

**Comparative Studies
in Jurisprudence,
Law, and Politics**

A Comparative Study of Liability Arising from Taking an Item for Examination (Balsom) in Islamic Jurisprudence and Iranian Law

1. Hamid Vafaei: PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran
2. Hormoz Asadi Koohbad*: Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ramhormoz Branch, Islamic Azad University, Ramhormoz, Iran. Email: Asadi.koohbad@gmail.com (Corresponding Author)
3. Mehdi Zamani: Assistant Professor, Department of Arabic Literature, Izeh Branch, Islamic Azad University, Izeh, Iran

ABSTRACT

The aim of the present article is to conduct a comparative study of the liability arising from taking an item for examination (balsom) in Islamic jurisprudence and Iranian law. The term "taking an item for examination" is used without affirming or denying a legal ruling and does not include the primary condition of a legal rule. Although some opinions in Islamic jurisprudence and law consider the possession as guaranteed, since there is implied permission, the possession is considered a trust, provided that the individual either purchases the item or returns it. Thus, the possession is a trust, and there is an obligation of result within this context. Taking an item for examination is considered a legal rule. Typically, legal and jurisprudential rules are supported by solid and undeniable evidence in the probative aspect, but this is not the case in the discussion of taking an item for examination, as the subject has been subject to significant theoretical disputes. However, assuming the establishment of taking an item for examination as a general concept, the outcome, regardless of what it is, can be a legal or jurisprudential rule based on the definitions provided by legal scholars and jurists. Therefore, the disagreements regarding the evidence of taking an item for examination do not prevent it from being considered a legal rule.

Keywords: *Balsom, possession, liability, trust, legal rule, jurisprudential rule.*

How to cite: Vafaei, H., Asadi Koohbad, H., & Zamani, M. (2024). A Comparative Study of Liability Arising from Taking an Item for Examination (Balsom) in Islamic Jurisprudence and Iranian Law. *Comparative Studies in Jurisprudence, Law, and Politics*, 6(3), 259-275.

© 2024 the authors. This is an open access article under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) License.

Submit Date: 15 September 2024
Revise Date: 15 October 2024
Accept Date: 03 November 2024
Publish Date: 19 November 2024



پژوهش‌هاک تطبیقی فقه،

حقوق و سیاست

بررسی تطبیقی مسؤلیت ناشی از اخذ بالسوم در فقه و حقوق ایران

۱. حمید وفائی: دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران
۲. هرمز اسدی کوهباد: دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران. پست الکترونیک: Asadi.koohbad@gmail.com (نویسنده مسئول)
۳. مهدی زمانی: استادیار، گروه ادبیات عرب، واحد ایذه، دانشگاه آزاد اسلامی، ایذه، ایران

چکیده

هدف از مقاله حاضر بررسی تطبیقی مسؤلیت ناشی از اخذ بالسوم در فقه و حقوق ایران می‌باشد. لفظ اخذ بالسوم بدون اثبات حکم یا نفی حکمی بکار می‌رود و اصلی‌ترین شرط یک قاعده حقوقی را در بر ندارد. هرچند نظراتی در فقه و حقوق ید ایشان را ضمانی می‌دانند اما چون اذن ضمنی در آن وجود دارد ید ایشان امانی است منتها با این شرط که یا کالا را بخرد یا آن را برگرداند؛ بنابراین ید ایشان امانی و تعهد به نتیجه در ضمن آن موجود است. اخذ بالسوم یک قاعده حقوقی است معمولاً قواعد حقوقی و فقهی ادله محکم و انکار ناپذیری در بعد اثباتی وجود دارد، ولی در بحث اخذ بالسوم این گونه نیست و موضوع دستخوش اختلاف نظرهای زیادی در مبنا شده است، ولی بر فرض اثبات اخذ بالسوم به عنوان یک موضوع کلی نتیجه هر چه باشد با توجه به تعاریف حقوقدانان و فقها می‌تواند یک قاعده فقهی یا حقوقی باشد؛ بنابراین اختلاف نظرها در ادله اثبات اخذ بالسوم، مانع قاعده بودن آن نیست.

واژگان کلیدی: بالسوم، ید، ضمان، امانت، قاعده حقوقی، قاعده فقهی.

نحوه استناددهی: وفائی، حمید، اسدی کوهباد، هرمز. و زمانی، مهدی. (۱۴۰۳). بررسی تطبیقی مسؤلیت ناشی از اخذ بالسوم در فقه و حقوق ایران. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۶(۳)، ۲۷۵-۲۵۹.

© ۱۴۰۳ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به‌صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.

تاریخ ارسال: ۲۵ شهریور ۱۴۰۳

تاریخ بازنگری: ۲۴ مهر ۱۴۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۳ آبان ۱۴۰۳

تاریخ چاپ: ۲۹ آبان ۱۴۰۳



وقتی کسی قصد خریدن کالایی را دارد و آن را برمی دارد برای معاینه ظاهر و بررسی وضعیت آن در اصطلاح حقوق اخذ بالسوم کرده یعنی دریافت کرده برای خریدن کالا و یا برگرداندن آن در صورت نپذیرفتن کالا. هر چند معنای سوم به بیع نزدیک است اما اخذ بالسوم مخصوص بیع نیست و در عقود دیگر نیز این تعهد ضمنی وجود دارد. اخذ بالسوم را نمی‌توان یک قاعده حقوقی دانست چون هر قاعده حقوقی حکمی را اثبات یا نفی بیان می‌کند اما لفظ اخذ بالسوم بدون اثبات حکم یا نفی حکمی بکار می‌رود و اصلی‌ترین شرط یک قاعده حقوقی را در بر ندارد. هر چند نظراتی در فقه و حقوق ید ایشان را ضمانی می‌دانند اما چون اذن ضمنی در آن وجود دارد ید ایشان امانی است منتها با این شرط که یا کالا را بخرد یا آن را برگرداند؛ بنابراین ید ایشان امانی و تعهد به نتیجه در ضمن آن موجود است.

برای اینکه اخذالسوم یک قاعده حقوقی محسوب شود می‌بایست ارکان مذکور را دارا باشد هر چند اخذالسوم کلی است اما الزام آور نیست و بدون ضمانت اجرا می‌باشد چون حکم آن مشخص نیست تا قوای عمومی بعنوان ضمانت اجرا از آن حمایت کنند همه اختلافها در این است که حکم اخذالسوم چیست؟ در صورتی که همه قواعد حقوقی حکم مشخص دارند و الزام آور هستند. البته ناگفته نماند که بعضی از نویسندگان قواعد حقوقی در بیان قواعد فقهی لفظ ضمان را به اخذ بالسوم اضافه نموده و عبارت ضمان اخذ بالسوم را آورده اند؛ و خواسته اند ضمان بودن ید مشتری را رسانده باشند و اخذ بالسوم را در شمار قواعدی که ضمان در بردارد معرفی کنند هر چند هم که در این خصوص نظریات متفاوتی وجود دارد بعضی معتقدند به ضمان مشتری و بعضی دیگر به عدم ضمان مشتری و به امین بودن ید مشتری معتقدند که نظریات و عقاید این دو دسته را در جای دیگر این جزوه بطور اجمال یاد آور خواهیم شد.

درباره مسئولیت اخذ بالسوم در فقه اسلامی و حقوق نظرهایی وجود دارد عده ایی به خاطر قاعده علی الید ما اخذت حتی تودیه ضمانی می‌دانند و مسئولیت عینی برای اخذ بالسوم قائل می‌شوند و عده ایی نیز به این خاطر که او اذن تصرف در مال دارد او را امین فرض کرده اند و فقط در صورتی او را مسئول جبران خسارت می‌دانند که تعدی یا تفریط کند. همان‌طور که می‌دانیم در قانون مدنی ما و سایر قوانین، از «اخذ بالسوم» سخنی به میان نیامده است، لذا برای احاطه بر جوانب گوناگون موضوع به ناچار باید از مبانی فقهی و روح مواد قانونی مدنی یاری جست، در فقه و حقوق نظرهای متضادی در خصوص مسوولیت شخص که اخذ بالسوم انجام داده در صورت نقض یا از بین رفتن مال ابراز شده است. در این مقاله درصدد آن هستیم که در سکوت قانونگذار باتتبع در فقه و مواد قانون پاسخی برای مسئولیت اخذ بالسوم بیان شود و ضمن طرح نظرهای گوناگون رایی را برگزینیم که با توجه به نیاز جامعه کنونی و مبتنی بر قواعد مدنی باشد.

۱- مفهوم اخذ بالسوم

ترکیب اخذ بالسوم یعنی گرفتن کالایی از دست بایع و یا پرداختن کالا از بساط بایع به این منظور که در آن مطالعه کند و بسنجد و بعداً وارد مذاکره برای خرید آن شود این نوع از وضع ید در مال غیر را اخذالسوم می‌گویند (Jafari Langeroudi, 2005). لازم به توضیح است که در قانون مدنی ما اخذ به خیار یعنی اعمال حق و استرداد کالا بوسیله یکی از خیارات و یا وضع ید به حال فروخته شده بوسیله اخذ به شفعه (ماده ۸۰۸ ق.م) در مواد مختلف آمده اما چنین بحثی در رابطه با اخذالسوم آورده نشده است و در مواضع حکم آن در قوانین و مقررات ما خالی است. در بسیاری از کتب فقها در بحث ذکر قواعد شرعی از قاعده اخذ بالسوم بعنوان یک قاعده قابل ذکر بمیان آورده‌اند و بسیاری از آن‌ها بجای آوردن کلمه «اخذ» کلمه قبض را نگاشته‌اند و مقبوض بالسوم را مطرح نموده‌اند (Al-Asfour al-Bahrani, 1985)؛ هر چند که به نظر می‌رسد اخذ با قبض با تعریفی که در قبض آورده‌اند متفاوت است.

چرا که رابطه بین اخذ و قبض می‌توان رابطه عموم و خصوص مطلق باشد و هر قبضی اخذ بالسوم است اما هر اخذ بالسومی قبض نیست. اصولاً قبض اخذ غیر قابل رد است مگر در موارد استثنایی و در تعریفی که حقوقدانان از قبض کرده اند قرار گرفتن مال مورد معامله تحت اختیار مشتری بنحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتقالات باشد (م ۳۶۷ ق.م) با این وصف در ما نحن فیه که بحث از گرفتن کالا صرفاً به منظور واریسی و سنجیدن آن است و بازگرداندن آن قبل از وقوع معامله به صاحب آن از جمله شروط ضمنی و لاینفک آن است بحث قبض به آن معنا قانونی و اصطلاحی آن منتفی است و در نتیجه اخذالسوم موجه‌تر است تا مقبوض به السوم (Yazdani, 2001).

۲- قاعده فقهی و قاعده حقوقی و ارتباط آن‌ها با اخذ بالسوم

هر چند اخذالسوم کلی است اما الزام آور نیست و بدون ضمانت اجرا می‌باشد چون حکم آن مشخص نیست تا قوای عمومی بعنوان ضمانت اجرا از آن حمایت کنند همه اختلافها در این است که حکم اخذالسوم چیست؟ در صورتی که همه قواعد حقوقی حکم مشخص دارند و الزام آور هستند. البته ناگفته نماند که بعضی از نویسندگان قواعد حقوقی در بیان قواعد فقهی لفظ ضمان را به اخذ بالسوم اضافه نموده و عبارت ضمان اخذ بالسوم را آورده‌اند (Yazdani, 2001) و خواسته اند ضمان بودن ید مشتری را رسانده باشند و اخذ بالسوم را در شمار قواعدی که ضمان در بردارد معرفی کنند هر چند هم که در این خصوص نظریات متفاوتی وجود دارد بعضی معتقدند به ضمان مشتری و بعضی دیگر به عدم ضمان مشتری و به امین بودن ید مشتری معتقدند که نظریات و عقاید این دو دسته را در جای دیگر این جزوه بطور اجمال یاد آور خواهیم شد.

برای اینکه بفهمیم که آیا اخذ بالسوم واقعاً یک قاعده فقهی است و ایجاد الزام می‌کند باید به بررسی تاریخی و مبنای حکمی آن پرداخته شود هر کدام از قواعد فقهی ما یا ریشه نقلی دارند و یا ریشه عقلانی. فرضاً در تبیین قاعده لا ضرر روایت لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام از فرمایشات پیامبر گرامی اسلام و اینکه عقلاً هر ضرری بایستی جبران شود استفاده می‌کنیم و یا در قاعده اتلاف به روایت «من اتلف مال الغير فهوله ضامن» و حکم عقلی آن که می‌گوید هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن است، اشاره می‌کنیم پس غالباً قواعد فقهی هم ریشه فقهی دارند و هم ریشه عقلی. در اخذ السوم حدیث و روایتی که مبین این قاعده باشد وجود ندارد و از نظر عقلی هم یک حکم ثابت و مشخص را بیان نمی‌نماید یعنی اینکه عقل به طور جزم نمی‌گوید که کالایی که مشتری به منظور ملاحظه و معاینه از بساط بایع برمی‌دارد چنانچه تلف شود حتماً بر عهده مشتری است و او بایستی جبران خسارت کند و یا اینکه به عهده بایع؟ پس از نظر عقلی هم یک حکم بدیهی نمی‌باشد؛ و اخذ بالسوم نمی‌تواند یک قاعده حقوقی باشد (Yazdani, 2001).

بعضی از حقوقدانان چنین نظر داده اند: معمولاً قواعد حقوقی و فقهی ادله محکم و انکار ناپذیری در بعد اثباتی وجود دارد، ولی در بحث اخذ بالسوم این گونه نیست و موضوع دستخوش اختلاف نظرهای زیادی در مبنا شده است، ولی بر فرض اثبات اخذ بالسوم به عنوان یک موضوع کلی نتیجه هر چه باشد با توجه به تعاریف حقوقدانان و فقها می‌تواند یک قاعده فقهی یا حقوقی باشد؛ بنابراین اختلاف نظرها در ادله اثبات اخذ بالسوم، مانع قاعده بودن آن نیست و اخذ بالسوم با توجه به تعاریف فوق خصوصیات یک قاعده را دارد، هر چند همین اختلاف نظرها باعث شده اند معمولاً اخذ بالسوم از طرف بسیاری در بحث قواعد فقه مطرح نشود (Ghasemzadeh, 2008).

به نظر ما اخذ بالسوم هر چند مبنای مشخصی ندارد و در خود حکم خاصی را ذکر نمی‌کند ولی بر فرض اثبات می‌تواند یک قاعده حقوقی باشد و قابل تعمیم به تمام مصادیق خود باشد.

۳- اخذ بالسؤم در عقود غیر از بیع

در تعریف اصطلاحی اخذ بالسؤم گفته شد گرفتن کالایی از دست بایع و یا برداشتن کالا از بساط بایع به این منظور که در آن مطالعه کند و بسنجد و بعداً وارد مذاکره برای خرید آن بشود (Ghasemzadeh, 2008). با در نظر گرفتن معانی السؤم و تعریف اصطلاحی اخذ بالسؤم چنین به نظر می‌رسد که دامنه عمل این قاعده در زمانی است که کالایی صرفاً به منظور خرید اگر در ید مشتری قرار گیرد و این کالا مورد تلف و یا نقص می‌باشد و تصرفات دیگر کالا به منظور غیر از بیع را شامل نمی‌شود به تعبیر دیگر این قاعده فقط حکم تلف کالا قبل از وقوع عقد بیع آنهم در ید مشتری را مشخص می‌کند و تلف مشابه آن در عقود دیگر را تعمیم نمی‌دهد. فرضاً اگر کالایی به منظور عاریه دادن به تصرف مستعیر داده شد و قبل از وقوع عقد عاریه مال در ید مستعیر تلف شود را شامل نمی‌شود و حکم اخذ بالسؤم را نمی‌توان در این نوع عقد تسری داد (Ghasemzadeh, 2008).

۴- انواع ید: مالکانه-امانی - غصبی

۴-۱- ید مالکانه

تصرف مالکانه بارزترین و شایع‌ترین تصرفی است که غالباً در زندگی اجتماعی افراد وجود دارد و مورد تایید و حمایت شرع و قانون قرار می‌گیرد و مهمترین چیزی که این تصرف را از تصرفات دیگر متمایز ساخته عنصر مالکیت است در اینگونه تصرف متصرف مالک مورد تصرف است بنابراین بر خلاف تصرفات دیگر اصلاً ضمان و مسئولیتی در مورد آن مصداق پیدا نمی‌کند و لغو است به این علت که هر کس نسبت به مالی وقتی ضامن است که پرداخت بدل آن به مالکش در صورت تلف آن مال لازم باشد و ذمه او در مقابل مالکش مشغول شود. لذا اگر گفته شود مالک نسبت به مال مورد تصرفش ضمان و مسئولیت مدنی دارد مفهوم این جمله چنین می‌شود که در صورت تلف آن مال او در مقابل خودش بدهکار است و باید بدل مالش را به خودش بپردازد و چنین مفهومی لغو است پس در اینگونه تصرفات اصلاً ضمان مطرح نیست (Mohammadi, 2006).

۴-۲- ید امانی

در هر جا شخص به اذن مالک یا در اجرای مفاد قرارداد یا حکم قانون بر مال دیگری سلطه پیدا کند امین محسوب می‌شود و در حد معمول و متعارف بایستی از عهده نگهداری آن برآید و چنانچه مال در ید متصرف تلف و یا ناقص شود فقط در صورت تعدی و تفریط مسئول خواهد بود (Jafari Langeroudi, 2005). آنچه گفته شد بخوبی نشان می‌دهد که امانت به اعتبار مبنا و سبب آن به دو گونه است. ۱- امانت مالکانه یا عقدی ۲- امانت قانونی یا شرعی (Mohammadi, 2006).

مقصود از امانت مالکی که در متون حقوقی از آن به امانت عقدی یاد می‌شود این است که مالک مال خود را با اذن و اختیار خود به دیگری تحویل دهد تا از آن نگهداری یا در آن تصرف نماید و رابطه مالک و متصرف تابع تراضی و قرارداد آنان است و قانون و عرف به عنوان عامل تفسیر کننده یا تکمیل کننده در آن دخالت دارد. در امانت قانونی برخلاف امانت مالکانه ریشه قراردادی ندارد و مالک به رضایت مال را در اختیار متصرف نمی‌گذارد اما از حیث مسئولیت و ضمان متصرف با امانت مالکی تفاوتی ندارد و متصرف در اینجا بحکم قانون یا شرع یا رای دادگاه حق تصرف در مال دیگری را دارد و در حد متعارف مسئول مواظبت و نگه داری از مال مورد امانی می‌باشد (Mohammadi, 2006).

۴-۳- ید عدوانی

در ید عدوانی که اولاً رابطه مالکیتی فی ما بین مال و ذوالید وجود ندارد. ثانیاً هیچگونه اذنی از طرف مالک یا از قبل قانون و شارع برای تصرف در مال نیست ثالثاً همانطور که از اسم آن مشخص است یا زور و قهر و غلبه بصورت ظلم و عدوان، متصرف مال را به تصرف خود در می آورد (Jafari Langeroudi, 2005). در ماده ۳۰۸ قانون مدنی در تعریف غصب که از مصادیق بارز تصرف عدوانی است آمده است «استیلا بر حق غیر بنحو عدوان» در فقه غصب را زیر عنوان ضمان ید می آورد با این اعتبار که مسئولیت ناشی از سلطه‌ای است که شخص از راه ظلم و به زور بر حق دیگری پیدا می کند. استیلا نا مشروع خواه به عمد انجام شود یا ندانسته و با حسن نیت و خواه غاصب از آن منتفع شود یا سودی نبرد این تکلیف را ایجاد می کند که مال به مالک بازگردانده شود و بدل عین و منافع تفویض شده بعنوان جبران خسارت او فراهم آید (Katouzian, 2009).

طبق ماده ۳۱۰ ق.م «اگر کسی که مالی به عاریه و یا به ودیعه و امثال آن‌ها در دست اوست منکر گردد از تاریخ انکار در حکم غاصب است» و ماده ۶۳۱ ق.م در تکمیل آن می افزاید «... در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود. اگر مستند به فعل او نباشد» در مواد ۳۰۱ و ۳۰۳ ق.م که بحث اشتباه و من غیر حق بودن دریافت کننده مال است شخص غیر مستحق را عنوان نموده است و از کلمه الزام در ماده ۳۰۱ ق.م تنها حکم تکلیفی به دست نمی آید بلکه این کلمه با حکم ضمان وضعی نیز توجه دارد. به هر حال با توجه به مواد ۳۰۱ و ۳۰۳ ق.م در صورتی که عین مال باقی است شخص وظیفه دارد آن را به صاحبش برگرداند و در مرحله بعد ضمان عین و منافع بر عهده متصرف قرار می گیرد (Katouzian, 2009).

برابر ماده ۳۲۳ ق.م اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک می تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کند عین و در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید خریدار مال مغضوب حکم غاصب را خواهد داشت و در برابر صاحب مال مسئولیت ضمانی دارد (Shahidi, 2009).

ماده ۲۶۱ ق.م اشعار می دارد «در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود هر گاه مالک معامله را اجازه نکرد مشتری نسبت به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است اگر چه منافع را استیفاء نکرده باشد و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد» همچنانکه ملاحظه می شود احکامی که برای ضمان مشتری ذکر گردیده کاملاً با احکام غصب مطابقت دارد (Katouzian, 2009).

۴-۴- ید در اخذ بالسوم

۴-۴-۱- تمایز ید اخذ بالسوم با ایادی دیگر

امانی بودن مال در ید متصرف شق دیگر اشکال ید می باشد که همانطوریکه از اسم آن معلوم است مال بصورت امانت در اختیار متصرف قرار می گیرد و این امانت یا از ناحیه صاحب مال بطور مستقیم به امین سپرده می شود که بعنوان امانت عقدی یا مالکانه مطرح می شود و یا بدون اذن و اطلاع صاحب مال اما توسط قانون و یا شرع به امین داده می شود عقد ودیعه نمونه بارز امانت عقدی است که مودع با عزم و اراده خود مال خود را صرفاً بمنظور نگهداری نزد شخص ثالثی بعنوان مستودع به امانت می گذارد و لقطه یا مال پیدا شده نمونه بارز امانت قانونی است که به حکم صراحت قانونی به پیدا کننده اجازه داده می شود که برای مدتی مال پیدا شده را در نزد خود نگهداشته تا صاحب مال شناسایی و به او مسترد شود در هر حالت (امانت عقدی و امانت قانونی) مال در ید متصرف امانی است و طبیعی است که امین بموجب قانون مأمور و

موظف در نگهداری مال مورد امانت در حد متعارف است و مسئول تلف و یا نقص مال نیست مگر در صورت تعدی و تفریط (Rafati, 2011).

عدوانی بودن ید قسم دیگری از اشکال ید است که نه رابطه مالکیتی وجود دارد و نه اینکه اجازه‌ای از صاحب مال و یا قانونگذار و یا شرع بلکه همانطوریکه از عنوان آن مشخص است تصرف توأم با غلبه و زور و عدوان (Jafari Langeroudi, 2005).

غصب نمونه بارز این گونه تصرف است (Jafari Langeroudi, 2005) که تحت هیچ شرایطی مورد حمایت قانون و عرف و شرع قرار نمی‌گیرد و بایستی به شدیدترین احوال با غاصب برخورد شود پس استیلاء ید بر مال و یا حق دیگر بصورت عدوان که در تعریف غصب در قانون مدنی ذکر شده است بر متصرف آن مسئولیتی به نام ضمان قهری ایجاد می‌کند و حکم وضعی متوجه غاصب می‌کند یعنی غاصب بموجب قاعده ضمان ید به محض استیلاء وظیفه دارد که مال را عیناً به صاحب آن تحویل دهد.

قسم دیگر ید تصرفی است که عدوان نیست اما به حکم قانون در حکم عدوان است یعنی همان آثاری که ید عدوانی دارد قابل تعمیم در تصرفات در حکم عدوان است مقبوض به عقد فاسد یعنی اینکه در اثر عقد بیعی مبیع و ثمن مورد قبض و اقباض قرار گرفته پس از آن مشخص می‌شود که عقد بیع از ابتدا باطل بوده و در این صورت هم بایع و هم مشتری در مقابل هم در خصوص استرداد ثمن به مشتری و استرداد مبیع چون بدون جواز قانونی است در حکم عدوان می‌باشد و حکم وضعی دارند که بر اساس قاعده ضمان ید بایع ثمن را به مشتری و مشتری مبیع را به بایع عودت دهند در غیر اینصورت در صورت تلف و یا نقص ثمن و یا مبیع ولو بدون تعدی و تفریط مسئول خواهند بود.

شکل دیگر ید که می‌توان آخرین قسم در این تقسیم بندی قرار گیرد تصرفی است که نه مالکانه است و نه عدوان و نه در حکم عدوان و نه امانی.

ید صنعتگر نسبت به مواد اولیه که در اختیار او گذاشته می‌شود ید باربر نسبت به باری که به او تحویل داده می‌شود و بالاخره ید مشتری نسبت به کالائی که از طرف بایع جهت ملاحظه و واریسی آن به تصرف او داده می‌شود (اخذ بالسؤم) از این نوع تصرفات است، عدوان نیست چون توأم با اذن صاحب مال است، مالکانه نیست چونکه متعلق دیگری است امانی نیست چونکه مالک بقصد امانت و بمنظور محافظت از مال در اختیار متصرف نگذاشته است فقط مأذون در تصرف هستند

۴-۲- تحلیل اذن در اخذ بالسؤم

از موضوعات مهمی که در باب ضمان مطرح است و منشأ اختلافات زیادی بین فقها و حقوقدانان می‌باشد بحث اذن در اخذ بالسؤم است. اذن در لغت به معنی دستور دادن بار دادن، اجازه دستور و رخصت آورده است (Moein, 2008). از بررسی کتب بر می‌آید که اذن دارای معانی متعددی است یکی از معانی آن اعلام است و به اذن هم از این جهت این واژه را گویند که معنای اعلام در آن وجود دارد چنانچه صاحب اصطلاحات الفنون آورده است «اذن با کسر فا الفعل در لغت اعلام مطلق است و از آن است الاذان» (Tehanuvi, 1967).

تفاوت اذن با رضا روشن است. می‌توان گفت رضا تا زمانی که اظهار نشده و به مرحله ابراز نرسیده باشد رضای باطنی نامیده می‌شود ولی همینکه به طریقی ابراز گردد و با قصد انشاء همراه باشد اذن خوانده می‌شود در این حالت است که اثر حقوقی دارد و نسبت به دیگران قابل استناد می‌باشد (Shahidi, 2009).

در اذن و اجازه شخص رضای باطنی خود را به شیوه‌ای اعلام می‌دارد و نیز اذن و اجازه می‌توان به صورت صریح و ضمنی انشاء گردد اما در عین حال تفاوتی بین این دو موجود است که ذیلاً اشاره می‌گردد. در اذن دو جنبه وجود دارد یکی رفع مانع کردن و دیگری اعلام رضا اما در اجازه صرفاً اعلام رضا وجود دارد زیرا در رخصت دادن و رفع مانع کردن نسبت به تصرف عملی که در گذشته انجام گرفته است معقول نیست و اصولاً استعمال واژه اجازه در مورد انشاء رضا بیش از واقع شدن عملی صحیح نیست با این حال در بعضی از مواد قانونی و متون فقهی یا حقوقی این دو واژه بجای یکدیگر بکار رفته است از جمله در مواد ۱۱۵، ۱۲۴، ۵۰۳، ۷۹۴ ق.م و ماده ۸۵ قانون امور حسبی واژه اجازه به جای اذن استفاده شده است (Shahidi, 2009).

با توجه به اوصاف، اهمیت، آثار و ویژگی‌هایی که اذن دارد از جهاتی قابل تقسیم است مشهورتر از همه این است که در آثار فقهی اذن را به صریح و ضمنی و شاهد حال تقسیم نموده‌اند (Tabatabai Hakim, 1995). برخی از مواد قانونی هم اشاره گردیده است چنانچه در خصوص ودیعه گذار در ماده ۶۰۹ ق.م آمده است کسی می‌تواند مالی را بودیعه گذارد که مالک یا قائم مقام مالک باشد و یا از طرف مالک صریحاً یا ضمناً مجاز باشد.

اذن صریح اذنی است که لفظ اذن دهنده بطور مطابقی یا ضمنی بر اذن دلالت نماید (Maraghi, 1996). مثلاً مالک به دیگری بگوید به منزل من داخل شو این اذن لفظی مطابقی را اذن صریح گویند که همچنین به دلالت تضمینی فهمیده می‌شود که شخص مجاز است به اطاق نشیمن که جزئی از منزل است نیز وارد شود این هم اذن صریح است (Mohammadi, 2006).

اذن ضمنی آن است که عبارت اذن دهنده به صراحت بر اذن دلالت نکند بلکه شخص سخنی بگوید که اذن از لوازم آن باشد به فرض در مثال ذکر شده بالا به دلالت التزام فهمیده می‌شود که شخص مجاز است در آن خانه نماز بخواند یا در آنجا مدتی بنشیند از اذن ضمنی در فقه غالباً به اذن فحوی یاد شده است (Maraghi, 1996).

اذن شاهد حال اذنی است که قرائن و شواهد بران دلالت نماید و هیچگونه لفظی چه صریح و چه ضمنی بکار نرفته باشد بلکه وضعیت به گونه‌ای باشد که وجود اذن در انجام کاری فهمیده شود مثلاً میان دو نفر به نحو کامل رابطه دوستی و مودت برقرار است بطوری که این حالت دلالت کند که هر کدام از آن دو در استفاده از اتومبیل خود به دیگران اذن داده است از این رو به دلیل وجود قرائن و شواهد استفاده متعارف از آب چشمه و نهر دیگران و با تکیه دادن به دیوار خانه دیگری به اذن شاهد حال مجاز است.

از سوی دیگر اذن به تنهایی رافع ضمان نیست بلکه اثر اذن تنها اباحه است و اباحه نفی ضمان نمی‌کند جز اینکه قریب‌ای بر سقوط احترام مال و سقوط ضمان در قالب اذن وجود داشته باشد مثلاً از مصادیق امانت قرار بگیرد و بدون تقصیر تلف گردد مأذون ضامن نیست (Najafi). مرحوم طباطبایی یزدی در این خصوص می‌نویسد: هرگاه اذن از هر حیث خواه مالکی یا شرعی باشد رافع ضمان نیست، همانا رافع و مسقط احترام است برای کسی که صادق نبوده (تعدی و تغریب کرده) الا اذن مجانی (Yazdi Tabatabai, 1990). مثلاً در ما نحن فیه (اخذ بالسوم) که از موارد اذن مالکی است و فروشنده به خریدار اذن می‌دهد تا به قصد خرید کالا را مشاهده نماید چنانچه در این حال از دست مشتری بلغزد و تلف گردد ضامن است با اینکه اذن وجود دارد یا اینکه در خصوص اشتباه گم شده اذن قانون به تصرف بر رفع ضمان یابنده دلالتی ندارد از این که در صورتی که مال مزبور در دست یابنده ناقص یا تلف گردد یابنده ضامن است مگر آنکه قصد امانت داشته باشد و آنگاه بدون تقصیر او تلف یا ناقص شود (Najafi). قانون مدنی نیز در مورد لقطه اصل را بر ضمان گذاشته در ماده ۱۶۳ عدم ضمان به شرط امانت مقید شده است.

در خصوص مقایسه اذن با امانت باید گفت اختلاف امانت با اذن از این حاصل می‌شود که مصادیق امانت همه یا ناشی از اراده است و اراده طرفین تعلق بر آن گرفته است و یا ناشی از اراده قانونگذار است که امانت شرعی یاد می‌کنند مثل یابنده شی گم شده (ملتقط) در حالیکه اذن هیچگاه موجود نبوده و مشمول مصادیق امانت مورد نظر قانونگذار قرار نگرفته استدر اینکه اذن عقد نیست تردیدی وجود ندارد اما ماهیت حقوقی اذن چه متواند باشد اختلاف نظر است دو دیدگاه عمده در این زمینه وجود دارد بعضی‌ها معتقدند که اذن عمل حقوقی نیست بلکه واقعه حقوقی است از این رو اذن نه عقد است و نه ایقاع (Shahidi, 2009). با این حال همانند اقرار و شهادت عملی ارادی است که آثار حقوقی در پی دارد. به بیان دیگر اذن قائم به قصد انشاء نیست و اذن دهنده هیچ چیز را از نظر حقوقی به وجودی اعتباری ایجاد نمی‌کند بلکه تنها مانع قانونی را مرتفع می‌سازد مثلاً طبق قانون تصرف در مال غیر، ممنوع است مالک با دادن اذن در تصرف در مال خود فقط این منع را از میان بر می‌دارد.

عده‌ای دیگر می‌گویند اذن عملی حقوقی است و به انشاء نیاز دارد و در واقع اذن اباحه مورد اذن را انشاء می‌کند کسی که به دیگری اذن می‌دهد تا در مال او تصرف کند با اذن خویش آن مانع را بر می‌دارد تصرف ممنوع با انشای اذن دهنده مباح می‌گردد و توقعی بر انشای متقابل و مآذون و قبول او ندارد حتی رد مآذون نیز مانع تحقق یا بقای اذن نمی‌گردد ولو با آن که اذن را رد کرده است تا زمانی که اذن از خود بر نگشته می‌تواند در آن مورد تصرف کند بدین‌تر اذن عمل حقوقی یک طرفه یعنی ایقاع است (Shahidi, 2009). نظریه ایقاعی بودن اذن به صورت صریح یا ضمنی مورد تأیید بسیاری از فقها و حقوقدانان قرار گرفته است. برخی از فقیهان هم چون محقق خوانساری، صاحب عناوین، امام خمینی و برخی از حقوقدانان هم مانند دکتر جعفری لنگرودی و دکتر ناصر کاتوزیان به ایقاع بودن اذن تصریح کرده اند. خلاصه می‌توان هر امانتی همراه با اذن است و هر اذنی امانت نخواهد بوده رابطه اذن با امانت رابطه عموم و خصوص مطلق است.

۵- تحلیل حقوقی آخذ بالسؤم

۵-۱- اخذ قبل از ایجاب بایع

ایجاب باید کامل باشد یعنی حاوی تمام عناصر اصلی قرار داد باشد یعنی کالایی که در معرض ایجاب واقع می‌شود بایستی قیمت آن و چگونگی پرداخت ثمن نیز مشخص شده باشد فرضاً بازرگانی بدون ذکر قیمت کالایی را در معرض فروش قرار می‌دهد با حق تجدید نظر در قیمت را برای خود محفوظ می‌دارد می‌توان از پیمان بستن با هر خریداری امتناع کند و پذیرفتن چنین دعوتی نیز عقد بیع را واقع نمی‌سازد. ایجاب باید مشخص باشد. ایجاب باید قاطع باشد. ایجاب باید خطاب به طرف معامله و یا بمنظور اعلام به او باشد خواه بطور مستقیم گفته شود یا به صورت پیام به دیگران اعلام گردد.

اگر ایجاب از سوی فروشنده صورت نگیرد و خریدار بنحوی از انحاء بر کالای فروشنده استیلاء پیدا نماید فرضاً کالایی بدون ذکر قیمت در بساط بایع گذاشته شده باشد هر چند که عرف در اینکه کالا در معرض فروش است ممکن است تردید نداشته باشد چونکه همین که کالا در جای مشخص بمنظور رویت مشتری گذاشته شده باشد قرینه قویه‌ای است مبنی بر اینکه بایع بمنظور فروش آن را عرضه داشته است اما آنچه مسلم است گذاشتن کالا در معرض فروش بدون ذکر قیمت فاقد ایجاب است بنابراین بنظر می‌رسد چنانچه مشتری بدون کسب اجازه از بایع اقدام به برداشتن کالا نماید و از قرائن چنین برآید که بایع راضی به برداشتن کالا توسط مشتری نمی‌باشد در مسئولیت ضمانتی مشتری در هنگام تلف و یا نقص کالا نمی‌توان تردید کرد حتی ممکن است گفته شود که به محض استیلاء مشتری بر کالا مسئولیتی نظیر مسئولیت غاصب را پیدا خواهد کرد. خاطر نشان می‌شود که در مرحله قبل از ایجاب چنانچه مشتری اقدام به برداشتن کالایی را نماید که بایع راضی به

این امر است و با قرائن حکایت از اذن بایع کند و یا اینکه بایع خود کالا را در اختیار مشتری بگذارد نمی‌توان گفت در اینجا مسئولیت مشتری ضمانتی است و در صورت تلف به هر صورت ضامن خواهد بود.

۵-۲- اخذ پس از ایجاب بایع

زمانی که بایع اراده جلدی خود را بر فروش کالا نماید می‌گویند یکی از ارکان وقوع عقد بیع که ایجاب می‌باشد محقق شده است در اینجا است که به محض قبولی مشتری عقد بیع منعقد شده است. حال گرفتن کالا پس از ایجاب بایع و قبل از اعلام قبولی از ناحیه مشتری آنچه که مسلم است این است که بایع راضی به برداشتن کالا توسط مشتری است و تصرف مشتری بر کالا عدوانی محسوب نمی‌شود مگر اینکه بایع هر چند که ایجاب نموده است ولی به دلایلی حاضر به برداشتن کالا توسط مشتری نباشد و این عدم رضایت را به نحوی اعلام داشته است فرضاً با عبارت لطفاً دست نزنید بر روی کالا و یا جلوی ویتترین مغازه مآذون نبوده مشتری بر برداشتن کالا اعلام نموده در اینجا چنانچه مشتری بدون توجه به اخطار بایع، اقدام به تصرف کالا نماید مشخص است که مشتری اقدام بعمل کرده است که اجازه نداشته بنابراین در صورت تلف و یا نقص کالا در ید مشتری هر چند که تعدی و تفریط هم صورت نگرفته است مسئولیت مشتری را در پی خواهد داشت و آثاری نظیر غاصب بر آن مترتب خواهد بود (Yazdani, 2001).

۵-۳- اخذ پس از وعده یکطرفه بایع

وعده یکطرفه گاهی دو طرفه است و گاه یکطرفه وعده دو طرفه یا متقابل بیع که به آن قولنامه می‌گویند زمانی است که خریدار و فروشنده قصد انجام معامله را دارند ولی هنوز مقدمات لازم را فراهم نکرده اند. قراردادی می‌بندند که در آن دو طرف تعهد می‌کنند که معامله را با شرایط معین و ظرف مهلت خاص انجام دهند سندی که در این باب تنظیم می‌شود وعده بیع و در زبان عرف قولنامه می‌نامند برای مثال من مایلم خانه خود را به شما بفروشم و درباره قیمت و شرایط انجام معامله نیز به توافق رسیده ایم ولی شما برای تهیه پول به چند روز مهلت احتیاج دارید و من نیز باید برای گرفتن مفاصا حساب مالیاتی و عوارض نوسازی اقدام کنم تا تنظیم سند در محضر ممکن باشد پس برای اینکه هر دو به انجام معامله در آینده مطمئن شویم سندی می‌نویسیم و ضمن آن تعهد می‌کنیم که اسناد لازم را ظرف یک هفته تهیه نمایم و برای انتقال خانه ام در برابر ده میلیون ریال در فلان دفتر حاضر شوم و شما نیز در برابر ملتزم می‌شوید که همان دفتر برای معامله بیاید (Katouzian, 2008).

وعده بیع گاهی یک طرفی است یعنی تنها یکی از دو طرف که بطور معمول فروشنده است تعهد می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱/۳۷۷). در این پیمان فروشنده شرایط معامله و قیمت را تعیین و اراده خود را بر انتقال مبیع اعلام و انتقال آن را موقوف به تمایل خریدار می‌کند به گونه‌ای که اگر او پیشنهاد را بپذیرد عقد واقع می‌شود. آنچه مهم است که وعده یک طرفی بیع را نباید با تعهد به بیع و ایجاب و برقراری حق تقدم در خرید یکی دانست (Katouzian, 2006).

۶- رابطه حقوقی اخذ با بایع و دیدگاه قانون

تصرف اخذ در اخذ بالسوم که همراه با اذن مالک است آیا امانی است و یا اینکه امانی نیست فقط مآذون در تصرف است و یا اینکه تصرفی است که ناشی از یک قرار داد فی مابین می‌باشد.

۶-۱- امانی بودن رابطه

به امانت دادن مالی به دیگری که بر اساس ماده ۶۰۷ ق.م. در غالب عقد ودیعه ظاهر می‌شود نگهداری و (استنابه فی الحفظ) از خصوصیات ویژه این رابطه می‌باشد چرا که ماده مرقوم اشعار می‌دارد ودیعه عقدی است که بموجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد چنانکه از این تعریف بر می‌آید هدف اصلی از انعقاد ودیعه سپردن مال به دیگری برای نگهداری است (Shahid, 2012). از امیرالمومنین روایت شده که فرمودند: ((لیس علی المومنین ضمان)) (کلینی، ۱۴۲۹ ه.ق.، ۵/ ۳۸۴) یعنی بر مومن ضمانی نیست. حدیث نبوی معروف: ((لیس الامین الایمین)) به معنی: ضمانی بر امین نیت الا قسم، این جمله عام است و مفاد آن این است که هیچ چیزی جز سوگند بر امین نیست به بیانی دیگر معنای آن این است که اگر مال مورد امانت نزد امین تلف شود یا معدوم شود هیچگونه مسئولیت و ضمانی متوجه امین نیست و کافی است که او سوگند یاد کند تا هر گونه ادعای ضمانی علیه او ساقط شود. از مشهور احادیث مذکور مشخص است که در اخذ بالسؤم بایع بمنظور نگهداری مال را در اختیار مشتری قرار نمی‌دهد همچنین مشتری نیز مال را به قصد حفاظت و نگه داشتن در اختیار نمی‌گیرد پس رابطه فی مابین بایع و آخذ رابطه امانی نمی‌تواند باشد.

۶-۲- اذنی بودن رابطه

در اینکه مشتری مأذون در تصرف است تردیدی وجود ندارد چرا که بایع با اینکه خود مال را جهت واری در اختیار مشتری می‌گذارد و یا اینکه مشتری با اجازه بایع اقدام به برداشتن مال می‌نماید پس در اینکه عنصر اذن در این رابطه وجود دارد هیچ اختلافی نظری بین حقوقدانان و صاحب نظران وجود ندارد و از این حیث با امانی بودن رابطه وجه تشابه دارند و در واقع همین اذن است که تصرف ایجاد می‌کند (Ghasemzadeh, 2008) اما آیا موضوع اباحه تصرف اذن است یا آن که رضایت باطنی به تنهایی بدون آن که از طریق فعل یا قول ابراز شود می‌تواند مجوز قانونی برای تصرف بشمار آید؟ روایتی که مستند به موضوع می‌باشند با یکدیگر متفاوتند بعضی اباحه تصرف را اذن و برخی رضایت قرار داده‌اند (Jafari Langeroudi, 1999) ولی به نظر می‌رسد این دو دسته روایت با یکدیگر قابل جمع هستند روایتی که رضایت را موضوع قرار داده اند ناظر به جنبه واقعی است و مقصود از روایتی که اذن ملاک قرار داده اند آن نیست که اذن بخودی خود برای اباحه تصرف موضوعیت داشته باشد بلکه راهی است برای پی بردن به رضایت که امری باطنی و مخفی است از این رو ملاک واقعی رضایت است و اذن طریقی برای ابراز اثبات آن می‌باشد (Jafari Langeroudi, 1999).

۶-۳- رابطه قراردادی

برای اینکه رابطه بین بایع و آخذ بالسؤم از حیث قراردادی مورد بحث قرار دهیم لازم است که ابتدا تعریف قانونی قرارداد و عناصر و مشخصات آن را مورد لحاظ قرار دهیم. مطابق ماده ۱۸۳ قانون مدنی «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». از تعریف ماده ۱۸۳ چنین بر می‌آید که رکن اساسی هر عقد توافق دو اراده است هر چند حقوق دانان از این ماده ایراد گرفته اند و آن را جامع نمی‌دانند و اقاله را عقد می‌دانند (Jafari Langeroudi, 1999). یعنی در قرارداد اراده کسانی که آن را واقع ساخته اند مهمترین عامل ایجاد حق است و به همین جهت هم مشهور شده است که در عقود اراده افراد حاکمیت دارد. اصل حاکمیت اراده در ماده ۱۰ قانون مدنی آمده است.

در اثر وعده یکطرفه بایع و قبول شرایط آن توسط مشتری قرار داد منعقد شده کالا بمنظور ملاحظه و اطلاع پیدا کردن از کم و کیف آن در اختیار مشتری قرار گرفت باید ببینیم که تعهد مشتری نسبت به سالم برگرداندن کالا به بایع تعهد به وسیله است و یا تعهد به نتیجه؟ (Katouzian, 1999).

در تعهد به وسیله احراز این امر که قرارداد به هدف نهایی خود نرسیده است برای اثبات عدم اجرای عقد کافی نیست چرا که متعهد وصول به آن هدف را بر عهده نگرفته بوده است، پس طلبکار ناچار است نشان دهد که طرف قرارداد منش متعارف نداشته است و در برانگیختن و تمهید وسیله معهود کوتاهی کرده و به بیان دیگر مرتکب تقصیر شده است نمونه بارز تعهد به وسیله التزام امین به نگهداری از مال مورد ودیعه و عاریه و اجاره است تعهد پزشک و وکیل دادگستری و بطور کلی تمام مواردی را که حصول نتیجه مطلوب جنبه احتمالی دارد و در اختیار متعهد است باید از این گونه شمرد. برعکس در موردی که احتمال رسیدن به نتیجه مطلوب فراوان است بطور معمول متعهد حصول نتیجه را گردن می‌گیرد و تمهید وسایل مقدمه التزام است، پس برای مطالبه خسارت کافی است احراز شود که نتیجه مورد نظر بدست نیامده است. برای مثال در تعهدی که شخص به پرداختن مبلغی پول می‌کند موضوع التزام به پرداخت پول (نتیجه) و وسیله نیل به مقصود اهمیتی ندارد (تعهد به نتیجه) (Katouzian, 1999).

اضافه می‌گردد که در تعهد به نتیجه اگر اثبات شود که حادثه ناگهانی و خارجی مانع اجرای تعهد متعهد شده متعهد را از مسئولیت معاف می‌کند چرا که او به فعل خود تعهد کرده است و نتیجه قوای قاهر طبیعی و قانونیست دخالت ناروای دیگران را بر او نباید تحمیل کرد. گاهی نتیجه بطور مطلق تضمین می‌شود در این صورت است که هیچ حادثه‌ای متعهد را از اجرای تعهد نمی‌رهاند (تعهد به تضمین) (Ghasemzadeh, 2008).

۷- وضع حقوقی اخذ از دیدگاه قانون

قانونگذار در ماده ۶۳۱ قانون مدنی بغیر از مستودع که امین بمعنای خاص می‌باشد کسانی را در حکم امین می‌داند و آثار امانت را بر آنها جاری و ساری می‌داند که به وضوح و صراحت قانون آنها را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد هر چند که ممکن است گفته شود اثبات شیئی نفی ما عدا نمی‌کند و ماده ۶۳۱ و حکم مندرج در آن دلیل بر این نیست که سایر ایادی که همراه با اذن مالک باشد امین شناخته نشود؛ اما اکثریت بر این معتقدند که چون قانونگذار در مقام بیان یک حکم کلی بوده از مفهوم مخالف این ماده استنباط می‌شود که دیگر ایادی که بحکم قانون امین شناخته نشده اند نمی‌توانند مورد شمول و قابل تعمیم این حکم قرار بگیرد و اضافه نموده اند که هر یک استیلائی محکوم به ضمان است مگر اینکه قانوناً تخصیص خورده باشد و به اطلاق ماده ضمان ید استناد کرده و می‌گویند در موارد خلاف اصل بایستی به قدر متیقن از موادای اکتفا شود و از تعبیر موسع که مستلزم مشمول حکم به غیر موارد منصوص است خودداری گردد (Emami, 1979).

در ید امانی متصرف مسئول نیست تا تقصیر او ثابت شود در اینجا هم ممکن است امانت ناشی از قرارداد باشد مانند عقد ودیعه که خود این نیز به دو دسته تقسیم می‌گردد یک دسته امانت در آن هدف طرفین است اما در دسته دیگر امانت هدف معامله نیست بلکه هدف از معامله چیز دیگری است منتها قانون آن را امانت دانسته مانند قرارداد اجاره مال در ید مستاجر میماند تا از آن منتفع شود و قانون یدشان را امانی دانسته است. ماده ۶۳۱ قانون مدنی در این خصوص حکم وضع کرده با این عبارت: «هر گاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر مستودع تصرف کرده باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است بنابراین، مستاجر نسبت به عین مستاجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و برای مثال آنها ضامن نمی‌باشند، مگر در صورت تفریط یا تعدی...» اختلاف شده که آیا هر جا که شخصی با اذن مالک متصرف شود ید او امانی است؟ یا امانی بودن با توجه به قسمت اول ماده که آورده «... مقررات این قانون او را نسبت به امین قرار داده باشد...» نیاز به تصریح قانون دارد. اگر نظر اول را بپذیریم یکی از مصادیق اخذ بالسوم است و ید او امانی می‌گردد اما اگر نظر دوم را بپذیریم نیاز به تصریح قانون دارد. به نظر هر جا اذن وجود داشته باشد باید امانی دانست

علاوه بر این شایان ذکر است که در قانون مدنی و سایر قوانین، موادی که راجع به اخذ بالسؤم و آثار مترتب به آن باشد نداریم و در هیچ جا مقنن متعرض این موضوع نگردیده است نتیجه اینکه چونکه قانون بصراحه مشتری در اخذ بالسؤم را امین نشناخته لذا به نظر اکثریت حکم مفهوم مخالف ماده ۶۳۱ ق.م.موجب قانونی برای امین شناختن آخذ وجود ندارد با عین حال به نظر می‌رسد که پذیرفتن این مطلب دشوار است زیرا از مجموع مواد مربوط به اجاره و عاریه و ودیعه و وکالت و اجاره و رهن و مانند اینها بخوبی بر می‌آید که در هر جا شخصی به رضای مالک و بر حسب اذن او بر مالی تسلط پیدا کند امین است خواه هدف اصلی تسلط امین قرار دادن او باشد یا مقصود از توافق امر دیگری باشد که لازمه تحقق آن استیلای بر مال است (Katouzian, 1999).

۸- بررسی نظریات فقهی و حقوقی در خصوص آخذ

از اینکه مسئولیت آخذ در اخذ بالسؤم ضمانی است نه امانی اکثریت نظر به ضمان دارند اما این اجماع نیست بلکه برخی از فقها و حقوقدانان تصرف آخذ را چون همراه با اذن مالک است از مصادیق امانت دانسته لذا در صورت عدم تعدی و تفریط متصرف را فاقد مسئولیت مدنی می‌دانند.

بحرانی آل صفور در کتاب الحدائق الناظره آورده که در ید اخذ بالسؤم اختلاف است و خود نظر داده مقبوض بالسؤم و بیع فاسد ضمانی است در دست مشتری (Al-Asfour al-Bahrani, 1985). فخر المحققین در کتاب ایضاح الفوائد آورده: گفته اند در ید اخذ بالسؤم اختلاف نظر وجود دارد و نظر مشهور بر ید ضمانی آخذ بالسؤم است ابن ادریس در در باب غصب نظر مشهور را پذیرفته است اما در کتابش موضع دیگر را پذیرفته و ید مأخوذ بالسؤم را ضمانی ندانسته است. مبنای اختلاف این است که ید ضمانی با توجه به قاعده علی الید ما اخذت حتی تودی ضمانی است و مبنای نظر دیگر مطابق اصل است. نزد ما نظر دوم قوی‌تر است (Hilli, 1985). محقق ثانی در جامع المقاصد آورده: هر قبضی به عقد فاسد یدش ضمانی است هر چند غصبی نباشد همین گونه است ید اخذ بالسؤم، اشکال در این ید این است که اذن مالک در آن وجود دارد و اصل برائت است اما اذن مقتضی امانت نیست به عمومات حدیث (علی الید ما اخذت حتی تودیه) و از طرف دیگر قبض در اخذ بالسؤم به نفع مشتری است مانند قبض در اجاره مستوفات فاسد که ضمان اجره المثل باقی است (Amili, 1994). محقق حلی در شرایع آورده: و از اسباب ضمان است عقد فاسد و قبض بالسؤم که مشتری قبض میکند ضامن است تا ابتیاع و منفعت اجاره فاسد به اندازه اجره المثل (Hilli, 1985). محمد حسن نجفی در کتاب جواهر آورده: ایضاً قبض بالسؤم هم ضمانی است در اکثر موارد ضمانی است بلکه نظر مشهور همین است همانطور که در مسالک آمده و غیر از آن از عموم هم می‌توان استنباط نمود از قائده علی الید ما اخذت و تصرف در فرض مذکور از فروض امانت خارج است (Najafi). یحیی بن سعید حلی در جامع الشرایع آورده: اخذ برای خرید ضمانی است و اگر ادعا کند که به صاحبش رد کرده باید قبول نشود مگر اینکه بینه حاضر کند مانند غاصب و مستعیر به شرط ضمان و عاریه طلا و نقره بدون شرط ضمان و بیع فاسد (Hilli, 1967).

امام خمینی در تحریرالوسیله آورده: به غصب ملحق می‌شود ضمان به عقد معاوضی فاسد و و شبه معاوضی مانند مهر و ملحق می‌شود به غصب همچنین مقبوض به سؤم و مراد از مقبوض بالسؤم گرفتن مبیع از طرف خریدار برای نظارت و اطلاع از خصوصیات مبیع و در نهایت خریدن مال و اگر تلف شود دارنده اخذ بالسؤم ضامن است (Mousavi Khomeini, 2011). شهید ثانی در مسالک الافهام آورده: و اما مقبوض بالسؤم آن قبض است برای خریدن و مشهور آن را نیز ضمانی می‌دانند با توجه به عمومات خبر سابق (علی الید ما اخذت حتی

تودی) و بعضی گفته اند ید ضمانی نیست بلکه امانی است چون به اذن مالک تصرف نموده مانند مقبوض در امانات دیگر ودیعه و غیر آن و اصل برائت ذمه است و عموم خبر را ابن ادریس و علامه در مختلف آورده است (Shahid Thani, 2012).

سید حسن امامی می گوید: در قانون مدنی ایران ماده‌ای که صریحاً حکم مال مأخوذ بالسوم را بیان نماید دیده نمی‌شود ولی می‌توان با توجه به ملاک ماده ۳۰۱ ق.م و صریح ماده ۶۳۱ ق.م و آنکه قانون مزبور گیرنده مأخوذ بالسوم را امین شناخته گیرنده آن را ضامن هر تلف و نقص و عیب دانست اگر چه تعدی و تفریط ننموده باشد (Emami, 1979). حقوقدانی دیگر می‌گویند اذن لزوماً رافع ضمان نیست و درست است که در امانت ما نیاز به اذن داریم ولی هر مأذونی امین نیست؛ بنابراین اخذ بالسوم مسؤلیت عینی دارد، زیرا کالا را مسترد کند و یا عوض آن را پرداخت کند و این چیزی جز یک توافق پایه و مقدماتی نیست که بر مبنای آن به راحتی می‌توان ضمانی بودن ید اخذ بالسوم را برداشت کرد (Ghasemzadeh, 2008) و بالاخره کاتوزیان در این خصوص اظهار داشته (Katouzian, 1999): تعهدی که گیرنده در وعده بیع اخذ بالسوم پذیرفته این نیست که برای حفظ مال بکوشد (تعهد به وسیله) او ملنزم شده است که هر گاه تصمیم به خریدن مال نگرفت آن را چنانکه سالم گرفته است برگرداند (تعهد به نتیجه) 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 اینکه نتواند عدم انجام تعهد را به حادثه خارجی و احتراز نا پذیر مربوط کند و بدین وسیله بی تقصیری خود را اثبات کند.

نتیجه‌گیری

هدف از مقاله حاضر بررسی تطبیقی مسؤلیت ناشی از اخذ بالسوم در فقه و حقوق ایران می‌باشد. بررسی‌ها نشان داد معنای کلمه سؤم و تعاریف لغوی که از آن ارائه شد از جمله دادن کالا برای بررسی و خرید و نشان دهنده اذن از طرف بایع بوده است. از معنای اخذ فهمیده می‌شود که گرفتن منظور است و گیرنده در اینجا با توجه به معنای سؤم منظور شخصی است که صرفاً به قصد ملاحظه کالا و نهایتاً خرید آن اقدام به گرفتن می‌کند و هر گیرنده‌ای (اسم مفعول) قطعاً دهنده‌ای (اسم فاعل) خواهد داشت و آن مالک کالا یا به تعبیر حقوقی بایع می‌باشد. از لفظ گرفتن در کنار السوم این نتیجه بدست می‌آید که اذن در آن مستتر است یعنی هر گرفتنی علی‌الاطلاق توأم با اذن است مگر اینکه همراه با قیودی مثل گرفتن با زور گرفتن با عدوان گرفتن با اکراه و... همراه باشد، بنابراین در اینجا است که وجه تمایز لفظ گرفتن با الفاظی مثل برداشتن تصرف شدن استیلاء و مسلط شدن مشخص می‌شود چرا که در هیچکدام از الفاظ اخیر الذکر اذن فاعل استنباط نمی‌شود؛ بنابراین اگر شخصی کالائی را بدون کسب اذن ولو به قصد خرید از بساط بایع بردارد مشمول این قاعده نخواهد بود و در صورت عدم رضایت بایع، بسان غاصب یا برخوردار می‌شود و مسؤلیت او نیز ضمانی و قاعده ضمان ید حاکم بر قضیه خواهد بود.

مشتری زمانی اجازه در برداشتن مال غیر را خواهد داشت که با اجازه صریح یا ضمنی بایع باشد و یا اینکه از قرائن و امارات عرفی، رضایت داشتن بایع فهمیده شود. اخذ با قبض نیز متفاوت است هر چند که در برخی از کتب حقوقی و فقهی بجای عبارت اخذ بالسوم به اشتباه قبض بالسوم آمده است.

طبق ماده ۳۶۷ ق.م قبض معلول تسلیم است و تسلیم یعنی دادن میبع بتصرف مشتری بنحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد یعنی زمانی قبض حاصل است که تسلیم به معنای فوق صورت گرفته باشد در حالیکه در قاعده مورد نظر اولاً هنوز بیعی صورت نگرفته تا میبعی مطرح شود ثانیاً کالا هیچگاه بمنظور انتفاع و بهره برداری و امکان پیدا کردن به انحاء تصرفات به مشتری داده نمی‌شود، بعلاوه با تعریفی که ماده مرقوم از قبض می‌کند (قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر میبع) در قاعده مورد بحث مشتری حق هیچگونه استیلائی بر کالا را

قبل از خرید ان نخواهد داشت بلکه فقط بمنظور معاینه و ملاحظه کالا است. می‌توان گفت رابطه اخذ با قبض رابطه عموم و خصوص من وجه است یعنی هر قبضی اخذ است، ولی هر اخذی قبض اطلاق نمی‌شو و قبض معمولاً در عبارات حقوقی به اخذ غیر قابل ارجاع گفته می‌شود.

اخذ بالسؤم یک قاعده حقوقی است معمولاً قواعد حقوقی و فقهی ادله محکم و انکار ناپذیری در بعد اثباتی وجود دارد، ولی در بحث اخذ بالسؤم این گونه نیست و موضوع دستخوش اختلاف نظرهای زیادی در مبنا شده است، ولی بر فرض اثبات اخذ بالسؤم به عنوان یک موضوع کلی نتیجه هر چه باشد با توجه به تعاریف حقوقدانان و فقها می‌تواند یک قاعده فقهی یا حقوقی باشد؛ بنابراین اختلاف نظرها در ادله اثبات اخذ بالسؤم، مانع قاعده بودن آن نیست و اخذ بالسؤم با توجه به تعاریف فوق خصوصیات یک قاعده را دارد، هر چند همین اختلاف نظرها باعث شده اند معمولاً اخذ بالسؤم از طرف بسیاری در بحث قواعد فقه مطرح نشود.

هر چند که قلمرو و حدود عمل قاعده ضمان اخذ بالسؤم لفظاً به عقد بیع و تصرفات مشتری به کالای مورد معامله قبل از وقوع عقد بیع متبادر به ذهن می‌شود اما هیچ خصوصیتی وجود ندارد که در یک جا مثلاً در بیع برای مشتری (ذوالید) مسئولیت قائل شویم و در جای دیگر مثلاً در ودیعه یا عاریه برای ذوالید آن قبل از وقوع عقد ودیعه و عاریه مسئولیت قائل نباشیم و از ذکر منابع و مبانی مسئولیت نتیجه خواهیم گرفت که تلف در هر جا به هر شکل توسط هر کس و با هر عنوان عقلاً شرعاً و قانوناً موجب ضمان خواهد بود و تفاوتی در تلف از بیع با تلف در سایر عقود نخواهد داشت.

با توجه به بررسی‌های انجام شده در نهایت پیشنهاد این است که نتیجه گرفتیم تعهد به نتیجه دانستن ید اخذ بالسؤم به عدالت نزدیک‌تر است اما اختلاف نظرها همچنان وجود دارد هیچ حکم صریحی در قانون مدنی در مورد اخذ بالسؤم وجود ندارد، لذا بهتر است قانون گذار مبنا و محدوده مسئولیت اخذ بالسؤم را بر مبنای تعهد یک طرفی بیع و تعهد به نتیجه بودن ید اخذ بالسؤم مشخص کند و به اختلاف نظرهای موجود در این زمینه پایان دهد.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

حامی مالی

این پژوهش حامی مالی نداشته است.

EXTENDED SUMMARY

The comparative study of liability arising from taking an item for examination (referred to as "balsom") in Islamic jurisprudence and Iranian law explores a nuanced concept that bears significant implications for legal and jurisprudential theories. This paper highlights how the notion of balsom, derived from traditional Islamic legal sources, intersects with contemporary legal frameworks. Balsom refers to the act of taking an item from a seller for examination purposes, with the implicit understanding that the item will either be purchased or returned without incurring liability. Despite shared foundational principles in both jurisprudence and Iranian law, the scholarly discourse reveals diverging perspectives on whether such possession should be treated as a form of liability or trust.

In Islamic jurisprudence, balsom is generally viewed through two main lenses: liability and trust. Jurists such as Jafari Langeroudi (2005) and Ghasemzadeh (2008) have contended that possession under balsom carries an implied trust due to the presence of the owner's consent (Ghasemzadeh, 2008; Jafari Langeroudi, 2005). The implicit permission granted to the possessor suggests that the act of taking the item does not constitute wrongful possession, thus shielding the possessor from liability. Nevertheless, this permissiveness is conditional, mandating the purchaser to either complete the transaction or return the item intact. The concept aligns with the principle of "Ali al-Yad," which asserts that a person in possession of another's property holds liability unless they are explicitly exempted (Katouzian, 2006).

However, the debate intensifies when examining the theoretical foundation of balsom as a legal rule. Scholars like Yazdani (2001) have noted that, unlike other legal and jurisprudential norms underpinned by clear and incontrovertible evidence, balsom lacks definitive scriptural or rational support (Yazdani, 2001). The absence of a unanimous interpretative framework fuels disputes about its categorization. As Ghasemzadeh (2008) articulates, disagreements over the evidentiary basis do not necessarily negate the rule's validity; instead, they reflect its complex and context-dependent nature. This ambivalence complicates the legal obligations of individuals engaging in balsom, highlighting the need for a more cohesive interpretive approach within Islamic legal theory (Ghasemzadeh, 2008).

The Iranian legal system, influenced by both Islamic jurisprudence and modern legal doctrines, echoes similar complexities. The Civil Code, while silent on balsom, has prompted jurists to extrapolate from other relevant statutes. Emami (1979) observes that the absence of explicit legislative guidance necessitates reliance on Islamic jurisprudential principles and analogies drawn from related concepts such as trust and wrongful possession. The debate centers around whether balsom falls under the category of contractual obligations or remains a sui generis construct. The differentiation between contractual and non-contractual liability is pivotal, as it shapes the legal remedies available to both the possessor and the owner of the property (Emami, 1979).

Moreover, the analysis extends to the notion of eidi (types of possession) in Islamic jurisprudence, distinguishing between rightful and wrongful possession. Mohammadi (2006) delineates three primary types: ownership-based possession, trust-based possession, and wrongful possession. In the context of balsom, possession is generally categorized as trust-based, provided there is no evidence of negligence or willful harm (Mohammadi, 2006). This categorization implies that liability is not automatic; instead, it hinges on the conduct of the possessor. Shahidi (2009) emphasizes that any deviation from the implicit conditions of trust, such as damage resulting from negligence, could shift the legal standing of the possessor from a trustee to a liable party (Shahidi, 2009).

The interpretive divide among jurists also reflects broader jurisprudential principles concerning consent and authority. Shahid Thani (2012) discusses the nuanced differences between explicit and implicit consent, underscoring that mere possession with the owner's consent does not absolve the possessor of all responsibility. The conditional nature of consent in balsom cases illustrates the intersection of legal theory and practical application, as the possessor's obligations extend beyond mere physical custody to ensuring the item's preservation (Shahid Thani, 2012). This perspective aligns with Katouzian's (1999) argument that possession under balsom entails an obligation to return the item in its original condition, thus creating a hybrid form of liability rooted in both trust and result-oriented duties (Katouzian, 1999).

Finally, the paper calls for legislative reform to address the ambiguities surrounding balsom. Katouzian (2008) advocates for clearer statutory provisions to delineate the rights and obligations

of parties engaged in such transactions (Katouzian, 2008). By codifying the principles governing balsom, the Iranian legal system could reduce interpretive discrepancies and enhance legal predictability. This reform would not only harmonize jurisprudential and statutory interpretations but also provide a robust framework for resolving disputes. The ongoing scholarly dialogue emphasizes the importance of balancing traditional jurisprudential wisdom with contemporary legal needs, ensuring that concepts like balsom remain relevant and practically applicable in an evolving legal landscape.

References

- Al-Asfour al-Bahrani, Y. i. A. i. I. (1985). *Al-Hada'iq al-Nadhira fi Ahkam al-Itra al-Tahira*. Islamic Publishing Office affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom.
- Amili, M. a.-T. A. i. H. (1994). *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*. Al al-Bayt Institute.
- Emami, S. H. (1979). *Civil Law (6-volume series)*. Islamieh Publications.
- Ghasemzadeh, S. M. (2008). *Foundations of Civil Liability*. Mizan Publications.
- Hilli, F. a.-M. M. i. H. i. Y. (1967). *Idah al-Fawa'id fi Sharh Mushkilat al-Qawa'id*. Ismailian Institute.
- Hilli, Y. i. S. (1985). *Al-Jami' li'l-Shara'i*. Sayyid al-Shuhada Scientific Institute.
- Jafari Langeroudi, M. J. (1999). *Mabsoot in Legal Terminology, Vol. 3*. Ganj Danesh Publications.
- Jafari Langeroudi, M. J. (2005). *Legal Terminology*. Ganj Danesh Publications.
- Katouzian, N. (1999). *Specific Contracts, Vol. 1*. Nashr Company.
- Katouzian, N. (2006). *General Rules of Contracts, Vol. 1*. Nashr Company.
- Katouzian, N. (2008). *Civil Liability, Vol. 1*. University of Tehran Press.
- Katouzian, N. (2009). *Civil Law in the Current Legal System, Vols. 1 & 2*. Mizan Publications.
- Maraghi, M. A. a.-F. i. A. H. (1996). *Al-Anawin al-Fiqhiyya*. Islamic Publishing Office affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom.
- Moein, M. (2008). *Persian Dictionary, Vol. 1*. Parseh Publications.
- Mohammadi, A. (2006). *Rules of Fiqh*. Mizan Publications.
- Mousavi Khomeini, S. R. (2011). *Tahrir al-Wasila*. Dar al-Ilm Publications.
- Najafi, S. H. *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharayi' al-Islam*. Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- Rafati, M. I. (2011). The Nature and Characteristics of the Contract of Deposit. *Taali-e-Hoquq Journal*, 15.
- Shahid Thani. (2012). *Sharh al-Luma'a*. Dar al-Ilm Publications.
- Shahidi, M. (2009). *Principles of Contracts and Obligations*. Majd Publications.
- Tabatabai Hakim, S. M. (1995). *Mustamsak al-Urwat al-Wuthqa*. Dar al-Tafsir Institute.
- Tehanuvi, M. A. i. A. (1967). *Istilahat al-Funun, Vol. 1*. Tehran Offset Printing.
- Yazdani, A. (2001). *Akhdh bil-Sawm* Islamic Azad University of Tehran Central].
- Yazdi Tabatabai, S. M. K. (1990). *Hashiyat al-Makasib, Vol. 1*. Ismailian Publications.