

بررسی ماهیت و خصوصیات اذن در تصرف^۱

ابوذر صیادی کوشک‌قازی *

رضا عباسیان **

سید محمدهادی مهدوی ***

چکیده

این نوشتار به بررسی ماهیت حقوقی اذن و خصوصیات آن مانند استقلال، یک‌طرفه‌بودن و قابلیت رجوع و همچنین به تعیین مدلول اعتباری در عقود اذنی می‌پردازد. به منظور نیل بدین مقصود، ماهیت انشاء و عناصر آن اعم از قصد و رضا و همچنین نقش وسایل اعلام اراده در تحقق اعمال حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است. سؤالی که در این تحقیق با آن روبرو هستیم این است که آیا اذن عمل حقوقی است یا واقعه حقوقی؟ آنچه از این تحقیق استفاده می‌شود این است که اذن صرفاً یک واقعه ارادی اعلامی از نوع ابراز رضای باطنی است که قدرت خلاقه ماهیتی اعتباری ندارد و این قانون‌گذار است که حکم جواز یا اباحه تصرف را بر چنین واقعه‌ای مترتب می‌کند. زیرا آثار حقوقی صرفاً از اعمال حقوقی ناشی نمی‌شود بلکه منبع برخی از آثار مزبور وقایع حقوقی می‌باشند. از طرف دیگر این قصد انشاء است که می‌تواند ماهیتی اعتباری را خلق نماید. در عقود موسوم به عقود اذنی، قصد انشاء به ماهیتی اعتباری چون تسلط اعتباری غیر، تعلق می‌پذیرد و وجود اعتباری آن را تحقق می‌بخشد.

کلید واژه‌ها: اذن، انشاء، قصد، رضا، ابراز اذن.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۸/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۲۰

* دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران
** استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (نویسنده مسئول)

Abbasian@iaun.ac.ir

*** استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران

۱- مقدمه

از جمله رویدادهایی که به طور ارادی و با رضای شخص مالک یا نماینده وی تحقق می‌یابد و منشأ آثار و احکامی میان شخص اذن‌دهنده و مأذون می‌شود اذن است. آنچه ضرورت این تحقیق را ایجاب می‌نماید بررسی مبنایی اختلاف میان فقها و حقوق‌دانان در عمل حقوقی و واقعه حقوقی بودن اذن است. در این تحقیق سعی بر آن است که مبنا و ریشه اختلاف در انظار محققین آشکار شود. در عمده تألیفات فقهی و حقوقی به واقعه یا عمل حقوقی بودن اذن بدون اشاره به دلایل آن اکتفا شده است؛ لذا در این تحقیق با رویکرد تحلیلی و با تکیه بر قواعد مسلم فقهی و حقوقی به بررسی ماهیت اذن پرداخته می‌شود. آنچه ضرورت این تحقیق را بیشتر می‌نمایاند این است که شناخت دقیق عقود اذنی متوقف بر این است که ماهیت اذن شناخته شود تا بتوان تصویر صحیح‌تری از عقود اذنی به عنوان اعمال حقوقی دو طرفه ارائه داد. چراکه در انظار مشهور فقیهان اثر عقود اذنی، اذن و اباحه در تصرف می‌باشد و این متأثر از مبنایی است که در آن اذن را عمل حقوقی یک طرفه یا ایقاع، تلقی به قبول کرده‌اند طوری که برخی از آنها قائل شده‌اند ماهیاتی چون وکالت و سایر عقود اذنی دیگر، نیاز به قبول و قصد انشاء طرف مقابل ندارند حتی در صورت رد ایجاب نیز طرف مقابل می‌تواند ایجاب را بپذیرد.

۲- تعریف اذن

۲-۱- معنای لغوی اذن

اول؛ اعلام، قرآن در مقام اعلام جنگ به مشرکان می‌فرماید «فَأَذَّنَا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ» (بقره، ۷۹) اذن به معنای اعلام با حرف باء، به معنای اباحه و جواز با حرف فی متعدی می‌شود (سعید الخوری، ۱، ۷).

دوم؛ اباحه و جواز، آیه «فَأَنْكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ» در رفع مانع به کار رفته است (نساء، ۲۴) (حمادالجوهری، ۵، ۲۰۶۸).

سوم؛ امر و فرمان، در آیه «أَنْزَلَهُ عَلَيَّ قَلْبِكَ بِأَذْنِ اللَّهِ» نزول قرآن به امر و دستور خدا بیان شده است (بقره، ۹۷).

برخی از نویسندگان اولین معنای اذن را «اعلام» بیان داشته‌اند. شاید بتوان گفت ریشه معنای اصطلاحی اذن، همین معنای «اعلام» باشد (فیروزآبادی، ۴، ۱۹۵) و از آنجا که معنای «اعلام» نیاز به

متعلق دارد برخی از نویسندگان دومین مدخل معنایی اذن را که «اباحه و رخصت» می‌باشد را متعلق معنای اعلام قرار داده‌اند و گفته‌اند اذن در اعلام رضایت و رخصت نیز به کار رفته است (الراغب الاصفهانی، ۱۴).

۲-۲- اذن در اصطلاح

در تعاریفی که اذن به عمل آمده است برخی از آنها تعریف به اثر است و در برخی دیگر تعریف به مؤثر. منظور از اثر، اباحه در تصرف و رفع مانع است و مقصود از مؤثر، اعلام رضا می‌باشد. برخی از نویسندگان اذن را به مؤثر تعریف کرده و آن را اعلام رضا می‌دانند که قانون گذار بر آن اثری مترتب می‌کند (جمال عبدالناصر، ۱۴۱۰، ۴۰، ۲۲۲) در همین راستا برخی دیگر از محققین، حقیقت اذن را دادن رخصت و برداشتن مانع یا اعلام رضایت می‌دانند (غروی اصفهانی، ۱، ۱۳۱). با توجه به توضیحاتی که در تحلیل اراده انشایی خواهد آمد و با عنایت به ماهیت قصد انشاء و ماهیت رضا و آثار آن دو و همچنین با عنایت به معنای اعلام می‌توان اذن را چنین تعریف نمود «اذن عبارت است از ابراز و اظهار رضای شخص مالک یا نماینده قراردادی یا قانونی وی به شخصی برای انجام عمل حقوقی یا تصرف مادی».

۳- ماهیت حقوقی اذن

دو دیدگاه عمده در این زمینه وجود دارد.

۳-۱- عمل حقوقی بودن اذن

برخی قائلند اذن عمل حقوقی است و نیاز به انشاء دارد و در واقع اذن، اباحه مورد نظر را انشاء می‌کند به عبارت دیگر کسی که به دیگری اذن می‌دهد تا در مال او تصرف کند با اذن خویش آن مانع را بر می‌دارد. تصرف ممنوع با انشای اذن دهنده مباح می‌شود و توقفی بر انشای متقابل مأذون و قبول وی ندارد. ردّ مأذون نیز مانع تحقق یا بقای اذن نمی‌شود و چنان چه مأذون اذن را رد کند تا زمانی که اذن دهنده از اذن خود بر نگشته است، می‌تواند در مورد اذن، تصرف نماید. طبق این دیدگاه اذن عمل حقوقی یک طرفه و ایقاع می‌باشد (خوانساری، ۱۴۰۵، ۳، ۴۷۶؛ قدیری، ۱۴۰۷، ۲۳۹؛ مغنیه، ۴، ۱۴۰۲، ۲۱۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۶۵؛ فصیحی‌زاده، ۱۳۸۰، ۲۲۲؛ جعفری لنگرودی، ۱، ۳۸۹؛ فیض، ۱۳۶۹، ۲۶۱؛ مراغی حسینی، ۲،

۱۸۴؛ نجفی، ۲۷، ۱۳۹۲، ۱۸۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۸، ۹، ۲۳۶؛ محقق حلی، ۲، ۱۴۰۸، ۱۳۷؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ۶، ۶۴).

۳-۲- واقعه حقوقی بودن اذن

برخی دیگر از محققین براین باورند که اذن، عمل حقوقی نیست بلکه یک واقعه حقوقی است و نمی‌توان آن را نه عقد به شمار آورد و نه ایقاع، اذن دهنده هیچ چیز را به وجود اعتباری انشاء نمی‌کند بلکه تنها مانع قانونی و منع از تصرف را مرتفع می‌سازد (شهیدی، ۱۳۸۳، ۴۱؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ۱، ۱۷۷). نظر اول علی‌رغم شهرت عظیمی که دارد دارای مبنای تحلیلی قابل توجه و قانع کننده‌ای نیست. زیرا شخص اذن دهنده هیچ‌گونه موجود اعتباری را انشاء نمی‌کند تا از طریق اذن، آن اعتبار نفسانی خود را ابراز دارد چرا که انشاء که عبارت است از اعتبار نفسانی و ابراز آن که این تعریف بر اذن صدق نمی‌کند و انشای اذن صرفاً عنصر ابراز را در بردارد آن هم ابراز رضایت نه ابراز قصد انشایی که به موجودی اعتباری حیات حقوقی می‌بخشد.

در ایقاعات، قصد انشاء ضروری است بدین معنا که تحقق قصد انشاء و ابراز آن بدون نیاز به قصد انشاء طرف دیگر، در تحقق ماهیت حقوقی کفایت می‌کند و با تحقق قصد انشاء یک طرفه، شخص موقع ماهیاتی اعتباری را ایجاد می‌کند که عبارتند از اسقاط حق، یا انحلال عمل حقوقی؛ به همین دلیل چون این آثار در تلازم با قصد انشاء قرار می‌گیرند، الزام‌آور می‌باشد مثلاً اگر صاحب خیار، معامله را فسخ کند و قصد انشاء انحلال عمل حقوقی داشته باشد چون اثر انحلال عقد در تلازم با قصد انشاء واقع شده است، الزام‌آور است یا اگر طلب کاری، دین خود را از ذمه بدهکار اسقاط نماید از آنجا که «ابراء وسیله اسقاط طلب و سقوط تعهد و آزادی ذمه مدیون در برابر داین می‌باشد پس از وقوع آن برخلاف موارد معمول در عقد هبه طلبکار نمی‌تواند از ابراء رجوع و طلب خود را در خواست نماید» (شهیدی، ۱۳۸۱، ۱۳۶).

۴- بررسی تحلیلی ماهیت انشاء

به منظور بررسی دقیق ماهیت اذن به نظر می‌رسد می‌بایست فرایند انشاء ماهیت یا عمل حقوقی مورد بررسی قرار بگیرد بدین منظور ابتدا به تحلیل اراده انشایی و تفکیک آن به عناصر قصد و رضا و جایگاه

وسایل اعلام اراده در این میان می‌پردازیم. لازم به ذکر است که ماهیت اذن جز در پرتو تحلیل اراده انشایی قابل شناسایی نیست.

۴-۱- قصد

قصد در لغت به معنای در پیش گرفتن (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ۴۱۹) اصابت دقیق به هدف (عبدالسلام، ۱۴۰۴، ۵، ۹۵) برخی از محققین حقوق اسلامی بر این باورند که قصد، امری است که متصل به آغاز عمل باشد آن قسمت از قصد که قبل از آغاز عمل به وجود می‌آید تصمیم نامیده می‌شود و اعتباری ندارد (عاملی، ۱۴۱۰، ۱، ۱۱۴). برخی دیگر از فقها می‌گویند شوق مؤکدی است که منشأ عمل خارجی می‌شود و به لحاظ این که امری درونی است نیت و به اعتبار رفع تردید، تصمیم و عزم و به اعتبار پایداری و استقامتش قصد می‌گویند (نایینی، بی‌تا، ۱، ۱۸۹).

مشهور فقها قصد متعاقدين را برای تحقق مدلول عقد، امری مسلم می‌دانند ولی خطای برخی از آنها این است که قصد را از شرایط متعاقدين می‌دانند (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۴، ۶۲). این در حالی است که قصد از مقومات عقد است به گونه ای که مفهوم عقد بدون قصد محقق نمی‌شود (خویی، بی‌تا، ۴۱۸؛ خمینی، ۱۴۰۷، ۳۷ و ۳۸).

بی‌شک در انشاء یک ماهیت حقوقی، قصد درونی فرد به عنوان چهارمین مرحله از مراحل فعالیت روانی اراده در جهت ایجاد ماهیت حقوقی نقشی عمده و اساسی دارد تا آنجا که برخی از فقها قائلند که قصد نه از شرایط عقد است و نه از شرایط متعاقدين زیرا شرایط هر چیزی بعد از تحقق آنچه که در حقیقت و ماهیت آن دخیل است، لحاظ می‌شود (خمینی، همان، ۲، ۳۷).

در میان قواعد فقهی، قاعده «الْعُقُودُ تَابِعَةٌ لِلْقُصُودِ» بیانگر این است که ماهیت اعتباری عقد در مقام ثبوت تابع قصد انشاء طرفین می‌باشد به تعبیر دیگر تبعیت عقد از قصد، تبعیتی ثبوتی است (بجنوردی، ۳، ۱۲۶؛ نراقی، ۱۶۱؛ مکارم شیرازی، ۱، ۲۴۹). تبعیت ثبوتی عقد از قصد، امری مسلم و مفروغ عنه است و قدر متیقن از قاعده مزبور نیز همین است چرا که عقد هازل و نائم و سکران بالاجماع، باطل است از این جهت، لزوم تبعیت ثبوتی عقد از قصد دلیلی بر تقدم اراده باطنی بر اراده ظاهری نیست. موردی که قاعده آن را شامل است موردی است که عقد تحقق عرفی و قانونی پیدا کرده و در این مقام است که این بحث مطرح می‌شود که در مقام اثبات و تنظیم حقوق و تعهدات متعاقدين آیا عقد تابع مطلق الفاظ است و الفاظ

نقشی ایجاد‌ی در تحقق عقد دارند یا آن که عقد تابع قصد انشاء متعاقدين است. طبق این قاعده عقد نسبت به قصد هم تبعیت ثبوتی دارد و هم تبعیت اثباتی. مفاد این قاعده در راستای تعیین نقش و جایگاه وسایل اعلام اراده در انشاء اعمال حقوقی است که در ادامه این نوشتار بدان پرداخته می‌شود.

۴-۲- رضا

رضا در لغت به معنای سرور قلب در مقابل سخط و کراهت و نیز به معنای طیب نفس و اختیار است (ابن منظور، ۱۴۰۵، ۱۴، ۳۲۳؛ فیومی، ۱۳۹۸، ۱، ۲۴۶) دو واژه دیگر از مشتقات ماده «رضی» رضاء و تراضی می‌باشد. تفاوت سه واژه رضا، رضاء و تراضی این است که رضا به معنای طیب نفس یا دیگر معانی ذکر شده صفتی نفسانی است که در آن مشارکت وجود ندارد بلکه یک نفر یا بیشتر آن را به وجود می‌آورند. رضاء اسم برای رضا است و مشارکت در آن وجود دارد. اما واژه تراضی حقیقت در مشارکت است و فقط در صورتی موجود می‌شود که دو رضای مرتبط یا بیشتر از دو رضا محقق شود (سیبویه، ۱۴۰۸، ۴، ۶۹).

در مورد عنصر رضا ذکر نکاتی ضروری به نظر می‌رسد که به طور خلاصه بیان می‌شود. اول؛ رضا از امور انشایی به شمار نمی‌رود و طبیعت آن مقتضی انشاء اثر حقوقی نیست برخلاف قصد انشاء که طبیعت و ماهیت آن، مقتضی انشاء اثر حقوقی است به تعبیر دیگر رضایت، قدرت خلاقیت و سازندگی ندارد در حالی که قصد انشاء، عنصری سازنده و خلاق است که ماهیت و اثر حقوقی را در عالم اعتبار، ایجاد و انشاء می‌کند.

دوم؛ هر عمل حقوقی با نوعی از رضا چه طبیعی و چه عقلی، ملازمه دارد. در معامله اکراهی، بدون گذر از رضای عقلی نمی‌توان به قصد انشاء رسید بنابراین نوعی تلازم میان قصد انشاء و رضای عقلی وجود دارد. اما بین قصد انشاء و رضای طبیعی و خود جوش، ملازمه ای وجود ندارد شخص مکره، رضای طبیعی به انجام عمل حقوقی ندارد ولی شخص مکره به حکم عقل خویش، ضرر کمتر و آسان‌تر را ترجیح داده و تن به انشاء عمل حقوقی می‌دهد.

از طرف دیگر در مواقعی شوق و رضای طبیعی وجود دارد اما قصد انشاء تحقق پیدا نمی‌کند و این در زمانی است که شوق و رضای مذکور به حد امتلاء نرسد و عنصر خلاق و موجد، برای انشاء عمل حقوقی به وجود نیامده باشد. در این وضعیت، رضا و شوق طبیعی وجود دارد اما قصد انشایی در میان نیست.

در نتیجه بین قصد انشاء و رضای طبعی ملازمه‌ای وجود ندارد و این دو از یکدیگر جدا و منفک هستند. در عین حال برخی از دانشمندان قائل به وحدت و عینیت قصد و شوق مؤکد هستند و شوق مؤکد را همان قصد می‌دانند (تهانوی، ۱۴۰۴، ۳، ۳۳). شاید نظر این دسته از دانشمندان، از این نظر قابل توجیه باشد که گفته شود بین قصد و شوق مؤکد، وحدت و عینیت وجود دارد و این دو قابل انفکاک نیستند. در همین راستا برخی از فقیهان رضا را امتلاء اختیار یعنی بالاترین درجه اختیار معرفی می‌کنند به طوری که اثر آن در ظاهر شخص به صورت انبساط وجه و مانند آن ظاهر می‌شود (بخاری، ۱۹۷۴، ۴، ۳۸۲) اما بین قصد و رضا و شوق ساده هیچگونه تلازمی به نظر نمی‌رسد بدین معنا که هر رضا و شوق ساده‌ای ملازم با قصد انشاء نیست اما هر قصد انشایی ملازم با رضا است حال یا رضای طبعی و یا رضای عقلی.

سوم؛ ممکن است قصد انشاء بدون وجود رضای لازم در معاملات محقق شود این حالت تنها در صورتی است که یک نوع رضای عقلی مقدم بر قصد انشاء به وجود آید در صورت عدم تحقق رضای عقلی عمل حقوقی به علت فقدان قصد باطل می‌شود زیرا فرض این است که اکراه به حدی است که شخص تهدید شونده نمی‌داند چه کاری انجام می‌دهد و قدرت کنترل حرکات خود را از دست می‌دهد.

چهارم؛ اذن و اجازه در واقع دو گونه از جلوه‌های ابراز رضای باطنی هستند و واقعه حقوقی تلقی می‌شوند. ممکن است به نظر برسد که تنفیذ عقد و اجازه‌دادن آن عمل حقوقی یک طرفه می‌باشد. در نظر برخی از فقها تنفیذ از امور انشایی است در نتیجه مانند سایر ایقاعات نیازمند کاشف لفظی یا فعلی می‌باشد و از اجازه و تنفیذ به عنوان «انشاء الرضا» و گاهی به عنوان «انشاء الامضاء» تعبیر کرده‌اند از این عبارت می‌توان استفاده کرد که به عقیده ایشان اذن هم گونه‌ای انشاء و ایقاع است (نایینی، بی‌تا، ۱، ۲۱۰ و ۲۵۳) یعنی ایقاعی است که طبق آن تنفیذکننده طبق آن کامل‌شدن عقد را انشاء می‌کند و به عقد غیرمعتبر، اعتبار می‌بخشد. به نظر می‌رسد مبنای تحلیلی این نتیجه را باید در مفهوم و مبنای انشاء و جایگاه وسایل اعلام اراده در آراء این دسته از فقها جستجو کرد. انشاء رضا و انشاء امضاء، حاکی از آن است که این دسته از فقیهان انشاء را ایجاد معنا به وسیله لفظ می‌دانند به عبارت دیگر لفظ را آلت ایجاد معنا می‌دانند و طبق این مبنا وسایل اعلام اراده از جمله الفاظ را وسایلی ایجاد دانسته و ابرازی محسوب نمی‌کنند در نتیجه در نظر ایشان چنانچه که مالک رضای خود را ابراز کند دیگر تحقق و عدم تحقق قصد باطنی ملاک نیست آن چه ملاک است الفاظی هستند که مبنای اراده انشایی شخص مالک قرار می‌گیرند بدون آن که نیازی به این باشد که این الفاظ حکایت از چه عنصری دارند آیا حکایت از عنصر رضا می‌کنند یا عنصر قصد انشاء و

به دنبال این مبنا چنین نتیجه می‌گیرند که الفاظِ شخص ابرازکننده رضای باطنی، ماهیتی اعتباری را به وجود می‌آورد. با توجه به قواعد گفته شده در باب قصد و رضا و با عنایت به تأثیرهای مختلف آن دو می‌توان به این نتیجه رسید که تنفیذ عقد غیر نافذ، وجود انشایی ندارد و حقیقت آن چیزی جز یک واقعه اعلامی دارای آثار حقوقی نیست زیرا حقیقت انشاء چیزی جز اعتبار یک ماهیت حقوقی و ابراز آن با وسائل اعلام اراده نمی‌باشد.

پنجم؛ رضا عنصری مستمر است و تا لحظه قصد انشاء به حیات اعتباری خود ادامه می‌دهد و به محض این که قصد انشاء به ماهیتی اعتباری یا اثری حقوقی تعلق پیدا کند استمرار و حیات حقوقی مزبور منقطع می‌شود. برخی از نویسندگان حقوقی رضای مزبور را حتی بعد از تعلق قصد انشاء، مستمر می‌دانند و بر این باورند که در عقود اذنی، رضای مالک یا اذن وی به تصرف، به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد و در این باره می‌نویسند «قصد انشاء، غروب رضای مستمر قبل از عقد است در بسیاری از عقود مانند عقود تملیکی معمولی چون بیع که چون عقد بیع تمام می‌شود استمرار رضای قبل از عقد متوقف می‌شود اما عقود دیگری هم وجود دارد که پس از تحقق قصد انشاء، رضا به استمرار خود ادامه می‌دهد مانند وکالت، عاریه، مضاربه، شرکت مدنی که از عقود است و سکنی و رقبی و عمری و رقبی و وقف (اگر تسبیل به معنای اباحه منافع مال موقوفه باشد که عقیده جماعتی است) در این عقود، تملیک نیست و رضا پس از عقد ادامه دارد تا به قاطعی از قواطع استمرار برخورد؛ مانند رضای موصی که از حین ایجاب، ادامه دارد تا برسد به موت او که قاطع استمرار رضای اوست» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ۶) در همین راستا برخی دیگر نیز پس از تعدی و تفریط شخص امین بر این باورند چنانچه وی ضوابط عرفی و قراردادی را رعایت کند و از تعدی و تفریط دست بر دارد از آثار اذن بهره مند می‌شود.

«به بیان دیگر تعدی و تفریط حائلی در راه نفوذ اذن ایجاد می‌کند که مانع از ایجاد اثر آن می‌شود. لیکن هرگاه این مانع از بین برود چرا منبع زاینده امانت (اذن) نتواند دوباره کارگزار شود و صفت مستودع را بازگرداند؟» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۵۸) این نویسندگان نیز به طور ضمنی، اذن و رضای قبل از تحقق قصد انشاء را تا بعد از تحقق قصد انشاء، مستمر می‌دانند.

به نظر می‌رسد به محض این که ماهیت اعتباری در مقام اعتبار به وقوع پیوست عنصر رضا منقطع می‌شود و بالتبع اذن نیز که شأن ابرازی آن محسوب می‌شود نیز از میان می‌رود و دیگر اذنی باقی نمی‌ماند تا قصد انشاء بدان تعلق پیدا کند چه رسد به این که بعد از تحقق ماهیت اعتباری به حیات حقوقی خود

ادامه بدهد. غفلت از این نکته باعث شده برخی از نویسندگان حقوقی ملاک در تحقق عقد اذنی را این بدانند که عقد اذنی، عقدی است که اذن داخل عقد باشد و مدلول آن واقع شود (لنگرودی، ۱۳۹۰، ۱۰۶، ۲) یعنی همان متعلق رضا که رضای به تصرف است داخل عقد و مدلول آن قرار بگیرد. یادآوری این نکته ضروری به نظر می‌رسد آنچه در عقود موسوم به عقود اذنی در مرحله رضا تحقق پیدا می‌کند یا به عبارت دیگر متعلق رضا واقع می‌شود اذن در تصرف و رفع ممنوعیت از تصرف نیست بلکه ماهیتی اعتباری است که اباحه تصرف، اثر قانونی آن ماهیت می‌باشد نه اثر انشایی و اعتباری شخص انشاءکننده.

۵- جایگاه وسایل اعلام اراده

با این همه این سؤال مطرح است که در انشاء یک عمل حقوقی نصیب هر یک از این عوامل اعم از قصد انشاء و وسایل اعلام اراده چقدر است؟ کدام یک از این عوامل نقش اصلی را ایفاء می‌کند؟

۵-۱- نظریه ایجاد

مُنْشا با آلت لفظ به وجود می‌آید پس اراده انشایی با یاری الفاظ، منشأ را ایجاد می‌کند و بدون این وسیله قدرت ایجاد مُنْشا را ندارد و هم چنین مُنْشا در عالم اعتبار تحقق می‌یابد و این مرتبه از انشاء خارج از اختیار متکلم است زیرا امری خارجی محسوب می‌شود و مدلول لفظ او نیست (نایینی، ۱۴۱۸، ۱، ۱۷۶). محقق نایینی قاعده «العقود تابعه للقصد» را در حوزه اراده ظاهری یا همان الفاظ عقد، اعمال می‌کند محقق مزبور صراحتاً قصد را در این قاعده، قصد ظاهری می‌داند و تأکید می‌کند الفاظ، آلت ایجاد و انشاء قصد می‌باشند. در نتیجه عقد، تابع مطلق الفاظ یا قصد ظاهری می‌باشند.

این دیدگاه اشکالات عمده‌ای دارد از جمله این که فعل مستقیم و مباشر متکلم چیزی بیش از القای الفاظ نیست به ناچار تنها در صورتی حقیقتاً عنوان ایجاد بر فعل متکلم که همان تلفظ می‌باشد صادق است که لفظ واقعاً علت و سبب تحقق معنا باشد اما روشن است که لفظ نمی‌تواند به نحو حقیقی موجد معنا در خارج و در ذهن باشد چرا که بین لفظ و معنا رابطه علی و معلولی برقرار نیست و البته روشن است که ارتباط علی و معلولی با ارتباط دال و مدلولی متفاوت است علت، سبب وجود معلول است حال آن که دال چنین نسبتی با مدلول خود ندارد، معنا در استقرار خود نیازمند وجود لفظ نیست بلکه سابق بر آن از چنین

تقرّری برخوردار است. با این توضیح محقق اصفهانی براین نکته اصرار می‌ورزد که نمی‌توان در معنایی دقیق انشاء را ایجاد معنا به وسیله لفظ دانست بلکه انشاء در واقع لفظ را ایجاد می‌کند اما به علت رابطه لفظ و معنا، وجود لفظ، وجود معنا را نه حقیقتاً بلکه بالعرض و المجاز به همراه دارد.

مطابق مبنای محقق اصفهانی در باب وضع و استعمال به علت تنزیلی که در ناحیه لفظ صورت گرفته، وجود لفظ نازل منزله‌ی وجود معنا است و بر همین اساس می‌توان گفت لفظ حقیقتاً وجود یافته است اما این وجود مجازاً قابل استناد به معنا نیز است. مهمترین اشکال محقق نایینی در این نظریه این است که امور مادی اعم از لفظ و نوشته و سایر وسایل اعلام اراده اموری مادی هستند و امور مادی هرگز نمی‌توانند امری معنوی را تکوین اعتباری ببخشند. معنا و مُنشا قبل از اعلام به وسیله لفظ در مرحله‌ای سابق وجود اعتباری یافته است (اصفهانی، ۱۳۷۴، ۱، ۱۹۲).

۵-۲- نظریه ابراز

طبق این نظریه جملات انشایی برای ابراز امور و اعتبارات نفسانی وضع شده‌اند و در مورد اعمال حقوقی، امر نفسانی، اعتباری از اعتبارات است. از این رو انشاء عبارت است از اعتبار نفسانی و ابراز آن به وسیله مُبرز خارجی. این تعریف مبتنی بر دو رکن است یکی اعتبار نفسانی و دیگری ابراز آن. با فقدان اعتبار نفسانی، انشاء محقق نمی‌شود همان طور که اعتبار نفسانی بدون اقتران به مُظهر و مُبرز خارجی مفهوم بیع را محقق نمی‌کند (خویی، بی‌تا، ۲، ۵۰).

محقق خویی همین نظریه را به بیان دیگری پذیرفته که خلاصه آن چنین است « انشاء و ابراز هر دو مُبرز مقاصد متکلم در مقام تفهیم و تفهّم است و لفظ در هر دو مورد در معنای موضوع له به کار می‌رود و فرقیان این است که جمله انشایی برای ابراز امور نفسانی یا صفات دیگر مثل تمنّی و ترجّی وضع شده است و چون در مورد این جملات خارج و واقعی که نسبت کلامی مطابق یا غیر مطابق آن باشد وجود ندارد متصف به صدق و کذب نمی‌شود، برخلاف جملات اخباری که موضوع له و مُبرز، قصد حکایت است که در این صورت جملات مزبور متصف به صدق و کذب می‌شوند.

بر اساس این نظریه، انشاء عبارت است از ابراز اعتبار نفسانی به وسیله ابراز، زیرا اگر انشاء را ایجاد معنا با لفظ و دیگر وسایل متعارف دانسته شود این انتقاد در پی خواهد داشت که مراد از ایجاد چیست؟

اگر ایجاد خارجی مورد نظر باشد با این ایراد مواجه خواهد شد که موجودات خارجی به علل تکوینی خاص خود مستند هستند و این امر با انشاء مورد بحث ارتباطی ندارد و اگر منظور ایجاد اعتباری در نفس گوینده باشد مستلزم این ایراد است که اعتبار نفسانی از افعال نفس است که نیازی به الفاظ و دیگر وسایل تعبیر اراده ندارد و تنها برای ابراز و اظهار امر نفسانی به این وسایل مورد نیاز است (خویی، بی‌تا، ۳، ۹ و ۱۰) چنانچه رضا، ابراز شود صرفاً اخبار محسوب می‌شود و هیچ‌گونه انشاء و ایجاد در مقام اعتبار حقوقی تحقق نیافته است. در این مرحله شخصی که رضای خود را حکایت می‌کند محکمی یا مورد حکایت وی، امری ثابت و واقع است آنچه وی حکایت می‌کند ایجاد مبدا یا ماهیت انشایی نیست به عبارت دیگر جمله ابرازی وی حکایت از یک امر ثابت و واقعی است که عبارت است از رفع ممنوعیت از تصرف یا اباحه در تصرف، جمله ابرازی وی حاکی از یک ماهیت حقوقی در مقام اعتبار نفسانی نیست.

۶- خصوصیات اذن

در برخی از تألیفات فقهی و حقوقی برای اذن خصوصیتی بر شمرده‌اند که در این قسمت مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

۶-۱- استقلال اذن

برخی از نویسندگان حقوقی براین باورند که اذن، مستعداً استقلال است بدین بیان که ضرورت ندارد اذن در حال وابستگی یعنی در حال تراضی در عقود اذنی جستجو کنیم بلکه ممکن است اذن در خارج از عقود اذنی پیدا شود به صورت ایقاع و غیر ایقاع (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ۲، ۴۹).

نویسنده مزبور در ادامه مصادیق استقلال اذن را از قرار ذیل بیان می‌کند.

- الف- اذنی که مأذون بدون این که طرف تراضی با اذن دهنده واقع شود بتواند به آن اذن عمل کند.
- ب- در مورد مذکور هرگاه مأذون مدتی به آن اذن عمل کند و سپس اعلان انصراف نماید او می‌تواند از انصراف خود برگردد و به آن اذن عمل کند و عمل سابق خود را ادامه دهد.
- ج- هر گاه عاقدی به قصد انعقاد عقد اذنی، ایجاب را بگوید این ایجاب حاوی اذن او است، ردّ این ایجاب بی‌اثر است و ردکننده می‌تواند منصرف شده و ایجاب را بپذیرد این احکام اختصاص به وکالت ندارد در جمیع عقود اذنیه وارد است.

د- هرگاه تراضی باشد بدون اناطه رضای موجب به رضای قابل چنان که در عقد عاریه دیده می‌شود رضای موجب یعنی معیر مستقل محسوب می‌شود و اثر بخش است (جعفری لنگرودی، همان، ۴۹). این نویسنده حقوقی در ادامه می‌افزاید « هرگاه اذن در ضمن تراضی داده شود اصل بر این است که آن اذن، مقید به تراضی است و استقلال ندارد اما وکالت از آن اصل مستثنی است یعنی تا زمانی که اناطه-ی رضای موکل به رضای وکیل محرز نشود اذن موکل، پس از استعفاء وکیل به حال خود باقی است و این از ثمرات استقلال اذن در وکالت است. پس در مورد وکالت هر گاه وکیل بعد از عقد آن را فسخ کند حق ندارد که در مورد وکالت دخالت کند» (جعفری لنگرودی، همان، ۵۰).

ایراداتی بر نظریه استقلال اذن وارد به نظر می‌رسد. استقلال اذن را می‌توان در دو مورد پذیرفت؛ مورد اول این که اذن صرفاً ابراز رضای باطنی باشد در این صورت اثر اذن، اثری انشایی نبوده و بلکه اثری است قانونی که قانون‌گذار بر این واقعه اعلامی مترتب می‌کند که فرض مزبور، مورد الف و ب را شامل می‌شود. مورد دوم حالتی است که شخص اذن‌دهنده، اثر قانونی اذن که عبارت از رفع ممنوعیت و اباحه در تصرف است را مورد قصد انشاء یک طرفه خود قرار می‌دهد و به آن وجودی اعتباری می‌بخشد. در این دو فرض، اثر اذن، اباحه تصرف از ناحیه اذن‌دهنده است و چنانچه ماذون آن را رد کند باز می‌تواند به آن اذن رجوع کند چون اذن در حالتی که متکی بر رضا است استمرار دارد و با رد ماذون منقطع نمی‌شود و در حالتی هم که اثر قانونی اباحه تصرف، متعلق قصد انشاء قرار بگیرد اثر قانونی مزبور وجود اعتباری می‌یابد و تحقق این اثر متوقف بر قبول طرفی که اثر اباحه در تصرف به نفع او انشاء شده است قرار نمی‌گیرد. پس با رد ماذون متصرف، این ماهیت انشایی یک طرفه از بین نمی‌رود.

مدعای قسمت ج این نویسنده حقوقی نیز قابل قبول به نظر نمی‌رسد زیرا این نویسنده بر این باور است که ایجاب در عقود اذنی، حاوی اذن است. مبنای این مدعا این است که عنصر رضا به تصرف تا مرحله قصد انشاء ادامه می‌یابد و منقطع نمی‌شود حتی بعد از انعقاد عقد نیز این رضای به تصرف به حیات خود ادامه می‌دهد و آنچه در این میان متعلق قصد انشاء قرار می‌گیرد اذن به تصرف است که نه تنها بعد از انعقاد عقد اذنی بلکه بعد از انشاء ایجاب نیز منقطع نمی‌شود و طرف مقابل هرگاه که بخواهد می‌تواند اذن در تصرفی که به واسطه ایجاب، انشاء شده است را بپذیرد.

این مدعا و مبنای تحلیلی آن با اشکال رو به رو است چرا که رضا با ظهور قصد، غروب می‌کند و قصد انشاء با ظهور خود ماهیتی حقوقی را در مقام اعتبار نفسانی به وجود می‌آورد. البته مقصود از غروب رضا این

معنا نیست که عقد به صورت صحیح و غیرنافذ تحقق یابد بلکه مراد این است که ظرف رضا نسبت به مظلوف خود که تحقق ماهیت اعتباری عقد اذنی است، قابلیت خود را از دست می‌دهد و جای خود را به ظرف اعتباری قصد انشاء می‌سپارد و این ظرف اعتباری قصد انشاء است که مظلوف اعتباری خود را که عقد اذنی است به وجود می‌آورد یا به تعبیر دیگر متعلق رضا که ایجاد ماهیتی اعتباری است تبدیل و تغییر نمی‌یابد اما از آن جهت که رضا نمی‌تواند ماهیتی اعتباری را صورت دهد قصد انشاء به عنوان عنصر خلاقه و سازنده ماهیت اعتباری طلوع می‌کند و ماهیت اعتباری را وجود اعتباری می‌بخشد.

به نظر می‌رسد همان طور که عدول از ایجاب مانع تراضی است رد ایجاب از سوی مخاطب نیز این موجود اعتباری را از بین می‌برد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۱، ۱۳۲). ماهیت ایجاب چنان است که بقا و فناء آن به اراده مخاطب بستگی دارد اگر ایجاب به عنوان زمینه عقد کارگزار باشد هر گاه رد شود از بین می‌رود بنابراین قبول بعد از رد اثری در وقوع عقد ندارد جز این که می‌تواند ایجاب جدید در صورت جمع شرایط یا دعوت به مذاکره باشد. طبق این قاعده چنانچه ایجاب رد شود دیگر نمی‌تواند مورد قبول قرار بگیرد چه در عقود اذنی و چه در غیر عقود اذنی مگر این که مفاد ایجاب را همان اذن در تصرف بدانیم و قائل به استمرار اذن و رضا در مرحله قصد انشاء شویم و بگوییم ظرف رضا حتی در مرحله قصد انشاء نیز از بین نمی‌رود. این مدعا نامانوس و خلاف وجدان حقوقی است.

نویسنده حقوقی مزبور اذن را در صورتی که مقید به تراضی و توافق طرفین باشد از هیچ گونه استقلالی برخوردار نمی‌داند و بنا به باور وی با انحلال عقد، دیگر اذنی باقی نمی‌ماند تا شخص بعد از انحلال عمل حقوقی بتواند بدان رجوع کند. به همین دلیل بر صاحب جواهر انتقاد وارد می‌کند که چرا وی قائل به استقلال مطلق اذن شده است و در عقد ودیعه پس از انفساخ، شخص مستودع می‌تواند بنا به اذن، در مال ودیعه تصرف کند و بدین بیان بر صاحب جواهر انتقاد می‌کند «اخراج اذن در عقود اذنی از مدلول ایجاب که او کرده است کار عجیبی است زیرا عقود اذنیه گرد محور اذن یا اعطاء اختیار می‌گردد و به عکس عقود تملیکی؛ اذن مودع به مستودع در قبض مال که مدلول ایجاب مودع است یعنی هدف اساسی در ودیعه تفویض اختیار در تصرف در مال مورد ودیعه است» (جعفری لنگرودی، همان، ۶۰).

از طرف دیگر همان طور که از بند ج پیدا است عاقدی که به قصد انعقاد عقد اذنی، ایجاب را بگوید در واقع اذن خود را مقید به توافق و تراضی کرده است، در صورت رد ایجاب قاعداً ایجاب وی از بین می‌رود. به نظر می‌رسد مقید بودن اذن در ضمن تراضی منحصر به حالتی نیست که عقد اذنی به وجود بیاید و در

صورت انحلال کاملاً از بین برود بلکه در موردی هم که تأثیر ایجاب، متوقف بر قبول باشد در واقع اذن در ضمن تراضی داده شده است و اذن دهنده، تصرف غیر را در مال خود مقید به قبول وی نموده است. نویسنده مزبور از یک طرف مدعی این قاعده است که چنانکه اذن در ضمن تراضی داده شود با انحلال عقد پایان می‌پذیرد و شخص متصرف نمی‌تواند بعد از انحلال بدان اذن سابق رجوع کند و از طرف دیگر عقد وکالت را از این قاعده مستثنی می‌کند در حالی که طبق مدعای نویسنده مزبور در عقد وکالت نیز اذن در ضمن تراضی داده می‌شود و از طرف دیگر چنانچه اناطه ای بین رضای وکیل و رضای موکل تحقق پیدا نکند ماهیت اعتباری عقد که عبارت است از همکاری متقابل دو اراده انشایی یا دو قصد انشاء تحقق نمی‌یابد. به نظر می‌رسد مبنای این استثناء ربطی به اذن در ضمن تراضی ندارد بلکه وکیل پس از استعفا چنانکه رضای موکل، محرز باشد مأذون در تصرف است اما شخص متصرف این اذن در تصرف را به عنوان وکیل ندارد بلکه فقط به عنوان مأذون، مختار در تصرف است. طبق آنچه گفته شد تعدد اذن در عقود اذنیه را نمی‌توان پذیرفت. اگر این مبنا پذیرفته شود که مدلول در عقود اذنیه، انشاء اذن و اعطاء اختیار و رفع ممنوعیت در تصرف و گونه ای از استمرار رضا به تصرف است تالی فاسد دیگر آن این است که برخی از فقها بگویند در این دسته از عقود دو اذن است یکی اذن ناشی از ایجاب و دیگری اذن ناشی از عقد. پس اگر عقد فاسد شود یا منحل شود یک اذن محو می‌شود ولی اذن ناشی از ایجاب باقی می‌ماند. صاحب مفتاح الکرامه از مدعیان این نظریه است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۷، ۵۲۷) وی در مورد عقد وکالت می‌گوید در عقد مزبور دو اذن وجود دارد اذنی که مدلول ایجاب و قبول است و دیگری اذن ضمنی که خارج از مدلول ایجاب و قبول است اگر عقد وکالت باطل باشد اذن ناشی از عقد باطل خواهد بود اما اذن ضمنی که خارج از مدلول ایجاب و قبول است باقی می‌ماند.

۶-۲- یک طرفه بودن اذن

اذن در تصرف ناشی از رضای شخص مالک است. در تحقق این رضا اراده مأذون نقشی ندارد و نه تراضی اذن دهنده و مأذون شرط تحقق اذن است و نه رد شخص مأذون می‌تواند اباحه تصرف ناشی از اذن مالک را از میان ببرد. اذن به لحاظ استمراری که دارد تا زمانی که رضای مالک باقی است استمرار می‌یابد و اثر خود را که رفع منع از تصرف است به جا می‌گذارد و چنانچه مأذون پس از تصرف در مورد اباحه حاصل از اذن انصراف بدهد، رضا و بالتبع اذن مرتفع نمی‌شود.

همچنین در موردی که مالک اثر قانونی اذن را که اباحه در تصرف است مورد قصد انشاء یک طرفه خود قرار دهد و شخص مأذون آن را رد کند باز هم آن ماهیت اعتباری، وجود حقوقی خود را از دست نمی‌دهد و هر گاه مأذون آن ماهیت اعتباری را رد کند می‌تواند دوباره آن را بپذیرد. برخی از حقوق‌دانان انصراف مأذون از اذن مالک را دلیل از میان رفتن اذن مالک و نیاز مجدد به اذن جدید وی می‌دانند (جعفری لنگرودی، همان، ۳۱۴).

۶-۳- قابلیت رجوع اذن

در مورد اذن در تصرف گفته شد چنانچه اذن صرفاً ابراز رضای باطنی باشد، اثر آن اثری است قانونی که قانون منحصراً حکم اباحه تصرف و رفع منع از تصرف را بر اذن مزبور مترتب می‌کند در این صورت به هیچ وجه اذن، ایقاع نیست چون عنصر قصد انشاء در آن مفقود است. اما در موردی که اثر اذن که همان اباحه تصرف برای شخصی در مقام اعتبار نفسانی تحقق یابد نمی‌توان وجود این اثر انشایی را که مخلوق قصد انشاء است منکر شد. بنابراین در این جا ایقاع اباحه تصرف از ناحیه مالک تحقق یافته است و زوال و بقاء این ماهیت و اثر حقوقی به اعتبار یک جانبه بودنش منحصراً در اختیار شخص مالک است. در این جا این سؤال قابل طرح است چنان چه مالک، اباحه در تصرف در مالش را انشاء کند آیا می‌تواند از این عمل حقوقی یک طرفه رجوع کند یا آن که مانند دیگر ایقاعات تابع اصل لزوم است؟ ایقاع با این که عمل حقوقی یک طرفه است اما پی‌آمدهای حقوقی آن در اجتماع و در روابط مالی به اشخاص دیگر هم سرایت می‌کند. چگونه ممکن است هر شخص به طور یک طرفه و مطابق میل خویش قانوناً بتواند هر عمل حقوقی را که آثار آن در اموال دیگران و اشخاص ظاهر می‌گردد بدون دخالت اراده اشخاص ذی‌ربط واقع سازد بنابراین طبع ایقاعات ایجاب می‌کند که محدود به مصادیقی باشد که قانون بر اساس مبانی خاص حقوقی پیش‌بینی کرده است. انعکاس آثار ایقاع در روابط اجتماعی از سویی دیگر سبب می‌شود که این عمل حقوقی پس از تحقق اصولاً لازم و غیرقابل فسخ باشد و به همین جهت قانون فسخ را برای ایقاعات پیش‌بینی نکرده است. « شهیدی، ۱۳۸۳، ۸۶ » مالک با قصد انشاء خویش، اثر حقوقی اباحه تصرف را برای غیر به وجود می‌آورد و گونه ای اختیار در تصرف برای او در مقام اعتبار خویش می‌آفریند اما حقی یا تعهدی برای وی در مقام اعتبار نفسانی خویش خلق نمی‌کند تا بر این مبنا شخص مباح له بر اساس حق یا تعهدی که برای وی به وجود آمده است با تصرفات حقوقی و مادی بر مال موضوع حق و یا موضوع تعهد،

حقوقی برای خود به وجود آورد تا در صورت فسخ مالک، در تعارض با منافع و حقوق وی قرار بگیرد. در عقود موسوم به عقود اذنی هم وضع به همین صورت است تا زمانی که مالک رضا به تصرف غیر دارد ماهیت و یا اثر حقوقی به وجود نمی‌آید. اما همین که عنصر رضا منتهی به قصد انشاء می‌شود اذن در تصرف رخت بر می‌بندد و ماهیتی اعتباری متولد می‌شود.

۷- اذن و عقود اذنیه

در میان فقیهان امامی نخستین کسی که واژه عقد اذنی به کار برد سید بحر العلوم در کتاب بلغه الفقیه بود از آن به بعد بود که دیگر فقیهان به کرات این اصطلاح استفاده کردند (جریان احکام و آثار فضولی در عقود اذنی، بهار و تابستان ۹۱).

به نظر می‌رسد اطلاق واژه «اذنی» در عقود اذنی، اطلاقی تسامحی و خلاف قواعد و اصول است چرا که اثر این دسته از عقود فراتر از اذن و اباحه تصرف می‌باشد و در این دسته از عقود مالک، ماهیتی اعتباری را تحقق می‌بخشد که یکی از آثار قانونی آن اباحه تصرف می‌باشد. در این دسته از عقود مالک می‌تواند هر وقت که بخواهد ماهیت اعتباری را بر هم زند. این دسته از عقود با فوت، جنون، هر یک از طرفین منفسخ می‌شوند.

در همین راستا ماده ۹۵۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین، منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که که رشد معتبر است» وجه مشترک تمامی عقود اذنی، ماهیتی اعتباری است که مشترک بین تمامی عقود امانی است که مالک در مقام اعتبار خویش برای دیگری به وجود می‌آورد و دیگری با قصد انشاء خویش آن را قبول می‌کند. آن ماهیت عبارت است از تسلیط اعتباری مالک، طبق این مبنا برخلاف باور برخی از فقیهان نمی‌توان گفت مفاد این دسته از عقود بدون تحقق قبول، تحقق پیدا می‌کند (انصاری، ۳، ۱۵۵).

مبنای نظر عدم توقیف این دسته از عقود بر قبول این است که اذن ذاتاً ایقاع است و در مقام تأثیر نیازی به قبول و قصد انشاء طرف دیگر ندارد. برخی از فقها در تأیید نظر فوق گفته‌اند رضای باطنی برای قبول وکالت کافی است و آن هم تحقق یافته است (خویی، بی‌تا، ۳، ۴۸). این نظر هم با قواعد و اصول حقوقی سازگار نیست زیرا ایجاب و قبول هر دو به قصد و چیزی که بر قصد انشاء دلالت کند نیاز دارند از سوی دیگر فعل شخص مقابل یعنی فروش خانه نهایتاً دلالت بر رضای باطنی وی می‌کند.

به نظر می‌رسد این نظر را نمی‌توان تلقی به قبول نمود. برخی از فقها در مورد عقود اذنی چون وکالت می‌گویند « موکل، عنوان وکالت را در مقام اعتبار تحقق می‌بخشد، مفاد وکالت، اذن در تصرف نیست. زیرا اذن در تصرف، ایقاع است و به قبول نیازی ندارد و اثری بر آن مترتب نمی‌شود پس وکالت امری اعتباری است که عقلاء بعد از قبول، آن را اعتبار می‌کنند. برخلاف اذن؛ پس مأذون در صورتی که اذن را رد کند مأذون باقی می‌ماند تا زمانی که اذن باقی باشد. این در حالی است که در صورت رد وکیل و رد ایجاب از ناحیه وی، وکیل محسوب نمی‌شود و آثار وکالت مترتب نمی‌شود. پس در صورتی که وکالت را رد کند سپس آنچه را که بدان وکالت داده شده است انجام دهد نه به عنوان قبول وکالت بر خلاف اذن، نافذ نیست» (خمینی، ۱۴۰۷، ۱، ۲۲۷). طبق این نظر آن چه در این دسته از عقود مورد انشاء قرار می‌گیرد ماهیتی اعتباری می‌باشد و این ماهیت اعتباری که به واسطه موجب ابراز می‌شود می‌بایست مورد قصد انشاء طرف دیگر قرار بگیرد.

تنها نکته‌ای در نظریه فوق وارد به نظر می‌رسد این است که اذن در تصرف، ایقاع شمرده شده است درحالی‌که اذن در تصرف ایقاع نیست بلکه همان‌طور که گفته شد اذن در تصرف، صرفاً موجب اباحه تصرف است و این اباحه تصرف، حکمی قانونی است که بر رضای مالک مترتب می‌شود. ایراد دیگری که وارد به نظر می‌رسد این است که در صورتی وکیل وکالت را رد کند سپس آنچه را که بدان وکالت داده شده است را با عنوان وکالت قبول کند، عملش نافذ خواهد بود. اشکال در این است در صورتی که وکیل وکالت را رد کند دیگر ماهیتی اعتباری باقی نمی‌ماند تا بعد از رد با لحوق قبول بدان، عمل وی به عنوان وکالت نافذ باشد مگر این که گفته شود که اثر ایجاب حتی بعد از رد وکیل باقی می‌ماند و التزام به بقای اثر ایجاب، التزام به این است که ایجاب ماهیت خاصی دارد طوری که حتی بعد از رد آن نیز اثر آن باقی بماند و قابل ترکیب با قبول بعدی باشد.

بقای چنین ماهیتی فقط در صورتی است که ایجاب در وکالت، ماهیتاً اذن در تصرف و ایقاع محسوب شود طوری که حتی بعد از رد نیز به بقای اعتباری خود ادامه دهد و با قبول بعدی به عنوان وکالت نافذ شود. در نتیجه به نظر می‌رسد التزام به قبول بعد از رد ایجاب وکالت و نافذ شدن وکالت، در واقع التزام به این است که مفاد ایجاب چیزی جز اذن در تصرف نیست چرا که اذن در تصرف بعد از رد نیز از آن جهت که متکی به عنصر رضا می‌باشد بعد از رد نیز استمرار دارد به بقای اعتباری خود ادامه می‌دهد، این همان چیزی است که نویسنده مزبور در ابتدای سخن خویش از آن برائت جسته و ایجاب وکالت را اذن در تصرف

تلقى ننموده است. در همین راستا برخی از فقها فرق بین اذن و وکالت را چنین بیان می‌کنند که فرق بین اذن و وکالت در رد ظاهر می‌شود چنان که کسی به دیگری وکالت دهد و او این وکالت را رد نماید و آن را قبول نکند در صورتی که بعد از رد وکالت، خانه را به فروش رساند معامله او صحیح نخواهد بود اما کسی که به دیگری اذن دهد که خانه‌اش را بفروشد و شخص ماذون این اذن را رد نماید این رد معتبر نبوده و اثری بر آن مترتب نخواهد بود.

لذا اگر بعد از رد و عدم قبول، ماذون خانه اذن‌دهنده را بدون داشتن اذن مجدد به فروش رساند معامله او صحیح خواهد بود. ایشان تفاوت دیگر اذن و وکالت را در این می‌داند که وکالت از سنخ عقود است و حال آن که اذن از سنخ اباحه و جواز است (کاشف الغطاء، ۱۴۱۴، ۴، ۶).

اذن به انجام کاری را نمی‌توان وکالت دادن به شمار آورد. وکالت صرفاً با تحقق ماهیت اعتباری خاصی که عبارت از تسلیط اعتباری مالک است تحقق می‌یابد. در همین راستا برخی از فقها بر این باورند که چنان چه ایجاب، ظهور عرفی در معنای مقصود نداشته و صریح در وکالت نباشد وکالت تحقق نمی‌یابد اما اذن واقع می‌شود. به عنوان مثال اگر با فعل امر به دیگری امر به فروش کند نهایتاً اذن حاصل می‌شود اما نمی‌توان گفت ایجاب حاصل شده است، ایجاب وکالت با الفاظی چون «وکالتک» و «استنبتک» حاصل می‌شود و قول به «اذنت لک فی فعله» صریح در ایجاب نیست بلکه اذن در فعل به شمار می‌رود (علامه حلی، ۱۴۱۸، ۲، ۱۱۴).

در همین راستا برخی از فقیهان گفته‌اند عقود استیمانی زمانی به وجود می‌آیند که مالک دیگری را بر مال خود مسلط کند آن هم تسلیطی از روی اطمینان (نوری، ۱۴۱۴، ۳۰) و در ادامه افزوده‌اند تسلیط بر وجه اطمینان مقتضی این است که که شخص مسلط تعدی و تفریطی نمی‌کند و لذا فقط در صورت تعدی و تفریط شخص مسلط، ضامن است همچنین مسلط‌ساختن بر وجه اطمینان با عدم ضمان شخص در فرض تلف سماوی، ملازمه عرفی دارد و بی‌معناست که گفته شود با وجود اطمینان شخص مالک در مسلط شدن غیر بر مالش در صورت تلف سماوی نیز ضامن باشد (نوری، همان، ۳۰).

طبق این مبنا در عقود اذنی، آن چه تحقق اعتباری پیدا می‌کند اذن در تصرف و اباحه نیست بلکه آن چه صورت اعتباری می‌پذیرد تسلیط اعتباری طرف مقابل یا مسلط‌ساختن اعتباری وی می‌باشد و اباحه تصرف حکمی است که از ناحیه قانون‌گذار بر این ماهیت اعتباری انشاء شده مترتب می‌شود.

۸- یافته‌های پژوهش

۱- ماهیت «انشاء» عبارت است از اعتبار نفسانی و ابراز آن و مقصود از اعتبار نفسانی، تحقق و تعلق قصد انشاء به ماهیتی اعتباری می باشد و مقصود از قصد انشاء چهارمین مرحله از مراحل فعالیت روانی اراده می باشد که قدرت خلّاقیت ماهیت اعتباری فقط در انحصار اوست.

۲- اذن، ابراز رضا است و صرفاً یک واقعه اعلامی است و قدرت خلّاقیت ماهیت اعتباری ندارد. زیرا عنصر رضا مانند قصد نمی تواند ماهیتی حقوقی اعم از عقد یا ایقاع را در مقام اعتبار تشکیل دهد. بنابراین اذن، اخبار از عنصر رضاست نه ابراز قصد انشاء. هر چند اذن امری ارادی است اما یک رویداد ارادی از نوع اعتباری نیست تا عمل حقوقی تلقی شود چراکه شاخص عمده عمل حقوقی و واقعه حقوقی در اعتباری بودن رویداد است و ارادی بودن رویداد دلیلی کافی بر عمل حقوقی بودن اذن نیست هر چند که ارادی بودن لازمی عمل حقوقی به شمار می رود. زیرا، چه بسیارند وقایع حقوقی که به طور ارادی و حتی با لحاظ آثار قانونی آن، حادث می شوند مانند تخریب عمدی مال غیر با قصد به ذمه آمدن جبران خسارت.

۳- حکمی که از ناحیه قانون گذار بر این واقعه اعلامی مترتب می شود اباحه تصرف یا رفع ممنوعیت از تصرف می باشد هر چند که اثر مزبور در تعلق رضای اذن دهنده قرار بگیرد.

۴- آن چه در عقود اذنی در تعلق قصد انشاء واقع می شود ماهیتی با عنوان تسلیط یا استیلاء اعتباری است. در این دسته از عقود نیز می بایست تسلیط یا استیلاء اعتباری انشاء شده از ناحیه موجب مورد قبول و در تعلق قصد انشاء طرف دیگر واقع شود تا ماهیت عقد با عنوان همکاری متقابل دو قصد انشاء در جهت ایجاد ماهیت اعتباری تحقق یابد. آن چه از ناحیه موجب در این دسته از عقود تحقق می یابد اذن نیست تا با اتکاء به منبع مغذی و مستمری به عنوان رضا، حتی بعد از رد طرف دیگر نیز ایجاب به حیات اعتباری خود ادامه دهد و پس از رد نیز قابلیت ترکیبی خود را با قبول حفظ کند. در نتیجه بعد از رد ایجاب، ماهیت استیلاء اعتباری از میان می رود. به نظر می رسد شخص مخاطب در صورت رد نه تنها با عنوانی از عناوین اعتباری چون مستعیر و وکیل بر مال غیر مسلط نمی شود.

بلکه بعد از رد نیز مجاز به تصرف نمی باشد مگر در صورت انشاء مجدد استیلاء اعتباری یا اذن جدید. نمی توان مدعی شد که به منظور تصرف نیاز به اذن جدید از ناحیه مالک نیست؛ زیرا آن چه از ناحیه موجب انشاء شده بود اذن نبود تا بعد از رد با اتکاء به عنصر رضا استمرار یابد و از طرف دیگر آن چه در مقام اعتبار

شخص موجب قرار گرفته بود صرفاً اباحه تصرف نبود چرا که شخص موجب فقط گونه‌ای خاص از تسلط و تصرف را برای شخص مخاطب انشاء کرده بود به عنوان مثال چه بسا شخص موجب صرفاً تسلط اعتباری را فقط به منظور حفظ و نگهداری برای دیگری انشاء کرده باشد نه به منظور انتفاع.

فهرست منابع

- ۱- ابن منظور، علی بن محمد، (۱۴۰۵)، لسان العرب، جلد ۱۳، ادب الحوزه، قم.
- ۲- اصفهانی، محمد حسین، (۱۳۷۴)، نه‌ایه الدرایه، انتشارات سید الشهداء، قم.
- ۳- انصاری، مرتضی، (۱۴۱۸)، المکاسب، جلد ۳، مؤسسه الهادی، قم، چاپ اول.
- ۴- آل کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۳۶۱)، تحریرالمجله، جلد ۴، مکتبه النجاح و مکتبه الفيروز آبادی، تهران.
- ۵- بجنوردی، حسن، (۱۳۹۱)، القواعد الفقهیه، جلد ۳، نجف.
- ۶- بخاری، عبدالعزیز، (۱۹۷۴)، کشف الاسرار، دارالکتاب، بیروت.
- ۷- تهنوی، محمد بن علی، (۱۴۰۴)، کشف اصطلاحات الفنون، استانبول.
- ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۶)، حقوق اموال، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ چهارم.
- ۹- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۵)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، حقوق تعهدات، بنیاد راستا، تهران.
- ۱۰- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۰)، فلسفه حقوق مدنی، جلد ۱ و ۲، نشر دادگستر، تهران، چاپ دوم.
- ۱۱- حسینی مراغی، میر عبد الفتاح بن علی، (۱۴۱۷)، العناوین، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- ۱۲- حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۸)، مختلف الشیعه، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۱۳- خمینی، روح الله، (۱۴۰۷)، البیع، جلد ۲، وزارت ارشاد اسلامی، تهران.
- ۱۴- خوانساری، سید احمد، (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، جلد ۳، اسماعیلیان، قم.
- ۱۵- خویی، ابوالقاسم، (بی تا)، مصباح الفقاهه، جلد ۲ و ۳، مؤسسه انصاریان، قم.
- ۱۶- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۰۴)، مفردات الفاظ القرآن، تهران، دفتر نشر کتاب، چاپ دوم.
- ۱۷- سیبویه، عمر بن عثمان، (۱۴۰۸)، کتاب، مکتبه الخانجی، قاهره.
- ۱۸- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۳)، اصول قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، تهران، چاپ سوم.
- ۱۹- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۳)، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، تهران، چاپ سوم.

- ۲۰- عاملی، محمد جواد، (بی تا)، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، دوره ۱۱ جلدی، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت.
- ۲۱- عبد السلام، هارون، (۱۴۰۴)، معجم مقاییس اللغة، جلد ۵، دفتر تبلیغات اسلامی، تهران.
- ۲۲- عبد الناصر، جمال، (۱۴۱۰)، موسوعه الفقه الاسلامی، جلد ۴، بی جا، قاهره.
- ۲۳- غروی اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸)، حاشیه المكاسب، تحقیق عباس محمد آل سباع، جلد ۱، قم، چاپ اول.
- ۲۴- فصیحی زاده، علیرضا، (۱۳۸۰)، اذن و آثار حقوقی آن، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، نشر بوستان کتاب قم، قم، چاپ دوم.
- ۲۵- فیض، علیرضا، (۱۳۶۹)، مبادی فقه و اصول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
- ۲۶- قدیری، محمدحسن، (۱۴۰۷)، البیع، تقریرات امام خمینی، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول.
- ۲۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۰)، ایقاع، نشر یلدا، تهران، چاپ اول.
- ۲۸- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، عقود معین ۴، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ سوم.
- ۲۹- کرکی، علی بن حسین، (۱۴۰۸)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، قم.
- ۳۰- محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تحقیق محمد علی بقال، جلد ۲، اسماعیلیان، قم.
- ۳۱- مغنیه، جواد، (۱۴۰۲)، الفقه علی المذاهب الخمسه، جلد ۴، بیروت، چاپ هفتم.
- ۳۲- مقرئ فیومی، احمد بن محمد، (۱۳۴۷)، مصباح المنیر، مکتبه محمد علی صبیح و اولاده، مصر.
- ۳۳- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱)، انوار الفقاهه، مدرسه الامام امیر المؤمنین، قم.
- ۳۴- مکی عاملی، شمس الدین محمد، (۱۴۱۰)، القواعد و الفوائد، جلد ۱، مؤسسه الفقه الشیعہ، بیروت.
- ۲۵- ناصری مقدم، حسین، (بهار و تابستان ۱۳۹۱)، جریان احکام و آثار فضولی در عقود اذنی، فصل نامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره ۶، ص ۱۶۰.
- ۲۶- نایینی، محمدحسین، (بی تا)، اجود التقریرات، جلد ۱، کتابفروشی مصطفوی، قم.
- ۲۷- نایینی، محمدحسین، (۱۴۱۸)، منیه الطالب، جلد ۱، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۲۸- نجفی، محمدحسن، (۱۳۸۲)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۷، دار الکتب الاسلامیه، تهران.
- ۲۹- نراقی، احمد، (۱۴۱۷)، عوائد الایام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم.

۳۰- نوری، فضل‌الله، (۱۴۱۴)، قاعده ضمان ید، مؤسسه نشر اسلامی، قم.