

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

«و كذا لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج و إنكار التزويج حيث تدعيه المرأة: «إن كانت زوجتي فهي طالق»»

عدم نقض کلام شهید به تعلیق ظاهری

مرحوم شهید در کتاب «قواعد»، بعد از اینکه فرمودند: در باب تنجیز در عقد، آنچه که از تنجیز مانعیت دارد، عبارت است از جنس شرط، لذا در باب شرط، نباید به انواع شرط یا مصادیق آن توجهی کنیم. خود شرط فی نفسه لو خلی و طبعه، موجب تردید است و تردید با جزم منافات دارد، در حالی که در انشائات نیاز به جزم داریم.

بعد از بیان این قاعده کلی فرمودند: در بعضی موارد که شرط و تعلیق ظاهری و صوری است، تعلیق مشکل ساز نیست، لذا این موارد نقض بر کلام شهید نمی شود، مثال تعلیق صوری این بود که زید به عمرو می گوید: تو به من وکالت دادی که این مال را برای تو بخرم. من هم بر حسب وکالت، خریدم. عمرو وکالت را انکار می کند، اما بعد از انکار می گوید: «إن كان لي فقد بعته منك»، تو که ادعای وکالت می کنی، اگر واقعاً وکالتی در کار باشد و این مال برای من شده باشد، به خودت فروختم.

مرحوم شهید می فرماید: در این جمله ولو به حسب ظاهر، تعلیق و شرط وجود دارد، اما تعلیق و شرط ظاهری و صوری است. تعبیرشان اینگونه بود: «تعلیق علی الواقع لا متوقع الحصول و الوقوع»، این معلق بر چیزی است که در واقع بر آن معلق است، یعنی شرط چه ذکر شود، چه نشود، در واقع وقتی می تواند این مال را بفروشد که در ملک موکل باشد.

بنابراین در حقیقت شهید می خواهد بفرماید: در ماهیت شرط یک توقع و حالت منتظره وجود دارد، اما در این مثال، حالت منتظره ای وجود ندارد. بعد می فرماید: همین مطلب در این مثال هم وجود دارد؛ اگر مرد و زنی در اصل زوجیت با هم اختلاف کنند و زن ادعا کند زوجه آن مرد است و مرد ادعای او را رد کند، بعد از این ادعا و انکار، مرد می گوید: «إن كانت زوجتي و هي طالق»، اگر این زن زوجه من است، او را طلاقش می دهم.

شهید می فرماید: اینجا هم اشکالی ندارد، چون این تعلیق، تعلیق بر واقع است، یعنی در واقع هم طلاق معلق بر این است که این زن، زوجه این مرد باشد و در نتیجه بود و نبود این شرط، یکسان است و به عنوان شرط ظاهری و صوری است.

تا اینجا مرحوم شیخ سه مطلب را بیان کردند؛ اول معنای تنجیز را بیان کردند، در مطلب دوم فرمودند: اجماع فقها در ابواب متفرقه فقه، قائم است بر اینکه تنجیز یکی از شرایط معتبره در عقد است و در مطلب سوم علت اشتراط را بیان کردند. یک علت

را از مرحوم علامه در «تذکره» و علت دوم را از مرحوم شهید در کتاب «القواعد و الفوائد» بیان کردند که نتیجه این دو دلیل با یکدیگر مختلف بود.

تحقیق در اعتبار تنجیز در عقد

در مطلب چهارم، مرحوم شیخ تحقیقی را در مسئله بیان می کنند با عنوان «تفصیل الکلام»، شیخ در تفصیل این مطلب، بیان می کنند که در کجا تعلیق صحیح و جایز است و در کجا نیست. برای این امر، شیخ صوری که در باب تعلیق وجود دارد را بررسی می کند که مجموعاً چند نوع و چند صورت در باب تعلیق داریم.

صور شانزده گانه تعلیق

از مجموع کلمات ایشان استفاده می شود که مجموعاً شانزده نوع تعلیق داریم. این تقسیم یا بر حسب «معلق علیه» است و یا بر حسب خود «تعلیق»، که آنها را بیان کرده و جهت آن را روشن می کنیم. می فرمایند: به طور کلی یا معلق علیه، معلوم الحصول است و یا مشکوک الحصول است.

هر کدام از این دو صورت یا فی الحال است یا فی الاستقبال، در نتیجه، می شود چهار صورت. هر کدام از این چهار صورت یا «معلق علیه» دخیل در صحت عقد است که از آن تعبیر می کنند به «شرط مصحح للعقد» یا در صحت عقد دخیل نیست. برای دخالت در صحت عقد، مرحوم شیخ چهار مثال بیان می کند؛

مثلاً یکی از اموری که دخالت در صحت عقد دارد، این است که مبیع باید قابلیت تملک را داشته باشد. اگر مبیع خمر باشد که شرعاً قابلیت تملک ندارد. حال اگر مشتری بگوید: «اشتریت به شرط «ان لایکون خمر»»، یا بایع بگوید: «بعتك بشرط أن لا یكون خمر»»، می گویند: این شرط مصحح برای عقد است. سه مثال دیگر دارند که در تطبیق می آید. پس شرط یا مصحح برای عقد است و در صحت عقد اثر دارد یا اینکه دخالتی در صحت عقد ندارد، مثل اینکه می گوید: «بعتك بشرط مجيء زيد»، این شرط ربطی به صحت عقد ندارد.

آن چهار صورت ضرب در این دو صورت، مجموعاً می شود هشت صورت. تقسیم دیگری را بیان می کنند که ربطی به معلق علیه ندارد، این تقسیم مربوط به خود تعلیق است. می فرمایند: تعلیق یا مصرح است یا غیر مصرح. تعلیق مصرح بر حسب اصطلاح اینجا، یعنی تعلیقی که با أدات تعلیق مثل «إن» شرطیه یا دیگر ادات شرط به آن تصریح شده است و غیر مصرح، یعنی در ظاهر کلام ادات شرط وجود ندارد، اما از راه دلالت التزامیه، تعلیق را استفاده می کنیم.

برای تعلیقی که از راه دلالت التزامیه است، دو مثال بیان می کند، یا در انشاء ما ظرف وجود دارد، مثلاً می گوید: «بعتك هذا بهذا يوم الجمعة»، یا اینکه در انشاء ظرف وجود ندارد، مثل اینکه یک وارثی به گمان اینکه مورثش مرده است، مال مورث را می فروشد، می گوید: «بعتك هذا»، ولی در تقدیر یک تعلیقی وجود دارد در تقدیر این است «ان مات مورثی بعتك هذا». این موارد را تعلیق غیر مصرح می گویند، پس تعلیق غیر مصرح یعنی تعلیقی که ادات شرط در آن وجود ندارد، اعم از اینکه انشاء متلزم به ظرف باشد یا انشاء متلزم به ظرف نباشد.

پس دو صورت دیگر برای تعلیق این شد که یا مصرح است یا غیر مصرح، هشت ضرب در دو، مجموعاً می شود شانزده صورت که حکم این شانزده صورت را مرحوم شیخ بیان می کند.

در این شانزده صورت، چهار صورتش یقیناً مضر نیست، در هشت صورت تعلیق مضر است و در چهار صورت، مسئله محل تأمل و محل اشکال است. بر حسب عبارت مرحوم شیخ، بیان مسأله به صورت چهار، چهار است.

جایی که معلق علیه، حین العقد، معلوم الحصول باشد، یعنی در حین عقد، علم به حصول معلق علیه داریم، چهار صورت دارد یا مصرح است یا غیر مصرح و یا مصرح است یا غیر مصرح است. در این چهار صورت، فقها قائل هستند به اینکه تعلیق ضرری ندارد. شیخ تعبیر می کنند که خلاف روشن و صریحی در این مسئله نداریم.

چهار صورت دوم جایی است که معلق علیه، معلوم الحصول است، اما در استقبال، که بر حسب اصطلاح از شرط یقینی الحصول در استقبال به وصف تعبیر می کنند، اینجا هم چهار صورت دارد که یا مصرح است یا غیر مصرح و یا مصرح است یا غیر مصرح. ظاهر این است آن اجماعی که فقها برای بطلان تعلیق ادعا کردند، شامل این چهار مورد می شود.

یعنی ما باشیم و اجماع، باید بگوییم این چهار صورت دوم مضر برای عقد است، اما آن تعلیلی که برای بطلان تعلیق قبلاً ذکر کردیم که «أن الجزم ینافی التعلیق»، جزم با تعلیق منافات دارد، در اینجا نمی آید، زیرا در اینجا جزم وجود دارد، علم به حصول این شرط در استقبال داریم، پس نباید این تعلیق اشکالی نداشته باشد.

سر اینکه مرحوم شیخ مسئله را تفکیک کردند و اول معنای تنجیز را بیان کردند و بعد اجماع و بعد علت اشتراط را همین است که در چهار صورت دوم بر حسب اجماع، باید بگوییم: این تعلیق مضر است، اما بر حسب علت اشتراط مضر نیست. معلوم می شود که علت اشتراط، علت صحیحی نبوده است و اجماع یک منشأ دیگر دارد.

این چهار صورت اول و دوم مربوط به جایی بود که معلق علیه، یقینی الحصول بود، چهار صورت سوم و چهارم مربوط به جایی است که معلق علیه مشکوک الحصول است، در چهار صورت سوم فرض این است که معلق علیه مشکوک الحصول است و با صحت عقد ارتباطی ندارد، یعنی شرط مصرح عقد نیست، می گوییم یا مصرح است یا غیر مصرح و این مشکوک الحصول یا مشکوک الحصول فی الحال است یا فی الاستقبال.

شیخ می فرماید: این چهار صورت متیقن از معقد اجماع است، مثل اینکه بگوید: «بعثک به شرط اینکه زید دو روز دیگر که از مسافرت می آید». اولاً معلق علیه در این عقد، مشکوک الحصول است، نمی دانیم زید می آید یا خیر و ثانیاً دخالتی در صحت عقد هم ندارد.

اما چهار صورت آخر، جایی که معلق علیه، مشکوک الحصول است و دخالت در صحت عقد دارد که یا مصرح است یا غیر مصرح یا فی الحال است یا فی الاستقبال، شیخ می فرماید: این چهار صورت، مقداری محل تأمل است، ظاهر اطلاق کلمات فقها، که گفته اند: تعلیق مضر است، شامل این چهار صورت می شود. کلامی را از شیخ طوسی نقل می کند که ایشان از برخی علما، در همین فرض چهارم، مطلبی را نقل کرده است که قائل به صحت هستند و خود شیخ طوسی هم آن را رد نفرموده است. این خلاصه تفصیلی بود که مرحوم شیخ بیان کردند.

تطبیق

«و کذ القول لو قال فی صورة انکار وكالة التزویج و انکار التزویج»، دو مسئله در اینجا است، مسئله اول این است که زید به

عمرو می گوید: تو من را وکیل کرده اید که هند را به تزویج تو در آورم و عمرو انکار می کند که چنین وکالتی به نداده است، بعد از انکار وکالت می گوید: «ان کانت زوجتی فهی طالق». مسأله دوم انکار خود تزویج است، یعنی بین زن و مرد اختلاف می شود و زن ادعای زوجیت می کند و مرد آن را انکار می کند و می گوید: اگر تو زوجه من هستی، «فأنت طالق». شهید می فرماید که اینجا هم تعلیق ظاهری است.

ملاک برای تعلیق ظاهری این است که بود و نبود آن یکسان است، چه بگوید: «هی طالق» یا «إن کانت زوجتی فهی طالق»، فرقی نمی کند، در واقع این تعلیق موجود است. «انتهی کلامه» کلام شهید.

«و علل العلامه في القواعد صحّة «إن کان لي فقد بعته»»، علامه برای صحت این تعلیق: اگر این مال من است، آن را فروختم، تعلیل آورده است، «بأنّه أمرٌ واقع يعلمان وجوده»، این چیزی است که واقع است و وجود آن را هر دو می دانند. «فلا یضّرّ جعله شرطاً»، شرط به آن ضرری نمی رساند، «و کذا»، علامه یک قاعده کلی را بیان می کنند، «کل شرط علم وجوده»، هر شرطی که علم به آن باشد، «فانه لا یوجب شکاً فی البیع»، موجب شک در بیع و شک در انشاء بیع نمی شود، «و لا وقوفه»، عطف به شک است، نه اینکه عطف به بیع باشد، یعنی «لا یوجب شکاً و لا یوجب وقوفاً»، موجب توقف بیع بر شرط نمی شود.

«و تفصیل الکلام» که مجموعاً شانزده صورت است. «أن المعلق علیه اما ان یكون معلوم التحقّق»، یا علم به تحقق آن داریم یا «أن یكون محتمل التحقّق. و علي الوجهین»، بنابر هر دو وجه، «فإنّما أن یكون تحقّقهُ المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل»، یا تحققش معلوم است یا احتمالی، یا در حال یا در استقبال، این چهار صورت بود. «و التقادیر»، بنابر چهار تقدیر، «فإنّما أن یكون الشرط ممّا یكون مصحّحاً للعقد»، یا شرط مصحح برای عقد است که چهار مثال برای آن می زند:

«کون الشيء ممّا یصحّ تملّکهُ شرعاً»، مبیع چیزی باشد که تملک آن شرعاً صحیح باشد. مثلاً بایع می گوید: «بعت بشرط أن لا یكون خمرأً»، مبیع باید مالیت داشته باشد، در حالی که خمر مالیت ندارد. مثال دوم: «أو ممّا یصحّ إخراجهُ عن الملك»، یکی از شرایط مصحح عقد این است که مبیع باید قابلیت اخراج از ملک بایع را داشته باشد، «کغیر أمّ الولد». مثلاً «ام ولد» ملک برای مولاست؛ اما قابل اخراج از ملک مولا نیست. اگر گفت: «بعتک یا اشتريت هذا العمل بشرط أن لا یكون أمّ ولد»، این شرط مصحح برای عقد است. «و غیر الموقوف»، یا مال موقوفه نباشد، «و نحوه»، مثل رهن عین مرهونه.

مثال سوم: «و کون المشتري ممّن یصحّ تملّکهُ شرعاً»، می گوید: «بعتک بشرط أن لا تكون عبداً»، می فروشم به شرطی که تو «عبد مملوک لا یقدر علی شیء»، نباشی، «کأن لا یكون عبداً» و مثال چهارم: «و ممّن یجوز العقد معه»، مشتری قابلیت انعقاد عقد با او باشد، «بأن یكون بالغاً»، بنابر قول مشهور که سفیه بودن مضر است. «اما یكون شرط مصحح و اما ان لا یكون كذلك»، شرط مصحح برای عقد نیست. مثلاً می گوید: می فروشم به شرط اینکه زید از سفر بیاید.

تا اینجا هشت صورت است که به مربوط به معلق علیه است. بعد می فرماید: «ثم تعلیق اما مصرّح به»، یعنی أدات شرط ذکر شده است و تصریح شده است، «و إما لازم من الکلام»، یا از راه دلالت التزامیه است. «کقوله: «ملّکتک هذا بهذا یوم الجمعة»»، التزامیه هم دو گونه است؛ 1. انشاء متلزم یک ظرف است، مثلاً می گوید: «ملّکتک هذا بهذا یوم الجمعة»، یعنی اگر روز جمعه فرا رسید.

«و قوله في القرض و الهبة»، در قرض می گوید: «خذ هذا بعوضه» و در هبه می گوید: «خذ بلا عوض یوم الجمعة»، برای هر دو مثال است، «فإن التملیک معلق علی تحقّق الجمعة»، تملیک معلق است بر اینکه جمعه محقق شود، یا در حال انشاء و یا در استقبال، «و لهذا»، یعنی برای اینکه تعلیق، اعم از تعلیق مصرح و غیر مصرح است، «احتمل العلامه في النهایة و ولده في الإيضاح»:

این دو فقیه احتمال دادند: «بطلان بیع الوارث لمال مورثه بظنّ حیاته»، «ظن»، در اینجا یعنی اعتقاد، وارث اعتقاد می یابد که پدرش فوت کرده است و مال او را می فروشد، اینجا معامله باطل است. چرا؟ به این دلیل که «بانّ العقد و ان كان منجزاً فی الصورة إلاّ أنّه معلق»، عقد به حسب ظاهر منجز است، ولی به حسب واقع معلق است، «و التقدير: إن مات مورثي فقد بعثك»، اگر مورث من مرده است آن را به تو فروخته ام.

مرحوم شیخ این شانزده صورت را چهار به چهار حکمشان را بیان می کند؛ «فما كان منها معلوم الحصول حين العقد»، چه معلق علیه، مصرح باشد، چه غیر مصرح، چه مصحح باشد، چه غیر مصحح، این چهار صورت است. می فرمایند: «فظاهر أنّه غیر قاذح»، این تعلیق ضرر نمی رساند، «وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني و الصيمري».

«و حکى ايضاً»، از مبسوط، «و الإيضاح في مسألة ما لو قال: «إن كان لي فقد بعته»» که در صورت مشکوک الحصول این مثال را آورده است، دو گونه مثال می تواند باشد؛ 1. بايع هم علم به اینکه این مال، مال او است دارد یا 2. بايع شك دارد. این مثال برای فرضی است که بايع علم دارد برای خودش است و معلوم الحصول حين العقد است. «ان كان لي فقد بعته»، گفته اند: صحیح است، «بل لم يوجد في ذلك»، یعنی در مورد معلوم الحصول حين العقد، خلاف روشنی نیست، همه قبول دارند که این تعلیق مضر نیست. «و لذا ادّعى في الرياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً»، در این وقف خلاف روشنی نیافتیم.

از «و ما كان»، در چهار صورت دوم که معمول الحصول فی الاستقبال است، وارد می شود، «و ما كان معلوم الحصول في المستقبل»، جایی که فی الاستقبال است یا مصرح است یا غیر مصرح، و یا مصحح است یا غیر مصحح، «و هو معبر عنه بالصفة»، از آن تعبیر به صفت می کنند. تا جایی که در ذهنم است، برای صفت سه اصطلاح داریم؛ نحوی، اصولی که در باب مفهوم وصف از آن بحث می کنند و اصطلاح سوم فقهی است که در باب تعلیق از آن بحث می کنند.

«والظاهر انه داخل في معقد اتفاقهم»، این چهار صورت، داخل معقد اجماع فقها «على عدم الجواز» هستند، «و ان كان تحليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجرى فيه»، اما اگر تعلیل علامه که فرمود: جزم با تعلیق منافات دارد را ملاک قرار دهیم، شامل این چهار صورت نمی شود، چون علم به حصول در استقبال داریم و جزم وجود دارد. «كما اعترف به الشهيد»، به عدم تعلیق بر وصف اعتراف کرده، «فی ما تقدم عنه»، در آنجا که شهید گفت: «ولو قدر العلم بالحصول»، بیان کرد: اگر معلوم حصول حين الاستقبال باشد، جایز است.

«و نحوه»، نحو شهید اول، شهید ثانی است، «فی ما حکى عنه»، بلکه ظاهر از عبارت مبسوط در باب وقف، «کونه مما لا خلاف فيه بیننا»، در عدم جواز بین ما خلاقی نیست، «بل بين العامة»، بلکه بین عامه هم اختلافی نیست. «فإنّه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته»»، اگر اول ماه برسد این را وقف می کنم، در حالی که اول ماه یقین الحصول در استقبال است، ولی «مع ذلك»، گفته اند: «لم يصحّ الوقف بلا خلاف؛ لأنّه مثل البيع و الهبة»، مثل بیع و هبه است، «و عندنا مثل العتق»، وقف در بین امامیه، مثل عتق است.

سنی ها بین وقف و عتق تفاوت می گذارند. سنی ها در عتق فتوا داده اند که اگر مولا بگوید: «إذا جاء رأس الشهر فقد اعتقك»، مانعی ندارد، ولی امامیه قبول ندارد. «انتهی» کلام شیخ طوسی در مبسوط، «فإنّ ذیلَهُ»، یعنی ذیل کلام که گفت: «بلا خلاف، لأنّه مثل البيع و الهبة»، «یدلّ علی أنّ مماثلة الوقف للبيع و الهبة غیر مختصّ بالإمامیه»، بر اینکه وقف با بیع و هبه مماثل است و این مسأله مختص به امامیه نیست، «نعم مماثلته للعتق مختص بهم»، مماثله وقف با عتق، از مختصات امامیه است و اهل سنت وقف را مثل عتق نمی دانند.

«و ما كان منها مشکوک الحصول»، از اینجا شروع می کنند به بیان حکم چهار صورت سوم، جایی که «و ما كان منها مشکوک

الحصول و ليست صحّة العقد معلّقة عليه»، معلق عليه، دخالت در صحت عقد ندارد و این چهار صورت یا مصرح است یا غیر مصرح، یا مشکوک الحصول فی الحال است یا مشکوک الحصول فی الاستقبال. «كقدوم الحاج»، این را می فروشم به شرطی که حجاج از مکه برسند. «فهو المتيقّن من مقعد اتفاقهم»، آنکه یقیناً داخل در اجماع فقها بر بطلان تعلیق است، همین چهار صورت است.

اما چهار صورت آخر؛ «و ما كان صحّة العقد معلّقة عليه»، معلق علیه مشکوک الحصول است و دخالت در صحت عقد دارد. «كالأمثلة المتقدمة»، همان چهار موردی که بیان شد، «فالظاهر اطلاق كلامهم يشمل»، اطلاق کلام فقها در بطلان تعلیق، شامل این چهار صورت می شود، «إلا أنّ الشيخ في المبسوط حكى في مسألة»، الا اینکه شیخ در مبسوط، در مسئله «ان كان لی فقد بعته»، حکایت کرده است «قولاً من بعض الناس بالصحة»، از بعضی سنی ها که گفته اند: صحیح است.

«ان كان لی فقد بعته» فرضی است که بایع نسبت به اینکه مال برای خودش باشد، شک دارد. در صفحه قبل این مثال را آوردیم که بایع نسبت به این مال، یقین دارد که مالش است، ولی حال در فرض شک است، سنی ها گفته اند که عیبی ندارد، «و أنّ الشرط لا یضرّه»، ضرری به صحت نمی رساند، «مستدلاً بأنّه لم یشرط إلّا ما یقتضیه إطلاق العقد»، شرط نکرده است الا چیزی را که «یقتضی إطلاق العقد»، یعنی اگر هم شرط نمی کرد و عقد را به صورت مطلق می گفت، فرقی نمی کرد و در واقع این تعلیق هست.

«لأنّه إنّما یصحّ البیع لهذه الجارية من الموكّل»، چون این بیع جاریه برای موکل، صحیح است «إذا كان أنن له في الشراء»، اگر موکل به وکیل در خریدن جاریه اذن داده باشد، یعنی موکل واقعاً دیگری را وکیل کرده باشد و وکیل این جاریه را برای موکل خریده است و حال موکل انکار می کند، در صورتی می تواند بفروشد که این جاریه برای موکل باشد. «فإذا اقتضاه الإطلاق»، زمانی که اطلاق این شرط را اقتضا کند «لم یضرّ إظهاره و شرطه»، اظهار این شرط و ذکر آن در عقد، ضرر نمی رساند، بعد مرحوم شیخ مثالی می زند، «كما لو شرط فی البیع تسلیم الثمن»، مثل اینکه بایع بگوید: «بعتك به شرطی که پول را به من بدهید»، در حالی که اگر شرط تسلیم ثمن را هم نکند، اطلاق عقد اقتضای تسلیم ثمن را دارد یا تسلیم «تسلیم المثلثن أو ما أشبه ذلك»، یعنی آنچه که از نتایج و لوازم عقد است. این خلاصه کلام شیخ طوسی است.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين