



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۶-۱۳۹۵

جزوه سوم؛ جلسات ۳۴ تا ۴۳

جلسه سی و چهارم؛ سه شنبه ۱۳۹۵/۹/۲۳

حکم تصرف اصیل فی ما انتقل عنه بنا بر مبنای کشف حقیقی

اما بنا بر قول به کشف^۱ - ظاهراً مراد شیخ کشف حقیقی است - مرحوم شیخ رحمته الله می فرماید: مستفاد از کلمات جماعتی از جمله علامه، سید عمید الدین، محقق ثانی رحمته الله و ظاهر برخی دیگر این است که بنا بر کشف حقیقی، اصیل حق تصرف در ما انتقل عنه را ندارد. مرحوم شیخ هم در نهایت این کلام را تثبیت می کند، منتها اشکالات و شبهاتی را مطرح می کنند و به طور نامنظم تقریباً به همه ی آنها پاسخ می دهند و در نهایت می فرماید: بنا بر کشف حقیقی همان طور که فسخ اصیل نافذ نبود، تصرفش هم جایز نیست، و اصیل باید منتظر بماند تا طرف مقابل عقد را اجازه و یا رد کند.

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۴:

هذا كله على النقل، و أما على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلامة و السيد العميدى و المحقق الثانى و ظاهر غيرهم.

و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف؛ لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع، لا يقدح فى السلطنة الثابتة له؛ و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً. نعم، إذا حصلت الإجازة كسفت عن بطلان كل تصرف منافٍ لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه. قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، انتهى.

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء؛ وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه، و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك، و من هنا يظهر أنه لا فائدة فى أصالة عدم الإجازة.

لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه فى الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة؛ لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين؛ و أما على المشهور فى معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، و قد تحقق، فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض؛ فإن رد المالك فسخ للعقد من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولى.

و الحاصل: أنه إذا تحقق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف، المبنى على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمنية شىء شرطاً أو شطراً:- حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكل تصرف يعد نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز.

برخی بر این کلام اعتراض کرده‌اند که اصیل گاهی علم دارد که طرف مقابل عقد را اجازه می‌کند و گاهی علم ندارد، اگر علم به اجازه داشته باشد، کلام شما متین است و بدان ملتزم می‌شویم؛ چراکه عقد صحیح بوده و در نتیجه تصرف اصیل در ما انتقل عنه جایز نیست و در مقابل می‌تواند در عوض معامله و مانتقل الیه تصرف کند، الا این که اصیل در اغلب موارد علم به تحقق اجازه در آینده ندارد و بلکه شک دارد، لذا استصحاب استقبالی عدم تحقق اجازه و یا استصحاب بقاء ملکیت اصیل بر مالش جاری شده و حکم می‌شود مال هنوز در ملک اصیل باقی است و در نتیجه تصرفات او مانعی ندارد. بله اگر اجازه بعداً محقق شود، کاشف از بطلان هر تصرفی است که منافات با انتقال عین به مجیز داشته باشد، در نتیجه اگر مال باقی باشد، مجیز آن را می‌گیرد و اگر تلف شده باشد بدل آن را می‌گیرد. به هر حال قبل از تحقق اجازه، اصیل می‌تواند تصرف کند ظاهراً.

مرحوم شیخ^۱ بر کلام این بعض فقهاء اشکال کرده و با ضرس قاطع می‌فرماید: تصرفات اصیل جایز نیست، [چراکه مقتضای عموم «أوفوا بالعقود» آن است که عقد نسبت به اصیل وجوب وفاء دارد و نقض آن حرام است، و وجوب وفاء اصیل به عقد مراعاتی به اجازه مالک نیست، بلکه اصیل] حتی اگر علم به عدم اجازه مالک داشته باشد، وفاء به عقد بر او واجب است؛ چه رسد به صورت شک؛ مثلاً اگر زنی خود را تزویج به زید کرد و عمرو فضولتاً نکاح را برای زید قبول کرد، طبق کلام شیخ^۲ این مرأه حتی اگر علم داشته باشد زید نکاح را رد می‌کند، نمی‌تواند خود را به تزویج دیگری دریاورد، مگر در بعض جاها که تحت عناوینی مثل «لاضرر» راه حلی پیدا شود. سپس شیخ^۳ می‌فرماید: از آن چه گفتیم روشن می‌شود که أصالة عدم الاجازه که بعضی گفته‌اند - یعنی استصحاب استقبالی عدم اجازه - هیچ فایده‌ای ندارد.

مرحوم شیخ^۴ در ادامه استدراک کرده و می‌فرماید: این حرف بعض معاصرین که مشتری می‌تواند مطلقاً تصرف کند، طبق مبنای خود این بعض معاصرین که - همان مبنای صاحب فصول^۵ است که - شرط را تعقب عقد به اجازه می‌داند، صحیح است و مانعی ندارد؛ زیرا اصیل در صورتی که شک داشته باشد، شرط عقد را احراز نمی‌کند

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۴.

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه، و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك، و من هنا يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۵.

لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة؛ لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين؛ و أما على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، و قد تحقق، فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض؛ فإن رد المالك فسخ للعقد من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولي.

و الحاصل: أنه إذا تحقق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف، المبنى على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمنية شيء شرطاً أو شطراً:- حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكل تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز.

و در نتیجه عقد بر هیچ یک از متعاملین وجوب وفاء ندارد؛ چه اصیل و چه غیر اصیل. اما طبق مبنای مشهور که نفس اجازه به نحو شرط متأخر مأخوذ در عقد است، اصیل نمی‌تواند تصرف کند؛ چراکه موضوع وجوب وفاء، نفس عقد است و قید دیگری ندارد و علی‌الغرض نفس عقد هم با اقدام خود اصیل محقق شده است، در نتیجه التزام به عقد بر اصیل واجب است و تصرفات او ممنوع است.

قبل از این که ادامه کلام شیخ رحمته‌الله را نقل کنیم عرض می‌کنیم: این کلام اخیر، دلیلی ندارد، بلکه چه شرط، تعقب عقد به اجازه باشد و چه نفس اجازه به نحو شرط متأخر، فرقی وجود ندارد.

به هر حال شیخ رحمته‌الله با صرف نظر از این اشکال می‌فرماید: بنابر این که اجازه را کاشف بدانیم، عقد محقق شده و هیچ حالت منتظره‌ای ندارد - چراکه عقد محقق شده و منتسب به اصیل هم می‌باشد - در نتیجه وفاء به عقد بر اصیل واجب است و نمی‌تواند آن را فسخ کند، مگر در صورتی که طرف مقابل عقد را رد کند که در این صورت بالطبع عقد از طرف اصیل هم فسخ می‌شود.

شیخ^۱ در ادامه توهمی را مطرح کرده و به آن پاسخ می‌دهند که اگر به صورت «إن قلت و قلت» ذکر شود بهتر است و آن این‌که:

إن قلت: اگر اصیل نتواند در عین مربوط به خودش تصرف کند، پس باید ملتزم شوید تصرف او در عوض مانعی ندارد؛ چراکه این دو قابل تفکیک از هم نیست؛ اگر اصیل کتابش را فروخته و ممنوع التصرف در آن است، پس لااقل باید بتواند در ثمن آن تصرف کند؛ زیرا مقتضای عقد، مبادله‌ی بین مالین است و اگر بگوییم اصیل در مال خودش نمی‌تواند تصرف کند و در عوض هم نمی‌تواند تصرف کند، چنین چیزی خلاف مقتضای عقد - یعنی مبادله - است.

قلت: آن‌چه که ثابت است از وجوب وفای به عقد و از «أوفوا بالعقود» استفاده می‌شود، آن است که نقض عقد و تخطی از آن حرام است، و این بیش از آن اقتضاء ندارد که آن‌چه را که اصیل بر خودش ملتزم شده رعایت کند، اما اقتضای وجوب وفاء به عقد آن نیست که به آن‌چه به نفع اصیل است ملتزم شویم. به تعبیر دیگر اگر عقد صحیح بود، تصرف اصیل در ثمن که واجب نبود و عدم تصرف او نقض عقد نبود، برخلاف تصرف در مبیع که نقض عقد است.

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۵.

و من هنا تبین فساد توهّم: أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه؛ لأن مقتضى العقد مبادلة المالين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد، أعني المبادلة.

توضیح الفساد: أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة: حرمة نقضه و التخطي عنه، و هذا لا يدلّ إلّا على حرمة التصرف في ماله؛ حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل، و أمّا دخول البدل في ملكه فليس ممّا التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه، و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عمّا التزم على نفسه، و أمّا قید «كونه بإزاء مال» فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلًا في مفهوم المبادلة، فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضًا للمبادلة، فالمرجع في هذا التصرف فعلًا و تركًا إلى ما يقتضيه الأصل، و هي أصالة عدم الانتقال.

بنابراین این که در ما نحن فيه می‌گوییم تصرفات اصیل حرام است به این خاطر است که تصرف او در مال خودش، نقض عقد است، اما عدم تصرفش در ثمن که نقض عقد نیست تا بگوییم می‌تواند تصرف کند.

مرحوم شیخ^۱ بعد از این که این توهّم و پاسخ آن را ذکر می‌کنند، یک ادعای دیگر ذکر کرده و به آن پاسخ می‌دهند و آن این‌که:

إن قلت: التزام اصیل به بیع مالش، التزام مقید است نه مطلق؛ یعنی اصیل در صورتی که [طرف مقابل اجازه کند و] بدل داخل در ملکش شود ملتزم به مبادله است؛ مثلاً التزام اصیل این است که کتابش در صورتی ملک دیگری شود که در مقابل، قلم دیگری ملک او گردد، [پس چون التزام اصیل معلق بر تقدیری است که علم به تحقق آن ندارد] در نتیجه تصرف او در ثمن نباید منعی داشته باشد.

به تعبیر دیگر التزام اصیل به عدم نقض عقد، مطلق نیست بلکه معلق بر اجازه‌ی طرف مقابل است؛ یعنی اصیل می‌گوید اگر طرف مقابل عقد را اجازه کرد، من ملتزم به عقد هستم اما اگر اجازه نکرد و بدل داخل در ملک من نشد، من هم ملتزم به عقد نیستم، و چون علی‌الفرض اجازه‌ی طرف مقابل معلوم التحقق نیست، در نتیجه حداقل به حسب ظاهر، موضوع التزام محقق نشده و اصیل می‌تواند فی‌ما انتقل عنه تصرف کند. و این نظیر آن است که کسی نذر کرده باشد^۲ اگر مریضش خوب شود، گوسفندی را در راه خدا انفاق کند؛ مثلاً آن را ذبح کند و گوشتش را به فقراء بدهد، اما قبل از این که مریض خوب شود، چون علم به تحقق شرط وجود ندارد - بلکه احتمال می‌دهد خوب شود و احتمال هم می‌دهد خوب نشود - در این صورت گفته‌اند تصرف مالک در این گوسفند مانعی ندارد و مثلاً می‌تواند آن را بفروشد و

۱. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۱۶:

و دعوی: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم بتحقيقه، فهو كالنذر المعلق على شرط؛ حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أن التصرف حينئذ لا يعد حناً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعد نقضاً لما التزمه؛ إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً.

مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال: - بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، وإنما التزم بالمبادلة متوقفاً للإجازة، فيجب عليه الوفاء به، و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينتقض التزمه بردّ المالك.

و لأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقض بما يعد من التصرفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها قال في القواعد في باب النكاح: و لو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة والأخت و الأم و البنت، إلا إذا فسخت، على إشكال في الأم، و في الطلاق نظر؛ لترتبته على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة، و إن كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخت، و الطلاق هنا معتبر، انتهى.

و عن كشف اللثام نفى الإشكال، و قد صرح أيضاً جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل، و فرعوا عليه تحريم المصاهرة. و أما مثل النظر إلى المزوجة فضولاً و إلى أمها مثلاً و غيره مما لا يعد تركه نقضاً لما التزمه العاقد على نفسه، فهو باق تحت الأصول؛ لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير النابتة، بل المنفية بالأصل، فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجة العقد أعني علاقة الملك أو الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين.

۲. غرض ما از نقل كلام مرحوم شيخ^{رحمته} در اینجا به طور کامل، عمدتاً این بود که تنظیم ایشان به مسأله نذر را بیان کنیم.

یا این که ذبح کرده و مصرف کند؛ چراکه هنوز معلقٌ علیه نذر حاصل نشده است. [پس همان‌طور که تصرف در مال مذکور، حنث نذر شمرده نمی‌شود، در ما نحن فیه نیز تصرف اصیل، نقض آن‌چه که بدان ملتزم شده نیست].

قلت: التزام اصیل در عقد به صورت مطلق است و قیدی ندارد؛ یعنی اصیل براساس عقد ملتزم شده که تصرفات ناقضانه انجام ندهد، اما این که تصرف در ثمن جایز باشد یا نباشد، این مقتضای التزام اصیل در عقد نیست. بلکه مقتضای مبادله این است که اصیل بتواند تصرف کند، اما قبل از این که مالک اجازه کند که مبادله‌ای محقق نیست بلکه فقط عقد است که مقتضای آن هم فقط التزام اصیل به نقل مالش است.

مرحوم شیخ رحمته الله در تظیر به نذر هم مناقشه کرده و می‌فرماید: **اولاً:** ما در اصل مشبّه به، حرف داریم و این اول کلام است که نادر، قبل از این که بچه‌اش خوب شود می‌تواند در گوسفند تصرف کند و این کلام، مشهور به اشکال است. **ثانیاً:** ما نحن فیه با مسأله نذر متفاوت است؛ در مسأله‌ی نذر همان‌طور که مستشکل فرمود، واقعاً تعلیق وجود دارد که اگر ولد خوب شد، گوسفندی ذبح کند، اما عقد فضولی معلق نیست بلکه مطلق است و اصیل علی الاطلاق گفته «بعثک کتابی هذا». بلکه اصیل توقع اجازه را دارد اما این به معنای تعلیق عقد نیست. بلکه ما نحن فیه نظیر نذر مطلق است که کسی گفته باشد «**لله علی أن أذبح هذه الشاة و اطعمها الفقراء**» که نذر منعقد شده است و معلقٌ علیه ندارد. ما نحن فیه نیز چنین است که عقد مطلق است و اصیل ملتزم شده آن‌چه را که به عنوان نقض است مرتکب نشود.

سپس شیخ رحمته الله عبارتی از مرحوم علامه نقل می‌کنند که اگر فرض کنیم مردی، زنی را فضولتاً عقد کرده باشد، آن‌چه را که خلاف تعهد او بر خودش است نمی‌تواند انجام دهد؛ مثلاً اگر این زن، چهارمین زن او باشد دیگر نمی‌تواند زن پنجم را بگیرد، اما این به آن معنا نیست که آن زن بر او محرم شده و می‌تواند به او نگاه کند؛ چراکه این اثر لفسه است که ترک آن نقض تعهد علی نفسه نیست.

نقد و بررسی کلمات شیخ رحمته الله

علی رغم عظمت و جلالت جناب شیخ رحمته الله، کلمات ایشان در این جا خلاف تحقیق بوده و مطابق شأن ایشان نیست. از جمله این که ایشان فرق گذاشتند بین این که شرط، نفس اجازه باشد و یا تعقب عقد به اجازه، که گفتیم فرقی بین این دو نیست.

هم‌چنین این که فرمودند مقتضای وفاء به عقد با مقتضای مبادله متفاوت است، و اصیل به اعتبار وجوب وفاء به عقد باید ملتزم به عقد شود و نمی‌تواند در مال خود تصرف کند و عقد را نقض کند. اما به اعتبار مقتضای مبادله چون تحقق مبادله مشکوک است، اصل عدم تحقق آن بوده و در نتیجه اصیل می‌تواند فی ما انتقل عنه تصرف کند. خدمت ایشان عرض می‌کنیم:

این مبادله از همان وجوب و فاء به عقد به دست می‌آید؛ یعنی وجوب و فاء به همان عقدی که در ذاتش مبادله است، پس مبادله، مقتضای عقد و بلکه همان عقد است؛ چراکه عقد بیع به معنای «مبادلة مال بمال» است و این عقد به طور صحیح یا وجود دارد یا ندارد و حدّ وسط معنا ندارد. اگر عقد صحیح وجود دارد، تمام احکامش هم وجود دارد و اگر نیست و مشکوک است، احکامش هم نیست.

بنابراین این که شیخ رحمته الله در پاسخ به این اشکال که تعهد اصیل در مقابل مال است، فرمودند «تعهد در عقد مطلق است و در إزاء انتقال عوض نیست، برخلاف مقتضای مبادله که مربوط به انتقال مال می‌باشد»، این کلام درست نیست و نمی‌توان پذیرفت که مقتضای مبادله، جدای از مقتضای عقد است، بلکه حقیقت این دو واحد است؛ چون عقد بیع به معنای «مبادلة مال بمال» است.

هم‌چنین این که شیخ رحمته الله فرمودند ممکن است کسی قائل شود التزام اصیل، معلق است بر اجازه‌ی طرف مقابل و آن را نظیر به نذر معلق - یعنی نذر جزائی - کردند، سپس در پاسخ فرمودند «اولاً: ما در اصل «مشبهه به» کلام داریم و ثانیاً: عقد، در ما نحن فیه مطلق است و معلق نیست»، عرض می‌کنیم:

اگر مقصودتان این باشد که انشاء اصیل به نحو تنجیزی است نه به نحو تعلیقی، کلام شما متین است و آن را قبول داریم و واقعاً تعلیقی در انشاء او وجود ندارد و حتی ممکن است توقع اجازه هم وجود نداشته باشد؛ چراکه ممکن است اصیل اصلاً علم به فضولی بودن طرف مقابل نداشته باشد و در نتیجه اصلاً توقع اجازه‌ای هم نداشته باشد، مخصوصاً در صورتی که قبول فضولی قبلاً محقق شده باشد.

اما اگر مقصودتان این است که ترتب اثر بر عقد فضولی، معلق بر اجازه‌ی مالک نیست، این کلام را قبول نداریم؛ چراکه حداقل در اعتبار عقلاء و شارع، «اجازه» جزء شروط صحت عقد است، و مادامی که اجازه محقق نشده، اثری بر عقد در نزد عقلاء و شارع مترتب نیست. پس در صورتی که اصیل علم داشته باشد که طرف مقابل عقد را اجازه نمی‌کند، عقد چه وجوب و فائی بر او دارد؟! لازمی کلام شما که اصیل حتی در این فرض اخیر نمی‌تواند تصرف کند این است که عقد بدون شرطش که حصول اجازه است، مؤثر باشد و در نتیجه وجوب و فاء داشته باشد، در حالی که واضح است نمی‌توان ملتزم به این کلام شد.

اما در صورتی که شک داشته باشد که طرف مقابل آیا معامله را اجازه می‌کند یا نه، در این صورت استصحاب استقبالی عدم اجازه وجود دارد که به نظر ما مشکلی ندارد، یعنی اصیل می‌تواند استصحاب کند که طرف مقابل در آینده اجازه نخواهد کرد و در نتیجه موضوع برای جواز تصرف درست می‌شود. و حتی اگر کسی در این استصحاب مناقشه کند و آن را قبول نکند، استصحاب عدم تحقق انتقال یا حتی استصحاب جواز تصرف به صورت استصحاب حکم جزئی جاری است.

اما آنچه مهم است، بررسی مسأله نذر است که نذر تعلیقی و نذر تنجیزی چگونه است، و این مسأله هم ممکن است مورد ابتلای فرد باشد و هم مورد سوال واقع شود، که ان شاء الله بررسی آن خواهد آمد.

جلسه سی و پنجم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۹/۲۸

منع تصرف اصیل بنابر کشف حقیقی، استناداً به صحیح‌ه‌ی ابو عبیده الحذاء و مناقشه در آن

کلام مرحوم شیخ رحمته‌الله را بررسی کردیم و نتیجه این شد که بنابر نقل، روشن است که اصیل می‌تواند در ما انتقل عنه تصرف کند. بنابر کشف حکمی هم گفتیم تصرفات اصیل جایز است. بنابر کشف حقیقی هم در صورتی که اصیل علم به اجازه نداشته باشد، با تقریبی که کردیم تصرفات او مانعی ندارد، برخلاف مرحوم شیخ رحمته‌الله که فرمودند حتی اگر اصیل علم به عدم اجازه هم داشته باشد، نمی‌تواند در ما انتقل عنه تصرف کند که این واقعاً حرف شگفتی است از جناب شیخ، خصوصاً با آن مقدمات مفصلی که این‌جا ذکر کردند.

[قبل از این‌که به مسأله‌ی بعد پردازیم، تتمه‌ای را ذکر کنیم و آن این‌که] ممکن است کسی بگوید از صحیح‌ه‌ی ابو عبیده الحذاء «که در مورد جاریه‌ای بود که قبل از بلوغ آن را به نکاح صغیری درآوردند و پسر بعد از بلوغ و رضایت به نکاح فوت کرد، حضرت حکم کردند که ارث جاریه کنار گذاشته می‌شود و بعد از بلوغ اگر جاریه نکاح را اجازه کرد و قسم خورد، سهم او را می‌دهند» از این صحیح‌ه با القاء خصوصیت استفاده می‌شود که بنابر کشف حقیقی اصیل نمی‌تواند در ما انتقل عنه تصرف کند.

عرض می‌کنیم این قسمت از روایت هرچند خلاف قاعده است؛ زیرا قاعده‌ی اولی آن است که بنابر کشف حقیقی تصرف مانعی ندارد، الا این‌که چون سند روایت تام بود، در مورد خود روایت ما بدان ملتزم می‌شویم، اما این روایت اطلاقی ندارد تا با القاء خصوصیت بتوان حکم مستفاد از آن را به غیر مسأله ازدواج صغیرین تعمیم داد، بلکه چون احتمال فرق وجود دارد، تعمیم نیازمند مؤونه است. بنابراین اقتضای بر مورد روایت می‌کنیم. بده اگر کسی بتواند در یک دایره خاص القاء خصوصیت کند، مانعی ندارد و به عنوان یک استثناء است و ضربه‌ای به آن قاعده‌ی کلی که تصرفات اصیل جایز است نمی‌زند.

بررسی حکم تصرف در عین منذور

مرحوم شیخ رحمته‌الله در تنظیری که برخی برای جواز تصرف اصیل فی ما انتقل عنه بیان کرده بودند که تعلیق در ما نحن فیه نظیر تعلیق در نذر مشروط است که ناذر قبل از حصول شرط می‌تواند در مال منذور تصرف کند، فرمودند: این مسأله مشهور به اشکال است.

عرض می‌کنیم واقع امر این است که در مسأله نذر، بحث‌های متعددی از حیث جواز تصرف ناذر وجود دارد که مرحوم سید یزدی رحمته‌الله در حاشیه‌ی بر مکاسب، مرحوم نائینی رحمته‌الله، سید خوئی رحمته‌الله و برخی دیگر متعرض آن شده‌اند و

۱. حاشیه‌ی مکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۱۵۵:

قوله المشهورة بالإشکال

أقول لا إشكال في عدم جواز التصرف المنافي في المنذور إذا لم يكن معلقاً أو كان كذلك وحصل الشرط لتنجز وجوب الوفاء به حينئذ نعم هنا كلام آخر وهو أنه إذا تصرف مع الحرمة أو ناسيا لكونه منذورا كان باع عبدا نذر عتقه أم حيوانا نذر أضحيته فهل هو صحيح أم لا فقد يقال بالصحة لأن المال بعد لم يخرج عن ملكه فيشملة العمومات ما وقد يقال بعدمها للنهي المقتضى للفساد والتحقق ابتناء المسألة على أنه هل يتعلق بذلك الشيء حق للمفقر أو للعبد أو لغيره ممن يرجع فائدة النذر إليه أو لا فعلى الأول تبطل لعدم كون الملك طلقا بخلافه على الثاني ومجرد النهي لا يدل على الفساد لعدم تعلقه به بما هو معاملة بل بما هي مخالفة للنذر وبعبارة أخرى النهي متعلق بأمر خارج مثلا ومثله لا يدل على الفساد على ما بين في محله والحق عدم تعلق الحق وإنما هو مجرد تكليف شرعي ولعله يأتي الكلام فيه في ذكر شرط الطلقة هذا كله في نذر السبب وأما نذر النتيجة فلا إشكال في بطلان التصرف فيه لخروجه عن الملك بمجرد النذر أو بعد حصول الشرط وأما التصرف فيه قبل حصول الشرط في النذر المشروط فاختلّفوا فيه على أقوال ثالثها التفصيل بين ما إذا كان من قصده الإبقاء إلى زمان حصول المعلق عليه فلا يجوز وبين غيره فيجوز رابعها التفصيل بين ما إذا كان المعلق عليه من أفعاله الاختيارية كما إذا قال لله على كذا إن ضربت عبدي أو وطئت جاريتي فيجوز وبين ما إذا كان أمرا غير اختياري كشفاء المريض وقدم المسافر فلا يجوز ويمكن التفصيل بين ما إذا كان المعلق عليه معلوم الحصول فلا يجوز وبين غيره فيجوز هذا ومحل الكلام التصرف المنافي وأما غيره فلا إشكال فيه مثل استخدام العبد المنذور عتقه ونحوه ولعل منه الوطاء في ما لو نذر مع الجارية إذا لم يعلم بتحقق الاستيلاء كما لا ينبغي الإشكال في جواز تفويت المحل بمعنى تفويت المعلق عليه كما لو نذر العتق على تقدير مجيء زيد فالتمس من زيد أن لا يجيء أو منعه منه وكما لو علقه على شفاء المريض فمنعه من شرب الدواء أو قتله أو نحو ذلك فإن مثل هذا لا يعد مخالفة للنذر هذا ولا فرق بين كون النذر من نذر النتيجة أو السبب فإن الكلام في التصرف قبل حصول المعلق عليه فالمال باق على ملكه قطعا وإن كان من نذر النتيجة ثم إن تحقيق جواز التصرف مطلقا إلا إذا كان المعلق عليه معلوم الحصول وكان النذر راجعا إلى مثل الواجب المعلق بأن يكون الالتزام حاصلًا فعلا وكان المتأخر زمان الإتيان به والعمل بمقتضاه كأن يقول لله على أن أعتق هذا العبد عند طلوع الشمس من يوم الجمعة أو عند قدوم الحاج أو قدوم مسافري مع علمه بأنه سيقدم والظاهر أن مثل هذا ليس من محل الخلاف وكذا إذا رجع النذر إلى نذر الإبقاء ونذر الإتيان بكذا بأن يكون معنى قوله لله على أن أعتق هذا العبد إن قدم مسافري لله على أن أبقى العبد وأن أعتقه فإن هذا أيضا خارج عن محل الإشكال لأنه راجع إلى نذرين ولعل هذا مراد المفصل الأول وإلا فمجرد كون قصده الإبقاء من دون أن يرجع إلى نذرين لا يفيد شيئا.

والحاصل أن التحقيق جواز التصرف إلا في هاتين الصورتين وذلك للأصل والعمومات لأن المفروض بقاء المال على ملكه فهو مسلط عليه وربما يستدل للجواز بصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما قال سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول يوم يأتيها فهي حرة ثم يبيعه من رجل ثم يشتريها بعد ذلك قال ع لا بأس بأن يأتيها قد خرجت عن ملكه قال الشهيد الثاني في كتاب العتق من الروضة عند قول الشهيد ولو نذر عتق أمته بعد ذكر هذه الصحيحة و يتفرع على ذلك جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد وهي مسألة إشكالية والعلامة اختار في التحريم عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حر فباعه قبل الفعل ثم اشتراه ثم فعل وولده استقر عدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله وهذا الخبر حجة عليهما انتهى قلت أما كونها حجة على العلامة فواضح وأما على ولده فيمكن منعه لأن البيع المزبور تفويت للشرط لا تصرف في المنذور وقد عرفت أن تفويت الشرط خارج عن محل الإشكال فتدبر واستدل للمنع بأن الالتزام المفروض في قوة الالتزام بالإبقاء إلى زمان حصول المعلق عليه وأنه يعد في العرف حننا ومخالفة للنذر وكذا في المعاهدة مع غير الله كما إذا عاهد مع إنسان أن يذبح الشاة الفلانية إذا زاره فباعها قبل ذلك مع عدم مضي زمان الزيارة وكذا إذا كان ذلك شرطا في ضمن العقد والجواب منع الصدق ومنع الرجوع إلى نذر الإبقاء ومعه لا إشكال وقد ظهر مما مر وجه القول بالتفصيل بين ما إذا قصد الإبقاء وعدمه وأنه حق إن رجع إلى نذرين وأما وجه التفصيل بين كون المعلق عليه اختياريا وبين غيره فهو ما ذكره جمال المحققين في حاشية الروضة عند قوله وهي مسألة إشكالية قال الظاهر أن عدم الجواز على القول به إنما هو في شرط لم يكن باختيار الناذر وفعله كقدوم زيد وشفاء المريض إذ جواز التصرف قبل حصول الشرط لا يخلو عن إشكال لاستلزامه عدم إمكان الوفاء بالنذر على تقدير حصول الشرط وأما إذا كان الشرط من فعل المكلف باختياره فلا يظهر إشكال في جواز التصرف قبله إذ لا يلزم منه سوى أن لا يجوز له فعل الشرط فلا محذور فيه خصوصا أن التصرف المذكور مما يؤكد عدم وقوع الشرط انتهى وفيه أنه إذا كان ذلك التصرف مانعا عن حصول الشرط بعد ذلك فهو كما ذكره لأنه مفوت للموضوع وقد عرفت أن مثله لا إشكال فيه لكن ليس كذلك كلية فإنه قد يكون من هذا القبيل كما إذا نذر عتق أمته إن وطئها فإن مراده الوطاء في الملك وهو لا يتحقق مع بيعها كما هو مورد الصحيفة وقد لا يكون كما إذا فرض النذر المذكور معلقا على مطلق الوطاء أو الوطاء في ملكه ولو كان ملكا جديدا وكما إذا نذر عتق عبده إن ضربه أو إن زنى أو سرق ونحو ذلك فإنه لا فرق بينه وبين ما كان المطلق عليه شيئا خارجا عن قدرته ثم إن ما ذكره من أنه لا يلزم منه سوى أن لا يجوز له فعل الشرط فيه ما لا يخفى إذ لا نسلم حرمة الفعل بمجرد ذلك ثم على تقدير حرمة لا يلزم منه عدم وقوع الحنث كما لا يخفى.

مسأله‌ی مفیدی است که به صورت پراکنده در بعضی جاهای اصول هم مطرح شده است، لذا شایسته است در این‌جا تمام جهاتی که مناسب بحث ماست بررسی کنیم.

همان‌طور که مرحوم سید علیه السلام توجه داده‌اند، در مسأله نذر هم باید از حیث حکم تکلیفی بحث کنیم و هم از حیث حکم وضعی؛ از حیث حکم تکلیفی باید بحث کرد که در چه مواردی تصرف ناذر در مال منذور حرام است. و از حیث حکم وضعی این‌که اگر این تصرف - علی فرض حرمت تکلیفی - به بیع و نظیر آن باشد، آیا وضعاً حکم به بطلان بیع و امثال آن می‌شود یا نه، علاوه بر آن آیا ضمانی وجود دارد یا نه؟

قبل از ورود در اصل بحث این نکته را تذکر دهیم که به حسب روایات متعدده که مورد فتوا هم هست، نذر در صورتی منعقد می‌شود و وجوب وفاء دارد که به صیغهی خاص باشد؛ یعنی به صورت «**الله علیّ کذا**» یا معنای آن باشد، در غیر این صورت نذر منعقد نمی‌شود و وجوب وفاء ندارد.^۲

اقسام نذر شرعی

نذر شرعی صوری دارد؛ گاهی به نحو **نذر فعل** است و گاهی به نحو **نذر نتیجه**، و هر کدام یا مطلق است و یا مشروط. **نذر فعل** آن است که منذور، انجام فعلی باشد حال یا به نحو مطلق مثلاً بگوید «**الله علیّ عتق عبدی أو تملیک عبدی لفلان**» یا به نحو مشروط باشد مانند «**الله علیّ تملیک عبدی لفلان إن عوفی ولدی**» [که با فعلیت نذر، انجام فعل بر ناذر واجب است].

نذر نتیجه آن است که [با فعلیت نذر] حاصل فعل ناذر خود به خود و به نحو خودکار منعقد شود؛ مثلاً اگر نذر

فالتحقیق عدم الفرق إلّا إذا كان التصرف مانعا عن تحقق الشرط فإنه يخرج عن محل الكلام حسب ما عرفت و أما وجه التفصیل الذی احتملناه فهو أنه إذا كان المعلق علیه معلوم الحصول يرجع النذر إلى الإيجاب المعلق فيكون العمل به واجبا الآن و زمان العمل متأخرا و فيه منع الرجوع علیه کلیة و إلّا فالحکم كذلك فتدبر ثم لا يخفى أن مقتضى الوجه الذی ذكروه للمنع وجوب الكفارة أيضا حيث إنهم ذكروا أنه يعد حنثا و لكن يمكن منعه بدعوى أنه فی حکم الحنث من حيث الحرمة و إلّا فليس حنثا حقيقة حتى يستلزم وجوب الكفارة فتدبر.

۱. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ج ۱، ص ۲۴۹.

قوله قدس سره مسأله النذر المشهورة بالإشكال إلى آخره

لا يخفى أن بیان حکم أقسام النذر و إن كان خارجا عن المقصود إلّا أنه لا بأس بالإشارة إلى ما هو الحقّ فيه إجمالا فنقول تارة يتعلّق النذر بالنتیجة و أخرى بالفعل و علی الثانی قد يكون منجزا و قد يكون معلقا و علی الثانی تارة تحقق المعلق علیه بعد النذر و أخرى لم يتحقق و علی الثانی قد يعلم بتحقیقه و قد يشكّ و التعلیق تارة علی أمر اختیاری و أخرى علی غیره و بعض الأساطین و إن جوز تصرف الناذر فی أغلب الصور إلّا أن الحقّ فی جمیع الأقسام عدم جواز التصرف لا لتعلّق حقّ الفقراء أو غیرهم به ممن يرجع فائدة النذر إليه لأنّ ذلك ممنوع فإن نذر کون الحيوان صدقة لا یوجب ثبوت حقّ للفقير متعلّق بالحيوان فإنّ الفقير فی النذر هو المصرف فهو کالأجنبيّ الذی شرط أحد المتعاقدين علی الآخر إعطاء درهما فليس للأجنبيّ إسقاط الشرط و لا المطالبة به و لا يرثه وارثه لأنه ليس هو المشروط له و الفقير أيضا كذلك ليس له و لا لوارثه بعد موته المطالبة بوفاء النذر.

و بالجملة يتعلّق لله سبحانه علی الناذر حقّ و لا يتعلّق للغير حقّ علیه فليس المنع من جهة تعلّق حقّ الغير به بل لأنّ الناذر بسبب النذر سلب عن نفسه حقّ جمیع تصرفاته فی المنذور سوى تصرفه فی جهة نذره فلا يجوز له تصرفه فی غيرها و لا ینفذ منه.

۲. همان‌طور که گفتیم اگر نذر به صیغهی خاصه یا معنای آن نباشد، منعقد نمی‌شود و وجوب وفاء ندارد. یکی از اساتید ما می‌گفت در این موارد اگر مردم به شما مراجعه کردند چنین بگویید که «وفای به این نذر واجب نیست اما اگر عمل کنی شاید بهتر باشد»، و بر چنین جوابی، یک اثر روانی بار می‌شود؛ چراکه گاهی افراد عمل نمی‌کنند و اتفاقاً حادثه‌ای رخ می‌دهد و می‌گویند این به خاطر عدم عمل به نذر است و آن را از چشم شما می‌بینند.

مطلق است، ناذر چنین بگوید: «لله على أن يكون عبدى حراً» و اگر مشروط باشد چنین بگوید «لله على أن يكون عبدى حراً إن عوفى ولدى» یا «لله على أن يكون كتابى ملكاً لفلان إن عوفى ولدى» [که در صورت عافیت ولد، خود به خود عبد آزاد شده و یا کتاب ملک برای منذور له می‌شود].

بنابراین در نذر فعل با تحقق شرط یا بدون آن در جایی که نذر مطلق باشد، بر ناذر واجب است که فلان کار را انجام بدهد، مثلاً کتاب را تملیک به زید کند، لذا تا کتاب را تملیک نکند، ملکیت زید نسبت به کتاب محقق نمی‌شود. اما نذر نتیجه آن است که با حصول شرط در نذر مشروط یا بدون آن در نذر مطلق، منذور خود به خود محقق شود؛ مثلاً کتاب ملک زید شود، عبد آزاد شود و امثال آن.

۱. بررسی تصرف در مال منذور از حیث حکم تکلیفی

با توجه به اقسام مذکور عرض می‌کنیم: آنچه که قطعی است که بدون هیچ شبهه‌ای تصرف در مال منذور جایز نیست، جایی است که نذر به نحو نتیجه و مطلق باشد و یا این که مشروط باشد و شرطش حاصل شده باشد؛ مثلاً ناذر گفته باشد «لله على أن يكون عبدى ملكاً للعلماء أو للفقراء» و هیچ شرطی نگذاشته باشد یا این که شرط حاصل شده باشد، به مجرد انعقاد نذر یا به مجرد حصول شرط، عبد ملک برای علماء می‌باشد و دیگر در ملک ناذر نیست، در نتیجه بدون شبهه تصرف ناذر در مال منذور حرام است، مگر تصرفی که در طریق تحویل به منذور له باشد که لازمه‌ی وفای به نذر و احسان به منذور له اوست.

هم چنین اگر نذر به فعل تعلق گرفته باشد و هیچ شرطی نداشته باشد و یا این که مشروط باشد و شرطش حاصل شده باشد - مثلاً ولد خوب شده باشد - در آن جا هم تصرف ناذر حرام است؛ چون علی الفرض نذر صحیح است و اطلاق «ف بنذرک» شامل آن شده و وفای به نذر بر ناذر واجب است تکلیفاً؛ یعنی بر ناذر واجب است عبد را تملیک به علماء یا فقراء کند، در نتیجه هر تصرفی که منافی با این تملیک است، عصیان «ف بنذرک» محسوب می‌شود.

مهم آن صورتی است که نذر - چه نذر فعل و چه نتیجه - معلق بر شرطی باشد و آن شرط حاصل نشده باشد؛ یعنی همان فرضی که مرحوم شیخ رحمته الله مطرح کردند، آیا در این صورت تصرف در مال منذور برای ناذر جایز است یا نه؟

عرض می‌کنیم در این جا نذر بر دو قسم است؛ گاهی شرط را ظرف عمل و شرط منذور قرار می‌دهند، نظیر واجب معلق که وجوب فعلی است اما واجب استقبالی است مانند وجوب حج نسبت به استطاعت - که بعد از استطاعت وجوب حج فعلی می‌شود، اما واجب یعنی حج باید در ذی‌الحجه باشد، استقبالی است - در این جا هم که ناذر می‌گوید «لله على تمليك مالى للفقراء بعد معافاة ولدى» معنایش این است که من بالفعل این نذر را دارم که در ظرف خودش انجام بدهم.

و گاهی هم شرطی که وجود دارد به نحو واجب مشروط است، نظیر کریمه‌ی ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ﴾^۱ که برخلاف مرحوم شیخ رحمته الله می‌گوییم قید به هیئت می‌خورد و قبل از تحقق قید اصلاً وجوبی نیست، یا

۱. سوره‌ی مبارکه اسراء، آیه‌ی ۷۸:

أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَ قُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُوداً

نظیر کریمه‌ی «إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ»^۱ که بیان می‌کند وضو بعد از قیام صلات است که کنایه از آن است که وضو بعد از دخول وقت است، یا در روایتی وارد شده «إِذَا دَخَلَ الْوَقْتُ وَجَبَ الطَّهُّورُ وَ الصَّلَاةُ»^۲ که قبل از دخول وقت اصلاً وجوبی نیست.

الف: بررسی حکم تصرف در مال مندور، در نذر به نحو واجب مشروط

[اگر یادتان باشد] ما واجب مشروط را برخلاف مرحوم شیخ رحمته الله به واجب معلق برنگرداندیم، [حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر نذری به نحو واجب مشروط باشد] در صورتی که شرط حاصل نشده باشد، تصرفات ناذر چگونه است؟

عرض می‌کنیم اگر ناذر بداند که شرط محقق نمی‌شود؛ مثلاً در زمان نذر احتمال می‌داد که شرط محقق شود اما بعداً یقین یا اطمینان حاصل کرد که محقق نمی‌شود، در این صورت شبهه‌ای نیست که وفاء به نذر واجب نیست؛ نه در الان و نه در آینده، لامحاله تصرفاتی که منافات با نذر داشته باشد دیگر حرام نیست، چون نذر موضوع پیدا نمی‌کند؛ چه نذر به نحو نتیجه باشد و چه به نحو فعل.

اما در صورتی که احتمال بدهد شرط محقق می‌شود - مثلاً احتمال می‌دهد بچه‌اش خوب شود - در این جا عده‌ای گفته‌اند که ناذر حق تصرف در مال مندور را ندارد و باید صبر کند تا معلوم شود شرط محقق می‌شود یا نه. اگر شرط محقق شد، خب طبق نذر عمل می‌کند، اما اگر شرط محقق نشد، ناذر می‌تواند هر تصرفی در مال مندور انجام دهد.

اما به نظر ما واقع امر این است که در این صورت دلیلی بر حرمت تصرف وجود ندارد؛ زیرا اولاً: ممکن است این شرط محقق نشود و در نتیجه ناذر استصحاب استقبالی عدم تحقق شرط دارد. ثانیاً: بر فرض شرط در ظرف خودش محقق شود، وجوب وفای به نذر به نحو مشروط است؛ یعنی وجوب فعلی نیست إلا در ظرف تحقق شرط، در نتیجه وقتی وجوب فعلی نبود، لزوم امتثال هم ندارد. مانند کسی که قبل از دخول وقت آب برای وضو دارد و احتمال می‌دهد بعد از دلوک شمس دسترسی به آب نداشته باشد، لذا اگر آبش را حفظ نکند، بعد از دخول وقت نمی‌تواند وضو بگیرد، در این جا ما وفاقاً با عده‌ای از محققین در بحث طهارت گفتیم که حفظ این آب بر مکلف واجب نیست و حتی اگر ضرورت نداشته باشد می‌تواند آن را بخورد یا صورتش را بشوید و امثال آن؛ چراکه معنای مشروط بودن تکلیف و برگشت قید به هیئت آن است که قبل از دخول وقت، وجوب صلاة و در نتیجه وجوب مقدمات آن مانند طهور و ... فعلی نیست. مثال دیگر این‌که اگر کسی قبل از وقت وضو داشته باشد و بتواند بدون ضرر وضویش را نگه دارد و می‌داند بعد از وقت دسترسی به آب ندارد تا وضو بگیرد، در این جا اگر وضویش را باطل کند مرتکب حرامی

۱. سوره‌ی مبارک مائده، آیه‌ی ۱۰۸:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَٰكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهَّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ

۲. تهذیب الأحكام، ج ۲، ص ۱۴۰:

وَعَنْهُ [الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ] عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: إِذَا دَخَلَ الْوَقْتُ وَجَبَ الطَّهُّورُ وَ الصَّلَاةُ وَ لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَّهُّورٍ.

نشده است. ما نحن فیه نیز چنین است؛ چراکه وجوب نذر مشروط است و علی الفرض شرط هنوز حاصل نشده است، پس تصرف در مال منذور مانعی ندارد، هرچند احتمال می‌دهد شرط بعداً حاصل شود.

استدلال بعضی بر حرمت تصرف در نذر به نحو واجب مشروط در صورت علم به تحقق شرط

بعضی گفته‌اند در صورتی که ناذر علم به تحقق شرط در ظرف خودش داشته باشد - مثلاً علم یا اطمینان دارد که بچه خوب می‌شود - در این صورت موضوع حکم فعلی می‌شود و وقتی فعلی شد، ملاکش هم در آن ظرف فعلی می‌شود و در نتیجه تصرف در مال منذور حرام است؛ چراکه لازمه‌ی تصرف، تفویت ملاک فعلی مورد رغبت مولاست و تفویت ملاک فعلی مورد رغبت مولا مانند عدم امثال حکم فعلی است و عقل حکم می‌کند مکلف باید کاری کند که این ملاک در ظرف خودش حفظ شود ولو حکمش و حتی ملاکش الان فعلی نیست. شاید برخی این کلام را در صورت احتمال هم بگویند، یعنی بگویند: اگر احتمال می‌دهد شرط در ظرف خودش فعلی می‌شود، نمی‌تواند تصرف کند؛ چراکه تعجیز نفس از ملاکی که احتمالاً در ظرف خودش فعلی می‌شود قبیح است.

عرض می‌کنیم ما فعلاً صورت علم را بررسی می‌کنیم؛ یعنی صورتی که علم دارد شرط در آینده محقق می‌شود؛ مثلاً علم عادی دارد که خودش زنده می‌ماند و علم دارد که دلوک شمس محقق می‌شود، در این صورت گفته‌اند اگر مکلف قبل از وقت آبی را که دارد مصرف کند و نتواند بعد از دخول وقت وضو بگیرد، در این جا ملاکی را که مورد نظر مولاست و در ظرف خودش فعلی می‌شود نمی‌تواند استیفاء کند، در نتیجه عقل حکم می‌کند که مرتکب قبیح شده است؛ چراکه عقل اقتضاء دارد عبد آماده باشد تا این که اگر حکمی در ظرف خودش فعلی شد و در نتیجه ملاک آن هم فعلی بود، بتواند آن را اطاعت کند، و تعجیز نفس از استیفاء ملاک فعلی، قبیح است.

جلسه‌ی سی و ششم؛ دوشنبه ۱۳۹۵/۹/۲۹

مناقشه در کلام قائلین به عدم جواز تصرف در نذر به نحو واجب مشروط در صورت علم به تحقق شرط

عرض می‌کنیم گرچه بعض اعلام این حرف را زده‌اند، اما ما مکرر در مباحث اصول و مباحث فقه بیان کرده‌ایم که اگر احراز کنیم قدرت، شرط در مصلحت نیست و اصلاً دخیل در ملاک تکلیف نیست، در این صورت می‌پذیریم تفویت ملاکی که در ظرف خودش فعلی می‌شود و مورد رغبت مولاست، عقلاً قبیح می‌باشد - البته در صورتی که بتوان واجب مشروط را در این فرض تصور کرد - اما اگر احراز نکنیم که قدرت دخیل در ملاک تکلیف نیست، در این صورت صرف این که احتمال بدهیم ملاکی بعداً فعلی می‌شود و در آن وقت قابل استیفاء نیست، تفویت چنین ملاکی عقلاً قبیح نیست.

به تعبیر دیگر گرچه وضو بعد از دخول وقت دارای ملاک است، اما سوال در این است که حتی برای فاقد آب هم دارای ملاک است؟! ما که علم به ملاکات نداریم و لعل وجوب «وضو، غسل و امثال آن»، فقط برای کسانی مصلحت دارد که حین وجوب دارای قدرت باشند، ولی اگر حین دخول وقت فاقد قدرت بودند، دیگر مصلحت نباشد و تفویت ملاک ملزمه لازم نیاید، و چون حداقل احتمال این معنا وجود دارد، لذا می‌توان به «رفع ما لا یعلمون» و امثال آن تمسک کرد. و نه تنها چنین احتمالی وجود دارد، بلکه بالاتر، اگر واجب مشروط را به معنای دقیق بپذیریم،

معنایش آن است که قبل از حصول شرط، اصلاً ملاکی وجود ندارد. بنابراین همان‌طور که دلوک شمس، شرط برای وجوب صلوات است و مادامی که دلوک محقق نشده اصلاً صلوات آن مصلحت ملزومه را ندارد، قدرت هم شرط است؛ و نه تنها شرط عقلی است، بلکه در جای خود بیان کردیم که شرط خطاب است و اگر قدرت نباشد، اصلاً خطاب متوجه مکلف نیست؛ نه این که خطاب باشد و عقل آن را محدود و مقید کند.

بنابراین وقتی که دلوک شمس محقق شد، فرض این است که شرط دیگر تکلیف یعنی قدرت - که یقیناً یا احتمالاً دخیل در ملاک تکلیف است - محقق نشده است، در نتیجه نمی‌توان گفت یقیناً ملاکی فوت می‌شود بلکه چه بسا اصلاً ملاکی وجود نداشته باشد. بله، اگر در جایی دلیل قائم شود که قدرت فقط شرط عقلی امثال است و اگر کسی قادر نباشد، ملاک اتیان در حق او وجود دارد هرچند نمی‌تواند آن را استیفاء کند، آن‌جا این حرف را می‌پذیریم، ولی بنابر مبنای مختار که قدرت دخیل در ملاک است و اصلاً خطاب متوجه حصص مقدوره است، این کلام قابل التزام نیست. به همین خاطر ما در بحث طهارت گفتیم حتی اگر کسی علم داشته باشد که بعد از وقت دسترسی به آب نخواهد داشت، می‌تواند قبل از وقت آبش را مصرف کند و حتی احتیاط سید یزدی رحمته الله علیه را نپذیرفتیم. بله، احتیاط استحبابی در جای خود اما احتیاط وجوبی وجه معتبری ندارد.

ما نحن فیه نیز چنین است؛ یعنی حتی اگر ناذر علم داشته باشد که شرط محقق خواهد شد، اگر نذرش به نحو واجب مشروط باشد، می‌تواند در مال مندور تصرف کند و مانعی ندارد و دلیلی فعلاً برخلاف این قاعده در ذهنمان نیست و اگر هم باشد - که نیست - یک تعبد است.

از آن‌چه گفتیم حکم صورت احتمال تحقق شرط هم روشن می‌شود؛ وقتی که علم به تحقق شرط، مانع تصرف نیست، در صورت احتمال اوضح است که تصرف مانعی ندارد.

یک استندراک:

بله، اگر ناذر چنین نذر کرده باشد - که بعید نیست حداقل نذرهای عوام غالباً چنین باشد - که «الله علیّ أن اذبح هذه الشاة للحسين عليه السلام إن عوفی ولدی» و در نیتش باشد که این گوسفند را تا زمانی که سرنوشت بچه‌اش روشن می‌شود نگه‌داری کند، در این صورت نمی‌تواند در آن تصرف کند؛ چراکه در واقع نذر در این‌جا به دو نذر منحل می‌شود؛ یکی مربوط به ابقاء مندور است تا روشن شدن سرنوشت بچه‌اش، و یکی هم مربوط به ذبح گوسفند بعد از عافیت ولدش. بنابراین چون ابقاء مال مندور متعلق نذر است، باید آن را نگه دارد و حق تصرف در آن ندارد.

ب: بررسی حکم تصرف در مال مندور، در نذر به نحو واجب معلق

آن‌چه تا کنون گفتیم بنابر این بود که نذر به نحو واجب مشروط باشد، اما اگر نذر به نحو واجب معلق باشد؛ مثلاً بگوید «الان برای خداست بر من که اگر بچه‌ام خوب شود، فلان گوسفند را برای فقراء ذبح کنم». در این‌جا اگر علم داشته باشد که بچه‌اش خوب می‌شود، نمی‌تواند در مندور تصرف کند و آن را باید حفظ کند؛ چراکه علی‌الغرض در این‌جا وجوب فعلی است و واجب استقبالی، نظیر وجوب حج بعد از استطاعت که مکلف بعد از این‌که مستطیع شد، وجوب حج فعلی می‌شود منتها واجب استقبالی است چون باید در ذی الحجة انجام شود. در ما نحن فیه هم ناذر الان

نذر کرده که در ظرف سلامت ولدش، فلان گوسفند را بکشد و علی الفرض علم یا اطمینان دارد که بچه‌اش خوب می‌شود، بنابراین نمی‌تواند در مال منذور تصرف کند.

و در جایی که علم یا اطمینان دارد که شرط محقق نخواهد شد، در آن موارد بلاشبهه می‌تواند تصرف کند؛ چراکه کشف می‌شود اصلاً نذری منعقد نشده؛ چون منذور مقدورش نبوده است.

مهم صورت شک است که نذر، فعلی است و شرطش مربوط به امر آینده‌ای است که شک دارد محقق می‌شود یا نه، آیا در این صورت ناذر می‌تواند تصرف کند؟

عرض می‌کنیم در این جا استصحاب استقبالی عدم تحقق شرط فایده‌ای ندارد؛ زیرا فرضاً این استصحاب جاری باشد، اثبات نمی‌کند عدم قدرت بر اتیان منذور را مگر به نحو مثبت؛ چراکه لازمه‌ی عقلی عدم تحقق شرط، عدم قدرت بر منذور است، لذا حداقل با استصحاب نعتی، نمی‌توان عدم قدرت بر اتیان منذور را اثبات کرد. بله می‌توان چنین استصحاب کرد که من قبلاً و حین بیماری بچه، قادر بر تصدق حین سلامت بچه‌ام نبودم، آینده هم چنین خواهد بود، و خطاب متوجه قادرین است به هر حال.

ممکن است کسی بگوید به براءت تمسک کرده و حکم به جواز تصرف می‌کنیم، اما عرض می‌کنیم باید دید منشأ شک ما در فعلیت یا عدم فعلیت حرمت تصرف و یا به تعبیر دیگر وجوب حفظ مال منذور چیست؟ منشأ شک این است که اگر فی‌الواقع شرط محقق نشود، ناذر قدرت بر اتیان متعلق نذر ندارد؛ مثلاً منذور ذبح گوسفند حین سلامت بچه‌اش است و اگر بچه خوب نشود، نمی‌تواند ذبح حین سلامت کند، و وقتی متعلق نذر مقدور نیست، اصلاً نذر منعقد نشده و وجوب وفاء ندارد. به تعبیر دیگر، منشأ شک در فعلیت حرمت تصرف، شک در قدرت بر امتثال و عدم آن است. و در شک در قدرت بر امتثال، دو مبنا وجود دارد:

مبنای مشهور آن است که شک در قدرت بر امتثال، مجرای احتیاط است؛ مثلاً اگر شک دارد که می‌تواند نمازش را ایستاده بخواند یا نه، نمی‌تواند اجرای براءت کند بلکه باید احتیاط کند تا معلوم شود آیا می‌تواند یا نه، که اگر بعد از احتیاط نتوانست، نمازش را نشسته بخواند. **مبنای دیگر** این که شک در قدرت بر امتثال - لاسیما طبق مبنایی که خطاب متعلق به حصص مقدوره است - مجرای براءت است و دلیلی بر احتیاط وجود ندارد.

عرض می‌کنیم ما در برهه‌ای از زمان، احتمال دوم را تقویت می‌کردیم، اما بعداً شبهه‌ای در ذهنمان ایجاد شد که آن را در اصول مطرح کردیم، ولی متأسفانه الان آن شبهه در خاطرمان نیست، به هر حال الان بیش از این بیان نمی‌کنیم که در این جا دو مبنا وجود دارد، و فعلاً احتیاط وجوبی در آن است که اگر نذر به نحو واجب معلق باشد و ناذر شک داشته باشد که شرط حاصل می‌شود یا نه، تصرف در مال منذور نکند، [تا این که بعد از بررسی آن شبهه نظر نهایی خود را بیان کنیم].

البته در این جا هم اگر قصد ناذر این باشد که آن عین را تا زمان حصول شرط ابقاء کند، در این صورت نمی‌تواند تصرف در مال منذور کند.

از آن چه گفتیم معلوم می‌شود بعض تفصیلی که در این جا برخی ذکر کرده‌اند که اگر شرط اختیاری باشد می‌تواند تصرف کند و اگر غیر اختیاری باشد نمی‌تواند تصرف کند، تفصیلی است که وجهی ندارد. مگر احتمالاً روایتی که

بعداً خواهد آمد.

۲. بررسی مسأله تصرف در مال منذور از حیث حکم وضعی

احکام تصرف در مال منذور از حیث حکم تکلیفی را بیان کردیم، اما از حیث حکم وضعی، آیا تصرفات ناذر باطل است و یا این که صحیح می باشد؟

عرض می کنیم در مواردی که تصرف تکلیفاً جایز است، اگر ناذر تصرفی انجام دهد، معلوم است وضعاً هم نافذ است و اطلاقات صحت از جمله «اوفوا بالعقود» و امثال آن شاملش می شود. اما در مواردی که تکلیفاً تصرف حرام باشد، اگر ناذر عصیان کرد و تصرف به بیع و امثال آن کرد، آیا این تصرف نافذ است؟

در پاسخ می گوئیم: در جایی که نذر به نحو نتیجه باشد و مطلق هم باشد و یا مشروط باشد و شرطش حاصل شده باشد، شبهه ای نیست که ناذر نمی تواند تصرف کند و تصرفات او باطل است؛ چراکه نذر منعقد شده و مال منذور از ملک ناذر خارج شده است، حال یا به ملک دیگری وارد شده و یا حداقل این که داخل در ملک دیگری نشده اما در عین حال مالی است که مورد احترام می باشد و قبلاً بیان کردیم تصرف در غیر ملک مگر در موارد خاصه جایز نیست. و اگر نذر به نحو نذر فعل باشد و مطلق باشد و یا این که مشروط باشد و شرطش حاصل شده باشد که گفتیم تصرف در مال منذور تکلیفاً حرام است و یا به تعبیر دقیقتر وجوب حفظ دارد، در این جا اگر ناذر عصیان کرد و تصرف کرد؛ مثلاً آن را اتلاف کرد و یا فروخت، چه حکمی دارد؟

ابتدا صورتی را بررسی می کنیم که تصرف به نحو بیع باشد، در این جا ممکن است کسی - بر خلاف مشهور - بگوید اطلاق «احل الله البيع» شامل چنین معامله ای می شود؛ چراکه ناذر نهی ندارد بلکه وجوب حفظ دارد، و فرضاً نهی تکلیفی هم داشته باشد، اما نهی در معاملات موجب فساد نیست، لذا نقل و انتقال محقق شده است.

دو بیان از جانب اعلام بر عدم صحت تصرف در مال منذور به مثل بیع

در مقابل عده ای - لعل اکثر - گفته اند بیع باطل است و نقل و انتقال محقق نمی شود و عمدتاً به دو دلیل استناد کرده اند: یکی این که مبیع باید ملک طلق باشد تا بتوان آن را فروخت، لذا بیع وقف خاص طبق مبنایی که بپذیریم ملک موقوف علیهم می شود و نیز بیع مال مرهونه صحیح نیست؛ زیرا هر چند در این گونه موارد، مال در ملک فروشنده است، اما ملک طلق نیست. در ما نحن فیه هم وقتی کسی نذر مطلق می کند و یا نذر مشروط می کند و شرط حاصل می شود، مال منذور دیگر ملک طلق ناذر نیست، لذا بیعش صحیح نیست.

دلیل دیگری که مرحوم نائینی فرمودند آن است که عوضین باید مقذور التسلیم باشد؛ اعم از قدرت عقلی و قدرت شرعی، لذا در جایی که نذر به نحو مطلق باشد یا مشروط باشد و شرطش حاصل شده باشد یا نذر ابقاء منذور شده باشد، یا این که به نحو واجب معلق باشد و علم به تحقق شرط داشته باشیم، نمی توان مال منذور را تحویل به دیگری داد؛ چراکه واجب است مال منذور تا زمان امتثال نذر حفظ شود یا به تعبیری انتقال آن به دیگری حرام است، و وقتی حرام شد به این معناست که شرعاً قدرت بر تسلیم وجود ندارد (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً) و هر بیعی که بایع یا مشتری قدرت بر تسلیم عوض نداشته باشد، باطل می باشد.

نقد و بررسی دلیل اول بر بطلان بیع عین مندوره

این استدلال یک صغرا دارد و یک کبرا؛ صغرا این است که عین مندوره، متعلق حق غیر شده است. و کبرا این که هرچه متعلق حق غیر باشد، ملک طلق نبوده و قابلیت بیع را ندارد. ما ابتدا **صغرای** استدلال را بررسی کرده و **عرض می‌کنیم:**

نمی‌توان گفت عین مندوره، متعلق حق غیر (یعنی فقراء، علماء، سادات و ..) شده است؛ زیرا آنچه که در این فرض متعلق نذر قرار گرفته، «**فعل**» است مانند **ذبح** گوسفند، و خود این «**فعل**» به نوعی متعلق حق دیگری است، اما التزام به این که حقی برای دیگری به خود عین مندوره تعلق گرفته مشکل است. بنابراین با این استدلال نمی‌توان گفت بیع عین مندوره باطل است.

اما استدلال به این که فعل، متعلق حق دیگران نیست؛ چون اگر «**فعل**» متعلق حق دیگران باشد، باید قابل اسقاط باشد؛ چراکه هر حقی قابل اسقاط است، در حالی که چنین نیست؛ مثلاً اگر کسی نذر کرده باشد که گوسفندی را برای فقراء ذبح کند، اگر تمام فقراء بلد جمع شوند و اعلام کنند ما حقمان را ساقط کردیم، این حق ساقط نمی‌شود؛ پس معلوم می‌شود اصلاً حق نیست.

در پاسخ به این استدلال گفته می‌شود: **اولاً:** این که در مثال فوق اگر همه فقراء جمع شوند و بگویند حقمان را ساقط کردیم فایده‌ای ندارد، به این خاطر است که در این مثال برای عنوان فقراء نذر شده است نه برای اشخاص فقراء، و اشخاص فقراء در این جا ولایتی بر اسقاط حق ندارند. لذا اگر می‌خواهید مثال بزنید باید چنین بگویید که «**ولیّ عنوان** یعنی حاکم شرع - البته اگر بپذیریم حاکم شرع در این جا ولایت دارد - بگوید من حقی را که برای فقراست اسقاط کردم»، در این جا خیلی واضح نیست این حق قابل اسقاط نباشد.

ثانیاً: ما قبول نداریم که همه‌ی حقوق قابل اسقاط باشد، بلکه بعض چیزها حق هستند و سایر آثار حق را دارند، اما در عین حال ممکن است به دلیل خاصی قابل اسقاط نباشد، پس چنین نیست که هر چیزی که قابل اسقاط نباشد، حق نبوده و حکم باشد.

إن قلت: هر چند نذر به «**فعل**» تعلق گرفته است، اما چون «**انجام فعل**» بر نادر واجب است و فعل هم در این جا متعلق دارد - زیرا طبیعت «**فعلی مثل تصدّق**»، چیزی است که ذات تعلق می‌باشد - پس عین مندوره هم با واسطه متعلق نذر می‌باشد و تصرف در آن به بیع و امثال آن، تصرف در چیزی است که متعلق حق دیگران است، در نتیجه بیع عین مندوره باطل می‌باشد.

قلت: [هر چند این حرف فی‌الجمله درست است و شاید در مواردی بتوان چنین گفت که چون «**فعلی مثل تصدّق**» دارای متعلق است و به چیزی تعلق گرفته است، پس آن شیء هم با واسطه متعلق حق قرار می‌گیرد و در نتیجه تصرف در آن جایز نیست، اما] در ما نحن فیه یعنی باب نذر، از روایات و صیغهی نذر استفاده می‌شود که آنچه به **عنوان حق** است، فقط برای **خداوند متعال** است، هر چند متعلق نذر، تصدّق به فقراء، تملیک به علماء و امثال آن باشد.

توضیح ذلک: از صیغه‌ی نذر یعنی مثلاً از «لله علیّ تملیک مالی هذا للفقراء» استفاده می‌شود همه‌ی آن‌چه که به عنوان حق تصور می‌شود، برای ذات اقدس الهی است و متعلق تملیک - مثلاً فقراء - نقشی ندارد و حقی برای آن ثابت نیست. و این مطلب از بعض روایات باب نیز استفاده می‌شود، از جمله حسنه‌ی کالصحیح‌هی زراره که چنین است:

- حسنه‌ی کالصحیح‌هی زراره:

و [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ ابْنِ رَبَائِغٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَتْ: إِنَّ أُمَّي كَانَتْ جَعَلَتْ عَلَيْهَا نَذْرًا نَذَرْتُ لِلَّهِ فِي بَعْضِ وَلَدِهَا فِي شَيْءٍ كَانَتْ تَخَافُهُ عَلَيْهِ أَنْ تَصُومَ ذَلِكَ الْيَوْمَ الَّذِي يَتَقَدَّمُ فِيهِ عَلَيْهَا فَخَرَجَتْ مَعَنَا إِلَى مَكَّةَ - فَأَشْكَلَ عَلَيْنَا صِيَامُهَا فِي السَّفَرِ فَلَمْ نَذَرْ تَصُومَ أَوْ تَنْظُرَ فَسَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: لَا تَصُومُ فِي السَّفَرِ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ وَضَعَ عَنْهَا حَقَّهُ فِي السَّفَرِ وَ تَصُومُ هِيَ مَا جَعَلَتْ عَلَيَّ نَفْسَهَا فَقُلْتُ لَهُ: فَمَاذَا إِنْ قَدِمْتَ إِنْ تَرَكْتَ ذَلِكَ؟ قَالَ: لَا إِنِّي أَخَافُ أَنْ تَرَى فِي وَلَدِهَا الَّذِي نَذَرْتُ فِيهِ بَعْضَ مَا تَكْرَهُ^۱.

این روایت از لحاظ سند تمام است و به خاطر پدر علی بن ابراهیم یعنی ابراهیم بن هاشم، از آن تعبیر به حسنه‌ی کالصحیح‌هی می‌شود.

جناب زراره می‌گوید: مادرم نذری کرده بود، نذری برای خدا در مورد بعض فرزندان در مورد چیزی که از آن می‌ترسید بر آن ولد. نذر کرده بود که آن روزی که ولدش برمی‌گردد روزه بگیرد. سپس مادرم با ما به سوی مکه آمد و مشکل شد بر ما روزه بودن مادرمان در سفر [معلوم است که آن ولد برگشته که روزه گرفته است] و ندانستیم که روزه بگیرد یا این که افطار کند. از امام باقر عليه السلام درباره‌ی آن سؤال کردم و حضرت فرمودند: در سفر روزه نگیرد، همانا خداوند متعال حقی را در سفر از مادرت برداشته است و [بعدها قضای] این روزه‌ای را که برعهده‌اش است بگیرد. خدمت حضرت عرض کردم: اگر مادرم برگشت و این روزه را نگرفت چی می‌شود؟ حضرت فرمودند: نه [این کار را نکنند]، می‌ترسم که مادرت در این ولدی که برایش نذر کرده، بعض آن‌چه را که خوف آن داشت ببیند.

از این قسمت روایت که حضرت فرمودند «إِنَّ اللَّهَ قَدْ وَضَعَ عَنْهَا حَقَّهُ فِي السَّفَرِ» استفاده می‌شود که «منذور» حق برای خداوند متعال است. و احتمال فرق بین این که متعلق نذر، صوم باشد یا مثلاً تصدق به فقراء یا تملیک مالی به علماء باشد وجود ندارد، و آن‌جا هم حق خداوند متعال است که ناذر فلان مقدار پول را به فقراء بدهد یا فلان مال را تملیک علماء کند و حقی برای منذور له تولید نمی‌شود.

با توجه به این مطلب عرض می‌کنیم: بعد از فعلیت نذر، چون آن مال، متعلق حق خداوند متعال شده است و ناذر نسبت به آن بیگانه شده، لذا دیگر نمی‌تواند در آن مال تصرف کند؛ یعنی تصرفات منافیه‌ی ناذر حرام می‌باشد و از لحاظ وضعی هم بیع و امثال آن باطل می‌باشد، چون اختیاری و ولایتی بر عین منذور ندارد.

تذکر

سید یزدی رحمته الله در این‌جا فی‌الجمله متعرض مطلبی شده‌اند و به سرعت از آن گذشته‌اند، اما از آن‌جا که ممکن است

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۳، کتاب النذر و العهد، باب ۱۳، ح ۲، ص ۳۱۳ و الکافی، ج ۷، ص ۴۵۹.

این مطلب موجب ابهام برای عده‌ای باشد، مناسب است آن را مقداری توضیح دهیم، و آن این‌که:

اگر دقت کرده باشید ما در بعض جاها تعبیر کردیم که متعلق نذر، وجوب حفظ دارد و در بعض جاها مماشاة مع بعض القوم تعبیر به حرمت تصرف کردیم. اما حقیقت آن است که نمی‌توان تعبیر به «حرمت تصرف» کرد، چون دلیلی بر حرمت تصرف در چنین عینی نداریم، هرچند متعلق حق خداوند متعال باشد، لهذا تعبیر دقیق آن است که بگوییم متعلق نذر، «وجوب حفظ» دارد؛ چون مثلاً گوسفند باید برای فقراء ذبح شود، لذا حفظ آن گوسفند برای ذبح لازم است. به تعبیر دیگر آن‌چه که واجب است، «ذبح» گوسفند است و «حفظ گوسفند» مقدمه‌ی برای «ذبح» است، لذا در نظر کسانی که مقدمه‌ی واجب، شرعاً وجوب دارد، حفظ این گوسفند واجب می‌شود. منتها وجوبی که در این‌جا وجود دارد، وجوب شرعی غیر است نه وجوب شرعی نفسی. و اگر کسی مانند ما مقدمه‌ی واجب را شرعاً واجب ندانست، در این صورت مقدمه یعنی «حفظ»، وجوب عقلی غیر دارد نه وجوب شرعی غیر.

بنابراین این‌که در کلمات بعض بزرگان آمده است که تصرف در عین منذور حرام است، تعبیر دقیقی نیست و چون دلیل خاصی بر حرمت تصرف نیست، شاید وجه این‌که چنین تعبیر کرده‌اند این باشد که: ترک تصرف در مال منذور [- چه به بیع و چه تصرفات دیگر -] چون مقدمه‌ی واجب یعنی حفظ مال منذور است، پس ضد عام آن یعنی مثلاً فروش مال منذور حرام است و در نتیجه معامله باطل می‌باشد.

عرض می‌کنیم: این بیان بسیار ضعیف است و مبتنی بر مقدماتی است که قابل اشکال است؛ زیرا اولاً: عدم یک ضد، مقدمه ضد دیگر نیست. ثانیاً: طبق مبنای مختار بیان کردیم مقدمه‌ی واجب، شرعاً واجب نیست بلکه فقط وجوب عقلی غیر دارد. ثالثاً: فرضاً بپذیریم که مقدمه‌ی واجب، واجب است اما ما برخلاف مشهور، ضد عامش را حرام نمی‌دانیم و در جای خود این مطلب را اثبات کردیم. بنابراین فروش عین منذور حرام نیست. رابعاً: فرضاً ضد عام آن حرام هم باشد، حرمت عقلی غیر دارد و حرمت عقلی غیر - کما ذکرنا فی محله - حتی موجب بطلان عبادت نیست؛ چه رسد به بطلان معامله. البته این‌که تعبیر به «وجوب حفظ» کنیم یا «حرمت تصرف»، فرقی در نتیجه نهایی ندارد؛ چراکه منجر به عصیان و حنث نذر شده و در نتیجه تصرف جایز نیست. ولی با همه اینها می‌توان گفت در سیره‌ی عقلاء، تصرف در چنین حقی، قبیح و ممنوع است، و از عدم ردع این سیره، حرمت شرعی تصرف نیز به دست می‌آید. و این‌که چنین امری ذاتاً شرعی است و چه بسا نزد عقلاء شناخته شده نباشد، مشکلی در استدلال به سیره ایجاد نمی‌کند؛ چون با فرض چنین موضوعی، سیره عقلاء چنین است و حتی می‌توان فرض مشابه موضوع در سیره عقلاء نیز نمود. فتأمل.

بررسی کبرای استدلال

اما نسبت به کبرای استدلال که هرچه متعلق حق غیر باشد، ملک طلق نبوده و قابلیت بیع را ندارد. برخی گفته‌اند این کبرا به عنوان یک قاعده‌ی کلی نیست و نمی‌توان گفت هر نوع محدودیتی که در ملک حاصل شود، مانع صحت بیع است، مگر در مورد بعض چیزها مثل وقف چون دلیل خاص وجود دارد، اما به عنوان یک قاعده‌ی کلی آن را قبول نداریم. مثلاً اگر کسی ملکش را به مدت پنج سال اجاره بدهد، این ملک در این مدت مسلوب المنفعة است و به یک معنا ملک طلق نیست، اما در عین حال بیع آن مانعی ندارد. بنابراین فرضاً در ما نحن فیهِ عین منذور ملک طلق

نباشد، اما بیع آن مانعی ندارد.

عرض می‌کنیم: گرچه کلیت این کلام را قبول داریم و واقعاً دلیلی وجود ندارد که مملوک باید ملک طلق باشد تا بتواند مورد مبادله قرار گیرد، اما در ما نحن فیه حق به گونه‌ای است که با بیع جمع نمی‌شود و مانع صحت بیع است؛ چراکه در ما نحن فیه حق مستوعب تمام آثار ملکیت است؛ یعنی گوسفند باید کشته شود و افناء شود و دیگر چیزی باقی نمی‌ماند تا ملک دیگری شود، و این در ذات خودش مانعیت برای بیع دارد. چراکه گفتیم از صیغه‌ی نذر و روایات باب استفاده می‌شود که با فعلیت نذر، عین مندوره ولو با واسطه، متعلق حق خداوند متعال می‌شود، حتی که اجازه نمی‌دهد عین به ملک دیگری منتقل شود.

بنابراین به نظر می‌رسد دلیل اول تمام باشد و می‌توان گفت بعد از فعلیت نذر - یعنی در صورتی که نذر مطلق باشد و یا این که مشروط باشد و شرطش حاصل شده باشد - تصرف در عین مندوره به مثل بیع جایز نیست، حتی در نذر فعل^۱.

جلسه‌ی سی و هشتم؛ شنبه ۱۳۹۵/۱۰/۴

نقد و بررسی دلیل دوم بر بطلان بیع عین مندوره (دلیل محقق نائینی رحمته‌الله)

دلیل دوم این بود که محقق نائینی^۲ فرمودند یکی از شروط عوضین در بیع آن است که باید عوضین مقذور التسلیم باشند، در حالی که شرعاً قدرت بر تسلیم عین مندوره وجود ندارد؛ زیرا حفظ مال مندور تا زمان امتثال نذر واجب بوده و انتقال آن به دیگری حرام است، در نتیجه بیع باطل می‌باشد.

عرض می‌کنیم مسأله‌ی اشتراط قدرت بر تسلیم، نسبتاً مسأله مشکلی است، و فعلاً به ضرس قاطع نمی‌خواهیم نسبت به آن اظهار نظر کنیم، بلکه اجمالاً می‌گوییم: دلیل اطلاق داری که مفید شرطیت قدرت بر تسلیم باشد مطلقاً - اعم از قدرت عقلی و قدرت شرعی - وجود ندارد، بلکه از ادله‌ی اشتراط قدرت بر تسلیم، بیش از قدرت عقلی بر تسلیم عین استفاده نمی‌شود، لذا در مثل «السمک فی البحر» و «الطیر فی الهواء» که عقلاً مقذور التسلیم نیست، می‌گوییم بیع باطل است. اما در جایی که عقلاً مقذور التسلیم باشد و فقط حرمت تصرف داشته باشد و شرعاً نامقدور باشد، مشکل است که با تمسک به این ادله بگوییم بیع باطل است. ان شاء الله تحقیق کامل حول این مسأله در مبحث شرایط متعاقدين خواهد آمد.

ب: تلف عین مندوره و بررسی حکم ضمان

آخرین بحثی که در مورد مسأله‌ی نذر بیان می‌کنیم این است که اگر کسی عین مندوره را تلف کرد - چه سهواً و چه عمداً - آیا ضامن آن می‌باشد؟

۱. البته روشن است که در این جا فعل باید به گونه‌ای باشد که متعلق و مندور داشته باشد که آن مندور با واسطه بتواند متعلق حق خداوند متعال شود، اما اگر نذر فعل، متعلق نداشته باشد مثلاً نذر کرده که سکوت کند، در این جا دیگر خرید و فروش عین مندوره معنا ندارد. گرچه اگر فعلی بدون متعلق باشد، می‌توان فرض کرد خود فعل تحت معامله به صورت اجازه و غیره درآید.

۲. ظاهراً اولین کسی که به این دلیل تمسک کرده، محقق نائینی است و قبل از ایشان کسی به این دلیل در ما نحن فیه تمسک نکرده است.

در پاسخ به این سؤال می‌گوییم: باید مراجعه‌ی به ادله‌ی ضمان کرد از جمله قاعده‌ی «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» و نیز سیره‌ی عقلائیة. البته همان‌طور که قبلاً تذکر داده‌ایم، قاعده‌ی «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» با این الفاظ، در روایات نیامده است، بلکه مصطاده از روایات متعدده، به ضمیمه‌ی سیره عقلائیة غیر مردوعه است.

بعد از این که پذیرفتیم عین مندوره ولو با واسطه، متعلق حق خداوند متعال است، بعید نیست بگوییم قاعده‌ی «من اتلف» شامل آن می‌شود؛ چراکه حداقل آن است که عقلاء می‌گویند اگر کسی، حقی را که مالیت دارد از کسی یا عنوانی تلف کند، باید آن را جبران کند، لذا می‌گوییم اگر کسی در چیزی که متعلق حق دیگری است - در این جا یعنی خداوند متعال - تصرف کرده و آن را اتلاف کند، نه تنها مرتکب امر غیر جایز شده است، بلکه ضامن بوده و باید جبران کند.

تذکر

قبل از این که به مبحث بعدی منتقل شویم، مطلبی را تذکر دهیم و آن این که قبلاً در مورد [نذر مشروط] بیان کردیم مادامی که شرط حاصل نشده و نذر فعلی نشده است، تصرف ناذر در عین مندوره مانعی ندارد و طبق قاعده‌ی اولی است. و الان اضافه می‌کنیم این مطلب فی‌الجمله مؤید به روایات هم هست، از جمله صحیحی محمد بن مسلم که چنین است:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ وَ فَضَالَةَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدٍ عَنِ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ

قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ لَهُ الْأَمَةُ فَيَقُولُ يَوْمَ آتَيْتَهَا فِيهِ حُرَّةٌ ثُمَّ يَبِيعُهَا مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ يَشْتَرِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ قَالَ: لَا

بَأْسَ بَأَنْ يَأْتِيَهَا قَدْ خَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ.

وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَلَاءِ نَحْوَهُ.^۱

این روایت را جناب شیخ طوسی رحمته الله با سند صحیح خود از الحسین بن سعید الاهوازی ثقة نقل کرده است، باقی روایات هم ثقة‌اند، بنابراین روایت از لحاظ سند صحیح می‌باشد.

محمد بن مسلم می‌گوید از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام سؤال کردم درباره‌ی مردی که جاریه‌ای دارد و چنین می‌گوید: «روزی که سراغ این زن بروم [یعنی وطیش کنم] آزاد باشد» سپس این جاریه را به مردی می‌فروشد و بعد از آن دوباره می‌خرد. حضرت فرمودند: مانعی ندارد آن جاریه را وطی کند، به تحقیق از ملکش خارج شده بود [یعنی چون از ملکش خارج شده، دیگری اثری بر نذر قبلی بار نمی‌شود].

از این روایت استفاده می‌شود مادامی که معلق علیه نذر حاصل نشده، تصرف ناذر در عین مندوره به گونه‌ای که دیگر امکان حث نباشد، مانعی ندارد.

از این روایت مطلب دیگری هم استفاده می‌شود و آن این که اگر کسی موضوع نذر را إفناء کند، آن نذر از بین می‌رود حتی اگر بعداً به نوعی موضوع نذر إحیاء شود؛ چراکه حضرت در این روایت بعد از این که آن مرد جاریه را فروخت و دوباره خرید، در مورد وطی جاریه چنین فرمودند: «لَا بَأْسَ بَأَنْ يَأْتِيَهَا قَدْ خَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ». بنابراین با استیناس به این روایت می‌گوییم اگر مثلاً ناذر نذر کرده باشد که اگر ولدش خوب شود، فلان گوسفند را برای فقراء

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۳، کتاب العتق، باب ۵۹، ح ۱، ص ۹۴ و تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۲۲۶.

ذبح کند، قبل از تحقق شرط یعنی معافاة ولد، می‌تواند گوسفند را بفروشد، و اگر بچه‌اش بعداً خوب شود، دیگر موضوعی برای حنث نذر نسبت به گوسفند باقی نمی‌ماند. گرچه این مثال با آنچه که در روایت آمده بود متفاوت است؛ زیرا در روایت امام علیه السلام به طور کامل فرمودند موضوعی برای نذر باقی نیست، لهذا در ما نحن فیه این سؤال مطرح می‌شود که آیا واجب است بدل آن گوسفند را بدهد یا نه؟ عرض می‌کنیم این مطلب جای تأمل است و بعید نیست کسی ادعا کند چون متعلق نذر حاصل شده است، لذا در این جا که گوسفند از ملک ناذر خارج شده باید بدل آن را برای فقراء ذبح کند، هرچند بیع آن گوسفند در ظرف عدم حصول شرط، مانعی نداشته است. فتأمل.

ثمرات دیگری بر قول به کشف و نقل در کلام کاشف الغطاء علیه السلام

مرحوم شیخ علیه السلام در ادامه می‌فرماید: بعض متأخر المتأخرین - ظاهراً مرحوم کاشف الغطاء علیه السلام - بعض ثمرات دیگری را مترتب بر قول به کاشف یا ناقل بودن اجازه کرده‌اند که ذکر و بررسی آن مانعی ندارد.

ثم إن بعض متأخری المتأخرین ذکر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبه بها و بما يمكن أن يقال عليها.^۱

از جمله این که اگر در عقد فضولی، احد المتبایعین فوت کرد و از قابلیت ملک خارج شد، اگر طرف مقابل عقد را اجازه کند آیا اثر مترتب بر عقد می‌شود یا نه؟ مثلاً اگر زید که بایع اصیل است، کتابش را به عمرو فروخت و فضولی از جانب عمرو بیع را قبول کرد، اما قبل از این که عمرو بیع را اجازه کند زید فوت کرد، در این جا اگر عمرو بیع را اجازه کند آیا این عقد با لحوق اجازه موثر می‌شود یا نه؟

مرحوم شیخ علیه السلام می‌فرماید: بعض از متأخر المتأخرین فرموده‌اند که این ثمره بنابر کشف حقیقی^۲ و نقل متفاوت است؛ اگر قائل به کشف شویم، با اجازه‌ی مالک بیع صحیح می‌شود هرچند طرف اصیل در عقد مرده باشد، چراکه با لحوق اجازه کشف می‌شود عقد از اول صحیح بوده و قبل از فوت طرف مقابل، نقل و انتقال محقق شده است. پس این اشکال که «انسان مرده، نمی‌تواند بیع و نقل و انتقال کند، و اموالش ارث شده و متعلق به وراثت است» دیگر وارد نیست؛ زیرا معنای کشف حقیقی آن است که اجازه‌ای که در ظرف بعد از مرگ حاصل می‌شود، کافی در صحت عقد در ظرف حیات اصیل است، در نتیجه عقد در حین صدور تام بوده و هیچ حالت منتظره‌ای ندارد.

۱. شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر، ص ۱۷۱:

و تظهر الثمرة أيضاً فيما لو انسلخت قابلية الملك عن أحدهما بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطرى أو غيره مع كون المبيع مسلماً أو مصحفاً إن نشترط فيها ما لم نشترط من الإسلام حين العقد أو قابلية المنقول بتلفه و انقلابه إلى النجس أو عروض [النجاسة] له مع ميعانه إلى غير ذلك، و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حين العقد كما لو تجددت الثمرة أو بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة و فيما لو قارن العقد فقد الشروط بقول مطلق ثم حصلت أو بالعكس.

۲. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۱۸:

ثم إن بعض متأخری المتأخرین ذکر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبه بها و بما يمكن أن يقال عليها.

منها: ما لو انسلخت قابلية الملك عن أحد المتبایعین بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطرى أو غيره مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل.

۳. ظاهراً در زمان کاشف الغطاء، کشف حکمی هنوز مطرح نشده بود؛ زیرا همان طور که مرحوم شیخ فرمودند، اولین کسی که کشف حکمی را مطرح کرده، استاد شریف العلماء است که بعد از جناب کاشف الغطاء بوده و استاد جناب شیخ است.

بله، اگر قائل شویم اجازه **ناقل** است، در این صورت اجازه موثر نیست و بیع فضولی را تصحیح نمی‌کند، زیرا معنای ناقل بودن اجازه آن است که بعد از اجازه، عقد منتسب به مالک شود، در حالی که قبل از اجازه، احد المتبایعین فوت کرده و دیگر قابلیت تملیک و تملک را ندارد.

هم‌چنین است در مواقعی که احد المتبایعین در حکم میت باشد، مانند مرتد فطری که دیگر نمی‌تواند مالک شود. یا این که حکم میت را ندارد اما مالک بعض چیزها نمی‌تواند شود مانند مرتد ملی که مالک عبد مسلم یا مصحف نمی‌شود. لذا اگر قائل به کشف شدیم، چون عقد قبل از ارتداد است، معامله با اجازه‌ی مالک صحیح می‌شود، اما اگر قائل به نقل شدیم، چون اجازه الان می‌خواهد تاثیر بگذارد و علی الفرض الان طرف مقابل مرتد شده و قابلیت ملکیت را ندارد، دیگر اثری بر اجازه مترتب نیست و عقد صحیح نمی‌باشد.

هم‌چنین است جایی که احد العوضین از قابلیت معامله خارج شود؛ مثلاً سرکه تبدیل به شراب شود، در این جا هم اگر اجازه کاشف باشد، عقد صحیح است؛ چون مثلاً مبیع حین العقد، سرکه بوده است و در نتیجه نقل و انتقال حقیقتاً محقق شده است. اما اگر قائل به نقل شویم، چون مبیع حین الاجازه خمر است و خمر ملک مسلمان نمی‌شود و اصلاً قابلیت بیع ندارد، پس معامله صحیح نیست.

جلسه‌ی سی و نهم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۱۰/۵

سومین ثمره‌ای که مرحوم کاشف الغطاء^{رحمته} بر قول به کشف و نقل مترتب کرده‌اند این است که اگر چیزی در حین عقد قابلیت ملک را نداشته باشد، ولی بعد از عقد قابلیت پیدا کرد؛ مثلاً حین عقد خمر بود اما بعد از عقد و قبل از اجازه، تبدیل به خلّ شد، یا ماء نجس بی فایده بود اما با بارش باران تطهیر شد، یا این که میوه‌های باغ را قبل از بدو صلاح فروخته بود اما حین اجازه بدو صلاح حاصل شد. در این جا اگر قائل به کشف شویم، بیع باطل است؛ چراکه مبیع در حین عقد قابلیت ملکیت را نداشته است، اما اگر قائل به نقل شویم چون در حین اجازه قابلیت حاصل شده، بیع صحیح است؛ چراکه علی الفرض از ادله بیش از اشتراط قابلیت در حین نقل که همان حین اجازه باشد استفاده نمی‌شود.

مرحوم کاشف الغطاء^{رحمته} در نهایت به طور کلی می‌فرمایند: هر عقدی که حین انشاء فاقد شرط باشد اما حین اجازه از هر نظر واجد شرط شود و بالعکس، این ثمره در مورد آن جریان دارد؛ مثلاً اگر عاقد در حین عقد «سفیه یا محجور» باشد اما در حین اجازه سفاهت و حجرش زایل شود، بنابر مبنای کشف عقد باطل است؛ چراکه عاقد در حین عقد فاقد شرط بوده است. اما بنابر مبنای نقل صحیح است؛ زیرا حین اجازه که نقل و انتقال محقق می‌شود، عاقد واجد شرایط صحّت است.

۱. شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر، ص ۱۷۱:

و فی مقابله ما لو تجددت القابلیة قبل الإجازة بعد انعدامها حین العقد كما لو تجددت الثمرة أو بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة و فیما لو قارن العقد فقد الشروط بقول مطلق ثم حصلت أو بالعکس.

مناقشه‌ی صاحب جواهر در کلام مرحوم کاشف الغطاء رحمته‌الله

صاحب جواهر رحمته‌الله در هر سه ثمره‌ای که مرحوم کاشف الغطاء رحمته‌الله بر قول به کشف و نقل مترتب کرده‌اند، مناقشه کرده و می‌فرماید:

اما ثمره اول که فرمودید «اگر احد المتبايعين بعد از عقد و قبل از اجازه بمیرد سپس طرف مقابل عقد را اجازه کند، این اجازه بنابر کشف مؤثر است اما بنابر نقل مؤثر نیست» می‌گوییم: قول به کشف و نقل در این جا تفاوتی ندارد؛ زیرا از ادله استظهار می‌شود که حتی بنابر مبنای کشف باید قابلیت متعاقدين در حین عقد وجود داشته باشد و این قابلیت تا زمان اجازه هم استمرار داشته باشد [تا این که با زمان تملک که از حین عقد تا حین اجازه استمرار دارد، تنافی نداشته باشد]، لذا اگر این قابلیت در حین عقد یا در یکی از ازمه‌ی بعد از عقد موجود نباشد، دیگر اجازه نمی‌تواند مؤثر باشد حتی بنابر مبنای کشف.^۲

[صاحب جواهر^۳ می‌فرماید از آن چه که در ردّ ثمره اول گفتیم، مناقشه در ثمره دوم هم روشن می‌شود، بلکه فساد آن اوضح از اول است؛ زیرا آن چه که بنابر قول به کشف و نقل معتبر است، رضایت مالک است، در حالی که علی الفرض مالکیت مالک با انتفاء قابلیت ملک در مبیع منتفی می‌شود، پس اصلاً مالک نیست تا بخواهد اجازه کند.] در نتیجه بیع باطل است و فرقی بین این که اجازه ناقل باشد یا کشف، وجود ندارد.

اما ثمره سوم^۴ که احد العوضين حین عقد فاقد قابلیت ملک باشد اما حین اجازه واجد قابلیت باشد، این ثمره حتی بنابر قول به نقل مترتب نیست؛ چراکه بیان کردیم عقدی با حقوق اجازه صحیح می‌شود که با صرف نظر از رضایت، حین تحقق واجد سایر شرایط باشد [و قابلیت نقل و انتقال داشته باشد] در حالی که علی الفرض در این جا فاقد بعض شرایط می‌باشد. بنابراین حتی بنابر مبنای نقل، عقد باطل بوده و قابلیت تصحیح با حقوق اجازه را ندارد.

۱. عبارت مرحوم شیخ در نقل کلام کاشف الغطاء در این جا، مثل عبارات جواهر است و احتمالاً جناب شیخ هم از جواهر نقل کرده است.

۲. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۹۱:

و فيه أن الأول و إن كان قد يشهد له خبر الصغيرين الذين مات أحدهما لكن يمكن الجمود عليه، و دعوى عدم الجواز في غيره، بناء على الكشف أيضا ضرورة أنه عليه يمكن دعوى ظهور الأدلة في اعتبار القابلية حاله، كالنقل أيضا و انه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بد من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة، حتى لا ينافي زمان التملك الذي هو مستمر أيضا من حين العقد إلى حين الإجازة.

۳. همان:

و منه تتفدح المناقشة في الثاني، بل هي أوضح فيه من الأول، ضرورة كون المعتبر على الكشف و النقل رضی المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها.

۴. همان:

و أوضح من ذلك فسادا فاقد القابلية للملك حين العقد، ثم وجدت قبل الإجازة، فإنه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح، و على النقل أيضا لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل، فلا تنفعه الإجازة بعد إن كان في غير محله.

نقد مناقشات صاحب جواهر رحمته الله بر ثمره اول در کلام مرحوم شیخ رحمته الله

مرحوم شیخ کلام صاحب جواهر رحمته الله را مورد نقد قرار داده است. شیخ رحمته الله در رد مناقشه‌ی صاحب جواهر بر ثمره‌ی اول می‌فرماید: این که از ادله استظهار کردید باید قابلیت متعاقدین از حین عقد تا حین اجازه مستمر باشد، این استظهار درست نیست نقضاً و حلاً؛

اما اشکال نقضی^۱ آن است که خود شما و دیگران قبول دارید - و بعید نیست در میان قائلین به صحت عقد فضولی اجماعی باشد - که اگر بیوع متعدده به صورت فضولی بر عین واحدی واقع شود؛ مثلاً زید فضولتاً کتاب مالکی را به عمرو بفروشد، عمرو هم کتاب را به خالد بفروشد، خالد به بکر بفروشد، بکر به دیگری بفروشد الی آخر، و همه این بیوع قبل از اجازه‌ی بیع فضولی اول باشد، در این جا فقهاء فرمودند اگر مالک اصلی، بیع فضولی اول را اجازه کند، تمام بیوع فضولی مترتبه تا آخر صحیح می‌شود، در حالی که مالکیت مالک اول، تا آخر مستمر نیست بلکه در این میان افرادی واقع شده‌اند که با اجازه‌ی مالک، بیع آن‌ها هم صحیح می‌شود و وقتی نوبت مثلاً به آخری می‌رسد، اصلاً مالکیت مجیز تا او مستمر نیست.

اما اشکال حلی^۲ آن است که استظهار از ادله، خلاف آن چیزی است که شما فرمودید؛ چراکه صریح بعض ادله، ظاهر برخی دیگر آن است که استمرار قابلیت متعاقدین تا حین اجازه لازم نیست.

نقد و بررسی کلام شیخ و مرحوم صاحب جواهر رحمته الله

عرض می‌کنیم کلام مرحوم شیخ رحمته الله درست است که نص بعض روایات، عدم اشتراط استمرار قابلیت متعاقدین - از جمله حیات - از حین عقد تا حین اجازه است، و در میان روایاتی که در مورد فضولی وارد شده که هم سنداً و هم دلالتاً تام باشد، ظاهراً فقط صحیح‌ه‌ی ابو عبیده الحذاء^۳ که در مورد نکاح صغیرین بود، نص در این مطلب است و

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۸؛

و ربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة فى اعتبار استمرار القابلية إلى حین الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حین العقد مستمراً إلى حین الإجازة.

و فيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية، و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بیوع متعدده على ماله، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع، مع عدم بقاء مالکية الأول مستمراً.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۹؛

و كما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدمة؛ حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغیرین الذى يصلح رداً لما ذكر فى الثمرة الثانية أعنى: خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه فإن موت أحد الزوجین كتلف أحد العوضین فى فوات أحد ركنی العقد.

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۶، کتاب الفرائض و الموارث، أبواب میراث الأزواج، باب ۱۱، ح ۱، ص ۲۱۹ الكافی، ج ۷، ص ۸۲؛

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِسْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَاطٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ رحمته الله عَنْ غُلَامٍ وَجَارِيَةٍ زَوْجَهُمَا وَلِيَّانِ لَهُمَا وَهُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ قَالَ فَقَالَ: النِّكَاحُ جَائِزٌ أُيْهِمَا أَدْرَكَ

روایت تامّ دیگری که نص در این مطلب باشد وجود ندارد. استفاده این مطلب از روایت چنین است که «ابوعبیده سؤال می‌کند در مورد نکاح فضولی صغیرین که اگر زوج بالغ شود و عقد را اجازه کند و سپس فوت کند قبل از این که زوجه بالغ شود و عقد را اجازه کند، چه حکمی دارد؟ حضرت فرمودند: سهم زوجه از میراث را کنار بگذارند تا در صورتی که بعد از بلوغ، رضایت به نکاح پیدا کرد و قسم خورد، سهمش را به او دفع کنند». از این روایت استفاده می‌شود که اگر زوجه، بعد از بلوغ اجازه کند، عقد فضولی نکاح صحیح می‌شود، در حالی که این جا قابلیت زوج تا حین اجازه‌ی زوجه باقی نیست. بنابراین اگر ما این روایت را از ادله‌ی تصحیح فضولی یا لااقل از ادله‌ی تصحیح نکاح فضولی بدانیم، کلام شیخ درست است و روایت نص در این است که استمرار حیات متعاقدین از حین عقد تا حین اجازه لازم نیست.

اما این که شیخ فرمودند ظاهر بعض ادله‌ی دیگر نیز چنین است، عرض می‌کنیم ممکن است این مطلب از بعض روایات دیگر استظهار شود، اما چون ما هیچ کدام از این روایات - روایات اتجار به مال یتیم و ... - را مستند برای صحت عقد فضولی با لحوق اجازه ندانستیم، لذا حتی اگر این روایات ظهور در این مطلب هم داشته باشد، نمی‌توان به آن‌ها استناد کرد. پس عمده همان صحیح‌ه‌ی ابوعبیده الحذاء است. البته روایت ابن اُشیم نیز صریح در مطلب است، اما گفتیم سنداً حجت نیست.

البته صاحب جواهر رحمته‌الله غافل از این صحیح‌ه نبوده است. ایشان در ردّ ثمره‌ی اوّل کاشف الغطاء می‌فرماید:

و إن كان قد يشهد له خبر الصغیرین الذین مات أحدهما لكن يمكن الجمود علیه، و دعوی عدم الجواز فی غیره، بناء علی الكشف أيضا ضرورة أنه علیه يمكن دعوی ظهور الأدلة فی اعتبار القابلية حاله، كالنقل أيضا و انه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بد من اتصالها من حین العقد إلى حین الإجازة، حتی لا ینافی زمان التملك الذی هو مستمر أيضا من حین العقد إلى حین الإجازة.

صاحب جواهر رحمته‌الله می‌فرماید هرچند این روایت نص در این مطلب است که بقاء حیات متعاقدین تا حین اجازه لازم نیست، اما چون این روایت از جهات مختلف خلاف قاعده است - مثل عزل سهم زوجه، حلف زوجه و ... - جمود بر آن می‌کنیم و نمی‌توان آن را به سایر موارد تعمیم داد؛ چراکه اصل نکاح، مبتنی بر معامله و نقل و انتقال مال نیست، بلکه قراردادی است که انتقال مال در آن، یک امر عرضی است که مثلاً به عنوان مهر زوجه یا به عنوان ارث

كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَ فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَلَا مَهْرَ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أُدْرِكَا وَ رَضِيَا قُلْتُ: فَإِنْ أُدْرِكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ؟ قَالَ: يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أُدْرِكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَ رَضِيَ النِّكَاحَ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةُ أَوْ تَرْتُهُ؟ قَالَ: نَعَمْ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ وَ تَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاها بِالْتَّرْوِيجِ ثُمَّ يُدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثُ وَ نِصْفُ الْمَهْرِ قُلْتُ: فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَ لَمْ تَكُنْ أُدْرِكْتُ أَيْرِثُهَا الرَّجُلُ الْمُدْرِكُ؟ قَالَ: لَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا أُدْرِكْتُ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ أَبُوها هُوَ الَّذِي رَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ؟ قَالَ: يَجُوزُ عَلَيْهَا تَرْوِيجُ الْأَبِ وَ يَجُوزُ عَلَى الْعُلَامِ وَ الْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ مِثْلَهُ.

بعد از موت است، لذا نمی‌توان القاء خصوصیت از نکاح کرد و به عنوان یک قاعده‌ی کلی گفت بیعی که اساسش بر نقل و انتقال است، همین حکم نکاح را دارد.

بنابراین حق مطلب این بود که جناب شیخ متعرض کلام صاحب جواهر نسبت به این روایت می‌شدند و اگر آن را قبول نداشتند، ردّ می‌کردند. به هر حال در دو جهت باید کلام صاحب جواهر را بررسی کرد؛ یکی این که آیا واقعاً نمی‌شود نسبت به این صحیح‌ه القاء خصوصیت کرد و حکم مستفاد از آن را به بیع و سایر عقود سرایت داد؟ و دیگر این که فرضاً نکاح خصوصیت داشته باشد، آیا می‌توان این کلام صاحب جواهر را پذیرفت که ظهور ادله در آن است که قابلیت متعاقدين باید از حین عقد تا حین اجازه استمرار داشته باشد یا نه؟

جلسه‌ی چهارم؛ دوشنبه ۱۳۹۵/۱۰/۶

عرض می‌کنیم ما در بحث فضولی گفتیم از این روایت استفاده می‌شود که نکاح فضولی، با اجازه لاحق‌ه قابل تصحیح است، اما چون احتمال دارد این روایت اختصاص به نکاح فضولی داشته باشد، لذا با القاء خصوصیت از این روایت نمی‌توان حکم به تصحیح سایر عقود فضولی با اجازه کرد، اما اگر یادتان باشد بعداً گفتیم وقتی که صحت بیع فضولی را با ادله‌ی دیگر از جمله صحیح‌ه‌ی محمد بن قیس و عمومات به ضمیمه‌ی سیره‌ی غیر مردوعه عقلاء ثابت کردیم، می‌فهمیم که بیع و نکاح در فضولی بودن تفاوتی ندارند، لذا دیگر احتمال نمی‌دهیم که نکاح از این جهت خصوصیت داشته باشد، پس نمی‌توان گفت در نکاح اگر احد المتعاقدين فوت کرد و از قابلیت ملک خارج شد، مانعی ندارد عقد با اجازه‌ی طرف مقابل صحیح شود، اما در بیع و امثال آن صحیح نیست. بنابراین هرچند بعض معاصرین نیز در این جا کلام صاحب جواهر رحمته‌الله را پذیرفته و با ایشان همراهی کرده‌اند، ولی این کلام درست نیست.

اما کلام دیگر صاحب جواهر که فرمودند «سایر روایات ظهور در این دارد که باید قابلیت و مالکیت متعاقدين تا حین اجازه مستمر باشد»، این کلام هم درست نیست؛ زیرا اگر مقصودتان این است که «چون عقد فضولی خلاف قاعده است، پس در تصحیح آن باید اقتصار بر قدر متیقن کرد و فقط به مثل صحیح‌ه‌ی محمد بن قیس از این قاعده خارج شد، و این صحیح‌ه اطلاق‌ی نسبت به صورت موت احد المتعاقدين ندارد»، عرض می‌کنیم: این دیگر تمسک به ظهور نیست بلکه دلیل دیگری است.

و اگر مقصودتان این است که واقعاً ظهور اخبار چنین است، این حرف صحیح نیست و هیچ روایتی ظهور در این مطلب ندارد؛ بلکه همان‌طور که مرحوم شیخ رحمته‌الله فرمودند، اخباری وجود دارد که صراحت یا ظهور در این دارد که استمرار قابلیت متعاقدين تا حین اجازه لازم نیست، از جمله روایت «ابن‌اشیم و روایات تجارت به مال یتیم»، و این که ما متعرض این روایات نشدیم، چون سنداً یا دلالتاً در این روایات مناقشه داشتیم، اما مرحوم شیخ رحمته‌الله و برخی دیگر به

این روایات به عنوان دلیل یا مؤید برای تصحیح بیع فضولی تمسک کردند، و این روایات اطلاق دارد و شامل صورت فوت احد المتعاقدين نیز می‌شود. بنابراین نه تنها کلام صاحب جواهر شاهدهی ندارد، بلکه شاهد بر خلاف آن است و کلام شیخ رحمته الله در این جا صحیح می‌باشد.

بررسی جواب نقضی شیخ رحمته الله

اشکال نقضی شیخ رحمته الله آن بود که اگر بیوع متعدده به صورت فضولی بر عین واحدی واقع شود؛ مثلاً زید فضولتاً کتاب مالکی را به عمرو بفروشد، عمرو هم کتاب را به خالد بفروشد، خالد به بکر بفروشد، بکر به دیگری بفروشد، الی آخر، فقهاء فرمودند اگر مالک اصلی بیع فضولی اول را اجازه کند، تمام بیوع مترتبه بر آن تا آخر صحیح می‌شود، در حالی که مالکیت اول، تا آخر مستمر نیست.

در جواب می‌گوییم این اشکال وارد نیست؛ زیرا مراد صاحب جواهر رحمته الله که می‌فرماید «قابلیت متعاقدين باید تا حین اجازه استمرار داشته باشد» این است که با غمض عین از اجازه، باید قابلیت باقی باشد؛ نه این که مراد ایشان بقاء قابلیت باشد که با اجازه از بین می‌رود؛ زیرا چنین قابلیت حتمی اگر تتابع عقود هم نباشد و فقط یک عقد باشد، حین اجازه وجود ندارد؛ چراکه با اجازه کشف می‌شود مجیز حین اجازه، فاقد ملکیت بوده است.

نظر مختار در ثمره‌ی اول کاشف الغطاء رحمته الله

نسبت به اصل ثمره‌ی اولی که مرحوم کاشف الغطاء رحمته الله ذکر کردند، عرض می‌کنیم: کلام ایشان بنابر مبنای کشف درست است و همان‌طور که گفتیم طبق صناعت، هیچ شبهه‌ای بر آن وارد نیست، و روایات هم با تقریبی که کردیم مؤید آن می‌باشد.

اما بنابر مبنای نقل، کلام ایشان را علی الاطلاق قبول نداریم؛ زیرا اگر مراد این است که اجازه فایده‌ای ندارد و عقد کلاً باطل می‌باشد - چه مبیع شخصی باشد و چه کلی، کلی هم چه در ذمه‌ی شخص خاص به عنوان قید باشد و یا این که قید نباشد - این کلام صحیح نیست؛ زیرا بنابر مبنای نقل اگر مبیع عین شخصی باشد؛ مثلاً زید اصیل فلان کتاب مشخص را به فضولی فروخته باشد، در این جا اگر زید قبل از اجازه‌ی طرف مقابل فوت کند، نمی‌توان گفت عقد صد درصد باطل است؛ چراکه آن کتاب قبل از اجازه، منتقل به ملک وراث شده است، لذا اگر وراث عقد را

۱. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۱۸:

و ربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة فى اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

و فيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية، و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بیوع متعدده على ماله، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع، مع عدم بقاء مالكية الأول مستمراً.

اجازه کنند^۱ و طرف مقابل هم اجازه کند، عقد صحیح می‌شود؛ نظیر این که فضولی عقد را برای خودش بخواند اما اگر مالک اجازه کند، طرف عقد قرار گرفته و عقد برای او واقع می‌شود. بله، ما قبلاً یک مورد را استثناء کردیم که اگر خصوصیت بایع لحاظ شده باشد به گونه‌ای که مشتری حاضر نباشد از غیر آن فرد خاص چیزی را بخرد، در این صورت اجازه‌ی ورثه فایده‌ای ندارد.

و اگر **مبیع کلی** باشد و مثلاً بایع اصیل قبل از اجازه‌ی طرف مقابل فوت کند، در این جا بعضی به قول مطلق گفته‌اند که بیع باطل است؛ چراکه مبیع در ذمه‌ی زید فروخته شده بود و بعد از مرگ دیگر ذمه در مورد زید معنا ندارد، در نتیجه بیع باطل می‌باشد.

عرض می‌کنیم در این جا هم علی‌الاطلاق نمی‌توان حکم به بطلان بیع کرد، بلکه دو شق می‌توان فرض کرد؛ یکی این که ذمه‌ی فرد خاص خصوصیت داشته باشد که معمولاً چنین است - چون ذمه نسبت به افراد، متفاوت است و کسی که می‌فروشد معمولاً به ذمه‌ی خاص می‌فروشد - در این صورت بیع باطل است و اجازه‌ی شخص دیگر فایده ندارد.

اما اگر ذمه خصوصیت نداشته باشد بلکه مراد بایع این باشد که اگر هر شخصی یا مثلاً هر شخص ملی‌ء که عقد را قبول کرد صحیح باشد، در این صورت بعید نیست بگوییم هر کسی - چه ورثه و چه غیر ورثه - یا هر کسی که ملی‌ء باشد عقد را اجازه کند، عقد صحیح باشد.

جلسه‌ی چهل و یکم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۵/۱۰/۷

حکم صورت موت احد المتعاقدين را بررسی کردیم، اما اگر یکی از متعاقدين مرتد شود که مرحوم کاشف الغطاء مرتد فطری را ملحق به موت کردند و نیز مرتد ملی در جایی که مبیع عبد مسلم یا مصحف باشد، عرض می‌کنیم:

اگر کسی قائل شود **مرتد فطری** بعد از این که اموالش بین ورثه تقسیم شد، دیگر قابلیت تملک را ندارد و نمی‌تواند مالک چیزی شود، کلام مرحوم کاشف الغطاء رحمته درست است. اما اگر قائل شویم که مرتد فطری بعد از تقسیم اموال اگر به هر دلیلی کشته نشد - مثلاً قدرتی نبود و... - و معامله و کسب و کاری کرد می‌تواند مالک شود، طبق این مبنا کلام مرحوم کاشف الغطاء رحمته صحیح نیست. نظیر کافر حربی که برخی قائل شده‌اند اصلاً مالک چیزی نمی‌شود و هر چه دارد، ملک مسلمین است، اما ما در بحث‌های گذشته - از جمله در بحث اجرت بر واجبات - گفتیم ولو این که کافر حربی اموالش احترام ندارد، اما مالک می‌شود و احکام مالکیت بر آن مترتب است، هر چند مسلمان با شرایطی - که قبلاً گفتیم - می‌تواند اموال او را بگیرد. بنابراین ثمره اول کاشف الغطاء طبق یک مبنا صحیح است و طبق مبنای دیگر صحیح نیست.

۱. همان‌طور که گفتیم در این فرض نیاز به اجازه‌ی وراثت است و رضایتی که اصیل قبل از موت داشته کافی نیست.

اما در مورد مرتد ملی یا فطری نسبت به بیع مصحف یا عبد مسلم، کلام کاشف الغطاء رحمته الله طبق مبنای کشف صحیح است و ما نیز ملتزم به صحت بیع می شویم؛ زیرا با اجازه کشف می شود عقد از ابتدا مؤثر بوده است، و چون این فرد در حین عقد مسلمان بوده و واجد شرایط، در نتیجه مالک عبد مسلم و مصحف می شود؛ نظیر این که کسی مسلمان باشد و مصحف داشته باشد، سپس مرتد شود که در این جا گفتیم - مطلقاً یا در شرایط خاصی - نمی تواند مصحف را نگه دارد و او را مجبور به فروش به مسلمان می کنند.

اما بنابر مبنای نقل که فرمودند عقد باطل است، می گوییم آیا مقصودتان این است که عقد کلاً ملغی است یا این که فقط نسبت به خود مرتد ملغی است؟ اگر مقصودتان این باشد که عقد نسبت به خود این فرد باطل است، این را می پذیریم؛ زیرا فرد مرتد شده و دیگر قابلیت ملکیت را ندارد. اما در ارتداد فطری اگر ثمن عین شخصی باشد و اموال مرتد منتقل به ورثه شده باشد؛ چه مانعی دارد بگوییم که اگر مشتری بیع را امضاء کند و ورثه هم امضاء کنند، عقد نسبت به ورثه صحیح شود و مصحف یا عبد مسلم داخل در ملک آنها شود.

این در صورتی است که ثمن شخصی باشد. اما اگر فرد مرتد فطری شده باشد و ثمن کلی باشد، در این جا یا مقصود ذمه با خصوصیت شخصی است و یا این که ذمه‌ی شخصی خصوصیت ندارد. اگر ذمه‌ی شخصی مقصود باشد؛ یعنی مثلاً ذمه‌ی خود زید که مرتد فطری شده، در این صورت عقد باطل است و با اجازه هم عقد تصحیح نمی شود؛ چون علی الفرض مرتد فطری نمی تواند مالک مصحف یا عبد مسلم شود. اما اگر ذمه خصوصیت نداشته باشد، بعید نیست بگوییم هر کسی که عقد را اجازه کند - بجز فرد مرتد؛ چه وراثت و چه غیر وراثت - عقد صحیح شده و برای او واقع می شود.

حکم مرتد ملی نیز همانند مرتد فطری است؛ [یعنی اگر ثمن شخصی باشد، چون مرتد ملی قابلیت ملکیت را ندارد، لذا عقد باطل است و اجازه هم فایده‌ای ندارد، هم چنین اگر ثمن کلی باشد و ذمه خصوصیت داشته باشد. ولی اگر ثمن کلی باشد و ذمه خصوصیت نداشته باشد، هر کسی غیر از فرد مرتد که عقد را اجازه کند برای او صحیح می شود.]

البته آنچه گفتیم طبق این مبناست که کافر اصلاً مالک عبد مسلم یا مصحف نمی شود، اما مبنای دیگر آن است که مالک می شود و او را مجبور به فروش می کنند، که دیگر لزومی ندارد علی التفصیل طبق این مبنا حکم را بررسی کنیم.

بررسی ثمره‌ی دوم کاشف الغطاء رحمته الله

ثمره دومی که جناب کاشف الغطاء رحمته الله مترتب بر قول به کشف و نقل کردند این بود که اگر عین مورد معامله قبل از اجازه‌ی طرف مقابل تلف شود - چه تلف عقلی و چه تلف شرعی مثل این که آب پاک، نجس شود به گونه‌ای که هیچ فایده‌ای نداشته باشد یا خلّ تبدیل به خمر شود - بنابر کشف حقیقی معامله درست است، اما بنابر نقل صحیح نیست.

صاحب جواهر^۱ در اشکال بر مرحوم کاشف الغطاء^۲ فرمودند: از ادله استظهار می‌شود که باید مالکیت از حین عقد تا حین اجازه مستمر باشد ولو از طرف اصیل، و وقتی چیزی تلف می‌شود، قابلیت ملکیت را ندارد و در نتیجه مالکیت هم از بین می‌رود؛ چراکه مالکیت و ملکیت قابل تفکیک نیست. پس اگر خلّ تبدیل به خمر شود دیگر حین اجازه، مملوک اصیل نیست، لذا اجازه فایده‌ای ندارد.

نقد مرحوم شیخ^۳ بر مناقشه صاحب جواهر^۴ در ثمره دوم

مرحوم شیخ^۳ سه اشکال بر کلام صاحب جواهر^۴ وارد می‌کنند؛ یکی این که فرمودند اصل این کلام که باید مالکیت تا حین اجازه استمرار داشته باشد، درست نیست، که این اشکال شیخ را بررسی کردیم و معلوم شد حق با ایشان است.

اشکال دوم شیخ^۳ این است که در صحیحی ابو عبیده الحذاء که مربوط به نکاح صغیرین است، فرض شده بود احد الزوجین که رکن در عقد است فوت کرده، ولی در عین حال حضرت فرمودند عقد با اجازه‌ی طرف مقابل صحیح می‌شود، بنابراین وقتی در نکاح که بدل ندارد اگر یکی از دو رکن عقد از بین برود عقد با اجازه صحیح می‌شود، در بیع که بدل دارد باید به طریق اولی بگوییم صحیح می‌شود؛ یعنی مثلاً اگر مبیع که یکی از دو رکن عقد است تلف شود، با اجازه عقد صحیح می‌شود و مبیع تبدیل به بدل می‌شود.

عرض می‌کنیم این کلام شیخ^۳ - یعنی القاء خصوصیت مخصوصاً به نحو اولویت - جای تأمل دارد؛ چراکه لعل در رکنیت فرد در نکاح، یک خصوصیتی باشد که در مورد بیع نیست. البته ظن قوی وجود دارد که فرقی بین این دو نیست، اما این ظن در حد اطمینان نیست و القاء خصوصیت نیاز به یقین یا اطمینان دارد. از این جهت بهتر است به همان قاعده اولی اکتفاء کنیم؛ یعنی صحت عقد فضولی با اجازه‌ی مالک، طبق قاعده است و اگر جایی بخواهیم از این قاعده خارج شویم، نیاز به دلیل خاص است، و چون علی‌الغرض آن چه را که صاحب جواهر به عنوان مانع ذکر

۱. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۹۱:

و فيه أن الأول و إن كان قد يشهد له خبر الصغیرین الذین مات أحدهما لكن يسكن الجمود عليه، و دعوى عدم الجواز فی غیره، بناء علی الكشف أيضا ضرورة أنه علیه یمكن دعوى ظهور الأدلة فی اعتبار القابلیة حاله، كالتقل أيضا و انه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بد من اتصالها من حین العقد إلى حین الإجازة، حتى لا ینافی زمان التملك الذی هو مستمر أيضا من حین العقد إلى حین الإجازة، و منه تنقدح المناقشة فی الثانی، بل هی أوضح فیهِ من الأول، ضرورة كون المعبر علی الكشف و النقل رضی المالک، و الفرض انتفاء ملکیته بانتفاء قابلیة العین لها.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۱۹:

و فيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلیة، و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حینها، كما لو وقعت بیوع متعدّدة علی ماله، فإنهم صرّحوا بأن إجازة الأول توجب صحّة الجميع، مع عدم بقاء مالکیة الأول مستمراً، و كما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدّمة؛ حيث إن ظاهر بعضها و صریح الآخر عدم اعتبار حیاة المتعاقدين حال الإجازة، مضافاً إلى فحوى خبر تزویج الصغیرین الذی یصلح ردّاً لما ذکر فی الثمرة الثانية أعنی: خروج المنقول عن قابلیة تعلّق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه فإن موت أحد الزوجین كتلف أحد العوضین فی فوات أحد رکنی العقد، مضافاً إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم یستفصل النبىّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه.

کردند مانعیت ندارد، لذا قاعده‌ی اولی اقتضاء می‌کند بیع فضولی در جایی که احد العوضین از قابلیت ملک خارج شود، با اجازه‌ی مالک قابل تصحیح باشد. بله، روایت تزویج صغیرین را می‌توان به عنوان مؤید بر مطلب ذکر کرد، اما به عنوان دلیل خصوصاً به نحو اولویت، جای تأمل دارد.

اشکال سوم شیخ رحمته الله بر مرحوم صاحب جواهر رحمته الله این است که اطلاق روایت عروه بارقی اقتضاء دارد که حتی با تلف عین، بیع فضولی با اجازه ذات اثر شود. به این نحو که حضرت به عروه یک دینار دادند تا گوسفندی را بخرند، و عروه با یک دینار دو گوسفند خرید و سپس یکی را به یک دینار فروخت - که این بیع قطعاً فضولی است^۱ - و گوسفند دیگر را همراه با یک دینار، تحویل پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله داد. حضرت به حسب روایت به او فرمودند: «بارک الله فی صفة یمینک». شیخ رحمته الله می‌فرماید:

اطلاق کلام حضرت حتی شامل صورتی می‌شود که مشتری قبل از اجازه‌ی بیع فضولی توسط پیامبر صلی الله علیه و آله، گوسفند را ذبح کرده باشد، و با این که این احتمال وجود داشت، حضرت بدون این که استفصال کنند فرمودند «بارک الله فی صفة یمینک»، پس معلوم می‌شود بیع فضولی حتی در صورت تلف عین مورد معامله، قابلیت تصحیح به اجازه را دارد.

خدمت جناب شیخ عرض می‌کنیم: **اولاً:** روایت عروه بارقی مستند ما برای تصحیح عقد فضولی نبود. **ثانیاً:** احتمال این که مشتری ظرف این مدت اندک، گوسفند را ذبح کرده باشد خیلی کم است، هر چند منتفی نیست. **ثالثاً:** لقال آن یقول که ذبح گوسفند به گونه‌ای نیست که موجب شود مبیع به طور کلی تلف باشد؛ بلکه عمده قیمت آن باقی است، هر چند قیمت آن مقداری کمتر از گوسفند زنده است. مگر آن که کسی چنین ادعا کند که بیع، روی عنوان گوسفند رفته و مقصود گوسفند زنده بوده است.

بنابراین نتیجه این شد که ثمره‌ی دومی که کاشف الغطاء ذکر کردند، بنا بر کشف درست است اما بنا بر نقل درست نیست.

جلسه‌ی چهل و دوم؛ شنبه ۱۳۹۵/۱۰/۱۱

مناقشه‌ی بعضی در ثمره‌ی دوم با تمسک به قاعده‌ی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»

ثمره دومی که جناب کاشف الغطاء رحمته الله مترتب بر قول به کشف و نقل کردند این بود که اگر عین مورد معامله قبل از اجازه‌ی طرف مقابل تلف شود - چه تلف عقلی و چه تلف شرعی مثل این که آب پاک، نجس شود به گونه‌ای که

۱. [عروه دو معامله انجام داده بود؛ یکی این که به جای یک گوسفند، دو گوسفند خریده بود. دیگر این که یک گوسفند را به یک دینار فروخته بود. در

معامله اول برخی شبهه کرده‌اند که به صورت فضولی نبوده است، اما معامله‌ی دوم قطعاً فضولی است و عروه حق نداشت گوسفندی را که برای پیامبر صلی الله علیه و آله خریده، بدون إذن حضرت بفروشد].

هیچ فایده‌ای نداشته باشد یا خلّ تبدیل به خمر شود - بنابر کشف حقیقی عقد صحیح است؛ چون حین عقد قابلیت ملکیت موجود بوده است، اما بنابر مبنای نقل، عقد باطل است. برخی^۱ در این ثمره مناقشه کرده و با تمسک به قاعده‌ی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» گفته‌اند حتی اگر اجازه کاشفه باشد، باز هم بیع باطل است. توضیح مطلب این‌که:

بنابر مبنای نقل واضح است که بیع باطل است؛ چراکه احد العوضین در حین اجازه، تلف شده و فاقد قابلیت تملیک می‌باشد. اما برخی گفته‌اند بنابر کشف هم عقد باطل است؛ زیرا قاعده بیان می‌کند هر مبیعی که قبل از قبض تلف شود، از مال بايعش است، و در این جا که فضولی عقد را انشاء کرده و قبل از اجازه‌ی مالک احد العوضین تلف شده؛ چون علی الفرض هنوز قبضی اصلاً اتفاق نیفتاده، لذا تلف مبیع بر عهده‌ی بايع است. و این کنایه از آن است که بیع باطل می‌باشد؛ یعنی عقد آناماً قبل از تلف منفسخ می‌شود و در نتیجه مبیع از مال بايع تلف می‌شود.

نقد و بررسی اشکال مذکور

عرض می‌کنیم اصل این اشکال وارد است و قدر متیقن از آن جایی است که مبیع قبل از قبض، در دست مالک تلف شود به تلف سماوی، که طبق این قاعده حکم به بطلان می‌شود، اما این کلام علی الاطلاق صحیح نیست و چهار اشکال بر آن وارد است:

اولاً: پذیرش این قاعده ضربه‌ای به ترتب ثمره‌ی دوم نمی‌زند مگر در بعض موارد؛ یعنی موارد قدر متیقن از قاعده، اما اگر در جایی مبیع به نحو شرعی در اختیار مشتری قرار گرفته باشد؛ مثل این که مشتری مبیع را از بايع عاریه گرفته و یا اجازه کرده باشد و بعداً عاقد فضولی همان مبیع را از جانب مالک، فضولتاً به مشتری بفروشد، در این جا چون قبل از اجازه‌ی مالک، قبض شرعی محقق شده است و بعد مبیع به تلف سماوی مثل سیل یا زلزله و امثال آن تلف شده، لذا قاعده‌ی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» صدق نمی‌کند؛ چراکه قبل از تلف، قبض شرعی محقق شده بود. بنابراین اگر مالک بیع را امضاء کند - چه با توجه به تلف مبیع و چه بدون آن - طبق مبنای کشف می‌توان گفت عقد صحیح است؛ زیرا در حین انشاء عقد، مبیع موجود بوده و قبض مشتری هم به نحو شرعی وجود داشته و اجازه هم بعداً ملحق شده است، بنابراین عقد صحیح می‌باشد. بله بنابر مبنای نقل، عقد باطل است؛ چون مبیع قبل از اجازه تلف شده و دیگر بیع معنا ندارد.

۱. منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۲۵۰:

فالأولی أن یقال أمّا مسألة التّلف فمن حیث المملکیة لا یتفاوت الأمر بین الکشف و التّقل لأنّ المبیع لو تلف قبل القبض فهو من مال بائعه مطلقاً سواء قلنا بالکشف أم بالتقل و حیثین فعلی التّقل فات محلّ الإجازة لما ذکرنا سابقاً من اعتبار بقاء المحلّ للإجازة و علی الکشف یرجع إلى الأصل بالإجازة تنکشف صحّة البیع و دخول المبیع أنا ما قبل التّلف فی ملک البائع.

ثانیاً: حداقل برخی قائلند که قاعده‌ی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» فقط در مورد تلف سماوی است و شامل صورت اتلاف نمی‌شود؛ حتی اتلاف از قبل خود بايع چه رسد به اتلاف از ناحیه غیر. لذا نهایت این که بگویید این ثمره فقط در صورت تلف سماوی جاری نمی‌شود، اما اگر اتلاف باشد، ثمره جاری است و بنابر کشف حکم به صحت عقد می‌شود و بنابر نقل حکم به بطلان.

ثالثاً: این قاعده اختصاص به تلف مبیع دارد و شامل تلف ثمن نمی‌شود، در حالی که در بیع فضولی ممکن است بايع اصیل باشد و مشتری فضولی، و ثمن شخصی قبل از اقباض به بايع تلف شده باشد. بنابراین ثمره‌ی دوم جناب کاشف الغطاء در این فرض جاری می‌شود.

رابعاً: هر چند فعلاً بحث ما در مورد بیع است، اما عقد فضولی اختصاص به بیع ندارد، بلکه - همان‌طور که قبلاً تذکر داده‌ایم - در عقود دیگر هم فضولی جاری است؛ چه در معاملات بالمعنی الاخص و چه در معاملات بالمعنی الاعم، و در مورد آن‌ها معقول نیست یا وارد نشده که اگر شیء مورد معامله قبل از قبض تلف شود، عقد باطل است. نتیجه این شد که ثمره دوم کاشف الغطاء^۱ تمام است و این اشکال وارد نیست.

مناقشه‌ای در مثال تنجیس ماء

در مورد ثمره دوم که احد العوضین از قابلیت خارج شود، مثال زدند به این که خلّ تبدیل به خمر شود یا آب پاک نجس شود به گونه‌ای که هیچ فایده‌ای نداشته باشد. مثال انقلاب خل به خمر درست است؛ چون خمر نسبت به مسلم نه مالیت دارد و نه ملکیت، اما مثال به تنجیس آب قابل مناقشه است؛ زیرا آب با نجس شدن، از ملکیت خارج نمی‌شود بلکه نهایت این که از مالیت خارج شود. البته همین مقدار که آب با نجس شدن از مالیت خارج شود، کافی است که ثمره دوم ظاهر شود؛ زیرا از کریمه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل» استفاده می‌شود هر چیزی که مالیت نداشته باشد، نمی‌شود در مقابل آن عوض دریافت کرد. و چون در این فرض بنابر مبنای نقل مالیت ندارد، لذا بیع باطل می‌باشد، اما چون در حین عقد واجد مالیت بوده، لذا بنابر مبنای کشف بیع صحیح است. از آن‌چه گفتیم معلوم می‌شود این مثال از این جهت مشکلی ندارد و غرض بعض اعلام هم ظاهراً مثال زدن بوده است.^۱

۱. البته مرحوم کاشف الغطاء در ثمره دوم، تعبیر به قابلیت تملیک نکرده است، کما این که صاحب جواهر و مرحوم شیخ نیز در نقل ثمره یا اشکال بر آن، چنین تعبیری نکرده‌اند. بلکه تعبیر به قابلیت منقول کرده‌اند (کذا لو انسلخت قابلیة المنقول)، اما تعلیلی که صاحب جواهر در ردّ این ثمره ارائه می‌دهد، تمرکز بر روی قابلیت ملکیت است، و این تعلیل درست نیست؛ چراکه بیان کردیم آبی که نجس می‌شود، ولو این که مالیت ندارد و معامله بر آن صحیح نیست، اما از ملک مالک خارج نمی‌شود؛ زیرا همان‌طور که قبلاً گفتیم، اشیاء بر سه قسم هستند؛ بعض چیزها ملک است اما مال نیست مانند یک دانه گندم که مالیت ندارد و یازده آن معلوم المالیه داده نمی‌شود اما ملک مالک می‌باشد و تصرف در آن حرام است، هر چند اگر کسی آن را تلف کند چون مالیتی ندارد، ضامن نیست.

در مقابل بعض چیزها مال هستند اما ملک کسی نیستند مثل السمک فی البحر، الطیر فی الهواء، معادن، آب‌های روی زمین و چه بسا آب‌های زیر زمین

در بیع، هم باید مالیت باشد و هم ملکیت، این که باید ملکیت باشد زیرا دلیل می فرماید: «لا بیع إلا فی ملک» و امثال آن، که بیان می کند بیع غیر ملک جایز نیست، مگر در بعض موارد خاص که قبلاً بیان کردیم. و این که باید مال باشد به دلالت کریمه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل» که دلالت بر بطلان بیع چیزی دارد که مال نیست. نتیجه این شد که ثمره دوم مرحوم کاشف الغطاء رحمته اللہ علیہ تمام است.

جلسه ی چهل و سوم؛ سه شنبه ۱۳۹۵/۱۰/۱۴

نقد و بررسی ثمره سوم مرحوم کاشف الغطاء رحمته اللہ علیہ

سومین ثمره ای که مرحوم کاشف الغطاء رحمته اللہ علیہ بر قول به کشف و نقل مترتب کردند این بود که اگر چیزی در حین عقد قابلیت ملک را نداشته باشد، ولی بعد از عقد قابلیت پیدا کرد؛ مثلاً حین عقد ماء نجس بی فایده بود اما با بارش باران تطهیر شد، یا این که میوه های باغ را قبل از بدو صلاح فروخته بودند اما حین اجازه بدو صلاح حاصل شد. در این جا اگر قائل به کشف شویم، بیع باطل است؛ چراکه مبیع در حین عقد قابلیت را نداشته است، اما اگر قائل به نقل شویم چون در حین اجازه قابلیت حاصل شده، بیع صحیح است، نظیر این که کسی حین عقد سفیه یا مجنون باشد و فضولی برای او عقدی را انشاء کند، اما حین اجازه، سفاهت یا جنون او رفع شده باشد.

صاحب جواهر در کلام مرحوم کاشف الغطاء رحمته اللہ علیہ مناقشه کرده و فرمودند: عقدی با حقوق اجازه صحیح می شود که با صرف نظر از رضایت، حین تحقق واجد سایر شرایط باشد [و قابلیت نقل و انتقال داشته باشد] در حالی که علی الفرض در این جا فاقد بعض شرایط می باشد - مانند شرط بلوغ، شرط رشد، بدو صلاح - بنابراین حتی بنا بر مبنای نقل، عقد باطل بوده و قابلیت تصحیح با حقوق اجازه را ندارد.

مرحوم شیخ رحمته اللہ علیہ اشکال سوم مرحوم صاحب جواهر را می پذیرند [و ملتزم می شوند ظاهراً عقد بنا بر هر دو مبنا - چه کشف و چه نقل - باطل می باشد].

و ... که ملک کسی نیستند و نهایت این که از انفال بوده و ملک امام رحمته اللہ علیہ هستند. قسم سوم اشیائی که هم مال هستند و هم ملک، مانند بسیاری از چیزها مثل کتاب زید، قلم عمرو و ...

۱. شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر، ص ۱۷۱:

و فی مقابله ما لو تجددت القابلیة قبل الإجازة بعد انعدامها حین العقد کما لو تجددت الثمرة أو بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة و فیما لو قارن العقد فقد الشروط بقول مطلق ثم حصلت أو بالعکس.

۲. فعلاً بحث ما در صورتی نیست که خود سفیه و مجنون در حال سفاهت یا جنون، عقدی را انشاء کنند، بلکه در جایی است که کسی فضولتاً عقدی را برای آن ها در این حال انشاء کند.

۳. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۲۰:

نعم، ما ذکره اخیراً من تجدد القابلیة بعد العقد حال الإجازة لا یصلح ثمره للمساءلة؛ لبطلان العقد ظاهراً علی القولین، و کذا فیما لو قارن العقد فقد الشرط.

علی الاجمال خدمت جناب شیخ رحمته الله و مرحوم صاحب جواهر رحمته الله عرض می‌کنیم: «شروط و قابلیت» یا مربوط به عقد است - چه مستقیم و چه غیر مستقیم - یا مربوط به متعاملین و یا مربوط به عوضین. اگر شروط و قابلیت مربوط به عقد باشد به گونه‌ای که با فقدان آن، عقد صحیح با صرف نظر از اجازه محقق نشده نباشد، در این صورت کلام صاحب جواهر و مرحوم شیخ رحمته الله را می‌پذیریم و بنابر هر دو مبنا - کشف و نقل - ملتزم به بطلان عقد می‌شویم؛ چون اصلاً عقدی محقق نشده که اجازه لاحق به آن شود.

اما اگر شروط و قابلیت مربوط به متعاملین یا عوضین باشد، اگر عقد در حین اجازه واجد قابلیت یا شرط شود، عقد بنابر مبنای نقل صحیح است و بنابر مبنای کشف باطل است؛ مثلاً اگر بایع اصیل کتابش را بفروشد و فضولی آن کتاب را برای طفل صغیری بخرد، در این جا چون مشتری صغیر است، نمی‌تواند عقد را اجازه کند، اما بعد از این که بالغ شد و عقد را اجازه کرد، بنابر مبنای نقل صحیح است؛ زیرا مشتری در حین نقل و انتقال واجد تمام شرایط بوده است. ولی بنابر مبنای کشف باطل است؛ چراکه معنای کاشف بودن اجازه این است که عقد صبیّ در حین صغرش صحیح باشد، در حالی که علی الفرض عقد صبیّ باطل می‌باشد. این مثال مربوط به فقدان شرطی از شرایط متعاقدین بود. و بلکه این جا چه بسا بنابر کشف هم صحیح باشد به برکت صحیح‌هی ابو عبیده.

مثال دیگر که مربوط به فقدان شرطی از شرایط عوضین باشد این که اگر فضولی، مبیع بایع اصیل را برای کسی بخرد و مشتری در حین عقد قدرت بر تسلیم ثمن نداشته باشد، اما در حین اجازه قدرت بر تسلیم داشته باشد، در این صورت عقد بنابر مبنای نقل صحیح است ولی بنابر مبنای کشف باطل است؛ چراکه علی الفرض مشتری در حین عقد، قدرت بر تسلیم ثمن نداشته است.

بله، اگر در جایی عوضین دخیل در مالیت باشد مانند بیع خمر، در این صورت عقد باطل است حتی بنابر مبنای نقل؛ زیرا مالیت خمر شرعاً الغاء شده است، پس اصلاً شرعاً بیع نیست. برخی در مورد بیع ثمره قبل از بدو صلاح نیز چنین گفته‌اند، اما قابل تأمل است؛ چراکه ثمره قبل از بدو صلاح مالیت دارد، لذا همان‌طور که مرحوم کاشف الغطاء رحمته الله فرمودند، اگر بدو صلاح حاصل شود و مالک اجازه کند، عقد بنابر مبنای نقل صحیح است ولی بنابر مبنای کشف باطل می‌باشد.

به هر حال معامله در این جا صور زیادی می‌تواند داشته باشد و موارد مختلف را باید بررسی کرد، اما چون مسأله چندان شایسته توقف نیست، به آن چه که علی الاجمال ذکر کردیم اکتفاء می‌کنیم و آن این‌که:

هرگاه فقدان بعضی قابلیت یا شروط، ضربه به صدق عقد بزند به این معنا که اصلاً عقد صادق نباشد و یا این که حین اجازه عقد صادق باشد اما غیر از عقد سابق باشد، در این دو جا می‌پذیریم که عقد باطل باشد. مثلاً اگر بایع، خمر را به فضولی فروخته باشد اما حین اجازه خمر تبدیل به خل شده باشد، در این صورت عقد حتی بنابر مبنای

نقل باطل است و هر دو محذور وجود دارد؛ چراکه اولاً: خمر مالیت ندارد و شرعاً مالیت آن الغاء شده است، ثانیاً: عنوان خمر، مقوم بیع بوده است، در حالی که حین اجازه، عنوان عوض شده و مبیع تبدیل به خلّ شده است. پس از دو جهت بیع باطل است. اما در غیر این دو مورد خصوصاً در فقدان شرطی که مربوط به متعاملین باشد، اگر عقد در حین اجازه واجد آن شرط یا قابلیت باشد، بنابر مبنای نقل ملتزم به صحت عقد می‌شویم؛ مثلاً اگر مشتری حین عقد مجنون باشد و فضولی چیزی را برای او خریده باشد اما در حین اجازه افاقه پیدا کرده باشد، عقد بنابر مبنای نقل صحیح است، ولی بنابر مبنای کشف باطل می‌باشد. فتأمل.

بعض ثمرات دیگر مترتب بر کشف و نقل

مرحوم شیخ رحمته الله در ادامه، چند ثمره دیگر را هم ذکر می‌کنند که ما علی الاجمال این ثمرات را بررسی می‌کنیم و بیش از این هم فعلاً نیاز نیست تا این که از مسائل اهم باز نماییم.

مرحوم شیخ رحمته الله می‌فرماید:

و ربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الايمان و النذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري، و تظهر الثمرة أيضاً في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن و سيأتي إن شاء الله.^۱

یکی دیگر از ثمراتی که گفته‌اند مترتب بر قول به کشف و نقل می‌شود، تعلق خیار است. ظاهراً مراد این است که بنابر یک مبنا خیار وجود دارد و بنابر مبنای دیگر وجود ندارد؛ مثلاً اگر بایع، مبیع را به بیش از ثمن المثل به فضولی بفروشد اما در حین اجازه به جهت این که قیمت مبیع در بازار بالا رفته، به اندازه‌ی همان قیمتی باشد که بایع حین عقد فروخته است، اما مشتری علم به قیمت مبیع در حین عقد نداشته باشد و عقد را اجازه کند، در این جا بنابر مبنای کشف، مشتری خیار غبن دارد؛ زیرا در هر معامله‌ای که یک طرف حین عقد مغبون شده باشد، خیار غبن برای آن فرد وجود دارد؛ و در این جا هم علی الفرض در حین عقد، مشتری مغبون شده چون به بیش از ثمن المثل مبیع را به او فروخته‌اند. ولی بنابر مبنای نقل، حق خیار به مشتری تعلق نمی‌گیرد؛ چون در حین اجازه که همان حین تحقق عقد ذات اثر است، غبنی وجود ندارد تا مشتری خیار داشته باشد.

این ثمره در خیار تأخیر هم ظاهر می‌شود. خیار تأخیر آن است که فقهاء براساس روایات فتوا داده‌اند اگر بایع مبیعی را بفروشد ولی مشتری تمام ثمن را تحویل ندهد و بایع هم مبیع را تحویل مشتری نداده باشد، تا سه روز عقد لازم است و اگر مشتری در این سه روز ثمن را تکمیل کرد، می‌تواند مبیع را تحویل بگیرد. اما اگر تا سه روز تأخیر کرد، بایع حق فسخ دارد؛ مثلاً اگر زید کتاب عمرو را به صد هزار تومان بخرد اما اصلاً پول همراهش نباشد یا این که

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۲۰.

فقط مقداری از ثمن را تحویل دهد، در این جا تا سه روز بیع لازم است و اگر زید در این مدت ثمن را به طور کامل تحویل بایع داد، می تواند مبیع را تحویل بگیرد، اما اگر تا سه روز ثمن را تکمیل نکند، بایع حق خیار دارد و می تواند معامله را فسخ کند. حال اگر مشتری، فضولی باشد و مالک بعد از سه روز بیع را اجازه کند و ثمن را تکمیل کند، در این جا بنابر مبنای کشف خیار برای بایع ثابت است؛ چون بیش از سه روز از زمان عقد گذشته و مشتری ثمن را تحویل نداده و مبیع هم پیش بایع است، اما بنابر نقل معامله تا سه روز لازم است؛ چراکه ثلاثة ایام تازه بعد از اجازه مشتری شروع می شود.

جای دیگری که مرحوم شیخ رحمته الله می فرمایند ثمره ی بین کشف و نقل ظاهر می شود، در حق شفعه است؛ مثلاً اگر منزلی به نحو مشاع مشترک بین زید و عمرو باشد و بایع فضولی حصه ی احد الشریکین - مثلاً زید - را به بکر بفروشد و بعداً عمرو هم حصه ی خودش را به خالد بفروشد، سپس زید بیع فضولی حصه ی خود را اجازه کند، در این جا بنابر مبنای کشف، حق شفعه برای عمرو است؛ زیرا بعد از این که زید عقد را اجازه کرد، کأن این معامله اول واقع شده است و دیگر فضولی نیست، لذا عمرو که شریک است، می تواند أخذ به شفعه کرده و رجوع به بکر کند و ثمن را به او بدهد و حصه را از او بگیرد.

اما بنابر مبنای نقل، زید که الان بیع فضولی را اجازه می کند، قبل از آن عمرو حصه ی خود را به خالد فروخته است و خالد مالک آن حصه شده است، پس در حقیقت زید ملک مشاعی را می فروشد که مشتری عمرو یعنی خالد، شریک او شده است، لذا خالد در این جا حق شفعه دارد. پس بنابر مبنای کشف، عمرو حق شفعه دارد و بنابر مبنای نقل، مشتری عمرو یعنی خالد حق شفعه دارد.

جای دیگری که جناب شیخ رحمته الله می فرمایند ثمره ظاهر می شود، در احتساب مبدأ خیارات است؛ مثلاً در خیار حیوان وارد شده است «صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ایام». اگر کسی حیوان دیگری را به عقد فضولی بخرد و بعد از سه روز مالک عقد را اجازه کند، بنابر مبنای کشف دیگر مالک حق خیار ندارد؛ چون بیش از سه روز از زمان عقد گذشته است، اما بنابر مبنای نقل، حق خیار دارد؛ چون از الان عقد صحیح می شود و مالک از الان تا سه روز حق خیار دارد. مسأله خیار تأخیر نیز می تواند مثال برای این ثمره باشد، کما این که مسأله خیار حیوان نیز می تواند مثال برای ثمره ی اصل خیار نیز باشد.

یکی دیگر از جاهایی که ثمره ظاهر می شود، معرفت مجلس صرف و سلم است. اگر فضولی مثلاً پول طلای زید را در مقابل پول طلای عمرو بفروشد و زید بعداً اجازه کند و قبض و اقباض اتفاق بیفتد، در این جا بنابر این که

۱. البته بنابر مبنای نقل، خود زید قبل از این که عقد فضولی را اجازه کند، حق شفعه دارد؛ چون علی الفرض عمرو حصه ی خود را قبل از اجازه ی زید فروخته است، لذا زید می تواند أخذ به شفعه کند، ولی در مثال مذکور آن را اعمال نمی کند و بیع حصه ی خود را امضاء می کند. (احمدی)

بپذیریم در معامله‌ی صرف، قبض و اقباض در مجلس شرط است، طبق مبنای کشف معامله باطل است؛ چون قبض و اقباض در مجلس عقد انجام نشده است، اما بنابر مبنای نقل صحیح است؛ چون مجلس تتمیم عقد همان مجلس اجازه است که علی الفرض قبض و اقباض در آن اتفاق افتاده است، پس عقد صحیح می‌باشد. هم‌چنین است معامله‌ی سلم، بنابر این که قبض ثمن در مجلس عقد شرط باشد.

جای دیگری که ثمره ظاهر می‌شود، در مسأله نذر و قسمی است که متعلق به مال بایع یا مشتری باشد؛ مثلاً کسی نذر کرده اگر روز جمعه فلان چیز را مالک شد، فلان عمل را انجام دهد، حال اگر فضولی در روز جمعه آن متاع را برای او خرید و مشتری در روز شنبه عقد را اجازه کرد، بنابر مبنای کشف، باید به نذرش وفا کند ولی بنابر مبنای نقل، دیگر نذر محقق نشده و وجوب وفاء هم ندارد. مسأله قسم نیز چنین می‌باشد.

جای دیگری که مرحوم شیخ رحمته‌الله می‌فرمایند ثمره ظاهر می‌شود، در مسأله عقود مترتبه بر ثمن یا مثنی است، که چون مرحوم شیخ در آینده بحث مفصلی از این مسأله کرده‌اند، ما هم ان شاء الله آن‌جا بررسی می‌کنیم.

البته برخی در بعضی از ثمرات و مثال‌ها مناقشه کرده‌اند و بعضی ابهامات وجود دارد، ولی ما به تبع مرحوم امام که در کتاب البیع^۱ این مناقشات را حذف کردند چراکه مطالب مهمی نیست و معلوم نیست در جایی در خارج مفید باشد، ما هم به همین اندازه اکتفاء می‌کنیم و وارد در تنبیهاات بعدی شیخ رحمته‌الله می‌شویم ان شاء الله.

والحمد لله رب العالمین

تقریر متن: جواد احمدی

برای مشاهده و دریافت متن دروس و بیانات حضرت استاد دامت برکاته می‌توانید به سایت معظّم له (پایگاه اطلاع رسانی مؤسسه‌ی پرتو ثقلین) به نشانی زیر مراجعه فرمایید:

www.Qommpth.ir

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۲۶۹:

ثم إنَّ الشَّيخَ الأعظمَ (قدَّس سرّه) و غيره ذكروا ثمرات اخرى، أغمضنا عن ذكرها، و لا بأس بذكر التنبيهات المذكورة.

فهرست مطالب

جلسه‌ی سی و چهارم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۵/۹/۲۳

۱..... حکم تصرّف اصیل فی ما انتقل عنه بنا بر مبنای کشف حقیقی

۵..... نقد و بررسی کلمات شیخ رحمته الله

جلسه‌ی سی و پنجم؛ یک‌شنبه ۱۳۹۵/۹/۲۸

۷..... منع تصرف اصیل بنا بر کشف حقیقی، استناداً به صحیح‌ه‌ی ابو عبیدة الحذاء و مناقشه در آن

۷..... بررسی حکم تصرّف در عین مندوره

۹..... اقسام نذر شرعی

۱۰..... ۱. بررسی تصرف در مال مندور از حیث حکم تکلیفی

۱۱..... الف: بررسی حکم تصرف در مال مندور، در نذر به نحو واجب مشروط

۱۲..... استدلال بعضی بر حرمت تصرّف در نذر به نحو واجب مشروط در صورت علم به تحقق شرط

جلسه‌ی سی و ششم؛ دوشنبه ۱۳۹۵/۹/۲۹

۱۲..... مناقشه در کلام قائلین به عدم جواز تصرّف در نذر به نحو واجب مشروط در صورت علم به تحقق شرط

۱۳..... یک استدراک:

۱۳..... ب: بررسی حکم تصرف در مال مندور، در نذر به نحو واجب معلق

۱۵..... ۲. بررسی مسأله تصرف در مال مندور از حیث حکم وضعی

۱۵..... دو بیان از جانب اعلام بر عدم صحت تصرف در مال مندور به مثل بیع

جلسه‌ی سی و هفتم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۵/۹/۳۰

۱۶..... نقد و بررسی دلیل اوّل بر بطلان بیع عین مندوره

جلسه‌ی سی و هشتم؛ شنبه ۱۳۹۵/۱۰/۴

۱۹..... نقد و بررسی دلیل دوم بر بطلان بیع عین مندوره (دلیل محقق نائینی رحمته الله)

۱۹..... ب: تلف عین مندوره و بررسی حکم ضمان

۲۱.....ثمرات دیگری بر قول به کشف و نقل در کلام کاشف الغطاء رحمته الله

جلسه سی و نهم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۱۰/۵

۲۳.....مناقشه‌ی صاحب جواهر در کلام مرحوم کاشف الغطاء رحمته الله

۲۴.....نقد مناقشات صاحب جواهر رحمته الله بر ثمره اول در کلام مرحوم شیخ رحمته الله

۲۴.....نقد و بررسی کلام شیخ و مرحوم صاحب جواهر رحمته الله

جلسه سی و چهارم؛ دوشنبه ۱۳۹۵/۱۰/۶

۲۷.....بررسی جواب نقضی شیخ رحمته الله

۲۷.....نظر مختار در ثمره‌ی اول کاشف الغطاء رحمته الله

جلسه سی و پنجم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۵/۱۰/۷

۲۹.....بررسی ثمره‌ی دوم کاشف الغطاء رحمته الله

۳۰.....نقد مرحوم شیخ رحمته الله بر مناقشه صاحب جواهر رحمته الله در ثمره دوم

جلسه سی و ششم؛ شنبه ۱۳۹۵/۱۰/۱۱

۳۱.....مناقشه‌ی بعضی در ثمره‌ی دوم با تمسک به قاعده‌ی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»

۳۲.....نقد و بررسی اشکال مذکور

۳۳.....مناقشه‌ای در مثال تنجیس ماء

جلسه سی و هفتم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۵/۱۰/۱۴

۳۴.....نقد و بررسی ثمره سوم مرحوم کاشف الغطاء رحمته الله

۳۶.....بعض ثمرات دیگر مترتب بر کشف و نقل