

## مسئولیت مدنی گیرنده مال در معرض فروش\*

□ سام محمدی<sup>۱</sup>

□ محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی<sup>۲</sup>

### چکیده

به طور معمول، خریدار هنگام خرید از فروشنده درخواست تسلیم کالا را برای بررسی و معاینه می‌نماید تا در صورت پسندیدن آن را بخرد. در فقه از آن کالا تعبیر به «مأخوذ بالسوم» و یا «مقبوض بالسوم» می‌شود. آیا اگر کالای گرفته شده بدون تعدی یا تفریط گیرنده تلف یا معیوب گردد، آیا او مسئول است؟ در این جستار نشان داده می‌شود که به رغم نظریه مرسوم، مسئولیت گیرنده کالای در معرض فروش در برابر مالک قراردادی و از نوع تعهد به نتیجه است؛ یعنی گیرنده تعهد نموده است که کالای اخذ شده یا ثمن آن را به مالک برگرداند. در غیر این صورت، در برابر مالک مسئول است و باید از عهده خسارات وارد شده به صاحب مال - بر اثر تلف یا معیوب شدن کالا - برآید، مگر اینکه قوه قاهره را اثبات کند.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۵/۳۰.

۱. دانشیار دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (s.mohammadi@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی (mohammadhosein\_taghipoor@yahoo.com).

**واژگان کلیدی:** مسئولیت مدنی، معرض فروش، گیرنده، ضمانی بودن، امانی بودن، قراردادی بودن.

### مقدمه

مشتری حق دارد قبل از خرید کالا آن را ببیند و پس از بررسی آن اقدام به خرید کند. از سوی دیگر، فروشنده نیز باید کالای خود را در معرض دید مشتری قرار دهد تا نظر وی را برای خرید جلب نماید. در فقه از کالای در معرض فروش، با عنوان «مأخوذ بالسوم» یاد می‌شود (مامقانی، ۱۳۱۶: ۲۸۵/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۹۲/۸) و به کسی که کالا را از دست فروشنده می‌گیرد تا پس از بررسی و پسند آن اقدام به خرید کند، «آخذ بالسوم» گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۰۸/۱). «آخذ» در لغت به معنای اتخاذ، قبض، گرفتن، ستدن، فرا گرفتن، باز گرفتن آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۵۱۹/۱) و «سوم» بر وزن یوم در لغت به معنای عرضه کردن کالا و بهای آن را گفتن، اشتغال به تجارت، معامله، بها و قیمت می‌باشد (عمید، ۱۳۵۷: ۱۲۵۱/۲).

مسئله اصلی این است که در این فرض، مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش در قبال تلف یا معیوب شدن کالا چیست؟ با وجود اینکه فقها درباره مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش، دیدگاه‌هایی را با استدلالات مختلف ابراز داشته‌اند، قانون مدنی صریحاً به هیچ کدام اشاره نکرده و موضوع را مسکوت گذاشته است (مدنی، ۱۳۸۳: ۹۱/۳). مشهور فقها و اکثر حقوق‌دانان ید وی را ضمانی می‌شمارند و او را در هر حال مسئول تلف یا عیب حادث می‌دانند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸: ۱۸۷/۳؛ امامی، ۱۳۶۸: ۱۷۰/۲). برخی مقبوض بالسوم را به عنوان یکی از اسباب جداگانه و مستقل ضمان و مسئولیت، در کنار دیگر اسباب همچون غصب، اتلاف، تسبیب و استیفا قرار می‌دهند (حلی، ۱۴۲۰: ۵۲۵/۴). عده دیگر نیز ید گیرنده مال در معرض فروش را امانی می‌دانند و تنها در صورت تعدی یا تفریط، وی را مسئول می‌شمارند (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۳۸۷: ۷۴/۱؛ صانعی، ۱۳۸۴: ۷۴. سؤال ۱۳۶؛ بهجت فومنی، ۱۴۲۸: ۴۰۷). این دو گروه (طرف‌داران ضمانی بودن ید گیرنده و امانی بودن ید گیرنده) بر مبنای ضمان قهری نظر داده‌اند. اما می‌توان بر مبنای مسئولیت قراردادی گیرنده، نظر سومی را ارائه داد. بر اساس این نظریه که نسبت به دو نظر قبلی، دیدگاهی نوین محسوب می‌گردد و در کتب فقهی، فقها

به طور مستقیم در این خصوص، مطلبی بیان ننموده‌اند، این است که بین طرفین، قراردادی منعقد می‌گردد که گیرنده موظف است یا مال را برگرداند و یا عوض را بپردازد. در غیر این صورت، وی در مقابل مالک مسئول خواهد بود. اگرچه این قرارداد تعهدی ابتدایی محسوب می‌شود و مشهور فقها معتقدند که تعهد ابتدایی صحیح نیست و تعهد باید در ضمن عقد دیگری ایجاد شود، چنین تعهدی در فقه همانند حقوق ایران پذیرفتنی است. نکته بعدی چگونگی حصول این توافق است که بر مبنای شرط ضمنی عرفی که در فقه نیز پذیرفته شده است، گیرنده موظف به چنین تعهدی است، به طوری که حتی اگر طرفین در این باره سکوت نموده باشند، عرف چنین امری را می‌پذیرد و آن‌ها موظف به رعایت آن می‌گردند، مگر اینکه به طور صریح بر خلاف عرف توافق نمایند. بنابراین، کل بحث را ذیل سه نظریه پی می‌گیریم.

## نظریه ضمانی بودن ید گیرنده

### طرح نظریه

مشهور فقها قائل به ضامن بودن گیرنده مال در معرض فروش‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۸/۱۳؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸: ۱۸۷/۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۵۴/۸؛ عمیدی، ۱۴۱۶: ۵۰۳/۱؛ قطن حلی، ۱۴۲۴: ۴۱۱/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۲: ۳۷۹). برخی فقهای متأخر نیز قائل به ضمانی بودن ید آخذ بالسوم‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ۴۰۸، مسئله ۲۵۶۳؛ سیستانی، به نقل از: بنی‌هاشمی خمینی، ۱۳۸۳: ۵۵۲/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۴۲۴).

منظور از ضمان در این فرض آن است که در صورت تلف یا معیوب شدن مال گرفته‌شده، ضمانش بر عهده مالک نیست، بلکه بر عهده گیرنده است و در صورت تلف، باید بر حسب مورد، مثل یا قیمت را بدهد و در صورتی که معیوب و ناقص شود، ارزش و غرامت آن نیز بر عهده مشتری است. اگرچه زیادی متصل و منفصل برای مالک است، خواه تلف یا عیب به فعل گیرنده باشد یا از جانب خدا (قوة قاهره) و یا حتی از جانب غیر بایع و مشتری (حلی، ۱۴۱۰: ۳۶۲/۱؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۳۱-۳۳۰/۵؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۱۵۵-۱۵۴/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۶۹/۲). برخی مسئولیت گیرنده را شامل تمامی

خسارات وارد شده به مالک (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۱۱۵/۲) و عده‌ای در اختلاف بین طرفین در وجود عیب سابق، قول مالک را به لحاظ ضمانی بودن ید گیرنده مقدم دانسته‌اند (فقعانی، ۱۴۲۱: ۲۹۰).

نکته قابل ذکر این است که قاعده علی‌الید اختصاص به مقبوض بالسوم ندارد، بلکه هر موردی را که مال غیر - چه با اذن مالک و چه بدون اذن وی - در اختیار دیگری قرار می‌گیرد، شامل می‌شود، چنان که طبق نظر اکثر فقها، مالی که به زن داده می‌شود تا در صورت قبول وی، مهر وی به شمار رود، مشمول عموم قاعده علی‌الید است با اینکه در این فرض نیز مال با اذن مالک در اختیار شخص قرار دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۳/۳۷؛ مدنی، ۱۳۸۳: ۹۱-۹۰/۳).

### مبنای نظریه

بسیاری از فقهای قائل به ضمانی بودن ید گیرنده، مبنای مسئولیت او را قاعده علی‌الید می‌دانند. این قاعده، مستفاد از قول رسول اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ است: «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۳۰۲/۱). مطابق این حدیث، چنانچه عین مال مأخوذ موجود باشد، بر متصرف واجب است که از آن رفع ید کند و خود آن را به مالک پردازد و چنانچه تلف یا معیوب شده است، بر عهده اوست که مثل یا قیمت آن را به مالک تسلیم نماید و در مورد عیب، جبران خسارت کند (گرچی، ۱۳۶۹: ۲۴۸/۲). ضمان ید در مورد متصرف مال غیر به صورت قاعده‌ای کلی است. به عبارت دیگر، اصل در وضع ید ضمان است، مگر آنکه دلیلی بر عدم ضمان وجود داشته باشد؛ یعنی یدی با اذن مالک یا شارع و قانون بر مالی سلطه پیدا کند و شارع و یا مالک وی را ضامن ندانند. در این موارد، از باب «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه/۹۱) و حدیث نبوی «الیس علی الأمین إلا الیمین»، ید گیرنده مال امانی است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۶-۱۰۷/۲؛ طاهری، ۱۳۸۷: ۲۱۵/۱)، مانند ید مستودع، یا بنده لقطه. در موارد تردید و در زمانی که دلیلی بر عدم ضمان نداشته باشیم، مانند مقبوض بالسوم، صانع، پزشک، باید به اصل رجوع کنیم و قائل به ضمانی بودن ید باشیم (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲۳۶/۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۴۱۶/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۶/۲۷). مضافاً اینکه مالک مال را به رایگان و بلاعوض به آخذ

نمی‌دهد، بلکه اذن او مقید است که مال با عوض در دست آخذ باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۶۱۰/۱۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۶۳/۱؛ عمیدی، ۱۴۱۶: ۶۴۹/۱) یعنی یا مال را برگرداند یا عوض را بدهد. به علاوه، مطابق حدیث «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» مقتضای حرمت مال مسلمان صرفاً حکم تکلیفی نیست بلکه شامل حرمت وضعی نیز می‌گردد؛ چه زمانی می‌توان مالی را محترم دانست که در صورت تلف یا نقص مال، گیرنده آن ملزم به جبران خسارت باشد (طاهری، ۱۳۷۸: ش ۵۲/۴).

ممکن است گفته شود که در مأخوذ بالسوم اذن مالک وجود دارد و اذن مانع ضمان است اما باید گفت، اولاً این مسئله در بین فقها اختلافی است و تعداد اندکی به علت اذن مالک و امانت مالکانه نظر به عدم ضمان آخذ بالسوم داده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶: ۳۹). ثانیاً در صورتی که این مسئله دلیل خاصی داشته باشد که موجب ضمان گردد باید گفت که نسبت به ادله عدم ضمان امین تخصیص خورده است و مستثنا می‌باشد؛ زیرا قبض در این فرض به عنوان امانت مالکانه صورت نمی‌گیرد، بلکه برای خرید در اختیار گیرنده قرار داده می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۷/۲). همچنین چنانچه فردی بر اثر اضطرار، نیاز پیدا کند تا در مال دیگری تصرف نماید با وجود اینکه در این فرض علی‌الظاهر از نظر شرعی اذن وجود دارد، فقها حکم به ضمان نموده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۸۳/۲؛ لطفی، ۱۳۷۹: ۱۸۰).

بر اساس تحلیلی، ید ضمانی به دو دسته ضمانی عدوانی و ضمانی غیر عدوانی تقسیم می‌شود. برای امانی شدن ید گیرنده مال غیر دو شرط لازم است: یکی وجود اذن مالک و دیگری منظور نشدن عوض (مجانیت). در صورتی که هر دو شرط با هم وجود نداشته باشد، ید گیرنده ضمانی عدوانی است که مهم‌ترین مصداق آن، غصب مال غیر است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۹۶/۱) اما در صورت فقدان تنها یکی از این دو شرط و نیز عدم وجود عدوان، ید متصرف ضمانی غیر عدوانی است. در مورد آخذ بالسوم اگرچه اذن مالک وجود دارد، به دلیل منظور شدن و لحاظ عوض، ید آخذ ضمانی است. در واقع، علت امانی بودن ید مستودع و مستعیر نیز دادن اذن به آن‌ها بدون لحاظ عوض است (همان: ۹۳-۹۵؛ صیمری، ۱۴۲۰: ۸۸/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۷۷/۴؛ حلی، ۱۴۱۴: ۲۷۳-۲۷۴/۱۶). همچنین به دلیل اینکه یکی از دو شرط یعنی اذن وجود دارد و نیز عدوان

وجود ندارد، ید آخذ بالسوم ضمانی عدوانی نیست بلکه غیر عدوانی است. با وجود این، اگر آن مال تلف یا معیوب گردد، وی ضامن تلف و نقص خواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۰۵-۱۰۲/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۰۸/۱).

در حقوق ایران نیز با توجه به مقررات قانون مدنی، همانند فقه، اصل بر ضمانی بودن ید متصرف مال غیر می‌باشد، هرچند متصرف، مأذون باشد، مگر تصرفاتی که ناشی از عقدی باشد که قانون ید متصرف را در آن امانی بداند؛ مانند تصرف مستأجر در عقد اجاره (ماده ۴۹۳ ق.م.) و مستودع در عقد ودیعه (ماده ۶۱۴ ق.م.) و یا اینکه تصرفی باشد که به مناسبت وظیفه قانونی مانند ولایت یا قیمومت بر عهده متصرف قرار گرفته است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۸/۲)؛ زیرا بر اساس مفهوم مخالف ماده ۶۳۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هر گاه 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 مولی علیه و امثال آن‌ها ضامن نمی‌باشند، مگر در صورت تعدی و تفریط و 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، اگرچه مستند به فعل او نباشد» در فرضی که قانون، متصرف مال غیر را امین قرار نداده باشد، او مانند مستودع نخواهد بود، یعنی ضامن است (امامی، ۱۳۶۸: ۱۷۰/۲).

حسن نظریه ضمانی بودن ید گیرنده این است که از مالک حمایت می‌شود؛ چه وی آسوده خاطر می‌گردد که در هر حال یا مالش برمی‌گردد و یا مثل یا قیمت آن را دریافت می‌کند. این تضمین موجب می‌گردد که افراد به یکدیگر اعتماد کنند و مال خود را به یکدیگر بسپارند.

### نقد نظریه (اعم از نظریه اصلی و نظریه‌های نزدیک)

طرف داران ضمانی بودن ید گیرنده به اطلاق قاعده علی‌الید استناد کرده‌اند. اگرچه قاعده علی‌الید متن حدیث نبوی است، این حدیث از لحاظ سند، ضعیف و مرسل است (طاهری، ۱۳۸۷: ۲۲۵/۱). همچنین این حدیث در آثار قدمای امامیه و در کتب

معتبر شیعه چندان استفاده نشده است. تنها از قدما ابن ادریس حلی در چند مورد به این حدیث استناد نموده است. در کتب اهل سنت نیز طریقی این حدیث، ضعیف است (گرجی، ۱۳۶۹: ۲۴۸/۲؛ طاهری، ۱۳۷۸: ش ۵۰/۴). مضافاً اینکه در قول مخالف نیز اجماعی وجود ندارد، اگرچه قول مشهور است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۹۹/۱۰). همچنین برخی معتقدند که حدیث علی‌الید تنها محدود به حکم تکلیفی است (رشتی گیلانی، ۱۴۰۱: ۱۱). بنابراین، در موارد تردید همچون آخذ بالسوم نمی‌توان به حدیثی که سند آن ضعیف و مرسل است استناد نمود.

در جواب استنادکنندگان به ماده ۶۳۱ قانون مدنی باید گفت که ضرورتی ندارد صفت امانت ناشی از حکم قانون باشد. اذن مالک این وصف را برای متصرف به وجود می‌آورد و ماده ۶۳۱ پاره‌ای از این گونه امور را صرفاً برای مثال آورده است. در موردی نیز که صاحب کالا آن را برای فروش عرضه می‌کند و بر مبنای توافقی که با خریدار کرده است به تصرف او می‌دهد، بدین وسیله خریدار را در نگهداری از مال، امین خود می‌سازد (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۳۸۷: ۸۶/۱). همچنین ماده مزبور، در قسمت مقررات مربوط به تعهدات امین جای می‌گیرد که مواد ۶۱۲ تا ۶۳۲ قانون مدنی را به خود اختصاص داده است. بر طبق همین ماده ۶۳۱ قانون مدنی، گیرنده (امین) وقتی مسئول است که در حفظ کالا تعدی و تفریط کرده باشد (مدنی، ۱۳۸۳: ۹۱/۳-۹۲).

ضامن دانستن شخصی که کالا به صورت امانت شرعی در اختیار اوست موجب اضرار بدون دلیل به وی است (لطفی، ۱۳۷۸: ش ۹۷/۴۴). در مورد آخذ بالسوم که با اذن مالک، مال را در اختیار دارد به قیاس اولویت موجب اضرار بدون دلیل به وی می‌گردد؛ زیرا در این فرض، شخص با اذن و رضایت کامل مالک مال را در اختیار دارد. همچنین تمامی فقها ید یابنده مال گمشده را امانی (امانت شرعی) می‌دانند (همان: ش ۱۰۶/۴۴)، با اینکه اذن وجود ندارد. اما درباره آخذ بالسوم که اذن مالک وجود دارد به طریقی اولی باید ید گیرنده، امانی باشد. همچنین از مجموع مواد مذکور در قانون مدنی مربوط به ودیعه، عاریه و اجاره برمی‌آید که هر زمان که فرد به اذن و رضای صاحب مال بر مالی تسلط ییابد، امین است، خواه مقصود اصلی تسلط، امین قرار دادن او باشد یا هدف از توافق چیز دیگری باشد که لازمه تحقق آن استیلا بر

مال است. منشأ ضمان غاصب در بازگرداندن مال دیگری، حکم قانون است اما امین بر اساس قراردادی که با مالک دارد، متعهد به بازگرداندن مال امانی خواهد بود (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۳۸۷: ۷۴/۱).

برخی آخذ بالسوم را در کنار مقبوض به عقد فاسد قرار داده و ید آخذ بالسوم را همانند ید مقبوض به عقد فاسد ضمانی می‌دانند (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰۷/۲۱-۳۰۹؛ لطفی، ۱۳۷۸: ۱۱۱/۴۴) در حالی که مسئولیت این دو کاملاً متفاوت است؛ زیرا امانت مالکی در فرضی است که مال از جانب مالک و با اذن وی در اختیار دیگری قرار گیرد و در مأخوذ بالسوم، گیرنده به طور مستقیم از خود مالک مال، اذن در قبض برای بررسی و معاینه کالا دارد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۳۸/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۹۸/۱۰-۴۹۹) و در مأخوذ بالسوم، قصد مالک امان دانستن آخذ است. اما در خصوص مقبوض به عقد فاسد این اذن از آن رو انجام می‌گیرد که قابض طبق عقدی که انجام می‌شود مالک مال گردد؛ زیرا در این صورت با جهل به فساد عقد و به تصور اینکه انتقال مبیع و ملکیت حاصل می‌شود اذن داده می‌شود. در نتیجه، امانت مالکی وجود ندارد؛ چون صاحب مال به اشتباه گیرنده را مالک می‌پنداشت و در قصد مالک اشتباه رخ داده است. اگر مالک می‌دانست که قرارداد از اساس باطل است، هیچ گاه حاضر به تسلیم مال به گیرنده نمی‌شد. بنابراین، این دو را نمی‌توان در کنار هم قرار داد و مسئولیت آن دو را یکسان دانست. مضافاً اینکه در مقبوض به عقد فاسد، صرفاً اذن در قبض وجود دارد و اذن در استمرار در تصرف وجود ندارد. لذا مسئولیت مقبوض به عقد فاسد در حکم غصب است (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۱۳۸۷: ۱۹۸-۱۹۹)، اما در مأخوذ بالسوم علاوه بر اذن در قبض، اذن در استمرار تصرف و بررسی و معاینه کالا وجود دارد.

عیب نظریه ضمانی بودن مسئولیت گیرنده این است که چنانچه خریدار تمام تلاش و محافظت‌های متعارف را برای حفظ مال بنماید و با این حال، مال تلف یا معیوب گردد، همچنان مسئول است. همچنین ضمانی دانستن ید گیرنده مال در معرض فروش، مستلزم عسر و حرج است؛ زیرا اگر وی ضامن شناخته شود، برای اجتناب از ضرر، از تحویل گرفتن مال خودداری می‌نماید. در این صورت، در آسانی بسیاری از معاملات خلل ایجاد می‌گردد؛ زیرا ضرورت مبادله کالاها و خدمات و پیوندهای



اقتصادی، مانع از آن است که اموال همیشه در تصرف و اختیار مالکان آنها باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۷/۴) و با توجه به اینکه مردم به دادوستد نیازمندند، این مسئولیت موجب تعطیل امور است که امری حرجی است (حسینی مراغی، ۱۳۸۵: ۱۱۴).

## نظریه امانی بودن ید گیرنده

### طرح نظریه

بر اساس نظریه امانی بودن مسئولیت گیرنده، وی موظف است طبق آنچه متعارف است از مال مأخوذ مواظبت نماید و در حفظ آن تعدی و تفریط نکند. در این صورت، اگر مال تلف یا معیوب گردد، وی مسئولیتی نخواهد داشت. با این حال، چون امین اصولاً تعهد به وسیله می نماید و سلامت مالی را که به وی سپرده شده است تضمین نمی کند، مالک موظف است که تقصیر و کوتاهی وی در حفاظت از مال را در تلف یا معیوب شدن اثبات نماید. در غیر این صورت، گیرنده مسئول نخواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۸/۴). مطابق ماده ۶۱۴ قانون مدنی:

امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است، نمی باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط.

از قدما ابن ادریس در باب وکالت کتاب *السرائر* معتقد است که ید گیرنده مال در معرض فروش، ضمانتی نیست؛ زیرا وی مال را به اذن مالک در اختیار می گیرد و اصل، برائت ذمه وی است (۱۴۱۰: ۸۶/۲). از دید بسیاری از فقیهان این نظر به مصلحت نزدیک تر است؛ زیرا اصل بر عدم ضمان است (حلی، ۱۴۱۳: ۳۲۱/۵؛ حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷: ۱۶۷/۲؛ صانعی، ۱۳۸۴: ۷۴، سؤال ۱۳۶؛ بهجت فومنی، ۱۴۲۸: ۴۰۷). نیز قابض مال را قبض می کند تا در صورت پسندیدن، آن را بخرد و در غیر این صورت آن را به مالک مسترد نماید. پس مال در نزد وی به صورت امانت است و ضمانتی بر عهده وی نیست (عاملی، ۱۴۱۴: ۳۶/۲).

### مبنای نظریه

در تمام مواردی که مال غیر در نزد شخص است و او از طرف مالک یا شارع مأذون

می‌باشد و از طرف مالک یا شارع شرط ضمانی هم نشده باشد، ید گیرنده مال غیر، امانی است و گیرنده مأذون همچون وکیل مالک می‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۶۵/۱). همچنین مطابق روایت «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه» اذن، رافع و مانع ضمان است؛ زیرا مستثنای جمله یعنی «عن طیب نفسه» که به معنای رضایت خاطر است، از اذن صریح، فحوا و یا شاهد حال، استفاده می‌شود. فقها به این روایت هم برای حرمت و حکم تکلیفی و هم برای ضمان و حکم وضعی استناد کرده‌اند (محمدی، ۱۳۹۰: ۵۶؛ فرحی، ۱۳۹۰: ۷۳). از ظاهر روایت «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» نیز این مطلب برداشت می‌شود که ید به مورد غیر مأذون اختصاص دارد. هرچند منظور از ید استیلا به نحو مطلق است، تعبیر «أخذت» در روایت معمولاً درباره گرفتن چیزی از روی قهر و غلبه که رضایتی در آن وجود ندارد به کار می‌رود (فرحی، ۱۳۹۰: ۵۳۵؛ لطفی، ۱۳۷۹: ۱۲۴). بنابراین، متصرف مأذون از شمول حدیث علی الید خارج می‌باشد و در این فرض، ید او مانند ید مستودع است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۴۶/۱۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۷۵-۱۷۴/۱۲؛ عمید زنجانی، ۱۳۹۱: ۱۷۸/۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۸/۱۳).

اذن تصرف و مسلط نمودن دیگری بر مال خود از طرف مالک، موجب از بین رفتن حرمت مال می‌شود و طبعاً این امر ملازم با از بین رفتن ضمان مال است (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۲۸۶؛ فرحی، ۱۳۹۰: ۷۳). همچنین برخی امانت را به دو فرض عام و خاص تقسیم کرده‌اند. از دید اینان، امانت خاص عبارت است از تصرف در مال غیر با اذن مالک؛ و امانت عام قرار گرفتن مال غیر در اختیار دیگری با عدم اطلاع وی (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۹۲/۱۷). به طور ضمنی، از برخی مقررات قانون مدنی عدم ضمان مأذون استفاده می‌شود؛ برای مثال، ماده ۴۹۴ قانون مدنی، مستأجری را که پس از انقضای زمان اجاره، عین مستأجره را با اذن مالک در تصرف دارد در صورتی موظف به پرداخت اجرة المثل ساخته است که استیفای منفعت کرده باشد. مفهوم آن این است که ضامن منافع غیر مستوفات نمی‌باشد در حالی که این منافع در ید شخص مأذون تلف می‌گردد. اگرچه برخی حقوق دانان حکم این ماده را مستثنا می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۸/۲) این ماده مؤید این مطلب است که قانون مدنی ید مأذون را ضمانی نمی‌داند. همچنین قانون مدنی در مواد دیگری نیز ید متصرفی را که صرفاً اذن دارد، امانی دانسته

است؛ از جمله مواد ۵۷۷، ۵۸۲ و ۵۸۴ ق.م. که ید شریک مأذون در تصرف مال مشترک را امانی می‌داند (همان: ۱۰۹/۲).

صاحب‌العناوین درباره ید گیرنده مال غیر بیان می‌کند: در صورتی ید گیرنده امانی است که گیرنده مال را به مصلحت مالک گرفته باشد، مانند مستودع و در مواردی که گیرنده، مال را برای مصلحت خود و یا برای مصلحت مالک و خود دریافت می‌کند، یدش ضمانتی است، ولو اینکه مال را با اذن گرفته باشد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۸۳/۲-۴۸۴). بنابراین، بر طبق این نظر ممکن است گفته شود که گیرنده مال در معرض فروش چون مال را برای مصلحت خودش و یا حداقل برای مصلحت هر دو می‌گیرد، یدش ضمانتی است؛ زیرا گیرنده مال در معرض فروش، مال را قبض می‌نماید تا از غبن و خطای در قیمت مصون بماند. لذا به مصلحت خویش اقدام به قبض می‌کند (همو، ۱۳۸۵: ۱۱۳). اما در جواب این نظر باید گفت که ید امین دو گونه است: یا امانت با هدف نفع مالک است، مثل مستودع در عقد ودیعه که قبض مال به دست امین با هدف نفع مالک است؛ یا برای نفع و مصلحت امین است، مانند عاریه (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۴۴/۱-۱۴۵؛ محمدی، ۱۳۹۰: ۵۸؛ لطفی، ۱۳۷۹: ۱۶۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۱۵/۶). بنابراین، مواردی را می‌توان یافت که با ملاکی که خود صاحب‌العناوین مطرح نموده است، تطبیق نمی‌کند؛ زیرا مستعیر و یا مستأجر، مال را برای مصلحت خود می‌گیرند و یا حداقل برای رعایت مصلحت خودشان و مالک می‌گیرند و تنها به مصلحت مالک نمی‌گیرند.

قانون‌گذار در فصل دوم قانون مدنی، تحت عنوان ضمان قهری، چهار مورد را تحت عنوان مواردی که موجب ضمان قهری است، برمی‌شمرد. طبق ماده ۳۰۷ ق.م. این چهار مورد عبارت‌اند از: ۱. غصب و آنچه در حکم غصب است؛ ۲. اتلاف؛ ۳. تسبیب؛ ۴. استیفا. در مورد مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش ممکن است گفته شود که مسئولیت وی در قالب یکی از سه قسم اول ماده ۳۰۷ ق.م. قرار می‌گیرد و یدش امانی نیست. در مورد غصب، با توجه به اینکه مطابق ماده ۳۰۸ ق.م.: «غصب استیلا بر حق غیر به نحو عدوان است» و در استیلا بر مال توسط گیرنده مال در معرض فروش عدوان وجود ندارد، عمل گیرنده، غصب نیست. همچنین مسئولیت وی

در حکم غصب هم نیست؛ زیرا بر اساس ماده ۳۰۸ ق.م.ا: «اثبات ید در مال غیر بدون مجوز، در حکم غصب است» و گیرنده مال در معرض فروش، مال را با مجوز و رضایت کامل مالک در اختیار می‌گیرد. اتلاف نیز ناظر به فرضی است که شخص به طور مستقیم مال دیگری را تلف کند؛ یعنی در کار مباشر تلف باشد. در تسبیب نیز اگرچه شخص به طور مستقیم مباشر تلف نیست مقدمات تلف را فراهم می‌کند؛ یعنی کاری را انجام می‌دهد که در نتیجه آن کار یا به علل دیگری، تلف واقع می‌شود (کاتوزیان، *الزام‌های خارج از قرارداد*، ۱۳۸۷: ۲۸-۲۹). در این دو فرض آخر مطابق قاعده «من ألتف مال الغیر فهو له ضامن» (محمدی، ۱۳۹۰: ۱۹) تردیدی در ضامن بودن شخص نیست. اما با توجه به اینکه فرض ما ناظر به صورتی است که مال در معرض فروش بدون مباشرت و بدون تقصیر گیرنده، تلف شود، بنابراین اتلاف و تسبیب تخصصاً از بحث مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش خارج است و به نوعی خروج موضوعی می‌یابد. بنابراین، مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش در هیچ یک از فرض ذیل فصل ضمان قهری مذکور در مواد ۳۰۷ به بعد قانون مدنی قرار نمی‌گیرد. در نتیجه، بر اساس قانون مدنی ایران نمی‌توان مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش را ضمانی و یا غیر قراردادی دانست.

همچنین در نظام حقوق ایران با توجه به ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی،<sup>۱</sup> اصل بر مسئولیت مبتنی بر تقصیر است؛ یعنی قانون کلی این است که شخص در صورتی مسئول زیان‌های ناشی از کار خویش است که مرتکب تقصیر گردد (کاتوزیان، *الزام‌های خارج از قرارداد*، ۱۳۸۷: ۳۵) مگر اینکه خلاف آن در قانون یا قرارداد تصریح شده باشد. بنابراین، با توجه به سکوت قانون مدنی و دیگر قوانین مربوط به مسئولیت آخذ بالسوم، باید به اصل رجوع نمود.

حسن نظریه امانی بودن ید گیرنده این است که از گیرنده حمایت می‌کند، به ویژه

۱. بر طبق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد».

از گیرنده‌ای که هیچ گونه تعدی و تفریطی انجام نداده است. این نظریه از ورود ضرر جبران‌ناپذیر به گیرنده جلوگیری می‌کند؛ زیرا ممکن است وی تمام تلاش خود را برای حفاظت از مال به کار برده باشد که در این صورت مسئولیت بدون تقصیر وی ناعادلانه و به ناحق خواهد بود.

### نقد نظریه

اذن - خواه مالکانه و خواه شرعی - به تنهایی ضمان را از بین نمی‌برد، بلکه اثر آن صرفاً اباحه است و اباحه نفی ضمان نمی‌نماید، مگر اینکه قرینه‌ای بر عدم احترام مال و عدم ضمان وجود داشته باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۹/۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۰/۱۸-۵۱). در بسیاری موارد با وجود اذن، ید ضمانی است. در نتیجه، بین امانت و اذن عموم و خصوص مطلق است به این معنا که هر جا ید امانی است اذن وجود دارد اما این گونه نیست که هر جا اذن وجود دارد ید هم امانی است؛ مانند مقبوض به عقد فاسد، تلف مبیع قبل از قبض که با وجود اینکه مال با اذن در نزد فروشنده است همچنان وی مسئول است. نیز در مورد مال مغصوبی که غاصب با اذن مالک، آن را نگهداری می‌نماید همین حکم جاری است. همین گونه است درباره مال مجهول المالك که یا بنده، مأذون است آن را صدقه بدهد، اما ضامن آن خواهد بود. بنابراین، اشخاصی همچون طیب، ملاح، مُکاری و اجیر با وجود اینکه مأذون‌اند و با اذن مالک، مال را قبض می‌کنند، ضامن‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۸۳/۲؛ یثربی، ۱۳۸۴: ش ۱۴۴/۱).

در تعریف امین گفته شده است که وی کسی است که با اذن مالک یا شارع در مال غیر تصرف و تسلط دارد و نسبت به آن مال خیانت نمی‌کند (عمید زنجانی، ۱۳۹۱: ۱۷۸/۱). بنابراین، آخذ بالسوم امین نیست؛ زیرا وی صرفاً اذن در قبض دارد نه اذن در تصرف. صنعتگر و اجیر هم که با وجود اذن در قبض و اذن در تصرف باز هم یدشان ضمانی است استثنایند (همان: ۳۷۶/۱). از این رو، با توجه به دلایل فوق باید اذعان داشت، این ادعا که هر جا اذن مالک یا شارع در تصرف وجود داشته باشد، موجب عدم ضمان است، سخن بی‌وجهی است (همو، ۱۳۸۲: ۱۱۲؛ حسینی مراغی، ۱۳۸۵: ۱۱۲) و اذن تنها زمانی موجب استیمان و مسقط ضمان است که عدم ضمان از آن دریافت

گردد و یا این امر به طور غیر صریح از قراین و اوضاع فهمیده شود (محمدی، ۱۳۹۰: ۶۴). مضافاً اینکه در مورد آخذ بالسوم، نه تنها اذن در استفاده داده نشده بلکه صرفاً اذن در بررسی و تدقیق و مشاهده در مال داده شده است تا خریدار نسبت به خریدن یا نخردن آن مال تصمیم‌گیری کند.

عیب نظریه امانی بودن ید گیرنده این است که اثبات تعدی و تفریط را بر عهده مالک قرار داده است در حالی که مالک امکان اثبات تقصیر گیرنده را ندارد. این مسئله منجر به این نتیجه می‌گردد که مالک برای اینکه مالش از بین نرود، به هیچ خریداری اعتماد نکند؛ زیرا اثبات تعدی و تفریط گیرنده بسیار دشوار و حتی در بسیاری مواقع غیر ممکن است.

## نظریه قراردادی بودن مسئولیت گیرنده

### طرح نظریه

بر اساس این نظریه، بین مالک و گیرنده مال قراردادی منعقد می‌شود که بر اساس آن، گیرنده موظف است یا مال را برگرداند و یا عوض را بدهد و در صورتی که مال یا عوض را تسلیم ننماید، در مقابل مالک مسئول خواهد بود.

### مبنای نظریه

مطابق این نظریه، مسئولیت گیرنده قراردادی است؛ یعنی بر اساس قراردادی که بین مالک و گیرنده منعقد می‌شود، وی در مقابل مالک مسئول است. مهم‌ترین رکن ایجاد مسئولیت قراردادی، اثبات وجود قرارداد است. حال بحث این است که آیا در فقه نیز مانند حقوق ایران که عقود غیر معین بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفته شده است، این عقود پذیرفتنی است؟ در ابتدا بحث اصل پذیرش عقود غیر معین را در فقه بررسی می‌کنیم. سپس مفاد و چگونگی حصول توافق بین طرفین تبیین می‌گردد.

در حقوق امامیه طبق نظر مشهور فقها تعهد ابتدایی الزام‌آور نیست. از این رو، هرگاه کسی بخواهد تعهدی بدهد باید آن را به صورت یکی از عقود معین در بیاورد و یا به صورت شرط در ضمن عقد قرار دهد. از این روست که در حقوق امامیه به شروط

ضمن عقد توجه ویژه شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۷/۲؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۳۹۹/۲؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۸۸/۲). با وجود این، به نظر می‌رسد با توجه به التزامات مستقل و ابتدایی در روایات و عبارات فقها به هر دو نوع التزام (ابتدایی و ضمن عقد)، شرط به صورت حقیقی اطلاق می‌گردد. حتی اگر قائل به این باشیم که «المؤمنون عند شروطهم» فقط شرط ضمنی را شامل می‌شود، ولی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بدون هیچ تردیدی هر دو نوع شرط ضمنی و ابتدایی را در بر می‌گیرد؛ زیرا معنای عقد، التزام طرفینی است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۲۳۱/۲۰). همچنین شیخ طوسی در الخلاف و علامه حلی در مختلف الشیعه به صراحت بیان داشته‌اند که شرط عدم خیار قبل از عقد بیع صحیح است با وجود اینکه شرط مذکور به صورت مستقل و قبل از انعقاد عقد بیع بیان گردیده است. البته شیخ انصاری با نظر آن‌ها مخالف است (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۷/۶).

اما در حقوق ایران کمتر در این باره بحث شده است؛ زیرا با توجه به ماده ۱۰ ق.م. بدون هیچ تردیدی، اصل حاکمیت اراده پذیرفته شده است و نیاز نیست تعهدات در ضمن عقود معین شرط گردند، بلکه به طور مستقیم می‌توان تعهدات اصلی را در قرارداد غیر معین گنجانند، چنان که برخی حقوق‌پژوهان نظریه مذکور را بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. توجیه نموده و گفته‌اند:

مبنای التزام گیرنده مال را باید در مفاد توافقی جستجو کرد که بین او و صاحب کالا انجام شده است. این توافق بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی، بین طرفین صورت می‌گیرد. بر اساس این توافق، مالک اراده خود را در ارتباط با فروش کالا به گیرنده اعلام می‌نماید. گیرنده نیز متعهد می‌شود یا کالا را مسترد نماید یا قیمت پیشنهادشده را بپردازد. بنابراین، هر گاه تصمیم به خریدن مال نگیرد و کالا را نیز به فروشنده تسلیم ننماید، به تعهدی که از قرارداد ناشی شده است، عمل ننموده و همین نقض عهد، تقصیر محسوب می‌شود و باید زیان‌های ناشی از آن را جبران نماید. صاحب کالا نیازی به اثبات تقصیر گیرنده ندارد (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۳۸۷: ۸۶/۱).

به عبارت دیگر، بر طبق مفاد قرارداد، تعهد گیرنده به استرداد کالایی که به وی تسلیم شده یا پرداختن قیمت آن، تعهد به نتیجه و ناظر به امر معین و خاصی است (همو، ۱۳۸۵: ۵۵/۴). به همین دلیل، اگر کالا رد نشود، گیرنده مسئول است و وی برای رهایی

از مسئولیت می‌تواند با اثبات اینکه قوه قاهره، سبب تلف یا نقص مال گردیده است، خود را از مسئولیت معاف نماید. در واقع، مبیع به منظور نگهداری به خریدار احتمالی داده نشده است تا بتوان رابطه حقوقی را تابع ودیعه شمرد و به همین جهت نیز در فقه، مسئولیت آخذ بالسوم را بیش از امین شمرده و او را ضامن تلف و نقص مبیع دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۸/۴).

اکنون بر فرض پذیرش تعهد ابتدایی در فقه و حقوق ایران، سؤال بعدی درباره مفاد و چگونگی حصول توافق بین طرفین است. مفاد توافق طرفین این چنین است که گیرنده ملزم است یا مال را برگرداند و یا عوض آن را به مالک بپردازد. چگونگی حصول توافق طرفین این گونه است که در عرف وقتی شخص مال را به گیرنده مال در معرض فروش می‌دهد، به هیچ وجه هدف این نیست که مال به رایگان در اختیار او باشد بلکه وقتی گیرنده مال را دریافت می‌کند، ملزم است آن را مسترد نماید و در غیر این صورت، عوض قراردادی را بپردازد. اگرچه طرفین، به طور صریح در قرارداد چنین شرطی را بیان نمی‌کنند، حتی اگر بنا و قصد طرفین نیز چنین نباشد، همین که عرف برای گیرنده، مسئولیت قراردادی قائل است کافی می‌نماید؛ زیرا همان طور که مرحوم نایینی معتقد است شروط ضمنی از آنجا که در عرف شناخته شده و مشهورند، از مدلولات عرفی لفظانند، خواه متعاقدین چنین قصدی داشته باشند یا خیر (غروی نایینی، ۱۳۷۳: ۱۲۴/۲)؛ زیرا این شرط، جزء شروطی است که عقد بر مبنای آن‌ها واقع می‌شود و بین متعاملین توافق و تسانی بر روی شروط مذکور وجود دارد و متبادر عرفی از عقد این است که طرفین ملزم به اجرای این شرایط هستند، هرچند در عقد ذکر از آن‌ها به میان نیامده باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۸۵/۳). در واقع، شرط ضمنی عرفی شرطی است که نه پیش از عقد و نه در متن عقد ذکر نمی‌شود بلکه از اوضاع و احوال قرارداد و یا از عرف و عادت رایج فهمیده می‌شود (سیمایی صراف، ۱۳۷۷: ش ۸۱/۲۲)؛ برای مثال شهید اول معتقد است: اطلاق بیع مقتضی آن است که ثمن نقد باشد و اگر فروشنده فوری بودن آن را در ضمن عقد بیع شرط نماید، آن را تأکید نموده است (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۲۰). در اینجا با وجود اطلاق بیع در عبارت شهید اول، شرطی ضمنی فرض شده است.



همچنین اصطلاح شرط ضمنی به گونه‌ای صریح در ادبیات فقهی فقهای متأخر نیز دیده می‌شود. فقیهانی همچون میرزای نائینی، محقق اصفهانی، سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، محقق خوبی صریحاً با کاربرد این اصطلاح، آن را تأیید کرده و برخی از آن‌ها مسائل بی‌شماری از معاملات فقهی را با آن حل نموده‌اند (سیمایی صراف، ۱۳۷۷: ش ۸۱/۲۲). از طرف دیگر، در توجیهی دیگر گفته شده است که شرط ضمنی عرفی، مدلول التزامی قرارداد است. بنابراین، پس از انشای قرارداد انشا می‌گردد. در واقع، چنین شرطی در میان عرف رایج و شایع است، به گونه‌ای که عرف میان آن و قرارداد، تلازم برقرار می‌کند و از آنجا که با ایجاد ملزوم، لازم نیز وجود می‌یابد در نتیجه، با انشای قرارداد، شرط ضمنی نیز که لازمه عرفی قرارداد است، وجود می‌یابد؛ مثلاً از نگاه عرف، حداقل در قراردادهای معوض عوضین باید سالم و غیر معیوب باشد. حال، اگر طرفین راجع به سلامت کالا سکوت نموده باشند، به دلالت التزامی استنباط می‌گردد که کالا باید سالم باشد (همان: ش ۸۵/۲۲). بنابراین، با این تفسیر می‌توانیم چگونگی ایجاد توافق بین گیرنده و مالک و قراردادی بودن مسئولیت گیرنده را توجیه نماییم؛ زیرا حتی در صورت سکوت طرفین، عرف قائل به این نظر است که گیرنده وقتی مال را دریافت می‌کند، ملزم است که مال دریافتی را مسترد نماید یا عوض قراردادی را بپردازد. اثر معاف‌کننده قوه قاهره در تعهدات قراردادی در فقه نیز دارای سابقه است؛ زیرا بسیاری از فقها در صورت وجود قوه قاهره متعهد قراردادی را از مسئولیت معاف دانسته‌اند. فقها با به کارگیری واژه‌هایی همچون اسباب قهریه (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۲۸۱) و آفات سماوی (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۲۲/۲۴) به بحث در خصوص قوه قاهره پرداخته‌اند. اینان در باب مزارعه و مساقات، به سقوط تکلیف متعهد بر اثر آفات سماوی حکم کرده‌اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۵۰/۲).<sup>۱</sup> برخی دیگر نیز اثر اصلی قوه قاهره را معافیت متعهد از مسئولیت دانسته‌اند (موسوی خوبی، ۱۳۶۵: ۲۰۷).<sup>۲</sup>

۱. فإن هلكت الغلة والثمرة قبل جذاذها وحصادها بأفة سماوية لم يلزم العامل الذي هو الأكار شيء لصاحب الأرض.

۲. ما لم يسلم لم يستحق المطالبة بالأجرة ولكنه منوط ومعلق على تقدير وجود العين، ضرورة أنه لم يكن ملتزماً بعروض تلف سماوي خارج عن اختيار عليها.

همچنین در صورتی که اذن به صورت مطلق داده شده باشد، اگر اطلاق اذن به نحوی باشد که از سیاق آن به قرینه یا شاهد حال عدم ضمان استفاده شود (اگرچه به آن تصریح نشود) تردیدی در سقوط ضمان وجود نخواهد داشت. همچنین است در مورد وجود ضمان (یثربی، ۱۳۸۴: ش ۱/۱۴۶). بنابراین، در هر مورد باید حدود مدلول اذن را تشخیص دهیم و در همان حدود عمل کنیم و در صورت شک، اصل را بر عدم ضمان قرار دهیم، مگر قرینه‌ای ضمان را برساند (فرجی، ۱۳۹۰: ۷۵-۷۶).

پذیرش نظریهٔ امین بودن آخذ با توجه به اینکه اثبات تقصیر گیرنده را بر عهدهٔ مالک قرار می‌دهد، به دلیل دشوار بودن اثبات چنین تقصیری، دور از مصلحت است. از طرف دیگر، پذیرش نظری که گیرنده هیچ مسئولیتی در قبال مالک نداشته باشد با برخی روایات و ادلهٔ کتب فقهی تراز اول در تضاد است؛ برخی از این روایات عبارت‌اند از: روایت «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» و نیز روایاتی که احترام مال مسلمان را ثابت می‌کند. ادلهٔ مذکور نیز عبارت‌اند از ادله‌ای که تصرف در مال مسلمان را جز با رضایت او ممنوع ساخته‌اند؛ ادله‌ای که حرمت مال مسلمان را همچون خوردن خون او می‌دانند؛ ادله‌ای که ضرر ناروا و به ناحق را نسبت به مال دیگران نفی می‌کنند (انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۱۹۰). همچنین در معاملات معوض، هدف هر یک از طرفین که مالی را به دیگری می‌دهد این است که عوض متعادل بگیرد. اصولاً تراضی طرفین با این هدف شکل می‌گیرد (جمعی از مؤلفان، ۱۳۸۳: ۲۷/۱۳۳).

### نقد نظریه و پاسخ و توجیه آن

با توجه به اینکه در مأخوذ بالسوم، مالک کالا صرفاً به دارنده اذن می‌دهد و بنا بر نظر اکثریت فقها و حقوق‌دانان اذن ایقاع است و به ارادهٔ اذن‌دهنده محقق می‌شود و مأذون نه تنها در وقوع یا ایجاد این عمل حقوقی نقشی ندارد، بلکه حتی در بقا یا زوال اذن نیز نقشی ندارد، ممکن است ایراد شود که چگونه ممکن است بین طرفین چنین توافقی حاصل شده باشد؟ در جواب می‌توان گفت که اگرچه اذن ایقاع و یک‌طرفه است و مأذون در وقوع آن نقشی ندارد، در واقع، در مأخوذ بالسوم، گیرنده با تحویل گرفتن مال با اذن‌دهنده توافق می‌کند که یا مال را برگرداند یا عوض را بدهد.

در ادامهٔ ایراد قبلی، برخی معتقدند که در اذن قصد انشا وجود ندارد؛ یعنی

اذن‌دهنده هیچ چیزی را از نظر حقوقی به وجود اعتباری موجود نمی‌کند، بلکه فقط رفع مانع قانونی می‌نماید؛ برای مثال، تصرف در مال دیگری قانوناً ممنوع است، ولی مالک که به دیگری اذن در تصرف در مال خود را می‌دهد در حقیقت، این منع را مرتفع می‌سازد و مأذون می‌تواند با قصد و اراده خود در مال مورد اذن تصرف نماید و ضامن هم نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۳)، اما اذن مذکور با اذن در آخذ بالسوم متفاوت است؛ زیرا در آخذ بالسوم، مالک اذن را به صورت اباحه تصرف نمی‌دهد و نیز گیرنده را امین نمی‌کند، بلکه بین طرفین علاوه بر اذن مالک، قراردادی منعقد می‌شود که گیرنده یا کالا را برگرداند یا عوض را بپردازد.

ایراد دیگری که می‌توان نسبت به نظریه قراردادی بودن مسئولیت گیرنده مطرح نمود این است که طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، مورد معامله باید برای طرفین معین باشد. در غیر این صورت معامله باطل خواهد بود. معین بودن بدین معناست که مورد معامله در میان اشیای مختلف مشخص باشد، نه به صورت یکی از دو یا چند چیز به طور نامعین (صفایی، ۱۳۹۲: ۱۳۳/۲). انتقال مالکیت یکی از دو چیز به طور مردد و غیر مشخص معقول نیست و منجر به غرر می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۵: ۳۰۶/۱). ماده ۲۱۶ ق.م. که مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد»، اختصاص به مورد انتقال ندارد و شامل کار موضوع تعهد نیز می‌شود و نباید یکی از دو کار معین موضوع تعهد قرار گیرد. این قاعده در عقود معین به تکرار رعایت شده است، چنان که قانون‌گذار در ماده ۶۹۴ ق.م. درباره کفالت و ضمان مقرر داشته است: کفالت یکی از چند نفر مانند ضمان یکی از چند دین درست نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۰۸-۲۰۹/۲). بنابراین، ممکن است که گفته شود در مورد آخذ بالسوم هم با توجه به اینکه توافق چنین است که گیرنده یا مال را برگرداند یا عوض را بدهد، موضوع قرارداد طرفین دو تعهد به نحو مردد می‌باشد و از آنجا که تعهد دو یا چند چیز به طور نامعین صحیح نیست، چنین قراردادی باطل است و نمی‌توان مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش را قراردادی دانست.

در جواب باید گفت که قانون‌گذار، در مورد تعهد به کار سخت‌گیری نکرده است، چنان که در بحث وکالت در ماده ۶۶۰ ق.م. مقرر داشته است: «وکالت ممکن است به طور مطلق و برای تمام امور موکل باشد». همچنین قانون‌گذار در بحث جعاله در

ماده ۵۶۴ ق.م. مقرر داشته است: «در جعاله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد». از استقرا در این گونه مواد چنین برمی آید که قانون‌گذار بر خلاف انتقال مال، در تعهد به انجام کار، قابلیت تعیین و امکان رفع ابهام از کار مورد تعهد را کافی می‌داند و سعی دارد که صرفاً با تدوین قواعد تکمیلی یا ارجاع به عرف، قلمرو و حدود موضوع را معلوم کند (همان: ۲۰۹/۲).

در واقع، در فرضی که توافق طرفین بر این است که گیرنده یا مال را برگرداند و یا عوض را بدهد، مانند این فرض است که فروشنده‌ای در عقد بیع دو شیئی را که از حیث ارزش برابرند، به عنوان مورد عقد قرار دهد. در این فرض، تردیدی در درستی عقد بیع روا نیست؛ زیرا غرر وجود ندارد (همو، حقوق مدنی، ۱۳۸۷: ۱۱۲/۱). با توجه به اینکه در مورد مسئولیت اخذ بالسوم نیز در توافق طرفین مبنی بر استرداد مال و یا پرداخت عوض، هیچ گونه غرری وجود ندارد، نمی‌توان قرارداد را باطل دانست؛ زیرا اگر فرد مال را برنگرداند، موظف به پرداخت عوض خواهد بود، یعنی در وهله اول باید مال را برگرداند و اگر چنانچه آن را مسترد ننماید، باید عوض را بدهد. همان گونه که بر اساس مقررات غصب در قانون مدنی نیز غاصب ملزم است عین مال را به مالک مسترد نماید و در صورت تلف عین، مثل یا قیمت را به تعبیر حقوق دانان به عنوان «بدل عین» به او بدهد؛ یعنی موضوع اصلی غصب بازگرداندن عین مال است و دادن مثل یا قیمت، به عنوان بدل این تعهد اصلی است. حقوق دانان ماهیت حقوقی بدل را نوعی غرامت و خسارت عدم انجام تعهد به استرداد عین می‌دانند (همان: ۲۰۹/۲ و ۲۴۷).

حسن نظریه قراردادی این است که گیرنده باید قوه قاهره را اثبات نماید تا از مسئولیت معاف گردد. این امر موجب می‌گردد فروشنده به دیگران اعتماد کند؛ زیرا آسوده خاطر می‌گردد که از وی دلیل اثبات تقصیر گیرنده خواسته نمی‌شود. مضافاً اینکه اگر قوه قاهره علت تلف یا معیوب شدن مال باشد، اثبات وجود قوه قاهره توسط گیرنده به دشواری اثبات تقصیر گیرنده توسط مالک نخواهد بود؛ زیرا گیرنده از چگونگی و نوع قوه قاهره کاملاً آگاه است، ولی مالک از وجود یا عدم وجود تقصیر گیرنده کاملاً ناآگاه. بنابراین، چگونه می‌توان از مالک انتظار اثبات آن را داشت؟ از این رو، نظریه قراردادی بودن مسئولیت گیرنده به مصلحت نزدیک تر است.

## نتیجه گیری

قانون مدنی ایران در مورد مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش سکوت نموده و درباره نوع ید و حدود مسئولیت وی، تعیین تکلیف نکرده است. با رجوع به متون فقهی درمی یابیم که اکثر فقها مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش را مشمول عموم قاعده «علی الید» می دانند و معتقدند که هر کس بر مال دیگری سلطه یابد، تا زمانی که آن را به مالک مسترد نکند، یدش ضمانی است، ولو اینکه مال را با اذن مالک گرفته باشد. برخی حقوق دانان نیز با استناد به مفهوم مخالف ماده ۶۳۱ ق.م.، مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش را ضمانی دانسته اند. تعداد اندکی از فقهای گذشته و معاصر نیز ید گیرنده مال در معرض فروش را امانی می دانند. این حقوق دانان با ادعای اینکه در قانون مدنی هر زمانی که شخص، مال را با اذن صاحبش دریافت می دارد یدش امانی است، ید گیرنده مال در معرض فروش را نیز به دلیل اینکه با اذن مالک، آن را دریافت می نماید، امانی می دانند. اگرچه این نظر به مصلحت نزدیک تر است، ایرادش این است که اگر مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش را امانی بدانیم، ممکن است منجر به ورود ضرر جبران ناپذیری به مالک گردد؛ زیرا امین تعهد به وسیله می نماید و متعهدله است که باید تقصیر امین را اثبات نماید. در مورد گیرنده مال در معرض فروش با توجه به اینکه اثبات تقصیر بسیار دشوار و حتی در برخی موارد ناممکن است، می تواند منجر به عدم امکان اثبات تقصیر و ورود ضرر جبران ناپذیری به مالک مال گردد. از این رو، می توانیم برای رهایی از این مشکل، مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش را قراردادی بدانیم تا بر پایه آن از مسئولیت بدون قید و شرط گیرنده فوق جلوگیری نماییم و نیز مشکل دشواری و یا عدم امکان اثبات تقصیر او را رفع نماییم.

### کتاب‌شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۳. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، چاپ هفتم، تهران، اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۶. بنی‌هاشمی خمینی، محمدحسن، *توضیح المسائل مراجع مطابق با فتاوی سیزده نفر از مراجع معظم تقلید*، چاپ هشتم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۷. بهجت فومنی، محمدتقی، *رسالة توضیح المسائل*، چاپ نود و دوم، قم، شفق، ۱۴۲۸ ق.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷ ش.
۹. همو، مسوط در *ترمینولوژی حقوق*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. جمعی از مؤلفان، *مجله فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)، ۱۳۸۳ ش.
۱۱. حسینی حائری، سیدکاظم، *فقه العقود*، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۲. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۳. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. همو، *عناوین ضمان (اسباب و مسقطات)*، ترجمه و تحقیق محمدجواد شریعت باقری، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۱۵. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۶. همو، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه‌السلام)، ۱۴۲۰ ق.
۱۷. همو، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۲۰. حلی (محقق)، جعفر بن حسن نجم‌الدین، *سرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۱. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، زیر نظر محمد معین و سیدجعفر شهیدی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ ش.
۲۲. رشتی گیلانی، میرزا حبیب‌الله، *کتاب الغصب*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۱ ق.
۲۳. سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.

۲۴. سیمایی صراف، حسین، «شرط ضمنی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی»، فصلنامه وقف میراث جاویدان، سال ششم، شماره ۲۲، تابستان ۱۳۷۷ ش.
۲۵. شبیری زنجانی، سیدموسی، کتاب النکاح، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۶. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، اصول قراردادهای و تعهدات، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، مجلد، ۱۳۸۸ ش.
۲۷. همو، حقوق مدنی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجلد، ۱۳۸۵ ش.
۲۸. صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، چاپ چهاردهم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۹. صیمری، مفلح بن حسن، غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۳۰. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۱. همو، «قاعدۀ ضمان ید در فقه اسلامی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال اول، شماره ۴، زمستان ۱۳۷۸ ش.
۳۲. همو، قواعد فقه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۳۳. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالسلطان، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
۳۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیة المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۳۵. همو، سؤا و جواب، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۳۶. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ ق.
۳۷. همو، حاشیة الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق.
۳۸. همو، حاشیة شرائع الاسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ق.
۳۹. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۴۱. عاملی، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث، دار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۴۲. همو، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۴۳. عمید زنجانی، عباسعلی، قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی، چاپ چهارم، تهران، سمت، ۱۳۹۱ ش.
۴۴. همو، موجبات ضمان، درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۴۵. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، جلد دوم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۷ ش.
۴۶. عمیدالدین بن محمد اعرج حسینی، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۴۷. غروی نایینی، میرزاحمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ش.
۴۸. فاضل لنکرانی، محمد، القواعد الفقهیه، قم، مهر، ۱۴۱۶ ق.
۴۹. فرحی، علی، تحقیق در قواعد فقهی اسلامی، تهران، دانشگاه امام صادق علیهم السلام، ۱۳۹۰ ش.
۵۰. فقعی، علی بن علی بن محمد بن طی، المسائل الفقهیه - مسائل ابن طی - المسائل المفیده، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.

۵۱. قطان حلی، شمس‌الدین محمد بن شجاع، معالم‌الدین فی فقه آل یاسین دوره فقهیه کامله علی وفق مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۵۲. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، چاپ هشتم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۷ ش.
۵۳. همو، حقوق مدنی، دوره عقود معین، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۵۴. همو، حقوق مدنی، دوره عقود معین، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۵۵. همو، دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۵۶. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۵۷. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۵۸. لطفی، اسدالله، «قاعده استیمان در سقوط ضمان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۴، تابستان ۱۳۷۸ ش.
۵۹. همو، موجبات و مستطبات ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی ایران، تهران، مجلد ۱۳۷۹ ش.
۶۰. مامقانی، محمدحسن بن ملا عبدالله، غایه الآمال فی شرح کتاب مکاسب، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۱۶ ق.
۶۱. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۶۲. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایه الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۶۳. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ چهل و نهم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ ش.
۶۴. مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق مدنی، تهران، پایدار، ۱۳۸۳ ش.
۶۵. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.
۶۶. همو، رساله توضیح المسائل، چاپ دوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۶۷. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۶۸. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، تهران، مجلد ۱۳۸۵ ش.
۶۹. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، رساله توضیح المسائل، چاپ هشتم، تهران، انتشارات ایران، ۱۳۷۸ ش.
۷۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مستند العروه الوثقی، قم، دار العلم، ۱۳۶۵ ش.
۷۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، چاپ دوم، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ق.
۷۲. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۷۳. یشربی، علی محمد، «قاعده اذن: کلیات و تعاریف»، فصلنامه پژوهش‌های دینی، سال اول، شماره ۱، بهار ۱۳۸۴ ش.