

بسم الله الرحمن الرحيم

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

خلاصه بحث گذشته

بحث رسید به وجوه متصوره‌ی در باب کاشفیت که باید اینها مورد بررسی قرار بگیرد و باید دید که؛ اولاً کدام یک از اینها ممکن است و ثانیاً؛ کدام یک از اینها مطابق با قاعده است. تا اینجا کشف حقیقی تعقیبی، کشف حقیقی تقدیری و کشف حقیقی دهری را مورد بحث قرار داده و رسیدیم به کشف حقیقی تام.

قول سوم؛ کشف حقیقی تام

علت نامگذاری این قول به کشف حقیقی، آن است که هر جا ملکیت در عقد فضولی از حین عقد باشد، مسئله‌ی کاشفیت حقیقیه مطرح می‌شود و وجه تسمیه این قول به «تام»، این است که خود اجازه در تأثیر عقد در ملکیت شرطیت ندارد، بلکه تمام المؤثر در ملکیت، خود عقد است (یا تعبیر کنیم «المؤثر التام هو العقد»). پس اجازه چه خصوصیتی دارد؛ اجازه یک چیزی شبیه علامت است و عنوان معرف و نشانه را دارد یعنی علامت اینکه ما علم پیدا کنیم. حال باید دید که آیا می‌توان گفت اجازه، شرط برای علم است نه شرط برای تأثیر این عقد در ملکیت؟

در بررسی دلیل اول کاشفی‌ها (که از مرحوم شیخ انصاری در مکاسب نقل کردیم و دلیل اول، دلیلی است که محقق ثانی و شهید ثانی مطرح کرده‌اند)، گفتیم که دلیل اول عبارت است از اینکه «المؤثر التام فی المعاملة الفضولية ليس إلا العقد»؛ مؤثر تام در معامله‌ی فضولی، فقط عقد است «و إنما الاجازه معرفة لكون ذلك العقد تمام التأثير و كاشفة عنه»؛ اجازه فقط علامت بر این است که ما بدانیم عقد تمام التأثير را دارد «من غير أن تكون لها مدخلية في حصول مقتضى العقد من الملكية و الزوجية»؛ خود اجازه در تأثیر این عقد هیچ دخالتی ندارد.^[1] خلاصه آنکه؛ عقد فضولی در بیع یا نکاح، خودش تمام المؤثر است در ملکیت یا زوجیت، منتهی اجازه معرف، علامت و شرط برای علم است.

از جمله فقیهانی که پس از محقق ثانی و شهید ثانی این دیدگاه را پذیرفته‌اند، صاحب کتاب مفتاح الکرامه است. تعبیری که ایشان دارد این است: «إن العقد سبب تام مع الاجازه و إن تأخرت عنه فعلاً فهو مراعى لا موقوف»؛ تفاوت میان عقد مراعی و موقوف آن است که در عقد موقوف یعنی تأثیرش موقوف بر یک شرطی است و اگر آن شرط نیاید، این عقد اثر نمی‌گذارد. در عقد موقوف، اگر گفتیم «العقد موقوف على الاجازه» یعنی اجازه در تأثیرگذاری این عقد دخالت دارد، اما اگر گفتیم «العقد مراعى»؛ مراعی یعنی خود عقد تام التأثير است در اثر خودش و اجازه به عنوان یک علامت، کاشف و معرف است.^[2]

برخی این اجازه را به تبادر تشبیه کرده و گفته‌اند همان‌گونه که در باب تبادر، اگر گفتیم یک معنایی متبادر از یک لفظ است، تبادر علامت این است که این معنای حقیقی است (و واضح، این لفظ را بر این معنا وضع کرده)، اما تبادر در وضع واضح دخالتی ندارد، در اینجا نیز اجازه تنها علامت این است که عقد، اثر تامّ خود را گذاشته است. بنابراین، این دلیل را مرحوم شیخ انصاری در مکاسب کرده که در گذشته اشکال این دلیل بیان شد و آن این بود که اگر عقد، سبب تام است، پس اصلاً «لا مجال للإجازة و لا مجال لإعتبار الإجازة»؛ دیگر به چه دلیل بگوئیم اجازه در اینجا لازم است؟! اگر می‌گوئیم اجازه دخالت دارد، این بدین معناست که عقد، سبب تام نیست.^[3]

به عبارت دیگر؛ مرحوم شیخ انصاری، یک اشکال خُلف در اینجا مطرح کردند و اشکال خلف این است که اگر شما می‌گویید اجازه دخالت ندارد، پس اصلاً چه نیازی به آمدن اجازه است و اگر می‌گوئید دخالت دارد، پس چرا می‌گویید عقد سبب تام است؟! هر راهی بروید خلف لازم می‌آید.

کلام محقق نائینی در توجیه کلام محقق ثانی و شهید ثانی

مرحوم نائینی می‌فرماید ما به نحوی کلام محقق ثانی و شهید ثانی را توجیه می‌کنیم که این اشکال مرحوم شیخ پیش نیاید. ایشان می‌فرماید فی بادئ النظر، هر کسی این کلام محقق ثانی و شهید ثانی را ببیند، این اشکال به ذهنش می‌آید که شما از یک طرف می‌گوئید اجازه می‌آید و تا اجازه نباید فایده‌ای ندارد، پس به این معناست که عقد سبب تام نیست و از طرف دیگر، اگر می‌گوئید عقد سبب تام است، دیگر چه نیاز دارد به اینکه اجازه بیاید.

مرحوم نائینی می‌فرماید توجیه این قول، این‌گونه است که؛ قائلین به این قول، این اجازه را به عنوان شرط برای علم قرار دادند یعنی به حسب واقع و ثبوت، عقد سبب تام است، اما از کجا بدانیم این عقد سبب تام است؟ اجازه شرط برای علم است.

خود مرحوم نائینی، پس از این توجیه، اشکال کرده و می‌فرماید این برخلاف ظاهر ادله است؛ زیرا ما از «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» استفاده نمی‌کنیم که رضایت، شرط برای علم است و این عقد، سبب تام است، بلکه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» ظهور در این دارد که خود رضایت، دخالت در تأثیرگذاری عقد دارد؛ چه «تَرَاضٍ» را رضایت مقارن بگیریم و چه رضایت لاحق و بعدی بگیریم، در هر صورت ظهور در شرطیت در تأثیر دارد.^[4]

محقق ثانی و شهید ثانی وقتی این کشف حقیقی تام را مطرح می‌کنند، تشبیه کردند به بیع محترک و می‌گویند چطور در بیع محترک در مخمصة (و در سال گرسنگی)، رضایت مالک شرط نیست؟ حاکم می‌آید مال محترک را می‌فروشد و یقین به عدم رضایت مالک نیز داریم و می‌گوئیم رضایت مالک، شرط نیست و عدم رضایتش نیز مانع نیست، اجازه‌ی در عقد فضولی نیز چنین است. مرحوم نائینی می‌فرمایند این چه حرفی است که شما می‌زنید؟ در مال محترک، دلیل خاص داریم، اما قاعده در باب معاملات «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» است و در «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ»، باید رضایت شرطیت داشته باشد. این اشکال محقق نائینی، اشکال صحیحی است. بنابراین، کشف حقیقی تام نیز (با این اشکالی که از مرحوم نائینی بیان کردیم)، مردود شد.

قول پنجم در کشف؛ کشف حقیقی شرطی

کشف حقیقی شرطی (که دیدگاه برگزیده است)، به این معناست که اولاً؛ ملکیت در حین العقد می‌آید (که می‌شود کشف حقیقی)، ثانیاً؛ اجازه، شرط است نه تعقّب الاجازه. ثالثاً؛ خود اجازه‌ی خارجی شرط است نه اجازه‌ی دهری. رابعاً؛ اجازه‌ی فعلی

شرط است نه اجازه‌ی تقدیری. می‌گوئیم این اجازه، «بوجودها الخارجی الفعلی، شرطاً فی تأثیر العقد السابق فی مقتضاه».

در گذشته بیان شد که مرحوم شیخ انصاری (بر اساس استحاله و بطلان شرط متأخر) فرمود این قول، محال است و همان‌گونه که در شروط عقلیه، شرط عقلی مقدّم بر مشروط و مؤثر از مشروط نمی‌شود، در شرایط شرعیه نیز همین حالت را دارد و در شرایط شرعیه نیز، نمی‌تواند مؤثر باشد. در آنجا بیان کردیم که مرحوم شیخ در اثناء کلام خود، به برخی از قواعد عقلی تمسک کرده و این قواعد عقلی را در این میدان آورده و نتیجه گرفته که کشف حقیقی شرطی محال است و به همین دلیل فرموده اگر یک روایت و دلیلی، ظهور در کشف حقیقی شرطی داشته باشد، باید او را حمل بر کشف حکمی کنیم (که توضیح خواهیم داد). اشکالی که بر مرحوم شیخ وارد کردیم آن است که خلط تکوین به تشریع صحیح نیست و اینجا، بحث اعتباریات است. نتیجه آنکه؛ مشهور نیز همین نظریه را دارند و قائل به کشف حقیقی شرطی هستند و قاعده نیز همین قول می‌باشد.

در ادامه به بررسی کلمات مرحوم نائینی در اینجا می‌پردازیم؛ زیرا ایشان سخنان مرحوم شیخ را در اینجا کاملاً پذیرفته و استدلالی‌تر کرده و باید دید که فرمایش مرحوم نائینی چیست و چه پاسخی بر کلام مرحوم نائینی داریم.

کلام محقق نائینی در بیان دلیل سوم کاشفی‌ها

مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب، دلیل سومی برای کاشفی‌ها مطرح کرده و آن اینکه؛ کاشفی‌ها می‌گویند اگر ملکیت در حین عقد نباشد و ملکیت بخواهد در حین اجازه بیاید، در حین اجازه آن عقد سابق معدوم است و «لزم تأثیر المعدوم فی الموجود و هذا محال». مرحوم نائینی ابتدا دلیل سوم را (که مرحوم فخر المحققین در کتاب ایضاح اختیار کرده است^[5]) توضیح می‌دهد. فخرالمحققین نظریه‌ی مشهور را پذیرفته و قائل به کشف حقیقی شرطی است و می‌گوید اگر بگوئیم ملکیت در همان حین عقد بوده، «لزم تأثیر الموجود فی الموجود» و این اشکالی ندارد، اما اگر بگوئیم ملکیت حین اجازه می‌آید، حین اجازه عقد تمام شده و از بین رفته و معدوم است «لزم تأثیر المعدوم فی الموجود».

محقق نائینی این را توضیح داده و می‌فرماید: «لو قلنا بالنقل فلازمه أن لا يتحقق المنشأ بإنشاء المتشئ»؛ اگر ما قول به نقل اختیار کنیم، در قول به نقل می‌گوئیم ملکیت حین اجازه می‌آید که لازمه‌اش این است که آن انشاء سابق، بدون منشأ باشد، «بل يتحقق المنشأ حال اجازه، و فی هذا الحال» یعنی منشأ ملکیت، در حال اجازه بخواهد موجود باشد «الانشاء معدوم فلازمه أن يؤثر المعدوم فی الموجود».

به بیان دیگر؛ هر انشائی یک منشأ دارد، عقد بیع انشاء است و منشأش ملکیت است. اگر ملکیت حین الانشاء بیاید، اینجا تخلف منشأ از انشاء نشده، اما اگر بگوئیم ملکیت حین اجازه می‌خواهد بیاید، تخلف منشأ از انشاء است یعنی اگر بگوئیم ملکیت حین الانشاء می‌آید در حالی که خود انشاء معدوم است، «لزم تأثیر المعدوم فی الموجود».

محقق نائینی در ادامه می‌فرماید کسی نگوید جناب نائینی! در تمام امور تدریجیه و اجزاء تدریجیه، آن جزء قبلی از بین می‌رود و جزء بعدی می‌آید. (مثلاً؛ شما الآن می‌خواهید به دم در برسید، قدم اول را اینجا برمی‌دارید که این معدوم می‌شود و قدم دوم موجود می‌شود، قدم دوم معدوم می‌شود و قدم سوم موجود می‌شود). پس شما قائل شوید به اینکه معدوم در وجود اثر می‌گذارد (وقتی من دم در می‌رسم بگویم آن اجزاء معدوم شده، مؤثر در رسیدن به آنجاست) و «لزم تأثیر المعدوم فی الموجود»؟! ایشان می‌فرماید کسی این اشکال را نکند «و علی هذا التقرب لا یرد علیه النقص بالامور المتصرمه و الاجزاء المتدرجه فی الوجود فإنّه لا ینکر إن کان ترتب المعلول علی علّة ذی اجزاء المتقدمه»؛ زیرا هیچ‌کس ترتب معلول بر علّتی که دارای اجزاء متصرمه است را منکر نمی‌شود، «و المترتب علی الامور التدریجی»؛ معلول که مترتب بر امور تدریجیه است.

«بل ينكر تخلف اسم المصدر عن المصدر» بياني که مرحوم نائینی دارد تخلف منشأ از انشاء است، منشأ، عنوان اسم مصدر را دارد و انشاء، سبب برای ملکیت است. می‌فرماید ما مسئله‌ی تخلف معلول از علت را مطرح نمی‌کنیم که این اشکال در اجزاء تدریجیه نیز بیاید، بلکه ما مسئله‌ی تخلف اسم مصدر از مصدر را مطرح کرده و می‌گوییم تخلف اسم مصدر از مصدر محال است. در اینجا اگر بگوئیم حین الاجازه، بخواید ملکیت بیاید (که ملکیت می‌شود اسم مصدر)، به این معناست که بین اسم مصدر و مصدر جدایی و تخلف به وجود بیاید.^[6]

بنابراین، محقق نائینی تا اینجا دلیل سوم را تقریب و توجیه کرده و می‌گوید مقصود فخر الدین از تأثیر معدوم فی الموجد، تخلف اسم مصدر از مصدر است. در ادامه پاسخ می‌دهد «فالحق فی الجواب أن المنشأ بنظر المنشی لا يتخلف عن انشاءه»؛ اینکه می‌گویند تخلف منشأ از منشئ محال است، در نظر خود منشأ است (انشاء کرده و الآن نیز در نظر خودش ملکیت می‌آید)، اما منشأ فی عالم العقلا و فی عالم الاعتبار العقلایی، منشأ شرعی تخلف از این انشاء پیدا می‌کند و بین آن منشأ و این انشاء، تخلف اشکالی ندارد.

خلاصه‌ی پاسخ محقق نائینی از این دلیل، آن است که تخلف انشاء از منشأ فی نظر المنشی و انشاء کننده محال است، اما تخلف انشاء از منشأ نسبت به آن منشأ عقلایی (یعنی ملکیت عقلایی و اعتبار عقلایی) و نسبت به آن اعتبار شرعی مانعی ندارد. به نظر ما این توجیهی که محقق نائینی برای کلام فخر المحققین بیان کرد، به هیچ‌وجه صحیح نیست و بعد وارد استحاله‌ی شرط متأخر می‌شوند و مسئله‌ی کشف حقیقی شرطی را مطرح می‌کنند.^[7]

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين

[1] □ «و استدلّ علیه 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.» كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج3، ص400-399.

[2] □ «و يمكن أن يجاب بأن يقال: إنّ العقد سبب تامّ مع الإجازة و إن تأخّرت عنه فعلاً فهو مراعى لا موقوف، فإن حصلت كشفت عن تأثيره من حين وقوعه لتقدّمه و تعلّق مقتضاها به، إذ المالك إنّما رضي بانتقال ملكه عنه من وقت العقد، فحينئذ هي شرط للعلم بالوقوع و التأثير لا شرط للنقل، فلذا قلنا: إنّها كاشفة، و العقد مع عدم ظهورها موقوف لا نعلم سببّيته و لا تأثيرها ظاهراً إذا تجرّد عنها، فليتملّ جيداً. و في «جامع المقاصد» ما يشير إلى هذا الجواب.» مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديث)، ج12، ص607.

[3] □ «و يرد على الوجه الأول: 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.» كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج3، ص400.

[4] □ «و فيه أنّ هذا الكلام في بادي النّظر خلف يرد عليه ما أورد عليه المصنف (قدّس سرّه) بما حاصله أنّه لو كان العقد بنفسه سبباً تاماً فلا مدخلة للإجازة فيه و يلزم أن يكون اعتبار الرضا بلا موجب و لو لم يكن بنفسه سبباً بل هو مع الرضا فبالإجازة لا يعلم تمام السبب من قبل بل بها يتم السبب و لكنّه يمكن توجيه كلاهما بأنّه فرق بين الإجازة و سائر ما يعتبر في العقد كالقبض في الوقف و الصرف و السّلم فإن مثل القبض لا يتصور نزاع الكشف و النقل فيه بل هو جزء المؤثر و النّقل لا يتم إلّا به و أمّا الإجازة فهي ليست جزء المؤثر بل المؤثر هو نفس العقد و لذا لو أنشأه المالك فالمؤثر للنقل هو ذات عقده لا بما أنّه صادر منه بحيث يكون صدوره منه جزء عقده فعقد الفضولي بنفسه أيضاً تمام السبب و اعتبار الإجازة فيه إنّما هو لتصحيح الاستناد إلى

[5] □ «أقول: على تقدير صحة بيع الفضولي فإنه إذا أجاز له المالك صح البيع و ملك المشتري (فنقول) أى وقت يحصل الانتقال إلى المشتري، يحتمل حال البيع، و يحتمل وقت الإجازة و منشأ الخلاف ان الإجازة هل هي كاشفة أو جزء من السبب أو شرط (فعلى الأول) يتحقق الأول و الثاني على الثاني، ثم اختلف الفقهاء في كونها كاشفة أو جزءاً أو شرطاً على قولين (احتج القائلون بكونها كاشفة بأنه لولاها لزم تأثير المعلوم في الموجود لان العقد حالها عدم و لان الشرط لا بد و ان يكون حال وجود السبب لا حال عدمه لامتناع تأثير المعلوم في الأمر الوجودي (و أجيب) بأنه يلزم صحة تصرف الغير في ملك غيره بغير إذنه لأن قبل الإجازة صح السبب و معنى صحة السبب ترتب أثره عليه فيكون فعل غير المالك كفعل المالك و هو قبيح عقلاً (و احتج القائلون بالثاني بأن الإجازة اما سبب أو شرط في قبول المحل أو في فعل الفاعل و المسبب لا يتقدم على السبب و لا المشروط على الشرط و الأخير هو الأجود ان قلنا بصحة بيع الفضولي، و منعه عندي أشبه و يتفرع النماء بمعنى انه لو حصل نماء بعد العقد قبل الإجازة فإن قلنا بالانتقال وقت العقد فهو للمشتري و الا فهو للبائع.» إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج1، ص419-420.

[6] □ «و منها ما عن فخر الدين في الإيضاح من أنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعلوم في الموجود لأن العقد حالها عدم و حاصل برهانه أنه لو قلنا بالنقل فلازمه أن لا يتحقق المنشأ بإنشاء المنشئ بل يتحقق حال الإجازة و في هذا الحال إنشاء معلوم فلازمه أن يؤثر المعلوم في الموجود و على هذا التقريب لا يرد عليه النقض بالأمور المتصرمة و الأجزاء المترتبة في الوجود فإنه لا ينكر إمكان ترتب المعلول على علّة ذي أجزاء متصرمة و المترتب على الأمور التدريجي بل ينكر تخلف اسم المصدر عن المصدر فالحق في الجواب عنه هو ما تقدم أن المنشأ بنظر المنشئ لا يتخلف عن إنشائه و إنما المتخلف هو المنشأ في عالم الاعتبار العقلائي أو الشرعي و هو إذا كان متوقفاً على رضا المالك لا يتحقق بمجرد إنشاء الفضولي.» منية الطالب في حاشية المكاسب، ج1، ص236-235.

[7] □ «و منها أنه يمكن تحقق الملك حين العقد مع كونه مشروطاً بالشرط المتأخر و هو الإجازة التي شرط بوجودها الخارجي فإنها من قبيل سائر الشروط المتأخرة الواردة في الشريعة فإذا تحققت في موطنها انكشف بها تحقق الشروط من قبل و إذا تحقق كذلك يترتب عليه جميع آثاره من حين تحققه و فيه ما لا يخفى فإن الشرط المتأخر غير معقول كما أوضحنا ذلك في الأصول و ملخصه أنه لا يعقل تحقق المعلول بدون أجزاء علته فإن حكم العلة التشريعية حكم العلة التكوينية سواء قلنا بجعل السببية كما عن المحقق الداماد من قوله بأن السببية لا يمكن انتزاعها عن الحكم التكليفي فإن الحكم التكليفي و الوضعي مختلفان محمولاً و موضوعاً و على تعبيره (قدس سره) حاشيتي العقد مختلفان أم قلنا بجعل الأحكام عند تحقق أسبابها أمّا على الأول فلائها من أفراد العلة التكوينية فكما لا يمكن تحقق الضوء بلا علته فكذلك لا يمكن تحقق الملك بلا إجازة المالك لأن الشارع أنشأ السببية للإيجاب و القبول و الرضا فبدون تحقق جميع أجزاء السبب لا يعقل تحقق المسبب و ما يقال من أن الأسباب الشرعية معرفات لا علل لا يستقيم في المقام لأنها علّة كالعلة التكوينية بل هي بناء على قابلية تعلّق الجعل بالسببية نعم هذا التعبير يصح في علل التشريع و أمّا على الثاني فلائ ملك الامتناع في التشريعات نظير ملاكه في التكوينات لا عينه و ذلك لأنه لو أنشأ الحكم على نحو القضية الحقيقية على الموضوعات المقدّر وجودها بحيث انحلّ هذا الحكم إلى أحكام متعددة بحسب تعدّد موضوعه كحكمه بوجوب الحجّ على المستطيع فكيف يعقل تحقق الحكم و فعليته قبل الاستطاعة و هل هذا إلّا الخلف و المناقضة فكون الإجازة بوجودها العيني شرطاً لتحقيق الملكية و مع ذلك يحصل الملك بالإيجاب و القبول دون الإجازة موجب لتحقيق الحكم بلا موضوعه نظير تحقق المعلول التكويني بلا علته فعلى هذا كلّ ما ورد في الشريعة من هذا القبيل ظاهراً فلا بدّ من حمله بدليل الاقتضاء على أن الشرط هو الوصف الانتزاعي كالتعقّب.» منية الطالب في حاشية المكاسب، ج1، ص236؛ چاپ جديد ج2، ص56.