

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَ صَلَّى اللَّهُ عَلَي سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَ آلِهِ الطَّاهِرِينَ

«و ربما احتُمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً؛ و لعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل و إن لم يجب في الطرف الآخر...»

### دو قول در مقابل نظریه مشهور در نمره سوم

شیخ(ره) فرموده‌اند: یکی از ثمرات بین کاشفیت و ناقلیت این است که بنا بر ناقلیت اصیل می‌تواند در ما انتقل عنه، قبل از اجازه تصرف کند، اما بنا بر کاشفیت حق تصرف در آن مالی را که از او منتقل شده ندارد، که این نظریه مشهور بین فقهاء است.

در مقابل این نظریه، دو احتمال و بلکه دو قول دیگر وجود دارد؛ یک قول این است که گفته‌اند: بین ناقلیت و کاشفیت از این نظر فرقی وجود ندارد و همان طوری که بنا بر کاشفیت، اصیل حق تصرف ندارد، بنا بر ناقلیت هم، اصیل حق تصرف ندارد.

قول دوم که عکس قول اول است، گفته‌اند: همان طوری که بنا بر ناقلیت، اصیل حق تصرف دارد، بنا بر کاشفیت هم، اصیل حق تصرف دارد. بنابراین در این مساله مجموعاً سه نظریه وجود دارد.

### ادله قول به عدم جواز تصرف مطلقاً

مرحوم شیخ(ره) همان نظریه مشهور را اختیار کرده و این دو نظریه را که در مقابل نظر مشهور است، مورد مناقشه و اشکال قرار داده و فرموده‌اند: کسانی که می‌گویند: نه بنا بر کاشفیت تصرف صحیح است و نه بنا بر ناقلیت، دلیلشان این است که گفته‌اند: بنا بر ناقلیت، دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نسبت به اصیل تمام است و عقد از طرف اصیل وجوب وفا دارد، ولو این که از طرف فضولی، قبل از آن که مالک اجازه دهد، وجوب وفا ندارد.

بنابراین این حکم وجوب وفا، قبل از آنکه مالک هم اجازه دهد بر اصیل می‌آید و اگر این حکم محقق باشد، اصیل نمی‌تواند در مالی که از ملک خودش منتقل شده تصرف کند، چون وجوب وفا ملازم با حرمت نقض است و اگر تصرف کند، تصرفش حرام است.

بعد فرموده: این استدلال و نظریه از کلام مرحوم محقق ثانی(ره) در کتاب جامع المقاصد استفاده می‌شود.

## اشکالات بر این نظریه

مرحوم شیخ(ره) این استدلال را رد کرده فرموده‌اند: بنا بر ناقلیت اجازه دخالت در عقد دارد و عقد قبل از اجازه تمام نیست، چون اجازه یا عنوان جزئیت دارد، اگر بگوییم: خودش قائم مقام انشاء است و یا این که عنوان شرطیت دارد و علی ای حال بنا بر ناقلیت، عقد مقید به اجازه است و مقید تا زمانی که قید محقق نشده، اصلا خودش هم محقق نمی‌شود.

بنابراین بنا بر ناقلیت، قبل از این که قید و اجازه بیاید، اصلا «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» گریبان اصیل را نمی‌گیرد.

## ادله قول به جواز تصرف مطلقا

قول سوم این بود که گفته‌اند: حتی روی قول به کاشفیت هم، تصرف جایز است. یعنی چه بگوییم: اجازه ناقل است و چه بگوییم: اجازه کاشف است، تصرف اصیل در مالی که از ملکش منتقل می‌شود جایز است.

اینها بنا بر ناقلیت که با شیخ(ره) هم متفقند و بحثی ندارد، اما بنا بر کاشفیت، گفته‌اند: قبلا اصیل نسبت به این مالش سلطنت داشت و الان که عقدی با فضولی محقق کرده و نمی‌داند که مالک بعدا اجازه می‌دهد یا نه و فقط احتمال وقوع اجازه را می‌دهد، اما با این احتمال، آن مطلب یقینی سابق از بین نمی‌رود.

قبلا به دلیل قاعده سلطنت، اصیل بر مال خودش سلطنت داشت و می‌توانست در مال خودش تصرف کند، الان شک دارد که آیا مالک اجازه می‌دهد، تا بر مال خودش دیگر سلطنت نداشته باشد یا مالک اجازه نمی‌دهد؟ اما با یک احتمال نمی‌توانیم یقین سابق را از بین ببریم.

لذا بنا بر کاشفیت، سلطنت این اصیل بر مال خودش استصحاب می‌شود، پس جواز تصرف دارد و این قول از مرحوم صاحب جواهر(علیه الرحمه) در کتاب جواهر استفاده می‌شود.

قائلین به این قول که هم ناقلیت و هم بنا بر کاشفیت تصرف جایز است، تنها یک مورد را استثناء کرده و گفته‌اند: اگر اصیل علم به اجازه مالک داشته باشد، در این صورت حق تصرف در مال را ندارد، اما در مواردی که شک یا ظن به اجازه دارد، این کفایت نمی‌کند و همان سلطنت سابقه را استصحاب می‌کنیم.

## اشکالات بر این نظریه

مرحوم شیخ(ره) این نظریه را هم رد کرده فرموده‌اند: به نظر ما بنا بر کاشفیت، آنچه که وفای به آن واجب است، همان عقد است و عقد هم محقق شده و از طرفی هم بنا بر کاشفیت؛ اجازه نه شرطیت دارد و نه جزئیت، بلکه اجازه به عنوان یک راهنماست، که می‌فهمیم از همان آن موقع ملکیت وجود داشته و عقد موثر بوده است.

لذا حال که اجازه شرطیت ندارد، آنچه وفای به آن واجب است، خود عقد است و عقد هم محقق شده، بنابراین شیخ(ره) فرموده: وجوب وفا به مجرد العقد می‌آید و گریبان اصیل را می‌گیرد.

این وجوب وفا هم عمومیت دارد و حتی اگر اصیل علم هم دارد، که مالک بعدا اجازه نمی‌کند، با وجود علم به عدم اجازه، باز هم اصیل حق تصرف در مالی را که از ملکش منتقل شده ندارد و وفاء به عقد بر او واجب است.

بعد فرموده: از نظر فنی وقتی چنین عمومی داریم که وفای به عقد واجب است مطلقاً، چه اصیل علم به اجازه، یا علم به عدم اجازه و یا شک در اجازه و عدم اجازه داشته باشد، دیگر نوبت نمی‌رسد به این که فقیهی بگوید: شک می‌کنیم که آیا مالک اجازه می‌دهد یا نه؟ اصل عدم اجازه است و با وجود دلیل و اماره، دیگر نوبت به این اصل نمی‌رسد، چون الاصل دلیل حیث لا دلیل. لذا با وجود اصالة العموم و اصالة الاطلاق، دیگر نوبت به اصل عدم اجازه نمی‌رسد.

تا اینجا شیخ(ره) کلام صاحب جواهر(ره) را رد کرده و بعد فرموده‌اند: می‌توانیم فتوای صاحب جواهر(ره) را بنا بر یکی از مبانی کاشفیت توجیه کنیم و آن این است که در باب کاشفیت، دو مبنا مهم وجود دارد؛ یک مبنا این که آنچه شرطیت دارد، تعقب الاجازه است و نه خود اجازه و مبنا دوم این که خود اجازه شرطیت دارد.

شیخ(ره) فرموده: در اینجا اگر مبنا اول را اختیار کرده و گفتیم: آنچه شرطیت دارد تعقب الاجازه است، نتیجه این می‌شود که نمی‌توانیم به خود عقد بگوییم: وفا واجب است، لذا موضوع وجوب وفا نفس العقد نیست، بلکه عقد متعقب للاجازه است، یعنی عقد با این قید و این قید مادامی که اجازه نیاید، احراز نمی‌شود.

مرحوم شیخ(ره) فرموده: این فرمایش صاحب جواهر(ره) که هم بنا بر کاشفیت هم بنا بر ناقلیت، تصرف اصیل جایز است، روی این مبنا کاشفیت است، که تعقب الاجازه شرطیت داشته باشد، چون گفتیم: بنا بر این مبنا، آنچه موضوع وجوب و فاست، خود عقد نیست، بلکه عقد مقید به قید تعقب للاجازه است و این قید مادامی که اجازه نیاید، احراز نمی‌شود، لذا به مجرد عقد وفا واجب نیست، پس اصیل می‌تواند در مالی که فروخته تصرف کند.

اما بنا بر مبنا دوم کاشفیت، که مبنا مشهور فقهاء هم هست، که بگوییم اجازه خودش شرطیت دارد نه تعقب، آنچه موضوع وجوب و فاست، خود عقد است و اجازه وقتی موجود شد، کشف می‌کنیم که عقد سابق کان موثراً تاماً، چون بنا بر ناقلیت، اجازه یا جزء سبب است و یا شرط اصطلاحی، اما بنا بر کاشفیت، نه جزء سبب است و نه شرط اصطلاحی است، ولو به بنحو شرط متاخر، که شرط متاخر هم یک شرط غیر اصطلاحی است.

بنا بر کاشفیت، اجازه سر سوزنی تاثیر در تحقق ملکیت ندارد، فقط کشف از این می‌کند که ملکیت قبلاً بوده است، اما در ایجاد ملکیت هیچ دخالتی ندارد.

لذا مرحوم شیخ(ره) فرموده: کلام صاحب جواهر(ره) بنا بر کاشفیت به معنای مشهور حرف صحیحی نیست، چون بنا بر کاشفیت به معنای مشهور، آنچه که وجوب وفا دارد، خود عقد است و خود عقد هم آمده، پس اصیل باید وفا کند، یعنی حق این که در آنچه به فضولی فروخته، تصرف کند ندارد.

اما شیخ(ره) همین را هم در دو سطر بعد نقض کرده و فرموده: حتی بنا بر قول به شرط متاخر هم، اصیل حق تصرف دارد.

## تطبیق عبارت

پس ملاحظه فرمودید که در این ثمره سوم، سه نظریه وجود دارد؛ که این «و ربما احتمل» نظریه دوم است، «و ربما اُحتمل» عدم جواز التصرف علی هذا القول أيضاً»، بنا بر ناقلیت هم عدم جواز تصرف احتمال داده شده، یعنی همان طوری که بنا بر کاشفیت تصرف جایز نیست.

بعد شیخ(ره) برای اینها دلیل آورده و فرموده: «و لعلّه لجریان عموم وجوب الوفاء بالعقد فی حقّ الأَصیل و إن لم یجب فی

الطرف الآخر»، در جایی که فضولی چیزی را از اصیل خریده، عقد از طرف اصیل تام است و لذا وفای به عقد بر او واجب است، اگرچه بر طرف دیگر وفا واجب نباشد، چون در طرف دیگر فرض این است که هنوز اجازه نیامده است و اگر اجازه بیاید، وفا بر طرف دیگر هم واجب است.

«و هو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب»، این احتمال چیزی است که از محقق ثانی (ره)، در مسأله شراء غاصب بعین مال مقصود ظاهر می شود. مثلاً فرض کنید زید یک گندم غصبی دارد و آن را بدهد و فرش بخرد، که گندم غصبی عین مال مغصوب است و این عین در مقابل ذمه نیست، که اگر غاصب مالی را به ذمه بخرد، در این مسأله محقق ثانی (ره) فرموده: «حيث قال: لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين لإجازة»، برای بایع و مشتری غاصب تصرف در عین مال جایز نیست، چون امکان دارد مالک بعداً اجازه دهد. بعد محقق ثانی (ره) فرموده: بایع که اصیل است، در ما انتقل عن البائع حق ندارد تصرف کند، بعد فرموده: «سَيِّمًا عَلَى الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ أَنْتَهِي»، که این «سَيِّمًا» ظهور در این دارد که پس بنا بر قول به ناقلیت هم حق تصرف ندارد، چون می گوید: خصوصاً، یعنی روی قول به کشف عدم جواز تصرف دیگر خیلی روشن است.

«و فيه: أن الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً»، اجازه بنا بر ناقلیت دخالت در عقد دارد، حال یا به نحو شرط است و یا به نحو جزء سبب، «فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين»، لذا مادامی که شرط یا جزء محقق نشود، وفا بر هیچ یک از دو متعاقد واجب نیست، «لأنّ الأمور بالوفاء به هو العقد المقيد الذي لا يوجد إلا بعد القيد»، چون آنچه موضوع وجوب وفاست، عقد مقید است، که بعد از قید موجود می شود و قیدش هم عبارت از اجازه است.

پس بنا بر ناقلیت تا اجازه نیاید، اصلاً عقد واجب الوفا نیست. «هذا كلّه على النقل، وأمّا على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه»، اما بنا بر کاشفیت، تصرف در مالی که از اصیل منتقل می شود جایز نیست. «على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلاّمة والسيد العميدي و المحقق الثاني و ظاهر غيرهم»، بنا بر آنچه که از کلمات جماعتی، مثل علامه، سید عمیدی، محقق ثانی (قدس سرهم) و غیر این ها استفاده می شود.

«و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف»، چه بسا اعتراض شده بر این قول. این «ربما اعترض عليه» شروع در بیان قول سوم است، که گفته اند: بنا بر کاشفیت هم تصرف جایز هست، یعنی هم بنا بر ناقلیت و هم کاشفیت مانعی برای تصرف اصیل نیست، «لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع، لا يقدح في السلطنة الثابتة له»، چون وقتی اصیل مالش را فروخته، احتمال دارد بعداً مالک اجازه دهد، که معلوم می شود این مال به مالک منتقل شده و اگر اجازه ندهد، معلوم می شود در ملک خودش باقی مانده، پس قبل از اجازه، اصیل فقط احتمال انتقال مالش را می دهد و مجرد احتمال انتقال، در آن سلطنتی که برای اصیل، قبل از این که مالش را بفروشد ثابت بود و بر مالش سلطنت داشت، ضرری نمی زند. «و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً»، یعنی صاحب جواهر، فتوی داده به جواز تصرف مطلقاً، یعنی چه بنا بر ناقلیت و چه کاشفیت. «نعم، إذا حصلت الإجازة كسفت عن بطلان كلّ تصرف منافع لانتقال المال إلى المميز»، به صاحب جواهر (ره) می گویم: اگر تصرف جایز است و اصیل هم تصرف کرد، فرض کنید یکی از تصرفاتش این است که آن را فروخت، بعد باید چه کند؟

فرموده: بعد که اصیل تصرف کرد، اگر مالک اجازه داد و عین مال باقی است، عین مال را به مالک می دهد و اگر عین مال باقی نیست، باید بدلش را به مالک بدهد.

پس اگر اجازه آمد، کشف می کند از بطلان هر تصرفی که منافات با انتقال مال به مجیز دارد. «فياًخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه»، لذا بعد از اجازه، مجیز مال را در صورت بقاء می گیرد و در صورت عدم بقاء، بدل مال را می گیرد و این مسأله روشن

است.

فقط عرض کردیم صاحب جواهر از این نظریه، یک مورد را استثناء کرده که «قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، انتهى»، اگر اصیل علم به اجازه مالک داشته باشد، تصرف برای اصیل جایز نیست.

«اقول»، اقول رد کلام بعض المعاصرین، یعنی صاحب جواهر(ره) است، که شیخ(ره) فرموده: «أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه»، عموم وجوب وفا می‌گوید: وجوب وفا بر اصیل و لزوم عقد و حرمت نقض عقد از جانب اصیل است «و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك»، و وجوب وفاء بر اصیل یک حکم منجز است و معلق با اجازه مالک نیست، چون عقد از طرف اصیل تام است. «بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك»، بلکه مقتضای عموم، وجوب وفاست، حتی در جایی که اصیل علم دارد، که مالک بعداً به هیچ وجه اجازه نمی‌دهد.

اما مع ذلك حق تصرف در مالی که از او منتقل شده ندارد، تا زمانی که مالک رد کند و وقتی رد کرد، آن وقت دیگر حق تصرف در ما منتقل عنه را دارد.

لذا شیخ(ره) فرموده: جناب صاحب جواهر(ره) با وجود این عموم دیگر نوبت به استصحاب نمی‌رسد، که بگوییم: سلطنت سابقه‌ای را که اصیل بر عقد داشت، الان هم قبل از اجازه استصحاب کنیم و همچنین نوبت به این اصل عدم اجازه هم نمی‌رسد. «و من هنا يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة»، یعنی از این که وجوب وفا عمومیت دارد و حتی صورت علم به عدم اجازه را هم شامل می‌شود، معلوم می‌شود که اصالة عدم الاجازه هم فایده‌ای ندارد.

بعد شیخ(ره) فرموده: حال کلام صاحب جواهر(ره) را توجیه کرده می‌گوییم: بنا بر کاشفیت، در صورتی که تعقب الاجازه را شرط قرار دهیم، «لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة»، حرف صاحب جواهر(ره) بنا بر مذهب خودش در کاشفیت، که تعقب شرطیت دارد، درست است، چون روی این قول آنچه موضوع وجوب وفاست، خود عقد نیست، بلکه عقد مقید به این عنوان است، «لعدم إحراز الشرط مع الشك»، شرط، یعنی عنوان تعقب، در صورت شک احراز نمی‌شود. «فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين»، لذا وفای به این عقد بر هیچ کدام از متعاقدين واجب نیست.

«و أما على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً»، و اما بنا بر کاشفیت به معنای مشهور، که آنچه شرطیت دارد، که عقد سابق موثر و تام باشد، خود اجازه است و نه تعقب الاجازه، یعنی بنا بر کاشفیت به معنای مشهور، اجازه سر سوزنی در تحقق ملکیت دخالت ندارد، مشهور می‌گویند: عقد که آمد، ملکیت هم دنبالش آمده، منتها اطلاع نداریم و اجازه شرط است برای این که علم پیدا کنیم، به این که آن عقد سابق موثر تام است.

«فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد و قد تحقق»، پس اگر اجازه دخالت در عقد ندارد و عقد خودش موثر در ملکیت است، نتیجه این می‌شود موضوع وجوب وفا خود عقد است، بدون اینکه قیدی داشته باشد و خود عقد هم قبلاً محقق شده است.

«فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض»، اصیل باید التزام پیدا کند به این عقد و آن را نقض نکند، تا این که معامله از طرف مالک رد شود. «فإن رد المالك فسخ للعقد من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولي»، «فإن غلط است و تشدید نمی‌خواهد. تشدید را تبدیل به سکون کنید. یعنی اگر مالک رد کرد، عقد از طرف اصیل هم فسخ

می‌شود. کما این که اگر مالک اجازه کرد، اجازه مالک امضاء از طرف فضولی هم می‌شود.

«و الحاصل»، خلاصه مطلب این است که «أَنَّهُ إِذَا تَحَقَّقَ الْعَقْدُ، فَمَقْتَضَى الْعَمُومَ عَلَى الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ»، اگر عقد محقق شود مقتضای عموم وجوب وفا، بنا بر کاشفیت، «المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمیمة شيء شرطاً أو شرطاً»، البته نه کشفی که تعقب را شرط بدانیم، بلکه کشفی که خود اجازه را شرط بدانیم، یعنی آنچه وفای به آن واجب است، خود عقد است، بدون این که شیئی، به نحو شرطیت یا جزئییت به آن ضمیمه شود، «حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً»، این «حرمة نقضه»، خبر «مقتضى العموم» است، یعنی مقتضای عموم، حرمت نقض این عقد بر اصیل است، مطلقاً، یعنی چه اصیل علم داشته باشد به اجازه مالک، یا علم داشته باشد به عدم اجازه مالک و یا نسبت به اجازه و عدم اجازه شاک باشد. «فكل تصرف يعد نقضاً لعقد المبادلة»، هر تصرفی که عنوان نقض برای عقد مبادله دارد.

گاهی تصرفی می‌کند که عرفاً، نقض عقد نیست، تصرفی که ناقض مبادله است مثل این است که آن را بفروشد، یا هبه کند و یا وقف کند، این تصرفی است که با آن عقد مبادله‌اش متناقض است.

اما یک سری تصرفات هست که نقض عقد مبادله نیست، مثل این که آن را نگه دارد.

نقض عقد مبادله یعنی، «بمعنى عدم اجتماعه مع صحّة العقد فهو غير جائز»، یعنی اجتماع آن تصرف با صحت عقد ممکن نیست، لذا هر تصرفی که این خصوصیت را داشته باشد، جایز نیست.

وَصَلَّى اللهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ