

## بررسی ماهیت قواعد عمومی عقود اذنی در نظام حقوقی ایران و فقه شافعیه

سیامک ایرانی<sup>۱</sup>، رضا رنجبر الوارعلیا<sup>۲</sup>✉

### چکیده:

**زمینه و هدف:** عقود اذنی یکی از پرکاربردترین قراردادهایی هستند که افراد در طول زندگی خود استفاده می‌نمایند. بر همین اساس، در غالب کتب فقهی و حقوقی مصادیق عقد اذنی به طور جداگانه و به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است. مصادیق عقد اذنی علی‌رغم تفاوت‌هایی که با یکدیگر دارند، تابع یکسری احکام و قواعد مشترک می‌باشند.

**روش‌شناسی:** پژوهش حاضر با روش تحلیلی - توصیفی انجام شده است.

**یافته‌ها و نتایج:** با بررسی‌های صورت گرفته موارد ذیل را می‌توان به عنوان قواعد عمومی عقود اذنی احصا نمود: امانی بودن مأذون در عقود اذنی، جایز بودن عقود اذنی، امکان سلب حق فسخ طرفین در عقود اذنی، رضایی بودن عقود اذنی، انحلال عقد اذنی در صورت فوت، جنون و سفه هر یک از طرفین در مواردی که رشد معتبر است.

**واژگان کلیدی:** عقد اذنی، قواعد عمومی، جواز، حق فسخ، انحلال.

\* استناددهی (APA): ایرانی، سیامک و رنجبر الوارعلیا، رضا (۱۴۰۰). **بررسی ماهیت قواعد عمومی عقود اذنی در نظام حقوقی ایران و فقه شافعیه**. تحقیقات حقوقی آزاد. ۱۴(۵۱): ۳۷-۱۹. قابل بازیابی از: [http://alr.iauctb.ac.ir/article\\_684594.html](http://alr.iauctb.ac.ir/article_684594.html)

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران. رایانامه: drfetsfsf@yahoo.com

\*\* استادیار حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران. (نویسنده مسئول)

رایانامه: ranjbar4@yahoo.com



## مقدمه

عقود را از جهات مختلفی مورد تقسیم‌بندی قرار می‌دهند، از جمله آنها تقسیم عقد از حیث اتکاء به اذن و عدم اتکا به اذن بر دو قسم تقسیم می‌شوند که عبارتند از: عقود اذنی آن دسته از عقود هستند که وجود و بقاء آنها منوط به استمرار اذن می‌باشد. لذا، در این دسته از عقود هر گاه در بقای اذن خللی ایجاد شود، بدون تردید عقد منفسخ می‌گردد. اگرچه در تمام کتب فقهی و حقوقی سخن از نهادهای اذنی به میان آمده است، اما در هیچ یک از آثار پیشینان به قواعد مشترک حاکم بر نهادهای اذنی توجهی نشده است و صرفاً به پراکنده‌گویی بسنده شده یا اینکه مصادیق نهادهای اذنی به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گرفته است. در مقاله حاضر این مساله مهم پاسخ داده می‌شود که مشترکات عمومی حاکم بر نهادهای اذنی کدامند؟

## عقود اذنی و عقود غیر اذنی

### الف. امانی بودن ید ماذون در عقود اذنی

ضمان ید ضمانت اجرایی است که در حقوق ایران برای تصرف در مال غیر اندیشیده شده است، اما این ضمانت اجرا بر تمامی موارد اثبات حجیت بر مال غیر ثابت نیست؛ بدین توضیح که وضع ید بر مال غیر به دو نوع کاملاً متفاوت تقسیم می‌گردد: ید ضمانی و ید امانی. مهم‌ترین تفاوت ید ضمانی و ید امانی این است که متصرف بر مال غیر اگر یدش امانی باشد، در قبال تلف، نقص و عیبی که بدون تعدی و تفریط وی حاصل شده، مسئولیتی ندارد؛ اما اگر متصرف بر مال غیر یدش ضمانی باشد، مسئول هر تلف، نقص و عیبی است که در مال غیر ایجاد شده است و حتی اثبات قوه قاهره نیز وی را از مسئولیت معاف نمی‌کند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۲؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۲۷۳؛ امامی، ۱۳۶۸: ۶۷۸). این تفاوت مهم و موارد دیگری که بر امانی یا ضمانی بودن ید متصرف بار می‌شود، ایجاب می‌کند که سبب ایجادکننده امانت مورد بررسی قرار گیرد. در خصوص علت امانی بودن ید اقوال مختلفی ابراز گردیده است که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱. استیمان یا تسلیم مال به عنوان امانت

به گفته محقق رشتی برخی از نویسندگان امانت را نتیجه استیمان یا امین قلمداد کردن متصرف مال از سوی مالک دانسته‌اند (رشتی گیلانی، بی تا: ۴۵). بر اساس این دیدگاه، صرف اذن یا تسلیم مال از سوی مالک برای امین تلقی شدن گیرنده کافی نیست، بلکه باید مالک، مال را به عنوان امانت در اختیار گیرنده گذاشته و چنین عنوانی را قصد کرده باشد؛ زیرا آنچه به طور مسلم از ید خارج است، امین است، نه ماذون (نوری، ۱۴۱۴: ۳۳).

این دیدگاه با مشکلات جدی روبرو است. لازمه این تحلیل این است که بسیاری از مصادیق مسلم امانت از دایره امانت خارج بمانند، زیرا استیمان به معنای واقعی کلمه جز در مورد عقد ودیعه که حقیقت آن امین قرار دادن شخص بر مال و استنابه در حفظ است، وجود ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۴۲). در حالی که در روایات و در فقه به افرادی غیر از مستودع همچون مستاجر و مرتهن و امثال آنها به نحو مطلق، اطلاق امین شده است، چه مالک در حین تسلیم مال عنوان امانت را قطع کرده یا نکرده باشد.

## ۲. اذن مقید به عدم ضمان

صاحب عناوین در بحث از اذن به عنوان یکی از مسقطات ضمان، دیدگاه دیگری را در مسئله مبنای امانت مطرح کرده و می‌گوید اذن مالک به دیگری در تصرف در مال خود از سه قسم خارج نیست: یا اذن مالک مقید به ضمان است یا مقید به عدم ضمان است و یا اذن مجرد و عاری از هر دو قید است. در فرض اول، بی‌گمان اذن مالک رافع ضمان نیست. در صورت دوم نیز بدون تردید اذن رافع ضمان است و قدر متیقن از ادله همین صورت است. اما مسئله اصلی فرض اذن مجرد و مطلق است. از نظر صاحب عناوین، مجرد اذن و رضایت مالک بدون قید عدم ضمان نافی ضمان متصرف مال نیست. به گفته وی، ماهیت اذن رخصت در تصرف است و این ترخیص اعم از آن است که همراه با ضمان باشد یا نباشد. در نهایت، صاحب عناوین می‌گوید با توجه به اینکه سقوط ضمان به واسطه اذن مطلق مشکوک است و دلیلی از اجماع یا نص بر چنین قابلیت برای اذن در دست نیست، چاره‌ای جز تمسک به عمومات ضمان مانند «علی الید» وجود ندارد (مراغی، ۱۴۱۷: ۵۱۵).

## ۳. اذن و رضایت مالک

مشهور فقیهان امامیه در تبیین امانت مالکانه و سبب تحقق آن بر عنصر اذن و رضای مالک انگشت نهاده‌اند و در تحلیل امانت شرعی نیز اذن شارع را سبب اصلی می‌دانند. در واقع، بر اساس قول مشهور، تصرفاتی که به اذن مالک یا شارع صورت می‌گیرد، مصداق امانت بوده و از شمول قاعده «علی الید» خارج است (الشریف و جعفری، ۱۳۸۹: ۵). هر چند در این که ید امانی تخصیصاً یا تخصصاً از شمول قاعده «علی الید» خارج هستند، اتفاق نظری وجود ندارد (حسینی شاهرودی، ۱۳۸۷: ۱۶۸؛ مامقانی، ۱۳۱۶: ۶۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۱۰۹). همانگونه که پیداست، در قول مشهور وصف امانت از ماذون بودن در تصرف انتزاع می‌شود، یعنی هر جا شخص به اذن مالک یا شارع بر مال غیر مسلط می‌گردد، امین محسوب شده و ضامن تلف و نقص قهری آن مال نخواهد بود.

هر چند در عدم ضمان امین تردید نیست، اما پرسش مهمی که در مقابل قول مشهور فقهای

امامیه وجود دارد، این است که چرا با اینکه در روایات سخن از عدم ضمان امین است، نامی از اذن در بین نمی باشد. مشهور فقها بحث امانت را با بحث اذن گره زده و امین را به ماذون در تصرف تفسیر کرده‌اند. تأمل در قول مشهور نشان می دهد که تحلیل مفهوم امین در روایات که در باب امانت آمده، ایشان را به چنین نقطه‌ای سوق داده است.

امانت در دو معنای متفاوت به کار رفته است: در یک اصطلاح، امانت ضد خیانت و در اصطلاح دیگر، امانت در مقابل غصب است (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۳۴؛ مکارم، ۱۴۱۰: ۲۵۰؛ مشکینی، ۱۳۸۴: ۸۶) و بنا بر اصطلاح اول، منشأ اطلاق عنوان امین بر شخص اتصاف واقعی او به وصف امانت و وثاقت است. در تعریف دوم، برخلاف تعریف اول، تکیه و تأکید بر اعتماد مالک در تحویل مال به او است، خواه گیرنده مال واقعاً متصف به صفت امانت باشد یا نباشد. بر این مبنا، امین کسی است که استیلائی او بر مال غیر عدوانی نبوده و مستند به مالک یا شارع باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰: ۲۵۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۴۰۲).

هرچند بنا بر گفته برخی از فقها، امانت در روایات گاه در معنای اول و گاه در معنای دوم به کار رفته است (خمینی، ۱۴۱۰: ۴۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۰: ۲۵۱)، اما مسلماً مراد از امین در قاعده امانت یا همان قاعده معروف الامین لایو من نمی تواند امین واقعی یا متصف به وثاقت و عدالت واقعی باشد (همدانی، ۱۴۱۶: ۵۶۰)؛ زیرا چنین تحلیلی باعث می گردد بسیاری از مصادیق مسلم امانت از دایره بحث خارج بمانند، علاوه بر اینکه چنین تفسیری برخلاف اجماع فقهای امامیه است (رشتی گیلانی، بی تا: ۴۶). جالب است بدانید برخی از اساتید حقوق امین را به معنای اول آن دانسته و برخلاف تمامی نویسندگان، حکم به ضمان مستاجر نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۶۲۱).

تأکید بر استیمان حقیقی و قصد عنوان امانت نیز چنان که ملاحظه شد، با کاربردهای مسلم امین ناسازگار است و امانت را در عقد ودیعه که حقیقت آن استنابه در حفظ است، منحصر می سازد. پس، مراد از امین در روایات کیست؟ تنها نقطه‌ای که در تمامی مصادیق مسلم امانت مشترک است و مستودع و مستاجر و مرتهن و عامل در مضاربه و امثال آن را به یکدیگر پیوند می زند، این است که در تمامی آنها مالک با رضایت و اذن، مال خود را تحت استیلاء دیگری قرار داده است.

این دلایل باعث گردیده که مشهور فقها امین مذکور در روایات را بر ماذون تطبیق نموده و اذن مالک را سبب امانت به حساب آورند.

یکی از نکات مهمی که در دیدگاه مشهور وجود دارد، این است که مشهور کوشیده‌اند از مصادیق پراکنده‌ای که در روایات به عنوان امین اعلام شده، به قاعده کلی دست یابند. قاعده «اذن مالک موجب امانت است» قاعده‌ای است که مشهور فقها از تتبع در مصادیق امانت استخراج

کرده‌اند. ثمره مهم این قاعده‌سازی این است که مصادیق امین به موارد مسلم در روایات و عقود امانی محدود باقی نمی‌ماند و هر موردی که اذن به تصرف وجود داشته باشد، می‌توان از امین بودن متصرف سخن گفت (الشریف و جعفری خسروآبادی، ۱۳۸۹: ۵).

#### ۴. اذن به تصرف به مصلحت مالک

مهمترین نقدی که بر قول مشهور وارد شده از سوی فقیه محقق، مرحوم میرفتاح مراغی، صاحب کتاب ارزشمند عناوین است. وی معتقد است اذن صرف نمی‌تواند منشأ استیمان و رفع ضمان گردد، زیرا موارد متعددی وجود دارد که با وجود اذن و رضای مالک ید متصرف ضمانی تلقی شده است (مراغی، ۱۴۱۷: ۴۸۴).

به عنوان مثال، در مقبوض به بیع فاسد و مأخوذ بالسوم با وجود اذن مالک، ید متصرف ضمانی است. یکی دیگر از موارد نقض مسئله تلف میبع قبل از قبض است که حتی اگر بقای میبع در نزد بایع به اذن مشتری نیز باشد، باز بایع ضامن است. از دیگر موارد نقض ضمان دامپزشک و صنعتگر است که با وجود اذن در تصرف ضامن تلف اموالی هستند که در اختیار آنها گذاشته شده است.

صاحب عناوین برای فرار از این اشکالات، قید «تصرف به مصلحت مالک» را بر «اذن و رضای مالک» می‌افزاید و چنین نتیجه می‌گیرد که استیمان عبارت است از اذن مالک یا شارع در قبض یا تصرف مال برای مصلحت مالک، نه مصلحت گیرنده و نه مصلحت طرفین (مراغی، ۱۴۱۷: ۴۸۴).

هرچند دیدگاه صاحب عناوین مورد تایید برخی از اساتید (محمدی، ۱۳۷۴: ۴۵ و ۶۴) حقوق نیز قرار گرفته است، اما مبنای وی یعنی «اذن به تصرف به مصلحت مالک» خود موارد نقض مسلمی دارد که برای به کنار نهادن آن کافی است؛ زیرا نه تنها در مواردی همچون رهن، اجاره، مضاربه و مزارعه که قبض به مصلحت طرفین است، در امانی بودن ید متصرفین تردیدی نیست، بلکه حتی در مواردی نیز که قبض صرفاً به مصلحت گیرنده است، مانند عاریه کسی در امان بودن ید مستعیر تردیدی ندارد.

همانگونه که پیداست، اعتبار قول مشهور در گرو این است که بتواند به نقض‌های صاحب عناوین پاسخ شایسته دهد. پاسخ مسئله‌ی ضمان در مقبوض به عقد معاوضی فاسد چندان دشوار نیست. تبعی در فقه نشان می‌دهد که اکثر فقها و به ویژه از زمان شیخ انصاری به بعد، ثبوت ضمان در مقبوض به بیع فاسد را نه به دلیل قصور اذن مطلق از ایجاد امانت، بلکه به این دلیل دانستند که مالک، مال را به عنوان وفای به عقد و به عنوان اینکه ملک مشتری است، در اختیار او قرار داده است، نه به عنوان ملک خود (انصاری، ۱۳۶۷: ۱۹۹؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۳۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۱۸؛ خمینی، ۱۴۰۷: ۳۷۲).

این نحوه استدلال حکایت از آن دارد که از منظر این فقها، اذن مالک برای ایجاد امانت کافی

است و از همین رو، به جای استناد به دلایلی مانند ناکافی بودن اذن مطلق یا ضرورت تقید اذن به عدم ضمان، بر این نکته انگشت نهاده اند که در مقبوض به عقد فاسد مالک اذن به تصرف در مال خود را نداده و این معنایی جز این ندارد که اگر مالکی به دیگری اذن دهد که بر مال وی مسلط شود، ید امانی خواهد بود.

اما در خصوص ضمان مأخوذ بالسوم باید گفت اولاً، این مسئله یک مسئله اختلافی است و برخی از فقها به دلیل اذن مالک، گیرنده را ضامن نمی‌شمارند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۹۲؛ بهجت، ۱۳۸۴: ۴۳۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۳: ۴۰؛ سیستانی، بی تا: ۲۵۸؛ تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱: ۵۸۴؛ آصف محسنی، ۱۳۸۲: ۱۳۴). ثانیاً، در اخذ بالسوم برخلاف سایر موارد امانت، گیرنده، مال را با این شرط ضمنی از مالک دریافت می‌کند که یا آن را خریداری نموده و ثمن آن را پردازد و یا مال مأخوذ را باز پس دهد (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰۹).

به بیان دیگر، ضمان آخذ بالسوم نه به دلیل عدم کفایت اذن مطلق برای ایجاد امانت، بلکه به دلیل توافق ضمنی و بنای طرفین بر ضمان است. در ضمان آخذ بالسوم یک اذن مقید به عوض یا یک اذن تضمینی یا اذن معاوضی وجود دارد، نه یک اذن مطلق و علت حکم به ضمان نیز دقیقاً در همین نکته نهفته است. دقیقاً بر اساس چنین تحلیلی است که در مسئله‌ی «مأخوذ برای نظر» که صحبت از خرید و معامله در میان نیست، فقها به عدم ضمان دریافت‌کننده تصریح نموده‌اند (گلیپایگانی، ۱۴۱۳: ۲۱۰؛ فشارکی، ۱۴۲۱: ۵۱۷؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۶۸).

یکی دیگر از موارد نقض صاحب عناوین، ضمان معاوضی در فرض تلف مبیع قبل از قبض می‌باشد، در فرضی که مبیع به اذن مشتری نزد بایع باقی مانده باشد. این نقض نیز به نظر درست نمی‌آید، زیرا مسئولیت و ضمان بایع از جهت حکم شارع به انفساخ عقد است، نه از باب ضمان امین و لذا، بایع ضامن عوض قراردادی است نه قیمت واقعی (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۴۲).

دیگر مورد نقض، مسئله ضمان صنعتگر و اجیر و دامپزشک نسبت به تلف مالی است که به مناسبت عقد در اختیار آنها قرار گرفته است، در حالی که به حسب فرض این اموال به اذن و رضای مالک در اختیار متصرفین می‌باشد. این اشکال نیز وارد نیست، زیرا آنچه در متون فقهی در باب ضمان صنعتگر و امثال آن آمده، ناظر بر فرض اتلاف است، نه تلف قهری و روشن است که ید امانی و امانت مخصص قاعده ضمان ید است، نه قاعده اتلاف (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱).

## ۵. سبب امانت از دیدگاه قانون مدنی

همانطور که ملاحظه شد، هیچ کدام از موارد نقض مطرح شده از سوی صاحب عناوین بر دیدگاه مشهور فقهای امامیه قابل پذیرش نیست و بر توانایی اذن مطلق برای ایجاد امانت اشکالی وارد

نمی‌باشد.

با توجه به فقدان حکم صریح مسئله در قانون مدنی، در بین اساتید حقوق مدنی ایران در این زمینه اتفاق نظر وجود ندارد.

استاد کاتوزیان را باید از موافقان دیدگاه مشهور به حساب آورد، زیرا اگرچه ایشان در یک موضع به طور ضمنی از مبنای صاحب عنوانین دفاع نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۶۵)، اما در چند موضع دیگر تصریح نموده‌اند که اذن مالک می‌تواند وصف امانت را برای متصرف به وجود آورد و بر همین اساس، ضمان آخذ بالسوم را نه بر مبنای عدم کفایت اذن مالک در ایجاد امانت، بلکه بر مبنای شرط ضمنی و مسئولیت قراردادی توجیه کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۸۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۷۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۲۷).

مرحوم شهیدی نیز به صراحت با قول مشهور فقهای امامیه مخالفت برخاسته و مبنای سببیت اذن برای رفع ضمان از متصرف را با مبنای منتخب قانون مدنی مخالف قلمداد نموده است. ایشان معتقد است از نظر قانون مدنی تصرف ماذون تنها در صورتی موجب ضمان نخواهد بود که با یکی از قالب‌های امانی پیش‌بینی شده در قانون قابل تطبیق باشد. وی علاوه بر استناد به مسئله ضمان مقبوض به عقد فاسد و مسئله مأخوذ بالسوم، به مفهوم مخالف ماده ۶۳۱ قانون مدنی استناد نموده و گفته است بر اساس مفهوم این ماده، تنها در صورتی که قانون کسی را نسبت به مالی امین قرار داده باشد، او همانند مستودع بوده و ضامن تلف و نقص مال نمی‌باشد و قانونگذار در هیچ متنی تصرف ماذون را امانی محسوب نموده و از دلیل ید خارج نکرده است. ایشان مواردی همچون ماده ۹۴۶ قانون مدنی را که به طور ضمنی حکایت از پذیرش امانت به صرف اذن مالک می‌کند، استثنایی تلقی نموده‌اند (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۰۹).

به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر با اشکالات متعددی روبرو است. نخست اینکه بر تفسیر لفظی و صورت‌گرایانه از ماده ۶۳۱ استوار است، زیرا مراد از عبارت «مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است» در ماده ۶۳۱ قانون مدنی، تنها مصرحات قانونی نیست، بلکه بی‌گمان اصول و قواعد مستخرج از قانون نیز بخشی از قانون و نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد و چنانکه بیان خواهد شد، از مجموع مواد قانون مدنی سببیت اذن برای رفع ضمان قابل استنباط است.

وانگهی این تفسیر نتایجی را به دنبال دارد که گمان می‌رود حتی مرحوم شهیدی نیز بدان ملتزم نگردد، مثلاً قانون مدنی در هیچ متنی از امین بودن و کیل و یا متولی وقف و یا موقوف علیهم و عامل در عقد مزارعه و مساقات سخن نگفته است و التزام به این دیدگاه ایجاب می‌کند که این موارد از مصادیق امانت به حساب نیاید؛ در حالی که هیچ کس در امین بودن این افراد کمترین تردیدی ندارد.

اشکال دیگر دیدگاه مرحوم شهیدی این است که فاقد هر گونه تحلیل در باب سبب امانت است. در این دیدگاه، موارد امانت شرعی و مالکی موارد پراکنده‌ای هستند که هیچ نظم و قاعده خاصی بر آنها حکومت نمی‌کند و تنها حکم قانون‌گذار به امانی بودن آنها را در کنار هم نهاده است و هیچ ویژگی مشترکی که مبنای حکم قانون‌گذار به امانی بودن آنها باشد، از آنها قابل استخراج نیست. به عبارت دیگر، در این موارد ید متصرف امانی است، چون قانون‌گذار چنین خواسته است؛ اما این تصرفات چه خصوصیتی داشته که قانون‌گذار آنها را امانی تلقی کرده، این دیدگاه هیچ پاسخی برای آن ندارد.

در نهایت، صرف نظر از انتقادات وارد بر دیدگاه‌های مخالف مشهور فقهای امامیه، اساساً ملاحظه و تأمل در قانون مدنی حکایت از این دارد که قانون مدنی همچون اکثر موارد در اینجا نیز از دیدگاه مشهور تبعیت کرده است؛ زیرا از یک سو، قانون مدنی در ماده ۳۰۸ ضمان ید را به دو مورد اختصاص داده است: غصب واقعی و غصب حکمی. از سوی دیگر، قصد حکمی را منحصر در استیلا بدون مجوز نموده است. آیا این تعبیر را جز بر قول مشهور که ضمان را منحصر در استیلا غیر ماذون می‌داند، می‌توان حمل نمود؟ اگر پذیرفته شود که استیلا ماذون و به رضای مالک استیلا نامشروع و بدون مجوز نیست که حقیقت هم همین است، معنای آن این خواهد بود که تصرف ماذون تخصصاً از شمول دلیل ید، خارج است و در این صورت، دیگر عدم ضمان متصرف ماذون مطابق با قاعده بوده و محتاج دلیل نیست، زیرا با عدم جریان دلیل ید اصل برائت و عدم ضمان بدون معارض باقی می‌ماند. انشاء ماده ۳۰۸ قانون مدنی و استفاده از تعبیر «استیلا بدون مجوز» به خوبی نشان می‌دهد که نویسندگان قانون مدنی هم داستان با مشهور فقها امانت را بر اساس اذن تفسیر می‌نمایند و همین که استیلا بر اساس اذن و مجوز مالک یا شارع واقع شده باشد، از دلیل ید خارج خواهد بود (الشریف، ۱۳۸۹: ۱۵).

یکی دیگر از دلایل مهمی که حکایت از حاکمیت قول مشهور در قانون مدنی دارد و چنان که باید مورد توجه قرار نگرفته، ماده ۳۳۸ قانون مدنی است. بر اساس این ماده، هر کس با اذن صریح یا ضمنی مالک از مال وی استیفای منفعت کند، باید اجرت‌المثل آن را بپردازد مگر اینکه معلوم شود اذن در انتفاع مجانی بوده است. تأمل در این ماده که مصداق بارز اذن مطلق و غیرمندرج در عقود امانی مصرح در قانون است، نشان می‌دهد که برخلاف تصور برخی از نویسندگان، قانون‌گذار ید متصرف ماذون را امانی تلقی نموده، زیرا اگر ید وی ضمانی بود، او می‌بایست مانند همه موارد ید ضمانی نسبت به مطلق منافع ضامن باشد، نه فقط منافع که استیفا نموده است. بدین ترتیب، معلوم می‌شود که ماده ۴۹۴ قانون مدنی نیز برخلاف تصور مرحوم شهیدی، حکم مطابق با قاعده بوده و از دلایل اعتقاد قانون مدنی به مبنای مشهور به حساب می‌آید.



## ب. جایز بودن عقود اذنی

مطابق ماده ۱۸۶ قانون مدنی: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد، فسخ کند» و مطابق ماده ۱۸۷ همان قانون: «عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز». از آنجایی که عقد، محصول مشترک اراده دو طرف آن است، منطبق اقتضا می‌کند که یکی از آنها به تنهایی نتواند پیمان بسته شده را از میان ببرد و قرارداد را منحل سازد. به همین جهت، جواز و قابلیت فسخ در عقود، امری نامتعارف و استثنایی است.

با دقت در قراردادهای جایز که به طور پراکنده در قانون مدنی بیان شده‌اند، ملاحظه می‌گردد که اکثر آنها در زمره «عقود اذنی» هستند و به همین دلیل، قابل فسخ می‌باشند. برخی دیگر از قراردادها به این دلیل جایزند که نظم در روابط اجتماعی چنین اقتضاء می‌کند. به بیان دیگر، گرچه منطبق و اصول حقوقی، اکثر عقود را غیرقابل فسخ می‌دانند، در این قراردادها وضع کاملاً برعکس بوده و به دلیل مصالح اجتماعی باید حکم به جواز آنها داد. بالاخره، عقودی یافت می‌شود که برای یک طرف ایجاد حق و برای طرف دیگر ایجاد التزام می‌نماید. به همین جهت، اینگونه قراردادها نسبت به صاحب حق جایز و قابل فسخ می‌باشند.

گفته شد تمام عقود اذنی جایز می‌باشند. با اندکی دقت روشن می‌گردد جواز قراردادهای اذنی دلیلی جز وابسته بودن اذن به اراده ندارد. ادامه و استمرار اذن به بقای اراده طرفین عقد بستگی دارد و مانند آن است که آن دو در هر لحظه از زمان به ایجاد اذن مبادرت می‌ورزند و به همین دلیل هر یک از آنها می‌تواند هر وقت بخواهد از ادامه این اثر حقوقی جلوگیری نماید (شهبازی، ۱۳۹۵: ۷۶).

با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت رابطه میان عقد جایز با عقد اذنی از لحاظ منطقی، عموم خصوص مطلق است؛ بدین توضیح که کلیه عقود اذنی به دلیل ماهیت اذن جایز هستند، ولی تمام قراردادهای جایز، اذنی نمی‌باشند؛ چنانکه وعده ازدواج در زمره عقود جایز به شمار می‌رود، ولی اذنی نیست.

حال این سوال قابل طرح است که آیا عقود اذنی که همگی جایز هستند، می‌توانند فسخ ناپذیری عقود لازم را به عاریت بگیرند؟ و این امکان به عنوان یکی از قواعد عمومی عقود اذنی قابل طرح می‌باشد یا خیر؟

ابتدئاً باید گفت منظور این نیست که ماهیت عقود اذنی دگرگون شود و از جایز بودن به لازم بودن تبدیل شوند؛ چرا که امکان تبدیل هیچ عقد لازمی به جایز و برعکس وجود ندارد، بلکه منظور این است که بر حسب مورد قدری از تزلزل عقود اذنی کاسته شده و استحکام آن افزایش پیدا کند. برای روشن شدن موضوع، دیدگاه‌های مختلف در خصوص رابطه لزوم یا جواز با عقد مورد تبیین قرار می‌گیرد.

## ۱. بررسی دیدگاه فقهای امامیه

در مورد رابطه لزوم و جواز با خود در میان فقهای امامیه دیدگاه‌های متفاوتی مطرح شده است. دیدگاه نخست، در میان فقهای امامیه این است که لزوم یا جواز مقتضای ذات عقد است و شرط خلاف باطل و مبطل است. بر همین اساس، در برخی از عقود مانند مضاربه تصریح کرده‌اند که شرط لزوم عقد مضاربه با توجه به اینکه عقدی جایز است، به دلیل مخالفت شرط با مقتضای ذات مضاربه باطل و مبطل است (محقق حلی، ۱۳۷۰: ۳۸۱؛ شهید ثانی، بی تا: ۲۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۵۴).

دیدگاه دوم این است که لزوم و جواز مقتضای اطلاق عقد است و در نتیجه، شرط لزوم در عقود جایز را شرطی صحیح و معتبر می‌دانند. مطابق این دیدگاه، به راحتی می‌توان عقد جایز را به لازم و برعکس تبدیل نمود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۴۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۸). دیدگاه سوم مبتنی بر تفکیک بین دو دسته از لزوم و جواز است، بدین معنی که لزوم و جواز در برخی از عقود جنبه حکمی دارد، مانند لزوم عقد نکاح و جواز عقد هبه و در برخی از عقود جنبه حقی دارند، مانند لزوم در عقد بیع و اجاره و جواز در وکالت و ودیعه و... نتیجه تفکیک این است که لزوم و جواز حقوقی را می‌توان با شرط از عقد سلب و یا تبدیل کرد، ولی با لزوم و جواز حکمی نمی‌توان مخالفت کرد (نائینی، ۱۴۱۸: ۴۰۳؛ حکیم، ۱۴۰۴: ۵۱).

دیدگاه چهارم لزوم و جواز را امری خارج از ماهیت عقد دانسته و معتقد است جواز و لزوم از احکام شرعی است، همانند سایر احکام شرعی و بر همین اساس نیز شرط لزوم عقد جایز یا شرط عدم امکان فسخ عقد جایز را به دلیل مخالفت با حکم شارع شرطی نامشروع و باطل دانسته‌اند (شیخ انصاری، ۱۳۶۷: ۲۱۴؛ نجفی، ۱۳۸۴: ۳۴۱).

دیدگاه پنجم لزوم و جواز خارج از اراده طرفین و قلمرو احکام شارع دانسته و آنها را مبتنی بر سیره عقلاء و عرف تلقی کرده است (خمینی، ۱۴۰۷: ۱۰). نتیجه این دیدگاه این است که لزوم و جواز با تغییر عرف و سیره عقلاء دستخوش تغییر می‌گردد و ممکن است عقدی در زمانی لازم باشد و در زمانی دیگر جایز.

## ۲. دیدگاه فقهای اهل سنت

فقهای اهل سنت در مورد شرط لزوم بحث چندانی نکرده‌اند (جعفری، ۱۳۸۴: ۷۱)، اما برخی فقهای در فقه حنبلی صراحتاً چنین شرطی را باطل می‌دانند و معتقدند شرط لزوم مضاربه یا شرط عدم عزل در مدت معین، از جمله شروط فاسد و منافی مقتضای عقد است (موفق الدین، ۱۴۰۵: ۴۲).

شافعی‌ها نیز شرط لزوم را منافی مقتضای عقد می‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۴۸)، اما در دو مورد قائل به لازم بودن وکالت می‌باشند: الف - استعفای وکیل موجب ضایع یا فاسد شدن مال

موکل شود. ب- وکالت به لفظ و دارای شرایط اجاره باشد (جزیری، ۱۴۲۴: ۱۸۳). همچنین، شافعی‌ها و برخی حنابله‌ها قایل به عدم امکان فسخ عقود جایز در صورت ایجاد ضرر برای یکی از متعاقدین هستند (دبیان، ۱۴۳۲: ۳۷۷).

حنفی‌ها نیز در مورد بطلان شرط لزوم با شافعی‌ها و حنابله‌ها هم‌عقیده‌اند، اما آن را از جمله شروط فاسدی می‌دانند که باعث بطلان عقد نمی‌شود (بارعی، ۱۳۱۳: ۵۶). آن‌ها نیز در سه مورد وکالت را لازم می‌دانند: الف- وکالت در فروش مال مرهونه ب- وکالت در دعوا و خصومت، به درخواست دائن و غیبت مدیون ج- وکالت در تسلیم عین در صورت غیاب موکل (جزیری، ۱۴۲۴: ۱۸۱-۱۸۲).

از میان فرقه‌های اهل سنت، مالکی‌ها به اصل لزوم قراردادهای اهمیت بیشتری می‌دهند و نظرشان در راستای تحکیم روابط حقوقی افراد جامعه است، چرا که آنها در غالب موارد قائل به لزوم عقود اذنی هستند؛ برای مثال، در باب عقد مضاربه معتقدند که تا قبل از شروع عمل از جانب عامل عقد جایز است، اما همین که عامل شروع به عمل کرد، عقد لازم و غیرقابل فسخ می‌شود. البته، در این موارد اختلاف نظر وجود دارد (مجموعه‌ای از مولفین، ۱۴۲۷: ۹۲). همچنین، گفته‌اند مضاربه به موت یکی از طرفین فسخ نمی‌شود. ورثه عامل اگر امین باشند یا امین بیاورند، حق دارند مضاربه را ادامه دهند (قرطبی، ۱۹۹۵: ۲۴۰؛ زحیلی، بی‌تا: ۸۷۳).

مالکی‌ها همچنین در مورد عاریه مقید به اجل یا عمل تا پایان عمل یا اجل معتقد به لزوم آن هستند (مجموعه‌ای از مولفین، ۱۴۲۷: ۱۳۵) و همین‌طور وکالت را در موارد زیر عقدی لازم می‌دانند: الف- وکالت به خصومت ب- وکالت به گونه‌ای واقع شود که در مقابلش عوض به وجه اجاره باشد ج- وکالت به شکل اجاره‌ای واقع شود که در مقابلش عوض به وجه جعاله باشد (جزیری، ۱۴۲۴: ۱۸۲).

نظر مالکی‌ها با اصل حاکمیت اراده نیز تطابق دارد، چرا که در معدود مواردی که عقدی را جایز دانسته‌اند، شرط لزوم را در آن صحیح می‌دانند؛ مثلاً در مورد عقد وکالت اگر بدون اجرت باشد، به وکیل تبرعی حق فسخ داده‌اند مگر آنکه موکلش او را منع کرده باشد (زحیلی، بی‌تا: ۱۲۸).

نتیجه این که شرط لزوم تقریباً در میان فقهای اهل سنت جایگاهی ندارد، اما در این میان نظر برخی فقها قابل تحسین است و معتقدند اگر فسخ عقود جایز ضرری برای یکی از طرفین یا نفعی برای شخص ثالث در بر داشته باشد، فسخ آن عقد ممکن نبوده و آن عقد به عقدی لازم تبدیل می‌شود (دبیان، ۱۴۳۲: ۳۸۹).

### ۳. دیدگاه حقوق دانان

حقوقدانان نیز در رابطه لزوم و جواز با عقود دیدگاه‌های متفاوتی را مطرح کرده‌اند که به نظر می‌رسد ریشه این اختلافات در فقه امامیه است. همانطور که دیدیم، در فقه امامیه، فقها دیدگاه‌های متفاوتی را در این خصوص داشتند و این اختلاف نظر در بین حقوقدانان نیز سرایت نموده است.

نخستین دیدگاه لزوم و جواز را مقتضای ذات عقود دانسته و شرط مخالف با آن را شرطی باطل و مبطل معرفی کرده است (بروجردی، ۱۳۸۰: ۳۰۰-۳۰۲).

دیدگاه دوم، لزوم و جواز را مقتضای اطلاق عقد دانسته و شرط مخالف آنها را شرطی صحیح تلقی کرده است. نتیجه این دیدگاه آن است که طرفین عقد به راحتی و با درج یک شرط می‌توانند عقد لازم را به جایز و برعکس عقد جایز را به عقد لازم تبدیل کنند (امامی، ۱۳۶۸: ۱۶۳).

دیدگاه سوم، لزوم و جواز را به دو نوع حقیقی و حکمی تقسیم کرده است و در نتیجه، برای هر یک از آنها احکام متفاوتی را بیان کرده است؛ بدین معنا که اگر لزوم یا جواز حکمی باشد مانند لزوم در عقد نکاح و جواز در وعده نکاح، در این صورت، طرفین عقد نمی‌توانند به هیچ وجه عقد لازم را به جایز و برعکس تغییر دهند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱: ۶۴). به نظر طرفداران این دیدگاه، چنانکه لزوم و جواز عقود از نوع حقیقی باشد مانند لزوم و جواز وکالت، در این صورت، متعاقدين عقد لازم می‌توانند از راه شرط خیار برای مدت محدودی لزوم آن را از بین ببرند، اگرچه این کار برای مدت نامحدود مقدور نمی‌باشد. همچنین، طرفین عقد وکالت می‌توانند با توافق همدیگر حق فسخ را از بین برده و از تزلزل آن بکاهند.

دیدگاه چهارم، لزوم و جواز عقود را مبتنی بر اراده متعاقدين دانسته و معتقد است جایز بودن عقد جزو ماهیت حقوقی بیشتر این عقود نیست و جز در مواردی که جایز بودن عقد به دلیلی با نظم عمومی ارتباط دارد، مانند جواز وعده نکاح، در بقیه موارد طرفین عقد می‌توانند عقد جایز را در روابط خود الزام‌آور سازند (درویان، ۱۳۸۹: ۳۷).

در نهایت، استاد کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۸۷) بر این باورند که امکان برهم زدن عقود اذنی را نباید مقتضای و جوهر عقود اذنی دانست و هیچ مانعی ندارد که در نتیجه پیمان بین طرفین اختیار آنان در برهم زدن عقد اذنی محدود شود یا از بین برود. ماده ۶۷۹ قانون مدنی درباره عزل موکل مقرر می‌دارد: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد و کیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت و کیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد». مفاد این ماده اختصاص به موکل ندارد و درباره استعفای و کیل نیز اجرا می‌شود و سنت مربوط به طرح اثر قرارداد خصوصی درباره عزل موکل نباید این پندار را به وجود آورد که حق استعفای و کیل را نمی‌توان ساقط یا محدود کرد.

علاوه بر این، حکم ماده ۶۷۹ قانون مدنی اختصاص به عقد وکالت نداشته و در سایر عقود اذنی نیز قابل تسری است (حائری شهاباغ، ۱۳۷۶: ۶۰۸؛ امامی، جلد ۲، ۱۳۶۸: ۱۰۶ و ۱۶۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۱۹).

با وجود این، ممکن است ادعا شود که چون در ماده ۹۵۹ قانون مدنی به طور کلی اسقاط حقوق مدنی ممنوع شده است، این قاعده عام حکم مربوط به اسقاط حق عزل را به طور ضمنی نسخ می‌کند (قائم مقامی، بی تا: ۱۲۹-۱۳۰). ولی این ادعا را رویه قضایی و عرف حقوقدانان ما به طور قاطع مردود دانسته است. از حیث اصولی نیز (قافی، ۱۳۹۶: ۲۴۳-۲۴۵) عام جدید نمی‌تواند ناسخ خاص قدیم باشد و در این موارد خاص قدیم، عام جدید را تخصیص می‌زند. علاوه بر این، پیش‌بینی اسقاط حق در قوانین جدیدتر مثل ماده ۳۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۱</sup> قرینه بارزی بر عدم نسخ حکم ماده ۶۷۹ قانون مدنی می‌باشد.

نفوذ قرارداد و از بین رفتن حق فسخ عقد اذنی منوط بر این است که سلب حق جزئی باشد و به طور کلی حلالی را حرام نسازد. برای مثال، در موردی که وکالت برای انجام دادن امر معین یا مدتی محدود داده شود، سلب حق و استعفا تردیدی به وجود نمی‌آورد. ولی جایی که وکالت برای اداره و تصرف در تمام امور است و مدتی ندارد، از بین رفتن حق بر هم زدن عقد گاه با شخصیت و آزادی دو طرف و در نتیجه، با نظم عمومی و اخلاق منافات دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۸۸).

در مورد حق عزل، هر گاه کسی به طور دائم و برای انجام همه امور خود به دیگری وکالت بلاعزل دهد، به ویژه در حالتی که حق انجام امور منافی با وکالت را نیز از خود سلب می‌کند، در واقع نوعی ولایت قراردادی به وجود می‌آورد که به علت مخالفت با آزادی و شخصیت موکل با نظم عمومی مخالف به نظر می‌رسد.

از نظر امکان استعفای وکیل نیز، هر گاه وکالت برای انجام امر معین یا مدت محدود نباشد، از بین رفتن حق استعفا به منزله امکان تعهد به کار برای همیشه است و با شخصیت انسان و آزادی او مخالف می‌نماید. مواد ۳۲ و ۳۳ قانون کار، که قرارداد کار برای مدت نامحدود و انجام کار نامعین را «جایز» می‌شمارد، در واقع مصداقی از این قاعده کلی است که انسان را نمی‌توان برای همیشه و نسبت به تمام فعالیت‌های او محدود و پایبند کرد، هر چند که خود نیز به آن رضایت دهد.

جواز عقد ودیعه نیز مانع از آن نیست که برای مدتی حق فسخ دو طرف یا یکی از آنان ساقط شود، مشروط بر اینکه لزوم عقد از سوی مالک به گونه ای نباشد که در نظر عرف، سلطه مالکانه او را از بین ببرد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۲۲).

۱- ماده ۳۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «در صورتی که طرفین دعوا با توافق کتبی حق تجدیدنظرخواهی خود را ساقط کرده باشند، تجدیدنظرخواهی آنان مسموع نخواهد بود مگر در خصوص صلاحیت دادگاه یا قاضی صادرکننده رای».

پس در مقام اسقاط حق برهم زدن عقد اذنی باید توجه داشت که حکم ماده ۶۷۹ قانون مدنی با تخصیص های ناشی از احکام مندرج در مواد ۹۵۹ و ۹۷۵ قانون مدنی باید اجرا شود و جمع این احکام مورد نظر قانونگذار است (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۸۹).

### ج. رضایی بودن عقود اذنی

عقود از حیث نحوه اثرگذاری اراده بر سه قسم رضایی، تشریفاتی و عینی تقسیم می گردند. عقد رضایی قراردادی است که به صرف توافق اراده طرفین به شرط این که به نحوی از انحاء بیان و ابراز شده باشد، واقع می شود و تحقق آن به تشریفات و شکل خاصی مانند به کار بردن الفاظ معین یا تنظیم سند نیاز ندارد. عقد تشریفاتی قراردادی است که با تشریفات خاصی واقع می شود و صرف توافق طرفین برای وقوع آن کافی نیست. عقد عینی است که قبض در آن شرط صحت است و تا قبض واقع نشود، عقد تحقق نمی یابد (صفایی، ۱۳۹۶: ۴۹-۴۸).

در مورد رضایی بودن عقد و کالت، مضاربه و عاریه اختلاف نظری وجود ندارد، اما در مورد ودیعه اختلاف نظر وجود دارد. عبارت ماده ۶۰۷ قانون مدنی، که در تعریف ودیعه می گوید: «یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد»، این توهّم را در ذهن ایجاد می کند که ودیعه در زمره عقود عینی است، یعنی از تاریخ تسلیم مال به امین واقع می شود. مفهوم عرفی ودیعه و آغاز تحقق تعهدهای طرفین در برابر هم از این تاریخ نیز فکر عینی بودن عقد را تایید می کند، زیرا تا زمانی که مال مورد ودیعه به امین تسلیم نشده است، امین چیزی در اختیار ندارد تا ملتزم به نگاهداری آن باشد و امکان انجام خدمتی به منظور اداره مال مودع وجود ندارد تا او نیز متعهد به تادیهی مخارج آن شود. پیش از تسلیم، طرح ساده ای ریخته شده که از آن الزام و التزام به وجود نمی آید و به آسانی نیز بر هم می خورد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۲۴). بر همین مبنا، برخی از نویسندگان ودیعه را در زمره عقود عینی آورده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۳۸).

با وجود این، پندار «عینی بودن» عقد ودیعه را باید از ذهن خارج و به ظاهر ماده ۶۰۷ قانون مدنی اعتماد نکرد، زیرا از مفاد ماده ۱۹۱ قانون مدنی که اعلام می کند: «عقد محقق می شود به قصد انشاء» و از استقراء در شرایط انعقاد قراردادهای گوناگون در قانون مدنی چنین برمی آید که در حقوق ما اصل «رضایی بودن» قراردادها است و هر جا که قبض شرط وقوع و صحت قراردادی است، مانند رهن (ماده ۷۷۲) و وقف (ماده ۵۹) و حبس (ماده ۴۷) و هبه (ماده ۷۹۸)، آن را به صراحت قانون مقرر می دارد. پس، اگر در ودیعه نیز قبض از شرایط وقوع عقد بود، بایستی اثر تسلیم اعلام می شد و سکوت قانونگذار دلیل بر این است که نمی خواهد از اصل تجاوز کند و تراضی را در ایجاد اثر عقد ناتوان شمارد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۲۵).

در نهایت، مفاد ماده ۶۰۷ قانون مدنی، به تنهایی نمی تواند اصل رضایی بودن را درباره ودیعه

بشکنند، زیرا در عقودی که هیچ تردیدی در رضایی بودن آنها نیست، تکرار شده است. چنانکه در مزارع آمده است که: «احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می‌دهد» (ماده ۵۱۸ قانون مدنی) و مانند آن را در مضاربه می‌بینیم (ماده ۵۴۶ قانون مدنی). به اضافه، در عاریه، که از نظر تحقق تعهد طرفین پس از تسلیم، با ودیعه شباهت دارد، تعریف قانون به گونه‌ای است که توهم اثر قبض در وقوع عقد نمی‌رود (ماده ۶۳۵ قانون مدنی). پیشینه تاریخی ماده ۶۰۷ نیز این استنباط را تایید می‌کند، زیرا در فقه امامیه قبض اثری در تحقق و لزوم عقد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۲۵).

#### د. انفساخ عقود اذنی در صورت فوت یا حجر یکی از طرفین

میان نویسندگان حقوق مدنی (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۰۳؛ امامی، جلد ۱، ۱۳۶۸: ۱۶۲ و ۱۶۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۰۰۲؛ صفایی، ۱۳۹۶: ۲۳؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۳؛ کاتبی، ۱۳۵۲: ۳۷) مشهور است که می‌گویند: «عقود اذنی در اثر فوت یا حجر یکی از طرفین منفسخ می‌شوند». این عقیده از ماده ۹۵۴ قانون مدنی سرچشمه می‌گیرد. در این ماده مقتن بیان داشته است: «کلیه عقود جایزه به موت أحد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین، به سفه در مواردی که رشد معتبر است».

با دقت در این ماده ملاحظه می‌گردد که میان جواز عقد و انحلال آن در اثر فوت یا حجر یکی از طرفین، هیچ رابطه منطقی و ملازمه‌ای دیده نمی‌شود؛ چه عقدی که منعقد می‌گردد و موجد اثر حقوقی در عالم اعتبار می‌شود، به حکم عقل و منطقی باید به حیات حقوقی خود ادامه دهد و اصولاً هیچ حادثه‌ای نباید آن را از میان ببرد. وانگهی در عقود تملیکی و عهدی چنانکه قبلاً نیز اشاره شد، با انعقاد قرارداد، رابطه طرفین با اثر عقد قطع می‌شود و اثر قرارداد به دارایی دو طرف آن می‌پیوندد. به همین جهت، فوت یکی از آنها نه تنها سبب زوال اثر عقد نمی‌شود، بلکه موجب آن می‌گردد تا حق یا تعهد ایجاد شده به دارایی وراث او منتقل گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۴۳۰). ولی در عقود اذنی وضع چنین نیست. گفته شد که عقود اذنی از حیث بقا متکی به وجود اذن هستند. پس هرگاه اذن‌دهنده فوت نماید، منبع زاینده اذن از بین می‌رود و اگر ماذون فوت کند، تکیه‌گاه از میان می‌رود و در نتیجه، دیگر اذنی باقی نمی‌ماند. همچنین است حجر یکی از طرفین که موجب اختلال در اراده او و در نتیجه، زوال اذن می‌گردد. با این تحلیل روشن می‌شود که ماده ۹۵۴ قانون مدنی درست تنظیم نشده است، زیرا قانون‌گذار به جای عقود جایز در ماده ۹۵۴ می‌بایست عقود اذنی را مورد حکم قرار می‌داد.

#### بحث و نتیجه‌گیری

موارد ذیل به عنوان قواعد مشترک حاکم بر عقود اذنی قابل احصاء می‌باشند:  
امانی بودن ید مآذون در عقود اذنی: مشهور فقیهان امامیه در تبیین امانت مالکانه و سبب تحقق

آن بر عنصر اذن و رضای مالک انگشت نهاده اند و در تحلیل امانت شرعی نیز اذن شارع را سبب اصلی می‌دانند. در واقع، بر اساس قول مشهور، تصرفاتی که به اذن مالک یا شارع صورت می‌گیرد، مصداق امانت بوده و از شمول قاعده «علی الید» خارج است. ملاحظه و تأمل در قانون مدنی حکایت از این دارد که قانون مدنی همچون اکثر موارد در اینجا نیز از دیدگاه مشهور تبعیت کرده است.

جایز بودن عقود اذنی: جواز قراردادهای اذنی دلیلی جز وابسته بودن اذن به اراده ندارد. ادامه و استمرار اذن به بقای اراده طرفین عقد بستگی دارد و مانند آن است که آن دو در هر لحظه از زمان به ایجاد اذن مبادرت می‌ورزند و به همین دلیل، هر یک از آنها می‌تواند هر وقت بخواهد از ادامه این اثر حقوقی جلوگیری نماید. با اندکی دقت می‌توان گفت رابطه میان عقد جایز با عقد اذنی از لحاظ منطقی، عموم خصوص مطلق است؛ بدین توضیح که کلیه عقود اذنی به دلیل ماهیت اذن جایز هستند، ولی تمام قراردادهای جایز، اذنی نمی‌باشند، چنانکه وعده ازدواج در زمره عقود جایز به شمار می‌رود، ولی اذنی نیست.

امکان سلب حق فسخ در عقود اذنی: امکان برهم زدن عقود اذنی را نباید مقتضی و جوهر عقود اذنی دانست و هیچ مانعی ندارد که در نتیجه پیمان بین طرفین اختیار آنان در برهم زدن عقد اذنی محدود شود یا از بین برود.

رضایی بودن عقود اذنی: در مورد رضایی بودن عقد و کالت، مضاربه و عاریه اختلاف نظری وجود ندارد، اما در مورد ودیعه اختلاف نظر وجود دارد و برخی از نویسندگان ودیعه را در زمره عقود عینی آورده‌اند. با وجود این، پندار «عینی بودن» عقد ودیعه را باید از ذهن خارج و طبق نظر غالب حقوق دانان، ودیعه را عقدی رضایی دانست.

انفساخ عقود اذنی در اثر فوت یا حجر هر یک از طرفین: عقود اذنی، عقود هستند که در مرحله بقا نیز متکی به اذن هستند. به دلیل ویژگی خاص اذن لازم است این دسته از عقود هر لحظه از سوی منبع صادرکننده اذن حمایت شوند و در صورتی که این حمایت از عقد برداشته شود، عقد اعتبار خود را از دست خواهد داد. با توجه به ویژگی اعمال حقوقی اذنی که حیات خود را به طور مستمر از اراده دریافت می‌کنند، به محض قطع ارتباط اذن با منبع آن، اذن موجودیت خود را از دست داده و عمل حقوقی منفسخ می‌شود.

## تشکر و قدردانی

از اساتید مشاور که در نگارش این نوشته ما را یاری کردند، سپاسگزاری می‌نمایم.



## منابع

- آصف محسنی، محمد (۱۳۸۲). **الضمانات الفقهیه و اسبابها**، قم: پیام مهر.
- آل کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۴۲۲). **تحریر المجله**، جلد ۱، تهران: مجمع العالمی للتقريب بين المذاهب.
- اصفهانی، شیخ محمد حسین (۱۴۱۸). **حاشیه المکاسب**، جلد ۱، قم، موسسه الطیبه لاحیاء التراث.
- اصفهانی، شیخ محمد حسین (۱۴۰۹). **بحوث فی الفقه**، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- الشریف، محمد مهدی و جعفری خسرو آبادی، نصراله (۱۳۸۹). **گفتاری در حقیقت امانت و نقش اذن در ایجاد امانت مالکانه**، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۸.
- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸). **حقوق مدنی**، جلد ۱، تهران: انتشارات اسلامی.
- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸). **حقوق مدنی**، جلد ۲، تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۶۷). **کتاب المکاسب**، جلد ۳، قم: انتشارات علامه.
- بارعی، عثمان بن علی بن محجن و فخر الدین، الزیلعی (۱۳۱۳). **تبیین الحقایق شرح کنز الدقائق و حاشیه الشلبی**، جلد ۵.
- بجنوردی، حسن (۱۴۱۹). **القواعد الفقهیه**، جلد ۲، قم، نشر الهادی.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). **حقوق مدنی**، تهران: کتابفروشی گنج دانش.
- بهجت، شیخ محمد تقی (۱۳۸۴). **وسيله النجاه**، جلد ۴، قم: نشر دفتر آیت الله بهجت.
- تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۴۲۱). **التعليقه الاستدلاليه على تحرير الوسيله**، تهران: نشر عروج.
- جبعی عاملی (شهیدثانی) زین الدین (بی تا). **شرح اللمعه**، جلد ۴، اصفهان: مکتب امیر المومنین.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۱). **تحولات حقوق خصوصی**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴). **مضاربه**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). **الفاروق، دائره المعارف عمومی حقوقی**، جلد ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). **مجموعه محشی قانون مدنی**، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جزیری، عبد الرحمن (۱۴۲۴). **الفقه على المذهب الاربعه**، جلد ۳، بیروت: دارالکتاب العلمیه.
- حائری شهاباغ، سیدعلی (۱۳۷۶). **شرح قانون مدنی**، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش.
- حسینی شاهرودی، سیدعلی (۱۳۸۷). **محاضرات فی الفقه الجعفری**، قم، موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، جلد ۲.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴). **تذکره الفقهاء**، جلد ۱۷، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام.

- حلی، نجم الدین ابوالقاسم (۱۳۷۰). **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد ۱، تهران: نشر استقلال.
- حکیم، سید محسن (۱۴۰۴). **متمسک العروه الوثقی**، جلد ۱۲، قم: مکتبه السید المرعشی.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۰۷). **تحریر الوسیله**، جلد ۱، قم: انتشارات محمدی.
- خمینی، روح الله (۱۴۱۰). **البیع**، جلد ۱، قم: موسسه اسماعیلیان.
- دیبان، ابو عمر دیبان بن محمد (۱۴۳۲). **المعاملات المالیه أصله و معاصره**، جلد ۱۹، ریاض: مکتبه الملك فهد الوطنیه.
- درودیان، حسنعلی (۱۳۸۹). **جزوه حقوق مدنی ۳**، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- رشتی گیلانی، میرزا حبیب الله (بی تا). **کتاب الاجاره**، چاپ سنگی، بی جا.
- زحیلی، وهبه (بی تا). **الفقه الاسلامی و الادلته**، جلد ۴، دمشق: دارالفکر.
- سبزواری، سید عبد الاعلی (۱۴۱۳). **مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام**، جلد ۲۱، قم: دفتر آیت الله سبزواری.
- سیستانی، سید علی (بی تا). **منهاج الصالحین**، جلد ۲، قم: موسسه آل البيت.
- شهبازی، محمدحسین (۱۳۹۵). **مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی**، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). **تشکیل قراردادها و تعهدات**، جلد ۱، تهران: نشر حقوقدان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). **اصول قراردادها و تعهدات**، تهران: انتشارات مجد.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۶). **دوره مقدماتی حقوق مدنی «قواعد عمومی قراردادها»**، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۰۹). **عروه الوثقی**، بیروت: موسسه اعلمی.
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۵۲). **حقوق مدنی عقود و تعهدات و الزامات**، تهران: انتشارات مدرسه عالی بازرگانی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷). **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷). **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۵، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). **الزامات خارج از قرارداد - مسؤلیت مدنی**، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳). **هدایه العباد**، جلد ۲، قم: دار القرآن الکریم.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۵). **القواعد الفقهیه**، جلد ۱، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۳). **الاجاره**، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار.
- فشارکی، سید محمد (۱۴۲۱). **ارسائل الفشارکیه**، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- قافی، حسین؛ شریعتی، سعید (۱۳۹۶). **اصول فقه کاربردی «مباحث الفاظ»**، جلد ۱، تهران: سمت.



- مامقانی، عبدالله بن محمد (۱۳۱۶). **غایه الامال، فی شرح المکاسب**، جلد ۵، قم، انتشارات مجمع الذخائر الاسلامیه.
- مجموعه‌ای از مولفین (۱۴۲۷). **الموسوعه الفقهیه الکوئتیّه**، جلد ۳۸، کویت: دار السلاسل.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۴). **قواعد فقه**، تهران، نشر موسسه یلدا.
- مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷). **العناوین الفقهیه**، جلد ۲، قم، موسسه نشر اسلامی.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). **مجمع الفائده و البرهان فی شرح شرایع الاسلام**، جلد ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۰). **القواعد الفقهیه**، جلد ۲، قم، مدرسه الامام امیرالمومنین.
- موفق الدین، عبدالله بن احمد بن قدامه (۱۴۰۵). **المغنی**، جلد ۵، کتاب شرکت، بیروت: دارالاحیاء.
- نائینی، محمدحسین (۱۴۱۸). **منیه الطالب**، جلد ۱، قم: موسسه نشر اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۸۴). **جواهر الکلام**، جلد ۲۶، تهران: دار المکتب الاسلامیه.
- نوری، شیخ فضل الله (۱۴۱۴). **رساله فی قاعده ضمان الید**، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- همدانی، آقا رضا (۱۴۱۶). **مصباح الفقهیه**، جلد ۱۴، قم، مدرسه الامام امیرالمومنین