

نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال دهم، شماره نوزدهم، پاییز و زمستان ۹۸، صفحات ۲۰۳-۲۲۶

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۲/۰۵

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۳/۰۸

بازخوانی جریان احکام فضولی در اعمال حقوقیِ اذنی در فقه و حقوق ایران

حامد خوبیاری^۱

سید محمدصادق طباطبایی^۲

چکیده

وجود مواد مربوط به عقد فضولی در باب قواعد عمومی قراردادها برخی را بر آن داشته که احکام معاملات فضولی قابل تعمیم به تمامی انواع عقود است. اطلاق گزارهٔ پیش‌گفته در مورد عقود اذنی از سوی فقهای متأخر مورد تردید قرار گرفته است. برخی قدرت اذن برای خلق عقد را زیر سؤال برده، تمامی عقود اذنی را نوعی ایقاع و عده‌ای اذن را به جهت رفع حکم تکلیفی حرمت و عدم ایجاد حکم وضعی، واقعهٔ حقوقی دانسته‌اند. این دیدگاه‌ها جریان احکام فضولی در اعمال حقوقی اذنی را با اشکال مواجه کرده است. نگارندگان با تنقیح مفهوم، انواع و آثار اعمال حقوقی اذنی معتقدند اذن در روند تشکیل اراده قسمی از رضا است و چنانچه به قصد انشا ختم شود، مصداق عمل حقوقی خواهد بود. از سوی دیگر، تعمیم جریان احکام فضولی به تمامی اقسام اعمال حقوقی موجب تعارض این باب از قواعد عمومی قراردادها با نظم عمومی خواهد بود. نویسندگان این مقاله برخلاف نظر رایج بین حقوق‌دانان بر این باورند که جریان فضولی در اعمال حقوقی اذنی تنها در صورتی امکان‌پذیر است که اثر عمل فضولی قابل استناد به اذن باشد. برای این منظور موضوع اذن باید مال متعلق به اذن بوده یا آنکه قابلیت استناد به اذن، متعلق قصد طرفین قرار گرفته باشد.

واژگان کلیدی: اذن محض، ایقاع اذنی فضولی، تنفیذ، عقد اذنی فضولی.

h.koubyari@gmail.com
tabatabaei@ase.ui.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان، اصفهان- ایران
۲. دانشیار دانشگاه اصفهان، اصفهان- ایران (نویسنده مسئول)

مقدمه

پرداختن به مباحث پیرامون ماهیت إذن، آثار و اقسام آن، پیچیدگی‌های بخصوصی دارد که متأسفانه از جانب حقوق‌دانان مغفول مانده است. برای مثال حقوق‌دانان مراتب تشکیل اراده را چهار مرحله تصور، تصدیق، رضا و قصد انشا می‌دانند (شهیدی، ۱۳۹۳، ۱۲۹)، اما جایگاه إذن را در این میان مشخص نکرده‌اند. از سوی دیگر برخی از نویسندگان عقود را با توجه به اثر آن‌ها به تملیکی، عهدی و إذن تقسیم کرده‌اند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۲، ج ۱، ۱۵۹ و ۱۶۴)؛ حال آنکه این تقسیم فاقد مبنای یگانه است. اثر دو عقد نخست تملیک یا تعهد است، اما در قسم سوم إذن در عناصر ایجاد عقد است و نه اثر آن. به‌علاوه حقوق‌دانان و فقها بر سر اثر إذن و قدرت آن در انشای امر اعتباری متفق نیستند؛ برخی (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۷، ۳۵۱) آن را موجب حکم وضعی و برخی (غروی اصفهانی به نقل از فصحیحی‌زاده، ۱۳۸۰، ۲۷) آن را موجب حکم تکلیفی دانسته و در نتیجه از دایره اعمال حقوقی بیرون گذارده‌اند. این اضطراب نظر و پراکندگی در مبنا و آثار معامله فضولی نیز وجود دارد. بنابراین نمی‌توان بدون بررسی دقیق پدیده إذن و عقد فضولی، قائل به تسری احکام فضولی در تمامی اقسام إذن شد.

به‌کار بردن اصطلاح عقود إذن، هرچند در بین فقهای متأخر (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ۹۷، خوبی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ۲۱۵، حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ۲۰۳ و خمینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ۲۶۷) امری متعارف محسوب می‌شود، اما در آثار حقوق‌دانان کمتر به‌عنوان قسم عقود عهدی و تملیکی معرفی شده است. چشمگیرترین اثر حقوقی در باب إذن و عقود إذن، جلد دوم «فلسفه حقوق مدنی» نوشته جعفری لنگرودی است. کتاب «إذن و آثار حقوقی آن» تألیف علیرضا فصحیحی‌زاده که از نظر زمانی مقدم بر منبع پیشین بوده، از دیگر آثار مربوط به پیشینه این تحقیق است. در کتب یادشده جریان فضولی در عقود إذن مورد بررسی و اشاره قرار نگرفته و تنها حسین ناصری مقدم و همکاران ایشان در مقاله «جریان احکام و آثار فضولی در عقود إذن»، با تکیه بر کتاب «المکاسب و البیع» علامه نائینی به‌طور مستقیم این موضوع را مطرح کرده‌اند. با وجود این در هیچ‌یک از کتب یادشده، پاسخ پرسش‌های ابتدایی روشن نشده و در مقاله پیش‌گفته، بیشتر به نقد آرای علامه نائینی در باب عقود إذن فضولی از سوی نویسندگان پرداخته شده است.

مشهور فقها و اغلب حقوق‌دانان برای توجیه حکم عدم نفوذ معاملات فضولی، مبنای «فقدان رضا» را انتخاب کرده‌اند تا به این ترتیب احکام فضولی را مانند احکام معامله اکراهی در تمامی عقود مجری بدانند (به نقل از محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ج ۲، ۳۲۹؛ شهیدی، ۱۳۹۱، ۴۳). این تعمیم ناروا سبب شده است تا برخی حقوق‌دانان معامله مال غیر را مغایر نظم عمومی دانسته، جرم‌انگاری آن را از پیشرفت‌های قانون‌گذار ایران بپندارند (وروایی، ۱۳۸۳، ۳۱۳). چنانچه احکام فضولی را در تمامی معاملات جاری بدانیم، این امکان را به فضولی می‌دهیم تا با اثبات قصد خود، از بار تعهدات قراردادی رها شده، اصیل را ناخواسته در برابر کسی قرار دهد که حتی ممکن است او را نشناسد. هدف از تحریر این مقاله کاهش اصطکاک موجود بین نظم عمومی و احکام فضولی در چنین مواردی است؛ به این ترتیب که با تحلیل مبانی و آثار عقد فضولی، با تسری آن به تمام اعمال حقوقی مخالفت خواهد شد. در این راستا ابتدا به طرح مباحث پیرامون اذن از جمله ماهیت، آثار و اقسام آن و سپس به تحلیل مبانی و آثار عقود فضولی خواهیم پرداخت. در نهایت امکان جریان احکام فضولی در اعمال حقوقی اذنی را بررسی خواهیم کرد.

۱. تعریف و ماهیت اذن

فقهای امامیه اذن را از جنبه‌های گوناگون مورد بررسی قرار داده و تقسیم‌بندی‌های متفاوتی را بر مبنای اذن، مورد یا اثر اذن ارائه داده‌اند. اذن در نظر ایشان ممکن است شارع، مالک، ذی‌حق، ولی، متولی وقف، امام، قاضی یا فقیه باشد. آنچه در این نوشتار مد نظر قرار دارد، اذن مالک و ذی‌حق بوده و بررسی سایر تقسیمات از حوصله بحث خارج است.

۱.۱. تعریف

ریشه معنای اصطلاحی اذن اعلام است که بر اثر کثرت استعمال در معانی اعلام رضایت و رخصت نیز به کار رفته است (فصیحی‌زاده، همان، ۲۳). برخی از فقها (حسینی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ۵۰۶) اذن را در باب مسقطات ضمان مطرح نموده و آن را رخصت ذی‌حق در تصرف و اثبات ید دانسته‌اند. تعریف لغت‌دانان از اذن با تعریف فقها منطبق است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۳۴، ۱۶۳)؛ با این تفاوت که علاوه بر رخصت، رفع مانع و فک حجر را در تعریف

اذن وارد کرده‌اند. تعاریف لغوی و فقهی یادشده بر مبنای اثر اذن قرار دارند. حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ۹۴) نیز اذن را تعریف به اثر نموده و آن را «ازالۀ منع قانونی به سود یک یا چند شخص، از جانب شخص ذی‌حق» معنا کرده‌اند. به نظر می‌رسد اذن در تمامی انواع خود به معنای رفع مانع و اعطای اختیار است.

۲.۱. ماهیت

یکی از مهم‌ترین پیچیدگی‌های اذن، کاربردهای مختلف آن در قانون مدنی از جمله مواد ۱۰۸، ۳۳۷، ۵۷۸ یا ۶۴۱ است. نکته قابل توجه آن است که اذن همواره افادۀ اختیار برای مأذون کرده، از این رو تفاوتی بین اذن ابتدایی یا اذن حین عقد وجود ندارد. همین اثر مشترک سبب شده است تا حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۲، ۱۳۷) اذن را در تمامی اشکال خود دارای ماهیت واحد بدانند. اذن ممکن است مقدم بر قصد انشاء، حین عقد یا در مرحله اجرا محقق گردد. اذن مقدم و مؤخر بر عقد را اذن ابتدایی و اذن داخل در مدلول عقد را اذن عقدی نامیده‌اند (الموسوعه الفقهیه، ۱۳۸۱، ج ۸، ۲۷۸). برای اذن مقدم بر عقد می‌توان عقود عینی‌ای را مثال زد که قبض در آنها شرط لزوم است و نه صحت (جعفری لنگرودی، همان، ۱۹۲). اذن در ماده ۱۰۸ قانون مدنی نیز نوعی اذن ابتدایی تلقی می‌شود. اذن مؤخر بر عقد مانند اذن موجر به مستأجر، جهت قبض موضوع اجاره بوده و همین‌طور است در مزارعه و مساقات که اذن به تسلیم زمین از عناصر عقد نبوده، در مقام اجرای عقد صادر می‌شود. از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که اذن در اغلب موارد، وجودی مستقل از عقد دارد. بنابراین ممکن است عقدی به دلایلی (جز آنچه مربوط به اهلیت و ارکان تراضی است) باطل باشد، اما اذن ضمن آن به حیات خود ادامه دهد. ماده ۶۸۱ قانون مدنی که قول به استمرار وجود اذن پس از استعفای وکیل را پذیرفته، مؤید همین استقلال است (الشریف، سعیدی، ۱۳۹۷، ۴۲). با وجود این، حکم یادشده در عقد ودیعه و پس از فسخ هریک از طرفین مورد قبول حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۴، ۴۵) واقع نشده است. در مقبوض به بیع فاسد نیز اذن در قبض وجود مستقل نداشته، در صورت بطلان عقد، کان‌لم‌یکن خواهد بود (ماده ۳۶۶ قانون مدنی).

ماهیت استقلالی اذن و عدم وجود اناطه و توالی ایجاب و قبول در اغلب عقود اذنی، گروهی (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ۹۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۶۵) را به این باور رساند که اذن در همه انواع خود ایقاع بوده، عقود اذنی مصداقی در عالم اعتبار ندارند. برخی دیگر از فقها (نجفی، همان، ۴۰۹)، پیش تر رفته و اذن را از دایره اعمال حقوقی خارج و آن را غیر عقد و ایقاع دانسته‌اند. برخلاف نظر اخیر، حقوق دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ۸۷) برای اذن قائل به قدرت انشای امر اعتباری شده، عمل حقوقی بودن آن را امری مسلم می‌دانند. به این ترتیب، راجع به ماهیت و آثار اذن نظر واحدی وجود ندارد. با بررسی دقیق تر انواع اذن و آثار آن خواهیم دید که نظریات یادشده هر یک به نحوی آینده‌دار حقیقت اذن هستند.

۲. انواع و آثار اذن

اذن در برخی موارد فاقد حکم وضعی بوده، تنها حکم تکلیفی حرمت یا کراهت را از میان برمی‌دارد. این نوع اذن را اذن محض یا مجرد می‌نامیم. از سوی دیگر اذن ممکن است نوعی ایقاع و یا یکی از عناصر سازنده عقد قلمداد شود. در ادامه به بررسی انواع اذن و آثار آن خواهیم پرداخت.

۲.۱. اذن محض (واقعه حقوقی اذنی)

این قسم از اذن به‌طور مستقل از سوی اذن صادر می‌شود؛ بنابراین رد مآذون اثری در وجود آن نخواهد داشت. فقها برای این قسم اذن در خوردن طعام یا سکنی را مثال زده‌اند (محقق کرکی، بی‌تا، ج ۲، ۸). از مثال‌های موجود روشن می‌شود که موضوع اذن محض تصرفات تکوینی است. فقیهان برای آثار اذن محض، جواز تصرف در اثر رفع حرمت یا کراهت (اردبیلی، ۱۳۷۹، ۷، ۴۹۷) و سقوط کفاره (موسوعه الفقهیه، ۱۳۸۱، ج ۸، ۳۰۶) را برشمرده‌اند. نکته قابل توجه آن است که این نوع اذن را از آن‌رو محض دانسته‌اند که با قصد انشا عجین نشده و فاقد اثر اعتباری و حکم وضعی است. با وجود این، شکی نیست که اذن محض از افعال ارادی بوده، به همین دلیل، اذن اذن محجور پذیرفته نیست (نجفی، همان، ۳۸۷). برداشت یادشده از اذن این پرسش را در ذهن خواننده ایجاد می‌کند که رابطه اذن با رضا و قصد انشا در مراحل تشکیل اراده چگونه است؟ برخی از فقهای معاصر (خمینی،

۱۴۱۰ق، ج ۲، ۲۰۷)، بین مفاهیم إذن و رضا قائل به این‌همانی‌اند. این نظر را نمی‌توان پذیرفت، چراکه رضا در اغلب عقود عهده‌ی و تملیکی فاقد عنصر إذن بوده و اگر مانند اجاره، مزارعه، مساقات یا مضاربه، إذن وجود داشته باشد به مرحله‌ی اجرا مربوط است، نه مراحل تشکیل اراده. یکی از حقوق‌دانان (فصیحی‌زاده، همان، ۴۰) تفاوتی را مطرح کرده که این ایراد به آن نیز وارد است؛ به این ترتیب که رضا را یک کیف نفسانی و مربوط به اراده‌ی باطنی دانسته است که چنانچه ابراز گردد، إذن خوانده می‌شود. به نظر می‌رسد إذن مانند اجازه از اقسام رضا بوده و رضا مفهومی اعم از إذن باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۲، ۱۹). بنابراین رضا در اغلب عقود تملیکی دلالتی بر إذن ندارد؛ ولی اگر رضا دال بر إذن باشد و به قصد انشا نرسد، مفید اباحه خواهد بود (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ۵۱۳). تفاوت دیگر رضا و إذن که مربوط به بحث حاضر بوده، آن است که إذن نمی‌تواند مؤخر بر مأذون فیه باشد، اما رضا ممکن است به امری در آینده یا گذشته تعلق گیرد (محسنی، ۱۳۹۰، ۱۷۴).

بنابر مطالب پیش‌گفته، اثر إذن محض اباحه است. همچنین می‌دانیم اباحه حکم تکلیفی بوده و متعلق احکام تکلیفی اعم از ترخیصی و الزامی فعل مکلف است (صدر، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ۵۳). از جمع مقدمات یادشده چنین نتیجه می‌شود که موضوع إذن محض همواره باید فعلی مانند اتلاف یا انتفاع باشد. با توجه به ماهیت واحد إذن، این نتیجه قابل تسری به انواع دیگر إذن است؛ چراکه اثر تمامی آن‌ها اعطای اختیار به مأذون می‌باشد. به نظر می‌رسد إذن در مواد ۱۰۸ و قسمت نخست ماده ۱۲۰ مؤید نتیجه فوق بوده، موجب اباحه باشد. باین‌حال برخی از حقوق‌دانان (کاتوزیان، همان، ۶۵) إذن محض را نوعی ایقاع إذن دانسته‌اند. ایراد این قول، نظر به مقدمات و نتایج پیشین روشن است. ایقاع از آن‌رو که عمل حقوقی محسوب می‌شود نیازمند قصد انشاست؛ حال آنکه به کار بردن واژه «محض» از سوی قانون‌گذار نشان‌دهنده انشایی نبودن این نوع از إذن است.

۲.۲. عمل حقوقی إذن

عمل حقوقی عبارت از ماهیتی است که منحصرأ به اراده‌ی انسان و به هدف تحقق آثار حقوقی آن در عالم اعتبار ایجاد می‌گردد (شهیدی، همان، ۳۳) و نتیجه آن همواره امری اعتباری است (همان، ۴۵). بدون شک عمل حقوقی برای وجود، نیازمند قصد انشا بوده،

چنانچه در مرحله رضا توقف کند، تأثیری در عالم اعتبار نخواهد داشت (محسنی، همان، ۱۵۸). پیش از این دانستیم اذن محض از آن رو که منجر به قصد انشا نمی‌شود، از خلق موجود اعتباری ناتوان است و اثر آن تنها در احکام تکلیفی ظاهر می‌شود. همچنین دیدیم که اثر مشترک اذن در تمامی انواع آن اختیار است. ایجاد اختیار آن گونه که برخی پنداشته‌اند (جعفری لنگرودی، همان، ۱۳۴)، نمی‌تواند به تنهایی اثر وضعی و اعتباری عمل حقوقی اذنی باشد. برای ایضاح بحث نخست باید آثار اعتباری عمل حقوقی اذنی را منقح کنیم.

۱.۲.۲. آثار عمل حقوقی اذنی

بررسی در آثار فقها و تحلیل ماهیت اذن، حاکی از آن است که اذن در مفهوم انشایی خود دارای آثار عام و مشترکی است که البته ممکن است در موارد خاص تأثیر بخصوصی نیز داشته باشد. آثار عام عمل حقوقی اذنی را در سه قسم تقسیم‌بندی کرده‌اند:

الف) صحت تصرفات. اگر تصرفی موقوف بر اذن دیگری باشد، اذن اذن (من له الحق) موجب صحت تصرفات مأذون (من علیه الحق) خواهد بود (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ۳۹۱). این اثر را در اذن ولی برای ازدواج، اذن زوج به زوجه در انتخاب مسکن یا شغل، اذن مرتهن به راهن جهت فروش عین مرهونه و یا اذن متولی در تصرف (ماده ۸۵ قانون مدنی) می‌توان دید. حقوق دانان و فقها در وجود این اثر برای عمل حقوقی اذنی تردید ندارند.

ب) نیابت در تصرفات. این اثر در نوشته‌های برخی فقها (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ۳۱۷) با عنوان ولایت در تصرف مطرح شده است؛ هرچند عده‌ای (حسینی، همان، ۴۱۱) بین مفهوم نیابت و ولایت ناشی از اذن قائل به تفاوت شده‌اند که بررسی آن خارج از حوصله بحث حاضر است. به‌هرحال اغلب فقها (عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ۳۸۴ و ج ۱، ۱۵) در تعریف اعمال حقوقی اذنی اصطلاح استنباه را مطرح نموده و اذن توأم با قصد انشا را مفید نیابت دانسته‌اند. برخلاف اثر پیشین این اثر مورد قبول برخی از حقوق دانان (جعفری لنگرودی، همان، ۳۴) قرار نگرفته است. ایشان برای ردّ اثر نیابت، عقود مضاربه و اجباس را مثال زده‌اند (همان، ۳۵ و ۱۲۲). این اشکال وارد نیست، چراکه اذن در عقود مضاربه و حبس داخل در مدلول قصد انشا نبوده و به این دلیل است که افاده اباحه و اختیار می‌کند، نه

نیابت. برخی دیگر از حقوق دانان عنصر نیابت در عقد ودیعه و عاریه را مورد انتقاد قرار داده و گفته‌اند: «نیابت، تنها در اعمال حقوقی (که جنبه اعتباری دارند) قابل تصور است و در اعمال مادی راه ندارد» (شهبازی، ۱۳۹۳، ۷۰). مقدمه استدلال یادشده مخدوش است، چراکه امکان نیابت در اعمال مادی‌ای که طبیعتاً قائم به شخص نیستند وجود دارد. ماده ۶۶۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست مگر این‌که قرینه‌ی قطعی دلالت بر آن کند». بدیهی است قبض از جمله اعمال مادی قابل نیابت و وکالت بوده که مورد تأیید قانون‌گذار قرار گرفته است. با توجه به عدم توجه ایرادات پیش‌گفته به مفید نیابت بودن إذن، به نظر می‌رسد قصد انشا توأم با إذن را باید موجب نیابت بدانیم. تفاوت اثر نخستین و اخیر عمل حقوقی إذن، در عقود فضولی مراعی و موقوف پدیدار می‌شود که مورد اول نیاز به تنفیذ من له الحق داشته، مورد دوم نیاز به تنفیذ مالک دارد.

ج) ارتفاع ضمان. برخی از حقوق دانان إذن آذن را موجب ارتفاع ضمان و امانی شدن ید مأذون می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۴، ۷). عده‌ای دیگر إذن مجانی مالک را عنصر سازنده ید امانی معرفی کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۱، ۹۳). با وجود این و با توجه به موارد متعدد مطرح در فقه و حقوق باید گفت که وجود إذن با امانت و ارتفاع ضمان ملازمه ندارد. برای مثال در مقبوض به عقد فاسد (ماده ۳۶۶ قانون مدنی) یا مقبوض بالسوم (نجفی، همان، ۷۳)، علی‌رغم وجود إذن، ید متصرف ضمانی است. همین‌طور در مواردی که شخصی به اضطرار مال دیگری را می‌خورد و یا تلف مال در ید صنعتگر^۱، ید مأذون ضمانی تلقی می‌شود (موسوعه الفقهیه، ۱۳۸۱، ج ۸، ۳۱۴). در مواردی که شرط ضمان بر مأذون شده باشد، تردید جدی وارد نبوده و محل مناقشه موردی است که إذن از جانب آذن به نحو اطلاق صادر شود. در این مورد عده‌ای اصل را با توجه به قاعده «علی الید» بر ضمان گذارده و عده‌ای إذن را دال بر امانت می‌دانند (حسینی، همان، ۵۱۵). همان‌طور که پیداست آنان که قائل به عدم ضمان مأذون در حالت اطلاق هستند، نظر به دلالت إذن به نحو فحوی یا شاهد حال دارند. بنابراین به نظر می‌رسد إذن ذاتاً اقتضای امانت ندارد که اگر داشت، شرط ضمان بر مستعیر، شرط خلاف مقتضای ذات عقد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۹۹).

۱. مال المأکول فی المخصمه و المال التالف فی ید الصانع.

علاوه بر موارد پیش گفته، آثار بخصوصی بر اذن در موارد خاص از قبیل اذن پزشک، قاضی یا حاکم بار می‌شود که بررسی آن‌ها، خلاف رعایت اختصار است. اعمال حقوقی اذنی، مانند سایر اعمال حقوقی، منقسم به عقد و ایقاع بوده و اعتبار طبیعت ثالثه برای برخی از آن‌ها فرضی است که با منطبق حقوق سازگار نبوده و مخالف نظر اغلب حقوق دانان است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۴، ۳۰۳). در ادامه به بررسی آثار عقود و ایقاعات اذنی خواهیم پرداخت.

۲.۲.۲. عقود اذنی

از یک سو اثر مشترک انواع اذن، اعطای اختیار بوده و از سوی دیگر ماده ۱۸۳ قانون مدنی مقرر داشته است: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». تغایر موجود بین تعهد و اختیار، همچنین اطلاق واژه عقد در آیه شریفه «وفوا بالعقود» موجب شده است تا برخی (نائینی، همان، ۸۱)، عقود اذنی را به جهت لازم‌الوفاء نبودن از دایره قراردادهای خارج بدانند. روشن است که در هیچ یک از عقود اذنی، صرف قبول طرف ایجاب برای وی موجب تعهد نخواهد بود و تعهدات وی در اثر تصرفات اوست. از همین رو در عرف معاملات، قبول وکالت دیگری به معنای تعهد به انجام موضوع وکالت نیست. برای مثال شخصی که وکیل در فروش خودرو یا ماشین شخصی دیگر می‌شود، تنها اختیار معامله را به دست می‌آورد و تعهدی به فروش موضوع وکالت ندارد؛ چراکه اختیار وی مانع اعمال حق موکل نمی‌شود (فصیحی‌زاده، ۱۳۹۳). با وجود تردید یادشده، قانون مدنی در مواد ۶۰۷، ۶۳۵ و ۶۵۶، ودیعه، عاریه و وکالت را موجب اثر اعتباری و در زمره عقود دانسته است. با وجود این، پذیرش وجود عقود اذنی با دو اشکال عمده روبروست. می‌دانیم ایجاب و قبول، ارکان عقد بوده و از شرایط صحت ارتباط آن‌ها توالی و اناطه است (قنوتی، ۱۳۸۳، ۴۴۸ و ۴۵۷)، اما برخی از جلوه‌های عقود اذنی مانند وکالت فاقد این عناصرند. به عبارت دیگر قصد انشایی که در عقد به کار می‌رود قصدی است که خودبه‌خود نمی‌تواند یک موجود اعتباری را به وجود نهایی برساند، بلکه انشای ایجاب‌کننده اثر عقد را به وجود اقتضایی در ظرف اعتبار ایجاد می‌کند و اثر قبول این است که آن موجود اقتضایی را به مرحله وجود نهایی می‌رساند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ۶۰). با این حال در نظر بگیرید زوجی پس از ازدواج و بدون اطلاع، زوجه را وکیل در طلاق

کرده، بعد از بیست سال مفقودالاثر می‌شود. زوجه پس از بیست سال از وکالت آگاهی می‌یابد. بدون شک در اینجا توالی عرفی و اناطه ایجاب زوج به قبول زوجه وجود ندارد، اما وکالت صحیح تلقی می‌شود. این تعارضات موجب اضطراب مواد قانون مدنی در باب وکالت شده است (تعارض مواد ۶۵۷ و ۶۸۱).

برخی از فقها (نجفی ایروانی، ۱۳۸۴، ج ۱، ۸۹) قبول در عقود را نیازمند قصد انشا ندانسته و به این ترتیب تفاوتی بین عاریه، بیع یا رهن قائل نشده‌اند. این تحلیل هرچند می‌تواند در حل ایرادات اناطه و توالی در عقود اذنی مؤثر باشد، اما مغایر با تعریف یادشده از عقد و همچنین ماده ۱۹۱ قانون مدنی است. راه‌حل دیگر آن است که در تعیین استقلال و وابستگی قصد انشا، نه قصد طرفین که تصمیم نهایی قانون‌گذار را مد نظر قرار دهیم. بنابراین آنجا که قانون برای ایجاد عمل حقوقی قبول را ضروری می‌بیند، ماهیت عمل حقوقی عقد خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۷۵) و این ارتباطی به قصد اناطه ایجاب به قبول از سوی موجب ندارد. درستی این تحلیل مستلزم پذیرش تقدم وجودی قانون بر اعمال حقوقی است، چراکه نتیجه آن عدم وجود عقد یا ایقاع پیش از تصمیم قانون‌گذار است که البته قابل پذیرش نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ۸). دوسوگرایی قانون‌گذار در برخورد با عقد وکالت، مؤید این نظر است که اگر قصد انشای موجب مستقل نبوده و منوط به قبول طرف باشد، ماهیت عمل حقوقی، عقد (ماده ۶۵۷) و در غیر این صورت ایقاع (ماده ۶۸۱) خواهد بود. برای مثال در عقد ودیعه به دلیل وجود تراضی بین طرفین، از بین رفتن عقد، نیابت و امانت مالکانه را نیز از بین خواهد برد (نجفی، همان، ۹۷) و این برخلاف حکم ماده ۶۸۱ در باب وکالت است. بنابراین اعمال حقوقی اذنی در صورت وجود تراضی، عقد بوده و در غیر این صورت ایقاع است. از نوشته‌های برخی حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ۱۳۹) نیز تأیید این نتیجه برمی‌آید. شایان ذکر است اثبات عقد بودن عاریه یا وکالت در قانون مدنی مستلزم انتفای ادعای یادشده نخواهد بود.

۳.۲.۲. ایقاع اذنی

برخلاف ایقاع تملیکی و عهدی، نفوذ ایقاعی که از آن اباحه برخیزد و به اختیار دیگران بیفزاید، با هیچ مشکلی روبرو نیست (کاتوزیان، همان، ۶۵). بسیاری از حقوق‌دانان

(فصیحی‌زاده، همان، ۳۰) شأن ابتدایی اذن توأم با قصد انشا را ایقاع دانسته‌اند که در صورت وجود شرایط دیگر از قبیل اناطه و تراضی به عقد مبدل می‌شود. برای مثال وکالت اساساً نوعی ایقاع است، اما چنانچه به دلیلی از قبیل ذکر اجرت، نیاز به تراضی پیدا کند، عقد خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۶۷). به این ترتیب، برخلاف ماهیت اذن محض و عقود اذنی، در مورد وجود ایقاعات اذنی، تردید جدی میان فقها و حقوق‌دانان به چشم نمی‌خورد. پس از شناخت نسبی انواع و آثار اذن، باید به بررسی اجمالی عمل حقوقی فضولی و آثار آن پرداخت. در قسمت بعد به دلیل وجود مباحث مفصل و پرمغز در کتب فقهی و حقوقی، تنها به بررسی آنچه مربوط به بحث حاضر است اکتفا خواهیم کرد.

۳. عمل حقوقی فضولی

عقد فضولی عقدی است که غیرمالک بدون اذن از طرف «کسی که به اذن او نیاز است»^۱ انجام می‌دهد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸، ج ۲، ۴۹). مشهور فقها و اغلب حقوق‌دانان عقد فضولی را از آن رو که دارای تمامی شرایط صحت عقد است صحیح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۰۲). از طرف دیگر به نظر ایشان، صحت بیع فضولی لزومی نبوده و تأهلی است. به همین دلیل علی‌رغم ایجاد اثر، تمامی آثار عقد نافذ بر آن بار نمی‌شود (موسوی بجنوردی، همان، ۴۹). جریان فضولی در ایقاعات و وقایع حقوقی با تردید جدی روبروست؛ به همین دلیل در فقه، مبانی و آثار فضولی با محوریت عقد مورد بررسی قرار گرفته است. ما نیز در ابتدا مبانی و آثار فضولی را ذیل عنوان عقد فضولی منقح کرده، سپس در بخش آخر به جریان فضولی در انواع اذن خواهیم پرداخت.

در تبیین حکم عدم نفوذ معاملات فضولی، فقهای متقدم و برخی از متأخرین، نظریه فقدان رضا را در قالب‌های «رضای تقدیری» و «شرط متأخر»، مطرح ساخته‌اند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ج ۲، ۳۲۹). رضای تقدیری از آن رو که رضایت باطنی مالک را در حین عقد شرط می‌داند با نص ماده ۲۴۷ قانون مدنی در تعارض است. پذیرش نظریه «شرط متأخر» نیز مستلزم آن است که تنفیذ را رضای ساده تلقی کنیم و نه امر انشایی (صفار،

۱. من یحتاج الی اذنه.

۱۳۹۱، ۳۲)؛ حال آنکه می‌دانیم برای استناد آثار عقد به مالک، رضای ساده کفایت نمی‌کند. همان‌طور که در عقد وکالت و برای ایجاد نیابت، نیاز به قصد انشا است، برای مستند شدن آثار عقد به موکل، رضای ساده کافی نیست. مهم‌تر آنکه قائلان نظریه شرط متأخر، فرض یادشده در ماده ۲۵۴ قانون مدنی را صحیح و نافذ می‌دانند (خمینی، ۱۴۱۸ق، ۵۹۷). پس به نظر می‌رسد قانون مدنی با حکم به عدم نفوذ این فرض، هیچ‌یک از انواع نظریات «فقدان رضا» را نپذیرفته است. با وجود این، نظریه «فقدان رضا» را می‌توان در مورد معامله مال متعلق حق غیر (عقود فضولی مرعی) پذیرفت؛ چراکه در آن عقود، تنفیذ جنبه انشایی ندارد و عقد از زمان انعقاد مستند به مالک است. برخی از فقهای متأخر (موسوی خویی، ۱۳۷۷، ج ۴، ۱۲) به این تفصیل اشاره کرده، آن را قابل قبول می‌دانند. به این ترتیب به نظر می‌رسد قانون‌گذار مدنی با کافی ندانستن رضایت مالک برای نفوذ معامله، قصد انشای فضول را برای تحقق عقد کافی پنداشته، دلیل عدم نفوذ را عدم استناد آن به مالک می‌داند. ما نیز در این نوشتار از نظریه «استناد به مالک» به‌عنوان مبنای عدم نفوذ معاملات فضولی در حقوق ایران استفاده خواهیم کرد.

با توجه به آنچه گفته شد، عقد فضولی باید قابلیت تنفیذ و استناد به مالک را داشته باشد. با بررسی منابع فقهی و حقوقی می‌توان گفت: الف) در مواردی که فضولی عین متعلق به غیر را معامله می‌کند، استناد اثر عقد به غیر، منطقی است (خمینی، همان، ۴۲۶). اما ب) چنانچه در عقد فضولی، فضول نامی از غیر نبرد و صرفاً تعهد یا إذن ثالث را موضوع معامله قرار دهد، عقد قابلیت استناد به غیر را ندارد و اثر عقد در قالب تعهد به فعل ثالث، به فضول مستند خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ۱۰۸). با وجود آنچه گفته شد، ج) اگر فضول قصد نمایندگی خود را افشا کند یا وکیلی خارج از حدود إذن اقدام به معامله نماید، قابلیت استناد اثر عقد به غیر، متعلق قصد اصیل و فضول قرار گرفته، از این رو حقی برای غیر در تنفیذ معامله ایجاد می‌شود. در غیر این صورت د) اگر وکیل واقعاً قصد معامله برای غیر را داشته باشد، ولی آن را پنهان کند، جز در مواردی که موضوع معامله عین متعلق به غیر است، قرارداد به دلیل عدم مطابقت ایجاب و قبول، باطل و غیرقابل استناد به مالک خواهد بود (قنواتی، همان، ۲۳۷). بنابراین به نظر می‌رسد در حقوق ایران معاملات فضولی تنها در مواردی که قصد نمایندگی خود را فاش سازد، یا آنکه به عین متعلق به دیگری معامله کند،

قابل تنفیذ است. به همین دلیل برخی فقها (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ۴۲۷) جواز تنفیذ را به صراحت از آثار مالکیت دانسته‌اند. در قانون مدنی نیز موادی که جهالت اصیل نسبت به فضولی بودن معامله را می‌پذیرد، به مواردی اختصاص دارند که موضوع معامله مال متعلق به غیر باشد؛ از جمله در ایفای ناروا (ماده ۳۰۴) و غصب (ماده ۳۲۵) که شرط تصرف، ظهور در عین معین بودن مال مورد معامله دارد و همین‌طور ماده ۲۶۳ قانون مدنی که ذیل معامله مال غیر مطرح شده است.

۴. جریان فضولی در اعمال حقوقی اذنی

پیش از این مقدمات، بحث حاضر را در قالب شناسایی اذن و عمل فضولی مطرح کردیم و مبنای منتخب برای پذیرش معاملات فضولی را نظریه استناد به مالک دانستیم. قبل از ورود به بحث، یادآوری این نکته لازم است که امکان وجود عقد اذنی فضولی از نگاه آنان که مبنای معاملات فضولی را فقدان رضا می‌دانند غیرممکن است؛ چراکه دیدیم اذن برخلاف رضای ساده نمی‌تواند مؤخر بر عمل بوده، حتماً باید ضمن یا پیش از عمل واقع شود. بنابراین رضایت بدون دلالت بر اذن نمی‌تواند موجب تنفیذ عقود اذنی باشد. این نتیجه منطقی در باب اعمال حقوقی اذنی اکراهی از سوی بسیاری از حقوق‌دانان (فصیحی‌زاده، همان، ۱۰۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۱۹۷) پذیرفته شده است. ایشان معتقدند اذن ناشی از اکراه، باطل بوده و به همین دلیل، هرچند قصد انشا قابل تنفیذ است، اما مدلول آن (اذن) امکان تنفیذ ندارد. فقها (نجفی، همان، ۱۰۱) نیز در مورد عقد ودیعه اکراهی، قبول مکره پس از اکراه را موجب انعقاد عقد جدید می‌دانند و نه تنفیذ عقد سابق، به همین دلیل بر استمرار قصد تأکید کرده‌اند. با انتخاب نظریه استناد به مالک به‌عنوان مبنای معاملات فضولی، تفاوتی در عقد فضول برای خود یا برای مالک وجود ندارد؛ چراکه مهم، وجود قصد انشای فضول و قابلیت استناد اثر آن به اذن است. تکرار این مسئله لازم است که تنها عقود قابلیت استناد به مالک را دارند که یا موضوع آن‌ها، مال مربوط به اذن بوده است یا طرفین انعقاد عقد برای اذن را متعلق قصد خود قرار داده باشند.

۱.۴. جریان فضولی در اذن محض

دیدیم که اذن محض تنها موجب ارتفاع حکم تکلیفی حرمت و کراهت بوده، به دلیل عدم ارتباط با قصد انشاء، واقعه حقوقی شمرده می‌شود. گزاره یادشده ما را با این پرسش روبرو می‌کند که آیا جریان فضولی در وقایع حقوقی جریان پیدا می‌کند یا خیر؟ واقعه حقوقی را رویدادی می‌دانند که به وسیله انسان (به‌طور ارادی یا غیر ارادی) و یا عامل دیگر در عالم خارج تحقق یافته و دارای اثر حقوقی باشد (شهیدی، همان، ۳۳). وجه تمایز اعمال حقوقی و وقایع حقوقی، قصد انشاء در اعمال حقوقی است و دیدیم که همه مبانی معامله فضولی (فقدان رضا و استناد به مالک)، وجود قصد انشاء فضول را امری مسلم انگاشته‌اند (محقق داماد و همکاران، همان، ۳۳۱). به این ترتیب در نگاه نخست می‌توان گفت احکام فضولی تنها مربوط به اعمال حقوقی است و نه وقایع حقوقی.

با وجود آنچه گفته شد، امکان جریان احکام فضولی در وقایع حقوقی نیابت‌پذیر، حکمی عقلایی است (ناصری مقدم، ۱۳۹۱، ۱۶۶). بدون شک برخی از اعمال مادی از قبیل قبض و تسلیم، ارادی و قابل نیابت هستند. قانون‌گذار مدنی نیز در ماده ۶۶۵، قبض ثمن را امری نیابت‌پذیر دانسته است. برخی از فقها با اشاره به این تفصیل، قابل نیابت بودن برخی از اعمال مادی را پذیرفته‌اند، ولی تأکید کرده‌اند که اعمالی از قبیل ضرب و قبض، هرچند نیابت‌پذیرند، اما قابل اجازه و تنفیذ نیستند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ۲۱۲). دلیل ایشان عدم وجود قصد انشاء در وقایع حقوقی است. با وجود این در قانون مدنی موادی به‌چشم می‌خورد که این‌گونه اعمال مادی را قابل تنفیذ دانسته‌اند. ماده ۲۶۰ قانون مدنی مقرر داشته است: «در صورتی که معامل فضولی، عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله، قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع به طرف دیگر نخواهد داشت». در این ماده، قبض عوض از سوی قانون‌گذار قابل تنفیذ قلمداد شده است. شایان ذکر است حقوق‌دانان بر واقعه حقوقی بودن قبض در غیر عقود عینی اتفاق نظر دارند (صفر، ۱۳۸۹، ۱۵). همچنین در ماده ۶۲۱ می‌خوانیم: «اگر مال ودیعه قهراً از امین گرفته شود و مشارالیه قیمت یا چیز دیگری به‌جای آن اخذ کرده باشد باید آنچه را که در عوض گرفته است به امانت‌گذار بدهد ولی امانت‌گذار مجبور به قبول آن نبوده و

حق دارد مستقیماً به قاهر رجوع کند». با وجود أخذ قهری قاهر، موضوع این ماده اعم از اعمال و وقایع حقوقی است. برخی از حقوق‌دانان به صراحت این ماده را ذیل عنوان فضولی قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۴، ۶۳). به این ترتیب به نظر می‌رسد از آن رو که قبض به خودی خود آثار حقوقی و اعتباری (ضمانت) دارد، هرچند بدون قصد انشاء، می‌تواند قابل تنفیذ از سوی مالک عوض باشد (خمینی، همان، ۴۲۷). این نظر با تعمیم متعلق نظریه استناد به مالک به مواردی اعم از آثار عقد می‌تواند تأثیر مفیدی در تحلیل منظور قانون‌گذار داشته باشد. تأکید این نکته لازم است که پذیرش قابلیت تنفیذ در مورد اعمال مادی نیابت‌پذیر، مطابق با منطق بوده و حتی در حقوق کشورهای حوزه کامن‌لا نیز پذیرفته شده است (Burdick, 2000, 145).

آنچه گفته شد تنها در مورد اعمال مادی است که به دلیل ارتباط آن‌ها با اموال، موجب احکام وضعی (از قبیل ضمانت) می‌باشند. در صورتی که فعل متصرف تنها موجب حکم تکلیفی باشد، جریان احکام فضولی با ایراد مواجه بوده، امکان‌پذیر نیست؛ چراکه جریان کشف در حکم تکلیفی عقلاً ممتنع است (موسوی خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ۲۸). کلام یکی از فقهای معاصر (تقریرات درس هاشمی شاهرودی، ۱۵ دی ۱۳۹۳)^۱ در این زمینه، مؤید این مطلب است: «... ولی در زمان بعد از اجازه حکم می‌شود که از اول منتقل شده است و این دو حکم وضعی به ملکیت یک مال در یک‌زمان، از آنجا که خود حکم‌های وضعی در دو زمان هستند؛ اشکال ندارد و مصلحت در خود این دو اعتبار وضعی است و می‌خواهد آثاری را بر خود این حکم وضعی - که متعدد و در دو زمان است - بار کند و در متعلق آن که واحد است؛ نیست. ولیکن در احکام تکلیفی، این معقول نیست و نمی‌شود؛ متعلق واحد در زمان واحد هم مصلحت غالبه داشته باشد و هم مفسده غالبه (نمی‌تواند متعلق دو حکم اباحه و وجوب قرار گیرد)». به این ترتیب هرچند می‌توان مالکیت منافع مالی را امروز برای «الف» اعتبار کرد و بعداً شخص دیگری را مالک منافع همان روز شناخت، نمی‌توان عملی را «امروز» بر شخصی حرام و بعداً عمل آن روز را بر او مباح دانست. فقها (حسینی، همان، ۵۰۸) نیز امکان تنفیذ را در احکام وضعی مفید دانسته، در احکام تکلیفی بلا موضوع می‌دانند.

۱. آخرین مشاهده در تاریخ ۲۳ بهمن ۱۳۹۸:

۲.۴. جریان فضولی در عقود إذنی

برخی از مخالفان جریان احکام فضولی در عقود إذنی، در وجود عقد اذنی ایراد کرده‌اند که با توجه به توضیحات یادشده راجع به عقود إذنی قابل پذیرش نیست. پذیرش فضولی در عقود إذنی با ایرادات دیگری نیز روبروست که عیناً قابل طرح برای پذیرش ایقاع إذنی فضولی می‌باشند. بنابراین دفع ایرادات زیر در تحلیل وضعیت ایقاع إذنی فضولی نیز راهگشا خواهد بود.

الف) اجازه مجیز علت تامه اثر است. یکی از فقهای متأخر برای فضولی قلمداد نمودن عقد، دو شرط را ذکر کرده‌اند: ۱. فعل علت تامه اثر نباشد. بنابراین ایقاع دین از جانب غیرمدیون و ضمانت از غیر هرچند دخالت در اموال سایرین است، اما فضولی قلمداد نمی‌شود. ۲. اجازه مجیز علت تامه اثر نباشد (نائینی، همان، ۲۱۲)؛ توضیح آنکه متعلق اجازه باید عمل ناقصی باشد که دارای صحت تأهلی است. چنانچه اجازه فی نفسه علت تام باشد و به امر دیگری ملحق نشود، نمی‌تواند به معنای تنفیذ به کار رود. فقها (خمينی، ۱۳۷۶، ج ۲، ۱۸) برای موردی که اجازه علت تامه اثر است، ایقاعات و عقود إذنی را مثال زده‌اند که البته نشان از ایقاع انگاشتن عقود إذنی در نزد ایشان دارد. در گذشته ثابت کردیم که مفهوم عقد إذنی مفهومی انتزاعی نبوده و در عالم اعتبار دارای مصداق است. فقهای معاصر نیز بین اذن و عقود إذنی قائل به تمییز شده، عقود إذنی را به دلیل عقد بودن، موضوع احکام فضولی قرار داده‌اند (خمينی، ۱۴۱۸ق، ۴۲۸). مخالفان امکان تنفیذ عقود إذنی بر این باورند که اجازه شخص به خودی خود سازنده وکالت، ودیعه یا عاریه است. این ایراد را در قسمت ایقاع إذنی فضولی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

ب) امتناع کاشفیت در عقود إذنی. فقها معتقدند محل نزاع در فضولی، صورتی است که اجازه قابلیت اتصاف به کشف و نقل را داشته باشد (خمينی، همان، ۴۷۷). برخی از ایشان (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ۴۴۶) از این موضوع استفاده کرده و در مسئله وکالت گفته‌اند: «رضای حاصل از اجازه، کاشف از تحقق مضمون عقد از حین وقوعش است؛ ولی در عقود إذنی که منشأ در آنها، نفس اذن و رضا است، چیزی به جز نقل معقول نیست». این ادعا صحیح نیست. چرا نتوان در عقود إذنی قول به کشف را پذیرفت؟ دیدیم که متعلق اذن

همواره فعل مأذون است. با وجود این در اغلب اعمال اِذنی، موضوع عمل مأذون مال متعلق به آذن بوده و تصرف در مال غیر، موجب آثار وضعی از قبیل ضمانت است. علاوه بر آن در فرض حاضر، عقدی توأم با قصد انشا وجود دارد که قطعاً آثار آن از جمله نیابت و صحت تصرف، قابل استناد به مالک است. همچنین دیدیم که اِذن مطلق در اغلب موارد به کمک قرائن بر امانت دلالت دارد. حال اگر فضول، ضمن عقد اِذنی فضولی تصریح به امانت نماید یا از اوضاع و احوال چنین برداشت شود، اثر وضعی ارتفاع ضمان را نیز به همراه خواهد داشت. چنانچه مبنای عدم نفوذ عمل فضول را فقدان رضا بدانیم، انتقادات وارده صحیح خواهد بود، اما جالب آنکه منتقدان جریان کشف در عقد اِذنی فضولی، خود از بنیان‌گذاران نظریه استناد به مالک و مخالفان نظریه فقدان رضا هستند.

۳.۴. جریان فضولی در ایقاعات اِذنی

پذیرش فضولی در ایقاعات با ایرادات بسیاری از سوی حقوق‌دانان و فقها مواجه بوده است. نگاه ابتدایی به مواد قانون مدنی و عدم جریان فضولی در ایقاعاتی از قبیل طلاق (برگرفته از ماده ۱۱۳۵ و ۱۱۳۶) یا وصیت (ماده ۸۴۳ در صورت ایقاع دانستن آن)، سبب جدی‌تر شدن تشکیک در وجود ایقاعات فضولی شده است. به علاوه چنانچه معتقد به نظریه فقدان رضا به عنوان مبنای عقد فضولی باشیم باید ابرای فضولی را مانند ابرای اکراهی باطل قلمداد کنیم (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۲، ۲۵۷). جدی‌ترین دلیل فقها (انصاری، همان، ۳۴۶) برای بطلان ایقاعات فضولی اجماع است. استناد به اجماع از سوی برخی فقها مورد انتقاد قرار گرفته (فصیحی‌زاده، ۱۳۹۵، ۱۹۲) و تعمیم مواد قانون مدنی به همه انواع ایقاع تعمیمی نارواست. بطلان طلاق فضولی را می‌توان در راستای حمایت از خانواده قلمداد کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۱۶۰) و بطلان وصیت فضولی نیز از اقتضائات ماهیت وصیت است؛ بنابراین نمی‌توان آن را به سایر ایقاعات تعمیم داد. توضیح آنکه مالک در اثر تنفیذ، عمل را به خود مستند می‌کند، درحالی که ماده ۸۲۶ قانون مدنی وصیت را معلق بر فوت موصی می‌داند. در موضوع مورد بحث موصی (تنفیذکننده عقد) زنده بوده، وصیت معلق بر فوت فضول خواهد بود.

برای ردّ ایقاعاتِ اذنی فضولی، ایراداتی را مطرح کرده‌اند که گاه با ایرادات وارد بر عقود اذنی فضولی هم‌پوشانی دارد. بعضی از ایرادات نیز به‌طور کلی متوجه ایقاع فضولی بوده و ناظر به بطلان آن است. در ادامه به تحلیل جداگانه این ایرادات خواهیم پرداخت و نتیجه می‌گیریم که فضولی در ایقاعات اذنی قابل اعمال است؛ مگر آنکه امری مانع این جریان باشد.

الف) اجازه مجیز علت تامه اثر است. همان‌طور که گفته شد برخی از فقها معتقدند تنفیذ در ایقاعات اذنی علت تامه اثر است. ایشان با ایقاع پنداشتن عقود اذنی، جریان فضولی در این دسته از عقود را مورد تردید قرار داده بودند. در همین راستا برخی (حائری، همان، ۲۰۳) امکان تنفیذ در برخی ایقاعات را به معنای انشای ایقاع جدید می‌دانند و نه تنفیذ به معنای واقعی. چنانچه بپذیریم که تنفیذ استناد اثر عمل حقوقی به آذن است، چه دلیلی بر تفکیک قصد انشا در عقود و ایقاعات وجود دارد؟ در پاسخ می‌توان گفت در لحظه انعقاد عقد از خلال به‌کار بردن الفاظ دال بر انشای نوعی معاهده و قرار بین طرفین عقد فضولی شکل می‌گیرد، اما در ایقاع، انشای یک‌جانبه، مانع از تشکیل عهد و قرار می‌شود (امیرخانی و همکاران، ۱۳۹۴، ۱۶)؛ بنابراین پس از انشا چیزی برای الحاق اجازه به آن باقی نمی‌ماند. این ایراد قابل دفع است، چراکه دیدیم عمل حقوقی به قصد انشا محقق می‌شود و مشهور فقها (نجفی، همان، ۲۷۶) معتقدند در انشا مباشرت مالک شرط نیست. بنابراین اعمال حقوقی اعم از عقد و ایقاع، بدون نیاز به مباشرت مالک و با قصد انشای فضول، واجد امر اعتباری شده، این امر اعتباری علی‌القاعده قابلیت استناد به مالک را خواهد داشت (خمینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ۱۲۸).

ب) امتناع کاشفیت در ایقاعات. برخی از حقوق‌دانان (شهیدی، ۱۳۹۰، ۱۴۵) معتقدند که «رضا به‌عنوان یک شرط برای تحقق هر عمل حقوقی ضروری است و مقتضای عادی این وضعیت، بطلان ایقاع فضولی و عدم تأثیر رضای بعدی است». ایشان ابرا را مثال زده، امکان کاشفیت تنفیذ را امری غیرمنطقی می‌دانند. با وجود این به‌نظر می‌رسد هر جا موضوع متعلق اذن، مال مربوط به آذن باشد یا ارتباطی به اموال آذن پیدا کند، فرض جریان احکام فضولی ممکن است. در فرض ابرا چنانچه دین مشمول خسارت تأخیر تأدیه شده باشد و

دائن تمایل به ابرای اصل دین داشته باشد، تنفیذ ابرای فصولی و ابرای جدید تفاوت بسیاری باهم دارند. با توجه به آنچه در قسمت کاشفیت در عقود اذنی گفته شد، به نظر می‌رسد امکان کاشفیت تنفیذ در ایقاعات با اشکال جدی روبرو نباشد.

ج) تعلیق‌پذیر نبودن ایقاعات. برخی فقها (موسوی خوئی، ۱۳۷۷، ج ۴، ۵) در استدلال به بطلان ایقاع فصولی، به عدم قابلیت ایقاع برای قبول تعلیق نسبت به اجازه اشاره داشته‌اند. این ایراد نیز به ایقاعات اذنی اختصاص نداشته و از سوی بسیاری از حقوق‌دانان (حسینی مقدم، ۱۳۸۷، ۱۷۳؛ کاتوزیان، همان، ۴۷) مورد تردید واقع شده است. جالب آنکه آن دسته از فقها که عقود اذنی را ایقاع می‌دانستند، جریان تعلیق در عقود اذنی را برخلاف عقود تملیکی به صورت کامل پذیرفته‌اند (حسینی مقدم، همان، ۲۳۱). حکم یادشده در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی در مورد طلاق معلق را نیز نمی‌توان به سایر انواع ایقاعات تسری داد؛ چراکه در برابر طلاق، ایقاعاتی از قبیل وصیت و نذر وجود دارند که ذاتاً معلق تلقی می‌شوند.

نتیجه

با وجود تلاش‌های حقوق‌دانان و فقها، ماهیت اذن از حیث عمل حقوقی یا واقعه حقوقی بودن هنوز روشن نیست. ما در این تحقیق، اذن را در تمامی انواع خود دارای ماهیت واحد دانستیم و سپس با بررسی جایگاه اذن در روند تشکیل اراده، آن را قسمی از انواع رضا قلمداد کرده‌ایم. به این ترتیب هرگاه اذن به قصد انشا ختم شود، مفید عمل حقوقی و چنانچه در مرحله رضایت متوقف گردد، تنها موجب حکم تکلیفی اباحه بوده، به نوعی واقعه حقوقی تلقی می‌شود. از سوی دیگر مبنای معاملات فصولی را مورد بررسی قرار داده و نتیجه گرفتیم که برخلاف نظر مشهور، نظریه فقدان رضا در قانون مدنی پذیرفته نشده و نظریه استناد به مالک مورد قبول واقع شده است. به علاوه برای غیر نافذ تلقی کردن عمل فصول، عقد باید به واسطه موضوع آن یا قصد طرفین، قابلیت استناد به مالک را داشته باشد و در غیر این صورت باطل خواهد بود. با توجه به این مقدمات، نتیجه بحث روشن است؛ در اذن محض که نوعی واقعه حقوقی قلمداد می‌شود، اصل بر عدم جریان فصولی است؛ هرچند قانون مدنی در مواد ۲۶۰ و ۶۲۱ جریان احکام فصولی در وقایع حقوقی را ممکن دانسته است. جریان فصولی در اعمال حقوقی نیز با ایراداتی روبرو بود. برخی در وجود عقود اذنی

تردید کرده بودند و عده‌ای إذن را با کشف مانعه‌الجمع می‌دیدند. تشکیک در وجود ایقاع فضولی، فارغ از إذن، تملیکی یا عهده‌ی به‌صورت جدی‌تری مطرح بود. عده‌ای نیز ایقاع را اساساً قابل تعلیق برای ملحق شدن به تنفیذ نمی‌دانستند. در این نوشتار ایرادات یادشده را طرح و به تفکیک برای پاسخگویی و تحلیل آن‌ها تلاش کردیم. درنهایت با توجه به ماهیت انشایی اعمال حقوقی و کفایت قصد انشای فضول، برای استناد اثر آن به مالک، فضولی را قاعدتاً در ایقاعات و عقود إذن‌ای که با اموال آذن در ارتباط است قابل اجرا دانستیم.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

۱. اردبیلی (مقدس اردبیلی)، احمدبن محمد (۱۳۷۹)، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الأذهان*، جلد هفتم، چاپ سوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲. امیرخانی، شکبیا؛ باقری، احمد؛ امام، محمدرضا (۱۳۹۴)، «ایقاع فضولی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، دوره هفتم، شماره ۱۳.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، *کتاب المکاسب*، جلد پنجم، چاپ اول، قم: تراث الشیخ الأعظم.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، *الفارق*، جلد اول، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، *دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، جلد اول، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، *حقوق تعهدات*، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد دوم، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، *قوه قدسیه*، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۱۱. حائری، کاظم (۱۴۲۳ق)، *فقه العقود*، جلد دوم، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۲. حسینی مقدم، سید عسکری (۱۳۸۷)، *تعلیق در قراردادها*، چاپ اول، قم: بوستان کتاب.
۱۳. حسینی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، *العناوین الفقهیة*، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۴. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ق)، *قواعد الأحکام*، جلد اول، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۵. خمینی، روح الله (۱۴۱۰ق)، *کتاب البیع*، جلد دوم، چاپ چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۶. خمینی، روح الله (۱۴۱۸ق)، *کتاب البیع*، تقریر محمدحسن قدیری، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).

۱۷. خمینی، مصطفی (۱۳۷۶)، *البیع*، جلد دوم، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
۱۸. خمینی، مصطفی (۱۳۷۶)، *خيارات*، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
۱۹. خوبی، محمدتقی (۱۴۰۹ق)، *الشروط و التزامات التبعة فی العقود*، جلد اول، چاپ اول، بیروت: دار المورخ العربی.
۲۰. زبیدی، مرتضی (۱۴۱۴ق)، *تاج العروس*، جلد ۳۴، چاپ اول، بیروت: دارالفکر.
۲۱. شهیازی، محمدحسین (۱۳۹۳)، *مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*، چاپ اول، تهران: میزان.
۲۲. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، *سقوط تعهدات*، چاپ ششم، تهران: مجد.
۲۳. شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ ششم، تهران: مجد.
۲۴. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ دهم، تهران: مجد.
۲۵. صدر، محمدباقر (۱۴۰۶ق)، *دروس فی علم الأصول*، جلد اول، چاپ سوم، بیروت: دارالکتب اللبنانی.
۲۶. صفار، محمدجواد (۱۳۸۹)، *قبض و اثر آن در عقود*، چاپ اول، تهران: جنگل.
۲۷. صفار، محمدجواد و فتاحی، محمد (۱۳۹۱)، *تنفیذ معامله «ماهیت، شرایط، آثار»*، چاپ اول، تهران: جنگل.
۲۸. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۰ق)، *حاشیه مکاسب*، جلد دوم، چاپ اول، قم: نشر اسماعیلیان.
۲۹. عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۲ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد اول و دوم، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۳۰. فصیحی‌زاده، علیرضا (۱۳۸۰)، *اذن و آثار حقوقی آن*، چاپ اول، قم: بوستان کتاب.
۳۱. فصیحی‌زاده، علیرضا و کیوانی، داریوش (۱۳۹۵)، «تحلیل فقهی حقوقی وضعیت ایقاع فضولی در روابط مالی و غیرمالی»، *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره هشتم، شماره ۴.
۳۲. فصیحی‌زاده، علیرضا (۱۳۹۳)، *نقد نظریه متعهد بودن وکیل به اجرای موضوع وکالت*، با قافله عدالت (یادنامه دکتر ناصر کاتوزیان)، تبریز: ستوده.
۳۳. قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)، *جامع الشتات فی أجوبة السؤالات*، جلد سوم، چاپ اول، تهران: کیهان.
۳۴. قنواتی، جلیل (۱۳۸۳)، *مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول*، چاپ اول، قم: بوستان کتاب.

۳۵. کاتوزیان، امیرناصر، (۱۳۸۵)، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۶. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۹)، *عقود معین*، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۷. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۰)، *ایقاع*، چاپ پنجم، تهران: میزان.
۳۸. الشریف، محمد مهدی و سعیدی، فاطمه (۱۳۹۷)، «اذن عقدساز و اذن امانت‌ساز (کنکاشی پیرامون کارکردهای مختلف اذن)»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره پنجم، شماره ۲.
۳۹. محسنی، سعید (۱۳۹۰)، *انتباه در تشخیص طرف قرارداد*، چاپ اول، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۴۰. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸)، *قواعد فقه*، جلد اول و دوم، چاپ ۲۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۱. محقق داماد، مصطفی؛ عبدی‌پور فرد، ابراهیم؛ فتواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، حسن (۱۳۸۹)، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جلد دوم، چاپ اول و جلد اول، چاپ پنجم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۴۲. محقق کرکی، علی بن حسین (بی‌تا)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ششم، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام لاحیا التراث.
۴۳. *الموسوعة الفقهیه* (۱۳۸۱)، جلد هشتم، چاپ اول، قم: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی.
۴۴. موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۸۸)، *فقه مدنی*، جلد دوم، چاپ اول، تهران: مجد.
۴۵. موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ق)، *مصباح الاصول*، به تقریر محمد واعظ حسینی، جلد دوم، چاپ پنجم، قم: مکتب دآوری.
۴۶. موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۷)، *مصباح الفقاهه*، به تحقیق محمدعلی توحیدی تبریزی، جلد چهارم، چاپ اول، قم: دآوری.
۴۷. ناصری مقدم، حسین؛ قبولی درافشان، محمد تقی؛ محمودآبادی، صالحه (۱۳۹۱)، «جریان احکام و آثار معامله فصولی در عقود اذنی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال چهارم، شماره ۶.
۴۸. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق)، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، به تقریر موسی نجفی خوانساری، جلد اول، چاپ اول، قم: مکتب محمدیه.

۴۹. نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق)، *کتاب المکاسب و البیع*، جلد دوم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۵۰. نجفی ایروانی، میرزا علی (۱۳۸۴)، *حاشیه المکاسب*، جلد اول، چاپ اول، تهران: کیا.
۵۱. نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م)، *جواهر الکلام*، جلد ۲۷، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل و مسعودیان‌زاده، رضا (۱۳۹۴)، «معیار بازشناسی عقد از ایقاع»، *فقه و حقوق اسلامی*، سال ششم، شماره ۱۱.

ب) انگلیسی

53. Burdick, Francis M. (2000), *The Law of Torts: A Concise Treatise on the Civil Liability at Common Law and Under Modern Statutes for Actionable Wrongs to Person and Property*, 1st Ed, Washington, D.C. Beard Books.

ج) اینترنتی

54. <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/shahroudi/osool/93/931015>