



تقريرات دروس خارج فقه

حضرت آيت الله سيّد محمد رضا مدرّسي طباطبائي يزدي (دامت برکاته)

سال تحصيلي ۹۶-۱۳۹۵

جلسه سی و سوم؛ دوشنبه ۱۳۹۵/۹/۲۲

فرمایش محقق نائینی رحمته در عدم تنفيذ فسخ اصیل حتى بنابر مبنای نقل

مرحوم نائینی رحمته می فرماید: حتی بنابر مبنای نقل، اصیل نمی تواند إنشاء خود را قبل از اجازه یا رد توسط طرف مقابل، فسخ کند و حتی هیچ تصرفی هم نمی تواند بکند؛ چراکه علی الفرض عقد از جانب

۱. المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، ج ۲، ص ۹۵:

قوله (قده) و منها ان فسخ الأصيل لإنشائه قبل اجازة الآخر (الخ)

الاحتمالات في المسئلة ثلثة (الأول) ان يكون فسخ الأصيل لإنشائه قبل اجازة الآخر مبطلا لإنشائه مطلقا قيل في الاجازة بالنقل أو بالكشف (الثاني) ان لا تكون الاجازة بعد فسخ الأصيل لإنشائه مؤثرة في صحة العقد مطلقا قيل في الاجازة بالنقل أو بالكشف (الثالث) ان يفصل في باب الاجازة بين الكشف و النقل فيقال بإبطال الإنشاء بفسخ الأصيل قبل اجازة الآخر على القول بالنقل و بعدم تأثيره في إبطاله على القول بالكشف و منشأ الاحتمالات هو التردد في أمر الاجازة أنها هل هي ركن للعقد فتكون اجازة البائع كالإيجاب و اجازة المشتري كالقبول أو انها شرط كالقبض ثم على الثاني أيضا فهل هي كالقبض في باب الصرف و السلم أو انها كالقبض في باب الوقف و الهبة و الصدقة، و الفرق بينهما ان القبض في باب الصرف و السلم شرط للملكية المنشئة بالعقد لا للعقد نفسه و العقد مشتمل على التزامين (أحدهما) بالمطابقة و هو الالتزام بمضمونه من النقل و الانتقال و المبادلة بين المالين. و الآخر بالالتزام و هو الالتزام بالقبض و الإقباض فيما انتقل عن كل واحد منهما الى الآخر و لما لم يكن العقد مشروطا بالقبض و تحقق من المتعاقدين بلا شرط يجب على كل واحد منهما الوفاء بما التزما به من الالتزامين المطابقي و الالتزامي فيجب عليهما القبض و جوبا تكليفيا ناشيا عن حكم و ضعي، و هو استحقاق كل واحد منهما للقبض عما انتقل اليه من الآخر، بواسطة الالتزام العقدي، و نتيجة ذلك و جوب دفع كل واحد منهما ما انتقل عنه الى من انتقل اليه، و جواز إجباره عليه لو امتنع هذا في باب الصرف و السلم، و اما في باب الوقف و الصدقة و الهبة، فالقبض شرط للعقد نفسه لا للمنشئ به، و لذا لا يجب على الواقف و المتصدق، و لا يجوز إجبارهم عليه، و منشأ الفرق بين القبضين هو مناسبة الحكم و الموضوع. حيث ان الإعطاء في باب الوقف و الصدقة و الهبة، لما كان من جانب واحد لا من الطرفين، فيكون المناسب لشرطية القبض هو شرطية الإعطاء بالمعنى المصدري أعنى كونه شرطا لنفس العقد، و ان الإعطاء في باب الصرف و السلم لما كان من الجانبين و ان كل واحد من المتعاقدين التزم بالقبض في ضمن التزامه المطابقي بمضمون العقد، يكون المناسب لشرطية القبض هو شرطية العقد بمعنى الاسم المصدري، أعنى النتيجة الحاصلة من العقد بالمعنى المصدري و هذا الذي ذكرناه من عدم وجوب القبض في باب الوقف و الصدقة و الهبة و

وجوبه في باب الصرف و السلم هو المتسالم فيه بين الأصحاب و السر فيه ما ذكرناه.

إذا تحقق ذلك فيقع الكلام في باب الإجازة في أنها هل هي كالإيجاب و القبول أو انها كالقبض في باب الوقف و الصدقة و الهبة، أو انها كالقبض في باب الصرف و السلم، و يترتب على الأول جواز رجوع الأصيل عن إنشائه قبل اجازة الآخر، فلو كان البائع أصيلاً و المشتري فضولياً و فسخ البائع قبل اجازة مالك الثمن يكون كالفسخ قبل تحقق القبول، و يترتب على الثاني أيضاً صحة رجوع الأصيل قبل اجازة الآخر، نظير صحة رجوع الواقف مثلاً قبل القبض، و يترتب على الثالث عدم تأثير فسخ الأصيل فيما أنشأه قبل اجازة الآخر، بل يجب عليه الوفاء بما أنشأه نظير فسخ البائع قبل القبض في الصرف و السلم.

ثم جواز الرجوع على الأول أي على القول بكون الإجازة كالإيجاب و القبول مبني على القول بجواز ابطال كل واحد من المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء الآخر، و هذا مما تسالموا عليه و قد وجهه المصنف (قده) باشتراط عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب أعنى الإيجاب و القبول فانضمام الجزء الآخر أعنى القبول من دون تحقق الشرط لا يكون مجدياً في وجود المسبب ثم قال بأنه عند الشك في الاشتراط يدفع الشرطية ببركة الإطلاقات الدالة على صحة العقود و لزومها، ثم قال و لا يخلو التمسك بالإطلاق في المقام عن الاشكال.

و هذا الذي ذكره أخيراً هو الموافق للتحقيق إذ ليس عدم تخلل الفسخ بين الإيجاب و القبول شرطاً شرعياً حتى يتمسك في دفعه بإطلاقات أدلة العقود عند الشك بل هو لو كان شرطاً لكان شرطاً في تحقق العقد عرفاً و كان من قيود تحققه و عند الشك في تحقق العقد و مع الشك في تحققه يكون التمسك بالإطلاقات من قبيل التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية للعام كالتمسك بالعام لإثبات حكم الفرد المشكوك فرديته، و بالجملة فلا ينبغي الإشكال فيما تسالموا عليه من جواز رجوع كل من المتعاقدين عن إنشائه قبل إنشاء الآخر.

ثم ان المتحصل مما تقدم توطئة لتنتيخ تلك الثمرة أمور (الأول) ان الإجازة هل هي كالقبض في باب الصرف و السلم، أو كالقبض في الهبة و نحوها أو انها كالإيجاب إذا كان الفضولي من طرف الإيجاب أو كالقبول إذا كان الفضولي من طرفه (احتمالات) أقواها الأخير و ذلك لكونها بمنزلة القبض في البابين يحتاج إلى مؤنة زائدة يقصر الدليل الدال على اعتبارها عن إثباته، و مقتضى الدليل هو كونها ركناً، لكن لا بمعنى كونها من متممات العقد و مما يتوقف العقد في تحققه عليها بل انما هي ركن في استناد العقد المتحقق من الفضول الى المالك المجيز.

الأمر الثاني: يمكن ان يكون محل الكلام في تقرير هذه الثمرة هو ما إذا فسخ الأصيل قبل اجازة الطرف الآخر ثم تعقب بالإجازة فيبحث في تأثير الفسخ و صيرورة الإجازة لغواً أو تأثير الإجازة و لغوية الفسخ، و اما إذا تعقب بالرد أو لم يتعقب بشيء من الرد و الإجازة فكان خارجاً عن محل الكلام، و يمكن ان يكون محل الكلام في تأثير الفسخ مطلقاً و لو تعقب بالرد و ليس في كلامهم ما يدل على محل البحث لكن الثاني أمس و هو الأولي لأن يجعل محل الكلام، كما ان الأقوى هو عدم التأثير و لو مع التعقب بالرد كما سيظهر.

الأمر الثالث: ان ابطال كل من الإيجاب و القبول بالفسخ قبل تحقق الآخر، ليس لأجل اشتراط عدم تخلل الفسخ بينهما تعبداً. بل انما هو لأجل دخله في تحقق العقد عرفاً. فلا موقع للتمسك بأدلة إطلاقات العقود عند الشك لكون الشبهة مصدقية.

الأمر الرابع: الاحتمالات في محل الكلام ثلاثة و هي احتمال تأثير الفسخ في ابطال العقد مطلقاً، و لو على القول بالكشف و احتمال عدمه مطلقاً، و لو على القول بالنقل، و احتمال التفصيل بين الكشف و النقل بعدم تأثير الفسخ على القول بالكشف، و تأثيره على القول بالنقل.

إذا تبين هذه الأمور فاعلم ان الأقوى عدم تأثير الفسخ في البطلان مطلقاً و لو على القول بالكشف، و ذلك لما تقدم سابقاً من ان الإجازة تكون موجبة لاستناد العقد الصادر من الفضول الى المجيز بعد الفراغ عن صدوره عنه لا انها موجبة لتحقيق العقد كيف و لو كان كذلك، لكان اللازم بطلان الفضولي حيث ان الإجازة لا تكون إيجاباً و لا قبولاً، فالعقد تحقق من الأصيل و الفضول، لكن في جانب الأصيل يكون استناده إلى الأصيل أيضاً تاماً لمباشرته له نفسه و في طرف الفضول لا يكون مستنداً الى المالك و يحتاج في استناده إليه الى ما يوجب استناده و هو الإجازة و خطاب وجوب الوفاء الذي هو خطاب وضعي في قوة نفوذ العقد و يتعلق بكل من البائع و المشتري على نحو الانحلال، فيكون كل منهما متعلقاً لذلك الخطاب مستقلاً، و إذا كان العقد تاماً بين الأصيل و الفضول و لم يكن تعلق الخطاب بوجوب الوفاء بالأصيل معلقاً على تعلقه بالآخر يكون وجوب الوفاء من ناحية الأصيل تاماً موضوعاً و حكماً فلا ينتظر تعلق الوجوب إليه إلى تعلقه بالطرف الآخر، بل ما دام بقاء موضوعه يجب عليه الوفاء الى ان يرتفع الموضوع برد الطرف الآخر فما لم يتحقق الرد يكون الأصيل ملزماً بالوفاء سواء أجاز الآخر أم لا، فظهر ان هذه الثمرة التي ذكرها للنقل و

اصيل تام است و ايجاب و قبول إنشاء شده و هيچ حالت منتظره‌ی ديگري از حيث عقد نسبت به اصيل وجود ندارد و چون «أوفوا بالعقود» انحلالی است، هر يك از بايع و مشتري را به طور جداگانه شامل می‌شود؛ [يعنی هر يك از بايع و مشتري، به نحو مستقل متعلق اين خطاب هستند و چون عقد از جانب اصيل تام است و تعلق خطاب «أوفوا بالعقود» نسبت به اصيل معلق بر تعلق خطاب به طرف مقابل نیست، لذا وجوب وفاء به عقد از جانب اصيل تام است و تا زمانی که طرف مقابل عقد را رد نکرده، اصيل وجوب وفاء دارد.]

إن قلت: اگر وفاء به عقد از جانب اصيل واجب است و فسخ جايز نیست، پس بايد مالکيت هم از حيث اصيل منتقل شده باشد.

الكشف لا يرجع الى محصل.

✓ منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ١، ص ٢٤٦:

[منها أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف] قوله قدس سره و منها أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف إلى آخره لا يخفى أن المراد من الكشف هنا الكشف الحقيقي لا الحكمي فإنه في هذه الثمرة مثل النقل ثم لا يخفى ما يرد على كلامه قدس سره من المناقشات منها أن الفرق بين الكشف و النقل في هذه الثمرة يصح في غير الشرط المتأخر فإن العقد تام من طرف الأصيل لو كان مقارنا للرضا التقديري أو مقارنا لوصف التعقب أو كان هذا النحو من العقد تاما في علم الله و أما لو كانت الإجازة شرطا متأخرا فالعقد ليس من طرفه أيضا تاما لأننا و إن قلنا بالمحال و هو تحقق الملكية قبل تحقق موضوع الملك و شرطه إلا أنه لم يتحقق نفس العقد أيضا قبل تحقق أركانه التي منها الإجازة و منها أن قوله بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض في الهبة و الوقف و الصدقة لا يصح بإطلاقه فإن حكم القبض الذي يتوقف صحة العقد عليه ليس مطلقا حكم القبول قبل الإيجاب أو الإيجاب قبل القبول في جواز إبطال أحد المتعاقدين إنشاء قبل إنشاء صاحبه فإن في الصرف و السلم لا يجوز لكل منهما إبطال ما أنشأه بعد تمامية العقد قبل القبض مع أن الملكية متوقفة على القبض بل يجب عليها الإقباض لأن كلا منهما ملزم بما التزم على نفسه و هو التسليم و التسلم فإنهما من الشروط الضمنية التي ينشأها المتعاقدان نعم الظاهر أن جواز الإبطال في الوقف قبل القبض مسلم و يمكن أن يكون جوازه من جهة إيقاعيته و لذا استشكل في الرهن و منها ما يرد على قوله فالأولى في سند المنع إلى آخره لأن حاصل كلامه أن إنكار تحقق الثمرة بالمنع من جواز الإبطال على القول بالنقل أيضا لا يستقيم فالأولى في سند منكر ثبوت الثمرة أن يقال إطلاقات صحة العقود يدفع احتمال شرطية عدم تخلل الفسخ بين العقد و الإجازة و حاصل الإيراد عليه أنه ليس الكلام في احتمال شرطية عدم تخلل الفسخ شرعا حتى يتمسك بالإطلاق بل لو كان شرطا لكان الفسخ مضرا بصدق العقد و ذلك لأن الإجازة بناء على النقل حكمها حكم الإيجاب و القبول في أنها من أركان العقد فلو فسخ الأصيل بعد الإيجاب و القبول قبل الإجازة فهو كما لو فسخ الموجب بعد الإيجاب قبل القبول إلا أن يمنع ذلك و يقال بالفرق بين الإجازة و الإيجاب و القبول و لو بناء على النقل كما سيجيء.

ثم لو سلمنا أن الإيجاب بدون القبول عقد إلا أنه لو احتمل أن بالفسخ يهدم عقديته فلا وقع للتمسك بإطلاق أوفوا بالعقود و لا يقاس على الفسخ بعد العقد للشك في عقديته بعد صدور الفسخ في المقام و الإطلاق لا يثبت موضوعه بخلاف الفسخ بعد تمامية العقد و لعل قدس سره إلى ذلك أشار بقوله و لا يخلو عن إشكال.

قلت: ملکیت متوقف بر اجازه است و ما بین حکم تکلیفی و حکم وضعی تفکیک می‌کنیم و قائل می‌شویم از مثل «أوفوا بالعقود» فقط حکمی تکلیفی و جوب و فاء به عقد استفاده می‌شود، اما از لحاظ حکم وضعی چون رضایت و اجازه، شرط ترتب اثر و تحقق نقل و انتقال است، لذا هنوز ملکیتی منتقل نشده است. بنابراین مانعی ندارد که بگوییم فسخ و نیز تصرفات اصیل قبل از اجازه جایز نیست.

نقد و بررسی کلمات محقق نائینی رحمته الله

خدمت محقق نائینی رحمته الله عرض می‌کنیم: اولاً: اگر کسی قائل شود که «أوفوا بالعقود» فقط حکم وضعی را بیان می‌کند و ارشاد به لزوم عقد است؛ طبق این مبنا اصلاً معنا ندارد که بگوییم عقد، و جوب و فاء دارد و حرمت تصرف؛ چراکه علی‌الفرض عقد قبل از اجازه لزومی پیدا نکرده و مفید ملکیت لازمه نیست. بله، اگر کسی قائل شود «أوفوا بالعقود» ارشاد به لزوم و تحقق ملکیت لازمه نیست، در این صورت جا دارد که بحث شود آیا می‌توان ملکیت را از حکم به جوب و فاء به عقود و حرمت تصرف تفکیک کرد یا نه؟ اما ما قبلاً در ضمن مباحثی که به عنوان تمهید برای ورود در مکاسب بیان کردیم، توضیح دادیم که «أوفوا بالعقود» هرچند مطابقتاً مفید حکم تکلیفی است - کما این که مختار محقق نائینی رحمته الله نیز چنین بود - اما به دلالت التزامی مفید تحقق ملکیت و عدم انفساخ عقد به فسخ است.

به تعبیر دیگر «أوفوا بالعقود» یک معنای مطابقی دارد و یک معنای کنایی، و همان‌طور که کنایه ذکر لازم و اراده‌ی ملزوم است، «أوفوا بالعقود» هم معنای مطابقی و جوب و فاء به عقد و لازمه‌ی آن حکم به صحت عقد و ترتب آثار بر آن است. البته فرقی هم با کنایه دارد و آن این که در کنایه، ملزوم مراد جدی نیست و فقط لازم مراد جدی است، برخلاف ما نحن فیه که هم لازم و هم ملزوم هر دو مراد جدی هستند.

ثانیاً: سلّمنا «أوفوا بالعقود» فقط در مقام بیان حکم تکلیفی باشد و اصلاً ناظر به حکم وضعی نباشد، هم‌چنین سلّمنا که «أوفوا بالعقود» انحلالی است و هر یک از متعاملین به طور جداگانه مخاطب به آن هستند، اما خدمت محقق نائینی عرض می‌کنیم: وفاء به چه عقدی واجب است، آیا عقدی که مستجمع شرایط باشد یا این که حتی عقد فاقد شرایط هم و جوب و فاء دارد؟

اگر بفرمایید عقد فاقد شرایط و جوب و فاء دارد که این مصیبت است و باید گفت هر جایی که صرفاً عقد صادق باشد و لو این که بسیاری از شرایط را نداشته باشد، وفاء به آن واجب است، در حالی که قطعاً نمی‌شود ملتزم به این کلام شد. لامحاله باید بگوییم عقد واجد شرایط و جوب و فاء دارد و علی‌الفرض یکی

از شرایط مهم عقدی که موضوع احکام است، رضایت متعاملین است، در حالی که فرض این است که قبل از اجازه‌ی مالک بنا بر نقل، رضایت محقق نشده و در نتیجه اثر عقد هم بعد از تحقق اجازه مترتب می‌شود، بنابراین چگونه می‌توان گفت قبل از تحقق اجازه، وفاء به عقد بر اصیل واجب است و تصرف او در مال خودش حرام است؟! و چنین حرفی، تحکم بین است.

بنابراین کلام مرحوم نائینی صحیح نیست و همان‌طور که مرحوم شیخ رحمته‌الله فرمودند، بنا بر مبنای نقل قبل از اجازه‌ی طرف مقابل، اصیل هم می‌تواند عقد را فسخ کند و هم می‌تواند در آن شیئی که معامله کرده تصرف کند.

تذکر:

جناب شیخ فرمودند بنا بر کشف، فسخ عقد توسط اصیل جایز نیست، اما توضیح ندادند که مرادشان کشف حقیقی است یا کشف حکمی، ولی ظاهراً مراد کشف حقیقی است؛ زیرا علی‌الغرض اجازه‌ی متأخر موجب می‌شود عقد من حین صدوره صحیح و تام باشد و عقد تام را نمی‌توان الغاء کرد. بله، ثبوتاً ممکن است کسی بگوید ما اجازه‌ای را شرط متأخر می‌دانیم که مسبوق به فسخ نباشد، الا این که دالی بر این مطلب وجود ندارد و آنچه که از دلیل استفاده می‌شود آن است که عقد، بدون رضایت صحیح نیست - یعنی اصل رضایت - و اگر قبول کردیم این رضایت می‌تواند متأخر باشد، لامحاله معنایش آن است که با تحقق اجازه در ظرف متأخر، عقد من حین صدوره تام و ذات اثر می‌شود، لذا دیگر معنا ندارد که اصیل از انشاء خود رفع ید کرده و آن را ملغی کند. بله اگر شک داریم که آیا اجازه‌ی مالک در آینده محقق می‌شود یا نه، می‌توان استصحاب استقبالی عدم تحقق اجازه در آینده کرد، و فعلاً اثری بر عقد مترتب نیست و حتی احتیاج به فسخ هم ندارد؛ چراکه علی‌الغرض عقدی محقق نشده است. بله اگر بعداً خلاف آن ثابت شد، طبق آن عمل می‌شود.

بررسی حکم فسخ اصیل بنا بر مبنای کشف حکمی

اما از لحاظ کشف حکمی، مرحوم شیخ متعرض حکم مسأله نشدند و شاید به خاطر وضوح آن بوده است. به هر حال عرض می‌کنیم طبق کشف حکمی - بنا بر تفسیر مختار - اصیل می‌تواند قبل از اجازه‌ی عقد توسط طرف مقابل، انشاء خود را ملغی کند؛ زیرا علی‌الغرض قبل از اجازه، هیچ حکمی مبنی بر تمامیت عقد وجود ندارد، لذا الغاء انشاء توسط اصیل مانعی ندارد، و وقتی اصیل انشاء را ملغی کرد، دیگر

موضوعی نمی ماند که طرف مقابل آن را اجازه کند و بعد حکم کنیم که عقد از ابتدا صحیح بوده است. بنابراین طبق کشف حکمی، الغاء ایجاب یا قبول توسط اصیل مانعی ندارد.

۳. تصرف اصیل فی ما انتقل عنه

سومین ثمره ای که مرحوم شیخ رحمته الله ذکر می کنند این است که در عقد فضولی اگر یک طرف عقد، اصیل باشد آیا می تواند در آن عینی که به عنوان ثمن یا مثن قرار داده تصرف کند؟ مثلاً اگر زید به عنوان اصیل کتاب خود را بفروشد و بگوید بعثت کتابی هذا بكذا و فضولی هم برای عمرو عقد را قبول کند، آیا قبل از اجازه ی عقد یا رد آن توسط عمرو، اصیل می تواند در کتاب خود تصرف کند یا نه؟

فرق این مسأله با مسأله قبل واضح است، مسأله قبل این بود که آیا فسخ اصیل نافذ است یا نه، اما در این جا می گوئیم حتی اگر در مسأله ی قبل قائل شویم که فسخ اصیل نافذ نیست، باز این مسأله مطرح می شود که آیا اصیل می تواند قبل از اجازه ی طرف مقابل تصرف در عین کند یا نه؟

بررسی حکم مسأله بنا بر مبنای نقل

مرحوم شیخ ^۲ می فرماید بنا بر این که اجازه ناقل باشد، وجهی ندارد که اصیل را ممنوع التصرف در مالش بدانیم، هر چند قائل شویم فسخ اصیل مبطل انشاء نیست؛ و دلیل جواز تصرف هم واضح است؛ زیرا آن عین قبل از اجازه ی طرف مقابل، هنوز در ملک اصیل است و از ملک او منتقل نشده است، بنابراین می تواند در آن تصرف کند. بله بعد از این که طرف مقابل عقد را اجازه کرد، عین منتقل به ملک او می شود.

به خاطر همین نکته است که شیخ رحمته الله می فرماید اگر اصیل جاریه ای را فروخت و فضولی قبول کرد، وطی جاریه قبل از اجازه ی طرف مقابل برای اصیل جایز است. و اگر اصیل جاریه را مستولده کرد، جاریه ام ولد شده و دیگر موضوع اجازه فوت می شود؛ چراکه ام ولد دیگر قابلیت بیع و انتقال به دیگری را ندارد. و یا اگر زنی خود را به تزویج زید درآورد و عمرو فضولتاً عقد را برای زید قبول کرد، آن زن قبل از اجازه

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۳:

و منها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل، و إن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جاریة من فضولیّ جاز له وطؤها، و إن استولدها صارت أم ولد؛ لأنّها ملكه، و كذا لو زوجت نفسها من فضولی جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في المثالين لغت؛ لعدم بقاء المحلّ قابلاً.

و الحاصل: أن الفسخ القولي و إن قلنا: إنه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلّا أن له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك.

می‌تواند خود را تزویج به دیگری کند؛ چراکه طبق مبنای نقل، زن هنوز خلیه است و مقتضای «الناس مسلطون علی انفسهم» آن است که می‌تواند خود را به تزویج دیگری درآورد، در نتیجه موضوع برای اجازه‌ی عقد فضولی وجود ندارد و اجازه لغو می‌شود.

البته طبق مبنای مثل مرحوم نائینی رحمته الله - که ما نپذیرفتیم - اگر این زن عقد را فسخ کند، فسخش نافذ نیست لذا اگر طرف مقابل نکاح را اجازه کند، عقد صحیح می‌شود، اما حتی طبق این مبنا، راه دیگری برای زن وجود دارد تا از نکاح اول خلاص شود و آن این‌که قبل از اجازه، خود را به تزویج دیگری دربیآورد تا دیگر موضوعی برای اجازه‌ی طرف مقابل باقی نماند.

مرحوم شیخ رحمته الله در ادامه می‌فرماید: «و ربما احتُمِّلَ عدم جواز التصرف علی هذا القول أيضاً»^۳؛ برخی گفته‌اند حتی بنا بر مبنای نقل، اصیل نمی‌تواند تصرف در ما انتقل عنه کند؛ چه تصرف تکوینی و چه تصرف اعتباری، و این قول از کلمات بعض فقهاء از جمله محقق ثانی رحمته الله استظهار می‌شود که مرحوم شیخ بعض عبارات ایشان را نقل می‌کنند. اما شیخ رحمته الله به حق در این کلام اشکال کرده و می‌فرماید: اجازه‌ی مالک یا به عنوان شرط عقد است و یا به عنوان شرط و جزء سبب، و چون مرکب با تمام اجزایش و مشروط با تمام شروطش موضوع حکم قرار گرفته است، لذا با فقدان اجازه که به عنوان شرط یا جزء است، مشروط یا مرکب هم منتفی است، پس چگونه با انتفاء مشروط و مرکب، حکم به منع تصرف اصیل می‌کنید؟! و این تحکمی است که به هیچ وجه نمی‌توان به آن ملتزم شد.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی

۳. همان:

و ربما احتُمِّلَ عدم جواز التصرف علی هذا القول أيضاً؛ ولعله لجریان عموم وجوب الوفاء بالعقد فی حقّ الأصیل و إن لم یجب فی الطرف الآخر، و هو الذی ینظر من المحقق الثانی فی مسألة شراء الغاصب بعین المال المغصوب؛ حیث قال: لا یجوز للبائع ولا للغاصب التصرف فی العین لإمكان الإجازة، سبباً علی القول بالكشف، انتهى.

و فیهِ: أن الإجازة علی القول بالنقل له مدخل فی العقد شرطاً أو شرطاً، فما لم ینتقق الشرط أو الجزء لم یجب الوفاء علی أحد من المتعاقدين؛ لأنّ الأمور بالوفاء به هو العقد المقید الذی لا یوجد إلّا بعد القید.

۴. جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۶، ص ۳۳۱:

و لیس لكل من البائع و الغاصب التصرف فی العین، لإمكان إجازة المالك خصوصاً علی القول بأن الإجازة کاشفة.