

فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری
شماره چهل و چهل و یکم ۸۶-۱۳۸۵، صص ۷۲-۵۹

مسئولیت مدنی «آخذ بالسوم» در فقه و قانون مدنی

دکتر سید مرتضی قاسم‌زاده^۱ و علی خسروی فارسانی^۲

چکیده

آخذ بالسوم کسی است که کالایی را از مالک آن می‌گیرد تا پس از بررسی و پسندیدن با مالک معامله کند. درباره مسئولیت آخذ بالسوم در فقه و حقوق اختلاف نظرهایی وجود دارد. عده‌ای ید او را به خاطر قاعده «علی الید ما اخذت حتی تودیه» ضمانی می‌دانند و مسئولیت عینی برای آخذ بالسوم قائل می‌شوند و عده‌ای نیز به این خاطر که او اذن تصرف در مال را دارد، او را امین فرض کرده‌اند و فقط در صورتی او را مسئول جبران خسارت می‌دانند که تعدی یا تفریط کند، ولی هر اذنی لزوماً ایجاد رابطه امانی نمی‌کند و مأذون همیشه امین نیست، به علاوه ماده ۶۳۱ ق.م.مصادیق امین را حصری دانسته، در حالی که در هیچ جای قانون مدنی آخذ بالسوم امین شناخته نشده است و گرچه مالک به آخذ بالسوم اذن در تصرف در مالش را می‌دهد ولی در واقع این اذن مشروط است به اینکه یا کالا را سالم مسترد کند و یا عوض آن را پرداخت کند.

واژگان کلیدی:

آخذ بالسوم، ید امانی، ید ضمانی، اذن و غصب

۱- عضو هیات علمی دانشکده علوم قضایی.

۲- دانشجوی دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده علوم قضایی.

مقدمه

فرض کنیم وارد فروشگاه شده‌ایم و چرخ دستی را برداشته و اقدام به جمع‌آوری کالاهای مورد نیاز خود می‌نماییم، در این حین ناگه‌دان شیشه مربایی از دست ما می‌افتد و می‌شکند، مسئول فروشگاه از ما تقاضای پرداخت بهای آن را می‌کند، آیا واقعاً از نظر حقوقی حق با اوست یا اینکه ما مسئول پرداخت عوض آن نیستیم؟

پاسخ به سؤالاتی شبیه به سوال فوق بحث «اخذ بالسوم» را پیش می‌آورد که ما در این مقاله بر آنیم که جوانب مختلف بحث فوق را از نظر فقهی و حقوقی بررسی کنیم و بپردازیم به اینکه مفهوم اخذ بالسوم چیست؟ آیا یک قاعده فقهی یا حقوقی است؟ فرق آن با غصب چیست؟ آیا در حکم غصب است؟ آیا فقط در بیع مطرح می‌شود یا در سایر عقود هم جای طرح آن هست؟ آیا عنصر تقصیر و عمد در آن دخالت دارد؟ یا قاعده اتلاف چه فرقی دارد؟ آیا مأخوذ بالسوم امانت است در دست ما که باید به صاحبش برگردد^۱ یا اینکه نسبت به حفظ آن ما مسئولیت عینی داریم؟

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 این مقاله سعی شده با عنایت به اصول قواعد پذیرفته شده در فقه و حقوق، به ارزیابی ارائه شده در این زمینه پرداخته شود که مسلماً این نوشته مصون از کاستی‌ها و خطاها نمانده است که امید است خوانندگان محترم به آنها به دیده اغماض بنگرند.

در این راستا ابتدا در مورد یک سری کلیات راجع به مفهوم اخذ بالسوم، جای طرح آن، قواعد مربوط به آن و... سخن گفته‌ایم و سپس رابطه اذن و ضمان و انواع ید را شرح داده‌ایم تا زمینه طرح نظرات مختلف در رابطه با مسئولیت اخذ بالسوم و برگزیدن نظر بهتر فراهم گردد، بعد از آن نیز سعی در تطبیق نتایج حاصله در موارد مشابه و گرفتن یک نتیجه کلی از بحث شده است.

فصل اول: کلیات

مبحث اول: تعریف اخذ بالسوم

سُوم عبارتست از عرضه کردن کالا و ذکر ثمن از طرف فروشنده و درخواست فروش از سوی خریدار. کسی که کالا را از دست بائع یا از بساط فروش یا دکان او برمی‌دارد و در اختیار خود برای واری و تصمیم‌گیری می‌گیرد تا بعداً وارد مذاکره برای خرید آن شود آن تصرف را اصطلاحاً اخذ بالسوم گویند.^۱

درباره سوم واخذ بالسوم حقوق‌دانان و فقها از خود تعاریفی دارند، که اختلاف نظر مهمی بین این تعاریف دیده نمی‌شود^۲ و تقریباً همه برداشت یکسانی از این عبارت دارند. عبارت «ماخوذ بالسوم» در مورد مال مورد وعده و عبارت «اخذ بالسوم» در مورد گیرنده مال به کار می‌روند، که همه تداعی کننده همان تعریف فوق هستند.

لازم به ذکر است که گاهی از واژه «قبض» به جای «اخذ» استفاده می‌شود و عبارات «مقبوض بالسوم» یا «قبض بالسوم» به کار می‌روند که منظور همان عبارت «اخذ بالسوم» و مشتقات آن می‌باشد، با این حال «قبض» یک اصطلاح حقوقی و فقهی شناخته شده می‌باشد^۳ و به کار بردن آن اینجا خیلی صحیح به نظر می‌رسد.

در حقوق خارجی، واژه جایگزین یا معادلی به عنوان یک اصطلاح شناخته شده حقوقی وجود ندارد، با این حال عبارت اخذ بالسوم در انگلیسی اینگونه تعریف شده است:

"The obtaining of a sample by one from the seller in order to study the goods and enter negotiations thereafter for the purchase of same"^۴

مبحث دوم: آیا اخذ بالسوم فقط در بیع است؟

معمول است که در تعریف اخذ بالسوم از بیع، خرید، فروش یا شراء استفاده می‌شود و آنچه بیشتر در مثال‌های نویسندگان در مورد اخذ بالسوم دیده می‌شود، مربوط به بیع است. لذا از کاربرد واژه فوق آنچه به ذهن متبادر می‌شود این است که اخذ بالسوم فقط در بیع رخ می‌دهد و در سایر عقود کاربرد ندارد.

۱- جعفری لنگرودی، دکتر جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، ص ۲۰۸.
 ۲- به عنوان مثال ر.ک: امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۶۹ و یا ر.ک: محقق داماد، دکتر سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۱، ص ۱۰۵.
 ۳- ماده ۳۶۷ ق.م مقرر می‌دارد «... قبض عبارتست از استیلائی مشتری بر مبیع».
 ۴- صمیمی کیا، مسعودالظفر و آذر فر، فروز، فرهنگ حقوقی فارسی - انگلیسی، ص ۱۱۰.

با این حال به ظاهر عبارات نباید اکتفا کرد و اخذ بالسوم را نباید مختص به بیع دانست، بنابراین برای مثال اگر فردی شیئی را از دیگری اخذ کند و آن را واریسی کند تا در صورت پسندیدن آن را اجاره کند، باز قواعد مربوط به اخذ بالسوم اعمال می‌شوند. در مورد غیر از بیع مثال‌های دیگری نیز زده شده است، به عنوان نمونه، اگر زن مالی را بگیرد تا بعداً مهر او واقع شود، یا مالی را مرد بگیرد تا بعداً عوض خلع در طلاق باشد، یا در معاوضه یک طرف مالی را بگیرد و واریسی کند تا مورد معاوضه قرار دهد،^۱ باز هم اخذ بالسوم صورت گرفته است.

مبحث سوم) آیا اخذ بالسوم در حکم غصب است؟

ماده ۳۰۸ ق. م بیان می‌دارد: «غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان، اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است». از آنجا که در عدوان عدم اذن شرط است، لذا در اخذ بالسوم چون اخذ بالسوم اذن در تصرف دارد لذا عدوان و به تبع آن بحث غصب منتفی است، ولی آیا اخذ بالسوم را می‌توان مصداق قسمت اخیر ماده فوق دانست و اخذ بالسوم را در حکم غاصب تلقی کرد؟

پاسخ منفی به نظر می‌رسد زیرا همان‌طور که می‌دانیم، وقتی «در حکم غصب» رخ می‌دهد، که: اولاً: شروع به تصرف با اذن بوده و عدوانی نباشد؛ ثانیاً: سبب قانونی و شرعی برای ادامه تصرف وجود نداشته باشد، در اخذ بالسوم شرط اول وجود دارد، یعنی همان اذن اولیه در تصرف، ولی این اذن مستمر است، به عبارت دیگر فرد اجازه^۲ در تصرف هم دارد و لذا هیچ سبب قانونی و شرعی وجود ندارد که بتواند اذن را منتفی کند، مثال‌هایی برای در حکم غصب، مقبوض به عقد فاسد، مطالبه مالک و امتناع امین در امانت (ماده ۶۳۱ ق.م) و... می‌باشد، که با اخذ بالسوم تفاوت دارند و در این مثال‌ها هر دو شرط فوق وجود دارد.

مبحث چهارم) لزوم اذن مالک

برای تحقق یک عقد یک سری گفتگوهای مقدماتی وجود دارد و سپس ایجاب صورت می‌گیرد و بعد از آن که قبول به آن پیوست، عقد محقق می‌شود. بحث اخذ بالسوم بعد از ایجاب مطرح می‌شود و اگر قبل از ایجاب باشد، مثلاً کالا بدون ذکر قیمت در بساط فروشنده قرار داده شده باشد و فردی آن را بدون اجازه او بردارد اینجا ید او مسلماً ضمانتی است و قواعد اخذ بالسوم

۱- برای دیدن نظر موافق و مثال‌های دیگر ر.ک: امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۷۱، یا ر.ک: حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه، کتاب التصب، ج ۲۸، ص ۱۷۷.

۲- در رابطه با تفاوت اذن و اجازه در مباحث بعدی سخن خواهیم گفت.

اجرا نمی‌شود، اگر هم با اجازه بردارد و قبل از ایجاب باشد، قرائن بر امانی بودن ید فرد تحویل گیرنده دلالت می‌کند.

نکته دیگری که باید مد نظر داشت این است که در اخذ بالسوم اذن ضروری است، لذا حتی پس از ایجاب اگر اذن نباشد، ید اخذ بالسوم مسلماً ضمانی است و او حق تصرف ندارد، مثل حالتی که فروشنده، کالا را با ذکر قیمت در ویترین مغازه خود قرار داده (ایجاب)، ولی روی آن نوشته است که: «لطفاً دست نزنید» در حالی که در اخذ بالسوم اذن در تصرف وجود دارد.

مبحث پنجم) رابطه اخذ بالسوم با قواعد فقهی و حقوقی

در تعریف قاعده فقهی گفته شده است: «قاعده فقهی عبارتست از حکمی کلی که در ابواب مختلف فقه یا موضوعات متعدد به کار می‌رود»^۱، یا گفته شده است: «القواعد الفقهیه، هی احکام عالیہ فقهیه تجری فی ابواب مختلفه»^۲.

در تعریف قاعده حقوقی نیز گفته شده است: «قاعده و رفتاری در روابط اجتماعی بوده که عمومی و الزامی است و دولت اجرای آن را تضمین نموده است»^۳، یا گفته شده است: «قاعده‌ای الزام‌آور است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود»^۴.

معمولاً در قواعد حقوقی و فقهی ادله محکم و انکارناپذیری در بعد اثباتی وجود دارد، ولی در بحث اخذ بالسوم این‌گونه 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 فوق می‌تواند مصداق یک قاعده فقهی یا حقوقی باشد، لذا قابل تطبیق در مسائل و عقود مختلف خواهد بود که در این مورد تا حدودی بحث شد. 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 شده‌اند معمولاً اخذ بالسوم از طرف بسیاری نویسندگان در بحث قواعد فقه مطرح نشود.

۱- محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، ص ۱۰.

۲- مکارم شیرازی، قواعد فقه، ج ۱، ص ۱۶.

۳- شمس، دکتر عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۳۶۱.

۴- کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۵۸.

فصل دوم: رابطه اذن و ضمان

مبحث اول: اذن و ماهیت آن

در این فصل لازم است ابتدا در مورد اذن و ماهیت آن مطالبی گفته شود و سپس رابطه آن با ضمان بررسی گردد، نخست باید توجه داشت که اذن و اجازه متفاوتند، اذن قبل از تصرف است اما اجازه بعد تصرف، در واقع اجازه اذن لاحق بر تصرف است، لذا باید دقت شود که این اصطلاحات در جای خود استعمال شوند.

در مورد ماهیت اذن اختلاف نظرهایی وجود دارد، عده‌ای اذن را یک واقعه حقوقی می‌دانند که ایجاد اباحه در تصرف می‌کند و عمل حقوقی نیست، لذا نیاز به انشاء ندارد^۱، در مقابله عده‌ای اذن را یک عمل حقوقی و ایقاع می‌دانند که ماهیت انشایی دارد^۲، با توجه به تعریف عمل و واقعه حقوقی^۳ به نظر می‌رسد گفته دسته اخیر را باید تایید کرد، زیرا اولاً اذن به صورت ارادی رخ می‌دهد و ثانیاً اثر بار شده بر آن توسط قانون، همان خواست اذن دهنده است و در واقع قانون‌گذار اثر مورد نظر ایقاع کننده و اذن دهنده را بر عمل وی بار می‌کند و فرد اذن دهنده معمولاً به عواقب عمل خود واقف است و این چیزی جز عمل حقوقی نیست و چون یک طرفه است ایقاع محسوب می‌شود.

مبحث دوم: تأثیر اذن در رفع ضمان

بعد از این مقدمه باید به این موضوع پرداخت که آیا اذن در رفع ضمان تأثیری دارد؟ یا به عبارت دیگر آیا کسی که اذن در تصرف در مال دیگری دارد الزاماً ید او امانی است. یا می‌تواند ید ضمانی هم داشته باشد؟

در پاسخ به این سوال چند حالت متصور است اول اینکه اذن مقید به ضمان باشد و دوم اینکه اذن مقید به عدم ضمان باشد. این دو حالت خیلی مرتبط با موضوع مورد بحث ما نیستند و اجماً باید گفت که نظر قوی‌تر این است که باید حاکمیت اراده را محترم شمرد و حسب مورد هماهنگ با اراده فرد اذن دهنده ید را ضمانی یا امانی دانست. حالت مرتبط با موضوع بحث ما، زمانی است که اذن در تصرف به صورت مطلق داده می‌شود و فرد اذن دهنده بر اذن خود قیدی وارد نمی‌کند، در این حالت باید دید که وضعیت ید ماذون چگونه است؟

۱- محقق اصفهانی، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۷: «و اما فی غیر العقود و الایقاعات کالاذن فی تصرف...»

۲- اکثر حقوق‌دانان و فقها مثل دکتر کاتوزیان، دکتر لنگرودی، امام خمینی، محقق خوانساری و... بر این نظرند.

۳- برای دیدن این تعاریف ر.ک: کاتوزیان، دکتر ناصر، اعمال حقوقی، ص ۶ و یا ر.ک: قاسم زاده، دکتر سید مرتضی، حقوق مدنی، اصول قراردادهای و تعهدات، ص ۱۷ و ۱۸.

در این رابطه گفته شده است، که اگر اذن قانونی یا شرعی باشد، اذن ایجاد اباحه تصرف می‌کند و رافع ضمان نیست ولی اذن مالکی رافع ضمان است^۱، ولی پذیرفتن چنین تفکیکی بین اذن مالکی و قانونی یا شرعی لاقول در حقوق، خیلی پذیرفته نیست و مبنایی ندارد حتی در ماده ۱۳۶ ق.م. قانون‌گذار برای کسی که مال گم شده را پیدا کرده است ید امانی پیش‌بینی کرده است، در حالی که اذن او از طرف قانون‌گذار است، ممکن است گفته شود که اذن همواره ایجاد ید امانی می‌کند، چون از مجموع مواد مربوط به اجاره، عاریه، ودیعه، وکالت، رهن و مانند اینها برمی‌آید که در هر جا شخصی بر حسب رضای مالک و اذن او بر مالی تسلط یابد خواه هدف اصلی تسلط او باشد یا امر دیگری که لازمه تحقق آن استیلا بر مال است، امین می‌باشد.^۲ ولی این گفته را هم نمی‌توان به راحتی پذیرفت زیرا اذن مطلق به تنهایی نمی‌تواند مخصص ادله مربوط به ضمانی بودن ید باشد، همان‌طور که می‌دانیم اصل بر ضمانی بودن ید است و ادله مربوط به ضمانی بودن ید با اطلاق و عمومیتی که دارند حالت اذن مطلق را هم دربرمی‌گیرند و دلیلی بر سقوط ضمان در این مورد نیست، البته همان‌طور که گفته شد اگر اذن همراه با قرآینی باشد که عدم ضمان از آنها فهمیده شود، می‌توان حکم به عدم ضمان کرد، ولی در حالت اطلاق اذن نمی‌توان با آن ضمان را رفع کرد.

در حالتی که اذن از مصادیق امانت باشد، قدرتی پیدا خواهد کرد که از اصل ضمانی بودن ید موضوع را خارج کند، ولی همان‌طور که در مباحث آینده نیز گفته خواهد شد، اذن با امانت متفاوت است و هر اذنی امانت نیست. در این رابطه در فقه گفته شده است: «الاذن من حیث هو سواء كان ما لک یا او شرعیا لایرفع الضمان و انما الرافع هو اسقاط الاحترام الذی لایتحقق إلا مع الاذن المجانی»^۳ که منظور از اذن مجانی همان اذن همراه با قید عدم ضمان است. علاوه بر این، امانت یا ناشی از عقد است و یا اذن قانون‌گذار (امانت قانونی یا شرعی) در حالی که اذن مطلق، عقد نیست و ایقاع است و از مصادیق امانت مورد نظر قانون‌گذار هم که در ماده ۶۳۱ ق.م. آمده‌اند نیست، زیرا ماده ۶۳۱ ق.م. می‌گوید: «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 مستاجر، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تعدی یا تفریط...» در حالی که در هیچ‌جایی قانون‌گذار به طور

۱- قرافی، احمد بن ادریس، قواعد فقه، ج ۱، ص ۲۱۳.

۲- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، دوره مقدماتی عقود معین، ج ۱، ص ۷۴.

۳- طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب، ص ۳۹.

کلی مأذون را امین ندانسته است. لذا رابطه اذن با امانت رابطه عموم و خصوص مطلق است به این نحو که هر امینی مأذون هست ولی هر مأذونی امین نیست.^۱

مبحث سوم: انواع ید و ید آخذ بالسوم

با توجه به مطالبی که تاکنون گفته شد چند نوع ید قابل تصور است:^۲

- ۱- ید مالکانه، که ید مالک نسبت به مایملک خود می‌باشد.
 - ۲- ید امانی، یدی است که علاوه بر اذن در تصرف، در آن امین بودن و مجانی بودن را نیز باید احراز کرد و عدم ضمان را از قرائن همراه اذن یا از احکام قانونی و شرعی باید برداشت نمود.
 - ۳- ید ضمانی عدوانی، در این حالت علاوه بر اینکه اذن در تصرف وجود ندارد، فرد بدون اذن مالک عین را در تصرف می‌گیرد، لذا مسئولیت عینی در حفظ مال دارد.
 - ۴- ید ضمانی غیر عدوانی، در این نوع ید، اذن از سوی مالک برای تصرف در عین وجود دارد، ولی یا اذن مطلق است و شرط مجانیت یا عدم ضمان را همراه خود ندارد، که ید را به امانی تبدیل کند، لذا ید مطابق اصل همچنان ضمانی می‌ماند و یا اینکه اذن مقید به ضمان است، لذا اینجا اباحه در تصرف هست ولی ید ضمانی است.
 - ۵- ید تصرفی (در حکم عدوان)، در این نوع ید، اذن ابتدایی در تصرف وجود دارد ولی سبب قانونی یا شرعی در ادامه اذن و تصرف وجود ندارد، که مصداق قسمت اخیر ماده ۳۰۸ ق.م.ا است، مثل مقبوض به عقد فاسد.
- ید آخذ بالسوم مالکانه نیست و چون اذن وجود دارد، ید او ضمانی عدوانی هم نیست و چون اذن مستمر در تصرف وجود دارد و سبب قانونی در از بین رفتن اذن وجود دارد، ید او در حکم عدوان هم نخواهد بود و همان‌طور که در مباحث قبل گفته شد به دلیل اینکه از صرف اذن، امانت فهم نمی‌شود لذا ید او امانی هم نخواهد بود، چون قرینه‌ای هم بر امین بودن آخذ بالسوم وجود ندارد لذا ید آخذ بالسوم ید ضمانی غیر عدوانی است که تحلیل مفصل‌تر آن را در مباحث آینده خواهیم دید.

لازم به ذکر است که دسته سوم و چهارم و پنجم از ایادی از نظر مسئولیت عینی داشتن مشترکند، در واقع این سه دسته مصادیق ید ضمانی به طور کلی محسوب می‌شوند و فرد در هر حال مسئول جبران خسارت است، حتی اگر قوه قاهره را ثابت کند.

۱- برای دیدن نظر موافق ر.ک: محقق داماد: دکتر سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۱، ص ۱۰۵.

۲- برای دیدن تقسیم‌بندی مشابه ر.ک: محقق داماد، دکتر سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۱، ص ۱۰۲.

فصل سوم: بررسی مسئولیت آخذ بالسوم

مبحث اول: اختلاف نظرها در مسئولیت آخذ بالسوم در فقه

در فقه دو نظر عمده در این باب وجود دارد که ر این مبحث آنها رامطرح می‌کنیم و سپس در مباحث آینده به تحلیل و ارزیابی آنها می‌پردازیم:

۱- گروهی از فقها اعتقاد دارند که ید آخذ بالسوم امانی است و لذا او مسئول تلف یا نقص کالای موجود در دست خود نیست، مگر اینکه تعدی یا تفریط نموده و ید او تبدیل به ید ضمانی گردد، چنانکه گفته شده است: «دلیل الضمان بالقبض للسوم غیر ظاهر إلا حدیث المشهور علی الید ما اخذت حتی تؤدیه و صحته و دلالت غیر واضحین و الاصل برائته و الفرض عدم التعدی و الاخذ المالك، فالضمان علی التامل...»^۱، یعنی دلیل ضمان در اخذ بالسوم روشن نیست مگر حدیث مشهور علی الید، که صحت و دلالت آن روشن نیست و اصل بر براءة و فرض بر عدم تعدی است و رضای مالک نیز وجود دارد، لذا ضامن بودن آخذ بالسوم محل تأمل است.

۲- گروهی دیگر از فقها اعتقاد دارند که ید آخذ بالسوم ید ضمانی است، این عقیده، عقیده مشهور فقهاست، به عنوان نمونه گفته شده است: «و فيه اقتضاء ذلك عدم الضمان حیث فی مثل الفرض، خصوصاً بعد الشهرة علی الضمان فیه، بل ربما ارسال المسلمات، لی المحکی عن کثیر... التصریح بالضمان فیما اذا دفع البائع»^۲

دلیل اصلی این دسته از فقها استناد به قاعده علی الید می‌باشد و اخذ بالسوم را مشمول قاعده «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» می‌دانند و عمومیت قاعده را به این مورد هم تسری می‌دهند. شایان ذکر است که بعضی فقها، اخذ بالسوم را ایراد و استثنایی بر قاعده استیمان دانسته‌اند که در آن با اینکه آخذ بالسوم امین است، بازهم مسئول جبران خسارت می‌باشد، ولی در مقابل عده‌ای این ایراد را وارد ندانسته‌اند و ید آخذ بالسوم را ضمانی دانسته‌اند، لذا ایراد وارده را سالبه به انتفاء موضوع فرض کرده‌اند و گفته‌اند که این ایراد به قاعده عدم ضمان امین لطمه‌ای نزده است و ید آخذ بالسوم اصلاً امانی نیست، در واقع نظر این دسته از فقها هم موافق کسانی است که ید آخذ بالسوم را ضمانی می‌دانند.^۳

۱- مقدس اردبیلی، مجمع الفایده و برهان، ج ۲، ص ۷۶، برای دیدن نظر موافق ر.ک: شیخ یوسف البحرانی، حقائق الناضره فی الحکام العقد الطاهره، ج ۱۸، ص ۴۶۶ و همچنین ر.ک: فخر المحققین، ایضاح، ج ۲، ص ۱۷۶.

۲- شیخ محمد حسن نجفی (صاحب الجواهر) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۷، ص ۷۳ و برای دیدن نظر موافق ر.ک: محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۲ ص ۷۴۶ و نیز ر.ک: محقق ثانی جامع المقاصد، ج ۱، ص ۳۶۵ و نیز ر.ک: امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۳، کتاب غصب، مسئله ۱۴، ص ۴۸۸.

۳- ر.ک: موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، قواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۱۱، و نیز ر.ک: موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ج ۱، ص ۱۶۲.

مبحث دوم: اختلاف نظرها در مسئولیت آخذ بالسوم در حقوق

در حقوق مدنی، وقتی بحث از مسئولیت آخذ بالسوم می‌شود، اختلاف نظرهایی وجود دارد، این اختلاف نظرها برگرفته از فقه است، ولی در توجیه نظریه‌ها و در نتیجه‌گیری، تفاوت‌هایی با مباحث موجود در فقه وجود دارد که ذیلاً به آنها اشاره خواهیم کرد:

- ۱- عده‌ای از حقوق دانان به تبعیت از مشهور فقها ید آخذ بالسوم را ضمانی می‌دانند و او را مسئول جبران خسارت وارده می‌دانند حتی اگر ثابت کند که تلف یا نقص به دلیل وجود حادثه خارجی بوده که خارج از توان او بوده است. استدلال این عده از حقوق دانان بر این است که اولاً فروشنده، کالا را به این شرط به خریدار تحویل داده است که یا کالا را بردارد و ثمن را پرداخت و یا خود کالا را مسترد کند، لذا ید او ضمانی است و تعهد به نتیجه دارد، ثانیاً ماده ۳۰۱ ق.م می‌گوید: «کسی که عمداً یا اشتهاً چیزی را که مستحق نبوده دریافت کند ملزم است که آنرا به مالک تسلیم کند» و چون دلیلی بر خارج کردن آخذ بالسوم از شمول این ماده وجود ندارد، لذا او مسئولیت عینی دارد و ثالثاً ماده ۶۳۱ ق.م امین کسی را دانسته که قانون این وصف را به او داده باشد و آخذ بالسوم در قانون امین شناخته نشده است، لذا او ضامن است.^۱
- ۲- در مقابل نظر فوق گفته شده است که «دست خریدار بر مالی که برای آزمودن و اندیشیدن در اختیار او نهاده شده است دست امانی است زیرا بر حسب قرارداد مقدماتی بیع ماذون است...»^۲ و لذا در صورتی ضامن است که تعدی یا تفریط نموده باشد ولی چون رابطه آخذ بالسوم با مالک احسان و تبرع نیست مالک در دعوا نیاز به اثبات تعدی یا تفریط گیرنده ندارد و خریدار (آخذ بالسوم) با توجه به قراردادی که به موجب آن بر مال تسلط یافته مسئول زیان‌های ناشی از تلف است مگر اینکه قوه قاهره ثابت شود. دو عقیده فوق از این نظر در نتیجه خود تفاوت دارند که در صورت وجود قوه قاهره در نظریه اول فرد مسئول است ولی در نظریه دوم او مسئول نیست و مسئولیت عینی نخواهد داشت.

مبحث سوم: نظریه برگزیده در مسئولیت آخذ بالسوم

باتوجه به مباحث پیش گفته به نظر می‌رسد که ید آخذ بالسوم ید ضمانی است و او مسئولیت عینی در جبران خسارت دارد زیرا:

۱- برای دیدن قائلین به این نظر ر.ک: امامی، دکتر سید حسن، حقوقی مدنی، ج ۲، ص ۱۷۰ و نیز ر.ک: قاسم‌زاده، دکتر سید مرتضی، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، صص ۱۸۷ و ۱۸۸ و نیز ر.ک: جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، مسوط در ترمینولوژی حقوق ج ۱، ص ۲۰۸.

۲- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین، ج ۱، ص ۷۲.

- ۱- در فقه نظریه ضمانی بودن ید نظریه مشهور است و شهرت به عنوان یک اماره می‌تواند به ما در تحلیل مبحث کمک کند.
- ۲- قاعده «علی الید ما اخذت حتی تودیه» یک قاعده فقهی و حقوقی عام است و وجهی برای تخصیص قاعده، به وسیله اذن و خارج کردن ماخوذ بالسوم از عمومیت قاعده وجود ندارد.
- ۳- بنابر ماده ۳۰۱ ق.م.کسی که مالی را بدون استحقاق دریافت می‌کند باید آن را به مالک آن مسترد سازد و این یک قاعده کلی است که در مورد اخذ بالسوم هم قابل اعمال و تطبیق است.
- ۴- قانون مدنی در ماده ۶۳۱ خود گفته است که مصادیق امانت را قانون مشخص می‌کند در حالی که هیچ‌جا اخذ بالسوم را امین فرض نکرده است.
- ۵- در انواع ید اصل بر امانی بودن ید نیست و کسی که بر مال دیگری تسلط دارد ضامن شناخته می‌شود، مگر اینکه اماره یا دلیلی بر امین بودن او یافت شود و همان‌طور که بحث شد صرف اذن توانایی خارج کردن متصرف را از حالت ضامن بودن ندارد.
- ۶- مهم‌ترین دلیلی که پذیرش ضمانی بودن ید اخذ بالسوم را آسان می‌کند این است که وقتی خریدار کالا را از فروشنده دریافت می‌کند تا بررسی کند و تصمیم به خریدن یا پس دادن بگیرد، در واقع بین آنها یک قرارداد منعقد شده است که بر مبنای آن مالک اذن و اباحه در تصرف می‌دهد و اخذ بالسوم تعهد به خرید یا سالم بازگرداندن آن کالا می‌کند و از این اذن به راحتی ضمانی بودن ید اخذ بالسوم فهمیده می‌شود و در واقع در برابر اذن در تصرف، اخذ بالسوم تعهد به نتیجه می‌کند که یا کالا را مسترد دارد یا ثمن و عوض آن را، لذا اگر هم ادعا شود که صرف اذن ید را امانی می‌کند، اینجا یک اذن مقید به تعهد به نتیجه وجود دارد که به راحتی ضمان از آن قابل برداشت است.

مبحث چهارم: تطبیق نتایج حاصله در موارد مشابه

ممکن است کسی کالای خود را به کسی بدهد تا آن را در مسافتی برای او حمل کند، یا اینکه مواد اولیه را به صنعت‌گری بدهد تا از آن برای او چیزی تهیه کند یا پارچه‌ای را به خیاطی بدهد تا از آن برای او لباسی بدوزد، از این دست مثال‌ها فراوان یافت می‌شود.

دربارهٔ مسئولیت باربر و صنعت‌گر و خیاط اختلاف نظرهایی وجود دارد.^۱ و عده‌ای ید را ضمانی می‌دانند و عده‌ای امانی، ولی باید با گفته کسی همراه شد که ید را ضمانی می‌دانند، زیرا تحلیل‌هایی که در مورد ضمانی بودن ید آخذ بالسوم شد اینجا هم قابل اعمال است و در همه این موارد یک قرارداد و عقد مقدماتی بین مالک و آخذ بالسوم، صنعت‌گر، باربر و خیاط وجود دارد که بر مبنای آن در برابر اذن در تصرفی که مالک می‌دهد و دستمزدی که می‌پردازد، طرف دیگر تعهد به نتیجه می‌کند که یا کالا را مسترد دارد و یا ثمن آن را پرداخت کند یا آن را در جای دیگر تحویل دهد یا آن را به کالای مدنظر مالک تبدیل کرده و تحویل دهد.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

مهم‌ترین نتیجه‌ای که می‌توان از مباحث تحلیلی این مقاله به دست آورد این است که اذن لزوماً رافع ضامن نیست و درست است که در امانت ما نیاز به اذن داریم ولی هر مأذونی امین نخواهد بود.

بنابراین آخذ بالسوم مسئولیت عینی دارد، زیرا وقتی مالک به گیرنده اذن در تصرف می‌دهد او تعهد به نتیجه می‌کند که یا 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 آخذ بالسوم را برداشت کرد.

با وجود این چون هیچ حکم صریحی در قانون مدنی در مورد آخذ بالسوم وجود ندارد، لذا بهتر است قانون‌گذار مبنا و محدودهٔ مسئولیت آخذ بالسوم را چنانکه گفته شد مشخص کند و به اختلاف نظرهای موجود در این زمینه پایان دهد.

الف) منابع و مأخذ

- ۱- ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، (محقق حلی)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲ (بیروت، مرکز الرسول الاعظم (ص) الاتحقیق و النشر، چاپ دهم، ۱۴۱۹).
- ۲- البحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العقد الطاهره، جلد ۱۸ (بیروت، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۷).
- ۳- حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه، جلد ۷۸ (بیروت، دارالعلوم، ۱۴۰۹).

۱- برای دیدن نظری که ایادی فوق را ضمانی می‌داند ر.ک: کاظمی یزدی، سید محمد، عروه الوثقی، کتاب اجاره، فصل ۴، مسئله ۷ و برای دیدن نظری که ایادی فوق را امانی می‌داند ر.ک: محقق داماد، دکتر سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۱، ص ۱۰۵.

- ۴- طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب (قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۸).
- ۵- قرافی، احمد ابن ادریس، قواعد فقه، جلد ۱ (تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶)
- ۶- محقق داماد، دکتر سید مصطفی، قواعد فقه، جلد ۱ (تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶).
- ۷- محمدی، ابواحسن، قواعد فقه (تهران، نشر یلدا، چاپ دوم، ۱۳۸۴).
- ۸- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، جلد ۲ (قم، دارالکتب العلمیه).
- ۹- موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، جلد ۱ (تهران، مجتمع علمی فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۸۵).
- ۱۰- نجفی، شیخ محمد حسن (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۷ (بیروت، دارالحیاء، چاپ هفتم).
- ۱۱- الموسوی الخمینی (امام)، سید روح اله، تحریر الوسیله، جلد ۳ (قم، دارالعلم، چاپ پنجم، ۱۳۸۵).

ب) کتب حقوقی و قانونی:

- ۱- امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۲ (تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ چهاردهم، ۱۳۶۶)
- ۲- جعفری لنگرودی، دکتر جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۱ (تهران، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۶).
- ۳- شمس، دکتر عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳ (تهران، دراک، چاپ دهم، ۱۳۸۶).
- ۴- صمیمی کیا، مسعود الظفر و آذرفر، فروز، فرهنگ حقوقی فارسی - انگلیسی (تهران، تهران هستی، چاپ اول، ۱۳۷۳).
- ۵- قاسم‌زاده، دکتر سید مرتضی، حقوق مدنی، اصول قراردادهای و تعهدات، (تهران، نشر دادگستر، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۷)
- ۶- قاسم‌زاده، دکتر سید مرتضی، الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد (تهران، نشر میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۸)
- ۷- کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی (تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۴)

- ۸- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین، جلد ۱ (تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۱).
- ۹- کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران (تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجاه، ۱۳۸۵).
- ۱۰- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۰۷.

ج) پایان نامه‌ها و جزوات درسی:

- ۱- خوش بیان، دکتر محمد، جزوه حقوق مدنی ۷ (دانشکده علوم قضایی، سال تحصیلی ۸۶-۸۷).
- ۲- ره‌پیک، دکتر حسن، جزوه حقوق مدنی ۴ (دانشکده علوم قضایی، سال تحصیلی ۸۶-۸۵).
- ۳- یزدانی، عزیزاله، اخذ بالسوم (پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرکز، سال تحصیلی ۸۱-۸۰).