

## **Investigating the Impact of Permission on Responsibility (Liability) in Iranian Law and Imamie Jurisprudence**

*Mohsen Esmaeili* \*  
*Hadi Dehnavii* \*\*  
*Mahdi Habibiyan* \*\*\*

Date of Received: 2017/01/18

Date of Accepted: 2017/09/09

Discussing the permission and whether it turn liability possession to trust possession or not is so important. There are different fundamentals of jurisprudence and lawyers about the nature of the permission that is addressed in this paper. About the nature of the permission that is discussed in this article.

Some jurists and lawmakers considering the permission as a Legal event, in this case a person who is permitted will be responsible. On the contrary, according to the famous sentence between jurists and lawmakers, the permission is legal action while in this case the relationship between permission and “Estiman (demanding) principle” would be paid attention on it. There are also different opinions on this issue. The famous sentence between jurists is the equality of two relations. In this case, it can be concluded that the permission is resolver of responsibility and trustworthy person is not responsible except with extravagance and Flutter. In this paper, while examining the arguments, it is concluded that:

The permission is in itself appropriate the non- responsibility and a factor in the elimination of civil liability, unless explicit condition or implicit condition implies Contrary to it. The main reasons are: first despite the permission, there will be no sources and factors of civil responsibility (seizure, destruction, harmless and etc). Second a person who is permitted is trustworthy so he is not responsible, because of “The trustworthy have not responsible” principle.

**Keywords:** Civil liability, liability possession, permission, the nature of the permission, depositary hand, Estiman (demanding) principle, Absolute permission.

---

\* Associated Professor of the Department of Law Political Science at Tehran University - m.esmaeili@isu.ac.ir

\*\* Graduated Degree of the Department of Law at Imam Sadiq(a.s) University (responsible author) - hadidehnavi@gmail.com

\*\*\* PhD Student of Law at Elm & Farhangh University – mahdi.habibiyan1@gmail.com

## بررسی تأثیر اذن بر ضمان در حقوق ایران و فقه امامیه

تاریخ دریافت: ۹۵/۱۰/۲۸

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۶/۱۹

محسن اسماعیلی\*

هادی دهنوی\*\*

مهدی حبیبیان\*\*\*

### چکیده

بحث از اذن و این‌که آیا اذن، ید ضمانی را به ید امانی تبدیل می‌کند یا نه، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. برخی از فقها و حقوقدانان ماهیت اذن را واقعه حقوقی می‌دانند که در این صورت، ید مأذون ضمانی خواهد بود ولی به عقیده مشهور فقها و حقوقدانان اذن عمل حقوقی است که در این صورت باید رابطه اذن با قاعده استیمان که یکی از مستقات ضمان است، مورد توجه قرار گیرد. در این باب نیز نظرات مختلفی وجود دارد که مشهور قائل به تساوی این دو رابطه می‌باشند؛ در این صورت می‌توان نتیجه گرفت که اذن رافع ضمان می‌باشد و مأذون که امین است، مسئول نیست جز در صورت تعدی و تفریط. در این مقاله ضمن بررسی اقوال این نتیجه حاصل شده است که:

اذن فی نفسه مقتضی عدم ضمان و از عوامل رافع مسئولیت مدنی است، مگر شرط صریح بر خلاف آن شده یا شرط ضمنی عرفی (اوضاع و احوال) برخلاف آن دلالت نماید و دلایل این سخن این می‌باشد که اولاً چون با وجود اذن هیچ‌یک از عوامل و منابع مسئولیت مدنی وجود نخواهد داشت (غصب، اتلاف، ضرر و...) ثانیاً با وجود اذن، ید مأذون امانی خواهد بود و الامین لا یضمن (آنچه موجب عدم الضمان است، رضایت مالک به تصرف است و این با اذن محقق می‌شود، بدون اینکه نیاز به چیز دیگری باشد).

### واژگان کلیدی

مسئولیت مدنی، ضمان ید، اذن، ماهیت اذن، ید امانی، قاعده استیمان، اذن مطلق.

m.esmaeili@isu.ac.ir

\* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

\*\* فارغ التحصیل کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع) - نویسنده مسئول

hadidehnavi@gmail.com

mahdi.habibiyani1@gmail.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق دانشگاه علم و فرهنگ

## مقدمه

در این نوشتار سعی بر آن است که بحث رابطه اذن با ضمان در دو گفتار پی گرفته شود. اولاً از ضمان بحث می‌شود و این نتیجه حاصل می‌شود که اصل اولیه استیلا یا تصرف در مال غیر، ضمان است. ثانیاً از اذن و ماهیت آن صحبت می‌شود که آیا اذن واقعه حقوقی است یا عمل حقوقی؟ در صورت عمل حقوقی بودن اذن، ثالثاً به تبیین رابطه اذن با قاعده استیمان می‌پردازیم؛ زیرا که در باب امین و امانت، این ضابطه وجود دارد که امین مسئول نیست مگر اینکه تعدی یا تفریط کرده باشد. رابعاً فرض تساوی این رابطه، می‌توان اظهار داشت که مأذونی امین است در نتیجه مسئول نیست مگر به تعدی یا تفریط.

در خاتمه نیز بحثی درباره تأثیر اذن مطلق بر ضمان طرح می‌گردد. در واقع این مطلب مورد دقت بیشتری قرار می‌گیرد که اگر مأذون از طرف مالک اذن مطلق داشته باشد یعنی قرینه‌ای بر اشتراط ضمان یا عدم آن وجود نداشته باشد، مسئولیت مرتفع می‌گردد. به عبارت دیگر اذن مطلق می‌تواند ضمان ید را به صورت کلی مضمحل کند. در ابتدا به بررسی ضمان می‌پردازیم و پس از تبیین این بحث به تحلیل رابطه آن با اذن پرداخته می‌شود.

## ۱. کلیات و مبانی

### ۱-۱. تعریف ضمان

اهل لغت، واژه ضمان را بیشتر از ضَمِن گرفته‌اند (ابن منظور، بی‌تا، ج ۱۳، ص ۲۵۷) و با توجه به موارد استعمال و کاربرد آن در زبان عرب، آن را به تعهد معنی کرده‌اند، تعهد به جبران خسارت و یا تعهد به برگرداندن عوض و... از این روی، برخی از حقوقدانان متأخر، تفسیر ضمان را به مسئولیت، صحیح ندانسته و آن را شامل‌تر از این گرفته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۳).

به هر حال، معنای لغوی ضمان، التزام به پرداخت مالی است که یا در نگهداری آن سهل انگاری شده و یا پذیرفتن خسارتی که بر اموال دیگران وارد شده است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۵۰).

در عرف به استقرار و ثبوت چیزی در عالم اعتبار، به عهده ضامن (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۹۱)، ضمان اطلاق می شود. روی هم رفته، امری است اعتباری که شارع یا عقلا یا هر دو، آن را اعتبار می کنند و فقها، بر اساس لغت و عرف، به تعریف آن می پردازند برخی آن را (ادخال الشيء فی العهده) دانسته اند (بحرالعلوم، ۱۳۹۳، ص ۲۴).

شیخ انصاری می نویسد: «الضمان، کون الشيء فی عهده الضامن و خسارته علیه» (انصاری، ۱۳۶۸، ص ۱۴۵)؛ ضمان، بودن چیزی است در عهده ضامن که خسارت آن بر اوست.

کاشف الغطا حقیقت ضمان را عبارت می داند از: «کون مال انسان فی عهده آخر» (کاشف الغطا، بی تا، ج ۱، ص ۸۶).

به نظر شهید صدر، ضمان دو معنا دارد:

۱. نقل از ذمه به ذمه دیگری. همان ضمان اصطلاحی، در عرف می گویند فلانی از دیگری ضمانت کرده است.

۲. تعهد به چیزی که در ذمه قرار دارد. قرار دادن ذمه بر عهده:

«و الآخر الضمان بمعنی التعهد بما فی الذمه و جعل الذمه فی عهده» (حکیم، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۹۶). فرق عهده و ذمه در این است که طرف ذمه طرفی است کلی غیر متعین در خارج، ولی عهده گسترده تر از ذمه است. به عهده گرفتن و به عهده آمدن، هم شامل اموال می شود و هم حقوق را دربرمی گیرد. همچنین خارج و ذمه را نیز شامل می گردد. از جهت دیگر، اعیان و منافع و حقوق را فرامی گیرد؛ بنابراین، تعبیر شهید صدر بر این است که (ذمه در عهده قرار می گیرد) به این معنی است که در باب ضمان، انسان متعهد می شود به پرداخت و آنچه به ذمه او آمده بر عهده می گیرد.

ضمان در لغت به معنای التزام، تعهد و کفالت است و در ادبیات حقوقی، تعهد، بودن شیئی بر عهده دیگری و بر عهده گرفتن و شیئی را در عهده قرار دادن تعریف شده است.

در تعریف ضمان می‌توان گفت که عبارت است از التزام اختیاری یا قهری کسی به پرداخت مالی به دیگری و یا التزام به پرداخت مالی به کسی، اعم از این‌که به اختیار باشد یا به موجب قانون. پس التزام یا ناشی از قرارداد است و یا به حکم قانون. ضمان ناشی از قرارداد اختیاری و ارادی است و به آن «ضمان عقدی» (امامی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۲۵۵-۲۷۰) گویند مانند ضمان ناشی از عقد ضمان؛ اما چنانچه قصد متعهد در ایجاد ضمان مؤثر نبوده و مبنای ضمان حکم قانون باشد، آن ضمان، ضمان قهری است، همانند ضمان ناشی از اتلاف، تسبیب و ضمان ید.

به این اعتبار ضمان بر دو نوع است؛ ضمان عقدی و ضمان قهری. قسم دیگر ضمان، ضمان معاوضی است که آن‌هم ناشی از عقد می‌باشد؛ اما برخلاف ضمان عقدی، اثر مستقیم عقد نیست.

## ۲-۱. اقسام ضمان

### ۱-۲-۱. ضمان عقدی

این ضمان عبارت است از انتقال ذمه مضمون عنه (مدیون) به ذمه ضامن و از آن جهت ضمان عقدی گویند که انعقاد آن نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ ایجاب از سوی ضامن و قبول از جانب مضمون له. مضمون عنه نسبت به این عقد بیگانه است و حتی رضای او شرط نیست.

در ضمان عقدی تعهد به پرداخت مال اختیاری است و متعهد به اختیار خود عهده‌دار پرداخت می‌شود. این تعهد اثر مستقیم عقد است که یا به موجب عقد ضمان است و یا به موجب عقد حواله، در عقد ضمان ذمه ضامن نسبت به مضمون عنه (مدیون) به‌طور معمول بری است و به او مدیون نیست؛ اما در عقد حواله ذمه محال‌علیه نسبت

به محیل مشغول است. اگر محال علیه به محیل مدیون نباشد، پس از قبولی در حکم ضامن است. برخی از حقوقدانان عقد کفالت را نیز که تعهد به احضار نفس است، از اقسام ضمان عقدی می‌دانند.

### ۱-۲-۲. ضمان معاوضی

همان‌گونه که گفته شد، ضمان عبارت است از التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص. در ضمان عقدی اثر عقد، تعهد به پرداخت است. منشأ ایجاد ضمان معاوضی نیز عقد است و از این جهت با ضمان عقدی وجه مشترک دارد؛ اما باید توجه داشت که در عقد ضمان، تعهد اثر مستقیم است، در حالی که در عقود معاوض تملیکی همچون عقد بیع، تعهد به تسلیم اثر غیرمستقیم و تبعی عقد به شمار می‌آید (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۵۷).

در عقود معاوض، تعهد هر یک از دو طرف عقد در مقابل عین دریافتی، تعهد به دادن عوض معین است و به این تعهد «ضمان معاوضی» گویند. در فقه به ضمان معاوضی از این جهت که مضمون به از لحاظ جنس، مقدار و خصوصیات معین است، «ضمان جعلی» یا «ضمان مسمی» نیز گفته‌اند. وجه تسمیه ضمان جعلی یا ضمان مسمی آن است که متعاقدان آن را تعیین کرده و عوض چیزی قرار می‌دهند که از جانب طرف دیگر به او انتقال می‌یابد. مبیع، ضمان مسمی است برای ثمن و ثمن، ضمان مسمی است برای مبیع. در مقابل ضمان معاوضی، ضمان واقعی قرار دارد. در این نوع از ضمان، مضمون به خود عین است و نه عوض معین؛ زیرا در صورت موجود بودن عین، خود عین بر عهده متعهد است و اگر عین تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن عوض معین قرار می‌گیرد. به همین جهت به آن ضمان «مثل و قیمت» نیز گفته‌اند (مدنی، ۱۳۸۵، ص ۲۱۵-۲۲۰).

### ۱-۳. منابع ضمان

الف. قاعده لا ضرر؛ در اسلام احکامی که موجب ضرر و ضرار باشد، وجود ندارد. به دیگر سخن خداوند راضی به ضرر بندگانش نیست چه آن ضرر از جانب خدا باشد یا از جانب انسان‌ها به یکدیگر (مشکینی، ۱۳۷۴، ص ۲۰۳).

ب. قاعده اتلاف؛ مبنای قاعده اتلاف آیه شریفه ۱۹۰ از سوره مبارکه بقره است که می‌فرماید: «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» و مفهوم این قاعده آن است که هرگاه شخصی مال دیگری را بدون اذن و رضای او نابود و تلف سازد این ماده به وجود اعتباری خود در عهده و ضمان وی قرار می‌گیرد و باید از عهده آن بیرون آید (مشکینی، ۱۳۷۷، ص ۱۷).

ج. قاعده تسبیب؛ وارد کردن ضربه به مال غیر که فعل منشأ ضرر به وسیله خود فاعل به هدف هدایت نشده باشد بلکه بر اثر تقصیر یا بی‌مبالاتی و غفلت و عدم احتیاط وی ضرر متوجه غیر گردد، موضوع قاعده فوق است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۱).

د. قاعده ضمان ید؛ مفاد این قاعده این است که، هرکسی که بر مال دیگری تسلط پیدا کند، به هر نحوی ظلماً، جهلاً، اماناً، احساناً، ضامن آن مال می‌شود و تا زمانی که آن را به صاحبش بازنگرداند، این ضمان از عهده‌اش ساقط نمی‌شود (بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۵۳ و ۵۴). منبع اصلی ما در بحث ضمان قهری قاعده ضمان ید است و در محل این بحث فرض می‌شود که منابع دیگر موجود نیست.

پیش از پرداختن به اصل مطلب مناسب است به اختصار منظور از ید ضمانی را بیان داریم؛ مقصود از ید مالکی استیلا و تسلط بر مال است و تصرف در آن موضوعیتی ندارد صرفاً طریق و کاشف از استیلا است اما در باب ید ضمانی وضع بدین گونه نیست، توضیح اینکه، اخذ در حدیث نبوی معروف «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» موضوع ید ضمانی قرار داده شده است مجرد وضع ید بر مال دیگری نیست. صرف دست گذاشتن بر ماشین یا لباسی که دیگری بر تن دارد موجب ضمان نیست برفرض

که وضع ید بر مال دیگری در صورت عدم رضای مالک تکلیفاً حرام باشد به یقین موجب ضمان، که حکم وضعی است، نمی‌باشد. همچنین مجرد استیلا بر مال دیگری مادامی‌که فی جمله با تصرف توأم نباشد و موجب تضرر مالک نگردد، برفرض که تکلیفاً هم حرام باشد موجب ضمان نخواهد بود چراکه عنوان أخذ بر آن صادق نیست. بنابراین در تعریف ید ضمانی باید گفت: تصرف مال یا حق با ارزش دیگری که بدون اذن مالک و مجوز شرعی باشد.

#### ۴-۱. تعریف اذن

##### ۴-۱-۱. تعریف لغوی

از بررسی کتاب‌های گوناگون لغت چنین برمی‌آید که اذن از نظر لغوی به سه معنای زیر به کار می‌رود:

الف. إعلام؛ چنانکه در قرآن کریم چنین آمده است: «فأذنوا بحرب من الله ورسوله» (بقره: ۲۷۹).

ب. اباحه و رخصت؛ چنانکه در آیه «فانكحوهن بإذن أهلهن» (نساء: ۲۵) به همین معناست.

ج. امر و فرمان؛ مثلاً در آیه «أنزله علی قلبك بإذن الله» (بقره: ۹۷) در همین معنا به کار رفته است.

برخی از نویسندگان، تنها به ذکر این معنا اکتفا کرده‌اند. از آن جمله می‌توان به نویسنده کتاب «اصطلاحات الفنون» اشاره کرد. به عقیده وی اذن گاهی به معنای اعلام به‌طور اطلاق به کار می‌رود، گاهی نیز به معنای اعلام خاص که همان اعلام رخصت در تصرف است، استعمال می‌شود. وی می‌نویسد: «الإذن بالكسر فی اللغه الاعلام مطلقاً و منه الأذان و الاعلام بالاجازة فی التصرفات و الرخصة فی الشيء و الاطلاق من أن شيء كان» (الاحمد نگری، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۸).



در صحاح و برخی کتاب‌های دیگر تنها دو معنای اول آمده است. صاحب صحاح می‌نویسد: «أذن له في الشيء إذنا يقال: ائذن علي الامير... و أذن بمعني علم و منه قوله تعالى فأذنوا الحرب من الله و رسوله... و الاذان العلام» (الجوهري، ۱۴۰۴، ج ۵، ص ۲۰۶۸).

غیر از آنچه یاد شد، معانی دیگری مثل اراده و استماع نیز برای اذن ذکر شده است (زمخشری، ۱۳۷۲، ص ۴؛ طریحی، بی‌تا، ج ۶، ص ۲۰؛ زبیدی، بی‌تا، ج ۹، ص ۱۱۹؛ طوسی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۸۰ و ۳۸۱؛ طبرسی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۷۱).

برخی از فرهنگ‌نویسان براین باورند که واژه اذن در قرآن در معانی متعددی، از جمله اجازه، اراده، اطاعت و علم به‌کاررفته است (قریشی، ۱۳۶۱، ج ۱، ص ۵۶). لیکن به نظر می‌رسد بعضی از این معانی به سه معنای ذکرشده قابل ارجاع باشد.

از بررسی واژه اذن در کتاب‌های لغت می‌توان دریافت که اذن به معنای اعلام بیشتر با حرف «با»، به معنای اباحه و رخصت غالباً با حرف «فی» و به معنای استماع در اکثر موارد با حرف «إلی» متعدی می‌شود (الخوری، بی‌تا، ج ۱، ص ۷).

به نظر می‌رسد از بین معانی ذکرشده، معنای «اعلام» ریشه‌ی معنای اصطلاحی اذن باشد (فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۹۴)؛ یعنی اذن در اصل به معنای اعلام بوده، اما بر اثر کثرت استعمال، در معنای اعلام رضایت و رخصت نیز به‌کاررفته است (راغب اصفهانی، ۱۴۲۸، ص ۲۳ و ۲۴).

#### ۱-۴-۲. تعریف اصطلاحی

اما از نظر مفهوم اصطلاحی، برخی از حقوقدانان براین باورند که در فقه تعریف قابل‌توجهی از اذن ارائه نگردیده است؛ دکتر لنگرودی در این باره می‌نویسد: «تعریف قابل‌ملاحظه‌ای از آن در فقه دیده نشده است...» (جعفری لنگرودی، بی‌تا، ص ۲۸۷).

با این حال بررسی متون فقهی و حقوق داخلی، تعریف‌هایی را به دست می‌دهد. این تعریف‌ها، بعضی خاصیت مباح کردن و رفع مانع نمودن را برخی جنبه‌ی اعلام رضایت کردن اذن را مورد توجه قرار داده‌اند.

پاره‌ای از تعریف‌هایی که در تألیفات فقهی ذکر شده، عبارت‌اند از:

۱. اذن، برطرف نمودن مانعی است که قانون‌گذار برای آن اثری مترتب می‌کند (موسوعه جمال عبدالناصر، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۲۲۲).

۲. اذن، رخصت دادن و برداشتن مانع یا اعلام رضایت به آن است (غروی اصفهانی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۱۳۱).

۳. اذن، برطرف نمودن منع و حجری می‌باشد که معلول رقیب یا صغر سن است و ساقط نمودن حق (ابوسعود، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۲۹۹).

این تعریف، تنها برخی از مصادیق اذن را دربرمی‌گیرد؛ مثلاً اذن ولی در نکاح دختر بالغ باکره و نیز اذن زن به شوهر در ازدواج با برادرزاده یا خواهرزاده زن که از حقوق غیرقابل اسقاط است را شامل نمی‌شود.

۴. اذن، برطرف نمودن منع و ساقط نمودن حق است (زیلعی، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۰۳).

در دو تعریف اخیر اذن، مسقط حق معرفی شده است که البته این تعریف مبتنی بر نظری است که عده‌ای از فقهای اهل تسنن در زمینه‌ی اذن دادن به عبد در تجارت، بدان معتقدند. به نظر آنان، اگر مولا به بنده‌ی خویش اذن در تجارت بدهد، این اذن همه‌ی انواع تجارت را شامل می‌شود و به زمان و مکان یا نوع خاصی از تجارت محدود نمی‌گردد؛ زیرا ممنوعیت گذشته‌ی عبد از تجارت به دلیل مراعات حق مولا می‌باشد، ولی هنگامی که او اذن می‌دهد در حقیقت حق خویش را ساقط می‌کند و عبد بر طبق اهلیت اصلی خویش در هرگونه تجارتي مجاز است.

به نظر می‌رسد مولا با دادن اذن حق خویش را ساقط نمی‌کند؛ زیرا حتی طبق نظر این عده از فقها، مولا هرگاه بخواهد می‌تواند از اذن خویش رجوع کند؛ بنابراین تعریف اذن به اسقاط حق مناسب نیست.

با توجه به تعریف‌های فوق و معانی لغوی یادشده از اذن و ارتباط معنای اصطلاحی با معنای لغوی، به نظر می‌رسد تعریف مختار و کامل اذن چنین باشد: «انشای رضایت مقنن یا مالک یا کسی که قانون برای رضایت او اثری قائل شده است به یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیر معین برای انجام یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی» (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۰۴).

عمل حقوقی در این تعریف اعم از عقد و ایقاع است و مقصود از تصرفات خارجی، تصرفاتی است که برخلاف اعمال حقوقی جنبه اعتباری ندارد، بلکه تصرف مادی است.

#### ۱-۵. ماهیت حقوقی اذن

بیشتر مطالعات و تحقیقات فقیهان و حقوقدانان در مورد اذن، به آثار و احکام اذن برمی‌گردد، کمتر ماهیت حقوقی، اوصاف و تقسیمات آن مورد بررسی و تحقیق قرار گرفته است.

اما از بررسی نظرات پراکنده و اجمالی که در زمینه ماهیت حقوقی اذن مطرح گردیده است، دو دیدگاه عمده به دست می‌آید:

**الف.** اذن عمل حقوقی نیست بلکه واقعه‌ی حقوقی می‌باشد. باین حال، همانند اقرار و شهادت، عملی ارادی است که آثار حقوقی در پی دارد. به بیان دیگر، اذن قائم به قصد انشاء نیست و اذن دهنده هیچ‌چیز را از نظر حقوقی به وجود اعتباری ایجاد نمی‌کند، بلکه تنها مانع قانونی را مرتفع می‌سازد؛ مثلاً طبق قانون، تصرف در مال غیر ممنوع است، مالک با دادن اذن در تصرف در مال خود فقط این منع را از میان برمی‌دارد.

یعنی وقتی کسی به دیگری اذن می‌دهد از مال او استفاده کند، تصرف استفاده‌کننده مجاز می‌شود اما آیا اذن دهنده با اذن خود چیزی را ایجاد می‌کند، مثلاً حق یا تعهدی را به وجود می‌آورد و آیا می‌توان گفت، اذن ایقاع است چون تصرف را مباح می‌کند؟ پاسخ منفی است؛ زیرا مباح شدن تصرف در مال دیگری مخلوق اراده انسان نیست؛ بلکه قانون‌گذار آن را به وجود آورده است، حکم اباحه را اراده شخص خلق نکرده است. به‌طورکلی جاعل احکام خمسسه تکلیفی، وجوب، استحباب، کراهت، حرمت و اباحه، شارع است، مجاز بودن یا ممنوع بودن امری از احکام جعلی قانون‌گذار است، احکام را اراده انسان به وجود نمی‌آورد در نتیجه هیچ شخصی نمی‌تواند بگوید فلان کار را ممنوع و یا فلان چیز را حرام کردم. پس شخصی که اذن می‌دهد منشأ این اذن چیست؟ جواز و اباحه ایجادشده در مال اذن دهنده را خود اذن دهنده ایجاد نکرده است. پس چه ماهیتی را باید در نظر گرفت؟ اذن نه تعهد ایجاد کرده نه حق؛ بلکه صرفاً حرمت را به اباحه تبدیل کرده است، این امر جزء منشآت نیست بلکه یک واقعه حقوقی است، زیرا اذن اعلام رضایت است به عمل مادی یا حقوقی. ماهیت اذن که اعلام است نشان می‌دهد که از انشائیات نیست.

از جمله کسانی که صریحاً اظهار می‌دارد که اذن نه عقد است و نه ایقاع، محقق اصفهانی می‌باشد که می‌نویسد: «و اما فی غیر العقود و الایقاعات کالاذن فی التصرف...» (غروی اصفهانی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۱۷۷).

دکتر امامی نیز در جلد اول حقوق مدنی به واقعه‌ی حقوقی بودن اذن و اینکه اذن در تصرف، اباحه محض می‌باشد تأکید داشته است (امامی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۰۱ و ۱۱۳).  
ب. اذن عمل حقوقی است و به انشاء نیاز دارد و درواقع اباحه‌ی مورد اذن را انشاء می‌کند. کسی که به دیگری اذن می‌دهد تا در مال او تصرف کند، با اذن خویش آن مانع را برمی‌دارد. تصرف ممنوع با انشاء اذن دهنده مباح می‌گردد.

منظور از عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع است و فارغ از این بحث که اذن ایقاع است یا عقد، به بیان نظرات حقوقدانان و فقیهان در این حوزه می‌پردازیم. در واقع هر فقیه یا حقوقدانی که اشاره به عقد یا ایقاع بودن اذن کند، آن را عمل حقوقی شمرده است. محقق خوانساری در جامع المدارک خود چنین آورده است که: «و الإذن من الايقاعات لا يحتاج إلى القبول...» (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۴۷۶). همچنین امام خمینی در کتاب البیع تحریر الوسیله در مقایسه اذن با عقود اذنیه بیان می‌دارد: «فإن الإذن شیء و العاریة و الودیعه شیء مثلاً آخر و الاول ایقاع و الثانی عقود» (پس اذن در چیزی و عاریه و ودیعه در چیز دیگری و در حالت اول ایقاع و در حالت دوم عقد می‌باشد) (قدیری، ۱۴۰۷، ص ۲۳۹). عبدالفتاح بن علی مراغه‌ای در کتاب العناوین خود، اذن را هم چون ابراء و طلاق از مصادیق بارز ایقاع شمرده است. وی بیان می‌دارد: «لا ریب ان الايقاعات كالطلاق و اظهار و العتق و الاذن و نظایر ذالک التزامات لمقتضياتها فتدخل تحت العموم...» (شکی در آن نیست که ایقاعات همچون طلاق وظهار و آزاد کردن بنده و اذن و نظایر آنها به خاطر مقتضی‌شان در ذیل عموم می‌گنجند) (مراغی، بی‌تا، ص ۱۸۴).

عبارت صاحب جواهر را با توجه به قرینه معتبر دانستن انشاء در پیدایش اذن، در مقام مقایسه اذن با عاریه، می‌توان بر ایقاع دانستن اذن، حمل کرد. ایشان چنین بیان می‌کنند: «و علی کل حال فهی عقد یعتبر فیہ انشاء الربط بین الايجاب و القبول لا ایقاع یکفی فیہ الإذن فی انتفاع من المالك...» (به‌رحال عقد اعتبار پیدا می‌کند با ایجاب و قبول، اذن در انتفاع از طرف مالک با ایقاع کفایت نمی‌کند) (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۲۷، ص ۱۵۶). همچنین سید محمدکاظم یزدی در کتاب سؤال و جواب خود (یزدی، ۱۳۷۶، ص ۱۶۲) و مؤلف مستمسک العروه الوثقی (حکیم، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳۱) بدین مضمون اشاره نموده‌اند.

برخی از حقوقدانان معاصر هم مانند دکتر جعفری لنگرودی (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۳۸۹) و دکتر کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۶۵)، به ایقاع بودن اذن تصریح کرده‌اند.

قانون مدنی در زمینه ماهیت حقوقی اذن به هیچ‌یک از دو نظر بالا تصریحی نکرده است. در ماده ۱۲۰ قانون مدنی چنین آمده است: «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیری بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر این‌که به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد.» این ماده متخذ از فقه امامیه است. البته نسبت به چنین اذنی در فقه اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقها، به دلیل آن‌که تعریف عاریه بر چنین اذنی صدق می‌کند، آن را عاریه دانسته‌اند، ولی بعضی دیگر آن را با عنوان اذن یاد کرده‌اند و ظاهراً آن را عقد نشمرده، ایقاع می‌دانند. جدای از این بحث‌ها، نکته‌ای که دارای اهمیت است و از ماده ۱۲۰ قانون مدنی جدای از اختلاف نظر فوق می‌توان دریافت، این است که قانون‌گذار اذن را انشاء به حساب آورده است. انشاء بیانگر دخالت اراده است چه این اراده یک‌طرفه باشد و ایقاع را به وجود آورد و چه این اراده دوطرفه باشد و عقد را ایجاد کند. پس قانون‌گذار در واقع، اذن را عمل حقوقی خوانده است.

با توجه به دو نظریه مطرح شده در باب ماهیت اذن، می‌توان به تبیین اثر اذن نسبت به قاعده ضمان ید که اصل اولیه می‌باشد، اظهار نظر کرد و بیان داشت که آیا اذن رافع ضمان و مانع از جبران خسارت توسط مأذون است یا نه.

در صورتی که نظریه واقع‌ی حقوقی بودن اذن را بپذیریم باید قائل به این شویم که تنها اثر اذن اباحه در تصرف است و لا غیر؛ یعنی اذن صرفاً حرمت را به اباحه تبدیل کرده است. در واقع اذن رافع حکم تکلیفی است و در مورد حکم وضعی که همان جبران خسارت است در صورت تلف یا نقص مال، هیچ رافعیتی ندارد و مسقط قاعده ضمان ید نیست. همان‌طور که در ابتدای این نوشتار در مورد قاعده ضمان ید بحث شد، این

قاعده هم حکم تکلیفی را دربرمی‌گیرد و هم حکم وضعی را. به عبارت دیگر مقتضای اولیه تصرف و یا استیلا بر مال دیگری این است که متصرف و مستولی در مقابل مالک ضامن است یعنی علاوه بر این که متصرف یا مستولی مرتکب فعل حرام شده است، مکلف است در صورت بقا عین مال و در صورت تلف یا نقص مثل یا قیمت مال را به صاحبش بازگرداند.

پس طبق این مبنا، اذن به هیچ وجه رافع ضمان نیست و مأذون نسبت به آنچه مورد اذن قرار گرفته، ضامن هرگونه تلف، عیب و نقصی است که به هر دلیلی بر آن وارد می‌شود. اگر قائل به نظریه‌ی عمل حقوقی بودن اذن بشویم و تحقق انشاء را در وقوع اذن، ضروری بدانیم، علاوه بر حکم تکلیفی، حکم وضعی را نیز دربرمی‌گیرد؛ زیرا در شکل‌گیری این حکم برخلاف حکم تکلیفی، اراده انسان نقش دارد و با قبول ضرورت انشاء در تحقق اذن، اراده انسان دخیل می‌شود.

برای بررسی رابطه‌ی اذن با ضمان ید بر اساس این مبنا، باید رابطه‌ی اذن با قاعده استیمان که یکی از مسقطات ضمان است، مورد بحث و بررسی قرار گیرد، زیرا که درباره امین این بحث مطرح است که اگر شخصی امین فرض شود، این امانت مقتضای اولیه را که ضمانی بودن ید را بیان می‌داشت، از بین برده و آن را تبدیل به ید امانی می‌کند به عبارت دیگر امین ضامن تلف یا نقص مورد امانت نیست مگر اینکه تعدی و تفریط کرده باشد.

باید دید که رابطه اذن و امانت به چه نحوی است. آیا هر اذنی ایجاد رابطه امانی می‌کند به عبارت دیگر هر مأذونی امین است یا نه؟ در واقع باید بررسی شود که میان اذن و امانت رابطه تساوی برقرار است یا خیر. در ذیل به شرح منشأ پیدایش این بحث و رابط میان این دو و بررسی نظرات مختلف در این حوزه می‌پردازیم.

در ابتدا شایسته است که قدری در باب قاعده استیمان صحبت گردد و سپس به بررسی رابطه آن با اذن پرداخته شود.

## ۱-۶. مفهوم امانت و اثر آن

همچنان که برای تحقق ضمان اسبابی وجود دارد که در فقه از آن‌ها به موجبات ضمان یاد می‌شود، برای سقوط ضمان هم اسبابی است که از آن‌ها به مسقطات ضمان تعبیر می‌گردد (مراغی، بی تا، ج ۲، ص ۴۷۴ و ۴۸۲). هر یک از مسقطات ضمان در کتب فقهی یک قاعده فقهی محسوب می‌شود. یکی از این قواعد فقهی قاعده استیمان یا قاعده عدم ضمان امین است که منطبق با آن، ضمان قهری ناشی از ید برداشته می‌شود. مثلاً مستأجر در عقد اجاره، وکیل در عقد وکالت، مستعیر در عقد عاریه و ... از آن جهت که امین محسوب می‌شوند، چنان چه نسبت به نقص یا تلف شدن کالایی که از طرف مقابل در اختیار آن‌ها می‌باشد تقصیر نداشته باشند، ضامن شمرده نمی‌شوند.

علت به وجود آمدن این سؤال که آیا اذن و امانت یکی هستند یا نه این است که در برخی موارد مانند قبض بالسوم، تلف مبیع قبل از قبض، ید صنعتگر و شخص مضطری که مال غیر در دست اوست و از این قبیل مثال‌ها، باینکه فردی که مال در دست اوست مأذون است، ولی در صورت تلف، مکلف به جبران خسارت است. حال این سؤال مطرح است که موارد مذکور فوق می‌تواند علتی بر جدایی اذن از امانت باشد یا خیر؟ پاسخ به این سؤال می‌تواند راهگشای ما در بحث رابطه‌ی اذن و ضمان باشد؛ زیرا همان‌طور که قبلاً هم بیان گردید قاعده استیمان مسقط ضمان می‌باشد، در صورتی که اثبات گردد که هر مأذونی امین می‌باشد، می‌توان نتیجه گرفت که اذن نیز همانند امانت، مسقط ضمان می‌شود. در غیر این صورت، اذن در حدودی که ایجاد رابطه امانی می‌کند، مسقط ضمان می‌گردد و در خارج از حدود آن فرد ضامن است.

## ۲. تأثیر اذن بر مسئولیت مدنی

پاسخ به موارد مطرح شده مانند قبض بالسوم و ... و تحلیل و بررسی این موارد، می‌تواند هدایت‌گر ما در بیان رابطه اذن و امانت گردد. در ذیل به بیان این پاسخ‌ها می‌پردازیم.



## ۲-۱. رابطه‌ی عموم و خصوص مطلق میان اذن و امانت

برخی قائل‌اند که هر امینی مأذون است ولی هر مأذونی امین نیست. در واقع رابطه عموم خصوص مطلق میان این دو برقرار است. به عبارت دیگر هر اذنی از جانب مالک یا نماینده او، ایجاد رابطه امانی نمی‌کند.

با تفسیر فوق می‌توان به مثال‌هایی که در بالا مطرح شد از جمله قبض بالسوم و... و بیان گردید که در این موارد علی‌رغم اینکه فرد مأذون است ولی ضامن می‌باشد، این‌گونه پاسخ داد که هر اذنی مسقط قاعده ضمان نیست. اذنی مسقط ضمان است که ایجاد رابطه امانی کند. به عبارت دیگر هر اذنی ایجاد رابطه امانی نمی‌کند و فرد ممکن است که مأذون باشد ولی امین محسوب نگردد. در این مثال‌ها نیز فرد مأذون است ولی امین نمی‌باشد و از آنجاکه اصل بر ضمانی بودن ید است و اسقاط آن نیاز به دلیل دارد و اذن برخلاف امانت به تنهایی رافع ضمان نیست، پس مأذون در این موارد، ضامن می‌باشد.

مرحوم میرفتاح مراغی با اشاره به مطلب فوق، ملاک تمیز اذن از امانت را مصلحت مالک بیان می‌دارد؛ یعنی امین کسی است که مال غیر را در اختیار بگیرد یا در آن تصرف کند به گونه‌ای که فقط به مصلحت مالک باشد چه از حیث دفع ضرر و چه از حیث جلب نفع. پس اگر برای مصلحت قبض یا برای مصلحت مالک و قبض باشد، دیگر امین نیست بلکه مأذون است. وی می‌نویسد: «إن الامین لیس بضامن لما تلف فی یده مادام باقیا علی الأمانة خالیا عن التعدی و التفریط إن الإستئمان عبارة عن إذن المالك أو الشارع فی قبض المال أو تصرف فيه لمصلحة المالك لا لمصلحة القابض نفسه ولا المركب منهما المعتبر هو كون هذا القبض للمالك إما لدفع الضرر عنه أو حصول نفعه له مع كونه مأذونا من المالك أو من الشرع فهو أخص من الأذن مطلقا و لیس كل مأذون امینا... فعدم الضمان امین لیس من جهة الأذن إذ هو أعم من ذالك فالأمانة مسئله و الإذن مسئله أخرى» (مراغی، بی تا، ج ۲، ص ۴۸۳).

در کلام پاره از حقوقدانان نیز چنین آمده که اذن طبعاً اقتضاء رفع ضمان را ندارد مگر اینکه عنوان قانونی دیگر بر تصرف مأذون منطبق شود (مانند امانت) که مستنداً به آن عنوان، رفع ضمان از وی شود. در هر مورد که در عنوانی خاص از حیث رفع ضمان تردید شود نمی‌توان به استناد اذن، حکم به عدم ضمان کرد؛ باید مستند دیگری برای رفع ضمان جستجو کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۶۰ و ۶۱).

البته این نظر از برخی جهات موردنقد قرار گرفته است. اگرچه این راه‌حل تا حدی برخی از مشکلات را حل می‌کند ولی از طرف دیگر دایره امانت بسیار محدود می‌شود و موردی پیدا نمی‌شود که فردی را امین بدانیم و فقط یک مورد می‌ماند و آن هم ودیعه است و وکالت بدون اجرت. همچنین در عبارت مرحوم صاحب عناوین، مواردی برشمرده شده که خلاف ادعای خودش می‌باشد. ایشان تنها به مصلحت مالک بودن را شرط ایجاد رابطه امانی می‌دانستند در صورتی که در عباراتشان سخن از مرتهن، مستأجر و وکیل کرده‌اند که در این سه مصلحت قابض هم در کنار مالک به چشم می‌خورد (مصطفوی، ۱۳۹۲، ص ۳۸).

## ۲-۲. رابطه تساوی میان اذن و امانت

برخی قائل‌اند که هر امینی مأذون است و هر مأذونی امین.

در واقع رابطه تساوی میان این دو برقرار است. به عبارت دیگر هر اذنی از جانب مالک یا نماینده او، ایجاد رابطه امانی می‌کند. قائلین به این نظر در تفسیر مثال‌های قبض بالسوم و... که فرد باینکه مأذون است ولی ضامن می‌باشد، به سه دسته تقسیم می‌شوند:

**الف.** گروهی این قبیل موارد را استثناً بر قاعده استیمان می‌دانند؛ یعنی هر مأذونی امین است و امین بدون تعدی و تفریط ضامن نمی‌باشد مگر در موارد ذیل که شامل قبض بالسوم و... می‌باشد. در واقع نسبت به ادله ضمان این تخصیص حاصل شده و مستثناً گردیده است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۴۰).

ب. گروهی دیگر قائل‌اند که برای فهم کارکرد قاعده امانت و پی بردن این‌که مواردی که به‌عنوان استثنا ذکر می‌شوند واقعاً استثنا هستند یا نه باید به مقدمه‌ای که بیان می‌شود، توجه نمود. وقتی موجبات خسارت پیش می‌آید، از پنج حالت خارج نیست:

۱. گاهی مال غیر بدون اجازه در دست شماست و خودتان هم آن را از بین می‌برید؛ یعنی استیلا بعلاوه اتلاف بالمباشره. در این مورد هم قاعده ضمان ید جاری است و هم قاعده اتلاف و زیان‌دیده می‌تواند از هرکدام از طرق مطرح‌شده که بخواهد، دادخواست جبران خسارت تنظیم نماید.

۲. گاهی مال غیر بدون اجازه در دست شماست ولی مستقیماً آن را از بین نمی‌برید بلکه سبب را فراهم می‌آورید مثلاً «الف» بدون اجازه «ب» ماشین او را در خیابان پارک می‌کند و آن را قفل نمی‌کند و ماشین دزدیده می‌شود؛ یعنی استیلا بعلاوه اتلاف بالتسبیب. در این مورد نیز هم قاعده ضمان ید جاری است و هم قاعده اتلاف و زیان‌دیده می‌تواند از هر یک از این طرق که بخواهد، دادخواست جبران خسارت تنظیم نماید.

۳. گاهی مال غیر بدون اجازه در دست شماست و مال بدون دخالت مستقیم یا غیرمستقیم شما تلف می‌شود مثلاً «الف» ماشین «ب» را بدون اجازه او برمی‌دارد و ماشین در اثر قوه قاهره مانند رعدوبرق یا سیل از بین می‌رود، یعنی استیلا محض و در این مورد فقط قاعده ضمان ید جاری است.

۴. گاهی مال غیر در دست شما نیست و شما بر آن استیلا پیدا نکرده‌اید ولی به‌طور مستقیم سبب تلف آن می‌شوید مثلاً «الف» با سنگ شیشه پنجره خانه «ب» را می‌شکند؛ یعنی اتلاف بالمباشره و در این مورد فقط قاعده اتلاف جاری است و «ب» فقط از باب قاعده اتلاف می‌تواند به «الف» رجوع کند.

۵. گاهی مال غیر در دست شما نیست و شما بر آن استیلا پیدا نکرده‌اید ولی به‌طور غیرمستقیم سبب تلف آن می‌شوید مثلاً «الف» در مسیر عبور و مرور

مردم چاله‌ای حفر می‌کند و ماشین «ب» در آن می‌افتد و خسارت می‌بیند؛ یعنی اتلاف بالتسبیب و در این مورد فقط قاعده اتلاف جاری است و «ب» فقط از باب قاعده اتلاف می‌تواند به «الف» رجوع کند.

در حالات ۱ و ۲ موجبات خسارت مرکب و در حالات ۳ و ۴ و ۵ موجبات خسارت بسیط‌اند؛ یعنی در حالتی که موجبات خسارت مرکب است هم می‌توان با قاعده اتلاف درخواست جبران خسارت کرد و هم با قاعده استیلا. در حالتی که موجبات خسارت بسیط است در حالت سوم فقط از باب قاعده استیلا و در حالت‌های ۴ و ۵ فقط از باب قاعده اتلاف می‌توان درخواست جبران خسارت کرد.

حال سؤال این است که قاعده استیمان مسقط کدام‌یک از موجبات ضمان است؟ آیا مسقط همه موجبات ضمان است یا مسقط موجب خاصی است؟ در پاسخ باید گفت که استیمان مسقط قاعده ضمان ید است. طبق قاعده ضمان ید استیلا بر مال غیر ممنوع است و موجب ضمان می‌گردد. حال قاعده استیمان این قاعده را استثنا می‌زند که اگر مستولی مأذون باشد، دیگر ضامن نیست. نکته‌ای که قابل ملاحظه است این است که منافاتی ندارد کسی امین باشد و از باب اتلاف هم مسئول شناخته شود؛ زیرا امین بودن فرد از باب قاعده استیمان است و این قاعده مسقط قاعده ضمان ید می‌باشد نه اتلاف؛ زیرا که در اتلاف بحث اذن و عدم اذن نقشی ندارد بلکه رفتار فرد موجب ضمان گردیده است.

با این تفسیر علت ضامن بودن آخذ بالسوم و... با اینکه مأذون هستند، مشخص می‌گردد. دلیل ضامن بودن فرد در این موارد، قاعده اتلاف است نه ضمان ید؛ زیرا که ضمان ید به موجب اذن ساقط شده است (مصطفوی، ۱۳۹۲، ص ۴۰ و ۴۱ و ۴۲).

صاحب عروه نیز در کتاب اجاره خود به این مطلب اشاره می‌نماید. وی بیان می‌کند: «إذا أفسد الأجير لخياطه ضمن بل كل من أجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده يكون ضامنا وإن كان بغير قصد لعموم من أ تلف مال الغير و مضافا لصحيحه عن أبي

عبدالله (ع) فی رجل يعطى الثوب ليصبغه فقال (ع): كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن» (یزدی، ۱۳۷۸، ص ۶۰۱).

ج. گروهی دیگر قائل‌اند که در امثال قبض بالسوم و... گیرنده امین است ولی به سبب توافق عرفی‌ای که صورت پذیرفته است او باید مال یا ثمن آن را بازگرداند و در صورت عدم وفای به این تعهد، باید زیان‌های ناشی از آن را جبران سازد مگر این‌که ثابت کند که عدم انجام، به واسطه‌ی علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود.

دکتر کاتوزیان در ذیل بحث مأخوذ بالسوم این‌گونه بیان می‌دارد که اختلاف شده است که اگر این مال ناقص یا تلف شود، گیرنده درهرحال ضامن است یا ضمان او مانند هر امین دیگر منوط به تعدی و تفریط است؟ ایشان سه قول را در این زمینه برمی‌شمارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۷۴-۷۶).

**قول نخست:** گیرنده درهرحال ضامن است. استدلال این گروه این است که طبق قاعده علی الید کسی که مالی را می‌گیرد باید آن را به مالکش رد کند و چنان چه تلف یا ناقص شود، ضامن است و از قاعده مزبور موارد امانت مستثنا می‌باشد که آخذ بالسوم داخل در این موارد نمی‌باشد. صاحب جواهر در جواهر الکلام (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۳۷، ص ۷۲ و ۷۳) و محقق ثانی در جامع المقاصد (محقق ثانی، ۱۴۰۸، ج ۶، ص ۲۲۶) قائل به نظر شده‌اند.

**قول دوم:** گیرنده مال امین است و ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تعدی یا تفریط که اثبات این امر نیز با مالک می‌باشد. مقدس اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان در کتاب غصب بیان می‌دارد: «دلیل الضمان بالقبض للسوم غیر ظاهر الا الحدیث المشهور علی الید ما أخذت حتی تؤدیه و صحته و دلالتش غیر واضحین و الاصل برائة و الفرض عدم التعدی و الأخذ برضاء المالك فالضمان محل التأمل» (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۷۶).

فقهای دیگری نیز از جمله شهید ثانی در مسالک (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۴۳)؛ فخر المحققین در ایضاح (فخر المحققین، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۶۷) و شیخ یوسف بحرانی در حدائق (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۸، ص ۴۶۶) این نظر را پذیرفته‌اند.

**قول سوم:** از آنچه گفته شد زمینه پیشنهاد تازه‌ای فراهم می‌شود که در نوشته‌های پیشینیان دیده نمی‌شود و راه‌حلی است میانه برای جمع دو نظر معتدل و بر سه مقدمه مهم که با نقد آراء پیشینیان به دست آمده، متکی است:

**الف.** دست خریدار بر مالی که برای آزمودن و اندیشیدن در اختیار او نهاده شده دست امانی است زیرا بر حسب قرارداد مقدماتی بیع، مأذون است.

**ب.** بنا بر مفاد همین قرارداد ملتزم شده است که یا با اختیار بیع بهای معهود را بپردازد یا با رد بیع کالا را به عرضه‌کننده بازگرداند. پس باید پذیرفت که گیرنده مال موضوع وعده در عین حال که امین است تعهدی بیش از امین در عقد ودیعه دارد و مبنای رابطه‌ی او با مالک احسان و تبرع و مسامحه نیست، سوداگری و معامله است و باید به یکی از دو واجب اختیاری عمل کند و گرنه به دادن خسارت محکوم می‌شود.

**ج.** در دعوی بین مالک و گیرنده مال درباره‌ی انتساب تلف مال به گیرنده، مالک نیازی به اثبات تعدی و تفریط گیرنده ندارد. او بنا بر مفاد تعهدی که به موجب قرارداد با مالک پیدا کرده، مسئول زیان‌های ناشی از تلف است مگر این که رابطه‌ی سببیت بین تلف و یک حادثه‌ی خارجی و احتراز ناپذیر و غیرقابل پیش‌بینی را ثابت کند.

شاید برای به دست آوردن همین نتیجه بوده است که بعضی از نویسندگان ناچار شده‌اند گیرنده را امین نشمارند و با او بسان غاصب رفتار کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۷۵ و ۷۶).

بنابراین بر اساس این نظر، رابطه اذن و ضمان را می‌توان این گونه تشریح کرد که اذن رافع ضمان خواهد بود. به عبارت دیگر هر مأذونی امین محسوب گردد، لذا ضامن

نخواهد بود. البته با تفسیر کسانی که قبض بالسوم و... را استثنا بر قاعده استیمان می‌دانند، مأذون ضامن نیست جز در مواردی که قانون‌گذار آن را استثنا کرده باشد و مأذون را ضامن بدانند که در این صورت مأذون، ضامن می‌باشد.

همچنین با تفسیر کسانی که قبض بالسوم و... را استثنا بر قاعده استیمان نمی‌دانند بلکه ضامن بودن را از باب قاعده اتلاف می‌دانند، مأذون اصلاً ضامن نخواهد بود مگر در صورت تعدی و تفریط که اثبات آن‌هم با مالک است.

در موردی نیز که ضامن بودن در قبض بالسوم و... من‌باب شرط ضمنی در توافق تفسیر می‌شود، مأذون امین است و ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تعدی و تفریط و در مواردی که شرط ضمنی بر رد کالا یا ثمن آن وجود دارد، گیرنده یا همان مأذون با اثبات قوه قاهره می‌تواند ذمه خود را از جبران خسارت بری سازد.

### ۳. تأثیر اذن مطلق بر مسئولیت مدنی

تاکنون درباره این بحث شد که اذن در مواردی که ایجاد رابطه امانی می‌کند (در فرضی که رابطه اذن با امانت را عموم و خصوص مطلق بدانیم در صورتی که اذن فقط به مصلحت مالک باشد، این رابطه ایجاد می‌شود و در فرضی که رابطه اذن با امانت را تساوی بدانیم در هرجایی که اذن باشد این رابطه ایجاد می‌شود) رافع ضمان می‌گردد؛ یعنی مأذون ضامن تلف یا عیب یا نقص مال مورد اذن نیست مگر این‌که تعدی و تفریط کرده باشد یعنی از حدود اذن خارج شده باشد. این قاعده کلی در باب امانت است که در ماده ۶۱۴ قانون مدنی نیز بدان اشاره شده است. همچنین ماده ۴۹۳ قانون مدنی در عقد اجاره، ماده ۵۵۶ قانون مدنی در عقد مضاربه، ماده ۶۴۰ قانون مدنی در عقد عاریه به این قاعده اشاره کرده‌اند.

حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر دایره اذن توسط اذن دهنده مقید نشود و به صورت مطلق اذن بدهد، این بدان معناست که مأذون دیگر به هیچ وجه مسئول نخواهد بود حتی در صورتی که تعدی و تفریط؟

پاسخ به این سؤال منفی است؛ زیرا با توجه به قرائنی که در ذیل بدان اشاره می‌شود، می‌توان بیان داشت که حتی در صورت مطلق بودن اذن نیز مواردی چون عرف آن را قید می‌زند.

۱. قرینه اولی که می‌توان اشاره کرد تعریفی است که خود قانون‌گذار در قانون مدنی در تعریف تعدی و تفریط ارائه کرده است که در آن صریحاً از عرف در کنار حدود اذن و قرارداد نام برده است.

۲. قرینه دوم ماده ۲۲۵ قانون مدنی است که در آن آمده است: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله‌ی ذکر در عقد است». همان‌طور که دیده می‌شود در این ماده نیز به اهمیت عرف اشاره شده است که عمل و وفای به آن نیاز به ذکر در عقد ندارد بلکه توافق ضمنی پنداشته شده است. پس اگر اذن مطلق هم باشد یکسری محدودیت‌هایی توسط عرف و عادت آن را قید می‌زند حتی اگر این محدودیت‌ها در اذن هم صریحاً بیان نگردد.

۳. قرینه سوم ذیل ماده ۶۴۱ قانون مدنی در بحث عاریه است که می‌گوید: «... و اگر عاریه مطلق بوده، برخلاف متعارف استفاده کرده باشد». همان‌طور که ملاحظه می‌شود در عقد اذنی عاریه صریحاً بیان شده که اگر به صورت مطلق باشد برخلاف متعارف استعمال کرده باشد و منقصت در مال مورد عاریه حاصل شود، ضامن آن خواهد بود.

۴. قرینه چهارم ماده ۵۵۲ قانون مدنی در موضوع عقد مضاربه که از جمله عقود اذنی می‌باشد، است که بیان می‌دارد اگر مضاربه مطلق باشد؛ یعنی دایره اذن محدود نشده



است درباره نوع تجارت برای عامل، وی می‌تواند هر قسم تجارتي را که صلاح بداند بنماید ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند.

۵. قرینه پنجم ماده ۶۶۱ قانون مدنی است که در مورد وکالت مطلق چنین ابراز می‌دارد که: «در صورتی که وکالت مطلق باشد فقط مربوط به اداره کردن اموال موکل خواهد بود.» در اینجا نیز وکالت مطلق حمل بر اداره کردن اموال شده است و این خود قرینه‌ای بر این مدعاست که اذن مطلق نیز توسط عرف و عادت تقیید می‌خورد؛ زیرا که وکالت که از جمله عقود اذنی است در صورت اطلاق نیز حمل مورد خاصی می‌شود نه همه موارد.

#### جمع‌بندی

اذن فی‌نفسه مقتضی عدم ضمان و از عوامل رافع مسئولیت مدنی است، مگر شرط صریح برخلاف آن شده یا شرط ضمنی عرفی (اوضاع و احوال) برخلاف آن دلالت نماید و دلایل این سخن این می‌باشد که اولاً چون با وجود اذن هیچ‌یک از عوامل و منابع مسئولیت مدنی وجود نخواهد داشت (غصب، اتلاف، ضرر و...) ثانیاً با وجود اذن، ید مأذون امانی خواهد بود و (الامین لا یضمن). آنچه موجب عدم الضمان است، رضایت مالک به تصرف است و این با اذن محقق می‌شود، بدون اینکه نیاز به چیز دیگری باشد.

۲. در مورد اینکه چرا در مواردی اذن است ولی ضمان نیز است باید اذعان کرد که در این موارد یا از اول اذن، مقید به ضمان بوده است و یا شرط ضمنی و عرفی وجود داشته، همانند مأخوذ بالسوم.

اذن مطلق نیز به منزله اسقاط همیشگی ضمان ید نیست؛ یعنی این‌گونه نیست که اگر اذن مأذون از جانب اذن دهنده مقید به امر یا اموری نباشد بدین معنی است که مأذون

به هیچ وجه ضامن نمی‌گردد بلکه با دقت شدن در مواد قانونی این مطلب به خوبی فهم می‌شود که حتی اگر اذن هم مطلق باشد، توسط اموری از جمله عرف قید می‌خورد.

### یادداشت‌ها

**واقعۀ حقوقی:** ایجاد تعهد متناسب به اراده شخص نمی‌باشد و به صورت ارادی یا غیرارادی حقی ایجاد می‌شود که شخص خواستار آن نبوده است. واقعۀ حقوقی، ممکن است حادثه‌ای طبیعی باشد یا عملی که از انسانی سر می‌زند. به عنوان مثال شخصی به سمت شکار نشانه می‌رود ولی تیر او اشتباهاً به شیشه منزل شخص دیگر برخورد می‌نماید و یا حیوان خانگی شخصی به اموال همسایه او آسیب وارد می‌نماید و شخص بدون قصد ایجاد تعهد ملزم به جبران خسارت می‌گردد.

**عمل حقوقی:** عمالی هستند که شخص با اراده خویش انجام می‌دهد و قصد ایجاد تعهد را می‌نماید و ایجاد تعهد متناسب به اراده شخص می‌باشد، مثل اینکه شخص اراده می‌نماید که خودرویی را خریداری نماید و ضمن معامله متعهد می‌گردد که مبلغ خودرو را پرداخت نماید. **آخذ بالسوم:** کسی است که کالایی را از مالک آن می‌گیرد تا پس از بررسی و پسندیدن با مالک معامله کند.

### کتاب‌نامه

- ابن منظور، محمد بن مکرم (بی‌تا)، لسان العرب، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دارالصادر.
- ابوسعود، محمد بن محمد (۱۳۸۹)، حاشیه بر شرح ملا مسکین لکنز دقائق، الرياض: مرکز ملک فیصل للبحوث و دراسات الاسلامیة.
- الاحمد نگرى، عبدالنبی (۱۳۹۵)، جامع العلوم فی اصطلاحات الفنون، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ دوم.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ سیزدهم.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۶۸)، المکاسب، قم: مکتبه العلامه.
- بجنوردی، محمدحسن (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیة، قم: انتشارات الهادی.
- بحر العلوم، عزالدین (۱۳۹۳)، بحوث الفقهیة، بیروت: دارالزهرا.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵)، حدائق الناضرة فی احکام العترة الظاهرة، بیروت: دار الأضواء.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (بی‌تا-ب)، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: مشعل آزادی.
- الجوهري، اسماعيل بن حماد (۱۴۰۴)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ سوم.
- حکیم، محسن (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، بیروت: دائرة المعارف للمطبوعات.
- حکیم، محسن (بی‌تا)، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر.
- خوانساری، احمد (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، قم: اسماعیلیان.
- الخوری، سعید، اقرب الموارد فی فصح العربیة و الشوارد (بی‌تا)، بی‌جا: بی‌نا.

- راغب اصفهانی، محمد (۱۴۲۸)، المفردات فی غریب القرآن، بیروت: دارالمعرفة.
- زبیدی، محمد مرتضی (بی تا)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: منشورات دار المکتب الحیاء.
- زمخشری، محمود بن عمر (۱۳۷۲)، اساس البلاغ، مصر: دار المکتب المصریة.
- زیلعی، عثمان بن علی (بی تا)، تبیین الحقائق فی شرح کنز الدقایق، بیروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، چاپ دوم.
- سعادت مصطفوی، سید مصطفی (۱۳۹۲)، جزوه درس قواعد فقه ۳، تهران: دانشگاه امام صادق (علیه السلام).
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- طبرسی، فضل بن حسن (بی تا)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تصحیح و تعلیق سید هاشم رسولی محلاتی، تهران: مکتبه العلمیة الاسلامیة.
- طریحی، فخر الدین بن محمد (بی تا)، مجمع البحرین، نجف: دارالکتب العلمیة.
- طوسی، محمد بن حسن (بی تا)، التبیان فی تفسیر القرآن، مصحح احمد حبیب عاملی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۸)، حاشیه مکاسب، قم: دارالذخائر.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۳)، القواعد الفقهیة، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار علیه السلام.
- فخر المحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۸)، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، قم: مطبعة العلمیة.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (بی تا)، القاموس المحیط، مصر: مکتبه التجاریة الكبرى.
- فیض، علیرضا (۱۳۹۱)، مبادئ فقه و اصول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- قدیری، محمد حسین (۱۴۰۷)، البیع، تقریرات دروس امام خمینی، تهران: وزارة الثقافة و الارشاد الاسلامیة.
- قریشی، علی اکبر (۱۳۶۱)، قاموس قرآن، تهران: دار الکتب الاسلامیة، چاپ سوم.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۲)، حقوق مدنی (ضمان قهری - مسئولیت مدنی)، تهران: نشر دهخدا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰)، ایقاع، تهران: یلدا، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، حقوق مدنی عقود معین، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم.
- کاشف الغطاء، محمدحسین (بی‌تا)، تحریر المجلة، نجف اشرف: انتشارات مطبعة الحیدریة.
- محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۰۸)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، اخراج و تحقیق عبدالحسین محمد علی بقال، قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۲)، قواعد فقه بخش مدنی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ قنونی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سیدحسین و عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۸۹)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت) و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، چاپ اول.
- مراغی حسینی، عبدالفتاح بن علی (بی‌تا)، عناوین الاصول، بی‌جا: بی‌نا.
- مشکینی، علی (۱۳۷۴)، اصطلاحات الاصول، قم: نشر الهادی.
- مشکینی، علی (۱۳۷۷)، مصطلحات الفقه و معظم عناوین الموضوعه، قم: نشر الهادی.
- مقدس اردبیلی (۱۴۱۲)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- موسوعه جمال عبدالناصر (۱۴۱۰)، موسوعه فقه الإسلامی، قاهره: المجلس الأعلى للشؤون الاسلامیة.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۹۲)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دارالمکتبه الاسلامیة.

- هاشمی، سید محمود (بی تا)، کتاب الخمس، قم: مکتب سید محمود هاشمی.
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶)، سؤال و جواب، تهران: مرکز علوم اسلامی.
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸)، العروة الوثقی، تهران: بی نا.