

Jurisprudence and Private Law Quarterly, Year 1, No:1, Spring 2024

Delivery of Goods for Future Transaction and Its Guarantee Based on Imamiyah Jurisprudence and Positive Laws (*ius positum*)

Maryam Pourtoluei¹

Seyed Mohammad Sadeq Mousavi²

Abstract: When a commodity is submitted by the owner to the other party for future transaction, the mutual relations can be in the form of contract, unilateral obligation or mere authorization. Therefore, the nature of this relationship depends on the intention of the parties and there is no obstacle according to Sharia law to it. The practice has some effects and it is necessary to identify these effects in order to determine the type of relationship of the transactors and arbitration between them. Guarantee on damage or loss of the commodity is one of the guarantees that in view of some jurists is the owner's obligation, while some consider it that of the receiver. However, since the owner delivers the commodity to the other party upon his will, it is unlikely to consider the receiver responsible unless in wasting commodity or in encroachment. Therefore, guaranteeing the commodity in case of damage or loss is on the owner.

Upon evaluation of various views on the nature and impact of the said institution, in this paper all aforesaid views can be taken as one. In this case, the probable problems for the traders in this area will be removed and the ground will be prepared for a fair arbitration between them.

Keywords: Delivery of goods, future transactions, guarantee, contract, unilateral obligation.

2. M.A. Graduate in Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) (mpo1987@yahoo.com)

1. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. (mousavi4535@gmail.com)

فصلنامه فقه و حقوق خصوصی
سال دوم، شماره ۵، بهار ۱۴۰۴
(صص ۴۸-۲۴)

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

مریم پورطلوعی^۱

سید محمد صادق موسوی^۲

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

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

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

(mpo1987@yahoo.com)

۲. دانشیار گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. (mousavi4535@gmail.com)

مقدمه

قوانین حاکم بر معاملات و روابط تجاری عموماً از نوع قوانین امضایی هستند، چرا که این روابط از طریق عرف پدید آمده و موضوعاتی عرفی محسوب می‌شوند. بنابراین شارع نیز یا بر آنها مهر تأیید زده یا با اندکی تغییر در صدد اصلاح آنها برآمده است. البته در مواردی نیز به کلی از ایجاد رابطه نهی نموده است.

در واقع، دین مبین اسلام برای معاملاتی که در بین مردم رواج دارد، حدودی را مشخص کرده که نباید از آن حدود فراتر روند. در این صورت معاملات جنبه اسلامی به خود می‌گیرد و اقتصاد جامعه در راستای اهداف اسلام پیشرفت خواهد کرد. در نتیجه، معاملات عرفی تا جایی که شرع اجازه دهد، قابل تغییرند و می‌توانند به طرق مختلف ایجاد گردند.

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

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

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

فقها و حقوق‌دانان در بحث حاضر، به تبیین نوع ید پرداخته، ضمان و عدم ضمان گیرنده را مشخص کرده‌اند، اما وارد این موضوع نشده‌اند که ماهیت نهاد مذکور چیست. البته برخی به طور گذرا اقوالی مطرح کرده‌اند که نیازمند بحث و بررسی بیش‌تری است. هم‌چنین این نظرات در فرضی است که معامله آتی بیع باشد. در میان فقها – برای مثال، فقهای از جمله صاحب‌جوهر،

شهید ثانی، مقدس اردبیلی و علامه حلی - راجع به آثار آن اختلاف نظرهایی مشاهده می‌شود. در چند کتاب حقوقی نیز این بحث به همین شکل مطرح شده و نظراتی ارائه گردیده است. هم‌چنین در این زمینه مقالاتی نگاشته شده که اقوال فقها و حقوق‌دانان در آنها بررسی شده است. علاوه بر این، پایان‌نامه‌ای نیز با عنوان «مقبوض بالسوم» وجود دارد که مقبوض بالسوم را به عنوان یک قاعده فقهی بررسی نموده و در آخر ضمان نقص و تلف کالا را بر عهده مشتری قرار داده است.

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

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

۱- واژه‌شناسی

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

تسلیم: تسلیم بر وزن تفعیل و از ریشه سلم، در لغت دارای معانی مختلفی است که عبارتند از: اعطا و دادن، رضایت دادن به حکم (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۵: ۱۹۵۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۲۹۵). در اصطلاح فقهی نیز تسلیم به معنای وصول و رساندن به غیر آمده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۱۳۱). هم‌چنین تسلیم را به «تحویل معقود علیه در عقود معوض به منتقل الیه» تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۲۱۹)، یا آن را به معنای مسلط کردن طرف مقابل بر مال به طوری که عرف آن را تسلیم بدانند دانسته و اضافه کرده‌اند که در واقع تسلیم باید متناسب با مورد آن صورت گیرد که در بیش‌تر موارد جنبه منفی به خود گرفته و صرف رها کردن و در اختیار دیگری قرار دادن، لحاظ شده است.

اما در برخی موارد هم نیازمند انجام اعمال خاصی متناسب با مورد آن می‌باشد (کاتوزیان، الف: ۱۳۷۶: ۱۶۷-۱۶۶). ماده ۳۶۷ قانون مدنی بیان می‌کند: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحای تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاي مشتری بر مبیع.»

بنابراین تسلیم عملی است قائم به دو شخص که به اعتبار دهنده، تسلیم و به اعتبار گیرنده، تسلّم و قبض نام دارد.

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

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

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

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

از آنجا که معامله در اصطلاح حقوق همان عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۲) می‌توان از تعریفی که قانون مدنی برای عقد کرده استفاده کرد و آن را تعریف نمود. در ماده ۱۸۳ قانون مدنی چنین بیان شده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» البته این تعریف، عقود جایز، معوض و عقود را که اثر مستقیم آنها تملیک مال است، در بر نمی‌گیرد.

به همین علت دکتر کاتوزیان با نقدی که بر این تعریف می‌کند عقد را «توافق دو انشای متقابل به منظور ایجاد اثر حقوقی» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۲) می‌داند، به طوری که ایرادات وارد بر تعریف قانون مدنی در آن وجود ندارد.

معامله آتی: معامله آتی، معامله و قراردادی است که طرفین آن قصد دارند در صورت وجود شرایط مورد توافق خود به ایجاد آن در آینده بپردازند (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۶۹). در این معامله یکی از طرفین کالا را به دیگری می‌دهد تا او به بررسی آن بپردازد. در این صورت اگر موافق با شرایط موجود بود می‌تواند آن را قبول کند. این معامله می‌تواند تملیکی یا عهده‌ای باشد. اما از آنجا که بحث اصلی در باب تسلیم کالا است، تنها معاملاتی مد نظر است که کالا از ارکان آن محسوب شود.

البته آن دسته از معاملات عهده‌ای نیز که یکی از طرفین تعهد می‌کند تا بر روی کالای طرف مقابل کاری را انجام دهد، مشمول بحث می‌باشد، زیرا در این نوع معامله نیز تسلیم کالا شرط است و طرف مقابل باید کالا را به متعهد تسلیم کند.

۲- بررسی ماهیت تسلیم کالا جهت معامله آتی در فقه و حقوق

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

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

۲-۱- نظریه عقد بودن و آثار آن

در تسلیم کالا جهت معامله آتی، ممکن است طرفین قصد انشاء داشته و خود را ملتزم به مفاد آن بدانند. هم‌چنانکه در عرف تجارت این امر بسیار رخ می‌دهد. به طور مثال، گاهی فروشنده‌های اتومبیل آنها را برای مدت زیادی به خریداران سپرده و حتی به آنان اجازه انتفاع هم می‌دهند تا در این صورت به خرید آن بپردازند. اما این را نیز در نظر دارند که خریدار پس از استفاده و عدم

رضایت، آن را برگردانده و مجبور به انجام معامله نشود. این عمل در فقه و حقوق با عنوان مقبوض بالسوم شناخته می‌شود. در اینجا نمی‌توان گفت که با وجود اذن در استفاده از کالا و تعیین مدت برای آن هیچ معامله‌ای واقع نگردیده است.

همین‌طور از نظر فقهایی مانند شهید ثانی، علامه حلی و مقدس اردبیلی که ید گیرنده را در اینجا امانی می‌دانند (به نقل از: کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵) نیز چنین برمی‌آید که طرفین هر دو قصد انشاء داشته و به انعقاد قرارداد می‌پردازند. برخی از حقوق‌دانان نیز صریحاً قائلند که در اینجا قراردادی مقدماتی بین طرفین بسته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۷۷) و از این جهت ید گیرنده امانی است.

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

۱-۲-۱- اباحه تصرف

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

اباحه مالکی ممکن است مجانی یا در مقابل عوض باشد که در صورت اول عقدی ایجاد نمی‌گردد، اما اباحه معوض به عوض مسمی نوعی عقد است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۹۳) که باعث جواز انتفاع از مال می‌شود (جعفری لنگرودی، الف ۱۳۷۸: ۱۳۶). اما ملکیت عین، منفعت و یا حق دیگری را منتقل نمی‌سازد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۷۳-۲۷۲).

در هر صورت اباحه معوض به عوض مسمی یک عقد و معامله مستقل است. هم‌چنانکه شیخ

انصاری^(ده) نیز این احتمال را داده و در صحت آن به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» و «المؤمنون عند شروطهم» استناد کرده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۴۶).

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

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

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

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

بنابراین اگر همین اباحه با قصد انشای طرفین همراه باشد عقد بوده، مفاد آن بر طرفین الزام آور است. به طوری که مالک مستحق عوض مورد توافق گشته (هاشمی و جمعی از پژوهش گران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۲) و گیرنده کالا می تواند در حدود اباحه و اذن مالک در آن تصرف نماید. اما ملکیت عین و منفعت کالا به او منتقل نمی شود. به همین دلیل تصرفات متوقف بر ملکیت کالا نیز بر او مباح نمی گردد (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۴۶).

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

۲-۱-۲- انتقال حق انتفاع

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

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

موضوع این حق یا مالی است که مالکی ندارد و یا مال متعلق به غیر است. در جایی که مال متعلق به شخصی نباشد، این حق با اذن شارع و قانون‌گذار پدید می‌آید (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۰ و ۲۴۳). ماده ۹۲ قانون مدنی در این خصوص بیان می‌دارد: «هر کس می‌تواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات از آنها استفاده کند.» اما در مورد مال غیر، حق انتفاع به تبع عین مال از آن مالک و از شاخه‌ها و مراتب مالکیت است. در این صورت، حق انتفاع می‌تواند با عقد به دیگران انتقال یابد.

این حق برآمده از عقد ممکن است محدود به مدت خاصی باشد که «رقبی» نام دارد، اگر به مدت عمر شخصی باشد «عمری» است و اگر راجع به سکونت در محلی باشد «سکنی» نام دارد.

اگر هم مدت معینی نداشته باشد، «حبس مطلق» می‌باشد. اما اگر به طور ابدی این حق ایجاد شود «وقف» نام دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۸-۲۰۹؛ مدنی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۲۶۶-۲۶۷؛ امامی، بی‌تا، ج ۱: ۵۶-۶۲). لازم است ذکر شود که مورد معامله در این عقود باید به گونه‌ای باشد که عین آن در اثر استفاده باقی بماند، در غیر این صورت عقد باطل است و موجب انتقال حق انتفاع نمی‌گردد (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۴؛ امامی، بی‌تا، ج ۱: ۵۶).

با عقد حق انتفاع، منتفع دارای حق عینی بر مال می‌شود که این حق، خود در زمره اموال قرار دارد. بنابراین منتفع در صورتی که مالک او را منع نکرده باشد، می‌تواند آن را به غیر انتقال دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۸ و ۲۱۸؛ مدنی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۲۷۲؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۲). چه بسا بتوان گفت با تسلیم کالا جهت معامله آتی مالک حق انتفاع از مال خود را به گیرنده انتقال می‌دهد. این در صورتی است که مالک در پی ایجاد عقدی این حق را منتقل نماید، زیرا همان‌طور که ذکر شد حق انتفاع از مال غیر، صرفاً با عقد قابل انتقال خواهد بود.

۳-۱-۲- استنابت در حفظ

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

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

بنابراین هدف اصلی و اولیه او از این کار حفظ مال است. چه بسا بتوان گفت که تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز نوعی استنابت در حفظ است. زیرا اگرچه مالک به طرف مقابل خود اذن در تصرف می‌دهد، اما این اذن مقید به نگهداری مال در حد متعارف است.

در واقع، هر وقت مالک به دیگری اذن دهد که در مالش تصرف کند، اگر مقید به عدم ضمان و مجانی باشد، ید متصرف امانی بوده و فقط با تفریط و تعدی ضامن است (اسدی حلی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۵۸؛ محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۷-۹۱). اما اگر اذن مالک مطلق یا مقید به ضمان و عوض باشد،

ید گیرنده ید ضمان است و با تلف مال باید از عهده خسارت آن برآید، حتی اگر تعدی و تفریط نکرده باشد (محقق دامادیزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۶۱ و ۱۰۵-۱۰۲).

در همه این فروض، گیرنده مسئول حفظ و نگهداری مال بوده و باید به طور متعارف از آن مراقبت نماید، زیرا حتی اگر ید او امانی باشد و مال تلف شود، در فرض تفریط و تعدی ضامن است. پس باید از آن مراقبت کند تا تفریط یا تعدی صدق نکند.

استنابت در حفظ به این شکل در تمامی عقود اذنی جاری است ولی با این حال بر همه آنها اطلاق نمی شود، زیرا این هدف جز در عقد ودیعه، در ضمن عقد و به عنوان هدف فرعی عقد می باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۱-۱۲؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴: ۳۳۴).

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

۴-۱-۲- وعده یک طرفه

طبق نظر برخی از حقوق دانان در فرض مذکور به طور صریح یا ضمنی قراردادی مقدماتی بین طرفین بسته می شود تا بر آن مبنای بتوانند کالایی را قبض و اقباض نموده و آثاری را بر آن بار کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۶۸۷۴؛ قاسم زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۹). در واقع، در اینجا قصد انشاء وجود دارد و می تواند ایجاد تعهد و التزام نماید. پس تسلیم کالا در اینجا عملی حقوقی است و جزء قراردادهای مقدماتی محسوب می شود. چنانکه طبق نظر دکتر کاتوزیان در موردی که معامله آتی بیع باشد، با تسلیم کالا یک وعده یک طرفه به بیع رخ داده است.

ایشان بین معاملات کوچک و بزرگ نیز فرقی قائل نشده و مطلقاً آن را وعده یک طرفه می دانند. بر طبق این وعده که از برخورد اراده های طرفین آن پدید می آید، مالک اذن می دهد که گیرنده جهت بررسی در آن تصرف نماید. بنابراین مفاد این قرارداد اذن و اباحه در تصرف است و گیرنده تنها می تواند در حدود اذن در کالا تصرف کند. از سوی دیگر نیز گیرنده متعهد می شود به اینکه یا به انجام معامله بپردازد یا اگر راضی به آن نشد، کالا را سالم بازگرداند. در واقع، هر دو طرف متعهد به انجام امری شده و قصد انشاء دارند.

بنابراین در اینجا عقدی با مضمون اباحه در تصرف واقع می‌شود. اما همواره چنین نیست که طرفین تسلیم قصد انشاء داشته باشند، بلکه گاه فقط یک طرف خود را ملتزم به عمل خود می‌سازد و برخی اوقات نیز ممکن است هیچ‌یک قصد انشاء نداشته باشند، بلکه فقط مالک اذن در تصرف می‌دهد. البته همان‌طور که قبلاً ذکر شد، برخی از فقها این اذن را نیز ایقاع دانسته و معتقدند که اذن دهنده قصد انشاء دارد.

از سوی دیگر، اگرچه طرفین تسلیم هر دو دارای قصد انشاء باشند، اما نباید آن را صرف وعده به قرارداد دانست، زیرا ممکن است تسلیم در قالب عقد دیگری مانند عاریه رخ دهد. در واقع، مالک می‌تواند کالا را به شکل رایگان و با هدف انتفاع از آن به دیگری سپرده و گیرنده هم آن را قبول نماید. اگرچه هدف اصلی مالک از تسلیم کالا، ایجاد معامله آتی است، اما مضمون عمل او چیزی جز عقد عاریه نیست. در نتیجه نمی‌توان به طور مطلق قائل شد که نهاد مذکور وعده یک طرفه به معامله است.

۲-۲- نظریه ایقاع بودن

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

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

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

عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۷۷-۱۷۶).

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

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

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

۳-۲- نظریه اذن صرف

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

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

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

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

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

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

طبق قول اول می‌توان برای اذن ماهیت مستقلی در نظر گرفت و آثار خاصی بر آن بار کرد. به طوری که اثر اصلی آن اباحه تصرف در حدود اذن است، اما حقی فراتر از آن برای گیرنده ایجاد نمی‌کند، زیرا مالک صرفاً استفاده از مالی را اباحه نموده ولی بر آن تعهد نکرده و لذا حقی را از خود سلب نکرده است. بنابراین، این اذن قابل رجوع است و او می‌تواند هر زمان که خواست از اذن خود برگردد (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۰۱)، اما از آنجا که این اذن نیاز به ایجاب و قبول ندارد، حتی اگر مأذون‌له اذن مالک را قبول نکند، مؤثر در بطلان نبوده و مادامی که مالک از اذن خود

رجوع نکرده، تصرف در مال بر او جایز است (هاشمی و جمعی از پژوهش گران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۱۵-۱۱۴؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۴۳).

در تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز گاه رخ می دهد که طرفین قصد انشاء نداشته و خود را از لحاظ حقوقی پایبند به مفاد آن نمی سازند. به طور مثال، در معاملات کوچکی که بررسی کالا نیاز به زمان طولانی ندارد، بعید است که بتوان برای طرفین قصد انشاء تصور کرد، بلکه مالک صرفاً اذن در تصرف می دهد بدون اینکه در مقابل آن عوضی باشد. بنابراین گیرنده در حدود اذن، یعنی تنها جهت بررسی آن برای معامله آتی و به طور متعارف می تواند در کالا تصرف کند. این اثر در واقع یک اباحه تکلیفی است که موجب اباحه تصرف گیرنده در حدود اذن می گردد، اما حقی برای او ایجاد نمی شود.

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

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

البته برخی از حقوق دانان معاصر قاعده فوق را به عنوان مستند ضمان درک نیز ذکر کرده اند (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۲: ۲۲۳)؛ یعنی در صورتی که پس از انجام معامله معلوم شود که مبیع از آن شخص دیگری بوده و او معامله را تنفیذ نکند، معامله فاسد است و طرفین قرارداد به موجب این قاعده ضامن عوضین هستند. در واقع، طبق نظر این حقوق دانان، این مسأله از مصادیق ضمان قهری است (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۲۲۳-۲۲۲)، زیرا با اینکه از قبل قراردادی وجود داشته، اما فاسد است و اثری در عالم حقوق ندارد. به بیان دیگر، فساد معامله به منزله عدم وجود قرارداد است. به

همین علت نیز برای اثبات ضمان طرفین باید به دلیل دیگری رجوع کرد که شارع یا قانون‌گذار آن را صادر کرده باشد، زیرا در حقیقت توافق و قراردادی وجود ندارد. در نتیجه، اگر قاعده مذکور مستند ضمان درک نیز واقع شود نباید چنین پنداشت که این قاعده در جایی مورد استدلال واقع شده که قرارداد و معامله‌ای موجود است.

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

۳- ضمان تسلیم کالا جهت معامله آتی در فقه و حقوق

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

۳-۱- نظریه امانی بودن ید

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

دیگر آنکه بر امان واجب است آن مال را به صاحبش بازگرداند (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۵). بنابراین هیچ‌گاه مالکیت عین مال امانی به امان منتقل نخواهد شد. از این نکته چنین فهمیده

می شود که اگر امانت از نوع امانت مالکانه باشد، مالک قصد انتقال عین مال به امین را ندارد. هم چنانکه این امر را به عنوان یکی از شرایط امانت ذکر کرده اند (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵).

در امانت علاوه بر اذن عنصر دیگری نیز لازم است و آن رایگان و بلاعوض بودن آن می باشد (پیرهادی، ۱۳۹۰: ۲۱۵؛ محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۱۳). به عبارت دیگر، اذن در صورتی رافع ضمان گیرنده است که مقید به ضمان نباشد.

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

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

دلیل دیگر بر این امر آن است که طبق موادی از قانون مدنی که راجع به اجاره، عاریه، ودیعه و مانند اینها می باشد، هرگاه شخص به اذن مالک بر مال او تسلط یابد، امین است. در مقبوض بالسوم نیز کالا به اذن و رضایت مالک و طبق توافق طرفینی در ید گیرنده قرار گرفته است. بنابراین در اینجا نیز باید قاعده امانت جاری شود. هم چنانکه طبق نظر دکتر کاتوزیان گیرنده براساس قرارداد مقدماتی بیع، مأذون بوده و از این رو ید او امانی است. البته در تحلیل مسئولیت گیرنده، در نظر دکتر کاتوزیان با فقهایی که ید او را امانی می دانند تفاوت هایی وجود دارد. به طوری که ایشان قائل است که گیرنده طبق قراردادی که با مالک بسته، متعهد شده که یا به انجام معامله پرداخته و ثمن کالا را تحویل دهد، یا کالا را سالم برگرداند. پس او متعهد به حفظ کالا نشده است.

به همین دلیل در دعوی بین مالک و گیرنده در تلف یا نقص کالا، مالک نیاز به اثبات تعدی یا تفریط گیرنده ندارد، زیرا گیرنده تعهد به نتیجه کرده و اگر نتواند کالا را سالم تحویل دهد، اصل بر آن است که او مقصر است، مگر آنکه عدم تقصیر خود را اثبات کند. بنابراین اگرچه او

امین است اما از آنجا که رابطه او با مالک مبتنی بر معامله است نه احسان و مسامحه، باید به یکی از دو واجب عمل کند و در غیر این صورت ملزم به پرداخت خسارت است (قاسم‌زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۸۶۹؛ کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۷۶-۷۴). در حالی که فقهای که ید گیرنده را در نهاد مذکور امانی می‌دانند، مسئولیت او را همانند مسئولیت مستودع در ودیعه دانسته و معتقدند که او باید در حفظ کالا تلاش نماید (اسدی حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۸۳؛ ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۱۸۷) و تنها در صورتی مسئول است که در نگهداری آن تعدی یا تفریط نماید. بنابراین او مسئول اثبات عدم تقصیر خود نیست، چون اصل بر امین بودن اوست (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۷۲؛ اسدی حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۲۱۲؛ ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۹۲).

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

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

البته لازم است ذکر شود که انتظار و توقع معامله از سوی مالک سبب خروج موضوع از امانت نمی‌شود و مادامی که معامله‌ای رخ نداده، آن کالا در دست گیرنده امانت است (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۶). چون این انتظار به معنای آن نیست که در مقابل تسلیم کالا، عوضی لحاظ شده باشد، بلکه گیرنده می‌تواند معامله نکرده و کالا را برگرداند. هم‌چنانکه عقود امانی عاریه و ودیعه، که در آنها امین باید با درخواست مالک کالا را بازگرداند، در زمره عقود غیر معوض قرار دارند.

بنابراین بعد از آنکه در قبض کالا اذن مالک وجود دارد، اصل بر برائت گیرنده بوده و نباید او را ضامن دانست (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵).

۲-۳- نظریه ضمانی بودن ید گیرنده

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

به طور کلی به صرف وضع ید بر مال غیر، اصل آن است که ضمان بر عهده شخص قرار می گیرد، حتی اگر یک رابطه حقوقی هم در میان نباشد (حلی، ۱۴۱۵: ۲۷)، مگر آنکه تصرف به نحو امانت باشد که در این صورت قاعده استیمان استثنایی بر قاعده ضمان می شود، یعنی اگر شیء در ید گیرنده بدون اذن مالک یا در مقابل عوض باشد، گیرنده امین نبوده و ضامن است (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۱-۹۴).

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

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

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

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

دلیل دیگری که در فقه به آن اشاره شده آن است که اذن مالک در اینجا مقید به ضمان است؛ یعنی اگرچه مالک اذن به تصرف می دهد، اما نمی توان اذن او را بلاعوض دانست، بلکه در عوض

پرداخت کالا ضمان وجود دارد (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۱۰۴). زیرا توقعی که او نسبت به انجام معامله دارد، باعث می شود که روح امانت از آن جدا شود. در واقع، مالک با این کار اقدام به استیفای مالیت کالا می کند، حال یا از طریق گرفتن قیمت کالا در صورت ایجاد معامله یا گرفتن عین آن در صورت عدم ایجاد معامله (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۶). به بیان دیگر، تسلیم با هدف انجام معامله ای رخ می دهد که در آن ضمان مسمی وجود دارد (اعرج حسینی عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۶۴۹).

از طرف دیگر نیز گیرنده با این نیت کالا را می گیرد که مقدمه ای باشد بر دفع قیمت یا رد عین آن (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۶). در واقع، اخذ در اینجا مقدمه خرید کالا است که در آن ضمان مسمی و مورد توافق طرفین وجود دارد. در نتیجه، موضوع تخصصاً از امانت خارج است.

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

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

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

بنابراین اگرچه نظر مشهور فقها در اینجا ضمانی بودن ید گیرنده است، اما با توجه به دلایلی

که ذکر شد، باید کالا را امانت دانست و احکام امانت جاری نمود.

نتیجه گیری

- ۱- به طور کلی تسلیم کالا می تواند در قالب عقد، ایقاع یا اذن صرف رخ دهد. البته اگر اذن را نیازمند قصد انشاء بدانیم، نوعی ایقاع است که در این صورت فقط دو حالت برای تسلیم کالا متصور است: عقد و ایقاع.
- ۲- تسلیم کالا جهت معامله آتی در هر صورت و قالبی موجب اباحه تصرف در کالا برای گیرنده می شود. البته این تصرف تا حدی که عرف تعیین کرده جایز است. هم چنین می تواند طبق قصد یک طرف یا طرفین در این نهاد تعیین گردد.
- ۳- تسلیم کالا جهت معامله آتی می تواند در قالب عقود رخ دهد که علاوه بر اباحه تصرف موجب انتقال حق انتفاع می گردند.
- ۴- علاوه بر آثاری که مختص هر قالب است، تسلیم کالا جهت معامله آتی می تواند آثار مشترکی نیز داشته باشد. از جمله این آثار ضمان نقص و تلف کالا است.
- ۵- قول اقوی آن است که ضمان نقص و تلف کالا بر عهده مالک بوده و ید گیرنده امانی است، زیرا مالک با رضایت کامل و اذن خود کالا را به طرف مقابل تسلیم می کند. از طرف دیگر، فرض بر این است که گیرنده در حفظ و نگهداری آن دقت کافی می کند. بنابراین دلیلی باقی نمی ماند که ید او را از امانی بودن خارج سازد، مگر آنکه در حفظ آن افراط و تفریط نماید که از بحث حاضر خارج است.
- ۶- با توجه به آنکه تسلیم کالا جهت معامله آتی همگام با پیشرفت جوامع در حال تغییر بوده و به عناوین مختلفی صورت می گیرد، مسائل و مشکلاتی نیز دامن گیر آن خواهد شد، اما در حقوق ایران اصول و قوانینی که به طور خاص به این موضوع پرداخته باشد، وجود ندارد. بنابراین شایسته است که حقوق دانان و قانون گذاران به بررسی و تبیین ماهیت و آثار این موضوع بپردازند و نظر واحدی را در این باب صادر کنند. به طوری که حتی قوانین و مقرراتی متحد راجع به آن تعیین نموده و اجرای آن را بر همگان واجب سازند.
- هم چنین لازم است در قوانین آیین دادرسی ضمانت اجراهایی بر این مسأله قرار دهند که تاجران و دیگر مردم در روابط تجاری خود اجرای قوانین مربوطه را بر خود لازم دانسته و از آن

تخطی نکنند.

منابع

- ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق.) *لسان العرب*، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق.) *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- اسدی حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق.) *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- _____. (۱۴۱۴ق.) *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- _____. (۱۴۲۰ق.) *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- اعرج حسینی عمیدی، عمیدالدین بن محمد. (۱۴۱۶ق.) *کنز الفوائد فی حل مشکلاة القواعد*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- امامی، سید حسن. (بی تا) *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی.
- پرهادی، محمدرضا. (۱۳۹۰) *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸) *حقوق مدنی: رهن و صلح*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم.
- _____. (ب ۱۳۷۸) *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- _____. (۱۳۶۸) *حقوق اموال*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق.) *الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ اول.
- حسینی روحانی قمی، سید صادق. (۱۴۱۲ق.) *فقه الصادق (ع)*، قم: دارالکتاب، چاپ اول.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق.) *العناوین الفقهیة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق.) *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.

- حلی، حسین. (۱۴۱۵ق.) بحوث فقهیه، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
- حلی، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق.) ایضاح الفوائد فی شرح مشکلاة القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق.) شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، بیروت: دارالفکر للمعاصر، چاپ اول.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق.) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۶۶) فرهنگ دهخدا، تهران: انتشارات مجلس شورای ملی.
- سعدی، ابو حنیف. (۱۴۰۸ق.) القاموس الفقهی لغة و اصطلاحا، دمشق: دارالفکر، چاپ دوم.
- سیوری حلی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۳ق.) نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الإمامیه، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی^(ره)، چاپ اول.
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۱ق.) کتاب المکاسب، قم: منشورات دار الذخائر، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۵) اشخاص و اموال، تهران: نشر میزان، چاپ پنجم.
- _____. (۱۳۸۳) قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق.) حقوق مدنی، قم: انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق.) مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول.
- عبدالرحمان، محمود. (بی تا) معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه، بی جا: بی نا.
- عمید، حسن. (بی تا) فرهنگ عمید، بی جا: بی نا.
- غروی نائینی، محمد حسین. (۱۳۷۳ق.) منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول.
- قاسم زاده، مرتضی و علی خسروی فارسائی. (زمستان ۱۳۸۵ و بهار ۱۳۸۶) «مسئولیت مدنی آخذ بالسوم در فقه و قانون مدنی»، فصلنامه دیدگاه های حقوقی، شماره چهل و یکم.
- قنات، جلیل و حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور. (۱۳۸۸) حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: انتشارات سمت، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶ق.) حقوق مدنی: معاملات معوض: عقود تملیکی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.

- _____ . (ب ۱۳۷۶) حقوق مدنی: عقود اذنی: وثیقه‌های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- _____ . (۱۳۷۸) دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: نشر دادگستر، چاپ دوم.
- _____ . (۱۳۸۸) حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم.
- _____ . (۱۳۸۹) دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی: قرارداد- ایقاع، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- کاشانی، ابوالقاسم بن ملا عبدالعلی. (۱۳۰۲ق.) مقبوض بالسوم، بی‌جا: بی‌نا.
- کرکی عاملی، علی بن حسین. (۱۴۰۹ق.) رسائل المحقق الکرکی، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی.
- کمپانی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۸ق.) حاشیه کتاب المکاسب، قم: أنوار الهدی، چاپ اول.
- محقق داماد یزدی، سیدمصطفی. (۱۴۰۶ق.) قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- مدنی، جلال الدین. (۱۳۸۲) حقوق مدنی، تهران: نشر پایدار، چاپ اول.
- مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق.) فقه الإمام الصادق (ع)، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ دوم.
- منتظری نجف آبادی، حسین علی. (بی‌تا) رساله استفتائات، قم: بی‌نا.
- موحدی لنگرانی، محمد فاضل. (۱۴۱۶ق.) القواعد الفقهیه، قم: چاپخانه مهر، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق.) القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۴۰۱ق.) قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه عروج، چاپ سوم.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (بی‌تا) کتاب البیع، تقرير محمد حسن قدیری، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- مؤمن سبزواری، محمد باقر بن محمد. (۱۴۲۳ق.) کفایة الأحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نجفی کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا. (۱۳۵۹ق.) تحرير المجلة، نجف: المكتبة المرتضویه، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق.) جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.

- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۳ق.). *قرائات فقهیه معاصره*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول.
- هاشمی، سید محمود و جمعی از پژوهش گران. (۱۴۲۳ق.). *موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
- _____. (۱۴۲۶ق.). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول.

