

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

«مع أنّ ما ذكره لا يجري في مثل قوله: «بعثك إن شئت أو إن قبلت»، فإنّه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه»

ادامه اشکالات شیخ به کلام صاحب جواهر

مرحوم شیخ فرمودند: دلیل دومی که بر بطلان تعلیق آورده شده است، دلیل صاحب جواهر است، به این بیان که: ظاهر آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» این است که عقد سبب دارد برای تحقق ملکیت، زمانی که عقد محقق می شود. در نتیجه اگر عقد را به صورت معلق بیان کنیم، مستلزم این است که مسبب، یعنی «اثر العقد»، بعد از زمان عقد، یعنی حین حصول معلق علیه حاصل شود که این خلاف ظاهر آیه شریفه است.

مرحوم شیخ مجموعاً از استدلال صاحب جواهر شش پاسخ می دهند که در بحث دیروز سه پاسخ را بیان کردیم. اشکال چهارم: بعضی از عقود معلقه داریم که مسبب بعد از عقد، محقق می شود، مانند تعلیقاتی که از شرائط صحت عقد است، در اینگونه تعلیقات چنین نیست که مسبب مؤخر از عقد باشد؛ بلکه با وجود تعلیق، مسبب بعد از عقد حاصل می شود. مثل اینکه بایع بگوید: «بعثک ان قبلت» که بعد از اینکه مشتری می گوید: «قبلت»، اثر عقد موخر از عقد نیست و هم زمان با عقد حاصل می شود.

پاسخ پنجم: دلیل اخص از مدعاست، مدعا بطلان تعلیق است مطلقاً، در حالی که در بعضی از عقود، تعلیقاتی داریم که عنوان «مراعی» را دارد، نه عنوان موقوف. توضیح بیان شیخ این است که دلیلی که برای بطلان تعلیق آورده شده است در جایی است که واقعاً معلق علیه، در حین عقد موجود نباشد. مثل اینکه بایع بگوید: این را به تو می فروشم، اگر ده روز دیگر فلانی از سفر بیاید. در اینجا که مسبب، ملکیت است و بعد از ده روز محقق شود، مشمول دلیل است.

اما شرایط و تعلیقاتی داریم که واقعاً در حین عقد موجود است و بایع و مشتری نسبت به آنها جاهل هستند، مثلاً بایع می گوید: می فروشم به شرط اینکه خمر نباشد، مشتری هم می گوید: قبلت. اگر واقعاً در حین عقد این مایع، خمر نباشد، مسبب بعد از عقد، بلافاصله حاصل می شود. اینجا مسبب مؤخر از عقد نیست.

این را اصطلاحاً می گویند: شرط مراعی، یعنی مراعات به حصول علم، و آن شرطی که اول مثال زدیم که بیع مشروط به آمدن زید در ده روز دیگر بود را اصطلاحاً می گویند: موقوف، یعنی متوقف بر این است که معلق علیه در ده روز دیگر واقع شود.

بنابراین در موردی که شرط واقعاً در حین معامله حاصل است، اما بایع یا مشتری نسبت به آن جاهل هستند، دلیل صاحب

جواهر پیاده نمی شود و اخص از مدعا می شود.

اشکال ششم: تعلیق و تنجیز اختصاص به بیع ندارد، بلکه در کلیه عقود و ایقاعات مورد بحث است، چون هر عقدی به صورت علی حده اینگونه نیست که خصوصیت جداگانه داشته باشد، در باب عقد بیع یک گونه و در باب عقد اجاره گونه ای دیگر. عقود در این مسئله خصوصیت خاصی ندارند، بنابراین بحث ما در باب تعلیق و تنجیز یک بحث کلی است، در حالی که دلیل صاحب جواهر فقط به برای بطلان تعلیق در باب بیع کارآمد است.

در بیع اگر بگوییم: فروختم به شرطی که فلانی ده روز دیگر از سفر آید، تعلیق سبب می شود که مسبب مؤخر از عقد محقق شود، در حالی که باید مسبب بلافاصله بعد از عقد محقق شود. اما ما یک عقود داریم که طبع آن عقود این است که مسبب مؤخر از خود عقد است. مثل باب وصیت که طبعش اقتضا می کند که ملکیت برای موصی له بعد از موت موصی باشد. در اینگونه موارد چه دلیلی دارید که تعلیق باطل است؟

دلیل سوم بر بطلان تعلیق

دلیل سومی را که برای بطلان تعلیق آورده اند، صاحب کتاب مفتاح الکرامه بیان کرده است، ایشان فرموده: بیع، نکاح و اجاره از اسباب شرعیه است، شارع بیع را سبب برای حلیت تصرف در اموال یکدیگر قرار می دهد، اجاره و نکاح را هم سبب حلیت قرار داده است، اسباب شرعیه امور توقیفیه هستند، لذا باید ببینیم خود شارع چه بیع و اجاره ای را سبب قرار داده است؟

و در صورت شک که آیا شارع هر بیعی را سبب قرارداده است، چه بیع منجز و چه بیع معلق یا خصوص بیع منجز را سبب قرار داده است؟ به قدر متیقن أخذ می کنیم که قدر متیقن از بیعی که شارع سبب قرار داده است، بیعی است که منجز باشد، در نتیجه ما برای بیع معلق دلیلی نداریم که سبب شرعی باشد.

مناقشه در دلیل سوم

شیخ می فرماید این دلیل هم ضعفش روشن است، زیرا؛ مستند ما «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است که اطلاق دارند، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» یعنی چه منجز و چه معلق، «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، یعنی چه منجز و چه معلق و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم چنین اطلاقی دارد، در اصول خواندیم در جایی که دلیل لفظی اطلاق داشته باشد، باید به اصالت الاطلاق تمسک کرد، لذا در مقام نوبت به قدر متیقن گیری نمی رسد.

نتیجه ای که شیخ می گیرند این است که در بحث بطلان تعلیق، هیچ دلیلی غیر از اجماع نداریم، لذا در این مسأله باز می گردیم به آن شانزده صورت که بیان کردیم، در هر کدام از آن شانزده صورت که مشمول اجماع باشد، حکم به بطلان می کنیم. شیخ از آن شانزده مورد، هشت مورد را داخل در معقد اجماع دانست و هشت مورد دیگر را مشمول اجماع ندانست، لذا نمی توانیم حکم به بطلان آنها کنیم.

حکم تعلیق منشأ

آخرین مطلبی که مرحوم شیخ بیان می کنند این است که بحث بطلان تعلیق، در جایی است که انشاء معلق باشد، اما اگر انشاء بر حسب ظاهر معلق نباشد و منشأ (انشاء کننده) مردد باشد، مثل اینکه کسی مالی را می فروشد و می گوید: «بعثک هذا»، اما در

باطن مردد است که این مال برای خودش است یا خیر، هیچ اشکالی ندارد. آنچه که اجماع، دلالت بر بطلان آن دارد، تعلیق انشاء است، لذا اگر انشاء معلق نبود و منشأ مردد بود، ضرری وارد نمی‌کند.

بعد می‌فرمایند: حتی بالاتر از این را می‌گوییم، جایی که منشأ یقین به فساد معامله دارد، یعنی یقین دارد که این مال، برای او نیست و انشاء را منجزاً بیان می‌کند، هم اشکال ندارد؛ البته فقط یک قیدی می‌زنند که نباید ضربه‌ای به قصد جدی منشأ بزند. گاهی یقین دارم که این مال برای من نیست و قصد جدی برای بیع می‌کنم، اگر از من قصد جدی متمشی شد، اشکالی ندارد، ولی جایی که تردید منشأ، مانع از قصد جدی منشأ شود، تردید ضرر می‌رساند.

نقد و بررسی چند فرض در مقام

مرحوم شیخ در ادامه فروضی را بیان می‌کنند، می‌فرمایند: مردی زنی را تزویج کرده است، احتمال می‌دهد که خواهر رضایی خودش یا همسر اولش باشد، می‌خواهد این زن را طلاق دهد. در اینجا طلاق متفرع بر احراز زوجیت است و مرد شک دارد زوجیتی هست یا نیست، چگونه می‌تواند این زن را طلاق دهد؟

در جواب این سوال می‌فرمایند: اگر خودش جزم به طلاق و قصد جدی به طلاق یافت، فبها، ولی اگر نیافت، راهش این است که برای طلاق وکیلی بگیرد که نسبت به قضیه جاهل محض است، نمی‌داند که موکلش نسبت به این زن از نظر زوجیت تردید دارد، لذا قصد جدی از وکیل متمشی می‌شود و صیغه طلاق را جاری می‌کند.

شیخ بعد از این پیشنهاد، دچار این اشکال می‌شود که وکیل در موردی وکالتش نافذ است که موکل بر همان مورد سلطنت داشته باشد، یعنی موردی که خود موکل می‌تواند بر آن اقدام کند، در حالی که فرض کردیم موکل نمی‌تواند طلاق دهد، پس وکیل هم نمی‌تواند.

شیخ می‌فرماید: این اشکال درست است و ما هم فتوا می‌دهیم که این وکالت باطل است، ولی آنچه که در اینجا است، این است که اگر وکالت از بین رفت، اذنی که به عنوان معنای عام در داخل وکالت بوده است، موجود است. اگر کسی، شخص کودکی را وکیل کرد که فرش را ببرد به بازار و به دیگری دهد، می‌گوییم: وکالت باطل است، اما فقها می‌گویند: آن اذنی که وکالت متضمن آن است، اذن موجود است و اگر کودک فرش را برداشت و برد و در راه فرش بدون افراط و تفریط تلف شد، چون مأذون بوده است، ضامن نیست.

تطبیق

اشکال چهارم: «مع أن ما ذكره»، دلیلی که جواهر ذکر کرد، «لا يجري في مثل قوله»، جاری نمی‌شود در مثل این مثال «قوله: بعثك إن شئت أو إن قبلت»، اگر مشتری بگوید: «قبلت». این بیان اشکال است؛ «فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه»، در این مثال تخلف مسبب که همان اثر عقد است، از عقد لازم نمی‌آید، یعنی دلیل اخص از مدعاست.

اشکال پنجم: «مع أن هذا»، این دلیل «لا يجري في الشرط المشكوك المتحقق في الحال»، در شرطی که خود شرط کننده شک دارد، ولی در حال عقد واقعاً محقق است، مثلاً می‌گوید: می‌فروشم به شرطی که خمر نباشد، در حالی که جهل دارد. «فإن العقد حينئذ»، یعنی هنگامی که شرط در حال عقد موجود است، «يكون مراعي لا موقوفاً»، موقوف معنایش این است که متوقف بر تحقق شرط است، مثل جایی که می‌گوییم: فروختم به شرط اینکه ده روز دیگر زید از سفر بیاید. مراعی هم یعنی تا زمانی که من علم یابم، ولی حين العقد موجود است.

اشکال ششم: «مع أن ما ذكره»، آنچه که جواهر ذکر کرد، فقط مربوط به بیع و امثال آن است و «لا یجری فی غیره»، در غیر بیع، «من العقود الذی قد یتأخر مقتضاها عنها»، از عقودی که طبع آنها این است که مقتضی یعنی مسبب مؤخر از عقد است، مثل وصیت، جاری نباشد، «كما لا یخفی». مگر چه اشکالی دارد؟ «ولیس الکلام فی خصوص البیع»، بحث در باب تعلیق و تنجیز، یک بحث کلی است که آیا هر عقدی باید حتماً منجز باشد و تعلیق در آن اشکالی ندارد؟

«ولیس علی هذا الشرط فی کلّ عقد دلیل علی حدة»، بر این شرط تنجیز در هر عقد، دلیل جداگانه ای نیست، برای بطلان تعلیق در بیع یک دلیل و برای اجاره یک دلیل؛ بلکه تمام اینها تحت یک دلیل قرار می گیرند.

از «ثم»، وارد دلیل سوم می شوند، «ثم الاضعف من الوجه المتقدم»، اضعف از وجه صاحب جواهر، دلیل مفتاح الکرامه است، «التمسک فی ذلک»، یعنی در بطلان تعلیق، به توقیفیت اسباب شرعیه. این دلیل متشکل از دو مقدمه است؛ 1. بیع و نکاح از اسباب شرعیه هستند، 2. اسباب شرعیه عنوان توقیفی دارند و توقیفیت موجب وجوب اقتضای بر متیقین است، نمی دانیم آیا شارع هر بیعی چه منجز، چه معلق را مؤثر قرار داده است یا خصوص منجز؟

به قدر متیقن «و لیس الا العقد العاری» که عقد عاری از تعلیق است، أخذ می کنیم، «اذ»، تعلیل برای اضعف بودن است، «اذ فیهِ انّ اطلاق الادله»، ادله ای که اطلاق دارد، مثل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، «الناس مسلطون علی اموالهم»، «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و ادله سایر عقود، «کاف فی التوقیف». «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، اطلاقش چه بیع منجز و چه بیع معلق را شامل می شود.

مرحوم شیخ این را توضیح نداده اند که با وجود دلیل لفظی که اطلاق داشته باشد، دیگر نوبت به تمسک به قدر متیقن نمی رسد. قدر متیقن را در ادله لبیه می گیرند، مثل اجماع و سیره، «و بالجملة»، حالا که این سه دلیل ضعیف روشن شد، «فإثبات هذا الشرط فی العقود»، اثبات تنجیز در عقود، «مع عموم ادلتها»، در صورتی که ادله آنها اطلاق دارد، «و وقوع کثیر منها فی العرف علی وجه التعلیق»، و کثیری از اینها در عرف به نحو معلق واقع می شود، «بغیر الاجماع محققاً او منقولاً»، «بغیر»، متعلق به اثبات است، اثبات این شرط به غیر اجماع «مشکل»، غیر از اجماع دلیلی بر آن نداریم.

«ثم إنّ القادح هو تعلیق الانشاء»، آنکه ضرر می رساند، تعلیق انشاء است، «إما اذا أنشاء من غیر تعلیق»، انشاء کند بدون تعلیق، «صحّ العقد وإن کان المنشئ متردداً»، به صیغه اسم فاعل خوانده شود، ولو اینکه انشاء کننده در ترتب اثر بر عقد، چه اثر شرعی و چه عرفی مردد باشد، «کمن ینشئ البیع»، مانند کسی که بیع را انشاء می کند «و هو لا یعلم أنّ المال له» و نمی داند مال برای اوست، «أو أنّ المبیع مما یتمول»، یا اینکه شک دارد که مبیع مالیت دارد یا خیر؟

«أو أنّ المشتري راض حین الإيجاب ام لا»، نمی داند مشتری در حینی که بایع ایجاب را می خواند، راضی است یا خیر؟ «أو غیر ذلک»، یا غیر از این موارد، «مما یتوقف صحة العقد علیه عرفاً أو شرعاً» از اموری که صحت عقد شرعاً و عرفاً بر آن ترتب دارد.

بعد ترقی می کند، می فرماید: نه تنها تردید منشأ ضرر نمی رساند، «بل الظاهر انه لا یقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر علیه»، اگر یقین به فساد و اعتقاد به عدم ترتب اثر هم داشته باشد، مثلاً جهل مرکب دارد که معامله با صبی باطل است و با او معامله می کند، در حالی که مرجع تقلیدش معامله با صبی را جایز می داند، این اعتقاد ضرری به معامله وارد نمی کند. فقط یک قیدی می زنند، «إذا تحقق القصد الی التملیک العرفی»، اگر قصد جدی به تملیک عرفی داشته باشد.

«وقد صرح بما ذکرنا»، یعنی همین که «لا یقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر»، تصریح کرده است «بعض المحققین»، مراد صاحب

مقابس الانوار است، «حيث قال:» فرموده است: «لا يخلّ زعم فساد المعاملة»، اعتقاد به فساد معامله محل نیست و اشکالی وارد نمی‌کند. «ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد»، مادامی که موجب ارتفاع قصد نباشد.

بعد از مطالب، شیخ می‌فرمایند: در بعضی از شروط مشکل پیدا می‌کنیم، «نعم ربما يشكل الامر في فقد الشروط المقومة»، در فقدان شروطی که مقوم عقد هستند، «كعدم الزوجية أو الشكّ فيها في إنشاء الطلاق»، مردی می‌خواهد زنش را طلاق دهد، اگر به عدم زوجیت یقین دارد و یا شک در زوجیت دارد، «فانه لا يتحقق القصد اليه منجزاً»، قصد منجز و جدی و قطعی به طلاق نمی‌یابد، «من دون العلم بالزوجية»، مادامی که علم به زوجیت نداشته باشد، «و كذا الرقية في العتق» که علم به عبد بودن باید باشد تا قصد جدی حاصل شود.

«فحينئذٍ»، زمانی که شروط مقومه مشکوک شد، «فاذا مسّت الحاجة الى شيء من ذلك»، «من ذلك»، یعنی طلاق وعتق، «للاحتياط»، کسی می‌خواهد از باب احتیاط طلاق دهد، چون احتمال می‌دهد؛ خواهر رضایی او باشد. «اذا مسّت الحاجة للاحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه»، در صورتی که قائل شویم: انشاء نمی‌تواند معلق باشد بر چیزی که در آن شرط است شود، «فلا بد من ابرازه بصورة التنجيز»، باید به صورت تنجز انشاء کند، نمی‌تواند بگوید: «ان كانت زوجتي فهي طالق»؛ بلکه باید به صورت منجز بگوید: «انت طالق»، «و ان كانت في الواقع معلقا»، ولو اینکه در واقع معلق باشد که اگر زوج باشد مطلقه است.

این را شیخ پیشنهاد می‌کند بر فرض اینکه قصد جدی از منشأ متمشی بشود، اینجا مثل همان مثال صبی است که اگر کسی با صبی معامله کند و یقین دارد که معامله با او باطل است و قصد بیع بتواند کند، معامله‌اش صحیح است، در اینجا هم اگر یقین دارد که زن زوجه او نیست و شک کرد، اگر قصد جدی به طلاق از او متمشی شود، خودش می‌تواند طلاق دهد، البته مجرد فرض است.

راه دوم «أو يوكل غيره»، یا این مرد، غیر خودش را وکیل کند، منتهی کسی که «الجاهل بالحال»، یعنی نمی‌داند موکلش نسبت به زوجیت این زن شک دارد. «يوكل غيره بايقاء» متعلق به «يوكل»، موکل می‌کند به ایفاء طلاق. شیخ با اشکالی مواجه می‌شود، اشکال این است که وکیل در موردی سلطنت دارد که در همان مورد هم موکل سلطنت داشته باشد. اگر فرض کردید که موکل نمی‌تواند طلاق دهد، یعنی موکل سلطنت ندارد، لذا وکیل هم سلطنت بر طلاق ندارد و وکالت باطل است.

شیخ می‌فرماید قبول داریم ولی «ولا يقدح فيه»، قدح وارد نمی‌کند در این توکیل، «تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالکاً للفعّل»، اینکه وکالت در واقع معلق باشد بر اینکه موکل سلطنت بر آن فعل داشته باشد، «لان فساد الوكالة بالتعليق» اینکه وکالت فاسد است به خاطر اینکه معلق بر سلطنت موکل است، «لا يوجب ارتفاع الاذن»، موجب از بین رفتن اذن نمی‌شود، اذن یک عنوان کلی است، اعم از وکالت و غیر وکالت است و در عقود دیگر هم مسئله اذن وجود دارد، به منزله جنس می‌ماند.

کسی صبی را وکیل کرد و گفت: «انت وکيلي» که فرش را ببری تحویل فلانی بدهی، در حالی که نمی‌داند بلوغ در وکیل شرط است و وکالتش باطل است، «اذنش» هنوز در ضمن وکالت باقی است و از بین نرفته است، لذا تصرف صبی عدوانی نبوده و در صورت تلف، ضامن نیست. «الا انّ ظاهر الشهيد في القواعد»، شهید در کتاب القواعد، «الجزم»، جزم یافته «بالبطلان فيما لو زوجه امرأة يشكّ في أنّها محرّمة عليه»، با زنی ازدواج می‌کند که نمی‌داند بر او حرام است یا خیر، «و ظهر حلّها»، معلوم می‌شود که خواهر رضایی نبوده است، شهید می‌فرماید: این ازدواج باطل است.

«على ذلك»، بر بطلان تعلیل آورده است، «بعدم الجزم»، در حال عقد جازم نبوده است. «قال: و كذا في الإيقاعات»، در ایقاعات هم همینطور است، «كما لو خالع امرأة أو طلقها و هو شاكّ في زوجيتها»، این مرد در زوجیت این زن شک دارد، «أو

ولي نائب الامام (عليه السلام) قاضياً»، یا نائب امام شخصی را قاضی قرار می دهد، «لا یعلم اهلّیته»، در حالی که نمی داند مثلاً عادل هست یا خیر؟ اینجا مرحوم شهید فتوا داده است که هم طلاق باطل است و هم تولیت که او را متولی قضاوت کرده است.

«و ان ظهر اهلاً»، ولو اینکه معلوم شود که قاضی اهلّیت دارد. شهید این دو مورد را خارج کرده است و فرموده: «ویخرج من هذا بیع مال مورثه لظنه حیاته»، اگر انسان مال پدرش را با اعتقاد به اینکه حیات دارد، بفروشد و معلوم شود که پدر مرده بوده است و مال به او ارث رسیده است، بیع اشکالی ندارد، زیرا؛ آنچه مردد بوده است، خصوصیت مالک بوده که خودش است یا پدرش؟ و نسبت به اصل بیع، قصد جدی دارد، «لان الجزم»، یعنی جزم به اصل بیع «هنا»، در این مورد، «حاصل، لکن خصوصية البائع»، مرحوم شهیدی در حاشیه فرموده است که اولی این است که «خصوصية المالك»، باشد، چون بایع معلوم است و مالک مشخص نیست.

«و ان قیل بالبطلان امکن»، اگر کسی فتوای به بطلان دهد، اشکالی ندارد، می توانیم بگوییم: به نقل مال خودش قصد جدی نداشته است، «و کذا»، مورد دوم که خارج می شود، «لو زوج امة أبیه»، اگر با کنیز پدرش ازدواج کند، «فظهر میتاً»، معلوم شود که پدرش از دنیا رفته است و کنیز با ارث به او منتقل شده بوده است، شهید فرموده: با اینکه اعتقاد به فساد نکاح با کنیز پدرش در حال حیات پدرش داشته است، نکاحش درست است. «انتهی» کلام شهید در قواعد.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين