

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ
الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا محمد و آله الطاهرین

«و ثالثاً: سلّمنا دلالة الدلیل علی إمضاء الشارع لإجازة المالك علی طبق مفهومها اللغوي و العرفي أعني جعل العقد السابق جائزاً ماضياً...»

اشکال سوم شیخ(ره) بر دلیل دوم بر کشف

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: اشکال سومی که به دلیل دوم قائلین به کشف وارد شده این است که بعد از این که از اشکال اول و دوم صرف نظر کرده و آنچه را که در آن دو اشکال بیان کرده بپذیریم، یعنی اگر مستدل بگوید: آنچه را که فضولی واقع ساخته، إنشاء مقید به زمان عقد است و بپذیریم که زمان، عنوان قیدیت برای عقد دارد و همچنین بپذیریم که اجازه به معنای شرط اصطلاحی نیست، بلکه دارای یک مفهوم عرفی است که عقد سابق را موثر و نافذ قرار می‌دهد، یعنی بگویید: این اجازه‌ای که بعداً از مالک صادر می‌شود، عقد سابق را سبب تام قرار می‌دهد و آنچه که موثر در ملکیت است، خود عقد فضولی سابق است، لکن اگر مالک اجازه داد، این اجازه کشف می‌کند که آن عقد سابق، عقد تامی هست، مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: اگر این دو مطلب را هم بپذیریم، باز دو اشکال داریم، که از میان این دو اشکال، اشکال اول چندان مهم نیست و قابل تامل و اغماض است، اما اشکال دوم، اشکال مهمی است.

اشکال اول که دیروز هم اجمالش را بیان کردیم، این است که بین این که اجازه را چنین معنا کنیم و این که بگوییم: ملکیت از حین عقد واقع می‌شود، ملازمه‌ای وجود ندارد.

اگر برای اجازه یک معنای عرفی کرده و بگویید: اجازه عقد سابق را مؤثر قرار می‌دهد. اثر و تاثیر در ملکیت، برای عقد سابق است، اما اجازه، مثل یک راهنما و کاشف است، نه عنوان شرط ملکیت دارد و نه عنوان جزء سبب برای ملکیت و کارش این است که وقتی ظهور پیدا کرد، کشف می‌کنیم که عقد سابق، سبب تام است، اما بین این معنایی که شما برای اجازه کرده‌اید و بین این که بگوییم: حتماً باید ملکیت از حین عقد واقع شود، چه ملازمه‌ای وجود دارد؟

بله اجازه، عقد سابق را موثر قرار می‌دهد، اما این اعم است از این که موثر من حین العقد باشد و یا موثر من حین الاجازه.

این اشکال اول مرحوم شیخ(ره) بود، که یک «فتأمل» دارند و وجه تأمل هم روشن است، که این اشکال وارد نیست و این بر خلاف فرضی است که در اینجا قرار دادیم. فرض این است که پذیرفتیم عقد مقید به زمان است، خب اگر بپذیریم عقد مقید به زمان است و بگوییم این اجازه هم، آن عقد را موثر قرار می‌دهد، لامحالة تأثیرش باید در حین خود عقد باشد.

اما اشکال دوم که اشکال مهمی است این است که فرموده: این معنایی که شما برای اجازه کرده‌اید، مستلزم یک انقلاب محال است، چون می‌گویید: اجازه عقدي را که مؤثر نبوده، مؤثر قرار می‌دهد، یعنی اجازه انقلابی به وجود می‌آورد و شیئی را که تاثیر در ملکیت نداشت، این خاصیت را به آن می‌دهد، «و الشيء لا یقلب عما هو علیه» در حالی که شیء از آن خصوصیتی که در ذاتش وجود دارد، انقلاب پیدا نمی‌کند.

بنابراین اگر بگویید: اجازه عقدي را که قبلاً متصف به غیر مؤثریت بود، متصف به مؤثریت در همان زمان می‌کند، - قبل از اجازه می‌گویید: این عقد در زمان خودش غیر مؤثر بوده و وقتی اجازه آمد، این اجازه عقد را در همان زمان خودش مؤثر قرار می‌دهد، - این مستلزم انقلاب است و انقلاب، محال است.

نظریه شیخ(ره): کشف حکمی

بعد مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: خودمان در اینجا راهی را طی می‌کنیم، که این راه را فقط در کلام استادمان شریف العلماء(ره) ملاحظه کردیم و در کلمات فقهای دیگر وجود ندارد و آن این است که قائل به کشف حکمی شویم و نه کشف حقیقی.

ایشان فرموده: جمع بین ادله‌ای که داریم، ما را به کشف حکمی منتهی می‌کند، یعنی از یک طرف دلیل داریم بر این که اجازه مالک مؤثر است و از یک طرف هم عقد سابق، که متصف به غیر مؤثریت بود، اگر بخواهیم در زمان خودش مؤثر قرار دهیم، مستلزم انقلاب است، که جمع بین این دو اقتضاء می‌کند که بگوییم: اجازه نمی‌تواند ملکیت از حین عقد را اثبات کند و عقد سابق را مؤثر در ملکیت از حین عقد قرار دهد، اما آثار ممکنه‌ای را که قابلیت ترتب دارد، از حین عقد بار کنیم.

اثبات خود ملکیت محذور دارد، که موجب انقلاب است، لذا نمی‌توانیم بگوییم: ملکیت از حین عقد محقق می‌شود، اما آثار ملکیت محذوری ندارد و شارع هم می‌تواند بفرماید که با این عقدي که سابقاً واقع شده و این مال هنوز در ملک مالک است، معامله عقد تام کنید، یعنی اگر این مال نمائی داشته باشد، نمائش مربوط به مشتری باشد.

مثلاً فضولی گوسفندی را به عقد فضولی به مشتری فروخته و فرضا یک سال بعد مالک اجازه می‌دهد، در بین این یک سال، گوسفند نماء منفصلي داشته و بجه‌ای از آن به وجود آمده، حال بنا بر کشف حکمی نمی‌توانیم بگوییم که بعد از این که مالک اجازه داد، این گوسفند از زمان عقد، ملک مشتری شده، چون مستلزم انقلاب و محال است، اصل ملکیت دچار محذور و اشکال است، اما چه مانعی دارد که آثار ملکیت را بر آن بار کرده و بگوییم: این نمائات ملک مشتری و مربوط به مشتری است.

مرحوم شیخ(ره) فرموده: اسم این را کشف حکمی می‌گذاریم، چون حقیقتاً «نقل» است، وقتی می‌گوییم: ملکیت از زمان عقد نمی‌آید، بلکه از زمان اجازه می‌آید، این حقیقتاً عنوان ناقلیت دارد، اما حکم کشف را دارد و همانطور که اگر اجازه کاشفه بود، نمائات مربوط به مشتری بود، اینجا هم همان حکم را دارد. لذا چون حقیقتاً نقل است، اما حکم کشف را دارد؛ اسمش را «کشف حکمی» می‌گذاریم.

پس مقصود شیخ(ره) از کشف حکمی روشن شد که کشف حکمی، یعنی ملکیت از زمان اجازه می‌آید، اما آثار ملکیت برای مشتری قبل از اجازه محقق می‌شود.

بعد مرحوم شیخ(ره) خلاصه‌گیری کرده و فرموده: تا به حال سه نوع کاشفیت را برای شما بیان کردیم؛

یکی «کشف حقیقی» است، که اجازه شرط باشد، اما به نحو شرط متأخر، یعنی ملکیت از زمان عقد محقق می‌شود، اما اجازه

شرط متاخر باشد.

نوع دوم «کشف حقیقی»، که آنچه شرطیت دارد، خود اجازه نیست، تعقب الاجازه است، که گفتیم: تعقب الاجازه از زمان عقد موجود است. در جایی هم که انسان علم دارد که مالک بعداً اجازه می‌دهد، علم به تعقب الاجازه هم دارد.

قسم سوم کشف، «کشف حکمی» است که بیان کردیم؛ کشف حکمی تصرف در مال غیر نیست، چون شارع می‌گوید: آثارش مال اوست، که کلام شارع را هم از جمع بین ادله دریافتیم.

تطبیق عبارت

«و ثالثاً: سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك»، اشکال سوم این است که اگر دلالت دلیل بر امضاء شارع نسبت به اجازه مالک را بپذیریم، منتها «على طبق مفهومها اللغوي و العرفي»، در اشکال دوم مرحوم شیخ (ره) فرموده: اگر اجازه را هم این چنین معنا کردید، برای اجازه به این معنا، دلیل شرعی نداریم، اما در اشکال سوم فرموده: اگر بپذیریم که دلیل داریم و فرض هم بر این است که زمان قید است، یعنی شارع اجازه مالک را بر طبق مفهوم لغوی و عرفی آن امضاء کند.

«أعني جعل العقد السابق جائزاً ماضياً»، اجازه از نظر لغت، وقتی می‌گوییم «اجازه دادند، یعنی عقد را موثر قرار داده و امضاء کردند.

«بتقريب أن يقال: إن معنى الوفاء بالعقد: العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي»، باز بیان کرده که معنای وفاي به عقد، عمل به مقتضی و موداي عرفی عقد است. «فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثراً ماضياً»، اگر عقد با اجازه موثر واقع شد، منتها کأنه با اجازه موثر واقع شده است. «کان» جزای «إذا» است. «کان مقتضى العقد المُجاز عرفاً ترتب الآثار من حينه»، مقتضای عقدي که اجازه شده، عرفاً ترتب آثار از حین عقد است. عرفاً قید برای مقتضای است.

«فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه»، لذا باید به عقد به این وجه عمل کنیم، یعنی آثار را هم، از حین عقد مترتب کنیم.

شیخ (ره) فرموده: اگر همه این مطالب را بپذیریم، دو اشکال داریم، «لكن نقول بعد الإغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً»، از اشکال اول اغماض می‌کنیم، که اجازه به این معنا باشد که عقد سابق، جائز و نافذ باشد، «لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفي ترتب الأثر من حين العقد»، و این موجب نمی‌شود که مقتضی و موداي عرفی عقد، ترتب اثر از حین عقد باشد، این همان بود که از خارج عرض کردیم که شیخ (ره) خواسته بگوید: ملازمه را قبول نداریم. «لا يوجب» یعنی «لا يستلزم».

بعد شیخ (ره) قیاس کرده، که قبلاً هم این قیاس را خواندیم، «كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب و إمضاء له»، این که می‌گوییم: مفهوم قبول، رضایت به ایجاب است، معنایش این نیست که پس آثار از زمان ایجاب بار شود، «لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب»، مقتضی این نیست که آثار را از حین ایجاب بار کنیم.

«فتأمل»، بعد یک فتامل دارند، که به دو مطلب اشاره دارد، که یکی را از خارج عرض کردیم، که این بر خلاف فرضی است که شما دارید، که قبول کنید که زمان قید است و قبول کنید که اجازه، نه شرط است و نه جزء، بلکه اجازه مثل چراغی است که وقتی روشن شد، می‌فهمیم که آن عقد سابق موثر و ماضی است، که اگر اینها را قبول کردید، بعد از اجازه، عقد باید از زمان خودش اثر کند.

مطلب دومی که بعضی گفته‌اند: فتامل به آن اشاره دارد این است که قیاس ما نحن فیه به قبول، قیاس مع الفارق است، چون قبول عنوان جزء السبب دارد. می‌گوییم: عقد سبب است و این سبب، دو جزء دارد؛ یک جزئش ایجاب و جزء دومش قبول است، اما اجازه که جزء السبب نیست.

فرض در اشکال سوم این است که اجازه، نه شرط است و نه جزء السبب، بلکه فقط روشن می‌کند که آن عقد سابق، موثر و نافذ بوده است.

«إنّ هذا المعنى على حقيقته غير معقول»، «ان ...» مقول قول «نقول» است، یعنی این معنا حقیقتش، یک حقیقت غیر معقولی است، «لأنّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له»، چون عقدي که بر صفت عدم تاثیر است موجود است، محال است که صفت مؤثریت به آن ملحق شود، «لاستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه»، چون محال است که شیئی از آنچه که با آن و بر آن واقع شده، خارج شود.

این همان است که عرض کردیم، که گاهی اوقات در بعضی از کلمات از آن تعبیر به «کشف انقلابی» هم می‌کنند، که اصطلاحی است که مرحوم آخوند(ره) در حاشیه مکاسب به آن قائل شده، که از آن به «انقلاب در اعتبار» تعبیر می‌کنند.

شیخ(ره) فرموده: اگر بگوییم: وقتی اجازه می‌آید، عقدي را که تا به حال غیر مؤثر بوده، از زمان خودش موثر می‌کند، این محال است.

بله گاهی می‌گوییم: عقد تا به حالا غیر مؤثر بوده، اما بعد از اجازه، از این زمان به بعد مؤثر واقع می‌شود و این اشکالی ندارد، اما اگر بخواهیم بگوییم: در زمان خود عقد، غیر مؤثریتش انقلاب پیدا می‌کند به مؤثریت، این انقلاب و محال است.

شیخ(ره) فرموده: «فإذا دلّ الدليل الشرعي على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول»، اگر دلیلی، بر امضاء اجازه بر این وجه دلالت کند، غیر معقول است، «فلا بدّ من صرفه بدلالة الاقتضاء»، دلالت اقتضا یعنی باید کلام را حمل کنیم، بر معنایی که اگر حمل بر آن معنا نشود، کلام حکیم مستلزم لغویت است، «حفظاً لكلام الحكيم عن اللغويه»، لذا در اینجا می‌گوییم: باید حمل کنیم به، «إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة»، با آن عقد باید معامله کنیم که از حيث ترتب آثار ممکنه، واقع و موثر است. «ممکنه» در مقابل اصل ملکیت است، که اگر بخواهد از زمان عقد موجود شود، گفتیم: محال است.

اگر از آن زمان موثر واقع می‌شد، آثارش برای مشتری بود، الان هم بگوییم: برای مشتری باشد. «فإذا أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري»، وقتی مالک اجازه داد، حکم می‌کنیم به انتقال نماء مبيع، بعد از عقد به مشتری «وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء في ملكه»، و اگرچه که اصل ملک قبل از اجازه برای خود مالک مجیز است، و نماء هم در ملک او واقع شده است.

«و الحاصل أنّه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار»، خلاصه مطلب این است که بعد از اجازه با این عقد، برخورد عقدي می‌شود که موثر از حین عقد بوده، اما نه نسبت به همه آثار، بلکه نسبت به آثار ممکنه. «و هذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات»، این در حقیقت نقل است، چون ملکیت بعد از اجازه می‌آید، اما از بعضی جهات احکام کشف را دارد. «و سیأتي الثمرة بينه وبين الكشف الحقيقي»، ان شاء الله در بحث فردا ثمرات بین کشف حقیقی و حکمی، نقل و کشف یا کشفها به انحاء مختلف را بیان می‌کنیم.

«و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء قدس سره فيما عثرت عليه من بعض تحقیقاته»، کسی را من پیدا نکردم که کشف حکمی را قائل باشد، مگر شریف العلماء(ره) در بعضی از تحقیقاتش.

«و إلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال في زمان العقد»، و الا اگر از کلام شریف العلماء(ره) صرف نظر کنیم، کلام دیگران تماماً ظهور در کشف حقیقی دارد، که ملکیت از زمان عقد است. «و لذا عنون العلامة(رحمه الله) في القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله: «و في زمان الانتقال إشكال»»، مرحوم علامه(ره) در قواعد مساله کشف و نقل را با این عبارت عنوان فرموده که: «في زمان الانتقال اشكال»، یعنی در این که مبیع چه زمانی انتقال پیدا می‌کند، آیا بعد از اجازه یا بعد از عقد؟ اشکال است. «فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال»، علامه(ره) نزاع را در زمان انتقال قرار داده، پس معلوم می‌شود که علامه(ره) مساله ی کشف حقیقی را بیان کرده است.

«و قد تحصل مما ذكرنا: أن كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة، قال بكلٍ منها قائل»، سه نوع کشف داریم، که هر کدام از این سه قسمش هم قائل دارد.

«أحدها و هو المشهور: الكشف الحقيقي»، قائل شویم به این که اجازه کاشف است به نحو کشف حقیقی، یعنی ملکیت از زمان عقد می‌آید. لکن «و التزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً»، بگوییم: اجازه شرطیت دارد، اما شرط متأخر است. «و لذا اعترضهم جمال المحققين في حاشيته على الروضة بأن الشرط لا يتأخر»، یعنی مشهور قائل به شرط متأخر شده‌اند و جمال المحققین(ره) در حاشیه بر روضه به مشهور اعتراض کرده، که اصلاً معقول نیست که چیزی شرط باشد و متأخر هم باشد و اگر چیزی شرطیت دارد و اسمش شرط است، حتماً باید مقدم بر مشروط باشد.

«و الثاني: الكشف الحقيقي و التزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة»، قسم دوم، کشف حقیقی است، اما به این بیان که بگوییم: شرط، خود اجازه نیست، شرط یک عنوان انتزاعی است، که عبارت از تعقب اجازه می‌باشد، «فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط»، برای این که از این محذور تاخر شرط از مشروط فرار کنند.

«و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد كشف حقيقي»، این را قبلاً شیخ بیان کرده و دوباره اینجا تکرار می‌کنند، که بنا بر این که شرط را تعقب بدانیم، بعضی از فقهاء به جواز تصرف، یعنی تصرف مشتری قبل از اجازه مالک، اگر مشتری علم به تحقق اجازه در مابعد داشته باشد، ملتزم شده‌اند.

«الثالث: الكشف الحكمي، و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة»، قسم سوم کشف حکمی است، یعنی احکام کشف را به قدر امکان در اینجا جاری کنیم، اما تحقق ملک در واقع بعد از اجازه می‌باشد.

«و قد تبين من تضاعيف كلماتنا: أن الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل»، «ثم بعده الكشف الحكمي»، «و أما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط فإتمامه بالقواعد في غاية الإشكال»، شیخ(ره) فرموده: از مجموع کلماتی که تا اینجا بیان کردیم روشن می‌شود که از نظر قواعد و عمومات، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» □ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غیر ذلك از نظر قواعد و عمومات، آنچه که مطابق و انسب به این عمومات است، اولاً ناقلیت است، در مرحله و مرتبه بعد عبارت از کشف حکمی است، اما کشف حقیقی به این نحو که ما اجازه را شرط متأخر قرار دهیم، محال است و اتمامش با قواعد در نهایت اشکال است.

«و لذا استشكل فيه العلامة في القواعد و لم يرجحه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد بل عن الإيضاح اختيار خلافه، تبعاً للمحكي عن كاشف الرموز و قواه في مجمع البرهان، و تبعهم كاشف اللثام في النكاح»، علامه(ره) در قواعد نسبت به کشف حقیقی اشکال کرده و محقق ثانی(ره) هم در حاشیه ارشاد، کشف حقیقی را ترجیح نداده، بلکه در کتاب ایضاح به تبع کاشف الرموز(ره) خلافتش را اختیار کرده و قوی این خلاف را، یعنی خلاف کشف حقیقی را، مرحوم مقدس اردبیلی(ره) در مجمع البرهان هم این

خلاف را قوي شمردده است. كاشف اللثام(ره) هم در كتاب نكاح از اين فقهاء تبعيت كرده است.

تا اينجا به حسب قواعد حكم آن را بررسي كرديم. اما بايد ببينيم كه به حسب روايات و اخباري كه درصحت بيع فضولي بيان شده، نتيجه چه مي‌شود؟

وَصَلَّى اللهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ