

## تفاوت و آثار عملی قبض و تسلیم در عقود معاوضی<sup>۱</sup>

اصغر عربیان<sup>۲</sup>

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، گروه فقه و حقوق، تهران، ایران.

حسن خدابخشی<sup>۳</sup>

دانش آموخته‌ی کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران،

رشته‌ی فقه و حقوق، تهران، ایران.

### چکیده

در نظر بسیاری از اندیشمندان، تسلیم و قبض مانند دو مفهوم ایجاد و وجود، علی‌رغم وحدت در ذات به اعتبار متفاوت هستند. اگرچه تسلیم از سوی بایع و قبض از سوی مشتری صورت می‌پذیرد؛ اما تسلیم زمانی محقق می‌شود که قبض از سوی مشتری صورت گیرد و آثاری چون انتقال ضمان معاوضی بر عمل مشتری (قبض) بار می‌شود و تا زمانی که مشتری مبیع را قبض نکند، بایع از مسئولیت تلف مبیع قبل از قبض بری نخواهد شد.

تسلیم و قبض دو مفهومند که تفاوت آن‌ها حقیقی و واقعی است. قبض و تسلیم دو مرحله‌ی جدا از هم می‌باشند و ممکن است تسلیم مبیع از سوی بایع صورت پذیرد؛ اما مشتری مبیع را قبض نکند. فایده‌ی عملی این جدایی، در آثاری چون انتقال ضمان معاوضی، جابه‌جایی مسئولیت بین خریدار و فروشنده، اعمال حق حبس و ... نمود پیدا می‌کند. تسلیم، غایت و نهایت چیزی است که بر بایع واجب است که با قبض عرفی همراه خواهد بود و برائت او از ضمان، منوط به قبض مبیع از سوی مشتری خواهد بود.

**واژگان کلیدی:** تسلیم، قبض، ضمان معاوضی، حق حبس.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۱۱/۱۵؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۱/۱۴.

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): a.arabian63@yahoo.com

۳. پست الکترونیک: khodabakhshi-iri@yahoo.com

## مقدمه

مسأله‌ی تسلیم به عنوان یکی از مهم‌ترین آثار عقود معاوضی، اگرچه در وهله‌ی اول موضوعی روشن و ساده به نظر می‌رسد؛ اما از جهات مختلف، قابل بحث و بررسی است و از پیچیدگی‌های زیادی برخوردار است.

گذشته از ابهامات موجود در باب ماهیت، کیفیت تحقق آن و همچنین احکام مربوط به زمان و مکان و هزینه‌های تسلیم، مسأله‌ای که حائز اهمیت بوده و منشأ آثار و احکامی قرار می‌گیرد، یگانگی یا تمایز مفهوم تسلیم و قبض است.

بین فقها و حقوق‌دانان در این باره اختلاف نظر وجود دارد؛ به طوری که برخی حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۷۸ هـ.ق، ج ۱، ص ۱۶۶) این دو را امری واحد می‌دانند که تفاوت آن‌ها تنها اعتباری است و به اصطلاح دو روی یک سکه می‌باشند. تسلیم فعل واحدی است که اگر از سوی بایع به آن نگاه شود، تسلیم است و اگر از سوی مشتری به آن نگریسته شود، قبض است.

در این مقاله سعی بر آن است تا به این سؤال پاسخ داده شود که آیا دو مفهوم تسلیم و قبض در حقیقت، فعل واحدی هستند؛ به طوری که تسلیم دقیقاً همان زمانی محقق می‌شود که قبض از سوی مشتری صورت می‌گیرد یا دو مفهوم کاملاً مجزا بوده که تسلیم، فعل بایع و قبض، فعل مشتری است و بر این اساس، ممکن است تسلیم از سوی بایع محقق شود، بدون آن که قبض از سوی مشتری صورت پذیرد.

آثار عملی زیادی بر این بحث مترتب است که از جمله‌ی آن، می‌توان به مسأله‌ی انتقال ضمان معاوضی اشاره کرد. برخی فقها تسلیم از سوی بایع را برای انتقال ضمان کافی می‌دانند و برخی دیگر به استناد روایات، ملاک انتقال ضمان را قبض می‌دانند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۶) که شرح آن به‌طور مفصل خواهد آمد.

ابتدا به تعریف دو واژه‌ی تسلیم و قبض در اصطلاح فقها و حقوق‌دانان و در ادامه به بیان نظرات فقها و حقوق‌دانان درباره‌ی استقلال یا وحدت این دو مفهوم و آثار عملی آن اشاره خواهد شد.

## ۱- ماهیت تسلیم (اقباض)

با انعقاد هر یک از عقود معاوضی، نخستین التزامی که بر عهده‌ی طرفین قرار می‌گیرد،

تسلیم و تحویل عوضین است. تسلیم یا اقباض، عملی است که از سوی ناقل صورت می‌گیرد و از ریشه‌ی «سلم» بر وزن تفعیل است. این واژه در لغت به معنای سپردن، دادن چیزی، واگذارکردن و گردن نهادن آمده است (قاموس قرآن، ۱۴۱۲هـ.ق، ج ۳، ص ۳۰۱؛ تحریر الوسيلة، ۱۴۲۵هـ.ق، ج ۲، ص ۴۱۷؛ معین، ۱۳۷۱هـ.ش، ج ۱، ص ۱۰۸۲) و در فقه و حقوق نیز بسیار به کار می‌رود. فقها و حقوق دانان تعریف یکسانی از آن بیان نموده‌اند؛ اما این تعاریف نیز از معنای لغوی آن دور نیفتاده است.

در کتب فقهی و در بیان فقها، تسلیم به «رفع ید از مبیع و اذن بایع در قبض همراه با عدم مانع؛ به گونه‌ای که عرفاً قبض مبیع بر مشتری آسان گردد» تعریف شده است (حسینی عاملی، ج ۴، ص ۶۹۶؛ خوبی، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۲، ص ۴۶؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ هـ.ق، ص ۱۱۰).

اگرچه فقها در بیان آثار بیع و وجوب تقابض، اغلب از قبض و احکام آن سخن رانده و کمتر از واژه‌ی تسلیم استفاده کرده‌اند، اما در معنا و مفهوم به بیان ماهیت و حقیقت اقباض یا تسلیم پرداخته‌اند.

ظاهر کلام فقها این است که از نگاه شرع، هیچ اختلافی در ماهیت تسلیم نیست؛ بلکه اختلاف در آن چیزی است که تسلیم به‌وسیله‌ی آن در خارج محقق می‌شود. تمامی فقها در این مسأله اتفاق نظر دارند که منظور از تسلیم موضوع معامله، متمکن ساختن مشتری از تصرف در شی است (خوانساری، ۱۴۰۵هـ.ق، ج ۳، ص ۱۹۴) که این مهم در مال غیرمنقول با تخلیه و در مال منقول یا با تخلیه یا با نقل و تحویل دادن یا با وضع ید بر آن و غیره محقق می‌شود.

گفته شده (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶هـ.ق، ص ۲۷۳) بعید نیست که این اختلافات ناشی از اختلاف در عبارت و از روی مسامحه باشد.

در مورد معنی اصطلاحی تسلیم در ترمینولوژی حقوق (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰هـ.ش، ص ۱۵۳) چنین آمده: «تسلیم در عقد معوض عبارت است از این که یکی از طرفین دیگری را بر مالی که به او منتقل کرده است، مستولی سازد و به عبارت دیگر، تسلیم عبارت است از تمکین بایع از تصرف مشتری یا قرار دادن مورد معامله تحت اختیار وی و مرادف آن اقباض است».

در تعریفی رساتر گفته شده (بروجردی عبده، ۱۳۸۰هـ.ش، ص ۱۷۲): تسلیم عبارت است

از این‌که مبیع به گونه‌ای در اختیار مشتری گذارده شود که او قادر به هر نوع تصرفی در آن باشد. پس اگر از طرفی مبیع به تصرف مشتری داده شود و از طرف دیگر، کسی یا چیزی مزاحم تصرفات او گردد، تسلیم حاصل نشده است. در مقابل نیز اگر مبیع در اختیار او گذارده شود ولو مشتری هنوز در آن تصرفی نکرده باشد، عنوان تسلیم بر آن صادق است. می‌توان گفت که تسلیم مبیع به صرف دادن آن به تصرف مشتری حاصل نمی‌شود؛ بلکه باید به گونه‌ای باشد که مشارک‌الیه متمکن از انحای تصرفات باشد.

قانون مدنی نیز در ماده‌ی ۳۶۷ در این‌باره مقرر می‌دارد: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحای تصرفات باشد...».

غالب حقوق‌دانان ما در تعریف از تسلیم به ملاک تحقق آن اشاره کرده و آن را «در اختیار مشتری بودن» مورد معامله عنوان کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۴ه‌.ش، ج ۶، ص ۳۶؛ صفایی، ۱۳۵۱ه‌.ش، ج ۲، ص ۲۸۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳ه‌.ش، ج ۱، ص ۲۵۲).

آن‌چه از تمامی این تعاریف به دست می‌آید، این است که منظور و هدف اصلی از تسلیم، تسلط واقعی یا حکمی منتقل‌الیه (چه به‌طور فیزیکی و حسی یا به‌صورت سلطه و استیلا عرفی) بر مال است.

در برخی تعاریف تسلیم، عملی است قائم به دو شخص که به اعتبار دهنده، تسلیم یا قبض و به اعتبار گیرنده، تسلیم یا قبض نامیده می‌شود (امامی، ۱۳۸۷ه‌.ش، ج ۱، ص ۴۴۹).

### حقیقت تسلیم در اجرای تعهد

گفته شده (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ه‌.ش، ج ۲، ص ۱۲۱۹) تسلیم در حقوق، دو اصطلاح دارد و یکی نسبت به دیگری اعم محسوب می‌شود. آن‌چه با کاربرد عرفی و روزمره‌ی تسلیم هم‌خوانی دارد، به معنای تحویل و به تصرف دادن عین به دیگری است.

قانون مدنی در ماده‌ی ۲۱۴ که از تسلیم مال در کنار ایفای عمل سخن گفته، به این کاربرد عرفی از تسلیم نظر داشته است. برخلاف این معنای عرفی و مضیق از مفهوم «تسلیم» که صرفاً تحویل و اعطای عین خارجی را به ذهن متبادر می‌سازد، تسلیم در اصطلاح فقها را می‌توان معادل اجرای تعهد ناشی از عقد در حقوق امروزی دانست. اعتبار مالکیت عین یا منفعتی که هیچ‌گاه به تصرف و انتفاع خارجی از عین و منفعت منجر نشود، جز بازی با الفاظ نیست و جز در موارد اندکی هم‌چون تملیک دین به خود مدیون - که

غرض متعاقدين به صرف انشای برآورده می‌شود - در قریب به اتفاق موارد تحقق مقصود متعاقدين، متوقف بر انجام اموری در خارج است. هر کجا که به ثمر نشستن امر اعتباری منوط به انجام اعمال مادی است، پای نهاد تسلیم که چیزی جز انجام این امور مادی نیست، به میان می‌آید.

و جوب تسلیم تمهیدی است که قانون‌گذار برای تحقق غرض واقعی طرفین عقود معاوضی بر عهده‌ی هر یک از طرفین نهاده است. بر این اساس، تسلیم طریقی است برای متمکن و برخوردار کردن طرف عقد در عالم خارج از آنچه که به موجب عقد و در عالم اعتبار به دست آورده است. بنابراین در فقه و قانون مدنی همان‌گونه که برای تحویل و در اختیار نهادن عین موضوع عقد (مانند: مبیع در عقد بیع) از تعبیر تسلیم استفاده می‌شود، بدون هیچ‌گونه مسامحه‌ی در تعبیر، عنوان تسلیم به تسلیط مستأجر بر منافع عین مستأجره نیز صدق می‌کند. مشابه این وضعیت در موردی که موضوع تعهد، انجام یک عمل است مانند؛ اجاره‌ی اشخاص نیز به چشم می‌خورد. در چنین مواردی از تسلیم، معنایی جز واقعیت خارجی و عینیت بخشیدن به تعهدی که در عالم اعتبار بر ذمه‌ی متعهد قرار گرفته، اراده نمی‌شود.

بنابراین برخلاف تصور ابتدایی، تسلیم محدود به قبض و اقباض اموال خارجی نیست؛ بلکه شامل هرگونه ایفای تعهد موضوع عقد و تحقق خارجی بخشیدن به مضمون آن نیز می‌گردد.

## ۲- ماهیت قبض

واژه‌ی قبض در لغت، به معانی مختلفی مانند: گرفتن، به دست گرفتن، گرفتن با تمام کف دست، تملیک، تملک، تصرف و جمع شدن آمده است. قبض در حقوق ایران بسته به نقشی که در معاملات بازی می‌کند، ماهیت متفاوتی می‌یابد. آنچه در این مبحث، محل طرح دارد ماهیت قبض در عقود معاوضی است. لذا ضرورت دارد مشخص شود، اساساً قبض چیست و چگونه محقق می‌شود و آیا معیار و ملاک واحدی برای احراز و تحقق آن وجود دارد؟

برخی گفته‌اند (صفایی، ۱۳۵۱ ه.ش، ج ۲، ص ۲۸۵): مفهوم قبض در حقوق، عبارت است از عملی که از سوی مشتری صورت می‌پذیرد، فارغ از این که آیا قبض و تسلیم دو مفهوم متفاوت و متمایز از هم هستند یا نه؟ در بیع به عنوان مصداق بارز و مهم‌ترین نمونه‌ی عقود

معاوضی، همیشه دو طرف دخالت دارند که یکی مالی را در اختیار و تصرف دیگری می‌گذارد و دیگری آن را تحویل می‌گیرد. عمل فرد اول را تسلیم و عمل فرد دوم را تسلّم می‌نامند. فقها نوعاً در تعریف این واژه به مال مورد قبض توجه کرده و حسب این که مال مورد قبض، منقول یا غیرمنقول باشد، تعاریف مختلفی برای آن بیان نموده‌اند. بنابراین در بیان مفهوم قبض به مصادیق پرداخته و آن را از زاویه‌های مختلف مانند قبض مال منقول و غیرمنقول، قبض عین معین، کلی، مکمل و موزون مورد بررسی قرار داده‌اند؛ در حالی که این تفاوت‌ها، تفاوت در کیفیت تسلیم و قبض بوده و به دلیل طبیعت اموال و اشیا است. از این رو برخی آن را به معنی «تخلیه» و عده‌ای دیگر به معنی «نقل و تحویل» گرفته‌اند؛ لکن این معانی نمی‌توانند تعریف دقیقی از قبض باشند.

شیخ انصاری در مکاسب (انصاری، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۶، صص ۲۴۸-۲۴۳) با بیان اقوال مختلف در حقیقت قبض به بررسی کامل آن پرداخته و می‌نویسد: هیچ شکی نیست که قبض از افعال قابض؛ یعنی مشتری است و احکام مترتب بر فعل مشتری بر افعال بایع وارد نمی‌شود. ایرادی را فقها مطرح کرده‌اند که تخلیه در مال غیرمنقول برای تحقق قبض کفایت می‌کند؛ لذا اگر مراد از قبض، فعل بایع نسبت به مبیع باشد - آن گونه که در این تخلیه مطرح است - پس تعبیر از آن به اقباض و تسلیم، به ناچار از روی مسامحه بوده و مفهوم قبض در این رویداد یعنی بایع هر آنچه را که قبض متوقف بر آن است، به دست مشتری برساند.

نتیجه این که تکلیفی را که فقها متوجهی بایع می‌دانند و از آن تعبیر به تخلیه می‌کنند، قبض به معنای حقیقی نیست و اگر تخلیه را به رفع تمامی موانع و اذن تصرف برای مشتری تفسیر کنیم؛ در این صورت به قول برخی از فقها (یوسفی، ۱۴۱۷هـ.ق، ج ۱، ص ۴۷۱) قبض مصدری است به معنای تقبض و آن تخلیه از سوی بایع است.

بنابراین فقها (خویی، بی تا، ج ۷، ص ۵۹۱) به این حقیقت پی برده و عنوان کرده‌اند، واژه‌ی قبض دارای یک حقیقت شرعی یا متشرعیه نیست تا روشن‌کننده‌ی معنای آن از نظر شرع باشد. برخی هم (نراقی، ۱۴۲۲هـ.ق، ج ۱، ص ۴۰۶) تصریح کرده‌اند که قبض دارای یک مفهوم عرفی است که برای دانستن آن باید به عرف مراجعه کرد.

در تأیید این مطلب اظهار شده است: «همانا برای واژه‌ی قبض، حقیقت شرعیه ثابت نشده است؛ بلکه به معنای لغوی و عرفی خود باقی بوده و لفظ قبض در هر جا (اعم از

کتاب، سنت یا اجماع) به کار رفته، ظاهراً به معنای عرفی آن برمی‌گردد و بدون شک معنای قبض در عرف، مطابق با معنای لغوی آن همان گرفتن با دست (استیلا) می‌باشد (میرفتاح مراغه‌ای، ۱۴۱۷هـ.ق، ج ۲، ص ۲۶۱).

ظاهر در حقیقت قبض، همان استیلا بر شی است. زیرا قبض در لغت به معنی مطلق گرفتن یا با دست یا با تمام کف است و امکان ندارد که مراد از آن، گرفتن با دست به صورت حسی باشد؛ زیرا تحقق این معیار در تمامی اقسام مبیع امکان ندارد؛ در حالی که قبض و احکام آن در تمامی موارد و انواع مبیع جاری است. (خوانساری، ۱۴۰۵هـ.ق، ج ۳، صص ۱۹۴ و ۱۹۵).

محقق خراسانی نیز در کتاب *حاشیه المکاسب* (محقق خراسانی، ۱۴۰۶هـ.ق، ص ۲۷۳) با تأکید بر این مطلب اظهار می‌دارد: ظاهراً اختلاف فقها در ماهیت قبض از لحاظ شرعی نیست، بلکه تمامی اختلافات در تحقق خارجی قبض است.

پس همان‌گونه که بسیاری از فقها (میرزای نائینی، ۱۳۷۳هـ.ق، ج ۲، ص ۱۸۶؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۱، ص ۱۲۷) متذکر شده‌اند، حقیقت و معنای قبض در تمامی موارد اعتباری آن، امر واحدی بوده و اختلافات فقها در شکل قبض و نحوه‌ی تحقق آن است. بنابراین واژه -ی قبض دارای یک مفهوم عرفی است که باید آن را از عرف اتخاذ کرد و حقیقت آن، همان تسلط و استیلا بر مال می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴هـ.ق، ج ۲۳، ص ۱۵۵).

در تحلیل حقوقی قبض گفته شده است: «منظور از قبض آن است که مبیع تحت اختیار و استیلا مشتری یا قائم مقام او قرار گیرد. در این مفهوم ابهامی وجود ندارد؛ ولی تحقق آن به اعتبار اختلاف موارد، کیفیات مختلف دارد؛ به این نحو که تحویل مال غیرمنقول با تحویل مال منقول یکسان نیست. تحویل مال غیرمنقول به آن است که بایع از مال رفع ید کند و آن را در اختیار مشتری قرار دهد؛ مثلاً چنان‌چه مبیع خانه مسکونی است، آن را تخلیه کند و کلیدش را تحویل مشتری بدهد؛ ولی در اموال منقول، تحویل با سپردن عین مال به دست مشتری محقق می‌گردد» (محقق داماد، ۱۴۰۶هـ.ق، ج ۱، ص ۱۹۱).

مقصود از قبض، تصرف مادی و محسوس مشتری در مبیع نیست؛ بلکه همان استیلا بر مال است، اعم از این‌که خریدار، مال را در دست گرفته و بر آن سوار شود یا کلید و سند انتقال آن را به دست آورد. هرچند این امر با توجه به خصوصیات و ویژگی‌های موضوع معامله چهره‌ی متفاوتی به خود گرفته باشد.

البته مفهوم قبض باید به گونه‌ای بیان شود که در برگیرنده‌ی تمامی مصادیق آن باشد، همان‌گونه که شیخ انصاری چنین می‌فرماید: «قبض به‌طور مطلق عبارت است از استیلا و سلطه‌ی مشتری بر مال مورد نظر به‌طوری که مفهوم ید یا همان تصرف و تسلط با آن محقق شود یا (در صورت نامشروع بودن قبض) عنوان غصب بر آن صدق کند (انصاری، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۶، ص ۲۴۴).

قانون مدنی در ماده‌ی ۳۶۷ قبض را عبارت از استیلا‌ی مشتری بر مبیع می‌داند. منظور از استیلا‌ی مشتری بر مبیع سلطه‌ی وی بر آن است، به‌نحوی که هر زمان بخواهد، بتواند عملاً در آن تصرف نماید و از آن منتفع شود نه این‌که تصرف مادی و فعلی باشد. به همین دلیل قانون مدنی بلافاصله در ماده‌ی ۳۶۸ عنوان می‌دارد: «تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد».

سید حسن امامی در این‌باره گفته‌اند: «حمالی که باری را از تجارت‌خانه‌ی بایع به در مغازه‌ی مشتری می‌برد و با توجه صاحب مغازه آن را به زمین می‌گذارد، تسلیم انجام شده است. تأدیه‌ی ثمن به بایع نیز مانند تسلیم مبیع است و از این جهت هیچ فرقی با هم ندارند. تسلیم مبیع و هم‌چنین تأدیه‌ی ثمن، انجام تعهدی است که بایع و مشتری در ضمن عقد بیع نموده‌اند. با این معنی در بیعی که مبیع و ثمن عین خارجی یا در حکم آن است، متبایعین علاوه بر آن که آن را به یک‌دیگر تملیک می‌کنند، ضمناً تعهد می‌دهند که آن‌چه را که تملیک شده است به منتقل‌الیه آن تسلیم نمایند. لذا می‌توان گفت قبض در تمامی اشکال آن انتقال سلطه‌ی عرفی از منقول‌منه به منقول‌الیه است؛ چه ایجاد این سلطه، مترتب بر قبض باشد؛ مثل وقف و هبه یا این‌که ملکیت قبل از قبض و با عقد حاصل شده باشد؛ مانند بیع (امامی، ۱۳۸۷هـ.ش، ج ۱، صص ۴۴۹ و ۴۵۰).

بجنوردی این نظر را پذیرفته و قبض خارجی را لازم نمی‌داند؛ بلکه سبطه و استیلا‌ی بر موضوع معامله را کافی می‌شمارد (بجنوردی، ۱۴۰۱هـ.ق، ج ۱، صص ۲۹۵ و ۲۹۶).

در یک جمع‌بندی حقیقت قبض را می‌توان امر واحدی دانست که متناسب با موضوع عقد و تعهد، صور آن مختلف است. بنابراین در تمامی مواردی که قبض شرط لزوم یا صحت عقد است، تحقق قبض شرط اعتبار خواهد بود و اختلاف فقها در شکل تحقق آن (مثل این - که در خارج و با گرفتن با دست محقق می‌شود یا نقل در آن لازم است؟) مدخلیتی در



حقیقت قبض ندارد و اعتبار آن تنها از جهت کاشفیت از حصول آن است. همان‌گونه که در ماده‌ی ۳۶۷ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته، تعیین مصادیق آن به عرف محول شده است.

### ۳- بررسی اقوال در وحدت یا افتراق مفاهیم قبض و تسلیم

از آن‌جا که بسیاری از فقها در بیان آثار بیع و در باب تسلیم از واژه‌ی قبض استفاده کرده‌اند، این شبهه در ذهن ایجاد می‌شود که گویی در نوشته‌های فقهی و کلام ایشان تسلیم و قبض دو واژه‌ی مترادف و در ذات خود یکی بوده و از نظر زمانی متحدند؛ به‌گونه‌ای که تسلیم همان زمانی محقق می‌شود که قبض صورت می‌گیرد. در حالی که با اندکی تأمل می‌توان دریافت که در تمام مواردی که سخن از تسلیم موضوع معامله است، ناقل موضوعیت دارد نه منتقل‌الیه. مع‌الوصف این سؤال محل بررسی و پاسخ است که آیا در واقع، تسلیم و قبض در ذات خود متحد و غیرقابل انفکاک هستند یا حقیقت آن‌ها یکی نبوده و تفکیک پذیرند؟ و در این صورت آثار مترتب بر آن‌ها هم متفاوت است.

در متون فقهی کمتر به این مسأله و تمایز واقعی قبض و تسلیم، به‌طور مشخص و مفصل پرداخته است. محقق کرکی در تعریف تسلیم و توضیح عبارت «النقل فی المنقول» می‌نویسد: منظور از این نقل، نقل بایع نیست. زیرا قطعاً نقل او معتبر نیست؛ بلکه تنها نقل مشتری معتبر است و نقل مشتری هم، قبض است نه تسلیم. از این‌جا آشکار می‌شود که فقها نیز بین قبض و تسلیم تفاوت‌هایی فائند (محقق کرکی، ۱۴۱۴هـ.ق، ج ۴، ص ۳۸۹).

البته برخی از نویسندگان حقوقی بر این باورند که تسلیم دقیقاً زمانی محقق می‌شود که مشتری عملاً مبیع را قبض کند. در این صورت لازم است که هم‌زمان با تسلیم بایع، مشتری نیز آن را قبض کند. با این تحلیل می‌توان ادعا کرد که قبض و تسلیم دو چهره از یک حقیقت هستند که بدون قبض، تسلیم هرگز محقق نخواهد شد. بنابراین لازمه‌ی قبض و تسلیم که فعل مشتری است، اقباض و تسلیم است که توسط بایع انجام می‌شود. مع‌الوصف اختلاف نظر فقها بر دو محور استوار است:

### الف - قول به وحدت دو مفهوم قبض و اقباض

گروهی بر این باورند که قبض و اقباض مانند کسر و انکسار دو مفهوم لاینفک و جدانشدنی

هستند و تخلیه‌ی مبیع (تسلیم) بدون استیلا بر آن، اقباض و تسلیم حقیقی نخواهد بود (خوانساری، ۱۴۰۵هـ.ق، ج ۳، ص ۱۹۶). به عبارتی قبض و تسلیم را دو روی یک سکه و دو جنبه‌ی گوناگون از یک حقیقت می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۸هـ.ش، ج ۱، ص ۱۶۶؛ امامی، ۱۳۸۷هـ.ش، ج ۱، ص ۴۴۹).

برخی دیگر با قبول این نظر که قبض و اقباض مانند ایجاب و وجوب یا ایجاد و وجود یا کسر و انکسار در ذات متحدند؛ تأکید دارند به این‌که علی‌رغم وحدت در ذات، از نظر اعتبار متفاوت هستند؛ به این معنا که تسلیم، حقیقتی است واحد و چنان‌چه نسبت به بایع در نظر گرفته شود، تسلیم یا اقباض است و در صورتی که قیام آن به مشتری باشد به قبض تعبیر می‌گردد. بنابراین می‌تواند هم در معنی فاعلی و هم در معنی مفعولی مورد لحاظ قرار گیرد (اردکانی، ۱۳۶۴هـ.ش، ج ۵، ص ۳۹۶).

### ب - قول به افتراق دو مفهوم

گروهی دیگر که دو مفهوم فوق‌الذکر را از هم جدا می‌کنند، آن‌ها را در ذات نیز متمایز می‌دانند و تفاوت آن‌ها را یک تفاوت حقیقی و واقعی قلمداد می‌کنند. به عقیده‌ی آن‌ها، قبض عملی مستقل از تسلیم است.

امام خمینی (ره) در کتاب *البیع* در این‌باره می‌فرماید: بدون تردید قبض و اقباض مانند وجود و ایجاد نیستند؛ زیرا اقباض قرار دادن شی در تصرف مشتری و قبض، گرفتن آن است و این دو ملازم هم نخواهند بود. قبل از آن‌که قبض و اقباض در حقیقت، واحد و در اعتبار، مختلف باشند، حالتی قابل تصور است که در آن قبض شی بدون اقباض صورت می‌گیرد، همان‌طور که اقباض نیز بدون قبض محقق می‌شود، چنان‌که کسی چیزی را در خواب در تصرف دیگری قرار دهد که در این صورت قبض از سوی منتقل‌الیه صورت نپذیرفته؛ اما شی در تصرف او قرار گرفته است (خمینی، ۱۴۲۱هـ.ق، ج ۵، ص ۵۴۸).

در تبیین نظر این گروه گفته شده: لازم است که تسلیم بایع همواره ملازم با قبض مشتری نیست. زیرا ممکن است بایع مبیع را تسلیم کند، ولی مشتری عملاً آن را تصرف نکند. زیرا آن‌چه در توان تسلیم‌کننده است و برای او مقدور و تحت اختیار اوست، تمکین از استیلا مشتری بر عین یا همان تسلیم است؛ در حالی‌که استیلا خارجی بر مال مورد معامله در اختیار قایض است و معقول و عادلانه نیست که ناقل ملتزم به امری شود که در

توان و اختیار دیگری است (محقق اصفهانی، ۱۳۷۵هـ.ش، ص ۱۴۶).

در لسان فقهای فریقین، قبض همان تخلیه است. در صورتی که تخلیه - خواه از سوی بایع و نسبت به مبیع باشد یا از سوی مشتری و نسبت به ثمن صورت گیرد- غیر از قبض است. با این وصف چه‌گونه می‌توان عمل شخصی را به فعل دیگری تعبیر کرد. پس تخلیه مبیع از سوی بایع، غیر از قبض آن از سوی مشتری است. تسلیم و تخلیه، امری عدمی است؛ یعنی عدم منع یا عدم ایجاد مانع (از سوی ناقل). در حالی که قبض امری وجودی است و این دو امر نباید به هم تعبیر شوند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹هـ.ق، ص ۱۳).

در متون حقوقی معمول است که تسلیم یا اقباض را در برابر تسلّم یا قبض به کار می‌برند و قانون مدنی در ماده‌ی ۳۶۷ تمایز این دو مفهوم را به صراحت بیان کرده است و به همین اندازه در رفع شبهه‌ی کسانی که این دو مفهوم را یکی دانسته و یکی را لازمه‌ی دیگری می‌دانند، کفایت می‌کند.

به‌علاوه در ادامه اشاره خواهد شد که برخی از فقها در بحث از آثار تسلیم و قبض، انتقال ضمان معاوضی را متوقف بر تسلیم می‌دانند، ولو این که قبض از سوی مشتری محقق نشود و این نشان می‌دهد که تعاییر دو مفهوم قبض و اقباض در نزد فقها امری مسلّم است.

#### ۴- آثار عملی تفاوت قبض و اقباض

نتیجه‌ی عملی بحث وحدت یا استقلال قبض و تسلیم در آثار تسلیم و قبض نمایان است. به عبارت دیگر انفکاک یا عدم انفکاک تسلیم و قبض از یکدیگر، از نظر ترتب آثار و احکامی چون انتقال ضمان معاوضی، سقوط حق حبس، زوال حرمت یا کراهت بیع قبل از قبض مبیع (موضوع معامله) و رفع تکلیف از ناقل برای تسلیم منتقل‌به حائز اهمیت است. به این معنا که آیا این آثار مترتب بر تسلیم (فعل بایع) است یا مترتب بر قبض است که فعل مشتری است؟ به عنوان مثال تکلیف فروشنده به تسلیم موضوع معامله آیا با تخلیه و رفع موانع از استیلاهی مشتری، از عهده‌ی فروشنده ساقط می‌شود؟ یا منتفی شدن مسئولیت او

---

۱. واقعیت امر این است که این مسأله تنها یک بحث نظری و تئوریک نیست؛ بلکه در عمل نیز آثار مهمی بر آن مترتب است.

در تسلیم مبیع) در گرو فعل مشتری (منتقل‌آلیه) و مستولی شدن وی بر موضوع قرارداد است؟ هم‌چنین در انتفای ضمان از بایع و انتقال آن به مشتری آیا صرف اقباض و تخلیه از سوی بایع کفایت می‌کند؟ یا قبض و تسلیم مشتری، شرط انتقال ضمان و منتفی شدن آن است؟ در این باره میان فقها اختلاف نظر وجود دارد:

### الف - صرف تسلیم باعث انتقال ضمان معاوضی از فروشنده

بی‌تردید در تمام سیستم‌های حقوقی با تسلیم مورد معامله به خریدار، ضمان معاوضی و ریسک ناشی از تلف آن از عهده‌ی فروشنده به عهده‌ی مشتری انتقال می‌یابد و از این پس همان‌طور که مال در تحت حاکمیت و سلطه‌ی خریدار است و او هرگونه که بخواهد می‌تواند تصرف مادی یا حقوقی نموده و از منافع آن بهره‌مند شود، تلف یا هرگونه خسارت وارد بر مال نیز بر عهده‌ی او خواهد بود. زیرا پس از تسلیم مبیع به خریدار، مفاد عقد بیع به شکل کامل به اجرا درآمده و حوادث بعدی به فروشنده مربوط نخواهد بود.

به موجب بند ۳ ماده‌ی ۳۶۲ قانون مدنی تسلیم یکی از آثار بیع است و بیع هم نوعی معاوضه محسوب می‌گردد. بنابراین انتقال ضمان معاوضی نیز مهم‌ترین اثر تسلیم خواهد بود. هم‌چنین مهم‌ترین اثر و فایده‌ی عملی تسلیم این است که خطرات وارده بر مبیع با تسلیم (اقباض) به خریدار منتقل می‌گردد که همان انتقال ضمان معاوضی است (بجنوردی، ۱۴۰۱هـ.ق، ج ۱، ص ۲۹۹؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۱، ص ۷۶). پس با عمل تسلیم، ضمان معاوضی منتقل می‌شود (محقق‌داماد، ۱۴۰۶هـ.ق، ج ۲، ص ۳۰۹).

البته در مواردی که خریدار به‌طور اختصاصی حق فسخ عقد بیع را دارا باشد، مانند آن - که در عقد بیع، خیار شرط یا حیوان یا مجلس تنها به نفع خریدار وجود داشته باشد (ماده - ۴۵۳ ق.م). یا آن‌که طرفین در ضمن عقد، توافق نمایند که در مواردی با وجود تسلیم مبیع، مسئولیت تلف هم‌چنان بر عهده‌ی فروشنده باشد در این صورت با وجود تسلیم مبیع، ضمان معاوضی بر خریدار تحمیل نمی‌شود و تلف بر عهده‌ی فروشنده باقی است (انصاری، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۶، صص ۱۸۰ تا ۱۸۴؛ بجنوردی، ۱۴۰۱هـ.ق، ج ۱، ص ۲۹۹).

بعضی مع‌الوصف در باب انتقال ضمان معاوضی از بایع به مشتری، به عنوان یکی از مهم‌-ترین آثار تقابض در عقود معاوضی معتقدند که صرف تخلیه‌ی مبیع و رفع موانع از سوی بایع (اقباض)، موجب انتقال ضمان به مشتری می‌شود. به نظر این دسته از فقها تسلیم،

غایت و نهایت تکلیفی است که بر بایع واجب است و دلیلی بر وجوب تکلیف مازاد، وجود ندارد. بنابراین تسلیم مبیع از سوی بایع از جهت سقوط ضمان از او نوعی قبض تلقی می‌شود (غروی‌آشتیانی، ۱۳۴۳ه‌ش، ص ۱۵۹).

### ب - قبض مشتری، شرط انتفای ضمان فروشنده

پیروان قول دیگر معتقدند قبض از سوی مشتری و استیلای او بر مبیع، شرط و لازمه‌ی انتقال ضمان معاوضی از فروشنده است (محقق‌کرکی، ۱۴۱۴ه‌ق، ج ۴، ص ۳۹۷؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ه‌ق، ج ۲، ص ۷۳؛ شهیدثانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۲۵؛ خوبی، ۱۴۱۰ه‌ق، ص ۴۶).

در راستای این نظر آمده است: از قواعد مسلمه است که تلف قبل از قبض بر عهده‌ی بایع است و ظاهر این است که در ضمان بایع، فرقی نیست بین این‌که تسامح منجر به تلف از جانب مشتری باشد یا از جانب بایع یا از جانب هیچ‌کدام نباشد. لذا اگر بایع به مشتری بگوید که مال خود را ببر و إلاً اگر تلف شود من ضامن نیستم. حکم انفساخ معامله یا ضمان معاوضی فروشنده با تلف قبل از قبض رفع نمی‌شود؛ یعنی آن‌چه که رافع ضمان از بایع است به‌طور مطلق، قبض مشتری است؛ هر چند تلف قبل از قبض، ناشی از سهل‌انگاری خود مشتری باشد. البته این مسأله اختلافی است (غروی‌آشتیانی، ۱۳۴۳ه‌ش، ص ۱۵۹).

در مقابل این نظر مسأله‌ای گفته شده اگر بایع زمام حیوان را از دست خود رها کند و به مشتری بگوید، زمام آن را بگیر و قبل از اقدام مشتری، حیوان بمیرد یا فرار کند، برائت بایع از ضمان، صرفاً منوط به تسلیم است. جداً بعید است علاوه بر تسلیم بایع، تسلّم مشتری نیز شرط باشد؟ یعنی بتوان ضمان شخص (فروشنده) یا عدم آن را به انجام یا عدم انجام عمل از سوی شخص دیگر (مشتری) منوط کرد. به بیان دیگر ثبوت یا رفع ضمان از عهده‌ی بایع نمی‌تواند متوقف بر انجام عملی از سوی مشتری باشد (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ه‌ق، ص ۱۵ و ۱۴).

### ۵- ضمان معاوضی در قاعده‌ی تلف مبیع قبل از قبض

قاعده‌ی تلف مبیع قبل از قبض از قواعد فقهی محل بحث است که تحقق یا عدم تحقق قبض و اقباض در صحت و صدق قاعده تعیین‌کننده است و بر مبنای آن چنان‌چه عقد بیع منعقد شده و مالکیت مبیع نیز به مشتری منتقل گردیده باشد، اما تسلیم و اقباض انجام

نشده باشد، در صورت تلف مبیع در این حال، تلف از ملک بایع محسوب و معامله منفسخ خواهد شد. این انفساخ به دلیل عدم انتقال ضمان معاوضی - که بر ذمه‌ی فروشنده می‌باشد - عنوان شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹هـ.ق، ج ۲، ص ۱۸۴).

آن چه که در عقود معاوضی برای صدق قاعده‌ی تلف و در نتیجه‌ی انفساخ عقد شرط است، این که ضمان معاوضی از بایع به مشتری منتقل نشده باشد و ملاک تشخیص انتقال یا عدم آن، تحقق تسلیم (اقباض) از سوی بایع است. لذا کیفیت و شرایط تحقق آن در احراز و اثبات انتقال ضمان معاوضی اثر گذار خواهد بود.

### تأثیر دو قول در انتقال ضمان

اثر هریک از دو قول، چگونگی و تحقق قبض و این که قبض علی‌الاطلاق برای انتقال ضمان کافی است یا شرایط خاصی برای آن لازم است؟ هم‌چنین آیا اقباض و تسلیم از سوی فروشنده برای انتقال ضمان معاوضی کفایت می‌کند یا لازم است با قبض خاصی از سوی مشتری همراه باشد در صدق حکم قاعده‌ی «تلف» در عقود معاوضی و در نتیجه‌ی حکم به بطلان یا انفساخ معامله و یا عدم صدق آن و در نتیجه‌ی حکم به صحت و اعتبار عقد متجلی می‌شود. لذا باید گفت اختلاف بیش‌تر در تعیین مصداق است. یعنی باید مشخص شود مصداق اقباض و یا قبض تحقق یافته است یا خیر (البته در صورت قول به وجوب اقباض و شرطیت آن در انتقال ضمان معاوضی، برخلاف قول به شرطیت هر دو یعنی قبض و اقباض)؟

برخی با قول (خوانساری، ۱۴۰۵هـ.ق، ج ۳، ص ۱۹۵) به تفصیل گفته‌اند: ضمان و احکام مترتب بر عقد بیع و قبض و اقباض، چنانچه از احکام تکلیفی مانند: وجوب تسلیم معوض بر ناقل باشند، ترتب این تکلیف بر فعل ناقل (بایع) محال نیست. زیرا تکلیف به هر آن چه که برای مکلف مقدور است، تعلق می‌گیرد و وجوب اقباض یا تسلیم بر بایع، همان رفع موانع استیلای منتقل‌آلیه (مشتری) است نه رساندن مبیع تحت ید او و مستولی ساختن وی بر آن. اما چنانچه از احکام وضعی باشد از دو حال خارج نیست: یا ناشی از اشتراط یکی از طرفین در ضمن عقد یا ناشی از تعبد به حکم است. اگر چنانچه ناشی از اشتراط باشد، مانند حکم تکلیفی، ناگزیر باید شرط راجع به چیزی باشد که تحت قدرت مشروط‌علیه قرار می‌گیرد. به عنوان مثال اگر بایع بر مشتری شرط کند که مبیع را به فرد خاصی بفروشد،

متعلق شرط، و وجوب عرضه کردن مبیع به آن فرد برای خرید است؛ اما اراده‌ی آن فرد خاص برای خرید و قبول معامله، خارج از چارچوب عقلی شرط است، زیرا مقدور مشتری نیست. بنابراین در مورد حکم «تلف مبیع قبل از قبض» اگر گفته شود از باب شرط ضمنی است، پس زمانی که بایع موانع قبض مشتری را برطرف می‌کند و بین مشتری و مبیع را تخلیه می‌کند (یعنی شرایط استیلای او را فراهم می‌آورد)، ذمه‌اش از ضمان بری خواهد بود؛ اگرچه مشتری هنوز آن را تسلّم و قبض نکرده باشد. اما در مقابل، چنانچه حکم وضعی یک حکم تبعّدی باشد، ناگزیر باید به دلایل و اسناد و مدارک ناظر به اعتبار آن مراجعه شود.

اختلاف نظر از این‌جا آغاز می‌شود که برخی به خبر عقبه بن خالد از امام صادق (ع) استناد کرده و رفع ضمان را تنها منوط به تخلیه و اقباض از سوی بایع می‌دانند؛ بدون آن که قبض از سوی مشتری شرط باشد. تمام توجه آن‌ها در استناد به این روایت، معطوف به این عبارت معصوم (ع) است که می‌فرمایند: «حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته»؛ یعنی تا زمانی که بایع مبیع را به اقباض مشتری درآورد و آن را از خانه‌ی (محل کسب و معامله) خود خارج کند، تا ضمان وی منتفی شود. لذا پس از آن ضامن نیست؛ هرچند مشتری آن را قبض و تصرف نکرده باشد.

برخی دیگر با استناد به حدیث نبوی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» بر این باورند که برای انتقال ضمان از بایع به مشتری، علاوه بر اقباض مبیع از سوی بایع، قبض از سوی مشتری هم ضرورت دارد؛ زیرا در روایت تصریح به قبض شده است.

برخی از آنانی که به نظر دوم متمایل شده‌اند (اردکانی، ۱۳۶۴هـ.ش، ج ۵، صص ۳۹۷ و ۳۹۸) در برداشت از حدیث اول مناقشه کرده و گفته‌اند: برداشت از این حدیث به نحوی که صرف اقباض بایع در انتقال ضمان کفایت کند، در صورتی صحیح است که «یقبض» به صیغه‌ی مزید و با ضمه خوانده شود (یقبض) و فاعل هر دو فعل «یقبض» و «یخرج» بایع در نظر گرفته شود. اما چنانچه این فعل به صیغه‌ی مجرد خوانده شود و فاعل آن مشتری باشد، این نظر استحکام چندانی نخواهد داشت. ضمن این‌که می‌توان گفت در صورت قرائت «یقبض» به صیغه ثلاثی مزید (افعال) هم نمی‌تواند بدون ارتباط با قبض مشتری باشد؛ زیرا از مصادیق «وارد به مورد اغلب» است؛ یعنی اقباض یک طرفه مقصود امام (ع) نبوده؛ بلکه این فعل غالباً با طرف دیگر که همانا مشتری است، همراه بوده و با قبض او محقق می‌شود.

امام خمینی (ره) (کتاب البیع، ۱۴۲۱هـ.ق، ج ۵، ص ۵۵۲) نیز در تأیید این نظر ظاهر از

سیاق حدیث «حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته» و مراد از اقباض و اخراج را فعل بایع می‌دانند و منظور از «لاخراج من بیته» را خارج کردن مبیع از سلطنت بایع دانسته‌اند و آن را تحت استیلاهی مشتری قرار می‌دهند. پس این عبارت تفسیر قبض مشتری می‌باشد.

### بنای عقلا

پذیرفتن بنای عقلا و سیره‌ی مسلمین به عنوان مهم‌ترین دلیل و مستند قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض» به جهت حفظ عدالت معاوضی و احترام به قصد و تعهد متقابل طرفین، می‌تواند برداشت‌های گوناگون و تعابیر مختلف از واژه‌های ناظر به قبض و اقباض و کیفیت تحقق آن‌ها را منتفی کند؛ زیرا بنای عقلا بر تحقق معامله مطابق با اراده و خواست مشترک طرفین و ایفای تعهد متقابل از سوی متعاملین است بدون این‌که تکلیفی فراتر از این متوجه هر یک از آن دو شود. لذا منوط‌کردن براءت ذمه‌ی ناقل (فروشنده) از تعهد حاصل از عقد، به قبض از سوی منتقل‌آلیه (مشتری)، خلاف عدالت و مخالف سیره‌ی عقلا است. زیرا ممکن است مشتری اراده‌ی قبض نداشته باشد و استمرار استیلاهی فروشنده بر موضوع معامله نیز برای وی هزینه بر یا همراه با خطر و ضرر باشد.

در مورد وجوب تسلیم مبیع گفته شده (غروی آشتیانی، ۱۳۴۳ ه.ش، ص ۱۵۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵ ه.ق، ج ۳، ص ۱۹۵) 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 مشروط‌علیه مقدور باشد. پس تسلیمی که مقید به تسلّم مشروط‌له باشد، برای مشروط‌علیه مقدور نخواهد بود و عدم مقدوریت قید (قبض مشتری)، موجب عدم مقدوریت مقید (تسلیم) می‌شود.

در قانون مدنی ما اثری چون انتقال ضمان معاوضی، در حقیقت از آثار تسلیم بوده که فعل فروشنده است، نه از آثار قبض که فعل مشتری است و مهم‌ترین دلیل بر این ادعا مواد ۳۸۷ و ۳۸۸ ق.م است که از واژه‌ی «تسلیم» به جای «قبض» استفاده کرده است.

در نتیجه چنان‌چه بایع حاضر به تسلیم مبیع به خریدار شود و خریدار از قبض امتناع کند، در صورت تلف مبیع محلی برای اجرای مفاد ماده‌ی ۳۸۷ ق.م نخواهد بود. دلیلی که در عرف حقوقی و عقلایی برای این نظر می‌توان اقامه کرد این‌که در معاوضات، طرفین ملزم



به ایفای تعهداتی هستند که به آن‌ها ملتزم شده‌اند و اصولاً خلاف موازین عدالت و انصاف است که فروشنده‌ای به انجام تعهدات خود در مقابل مشتری قیام نماید و علاوه بر آن ضامن زیان‌های ناشی از تلف هم باشد. به تعبیری خریداری که از قبض مبیع امتناع کرده در حقیقت به ضرر خود اقدام نموده و بر اساس قاعده‌ی «اقدام» مسئول ضررهای وارده است. ضرورت تضمین امنیت معاملات نیز مؤید همین معنا است.

این قول ممکن است با شبهه‌ای به چالش کشیده شود و آن منطوق ذیل ماده‌ی ۳۸۷ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «...مگر این‌که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود». یعنی این تردید را در ذهن ایجاد می‌کند که ضمان معاوضی بایع، صرفاً با قبض مشتری از بین می‌رود و اگر چنانچه از قبض امتناع کند، حاکم یا قائم مقام او از باب قاعده‌ی «الحاکم ولی الممتنع» می‌تواند مبیع را به جای او قبض کند و در هر صورت انتقال ضمان معاوضی از بایع به مشتری مترتب بر قبض مشتری یا حاکم (به ولایت از او) خواهد بود.

این شبهه ناشی از شیوه‌ی نگارش ماده‌ی قانونی است که با اندک توجهی مرتفع می‌شود. به این نحو که مقنن بدون اشاره به «قبض»، از واژه‌ی «تسلیم» استفاده کرده است و به حکم منطوق و ظاهر عبارت، قانون‌گذار هرگز در مقام بیان ولایت حاکم بر مشتری در «قبض» مبیع از سوی او نیست؛ بلکه تنها به بایع حق می‌دهد برای اثبات ادعای خود مبنی بر اقدام به تسلیم و امتناع مشتری به حاکم رجوع کند. زیرا در این ماده بایع تنها مکلف به رجوع به حاکم شده، نه این‌که حتماً مبیع را به قبض حاکم درآورد. در غیر این صورت، لازم بود قانون‌گذار چنین بگوید: «... مگر این‌که حاکم یا قائم مقام او مبیع را قبض کند که در این صورت، تلف از مال مشتری خواهد بود».

مصادق قابل تصور برای این حکم، زمانی است که محل تسلیم، محل اقامت فروشنده باشد و مشتری برای قبض مبیع حاضر نشود. قانون‌گذار به صرف عدم حضور مشتری در محل تسلیم برای قبض، بایع را محق کرده تا تکلیف خود به تسلیم را مقابل حاکم انجام داده و مبیع را برای قبض مشتری در اختیار حاکم قرار دهد. حال چنانچه در انتقال ضمان معاوضی به مشتری، قبض مبیع موضوعیت داشته باشد، این امر مستلزم آن است که در صورت عدم دسترسی به حاکم، بایع در رساندن مبیع به مشتری هزینه‌های مازاد بر تعهد یا ضررهای احتمالی را متحمل شود.

در نتیجه می‌توان گفت آثاری چون انتقال ضمان معاوضی، سقوط حق حبس، رفع تکلیف به تسلیم از بایع، همگی در حقیقت آثار تسلیم مبیع است که فعل فروشنده است.

### نتیجه

به عقیده‌ی بسیاری از صاحب‌نظران، تسلیم عملی است قائم به دو شخص که به اعتبار تحویل دهنده، تسلیم یا اقباض و به اعتبار تحویل گیرنده تسلّم یا قبض نامیده می‌شود. براین اساس، قبض و تسلیم دو روی یک سکه و دو چهره از یک حقیقت‌اند. تسلیم و قبض مانند ایجاد و وجود در ذات خود متحدند؛ ولی به اعتبار متفاوت‌اند. از دیدگاهی دیگر، تسلیم و قبض دو مفهوم متفاوت‌اند که تفاوت آن‌ها حقیقی و واقعی است. اگرچه فقها در کتب خود در آثار بیع، از تسلیم تحت عنوان «قبض و احکام آن» سخن گفته‌اند؛ اما این امر دلیلی بر یکی بودن حقیقت قبض و تسلیم نیست؛ بلکه قبض در این‌جا مصدری است به معنای تقبض یا تمکین بایع از تصرف مشتری در مال خود. تردیدی نیست که قبض، 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 قبض کند.

آثار عملی اختلاف دو قول (وحدت یا استقلال قبض و تسلیم) در آثار قبض و تسلیم است؛ مثل سقوط حق حبس، انتقال ضمان معاوضی و زوال حرمت یا کراهت بیع قبل از قبض. تسلیم، غایت و نهایت چیزی است که بر بایع واجب است و اگر چنان‌چه احکام مترتب بر قبض و تسلیم از احکام تکلیفی باشند یا از احکام وضعی و ناشی از اشتراط ضمن عقد، مسلم است که تکلیف به آن چیزی تعلق می‌گیرد که برای مکلف و مشروط‌علیه مقدور است و تحت قدرت وی قرار می‌گیرد. هم‌چنین 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 مشروط‌علیه مقدور باشد. پس تسلیمی که مقید به تسلّم مشروط‌له باشد، برای مشروط‌علیه مقدور نخواهد بود و عدم مقدوریت قید (قبض مشتری)، موجب عدم مقدوریت مقید (تسلیم) می‌شود.

بنابراین اقباض یا تسلیم همان رفع موانع استیلائی منتقل‌لیه (مشتری) است، نه رساندن

مبیع تحت ید او و مستولی ساختن وی بر آن. زیرا این امر خلاف منطق حقوقی و عدالت است. بنای عقلا و عرف هم نمی‌پذیرند که فروشنده‌ای برای انجام تعهدات خود قیام کرده است (یعنی مبیع را تسلیم نموده) و با این وصف، ضامن زیان‌های ناشی از تلف هم شناخته شود و سقوط ضمان معاوضی وی علاوه بر اقدام نام‌برده به اقباض، به قبض از سوی مشتری نیز منوط گردد.

### منابع

۱. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۱، قم، ۱۴۱۵ه.ق.
۲. اردکانی یزدی، مرتضی، غنیة الطالب فی الحاشیة المکاسب، بی‌جا، المطبعة العلمية، قم، ۱۳۶۴ه.ش.
۳. اصفهانی، محمد حسین، کتاب الاجارة، شیخ علی آخوندی، ج ۱، نجف، دار الکتب الاسلامیة، ۱۳۷۵ه.ش.
۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، بی‌جا، تهران، انتشارات اسلامیة، ۱۳۸۷ه.ش.
۵. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیة، ج ۴، مکتبۃ الصادق، ۱۴۰۳ه.ق.
۶. بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیة، ج ۲، قم، نشر الیهادی، ۱۴۱۹ه.ق.
۷. بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیة، ج ۳، تهران، مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ه.ق.
۸. بروجرودی عبده، محمد، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۰ه.ش.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ه.ش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دورہی حقوق مدنی، حقوق تعهدات، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۳ه.ش.
۱۱. حرّ عاملی، شیخ محمد بن الحسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱، قم، مؤسسه آل بیت (ع)، ۱۴۱۲ه.ق.
۱۲. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامۃ فی شرح قواعد العلامۃ (ط، القدیمه)، ج ۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۳. حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق)، شرائع الاسلام، بی‌جا، دارالأضواء، بیروت، ۱۴۰۳ه.ق.

۱۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۵. حسینی، سید محمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، چاپ، بیروت، دارالفکر للطباعة، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۶. حلی، مقداد بن عبد الله سیوری، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، ج ۱، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۴ ه.ق.
۱۷. خراسانی، آخوند، محمد کاظم بن حسین، *حاشیة المکاسب*، چاپ، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۴۰۶ ه.ق.
۱۸. خمینی، سید روح الله موسوی، *تحریر الوسیلة*، ج ۱، قم، دارالعلم، ۱۴۰۹ ه.ق.
۱۹. \_\_\_\_\_، *کتاب البیع*، بی‌جا، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ه.ق.
۲۰. خوانساری، سیداحمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، چاپ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ه.ق.
۲۱. خوبی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهة فی المعاملات*، محمد علی توحیدی تبریزی، قم، مؤسسه انصاریان، بی‌تا.
۲۲. \_\_\_\_\_، *منهاج الصالحین*، ج ۲۸، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۲.
۲۳. شهید ثانی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، ج ۲، بیروت، مؤسسه التاریخ العربی.
۲۴. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، ج ۳، تهران، مجد، ۱۳۸۴ ه.ش.
۲۵. صفایی، حسین، *حقوق مدنی - تعهدات و قراردادهای تهران*، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱ ه.ش.
۲۶. عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، چاپ، بی‌جا، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳ ه.ش.
۲۷. غروی آشتیانی، شیخ مرتضی، *شرح کتاب الاجارة من الشرائع*، محمود آشتیانی، بی‌جا، تهران، مطبعة علمی، ۱۳۴۳ ه.ش.
۲۸. کاشف الغطاء، *أنوار الفقاهة*، کتاب البیع، ج ۱، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی*، ج ۷، تهران، شرکت سهامی انتشار بهمن برنا، ۱۳۷۸ ه.ش.
۳۰. کرکی عاملی، محقق ثانی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۲، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ه.ق.
۳۱. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، ج ۸، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱ ه.ش.
۳۲. میرزای قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، ج ۱، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ه.ق.

۳۳. نائینی، محمدحسین غروی، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، المكتبة المحمدية، چ ۱، تهران، ۱۳۷۳هـ.ق.
۳۴. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، چ ۱۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶هـ.ق.
۳۵. موسوی اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسیلة النجاة*، با تعلیق سیدعلی بهبهانی، بی‌چا، تهران، مكتبة الصدر، بی‌تا.
۳۶. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، چاپ، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴هـ.ق.
۳۷. نراقی، مولی احمد، *رسائل و مسائل*، کنگره نراقیین ملامهدی و ملاحمد، چ ۱، قم، ۱۴۲۲هـ.ق.
۳۸. یوسفی، فاضل آبی، *حسن بن ابی طالب*، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چ ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷هـ.ق.
۳۹. مجله فقه اهل بیت (ع)، جمعی از مؤلفان، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، قم، چ ۱.

Archive of SID