

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

«و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم»

تفاوت مثال طلاق با مثال تزویج و تولیت

مرحوم شهید اول در کتاب قواعد، در سه مورد که منشأ مردد است، فتوای به بطلان داده اند، یکی در مسئله طلاق، در موردی که زوج شک در زوجیت همسرش دارد، فرمودند: با وجود شک در زوجیت، جزم به طلاق حاصل نمی شود و اگر قصد جدی و جزم به طلاق حاصل نشود، این طلاق باطل است. دوم در مسئله تزویج، جایی که مرد احتمال می دهد زنی که قصد ازدواج با او را دارد، خواهر رضایی او باشد، در اینجا هم اگر عقد ازدواج را برقرار کند، باطل است، چون جزم به مضمون زوجیت محقق نمی شود. و مورد سوم جایی است که نایب امام شخصی را بخواهد به عنوان قاضی قرار دهد و شک دارد که آیا این شخص عدالت دارد یا ندارد؟ در اینجا هم اگر تولیت داد، باطل است.

مرحوم شیخ انصاری می فرمایند: به نظر می رسد که باید بین طلاق و بین آن دو مثال دیگر، فرق بگذاریم. در طلاق، مسأله همان است که مرحوم شهید فرموده اند، در جایی که مرد در زوجیت زن برای خودش شک دارد، قصد جدی و جزم نسبت به طلاق محقق نمی شود، اما در آن دو مورد دیگر، جایی که مرد شک دارد این زن، خواهر رضایی خودش است یا خیر؟ امکان جزم به زوجیت وجود دارد. و همچنین در مسئله قرار دادن شخصی به عنوان قاضی، اگر شک در عدالت او باشد، جزم و قصد جدی نسبت به تولیت وجود دارد.

بعد یک «فأفهم» دارند که دقت کنید؛ وجه فرق بین اینها را بدست آورید که چرا بین مثال طلاق و دو مثال دیگر فرق می گذاریم. شیخ می فرماید: در باب طلاق، طلاق در موردی است که آن زن، زوجیتش مسلم باشد و زوجیت شرط عرفی برای طلاق است، در عرف اگر در یک موردی زوجیت مسلم نباشد، طلاق تحقق نمی یابد، اما در آن دو مورد دیگر در مسئله ازدواج و در مسئله تولیت، درست است که انسان با کسی می تواند ازدواج کند که خواهر رضایی آن شخص نباشد و زنی باشد که بر این مرد محرم نباشد، اما این محرم نبودن یک شرط شرعی برای زوجیت است.

و همچنین عدالت یک شرط شرعی برای قضاوت است. بنابراین بین اینها این تفاوت است که در طلاق زوجیت یک شرط عرفی است، ولی در آن دو تای دیگر، یک شرط شرعی است. به بیان دیگر می توانیم اینطور بگوییم که در طلاق، زوجیت در مفهوم طلاق خوابیده است. طلاق یعنی ازاله زوجیت. در مفهوم طلاق زوجیت أخذ شده است، اما در مفهوم ازدواج محرم نبودن زن خوابیده است و همچنین در مفهوم قضاوت، عدالت نیست. بعد از اینکه شیخ نظر خود را بیان می کند، یک مطلبی را از مرحوم شهید در همان کتاب قواعد بیان می کند که آن را در تطبیق توضیح می دهیم. شرط تنجیز در اینجا تمام می شود.

یکی دیگر از شرایط عقد، تطابق بین ایجاب و قبول است. مطابقت دو گونه است؛ مطابقت در لفظ و مطابقت در مضمون، مقصود شیخ و مقصود هر کسی که این شرط را معتبر کرده این است که قابل و موجب، مشتری و بایع، ایجاب و قبولشان در مضمون با یکدیگر مطابقت داشته باشد. هر خصوصیتی را که موجب و بایع در ایجاب خودش آورده است، همان خصوصیت باید در قبول مشتری باشد.

مرحوم شیخ برای روشن شدن خصوصیت، چهار نمونه را بیان می کند؛ نمونه اول: گاهی بایع در ایجابش خصوصیت مشتری را در نظر می گیرد و می گوید: من این کتاب را به تو می فروشم و مشتری می گوید: من برای خودم می خرم، لذا اگر مشتری گفت: این کتاب را برای موکل یا دوستم می خرم، اشتباه است.

نمونه دوم: خصوصیت ثمن است، اگر گفت: این کتاب را به صد درهم می فروشم و مشتری بگوید: این کتاب را به ده دینار می خرم ولو اینکه ده دینار از نظر واقعی و ارزش همان ارزش صد درهم را داشته باشد، اما در اینجا مطابقت به مضمون ندارد.

نمونه‌ی سوم: خصوصیت در مثن است، بایع می گوید: من مجموع این کتاب و مجموع این عبد را به تو می فروشم، ولی مشتری گفت: من نصف این عبد را خریدم، خصوصیت در مثن رعایت نشده است.

نمونه‌ی چهارم: خصوصیت در آن شروطی است که آورده می شود، اگر بایع گفت: این کتاب را به تو می فروشم به شرط اینکه ده روز خیار شرط داشته باشم و مشتری گفت: قبول می کنم به شرط اینکه پنج روز خیار شرط داشته باشی، تطابق بین ایجاب و قبول از نظر مضمون واقع نشده است. آنگاه مرحوم شیخ بعضی از فروغ و مثال ها را بیان می کنند که در تطبیق توضیح می دهیم.

تطبیق

«والظاهر الفرق بین مثال الطلاق و طرفیه»، بعد از اینکه کلام شهید تمام شد، شیخ می گوید: بین مثال طلاق و آن دو طرف، یعنی آن دو مثال دیگر؛ زوجیت و تولیت، فرق است، «بامکان الجزم فیهما دون مثال الطلاق»، جزم در این دو امکان دارد، ولی در مثال طلاق امکان ندارد. «فافهم»، اشاره به دقت است که فرق را متوجه شوید.

دو فرق بیان کردیم؛ اول این بود که در طلاق زوجیت یک شرط عرفی است، اما در آن دو تای دیگر هر چه که وجود دارد، عنوان شرط شرعی را دارد. فرق دوم که شاید دقیق تر باشد، این بود که در مفهوم طلاق، زوجیت وجود دارد، چون طلاق را معنا می کنیم به ازاله زوجیت، اما در مفهوم تزویج، محرم نبود زن نیست و در مفهوم قضاوت، عدالت وجود ندارد.

«و قال» شهید در موضع دیگری از کتاب قواعد: «ولو طَلَّقَ بحضور خنثین»، یکی از شرایط طلاق این است که طلاق در حضور دو مرد عادل باشد، حال اگر مردی صیغه طلاقی را در حضور دو نفر که گمان دارد خنثی هستند، جاری کند، «فظهر رجلین»، بعد معلوم شود که مرد هستند، «امکن الصحّة، و کذا بظهور من یظنّه فاسقاً»، اگر گمان دارد که دو شاهد، فاسق هستند، «فظهر عدلاً»، بعداً معلوم شد که عادل هستند.

«و یشکلان فی العالم بالحکم»، اما جایی که عالم به حکم و موضوع است، یعنی هم به اینکه شاهد، عنوان خنثی یا فاسق را دارد و هم به اینکه طلاق در حضور خنثی و فاسق باطل است، مسأله مشکل است، زیرا؛ «لعدم قصدهما إلی طلاق صحیح»، قصد به

طلاق صحیح محقق نمی شود. «انتهی»، بحث تنجیز تا اینجا تمام می شود.

اگر بخواهیم جمع بندی داشته باشیم، در بحث تنجیز مرحوم شیخ، مجموعاً شش دلیل برای اعتبار تنجیز اقامه کرده اند و تمام آنها را مورد مناقشه قرار دادند غیر از دلیل اجماع که فرمودند: مهم ترین دلیل بر اعتبار تنجیز در باب عقود است. بعد فرمودند: مراد از اعتبار تنجیز، تنجیز در خود انشاء است، اما اگر انشاء کننده مرد باشد، ضرری نمی زند، مگر تردید در شروط مقوم عقد و شروط دخیل در مفهوم انشاء باشد، مثل شرطی که در مفهوم طلاق و زوجیت دخالت داشته باشد.

«و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول» است، «فلو اختلفا في المضمون»، کلمه «فی المضمون»، قرینه است که مراد از تطابق، تطابق در الفاظ نیست. اگر اختلاف در مضمون باشد، «بأن أوجب البایع البیع علی وجه خاص»، بایع بیع را به وجه خاصی بیان کند که چهار صورت دارد؛ «من حیث خصوص المشتري أو خصوص المثلث أو خصوص الثمن أو توابع العقد من الشروط»، برای همه اینها مثال هم می زند.

«فقبل المشتري علی وجه آخر»، مشتری بر وجه دیگر قبول کند، «لم ینعقد»، عقدشان منعقد نمی شود. دلیل این اشتراط چیست؟ «و وجه هذا الاشتراط واضح»، وجه این اشتراط واضح است، «و هو مأخوذ من اعتبار القبول»، چون در عقد، قبول رکنیت دارد و قبول زمانی محقق می شود که رضایت به ایجاب بایع باشد، لذا اگر بایع گفت: خانه را فروختم و شما گفتید: قبول می کنم مغازه را، از نظر فقهی درست نیست.

«و هو»، این اشتراط مأخوذ از قبول است، و قبول، «هو الرضا بالایجاب»، از اینجا می فهمیم که تطابق معتبر است، وگرنه بر دومی عنوان قبول صدق نمی کند. «فحینئذ»، حال که تطابق لازم است، «لو قال: «بعته من موکک»، من به موکل تو فروختم «بکذا»، به این قیمت، «فقال: «اشتریته لنفسی»»، مخاطب بگوید: من این جنس را برای خودم خریدم، «لم ینعقد، و لو قال: «بعته هذا من موکک»»، اگر بایع به وکیلی که موکلش در مجلس حاضر است، بگوید: من به موکلت فروختم و «قبلت» را موکل بگوید، شیخ می فرماید: بلا اشکال است. «ولو قال: «بعته هذا من موکک»، فقال الموکل الغیر المخاطب»، آن موکلی که مخاطب نیست، بگوید: «قبلت، صح»، چون تطابق محقق شده است.

«و کذا لو قال: «بعتك» فأمر المخاطب وکیله بالقبول فقبل»، اگر بایع بگوید: «بعتك» و مخاطب به جای اینکه خودش بگوید: «قبلت»، به وکیلش امر کند که «قبلت» را بگوید، درست است. تا اینجا مثال در خصوص مشتری بود، از اینجا در خصوص مثن است. اگر بایع بگوید: «بعتك العبد بکذا» و مشتری بگوید: «اشتریت نصفه»، نصف عبد را خریدم «بتمام الثمن أو نصفه» به همه ثمن یا نصف ثمن، «لم ینعقد»، چون تطابق وجود ندارد.

«و کذا لو قال: «بعتك العبد بمائة درهم»»، اگر بگوید: عبد را به صد درهم فروختم، «فقال: «اشتریت بعشرة دینار»»، به ده دینار خریدم، ولو ده دینار در واقع ارزشش همان صد درهم باشد تطابق وجود ندارد. «ولو قال للاثین: «بعتکما العبد بألف»»، اگر بایع به دو نفر بگوید: من این عبد را به شما فروختم به هزار، «فقال أحدهما»، یکی از دو مخاطب بگوید: «اشتریت نصفه بنصف الثمن»، من نصف این عبد را به نصف ثمن که پانصد تا هست خریدم، «لم یقع»، درست نیست.

«ولو قال کلّ منهما ذلک»، اگر هر کدام بگویند: ما نصف آن را به پانصد درهم می خریم، جوازش بعید نیست، چون بالاخره در اینجا تطابق حاصل شده است و بایع می خواهد کل عبد را بفروشد و هر دو هم می خرند. «و نحوه لو قال البایع: «بعتك العبد بمائة»»، بایع می گوید: عبد را به صد درهم فروختم، «فقال المشتري»، مشتری نگوید: من خریدم به صد درهم؛ بلکه بگوید: من هر نصفی از این عبد را به نصف ثمن می خرم، یعنی نصف عبد را پنجاه تا و نصف دیگر را پنجاه تا «فقال المشتري: «اشتریت کل نصف منه بخمسين»»، هر نصف از عبد را به پنجاه تا خریدم، این هم «لا یبعد الجواز»، یعنی بعید نیست بگوییم معامله

صحیح است.

شیخ می فرماید: «و فیه اشکال»، وجه اشکال این است که بایع می خواهد مجموع این عبد را بفروشد، اما مشتری می گوید: من هر نصف آن را به پنجاه می خرم. این سبب انحلال یک عقد به دو عقد می شود که بعداً مشتری می تواند در نصف، معامله را بهم زند، در حالی که بایع غرضش این است که مجموع من حیث مجموعش را می خواهد به مشتری بفروشد.

اما وجه جوازش این است که در نظر عرف چنین مواردی، از نظر نتیجه فرقی نمی کنند، چه جایی که بگوید: من عبد را به تو فروختم به صد درهم و او هم بگوید: قبول کردم به صد درهم یا بگوید قبول کردم هر نصفش را به پنجاه درهم، چون غرض بایع صد درهم است.

اعتبار صلاحیت موجب و قابل هنگام انشاء دیگری

آخرین شرطی که مرحوم شیخ برای شرایط عقد بیان می کنند این است که هر کدام از موجب و قابل، ایجاب و قبول خود را در فرض و شرایطی واقع کند که دیگری، صلاحیت برای انشاء را داشته باشند. زمانی که بایع ایجاب خود را منعقد می کند، در صورتی باشد که مشتری شرایط ایجاب را داشته باشد و زمانی که مشتری قبول را انشاء می کند در صورتی باشد که بایع صلاحیت انشاء را داشته باشد.

مثلاً اگر قابل، در حینی که بایع می گوید: «بعتك»، خواب باشد و بعد از تمام شدن «بعتك» بیدار شود و بگوید: «قبلت» یا زمانی که بایع می گوید: «بعتك»، مخاطب مجنون باشد، اما زمانی که مخاطب می خواهد بگوید قبلت جنونش از بین می رود، بی فایده است، و یا بالعکس، اگر بایع زمانی که مشتری می خواهد بگوید: «قبلت»، دچار جنون شود یا بایع «بعتك» را بگوید و خوایش ببرد و مشتری «قبلت» را بگوید، بی فایده است و عقد منعقد نمی شود.

محقق نشدن معاهده یا از باب فقدان شرایط است یا از باب به وجود آمدن موانع است، فقدان شرایط مثل همین مثالی که بیان شد، اما از باب بوجود آمدن موانع است، مثل اینکه بعد از گفتن «بعتك»، از طرف قاضی حکمی بیاید دال بر افلاس بایع، لذا اگر مشتری بگوید: «قبلت» درست نیست.

اشکال وجواب

ممکن است مستشکلی بگوید: موردی هست با اینکه این شرط در آن وجود ندارد، ولی که همه فقها حکم به صحتش می کنند. مسئله وصیت که موصی در زمان حیات خودش وصیت می کند و موصی له بعد از زمان حیات موصی، قبول را می گوید، در این فرض، موصی از دنیا رفته است و شرایط انشاء را ندارد.

مرحوم شیخ در باب وصیت پاسخ می دهد که وصیت به نظر ما، حقیقتش عقد نیست؛ بلکه حقیقتش ایصاء است و ایصاء عنوان ایفاء را دارد نه عنوان عقد. و اینکه قبول را در آن معتبر می دانیم، به نحو شرطیت است، نه رکنیت. عقد از نظر اصطلاح به چیزی اطلاق می شود که ایجاب و قبول در آن به نحو رکنیت باشد. پس هر جا قبول وجود داشت، اما به نحو رکنیت نبود، عنوان عقد را ندارد مثل همین باب وصیت است.

بعضی فرموده اند: وصیت برزخی است بین عقد و ایفاء، نه می توانیم به آن بگوییم عقد خالص، چون این شرط را ندارد و نه می توانیم بگوییم ایفاء خالص، چون قبول به نحوی در آن دخالت دارد، اما شیخ به صورت صریح می فرماید: وصیت ایصاء و ایفاء

است.

تطبيق

«و من جمله الشروط في العقد؛ أن يقع كل من ايجابه و قبوله في حال»، در حالی باشد که «يجوز لكل واحدٍ منهما الإنشاء، فلو كان المشتري»، اگر مشتری در حال «ايجاب البائع، غير قابلٍ للقبول»، یعنی صلاحیت قبول را نداشته باشد، «أو خرج البائع حال القبول»، یا بایع در حال قبول مشتری از قابلیت ايجاب خارج شده باشد، مثلاً خوابش برده باشد، «لم ينعقد»، عقد منعقد نمی شود.

«ثم إنَّ عدم قابليتهما»، اینکه قابلیت ندارد در دو فرض است؛ فرض اول: «إن كان لعدم كونهما قابليْن للتخاطب»، اگر موجب و قابل، مقتضی را از دست بدهند و قابلیت تخاطب را نداشته باشند، مثل اینکه مرگ یا جنون یا إغما یا در حالت ضعیفتر خواب بر آنان عارض شود، «فوجه الاعتبار عدم تحقق معني المعاهدة و المعاهدة»، زمانی که مشتری می‌گوید: «قبلت» و بایع خوابش برده است، معاهده صدق نمی کند.

«و اما»، پاسخ از اشکال مقدر است. چرا در باب وصیت قبول موصی له معتبر است، در حالی که در حین قبول موصی له، موصی شرایط تخاطب را از دست داده است و از دنیا رفته است؟ «و اما صحة القبول من الموصی له»، بعد از موت موصی، «فهو» این قبول «شرط حقیقه»، در بعضی نسخه‌ها «شرط تحققه» دارد، «حقیقه» باشد، بهتر است. قبول در باب وصیت، حقیقتاً عنوان شرط را دارد، «و لا رکن»، قبول عنوان رکنیت ندارد و چیزی که در اصطلاح، عنوان عقد بر آن اطلاق می شود، آن است که ايجاب و قبول در آن رکن باشد.

مگر وصیت عقد نیست؟ مرحوم شیخ می فرماید: به نظر ما «فإن حقيقة الوصية الإيصاء»، وصیت از امور ایقاعیه است و حقیقت آن، ایصاء است. دو شاهد هم می آورند؛ شاهد اول: «و لذا لو مات قبل القبول»، اگر موصی له قبل از قبول بمیرد، «قام وارثه مقامه»، وارث او قائم مقام او می شود. در حالی که اگر وصیت عقد باشد، قبول وارث فایده‌ای نباید داشته باشد، مانند عقد بیع که اگر بایع گفت: این کتاب را فروختم و مشتری قبل از قبول بمیرد، قبول وارث مشتری فایده ندارد، در صورتی که اگر موصی له بمیرد، وارث او می تواند قبول کند.

شاهد دوم: «و لو ردَّ جاز له القبول بعد ذلك»، اگر موصی له رد کرد، بعضی از محشین گفته اند این مثال در خصوص وصی است، اگر وصی رد کند، قبولش بعد از رد جایز است، در حالی که اگر عقد باشد، به درد نمی خورد.

فرض دوم: «و إن كان لعدم الاعتبار برضاها»، به رضایت این دو، یعنی اگر شرایط را نداشتن از باب این است که مانع ایجاد شده است و رضایتشان به درد نمی خورد، «و لخروجه ايضاً»، از مفهوم تعاهد و تعاقد. برای صدق معاهده، باید مفهوم تعاقد و تعاهد در آن باشد.

«لأن المعتبر فيه عرفاً»، در معاهده معتبر است، «رضاً كلاً منهما لما ينشئه الآخر حين انشائه»، رضایت هر کدام از این دو، نسبت به چیزی که دیگری در حین انشاء دیگری، انشاء می کند مثال می زند برای کسی که رضایتش اعتبار ندارد، «كمن يعرض لهُو الحجر» کسی که حجر بر او عارض شود، حاکم از باب مفلس بودن حکم به حجر او کند یا حرّ گفت: «بعثك» و قبل از اینکه مشتری بگوید: «قبلت»، «بايع صار رقاً»، «أو مرض أو موت»، در مرض موت مشهور فقها می گویند: منجزات مريض اعتبار ندارد.

«والاصل فی جمیع ذلک»، یعنی دلیل این شرط که باید در حین انشاء دیگری، آن شخص صلاحیت انشاء داشته باشد، «أن الموجب لو فسخ قبل القبول»، کسی که ایجاب را محقق کرده است، قبل از قبول مشتری، فسخ کند، «لغی الإيجاب السابق»، ایجاب سابق فسخ می شود. در حقیقت «ما نحن فیه» را می خواهند به این فسخ قیاس کنند، به این بیان که یک فرع فقهی مسلم داریم که اگر بایع گفت: «بعثک» و قبل از قبول مشتری، بگوید: «فسخت»، «قبلت» مشتری به درد نمی خورد. این مواردی هم که بیان کردیم که نوم یا جنون یا... عارضش شود، حکم همین مورد را دارد.

«وكذا لو كان المشتري فی زمان الإيجاب غیر راضٍ»، اگر مشتری در زمان ایجاب راضی نباشد، یا «كان ممّن لا يعتبر رضاه»، یا کسی باشد که رضایتش معتبر نیست، مثل صغیر. مشتری هنگام ایجاب بایع، صغیر باشد و تا ایجاب بایع تمام می شود، بالغ می شود و می گوید: «قبلت»، این به درد نمی خورد. «فصحّة كلّ من الإيجاب و القبول یكون معناه قائماً فی نفس المتكلم»، یعنی معنای صحت ایجاب و قبول به این است که معنای ایجاب و قبول از اول عقد در نفس متکلم قائم باشد، «الی أن يتحقّق تمام السبب»، تا اینکه تمام سبب محقق شود و «به يتمّ معنی المعاقده»، با تحقق تمام سبب، معاهده محقق می شود.

«فاذا لم یکن هذا المعنی قائماً فی نفس أحدهما»، اگر این معنا، یعنی معنای ایجاب و قبول، در نفس یکی از آنان قائم نبود و «أو قام ولم یکن قیامه معتبراً»، یا قائم بود و قیامش به کار نمی آمد، مثل کسی که مهجور است، «لم يتحقّق معنی المعاقدة»، معنای معاقده محقق نمی شود. یک مورد داریم که این شرط در آن تخلف یافته است و اجماعی است؛ کسی را اکراه کنند بدون رضایت باطنی معامله ای را انجام دهد، فقها فرموده اند: اگر مکره بعداً آمد رضایت به عقد داد عقد آن صحیح است.

«ثم إنهم صرّحوا بجواز لحوق الرضا ببيع المکره و مقتضاه» این نظر «عدم اعتبار» رضایت، «من أحدهما حین العقد»، معلوم می شود که اگر حین عقد، یکی از آنها راضی نبود، عیبی ندارد، «بل یکفی حصوله بعده»، بعد از عقد، «فضلاً»، چه برسد به حصول رضا «بعد الإيجاب». طبق شرطی که بیان کردیم؛ اگر بایع در حین ایجاب راضی نباشد، اما در حین قبول مشتری راضی باشد، رضایتش به درد نمی خورد و همچنین مشتری در حین ایجاب راضی نباشد و در حین قبول راضی باشد، این هم به درد نمی خورد، ولی در باب مکره، اگر بعد از عقد رضایت بیاید، فایده دارد. شیخ می فرماید: «اللهم الا أن يلتزم بكون حکم المکره علی خلاف القاعدة»، قاعده این است که رضایت مکره را قبول نکنیم، ولی می گوییم: رضایت بعدی به درد می خورد «لأجل الإجماع».

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين