

## بررسی قابلیت اذن در ایجاد حق برای مأذون\*

□ محمد صالحی مازندرانی<sup>۱</sup>  
□ علی جوادیه<sup>۲</sup>

### چکیده

اذن که اصولاً سبب حصول اباحه برای مأذون می‌شود، دارای ماهیت متزلزلی است که با رجوع آذن (در فرض فقدان شرط عدم رجوع)، و در هر صورت با فوت یا حجر احد طرفین (آذن/مأذون) از بین می‌رود؛ حال آنکه در برخی از موارد لازم است که اذن، ملازم با وصف بقاء باشد و به سادگی مرتفع نشود تا زوال آن موجب تضییع مأذون نشود. با تتبع در مواد قانون مدنی و آراء علمای حقوق و فقه این مهم نمایان گشت که اذن این قابلیت را داراست که بتواند برای مأذون، حق نیز ایجاد نماید. از ویژگی‌های مهم چنین اذنی می‌توان به مواردی همچون: عدم توانایی آذن در بر هم زدن آن، عدم زوال اذن اعطایی به واسطه فوت و حجر طرفین، قابلیت انتقال قهری و اختیاری حق ایجاد شده و... اشاره کرد. شناسایی چنین تأسیسی مستلزم آن خواهد بود که اذن، حداقل در مواردی

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم (m.salehimazandarani@qom.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (ali.javadieh@gmail.com).

که ایجاد حق می‌نماید، عمل حقوقی فرض شود؛ و الاً واقعه حقوقی انگاری اذن با پذیرش موجد حق بودن آن، غیر قابل جمع خواهد بود.

**واژگان کلیدی:** اذن، اذن محض، اباحه در تصرف، اذن حقی، سلب حق

رجوع.

### مقدمه

اذن برای مأذون ایجاد اباحه می‌نماید (بیات، ۱۳۹۶: ۷۰). بدین طریق مأذون مجوز تصرف در مال اذن را می‌یابد و حرمت و ضمان از وی برداشته می‌شود (اسماعیلی و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۸). مهم‌ترین اثر ایجاد اباحه به وسیله اذن آن است که مأذون حقی نسبت به آنچه به آن اذن داده شده است، پیدا نمی‌کند. از این رو اصولاً حق تصرف، قائم به فرد بوده و امکان انتقال آن به دیگری وجود ندارد (بیات، ۱۳۹۶: ۳۴۵). همچنین هر آن، که اذن اختیار کند، می‌تواند از اذن خود رجوع کند (صیادی کوشک‌قاضی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۴۳). اگر بقای اذن برای مأذون دارای اهمیت باشد، امکان اسقاط حق رجوع مالک از اذن پیش‌بینی شده و بدین ترتیب اذن می‌تواند غیر قابل رجوع شود؛<sup>۱</sup> اگرچه در چنین وضعیتی نیز از میان بردن ارادی اذن منتفی شده، ولی همچنان انتفاء غیر ارادی آن ذیل عنوان انفساخ در موارد فوت و حجر یکی از طرفین اذن‌دهنده و اذن داده‌شده، باقی است.<sup>۲</sup> این بر خلاف زمانی است که برای فرد حقی ایجاد می‌شود. در این موارد اصولاً فرد صاحب حق می‌تواند آن را به دیگری انتقال دهد (بیات، ۱۳۹۶: ۴۷) و در صورت استنکاف متعهد، علیه وی اقامه دعوی کند (همان: ۳۹-۴۰). همچنین اعطاکننده حق، یک‌طرفه نمی‌تواند حق ایجاد را زایل سازد. فوت و حجر احد طرفین محق و متعهد نیز از بین برنده حق ایجاد شده نیست.<sup>۳</sup>

با توجه به مقدمه مذکور، نوشتار حاضر در پی بررسی این مسئله است که آیا اذن، این قابلیت را دارد که برای مأذون حق ایجاد نماید؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا در قوانین داخلی مصادیقی از چنین حقی به چشم می‌خورد یا خیر؟ علاوه بر این موارد،

۱. مستفاد از مواد ۱۰۸ و ۱۲۰ قانون مدنی.

۲. مستفاد از ماده ۹۵۴ قانون مدنی.

۳. مستفاد از ماده ۵۱ قانون مدنی.

بررسی قابلیت ایجاد حق در عقود اذنی - از این جهت که شالوده اصلی آن‌ها چیزی جز اذن نیست - می‌تواند پاسخ به پرسش اصلی طرح شده در نوشتار حاضر را هموارتر سازد. نتیجه عملی که می‌توان از بحث فوق گرفت آن است که اگر با توافق طرفین و یا به حسب شرایط و اوضاع و احوال، اذن موجد حق نیز معتبر شناخته شود، نگرانی مأذون از امکان رجوع از اذن و یا ارتفاع آن به سبب فوت و حجر برطرف می‌گردد و آثار دیگری که در فرض وجود حق برای محق مطرح است، اصولاً در این مورد جاری خواهد بود.

آنچه در بیان حقوق دانان و فقها در خصوص اذن و عقود اذنی بیشتر به چشم می‌خورد، رفع ممنوعیت و ایجاد اباحه در تصرف برای مأذون است و به غیر از بیانات پراکنده، به امکان ایجاد حق به وسیله آن، به صورت منسجم پرداخته نشده است و برخی که به آن اشاره کرده‌اند، آن را خارج از اذن دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

## ۱. معنای حق

قدم نخست آن است که بررسی شود مراد از حقی که به وسیله اذن ایجاد می‌شود، چیست؟ نیل به این هدف، مستلزم تعریف لغوی و اصطلاحی واژه حق است.

### ۱-۱. معنای لغوی

در خصوص معنای لغوی واژه حق، علمای لغت اصولاً تعریف مشابهی را بیان کرده‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره خواهد شد. در کتاب *التعريفات* آمده که حق همان ثابتی است که انکار آن توجیه‌پذیر نیست (جرجانی، ۱۴۲۴: ۷۲). در *لسان العرب*، حق نقیض باطل معنا شده و در ادامه اشاره شده است که حق به معنای ثبوت است (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۲۵۵-۲۵۶/۳).

فیومی مقری (۱۹۸۷: ۵۵)، جوهری (۱۹۷۴: ۲۸۱/۱) و حسینی زبیدی (۱۴۰۶: ۳۷۵/۶) نیز در معاجم خود در مقابل واژه حق، به خلاف باطل بودن و ثبوت و ثابت بودن آن اشاره کرده‌اند. از این رو می‌توان ابراز داشت که ثبات و قرار، معنای اصلی حق نزد

۱. به این اقوال بعداً اشاره خواهد شد.

اکثر اهل لغت است و اگر معانی دیگری نیز برای واژه حق بیان شده است، بازگشتشان به همان معنای ثابت بودن است (نبویان، ۱۳۸۶: ۱۵۹-۱۶۰).

## ۲-۱. معنای اصطلاحی

در کتب اسلامی، حق را قدرت یک فرد انسانی مطابق قانون بر انسان دیگر یا بر یک مال و یا بر هر دو معنا کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۳). در اصطلاح فقهی، اگرچه معانی متعددی برای حق ذکر شده است، ولی می‌توان به نحوی همه را به معنای اعتبار سلطنت افراد بر افعال بازگشت داد (پورمولا، ۱۳۹۰: ۷۰). در خصوص حق، تعابیر دیگری همچون «اختصاص چیزی به کسی» به چشم می‌خورد؛ با تأکید بر این نکته که این اختصاص، مورد حمایت شارع است (ابوالسعود و زهران، ۱۹۹۸: ۱۸۳). گاهی به جای لفظ اختصاص، از واژه قدرت و یا نفع نیز استفاده شده است (موحد، ۱۳۸۴: ۴۴). همچنین گاهی اوقات، حق به عنوان امتیاز و توانایی خاص در برابر دیگران معنا شده است؛ با این فرض که این امتیازها را علم حقوق مشخص می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴) و جامعه از آن‌ها حمایت می‌کند (همو، ۱۳۷۷: ۱/۳۱-۳۴). پس می‌توان نتیجه گرفت که تعابیر مختلفی همچون: سلطنت، اختصاص، قدرت، امتیاز، توانایی و... مفاهیم مشابهی هستند که همگی یک معنا را افاده می‌کنند. زمانی که برای شخص حقی ایجاد می‌شود، بدین معناست که قانون‌گذار به آن شخص امتیازی را اختصاص داده است که دیگران از آن بی‌بهره بوده و ملزم به رعایت آن‌اند. از این رو، تعبیر حق به «امر اعتباری وضع شده، لَه شخص و علیه دیگران» (مصباح یزدی، ۱۳۷۷: ۷-۲۵) می‌تواند تعبیر موجز و مفیدی در جهت تبیین معنای اصطلاحی حق باشد.

## ۲. معنای لغوی و اصطلاحی اباحه

در تاج العروس، مجاز کردن چیزی برای دیگری به عنوان معنای اباحه بیان شده است (حسینی زبیدی، ۱۴۰۶: ۲/۱۳۶). «چیزی را رها و آزاد گذاشتن»، معنای ذکرشده در معجم محیط المحيط (بستانی، ۱۹۹۳: ۶۰) است. در معجم مقاییس اللغة بیان شده که اباحه شیء به این معناست که آن چیز برای فرد ممنوع نیست و در آن برای او وسعت

قرار داده شده است (ابن فارس، ۱۳۹۹: ۳۱۵/۱).

از این رو می‌توان این گونه نتیجه گرفت که بازگشت معنای اباحه به برداشتن هرگونه قیدی در انتخاب، انجام و یا عدم انجام چیزی است (گروه نویسندگان، ۱۳۸۴ الف: ۲۱۷). معنای اصطلاحی اباحه، تقریباً مطابق با معنای لغوی آن بوده و زمانی که چیزی برای شخص از جانب شارع و یا مالک مباح می‌شود، بدان معناست که صرفاً امکان تصرف در آن شیء برای فرد به وجود می‌آید؛ بی‌آنکه حق و یا اختیار دیگری برای وی حاصل شود (گروه نویسندگان، ۱۳۸۴ ب: ۱۴۵).

با توجه به آنچه در خصوص معنای حق و اباحه گفته شد، اجماً تمایز میان دو مفهوم ذکرشده مشخص گردید. از این رو در جایی که برای فرد حقی حاصل می‌شود که قانون آن را معتبر شناخته و از آن حمایت می‌کند، امتیازی برای فرد در برابر دیگران ایجاد می‌شود که اصولاً زوال‌ناپذیر است. در مقابل، اگر برای شخص در چیزی اباحه حاصل شود، اصولاً تنها اختیار استفاده و تصرف در آن شیء به فرد داده می‌شود، بی‌آنکه چنین تصرفی واجد وصف ثبات و دوام باشد. به تعبیر دیگر، وقتی چیزی برای شخصی مباح می‌شود، حقی نسبت به آن چیز برای او به وجود نمی‌آید و تنها مالک و یا شارع، امکان تصرف در آن را به او می‌دهد تا چنین تصرفی مشمول حکم حرمت و تعدی به مال غیر نشود.

با وجود این، تمایز میان دو مفهوم فوق‌الذکر، موقوف به بررسی آثار حقوقی مختلفی (از جمله رجوع مالک، اسقاط انتقال ارادی و قهری حق و اباحه و...) است که از هر کدام نشئت گرفته است.

در این نوشتار به برخی از این آثار در خلال مباحث مختلف اشاره شده است.

### ۳. معنای اذن

پس از تبیین معنای حق و اباحه، گام دیگر، تحقیق در خصوص معنای لغوی و اصطلاحی اذن است تا مشخص شود که آیا اذن، تنها بر ایجاد اباحه دلالت دارد یا معنای دیگری نیز از آن مستفاد می‌شود؟

### ۱-۳. معنای لغوی

در بررسی لغوی باید مشخص شود که آیا لغت اذن برای ایجاد اباحه و رخصت وضع شده و یا اینکه معانی حقیقی دیگری نیز برای آن متصور است؟ در صورت اول، به کارگیری اذن در موارد ایجاد حق، از باب مجاز خواهد بود؛ در غیر این صورت می‌توان مدلول مدّ نظر را حقیقتاً از لفظ اذن برداشت کرد. در صحاح آمده که اذن در دو معنا به کار گرفته شده است؛ یکی به معنای اباحه و رخصت و دیگری به معنای اعلام (جوهری، ۱۴۰۴: ۲۰۶۸/۵). فرمان و امر نیز از معانی قابل برداشت از لفظ اذن است.<sup>۱</sup> مطابق با واژگان قرآنی، معانی اجازه، اراده، اطاعت و علم نیز برای اذن مصطلح است (قریشی، ۱۳۶۱: ۵۶/۱). از تعاریف برخی از اهل لغت همچون راغب برداشت می‌شود که معنای اذن، اطلاع دادن و اعلام آذن از اجازه و مجوزش است که در اثر کثرت استعمال، اعلام رضایت - به عنوان متعلق اعلام - مرادف رخصت به کار رفته است (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴: ۱۴). از این رو به نظر می‌رسد که اذن معنایی به جز اعلام نداشته باشد (فیروزآبادی، بی‌تا: ۱۹۵/۴) و مطلق اذن به معنای مطلع ساختن و اعلام کردن فرض می‌شود، مگر آنکه به سبب خاص، در معنایی دیگر به کار گرفته شود؛ مانند استعمال اذن به جای جواز و رخصت (احمدنکری، ۱۳۹۵: ۸/۱).

### ۲-۳. معنای اصطلاحی

جعفری لنگرودی بیان می‌کند که تعریف اصطلاحی منحصر به فردی برای اذن در فقه و حقوق خارجی وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۸۷). با این حال مشاهده می‌شود که فقها تعاریف مختلفی از اذن ارائه کرده‌اند. در کلام فقها، اجازه و رخصت مالک برای تصرف در مال (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۵۰۶-۵۰۷)، برطرف کردن مانعی که قانون‌گذار اثری بر آن مترتب می‌کند (عبدالناصر، ۱۴۱۰: ۲۲۲/۴) و یا هر دو معنای اخیرالذکر (غروی اصفهانی، ۱۴۰۸: ۱۳۱/۱) از جمله معانی اصطلاحی بیان شده برای اذن است. برخی نیز اذن را رافع منع و حجر معلول رقیّت یا صغر که تنها برخی از مصادیق

۱. مانند آنچه در این آیه شریفه آمده است: ﴿فَإِنَّهُ نَزَّلَهُ عَلَى قَلْبِكَ بِإِذْنِ اللَّهِ﴾ (بقره / ۹۷): او [جبرئیل] قرآن را به فرمان الهی بر قلب تو نازل کرده است.

اذن را در بر می گیرند، می دانند (عبدالناصر، ۱۴۱۰: ۲۲۲/۴). به مسقط حق بودن اذن به عنوان یکی از معانی اصطلاحی اذن نیز اشاراتی شده است که بیشتر منطبق با نظر فقهای عامه است (زیلعلی حنفی، بی تا: ۲۰۳/۵). حقوق دانان نیز تعاریفی مشابه بیان فقها از اذن ذکر کرده اند. اعلام رضایت مالک یا نماینده قانونی برای انجام عمل حقوقی... (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۲۳)، از جمله این تعاریف است. در آثار برخی حقوق دانان به جای اعلام رضایت، انشای رضایت نیز به چشم می خورد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۰۴/۲). در حقوق خارجی، اگر دو لفظ "permission" و "authorization" را معادل اذن بدانیم، در دیکشنری *Black*، واژه "permission" به عنوان مجوز و یا اختیار برای انجام کار تعریف شده است<sup>۱</sup> (Black, 1971: 1298). در برخی از فرهنگ های لغت در معنای "authorization" اشاراتی از اعطای حق و اختیار به مأذون به چشم می خورد؛ برای مثال در فرهنگ کالین در معنای این لغت به این نکته اشاره شده است که از طریق اذن می توان حق یا اختیار انجام کاری را به دیگری اعطا کرد (Collin, 1992: 20-21)<sup>۲</sup>. از این رو ملاحظه می شود که در فرهنگ های حقوقی خارجی نیز به اثر اذن در ایجاد حق برای مأذون و یا اعطای مجوز به وی اشاره شده است که مورد اخیر شبیه به اباحه در حقوق داخلی است.

نتیجه آنکه با توجه به معنای ذکر شده می توان اذن را اعلام کننده اراده درون دانست. اگرچه در بیشتر مواقع، این اعلام بیانگر رضایت به انجام تصرفی نسبت به مال خود است، اما با این امر منافات ندارد که حاکی از ایجاد حق برای دیگری باشد. به تعبیری، اذن می تواند اعلام کننده اراده ای باشد که می خواهد برای دیگری ایجاد اباحه یا حق نماید. اینکه چنین اراده ای می تواند چنین حقی را ایجاد کند یا خیر، بحثی است که در ادامه مورد بررسی واقع خواهد شد. اما همین قدر می توان بیان داشت که اذن از لحاظ لغوی و اصطلاحی، حداقل این قابلیت را دارد که با متعلق صریح یا ضمنی، بر مصادیق

- 
1. A license to do a thing, an authority to do an act which, without such authority, would have been unlawful.
  2. Authorize to empower to give a right or authority to act to permit a thing to be done in the future.

ایجاد حق نیز دلالت کند و همچنان به عنوان اذن شناخته شود. این نکته در تعاریف اهل لغت از اذن به نسبت تعاریف اصطلاحی بیشتر به چشم می‌خورد و ایشان مطلق اذن را اعلام دانسته‌اند، نه اعلام اباحه و تجویز و یا خود تجویز. در برخی از فرهنگ‌های لغت نیز مستقیماً به اعطای حق به وسیله اذن اشاره شده که بیشتر بیان گردید.

#### ۴. ماهیت حقوقی اذن

پرداختن به قابلیت اذن در ایجاد حق برای دیگری، موکول بر آن است که مقدمتاً ماهیت حقوقی اذن بررسی شود که اذن عمل حقوقی است و یا واقعه حقوقی، و اگر عمل حقوقی است، اراده دیگری (مأذون) در ایجاد یا بقای آن مؤثر است یا خیر. پس از احراز این ماهیت باید دید که آیا چنین ماهیتی توان ایجاد حق را دارد یا خیر؟

تعریف واقعه حقوقی به رویدادی که اثر آن به حکم قانون معین می‌شود و انشاء مرتکب سبب اصلی آن آثار نیست، شهرت یافته است و در مقابل آن، اعمال حقوقی به زاده اراده و تراضی بودن تعریف شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۹). وقایع حقوقی ممکن است به اراده انسان باشند (غصب) و یا غیر ارادی محقق شوند (مانند فوت) (شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۳/۱). آنچه ملاک تمایز واقعه حقوقی ارادی با عمل حقوقی است، وضعیت ترتب اثر بر آن‌هاست؛ بدین صورت که در واقعه حقوقی، عمل ارادی است، اما اثر توسط قانون‌گذار تحمیل می‌شود و اراده فرد در آن نقشی ندارد (ملیحی، ۱۳۹۶: ۵۶). در موضوع مورد بحث، در خصوص اینکه اذن عمل حقوقی است و یا واقعه حقوقی، سه نظر وجود دارد.

#### ۴-۱. اذن به مثابه عمل حقوقی

بسیاری از فقها و حقوق‌دانان، عمل حقوقی بودن اذن و لزوم وجود انشاء در آن را مورد تأیید قرار داده‌اند (ر.ک: مغنیه، ۱۹۸۲: ۲۱۲/۴؛ فیض، ۱۳۶۹: ۲۶۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۱۸۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۷۶/۳؛ قدیری، ۱۴۰۷: ۲۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۶۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۳۸۹/۱).<sup>۱</sup> در واقع نیاز به انشاء از این جهت است که آذن به وسیله اذن، اباحه مورد نظر

۱. همچنین در تألیفات فقهایی چون: میرزای قمی، سیدکاظم یزدی، صاحب جواهر و مؤلف مستمسک عروة الوثقی به این مطلب اشاره شده است (به نقل از: فصیحی‌زاده، ۱۳۷۷: ۳۰).



را انشاء می‌کند؛ چرا که پیش از اذن، تصرف مأذون در مورد اذن ممنوع بوده و این انشای آذن است که وضعیت ممنوعیت را به اباحه تغییر می‌دهد (صیادی کوشک‌قاضی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۳۱). در عمل حقوقی بودن اذن، روایاتی نیز به عنوان مستند نظر مذکور بیان شده است؛ از جمله حدیثی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله که می‌فرماید:

«لا یحل مال امرئ (مسلم) إلا عن طیب نفسه» (کلینی، ۱۴۲۹: ۲۴/۱۰)؛ حلال نیست مال انسان مسلمان مگر از روی رضایت خاطر وی.

در این روایت، از تبعیت اذن از آذن نتیجه گرفته‌اند که اذن از اعمال حقوقی است؛ چرا که در تعریف اعمال حقوقی، تبعیت اثر از اراده، عامل فصل آن از وقایع حقوقی است (ملیحی، ۱۳۹۶: ۵۶). دلیل دیگر را وحدت ملاکی دانسته‌اند که بین اذن و عقود اذنی وجود دارد؛ با این بیان که در عقود اذنی - که در عمل حقوقی بودن آن هیچ شکی نیست - جوهره عقد همان اذن است که از جانب آذن صادر شده است. بنابراین از مخلوق اراده بودن اذن می‌توان به عمل حقوقی بودن آن پی برد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۶/۲ و ۸). با این تفاسیر، اذن یک عمل حقوقی فرض شده است و به سبب آنکه اراده مأذون در تشکیل آن نقشی ندارد، در زمره ایقاعات قرار گرفته است (همو، ۱۳۸۴: ۲۷-۲۵).

این مفهوم در کلام اکثر فقها نیز با تعابیر گوناگون یافت می‌شود، که اذن را ایقاع دانسته‌اند و در نتیجه واقعه حقوقی بودن آن مردود شده است. مانند کلام محقق خوانساری که می‌فرماید: اذن از ایقاعات است و نیازمند قبول نیست (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۷۶/۳). همچنین در کلام امام خمینی آمده است:

«همانا اذن یک چیز و مثلاً عاریه و ودیعه چیز دیگری است که اولی [اذن] ایقاع و دیگری [عاریه و ودیعه] عقد است» (قدیری، ۱۴۰۷: ۲۳۹).

#### ۲-۴. واقعه حقوقی‌انگاری اذن

به نظر برخی دیگر، اذن همان اعلام است (امامی، ۱۳۹۲: ۱۲۵/۱)؛ اعلام رضا و میل از جانب آذن به مأذون و از این رو جزء اخباریات است، نه انشائیات (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۰/۲). اینکه اذن منشأ برخی آثار حقوقی مانند اباحه است، دلیل بر انشاء تلقی کردن آن نیست؛ بلکه اذن تنها خبر از آن انشاء و ایجاد می‌دهد (شیبانی، ۱۳۹۱: ۱۵). فقهایی که

به واقعه بودن اذن معترف بوده‌اند، عمل حقوقی نبودن آن را این گونه ابراز داشته‌اند:  
 «و اما در غیر عقود و ایقاعات مانند اذن در تصرف و...» (غروری اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۷۷/۱).

بر طبق این مبنا، جواز و اباحه، منشأ اذن تلقی نمی‌شود و اباحه حکمی است که از سوی قانون‌گذار جعل می‌شود و اذن تنها اعلام‌کننده آن است. به علاوه، اعلام رضا که اخبار از تحقق رضاست، امری درونی تلقی شده که نمی‌تواند انشایی باشد. بنابراین اذن، مبرز حالت درونی فرد است و توانایی ایجاد مستقیم حق و تعهد را ندارد؛ اگرچه می‌تواند زمینه‌ساز آن باشد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۰/۲).

در اینجا لازم است ارتباط بحث فوق با اباحه شرعی و مالکیت بیان شود. اباحه به‌عنوان اثر مطلق اذن، دارای تقسیم‌بندی‌های متعدد و متنوعی<sup>۱</sup> است که یکی از آن‌ها، تقسیم آن به اباحه شرعی و مالکیت است؛ به حسب آنکه به ترتیب، مبیح (اباحه‌کننده)، شارع و یا مالک باشد (هیئة‌التحریر، ۱۴۲۴: ۲۵۹). در اباحه شرعی، به حکم شارع، تصرف در مال دیگری مباح می‌شود (همانند جواز خوردن از میوه درختان محل عبور به مقدار محدود که به حق المازّه معروف است و یا مانند جوازی که در خصوص استفاده از مال گمشده (لقطه) وجود دارد) (گروه نویسندگان، ۱۳۸۴: ب۱۴۵-۱۴۶)؛ در حالی که در اباحه مالکیت، مخصوصاً در جایی که همراه با اذن صریح باشد - که به اباحه انشایی معروف است -، مالک عنوان اباحه را انشاء می‌کند و بدین ترتیب تصرف در مال وی برای مأذون فراهم می‌شود (گروه نویسندگان، ۱۳۸۴: الف: ۲۳۳).

همان‌طور که از تعاریف فوق برمی‌آید، واقعه حقوقی بودن اذن با اباحه شرعی که جعل حکم اباحه از سوی شارع است، انطباق بیشتری دارد. از طرفی دیگر، اباحه مالکیت منطبق با نظریه عمل حقوقی دانستن آن است. از این رو می‌توان ابراز داشت که نگاه هر کدام از قائلان به واقعه و یا عمل حقوقی بودن اذن، به مصادیق خاصی از آن بوده و این امر سبب شده که مبنای متفاوتی نسبت به یک نهاد حقوقی واحد اتخاذ کنند. با این تقدیر شاید مبنای تفصیل متناسب با مصادیق اذن که بعداً به آن پرداخته

۱. از جمله این تقسیمات می‌توان به تقسیم اباحه به: خاصه و عامه، مطلقه و مشروطه، تکلیفی و وضعی، معوضه و مجانیه و... اشاره کرد (برای آگاهی بیشتر ر.ک: هیئة‌التحریر، ۱۴۲۴: ۲۵۸-۲۶۱).

خواهد شد، نگاه واقع‌بینانه‌تری نسبت به این نهاد حقوقی داشته و بهتر بتواند مصادیق متعدد و متفاوت اذن را ذیل یک مبنا جای دهد.

فرای از توجه به برخی از مصادیق اذن و اتخاذ مبانی متفاوت، به نظر می‌رسد تفاوت در معنای لغوی و اصطلاحی اذن، در اختلاف نظر پیش‌آمده در خصوص ماهیت اذن بی‌تأثیر نبوده است. مشهور که اذن را ایقاع می‌دانند، اساساً به اثر اذن یعنی ایجاد اباحه، نظر داشته و اذن و متعلق آن را یکسان پنداشته‌اند و از این رو حکم کرده‌اند از آنجا که ایجاد اباحه برای دیگری نیازمند انشاست، مآلاً وجود اذن مستلزم انشاست؛ پس اذن عمل حقوقی است. از طرفی دیگر، قائلان به واقعه حقوقی بودن اذن، بر این نکته تأکید کرده‌اند که اذن، صرف اعلام و اخبار از متعلق آن است و چون فرضشان بر این بوده که اذن صرفاً اعلام رضایت است، پس اساساً وجود انشاء را ضروری ندانسته‌اند. این دو عقیده، با نظریات ایجاد و ابراز در خصوص عمل حقوقی نیز قابل تطبیق است؛ چرا که در نظریه ایجاد، خود لفظ به تنهایی به وجودآورنده منشأ است و «العقود تابعة للقصود» در حوزه الفاظ عقود متجلی گشته است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۷۶/۱). همان‌طور که قائلان به ایقاع بودن اذن، خود آن را دلیل بر انشاء اباحه برای دیگری دانسته‌اند. در مقابل فرض بر مبرز بودن جملات انشایی از امور و اعتبارات نفسانی و نقش رکن اخیر در ایجاد ماهیت حقوقی با نظریه اعلامی بودن اذن قرابت بیشتری دارد؛ چرا که ایشان نیز اذن را اعلام امری درونی (رضایت) فرض کرده‌اند، اگرچه اساساً منکر وجود ماهیتی جدید در عالم حقوق شده و اباحه ایجادشده را منشأ حقوقی تلقی نکرده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۰/۲). طبق این مبنا که توسط آیه‌الله خویی بیان شده است، لفظ تنها آشکارکننده آن چیزی است که در نفس فرد وجود دارد و نقش آن در انشاء نه تنها به عنوان علت ایجاد امر اعتباری نیست، بلکه در سلسله علل نیز قرار نمی‌گیرد؛ بدین ترتیب انشاء با اعتبار امر نفسانی محقق می‌شود؛ چه لفظی در کار باشد و چه نباشد (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۹۹/۱). از این رو، تمسک به این نظریه، با واقعه فرض کردن اذن سازگاری بیشتری دارد و «اعلام رضایت» تلقی کردن اذن (که مطابق با تعریف قائلان به واقعه بودن اذن است)، بیشتر منطبق با نظریه اخیر است تا نظریه مشهور که لفظ را مؤثر در انشاء می‌داند و نقش اعلامی برای آن قائل نیست. در نهایت، مبنا

پذیرفته‌شده دو گروه فوق در خصوص ماهیت اذن در تعاریفی که از آن ارائه می‌دهند، به این صورت متجلی گشته است:

– «اذن عبارت است از انشای رضایت...» (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۰۴/۲) (به‌عنوان تعریف منطبق بر اذن ایقاعی).

– «اذن عبارت است از اعلام رضایت...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۲۳)، (به‌عنوان تعریف اذنی که واقعه حقوقی است).

### ۴-۳. تفصیل متناسب با مصادیق اذن

در آثار جعفری لنگرودی در خصوص تعریف اذن، مبنای واحدی به چشم نمی‌خورد. در برخی از موارد، اذن را اعلام رضایت و واقعه حقوقی دانسته (همان) و در برخی دیگر، اذن را در شمار ایقاعات آورده است (همو، ۱۳۶۸: ۲۹۹؛ همو، ۱۳۵۷: ۳۸۹/۱). به نظر می‌رسد وی با نظر به مصادیق متفاوت اذن، قائل به چنین تفصیلی شده است؛ اینکه اذن موردش چه باشد، در ماهیتش نیز مؤثر است که ممکن است حسب مورد، اذن ایقاعی باشد و یا واقعه حقوقی. همان طور که در خصوص تهاتر، بسته به نحوه ایجاد آن، سه قسم تهاتر قهری (واقعه حقوقی)، تهاتر عقود و تهاتر ایقاعی فرض شده است (بیات، ۱۳۹۶: ۲۱۳).<sup>۱</sup>

در موضوع نوشتار حاضر، فرض ایجاد حق به وسیله اذن، قطعاً نیازمند انشای حقوقی است. حال اذن می‌تواند بر مبنای قول مشهور - به مانند انشای اباحه - خود ایجادکننده منشأ حق باشد و یا منطبق با مبنایی دیگر، اخبار از اراده درونی مبنی بر ایجاد حق باشد. با این حال به نظر می‌رسد قول به تفصیل نیز دور از ذهن نباشد و می‌توان در مصادیقی که اذن ایجاد اباحه می‌کند (با فرض اینکه در اباحه انشایی وجود ندارد)، چنین اذنی را واقعه حقوقی دانست و در مواردی که اذن ایجاد حق می‌نماید، آن را ایقاع و عمل حقوقی دانست.

۱. این نکته پوشیده نماند که طبق صریح ماده ۲۹۵ قانون مدنی، تهاتر قهری است و در اصل یک یا دو اراده در قالب ایقاع یا عقد می‌تواند مقدمات تهاتر را فراهم آورد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۱۹-۴۲۰) و با بحثی که در خصوص اذن ایقاعی و واقعه‌ای وجود دارد، متفاوت است. هدف نشان دادن این نکته است که وجود ماهیت‌های گوناگون برای یک نهاد حقوقی، چندان امر غریب و ناشناخته‌ای نیست.

## ۵. اثر اذن در ایجاد اباچه و حق

اثر اذن، ایجاد اباچه در تصرف است (شهبازی، ۱۳۹۵: ۱۸۷-۱۸۹) و مأذون اصولاً نسبت به نقص یا تلف مورد اذن، ضامن نیست (اسماعیلی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۷-۱۹). با این حال به نظر می‌رسد در برخی از مصادیق می‌توان رد پای ایجاد حق به وسیله اذن را مشاهده نمود که در ادامه به برخی از این موارد اشاره می‌شود.

### ۱-۵. اذن در مواد ۱۲۰، ۱۰۸ و ۵۰۴ قانون مدنی

در ماده ۱۲۰ قانون مدنی بیان شده است:

«اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سر تیر بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند؛ مگر آنکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد».

طبق ماده مذکور، اذن صاحب دیوار علی‌الاصول موجب اباچه برای مأذون است و از این رو هر زمان که بخواهد می‌تواند از آن رجوع کند؛ اما از آنجا که هیچ شخص متعارفی بر مبنای یک اذن ساده، سر تیر خود را بنا نمی‌کند (بیات، ۱۳۹۶: ۷۳)، قانون‌گذار برای احتراز از این نتیجه نامعقول، در قسمت اخیر ماده با پیشنهاد سلب حق رجوع، تا حدی از تالی فاسد چنین اذنی کاسته است. غافل از آنکه هرچند حق رجوع اذن از وی سلب شود، فوت و حجر وی، زائل‌کننده اذن اعطایی خواهد بود. از این رو برخی حقوق‌دانان برای جلوگیری از چنین پیامدی، اگرچه جزء قائلان به موجب اباچه بودن اذن هستند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۳۹)، بیان کرده‌اند که باید در این موارد، قائل به وجود حق ارتفاق شد و اسقاط حق رجوع در این موارد، دال بر ایجاد نوعی حق ارتفاق است (همان: ۲۴۰).<sup>۱</sup> برخی با صراحت بیشتری حق ارتفاق به وجود آمده را خارج از اذن دانسته و منکر اذن بودن مورد ماده ۱۲۰ در فرض سلب حق رجوع اذن شده‌اند (شهبازی،

۱. کاتوزیان در آثار دیگر خود اشاره کرده است که مورد ماده ۱۲۰ قانون مدنی نمی‌تواند یک اذن ساده باشد و از گفته مالک به خوبی می‌توان دریافت که گفته او اباچه و اذن نیست و او ملزم به نگهداری از پیمان خویش است (همو، ۱۳۹۱: ۸۸). به نظر می‌رسد طبق این گفته، وی اذن و اباچه را یکسان دانسته است؛ حال آنکه قبلاً گفته شد اباچه اثر اذن است و اثر غالب آن است، ولی اذن اثر دیگری نیز می‌تواند داشته باشد و اذن و اباچه ملازمه‌ای با یکدیگر ندارند.

۱۳۹۵: ۱۹۱). در مقابل، عده‌ای از حقوق‌دانان به طور کلی - که ماده ۱۲۰ نیز یکی از مصدقین این کلی است - فتوا داده‌اند که اثر اذن محض، ایجاد حق است (عدل، ۱۳۷۳: ۷۹) و در مواردی، اباحه را مرادف حق دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

برای احتراز از چنین نظرات متعارضی می‌توان ابراز داشت که اذن، این قابلیت را داراست که هم ایجاد اباحه نماید و هم موجد حق باشد. اذن در ماده ۱۲۰ قانون مدنی، برای مأذون ایجاد اباحه می‌نماید؛ اما اگر با صراحت آذن و یا از طریق اوضاع و احوال (مانند سلب حق رجوع) مشخص شود که اراده‌ای در جهت ایجاد حق شکل گرفته است، در این حالت، اذن برای مأذون ایجاد حق می‌نماید و حق ایجادشده به واسطه فوت و یا حجر زائل نمی‌شود. همچنین باید افزود که اگر مورد ماده ۱۲۰ قانون مدنی در فرض سلب حق رجوع، دیگر اذن نیست و ایجاد حق ارتفاق است، پس اساساً سلب حق رجوع کار لغوی است؛ چه اینکه اگر حقی برای دیگری ایجاد شود، دیگر قابلیت رجوع مصداقی ندارد که سلب آن معنا داشته باشد؛ و یا حکم به اینکه اذن به علاوه سلب حق رجوع برابر است با ایجاد حق ارتفاقی که دیگر اذن نیست، دور از منطق است. چرا که باید معترف باشیم سلب حق رجوع، ماهیت ویژه‌ای است که اذن را به چیز دیگری تبدیل کرده است<sup>۲</sup> و آن چیز همان ماهیتی است که حق ایجاد می‌کند، ولی نامش اذن نیست. همچنین است مورد ماده ۱۰۸ قانون مدنی که بیان می‌دارد:

«در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می‌تواند هر وقت بخواهد، از اذن خود رجوع کند؛ مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد».

۱. همان‌طور که پیشتر اشاره شد، جعفری لنگرودی در خصوص ماهیت اذن، مبنای واحدی ارائه نمی‌دهد. این امر می‌تواند ناشی از دقت نظر وی نسبت به متفاوت بودن اثر حاصل از اذن و یا به سبب تغییر نظر او در آثار متأخرش باشد. با این حال، وی اگرچه به ایجاد حق توسط اذن اشاره کرده، ولی به نظر می‌رسد که مرز میان اباحه و حق توسط او به خوبی ترسیم نشده و در جایی اباحه در انتفاع را مرادف با حق انتفاع بیان کرده است (به نقل از: شهازی، ۱۳۹۵: ۱۸۸) که نظر دقیقی به نظر نمی‌رسد و تفصیل و تفاوت میان دو اثر حاصل از اذن، واضح و بدیهی به نظر می‌آید.

۲. نکته قابل تأمل آن است که اگر سلب حق رجوع، سبب تبدیل اذن به ماهیتی دیگر است که می‌تواند ایجاد حق نماید، پس در خصوص عقود اذنی نیز باید همین فرض مطرح شود؛ چرا که از این حیث تفاوتی میان عقد اذنی و ایقاع اذنی نیست (همان: ۱۹۰)؛ حال آنکه در عقود اذنی، غیر قابل فسخ شدن آن به وجه ملزومی، تنها قابلیت رجوع را از میان می‌برد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۰/۱).

جالب آنکه به مانند مورد ماده ۱۲۰ قانون مدنی، قانون‌گذار متوجه این امر بوده که رجوع از اذن در مصادیقی اشکال ایجاد می‌کند. از این رو در ماده ۱۲۰، از «سلب این حق به وجه ملزم» و در ماده ۱۰۸ از «امکان وجود منع قانونی» سخن به میان آمده است. معمولاً حقوق‌دانان یکی از مصادیق مورد اخیر را اذن به دفن میت ذکر کرده‌اند و چون طبق مبانی ایشان، اذن تنها ایجاد اباحه می‌کند و مآلاً جائز است و امکان رجوع اذن وجود دارد، از این رو از طریق خلافِ نظم عمومی دانستن نبش قبر، مشکل پیش‌آمده را فیصله داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ب: ۲۴۰). یکی از آثار اتکا به چنین نظری آن است که اگر میت به سببی (مانند زلزله) نبش قبر شود، بستگان برای دفن دوباره، ملزم به اخذ اذن مجدد خواهند بود (ملاک ماده ۱۲۱ ق.م.). معلوم نیست که چرا کاتوزیان در اینجا حکم نکرده است که اذن به دفن میت، همراه با یک شرط ضمنی سلب حق رجوع است و مانند آنچه در خصوص ماده ۱۲۰ ق.م. بیان کرده، در اینجا نیز از شکل‌گیری حق برای مأذون سخنی به میان نیاورده است؟ در حالی که کاملاً واضح است که در چنین موردی به قرینهٔ اوضاع و احوال، اذن نه موجب اباحه، بلکه یکی از موارد ایجاد حق به وسیلهٔ آن است.

چنین قرینه‌ای از ماده ۵۰۴ قانون مدنی نیز قابل برداشت است. فرض در جایی است که عقد اجاره، همراه با اذن به بنا یا غرس باشد و پس از پایان اجاره، موجر از خراب یا قلع کردن بنا یا غرس، طبق ماده مذکور ممنوع شده باشد. کاتوزیان در جمع تعارض ظاهری این ماده با ماده ۵۴۰ قانون مذکور که در آن اجازهٔ قلع داده شده است، بیان کرده است که در ماده ۵۰۴، تأسیسی بعد از پایان عقد وجود دارد که با انقضای اجاره پایان نمی‌یابد و آن اذنی است که ایجاد اباحه نمی‌کند و اذنی است که ملازمه با بقا و دوام دارد و برای مستأجر ایجاد حق می‌نماید؛ بر خلاف ماده ۵۴۰ قانون مدنی که پس از انقضای عقد، حقی برای انتفاع از زمین ندارد (همو، ۱۳۹۴: ۱/۴۴۳-۴۴۴). به تعبیر دیگر، مورد ماده ۵۰۴ قانون مدنی، اذنی است که اثر آن اباحه در تصرف نیست؛ بلکه اذنی است که حقی را برای مستأجر - به عنوان حق ریشه - ایجاد می‌کند و آن، نوعی از حق انتفاع است (بیات، ۱۳۹۶: ۳۴۲)؛ بر خلاف اذن موجود در ماده ۵۴۰ که اذن در اباحه است (همان: ۳۵۲). کاتوزیان پیشنهاد می‌کند که بهتر است در مزارعه نیز اگر اذن به

زراعتی داده شود که به طور معمول تا پایان مزارعه، آماده کردن می‌شود، چنانچه پس از پایان عقد اتفاقاً نرسیده باشد، مزارع باید به حقی که برای عامل ایجاد شده، احترام بگذارد و امکان ازاله زرع را نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱/۴۴۴). به نظر می‌رسد تأسیسی که کاتوزیان از آن یاد می‌کند و از ویژگی‌های آن دوام بعد از انقضای عقد است، همان اذن موجد حق باشد که آثاری متفاوت با اباحه دارد و انتظارات متعارف نسبت به مواد مذکور را پاسخ گوید.

## ۲-۵. عقود اذنی موجد حق

از آنجا که عنصر اساسی سازنده عقود اذنی، چیزی جز اذن نیست<sup>۱</sup> (همو، ۱۳۹۱ج: ۶/۲ و ۸)، قابلیت ایجاد حق به وسیله این عقود و تسری حکم آن به مورد اذن، دور از ذهن نخواهد بود.

اثر عقود اذنی، بر مبنای نظر مشهور و حکم مندرج در ماده ۹۵۴ قانون مدنی، چیزی جز اباحه در تصرف نیست. با این حال، برخی فقها و حقوق دانان در عقد وکالت به مواردی برخورد کرده‌اند که در آن‌ها فرض اباحه در تصرف بودن عقد، باعث تضییع وکیل می‌شود؛ چرا که در موارد معدودی از عقد وکالت، برای وکیل حقی ایجاد می‌شود<sup>۲</sup> و رجوع موکل و یا فوت و حجر احد طرفین می‌تواند این حق را ضایع نماید. سلب حق

۱. البته باید افزود که در عقود اذنی، تنها اذن مالک سازنده نیست و اراده قبول‌کننده نیز دخالت دارد، وگرنه چیزی جز ایقاع اذنی حاصل نمی‌شد (همو، ۱۳۹۱ج: ۶/۲ و ۸). اما به هر حال، عقود اذنی بر پایه اذن مالک بنا شده‌اند و نقش اساسی این اذن در عقد قابل انکار نیست.

۲. برای مثال می‌توان مواردی را ذکر کرد که در آن‌ها به سبب عدم دسترسی به بدهکار در پرداخت اقساطی چند فقره چک ناقص به طلبکار داده شود تا وی به عنوان وکیل، در موعد مقرر آن‌ها را تکمیل و وصول نماید. واضح است که در این عقد وکالت، رجوع وکیل به ضرر موکل به عنوان طلبکار خواهد بود. همچنین امروزه خرید و فروش املاک، به سبب در رهن بودن سند ملک، به وسیله اعطای وکالت به مشتری صورت می‌پذیرد تا بعد فک رهن یا هر زمان دیگر، سند را به نام خود یا دیگری درآورد. سلب حق رجوع بایع نسبت به وکالت اعطایی، تنها راهکار مقابله با اثر سوء اباحی بودن عقد وکالت است؛ حال آنکه در مثال مذکور، فوت بایع و به تبع، انفساخ وکالت اعطایی، مشتری را در وضعیت نامطلوب قرار داده و ملزم می‌دارد تا برای اثبات حق خویش در برابر وراثت اقامه دعوی نماید. در حالی که در فرض ایجاد حق در این موارد - همان طور که برخی فقها و حقوق دانان اشاره کرده‌اند، مانع از حصول چنین آثار سوئی خواهد شد.



عزل مندرج در ماده ۶۷۹ قانون مدنی، تنها فسخ ارادی مالک را منتفی می‌سازد و حال آنکه انفساخ ذیل ماده ۹۵۴ قانون مدنی همچنان تهدیدکننده حق ایجادشده خواهد بود. از این رو برخی حقوق‌دانان بیان کرده‌اند که اطلاق وکالت منصرف به موردی است که قصد مشترک طرفین، اعطای نیابت و اذن ساده باشد؛ اما در مواردی که حقی از طرف موکل به وکیل داده می‌شود، سبب آن است که عقد وکالت در این موارد به سود وکیل محسوب شود و نه موکل؛ و در نتیجه از سوی موکل غیر قابل فسخ و غیر قابل انفساخ به سبب فوت و حجر طرفین باشد (بیات، ۱۳۹۶: ۴۰۳). برخی فقها همچون سیدمحمدکاظم یزدی نیز چنین وکالتی را معطی حق دانسته‌اند که با فوت از بین نمی‌رود و اگرچه در مرحله ایجاد، وابسته به اراده موکل است، اما بقای آن وابسته به اراده او نیست و سقوط حق ایجادشده، نیازمند سبب و دلیل است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۶۵/۲).

کاتوزیان نیز در خصوص بقای وکالت در استیفای طلب از مال مرهونه بعد از فوت مرتهن، در فرض ماده ۷۷۷ قانون مدنی ابراز داشته است که چنین وکالتی را نباید نیابت ساده دانست - که با فوت مرتهن منفسخ شود، بلکه اعطای حقی از جانب راهن به مرتهن است که با فوت و حجر زایل نمی‌شود و قابل انتقال قهری به ورثه است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۰/۱).

آنچه این نوشتار درصدد بیان آن است، چیزی جز این نیست که اطلاق اذن نیز منصرف به اعطای اباحه به مأذون است؛ ولی این مانع از آن نیست که اذن نتواند به دیگری اعطای حق نماید و در فرض چنین اعطایی، حق ایجادشده وجود مستقلی پیدا می‌کند که زوال آن از طریق منبع ایجاد آن ممکن نخواهد بود. در غیر این صورت، به مانند آنچه در خصوص وکالت بیان شد، مأذون متضرر از احکام مرتبط با اباحه در تصرف خواهد شد و به نظر می‌رسد حکمی که در خصوص عقد وکالت بیان شده است، خصوصیتی نداشته باشد که قابل تسری به مورد اذن نباشد. افزون بر آنکه برخی فقها همچون کاشف‌الغطاء ابراز داشته‌اند که اذن و وکالت اگرچه از لحاظ مفهوم با هم متفاوت‌اند، ولی از جهت اثر و حکم یکی هستند و هر وکالتی اذن محسوب می‌شود، اما نه برعکس (به نقل از: انتظاری، ۱۳۸۱: ۱۹۸). از این رو به نظر می‌رسد امکان ایجاد حق به وسیله اذن، به مانند مورد عقد وکالت، چندان دور از ذهن نباشد.

## ۶. اشکالات<sup>۱</sup> وارد بر نظریه ایجاد حق به وسیله اذن

یکی از اشکالات وارد بر این نظر آن است که چنانچه به وسیله اذن، امکان ایجاد حق وجود داشته باشد، دیگر چه نیازی به عقد خواهد بود و چنین ایقاع اذنی می‌تواند جانشین عقد شود و حیثیت عقد به نحوی خدشه‌دار گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۲۱). از این رو به طور مثال برای ایجاد حق انتفاع، دیگر وجود عقدِ موجدِ حق انتفاع بیهوده خواهد بود و اذن به تنهایی می‌تواند چنین حقی را ایجاد کند. علاوه بر پاسخ نقضی که عبارت است از اینکه این پرسش مختص اذن موجد حق نبوده و در خصوص اذن موجد اباحه در انتفاع و عقد عاریه - که ایجاد اباحه انتفاع می‌کند (همو، ۱۳۹۱ ج: ۲۳۹/۲-۴۰) - نیز مطرح است، می‌توان به این نکته اشاره نمود که آثار حقوقی برآمده از عقد در برابر ایقاع - ولو آنکه در یکی از آثار مشابه یکدیگر باشند - متفاوت هستند و اشخاص با توجه به نیازشان از این دو نهاد حقوقی بهره می‌برند؛ برای مثال، اگرچه عقد ودیعه چیزی جز اذن نیست، با این حال دخالت اراده‌ای دیگر برای تشکیل عقد، بدون ثمر نبوده و از آن جهت است که در عقد ودیعه، امین به عنوان قابل، ملزم به پذیرش آثار حقوقی عقد می‌شود (همان: ۶/۲) و تعهداتی بر او بار می‌شود (امامی، ۱۳۹۴: ۲۶۹-۲۷۰) که در فرض ایقاعی آن بر وی بار نمی‌شود (باقری و حجتی، ۱۳۹۳: ۶۶۰)؛ در غیر این صورت، تحمیل چنین تعهداتی بر امین بدون وجود اراده وی، خلاف قواعد حقوقی بود.

از آنجا که ایجاد حق برای دیگری، مستلزم تصرف در دارایی اوست و اصولاً چنین تصرفی بدون دخالت طرف مقابل ممکن نیست، اشکال مفروض دیگر آن است که اگر اذن بتواند به وسیله اذن، حقی برای دیگری بدون دخالت وی ایجاد نماید، تصرف در دارایی او چگونه خواهد بود؟ در توجیه این مبنا نمی‌توان ابراز داشت که چون ایجاد حق

۱. این اشکال که آیا اساساً ایقاع توانایی و قابلیت ایجاد حق را دارد که اذن به عنوان مصداقی از آن مورد بررسی قرار گیرد یا خیر؟ به سبب بدیهی بودن آن، مورد اشاره در متن قرار نگرفت. همان طور که کاتوزیان بیان کرده است، ایقاع قطعاً به عنوان یکی از منابع ایجاد حق (مانند اخذ به شفعه و حیازت مباحات و...) و اسقاط آن است (همو، ۱۳۸۴: ۱۴۱). پس آنچه در نوشتار حاضر نیاز به بررسی دارد، قابلیت اذن در ایجاد حق است و از طرح قابلیت ایجاد حق به وسیله ایقاع صرف نظر شده است.

کاملاً به سود طرف است، پس تصرف در دارایی او بدون ایراد است و یا نیازی به اراده او نیست (شهبازی، ۱۳۹۵: ۱۸۸). از این رو قانون‌گذار به چنین تصرفی تنها به نفع ثالث در ماده ۱۹۶ قانون مدنی اکتفا کرده است. با این حال در این مصداق نیز حقوق دانان حق رد یا قبول حق ایجادشده را برای ثالث محفوظ دانسته‌اند (صالحی مازندرانی و محمدی میرعزیزی، ۱۳۹۶: ۱۲۲). لذا از این سازوکار می‌توان برای مورد اذن موجد حق نیز بهره برد و حق رد و قبول برای مأذون را ملحوظ داشت تا از این طریق به اصول حقوقی خدشه وارد نشود و اراده دیگری در ورود حقی به دارایی اش مؤثر واقع شود. البته لازم به ذکر است که اراده مأذون در ایجاد حق نقشی نداشته و تنها رد یا قبول وی، در استقرار حق ایجادشده مؤثر است (کاتوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۱۸۲). اگرچه شاید بتوان در این زمینه انعطاف به خرج داد و بر خلاف نظر مشهور، در مواردی، ایجاد یک طرفه چنین حقی را بدون دخالت اراده مأذون در رد یا قبول آن پذیرفت (یزدانیان و دیگران، ۱۳۹۱: ۲۴۸)؛ هرچند با وجود صراحت قانونی و نظر مشهور، قبول چنین مبنایی ساده به نظر نمی‌رسد (همان: ۲۴۹).

در صورت پذیرش قابلیت اذن در ایجاد اباحه و حق، این ابهام همچنان باقی خواهد ماند که در کدام یک از مصدق، اثر اذن اعطایی، حصول اباحه در تصرف برای مأذون است و در چه مواردی، اذن برای او ایجاد حق می‌کند؟ به نظر می‌رسد از آنجا که در ایجاد حق به نسبت اباحه، تکالیف بیشتری بر آذن بار می‌شود، از این رو به مقتضای اصل عدم، اباحه به عنوان اثر مطلق اذن ملاک قرار خواهد گرفت؛ اما وجود صراحت اذن در ایجاد حق و یا قرآنی که بر طبق آن‌ها، عرف حکم می‌کند که اذن ساده‌ای از آذن صادر نشده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱ د: ۸۸)، می‌تواند در شناسایی مصدق حقی اذن راهگشا باشد. همچنین مصدق مصرحه قانون مدنی از جمله: «اذن به قرار دادن سر تیر»، «اذن به دفن میت» و «اذن به ساخت بنا و غرس درخت»، مواردی هستند که لزوم موجد حق بودن اذن در آن‌ها به اعتراف عقل و عرف مشهود است. افزون بر اینکه فقها نیز در کلام خود اشاره کرده‌اند که در مصدقی همچون اذن به دفن میت و اذن در تصرف مال مرهونه، آذن امکان رجوع از اذن خود را ندارد و چنین اذنی ملازمه با ثبات و دوام دارد (موسوی بجنوردی، بی‌تا: ۲۱/۶ و ۲۳: نجفی، ۱۹۱۸: ۲۹۸/۸).

بدین تقدیر می‌توان ابراز داشت که با فرض عدم وجود خصوصیت در مصدق

مطروحه و امکان سرایت حکم به موارد دیگر، معیار بازشناسی دو نوع اذنی که ذکر اوصاف آن رفت، قضاوت عرف و عقل است که حکم نمایند آیا اذن ملازمه با ثبات و دوام دارد یا خیر؟ از این رو اگر اذن ملازمه با ثبات و دوام داشته باشد، اثر آن ایجاد حق برای مأذون است و در غیر این صورت تنها برای وی ایجاد اباحه می‌نماید. در موارد مشکوک که امکان تشخیص اثر اذن میسر نیست، می‌توان بنا بر اصل عدم، جانب اباحه را تقویت کرد.

### نتیجه‌گیری

بر خلاف نظر برخی، اذن و اباحه نه مرادف یکدیگر هستند و نه ملازمه وجودی با یکدیگر دارند؛ بلکه اباحه، یکی از آثار اذن است. از این رو بنا بر قرائنی که ذکر شد، این نتیجه برمی‌آید که اذن به عنوان یک نهاد حقوقی، این قابلیت را دارد که بسته به شرایط، اثر دیگری به غیر از اباحه برای مأذون داشته باشد که همان ایجاد حق برای اوست. اما مشکلات فرض ایجاد حق برای دیگری و تعهد برای خود به صورت یک جانبه از یک سو و استفاده غالب از نهاد اذن برای ایجاد اباحه از سوی دیگر، تدریجاً این اندیشه را به وجود آورده که اذن اثری جز اباحه برای متصرف ندارد. حال آنکه در شرایطی خاص، ایجاد حق به وسیله این نهاد حقوقی ضروری به نظر می‌رسد که فقدان آن مشکلات عدیده‌ای به بار می‌آورد؛ برای مثال چگونه می‌توان پذیرفت که اذن به دیگری اذن به گذاشتن سر تیر بدهد ولی هیچ گونه حقی برای مأذون برای حفظ وضع موجود حاصل نشده باشد؟ نگرانی مأذون از تضییع حقش را نمی‌توان با پیشنهاد سلب حق رجوع اذن‌دهنده - که راه حلی متزلزل است - پایان داد، مگر آنکه حقی که برای وی ایجاد شده، به رسمت شناخته شود و آثار متناسب با آن بر وضع موجود بار شود.

شناسایی چنین اثری، مستلزم توجه به سایر جنبه‌های حقوقی آن است؛ از جمله آنکه اگر پذیرفته شود که اذن، ایجاد حق هم می‌کند، دیگر نمی‌توان آن را واقعه حقوقی دانست و ضرورتاً باید اذن را در همه مصادیق و یا حداقل در مواردی که ایجاد حق می‌کند، عمل حقوقی فرض کرد. همچنین اگر قرار است با ایجاد حق به نحو یک‌طرفه

در دارایی دیگری تصرف شود، فرض حق رد و یا قبول برای مأذون ضروری به نظر می‌رسد.

همچنان معترف باید بود که از نهاد اذن غالباً برای ایجاد اباحه استفاده می‌شود و حصول حق برای مأذون از این طریق، نیازمند بیانی صریح است. در صورت فقدان صراحت، ملازمه اذن با ثبات و دوام می‌تواند قرینه‌ای برای ایجاد حق از طریق این نهاد حقوقی باشد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## کتاب‌شناسی

۱. ابن فارس، ابوالحسن احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دار الفکر، ۱۳۹۹ ق.
۲. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، لسان‌العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق.
۳. ابوالسعود، رمضان محمد، و همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون (المدخل للقانون والالتزامات)، اسکندریه، دار المطبوعات الجامعیه، ۱۹۹۸ م.
۴. احمد نکری، عبدالنبی بن عبدالرسول، جامع العلوم فی اصطلاحات الفنون الملقب بدستور العلماء، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۵ ق.
۵. اسماعیلی، محسن، هادی دهنوی، و مهدی حبیبیان، «بررسی تأثیر اذن بر ضمان در حقوق ایران و فقه امامیه»، پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی، سال ششم، شماره ۲ (پیاپی ۱۲)، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۶. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ بیست و ششم، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۴ ش.
۷. همو، حقوق مدنی، چاپ سی و چهارم، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۲ ش.
۸. انتظاری، علیرضا، «قاعده اذن از دیدگاه علامه ملا احمد نراقی»، پژوهش‌های مدیریت راهبردی، سال دهم، شماره ۲۷، ۱۳۸۱ ش.
۹. باقری، احمد، و مریم حجتی، «بررسی تعهدات امین در فقه امامیه و حقوق موضوعه»، پژوهش‌های فقهی، سال دهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۳ ش.
۱۰. بستانی، بطرس، محیط المحيط، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، ۱۹۹۳ م.
۱۱. بیات، فرهاد، و شیرین بیات، حقوق مدنی، چاپ دوازدهم، تهران، ارشد، ۱۳۹۶ ش.
۱۲. پورمولا، سیدمحمدهاشم، «حق و حکم در فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره پیاپی ۳۳، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۱۳. جرجانی، میرسیدشریف علی بن محمد، التعرینات، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۴ ق.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷ ش.
۱۵. همو، حقوق اموال، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ ش.
۱۶. همو، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، بنیاد راستا، ۱۳۵۷ ش.
۱۷. همو، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ یازدهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۸. جوهری، ابونصر اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه، چاپ سوم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۴ ق.
۱۹. همو، الصحاح فی اللغة و العلوم، بیروت، دار الحضارة العربیه، ۱۹۷۴ م.
۲۰. حسینی زبیدی، سیدمحمد مرتضی بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار مکتبه الحیاه، ۱۴۰۶ ق.
۲۱. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۲. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۳. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، چاپ دوم، تهران، نشر کتاب، ۱۴۰۴ ق.
۲۴. زیلعی حنفی، فخرالدین عثمان بن علی، تبیین الحقائق فی شرح کنز الدقائق، بیروت، دار المعرفه للطباعة و النشر، بی تا.

۲۵. شهبازی، محمدحسین، *مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۲۶. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)*، چاپ نهم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۲۷. همو، *حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)*، چاپ نهم، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۲۸. شبیانی، علی، *بررسی تطبیقی اذن و آثار آن در فقه مذاهب اسلامی*، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۲۹. صالحی مازندرانی، محمد، و پیام محمدی میرعزیزی، «اثر رد تعهد به نفع ثالث بر اعتبار قرارداد»، *مجله حقوق خصوصی*، سال چهاردهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۰)، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۳۰. صیادی کوشک قاضی، ابوذر، رضا عباسیان، و سیدمحمدهادی مهدوی، «بررسی ماهیت و خصوصیات اذن در تصرف»، *فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، سال چهاردهم، شماره ۵۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۳۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۳۲. عبدالناصر، جمال، *الموسوعة الفقه الاسلامیه*، قاهره، المجلس الاعلی للشؤون الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۳۳. عدل، مصطفی، *حقوق مدنی*، قزوین، بحر العلوم، ۱۳۷۳ ش.
۳۴. غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، قم، دار الذخائر، ۱۴۰۸ ق.
۳۵. فصیحی زاده، علیرضا، *اذن و آثار حقوقی آن*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۷ ش.
۳۶. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، بی تا.
۳۷. فیض، علیرضا، *مبانی فقه و اصول*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۳۸. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، بیروت، مکتبه لبنان، ۱۹۸۷ م.
۳۹. قدیری، محمدحسن، *البيع*، تقریر دروس خارج امام خمینی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴۰. قریشی، سیدعلی اکبر، *قاموس قرآن*، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۱ ش.
۴۱. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی*، تهران، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش. (الف)
۴۲. همو، *اموال و مالکیت*، چاپ سی و هفتم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش. (ب)
۴۳. همو، *ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۴۴. همو، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، چاپ دوازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳ ش.
۴۵. همو، *حقوق مدنی (نظریه عمومی تعهدات)*، چاپ هشتم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۴۶. همو، *درس هایی از عقود معین*، تهران، چاپ هیجدهم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش. (ج)
۴۷. همو، *عقود معین (معاملات معوض، عقود تملیکی)*، چاپ سیزدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.
۴۸. همو، *فلسفه حقوق*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ ش.
۴۹. همو، *قانون مدنی در نظم کنونی*، چاپ سی و پنجم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش. (د)
۵۰. همو، *مقدمه علم حقوق*، چاپ پنجاهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۵۱. همو، *وقایع حقوقی*، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش. (ه)
۵۲. کلینی، محمد بن یعقوب، *کافی*، قم، دار الحدیث، ۱۴۲۹ ق.

۵۳. گروه نویسندگان، «همراه با دایرةالمعارف فقه اسلامی؛ اباحه (۱)»، *مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، سال یازدهم، شماره ۴۱، بهار ۱۳۸۴ ش. (الف)

۵۴. گروه نویسندگان، «همراه با دایرةالمعارف فقه اسلامی؛ اباحه شرعی»، *مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، سال یازدهم، شماره ۴۳، پاییز ۱۳۸۴ ش. (ب)

۵۵. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنواتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.

۵۶. مصباح یزدی، محمدتقی، *حقوق و سیاست در قرآن*، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۷۷ ش.

۵۷. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام جعفر الصادق (علیه السلام)*، بیروت، دار الجواد، ۱۹۸۲ م.

۵۸. ملیحی، سیدمصطفی، «مفهوم‌شناسی اذن و آثار آن در فقه امامیه با تکیه بر آیات و روایات»، *مجله پژوهش دینی*، سال هفدهم، شماره ۳۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.

۵۹. موحد، محمدعلی، *در هوای حق و عدالت؛ از حقوق طبیعی تا حقوق بشر*، چاپ سوم، تهران، کارنامه، ۱۳۸۴ ش.

۶۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، اسماعیلیان، بی تا.

۶۱. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *محاضرات فی اصول الفقه*، قم، دار الهادی، ۱۴۱۰ ق.

۶۲. نبویان، سید محمود، «معنا و ماهیت حق»، *مجله معرفت فلسفی*، سال چهارم، شماره ۴ (پیاپی ۱۶)، تابستان ۱۳۸۶ ش.

۶۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات بحث محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

۶۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۱۸ م.

۶۵. هیئة التحریر، «موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل بیت (علیهم السلام)»، *مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، سال دهم، شماره ۳۹، ۱۴۲۶ ق.

۶۶. یزدانیان، علیرضا، سیدمحمدصادق طباطبایی، اکبر نعمتی، و عادل پرنیان‌جوی، «بررسی وضعیت حقوقی نظریه تملیک از طریق تعهد یک‌جانبه در فقه و حقوق ایران»، *مجله فقه و حقوق اسلامی*، سال سوم، شماره ۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.

67. Black, Henry Campbell, M. A., *Black's Law Dictionary*, 4<sup>th</sup> Ed., US, West Publishing Company, 1971.

68. Collin, P. H., *Law Dictionary*, 4<sup>th</sup> Ed., India, Universal Book Stall, 1992.