

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 4, Issue 119

Winter 2020

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v51i4.70028>



فقه‌ور

سال پنجاه و یکم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۹، دانشگاه تبریز

زمستان ۱۳۹۸، ص ۴۹-۳۱

مسئولیت پیش‌قراردادی آخذ به سَوم، مبنا و آثار مترتب بر آن*

دکتر ابراهیم جوانمرد فرخانی

استادیار گروه الهیات دانشگاه گنبد کاووس

Email: javanmardebrahim@yahoo.com

چکیده

مالی که برای فروش عرضه می‌شود و خریدار آن را تصرف می‌کند در اصطلاح «مأخوذ به سَوم» و گیرنده مال را «آخذ به سَوم» و عمل را «آخذ به سَوم» می‌نامند. تسلیم کالا توسط فروشنده به مشتری می‌تواند ایجاب یا وعده بیع به شمار آید. نویسنده در این مقاله به دنبال پاسخگویی به این سؤال است که مسئولیت گیرنده مال نسبت به خسارت وارده بر آن تا زمانی که در اختیار او قرار دارد، چیست؟ گروهی بر این نظرند که ید گیرنده مال، امانی است و عده‌ای نیز وی را ضامن یافته‌اند. برخی مسئولیت مزبور را قراردادی دانسته و برخی دیگر قائل به قهری بودن ضمان ید مذکور شده‌اند. نظریات یاد شده در این نوشتار با روش توصیفی تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته و این نتیجه به دست آمده که ید آخذ به سَوم بر مالی که جهت آزمایش در اختیار دارد، امانی است و حکم به ضمان برای فردی که به اذن مالک و به منظور سنجیدن و اختبار، مال را در اختیار گرفته و همانند دانستن او با گیرنده بدون اذن، خلاف منطق حقوقی و توجیه ناپذیر است.

کلیدواژه‌ها: سَوم، آخذ به سَوم، مسئولیت قراردادی، ضمان قهری

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۱۰/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۵/۱۰. (این مقاله بنابر نظر داوران و مصوبه هیئت تحریریه، علمی پژوهشی محسوب است.)

**Pre-contractual Liability of the Person who Takes Possession of Another's Property
Offered for Sale, its Basis and Implications**

Ibrahim Javanmard Farrokhani, Ph.D. Assistant Professor, Department of Theology, Gonbad Kavous University

Abstract

The property which is offered for sale and possessed by buyer is terminologically called makhuz belsaum, the possessor is called akhez belsaum and the act is called akh belsaum. Delivery of property by the seller to the buyer may be considered either offer or promise to sell. The author in this paper seeks to answer the following question: what is the liability of the possessor of property with regard to property damage while in his possession? A group of jurists believe that he acts in a fiduciary capacity while the others consider him liable. Some jurists maintain that his liability is contractual while the others consider his liability as tort liability. The above said opinions have been studied through analytical-descriptive method and it has been concluded that the possessor is considered to be in a fiduciary capacity with regard to the property in his possession for testing and it is against legal logic and unjustifiable to consider liable a person who, by the owner's authorization possesses a property to test and verify and consider him as unauthorized possessor.

Keywords: Saum, Akhz belsaum, contractual liability, non-contractual liability

مقدمه

غالباً مشتری برای خرید یک کالا، ابتدا آن را از فروشنده می‌خواهد تا در اختیار بگیرد و چنانچه از هر حیث نظر او را جلب کند به خرید آن اقدام نماید. در فقه امامیه از مالی که شخص اخذ می‌نماید تا به خصوصیات آن پی ببرد، تعبیر به «مأخوذ بالسوم» یا «مقبوض للشراء» می‌شود (صاحب جواهر، ۳۷/۷۳). این بحث در کتب حقوقی تحت عنوان وعده بیع و مسئولیت پیش‌قراردادی شناخته شده و مورد بررسی قرار گرفته است (کاتوزیان، عقود معین، ۱/۳۲۶). به همین منظور برای بررسی این امر و تبیین مسئولیت فروشنده و خریدار باید دید چه توصیف‌هایی از عرضه کالا و برداشتن آن می‌توان داشت. چنانچه عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن آن از جانب مشتری را ایجاب ملزم^۱ بدانیم، دیگر گوینده ایجاب نمی‌تواند از آن رجوع کند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/۳۰۹). اما اگر عرضه کالا و برداشتن آن را دعوت به معامله و وعده بیع بدانیم، در این صورت اراده وعده دهنده برای او ایجاد تعهد نمی‌کند و می‌تواند از آن رجوع کند (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۱۴۴؛ صفایی، ۲/۶۹). هر چند برای این اختلاف نظر دلایل گوناگونی می‌تواند وجود داشته باشد، اما یکی از اساسی‌ترین عوامل مؤثر در آن نوع نگرش به ماهیت حقوقی اخذ بالسوم است که باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد. نکته بعدی اختلاف نظر فقها و حقوقدانان درباره مسئولیت گیرنده مال در معرض فروش در این فاصله زمانی یعنی دوره پیش‌قراردادی و توافق‌های مقدماتی است. محل نزاع در جایی است که کالا با اذن فروشنده جهت بررسی بیشتر در اختیار خریدار قرار می‌گیرد و آن مال بدون تعدی یا تفریط در دست وی تلف یا معیوب می‌شود. در این مورد برخی از فقها با استناد به وجود اذن از طرف فروشنده و اصل برائت ذمه، ضمان گیرنده مال را قبول نکرده و او را امین تلقی نموده‌اند (اردبیلی، ۱۰/۴۹۸؛ فخرالمحققین، ۲/۱۶۶) و عده‌ای نیز طبق قاعده ضمان ید، گیرنده مال را در هر حال ضامن تلقی نموده و وی را مانند غاصب مسئول هر تلف و نقص فرض کرده‌اند (سبزواری، ۲۱/۳۰۹؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۱۷۷). در بین حقوقدانان نیز دیدگاه‌های مختلفی در خصوص منشأ ضمان اخذ بالسوم بیان شده است. برخی از حقوقدانان معتقدند که مسئولیت مذکور مسئولیت قهری و ناشی از قانون است (امامی، ۲/۱۷۰) و برخی دیگر مبنای تعهد و التزام خریدار را قراردادی و از نوع تعهد به نتیجه می‌دانند (موسوی بجنوردی، ۲/۱۱)؛ کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۹۷). در قانون مدنی ایران نیز راه حلی برای ضمان مأخوذ بالسوم پیش‌بینی نشده است و باید از طریق قواعد کلی آن را استنباط نمود.

۱. ایجاب ملزم یا غیر قابل عدول، ایجابی است که گوینده آن به صراحت یا به دلایل قرائن مدتی برای ابراز قبول طرف مقابل معین می‌کند.

با توجه به مراتب مذکور، سؤال اساسی این تحقیق آن است که ماهیت و آثار حقوقی سوم چیست؟ اگر مال در دست گیرنده بدون تعدی و تفریط تلف یا ناقص یا معیوب شود ضمان متوجه چه کسی است؛ خریدار یا فروشنده؟ آیا ادله عدم ضمان امین شامل آخذ بالسوم می‌شود؟ با فرض احتمال ضمان، مسئولیت گیرنده مال قراردادی است یا قهری؟ کسانی که قائل به مسئولیت قراردادی یا قهری هستند چگونه آن را توجیه می‌نمایند؟

به منظور پاسخگویی به سؤالات فوق، ضمن تبیین لغوی و اصطلاحی واژه سوم به بررسی توصیفات ارائه شده در رابطه با عرضه یا برداشتن کالا می‌پردازیم و در این مرحله توصیفی را که به عنوان توصیف مناسب است می‌پذیریم و در نهایت دیدگاه فقهای امامیه و حقوقدانان را در زمینه مسئولیت آخذ بالسوم تحلیل و واکاوی می‌نمائیم.

تاریخچه بحث

در این زمینه در کتب فقهی و حقوقی به صورت مستقل و منسجم بحثی مطرح نگردیده است و فقها و حقوقدانان به صورت استطرادی و در ضمن مباحث دیگر مطالبی در این خصوص بیان نموده‌اند. تا جایی که نگارنده بررسی کرده، در رابطه با توصیف آخذ به سوم به وعده بیع یا ایجاب پژوهش مستقلی یافت نشد؛ اما آثاری با رویکردهای دیگر به رشته تحریر درآمده است. از جمله:

۱. قاسم زاده و خسروی (۱۳۸۵) در پژوهشی همسو با عنوان «مسئولیت مدنی آخذ بالسوم در فقه و قانون مدنی» در سه فصل اختلاف نظرهای فقها و حقوقدانان را در زمینه مسئولیت آخذ بالسوم بررسی نموده‌اند. به نظر نویسندگان مقاله حاضر، چون دلیلی بر خارج کردن آخذ بالسوم از شمول ماده ۳۰۱ ق.م.وجود ندارد، لذا او مسئولیت عینی در جبران خسارت دارد.

۲. نیازی و بادینی (۱۳۹۲) در مقاله خود با عنوان «بررسی مسئولیت آخذ بالسوم با نگاهی تطبیقی» آثاری که اذن مالک می‌تواند بر ضمان مال مأخوذ بالسوم داشته باشد، مورد بررسی قرار داده و دیدگاه برخی از فقهای امامیه و حقوقدانان ایران را بیان نموده‌اند. به نظر آنان، هر چند آخذ بالسوم امانی است اما برای ایجاد اعتماد در بازار می‌توان مبنای ضمان را اراده مشترک طرفین که همان مسئولیت قراردادی است، دانست.

ما نیز در این مقاله تلاش نموده‌ایم تا با مراجعه به منابع معتبر گام‌های مؤثر و جامع‌تری را در تبیین نتایج منطقی برداریم. پژوهش حاضر به دلیل ارائه رویکردهای جدید بر مبنای حقوق موضوعه و رفع ابهام از ماهیت حقوقی سوم از جنبه‌های جدیدی برخوردار بوده و دارای نوآوری است.

سوم در لغت و اصطلاح

پیش از ورود به اصل بحث لازم است مفهوم «سوم» را از نگاه معناشناختی مورد ارزیابی قرار داده و با تعریف لغوی و اصطلاحی این واژه، موضوع بحث را منقح سازیم.

«سوم» بر وزن یوم ریشه ثلاثی آن س، و، م است. سوم در لغت به معنای طلب خرید و شراء است و به مذاکرت طرفین قبل از انعقاد قرارداد و چک و چانه زدن نیز سوم و مساومه می‌گویند (ابن اثیر، ۲/۴۲۶). در جای دیگر، برخی از لغویان گفته‌اند: سام الماشیه فی المرعی: چهارپایان را برای چراها کرد. ساوم: سازش کرد، معامله کرد. سام: سوما و سواما [سوم] السلعه: کالا را عرضه و بهای آن را ذکر کرد. (سام) المشتري السلعه: خریدار خواست تا کالا را بخرد و بهای آن را بداند (مصطفوی، ۵/۲۷۵، فیومی، ۲/۲۹۷). پس واژه سوم برای چند معنای حقیقی به طور مجزا وضع شده و مشترک لفظی بین آن معانی است. از این رو تعیین معنایی که مقصود گوینده است نیازمند قرینه معینه است.

«سوم» در اصطلاح فقها در سه معنا به کار رفته است؛ اول به معنای عرضه کالا برای فروش: «عرض السلعه علی البیع» و درخواست قیمت برای خرید: «اصل السوم طلب سعر المتاع» (شهید ثانی، حاشیه المختصر النافع، ۹۳). دوم به معنای تجارت: «نهی النبی (ص) أن یسوم الرجل علی سوم آخیه» و سوم به معنای چریدن حیوان: «فیه تسیمون، أی ترعون؛ الغنم السائمه و هی الراعیه» (شهید اول، ۲/۳۶؛ خوانساری، ۲/۲۴). از این بیان دانسته شد که این واژه با معانی مورد نظر لغویان اختلاف چندانی ندارد و قانون‌گذار اسلام برای این واژه معنای جداگانه‌ای در نظر نگرفته است. پس این واژه، حقیقت شرعیه و متشرعیه ندارد و معنای آن همان معنای لغوی است.

گفتنی است دیدگاه حقوق‌دانان نیز در این باره بسیار به هم نزدیک است و همگی اتفاق نظر دارند که سوم به معنای عرضه کالا از طرف فروشنده و تقاضای فروش از طرف مشتری است و در مانحن‌فیه نیز همین معنی کاربرد دارد (محقق داماد، ۱۰۴؛ کاتوزیان، عقود معین، ۱/۷۳).

ماهیت حقوقی سوم و آثار آن

عرضه کالا و برداشتن آن حداقل به دو حالت می‌تواند تبیین شود. یک تبیین اینکه، پیشنهاد و عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از جانب مشتری، ایجاب معرفی گردد. تبیین دیگر اینکه، عرضه کالا و درخواست فروش تنها یک دعوت به معامله ساده و وعده بیع به شمار آید؛ زیرا ایجاب تعریف و شرایطی دارد که بر این فعل قابل تعمیم نیست (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/۳۷۷). به این ترتیب، بسته به

اینکه چه توصیفی را بپذیریم الزامات و آثار قابل بحثی را موجب می‌شود که هر یک از دیگری متفاوت است.

۱. نظریه ایجاب بودن سوم

غالباً ایجاب از سوی بایع صورت می‌پذیرد و لکن این مسئله الزامی نیست و گاه ممکن است از ناحیه مشتری مطرح گردد. بنابراین همان‌طور که فروشنده می‌تواند با عرضه کالا صادرکننده ایجاب به شمار آید، مشتری نیز می‌تواند با انتخاب و برداشتن کالا موجب تلقی گردد. با این اوصاف، چنانچه موافق نظری باشیم که عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از جانب مشتری را ایجاب می‌داند، نتیجه‌ای که از این توصیف گرفته می‌شود این است که موجب می‌تواند تا زمانی که طرف مقابل قبول خود را اعلام نکرده از انعقاد قرارداد خودداری کند. لکن چنانچه گوینده ایجاب برای اعلام قبول توسط قابل به صراحت یا با قرائن مهلتی معین نماید، ایجاب الزامی است و تا قبل از اتمام این مهلت، او ملزم به ایجاب خود است و در صورت رجوع از ایجاب و ورود خسارت مسئول قلمداد خواهد شد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۰۰/۱؛ صفایی، ۶۹/۲).

لازم به ذکر است هر چند بر اساس نظر مشهور فقها ایجاب برای گوینده آن هیچ‌گونه تعهد و التزامی ایجاد نمی‌کند و تا قبل از قبول، او می‌تواند از این ایجاب عدول نماید (انصاری، ۱۷۸/۳؛ نائینی، ۲۵۴/۱)، اما برخی دیگر از فقها قائل به پذیرش تعهد ناشی از ایجاب می‌باشند (ر.ک: خمینی، کتاب البیع، ۲/۲۸۳؛ طباطبایی یزدی، ۹۲). با قبول این دیدگاه، ایجاب منبع تعهد پذیرفته شده و موجب نمی‌تواند پس از انشاء از آن رجوع نماید.

به هر تقدیر، نظریه ایجاب بودن سوم قابل قبول به نظر نمی‌رسد و عرضه داشتن کالا اساساً نمی‌تواند ایجاب باشد زیرا نباید هر پیشنهادی برای انجام معامله را ایجاب به شمار آورد. برای آنکه چنین پیشنهادهایی، از نظر حقوقی ایجاب نامیده شوند، نیازمند شرایط و ویژگی‌های خاصی هستند که از میان آن‌ها دلالت بر قصد التزام اهمیت ویژه‌ای دارد. از آنجا که نمی‌توان از این پیشنهاد، اراده قطعی بر بیع را برداشت نمود لذا چنین پیشنهادی علی‌القاعده ایجاب نبوده و آثار حقوقی ایجاب را ندارد. در واقع، صرف عرضه کالا به معنای علاقه و پیشنهاد فروشنده به فروش آن است ولی منتهی به ایجاب برای فروش نمی‌شود و صرفاً دعوت به ایجاب به شمار می‌آید.

۲. نظریه وعده بودن سوم

عرضه یا برداشتن کالا می‌تواند وعده یک طرفه از سوی فروشنده یا خریدار برای انتقال کالا و یا وعده دو طرفه از هر دوی آن‌ها تلقی شود. با این اوصاف، چنانچه عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از

جانب مشتری را دعوت به معامله و وعده بیع توصیف نماییم، دیگر وعده دهنده تعهدی به انجام مفاد دعوت ندارد و می‌تواند از آن رجوع کند چرا که او در این گونه موارد قصد قطعی بر انجام معامله نداشته و در مرحله پیشنهاد است. عرضه کالا از زبان فروشنده یعنی من کالاهای عرضه شده را به قیمت تعیین شده در اختیار دارم و اگر تو تمایل به خرید آن‌ها داری، من تمام تلاشم را خواهم نمود تا آن‌ها را به تو تحویل دهم. برداشتن کالا از زبان خریدار نیز یعنی من رغبت و تمایل به خرید این کالا دارم و پس از اختیار و آزمایش تصمیم نهایی خود بر خرید آن را اعلام می‌کنم. همچنین مالکیت فروشنده به قوت خود باقی است و در اثر وعده بیع کالای مورد نظر به مشتری منتقل نشده است (باقری، ۴۳). از این رو، فروشنده می‌تواند هر تصرفی در آن انجام دهد؛ در عین حال که همه منافع و نمانات آن نیز متعلق به فروشنده است. از این منظر، صرف امتناع از انعقاد قرارداد بعد از مذاکره و توافقی‌های مقدماتی موجب مسئولیت امتناع‌کننده نخواهد شد مگر در فرض ورود زیان به طرف مقابل و احراز ارکان مسئولیت مدنی.

به هر ترتیب، با توجه به آنچه در خصوص ماهیت حقوقی سوم بیان شد، به نظر می‌رسد نظریه وعده دو طرفه از نظر منطبق حقوقی و شیوه استدلال قوی‌تر است زیرا فروشنده و مشتری با عرضه کالا و گرفتن آن قصد انشای فعلی عقد را ندارند بلکه می‌خواهند نسبت به انعقاد عقد در آینده ملتزم شوند. در این صورت، همان‌طور که خریدار می‌تواند به وعده خود پای‌بند نبوده تغییر عقیده داده و از خرید کالا امتناع ورزد، فروشنده نیز می‌تواند از فروش کالایی که عرضه کرده به خریدار خودداری نماید.

مسئولیت آخذ بالسوم

درباره مسئولیت آخذ بالسوم نسبت به کالایی که در اختیار دارد، امکان جریان دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد که باید مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد:

۱. نظریه ضمانی بودن ید آخذ بالسوم

مشهور فقهای امامیه به استناد قاعده علی الید معتقدند که ید آخذ بالسوم ضمانی است. طبق این قاعده، هر کس مالی از دیگری بگیرد ملزم است آن را به صاحبش برگرداند و تا زمانی که مال را رد نکرده است، مسئولیت خواهد داشت (صاحب جواهر، ۳۷/۷۳؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴/۲۸؛ محقق حلی، ۲/۷۴۶؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۱۷۷). صاحبان این نظریه بر این باورند که فروشنده اذن در تصرف و قبض داده است نه اذن در تلف و باید بین مساله اباحه تصرف که ناشی از اذن است و مساله رفع ضمان تمکیک قائل شد زیرا مطلق اذن در تصرف مسقط ضمان نیست؛ چنانکه در عاریه مضمونه این گونه است (قمی، ۵۴۱؛ مراغی، ۲/۵۱۳). به دیگر سخن، چه در اذن قانونی و چه در اذن مالکی اثر اذن تنها

اباحه است و اباحه نفی ضمان نمی‌کند (صاحب جواهر، ۳۸/۳۷۲). پس رابطه اذن با امانت رابطه عموم و خصوص مطلق است به این نحو که هر امینی مأذون است ولی هر مأذونی امین نیست (محقق داماد، ۱۰۵). نتیجه آنکه، ادله عدم ضمان امین شامل آخذ بالسوم نمی‌شود و حکم به ضمان از این ادله تخصصاً خارج است و قاعده علی الید به قوت خود باقی می‌ماند (فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه، ۳۹). علاوه بر آنکه، اصل بر ضمانی بودن ید است و اگر گیرنده مال را ملزم به جبران خسارت ندانیم، موجب می‌شود که افراد در اموال یکدیگر تصرف نمایند و موجبات ضرر به دیگران را فراهم سازند (عاملی، ۶/۲۱۶). به هر ترتیب، نظریه ضمانی بودن ید آخذ بالسوم نظریه مشهور در بین فقهای امامیه است و شهرت به عنوان یک اماره می‌تواند در این خصوص راه‌گشا باشد.^۱

۲. نظریه امانی بودن ید آخذ بالسوم

در مقابل نظر مشهور فقها، عده‌ای بر این عقیده‌اند که به دلیل وجود اذن مالک، آخذ بالسوم امین به شمار می‌آید و لذا فقط در صورت تعدی و تفریط ضامن است و در غیر این صورت ملزم به جبران خسارت وارده بر کالای تحت اختیار خویش نیست (ابن ادریس حلی، ۲/۸۶؛ علامه حلی، ۵/۳۲۱؛ بحرانی، ۱۸/۴۶۶؛ فخرالمحققین، ۲/۱۶۷). برخی دیگر از فقها نیز در این مورد اشکال و تردید نموده‌اند (عاملی، ۶/۲۱۶؛ سیستانی، ۲/۲۵۸). محقق اردبیلی در این زمینه می‌فرماید: «دلیل ضمان در اخذ بالسوم روشن نیست مگر حدیث مشهور علی الید، که صحت و دلالت آن واضح نیست و اصل بر برائت ذمه و فرض بر عدم تعدی است و رضایت مالک نیز وجود دارد، لذا ضامن بودن آخذ بالسوم محل تأمل است بلکه قول به عدم ضمان به واقعیت و حقیقت نزدیک‌تر است» (اردبیلی، ۱۰/۴۹۸).^۲ بر این اساس مال موضوع معامله در نزد آخذ بالسوم امانت است و اگر تلف شود یا نقص و خسارت بر آن وارد گردد، ضمانی بر عهده وی نیست.

براساس تحلیلی، مبنای عدم ضمان را باید در امانت شرعی و قانونی جستجو نمود که از جانب قانون‌گذار تحت عنوان اختیار و امتحان به آخذ بالسوم داده شده است. بدین وسیله قانونگذار با عنایت به حدیث نبوی «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» (حرعاملی، ۱۲/۳۳۰) به مشتری اجازه داده است که مبیع را

۱. فقهای اهل سنت در این زمینه دو فرض را بیان نموده‌اند: فرض اول اینکه، فروشنده قیمت کالا را بیان می‌کند یا اینکه مشتری قیمت را می‌پرسد و با یکدیگر مذاکره نموده و بر سر قیمت به توافق می‌رسند. سپس کالا با اذن فروشنده جهت بررسی بیشتر در اختیار مشتری قرار می‌گیرد و بدون تعدی یا تفریط در دست وی تلف یا معیوب می‌شود. فرض دوم اینکه، قیمت کالا بیان شده سپس مشتری کالا را با اذن فروشنده جهت آزمایش در اختیار می‌گیرد و به فروشنده می‌گوید اگر پسندیدم، آن را می‌خرم. در این دو صورت، فقهای حنبلی، شافعی، مالکی و حنفی اتفاق نظر دارند که گیرنده کالا ضامن است (جزیری، ۲/۲۴۱؛ ابن نجیم الحنفی، ۵/۱۰۶).

۲. «دلیل الضمان بالقبض بالسوم غیر ظاهر، الا الحدیث المشهور علی الید ما أخذت حتی تؤدی و صحته و دلالت غیر واضحین، و الأصل براءة الذمه، و الفرض عدم التعدی و الأخذ برضا المالك، فالضمان محل التأمل، بل خلافه قریب».

قبض و آن را مورد ارزیابی قرار دهد. پس در واقع آخذ بالسوم امین شرعی به شمار می‌آید و در صورت عدم تعدی و تقریط ضامن نیست.

اما باید گفت اولاً امانت شرعی و قانونی در جایی متصور است که صاحب کالا غایب و مفقود باشد و یا در صورت حضور صلاحیت تصرف نداشته باشد مانند اخذ مال گمشده، تصرف در اموال غائبین و محجورین (امامی، ۱۶۷/۲). لکن بحث اخذ بالسوم در جایی مطرح می‌شود که فروشنده حاضر و غیر محجور است و با اذن وی تصرف صورت می‌گیرد.

مبنا و منشأ مسئولیت آخذ بالسوم

در توجیه مسئولیت آخذ بالسوم دو نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان مسئولیت مزبور را قراردادی و برخی دیگر قهری می‌دانند که در مقام تبیین نظر خود این گونه استدلال می‌کنند:

۱. قراردادی بودن مسئولیت

براساس این نظریه، ریشه تعهد گیرنده مال نسبت به جبران خسارت را باید در رابطه قراردادی جستجو نمود. بر طبق این قرارداد، گیرنده مال از زمانی که کالا را تحویل می‌گیرد باید نسبت به سلامتی آن دقت نموده و در صورت عدم تمایل به خرید، سالم برگرداند. بدین ترتیب، گیرنده کالا تعهد به نتیجه می‌کند که یا کالا را مسترد دارد یا ثمن و عوض آن را. لذا اگر هم در این بحث اذن مالک وجود دارد ولی یک اذن مقید و مشروط وجود دارد که از آن ضمان قابض قابل برداشت است. به عبارت دیگر، فروشنده به قصد امانت کالا را به مشتری تحویل نداده است بلکه قبض به عنوان مقدمه بیع یا ضمان واقع می‌شود که یا باید مشتری آن را بخرد یا هر گاه اراده خریدن کالا را نگیرد، ضامن خسارات آن است (موسوی بجنوردی، ۱۱/۲). مبنای رابطه گیرنده مال با مالک نیز احسان و تبرع و مسامحه نیست بلکه کسب سود است و باید گیرنده مال به این توافق عمل کند، هر چند به طور صریح بیان نشده باشد چون شرط ضمنی به شمار می‌آید؛ چنانکه مرحوم محقق سبزواری در این زمینه معتقد است که اگر اراده دو طرف بر لحاظ شرطی باشد، به نحوی که هر کدام قصد دیگری را بدانند و عقد مبتنی بر آن واقع شود، چنین شرطی در حکم ذکر در متن عقد است. ایشان تصریح نموده‌اند: «اذن فروشنده در مأخوذ بالسوم اذن ضمنی است به این معنا که بنا و قصد فروشنده از تحویل کالا به مشتری آن است که در صورت تلف، عوض آن را بپردازد». (سبزواری، ۲۱/۳۰۹)

۱. «أن الإذن في المقبوض بالسوم إذن تضميني بمعنى أن البائع يعطى السلعة إلى المشتري مشروطاً بالشرط البنائي على أنه لو تلف في يده يعطيه بدله».

از طرف دیگر، عرف بر این شرط ضمنی دلالت دارد و هر امری که در عرف به عنوان شرط قرارداد دلالت کند، لازم الاتباع است. به عبارت دیگر، متبادر عرفی از اوضاع و احوال این قرارداد آن است که آخذ بالسوم ملزم است یا مال را برگرداند و یا عوض آن را به مالک بپردازد. از این رو، هرگاه قابض نه تصمیم به خرید کالا گرفته و نه آن را به فروشنده تسلیم کند، مرتکب نقض تعهد قراردادی شده است. برطبق این نظریه، تعهدی که گیرنده مال پذیرفته این نیست که برای حفظ مال بکوشد بلکه او ملتزم شده است که هرگاه تصمیم به خریدن مال نگرفت، آن را چنانکه سالم گرفته است برگرداند (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ۹۷). بدین ترتیب، فروشنده نیازی به اثبات تقصیر و بی‌مبالاتی متصرف ندارد ولی هرگاه گیرنده مال ثابت کند که قوه قاهره یا فورس ماژور سبب تلف یا نقص مال شده است، از مسئولیت مبری می‌شود.

در هر حال به نظر می‌رسد که نمی‌توان از این منظر مسئولیت قراردادی را برعهده گیرنده مال مستقر دانست زیرا برای اثبات دعوی مسئولیت قراردادی باید پیمان و عقدی معتبر بین طرفین وجود داشته باشد در حالی که در اخذ بالسوم هیچ رابطه قراردادی بین طرفین ایجاد نشده است. این تعهد و شرط ضمنی تنها در صورتی ثابت می‌شود که شواهد یقینی وجود داشته باشد. لکن اگر چنین علائم و اماراتی وجود نداشته باشد، اصل بر عدم و براءت ذمه آخذ بالسوم است. مسلماً قبض کالا از سوی خریدار به عنوان مقدمه قرارداد است نه قراردادی مستقل و حکم ذی‌المقدمه به مقدمه آن تسری نمی‌یابد (فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه، ۳۹). اصطلاح توافق و شرط تبانی نیز به طور معمول در موردی به کار می‌رود که فرد بنا به اراده خود انجام یا خودداری از کاری را عهده دار می‌شود لکن گیرنده چنین مالی قصد ندارد که برای خود ایجاد التزام کند و حقی به فروشنده دهد و بنای دو طرف بر اباحه انتفاع است. همچنین متبادر عرفی بین طرفین مبنی بر پرداخت ثمن کالای دریافتی و یا مسترد نمودن آن توسط خریدار نیز محرز نیست.

۲. قهری بودن مسئولیت

عده‌ای از حقوقدانان یکی از اسباب و موجبات ضمان قهری را اخذ بالسوم به شمار آورده‌اند. آنان آخذ بالسوم را غاصب می‌دانند و او را وفق قواعد عام مسئولیت مدنی، ضامن جبران خسارت وارده می‌دانند. صاحبان این نظریه بر این باورند که اگر مأخوذ بالسوم در دست خریدار تلف یا ناقص شود، او در هر حال ضامن است هر چند اثبات کند که تلف یا نقص به دلیل وجود قوه قاهره مانند طوفان، سیل یا زلزله بوده است (امامی، ۲/ ۱۷۰؛ قاسم‌زاده، ۱۸۷؛ جعفری لنگرودی، ۱/ ۲۰۸). لکن فروشنده باید ارکان مسئولیت مدنی خارج از قرارداد یعنی تقصیر، رابطه سببیت و زیان وارده را به اثبات برساند.

به طور کلی، کسانی که در مرحله پیش‌قراردادی معتقد به مسئولیت قهری آخذ بالسوم هستند، چند استدلال در این زمینه مطرح نموده‌اند. یک استدلال اینکه، بر اساس ملاک ماده ۶۳۱ قانون مدنی که چنین

بیان داشته: «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، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن‌ها ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تعدی و تفریط...» کسانی امین به حساب می‌آیند که مقررات قانونی آنان را امین قرار داده باشد: مانند مستأجر نسبت به عین مستأجره و قیم یا ولی نسبت به مال صغیر و امثال آن‌ها. این افراد در صورتی ضامن هستند که افراط یا تفریط کرده باشند ولی قانون مدنی در هیچ متنی آخذ به سوم را امین قرار نداده است. پس او را نمی‌توان مشمول حکم ماده ۶۳۱ ق.م.شمرد و قهراً و قانوناً مسئول تلف و نقص مال است گرچه تعدی و تفریط نکرده باشد (شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ۱۰۹؛ امامی، ۱۷۰/۲).

استدلال دیگر اینکه، مسئولیت آخذ بالسوم تابع قواعد کلی ماده ۳۰۷ قانون مدنی است. بر اساس ماده ۳۰۷ ق.م. چهار مورد از موجبات ضمان قهری است: ۱- غصب و آنچه در حکم غصب است. ۲- اتلاف. ۳- تسبیب. ۴- استیفا. در این خصوص ممکن است گفته شود که مسئولیت آخذ بالسوم تحت عنوان یکی از سه قسم اول ماده ۳۰۷ قرار می‌گیرد. لکن باید توجه داشت که عمل آخذ بالسوم مسلماً غصب و در حکم غصب نیست زیرا این دو عنوان ناظر به مواردی هستند که انسان مال دیگری را بدون رضایت او و با قهر و عدوان بر می‌دارد اما در اخذ بالسوم اذن از سوی مالک برای تصرف در مال وجود دارد. پس ید غاصب ضمانتی عدوانی است اما ید آخذ بالسوم مأذون غیر عدوانی است. با این وجود، با استناد به اتلاف و تسبیب که دو منبع اصلی ضمان قهری در مسئولیت مدنی هستند می‌توان آخذ بالسوم را مسئول دانست. همچنین براساس ماده یک قانون مسئولیت مدنی که بیان می‌دارد: «هرکس بدون مجوز قانونی، عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی... موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خویش است» می‌توان گفت اگر مأخوذ بالسوم توسط خریدار تلف یا ناقص شود، الزام او به جبران خسارات وارد بر فروشنده به استناد دعوای مسئولیت مدنی قابل طرح است.

با این وجود، پذیرفتن این نظر دشوار است زیرا با وجود اذن مالک و امانت مالکانه دیگر نوبت به امانت شرعی و قانونی نمی‌رسد. اذن صاحب کالا موجب امانی بودن ید گیرنده آن می‌شود و دیگر ضرورتی ندارد که قانون‌گذار در ماده ۶۳۱ ق.م. با دیگر مقررات قانونی به امین بودن وی تصریح نماید. با این وصف، چگونه می‌توان آخذ بالسوم را در زمره غاصبان آورد و به حکم قانون مسئول شمرد؟ (ر.ک: کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرار داد، ۹۸). این ماده در واقع تفسیری مختصر از امین ارائه داده و مصادیق تمثیلی آن را با عبارت «و امثال آن‌ها» بیان کرده است. اگر این ماده حصری باشد، تنها باید کسانی امین به شمار آیند که مقررات قانونی آنان را امین قرار داده در حالی که در هیچ متن قانونی از امین بودن وکیل و

اجیر و موقوف علیهم سخن به میان نیامده است و التزام به این تفسیر موجب می‌شود که این موارد را از مصادیق امین به شمار نیاوریم. علاوه بر اینکه، مراد از عبارت ماده ۶۳۱ قانون مدنی: «مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است» تنها مصرّحات قانونی نیست بلکه اصول و قواعد مستخرج از قانون نیز بخشی از قانون و نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد و بی‌تردید از مجموع قانون مدنی سببیت اذن برای رفع ضمان قابل استنباط است (شریف و جعفری دولت آبادی، گفتاری در حقیقت امانت و نقش اذن در ایجاد امانت مالکانه، ۱۵).

نظر مختار

به نظر می‌رسد گرچه نظریه امانی بودن ید آخذ بالسوم خالی از ابهام و اشکال نیست ولی در مجموع راه صواب را پیموده است زیرا از مجموع مطالب ذکر شده به خوبی استنباط می‌شود که حکم به عدم ضمان گیرنده مال به عدالت نزدیک‌تر و با واقعیات بیع منطبق‌تر است.

در اثبات این نظر می‌توان به مسأله «مأخوذ برای نظر» اشاره کرد که در این خصوص هیچ فقیهی نگفته است کسی که مال دیگری را برای ملاحظه و نظر نه به قصد خرید و معامله در اختیار گرفته ضامن مال مأخوذ در زمان تصرف است^۱ (کاشف الغطاء، ۱/۲۲).^۲ بنابراین با وحدت ملاک می‌توان حکم این مورد را به همانند آن تسری داد و استنباط نمود که شخصی هم که به قصد خرید، مال دیگری را در اختیار گرفته تا پس از بررسی و پسندیدن آن را خریداری کند، در صورت تلف، ناقص و یا معیوب شدن مال بدون تعدی یا تفریط ضامن نیست.

لازم به ذکر است فقها در بحث جواز بیع مشک در پوست معتقدند که مشتری می‌تواند برای رفع جهالت از مبیع نخی را با سوزن در آن داخل کند و بیرون بیاورد و ببوید. در این صورت، اگر بررسی و آزمایش مال باعث عیب یا فساد آن شود، مشتری ضامن نخواهد بود (محقق کرکی، ۴/۹۶). در اخذ بالسوم نیز شرایطی مشابه به همین مسأله جریان دارد و مالک به خریدار اجازه می‌دهد که مبیع را قبض و آن را مورد اختبار و ارزیابی قرار دهد، پس در واقع او امین به شمار می‌آید و در صورت تلف مال ضامن نیست؛ چنانکه برخی از شارحان مکاسب تصریح نموده‌اند که ملاک و معیار این دو مسأله واحد است (حسینی

۱. چنانکه فقهای اهل سنت نیز معتقدند اگر گیرنده مال با اذن مالک آن را به جهت نگاه کردن نه خرید تحویل بگیرد، خواه ثمن بیان شده یا نشده باشد، ضامن نخواهد بود. به عنوان مثال، فروشنده بگوید قیمت این کالا هزار تومان است یا بدون ذکر قیمت، آن را به قبض تحویل دهد و بگوید اگر پسندیدی آن را بخر. سپس قبض آن را با اذن فروشنده بردارد تا نگاه کند اما وعده خرید ندهد بلکه تنها قصد او نگاه کردن باشد. در این صورت، قبض ضامن تلف یا نقص آن مال نخواهد بود زیرا او امین است (ابن عابدین، ۴/۵۷۳).

۲. «ما یقبض علی سوم النظر و هو ان یقبض مالا لیظن الیه او یریه لآخر سواء بین ثمنه أم لا فیکون امانه فی ید القابض فلا یضمن إذا هلک بلا تعد.»

شیرازی، ۱۰/۲۴۱). بنابراین می‌توان مبنای یاد شده را به سایر حوزه‌ها نیز تسری داد و با استناد به این مبنا به امانی بودن یاد آخذ بالسوم اندیشید.

اما در مورد قاعده علی الید و شمول آن بر مساله مزبور، به این نکته باید توجه نمود که تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست. با این توضیح که، حکم نمی‌تواند موضوع خود را اثبات کند بلکه حکم برای موضوع مفروض الوجود ثابت می‌شود. مثلاً اگر در عدالت شخصی تردید داشته باشیم نمی‌توانیم به عموماً جواز اقتدای به عادل استدلال کنیم (صالحی مازندرانی، ۴/۶۹). بر همین اساس، تکیه به عمومیت قاعده علی الید نیز بستگی به احراز موضوع دارد و در جایی که موضوع احراز نشود، استدلال به عام جایز نیست و در این مورد، ما احراز نکرده‌ایم که مأخوذ بالسوم از مصادیق قاعده علی الید است. به دیگر سخن، صدق موضوع عام بر مصداق مشکوک است زیرا قاعده علی الید با ادله عدم ضمان امین تخصیص خورده است و با وجود مخصص منفصل و شک در مصداق نمی‌توان به عموم عام تمسک نمود. پس شمول و دلالت قاعده علی الید در این فرض مشکوک است (فاضل لنکرانی، درس خارج فقه، جلسه بیست و چهارم)، با این حال چگونه ممکن است به عام استدلال نمود؟ علاوه بر اینکه، به تصریح برخی از فقها معنای ید تسلط و استیلا بر مال است. لذا چنانچه فردی لباسی را که در تن مالکش است با دست بگیرد و در همان زمان لباس تلف شود، ضامن نیست زیرا این مورد مشمول قاعده علی الید که متوقف بر استیلا است، نیست (مراغی، ۲/۴۱۹). از همین ملاک می‌توان برداشت نمود که مأخوذ بالسوم نیز از شمول قاعده علی الید خارج است زیرا در این باب صرفاً قبض وجود دارد، اما تسلط و استیلا نیست. به عبارت دیگر، گیرنده مال با حضور مالک استیلا و سیطره‌ای ندارد بلکه مال تحت اختیار و اراده مالک است و اگر استیلائی هم فرض شود استیلائی نسبی است و عرف که در این موارد حاکم است، استیلائی نسبی را استیلا نمی‌داند.

از سویی دیگر، آخذ بالسوم به عنوان شخصی که اذن در تصرف مجانی مال دیگری دارد تا زمان تقصیر امین است چرا که دو عنصر موجب تحقق ید امانی می‌شود: یکی اذن مالک و دیگری مجانی بودن (محقق داماد، ۹۶) که در فرض اخذ بالسوم هر دو عنصر وجود دارد. از استقراء در قانون مدنی نیز می‌توان استنتاج نمود که در هر موردی که استیلا و اذن مالک صورت گرفته، ید متصرف امانی تلقی شده است و امانت حاصل اذن و رضایت مالک به تصرف است. به دیگر سخن، تنها نکته‌ای که در تمام صور امانت مالکی مشترک است و مستعیر و مستأجر و وکیل و عامل و امثال آن را به یکدیگر متصل می‌کند این است که در

تمامی آن‌ها مالک با رضایت، مال خود را تحت تسلط دیگری قرار داده است. موادی همچون ماده ۱۴۹۴ و ماده ۳۳۷ ق.م.ا که متصرف مأذون را تنها در برابر منافعی که بهره‌مند شده ضامن شناخته است، به خوبی حکایت از آن دارد که قانون‌گذار ید متصرف مأذون را امانی قلمداد کرده و الا باید حکم به ضمان منافع اعم از مستوفات و غیر مستوفات می‌نمود. شیوه بیان ماده ۳۰۸ ق.م.ا نیز که از استیلائی بدون مجوز به عنوان علت ضمان ید سخن گفته، نشان می‌دهد که از نظر قانون‌گذار استیلائی با مجوز و مستند به اذن مالک از شمول دلیل ید خارج است. بنابراین برای امین به شمار آوردن شخص کافی است مأذون بودن استیلا احراز شود و نیازی به تأکید قانون‌گذار به امین بودن متصرف و عدم ضمان وی نیست. همچنین به کمک اصل عدم حصر توقف رفع ضمان بر جهات معین نیز می‌توان حکم به ارتفاع ضمانت گیرنده مال نمود (ر.ک: شریف و جعفری دولت آبادی، ۲۳).

ممکن است گفته شود که اذن مالک به تصرف در کالا اذن به اتلاف نیست و عرف هم چنین ملازمه‌ای را در نمی‌یابد و حتی اذن به خودی خود هیچ‌گاه مسقط ضمان نیست. زیرا ماهیت اذن رخصت در تصرف است اعم از اینکه به نحو ضمان باشد و یا به نحو عدم ضمان مانند مقبوض به عقد فاسد و مأخوذ بالسوم که با وجود اذن ضمان هم محقق است (مراغی، ۵۱۳/۲).

در پاسخ باید گفت اگر گیرنده مال را ضامن بدانیم دیگر نباید فرقی بین شخصی که از صاحب کالا اذن در قبض داشته و تعدی و تفریط نیز نکرده است و شخصی که بدون اذن کالا را قبض نموده و یا در صورت اذن تعدی و تفریط نموده است، وجود داشته باشد. پس ثمره اذن مالک چیست؟ علاوه بر اینکه، تمامی فقها ید کسی که مال گمشده‌ای را پیدا کند، امانی می‌دانند با اینکه اذن وجود ندارد. پس در مورد آخذ بالسوم که اذن صاحب کالا وجود دارد مسلماً باید ید متصرف امانی باشد (ر.ک: لطفی، ۹۷).

گفتنی است در قانون ایران ماده‌ای که به صراحت مسئولیت آخذ بالسوم را مطرح کند، وجود ندارد. بنابراین با توجه به سکوت قانون مدنی و دیگر قوانین مربوط باید به اصل براءت ذمه آخذ و عدم ضمان رجوع نمود. علاوه بر اینکه، برخی از حقوق‌دانان تصریح نموده‌اند: «اگر آخذ بالسوم پس از اخذ مال از فروشنده یا برداشتن آن از بساط وی بگریزد، عمل وی سرقت به شمار نمی‌آید زیرا با اطلاع و اجازه صریح

۱. ماده ۴۹۴ ق.م.ا: «عقد اجاره به محض انقضای مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضای آن، مستأجر، عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد موجه برای مدت مزبور مستحق اجرت‌المثل خواهد بود اگر چه مستأجر استیفای منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت‌المثل بدهد که استیفای منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده کند».

۲. ماده ۳۳۷ ق.م.ا: «هرگاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی، از مال غیر استیفای منفعت کند، صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع، مجانی بوده است».

۳. ماده ۳۰۸ ق.م.ا: «غصب، استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است».

یا ضمنی مالک مال را وضع ید نموده است. از این رو، با وجود عنصر سپردن و امانت مالکی بردن مال در این شرایط به خیانت در امانت شباهت بیشتری دارد» (میرمحمد صادقی، ۶۸). با این توضیح معلوم می‌شود که ید آخذ بالسوم بر مالی که برای آزمودن در اختیار دارد، ید امانی است.

از سویی دیگر، در یک طرف قرارداد، مالک کالا با ایجاد محل‌های ویژه فروش اجناس به دنبال کسب سود و بازده بیشتر است و در سوی دیگر گیرنده مال که برای تأمین مایحتاج مورد نیاز خویش راهی جز معامله ندارد. لذا براساس قاعده «تلازم بین نماء و درک» و قاعده «عدم استحقاق ربح ما لا یضمن»^۱ صاحب کالا از سود ناشی از فروش برخوردار می‌شود و مسئولیت تلف یا عیب ناشی از اختبار و بررسی کالا نیز بر عهده اوست (هاشمی شاهرودی، ۲/۲۲۰). از این منظر، در صورتی که انسان احتمال خطر و ضرر در مال را نپذیرفته باشد، به طوری که در صورت ورود خسارت ثمن آن مال بر ذمه‌اش نباشد، استحقاق سود و بازده آن مال را نمی‌یابد. بنابراین گیرنده مال که ارزش افزوده و نماء متصل و منفصل آن کالا شرعاً برای او نمی‌باشد، خسارت آن کالا نیز بر ذمه او نیست زیرا هر شخص عاقلی غرامت کالا را بر عهده نمی‌گیرد مگر به جهت اینکه نماء آن کالا را به تملک درآورد.

این نکته نیز قابل ذکر است که اگر خریدار ضامن تلقی گردد، برای جلوگیری از ضرر از گرفتن کالا امتناع می‌ورزد. در این صورت، در سهولت اجرای بسیاری از دادوستدها خلل ایجاد می‌شود؛ زیرا مبادله کالاها نیازمند بررسی و معاینه آن‌هاست و این مسئولیت موجب عسر و حرج می‌گردد. به این ترتیب، بر مبنای ضمانتی بودن ید آخذ بالسوم، هرگاه خریدار مرتکب بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی نشده و با این حال ظرف یا کالای شکستنی که در دستش بوده به واسطه تته خوردن یا لغزش، افتاده و بشکند یا هنگامی که در حال تست کردن لباس انتخابی‌اش است درزی پاره شود و یا دکمه‌ای بیفتد، در هر حال ضامن است و فروشنده نیازی به اثبات تقصیر و بی‌مبالاتی متصرف ندارد مگر آنکه گیرنده مال ثابت کند که قوه قاهره یا فورس ماژور سبب تلف یا نقص مال شده است یا اینکه شیء حادثه آفرین از سر بی‌احتیاطی فروشنده در آن مکان قرار گرفته است. با اتخاذ چنین مبنایی، از مشتری این انتظار می‌رود که در موقع خرید قبل از قدم‌هایی که بر می‌دارد، به شرایط زمین توجه خاص داشته باشد و این امر موجب حرج در معاملات می‌گردد. از طرف دیگر، پذیرش این نظر منجر به ورود ضرر و زیان غیرمتدارک به آخذ بالسوم می‌شود زیرا وی با یک دقت متعارف و بدون قصور و کوتاهی، اقدامات لازم برای حفظ مال را به کار برده اما همچنان مسئول جبران خسارت تلقی می‌گردد. چنانچه گفته شود با حکم به عدم ضمان آخذ بالسوم، صاحب کالا

۱. هر کس عهده‌دار (پذیرنده پیامدهای ناخوشایند و ناخواسته) غرامت باشد، مالک منافع است.

نیز متضرر می‌گردد؛ در پاسخ خواهیم گفت این دو ضرر با هم تعارض نموده و از درجه اعتبار ساقط می‌شوند و در نهایت به اصل عدم ضمان و برائت ذمه آخذ رجوع می‌کنیم.

بی‌گمان فروشنده نیز نیاز به حمایت قانونی دارد اما حمایت از فروشنده منحصر به ضامن شناختن آخذ بالسوم نمی‌شود بلکه وی می‌تواند با انتخاب تدابیر و اقدام‌های مؤثر، هماهنگی مناسب را میان موقعیت خود و مصرف‌کننده مهیا سازد. همچنین برای ایجاد اعتماد در بازار و افزایش اهتمام ورزیدن در حفظ مال فروشنده می‌توان به استناد قواعد عام مسئولیت مدنی خریدار را در صورت بی‌مبالائی مسئول جبران خسارت وارده دانست.

نتیجه‌گیری

با امعان نظر و پس از بحث و بررسی پیرامون مسئولیت آخذ بالسوم و آثار مترتب بر آن مشخص گردید:

۱. توصیف مناسب در مورد ماهیت حقوقی سوم توصیفی است که عرضه کالا توسط فروشنده یا برداشتن کالا از جانب مشتری را وعده دوطرفه بیع می‌داند زیرا صرف رغبت به انجام معامله انشای نهایی عقد به شمار نمی‌آید و پیشنهادکننده قصد نهایی خود به انعقاد قرارداد را موقوف به رضایت طرف مقابل می‌سازد.
۲. مسئولیت آخذ بالسوم را به سختی می‌توان قراردادی دانست زیرا احراز وجود قرارداد با توجه به بنای دو طرف که صرف پیشنهاد و دعوت به معامله بوده است، بسیار مشکل به نظر می‌رسد.
۳. امکان انتساب مسئولیت قهری به آخذ بالسوم منتفی است زیرا ید آخذ بالسوم در هیچ قانونی ضمانتی لحاظ نشده است و در صورت شک اصل برائت و عدم ضمان اجرا می‌شود.
۴. ثمره تفاوت تحلیلی در منشأ ضمان آخذ بالسوم در این است که با قهری شمردن مسئولیت، گیرنده مال در صورت وجود قوه قاهره نیز ضامن تلف مال است در حالی که در صورت وجود رابطه قراردادی دیگر او مسئول حوادث خارجی نیست.
۵. الزام آخذ بالسوم به جبران خسارات وارد بر فروشنده در فرض تلف یا نقص کالای در معرض فروش به استناد مسئولیت قراردادی یا قهری ممکن نیست ولی دعوای مسئولیت مدنی علیه او قابل طرح است.
۶. در سکوت قانون مدنی و دیگر قوانین مربوط، به نظر می‌رسد دیدگاهی که ید آخذ بالسوم را امانی می‌داند از توجیه قانونی مناسب‌تری برخوردار بوده و با قواعد فقهی: «عدم استحقاق ربح ما لا یضمن» و «لاضرر و لا ضرر فی الاسلام» هماهنگی بیشتری دارد. علاوه بر اینکه، با تقیح مناط و الغای خصوصیت از مساله «مأخوذ برای نظر» و «بیع مشک در پوست»، می‌توان حکم عدم ضمان گیرنده چنین مالی را به

مورد مشابه تسری داد و استنباط نمود که ید آخذ بالسوم بر مالی که جهت بررسی در اختیار دارد، امانی است.

منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی‌تا.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ ق.
- ابن نجیم حنفی، زین الدین، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی‌تا.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- باقری، احمد، *عقود تملیکی: بیع - اجاره*، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۴.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- جزیری، عبد الرحمن، *الفقه علی المذاهب الأربعة*، بیروت، دارالثقلین، ۱۴۱۹ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- حسینی شیرازی، محمد، *ایصال الطالب الی المکاسب*، تهران، منشورات اعلمی، بی‌تا.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی‌تا.
- _____، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.
- خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
- سنهوری، عبد الرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- سیستانی، علی، *منهاج الصالحین*، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
- شریف، محمد مهدی و نصرالله جعفری دولت آبادی، «گفتاری در حقیقت امانت و نقش اذن در ایجاد امانت مالکانه»، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۴۰، شماره ۸، زمستان ۱۳۸۹.
- شهید اول، محمد بن مکی، *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *حاشیة المختصر النافع*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

- شهیدی، مهدی، *اصول قراردادهای و تعهدات*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۹.
- _____، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
- صالحی مازندرانی، اسماعیل، *شرح کفایه الأصول*، قم، نشر صالحان، ۱۳۸۲.
- صفایی، حسین، *قواعد عمومی قراردادهای*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه مکاسب*، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، موسسه آل البيت، بی تا.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *منتهی المطالب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد جواد، *القواعد الفقهیة*، قم، انتشارات مهر، ۱۴۱۶ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *درس خارج فقه: کتاب الغصب*، جلسه بیست و چهارم، ۱۳ ذی القعدة ۱۴۲۵ ق.
- فخر المحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
- فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، قم، منشورات دار الرضی، بی تا.
- قاسم زاده، مرتضی، *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- _____، *عقود معین: معاملات معوض عقود تملیکی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- _____، *قواعد عمومی قراردادهای*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
- لطفی، اسدالله، «قاعده استیمان در سقوط ضمان»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۴۴، تابستان ۱۳۷۸.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت، تحقیق و نشر مرکز الرسول الاعظم (ص)، ۱۴۱۹ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه، بخش مدنی*، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۳.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز کتاب لترجمه و النشر، ۱۴۰۲ ق.
- موسوی بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیة*، نجف، دار الکتب العلمی، ۱۳۸۹ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، منشورات شرکه الرضوان، بی تا.
- میر محمد صادقی، حسین، *جرائم علیه اموال و مالکیت*، نشر میزان، ۱۳۷۶.

نائینی، محمد حسین، *منیة الطالب فی حاشیة المكاسب*، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق.
هاشمی شاهرودی، محمود، *قراءات فقهیه معاصره*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.

