

## قاعده اذن کلیات و تعاریف\*

دکتر سیدعلی محمد یثربی\*\*

### چکیده

ضمان و عهد، التزام به جبران خسارت، موجبات ثبوت و سقوط آن، از دیرزمان دارای اهمیت زیادی در زندگی اجتماعی بشر بوده است. مقاله پیش رو، به یکی از مسقطات ضمان یعنی «قاعده اذن» می‌پردازد. گاهی شرع و قانون به طور مستقیم اذن تصرف به شخص می‌دهد و گاهی شخص به دلیل این که از نظر شرع و قانون دارای سلطه بر مال است - مثل مالک و وکیل - حق اذن دادن به دیگری را دارد. مقاله در پنج مبحث و یک تکمله تنظیم شده است. در مبحث اول کلیات مطرح شده، مبحث دوم به مختصات اذن مثل قابل رجوع بودن آن پرداخته، مبحث سوم موقعیت اذن و نهادهای مشابه و وجوه اشتراک و افتراق آن‌ها را مورد بحث قرار می‌دهد، مبحث چهارم متعرض آثار اذن و صورت‌های تعارض آن است و مبحث پنجم عهده دار بررسی حکم تکلیفی و حکم وضعی ضمان و رفع آن است. پس از بیان نظرات فقها، نظریه مختار را بیان کرده‌ایم. گفتنی است که بعد از بخش کلیات و تعاریف، مباحث جزئی استدلال در مقالات دیگری خواهد آمد.

واژگان کلیدی: اذن، اجازه، انتفاع، ارتفاق، ضمان، عقد اذنی، رضایت.

---

\* تاریخ دریافت: ۸۳/۶/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۸۳/۷/۲۷

## مقدمه

ضمان و عهده، التزام به جبران خسارت، موجبات ثبوت و سقوط آن از دیر زمان دارای اهمیت و حساسیت زیادی در زندگی اجتماعی بشر بوده است، در دنیای صنعتی کنونی، مؤسسات بزرگ تولیدی، تردد کشتی‌های بزرگ با محموله‌های آن و عدم دقت در اجرای پروژه‌هایی چون احداث پل‌ها، تونل‌ها، متروها و سدها، تورم و تأثیر آن در اقتصاد، بانک‌های ربوی و امثال آن از موضوعاتی هستند که اهمیت بحث را صد چندان می‌کنند. موجبات ضمان چیست؟ مسقطات آن کدام است؟ چگونه می‌توان از عهده خارج شد و رفع ضمان نمود؟ در این زمینه فقه سنتی و پویای ما که طبق اصل چهارم قانون اساسی مبنای اصلی قوانین و دانش حقوق در جمهوری اسلامی ایران می‌باشد، از غنای وافی برخوردار است. گفتنی است که قواعد فقهی که حد فاصل بین مسائل فقه و اصول فقه هستند، مستند اصلی موجبات و مسقطات ضمان قرار می‌گیرند؛ قواعد و مباحثی همچون ید، اتلاف، غرور در بحث موجبات و مباحثی همچون احسان و استیمان و اقاله و اذن و اسقاط در بخش مسقطات مورد مطالعه واقع می‌شوند. مقاله پیش رو به صورت استدلالی و مختصر به یکی از مسقطات ضمان یعنی «قاعده اذن» می‌پردازد. بحث مستوفی به مقالات متسلسل نیاز دارد که بخصوص در بخش عقد اذنی و حقوق تطبیقی در حدی بیش از اشاره به اصطلاح‌شناسی، آن را مورد مذاقه قرار دهد.

## مبحث اول: کلیات

از جمله مسقطات ضمان، اذن کسی است که از نظر شرع دارای سلطه بر مال است؛ مثل مالک، وکیل، وصی، ولی و امین و مانند آن؛ یا این که شرع، اذن در تصرف بدهد.

### ۱- تعریف اذن

اذن عبارت است از: «رخصت مالک و یا کسی که در حکم مالک است در تصرف و اثبات ید». اگر این رخصت قبل از تصرف باشد «اذن» نامیده می‌شود، و اگر رخصت بعد از تصرف باشد «اجازه»

نامیده می‌شود (میرفتاح، بی تا، ص ۵۰۴).

## ۲- اقسام اذن: اذن بر سه نوع است:

الف - صریح؛

ب - فحوی؛

ج - شاهد حال.

مراد از اذن صریح دلالت مطابقی لفظ بر آن است؛ مثل این که کسی بگوید: «در خانه من نماز بخوان، از آب بنوش و از سفره غذا استفاده کن».

مراد از اذن فحوی دلالت التزامی لفظ بر آن از باب مفهوم موافقت می‌باشد؛ مانند این که بگوید: «تا فردا پیش ما مهمان باش»؛ پس به دلالت التزامی گویای اذن در صلوة و وضو از آب در خانه نیز می‌باشد.

مراد از اذن شاهد حال، حالتی است که گواه بر اذن و رخصت در امری باشد مثل دوستی تمام بین دو نفر به نحوی که دلالت بر رخصت هر یک از استفاده از خانه دیگری داشته باشد.

ضابطه آن هم این است که وقتی آن حالت ملاحظه شود قطع به اذن پیدا شود و اگر از مالک استیذان کند به او اجازه دهد؛ مثل همکیشی و عدم تصور ضرر و عدم دشمنی و لجوجی که گویای اجازه داشتن در مصرف آب از خانه اوست.

دو مورد اول اذن به زبان گفتار است، خواه به طور مطابقی باشد یا التزامی، و سومی به زبان حال است.

زبان حال ممکن است حالتی برای اذن دهنده باشد و ممکن است نوع رابطه اذن دهنده و مأذون له باشد به طوری که به زبان حال گوید:

«وارد خانه من شو و آب بنوش و بر دیوار تکیه زن».

این حالت ممکن است امر عدمی باشد؛ مثل عدم ضرر و زیان و عداوت و لجاجت که دلالت بر

مجاز بودن تکیه زدن بر دیوار اوست، و ممکن است امر وجودی باشد؛ مثل سخاوت تام و تمام که از شخصی معروف و معلوم است و ممکن است رابطه ویژه بین دو رفیق رابطه عمومی مثل محبت اهل ایمان نسبت به یکدیگر باشد، اگر چه همدیگر را شناسند.

علم مالک به صداقت مأذون لازم نیست، بلکه اگر مأذون واقعاً صدیق باشد (اگر چه پیش مالک صمیمیت او معلوم نبوده؛ خود مأذون بداند که مالک به دخالت هر صدیقی راضی می‌باشد) از جهت تصرف کافی است.

### تعریف اذن و حقوق تطبیقی

در حقوق خارجی واژه هایی چون Authorization Permission به معنای اذن به کار می‌رود. فرهنگ «بلک»<sup>۱</sup> در معنای واژه Permission چنین آورده است:

«اذن، اجازه انجام دادن فعلی است که بدون چنین اجازه‌ای انجام دادن آن فعل مجاز نمی‌باشد». همچنین اصطلاح authorization در برخی از واژه‌نامه‌ها چنین تعریف شده است: «اذن عبارت است از دادن حق یا اختیار به دیگری برای انجام دادن فعل، یا اجازه دادن به دیگری برای انجام دادن فعل در آینده».

از بررسی می‌توان به یک تعریف تقریباً واحد در حقوق تطبیقی دست یافت: «اذن عبارت است از اختیار دادن به دیگری در انجام دادن فعلی که بدون آن اختیار، صدور فعل از او بر خلاف قانون است».

### ماهیت حقوقی اذن

درباره ماهیت اذن دو نظریه اصلی وجود دارد:  
الف - اذن نه عقد است نه ایقاع؛ به این معنا که اذن تنها رفع منع می‌کند؛ مثلاً تصرف در مال غیر

1. Black.

ممنوع و حرام است مالک با دادن اذن تصرف در مال خود فقط این منع را بر می‌دارد.  
 ب- اذن ایقاع است؛ چون عقد به قبول نیاز دارد و اصولاً عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر تعهد بر ایجاد امری را بنمایند گذشته از این بحث که آیا عقد منشأ عهد است یا عهد منشأ عقد، به هر حال طبیعت عقد طرفینی است؛ ولی در اذن با توجه به موارد آن در فقه با ایقاع بودن و انشای یک طرفه تناسب بیش‌تری دارد.

### مبحث دوم - مختصات اذن

برای شناخت اذن ابتدا باید خصوصیات آن را شناخت و سپس به وجوه تمایز آن با نهادهای مشابه پرداخت.

#### الف - یک طرفه بودن اذن

اذن به اراده اذن دهنده محقق می‌شود و مأذون در وقوع یا استقرار این عمل حقوقی نقشی ندارد. از این رو نه تراضی طرف در وقوع اذن شرط است و نه رد مأذون می‌تواند مانع از پدید آمدن اثر اذن گردد؛ مثلاً هنگامی که شخصی به دیگری اذن می‌دهد که از اتومبیل او استفاده کند یا از میوه‌های باغ او بخورد، هر چند مأذون آن را نپذیرد، اثر اذن که همان اباحه تصرف در اتومبیل یا میوه‌ها می‌باشد، واقع می‌گردد و مأذون نمی‌تواند از وقوع این اثر ممانعت نماید به همین جهت پس از رد نیز تا زمانی که اذن به حال خویش باقی است، مأذون می‌تواند در مورد تصرف نماید (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۷، ص ۹۷).

اراده مأذون در بقا یا زوال اذن نیز نقشی ندارد؛ از این جهت چنانچه مأذون از اباحه حاصل از اذن، انصراف بدهد، اذن مرتفع نمی‌گردد؛ در حالی که در عقود - اعم از جایز و لازم - چنین نیست؛ مثلاً اگر مستأجر به لحاظ حق فسخی که داشته در اثنای اجاره از عین مستأجره صرف نظر کرده آن را تخلیه

کند، نمی‌تواند به عنوان این که مدت اجاره هنوز باقی است، همچنان در عین مستأجره تصرف نماید؛ زیرا با اعمال فسخ رابطه استیجاری خود را با موجر از بین برده است؛ لکن اگر متعلق اذن فرد معینی از کل بوده که محقق گشته، پس از انصراف، بازگشت به وضع اول فرد دیگری از کل محقق شود، به اذن جدید نیاز خواهد داشت؛ مثلاً:

«هرگاه کسی به اذن صاحب دیوار بر روی دیوار سر تیری گذارده باشد و بعد آن را بردارد، نمی‌تواند مجدداً بگذارد مگر به اذن جدید از صاحب دیوار و همچنین است سایر تصرفات» (ماده ۱۲۱ ق.م). جهت آن تحقق ماهیت با وضع اول است و دیگر محلی برای ایجاد ثانوی آن نیست؛ مانند این که مالک باغی به دیگری بگوید: «هر کدام از انارهای باغ مرا می‌خواهی می‌توانی بخوری» که مأذون با خوردن هر یک از انارهای باغ، حق ندارد انار دیگری بخورد؛ زیرا با خوردن یکی از آنها مورد اذن واقع شده؛ سپس معدوم گشته است و دیگر اذنی باقی نیست. استدلال به استصحاب اذن برای اثبات این که مأذون می‌تواند بار دیگر به وضع سر تیر اقدام کند به نظر صحیح نمی‌رسد؛ زیرا همان گونه که گذشت اذنی که از مالک صادر گردیده بود اذنی مشخص و معین بود که با گذاردن سر تیر برای بار اول به طور یقین مورد آن محقق گشته، اذن از بین رفته است؛ در حقیقت ارکان استصحاب در این جا نا تمام است؛ زیرا اساس استصحاب شک در بقای متیقن است و حال آن که در انتفای اذن متیقن شکی نیست. ناگفته نماند فرض مسأله در جایی است که قرینه‌ای بر وجود اذن سابق یا عام بودن اذن موجود نباشد؛ در آن صورت طبق قرینه عمل می‌شود.

از آنچه گذشت می‌توان دریافت که در موارد یاد شده دو نظریه وجود دارد: بعضی اذن را خاتمه یافته تلقی نموده‌اند و تصرف مجدد را به اذن مجدد محتاج می‌دانند؛ و برخی دیگر همان اذن سابق را باقی و کافی می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۷، ص ۸). قانون مدنی ایران از نظریه اول که با اصول و قواعد حقوقی از جمله اصل «ممنوع بودن تصرف در مال غیر بدون اذن او سازگارتر می‌باشد»، پیروی نموده است؛ لذا بر اساس مقدمات استدلال اذن یک طرفه بودن و بعد از انصراف مأذون نیز اباحه از بین نمی‌رود مگر این که با یک بار استفاده صدق عنوان محقق باشد.

## ب - قابل رجوع بودن اذن

اصل در هر عقد و ایقاعی عدم جواز فسخ و رفع آثار می‌باشد، مگر این‌که با دلیلی بتوان خروج از اصل را اثبات نمود (میرفتاح، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۷).

در بین ایقاعات به مواردی بر می‌خوریم که هدف از ایقاع، ایجاد تعهد، اسقاط حق، یا انحلال عمل حقوقی نیست، بلکه اثر ایقاع تنها اباحه می‌باشد و انشاکننده نمی‌خواهد خود را به ایقاع پای بند گرداند، یا تعهدی بر دوش گیرد در این گونه ایقاعات ایقاع‌کننده می‌تواند از ایقاع خود رجوع کند. مصداق بارز این نوع ایقاع، اذن می‌باشد.

## ج - حق یا حکم بودن اذن

اگر موارد مختلف اذن را در ابواب مختلف فقه ملاحظه کنیم، بعضی از آن‌ها به جهت قابل اسقاط بودن، «حق» است و در بعضی موارد به جهت غیر قابل اسقاط بودن، «حکم» تلقی می‌شود؛ مثلاً اذن زن در ازدواج شوهر او با دختر برادر یا دختر خواهر او لازم است؛ یعنی شخصی که همسر او عمه یا خاله دختری است نمی‌تواند با آن دختر ازدواج نماید.

زن نمی‌تواند این اختیار خود را به دیگری منتقل کند یا حق خویش را اسقاط نماید و مرد نیز نمی‌تواند ضمن عقد، ازدواج، شرط عدم اعتبار اذن یا اسقاط اذن را بنماید (کاظم یزدی، ج ۲، ص ۶۶۳).

در صورتی که مرد در نکاح، به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه، اذن همسرش را به ازدواج با دختر برادر یا دختر خواهرش شرط کند، چنین شرطی نامشروع نیست؛ ولی به منزله اسقاط حق اذن نمی‌باشد.

پس اگر با وجود چنین شرطی، عمه یا خاله به هنگام ازدواج، از دادن اذن خودداری ورزند یا از اذن خویش رجوع کنند ازدواج با خواهرزاده یا برادر زاده صحیح نمی‌باشد (امام خمینی، ج ۲، ص ۲۷۱، مسأله ۱۲)؛ و اگر شرط به منزله اسقاط اذن باشد شرط مذکور باطل است.

برخی از فقها در صورتی که اذن به صورت شرط نتیجه در نکاح داده شود با رجوع عمه یا خاله از اذن، ازدواج با دختر خواهر یا برادر را صحیح و جایز دانسته، به رجوع از اذن پیشین ترتیب اثر نمی‌دهند (ماده ۲۳۲ ق.م).

### د - اصل در اذن مردد بین حق و حکم

فقها در موارد مشکوک بین حق و حکم دیدگاه‌های مختلفی دارند؛ بعضی جانب آزادی اراده را تقویت نموده، مصادیق مشکوک را به حق ملحق می‌دانند. در مقابل، عده‌ای عرف را ملاک تشخیص دانسته، آنچه از نظر عرف قابل اسقاط است «حق»، و آنچه در نظر عرف قابل اسقاط نباشد «حکم» تلقی می‌کنند.

البته خود عرف در بسیاری موارد نسبت به حق یا حکم بودن مورد، نظر مشخص و روشنی ارائه نمی‌دهد.

بر اساس آن چه گذشت به نظر می‌رسد در موارد مشکوک، اذن، حکم و غیر قابل اسقاط یا انتقال است؛ چون اصل بر عدم تحقق ملکیت و انتفاع غیر است، مگر این که با دلیل ثابت شود.

## مبحث سوم

### تمیز اذن از مفاهیم و نهادهای مشابه

مفاهیمی از قبیل رضایت باطنی، اجازه، حق انتفاع، وکالت، ودیعه، عاریه از جهتی شبیه اذن می‌باشند و جهات افتراقی نیز دارند که مورد به مورد بررسی می‌شود.



## الف - اذن و رضایت

رضا یا رضایت در لغت به معنای «موافقت» و «اختیار» است و در اصطلاح در معانی متعددی از جمله به دو معنای زیر به کار می‌رود.

۱- میل باطنی برای انجام دادن امری که در گذشته به وقوع پیوسته، یا اکنون واقع شود، یا این که در آینده واقع می‌شود. رضای به این معنا با قصد انشا که به حال تعلق داشته، به وسیله لفظ یا غیر آن ابراز می‌شود، تفاوت دارد.

رضا تا زمانی که اظهار نشده است رضای باطنی است و نسبت به دیگران قابل استناد نیست. مرحوم کمپانی در بیان عدم کفایت «رضایت باطنی» در تنفیذ عقد فضولی عبارتی دارد که در آن به تفاوت رضایت و اذن اشاره می‌فرماید:

«الرضا الباطنی لیست امضاء للعقد بل لابد من اظهاره بالاذن و الاشارة» (کاظم یزدی، حاشیة المکاسب).

۲- رضایت به معنای قصد انشا و اظهار آن که به نظر بعضی ممکن است با نوعی از اکراه و عدم رضایت سازگار باشد؛ به طوری که مکره بعد از رفع کره بتواند عقد را اجازه کرده تنفیذ نماید.

رضا و اکراه قصد و اذن

این که آیا اکراه، قصد و اختیار را از بین می‌برد یا همچنان قصد نسبت به انجام دادن فعل مورد اکراه وجود دارد، مسأله‌ای بحث‌انگیز است.

«مکره» به (فتح «را») را فاقد قصد می‌دانند؛ ولی برخی دیگر می‌گویند فقط با رضا و طیب نفس ناسازگار است و می‌توان چنین گفت: «اختیار فعل یعنی قصد انجام دادن فعل که ممکن است با رضا و میل باطنی توأم باشد و ممکن است نباشد» و به عبارت روشن‌تر:

«اختیار قصد انجام دادن فعل است که فعل علت است برای این که آثار و احکامی بر آن مترتب شود؛ اما رضا، قصد به آن آثار و احکام و نتایج و خواستن و پذیرفتن آن است».

با این توضیحات روشن می‌شود که در اکراه ممکن است شخصی قصد و اختیار نسبت به انجام

دادن فعلی داشته باشد ولی راضی و خشنود نباشد.

پس به قول سید محقق این که ادعا کرده‌اند مکره (به فتح «را») در آوردن و انجام دادن کار مورد اکراه استقلال و قصد و اختیاری ندارد؛ اما شخص مضطر، قصد و اختیار دارد، سخن درستی نیست؛ مثلاً اگر کسی دیگری را وادار کند به نوشیدن آب، شخص مکره می‌تواند از انجام دادن این کار سرپیچی و از نوشیدن آن امتناع ورزد و زیان آن را به جان بخرد؛ ولی این عقل اوست که به او فرمان می‌دهد بنوش و زیان را از خود دور کن (کاظم یزدی، بی تا، ص ۱۱۶).

پس در اکراه و اضطرار هر دو قصد و اختیار وجود دارد؛ ولی توأم با کراهت و ناخوشایندی است! مثل کسی که دچار بیماری صعب‌العلاجی شده و برای حفظ جان خود ناگزیر است عضو بیمار خود را داغ کند، یا آن را قطع کند و دور افکند تا جان خود را از ورطه هلاکت برهاند؛ در این صورت می‌بینیم که این بیمار با حضور و اختیار؛ ولی توأم با کراهت عضو بیمار خود را در اختیار آهن گذاخته یا چاقوی جراحی پزشک می‌گذارد تا جان سالم به در برد؛ پس در اضطرار و نیز در اکراه قصد و اختیار وجود دارد؛ ولی رضایت و طیب نفس وجود ندارد و به جای آن کراهت و بی‌علاقگی و بی‌میل است.

البته امام خمینی (ره) مورد اکراه را علاوه بر اجبار بر موارد ناخوشایند، بر موارد خوشایندی که به علت ترجیح، عقل آن را انجام نمی‌داده ولی به وسیله مکره (به کسر «را») بر انجام دادن آن اکراه شده است، صادق می‌دانند؛ مثلاً کسی دچار بیماری استسقا است، طبعاً آب را دوست دارد؛ ولی چون آب برای او زیان بخش است، عقل، او را از نوشیدن آن بر حذر می‌دارد. در این مورد اگر اکراه‌کننده‌ای او را به نوشیدن آب وادار کند نوشیدن از روی اکراه بر آن صدق می‌کند و اکراه است؛ ولی تعریفی که به طور معمول از طرف صاحب نظران برای اکراه به دست داده‌اند شامل آن نمی‌شود؛ زیرا او به چیزی که مورد کراهت باشد اکراه نشده است (علیرضا فیض، ص ۲۹۳). به نظر می‌رسد با توجه به مقدمات بحث در کتاب البیع نظر امام نزدیک‌تر به واقع است.

## ب - اذن و اجازه

چنان که گذشت، رضایت در صورتی که قبل از تصرف، انشا شود، اذن است و چنانچه پس از تصرف انشا گردد، اجازه خوانده می‌شود. در مقایسه اذن و اجازه موارد ذیل را می‌توان یادآور شد:

۱- تفاوت اساسی اذن و اجازه در آن است که اذن دو جنبه دارد: رخصت دادن و رفع منع نمودن و نیز اعلام رضایت؛ ولی اجازه تنها جنبه اخیر یعنی اظهار رضایت به تصرف را داراست؛ چرا که رخصت دادن و رفع منع نسبت به تصرف و عملی که قبلاً تحقق یافته است معقول نمی‌باشد. از نظر اصطلاح به کار بردن واژه اجازه در مورد انشای رضایت، پیش از واقع شدن عمل، استعمال نابجاست.

الاجازه والاذن یشتکران الا فی التقدّم والتأخّر.

۲- شخص مأذون در حقیقت نوعی وکالت و قائم مقامی نسبت به اذن دهنده دارد؛ ولی فردی که بعد از عمل مجاز شود قائم مقام مجیز محسوب نمی‌شود هر چند عمل او مجاز باشد.

۳- رجوع اذن دهنده از اذن خویش جایز است، و مأذون پس از رجوع نباید به تصرفات خود ادامه دهد؛ ولی رجوع از اجازه جایز نیست؛ مثلاً پس از تنفیذ و اجازه بیع فضولی نمی‌توان بار دیگر آن را به صورت غیر نافذ و موقوف در آورد.

## اجازه

اجازه در دو مورد به کار می‌رود: گاهی به معنای تنفیذ قراردادی است که به صورت غیر نافذ واقع گردیده است؛ مانند عقدی که به صورت فضولی یا از روی اکراه یا توسط صغیر ممیز یا غیر رشید منعقد گردد، و گاهی به معنای اسقاط خیار به کار می‌رود، مثلاً در بیعی که برای خریدار شرط خیار شده است می‌گویند: خریدار بیع را اجازه نمود؛ یعنی با اسقاط خیار خویش، عقد را امضا و لازم کرده است.

## ج - اذن و حق انتفاع

حق انتفاع عبارت از حقی است که شخص به موجب آن می‌تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد استفاده کند. اذن و حق انتفاع بویژه اگر مورد اذن مال باشد مشابه یکدیگرند؛ در عین حال اذن و حق انتفاع در موارد زیر از یکدیگر متمایز می‌گردند:

- ۱- حق انتفاع غالباً به واسطه عقد به وجود می‌آید و تا زمانی که طرف عقد آن را قبول نکند واقع نمی‌شود؛ در حالی که اذن ایقاع است و رد یا قبول مأذون در وقوع یا انحلال آن نقشی ندارد.
- ۲- پس از واگذاری حق انتفاع، منتفع نسبت به مال مورد حق انتفاع صاحب حق می‌گردد؛ در حالی که به اذن، برای مأذون حق انتفاع پیدا نمی‌شود، بلکه انتفاع برای وی مباح می‌گردد و از آن پس انتفاع از مال غیر بر او ممنوع نشده، تجاوز به حق غیر به شمار نمی‌رود. در حق انتفاع، منتفع می‌تواند آن را به دیگری واگذار کند؛ اما مأذون از چنین حقی برخوردار نیست.
- ۳- حق انتفاع لازم است؛ یعنی مالک نمی‌تواند آن را بر هم زند مگر آن که به علتی زائل گردد؛ در حالی که طبیعت اذن قابل رجوع است. اذن دهنده هر زمان که بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع نماید، به همین جهت تعیین مدت، اذن را لازم نمی‌گرداند؛ در حالی که در انتفاع، در فرض تعیین مدت تا پیش از انقضای آن حق انتفاع خاتمه نمی‌یابد.
- ۴- مورد حق انتفاع، صرفاً مالی است که با انتفاع از آن، عین باقی است؛ به بیان دیگر، انتفاع از آن به هلاکت عین آن متوقف نباشد. مقصود این نیست که موضوع حق انتفاع نیاید قابل استهلاک باشد، بلکه مراد آن است که موضوع حق انتفاع نباید مالی باشد که مانند خوراکی و نوشیدنی با اولین استفاده معدوم گردد (ماده ۴۶ ق.م).
- از این رو چیزهایی مانند لباس و کتاب که پس از مدتی عین آن غیر قابل انتفاع می‌گردد، می‌تواند مورد حق انتفاع واقع گردد.
- ۵- قبض، شرط صحت حق انتفاع است، بر خلاف اذن که به صرف اذن دهنده و بدون توقف بر قبض به طور صحیح واقع می‌شود. البته بعضی از فقها قبض را شرط لزوم می‌دانند و تا زمانی که قبض

صورت نگرفته است مالک می‌تواند عقد را فسخ کند (ماده ۴۷ ق.م).

۶- موت مالک یا منتفع حق انتفاع را از بین نمی‌برد، مگر آن که در ضمن عقد حق انتفاع به عمر آنان مقید شده باشد؛ در حالی که اذن به محض فوت اذن دهنده خاتمه می‌یابد (مواد ۴۱ و ۴۴ ق.م).

### د- اذن و حق ارتفاق

حق ارتفاق در اصطلاح حق کسی است در ملک دیگری برای کمال استفاده از ملک خود؛ مانند آن که باغی در مجاورت خانه دیگری است و مالک باغ، برای سیراب نمودن درختان باغ خود، حق بردن آب از خانه همسایه خویش را داشته باشد. حق ارتفاق گاهی جنبه مثبت دارد؛ مانند حق شرب، حق عبور، حق فاضلاب، حق ناودان و حق پنجره و گاهی نیز جنبه منفی دارد؛ مانند حق عدم ساختمان و حق عدم بالا بردن بنا بیش از دو طبقه. هر مالکی می‌تواند آزادانه در ملک خود، هر گونه حق ارتفافی را به طور رایگان و یا در برابر عوض، برای مالک ملک دیگر قرار دهد (مواد ۹۳، ۹۵ و ۹۹ ق.م)؛ چنان که می‌تواند تنها اذن در استفاده از ارتفاق معینی را به دیگری واگذار نماید، به او اذن دهد که از ارتفاق معینی مثل عبور از ملک، گذاردن ناودان، داشتن مجرا و گذاردن سر تیر روی دیوار استفاده کند.

### موارد افتراق اذن و حق ارتفاق

- ۱- حق ارتفاق از توافق اراده طرفین حاصل می‌شود و اراده مالک بستنهایی در تحقق آن مؤثر نبوده، قبول کسی که از حق ارتفاق بهره می‌برد نیز لازم است؛ در حالی که اذن به اراده اذن دهنده واقع می‌شود و قبول یا رد مأذون در حدوث یا بقای آن نقشی ندارد.
- ۲- حق ارتفاق دائمی و همیشگی است؛ بنابراین مالک نمی‌تواند مانع استفاده دیگری از حق ارتفاق خود بشود؛ چنان که ماده ۹۵ قانون مدنی که متخذ از فقه امامیه است، اعلام می‌کند: «هرگاه زمین یا خانه کسی، مجرای فاضلاب یا آب باران زمین یا خانه دیگری بوده است، صاحب آن زمین نمی‌تواند جلوگیری از آن کند مگر در صورتی که عدم استحقاق او معلوم شود».

در مقابل، اذن قابل رجوع است و کسی که به دیگری در استفاده از ارتفاق معین اذن داده است، هرگاه بخواهد می‌تواند از اذن خویش رجوع نماید. چنان که ماده ۱۰۸ قانون مدنی که متخذ از فقه است، اعلام می‌کند:

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

۳- موضوع حق ارتفاق فقط مال غیر منقول است؛ در حالی که اذن نه تنها به مال غیر منقول اختصاص ندارد، بلکه غیر مال را نیز شامل می‌شود.

## ه- اذن و عقود اذنی

وکالت، عاریه، ودیعه عقودی هستند که از جهاتی به اذن شباهت دارند؛ اثر اصلی این عقود، اذن است؛ چنان که اذن برای اذن دهنده تعهد و الزامی در پی ندارد، در این عقود نیز هر یک از طرفین عقد، هرگاه اراده کند می‌تواند عقد را بر هم زند؛ همان‌گونه که اذن با فوت یا جنون اذن دهنده از بین می‌رود؛ این عقود همانند عقود جایز دیگر با فوت یا جنون یکی از طرفین منفسخ می‌شوند؛ با وجود نقطه مشترک میان این عقود، هر کدام از جهتی با دیگری متفاوت است. در وکالت توجه اصلی بر استناد به وکیل متمرکز می‌گردد، در عاریه مصلحت مستعیر و بهره مندی او از منفعت مال مورد نظر است و سرانجام در ودیعه مصلحت مودع است نه مستودع. به جهت شباهت این عقود با اذن، بعضی از فقهای عظام عقود مزبور را از مصادیق اذن دانسته، بر این باورند که وکالت، ودیعه و عاریه عقد نمی‌باشند، بلکه همانند اذن بدون توقف بر قبول طرف مقابل تحقق می‌یابند. از این رو گاهی از این عقود به عنوان عقود اذنی یاد می‌شود؛ مثلاً اگر کسی بگوید: «تو را در فروش خانه‌ام وکیل نمودم» و آن شخص خانه را بفروشد بیع صحیح است؛ اگر چه فروشنده از قصد نمایندگی و این که عمل مزبور قبول وکالت است غافل باشد؛ حال آن که اگر وکالت در عقد باشد، بیع مزبور غیر نافذ است؛ زیرا قبل از بیع، وکالت محقق نشده است. نظر مشهور فقهای امامیه بر عقد بودن وکالت عاریه و ودیعه است و از همین

جا امتیاز اصلی آشکار می‌گردد؛ زیرا اذن به صرف انشای اذن دهنده واقع می‌شود؛ در حالی که این عقود زمانی واقع می‌شوند که مورد قبول طرف عقد قرار گیرند.

تفاوت دیگری که میان اذن و عقود اذنی مشاهده می‌شود در مورد موضوع آن‌هاست. موضوع و مورد اذن، اعم از مورد عقد یاد شده است. مورد عقد در عاریه و ودیعه صرفاً مال می‌باشد و حتی در عاریه، هر مالی نمی‌تواند موضوع عقد قرار گیرد، بلکه تنها مالی می‌تواند مورد عاریه قرار گیرد که انتفاع به نابودی عین نینجامد و انتفاع از مال به از بین رفتن آن متوقف نباشد.

هر چند موضوع وکالت از موضوع ودیعه و عاریه وسیع‌تر است، با این حال، موضوع اذن، اعم از مورد وکالت است؛ زیرا انسان نمی‌تواند در امری که خود صلاحیت انجام دادن آن را ندارد به دیگری وکالت دهد؛ حال آن که در مورد اذن چنین شرطی وجود ندارد؛ چنان که ولی نمی‌تواند به صغیر در انجام دادن معامله‌ای وکالت دهد؛ اما می‌تواند به او در این مورد اذن دهد. آنچه در باب اذن و عقود اذنی تحریر شد حاصل تأمل در موارد و استقصا مصادیق در فقه است.

## د - تأثیر اذن

هر آنچه اذن در آن شرط است، هرگاه با هر یک از اقسام سه‌گانه اذن حاصل شود از نظر شرعی مؤثر و ترتب آثار بر آن صحیح می‌باشد؛ در مورد اذن صریح که از ظاهر لفظ بر می‌آید، و در مورد اذن فحوی یک نوع دلالت التزامی است و می‌دانیم که ملاک احکام مبتنی بر فهم و علم است، خواه علم حاصل دلالت مطابقی باشد خواه حاصل دلالت التزامی، و در مورد اذن شاهد حال نیز همین حکم جاری است و شرط تأثیر اذن صرفاً دلالت لفظی نیست؛ چون حدیث «لا یحل مال امری مسلم الا بطیب نفسه»<sup>۱</sup> نمی‌گوید که طیب نفس از لفظ باید معلوم باشد. پس اذن‌های سه‌گانه از نظر شرع

۱. اگر منع عام باشد و اذن خاص به همین سبک عمل می‌شود.

صورت‌های دیگر تعارض عبارتند از تعارض صریح با فحوی، تعارض صریح با شاهد حال تعارض فحوی با فحوی و تعارض دو حالت در شاهد حال و تعارض فطری با شاهد حال که به علت عدم ابتلا فعلی طالبین می‌توانند به عناوین میر فتاح مراجعه کنند.

معتبر و آثار اذن بر آن‌ها جاری است. البته هر یک از آن‌ها ممکن است با اذن دیگری متعارض باشد. معارض نیز ممکن است صریح، فحوی و شاهد حال باشد. بنابراین صورت‌های تعارض ۶ مورد می‌شود که مبحث چهارم را تشکیل می‌دهد.

## مبحث چهارم صورت‌های تعارض

### تعارض اذن صریح با صریح

مثل این که آقای الف بگوید: «هر کس دوست من است مأذون و مجاز است که وارد خانه من شود» و سپس به دوستش زید بگوید: «تو داخل خانه من مشو».

این حالت نیز خود دارای اقسامی است؛ چون یا این که آقای الف به صداقت زید آگاه است یا به صداقت زید آگاه نیست؛ در صورتی که به صداقت او آگاه باشد و بگوید: «داخل خانه من مشو»؛ زید را در بین اصداقا تخصیص زده، جایز نیست او وارد خانه شود.

در صورتی که از صداقت زید آگاه نباشد؛ یا می‌دانیم که نهی زید به خاطر این است که خیال می‌کرده زید صداقت و رفاقت واقعی با او ندارد، یا این که سبب آن را نمی‌دانیم. اگر سبب نهی را ندانیم اذن عام مقدم است و حق ورود در خانه را ندارد؛ چون نهی به زید تعلق نمی‌گیرد؛ چرا که علت نهی در زید منتفی است؛ همچنین شاهد حال به اذن عام کمک می‌کند و موجب قطع به اذن است و ظن نمی‌تواند معارض قطع باشد.

به تعبیر صاحب عناوین:

«لا تدخل ان كنت كما زعمت؛ اگر تو همان طور که من خیال می‌کنم هستی داخل خانه من نشو»؛

حالاً که بر خلاف خیال او واقعاً صدیق او می‌باشد، حق ورود به خانه دارد؛ و اگر ندانیم که علت عدم اذن خیال عدم صداقت است یا نه اذن عام مقدم می‌شود؛ برای این که نهی او امر حادثی است که قطعاً



معلول علتی می باشد و آن ممکن است عدم صداقت به زعم او باشد، یا این که صداقت واقعی باشد. اگر اولی باشد، در مورد منتفی است، و اگر صداقت واقعی باشد که در مورد محقق است. استناد به هر یک مستقلاً معلوم نیست؛ پس اذن عام تخصیص نمی خورد. اکنون که به حکم تعارض احاطه پیدا کردیم در همه صور مذکور اگر منع، عام باشد و اذن، خاص، نیز به همین سبک عمل می کنیم.

## حکم و کیفیت ضمان

### الف - حکم تکلیفی و اذن

اذن لاحق حق تصرف، که اجازه نامیده می شود، تحریم سابق را رفع می کند؛ خواه به طریق اخبار باشد؛ ولی اگر اذن سابق یا انشا قطعی بوده و قطع او با واقع نیز مصادف گشته است کلامی در حلّیت و ارتفاع تحریم نمی باشد، و مدار ارتفاع تحریم، دلیل معتبر بر طیب نفس است؛ چون بحث ما بیش تر مربوط به ارتفاع و سقوط ضمان است.

### ب - حکم وضعی و اذن

حکم وضعی که همان رفع ضمان می باشد به صورت های زیر متصور است:

اذن لاحق تصرف: که در بعضی موارد صحیح در ابراء می باشد؛ به این معنا که می گوید: «در آن چه تصرف نمودی به تو اذن دادم و از تو گذشت نمودم» و مانند آن؛ اما گاهی وقت ها اذن است که اعم از ابراء و عدم ابراء می باشد.

اذن سابق بر تصرف در هر دو قسم تفاوتی نیست که به صورت انشا یا اخبار باشد. این اذن می تواند مشتمل بر نفی ضمان باشد و می تواند مشتمل بر نفی ضمان نباشد و اذن غیر مشتمل بر نفی ضمان می تواند مطلق و یا مجمل باشد.

پس از تبیین این تقسیم بندی، اذن به خودی خود رافع ضمان نیست. نظر به این که ماهیت اذن رخصت در تصرف است، لذا اعم است که همراه با رفع ضمان یا بدون آن باشد. در صورت تتبع می توان

مواردی را به دست آورد که اذن تصرف همراه با ضمان است.

مثل آن چه در مقبوض بالسوم، مقبوض به عقد فاسد، تلف قبل از قبض در معاوضات و مال مغصوبی که مأذون در بقای آن می باشد و مجهول المالک وقتی که صدقه داده شود و مال مأکول در مخمسه و مالی که در ید صانع و طبیب و اجیر و ملاح تلف می شود و نیز مالی که زوج قبل از ازدواج به زوجه بذل می کند و به پدر و مادر عروس از لباس و خوراکی و پول نقدی عطا می کند؛ وقتی که تلف شود همه اینها مقبوض به اذن زوج به امید تمامیت نکاح است.

همان چیزی که در فارسی به آن شیربها و در ترکی باشلوق گویند و کلاً هدایای دوران نامزدی، پس در آنها با تحقق اذن نیز مضمون بر قابض می باشد؛ پس این ادعا که اذن به طور مطلق مسقط ضمان است مقبول نیست.

به جهت اهمیت قدری توضیح می دهیم

اذن دارای انواعی به شرح زیر است:

۱- اذن مقید به عدم ضمان؛

۲- اذن مقید به ضمان؛

۳- اذن مطلق.

### اذن مقید به عدم ضمان

اگر اذن مقید به عدم ضمان باشد، به طور قطع مسقط ضمان خواهد بود؛ چون تصریح به عدم شده و مورد اجماع و محکم تر از همه ادله است. منظور جایی است که به عدم ضمان تصریح شده باشد. در این مورد تفاوتی بین اذن لاحق و سابق نیست. اذن لاحق که در حقیقت ابراست؛ منحصر در لفظ نیست، بلکه به هر امری که دلالت بر اسقاط حق کند واقع می شود؛ ولی اذن سابق دارای اشکالاتی به شرح زیر است:

چون ممکن است بگویند چون اسقاط مالم یجب نفعی ندارد؛ لذا ضمان ما لم یجب هم که ضرری

ندارد؛ به همین جهت گفته‌اند که اگر زوجه نفقه خویش را اسقاط کند ساقط نمی‌شود؛ برای این که روز به روز تجدید و واجب می‌گردد. وقتی که نفقه در ذمه زوج ثابت نیست چگونه قابل اسقاط باشد؟ همچنین است ابرای ذمه عاقله قبل از حلول سررسید آن.

بنابراین تصریح مالک، به عدم ضمان اسقاط مالک واجب است؛ چون ضمان بعد از تصرف و یا اتلاف محقق می‌شود و اسقاط قبل از آن فایده‌ای ندارد.

به نظر می‌رسد که در جواب اشکال مذکور می‌توان چنین گفت که این اسقاط ضمان از ذمه نیست که قبل از ثبوت سودی نبخشد، بلکه این اذن تحقق بخش موضوع اباحه است تا این که از اصل، ضمان محقق نشود؛ چون ضمان فرع بر اتلاف است و ضمان ید است که به واسطه عدم رضایت مالک حاصل می‌شود. مالی که با رضایت مالک تصرف شود از جهت عدم غرامت مثل تصرف خود مالک است. بنابراین مورد بحث مصداق اسقاط بر فرض ثبوت نیست، بلکه از اصل ضمانی حاصل نمی‌شود تا نیاز به اسقاط باشد.

بالاخره منشأ اسقاط ضمان در اذن مقید به عدم ضمان علاوه بر ادله لفظیه و اجماع این است که سبب ضمان احترام مال و عمل مسلم است؛ پس اگر با طیب و رضای خاطر بذل نماید، خودش احترام مال خود را ساقط نموده و وجهی برای ضمان نیست.

### اذن مقید به ضمان

بحثی نیست که اذن مقید به ضمان رافع تحریم هست؛ ولی ضمان بر حال خود باقی است. دلیل آن شمول ادله و عدم وجود رافع برای ضمان می‌باشد. افزون بر آن، چنان که می‌دانیم بین حلیت و عدم ضمان ملازمه‌ای وجود ندارد؛

## اذن عاری از قید ضمان و عدم آن

آیا اذن مجرد خالی از قید ضمان و عدم ضمان مقتضی سقوط ضمان است؟ در مثال‌ها دیدیم که در عین، اذن مطلق ضمان وجود داشت بنابراین یا باید به دلیل دیگری خارج از قاعده باشد و احتمالاً اذن در آن‌ها مجرد نبوده است (بلکه با قرینه حالیه همراه شده است که شخص ضامن می‌گردد)؛ یا این‌که بگوییم اذن مجرد از دو قید رافع ضمان نمی‌باشد. آن چه به عنوان مثال آوردیم بنابر قاعده بوده است و اذن مطلق که در آن ضمان نیست؛ مثل مهمانی و امثال آن به دلالت قرینه بر عدم ضمان است؛ پس مسأله با ملاحظه امثال و موارد متفاوت است.

بالاخره آن چه به نظر صحیح می‌رسد این است که:

در عمومیت ادله ضمان شکی وجود ندارد، بلکه شک در این است که اذن عاری از دو قید موجب سقوط ضمان است یا خیر که موجب رجوع به اصالة الضمان خواهد بود. همچنین دلیلی بر این که اذن به این معنا مسقط ضمان باشد، وجود ندارد؛ نه از اجماع و نه از نص و مثال‌هایی که زدیم مطابق قاعده بوده، یعنی در عین اذن، ضمان هم وجود دارد. آری اگر اطلاق اذن به نحوی باشد که از سیاق آن استفاده عدم ضمان شود (اگر چه تصریح به آن نشود) بحثی در سقوط ضمان وجود ندارد؛ البته اذن مطلق در چنین وضعیتی به شاهد حال یا به قرینه دیگر برگشت به اذن مقید به عدم ضمان دارد و معنای آن چنین است: «تو مأذون در تصرف می‌باشی خواهی عوض آن را بدهی یا عوض آن را پرداخت نکنی».

## تکمله الف - اذن مطلق و امر مخالف اصل

هر یک از اقسام سه‌گانه اذن در آن چه مطلق اذن مؤثر است دارای اعتبار است؛ لکن در مواردی که مطلق اذن کافی نیست باید اذن صریح یا اذن فحوی نیز صورت بگیرد؛ مثلاً از نظر اجماع و اخبار به مجرد رضای طرف، تصرف در مال او بلا مانع است؛ ولی اگر بایع راضی بود که مالش را فردا به قیمت

۲۰۰۰ تومان بفروشد آن گاه شخص دیگری بدون وکالت و اذن صریح ۲۰۰۰۰ تومان بفروشد مادام که اجازه نکند حکم به لزوم بیع نمی‌شود؛ یا مثلاً مردی می‌خواهد زوجه‌اش را طلاق دهد ولی صداق مانع آن باشد؛ دیگری در غیبت او پرداخت صداق را به عهده‌گیرد و زوجه او را طلاق دهد. زوجه بعد از عده هم نمی‌تواند به دیگری تزویج کند. سرّ مطلب این است که به مجرد رضای می‌توان آثار وقوع امر را بر آن بار نمود.

بنابراین، نظری که بعضی از بزرگان در مبحث وقف مطرح نموده‌اند که شخص می‌تواند تغییراتی را در وقف به استناد شاهد حال بر رضای واقف در عین وقف بدهد، دارای وجه وجیهی نیست؛ چون اقتضای وقف، عدم جواز تغییر بوده و بعد از تحقق وقف نیز مال موقوفه ملک واقف نیست که رضای او در آن تأثیر داشته باشد.

علاوه بر آن رضای به بیع بدون تصریح به آن موجب لزوم نمی‌شود؛ لذا اگر بر اولاد ذکور وقف نماید آن گاه برای اولاد اناث یا اصغر اولاد ذکور حالتی پیش آید که یقین کنیم واقف به صرف مال برای او راضی است صرف کردن مال را برای او جایز نمی‌دانیم.

عجیب‌تر از این، نظری است مبنی بر این که منافع وقف را می‌توان در غیر مورد وقف در فرضی که اگر واقف می‌دانست در آن راه صرف می‌نمود، هزینه نماییم؛

چون در مثال اگر زوج بد خلق، خسیس، اهل ایذا و اذیت نسبت به زوجه باشد، طبق این مبنا باید نکاح ایشان را فاسد و باطل بدانیم، چون شاهد حال دلالت دارد که اگر در موقع عقد می‌دانست که شوهر او چنین بداخلاق است به نکاح او رضایت نمی‌داد و خداوند هادی در جمیع احوال است.

## ب - ملازمه اذن در شیء با اذن در لوازم آن

یکی از آثار اذن که به صورت قاعده‌ای مستقل در متون فقهی به آن استناد می‌شود، این قاعده است: «اذن در شیء اذن در لوازم آن می‌باشد». در بعضی از تعبیر به جای واژه لوازم واژه توابع آمده است و در برخی دیگر با بیان دیگری مطرح شده است.

این قاعده در کتاب هایی که از قواعد فقهی بحث می کنند در شمار یکی از قواعد فقهی آمده است (شهید اول، بی تا).

مفهوم این قاعده و بررسی موارد کاربردی قاعده نشان می دهد که مقصود این است که اگر شخصی به دیگری اذن دهد مورد اذن محدود به آن چه در عبارت اذن دهنده آمده است نمی باشد، بلکه شامل لوازم عقلی و عرفی اذن نیز می شود؛ مثلاً لازمه عقلی اذن به دیگری در تأدیه دین آن است که دینی به عهده اذن دهنده ثابت است؛ و نیز لازمه عرفی اذن سکونت در خانه دیگری آن است که خانواده و فرزندان مأذون بتوانند در آن خانه سکونت کنند و یا دوستان و خویشان او بتوانند به عنوان میهمان به آن خانه رفت و آمد کنند و تا زمانی که مالک خانه تمام یا بعضی از این تصرفات را منع نکرده است؛ تصرفات مزبور جایز است. گفتنی است که این قاعده به اذن اختصاص ندارد، بلکه اجازه را نیز شامل می شود (موسوی بجنوردی، بی تا، ج ۶، ص ۲۱ و ۲۳ و کاشف الغطاء، بی تا، ص ۲۴۰).

۱- اگر شخصی به اذن دیگری مال او را رهن بگذارد، آیا پس از تحقق رهن و پیش از فرا رسیدن اجل دین مالک می تواند از اذن خویش رجوع کند؟ در مسأله دو نظر وجود دارد: بعضی به قاعده سلطنت تمسک کرده و می گویند: دلیلی بر محدود کردن سلطنت مالک بر مال خود وجود ندارد.

بنابراین مالک می تواند از اذن خویش رجوع کرده مال را پس بگیرد؛ مانند عاریه که عاریه دهنده هرگاه بخواهد می تواند مال خود را از مستعیر استرداد کند.

برخی دیگر بر این باورند که مقصود از رهن آن است که مال مرهون وثیقه دین رهن است، تا پس از حلول اجل دین چنانچه مدیون دین خویش را ادا نکرد مرتهن با فروش آن دین خود را استیفا کند؛ پس لازمه عرفی اذن در رهن باقی گذاردن مال تا سررسید دین می باشد و اذن در شیء اذن در لوازم آن است (موسوی بجنوردی، بی تا، ج ۶، ص ۲۱ و ۲۳).

از این رو مالک نمی تواند از اذن خویش رجوع کند، و گرنه اذن و رهن قرارداد مال امری لغو و بدون فایده خواهد بود.

۲- مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد، مگر آن که مالک از آن منع کند. حال چنانچه مستأجر عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد در تسلیم عین مستأجره به مستأجر دوم اختلاف نظر وجود دارد.

بعضی از فقها تسلیم عین مستأجره را به مستأجر دوم منوط به اذن مالک عین می‌دانند؛ زیرا اگر چه مستأجر مالک منافع عین است و حق انتقال منافع را به دیگری دارد، لیکن این حق مستلزم واگذاری عین به غیر نمی‌باشد؛ زیرا عین مستأجره در دست وی امانت است و تسلیم آن به دیگری بدون اذن مالک تجاوز از حدود اذن و موجب ضمان می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۷، ص ۲۵۷ و جامع المقاصد، ج ۷، ص ۱۲۵).

عده‌ای دیگر برآنند که واگذاری عین مستأجره به اذن مالک موقوف نمی‌باشد؛ زیرا اذن در امری اذن در لوازم آن است و اذن شرع به انتقال منافع به دیگری، به معنای اذن در جواز تسلیم عین مستأجره به منتقل الیه می‌باشد.

### حدود اعمال قاعده

از فروع قاعده فوق می‌توان این قاعده را ذکر کرد که «الاذن فی ما الشیء اذن فی هو اقل ضرراً منه» (شهید ثانی، بی تا، ج ۱ به این معنا که اذن در شیء مستلزم اذن در چیزی است که ضرر آن به اذن دهنده کم‌تر است؛ مثلاً اگر شخصی به دیگری برای انتقال اثاثیه منزل، اتومبیل خویش را کرایه دهد (مثلاً مستأجر به جای انتقال اثاثیه با اتومبیل، برای جابه‌جایی خانواده خویش از آن استفاده کند) نمی‌توان عمل او را خروج از حدود اذن و منشأ ضمان دانست؛ زیرا مفروض آن است که استهلاک اتومبیل در این صورت کم‌تر می‌باشد و زیان کم‌تری متوجه مالک می‌گردد.

با توجه به آن که تصرف در مال غیر بدون اذن او حرام است و اصل بر عدم اذن می‌باشد، در مورد قاعده فوق نباید از محدود آن تجاوز نمود. پس در صورتی که احراز شود امری از لوازم عقلی یا عرفی یا شرعی مورد اذن است، بر طبق قاعده اذن به آن امر تسری می‌یابد و گرنه تصرف در آن ممنوع تلقی

می‌گردد. قاعده یاد شده قاعده‌ای است ظاهری و مورد استعمال آن جایی است که در تحقق اذن تردید باشد. از این جهت اگر از طریق دیگر اذن نسبت به لازم یا منع از آن احراز شود دیگر جای استدلال به این قاعده نیست.

### نتیجه

از مجموع آن چه گذشت نتیجه می‌گیریم که در میان قواعد فقهی (که حد فاصل اصول فقه و مسائل فقه می‌باشند)، «قاعده اذن» کاربرد وسیعی در مجموعه مسقطات ضمان داشته و با شناخت ماهیت و وجوه اشتراک و افتراق آن با نهادهای مشابه مثل رضایت، اجازه، حق انتفاع، حق ارتفاق و بالاخره عقود اذنی و صورت‌های تعارض انواع آن با یکدیگر و اذن در شیء و لوازم آن، می‌توان تأثیر این قاعده را در قوانین فعلی باز شناخت و در قانون‌گذاری تکمیلی از آن بهره برد و نیز در موارد سکوت و تناقض و اجمال به حسب آن چه در قانون اساسی برای این گونه موارد آمده است از فقه عموماً و از این گونه قواعد (خصوصاً) به عنوان پشتوانه علمی و زبان‌گویای منطقی قانون استفاده شایسته نمود.



## مآخذ

- ۱- خوانساری، سیداحمد؛ جامع المدارک (تهران، مكتبة الصدوق، ۱۳۹۴ ق).
- ۲- شهید؛ الروضة البهیه (تهران، المكتبة الاسلامیه، بی تا).
- ۳- طباطبایی حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروة الوثقی (قم، کتابخانه آیه... مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق).
- ۴- عاملی (الشهید الاول)، محمدبن مکی (شهید اول) القواعد و الفوائد (قم، مكتبة المفید، بی تا).
- ۵- عاملی؛ مفتاح الكرامه (قم، آل البيت، بی تا).
- ۶- علامه حلی؛ مختلف الشیعه (تهران، مكتبة نینوی، بی تا).
- ۷- عوالی اللثالی (قم، مطبعة سيد الشهداء، ۱۴۰۲ ق).
- ۸- غروی الکیمانی، محمد حسین؛ حاشیه المکاسب (تهران، طبع حجری، ۱۳۶۷ ش).
- ۹- فاضل، مقداد؛ التنقیح الرائح (قم، کتابخانه آیه... مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق).
- ۱۰- فاضل نراقی؛ عوائد الايام (قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق).
- ۱۱- فیض، علیرضا؛ مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام (تهران، انتشارات وزارت ارشاد، ۱۳۶۴ ش).
- ۱۲- کاشف الغطاء، محمد حسین؛ تحریر المجله (قم، مكتبة الفيروزآبادی، بی تا).
- ۱۳- محقق حلی؛ شرایع الاحکام، منشورات الاعلمی (تهران، بی تا).
- ۱۴- محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه (تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳ ش).
- ۱۵- موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ القواعد الفقهية، (قم، اسماعیلیان، بی تا).
- ۱۶- میرفتاح؛ عناوین (قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق).
- ۱۷- میرزای نائینی؛ منیه الطالب؛ تقریرات (نجف، الطبعة المرتضوية، ۱۳۵۷ ق).
- ۱۸- نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام (تهران، المكتبة الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق).
- ۱۹- یزدی، سیدمحمد کاظم؛ حاشیه المکاسب (قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ق).

۲۰- یزدی، سیدمحمد کاظم؛ عروة الوثقی (تهران، دارالکتب الاسلامیه، بی تا).