

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

«و من هنا تبين فساد توهم: أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه»

توهم برخي از فقهاء در جواز تصرف اصیل در عوض مالش

مرحوم شیخ (اعلي الله مقامه الشریف) فرموده‌اند که: برخي از فقهاء در مانحن فيه توهم کرده‌اند که اگر گفتیم: تصرف اصیل در مال خودش و در ما انتقل عنه حرام باشد، مستلزم این است که تصرف اصیل در مالي که به او منتقل می‌شود، جایز باشد، چون مالي که به او منتقل می‌شود، عوض مالي است که از ملک او خارج شده و اگر گفتیم: تصرف اصیل در مالي که از ملکش خارج می‌شود حرام است، مستلزم این است که تصرفش در مالي که به ملک او منتقل می‌شود، جایز باشد.

مقتضاي مبادله و معاوضه هم همین است و در اینجا چون مبادله تحقق پیدا کرده، مبادله يعني اگر مالي از ملک کسی خارج شد، عوض این مال، در ملک همان شخص داخل می‌شود. پس حقیقت معاوضه هم اقتضاي چنین مطلبي دارد.

جواب مرحوم شیخ (ره) از این توهم

مرحوم شیخ (ره) فرموده‌اند: به نظر ما جواب این توهم از مطالبی که گفتیم، روشن می‌شود و این توهم واضح الفساد است، به دلیل این که در اینجا دو عنوان داریم، که متوهم بین این دو عنوان خلط کرده؛ یک عنوان التزام داریم و یک عنوان مبادله، در اینجا که اصیل با فضولي معامله‌ای انجام داده، در واقع یک التزام قلبی بر گردن خودش قرار داده و ملتزم شده که مال از ملکش منتقل شود.

مرحوم شیخ (ره) تعبیر کرده که دایره این تعهد و التزام در امور علي نفسه است و نه اموري که لنفسه باشد. اگر بگوییم: دایره التزام، لنفسه را هم شامل می‌شود، اصیل ملتزم شده که مال از ملکش خارج شود و عوض در ملکش بیايد.

بعبارة اخري بنا بر این التزامی که اصیل پیدا کرده، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌گوید به آن التزام عمل کن و آن التزامی که بر ذمه خودت قرار دادی، التزام علي نفسه را واجب العمل و موثر می‌داند و می‌گوید: چون با فضولي معامله کردی و التزام پیدا کردی که مال از ملکت خارج شود، باید به این التزام وفا کنی، يعني دیگر حق تصرف در این مالي که از تو منتقل شده نداری.

اما این التزام دوم که ملتزم شدي که عوض این مال هم داخل در ملکت بیايد، دیگر مشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نیست، چون «أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ چیزی را بر شما تحمیل می‌کند، که بر ضرر انسان هست، یعنی ملتزم شدي که مال از ملک خارج شود، **«أَوْفُوا** **بِالْعُقُودِ** هم می‌گوید به التزامت وفا کن، لذا حق تصرف در این مال را نداری.

بعبارة اخري شيخ(ره) فرموده: بلکه این مساله که وقتی مال از ملک کسی خارج می‌شود، عوض باید داخل در ملکش شود، در مفهوم مبادله اخذ شده، لکن این غیر از مساله التزام است.

اگر هم شک می‌کنیم که با این التزامی که پیدا کرده، آیا عوض داخل در ملکش شده تا بتواند تصرف کند یا نه؟ باید به اصول عملیه مراجعه کنیم، که اصل عدم الانتقال است.

لذا شيخ(ره) فرموده: اصیل در مالی که از او منتقل می‌شود حق تصرف ندارد و در مالی هم که به عوض این مال قرار است بعد از اجازه مالک به او منتقل شود، قبل از اجازه مالک حق تصرف ندارد.

اشکال برخی بر این جواب شيخ(ره)

مستشکل می‌گوید: این التزامی که اصیل پیدا کرده، یک التزام معلق است و التزام علی جمیع التقادیر نیست. اصیل التزام پیدا کرده که مالش علی تقدیر اجازه به مالک منتقل شود و این چنین نیست که بگوییم: یک التزام مطلق پیدا کرده، که مالش به مالک منتقل شود، اعم از اینکه مالک اجازه دهد یا نه، چنین التزامی که پیدا نکرده و بلکه التزام علی تقدیر اجازه است.

بنابراین لازمه این تعلیق، که می‌گوییم: التزام علی تقدیر اجازه است و معنای اجازه مالک هم، دخول عوض در ملک اصیل است، این است که مال مالک که عوض مال هست، داخل در ملک اصیل شود و این لازمه اش این است که اصیل بتواند در آن عوض مال تصرف کند.

بعد مستشکل قیاس و تشبیهی در اینجا آورده و گفته: در باب نذر معلق، اگر کسی نذرش را معلق کرد و مثلاً گفت: نذر می‌کنم که یک درهم به فقیر صدقه دهم، به شرط این که زید بیاید، جماعتی از فقهاء گفته‌اند: این نذر، نذر صحیحی است و قبل از تحقق شرط، ناذر می‌تواند در این مال منذور تصرف کند.

در ما نحن فیه هم همین حرف را بزنیم و بگوییم: چون این التزام، معلق بر این شرط است، لذا تصرف اصیل مانعی ندارد.

جواب شيخ(ره) از این اشکال

مرحوم شيخ(ره) فرموده: اولاً این قیاسی را که کرده‌اید، قبول نداریم و به نظر ما در نذر مشروط، این که ناذر و نذر کننده قبل از تحقق شرط، بتواند در مال منذور تصرف کند، محل اشکال است.

ثانیاً با صرف نظر از این جواب و اشکال اول، در ما نحن فیه التزام اصیل معلق نیست، در این مثالی که در باب نذر زده‌اید، اصل التزام معلق است و می‌گوید: «لله علي ان اتصدق بكذا بشرط كذا»، از اساس این التزام و تعهدی که دارد مشروط به شرط است.

اما در ما نحن فیه التزام اصیل معلق نیست، فضولی به اصیل می‌گوید: این مال را از تو، در مقابل هزار تومان می‌خرم و اصیل

هم می‌گوید: فروختم. لذا التزام اصیل به بیعش معلق نیست.

بله مجموع مبادله و معامله‌ای که واقع شده، مشروط به اجازه است، اما اینکه بگوییم: این معاوضه مشروط به اجازه است، یک مطلب است و این که بگوییم: التزام اصیل معلق بر یک قیدی است، مطلب دیگری است.

بنابراین مرحوم شیخ(ره) فرموده: در ما نحن فيه اصلاً التزام مطلق است، اصیل می‌گوید: فروختم و مشتری هم که فضولی است می‌گوید: خرید. اما مجموع معامله و مبادله احتیاج به اجازه مالک دارد، همان طور که کسی نمی‌تواند بگوید: التزام فضولی هم معلق است، اصلاً چه بسا فضولی خیال می‌کند که خودش مالک است و همچنین در جایی که به فضولی بودنش علم دارد.

پس همانطوری که التزام فضولی معلق نیست، التزام اصیل هم معلق نیست. بله مجموع این معامله و مبادله، مشروط به اجازه ی مالک است.

بعد از این مطلب مرحوم شیخ(ره) فرموده: قبلاً گفتیم که: اصیل بنا بر کاشفیت حق تصرفاتی را که منافی با اجازه مالک است ندارد، اما تصرفاتی که منافات با اجازه مالک ندارد، اشکالی ندارد.

بعد فرموده: مرحوم علامه(ره) در کتاب قواعد، در باب نکاح فتوایی دارد، که آن فتوی هم، مبتنی بر همین مطلبی است که بیان کردیم.

مرحوم علامه(ره) فرموده است که: اگر در نکاحی، یکی از دو طرف فضولی باشد، یعنی یا طرف زوج و یا زوجه، بر طرف دیگر که اصیل است، احکامی بار می‌شود، مثلاً اگر در نکاح، از طرف زوج نکاح اصیل بود، در اینجا زوج مجاز به تصرفاتی که منافات با اجازه زوجه دارد نیست. مثلاً اگر این زوجه‌ای را که به عقد فضولی، به ازدواج خودش در آورده، زن چهارم او باشد، حق ندارد که زن پنجم بگیرد و یا ام زوجه، بنت و اخت این زوجه هم، بر این زوج حرام می‌شوند، مگر این که بعداً زن فسخ کند.

اگر فسخ کرد، آن وقت شیخ(ره) فرموده: می‌تواند زن دیگر بگیرد و یا خواهر یا دختر این زن را بگیرد، فقط فرموده: «علی اشکال فی الام»، مادر را حق ندارد بگیرد، برای این که در حرمت مادر زن، همین که عقد صحیح بر دختر خوانده شده باشد، ولو بصورت معلق، کفایت می‌کند در این که مادر حرمت ابدیه پیدا کند.

وجه اشکال این است که بالاخره بین مادر زن و خواهر زن، یک فرق عمده وجود دارد، که اگر انسان زنی را یک دقیقه هم به ازدواج خودش در آورد، مادر زن برایش حرمت ابدیه پیدا می‌کند، اما بعد که این ازدواج به هم خورد، بدون هیچ اشکالی می‌تواند خواهر او را بگیرد.

البته اینها همه بنا بر قول مشهور و علی الکشف است.

تطبیق عبارت

«و من هنا تبین فساد توهم»، «من هنا» یعنی از این که گفتیم: بنا بر کاشفیت، وفا بر اصیل واجب و نقض حرام است و در ما انتقل عنه حق تصرف ندارد، فساد یک توهم آشکار می‌شود. متوهم می‌گوید: «أنَّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصل فيما انتقل عنه»، عمل به مقتضای عقد، همان طور که موجب حرمت تصرف اصیل در آن مالی که از او منتقل شده،

می‌شود، «كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه»، یعنی مقتضای عقد، موجب جواز تصرف اَصیل است در آن مالی که به او منتقل می‌شود و می‌تواند تصرف کند، «لأن مقتضى العقد مبادلة المالكين»، چون مقتضای عقد، مبادله بین دو مال هست، پس معنای مبادله این است که وقتی این مال از ملک او خارج می‌شود، آن هم داخل در ملک او شود.

بعد متوهم می‌گوید: جمع بین این دو نمی‌شود، که بگوییم: در مالی که از ملک منتقل شده و هم در مالی که به ملکش می‌خواهد منتقل شود، در هر دو تصرف حرام است.

«حرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد، أعني المبادلة»، حرمت تصرف در مال خودش، که اَصیل است، با حرمت تصرف در عوض مالش، با مقتضای عقد منافات دارد، که مقتضای عقد مبادله است، یعنی این بدل آن هست.

اما شیخ(ره) فرموده: این توهم فاسد است، «توضيح الفساد: أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة: حرمة نقضه و التخطي عنه»، آنچه که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌آورد، وجوب وفاي عاقد به آن چیزی است که از مبادله به آن التزام پیدا کرده است، که حرام بودن نقض ما التزم علی نفسه است و حرمت تخطی از آن است.

«و هذا لا يدلّ إلا على حرمة التصرف في ماله»، یعنی این که بنا بر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌گوییم: آنچه را بر خودت التزام کردی و ملتزم شدی، حق نقض آن را نداری و این دلالت ندارد، مگر در این که حق تصرف در مال خودت را نداری. «حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل»، چون ملتزم شده به خروج مال از ملکش، و لو این که بگوییم: در مقابل این التزام این است که بدلی هم داخل در ملک او می‌شود. «و أمّا دخول البدل في ملكه فليس ممّا التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه»، اما این که بگوییم: بدل داخل در ملک او می‌شود، این از موارد ضرریه نیست، که بگوییم: التزام علی نفسه است، بلکه چیزی است که به نفع خودش قرار داده است.

آنچه که از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌فهمیم، فقط دلالت بر حرمت تصرف دارد، یعنی تصرف اَصیل در مالی که می‌خواهد از ملکش منتقل شود، ولو این که بدلی هم در مقابل این خروج باشد.

«و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عمّا التزم على نفسه»، پس «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌گوید: وفا به عقد واجب است، یعنی عقد معنایش التزام و تعهد است. اما شیخ(ره) فرموده: این آیه تنها شامل التزامات ضرریه می‌شود.

«و أمّا قيد «كونه بإزاء مالٍ» فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلاً في مفهوم المبادلة»، اما قید این که این خروج در مقابل دخول بدل می‌باشد، عرض کردیم که شیخ(ره) در اینجا بین این دو، یعنی بین التزام و مفهوم مبادله تفکیک کرده و فرموده: این بدل از آن التزامی که پیدا کرده خارج است، ولو این که در مفهوم مبادله داخل است، یعنی حقیقت مبادله این است که اگر مال از ملک کسی خارج شد، مال دیگر داخل در ملک او شود.

بله چنین چیزی هست، اما در اینجا عنوان دیگری به نام التزام داریم. اگر در معامله فضولی از اَصیل بپرسیم که مالک بعداً اجازه می‌دهد یا نه؟ می‌گوید: نمی‌دانم. اما اگر بپرسیم که التزام پیدا کردی یا نه؟ می‌گوید: بله.

لذا شیخ(ره) فرموده: التزام از طرف اَصیل، تام و تمام است، پس به مقتضای آیه، باید به الالتزامش وفا کند، یعنی حق تصرف در آنچه که به آن ملتزم شده ندارد.

پس در اینجا دو عنوان داریم؛ یک عنوان محرز است و یک عنوان معلق، عنوانی که محرز است التزام است، اما عنوان مبادله معلق است، چون اگر اجازه بیاید، حقیقت مبادله محقق می‌شود.

«فلو لم يتصرّف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادلة»، پس اگر در مال رفیقش، یعنی در عوض مال، تصرف نکند، نقض برای مبادله نمی‌شود. «فالمرجع في هذا التصرف فعلاً وتركاً إلى ما يقتضيه الأصل و هي أصالة عدم الانتقال»، پس مرجع در این تصرف فعلاً و ترکاً عدم الانتقال است.

شک می‌کنیم که آیا عوض به ملک اصیل منتقل شد یا نه؟ اصل عدم الانتقال است.

مستشکل می‌گوید: اگر التزام اصیل مطلق باشد، فرمایش شما درست است، اما التزام اصیل مطلق نیست، بلکه مشروط و مقید است به این که آن بدل در ملکش داخل شود.

شیخ (ره) فرموده: این اشتباهی است که شما دارید، «و دعوى: أنّ الالتزام المذكور إنّما هو على تقدير الإجازة و دخول البديل في ملكه»، یعنی ادعای این که التزام اصیل، التزام مطلق نیست و بلکه معلق است، بنا بر آمدن اجازه و دخول بدل در ملک اصیل است، «فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحقّقه»، پس التزام معلق بر فرضی است، که تحقق آن معلوم نیست. «فهو كالنذر المعلق على شرط»، لذا این التزام مانند نذر معلق است، «حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقّق الشرط إذا لم يعلم بتحقّقه»، از این حیث که قبل از این که شرط محقق شود، جماعتی از فقهاء گفته‌اند: اگر ناذر علم به تحقق نذر ندارد، می‌تواند در مال منذور تصرف کند. «فكما أنّ التصرف حينئذ لا يعدّ حنثاً»، مستشکل می‌گوید: همان گونه که این تصرف در مال منذور، حنث، شکستن و مخالفت با نذر نیست. «فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقّق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه»، در ما نحن فيه هم تصرف قبل از علم به تحقق اجازه، نقض آن التزامش نیست، «إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلّا معلقاً»، چون در حقیقت به آن التزام پیدا نکرده است، مگر معلقاً، که التزامش معلق است.

شیخ (ره) دو جواب داده است؛ «مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال»، «مدفوعة» خبر «دعوي» است. این دعوا مدفوعة؛ اولاً مقیس علیه را قبول نداریم و اگر انسان مال معینی را نذر کرد که مثلاً صدقه دهد، تصرف در آن محل اشکال است و قبول نداریم که قبل از تحقق شرط، ناذر می‌تواند در این مال تصرف کند و باید صبر کند و ببیند که شرط محقق می‌شود یا نه؟ اگر محقق شد که باید ناذر این را برای نذرش بدهد و اگر نشد، آنوقت می‌تواند تصرف کند.

اما اگر از این اشکال هم تنزل کرده و بگوییم: تصرف ناذر در مال منذور جایز است، «بأنّ الفرق بينهما أنّ الالتزام هنا غير معلق على الإجازة»، بعد از تسلیم، این قیاس مع الفارق است، چون در باب نذر، التزام ناذر معلق است، اما در ما نحن فيه التزام اصیل معلق بر اجازه نیست. «و إنّما التزم بالمبادلة متوقّعاً للإجازة»، بلکه اجازه شرط برای مجموع مبادله است و مجموع مبادله معلق به اجازه است و اصیل هم به مبادله ملتزم شده، در حالی که به داعی اجازه است و نه این که التزامش به شرط اجازه باشد.

«فيجب عليه الوفاء به، و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقّعه من الإجازة، أو ينتقض التزامه بردّ المالك»، پس بر اصیل واجب است که به ما التزم علی نفسه وفا کند، لذا نقضش حرام است. تا این که آنچه که متوقع از اجازه است، یا حاصل شود و یا مالک رد کند، که التزام اصیل هم به هم می‌خورد.

«و لأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقض بما يعدّ من التصرفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها»، بخاطر این مطلبی که ذکر کردیم، که نقض عقد در آن تصرفاتی که با التزام اصیل منافات دارد، حرام است، اما غیر این تصرفات جایز

است.

«قال في القواعد في باب النكاح: و لو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حقّ المباشّر تحریم المصاهرة»، علامه(ره) در قواعد، در باب نكاح فرموده: اگر فضولي يکي از دو طرف عقد را عهده دار شود، در حق مباشر، که فضولي نیست، تحریم مصاهره مي آید، يعني تحريمي که منشاء آن مصاهره است، چون مناط تحریم مصاهره، عقد صحيح است.

«فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة و الأخت و الأمّ و البنت، إلّا إذا فسخت»، يعني اگر مباشر زوج باشد، بر این زوج زن پنجم حرام است، البته در فرضي که این زني که به عقد فضولي گرفته، زن چهارم باشد، اخت، ام و بنت این زن هم حرام است، تا زماني که آن زن فسخ کند. «على إشكال في الأمّ»، چون در ام مساله خيلي حساس است، چون از ادله استفاده مي شود که اگر بر دختر، ولو یک دقيقه عقد صحيح خوانده شد، مادر آن دختر بر این مرد حرام مي شود، آن هم به حرمت ابدی. در اینجا هم درست است که عقد نیاز به اجازه دارد، اما بنا بر کاشفیت، آنچه سبب تام است، خود عقد است، لذا مي توانيم چنین ادعائي کنیم، ولو این که خيلي هم محکم نیست، که یک عقد صحيح بر این دختر خوانده شده است. پس در اینجا احتمال این که این مادر حرام ابدی شود، قوي هست.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين