



Original Research

# Legal And Jurisprudential Study Of The Commonalities And Differences Between The Legal Action Of Taking Possession And Delivery Of Object And The Temporal Symmetry Of These Two Legal Acts In The Contract Of Sale

Saleh Yamrali <sup>1\*</sup>, Reza Shahidi Sadeghi <sup>2</sup>

1 Assistant Professor of Private Law, Department of Theology and Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Humanities and Physical Education, Gonbad Kavos University, Gonbad Kavos, Iran.

2 PhD student in private law, Department of Law, Faculty of Humanities, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran.

Article ID: 1400110233557

**Received:**  
December 22,  
2020  
**Accepted:**  
March 22, 2021  
**Available online:**  
September 22,  
2021

**Keywords:**  
Contract of Sale,  
Civil Law,  
Jurisprudence,  
Taking  
Possession,  
Delivery,  
Temporal  
Symmetry

**Main Subjects:**  
Islamic  
jurisprudence

## Abstract

Reciprocal contracts are among the important and also widely used contracts in the legal and judicial systems as well as the social arena of countries that have been regulated since ancient times, especially in the field of law, especially in the field of private law and personal relations, contract law and Islamic jurisprudence which regulated and attentioned by legislators and Sharia has been holy. according to the Iranian legislator, the essential elements for the validity of a contract in reciprocal contracts have always been considered by the parties to the contract (contractors) so that the contract is considered valid and effective in conditions of legal and jurisprudential status. one of these essential elements the validity of contract and in particular the contract of sale, the existence of the object of the contract and necessity for seller ability to delivery of object to the other party to the contract and their taking possession in order to fulfill contractual obligations. In this article, the author has tried to briefly state the conditions and characteristics of legal actions of taking possession and delivery, and then discuss the differences and analytical discussions of the incident between lawyer and jurisconsult and in addition, to stating the differences between taking possession and delivery and to the contract of sale, wants to reach to a result and point of view on this matter.

\*Corresponding Author: Saleh Yamrali

**Address:** Assistant Professor of Private Law, Department of Theology and Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Humanities and Physical Education, Gonbad Kavos University, Gonbad Kavos, Iran.

**Email:** [salehyamrali@gmail.com](mailto:salehyamrali@gmail.com)

## بررسی حقوقی و فقهی وجوه اشتراک و افتراق عمل حقوقی تسلیم و تسلیم مبیع و تقارن زمانی این دو عمل حقوقی در عقد بیع

صالح یمرلی<sup>۱\*</sup>، رضا شهیدی صادقی<sup>۲</sup>

۱ استادیار حقوق خصوصی، گروه الهیات و فقه و مبانی حقوق، دانشکده علوم انسانی و تربیت بدنی، دانشگاه گنبد کاووس، گنبد کاووس، ایران.  
۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران.

کد مقاله: ۱۴۰۰۱۱۰۲۳۳۵۵۷		
<b>چکیده</b>	<b>تاریخ دریافت:</b> ۲ دی ۱۳۹۹	
عقود معاوضی از جمله عقود حائز اهمیت و پر کاربرد در نظام‌های حقوقی مختلف و نیز عرصه تعاملات اجتماعی کشورها می‌باشد که از ادوار گذشته تاکنون چه در عالم حقوق به‌ویژه در حوزه حقوق خصوصی و به‌ویژه حقوق قراردادهای و چه در حوزه فقه امامیه مورد مقررات گذاری و توجه از سوی قانون‌گذاران و شارع مقدس بوده است. به‌موجب تصریح قانون‌گذار قانون مدنی ایجاب می‌کند که همواره شرایط اساسی صحت عقود از جمله در عقود معاوضی مورد ملاحظه و رعایت از سوی طرفین عقد (بایع و مشتری) قرار گرفته تا عقد منعقد از حیث وضعیت حقوقی و فقهی صحیح، معتبر و نافذ تلقی شود. یکی از این شرایط صحت عقود و به‌طور اخص صحت عقد بیع، وجود داشتن موضوع عقد یعنی همان مبیع و متعاقب آن، لزوم قابلیت تسلیم آن به طرف مقابل عقد (مشتری) و از طرف مقابل، تسلیم (قبض) آن در راستای ایفای تعهدات قراردادی است. در این مقاله که به‌صورت توصیفی تحلیلی به نگارش در آمده است، نگارندگان تلاش نموده‌اند تا شرایط و اوصاف نظری و عملی اعمال حقوقی تسلیم و تسلیم مبیع را تبیین نموده و اختلافات منعقد و بحث‌های تحلیلی حادثه میان حقوقدانان و فقهای امامیه را در مانحن فیه مطرح گردانیده و ضمن بررسی وجوه اشتراک و افتراق میان تسلیم و تسلیم مبیع در عقد بیع و نیز بحث تقارن زمانی آن‌ها، به یک جمع‌بندی و نقطه‌نظر واحد در خصوص موضوع مزبور نائل آیند.	<b>تاریخ پذیرش:</b> ۲ فروردین ۱۴۰۰	
		<b>تاریخ انتشار:</b> ۳۱ شهریور ۱۴۰۰
		<b>کلیدواژه‌ها:</b> عقد بیع، حقوق مدنی، فقه امامیه، تسلیم مبیع، تسلیم مبیع، تقارن زمانی.
	<b>محورهای موضوعی:</b> فقه و حقوق اسلامی	

\*نویسنده مسئول: صالح یمرلی

آدرس: استادیار حقوق خصوصی، گروه الهیات و فقه و مبانی حقوق، دانشکده علوم انسانی و تربیت بدنی، دانشگاه گنبد کاووس، گنبد کاووس، ایران.

ایمیل: [salehyamrali@gmail.com](mailto:salehyamrali@gmail.com)

## ۱- مقدمه

در مقررات حقوق مدنی ایران که عمدتاً برگرفته و منطبق با موازین فقه امامیه است، عقود در یک تقسیم‌بندی به عقود معاوضی مانند بیع و اجاره و... و عقود غیر معاوضی مانند هبه و صلح و... دسته‌بندی می‌شوند. بررسی عقود غیر معاوضی از محل بحث ما در این مقاله خارج است. اما در خصوص عقود معاوضی، عقد بیع از سایر عقود مهم‌تر و رایج‌تر قلمداد شده و بر این اساس فقهای امامیه از جمله شیخ مرتضی انصاری (رحمت‌الله علیه) در کتاب ارزشمند مکاسب (عباسی، ۱۳۹۷: مجلدات چهارم تا دهم)، بخش اعظمی از احکام عقود معاوضی را در عقد بیع بیان نموده‌اند. (مسجد سراسی، ۱۳۸۳: ۲۰۹ و ۲۱۰) عقد بیع در فقه و حقوق موضوعه مطابق ماده ۳۳۸ قانون مدنی، مفهوم انتقال یا تملیک عین به عوض معلوم را افاده می‌کند. طبق مفهوم مخالف ماده ۴۶۴ قانون مدنی، شرط بیع آن نیست که لزوماً عوض مبیع، وجه نقد باشد، ولی شرط این است که یکی از عوضین به‌عنوان ثمن پرداخت شود و این امر عقد بیع را از عقد صلح متمایز می‌کند. (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۹۸: ۱۲۲)

با عنایت به توضیح مختصر فوق و تبیین این مقدمه، اکنون در بحث عوضین عقد بیع باید گفت که از جمله مسائلی که به‌موجب قانون مدنی ایران و فقه امامیه واجد اهمیت تلقی شده است، ضرورت تسلیم مبیع از سوی بایع و تسلیم مبیع از سوی مشتری پس از انعقاد عقد به‌عنوان یکی از تعهدات طرفین عقد بیع و همچنین به‌عنوان یکی از آثار و نتایج این عقد معاوضی است. بررسی وجوه افتراق و اشتراک اعمال حقوقی تسلیم و تسلیم مبیع و رفع ابهامات نظری و تحلیلی حقوقی و فقهی حقوق دانان و فقیهان امامیه و همچنین رفع پاره‌ای شبهات عملی در خصوص موضوع تقارن یا عدم تقارن زمانی تسلیم و تسلیم مبیع و ارائه یک پاسخ صریح و دقیق در این رابطه، ضرورت نگارش این مقاله می‌باشد.

مع‌الوصف، پرسش نخست این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای نگارش یافته است آن می‌باشد که آیا عمل حقوقی تسلیم و عمل حقوقی تسلیم دارای مفهوم مشترک بوده و یا واجد پاره‌ای وجوه افتراق نیز می‌باشند؟ در مقام بیان فرضیه اول باید بیان داشت که این دو عمل حقوقی از برخی جهات از یکدیگر متمایز بوده و در برخی جهات با یکدیگر دارای وجه اشتراک هستند، اما طبعاً هر یک دارای اوصاف و احکام حقوقی و فقهی خاص خود می‌باشد. پرسش دوم آن است که آیا عمل حقوقی تسلیم و تسلیم مبیع، لزوماً دارای تقارن زمانی است و در یک زمان واحد به وقوع می‌پیوندد یا خیر؟ در مورد پرسش دوم باید گفت که این دو عمل حقوقی همواره و لزوماً در یک زمان واحد واقع نمی‌شوند که ما در این پژوهش به بحث و بررسی این موضوعات خواهیم پرداخت.

## ۲- عقود معاوضی و لزوم تسلیم و تسلیم عوضین معامله

با استفاده از مفهوم مقررات بندهای سوم و چهارم ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران که اشعار می‌دارد: «عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع، و مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند»، یکی از شرایط اساسی صحت در عقود از جمله عقد بیع آن است که تسلیم یا انجام مورد معامله مقدور باشد (مقدور التسلیم بودن). وجود این شرط به‌طور کلی، در نظام‌های حقوقی دیگر نظیر حقوق فرانسه نیز پذیرفته شده است؛ هر چند که قانون مدنی ایران این شرط را در بحث مربوط در عقود و معاملات به‌طور کلی نسبت به تمام عقود بیان نداشته است، ولی با توجه به مواد خاص

مربوط به برخی از عقود معین نظیر بیع و اجاره و قواعد کلی حقوقی، می‌توان وجود این شرط را برای صحت مطلق عقود، لازم و ضروری دانست. (شهیدی، اندیشه‌های حقوقی، ۱۳۸۷: ۵۵ و ۵۶)

در فقه امامیه نیز شهید اول و هم‌چنین شهید ثانی (رحمت‌الله علیهم) بر این نکته تأکید دارند که مبیع باید قابلیت تسلیم داشته باشد و بیع مالی که عادتاً قابل تسلیم نیست، باطل است مانند پرنده در حال پرواز و ماهی در آب، مگر در مواردی که پرنده بازگردد و ماهی در محیط محصور باشد (لطفی، ۱۳۹۳: ۷۸) یا ماده ۳۴۸ ق.م.مقرر می‌دارد: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بیع قدرت بر تسلیم آن را ندارد، باطل است، مگر اینکه مشتری خود قادر به تسلیم باشد.» و هم‌چنین به موجب ماده ۴۷۰ ق.م: «در صحت اجاره، قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است.»

به نظر برخی حقوقدانان، مقررات قانون مدنی ایران به‌طور کلی دلالت بر لازم بودن قدرت بر تسلیم مورد (موضوع) معامله دارد، ولی عبارات آن نسبت به نحوه اعتبار این لزوم و کیفیت، قدرت و موضوع واقعی این شرط، رسا و خالی از ابهام نیست. از طرفی دیگر، از آنجایی که مقررات قانون مدنی ایران از حقوق فقه امامیه اقتباس گردیده، لازم است که در پاسخ به مسائل مذکور، مقررات فقهی مربوطه نیز مورد بررسی قرار گیرد. لذا یکی از دلایلی که مورد استناد فقهای امامیه در لزوم شرط مزبور قرار گرفته است، روایتی است از حضرت پیامبر (صلوات‌الله‌علیه): «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» که در آن معامله غرری مورد انکار واقع شده است. منظور از معامله غرری عقدی است که وضعیت آن سبب بروز ضرر و خطر مالی در معامله برای یکی از طرفین و ایجاد اختلاف و مناقشه بین مشارالیه‌ها خواهد شد. (شهیدی، پیشین: ۵۶)

در عقود معاوضی (یعنی عقودی که در آن عوضین معامله باید با یکدیگر هم سنگ باشند و تعادل اقتصادی در مورد آن‌ها رعایت و مورد لحاظ قرار می‌گیرد) یا مغاینه‌ای (یعنی عقودی که مبتنی بر مغاینه است و احتمال غبن یا ضرر در آن وجود دارد)، برگرفته از شرایط اساسی صحت معاملات که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران مصوب سال ۱۳۰۷ توسط قانون‌گذار محترم مندرج گردیده است که عبارت‌اند از:

اول) قصد و رضای طرفین

دوم) اهلیت موضوع

سوم) موضوع معین که مورد معامله باشد

چهارم) مشروعیت جهت معامله، اهلیت تسلیم مبیع و ثمن به‌عنوان عوضین عقود معاوضی به‌منظور اجرای تعهدات قراردادی است. (جعفری لنگرودی، تئوری موازنه، ۱۳۹۳: ۲۶ و ۲۷)

بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «موضوع معین که مورد معامله باشد.» طبعاً موضوع معامله باید معین باشد (یعنی مردد بین دو یا چند چیز نباشد) و البته لازم به ذکر است که به استناد ماده ۲۱۶ ق.م: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است»، قبل از لزوم معین بودن نیز مقتضی است که عوضین معلوم باشد (به این معنی که مورد معامله مجهول نباشد) که حکم قانونی در خصوص عدم رعایت این مقررات بند سوم ماده ۱۹۰ ق.م.، بطالان معامله خواهد بود؛ چون معین بودن مورد معامله از شرایط اساسی صحت معاملات محسوب می‌گردد.

پس می‌توان چنین استنتاج کرد که وقتی موضوع معامله به استناد ماده اخیر الاشعار باید معلوم و معین باشد، به‌طریق اولی و پیش از آن به‌موجب ماده ۲۱۴ ق.م که می‌گوید: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند»، باید

موضوعی (اعم است از مال یا عمل) برای معامله وجود داشته باشد و اساساً عقد یا به تعبیری دقیق‌تر عقد معاوضی بدون وجود و تعیین عوض متقابل، سرنوشتی جز بطلان قراردادی نخواهد داشت .

برگرفته از ظاهر مقررات بخش پایانی ماده قانونی اخیر که طرفین به‌موجب قرارداد متعهد شده‌اند تعهدات خود را ایفا نموده و عوضین را به یکدیگر تسلیم نمایند، چنین برمی‌آید که بایع مکلف است پس از دریافت ثمن قراردادی (یکی از عوضین) یا حسب مورد طبق توافق طرفین، مبیع را تسلیم مشتری یا خریدار نماید و مشتری نیز آن را تسلیم خواهد کرد (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم کنونی، ۱۳۹۵: ۲۹۵)، اما به جهت غیر آمره بودن (تخییری بودن) مقررات ماده ۲۱۴ ق.م و امکان توافق بر خلاف مقررات آن و هم‌چنین منطوق شق اخیر ماده ۲۴۸ ق.م، در صورت عدم توانایی بایع در تسلیم مبیع (تعذر تسلیم)، مشتری می‌تواند خود نسبت به تسلیم (قبض) مبیع عقد، اقدامات مقتضی را به عمل آورد. (شهیدی، حقوق مدنی ۳ (تعهدات): ۸۵ و ۸۶)

البته در این هنگام، بحث عین معین بودن یا کلی بودن مبیع نیز مطرح می‌گردد و طبعاً در صورتی که مبیع به‌صورت عین معین باشد، به‌محض انعقاد عقد، مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌گردد و جهت تسلیم مبیع توسط مشتری، وی اساساً نیازی به اخذ اذن از بایع نیز ندارد؛ زیرا بایع دیگر مالکیتی بر مال ندارد، در حالی که در مبیع به صورت کلی (کلی فی الذمه)، بایستی مشتری جهت تسلیم مبیع از بایع اذن بگیرد و اگر بدون اخذ اذن مبیع را تسلیم کند، احکام غاصب بر مشتری مترتب خواهد شد؛ چه اینکه مبیع هنوز به مالکیت او در نیامده است و طبق نظر برخی حقوقدانان پس از تعیین مصداق (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، ۱۳۹۰: ۳۷۲)، و طبق نظر حقوقدانان دیگر، پس از تعیین مصداق و متعاقب آن، تسلیم مال (شهیدی، پیشین: ۷۸)، و ضمناً طبق ماده ۳۵۱ ق.م. که بیان می‌دارد: «در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر بشود»، به مالکیت مشتری در خواهد آمد.

### ۳- بررسی احکام و آثار عمل حقوقی تسلیم و عمل حقوقی تسلیم مبیع

در این قسمت ضمن بررسی احکام و آثار نظری و عملی عمل حقوقی تسلیم و عمل حقوقی تسلیم مبیع و طرح دو پرسش، به موضوع اصلی مقاله یعنی وجوه اشتراک و افتراق بین عمل حقوقی تسلیم و تسلیم مبیع در عقد بیع و نیز موضوع تقارن زمانی این دو عمل حقوقی پرداخته و آن را مورد بحث و بررسی و تحلیل واقع خواهیم ساخت:

### ۴- طرح مسئله

اکنون در این قسمت بحث حقوقی دقیق و تحلیلی مطرح می‌شود تحت این عنوان که طبعاً به‌موجب مفاد عقد بیع، بایع باید مبیع را به‌منظور ایفای تعهدات قراردادی خویش، تسلیم مشتری نموده و در مقابل مشتری نیز آن را تسلیم (قبض) کرده و ثمن (عوض) قراردادی و مورد توافق عقد را به بایع پرداخت می‌کند (البته در شرایط استثنایی و طبق توافق طرفین، ثمن می‌تواند به‌صورت غیر نقدی باشد و تسلیم بایع گردد). اکنون پرسشی که در این قسمت به ذهن نگارندگان متبادر می‌شود آن است که آیا از حیث فقهی و حقوقی و هم‌چنین با امعان نظر در نظرات

و تحلیل‌های فقهی امامیه و همچنین عقاید حقوقی حقوق‌دانان برجسته ایرانی، عمل حقوقی تسلیم با عمل حقوقی تسلیم مبیع مترادف بوده و واجد مفهومی یکسان و مشترک می‌باشد و یا اینکه این دو اصطلاح فقهی و حقوقی با یکدیگر متفاوت بوده و ما بایستی قائل به وجه افتراق بین دو عمل حقوقی مذکور باشیم؟ و از طرفی دیگر آیا این دو عمل حقوقی در زمان واحد واقع می‌شوند و بین این دو عمل حقوقی همواره تقارن زمانی وجود دارد یا خیر؟

## ۵- تسلیم و تسلیم مبیع در عقد بیع

باید بر این نکته توجه داشت که منظور و هدف اصلی از تسلیم، کنترل واقعی یا حکمی منتقل البیه (مشتري) بر آن مال است؛ چه اینکه چه به‌طور فیزیکی و حسی و چه به‌صورت استیلائی عرفی و تعهد به تسلیم، اثر عقد است و الزام متعهد ناشی از خود عقد می‌باشد. وفق موازین ماده ۳۶۷ ق.م. که مقرر می‌دارد: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع» و همچنین مقررات ماده ۳۶۸ ق.م. «تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد»، برای تحقق تسلیم، مبیع باید به کیفیتی در اختیار مشتری قرار بگیرد که چنانچه اراده نماید، توانایی تصرف متعارف و بهره مند شدن از آن را داشته باشد و این امر از نظر عرفی بستگی به طبیعت و کیفیت مبیع و توافق طرفین دارد. (سلامی، ۱۳۹۶: ص ۱۵)

عمل حقوقی تسلیم به دو صورت عملی و حکمی واقع می‌شود؛ تسلیم هنگامی عملی است که تسلیم همراه با فعل انجام گیرد و اگر چنانچه تسلیم همراه با فعل نباشد و در عالم واقع تسلیم رخ ندهد، ولی قانون‌گذار بر آن آثار تسلیم مترتب سازد، تسلیم حکمی است، همان‌طور که ماده ۳۶۹ قانون مدنی بیان می‌کند: «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند.» تسلیم یا قبض، یک عمل حقوقی و ارادی است که برای تحقق، نیاز به اذن شخص تسلیم‌کننده (قبض‌کننده) یا نماینده‌اش دارد؛ به نحوی که اذن او قصد تسلیم مورد معامله باشد و در غیر این صورت، تسلیم حاصل نخواهد شد، پس در این‌گونه موارد، قبض یک عمل حقوقی مستقل با یک اراده انشایی یا ایقاع محسوب می‌شود. (کاتوزیان، حقوق مدنی، ایقاع، نظریه عمومی، ایقاع معین، ۱۳۹۷: ش ۴)

در قانون مدنی، قبض، شرط صحت وقوع برخی عقود (عقود عینی) شناخته شده است از قبیل عقود موجد حق انتفاع (حبس مطلق، حق موبد، عمری، رقبی، سکنی، عقد وقف، بیع صرف، عقد رهن و هبه<sup>۱</sup>، اما در مواردی، شکل خاصی از قبض، شرط صحت به حساب نیامده، ولی عده‌ای از مؤلفان حقوقی از جمله مرحوم دکتر شهیدی، لزوم تسلیم موضوع عقد را در ساختار برخی اعمال حقوقی دیگر مانند قرض، عاریه و ودیعه نیز استنباط کرده‌اند و آن‌ها را از عقود عینی به شمار آورده‌اند و قبض در آن‌ها به‌عنوان عاملی برای ایجاد تعهدات قراردادی طرفین محسوب می‌شود. (سلامی، پیشین)

با عنایت به توضیحات فوق، به عقیده مرحوم دکتر کاتوزیان و بسیاری از صاحب‌نظران حقوقی، تسلیم عملی است قائم به دو شخص که به اعتبار تحویل‌دهنده، تسلیم یا اقباض، و به اعتبار تحویل‌گیرنده، تسلیم یا قبض نامیده می‌شود. با این اوصاف، طبق عقاید این دسته از حقوق‌دانان به نظر می‌رسد که تسلیم و تسلیم دو چهره از یک ماهیت می‌باشند. تسلیم و تسلیم مانند ایجاد و وجود در ماهیت خود متحدند؛ ولی از جهت اعتبار متفاوت از یکدیگر می‌باشند. اما از دیدگاهی دیگر، تسلیم و تسلیم مبیع، دو مقوله حقوقی متفاوت تلقی شده که تفاوت آن‌ها حقیقی و واقعی است که به نظر می‌رسد عقیده دوم دقیق‌تر باشد.

هر چند فقیهان امامیه که از جمله آن‌ها شهید اول (شیخ شمس‌الدین محمد ابن مکی عاملی) و شهید ثانی (شیخ زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی جبلی) و شیخ مرتضی انصاری می‌باشند در کتاب‌های فقهی معروف خود یعنی به ترتیب لمعه دمشقیه، الروضه البهیة فی شرح لمعه دمشقیه و مکاسب المحرمه در خصوص آثار بیع، از تسلیم تحت عنوان تسلیم و احکام آن سخن گفته‌اند، اما این امر دلیلی بر واحد بودن ماهیت تسلیم و تسلیم نیست؛ بلکه تسلیم در اینجا مصدری است به معنای تمکین بایع از تصرف مشتری در مال خود. تردیدی نیست که تسلیم، فعل مشتری و تسلیم فعل بایع است و این دو مرحله متمایز از هم بوده و اصولاً یکی مترتب بر دیگری است، ولو اینکه از نظر زمانی واحد باشند؛ زیرا می‌توان مواردی را فرض کرد که تسلیم از سوی بایع صورت می‌گیرد، بدون آنکه مشتری موضوع تسلیم را تسلیم کند.

آثار عملی اختلاف دو دیدگاه (به تعبیری وحدت و استقلال مفهوم تسلیم و تسلیم مبیع)، در آثار تسلیم و تسلیم خود را نشان می‌دهد؛ مانند سقوط حق حبس، انتقال ضمان معاوضی و زوال حرمت بیع قبل از تسلیم. تسلیم غایت چیزی است که بر بایع واجب است و اگر چنانچه احکام مترتب بر تسلیم و تسلیم از احکام تکلیفی باشند یا از احکام وضعی و ناشی از اشتراط ضمن عقد، مسلم است که از نظر فقهی، حقوقی و نیز عقلی، تکلیف به چیزی تعلق می‌گیرد که برای مکلف (مشروط علیه) مقدور است. (عربیان و خدابخشی، ۱۳۹۰: ۱۲۰)

در مورد وجوب تسلیم مبیع، حکم به تسلیم عین، چه حکم تکلیفی و از باب حرمت تصرف در مال غیر باشد یا وضعی و از باب شرط ضمن عقد، تنها بر فعل بایع که تسلیم است، ترتیب اثر داده می‌شود؛ زیرا تکلیف و شرط تنها به چیزی تعلق می‌گیرد که برای مشروط علیه مقدور باشد، پس تسلیمی که مقید به تسلیم مشروط له باشد، برای مشروط علیه مقدور نخواهد بود و عدم تسلیم مشتری، موجب عدم تحقق عمل حقوقی تسلیم می‌باشد.

اما به نظر نگارندگان تحلیل فوق مطلقاً صحیح به نظر نمی‌رسد؛ درست است که قانون‌گذار در قسمتی از ماده ۳۴۸ قانون مدنی مقرر داشته است که: «... بیع چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است...»، بیان‌کننده یک اصل حقوقی مربوط به مبیع معامله و نحوه تسلیم آن به مشتری است، اما باید توجه داشت که بر هر اصل و قاعده عامی در عالم فقه و حقوق، استثنا یا استثنائاتی وارد بوده و به‌نوعی مورد تخصیص قرار گرفته است (ما مِنْ عَامٍّ إِلَّا وَ قَدْ خُصَّ) و لذا قسمت اخیر ماده مذکور در مقام بیان یک استثنا و تأیید این تحلیل صراحتاً اشعار می‌دارد: «مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد».

از این رو، به نظر می‌رسد که اقباض یا تسلیم، همان عوامل رفع موانع استیلای مشتری است، نه تحویل مستقیم مبیع به تصرف او؛ زیرا این امر خلاف منطق حقوقی و عدالت است، بنای عقلا و عرف هم نمی‌پذیرند که فروشنده‌ای برای ایفای تعهدات خود اقدام کرده است، یعنی مبیع را تسلیم نموده است و با این وصف، ضامن زیان‌های ناشی از تلف هم شناخته شود و سقوط ضمان معاوضی وی علاوه بر اقدام‌های نام‌برده به اقباض، به قبض از سوی مشتری نیز منوط گردد. (همان، ۱۲۰ و ۱۲۱)

از طرفی در این شرایط، اگر شخص بایع مبیع را به مشتری تسلیم نموده و به جهت عدم ایفای تعهدات قراردادی طرف مقابل، زیان‌هایی را متحمل گردد، نمی‌توان به دلیل اقدام و عمل خویش، طرف مقابل عقد بیع را مورد سرزنش قرار داده و یا به‌نوعی از او از طریق تقدیم دادخواست، مطالبه خسارت‌های وارده را نماید؛ چه اینکه طبق قاعده فقهی اقدام، خود شخص بدون رعایت احتیاط‌های لازم و توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد و نیز میزان و کیفیت پایبندی طرف مقابل به تعهدات قراردادی، اقدامی بر علیه خویش انجام داده و طبعاً خسارات و تبعات حقوقی و مادی آن را نیز باید بپذیرد.



از طرفی دیگر، پیشنهاد می‌شود که شخص در این موقعیت از حق حبس قراردادی که طبق تعبیر مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان: «حق گروکشی متقابل» نامیده شده است، خود که از سوی قانون‌گذار محترم در ماده ۳۷۷ ق.م. مقرر گشته است: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد که در این صورت، هرکدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود»، استفاده نموده و اجرای تعهدات قراردادی خود را منوط و موکول به اجرای تعهدات طرف مقابل نماید.

ماده ۳۶۷ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع.» به نظر می‌رسد این ماده که در مقام تعریف تسلیم و تسلیم مبیع می‌باشد، به نوعی تفاوت و وجه افتراق را بین این دو عمل حقوقی معین کرده و درواقع موازین شق نخست ماده ۳۶۷ ق.م، مقدمه موازین شق اخیر این ماده است؛ به این معنی که بر اساس مقرر شق نخست ماده مزبور، ابتدا باید بایع مبیع را به مشتری تسلیم نماید و یا به نوعی آن را تحت اختیار و تصرف او قرار دهد، ولو اینکه مشتری در لحظه تسلیم در آن به صورت بالفعل تصرفی نکرده باشد، و متعاقب آن بر اساس مقرر شق اخیر ماده ۳۶۷ ق.م، خریدار آن مبیع مشخص و توافق شده را به صورت بالفعل از بایع دریافت و تسلیم نموده و به صورت مستقیم و بالفعل در آن تصرف نماید.

به عنوان نمونه زمانی که بایع کلید زمین فروخته شده خود را به مشتری تحویل می‌دهد و او امکان تصرف و هرگونه انتفاع از مال را دارد، اما ممکن است به جهاتی در شرایط فعلی در آن تصرف بالفعل نکند که این مصداقی برای عمل حقوقی تسلیم است. و فرض کنید در مثال فوق، مشتری پس از دریافت و تسلیم کلید زمین به آن وارد شده و با آوردن ادوات متعدد کشاورزی به داخل زمین، مشغول به کشت و زرع شده و در آن عملاً تصرف نماید که این مصداقی برای تسلیم مبیع تلقی می‌گردد.

ماده ۳۶۷ از جمله مواد قانون مدنی است که شاید به سهولت نتوان نقد یا اشکالی را متوجه آن نمود؛ باین حال در اینجا ممکن است بحثی مطرح شود مبنی بر اینکه اگر بایع مبیع را تسلیم کند، اما مشتری آن را تسلیم ننموده و در آن به صورت بالفعل تصرف ننماید، امکان دارد شخص یا اشخاص ثالث بر مال مسلط شده و مال را غصب و یا به عناوین مختلف مورد بهره‌برداری نامشروع خویش قرار دهند؟ پاسخ از حیث حقوقی روشن به نظر می‌رسد؛ زیرا مشتری به موجب و متعاقب انعقاد عقد بیع، مالک مبیع شده است و نسبت به مال حقی عینی دارد و حق عینی با دست‌به‌دست شدن و تغییر مالک و یا حتی سلطه غاصب یا متصرف نامشروع از بین نمی‌رود.

باین وجود، در این راستا پیشنهاد می‌شود که در اصلاحات قانون مسئولیت مدنی، پاره‌ای از مواد قانونی به این امر اختصاص یابد که به نوعی جلوی تصرف غیر مجاز و غصب اموال غیرمنقول توسط اشخاص ثالث غیر محق و متجاوز گرفته شود و باین حقوقی در قانون مسئولیت مدنی به صورت صریح در جهت احراز مسئولیت مدنی این اشخاص و لزوم جبران خسارت توسط آن‌ها مفتوح و تأسیس گردد. البته از نظارت و عملکرد دستگاه‌های نظارت‌کننده بر این گونه امور نیز نمی‌توان غافل شد و لازم است که دستگاه‌های نظارتی کشور، تلاش بیشتری نسبت به این نوع مسائل و برخورد قاطع با آن‌ها نمایند.

## ۶- نتیجه گیری

۱) در این پژوهش، بحث حقوقی دقیق و تحلیلی مطرح شد تحت این عنوان که معمولاً به موجب مفاد عقد بیع، بایع مبیع را متعاقب انعقاد عقد و عرفاً ظرف مهلت توافق شده، تسلیم مشتری خواهد کرد و در مقابل مشتری نیز آن را تسلیم کرده و ثمن قراردادی و مورد توافق را به بایع پرداخت می‌کند. حال پرسشی که در این میان به ذهن نگارندگان متبادر می‌شود آن است که آیا از حیث حقوقی و فقهی، عمل حقوقی



تسلیم با عمل حقوقی تسلیم مترادف بوده و افاده کننده مفهومی یکسان می‌باشد و یا اینکه این دو عمل حقوقی با یکدیگر متفاوت بوده و ما بایستی قائل به وجه افتراق بین دو عمل حقوقی مذکور باشیم؟

۲) به عقیده مرحوم دکتر کاتوزیان و برخی از اساتید حقوق، تسلیم عملی است قائم به دو شخص که به اعتبار تحویل‌دهنده، تسلیم یا اقباض، و به اعتبار تحویل‌گیرنده، تسلیم یا قبض نامیده می‌شود. لذا به عقیده این دسته از اساتید، تسلیم و تسلیم دو چهره از یک ماهیت می‌باشند. در واقع، تسلیم و تسلیم ماهیت یکسان دارند، ولی از لحاظ اعتبار، متفاوت از یکدیگر می‌باشند. اما از دیدگاه عده‌ای دیگر از اساتید حقوقی، تسلیم و تسلیم از نظر ماهیت دو مقوله جداگانه و مستقل‌اند که تفاوت آن‌ها عینی و ملموس است.

۳) به‌رغم اینکه فقیهان اسلامی از جمله شهید اول، شهید ثانی و شیخ مرتضی انصاری در خصوص آثار بیع، از تسلیم تحت عنوان تسلیم و احکام آن یاد می‌کنند، اما این امر دلیلی بر ماهیت واحد تسلیم و تسلیم نیست؛ بلکه تسلیم در اینجا به معنای عمل بایع در راستای تصرف مشتری در مال خود می‌باشد. تردیدی نیست که تسلیم، فعل مشتری و تسلیم فعل بایع است و این دو مرحله متمایز از یکدیگر بوده و اصولاً یکی مترتب بر دیگری است، ولو اینکه از نظر زمانی واحد باشند.

۴) به نظر می‌رسد که نتایج و آثار قائل شدن به وجه افتراق در اعمال حقوقی تسلیم و تسلیم، در آثار تسلیم و تسلیم خود را نشان می‌دهد؛ مانند سقوط حق حبس و انتقال ضمان معاوضی. تسلیم، هدف نهایی است که بر عهده بایع است و اگر چنانچه احکام مترتب بر تسلیم و تسلیم از جمله احکام تکلیفی باشند یا از احکام ناشی از اشتراط ضمن عقد، بدیهی است که از لحاظ فقهی، حقوقی و نیز عقلی، تکلیف به چیزی تعلق خواهد گرفت که برای مشروط علیه مقدور و امکان‌پذیر باشد.

۵) به نظر نگارندگان، از مجموع بحث‌ها و تحلیل‌های حقوقی و فقهی که در اثر پژوهشی پیش رو مورد تبیین و بررسی قرار گرفت استنتاج می‌شود که بر اساس شق نخست ماده ۳۶۷ ق.م. که مقرر می‌دارد: «تصرف عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انجای تصرفات و انتفاعات شود...» و ماده ۳۶۸ ق.م. که بیان می‌کند: «تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد» و نیز شق اخیر ماده ۳۶۷ که اشعار می‌دارد: «... قبض عبارت است از استیلائی مشتری بر مبیع»، به نظر می‌رسد این مواد که در مقام تعریف تسلیم و تسلیم مبیع می‌باشند، تفاوت و وجه افتراق را بین این دو عمل حقوقی معین کرده‌اند و به‌نوعی مقررات شق نخست ماده ۳۶۷ ق.م.، مقدمه و پیش‌زمینه اجرای مقررات شق اخیر ماده ۳۶۷ و ماده ۳۶۸ قانون مذکور است؛

به این معنی که بر اساس مقررات شق نخست ماده ۳۶۷ ق.م. ابتدا بایع باید در راستای اجرای تعهدات قراردادی خویش، مبیع را به مشتری تسلیم کند و یا به‌نوعی آن را تحت اختیار و تصرف او بگذارد، حتی اگر مشتری در لحظه تسلیم، آن را تسلیم ننموده و به‌صورت بالفعل در آن تصرفی ننماید، و سپس به استناد شق اخیر ماده ۳۶۷ و نیز ماده ۳۶۸ ق.م. مشتری آن مبیع موضوع عقد بیع و تحت تملک خود را از بایع تحویل بگیرد و به‌صورت مستقیم و بالفعل در آن تصرف نماید. به تعبیری دیگر، تسلیم، امکان تصرف بالقوه می‌دهد و تسلیم، امکان تصرف بالفعل. بنابراین، از حیث تقارن زمانی عمل حقوقی تسلیم با تسلیم مبیع، ممکن است تسلیم و تسلیم مبیع در زمان واحد واقع شوند و دارای تقارن زمانی باشند.

۶) باین حال در اینجا ممکن است بحثی مطرح شود مبنی بر اینکه اگر بایع مبیع را به مشتری تسلیم کند، اما مشتری به هر دلیل در لحظه تسلیم در آن به‌صورت بالفعل تصرفی ننماید، امکان دارد شخص یا اشخاص ثالث بر مال مسلط شده و آن را غصب و یا به‌عنوان مختلف مورد



انتفاع و بهره‌برداری نامشروع خود قرار دهند و این موضوع موجب تضییع حق مالکیت مشتری نمی‌شود؟ پاسخ از حیث حقوقی روشن به نظر می‌رسد؛ زیرا در مقام پاسخ می‌توان بیان داشت که مشتری به‌موجب عقد بیع مالک مبیع شده و نسبت به مال حق عینی دارد و حق عینی به تعبیری ضمیمه مال می‌شود و با دست‌به‌دست شدن و تغییر مالک و یا حتی سلطه غاصب و متصرف از بین نمی‌رود. از طرفی دیگر، به جهت ضمانتی بودن مسئولیت غاصب، مشتری می‌تواند از آن‌ها به جهت غصب و استفاده نامشروع از مال، خسارت وارده به عین و منافع مبیع

## References

- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, (2018), Legal Terminology, Tehran: Ganj Danesh Publications, 31st edition, new edition.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, (2013), general philosophy of law based on the originality of action; Equilibrium Theory, Tehran: Ganj Danesh Publications, second edition.
- Salami, Alireza and Shabaniyan, Nadia,(2016), the difference between receipt and delivery in contracts and events, presented and accepted at the third national conference of humanities, December
- Shahidi, Mehdi, (2007), legal ideas, a collection of legal articles (civil law, commercial law, criminal law, private international law, etc.), Tehran: Majd Scientific and Cultural Association, second edition.
- Shahidi, Mehdi, (2010), Civil Rights 3 (Obligations), Tehran: Majd Scientific and Cultural Assembly, 14th edition with new edition.
- Ansari, Morteza, (2018), Makasab, Volumes 4 to 10 (Biya), translated by: Abbasi, Mohammad Masoud, Qom: Dar al-Alam Publications, 9th edition.
- Arabian, Asghar and Khodabakhshi, Hassan, (2019), The difference and practical effects of receipt and surrender in barter contracts, Islamic jurisprudence and law research journal, 4th year, 8th issue.
- Katouzian, Nasser, (2017), civil rights, Iqah, general theory, Iqah Moin, Tehran: Mizan Legal Foundation, 7th edition.
- Katouzian, Nasser, (2018), introductory course on civil rights, lessons from Moeen contracts, first volume, Tehran: Ganj Danesh Library, 16th edition.
- Katouzian, Nasser, (2015), Civil Law in the Current Order, Tehran: Mizan Legal Foundation, 51st edition, 4th edition.
- Lotfi, Asadullah, (2013), translation of the legal topics of Sharh Lamea, al-Rawzah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lamaa al-Damshaqiyyah al-Shaheed al-Saeed Zain al-Din al-Jabai al-Amili (the second martyr), Tehran: Majd Publications, 11th edition.



Makki Ameli, Shamsuddin Muhammad, (2004), *Lamea al-Damshaqiyyah Shahid I*, translation and explanation and Arabicized text: Masjid Saraei, Hamid, Volume 1, Third Line Publications, Somba Printing.