

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

«و أمّا الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف كما صرح به في الدروس و كذا الأخبار التي بعدها، لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمي»

اخبار و روايات دال بر كاشفیت

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: به حسب قواعد و عمومات در مساله اجازه باید قائل به ناقلیت شویم، آنچه که انساب به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و سایر عمومات است، قول به ناقلیت است، اما از روایاتی که در بیع فضولی وارد شده، خلاف این معنا استفاده می‌شود.

صحيحه محمد بن قيس

یکی از روایات، صحیحه محمد بن قیس است، که شخصی جاریه و کنیز پدرش را بدون اذن به شخص دیگری فروخته و مشتری هم که جاریه را خریده آن را مستولده کرده، یعنی از او ولدی به وجود آورده، اما بعد که مالک، یعنی پدر بایع مطلع شده، گفته: این معامله بدون اجازه من انجام شده است.

حکم را از حضرت امیر(علیه السلام) سؤال کردند و حضرت فرمودند: حکم این است که حال که بدون اذن این جاریه را فروخته، جاریه و پسر را از مشتری بگیری.

بعد مشتری مناشده کرده و از حضرت چاره جویی کرده است، حضرت هم به او فرمودند: بچه او را به عنوان گرو بگیرد و بگوید: اگر فرزندی را می‌خواهی، باید جاریه و بچه را به من پس بدهی. کار به اینجا که رسید، مالک بیع جاریه را انفاذ کرد.

مرحوم شیخ(ره) فرموده: شهید(ره) در کتاب دروس از این روایت استفاده کاشفیت کرده و فرموده: استفاده می‌کنیم که اجازه عنوان کاشفیت دارد.

از دو قسمت روایت این معنا را می‌توانیم استفاده کنیم؛ یک قسمت کلمه «انفاذ» است، که در روایت دارد که بیع سابق را انفاذ کند، که انفاذ بیع سابق، ظهور در کاشفیت دارد و با کاشفیت تناسب دارد.

جهت دوم این است که در روایت حضرت نفرمودند که: جاریه و بچه‌اش را به همان مشتری برگردان و مشتری هم باید قیمت

این ولد را به بایع بپردازد و حکمی به ثبوت قیمت ولد در روایت وارد نشده، که این با کاشفیت اجازه سازگاری دارد.

اگر بگوییم: اجازه عنوان ناقلیت دارد، معنایش این است که این بچه، در ملک مالک اصلی متولد شده و چون بچه عنوان حر دارد، این اتلافی بر مالک است و در نتیجه باید قیمت این ولد را به مالک بپردازد.

اما در روایت صحبتی از پرداختن قیمت به مالک نشده، که معنایش این است که اجازه کاشفیت دارد و کشف از این کرده که از اول که معامله فضولی واقع شده، جاریه به مشتری منتقل شده و این بچه در ملک مشتری به وجود آمده است. لذا امام(علیه السلام) صحبتی از قیمت این ولد و این که مشتری باید قیمت ولد را به مالک بپردازد نفرمودند. پس این روایت ظهور در کاشفیت دارد.

کلام شیخ(ره) درباره این روایت

اما مرحوم شیخ(ره) فرموده: در اصل کاشفیت ظهور دارد، اما شهید(ره) در کتاب دروس خواسته استفاده کند که ظهور در کشف حقیقی، یعنی کشف به معنای مشهور دارد.

شیخ(ره) این را قبول نداشته و فرموده: این در اصل کشف و کاشفیت ظهور دارد، اما هم قابل حمل بر کشف حقیقی است و هم قابل حمل بر کشف حکمی.

وقتی اجازه را ناقله بدانیم، معنای ناقلیت اجازه این است که آنچه در اصل نقل و انتقال موثر است، اجازه است، در روایت هم دارد که «حتی ینفذ لک البیع»، انفاذ بیع سابق معنایش این است که آنچه که موثر است، بیع سابق است، یعنی ملکیت از زمان بیع سابق آمده است.

البته این نکته را هم تذکر دهیم، که این دو علتی که برای ظهور در کاشفیت عرض کردیم، نوعاً در کلمات محشین مکاسب، همین علت دوم بیان شده و خیلی به ندرت هم نسبت به علت اول تعرض کردند و مهم همان علت دوم است که عرض کردیم.

روایات تزویج صغیرین

روایت دوم که ظهور در کشف دارد و مرحوم شیخ(ره) فرموده: از این روایت کشف حقیقی را هم می‌توانیم استفاده کنیم، روایتی است که در مورد تزویج صغیرین، به تزویج فضولی وارد شده است، که اگر صغیر و صغیره‌ای را به تزویج فضولی با یکدیگر تزویج کردند، در روایت آمده که اگر زوج بالغ شد و اجازه داد و بعد از دنیا رفت، امام(علیه السلام) فرمودند: باید نصیب زوجه از میراث را کنار بگذارید، تا زمانی که زوجه هم بالغ شود، اگر زوجه هم به حد بلوغ رسید و اجازه داد، این میراث برای اوست و اگر اجازه نداد، این میراث مربوط به سائر ورثه است.

در این روایت امام(علیه السلام) به این که میراث زوجه را باید کنار گذاشت، امر فرمودند. مرحوم شیخ(ره) فرموده: اگر در اینجا دو جهت را ملاحظه کنیم، مسئله کاشفیت اجازه را استفاده می‌کنیم؛ یک جهت این که امر امام(علیه السلام) به صورت مطلق است و نمی‌فرمایند: اگر ورثه اجازه دادند، یعنی حکم امام(علیه السلام) به عزل نصیب زوجه از ارث، مقید به آن ورثه نیست، بلکه مطلق است.

جهت دوم این است که از خارج می‌دانیم، اگر این مال، مال ورثه باشد، «الناس مسلطون علی اموالهم»، دیگر نباید این مال را برای زوجه کنار گذاشت، چون تضییع حق ورثه است.

از یک طرف اطلاق داریم و از یک طرف هم می‌خواهیم عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» محفوظ بماند و نگوییم: در مورد این روایت تخصیص خورده، یعنی کسی نگوید: درست است که این مال را که برای زوجه کنار می‌گذارند، مال ورثه است، اما قاعده سلطنت در خصوص مورد این روایت تخصیص خورده است.

لذا اگر زوجه بالغ شد و اجازه داد، این اجازه کشف از این می‌کند که از اول، این نصیب زوجه از میراث بوده، نه این که بعد از اجازه به ملک زوجه منتقل شده باشد، لذا از این روایت هم می‌توانیم مساله کشفیت را استفاده کنیم.

بنابراین خلاصه نظریه شیخ انصاری (اعلی الله مقامه الشریف) این شد که به حسب قواعد و عمومات قائل به ناقلیت هستیم، اما به حسب اخبار و روایات قائل به کشفیت.

ثمرات بین این مبانی در اجازه

بعد از این بحث ثمرات بین اقسام کشف و بین کشف و ناقلیت را بیان کرده‌اند. در بحث دیروز ملاحظه فرمودید که شیخ (ره) برای کشفیت سه صورت را بیان کرده و یک صورت هم قول به نقل، که مجموعاً چهار صورت می‌شود، که باید ثمرات بین این اقوال را بیان کنیم.

ثمره بین کشف حقیقی به معنای مشهور و کشف حقیقی غیر مشهور

ابتدا ثمره بین کشف حقیقی به معنای مشهور و کشف حقیقی غیر مشهور را بیان کرده‌اند.

کشف حقیقی به معنای مشهور آن است که بگوییم: ملکیت از حین عقد می‌آید و آنچه شرطیت دارد، خود اجازه است، به نحو شرط متاخر، که معنایش این است که ملکیت الان می‌آید، به شرط این که اجازه بعداً محقق شود، اما ملکیت از حین عقد موجود است.

اما کشف حقیقی غیر مشهور آن است که بگوییم: ملکیت از حین عقد می‌آید، اما آنچه که شرطیت دارد خود اجازه نیست، بلکه یک عنوان انتزاعی، به نام تعقب اجازه است.

مرحوم شیخ (ره) فرموده: ثمره بین این دو روشن است و در بحث دیروز هم به یکی، دو مورد اشاره کرده‌اند، ایشان فرموده‌اند: ثمره در جایی ظاهر می‌شود، که فضولی مال را به مشتری فروخته و مشتری هم علم دارد به این که مالک بعداً اجازه می‌دهد، که در صورت علم، بنا بر کشف حقیقی به معنای مشهور، مشتری حق تصرف در این مال را ندارد، چون هنوز اجازه که شرط است، نیامده است و باید شرط بیاید تا ملکیت محقق شود.

اما بنا بر کشف حقیقی به معنای غیر مشهور، وقتی علم دارد به این که مالک بعداً اجازه می‌دهد، الان این عقد متعقب اجازه است و عنوان تعقب وجود دارد.

البته تقریباً اکثر محشین مکاسب بر این ثمره‌ای که شیخ (ره) فرموده، ایراد گرفته و قائل‌اند که بین کشف حقیقی به معنای مشهور و غیر مشهور، از نظر جواز تصرف مشتری فرقی نیست.

تعجب این است که خود مرحوم شیخ (ره) دو سطر بعد از این مطلب، مطلبی دارد که با این مطلبی که الان عرض کردیم، تناقض دارد.

تطبیق عبارت

«هذا بحسب القواعد و العمومات»، این قول به ناقلیت، به حسب قواعد و عمومات است که روشن شد و مراد از عمومات، عرض کردیم که همان «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است و قواعد، قاعده این است که شرط نمی‌تواند از مشروط موخر باشد. قاعده تقدم شرط بر مشروط، مقتضی ناقلیت است.

«و أمّا الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف كما صرح به في الدروس»، به این ظهور در کتاب دروس تصریح شده، که عرض کردیم از دو قسمت روایت محمد بن قیس کاشفیت را به دست می‌آوریم، یکی از کلمه انفاذ، که حضرت فرمودند: «حتي ينفذ لك البيع»، که انفاذ بیع سابق، معنایش این است که آنچه موثر در ملکیت است، بیع سابق است، یعنی ملکیت با بیع سابق آمده.

اما جهت دوم که قویتر از جهت اول است، این است که عرض کردیم امام (علیه السلام) حکم نکرده به این که مشتری باید قیمت ولد را به مالک جاریه بدهد، در حالی که اگر بگوییم: اجازه عنوان ناقلیت دارد، معنایش این است که این ولد، در ملک مالک متولد شده و چون این ولد عنوان حر دارد، اتلاف مال مالک می‌شود، لذا باید قیمت آن را به مالک بپردازد، اما در روایات صحبتی از دادن قیمت به مالک نیست، پس معلوم می‌شود که ولد، در ملک خود مشتری به وجود آمده است.

«و كذا الأخبار التي بعدها»، اخباری هم که بعد از این صحیحه هست، از آن روایاتی که در اول بیع فضولی، برای صحت بیع فضولی خواندیم، ظهور در کاشفیت دارد.

«لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمي»، اما ظهوری در این روایات در کشف به معنای مشهور، یعنی کشف حقیقی وجود ندارد و محتمل است که بگوییم: مراد کشف حکمی است که اختراع کردیم.

«نعم»، فقط یک روایت است که ظهور در کشف حقیقی دارد، «نعم، صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً، الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات، للزوجة الغير المدركة حتى تدرك و تحلف، ظاهرة في قول الكشف»، و آن صحیحه ابی عبیده است، که وارد شده در موردی که صغیر و صغیره‌ای را فضولتاً با یکدیگر تزویج می‌کنند، که این صحیحه امرکننده است به این که ما ترک و ارث زوجی را که بالغ شده و نکاح را اجازه داده و بعد از دنیا رفته، برای زوجه‌ای که مدرکه نیست، نگاه دارند تا این که بالغ شود و قسم یاد کند، که قسمش برای این است که قسم بخورد که اگر آن زوج زنده بود، باز هم راضی به ازدواج بودم.

پس صحیحه ابی عبیده ظهور در قول به کشف حقیقی دارد، «إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة»، اگر بگوییم اجازه ناقل است، معنای ناقلیت اجازه این است که مال میت قبل از اجازه زوجه، باقی بر ملک سائر ورثه باشد، که اگر این چنین باشد، «كان العزل مخالفاً لقاعدة «تسلط الناس على أموالهم»»، با قاعده سلطنت که می‌گوید: نمی‌تواند این مال، مال زوجه باشد مخالف است، چون امام (علیه السلام) می‌فرمایند: ورثه حق ندارند، پس این که از یک طرف مالشان باشد و از طرف دیگر امام (علیه السلام) بفرماید: این را کنار بگذارید، با هم تناقض دارند، لذا اگر در اینجا دو چیز را یکدیگر

ضمیمه کنیم، کاشفیت را به دست می‌آوریم.

«فإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» يفيد أنّ العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثةً في الواقع»، پس این که امام (علیه السلام) به صورت مطلق حکم به عزل فرموده، یعنی مقید به اذن ورثه نکرده، به ضمیمه عموم قاعده سلطنت، به خاطر این است که ممکن است زوجه واقعا وارث باشد، یعنی اگر اجازه داد، کشف از این می‌کند که زوجه هم، همان موقع که زوج مرده، وارث بوده است.

«فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة»، پس گویا این احتیاط در اموال است، که شارع آنرا بر اصالت عدم الاجازه غلبه داده است.

این در واقع جواب از سؤال مقدر است که چرا از راه قاعده اصولی وارد نمی‌شویم؟ شک می‌کنیم که این زوجه، بعدا اجازه می‌دهد یا نه، اصل عدم الاجازه است و عدم اجازه را استصحاب می‌کنیم، پس استصحاب می‌گوید: این زن ارث نمی‌برد.

شیخ (ره) فرموده: شارع متعال در اینجا احتیاطی کرده و این احتیاط را بر این اصل عدم اجازه غلبه داده است، «كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يُحتمل»، مثل جایی که کسی حملی دارد، که نصیب حمل را به عنوان ارث کنار می‌گذارند. کسی مرده و حملی هم به عنوان وارث او هست، به اندازه دو برابر و مقداری که مطابق با احتیاط هست، کنار می‌گذارند، که اگر مثلاً دو حمل هم بود، به مقدار نصیب آنها شود.

«بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل»، کلام در بیان ثمره بین کشف با احتمالات سه گانه‌اش و نقل باقی ماند.

«فنقول: أمّا الثمرة على الكشف الحقيقي، بين كون نفس الإجازة شرطاً، و كون الشرط تعقّب العقد بها و لحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كلّ منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد»، اما ثمره در کشف حقیقی، بین اینکه اجازه شرط متاخر باشد، یعنی نفس اجازه شرط است و این که شرط را تعقب عقد به اجازه بدانیم، که یک عنوان انتزاعی است، در جواز تصرف هر کدامیک از این دو در آنچه که به او منتقل شده، ظاهر می‌شود.

فرض کنید که فضولی مالی را به مشتری فروخته، آیا مشتری می‌تواند در این مال تصرف کند یا نه؟ البته به شرطی که علم به اجازه مالک در آینده دارد.

شیخ (ره) خواسته بفرماید: اگر اجازه را شرط قرار دادیم، مشتری حق تصرف ندارد، چون هنوز اجازه نیامده و اجازه هم شرط ملکیت است، منتها به نحو شرط متاخر، یعنی اجازه نیامده، پس ملکیت هم موجود نیست، لذا مشتری نمی‌تواند تصرف کند.

اما اگر شرط را تعقب قرار دادیم، در جایی که مشتری علم دارد که مالک بعدا اجازه می‌دهد، الان صفت تعقب وجود دارد، پس الان مشتری حق تصرف دارد.

البته این روی بیان شیخ (ره) است، که همه‌ی آن محل اشکال و بحث است.

ثمره بین کشف حقیقی و کشف حکمی

مرحوم شیخ(ره) در اینجا وقتی وارد این ثمره شده‌اند، سه فرع را در اینجا بیان کرده‌اند، که یکی یکی آنها را مستقلاً بیان می‌کنیم.

فرع اول

اگر فضولی جاریه مالک را فضولتا به مشتری فروخت و مشتری جاریه را گرفت و وطی کرد، شیخ(ره) فرموده: اگر فائل به کشف حقیقی شدیم، بنا بر کشف حقیقی مشهور، که آنچه شرطیت دارد خود اجازه است نه تعقب، این وطی مشتری نسبت به این جاریه، واقعا حلال و ظاهراً حرام است.

واقعا حلال است، چون بعداً مالک اجازه داده و اجازه کشف از این می‌کند که این جاریه، ملک مشتری بوده و و وطی کرده، پس واقعا حلال است. اما ظاهراً حرام است، چون موقعی که می‌خواهد جاریه را وطی کند، شک داشت که آیا مالک اجازه می‌دهد یا نه؟ استصحاب و اصل عدم اجازه است، که می‌گوید: حق وطی کردن نداري. پس واقعا حلال می‌شود، اما ظاهراً حرام است.

اما بنا بر کشف حکمی، حکم این چنین نیست.

این اولین فرعی است که مرحوم شیخ(ره) بیان کرده، که عرض کردیم با آن ثمره قبلی منافات دارد.

تطبیق عبارت

«و أمّا الثمرة بین الكشف الحقیقی و الحکمی مع کون نفس الإجازة شرطاً، يظهر في مثل ما إذا وطئ المشتري جاریة قبل إجازة مالکها فأجاز»، «حلال واقعاً؛ لکشف الإجازة عن وقوعه في ملک»، اگر نفس اجازه را شرط قرار دهیم، بنا بر کشف حقیقی به معنای مشهور، ثمره در جایی ظاهر می‌شود که مشتری قبل از اجازه مالک به جاریه وطی کند و بعداً مالک اجازه دهد، «فإنّ الوطاء على الكشف الحقیقی حرام ظاهراً؛ لأصالة عدم الإجازة»، و طی روی کشف حقیقی ظاهراً حرام است، چون مشتری شک می‌کند که مالک اجازه می‌دهد یا نه، استصحاب عدم اجازه جاری است.

«حلال واقعاً؛ لکشف الإجازة عن وقوعه في ملک»، اما واقعا حلال است، چون اجازه کشف از این می‌کند که وطی در ملک خود مشتری واقع شده است.

اما بنا بر کشف حکمی این وطی واقعا حرام است، چون گفتیم: کشف حکمی حقیقتاً نقل است، اما احکام ممکنه کشف بر آن مترتب می‌شود، یعنی ملکیت از زمان عقد نبوده، پس وطی مشتری نسبت به جاریه واقعا حرام می‌شود. لذا بنا بر کشف حکمی هم ظاهراً و هم واقعا حرام است.

عرض کردم که این عبارت، با عبارت قبلی شیخ(ره) تناقض دارد، چون در عبارت قبلی فرموده: اگر اجازه را به نحو شرط متاخر بدانیم، تصرف جایز نیست، اما در اینجا فرموده: بنا به نحو شرط متاخر، واقعا حلال است.

این تناقض را مرحوم ایروانی(ره) و عده‌ای از محشین مکاسب تذکر داده‌اند.

فرع دوم

فرع دوم این است که اگر مشتری جاریه را وطی کرد و از این جاریه ولدی هم به وجود آمد، آیا این جاریه عنوان ام ولد پیدا می کند یا نه؟

مرحوم شیخ (ره) در اینجا دو نظریه داشته؛ یک نظریه این است که در اینجا، چه در اجازه، به کشف حقیقی قائل شویم و چه کشف حکمی، این جاریه ام ولد می شود.

نظریه دومشان این است که روی کشف حقیقی ام ولد می شود اما روی کشف حکمی ام ولد نیست.

پس اگر مشتری جاریه را وطی کرد و بعداً مالک اجازه داد، بنا به کشف حقیقی مساله روشن است، چون بنا بر کشف حقیقی، این جاریه ملک مشتری بوده و بچه در ملک مشتری به وجود آمده، پس جاریه بنا بر کشف حقیقی ام ولد می شود و احکام ام ولد را باید بر او بار کرد.

اما شیخ (ره) در کشف حکمی دو نظریه داده؛ در یک نظر گفته: کشف حکمی هم مثل حقیقی است، یعنی روی قول به کشف حکمی هم باید بگوییم: آن جاریه ام ولد می شود.

اما نظر دومشان این است که بگوییم: بنا بر کشف حکمی جاریه ام ولد نمی شود، به دلیل این که در باب ام ولد دو مبنا بین فقهاء وجود دارد؛

یک مبنا این است که در این که کنیزی ام ولد باشد، همین مقدار که بقائاً ملک انسان باشد، کفایت می کند، ولو در حین وطی ملک انسان نباشد، یعنی اگر کسی جاریه ای را وطی کرد، که در حین وطی ملک او نبوده، اما بعداً ملک او شود، بعضی گفته اند: همین مقدار در ام ولد بودن کفایت می کند. به تعبیر دیگر در تحقق ام ولد، ملکیت بقاییه کافی است و حدوث ملکیت لازم نیست.

شیخ (ره) بنا بر این مبنا فرموده: در کشف حکمی، درست است که موقعی که مشتری وطی کرده، جاریه ملکش نبوده، اما بعد که اجازه می دهد، چون ملک مشتری می شود، پس باز هم این جاریه ام ولد است.

اما مبنای دوم این است که در ام ولد بودن، روایاتی وجود دارد که احکامی را بیان می کنند، که از این روایات استفاده می کنیم که هم بقائاً و هم حدوثاً باید ملک باشد، یعنی باید زمانی که جاریه را وطی کرده، جاریه در ملک وطی کننده باشد.

در این صورت بنا بر کشف حکمی، چون در حقیقت همان نقل است و ملکیت از زمان عقد نمی آید، وقتی جاریه را وطی کرده، در ملکش نبوده. پس این جاریه روی قول کشف حکمی ام ولد نیست.

تطبیق عبارت

«و لو أولدها صارت أمّ ولد علی الکشف الحقیقی و الحکمی»، اگر جاریه را مستولده کند، جاریه، هم بنا بر کشف حقیقی و هم حکمی ام ولد می شود. بنا بر کشف حقیقی مساله خیلی روشن است، چون جاریه ملک مشتری است و وطی هم در ملکش بوده است.

اما بنا بر كشف حكمي، «لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً ترتب حكم وقوع الوطاء في الملك»، وقتي مي گوييم: عقد سابق را ماضي قرار دهيم، مقتضائش اين است كه بگوييم: وطي در ملك واقع شده، «و يحتتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي»، احتمال هم داده مي شود كه بنا بر كشف حكمي ام ولد بودن محقق نشده، «لعدم تحقق حدوث الولد في الملك»، چون حدوث آن در ملك مشتري نبوده، ولي بقائاً جاريه ملك مشتري مي شود، اما بقائاً كفايت نمي كند.

لذا بنا بر اين كه بگوييم: در ام ولد بودن، ملكيت بقاييه كافي است، نتيجه اين مي شود كه جاريه بنا بر كشف حكمي هم ام ولد مي شود، اگر گفتيم: در ام ولد بودن ملكيت بقاييه كافي نيست و ملكيت حدوثيه هم لازم است، يعني از اول كه دارد وطي مي كند، بايد جاريه در ملكش باشد، نتيجه اين مي شود كه بنا بر كشف حكمي، ديگر جاريه ام ولد نمي شود.

«و إن حكم بملكته للمشتري بعد ذلك»، ولو اين كه به ملكيت اين ولد براي مشتري و يا ملكيت آن مبيع براي مشتري حكم شود.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين