

# مسئولیت اخذ بالسوم

## در فقه امامیه، قانون مدنی و نظریه‌های حقوقی ایران

عبدالله خدابخشی\*

امیر مرادی\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۵/۲/۱۱

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۲۸

### چکیده

اخذ بالسوم که گیرنده مال موضوع معامله هنگام انعقاد آن است، در صورتی که مالی را به منظور ارزیابی و آزمایش، از دیگری بگیرد تا به اوصاف و خصوصیاتش پی ببرد و چنانچه پسندید خریداری کند، آن گاه که بدون تعدی و تفریط در دستش تلف، ناقص یا معیوب شود، آیا فرض را بر امین بودن گیرنده گذاشته و در نتیجه فقط در صورت تعدی و تفریط او را ضامن می‌دانیم یا مطلقاً حکم بر ضمان او می‌نماییم؟ در این نوشتار، بر آن هستیم که ضمن تبیین لغوی، اصطلاحی و عنصرشناسی اصطلاح اخذ بالسوم، به تقریر و تشریح استدلال‌های مشهور فقهای امامیه و حقوقدانان شهیر ایران پرداخته و ضمن تحلیل آرای آنان، بررسی کنیم که آیا عنوان فوق، موجب مستثلی برای ضمان می‌باشد؟ و آیا عنوان مذکور، در قانون مدنی ایران مطرح و احکام آن بیان گردیده است؟ در پایان بررسی خواهیم نمود که آیا اخذ بالسوم، قاعده‌ای فقهی است یا خیر؟

**واژگان کلیدی:** مسئولیت، اخذ بالسوم، قانون، فقه، نظریه‌های حقوقی.

---

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه فردوسی مشهد.

jdoe@gmail.com

\*\* دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران (نویسنده مسؤول).

Amirkabir9913@yahoo.com

## مقدمه

ما در این نوشتار، به دنبال آن هستیم تا به توجیه نظری پدیده فقهی و حقوقی مسئولیت آخذ بالسوم و قول به ضمان مطلق که قول مشهور امامیه است بپردازیم و از این رهگذر با استناد به نظریه‌های حقوقی حقوقدانان ایرانی، به نقد و بررسی قانون مدنی ایران و تبیین نارسایی‌های آن در این مورد نایل گردیم.

آخذ بالسوم، وضعیت کسی است که به قصد خرید ظرف یا کالایی آسیب‌پذیر یا شکستنی، آن را به دست می‌گیرد تا آن را آزمایش کند و در صورت پسندیدن بخرد، اما کالا از دستش می‌افتد و می‌شکند یا خسارت می‌بیند. حال این پرسش مطرح می‌گردد که آیا او ضامن این نقص، خسارت و یا تلف می‌باشد یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، دلیل این ضمان چیست؟

قول مشهور امامیه آن است که با استناد به قاعده ید، آخذ (گیرنده) ضامن است. بر خلاف مشهور، عده‌ای از فقها بر این عقیده‌اند که در این مورد، گیرنده امین است و در صورت تلف، ناقص و یا معیوب شدن کالا و مال مورد نظر، ضامن نمی‌باشد؛ زیرا با اذن مالک آن را به دست گرفته و امانت مالکانه تحقق یافته است.

اما در راستای پاسخ به پرسش فوق و برگزیدن نظر مشهور یا شاذ، لازم است قبل از پرداختن به اصل بحث، به عنوان مقدمه بدانیم که ید (به معنای استیلا و تصرف)، با استناد به مفاد قاعده ضمان ید<sup>۱</sup> و قاعده استیمان،<sup>۲</sup> به ید امانی و ید ضمانی تقسیم می‌شود و ید ضمانی نیز خود شامل دو قسم، ید ضمانی عدوانی و ید ضمانی غیر عدوانی می‌گردد. پس در مجموع سه قسم ید وجود دارد: نخست، ید امانی و آن در مواردی است که دو

۱- یکی از قواعد مشهور فقهی، قاعده ضمان ید است. به عقیده فقها، مقتضای اولیة تصرف یا استیلا بر مال دیگری این است که متصرف در مقابل مالک، ضامن است؛ یعنی علاوه بر آن که مکلف به بازگرداندن عین در زمان بقای آن است، اگر مال مذکور تلف شود یا نقص و خسارت به آن وارد گردد باید از عهده خسارت وارده بر آید. ضمان ید در فقه به صورت یک قاعده کلی در آمده است و کلیت آن در بدو امر شامل تمام انواع تصرف و وضع ید می‌شود، خواه عدوانی باشد و خواه غیر عدوانی یا امانی؛ البته مواردی تحت ید امانی، به موجب ادله خاص، از تحت عموم این قاعده خارج گردیده‌اند.

۲- قاعده استیمان، در حقیقت استثنایی بر قاعده ضمان ید است. مفاد اجمالی قاعده این است که چنانچه شخصی بر مال دیگری با شرایط خاصی مثلاً با اذن او، استیلا یابد مادام که تعدی و تفریط نکند ضامن نیست.

عنصر اذن و مجانیّت وجود داشته باشد. دوّم، ید ضمانی عدوانی است که در آن، عنصر اذن مفقود و علاوه بر آن، عنصر عدوان موجود باشد مانند غصب و سوّم، ید ضمانی غیر عدوانی است که در آن، یکی از دو عنصر لازم برای تحقق ید امانی، مفقود است و عنصر عدوان نیز وجود ندارد. حال اگر قائل به قول مشهور امامیه گردیم، ضمان آخذ بالسوم، نمونه‌ای از ید ضمانی غیر عدوانی است (محقق داماد، ۱۳۸۶، ج ۱، صص ۱۰۲-۱۰۴).

اما روش ما در بیان مطالب در این مقاله، تلفیقی از تدوین یافته‌ها و بر مبنای منابع حقوق اسلام و حقوق موضوعه است؛ بدین گونه که با توجه به یافته‌ها، به نتایج منطقی برسیم و این نتایج، وسیله‌ای باشد برای گشودن ابهام‌ها در این مورد.

## ۱) اخذ بالسوم در لغت و اصطلاح و عناصر تشکیل دهنده آن

### ۱-۱) اخذ بالسوم در لغت و اصطلاح

اهل لغت گفته‌اند: سوّم، طلب شرا است و مذاکرات بین طرفین تا پیش از انعقاد عقد را سوّم و مساومه گویند. پس اخذ به سوّم یعنی گرفتن عین مال برای واری به قصد خرید آن (ابن اثیر به نقل از جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۷۳).

### ۱-۲) عناصر اخذ بالسوم

نخستین عنصر در اخذ بالسوم، «مقاله» یا مرحله تبادل نظر طرفین برای رسیدن به توافق در معامله و شروط معامله است (در مرحله مقاله، عقد منعقد نمی‌گردد و چانه‌کاری -ها در این مرحله است). مقاله، شامل زمان قبل از مقاله هم می‌شود؛ مانند این که فروشنده‌ای، بر بساط خود کالاهایی را نهاده و به انتظار مشتریان نشسته است. حال، یکی از راه می‌رسد و بدون این که چیزی بگوید و مذاکره را شروع کند، به اذن شاهد حال، کالایی را بر می‌دارد تا (چنانکه رسم است) پشت و روی آن را مشاهده نماید و ببیند که آیا از آن راضی است یا نه (که این نیز خود در اصطلاح، اخذ بالسوم است). در مرحله مقاله، وعده بیع، قصد انشاء، تراضی و قرارداد صریح یا ضمنی وجود ندارد.

عنصر دوّم، «مورد مقاله» یا همان مورد معامله در عقد معوّض مالی است، خواه اجاره و خواه بیع باشد.

عنصر سوم، «معقود علیه» می‌باشد که در عقد مذکور، مالی از اعیان خارجی است و چهارمین عنصر، آن کسی است که می‌خواهد معامله کند و آن عین را در اختیار بگیرد

(اخذ بالسوم) و این به چند صورت ذیل اتفاق می‌افتد:

(الف) به اذن صریح مالک عین، آن را بردارد. اذن به ذات مستلزم امانت نیست.

(ب) به اذن شاهد، آن را بردارد.

(ج) بدون هیچ اذنی بردارد؛ برای نمونه، مالک مال، آن را در جای محفوظی بگذارد که پیداست راضی به تصرف مشتری نیست مگر به اذن صریح و دخالت شخص وی. یکی از صور اذن صریح این است که مالک عین، آن را به طرف بدهد تا اگر بیسند بخرد. پس سپردن در صور مختلف اخذ بالسوم، همیشه روی نمی‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، صص ۱۷۳-۱۷۴).

## ۲) استدلال مشهور امامیه در مورد ضامن بودن آخذ بالسوم و دلیل ضمان

مشهور فقهای امامیه معتقدند که ید آخذ بالسوم، ضمانی است. صاحب جوهر، در این مورد می‌نویسد: «... و فيه اقتضاء ذلك عدم الضمان حيث في مثل الفرض، خصوصاً بعد الشهرة على الضمان فيه، بل ربما ارسال المسلمات، لی المحکی عن کثیر... التصريح بالضمان فيما اذا دفع البائع» (نجفی اصفهانی، بی‌تا، ج ۳۷، ص ۷۳).<sup>۱</sup> ایشان در خصوص مأخوذ بالسوم می‌فرمایند: «و مثل ذلك كل مقبوض ليكون مضموناً عليه فيندرج فيه قبض المرأة المال ليكون مهرأ لها...» (نجفی اصفهانی به نقل از محقق داماد، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۰۵)؛ یعنی اگر مالی هنگام انجام معامله، به قبض دیگری درآید بدین منظور که در ضمان قابض باشد نه این که به طور مجانی به او داده شود، چنین قبضی موجب ضمان است و لذا اختصاص به قبض مبیع ندارد، بلکه شامل هر مقبوضی است که قابض آن را برای این که در ضمان او باشد دریافت داشته است؛ برای مثال، اگر مالی را که قبل از عقد نکاح، زوج به زوجه می‌دهد که با وقوع نکاح جزء مهریه‌اش قرار گیرد، در دست زوجه تلف شود زوجه ضامن خواهد بود. با این توضیح روشن می‌شود که ید قابض، از مصادیق ید امین نیست؛ چراکه اذن بایع، در تصرف قابض برای معامله و گرفتن عوض بوده است؛ از این رو، ید مشتری ید ضمانی است.

۱- برای دیدن نظر موافق ر.ک: موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۳، کتاب العصب، مسأله ۱۴، ص ۴۸۸ و محقق حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۷۴۶.

اما استدلال مشهور فقها این است که طبق حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» (نوری، بی تا، ج ۱۷، ص ۸۸)، که فرموده حضرت رسول (ص) و از مستندات قاعده ضمان ید است، کسی که مالی را می‌گیرد باید آن را به مالکش رد کند و چنانچه تلف یا ناقص شود، ضامن است؛ بدین معنا که باید عین را در فرض وجود یا بدل عین تلف شده را در فرض مثلی بودن و قیمت آن را در فرض عدم وجود مثل، به صاحبش برگرداند.

به موجب حدیث فوق، وقتی انسان مالی را می‌گیرد، آن مال بر عهده او قرار می‌گیرد و چون عهده به معنای ذمه است و عین خارجی نمی‌تواند در ذمه قرار بگیرد، پس وجود اعتباری آن چیز مورد نظر است که در ذمه قرار گیرد و بعد از آن که در ذمه قرار گرفت، مشغول الذمه باید از عهده آن برآید. برآمدن عهده در فرض وجود مال، به پرداخت عین آن است که باید به شکل سالم به صاحبش برگردد و اگر تلف شود یا به هر جهت برگرداندن عین ممکن نباشد، برآمدن از عهده و براءت ذمه، با پرداخت مثل یا قیمت محقق می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۷۸).

در مقابل نظر مشهور، برخی فقها به دلیل وجود امانت مالکی (از طرف مالک) و استناد به اذن مالک، قائل به عدم ضمان (قابض بالسوم) هستند؛ زیرا «الأمین لایضمن الا بتعد و تفریط» (عمید زنجانی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۸۰ و گرجی، ۱۳۸۷، ص ۳۳۲). چنانکه در این موضع می‌نگارند: «دلیل الضمان بالقبض للسوم غیر الظاهر الا الحدیث المشهور علی الید ما أخذت حتی تؤدیه و صحته و دلالتش غیر واضحین و الأصل براءته و الفرض عدم التعدی و الأخذ المالک، فالضمان علی التأمل...» (مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۲، ص ۷۶).

اما بنا بر فرض ضمان (موضع مشهور امامیه) باید گفت: قبض در این مورد (مقبوض بالسوم) عنوان امانت ندارد بلکه مالک، مال خود را برای مثلاً فروش و در مقابل عوض المسمی (مضموناً علیه) در تصرف قابض قرار می‌دهد (عمید زنجانی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۸۰).

حال، این پرسش مطرح می‌شود که آیا «قبض بالسوم» را می‌توان موجب مستقلی برای ضمان قرار داد؟ بر خلاف نظر بعضی نویسندگان (یثربی، ۱۳۸۸، ص ۶۱) باید گفت: پاسخ منفی است؛ با این توضیح که دلیل ضمان در مورد مذکور، ضمان ید است؛ بنابراین، قبض بالسوم را نمی‌توان موجب مستقلی برای ضمان قرار داد، بلکه باید آن را از مصادیق ضمان ید دانست (گرجی، ۱۳۸۷، ص ۳۳۲).

شایان ذکر است که مطلب فوق (عدم لحاظ اخذ بالسوم به عنوان موجب مستقل برای

ضمان) نافی این عبارت که «اصل اولیّه در ید، ضمان است و خروج از ضمان، دلیل می- خواهد»، نمی‌باشد، بلکه به این معنا است که اصل بحث «أخذ بالسوم»، به خصوص رویکرد مشهور امامیه، قول به ضمان مطلق آخذ بالسوم (یعنی مسؤول و ضامن دانستن آخذ بالسوم) بر مبنای «قاعده ضمان ید» است که این قاعده خود موجب مستثلی برای ضمان است نه این که آخذ بالسوم موجب مستثلی برای ضمان باشد.

ضمان ید در فقه به صورت یک قاعده کلی درآمده است و کلیت آن در بدو امر شامل تمام انواع تصرف و وضع ید می‌شود، خواه عدوانی باشد و خواه غیر عدوانی یا امانی؛ بنابراین، مقتضای اولیّه تصرف و یا استیلا بر مال دیگری، این است که متصرف در مقابل مالک، ضامن است؛ یعنی علاوه بر آن که مکلف به بازگرداندن عین در زمان بقای آن است، اگر مال مذکور تلف شود یا نقص و خسارت به آن وارد گردد باید از عهده خسارت وارده بر آید.

### ۳) اخذ بالسوم از منظر قانون مدنی و نظریه‌های حقوقی

#### ۳-۱) قانون مدنی

در قانون مدنی ایران، ماده‌ای که به صراحت، حکم مال مأخوذ بالسوم و مسئولیت آخذ بالسوم را بیان کند دیده نمی‌شود.

#### ۳-۲) نظریه‌های حقوقی

زنده یاد دکتر امامی، با توجه به ملاک ماده ۶۳۱ قانون مدنی که بیان می‌دارند: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مؤلی علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تفریط یا تعدی...»، به این نتیجه می‌رسند که برای این که شخصی امین به حساب آید باید مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد و چون قانون مدنی، آخذ (گیرنده) را در هیچ متنی امین مالک قرار نداده است باید او را مسؤول هر تلف

و نقصی دانست، اگرچه تقصیر نکرده باشد (امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۷۰).<sup>۱</sup>

زنده یاد دکتر کاتوزیان در این مورد بیان می‌دارند: «اختلاف شده است که اگر مال مأخوذ بالسوم، ناقص یا تلف گردد، گیرنده در هر حال ضامن است یا ضمان او مانند هر امین دیگر منوط به تعدی و تفریط است؟» و در مقابل پرسش فوق، دو دسته طرفدار را دسته‌بندی نموده‌اند: «دسته اول، بسیاری از نویسندگان مانند دکتر/امامی گفته‌اند که گیرنده در هر حال ضامن است، زیرا باید آنچه را که از پیشنهادکننده گرفته است به او رد کند و طرفین نیز بر همین مبنا توافق کرده‌اند» و در ادامه می‌فرمایند: «این گفته را نمی‌توان پذیرفت، زیرا از مجموع مواد مربوط به اجاره، عاریه، ودیعه، وکالت و رهن و مانند اینها به خوبی بر می‌آید که در هر جا شخص به رضای مالک و برحسب اذن او، بر مالی تسلط پیدا کند امین است، خواه هدف اصلی تسلیط، امین قرار دادن او باشد یا مقصود از توافق، امری دیگر باشد که لازمه تحقق آن، استیلا بر مال است. غاصب نیز کسی است که مال دیگری را به عدوان و بدون رضای مالک در دست دارد. منشأ ضمان غاصب در بازگرداندن مال، حکم قانون است، در حالی که امین بنا بر قراردادی که با مالک دارد متعهد به پس دادن مال مورد امانت می‌شود. با این بیان چگونه می‌توان کسی را که به خواهش فروشنده و برای بررسی در باب پیشنهاد او، کالایی را در دست دارد امین نشمرد و او را به حکم قانون، ملزم به رد آن کالا دانست؟ مگر نه این است که قراردادی بین او و مالک بسته شده است و به موجب همین قرارداد او کالا را گرفته است که بخرد یا به مالک برگرداند؟ پس با چه تعبیر می‌توان این توافق را نادیده گرفت و گیرنده را غاصب شمرد؟ آیا پیش‌بینی نشدن قالب و صورت این قرارداد می‌تواند با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، آثار آن را به عنوان وعده بیع خنثی کند؟ دسته دوم، گروهی دیگر از محققان، گیرنده مال را امین مالک شمرده‌اند و او را در صورتی مسؤول تلف و نقص، قرار داده‌اند که تعدی و تفریط کرده باشد. به موجب این نظر، هرگاه مالی که به عنوان فروش به خریدار احتمالی سپرده شده است از بین برود، فروشنده باید تقصیر او را در دادگاه ثابت کند تا بتواند مثل یا قیمت آن را بگیرد. ولی آیا این نتیجه را می‌توان با خواسته مشترک

۱- برای تأیید این نظر در فقه ر.ک: محقق حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، کتاب غصب، ص ۷۶۴؛ نجفی اصفهانی، بی‌تا، ج ۳۷، ص ۷۲ و محقق ثانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۶۵.

آنها موافق دانست؟ بر طبق مفاد عرفی توافقی که در باب وعده بیع انجام شده است، گیرنده یا باید ثمن را بپردازد یا مالی را که گرفته است برگرداند. برگرداندن مال، تعهدی است که خریدار در اثر قرارداد می‌پذیرد و به همین دلیل اگر به این تعهد عمل نکند باید زیان‌های ناشی از آن را جبران کند، مگر این که ثابت کند که عدم انجام، به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود. تعهدی که گیرنده در وعده بیع پذیرفته، این نیست که برای حفظ آن بکوشد. او ملتزم شده است که هرگاه تصمیم به خریدن مال نگرفت، آن را چنانچه سالم گرفته است برگرداند. پس اگر به این تعهد عمل نکند و نتواند کالایی را که به او سپرده شده است سالم تحویل دهد، مانند هر متعهد دیگر، مقصر است، مگر این که بتواند عدم انجام تعهد را به حادثه خارجی و احتراز ناپذیر مربوط کند و بدین وسیله بی‌تقصیری خود را اثبات کند و شهید ثانی در مسالک، ج ۲، ص ۲۴۶؛ *فخرالمحققین* در ایضاح، ج ۲، ص ۱۶۷؛ *علامه حلی* در *مختلف و یوسف بحرانی* در *حدائق*، ج ۱۸، ص ۴۶۶ به آن اشاره نموده‌اند و *مقدس اردبیلی* در *مجمع الفایده و البرهان*، ج ۲، ص ۷۶، در بحث غصب آورده است که در آن می‌خوانیم: «دلیل الضمان بالقبض للسوم غیر ظاهر إلا الحدیث المشهور علی الید ما اخذت حتی تؤدیه، و صحته و دلالت‌ه غیر واضحتین و الأصل برائته و الفرض عدم التعدی و الأخذ برضاء المالك، فالضمان محل التأمل...». از آنچه گفته شد، زمینه پیشنهاد تازه‌ای فراهم می‌شود که در نوشته‌های پیشینیان دیده نمی‌شود و راه حلی است میانه برای جمع دو نظر و بر سه مقدمه مهم که با نقد آرای پیشینیان به دست آمده، متکی است: اول، دست خریدار بر مالی که برای آزمودن و اندیشیدن در اختیار او نهاده شده است، امانی است، زیرا بر حسب قرارداد مقدماتی بیع، مأذون است. دوم، بنا بر مفاد همین قرارداد او ملتزم شده است که یا با اختیار بیع، بهای معهود را بپردازد یا با رد بیع، کالا را به عرضه‌کننده بازگرداند. پس باید پذیرفت که گیرنده مال موضوع وعده، در عین حال که امین است، تعهدی بیش از امین در عقد ودیعه دارد و بر مبنای رابطه او و مالک، احسان، تبرع و مسامحه نیست، سوداگری و معامله است و باید به یکی از دو واجب اختیاری عمل کند، وگرنه به دادن خسارت محکوم می‌شود. سوم، در دعوا بین مالک و گیرنده مال درباره انتساب تلف مال به گیرنده، مالک نیازی به اثبات تعدی و تفریط گیرنده ندارد. او بنا بر مفاد تعهدی که به موجب قرارداد با مالک پیدا کرده، مسؤول زیان‌های ناشی از تلف است، مگر آن که رابطه سببیت بین تلف و یک حادثه



خارجی و احتراز ناپذیر و غیر قابل پیش‌بینی را اثبات کند. شاید برای به دست آوردن همین نتیجه بوده است که بعضی نویسندگان ناچار شده‌اند گیرنده را امین‌نشانند و با او بسان غاصب رفتار کنند. تفاوت تحلیلی که از مبنای مسئولیت‌گیرنده مال شد با غاصب شمردن او در این است که غاصب در صورت وجود قوه قاهره نیز ضامن تلف مال است و مسئولیت عینی دارد، در حالی که گیرنده مال موضوع وعده، مسؤؤل حوادث خارجی نیست» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، صص ۷۳-۷۷).

لازم به ذکر است دو دسته از نظرات فوق که دکتر کاتوزیان به آنها استناد می‌کنند، بر مبنای آرای فقها است.

اما دکتر جعفری لنگرودی اعتقاد دارند که قول به ضمان متصرف در برابر مالک، اقوی است؛ زیرا ضمان مذکور از شؤون احترام به اموال است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، صص ۱۷۳-۱۷۴). ایشان در مورد احترام به مال نیز بیان می‌دارند که در پاره‌ای از متون دیده می‌شود که می‌گویند: «دم المسلم و ماله و عمله و عرضه محترم»؛ یعنی جان، مال، کار و آبروی مسلمان محترم است. در مورد احترام به مال، نصوصی موجود است که ذیلاً نقل می‌گردد: الف) اموالکم و اعراضکم علیکم حرام (نبوی). ب) لایحل مال امرای مسلم الا بطیب من نفسیه. نصوص فوق‌الذکر ارشادی هستند، ارشاد به حکم عقل؛ زیرا معنای مالکیت، ممنوع بودن تصرف غیر مالک است. پس احترام مال، از مفهوم مالکیت استخراج می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، صص ۱۵۵-۱۵۶).

### ۱-۲-۳) تحلیل نظریات

در مورد نظر زنده یاد دکتر امامی که نگاشته‌اند: «... برای این که شخصی امین به حساب آید باید مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد و چون قانون مدنی، آخذ (گیرنده) را در هیچ متنی، امین مالک قرار نداده است باید او را مسؤؤل هر تلف و نقصی دانست، اگرچه تقصیر نکرده باشد...» (امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۷۰) باید گفت که برای تحقق ید امانی، صرف امین مالک قرار دادن آخذ در قانون کفایت نمی‌کند، بلکه برای تحقق ید امانی همان‌طور که نقل شد، وجود دو عنصر شامل، یکی اذن مالک یا قائم مقام قانونی وی و دیگر، منظور نشدن عوض، شرط است (یعنی اذن و مجانی بودن) که در فرض اخذ بالسوم این‌گونه نیست. ضمن این که ماده فوق، در واقع تفسیری مختصر و در

عین حال روشن از قاعده «الامین لایضمن» و مصادیق تمثیلی آن (با قید و امثال آنها ...) است و نه بحث از ماهیت حقوقی و عناصر ید امانی. به علاوه، ماده فوق این ابهام را که ممکن است قاعده عدم ضمان امین، فقط در برگیرنده امانت مالکانه باشد نیز مرتفع می-سازد؛ یعنی شامل امانت شرعی نیز می‌گردد، به این معنا که هرگاه مقررات شرع انور، متصرف مال غیر را امین بشناسد، مشمول قاعده عدم ضمان امین می‌گردد و نتیجه‌گیری ضمانی بودن (امانی نبودن) ید آخذ بالسوم، به دلیل امین مالک لحاظ نکردن او در قانون، منطقی به نظر نمی‌رسد.<sup>۱</sup>

اما نظر زنده یاد دکتر کاتوزیان که سعی در امین لحاظ گردانیدن گیرنده دارند، قابل انتقاد است؛ زیرا ایشان بیان می‌دارند: «... در هر جا که شخص به رضای مالک و بر حسب اذن او بر مالی تسلط پیدا کند امین است ...»؛ در حالی که مستند استدلال مشهور فقهای امامیه و آن دسته از حقوقدان‌هایی که نظرشان موافق با مشهور است، حدیث «علی الید ما أخذت حتی توءدیه» می‌باشد و دلیل ضمان در مورد مذکور، ضمان ید است نه قاعده استیمان که استثنایی بر ضمان ید است؛ ضمن این که گفتیم قبض بالسوم، موجب مستقلی برای ضمان نمی‌باشد، بلکه یکی از مصادیق ضمان ید می‌باشد و به موجب حدیث علی الید ...، وقتی انسان بر مالی استیلا می‌یابد آن چیز بر عهده‌اش قرار می‌گیرد و چون عهده به معنای ذمه است و عین خارجی نمی‌تواند در ذمه قرار بگیرد، پس وجود اعتباری آن چیز مورد نظر است که در ذمه قرار می‌گیرد و بعد از آن که در ذمه قرار گرفت، مشغول الذمه باید از عهده آن بر آید. برآمدن عهده در فرض وجود مال، به پرداخت عین آن است که باید به شکل سالم به صاحبش برگردد و اگر تلف شود یا به هر جهتی برگرداندن عین ممکن نباشد، برآمدن از عهده و برائت ذمه با پرداخت مثل یا قیمت محقق می‌گردد. ضمن این که با استناد به عناصر ید امانی، می‌توان گفت: هرگونه تصرف مأذون، از مصادیق ید امانی نیست؛ زیرا دو عنصری که پیش‌تر ذکر گردید، در ید امانی ملحوظ است. آنچه از قاعده ضمان ید خارج می‌گردد همین مورد محدود، یعنی اجتماع دو عنصر است و با فقدان هر یک از این دو عنصر (مانند مورد اخذ بالسوم)، ید متصرف، مشمول ید امانی نخواهد بود و در قلمرو ضمان ید قرار خواهد گرفت (محقق داماد، ۱۳۸۶، ج ۱،

۱- برای دیدن شرح ماده مد نظر ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۴۴ و عمید زنجانی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۷.

صص ۹۳-۹۴).

اما در مورد مستند دکتر جعفری لنگرودی و احتجاج ایشان نیز مشهور فقهای امامیه چنانکه ذکر شد، به موارد مذکور وی استناد نکرده‌اند؛ زیرا استدلال مشهور فقها این است که طبق حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» (نوری، بی تا، ج ۱۷، ص ۸۸)، که فرموده حضرت رسول (ص) و از مستندات قاعده ضمان ید است، کسی که مالی را می‌گیرد باید آن را به مالکش رد کند و چنانچه تلف یا ناقص شود، ضامن است.

#### ۴) اخذ بالسوم به مثابه قاعده فقهی

در تعریف قاعده فقهی گفته شده است: «عبارت است از حکمی کلی که در ابواب مختلف فقه یا موضوعات متعدد به کار می‌رود؛ مثلاً، لاضرر قاعده‌ای فقهی است. این قاعده در ابواب بیع، اجاره، نکاح، طلاق و خیلی ابواب فقهی دیگر به کار می‌رود» (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۱۳). بدین جهت، برخی نویسندگان آن را چنین تعریف کرده‌اند: «إن القواعد الفقهية هي احكام عامة فقهية تجرى في ابواب مختلفة و موضوعاتها»؛ یعنی قواعد فقهی، احکام کلی هستند که در ابواب گوناگون فقه به کار می‌روند» (مکارم شیرازی به نقل از محمدی، ۱۳۸۷، ص ۱۳).

معمولاً در قواعد فقهی، ادله محکم و انکارناپذیری در بُعد اثباتی آنها وجود دارد، ولی در اخذ بالسوم این‌گونه نیست و دستخوش اختلاف نظرهای زیادی در مبنا شده است (قاسم‌زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۵، ص ۶۳) و از آنجا که پیش‌تر ذکر کردیم حکم اخذ بالسوم، قابل تطبیق با مسائل و عقود مختلف (و نه فقط بیع) می‌باشد؛ یعنی اگر مالی هنگام انجام معامله به قبض دیگری درآید بدین منظور که در ضمان قابض باشد، نه این که به طور مجانی به او داده شود، چنین قبضی موجب ضمان است و لذا اختصاص به قبض مبیع ندارد، بلکه شامل هر مقبوضی است که قابض آن را برای این که در ضمان او باشد دریافت داشته است؛ لذا به نظر می‌رسد که می‌توان از آن به عنوان یک قاعده فقهی یاد کرد.

### نتیجه

ید آخذ بالسوم، ید ضمانی و مصداقی از ید ضمانی غیر عدوانی است؛ زیرا اذن بایع در تصرف گیرنده، برای معامله و گرفتن عوض بوده است. با توجه به این که دلیل ضمان در مورد اخذ بالسوم، ضمان ید است، پس نمی‌توان قبض بالسوم را موجب مستغنی برای ضمان قرار داد، بلکه باید آن را از مصادیق ضمان ید دانست.

قانون مدنی، به صراحت حکم مأخوذ بالسوم را بیان نکرده است اما بنا بر نظر برخی حقوقدانان، حکم مورد مذکور با توجه به ملاک ماده ۶۳۱ آن قانون، قابل استنباط و استحصال است. اما در مقابل، نظر مخالف هم وجود دارد. پیشنهاد می‌شود که قانونگذار ایران با توجه به اهمیت موضوع موصوف، به صراحت و با توجه به نظر مشهور امامیه، در مورد موضوع مورد نظر قانونگذاری کند و احکام مسئولیت آخذ بالسوم را بیان نماید. از آنجا که حکم اخذ بالسوم، قابل تطبیق با مسائل و عقود مختلف می‌باشد لذا می‌توان از آن به عنوان یک قاعده فقهی یاد کرد.

## فهرست منابع

- ۱- اردبیلی (مقدس اردبیلی)، احمد بن محمد؛ مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان، جلد ۲، بی جا، بی تا.
- ۲- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، جلد ۲، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۲.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ الفارق، جلد ۱، گنج دانش، ۱۳۸۶.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ محشای قانون مدنی، گنج دانش، ۱۳۸۷.
- ۵- حلی (محقق حلی)، نجم‌الدین جعفر بن الحسن؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، مرکز الرسول الأعظم للتحقیق و النشر، بیروت، ۱۴۱۹ق.
- ۶- عمید زنجانی، عباسعلی؛ قواعد فقه بخش حقوق خصوصی، جلد ۱، سمت، ۱۳۸۷.
- ۷- قاسم‌زاده، سیدمرتضی و خسروی فارسانی، علی؛ مسئولیت مدنی آخذ بالسوم در فقه و قانون مدنی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۴۱، ۱۳۸۵.
- ۸- کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- ۹- کرکی جبل عاملی (محقق ثانی)، نورالدین علی بن حسین بن عبدالعالی؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱، آل البيت، ۱۴۱۴ق.
- ۱۰- گرجی، ابوالقاسم؛ مبانی حقوق اسلامی، مجد، ۱۳۸۷.
- ۱۱- محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه (بخش مدنی)، جلد ۱، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۶.
- ۱۲- محمدی، ابوالحسن؛ قواعد فقه، میزان، ۱۳۸۷.
- ۱۳- موسوی بجنوردی، محمدحسن؛ القواعد الفقهیه، جلد ۱، مطبعة الآداب، نجف اشرف، ۱۳۸۹.
- ۱۴- موسوی خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیله، جلد ۳، دارالعلم، قم، ۱۳۸۵.
- ۱۵- نجفی اصفهانی (صاحب الجواهر)، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، جلد ۳۷، دارالحیاء، چاپ هفتم، بیروت، بی تا.
- ۱۶- نوری، میرزاحسن؛ مستدرک الوسائل، جلد ۱۷، چاپ سنگی، تهران، بی تا.

۱۷- یشری، سیدعلی محمد؛ ضمان قهری با تحقیق در فقه و قوانین جمهوری اسلامی ایران، نشر صفی، ۱۳۸۸.

قضاوت

## Liability of Goods Obtainer in Shiite Fiqh, Civil Code and Iranian Legal Doctrines

Abdollah Khodabakhshi\*

Amir Moradi\*\*

Received:17/2/2016

Accepted:30/4/2016

### **Abstract:**

*Goods obtainer is one who obtains the goods or samples at the time of conclusion of contract from the other party for examining and testing. After that if he/she is happy with the result, he/she may decide to buy it. When he obtains the goods, if any defect or damage may be done to the goods, is he/she legally liable? Is it right to presume him/ her as a trustee? Or is it better to regard him absolutely liable? This paper intends to explain the terms and elements of the term "goods obtainer". Then it will review the arguments of the famous Shiite jurists and Iranian lawyers. While reviewing these arguments, the paper deals with the question whether "goods obtainer" is an independent cause for liability? Does Iranian Civil Code deals with this term? At the end, it will be discussed whether the goods obtainer is a rule of Fiqh?*

**Key Words:** *Liability, Goods Obtainer, Law, Fiqh, Legal Doctrines.*

---

\*Assistant Professor of Law Faculty at Ferdowsi University.

jdoe@gmail.com

\*\*Ph.d in Criminal Law and Criminology of Science and Research Branch of Islamic Azad University.

Amirkabir9913@yahoo.com