

تحلیل جایگاه «عرف» در عقد هبه

مهدی بیکی شورکی * گروه حقوق، مرکز آموزش عالی جوادالائمه علیه‌السلام، دانشگاه علمی کاربردی، یزد، ایران.
mahdi_beiki@yahoo.com

چکیده

قانون مدنی ایران تنها در چند ماده محدود به عقد هبه پرداخته است، لذا تحلیل نقش عرف در این عقد حائز اهمیت به نظر می‌رسد. در مواردی از جمله اذن در قبض، پذیرفتن هبه معاطاتی و هبه معلق، نوع عقد در فرض اختلاف، و یا هبه معوض و غیرمعوض، در خصوص قبض مال موهوب، قبض اعتباری، احراز قبض ضمنی و رجوع ضمنی، ارزش عوض، تشخیص مصادیق خروج عین موهوبه از مالکیت متهدب یا تغییر و تلف آن عرف حاکم است. با عرف مشخص می‌شود که مالکیت متهدب تثبیت شده، و در برخی موارد حق رجوع و اهب ساقط شده یا حق رجوع باقی است، و یا اشتباه موثر است یا تأثیری بر صحت هبه ندارد. با عنایت به گستردگی این مصادیق، وجود عرف‌های گوناگون و کثرت رویه قضایی در این خصوص، مقاله حاضر با روش توصیفی تحلیلی موارد پیش‌گفته را صورت‌بندی نموده و در نهایت پیشنهاد کرده است که قانون‌گذار در موارد چالشی و اختلافی پیش‌رو، برای پیشگیری از ابهام قانونی، حکم خاصی را تعیین نماید: قبض اعتباری، تعیین معیار تشخیص هبه معوض و غیرمعوض در فرض اختلاف، ارزش عوض در هبه معوضی که عوض تعیین نشده، صحت صدقه به محجور، ضمان عیوب پنهانی در مال موهوب خطرناک، اعتبار هبه طلب به شخص ثالث.

واژگان کلیدی: عقد هبه، عرف، قبض، رجوع.

در عالم حقوق به غیر از قوانین و مقررات که حکم هر موضوعی را تعیین می‌کنند، گاه قانون به صراحت حکمی را به عرف محول می‌کند و گاه برای تشخیص و تفسیر مفاد قانونی و حدود موضوع، بهترین راه مراجعه به عرف می‌باشد. در فقه نیز در مواردی خاص و مشخص به عرف رجوع می‌شود اما حوزه رجوع به عرف در حقوق بسیار وسیع‌تر و مستقیم‌تر می‌باشد. در این پژوهش به نقش عرف در عقد هبه می‌پردازیم زیرا یکی از عقود است که باید برای تبیین مطالب و موضوعات آن و صدور احکام در دادگاه‌ها عرف را نیز در نظر گرفت. لازم به تصریح است که هرچند در خیلی از موارد هبه عرف حکم می‌کند اما شرایط اساسی صحت قراردادها را حتی در عقد هبه که عقدی مجانی و مسامحه‌ای است باید رعایت نمود؛ در غیراینصورت با ضمانت اجرای قانونی مواجه می‌شویم. از طرف دیگر لازم به یادآوری است که عرف در عقود دیگر نیز نقش دارد و علاوه بر این در برخی موارد نقش عرف در هبه با سایر عقود مشترک می‌باشد که ما در این پژوهش قصد داریم نقش عرف در هبه را به صورت تخصصی بحث نماییم. با توجه به اینکه قانونگذار در قانون مدنی تنها در چند ماده به عقد هبه پرداخته، نقش عرف اهمیت بیشتری دارد. حال نظر به اینکه تاکنون پژوهشی با محوریت نقش عرف در عقد هبه انجام نشده و در مواد قانونی نیز در بسیاری از زمینه‌ها و مسائل مطرح شده حکمی ندارد و برای تشخیص معیارهای مذکور لازم به پی بردن به ابعاد مجهول و اختلافی می‌باشد؛ به همین دلیل انجام پژوهش در این زمینه ضروری به نظر می‌رسد.

۱. نقش عرف در انعقاد هبه

در بررسی نقش عرف در عقد هبه، ابتدا باید به این نکته اشاره نمود که بخشیدن مجانی مال به دیگران در قبل از اسلام نیز سابقه داشته، به نحوی که مطابق نظر فقهی، هبه یک عقد امضایی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۵۶۱)، به غیر از صدقه (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۲۴ و ۱۲۵) که باید آن را تأسیسی اسلام دانست (ابوعطا و فرزاد، ۱۳۹۳: ۱۱). بنابراین به صورت متعارف مردم قبل از اسلام نیز به دلایل مختلفی از جمله اخلاقی، مال خود را مجانی به دیگری تملیک می‌کردند که در اسلام نیز تأیید شده است. با همین استدلال اصل عقد هبه نیز بر مبنای همان رفتار متعارف مردم و عرف پذیرفته شده است. هرچند نحوه انعقاد هبه و شرایط آن، تأسیسی محسوب می‌شود و باید آن شرایطی که در موازین فقهی و به تبع آن در حقوق ایران وضع شده رعایت شود.

۱.۱. نقش عرف در تحلیل قصد و رضای طرفین

گاهی در مورد قرارداد تردید می‌شود که آیا قرارداد منعقدۀ عقدی نظیر بیع بوده یا هبه؟ در این فرض نیز عرف مطرح می‌شود که با استناد به عرف می‌توان تحلیل کرد که عرفاً تملیک مجانی مال تحت هر عنوانی باشد نظیر بیع، هبه تلقی می‌کند و مهم این است که آیا شخص عوضی داده یا نه؟ در این فرض عرف نقش استدلالی دارد.

در صورتی که ظاهر عقد بیع باشد ولی قصد واقعی طرفین هبه باشد باید با توجه به عرف و رفتار متعارف افراد، بررسی کرد و هرگاه این رفتار با شواهد و قرائن منطبق باشد برای مثال ثمنی در مقابل آن مال نبوده و یا داده نشده که رویه قضایی نیز آن را پذیرفته؛ برای نمونه در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۱۱۳۱ انتقال مالکیت به دیگری را بدون پرداخت ثمن هبه دانسته است (پژوهشگاه قوه قضائیه، بی تا)؛ در نهایت باید آن عمل حقوقی را هبه دانست. از نظر نگارنده این رأی و رویه نیز منطبق بر عرف بوده و باید بر آن صحنه گذاشت.

الفاظی که تداعی کننده انعقاد عقد هبه است نیز با توجه به عرف و الفاظ و رفتار متعارف مردم تعیین می‌شود. بنابراین اگر کسی به دیگری بگوید "این مالم باشد برای تو" از یک طرف ممکن است منظورش هبه باشد، از طرف دیگر ممکن است در تکمیل یک ایجاب به طرف مقابل باشد. در این زمینه با توجه به ارزش مال، شرایط طرفین، رابطه خویشاوندی و دوستی، الفاظ متعارف آنها و حتی لحن بیان این عبارت که همگی با نگاه به عرف است تشخیص داده می‌شود. از این جهت عرف بسیار حائز اهمیت است تا با عرف از ظواهر به اراده‌ی واقعی طرفین پی ببریم. مهم اینکه تصریح ما بر اراده‌ی واقعی در زمان بیان آن الفاظ است زیرا گاهی ممکن است شخص پس از آن عبارات خود را به شکل دیگری القاء نماید و بین طرفین، دعوای حقوقی شکل بگیرد. به نظر نگارنده در این مثال هرگاه با شواهد و قرائن عرفی قبول کننده قبل از قبول هبه جوایای قیمت دقیق آن مال بوده یا از کیفیت و عیوب احتمالی یا اطلاعات جامعی از آن مال خواسته باشد و امثال اینها می‌توان اماره عرفی را بر بیع دانست اما هرگاه بدون طرح این موضوعات دوستانه یا در معاشرت‌های خانوادگی گفته چقدر این مال قشنگ است من هم خیلی آن را دوست دارم و طرف بگوید "باشد برای تو" می‌توان آن را هبه دانست. زیرا عرف چنین فضایی را به هبه تفسیر می‌کند.

۲.۱. نقش عرف در توالی ایجاب و قبول

هرچند در عقد هبه فوریت قبولی ضرورتی ندارد، اما با توجه به عرف باید ایجاب و قبول به هم

ملحق شود که عرف بگوید این قبولی، قبول آن ایجاب برای هبه بود(علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۸۵) و این مدت زمان با توجه به طبیعت عقد می‌باشد(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۹۵). بنابراین تأخیر بیش از حد قبولی نخواهد بود(فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴۱۱). توالی عرفی بین ایجاب و قبول باید وجود داشته باشد در غیراینصورت قبولی ملحق به ایجاب هبه نشده و عقدی محقق نمی‌شود.

۳.۱. نقش عرف در احراز اذن در قبض

اذن در قبض مال موهوب ممکن است صریح یا ضمنی باشد. در مواردی که واهب به صراحت اذن در قبض بدهد بحثی نیست اما در فرضی که اذن ضمنی مطرح شود باید با شواهد و قرائن و در نظر گرفتن رفتارهایی که عرفاً اذن تقلی می‌شود حکم به تحقق اذن ضمنی به قبض مال موهوب داد (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۴۰). برای نمونه اگر واهب مالی را هبه کند که در تصرف متهب است و با علم به متصرف بودن متهب مال را هبه کرده باشد نشان دهنده اذن در قبض نیز می‌باشد. اما در صورتی که واهب از اینکه مال در تصرف متهب است اطلاعی نداشته و یا متهب پنهانی مال را برداشته و یا حتی واهب فراموش کرده که مال به عنوان امانت یا عاریه در تصرف متهب است هرچند ایجاب و قبول صحیح است ولی اذن در قبض محقق نشده و این اذن پس از اطلاع واهب قابل ابراز و احراز می‌باشد.

همچنین اذن در قبض از یک جهت با زمان قبض ارتباط دارد و این موضوع که فوریت در قبض شرط اعتبار قبض نیست، قبض با تأخیر نیز صحیح است، البته تأخیر واهب در اذن به قبض دادن نباید به قصد انصراف از هبه باشد، هرگاه چنین باشد قبض اعتباری ندارد(امامی، ۱۳۷۵: ۳۸۱). بنابراین تا زمانی که واهب به اذن در قبض باقی است و متهب نیز با رضای خود مال موهوب را قبض می‌کند، امکان تکمیل عقد هبه وجود دارد و در صورت تردید به باقی بودن به اذن باید ابتدا اراده واهب را حاکم دانست که از اذن در قبض رجوع کرده یا همچنان به اذن باقی است و در نهایت به عرف مراجعه کرد. به همین دلیل نویسندگان حقوقی(کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴۴) نیز فوریت قبض را به عنوان شرط مستقلی برای اعتبار قبض مطرح نمی‌کنند.

۴.۱. نقش عرف به عنوان مویدی بر صحت هبه معاطاتی

در مورد پذیرفتن هبه معاطاتی اختلاف نظر وجود دارد(ر.ک: بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۲۹). اما یکی از استدلال‌هایی که می‌تواند صحت چنین هبه‌ای را تقویت نماید استناد به عرف است. زیرا در

عرف عقلای جامعه هبه معاطاتی صحیح بوده و نیازی به الفاظ و عبارات نیست. برای مثال همین که شخص در جشن تولد کسی حضور می یابد و بدون هیچ لفظی مالی را به او می دهد هبه واقع شده است (همان، ۳۰)، واقع شدن عقد هبه معاطاتی را با عرف می توان استنباط نمود و به صحت آن نظر داد. همچنین منظور از عرف در این موارد رفتار متعارفی است که عرف رعایت آن را الزام آور بداند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۷۹). برای تشخیص عرف نیز باید توجه داشت که معیارهایی نظیر منقول یا غیر منقول بودن مال و ارزش اقتصادی مال، نقش مسقیمی در نظر عرف جامعه برای صحیح دانستن هبه معاطاتی دارد، که با توجه به این معیارها می توان به عرف به معنای حقوقی آن در جامعه در هر موردی پی برد.

۵.۱. نقش عرف در اعتبار هبه معلق

صرف نظر از تعلیق در انشاء که در فقه امامیه و حقوق ایران باطل محسوب می شود، عقد معلق در حقوق ایران پذیرفته شده است. حال یکی دیگر از مواردی که برای اثبات موضوعی در مورد هبه می توان به عرف نیز استناد نمود این است که هرچند در صحت هبه معلق اختلاف نظر وجود دارد، اما در حقوق ایران عقد هبه معلق صحیح است. زیرا در هیچ ماده قانونی هبه معلق باطل دانسته نشده، اطلاق ماده ۱۰ قانون مدنی و پذیرفته شدن آن با منطق ساده اجتماع (امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۴)، که همان موید پذیرفتن عرف توسط جامعه است. زیرا با یک نگاه به عرف هرگاه کسی مالی را به صورت معلق هبه نماید و آن شرط تحقق یابد متهم خود را مستحق تملک مال موهوب می داند.

۶.۱. نقش عرف در تعیین تأثیر اشتباه در طرف عقد هبه

یکی از موارد تردید در صحت عقد هبه اشتباه است. ممکن است اشتباه شخص در وصف طرف مقابل باشد. برای مثال در مورد صدقه، برخی از حقوق دانان چنین اشتباهی را موجب بطلان صدقه می دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۸). با این استدلال که هم اراده صدقه دهنده به صدقه دادن به شخص فقیر بوده همچنین عرف نیز اشخاص غیر فقیر را مستحق دریافت صدقه نمی داند و مستند به عرف می توان گفت صدقه دهنده نمی خواسته مال را به شخصی غیر از فقیر صدقه دهد (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۳۱) که در مقام احراز اراده صدقه دهنده عرف کار را بسیار ساده می کند. بر این مبنا هرگاه کسی مالی را به قصد قربت به دیگری صدقه داد چون تصور کرده که وی شخصی فقیر و نیازمند است اما پس از آن مشخص شده که صدقه گیرنده فقیر نبوده بلکه شخصی مال دار بوده است چنین

صدقه ای را در صورت اثبات آن به استناد عرف و اراده شخص باید فاقد اعتبار دانست، هر چند مطابق اصول کلی در صورت تردید و عدم اثبات این موارد اصل صحت جاری است.

۷.۱. نقش عرف در تشخیص جزئیات هبه نظیر اقرار به هبه

سوالی که مطرح می شود این است که آیا اقرار به هبه اقرار به قبض هم هست یا خیر؟ یکی از فقها تنها اقرار به هبه و قبض را موجب انتقال مالکیت دانسته اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۶۴). در ادامه نیز در تأیید این نظر با استناد به عرف این گونه استدلال می شود که عرف نیز اقرار به هبه را اقرار به ایجاب و قبول می داند و به تنهایی اثر حقوقی مالکیت ندارد (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۴۸). همچنین با عنایت به اینکه از نظر عموم مردم وقتی که کسی می گوید مال را به دیگری بخشیدم، منظورش این است که ایجاب و قبول رد و بدل شده است و برای تحقق قبض باید سوال دوم را پرسید که حالا وقتی شما مال را به او بخشیدید آیا به او تحویل هم دادید؟ این پاسخ ممکن است متفاوت باشد و در خیلی از موارد بگوید تحویل وی ندادم. از طرف دیگر اظهار اقرار به هبه در خیلی از موارد ممکن است با ظاهر امر مغایر باشد بنابراین به استناد عرف می توان اقرار را تنها به ایجاب و قبول مرتبط دانست.

۲. نقش عرف در نوع عقد

۱.۲. نقش عرف در صورت تردید تحقق عقد هبه یا عقد دیگری

در صورت تردید نسبت به اینکه آیا عقد واقع شده هبه است یا صدقه؟ نیاز به احراز قصد تقرب می باشد زیرا در فرضی که هبه باشد قصد تقرب ملاک نیست اما در صدقه قصد تقرب مهم است. در صورت تردید باید اصل هبه بودن را جاری دانست مگر اینکه خلاف آن ثابت شود یا اینکه با استناد به شواهد و قرائن و عرف بتوان گفت چنین رفتاری از وی گویای این است که او صدقه داده است. با توجه به خاص بودن صدقه در قالب یکی از انواع هبه و ضرورت وجود قصد تقرب در آن، ضمن اینکه در خیلی از موارد در صورت تردید در هبه بودن آن عمل حقوقی یا صدقه بودن، باید اصل را بر هبه گذاشت و برای احراز صدقه بودن عمل، آن را با توجه به اوضاع و احوال و رفتار متعارف تحلیل نمود (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۲۹ و ۱۳۰) بنابراین در اینجا نیز عرف نقش مهمی دارد. بنابراین در این مورد هرگاه عرف رفتار طرفین در عقد را هبه بداند دادگاه نیز از جهت اصل بودن هبه در تردید بین هبه یا صدقه و از طرف دیگر رفتار متعارف آن را هبه تلقی خواهد کرد؛ اما هرگاه بر

خلاف ظاهر و رفتار قصد تقرب احراز شود حکم به صدقه موجه است.

اما سوال مهم دیگر این است که هرگاه تردید در این زمینه باشد که آیا عقد واقع شده هبه است یا عقدی معاوضی نظیر بیع، معاوضه و امثال آن چه باید کرد؟ در این موارد عرف نقشی دارد یا خیر؟ به طور کلی وجه تمایز عقود معاوضی از مجانی خاصه هبه، همان مجانی بودن عقد است. حال آنکه در عقود معاوضی طرف دیگر عقد انتظار دارد عوضی معادل ارزش مال واگذار شده دریافت نماید. مهمترین عامل برای پی بردن به اراده ها تصریح طرفین عقد و احراز اراده واقعی است؛ اما همیشه این مهم به سهولت حاصل نمی شود. زیرا در فرضی که بین طرفین اختلاف است هر کدام اظهاراتی متفاوت بیان می دارند و اساساً طرح دعوی به واسطه همین اختلافات حاصل گردیده است. بنابراین اینکه تراضی اراده ها یعنی هر دو طرف اراده یکسانی داشته باشند و با اقرار و احراز اراده ها در دعوی کامل مشخص شود چندان حاصل نمی شود. به نظر می رسد نقش رفتار متعارف و مراجعه به عرف در این مورد راهگشاست. با استناد به عرف می توان از رفتار متعارف افراد برداشت نمود که آیا اراده آنها عقدی معوض بوده یا غیر معوض؟ در این زمینه پایه رفتار متعارف عقلاً نیز با توجه به مواردی از جمله رابطه خویشاوندی، نوع مال، رد و بدل شدن یا نشدن عوض و یا میزان ارزش اقتصادی مال حکم می کند. برای مثال هرگاه عنوان قراردادی معاوضه یا مبیعه نوشته شده باشد اما در قرارداد نوشته باشند که تمام عوض نقداً دریافت گردید، حال آنکه طرف دیگر مطرح نموده این عقد هبه بوده و عوضی دریافت نکرده و اکنون قصد رجوع دارد و از طرفی گیرنده مال نیز نتواند پرداخت عوض یا واریز وجه را ثابت نماید عرفاً می گوییم عقد واقع شده هبه می باشد. مثال دیگر اینکه هرگاه در محلی بوده که عرفاً تحویل آن کالا به عنوان هدیه تلقی می شود برای مثال در جشن عروسی یا سالگرد ازدواج یا مراسم تولد و امثال اینها جنسی را به وی تحویل داده و پس از مدتی اختلاف حاصل شده و هبه دهنده مدعی است که آن را به طرف مقابل فروخته اما گیرنده مال اظهار می دارد که به عنوان کادوی عروسی یا تولد برای من آورده و من نیز آن را استفاده کرده یا فروخته ام. به نظر می رسد با استناد به عرف می توان این عمل را هبه دانست. بنابراین در چنین مواردی اول به دنبال احراز اراده ها هستیم و در صورت عدم امکان و حدوث اختلاف، بر مبنای رفتار متعارف افراد و نگاه به عرف نوع عقد را تعیین می کنیم.

۲.۲. نقش عرف در اعتبار بخشیدن مالکیت مال موهوب در فرض فقدان اهلیت متب

با توجه به اینکه هبه یک عقد است و برای صحت عقد اهلیت طرفین شرط است پس هر دو

طرف باید اهلیت داشته باشند. اما در مورد اهلیت متهب نکته‌ای مطرح می‌شود و آن اینکه گاهی متهب فاقد اهلیت است و سوال این است که آیا باید هبه را باطل دانست؟ برای مثال مجنون را مکلف به استرداد مال موهوب نمود یا آن را عقد هبه یا عقد دیگری تلقی کرد؟ به طور قطع نمی‌توان آن را هبه دانست زیرا هبه عقد است و در فرض ما متهب فاقد اهلیت است. اما با جاری دانستن اصل صحت در اعمال حقوقی حتی ایقاع و استناد به عرف می‌توان آن را تملیکی صحیح تلقی نمود زیرا عرف جامعه بدون توجه به عناوین فقهی و حقوقی چنین تملیکی را صحیح می‌داند (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۳۷). بنابراین حتی در موردی که متهب اهلیت ندارد و توانایی قانونی قبولی مال موهوب را ندارد ولی عرف جامعه چنین عملی را صحیح بداند و به آن انتقال مالکیت به عنوان انتقالی محترم بداند می‌توان گفت عرف یک عملی که در حقوق عنوانی برای آن نداشتیم را دارای اثر دانسته است. در حال حاضر نیز همین موضوع بین جامعه جاری و پذیرفته شده است.

۳.۲. نقش عرف در معتبر دانستن صدقه در فرض فقدان اهلیت گیرنده مال صدقه

اختلافی که در زمینه عقد بودن صدقه مطرح می‌شود این است که گاهی افراد به اشخاصی که فاقد اهلیت انعقاد قراردادی هستند صدقه می‌دهند و عرف، اخلاق و جایگاه معنوی صدقه آن را صحیح می‌داند، اما در حقوق، صدقه به عنوان عقد است و هبه‌ای است که به قصد تقرب به خدا و موضوع آن به طور معمول دستگیری از مستمندان و درماندگان می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۰۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۰۰). برخی استدلال کرده‌اند که نباید در همه موارد قواعد اخلاقی و اجتماعی را در قالب مقررات حقوقی بررسی کرد و باید همان جایگاه معنوی‌اش را حفظ کند و در عالم حقوق تملک بلاعوض صغیر و مجنون به دلیل اینکه فاقد اهلیت هستند غیرقابل قبول است ولی صدقه در داوری‌های اخلاقی و مذهبی اینگونه نیست و صحیح تلقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۰۱). این نظر با عرف و فرهنگ جامعه مطابقت دارد، "زیرا کسی که صدقه می‌دهد هیچ‌گاه به فکر طرح دعوی مبنی بر باطل بودن صدقه، به دلیل فقدان قصد و عدم اهلیت گیرنده نخواهد افتاد. با این حال در عالم حقوق با عقد بودن صدقه، قصد طرفین نیز باید وجود داشته باشد. به نظر نگارنده مطابق ماده ۸۰۷ قانون مدنی صدقه عقدی غیرقابل رجوع است که باید مطابق اصل به این موضوع پایبند بود. زیرا نباید کسی بتواند حتی برای رضای خدا، بدون رضایت دیگری مالی را در مالکیت وی قرار دهد و اجرای این قاعده به عنوان یک اصل کاملاً منطقی و صحیح است. به‌ویژه اینکه در مورد صدقه خیلی از افراد به دلیل داشتن تمکن مالی، خود را مستحق دریافت صدقه نمی‌دانند و

حتی در صورت تعارف صدقه‌ی مال به آنها نه تنها نمی‌پذیرند بلکه ناراحت خواهند شد. اما در فرضی که صدقه گیرنده مجنون یا فاقد قصد باشد و واهب مالی را برای رضای خدا در مالکیت وی قرار می‌دهد باید بیشتر بررسی نمود. این موضوع ممکن است برای مستحق نیز بدون اطلاع وی محقق شود" (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۲۸). برخی از فقها صدقه را اعم از عقد می‌دانند و حتی در مورد آب و غذا دادن به فقرا بدون اینکه ارتباط ایجاب و قبولی بین آنها باشد یا مخفیانه بدون مشاهده طرف با قصد تقرب مالی را در تصرف وی قرار دهند صدقه می‌دانند و یا اینکه دائن به قصد قربت دینی که بر ذمه‌ی دیگری است را ابراً کند (رک به صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۲۷). برخی نیز چنین مواردی را در قالب صدقه ایقاعی پذیرفته‌اند (ابوعطا و فرزاد، ۱۳۹۳: ۱۷). هر چند مطابق مقررات موضوعه در قالب عقد صدقه پذیرفتن آن دشوار است، اما صحیح دانستن چنین عملی بدون عقد صدقه تلقی کردن آن، در قالب ایقاع منطقی به نظر می‌رسد. زیرا با وجود اینکه تملیک مجانی مال به دیگری است، ولی با عنایت به اینکه ضرری برای گیرنده مال ندارد، همچنین اخلاق و عرف نیز آن را تأیید می‌کند، به اضافه اینکه موافق موازین فقهی به عنوان مبنای قانونگذاری در کشور نیز می‌باشد؛ علاوه بر این‌ها در حقوق ایران نیز مغایرتی با نظم عمومی، قواعد آمره و اخلاق حسنه نداشته، موافق با اصل صحت نیز می‌باشد، می‌توان آن را عمل حقوقی صحیح دانست. در این حالت نیز امکان رجوع برای تملیک کننده مال وجود نخواهد داشت. مناسب است در راستای انطباق بیشتر مقررات قانونی با موازین شرعی، مستند به قانون اساسی و با همان نگاه حقوقی-عبادی به صدقه و تأیید عرف عقلای جامعه، این گونه اعمال که ایقاع هستند نیز با تصریح و حکم قانونگذار مشمول صدقه، ولی از نوع ایقاع قرار گیرند که در حال حاضر چنین جایگاهی ندارند (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۳۰). البته یک موضوع را نیز باید در نظر داشت و آن اینکه می‌توان نتیجه صحیح دانستن صدقه به شخص فاقد اهلیت را در فرضی که ولی و محجور از لحاظ مالی دارا بوده و ولی، محجور را مستحق دریافت صدقه نداند این صدقه منت نهادن بر ولی محجور محسوب شود و از نظر وی خوشایند نباشد. بنابراین چنین فرضی را از شمول استدلال فوق خارج می‌دانیم و تابع همان قاعده کلی است مبنی بر اینکه کسی نباید بدون رضایت شخصی به اموال دیگران اضافه نماید. با این حال به نظر می‌رسد این موضوع کمتر اتفاق می‌افتد و عرفاً در فرض صدقه دادن به محجوری که مستحق صدقه است و مورد نظر بوده آن را عملی حقوقی و تملیکی مشروع و صحیح تلقی می‌نماییم.

۴.۲. نقش عرف در احراز هبه طلب به مدیون یا ابراء مدیون

یکی دیگر از مواردی که کاربرد عرف در عقد هبه را نشان می‌دهد قبض در هبه طلب به مدیون است. با توجه به اهمیت نقش قبض در عقد هبه و اینکه در حقوق ایران برای تحقق هبه، قبض طلب توسط مدیون لازم است، مبنای پذیرش این قبض نیز تسلط عرفی بر دینی است که هبه می‌شود؛ دیگر اینکه گاهی قصد شخص از بکاربردن لفظ بخشیدن ابراء است ولی گاهی واقعاً همان معنای هبه را در هبه طلب در نظر داشته که برای پی بردن به اینکه کدامیک مدنظر واهب بوده باید ابتدا مطابق قاعده آن را هبه دانست و در صورتی که از رفتار و اراده های طرفین ابراء احراز شد آن را ابراء دانست. در این مورد نیز عرف نقش مهمی دارد و نقش مبنایی عرف بدین صورت است که آیا عرف بکار بردن آن لفظ را ابراء تلقی می‌کرده یا قصد واقعی هبه داشته است..

۵.۲. نقش عرف در احراز انگیزه مادی واهب برای هبه معوض

گاهی واهب با انگیزه مالی هبه می‌دهد. در مورد احراز این انگیزه که مبتنی بر نگاه عرفی است اختلاف نظر است. برخی از فقها معتقدند هبه به مقام پایین‌تر مانند هبه استاد به شاگرد و غنی به فقیر بدون قصد ثواب مادی است زیرا هدف منتفع شدن متهد است و هبه به مقام مشابه مانند هبه تاجر به تاجر، غنی به غنی نیز بدون قصد ثواب و برای دوستی می‌باشد. از طرف دیگر هبه از مقام پایین به بالا که در آن هر دو حالت انتظار ثواب و عدم آن قابل تصور بوده و نیاز به بررسی دارد (ر.ک به شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۵۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۶۷)، که بررسی آن نیز بر مبنای احراز انگیزه و در صورت اختلاف رفتار متعارف می‌باشد. برخی دیگر با استدلال عمومیت اخبار و روایات در این مورد معتقدند تمام مصادیق هبه به قصد انتظار عوض و ثواب می‌باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۰). یعنی در تمام هبه‌ها واهب انتظار عوض دارد. برعکس چنین نگاهی، برخی دیگر از فقها تمام اقسام هبه را بدون اقتضای ثواب می‌دانند مگر اینکه شرط عوض شده باشد. با استدلال اجماع فقها و جاری بودن اصل برائت ذمه متهد و اینکه برای معوض دانستن هبه و اشتغال ذمه‌ی متهد دلیل نیاز است (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۷۵). علاوه بر این اقتضای ثواب را مغایر با اصول و عمومات دانسته‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۶۰). توجه به انگیزه مادی واهب می‌تواند برای احراز معوض بودن هبه یا غیرمعوض بودن و انتظار عوض داشتن یا نداشتن کمک کند و در مواردی نقش غالب را بیابیم، برای نمونه وقتی بالاتر به پایین‌تر مالی را مجاناً تملیک می‌کند اصولاً جایزه محسوب می‌شود

و یا ممکن است به قصد اجر و ثواب اخروی باشد. منشا چنین تشخیص عرفی نیز با نگاه به وضع اقتصادی واهب و متهب می‌باشد (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۸۶). برای نمونه یکی از حقوقدانان معتقد است که جایزه در موردی است که هبه از مقام بالاتر به منظور تشویق دیگری داده باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶).

در تمام موارد ذکر شده بالا در فرض اختلاف، یک رویکرد را نمی‌توان به صورت مطلق و بدون توجه به عرف حاکم دانست. برای نمونه به نظر می‌رسد عرف هبه بین کارگر و کارفرما را مرتبط با انتظاراتشان و با انگیزه مادی می‌داند اگر کارگر به کارفرما هبه دهد به منزله قدردانی و باقی بودن در همان محل کار و امثال اینهاست که می‌توان آن را با انگیزه مادی دانست و اگر کارفرما به کارگرش هبه نماید هبه به واسطه قدردانی از زحمات آنهاست و استمرار داشتن تلاش آنها در آینده، که همان حکم را دارد.

بنابراین هرگاه بر مبنای عرف، واهب انتظار عوض داشته باشد می‌توان با رعایت شرایطی آن را هبه‌ای معوض تلقی کرد در غیر این صورت اثبات معوض بودن هبه بر عهده واهب خواهد بود. زیرا در فرضی که در عقد هبه به صراحت چنین شرطی نشده باشد و بر مبنای عرف نیز نتوان تراضی عرفی معوض بودن را برداشت نمود مطابق اصل اثبات معوض بودن هبه و انتظار عوض داشتن، بر عهده واهب می‌باشد. فایده بحث این است که برای مثال هرگاه واهب مالی را هبه کند و پس از آن، عوض را مطالبه نماید ولی در عقد تصریحی نشده باشد و هبه هم به دلایلی نظیر تلف مال موهوب، فروش آن و یا انجام تغییراتی غیرقابل رجوع شده باشد، دعوای مطالبه عوض پذیرفته نخواهد بود مگر اینکه واهب معوض بودن را اثبات کند. بنابراین با ملاحظه عرف می‌توان انگیزه واهب را تا حدودی احراز کرد و در مورد معوض بودن یا نبودن که خیلی مهم است رأی داد.

۳. نقش عرف در قبض مال موهوب

۱.۳. نقش عرف در تعیین شرایط تحقق قبض

قبض نقش مهمی در تحقق و تکمیل عقد هبه دارد و موضوع مهم، واقع شدن قبض به صورت صحیح است. معیار اصلی قبض، قبض عرفی مال است و عرف تأیید می‌کند آیا قبض محقق شده و عقد هبه تکمیل گردیده یا خیر؟ برای تعیین شیوه قبض با توجه به مال موهوب و نظر عرف تکلیف این موضوع مشخص می‌شود. برای نمونه بین قبض مال غیر منقول و مال منقول تفاوت وجود دارد.

از یک جهت مفهوم قبض و نقش آن در عقد هبه بسیار مهم است (ر.ک: بیکی شورکی و همکاران، ۱۴۰۳: ۴۹) از طرف دیگر مهم است که نقش عرف در تحقق این قبض چیست؟ برای تحقق قبض باید دید آیا از نظر عرف مال موهوب به قبض متهب داده شده یا خیر؟ اینجا نقش عرف بسیار مشهود است. در هر موردی که عرفاً مال موهوب در تصرف متهب قرار گرفته باشد قبض واقع شده و عقد هبه تکمیل شده است، اما هرگاه عرف مال را در قبض متهب نداند قبضی واقع نشده و عقد هبه نیز تکمیل نشده است. در نظر فقهی برای قبض مال غیرمنقول تخلیه مال موهوب و رفع موانع را ملاک دانسته‌اند به نحوی که متهب بر آن مال مسلط شود و در مورد مال منقول استیلاي متهب لازم است (امام خمینی، بی تا: ۵۷)؛ همین امر نشان‌دهنده نقش عرف می‌باشد که بیانگر دو مصداق از مصادیق قبض عرفی است. مرجع قضایی نیز با توجه به صدق قبض عرفی قضاوت خواهد نمود که در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۱۴۳۳ نیز به قبض عرفی مال تصریح شده است (پژوهشگاه قوه قضائیه، بی تا). در شرح مصادیق می‌توان با تحلیل نظریات مختلف گفت در مورد مال غیرمنقول باید اقدامی که گویای قبض باشد نیز اتفاق بیافتد. برای نمونه کلید خانه را نیز تحویل گرفته باشد و اگر زمین کشاورزی است اقدامی متعارف موید قبض عرفی انجام داده باشد. برای مثال حتی با یک بار آبیاری کردن آن زمین یا کاشت چند نهال در زمین انجام گیرد، هرچند می‌توان این اقدامات را قبض تلقی نمود ولی تصرفی که منجر به غیرقابل رجوع شدن هبه می‌شود محسوب نگردد.

۲.۳. نقش عرف در معتبر دانستن قبض اعتباری مال موهوب

یکی از موضوعاتی که در قبض مطرح می‌شود این است که گاهی قبض فیزیکی است اما در مواردی قبض فیزیکی مطرح نیست. در برخی موارد می‌توان قائل به قبض اعتباری نیز بود (بیکی شورکی و همکاران، ۱۴۰۳: ۷۱ و ۷۰). مطابق نظر خیلی از فقها (امام خمینی، بی تا: ۵۷؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۸؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۶۳ و ۱۶۵؛ لنکرانی، ۱۴۲۵: ۴۷۰) و همچنین به تبع آن ماده ۸۰۶ قانون مدنی که هبه طلب به مدیون را صحیح دانسته اعم از اینکه بین واهب و متهب سندی تنظیم شده یا نشده باشد می‌توان آن را قبض اعتباری نامید (بیکی شورکی و همکاران، ۱۴۰۳: ۷۱ و ۷۰). رویه قضایی نیز بر این امر صحه گذاشته برای نمونه می‌توان به دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۲۸۵ که به صحت قبض حتی قبض غیرفیزیکی و با عنوان قبض معنوی یاد کرده استناد نمود. موضوع مهم در پذیرفتن این نوع قبض این است که برای صحیح دانستن قبض اعتباری باید به عرف مراجعه کرد زیرا برای صحت چنین قبضی نیز همان قبض عرفی ملاک است

و همین که عرف بگوید طلب در قبض متهب است می توان آن قبض را معتبر دانست، حتی اگر قبض به صورت فیزیکی محقق نشده باشد. بنابراین هم برای اثبات معتبر بودن قبض اعتباری باید عرف را در نظر گرفت هم برای تحقق هر مصداقی از قبض اعتباری باید به عرف مراجعه کرد.

۳.۳. نقش عرف در احراز تحقق قبض ضمنی مال موهوب

هرچند که در قبض ضمنی باید اراده متهب احراز شود، گاه می توان رضای او به قبض را به طور ضمنی احراز نمود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۸۳). به هر حال در این مورد نیز با توجه به بررسی رفتار متهب، اوضاع و احوال و همچنین نظر عرف که آیا چنین رفتاری توسط متهب قبض ضمنی است و این رفتار گویای این است که قبض مال توسط متهب با همان اراده قبض مال موهوب بوده یا قبض با اراده دیگری یا بدون اراده نظیر تصادف بوده است. نقش عرف در تحقق قبض ضمنی آشکار بوده و با رفتار متعارف مردم انطباق داده می شود مگر اینکه بتوان خلاف آن را ثابت نمود.

۴.۳. نقش عرف در زمان قبض پیش از ایجاب و قبول هبه

در فرضی که قبض، پیش از ایجاب و قبول هبه باشد اختلاف است. برخی آورده اند باید مدت زمانی که عرفاً بتوان مال را به قبض داد بگذرد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۵). هرچند این نظر فوایدی دارد از جمله اینکه به واهب این حق را می دهد که در این فرصت که هنوز قبض را محقق نمی داند از اذن در قبض و تکمیل هبه خودداری نماید و مال موهوب در مالکیت خودش باقی باشد. اما در حقیقت برای تحقق قبض نیاز به گذر چنین زمانی نیست، زیرا در تحلیل ماده ۸۰۰ قانون مدنی می توان استنباط نمود که قانونگذار چنین گذر زمانی را لازم ندانسته، اماره متعارف اینکه واهب از تصرف متهب و اینکه مال در قبض متهب است اطلاع و آگاهی دارد. پس قانونگذار نیز فرض متعارف و غالب را پذیرفته است (رک: بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۴۹). در چنین فرض متعارفی بنای ما بر این است که واهب از متصرف بودن متهب آگاه است و نیاز به گذر زمان نیز نمی باشد.

۵.۳. نقش عرف در قبض پس از ایجاب و قبول هبه

پس از ایجاب و قبول در راستای تحقق عقد هبه بحث قبض مطرح می شود به طور کلی در فقه فوریت قبض را برای تحقق قبض مال موهوب شرط نمی دانند (علامه حلی، ۱۴۲۱: ۱۴۹)، حتی اگر مدت زیادی طول بکشد و پس از آن قبض واقع شود عقد هبه کامل می شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۸۱ و ۱۸۲؛ امام خمینی، بی تا: ۵۷)؛ مگر اینکه احراز شود که واهب از هبه اعراض نموده، در

اینصورت قبض می‌تواند دلیل دیگری داشته باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۸۱ و ۱۸۲). با این حال مهلت قبض همیشه باقی نیست و میزان این مدت بر مبنای عرف تعیین می‌شود که با توجه به نوع مال موهوب متفاوت است و به طور معمول این مهلت طولانی‌تر از مدت اعتبار ایجاب است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۲). در هر صورت قبول تا زمانی امکان‌پذیر است که عرف آن قبول را مربوط به ایجاب هبه بداند و این مدت زمان بر مبنای عرف می‌باشد. به نظر نگارنده هرچند قاعده کلی عرف است با این حال آنچه از عرف برداشت می‌شود این است که زمان عرفی هم با توجه به مال موهوب و شرایط ایجاب و بستر ایجاب و قبول تعیین می‌شود هرگاه طرفین در کنار هم باشند و مال با ارزش اقتصادی پایینی باشد عرف مدت زمان قبولی را کوتاه می‌داند. برای مثال اگر بنده ایجاب دهم که انگشترم را به شما هبه کردم عرفاً شما باید در لحظاتی کوتاه قبولی خود را اعلام کنید ولی اگر مال گران‌بهایی باشد شاید شخص بخواهد فکر کند که آیا بابت این هبه انتظار دیگری از من دارد و غیره و عرف این زمان را طولانی‌تر بداند یا اینکه اگر در فضای مجازی باشد و ممکن است ارتباط قطع و وصل شود عرف برای وصول قبولی زمان طولانی‌تری را نسبت به مجلس حضوری در نظر داشته باشد.

۴. نقش عرف در مورد مال موهوبه

۱.۴. نقش عرف در تعیین میزان ارزش عوض در هبه معوض

در خیلی از موارد هبه مجانی و بلاعوض است اما گاهی هبه معوض است. در هبه معوض اصولاً قصد مبادله کالا و معاوضه اقتصادی وجود ندارد زیرا اگر چنین باشد باید آن را عقدی معوض با عناوین عقود معاوضی نظیر بیع یا معاوضه دانست؛ اما در هبه معوض اصولاً بر مبنای رفتار متعارف انسانها متهم می‌خواهد لطف و احسان واهب را جبران نماید و یا در موارد اختلاف مبنی بر اینکه آیا انعام دادن هبه معوض است یا هبه مجانی نیز باید بر مبنای عرف اظهار نظر نمود که می‌توان گفت عرفاً انعام‌دهنده انتظار کاری مطلوب از انعام‌گیرنده دارد و این انتظار آن را هبه معوض محسوب می‌کند (ر.ک: بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۱۶). پس در این زمینه با نگاه به رفتار متعارف اشخاص مبنای معوض بودن هبه و تفاوت آن با عقود معاوضی مشخص می‌شود.

موضوع دیگر اینکه هرگاه در هبه شرط عوض شده باشد ولی عوض تعیین نشده باشد چون عقد معاوضی نیست عدم تعیین آن باعث جهل در عقد نمی‌شود و برای اینکه تشخیص دهیم متهم چه

مالی و به چه میزان مالی را به عنوان عوض به واهب هبه کند باید به عرف مراجعه کرد. زیرا در فرضی که عرف انتظار دارد که متهب مالی را به واهب هبه کند، در صورت اختلاف باید معادل همان مال موهوب به واهب داده شود یا به عبارتی آورده‌اند که متناسب با عین موهوبه مثل یا قیمت آن مال موهوب را به واهب بدهد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۹۹). بنابراین در این مورد نیز عرف جایگاه مهمی دارد. هم در تشخیص معوض بودن هبه، هم در تشخیص اینکه در هبه معوض که عوض تعیین نشده به چه میزانی باید عوض داده شود.

۲.۴. نقش عرف در معتبر دانستن مال موهوب در هبه طلب به غیرمدیون

در هبه‌ی طلب به شخص ثالث نیز می‌توان نقش عرف را بررسی نمود. در مورد اعتبار هبه طلب به غیرمدیون اختلاف نظر است. برخی از فقها (شهیداول، ۱۴۱۴: ۴۱۶؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۱۲) چنین هبه‌ای را نادرست دانسته و علت آن را عدم امکان قبض طلب آورده‌اند. با این استدلال که در هبه‌ی مافی‌الذمه به شخص ثالث، عین مال قبض نمی‌شود، بلکه فردی از آن دین قبض می‌شود (امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۸). اما برخی از فقها هبه به ثالث را صحیح یا اقوی به صحت دانستند (امام خمینی، بی‌تا: ۵۷؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۴؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۷۶) و هبه‌ی طلب به غیرمدیون را، با قبض مصداقی طلب کافی می‌دانند (امام خمینی، بی‌تا: ۵۷؛ لکنرانی، ۱۴۲۵: ۴۷۰ و ۴۷۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۶۱ و ۱۶۲). مطابق این استدلال قبض عرفی طلب نیز امکان‌پذیر است. همان‌گونه که عرف تسلط طلبکار را بر ذمه‌ی مدیون امکان‌پذیر می‌داند، همین سلطه‌ی عرفی برای شخص دیگری نیز می‌تواند برقرار شود، به‌ویژه در مواردی که سند طلب مانند چک را به قبض متهب بدهد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۶۶ و ۶۷). بنابراین قبض دین توسط ثالث با قبض عرفی محقق می‌شود به ویژه در قبض اسناد دین، نظیر چک و یا سایر اسناد، هبه‌ی طلب به غیرمدیون صحیح می‌باشد. بنابراین همان‌گونه که عرف تسلط طلبکار بر ذمه مدیون را پذیرفته همان سلطه‌ی عرفی برای شخص در هبه طلب به غیرمدیون نیز امکان‌پذیر است و با استناد به عرف می‌توان صحت هبه طلب به غیرمدیون را نیز به اثبات رساند (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۳۷ و ۱۳۸). در این مورد نیز عرف نقش اساسی دارد.

۳.۴. نقش عرف در مبنای ضمان عیوب پنهانی برای مال موهوب خطرناک

در مورد اینکه آیا واهب ضامن عیوب پنهانی مال موهوب نیز می‌باشد یا خیر؟ خیلی بحث نشده است. در رابطه با ضمان عیوب پنهانی در مورد کالاهای خطرناک دو نکته مطرح شده: یکی اینکه

مسئولیت واهب ناشی از نقض عهد نیست، زیرا واهب مطابق بنای عرفی کالایی اعم از سالم و معیوب را هبه نموده و ضمانی بابت عیوب بر عهده وی نمی‌باشد؛ مگر اینکه تصریح شده باشد یا به موجب قرائنی وجود چنین تراضی توسط متهم اثبات شود. دیگر اینکه هرگاه واهب با آگاهی از عیوب و خطرهای ناشی از نگهداری مال موهوب، عیب را مخفی نگهدارد و چیزی هم به متهم اعلام نکند، در صورت بروز خسارت برای متهم، واهب از باب ضمان قهری ضامن زیان ناشی از تقصیر خود می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۷۵ و ۷۶). با در نظر گرفتن اراده طرفین و نگاه به عرف، نظر فوق قابل نقد است و ضمان عیوب پنهانی در عقد هبه با موضوع کالاهای خطرناک، را ناشی از نقض عهد ندانستن درست نیست. زیرا نکات مطرح شده در مورد کالاهای خطرناک قابل نقد است، بدین شرح متهمی که کالای خطرناکی را به عنوان هبه می‌پذیرد، می‌خواهد از آن منتفع شود و ممکن است اگر بداند این کالا تا حد زیادی خطرناک است از آن بگذرد و هبه را قبول نکند و حتی عرف نیز این را پذیرفته و به اصطلاح عرفی گفته می‌شود که عطایش را به لقایش می‌بخشد. بنابراین در نظر عرف نیز متهم این انتظار را داشته که در صورتی که مال موهوب تا این حد خطرناک است واهب او را آگاه نماید و مطابق عرف حتی واهب نیز این تکلیف را دارد که در هبه مال خطرناک، متهم را آگاه سازد. بنابراین می‌توان گفت در مورد کالای خطرناکی که واهب از خطرناکی شدید آن آگاهی دارد، عرف می‌پذیرد که واهب مسئولیت دارد تا متهم را از این خطرات آگاه سازد و ناآگاه گذاشتن متهم در مواردی که عرف چنین حکمی را دارد، باید نقض عهد شمرده شود هرچند در سایر موارد چنین نیست. برای مثال اگر کسی مالی را به دیگری هبه نماید که هر لحظه احتمال انفجار آن است و باید تحت شرایط خیلی خاص نگهداری شود و تنها واهب از آن آگاه بوده و متهم از آن آگاه نباشد، عرف حکم می‌کند که واهب باید متهم را از این خطرات آگاه سازد؛ همانند عقد بیع که وقتی شخصی مالی را می‌فروشد باید اطلاعات آن را نیز به خریدار بدهد. یا در مورد عاریه که عقدی مجانی است وقتی معیر مالی را عاریه می‌دهد می‌بایست خطرات آن مال را که مستعیر نمی‌داند به او اطلاع دهد، عدم ارائه آن می‌تواند تقصیر باشد. البته این موضوع تنها در مورد کالاهای خطرناک پذیرفته است و در سایر موارد چنین حکمی جریان ندارد. این بحث نیز کاربرد عملی دارد زیرا هرگاه آن را مشمول ضمان قهری بدانیم بحث اثبات تقصیر مطرح می‌شود که بر عهده زیان دیده است، اما وقتی آن را ناشی از نقض عهد بدانیم با ثابت کردن عقد هبه، کار برای متهم آسان‌تر می‌شود (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۹۰). براین مبنا و استدلال‌های مطرح شده نقش عرف و اهمیت آن

در این زمینه آشکار می‌شود.

۴.۴. نقش عرف در تشخیص منافع متصل و منفصل در دوران مالکیت متب

در فرض رجوع واهب ممکن است در مورد اینکه یک منفعتی منفصل است یا متصل اختلاف پیش آید. برای مثال ماده ۳۵۸ ق.م. بر خلاف نظر مشهور فقها حمل را مستقل دانسته مگر اینکه به موجب قراردادی طرفین بر خلاف آن تصریح نموده یا عرف حمل را تابع آن مال به حساب آورد. در مورد تشخیص عرف نیز آورده‌اند که تا زمانی که حمل حیات محسوسی نداشته باشد عرف آن حمل را مستقل از حیوان تصور نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۸۶). بنابراین می‌توان با نگاه به عرف، بررسی دقیق‌تری داشت که هرگاه حمل در زمان مالکیت متب ایجاد شده و عرف آن را مستقل می‌شمارد منفصل و برای متب است و هرگاه حیوان حامل فروخته شود، با رجوع واهب حمل نیز برای واهب است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۲۰۳). پس حمل منفعتی منفصل است زیرا به طور طبیعی از اصل مال جدا می‌شود همین معیار در مورد شیر در پستان حیوان و میوه‌ی درخت نیز موضوعیت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۸۶). اما پشم و موی حیوان در صورتی که زمان چیدن آن نرسیده که عرف آن را تابع حیوان می‌داند، باید آن را منفعت متصل دانست (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۲۰۳)، در غیراین - صورت، منفصل و در صورت رجوع واهب، برای متب خواهد بود (ر.ک: بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۱۱).

۵. نقش عرف در رجوع در عقد هبه

۱.۵. نقش عرف در تشخیص باقی بودن مال موهوب برای رجوع به عین موهوبه

رجوع باید به عین موهوبه صورت گیرد. بنابراین در فرضی که مال موهوب باقی نباشد امکان رجوع از هبه نیز وجود نخواهد داشت. برای تشخیص اینکه آیا مال موهوب باقی است یا خیر؟ باید به عرف مراجعه کرد. در صورتی که عرف مال موهوبه را باقی بداند همچنان واهب حق رجوع دارد ولی هرگاه عرف مال موهوب را به دلیلی نظیر تلف و غیره باقی نداند حق رجوع واهب نیز ساقط شده تلقی می‌گردد.

۲.۵. نقش عرف در احراز رجوع ضمنی

گاهی رجوع از هبه، ضمنی است. برای تشخیص اینکه واهب از هبه رجوع ضمنی کرده یا خیر ابتدا باید به قصد وی پی برد، در صورت عدم موفقیت برای احراز قصد واهب، باید رفتار واهب را

بررسی نمود که آیا عرفاً این اقدام واهب رجوع ضمنی از هبه است یا خیر؟ پس در این حالت نیز نیاز به مراجعه به عرف می‌باشد تا رفتار واهب را در عرف بررسی کنیم و نسبت به رجوع ضمنی اظهار نظر نماییم. برای مثال هرگاه واهب مالش را هبه کند سپس همان مال موهوب را به دیگری بفروشد یا هبه کند یا در آن تصرف مادی نماید، عرف چنین تصرفاتی را که تصرفات مالکانه هستند به منزله رجوع ضمنی می‌داند. هرچند در فروضی ممکن است برخی از تصرفات رجوع محسوب نشود نظیر اینکه مال موهوب را استفاده نماید به نحوی که عرف آن را تصرف مالکانه نداند برای مثال واهب خودکار خودش را به دوستش هبه کند و قبض نیز محقق شود ولی چند لحظه بعد همان خودکار را برای چند ثانیه بردارد و در دفترش یادداشتی بنویسد و دوباره به جای خودش و در تصرف متهب قرار دهد. به نظر نگارنده با اجازه ضمنی از سکوت متهب مال را برداشته و عرفاً قصد تصرف مالکانه و رجوع ضمنی هم نداشته و این موضوع با برگرداندن مال موهوب نزد متهب کامل مشهود است. بنابراین برای اینکه تشخیص دهیم رجوع ضمنی اتفاق افتاده رفتار متعارف واهب و عرف را در نظر می‌گیریم و در مراجع قضایی نیز در صورت اختلاف باید بر مبنای همین موضوع قضاوت شود. در فرض عدم احراز قصد و عدم احراز رفتار برای رجوع ضمنی، مال در مالکیت متهب باقی است.

۳.۵. بررسی نقش عرف در هبه به خویشاوندان به عنوان هبه غیرقابل رجوع

یکی از موارد اختلافی در انواع هبه بین فقها مصادیق خویشاوند است که خیلی از فقها با تکیه بر موضوع عرف فتوا داده‌اند. صرف نظر از اختلاف نظرها در این زمینه که برخی از فقها ذی‌رحم را در معنای وسیع آن ملاک دانسته و هبه آنها را غیرقابل رجوع می‌دانند (امام خمینی، بی‌تا: ۵۸؛ شهید اول، ۱۴۱۴: ۴۱۶؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۵۲؛ کاشف الغطاء، ۱۳۶۶: ۲۵؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۸۵). در تشخیص خویشاوند برخی از فقها عرف را در نظر گرفته و هرکسی را که عرف آنها را خویشاوند بداند معیار خویشاوند و ذی‌رحم در این مورد دانسته‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۸۵)؛ برخی دیگر از فقها تنها خویشاوندان نزدیک و در معنای محدود آن را منجر به غیرقابل رجوع بودن هبه دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۵۶۶ و ۵۶۷، و ۱۳۸۷: ۳۰۸). برخی با استدلال معنای وسیع خویشاوند را قوی‌تر دانسته‌اند (میرخلیلی و غیره، ۱۳۹۴: ۱۳۰ و ۱۳۱) و در این زمینه برای تشخیص مصادیق ذی‌رحم و خویشاوند عرف را معیار و مبنای تفکیک خویشاوند قرار داده (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۷۲) و هبه‌ی اشخاصی که عرف آنها را خویشاوند بداند هبه‌ی غیرقابل رجوع تلقی نموده‌اند.

با این حال با توجه به اینکه در حقوق موضوعه اصل قابل رجوع بودن هبه جاری است و نظریه اینکه بند یک ماده ۸۰۳ قانون مدنی استثنائات را مطرح نموده و غیرقابل رجوع بودن عقد هبه خویشاوندان را تنها منحصر به پدر یا مادر یا اولاد واهب نموده است، نمی‌توان هبه در غیر از موارد تصریح شده را غیرقابل رجوع دانست (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۱۵). بنابراین در موازین فقهی و مطابق نظر فقها برای تشخیص مصادیق خویشاوندان باید به عرف مراجعه کرد، اما در حقوق موضوعه تنها باید به تصریح قانونگذار استناد نمود و عرف در این زمینه قابل استناد نیست.

۴.۵. نقش عرف در تشخیص خروج عین موهوبه از مالکیت متهب

یکی از مواردی که هبه قابل رجوع، غیرقابل رجوع می‌شود خروج عین موهوبه از مالکیت متهب است. با توجه به اینکه گاهی مال موهوب از مالکیت متهب خارج شده و پس از آن به مالکیتش برمی‌گردد آیا باید حق رجوع را ساقط شده دانست یا اینکه حق رجوع با مانعی مواجه بوده و با بازگشت مال به مالکیت متهب حق رجوع باقی است. در پاسخ اختلاف نظر است. برخی با مطرح کردن اینکه چون عین موهوبه باقی است و با استناد به عرف مبنی بر اینکه عرف تغییر در عین را ملاک می‌داند و تغییر وصف مالکیت، اهمیتی ندارد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۹۰) قائل به امکان رجوع واهب هستند، یا آورده‌اند آنچه پس از فسخ به متهب برگشته همان مالکیت قبلی متهب است و مالکیت جدیدی مطرح نیست، فقط باید بررسی کرد که عرف مالی که به مالکیت متهب برگشته را همان مال موهوب می‌داند که هبه قابل رجوع باشد یا قابل رجوع نیست (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۹۰)، این گونه نیز می‌توان استدلال کرد که چون به محض خروج مال از مالکیت متهب، حق رجوع واهب ساقط می‌شود، این ایراد برای اعتقاد به باقی بودن حق رجوع قوی به نظر نمی‌رسد. زیرا با ساقط شدن حق رجوع، برای ایجاد مجدد آن نیاز به دلیل جدیدی می‌باشد و چنین دلیلی وجود ندارد. مگر اینکه معتقدین به باقی بودن حق رجوع بگویند حق رجوع با خارج شدن عین موهوبه از مالکیت متهب ساقط نمی‌شود بلکه تنها با مانع روبه‌رو می‌شود و با رفع مانع امکان استفاده از حق رجوع می‌باشد. اما دلیل دیگر اینکه عرف مالی را که از مالکیت متهب خارج شده را باقی نمی‌داند، به‌ویژه هرگاه پس از مدتی طولانی به مالکیت متهب برگردد (ر.ک: بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۵۷). ملاحظه می‌شود که یکی از ادله استدلالی همواره عرف است.

۵.۵. نقش عرف در تشخیص تغییر در عین موهوبه

یکی از مواردی که در عقد هبه باعث غیرقابل رجوع شدن عقد هبه می‌شود تغییر در عین موهوبه است. در این زمینه بیشترین اختلاف در این است که در مورد هر مالی چه تغییری باعث سقوط حق رجوع از هبه می‌شود. به طور کلی تغییر صورت عرفی مال ملاک است.

سه نظر در موضوع تصرف و تغییر در عین موهوبه مطرح شده: نظر اول اینکه هر نوع تصرفی هبه را غیرقابل رجوع می‌کند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۵۷۱ و ۵۷۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۷۳)، دیگر اینکه تصرف از هر نوعی هم باشد در غیرقابل رجوع شدن هبه هیچ تأثیری ندارد و هبه همچنان قابل رجوع خواهد بود (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۳۳)، نظر سوم اینکه باید بین تصرفات تفکیک قائل شد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۷۵). نظر اخیر در بین فقهای موخر از مقبولیت بیشتری برخوردار است. مطابق بند ۴ ماده ۸۰۳ قانون مدنی در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود، هبه غیرقابل رجوع خواهد شد. در قانون معیار دقیقی برای تشخیص اینکه چه نوع تغییری باعث غیرقابل رجوع شدن هبه می‌شود وجود ندارد.

در فقه و حقوق معیار تغییر برای ساقط شدن حق رجوع از هبه عرف می‌باشد، بنابراین تغییر باید صورت عرفی کالا را دگرگون کند (امامی، ۱۳۹۰: ۴۸۸) و لازم نیست ماهیت عین موهوبه را تغییر دهد. برای نمونه اگر کسی شمش طلایی را به دیگری هبه کند و متهب آن را تبدیل به تعدادی انگشتر نماید، هر چند ماهیت عین موهوبه تغییری نکرده، اما چون عرف این را تغییر در عین می‌داند، هبه غیرقابل رجوع می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۰۵). تبدیل گندم به آرد نیز تغییر در صورت عرفی مال است (شهیدثانی، ۱۴۱۰: ۱۹۴؛ امام خمینی، بی‌تا: ۵۸). همچنین برای مثال چوب درختی را بریده و با نجاری آن چیزی بسازد یا بر روی پارچه یا لباس هبه شده خیاطی کند و آن را کوتاه کرده یا لباس دیگری بدوزد (طوسی، ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۳۷۹). در این موارد صورت عرفی مال موهوب تغییر کرده و هبه غیرقابل رجوع می‌شود.

اگر شخصی زمینی را به دیگری هبه کند و متهب آن را بسازد این تغییر نیز باعث غیرقابل رجوع شدن هبه می‌شود (امام خمینی، ۱۴۲۴: ۹۹۷؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۵۱۴؛ شیخ انصاری، ۱۴۲۱: ۱۳۳). اگر متهب نصف آن زمین را بسازد و با توجه به مساحت زمین، عرف ساخت نصف آن را به منزله تصرف در کل زمین بداند و اهب حق رجوع به هیچ مقداری از مال موهوب را ندارد (امام خمینی، ۱۴۲۴: ۹۹۷؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۴۰۷) و در صورتی که عرف آن را تنها تغییر در بخشی از مال

موهوب بداند، واهب حق رجوع خواهد داشت. برای مثال واهب زمین بزرگی را به متهب هبه نماید و متهب نیمی از آن زمین را بسازد و در نیم دیگر تغییری ایجاد نکند و عرف نیز تصرف و تغییر در نصف زمین را به منزله تغییر در کل مال موهوب نداند. نظر عرف می‌تواند با توجه به این موضوع باشد که هرگاه نصف دیگر، مسیر تردد مستقلی داشته و امکان استفاده مسکونی یا تجاری داشته باشد تغییر در نصف زمین، تصرف و تغییر در کل نخواهد بود. این نگاه منطقی است (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۶۴).

حال سوال این است در صورتی که تغییر در بخشی از عین موهوبه انجام شده باشد آیا باید آن تغییر را مانع حق رجوع واهب دانست یا خیر؟ یا اینکه باید بین بخش تغییر کرده و بخش دیگر تفکیک قائل شد؟ برای مثال هرگاه زمینی به دیگری هبه شود، اگر مساحت زمین هبه شده و ساخت ساختمان در زمین به صورتی باشد که عرف تغییر را به منزله تغییر در کل زمین بداند، واهب هیچ قسمتی از زمین را نمی‌تواند پس بگیرد (امام خمینی، ۱۴۲۴: ۹۹۷). اما اگر زمین هبه شده و تغییرات در آن به شکلی باشد که عرف تغییر انجام شده را تغییر در کل زمین نداند، برای مثال اگر واهب زمینی به مساحت ۶۰۰ متر را به دیگری هبه کند و متهب برای ساخت خانه در نصف زمین مذکور اقدام کند و هیچ تغییری در نصف دیگر زمین انجام ندهد، واهب فقط می‌تواند نسبت به نصفی که تغییری در آن ایجاد نشده، رجوع کند. زیرا اصل قابل رجوع بودن در آن بخش جاری است. تغییری که در نام عرفی عین موهوبه تأثیری ندارد، موجب غیرقابل رجوع شدن هبه نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۰۶)، مانند اینکه اگر کسی به دیگری خودرویی هبه کند و متهب ضبط آن را تعویض کند، عرف این‌گونه تغییرات جزئی را دگرگونی در عین موهوبه نمی‌داند. البته تغییرات جزئی ممکن است افزودن یا کاستن از عین موهوبه باشد؛ برای نمونه ضبط خودرو را باز کند و یا اینکه خودرو ضبط نداشته و متهب ضبط جدیدی بر روی آن نصب کند. در هر موردی که عرف این نوع تغییرات را جزئی تلقی کند، هبه همچنان قابل رجوع باقی خواهد ماند (بیکی شورکی و همکاران، ۱۴۰۲: ۶). اضافه کردن چیزی به مال موهوب تغییر محسوب نمی‌شود، مگر اینکه عرف آن را تغییر بداند، مانند اینکه زمینی به متهب هبه شود و او در آن درختکاری نماید و یا ساختمان بسازد. باید به عرف مراجعه کرد تنها در صورتی که عرف آن را تغییر در عین موهوبه بداند هبه غیرقابل رجوع می‌باشد (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۶۶).

طبق نظر مشهور در صورتی که عین موهوبه با غیر آن مزج شود به نحوی که تفکیک آن

امکان پذیر نباشد هبه غیرقابل رجوع خواهد شد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۷۷؛ امام خمینی، بی تا: ۵۸). "بنابراین متهب نیز می تواند برای غیرقابل رجوع شدن هبه، عین موهوبه را با مال دیگری مخلوط کند، در صورتی که امکان تمییز و تفکیک آن وجود نداشته باشد هبه غیرقابل رجوع خواهد شد. برای اینکه یک عملی مزج به حساب آید باید عرف را در نظر گرفت، زیرا در مواردی مزج به صورتی واقع می شود که امکان برگرداندن عین موهوبه حتی از لحاظ علمی هم ممکن نیست، برای مثال هر گاه عین موهوبه مقداری شکر باشد و متهب آن را با آب مخلوط کند واهب نمی تواند به عین موهوبه رجوع کند. اما گاهی این گونه نیست برای مثال هر گاه واهب مقداری برنج اعلی را به متهب هبه کند و متهب آن برنج ها را با مقداری برنج معمولی مخلوط نماید، از نظر علمی ممکن است بتوان این حالت را مزج در معنای غیرممکن تلقی نکرد، اما به هر صورت تمییز و تفکیک آنها نیز کار ساده ای نیست. به نظر می رسد در این موارد باید به عرف مراجعه کرد، در امثال چنین مواردی عرف تمییز و تفکیک آنها را امکان پذیر نمی داند، پس می توان گفت هبه غیرقابل رجوع شده است" (بیکی شورکی، ۱۴۰۲: ۱۶۷). بنابراین نقش عرف در تغییر مال موهوب بسیار حائز اهمیت است.

۶.۵. نقش عرف در تشخیص تلف عین موهوبه

در فرضی که مال موهوب تلف شود هیچ اختلافی نیست که هبه غیرقابل رجوع می شود. اما در مورد مصادیق تلف و اینکه آیا اگر بخشی از مال موهوب تلف شد و بخشی دیگر باقی است چه باید کرد؟ اختلاف نظر وجود دارد. یکی از مهمترین ادله استنادی فقها و حقوق دانان برای رفع اختلاف و تشخیص اینکه آیا این تلف موجب ساقط شدن حق رجوع می شود یا خیر؟ استناد به عرف است. عرف است که تعیین می کند با وضعیت فعلی مال موهوب آیا واهب حق رجوع دارد یا اینکه حق رجوعش ساقط شده است.

برخی از فقها به عرف استناد کرده و آورده اند که در خیلی از موارد عرف نیز تلف بخشی از کالا را در حکم تلف کل نمی داند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۸۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۲۹؛ امام خمینی، بی تا: ۵۸)، پس هنوز حق رجوع باقی است. دیدگاه دیگری که مطرح شده نگاه دقیق است به این صورت که تلف بعضی از عین موهوبه باعث غیرقابل رجوع شدن نسبت به همان میزان می شود و برای مابقی عین موهوبه، چون اصل بر قابل رجوع بودن هبه است، پس نسبت به آن قسمتی که تلف نشده همچنان هبه قابل رجوع باقی می ماند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۷۳). در این مورد می توان گفت با

توجه به ویژگی عین موهوبه باید عرف را در تشخیص، ملاک قرار داد. در تبیین این حالات باید قائل به تفکیک شد و حالت‌های مختلفی را مطرح نمود. حالت اول اینکه اگر عرف، تلف بعضی از عین موهوبه را در حکم تلف کل بداند یا به منزله تغییر اساسی تلقی کند هبه غیر قابل رجوع خواهد بود. اما اگر با وجود تلف بخشی از عین موهوبه، مابقی آن از نظر عرف دارای ارزش مالی باشد هبه قابل رجوع می‌باشد. مگر اینکه تغییر عرفی حاصل شده باشد که به دلیل تغییر عین موهوبه، هبه غیر قابل رجوع خواهد بود (بیکی شورکی و همکاران، ۱۴۰۲: ۷). حالت دیگر اینکه اگر عین موهوبه به صورتی باشد که هر یک از اجزاء آن مستقل از یکدیگر به حساب می‌آیند، برای مثال هرگاه عین موهوبه تعدادی درخت یا امثال آن باشد و تعدادی از آنها تلف شود می‌توان تفکیک کرد و این‌گونه نظر داد که نسبت به تعداد تلف شده حق رجوع از بین رفته، اما واهب نسبت به باقی مانده حق رجوع دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۰۹؛ کاشف الغطا، ۱۳۵۹: ۹۳). فرض دیگر اینکه اگر واهب در یک عقد چندین کالا را به متب هبه کند و یکی از کالاها تلف شود، واهب می‌تواند نسبت به مابقی کالاها از هبه رجوع کند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۸۳ و ۱۸۶). همان‌طوری که اگر بخشی از آن هم تلف نشده بود می‌توانست نسبت به بخشی از عین موهوبه به صورت معین یا مشاع رجوع کند (امام خمینی، بی تا: ۵۸).

نتیجه‌گیری:

با عنایت به اینکه قانون‌گذار در قانون مدنی تنها در چند ماده به عقد هبه پرداخته است و در خیلی از موارد آن حکم خاص قانونی نداریم و می‌بایست برای تعیین آن به عرف مراجعه نمود نقش عرف در عقد هبه بسیار محوری است. بنابراین بررسی و تحلیل ابعاد آن ضروری به نظر رسید و در پایان پژوهش، این نتایج حاصل گردید. در تحلیل قصد و رضای طرفین در صورت تردید مطابق با معیار رفتار متعارف تصمیم‌گیری می‌شود. در انعقاد هبه هرچند فوریت قبول شرط نیست اما باید توالی عرفی بین ایجاب و قبول وجود داشته باشد تا قبولی در نظر عرف مرتبط با ایجاب و ملحق به آن شود. علاوه بر این در صورت اختلاف مبنی بر اینکه آیا واهب اذن در قبض داده یا خیر نیز باید به رفتار متعارف از سوی واهب نظر داشت و حکم نمود. در مورد اعتبار هبه معاطاتی و هبه معلق که در فقه و حقوق محل اختلاف است یکی از ادله مطرح شده برای معتبر دانستن آن عرف است. زیرا عرف عقلائی جامعه چنین هبه‌ای را معتبر می‌دانند. موضوع دیگر اینکه گاهی شخص در طرف عقد هبه به اشتباه می‌افتد و در مورد تاثیر این اشتباه باید مطابق نظر عرف حکم کرد. در این

زمینه که گاهی واهب اقرار به هبه می‌کند اما تردید داریم که آیا این اقرار وی اقرار به قبض هم هست یا خیر؟ زیرا در عقد هبه قبض شرط تحقق مالکیت است که در این حالت نیز عرف حکم می‌کند. به‌طور معمول اقرار وی را به ایجاب و قبول تفسیر می‌کنیم. در مورد نوع عقد نیز گاهی تردید می‌شود که آیا واهب تملیک انجام شده را در قالب عقد هبه مدنظر داشته یا عقد دیگری که در این زمینه نیز باید عرف را ملاک تعیین عقد قرار داد. یکی از موضوعات دیگری که خیلی محل چالش است اهلیت متهب می‌باشد زیرا در عقد هبه طرفین باید اهلیت داشته باشند؛ اما عرف تملیک مجانی به شخص فاقد اهلیت نظیر مجنون یا صغیر ممیز را می‌پذیرد که می‌توان با استدلال آن را عملی حقوقی و صحیح، اما غیر از عقد هبه دانست. همین استدلال در مورد صدقه به شخص فاقد اهلیت نیز کاربرد دارد؛ زیرا عرف عقلای جامعه و در فقه صرف نظر از عدم اهلیت صدقه گیرنده صحت این امر را معتقد است. هرچند توجیه اینکه صدقه عقد است و نیاز به اراده سالم دارد برای برخی از حقوقی‌ها نیز با غلبه نظر عرف سخت است و ضمن اینکه صدقه را بدون شک درست می‌دانند اما تحلیل آن در میان عقود را مشکل می‌پذیرند. حال آنکه قانونگذار صدقه را در قالب عقد مطرح کرده و عقد نیز تنها با تراضی طرفین و وجود حداقل دو اراده سالم امکان پذیر است. بنابراین برای صحت صدقه در مواردی که هر دو طرف اراده سالم دارند تردیدی نیست اما در صدقه به محجور این تردید باقی می‌ماند. به نظر نگارنده با عنایت به اینکه این موضوع از موارد اختلافی است و اهمیت آن بالاست مشخص بودن صحت چنین عملی که عرف معمول نیز آن را صحیح می‌داند موجب کاهش دعاوی و شفافیت قانون خواهد شد.

در مورد هبه طلب به مدیون و تشخیص اینکه آیا عمل وی هبه بوده یا ابرا مدیون در صورت اختلاف باید رفتار شخص را مطابق عرف تفسیر و تحلیل کرد و مطابق رفتار متعارف وی حکم داد. علاوه بر این می‌توان با نگاه به عرف نسبت به انگیزه مادی واهب در هبه کردن مال به متهب پی برد و حسب مورد آن را هبه‌ای معوض یا بلاعوض دانست. در صورت اختلاف بین طرفین که آیا اساساً با توجه به نقش مهم قبض در تکمیل عقد و قبض صورت گرفته یا خیر؟ باید به عرف مراجعه کرد با توجه به نوع مال منقول یا غیر منقول و غیره عرفاً مال توسط متهب قبض شده باشد. همچنین قبض مال موهوب ممکن است صریح باشد اما برای احراز قبض ضمنی باید به عرف مراجعه کرد، که اگر عرف عمل متهب را قبض ضمنی دانست قبض ضمنی محقق شده است. همچنین در برخی موارد قبض فیزیکی اتفاق نمی‌افتد و برای معتبر دانستن قبض اعتباری اینکه عرف آن را صحیح بداند معیار

می‌باشد.

هرچند به صورت متعارف مردم در خیلی از موارد هم زمان با هبه، مال موهوب را به قبض متهب می‌دهند اما در مورد اعتبار و فروض مختلف قبض پیش از هبه یا ایجاب و قبول هبه و پس از آن باید بر مبنای عرف اظهار نظر نمود، که آیا واهب از تصرف و قبض مال موهوب توسط متهب اطلاع داشته است؟ اگر اطلاع داشته باید آن را قبض صحیح تلقی نمود و در صورت عدم اطلاع یا سوء استفاده متهب از حضور ذهن نداشتن واهب، تصرف وی در مال موهوبه را فاقد اعتبار دانست. در مورد مال موهوبه هرگاه هبه معوض باشد و عوض مشخص نشده باشد باید با معیار متعارف حداکثر ارزش مالی عوض را با نگاه به عرف، به میزان مال موهوب دانست. این یک برداشت عرفی است که معیاری ثابت برای پیشگیری از اختلافات بعدی وجود ندارد و عرف‌های گوناگون، انتظارات طرفین از یکدیگر و شرایط خاص زمان هبه دادن مال منجر به تردیدهایی در این زمینه می‌شود. در مورد اعتبار هبه طلب به شخص ثالث نظر به اینکه قانون‌گذار هبه طلب به مدیون را پذیرفته و در مورد هبه طلب به شخص ثالث حکمی نداده و عرف نیز در هر دو قبض مال را متصور می‌داند، باید هبه طلب به شخص ثالث را نیز معتبر دانست. موضوع دیگر اینکه گاهی شخص مال خطرناکی را به دیگری هبه می‌کند در مورد ضامن بودن واهب اختلاف نظر است؛ با این حال به نظر نگارنده چون با استناد به عرف اگر متهب می‌دانسته که مال موهوب خطرناک است آن را نمی‌پذیرفت بر همین مبنا باید در شرایطی واهب را ضامن دانست. با این وجود اختلاف نظرهای موجود مبنی بر اینکه وقتی شخصی مالی را مجانی به دیگری می‌دهد در مقابل خسارت‌های آن مسئولیتی ندارد و عرف متفاوت در نگاه مردم اختلافاتی را به وجود می‌آورد. دیگر اینکه در تشخیص اینکه منفعت مال موهوب منفصل یا متصل است نیز در فرضی که واهب به مال موهوب رجوع نماید باید عرف را ملاک تشخیص آن قرار داد. یکی دیگر از موضوعات مهم عقد هبه قابل رجوع بودن آن است و نکته‌ای که رجوع باید به مال موهوب باشد بنابراین عرف باید مال موهوب را باقی بداند در غیر این صورت حق رجوع ساقط شده محسوب می‌شود. در زمینه تغییرات به وجود آمده در مال موهوب، عرف باید آن تغییرات را به منزله تغییرات اساسی و منجر به غیرقابل رجوع شدن هبه تلقی کند. همانند قبض ضمنی که با توجه به عرف احراز می‌شد رجوع ضمنی به مال موهوبه نیز با ملاحظه عرف بررسی و مورد حکم قرار می‌گیرد. یکی از موارد هبه غیرقابل رجوع هبه به خویشاوندان است که معیار تعیین خویشاوند در فقه عرف می‌باشد؛ اما چون در قانون مدنی تصریح شده می‌بایست بر

اساس تصریح قانون مدنی خویشاوند به معنای محدود آن را حکم داد. اگر این مورد نیز تصریح نشده بود کار بسیار دشوار بود زیرا فتوای مراجع در این زمینه همچنان مختلف است. علاوه بر این تشخیص عرف و تشخیص خویشاوندان در نظر عرف در مواردی که تا این حد نظرات مختلف و متفاوت وجود دارد کار سختی است. اما با عنایت به تصریح قانونگذار، مطابق قانون عمل می‌شود. صرف نظر از موضوع قابل رجوع باقی ماندن هبه در خیلی از خویشاوندان، به دلیل تصریح قانونگذار این موضوع که صراحتاً جلوی اختلافات در پرونده‌ها را می‌گیرد و مانع اطاله دادرسی می‌شود نیز حسن قانون مدنی ارزیابی می‌گردد. بنابراین در این مورد خویشاوند عرفی مطابق قانون ملاک نمی‌باشد. بحث آخر اینکه برای اینکه ببینیم در هبه قابل رجوع آیا همچنان حق رجوع واهب باقی است یا خیر؟ نقش عرف در تشخیص این که مال از مالکیت متهب خارج شده و همچنین در تغییر در عین موهوبه و تلف آن نقش محوری است.

پیشنهادهات:

با توجه به تحلیل‌های مطرح شده، نظر به گستردگی مصادیق نقش عرف، وجود عرف‌های گوناگون و طولانی شدن پرونده‌ها در اختلافات ناشی از تفسیر قانون و عدم شفافیت آن که باید به عرف مراجعه کرد و احراز عرف زمان بر است، پیشنهاد می‌شود قانونگذار در موارد چالشی و اختلافی زیر برای پیشگیری از اطاله دادرسی و شفافیت قانون، حکم قانونی خاصی را وضع نماید: در مورد صحت قبض اعتباری، تعیین معیار تشخیص هبه معوض و غیرمعوض در فرض اختلاف طرفین، تعیین معیار مناسب در مورد ارزش عوض در هبه معوضی که عوض تعیین نشده، صحت صدقه به محجور که عرف آن را صحیح می‌داند، ضمان عیوب پنهانی در مال موهوب خطرناک و همچنین اعتبار هبه طلب به شخص ثالث.

منابع

الف) فارسی

۱. ابوعطا، محمد و فرزاد، مسعود (۱۳۹۳). مفهوم و ماهیت حقوقی صدقه. مطالعات فقه و حقوق اسلامی. سال ۶. شماره ۱۱، پاییز و زمستان. صفحه ۲۰-۷.
۲. امام خامنه‌ای، سیدعلی بن جواد حسینی (۱۴۲۴ ق). اجوبه الاستفتائات. چاپ اول. قم: دفتر معظم له در قم.

۳. امام خمینی، سیدروح الله موسوی (۱۴۲۴ق). توضیح المسائل (محشی-امام خمینی). جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. امامی، سیدحسن (۱۳۷۵). حقوق مدنی. جلد ۲. تهران: اسلامیه.
۵. امامی، سیدحسن (۱۳۹۰). حقوق مدنی. چاپ ۲۳. جلد ۲، تهران: اسلامیه.
۶. بیکی شورکی، مهدی (۱۴۰۲)؛ رساله دکتری، چالش‌های عقد هبه در نظام حقوقی ایران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد.
۷. بیکی شورکی، مهدی؛ صدیقیان، امیرمحمد و هاشمی باجگانی، سیدجعفر (۱۴۰۲)، نقش متهم در غیرقابل رجوع شدن عقد هبه، اولین کنفرانس بین المللی حقوق، علوم سیاسی، سیاست اسلامی و فقه اسلامی.
۸. _____ (۱۴۰۳)، جایگاه و نقش قبض در عقد هبه، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۵۹، بهار، صفحه ۷۶-۴۹.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). ترمینولوژی حقوق. چاپ بیست و دوم. تهران: گنج دانش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). حقوق مدنی- عقود معین، چاپ هفتم، جلد ۳. تهران: گنج دانش.
۱۱. _____ (۱۳۹۵). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ یکصد و چهارم، تهران: انتشار.
۱۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). دایره المعارف فقه مقارن. چاپ اول. قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب علیه السلام.
۱۳. میرخلیلی، سیداحمد. عزیزاللهی، حجت وفرزانه وشاره، معین (۱۳۹۴). حکم ممنوعیت رجوع از هبه به خویشاوندان در فقه امامیه. حقوق اسلامی. سال ۱۲. شماره ۴۶. پاییز. صفحه ۱۳۷-۱۱۱.

ب) عربی

۱. ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. چاپ دوم. ج ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. اصفهانی، مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۴ق). مرآه العقول فی شرح اخبار الرسول. چاپ دوم. ج ۲۳. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳. امام خمینی، سیدروح الله موسوی (بی تا). تحریرالوسیله. چاپ اول. ج ۲. قم: موسسه مطبوعات دارالعلم.

۴. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره. جلد ۲۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق). غایه المراد فی شرح نکت الارشاد. چاپ اول. جلد ۲. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشى - کلاتر). چاپ اول. جلد ۳. قم: کتابفروشی داوری.
۷. _____ (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. چاپ اول. جلد ۶. قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
۸. شیخ انصاری، دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۱ق). صیغ العقود و الایقات (شیخ انصاری). چاپ اول. قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۹. شیخ طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. چاپ اول. جلد ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. _____ (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. چاپ سوم. جلد ۳. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۱۱. صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. چاپ هفتم. جلد ۲۸. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق). تکمله العروه الوثقی. چاپ اول. جلد ۱. قم: کتابفروشی داوری.
۱۳. طوسی، ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). الوسيله الی نیل الفضیله. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی ره.
۱۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه (ط-الحدیثیه). چاپ اول. جلد ۳. قم: موسسه امام صادق علیه السلام.
۱۵. _____ (۱۴۲۱ق). تلخیص المرام فی معرفه الاحکام. چاپ اول. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۶. _____ (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ. چاپ دوم. جلد ۶. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. چاپ اول. جلد ۲. قم: موسسه اسماعیلیان.

۱۸. کاشف الغطا، محمدحسین بن علی بن محمدرضا. (۱۳۶۶ق). وجیزه الاحکام. چاپ دوم. جلد ۳. نجف اشرف: موسسه کاشف الغطا.
۱۹. _____ (۱۳۵۹ق). تحریرالمجله. جلد ۱. نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.
۲۰. لنکرانی، محمدفاضل موحدی. (۱۴۲۵ق). تفصیل الشریعه-المضاربه، الشرکه، المزارعه، المساقاه، الدین و... . چاپ اول. قم: مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام.
۲۱. ج. منبع الکترونیکی
- پژوهشگاه قوه قضائیه. بی تا. سامانه ملی آرای قضایی.
- <http://j.ijri.ir/SubSystems/Accounting/login/>: پژوهشگاه قوه قض