

بسم الله الرحمن الرحيم

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

جمع‌بندی نهایی بحث و بیان چند نکته

پیش از شروع مسأله هفتم، به چند نکته باید توجه داشت؛ نکته اول: آنکه در این بحث که می‌گوئیم رضای باطنی «مع دال» باید باشد، تفاوت بین این دال و انشاء را در گذشته بیان کردیم که و گفتیم انشاء، از امور قصديه است و محتاج به قصد انشاء است یعنی اگر گفتیم که انشاء لازم است، به این معناست که باید قصد انشاء بشود. قصد انشاء یعنی اینکه مالک با اجازه، قصد کند ایجاد ملکیت را (که بعداً در بحث کاشفیت و ناقلیت نیز به همین مطلب اشاره خواهد شد) و باید قصد ایجاد کند؛ چه با لفظ و چه با فعل.

اما اگر گفتیم فقط این رضای باطنی، یک دال لازم دارد، در این صورت دیگر لازم نیست که در آن، قصد انشاء بشود. مطلبی را در سالهای گذشته گفتیم (اگرچه تفصیل آن باید در نکاح مطرح شود) و آن اینکه ما گفتیم در نکاح، دلیلی نداریم بر اینکه هم موجب و قابل (خودشان یا وکیلشان) باید قصد انشاء کنند (البته در بسیاری از رساله‌های عملی یا گاهی اوقات بعضی از این افرادی که خیلی اهل احتیاطند و می‌خواهند عقد نکاح بخوانند، تأکید می‌کنند قصد انشاء یادتان نرود، قصد کنید ایجاد علقه‌ی زوجیت را).

مسلم است که در باب اجازه‌ی فضولی (همان‌گونه که محقق اصفهانی فرمود)، چیزی وجود ندارد که مالک بخواهد انشاء و ایجاد کند؛ زیرا ایجاد ملکیت، به وسیله‌ی عقدی که فضولی خوانده آمده است و این عقد، «سبب للمکلیه» است. بنابراین، ملکیت با عقد آمده و دیگر چیزی نیست که این مالک بخواهد ایجاد کند. محقق اصفهانی بالاتر از این مطلب فرمود اصلاً انشاء در ما نحن فيه محال است؛ زیرا می‌شود «ما یكون سبباً نافذاً جعله نافذاً»؛ یک چیزی که خودش نافذ است را، ما نافذ قرار بدهیم و این معنا ندارد. اگرچه ما در بیان ایشان مناقشه‌ای هم داشتیم، اما مسلم آن است که در اینجا، نیازی به انشاء نیست و عقلاً در باب اجازه، همین مقدار که این رضای خودش را اظهار کند را کافی می‌دانند. اینکه ما می‌گوئیم رضای مع الدال یعنی رضای مظهر و عقلاً همین مقدار را در اجازه‌ی فضولی کافی می‌دانند.

نکته دوم: بیان شد که در باب معاملات، باید یک عقد واقع شود و یک رضایت باشد و گفتیم که اسناد و استناد اصلاً لازم نیست؛ نه استناد به فضولی و نه به مالک، نه به وکیل و نه به موکل، اینها لزومی ندارد، اما مرحوم آخوند چون استناد را لازم می‌داند، فرمود باید انشاء باشد. در اینجا می‌گوئیم بر فرض اینکه استناد نیز لازم باشد، عقلاً در استناد همین مقدار اظهار را کافی می‌دانند و می‌گویند همین کافی است و انشاء دخالتی در استناد ندارد.

نکته سوم: در هر بحثی، چند نکته اصلی را باید مشخص کرد که این خیلی مهم است. نکات رئیسی در این بحث عبارتند از اینکه؛ (1) آیا انشاء لازم است یا خیر؟ (2) استناد لازم است یا خیر؟ (3) «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» آیا شرطش این است که حتماً «عقودکم» باشد یا لازم نیست؟ مشهور همین‌گونه معنا کردند فقیهانی مانند مرحوم شیخ و مرحوم سید «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» را «أى بعقودکم» معنا کردند که ما این را تخطئه کردیم و گفتیم در آیه نیامده «بعقودکم» و این را از خودتان به آیه اضافه می‌کنید و چون مشهور می‌گویند «بعقودکم»، پس این عقد نیز باید مستند به شما باشید.

مسأله هفتم؛ اجازه، کاشف است یا ناقل؟

مسئله‌ی هفت «تحریر الوسیله»، در بحث شرایط متعاقدين این است که «هل الإجازة كاشفة عن صحة العقد الصادر من الفضولی من حين وقوعه؟» آیا اجازه‌ای که مالک می‌دهد، کشف از این می‌کند که این عقد، از حین وقوعش صحیح بوده؟ «فتکشف أن المبيع كان ملكاً للمشتري و الثمن ملكاً للبائع من زمان وقوع العقد»؛ کشف از این می‌کند که از زمان وقوع عقد، مبيع، ملک مشتری شده و ثمن نیز، ملک برای بايع شده است «أو ناقلة بمعنى كونها شرطاً لتأثير العقد من حين وقوعها»؛ یا اینکه بگوئیم این اجازه کاشفه نیست، بلکه ناقل است و ناقل یعنی شرط تأثیر عقد از حین وقوع اجازه است.

ثمره‌ی بین کشف و نقل چیست؟ مرحوم امام می‌فرماید «و تظهر الثمرة في النماء المتخلل بين العقد و الإجازة»؛ ثمره این دو قول در نماء واقع می‌شود به عنوان مثال؛ اگر یک گوسفندی را فضوله به مشتری فروخت و مشتری نیز مالک شد، در همین ایام قبل از اینکه مالک اجازه بدهد، از این گوسفند بچه‌ای به دنیا آمد و یک نمایی پیدا کرد.

این نماء منفصل، بنا بر اینکه بگوئیم اجازه کاشفه است، ملک برای مشتری بوده است، اما بنا بر اینکه بگوئیم اجازه، ناقله است، نماء برای این مالک است و خود آن گوسفند، برای مشتری است. «فعلى الاول نماء المبيع للمشتري و نماء الثمن للبائع و على الثاني بالعكس». مرحوم امام در ادامه نظر شریف خود را می‌فرماید «و المسئلة مشكلة لا يترك الاحتياط بالتخلص بالصلح بالنسبة إلى النماءات»؛ مسئله مشکل است، هم ادله‌ی کشف، قابل توجه است و هم ادله نقل مهم است. لذا باید با تصالح در نماءات، مسئله را حل کنند.

بنابراین، مرحوم امام نه کاشفیت را قبول کرد و نه ناقلیت را، بلکه می‌فرماید «و المسئلة مشكلة».^[1]

بررسی نزاع کاشفیت و ناقلیت در اجازه

این بحث نزاع نقل و کشف، یکی از مسائل بسیار مهم بیع فضولی است و آثار زیادی نیز بر آن مترتب می‌شود. به همین دلیل باید از خداوند استمداد کرده و این بحث را شروع کنیم و ببینیم تحقیق در مسأله، چه اقتضائی دارد، مخصوصاً آنچه دیگران و متأخرین گفتند شاید ده نوع کاشفیت را تصویر کردند؛ یا کشف حقیقی است یا حکمی، هر کدام هم دارای اقسامی است که باید بررسی کنیم.

دیدگاه فقیهان در مسأله

این مهم است که بدانید در آراء و انظار، یک فتوایی مطابق با مشهور است یا خیر؟ مرحوم محقق اردبیلی در «مجمع الفایده و البرهان» می‌فرماید اکثر فقها، قائل به کاشفیت هستند.^[2] بنابراین ایشان، قول به کشف را به اکثر فقها نسبت داده است. صاحب

ریاض نسبت به اشهر داده است.^[13] برخی از فقها، این قول را به مشهور نسبت داده‌اند.^[14]

بنابراین، برخی از فقها، به اکثر و بعضی دیگر به اشهر نسبت داده‌اند. برخی نیز به مشهور نسبت دادند. «و قيل لم نقف على من صرح بالنقل من القائلين بصحة الفضولي»؛ بعضی گفتند آنهایی که قائل به صحت فضولی‌اند، کسی که تصریح به ناقلیت کرده باشد پیدا نکردیم. بعضی‌ها که قائل به بطلان فضولی‌اند، گفته‌اند علی تقدیر اینکه فضولی صحیح باشد، آنها قول به ناقلیت را قبول کردند یعنی قول به ناقلیت، منسوب به کسانی است که بعد از تنزل از بطلان، این قول را اختیار کردند.^[15]

بعضی‌ها نیز مانند مرحوم علامه در کتاب «قواعد» تردید و توقف کرده است.^[16] کلام مرحوم امام خمینی نیز (که فرمود: «و المسئلة مشكلة»، ظهور در تردید ایشان دارد که به تبع مرحوم علامه است.

مرحوم سید در حاشیه کتاب «مکاسب» فرموده «إن ظاهر كثير منهم، التوقف بين القولين»؛ بعضی‌ها گفتند ظاهر بسیاری از فقها، توقف بین القولین است یعنی قول به تردید و توقف، طرفدار زیاد دارد. مرحوم سید در ادامه می‌فرماید «و إن كان يرجع في الثمرة إلى القول الثاني»؛ از نظر ثمره، اینها که تردید کردند باید به حسب قول ثانی عمل کنند.^[17]

بنابراین، در توقف نیز دو دیدگاه وجود دارد؛ 1) توقفی‌ها از حیث عمل می‌گویند تا قبل از اجازه، شک داری ملکیت حاصل شده یا خیر؟ اصل، عدم حصول ملکیت است که از نظر عمل، مانند قول ناقلی‌ها عمل می‌کنند. 2) قول مثل مرحوم امام است که می‌فرماید توقف، اما «يجب التصالح»؛ اینجا تصالح لازم است و از مواردی است که صلح لازم است.

قائلین به کاشفیت

فقیهانی که ظاهر عبارتشان، کشف است عبارتند از؛ مرحوم محقق حلی در «المختصر النافع»^[18]، فاضل آبی در «کشف الرموز»^[19]، ابن فهد حلی در «المهذب البارع»^[101]، شهید اول که ظاهر عبارتشان، قول به کاشفیت است. بعضی از فقها تصریح به کاشفیت کردند مانند شهید اول در «دروس»^[111] و در «لمعه»^[12]، فاضل مقداد در «التنقيح الرائع»^[13]، محقق ثانی در «جامع المقاصد»^[14]، شهید ثانی در «مسالك»^[15] و در «روضة»^[16] (که شرح لمعه است).

صاحب ریاض نیز می‌گوید «الظاهر الاول» یعنی اینکه این اجازه، کاشفه است بعد می‌گوید «وفاقاً للاكثر».^[17] مرحوم میرزای قمی در «جامع الشتات» می‌گوید «الكشف مذهب الأكثر»، در جای دیگر می‌گوید «الاشهر الاقوى». شاید در «جامع الشتات» در دو جا گفته؛ یک جا می‌گوید «مذهب الاكثر» و جای دیگر می‌گوید «الاشهر الاقوى».

قائلین به ناقلیت

محقق اردبیلی در «مجمع الفائدة و البرهان»^[18]، فاضل نراقی در «مستند الشیعه»^[19]، فخر المحققین در «ایضاح الفوائد»^[20]، فاضل هندی در «کشف اللثام»^[21]، تصریح به ناقلیت کردند. بیان شد که مرحوم علامه حلی در «قواعد»، تردید کرده، فقیه سبزواری صاحب «کفایة الاحکام» نیز از مرحوم علامه تبعیت کرده است. اینها اقوالی است که در کشف و نقل است.

برخی نیز مانند فاضل آبی در «کشف الرموز» یک قولی را نقل می‌کند (خودش قائل به کاشفیت است)، اما یک قول ضعیفی نقل می‌کند که بعضی‌ها گفتند «الاجازة، بیع ثان و عقد ثان»؛ اجازه، عقد دومی است.

این نکته مهم است که ببینیم آیا واقعاً در اینجا، قول به کشف، مشهور است یا شهر؟ آنچه از کلمات می‌فهمیم و استفاده می‌کنیم طرفداران کاشفیت، بیشتر از ناقلیت است، اما مشهور بودنش ثابت نیست. این‌گونه نیست که ما این را به مشهور نسبت دهیم. آنچه ما از کلمات استفاده کردیم، همین شهر بودن است، هم صاحب ریاض و هم مرحوم میرزای قمی گفته‌اند شهر و اکثر است.

به همین دلیل، نمی‌توانیم بگوئیم این قول، مطابق با مشهور است یعنی آن بحثی که در شهرت فتواییه مطرح می‌شود به عنوان مرجح قرار می‌گیرد آن بحث را در اینجا نمی‌توانیم در پایان بحث پیاده کنیم. اما باز خود شما تأمل کنید. ما با تأمل کمی، همین شهر بودن و اکثر بودن را ترجیح می‌دهیم.

حال که اقوال روشن شد (که چه کسی قائل به چیست؟ شهر کدام و مشهور کدام است؟) باید ادله‌ای که مرحوم شیخ برای کاشفیت در «مکاسب» مطرح می‌کند (که سه دلیل است) را بررسی کنیم. دلیل نخست مرحوم شیخ، دو تقریر دارد که فردا بیان می‌کنیم.^[22]

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرین

[1] □ «مسألة 7: هل الإجازة كاشفة عن صحة العقد الصادر من الفضولي من حين وقوعه فتكشف عن أن المبيع كان ملكاً للمشتري و الثمن ملكاً للبائع من زمان وقوع العقد أو ناقلة بمعنى كونها شرطاً لتأثير العقد من حين وقوعها؟ و تظهر الثمرة في النماء المتخلل بين العقد و الإجازة، فعلى الأول نماء المبيع للمشتري و نماء الثمن للبائع، و على الثاني بالعكس، و المسألة مشكلة لا يترك الاحتياط بالتخلص بالصلح بالنسبة إلى النماءات.» تحرير الوسيلة، ج 1، ص 510.

[2] □ مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 159.

[3] □ ریاض المسائل، ج 8، ص 124.

[4] □ نکته: مشهور قوی‌تر است یا شهر؟ مشهور قوی‌تر است. از «لمعه» باید یادتان باشد که مرحوم شهید ثانی می‌گوید «الاشهر بل المشهور»؛ زیرا در مقابل مشهور، قول شاذ و ضعیف و نادر است (یعنی مقابل مشهور، یکی دو نفر هستند)، اما مقابل اشهر، مشهور است.

[5] □ «و في التنقيح لو كانت الإجازة ناقلة لزم وقوع البيع بالكناية، و فيه نظر يعلم وجهه ممّا يأتي من أنّ القائل بالنقل لا يقول إنّها بيع.» مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديث)، ج 12، ص 605.

[6] □ قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج 3، ص 16.

[7] □ «و ربّما قيل إنّ ظاهر كثير منهم التوقّف بين القولين و إن كان يرجع في الثمر إلى القول الثاني.» حاشية المكاسب (للإزدی)، ج 1، ص 148.

[8] □ المختصر النافع في البيع و آدابه، ص 118.

[9] □ كشف الرموز، في البيع و آدابه، ج 1، ص 444-445.

[10] □ المهذب البارع، ج 2، ص 356.

[11] الدروس الشرعية، ج 3، ص 192 و 233.

[12] اللعة الدمشقية، ص 110.

[13] التنقيح الرائع، ج 2، ص 26.

[14] جامع المقاصد، ج 4، ص 74-75.

[15] مسالك الأفهام، ج 3، ص 158.

[16] الروضة البهية، ج 3، ص 229.

[17] رياض المسائل، ج 8، ص 124.

[18] مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 159.

[19] مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج 14، ص 278.

[20] إيضاح الفوائد، ج 3، ص 28.

[21] كشف اللثام، ج 7، ص 103.

[22] «و استدللّ عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة بأنّ العقد سبب تامّ في الملك؛ لعموم قوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، و تمامه في الفضولي إنّما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبينّ كونه تاماً يوجب ترتّب الملك عليه، و إلّا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصّة، بل به مع شيء آخر. و بأنّ الإجازة متعلّقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه، و ليس إلّا نقل العوضين من حينه. و عن فخر الدين في الإيضاح: الاحتجاج لهم بأنّها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود؛ لأنّ العقد حالها عدم، انتهى. و يرد على الوجه الأوّل: أنّه إن أُريد بكون العقد سبباً تاماً كونه علّة تامّة للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلّم، إلّا أنّ بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، و لا يتبيّن كونه تاماً؛ إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا، غاية الأمر: أنّ لازم صحّة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضا المقارن، فيكون لها مدخل في تماميّة السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها. و منه يظهر فساد تقرير الدليل بأنّ العقد الواقع جامع لجميع الشروط، و كلّها حاصلة إلّا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله. فإنّه إذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟» كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج 3، ص 399-401.