

Contract-Making Permission and Trust-Making Permission An Enquiry about the Various Functions of Permission

Mohammad Mahdi Al-Sharif¹

Received: 18/12/2015; Accepted: 18/09/2016

Fateme Saeidi²

Abstract

In law of the west the contract is always engaged with obligation, while based on one of essential classifications within Islamic jurisprudence, the permission can be a foundation of making contracts as well. The dual of permission-based contracts and obligation-based contracts is one of the Imamiyah jurisprudence's specialties. The permission, besides that can be a foundation of making contracts, can be applied for making trusteeship too. Based on the jurisprudence's well-known statement, permission can be the cause of trusteeship and permitted possession. Not only these two functions are different from each other, but also there is no correlation between them. Separating these two functions can be employed to explain and resolve many of the legal issues. For example, justifying the question that how it would be possible for a permission-based contract to be void despite the existence of trusteeship or how the termination of a permission-based contract would be possible after the dissolution and expiration of the period of permission while the possession is remained permitted, all are dependant upon the acceptance of this separation and acknowledgement of non-correlation between contract-making permission and trust-making permission. Furthermore, maintenance of permission based contract while the trusteeship and permitted possession is terminated is one of the other results of this functional dualism. The reason of the fact that the violation of trustee leads to loss of trust meanwhile trustee contract still remains is also rooted in the duality in the functions of permission. In this article, through applying a descriptive-analytic method, these two different functions of permission would be examined.

Key words: Permission, Permission-Based Contract, Temporary Contract, Term, Trusteeship.

1 Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan (Corresponding Author): Email: m.alsharif@ase.ui.ac.ir

2 MA in Private Law, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan.



اذن عهد ساز و اذن امانت ساز (کنکاشی پیرامون کارکردهای مختلف اذن)

محمد مهدی الشریف^۱

فاطمه سعیدی^۲

تاریخ دریافت ۹۴/۰۹/۲۷ - تاریخ پذیرش ۹۵/۰۶/۲۸

چکیده

در حقوق غرب عقد همواره با تعهد گره خورده است اما بر بنیاد یکی از تقسیمات اساسی در فقه اسلامی، اذن نیز می تواند عنصر سازنده عقد باشد. ترکیب دوگانه عقد اذنی و عهدی از اختصاصات فقه امامیه است. اذن افزون بر اینکه می تواند عنصر سازنده عقد باشد، در باب ایجاد امانت نیز کارکرد دارد. حسب قول مشهور فقه، اذن سبب امانت و ید امانی است. این دو کارکرد نه تنها با یکدیگر متفاوتند بلکه تلازمی نیز بین آنها وجود ندارد. تفکیک بین این دو کارکرد اذن می تواند در توجیه و حل بسیاری از مسائل حقوقی بکار آید. به عنوان مثال توجیه اینکه چگونه ممکن است عقد اذنی فاسد باشد ولی با این حال ید گیرنده امانی باشد یا اینکه چگونه ممکن است پس از انحلال عقد اذنی یا انقضای مدت اذن، عقد اذنی از میان رود اما امانت مالکانه که محصول اذن مالک است باقی بماند، همگی در گرو پذیرش این تفکیک و تصدیق به عدم تلازم بین اذن امانت ساز و اذن عقد ساز است. امکان وجود عقد اذنی در عین منتفی بودن امانت از دیگر آثار این دوگانگی و عدم تلازم است. سرّ اینکه تعدی و تفریط امین موجب از بین رفتن امانت می شود اما عقد اذنی همچنان به حیات خود ادامه می دهد نیز در دوگانگی بین اذن امانت ساز و اذن عقد ساز و عدم تلازم آن دونهفته است. در این مقاله با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی این دو کارکرد متفاوت اذن مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

واژگان کلیدی: اذن، عقد اذنی، عقد موقت، اجل، امانت.

۱ دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)؛ رایانامه:

m.alsharif@ase.ui.ac.ir

۲ کارشناس ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان.





مقدمه

در حقوق مغرب زمین، عقد با تعهد گره خورده است. بر بنیاد این دیدگاه وجود تعهد عنصر ذاتی عقد بوده و عقد فاقد تعهد مفهومی تناقض آمیز است (Benabent, 2005: 10). در حقوق فرانسه اساسا به عقد به عنوان یکی از منابع اصلی تعهد نگاه می شود (Terre, 1996: 18). و لذا برخلاف تصور اولیه، تقسیم عقد به عهدی و تملیکی تقسیمی مقتبس از حقوق فرانسه نیست. بموجب ماده (۱۱۰۱) ق.مدنی فرانسه (مصوب ۱۳۸۴) تمام عقود عهد آفرین اند. آری بموجب ماده (۱۵۸۳) ق.م فرانسه در عقودی که موضوع آن عین معین است، اثر تعهد ناشی از عقد یعنی انتقال مالکیت همزمان با عقد صورت می گیرد اما این امر را نباید با عقد تملیکی به معنای بومی به معنای انشاء مستقیم مالکیت یکسان پنداشت (یزدانیان، ۱۳۹۵، ج ۱: ۴۹۲). در حقوق فرانسه انتقال مالکیت، نتیجه تعهد به انتقال مالکیت است اما به حکم قانون این تعهد به محض ایجاد اجرا شده فرض می شود. به تعبیر دیگر در حقوق فرانسه حتی در جایی که مالکیت همزمان با عقد منتقل می شود، به لحاظ تحلیلی وساطت تعهد بین عقد و مالکیت وجود دارد با این تفاوت که بر خلاف سایر موارد تعهدات ناشی از عقد، این تعهد به محض ایجاد اجرا شده فرض می شود. در حقوق انگلستان نیز همواره قرارداد به عنوان یکی از منابع تعهد شناخته شده است (Bederman, 2010: 135). از همین رو قضات انگلستان دعاوی حقوقی را «Assumpsit» به معنای «او به عهده گرفته است» نامیده‌اند (Ibbetson, 2001: 137). البته آنچه گفته شد به این معنی نیست که تمامی عقود در حقوق انگلستان تعهد آور و لازم الاتباع است. برخی از عقود به دلیل فقدان عنصر عوض، غیر قابل الزام^۱ بوده و معمولا معطی اختیار^۲ به یکی از طرفین



1 Unenforceable
2 Authority



قرارداد هستند (Chen-Wishart, 2013: 218). اینگونه از عقود شباهت بسیاری به عقود جایز و اذنی در حقوق ایران و فقه امامیه دارند. نمونه دیگر عقود موجب اختیار عقد وکالت^۱ نیز در حقوق انگلیس اگر به صورت رایگان باشد تعهدی برای وکیل ایجاد نمی کند و می توان آن را با وکالت اذنی در حقوق ایران مقایسه نمود. معمولاً وکالت در فرض اخیر را (Mandate) می نامند (Beatson & Others, 2010: 688 & 712). با وجود این عقودی که صرفاً موجب اختیار و اذن بوده و حاوی هیچگونه تعهدی برای شخص نیستند؛ با تعریف عقد در حقوق انگلستان ناسازگارند. به همین دلیل نیز برخی از حقوقدانان برای این نوع عقود از لفظ قرارداد (Contract) استفاده نکرده و آن‌ها را توافق^۲ نامیده‌اند.

بر خلاف آنچه به عنوان نقش استثنائی و کمرنگ اذن در حقوق مغرب زمین گفته شد اذن از مفاهیم اساسی و پرکاربرد در حقوق ایران به حساب می آید و از این رو در مواضع متعددی سخن از اذن در میان است. از جمله مهم ترین این مواضع نقش اذن در ایجاد امانت و بطور خاص امانت مالکانه است. در فقه بر سر اینکه سبب ایجاد امانت و ید امانی چیست اختلاف وجود دارد. بر بنیاد دیدگاه مشهور در فقه، «اذن» سبب ایجاد امانت است (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۴۱ / طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۴: ۴۳). از دیگر مواضع مهمی که سخن از اذن در میان است بحث عقود اذنی است. می دانیم که در یک تقسیم که از ابتکارات مرحوم میرزای نائینی است عقود به دو دسته عقود اذنی و عهدی تقسیم می شوند (میرزای نائینی، ۱۴۱۳: ۸۲) و عقد اذنی عقدی است که قوام آن به اذن است. وابستگی این عقود به اذن، به مرحله ایجاد آنها محدود نشده و بقاء این عقود نیز در گرو استمرار اذن است و از همین رو فوت و جنون و سفه هر یک از دو سوی عقد اذنی حتی اگر پس از انعقاد عقد نیز رخ داده باشد موجب انحلال این عقود خواهد شد. بنابراین اذن گاه سبب تحقق عقد اذنی است و گاه سبب تحقق امانت که ما از این دو کارکرد تعبیر به «اذن عقدساز» و «اذن امانت ساز» می کنیم.





وجود پاره ای ابهامات در مسائل مربوط به امانت و ید امانی، این پرسش را در ذهن می‌نشانند که آیا اذنی که قوام عقود اذنی بدان است همان اذنی است که سبب امانت و ایجاد ید امانی است یا اینکه بین این دو تفاوت وجود دارد؟ در صورت تفاوت بین این دو، چه نسبتی بین آنها وجود دارد؟ آیا هر جا عقد اذنی هست، ید امانی نیز هست؛ مثلاً در عقد وکالت لزوماً ید وکیل امانی است یا اینکه برای تحقق امانت نیاز به چیزی بیش از اذن عقدساز وجود دارد؟ و برعکس آیا هر جا ید امانی هست، عقد اذنی نیز وجود دارد؟ آیا ممکن است در یکجا هم اذن عقدساز داشته باشیم هم اذن امانت ساز؟ آیا انتفای اذن عقدساز موجب انتفای اذن امانت ساز نیز می‌گردد یا چنین ملازمه ای وجود ندارد؟ مثلاً اگر اذن معیر یا مالک در مضاربه با فسخ این عقود منتفی شد، آیا امانت مالکانه که به حسب فرض، محصول اذن مالک است نیز از میان می‌رود؟ اگر چنین نیست و پس از انتفای عقد اذنی نیز امانت مالکانه باقی است، توجیه آن چیست؟ آیا در فرض فساد عقد اذنی لزوماً وصف امانت نیز منتفی است و نمی‌توان در عین فساد عقد اذنی و بی اعتباری اذن سازنده عقد، از امین بودن متصرف در نتیجه اذن سازنده امانت سخن گفت؟

چنانکه پیداست اغلب این ابهامات راجع به عقود اذنی - امانی است که اذن نقش سازنده در عقد دارد نه عقود امانی غیر اذنی همچون اجاره و رهن و مزارعه و مساقات و عمری و رقبی و سکنی که قوام عقد به اذن نیست. زیرا تنها در عقود اذنی امانی این پرسش محل طرح دارد که آیا امانت موجود در عقود اذنی، از آثار اذن سازنده عقد است یا اینکه منشأ آن اذن دیگری است که ما از آن با عنوان اذن امانت ساز یاد می‌کنیم و اگر این دو متفاوت است چه نسبتی بین آن دو وجود دارد. البته گفتنی است حکم برخی از این فروع در کتب حقوقی روشن است اما سخن بر سر تحلیل و توجیه این احکام است. به عنوان مثال تقریباً تردیدی وجود ندارد که پس از انقضای مدت در عقود امانی همچون عاریه و مضاربه، ید امانی مستعیر و مضارب مادام که مالک مال خود را مطالبه نکرده است باقی است اما مگر نه این است که امانت، حاصل اذن مالک است و در عقد اذنی فاسد یا پس از انحلال عقد اذنی، به حسب فرض اذن منتفی می‌گردد، پس چگونه می‌توان در عین اعتراف به انتفای اذن، از امین بودن مالک سخن گفت؟ این پرسش بویژه برای کسانی





همچون مرحوم استاد شهیدی که امانت را از آثار عقد امانی صحیح بر می شمارند (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۰۹) دشوار تر است زیرا به حسب فرض، یا اساساً عقد اذنی صحیحی در بین نیست یا اگر بوده اکنون از بین رفته است.

مدعای این مقال این است که نه تنها «اذن عقدساز» و «اذن امانت ساز» با یکدیگر متفاوتند بلکه بین آنها هیچ تلازمی نیز وجود ندارد. بنابراین فساد عقد اذنی یا انحلال آن و یا انقضای مدت اذن در عقد اذنی هیچکدام لزوماً انتفای وصف امانت و امین بودن ید متصرف مال را در پی ندارد. مثلاً در عاریه فاسد یا عاریه ای که به دلیل فسخ از سوی یکی از طرفین منحل گردیده یا عاریه موقته که مدت آن تمام شده، علیرغم انتفای اذن، ید مستعیر همچنان امانی به امانت مالکانه است. از دیگر آثار این تفکیک و عدم تلازم این است که اذن عقدساز برای ایجاد امانت کافی نیست و ممکن است عقد اذنی منعقد شود ولی طرف عقد نسبت به مال موضوع عقد امین به حساب نیاید. به بیان دیگر بنابر مدعای این مکتوب در عقود «اذنی - امانی» ما با دو اذن یعنی اذن عقد ساز و امانت ساز روبرو هستیم و سر اینکه با تعدی و تفریط امین در عقود اذنی امانی، ید متصرف ضمانی می گردد اما عقد به حیات خود ادامه می دهد در همین دوگانگی و عدم تلازم نهفته است. به عنوان مثال در عاریه چنانچه مستعیر مرتکب تعدی و تفریط گردد بی تردید ید امانی او تبدیل به ید ضمانی می شود اما عقد عاریه یا همان «اذن به انتفاع مجانی» کماکان بقوت خود باقی است و مستعیر در قبال انتفاع متعارف خود، ضامن پرداخت اجرت نخواهد بود. نتیجه دیگری که بر اساس این تفکیک توجیه آن به آسانی ممکن است حکم به عدم ضمان ید محجوری است که مالک دارای اهلیتی به مناسبت عقد، مال خود را در اختیار او نهاده است. تردیدی نیست که عاریه یا وکالت یا مضاربه و ... با سفیه و صغیر ممیز بدون موافقت ولی آنها فاقد اعتبار است. اما اگر مالک واجد اهلیت، در پی انعقاد این عقود مال خود را در اختیار محجور قرار داده باشد و مال بدون تعدی و تفریط محجور تلف شود، هر چند عقد اعم از اذنی و غیر آن باطل است اما با توجه به تمایز اذن عقد ساز از اذن امانت ساز، نمی توان سفیه یا صغیر غیر ممیز را در حکم غاصب قلمداد کرد و ضمان ناشی از تلف را بر وی تحمیل نمود. زیرا هر چند عقد باطل است اما بطلان عقد ملازمه ای با نفی امانت و





عدم ضمان ید محجور ندارد. بطلان عقد در عین تحقق امانت در فرضی که عقد اکراهی است و مال به اکراه در اختیار متصرف قرار گرفته از دیگر نتایج این تفکیک است. با تفکیک بین این دو کارکرد اذن، تحلیل و توجیه برخی مسائل پیرامون امانت و ید امانی آسان تر خواهد شد. ما در این پژوهش خواهیم کوشید تفاوت اذن عقدساز و امانت ساز را با تحلیل مفاد و متعلق این دو نوع اذن اثبات نموده و آثار مترتب بر این تفکیک را بیان نماییم.

به هر روی حل چندین مسأله مهم حقوقی در باب امانت در گرو پاسخ مثبت یا منفی به پرسش یگانگی و تلازم این دو اذن یا دوگانگی و عدم تلازم بین آن دو است. اگر قائل به یگانگی یا دست کم تلازم بین این دو اذن باشیم باید در تمام موارد فساد عقد اذنی حکم به انتفای امانت و ید امانی بدهیم و برعکس اگر بین این دو وجوداً و عدماً تلازمی قائل نباشیم می توانیم از امانی بودن ید متصرف، علیرغم بطلان عقد اذنی سخن بگوییم. همین وضعیت در مورد انحلال عقد اذنی قابل طرح است. از دیگر ثمرات این تحلیل و تصدیق به دوگانگی و عدم تلازم بین اذن عقدساز و امانت ساز توجیه بقاء عقد اذنی در عین انتفای ید امانی است. همچنانکه در فرض تعدی و تفریط در عقود اذنی و امانی اینگونه است. لذا در این نوشتار ابتدا مفهوم اذن عقدساز و اذن امانت ساز مورد تعریف و بررسی قرار میگیرد و پس از آن به دنبال پاسخ دادن به پرسش اساسی خود می باشیم که آیا ملازمه ای هم بین این دو نوع اذن وجود دارد یا خیر؟

۱. مفهوم شناسی و تفکیک اذن عقدساز و اذن امانت ساز

هر چند اصطلاح اذن عقد ساز و امانت ساز در کتب فقهی سابقه ندارد اما دقت در کلمات فقهاء نشان از توجه و عنایت فقیهان امامی به این دوگانگی و عدم تلازم دارد (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۱: ۲۸۰/حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۶۲). برای تصدیق به این مدعا کافی است به فتاوی فقیهان امامیه در باب بقاء یا انتفای امانت در مواضع و مسائل مورد اشاره نگاهی همراه با تأمل داشته باشیم. به عنوان نمونه عبارت زیر از علامه حلی در توجیه بقای وکالت یا همان اذن در تصرف حقوقی حتی پس از تعدی و زوال امانت، صراحت در دوگانگی





اذن امانت ساز و اذن عقد ساز در یکی از مصادیق عقود اذنی یعنی عقد وکالت دارد: «لأنَّ الوکالة تضمّنت شیئین: الأمانة و الإذن فی التصرف، فإذا تعدّی، زالت الأمانة و بقی الإذن بحاله» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۵: ۱۳۶). تأمل در استدلال‌هایی که فقها در توجیه عکس قاعده مایضمن یعنی قاعده «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» ذکر کرده و بر اساس آن حکم به بقاء امانت در عقود امانی فاسد نموده‌اند و ما به تفصیل به آنها اشاره خواهیم کرد، نیز مؤید دیگری بر این مدعا است. به هر روی چنانچه خواهیم دید وجود تفاوت بین این دو اذن، در ذهنیت فقهی امری مسلم بوده و تأمل در بسیاری از فروع فقهی نشان می‌دهد که حکم قضیه بر بنیاد پذیرش ضمنی این تفکیک صورت گرفته است. در بین حقوقدانان اما وضعیت اینگونه نیست. تأمل در ادبیات حقوقی ما و آثار شارحان حقوق مدنی ایران نه تنها نشانگر پذیرش این تحلیل و تفکیک از سوی آنان نیست بلکه برعکس برخی از اظهارنظرها و تحلیل‌های آنان حکایت از مغفول و بلکه مردود بودن چنین تحلیلی در نظر آنان است. به عنوان مثال مرحوم استاد شهیدی با نفی سببیت اذن برای امانت از یکسو و اعتقاد به تلازم صحت عقد امانی و وجود امانت از سوی دیگر، حکم ماده (۴۹۴) ق.م.را که ید مستأجر را پس از انقضای عقد اجاره در صورتی که همراه با اذن مالک باشد، امانی می‌شمارد حکمی استثنائی و خلاف قاعده قلمداد می‌کند (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۰۹). و یا مرحوم استاد کاتوزیان در مقدمه کتاب «عقود اذنی و وثیقه‌های دین» عقد وکالت را به عنوان یک عقد اذنی در کنار ودیعه و عاریه نشانده و وصف امانت را وصف مشترک این سه عقد برمی‌شمارد و بطور مطلق تصریح می‌کند که تمام احکام مربوط به امین در مورد وکیل نیز اجرا می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۰) در حالیکه چنانکه خواهیم دید صرف وکالت و اذن از سوی دیگری برای تصرف حقوقی در مال موضوع وکالت - یا همان اذن عقدساز - وصف امانت را برای وکیل به ارمغان نمی‌آورد مگر آنکه موکل اذن به استیلاء بر مال را نیز - که ما نام اذن امانت ساز بر آن نهاده‌ایم - به وکیل داده باشد. همچنین ایشان در توجیه بازگشت وصف امانت به متصرفی که پس از تعدی و تفریط، پشیمان گشته و به مقتضای امانت عمل کرده است چنین استدلال نموده‌اند که: «تعدی و تفریط امین باعث انحلال عقد ودیعه نمی‌شود و بقای عقد به معنای بقای





"اذن مالک" است. از سوی دیگر می دانیم که آنچه سبب امانت است و تصرف امین را از غاصب ممتاز می سازد، "اذن مالک" است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۰). ایشان از این دو مقدمه نتیجه می گیرند که هر چند تعدی و تفریط مانعی بر سر نفوذ اذن ایجاد می کند اما به دلیل بقاء عقد و بقاء اذن، با ختم تعدی و تفریط، اذن مجددا کارساز شده و امانت را دوباره برقرار می سازد. همانگونه که به روشنی پیداست از منظر مرحوم استاد کاتوزیان اذن عقدساز و اذن امانت ساز دوگانگی نداشته و از هر دوی آنها با تعبیر «اذن مالک» یاد شده است. درحالی که بر بنیاد مدعای این مقال، اذن عقدساز و امانت ساز با یکدیگر متفاوت بوده و چنانکه تفصیلا خواهیم دید نمی توان با استناد به بقاء عقد اذنی یا همان اذن عقدساز، بقاء یا تجدید امانت را که ناشی از اذن امانت ساز است نتیجه گرفت.

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 کارگزار اصلی می دانند. در واقع بر اساس قول مشهور، تصرفاتی که به اذن مالک یا شارع صورت می گیرد مصداق امانت بوده و از شمول دلیل ید خارج است. در قول مشهور وصف امانت از «ماذون در تصرف بودن» انتزاع می شود یعنی هر جا شخص به اذن مالک یا شارع بر مال غیر مسلط می گردد، عنوان «امین» بر وی اطلاق می گردد و ضامن تلف و نقص قهری آن مال نخواهد بود (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۵). به تعبیر صاحب عروه اذن در تصرف موجب سقوط ضمان است (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰: ۹۴) و البته مراد ایشان سقوط ضمان ید است.

در واقع مراد مشهور این است که «تصرف به اذن مالک» موجب انتزاع وصف امانت برای متصرف می گردد. برای نشان دادن همین نکته است که برخی از فقها ترجیح داده اند بجای تعبیر اذن مالک از تعبیر «تسلیط» ناشی از رضایت (تسلیط عن الرضا) برای بیان دیدگاه مشهور استفاده کنند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۹۷).

یکی از نکات مهمی که در دیدگاه مشهور وجود دارد این است که مشهور کوشیده اند از مصادیق پراکنده ای که در روایات به عنوان امین اعلام شده و قاعدن ضمان ید (علی





الید) تخصیص خورده است به قاعده ی کلی دست یابند. به بیان روشن تر فقها نخست از استقراء موارد جزئی و پراکنده ای که بموجب روایات ید شخص در آنها امانی تلقی شده، چنین نتیجه گرفته اند که هر جا بر شخص عنوان امین صدق نماید از شمول دلیل ید خارج است و سپس بدنبال تحلیل مفهوم امین برآمده و در نهایت نتیجه گرفته اند که بر اساس روایات، «امین» کسی نیست جز «مأذون در تصرف». به عبارت کوتاه تر علت تامه صدق عنوان «امین» بر شخص، «مأذون بودن وی در استیلاء بر مال غیر» است. بنابر این قاعده ی «اذن مالک موجب امانت است» قاعده ای است که مشهور فقهاء از تتبع در مصادیق امانت استخراج کرده اند. عبارت زیر از محقق اصفهانی در این زمینه شنیدنی است: «ان المراد بالاستیمان... مجرد التسلیط عن الرضا و لذا ورد فی المستأجر و المستعیر أنّهما مؤتمنان.. فلاموجب لكونهما مؤتمنین الا التسلیط علی العین عن رضا...» (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۹۷)

ثمره ی مهم این قاعده سازی این است که اولاً مصادیق امین به موارد مصرح در روایات و عقود امانی محدود باقی نمی ماند و هر موردی که اذن به تصرف وجود داشته باشد می توان از امین بودن متصرف سخن گفت حتی اگر عقدی در بین نباشد به عنوان مثال ید کسی که به اذن مالک از مال وی استیفاء منفعت می کند (م ۳۳۷ ق.م)، امانی است و ثانیاً وصف امانت دائر مدار صحت عقد امانی نبوده و حتی در فرض فساد عقد نیز اگر عنصر سازنده امانت یعنی «اذن» یا همان «تسلیط مقرون به رضای مالک» که علت تامه امانت است، وجود داشته باشد، ید گیرنده امانی خواهد بود. عکس قاعده ما یضمن یعنی «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» بیانگر حکم اخیر یعنی عدم تلازم امانت و عدم ضمان ید با صحت عقد است. آری اگر منشاء فساد عقد چیزی باشد که اذن را نیز بی اعتبار سازد در این صورت فساد عقد امانی مستلزم عدم تحقق وصف امانت برای متصرف است. به عنوان مثال اگر کسی که مالک مالی نیست و یا فاقد اهلیت است مالی را به دیگری عاریه دهد هم عاریه باطل است و هم ید مستعیر امانی نیست؛ چه اینکه اذن غیر مالک یا اذن شخص محجور فاقد اعتبار بوده و نمی تواند سبب امانت گردد اما اگر مالکی سرمایه خود را برای مضاربه در اختیار عامل قرار دهد و قرار سود را به نحو مقطوع و نه کسر مشاع معین سازد، هر چند بطور قطع مضاربه باطل است اما این امر نافی ید امانی عامل





نیست؛ زیرا آنچه سبب امانت است یعنی اذن مالک یا تسلیط مقرون به رضای مالک در این مورد وجود دارد و در نتیجه در عین فساد عقد، ید گیرنده امانی خواهد بود.

در مقابل قول مشهور تعداد انگشت شماری از فقهاء اذن مطلق را کافی برای ایجاد امانت ندانسته برای اثبات ادعای خود چند مورد نقض بر دیدگاه مشهور ذکر می کند (مراغی، ۱۴۱۷: ۴۸۴) که مهمترین آنها ضمان ید گیرنده در مقبوض به بیع فاسد و مأخوذ بالسوم است که در عین وجود اذن مالک، ید گیرنده ضمانی است. ما در ادامه به پاسخ این دو نقض خواهیم پرداخت.

ما در مقالی دیگر به تفصیل اثبات نموده ایم که قانون مدنی ایران نیز همچون اغلب موارد در این مورد نیز از قول مشهور فقهای امامیه تبعیت کرده و دلایل متعددی بر این مدعا اقامه نموده ایم که طالبان تفصیل می توانند بدان مقال مراجعه کنند (ر.ک: الشریف وجعفری، ۱۳۸۹: ۱۹-۲). این معنا از مفهوم ماده (۳۰۸) ق.م بروشنی قابل استفاده است. زیرا بموجب این ماده استیلای «بدون مجوز» در حکم غضب و سبب ضمان ید است که مفهوم آن این است که استیلای با مجوز، از شمول ضمان ید خارج است و مضمونه نبودن ید نیز معنایی جز امانی بودن آن ندارد زیرا بین ید ضمانی و امانی واسطه ای وجود ندارد. عبارت زیر از مرحوم کاشف الغطاء که منطبق با ماده ۳۰۸ ق. ماست برای اثبات مطابقت دیدگاه قانون مدنی با مشهور فقه کفایت می کند: «الاذن مسقط للضمان ... فإن الاذن من الشارع أو من المالك وان لم يكن بصفة الأمانة الخاصة أو العامة يسقطا للضمان» (کاشف الغطاء: ۸۹).

افزون بر مفهوم ماده (۳۰۸) ق.م، ماده (۴۹۴) ق.م از شواهد و بلکه از دلایل روشن سببیت اذن برای امانت در نظر قانون مدنی است. این ماده به روشنی عدم ضمان ید که معنایی جز امانی بودن ید ندارد را با «اذن» گره زده و علت تامه عدم ضمان یا ضمان ید را در وجود و عدم اذن دانسته است. یکی دیگر از دلایل مهمی که حکایت از حاکمیت قول مشهور بر قانون مدنی دارد و چنانکه باید مورد توجه قرار نگرفته ماده ی (۳۳۷) ق.م است. بر اساس این ماده هر کس با اذن صریح یا ضمنی مالک از مال وی استیفای منفعت کند ، باید اجرت المثل آنرا بپردازد مگر اینکه معلوم شود اذن در انتفاع مجانی بوده است. تأمل





در این ماده که مصداق بارز اذن مطلق و غیر مندرج در عقود امانی مصرح در قانون است، نشان می دهد که بر خلاف تصور برخی از نویسندگان (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۰۸) قانون گذار ید متصرف ماذون را امانی تلقی نموده زیرا اگر ید وی ضمانی بود او می بایست مانند همهی موارد ید ضمانی نسبت به مطلق منافع ضامن باشد نه فقط منافی که استیفاء نموده است. و اما در باب اذن عقدساز باید گفت اذن عقدساز جوهره و سازنده اصلی عقود اذنی میباشد و در واقع قوام عقد در این گونه عقود به اذن میباشد به همین دلیل است که از آن با عنوان اذن عقدساز یاد می کنیم. به گفته برخی اساتید این گونه اذن داخل در مدلول ایجاب و عنصر سازنده عقد اذنی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱۰). بر بنیاد آنچه گفته شد تعبیر برخی از اساتید در تحلیل عقود اذنی که اذن را اثر مستقیم و بی واسطه عقود اذنی شمرده اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴: ۹) را باید حمل بر تسامح نمود. به بیان روشن تر باید بین «اذن دادن» و «اذن داشتن» تفاوت نهاد. آنچه عنصر سازنده عقد اذنی است معنای مصدری آن یا همان «اذن دادن» است ولی نتیجه و محصول این انشاء، «مأذونیت» یا همان «اذن داشتن» مخاطب اذن است. به هر تقدیر متعلق اذن عقدساز یا همان اذن انشائی که سازنده عقود اذنی است به حسب مورد، متفاوت است و تفاوت عقود اذنی را باید در عین وحدت اذن در تفاوت متعلق اذن جستجو کرد. در برخی عقود مانند اجاره تنها اذن امانت ساز دیده می شود اما برخی از عقود همچون ودیعه و عاریه هم امانی هستند و هم اذنی و لذا هم اذن امانت ساز و هم اذن عقدساز در این گونه عقود وجود دارد.

از آنچه تاکنون گفته شد معلوم می گردد که تفاوت اذن عقد ساز و اذن امانت ساز در متعلق اذن است نه در اصل اذن. در اذن امانت ساز متعلق اذن، «استیلاء بر مال» است و لذا اذن امانت ساز را می توان به اذن در استیلاء بر مال تعریف نمود اما در عقود اذنی، متعلق اذن به حسب نوع عقد اذنی متفاوت است و چنانکه اشاره شد متعلق اذن ممکن است استنابه در حفظ (ودیعه)، انتفاع مجانی (عاریه)، استنابه در تصرف (وکالت) یا استنابه در معامله تجاری (مضاربه) باشد. حال چنانچه همچون مشهور فقه و قانون مدنی بر این باشیم که منشأ تحقق امانت، اذن در استیلاء بر مال است بسادگی می توانیم نتیجه بگیریم که سایر موارد اذن بخودی خود نقشی در تحقق وصف امانت ندارد مگر آنکه در کنار اینگونه از





اذن ها، اذن در استیلاء بر مال نیز صراحتاً یا ضمناً وجود داشته باشد. بر بنیاد آنچه گفته شد بخوبی معلوم می شود که چرا در عقد وکالت که بی گمان یک عقد اذنی است، مادام که موکل با رضایت، وکیل را بر مال موضوع وکالت مسلط نکرده است، ید وکیل نسبت به مال موضوع وکالت امانی نخواهد بود. آری در عقدی همچون عاریه بر خلاف عقد وکالت، لازمه اذن در انتفاع مجانی (اذن عقدساز)، اذن در استیلاء بر مال (اذن امانت ساز) نیز خواهد بود اما به هر حال این امر به معنای یگانگی این دو اذن و تلازم آنها در ادامه حیات عقد نیست و از همین رو اگر عاریه موقت باشد با انقضای مدت، اذن عقدساز منتفی می گردد و در نتیجه مستعیر حق انتفاع از مال را از دست می دهد اما این امر به معنای انتفای اذن امانت ساز نیست و لذا حتی پس از انقضای موعد، ید مستعیر مادام که معیر استرداد مال را مطالبه نکرده است، کماکان امانی به امانت مالکانه باقی می ماند.

نکته دیگری که در خصوص تمایز این دو اذن وجود دارد این است که اذن امانت ساز برخلاف اذن عقدساز، منحصر به عقود اذنی و حتی منحصر به محدوده عقود نیست. توضیح اینکه اذن عقد ساز جوهره عقد اذنی است و طبیعی است که تنها در قالب عقد آنهم عقد اذنی می توان از آن سراغ گرفت اما اذن امانت ساز چیزی جز «تسلیط مقرون به رضای مالک» نیست و این امر نه تنها در قلمرو عقود و در کنار سایر مضامین عقدی اعم از اذنی و غیر اذنی قابل تحقق است بلکه در روابط غیر عقدی همچون استیفاء مأذونه از مال غیر (ماده ۳۳۷ ق.م) نیز می توان از امین بودن متصرف سخن گفت. بنابر این امانت هم در عقود اذنی دیده می شود و هم در عقود غیر اذنی مانند رهن و اجاره و مزارعه و مساقات و هم در استیفاء که ماهیت عقدی ندارد.

در بخش دوم این نوشتار به بررسی تفصیلی مواردی می پردازیم که اذن امانت ساز و اذن عقدساز هر دو وجود دارد و یکی از آنها به دلیلی منتفی می گردند.

۲. ارتباط اذن عقدساز و اذن امانت ساز

در این قسمت می خواهیم بدانیم چه ارتباطی بین این دو نوع اذن در عقود اذنی و امانی وجود دارد؟ ادعای اصلی ما در این نوشتار آن است که اگر در عقدی اذن عقدساز و اذن





امانت ساز با هم وجود داشته باشد، این امر به معنای تلازم و منطبق بودن کامل این دو اذن نیست. برای اثبات ادعای خود در این قسمت به مواردی اشاره می شود که در آنها با از بین رفتن یکی از این دو نوع اذن دیگری همچنان به حیات خود ادامه می دهد.

۲-۱. اتمام مدت در عقود امانی و اذنی

از جمله مواردی که می تواند متمایز بودن اذن عقدساز و اذن امانت ساز و عدم تلازم بین آنها را نشان دهد اتمام مدت در عقود اذنی و امانی می باشد که در ابتدا وضعیت اذن امانت ساز و پس از آن وضعیت اذن عقدساز در صورت پایان یافتن مدت عقود بررسی می گردد.

۲-۱-۱. وضعیت اذن امانت ساز پس از انقضای اجل در عقود موقت

می دانیم که عدم تعیین مدت در برخی از عقود امانی همچون اجاره موجب بطلان عقد می شود (ماده ۴۶۸ قانون مدنی). اما تعیین مدت و اجل در برخی از عقود امانی همچون ودیعه الزامی نیست ولی موجب لزوم عقد هم نمی شود و تنها باعث می شود تا در پایان مدت بدون اینکه نیازی به اعلام اراده فسخ باشد عقد منحل شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۸) بحثی که در بین فقها و به تبع آن حقوقدانان در این زمینه شکل گرفته است وضعیت ید گیرنده مال پس از انقضای اجل در عقود است. در واقع می خواهیم بدانیم آیا اذن امانت ساز پس از اتمام مدت و انقضای اجل از بین می رود و در نتیجه ید گیرنده مال ضمانی می شود؟ یا اینکه اذن امانت ساز همچنان باقی است و ید گیرنده امانی می باشد؟ قول مشهور فقها در این زمینه عدم ضمان ید گیرنده مال می باشد (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۲۵۷ / علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۳۰۴ / اصفهانی، ۱۴۰۹: ۳۲ / شهیدثانی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۱۷۶). اکثریت قریب به اتفاق فقها قائل به ادامه امانت مالکی پس از اتمام مدت هستند (گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۲۵ / رشتی گیلانی، بی تا: ۴۷ / اصفهانی، ۱۴۰۹: ۳۶ / شهیدثانی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۱۷۶) در واقع این گروه از فقها معتقدند اذن امانت سازی که امانت را ایجاد کرده پس از اتمام مدت عقد همچنان باقی است. علت این امر از دیدگاه فقها آن است که وقتی مالک دارای اهلیتی با رضایت، دیگری را بر مال خود مستولی می کند و تسلیط خارجی با رضایت او صورت می گیرد ظاهر آن است که تا مالک مال خود را مطالبه نکند حقیقتاً این تسلیط باقی می





مانند (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۳۳). در واقع امانت مالکانه مرکب از دو امر است: یکی تسلیط خارجی بر مال که پس از اتمام مدت، گیرنده همچنان بر آن مال مسلط است تا اینکه مالک آن را مطالبه کند و بر آن مستولی شود و دوم رضایت مالک نسبت به تسلیط خارجی که این رضایت مالک از ابتدا وجود داشته و قابل استمرار یافتن می باشد و در صورت شک در وضعیت اتمام مدت عقد، بقای آن استصحاب می شود (خلخالی، ۱۴۲۷: ۴۲۶). نتیجه آن که پس از اتمام مدت در عقود امانی، اذن امانت ساز مالک (امانت مالکانه) همچنان باقی است و در صورت تردید، بقای آن استصحاب می شود.

نکته پایانی در این قسمت دیدگاه قانون مدنی در مورد وضعیت ید گیرنده مال پس از اتمام مدت در عقود امانی است که به نظر می رسد با نظر مشهور فقها همخوانی دارد چراکه طبق ماده (۶۳۱) قانون مدنی ید امانی گیرنده به دو طریق ضمانی می شود: یکی تعدی و تفریط امین و دیگری استحقاق مالک به استرداد از تاریخ «مطالبه» او و امتناع متصرف با امکان رد. روشن است که بر اساس این ماده مادام که مالک مال خود را مطالبه نکرده است، امین تکلیف به رد ندارد و این معنایی جز بقاء امانت مالکانه حتی پس از انحلال یا انقضای مدت عقود امانی ندارد. هر چند مرحوم استاد کاتوزیان معتقدند پس از اتمام مدت در عقد ودیعه، امانت مالکانه به امانت شرعی تبدیل می شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۸) اما در پاورقی همان صفحه ذکر میکنند که «اطلاق ماده (۶۳۱) قانون مدنی این احتمال را به وجود می آورد که در صورت پایان یافتن موعد ودیعه تا زمانی که مالک آن را مطالبه نکرده است ید مستودع در حکم غاصب قرار نگیرد» و روشن است که این معنایی جز بقای امانت مالکانه ندارد.

قانون مدنی به ذکر قاعده عمومی مذکور در ماده (۶۳۱) اکتفا ننموده و با اعمال این قاعده در برخی مصادیق باب هر گونه تردید در این زمینه را بسته است. قانون مدنی پس از بیان امانی بودن ید مرتهن در ماده (۷۸۹)، در ماده (۷۹۰) مقرر می دارد بعد از براءت ذمه مدیون (راهن)، عین مرهونه در ید مرتهن امانت است و اگر با وجود مطالبه آن را رد نکند ضامن خواهد بود. مفهوم روشن این ماده این است که پس از فک رهن و براءت ذمه راهن نیز هر چند عقد رهن به دلیل انتفای موضوع منتفی شده است اما تا زمانی که راهن مال





خود را مطالبه نکرده است، ید مرتهن امانی است. مالکانه بودن این امانت نیز واضح است زیرا در امانت شرعی امین نباید منتظر مطالبه بماند و تنها در امانت مالکانه است که تکلیف به ردّ منوط به مطالبه مالک است.

۲-۱-۲. وضعیت اذن عقدساز پس از انقضای اجل در عقود موقت

در قسمت قبلی دیدیم که طبق قول مشهور فقها و دیدگاه قانون مدنی اذن امانت ساز پس از پایان یافتن مدت در عقود امانی باقی می ماند تا زمانی که مالک مال را مطالبه کند و متصرف با وجود امکان ردّ مال به مالک از آن امتناع بورزد. اما اذن عقد ساز پس از پایان یافتن مدت در عقود اذنی از بین می رود، چراکه این اذن مقید به مدت معینی بوده است و در صورت از بین رفتن قید، مقید نیز از بین می رود. به عنوان مثال فرض کنید فردی ظروفی را از همسایه خود برای مدت یک روز عاریه می گیرد تا با آن مراسمی را برگزار کند؛ در روز دوم چون اذن عقدساز (اذن به انتفاع مجانی) از بین رفته است (نجفی، ۱۴۱۸، ج ۲۷: ۱۷۴) مستعیر نمی تواند از ظروف استفاده کند. اما اذن امانت ساز پس از پایان مدت عقد عاریه باقی است و ظروف نزد مستعیر امانت است تا زمانی که معیر آنها را مطالبه کند. البته در صورت انتفاع مجانی مستعیر از مورد عاریه پس از اتمام مدت به دلیل تقصیری (تعدي) که انجام داده ید او ضمانتی می شود؛ بر این اساس ضمانتی شدن ید او به دلیل تقصیری است که انجام داده است نه پایان یافتن مدت عقد. در عقد وکالت نیز که اذن عقدساز عبارت از اذن به تصرفات حقوقی می باشد وقتی موکل به وکیل وکالت یکماهه برای فروش اتومبیل خود می دهد؛ این به این معنی است که وکیل پس از یک ماه حق فروش اتومبیل را ندارد و در صورت فروش اتومبیل پس از یک ماه توسط وکیل عقد بیع فضولی خواهد بود. در واقع همانطور که پیش از این در عبارت علامه حلی دیدیم وکالت مرکب از امانت و اذن است. (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۵: ۱۳۶) بنابراین در مثال قبلی پس از پایان مدت عقد وکالت، اتومبیل نزد وکیل امانت است (امانت مالکانه) چراکه اذن امانت ساز تا زمان مطالبه مالک باقی است؛ البته در صورتی که وکیل اذن در استیلاء داشته باشد، اما بیع اتومبیل نافذ نیست زیرا اذن عقد ساز (اذن به فروش اتومبیل) پس از پایان مدت از بین می رود.





۲-۲. فساد عقد در عقود امانی و اذنی

یکی دیگر از مواردی که تأمل در آن تمایز بین اذن عقدساز و اذن امانت ساز و عدم ملازمه بین آن‌ها را آشکار می‌سازد بحث فساد عقد امانی و اذنی می‌باشد. فساد عقد اذنی در صورت فساد اذن عقدساز امری بدیهی است و حاجت به استدلال ندارد چرا که اذن عقدساز به حسب فرض جوهره و مقوم ذاتی عقد اذنی است. بنابراین اگر مثلاً شخص مجنون، مال خود را به عاریه یا مضاربه به دیگری دهد؛ به دلیل بی اعتبار بودن اذن چنین شخصی، عقد نیز فاقد اعتبار خواهد بود. اما آیا ید گیرنده مال در عقود امانی در صورت آشکار شدن فساد عقد اذنی امانی، امانی است یا ضمانی؟ البته این بحث در سایر عقود امانی غیر اذنی همچون اجاره و رهن نیز قابل طرح است با این تفاوت که در عقود اذنی بحث بر سر این است که آیا با انتفای اذن عقدساز اذن امانت ساز نیز منتفی می‌گردد ولی در عقود امانی غیر اذنی مسأله به این صورت طرح می‌شود که آیا وصف امانت از آثار و لوازم عقد صحیح است یا نه و البته تعبیر اخیر در مورد عقود اذنی نیز قابل طرح است. به هر تقدیر هر چند در این موضوع دیدگاه مخالف نیز از برخی از فقها نقل شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۰) اما دیدگاه اغلب قریب به اتفاق فقها در این زمینه این است که بطلان عقد اذنی یا همان اذن عقدساز مستلزم از بین رفتن اذن امانت ساز نیست (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۷: ۳۹۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۰؛ نجفی، ۱۴۱۸، ج ۲۷: ۲۵۲). عبارت رسا و صریح زیر از یکی از فقهای معاصر را می‌توان به عنوان عصاره دیدگاه مشهور فقیهان امامیه قلمداد نمود: «بطلان عقد الشركة لا یوجب بطلان الاذن فی التصرف بل البطلان یوجب عدم ترتب الاثر الخاص لصحة العقد كما هو الحال فی بطلان سائر العقود الاذنیة» (تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۵۵). بر بنیاد دیدگاه مشهور عقودی که صحیح آنها ضمان آور نیستند (مانند عقود امانی صحیح) در حالت فساد نیز ضمان آور نخواهند بود. این مطلب مفاد قاعده (مالایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده) است که در بین فقهاء از اعتبار و شهرت فوق العاده برخوردار است و فقها علیرغم مخالفت آن با اطلاق دلیل علی الید دلایل مختلفی بر اعتبار و تقدم آن بر دلیل ید ذکر کرده اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۹۸؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۳۶۸).





چنانکه اشاره شد اذن مالک لازم نیست در قالب عقد اظهار شده باشد و چنانچه در ضمن عقد نیز بیان شده باشد لازم نیست این عقد به لحاظ حقوقی صحیح باشد مگر آنکه دلیل بطلان عقد به نحوی باعث اختلال یکی از ارکان لازم برای اذن باشد. مانند اینکه عقد امانی از ناحیه‌ی غیر مالک یا شخص فاقد اهلیت واقع شده باشد. عبارت زیر در این زمینه افزون بر اینکه بر بقاء امانت در فرض فساد عقد امانی تصریح دارد به نحو ضمنی بر تصدیق به دوگانگی اذن عقدساز و امانت ساز نیز دلالت دارد. زیرا بین آثار خاصه عقود امانی و وصف امانت تفاوت نهاده و فساد عقد را تنها در نفی آثار خاصه این عقود مؤثر شمرده است: «فان بطلان استیمان المالك بما هو ودیعه او عاریه او غیرهما و عدم ترتیب الآثار الخاصه لهذه العقود علیها لایوجب خروجه عن الاستیمان المانع من الضمان» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۲).

اذن عقدساز و اذن امانت ساز (کفالتی) سرامین کارکردی مختلف اذن

پس بطور خلاصه می توان چنین نتیجه گرفت که چون اذن مالک به استیلاء دیگری بر مالش، تمام سبب برای تحقق امانت و رفع ضمان ید است و این معنا در عقود امانی فاسد نیز وجود دارد، ید متصرف در عقد امانی فاسد همچنان امانی باقی خواهد ماند مگر آنکه مبنای فساد عقد حجر اذن دهنده یا عدم ملکیت او نسبت به مال باشد که در این صورت مسلماً اذن او نمی تواند سبب ایجاد امانت شود چراکه برای اعتبار اذن او اذن دهنده باید عاقل و بالغ و در مواردی که رشد معتبر است رشید باشد و ثانیاً مال موضوع اذن ملک اذن دهنده باشد.

ممکن است اشکال شود که اگر اذن مالک برای ایجاد امانت و رفع ضمان ید کافی است و مشهور فقهاء نیز به چنین امری تصدیق دارند پس چرا در بیع فاسد که مال با اذن مالک در اختیار مشتری قرار گرفته است، مشهور قائل به ضمان ید مشتری هستند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۰) کما اینکه قانون مدنی نیز در ماده (۳۶۶) تصریح به ضمان بودن مشتری نموده است. تتبعی در فقه نشان می دهد که اکثر فقها 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 دانسته اند که مالک، مال را به عنوان وفای به عقد و به عنوان اینکه ملک مشتری است در اختیار او قرار داده نه به عنوان اذن در تصرف در ملک خود (انصاری ۱۴۱۵: ۱۹۹/





خوانساری، ۱۴۱۸،: ۱۳۱ / اصفهانی، ۱۴۰۹،: ۳۲/بجنوردی، ۱۴۱۹،: ۱۱۸/خمینی، ۱۴۱۴، ج ۱: (۳۷۲)

اما در خصوص ضمان مأخوذ بالسوم باید گفت اولاً این مسأله یک مسأله اختلافی است و برخی از فقها به دلیل اذن مالک، گیرنده را ضامن نمی شمارند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۹۲/ بهجت، ۱۳۸۴: ۴۳۶ / فاضل، ۱۴۲۳: ۴۰ / سیستانی، ۱۴۲۰: ۲۵۸/تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱: ۵۸۴/آصف محسنی، ۱۳۸۲: ۱۳۴)، ثانیاً در اخذ بالسوم به خلاف سایر موارد امانت، گیرنده مال را با این شرط ضمنی از مالک دریافت می کند که یا آن را خریداری نموده و ثمن آن را بپردازد و یا مال مأخوذ را بازپس دهد. عبارت زیر در این زمینه شنیدنی است «الاذن فی المقبوض بالسوم اذن تضمینی بمعنی ان البایع یعطى السلعه الی المشتري مشروطاً بالشرط البنایی علی انه لو تلف فی یده یعطیه بدله» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰۹). به بیان دیگر ضمان اخذ بالسوم نه به دلیل عدم کفایت اذن مطلق برای ایجاد امانت بلکه به دلیل توافق ضمنی و بنای طرفین بر ضمان است. به بیان دیگر ما در اینجا با یک اذن مقید به عوض (گلیپایگانی، ۱۴۱۳: ۲۱۰) یا یک اذن تضمینی یا اذن معاوضی (فشارکی، ۱۴۲۱: ۵۱۷/ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۶۸) روبرو هستیم نه با یک اذن مطلق و علت حکم به ضمان نیز در همین نکته نهفته است و دقیقاً بر اساس چنین تحلیلی است که در مسأله ی مأخوذ برای نظر که صحبت از خرید و معاوضه در میان نیست فقها به عدم ضمان دریافت کننده تصریح نمودند. (بهجت، ۱۳۸۴: ۲۳ / کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۶۹)

۲-۳. اکراه گیرنده به قبض مال در عقود امانی و اذنی

یکی دیگر از مواردی که می توان برای حل مسائل آن از تفکیک اذن عقدساز و اذن امانت ساز و عدم ملازمه آن دو بهره جست وضعیتی است که مالک دیگری را به قبض مال خود اکراه کرده است. به عنوان مثال اگر در عقد ودیعه مودع، مستودع را اکراه به قبض مال کند و به زور مال را در اختیار او قرار دهد آیا ید مستودع امانی است یا نه؟ روشن است که در چنین وضعیتی عقد ودیعه محقق نمی شود. زیرا ودیعه مانند هر عقد دیگری محتاج قبول همراه با رضایت طرف عقد است و صرف در اختیار گرفتن مال در اثر اکراه، قبول مقرون به رضا تلقی نمی شود. به هر روی آیا ید گیرنده در این وضعیت که عقد فاسد





است امانی است یا ضمانی؟ اغلب فقیهان در این فرض حکم نموده اند که گیرنده مال ضامن تلف یا نقص قهری مال نیست (سبزواری، بی تا: ۶۹۱/نجفی، ۱۴۱۸، ج ۲۷: ۱۰۰/عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۷: ۲۱۳). در فرض بالا، هر چند گیرنده مکره است اما آنچه برای تحقق امانت لازم است این است که مالک مال با رضایت و بدون اکراه، دیگری را بر مال خود مستولی سازد و این امر در فرض ما محقق است و گیرنده، مال را با رضایت مالک دریافت نموده است. این حکم علاوه بر اینکه مطابق قاعده است کاملاً معقول نیز بنظر می رسد. زیرا معقول نیست فردی به اکراه مالک و بدون رضایت خود بر مال مالک مسلط گردد و مسئولیت تلف و نقص قهری مال را نیز بر دوش کشد. بر اساس آنچه به عنوان دیدگاه قانون مدنی گفتیم نیز این حکم کاملاً موجه و قابل توجیه است. زیرا بموجب مفهوم ماده (۳۰۸) ق.م استیلاء با مجوز و اذن مالک موجب امانت و رفع ضمانت ید متصرف است و در فرض بالا تردیدی نیست که وضع ید و استیلاء گیرنده بر مال با مجوز مالک و بلکه با قهر و غلبه از سوی مالک بوده است.

۲-۴. عدم اهلیت متصرف در عقود امانی

پیشتر در مورد فساد ناشی از عدم اهلیت مالک یا همان اذن دهنده در عقود اذنی سخن گفتیم و گفتیم که به دلیل بی اعتباری اذن شخص فاقد اهلیت نه فقط عقد اذنی باطل است بلکه اذن امانت ساز صادر از شخص محجور اعتبار نداشته و به اصطلاح نه اذن عقدساز و نه اذن امانت ساز وی کارساز نیستند. اما اکنون سخن بر سر عدم اهلیت مأذون است نه اذن دهنده. مالک واجد اهلیت مال خود را به عاریه یا برای مضاربه در اختیار سفیه یا صغیر قرار می دهد. هر چند تردیدی در بطلان عقد در فرض عدم تنفیذ ولی وجود ندارد اما از سوی دیگر چاره ای جز پذیرش ید امانی در مورد سفیه و صغیر ممیز وجود ندارد. زیرا اولاً گفتیم که تصرفات مأذونه از شمول دلیل ید خارج است و در اینجا نیز ما با استیلاء مأذون روبرو هستیم زیرا نه در صدق استیلاء تردیدی وجود دارد و نه در رضایت مالک که بحسب فرض واجد اهلیت است. پس در جایی که مالکی، صغیر یا سفیه را بر مال خود مستولی ساخته همه ی عناصر لازم برای امین بودن متصرف یعنی رضایت مالک و استیلاء گیرنده فراهم است. ثانیاً تقریباً تمامی مولفان به عدم ضمان صغیر ممیز بمجرد قبض تصریح نموده





اند (سیستانی، ۱۴۲۰: ۲۸۴) و این حکم با توجه به شمول دلیل ید بر صغیر ممیز به هیچ دلیلی جز اذن مالک و در نتیجه امانی بودن ید صغیر نمی تواند مستند باشد. ثالثاً حکم به عدم امانت صغیر ممیز با فلسفه ی حمایتی حجر در تضاد است و باعث می شود صغیر ممیز ضامن تلف قهری مالی قرار گیرد که در اجاره ی فاسد یا عاریه ی فاسد و امثال آن از سوی مالک دارای اهلیت در اختیار وی قرار داده شده است. و بالاخره در تایید امکان استیمان صغیر ممیز می توان به اشاراتی که در برخی از متون فقهی آمده نیز اشاره نمود. از جمله یکی از فقها پس از بیان اینکه صغیر ممیز و مجنون ضامن تلف نیستند حکم بهامانی بودن ید ایشان جز در صورت تعدی و تفریط داده است: «و ان كانا ممیزین صالحین للاستیمان لایبعد ضمانهما مع التلف فی تفریطهما فی الحفظ، فضلا عن الاتلاف» (خمینی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۵۹۷) که عبارت «صالحین للاستیمان» حکایت از پذیرش ضمنی عنوان امانت و استیمان در حق صغیر ممیز و دارد.

آنچه گفته شد مربوط به سفیه و صغیر ممیز بود ولی در مورد صغیر غیر ممیز و مجنون مسأله توجه دیگری دارد زیرا برای اتصاف به وصف امانت لازم است که شخص مأذون دارای قوه ی عقل و تمیز باشد بگونه ای که عرفا بتوان وی را مسلط بر مال دانست. و لذا اگر مالکی مال خود را در اختیار مجنون یا صغیر غیر ممیز قرار دهد، نمی توان نسبت به آنها از ید امانی سخن گفت. البته این سخن به معنای ضمان آنان نیست زیرا هم در فقه و هم در قانون مدنی (ماده ۱۲۱۵) به عدم ضمان آنان تصریح گردیده و حتی در فرض اتلاف نیز ضمان را متوجه آنان ندانسته اند. دلیل عدم ضمان آنها در فرض تلف، علاوه بر امکان استناد به دلیل اولویت نسبت به عدم ضمان اتلاف، عدم شمول و انصراف قاعده ی علی الید نسبت به ید مجنون و صغیر غیر ممیز است (حکیم، ۱۴۰۵: ۱۱۷). به دیگر سخن به دلیل فقدان تمیز و شعور در مجنون و صغیر غیر ممیز، «اخذ» و استیلا در خصوص آنها صادق نیست (انصاری، ۱۴۱۸: ۱۸۱) و بهمین دلیل حدیث «علی الید ما اخذت» که مبنای ضمان ید است شامل آنها نمی گردد تا برای عدم ضمان آنها به تخصیص دلیل ید حاجت باشد.



۲-۵. تعدی و تفریط متصرف در عقود امانی و اذنی

همان طور که می دانیم در صورتی که امین در عقود امانی تعدی و تفریط نماید ید امانی او به ید ضمانی تبدیل میشود و در واقع اذن امانت ساز مالک نیز از بین می رود و به همین دلیل متصرف از تاریخ تعدی و تفریط مسئول هر کسر و نقصانی است که در مال به وجود می آید هر چند که کسر و نقصان از تعدی و تفریط او حاصل نشده باشد (ماده ۶۳۱ قانون مدنی). اما بحثی که فقها در این زمینه مطرح کرده اند آن است که آیا اگر امین پس از تعدی و تفریط پشیمان و نادم گردد این امر صفت امانت را به او بازمی گرداند یا خیر؟ اکثریت فقهای امامیه در این زمینه نظر داده اند که صفت امانت زائل میشود و دوباره بازمی گردد و در صورت تردید نیز ید ضمانی متصرف استصحاب می شود (حلی، بی تا، ج ۱۶: ۱۶۰/عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۷: ۲۱۹/طوسی، ۱۳۸۷: ۱۳۴). برخی از حقوقدانان نیز قائل به عدم بازگشت صفت امانت در صورت پشیمانی از تعدی و تفریط می باشند. (امامی، ۱۳۷۵: ۱۷۲). در مقابل برخی از از فقها اذن مجدد مالک را برای تبدیل ید ضمانی به ید امانی کافی می دانند بدون اینکه دیگر لازم باشد مال به مالک برگردانده شود (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۷: ۲۲۵).

تعداد اندکی از فقها و بویژه فقهای معاصر معتقدند در صورت ندامت امین از تعدی و تفریط و ترک آن، مجددا ید متصرف امانی می گردد بدون اینکه اذن جدیدی در میان باشد (یزدی، ۱۴۱۰: ۳۵؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۲۲۱). برخی از حقوقدانان نیز به تبع این دسته از فقها معتقدند که تعدی و تفریط حائلی در راه نفوذ اذن ایجاد می کند که مانع از ایجاد اثر آن می شود؛ لیکن هرگاه این مانع از بین رود، منبع زاینده امانت (اذن) دوباره کارگزار می شود و صفت امانت را به مستودع باز می گرداند. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۰). البته مرحوم استاد کاتوزیان در مورد علت اینکه پس از اظهار ندامت امین از تعدی و تفریط صفت امانت به او بازگردانده می شود؛ معتقدند علت این امر آن است که تعدی و تفریط باعث انحلال عقد نمی شود و بقای عقد به معنی بقای اذن است و آنچه که سبب امانت می شود اذن مالک می باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۵۹). در واقع از نظر ایشان چون عقد باقی است، اذن و در نتیجه امانت هم باقی است. همانگونه که پیداست در این تحلیل بین دو اذن عقدساز و امانت ساز آمیختگی و خلط صورت گرفته است. چنانچه مکررا گفته شد بقاء اذن عقدساز یا همان عقد اذنی به معنای بقاء اذن امانت ساز نیست و تلازمی نیز بین آن دو وجود ندارد. برخلاف مرحوم استاد کاتوزیان فقهای که مدافع بازگشت وصف امانت پس از ختم





تعدی و تفریط هستند نه تنها به بقاء عقد و اذن عقد ساز برای بقاء و تجدید امانت استدلال ننموده اند بلکه نحوه استدلال آنها نشان از دوگانگی اذن عقدساز و امانت ساز در نظر آنان دارد. مرحوم سید محمد کاظم یزدی بجای استناد به دلیل امانت برای خروج ید متصرف از ضمان ناشی از علی الید، به «قاعده احسان» استناد نموده است. توضیح اینکه در تحلیل فقه و حقوق ما هر چند به دلیل اطلاق دلیل علی الید، هر تصرف در مال دیگری علی الاصول ضمانی و مشمول دلیل ید است اما این عموم چند مخصص دارد که یکی از آنها ادله استیمان است که چنانکه گفتیم مبتنی بر اذن مالک است و دیگری دلیل احسان است که هم مخصص دلیل اتلاف است و هم مخصص دلیل ید. حال مرحوم سید به دلیل اینکه با تعدی و تفریط امانت را خاتمه یافته تلقی کرده و اذن مجدد مالک نیز برای برقراری مجدد امانت در کار نیست، به دلیل احسان متوسل شده و معتقد است متصرفی که دست از تعدی و تفریط شسته و در مقام محافظت از مال دیگری است، محسن محسوب شده و از همین رو تلف و نقص قهری مال نباید بر وی تحمیل گردد (یزدی، ۱۴۱۰: ۳۵).

نتیجه گیری

اذن یکی از مفاهیم مهم و پرکاربرد در حقوق ایران می باشد که دو کارکرد مختلف دارد: یکی در عقود اذنی که قوام عقد نه تنها در مرحله حدوث بلکه در مرحله بقاء نیز متقوم به اذن است و به همین دلیل است که آسیب دیدن اراده پس از ایجاد عقد نیز در سرنوشت عقد مؤثر بوده موجب انحلال این عقود می گردد؛ و دیگر نقش اذن در ایجاد امانت است یعنی هر جا شخص به اذن مالک یا شارع بر مال غیر مسلط می گردد امین محسوب شده و ضامن تلف و نقص قهری آن مال نخواهد بود. بنابر مدعای این مقال این دو کارکرد اذن با یکدیگر متفاوت بوده است. تفاوت مهم این دو نوع اذن در متعلق آن دو می باشد؛ در اذن امانت ساز متعلق اذن، استیلاء بر مال است و لذا اذن امانت ساز را می توان به اذن در استیلاء بر مال تعریف نمود اما در عقود اذنی، متعلق اذن به حسب نوع عقد اذنی متفاوت است.

بر بنیاد مدعای این مقاله با توجه به دوگانگی بین اذن عقدساز و امانت ساز، اولاً اذن امانت ساز را می توان هم در عقود اذنی مانند مضاربه و عاریه جستجو کرد و هم در عقود غیر اذنی همچون اجاره و رهن و مزارعه و مساقات و حتی خارج از محدوده عقود همچون





استیفاء مأذونه از مال غیر و ثابثا هیچ گونه ملازمه ای بین این دو کارکرد اذن وجود ندارد یعنی ممکن است اذن عقدساز داشته باشیم بدون اینکه اذن امانت ساز وجود داشته باشد و یا برعکس آن اذن عقدساز منتفی باشد ولی اذن امانت ساز باقی باشد. یکی از مواردی که می توان برای نشان دادن عدم تلازم بین دو اذن اشاره کرد اتمام مدت در عقود امانی - اذنی خواهد بود. پس از اتمام مدت عقد از آن جا که اذن عقدساز مقید به مدت معینی بوده است این اذن خاتمه پیدا می کند اما اذن امانت ساز بنا بر پس از پایان یافتن مدت همچنان باقی است. مورد دیگری که تأمل در آن عدم ملازمه بین اذن عقدساز و اذن امانت ساز را نشان می دهد بحث فساد عقود امانی و اذنی است که در صورت آشکار شدن فساد عقد طبق قول اغلب فقها اذن امانت ساز (امانت مالکانه) باقی می ماند چرا که سبب تحقق امانت چیزی جز اذن مالک به استیلاء نیست و این سبب در عقد فاسد امانی نیز وجود دارد مگر اینکه علت فساد عقد از اموری مانند حجر باشد که موجب بی اعتباری اذن امانت ساز نیز می گردد. این در حالی است که اذن عقدساز پس از فساد عقد از بین می رود چرا که این نوع از اذن سازنده عقد است. اما مورد سومی که تفکیک بین اذن عقد ساز و اذن امانت ساز را نشان می دهد اکراه گیرنده به قبض مال در عقود امانی و اذنی است که در این حالت عقدی تشکیل نمیگردد چرا که عقد نیاز به قبول با اختیار دارد و لذا اذن عقدساز نیز نمی تواند اثری داشته باشد اما ید گیرنده مال طبق قول اغلب فقها امانی به امانت مالکانه است و در نتیجه اذن امانت ساز باقی است چرا که طبق قاعده مالک دارای اهلیتی با رضایت به دیگری اذن در استیلاء بر مال خود را داده است و علاوه بر این معقول هم به نظر نمی رسد که فردی مکره به استیلاء بر مال دیگری شود و در عین حال ید او ضمانتی باشد. مورد آخری که از باب نمونه آورده شد تا ادعای خود را مبنی بر عدم انطباق کامل اذن عقدساز و اذن امانت ساز نشان دهیم بحث تعدی و تفریط متصرف در عقد امانی میباشد که هر چند موجب انتفای اذن امانت ساز می شود اما اذن عقدساز کماکان باقی است چرا که تعدی و تفریط از موارد انحلال عقد امانی نمی باشد.

• این مقاله بسط و تفصیلی از سخنرانی نویسنده اول در هفته پژوهش سال ۱۳۷۸ در دانشگاه اصفهان است.





منابع

- ۱) اردبیلی، احمد بن محمد؛ ۱۴۰۳ق، مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشادالاذهان؛ قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین علمیه قم، چ ۱، ج ۲.
- ۲) آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، ۱۴۰۶ ق، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱.
- ۳) آصف محسنی، محمد؛ ۱۳۸۲ ش، الضمانات الفقهیه و اسبابها، قم، پیام مهر، چ ۱.
- ۴) اصفهانی (کمپانی)، شیخ محمد حسن؛ ۱۴۰۹ ق، کتاب الاجاره، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۲.
- ۵) اصفهانی (کمپانی)، شیخ محمد حسن؛ ۱۴۱۸ ق، حاشیه المکاسب، الطبعة الاولى، قم: انوار الهدی، چ ۱، ج ۲.
- ۶) امامی، حسن، ۱۳۷۵ ش، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامی، چ ۱۲، ج ۲.
- ۷) انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۵ ق، المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چ ۱، ج ۳.
- ۸) بجنوردی، سید حسن، ۱۴۱۹ ق، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، چ ۱، ج ۲.
- ۹) بهجت، شیخ محمد تقی، ۱۴۲۸ ق، وسیله النجاه، قم، نشر دفتر آیت الله بهجت، ج ۱.
- ۱۰) تبریزی، جواد بن علی، ۱۴۱۶ ق، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، قم، موسسه اسماعیلیان، چ ۳، ج ۲.
- ۱۱) تجلیل تبریزی، ابوطالب، ۱۴۲۱ ق، التعلیق الاستدلاليه علی تحریر الوسیله، تهران، نشر عروج، چ ۱.
- ۱۲) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۰ ش، فلسفه حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ ۱، ج ۲.
- ۱۳) رشتی گیلانی، میرزا حبیب الله، بی تا، کتاب الاجاره، چاپ سنگی، بدون نوبت چاپ، بیجا.
- ۱۴) حلّی، علامه حسن بن یوسف، ۱۴۱۴ ق، تذکره الفقها، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، چ ۱، ج ۱۵ و ۱۶.
- ۱۵) حلّی، علامه حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ ق، قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، چ ۱، ج ۲.
- ۱۶) حلّی، علامه حسن بن یوسف، ۱۴۲۰ ق، تحریر الاحکام، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ج ۳.





- (۱۷) حلی، جعفر بن حسن؛ ۱۴۰۸ ق، شرایع الاسلام، قم، موسسه اسماعیلیان، چ ۲، ج ۲.
- (۱۸) خلخالی، سید محمد مهدی موسوی؛ ۱۴۲۷ ق، فقه الشیعه (کتاب الاجاره)، الطبعة الاولى، تهران، مرکز فرهنگی انتشارات منیر، چ ۱.
- (۱۹) خمینی، سید روح الله، ۱۴۱۴ ق، تحریر الوسیله، تهران، موسسه دارالعلم، چ ۱ و ۲.
- (۲۰) خوانساری، سید احمد، ۱۴۰۵ ق، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، موسسه اسماعیلیان، چ ۲، ج ۳.
- (۲۱) سبزواری، محمد باقر بن محمد، بی تا، کفایه الاحکام، الطبعة الاولى، اصفهان، انتشارات مهدوی، چ ۱، ج ۱.
- (۲۲) سیستانی، سید علی، ۱۴۲۰ ق، منهاج الصالحین، قم، دفتر آیت الله سیستانی، چ ۱، ج ۲.
- (۲۳) شهیدی، مهدی، ۱۳۷۹ ش، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چ ۱، ج ۲.
- (۲۴) طباطبایی، سید علی بن محمد، ۱۴۱۸ ق، ریاض المسائل، قم، موسسه آل البيت عليه السلام، چ ۱، ج ۹ و ۱۰ و ۱۴.
- (۲۵) طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفری، چ ۳، ج ۴.
- (۲۶) عاملی، سید جواد بن محمد، ۱۴۱۹ ق، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین علمیه ق، چ ۱، ج ۱۷ و ۲۰ و ۲۱.
- (۲۷) عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ ق، مسالك الافهام، الطبعة الاولى، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چ ۱، ج ۴ و ۵.
- (۲۸) عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۴۱۰، الروضه البهیة، قم، کتابفروشی داوری، چ ۱، ج ۴.
- (۲۹) فاضل لنکرانی، محمد، ۱۴۲۳ ق، الاجاره، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار، چ ۱.
- (۳۰) فشارکی، سید محمد، ۱۴۲۱ ق، الرسائل الفشارکیه، قم، موسسه النشر الاسلامی، چ ۲.
- (۳۱) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۲ ش، حقوق مدنی (عقود اذنی و وثیقه های دین)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۷، ج ۴.
- (۳۲) کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، ۱۴۱۴ ق، جامع المقاصد، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، چ ۲، ج ۶ و ۷.





۳۳) گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی، ۱۴۱۳ق، هدایه العباد، قم، دارالقرآن الکریم، ج ۱، ج ۲.

۳۴) میرزای نایینی، محمد حسین غروی، ۱۴۱۳ق، المكاسب و الیبع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱، ج ۱.

۳۵) نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، ۱۴۱۸ق، جواهر الکلام، الطبعة السابعة، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ج ۷، ج ۲۶ و ۲۷.

۳۶) نجفی (کاشف الغطاء)، محمد حسین بن علی، ۱۳۵۹ق، تحریر المجله، انجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ج ۱، ج ۲.

۳۷) نجفی (کاشف الغطاء)، حسن بن جعفر، ۱۴۲۲ق، انوار الفقاهه، نجف اشرف، موسسه کاشف الغطاء، ج ۱.

۳۸) یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، ۱۴۱۰ق، حاشیه المكاسب، قم، موسسه اسماعیلیان، ج ۱، ج ۱.

۳۹) جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سید محمود، ۱۴۲۳ق، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت علیهم السلام، قم، موسسه دایره المعارف فقه اسلامی، ج ۱، ج ۲.

- 40) Beatson, Jack, Burrows, Andrew S, Cartwright, John(2016) , Anson's Law of Contract, New York, Oxford University Press, 29th edt,
- 41)Bederman. David. J (2010). Custom as a Source of Law, New York, Cambridge University Press. 1st edt.
- 42)Bénabent , Alain, “Droit civil, “Les obligations” ”, Montchrestien, 10 éd, Paris,
- 43) Chen-Wishart, Mindy (2013), “In Defence of Consideration”, Oxford University, Commonwealth Law Journal, Vol. 13, No. 1,209- 239.
- 44) Ibbetson, David. J, A Historical Introduction to the Law of Obligations, New York, Oxford University Press, 2nd edt, 2001.
- 45) Terré (François),Simler(Philippe),Lequette(Yves)(1996), “Les obligations” , Dalloz, Paris

