

Explanation and Distinction of the Legal Nature of Permission as a Basis for Permissibility and Permission as a Basis for Agency (Permission as the Source of Permissibility and Permission as the Source of Agency)

Abbasi. Alireza¹ – Jafarzadeh. Siamak^{2*}- Salehi. Seyyed Mahdi³

1: PhD student in private law, Urmia University, Urmia, Iran.

2: Associate Professor of Islamic Jurisprudence, Urmia University, Urmia, Iran (correspondence author) s.jafarzadeh@urmia.ac.ir

3: Associate Professor of Islamic Jurisprudence, Urmia University, Urmia, Iran.

Abstract: Permission ("Idhn") is a frequently used concept in the jurisprudential and legal systems of Iran. Identifying and explaining the legal nature of permission is the first step toward analyzing this legal concept, as well as the different areas in which it plays a role. The widespread applications of permission have made it challenging to choose a single nature for it. Scholars who have aimed to identify the legal nature of permission have often focused on its permissive aspect, assigning it a single nature. They then extend this chosen nature to the permission found in "permissive contracts." Accordingly, scholars have argued about whether permissive creation stems from will or legal provision; some consider permission a unilateral legal act (Iqa'), while others see it as a legal event. Viewing permission as a unilateral act or legal event seems accurate only in cases where the granting of permission results in permissiveness. However, in cases where permission becomes a source of representation—or, in other words, when permission leads to the creation of agency, as in contracts of agency—the nature of permission cannot be regarded as a unilateral act. Defining permission as a unilateral act in such cases leads to inconsistencies and fails to align the selected nature with instances where permission forms the basis for agency. Thus, to determine the legal nature of permission, it is necessary to distinguish between the nature of permissive permission and that of permission as a basis for agency (i.e., in permissive contracts) and to examine them separately. According to the authors, the legal nature of permission as a source of permissiveness is unilateral, while permission as a source of agency holds the nature of a contract.

Key words: Permission, Permissiveness, Agency, Permissive Contracts, Contract, Unilateral Act, Legal Act, Legal Event.

- A. Abbasi, S. Jafarzadeh, S.M. Salehi (2024). Explanation and Distinction of the Legal Nature of Permission as a Basis for Permissibility and Permission as a Basis for Agency (Permission as the Source of Permissibility and Permission as the Source of Agency), *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 16(35), 133-160.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.28351.3377](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.28351.3377)

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۵ - تابستان ۱۴۰۳

صفحات ۱۳۳-۱۶۰ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۰۷/۰۲ - بازنگری ۱۴۰۱/۱۰/۱۸ - پذیرش ۱۴۰۱/۱۰/۲۱

تبیین و تفکیک ماهیت حقوقی اذن اباحه ساز و اذن نیابت ساز (اذن منشأ اباحه و اذن منشأ نیابت)

علیرضا عباسی^۱ / سیامک جعفرزاده^۲ / سید مهدی صالحی^۳

۱: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران.

۲: دانشیار فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران (نویسنده مسئول)

۳: دانشیار فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران

چکیده: اذن از مفاهیم پرکاربرد فقهی و حقوقی در نظام حقوقی ایران است شناسایی و تبیین ماهیت حقوقی اذن اولین گام در جهت تحلیل این مفهوم حقوقی و همچنین ابوابی است که اذن در آنها کاربرد دارد. شیوع کاربرد های مختلف اذن، انتخاب ماهیتی واحد برای آن را دشوار ساخته است. نویسندگانی که به دنبال شناسایی ماهیت حقوقی اذن بوده اند صرفاً با توجه به اباحه ساز بودن اذن، ماهیت واحدی را برای آن تبیین نموده و سپس ماهیت مورد نظرشان را به اذن موجود در عقود اذنی نیز تسری داده اند؛ در همین راستا، نویسندگان با توجه به این که اباحه مخلوق اراده است یا ناشی از حکم قانون، برخی ماهیت اذن را عمل حقوقی یکجانبه (ایقاع) و برخی واقعه حقوقی اعلام نموده اند. ایقاع یا واقعه حقوقی دانستن اذن تنها در مواردی که در نتیجه اعطای اذن، اباحه خلق می شود صحیح به نظر می رسد، اما نمی توان آنجا که اذن منشأ نیابت قرار می گیرد یا به عبارت دیگر، آنجا که در نتیجه اعطای اذن نیابت خلق می شود (مثل عقد وکالت) همچنان ماهیت آن را ایقاع دانست. ایقاع دانستن اذن در چنین مواردی، سبب بروز ایرادات و همچنین عدم تطبیق ماهیت انتخالی نسبت به مصادیقی که اذن در آنها منشأ نیابت قرار می گیرد، می شود. لذا برای تبیین ماهیت حقوقی اذن باید ماهیت اذن منشأ اباحه را از ماهیت اذن منشأ نیابت (اذن منشأ عقود اذنی) تفکیک نموده و به صورت جداگانه بررسی نمود. به نظر نگارندگان ماهیت حقوقی اذن، منشأ اباحه ایقاع و ماهیت حقوقی اذن منشأ نیابت عقد است.

کلیدواژه: اذن، اباحه، نیابت، عقود اذنی، عمل حقوقی، واقعه حقوقی.

- عباسی، علیرضا؛ جعفرزاده، سیامک؛ صالحی، سید مهدی (۱۴۰۳). تبیین و تفکیک ماهیت حقوقی اذن اباحه ساز و اذن نیابت ساز (اذن منشأ اباحه و اذن منشأ نیابت). *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان*، شماره ۳۵، صفحات ۱۳۳-۱۶۰.

Doi: 10.22075/feqh.2023.28351.3377

مقدمه

یکی از مفاهیمی که در ادبیات حقوقی ایران و فقه به صورت فراوان مورد استفاده قرار می‌گیرد «اذن» است. علیرغم وابسته بودن ابواب مختلف حقوقی به نهاد حقوقی اذن، مطالعه جامع و کاملی در این زمینه انجام نشده است. شیوع مفهوم اذن در ابواب مختلف حقوق اموال، قراردادهای الزامات خارج از قرارداد، خانواده، عرف و ... دلالت بر ضرورت مطالعه دقیق ماهیت حقوقی اذن دارد تا در پرتو آن، بتوان آثار و احکام مباحثی را که این مفهوم حقوقی در آنها کارکرد دارد به درستی تبیین نمود. برای مثال، زمانی که از اذن بیمار به پزشک صحبت می‌کنیم ابتدا باید شناخت درستی از چیستی مفهوم اذن داشته باشیم تا بتوانیم آثار و احکام اذن اعطایی بیمار به پزشک و نوع رابطه حقوقی فی ما بین ایشان را تعیین نمائیم. شناخت ماهیت حقوقی اذن با عنایت به موضوعات و امور مختلفی که اذن در آنها نقش دارد، آغازگر شناخت اوصاف، آثار و احکام این ماهیت حقوقی و موضوعاتی است که اذن در آنها کارکرد دارد.

نویسندگانی که سعی در یافتن ماهیت حقوقی اذن نموده اند برای تبیین ماهیت حقوقی اذن، تنها به موردی توجه دارند که اذن در آن منشأ اباحه است. ایرادی که بر نظریه این نویسندگان وارد است از آنجا نشأت می‌گیرد که اذن، تنها منشأ اباحه نیست! اراده شخص که در قالب اعطای اذن ابراز می‌شود، نه تنها خلاق «اباحه» است بلکه با پیوستن به اراده دیگری، می‌تواند خلاق «نیابت» نیز باشد. ایشان ماهیت اذن را تنها با برخی از مصادیقی که اذن در آنها منشأ اباحه یا به عبارت دیگر اباحه ساز می‌باشد، استخراج نموده اند و آن را به باقی موارد از جمله عقود اذنی، که اذن در آنها کارکرد دارد تعمیم می‌دهند و در نهایت، ماهیت اذن را در همه جا ایقاع (یا واقعه حقوقی) و منشأ اباحه تصرف می‌دانند. نتیجه منطقی این سبک از پژوهش، وجود احتمالی مصادیقی است که می‌توانند از ماهیت مورد نظر تخلف کنند. آن چه در تعیین ماهیت یک مفهوم حقوقی ضرورت دارد، مطابقت و تبعیت اوصاف آن مفهوم از ماهیت مورد نظر است؛ در نتیجه، اگر ماهیت اذن را صرفاً ایقاع بدانیم که یکی از اوصاف آن عدم

تأثیر ردّ مأذون در اذن اعطایی و مأذونیت می باشد باید بر آن باشیم که در عقد وکالت نیز ردّ مأذون هیچ تأثیری در اذن اعطایی ندارد و وکیل مأذون شناخته می شود، در حالی که اراده وکیل، مؤثر در مأذونیت او است؛ برخلاف مشهور که تنها یک ماهیت را برای اذن تبیین می نماید.

این پژوهش از این جهت حاوی نوآوری است که ماهیت اذن منشأ اباحه را از ماهیت اذن منشأ نیابت تفکیک و تبیین می نماید. تبیین و تفکیک این دو ماهیت از یکدیگر تنها جنبه نظری نداشته و از این جهت دارای اهمیت و ضرورت است که نحوه وقوع و آثار هر یک با دیگری متفاوت است. برای مثال، اگر در مصادق معینی، اذن منشأ اباحه باشد تنها با یک اراده محقق می شود اما اگر در آن مصادق اذن منشأ نیابت باشد، برای تحقق علاوه بر اراده اذن دهنده، نیاز به قبول مأوذ نیز دارد. چنان که در اذن بیمار به پزشک، اگر اذن بیمار را سبب خلق اباحه بدانیم تنها با اراده بیمار انشاء می شود اما اگر آن را منشأ خلق نیابت بدانیم به دستکم دو اراده جهت انشاء نیازمند است. همچنین بر اساس این پژوهش، اگر ماهیت اذن در عقود اذنی را عقد بدانیم با اعطای اذن (که معمولاً در مفاد ایجاب ابراز می شود) و قبول طرف مقابل عقد منعقد و مأذونیت حاصل می شود و نیاز به عمل حقوقی یا انعقاد عقد جداگانه ای نیست. در حالی که اگر ماهیت اذن موجود در عقود اذنی را ایقاع و صرفاً خالق اباحه تصرف بدانیم هر عقد اذنی متشکل از دو عمل حقوقی خواهد بود: یک ایقاع برای اعطای اباحه تصرف، و یک عقد جهت ایجاد رابطه حقوقی.

لذا در این پژوهش ضمن تعریف مفاهیم مورد بحث، ابتدا به تبیین ماهیت حقوقی اذن در جای که اذن منشأ اباحه است پرداخته و سپس نشان می دهیم که ایقاع یا واقعه حقوقی دانستن ماهیت اذن، با عقود اذنی به خصوص عقد وکالت که از بارزترین و مورد مناقشه ترین عقود اذنی است صحیح نبوده و ایراداتی در پی دارد که ماهیت و اوصاف

این عقد را تغییر خواهد داد. سپس به ماهیت اذن منشأ نیابت (اذن عقد ساز) یا همان اذن منشأ عقود اذنی پرداخته می شود.

۱- معنا و مفهوم اذن

در قرآن کریم برای اذن سه معنا بکار برده شده است.

۱- اعلام: اذن در آیه ۲۷۹ سوره بقره به این معناست: «فإن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله: و اگر چنین نکردید بدانید که به خدا و فرستاده او اعلام جنگ کرده اید.»

۲- امر و فرمان: در آیه ۹۷ سوره بقره به این معنا اشاره شده است: «بگو کسی دشمن جبرئیل است (در واقع دشمن خداست) چرا که او بفرمان خدا، قرآن را بر قلبت نازل کرده است.»

۳- رخصت و اباحه: در آیه ۲۴ سوره نساء به این معنا اشاره شده است: «پس آنان را با اجازه خانواده شان به همسری (خود) در آوردید.»

در لغت نامه دهخدا اذن به معنای دستوری دادن، رخصت دادن، جایز شمردن، مرخص کردن، اجازه، امر، فرمان و اباحه آورده شده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۶۱۸/۲).
از میان سه معنای ذکر شده برای اذن در قرآن کریم آن چه در ابتدا به ذهن مستمع خطور می کند و در عرف شایع است معنای سوم یعنی رخصت، اجازه و اعلام رضایت می باشد. اگر این رخصت پیش از تصرف و انجام کار داده شود اذن و اگر پس از آن اعطا شود اجازه نامیده می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۲۰/۲). در تفاوت بین اذن و اجازه بیان شده است که «اذن و اجازه در تمام احکام مشترک و یکسان هستند مگر در تقدّم و تأخّر» (خمینی، ۱۴۱۰: ۱۰۴/۲)؛ اذن دهنده را آذن و اذن گیرنده را مأذون (طریحی، ۵۹/۱۴۱۴) جمع اذن را آذان (همان/۵۷)، اعطای اذن را ایذان و گرفتن اذن را استیذان می نامند. از ویژگی های اذن آن است که می توان آن را به صورت جزئی یا کلی اعطا کرد مشروط بر این که مخالف قوانین آمره (ماده ۱۰) نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد. (کاتوزیان، ۴۶/۱۳۷۱). معنای مصطلح اذن نیز از معنای لغوی آن دور

نیست. در قانون مدنی تعریفی از اذن بیان نشده است و ذیل چند تعریف از اذن که توسط فقها و حقوقدانان بیان شده ارائه می شود:

۱. «اذن عبارت است از رخصت مالک و کسی که در حکم مالک است به تصرفات

و اثبات ید» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۰۶/۲).

۲. وحید بهبهانی در کتاب مجمع الفائده اذن را اینگونه تعریف می کند: «اذن همان

رخصت است و رخصت به معنای رفع مانع کردن از سوی آذن است» (به نقل از موسوعه الفقه الاسلامی، ۱۴۲۸: ۲۷۲/۸).

۳. «اذن یک اعلام ارادی رضا در امور مالی یا غیر مالی از طرف کسی است که

قانوناً صلاحیت این اعلام را داشته باشد. در اذن، قصد انشاء وجود ندارد بلکه اذن دهنده فقط رفع مانع می کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۲۳) ایشان در کتاب دیگری از اذن،

انشائی که ایقاع است، سخن می گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۴۸ و ۱۲۶).

۴. «انشاء، رضایت مقنن یا مالک یا کسی که قانون رضایت او را مؤثر دانسته به یک

یا چند نفر معین یا غیر معین برای انجام دادن یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی» (فضیحی زاده، ۱۳۹۲: ۴).

۲- تفکیک اذن منشأ اباحه و اذن منشأ نیابت

اذن بر اساس کارکردی که دارد حسب مورد منشأ خلق اباحه یا منشأ خلق نیابت قرار

می گیرد (سادات اخوی، ۱۳۹۰: ۲۹). اباحه و نیابت، دو مفهوم و ماهیت حقوقی متفاوت هستند که در نتیجه اعطای اذن خلق می شوند؛ از اینرو برای تبیین ماهیت حقوقی اذن

باید به هریک توجه داشت.

۲-۱- اباحه

اباحه در لغت، به معنای مباح کردن، حلال کردن، روایی، جواز، نداشتن اعتقاد به

وجود تکلیف و روا داشتن ارتکاب محرّمات (معین، ۱۳۸۶: ۷۴/۱) اباحه در افعال

مکلفین یکی از احکام پنجگانه است و در اصلاح، به معنای مخیر ساختن مکلف بین

انجام دادن کاری و ترک آن است. اباحه در این معنا، جزو احکام تکلیفی محسوب می شود. اباحه در معنای دیگری به رخصت محض و مأذون بودن به کار رفته است که اباحه در این معنا جزو احکام وضعی است. زمانی که از اذن شخص و ماهیت حقوقی اذن بحث می شود منظور معنای دوم می باشد که اباحه از احکام وضعی است. اباحه در این صورت در نتیجه اعطای اذن محقق می شود. به عبارت دیگر، این اباحه ناشی از اذن شخص است. یکی از نویسندگان در این زمینه بیان می دارد: «اباحه در باب عقود ایقاعات، بدون اذن، متصور نیست؛ خواه اباحه بلاعوض باشد خواه اباحه معوض باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۳۵). از اینرو برای تبیین ماهیت حقوقی اذن باید به اباحه به عنوان اثر اصلی که در نتیجه اعطای اذن خلق می شود توجه نمود. اما اباحه تنها مفهومی نیست که در نتیجه اعطای اذن خلق می شود؛ اذن همچنین منشأ ایجاد مفهوم دیگری به نام نیابت است. چنان که ایشان در ادامه بیان داشته اند: «اما هر اذنی مستلزم اباحه نیست، چنان که اذن در وکالت، مستلزم اباحه نیست» (همان)؛ لذا برای تبیین ماهیت حقوقی اذن باید به نیابت نیز به عنوان اثر اصلی اذن توجه داشت.

۲-۲- نیابت

نیابت در لغت، به معنای نایب بودن، جانشین شدن، نایبی و جانشینی (معین، ۱۳۸۶: ۲۰۲/۲) بوده و برخی آن را به معنای به جای کسی ایستادن، قائم مقام کسی شدن و ایستادن به جای کسی که پیش از تو بوده باشد، دانسته اند و در معنای اصطلاحی، آن را اینگونه بیان کرده اند: «استنباه، به معنای نایب گرفتن در امری از امور است در حال حیات، چنان که موکل وکیل را نایب خود قرار می دهد با اجرت یا بی اجرت» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۳۴)؛ در فقه نیابت را «استنباه» نامیده اند (شهید اول، ۱۳۹۰: ۱۸/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۵۱/۲؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۳۶/۲).

حقوق، علمی است که همواره متأثر و مرتبط با علوم دیگر از جمله علم جامعه شناسی بوده است. علم حقوق از جهت تنظیم روابط حقوقی و رفع نیازهای افراد جامعه با علم جامعه شناسی مرتبط است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۷۶ و ۷۷) و نیابت یا نمایندگی نیز

مفهومی است که به دنبال روابط اجتماعی افراد در جامعه خلق شده و مورد تأیید شرع و قانونگذار قرار گرفته است. در یک جامعه، گاهی افراد به منظور رفع برخی از نیازهای اجتماعی، شخصی را در موقعیت و جایگاه خود قرار می دهند تا آن شخص با قول و فعل خود همانند شخص نیابت دهنده عمل کند. برای مثال، در گذشته زمانی که فردی توان یا تمایل انجام امورات خود را نداشت با دادن اذن و اختیار به دیگری او را نایب خود قرار می داد. رفته رفته این عمل شیوع پیدا کرده و جامعه برای رفع نیازهای افراد خود، بر این رابطه حقوقی صحه گذاشت. اباحه، مفهومی است که در موارد خاص خود به عنوان حلال مسائل حقوقی و یا به عبارت دیگر، حلال نیازهای اجتماعی افراد قرار می گیرد؛ مثل اذن مالک به دیگری به منظور عبور از ملک وی. اما برای رفع برخی از نیازهای حقوقی، به عنصری قوی تر از اباحه نیاز است تا در پرتو آن شخص در جایگاه منوب^۱ عنه قرار بگیرد. شخصی که دیگری را نایب خود می گرداند، در واقع به او اذن می دهد تا در جایگاه و موقعیتی همانند اذن قرار گیرد. به همین دلیل است که می گوئیم نیابت در نتیجه اعطای اذن خلق می شود. یا به عبارت دیگر، منشأ نیابت، اذن است و مأذونیت نیز از آثار اعطای نیابت است. در خصوص نیابت اعطای در عقد و کالت بیان شده است: «ساختار نمایندگی و نیابت مبتنی بر اذن و رضایت است؛ زیرا نایبی که مأذون نباشد و به بیان دیگر، عملکردش مورد رضایت منوب^۲ عنه نباشد قابل تصور نمی باشد، لذا قوام نیابت بر اذن و رضایت است؛ ولی وکالت، اذن صرف نیست» (علی اکبری بابوکانی و حکیم جوادی، ۱۳۹۷: ۱۰۹). از اینرو اذن به دلیل گستردگی کارکردی که دارد حسب مورد، در برخی موارد منشأ اباحه و در برخی موارد، منشأ نیابت قرار می گیرد. نیابت و اباحه دو ماهیت متفاوت از یکدیگر دارند که سبب می شوند ماهیت اذن نیز در هر مورد متفاوت باشد و نتوان ماهیت واحدی را برای آن تبیین نمود. مشهور، نیابت را اثر عقد می دانند؛ بدین معنا که برای تحقق عقود نیابتی دستکم وجود دو اراده لازم است و قانون مدنی نیز از این نظر پیروی کرده است (ماده ۶۵۷ ق.م.؛ حقوقدانان

نیز از آنجا که نیابت در نتیجه اذن ایجاد می شود عقودی که سبب خلق نیابت هستند را جزو عقود اذنی قرار می دهند.

۳) نظر مشهور در خصوص ماهیت حقوقی اذن

مشهور، به یگانگی ماهیت مطلق اذن نظر داشته و ماهیت واحدی را به صورت کلی برای مطلق اذن تبیین می نماید. پیش از این که نظر خود را در خصوص تنوع ماهیت اذن بیان کنیم لازم است ابتدا نظر مشهور و ایراداتی که بر این نظرات (در جایی که اذن منشأ نیابت قرار می گیرد) می توان وارد دانست، پردازیم. در این بخش به ارائه نظرات نویسندگان می پردازیم که بدون توجه به اباحه و عقد ساز بودن اذن، به طور کلی ماهیت واحدی را برای آن تعیین می نمایند. ایشان به وحدت ماهیت اذن نظر دارند؛ برخی آن را ایقاع و برخی آن را واقعه حقوقی می دانند. این نویسندگان نظرات خود را تنها بر یکی از آثار اذن (اباحه) استوار می سازند از اینرو اثر اذن را تنها رخصت تصرف مأذون در مال آذن می دانند و به اثر دیگر اذن (یعنی خلق نیابت) توجه ندارند. پس از بیان این نظرات، به نقد نظر مشهور، در جایکه اذن منشأ نیابت است می پردازیم.

۳-۱- نظریه ایقاع بودن اذن

عده ای از نویسندگان معقدند که ماهیت حقوقی اذن، عمل حقوقی از نوع یکجانبه آن یعنی ایقاع می باشد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۴۷۶؛ خمینی، ۱۴۱۰: ۱/۲۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۵؛ قاسم زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۵: ۵۹؛ عابدی و مرتضوی، ۱۳۹۷: ۲۶۰؛ الیاسی نیا و عارف نیا، ۱۳۹۹: ۷۰)، لذا تحقق اذن را منوط به وجود اراده انشائی می کنند که تنها با قصد انشاء آذن واقع می شود و طرف مقابل در وقوع یا استمرار آن نقشی ندارد.

قاعدۀ این است که کسی نمی تواند بدون مجوز در مال دیگری تصرفی نماید. یکی از طرق امکان تصرف در مال دیگری، بدون این که حق یا تعهدی برای متصرف ایجاد شود، مباح ساختن تصرف توسط مالک است. این مباح ساختن به وسیله اذن مالک صورت می پذیرد: «لا یحلّ لأحد أن یتصرف فی مال غیره بغیر اذنه» (به نقل از خمینی،

۱۴۱۰: ۱۱۱/۲). طرفداران نظریه ایقاع بودن ماهیت اذن معتقدند زمانی که آذن به دیگری اذن می دهد تا در مال او تصرفی کند اباحه را انشاء می کند. در واقع از این طریق انجام مورد اذن را که در ابتدا ممنوع بوده برای وی مباح می سازد. این نویسندگان برآنند که زمانی می توان در مال دیگری تصرف نمود که تصرف مباح باشد و چیزی که تصرف را مباح می سازد آذن است که با اراده خود، اباحه را خلق می نماید و اراده مأذون تأثیری در آن ندارد.

یکی از مؤلفان در توجیه ایقاع بودن اذن بیان می دارد: «اولاً، اذن به صورت ارادی رخ می دهد؛ ثانیاً، اثر بار شده بر آن توسط قانون همان خواست اذن دهنده است و در واقع، قانونگذار اثر مورد نظر ایقاع کننده و اذن دهنده را بر عمل وی بار می کند و فرد اذن دهنده معمولاً به عواقب عمل خود واقف است و این چیزی جز عمل حقوقی نیست و چون یکطرفه است ایقاع است» (قاسم زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۵: ۵۹).

۳-۲- نظریه واقعه حقوقی بودن اذن

برخی از نویسندگان، اذن را نه عقد و نه ایقاع بلکه واقعه حقوقی می دانند؛ به نظر ایشان اذن تنها رفع مانع کرده و چیزی را در عالم اعتبار خلق نمی کنند (اصفهانی، ۱۴۱۹: ۲۴۷/۲؛ شهیدی، ۱۳۸۵: ۴۲ و ۴۱/۲؛ کاویار، ۱۳۹۹: ۵). در واقع برای مباح شدن امری، نیاز به قصد انشاء نیست و همین که آذن رفع مانع کند حرمت تبدیل به اباحه می شود. ایشان اثر اذن را رخصت تصرف مأذون در مال آذن می دانند.

در این میان، برخی از این نویسندگان اذن را همانند اقرار و شهادت از امور اعلامی می دانند: «اذن چیزی جز اعلام رضا و میل نیست و اعلام رضا همان طور که از مفهوم رضا دانسته می شود از اخباریات است، نه از انشائیات» (شهیدی، ۱۳۸۵: ۴۱/۲) ایشان در ادامه در تأیید نظر واقعه حقوقی بودن بیان می دارند: «این که اذن منشأ بسیاری از آثار حقوقی در روابط اذن و مأذون مانند اباحه تصرف مأذون در مال آذن است سبب نمی شود که آن را عمل حقوقی تلقی کنیم، زیرا روشن است که آثار حقوقی منحصرأ از

اعمال حقوقی ناشی نمی شود بلکه منشأ برخی از آثار مذکور، ممکن است وقایع حقوقی باشد مانند اتلاف و تسبیب» (همان: ۴۲).

۳-۳- نقد نظریات موجود

به نظر می رسد نظرات فوق (ایقاع یا واقعه حقوقی بودن) آنجا که در نتیجه اعطای اذن، اباحه خلق می شود و در واقع، اذن منشأ اباحه است صحیح باشد و در این میان، نظریه ایقاع بودن از قوت بیشتری برخوردار است. به منظور تبیین عمل یا واقعه حقوقی بودن اذن، (در جایی که اذن منشأ اباحه است) باید به تبیین عمل حقوقی از واقعه حقوقی پردازیم.

یکی از حقوقدانان، عمل و واقعه حقوقی را چنین تعریف می نمایند: «وقایع حقوقی، رویدادهای است که آثار حقوقی آن نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون به وجود می آید؛ اعم از این که ایجاد واقعه ارادی باشد مانند غضب و اتلاف مال غیر یا طبیعی، چون مرگ و تولد شخص». اما اعمال حقوقی: «اعلام اراده ای است که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص انجام می شود و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۶) و خود ایشان نیز اذن را ایقاع دانسته اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۵).

از تعریف فوق می توان نتیجه گرفت مالکی که اذن تصرف در مال خود را به دیگری می دهد اباحه را انشاء نموده و بدین ترتیب اثر حقوقی اباحه را خلق می نماید؛ چرا که تحقق اباحه، ناشی از خواست درونی شخص است که آن را انشاء می نماید و به حکم قانون ایجاد نمی شود، هرچند قانون اثر دلخواه را بر آن بار می کند. در وقایع حقوقی، آثار حقوقی به حکم قانون ایجاد می شود چه شخص آن اثر را در نظر داشته باشد، چه نداشته باشد؛ چه آن اثر را اراده نماید چه اراده نکند؛ مثل لزوم پرداخت خسارت در نتیجه اتلاف مال دیگری که در نتیجه حکم قانون بر فعل تلف کننده بار می شود. آیا می توان گفت قانونگذار بدون خواست و اراده دیگری اباحه را خلق می کند بدون آن که شخص اباحه تصرف را اراده نموده باشد؟ برای مثال، اگر شخصی در هنگام خواب بغلتد و تلفن همراه دیگری را بشکند در اینجا قانونگذار اثر را بار کرده و از باب اتلاف،

شخص تلف کننده را ملزم به پرداخت خسارت می کند. اما اگر همین شخص در هنگام خواب، بدون وجود قصد و رضا سخن بگوید و اذن در تصرف تلفن همراه خود را به دیگری بدهد آیا می توان گفت قانونگذار اباحه را ایجاد کرده است؟ لذا باید بر آن بود که اباحه، ناشی از قصد انشاء مآذون است و بدون اراده آذن خلق نمی شود. گذشته از این حتی رفع مانع نمودن نیز به اراده شخص متکی است و ابراز آن، اعلام اراده محسوب می شود. همچنین اعطای اذن را نمی توان با اخباریات قیاس کرد؛ چراکه اخباریات صرفاً حکایت از اموری دارند که اتفاق افتاده است و جنبه اعلامی دارند مثل توصیف یک تصادف در حین رانندگی. اما اعطای اذن به دیگری توصیف یک اتفاق یا رویداد نیست بلکه حکایت از قصد و رضای مالک برای خلق یک ماهیت اعتباری به نام اباحه را دارد که نشانگر وضع حقوقی جدیدی است که ممنوعیت را تبدیل به جواز و اباحه می کند.

از سوی دیگر، این استدلال که جعل احکام خمس توسط شارع یا قانونگذار صورت پذیرفته است، پس حکم بودن اباحه دلیلی بر عدم امکان انشاء آن به وسیله اراده می باشد (کاویار، ۱۳۹۹: ۱۹-۲۰) مثال های نقض زیادی در عقود و ایقاعات دارد. بدین نحو که در اعمال حقوقی، حرمت امری به وسیله اراده به حلیت تغییر می یابد؛ چنان که حرمت، حکم ارتباط فیما بین زن و مردی است که بین ایشان علقه زوجیت وجود ندارد اما زمانی که طرفین با اراده خود عقد نکاح منعقد می کنند این حرمت را از میان برداشته و حلیت را جایگزین می کنند، یا جایی که دو شخص در یک مال غیر منقول به صورت مشاع مالکیت دارند. زمانی که یکی از شرکاء مال خود را به ثالثی منتقل می نماید تا زمانی که حق شفعه به وسیله شریک اعمال نشده باشد حکم، حرمت تصرف در مال شریک جدید است؛ اما به محض این که شریک، حق شفعه خود را اعمال کند (در اصطلاح اخذ به شفعه نماید) ملکیت، حاصل و ممنوعیت تصرف در مال دیگری به حلیت تبدیل می شود آن هم تنها به وسیله اراده خلاق شفیع. مثال های ذکر شده به

ترتیب عقد و ایقاع هستند که حکم حرمت در آنها به حلیت تبدیل می شود؛ با این حال، از جمله اعمال حقوقی محسوب می شوند. در خصوص اذن نیز چنین است که حرمت تصرف در مال دیگری به اباحه یا همان حلیت که در معنا و مفهوم یکسان هستند (قدرتی سیاهمزیگی و حیدری، ۱۳۹۹: ۱) تبدیل می شود.

۴- نظر مشهور در اذن منشأ عقود اذنی و اشکالات آن

گفته شد مشهور برای تبیین ماهیت حقوقی اذن، مصادیقی را در نظر داشته و بررسی می نمایند که اذن در آنها منشأ اباحه است و تنها از اباحه ساز بودن اذن سعی در شناخت ماهیت آن می نمایند؛ لذا ماهیت واحدی را برای مطلق اذن چه منشأ اباحه باشد چه منشأ نیابت، به صورت کلی (تحت عنوان ایقاع یا واقعه حقوقی) شناسایی می نمایند. نتیجه این نظر، عدم انطباق ماهیت مورد نظر ایشان با سایر مصادیقی است که اذن در آنها منشأ اباحه نیست مانند اذن موجود در عقود اذنی. این عدم انطباق ناشی از آن است که اذن در جایی که منشأ اباحه است اثر خود را بدون نیاز به اراده (بر اساس نظر نویسندگانی که ماهیت اذن را واقعه حقوقی می دانند) یا حداکثر با یک اراده (بر اساس نظر نویسندگانی که ماهیت اذن را عمل حقوقی از نوع ایقاع می دانند) می گذارد و مأذونیت ایجاد می شود. اما در عقود اذنی، برای این که اذن اثر خود را بگذارد و مأذونیت ایجاد شود وجود دو یا چند اراده لازم است. از اینرو این نویسندگان در انطباق نظرشان با عقود اذنی دچار آشفتگی شده و برای حل این مشکل نظراتی را ارائه نموده اند؛ در این میان عده ای وجود اذن را در این عقود پذیرفته اما آن را مستقل می دانند و عده ای وجود اذن را در این عقود انکار و آن را امری فرعی می دانند و برخی نیز عقد بودن عقود همچون وکالت را انکار می نمایند. بیان این نظرات به همراه ایرادات وارده بر آنها خود دلیلی بر لزوم طرح این پژوهش و صحت نظر نگارندگان، در خصوص عدم امکان انتخاب ماهیتی واحد برای مطلق اذن و ضرورت تفکیک آن است.

حال از آنجا که وکالت از بارزترین عقود اذنی است و مؤلفان فوق نیز در نوشته های خود بدین عقد توجه داشته اند و از آنجا که در میان ایقاع و واقعه حقوقی بودن

اذن، ایقاع بودن اذن از شهرت بیشتری برخوردار است و نظر نگارندگان نیز در جایی که اذن منشأ اباحه است به ایقاع بودن متمایل است به بیان نظرات نویسندگانی که سعی در حلّ تعارض بین ایقاع بودن ماهیت اذن با اذن موجود در عقد و کالت نموده اند به همراه ایرادات وارده بر این نظرات می پردازیم.

نظرات ذیل در خصوص اذن موجود در وکالت، توسط نویسندگانی که ماهیت اذن را ایقاع می دانند ارائه شده است:

الف) برخی برای حلّ تعارض بین ایقاع بودن ماهیت اذن و عقد بودن ماهیت وکالت، اذن را مستقلّ از عقد و مستعدّ استقلال دانسته اند؛ ایشان وجود دو اراده را برای تحقّق وکالت لازم می دانند و وجود اذن را نیز در آن پذیرفته اند. دکتر جعفری لنگرودی علیرغم این که اذن را داخل در مدلول ایجاب دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۱۲۹) اذن را مستعدّ استقلال (همان: ۵۳) و ماهیت اذن را ماهیت واحدی می دانند (همان: ۱۳۶) ایشان ماهیت اذن داخل در عقود اذنی را با سایر اذن های خارج از عقد، یکی قلمداد کرده (همان: ۵۶) و آن را ایقاع می دانند (همان: ۴۸). ایشان در مورد اذن موجود در وکالت بر آنند که هر چند اذن داخل در مدلول ایجاب است اما مستقلّ از عقد وکالت عمل می کند؛ بدین ترتیب که اگر ایجاب از طرف قابل ردّ شود یا به هر دلیل عقد فاسد باشد هر چند عقد صورت نمی پذیرد، اما طرف مقابل مأذون محسوب می شود؛ چرا که اذن مستقلّ از عقد و ماهیت آن را واحد می دانند و از اوصاف واحد بودن ماهیت اذن آن است که در همه موارد با یک اراده محقّق می شود و ردّ مأذون در آن اثر ندارد. ایشان در این زمینه بیان می دارند: «هرگاه وکیل، ردّ ایجاب کند عقد وکالت منعقد نمی شود لیکن می تواند به موجب اذن حاصل از ایجاب عمل کند» (همان: ۵۳ و ۱۲۵)؛ در نتیجه، مخاطب ایجاب نه از باب وکالت بلکه به دلیل اذن محض موجود، حقّ انجام عملی که ایجاب شده را دارد؛ برای مثال، اگر شخصی به دیگری نیابت فروش خودرو خود را در قالب عقد وکالت ایجاب نماید و طرف مقابل آن را نپذیرد وکالت محقّق

نشده اما مخاطب ایجاب، اختیار فروش خودرو را دارد! ایشان در حالی بر این نظرند که معتقدند «... هر اذنی مستلزم اباحه نیست چنان که اذن در وکالت مستلزم اباحه نیست» (همان: ۳۵). البته ایشان تنها در خصوص عقد اذنی وکالت چنین نظری دارند (همان: ۵۰ و ۵۳) ولی عده ای از فقها این نظریه را شامل تمام عقود اذنی می دانند (به نقل از: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۵۳).

این استدلال بر اساس: الف- ایقاع دانستن ماهیت اذن، ب- پذیرش اذنی بودن وکالت و وجود اذن در آن، ج- عقد بودن وکالت شکل گرفته است؛ چراکه اگر از یک سو ماهیت اذن را صرفاً ایقاع بدانیم که از اوصاف آن عدم تأثیر ردّ مأذون است و از سوی دیگر، وجود اذن در عقد وکالت را بپذیریم برای این که از ماهیت موردنظر (ایقاع بودن اذن) تبعیت کرده باشیم لاجرم باید حکم به مأذونیت دهیم، حتی اگر مخاطب ایجاب، آن را ردّ نماید؛ زیرا ایقاع با یک اراده تحقق می یابد و ردّ یا قبول مخاطب ایجاب در آن تأثیری ندارد هر چند عقد به دلیل ردّ ایجاب، محقق نگردد.

اما مستقلّ دانستن اذن از عقد وکالت و بقای آن در صورت ردّ ایجاب صحیح به نظر نمی رسد. در باب وکالت، آن چه که ایجاب کننده از ایجاب خود، قصد انشاء آن را دارد خلق مفهومی به نام نیابت است و اذنی که اعطا می کند برای خلق چنین ماهیتی است، تا وکیل بدین وسیله شأن و موقعیتی همانند موکل بیابد و در جایگاه او قرار بگیرد. زمانی که شخصی به منظور انعقاد عقد وکالت، اراده خود را ابراز می کند ایجاب وی نشانگر قصد و رضای او برای انشاء وکالت است و زمانی که این ایجاب با ردّ قابل مواجه شود اثر خود را از دست می دهد. چگونه می توان گفت در این صورت، اذن محض که سبب خلق اباحه است انشاء می شود در حالی که ایجاب کننده، قصد و اراده آن را نداشته است؟! قائل بودن بر این نظر (انشاء اذن محض در صورت ردّ ایجاب)، مصداق قاعده فقهی «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» خواهد بود. نمی توان اراده ای که به منظور ایجاد نیابت ابراز شده را منشأ خلق اباحه دانست. اذن، هم منشأ اباحه و هم منشأ نیابت است. انشاء اذن منشأ نیابت حداقل نیاز به دو اراده دارد اما اذن منشأ اباحه با یک

اراده نیز انشاء می شود. نیابت و اباحه، دو مفهوم حقوقی جدا از یکدیگر اند و آثار احکام متفاوتی دارند. زمانی که شخصی قصد اعطای نیابت را دارد عدم تحقق آن به دلیل ردّ ایجاب، سبب تحقق اباحه نمی شود.

علاوه بر این، انجام برخی از امور تنها در صورت داشتن نمایندگی (ولایت، وصایت، وکالت) امکان پذیر است (ماده ۲۴۷ قانون مدنی). برای مثال، اگر الف به منظور فروش خودرو خود توسط ب، قصد اعطای وکالت به او را داشته باشد در صورتی که ایجاب عقد وکالت توسط ب ردّ شود ب دیگر اختیار فروش خودروی الف را نخواهد داشت و اگر چنین کند بیع فضولی خواهد بود هر چند صاحب مال باطناً راضی باشد (ماده ۲۴۷ قانون مدنی) چرا که شخص فضول، نایب محسوب نمی شود و در اصطلاح، سمتی در فروش خودرو ندارد. در حالی که بنا بر نظریه مستقلّ بودن اذن و بقای آن در صورت ردّ ایجاب، هر چند شخص ب وکیل محسوب نمی شود اما مأذون است و اختیار فروش خودرو را دارد!

ایراد فوق، از ایقاع دانستن ماهیت اذن منشأ نیابت، نشأت می گیرد. اما اگر ماهیت اذن منشأ نیابت را عقد بدانیم تأثیر اذن، منوط به وجود دو اراده خواهد بود و یا به عبارت دیگر، مأذونیت در صورتی ایجاد می شود که علاوه بر اراده ایجاب کننده، مخاطب ایجاب نیز اراده خود را مبنی بر قبول اعلام نماید. در این صورت با ردّ ایجاب، مأذونیت ایجاد نمی شود تا با قصد ایجاب کننده متعارض باشد یا عمل او فضولی تلقی گردد.

ب) برخی برای حلّ تعارض ایقاع بودن اذن و عقد بودن وکالت و همچنین برای مصون ماندن از ایراد وارده بر نظریه قبل، عنصر اذن را در عقد وکالت حذف نموده اند؛ ایشان وجود دو اراده را برای تحقق وکالت لازم دانسته (وکالت را عقد می دانند) اما وجود اذن را در آن انکار نمودند. به عبارت دیگر، ایشان از یک سو، عقد بودن وکالت را پذیرفته اند و از سوی دیگر، به ایقاع بودن ماهیت اذن نظر دارند. بنابراین از آنجا که نمی توانند وجود دو اراده را در تحقق عقد وکالت انکار کنند یا تحقق اذن را منوط به

وجود دو اراده بدانند (چراکه قائل به ایقاع بودن ماهیت اذن هستند) لذا عنصر اذن را در عقد وکالت جاری نمی دانند و مأذونیت را یکی از آثار فرعی وکالت دانسته اند. برخی از فقها وکالت را چنین تعریف نموده اند: مسلط کردن دیگری برای تصرف در زمان حیات در آن چه خود شخص در آن اختیار تصرف دارد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۵/۴) ایشان در ادامه، وکالت را نه نیابت دانسته و نه اذن در تصرف می دانند. به نظر ایشان، تحقق وکالت نیاز به دو اراده دارد؛ و به همین دلیل است که قبول و ردّ در آن مؤثر است اما نیابت با یک اراده محقق می شود، و چون اذن، ایقاع است قبول و ردّ در اذن و نیابت تأثیری ندارد؛ به همین دلیل ایشان وکالت را نیابت نمی دانند لذا ماهیت وکالت را اعطای سلطه به غیر معرفی می نمایند تا تحقق وکالت را منوط به دو اراده کنند؛ چراکه اعطای سلطه به دیگری بدون رضایت یا قبول او امکان پذیر نیست اما نیابت از آنجا که ایقاع است و ردّ در آن تأثیری ندارد با یک اراده محقق می شود (همان: ۶ و ۵). از این سخن معلوم می شود که ایشان وجود اذن را در نیابت پذیرفته اند اما به دلیل ایقاع دانستن اذن، لاجرم نیابت را هم با یک اراده محقق می دانند که ردّ و قبول مأذون در آن تأثیری ندارد. از اینرو ماهیت وکالت را تغییر داده و آن را نیابت ندانسته تا دچار مشکلات ایقاع دانستن اذن - که در نهایت، به ایقاع دانستن وکالت می انجامد - نشوند.

در همین راستا فقیه دیگری که ماهیت اذن را مطلقاً ایقاع می دانند به منظور امتناع از ایقاع دانستن وکالت با تغییر ماهیت آن، عنصر اذن را از وکالت حذف نموده تا درگیر آثار مترتب بر ایقاع دانستن اذن و تعارض آن با عقد وکالت نشوند. به نظر ایشان، به کار بردن اصطلاح اذنی در عقود مانند وکالت، عاریه و ودیعه، مسامحی است و وکالت، نفس اذن در انجام نیست بلکه از احکام و تبعات عقلایی آن جواز انجام امور واگذار شده به وکیل است (خمینی، ۱۴۱۸: ۳۱۳/۱)؛ همچنین به نظر ایشان، وکالت نفس اذن نیست؛ چراکه اذن، ایقاع بوده و نیاز به قبول ندارد و ردّ مأذون در آن تأثیری ندارد، در

حالی که وکالت بدون قبول محقق نمی شود و ردّ وکیل در آن مؤثر است (خمینی، ۱۴۱۰: ۲۲۷/۱).

ایراداتی که بر نظریه قبل (یعنی مستقلّ دانستن اذن) وارد شد بر نظر این نویسندگان صدق نمی کند، زیرا بنا بر این نظر، در عقد وکالت اذنی وجود ندارد تا با ردّ ایجاب مخاطب آن را مأذون یا وکالت را ایقاع بدانیم. از آنجا که این نویسندگان، اذن را داخل در وکالت نمی دانند و اساساً نزاع در اصل وجود یا عدم وجود اذن در عقد وکالت است، نه در خصوص ماهیت اذن موجود در وکالت، ایرادای که بر نظریه این نویسندگان در خصوص عدم وجود اذن در وکالت می تواند وارد باشد از محلّ بحث این پژوهش خارج است؛ چرا که با نفی اذن در وکالت، دیگر مجالی برای بحث در خصوص ماهیت اذن موجود در وکالت باقی نمی ماند تا مورد بحث قرار گیرد. لذا باید در موضوعی دیگر به منظور شناخت ماهیت وکالت به تفصیل به آن پرداخت تا معلوم شود که اذن چه نقشی در عقد وکالت دارد. اما اجمالاً باید گفت که در عقد وکالت، موکل، طرف مقابل را نایب خود می گرداند تا به نمایندگی از او مورد وکالت را انجام دهد. نیابت نیز نتیجه اذنی است که موکل در مفادّ ایجاب خود قصد اعطای آن را به وکیل دارد و در صورت قبول طرف مقابل این نیابت تحقّق پیدا می کند. مشهور، وکالت را اذنی می دانند و ماده ۶۸۱ قانون مدنی نیز دلیلی بر وجود اذن به عنوان رکن اصلی در وکالت است. با این حال، آن چه در مورد نظر این نویسندگان، به پژوهش حاضر ارتباط دارد آن است که ایشان به دنبال ایقاع دانستن ماهیت اذن، وجود اذن را در عقد وکالت جاری نمی دانند. به عبارت دیگر، ایشان به منظور حلّ تعارض ایقاع بودن اذن و عقد بودن وکالت، ماهیت آن را تغییر داده اند تا درگیر لزوم وجود دو اراده برای خلق مأذونیت و مؤثر افتادن اذن نشوند.

ج) برخی برای حلّ تعارض بین ایقاع بودن اذن و عقد وکالت، عقد بودن وکالت را انکار و وکالت را نیز ایقاع می دانند؛ ایشان وجود اذن را در وکالت پذیرفته اند اما برای

تحقق وکالت همانند اذن، یک اراده را کافی می‌داند. در عقد یا ایقاع بودن وکالت بین فقها اختلاف است. مشهور آن را عقد دانسته (امامی، ۱۳۷۱: ۶۲/۷) و برخی نیز آن را ایقاع می‌دانند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۱۹/۱). این نویسندگان از یک سو، اذن را یکی از عناصر وکالت پذیرفته و از سوی دیگر، ماهیت اذن را ایقاع می‌دانند؛ از اینرو به تبع اذن موجود در وکالت، و از آنجا که به نظر ایشان، مأذونیت با یک اراده محقق می‌شود ماهیت وکالت را ایقاع می‌دانند. این دسته از نویسندگان از آنجا که صرفاً به اباحه ساز بودن اذن نظر داشته‌اند نتوانسته‌اند ماهیت دیگری غیر از ایقاع، برای اذن در نظر بگیرند؛ لاجرم حکم به ایقاع بودن استنباط داده‌اند. به عبارت دیگر، ایشان چنین نتیجه‌گیری کرده‌اند: چون ماهیت اذن، ایقاع است و چون اذن از ارکان وکالت است پس وکالت نیز ایقاع است. این نتیجه‌گیری یکی از استدلال‌هایی است که طرفداران نظریه ایقاع بودن وکالت از آن بهره برده و بدان استناد می‌نمایند. البته به نظر این فقیه، نیابت با دو اراده نیز قابل تحقق است (همان: ۱۱۹).

در همین راستا، برخی دیگر در تمایز بین دو مفهوم عقد و نیابت بیان می‌دارند: «بی‌تردید، نیابت مفهومی است که برای تحقق، نیاز به عقد و پیمان ندارد و شخص می‌تواند اعطای نیابت کند بدون این که طرف مقابل قبول نماید، زیرا نیابت عملی است که از سوی موکل صورت می‌پذیرد ... وقتی اعطای نیابت شده و وکیل هم انشاء نیابت نکرده چنانچه مورد وکالت را انجام دهد کاملاً صحیح خواهد بود» (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۵). بر این اساس، ایشان نظر سید یزدی را مبنی بر این که نیابت هم با یک اراده (ایقاع) و هم با دو اراده (عقد) قابل تحقق است منطقی و مرتبط با موازین می‌دانند (همان)؛ حال آن که ماهیت وکالت، عقد است و همان‌طور که اساتید حقوق بیان داشته‌اند در وکالت، موکل، وکیل را نایب خود قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۰۷/۴) و تحقق نیابت نیاز به قبول دارد (همان: ۱۲۳). همچنین قرار گرفتن وکالت ذیل باب سوم تحت عنوان عقود معین و ماده ۶۵۶ و ۶۵۷ قانون مدنی، به ترتیب در خصوص تعریف وکالت

که آن را عقد دانسته است و ضرورت وجود قبول برای تحقق وکالت، تأکیدی بر عقد بودن وکالت است.

د) برخی نیز به منظور حلّ تعارض ایقاع بودن اذن و وکالت، نسبت به عقد یا ایقاع بودن وکالت تردید کرده و هیچ یک را نپذیرفته اند و به همین دلیل، دست به تأسیس جدیدی به نام ایقاع مرگب زده اند (علی اکبری بابوکانی و حکیم جوادی، ۱۳۹۷: ۱۱۷) اما ایراد این نظرات آنجاست که چه ایشان و چه آن دسته از نویسندگانی که وکالت را به دلیل اذنی بودن آن ایقاع دانسته اند تنها به یکی از آثار اذن که اباحه ساز بودن آن است توجه داشته اند؛ در حالی که در نتیجه اعطای اذن، عقود اذنی نیز انشاء می شوند که تحقق هر یک از این عقود به حداقل دو اراده نیاز دارد؛ پس وکالت نیز که از بارزترین عقود اذنی است برای تحقق خود نیاز به دو اراده دارد.

۵- نظریه مختار در خصوص ماهیت اذن

به نظر می رسد برای تبیین ماهیت حقوقی اذن، باید اذن را در جایی که منشأ اباحه است و در جایی که منشأ نیابت است تفکیک نمود. همان طور که گفته شد بنا بر نظر مشهور، خلق اباحه با یک اراده محقق می شود؛ بر این اساس، تنها زمانی می توان ماهیت اذن را ایقاع دانست که قصد آذن از اعطای اذن، انشاء اباحه یا رخصت محض باشد؛ در نتیجه، آنجا که اذن، منشأ اباحه قرار می گیرد ماهیت آن ایقاع می باشد. اما هدف از اعطای اذن همیشه انشاء اباحه تصرف یا به عبارت دیگر، اذن محض نیست بلکه گاهی برای انجام عمل مورد نظر آذن، نیاز به عنصری قوی تر از اباحه است تا در پرتو آن مأذون بتواند با اختیاراتی همانند مالک در اموال او تصرفاتی نماید. در چنین اموری قصد مالک از اعطای اذن، صرفاً خلق اباحه نیست بلکه درصدد رفع احتیاج خود از طریق خلق عنصری مثل نیابت است که در عقود اذنی مشاهده می شود. به عبارت دیگر، اذن در عقود اذنی نه برای مباح شدن تصرف، بلکه برای اعطای نمایندگی داده می شود. با این حال، به محض این که شخص، سمت نمایندگی را بیابد تصرفات برای وی مباح می

گردد که از آثار فرعی اذن منشأ نیابت است. اثر اصلی اذن منشأ نیابت، نیابت یا نمایندگی و اباحه تصرف یکی از آثار فرعی این نیابت است. عقود اذنی همان طور که از نام آنها پیداست جزو عقود هستند. بر این اساس، اگر قصد آذن از اعطای اذن، انشاء یکی از عقود اذنی باشد به وجود حداقل دو اراده نیاز دارد تا اذن مؤثر افتد. بزرگان علم حقوق، اعمال حقوقی را آنجا که خلق یک اثر حقوقی نیاز به دو اراده دارد عقد نامیده اند؛ بنابراین باید ماهیت اذن را آنجا که برای تحقق عقد اذنی اعطا می شود «عقد» نامید.

عقد دانستن ماهیت اذن منشأ نیابت، شاید این ایراد احتمالی را در پی داشته باشد که اذن، منشأ نیابت نبوده و نیابت در نتیجه اعطای اذن محقق نمی شود بلکه تحقق عقد و نیابت، ناشی از ایجاب و قبول است و دلیل این که این عقود را اذنی می نامیم آن است که اذن در این عقود، سبب انشاء اباحه تصرف بوده و اذنی که در عقود اذنی مثل عقد وکالت وجود دارد تنها سبب اباحه تصرفات مأذون می شود. ایرادای که ماده ۶۸۱ قانون مدنی آن را تقویت می نماید و به نظر دکتر جعفری لنگرودی نیز نزدیک است؛ علاوه بر مطالبی که پیشتر به آنها اشاره شد، در پاسخ به ایراد مذکور باید این سؤال را مطرح نمود که اگر اذن موجود در عقود اذنی، اباحه ساز است چه لزومی به وجود اذن اباحه ساز در عقود اذنی است؟ یا چه لزومی دارد که اباحه تصرف به صورت مستقل در عقود اذنی آورده شود، در حالی که اباحه تصرف، خود یکی از آثار فرعی بسیاری از عقود اعم از اذنی و غیر اذنی و اعم از معین و نامعین می باشد؟ به نظر نگارندگان، چنین اذنی بی فایده و زائد خواهد بود، زیرا در جایکه عقد وجود دارد؛ مثل عقد وکالت، اجاره، نکاح یا غیره، اباحه به عنوان اثر فرعی از عقد ناشی می شود. برای مثال، پس از ایجاد علقه زوجیت است که تمتع زوجین از یگدیگر مباح می گردد. یا پس از انعقاد عقد اجاره، استفاده از عین مستاجر به واسطه مالکیتش بر منافع مباح می گردد. اذن اباحه ساز در جایی اعطا شده و کاربرد خواهد داشت که هیچ سببی (اعم از عقد یا ایقاع) جهت جواز تصرفات، در رابطه حقوقی طرفین وجود ندارد و یکی از طرفین قصد دارد بدون آن که حقی برای طرف مقابل ایجاد کند حرمت ممنوعی را برای وی مرتفع

سازد که این امر به سبب اذن اباحه ساز حاصل می‌گردد. اما اگر رابطه حقوقی مثل عقد وکالت فیما بین ایشان وجود داشته باشد که اباحه از آن ناشی و حرمت برداشته شود، دیگر چه نیازی به یک اذن مستقل است تا ممنوعی را مجاز گرداند. بنابراین، دلیل اذنی دانستن این عقود، اباحه تصرف نیست بلکه اذنی دانستن این عقود به این دلیل است که قوام و اساس، انعقاد و دوام استمرار این عقود متکی به اذن است و اگر اباحه تصرفی ایجاد می‌شود از آثار فرعی این عقود می‌باشد. به عبارت دیگر، اذن در این عقود برای خلق عقد اعطا می‌شود و اباحه تصرف از آثار فرعی این عقود است.

اما در خصوص ماده ۶۸۱ قانون مدنی «بعد از این که وکیل استعفا داد مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است می‌تواند در آن چه وکالت داشته اقدام کند» که ظاهراً با عقد بودن اذن منشا نیابت در تعارض است باید بیان داشت که به نظر می‌رسد برخلاف ظاهر ماده، حکم آن با نظر نویسندگان - که لزوم وجود دو اراده را برای تحقق مأذونیت در عقود نیابتی، ضروری می‌داند - نه تنها متعارض نبوده بلکه همسو نیز باشد. بدین ترتیب که با توجه به این که در ماده مذکور، شرط اقدامات وکالتی پس از استعفا را معلوم بودن بقای اذن موکل دانسته است و با توجه به ماده ۶۵۸ قانون مدنی که بیان داشته است «وکالت ایجاباً و قبولاً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع می‌شود» می‌توان نتیجه گرفت که معلوم بودن بقای اذن موکل، در واقع حاکی از بقای اراده او در خصوص انجام مورد وکالت توسط وکیل مستعفی و تمایل موکل به بقا و انعقاد عقد وکالت است و بقای اراده او پس از استعفا می‌تواند به عنوان ایجاب ضمنی جدید یا ایجابی باشد که مانند عقود نیابتی مستمر است و در مقابل، انجام مورد وکالت از سوی وکیل نیز قبول فعلی وی محسوب می‌گردد؛ بنابراین پس از بقای موکل بر اذن خود و انجام مورد وکالت توسط وکیل، عقد وکالت جدیدی منعقد می‌شود که مأذونیت در آن به وسیله دو اراده محقق شده است: یکی اراده موکل به انجام مورد وکالت و دیگری اراده وکیل که با انجام مورد وکالت آن را اعلام نموده است. مشابه

همین نظر توسط یکی از فقها بیان شده است؛ ایشان پس از آن که قول به انحلال و کالت به محض استعفا را مشهور در فقه می داند اما خود به جواز تصرف و کیل بعد از استعفا معتقد می باشند و دلیل آن را اینگونه بیان می نماید «... اختیار جواز نه از این راه است بلکه از جهت استصحاب حکم ایجاب است و بطلان عقد، مستلزم بطلان ایجاب نیست و دلیل بر لزوم مقارنه قبول از برای ایجاب نیست و همچنین ردّ بعد از قبول، موجب حکم به بطلان آن نیست» (قمی، ۱۳۲۴: ۳۳۸) بنابراین، ایشان جواز تصرف و کیل مستعفی را وجود عقد به جهت استصحاب ایجاب و قبول می داند. از سوی دیگر، قانون و عرف نیز وکیل مستعفی را که با وجود بقای اذن مجدداً اقدامات و کالتی را انجام دهد وکیل تلقی می نمایند؛ بدین شرح که قانون، فقه و نظام حقوقی ما انجام امری به نیابت از شخص دیگر را وکالت تلقی می نماید، نه اباحه. در این نظام حقوقی، قانونگذار برای اقدام به نمایندگی از شخص دیگر، قالب ویژه ای تحت عنوان وکالت پیش بینی نموده است و چنین شخصی را وکیل می نامد. به عبارت دیگر، قانونگذار برای انجام امری به نمایندگی از شخص دیگر به دنبال عنصری قوی تر از اباحه، یعنی نیابت است که در قالب عقد وکالت اعطا می شود. بنابراین با توجه به تفسیر فوق، از ماهیت انتخابی (یعنی عقد بودن اذن منشأ نیابت)، تبعیت شده است و ماده ۶۸۱ قانون مدنی در تعارض با نظر نگارندگان و حتی عقد بودن عقد وکالت نخواهد بود.

همچنین باید بیان داشت که قاعدتاً نباید مواد قانونی را دلیلی بر ردّ استدلالات حقوقی دانست، زیرا قانون و مواد قانونی هستند که می بایست متأثر از قواعد و مبانی و استدلالات حقوقی باشند، نه آن که مواد قانونی، پایه استدلالات حقوقی را تشکیل دهند (هرچند بی تأثیر در آن نخواهند بود)؛ چه بسیار مواد قانونی هستند که برخلاف مبانی فقهی و حقوقی و اصولی تصویب شده اند و از اینرو مشکلاتی را در پی داشته اند و اتفاقاً وظیفه محققین حقوقی یافتن راه حلّ درست جهت تفسیر، اصلاح یا تغییر چنین مقرراتی می باشد؛ به همین دلیل نیز دکترین یکی از منابع حقوق معرفی شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۰۳). با این حال، مادامی که قانون یا ماده قانونی لازم الاجراء باشد

حقوقدان می بایست ملتزم به آن باشد هر چند ممکن است معتقد به آن نباشد و این وظیفه نویسنده حقوقی است، مادامی که قانونی لازم الاجراء است به نحوی آن را تفسیر نمایند که منطبق با اصول و مبانی و قواعد عمومی باشد و به همین دلیل نیز تفسیری که از این ماده به نظر می رسد ارائه شد.

از طرفی، تفکیک ماهیت اذن منشأ اباحه و اذن منشأ نیابت و به دنبال آن عقد دانستن اذن منشأ نیابت، آثار عملی را نیز در پی خواهد داشت؛ از جمله این آثار آن است که در مصادیقی که اذن منشأ نیابت قرار می گیرد اعطای اذن برای تحقق عقد کافی است و نیازی به منعقد ساختن عقد علیحده ای نیست. به عبارت دیگر، از آنجا که اذن در مفاد ایجاب بیان می شود با قبول طرف مقابل، هم عقد شکل می گیرد و هم مأذونیت. اما اگر ماهیت اذن را تفکیک ننموده و قائل به وحدت ماهیت اذن باشیم این عقود، حاوی یک عمل حقوقی به نام عقد برای انعقاد عقد و یک عمل حقوقی به نام ایقاع برای اعطای اذن می باشد؛ اگر چنین باشد با رجوع از اذن، تنها اباحه تصرف زائل می شود ولی عقد همچنان پابرجا خواهد ماند در حالی که همان طور که بیان شد قوام عقود اذنی بر اذن استوار است و پس از رجوع از اذن عقد انحلال می یابد. برای مثال، اگر اذن بیمار به پزشک را منشأ نیابت بدانیم با اعطای اذن، عقد نیز منعقد می شود و نیاز به عقد جداگانه ای نیست یا بر عکس با انعقاد عقد، اذن نیز که در مفاد ایجاب وجود دارد به طرف مقابل اعطا می شود بدین ترتیب نیاز به اخذ اذن جداگانه ای نیست. اما اگر اذن بیمار را منشأ اباحه بدانیم علاوه بر این که بیمار به موجب ایقاع، تصرف را برای پزشک مباح می گرداند می بایست عقدی نیز با پزشک جهت معالجه خود منعقد کند.

نتیجه گیری

اذن، کارکرد فراوانی در نظام حقوقی ایران دارد و در یک تقسیم بندی به اعتبار این که منشأ چه چیزی قرار می گیرد به اذن منشأ اباحه و اذن منشأ نیابت تقسیم می شود. مشهور ماهیت حقوقی هر دو مورد را واحد می داند، اما به نظر می رسد حسب مورد،

ماهیت حقوقی هر یک متفاوت باشد. در مورد ماهیت حقوقی اذن منشأ اباحه، علیرغم اختلافی که در بین نویسندگان وجود دارد با توجه به تعاریفی که از عمل و واقعه حقوقی توسط اساتید علم حقوق ارائه شده است به نظر می رسد اباحه، با اراده خلاق شخص اذن دهنده انشاء می شود و در واقع، مأذونیت ناشی از قصد انشاء آذن است؛ در نتیجه، ایقاع بودن اذن در جایی که اذن منشأ اباحه قرار می گیرد از قوت بیشتری برخوردار است.

به نظر نگارندگان، به همان دلیل که ماهیت اذن منشأ اباحه را نمی توان عقد دانست، نمی توان ماهیت اذن منشأ نیابت را ایقاع دانست. آن چه در تعیین ماهیت حقوقی اذن باید بدان توجه داشت این است که اذن، حسب کارکردی که دارد برای اثرگذاری یا به عبارت دیگر، برای مؤثر افتادن به چند اراده نیاز دارد. اگر اثر و مقصود مورد نظر آذن با یک اراده انشاء می شود ایقاع است، همان طور که اذن منشأ اباحه یا همان اذن محض، ایقاع است؛ اما اگر اذن بر اساس کارکردی که دارد برای اثرگذاری و مؤثر افتادن یا به عبارت دیگر، تأثیر آن حسب انشاء، نیاز به دو اراده داشته باشد ماهیت آن، عقد است، نه ایقاع. از طرفی، این ابهام را نیز که ماده ۶۸۱ آن را تشدید می کند باید کنار گذاشت. ابهامی که اذنی دانستن عقود اذنی را به این دلیل می داند که در این عقود، در نتیجه اعطای اذن، اباحه تصرف ایجاد می شود؛ چرا که اذن منشأ اباحه تصرف زمانی اعطا می شود و یا به عبارت دیگر، زمانی کاربرد خواهد داشت که هیچ سببی حرمت تصرف در مال دیگری را مرتفع نساخته باشد، اما اگر این حرمت به سبب وجود حق ناشی از یک رابطه حقوقی - مثل حق وکیل در آن چه بدان وکالت دارد - مرتفع شود دیگر چه نیازی به آن است که یک اذن به صورت مستقل، اباحه را خلق کند؛ لذا منشأ خلق اباحه بودن اذن موجود در عقود اذنی، باعث بیهوده و زائد تلقی شدن چنین اذنی خواهد بود؛ بنابراین نمی توان اثر اصلی اذن در عقود اذنی را خلق اباحه تصرف دانست و اباحه تصرف، یکی از آثار فرعی است که بر عقود اذنی بار می شود همچنان که در عقد اجاره نیز پس از انعقاد عقد، اباحه تصرف برای مستاجر نسبت به عین مستاجره ایجاد می شود؛

اما این اباحه تصرف، دلیل بر اذنی دانستن این عقد نمی شود. در نتیجه، اذن در عقود اذنی کارکردی بیش از اباحه تصرف دارد و عنصر سازنده این عقود است که قوام و اساس عقد را شکل می دهد و زمانی که با قبول طرف مقابل می پیوندد تأثیر خود را می گذارد؛ این تفکیک و عقد دانستن ماهیت اذن منشأ نیابت تنها جنبه نظری ندارد و آثار عملی نیز به دنبال خواهد داشت.

منابع

- قرآن کریم.

- اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۹ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، قم: علمیه.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، **حقوق مدنی**، ج ۷، تهران: اسلامیه.
- جعفری لنگرودی، مجمد جعفر (۱۳۸۴)، **ترمینولوژی حقوق**، ج ۱۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۹)، **فلسفه حقوق مدنی**، ج ۲، چ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۸ق)، **العناوین**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق) **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۱۰ق)، **کتاب البیع**، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۱۸ق)، **کتاب البیع**، ج ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح المختصر المنافع**، ج ۳، قم: اسماعیلیان.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، **لغت نامه دهخدا**، ج ۲، چ ۲، تهران: مؤسسه انتشارت و چاپ دانشگاه تهران.
- سادات اخوی، سید محسن (۱۳۹۰)، **تحلیل مبانی حقوقی قرارداد پزشکی و بیمار**، فصلنامه حقوق پزشکی، ۱۹، ۱۱-۴۶.
- سادات اخوی، سید محسن (۱۳۹۰)، **ماهیت حقوقی رابطه پزشکی و بیمار و سبب ایجاد آن**، فصلنامه حقوق پزشکی، ۱۸، ۱۱-۴۰.

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات**، ج ۲، چ ۴، تهران: مجد.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، **تکمله العروه الوثقی**، ج ۱، قم: مکتبه الداوری.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۴ق)، **مجمع البحرین**، قم: اسماعیلیان
- عابدی، محمد؛ مرتضوی، سیده سمیه (۱۳۹۷)، **قابلیت توکیل اذن ولی قهری در عقد نکاح**، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۹، ۲۴۱-۲۶۲.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۳۹۰)، **اللمعه دمشقیه**، ج ۲، چ ۴۰، قم: دار الفکر.
- علی اکبری بابوکانی، احسان؛ حکیم جوادی، محمد (۱۳۹۷)، **واکاوی فقهی-حقوقی ماهیت وکالت (عقد یا ایقاع مرکب)**، فقه و اصول، ۵۰/۳، ۱۰۵-۱۲۵.
- فاضل آبی، حسن (۱۴۱۷ق)، **کشف الرموز**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- فصیحی زاده، علیرضا (۱۳۹۲)، **اذن و آثار حقوقی آن**، چ ۳، تهران: مجد.
- قاسم زاده، سید مرتضی؛ خسروی فارسانی، علی (۱۳۸۵)، **مسئولیت مدنی اخذ بالسوم در فقه و قانون مدنی**، فصلنامه دیدگاه های حقوقی، ۴۰ و ۴۱، ۵۹-۷۲.
- قدرتی سیاهمزیگی، طیبه؛ حیدری، عرفان (۱۳۹۹) **اصل اباحه و اصل حلیت در فقه و حقوق ایران**، فقه و حقوق نوین، ۴، ۱-۱۷.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۲۴ق) **جامع الشتات**، قم: چاپ سنگی خونساری.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)**، چ ۲، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی (ایقاع)**، چ ۴، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱، چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **مقدمه علم حقوق**، چ ۹۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، **عقود معین**، ج ۴، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹)، **تحریر المجله**، ج ۴، نجف: مکتبه الجناح.
- کاویار، حسین؛ جوانمرد فرخانی، ابراهیم؛ میری، حمید (۱۳۹۹)، **ماهیت شناسی اذن**، دو فصلنامه علمی مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۴۲، ۵-۲۶.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۲)، **نوآوری های طباطبائی یزدی در وکالت و نقد آن**، نشریه تحقیقات حقوقی، ۶۳، ۱-۳۶.
- معین، محمد (۱۳۸۶)، **فرهنگ معین**، ج ۱، چ ۴، تهران: چاپ پارس نوین.

- مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام (۱۴۲۸ق)، ج ۸، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
- الیاسی نیا، ابوالفضل؛ عارف نیا، طیبه (۱۳۹۹) **واکاوی تأثیر اذن بزه دیده در مسئولیت کیفری و مدنی بزهکار با نگاهی به سیر قانونگذاری در ایران**، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۳، ۶۷-۹۶.