

**مقدمه**

در میان فقهیان این امر مورد اتفاق است که اذن دارای آثار فراوانی از حیث فقهی و حقوقی است حتی فقهایی که اثار اذن را به نحو مضيق مورد توجه قرار می‌دهند در اینکه این امر آثار بسیار مهمی را بوجود می‌آورد تردیدی ندارند. این تصور ناشی از اهمیتی است که در متون اصلی اسلامی از قبیل قران و روایات آمده است. آیه حرمت اکل مال غیر بدون رضایت مالک، روایت احترام مال مومن که مقید به اذن وی شده است از مهمنترین این دلایل است. در تعریف اذن گفته شده است: رضای به فعل یا ترک فعل که از شخص صلاح ابراز شده است (لنگرودی، ۲۳۶/۱) اما این تعریف از جانب برخی صاحب نظران پذیرفته نشده است. محل بحث در این امر آن است که آیا برای اذن ماهیت اعتباری قائل هستیم و یا آن را یک حقیقت مادی می‌دانیم. پاسخ به این سوال باعث می‌شود اذن را به عنوان یک عمل حقوقی شناسایی کنیم و یا آن را واقعه حقوقی معرفی کنیم. در تعریف عمل حقوقی آمده است که ماهیت حقوقی انشاء شده که دارای آثار حقوقی است (شهیدی، ۳۳/۱) اما واقعه حقوقی به رویدادی گفته می‌شود که توسط قانونگذار واجد آثار حقوقی شده است اعم از آنکه بوجود آمدن آن ارادی باشد و یا غیر ارادی و حتی به نحو خارج از اراده‌ی انسان که واجد آثار حقوقی است از قبیل انتقال اموال به وراث و انحلال زو جیت و .... بعد از پاسخ به این سوال که ماهیت اذن عمل حقوقی است و یا واقعه حقوقی باید به این سوال پاسخ داد که اگر آن را عمل حقوقی بدانیم آیا از جمله عقود است یا ایقاعات. توضیح آنکه عمل حقوقی که با توافق دو شخص آثار حقوقی آن ایجاد می‌گردد را عقد می‌نامند و اگر ایجاد آثار وابسته به اراده یک شخص باشد آن را ایقاع می‌گویند (کاتوزیان، ۱، ۷) بنابراین تعریف اذن، بیان سنخ آن در مباحث حقوقی و تعیین عقد بودن و یا ایقاع بودن آن بر فرض آنکه آن را عمل حقوقی بدانیم از جمله مباحثی است که در قسمت بیان ماهیت اذن قابل توجه است.

اما در مقام بیان اثار اذن میان فقهیان اختلاف نظر گسترده ایجاد شده است. برخی اذن را موحد امانت دانسته و ید ماذون را به صرف اذن امانی نمی‌دانند و تلف بدون تعدی و تقریط آن را مضمون نمی‌شمرند. (کاتوزیان، ۸/۱) اما برخی دیگر اذن را به تنهایی موحد امانت ندانسته بلکه آن را به ضمیمه امور دیگر خالق امانت می‌دانند این مقوله از اهم موضوعاتی است که باید در ارتباط با اذن مورد بررسی قرار گیرد. اما چه اذن را موحد امانت بدانیم چه این اثر را برای آن شناسایی نکنیم در این نکته که اثر اذن ایجاد حکم تکلیفی است دایر بر جواز تصرف است تردیدی

**چکیده**

یکی از مباحث مهم در فقه و حقوق امامیه تصرف اشخاص در ملک دیگری و حدود آن است. مطابق قاعده مستبطن از آیات و روایات هر گونه تصرف در ملک دیگری باعث ضامن شدن شخص متصرف می‌گردد به این معنی که در صورت تلف و یا نقص و عیب مال گیرنده مأذون از جانب مالک باشد تخصیص خورده است. اصولاً اذن طبق ادعای نگارنده است. این قاعده کلی در جایی که گیرنده مأذون از جانب مالک باشد تخصیص خورده است. اگر از جانب شخص مالک یا ذی صلاح صادر گردد باعث می‌شود که گیرنده نسبت به تلف و نقص غیر مرتبط با او مستول نباشد. اثر دیگر اذن نیز از میان رفتن حکم حرمت و تبدیل آن به اباحه است. در این مقاله ضمن مدل ساختن دو اثر فوق به ماهیت اذن و تابعیت آن از اراده آذن نیز پرداخته می‌شود و ثابت می‌شود که اذن از جمله اعمال حقوقی بوده و از دسته ایقاعات محسوب می‌شود. در نهایت به برخی از نهادهای حقوقی که توسط اذن به وجود می‌آید پرداخته می‌شود.

**کلید واژه‌ها:** اذن، امانت، اباحه، ضمان، فقه امامیه

سید مصطفی ملیحی<sup>۱</sup>

نیست. در ادامه استقرایی از تأثیرات اذن در ابواب مختلف حقوق صورت می‌گیرد و حدود آن به نحو اختصاری توضیح داده می‌شود.

لازم به ذکر است که آثار برشمرده شده برای اذن ناشی از سه منع قرآنی روایی است. مهم ترین این ادله آیه «**لَا تَكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِيَنِكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**» (النساء، ۲۹) می‌باشد. در این ایه صراحتا اکل مال دیگران موقوف به رضایت دیگری (مالک) دانسته شده است همچنین روایت «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» (کلینی، ۲۶۸/۲) و قاعده فقهی مشهور «الناس مسلطون على اموالهم» بر این معنا دلالت دارند.  
در نهایت توضیح داده می‌شود شروط ضمن اذن دارای چه آثاری است؟

### تعريف اذن

**اذن در لغت:** اعلام رخصت برای انجام فعل را اذن می‌گویند. (قیومی، ۱۰) واژه اذن، نیز از همین ریشه است. ایدان به معنای اذن دادن و استیدان به معنای طلب اذن است. (طریحی، ۵۸/۱)  
**اذن در اصطلاح:** بر مبنای نظر حقوقدانان اذن عبارتست از اعلام رضای مالک یا نماینده او یا رضای کسی که شارع برای رضای او اثری قائل شده است. برای انجام دادن یک عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع لیکن باید افزود که رضای بر انجام هر عملی اعم از مادی و حقوقی را اذن گویند.

### ۱-۳- تفاوت اذن با اجازه

تفاوت اذن با اجازه از حیث زمان و قوع اعلام رضایت نسبت به حدوث تصرف است. اگر رضایت قبل از تصرف اعلام شود اذن و اگر بعد از آن اعلام شود اجازه نامیده می‌شود. از این بیان روشن می‌شود از حیث ماهوی تفاوتی بین اذن و اجازه وجود ندارد اما تفاوت شاخص آن این است که اذن به فعلی تعلق می‌گیرد که واقع نشده است برخلاف اجازه.  
ناگفته پیداست که اذن و اجازه در موقعی مسامحتاً به جای هم به کار می‌رود. (لنگرودی، ۱۸۷/۱)

### ۲- ماهیت حقوقی اذن

این بحث از آن جهت طرح می‌گردد که اگر اذن عمل حقوقی باشد حدود و شعور آثار آن به بد آذن است اما اگر واقعه حقوقی باشد نحوه وقوع و آثار آن تابع اراده قانون گذار خواهد بود. در تعریف عمل حقوقی گفته شده است که اعلام اراده در جهت ایجاد اثر حقوقی که قانون نیز اثر خواسته شده را برابر آن حمل می‌کند. (سنهری، ۱/۱۳۰)

واقع حقوقی نیز عبارتست از رویدادهایی که توسط انسان به نحو ارادی یا غیر ارادی و یا غیر انسان واقع شده و قانون بر آن اثری را مترتب نموده است. (شهیدی، ۱/۳۳)  
به این که اذن از جمله اعمال حقوقی است استدلال شده که روایتی از پیغمبر نقل است که می‌فرماید: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِي إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ» (کلینی، ۴/۷؛ صدوق، ۹۳/۴) همچنین روایاتی دیگر به این معنا از رسول اکرم صادر شده است.

از این روایات و تبعیت اذن از اراده آذن می‌توان تتجه گرفت که اذن از جمله اعمال حقوقی است زیرا در تعریف اعمال حقوقی گفته شده تبعیت اثر از اراده ایجاد کننده آن فصل اعمال حقوقی از وقایع حقوقی است.

در اینجا نیز میزان تصرف مأذون از مال آذن به اراده آذن بستگی دارد. دلیل دیگر وجود عقودی در فقه بعنوان عقود اذنی است. در این که عقود همگی از مهمترین اقسام اعمال حقوقی است میان نویسندها اختلافی نیست و همچنین در این که جوهره عقود اذنی صدور اذن از جانب مالک است نیز تردیدی نیست. بنابراین می‌توان تتجه گرفت که اذن مخلوق اراده است و بنا بر این ویژگی خاص اعمال حقوقی را داراست. (کاتوزیان، ۱۶/۴) البته بعضی از محققین در اینکه عقود اذنی از جمله عقود است تردید کرده اند. (نائینی، ۱/۸۲)

لیکن این عقیده بر نظری که ما اتخاذ کرده ایم خللی وارد نمی‌کند زیرا مرحوم نائینی نافی ارادی بودن اذن صادره از مالک در عقود اذنی و قبول از جانب مأذون نیست بلکه در تعریف عقد قید لازم بودن را اخذ نموده است. به همین جهت توافقاتی که جایز هستند و توسط هر یک از متعاقدين قابل فسخ است از اساس عقد نمی‌دانند. البته این نظر مورد تأیید سایرین از علماء قرار نگرفته است و از منظر آنها صرف توافق ماهیت عقد را ایجاد می‌نماید. (آل کاشف الغطاء، ۱/۱۸۱) برخی از اساتید حقوقی اذن را از جمله وقایع حقوقی دانستند. (شهیدی، ۲/۴۱) دلیلی که این دسته آورده اند این است که اثر اذن اباحه است و اباحه از جمله احکام است و ایجاد آن در دست اشخاص نمی‌باشد. پاسخی که می‌توان به این نظریه ابراز داشت این است که ممکن است اباحه

تصرف مورد خواست آذن باشد و این امر توسط شارع تأیید گردیده و امضاء شده. در اینجا اعتبار ناشی از تأیید شارع است لیکن ایجاد آن توسط آذن نیز از باب صادر کننده اذن قابل انکار نیست. بنابر این به نظر می‌رسد اذن از جمله اعمال حقوقی بوده و واقعه بودن آن از جهت تحلیلی قابل دفاع نمی‌باشد.

**۲-۱- اعمال حقوقی به دودسته عقود و ایقاعات تقسیم می‌شود. عقد به آن دسته از اعمال حقوقی اطلاق می‌شود که اثر مقصود توسط توافق دو یا چند نفر ایجاد می‌شود. اما ایجاد اثر حقوقی توسط اراده یک شخص را ایقاع می‌گویند. در این که اذن بواسطه دو یا چند نفر قابل انشاء است تردیدی وجود ندارد اما این مطالب مورد تردید است که آیا به واسطه‌ی ایقاع نیز قابل انشاء است مطابق نظر برخی از فقهیان معاصر به صراحت اذن از مقوله‌ی ایقاعات دانسته شده است که توسط عقد نیز قابل ایجاد است (حکیم، ۳۷/۱۳) در تأیید این نظر می‌توان گفت که تصرف در ملک غیر و حدود آن از اختیارات مالک بوده و به آن جهت اساساً اذن از طریق ایقاع قابل انشاء است. (کاتوزیان، ۶۵)**

قاعده «الناس مسلطون على اموالهم» که در زبان فقهی به قاعده تسلیط مشهور گردیده است این نظر را تقویت می‌کند زیرا که بیانگر سعهی اختیارات مالک در حقوق مالی مرتبط با خود است. اگرچه روایت مذکور از سلسله سند قابل قبول برخوردار نیست لیکن مطابق نظر بسیاری از عالمان اصول عمل به مضمون روایتی ضعیف توسط کثیری از اصحاب و فقهاء ضعف سند را جبران می‌کند. روایت مذکور نیز این چنین بوده و در ادوار مختلف فقهی به مفاد آن توسط فقهاء عمل می‌گشسته است.

اما علت آنکه برخی از ماهیات اذنی از قبیل ودیعه و وکالت در قالب عقود منعقد می‌شود به آن جهت است که تعهداتی برای مأذون از قبیل حفظ مال، رعایت مصلحت مالک و... ایجاد می‌نماید که لاجرم قبول وی برای پذیرفتن این تعهدات لازم است. برخی از محققین در تئکیک عقد از ایقاع نیز به این ضابطه اشاره کرده اند که اگر اثر ایجاد شده برای طرفین ایجاد تعهد نمایند جز از طریق توافق قابل تحقیق نیست اما اگر اثر ایجاد شده تنها دامن گیر یک شخص گردیده و برای سایرین ایجاد تعهد ننماید قابل ایجاد از طریق اراده یک شخص نیست (امام خمینی، ۲۰۹)

### ۳- آثار اذن

حقوقدانان در میان آثار اذن به امور گوناگونی اشاره می‌نمایند که برخی از آنان از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است ذیلاً به اهم آن اشاره می‌گردد.

### ۱-۳- امانت

یکی از آثاری که اذن سبب وقوع آن می‌شود امانت است البته در این که اذن شرط کافی برای ایجاد امانت است اختلاف نظر وجود دارد لیکن در این که شرط لازم برای ایجاد امانت است تردیدی وجود ندارد.

### تعريف امانت

امانت در لغت به ضد خیانت تعبیر شده است. به بیان دیگر امین کسی است که اقدام بر نقض معاهدات خود با دیگری نمی‌کند. (زارعی سبزواری، ۱۳۹۹/۲)

اما در تعریف اصطلاحی امین به شخصی اطلاق می‌گردد که مالک و شارع او را بر مالی مسلط گردانیده اند بنابراین تسلیط بر مالی از جانب شارع یا مالک را امانت گویند (همانجا) لازم به ذکر است مراد در این بحث امانت اعتباری است و نه امانت واقعی که صفتی پستنده است به عنوان مثال گفته شده که پیغمبر اسلام به محمد امین مشهور بوده است این وصف جنبه حقیقی و واقعی دارد و نه اعتباری و جعلی. تاکیدات روایی مبنی بر ستایش امانت نیز مربوط به جنبه‌ی حقیقی آن است و نه جنبه جعلی و اعتباری.

### اقسام امانت

اگر اذنی که منشاء تحقق امانت گردیده است از مالک آن مال صادر گردد آن امانت را امانت مالکی گویند همانند عاریه مالی از جانب مالک به دیگری (بجنوردی، ۱۶/۲) لازم به ذکر است که اگر اذن از جانب وکیل وی باشد نیز امانت مالکی است. اما اگر اذن از جانب شارع صادر شده باشد آن را امانت شرعی می‌نامند. از جمله مصادیق امانت شرعیه ید ملنقط نسبت به لقطه است که تا زمانی که به تعریف مشغول است ید وی امانی است اما به علت آنکه اذن آن از جانب شارع صادر گردیده است امانت شرعیه است.

برخی از فقهاء تفاوت امانت مالکانه و شرعیه را در دو امر بیان کرده اند: اولاً در امانت مالکانه تا زمانی که مال از جانب مالک مطالبه نگردد نمی توان حکم به زوال امانت و ضمانی شدن ید امین صورت گیرد اما در امانت شرعی امین باید به فوریت مال را به مالک آن تسلیم نماید و الا ضامن مال مذکور خواهد بود و در صورت تلف و نقص باید جبران نماید. (شهید ثانی، ۲/۲۳۰)

فایده دیگر تمیز امانت شرعیه از مالکانه در آن است که هرگاه منازعه در رد مال امانی میان امین شرعی و مالک رخ دهد مالک دلیلی لازم ندارد یعنی با قسم قول او مقدم خواهد بود و اثبات می شود. اما اگر میان امین مالکی و مالک اختلاف در رد مال واقع شود قول امین مالکی مقدم داشته می شود (لنگرودی، ۴۰۵/۱) در موقعي می توان قائل به امانت قضایی گردید و آن در جایی است که امانت شخصی نسبت به مالی ناشی از حکم دادگاه باشد هر چند امانت قضایی از این باب که منطبق با حکم قانونی است می توان از جمله امانت های شرعیه دانسته شود. در حقوق موضوعه امانت شرعیه را امانت قانونی نام می نهند.

### ۳-۱-۳- فایده امانت

مطابق روایت «علی الید ما اخذت حتی تودیه» (ابوداود سجستانی، ۲۹۶/۳) اصل در هر تسلط بر مال دیگران ضمان خواهد بود به این معنی که هر کس در مال دیگری تصرف کند ضامن است و اگر مال به واسطه حوادث خارج از اراده متصرف تلف گردیده، ناقص شده و یا معیوب شود شخص متصرف ضامن است که خسارات واردہ را جبران نمایند. (انصاری، ۲۸۱/۱) از این قاعده کلی مواردی استثنای شده است که مهمترین آن عدم ضمان شخص امین است فقیهان این موضوع را تحت عنوان قاعده عدم ضمان امین بحث می کنند. روایات متعددی وجود این استثنای تایید می کند از باب الامین لا يضمن.

از این حیث شناخت امین واحد اهمیت بسیاری است زیرا که امین اگر مالی در تحت تسلط وی تلف شود اصولاً ضامن نیست و در برابر مالک ضامن نقص و تلف نخواهد بود. فایده دیگر امانت همانگونه که گذشت آن است که قول شخص امین در رد مال مقدم داشته می شود.

۴-۱-۳- برخی از حقوقدانان و فقهاء اذن صادره از جانب مالک و یا شارع امانت دانسته و میان این دو رابطه سبب و مسبب قائل هستند. (بهرامی احمدی، ۵۱/۱) از اشخاصی که این نظر را پذیرفته است می توان به مرحوم بجنوردی اشاره نمود. ایشان در کتاب القواعد الفقهیه

می فرماید: مراد از امین شخصی است که مال غیر در دست او به اذن از جانب مالک یا از جانب خداوند است (بجنوردی، ۱۷/۲) کاتوزیان نیز از جمله کسانی است که این نظر را ترجیه داده است. دلایلی که این نظر را موجه می سازد ذیلاً اشاره می شود:

**الف) تقسیم دو گانه ید به عدوانی و امانی:** قانون مدنی ۳۰۸ غصب را به استیلاء بر مال غیر به نحو عدوان تعريف می کند. زمانی ید عدوانی است که صاحب آن مأذون از جانب مالک یا شارع نباشد. شق دیگر در این تقسیم امانی بودن است و حالت سومی که ید مأذون ضمانی باشد در قانون وجود ندارد به همین علت است که اگر ید عدوانی نبود لاجرم امانی است. در ادامه ماده ۳۰۸ بیان می کند استیلا بر مال غیر بدون مجوز قانونی در حکم غصب است. لازم به ذکر است مقصود از جواز در اینجا امری جز اذن از جانب مالک (ذی حق) یا قانون گذار نمی تواند باشد. ب) تمامی فقهاء امانت را به مالکی و شرعی تقسیم نموده اند. این تقسیم ناشی از این برداشت است اذن یا از جانب مالک صادر شده یا از جانب شارع. بنا براین از منظر فقهاء عنصر سازنده ای امانت چیزی جز اذن نمی باشد و الا تصریح به آن در این محل لازم می نمود.

ج) دلیل دیگر آن است که فقیهان امین را مأذون نامیده اند و اطلاق کلام آنان مناسبت دارد با نفی قیود لازم دیگر که می توانسته است مدنظر آنان باشد. دلایل فوق به این جهت ذکر گردید که بیان شود اذن برای ایجاد امانت کافی است به شرط آنکه از جانب شخص صالح به لحاظ قانونی صادر شده باشد. اما در مقابل برخی از فقیهان اذن را برای ایجاد امانت کافی نمی دانند هر چند وقوع اذن را از شرایط اساسی تحقق امانت می شمارند.

از نظر این دسته از فقیهان برای آنکه امانت شکل بگیرد علاوه بر اذن نیازمند شرط دیگری نیز هستیم و آن این است که تصرفات مأذون به سود مالک باشد. از جمله قائلین به این نظر می توان مرحوم مراغی را ذکر نمود که در کتاب عناوین دلایل این نظر را موجه نموده است. (مراغی، ۲/۴۸۳) دلایلی که توسط ایشان ذکر شده است بیشتر جنبه نقضی دارد به این معنا که ایشان با استقراء در فقه با مواردی روبرو شده است که شخص علاوه بر آن که مأذون است ضامن نیز هست. از مهمترین این موارد می توان به سه مورد اشاره نمود.

**الف) ضمان مأذون بالسوم:** مأذون بالسوم مالی را گویند که مشتری در جهت رویت بیع بیش از خرید و وارسی آن از بایع دریافت می دارد و قبل از باز پس دادن آن و یا انجام معامله در دست او تلف می شود. با اینکه این مال به اذن مالک در دست او قرار گرفته است ولی مشهور فقهاء آخذ با سوم را ضامن می شمارند. (محقق داماد، ۱۴/۱)

ب) مقبوض به عقد فاسد: اگر معامله‌ی فاسدی میان طرفین واقع شود اثری در عالم حقوق ندارد لیکن در صورتی که مبنی بر آن قبض و اقراض مالی میان متبایعین صورت می‌گیرد مشهور فقه‌ها مال را در دست گیرنده آن مضمون می‌دانند (موسوی خویی، ۱۹/۲) هرچند دهنده مال عالم بر فساد معامله باشد در اینجا با اینکه اذن مالک وجود دارد لیکن فقه‌ها اتفاقاً حکم به ضمان گیرنده مال کرده‌اند.

ج) تلف البيع قبل القبض: مورد معامله قبل از تسلیم به مشتری از منظر جمیع فقهاء از مال بایع است. (اصفهانی، ۵/۳۸۵) در مالی که این مال با اذن و اجازه مشتری که مالک مورد معامله است در ید بایع باقی مانده است این سه مورد دلیل مرحوم صاحب عنایین بر عدم کفايت اذن برای تحقق امانت است. مرحوم صاحب عنایین با توجه به امثله‌ی فوق صرف اذن را برای ایجاد امانت کافی نمی‌داند بلکه علاوه بر این به سود رسیدن مالک را نیز لازم می‌داند بنابراین اگر اذن مالک به دیگری در استفاده از مال خود به سود مالک باشد و برای تأمین مصالح وی هم چنین است ضمان معاوضی که در آن مالک قبلی ضامن است با اینکه ماذون از جانب مالک فعلی است دلیل این امر نیز آن است که حفظ مال در ید مالی قبلی و به تأخیر انداختن قبض دادن مبيع به نفع مالک قبلی است به این جهت این قید مصاديق فوق را تضییق می‌نماید و امانت را مختص به مواردی می‌داند که شخص ذی صلاح اذن داده این اذن به نفع مالک باشد. اما وجود این قید دلیل خاصی ندارد و اگر مصاديق فوق به طریق دیگری قابل حل باشد این قید زائد و فاقد دلیل است. مرحوم صاحب عنایین نیز تنها خروج مصاديق فوق را علت اعتبار این قید می‌داند. اما به نظر می‌رسد خروج مصاديق فوق از قاعده امانت تخصصی نیست بلکه تخصیصی است. این گونه نیست که افراد فوق با این که ماذونند ولی امین نیستند به این معنا که شرط امین بودن را دارا نباشند بلکه مانع پیدیدار شده که از کارکرد اذن برای ایجاد امانت ممانعت می‌کند. به این ترتیب در بحث مأخذ بالسوم به وجود شرط ضمنی باعث مقيد شدن اذن مالک می‌شود زیرا که مالک اذن داده اما به نحو ضمنی با آخذ شرط نمود که مال اخذ شده را سالم به وی بازگرداند به این دلیل اذن موجود امانت نگردیده که مالک آن را نخواسته و نه آنکه اذن مطلق توانایی ایجاد امانت را نداشته است. در مقبوض به عقد فاسد علت زوال امانت گیرنده نبودن قید به نفع مالک نیست بلکه علت آن در اینجا نیز مقيد بودن اذن مالک است. زیرا وی اذن در قبض به گیرنده داده است در برابر اینکه عوض به دارایی او داخل شده باشد و این قید محقق نشده است بنابراین مقيد منتفی می‌شود. بنابراین طبق تحلیلی که گذشت در اینجا نفس اذن امانت ساز نیست نه آنکه اذن کامل و مطلقی از

جانب مالک صادر شده باشد و به علت عدم تحقق شرط دیگری امانت ایجاد نگردد. (ایرانی، ۲/۱۱) نهایتاً بحث در ضمان طرف قبل از قبض تخصصاً از بحث خارج است و ضمان در آن بحث به ضمان مثل و قیمت در صورت تلف عین مرتبط نیست. ضمان در آن موضوع به معنای انفساخ عقل و بازگشت هر عوض آن‌ما قبل از تلف به دارایی مالک قبل است. (شهید ثانی، ۳/۲۱۶) و ارتباطی به بحث امانت ندارد. مستند قاعده تلف مبیع روایت از رسول اکرم و بنای عقل است. بنابراین این بحث خدشه‌ای به امین شدن شخص ماذون وارد نمی‌سازد و در موضوع، دلیل و حکم به بحث فوق بر نمی‌گردد. بنابراین از نظر نگارنده این سطور اذن برای تتحقق امانت شرط لازم و کافی می‌باشد و در مواردی که استثنای فقه اذن هست اما امانت شکل نمی‌گیرد به علت مقید بودن اذن است بنابراین مالک با اذن خود می‌تواند امانت را ایجاد کرده و حدود آن را مشخص نماید.

۲-۳- اثر دوم اذن ابا حه تصرف است به عنوان حکم تکلیفی قاعده‌ی اولی تصرف در مال دیگران حرمت است. آیات فراوانی از قرآن کریم و روایات بر این امر دلالت می‌کند. به عنوان مثال آیه «لَا تَأْكُلُوا امْوَالَكُمْ بِيَنْكُمْ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تِرَاضٍ مِنْكُمْ» (النساء، ۲۹) به نحو عموم از اکل مال دیگری نهی می‌کند که ظهور نهی نیز ظهور بر حرمت دارد. همچنین روایت «لَا يَحِلُ مال امْرِءِ الْأَنْوَارِ عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ» (کلینی، ۷/۲۷۵) بر حرمت تصرف مال غیر دلالت می‌کند. اما در تمامی موارد که بیان شد به نحوه متصل و منفصل اشخاص ماذون از جانب مالک استثنای شده اند ذیلاً مصاديقی که مفید ابا حه است ذکر گردیده و مختصرآ بررسی می‌گردد. لیکن قبل از آن بیان این نکته لازم است که این اثر با اثر قبلی این تفاوت بین را دارد که اثر پیشین واجد جنبه حکم وضعی است به همین خاطر دارای کاربرد فراوان در حقوق است، اما اثر تکلیفی بیشتر در مسائل شرعی مبتلا به است. دلیل اصلی حکم تکلیفی را باید ناشی از قاعده اقدام دانست که به واسطه اقدام آذن ضمان که ناشی از قاعده احترام مال مسلم است ساقط می‌شود (خویی، ۱/۸۷).

### ۱-۲-۳- مواردی که اذن به واسطه تصرف در مال دیگری جایز است

الف) عاریه: یکی از اموری که جوهره ذاتی آن را اذن تشکیل می‌دهد عاریه است. محقق حلی در تعریف این عقد می‌فرماید: «عقدی است که ثمره‌ی آن تبعه به منفعت است (استفاده رایگان از مال دیگری) و این عقد ایجاد می‌شود به هر لفظی که مشتمل بر اذن در انتفاع باشد».

(محقق حلی، ۸/۲، ۴) از این تعریف بر می‌آید که اذن موجب جواز استفاده مستعیر در عین معاره می‌باشد. این امر بر خلاف ودیعه است که در آن مستودع نمی‌تواند در ودیعه تصرفی نماید زیرا که مستودع مأذون از قبل مالک برای تصرف در مال نمی‌باشد و در صورت تصرف ضامن تلف مال خواهد بود. (علامه حلی، ۱۸۴/۲)

**ب) وکالت:** در تعریف وکالت گفته شده است که نیابت گرفتن در تصرف است. بنابراین اگر در موضوع وکالت مالی لحاظ شود و اذن در تصرف مال به وی داده شود وکیل می‌تواند در مال نصرف نماید. (شهید ثانی، ۲۳۷/۵)

ج) در قانون مدنی ماده ۱۲۰ بیان می‌دارد که به واسطه‌ی اذن می‌توان سرتیر را بر دیوار دیگری نهاد البته اذن از جانب آن قابل رجوع است. هم‌چنین ماده ۱۳۰ که بیان می‌دارد خروجی دادن به خانه همسایه جز با اذن وی ممکن نیست و سایر مواردی که در فقه و حقوق از آثار اذن گفتگو به میان آمده است.

### حکم شرط مندرج در اذن

به طور کلی اذن در ید آذن بوده و می‌توان به هر طریق که متمایل است آن را توسعه داده و مضيق نماید به عنوان مثال اذن می‌تواند مأذون را در اتلاف مال نیز مجاز نماید و یا اینکه آن را محدود نموده و مختص به تصرفی خاص نماید که تصرفات بیشتر برای مأذون ممنوع می‌باشد لیکن محل بحث ما در این مقام شروطی است که بر خلاف دو اثر یاد شده شرط شده باشد.

بحث در صحبت یا فساد این شروط و تأثیر آن در اذن صادره از آذن می‌باشد:

الف) در صورتی که عدم جواز تصرف مأذون ضمن اذن صادره از جانب آذن شرط شده باشد این اذن فاسد بوده و در حکم عدم اذن است. به این جهت همانند آن است که اصلاً اذنی از جانب آذن صادر نشده باشد. علت این امر صدور شرط خلاف مقتضای ذات عمل حقوقی است که فساد آن از منظر مرحوم سید محمد کاظم یزدی این گونه توجیه شده است که شرط خلاف مقتضای ذات عقد، منجر، تناقض است. (سید یزدی، ۲۷۲/۳)

به همین جهت بهره از وجود در عالم اعتبار نمی‌تواند داشته باشد و امر متناقض نمی‌تواند مورد اراده شخص اراده کننده قرار گیرد.

ب) در صورتی که شرط ضامن نسبت به شخص مأذون صورت گیرد در صحت یا فساد آن اختلاف شده است هر چند در بعضی موارد صحیح دانسته شده است. عنوان مثال عاریه ای که در

آن شرط ضمان شده باشد به اتفاق فقهاء این شرط صحیح است. (نجفی، ۱۳/۲۷) و همچنین شرط ضمان در ودیعه مطابق قانون مدنی و نظر بسیاری از فقهاء باطل می‌باشد. (شهید ثانی، ۱۹۵/۴) بر این امر دو دلیل اقامه شده است اولین امر ضامن دانستن شخصی است که شرع او را امین دانسته و ضمان را از وی مرتفع می‌داند همچنین این مطلب که ضامنی دانستن ید شخصی که به احسان مال را حفظ کرده است خلاف احسان است. در ارتباط با مستأجر و سایر موارد ضامن دانستن وی محل تردید است اما به نظر می‌رسد امانت از توابع اذن بوده و آذن می‌تواند ضامن را برای شخص مأذون شرط نماید. این امر در مورد ودیعه نیز صدق می‌کند مگر آنکه اجماع دایر بر عدم جواز اشتراط ضامن شکل گیرد. همچنین مفاد ایه اوFW بالعقود و ایه حرمت اکل مال به باطل این نگرش را تایید می‌نماید.

### نتایج مقاله

از مطالبی که ذکر گردید معلوم شد اذن از جمله اعمال حقوقی است که بواسطه اراده اشخاص آثار حقوقی آن ایجاد می‌گردد و ثانیاً عقیده ایقاع بودن اذن مورد قبول واقع شده و بر آن استدلالاتی بیان گردید. در بحث آثار اذن نیز امانت از جمله آثار اذن دانسته شده که برای تحقق آن صرف اذن کافیست و شرط دیگری برای تحقق آن لازم نمی‌باشد. امانت خود موجود دو اثر است که اثر اول آن عدم ضمان شخص مأذون است به این معنا که در صورت تلف شدن مال بدون تعدی و تغیریت مأذون لازم نیست بدل مال را تأديه نماید و اثر دوم قبول قول وی در رد مال است.

اثر دوم اذن به نحو مستقیم آن است که از لحاظ تکلیفی تصرف او در مال غیر گناه نبوده و حرام نیست و حکم آن اباحه است. شرط ضامن از لحاظ تحلیلی صحیح دانسته شده هر چند فقهاء این موضوع را در ودیعه پذیرفته اند. شرط حرمت تصرف نیز خلاف مقتضای ذات عمل حقوقی دانسته شد.

## كتابشناسى

- ۱- قرآن کریم
- ۲- اصفهان، محمد حسین، حاشیه المکاسب، قم، ذوی القربی، ۱۴۳۱ق.
- ۳- انصاری، مرتضی، مکاسب محروم، قم، دارالعلم، ۱۳۸۸ش.
- ۴- ایروانی نجفی، میرزا علی، حاشیه المکاسب، تهران، کیا، ۱۳۸۴ش.
- ۵- آل کاشف الغطا، محمد حسین، تحریر المجله، عراق، المکتبه المرتضویه، ۱۳۶۰ / ۱۳۵۹ق.
- ۶- بجنوردی، میرزا حسن، قواعد فقهیه، قم، الہادی، ۱۳۷۷ش / ۱۴۱۹ق.
- ۷- بهرامی احمدی، حمید، قواعد فقه، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸ش.
- ۸- حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، تهران، موسسه اسماعیلیان، بی‌تا.
- ۹- حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۹ق.
- ۱۰- حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی مسائل حلال و الحرام، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ۱۱- خمینی، روح الله، رسائل العشره، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۷ش.
- ۱۲- خوبی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم، نشر الفقاهه، ۱۴۲۰ق / ۱۳۷۸ش.
- ۱۳- همو، منهاج الصالحين، چاپ هفتم، قم، مدرسه‌الامام الباقر العلوم، ۱۴۳۳ق / ۱۳۹۰ش.
- ۱۴- سجستانی، ابوداد، السنن، بیروت، دارالحیاء التراث العربی، بی‌تا.
- ۱۵- شهید ثانی، زین الدین‌العاملي، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، قم، موسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- ۱۶- همو، شرح اللمعه، چاپ عراق، جامعه‌النجف‌الدینیه، بی‌تا.
- ۱۷- شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، مجده، ۱۳۸۸ش.
- ۱۸- همو، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، مجده، ۱۳۸۰ش.
- ۱۹- صدقوق، محمدبن‌علی، من لایحضره‌الفقیه، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۵ق.
- ۲۰- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، بعثت، ۱۴۱۴ق.
- ۲۱- فیومی، احمد بن محمد، مصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير، قم، دارالحجره، ۱۴۰۵ق.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق‌مدنی، ایقاع نظریه عمومی، ایقاع نظر معین، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹ش.
- ۲۳- همو، درس‌هایی از عقود معین، چاپ پنجم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ش.
- ۲۴- همو، درس‌هایی از عقود معین، چاپ پنجم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ش.
- ۲۵- کلینی، محمدبن‌یعقوب، الکافی، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ق.
- ۲۶- لنگرودی، محمد جعفر، الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۵ش.
- ۲۷- همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰ش.
- ۲۸- محقق داماد، سید مطلفی، قواعد فقه، تهران، سمت، ۱۳۷۳ش.
- ۲۹- مراغی، میرعبدالفتاح، عنوانین الفقیهی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- ۳۰- نائینی، محمد حسین، منهی‌الطالب فی شرح المکاسب، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- ۳۱- نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام، قم، اسوه، ۱۴۱۹ق.
- ۳۲- یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، قم، دارالعلم، ۱۳۷۸ش.