

جریان احکام و آثار فضولی در عقود اذنی

حسین ناصری مقدم* - محمد تقی قبولی درافشان** - صالحه محمودآبادی***

چکیده

هر چند تعریف واحدی از عقود اذنی (مانند عاریه، ودیعه و وکالت) وجود ندارد، و حتی برخی اصل وجود این عقود را منکر شده‌اند، اما بنابه پذیرش این عقود و ارائه یک تعریف حداقلی برای آنها به: "عقودی که در ماهیت آنها اذن، کفایت می‌کند" این پرسش رُخ می‌نماید که آیا فضولی در این عقود، جریان می‌یابد یا خیر؟ دو دیدگاه موافق و مخالف در این باره وجود دارد. گروهی بر این باوراند که فضولی در عقود اذنی، جریان نمی‌یابد چرا که در صورت وجود اذن لاحق، فضولی بودن یا نبودن، تفاوتی ایجاد نمی‌کند. در مقابل، برخی نیز معتقداند که جریان فضولی در عقود اذنی، فاقد اشکال است. نگارندگان با ادله‌ای که آورده‌اند، قول به امکان را تقویت کرده‌اند.

کلیدواژه: عقد اذنی، عقد فضولی، اجازه، انشاء، ایجاب و قبول

* دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، عهده‌دار مکاتبات naseri1962@gmail.com

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

*** کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی از دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ وصول: ۹۰/۶/۱۲ - پذیرش نهایی: ۹۱/۶/۶

طرح مسأله

معامله‌ی فضولی معامله‌ای است که شخص بدون داشتن نمایندگی، با مال شخص دیگری، معامله می‌کند. اگر چه این بحث معمولاً در ذیل کتاب بیع در مبحث بیع فضولی، مطرح می‌شود اما غالب فقیهان، دامنه فضولی را به ماورای بیع از عقود دیگر نیز گسترش داده‌اند. (جواهر الکلام ۲۲۷/۲۲-۲۲۸) از دیگر سو همواره میان فقیهان این پرسش مطرح بوده که آیا علاوه بر عقود عهدی که حاوی گونه‌ای از تعهد برای یک طرف یا دو طرف معامله‌اند، عقودی هم داریم که ماهیت آنها تنها به وجود اذن، وابسته باشد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا بحث فضولی در این عقود نیز جریان می‌یابد؟

۱- چیستی عقد اذنی

عقد اذنی، عقدی است که قوام و اساس آن، بر پایه اذن است (منیه الطالب فی شرح المکاسب ۱/ ۸۱)^۱ و به مجرد رضایت مالک واقع می‌شود بدون آن که تعهد و التزامی وجود داشته باشد، مانند ودیعه و عاریه مبنی بر این که مفاد آن اباحه مجانی باشد. اما اگر مقید به تملیک مجانی باشد، عقد عهدی محسوب می‌شود. (همان، ج ۱، ۳۳)^۲ برخی دیگر از فقیهان

۱- ثم ان العقود تنقسم الى اذنيه و عهديه ، و المراد بالاذنيه ما يتوقف على الاذن حدوثا و بقاء بحيث يرتفع بارتفاع الاذن ولو لم يعلم به المأذون كالوكالة الاذنيه و الامانه و نحوهما ، و فی ادراجها فی العقود مسامحه لان العقد عبارة عن العهد المؤكد و لا عهد فی العقود الاذنيه لان قوامها انما هو بالاذن فقط و انما ادراجها فی العقود لمكان اشتغالها على الايجاب و القبول و على هذا فلا يشملها عموم اوفوا بالعقود تخصصا لا تخصيصا ، و انما قيدنا الوكالة بالاذنيه لاجرا ما كان منها مندرجا تحت العقود حقيقه و هي التي تشتمل على شرائط العقد على ما قرر فی محله ، و يترتب عليه عدم بطلانها بمجرد رجوع الموكل بل يتوقف على بلوغ الرجوع عن الاذن الى الوكيل ، و المراد بالعقود العهديه هي ما تشتمل على العهد و الالتزام ، و هي تنقسم الى تعليقه و تنجزيه.

۲- و بالجمله ما كان قوامه بالاذن و مجرد رضاء ولي الامر و مالکه لا يكون فيه عهد و التزام و هذه كالوديعه و العاربه بناء على أن يكون مفادها الاباحه المجانيه و اما بناء على كونها مقيده للتمليك المجاني فتدخل فی العهديه.

نیز بر این که قوام عقود اذنی، صرف اذن در تصرف است، تصریح می کنند: ^۱ (بلغه الفقیه ۱۳۳/۲).

در مقابل، عقد عهدی است که در آن الزام و التزام طرفینی وجود دارد؛ بدین معنا که دو طرف در مقابل یک دیگر الزام و التزام دارند مانند بیع.^۲ البته ممکن است عقدی به اعتبار مدلول مطابقی و التزامیش، مرکب از عهدی و اذنی باشد. به عنوان مثال، عقد اجاره از باب تملیک منفعت معلوم در مقابل عوض معلوم، در عقود عهدی داخل می شود و از جهت اذن موجد در تصرف کردن مستأجر در عین، در باب امانات مالکیه^۳ داخل می شود که خاستگاه اصلی همه عقود اذنی است.^۴ (نابینی، منیه الطالب ۸۳/۱) چرا که همان گونه که گفته شد، قوام هر عقد اذنی به اذن در تصرف است و امانات مالکیه هم برخوردار از اذن مالکشان هستند. مثلاً در عقد ودیعه، مالک با رضایت خود مالش را در اختیار ودعی می نهد و به او اذن در تصرف (خاص) مانند نگه داشتن می دهد.

۱- و الوجه فی ذلک جعلها علی الاباحه من قبیل العقود الاذنیه کالعاریه مثلاً التی قوامها مجرد الاذن فی التصرف. (دلیل این مطلب آن است که معاطات را مفید اباحه بدانیم نظیر عقود اذنی - مانند عاریه - که قوامشان، صرف اذن در تصرف است.)

۲- ناگفته نماند که برخی از فقیهان و حقوقدانان، عقود اذنی را در برابر عقود تملیکی قرار داده اند. ر.ک: بلغه الفقیه، سید محمد بحر العلوم: ۱۷۰/۲؛ . . . اما ان یکون من العقود التملیکیه او الاذنیه؛ و فلسفه حقوق مدنی، محمد جعفر جعفری لنگرودی، ۱۰۸/۲-۱۰۹. شاید در توجیه این کار بتوان گفت: وقتی آنان در مبحث معاطات و این که در چه عقود جاری می شود، سخن می گفته اند، در مقام تقسیم بندی، گفته اند معاطات در عقود تملیکی جاری می شود و در عقود عهدی جریان نمی یابد ولی در برخی از عقود اذنی هم جاری می شود. و این سخن باعث شده گمان شود، آنان عقود اذنی را در برابر عقود تملیکی قرار می دهند نه عقود عهدی؛ اما از سویی، چون همه عقود عهدی و تملیکی، برخوردار از یک نوع عهد هستند، لاجرم عقود اذنی در برابر تملیکی هم قرار می گیرد. (بنگرید: کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ۷۶/۱)

۳- امانت یا شرعی (قانونی) است و یا مالکی. امانت شرعی، امانتی است که از سوی شارع، مأذون در حفظ مال است مانند مالی که تصادفاً به دست فرد می رسد. اما امانت مالکی، امانتی است که با رضایت مالک به واسطه یک عمل حقوقی مانند عقد ودیعه یا مضاربه، در اختیار فرد گذاشته می شود. (الروضه البهیة، ۲۳۶/۴)

۴- و أما العقود التملیکیه المعوضه المتعلقة بالمنافع فکالاجاره ، فانها من العقود المعوضیه و ان کانت من جهه اخری تعد فی باب العقود الامانیه لکون العین المستأجره امانه فی ید المستأجر ، و لاجل هذه المناسبه ادرجهما العلامه (قده) فی باب الامانات.

لازم به ذکر است که کاربرد واژه " عقود اذنی " دارای دیرینه زیادی نیست و تقریباً از دو سده پیش در ادبیات فقهی امامیه مطرح شده است.^۱

۱-۱- عقد اذنی در حقوق ایران

عقد اذنی آن سان که در فقه معاصر، مورد اقبال قرار گرفته، چندان در کتاب های حقوقی، انعکاس نیافته است. به عنوان مثال، دکتر کاتوزیان و دکتر صفایی که از دانشیان باهر این فن به شمار می روند، هیچ کدام در بیان اقسام عقود، به تقسیم عقد به دو قسم عهده‌ی و اذنی، اشاره نکرده اند. البته این به معنای نفی عقد اذنی از سوی آنان نیست؛ دکتر کاتوزیان در بحث عقود عینی، می نویسد: « به بیان دیگر، ودیعه از عقود اذنی است نه عهده‌ی؛ پس ایجاد شدن تعهد را نباید نشانه واقع نشدن عقد پنداشت. پس از عقد، امین بر حسب اذن مالک، اختیار پیدا می کند که مال ودعی را نگاه دارد و این اثر، منوط به تسلیم مال به او نیست...» (قواعد عمومی قراردادها ۱/۹۴) در قانون مدنی نیز اسمی از عقد اذنی به میان نیامده است؛ برابر ماده ی ۱۸۴ قانون مدنی: «عقود و معاملات به اقسام زیر منقسم می شود: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق». البته می توان گفت، قانون گذار با ذکر عقد جایز، از عقد اذنی بی نیاز شده است چرا که همه عقود اذنی، در زمره ی عقود جایزند. وانگهی، این عدم ذکر، به لحاظ حمل اولی ذاتی است و گرنه به حمل شایع صناعی، در ذیل برخی از عقود مانند ودیعه (ماده ۶۰۷ تا ۶۳۴)، عاریه (۶۳۵ تا ۶۴۷) و ...، به عقود اذنی ارجاع داده شده است.

۱-۲- پرسش های اصلی در عقود اذنی

چند مسأله مهم در باب عقود اذنی مطرح است که عبارتند از:

أ- جریان فضولی در عقود اذنی

ب- جریان معاطات در عقود اذنی

ت- جریان اصل لزوم در عقود اذنی

۱- در میان فقیهان امامی، نخستین کسی که واژه عقد اذنی را به کار برد، سید بحر العلوم در کتاب بلغه الفقیه بود. زان پس، دیگر فقیهان به کرات، از این مصطلح، در نوشته هایشان سود بردند. البته یک سؤال جدی که نیاز به واکاوی دارد این است که چرا در آثار قبل تر، اسمی از عقد اذنی به میان نیامده است؟ آیا آنان اساساً با چنین عقدی، ناآشنا بودند یا آن را ذیل بحث و عنوان دیگری، مندرج می ساختند؟

ث- تقدیم ایجاب بر قبول در عقود اذنی

ج- لزوم موالات در عقود اذنی

ح- فساد در عقود اذنی

از این میان، تنها مسأله نخست در این نوشتار، مورد ارزیابی و تحلیل قرار گرفته است.

۲- ماهیت فضولی

یکی از شروط متعاقدان آن است که یا مالک باشند و یا از سوی مالک، مأذون باشند. بنابراین چنانچه کسی مال دیگری را بدون اذن او مورد معامله قرار دهد، به این عقد، اصطلاحاً فضولی گفته می شود. البته واژه فضولی دارای دو کاربرد است: هم به خود عقدی که از سوی غیر مالک واقع شده است گفته می شود و هم به شخص عاقدی که چنین عقدی را واقع ساخته است اطلاق می گردد. (البیع/۱۲۴) مبحث فضولی در باب عقود، بسیار پُر دامنه است. یکی از مسائل مهم آن که به موضوع این نوشتار نیز مرتبط است، آن است که فضولی، تنها به عقد بیع اختصاص دارد یا در همه عقود، جاری می شود؟ این سوال از این جهت اهمیت می یابد که بر فرض عدم جریان فضولی در ماعدای بیع از عقود، دیگر لزومی در باره سخن گفتن از جریان یا عدم جریان آن در عقود به اصطلاح اذنی نخواهد بود. چرا که بیع، از عقود تملیکی است نه اذنی. اما از آنجا که مشهور فقیهان^۱، بحث فضولی را در همه عقود، جاری می دانند، بنابراین می توان از جریان آن در عقود نیز اذنی، بحث کرد.

۳- جریان فضولی در اذنیات^۲

پرسش اصلی این نوشتار آن است که آیا فضولی در عقود اذنی جریان می یابد؟ فقیهان در برابر این پرسش، دو دیدگاه متفاوت اتخاذ کرده اند. گروهی با آن مخالفت و پاره ای آن را قبول کرده اند.

۱- آشتیانی (کتاب القضاء)؛ ۴۷؛ همدانی، (مصباح الفقیه)؛ ۲۰۸/۳؛ سید بحر العلوم (بلغه الفقیه)؛ ۱۳۳/۲؛ آخوند خراسانی (حاشیه المکاسب)؛ ۲۰.

۲- تعبیر به اذنیات به جای عقود اذنی، به این خاطر است که برخی اساساً وجود عقد اذنی را منکرند؛ این موضوع، در مباحث آتی تفصیلاً مورد اشاره قرار می گیرد.

۳-۱- ادله مخالفان جریان فضولی در اذنیات

۳-۱-۱- بی معنا بودن فضولی در عقود اذنی

برخی بر این باور اند که فضولی در عقود اذنی جریان نمی یابد. برای توضیح مدّعی ایشان، بایسته است مقدمه ای ذکر شود:

۱. عقود و ایقاعات یک نوع ایجاد و انشایند.

۲. ایجاد بر دو نوع است: أ- در امور خارجی، یعنی اموری که ظرف وجود و تحققشان،

عالم خارج است. ب- امور اعتباری که تنها در عالم اعتبار، وجود می یابند.

۳. در امور خارجی، بلافاصله پس از ایجاد، وجود تحقق می یابد و انفکاک میان آنها

معقول نیست. مثلاً اگر شکستن حاصل آید، لا جرم شکسته شدن نیز اتفاق خواهد افتاد.

۴. در امور اعتباری، دو مرحله وجود دارد: أ- مرحله وجود مُنشأ در موطن انشاء؛ که در

این مرحله همانند خارجیات، مُنشأً (با وجود انشائی اش) از انشاء، انفکاک نمی یابد. ب-

مرحله تحقق مُنشأ در عالم اعتبار؛ در این مرحله ممکن است که منشأ از انشاء، منفک شود

چرا که امکان دارد تحققش بر امر دیگری که معتبر، آن را اعتبار کرده است، متوقف باشد.

مثلاً اگر کسی بگوید: آسمان را به تو تملیک کردم، معنای انشایی به صرف انشاء، تحقق می

یابد یعنی تملیک به وجود انشایی اش (در ذهن انشا کننده)، تحقق می یابد چرا که او مالک

شدن بر آسمان را اراده می کند ولی در عالم اعتبار (که آن فرد، حقیقتاً مالک آسمان هم

بشود)، تحقق ندارد چرا که آسمان را نمی شود به کسی تملیک کرد.

۵. امور خارجی خود بر دو گونه اند: یا قابل نیابت هستند مانند زدن و امثال آن (چرا

که زید می تواند به جای عمرو بزند) یا قابل نیابت نیستند مانند دیدن (چرا که دیدن هر فرد،

قائم به خود اوست و هیچ کسی نمی تواند به جای کس دیگر ببیند)؛ در هیچ کدام از دو

قسم، فضولی جریان ندارد. اما در اموری که قابل نیابت نیستند که روشن است زیرا هر گاه

امور غیر قابل نیابت، تحقق یابند، تنها مستند به مباشر به تنهایی هستند (همان طور که گفته

شد، دیدن هر فردی، قائم به خود اوست)؛ اما امور قابل نیابت، دو حالت دارند: اگر پیش از

وقوع، مسبوق به اذن از دیگری هستند، پس مستند به فرد اذن دهنده اند. مثلاً در مورد زدن،

اگر شما به کسی اذن دهید دیگری را بزند، در حقیقت، زدن به نیابت از شما و مستند به شما

واقع شده است. ولی اگر قبلاً اذنی در کار نبوده است، با اجازه لاحق، مستند به اذن نخواهند

شد. مثلاً شخصی دیگری را زده و شما پس از اطلاع، زدن او را اجازه می کنید؛ این جا، زدن

به شما مستند نخواهد شد. دلیل مطلب (که اجازه تأثیر ندارد) آن است که زدن (به عنوان

نمونه) دارای دو جهت است: جهت صدور از فاعل به معنای مصدری و جهت تحققش در خارج به معنای اسم مصدری؛ اما اگر زننده، در زدنش، نیابت و اذن گرفته باشد (قسم اول)، می توان زدن را به منوب عنہ (اذن دهنده) استناد داد؛ اما اگر پس از زدن، اجازه دهد، نمی توان زدن را به مجیز نسبت داد نه به معنای مصدری و نه به معنای اسم مصدری. اما به معنای مصدری نمی توان بدان جهت که: در حکمت، ثابت شده که "انقلاب فعل از آن چه بر آن واقع شده، مستحیل است" و مفروض آن است که زدن مزبور، از فاعل صادر شده است و معقول نیست که با اجازه پسینی، به مجیز مستند شود. اما به معنای اسم مصدری (صرف زدن بدون نسبت به فاعل)، بدین خاطر که مفهوم صرفا پس از ایجاد، بدون تراخی و توقف داشتن بر امر دیگری، تحقق می یابد و "الشیء الواقع لا یعقل ان ینقلب عما وقع علیه" بنابراین، اجازه ی پسینی محال است که اثر داشته باشد و بدین جهت، فضولی در آن راه ندارد.

۶. اما در امور اعتباری: در آن چه قابل نیابت نیست (مثل ولایت قهری برای پدر)، همانند امور خارجی، فضولی جریان ندارد. اما در امور قابل نیابت (مثل ایجاب برای عقد)، نسبت به معنای مصدری، اجازه لاحق، در مستند ساختن فعل به مجیز، تأثیری ندارد (همانند امور خارجی) زیرا فرض کنید اگر غیر مالک، عقد را ایجاب کرده، با اجازه مالک، ایجاب کننده واقعی، تغییر نخواهد کرد. اما نسبت به معنای اسم مصدری، قابلیت پذیرش اجازه را دارد بر خلاف امور خارجی. چرا که این جا امکان دارد که معنای اسم مصدری از معنای مصدری تخلف کند؛ مثلاً به این علت که معنای اسم مصدری بر اجازه یا یک امر مترقب از سوی کسی که اعتبار در دست اوست، معلق شده باشد؛ که در این صورت، معنای اسم مصدری با اجازه ی لاحق، نافذ می شود. در مثال مزبور، شارع می تواند بگوید مالک حق دارد، پس از انجام عقد از سوی غیر مالک، آن را اجازه کند و نافذ بیندارد. این جا در حقیقت، معنای اسم مصدری موجب، تحوّل پذیرفته است.

از آن چه گفته شد، چنین بر می آید که اجازه همواره باید بر یک عقد تحقق یافته، وارد آید به گونه ای که در نفوذ و ترتیب اثر بر آن، تأثیرگذار باشد، نه آن که اثر بر خود اجازه، مترتب شود، چه عقدی در میان باشد یا نباشد. از این سخن دانسته می شود که در مورد تأثیر اجازه، دو امر معتبر است: ا- ترتب اثر بر متعلق اجازه، متوقف بر اجازه باشد به گونه ای که اگر اجازه نبود، اثری بر آن مترتب نمی شد. بنابراین چنانچه خود متعلق، دارای اثر باشد، اجازه ای در بین باشد یا نباشد، از مورد فضولی خارج می شود؛ مانند ادای دین و زکات و خمس از طرف شخص متبرّع، چه آن که نفس ادای این موارد، باعث براءت ذمه مدیون می گردد

بدون آن که بر اجازه او، متوقف باشد؛ از این رو فضولی در آن راه نمی یابد و با اجازه، مستند به مجیز نمی گردد. ب- امر دوم این که: اجازه، تنفیذ فعل فضولی باشد نه آن که به خودی خود، دارای اثر نباشد(حتی اگر فضولی هم در میان نبود)، که اگر چنین باشد، از باب فضولی خارج می شود، مانند رجوع(از عقد خیاری) و همه عقود اذنی که وجود اذن در آنها کفایت می کند، چرا که اجازه در آنها همان رجوع یا اذن است.(نایینی، المکاسب و البیع ۸/۲-۱۲)^۱ همان گونه که ملاحظه می شود، نایینی با استفاده از این مقدمات، چنین نتیجه می گیرد که عقود اذنی قابلیت اتصاف به فضولی بودن را ندارند.

برخی دیگر از محققان نیز همین دیدگاه را با بیانی کوتاه تر آورده اند.^۲ برخی بر این باوراند که فضولی در عقود اذنی، جریان نمی یابد زیرا اجازه ای که از سوی مجیز، وارد می شود، برای تحقق اثرش، علت تامه است.(البیع ۲/۲۲۴)

۳-۱-۲- امتناع قول به کشف در اذنی فضولی

یکی دیگر از شواهدی که به خوبی نشان می دهد چرا برخی از فقیهان، با جریان فضولی در عقود اذنی، به مخالفت برخاسته اند، آن است که بحث فضولی در عقود جریان می یابد که نزاع در کشف و نقل در آن ها ممکن باشد ولی در عقود اذنی، قول به کشف، معنا ندارد. توضیح مطلب آن که در مسأله فضولی در باب ماهیت اجازه، سه قول وجود دارد: نقل، کشف حقیقی و کشف حکمی.^۳(انصاری،البیع ۳/۳۹۹ به بعد) فقیهان تصریح می کنند که

۱- و ذلک کما فی مثل الرجوع و جمیع العقود الاذنیه التی یکفی فیها الاذن، حیث ان الاجازه فیها رجوع أو اذن.

۲- امام خمینی(ره) می نویسد: و قد یقال: لا بد من القول بالنقل، لان الاجازه المتعلقه بهما کالاجازه المتعلقه بالعقود الاذنیه تؤثر من حیثها، و قد قال القائل فی العقود الاذنیه بعدم جریان الفضولی فیها، لان اجازه المجیز علیه تامه لتحقق أثرها، بل أخرج القائل فی أوائل الفضولی القبض و الاقباض منه، و علله بأن الفعل علیه تامه لتحقق أثره، فکلامه هاهنا مع ما هناک منهافت.(البیع، ۲/۲۲۴) و سید مصطفی خمینی: معللاً بأن وقوع هذه العقود و الإیقاعات من الفضولی و عدمه علی حد سواء فإن اجازه هذه بنفسها تكون و کاله، و عاریه، و ودیعه و فسخا و اجازه و ردا و إبراء و جعلاً... (البیع، ۲/۱۷)

۳- بر اساس قول به نقل در فضولی، اجازه ی لاحق از سوی مالک، سبب تحقق عقد و همه ی آثار از جمله، انتقال ملکیت از همان لحظه می گردد. اما پیروان کشف حقیقی بر این باورند که به محض اجازه ی مالک، معلوم و منکشف می گردد که عقد از حین وجودش، صحیح و واجد اثر بوده است و بنابراین، ملکیت، از حین وقوع عقد، با همه ی آثارش، تحقق یافته است. گروهی نیز قائل به کشف حکمی اند به این معنا که اجازه را

محل نزاع در فضولی، صورتی است که اجازه، قابلیت اتصاف به کشف و نقل را حداقل در مقام نظر و احتمال، داشته باشد. (قدیری، کتاب البیع ۴۷۷) ولی در عقود اذنی، تنها نمی توان به نقل باور داشت چرا که قول به کشف دارای معنای درستی نیست. به دیگر عبارت، اجازه در عقود اذنی، تمام موضوعش، همان رضایت است؛ بنابراین کشف، بی معنا خواهد بود. نایینی می گوید: تردید میان کشف و نقل، در غیر عقود اذنی صحیح است چرا که آنجا درست است که گفته آید: رضای حاصل از اجازه، کاشف از تحقق مضمون عقد از حین وقوعش است، ولی در عقود اذنی که منشأ در آنها، نفس اذن و رضا است، چیزی به جز نقل، معقول نیست زیرا معقول نیست که گفته شود: اذن و رضایت حاصل شده، از تحقق اذن از حین عقد، کشف می کند؛ دلیل نامعقولیت این سخن آن است بنا به فرض، اذن تا زمان اجازه، حاصل نشده است و در مرحله ثبوت، اذنی پیش از اجازه وجود نداشته است تا اجازه از آن، کشف کند. (المکاسب و البیع، ۱/۴۴۶)

۳-۱-۳- تشکیک در وجود عقد اذنی

دلیل سومی که می توان برای عدم جریان فضولی در اذنیات، اقامه کرد آن است که برخی از محققان بر این باورند که اساساً اذنیات (آن چه به عقود اذنی تسمیت یافته اند)، عقد نیستند بنابراین، بحث فضولی هم در آن ها جاری نمی شود. این مطلب را بدین گونه ی قیاسی می توان ترسیم نمود:

صغرا: اذنیات، عقد نیستند.

کبرا: بحث فضولی تنها در عقود، جریان می یابد.

نتیجه: پس، بحث فضولی در اذنیات، جاری نمی گردد.

اما کبرای قیاس یعنی این که چرا بحث فضولی به عقود، اختصاص دارد، بایسته است در دو مقام ثبوتی و اثباتی بررسی شود: اما اثباتاً و دلیلاً، اساساً خاستگاه نخستین مسأله ی فضولی عقد بیع است و اگر گروهی از فقیهان، به فراگیر بودن فضولی باور دارند، باز هم در قلمروی عقود آن را مطرح ساخته اند. ادله ی قائلان به صحت فضولی نیز مؤید

کاشف از جریان خصوص آثار مترتبه بر تحقق ملکیت، می دانند نه لوازم آن آثار. (کاظمی، فوائد الاصول ۴/۴۹۳) و یا به این تفسیر که اصل ملکیت از حین عقد حاصل نمی شود و تنها آثار آن، مترتب می گردد. (همان، ۱/۲۸۳).

همین مطلب است؛ مهم ترین دلیل آنان، حدیث عروه ی باریقی^۱ است که مربوط به عقد بیع است. اما ثبوتاً، این که به چه علت، بحث فضولی در غیر عقود، قابل طرح نیست باید گفت: هیچ منع عقلی از این که فضولی (به معنای لغوی) را در غیر اعمال حقوقی نیز مطرح کنیم وجود ندارد. مثلاً ممکن است فردی بدون حق، در ملک دیگری تصرف کند یا آسیبی به دارایی‌های او بزند یا در امور مردم، دخالت نابه جا بکند، اما عمل او در عناوین دیگری مانند غضب، اضرار، اتلاف، سلب حریم خصوصی و امثال آن ها مندرج می شود. منتهی باید توجه داشت که این فضولی، مفهوماً از فضولی باب عقود، خارج است. چرا که فضولی باب عقود، کسی است که یکی از شرایط عمومی قراردادها را (مالک بودن یا مأذون بودن از مالک) فاقد است.^۲ بنا بر این، علت عدم جریان فضولی در غیر باب عقود، تنها یک توافق و اصطلاح است که البته باید محترم شمرده شود.

اما اثبات کبرای قیاس، یعنی این که چرا از منظر برخی، اذنیات در سلسله ی عقود، به نظم درنیامده اند؟ در پاسخ باید گفت: در بین فقیهان امامیه در عقد بودن اذنیات، اختلاف نظر وجود دارد:

برخی از فقیهان قایل اند که در حقیقت، عقود اذنی عقد نیستند و عقد نامیدن این نوع عقود، از باب مسامحه است. دلیل این گروه، معنای لغوی عقد است که همان طور که در جای خودش گفته شده، عبارت از عهد و پیمان محکم و مؤکد و دال بر ارتباط طرفینی است؛ در حالی که در عقود اذنی، عهد و پیمان محکم و الزام طرفینی وجود ندارد. (نابینی، المکاسب و البیع، ۸۱/۱-۸۲)^۳ زیرا مثلاً در ودیعه و عاریه، الزام تنها از یک طرف است. در ضمن

۱- و أيضا روی عن النبي عليه السلام أنه عرض له جلب ، فأعطى عروه البارقي ديناراً ليشترى به شاه للاضحيه ، فاشترى به شاتين ، ثم باع احدهما بدينار ، فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وآله بشاه و دينار ، فقال : هذه الشاه و هذا ديناركم ، فقال النبي كيف صنعت ؟ فذكر له ما صنع ، فقال له النبي : " بارك الله لك في صفقه يمينك ". (شيخ طوسي، خلاف ۳/۳۵۴ و مبسوط ۲/۳۹۷؛ احمد بن حنبل، مسند ۴/۳۷۵).

۲- شيخ انصاری در کتاب البیع در مقام تعريف فضولی دقیقاً بر همین مطلب که فضولی در باب عقود، معنی پیدا می کند پای می فشرد. (۳۴۶/۳-۳۴۸)

۳- ثم العقود باعتبار اشراط الموالاه فيها و عدمها تنقسم على اقسام ثلاثه (أولاً) العقود الاذنيه (ثانياً) العقود العهديه المعاوضه (ثالثاً) الغير المعاوضيه اما القسم الاول فلا يعتبر فيها الموالاه كما لم يكن تقدم الايجاب فيها على القبول ايضاً " شرطاً " و ذلك لما عرفت من كفايه مطلق الرضا المبرز في قبولها بل في الحقيقه ليست عقوداً " و انما تسميتها بالعقود بنوع من التسامح و لذلك لا يشملها عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود. (نابینی، المکاسب و البیع ۱/۳۹۰)

می دانیم که قوام و اساس این عقود، فقط به اذن است که با رفع اذن، عقد نیز مرتفع می شود. بنا بر این نظر می توان گفت: خروج عقود اذنی از عموم دلیل اوفوا بالعقود، خروج تخصصی است نه خروج تخصصی؛ مانند عاریه، ودیعه، وکالت و مضاربه. (همان، ۸۲/۱)

یکی دیگر از مخالفان وجود عقود اذنی، چند وجه برای تفسیر ماهیت این عقود بر می شمارد و در تمام آنها مناقشه می کند. البته ایشان از موافقان جریان یافتن فضولی در عقود اذنی است ولی در ادامه مطلب، در محصل بودن معنا برای عقود اذنی تردید می کند:

۱. اگر منظور از عقود اذنی، عقودی است که تمام حقیقتشان، اذن است، این تناقض است چرا که میان عقدیت و اذن، نمی توان جمع کرد.

۲. چنانچه منظور عقودی است که جنسشان "اذن" است، این در همه عقود مشترک است زیرا مقصود از اذن، همان رضای معاملی است که در همه عقود وجود دارد.

۳. اگر مراد از عقود اذنی عقودی است که از اذن، اعتبار می گردند و در تحقق ماهیتشان، اذن کفایت می کند، این قابل قبول است ولی معنای این سخن آن است که ماهیت این عقود با کنایه، حاصل می شود همان گونه که در بیع چنین است.^۱

۴. چنانچه منظور آن است که این عقود پس از تحقیقشان نیازمند به اذن هستند، صحیح نیست چرا که اذن در تصرف از لوازم عقلاییه است و معنای دومی جز تأکید نخواهد داشت.^۲ (مصطفی خمینی، کتاب البیع ۲/۲۱۳)

به هر حال کم نیستند فقیهانی که اطلاق عقد بر اذنیات را، یک نوع تسامح در تعبیر می دانند.

بر اساس این تحلیل، تسمیه برخی از عقود به اذنی، نادرست خواهد بود و طبیعتاً عدم بحث فضولی در آنها به جهت انتقای موضوع خواهد بود، چرا که قبلاً اثبات شد که مبحث فضولی تنها در عقود، جریان می یابد.

۳-۲- ادله موافقان وجود عقود اذنی

۱- میان فقیهان در این که ماهیات عقود، افزون بر الفاظ صریح، با الفاظ کنایی هم حاصل می شوند یا نه، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی آن را نمی پذیرند (جواهر ۳۴/۱۹۸؛ مکاسب ۳/۱۱۹؛ خویی ۴/۲۰۶) و عده ای هم مانند ایشان، تحقق عقد را با الفاظ کنایی، ممکن می دانند. (امام خمینی ۱/۲۲۳)

۲- چرا که این عقود به دلالت التزامی بر جواز تصرف در موضوع عقد، دلالت می کند و اگر پس از عقد دوباره چنین مفهومی ذکر شود، از باب تأکید مفاد عقد خواهد بود. مثلاً در عاریه، پس از انجام عقد، مستعیر حق تصرف در مال معاره را دارد و نیاز به اذن جدید نیست.

در مقابل دیدگاه مخالفان جریان فضولی در عقود اذنی، برخی دیگر بر این باوراند که فضولی در عقود اذنی نیز جریان می یابد البته اگر بتوان معنای محصلی برای عقود اذنی، تصور کرد.

۳-۲-۱- معنادار بودن مفهوم فضولی در عقود اذنی

مخالف جریان فضولی در عقود اذنی چنین می پنداشت که چون مفهوم عقود اذنی، به صرف اذن، محقق می شوند، بنابراین، وجود و عدم فضولی در آنها، بالسویه خواهد بود. مثلاً چنانچه شخصی بدون اذن مالک، مالی را به عاریه بدهد (عاریه فضولی)، پس از اطلاع مالک و اجازه کردن او، از همین لحظه، عقد عاریه متولد می شود. در پاسخ باید گفت این سخن قابل قبول نیست چرا که اگر مقصود آن است که این عقود همان اذن هستند و چیزی بیشتر از حقیقت اذن ندارند، بطلانش آشکار است چرا که فی المثل در عاریه یا ودیعه، اذن چیزی است و عاریه و ودیعه چیز دیگر؛ اولی ایقاع است و دومی عقد؛ به همین خاطر، چنانچه مأذون له اذن را نپذیرد یا حتی رد کند، حق تصرف دارد اما در عاریه و ودیعه، چنانچه قابل، قبول نکند، حق تصرف ندارد.

اما اگر مراد آن است که این عقود، مشتمل بر اذن هستند، اولاً این سخن خلاف تحقیق است چرا که دو مفهوم با هم متغایرنند و جواز تصرف در این عقود از لوازم این عقود است، و ثانیاً این امر، موجب عدم جریان فضولی در آنها نمی گردد زیرا انشای عاریه از فضولی نظیر انشای بیع از فضولی است و اجازه لاحق به همین منشأ باز می گردد. بنابراین معنا ندارد بگوییم: اجازه همان عاریه است چرا که روشن شد مفهوم اذن و عاریه با هم تغایر دارند و اجازه به انفاذ ما سبق، رجوع می کند. (قدیری، کتاب البیع ۴۲۶)

۳-۲-۲- عدم ارتباط قول به کشف در جریان یافتن فضولی

مخالفان عدم جریان فضولی در عقود اذنی بر این باور بودند که فضولی در جایی تحقق می یابد که امکان تصوّر نقل و کشف موجود باشد، در حالی که در عقود اذنی، تنها باید قائل به نقل شد و فرض کشف، قابل تصوّر نیست؛ در پاسخ می گوییم: نخست آن که چرا در عقود اذنی نتوان به کشف قائل شد؟ اگر بر این باور باشیم که اجازه مالک، به انفاذ ما سبق باز می گردد، بنابراین چه محذوری وجود دارد که اجازه در عقود اذنی نیز بتواند نسبت به لحظه تحقق عقد، تأثیرگذار باشد؟

دوم آن که حتی بنا بر فرض پذیرش عدم جریان قول به کشف در عقود اذنی، باید گفت: ملاک جریان فضولی در عقود، امکان عقلی سریان کشف و نقل در آنها است هر چند در موارد خاصی (مانند عقود اذنی)، عملاً یکی از دو قول، به لحاظ خصوصیت مورد، جاری نشود.

سوم آن که اساساً به چه علت، ملاک در جریان فضولی در عقود، امکان طرح دو قول کشف و نقل است؟ ماهیت فضولی همان گونه که در مطلع سخن گذشت، تصرف غیر مأذون است اعم از این که در عقود عهدی (معاوضی و غیر معاوضی) باشد یا در عقود اذنی. بر همین اساس است که برخی از معاصرین، جریان فضولی را در عقود اذنی، بلا اشکال می شمارد (البته به شرط امکان تحقق مفهوم عقد اذنی): (مصطفی خمینی، البیع ۲/۲۱۲)

۳-۲-۳- اثبات عقد بودن اذنیات (ردّ دلیل سوم مخالفان)

دلیل سومی که مخالفان جریان فضولی در اذنیات، اقامه کرده بودند، انکار عقد بودن، اذنیات بود؛ و از آن جا که مبحث فضولی تنها در عقود، جریان می یابد، لاجرم، فضولی در اذنیات، جاری نمی شود. در پاسخ این استدلال باید گفت:

أ. عقود اذنی در اصطلاح فقها از مصادیق عقد به شمار می آیند. زیرا عقد، در اصطلاح فقها بر چیزی دلالت می کند که مرکب از ایجاب و قبول باشد. اما اگر به اهل لغت و عرف رجوع کنیم، عقود اذنی نمی توانند عنوان عقد را داشته باشند. زیرا عقد در لغت معنای عهد مشدد یا عهد مؤکد است به صورتی که طرفین در مقابل یکدیگر الزام و التزام داشته باشند. این در حالی است که عقود اذنی بر این معانی دلالتی ندارند. در نتیجه می توان گفت که عقود مثل عاریه و ودیعه که از عقود اذنی هستند، شکل عقدی دارند ولی ماهیتش، ماهیت اذنی است. چرا که قوامش متقوم به اذن است. (فاضل لنکرانی، درس خارج) به علاوه می توان گفت که از آنجا که عقود اذنی مانند ودیعه و عاریه شامل توافق دو اراده می شود، پس عقد نامیدن این عقود، جایز است. (نظریه العقد فی الفقه الجعفری / ۹۵)

۱- الأمر الخامس : جریان الفضولیه فی العقود الإذنیه و القبض و الإقباض قد مر منّا فی أول الفضولی ، أن الجهه المبحوث عنها فی الفضولی تسری فی جمیع العقود و الإیقاعات و توهم عدم جریانها فی العقود الإذنیه، کتوهم عدم جریانها فی الإیقاعات.

ب. پاسخ دوم آن است که در واقع هر جا که ایجاب و قبول باشد، الزام و التزام نیز وجود دارد. به دیگر عبارت، امکان ندارد که ایجاب و قبول در عقدی باشد ولی الزام و التزامی نداشته باشد. منتها گاهی الزام و التزامش قابل زوال و از بین رفتنی است مانند تمام عقود جایز؛ و گاهی الزام و التزام عقد از بین رفتنی و زوال پذیر نیست؛ مانند عقود لازم. بنابراین نمی توان گفت که در عقود عهدی فقط الزام و التزام است ولی در عقود اذنی الزام و التزامی وجود ندارد. برای مثال در عقد ودیعه، زمانی که مودع مال خودش را نزد ودعی به ودیعه می گذارد، ایجاب و قبولش را اجرا می کنند و از الزام و التزام نیز برخوردار است؛ منتها الزامی که از ناحیه مودع قابل به هم خوردن است. (محمد جواد فاضل لنکرانی، سایت)

ج. هر اثر حقوقی که منوط به تراضی متعاقدان باشد، عقد است. پس ودیعه و عاریه هم باید از عقود به شمار آوریم.

د. اگر این نوع عقود را عقد به شمار نیاوریم، پس دیگر چه تفاوتی است بین عقود مزارعه و مساقات - که از عقود لازم هستند - و بین مضاربه - که عقدی جایز است -؟
امام خمینی (ره) می نویسد:

برخی از اعظام بر این باوراند که اصل لزوم در عقود اذنی، جریان نمی یابد چرا که قوام این عقود به اذن است و با رجوع فرد، دیگر مجالی برای بقای آنها نمی ماند. حتی اینان معتقدند که عقود اذنی، اساساً عقد نیستند و خروج آنها از عموم "اوفوا بالعقود"^۱ از باب تخصّص است نه تخصیص. سپس برای عقود اذنی به عاریه، ودیعه، وکالت و مضاربه، مثال زده است. (نایینی، المکاسب و البیع، ۸۱/۱-۸۲) امام در مقام ردّ این گفتار می نویسد: چه فرقی میان مزارعه و مساقات با مضاربه است؟ چه آن که دو تای نخست، عقود لازم و مضاربه عقدی جایز است. آیا مگر نه این است که ماهیت عقد مساقات، پیمان و قرار دو طرف بر آبیاری درختان معلوم در برابر حصه ای از میوه آن است؟ یعنی ملک از مالک است و عمل از عامل و میوه نیز به نسبت میانشان تقسیم می گردد. و آیا مگر ماهیت عقد مزارعه جز قرارداد براین است که زمین از مالک و عمل از زارع و حاصل بینشان به نسبت تقسیم گردد؟ همان گونه که مضاربه نیز چنین است یعنی توافقی است بر این که سرمایه از مالک و عمل از عامل باشد و سود بینشان تقسیم گردد. بنابراین هر سه عقد از یک وادی هستند و اختلاف، تنها در متعلقات آنها است. و تحقیق آن است که همه آنها عقد اند، چرا که ماهیت عقد چیزی جز قرارداد دو طرف در یک امر نیست؛ بنابراین، بیع و مضاربه و وکالت از جهت

عقد بودن، از یک وادی هستند. بلکه عاریه و ودیعه نیز از جمله عقودند و اینکه جایزند و با فسخ یکی از متعاملین، منفسخ می گردند، باعث نمی شود تا از عقد بودن منسلخ شوند. (البیع، ۳۱/۴)

افزون بر این همه، عده‌ای از فقها، در تعریف مصادیق عقود اذنی را مانند وکالت، واژه‌ی عقد را صریحاً ذکر کرده‌اند. (جواهر الکلام ۳۴۷/۲۷)

صاحب جواهر نیز به شدت بر ادعای انکار عقود اذنی تاختم و در بحث وکالت، بر عقد بودن آن تأکید کرده است:

آنچه که از برخی پسیینان متأخر - که باکی در مخالفت با امور ضروری فقیهان امامیه هم ندارند - بر می آید آن است که وکالت از سنخ عقود نیست؛ اما این سخن قابل شنیدن نیست و نوشتن ردیه هم بر آن، اسراف در کاغذ است! (همان ۳۵۱/۲۷)^۱

البته گروهی وکالت را به دو قسم: اذنی و عهدی تقسیم می کنند. وکالت اذنی آن است که عمل وکیل صرفاً با رضایت موکل و بدون تفویض او صورت پذیرد. اما وکالت عهدی آن است که موکل، فعلی را که برای آن وکیل گرفته است، به وکیل تفویض کند و او را به منزله خودش قرار دهد. در گونه نخست، برای صحت فعل وکیل حتماً باید در واقع، فعل او مقارن با رضایت موکل واقع شده باشد. بنابراین اگر موکل از اذنش برگردد ولی وکیل کار را جاهلاً انجام دهد، باطل خواهد بود زیرا رضایت که شرط صحت عمل او بود، منتفی است. اما در وکالت عهدی، فعل وکیل به مجرد عزل وکیل، ما دامی که به او ابلاغ نگردد، باطل نمی شود (تعلیقات علی المکاسب ۲۹۳/۲)

به هر تقدیر، به نظر می رسد مخالفان عقد بودن وکالت و امثال آن از اذنیات، چنین پنداشته - اند که در عقود اذنی، قصد انشا وجود ندارد بنا براین آنها را نمی توان عقد شمرد. باید گفت که ملاک در امر انشایی آن است که در آفرینش موجودی اعتباری، تأثیرگذار باشد. در عقود تملیکی مانند بیع، مالکیت را خلق می کنند و در عقود اذنی، اذن در تصرف را ایجاد می کنند. بنا براین می توان عقود اذنی را نیز عقد به شمار آورد.

۱- و ما وقع من بعض متأخری المتأخرین - ممن لا یبالی بما هو کالضروری عند الاصحاب من انکار کون الوکاله من سنخ العقود أصلاً - لا ینبغی الاصغاء إلیه ، بل تسوید الورق فی رده من السرف و التبذیر.

نتیجه

۱. برخی از فقیهان و حقوق دانان، عقود را به دو دسته عهدی و اذنی تقسیم کرده اند. عقود اذنی عقود هستند که ماهیت آن ها به اذن است و واجد هیچ نوع تعهدی نیستند مانند عاریه، ودیعه و وکالت؛
۲. پرسش های متفاوتی در باره عقود اذنی، مطرح است. مهم ترین آن ها، عقد بودن این دسته از عقود است. گرچه مشهور فقیهان، این نوع اعمال حقوقی را عقد می شمارند ولی برخی نیز در عقد بودن آن ها تردید جدی کرده اند.
۳. بحث دیگری که در عقود اذنی مطرح است این است که آیا فضولی در این دسته از عقود، جریان می یابد؟ دو نظرگاه در برابر این پرسش، وجود دارد.
۴. گروهی آن را انکار می کنند به سه دلیل: بی معنا بودن فضولی در عقود اذنی، امتناع قول به کشف در اذنی فضولی و تشکیک در وجود عقود اذنی.
۵. در مقابل، گروهی از فقیهان، فضولی را در عقود اذنی، جاری می دانند و از هر سه دلیل گروه نخست، پاسخ می دهند. طبق نظر اینان، فضولی در عقود اذنی می تواند معنا دار باشد؛ امکان طرح قول به کشف، کفایت می کند و عقود اذنی، تحقق خارجی دارند.

منابع

- قرآن کریم.
- آشتیانی، محمد حسن، *کتاب القضاء*، چاپ دوم، قم، دارالهیجره، ۱۴۰۴ق.
- ابن حنبل، احمد، *المسند*، جلد ۴، بیروت، دار الصادر، بی تا.
- آل بحر العلوم، سید محمد، *بلغه الفقیه*، جلد ۲، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق (ع)، ۱۴۰۳ق.
- انصاری، مرتضی، *المکاسب (البیع)*، جلد ۳، چاپ اول، قم، باقری، ۱۴۱۵ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰.
- حسنی، هاشم معروف، *نظریه العقد فی الفقه الجعفری*، قم، موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع)، بی تا.
- خراسانی، محمد کاظم، *حاشیه مکاسب*، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- خمینی، (امام) سید روح الله، *البیع*، جلد ۲، چاپ چهارم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- خمینی، سید مصطفی، *البیع*، جلد ۲، چاپ اول، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۶.
- خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، جلد چهارم، چاپ سوم، قم، انتشارات وجدانی، ۱۳۷۱ش.
- طهوری، صادق، *تعلیقات علی مکاسب*، جلد ۲، چاپ اول، قم، انتشارات انوار الهدی، ۱۴۱۹ق.

جریان احکام و آثار فضولی در عقود اذنی _____ ۱۷۳

- طوسی، محمد بن الحسن، **الخلافة**، جلد ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۷ق.
- _____، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد ۲، تهران، مکتبه مرتضویه، ۱۳۸۷ق.
- فاضل لنکرانی، محمد جواد، **درس خارج فقه**، http://www.j-fazel.com/beta/lesson/index,bei_ta/page/1
- قدیری، محمد حسن، **کتاب البیع**، تقریرات درس امام خمینی(ره)، چاپ اول، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد اول، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- کاظمی خراسانی، محمد علی، **فوائد الاصول**، تقریرات میرزای نایینی، جلد ۱ و ۴، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۰۹ق.
- نایینی، محمد حسین، **کتاب المکاسب و البیع**، جلد ۱ و ۲، تقریرات شیخ هاشم آملی، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، تقریرات خوانساری، جلد ۱، چاپ اول، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، جلد ۲۲ و ۲۷ و ۳۴، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه آخوندی، ۱۳۶۷.

