

انواع قبول

حسین اعظمی چهاربرج *

چکیده

«قبول» در اعمال حقوقی مختلف از جمله در بیع، اجاره، رهن، هبه، وکالت، وقف، وصیت تملیکی و ارث لازم دانسته شده است و در بیشتر موارد فرقی بین قبول در هیچ‌یک از موارد فوق گذاشته نمی‌شود، در نوشته‌های حقوقی نیز بحث از قبول و خصوصاً انواع آن کمتر مورد مذاقه و توجه قرار گرفته است. در این نوشتار با بررسی آراء فقها و حقوق‌دانان، در صدد تبیین انواع مختلف قبول برآمده‌ایم، لذا با تقسیم قبول، به قبول تشکیل‌دهنده عقد یعنی؛ قبولی که یکی از ارکان قرارداد بوده و به اصطلاح «موضوع عقد» را تشکیل می‌دهد و قبولی که نقشی در تشکیل عقد ندارد و صرفاً به جهت رعایت برخی قواعد، به حکم شارع و قانون‌گذار لازم دانسته شده‌اند (قبول حکمی)، سعی در اثبات این نکته داریم که اولاً: در قبول حکمی لزومی به وجود اوصاف و ویژگی‌های خاص قبول موضوعی نیست ثانیاً: قبول موجد عقد نیز می‌تواند انواع مختلفی باشد که از حیث تحقق و اثر دارای تفاوت‌هایی با یکدیگر هستند.

واژگان کلیدی

انواع قبول، قبول رضایی، قبول قصدی، قبول انشایی، قبول موضوعی، قبول حکمی، وقف، وصیت تملیکی.

* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.

مقدمه

در مواجهه با اعمال حقوقی که در آنها قبول لازم است همیشه این سؤال به ذهن می‌رسد که آیا هر قبولی، تشکیل‌دهنده عقد است؟ به عبارتی دیگر؛ هرجا، چه در متون قانونی یا فقهی و یا عرف، نیاز به اعلام قبول داریم متعاقباً عقدی نیز تشکیل می‌گردد؟ در این خصوص برخی از فقها^۱ اعتقاد دارند قبول در عقود دو نوع است، نوع اول عبارت است از «لفظ کاشف» از رضا، چنانچه در عقود تملیکی دیده می‌شود و دیگری «رضا و رغبت به هر صورت که تصور شود، یعنی همین اندازه که «رد»ی صورت نگیرد به منزله قبول است».

طبق این نظر هر دو حالت قبول، سازنده عقد است فلذا به نظر این گروه قبول همیشه سازنده عقد است. اما در مقابل عده‌ای از دانشمندان اسلامی^۲ عقیده دارند که هر قبولی لزوماً سازنده عقد نیست، لذا ممکن است قبولی وجود داشته باشد که عقدی را به وجود نیاورد و به همین جهت قبول را به قبول عقدی و غیر عقدی تقسیم کرده‌اند.

ما نیز در تدوین این نوشتار، بنابه دلایلی که به تدریج در خلال مباحث مطرح خواهد شد، نظریه گروه اخیر را برگزیدیم و بحث از انواع قبول را در طی دو مبحث به ترتیب به بررسی قبول موجد عقد (یا قبول موضوعی) و قبول غیر موجد عقد (یا قبول حکمی) می‌پردازیم.

۱. مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۵۲۳، به نقل از محمد جعفر جعفری لنگرودی، فلسفه عمومی حقوق، ج ۲، ص ۱۲۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق، ج ۱، ص ۵۵ و ص ۱۲۷.

مبحث اول: قبول موجد عقد (قبول موضوعی)

همان‌طور که گفته شد، برخی از حقوق‌دانان قبول را به قبول حکمی و موضوعی تقسیم می‌کنند که یکی سازنده عقد است و دیگری فقط به حکم قانون یا شرع برای تأثیر عمل حقوقی لازم دانسته شده است، قبول موضوعی، قبولی است که تشکیل‌دهنده عقد است، لذا در این مبحث به تحلیل این نوع از قبول می‌پردازیم و بررسی مبانی تفکیک قبول به حکمی و موضوعی را به مبحث بعدی واگذار می‌کنیم.

برای نیل به این مقصود، ابتدا در بند اول، نظریات تحلیلی که در خصوص انواع قبول موجد عقد ارائه شده است، بررسی می‌گردد و در بند دوم اوصاف این نوع از قبول را بر می‌شماریم.

گفتار اول: نظریات تحلیلی راجع به قبول موجد عقد

در خصوص اعلام قبولی که یکی از ارکان تشکیل‌دهنده عقد است، چند نظر را می‌توان از نوشته‌های فقها و حقوق‌دانان استخراج کرد. البته با توجه به این که در بین حقوق‌دانان اصولاً بحث‌های جدی راجع به انواع قبول مطرح نشده است^۳ به این دلیل با توجه به منابع فقهی نظریاتی که راجع به انواع قبول موجد عقد مطرح شده است را تحت دو عنوان بررسی می‌کنیم.

۳. برخی از اساتید قبول را، رضای به ایجاب در صورتی که قیدی بر آن نیافزاید می‌دانند (ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۳۲۵) و برخی دیگر با استناد به تعریف عقد آن را قصد انشایی می‌دانند که وجود اقتضایی حاصل شده از ایجاب را به وجود نهایی می‌رساند (جلیل قنوتی، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، ص ۳۵۱) لذا دیدگاه واحدی راجع به این که آیا قبول حالت «انشایی» دارد یا «رضایی»، در نوشته‌هایی حقوقی مشاهده نمی‌شود.

الف) نظر به قبول فعلی و قبول لفظی

این تفکیک بیشتر در بحث معاطات مطرح می‌گردد. خصوصاً در پاسخ به این سؤالات که آیا عقد فقط توسط الفاظ واقع می‌شود یا ابزار دیگری نیز برای انشای عقد وجود دارد؟ و اگر به جای لفظ، کاشف دیگری به کار رود، مثلاً فعل، آیا عقد تشکیل می‌گردد یا فقط تراضی حاصل شده که مفید اباحه است؟ و اگر عقد به وجود آمده آیا ایجاد ملکیت متزلزل می‌کند یا ملکیت مستقر؟

بحث در قبول فعلی و لفظی در بین فقها سابقه طولانی دارد و خصوصاً در چند قرن اخیر موجب بروز اختلاف عظیم بین فقهای امامیه شده است. با بررسی نظرات این فقیهان می‌توان تفکیک قبول به قبول فعلی و لفظی را در دو قسمت بررسی کرد.

قسمت اول: در بحث معاطات به‌طور کلی^۴

۴. از حیث مطالعه تاریخی می‌توان گفت: از زمان تدوین اولین کتاب فقهی تحت عنوان «فقه الرضا» در قرن دوم هجری قمری تا قرن پنجم یعنی عصر شیخ طوسی، در کتب فقها هیچ بحثی از الفاظ و یا «صیغ العقود» مطرح نشده است. از آن زمان تا عصر محقق حلی به‌طور مختصر راجع به الفاظ عقود و ایجاب و قبول در کتب فقهی بحث شده است، محقق حلی در کتاب «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام» از ایجاب و قبول لفظی و ماضی بودن آن سخن گفته است. (محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۶۷) بعد از آن سه دوره متمایز در این خصوص بین فقها دیده می‌شود. (محمد جعفر جعفری لنگرودی، فلسفه عمومی حقوق «عناصر عمومی عقود»، ج ۱، ص ۹۹)

«دوره اول: در این دوره فکر غالب این بود که ایجاب و قبول باید به صیغه مخصوص صورت پذیرد یعنی، اولاً: باید عاقد رضای خود را با لفظ برساند، ثانیاً: آن لفظ باید در قالب‌های مخصوص به هر یک از عقود بیان شده باشد... برخی از این جماعت تا آنجا افراط کرده‌اند که معتقد شدند آن صیغه باید به زبان عربی باشد.

دوره دوم: در دو قرن اخیر کسانی مثل صاحب جواهر الکلام ظاهر شدند که صریحاً گفتند: عملکرد مسلمانان جهان در عقود، عدم رعایت صیغه است، پس هر لفظ برای بیان رضا کافی است به هر زبان».



در این قسمت منظور از فعل، معنای اعم آن یعنی هر چیزی به غیر از لفظ است لذا مشهور فقهای امامیه قبول عقد را به دو قسم، قبول لفظی و قبول غیر لفظی تقسیم کرده‌اند^۵ و در صورتی که قبول غیر لفظی باشد، معاطات را مطرح نموده‌اند. و متعاقب آن مباحثی مطرح شده که آیا افعال می‌تواند دلالت بر قصد انشاء عقد توسط عاقد بنماید یا خیر؟ برخی از فقها در این زمینه اعتقاد دارند: «افعال برای مقاصد انشایی نارسا است و اختلاف برانگیز، ولی الفاظ می‌تواند قاطع و فاقد این نقص باشد».^۶ علاوه بر آن برخی از فقها^۷ علاوه بر وجود لفظ، ماضویت را نیز «با همان استدلال» شرط دانسته‌اند. شهید ثانی در مسالک الافهام در این خصوص می‌نویسند: «لازم است که در عقد لفظ به صورت ماضی بیان گردد، زیرا، غرض از استعمال لفظ، انشاء است و صیغه به غیر از ماضی صریح در

دوره سوم: در دوران معاصر گروهی از فقیهان حتی اشتراط الفاظ را نیز نفی می‌کنند و اعتقاد دارند علاوه بر این که ماضی بودن و عربی بودن صیغه شرط نیست مگر مواردی که به دلیل خاصی لازم باشد، استعمال لفظ نیز شرط نیست. و به هر وسیله‌ای می‌توان ابراز اراده کرد. و برخی ادعا کرده‌اند که «از مجموع آرای فقیهان معاصر امامیه به دست می‌آید که... معیار، صدق عنوان عقد و یا ایقاع بر آنچه ابراز شده، می‌باشد. از این رو، دلیلی بر تخصیص مبرز و وسیله اعلام به شیء خاصی وجود ندارد».^۸ (جلیل قنواتی، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، ص ۱۰۸)

برخی معتقدند گسترده‌گی مباحثی که در مورد الفاظ عقود در آثار فقهای امامیه مشاهده می‌شود از کتب فقهی اهل سنت وارد شده است و به عبارتی عوامل خارج از فقه باعث ورود این مباحث در فقه امامیه گردیده است. (سیامک قیاسی، پایان نامه «شرایط ایجاب و قبول» به راهنمایی دکتر سید مصطفی محقق داماد، مدرسه عالی شهید مطهری، ص ص ۶۰-۱۷)

۵. مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۵۲۳ به نقل از محمد جعفر جعفری لنگرودی، فلسفه عمومی حقوق، ج ۱، ص ۱۰۱.

۶. شیخ طوسی، المسبوط، ص ۸۷ و روح الله خمینی، البیع، ج ۱، ص ۱۶۱.

۷. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۷.

۸. همان، ص ۸.

تحقق انشاء نمی‌باشد. زیرا، در مستقبل احتمال «وعدہ» به جای عقد وجود دارد و در «امر» اقتضای انشای بیع از جانب آمر وجود ندارد و همان بیانگر طلب اوست ولی ماضی، هرچند احتمال اخبار در آن وجود دارد، ولی نسبت به موارد فوق نزدیک‌تر به انشاء است.^۹ پس معلوم می‌گردد، عموماً استدلال فقها برای تفکیک قبول به قبول لفظی و غیر لفظی، «عدم دلالت کامل کاشفی غیر از لفظ بر انشاء» بوده است.

به نظر می‌رسد باید عدم لزوم استعمال الفاظ برای بیان ایجاب و قبول و به عبارت دیگر اصل رضایی بودن عقود را پذیرفت و لذا تفکیک قبول، به قبول فعلی و قبول لفظی با این مبنا توجیه‌پذیر نمی‌باشد و فاقد اثر حقوقی است.^{۱۰} زیرا، علاوه بر اینکه در میان فقهای معاصر این نظر متروک مانده و حتی برخی^{۱۱} بر خلاف آن فتوا داده‌اند، در میان حقوق‌دانان^{۱۲} نیز نظر غالب و مشهور بر این است که در تحقق عقد هیچ تفاوتی بین لفظ یا فعل یا هر کاشف عرفی دیگری وجود ندارد. که ذیلاً به دو استدلال، با دو مبنای مختلف، در توجیه آن اشاره می‌کنیم:

الف) در مواردی که در شرطیت چیزی برای عقود و ایقاعات تردید شود. مثل تردید در این که آیا انعقاد معاملات حتماً باید به وسیله الفاظ صورت پذیرد یا هر نوع وسیله متعارف اعلام اراده این امر را میسر می‌سازد؟ دو نظر است: برخی^{۱۳} معتقدند، آثار عقود و ایقاعات مثل ملکیت، زوجیت، جدایی و فراق و مانند این‌ها از امور حادث هستند که همگی مسبوق به عدم بوده و به سبب خاصی پا به عرصه وجود نهاده‌اند از این رو در

۹. حائری، سید کاظم، فقه العقود، ج ۲، ص ۸۱

۱۰. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه، ج ۱، ص ۱۹.

۱۱. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص ۹۹ و امامی، سید حسن، دوره حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۸۱ و کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۲۵۷ به بعد.

۱۲. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۷.

صورت بروز شک و تردید در بروز این نتایج و آثار در خارج، اصل عدم ترتب اثر جاری می‌شود و پس از جریان اصل استصحاب، معامله فاسد بوده و سبب شرعی و قانونی برای انتقال عوضین وجود نخواهد داشت.

اما به نظر می‌رسد در اینجا اصل استصحاب جریان پیدا نمی‌کند. زیرا، اولاً: در زمانی که در جزئیت و شرطیت و یا مانعیت چیزی شک می‌کنیم، اصل عدم وجود آن‌هاست، ثانیاً: بر فرض که اصل استصحاب را بر اصل عدم حاکم بدانیم ولی باید توجه داشت که استصحاب زمانی بر اصول دیگر حاکمیت دارد که شک سببی و مسببی نباشد، در حالی که بحث ما شک سببی و مسببی است، یعنی تردید در اینکه آیا عدم اعلام اراده به وسیله الفاظ مانع تحقق نقل و انتقال است یا نه، به این شک بر می‌گردد به اینکه آیا الفاظ در تحقق عقود شرط هستند یا خیر؟ و اصلی که در اینجا جاری می‌گردد حاکم بر استصحاب خواهد بود. به عبارت دیگر چون شک در فساد و صحت، ناشی از شک در مانعیت از نقل و انتقال می‌باشد، جریان اصل براءت مانع اجرای اصل استصحاب می‌گردد. ثالثاً: آنچه که به وسیله استصحاب عدمی اثبات می‌شود، این است که تا زمانی که ایجاب و قبول لفظاً بیان نشود، معامله یا عقد اثری نخواهد داشت اما این اصل فساد و یا بطلان عقد را نتیجه نمی‌دهد. زیرا، در اینجا اصل مثبت خواهد بود که حجت نیست. پس به عموم و اطلاق ادله لزوم عمل می‌کنیم که همان صحیح بودن عقدی است که ایجاب و قبول آن با لفظ بیان نشده است.

ب) همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان^{۱۳} بیان کرده‌اند: هدف قواعد حقوقی، تنظیم روابط اجتماعی است نه توجه به مقاصد درونی و حسن نیت اشخاص. بلکه توجه به این امور نیز به دلیل اثری است که آن‌ها در روابط اجتماعی دارند البته هرچند موضوع حقوق

۱۳. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، ص ۴۴۷.

را نمی‌توان محدود به اعمال خارجی کرد ولی به هر حال هدف قواعد آن ایجاد نظم در اجتماع است. این نظر مبتنی بر بنای عقلاست. زیرا، بدون وجود اجتماع نیازی به انجام معامله و داد و ستد نیست چه رسد به رعایت شرایط و تشریفات خاصی در انعقاد آن‌ها. فقهای امامیه نیز در تدوین قواعد معاملات به این هدف، در بخش معاملات فقه نظر داشته‌اند. زیرا، برخی^{۱۴} ادعا دارند: «با توجه به منابع فقهی ملاحظه می‌گردد، در بیع محقرات (بیع اشیاء کم ارزش)، نیازی به ایجاب و قبول لفظی نیست و بدون لفظ نیز عقد نافذ و لازم خواهد بود». حال آنکه بین اشیاء با ارزش و کم ارزش از حیث اینکه موضوع بیع واقع شوند، تفاوتی وجود ندارد. مگر اینکه گفته شود در بیع محقرات، کمتر امکان بروز اختلاف می‌رود و انجام این معاملات بدون تلفظ باعث برهم زدن نظم معاملاتی نمی‌شود. برخی از فقهای عظام امامیه^{۱۵} به این مضمون تصریح کرده و عقیده دارند: «... چون افعال و اشاره و سکوت فاقد دلالت التزامی‌اند، بنابراین نمی‌توانند هر دو جنبه (جنبه انشای مدلول عقد و جنبه تعهد و التزام به آنچه که انشاء نموده‌اند) یک عقد را دربر گیرند، به همین جهت فقط لفظ باید در ایجاب و قبول به کار رود. زیرا، لفظ هم دلالت مطابقی و هم دلالت التزامی دارد».

لذا ملاحظه می‌گردد در نظر فقها نیز هدف از شرط دانستن لفظ در عقد، انتخاب طریق اعلام اراده‌ای بوده است که بیشترین دلالت را به مدلول آن داشته باشد و لذا اگر علت حکم به شرطیت تلفظ در عقود را آنچه در بالا ذکر شد بدانیم در این صورت اگر در زمان حاضر ثابت شود که نوشته یا فعل و یا ... به‌طور کامل دلالت بر مدلول عقد می‌نمایند باید

۱۴. قیاسی، سیامک، شرایط ایجاب و قبول، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، با راهنمایی دکتر سید مصطفی

محقق داماد، مدرسه عالی شهید مطهری، ص ۵۹.

۱۵. میرزای نائینی، شرح المکاسب (منیه الطالب)، ج ۱، ص ۹۸.

همان وسیله را به جای لفظ (یا حداقل در عرض آن) به عنوان کاشف از اراده ایجاد عقد دانست.

در آخر لازم به ذکر است که عقد به عنوان موضوعی برای احکام محسوب می‌شود و همان‌طوری که می‌دانیم، موضوعات از ید شارع و قانون‌گذاران خارج است، چه اینکه، قانون‌گذار یا شارع نمی‌تواند بگوید که «من حکم کردم تا کسی جرمی انجام ندهد یا فعل حرامی مرتکب نشود». زیرا، این امر دخالت در موضوعات و افعال اشخاص است و حکم قانون‌گذار یا شارع در این مورد هیچ تأثیری نخواهد داشت، ولی می‌تواند حکم کند که هر کس اعمال فوق را انجام دهد مجازات و عقاب خواهد شد. زیرا، مجازات کردن، حکم است و در حیطه قدرت شارع و قانون‌گذار قرار دارد لذا در ما نحن فیه هم، عقد به عنوان موضوع، در حیطه اختیار عرف قرار دارد و شرایط و ارکان آن را عرف تعیین می‌کند.^{۱۷} لذا اگر به موضوعی، در حد عرفی، اطلاق عنوان عقد شود، مشمول ادله لزوم وفای به عهد^{۱۸} می‌شود و خارج نمودن آن از تحت شمول اطلاق و عموم ادله فوق نیازمند دلیل است و از آنجائیکه در استناد به این ادله، و اطلاق و عموم آن‌ها از اصول لفظی استفاده می‌گردد. لذا در مقام تعارض با استصحاب عدم ترتب اثر عقد، (همان‌طور که برخی ادعا ادعای استصحاب عدمی را نموده‌اند)^{۱۹} اصل لفظی مقدم بر اصل عملی خواهد بود.

۱۶. البته آنچه از آن بحث می‌شود منظور اراده تشریعی شارع است نه اراده تکوینی او.

۱۷. هرچند قانون‌گذار از باب ارشاد یا به‌طور استثنایی به عنوان قاعده آمره، می‌تواند در شرایط عقد یا هر عمل حقوقی دیگری دخل و تصرف نماید ولی این دخل و تصرف نیازمند دلیل است، در حالی که در ما نحن فیه چنین دلیلی وجود ندارد. زیرا، همان‌طور که در تاریخچه اعلام اراده به وسیله الفاظ بیان گردید، تا قرن پنجم هجری، در تألیفات فقهی، اثری از شرط بودن لفظ در عقد مشاهده نمی‌شود، در حالی که اگر دلیل شرعی در این خصوص می‌بود باید تا آن زمان مورد توجه فقها قرار می‌گرفت.

۱۸. مواردی مانند، حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۷۱ یا «وفوا بالعقود» سوره مائده آیه ۱.

۱۹. سید ابوالقاسم خویی، همان، ج ۳، ص ۷.

قسمت دوم: در عقود جایز

در قسمت دوم بحث - که هدف عمده طرح این عنوان نیز همین قسمت بوده است - مربوط به قبول فعلی در عقود خاصی است که عمدتاً دربرگیرنده عقود جایز می‌باشد. لازم به ذکر است که منظور از واژه «فعل» در کلمه «قبول فعلی» در این قسمت، فعلی است که موضوع عقد است مثل فعل حفاظت و نگهداری در ودیعه یا انتفاع و استفاده در عاریه یا انجام دادن مورد اذن در عقد وکالت. یعنی به‌طور کلی، قبول فعلی ممکن است به یکی از دو صورت ذیل باشد:

الف) قبول با اجرای اذن ناشی از ایجاب باشد، مثلاً موکل ایجاب وکالت را بنماید و وکیل بدون اظهار رضا، چه به‌صورت لفظ و چه به‌صورت فعل، مبادرت به اجرای مفاد اذن نماید. که در این صورت برخی از فقها^{۲۰} اعتقاد دارند، به اعتبار التزام وکیل به وکالت، فعل اقوی از قول و لفظ است. زیرا، با تصرف وکیل در مورد وکالت، اگر تقصیر کند از باب قاعده ید، ضمان او محقق است، در حالی که در «قبول قولی» چنین ضمانتی وجود ندارد. بعضی اعتقاد دارند^{۲۱} که در این حالت نه عقد به معنی اخص تشکیل می‌شود (یعنی عقدی که ایجاب و قبول لفظی لازم دارد) و نه عقد به معنی اعم (که می‌بایست قبول به‌وسیله فعل «اعم از نوشته یا فعل و...» باشد خواه ایجاب آن لفظی باشد یا فعلی) یعنی در مثال فوق نه وکالت عقدی تشکیل می‌گردد و نه وکالت معاطاتی لذا این مورد را ایقاع دانسته‌اند.

ب) قبول به صورت اجراء اذن نباشد بلکه به افعالی صورت گیرد که موجب تحقق عقد به معنای اعم (یعنی معاطات) شود. و بعد از تحقق عقد نوبت به اجرای آن می‌رسد.

۲۰. شهید ثانی، همان، ج ۵، ص ۷۹.

۲۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق، ج ۲، ص ۱۲۵.

منظور ما در این قسمت «قبول فعلی» مذکور در شق الف است.

برخی از فقها معتقدند، ایجاب و قبول در عقود جایز منحصر به لفظ نیست و در مواردی مثل وکالت، با وجود اینکه تصریح به «عقد بودن» آن کرده‌اند، قبول فعلی را «اقوی» از قبول لفظی دانسته و آن را برای تحقق وکالت کافی می‌دانند.^{۲۲}

برخی دیگر از فقها، از این هم فراتر رفته و تشکیل عقود مثل ودیعه را فقط با «قبول فعلی» قابل تحقق می‌دانند نه قبول لفظی.^{۲۳} شهید ثانی در شرح عبارت «وَلَوْ طَرَحَ الْوَدِيعَةَ عِنْدَهُ، لَمْ يَلْزِمُهُ حِفْظُهَا إِذَا لَمْ يُقْبَلْهَا» می‌نویسد: «منظور از قبول در اینجا فقط (قبول فعلی) است. زیرا، به‌طور قطع قبول لفظی برای تحقق ودیعه کفایت نمی‌کند. با قبول فعلی حفاظت برای مستودع واجب و لازم می‌گردد خواه عقد ودیعه محقق شده باشد، خواه نشده باشد. به دلیل ثبوت حکم ید و به همین دلیل، وجوب حفظ مال از (قبول فعلی) تحصیل می‌گردد».

برخی از حقوق‌دانان^{۲۴} دلیل قناعت فقها به «قبول فعلی» در عقود جائز را ناشی از فرق سنتی بین عقود تملیکی و عقود اذنی می‌دانند و معتقدند: در عقود تملیکی، تصرف منتقل‌الیه، فرع بر تحقق ملکیت وی نسبت به موضوع معامله است که این ملکیت بعد از ختم ایجاب و قبول حاصل می‌گردد ولی در عقود اذنی، هدف اعطاء اختیار در تصرف است که محصول صدور اذن است لذا در صورتی که این دادن اختیار، غیر معوض باشد به صرف اذن و دادن اختیار محقق می‌شود لذا حاجت به هیچ امر دیگری نیست.

۲۲. شهید ثانی، همان، ج ۵، ص ۷۸، همچنین ابوالحسن علی بن الحسین، عبدالعالمی، عاملی کرکی، معرف به «محقق کرکی» رسائل کرکی، تحقیق: شیخ محمد الحسون، ج ۱، ص ۱۹۳.

۲۳. مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۹، ص ۲۷۳.

۲۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، همان، ج ۲، ص ۱۲۷.

هرچند ممکن است مبنای نظر فقیهان همان باشد که حقوق‌دانان فوق مطرح کرده‌اند ولی با بررسی کتب حقوقی مواردی ملاحظه می‌گردد که فقها در عقود لازمی مثل عقد مزارعه^{۲۵} و یا حتی عقود تملیکی مثل عقد قرض^{۲۶} و هبه نیز قبول فعلی را کافی برای تحقق عقد دانسته‌اند که در این عقود قاعداً نمی‌توان به توجیه فوق استناد کرد.

به نظر می‌رسد این تفکیک واجد اثر حقوقی باشد. زیرا، در عقودی مثل ودیعه و یا عاریه که از عقود جایز هستند یا در عقود مجانی مثل هبه، شروع به انجام عمل یا قبض مال مورد عقد، بهترین کاشف از قصد یا رضای متعاملین است و «انشاء» فقط با این موارد محقق می‌گردد که مبنای آن، تفاهم عرفی بوده و فقها نیز همین امر متعارف را در فتاوی خود ذکر کرده‌اند. زیرا، همان طوری که گفته شد: «عقد» یک «موضوع» برای احکام است و اصولاً در حیطه عرف است که تشخیص دهد آیا امری که بین دو شخص به وجود آمده «عقد» است یا خیر؟ لذا همان عرف می‌تواند در اجزاء عقد نیز قضاوت کند. پس می‌توان گفت که در مورد ودیعه تا زمانی که شخص مستودع عملاً مبادرت به حفاظت از اموال مورد امانت ننموده است، عرفاً عقدی محقق نشده است و با حفظ عملی عقد تمام می‌شود^{۲۷} و همین مفهوم را از بررسی کلام فقها نیز می‌توان استنباط کرد.

۲۵. علی‌العاملی الفقهانی، زین‌الدین ابوالقاسم، الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الایقاعات و العقود، تحقیق: محمد برکت، ص ۱۲۵ و ص ۱۵۹.

۲۶. مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۹، ص ۵۹.

۲۷. در مورد عقود مجانی نیز لازم دانستن قبض می‌تواند بیانگر همین طرز تفکر باشد که عقد بدون قبض تمام نمی‌شود، قانون مدنی نیز در ماده ۷۹۸ شرط وقوع عقد هبه و در ماده ۵۹ قانون مدنی شرط تحقق عقد وقف را قبض دانسته است تنها تفاوتی که بین این دو نگرش وجود دارد این است که گروه اول قبول را با قبض محقق می‌دانند که به محض اعلام قبول به نحو فوق عقد محقق می‌شود ولی گروه دوم (که) قانون‌گذار مدنی را هم می‌توان در این گروه قرار داد) قبول را امری مجزا از قبض می‌دانند ولی به هر حال تحقق عقد را منوط به قبض می‌کنند.

ب) نظریه قبول قصدی و قبول رضایی

برای طرح این نظریه مقدماً باید مطالبی راجع به ماهیت انشاء ذکر گردد:
در خصوص ماهیت انشاء بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی^{۲۸} از آنان معتقدند که انشاء در درون و نفس انسان محقق می‌گردد لذا وجود کاشف و استعمال الفاظ صرفاً برای ابراز ما فی الضمیر شخص لازم است، پس کاشف از قصد در عالم ثبوت مؤثر نبوده و جنبه اثباتی دارد. در مقابل مشهور فقهای امامیه انشاء را عبارت از «استعمال لفظ در معنا به انگیزه تحقق معنا در ظرف مناسب خود» می‌دانند، شهید اول در قواعد الفقهیه می‌فرماید: «انشاء هُوَ قَوْلٌ أَلْذِي يُوجَدُ بِهِ مَدْلُولٌ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ».^{۲۹} برخی دیگر از فقهای معاصر نیز با ایرادات وارد بر نظریه مشهور فقهای امامیه ماهیت انشاء را چنین تبیین می‌کنند: «وجود انشایی عبارت از این است که لفظی در معنای خود استعمال شود ولی هدف استعمال‌کننده این باشد که آن معنا به نفس همین استعمال تحقق پیدا کند».^{۳۰} مثلاً بایع لفظ «فروختم» را در معنای خودش استعمال کند و هدف وی این باشد که معنای آن (یعنی

۲۸. خویی، سید ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، تحقیق: شیخ محمد اسحاق فیاض، ج ۱، ص ۸۸. همو، البیان فی تفسیر القرآن، ص ص ۴۰۹-۴۱۰.

۲۹. فاضل مقداد حلی، نضد القواعد الفقهیه، تحقیق سید عبد الطیف کوهکمره‌ای، قم، مکتبه آیه الله العظیم نجفی، ۱۴۰۳ هـ. ق، ص ۱۳۷.

۳۰. البته لفظ در بسیاری از معاملات خصوصیتی ندارد و خصوصاً در باب بیع که با معاطات هم تحقق پیدا می‌کند بنابراین لازم نیست که عامل وجود معنا و سببی که مؤثر در تحقق معناست، حتماً لفظ باشد و شاید علت اینکه شهید لفظ را مطرح کرده. برای احتراز غیر لفظ نبوده بلکه برای این باشد که لفظ واضح‌ترین چیزی است که انشاء به سبب آن تحقق پیدا می‌کند. (محمد فاضل موحّد لنگرانی، اصول فقه شیعه (درس‌های خارج اصول)، ج ۳، ص ۹۳).

۳۱. نفس الامر اعم از عالم اعتبار و واقع است که هر دو را دربر می‌گیرد.

۳۲. موحّد لنگرانی، محمد فاضل، اصول فقه شیعه (درس‌های خارج اصول)، ج ۱، ص ۳۷۹.

تملیک) به نفس همین استعمال ایجاد گردد، البته نه در واقع بلکه به وجود انشایی. لذا ابتدا باید قصدی وجود داشته باشد و سپس لفظ یا کاشفی با همان قصد استعمال گردد تا انشاء محقق گردد و بعد از حدوث انشاء شارع و عقلا اثر مطلوب را بر آن بار می‌کنند.^{۳۳} پس نتیجه می‌گیریم که «انشاء» توسط کاشفی که مبتنی بر قصد است محقق می‌شود و رضا به تنهایی برای تحقق انشاء کافی نیست و در واقع رابطه طولی بین کاشف و قصد برای تشکیل عقد وجود دارد.^{۳۴} در خصوص ایجاب، این معنی از انشاء همیشه صادق است و اختلافی بین فقها و حقوق‌دانان در این مورد دیده نمی‌شود ولی در خصوص قبول و اینکه آیا قبل از کاشف حتماً باید قصد وجود داشته باشد یا اینکه وجود رضا کافی است، از سوی فقها و حقوق‌دانان نظریات مختلفی ارائه شده است که به‌طور کلی آن‌ها را در دو قسمت بررسی می‌کنیم.

الف) برخی از فقها^{۳۵} معتقدند که قبول در هر حالت «قبول رضایی» است، یعنی نیازی به قصد ندارد. این نظر از ظاهر عبارات برخی از حقوق‌دانان^{۳۶} نیز استنباط می‌گردد. سید یزدی در این خصوص اظهار می‌دارد: «قبول چیزی جز رضای به ایجاب نیست لذا اگر ایجاب قبل از قبول اعلام شود، لازمه آن این است که انتقال ملکیت از زمان ایجاب محقق گردد، مانند اجازه فضولی بر فرض قبول نظریه کشف، و اگر ایجاب متأخر از قبول

۳۳. البته در مواردی مثل بیع مال مغضوبه توسط غاصب لنفسه عقلا و شارع اثر مطلوب را بر انشاء غاصب بار نمی‌کنند. پس ملازمه‌ای بین تحقق انشاء و تحقق نتیجه آن در نزد شارع و عقلا وجود ندارد.

۳۴. برای مطالعه بیشتر راجع به ماهیت انشاء رجوع کنید به: موحد لنگرانی، محمد فاضل، اصول فقه شیعه (درس‌های خارج اصول)، جلد اول ص ۳۷۲ به بعد و جلد سوم ص ۹۳ به بعد.

۳۵. زین الدین، شیخ محمد امین، کلمه التقوی، گردآورنده: سید جواد وداعی، ج ۴، ص ۴۱، مسأله ۷۵.

۳۶. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۲۵.

۳۷. یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۸۹.

باشد، باز انتقال ملکیت از زمان آن محقق می‌شود... لذا ما می‌گوییم که اقتضای قبول متأخر نیز انتقال ملکیت از زمان اعلام ایجاب است. زیرا، قبول، رضای به آن چیزی است که موجب انجام داده است».

برخی دیگر از فقها نیز هرچند قائل به این نظر هستند که نیاز به قبول صرفاً برای اظهار رضا نسبت به چیزی است که موجب واقع کرده است، ولی تبادل و انتقال ملکیت را در مرحله بعد از اعلام قبول دانسته و ایجاب تنها را برای انتقال ملکیت کافی نمی‌دانند.^{۳۸} (ب) برخی از فقها^{۳۹} و حقوق‌دانان^{۴۰} قبول را به دو نوع قبول قصدی و قبول رضایی، که بعضاً به قبول انشایی و قبول رضایی نیز تعبیر می‌شود،^{۴۱} تقسیم می‌کنند.

قبول قصدی، حاکی از قصد انشاء است و در مواردی مثل بیع یا به‌طور کلی عقود معوض، قبولی که رکن عقد را تشکیل می‌دهد، قبول قصدی است نه قبول رضایی. زیرا، قبول‌کننده نیز مانند موجب به نوبه خود انشاء تملیک می‌نماید (انشاء تملیک ثمن در مقابل مبیع) لذا باید دارای قصد باشد.

در توضیح بیشتر این نظر می‌توان گفت: ممکن است موجب، انشایی انجام دهد یعنی لفظی را به قصد تحقق معنی آن در خارج بیان نماید، یا اینکه نوشته‌ای را با همین قصد بنویسد، در این صورت انشاء ایجاب تحقق پیدا کرده است که می‌تواند دو حالت داشته باشد:

۳۸. خمینی، روح الله، البیع، ج ۱، ص ۴۳.

۳۹. به نقل از، جلیل قنات‌ی، همان، ص ۳۵۰.

۴۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، همان، ج ۱، ص ۵۲.

۴۱. با توجه به اینکه انشاء را نتیجه کاشف مبتنی بر قصد دانستیم لذا «رضا» و «انشاء» از یک سنخ نیستند پس بهتر است از دو اصطلاح قبول قصدی و قبول رضایی استفاده شود نه قبول انشایی و قبول رضایی.

عقدی که ایجاب انعقاد آن شده است یا عقد معوض است یا عقدی غیر معوض (در ادامه فرض را در خصوص عقد معوض و غیر معوض تملیکی «مثل بیع و هبه» دنبال می‌کنیم و هر نتیجه‌ای که حاصل شد در خصوص عقود عهدی یک‌تعه‌دی و دو‌تعه‌دی نیز قابل اعمال است).

الف) اگر عقد معوض باشد (مثل بیع) در این صورت، ایجاب موجب، وجود انشایی را به وجود آورده است که عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم، یعنی، انتقال یا ایجاد رابطه مالکیت بین مبیع و مشتری و اجازه ایجاد ملکیت بین ثمن و خودش، که هر دو را منوط به اراده و انشای طرف دیگر می‌نماید. در این حالت، مشتری با انشاء قبول، رابطه‌ای اعتباری بین ثمن و بایع ایجاد می‌کند و نیز اجازه تأثیر رابطه اعتباری بین خود و مبیع را که بایع انشاء کرده بود می‌دهد، بعد از تحقق این دو انشاء منوط به هم، عقد معوض تملیکی محقق می‌گردد، در این فرض، قبول باید حالت انشایی داشته باشد که از آن تعبیر به «قبول قصدی» می‌کنیم. زیرا، شرط لازم برای وقوع انشاء، وجود قصد تحقق معنای لفظ (کاشف) است و اگر این قصد نباشد انشایی صورت نمی‌گیرد.

ب) ممکن است عقد غیر معوض باشد (مثل عقد هبه) در این حالت، واهب رابطه ملکیت بین مال موهوبه و هبه‌شونده را انشاء می‌نماید و تحقق وجود اعتباری را منوط به قبول وی می‌نماید، در این صورت، متهب هیچ‌گونه وجود اعتباری را انشاء نمی‌نماید، فقط وجود اقتضایی که واهب ایجاد کرده است را به کمال می‌رساند و اناطه وی به قبول را محقق می‌سازد. لذا در این فرض نیازی به انشاء قبول‌کننده نیست پس لزوماً به قصد نیز نیاز نخواهد داشت. لذا قبول‌کننده ممکن است، مثل مورد فوق، با قصد و کاشف معتبر ایجاب را قبول کند و یا اینکه قبول وی به مرحله تحقق انشاء و ظهور قصد نرسد و فقط شوق درونی خود را از این اقدام واهب ابراز نماید، در اینجا، قبول دیگر حالت انشایی ندارد و صرف ابراز رضای وی کافی خواهد بود که به آن «قبول رضایی» می‌گوییم.

ج) برخی از حقوق‌دانان^{۴۲} قبول را فقط در حالت انشایی متصور می‌دانند و آن را انشایی بعد از انشای موجب می‌دانند که به وسیله آن، طرف دوم معامله، انشای طرف اول را قبول می‌کند و به همین دلیل سکوت در مقابل ایجاب را دارای ارزش قبول تلقی نکرده و عقد را قابل انعقاد با سکوت نمی‌دانند.^{۴۳} از کلمات برخی از فقها^{۴۳} نیز همین نظر برداشت می‌شود که برای قبول فقط حالت انشایی قائل هستند.

این نظر نمی‌تواند قابل پذیرش باشد، زیرا، در مواردی شخص قبول‌کننده هیچ وجود اعتباری را انشاء نمی‌کند (مثل قبول‌کننده در عقد هبه) و فقط رضای خود را به آنچه موجب ایجاد کرده است اظهار می‌دارد، در این حالت دلیلی ندارد که برای انعقاد عقد، قبول قصدی را شرط بدانیم هرچند این قبول، به عنوان فرد اکمل از انواع قبول موجد عقد اگر تحقق پیدا کرد، عقد نیز به طور قطع محقق خواهد شد ولی در مواردی که چنین قصدی احراز نشد باز به نظر می‌رسد عقد با صرف اعلام «قبول رضایی» نیز قابلیت انعقاد دارد، پس نظریه دوم که قائل به تفکیک قبول به قصد و رضایی است قابل دفاع‌تر به نظر می‌رسد.

بند دوم: اوصاف قبول موجد عقد

قبول موجد عقد از آنجائی که یکی از ارکان تشکیل‌دهنده عقد است باید دارای شرایط و اوصافی باشد که می‌توان این اوصاف را در سه گروه دسته‌بندی کرد.

۴۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، ص ۳۰

۴۳. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، ج ۳، ص ۱۵۵، شیخ انصاری در این مورد می‌فرماید: «... ایجاب انشاء الفعل و القبول انشاء النفعال».

الف) به دلیل آنکه قبول عقدی یک عمل حقوقی محسوب می‌شود لذا باید دارای تمام خصوصیات و اوصاف اعمال حقوقی باشد، مثلاً:

۱. قبول‌کننده باید دارای قصد و یا لاقلاً رضای به انعقاد عقد باشد (همان‌طور که در بند پیشین ذکر شد) لذا بدون وجود قصد یا رضا، قبول عقدی قابلیت تحقق نخواهد داشت.
 ۲. قبول‌کننده باید مختار باشد و قبول از روی اختیار صادر شود، لذا اگر قابل، مجبور یا مکروه باشد و با این حال معامله را قبول کند، معامله وی، حسب مورد، ممکن است باطل یا غیر نافذ گردد.

۳. جهت قبول عقدی نباید نامشروع باشد، لذا اگر قبول با جهت نامشروع صورت گیرد مثلاً قابل‌خانه‌ای را به قصد دایر کردن خانه فساد یا قمار خانه بخرد و این قصد وارد در تراضی شده و در عقد تصریح گردد، در این حالت عقد باطل خواهد بود.

ب) اوصافی که در تمام انواع قبول (اعم از موجد عقد و غیر موجد عقد) باید وجود داشته باشد، از جمله:

قبول باید قاطع باشد و نیز مشخص و مطابق ایجاب بوده و بی قید و شرط باشد.

ج) اوصافی که ویژه قبول موجد عقد است:

۱. قبول موجد عقد، یکی از ارکان تشکیل‌دهنده عقد است و بدون وجود آن عقد تشکیل نمی‌گردد، لذا ایجاب به تنهایی اثری نخواهد داشت و این عدم تأثیر به خاطر حکم قانون‌گذار یا شارع نیست (برخلاف قبول حکمی) بلکه به خاطر این است که بدون وجود آن اصلاً موضوع حکم (که همان عقد است) محقق نمی‌گردد تا اثر بگذارد. لذا مهم‌ترین وصف قبول موجد عقد، موضوعی بودن آن است و به همین دلیل است که ما در عنوان‌بندی این نوشتار «قبول موجد عقد» را معادل «قبول موضوعی» قرار داده‌ایم.

۲. تأثیر عقد از زمان اعلام قبول است و عقد تا زمانی که قبول اعلام نشده است اثر نخواهد داشت برخلاف قبول حکمی که ممکن است اثر قهقرایی داشته و عقد از زمانی قبل از حقوق قبول اثر بگذارد. مثل تنفیذ در معامله فضولی که اثر قهقرایی دارد.^{۴۴}

۳. در قبول موجد عقد، قبول باید زمانی ابراز شود که ایجاب‌کننده زنده است زیرا، تراضی بین یک زنده و یک مرده واقع نمی‌شود لذا بنابه نظر برخی از حقوق‌دانان^{۴۵} چون در وصیت تملیکی ممکن است قبول بعد از فوت موصی اعلام گردد پس نمی‌توان آن را عقد دانست.

۴. موجب رضای خود را منوط به قبول قابل نماید، یعنی اینکه در نظر ایجاب‌کننده تا زمانی که قبول از طرف قابل اعلام نشده است، هیچ عقدی تشکیل نگردد.

مبحث دوم: قبول غیر موجد عقد (قبول حکمی)

علاوه بر دو نظریه‌ای که در خصوص انواع مختلف قبول موجد عقد بررسی شد، نظریه دیگری نیز در خصوص انواع قبول ارائه شده است که تحت عنوان نظریه قبول حکمی و قبول موضوعی بررسی می‌شود، ما مبحث اول قبول موضوعی را مورد تحلیل و بررسی قرار دادیم در این مبحث ضمن تبیین نظریه قبول حکمی و قبول موضوعی، با تکیه بر بررسی و

۴۴. در حقوق مصر، تنفیذ معامله در حکم قبول دانسته شده است و عقد با تنفیذ بعدی کامل می‌گردد و عمل حقوقی، قبول ضمنی شمرده می‌شود لذا در این حالت زمان و مکان تشکیل عقد بر طبق مبانی پذیرفته شده در آنجا به ترتیب زمان علم موجب به تنفیذ و مکان آگاه شدن او از این مسئله خواهد بود. البته مشروط بر اینکه متعاقدين بر زمان و مکان دیگری برای وقوع عقد توافق نکرده باشند (عبدالرزاق السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج ۱، ص ۲۲۵) اگر در حقوق ایران نیز تنفیذ را نوعی قبول بدانیم، نمی‌تواند قبول موجد عقد باشد. زیرا، اثر قهقرایی دارد (ماده ۲۵۳ و ۲۵۸ قانون مدنی).

۴۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، ص ۱۷۴.

تبیین قبول حکمی (گفتار اول) به بررسی قبول در برخی اعمال حقوقی می‌پردازیم که از نظر فقها و حقوق‌دانان دارای وضع مبهم هستند و معلوم نیست که آیا قبول در آنها جزو دسته قبول موجد عقد قرار می‌گیرد یا باید آنها را خارج از قبول فوق طبقه بندی کرد (گفتار دوم).

بند اول: تبیین نظریه قبول حکمی و قبول موضوعی

برخی از حقوق‌دانان^{۴۶} از حیث اینکه، قبول جزو ارکان تشکیل‌دهنده عقد است یا خیر، معتقد به تقسیم قبول به قبول حکمی و قبول موضوعی هستند و در توضیح نظر خود اشاره می‌کنند که: در برخی موارد، وجود قبول از این جهت لازم و ضروری است که عقد بدون آن تشکیل نمی‌گردد و در واقع جزو ارکان تشکیل‌دهنده عقد است. مثلاً در عقد بیع، وجود قبول برای انشای تملک مشتری نسبت به مبیع و تملیک ثمن به بایع لازم است و تا زمانی که قبول به ایجاب ملحق نشود عرفاً اطلاق عنوان عقد بر آن نمی‌گردد. از سوی دیگر، گاهی وجود و لزوم اعلام قبول برای ایجاد کردن یک موضوع حقوقی (مثل عقد بیع) لازم نیست، بلکه به این جهت است که مقنن یا شارع برای احتراز از برخی آثار تاثیر اراده یک جانبه شخص و منع دخل و تصرف در دارایی دیگری، «قبول» طرف مقابل را نیز لازم می‌داند که نوع اخیر را «قبول حکمی» می‌نامند. مثلاً در برخی موارد لزوم وجود قبول توسط فقیهان مبتنی بر قاعده‌ای است که از آن تعبیر به «قاعده منع تملیک قهری» می‌شود. مانند قبول در وصیت تملیکی، که در این موارد اختلاف شده است که آیا قبول در آنها «قبول موضوعی» است و واقعاً یکی از ارکان تشکیل‌دهنده عقد است و یا اینکه حکماً برای

۴۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق، ج ۱، ص ۸۵.

تأثیر عمل حقوقی لازم دانسته شده است؟ یعنی به‌طور واقع و در حقیقت جزو عناصر متشکله عقد نیستند ولی برای جلوگیری از «تملیک قهری» و منع مداخله یک‌جانبه اشخاص در دارایی دیگران، حکم قبول واقعی را بر قبول در موارد فوق جاری می‌سازند؟ برخی از حقوق‌دانان^{۴۷} اعتقاد دارند: قبولی که از قاعده منع تملیک قهری مستفاد می‌گردد تشکیل‌دهنده عقد نبوده و «قبول حکمی» است و آن را خارج از اجزاء و ارکان عقد می‌دانند. از ظاهر کلام برخی از فقهای معاصر^{۴۸} نیز چنین برداشت می‌شود که قبول در وصیت تملیکی جزو ارکان متشکله آن نیست و لذا موصی‌له فقط حق «رد» دارد تا در صورت عدم تمایل آن را رد نماید و دلیل آن را «قاعده منع تملیک قهری» بیان کرده‌اند. این نوع از قبول به «قبول استنباطی» و «قبول احتیاطی» نیز تعبیر شده است.

در قبول احتیاطی فقیه از باب احتیاط در خصوص تصرف در مال غیر، به دستور اخباری که دلالت بر احتیاط می‌نمایند، متمایل به این امر می‌گردد که احتیاطاً در موضوعی خاص، قبول را نیز شرط بدانند مثلاً مولف جامع الشتات، لزوم قبول در وقف یا وصیت تملیکی را به جهت رعایت احتیاط لازم دانسته است.^{۴۹}

به‌طور کلی می‌توان گفت که در احسانات و تبرعات، این نوع قبول بیشتر قابل توجه قرار می‌گیرد، زیرا، اصولاً در این نوع از اعمال حقوقی، انشاء مثلاً «تملیک» فقط از جانب یک طرف صورت می‌گیرد و طرف دیگر انشایی انجام نمی‌دهد، و فقط از باب قواعدی مثل «منع تملیک قهری» یا «حرمت تصرف در مال غیر» وجود قبول وی لازم دانسته شده است. از آنجایی که این قواعد در مرحله استخراج حکم مورد استناد قرار گرفته و

۴۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق، ج ۱، ص ۱۷۷.

۴۸. خویی، سید ابوالقاسم، کتاب الحج، ج ۱، ص ۱۴۵.

۴۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، همان، ص ۸۶.

«قبول» شرط دانسته شده است، لذا آن را «قبول حکمی» نامیده‌اند در حالیکه در قبول موضوعی، قبول باید به عنوان جزئی از عقد وجود داشته باشد و اصولاً تا زمانی که موضوع (یعنی عقد) وجود نداشته باشد، حکمی در خصوص آن جاری نمی‌گردد.

تشخیص موضوعات با عرف است، لذا اگر لزوم وجود قبول را در عمل حقوقی، عرف تشخیص دهد، آن قبول را «قبول موضوعی» می‌دانیم، که البته در این نوع قبول، می‌توان علاوه بر عرف، اراده طرفین را نیز به عنوان ملاک، مورد استناد قرار داد. زیرا، در این موارد:

الف) ایجاب‌کننده، قصد خود را منوط به قبول می‌کند.

ب) قبول‌کننده نیز با توجه به آن اناطه، رضای خود را ابراز می‌کند.^{۵۰}

ولی هرگاه بنابه مصالحی و به دلیل وجود برخی قواعد خاص، قانون‌گذار قبولی را با ایجابی مقرون کند، یعنی تأثیر ایجاب را متوقف بر آن قبول نماید، قبول مذکور «قبول حکمی» خواهد بود.

به نظر می‌رسد، در احسانات و تبرعات، وجود «رضای نوعی» مفروض است، زیرا، در غالب موارد، محسن‌الیه از ایجاب شخص محسن راضی است و آن را قبول می‌کند.^{۵۱} بنابراین، از آنجائیکه «قبول حکمی» در مرحله تشریع لازم می‌گردد نه در مرحله تشکیل موضوع و نیز «رضای نوعی» نیز مربوط به مرحله حکم و فرض قانونی است، لذا در این گونه امور مثل وصیت تملیکی اقتضای قواعد آن است که «رد» را مانع تملیک بدانیم نه

۵۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، ص ۲۵۵.

۵۱. خویی، سید ابوالقاسم، همان، ص ۱۴۵، حنفیه نیز در وصیت تملیکی نظریه «عدم رد» را پذیرفته‌اند نه قبول موصی له را (به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، همان، ص ۲۵۳).

اینکه «قبول» را شرط تحقق آن قلمداد کنیم همان‌طور که برخی از فقها^{۵۲} نیز همین نظریه را پذیرفته‌اند. ولی در قانون مدنی ایران از این نحوه استدلال پیروی نشده و مواردی مثل هبه را عقد دانسته‌اند یا در وصیت تملیکی قبول موصی له را شرط دانسته‌اند (ماده ۸۲۷) که این نحوه تقنین می‌تواند مورد انتقاد واقع شود.

گفتار دوم: بررسی مواردی از قبول مشکوک

همان‌طوری که در بند اول بیان گردید، قبول به دو نوع، قبول حکمی و قبول موضوعی منقسم می‌گردد، هرچند در برخی موارد مثل قبول در اجاره، تشخیص اینکه قبول آن از کدام نوع است، سهل و آسان است ولی در برخی موارد، نمی‌توان به راحتی بین حکمی و موضوعی بودن قبول اظهار نظر کرد. در این بند به بررسی دو موردی که بین فقها و حقوق‌دانان محل بحث و نزاع عمیق بوده است می‌پردازیم تا معلوم شود که قبول در کدام یک «قبول حکمی» و در کدام یک «قبول موضوعی» است.

الف) قبول در وقف

در خصوص عقد بودن یا نبودن وقف اختلاف نظر وجود دارد که یکی از علل این تفاوت آراء را می‌توان در مشکوک بودن نوع قبول در آن دانست. بدو لازم به ذکر است که وقف ممکن است به یکی از دو صورت ذیل تحقق پیدا کند:

۱. وقف خاص: که در آن تعداد موقوف علیهم محصور و محدود است مثل وقف بر فرزندان زید.

۵۲. همان، ص ۱۴۵.

۲. وقف عام: که در آن تعداد موقوف علیهم غیر محصور است (مثل وقف بر فقراء) یا وقف بر مصالح عامه صورت می‌گیرد.

برخی از فقها^{۵۳} هر دو نوع وقف فوق را عقد می‌دانند و در وقف خاص قبول طبقه اول از موقوف علیهم و در وقف عام قبول ناظری که برای این امر نصب شده است را ضروری می‌دانند.

برخی دیگر از فقها وقف خاص را عقد و وقف عام را ایقاع^{۵۴} می‌دانند، لذا در وقف عام قبول را شرط نمی‌دانند. و برخی نیز هر دو را ایقاع^{۵۵} می‌دانند.

در بین حقوق‌دانان نیز در خصوص ماهیت وقف تضارب آراء وجود دارد، برخی معتقدند^{۵۶} هر چند قانون‌گذار مدنی در ماده ۵۶ قانون مدنی که در مقام بیان ماهیت وقف بوده است ذکر از عقد یا ایقاع بودن آن به میان نیاورده است ولی در ماده ۷۹^{۵۷} همان قانون، با اینکه در مقام بیان نبوده ولی از کلمه «عقد وقف» استفاده کرده است که این استعمال به نوعی بیانگر عقد دانستن وقف در نظر مقنن است پس می‌بایست ماهیت آن را در حقوق ایران «عقد» دانست.

در مقابل برخی دیگر از حقوق‌دانان عقیده دارند که نمی‌توان وقف را به عنوان عقد تلقی کرد. زیرا، اولاً: اوصاف قبول موجد عقد در قبول وقف مفقود است همچنین واقف

۵۳. محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۱۴۵.

۵۴. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۶۴ و نیز نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۵.

۵۵. فخر المحققین، شرح ارشاد الاذهان، به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق، ج ۱، ص ۱۳۵.

۵۶. قاسم زاده، سید مرتضی، ره پیک، حسین، کیایی، عبدالله، تفسیر قانون مدنی، ص ۴۱.

۵۷. ماده ۷۹ قانون مدنی: «واقف یا حاکم نمی‌تواند کسی که در ضمن عقد وقف متولی قرار داده شده عزل کند...».

قصد انشاء خود را منوط به رضای موقوف علیهم نمی‌کند، ثانیاً: چون وقف مبتنی بر احسان است و در احسانات رضای نوعی محسن الیه مفروض است لذا اصولاً قبول موقوف علیهم ضرورت ندارد کما اینکه برخی از فقها نیز احتیاطاً قبول را در وقف شرط دانسته‌اند و آن را عقد ندانسته‌اند.^{۵۸}

به نظر می‌رسد با توجه به مقررات قانونی در سیستم حقوقی ایران، هرچند در فقه اختلاف شدیدی در خصوص عقد بودن یا نبودن وقف وجود دارد، نظر کسانی که قائل به عقد بودن وقف هستند قابل توجیه‌تر است. زیرا، مطابق ماده ۵۶ قانون مدنی بعد از ایجاب واقف وقف، در وقف خاص با قبول طبقه اول از موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آن‌ها و در وقف عام با قبول توسط حاکم محقق می‌گردد.

یعنی در هر دو نوع از وقف، «قبول» شرط دانسته شده است.

از طرفی همان‌طور که در ماده ۵۵ قانون مدنی آمده و روایات و احادیث نیز آن را تأیید می‌کند،^{۵۹} «وقف عبارت از حبس عین و تسبیل منفعت است» لذا تملیکی در آن صورت نمی‌گیرد تا منافعی قاعده «منع تملیک قهری» یا «قاعده حرمت تصرف در اموال غیر» گردد لذا در این خصوص باید اذعان داشت که از حیث ضوابطی که در این مقاله بررسی می‌گردد، قبول در وقف واجد اوصاف قبول موجد عقد است لذا می‌توان وقف را از این حیث عقد موضوعی دانست، و احیاناً اگر از بُعد دیگری، ایراد و اشکالی بر عقد بودن آن وارد شود، امر علی‌حده‌ای است که بررسی آن خارج از حوصله این نوشتار است.

۵۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، همان، ج ۱، ص ۱۴۴-۱۴۳.

۵۹. «حَبْسُ الْأَصْلِ وَ سَبْلُ الثَّمَرِ» منقول از پیامبر اکرم (ص) (محقق نوری طبرسی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، تحقیق: مؤسسه آل بیت (ع) الحیاء التراث، ج ۱۲، کتاب وقوف و صدقات، حدیث ۱).

ب) قبول در وصیت تملیکی

در خصوص ماهیت وصیت تملیکی نیز اختلاف عظیمی در فقه و به طبع آن در حقوق بروز پیدا کرده است که قسمت عمده‌ای از آن مربوط به بحث قبول و چگونگی تأثیر آن در وصیت تملیکی می‌گردد.

برخی از فقها، وصیت تملیکی را عقد می‌دانند لذا برای تحقق آن وجود ایجاب و قبول را لازم می‌دانند. بنابراین قبول را در وصیت تملیکی مثل سایر عقود، جزء سبب ناقل ملکیت قلمداد می‌کنند.

برخی نیز قبول را شرط کاشف در انتقال مالکیت محسوب می‌کنند به این معنا که با قبول موصی‌له، کاشف به عمل می‌آید که موصی‌به از تاریخ فوت موصی وارد در ملکیت موصی‌له شده است.^{۶۱}

گروه سوم نیز، لزوم وصیت را با قبول می‌دانند و تا زمانی که موصی‌له، وصیت را قبول ننماید آن را لازم نمی‌دانند. البته این گروه قبول را قابل انتقال به ورثه دانسته و اظهار می‌دارند: «از آنجایی که وصیت برای لزوم نیاز به قبول دارد و امکان صدور قبول از جانب شخص میت وجود ندارد، لذا قبول به ورثه موصی‌له منتقل می‌شود».^{۶۲}

و بالاخره از ظاهر کلام بعضی از فقهای امامیه چنین برداشت می‌شود که قبول در وصیت تملیکی در واقع اعمال حقی است که موصی، به نفع موصی‌له ایجاد کرده است.

۶۰. دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز المراسم العلویه فی الاحکام النبویه، تحقیق: حسینی امینی، سید محسن ص

۲۰۵. ایشان در این زمینه می‌فرمایند: «الْوَصِيَّةُ عَقْدٌ يَحْتَاجُ إِلَى الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ».

۶۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۸، ص ۲۴۵.

۶۲. ابن جعفر محمد بن الحسن طوسی (معروف به شیخ طوسی)، الخلاف، ص ۱۴۹.

۶۳. انصاری، شیخ مرتضی، وصایا و موارث، ص ۲۲۱.

پس در صورت فوت موصی‌له، ورثه وی قابلیت تملک مورد وصیت را که با قبول صورت می‌گیرد، به ارث می‌برند. لذا از کلام این فقیه می‌توان استنباط کرد که وصیت تملیکی را «عقد» نمی‌دانند.

سید یزدی در کتاب عروۃ الوثقی^{۶۴} بعد از بیان نظرات مختلف در لزوم یا عدم لزوم قبول در وصیت، احتمال قوی را در عدم شرطیت قبول دانسته و عقیده بر ایقاع بودن آن دارد و فقط «رد وصیت» از طرف موصی‌له را مانع می‌داند و در تأیید نظر خود استدلال می‌کند که؛ هرچند ممکن است برخی ادعا کنند که ایقاع بودن وصیت باعث تملیک قهری می‌شود که این امر مورد نفی قرار گرفته است (جز در مواردی مثل ارث) ولی این ادعا قابل دفع است. زیرا، عقلاً مانعی در تملیک قهری وجود ندارد و عمومات ادله وصیت اقتضای ایقاع بودن آن را دارد، برخی از شارحین عروه نیز این نظر را برگزیده‌اند.^{۶۵} در بین حقوق‌دانان نیز در خصوص ماهیت وصیت تملیکی اختلاف آراء وجود دارد:

۶۴. یزدی، سید محمد کاظم، عروۃ الوثقی، پنج جلدی، ج ۵، ص ۶۴۲ به بعد.
 ۶۵. خویی، سید ابوالقاسم، به نقل از همان ج ۵، ص ۶۴۳ البته برخی از شارحین عروه این نظر را ضعیف دانسته (محقق نائینی) و برخی نیز آن را خلاف ارتکاز عرفی می‌دانند با این استدلال که: عرف تملیک و تملک را فقط در قالب عقد تصور می‌کند لذا برای ایقاع دانستن وصیت باید دلیل شرعی که دلالت بر ایقاع بودن آن می‌کند وجود داشته تا تعبداً، با استناد به دلیل شرعی آن را ایقاع بدانیم در حالی که چنین دلیلی موجود نیست (گلپایگانی، به نقل از همان، ج ۵، ص ۶۴۵) به نظر می‌رسد این ایراد بر نظر سید یزدی وارد نباشد. زیرا، هرچند که وصیت به عنوان موضوعی برای احکام محسوب می‌شود ولی در خصوص ماهیت وصیت، عرف حکم صریحی ندارد، چه اگر قضاوت عرف صریح می‌بود دیگر اختلاف نظر عمیق موجود بین فقها قابل توجیه نبود لذا ناچار در غیاب عرف صریح ناچار باید به قواعد مسلم در عقد یا ایقاع تمسک کنیم که در این صورت نظر سید یزدی که وصیت تملیکی را ایقاع می‌دانند موافق قواعد خواهد بود. زیرا، بر طبق آنچه در این نوشتار مورد تحلیل قرار گرفت، قبول در وصیت قبول حکمی است لذا نمی‌تواند تشکیل عقد بدهد.

برخی معتقدند^{۶۶} که وصیت تملیکی در تمام موارد آن (اعم از وصیت برای محصور یا وصیت بر غیر محصور) ایقاع است و در توجیه نظر خود استدلال می‌کنند که چون «تراضی» در آن مفقود است و همچنین موالات بین ایجاب و قبول وجود ندارد و از طرفی اناطه بین رضای موجب و قابل نیز مفقود است پس نمی‌توان، قبول در وصیت تملیکی را قبول موجد عقد دانست لذا ناچار باید ماهیت آن را ایقاع تلقی کرد.

در مقابل عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان با تقسیم وصیت بر اساس محصور بودن یا نبودن موصی لهم، خود به دو گروه تقسیم می‌شوند:

گروه اول: برخی در خصوص وصیت تملیکی بر محصور بیان می‌دارند: «از مفاد ماده ۸۲۷ قانون مدنی بر می‌آید که قبول موصی له یکی از ارکان وصیت تملیکی است و پیش از آن هیچ انتقالی صورت نمی‌پذیرد مگر اینکه احراز گردد که قصد مشترک طرفین یا اراده موصی این بوده است که موصی به بعد از زمان فوت موصی منقل شود». و در مورد وصیت بر غیر محصور اظهار می‌دارند که هرچند از ظاهر ماده ۸۲۸ قانون مدنی چنین برداشت می‌شود که وصیت بر غیر محصور وصیت تملیکی است ولی مقتضای اصول حقوقی این نوع وصیت را در زمره وصایای عهدی قرار می‌دهد و به همین دلیل است که نیاز به قبول ندارد.

گروه دوم: گروه دوم^{۶۸} از این دسته معتقدند؛ هرچند وصیت تملیکی بر محصور عقد است ولی وصیت بر غیر محصور **عهدی** نبوده و بلکه آن نیز وصیت **تملیکی** می‌باشد ولی از آنجائیکه در این نوع از وصیت برخلاف وقف بر غیر محصور، قبول حاکم شرط دانسته نشده است لذا آن را «ایقاع» می‌دانند.

۶۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، همان، ج ۱، ص ۸۷-۸۰.

۶۷. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، ص ۵۱۵.

۶۸. قاسم زاده، سید مرتضی، ره پیک، حسن، کیایی، عبدالله، همان، ص ۲۷۰.

در جمع‌بندی نظرات فقها و حقوق‌دانان به نظر می‌رسد، قبول در وصیت تملیکی چه وصیت بر محصور و چه وصیت بر غیر محصور را نمی‌توان قبول موجد عقد دانست و به تبع ماهیت آن نیز «عقد» نخواهد بود، زیرا؛

اولاً: یکی از اوصاف اساسی قبول موجد عقد این است که پس از اتصال و مقارن شدن با ایجاب عقد را تشکیل دهد، لذا علی‌الاصول باید ایجابی وجود داشته باشد تا قبول با الحاق به آن عقد را به وجود آورد در حالی که در وصیت تملیکی، قبول بعد از فوت ایجاب‌کننده (موصی) نیز پیش‌بینی شده است، که در این حالت امکان مقارنت بین ایجاب و قبول سالبه به انتفاع موضوع خواهد بود.

ثانیاً: تفکیک وصیت بر حسب تعداد موصی لهم به نحوی که ماهیت آن عوض شود، توجیه حقوقی ندارد، زیرا، اگر قصد موصی تملیک باشد، در این صورت چه موصی لهم محصور باشند و چه غیر محصور، در هر حالت وصیت تملیکی خواهد بود و دلیلی ندارد که به صرف تغییر تعداد موصی لهم و بدون توجه به قصد موصی وصیت را حسب مورد تملیکی یا عهدی تلقی کنیم. مضافاً اینکه، وصیت تملیکی یک موضوع واحدی است لذا قاعداً باید دارای ماهیت واحدی (اعم از عقد یا ایقاع) باشد و نمی‌توان به صرف تغییر تعداد موصی لهم ماهیت آن را تغییر داد و هیچ دلیلی بر این امر، چه با توجه به اصول حقوقی و چه با توجه به مقررات موضوعه، وجود ندارد.

لذا وصیت تملیکی را باید ماهیتاً ایقاع دانست یعنی از لحاظ «موضوع» وصیت تملیکی ایقاع است، لذا در وصیت تملیکی بر محصور اعلام قبول از طرف موصی لهم، به جهت رعایت «قاعده منع تملیک قهری» لازم دانسته شده است و دخالتی در موضوع آن ندارد و از این حیث تشکیل «عقد حکمی» را می‌دهد نه «عقد موضوعی».

در وصیت تملیکی بر غیر محصور نیز چون نیاز به قبول موصی لهم وجود ندارد لذا آن هم موضوعاً ایقاع است و احکام ایقاع نیز بر آن بار خواهد شد.

نتیجه‌گیری

تفکیک انواع مختلف قبول می‌تواند نتایج مختلفی داشته باشد که در حل مسائل حقوقی کمک شایانی می‌کند که در این قسمت به چند مورد از آن اشاره می‌کنیم:

۱. در تمایز بین ایجاب و قبول و اینکه کدام اعلام اراده ایجاب و کدام قبول تلقی می‌شود بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر دیده می‌شود که در این قسمت بدون ورود در مبانی و ماهیت این اختلافات، راه حلی که مبتنی بر یافته‌های این نوشتار است ارائه می‌گردد:

با توجه به آنچه که گفته شد، در تمایز بین ایجاب و قبول، باید بین سه حالت قائل به تفکیک شد:

الف) در عقود معوض: چون در این عقود، ایجاب انشایی است که منشاء را به وجود اقتضایی ایجاد می‌کند و قبول نیز انشایی است که آن وجود اقتضایی را به وجود نهایی می‌رساند بنابراین هم ایجاب و هم قبول از امور انشایی هستند. لذا اراده‌ای را که در ابتدا بیان شده ایجاب و آن را که مؤخر اعلام شده قبول می‌دانیم زیرا، ماهیت هر دو در این عقود یکی است.^{۶۹}

ب) در عقود غیر معوض: در این عقود چون فقط ایجاب حالت انشایی دارد لذا اراده‌ای که انشای تملیک یا تعهد می‌کند (مثل واهب در هبه) ایجاب تلقی می‌شود. و شخصی که

۶۹. مگر در مواردی که عرف موضوع معامله‌ای را که در ابتدا بیان شده، به عنوان موضوع ایجاب تحمل نکند؛ مثلاً در بیع، اگر کسی که پول پرداخت می‌کند اراده خود را مقدم بر اراده صاحب عین اعلام کند در این صورت عرف، صاحب پول را به عنوان موجب تلقی نمی‌کند لذا ناچار آن را استیجاب می‌داند که نیاز به قبول مجدد دارد. در چنین حالتی عدم تلقی اعلام اراده مقدم به عنوان ایجاب، به جهت ماهیت اراده اعلام شده نیست بلکه به جهت موضوع آن است. زیرا، در نظر عرف پول نمی‌تواند مبیع واقع شود. بنابراین خدشه‌ای به قاعده‌ای که در بالا اشاره شد وارد نمی‌کند.

آن را قبول می‌نماید، قبول‌کننده و اعلام اراده وی قبول تلقی می‌گردد. لذا در این موارد ایجاب قاعداً باید مقدم بر قبول باشد.

یعنی اگر اراده متهب قبل از اراده واهب اعلام شود تأثیری در تشکیل عقد نخواهد داشت و باید بعد از ایجاب واهب دوباره قبول خود را اعلام نماید (به فرض اینکه قبول در هبه را قبول موضوعی بدانیم).

اما در مواردی مثل وصیت تملیکی که قبول حکمی بوده و فقط جهت رفع مانع اعلام آن مورد نیاز است لذا در این حالت، حتی اگر قبل از انشای موصی، موصی‌له قبول خود را که «قبول حکمی» است اعلام نماید کافی خواهد بود و نیازی به قبول مجدد وی نیست. زیرا، هدف از اشتراط آن، رعایت قواعدی مانند «قاعده منع تملیک اجباری» بوده که این مهم با اعلام رضای مقدم یا مؤخر حاصل می‌شود.

ج) در عقود جائز: در این نوع از عقود، اعلام اراده شخصی که اعطای اذن یا اباحه تصرف می‌کند را ایجاب و اعلام اراده شخص دیگر را قبول تلقی می‌کنیم، لذا مانند عقود غیر معوض باید با آن‌ها رفتار کرد. زیرا، در واقع، تا زمانی که اعطای اذن یا اباحه تصرفی صورت نگرفته باشد، قبول معنی ندارد و بعد از اعطای اذن نیز تا زمانی که قبول اعلام نشده عقدی منعقد نخواهد شد.

۲. برای دلالت لفظ «یا کاشف» بر قصد به نحوی که با استعمال آن «وجود انشایی» پدید آید باید آنچه به عنوان کاشف استفاده می‌شود، فی نفسه و مستقیماً دلالت بر قصد کند لذا مواردی همچون سکوت، هرچند با قرائن و امارات، نمی‌تواند بیانگر قبول قصدی (انشایی) باشد، زیرا، سکوت فی نفسه امری عدمی است لذا نمی‌تواند ایجاد «وجود انشایی» نماید و امارات و قرائن مقرون به سکوت نیز هرچند می‌توانند پرده از مافی الضمیر شخص ساکت بردارند ولی به هیچ‌وجه نمی‌توانند «وجود انشایی» ایجاد کنند، لذا در ماده ۵۰۵ و ۵۱۵ قانون مدنی نمی‌توان قائل به تشکیل عقد اجاره جدید شد. اما اگر قبول رضایی باشد،

یعنی؛ جنبه تنفیذی و تأییدی داشته باشد، در این صورت نیازی به قصد قبول‌کننده احساس نمی‌شود، پس طبعاً ابراز مافی الضمیر نیز می‌تواند به هر طریقی صورت گیرد، که در این حالت سکوت همراه با قرائن و امارات نیز برای تحقق عقد کافی خواهد بود.

۳. در موارد قبول حکمی با توجه به اینکه اصولاً عقدی تشکیل نمی‌شود و فقط دو ایقاع از دو طرف صادر می‌شود و شرط تأثیر ایقاع اول، صدور ایقاع دوم است لذا اگر در اثناء اعلام ایقاع دوم طرف دیگر اهلیت خود را از دست بدهد یا فوت کند، تأثیری در عمل حقوقی واقع شده ندارد. زیرا، ایقاع بعد از وقوع، با زوال اهلیت ایقاع‌کننده از بین نمی‌رود پس با قبول طرف دوم عمل حقوقی واقع شده اثر خواهد گذاشت.

از طرفی با توجه به اینکه با ایقاع شخص اول، به حکم شارع یا قانون‌گذار حق اعلام قبول یا رد به شخص دوم داده شده است و این حق دارای آثار مالی می‌باشد لذا حق مالی بوده پس (حق اعلام قبول که خود ایقاع جداگانه‌ای است) با فوت شخصی که باید قبول خود را اعلام کند مانند سایر حقوق مالی به ورثه وی منتقل می‌شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چاپ بیست و دوم، شش جلدی، جلد اول، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۱ هـ.ش.
۲. بروجردی، محمد، عبده، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، چاپخانه علمی، ۱۳۲۹ هـ.ش.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ هـ.ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، نشر بنیاد، ۱۳۷۵ هـ.ش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق، چاپ اول، دو جلدی، جلد اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ هـ.ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه عمومی حقوق، چاپ اول، دو جلدی، جلد دوم، تهران انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰ هـ.ش.
۷. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، چاپ نهم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵ هـ.ش.
۸. قاسم زاده، سید مرتضی، و ره پیک، حسن، و کیایی، عبدالله، تفسیر قانون مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۲ هـ.ش.
۹. قنوتی، جلیل، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، چاپ اول، قم، مؤسسه بوستان کتاب قم، ۱۳۸۳ هـ.ش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱ هـ.ش.

۱۱. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، چاپ دوم، سه جلدی، تهران، انتشارات بهشهر، ۱۳۶۵ ه.ش.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوم، چهار جلدی، جلد اول، تهران، انتشارات بهشهر، ۱۳۷۲ ه.ش.
۱۳. موحد لنگرانی، محمد فاضل، اصول فقه شیعه (درس‌های خارج اصول)، تحقیق: محمود ملکی اصفهانی و سعید ملکی اصفهانی، چاپ اول، شش جلدی، جلد اول، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۰ ه.ش.
۱۴. موحد لنگرانی، محمد فاضل، اصول فقه شیعه (درس‌های خارج اصول)، تحقیق: محمود ملکی اصفهانی و سعید ملکی اصفهانی، چاپ اول، شش جلدی، جلد سوم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۰ ه.ش.
۱۵. قیاسی، سیامک، شرایط ایجاب و قبول، پایان نامه کارشناسی ارشد به راهنمایی دکتر سید مصطفی محقق داماد، مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۷۵ ه.ش.

۲. عربی

۱۶. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، چاپ دوم، سه جلدی، جلد دوم، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، ۱۳۸۲ ه.ش.
۱۷. انصاری، شیخ مرتضی، وصایا و موارث، چاپ اول، قم، چاپخانه باقری، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۸. حائری، سید کاظم، فقه العقود، چاپ دوم، دو جلدی، جلد دوم، قم، مجمع فکری الاسلامی، ۱۴۲۳ ه.ق.
۱۹. حسینی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، ده جلدی، جلد چهارم، قم، موسسه آل البیت (ع)، ۱۳۷۱ ه.ق.

۲۰. حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، معروف به (محقق حلی)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تحقیق: سید صادق شیرازی، چاپ دوم، چهار جلدی، جلد دوم، تهران، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۲۱. حلی، فاضل مقداد، نضد القواعد الفقهیه، تحقیق سید عبدالطیف کوهکمره‌ای، قم، مکتبه آیه الله العظیم نجفی، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۲۲. خراسانی، ملا محمد کاظم، کفایة الاصول، چاپ دوم، دو جلدی، جلد اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۳. خویی، سید ابوالقاسم، البیان فی تفسیر القرآن، چاپ چهارم، بیروت، دار الزهراء، ۱۳۵۹ هـ.ق.
۲۴. خویی، سید ابوالقاسم، کتاب الحج، ۵ جلدی، قم، انتشارات لطفی، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، تحقیق: شیخ محمد اسحاق فیاض، چاپ سوم، پنج جلدی، جلد اول، قم، دارالهادی، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۲۶. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تحقیق: محمد علی غروی تبریزی، چاپ سوم، هفت جلدی، جلد سوم، قم، انتشارات وجدانی، ۱۳۷۹ هـ.ش.
۲۷. دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، المراسم العلویه فی الاحکام النبویه، تحقیق: سید محسن حسینی امینی، قم، انتشارات معاونت فرهنگی مجمع جهانی اهل بیت، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۸. زین الدین، شیخ محمد امین، کلمه التقوی، گردآورنده: سید جواد وداعی، چاپ سوم، هفت جلدی، جلد چهارم، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۱۳ هـ.ش.
۲۹. السنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد اول، بیروت داراحیاء التراث العربی، (بی تا).
۳۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، دو جلدی، جلد دوم، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۸ هـ.ق.

۳۱. طوسی، ابن جعفر محمد بن الحسن (معروف به شیخ طوسی)، الخلاف، شش جلدی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۳۲. طوسی، ابن جعفر محمد بن حسن (معروف به شیخ طوسی)، المبسوط، تحقیق: محمد تقی کشفی، هشت جلدی، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۷۸ هـ.ق.
۳۳. العاملی، زید الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، به تعلیقات سید محمد کلانتری، چاپ اول، هشت جلدی، جلد دوم، قم، انتشارات داوری، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۴. العاملی، زید الدین (شهید ثانی)، مسالك الافهام، چاپ اول، پانزده جلدی، جلد پنجم، تهران، چاپخانه دانش، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۳۵. عاملی کرکی، ابوالحسن علی بن الحسین، معرف به «محقق کرکی»، رسائل کرکی، تحقیق: شیخ محمد الحسون، چاپ اول، سه جلدی، جلد اول، قم، مکتب سید مرعشی، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۳۶. العاملی الفقهانی، زین الدین ابوالقاسم علی، الدر المنصود فی معرفه صیغ النیات و الايقاعات و العقود، تحقق: محمد برکت، چاپ اول، شیراز، انتشارات چاپخانه مدرسه علمیه امام عصر (عج) ۱۴۱۸ هـ.ق.
۳۷. علی بن بابویه، فقه الرضا، اثر منسوب به علی بن موسی الرضا «امام رضا (ع)»، سی دی المعجم الفقهیه، سال ۱۵۳ تا ۲۰۲ هـ.ق.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه، قم، مدرسه الامام امیر المؤمنین، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۳۹. مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد و الاذهان، چاپ دوم، جلد هشتم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ هـ.ق.

۴۰. نائینی، محمدحسین، معروف به (میرزای نائینی)، حاشیه المکاسب (منیه الطالب)، به کوشش شیخ موسی خوانساری، چاپ اول، سه جلدی، جلد اول، قم، انتشارات مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۴۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ سوم، چهل و سه جلدی، جلد چهارم، تحقیق: شیخ عباسی قوچانی، تهران، دارالکتاب اسلامی، ۱۳۶۷ ه.ش.
۴۲. نوری طبرسی، محقق، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، تحقیق: مؤسسه آل بیت (ع) الحیاء التراث، چاپ اول، هجده جلدی، جلد دوازدهم، قم، انتشارات آل بیت (ع) الاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ه.ق.
۴۳. یزدی، سید محمد کاظم، عروۃ الوثقی، تحقیق: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، پنج جلدی، جلد پنجم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰ ه.ق.