

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

«و لو نقل المالك [أُمّ] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي؛ لانكشاف وقوعه في ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزلة الردّ و بقي صحيحاً على الكشف الحكمي، و على المجيز قيمتها ...»

ثمره و فرق بين كشف حقيقي و كشف حكمي

دو مورد را در این قسمت به عنوان ثمره عرض کردیم.

فرع سوم

مورد سوم این است که اگر مالک، قبل از آن که معامله فضولی را اجازه دهد، آن را به دیگری بفروشد و بعد آن معامله فضولی را اجازه دهد، در اینجا مرحوم شیخ(ره) فرموده: بنا بر كشف حقيقي دو احتمال وجود دارد؛

یک احتمال این است که بگوییم: این نقلي و معامله‌اي که مالک، قبل از اجازه روي این جنس انجام داده، باطل است، چون بعد که اجازه می‌دهد، بنا بر كشف حقيقي، اجازه کاشف از این است که این مال، از همان زمانی که فضولی معامله کرده، ملک مشتری شده و در نتیجه مالک، ملک غیر را معامله کرده است، بنابراین معامله مالک باطل است.

احتمال دوم این است که این معامله مالک را به منزله رد تلقي کرده و بگوییم: این که مالک بعد از معامله فضولی، مالش را به دیگری فروخت، به منزله رد عقد فضولی سابق است و بعدا اثبات می‌کنیم که اجازه بعد از رد، کالعدم است، لذا این اجازه دیگر موثر واقع نمی‌شود.

پس بنابر كشف حقيقي، دو احتمال وجود دارد، اما بنا بر كشف حكمي که در حقیقت نقل است، یعنی ملکیت تا قبل از اجازه، برای مشتری نیامده، بنابراین مالک ملک خودش را فروخته و معامله‌اش صحیح است، اما این اجازه هم که دلالت بر صحت بیع سابق می‌کند، اثرش این است که مالک باید بدل این مال را به مشتری بپردازد.

مثلاً در مثالی که شیخ(ره) بیان کرده، که فضولی ام ولد را فروخته و مالک ام ولد هم آن را با شخص دیگری معامله کرده و بعد هم معامله اول فضولی را اجازه کرده است.

اگر بگوییم: اجازه کاشف است، به نحو كشف حكمي، یعنی موقعی که مالک فروخت، ملک خودش بوده و فروخته، پس

معامله‌اش صحیح است و حال که عقد سابق را اجازه می‌دهد و دیگر ام ولد وجود ندارد تا به مشتری تحویل دهد، پس مجبور است که قیمت ام ولد را به مشتری بپردازد.

به تعبیر دیگر مرحوم شیخ (ره) فرموده: بنا بر کشف حکمی دو دلیل داریم، که مقتضای جمع بین الدلیلین، چنین حکمی است که الان بیان کردیم؛

یک دلیل می‌گوید: این اجازه کاشفه بالكشف الحکمی، که لازمه‌اش این است که اجازه صحیح باشد و عقد فضولی اول موثر و نافذ واقع شود.

اما دلیل دوم می‌گوید: زمانی که مالک این مال را فروخته، بنا بر کشف حکمی، این مال ملک مالک بوده، پس از نظر فروختن اشکالی نداشته، لذا مقتضای دلیل دوم این است که این معامله مالک صحیح است.

لذا جمع بین الدلیلین این است که بگوییم: مالک مجیز باید بدل ام ولد، یعنی قیمتش را به مشتری بپردازد.

قاعده‌ای در باب کشف حکمی

بعد مرحوم شیخ قاعده‌ای را در باب کشف حکمی ارائه داده، فرموده‌اند که: بنا بر کشف حکمی، هر آثار ملکیتی را که ترتبش ممکن باشد و با اجازه مالک منافات نداشته باشد، بار می‌کنیم، یعنی در این ضابطه و قاعده‌ای که ارائه داده، فرموده‌اند: بنا بر کشف حکمی، ملکیت قبل از اجازه وجود ندارد، اما آثار ملکیت وجود دارد. اما در اینجا هم دو صورت دارد؛ یک صورت این است که ترتب آثار ملکیت با اجازه منافات ندارد و صورت دوم این است که ترتب آثار ملکیت با اجازه منافات دارد.

اگر ترتب آثار ملکیت با اجازه منافاتی نداشته باشد، آثار ملکیت را بار می‌کنیم، مثل جایی که بین عقد و اجازه، نمائی محقق شده و مشتری این نماء را، بین زمان عقد و اجازه، اتلاف کرده است. در این صورت اگر بگوییم که: این نما ملک مشتری بوده و مشتری هم اتلاف کرده، این اشکالی ندارد و با اجازه‌ای که بعداً مالک می‌دهد، منافات ندارد، چون اجازه به خود عقد تعلق پیدا می‌کند.

اما صورت دوم این است که اگر بخواهیم آثار ملکیت را بار کنیم، با اجازه مالک منافات دارد، مثل جایی که خود عین را اتلاف کند، دیگر محل و موردی برای اجازه باقی نمی‌ماند.

البته کلام شیخ (ره) مقداری مورد مناقشه واقع شده، که آن را عرض می‌کنیم و لکن مناقشه در مثال نیست.

پس به طور کلی قاعده‌ای که شیخ (ره) در باب کشف حکمی فرموده، این است که ترتب آثار ملکیت در صورتی است که با اجازه مالک منافاتی نداشته باشد، اما هر جا که ترتب آثار ملکیت، با اجازه مالک منافات داشت، دیگر محلی برای اجازه باقی نمی‌ماند و محل اجازه فوت می‌شود.

البته در همین صورت دوم هم، احتمال دیگری در کلام شیخ (ره) وجود دارد.

ثمرات بین ناقلیت و کاشفیت

تا اینجا ثمرات بین اقسام کشف بیان شد و حال ثمرات بین ناقلیت و کاشفیت را شروع کرده‌اند.

ثمره اول

اولین و معروفترین ثمره، مساله نماء است، که اگر اجازه را ناقله دانستیم، نماء برای خود مالک است، اما اگر اجازه را کاشفه دانستیم نماء برای مشتری است.

مرحوم شیخ(ره) در بیان این ثمره، به همین مقدار اکتفاء کرده و فرموده: شهید ثانی(ره) در کتاب روضه عبارتی داشته، که این عبارت دچار اشکال است و برای حل اشکال، دو راه وجود دارد؛ یکی تصرف موضوعی و دوم تصرف حکمی.

ایشان فرموده: تصرف موضوعی در عبارت شهید ثانی(ره) اولی و اقرب است، از این که توجیه و تصرف حکمی کنیم، اما مع الاسف شیخ(ره) نه عبارت شهید(ره) را نقل کرده و نه اشکالی را که به عبارت ایشان است بیان کرده و نه توجیه موضوعی و نه حکمی را بیان کرده، که باید در اینجا هر چهار مطلب را بیان کنیم.

تطبیق عبارت

«و لو نقل المالك [أم] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي»، این فرع سوم از ثمره کشف حقیقی و کشف حکمی است، که اگر مالک همین ام ولدی را که قبلاً در بیع فضولی فروخته شده، به دیگری بفروشد و بعد همان عقد اول را اجازه کند، بنا بر کشف حقیقی معامله مالک باطل می‌شود، «لأنکشاف وقوعه في ملك الغير»، چون بنا بر کشف حقیقی معلوم می‌شود ام ولد ملک مشتری اول بوده و مجیز مالی را که در ملک غیر بوده، فروخته است. این یک احتمال، «مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد»، و احتمال هم می‌دهیم که معامله‌ای را که مالک انجام داده، به منزله رد معامله سابق بوده، لذا اجازه‌ای که بعد داده اجازه بعد الرد است و فایده‌ای ندارد.

«و بقي صحيحاً على الكشف الحكمي»، اما بنا بر کشف حکمی، این معامله و نقلی که مالک انجام داده صحیح است، چون کشف حکمی در حقیقت نقل است و تا قبل از اجازه، این مال هنوز ملک خود مالک است، پس مالک به عنوان ملک خودش فروخته، لذا معامله صحیح است.

«و على المجيز قيمتها»، البته مجیز باید قیمت این ام ولد را بپردازد، «لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه و مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل»، چون مقتضای جمع بین این که عقد فضولی اول را ماضی و موثر از حین وقوعش قرار دهیم و بین صحت نقلی که واقع شده، قبل از آن که شارع به این جعل حکم کند و عقد سابق را موثر قرار دهد، همین است.

بعد مرحوم شیخ(ره) در اینجا تشبیهی داشته و فرموده: «كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم»، در باب خیارات اگر معامله‌ای واقع شد و بایع جنسی را فروخت و در مقابلش پولی گرفت و مشتری هم برای خودش پنج روز خیار قرار داد، چون روی نظریه مشهور به مجرد عقد، ولو خیار هم باشد، نقل و انتقال محقق می‌شود، این جنس داخل در ملک مشتری می‌شود و مشتری هم ذوالخیار است.

حال اگر همین مشتری ذوالخيار، در زمان خيار مالي را که به او منتقل شده فروخت، در اینجا مشهور گفته‌اند: اگر این مال را فروخت و بعد معامله اولش را فسخ کرد، باید بدل جنسي را که فروخته و الان وجود ندارد، به بايع برگرداند، چون این فروش مشتری به منزله تلف العين است و الان که اعمال خيار مي‌کند، باید بدل این جنس را به بايع برگرداند.

در اینجا هم همینطور است و حال که ام ولد را فروخته و وجود ندارد، باید قيمتش را به مشتری اول بپردازد.

این عبارت را ما با این بیان، معنا کردیم، اما مرحوم خوئي (قدس سره الشریف) در مباحث بيعشان فرموده‌اند: «ان النسخة الصحيحة هكذا» عبارت صحيح این است که «و لو نقل المالك الولد»، به جای «ام الولد» و بعد فرموده: مراد از ولد، ولد الحيوان است.

ما در دنباله‌اش اضافه کردیم که با وجود کلمه «الام»، بین این عبارت و مطلبي که در صفحه بعد مي‌آید، تهافت وجود دارد.

البته آنچه که با عبارت شيخ (ره) مناسبتر است، «ام ولد» است، چون دو فرع قبلي‌اش هم راجع به جاریه و استیلا بود و در فرع سوم مي‌گوید: اگر ام ولد را منتقل کند، لذا آنچه انسب به عبارت شيخ (ره) است، همین ام ولد است.

بعد فرموده: «و ضابط الكشف الحكمي: الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد»، ضابطه كشف حکمي این است که بعد از اجازه مالک به ترتب آثار ملکیت مشتری از زمان عقد حکم کنیم.

بیان کردیم که كشف حکمي حقیقتاً نقل است، يعني ملکیت از حین عقد نیست، بلکه از حین اجازه است، اما احکام كشف را دارد و آثار ملکیت را از زمان عقد مترتب مي‌کنیم.

اشکال کرده‌اند که چطور مي‌شود که ملکیت نباشد اما آثارش باشد؟ جوابي هم که داده‌اند این است که در امور تشريعي و اعتباریه این مسائل اشکالي ندارد. در افعال تکوينيه باید حقیقتاً موضوعي باشد تا حکم و آثاري را بر آن مترتب کنیم، اما در امور اعتباریه و جعلیه، چه اشکالي دارد که شارع بگوید: اصل ملکیت را الان اعتبار نمي‌کنم، اما آثارش را اعتبار مي‌کنم، از نظر تشريعي و اعتباري مي‌گویند: اشکالي ندارد.

«فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة»، بعد مرحوم شيخ (ره) ترتب آثار ملکیت را دو قسم کرده؛ ترتب شيئي از آثار ملکیت مالک قبل از اجازه‌اش، مانند اتلاف و نقل نماء، که با اجازه منافات ندارد، چون اجازه مربوط به عقد و عين است و هر دو الان باقي است، «جمع بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل»، لذا در اینجا جمع بين آن شيء و بين مقتضاي اجازه، در رجوع به بدل است.

صورت دوم این است که «و إن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعققات محلّها»، اگر آن اثر را که مي‌خواهيم بار کنیم، با اجازه منافات داشته باشد، مثل این که مالک عين را از بين ببرد و يا شرعاً اتلاف کند، يعني در حکم اتلاف باشد، مثل این که عبد را آزاد کند و بعد اجازه دهد، شيخ فرموده: در اینجا دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال که قويتر است این است که بگوئيم: محل این اجازه فوت شده و الان مجازي وجود ندارد. لذا اجازه لغو مي‌شود و معامله فضولي هم کالعدم مي‌شود.

«مع احتمال الرجوع إلى البدل، و سيجيء»، احتمال دوم این است که حال که اجازه مي‌دهد، مالک باید بدل عبد، يعني قيمتش را به مشتری بپردازد، که این بحثش بعداً مي‌آید.

«ثُمَّ إِنَّهُمْ ذَكَرُوا لِلثَّمَرَةِ بَيْنَ الْكَشْفِ وَ النَّقْلِ مَوَاضِعَ مِنْهَا النَّمَاءَ»، تا اینجا شیخ(ره) ثمرات بین اقسام کاشفیت را بیان فرمودند و بعد در ثمره بین کشف و نقل مواضعی را نقل کرده‌اند. البته در اینجا مراد از کشف، کشف حقیقی است.

یکی از مواضعی که ثمره در آن ظاهر می‌شود، نمایی است که از عین به وجود می‌آید، مانند این که فضولی گوسفندی را فروخت و بعد از این گوسفند بچه‌ای به وجود آمد، «فَإِنَّهُ عَلَى الْكَشْفِ بِقَوْلٍ مُطْلَقٍ لِمَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْعَيْنُ»، که بنا بر کاشفیت، یعنی کشف به قول مطلق، که در خصوص این ثمره، بنا بر تمام اقسام کشف، نماء برای کسی است که عین به او منتقل شده، یعنی مشتری. «و عَلَى النَّقْلِ لِمَنْ انْتَقَلَتْ عَنْهُ»، اما بنا بر ناقلیت، نماء برای کسی است که عین از او منتقل شده است.

«و للشَّهِيدِ الثَّانِي فِي الرُّوضَةِ عِبَارَةً، تَوْجِيهِ الْمَرَادِ مِنْهَا كَمَا فَعَلَهُ بَعْضُ أَوَّلَى مَنْ تَوَجَّهَ حَكْمَ ظَاهِرِهَا، كَمَا تَكَلَّفَهُ آخِرُ»، شهید ثانی(ره) در کتاب روضه عبارتی دارد که توجیه المراد، یعنی توجیه موضوعی از آن عبارت، همان گونه که برخی گفته‌اند، اولی است از توجیه حکم ظاهر آن، همان گونه که دیگران خود را به تکلف انداخته‌اند.

عبارت شهید ثانی(ره) این است که فرموده: «و تظهر الفائدة في النماء، فَإِنْ جَعَلْنَاهَا كَاشِفَةً»، اگر اجازه را کاشفه بدانیم، «فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري»، نمایی که بین عقد و اجازه است، که از مبیع و برای مشتری حاصل شده، مانند گوسفندی که فروخته و این بچه دار شده، «و نماء الثمن المعين للبائع»، و نماء ثمن معین برای بایع است.

تا اینجا در عبارت مشکلی وجود ندارد و اشکال از اینجا شروع می‌شود که «و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز»، اگر اجازه را ناقله بدانیم، هم نماء مبیع و هم نماء ثمن برای مالک مجیز است.

اشکال این است که چرا شهید(ره) حکم کرده به این که نمائین، یعنی هم نماء مبیع و هم نماء ثمن، برای مالک مجیز است، در حالی که بنا بر ناقلیت اجازه، فقط نماء مبیع برای مالک مجیز است، یعنی این مبیعی که این فضولی فروخته و مالک بعداً اجازه می‌دهد، اگر اجازه را ناقله بدانیم، نماء مبیع برای مالک می‌شود، اما چرا فرموده: نماء ثمن هم برای مالک مجیز است؟

مرحوم شیخ(ره) فرموده: بعضی در اینجا برای جواب اشکال، توجیه حکمی کرده‌اند. وجه این که نماء مبیع برای مالک است، روشن است، چون قبل از اجازه، مبیع در ملک مالک بوده، لذا نماء هم بنا بر ناقلیت، مربوط به مالک می‌شود.

اما این که نمایی ثمن برای مالک است، به دلیل این است که عقد، از طرف مشتری لازم بوده، چون فرض این است که مشتری عنوان اصیل دارد، لذا عقد از طرف مشتری لازم می‌شود و فرض هم این است که مشتری، خودش بایع فضولی را بر ثمن مسلط کرده، پس این تسلیط اقتضا دارد که بگوییم: نمایی این ثمن هم برای مالک مجیز باشد.

این همان توجیه حکمی است که شیخ(ره) فرموده: خیلی تکلف دارد و آن را نمی‌پسندیم.

اما توجیه موضوعی این است که بگوییم: فرض و موضوع کلام شهید(ره) در فرضی است که طرفین فضولی‌اند و مراد از این مالک مجیز، جنس است و نه شخص معین.

اگر گفتیم: این که شهید(ره) گفته: «فهما للمالك المجيز»، مراد از مالک مجیز شخص معین نیست، بلکه عنوان کلی است که یک مفهوم کلی دارد، لذا هم نسبت به مالک ثمن صدق می‌کند هم نسبت به مالک مبیع و فرض شهید(ره) هم در جایی است که طرفین عقد، هر دو فضولی بوده‌اند، که در این صورت هم از طرف مبیع، مالک مجیز معنا دارد و هم از طرف ثمن.

البته این خلاف ظاهر است ولی چاره ای نداریم، ظاهر عبارت شهید(ره) این است که بگوییم: فضولی فقط من طرف المبیع هست، اما شیخ(ره) فرموده: باید آن را توجیه کنیم، یعنی حمل بر خلاف ظاهر کرده و بگوییم: کلام شهید در جایی است که فضولی در طرفین است و این اولی است از این که حکم ظاهر عبارت شهید را توجیه کنیم.

وجه اولویت این است که این توجیه حکمی، توجیهی نیست که به سادگی بتوانیم بپذیریم، یعنی اولاً خلاف فرض است، چون فرض این است که در مطلق بیع فضولی می‌خواهیم بحث کنیم، اعم از این که مشتری ثمن را داده باشد یا نداده باشد، اما توجیه حکمی فقط در فرضی است که مشتری بایع فضولی را بر ثمن مسلط کرده باشد، یعنی تشبیه می‌کنند به همان مساله بیع غاصب لنفسه، در جایی که مشتری علم به غاصب بودن بایع داشته و ثمن را به بایع داده است.

اشکال این توجیه این است که اخص از مدعاست، یعنی فرض در مطلق بیع فضولی است، اعم از این که مشتری علم به فضولی بودن طرف داشته باشد یا نداشته باشد و اعم از این که مشتری ثمن را داده باشد یا نداده باشد.

لذا توجیه موضوعی اقرب است چون دیگر دچار این اشکالی که عرض کردیم نمی‌شود.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين