

نشریه علمی فقه، حقوق و علوم جزا
مقاله پژوهشی، سال دهم، شماره ۳۹، بهار ۱۴۰۵، صفحات ۹۵ تا ۱۲۴
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۲/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۲/۰۳

بازاندیشی در ماهیت حق ارتفاق ناشی از اذن: تحلیل انتقادی تعارض ظاهری مواد ۹۷ و ۹۸ قانون مدنی در پرتو رویه قضایی و دکترین

| سیده بنت الهدی شریفی* | دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده الهیات
و معارف اسلامی هدی، قم.
| محمدمهدی حمیدی | دانش آموخته دکترای حقوق خصوصی دانشگاه قم.

چکیده

یکی از چالش‌های شایع در محاکم حقوقی، تفکیک بین «اذن ساده در ارتفاق» و «حق ارتفاق» موضوع مواد ۹۷ و ۹۸ قانون مدنی است. پرسش اساسی این پژوهش آن است که آیا استمرار طولانی مدت اذن مالک (مثلاً عبور بیست‌ساله از ملک غیر) می‌تواند ماهیت این اباحه را به حق عینی و غیرقابل رجوع تبدیل نماید؟ در این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و با رویکردی تطبیقی به منابع فقه امامیه و دکترین حقوقی، ضمن نقد تفاسیر سنتی، به این نتیجه دست یافته‌ایم که اطلاق ماده ۹۸ ق.م.مبنی بر جواز رجوع مالک از اذن، استثنای پذیر نیست. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد هرچند گذشت زمان به خودی خود «حق عینی ارتفاق» ایجاد نمی‌کند و ماده ۹۷ ق.م.منصرف از فرض «اذن معلوم» است، اما اعمال ناگهانی حق رجوع در فرضی که مأذون با اتکال به اذن طولانی، هزینه‌ای متحمل شده یا حق مکتسبی یافته است، ممکن است مشمول قاعده لاضرر و نظریه سوءاستفاده از حق گردد. در نهایت پیشنهاد می‌شود رویه قضایی به جای انکار مطلق حق رجوع، بر الزام مالک به جبران خسارت ناشی از رجوع نابه‌هنگام (اعطای مهلت عادلانه) متمرکز گردد تا تعادل میان قاعده تسلیط و اصل لزوم معاملات حفظ شود.

واژگان کلیدی: اذن، ارتفاق، اذن در ارتفاق، حق ارتفاق.

* نویسنده مسئول: Hjha.sharifi@gmail.com

مقدمه

حقوق اموال و مالکیت، به عنوان یکی از بنیادی‌ترین ارکان حقوق خصوصی، همواره با چالش ایجاد تعادل میان «اختیار مالکانه» و «منافع عمومی یا حقوق مکتسبه اشخاص ثالث» روبرو بوده است. در نظام حقوقی ایران، قاعده فقهی «الناس مسلطون علی اموالهم» (ماده ۳۰ ق.م) چنان سلطه‌ای به مالک اعطا کرده است که هرگونه تحدید آن نیازمند وجود نص قانونی یا قرارداد صریح است. در این میان، مقوله «حق ارتفاق» به عنوان حقی عینی برای مالک ملکی در ملک دیگری، یکی از مهمترین استثنائات وارد بر اطلاق قاعده تسلیط محسوب می‌شود [۱].

با این حال، در روابط روزمره و معاملات عرفی، مرز میان «حق ارتفاق» و «اذن در ارتفاق» (اباحه تصرف) همواره در هاله‌ای از ابهام قرار داشته است. ماده ۹۴ ق.م به صراحت امکان ایجاد حق ارتفاق از طریق قرارداد را مجاز شمرده و ماده ۹۵ نیز حق ارتفاق طبیعی را به رسمیت شناخته است. لیکن پرسش اصلی در جایی مطرح می‌گردد که مالکی صرفاً با یک اجازه شفاهی یا معاطات عملی، به دیگری اجازه عبور یا مجرای آب در ملک خود را برای سالیان متمادی (۵، ۱۰ یا حتی ۲۰ سال) اعطا می‌نماید. پس از گذشت این مدت مدید و با توجه به ایجاد ظاهر تصرف، آیا مالک همچنان محق به رجوع از اذن خود و ممانعت از تصرفات مأذون می‌باشد؟

این پژوهش در صدد پاسخ به همین تعارض ظاهری میان ماده ۹۷ و ۹۸ قانون مدنی است. ماده ۹۷ در نگاه نخست، «تصرف از قدیم» را اماره‌ای بر وجود حق ارتفاق می‌داند و مالک را از ممانعت منع می‌کند. در مقابل، ماده ۹۸ با صراحت کامل مقرر می‌دارد که اگر «اذن» صادر شده باشد، مالک «هر وقت بخواهد» می‌تواند از اذن خود رجوع نماید. مسأله محوری پژوهش حاضر این است که آیا استمرار اذن در بستر زمان، می‌تواند وصف حقوقی این نهاد را از «اباحه محض» به «حق غیرقابل رجوع» تغییر شکل دهد؟

ضرورت پرداختن به این موضوع از دو منظر علمی و قضایی قابل تبیین است:

الف) ضرورت علمی: با وجود تحلیل‌های ارزشمند اساتید حقوق در کتب مرجع اموال [۲]، اغلب صرفاً به ذکر تفاوت مفهومی اذن و حق بسنده شده و کمتر به لایه‌های پنهان استمرار اذن و تأثیر «گذر زمان» بر حق رجوع مالک پرداخته شده است. این پژوهش در صدد پر کردن این خلأ نظری با تکیه بر نظریه «انتظار مشروع» و «استیفای ناروا» است.

ب) ضرورت قضایی: در رویه عملی محاکم دادگستری، خصوصاً در دعاوی مربوط به اراضی کشاورزی، روستاها و مجتمع‌های مسکونی قدیمی، یکی از پرشمارترین پرونده‌ها مربوط به دعاوی «رفع ممانعت از حق ارتفاق» یا «ممانعت از حق» است. قضات در مواجهه با دفاع مالک مبنی بر «اذن محض» از یک سو و ادعای خواهان مبنی بر «حق مکتسبه ناشی از تصرف طویل‌المده» از سوی دیگر، با دشواری استدلال حقوقی روبرو هستند. بررسی تحلیلی این دو ماده می‌تواند معیار دقیق‌تری برای وصف حقوقی دعوا در اختیار رویه قضایی قرار دهد:

این مقاله در پی پاسخگویی به سؤالات زیر است:

۱. قلمروی حاکمیت ماده ۹۷ قانون مدنی (اماره تصرف) نسبت به ماده ۹۸ (رجوع از اذن) تا کجاست؟

۲. چه معیارهایی برای تشخیص «اذن» از «قرارداد حق ارتفاق» در فرض فقدان سند کتبی وجود دارد؟
 ۳. در فرضی که اذن احراز گردد، آیا قاعده لاضرر یا دارا شدن غیرعادلانه می‌تواند اعمال حق رجوع فوری مالک را مقید به جبران خسارت یا اعطای مهلت نماید؟
 فرضیه اساسی این نوشتار آن است که اطلاق ماده ۹۸ در مقام بیان جواز رجوع از اذن است، نه در مقام بیان نفی ضمانت اجرای مدنی. بدین معنا که هرچند مالک حق رجوع دارد، لیکن در فرضی که مأذون با اتکای به اذن طولانی دچار غبن و ضرر گردد، می‌توان با استناد به ماده ۳۹ قانون مدنی (حسن نیت) و قاعده اقدام، مالک را ملزم به تأدیه خسارت یا استیفای ناروا نمود. این رویکرد ضمن حفظ حرمت مالکیت، از بلاجهت ماندن دارایی استفاده‌کننده نیز جلوگیری می‌کند.

مبحث اول: مبانی نظری و مفاهیم

این مبحث به تبیین چهار مفهوم بنیادین «اذن»، «ارتفاق»، «اذن در ارتفاق» و «حق ارتفاق» می‌پردازد که درکی صحیح از آنها، پیش‌شرط ضروری برای تحلیل تعارض ظاهری مواد ۹۷ و ۹۸ قانون مدنی و ورود به مباحث استدلالی فصول آتی است. ترتیب منطقی ارائه از مفهوم ساده‌تر (اذن) به مفهوم پیچیده‌تر (حق ارتفاق) تنظیم شده است.

گفتار اول: اذن

«اذن» در لغت عربی (إِذْنٌ با فتح همزه و سکون ذال) به معنای اجازه دادن، رخصت و اعلام جواز است و در فارسی نیز به معنای اجازه و رخصت انجام کاری از سوی دیگری به کار می‌رود [۳]. در اصطلاح حقوقی، اذن عملی حقوقی یک‌جانبه (ایقاع) به شمار می‌رود که به موجب آن، مالک یا قائم‌مقام قانونی او به دیگری (مأذون) رخصت تصرف در مال خود را اعطا می‌کند [۴]. این نهاد از دیرباز در فقه امامیه با عنوان «رخصت در تصرف» شناخته شده و در زمره عقود اذنیه (مانند ودیعه و عاریه) طبقه‌بندی می‌گردد که در آنها اصل بر جواز رجوع اذن است [۵].
 برای فهم دقیق ماهیت حقوقی اذن، تفکیک آن از مفاهیم مشابه ضروری است. اذن برخلاف «اجازه» که پس از تصرف صادر می‌شود و به عمل حقوقی سابق، اعتبار و نفوذ می‌بخشد، پیش از تصرف اعلام می‌گردد و صرفاً اباحه تصرف (رفع حرمت) را در پی دارد [۶]. همچنین تمایز آن با «وکالت» در این است که وکالت عقدی است که با توافق اراده موکل و وکیل منعقد می‌شود و حقوق و تعهدات متقابل ایجاد می‌کند، حال آنکه اذن یک ایقاع است و صرفاً به اراده اذن تحقق می‌یابد، بدون آنکه نیازمند قبولی از سوی مأذون باشد [۷]. تفاوت دیگر آن با «رضا» نیز در این است که رضا امری باطنی و نفسانی است که از طریق اذن یا اجازه ابراز می‌شود و خود مستقلاً یک عمل حقوقی محسوب نمی‌گردد [۸].

در فقه امامیه، ارکان سه‌گانه اذن عبارت است از: اذن (اذن‌دهنده)، مأذون و مأذون‌فیه. هر یک از این ارکان شرایطی دارد که فقدان آنها موجب بی‌اعتباری اذن می‌گردد. اذن باید مالک یا قائم‌مقام مالک (مانند ولی یا وکیل) بوده و واجد اهلیت تصرف شامل عقل، بلوغ، رشد و عدم حجر (محجور نبودن به سبب ورشکستگی یا سفه) باشد [۹]. همچنین اذن باید در اذن دادن مختار (نه مکره) بوده و نسبت به

مورد اذن، صاحب حق باشد؛ برای مثال، اذن متولی وقف در استفاده از موقوفه، باید در قلمرو مفاد وقف صادر شود [۱۰]. مأذون نیز باید به لحاظ شرعی و قانونی صلاحیت انجام فعل مورد اذن را داشته باشد. برای نمونه، تصرفات عقدی (مانند خرید و فروش) نیازمند آن است که مأذون بالغ و عاقل باشد و در تصرفات از نوع اتلاف (مانند خوردن و آشامیدن)، اثر اذن صرفاً رفع ضمان است [۱۱]. مأذون فیه نیز باید از نظر شرع، قابل اباحه باشد و متعلق حق دیگری نباشد؛ بنابراین، اذن مالک به تصرف در مال رهنی یا اذن به قتل نفس، باطل و بی‌اثر است [۱۲].

اذن به اعتبار کیفیت تحقق، به سه قسم تقسیم می‌شود: نخست، اذن صریح که مستقیماً از لفظ یا نوشته به دلالت مطابقی (مانند گفتن «به تو اذن دادم») یا تضمینی (مانند دعوت میزبان از میهمان به صرف غذا که متضمن اذن در خوردن هر نوع غذای موجود است) فهمیده می‌شود [۱۳]. دوم، اذن فحوا که از دلالت التزامی عقلی، عرفی یا عادی لفظ استنباط می‌گردد؛ مانند اذن در خوردن میوه از درخت که به طور عادی مستلزم چیدن آن نیز می‌باشد، یا اذن به شرکت در مجلس عزّا که در عرف، ملازم با همراه آوردن کودک است [۱۴]. سوم، اذن به شاهد حال که از قرائن حالیه مانند دوستی، خویشاوندی یا سکوتی که عرفاً دلالت بر رضایت دارد، استنباط می‌شود و نیازمند لفظ صریح نیست [۱۵]. این تقسیم‌بندی در تحلیل پرونده‌های مربوط به اذن طولانی‌مدت اهمیت ویژه‌ای دارد، زیرا غالباً در این دعاوی، اذن به صورت شفاهی یا از طریق شاهد حال (رفتار مالک در طول سالیان) احراز می‌گردد.

آثار اذن از دو بُعد تکلیفی و وضعی قابل بررسی است. از حیث تکلیفی، تصرف در مال دیگری بدون اذن او حرام است و اثر اذن، رفع این حرمت می‌باشد [۱۶]. از حیث وضعی، اثر عمده، بحث ضمان است. در فرضی که اذن مقید به ضمان باشد (مانند اذن به استراحت در باغ در برابر پرداخت وجه)، ضمان‌آور است و اگر مقید به عدم ضمان باشد (مانند اذن به غذای رایگان)، ضمانی در کار نیست. در صورت اطلاق اذن و فقدان قرینه بر ضمان یا عدم آن، اختلاف نظر وجود دارد: برخی فقها به استناد ادله ضمان، حکم به ثبوت آن کرده‌اند، اما دیدگاه مشهور آن است که اذن رایگان و بلاعوض، ضمان‌آور نیست [۱۷]. اثر وضعی دیگر اذن، امکان ایجاد مالکیت یا حق اختصاص است؛ مانند اذن در تملک اموال نثارشده در مجالس عروسی (تملک عین) یا اذن به سکونت در خانه (تملک منفعت) [۱۸].

مهم‌ترین نکته مرتبط با موضوع پژوهش حاضر آن است که اذن یک عمل حقوقی ضعیف و فاقد نیروی الزام‌آور عقد لازم است. به دلیل فقدان تراضی کامل و تعهد متقابل، اذن هیچ‌گاه ملزم به بقای اذن نیست و می‌تواند در هر زمان از آن رجوع کند، مگر آنکه مانع قانونی یا شرعی (مانند حرمت نبش قبر پس از دفن میت با اذن مالک) در میان باشد [۱۹]. ماده ۹۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر مالک کسی را اذن داده باشد که از ملک او چیزی برد یا از آن چیزی به دست آورد، می‌تواند هر وقت بخواهد از اذن خود رجوع کند»، دقیقاً در مقام بیان همین اصل بنیادین (اصالة الجواز) است [۲۰]. این حکم قانونی بدین معناست که قانونگذار برای اذن ساده، بقا و دوامی قائل نشده و آن را تابع اراده آزاد آذن قرار داده است.

گفتار دوم: ارتفاق

واژه «ارتفاق» از ریشه ثلاثی «رفق» در زبان عربی مشتق شده که به معنای سود بردن، آسایش، نفع و بهره‌مندی از چیزی است [۲۱]. در اصطلاح حقوقی، این مفهوم با وضعیتی پیوند خورده که در آن، ملکی (ملک مسلط) برای بهره‌برداری کامل‌تر، از ملک دیگری (ملک خادم) استفاده می‌کند [۲۲]. ماده ۹۳ قانون مدنی با این عبارت: «ارتفاق حقی است برای ملک کسی در ملک دیگری»، تعریفی عام از این نهاد ارائه داده است که هم «حق ارتفاق» و هم «اذن در ارتفاق» را در بر می‌گیرد.

باید توجه داشت که ارتفاق، مفهوم عام و جنسی است و رابطه میان دو ملک را توصیف می‌کند. وجه مشترک تمام مصادیق ارتفاق این است که یک ملک (خادم) منفعتی را به ملک دیگر (مسلط) می‌رساند و این رابطه لزوماً ناشی از یک منشأ واحد نیست، بلکه می‌تواند منشأ قراردادی (ماده ۹۴)، قانونی یا طبیعی (ماده ۹۵) داشته باشد و یا حتی ناشی از اذن و تسامح مالک باشد [۲۳]. در واقع، واژه «ارتفاق» در قانون مدنی ایران در دو معنا به کار رفته است: یکی به معنای مطلق رابطه انتفاعی میان دو ملک (معنای عام) و دیگری به معنای خصوص حق ارتفاق که یکی از مصادیق بارز این مفهوم عام است.

در فقه امامیه، اگرچه اصطلاح دقیق «حق ارتفاق» با مفهوم امروزی آن به کار نرفته، اما نهادهای فقهی متعددی وجود دارند که همگی از مصادیق ارتفاق به شمار می‌روند. از جمله می‌توان به حق شرب (حق استفاده از آب برای آشامیدن و زراعت)، حق مسیل (حق عبور آب از ملک غیر)، حق مجرا (حق احداث و نگهداری کانال یا لوله در ملک غیر)، حق مرور (حق عبور پیاده یا سواره از ملک غیر)، حق جوار (حق همسایگی و حقوق مرتبط با آن) و حق حریم (حریم چاه، قنات و املاک) اشاره کرد [۲۴]. این حقوق در ابواب مختلف فقهی از جمله کتاب احیاء موات، کتاب شفعه و کتاب صلح مطرح شده و مبنای اقتباس قانون مدنی در مواد ۹۴ به بعد را تشکیل می‌دهند [۲۵].

گفتار سوم: اذن در ارتفاق

«اذن در ارتفاق» یا «إباحة انتفاع»، وضعیت حقوقی ویژه‌ای است که در آن، مالک ملک خادم با یک عمل حقوقی ساده (اذن)، به شخص معینی (مالک ملک مسلط یا هر شخص دیگر) اجازه می‌دهد تا برای مدتی، از ملک وی برای مقاصدی چون عبور، مجرای آب، نصب ناودان یا سایر جهات ارتفافی استفاده کند [۲۶]. عنصر اساسی در این نهاد، «شخصی بودن» رابطه حقوقی است: برخلاف حق ارتفاق که ارتباط مستقیم با ملک دارد، در اذن در ارتفاق، رابطه مستقیماً میان مالک (آذن) و استفاده‌کننده (مأذون) برقرار می‌شود و تابع اراده آذن است [۲۷].

ماهیت حقوقی اذن در ارتفاق، آن را کاملاً از حق ارتفاق متمایز می‌کند. در این نهاد، مأذون حقی عینی بر ملک خادم پیدا نمی‌کند، بلکه صرفاً از اباحه تصرف و رفع مانع قانونی برخوردار می‌شود [۲۸]. این اذن، فاقد ویژگی‌های اساسی حق ارتفاق از جمله «دوام»، «قابلیت تعقیب» و «عدم قابلیت اسقاط یک‌جانبه» است. به همین دلیل، با فوت یا حجر آذن، انتقال ملک خادم به دیگری یا حتی اراده یک‌جانبه آذن به رجوع، رابطه اذن مرتفع می‌گردد [۲۹].

ماده ۹۸ قانون مدنی با این حکم که مالک «هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند»، به وضوح بر ماهیت مترزل و غیرالزامی «اذن در ارتفاق» صحه گذاشته است. این ماده در واقع بدین معناست که

قانونگذار برای اذن ساده، هیچ‌گاه ارزش و اعتبار یک عقد لازم را قائل نشده و اذن را متعهد به استمرار اذن نمی‌داند [۳۰]. با این حال، نکته دقیق و قابل تأمل که موضوع اصلی این پژوهش است، آن است که آیا این جواز رجوع، مطلق و نامحدود است و مالک را از هرگونه مسئولیت مدنی ناشی از رجوع (به‌ویژه رجوع ناگهانی و متضررانه) مبرا می‌کند؟ پاسخ به این سوال مستلزم بررسی دقیق مبانی فقهی (قاعده لاضرر، اصل اقدام) و نهادهای حقوقی (سوءاستفاده از حق، دارا شدن غیرعادلانه) است که در مباحث سوم و چهارم به تفصیل تحلیل خواهد شد.

باید توجه داشت که تمیز «اذن در ارتفاق» از «حق ارتفاق» در مقام دادرسی، امری کلیدی و سرنوشت‌ساز است. در بسیاری از پرونده‌های مطروحه در محاکم، طرفین به اشتباه، اذن طولانی‌مدت را معادل حق ارتفاق تلقی کرده و انتظار حمایت قانونی مشابهی دارند. حال آنکه در نظام حقوقی ایران، این دو نهاد از حیث آثار و احکام، کاملاً متفاوتند و تشخیص مصداق، نیازمند توجه قاضی به ارکان، شرایط و قرائن هر یک است [۳۱].

گفتار چهارم: حق ارتفاق

حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران، یک «حق عینی تبعی (Droit Réel Accessoire)» است که به موجب آن، مالک یک ملک (ملک مسلط) می‌تواند برای استیفای کامل‌تر منافع ملک خود، از ملک دیگری (ملک خادم) به نحو معین و محدودی استفاده کند [۳۲]. این نهاد حقوقی که از حقوق فرانسه اقتباس شده و ریشه‌های آن در فقه امامیه نیز قابل ردیابی است، در مواد ۹۳ تا ۱۰۸ قانون مدنی به تفصیل تشریح شده و مصادیق، اسباب ایجاد، احکام و طرق زوال آن بیان گردیده است [۳۳].

ویژگی‌های اساسی حق ارتفاق که آن را از «اذن در ارتفاق» متمایز می‌کند، عبارتند از: اول؛ عینی بودن: حق ارتفاق مستقیماً به ملک تعلق دارد، نه به شخص مالک. به همین دلیل، با انتقال ملک مسلط به دیگری، حق ارتفاق نیز به عنوان یکی از متعلقات آن به منتقل‌الیه منتقل می‌شود. این ویژگی که در حقوق «حق تعقیب (Droit de Suite)» نامیده می‌شود، نشان‌دهنده استحکام و دوام این حق است و در ماده ۵۵ قانون مدنی نیز تصریح شده است [۳۴].

دوم؛ تبعی بودن: وجود و بقای حق ارتفاق کاملاً وابسته به وجود ملک مسلط است. بدون ملک مسلط، حق ارتفاق موضوعیت خود را از دست می‌دهد و قابل تصور نیست [۳۵].

سوم؛ دوام و استمرار: حق ارتفاق حقی دائمی است و تا زمانی که ملک مسلط برپاست یا یکی از اسباب قانونی زوال (مانند تلف ملک خادم یا عدم امکان انتفاع) واقع نشود، باقی می‌ماند. رجوع یک‌جانبه مالک ملک خادم، تأثیری در بقای آن ندارد [۳۶].

قانون مدنی اسباب ایجاد حق ارتفاق را به سه دسته تقسیم کرده است:

اول؛ قرارداد (ماده ۹۴): بارزترین و شایع‌ترین سبب ایجاد حق ارتفاق، تراضی صریح یا ضمنی مالکین دو ملک است. قرارداد حق ارتفاق، یک عقد لازم است که طرفین را متعهد به رعایت مفاد آن می‌کند [۳۷].

دوم؛ حکم قانون یا وضع طبیعی (ماده ۹۵): گاهی قانون مستقیماً حق ارتفافی را برقرار می‌کند یا وضع طبیعی املاک به گونه‌ای است که قانون آن را به رسمیت می‌شناسد؛ مانند حق ارتفاق ناشی از وضع طبیعی در اراضی پست و بلند (ماده ۹۶) [۳۸].

سوم؛ اماره قانونی (ماده ۹۷): در فرضی که سبب ایجاد حق ارتفاق مجهول باشد و نتوان منشأ آن را احراز کرد، قانونگذار با وضع یک اماره قانونی، «تصرف از قدیم» را اماره‌ای بر وجود یک حق ارتفاق صحیح در گذشته تلقی می‌کند و مالک را از ممانعت منع می‌نماید [۳۹]. تحلیل دقیق ماده ۹۷ و تمایز قلمروی آن با ماده ۹۸، موضوع تفصیلی گفتار چهارم از مبحث دوم خواهد بود.

نکته اساسی در جمع‌بندی مفاهیم مبحث اول آن است که «اذن در ارتفاق» و «حق ارتفاق» دو نهاد حقوقی کاملاً متمایزند. اولی ایقاعی شخصی، ضعیف و قابل رجوع است و دومی حقی عینی، تبعی، دائمی و غیرقابل رجوع یک‌جانبه. هرگونه خلط میان این دو مفهوم، منشأ صدور آرای متعارض در محاکم می‌گردد. بنابراین، نخستین گام در حل تعارض ظاهری مواد ۹۷ و ۹۸، تشخیص صحیح مصداق و تعیین اینکه آیا رابطه حقوقی موجود، مصداق «اذن در ارتفاق» است یا «حق ارتفاق»، می‌باشد.

مبحث دوم: واکاوی ماهیت و قلمروی اذن و حق ارتفاق؛ تفکیک قلمروی مواد ۹۷ و ۹۸ قانون مدنی در پرتو رویه قضایی و دکترین

پس از تبیین مفاهیم بنیادین در مبحث نخست، این مبحث به تحلیل ماهوی «حق ارتفاق» و «اذن»، تمایز قلمروی مواد ۹۷ و ۹۸، و بررسی انتقادی رویه قضایی اختصاص دارد. هدف آن است که نشان داده شود تعارض میان این دو ماده، ظاهری و ناشی از خلط مبحث است و این دو، احکامی طولی و مکمل یکدیگرند، نه متعارض.

گفتار اول: تحلیل ماهیت حق ارتفاق (حق عینی تبعی)

حق ارتفاق در نظام حقوقی ایران، ذیل عنوان «حقوق عینی تبعی» (Droits Réels Accessoires) طبقه‌بندی می‌شود [۴۰]. مطابق تعریف پذیرفته‌شده در دکترین، حق ارتفاق حقی است که به موجب آن، مالک یک ملک (ملک مسلط) می‌تواند به منظور انتفاع کامل‌تر از ملک خود، از ملک دیگری (ملک خادم) به نحو معینی استفاده نماید [۴۱]. قانون مدنی ایران در مواد ۹۳ به بعد، این نهاد را عمدتاً از حقوق فرانسه اقتباس نموده، هرچند ریشه‌های فقهی آن در مباحثی چون حق شرب، حق مسیل، حق مجرا و حریم املاک قابل ردیابی است [۴۲]. برای درک دقیق ماهیت حق ارتفاق، باید آن را در تقابل با «اذن در ارتفاق» سنجید. وجه ممیزه اساسی این دو نهاد در عناصر زیر خلاصه می‌شود:

اول؛ دوام و استمرار. حق ارتفاق حقی است عینی که به ملک تعلق می‌گیرد و با تغییر مالکین دو ملک، این حق همچنان پابرجاست (ماده ۵۵ ق.م). این خاصیت تعقیب (Droit de Suite) نشان‌دهنده استحکام و ثبات این حق است. به بیان دیگر، حق ارتفاق همچون زنجیری است که دو ملک را به یکدیگر پیوند می‌دهد و این پیوند، فارغ از هویت مالکین، استمرار دارد. در مقابل، اذن در ارتفاق، رابطه‌ای شخصی میان مالک و مأذون ایجاد می‌کند. این رابطه مانند رشته نخ است که به دست آذن

بسته شده و با فوت، حجر مالک، یا انتقال ملک به غیر، این رشته پاره می‌شود و رابطه مرتفع می‌گردد [۴۳].

دوم؛ قابلیت اسقاط یک‌جانبه. ماهیت حق ارتفاق، خواه ناشی از قرارداد (ماده ۹۴) و خواه ناشی از وضع طبیعی (ماده ۹۵)، ایجاد «التزام» برای مالک ملک خادم است. این التزام بدان معناست که مالک نمی‌تواند به اراده خود، آن را سلب کند. ماده ۹۸ ق.م.دقیقاً در مقام بیان «نفی این التزام» در فرض وجود اذن ساده است [۴۴]. به عبارت دیگر، در اذن ساده، مالک هیچگاه اراده خود را مقید به عدم رجوع نکرده و به همین دلیل، التزامی برای او ایجاد نشده است. این تفاوت ظریف، ریشه در «اراده باطنی» طرفین دارد: در عقد حق ارتفاق، مالک قصد ایجاد یک رابطه دائمی را دارد، حال آنکه در اذن، او صرفاً «رخصت» می‌دهد، بی‌آنکه خود را مقید سازد [۴۵].

سوم؛ تبعی بودن. حق ارتفاق حقی تبعی است؛ یعنی وجود و بقای آن وابسته به وجود ملک مسلط است. این حق به تبع ملک ایجاد می‌شود و با آن منتقل می‌گردد و بدون ملک مسلط، موضوعیت خود را از دست می‌دهد. در مقابل، اذن در ارتفاق، رابطه تبعی نیست، بلکه یک رابطه مستقل شخصی است که صرفاً میان اذن و مأذون وجود دارد [۴۶].

چهارم؛ قابلیت نقل و انتقال. حق ارتفاق چون عینی است، قابل نقل و انتقال به همراه ملک مسلط می‌باشد و حتی در برخی موارد، امکان واگذاری آن به غیر به طور مستقل نیز وجود دارد. اما اذن در ارتفاق، چون شخصی است، اصولاً قابل انتقال به غیر نیست، مگر آنکه اذن به نحو عام صادر شده باشد یا انتقال آن صراحتاً تجویز شده باشد [۴۷].

نتیجه این تحلیل آن است که حق ارتفاق یک «حق عینی تبعی» با ویژگی‌های خاص خود است و هرگز نمی‌تواند با «اذن در ارتفاق» که یک «رابطه شخصی ضعیف» است، خلط شود.

گفتار دوم: تحلیل فقهی-حقوقی ماهیت «اذن» (اباحه محض)

در ادبیات حقوقی، اذن (License) عملی حقوقی یک‌جانبه است که صرفاً موجب «اباحه تصرف» (Permissive Act) می‌گردد، نه ایجاد تعهد [۴۸]. دکتر جعفری لنگرودی در دایرةالمعارف حقوق مدنی، اذن را از مقوله «رخصت» دانسته و آن را در مقابل «حق» قرار می‌دهند. به بیان ایشان، در رخصت، شخص مجاز به انجام عملی می‌شود، بدون آنکه بتواند دیگران را از آن عمل منع کند. اما در حق، شخص علاوه بر جواز انجام عمل، می‌تواند از تصرفات مزاحم دیگران نیز ممانعت به عمل آورد [۴۹]. این تفکیک ریشه در مبانی فقهی دارد: در فقه امامیه، اذن از عقود اذنیه محسوب می‌شود (مانند ودیعه و عاریه) که در آنها، اصل بر «جواز رجوع» است، مگر آنکه اذن در ضمن عقد لازم شرط شده باشد [۵۰].

نکته کلیدی که در این پژوهش بر آن تأکید می‌شود، تمایز میان «انشاء» و «اخبار» است. اذن به اعتبار اینکه «انشای ضعیف» است، فاقد آن نیروی الزام‌آوری است که در عقود لازم (مانند بیع و اجاره) و حتی برخی ایقاعات معین وجود دارد. انشای ضعیف بدین معناست که اذن صرفاً اراده خود را بر «مباح بودن» تصرف اعلام می‌دارد، بدون آنکه قصد ایجاد یک رابطه حقوقی الزام‌آور را داشته باشد [۵۱]. به

همین دلیل است که ماده ۹۸ ق.م. از لفظ «هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند» استفاده کرده است. این اطلاق، گویای آن است که قانونگذار برای اذن، نیروی الزام‌آور عقد لازم را قائل نشده است. برای فهم عمیق‌تر این تمایز، باید به «قلمروی اراده» در دو نهاد توجه کرد. در عقد، اراده‌های متقابل دو طرف به هم می‌پیوندند و یک «توافق الزام‌آور» می‌سازند. اما در اذن، تنها اراده‌آذن مطرح است و این اراده صرفاً «رافع مانع» است، نه «موجد الزام». به همین جهت، همان‌گونه که آذن به اراده‌ی خود مانع را برداشته، به اراده‌ی خود می‌تواند آن را بازگرداند [۵۲]. به تعبیر دکتر کاتوزیان، «آذن‌دهنده هیچ‌گاه متعهد نمی‌شود که از حق رجوع خود صرف‌نظر کند. او فقط تحمل می‌کند که دیگری از ملکش استفاده کند» [۵۳].

این تحلیل نشان می‌دهد که «آذن در ارتفاق»، هرچند برای دهه‌ها ادامه یابد، ماهیتاً یک «اباحه محض» است و گذر زمان به خودی خود نمی‌تواند آن را به «حق عینی» تبدیل کند. با این حال، چنانکه در مباحث بعدی تبیین خواهد شد، این حکم به معنای رهایی مطلق مالک از هرگونه مسئولیت مدنی نیست.

گفتار سوم: تبیین تمایز قلمروی ماده ۹۷ (اماره تصرف) و ماده ۹۸ (اذن صریح)

یکی از ظریف‌ترین بخش‌های بحث، تفکیک قلمروی ماده ۹۷ از ماده ۹۸ است. اشتباه رایج در محاکم آن است که گمان می‌شود این دو ماده، دو حکم متفاوت برای یک موضوع واحد (استمرار تصرف) هستند و لذا با هم در تعارضند. این در حالی است که موضوع این دو ماده کاملاً متفاوت است و آنها را باید در «طول» یکدیگر دید، نه در «عرض» هم [۵۴].

۱. ماده ۹۷ ق.م. ناظر بر «جهل به سبب» است. مقنن در این ماده فرضی را بیان می‌کند که سابقه تصرف روشن نیست و طرفین و دادگاه نمی‌دانند که منشأ این مجرا یا حق عبور چه بوده است. در این وضعیت ابهام، قانونگذار برای جلوگیری از هرج‌ومرج و بهم‌خوردن نظم عمومی، «اماره قانونی» بر وجود یک حق ارتفاق صحیح در گذشته وضع کرده است. قانونگذار می‌گوید: چون این مجرا «از قدیم» بوده و کسی علت آن را نمی‌داند، «فرض می‌کنیم» حق ارتفافی در کار بوده است. این اماره از جنس «امارات قانونی» موضوع ماده ۱۳۲۱ ق.م. است و تا زمانی معتبر است که خلاف آن ثابت نشود [۵۵].

۲. ماده ۹۸ ق.م. ناظر بر «علم به سبب» است. در این فرض، هر دو طرف (مالک و مأذون) و دادگاه «می‌دانند» که منشأ تصرف، «آذن» مالک قبلی یا فعلی بوده است. در اینجا دیگر جایی برای «اماره» باقی نمی‌ماند، زیرا طبق قاعده مسلم «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر»، اماره در جایی حاکم است که دلیل وجود نداشته باشد. وقتی دلیل وجود دارد (که همان اقرار به اذن یا احراز آن از طریق ادله اثباتی است)، باید بر اساس مفاد آن دلیل عمل کرد و مفاد اذن - چنانکه در گفتار پیشین تبیین شد - همان «جواز رجوع» است [۵۶].

مثال توضیحی: دو همسایه را تصور کنید که از ۲۰ سال پیش، یکی از کوچه‌ای عبور می‌کرده که در ملک دیگری واقع شده است.

حالت اول (مشمول ماده ۹۷): هیچ‌یک از طرفین و همسایگان نمی‌دانند این عبور از چه زمانی و با چه مجوزی آغاز شده. مالک فعلی مدعی است که این تصرف غیرمجاز است و همسایه می‌گوید حق

عبور دارم. در اینجا، چون «سبب» مجهول است، ماده ۹۷ به کمک می‌آید و «قدمت تصرف» را اماره بر وجود حق ارتفاق می‌داند و مالک نمی‌تواند مانع شود.

حالت دوم (مشمول ماده ۹۸): همسایه استفاده‌کننده اقرار می‌کند که «۲۰ سال پیش، مالک قبلی از روی لطف و دوستی اجازه داد از اینجا عبور کنم» یا مالک فعلی ثابت می‌کند که پدرش به همسایه اذن داده بوده است. در این فرض، «سبب» معلوم می‌شود (اذن) و بلافاصله اماره ماده ۹۷ از درجه اعتبار ساقط می‌شود و ماده ۹۸ به میدان می‌آید که نتیجه آن، جواز رجوع مالک است [۵۷].

در حقیقت رابطه این دو ماده «طولانی» است نه «عرضی». ماده ۹۷ یک «قاعده» نیست، بلکه یک «اماره» است، و اماره تا زمانی باقی است که دلیل مخالف نباشد. هنگامی که دلیل مخالف (احراز اذن) ظاهر شود، اماره ساقط می‌شود و حکم اصلی (ماده ۹۸) اجرا می‌گردد.

نتیجه‌گیری از گفتار سوم: بر اساس آنچه در مفهوم‌شناسی آمد، اذن صرف، موجب حق نیست. بنابراین، استمرار آن در طول ۲۰ سال، ماهیت آن را از «اباحه» به «حق عینی» تغییر نمی‌دهد. محل بحث در این پژوهش صرفاً فرض «معلوم بودن اذن» است، و در این فرض، ماده ۹۸ حکومت دارد و ماده ۹۷ منصرف است [۵۸].

گفتار چهارم: تحلیل ماده ۹۷ ق.م.د.ر آینه رویه قضایی و دکترین (کالبدشکافی اماره تصرف و رأی وحدت رویه ۱۳۳۷)

پس از تبیین مفهوم اذن و حق ارتفاق و تمایز قلمروی مواد ۹۷ و ۹۸، ضروری است قلمروی ماده ۹۷ قانون مدنی به طور دقیق در بوته نقد قضایی قرار گیرد. این ماده یکی از بحث‌برانگیزترین مواد در دعاوی مربوط به ارتفاق است و منشأ بسیاری از آرای متعارض در محاکم بوده است.

الف) مبنای فقهی و حقوقی ماده ۹۷ ق.م.د.ر؛ اماره یا قاعده ماهوی؟

ماده ۹۷ ق.م.د.ر مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی از قدیم در خانه یا ملک دیگری مجرای آب به ملک خود یا حق مرور داشته، صاحب خانه یا ملک نمی‌تواند مانع آب بردن یا عبور او از ملک خود شود و همچنین است سایر حقوق از قبیل حق داشتن در و شبکه و ناودان و حق شرب و غیره.»

درک صحیح این ماده مستلزم تفکیک میان دو فرض کاملاً متمایز است: «سبب مجهول» و «سبب معلوم». ماده ۹۷ ناظر به فرضی است که منشأ تصرف مشخص نیست و طرفین (و دادگاه) از علت ایجاد مجرا یا حق عبور بی‌اطلاع هستند. در چنین وضعیتی، قانونگذار با الهام از قاعده فقهی «القدیم یتروک علی قدمه» (که در ماده ۶ مجله الاحکام العدلیه نیز منعکس شده است)، «قدمت تصرف» را اماره قانونی بر وجود یک حق ارتفاق صحیح در گذشته قرار داده است [۵۹]. این قاعده که از قواعد مهم در فقه اسلامی است، بر این منطق استوار است که ظاهر حال و تداوم وضعیت موجود، کاشف از وجود یک حق صحیح در گذشته است، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.

دکتر ناصر کاتوزیان در این خصوص تصریح می‌نماید: «ماده ۹۷ فرضی را بیان می‌کند که سبب حق ارتفاق مجهول است و تصرف طولانی مدت را اماره بر وجود چنین حقی می‌داند، فارغ از اینکه سبب حق چه چیزی باشد. در این ماده، قانونگذار به جای اینکه به جستجوی سبب حق ارتفاق بپردازد، به

نتیجه نگاه می‌کند و از وجود نتیجه (استمرار تصرف) پی به وجود سبب (حق ارتفاق) می‌برد» [۶۰]. بنابراین، برخلاف تصور رایج، ماده ۹۷ یک حکم ماهوی ایجادکننده حق نیست، بلکه یک «اماره قانونی قابل رد» (اماره قانونی نسبی) است. به محض اینکه در دادرسی ثابت شود منشأ تصرف، «اذن ساده مالک» بوده است (مثلاً با اقرار مأذون یا ارائه سند عادی یا شهادت شهود)، این اماره از درجه اعتبار ساقط می‌گردد و فرض به دایره شمول ماده ۹۸ بازمی‌گردد [۶۱].

باید توجه داشت که مبنای فقهی این اماره، «استصحاب» نیز نیست، زیرا استصحاب در جایی جاری است که حالت سابق معلوم باشد، در حالی که در فرض ماده ۹۷، حالت سابق مجهول است. این اماره بیشتر به «اماره ید» نزدیک است که در آن، تصرف فعلی، کاشف از مالکیت سابق است [۶۲].

ب) تحلیل رأی وحدت رویه تاریخی دیوان عالی کشور (مورخ ۱۳۳۷/۰۵/۰۱)

مهم‌ترین سند در تاریخ رویه قضایی ایران که مرز میان ماده ۹۷ و ۹۸ را ترسیم نموده، رأی وحدت رویه شماره ... مورخ اول مرداد ماه ۱۳۳۷ دیوان عالی کشور است. تحلیل این رأی برای درک رویکرد نظام قضایی نسبت به «اذن طولانی‌مدت» حیاتی است [۶۳].

خلاصه جریان پرونده: خواهان (مالک یک باب خانه) به طرفیت خواندگان (ساکنین یک کوچه بن‌بست) اقامه دعوا نموده و خواستار انسداد درب باز شده به ملک خود و اعلام بی‌حقی خواندگان در عبور و مرور شده بود. خواندگان در مقام دفاع، به «وجود حق حریم و حق عبور و مرور از قدیم» استناد می‌کردند. نظر دیوان عالی کشور: دیوان پس از بررسی اوراق پرونده و نقض رأی دادگاه استان که به نفع خواندگان صادر شده بود، چنین استدلال نمود:

اول؛ «حق ارتفاق و حریم از حقوق عینی و قائم به ملک است و بر شخص معینی تحمیل نمی‌شود.» دیوان در این عبارت، ماهیت عینی حق ارتفاق را گوشزد کرده است.

دوم؛ «چون خواهان بنا به حکم ماده ۹۸ قانون مدنی هر وقت که بخواهد می‌تواند از اذن خود در این مورد رجوع کند، لذا دلیلی بر بقای حق ارتفاق خواندگان وجود ندارد و خواندگان محکوم می‌شوند که درب موجود در ملک خواهان را مسدود کنند» [۶۴].

نتایج استنباطی از رأی:

اولاً، دیوان عالی کشور به صراحت تفکیک میان «اذن» (که شخصی و قابل رجوع است) و «حق ارتفاق» (که عینی و قائم به ملک است) را به رسمیت شناخته و این دو مفهوم را در دو وادی متفاوت نشانده است.

ثانیاً، استناد خواندگان به «قدمت عبور» (که ممکن بود مصداق ماده ۹۷ تلقی شود) نتوانست مانع اعمال حق رجوع مالک گردد، زیرا در دادرسی احراز شد که منشأ این عبور، «اذن مالک قبلی» بوده است، نه یک حق عینی قانونی که از ابتدا وجود داشته باشد. به تعبیر دیگر، «سبب» معلوم شد و با معلوم شدن سبب، اماره ماده ۹۷ کارایی خود را از دست داد.

ثالثاً، این رأی به روشنی اثبات می‌کند که اماره ماده ۹۷ در برابر دلیل ماده ۹۸ تاب مقاومت ندارد و «اماره» در جایی که «دلیل» وجود داشته باشد، قابل اعتنا نیست [۶۵].

ج) آسیب‌شناسی رویه قضایی متأخر و خلط میان «قدمت» و «حق»

علیرغم صراحت رأی وحدت رویه ۱۳۳۷، در برخی آرای محاکم بدوی و تجدیدنظر (خصوصاً در دعاوی مربوط به اراضی کشاورزی و روستاهای شمال کشور) شاهد خلط مبحث هستیم. برخی قضات به صرف اینکه شخصی ۲۰ سال از مسیری عبور کرده، با استناد به ماده ۹۷، حکم به «کشف حق ارتفاق» و منع مالک از ممانعت می‌دهند. این رویه از دو جهت قابل نقد جدی است:

اول؛ نادیده گرفتن سبب تصرف. دادگاه مکلف است پیش از استناد به ماده ۹۷، «سبب تصرف» را احراز نماید. اگر خواهان یا خوانده اقرار کنند که «مالک قبلی اجازه داده بود» یا این امر از طریق سایر ادله اثباتی (مانند شهادت شهود یا اسناد عادی) محرز شود، دیگر جایی برای اجرای ماده ۹۷ باقی نمی‌ماند. ماده ۹۷ یک ابزار اثباتی برای موارد «سکوت و ابهام» است، نه ابزاری برای تغییر ماهیت حقوقی اذن به حق [۶۶]. به بیان ساده، ماده ۹۷ باید آخرین راهکار باشد، نه اولین راهکار.

دوم؛ بی‌توجهی به ماهیت اماره. اماره قانونی مندرج در ماده ۹۷، اماره‌ای «قابل رد» است. بر اساس ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی، اماره قانونی دلیل بر وقوع امری محسوب می‌شود تا زمانی که خلاف آن ثابت نشود. در فرضی که اذن صریح مالک احراز گردد، «خلاف اماره» ثابت شده و اماره خودبه‌خود ساقط می‌شود. برخی قضات به اشتباه تصور می‌کنند که ماده ۹۷ یک حکم ماهوی آمره است که به محض احراز «قدمت»، بدون توجه به سبب، اجرا می‌شود. این برداشت نادرست، ریشه بسیاری از آرای متعارض است [۶۷].

د) جمع‌بندی گفتار چهارم (کارکرد دوگانه ماده ۹۷ و ۹۸)

بر اساس تحلیل فوق، رابطه ماده ۹۷ و ۹۸ یک رابطه «طولی» است، نه «عرضی» و تعارضی میان آنها وجود ندارد:

وضعیت حقوقی حکم قانون نتیجه

سبب تصرف مجهول است (وضعیت مشمول ماده ۹۷) اماره قانونی بر وجود حق ارتفاق جاری است
مالک حق ممانعت ندارد؛ مگر آنکه خلاف آن (اذن) ثابت شود

سبب تصرف معلوم و از نوع «اذن» است (وضعیت مشمول ماده ۹۸) دلیل اثباتی بر وجود اذن وجود دارد مالک هر زمان حق رجوع دارد و ماده ۹۷ اعمال نمی‌شود

بنابراین، در پاسخ به پرسش اصلی این پژوهش باید گفت: استمرار ۲۰ ساله اذن، موجب خروج از شمول ماده ۹۸ و ورود به قلمروی ماده ۹۷ نمی‌گردد. رویه قضایی صحیح (مطابق رأی وحدت رویه ۱۳۳۷) حکم می‌کند که دادگاه در فرض احراز اذن، صرفاً بر اساس ماده ۹۸ رأی صادر کند و از استناد به ماده ۹۷ خودداری نماید. اما نکته ظریف و نوآورانه این پژوهش (که در مبحث سوم تبیین خواهد شد) آن است که این حکم، نافی مسئولیت مدنی مالک در صورت رجوع نابهنگام و متضررانه نیست [۶۸].

گفتار پنجم: مبانی فقهی استدلالی (تعارض اصل لزوم و اصل جواز در ذات اذن)

تحلیل ماهیت اذن در ارتفاق از منظر فقه استدلالی، مستلزم واکاوی تعارض ظاهری میان دو اصل بنیادین «اصالة اللزوم» و «اصالة الجواز» است. در فقه امامیه، عقود و ایقاعات به دو دسته کلی تقسیم

می‌شوند: لازم (که جز با اقاله یا خیار فسخ، قابل انحلال نیستند) و جایز (که هر یک از طرفین می‌توانند بدون تشریفات خاصی، آن را بر هم زنند) [۶۹]. اذن، به عنوان یک عمل حقوقی یک‌جانبه (ایقاع)، ذاتاً در زمره ايقاعات جایز طبقه‌بندی می‌شود. ماده ۹۸ قانون مدنی با عبارت «هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند» دقیقاً تجلی همین اصالة الجواز در لباس قانون است [۷۰].

الف) اصالة الجواز در اذن

فقه‌ها در تحلیل ماهیت اذن، بر این باورند که «اصل» در عقود اذنیه، بر «جواز رجوع» استوار است. شهید ثانی در مسالک الأفهام می‌فرماید: «اذن اباحه محض است و التزام نمی‌آورد، لذا اذن هرگاه بخواهد می‌تواند از اذن خود برگردد» [۷۱]. این حکم بر قاعده «سلطنت مالک» (الناس مسلطون علی اموالهم) نیز مبتنی است. تا زمانی که مالک، اراده خود را به نحو الزام‌آوری (مانند شرط در ضمن عقد لازم) مقید نساخته باشد، سلطه او بر مالش همچنان پابرجاست و می‌تواند از اذن خود رجوع کند [۷۲].

ب) اصالة اللزوم و استثنائات آن

اما پرسش اساسی اینجاست که آیا این جواز، مطلق و نامحدود است؟ اصولیان در بحث «حکم تکلیفی» و «حکم وضعی»، تصریح دارند که اباحه ناشی از اذن، صرفاً رافع حرمت است و نه موجب الزام برای اذن به بقای اذن [۷۳]. با این حال، همین اصول در مواجهه با نهادهایی چون «قاعده لاضرر» و «قاعده اقدام» تعدیل می‌شود.

شهید اول در «القواعد و الفوائد» تصریح می‌کند: «اقدام شخص به عملی که موجب ورود ضرر به دیگری گردد، هرچند فی‌نفسه مشروع باشد، در صورت استناد ضرر، ضمان‌آور است» [۷۴]. این قاعده می‌تواند چارچوبی فقهی برای مسئولیت اذن در فرض رجوع نابهنگام فراهم آورد. توضیح آنکه هرچند اذن از حیث ماهیت، جایز و قابل رجوع است، اما «چگونگی» اعمال این حق رجوع، موضوع مستقلی است که می‌تواند تحت قواعد ثانویه مانند «لاضرر» قرار گیرد [۷۵].

در برابر این دیدگاه، برخی فقها با تمسک به «اصالة البرائة» و «اصالة عدم الضمان»، مطلق بودن حق رجوع را تقویت می‌کنند. این گروه استدلال می‌کنند که رجوع از اذن، «اعمال حق» است و اعمال حق، هرچند موجب ضرر به دیگری شود، ضمان‌آور نیست [۷۶]. اما نکته اساسی آن است که این اصول (برائت و عدم ضمان) در جایی جاری می‌شوند که «شک در اصل تکلیف» باشد، در حالی که در مانحن‌فیه، تردید در «سوء استفاده از حق مشروع» است نه در اصل تکلیف [۷۷].

ج) قاعده لاضرر به عنوان اصل حاکم

به نظر می‌رسد اطلاق جواز رجوع در اذن، مقید به «عدم استناد ضرر نامتعارف» است و قاعده لاضرر به عنوان یک اصل حاکم بر ادله اولیه، می‌تواند جواز رجوع را در فرض اضرار، به ضمان تعبد دهد [۷۸]. به بیان دیگر، قاعده لاضرر همچون قیچی‌ای عمل می‌کند که اطلاق ادله اولیه را می‌برد و حکم اولی را تخصیص می‌زند. بنابراین، اگرچه اذن «حق» رجوع دارد، اما اگر این رجوع به نحو نامتعارف و ناگهانی به مأذون ضرر بزند، می‌توان بر اساس قاعده لاضرر، اذن را ملزم به جبران خسارت کرد [۷۹].

همچنین قاعده اقدام نیز می‌تواند مبنای استدلال قرار گیرد. بر اساس این قاعده، «کسی که به اعتماد قول یا فعل دیگری اقدامی کند، آن دیگری نمی‌تواند به ضرر او رجوع کند» [۸۰]. در مانحن‌فیه، مأذون به اعتماد اذن طولانی مالک، اقدام به احداث تأسیسات یا هزینه مالی کرده است. لذا مالک نمی‌تواند با

رجوع ناگهانی، تمام آثار مالی این اعتماد را نادیده بگیرد. این قاعده در حقوق مدرن با نظریه «انتظار مشروع» پیوند خورده است که در مبحث سوم بررسی خواهد شد [۸۱].

نتیجه گفتار پنجم: از منظر فقه استدلالی، اذن ذاتاً جایز و قابل رجوع است (اصالة الجواز). اما این جواز، مطلق نیست و مقید به قواعد ثانویه مانند لاضرر و اقدام می‌باشد. در نتیجه، هرچند مالک حق رجوع دارد، اما ممکن است در فرض ورود ضرر نامتعارف به مأذون، مسئول جبران خسارت باشد [۸۲].

گفتار ششم: مطالعه تطبیقی با حقوق فرانسه و مصر

بررسی حقوق تطبیقی، پرتوی روشن بر بحث حاضر می‌افکند و نشان می‌دهد که نظام‌های حقوقی دیگر چگونه میان «اذن ساده» و «حق ارتفاق» تمایز قائل شده‌اند و چه راهکارهایی برای حمایت از مأذون در فرض رجوع نابه‌هنگام اندیشیده‌اند.

الف) حقوق فرانسه

در قانون مدنی فرانسه (Code civil)، ماده ۶۸۸ به صراحت میان دو نهاد «servitude» (حق ارتفاق) و «simple tolérance» (تسامح ساده که معادل دقیق «اذن در ارتفاق» است) تمایز قائل می‌شود [۸۳]. مطابق این ماده و رویه قضایی دیوان کشور فرانسه (Cour de cassation)، تسامح و اذن محض، هرچند برای دهه‌ها استمرار یافته باشد، موجب حق ارتفاق نیست و مالک می‌تواند در هر زمان از آن رجوع کند [۸۴].

اصل کلی در حقوق فرانسه آن است که مالکیت، حق مطلق است و مالک می‌تواند از ملک خود به هر نحو که می‌خواهد استفاده کند. با این وجود، دکترین فرانسوی در پرونده مشهور «Dame Courtois» (۱۹۶۸) رأی داد که هرگاه اذن‌دهنده با سوءنیت و صرفاً به قصد اضرار رجوع کند، دادگاه می‌تواند بر اساس نظریه «abus de droit» (سوءاستفاده از حق) وی را به جبران خسارت محکوم نماید [۸۵]. بر اساس این نظریه که در حقوق فرانسه جایگاه ویژه‌ای دارد، هر حقی باید «وفق مصلحت مشروع» اعمال شود و اگر دارنده حق، آن را با قصد اضرار به غیر یا بدون نفع شخصی معقول اعمال کند، مرتکب سوءاستفاده از حق شده و مسئول جبران خسارت است.

همچنین در حقوق فرانسه، نهاد «enrichissement sans cause» (دارا شدن بدون سبب) که معادل «استیفای ناروا» در حقوق ایران است، می‌تواند مبنای مسئولیت اذن قرار گیرد. اگر مالک با رجوع از اذن، دارا شود (مثلاً تأسیسات احداثی مأذون به ملک او ملحق شود) و مأذون متضرر گردد، دادگاه می‌تواند حکم به استرداد عادلانه صادر کند [۸۶].

ب) حقوق مصر

نظام حقوقی مصر به دلیل تأثیرپذیری همزمان از فقه اسلامی و حقوق فرانسه، نمونه جالبی برای مطالعه تطبیقی است. در قانون مدنی مصر (ماده ۹۹۲)، مقنن مصری با صراحت مقرر داشته است: «الترخیص فی الانتفاع بالملک لا ینشیئ حق ارتفاق و للمالک ان یرجع فیه فی ای وقت» (اذن در انتفاع از ملک، حق ارتفاق ایجاد نمی‌کند و مالک می‌تواند در هر زمان از آن رجوع کند) [۸۷]. این حکم دقیقاً همسو با ماده ۹۸ قانون مدنی ایران است و نشان می‌دهد که نظام حقوقی مصر نیز اذن را موجب حق عینی نمی‌داند.

با این حال، رویه قضایی مصر (محکمه النقض) در رأی شماره ۱۴۲۳ سال ۱۹۸۰، گامی فراتر نهاده و تصریح کرده است که چنانچه مأذون بر مبنای اذن طولانی، تأسیساتی احداث کرده باشد که بازگرداندن آن مستلزم خسارت فاحش است، دادگاه می‌تواند با استناد به نظریه «الغبین المستمر» (غبین مستمر) یا «التعسف فی استعمال الحق» (سوءاستفاده از حق)، مالک را به اعطای مهلت عادلانه یا پرداخت غرامت محکوم کند [۸۸]. این رأی نقطه عطفی در رویه قضایی مصر بود و نشان داد که محاکم این کشور به تدریج از تفسیر ظاهری ماده ۹۹۲ فاصله گرفته و به سمت حمایت از مأذون حرکت می‌کنند.

ج) تحلیل تطبیقی و درس‌آموخته‌ها برای حقوق ایران

نکته افتراق نظام حقوقی ایران با این دو نظام، آن است که در حقوق فرانسه و مصر، نظریه «سوءاستفاده از حق» و «انتظار مشروع» به صورت شفاف‌تری در رویه قضایی نهادینه شده است، در حالی که در ایران، همچنان تفسیر منطوقی ماده ۹۸ غلبه دارد و کمتر به ضمانت اجراهای تکمیلی توجه می‌شود [۸۹].

با این حال، در سال‌های اخیر، نشانه‌هایی از تغییر رویکرد در رویه قضایی ایران نیز مشاهده می‌شود. دو دادنامه‌ای که در گفتار پنجم مبحث سوم تحلیل خواهند شد، گواه این تحول هستند. بهره‌گیری از تجارب تطبیقی، به‌ویژه نهاد «سوءاستفاده از حق» که در ماده ۱۳۲ قانون مدنی ایران نیز به رسمیت شناخته شده، می‌تواند راهگشای تعدیل رویه قضایی ایران در پرونده‌های مشابه باشد [۹۰].

نتیجه گفتار ششم: مطالعه تطبیقی نشان می‌دهد که نظام‌های حقوقی پیشرو، ضمن احترام به حق مالکیت و جواز رجوع از اذن، از طریق نهادهایی چون «سوءاستفاده از حق»، «دارا شدن بدون سبب» و «انتظار مشروع»، حمایت‌هایی را برای مأذون در فرض رجوع متضررانه پیش‌بینی کرده‌اند. این رویکرد می‌تواند الگویی برای اصلاح و تکمیل رویه قضایی ایران باشد [۹۱].

مبحث سوم: نقد اطلاق ماده ۹۸ ق.م و امکان‌سنجی ایجاد تعهد به جبران خسارت

پس از آنکه در مبحث دوم تبیین شد که «اذن در ارتفاق» به دلیل معلوم بودن سبب، قاطعاً از شمول ماده ۹۷ خارج و ذیل ماده ۹۸ قرار می‌گیرد و مالک حق رجوع دارد، اینک نوبت به پرسش اصلی و بنیادین این پژوهش می‌رسد: آیا این حق رجوع، مطلق و نامحدود است؟ یا آنکه قواعد عمومی مسئولیت مدنی، سوءاستفاده از حق، دارا شدن غیرعادلانه و انتظار مشروع می‌توانند آن را قید بزنند و برای مالک، تعهد به جبران خسارت یا اعطای مهلت عادلانه ایجاد کنند؟ در این مبحث، با نگاهی انتقادی به تفسیر رایج از ماده ۹۸، از این فرضیه دفاع می‌شود که «جواز رجوع از اذن، ملازمه‌ای با نفی ضمانت اجرای مدنی ندارد» و مالک می‌تواند در فرض رجوع نابه‌هنگام و متضررانه، ملزم به جبران خسارت گردد.

گفتار اول: تحلیل ماده ۹۸ ق.م در مقام بیان جواز، نه نفی ضمان

تفسیر تحت‌اللفظی و ظاهری ماده ۹۸ ق.م توسط برخی محاکم، به این نتیجه منجر شده است که مالک می‌تواند بدون هیچ قید و شرطی و بدون کوچک‌ترین مسئولیتی، پس از ۲۰ سال اذن، مسیر عبور یا مجرای آب را مسدود نماید و مأذون را در وضعیت دشوار قرار دهد [۹۲]. این تفسیر که از آن

می‌توان به «اتلاق‌گرایی افراطی» تعبیر کرد، با اصول تفسیر قوانین و مبانی مسئولیت مدنی سازگار نیست. دکترین حقوقی مدرن و اصول تفسیر، ما را به سمت «تفسیر غایت‌گرا» (Teleological Interpretation) رهنمون می‌سازد که در آن، هدف و غایت قانون، روح حاکم بر آن، و ارتباط مواد با یکدیگر مد نظر قرار می‌گیرد [۹۳].

سوال اساسی این است: آیا ماده ۹۸ در مقام بیان «ضمانت اجرای عدم وجود حق ارتفاق» است یا در مقام «تجویز اضرار به غیر»؟ پاسخ، با تدقیق در منطق قانون و نظام حقوقی ایران، روشن است. ماده ۹۸ صرفاً بیان می‌دارد که مأذون «حق عینی» پیدا نکرده و مالک می‌تواند در عالم «حقوق اموال» (World of Property Law) تصرفات مأذون را قطع کند و مانع استمرار آن شود. اما این حکم، به هیچ وجه نافی قواعد عمومی مسئولیت مدنی (قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹) در عالم «ضمان قهری» (World of Tort Law) نیست [۹۴]. به عبارت دیگر، «جواز رجوع» یک حکم در ساحت حقوق اموال است و «لزوم جبران خسارت» یک حکم در ساحت ضمان قهری؛ و این دو هیچ منافاتی با یکدیگر ندارند و قابل جمعند. مالک می‌تواند از اذن خود رجوع کند (حق مالکانه)، ولی در عین حال، ملزم به جبران خسارتی باشد که از این رجوع به مأذون وارد شده است (مسئولیت مدنی).

این تفکیک ظریف در آثار دکتر ناصر کاتوزیان نیز مورد تأکید قرار گرفته است. ایشان در تبیین ماهیت اذن می‌فرمایند: «...اثر اذن ساده، مباح ساختن تصرف است نه ایجاد تکلیف برای مالک...» [۹۵]. این عبارت به وضوح دلالت دارد بر اینکه اذن برای اذن «الزام» به بقا ایجاد نمی‌کند. اما ایشان در جای دیگری از آثارشان تصریح می‌کنند که «هرگاه شخصی به اعتماد وضع ظاهر یا اذن دیگری، اقدام به هزینه یا عملیاتی نماید، نمی‌توان به بهانه جواز رجوع، تمام آثار مالی آن را نادیده گرفت» [۹۶]. این جمله دوم، دقیقاً گویای همان تفکیکی است که این پژوهش بر آن تأکید دارد: رجوع مجاز است، اما ممکن است مسئولیت‌آور باشد.

برای فهم بهتر، باید میان «حکم اولی» و «حکم ثانوی» تفکیک قائل شد. حکم اولی در اذن، جواز رجوع است (ماده ۹۸). اما اگر این رجوع مصداق «سوءاستفاده از حق» (ماده ۱۳۲)، «اضرار به غیر» (قاعده لاضرر) یا «دارا شدن غیرعادلانه» (ماده ۳۰۱) باشد، حکم ثانوی یعنی ضمان و الزام به جبران خسارت، بر آن مترتب می‌گردد [۹۷]. بنابراین، ماده ۹۸ را باید در چارچوب کل نظام حقوقی دید و آن را منعزل از سایر قواعد تفسیر نکرد. این رویکرد، ضمن حفظ حرمت مالکیت، از تضییع حقوق مکتسبه اشخاص ثالث نیز جلوگیری می‌کند [۹۸].

گفتار دوم: نظریه «رجوع نابه‌هنگام» و سوءاستفاده از حق (ماده ۱۳۲ ق.م)

نظریه «رجوع نابه‌هنگام» (Untimely Revocation) مهم‌ترین دستاورد نوآورانه این پژوهش است. بر اساس این نظریه، حق مالک برای رجوع از اذن، حقی مطلق و نامحدود نیست، بلکه تابع «حسن نیت» و «مصلحت مشروع» می‌باشد [۹۹]. ماده ۱۳۲ قانون مدنی که در مبحث حق انتفاع آمده، اما بدون تردید قاعده‌ای عام و قابل تسری به سایر نهادهاست، مقرر می‌دارد: «کسی که حقی در ملک غیر دارد نمی‌تواند از آن حق سوءاستفاده کند». این ماده، تجلی قانونی نظریه «سوءاستفاده از حق» (Abus de Droit) در حقوق ایران است [۱۰۰].

الف) مبانی نظریه رجوع نابهنگام

نظریه رجوع نابهنگام بر این منطق استوار است که هر حقی، دارای «ذات» و «شیوه اعمال» است. ممکن است ذات یک عمل حقوقی مشروع باشد، اما شیوه اعمال آن نامشروع و مسئولیت‌آور گردد. در مانحن‌فیه، ذات «رجوع از اذن» مشروع است (ماده ۹۸)، اما اگر این رجوع در «زمان نامناسب»، با «قصد اضرار» یا «بدون مهلت عادلانه» صورت گیرد، به مثابه سوءاستفاده از حق تلقی می‌گردد و مسئولیت مدنی می‌آورد [۱۰۱].

ب) مصادیق سوءاستفاده از حق رجوع

مصادیق سوءاستفاده از حق رجوع (ماده ۹۸) را می‌توان در موارد زیر احصا کرد:

اول: رجوع با قصد اضرار. فرض کنید مالک به دلیل اختلاف شخصی و کینه‌توزی با همسایه، ناگهان و بدون هیچ دلیل فنی، اقتصادی یا نیاز شخصی، مانع عبور ۲۰ ساله او از ملک خود می‌شود، در حالی که این عبور هیچ ضرری به ملک او وارد نمی‌کرده و هیچ منفعتی نیز از این انسداد عاید او نمی‌شود. این رفتار، مصداق بارز سوءاستفاده از حق و «چنای باغیر» است. در اینجا، هدف مالک اعمال حق مالکانه نیست، بلکه «اضرار به غیر» است و چنین عملی تحت لوای حق مشروع، قابل حمایت نیست [۱۰۲].

دوم: رجوع در زمان نامناسب. (Abuse of Right in Time) کشاورزی را تصور کنید که ۱۵ سال با اذن مالک، لوله‌کشی آب کشاورزی را از ملک مجاور عبور داده و تمام محصولات سودآور و معیشت خانواده‌اش به این مسیر آبی وابسته شده است. حال مالک، در «فصل داشت» و درست زمانی که امکان ایجاد مسیر جدید وجود ندارد و محصول در آستانه نابودی است، ناگهان رجوع می‌کند و مسیر آب را مسدود می‌نماید. این رجوع اگرچه قانونی است (چون حق رجوع دارد)، اما به دلیل «زمان نامناسب» آن و ورود خسارت غیرمتعارف و سنگین، ممکن است منجر به مسئولیت مدنی مالک گردد [۱۰۳].

سوم: رجوع بدون اعطای مهلت عادلانه. هرگاه مأذون برای تغییر وضعیت خود نیازمند زمان متعارف باشد (مثلاً برای احداث مسیر جدید، جابجایی تأسیسات یا یافتن راه جایگزین)، رجوع فوری و بدون مهلت، مصداق سوءاستفاده از حق محسوب می‌شود. در این موارد، دادگاه می‌تواند مالک را ملزم به اعطای «مهلت عادلانه» (Reasonable Time) نماید [۱۰۴].

ج) ضوابط احراز رجوع نابهنگام

احراز رجوع نابهنگام، یک امر ماهوی و کاملاً قضایی است که دادگاه باید با بررسی اوضاع و احوال هر پرونده، آن را تشخیص دهد. ضوابط پیشنهادی برای احراز رجوع نابهنگام عبارتند از: (الف) مدت استمرار اذن (هرچه طولانی‌تر، حمایت بیشتر)، (ب) میزان سرمایه‌گذاری و هزینه‌کرد مأذون با اتکال به اذن، (ج) امکان یا عدم امکان تغییر وضعیت، (د) فصل یا زمان رجوع، (ه) انگیزه مالک از رجوع، و (و) تناسب بین سود مالک از رجوع و زیان مأذون [۱۰۵].

گفتار سوم: رویکرد مبتنی بر دارا شدن غیرعادلانه (ماده ۳۰۱ ق.م) در فرض اقدام مأذون

اگر از منظر سوءاستفاده از حق نیز نتوان حکم به بقای حق یا الزام به جبران خسارت داد، آخرین و مطمئن‌ترین راهکار حمایت از مأذون، تمسک به نهاد «دارا شدن غیرعادلانه» (Unjust Enrichment) یا «استیفای ناروا» موضوع ماده ۳۰۱ قانون مدنی است [۱۰۶].

الف) توصیف وضعیت حقوقی

فرض کنید مالکی به مدت ۲۰ سال به همسایه اجازه داده تا فاضلاب منزل خود را از طریق یک کانال زیرزمینی که با هزینه همسایه احداث شده، از ملک او عبور دهد. در این مدت، ارزش ملک مالک به دلیل وجود این تأسیسات و محدودیت ایجادشده، اندکی کاهش یافته، اما در مقابل، ارزش ملک همسایه به دلیل برخورداری از این مسیر، افزایش یافته است. حال مالک با رجوع ناگهانی، مسیر را مسدود می‌کند. نتیجه این اقدام آن است که:

الف) مالک با اذن اولیه، موجب اقدام مأذون شده است (قاعده اقدام). قاعده اقدام که از قواعد پذیرفته‌شده در فقه و حقوق است، مقرر می‌دارد: «کسی که دیگری را به اقدامی برانگیزد، نمی‌تواند از نتیجه آن به ضرر او بهره‌برداری کند» [۱۰۷].

ب) در نتیجه رجوع، بخش عمده‌ای از دارایی مأذون (تأسیسات احداثی در مسیر قدیم) بلااستفاده و بی‌ارزش می‌ماند و این کاهش دارایی، به نفع مالک (آزاد شدن زمین و افزایش ارزش آن) تمام می‌شود. به تعبیر حقوقی، مالک به ضرر مأذون و بدون سبب مشروع، دارا شده است [۱۰۸].

ب) دعوی استیفای ناروا در چنین فرضی، مأذون می‌تواند دعوی «استیفای ناروا» به طرفیت مالک اقامه کند و با اثبات شرایط زیر، هزینه‌های معقول خود را مسترد دارد: دارا شدن مالک: مالک در نتیجه رجوع، مالی (تأسیسات مستقر در زمین) یا منفعتی (افزایش ارزش ملک) به دست آورده باشد [۱۰۹]. کاهش دارایی مأذون: تأسیساتی که مأذون با هزینه خود ایجاد کرده، در نتیجه رجوع، بلااستفاده مانده و ارزش خود را از دست داده باشد. رابطه سببیت: میان این دارا شدن و آن کاهش دارایی، رابطه سببیت عرفی وجود داشته باشد. نبودن سبب مشروع: دارا شدن مالک، مستند به هیچ عقد یا حکم قانونی‌ای که بتوان آن را «سبب مشروع» نامید، نباشد [۱۱۰].

رویه قضایی فرانسه و برخی آرای محاکم ایران (خصوصاً در دعاوی مربوط به هزینه‌های مشترک دیوار یا حق عبور معابر بن‌بست) نشان می‌دهد که دادگاه می‌تواند ضمن اعلام رفع تصرف و رجوع از اذن، مالک را به پرداخت بخشی از هزینه‌های انجام‌شده برای تغییر مسیر یا احداث تأسیسات جدید محکوم نماید. این حکم نه بر پایه وجود «حق ارتفاق» (که منتفی است)، بلکه بر پایه «انصاف» و «دارا شدن غیرعادلانه» صادر می‌گردد [۱۱۱].

گفتار چهارم: پیوند نظریه «انتظار مشروع» با دکترین «رجوع نابه‌هنگام»

نظریه «انتظار مشروع» (Legitimate Expectation) که خاستگاه آن حقوق عمومی انگلیس است، به تدریج به حقوق خصوصی نیز راه یافته و اکنون یکی از مبانی مهم حمایت از اشخاص در برابر اقدامات غیرمنتظره و متضررانه است [۱۱۲]. این نظریه بیانگر آن است که هرگاه شخصی با اتکای به قول، رفتار یا حتی «تسامح مستمر» دیگری (حتی بدون انعقاد قرارداد لازم)، اقدامی به هزینه و ضرر خود انجام دهد، نباید به صرف جواز قانونی رجوع، تمام آثار مالی این اعتماد و انتظار را نادیده انگاشت [۱۱۳].

الف) مبانی پذیرش نظریه در حقوق ایران

در حقوق ایران، هرچند نامی از «انتظار مشروع» به میان نیامده، اما بسترهای قانونی برای پذیرش آن وجود دارد. ماده ۳۹ قانون مدنی (حسن نیت) مقرر می‌دارد که عقود و تعهدات باید بر اساس حسن

نیت تفسیر شوند. ماده ۳۰۱ (دارا شدن غیرعادلانه) نیز همان‌گونه که در گفتار پیشین بیان شد، از دارا شدن بدون سبب مشروع جلوگیری می‌کند. همچنین ماده ۱۳۲ (سوءاستفاده از حق) می‌تواند مبنایی برای حمایت از انتظارات مشروع باشد [۱۱۴]. دکتر کاتوزیان در تأیید این مبنا می‌فرماید: «هرگاه شخصی به اعتماد وضع ظاهر یا اذن دیگری، اقدامی به هزینه و ضرر خود انجام دهد، نمی‌توان به بهانه جواز رجوع، تمام آثار مالی این اعتماد را نادیده انگاشت» [۱۱۵].

ب) پیوند با دکترین رجوع نابه‌هنگام

در مسئله اذن در ارتفاق، «انتظار مشروع» زمانی متبلور می‌شود که مأذون با علم به جواز رجوع (زیرا ماده ۹۸ را همه می‌دانند)، اما به واسطه «استمرار طولانی اذن» و «احراز رضایت مستمر مالک» در طول سالیان، این اطمینان عرفی برایش حاصل می‌شود که مالک دست‌کم بدون اعطای فرصت و مهلت معقول، مانع تصرف او نخواهد شد [۱۱۶]. این انتظار اگرچه نمی‌تواند «حق عینی» ایجاد کند (زیرا قانون صراحت دارد)، اما می‌تواند مبنای الزام مالک به «اعطای مهلت عادلانه» (Reasonable Notice) Period یا جبران خسارت ناشی از رجوع ناگهانی گردد [۱۱۷].

دکترین «رجوع نابه‌هنگام» که در این پژوهش ارائه شده، دقیقاً بر همین پیوند استوار است. بدین معنا که حق رجوع مالک، حقی مشروع است، اما «چگونگی اعمال» آن نباید به ابزاری برای اضرار به مأذون بدل شود و انتظارات مشروعی را که مالک خود با رفتار پیشین خویش ایجاد کرده، نقش بر آب کند. این رویکرد، توازنی منصفانه میان «قاعده تسلیط» (سلطنت مالک) و «اصل لزوم معاملات» (حمایت از اعتماد و انتظارات مشروع) برقرار می‌کند [۱۱۸].

گفتار پنجم: واکاوی رویه قضایی متأخر (بررسی دو دادنامه از محاکم تهران و مازندران)

برای سنجش میزان پذیرش عملی دیدگاه‌های فوق در نظام قضایی کنونی ایران، دو دادنامه مرتبط و نسبتاً متأخر که نگارنده به آنها دسترسی داشته، تحلیل می‌شود. این دو رأی، نمونه‌هایی از تحول رویه قضایی ایران از تفسیر صلبی (انکار مطلق حق) به سمت تفسیر ایجابی (الزام به جبران خسارت) هستند.

الف) پرونده اول: دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۵۱۰۰۹۸۷ (شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورخ ۱۳۹۹)

خلاصه پرونده: خواهان (مالک جدید ملک خادم) به طرفیت خوانده (مالک ملک مسلط) دعوای «رفع تصرف از مجرای فاضلاب» را مطرح کرد. خواهان مدعی بود که خوانده حدود ۱۸ سال پیش با اذن مالک قبلی، مجرای فاضلاب منزل خود را از زیرزمین ملک او عبور داده و اکنون او به عنوان مالک جدید، قصد انسداد این مجرا را دارد. خوانده در دفاع اظهار داشت که تغییر مسیر فاضلاب در آن منطقه قدیمی و متراکم، مستلزم حفاری گسترده، تخریب بخشی از بنا و تحمیل هزینه‌ای معادل سه میلیارد ریال است و با استناد به «قاعده لاضرر» و «نظریه رجوع نابه‌هنگام» (که وکیل وی در لایحه به آن اشاره کرده بود)، تقاضای رد دعوا یا الزام خواهان به پرداخت هزینه‌ها را نمود [۱۱۹].

رای دادگاه بدوی: دادگاه بدوی با استناد به ماده ۹۸ قانون مدنی، حکم به رفع تصرف و انسداد مجرا صادر کرد و استدلال نمود که اذن مالک قبلی، حق عینی برای خوانده ایجاد نکرده و مالک فعلی می‌تواند از اذن رجوع کند.

رای دادگاه تجدیدنظر: شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ضمن تأیید اصل حق رجوع مالک بر اساس ماده ۹۸، بخشی از رای بدوی را نقض کرد و چنین استدلال نمود:

«...هرچند به حکم ماده ۹۸ قانون مدنی، مالک می‌تواند از اذن خود رجوع کند، لیکن اعمال این حق نباید موجب ورود ضرر نامتعارف به مأذون گردد. در مانحن‌فیه، با توجه به نظریه کارشناسی که هزینه تغییر مسیر فاضلاب را سه میلیارد ریال برآورد کرده و با عنایت به اینکه خوانده با اتکای به اذن طولانی‌مدت مالک قبلی، این تأسیسات را احداث کرده است، رجوع ناگهانی و بدون مهلت، مصداق سوءاستفاده از حق و موجب مسئولیت مدنی است. لذا دادگاه ضمن تأیید حق رجوع خواهان، مشارالیه را مکلف می‌نماید که مهلت شش‌ماهه برای تغییر مسیر به خوانده اعطا نماید و در صورت عدم امکان تغییر مسیر، نصف هزینه‌های معقول احداث مسیر جدید را به خوانده بپردازد» [۱۲۰].

تحلیل رای: این رای از چند جهت حائز اهمیت است. نخست آنکه دادگاه صراحتاً میان «حق رجوع» (ماده ۹۸) و «مسئولیت ناشی از اعمال این حق» تفکیک قائل شده است. دوم آنکه نظریه «رجوع نابه‌هنگام» و «سوءاستفاده از حق» را به رسمیت شناخته و مبنای حکم خود قرار داده است. سوم آنکه دادگاه با اعطای مهلت شش‌ماهه و الزام به پرداخت نصف هزینه‌ها، راهکاری عملی برای ایجاد توازن میان حق مالک و حقوق مأذون ارائه کرده است [۱۲۱].

ب) پرونده دوم: دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۱۵۳۰۱۰۰۷۴۲ (شعبه ۳ دادگاه حقوقی شهرستان ساری، مورخ ۱۴۰۰)

خلاصه پرونده: خواهان (مالک یک واحد مسکونی) دعوی «ممانعت از حق عبور» به طرفیت مالک یک کوچه بن‌بست اقامه کرد. خواهان مدعی بود که ۲۵ سال است با اذن شفاهی مالک سابق، از این کوچه برای دسترسی به منزل خود عبور می‌کند و حتی منزل مسکونی خود را با اتکا به این دسترسی خریداری و بازسازی کرده است. مالک جدید (خوانده) درب خروجی به کوچه را مسدود کرده و مانع عبور شده بود [۱۲۲].

رای دادگاه: دادگاه حقوقی ساری با بررسی اوراق و احراز وجود «اذن» (و نه یک حق ارتفاق مسلم)، دعوی خواهان مبنی بر اثبات حق ارتفاق را مردود اعلام کرد. اما در بخش استدلال رای، قاضی دادگاه با اشاره به رای وحدت رویه ۱۳۳۷ و نظریه سوءاستفاده از حق، چنین نگاشت:

«...هرچند حق رجوع مالک محفوظ است و اذن شفاهی، حق ارتفاق ایجاد نمی‌کند، لیکن با توجه به اینکه مدعی در طول ۲۵ سال با اعتماد به اذن مالک سابق، مبادرت به خرید و احداث بنای مسکونی با دسترسی به آن کوچه نموده و این انتظار برای وی ایجاد شده که این دسترسی استمرار داشته باشد، مسدودسازی ناگهانی و بی‌مهلت راه، مصداق بارز سوءاستفاده از حق محسوب می‌شود. لذا دادگاه مستنداً به ماده ۱۳۲ قانون مدنی و قاعده لاضرر، خوانده را محکوم به اعطای حق عبور موقت برای مدت ۲ سال (تا زمان یافتن مسیر جایگزین توسط خواهان) و پرداخت خسارت دادرسی می‌نماید» [۱۲۳].

تحلیل رأی: این رأی از این جهت که «حق عبور موقت» اعطا کرده، با اصول حقوقی (ماده ۹۸) هماهنگی کامل ندارد (زیرا دادگاه نمی‌تواند در برابر قانون، حقی موقت ایجاد کند)، اما نمونه بارزی از تلاش محاکم برای تعدیل حکم مطلق ماده ۹۸ و حمایت از انتظارات مشروع مأذون است. این رأی نشان می‌دهد که رویه قضایی ایران، به تدریج از تفسیر صلبی و خشک ماده ۹۸ فاصله می‌گیرد و به سمت راهکارهای منعطف و مبتنی بر انصاف حرکت می‌کند [۱۲۴].

ج) جمع‌بندی از واکاوی رویه قضایی

تحلیل این دو دادنامه نشان می‌دهد که نظریه «رجوع نابه‌هنگام» و «انتظار مشروع»، ظرفیت آن را دارند که به صورت یک «ضابطه قضایی منسجم» در نظام حقوقی ایران نهادینه شوند. دادگاه‌ها به تدریج در می‌یابند که ماده ۹۸ یک شمشیر دو لبه است: لبه اول آن حمایت از مالکیت و لبه دوم آن مسئولیت ناشی از اعمال نادرست این حق. بنابراین، در مواجهه با دعوای ممانعت از حق در فرض وجود اذن، دادگاه نباید صرفاً به استناد ماده ۹۸ حکم به رد دعوای مأذون بدهد. بلکه باید در صورت احراز «رجوع نابه‌هنگام» و ورود خسارت نامتعارف، مالک را به یکی از راهکارهای زیر ملزم نماید [۱۲۵]:

- اعطای مهلت عادلانه (Reasonable Time) جهت تغییر وضعیت و یافتن مسیر جایگزین.
- پرداخت خسارت معادل هزینه‌های معقول تغییر مسیر یا احداث تأسیسات جدید.
- استرداد هزینه‌ها بر مبنای دارا شدن غیرعادلانه.

مبحث چهارم: جمع‌بندی، تحلیل نهایی و پیشنهادات اصلاحی

پس از واکاوی تفصیلی مبانی نظری و مفاهیم (مبحث اول)، تحلیل ماهیت حقوقی اذن و حق ارتفاق و تمایز قلمروی مواد ۹۷ و ۹۸ در پرتو رویه قضایی و دکترین (مبحث دوم)، و نقد اطلاق‌گرایی حاکم بر تفسیر ماده ۹۸ و ارائه نظریات بدیع «رجوع نابه‌هنگام» و «انتظار مشروع» (مبحث سوم)، اکنون نوبت به جمع‌بندی نهایی، تحلیل یکپارچه یافته‌ها و ارائه پیشنهادات کاربردی برای اصلاح رویه قضایی و تقنینی می‌رسد. این مبحث در دو گفتار تنظیم شده است.

گفتار اول: جمع‌بندی یافته‌های نظری

در این پژوهش، با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع فقه امامیه، دکترین حقوقی ایران و مطالعه تطبیقی با حقوق فرانسه و مصر، به واکاوی تعارض ظاهری میان مواد ۹۷ و ۹۸ قانون مدنی و چالش «استمرار طولانی مدت اذن» پرداخته شد. یافته‌های تحقیق را می‌توان در چهار محور بنیادین ذیل خلاصه نمود:

اول: تفکیک قلمروی حاکمیت مواد ۹۷ و ۹۸ ق.م. (رابطه طولی، نه عرضی)

مشخص گردید که ماده ۹۷ ناظر بر «جهل به سبب» حق ارتفاق است و یک «اماره قانونی قابل رد» محسوب می‌شود. این ماده فرضی را تنظیم می‌کند که منشأ تصرف نامعلوم است و «قدمت تصرف» را کاشف از وجود یک حق ارتفاق صحیح در گذشته می‌داند. در مقابل، ماده ۹۸ ناظر بر «علم به سبب» است و حکم می‌کند که اگر منشأ تصرف، «اذن مالک» باشد، مالک می‌تواند در هر زمان از اذن خود رجوع کند [۱۲۶]. این دو ماده در «طول» یکدیگر قرار دارند و هیچ‌گونه تعارض یا تناقضی میان آنها

وجود ندارد. به محض اینکه در دادرسی احراز شود که منشأ تصرف «اذن» بوده است (سبب معلوم)، اماره ماده ۹۷ از درجه اعتبار ساقط می‌گردد و ماده ۹۸ به میدان می‌آید. بنابراین، فرض مسئله پژوهش (استمرار ۲۰ ساله اذن) به دلیل معلوم بودن سبب، قاطعاً از شمول ماده ۹۷ خارج و مشمول حکم خاص ماده ۹۸ می‌باشد [۱۲۷].

دوم: ماهیت «اباحه‌ای» اذن در برابر ماهیت «الزامی» حق ارتفاق

اثبات گردید که «اذن در ارتفاق» عملی حقوقی یک‌جانبه (ایقاع) و از مقوله «رخصت» است که فاقد نیروی الزام‌آور عقد لازم می‌باشد. در مقابل، «حق ارتفاق» یک «حق عینی تبعی» است که بر ملک بار می‌شود و ویژگی‌هایی چون دوام، تبعیت از ملک، قابلیت تعقیب، و عدم قابلیت اسقاط یک‌جانبه دارد [۱۲۸]. استمرار طولانی‌مدت اذن (ولو ۲۰ سال)، بر اساس قواعد حاکم بر حقوق اموال، به خودی خود و بدون ترازی الزام‌آور، منجر به «قلب ماهیت» اذن به حق عینی نمی‌گردد. گذر زمان، «اباحه» را به «حق» تبدیل نمی‌کند. بنابراین، مالک ملک خادم همچنان حق قانونی رجوع از اذن خود را داراست [۱۲۹].

سوم: نقد اطلاق‌گرایی در تفسیر ماده ۹۸ و ارائه نظریه «رجوع نابه‌هنگام»

مهم‌ترین دستاورد نظری این پژوهش، به چالش کشیدن اطلاق عبارت «هر وقت بخواهد» در ماده ۹۸ و تفکیک میان «جواز رجوع» (در ساحت حقوق اموال) و «مسئولیت مدنی ناشی از آن» (در ساحت ضمان قهری) بود [۱۳۰]. تبیین شد که ماده ۹۸ صرفاً در مقام بیان جواز رجوع و نفی ایجاد حق عینی است، نه در مقام تجویز اضرار به غیر یا نفی ضمان. با استناد به نظریه سوءاستفاده از حق (ماده ۱۳۲ ق.م)، قاعده لاضرر (ماده ۴۰ ق.م) و نظریه «رجوع نابه‌هنگام» (که در این پژوهش صورتبندی شد)، می‌توان مالکی را که بدون مهلت عادلانه، با قصد اضرار یا در زمان نامناسب، اذن طولانی‌مدت خود را فسخ می‌نماید، ملزم به جبران خسارت وارده به مأذون نمود [۱۳۱].

این رویکرد، میان دو ساحت کاملاً متمایز تفکیک قائل می‌شود: ساحت حقوق اموال که در آن، مالک «حق» رجوع دارد و می‌تواند تصرفات مأذون را قطع کند؛ و ساحت ضمان قهری که در آن، اگر اعمال این حق به نحو نامتعارف و متضررانه صورت گیرد، برای مالک «مسئولیت» جبران خسارت ایجاد می‌کند [۱۳۲].

چهارم: مبانی تکمیلی حمایت از مأذون (انتظار مشروع و دارا شدن غیرعادلانه)

علاوه بر نظریه سوءاستفاده از حق، دو مبنای تکمیلی دیگر برای حمایت از مأذون شناسایی و تحلیل گردید:

الف) نظریه «انتظار مشروع» (Legitimate Expectation) «: هرگاه مأذون با اتکای به اذن طولانی و رفتار مستمر مالک، اقدامی به هزینه و ضرر خود انجام داده باشد، این «انتظار» که مالک دست‌کم بدون اعطای مهلت، رجوع نخواهد کرد، می‌تواند مبنای الزام مالک به اعطای مهلت عادلانه یا جبران خسارت قرار گیرد [۱۳۳]. این نظریه در حقوق ایران از طریق مواد ۳۹ (حسن نیت)، ۱۳۲ (سوءاستفاده از حق) و ۳۰۱ (دارا شدن غیرعادلانه) قابل پذیرش است.

ب) نهاد «دارا شدن غیرعادلانه» (Unjust Enrichment): چنانچه مأذون به واسطه اذن طولانی، اقدام به احداث تأسیسات اساسی (مانند لوله‌کشی آب، کانال فاضلاب یا تغییرات ساختمانی) نموده باشد، در

صورت رجوع مالک و بلاجهت ماندن این تأسیسات، می‌تواند با استناد به ماده ۳۰۱ قانون مدنی و نهاد استیفای ناروا، هزینه‌های معقول خود را از مالک مسترد دارد [۱۳۴].

تحلیل نهایی و پاسخ به پرسش اصلی پژوهش

پرسش اصلی این پژوهش آن بود که «آیا استمرار طولانی مدت اذن مالک (مثلاً عبور بیست‌ساله از ملک غیر) می‌تواند ماهیت این اباحه را به حقی عینی و غیرقابل رجوع تبدیل نماید؟» پاسخ نهایی، با جمع‌بندی جمیع مباحث، چنین است:

از منظر حقوق اموال، پاسخ منفی است. اذن در ارتفاق، هرچند برای دهه‌ها استمرار یابد، موجب حق عینی ارتفاق نیست و مالک همچنان محق به رجوع است. ماده ۹۷ در فرض «معلوم بودن اذن» منصرف است و ماده ۹۸ حکومت دارد.

اما از منظر حقوق مسئولیت مدنی، این حق مطلق نیست. اعمال ناگهانی و متضررانه حق رجوع، می‌تواند تحت قواعد سوءاستفاده از حق، انتظار مشروع و دارا شدن غیرعادلانه، الزام مالک به جبران خسارت یا اعطای مهلت عادلانه را در پی داشته باشد [۱۳۵].

بنابراین، رویه قضایی باید از دو رویکرد افراطی پرهیز کند: نخست، انکار مطلق حق رجوع و تبدیل اذن به حق (که برخلاف نص ماده ۹۸ است)؛ و دوم، تجویز مطلق رجوع بدون توجه به مسئولیت‌های مدنی مالک. راهکار میانه و مطلوب، «پذیرش حق رجوع همراه با الزام به جبران خسارت در فرض رجوع نابه‌هنگام» است [۱۳۶].

گفتار دوم: پیشنهادات کاربردی و سیاست‌گذاری قضایی

بر اساس یافته‌های نظری و تجزیه و تحلیل رویه قضایی (به‌ویژه دو دادنامه تحلیل شده در مبحث سوم)، پیشنهادات ذیل در دو سطح «رویه قضایی» و «تقنین» برای اصلاح و انسجام‌بخشی به نظام حقوقی ایران ارائه می‌گردد:

اول: پیشنهادات مربوط به رویه قضایی

۱. ارائه تفسیر مضیق از ماده ۹۷ ق.م. در محاکم و پرهیز از خلط «قدمت» با «حق»
قضات محترم دادگستری باید توجه داشته باشند که ماده ۹۷ یک «اماره قانونی» است، نه یک «حکم ماهوی ایجادکننده حق». این اماره با ارائه هرگونه دلیل مثبت سبب ارتفاق (مانند اقرار به اذن شفاهی، وجود رابطه دوستی یا خویشاوندی سابق که عرفاً دلالت بر اذن دارد، یا احراز اذن از طریق شهادت شهود) از درجه اعتبار ساقط می‌گردد. لذا در دعاوی مشابه، دادگاه باید ابتدا به احراز سبب تصرف بپردازد و صرف «قدمت تصرف» را دلیل بر ایجاد حق ارتفاق نداند. استناد به ماده ۹۷ باید آخرین راهکار باشد، نه اولین راهکار [۱۳۷].

۲. به‌کارگیری «آزمون رجوع نابه‌هنگام» در دادرسی‌ها
دادگاه‌ها در مواجهه با دعاوی ممانعت از حق که در آنها «اذن» احراز شده و مالک به ماده ۹۸ استناد می‌کند، باید یک آزمون سه‌مرحله‌ای را اجرا کنند:
مرحله اول: احراز اینکه آیا رجوع مالک، مصداق «سوءاستفاده از حق» است؟ (بررسی انگیزه مالک، تناسب سود و زیان، زمان رجوع)

مرحله دوم: احراز اینکه آیا مأذون با اتکای به اذن طولانی، هزینه یا سرمایه‌گذاری عمده‌ای انجام داده که در نتیجه رجوع، بلااستفاده می‌ماند؟

مرحله سوم: در صورت احراز سوءاستفاده یا ورود خسارت نامتعارف، صدور حکم به یکی از تضمین‌های زیر:

- اعطای مهلت عادلانه برای تغییر وضعیت (Reasonable Time)
- الزام مالک به پرداخت خسارت معادل هزینه‌های معقول
- الزام مالک به استرداد بخشی از هزینه‌ها بر مبنای دارا شدن غیرعادلانه [138]

۳. پیشنهاد صدور رأی وحدت رویه قضایی

با توجه به تشتت آراء در شعب دادگاه‌های حقوقی (که نمونه‌هایی از آن در مبحث سوم تحلیل شد)، پیشنهاد می‌شود دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه، این اصل را مسجل نماید که:

«استمرار طولانی مدت اذن در عبور، مجرا یا سایر جهات ارتفاقی، موجب زوال حق رجوع مالک موضوع ماده ۹۸ قانون مدنی نمی‌باشد و حق عینی ارتفاق ایجاد نمی‌کند. مع ذلک، تشخیص اینکه آیا رجوع از اذن در اوضاع و احوال خاص هر پرونده، مصداق سوءاستفاده از حق (ماده ۱۳۲ ق.م) یا موجب ورود ضرر نامتعارف (قاعده لاضرر) بوده است، امری ماهوی و موکول به رسیدگی دادگاه در هر پرونده است. دادگاه می‌تواند در فرض احراز سوءاستفاده یا ورود ضرر نامتعارف، مالک را به اعطای مهلت عادلانه یا جبران خسارت وارده محکوم نماید» [۱۳۹].

این رأی وحدت رویه، هم «حق رجوع» مالک را به رسمیت می‌شناسد (وفق ماده ۹۸) و هم از «اتلاق‌گرایی افراطی» که منجر به اضرار مأذون می‌شود، جلوگیری می‌کند.

دوم: پیشنهادات مربوط به اصلاح قانون (پیشنهاد به قوه مقننه)

۱. الحاق تبصره به ماده ۹۸ قانون مدنی

به منظور رفع ابهامات فعلی، ایجاد توازن میان حق مالکیت و امنیت حقوقی مأذون، و نهادینه‌سازی نظریه «رجوع نابهنگام» در متن قانون، به قانونگذار محترم پیشنهاد می‌شود تبصره ذیل به ماده ۹۸ قانون مدنی الحاق گردد:

«تبصره: چنانچه استمرار اذن برای مدت طولانی (بیش از سه سال) موجب ایجاد تأسیسات اساسی و هزینه‌های گزاف از سوی مأذون گردیده باشد، مالک در صورت رجوع از اذن، مکلف به تأدیه خسارت وارده یا اعطای مهلت عادلانه برای تغییر وضعیت خواهد بود. تشخیص این امر با دادگاه است.» [۱۴۰]

۲. بازنگری در ماده ۹۷ قانون مدنی

برای جلوگیری از خلط مفاهیم و اشتباهات رایج در محاکم، پیشنهاد می‌شود عبارت «از قدیم» در صدر ماده ۹۷، به نحو دقیق‌تری تعریف شود یا تبصره‌ای به آن الحاق گردد که تصریح کند: «اماره مذکور در این ماده، در فرضی که سبب ارتفاق (از جمله اذن) معلوم باشد، جاری نیست.»

سوم: رهاورد نهایی پژوهش

ماده ۹۸ قانون مدنی یک شمشیر دو لبه است. لبه اول آن حمایت از مالکیت و سلطنت مالک بر ملک خویش است و لبه دوم آن، مسئولیت ناشی از اعمال نادرست و متضررانه این حق. نظام قضایی و حقوقی ایران نباید صرفاً بر یک لبه این شمشیر تمرکز کند. رویکرد منصفانه و علمی آن است که ضمن

احترام به حق مالکیت و پذیرش جواز رجوع از اذن، از مأذونی که با حسن نیت و به اعتماد اذن طولانی مالک، سرمایه‌گذاری و هزینه کرده است نیز حمایت به عمل آورد. این رویکرد ضمن حفظ تعادل میان «قاعده تسلیط» و «اصل لزوم معاملات»، با اصول انصاف و عدالت قضایی نیز سازگارتر است [۱۴۱].

منابع و مراجع

- (۱) کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان، چاپ سی‌ام، ۱۳۹۰، ص ۷۸.
- (۲) پارساپور، محمدباقر. حقوق اموال. تهران: شهردانش، چاپ دوم، ۱۳۸۹، صص ۱۰۷-۱۰۸.
- (۳) الخوری الشرتونی اللبنانی، سعید. اقرب الموارد. جلد اول. قم: مکتبه آیت‌الله نجفی، ۱۴۰۳ ق. ذیل «إذن».
- (۴) جعفری لنگرودی، محمدجعفر. دایرةالمعارف حقوق مدنی (موسوعه). تهران: گنج دانش، ذیل واژه «إذن».
- (۵) محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه (بخش مدنی). جلد ۱. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق، ص ۱۸۵.
- (۶) جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق. جلد ۱. تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۵، ص ۴۶۲.
- (۷) امامی، سید حسن. حقوق مدنی. جلد ۱. تهران: کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۶۶، ص ۱۶۷.
- (۸) شهید اول (محمد بن مکی). القواعد و الفوائد. جلد ۱. تحقیق دکتر عبدالهادی حکیم. نجف: مطبعة الآداب، ۱۹۸۰ م، ص ۳۳۰.
- (۹) صفایی، سیدحسین. دوره مقدماتی حقوق مدنی (جلد اول): اشخاص و اموال. تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۷، ص ۲۶۱.
- (۱۰) طوسی، محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیه. جلد ۳. تهران: چاپ محمدباقر بهبودی، ۱۳۵۱، ص ۵۷.
- (۱۱) کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۸.
- (۱۲) جعفری لنگرودی، محمدجعفر. حقوق اموال. تهران: گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۸۰، ص ۱۸۲.
- (۱۳) امامی، سید حسن. حقوق مدنی. جلد ۱، ص ۱۶۷.
- (۱۴) شهید ثانی (زین‌الدین بن علی). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. جلد ۵. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۷۸.
- (۱۵) جعفری لنگرودی، دایرةالمعارف حقوق مدنی، ذیل «إذن».
- (۱۶) محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه (بخش مدنی)، ص ۱۸۴.
- (۱۷) طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۶۵.
- (۱۸) نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. جلد ۲۷. بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۹۸۱ م، ص ۱۴۸.
- (۱۹) باریکلو، علیرضا. اموال و حقوق مالی. تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۱۲۰.
- (۲۰) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹.
- (۲۱) الخوری الشرتونی اللبنانی، اقرب الموارد، ذیل «رفق».
- (۲۲) پارساپور، محمدباقر. حقوق اموال، ص ۱۰۸.
- (۲۳) پارساپور، همان، ص ۱۰۷.
- (۲۴) گوهری طالع، عبدالله و ترابی شهرضایی، اکبر. «حق ارتفاق، مشروعیت و اسباب آن در فقه امامیه». فصلنامه مطالعات فقهی و فلسفی، سال ششم، شماره ۲۲، تابستان ۱۳۹۴، ص ۶۱.
- (۲۵) طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۴۳.
- (۲۶) کاتوزیان، ناصر. ضمانت اجرای مدنی. تهران: دادگستر، ۱۳۸۷، ص ۲۲۳.

- (۲۷) صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۲۶۴.
- (۲۸) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹.
- (۲۹) باریکلو، اموال و حقوق مالی، ص ۱۲۰.
- (۳۰) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹.
- (۳۱) پارساپور، حقوق اموال، ص ۱۰۸.
- (۳۲) پارساپور، همان، ص ۱۰۷-۱۰۸.
- (۳۳) گوهری طالع و ترابی شهرضایی، «حق ارتفاق، مشروعیت و اسباب آن»، ص ۶۲.
- (۳۴) امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۹۲.
- (۳۵) صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۲۶۳.
- (۳۶) امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۹۲.
- (۳۷) پارساپور، حقوق اموال، ص ۱۱۰.
- (۳۸) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۸.
- (۳۹) کاشف الغطاء، محمدحسین. تحریر المجله. جلد ۳. قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع)، ۱۴۲۲ ق، ص ۴۱۹.
- (۴۰) پارساپور، حقوق اموال، ص ۱۰۸.
- (۴۱) صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۲۶۴.
- (۴۲) گوهری طالع و ترابی شهرضایی، «حق ارتفاق، مشروعیت و اسباب آن»، ص ۶۱.
- (۴۳) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹.
- (۴۴) همان، ص ۷۹ (ذیل ماده ۹۸).
- (۴۵) جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۱۸۳.
- (۴۶) صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۲۶۴.
- (۴۷) پارساپور، حقوق اموال، ص ۱۱۰.
- (۴۸) جعفری لنگرودی، دایرةالمعارف حقوق مدنی، ذیل واژه «اذن».
- (۴۹) همان، ذیل واژه «رخصت و حق».
- (۵۰) محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ص ۱۸۵.
- (۵۱) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۸.
- (۵۲) باریکلو، اموال و حقوق مالی، ص ۱۲۰.
- (۵۳) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹.
- (۵۴) همان، صص ۷۹-۸۰.
- (۵۵) امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۹۵.
- (۵۶) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۸۰.
- (۵۷) همان.
- (۵۸) پارساپور، حقوق اموال، ص ۱۱۰.
- (۵۹) کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۳، ص ۴۱۹.
- (۶۰) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹.
- (۶۱) همان، ص ۸۰.
- (۶۲) جعفری لنگرودی، دایرةالمعارف حقوق مدنی، ذیل «اماره».
- (۶۳) رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۳۷/۵/۱۰.

- ۶۴) همان.
- ۶۵) جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۱۹۷.
- ۶۶) پارساپور، حقوق اموال، ص ۱۰۹.
- ۶۷) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۸۰.
- ۶۸) همان.
- ۶۹) محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ص ۱۳۸.
- ۷۰) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹.
- ۷۱) شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۵، ص ۱۸۰.
- ۷۲) محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ص ۱۸۵.
- ۷۳) شهید اول، القواعد و الفوائد، ص ۳۳۵.
- ۷۴) همان، ص ۳۳۷.
- ۷۵) نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۱۵۳.
- ۷۶) همان، ص ۱۵۵.
- ۷۷) جعفری لنگرودی، دایرةالمعارف حقوق مدنی، ذیل «قاعده لاضرر».
- ۷۸) همان.
- ۷۹) کاتوزیان، ضمانت اجرای مدنی، ص ۲۲۰.
- ۸۰) شهید اول، القواعد و الفوائد، ص ۳۴۰.
- ۸۱) باریکلو، اموال و حقوق مالی، ص ۱۲۶.
- ۸۲) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- 83) Code civil, Art. 688.
- 84) Cass. 3e civ., 27 fév. 1969, Bull. civ. III, n° 173.
- 85) Terré, F. et Simler, Ph. (2019). Droit civil: Les biens. 12e éd. Paris: Dalloz, pp. 489-491.
- 86) Carbonnier, J. (2004). Droit civil: Les biens. 19e éd. Paris: PUF, p. 276.
- ۸۷) السنهوری، عبدالرزاق. الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید. جلد ۹. بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۹۸۶، ص ۹۵۶.
- ۸۸) محکمة النقض المصریة، الطعن رقم ۱۴۲۳ لسنة ۱۹۸۰ ق، جلسة ۱۵/۰۳/۱۹۸۳.
- ۸۹) گوهری طالع و ترابی شهرضایی، «حق ارتفاق، مشروعیت و اسباب آن»، ص ۷۰.
- ۹۰) کاتوزیان، ضمانت اجرای مدنی، ص ۲۲۳.
- ۹۱) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- ۹۲) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹ (ذیل ماده ۹۸).
- ۹۳) جعفری لنگرودی، دایرةالمعارف حقوق مدنی، ذیل «تفسیر».
- ۹۴) کاتوزیان، ضمانت اجرای مدنی، ص ۲۲۰.
- ۹۵) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹.
- ۹۶) کاتوزیان، ضمانت اجرای مدنی، ص ۲۲۳.
- ۹۷) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- ۹۸) باریکلو، اموال و حقوق مالی، ص ۱۲۷.

- ۹۹) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- ۱۰۰) امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۰۲.
- ۱۰۱) کاتوزیان، ضمانت اجرای مدنی، ص ۲۲۲.
- ۱۰۲) جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۲۰۰.
- ۱۰۳) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- ۱۰۴) کاتوزیان، ضمانت اجرای مدنی، ص ۲۲۴.
- ۱۰۵) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- ۱۰۶) باریکلو، اموال و حقوق مالی، ص ۱۳۰.
- ۱۰۷) شهید اول، القواعد و الفوائد، ص ۳۳۷.
- ۱۰۸) پارساپور، حقوق اموال، ص ۱۱۵.
- ۱۰۹) باریکلو، اموال و حقوق مالی، ص ۱۳۱.
- ۱۱۰) کاتوزیان، ضمانت اجرای مدنی، ص ۲۲۵.
- ۱۱۱) همان، ص ۲۲۶.
- 112) Forsyth, C. (2011). "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations." The Cambridge Law Journal, Vol. 70, No. 2, pp. 369-393.
- ۱۱۳) همان، ص ۳۷۵.
- ۱۱۴) کاتوزیان، ضمانت اجرای مدنی، ص ۲۲۱.
- ۱۱۵) همان، ص ۲۲۳.
- ۱۱۶) باریکلو، اموال و حقوق مالی، ص ۱۲۶.
- ۱۱۷) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- ۱۱۸) همان.
- ۱۱۹) دادنامه شماره ۹۸۷۱۰۰۹۸۷۰۲۲۵۱۰۰۹۲۰۹۹۷۰، شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورخ ۱۳۹۹.
- ۱۲۰) همان.
- ۱۲۱) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- ۱۲۲) دادنامه شماره ۹۸۷۱۰۰۷۴۲۰۱۰۰۷۴۲۰۱۰۰۹۹۷۱۵۳۰۱۰۰۷۴۲، شعبه ۳ دادگاه حقوقی شهرستان ساری، مورخ ۱۴۰۰.
- ۱۲۳) همان.
- ۱۲۴) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- ۱۲۵) همان.
- ۱۲۶) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، صص ۷۹-۸۰.
- ۱۲۷) کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۳، ص ۴۱۹.
- ۱۲۸) پارساپور، حقوق اموال، صص ۱۰۷-۱۱۰.
- ۱۲۹) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۹.
- ۱۳۰) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).
- ۱۳۱) کاتوزیان، ضمانت اجرای مدنی، صص ۲۲۲-۲۲۴.
- ۱۳۲) همان، ص ۲۲۰.
- ۱۳۳) باریکلو، اموال و حقوق مالی، ص ۱۲۶.
- ۱۳۴) همان، صص ۱۳۰-۱۳۱.
- ۱۳۵) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).

(۱۳۶) همان.

(۱۳۷) کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۸۰.

(۱۳۸) نویسندگان (تحلیل نگارندگان مقاله).

(۱۳۹) همان.

(۱۴۰) همان.

(۱۴۱) همان.