

## تسلیم کالا جهت معامله آتی و ضمان آن از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه

سید محمد صادق موسوی<sup>۱</sup>

مریم پورطلوعی<sup>۲</sup>

**چکیده:** هنگامی که کالایی جهت معامله آتی از سوی مالک به طرف مقابل تسلیم می‌شود، رابطه طرفین می‌تواند در قالب عقد، ایقاع یا اذن صرف باشد. بنابراین ماهیت این رابطه بستگی به نیت طرفین داشته و معنی از لحاظ شرع نسبت به آن وجود ندارد. این فعل در هر صورت آثاری دارد که مشخص شدن این آثار در تعیین نوع روابط معامله کنندگان و دادرسی بین آنان ضروری است. از جمله این آثار ضمان نقص و تلف کالا است که از نظر برخی فقها و حقوق‌دانان بر عهده مالک و از نظر برخی دیگر بر عهده گیرنده می‌باشد. اما از آنجا که مالک با رضایت و اذن خود کالا را به طرف مقابل تسلیم می‌کند، بعید است بتوان گیرنده را ضامن دانست، مگر در فرض تفریط یا تعدی. در نتیجه، ضمان کالا در صورت نقص یا تلف بر عهده مالک است. در تحقیق حاضر با ارزیابی آرای مختلفی که در باب ماهیت و آثار نهاد مذکور وجود دارد، می‌توان آنها را به عنوان نظر واحد برگزید. در این صورت مشکلات احتمالی تجار در این حوزه برطرف شده و زمینه برای دادرسی نسبت به آن هموار خواهد شد.

**کلیدواژه‌ها:** تسلیم کالا، معامله آتی، ضمان، عقد، ایقاع.

### مقدمه

قوانین حاکم بر معاملات و روابط تجاری عموماً از نوع قوانین امضایی هستند، چراکه این روابط از

E-mail:mousavi4535@gmail

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری

۲. کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

E-mail:mipo1987@yahoo.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۲/۱۰ تأیید مقاله: ۱۳۹۷/۳/۲۵

طریق عرف پدید آمده و موضوعاتی عرفی محسوب می‌شوند. بنابراین شارع نیز یا بر آنها مهر تأیید زده یا با اندکی تغییر در صدد اصلاح آنها برآمده است. البته در مواردی نیز به کلی از ایجاد رابطه نهی نموده است. در واقع، دین مبین اسلام برای معاملاتی که در بین مردم رواج دارد، حدودی را مشخص کرده که نباید از آن حدود فراتر روند. در این صورت معاملات جنبه اسلامی به خود می‌گیرد و اقتصاد جامعه در راستای اهداف اسلام پیشرفت خواهد کرد. در نتیجه، معاملات عرفی تا جایی که شرع اجازه دهد، قابل تغییرند و می‌توانند به طرق مختلف ایجاد گردند.

یکی از انواع شکل‌گیری معاملات آن است که جهت انجام یک معامله، مالک به طرف مقابل خود اذن می‌دهد که کالا را گرفته و حتی در مواردی از آن بهره‌مند شده و استفاده نماید. در اینجا جهت انطباق این رابطه با مبانی شرعی، ابتدا باید به بررسی این مسأله پرداخت که دقیقاً چه عملی در خارج رخ داده و به چه طریقی می‌تواند ایجاد گردد. در این صورت می‌توان مسأله مورد بحث را از لحاظ فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار داد.

در بررسی ماهیت تسلیم کالا جهت معامله آتی لازم است به تحلیل قصد طرفین بپردازیم، زیرا یکی از ارکان و شرایط ایجاد اعمال حقوقی وجود قصد و اراده است. بنابراین با تشخیص قصد طرفین می‌توان به ماهیت عمل مذکور پی برد.

در تسلیم کالا جهت معامله آتی، مالک با انگیزه انجام معامله، کالا را به طرف مقابل خود تسلیم نموده و او را بر آن مسلط می‌سازد. نحوه سلطه شخص بر مال دیگری تعیین‌کننده وجود و عدم ضمان اوست. بنابراین ابتدا باید ماهیت و چگونگی این سلطه معلوم شود تا بتوان آثار آن را تعیین کرد.

فقها و حقوق‌دانان در بحث حاضر، به تبیین نوع ید پرداخته، ضمان و عدم ضمان گیرنده را مشخص کرده‌اند، اما وارد این موضوع نشده‌اند که ماهیت نهاد مذکور چیست. البته برخی به طور گذرا اقوالی مطرح کرده‌اند که نیازمند بحث و بررسی بیش‌تری است. هم‌چنین این نظرات در فرضی است که معامله آتی بیع باشد. در میان فقها - برای مثال، فقهای از جمله صاحب‌جوهر، شهید ثانی، مقدس اردبیلی و علامه حلی - راجع به آثار آن اختلاف نظرهایی مشاهده می‌شود. در چند کتاب حقوقی نیز این بحث به همین شکل مطرح شده و نظراتی ارائه گردیده است. هم‌چنین در این زمینه مقالاتی نگاشته شده که اقوال فقها و حقوق‌دانان در آنها بررسی شده است. علاوه بر این، پایان‌نامه‌ای نیز با عنوان «مقبوض بالسوم» وجود دارد که مقبوض بالسوم را به عنوان یک

قاعده فقهی بررسی نموده و در آخر ضمان نقص و تلف کالا را بر عهده مشتری قرار داده است. با توجه به تغییر شرایط در جوامع، معاملات نیز ممکن است به اشکال گوناگون و مختلفی صورت گیرد. اما این تغییرات باید در قالب شرع و قانون بوده و از حدود آن خارج نگردد. موضوع تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز اگرچه مسأله‌ای قدیمی بوده و فقهای متقدم نظراتی راجع به آن داده‌اند، اما هم‌اکنون این امر گسترش یافته، به طوری که گاه همراه با تسلیم کالا، مالک به طرف مقابل فرصت می‌دهد که تا مدت قابل توجهی کالا را مورد استفاده قرار دهد. بنابراین بحث ماهیت و آثار این نهاد بیش‌تر مورد توجه قرار گرفته و جهت انطباق این امر با قوانین شرع، تحقیق حاضر ضروری می‌نماید. لذا در اینجا لازم است به سؤالات ذیل پاسخ دهیم:

۱- ماهیت تسلیم کالا جهت معامله آتی چیست؟

۲- ضمان در تسلیم کالا جهت معامله آتی بر عهده چه کسی است؟

## واژه‌شناسی

جهت شناخت بیش‌تر موضوع حاضر، معنای واژه‌هایی که در آن مورد استفاده قرار گرفته است ارائه می‌گردد:

**تسلیم:** تسلیم بر وزن تفعیل و از ریشه سلم، در لغت دارای معانی مختلفی است که عبارتند از: اعطا و دادن، رضایت دادن به حکم (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۵: ۱۹۵۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۲۹۵). در اصطلاح فقهی نیز تسلیم به معنای وصول و رساندن به غیر آمده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۱۳۱). هم‌چنین تسلیم را به «تحویل معقود علیه در عقود معوض به منتقل الیه» تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۲۱۹)، یا آن را به معنای مسلط کردن طرف مقابل بر مال به طوری که عرف آن را تسلیم بدانند دانسته و اضافه کرده‌اند که در واقع تسلیم باید متناسب با مورد آن صورت گیرد که در بیش‌تر موارد جنبه منفی به خود گرفته و صرف رها کردن و در اختیار دیگری قرار دادن، لحاظ شده است. اما در برخی موارد هم نیازمند انجام اعمال خاصی متناسب با مورد آن می‌باشد (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۱۶۷-۱۶۶). ماده ۳۶۷ قانون مدنی بیان می‌کند: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحای تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلائی مشتری بر مبیع».

بنابراین تسلیم عملی است قائم به دو شخص که به اعتبار دهنده، تسلیم و به اعتبار گیرنده،

تسلّم و قبض نام دارد.

**کالا:** کالا در لغت به معنای متاع، اسباب‌خانه و مال‌التجاره می‌باشد (دهخدا، ۱۳۶۶، ج ۳۹: ۲۳۸؛ عمید، بی‌تا: ۹۲۲). در واقع، کالا به شیء قابل رؤیت گفته می‌شود که بتوان آن را مورد داد و ستد قرار داد.

در اصطلاح حقوق، کالا را در معنای مال منقول (غیر از درهم و دینار) به کار برده‌اند (جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۴: ۲۹۹۸). بنابراین، از این جهت که مالیت دارد و با ارزش است با معنای لغوی تناسب دارد. در عرف، کالا را به اشیائی اطلاق می‌کنند که مادی بوده و بتوان آنها را مشاهده کرد.

**معامله:** معامله مصدر باب مفاعله (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۵۹)، در لغت به معنای با هم عمل کردن و کار کردن، با هم داد و ستد کردن و خرید و فروش است (دهخدا، ۱۳۶۶: ذیل واژه عمل؛ عمید، بی‌تا: ۱۱۰۹). معامله معنای عامی هم دارد که علاوه بر عقد، ایقاع را نیز دربرمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۵۰).

**عقد:** عقد در لغت به معنای عهد (حمیری، ۱۴۲۰، ج ۷: ۴۶۴۱)، بستن ریسمان (دهخدا، ۱۳۶۶: ذیل واژه عقد)، الزام و نقیض گشودن و باز کردن (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳: ۲۹۶) است. اما در اصطلاح حقوقی عقد را به «توافق دو انشای متقابل به منظور ایجاد اثر حقوقی» تعبیر کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۹).

از آنجا که معامله در اصطلاح حقوق همان عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۲) می‌توان از تعریفی که قانون مدنی برای عقد کرده استفاده کرد و آن را تعریف نمود. در ماده ۱۸۳ قانون مدنی چنین بیان شده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» البته این تعریف، عقود جایز، معوض و عقود را که اثر مستقیم آنها تملیک مال است، در بر نمی‌گیرد. به همین علت دکتر کاتوزیان با نقدی که بر این تعریف می‌کند عقد را «توافق دو انشای متقابل به منظور ایجاد اثر حقوقی» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۲) می‌داند، به طوری که ایرادات وارد بر تعریف قانون مدنی در آن وجود ندارد.

**معامله آتی:** معامله آتی، معامله و قراردادی است که طرفین آن قصد دارند در صورت وجود شرایط مورد توافق خود به ایجاد آن در آینده بپردازند (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۶۹). در این معامله یکی از طرفین کالا را به دیگری می‌دهد تا او به بررسی آن بپردازد. در این صورت اگر

موافق با شرایط موجود بود می تواند آن را قبول کند. این معامله می تواند تملیکی یا عهدی باشد. اما از آنجا که بحث اصلی در باب تسلیم کالا است، تنها معاملاتی مدنظر است که کالا از ارکان آن محسوب شود. البته آن دسته از معاملات عهدی نیز که یکی از طرفین تعهد می کند تا بر روی کالای طرف مقابل کاری را انجام دهد، مشمول بحث می باشد، زیرا در این نوع معامله نیز تسلیم کالا شرط است و طرف مقابل باید کالا را به متعهد تسلیم کند.

### بررسی ماهیت تسلیم کالا جهت معامله آتی در فقه و حقوق

به طور کلی بحث اصلی این است که تسلیم کالا جهت معامله آتی عمل حقوقی است یا صرفاً یک عمل فیزیکی محسوب می شود و اگر یک عمل حقوقی است، جزء کدام یک از اعمال حقوقی قرار دارد: عقد یا ایقاع؟

در صورتی که نهاد مذکور در زمره اعمال حقوقی قرار گیرد، اثر آن ممکن است اباحه در تصرف، انتقال حق انتفاع یا امر دیگری باشد، که هر یک نیز آثار خاص خود را خواهد داشت. اما اگر عمل حقوقی نباشد، صرفاً اذنی از سوی مالک به گیرنده است. در این قسمت به بررسی هر یک از این فرضیه ها خواهیم پرداخت.

### الف) نظریه عقد بودن و آثار آن

در تسلیم کالا جهت معامله آتی، ممکن است طرفین قصد انشاء داشته و خود را ملتزم به مفاد آن بدانند. هم چنانکه در عرف تجارت این امر بسیار رخ می دهد. به طور مثال، گاهی فروشنده های اتومبیل آنها را برای مدت زیادی به خریداران سپرده و حتی به آنان اجازه انتفاع هم می دهند تا در این صورت به خرید آن پردازند. اما این را نیز در نظر دارند که خریدار پس از استفاده و عدم رضایت، آن را برگردانده و مجبور به انجام معامله نشود. این عمل در فقه و حقوق با عنوان مقبوض بالسوم شناخته می شود. در اینجا نمی توان گفت که با وجود اذن در استفاده از کالا و تعیین مدت برای آن هیچ معامله ای واقع نگردیده است.

همین طور از نظر فقهای مانند شهید ثانی، علامه حلی و مقدس اردبیلی که ید گیرنده را در اینجا امانی می دانند (به نقل از: کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵) نیز چنین برمی آید که طرفین هر دو قصد انشاء داشته و به انعقاد قرارداد می پردازند. برخی از حقوق دانان نیز صریحاً قائلند که در اینجا قراردادی

مقدماتی بین طرفین بسته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۷۷) و از این جهت ید گیرنده امانی است. از آنجا که در مقبوض بالسوم هیچ خصوصیت ممتازی وجود ندارد، می‌توان احکام و آثار آن را به موارد دیگری که معامله آتی در آنها غیر از بیع است نیز سرایت داد. بنابراین، نهاد مذکور می‌تواند عقدی باشد مستقل از معامله آتی که احتمال وقوع آن در آینده می‌رود، اما باید دید که مفاد و مضمون این عقد چیست و در واقع طرفین خود را ملتزم به چه امری می‌نمایند. اگر نهاد مورد بحث نوعی عقد باشد، ممکن است مالک قصد اباحه تصرف داشته، یا آنکه فراتر از آن حق انتفاع از مال را به او منتقل نماید. هم‌چنین فروض دیگری در باب آثار آن مطرح است که به بیان و بررسی هر یک خواهیم پرداخت.

### ۱. اباحه تصرف

از جمله آثار برخی عقود اباحه در تصرف است، مانند بیع و اجاره که به تبع مالکیت عین و منفعت، اباحه نیز ایجاد می‌شود. مراد از اباحه تصرف اذنی است که باعث حلیت تصرف شخص در مال غیر یا مالی می‌شود که مالک خاصی ندارد. اگر این اذن از سوی شارع باشد، اباحه شرعی است و اگر از سوی مالک مال باشد، اباحه مالکی نام دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۸۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۶۶-۶۷).

اباحه مالکی ممکن است مجانی یا در مقابل عوض باشد که در صورت اول عقدی ایجاد نمی‌گردد، اما اباحه معوض به عوض مسمی نوعی عقد است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۹۳) که باعث جواز انتفاع از مال می‌شود (جعفری لنگرودی، الف: ۱۳۷۸: ۱۳۶). اما ملکیت عین، منفعت و یا حق دیگری را منتقل نمی‌سازد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۷۳-۲۷۲). در هر صورت اباحه معوض به عوض مسمی یک عقد و معامله مستقل است. هم‌چنانکه شیخ انصاری<sup>(ره)</sup> نیز این احتمال را داده و در صحت آن به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» و «المؤمنون عند شروطهم» استناد کرده است (شیخ‌انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۴۶).

دلیل دیگری که بر صحت آن اقامه شده عبارت از سیره عقلاییه است. همان‌طور که در اجاره مغازه و شبه آن متعارف است که شخص آن را به مدت یک ماه به طور معین اجاره کرده، سپس بنا می‌گذارند بر اینکه تا هر وقت مستأجر باقی ماند، به همان مقدار اجاره پردازد. هم‌چنین استفاده از حمام، مسافرخانه و مثل آن همگی از این قبیل است (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۵: ۲۹۷).

در باب لزوم چنین عقدی پس از فرض صحت میان فقها اختلاف است، اما اکثراً قائل به لزوم و عدم جواز فسخ آن از هر دو طرف هستند (هاشمی و جمعی از پژوهش‌گران، ۱۴۲۶، ج ۱: ۲۱۰)، به طوری که شیخ انصاری<sup>(ره)</sup> لزوم عقد را اقوی دانسته و برای آن به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» استناد کرده است (شیخ‌انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۴۶).

همان‌طور که گذشت، اباحه صرف و مجانی در زمره عقود قرار نمی‌گیرد. بر طبق این اذن، گیرنده تنها می‌تواند در حدود اباحه در مال تصرف کند، اما حق و یا ملکیتی فراتر از آن برای مأذون ایجاد نمی‌شود تا بتواند آن را به غیر منتقل سازد (هاشمی و جمعی از پژوهش‌گران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۲). هم‌چنین اذن دهنده می‌تواند هر زمان خواست از اذن خود رجوع کند، مگر آنکه قانون او را منع کرده یا او خود را ملزم به مفاد آن نماید (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۱۳؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۷۳-۲۷۲). در ماده ۱۲۰ قانون مدنی نیز چنین بیان شده است:

اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیر بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد. وجه ملزم در اینجا می‌تواند قالب عقد صلح و یا شرط ضمن عقد لازم باشد (جعفری لنگرودی، الف ۱۳۷۸: ۱۴۹).

بنابراین اگر همین اباحه با قصد انشای طرفین همراه باشد عقد بوده، مفاد آن بر طرفین الزام‌آور است. به طوری که مالک مستحق عوض مورد توافق گشته (هاشمی و جمعی از پژوهش‌گران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۲) و گیرنده کالا می‌تواند در حدود اباحه و اذن مالک در آن تصرف نماید. اما ملکیت عین و منفعت کالا به او منتقل نمی‌شود. به همین دلیل تصرفات متوقف بر ملکیت کالا نیز بر او مباح نمی‌گردد (شیخ‌انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۴۶).

اگر تسلیم کالا جهت معامله آتی در زمره عقود قرار گیرد، باید دید هدف طرفین از این قبض و اقباض چیست تا مفاد آن تعیین گردد. هدف اصلی در تسلیم کالا جهت معامله آتی بررسی و آزمایش کالا است تا در صورت پذیرش، طرفین به انجام معامله بپردازند. بنابراین اولاً و بالذات، اباحه تصرف مقصود طرفین نیست، بلکه لازمه بررسی کالا، قبض و اقباض و اباحه تصرف گیرنده در آن می‌باشد. پس نمی‌توان گفت که نهاد مذکور عقدی با عنوان اباحه تصرف است. هم‌چنانکه در عقد عاریه نیز اباحه تصرف در مال رخ می‌دهد، اما این اثر فرعی بوده و از لوازم ثانویه آن محسوب می‌گردد. به طوری که اولاً و بالذات سببی است جهت انتقال حق انتفاع که به تبع آن

اباحه هم صورت می‌گیرد.

## ۲. انتقال حق انتفاع

انتفاع از نفع و مصدر انتفع (عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۱: ۳۰۲)، در لغت به معنای بهره بردن از شیء (حمیری، ۱۴۲۰، ج ۱۰: ۶۷۰۹) می‌باشد. در اصطلاح حقوقی نیز انتفاع به معنی دست یافتن به منفعت است که بر دو طریق استعمال و استثمار می‌باشد؛ یعنی گاه با بقای عین است که «استعمال» نام دارد، مثل سوار شدن بر اتومبیل و گاه با از بین رفتن عین مال که «استثمار» می‌باشد، مانند استفاده از میوه باغ یا شیر گوسفند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۳۰۲).

طبق ماده ۴۰ قانون مدنی حق انتفاع عبارت است از: «حقی که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد، استفاده کند». بنابراین حق انتفاع حقی عینی نسبت به شیء مادی منقول یا غیر منقول می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۸؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۰؛ امامی، بی‌تا، ج ۱: ۳۲-۵۶).

موضوع این حق یا مالی است که مالکی ندارد و یا مال متعلق به غیر است. در جایی که مال متعلق به شخصی نباشد، این حق با اذن شارع و قانون‌گذار پدید می‌آید (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۰ و ۲۴۳). ماده ۹۲ قانون مدنی در این خصوص بیان می‌دارد: «هر کس می‌تواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات از آنها استفاده کند». اما در مورد مال غیر، حق انتفاع به تبع عین مال از آن مالک و از شاخه‌ها و مراتب مالکیت است. در این صورت، حق انتفاع می‌تواند با عقد به دیگران انتقال یابد. این حق برآمده از عقد ممکن است محدود به مدت خاصی باشد که «رقبایی» نام دارد، اگر به مدت عمر شخصی باشد «عمری» است و اگر راجع به سکونت در محلی باشد «سکنی» نام دارد. اگر هم مدت معینی نداشته باشد، «حبس مطلق» می‌باشد. اما اگر به طور ابدی این حق ایجاد شود «وقف» نام دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۹-۲۰۸؛ مدنی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۲۶۶-۲۶۲؛ امامی، بی‌تا، ج ۱: ۵۶-۶۲). لازم است ذکر شود که مورد معامله در این عقود باید به گونه‌ای باشد که عین آن در اثر استفاده باقی بماند، در غیر این صورت عقد باطل است و موجب انتقال حق انتفاع نمی‌گردد (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۴؛ امامی، بی‌تا، ج ۱: ۵۶).

با عقد حق انتفاع، منتفع دارای حق عینی بر مال می‌شود که این حق، خود در زمره اموال قرار دارد. بنابراین منتفع در صورتی که مالک او را منع نکرده باشد، می‌تواند آن را به غیر انتقال دهد



(کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۸ و ۲۱۸؛ مدنی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۲۷۲؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۲). چه بسا بتوان گفت با تسلیم کالا جهت معامله آتی مالک حق انتفاع از مال خود را به گیرنده انتقال می‌دهد. این در صورتی است که مالک در پی ایجاد عقدی این حق را منتقل نماید، زیرا همان‌طور که ذکر شد حق انتفاع از مال غیر، صرفاً با عقد قابل انتقال خواهد بود.

### ۳. استنابت در حفظ

مراد از استنابت در حفظ، طلب حفظ مال از دیگری است که به طور خاص در معنای عقد ودیعه لحاظ می‌شود (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۲۹). در واقع، استنابت در حفظ معمولاً با عقد ودیعه حاصل می‌شود، اما در عقود دیگر جزء تعهدات فرعی به شمار می‌آید (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۶۸-۱۶۷). در حقیقت مالک مال خود را به دیگری می‌سپارد تا آن را حفظ کند. همان‌طور که قانون مدنی در ماده ۶۰۷ بیان می‌کند:

ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه‌گذار، مودع و ودیعه‌گیر را مستودع یا امین می‌گویند.

بنابراین هدف اصلی و اولیه او از این کار حفظ مال است. چه بسا بتوان گفت که تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز نوعی استنابت در حفظ است. زیرا اگرچه مالک به طرف مقابل خود اذن در تصرف می‌دهد، اما این اذن مقید به نگهداری مال در حد متعارف است. در واقع، هر وقت مالک به دیگری اذن دهد که در مالش تصرف کند، اگر مقید به عدم ضمان و مجانی باشد، ید متصرف امانی بوده و فقط با تفریط و تعدی ضامن است (اسدی حلی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۵۸؛ محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۷-۹۱). اما اگر اذن مالک مطلق یا مقید به ضمان و عوض باشد، ید گیرنده ید ضمان است و با تلف مال باید از عهده خسارت آن برآید، حتی اگر تعدی و تفریط نکرده باشد (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۶۱ و ۱۰۵-۱۰۲). در همه این فروض، گیرنده مسئول حفظ و نگهداری مال بوده و باید به طور متعارف از آن مراقبت نماید، زیرا حتی اگر ید او امانی باشد و مال تلف شود، در فرض تفریط و تعدی ضامن است. پس باید از آن مراقبت کند تا تفریط یا تعدی صدق نکند.

استنابت در حفظ به این شکل در تمامی عقود اذنی جاری است ولی با این حال بر همه آنها

اطلاق نمی‌شود، زیرا این هدف جز در عقد ودیعه، در ضمن عقد و به عنوان هدف فرعی عقد می‌باشد (کاتوزیان، پ: ۱۳۷۶: ۱۱-۱۲؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴: ۳۳۴).

در تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز هدف اصلی از اعطای مال به طرف مقابل بررسی آن جهت انجام معامله است، اما طبق دلیلی که ذکر شد، در ضمن آن گیرنده موظف به حفظ کالا در حد متعارف نیز می‌باشد. بنابراین نمی‌توان مفاد تسلیم کالا جهت معامله آتی را استنابت در حفظ دانست.

#### ۴. وعده یک طرفه

طبق نظر برخی از حقوق دانان در فرض مذکور به طور صریح یا ضمنی قراردادی مقدماتی بین طرفین بسته می‌شود تا بر آن مبنا بتوانند کالایی را قبض و اقباض نموده و آثاری را بر آن بارکنند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۶۸۷۴؛ قاسم‌زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۹). در واقع، در اینجا قصد انشاء وجود دارد و می‌تواند ایجاد تعهد و التزام نماید. پس تسلیم کالا در اینجا عملی حقوقی است و جزء قراردادهای مقدماتی محسوب می‌شود. چنانکه طبق نظر دکتر کاتوزیان در موردی که معامله آتی بیع باشد، با تسلیم کالا یک وعده یک طرفه به بیع رخ داده است. ایشان بین معاملات کوچک و بزرگ نیز فرقی قائل نشده و مطلقاً آن را وعده یک طرفه می‌دانند. بر طبق این وعده که از برخورد اراده‌های طرفین آن پدید می‌آید، مالک اذن می‌دهد که گیرنده جهت بررسی در آن تصرف نماید. بنابراین مفاد این قرارداد اذن و اباحه در تصرف است و گیرنده تنها می‌تواند در حدود اذن در کالا تصرف کند. از سوی دیگر نیز گیرنده متعهد می‌شود به اینکه یا به انجام معامله بپردازد یا اگر راضی به آن نشد، کالا را سالم بازگرداند. در واقع، هر دو طرف متعهد به انجام امری شده و قصد انشاء دارند. بنابراین در اینجا عقدی با مضمون اباحه در تصرف واقع می‌شود. اما همواره چنین نیست که طرفین تسلیم قصد انشاء داشته باشند، بلکه گاه فقط یک طرف خود را ملتزم به عمل خود می‌سازد و برخی اوقات نیز ممکن است هیچ‌یک قصد انشاء نداشته باشند، بلکه فقط مالک اذن در تصرف می‌دهد. البته همان‌طور که قبلاً ذکر شد، برخی از فقها این اذن را نیز ایقاع دانسته و معتقدند که اذن دهنده قصد انشاء دارد.

از سوی دیگر، اگرچه طرفین تسلیم هر دو دارای قصد انشاء باشند، اما نباید آن را صرف وعده به قرارداد دانست، زیرا ممکن است تسلیم در قالب عقد دیگری مانند عاریه رخ دهد. در واقع،

مالک می‌تواند کالا را به شکل رایگان و با هدف انتفاع از آن به دیگری سپرده و گیرنده هم آن را قبول نماید. اگرچه هدف اصلی مالک از تسلیم کالا، ایجاد معامله آتی است، اما مضمون عمل او چیزی جز عقد عاریه نیست. در نتیجه نمی‌توان به طور مطلق قائل شد که نهاد مذکور وعده یک طرفه به معامله است.

### ب) نظریه ایقاع بودن

ایقاع از باب افعال در لغت به معنی ایجاد، واقع ساختن و تحقق بخشیدن است (حمیری، ۱۴۲۰، ج ۱: ۷۲۵۹).

در اصطلاح فقه و حقوق ایقاع همانند عقد یک عمل حقوقی است که نیاز به قصد انشاء دارد، اما تفاوتی که با عقد دارد در یک‌جانبه بودن آن است. به این صورت که در ایقاع قصد و رضای یک طرف برای ایجاد اثر مقصود در عالم حقوق کافی است؛ برخلاف عقد که نیازمند قصد و رضایت هر دو طرف است (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۶۰؛ صفایی، ۱۳۸۳: ۱۲۰؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲: ۸۹؛ غروی‌نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۳۳؛ فتواتی و دیگران، ۱۳۸۸، ج ۱: ۹۱). ایقاع از لحاظ آثار حقوقی شبیه عقد است و باعث نقل ملک، قطع یک رابطه حقوقی یا وصل آن، استحقاق حق یا سقوط آن و یا عقوبت می‌گردد (کرکی عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۷۶). دکتر امامی نیز آن را موجد یا مسقط حق دانسته‌اند (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۸۴). بنابراین ایقاع یک عمل حقوقی است که با وجود شرایط مذکور در عرف و شرع نافذ می‌باشد و باید به آن پایبند بود.

ایقاعات منحصر است به آنچه در فقه بیان شده است. به طوری که ایقاع بی‌نام و غیرمعین در حقوق اسلام پیش‌بینی نشده (فتواتی و دیگران، ۱۳۸۸، ج ۱: ۹۹) و ایقاعات نافذ در شرع عبارتند از: طلاق، رجعت،ظهار، ایلاء، لعان، عتق، تدبیر، ایمان، نذور، عهد، حجر، شفعه، و حکم (کرکی عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۷۶-۱۷۷).

البته در حقوق تعدادی ایقاع نامعین دیده می‌شود که آثار و احکام معینی در قانون ندارند: مانند ایقاع‌های اذنی. اما در اصل آزادی انعقاد آنها تردید وجود دارد، حتی برخی وجود ایقاعات نامعین را انکار کرده و قائل به اصل آزادی ایقاع نیستند. هم‌چنین به دسته سومی اشاره شده که نام و نفوذ آنها در قانون بیان شده، اما احکام واضحی ندارند، بلکه باید به قواعد عمومی ایقاعات رجوع کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۱: ۴۴۱).

در کنار ایقاعات معینی که بیان شد، نهاد دیگری به نام اذن وجود دارد که البته در ایقاع بودن آن تردید است. به طوری که برخی آن را ایقاع (موسوی خمینی، بی تا: ۲۱۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۲۷۶) و برخی اذن صرف می دانند (امامی، بی تا، ج ۱: ۱۰۱؛ کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۴۷). البته نظر دیگری نیز وجود دارد مبنی بر اینکه اگر همراه با قصد انشاء باشد، ایقاع بوده و بدون آن اذن صرف است (هاشمی و جمعی از پژوهش گران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۱۴). در این میان آنچه اولی به نظر می رسد، قول سوم است، زیرا با توجه به عرفی که در میان مردم وجود دارد، نمی توان اذن را به طور مطلق ایقاع یا اذن صرف دانست.

در تسلیم کالا جهت معامله آتی می توان چنین فرض کرد که مالک به طرف مقابل خود اذن می دهد تا جهت معامله آتی مال او را بررسی کند. در این صورت، اگر اذن همراه با قصد انشاء باشد، ایقاع و در غیر این صورت یک اذن صرف است که در زمره اعمال حقوقی قرار نمی گیرد.

### ج) نظریه اذن صرف

اذن در لغت به معنای اباحه و اطلاق فعل (سعدی، ۱۴۰۸: ۱۹) و رفع منع (عبدالرحمان، بی تا، ج ۱: ۱۲۷) است. در اصطلاح نیز اذن از معنای لغوی خود دور نشده، به معنای رخصت و رفع مانع از تصرف در مال می باشد که گاه از سوی مالک یا شخص به منزله مالک است (هاشمی و جمعی از پژوهش گران، ۱۴۲۶ ج ۱: ۳۳۱) و گاه از سوی شارع است (جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۱: ۶۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۰۶). در واقع با اذن، اباحه تصرف حاصل می شود که گاه به جای هم به کار می روند. در جای دیگر اذن چنین تعریف شده است: «اذن عبارت است از ازاله منع قانونی به سود یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیر معین از طرف مقنن یا شخص معین» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ج ۱: ۲۸۷).

اذن و اباحه مالکی از جهت منشأ بر سه قسم است: اذن مطلق، اذن حاصل از ایقاع، و اذن حاصل از عقد (هاشمی و جمعی از پژوهش گران، ۱۴۲۳، ج ۸: ۲۷۴).

آنچه در این بحث مورد نظر است، قسم اول از اذن می باشد، یعنی اذن مجرد که مالک آن را صادر می کند. در واقع، گاهی اذن به طور مطلق از مالک صادر می شود که باعث اباحه تصرف در حدود اذن است، اما گاهی ناشی از یک عقد یا ایقاع است که مفاد آنها امر دیگری بوده و به تبع آن اذن در تصرف هم ایجاد می شود.

ما در این مقام به دنبال نهادی هستیم که اثر اولیه آن اباحه و اذن در تصرف باشد که فقط قسم اول را دربرمی گیرد. این اذن می تواند در مقابل عوض یا مجانی باشد که در صورت اول عقد است، زیرا معوض بودن حاکی از وجود تراضی است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۹۳-۲۹۲). به طوری که مالک با توافق طرف دیگر و رضایت او به پرداخت عوض، راضی به تصرف او در مال شده است. بنابراین الزام و التزام وجود داشته و هر دو دارای قصد انشاء هستند. اما اگر اذن مالک رایگان بوده و عوضی در برابر آن قرار نگیرد، مانند اذن به خوردن غذا که صاحب خانه به میهمان می دهد، دو قول در باب ماهیت آن وجود دارد:

۱- یک نظر مبتنی بر این است که اذن نه عقد است و نه ایقاع، بلکه صرفاً رفع مانع کرده و باعث حلیت تصرف در مال می گردد. بنابراین اذن در زمره اعمال حقوقی قرار ندارد (امامی، بی تا، ج ۱: ۱۰۱؛ کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۴۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۸۵).

۲- نظر دوم حاکی از ایقاع بودن اذن است. در واقع، مالک به طور یک طرفه قصد انشاء نموده و تصرف در مال خود را بر دیگری مباح می سازد. بنابراین او اثری را در عالم حقوق انشاء می کند که ایقاع نام داشته و در زمره اعمال حقوقی قرار دارد (موسوی خمینی، بی تا: ۲۱۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۴۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷: ۹۷) زیرا اذن کاری ارادی است و آثار قانونی آن منطبق با خواست اذن دهنده می باشد (قاسم زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۴).

طبق قول اول می توان برای اذن ماهیت مستقلی در نظر گرفت و آثار خاصی بر آن بار کرد. به طوری که اثر اصلی آن اباحه تصرف در حدود اذن است، اما حقی فراتر از آن برای گیرنده ایجاد نمی کند، زیرا مالک صرفاً استفاده از مالی را اباحه نموده ولی بر آن تعهد نکرده و لذا حقی را از خود سلب نکرده است. بنابراین، این اذن قابل رجوع است و او می تواند هر زمان که خواست از اذن خود برگردد (امامی، بی تا، ج ۱: ۱۰۱)، اما از آنجا که این اذن نیاز به ایجاب و قبول ندارد، حتی اگر مأذون له اذن مالک را قبول نکند، مؤثر در بطلان نبوده و مادامی که مالک از اذن خود رجوع نکرده، تصرف در مال بر او جایز است (هاشمی و جمعی از پژوهش گران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۱۴-۱۱۵؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۴۳).

در تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز گاه رخ می دهد که طرفین قصد انشاء نداشته و خود را از لحاظ حقوقی پایبند به مفاد آن نمی سازند. به طور مثال، در معاملات کوچکی که بررسی کالا نیاز به زمان طولانی ندارد، بعید است که بتوان برای طرفین قصد انشاء تصور کرد، بلکه مالک صرفاً

اذن در تصرف می دهد بدون اینکه در مقابل آن عوضی باشد. بنابراین گیرنده در حدود اذن، یعنی تنها جهت بررسی آن برای معامله آتی و به طور متعارف می تواند در کالا تصرف کند. این اثر در واقع یک اباحه تکلیفی است که موجب اباحه تصرف گیرنده در حدود اذن می گردد، اما حقی برای او ایجاد نمی شود.

قول مشهور فقها نیز که ید گیرنده را در مقبوض بالسوم ضمانی می دانند مطابق با همین نظر است، زیرا دلیل اصلی آنان بر ضمان، حدیث مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۷۱؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱: ۲۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۸۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸: ۱۹۲) و این حدیث در جایی جاری می شود که قراردادی موجود نباشد. البته ممکن است اخذ کالا همراه با اذن مالک باشد، اما گیرنده در هر صورت ضامن است. در اینجا نیز مالک با اذن خود مال را به دیگری می دهد، اما با این بیان فقها معلوم می شود که قراردادی بین طرفین منعقد نمی گردد، بلکه صرفاً یک اذن در تصرف است.

از گفته برخی از حقوق دانان نیز چنین برمی آید که نهاد مذکور یک اذن صرف است که الزام و التزامی از آن پدید نمی آید. اگر هم گیرنده ملزم به سالم بازگرداندن کالا می باشد، به دلیل حکمی است که به موجب شرع و قانون بر عهده گیرنده قرار می گیرد نه قرارداد و توافق طرفین. دلیل این عده به تبعیت از مشهور فقها قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» است. درحقیقت، این قاعده در جایی جاری می شود که عقد و معامله ای وجود نداشته باشد.

البته برخی از حقوق دانان معاصر قاعده فوق را به عنوان مستند ضمان درک نیز ذکر کرده اند (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۲: ۲۲۳)؛ یعنی در صورتی که پس از انجام معامله معلوم شود که مبیع از آن شخص دیگری بوده و او معامله را تنفیذ نکند، معامله فاسد است و طرفین قرارداد به موجب این قاعده ضامن عوضین هستند. در واقع، طبق نظر این حقوق دانان، این مسأله از مصادیق ضمان قهری است (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۲۲۳-۲۲۲)، زیرا با اینکه از قبل قراردادی وجود داشته، اما فاسد است و اثری در عالم حقوق ندارد. به بیان دیگر، فساد معامله به منزله عدم وجود قرارداد است. به همین علت نیز برای اثبات ضمان طرفین باید به دلیل دیگری رجوع کرد که شارع یا قانون گذار آن را صادر کرده باشد، زیرا در حقیقت توافق و قراردادی وجود ندارد. در نتیجه، اگر قاعده مذکور مستند ضمان درک نیز واقع شود نباید چنین پنداشت که این قاعده در جایی مورد استدلال واقع شده که قرارداد و معامله ای موجود است.

با توجه به آنچه گفته شد، ماهیت نهاد مورد بحث می‌تواند عقد، ایقاع یا اذن صرف باشد. این امر با توجه به شرایط و قصد طرفین تعیین می‌گردد که در هر یک آثار خاصی متصور است.

### ضمان تسلیم کالا جهت معامله آتی در فقه و حقوق

فقه‌های امامیه و حقوق دانان در این باب به ارائه دو نظر پرداخته‌اند: برخی قائلند که ضمان بر عهده مالک بوده و برخی عکس آن نظر داده و معتقدند که ضمان بر عهده گیرنده است. در ادامه به توضیح و بررسی هر یک از این نظرات می‌پردازیم.

#### الف) نظریه امانی بودن ید

به طور کلی استیلا بر مال غیر یا با اذن مالک است یا با اذن شارع و قانون‌گذار، یا بدون اذن می‌باشد. اگر اذن از طرف مالک یا قائم مقام قانونی او باشد «امانت مالکیه» نام دارد و اگر از سوی شارع باشد «امانت شرعیه» است. در هر صورت متصرف امان می‌باشد و از این جهت به او امین گویند که به اذن مالک یا شارع متصرف در مال غیر است و به آن خیانت نکرده، یعنی کاری نمی‌کند که موجب تلف یا نقصان مال گردد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۱۴-۱۳). به همین علت ید او امانی است. به این شکل که با تلف و نقص مال مورد امانت ضامن نیست مگر با تعدی یا تفریط در استعمال و نگهداری مال (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۵؛ امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۷-۳۶ و ۱۶۸؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۶۹)، زیرا با تعدی و تفریط از حدود اذن خارج شده و از مصادیق خائن می‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۱۴-۱۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱: ۱۹۲).

دیگر آنکه بر امین واجب است آن مال را به صاحبش بازگرداند (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۵). بنابراین هیچ‌گاه مالکیت عین مال امانی به امین منتقل نخواهد شد. از این نکته چنین فهمیده می‌شود که اگر امانت از نوع امانت مالکانه باشد، مالک قصد انتقال عین مال به امین را ندارد. هم‌چنانکه این امر را به عنوان یکی از شرایط امانت ذکر کرده‌اند (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵). در امانت علاوه بر اذن عنصر دیگری نیز لازم است و آن رایگان و بلاعوض بودن آن می‌باشد (پیرهادی، ۱۳۹۰: ۲۱۵؛ محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۱۳). به عبارت دیگر، اذن در صورتی رافع ضمان گیرنده است که مقید به ضمان نباشد.

بنابراین هر وقت مالک به دیگری اذن دهد که به طور رایگان در مال او تصرف نموده و سپس با درخواست او مال را برگرداند، قاعده امانت جاری شده و ید گیرنده، امانی محسوب می‌شود.

در تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز چه بسا بتوان قاعده امانت را جاری کرد، هم‌چنانکه برخی از فقها و حقوق دانان قائل به امانی بودن ید گیرنده در مقبوض بالسوم هستند (مؤمن سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۳۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸: ۱۹۲؛ حلی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۶۷؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۲: ۱۷۴؛ جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۱: ۶۴)، زیرا مالک به طور رایگان به طرف مقابل خود اذن می‌دهد که در مال او تصرف نموده، سپس آن را برگرداند یا به انجام معامله بپردازد. در واقع، عناصر امانت که عبارت است از اذن و بلاعوض بودن، در آن وجود دارد. بنابراین ید گیرنده امانی خواهد بود.

دلیل دیگر بر این امر آن است که طبق موادی از قانون مدنی که راجع به اجاره، عاریه، ودیعه و مانند اینها می‌باشد، هر گاه شخص به اذن مالک بر مال او تسلط یابد، امین است. در مقبوض بالسوم نیز کالا به اذن و رضایت مالک و طبق توافق طرفینی در ید گیرنده قرار گرفته است. بنابراین در اینجا نیز باید قاعده امانت جاری شود. هم‌چنانکه طبق نظر دکتر کاتوزیان گیرنده بر اساس قرارداد مقدماتی بیع، مأذون بوده و از این رو ید او امانی است. البته در تحلیل مسئولیت گیرنده، در نظر دکتر کاتوزیان با فقهای که ید او را امانی می‌دانند تفاوت‌هایی وجود دارد. به طوری که ایشان قائل است که گیرنده طبق قراردادی که با مالک بسته، متعهد شده که یا به انجام معامله پرداخته و ثمن کالا را تحویل دهد، یا کالا را سالم برگرداند. پس او متعهد به حفظ کالا نشده است. به همین دلیل در دعوی بین مالک و گیرنده در تلف یا نقص کالا، مالک نیاز به اثبات تعدی یا تفریط گیرنده ندارد، زیرا گیرنده تعهد به نتیجه کرده و اگر نتواند کالا را سالم تحویل دهد، اصل بر آن است که او مقصر است، مگر آنکه عدم تقصیر خود را اثبات کند. بنابراین اگرچه او امین است اما از آنجا که رابطه او با مالک مبتنی بر معامله است نه احسان و مسامحه، باید به یکی از دو واجب عمل کند و در غیر این صورت ملزم به پرداخت خسارت است (قاسم‌زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۸-۶۹؛ کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۷۶-۷۴). در حالی که فقهای که ید گیرنده را در نهاد مذکور امانی می‌دانند، مسئولیت او را همانند مسئولیت مستودع در ودیعه دانسته و معتقدند که او باید در حفظ کالا تلاش نماید (اسدی حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۸۳؛ ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۱۸۷) و تنها در صورتی مسئول است که در نگهداری آن تعدی یا تفریط نماید. بنابراین او مسئول اثبات عدم



تقصیر خود نیست، چون اصل بر امین بودن اوست (امامی، بی تا، ج ۲: ۱۷۲؛ اسدی حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۲۱۲؛ ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۹۲).

همان طور که در بحث ماهیت گذشت، اذن در تسلیم کالا می تواند در قالب عقد یا ایقاع رخ دهد، اما از لحاظ عدم ضمان با یکدیگر فرقی ندارند. بنابراین اگر مالک یا طرفین هر دو قصد انشاء داشته باشند و عوضی هم در مقابل تسلیم قرار ندهند، کالا در دست گیرنده امانت است و ضمانی بر او نیست. هم چنانکه طبق نظر یکی از فقها تسلیم می تواند در قالب عاریه رخ دهد که در این صورت گیرنده امین است (منتظری نجف آبادی، بی تا، ج ۳: ۲۷۵). البته او فقط باید در حدود اذن مالک در مال تصرف کند، زیرا در غیر این صورت دیگر مأذون نیست و تحت قاعده ضمان قرار می گیرد.

اگر هم مالک در قالب اذن صرف و به طور رایگان کالا را تسلیم کند که مبنی بر یک نظر نه عقد است و نه ایقاع، باز هم اثر فوق را دارد؛ یعنی اگر مالک قصد انشاء هم نداشته باشد، کالا حکم امانت را دارد، زیرا عناصر امانت در اینجا نیز تکمیل است.

البته لازم است ذکر شود که انتظار و توقع معامله از سوی مالک سبب خروج موضوع از امانت نمی شود و مادامی که معامله ای رخ نداده، آن کالا در دست گیرنده امانت است (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۶). چون این انتظار به معنای آن نیست که در مقابل تسلیم کالا، عوضی لحاظ شده باشد، بلکه گیرنده می تواند معامله نکرده و کالا را برگرداند. هم چنانکه عقود امانی عاریه و ودیعه، که در آنها امین باید با درخواست مالک کالا را بازگرداند، در زمره عقود غیر معوض قرار دارند. بنابراین بعد از آنکه در قبض کالا اذن مالک وجود دارد، اصل بر براءت گیرنده بوده و نباید او را ضامن دانست (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵).

### ب) نظریه ضمانی بودن ید گیرنده

ممکن است تصرف در مال غیر همراه با ضمان باشد، به این نحو که او باید عین مال و در صورت تلف یا نقص، مثل یا قیمت آن را به مالک اصلی بپردازد (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۵: ۱۱؛ محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۱؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۷: ۱۴۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۱۶).

به طور کلی به صرف وضع ید بر مال غیر، اصل آن است که ضمان بر عهده شخص قرار می گیرد، حتی اگر یک رابطه حقوقی هم در میان نباشد (حلی، ۱۴۱۵: ۲۷)، مگر آنکه تصرف به

نحو امانت باشد که در این صورت قاعده استیمان استثنایی بر قاعده ضمان می‌شود، یعنی اگر شیء در ید گیرنده بدون اذن مالک یا در مقابل عوض باشد، گیرنده امین نبوده و ضامن است (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۴-۹۱).

برخی فقها و حقوق‌دانان نیز بر نهاد مقبوض بالسوم که شبیه نهاد مذکور است قاعده ضمان ید جاری کرده و معتقدند با وجود اذن صاحب کالا، گیرنده به صرف قبض، ضامن است تا آن را به صاحبش بازگردانده یا به انجام معامله پردازد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۷۳). چرا که طبق ماده ۶۳۱ قانون مدنی:

هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است. بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی....

بنابراین تنها افرادی امین محسوب می‌شوند که قانون آنها را به این عنوان شناخته باشد. حال آنکه گیرنده در نهاد مورد بحث امین معرفی نشده است (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۷۴؛ امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۷۰).

هم‌چنین از ملاک ماده ۳۰۱ قانون مدنی که می‌گوید: «کسی که عمداً یا اشتهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند» چنین برمی‌آید که گیرنده کالا جهت معامله آتی ضامن است و با تلف یا نقص کالا حتی بدون تعدی و تفریط باید از عهده خسارت آن برآید (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۷۰).

دلیل دیگری که در فقه به آن اشاره شده آن است که اذن مالک در اینجا مقید به ضمان است؛ یعنی اگرچه مالک اذن به تصرف می‌دهد، اما نمی‌توان اذن او را بلاعوض دانست، بلکه در عوض پرداخت کالا ضمان وجود دارد (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۱۰۴). زیرا توقعی که او نسبت به انجام معامله دارد، باعث می‌شود که روح امانت از آن جدا شود. در واقع، مالک با این کار اقدام به استیفای مالیت کالا می‌کند، حال یا از طریق گرفتن قیمت کالا در صورت ایجاد معامله یا گرفتن عین آن در صورت عدم ایجاد معامله (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۶). به بیان دیگر، تسلیم با هدف انجام معامله ای رخ می‌دهد که در آن ضمان مسمی وجود دارد (اعرج حسینی عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۶۴۹)، از طرف دیگر نیز گیرنده با این نیت کالا را می‌گیرد که مقدمه‌ای باشد بر دفع قیمت یا ردّ عین

آن (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۶). در واقع، اخذ در اینجا مقدمه خرید کالا است که در آن ضمان مسمی و مورد توافق طرفین وجود دارد. در نتیجه، موضوع تخصصاً از امانت خارج است.

اما در مقابل گفته شده که اخذ به عنوان مقدمه خرید باعث خروج آن از عنوان امانت نمی‌گردد، زیرا مال به اذن مالک در تصرف گیرنده است و غرض مالک از این اذن آن است که با خواست گیرنده معامله محقق شود. بنابراین مقدم بودن اخذ سبب تسری حکم ذی‌المقدمه به مقدمه نمی‌گردد. مخصوصاً در صورتی که گیرنده راضی به انجام معامله نشده و معامله صورت نگیرد. بنابراین مقبوض بالسوم امانت است و ید گیرنده امانی خواهد بود (موحدی لنگرانی، ۱۴۱۶: ۳۹-۴۰).

در تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز همین قاعده جاری می‌شود، زیرا همان‌طور که قبلاً ذکر شد، فرقی میان مقبوض بالسوم و این نهاد نیست (قاسم‌زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۲). ضمن آنکه اگر تسری حکم ذی‌المقدمه به مقدمه صحیح باشد، در تسلیم کالا جهت معامله آتی به طریق اولی باید قاعده امانت جاری شود، زیرا اگر معامله آتی مانند عاریه از جمله عقود باشد که ضمان مسمی نداشته و کالا در دست گیرنده حکم امانت را داشته باشد، تا قبل از انجام معامله نیز کالا امانت است و گیرنده با عدم تعدی و تفریط امین خواهد بود.

هم‌چنین در عقود مثل رهن و عاریه گیرنده با قبول خود به طور ضمنی متعهد شده که کالا را سالم به صاحبش برگرداند، ولی تا وقتی تعدی و تفریطی نکرده، امین است. پس در تسلیم کالا جهت معامله آتی گیرنده باید امین محسوب شود (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵). زیرا عناصر امانت در نهاد مذکور نیز وجود داشته و فرقی در اینجا مشاهده نمی‌شود. یعنی علاوه بر اذن و بلاعوض بودن، قصد مالک بر عدم انتقال کالا به گیرنده است.

بنابراین اگرچه نظر مشهور فقها در اینجا ضمانی بودن ید گیرنده است، اما با توجه به دلایلی که ذکر شد، باید کالا را امانت دانست و احکام امانت جاری نمود.

## نتیجه‌گیری

۱- به‌طور کلی تسلیم کالا می‌تواند در قالب عقد، ایقاع یا اذن صرف رخ دهد. البته اگر اذن را نیازمند قصد انشاء بدانیم، نوعی ایقاع است که در این صورت فقط دو حالت برای تسلیم کالا متصور است: عقد و ایقاع.

۲- تسلیم کالا جهت معامله آتی در هر صورت و قالبی موجب اباحه تصرف در کالا برای گیرنده می‌شود. البته این تصرف تا حدی که عرف تعیین کرده جایز است. هم‌چنین می‌تواند طبق قصد یک طرف یا طرفین در این نهاد تعیین گردد.

۳- تسلیم کالا جهت معامله آتی می‌تواند در قالب عقودی رخ دهد که علاوه بر اباحه تصرف موجب انتقال حق انتفاع می‌گردند.

۴- علاوه بر آثاری که مختص هر قالب است، تسلیم کالا جهت معامله آتی می‌تواند آثار مشترکی نیز داشته باشد. از جمله این آثار ضمان نقص و تلف کالا است.

۵- قول اقوی آن است که ضمان نقص و تلف کالا بر عهده مالک بوده و ید گیرنده امانی است، زیرا مالک با رضایت کامل و اذن خود کالا را به طرف مقابل تسلیم می‌کند. از طرف دیگر، فرض بر این است که گیرنده در حفظ و نگهداری آن دقت کافی می‌کند. بنابراین دلیلی باقی نمی‌ماند که ید او را از امانی بودن خارج سازد، مگر آنکه در حفظ آن افراط و تفریط نماید که از بحث حاضر خارج است.

۶- با توجه به آنکه تسلیم کالا جهت معامله آتی همگام با پیشرفت جوامع در حال تغییر بوده و به عناوین مختلفی صورت می‌گیرد، مسائل و مشکلاتی نیز دامن‌گیر آن خواهد شد، اما در حقوق ایران اصول و قوانینی که به طور خاص به این موضوع پرداخته باشد، وجود ندارد. بنابراین شایسته است که حقوق‌دانان و قانون‌گذاران به بررسی و تبیین ماهیت و آثار این موضوع پردازند و نظر واحدی را در این باب صادر کنند. به طوری که حتی قوانین و مقرراتی متحد راجع به آن تعیین نموده و اجرای آن را بر همگان واجب سازند.

هم‌چنین لازم است در قوانین آیین دادرسی ضمانت‌های اجرایی بر این مسأله قرار دهند که تاجران و دیگر مردم در روابط تجاری خود اجرای قوانین مربوطه را بر خود لازم دانسته و از آن تخلف نکنند.

## منابع

- ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمدبن مکرم. (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- اردبیلی، احمدبن محمد. (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم: دفتر

- انتشارات اسلامي، چاپ اول.
- اسدي حلي، حسن بن يوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق.) قواعد الاحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامي، چاپ اول.
  - \_\_\_\_\_ . (۱۴۱۴ق.) تذكرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت (ع) .
  - \_\_\_\_\_ . (۱۴۲۰ق.) تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
  - اعرج حسيني عميدي، عميدالدين بن محمد. (۱۴۱۶ق.) كنزالفوائد في حل مشكلات القواعد، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول.
  - امامي، سيد حسن. (بي تا) حقوق مدني، تهران: انتشارات اسلاميه.
  - پرهادي، محمدرضا. (۱۳۹۰) انتقال مالکيت در عقد بيع، تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم.
  - جعفري لنگرودي، محمدجعفر. (۱۳۷۸ق.) حقوق مدني: رهن و صلح، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم.
  - \_\_\_\_\_ . (ب ۱۳۷۸) مبسوط در ترمينولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
  - \_\_\_\_\_ . (۱۳۶۸) حقوق اموال، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
  - جوهری، اسماعيل بن حماد. (۱۴۱۰ق.) الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية، بيروت: دارالعلم للملايين، چاپ اول.
  - حسيني روحاني قمی، سيد صادق. (۱۴۱۲ق.) فقه الصادق (ع)، قم: دارالکتاب، چاپ اول.
  - حسيني مراغی، سيد مير عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق.) العناوين الفقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامي، چاپ اول.
  - حلي، نجم الدين جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق.) شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعيليان، چاپ دوم.
  - حلي، حسين. (۱۴۱۵ق.) بحوث فقهيه، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
  - حلي، محمدبن حسن بن يوسف. (۱۳۸۷ق.) إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعيليان، چاپ اول.
  - حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق.) شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم، بيروت: دارالفکر للمعاصر، چاپ اول.

- خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق.) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۶۶) فرهنگ دهخدا، تهران: انتشارات مجلس شورای ملی.
- سعدی، ابوحیب. (۱۴۰۸ق.) القاموس الفقهی لغة و اصطلاحا، دمشق: دارالفکر، چاپ دوم.
- سیوری حلی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۳ق.) نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی<sup>(ره)</sup>، چاپ اول.
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۱ق.) کتاب المکاسب، قم: منشورات دار الذخائر، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۵) اشخاص و اموال، تهران: نشر میزان، چاپ پنجم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۳) قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق.) حقوق مدنی، قم: انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق.) مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول.
- عبدالرحمان، محمود. (بی تا) معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة، بی جا: بی نا.
- عمید، حسن. (بی تا) فرهنگ عمید، بی جا: بی نا.
- غروی نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۳ق.) منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران: المكتبة المحمدیة، چاپ اول.
- قاسم زاده، مرتضی و علی خسروی فارسانی. (زمستان ۱۳۸۵ و بهار ۱۳۸۶) «مسئولیت مدنی آخذ بالسوم در فقه و قانون مدنی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره جهل و یکم.
- قناتی، جلیل و حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور. (۱۳۸۸) حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: انتشارات سمت، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر. (الف ۱۳۷۶) حقوق مدنی: معاملات معوض: عقود تملیکی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.
- \_\_\_\_\_ . (ب ۱۳۷۶) حقوق مدنی: عقود اذنی: وثیقه‌های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۷۸) دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: نشر دادگستر، چاپ دوم.

- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۸) حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۹) دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی: قرارداد- ایقاع، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- کاشانی، ابوالقاسم بن ملا عبدالعلی. (۱۳۰۲ق.) مقبوض بالسوم، بی جا: بی نا.
- کرکی عاملی، علی بن حسین. (۱۴۰۹ق.) رسائل المحقق الکرکی، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی.
- کمپانی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۸ق.) حاشیبه کتاب المکاسب، قم: أنوار الهدی، چاپ اول.
- محقق داماد یزدی، سیدمصطفی. (۱۴۰۶ق.) قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- مدنی، جلال الدین. (۱۳۸۲) حقوق مدنی، تهران: نشر پایدار، چاپ اول.
- مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق.) فقه الإمام الصادق (ع)، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ دوم.
- منتظری نجف آبادی، حسین علی. (بی تا) رساله استفتائات، قم: بی نا.
- موحدی لنگرانی، محمد فاضل. (۱۴۱۶ق.) القواعد الفقهیه، قم: چاپخانه مهر، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق.) القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۴۰۱ق.) قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه عروج، چاپ سوم.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا) کتاب البیع، تقریر محمد حسن قدیری، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- مؤمن سبزواری، محمد باقر بن محمد. (۱۴۲۳ق.) کفایه الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نجفی کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا. (۱۳۵۹ق.) تحریر المجله، نجف: المكتبة المرتضویه، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق.) جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۳ق.) قرائات فقهیه معاصره، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول.

- هاشمی، سید محمود و جمعی از پژوهش گران. (۱۴۲۳ق.). موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۲۶ق.). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، چاپ اول.