۵]، [۲۶]. قبض Receipt و قبض دادن به معنی Give a Receipt است. [۲۷]. معوض معادل Consideration است، غیرمعوض Gratuitous است. عقد معوض Bilateral Contract و عقد غیرمعوض دارای مفاهیم: Unilateral Contract - Bare Contract - Beneficence Contract - Gratuitous Agreement - Naked Contract است. عقد معاوضی معادل: Commutative Contract - Mutual Interest Contract - Reciprocal Contract است و غیر معاوضی Nudum Pactum - Nude Contract است. [۲۸].

### ۴. مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض در زبان فرانسوی

مفاهیم قبض و اقباض معادل کلمه Saisir است. [۲۹]، [۳۰]. معوض Cher است و غیرمعوض Non sage است و عقد معاوضی معادل Coup است.

### ۵. مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض در قانون مدنی

مواد ۳۶۷ الی ۳۸۹ قانون مدنی دارای محتوای قبض است و مواد ۱۸۴ الی ۱۸۹ قانون مدنی مربوط به اقسام عقود و معاملات است. [۳۱].

### ۶. مفاهیم قبض و اقباض در قرآن کریم

آیه ۴۶ سوره مبارکه فرقان قرآن کریم می‌فرماید: (ثُمَّ قَبَضْنَاهُ إِلَيْنَا قَبْضًا يَسِيرًا: سپس آن را «تا آنگاه که خورشید بر بالای سر اجرام برسد» به آرامی به سوی خود برگرفتیم «به قدرت خود آن را محو کردیم»). آیه ۶۷ سوره مبارکه زمر قرآن کریم می‌فرماید: (وَمَا قَدَرُوا اللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِ وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَالسَّمَاوَاتُ مَطْوِيَّاتٌ بِيَمِينِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ: و «قدرت و عظمت» خدا را به سنجشی که شایان مقام اوست «هرچند درخور استعداد بشری خویش» نسنجیدند و نشناختند و حال آنکه «کره» زمین روز قیامت یکسره در قبضه «قدرت» اوست و همه آسمان‌ها درهم پیچیده به دست پر اقتدار اوست او منزّه است و از آنچه شریک می‌پندارند برتری دارد). کنایه از تسلط تام بر شیء است، این که زمین همه‌اش در روز قیامت در قبضه خدا است، معنی در تسلط خدا است. آیه ۹۶ سوره مبارکه طه قرآن کریم می‌فرماید: (قَالَ بَصُرْتُ بِمَا لَمْ يَبْصُرُوا بِهِ فَقَبَضْتُ قَبْضًا مِّنْ أَثَرِ الرَّسُولِ فَنَبَذْتُهَا وَكَذَلِكَ سَوَّلْتُ لِي نَفْسِي: گفت: چیزی را دیدم و دانستم که مردم ندیدند و ندانستند «مانند حرکت خاک پای ملک و صنعت ساخت مجسمه»، پس مشتیی از خاک قدم آن فرستاده «یعنی جبرئیل» برگرفتم و آن را «در داخل مجسمه گوساله» افکندم «تا صدایی شبیه گوساله داد و مردم را به عبادتش دعوت کردم» و این چنین نفسم «این عمل زشت را» برای من بیاراست. [۲۴].

### ۷. مفاهیم قبض و اقباض در حقوق

قبض عبارت از استیلاء مشتری بر مبیع است. [۳۲]. اقباض یعنی تحویل دادن مورد تعهد به متعهد له یا قائم مقام قانونی او. در تعریف اقباض می‌گویند: اقباض عبارت است از رفع تصرف از موضوع معامله از جانب کسی که آن را به طرف، انتقال داده است به سود منتقل الیه، به طوری که منتقل الیه، بتواند هرگونه تصرف که بخواهد در آن بکند. اقباض به دودسته تقسیم می‌شود: الف: اقباض حقیقی: این واژه ترجمه اصطلاح (Offres Reelles) است. مقصود از اقباض حقیقی این است که متعهد، برای تسلیم مورد تعهد بفرستد و از او بخواهد که برای تسلیم مورد تعهد، اقدام کند. ب: اقباض حکمی: این واژه، معادل (Consignment) یعنی سپردن مورد تعهد به صندوق رسمی است. اقباض حکمی، موقعی جا دارد که متعهد، اقدام به قبض حقیقی کرده باشد و گرنه ایفاء تعهد نکرده است. این حکم آمره از ماده ۲۷۳ (مقرر می‌دارد: اگر صاحب حق از قبول آن امتناع

کند، متعهد به وسیله تصرف دادن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود. قانون مدنی دانسته می شود. اقباض به رفع ید از موضوع معامله، از طرف ناقل به نفع منتقل الیه، به طوری که منتقل الیه بتواند، هر نوع تصرف که بخواهد در آن نماید گفته می شود، قبض فعل منتقل الیه و اقباض فعل ناقل است. اقباض مترادف تسلیم است. [۳۳].

عناصر تشکیل دهنده قبض عبارت است از: الف: قرار گرفتن مال مورد معامله تحت اختیار طرف دیگر، همان معامله، ولو این که این کار به فعل معامل نباشد (مستفاد از ماده ۳۷۴ قانون مدنی). ب: توجه طرف مذکور به قرار گرفتن مال مورد معامله تحت اختیار خود، بنابراین اگر کسی گوسفند را بفروشد و آن را بدون توجه مشتری در آغل وی قرار دهد، مادام که مشتری به این امر توجه نکرده (به قدری که سیطره مشتری بر آن صدق کند) قبض حاصل نشده است. وضع ید مشتری (متعامل) و عمل مادی از طرف او و نیز رضای او شرط تحقق قبض نیست، پس فرار گوسفند مزبور از آغل به سبب بی مبالاتی یا بی احتیاطی یا عمد متعامل مذکور، قبض را از بین نمی برد و اگر گوسفند در آغل مشتری (متعامل) تلف شود، این تلف، تلف قبل از قبض نبوده و مشمول ماده ۳۸۷ قانون مدنی نیست. همچنین قبض سند مخصوصی است که بین متعهد و متعهد له (دائن و مدیون) ردوبدل می شود. [۳۴]. استیلاء خریدار بر مبیع قبض گفته می شود. [۳۵].

مطابق ماده ۳۶۷ قانون مدنی، کار خریدار در استیلاء و تصرف مبیع، قبض یا تسلیم نامیده می شود. گاهی خریدار مبیع را از پیش در اختیار دارد و نیاز به تسلیم مجدد نیست. ماده ۳۷۳ قانون مدنی مطرح می کند: (اگر مبیع قبلاً در تصرف مشتری بوده باشد محتاج به قبض جدید نیست و همچنین است در ثمن). در این صورت اذن بایع لازم است که مصداقی از قبض (غیرمادی) محسوب می شود. هرگاه مصداق مورد تأدیه مشخص شود، ولو به تلف شدن مصداق های دیگر، متعهد له می تواند مالی را که خریده است قبض کند و به اذن فروشنده نیاز ندارد. برای مثال هرگاه شخصی دو تن از گندم های انباری را به صورت کلی در معین بخرد و در اثر حادثه ای تمام گندم های انبار به استثنای دو تن طعمه حریق گردد، خریدار می تواند آن دو تن باقی مانده را بدون اذن فروشنده تسلیم نماید و به اذن او نیازی ندارد. از طرف دیگر قبض مشتری نیز یک عمل حقوقی نیست و بدون اذن وی نیز محقق می شود (ماده ۲۷۳ قانون مدنی). برخی با تأکید بر لزوم اهلیت ایفاء کننده، قبض را یک عمل حقوقی مستقل (ایقاع) دانسته و معتقد هستند: (به طور معمول تعهد به وسیله خود متعهد ایفاء می گردد، ولی از آنجا که ایفاء تعهد در مواردی که موجب تملیک یا انتقال حقی به متعهد له می شود، نوعی ایقاع است، ایفاء کننده باید در این موارد دارای قصد و رضا باشد و تأدیه غیر قاصد و مکره معتبر نیست). ولی به نظر می رسد که لزوم تعیین مصداق از طرف متعهد نباید این توهّم را ایجاد نماید که در این موارد تسلیم یا تأدیه یک عمل حقوقی (ایقاع) است بلکه قبض عمل حقوقی مستقل نیست و نیاز به اذن فروشنده ندارد (ماده ۳۷۴ قانون مدنی)، ولی برای این که خریدار بتواند مبیع را تصرف کند، باید فرد یا مصداق آن در خارج معین باشد. پس در فروش عین معین هرگاه فروشنده مانعی در راه تصرف خریدار ایجاد نکرده باشد، او می تواند بدون اذن فروشنده مبیع را در اختیار بگیرد، همچنین است در فرضی که مبیع کلی است، ولی فروشنده یا حادثه ای فرد آن را معین می کند. قبض عمل حقوقی مستقل نیست. [۳۶].

استیلاء خریدار را بر مبیع قبض می گویند. قبض عمل مستقل نیست و نیاز به اذن و اراده فروشنده ندارد (مطابق ماده ۳۷۴ قانون مدنی). منتها، برای این که خریدار بتواند مبیع را تصرف کند، باید فرد آن در خارج معین باشد. [۳۷]. منظور از قبض، آن است که مبیع تحت اختیار و استیلاء مشتری یا قائم مقام او قرار گیرد. در این مفهوم، ابهامی وجود ندارد، ولی تحقق آن به اعتبار اختلاف موارد، کیفیات مختلف دارد، بدین نحو که تحویل مال غیر منقول با منقول یکسان نیست. تحویل مال غیر منقول به آن است که بایع از مال رفع ید کند و آن را در اختیار مشتری قرار دهد. مثلاً چنانچه مبیع خانه مسکونی است، آن را تخلیه کند و کلیدش را تحویل مشتری بدهد، ولی در اموال منقول، تحویل با سپردن عین مال به دست مشتری محقق می گردد. با توجه به تحلیل فوق معنای قبض روشن گردید که قبض در موارد مختلف، متفاوت است و در بسیاری موارد ممکن است متعاملین در هنگام معامله در نحوه قبض به گونه دیگری توافق کنند. مثلاً مقداری لباس خریداری می کند و بهای آن را می پردازد ولی دستور می دهد که لباس های مزبور میان مستمندان توزیع گردد. در این صورت، قبض اشخاص مستمند به منزله

قبض مشتری است و چنانچه قبل از آن، لباس‌ها تلف شوند، مورد از مصادیق تلف قبل از قبض است و از کیسه فروشنده محسوب می‌شود. [۳۸]. قبض اتکا برگیرنده عین است، در قبض ابتکار عمل از جانب مشتری است. [۳۹]. منظور از قبض، همان استیلاء مشتری در مبیع است و استیلاء مشتری، سلطه معنوی بر مبیع است که هر زمان بخواهد بتواند عملاً در آن تصرف نماید و از آن منتفع گردد. [۴۰].

اما مدلول عرفی قبض چیست؟ مدلول عرفی آن در نزد فقها در مال غیرمنقول عبارت است از تخلیه و منظورشان از تخلیه رفع جمیع موانع است به نحوی که مشتری در عقد بیع مستولی بر بیع شود و علاوه بر رفع جمیع موانع، اذن در قبض را هم بدهد. پس تخلیه به معنی رفع مانع و اذن در تصرف است. مبیع از نوع کلی در معین است و ثمن قبض شده است چون بایع حق حبس ندارد لذا در قانون مدنی آمده است (مطابق ماده ۳۷۴ قانون مدنی) که برای قبض، اذن فروشنده لازم نیست. این ماده هرچند مطلق است ولی باید اطلاقش را مقید کنیم و بگوییم اگر مبیع کلی در ذمه است اذن لازم است چون مدیون در جهت ادا دین خود اختیار دارد. او باید فردی از افراد ماهیت را انتخاب و در اختیار مشتری قرار دهد و از اعیان شخصیه است چون بایع حق حبس دارد تا ثمن را نجات بدهد لذا بدون اذن بایع مشتری حق حبس دارد تا ثمن را نجات بدهد، اما در مال منقول اختلاف کرده‌اند، قول اول: عده‌ای گفته‌اند که همان تخلیه است مثلاً اینکه سوئیچ ماشین را بدهد و اذن در تصرف هم بدهد، پس مانع را از بین ببرد و اذن هم بدهد. این نظر قوی‌تر است چون استعمال لفظ در اکثر موارد در بیش از یک معنا منطقی نیست پس منظور از قبض در هر دو نوع مال، تخلیه یعنی استیلاء است. در قانون مدنی (مطابق ماده ۳۶۷ قانون مدنی) قبض به استیلاء تفسیر شده است. قول دوم گفته‌اند: در مال منقول اگر مکیل و موزون باشد انتقال درک کافی است اما اگر مکیل و موزون نباشد، منظور از قبض، نقل و تحویل است مثلاً حیوان را به اسطبل مشتری منتقل کند و نظایر آن را که به نظر می‌رسد، بازگشت تمامی این مطالب به معنای استیلاء است. [۱۰].

ضرورت بررسی معنای عرفی قبض بدین دلیل است که قبض یکی از موضوعات صرفه (موضوعاتی که قانون‌گذار حکم بر آن بار می‌کند، دو قسم است: الف: موضوعات مستنبطه، ب: موضوعات صرفه، برای تعریف و شناخت ماهیت موضوعات مستنبطه که خود شارع ایجاد نموده است، باید به خود او رجوع کرد، ولی موضوعات صرفه، موضوعات عرفی هستند که مقنن احکامی بر آن‌ها مترتب ساخته است.) است که برای تعریف و شناخت ماهیت این قبیل از موضوعات (برخلاف موضوعات مستنبطه) نباید به مقنن رجوع کرد بلکه باید به عرف توجه داشت و مفهوم عرفی آن را ملاک کار قرارداد. قانون‌گذار هم در تعریف و تحقق مفهوم قبض در ماده ۳۶۷ قانون مدنی نظر به همان معنای عرفی داشته است و قبض را استیلاء مشتری بر مبیع دانسته است؛ زیرا که قانون‌گذاران در معاملات، علی‌القاعده ماهیت را از عرف می‌گیرند. بعضی از مؤلفین حقوق مدنی قبض را متشکل از عناصر ذیل دانسته‌اند: ۱. قرار گرفتن مال مورد معامله تحت اختیار طرف دیگر همان معامله است، ولو این‌که کار به فعل و اذن معامل نباشد (مستفاد از ماده ۳۷۴ قانون مدنی). ۲. توجه طرف مذکور به قرار گرفتن مال مورد معامله تحت اختیار خود، بنابراین اگر کسی گوسفندی را بفروشد و آن را بدون توجه مشتری در آغل وی قرار دهد، مادام که مشتری به این امر توجه نکرده (به قدری که سیطره مشتری بر آن صدق کند) قبض حاصل نشده است. البته وجود این عنصر در تحقق مفهوم قبض در بعضی موارد دچار اشکال می‌گردد و آن این‌که در پاره‌ای از موارد، طبق عرف مسلم، حتی توجه متعهد له به این‌که مال تحت اختیار او قرار گرفته است ضرورت دارد. چنانچه در مورد بعضی از کالاها همچون شیر، تخم مرغ، سیب زمینی و نظایرشان در بسیاری از کشورها مرسوم است که متعهد آن لوازم را پشت درب منزل متعهد له می‌گذارد و این عرفاً تسلیم محسوب می‌شود و حال آنکه صاحب‌خانه به هنگام تسلیم اشیاء مذکور در خواب است و توجه ندارد، عرف مسلم این امور را تسلیم می‌شمرد و در پاره‌ای مواقع دیگر که متعهد له به وسیله‌ی متعهد از جریان اقباض آگاه شده است و متعهد تصرف صوری به نفع متعهد له ایجاد نموده اما متعهد له در وضعی قرارداد که نمی‌تواند بهره بگیرد و به عبارت دیگر عذر عام (مثل زلزله، جنگ، سیل و آشوب) یا عذر خاص (مرض شدید) دارد در این موارد هم تسلیم صورت نگرفته است. [۲۴].

همان‌طور که در ماده ۳۶۷ قانون مدنی آمده است، منظور از قبض این است که مبیع در اختیار و استیلاء مشتری یا قائم‌مقام او قرار گیرد. پس قانون مدنی هم در تحقق مفهوم قبض همان مفهوم عرفی را در نظر داشته است و به نظر بعضی از مؤلفین چون

قبض در مواردی که شرط صحت یا لزوم است، اعم است از این که قابل گرفتن به دست باشد یا نباشد، با این تعمیم، حمل آن بر معنای حقیقی غیرممکن است، پس باید آن را به معنایی حمل نمود که شامل هر دو قسم باشد و آن عبارت است از استیلاء یافتن به چیزی و در تحقق آن، گرفتن به دست ضرورتی ندارد. بلکه اعم از این که شخصی آن را به دست گرفته یا بر آن سوار شده یا کلید و سند انتقال آن را به دست آورده باشد یا به نحو دیگری بر آن استیلاء یابد. از مطالعه مواد قانون مدنی، تألیفات فقها و حقوقدانان چنین برمی آید که استیلاء سه معنی دارد: ۱. استیلاء محقق تصرف: در این معنی، منظور از استیلاء تسلط فعلی است و به مجرد اینکه شخص قدرت بر استیلاء دارد برای صدقید کافی نیست، بلکه باید بالفعل چنین استیلائی داشته باشد (چنانکه در حیات مباحات صرف این که می تواند حیات کند کافی نیست بلکه باید بالفعل حیات کند)، در این معنی وجود قهر و غلبه، شرط تحقق استیلاء نیست. به همین معنی در ماده ۱۴۶ قانون مدنی (مقرر می دارد: مقصود از حیات تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاء.) بکار رفته است. ۲. استیلاء محقق غصب: در این معنی، استیلاء از دو قسمت تشکیل می شود: الف: عامل مادی که عبارت است از وضع ید بر مال موجود در خارج. ب: عامل معنوی که همان قهر، غلبه و عدوان است و به فاعل عمل، مربوط است. اکثریت در فقه، منظور از استیلاء را چنین دانسته و به این معنی گرویده اند. حقوقدانان اسلامی نسبت به ماده ۳۰۸ قانون مدنی (مقرر می دارد: غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.) می گویند مفهوم استیلاء، عدوان را می رساند و ذکر عدوان به طور جداگانه ضرورت ندارد. ۳. استیلاء محقق قبض: منظور از استیلاء در اینجا سلطه و سلطنت معنوی مشتری بر مبیع است که هر زمان بخواهد بتواند عملاً در آن تصرف نماید و از آن منتفع شود، تصرف مادی و فعلی نیست، چون در این صورت اخذ بالید یا تصرف خارجی در تحقق آن معتبر نیست و در واقع تصرف در آن موضوعیتی ندارد، صرفاً طریق و کاشف از استیلاء است. معیار تحقق استیلاء داوری عرف است و نشانه ثابتی ندارد. [۲۴].

#### ۸. مفاهیم معوض و غیرمعوض در حقوق

عقد معوض، عقدی است که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد می نماید و یا مالی را می دهد در عوض مالی که از طرف دیگر می گیرد و یا تعهدی که طرف دیگر به نفع او می کند. عقد غیرمعوض، عقدی است که یکی از طرفین مالی را به دیگری می دهد و یا تعهدی در مقابل او می نماید. [۴۱]. عقد معاوضی یا عقد معوض عقدی است که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر، انجام دادن کاری را یا تحویل مالی را تعهد می نماید و طرف مقابل نیز به نوبه خود یکی از این دو امر را بر عهده می گیرد. بدین ترتیب، علت دادن مال یا انجام تعهد توسط یکی از طرفین، گرفتن مال و یا تعهد از طرف مقابل است؛ بنابراین، اگر یکی از دو مورد عقد معاوضی مفقود باشد، چنین عقدی باطل است. عقد غیر معاوضی یا غیرمعوض که مصداق آن نسبت به عقود معاوضی خیلی اندک است، عبارت از عقدی است که به طور یک جانبه یکی از طرفین، انجام کار یا دادن مالی را به طور مجانی و بلاعوض به دیگری تعهد می کند. مثال بارز عقد غیرمعوض، عقد هبه است. [۴۲].

عقد از جهت مورد معامله به عقود معوض و غیرمعوض تقسیم می شود. عقد معوض، عقدی است که دارای دو مورد است که هر یک عوض دیگری به حساب می آید؛ مانند آن که شخصی کتاب خود را به سه هزار تومان می فروشد. این عقد معوض است و کتاب در برابر سه هزار تومان قرار گرفته است. عقد غیرمعوض، عقدی است که فقط یک مورد دارد، مانند عقد هبه که به موجب آن کسی مال خود را مجاناً و بلاعوض به دیگری می بخشد. [۴۳].

عقد معوض یا معاوضی قراردادی است که به موجب آن، یکی از طرفین، مالی به طرف دیگر می دهد و در ازاء آن، مالی دریافت می دارد. در عقد معوض، دو عوض وجود دارد که یکی در مقابل دیگری قرار می گیرد. به عبارت دیگر، در این عقد مبادله مالی به مالی مورد نظر است و مبادلات متقابل هستند، اعم از این که مالی در ازای مال دیگر گرفته می شود، هم زمان یا بعداً دریافت گردد؛ بنابراین بیع (ماده ۳۳۸ قانون مدنی) و اجاره (ماده ۴۶۶ قانون مدنی) از عقود معوض هستند. عقد غیرمعوض یا مجانی قراردادی است که به موجب آن، یکی از طرفین، مالی به طرف دیگر می دهد، بی آنکه چیزی در مقابل دریافت دارد. در این نوع



عقد مبادله ارزش‌ها به چشم نمی‌خورد و چیزی که یکی از متعاقدين به دیگری می‌دهد بلاعوض است. هبه و عاریه از این گونه عقود محسوب می‌شوند. [۴۴]، [۴۵].

نباید عقود معوض را با عقود دو تعهدی اشتباه کرد. مبادله و مقابله ارزش‌های اقتصادی، غیر از مقابله تعهدات است. در عقد دو تعهدی، یک تعهد در برابر تعهد دیگر قرار می‌گیرد. در حالی که در عقد معوض، مالی در برابر مال دیگر واقع می‌شود. مقابله تعهدات، ضابطه تشخیص عقود دو تعهدی و مقابله ارزش‌ها (اموال) ضابطه تفکیک عقود معوض از غیرمعوض است. بی‌شک این دو تقسیم به هم نزدیک هستند. قراردادهای دو تعهدی بیشتر معوض و قراردادهای یک تعهدی اغلب مجانی هستند. مع هذا این دو تقسیم از یکدیگر متمایزند و همیشه قابل انطباق باهم نیستند. مثلاً وام با بهره در حقوق کشور فرانسه، قرارداد یک تعهدی محسوب می‌شود و حال آنکه عقد معوض است. در حقوق کشور ایران، ودیعه و عاریه، عقد دو تعهدی به شمار می‌آیند، باینکه از عقود مجانی‌اند. وعده بیع یک قرارداد معوض است در حالی که قرارداد یک تعهدی به شمار می‌آید و نکاح را نمی‌توان عقد معوض محسوب داشت، باینکه عقدی دو تعهدی است. [۴۴]. در یک تقسیم‌بندی اساسی، عقود را به معاوضی و غیر معاوضی تقسیم می‌کنیم، دیگر معنی ندارد که عقدی را به نام عقد معاوضه در زمره عقود معین به شمار آوریم. [۴۶].

عقد معوض، عقدی است که انتقال مال از طرفین و یا قبول تعهد از طرفین باشد و عقد غیرمعوض، عقدی است که انتقال مال و یا قبول تعهد تنها از یک طرف و به نفع دیگری صورت می‌گیرد. [۴۷]. عقود که برحسب طبیعت خود دارای دو مورد است و هریک از دو طرف، در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که به عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری برای خود تحصیل می‌کند، معوض می‌نامند. در عقد معوض همیشه دو تعهد متقابل وجود دارد و هریک از دو طرف، در همان حال که از دیگری طلبکار است، مدیون او نیز هست. چنانکه در اثر عقد بیع برای خریدار و فروشنده در برابر هم ایجاد التزام می‌شود، فروشنده ملتزم به تسلیم مبیع و در ضمن طلبکار ثمن می‌گردد و خریدار نیز، در قبال تعهدی که نسبت به پرداخت ثمن پیدا می‌کند، مبیع را به دست می‌آورد. تفاوت ارزش دو عوض مانع از معوض شناختن عقد نیست، مگر این که عوض چندان ناچیز و کم‌بها باشد که عرف آن را هیچ انگارد و شائبه حيله برای وانمود ساختن وجود عوض برود، مانند فروش خانه به یک سیر نبات یا فروش باغی در برابر محصول یک سال همان باغ. برعکس، در عقد مجانی، یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند تن دیگر تعهد بر امری می‌کنند یا مالی را به رایگان می‌دهند. بدون این که برای آنان التزام ایجاد شود. برای مثال در عقد هبه، واهب مالی را به متهد می‌بخشد و در مقابل برای متهد هیچ تعهدی به وجود نمی‌آید. وجود شرط عوض در عقد رایگان آن را معوض نمی‌کند و همانند بخششی تبعی همراه با هبه اصلی است؛ زیرا در عقد معوض، باید دو تعهد یا تملیک در برابر هم قرار گیرد و در قصد مشترک باهم مبادله شود، در حالی که شرط عوض در عقد رایگان چهره فرعی دارد و دو تعهد متقابل و هم‌عرض نیست. [۴۸].

از تقسیم عقد معوض و غیرمعوض در ماده ۱۸۴ قانون مدنی (مقرر می‌دارد: عقود و معاملات به اقسام ذیل تقسیم می‌شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز، معلق.) نامی نیامده، ولی در مواد دیگری عنوان پیدا کرده است. در عقد معوض علت دادن مال و یا تعهد از جانب یک طرف، گرفتن مال و یا تعهد از ناحیه طرف دیگر است. عقد معوض دارای دو مورد عوض و معوض است. عقد غیرمعوض دارای یک مورد بیش نیست، ولی می‌توان با درج نمودن شرط در ضمن عقد غیرمعوض به آن شکل معوض داد. ولی آثار عقد معوض را ندارد. عقد در صورتی معوض است که به هنگام انعقاد، دو تعهد متقابل را برای دو طرف به وجود آورد و مبادله، موضوع انشاء قرار گیرد. عقدی که به‌طور مستقیم، تنها یک طرف را مدیون می‌کند غیرمعوض (مجانی) است. [۴۹].

عقدی را معوض گویند که انتقال مال از طرفین یا قبول تعهد از دو طرف باشد. عقد غیرمعوض، عقدی است که انتقال مال یا قبول تعهد از یک طرف است. [۵۰]. عقود به دو قسم مجانی و معوض تقسیم می‌شوند: عقد مجانی یا غیرمعوض عقدی است که (تنها) یکی از طرفین مالی را به دیگری می‌دهد و یا تعهدی در مقابل او می‌نماید. عقد معوض: عقدی است که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد می‌نماید و یا مالی را می‌دهد در عوض مالی که از طرف دیگر می‌گیرد و یا تعهدی که طرف دیگر به نفع او می‌کند. [۵۱].

عقد غیرمعوض، عقدی است که انتقال مال و یا قبول تعهد فقط از یک طرف و به نفع دیگری صورت گیرد، مانند صلح بلاعوض. عقد غیر معاوضی عقدی است که فقط یکی از طرفین قصد انشاء می‌کند و دارای تعهد می‌شود و دیگری تعهدی ندارد، مانند



عقد عاریه، ودیعه، هبه غیر معوضه و نیز عقدی است که در آن دادوستد از طرفین نباشد ولو این که هر دو طرف دارای تعهد باشند، مانند عقد نکاح. عقد معوض عقدی است که انتقال مال از طرفین و یا قبول تعهد از طرفین باشد. در معاملات معوض هریک از دو موضوع مورد معامله را عوض نامند. غالباً عوض به مالی گفته می‌شود که از طرف قبول کننده داده می‌شود (خواه آن مال عین باشد، خواه آن مال غیر عین باشد) و آنچه از طرف ایجاب کننده داده می‌شود معوض نام دارد و عوض به مالی که باید زیان زننده برای جبران خسارت به آسیب دیده بدهد هم می‌گویند. عوض و معوض را در عقود معوض، عوضین گویند. [۳۴].

عقدی که ذاتاً در آن‌ها دو تعهد متقابل وجود دارد و هر یک در عوض دیگری است، به آن‌ها عقود معوض اطلاق می‌شود، مثلاً در عقد بیع، فروشنده ملتزم به تسلیم مبیع و خریدار متعهد به پرداخت ثمن است، عدل و بدل بودن عوض و معوض در برخی موارد ضرورت ندارد. مثلاً در صلح محاباتی که فرد در مقابل یک حبه قند مالی را صلح می‌کند، عوضین عدل و بدل نمی‌باشند. در عقود مجانی، طبیعت عقد به گونه‌ای است که از یک طرف تعهدی در مقابل دیگری ایجاد می‌شود بدون این که طرف مقابل را به امری ملتزم کند و نقش متعهد له فقط قبول تعهد است، مثلاً در عقد هبه، واهب مالی را بدون این که برای متهد التزامی پیش آید، می‌بخشد. نکته مهم این که عقدی که ذاتاً مجانی هستند، مانند هبه، در صورتی که در آن‌ها شرط عوض شود که به آن هبه معوضه می‌گویند، ماهیت عقد دگرگون نمی‌شود. بر عقود معوض، اثری بار می‌شود که عقود مجانی فاقد آن آثار هستند. [۳۵].

#### ۹. مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیر معوض در فقه امامیه

مرحوم صاحب جواهر در مورد معنای لغوی قبض می‌گوید: القبض به جمیع الکف و محکی المصباح المنیر الأخذ و من الریاض عن جماعته من اهل اللغة: انه القبض بالید و فیه فی غیره انه فی العرف کذلک ایضاً: معنای قبض گرفتن به تمام کف و از مصباح المنیر حکایت شده: اخذ و در کتاب ریاض از جماعتی از اهل لغت نقل شده، قبض یعنی گرفتن با دست و در همان کتاب از سایرین نقل شده که در عرف هم قبض بدین معنا است. والذی یقوی فی النفس، ان المراد به فی جمیع المقامات التی اعتبره الشارع فی صحتها و لزومها و غیرها فی الاحکام، تحویل السلطنة العرفیه من منقول منه الی المنقول الیه، سوا حصل له السلطنة الشرعیة قبله بالعقد، کما فی البیع و نحوه، اولا کالوقف و الهبة و نحوه: مراد از جمیع جاهایی که شارع آن را معتبر شمرده جهت صحت یا لزوم عقل یا سایر احکام، عبارت است از تحویل سلطنت عرفی از منقول منه به منقول الیه، چه این که این سلطنت شرعی عقلاً سبب عقل برای او حاصل شده باشد همچون در بیع و نظیرش، یا نه چنین نبوده مثل وقف و هبه و نظایر این دو. [۲۴]، [۵۲].

بل التحقیق ان القبض مطم هو استیلاء المشتري علیه و تسلطه علیه الذی یتحقق به معنی الید و یتصور فیه الغصب: مرحوم شیخ مرتضی انصاری در این زمینه چنین می‌گوید: اولاً: قبض فعل قابض (مشتري) است، ثانیاً: اگر قبض موضوع احکامی در شرع قرار گرفته است، این احکام مترتب بر قبضی که فعل مشتري است که سوای احکام مترتب بر فعل بایع است. در نتیجه برای شناخت مفهوم قبض اولین کاری که باید صورت گیرد این است که عمل مشتري را (که قبض نام دارد) از عمل بایع متمایز سازیم و بین این دو فعل تفکیک قائل شویم. در مفهوم قبض می‌فرمایند: آنچه از صیغه و لفظ قبض ظاهر می‌گردد این است که آن، فعل مشتري است و منظور از آن استیلاء بر مبیع است، چه در منقول و چه در غیرمنقول، چون قبض که لغتاً به معنی اخذ بالید است در بسیاری از مبیعات این عمل ممکن نیست صورت گیرد، باینکه در تمام آن‌ها احکام قبض جاری است، لذا لازم است که از قبض وارد در کلام اهل لغت و لسان شرع (استیلاء و سلطنت) را اراده نماییم. پس به تحقیق می‌توان گفت که قبض عبارت است از استیلاء و تسلط مشتري، همان استیلاء و تسلطی که در مفهوم ید و غصب است. [۲۴]، [۵۳].

تعریف میرزای نائینی را برای قبض تأیید می‌نماید و معتقد است نیازی به ضمیمه کردن چیزی دیگر ندارد. [۲۴]، [۵۴]. محمدتقی بروجردی عبده (محمد عبده) معتقد است معاملاتی که قبض در آن‌ها شرط است، مثل هبه، وقف و رهن، وقتی قبض در یک جزء از مورد معامله حاصل شده باشد، صحت اختصاص به آن جزء داشته و در مابقی باطل و یا مراعی و صحت آن

موقوف به قبض است. [۵۵]. محمدباقر بن محمد اکمل بهبهانی (وحید بهبهانی) تحت عنوان اصل امضائی بودن معاملات، این نکته را پذیرفته و به آن ترتیب اثر داده است که در تعریف قبض باید توجه کامل به عرف نمود. آیت‌الله سید محمدجواد حسینی عاملی می‌گوید آنچه در مفهوم قبض معتبر است، تحقق معنای عرفی و اعتبار عقلایی است. او قبض را عبارت از نقل و تحویل دانسته است. [۲۴]، [۵۶].

ابومنصور جمال‌الدین بن الحسن بن یوسف بن مطهر حلی (علامه حلی) نیز می‌فرماید قبض در اشیاء پیمانهای، پیمان‌ه کردن و در اشیاء وزنی، عددی شمردن است. [۹]. منظور از تخلیه در قبض، رفع جمیع موانع است. همچنین علامه می‌فرماید: والاقرب عندی ان القبض الکیل او الوزن فی المکیل و الموزون و القبض بالید فیما ینقل و یحول: در مال منقول اگر قبض مکیل و موزون باشد، انتقال درک با کیل و وزن حاصل می‌شود. [۱۰]. شیخ زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی جبعی (شهید ثانی) معتقد است قبض در اموال منقول نقل است. مدلول عرفی قبض در مال غیرمنقول تخلیه است و صرف کیل نزد مشتری و صرف وزن برای انتقال به عنوان قبض کافی است. [۹]، [۱۰]، [۵۷].

میرزا محمدحسین غروی نائینی (میرزای نائینی، محقق نائینی) نیز اعتقاد دارد مناسب‌ترین معنای عرفی برای قبض با توجه به معنای حقیقی، همان استقلال، استیلاء و سلطنت بر شیء است. قبض مصدر است که به معنی تقبیض است و تخلیه بیان می‌شود. [۲۴]، [۵۸]. ابی‌عبدالله شمس‌الدین محمد ابن جمال‌الدین مکی العاملی (شهید اول، شیخ شهید) نیز بیان می‌نماید که فی القبض: إطلاق العقد یقتضی قبض العوضین فیتقابضان معاً لو تمانعاً سواء كان الثمن عيناً أو ديناً: قبض، اطلاق عقد اقتضا دارد که ثمن و مثنی تحویل شود. اگر بایع و مشتری خودداری کنند، در این صورت ثمن و مثنی به‌طور هم‌زمان داده و گرفته می‌شود، خواه ثمن عین یا کلی در ذمه باشد. [۵۹].

امام خمینی در تألیف خود کتاب البیع در این زمینه چنین می‌فرماید: هر جا که در معاملات و ابواب فقهی صحبت از قبض شده منظور و مراد معنی حقیقی و لغوی آن نیست بلکه منظور معنی عرفی آن است که همان استیلاء است، اصلاً معنای حقیقی آن معتبر نیست و در نتیجه این که بگوییم اخذ بالید یا سایر اعضاء و یا تصرف خارجی در تحقق مفهوم قبض معتبر است این واضح الاشکال و الفساد هست. لذا آنچه در مفهوم قبض معتبر است تحقق معنای عرفی و اعتبار عقلایی است که استیلاء است و بدون این که نیازی به ضمیمه نمودن تصرف خارجی باشد. ایشان در جای دیگر از تألیف خویش می‌فرماید: که مفهوم (قبض و اقباض) دو مفهومی که ملازم هم باشد مثل (وجود و ایجاد) نیستند؛ زیرا که ممکن است یکی (مثلاً قبض) بدون دیگری (اقباض) محقق گردد و بالعکس. مثلاً اگر چیزی را در کف دست دیگری که خواب است قرار دهید اقباض صورت گرفته ولی قبض محقق نشده است. [۲۴]، [۶۰]. ابوالقاسم جعفر بن الحسن بن یحیی بن سعید هذلی حلی (محقق حلی، صاحب شرایع) می‌گوید قبض به معنی تخلیه است. [۹]، [۶۱].

عقد نکاح عقدی دو تعهدی و معوض است. [۴۴]، [۵۸]. عقد معوض عبارت است از این که تملیک از یک طرف در مقابل تملیک دیگری باشد و عقد غیرمعوض آن است که معامله در مقابل عوض واقع نشود، مثل هبه، صلح که عقد غیرمعوض است. [۵۵].

## ۱۰. نتیجه‌گیری

این مقاله در چند بخش به تفحص و تتبع، در باب مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض و آثار آن در حقوق و فقه امامیه با رویکرد نوین پرداخت و نیز از منظر و دیدگاه حقوقدانان و فقها، اصل موضوع و مباحث پیرامون آن موردبررسی و تحلیل قرار گرفت. در این مقاله مباحث متعددی ارائه گردید که بیان این مباحث در چند سطر محدود به عنوان نتیجه‌گیری، امر سهل و آسانی نیست. همچنین جهت ارضاء علمی خواننده که بدون قرائت و مطالعه مطالب متعدد این مقاله، قصد و اراده دارد که با موضوع مفهوم مفاهیم قبض و اقباض، معوض و غیرمعوض و آثار آن در حقوق و فقه امامیه با رویکرد نوین بیشتر آشنا شود، دوره و مرور این خلاصه و گزیده کفایت نخواهد کرد. لکن رسم متعارف این است که در مؤخره هر پژوهشی، نگارنده به شیوه مجمل و با رعایت اختصار در خصوص موضوعی که تحقیق براساس و پایه آن محقق شده است، چند مطلب را یادداشت نماید.

بدین ترتیب، به جهت اهمیت این عنوان، التزام و رویه متعارف، نگارنده چند سطری را به صورت موجز و مختصر در ذیل مطرح می نماید:

قبض و اقباض از ارکان اساسی در حقوق و فقه امامیه است و از مباحثی می باشد که قانون گذار حکم بر آن بار می نماید. بر اساس این تحقیق و پژوهش باید اظهار نمود که قبض در حقوق عبارت از استیلاء مشتری بر مبیع است و اقباض در حقوق عبارت از تحویل دادن مورد تعهد به متعهد له یا قائم مقام قانونی او است. قبض و اقباض در حقوق دادوستد در معاملات است. قبض و اقباض در فقه امامیه نیز در دو حالت مورد عنایت است. در حالت اول و معاملات غیر منقول، تخلیه مبیع در اصل قبض است و این مبحث را جمهور فقها اجماع دارند و در حالت دوم در معاملات منقول نقل به وزن، کیل، پیمانه کردن و تحویل به ید درواقع قبض است. عقد علت مبادله قانونی اموال در جوامع بشری است، لذا جهت تتبع و تعمق دقیق و مناسب، تقسیم بندی های متنوع و متعددی توسط مبادی قانون گذاری، فقها و حقوق دانان از عقد به عمل آمده است. عقد از جهت مورد معامله در حقوق و فقه امامیه به عقود معوض و غیر معوض تقسیم می شود. عقد معوض، عقدی دارای یک مورد و عقد غیر معوض، دارای دو مورد است. عقد معوض، عقدی دارای یک مورد و عقد غیر معوض، دارای دو مورد است. به عبارت دیگر عقد معوض به عقدی گفته می شود که هر یک از متعاملین عقد مورد معامله ای را مطرح می نمایند که به این عقد معوض گویند، لکن در صورتی که فقط یکی از متعاملین معامله مورد معامله ای را مطرح نماید آن عقد غیر معوض است. تفاوت در این عقود در وجود عوض و الزام به انجام تعهد است. [۶۲].

عقود غیر معوض در تقسیمات فقه وجود دارد که قانون صراحتاً نامی از آن نبرده است مانند عقود مغانه ای و مسامحه ای. در تعریف دقیقی که هم دستاورد حقوقی و هم فقهی داشته باشد عقود معوض و غیر معوض را این گونه تعریف می کنیم، عقد معوض عقدی است که انتقال مال یا تعهد از ناحیه طرفین باشد به عبارت دیگر عقدی است که هر یک از طرفین در اداء چیزی که می دهد چیز دیگری می گیرد مانند عقد بیع. عقد غیر معوض عقدی است که انتقال مال یا قبول تعهد فقط از یک طرف و به نفع دیگری صورت می گیرد مانند صلح بلا عوض و یا هبه. در عقد غیر معوض می توان شرط عوض نمود که بدیهی است این شرط ماهیت غیر معوض بودن این عقد را تغییر نمی دهد و همانند آن که شخصی دیگری بگوید من کتابم را به شما هبه می کنم به این شرط که شما هم قلم خود را به من هبه نمایید که در این حالت عقد و ماهیت آن غیر معوض بوده و لذا حق حبس ایجاد نخواهد شد.

## ۱۱. سپاسگزاری

سپاس خداوند را که نخستین موجود است و پیش از او هیچ نبود و آخرین موجود است و پس از او هیچ نباشد. دیده بینندگان از مشاهده ذات او فرومانده و اندیشه ی گویندگان از ذکر اوصاف او عاجز است. به قدرت خود آفریدگان را از نیستی به هستی آورد و به خواست خویش آن ها را از عدم ایجاد نمود. آنگاه در مسیری که خود خواست آن ها را سالک گردانید و در طریق محبت خویش برانگیخت. برای هر زنده نصیبی معلوم و رزقی مقسوم نمود که کسی نتواند از روزی او اگر وافر است، چیزی بکاهد و اگر ناقص است، چیزی بیفزاید. سپاس خدایی را که زیبایی های آفرینش را بر ما برگزید، پاک ترین روزی ها را بر ما نازل فرمود. برتری مان بخشید به مالکیت بر همه موجودات، چنان که جمیع خلق به قدرت او گردن به امر ما نهند و به نیروی او، سر بر فرمان ما ساینند. سپاس خدای را که درب حاجت آوردن به سوی غیر را، بر ما بست و احتیاجمان را فقط به سوی خود گشود، چگونه و چه هنگام شکرش را بجا خواهیم آورد؟ نه هرگز نمی توانیم از عهده این شکر بر آییم. سپاس خدا را، سپاسی که در سایه سارش، در جمع سپاسمندان درگاهش باشیم و به یاری اش، بر مشتاقان به سوی دریای رضایت و غفرانش، پیشی بگیریم. (فرازی از دعای اول کتاب صحیفه سجاده).

## ۱۲. منابع و مأخذ

الف: قرآن کریم

ب: صحیفه سجادیه

ج: قانون مدنی

۱. الهی، محمد (۱۳۱۸)، احکام تلف مبیع قبل از قبض و بعد از قبض در حقوق اسلام، مجموعه حقوقی، شماره ۱۱۷.
۲. تویسرکانی، احمد (۱۳۷۹)، پژوهشی در مسئله قبض و قبول در عقد وقف، وقف میراث جاودان، شماره ۳۱ و ۳۲.
۳. نوروزی، بهروز (۱۳۸۴)، قبض و آثار آن در حقوق ایران، کانون، شماره ۵۶.
۴. خدابخشی - عربیان، حسن - اصغر (۱۳۹۰)، تفاوت و آثار عملی قبض و تسلیم در عقود معاوضی، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸.
۵. نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۹۳)، بررسی قاعده معاوضه در فقه امامیه و حقوق ایران و انگلیس.
۶. خدابخشی - عربیان، حسن - اصغر (۱۳۹۱)، ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده تلف مبیع قبل از قبض، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۰.
۷. انوری، حسن (۱۳۸۲)، فرهنگ بزرگ سخن، جلد ششم، چاپ دوم، تهران: سخن.
۸. انوری، حسن (۱۳۸۲)، فرهنگ بزرگ سخن، جلد هفتم، چاپ دوم، تهران: سخن.
۹. باقری، احمد (۱۳۹۳)، فقه مدنی - عقود تملیکی (بیع، اجاره)، چاپ دوم، تهران: سمت.
۱۰. شکاری - اسکندریان، روشنعلی - حسن (۱۳۹۳)، قواعد فقه بخش مدنی، چاپ اول، تهران: میزان.
۱۱. عمید، حسن (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی (فرهنگ عمید)، چاپ اول، تهران: راه رشد.
۱۲. سجادی، سید جعفر (۱۳۷۹)، فرهنگ معارف اسلامی، جلد اول، چاپ چهارم، تهران: کومش.
۱۳. .... (۱۳۷۹)، فرهنگ معارف اسلامی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: کومش.
۱۴. .... (۱۳۷۹)، فرهنگ معارف اسلامی، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: کومش.
۱۵. معین، محمد (۱۳۸۱)، فرهنگ معاصر فارسی (یک جلدی)، چاپ سوم، تهران: مؤسسه فرهنگ معاصر.
۱۶. .... (۱۳۸۶)، فرهنگ فارسی، جلد اول، چاپ چهارم، تهران: آدنا.
۱۷. .... (۱۳۸۶)، فرهنگ فارسی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: آدنا.
۱۸. حسینی، سید محمد (۱۳۸۹)، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، چاپ سوم، تهران: سروش.
۱۹. دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۱)، لغت نامه دهخدا، جلد بیست و پنجم، چاپ اول، تهران: شش مجله.
۲۰. رامپوری و همکاران، غیاث الدین محمد بن جلال الدین (۱۲۴۲ ه.ق)، غیاث اللغات، جلد اول، چاپ اول، تهران: کانون معرفت.
۲۱. رضوی بهابادی و همکاران، سید علی (۱۳۷۳)، فرهنگ زبان فارسی، چاپ اول، یزد: بهاباد.
۲۲. شمیم، علی اصغر (۱۳۴۳)، فرهنگ/میرکبیر، چاپ اول، تهران: امیرکبیر.
۲۳. صدری افشار، غلامحسین (۱۳۷۳)، فرهنگ فارسی/امروز، چاپ اول، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
۲۴. صفار، محمدجواد (۱۳۹۱)، قبض و اثر آن در عقود، چاپ دوم، تهران: جنگل.
۲۵. بشارت، حجت اله (۱۳۹۱)، فرهنگ حقوقی معاصر، چاپ اول، تهران: فرهنگ معاصر.
۲۶. وارسته، حمید (۱۳۸۶)، فرهنگ جامع حقوقی، چاپ اول، تهران: امیرکبیر.
۲۷. مصلحی، مهرداد (۱۳۸۰)، فرهنگ حقوقی، چاپ اول، تهران: قلم.
۲۸. رمضانی، محمود (۱۳۹۳)، فرهنگ لغات دوسویه حقوقی، چاپ دوم، تهران: اخوان.

۲۹. ابوالحمد و همکاران، عبدالحمید (۱۳۵۳)، *فرهنگ اصطلاحات حقوقی*، جلد اول، چاپ اول، تهران: بنیاد فرهنگ ایران.
۳۰. معلم، مرتضی (۱۳۶۲)، *فرهنگ کامل جدید*، جلد اول، چاپ سوم، تهران: امیرکبیر.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، چاپ سی و پنجم، تهران: میزان.
۳۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۶)، *فرهنگ حقوقی*، چاپ اول، تهران: کانون معرفت.
۳۳. .... (۱۳۳۸)، *دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، جلد اول، چاپ اول، تهران: بنیاد راستاد.
۳۴. .... (۱۳۹۰)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ بیست و سوم، تهران: گنج دانش.
۳۵. عزیز اللهی (کرمانی)، محمدرضا (۱۳۹۳)، *فقه و حقوق تطبیقی و استدلالی*، جلد اول، چاپ اول، تهران: مجد.
۳۶. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۹۳)، *حقوق مدنی (عقد بیع و شروط و خیارات)*، چاپ اول، تهران: میزان.
۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، *حقوق مدنی (درس‌هایی از عقود معین)*، جلد اول، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.
۳۸. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، *قواعد فقهی بخش مدنی (مالکیت، مسئولیت)*، چاپ بیست و دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۹. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۹۲)، *حقوق مدنی (عقود معین)*، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران: پایدار.
۴۰. سرانجام، هادی (۱۳۹۰)، *حقوق مدنی ۶ (شرح ماده به ماده عقود معین)*، جلد اول، چاپ دوم، تهران: قرارگاه سازندگی نوح (علیه‌السلام).
۴۱. امامی، سید حسن (۱۳۸۸)، *حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ بیست و نهم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۲. دیانی، عبدالرسول (۱۳۹۵)، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، چاپ اول، تهران: میزان.
۴۳. شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، *حقوق مدنی ۳ (تعهدات)*، چاپ هفدهم، تهران: مجد.
۴۴. صفایی، حسین (۱۳۹۵)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، جلد دوم، چاپ بیست و سوم، تهران: میزان.
۴۵. امینی، عیسی (۱۳۸۶)، *تعیین مورد معامله، تحقیقات حقوقی آزاد*، شماره ۱.
۴۶. عسگری، سجاد (۱۳۹۱)، *بررسی رابطه عقد بیع و معاوضه در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه - حقوق فرانسه و مصر*، کانون، دوره دوم، شماره ۱۳۱.
۴۷. طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۵)، *حقوق مدنی (ع و ۷)*، جلد دوم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، *حقوق مدنی (اعمال حقوقی، قرارداد، ابقاع)*، چاپ نهم، تهران: بهمن برنا.
۴۹. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۹۲)، *حقوق مدنی (اسباب تملک، عقود، ایقاعات، تعهدات)*، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: پایدار.
۵۰. ناصری، محمد (۱۳۸۴)، *مبانی فقهی حقوق مدنی ایران*، چاپ اول، قم: مجمع ذخایر اسلامی.
۵۱. نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۳)، *موضوع عقد و مورد معامله*، چاپ اول، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۵۲. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۳ ه.ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد بیست و سوم، چاپ هفتم، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۵۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۳ ه.ق)، *المکاسب المحرمه*، جلد سوم، چاپ سوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵۴. بروجردی عبده، محمدتقی (۱۳۲۹)، *کلیات حقوق اسلامی*، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.
۵۵. .... (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی*، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۵۶. حسینی عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۹ ه.ق)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، جلد چهارم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۷. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی بن احمد (۱۴۲۴ ه.ق)، *الروضة البهیه فی الشرح للمعه الدمشقیه*، جلد سوم، چاپ سوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵۸. غروی نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۸ ه.ق)، *منیه الطالب*، جلد اول، چاپ اول، قم: حیدری.
۵۹. شیروانی - غرویان، علی - محسن (۱۳۹۰)، *لمعه دمشقیه*، جلد اول، چاپ چهل و یکم، قم: دارالفکر.
۶۰. موسوی خمینی، سید روح اله (۱۴۱۵ ه.ق)، *البیع*، جلد پنجم، چاپ چهارم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۶۱. هذلی حلی، جعفر بن الحسن بن یحیی (۱۴۲۵ ه.ق)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد دوم، چاپ دوم، بیروت: دارالقاری.
۶۲. آقاجانی الیزه، جواد (۱۳۹۶)، *تلف و اتلاف مورد معامله در عقد بیع و عقود معاوضی و آثار آن در فقه و حقوق*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی تاکستان، تاکستان.
۶۳. دشتی گوی، اسعد (۱۳۹۵)، *بررسی عقود غیرمعموز بدون عوض در فقه و حقوق موضوع ایران*، کنفرانس جهانی روانشناسی و علوم تربیتی، حقوق و علوم اجتماعی در آغاز هزاره سوم.