

بررسی مسؤولیت آخذ بالسوم با نگاهی تطبیقی

عباس نیازی^{۱*} حسن بادینی^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

۲. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۲/۹/۳۰

دریافت: ۱۳۹۲/۲/۳

چکیده

آخذ بالسوم شخصی است که مال دیگری را با اذن او برای بررسی و انجام معامله تحت استیلا می‌گیرد. در فقه و حقوق ما نظرهای متضادی درخصوص مسؤولیت وی در صورت نقص یا از بین رفتن مال ابراز شده است. در این مقاله درصدد آن هستیم که در سکوت قانونگذار با تتبع در فقه و مواد قانون و رویه گزارش شده در آمریکا و فرانسه پاسخی برای مسؤولیت آخذ بالسوم بیان شود و ضمن طرح نظرهای گوناگون رأی را برگزینیم که با توجه به نیاز جامعه کنونی و مبتنی بر قواعد مدنی باشد.

واژگان کلیدی: آخذ بالسوم، ید، امین، قرارداد، قهری، مسؤولیت

۱. مقدمه

در کتب فقهی و حقوقی تعاریف یکسانی از مفهوم آخذ بالسوم ارائه شده است، بدین معنا که مشتری برای رؤیت و واریسی وضع کالا آن را با موافقت فروشنده در دست



بگیرد (مقبوض به سَوم) [۱، ص ۵۱ و ۴۶۷] تا بعداً وارد مذاکره برای خرید آن شود [۲، ج ۲۰۸، ۱]. سَوم نیز به تنهایی به معنای معامله است [۱، ص ۴۱۴]. جهت جلوگیری از اطاله کلام از بیان تعاریف مشابه خودداری می‌کنیم [۳، ج ۲ ص ۱۷۷؛ ۴، ج ۲، ۱۶۹؛ ۵، ج ۱ ص ۷۴؛ ۶، ص ۱۱۱؛ ۷، ج ۱، ص ۱۰۴] البته ایشان به جای واژه «کالا» از واژه «ظرف یا کالای شکستنی» در تعریف خود استفاده کرده‌اند که به نظر جامع نمی‌رسد.

البته این نکته را باید در خاطر داشت که اخذ بالسوم تنها در خرید و فروش جاری نیست، بلکه در هر جا مال متعلق به غیر جهت واریسی و انجام معامله به طرف احتمالی معامله سپرده شود، مانند عقد اجاره یا مالی که به عنوان عوض صلح قرار می‌گیرد یا مالی که زن می‌گیرد تا ببیند که بعداً مهر او قرار داده شود، مفهوم مسؤولیت اخذ بالسوم جاری است. همچنین مالی که زوج می‌گیرد تا که در صورت پذیرفتن عوض خلع در طلاق واقع شود [۴، ج ۲، ص ۱۷۱] یا مالی که به کسی داده می‌شود که بررسی کند تا بعداً مورد معاوضه قرار گیرد [۸، ج ۳، ص ۳۴۳] تحت این عنوان مطرح می‌شود.

در معاملات تجاری مدرن، پیش از آن که قرارداد نهایی انعقاد یابد معمولاً طرفین وارد مذاکره با یکدیگر شده، درباره مقاصد خود به بحث و گفتگو می‌نشینند [۹، ص ۲۲۸]. امروزه به این بازه زمانی یعنی از آغاز مذاکرات تا انعقاد عقد نهایی، «دوره پیش‌قراردادی» یا «گفتگوهای مقدماتی» اطلاق می‌شود [۱۰، ص ۱۵۴] و تحت این عنوان در مباحث بین‌المللی مورد تفقح قرار می‌گیرد. این مقطع با کمی اغماض معادل وصف آخذ بالسوم است که در فقه و حقوق سنتی ما مطرح است.

به طور کلی برخی ید آخذ بالسوم را امانی و برخی ضمانی می‌دانند. می‌دانیم که «ید» در اصطلاح حقوقی و فقهی عبارت از سلطنت، تصرف و استیلا داشتن بر مال است [۱۱، ص ۳۲۵]. متصرف یا بر مال خود تصرف دارد و ید وی مالکانه است یا بر مال دیگری که اگر شخص مأذون باشد امین است و اگر تصرف بر مال دیگری بدون اذن باشد غصب رخ داده و ید ضمانی است. گفته شده متصرف غالباً مالک یا امین او است [۱۲، ج ۱، ص ۱۳۲]. گرچه به طور طبیعی و بر مبنای غلبه در یک جامعه قانونمند

تصرف باید مالکانه باشد، ولی گاه چنین نیست.

در قوانین ایران تعریفی از امین ارائه نشده است [۱۳، ج ۱، لغت ۲۵۳۷]؛ اما از روح قوانین و اصول حاکم بر نظام حقوقی ایران چنین استنباط می‌شود که امین شخصی است که مال دیگری را با اذن مالک آن مال یا قانون یا شارع در تصرف داشته باشد، به نحوی که به چنین متصرفی نتوان عنوان غاصب (حقیقی یا حکمی - مصداق قسمت اخیر ماده ۳۰۸ و ماده ۳۱۰ قانون مدنی) را اطلاق کرد [۱۴، ص ۶۱]. به بیانی دیگر هر گاه شخص به اذن مالک یا در اجرای مفاد قرارداد یا حکم قانون یا شرع بر مال دیگری سلطه پیدا کند امین محسوب می‌شود [۱۵، ج ۲، ص ۱۳؛ ۱۶، ص ۷؛ ۱۷، ج ۲، ص ۳۰۷؛ ۱۸، ج ۳، ص ۳۴۱]. هر چند برخی بر ضابطه‌ای که گفته شد ایراد کرده‌اند و مطرح کردن «اذن» را در تعریف بالا ضروری ندانسته‌اند [۱۹، ج ۱، ص ۴۰]؛ اما این ایراد به نظر صحیح نمی‌رسد، زیرا اگر اذن را از تعریف امین بگیریم آن وقت تعریف ما با شخص غاصب یکسان می‌شود.

برخی علاوه بر اذن ملحوظ نداشتن عوض را برای امین شرط دانسته‌اند [۷، ج ۱، ص ۹۳]؛ حال آن‌که این از شرایط امین نیست و حتی اگر در ودیعه شرط عوض شود می‌دانیم که عوض در مقابل «نگاهداری» قرار نمی‌گیرد [۲۰، ج ۲، ص ۷]. دیگر آن‌که در بسیاری از موارد امانت دارای عوض است، مثلاً در خصوص غایب مفقودالاثربعد از طی تشریفات قانونی و نصب امین دادگاه طبق ماده ۱۵۰ قانون امور حسبی می‌تواند حق الزحمه متناسبی از درآمد اموال غایب برای او معین کند [۱۴، ص ۶۷]. عده‌ای بر این عقیده‌اند که اذن از سوی مالک برای امین تلقی شدن گیرنده مال کافی نیست، بلکه باید مالک، مال را به‌عنوان امانت در اختیار گیرنده گذاشته و چنین عنوانی را قصد کرده باشد [۲۱، ص ۴۵]. اما با این تعریف تنها عقد ودیعه که استنباه در حفظ مال است مشمول امانت می‌گردد و سایر امنا که در فقه و قانون مدنی به‌عنوان امین آمده‌اند مانند مضارب (ماده ۵۷۶ ق.م.) [۷، ج ۱، ص ۹۸؛ ۲۲، ج ۲، ص ۳۷] از تعریف خارج می‌شوند. در تعریفی دیگر علاوه بر اذن، مصلحت مالک را نیز شرط امانت دانسته‌اند [۲۳، ج ۲، ص ۴۸۴]؛

حال آن‌که در بسیاری از عقود امانی مثل رهن و مزارعه و مضاربه مصلحت طرفین مد نظر است و در فقه و قانون مدنی این عقود را امانی می‌دانند^۱ و این‌گونه تعریف کردن امانت در خصوص عاریه که صرفاً به مصلحت گیرنده است بی‌معنا است. پس این تعریف از امین صحیح نیست.

بنابراین ید به سه دسته مالکانه، امانی و ضمانی تقسیم شده است که در ید امانی تا شخص تعدی و تفریط نکرده باشد مسؤول نیست (ماده ۶۳۱ قانون مدنی) و در ید ضمانی حتی اگر قوه قاهره هم سبب نقصان یا تلف مال باشد ذوالید مسؤول است (ماده ۳۱۵ قانون مدنی). البته برخی ید ضمانی غیر عدوانی را نیز نوعی از ید ضمانی دانسته‌اند [۲۴، ص ۶۶] و این نوع ید را در جایی فرض کرده‌اند که یکی از دو عنصری که خود برای برای تحقق ید امانی لازم می‌دانند (اذن و بلاعوض بودن) مفقود است و عنصر عدوان نیز وجود ندارد [۷، ج ۱ ص ۱۰۲]؛ حال آن‌که دیدیم برای تعریف امین نیازی به بلاعوض بودن نیست و تنها اذن عنصر مورد نیاز است. البته اذن مالک اگر «مقید به ضمان» باشد مانند عاریه مضمونه (ماده ۶۴۲ قانون مدنی) امین مسئولیتی فراتر از تعدی و تفریط خواهد داشت [۲۵، ج ۲، ص ۸۶]؛ اما اگر اذن مطلق باشد «عدم مقید بودن به ضمان» امری عدمی و مطابق با اصل است [۲۶، ص ۱۵].

در تقسیم‌بندی دیگری که در خصوص اقسام ید صورت گرفته است بعد از برشمردن ید امانی و ید ضمانی، در رابطه با ضمان گفته شده نوع سوم ید «اجیر مشترک» است. همین تقسیم در متون شافعیه نیز آمده است [۲۷، ج ۲، ص ۱۳۰؛ ۱۹، ج ۱، ص ۴۰۵]. «اجیر مشترک» یا عام شخصی است که به موجب عقد اجاره تعهد به فعل معین مانند دوختن لباس می‌کند و در مدت اجرای آن تعهد می‌تواند تعهد دیگری از همان مستأجر یا سایر اشخاص بپذیرد. اجیر مشترک مسؤول جبران خسارت وارد شده به مال یا بدن موجر است، حتی اگر تعدی و تفریط نکرده باشد [۲۸، ج ۱، ص ۲۲۲؛

۱. دکتر جعفری لنگرودی، در اجاره ید مستأجر را برخلاف مشهور ضمانی می‌دانند، مگر شرط عدم مسئولیت شده باشد [۲، ج ۱، ص ۶۲۱].

۲۹، ص ۲۴۵؛ ۳۰، ص ۶۸]؛ زیرا مشمول قاعده فقهی اتلاف است [۷، ص ۱۰۷] و اجیر مشترک حقی بر دریافت دستمزد ندارد، چه آن‌که آنچه بر عهده داشته تسلیم نکرده است [۳۱، ص ۲۵۲] و در واقع صاحبان حرف تعهد به نتیجه دارند [۳۲، ص ۴۷].

البته بعضی نظری مخالف داشته، استدلال کرده‌اند چون اجیر مشترک مأذون از قبیل مالک است، اذن مزبور مانع از ضمان است [۷، ص ۱۰۶]. اما به نظر می‌رسد اذن مالک نمی‌تواند مانع از ضمان شود؛ زیرا مالک اذن در اصلاح داده است و نه در افساد و لذا با توجه به صدق عنوان اتلاف، مشمول قاعده مزبور می‌شود [۳۳، ج ۳، ص ۴۳؛ ص ۴۴]. اما در صورت تلف به وسیله آفت سماوی مسلماً ضمانی بر عهده وی نیست [۱۹، ص ۴۱۱]. در مقابل «اجیر خاص» شخصی است که در مدت معین اجیر می‌شود و در آن مدت نمی‌تواند برای دیگری کار کند. مسؤولیت چنین اجیری منوط به اثبات تعدی و تفریط است. در واقع ید او امانی است. هرچند برخی برخلاف این نظر ید او را ضمانی دانسته‌اند [۱۹، ص ۴۲۴-۴۲۶].

گفتیم که امین ضامن تلف یا نقص مالی که به او سپرده شده نیست، مگر در صورت تعدی یا تفریط.^۱ این مفهوم قاعده‌ای فقهی با نام استیمان است [۳۴، ج ۲، ص ۴۸۳-۴۸۴؛ ۳۵، ص ۷۲؛ ۷، ص ۹۱] که در قانون مدنی نیز بارها مورد استفاده واقع شده است.^۲ تعدی یعنی انجام عملی که ترک آن وظیفه امین است و تفریط عبارت است از ترک عملی که انجام آن برای امین لازم است [۳۴، ص ۴۴۸؛ ۳۵، ص ۶۲؛ ۳۶، ج ۹، ص ۴۲۳؛ ۷، ص ۹۶؛ ۸، ج ۵، ص ۱۰۱]. در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ قانون مدنی همین تعاریف از تعدی و تفریط به دست داده شده است. پس فرق این دو آن است که تفریط غالباً جنبه انفعالی و غیر عمدی و غیر خائنانه دارد، ولی تعدی جنبه فاعلی و عمدی داشته، عنصر خیانت در آن موجود است [۸، ج ۵، ص ۱۰۱؛ ۷، ص ۹۷].

در قانون حمایت از مصرف کنندگان مصوب سال ۱۳۸۸ حالتی که فروشنده کالای

۱. گاهی از آن با عنوان «تھاون» نام برده‌اند [۷، ج ۱، ص ۹۶].

۲. ر.ک: مواد: ۴۸-۵۰-۲۷۸-۴۸۷-۴۹۰-۴۹۳-۵۱۶-۵۱۷-۵۷۷-۵۸۴-۶۱۴-۶۳۱-۶۴۰-۸۵۸-ق.م.



معیوبی عرضه کند و به واسطه آن عیب، خساراتی به مصرف‌کننده وارد گردد پیش‌بینی شده و برای آن مجازات تعیین گردیده است (ماده ۱۸).^۱ این قاعده که تولیدکننده باید قطع نظر از تقصیر راجع به عیوب کالا مسؤول باشد با در نظر گرفتن مسؤولیت محض مورد توجه نظام‌های حقوقی واقع شده است [۳۷، ص ۳۳۴]. اما حالت عکس آن که اگر خریدار احتمالی پیش از خرید ضرری به تولیدکننده و یا عرضه‌کننده وارد کند پیش‌بینی نشده است. البته شاید جای این فرض در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان باشد. پس از این درآمد در ادامه به طرح نظرها پیرامون مسؤولیت آخذ بالسوم می‌پردازیم.

۲. نظرات فقهی در خصوص آخذ بالسوم

در فقه دو دیدگاه متناقض درباره مسؤولیت آخذ بالسوم مطرح شده است؛ بدین ترتیب که عده‌ای وی را در هر صورت مسؤول خسارت وارد بر مال دانسته‌اند، اما عده‌ای دیگر او را امین پنداشته، ذمه او را از مسؤولیت بدون تقصیر مبرا می‌دانند. این تفاوت از اختلاف در امانی یا ضمانی دانستن ید آخذ بالسوم نشأت می‌گیرد.

۲-۱. نظر مشهور

بنا بر قول مشهور در فقه آخذ بالسوم ضامن تلف مال است، حتی اگر تعدی و تفریط نکرده باشد [۳، ج ۲، ص ۱۷۷؛ ۸، ج ۳، ص ۳۹۷؛ ۲۸، ج ۱، ص ۱۶؛ ۳۳، ج ۳۷، ص ۷۳؛ ۳۸، ص ۵۱۷]. دلیل اصلی این دسته از فقها استناد به قاعده علی الید است و اخذ بالسوم را مشمول قاعده «علی الید ما اخذت حتی تودیة» می‌دانند و عمومیت قاعده را به این مورد

۱. ماده ۱۸. چنانچه کالا یا خدمات عرضه‌شده توسط عرضه‌کنندگان کالا یا خدمات معیوب باشد و به واسطه آن عیب، خساراتی به مصرف‌کننده وارد گردد، متخلف علاوه بر جبران خسارات به پرداخت جزای نقدی حداکثر تا معادل چهار برابر خسارت محکوم خواهد شد.

هم تسری می‌دهند [۲۴، ص ۶۷].

برخی اصحاب این نظر آخذ بالسوم را استثنایی بر قاعده استیمان دانسته‌اند و خود استیمان را تخصیص [۳۹، ص ۵۴] یا استثنایی [۳۲، ص ۲۹] بر قاعده ضمان ید می‌دانند. اما عده‌ای ایراد وارد را سالبه به انتفای موضوع فرض کرده و گفته‌اند که این ایراد به قاعده عدم ضمان امین لطمه‌ای نزده است و ید آخذ بالسوم اصلاً امانی نیست [۱۵، ج ۲، ص ۱۱؛ ۴۰، ج ۱، ص ۱۶۲].

اما استثنا بر قاعده درست نیست؛ زیرا استثنا با قاعده قابل جمع نیست. باید دانست که استیمان قاعده‌ای است که بر مبنای اذن صاحب مال یا شارع استوار است و امانتداری علت مقبیه و خیانت مزیل آن است و استثنائات مفروضی که به قاعده نسبت داده‌اند، ارتباطی با آن ندارد [۳۲، ص ۳۹]. برای اثبات این که استیمان قاعده‌ای کلی است پاسخ‌هایی داده شده است. مثلاً این که ضمان در مقبوض بالسوم اختلافی است، یعنی عده‌ای معتقدند ضمانی در آن نیست، چون امانت مالکی است و قابض تا زمان تقصیر، امین است و حکم قاعده استیمان جاری می‌شود. ثانیاً چنانچه این مسأله دلیل خاصی داشته باشد که موجب ضمان شود می‌گوییم نسبت به ادله عدم ضمان این تخصیص حاصل شده و مستثنا گردیده است. ثالثاً مالی که داده شده به‌عنوان مقدمه خرید در اختیار مشتری قرار گرفته و ضمان معاوضی در جریان است و تخصصاً خارج از امانت است [۱۵، ج ۲، ص ۱۷؛ ۴۱، ج ۱، ص ۴۰]. بنابراین خروج تخصصی را نباید با خروج تخصیصی یکسان دانست و آخذ بالسوم را استثنایی بر قاعده استیمان پنداشت [۳۲، ص ۴۴].

۲-۲. نظر غیر مشهور

اقلیتی از فقها نیز رأی به عدم ضمان آخذ داده‌اند و ضامن بودن آخذ بالسوم را نپذیرفته‌اند، مگر در صورت تعدی یا تفریط وی. اصحاب این نظر گفته‌اند مال در دست گیرنده آن امانت است، زیرا آخذ بالسوم با اذن مالک متصرف مال شده است؛ پس

غاصب نیست و وجود اذن ایجاد امانت می‌کند و ضمانی بر عهده او نیست. همچنین درخصوص ید کسی که می‌دانیم مالک نیست، اما در امانی بودن یا ضمانی بودن ید وی شک داریم قاعده اصاله الصحه دلالت دارد که ید، ید امانی است در واقع در این مورد که شک در صحت تصرف مؤمن است، اصاله الصحه جاری است و نتیجه آن عدم ضمان ید در صورت تلف است^۱ [۴۲]، پاسخ سؤال ۲۰۶۵۹؛ ۴۳، استفتاء ۲۷۹۱۷۳]؛ چون آخذ مال به اذن صاحب آن بوده است و اصل بر براءت ذمه است [۴۴]، ج ۲، ص ۱۵۰؛ ۴۵، ص ۴۴۲]؛ و ضمان نیاز به دلیل دارد [۴۶]، ج ۲، ص ۳۶۳؛ ۴۷، ج ۲، ص ۸۶؛ ۴۸، ج ۱۰، ص ۴۹۹؛ ۴۹، ج ۱۸، ص ۴۶۶؛ ۵۰، ج ۲، ص ۱۷۶؛ ۵۱، ج ۷، ص ۵۴۲] و فرض بر عدم تعدی است [۴۰، ج ۱۰، ص ۴۹۹]؛ لذا به نظر می‌رسد آخذ بالسوم ضامن نباشد [۵۲، ج ۴، ص ۴۳۶؛ ۵۳، ص ۴۰؛ ۵۴، ج ۲، ص ۲۲۸] که این نظر موجه می‌نماید.

۳. نظرهای حقوقی درخصوص آخذ بالسوم

در حقوق ایران ماده‌ای که صریحاً برای آخذ بالسوم تصمیم گرفته باشد وجود ندارد اما با استفاده از موارد عام قانون مدنی و اصول حقوقی می‌توان نظرهای ابراز شده را دسته‌بندی کرد که بدان‌ها اشاره خواهیم کرد. برخی از نظرها به قرارداد ابتدایی میان آخذ و فروشنده اشاره دارند و برخی دیگر به ضمان قهری.

۳-۱. مسؤولیت براساس قرارداد

این عقیده بر مبنای التزام قراردادی گیرنده مال بنا شده است. در حقیقت ریشه این التزام در توافق بین صاحب کالا و آخذ بالسوم دانسته شده و بر طبق این پیمان صاحب

۱. متن سؤال و پاسخ از آیت ا... مظاهری و آیت ا... خامنه‌ای: درخصوص ید کسی که می‌دانیم مالک نمی‌باشد، اما در امانی بودن یا ضمانی بودن ید وی شک داریم اصل بر امانی بودن است یا ضمانی بودن ید؟ پاسخ آیت ا... مظاهری: قاعده اصاله الصحه دلالت دارد که ید، ید امانی است. پاسخ آیت ا... خامنه‌ای: در این مورد که شک در صحت تصرف مؤمن است، اصاله الصحه جاری است و نتیجه آن عدم ضمان ید در صورت تلف است.

کالا اراده قاطع خود را در فروش آن با شرایط معین اعلام می‌کند. خریدار نیز متعهد می‌شود که یا کالا را بازگرداند یا قیمت پیشنهاد شده را بپردازد. بنابراین، اگر گیرنده کالا را بازنگرداند، به تعهدی که از قرارداد ناشی شده عمل نکرده و همین نقض عهد، تقصیر است. در نتیجه صاحب مال نیازی به اثبات تقصیر گیرنده کالا ندارد [ص ۲۹۸].

در این دیدگاه عرضه کالا از جانب فروشنده، ایجاب وعده یکطرفی بیع^۱ است که در عین حال حاوی مفاد ایجاب اصلی نیز هست و خریدار با برداشتن کالا، ایجاب وعده یکطرفی بیع را قبول می‌کند و کالا را به‌عنوان آخذ بالسوم در اختیار می‌گیرد [ص ۳۲۶].

پیش‌تر آمد که در حقوق جدید مسأله آخذ بالسوم را با کمی تسامح می‌توان در «مسئولیت پیش‌قراردادی» جستجو کرد [ص ۵۶، ص ۵۰]. مبنای این مسئولیت را قاعده لاتینی^۲ "*culpa in contrahendo*" بیان کرده است^۳ [ص ۵۷، ص ۹۱] و به عقاید حقوقدان آلمانی «فن ایرینگ»^۴ باز می‌گردد [ص ۵۸، ص ۴۰۱]. در حقوق بیشتر کشورها به این نظریه از دیدگاه حسن نیت نگاه می‌شود [ص ۵۹، ص ۱۸۸]. پس از آن‌که دو نفر وارد مذاکره با یکدیگر شدند، هر دو باید بر مبنای حسن نیت رفتار کنند و هیچ‌یک نمی‌تواند بدون جبران خسارات طرف دیگر، مذاکرات را که منجر به خسارت طرف دیگر شده است را ترک کند [ص ۲۲، ص ۲۴۰]. البته برخی معتقدند حسن نیت مفهومش آن قدر ابهام دارد که اجرای آن ناممکن است [ص ۶۲، ص ۵۷ و ۵۸؛ ص ۶۳، ص ۷]. با وجود این یک دکترین بین‌المللی

۱. وعده یکطرفی بیع: فروشنده (مالک) شرایط معامله و قیمت را تعیین و اراده خود را بر انتقال مبیع (مال) اعلام و انتقال آن را موکول به تمایل خریدار (طرف مقابل) می‌کند، به‌گونه‌ای که اگر او پیشنهاد را بپذیرد عقد واقع شود. وعده یکطرفه بیع یک قرارداد الزام‌آور است و با ایجاب صرف متفاوت است؛ به این معنا که اگر یکی از طرفین فوت کند نیز آثار وعده به قائم‌مقام آن‌ها ملحق می‌شود. [ص ۶۰؛ ص ۶۱]

۲. کوتاهی در انعقاد قرارداد

3. See more in: Farnsworth, E. Allan, "Pre contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Columbia Law Review*, Vol. 87. 1987.

4. Von Jhering



وجود دارد که «طرفین هر قرارداد را ملزم می‌کند به طور متعارف عمل کنند، چنان‌که هر یک از طرف مقابل خود چنین انتظاری دارد» [۶۴، ص ۳۳۳ تا ۳۳۵]. هرچند اصل حسن نیت که طرفین را به رعایت رفتار منصفانه و نیکو ملزم کند، در قانون ما نیامده است، اما در حقوق ما قواعدی مانند اصل لزوم، اباحه، و اصل صحت خود نمایی می‌کنند که بر تمامی قراردادها به‌عنوان اصل کلی حکومت داشته، تخطی ناپذیرند.

در واقع دو طرف با آغاز گفتگوهای مقدماتی به طور ضمنی در برابر یکدیگر تعهد می‌کنند در دوره پیش‌قراردادی حسن نیت داشته باشند و مسئولیت پیش‌قراردادی بر پایه نظریه مزبور ناشی از شکستن چنین پیمانی است [۶۵، ص ۶۷؛ ۶۶، ص ۱۲؛ ۱۰، ص ۱۶۶]. اگر هر طرف بر خلاف حسن نیت با رفتاری قابل سرزنش از نهایی شدن قرارداد جلوگیری کند مسئول است [۱۰، ص ۱۵۴]. از آن‌جا که مفاد این قرارداد فرضی صرفاً رعایت حسن نیت است، لذا بر عهده خواهان است تا نقض تکالیف ناشی از حسن نیت را به اثبات رساند. بنابراین، مهم‌ترین فایده پذیرش مسئولیت قراردادی منتفی است. بر همین اساس، در چنین مواردی بحث از مسئولیت قهری پیش کشیده شده است [۹، ص ۲۳۳].

اثبات وجود توافق فرضی کار آسانی نیست. در واقع ممکن است ادعا شود که چنین توافقی تنها در صورتی مفروض است که قرائن روشنی وجود داشته باشد. مثلاً فروشنده در ورودی فروشگاه این تعهد را به صورت واضح قید کند. اما هرگاه چنین قرائنی وجود نداشتند، اصل بر عدم وجود این توافق ضمنی است؛ ضمن این که فرض وجود این توافق از رغبت مردم برای خرید می‌کاهد [۶۷، ص ۱۳۶].

۲-۳. مسئولیت غیر قراردادی

در مقابل عده‌ای نظر به مسئولیت غیرقراردادی آخذ بالسوم داده اند [۳۱، ص ۶۱]. بر این اساس، اگر در نتیجه مذاکرات، زبانی به طرف دیگر وارد شود، وفق قواعد عام مسئولیت مدنی نقض‌کننده ضامن خواهد بود.

در صورتی که توافقات پیش‌قراردادی را نتوان «عقد» نامید و یا اساساً طرفین در

حال انجام مذاکره باشند و هنوز توافقی میان آنان صورت نگرفته باشد، آزادی قراردادهای ایجاب می‌کند هر یک از طرفین علی‌الاصول بتواند در این مرحله مذاکرات را قطع و از انعقاد قرارداد اجتناب ورزد؛ مگر آن‌که در این عمل خود مرتکب تجاوزی از معیار نوعی رفتار انسان معقول و متعارف شود.^۱ بنابراین، خواهان ملزم است تا تقصیر نوعی برهم زنده مذاکرات را به اثبات رساند [۹، ص ۲۴۴].

فروشنده برای این‌که بتواند با استناد به مسؤولیت قهری، خریدار را به پرداخت خسارت تلف کالا مجاب سازد، باید ارکان سه گانه مثبت مسؤولیت قهری یعنی وجود ضرر، فعل زیانبار و رابطه سببیت را به اثبات برساند. در این راستا باید احراز شود که خواننده مرتکب خطایی شده است. همچنین خواهان باید ثابت کند که به رغم تکلیف خواننده به مراقبت، رفتار متعارفی از خود نشان نداده است و نیز باید ثابت کند که زیان وارد به او قابل پیش بینی بوده است؛ زیرا اگر زیان قابل پیش‌بینی نباشد، خواننده تکلیفی به مراقبت نداشته، مسؤول جبران آن نیز نخواهد بود و به تعبیر حقوقدانان این خسارت، استثنایی و نامتعارف است [۵۵، ص ۲۵۰]؛ زیرا در قبال پیامدهای دور از انتظار او مسؤولیتی ندارد و رابطه سببیت نیز احراز نمی‌شود [۶۸، ص ۲۹۸؛ ۶۹؛ ۷۰، ص ۱۲۵]. در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) نیز به قابلیت پیش‌بینی خسارت اشاره شده است.^۲ باید توجه داشت که تعیین زیان‌های قابل پیش‌بینی در آغاز دوره پیش قراردادی آسان نیست [۷۱، ص ۲۵]. در حقوق ایران، عدم جدیت در دوره پیش

۱. درخصوص انسان معقول و متعارف رجوع کنید به: بادینی، حسن، «نگرشی انتقادی به مفهوم انسان معقول و متعارف برای تشخیص مسؤول در مسؤولیت مدنی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۱، ش ۴۰، بهار ۱۳۸۹.

۲. ماده ۵۱۶ اشعار می‌دارد: هرگاه کسی چیزی را در مکانی مانند دیوار یا بالکن ملک خود که قرار دادن اشیا در آن جایز است، قرار دهد و در اثر حوادث پیش‌بینی نشده به معبر عام و یا ملک دیگری بیفتد و موجب صدمه یا خسارت شود ضمان منتفی است همچنین نگاه کنید به ماده ۵۱۸: هرگاه شخصی بنا یا دیواری را بر پایه محکم و با رعایت مقرراتی که در استحکام بنا و ایمنی لازم است احداث نماید، لکن به علت حوادث پیش‌بینی نشده، مانند زلزله یا سیل، سقوط کند و موجب آسیب گردد، ضامن نیست....



قراردادی می‌تواند تقصیر به شمار آید [۷۲، ص ۶۵] و حتی اگر ثابت شود که هریک از طرفین در مرحله گفتگوهای مقدماتی برای انعقاد قرارداد نهایی مصمم نبوده و جدیت نداشته است، در برابر دیگری مسئول است [۷۳، ص ۲۳۶].

کسانی که در مرحله پیش‌قراردادی معتقد به مسئولیت قهری طرفین در صورت وقوع خسارت هستند، خود به چند دسته تقسیم می‌شوند. برخی از آنان بر این باورند که اگر آخذ بالسوم ثابت کند حادثه خارجی و احترازناپذیر سبب تلف شده، او از مسئولیت بری می‌شود [۵۵، ص ۲۹۸؛ ۳۲، ص ۴۴]. عده‌ای نیز معتقدند که تعهد گیرنده براساس ماده ۲۲۱ قانون مدنی تعهد به نتیجه است و ید ضمانی صرف نیست و مسئولیت محض برای آخذ بالسوم قائل شده اند [۷۴، ص ۱۵].

نظری دیگر بیان می‌دارد ضمان آخذ بالسوم به صورت مطلق است و آورده‌اند با توجه به ملاک ماده ۳۰۱ ق.م. که می‌گوید: «کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند» و صریح ماده ۶۳۱ ق.م. که 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...». با توجه به آن‌که قانون مدنی گیرنده مأخوذ بالسوم را امین نشناخته است، آخذ را ضامن هر تلف و عیب دانسته‌اند، اگر چه تعدی و تفریط نکرده باشد [۴، ج ۲، ص ۱۶۹-۱۷۰؛ ۷۵، ص ۱۷؛ ۷۶، ص ۱۷۳]. براساس این نظر حتی قوه قاهره نیز مانع از مسئولیت آخذ بالسوم نخواهد بود و وی مسئولیتی مطلق خواهد داشت [۷۷، ج ۲، ص ۶۰].

در قانون مدنی، مقرراتی درخصوص الزامات طرفین در مرحله پیش‌قراردادی وجود ندارد و بنابراین، احراز تقصیر طرف برهم‌زننده مذاکرات یا توافقات به دست آمده، تابع قواعد کلی یعنی ماده ۳۳۱ قانون مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی است [۹، ص ۲۳۵]. صرفنظر از موارد فوق، برای اثبات ناروایی رفتار کسی که خسارتی زده است می‌توان از مبانی نقض حسن نیت پیروی کرد.

در حقوق ما با توجه به ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی که قانونگذار رعایت حسن

نیت در تعامل با دیگران را مدنظر داشته و براساس منطق حقوقی، موارد مذکور در این ماده ویژگی خاصی ندارد تا رعایت حسن نیت به آن‌ها محدود شود. لذا می‌توان مبنای یاد شده را به سایر حوزه‌ها از جمله روابط طرفین در دوره پیش‌قراردادی نیز تسری داد [۷۲، ص ۶۰]. بنابراین با استناد به اتلاف و تسبیب که دو منبع اصلی ضمان قهری در مسؤولیت مدنی هستند می‌توان به ضمان آخذ بالسوم اندیشید.

۳-۳. نظر مختار

با توجه به آنچه گفته شد درخصوص مسؤولیت آخذ بالسوم می‌توان گفت او به‌عنوان شخصی که اذن در تصرف در مال دیگری دارد قاعداً امین است.

به این نکته نیز باید اشاره کرد که ماده ۶۳۱ نیز که مورد استناد قول برخی حقوقدانان واقع شده است اولاً حصری نیست [۵۵، ص ۲۹۸] و دلیل این گفته عبارت «و امثال آن‌ها» در ماده می‌باشد. در واقع حکم این ماده قابلیت شمول به مواردی را نیز دارد که مالی به منظور ارزیابی در اختیار مشتری قرار گرفته است [۷۸، ص ۱۴۲]. ثانیاً این نحو تفسیر نتایجی را به دنبال دارد که گمان نمی‌رود حتی صاحب این تفسیر نیز بدان ملتزم گردد. مثلاً قانون مدنی در هیچ متنی از امین بودن وکیل و متولی وقف و موقوف‌علیهم و عامل در مزارعه و مساقات، و حتی امین بودن اجیر (جز در مورد متصدی حمل و نقل) سخن نگفته است و التزام به این تفسیر ایجاب می‌کند که این موارد را از مصادیق امانت بحساب نیاوریم، در حالی که هیچ کس در امین بودن این افراد تردید ندارد [۲۶، ص ۱۰]. ثالثاً بنا بر ماده ۲۷۸ قانون مدنی: "اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب برائت متعهد می‌شود؛ اگر چه کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است..." و می‌دانیم آخذ بالسوم در هیچ جا از قوانین، ضمانی انگاشته نشده است.

همچنین اعتقاد بر این است که قواعد مسؤولیت قهری مربوط به نظم عمومی است و



وجود رابطه قراردادی در موردی خاص نباید زیاننده را از امکان استناد به آن محروم سازد. پس اصولاً خواهان به دلخواه خود می‌تواند مبنای دعوایش را تعیین کند، اما در مواردی انتخاب ممنوع است و آن وقتی است که استناد به مسئولیت قهری شروط قراردادی یا قانونی مربوط به مسئولیت قراردادی را دگرگون سازد و حدودی را که طرفین یا قانون برای آن مقرر داشته‌اند، تغییر دهد [۷۹، ص ۲۵]. مثلاً طبق ماده ۶۳۱ قانون مدنی، هر کس نسبت به مالی امین محسوب شود، تنها در صورتی مسئول تلف آن است که در حفاظت از مال کوتاهی کرده و مرتکب تعدی و تفریط شده باشد. اگر در این قبیل موارد صاحب مال بتواند به استناد قاعده اتلاف که نیازی به اثبات تقصیر ندارد و صرف وجود رابطه سببیت کافی است، طرح دعوا کند، حکم ماده ۶۳۱ قانون مدنی بیهوده می‌شود [۷۰، ص ۳۵]. فرض کنید کسی باربری را اجیر کرده تا با چرخ دستی کالایش را به مقصد برساند، اما در راه کالا از چرخ دستی سقوط می‌کند و تلف می‌شود. ثابت می‌گردد که باربر در تلف کردن مال مرتکب تعدی و تفریط نشده است، لذا مسئولیت قراردادی ندارد؛ اما اگر صاحب مال بتواند به قاعده اتلاف که منوط به اثبات تقصیر نیست، استناد کند، این امر به معنای بیهوده شدن حکم ماده ۶۳۱ است [۷، ج ۱، ص ۱۰۸]. به علاوه مسئولیت قراردادی مقدم بر مسئولیت قهری است [۸۰، ص ۲۶۱].

در اثبات این نظر می‌توان به منافع مال آخذ بالسوم اشاره کرد که با وجود قول مشهور که نظر به ضمان داده‌اند در خصوص منافع مال هیچ فقیه یا حقوقدانی نگفته است آخذ بالسوم ضامن منافع مال مأخوذ در زمان تصرف است [۸۱، ص ۹]. و در حقوق کیفری نیز آخذ بالسوم را در باب خیانت در امانت آورده‌اند [۸۲، ص ۲۰۷؛ ۸۳، ص ۱۲۱].

البته راقم سطور واقف است که بر مبنای این نظر در بازار (یا مواردی که شبیه به اخذ بالسوم است) بی‌اعتمادی حاصل شده، هیچ کس مالش را برای واریسی در اختیار دیگری قرار نخواهد داد و نباید باعث ایجاد عسر و حرج شد. بنابراین می‌توان توافق طرفین را چنین در نظر گرفت که اگر شرطی جهت افزایش یا کاهش مسئولیت آخذ

بالبسوم نشده است وی یا باید کالا را همان گونه که هست بازگرداند یا ضامن است؛ اما ضامن او ضامن معاوضی است، نه ضامن واقعی [۳۲، ص ۴۶]. این نگاه باعث می‌شود نگهداری از مال غیر با دقت و ظرافت بیشتری در جامعه صورت بپذیرد. بنابراین، می‌توان مبنای ضامن را اراده مشترک طرفین که همان مسؤولیت قراردادی است دانست. پس قوه قاهره می‌تواند مانع از ضامن آخذ بالبسوم شود، مگر طرفین تراضی در افزایش مسؤولیت کرده باشند.

۴. رویه قضایی ایران و تطبیق موضوع در حقوق خارجی

در حقوق داخلی علیرغم سابقه فقهی و نظر حقوقدانان تلاش میدانی و کتابخانه‌ای برای یافتن رویه قضایی در این خصوص بی نتیجه بود. شاید علت آن است که در صورت بروز اتفاق برای مال قبض شده معمولاً با مصالحه میان آخذ و مالک موضوع مرتفع می‌شود.

در فرانسه محکمه استیناف در حکمی که در ۱۰ ژانویه ۱۹۷۵ صادر کرده آورده است: «مشتري دارای آزادی کامل در استعمال میباید است» [۸۴، ص ۳۲] و همچنین در نظرهای مشابهی از سوی برخی حقوقدانان فرانسوی مطرح شده است «مال نزد گیرنده امانت است و او امین است» [۸۵]. در فرانسه نیز رویه قضایی اگر شرایط مورد نیاز برای مسؤولیت قراردادی جمع باشد استناد به مسؤولیت قهری را نمی‌پذیرد [۸۶، ص ۳۶۷].

تمایل قضات رسیدگی کننده در آمریکا نیز بر رویکردی جانبدارانه نسبت به مشتری است. به عنوان نمونه در دعوی Jeffries v. Safeway Stores (1946) که در آن جا دادگاه رأی به نفع خریدار علیه یک فروشگاه بزرگ داد [۸۷] و این رویکرد حمایتی نسبت به موقعیت ضعیف خریدار در فروشگاه‌ها تا جایی پیش رفته است که

۱. همچنین برای دیدن آرای هم نظر دیگر در این خصوص نگاه کنید به: F. W. Brown v. Slack (1952); Pearce v. Canady (1964); Woolworth v. Bradbury (1964)

نسبت به خساراتی که در زمان حضور خریدار در فروشگاه به او وارد می‌شود، فرض مسؤولیت فروشنده پذیرفته شده است [۶۷، ص ۱۳۷؛ ۷۸، ص ۳۰-۳۱].

۵. نتیجه

در این مقاله، ابتدا تعریفی از امین ارائه شد. سپس برای پاسخ به این سؤال که چنانچه وارسی‌کننده مال به قصد بررسی آن را اخذ کند و در همین حین تلف یا نقصی در مال رخ دهد آیا چنین شخصی ضامن است؟ در نظر نخست که بیش‌تر عالمان در فقه و حقوق بر این عقیده‌اند، اساساً آخذ بالسوم را ضامن می‌دانند و در هر حال تلف متوجه گیرنده مال است ولو این‌که چنین تلفی در اثر قوه قاهره حادث شود. نظر دیگر این است که شخص آخذ بالسوم، براساس قراردادی که میان طرفین پیش از انعقاد عقد اصلی بوده است، مسؤول است و باید صدمه وارد به مال را جبران کند. تفاوتی که نظر دوم با نظر نخست دارد، در این است که در صورت ضمنی تصور کردن آخذ، وی حتی در مورد تلف ناشی از قوه قاهره نیز مسؤول بود، باید مثل یا قیمت را پرداخت کند، ولی برطبق نظر اخیر چنانچه تلفی در اثر قوه قاهره حادث گردد وی از مسؤولیت مبرا خواهد بود. در نهایت نظر سوم این‌که ید گیرنده مال امانی بوده، در صورتی ضامن متوجه وی است که تلف در اثر تعدی یا تفریط وی حاصل گردیده باشد. در حقوق ایالات متحده آمریکا و فرانسه نیز نشانه‌هایی از این رویه گزارش شده که در جای خود آمد. در واقع در این دو کشور گیرنده مال امین دانسته می‌شود و در صورتی که نقصی برای کالاها در فروشگاه رخ بدهد تا تقصیر مشتری اثبات نشود رأی به مسؤولیت آخذ نمی‌دهند.

در حقوق کشورمان، رأی اخیر به نظر موجه‌تر است و باید بیان داشت که هرچند ید آخذ امانی است، ولی برای ایجاد اعتماد در بازار و افزایش اهتمام به مراقبت از مال دیگران، ارده باطنی و شرط ضمنی طرفین را در صورت نبود توافقی صریح در افزایش یا کاهش مسؤولیت می‌توان چنین تفسیر کرد که آن‌ها، قصد کرده‌اند که آخذ بالسوم یا

مال را طبق معامله پس از پرداخت عوض مالک شود یا سالم به صاحب مال عودت دهد و از این رو، در صورت تلف باید مثل یا قیمت را پرداخت کند. در این جا نیز به دلیل امانی بودن ید، چنانچه تلفی در اثر آفت سماوی حاصل گردد مسئولیتی متوجه آخذ بالسوم نخواهد بود.

۶. منابع

- [۱] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، چ ۴، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰.
- [۲] _____، *الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوق*، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
- [۳] خمینی، روح ا...، *تحریر الوسیله*، ج ۲، قم، مؤسسه دار العلم، بی تا.
- [۴] امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۲، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۸۷.
- [۵] کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، ج ۱، چ ۹، تهران، شرکت سهامی نشر، ۱۳۸۴.
- [۶] لطفی، اسداله، «قاعده استیمان در سقوط ضمان»، *مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۴۴، تابستان ۱۳۷۸.
- [۷] محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، ج ۱، چ ۳۰، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
- [۸] شهید ثانی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، ج ۳ و ۵، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۲۵هـ.ق.
- [۹] غفاری فارسانی، بهنام، «مسئولیت مدنی پیش‌قراردادی و جایگاه آن در حقوق ایران» *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۸، زمستان ۱۳۸۹.
- [۱۰] طالب احمدی، حبیب، «تقصیر در گفتگوهای پیش‌قراردادی»، *مجله مطالعات*

- حقوقی، دوره اول، ش ۳، زمستان ۱۳۸۸.
- [۱۱] حسینی نیک، سید عباس و احمدزاده ابوالفضل، *مباحث حقوقی لمعه دمشقیه*، چ ۳، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۶.
- [۱۲] شمس، عبد اله، *آیین دادرسی مدنی، دوره بنیادین*، ج ۱، چ ۶، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۸.
- [۱۳] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، ج ۱، تهران، بنیاد راستاد، ۱۳۵۷.
- [۱۴] صفایی، سید حسین و قاسم زاده سید مرتضی، *اشخاص و محجورین*، چ ۱۰، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۴.
- [۱۵] موسوی بجنوردی میرزا حسن، *قواعد الفقیه*، ج ۲، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹.
- [۱۶] کاتوزیان ناصر، *حقوق مدنی عقود معین*، ج ۴، چ ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- [۱۷] طباطبایی، سید علی بن محمد بن ابی المعاذ، *ریاض المسائل*، ج ۲ و ۹، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۸.
- [۱۸] خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، ج ۳، چ ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ هـ.ق.
- [۱۹] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۱، چ ۳، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
- [۲۰] کاتوزیان ناصر، *حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین*، ج ۲، چ ۱۲، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸.
- [۲۱] رشتی گیلانی، میرزا حبیب اله، *کتاب الاجاره*، چاپ سنگی، بی تا.
- [۲۲] محمدی، علی، *شرح تبصره علامه حلی (ره)*، ج ۲، قم، دارالفکر، ۱۳۷۱.
- [۲۳] مراغی، میر فتح، *العناوین*، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸.
- [۲۴] قاسم زاده، سید مرتضی و خسروی، علی، «مسؤولیت مدنی آخذ بالسوم»، *مجله*

دیدگاه‌های حقوقی، ش ۴۰، ۱۳۸۵-۱۳۸۶.

[۲۵] ابن ادریس، سرائر، ج ۲، چ ۳، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰هـ ق.

[۲۶] الشریف، محمد مهدی و جعفری خسروآبادی، نصر اله، «پژوهشی در نقش اذن در ایجاد امانت»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۸، زمستان ۱۳۸۹.

[۲۷] علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر الأسدی، تذکره الفقهاء، طبع قدیم، ج ۲، نرم افزار جامع اهل البيت عليهم السلام، نسخه ۱/۲.

[۲۸] کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، ج ۱، قسمت دوم، نجف اشرف، مکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ هـ ق.

[۲۹] خویی، سید ابوالقاسم، مستند عروه الوثقی، کتاب اجاره، تهران، انتشارات لطفی، ۱۳۶۵.

[۳۰] طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروه الوثقی، باب الاجاره، نجف، مطبه الآداب، ۱۳۴۴ هـ ق.

[۳۱] کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، چ ۱۳ تهران، چاپ شرکت سهامی، ۱۳۸۷.

[۳۲] علی آبادی، علی، «تمامیت قاعده استیمان»، مجله مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۴، زمستان ۱۳۸۲.

[۳۳] نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۷ و ۴۳، ط ۷، مصحح شیخ عباس قوچانی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی تا.

[۳۴] مراغی، میر فتاح، العناوین، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸.

[۳۵] محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.

[۳۶] طباطبایی، سید علی بن محمد بن أبی المعاذ، ریاض المسائل، ج ۲ و ۹، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۸.

[۳۷] کاتوزیان، ناصر، «آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده»، فصلنامه

- حقوق، دوره ۳۸، ش ۳، ۱۳۸۷.
- [۳۸] فشارکی، سید محمد، *الرسائل الفشارکیه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، طبع الثانی، ۱۴۲۱هـ.ق.
- [۳۹] باریکلو، علیرضا، «پیامدهای حقوقی تقصیر امین قراردادی»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره سوم، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- [۴۰] موسوی بجنوردی، سید محمد، *قواعد فقهیه*، ج ۱، تهران، مجتمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۵.
- [۴۱] فاضل لنکرانی، محمد الموحدی، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۱۶.
- [۴۲] مظاهری، حسین، پاسخ سؤال ۲۰۶۵۹ www.almazaheri.ir
- [۴۳] حسینی خامنه ای، سید علی، استفتاء شماره ۲۷۹۱۷۳ www.khamenei.ir.
- [۴۴] شهید ثانی، حسینی العاملی، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۲، قم، مکتبه بصیرت، بی تا.
- [۴۵] حسینی قمی، سید محمد، *ایضاح الکفایه*، درس‌های متن کفایه الاصول، ج ۴، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار الکتب جزایری، ۱۳۷۴.
- [۴۶] شیخ طوسی، مبسوط، ج ۲ تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷هـ.ق.
- [۴۷] ابن ادریس، *سرائر*، ج ۲، چ ۳، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰هـ.ق.
- [۴۸] مقدس اردبیلی، *مجمع الفایده و برهان*، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۰۳هـ.ق.
- [۴۹] بحرانی، یوسف، *حدائق الناضره فی الحکام العتره الطاهره*، ج ۱۸، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ۱۴۰۵هـ.ق.
- [۵۰] فخر المحققین، *ایضاح*، ج ۲، قم، مؤسسه إسماعیلیان للطباعه و النشر، ۱۳۸۷هـ.ق.
- [۵۱] خوئی، سید ابوالقاسم و توحیدی، محمد علی، *مصباح الفقاهه*، ج ۷، نرم افزار جامع

اهل البيت عليهم السلام، نسخه ۱/۲.

[۵۲] بهجت، محمد تقی، *جامع المسائل*، ج ۴، قم، بی تا.

[۵۳] فاضل لنکرانی، محمد، *الاجاره*، قم، مرکز فقه الائمه الاطهار، ۱۴۲۳هـ.ق.

[۵۴] سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، ج ۲، قم، دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۲۰هـ.ق.

[۵۵] کاتوزیان ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، چ ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار،

۱۳۸۷.

[۵۶] گلین مقدم، عیسی، یرملی، صالح، «مسئولیت مدنی ناشی از رجوع از ایجاب و

توافقات مقدماتی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۷، پاییز و زمستان ۹۱.

[57] Roland, H. Et Boyer, Laurent.. *Expressions Latines Du Droit Francais.*

Lyon: L'Hermes., 1985.

[58] Kessler, Friedrich & Fine, Edith (Jan. 1964), "Culpa in Contrahendo,

Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative

Study", *Harvard Law Review*, Vol. 77, No. 3.

[۵۹] جعفرزاده، قاسم و سیمائی صراف، حسین، «حسن نیت در قراردادهای بین‌المللی،

قاعده‌ای فراگیر یا حکمی استثنائی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۴۱، بهار و تابستان

۱۳۸۴.

[۶۰] صفایی، سید حسین و سایرین، *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*، انتشارات

دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.

[۶۱] تاری، جبار، «ماهیت حقوقی آخذ بالسوم»، *کانون وکلای دادگستری آذربایجان*

شرقی، ش ۱۱، پاییز ۱۳۸۷.

[62] Treitel, G. H., *Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 9th Edition,

1995.

[63] Tetley, William, *Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts*

of Arbitration and Chartering, Mc Gill University, 2004.

[64] Powers Paul, defining the indefinable: "Good Faith and the USA

Convention on Contracts for the International Sale of Goods,
Available at :www.cisg.law.pace.edu, 1999.

[65] Carbonnier, Jean, *Droit Civil, Les Obligations*, T. 4, Paris, Presses
Universitaires de France, 9th ed., 1976.

[66] Naniwadekar, Mihir C., "*Liability Arising under Precontractual
Agreements*"; Available at: www.indlaw.com.

[۶۷] ناطق نوری، سوده، «آثار حقوقی مترتب بر زمان انعقاد قرارداد در فروشگاه‌های
بزرگ»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۶، ش ۱۸، زمستان ۱۳۸۸.

[۶۸] یزدانیان، علیرضا، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، ج ۱، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.

[۶۹] غمامی، مجید، قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار،
تهران، ۱۳۸۲.

[۷۰] بادینی، حسن، جزوه الزام‌های خارج از قرارداد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران،
سال تحصیلی ۹۰-۸۹.

[71] Florence, Caterini, *Pre-contractual Obligations in France and the United
States, LLM Thesis*, University of Georgia, School of Law, 2005.

[۷۲] باریکو، علیرضا، خزایی، سید علی، «اصل حسن نیت در دوره پیش‌قراردادی؛ با
مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۷۶،
۱۳۹۰.

[۷۳] حاجی پور، مرتضی، بررسی تطبیقی اصل حسن نیت در حقوق قرارداد، رساله
دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.

[۷۴] ایزانلو، محسن، جزوه حقوق مدنی ۶، دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۹۰-۹۱.

[۷۵] نیکدوستی، مجتبی، «قراردادی یا قهری بودن مسئولیت آخذ بالسوم»، کانون
وکلاهی اصفهان، ش ۱، آبان ۱۳۸۱.

[۷۶] فصیحی زاده، علیرضا، *انز و آثار حقوقی آن*، مرکز انتشارات تبلیغات اسلامی،

قم، ۱۳۷۷.

[۷۷] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، ج ۲، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰.

[۷۸] ناطق نوری، سوّده، «مسئولیت فروشنده نسبت به خریدار در فروشگاه‌های بزرگ»، *فصلنامه حقوقی گواه*، دانشگاه امام صادق (ع)، ش ۱۲، بهار ۱۳۸۷.

[۷۹] ره پیک، حسن، *حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها*، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۷.

[۸۰] یزدانیان، علیرضا، *حقوق مدنی قلمرو مسئولیت مدنی*، تهران، ادبستان، ۱۳۷۹.

[۸۱] الشریف، محمد مهدی، «جایگاه منافع در قاعده امانت»، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۴۱، ش ۲، تابستان ۱۳۹۰.

[۸۲] میرمحمدصادقی، حسین، *جرائم علیه اموال و مالکیت*، چ ۱۶ تهران، نشر میزان، ۱۳۸۰.

[۸۳] فخربناب، حسین، «بررسی قید پنهانی بودن ربایش در تعریف سرقت»، *مجله پژوهش‌های فلسفی دانشگاه تبریز*، ش ۱۷۱، تابستان ۸۷.

[۸۴] پیرهادی، محمدرضا، «شرط حفظ مالکیت در بیع»، *عدالت آراء*، ش ۶ و ۷، زمستان ۱۳۸۵. بهار ۱۳۸۶.

[85] Garcin et Thiffry. *la clause de reserve de propriete serait_ elle deja pleinement valable en ferance ou le sera-t-elle bientot.* 2. *Gaz.Pal*, 1, 193 1980.

[86] Mazeaud. (Henri. Léon. Jean), *Leçons de droit civil.* T.2. volume premier. Obligations. 7éd. par françois chabas. Paris. Montchrestien, 1985.

[87] Edward L. Hardin, "Liability of storekeeper to customers for injuries received from fall in self service stores", *American Law Review*, Vol 16,, P: 437. 1963-1964.