در تاریخ ۲۸ بهمن ۱۴۰۴
بیع فضولی

جلسه 29

بسم الله الرّحمن الرّحيم
الحمدلله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

«و ربما احتُمل عدم جواز التصرّف 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 نظريه مشهور در ثمره سوم

شيخ(ره) فرموده‌اند: يكي از ثمرات بين كاشفيت و ناقليت اين است كه بنا بر ناقليت اصيل مي‌تواند در ما انتقل عنه، قبل از اجازه تصرف كند، اما بنا كاشفيت حق تصرف در آن مالي را كه از او منتقل شده ندارد، كه اين نظريه مشهور بين فقهاء است.

در مقابل اين نظريه، دو احتمال و بلكه دو قول ديگر وجود دارد؛ يک قول اين است كه گفته‌اند: بين ناقليت و كاشفيت از اين نظر فرقي وجود ندارد و همان طوري كه بنا بر كاشفيت، اصيل حق تصرف ندارد، بنا بر ناقليت هم، اصيل حق تصرف ندارد.

قول دوم كه عكس قول اول است، گفته‌اند: همان طوري كه بنا بر ناقليت، اصيل حق تصرف دارد، بنا بر كاشفيت هم، اصيل حق تصرف دارد. بنابراين در اين مساله مجموعا سه نظريه وجود دارد.

ادله قول به عدم جواز تصرف مطلقا

مرحوم شيخ(ره) همان نظريه مشهور را اختيار كرده و اين دو نظريه را كه در مقابل نظر مشهور است، مورد مناقشه و اشكال قرار داده و فرموده‌اند: كساني كه مي‌گويند: نه بنا بر كاشفيت تصرف صحيح است و نه بنا بر ناقليت، دليلشان اين است كه گفته‌اند: بنا بر ناقليت، دليل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نسبت به اصيل تمام است و عقد از طرف اصيل وجوب وفا دارد، ولو اين كه از طرف فضولي، قبل از آن كه مالک اجازه دهد، وجوب وفا ندارد.

بنابراين اين حكم وجوب وفا، قبل از آنكه مالک هم اجازه دهد بر اصيل مي‌آيد و اگر اين حكم محقق باشد، اصيل نمي‌تواند در مالي كه از ملک خودش منتقل شده تصرف كند، چون وجوب وفا ملازم با حرمت نقض است و اگر تصرف كند، تصرفش حرام است.

بعد فرموده: اين استدلال و نظريه از كلام مرحوم محقق ثاني(ره) در كتاب جامع المقاصد استفاده مي‌شود.

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 علي اي حال بنا بر ناقلیت، عقد مقید به اجازه است و مقید تا زماني که قید محقق نشده، اصلا خودش هم محقق نمي‌شود.

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

ادله قول به جواز تصرف مطلقا

قول سوم این بود که گفته‌اند: حتي روي قول به کاشفیت هم، تصرف جایز است. یعني چه بگوییم: اجازه ناقل است و چه بگوییم: اجازه کاشف است، تصرف اصیل در مالي که از ملکش منتقل مي‌شود جایز است.

اینها بنا بر ناقلیت که با شیخ(ره) هم متفقند و بحثي ندارد، اما بنا بر کاشفیت، گفته‌اند: قبلا اصیل نسبت به این مالش سلطنت داشت و الان که عقدي با فضولي محقق کرده و نمي‌داند که مالک بعدا اجازه مي‌دهد یا نه و فقط احتمال وقوع اجازه را مي‌دهد، اما با این احتمال، آن مطلب یقیني سابق از بین نمي‌رود.

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

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

قائلین به این قول که هم ناقلیت و هم بنا بر کاشفیت تصرف جایزاست، 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 مواردي که شک یا ظن به اجازه دارد، این کفایت نمي‌کند و همان سلطنت سابقه را استصحاب مي‌کنیم.

اشکالات بر این نظریه

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

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

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

بعد فرموده: از نظر فني وقتي چنين عمومي داريم كه وفاي به عقد واجب است مطلقا، چه اصيل علم به اجازه، يا علم به عدم اجازه و يا شک در اجازه و عدم اجازه داشته باشد، ديگر نوبت نمي‌رسد به اين كه فقيهي بگويد: شک مي‌كنيم كه آيا مالک اجازه مي‌دهد يا نه؟ اصل عدم اجازه است و با وجود دليل و اماره، ديگر نوبت به اين اصل نمي‌رسد، چون الاصل دليل حيث لا دليل. لذا با وجود اصالة العموم و اصالة الاطلاق، ديگر نوبت به اصل عدم اجازه نمي‌رسد.

تا اينجا شيخ(ره) كلام صاحب جواهر(ره) را رد كرده و بعد فرموده‌اند: مي‌توانيم فتواي صاحب جواهر(ره) را بنا بر يكي از مباني كاشفيت توجيه كنيم و آن اين است كه در باب كاشفيت، دو مبناي مهم وجود دارد؛ يک مبنا اين كه آنچه شرطيت دارد، تعقب الاجازه است و نه خود اجازه و مبناي دوم اين كه خود اجازه شرطيت دارد.

شيخ(ره) فرموده: در اينجا اگر مبناي اول را اختيار كرده و گفتيم: آنچه شرطيت دارد تعقب الاجازه است، نتيجه اين مي‌شود كه نمي‌توانيم به خود عقد بگوييم: وفا واجب است، لذا موضوع وجوب وفا نفس العقد نيست، بلكه عقد متعقب للاجازه است، يعني عقد با اين قيد و اين قيد مادامي كه اجازه نيايد، احراز نمي‌شود.

مرحوم شيخ(ره) فرموده: اين فرمايش صاحب جواهر(ره) كه هم بنا بر كاشفيت هم بنا بر ناقليت، تصرف اصيل جايز است، روي اين مبناي كاشفيت است، كه تعقب الاجازه شرطيت داشته باشد، چون گفتيم: بنا بر اين مبنا، آنچه موضوع وجوب وفاست، خود عقد نيست، بلكه عقد مقيد به قيد تعقب للاجازه است و اين قيد مادامي كه اجازه نيايد، احراز نمي‌شود، لذا به مجرد عقد وفا واجب نيست، پس اصيل مي‌تواند در مالي كه فروخته تصرف كند.

اما بنا بر مبناي دوم كاشفيت، كه مبناي مشهور فقهاء هم هست، كه بگوييم اجازه خودش شرطيت دارد نه تعقب، آنچه موضوع وجوب وفاست، خود عقد است و اجازه وقتي موجود شد، كشف مي‌كنيم كه عقد سابق كان موثرا تاما، چون بنا بر ناقليت، اجازه يا جزء سبب است و يا شرط اصطلاحي، اما بنا بر كاشفيت، نه جزء سبب است و نه شرط اصطلاحي است، ولو به بنحو شرط متاخر، كه شرط متاخر هم يک شرط غير اصطلاحي است.

بنا بر كاشفيت، اجازه سر سوزني تاثير در تحقق ملكيت ندارد، فقط كشف از اين مي كند كه ملكيت قبلا بوده است، اما در ايجاد ملكيت هيچ دخالتي ندارد.

لذا مرحوم شيخ(ره) فرموده: كلام صاحب جواهر(ره) بنا بر كاشفيت به معناي مشهور حرف صحيحي نيست، چون بنا بر كاشفيت به معناي مشهور، آنچه كه وجوب وفا دارد، خود عقد است و خود عقد هم آمده، پس اصيل بايد وفا كند، يعني حق اين كه در آنچه به فضولي فروخته، تصرف كند ندارد.

اما شيخ(ره) همين را هم در دو سطر بعد نقض كرده و فرموده: حتي بنا بر قول به شرط متاخر هم، اصيل حق تصرف دارد.

تطبيق عبارت

پس ملاحظه فرموديد كه در اين ثمره سوم، سه نظريه وجود دارد؛ كه اين «و ربما احتمل» نظريه دوم است، «و ربما احتُمل عدم جواز التصرّف على هذا القول أيضاً»، بنا بر ناقليت هم عدم جواز تصرف احتمال داده شده، يعني همان طوري كه بنا بر كاشفيت تصرف جايز نيست.

بعد شيخ(ره) براي اينها دليل آورده و فرموده: «و لعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل و إن لم يجب في

الطرف الآخر»، در جايي كه فضولي چيزي را از اصيل خريده، عقد از طرف اصيل تام است و لذا وفاي به عقد بر او واجب است، اگرچه بر طرف ديگر وفا واجب نباشد، چون در طرف ديگر فرض اين است كه هنوز اجازه نيامده است و اگر اجازه بيايد، وفا بر طرف ديگر هم واجب است.

«و هو الذي يظهر من المحقّق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب»، اين احتمال چيزي است كه از محقق ثاني(ره)، در مساله شراء غاصب بعين مال مقصود ظاهر مي شود. مثلا فرض كنيد زيد يک گندم غصبي دارد و آن را بدهد و فرش بخرد، كه گندم غصبي عين مال مغصوب است و اين عين در مقابل ذمه نيست، كه اگر غاصب مالي را به ذمه بخرد، در اين مساله محقق ثاني(ره) فرموده: «حيث قال: لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرّف في العين لإمكان الإجازة»، براي بايع و مشتري غاصب تصرف در عين مال جايز نيست، چون امكان دارد مالک بعدا اجازه دهد. بعد محقق ثاني(ره) فرموده: بايع كه اصيل است، در ما انتقل عن البايع حق ندارد تصرف كند، بعد فرموده: «سيّما على القول بالكشف انتهى»، كه اين «سيما» ظهور در اين دارد كه پس بنا بر قول به ناقليت هم حق تصرف ندارد، چون مي‌گويد: خصوصا، يعني روي قول به كشف عدم جواز تصرف ديگر خيلي روشن است.

«و فيه: أنّ الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شطراً»، اجازه بنا بر ناقليت دخالت در عقد دارد، حال يا به نحو شرط است و يا به نحو جزء سبب، «فما لم يتحقّق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين»، لذا مادامي كه شرط يا جزء محقق نشود، وفا بر هيچ يک از دو متعاقد واجب نيست، «لأنّ المأمور بالوفاء به هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلّا بعد القيد»، چون آنچه موضوع وجوب وفاست، عقد مقيد است، كه بعد از قيد موجود مي‌شود و قيدش هم عبارت از اجازه است.

پس بنا بر ناقليت تا اجازه نيايد، اصلا عقد واجب الوفا نيست. «هذا كلّه على النقل، و أمّا على القول بالكشف، فلا يجوز التصرّف فيه»، اما بنا بر كاشفيت، تصرف در مالي كه از اصيل منتقل مي‌شود جايز نيست. «على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلّامة و السيّد العميدي و المحقّق الثاني و ظاهر غيرهم»، بنا بر آنچه كه از كلمات جماعتي، مثل علامه، سيد عميدي، محقق ثاني(قدس سرهم) و غير اين ها استفاده مي‌شود.

«و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرّف»، چه بسا اعتراض شده بر اين قول. اين «ربما اعترض عليه» شروع در بيان قول سوم است، كه گفته‌اند: بنا بر كاشفيت هم تصرف جايز هست، يعني هم بنا بر ناقليت و هم كاشفيت مانعي براي تصرف اصيل نيست، «لأنّ مجرّد احتمال انتقال المال عنه في الواقع، لا يقدح في السلطنة الثابتة له»، چون وقتى اصيل مالش را فروخته، احتمال دارد بعدا مالک اجازه دهد، كه معلوم مي‌شود اين مال به مالک منتقل شده و اگر اجازه ندهد، معلوم مي شود در ملک خودش باقي مانده، پس قبل از اجازه، اصيل فقط احتمال انتقال مالش را مي‌دهد و مجرد احتمال انتقال، در آن سلنطتي كه براي اصيل، قبل از اين كه مالش را بفروشد ثابت بود و بر مالش سلطنت داشت، ضرري نمي‌زند. «و لذا صرّح بعض المعاصرين بجواز التصرّف مطلقاً»، يعني صاحب جواهر، فتوي داده به جواز تصرف مطلقا، يعني چه بنا بر ناقليت و چه كاشفيت. «نعم، إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرّف منافٍ لانتقال المال إلى المجيز»، به صاحب جواهر(ره) مي‌گوييم: اگر تصرف جايز است و اصيل هم تصرف كرد، فرض كنيد يكي از تصرفاتش اين است كه آن را فروخت، بعد بايد چه كند؟

فرموده: بعد كه اصيل تصرف كرد، اگر مالک اجازه داد و عين مال باقي است، عين مال را به مالک مي‌دهد و اگر عين مال باقي نيست، بايد بدلش را به مالک بدهد.

پس اگر اجازه آمد، كشف مي‌كند از بطلان هر تصرفي كه منافات با انتقال مال به مجيز دارد. «فيأخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه»، لذا بعد از اجازه، مجيز مال را در صورت بقاء مي‌گيرد و در صورت عدم بقاء، بدل مال را مي‌گيرد و اين مساله روشن

است.

فقط عرض كرديم صاحب جواهر از اين نظريه، يک مورد را استثناء كرده كه «قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرّف، انتهى»، اگر اصيل علم به اجازه مالک داشته باشد، تصرف براي اصيل جايز نيست.

«اقول»، اقول رد كلام بعض المعاصرين، يعني صاحب جواهر(ره) است، كه شيخ(ره) فرموده: «أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه»، عموم وجوب وفا مي‌گويد: وجوب وفا بر اصيل و لزوم عقد و حرمت نقض عقد از جانب اصيل است «و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك»، و وجوب وفاء بر اصيل يک حكم منجز است و معلق باجازه مالک نيست، چون عقد از طرف اصيل تام است. «بل مقتضى العموم وجوبه حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك»، بلكه مقتضاي عموم، وجوب وفاست، حتي در جايي كه اصيل علم دارد، كه مالک بعدا به هيچ وجه اجازه نمي‌دهد.

اما مع ذلک حق تصرف در مالي كه از او منتقل شده ندارد، تا زماني كه مالک رد كند و وقتي رد كرد، آن وقت ديگر حق تصرف در ما انتقل عنه را دارد.

لذا شيخ(ره) فرموده: جناب صاحب جواهر(ره) با وجود اين عموم ديگر نوبت به استصحاب نمي‌رسد، كه بگوييم: سلطنت سابقه‌اي را كه اصيل بر عقد داشت، الان هم قبل از اجازه استصحاب كنيم و همچنين نوبت به اين اصل عدم اجازه هم نمي‌رسد. «و من هنا يظهر أنّه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة»، يعني از اين كه وجوب وفا عموميت دارد و حتي صورت علم به عدم اجازه را هم شامل مي‌شود، معلوم مي‌شود كه اصالة عدم الاجازه هم فايده‌اي ندارد.

بعد شيخ(ره) فرموده: حال كلام صاحب جواهر(ره) را توجيه كرده مي‌گوييم: بنا بر كاشفيت، در صورتي كه تعقب الاجازه را شرط قرار دهيم، «لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقّبه بالإجازة»، حرف صاحب جواهر(ره) بنا بر مذهب خودش در كاشفيت، كه تعقب شرطيت دارد، درست است، چون روي اين قول آنچه موضوع وجوب وفاست، خود عقد نيست، بلكه عقد مقيد به اين عنوان است، «لعدم إحراز الشرط مع الشكّ»، شرط، يعني عنوان تعقب، در صورت شک احراز نمي‌شود. «فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين»، لذا وفاي به اين عقد بر هيچ كدام از متعاقدين واجب نيست.

«و أمّا على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخّرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثّراً تامّاً»، و اما بنا بر كاشفيت به معناي مشهور، كه آنچه شرطيت دارد، كه عقد سابق موثر و تام باشد، خود اجازه است و نه تعقب الاجازه، يعني بنا بر كاشفيت به معناي مشهور، اجازه سر سوزني در تحقق ملكيت دخالت ندارد، مشهور مي‌گويند: عقد كه آمد، ملكيت هم دنبالش آمده، منتها اطلاع نداريم و اجازه شرط است براي اين كه علم پيدا كنيم، به اين كه آن عقد سابق موثر تام است.

«فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد و قد تحقّق»، پس اگر اجازه دخالت در عقد ندارد و عقد خودش موثر در ملكيت است، نتيجه اين مي‌شود موضوع وجوب وفا خود عقد است، بدون اينكه قيدي داشته باشد و خود عقد هم قبلا محقق شده است.

«فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض»، اصيل بايد التزام پيدا كند به اين عقد و آن را نقض نكند، تا اين كه معامله از طرف مالک رد شود. «فإنّ ردّ المالك فسخٌ للعقد من طرف الأصيل، كما أنّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولي»، «فانّ» غلط است و تشديد نمي‌خواهد. تشديد را تبديل به سكون كنيد. يعني اگر مالک رد كرد، عقد از طرف اصيل هم فسخ

مي‌شود. كما اين كه اگر مالک اجازه كرد، اجازه مالک امضاء از طرف فضولي هم مي‌شود.

«و الحاصل»، خلاصه مطلب اين است كه «أنّه إذا تحقّق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف»، اگر عقد محقق شود مقتضاي عموم وجوب وفا، بنا بر كاشفيت، «المبنيّ على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمة شيءٍ شرطاً أو شطراً»، البته نه كشفي كه تعقب را شرط بدانيم، بلكه كشفي كه خود اجازه را شرط بدانيم، يعني آنچه وفاي به آن واجب است، خود عقد است، بدون اين كه شيئي، به نحو شرطيت يا جزئيت به آن ضميمه شود، «حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً»، اين «حرمة نقضه»، خبر «مقتضي العموم» است، يعني مقتضاي عموم، حرمت نقض اين عقد بر اصيل است، مطلقا، يعني چه اصيل علم داشته باشد به اجازه مالک، يا علم داشته باشد به عدم اجازه مالک و يا نسبت به اجازه و عدم اجازه شاک باشد. «فكلّ تصرّف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة»، هر تصرفي كه عنوان نقض براي عقد مبادله دارد.

گاهي تصرفي مي‌كند كه عرفا، نقض عقد نيست، تصرفي كه ناقض مبادله است مثل اين است كه آن را بفروشد، يا هبه كند و يا وقف كند، اين تصرفي است كه با آن عقد مبادله‌اش متناقض است.

اما يک سري تصرفات هست كه نقض عقد مبادله نيست، مثل اين كه آن را نگه دارد.

نقض عقد مبادله يعني، «بمعنى عدم اجتماعه مع صحّة العقد فهو غير جائز»، يعني اجتماع آن تصرف با صحت عقد ممكن نيست، لذا هر تصرفي كه اين خصوصيت را داشته باشد، جايز نيست.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين