



دانشگاه سمنان



مطالعات فقه و حقوق اسلامی

در فصلنامه علمی - پژوهشی

سال چهارم - شماره شش - بهار و تابستان ۱۳۹۱

شماره: ۷۰۸-۷۰۱۲

- ۷ • توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران
علی انصاری - سهیل ذوالفقاری
- ۲۷ • جریان خیار در عقود جایز
حیدر باقری اصل
- ۴۵ • تحلیل جرم قیام مسلحانه
حسن پورباقرانی
- ۶۵ • «مفهوم قید»: نگرشی نو در مفهوم مخالف
عباس زراعت
- ۸۳ • مبانی فقهی نهاد اعاده حیثیت
عباسعلی سلطانی
- ۱۰۹ • واکاوی احکام تخلف از شرط مقدار در حقوق ایران
حسین سیمایی صراف - سید علی خراسانی
- ۱۲۹ • قلمرو ضمان تولید کننده ناشی از عیب کالا و نقص اطلاع رسانی
در نحوه صحیح مصرف
زهرا فتاح زاده - علیرضا امینی
- ۱۵۷ • جریان احکام و آثار فضولی در عقود اذنی
حسین ناصری مقدم - محمد تقی قبولی درافشان - صالحه محمودآبادی

جریان احکام و آثار فضولی در عقود اذنی

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

چکیده

هر چند تعریف واحدی از عقود اذنی مانند عاریفه و دیمه و وکالت وجود ندارد و حتی برخی اصل وجود این عقود را منکر شده‌اند، اما نتیجه پذیرش این عقود و ارائه یک تعریف حداقلی برای آنها به «عقودی که در ماهیت آنها اذن، کفایت می‌کند» این پرسش رخ می‌نماید که آیا فضولی در این عقود جریان می‌یابد یا خیر؟ دو دیدگاه موافق و مخالف در این باره وجود دارد. گروهی بر این باورند 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 معتقدند که جریان فضولی در عقود اذنی، فاقد اشکال است. نگارندگان با آله ای که آورده‌اند، قبول 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، همکار مکاتبات: search1963@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: ۹۰/۶/۱۴ - پذیرش نهایی: ۹۱/۶/۱۶

طرح مسأله

معامله‌های قضولی معامله‌ای است که شخص بدون داشتن نمایندگی، با مال شخص دیگری، معامله می‌کند. اگر چه این بحث معمولاً در ذیل کتاب بیع در بحث بیع قضولی مطرح می‌شود اما غالب فقیهان، دامنه قضولی 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 گونه ای از تعهد برای یک طرف بنا دو طرف معامله اند عقودی هم داریم که ماهیت آنها تنها به وجود اذن، وابسته باشد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا بحث قضولی در این عقود نیز جریان می‌یابد؟

۱- چیستی عقد اذنی

عقد اذنی، عهدی است که قوام و اساس آن، بر پایه اذن است (متبه الطالب فی شرح المکاسب ۱/ ۸۱) 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 ایجاب مجانی باشد اما اگر مقید به تملیک مجانی باشد عقد عهدی محسوب می‌شود (همان، ج ۱، ص ۳۳). برخی دیگر از فقیهان

۱- ثم ان العقود تنقسم الى اذنيه و عهدیه ، و المراد بالاذنيه ما يتوقف على الاذن حنوتاً و بقاءً بحيث يرتفع بارتفاع الاذن ولو لم يلزم به المألوف كالوكالة الاذنيه و الامانه و نحوهما ، و في ادراجها في العقود مسامحة لان العقد عبارة عن العهد المؤكد و لا عهد في العقود الاذنيه لان قوامها انما هو بالاذن فقط و انما ادراجها في العقود لكان اشتمالها على الايجاب و القبول و على هذا فلا يشتملها عموم اقسامها بالعقود بخصوصاً لا خصوصاً ، و انما قيدنا الوكالة بالاذنيه لاجراء ما كان منها منقراً تحت العقود حقيقه و هي التي تشمل على شرائط العقد على ما قرر في محله ، و يرتب عليه عدم بطلانها بمجرد رجوع الموكل بل يتوقف على بلوغ الرجوع عن الاذن الى الوكيل ، و المراد بالعقود العهدیه هي ما تشمل على العهد و الالتزام ، و هي تنقسم الى تمليفه و تجزیه.

۲- و بالجنله ما كان قوامه بالاذن و مجرد زعماء ولى الامر و مالکة لا يكون فيه عهد و التزام و هذه كالوديعة و العاربه بناء على ان يكون مفادها الاضاحه المجاليه و اما بناء على كونها مقيدة للتمليك المجالی فتندخل في العهدیه.

نیز بر این که قوام عقود اذنی، صرفاً اذن در تصرف است. تصریح می‌کنند: (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.

البته ممکن است عقدی به اعتبار مناول مطابقی و التزامیش، مرکب از عهدی و اذنی باشد به عنوان مثال، عقد اجاره از باب تعلیک منفعت معلوم در مقابل عوض معلوم، در عقود عهدی داخل می‌شود و از جهت اذنی موجر در تصرف کردن مستاجر در عین، در باب امانات مالکیه^۱ داخل می‌شود که خاستگاه اصلی همه عقود اذنی است.^۲ (تأینی، 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 مالتش را در اختیار و ذعی می‌نهد و به او اذن در تصرف (خاص) مانند نگاه داشتن می‌دهد.

۱-... و الوجه فی ذلك جعلها علی الاذنه من قبیل العقود الاذنیة كالإجارة مثلاً التي قولها مجرد الاذن فی التصرف (دلیل این مطلب آن است که معاملات را مفید اجاره بدانیم تغییر عقود اذنی - مانند خاریه - که قولشان، صرف اذن در تصرف است.)

۲- ناگفته نماند که برخی از فقهایان و حقوقدانان، عقود اذنی را در برابر عقود تعلیکی قرار داده اند و گفته اند بلغه الفقیه سید محمد بحر العلوم: ۱۷۰/۲... اما ان یكون من العقود التملیکة او الاذنیة؛ و فلسفه حقوق سنتی، محمد جعفر جعفری لنگرودی، ۱۰۸/۲-۱۰۹-۱۰۸، شاید در توجیه این کار بتوان گفت: وقتی اذن در بحث معاملات و این که در چه عقود جاری می‌شود، سخن می‌گفته اند، در مقام تقسیم بندی، گفته اند معاملات در عقود تعلیکی جاری می‌شود و در عقود عهدی جریان نمی‌یابد ولی در برخی از عقود اذنی هم جاری می‌شود و این سخن باعث شده گمان شود اذن عقود اذنی را در برابر عقود تعلیکی قرار می‌دهند نه عقود عهدی؛ اما از سوی، چون همه عقود عهدی و تعلیکی، برخوردار از یک نوع عهد هستند، لاجرم عقود اذنی در برابر تعلیکی هم قرار می‌گیرند (بنگرید: کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ۴۶/۱)

۳- امانت یا شرعی (فانونی) است و یا مالکی، امانت شرعی، امانتی است که از سوی شارع، صادر می‌شود در حفظ مال است مانند مالی که تصادفاً به دست فرد می‌رسد. اما امانت مالکی، امانتی است که با رضایت مالک به واسطه یک عمل حقوقی مانند عقد ودیعه یا مضاربه، در اختیار فرد گذاشته می‌شود. (الروضه البهیة، ۳۳۶/۲)

۴- و اما العقود التملیکة الموضحة المتعلقة بالمنافع فكالاجاره، فانها من العقود المعاوضیة و ان كانت من جهة اخرى تمد فی باب العقود الامانیة لكون السین المستأجرة امانة فی ید المستأجر، و لاجل هذه المناصبة ادرجها 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، امکان 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 عهدی و اذنی، اشاره نکرده اند. البته این به معنای نفی عقد اذنی از سوی آنان نیست؛ دکتر کاتوزیان در بحث عقود عهدی، می نویسد: «به بیان دیگر، ودیعه از عقود اذنی است نه عهدی؛ پس ایجاد نشدن 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 ۱/۱۲۴) در قانون مدنی نیز اسمی از عقد اذنی به میان نیامده است؛ برابر ماده ی ۱۸۲ قانون مدنی: «عقود و معاملات به اقسام زیر منقسم می شوند: 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 و لکنهی، 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 ۶۲۲)، عاریه (۶۲۵ تا ۶۳۷) و ... به عقود اذنی لراجع داده شده است.

۲-۱- پرسش های اصلی در عقود اذنی

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

ا- جریان فصولی 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 فقه العقیه بود. زان پس، دیگر فقیهان به حرکت، 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، نا آشنا بودند یا آن را ذیل بحث و عنوان دیگری، مندرج می ساختند؟

جریان احکام و اذنی
ت- تقدیر
ج- لزوم
ح- فساد
از این
است

۲- ماهیت عقد

یکی از
منبر این جنبه
اصطلاحاً فصولی
که از سوی
عقدی را واقع
پژ دانش است
که فصولی،
جهت اهمیت
در باره سخن
بع، از عقود
عقود جاری

۳- جریان

پرسش
فقیهان در
بی آن با

۱- اثبات
عقود اذنی
۲- تصور
موضوع، در

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 فصولی

یکی از شروط متعاقبان 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 فصولی گفته می‌شود. البته واژه فصولی دارای دو کاربرد است: هم به خود عقدی که از سوی غیر مالک واقع شده است گفته می‌شود و هم به شخص عقیدتی که چنین عقدی را واقع ساخته است اطلاق می‌گردد (البیع/۱۲۴) مبحث فصولی در باب عقود بسیار پر دامنه است. یکی از مسائل مهم آن که به موضوع این نوشتار نیز مرتبط است آن است که فصولی، تنها به عقد بیع اختصاص دارد یا در همه عقود جاری می‌شود؟ این سوال از این جهت اهمیت می‌یابد که بر فرض عدم جریان فصولی 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 فصولی را در همه عقود جاری می‌دانند، بنابراین می‌توان از جریان آن در عقود نیز اذنی، بحث کرد.

۳- جریان فصولی در اذنیات^۲

پرسش اصلی این نوشتار آن است که آیا فصولی در عقود اذنی جریان می‌یابد؟ فقیهان در برابر این پرسش، دو دیدگاه متفاوت اتخاذ کرده‌اند. گروهی با آن مخالفت و یاره ای آن را قبول کرده‌اند.

۱- اشیار (کتاب القضاء) ۳۷، همدانی، (نصیاح الفقه) ۲۰۸/۳، سید بحر العلوم (بلده الفقه) ۱۳۳/۲ یا خوند خراسانی (حاشیه المکاسب) ۲۰.

۲- تمسیر به اذنیات به جای عقود اذنی، به این خاطر است که برخی اساساً وجود عقد اذنی را منکرند این موضوع، در مباحث این فصلیلاً مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۹
۱۰
۱۱
۱۲
۱۳
۱۴
۱۵
۱۶
۱۷
۱۸
۱۹
۲۰
۲۱
۲۲
۲۳
۲۴
۲۵
۲۶
۲۷
۲۸
۲۹
۳۰
۳۱
۳۲
۳۳
۳۴
۳۵
۳۶
۳۷
۳۸
۳۹
۴۰
۴۱
۴۲
۴۳
۴۴
۴۵
۴۶
۴۷
۴۸
۴۹
۵۰
۵۱
۵۲
۵۳
۵۴
۵۵
۵۶
۵۷
۵۸
۵۹
۶۰
۶۱
۶۲
۶۳
۶۴
۶۵
۶۶
۶۷
۶۸
۶۹
۷۰
۷۱
۷۲
۷۳
۷۴
۷۵
۷۶
۷۷
۷۸
۷۹
۸۰
۸۱
۸۲
۸۳
۸۴
۸۵
۸۶
۸۷
۸۸
۸۹
۹۰
۹۱
۹۲
۹۳
۹۴
۹۵
۹۶
۹۷
۹۸
۹۹
۱۰۰

بلده الفقه
جندی که
اساساً با

۱-۳- ادله مخالفان جریان فضولی در ادنیات

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

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

۱. عقود و ایقاعات یک نوع ایجاد و انشائند.
 ۲. ایجاد بر دو نوع است: ا- 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 انشکاک 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: ا- مرحله وجود مُشأ در موطن انشاء؛ که در این مرحله همانند خارجیات، مُشأً با وجود انشائی اش (از انشاء، انشکاک نمی یابد. ب- مرحله تحقق مُشأ در عالم اعتبار؛ در این مرحله ممکن است که منشأ از انشاء، منسک 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 انشائی به صرف انشاء، تحقق می یابد یعنی تملیک به وجود انشائی اش (در ذهن انشاء 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 نباشد)، تحقق ندارد چرا که آسمان را نمی شود به کسی تملیک کرد.
- شامور 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 آن از دیگری هستند، پس مستند به فرد آن دهنده اند. مثلاً در مورد زدن، وقوع، مسبوق به آن از دیگری نیستند، پس مستند به مباشر به تنهایی هستند همان طور که گفته شد. اگر شما به کسی آن دهنید دیگری را بزنند، در حقیقت، زدن به نیابت از شما و مستند به شما واقع شده است، ولی اگر قبلاً ادنی در کار نبوده است، یا اجازه لاحق، مستند به آن نخواهند شد. مثلاً شخصی دیگری را زده و شما پس از اطلاع، زدن او را اجازه می کنید این جاب زدن به شما مستند نخواهد شد. دلیل مطلب (که اجازه تأثیر ندارد) آن است که زدن (به عنوان

جریان احکام و آثار فقهی
نمونه) دارای دو جهت
خارج به معنای اسم
می توان زدن را به معنی
توان زدن را به معنی
معنای مصری نمی
بر آن واقع شده است
و معقول نیست که با
زدن بدون نسبت به
داشتن بر امر دیگری
بنابر این، اجازه ی
ندارد.
غراماً در امور
همانند امور خارجی
نسبت به معنای
امور خارجی) زیرا
کننده واقعه، تغییر
دارد بر خلاف امور
مصری تخلف
سوی کسی که
مصدوری با اجازه
دارد پس از ایجاد
معنای اسم مصدر
از آن چه
وارد آید به گونه
مرتب شود، چه
اجازه، دو امر
اگر اجازه نبود
ای در بین باشد
طرف شخص

نمونه) دارای دو جهت است: جهت صدور از فاعل به معنای مصدری و جهت تحققش در خارج به معنای اسم مصدری؛ اما اگر زنده، در زندگی، نیابت و اذن گرفته باشد (قسم اول)، می توان زدن را به منوباً عنه (اذن دهنده) استناد داد؛ اما اگر پس از زدن، اجازه دهنده نمی توان زدن را به مجیز نسبت داد نه به معنای مصدری و نه به معنای اسم مصدری. اما به معنای مصدری نمی توان بیان 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 صرفاً 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، فصولی در آن راه ندارد.

غراما در امور اعتباری، در آن چه قابل نیابت نیست (مثل ولایت قهری برای پدر)، همانند امور خارجی، فصولی 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 مترقیب 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 تحویل 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: ۱- ترتیب 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 فصولی خارج می شود؛ مانند ادای دین و زکات و خمس از طرف شخص متبرع، چه آن که نفس ادای این موارد، باعث برائت ذمه مدیون می گردد

بدون آن که بر اجازه او، متوقف باشد؛ از این رو فصولی در آن راه نمی یابد و یا اجازه مستند به مجوز نمی گردد. ب- امر دوم این که اجازه تنقید فعل فصولی باشد نه آن که به خودی خود دارای اثر نباشد (حتی اگر فصولی هم در میان نبود)، که اگر چنین باشد از باب فصولی 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. (نابین، المکاسب و البیع ۸/۲-۱۲)^۱

همان گونه که ملاحظه می شود، نابین با استفاده از این مقدمات، چنین نتیجه می گیرد که عقود اذنی قابلیت انصاف به فصولی بودن را ندارند.

برخی دیگر از محققان نیز همین دیدگاه را با بیانی کوتاه تر آورده اند.^۲

برخی بر این باورند که فصولی در عقود اذنی، جریان نمی یابد زیرا اجازه ای که از سوی سبجز، وارد می شود، برای تحقق اثرش، علت تامه است. (البیع ۲/۲۲۴)

۲-۱-۳- امتناع قبول به کشف در اذنی فصولی

یکی دیگر از شواهدی که به خوبی نشان می دهد چرا برخی از فقیهان، با جریان فصولی در عقود اذنی، به مخالفت برخاسته اند، آن است که بحث فصولی در عقود جریانی می یابد که نزاع در کشف و نقل در آن ها ممکن باشد ولی در عقود اذنی، قبول به کشف، معنا ندارد. توضیح مطلب آن که در مسأله فصولی در باب ماهیت اجازه، سه قول وجود دارد: نقل، کشف حقیقی و کشف حکمی.^۳ (انصاری، البیع ۲/۲۹۶ به بعد) فقیهان تصریح می کنند که

۱- و ذلك كما في مثل الرجوع و جميع العقود الاذنيه التي يكتفي فيها الاذن، حيث ان الاجازه فيها رجوع لو اذن.

۲- امام خمینی (ره) می نویسد: وقد يقال: لا بد من القول بالنقل، لان الاجازه المتعلقه بهما كالا اجازه المتعلقه بالعقد الاذنيه تؤثر من حينها، و قد قال القائل في العقود الاذنيه بعدم جريان الفصولی فیها، لان اجازه المجیز علیه تامه لتحقق أثرها، بل اخرج القائل في اوائل الفصولی التیسی و الاقنای منه، و علیه بان الفعل علیه تامه لتحقق اثره، فكلامه هنا مع ما هناك من تفاوت (البیع، ۲/۲۲۲) و سید مصطفی خنجر، مطابا بان وقوع هذه العقود و الاقبانات من الفصولی و عدمه علی حد سواء، فان اجازه هذه بنفسها تكون و كالمه، و عاریه، و بدیهه و سخا و اجازه و ربا و ابراء و جملا... (البیع، ۱/۷۷)

۳- بر اساس قول به نقل در فصولی، اجازه ای لاحق از سوی مالک، سب 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 فصولی، صورتی است که اجازه، قابلیت انصاف به کشف و نقل را حداقل در مقام نظر و احتمال، داشته باشند (قدیری، کتاب البیع ۴۷۷) ولی در عقود اذنی، تنها می 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.

نایشی می گوید: تردید میان کشف و نقل، در غیر عقود اذنی صحیح است چرا که اینجا 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 کنند (المکاسب و البیع، ۴۴۶/۱)

۳-۱-۳- تشکیک در وجود عقد اذنی

دلیل سومی که می توان برای عدم جریان فصولی 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 فصولی هم در آن ها جاری نمی شود. این مطلب را بدین گونه می قیاسی می توان ترسیم نمود:

صغره: اذنیات، عقد نیستند.

کبر: بحث فصولی تنها در عقود جریان می یابد.

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

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

کاشف از جریان خصوص آثار مترتب بر تحقق ملکیت می دانند نه لزوماً آن آثار کماظمی، فوائد الاصول (۳۹۲/۴) و یا به این تفسیر که اصل ملکیت از حین عقد حاصل نمی شود و تنها آثار آن، مترتب می گردد (همان، ۲۸۲/۱).

۱- در صفحات نخستین همین نوشتار، به آن اشاره شدیم ۵

همین مطلب است؛ مهم ترین دلیل آنان، حدیث عروه ی یارقی^۱ است که مربوط به عقد بیع است. اما ثبوتاً، این که به چه علت، بحث فصولی در غیر عقود قابل طرح نیست باید گفت هیچ منع عقلی از این که فصولی (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 غصب، اضرار، اتلاف، سلب حریم خصوصی و امثال آن‌ها مندرج می‌شود. منتهی باید توجه داشت که این فصولی، مفهوماً از فصولی باب عقود خارج است. چرا که فصولی باب عقود کسی است که یکی از شرایط عمومی قراردادها را (مالک بودن یا مأذون بودن از مالک) فاقد است. بنا بر این، علت عدم جریان فصولی در غیر باب عقود، تنها یک توافق و اصطلاح است که البته باید محترم شمرده شود.

اما اثبات کنبرای 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 ذال بر ارتباط طرفینی است؛ در حالی که در عقود اذنی، عهد و پیمان محکم و الزام طرفینی وجود ندارد (نابین، مکاسب و البیع، ۸۱/۱-۸۲) زیرا مثلاً در ودیعه و عاریه، الزام تنها از یک طرف است؛ در ضمن

۱- و ایضاً روی تن الی علیه السلام انه عرض له جلب، فأعطی عروه ی یارقی دیناراً لیشتوی به شیه للاضحیه، فاستوی به ثلثین، ثم باع لخالها دیناراً، فجاء الی رسول الله صلی الله علیه وآله بشاه و دینار، فقال: هذه شاه و هذا دینارکم، فقال للنبی کیف صنعت؟ فذکر له ما صنع، فقال له النبی: "بارک الله لک فی سقفه یمینک." (شیخ طوسی، خلاصه ۲۵۲/۳ و مسوط ۳۹۷/۲؛ احمد بن حنبل، مسند ۳/۲۷۵).

۲- شیخ انصاری در کتاب البیع در مقام تدبیر فصولی دقیقاً بر همین مطلب که فصولی در باب عقود منسوخ پیدا می‌کند پای می‌فشرد (۳۳۶۳-۳۳۸).

۳- لم المقود باعتبار لشرط الموالاة فیها و عنهما تقسم علی اقسام ثلاثه (اولاً) المقود الاذنیه (ثانیاً) المقود المهدیه المملوقه (ثالثاً) الفیر المعاضیه اما القسم الاول فلا يعتبر فیها الموالاة کما لم یکن تقدم الاحباب فیها علی القبول ایضاً "شرطاً" و ذلک لما عرفت من کفایه مطلق الرضا المبرر فی قبولها بل فی الحقیقه لیست عقوداً "و انما تسمیها بالمقود بتبع من التسمیح و لذلك لا یشمئها عموم دلیل وجوب الوفاء بالمقود (نابین، مکاسب و البیع، ۳۹۰/۱).

جریان احکام و
می دانیم که ق
می شود بنا بر
تخصصی است
یکی د
می شمارد و د
عقود اذنی است
۱. اگر
است چرا که م
۲. چ
است زیرا مق
۳. چ
ماهیتش، از
ماهیت این ع
۴. چ
صحیح نیست
داشتند (مص
به
می دانند
بر
بحث فصولی
فصولی تنها
۲-۳ اذله
۱- میان فق
اتفاق نظر
هم مانند این
۲- چرا که ا
دواره چین
حق تصرف

می طلیم 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 تخصیصی؛ مانند عاریه و دیمه، 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 فصولی 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 کنایه 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.

۴. چنانچه منظور آن است که این عقود پس از تحقیقشان نیازمند به اذن هستند، صحیح نیست چرا که اذن در تصرف از لوازم عقلاویه است و معنای دومی جز تأکید نخواهد داشت.^۱ (مصطفی خمینی، کتاب البیع ۲/۲۱۳).

به هر حال کم نیستند ققیهائی که املاق عقد بر ادنیات را، یک نوع تأمیج در تعبیر می دانند.

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

۳-۲- ادله موافقان وجود عقود اذنی

۱- میان ققیهان در این که ماهیات عقود الجزوی بر القاطل سریع، یا القاطل کنایی هم حاصل می شوند یا نه، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی آن را نمی پذیرند (جوهر ۱۹۷/۲۲، مکاسب ۱۱۹/۲، خوئی ۲۰۶/۴) و عده ای هم مانند ایشان، تحقق عقد را با القاطل کنایی، ممکن می دانند (مقام خمینی ۲۳۲/۱).

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

ان ۹۱

لد بیع

گفت:

ا کتیم

می به

مانند

توجه

عقود

ی یقید

مطالاج

عقود

اختلاف

دن این

بر که در

می است:

العکاسب

در ضمن

ی به نه

او و دینار

کی الله لک

عقود معنی

الیا (العقود

هم الايجاب

فی الحقیقه

ببواب القوله

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

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

مخالف جریان فصولی در عقود اذنی چنین می پنداشت که چون مفهوم عقود اذنی، به صرف اذن، محقق می شوند، بنابراین، وجود و عدم فصولی در آنها، بالسویه خواهد بود. مثلاً چنانچه شخصی بدون اذن مالک، مالی را به عاریه بدهد (عاریه فصولی)، پس از اطلاع مالک و اجازه کردن او، از همین لحظه، عقد عاریه منوط 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، بمالائش آشکار است چرا که فی المثل در عاریه یا ودیعه، اذن چیزی است و عاریه و ودیعه چیز دیگر؛ اولی اقباع است و دومی عقد؛ نه همین خاطر، چنانچه ماذون له اذن را بپذیرد 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 متمایزند و جواز تصرف در این عقود از لوازم این عقود است، و ثانیاً این امر، موجب عدم جریان فصولی در آنها نمی گردد زیرا انشای عاریه، از فصولی نظیر انشای بیع از فصولی 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 ۳۲۶)

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

مخالفان عدم جریان فصولی در عقود اذنی بر این باور بودند که فصولی در جایی تحقق می یابد که امکان تصور نقل و کشف موجود باشد، در حالی که در عقود اذنی، تنها باید قائل به نقل شد و فرض کشف، قابل تصور 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 نتواند نسبت به لحظه تحقق عقد، تأثیرگذار باشد؟

جریان احکام و آثار
دوم آن که
گفتند مالک جریان
در موارد خاصی
نشود

سوم آن
قول کشف و نقل
مأثور است اعم
بر همین
اشکال می شنود
(۲۱۷/۲)

۳-۲-۳- اثبات

دلیل
اثبات بود، و از
اثبات، جاری
عقود

اصطلاح فقها
و عرف رجوع
عقد مشد یا
باشند این در
که عقود مت
ماهیت اذنی
علاوه می توان
می شود پس

۱- الأمر المتکون
الوجه المحذور
تکرم عدم

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 می‌شمارد (البته به شرط امکان تحقق مفهوم عقد اذنی)؛^۱ (مصطفی خمینی، البیع ۳/۲۱۲)

۳-۲-۳- اثبات عقد بودن اذنیات (رد 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 می‌یابد، لاجرم، فضولی در اذنیات، جاری نمی‌شود در پاسخ این استدلال باید گفت:

۱. عقود اذنی در اصطلاح فقها از مصادیق عقد به شمار می‌آیند. زیرا عقد، در اصطلاح فقها بر چیزی دلالت می‌کند که مرکب از ایجاب و قبول باشد، اما اگر به اهل لغت و عرف رجوع کنیم، عقود اذنی نمی‌توانند عنوان عقد را داشته باشند. زیرا عقد در لغت معنای عهد مشدد یا عهد موکد 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 می‌توان گفت که عقودی مثل عاریه و ودیعه که از عقود اذنی هستند، شکل عقدی دارند ولی ماهیتش، ماهیت اذنی است. چرا که فوأمش مقوم به اذن است، (فائسل لنگرانی، درس خارج) به علاوه می‌توان گفت که از آنجا که عقود اذنی مانند ودیعه و عاریه شامل توافق دو اراده می‌شود، پس عقد نامیدن این عقود جایز است. (نظریه العقد فی الفقه الجعفری / ۹۵)

۱- الأمر الخامس: جریان الفضولیة فی العقود الإذنیة و التخی و الإیاض قد مر منافی أول الفضولی. أن الجیهة المبحوت عنها فی الفضولی تبری فی جمیع العقود و الإیاضات و لوهم عدم جریانها فی العقود الإذنیة، کتوهم عدم جریانها فی الإیاضات.

بد پاسخ دوم آن است که در واقع هر جا که ایجاب و قبول باشد، التزام و التزام نیز وجود دارد. به دیگر عبارت، امکان ندارد که ایجاب و قبول در عقدی باشد ولی التزام و التزامی نداشته باشد. متنها گاهی التزام و التزام قابل زوال و از بین رفتنی است مانند تمام عقود جایز؛ و گاهی التزام و التزام عقد از بین رفتنی و زوال پذیر نیست؛ مانند عقود لازم. بنابراین نمی توان گفت که در عقود عهدی فقط التزام و التزام است ولی در عقود اذنی التزام 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 التزام و التزام نیز برخوردار است؛ اما با الراسی که از ناحیه مودع قابل به هم خوردن است. (محمد جواد فاضل لنگرانی، سابق)

چ هر اثر حقوقی که منوط به تراخی متعلقان باشد، عقد است. پس ودیعه و عاریه هم باید از عقود به شمار آوریم.

د اگر این نوع عقود را تعد 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 اعاضم بر این باورند 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 ایشان معتقدند که عقود اذنی، اساساً عقد نیستند. خروج آنها از عموم "اوقوا بالاجود" از باب تخصص است. نه تخصص، سپس برای عقود اذنی به عاریه، ودیعه، وکالت و مضاربه، مثال زده است. (نابینی، المکاسب و البیع، ۸۱۱-۸۲) امام در مقام رد این گفتار می نویسد: چه فرقی میان مزارعه و مساقات با مضاربه است؟ چه آن که دو تالی 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 میانان تقسیم می گردد. و آیا مگر ماهیت عقد مزارعه جز قرارداد بر این 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 آنها در مملقات 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

جریان احکام و آثار فقهی
عقد بودن، از یک وادی
فسخ یکی از متعلقین
(البیع، ۳۱۴)

تقریب بر این
واژه عقد را صرفاً
صاحب خواهد
بودن آن تأکید کرده
آنچه که از
هم ندارند. بر می
نیست و پوشش رد
آبته گروهی

است که عمل و کیا
عهدی آن است که
را به منزله خودش
او مقارن با رضایت
را جاهلاً انجام داد
اما در وکالت عهد
نمی شود تطبیقات
به هر تقدیر

پنداشته اند که
باید گفت که ماه
در عقود تملیکی
می کنند، بنا بر این

جریان احکام و آثار فصولی در عقود اذنی _____ ۱۷۱

عقد بودن، از یک وادی هستند بلکه عاریه و ودیعه نیز از جمله عقودند و اینکه جایزند و بنا
فسخ یکی از متعاملین، منسخ می گردند، باعث نمیشود تا از عقد بودن منسوخ شوند.
(البیع، ۳۶/۴)

افزون بر این همه، عده‌ای از فقهاء 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 تاخه و در بحث وکالت، بر عقد
بودن آن تأکید کرده است:

آنچه که از برخی مسلمانان متأخر - که باکی در مخالفت با امور ضروری فقیهان امامیه
هم ندارند - بر می آید آن است که وکالت از منسخ عقود نیست؛ اما این سخن قابل شنیدن
نیست و نوشتن ردیه هم بر آن، اسراف در کاغذ است! همان (۲۵۱/۲۷)^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 دمی که به او ابلاغ نگردد، باطل
نمی شود. (تعلیقات علی المسکاسب ۲۹۳/۲)

به هر تقدیر، به نظر می رسد مخالفان عقد بودن وکالت و امثال آن از ادنیات، چنین
پنداشته اند که در عقود ادنیه قصد انشاء وجود ندارد بنا بر این 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 بر این می توان عقود اذنی را نیز عقد به شمار آورد.

۱- و ما وقع من بعض متأخري المتأخرين - ممن لا یالی بما هو كالضروری عند الاصحاب من انكار كون
الوكالة من منسخ العقود أصلاً - لا ينفي الاصغاء إليه . بل تسويد الورق فی رده من السرف و التذیر.

نتیجه

۱. برخی از فقهایان و حقوق دانان، عقود را به دو دسته عهدی و اذنی تقسیم کرده اند. عقود اذنی عقودی هستند که ماهیت آن ها به اذن است و واجد هیچ نوع تعهدی نیستند مانند عاریه، ودیعه و وکالت؛
۲. بررسی های متفاوتی در باره عقود اذنی، مطرح است. مهم ترین آن ها، عقد بودن این دسته از عقود است. گرچه مشهور فقهایان، 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 فصولی در این دسته از عقود جریان می یابد؟ دو نظرگاه در بر این پرسش، وجود دارد.
۴. گروهی آن را انکار می کنند به سه دلیل: بی معنا بودن فصولی در عقود اذنی، استناع قبول به کشف در اذنی فصولی و تشکیک در وجود عقود اذنی.
- شماره مقابل، گروهی از فقهایان، فصولی را در عقود اذنی، جاری می دانند و از سه سه دلیل گروه نخست، پاسخ می دهند. طبق نظر اینان، فصولی 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 القصاص، چاپ نهم، قم، دارالبحر، ۱۴۰۲ق.
- ابن حنبل، احمد، المستدرک، جلد ۴، بیروت، دار الصائغ، بی تا.
- آل بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، جلد ۲، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق(ع)، ۱۴۰۲ق.
- انصاری، مرتضی، مکاسب (البیع)، جلد ۲، چاپ اول، قم، باقری، ۱۳۱۵ق.
- جمیری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق عدلی، جلد اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰.
- حسینی، هاشم معروف، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، قم، موسسه تحقیقات و نشر صارف، 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، ۱۳۱۰ق.
- خمینی، سید مصطفی، البیع، جلد ۲، چاپ اول، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ۱۳۷۶.
- خویری، سید ابوالفلس، مصباح الفقاهه، جلد چهارم، چاپ سوم، قم، انتشارات وحدتی، ۱۳۷۱ش.
- مطهری، صادق، تعلیقات علی مکاسب، جلد ۲، چاپ اول، قم، انتشارات انوار الهدی، ۱۳۱۹ق.

جوین احکام و آثار
- موسی، محمد بن
مدرست، ۱۳۱۷ق.
- فاضل لنگرانی، س.
- کلبوری، محمد
آثار امام خمینی، ۱۳۸۰
- کاتبیان، ناصر،
انتشار، ۱۳۸۳.
- کاظمی خراسانی،
نشر اسلامی وابسته
- نایب، محمد
الاسلامی، ۱۳۱۴
-
نشر اسلامی،
- نجفی، محمد
چاپ سوم، تهران

- طوسی، محمد بن الحسن، *الخلافة*، جلد ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۳۱۷ق.

- *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۲، تهران، مکتبه مرتضویه، ۱۳۸۷ق.

- <http://www.j-faaf.com/beta/forum/index.php?page/1>

- فاضل لنکرانی، محمد جواد، *درس خارج فقه*، <http://www.j-faaf.com/beta/forum/index.php?page/1>

- قدیری، محمد حسن، *کتاب البیع*، تقریرات درس امام خمینی (ره)، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۶۸ق.

- کابوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.

- کاظمی خراسانی، محمد علی، *فوائد الاموال*، تقریرات میرزای نائینی، جلد ۱ و ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۳۰۶ق.

- نائینی، محمد حسین، *کتاب المکاسب و البیع*، جلد ۱ و ۲، تقریرات شیخ هاشم آملی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۱۳ق.

- *منیه الطالبه فی شرح المکاسب*، تقریرات خوانساری، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۱۸ق.

- نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۲۲ و ۲۷ و ۳۴، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه آخوندی، ۱۳۶۷.