

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

«فرع» لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كلُّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه»

فرع: جواز و عدم جواز اکتفای بایع و مشتری به مذهبشان در شروط صیغه

مرحوم شیخ بعد از اینکه شرایط معتبره در عقد را بیان فرمودند، فرعی را مطرح می کنند که متفرع بر همین مباحث شرایط است، ایشان می فرمایند: اگر بایع و مشتری در شرایط معتبره در عقد، اجتهاداً یا تقلیداً با یکدیگر اختلاف داشته باشند، مثلاً بایع شخص مجتهدی است یا از مجتهدی تقلید می کند که نظرش عدم اعتبار عربیت در عقد است و مشتری کسی است که آن هم اجتهاداً یا تقلیداً بر این نظر است که عربیت در صیغه عقد معتبر است، اگر عقدی را به صیغه عربی برقرار کنند این مورد اتفاق طرفین است و اشکالی ندارد، اما اگر فارسی برقرار کردند، حکم چیست؟

آیا عمل هر کدام به مقتضای نظر و به مقتضای مذهبش جایز است یا جایز نیست؟ مرحوم شیخ می فرمایند: در اینجا سه نظریه وجود دارد:

اقوال در مسأله

نظریه اول: هر کدام به مقتضای مذهب خودش عمل کند، مثلاً بایع که عربیت را معتبر نمی داند، به زبان فارسی بگوید: «فروختم» و مشتری که عربیت را معتبر می داند، به زبان عربی بگوید: «اشتریت».

نظریه دوم: اگر هر کدام به مقتضای مذهب خودش عمل کند، عقد باطل است.

نظریه سوم: تفصیل داده شود، این عقد اگر مجموعاً از عقودی باشد که قائل به صحت ندارد، باطل است، اما اگر از عقودی باشد که قائل به صحت دارد، صحیح است، مثلاً فرض کنید ما در میان فقها کسی را نداریم که هم تقدیم قبول بر ایجاب را جایز بداند و هم فارسی بودن را جایز بداند، حال اگر بایع و مشتری در هر دو اینها با هم اختلاف نظر دارند، بایع قائل است به اینکه تقدیم قبول بر ایجاب جایز نیست، اما فارسی بودن جایز است و مشتری عکس مطلب را قائل است و می گوید تقدیم قبول بر ایجاب جایز است، اما فارسی بودن جایز نیست، چنانچه این دو نفر عقدی را واقع کنند که قبول را بر ایجاب مقدم کنند و به لسان فارسی هم باشد، این عقد باطل است.

پس قول سوم این است که اگر این عقد قائل به صحت داشته باشد، صحیح است، اما اگر قائل به صحت نداشته باشد، عقد

باطلی است.

#### نقد و بررسی نظریه سوم

مرحوم شیخ ابتدا بطلان قول سوم را روشن می کند و می فرماید: در میان این وجوه ثلاثه، قول سوم «أردء الوجه» است، زیرا؛ این دلیل که چون قائل به صحت ندارد، پس باطل است، نمی تواند دلیل بطلان باشد، مجرد اینکه قائل به صحت ندارد، دلیل بر این نیست که باطل باشد. به عبارت دیگر: وجه اردئیت این است که لازم نیست برای مرکب دلیل اقامه کنیم، چون هر کدام بر طبق حجت خود عمل کرده است، یکی قبول را مقدم کرده است بر ایجاب چون نظرش این بوده است و دیگری هم ایجاب را به صیغه فارسی خوانده، چون نظرش این بوده است، هر کدام بر طبق رأی و حجت خود عمل کرده اند و این اشکالی ندارد.

نظیرش در باب عبادات هم مطرح است. در باب عبادات، اگر فرض کنیم شخصی بین تقلید از دو مجتهد مخیر است، یکی از این دو مجتهد در تسبیحات اربعه می گوید: یکی کفایت می کند، ولی در باب قنوت می گوید: قنوت فارسی جایز نیست و مجتهد دیگر می گوید: در تسبیحات اربعه، یکی کفایت نمی کند، ولی در قنوت، فارسی جایز است. حال این شخص اگر در تسبیحات اربعه استناداً به رأی یک مجتهد و در قنوت استناداً به رأی مجتهد دیگر عمل کند، خیلی ها می گویند: اشکالی ندارد، چون هر جزئی را مستند به حجت شرعی عمل خود را انجام داده است.

#### نقد و بررسی نظریه اول و دوم

مرحوم شیخ در اینجا به یک مبنای مورد اختلاف بین علما، در بحث اصول، در مباحث احکام ظاهریه، اشاره می کنند، می فرمایند: صحت و بطلان در قول اول و دوم مبتنی بر نزاع احکام ظاهریه است. در احکام ظاهریه اختلاف است که آیا حکم ظاهری از باب سببیت معتبر است یا از باب طریقت؟

سببیت یعنی اینکه امارات، مثل خیر واحد، «سبب لایجاد حدوث المصلحة فی المؤدی»؟ سبب این شوند که در مؤدای خودشان، مصلحتی ایجاد شود ولو اینکه مؤدی در واقع چیز دیگری باشد؟

طریقت که مشهور علمای امامیه قبول کرده اند، یعنی اینکه امارات در مضمون خودشان ایجاد مصلحت نمی کنند، بلکه طریق هستند برای کشف واقع که ممکن است با واقع مطابقت کنند یا نکنند.

مرحوم شیخ می فرماید: همین نزاع در اینجا جریان دارد، اگر مجتهدی گفت: در باب نکاح، عربیت معتبر نیست و بر طبق همین رأی یک نکاح فارسی ایجاد کرد، آیا این حکم ظاهری صحت که در حق این مجتهد وجود دارد، نسبت به کسی که عربیت را در صیغه نکاح باطل می داند، هم ثابت است؟

به مناسبت اشاره ای به گونه های حکم واقعی می کنند که در احکام واقعی دو گونه حکم داریم؛ یکی واقعی اولی و دومی واقعی ثانوی یا اضطراری. اگر از مجتهدی که می گوید: در عقد نکاح عربیت معتبر است، سوال شود که حکم عاجز از عربیت چیست؟ می گوید: نوبت می رسد به حکم اضطراری، لذا اگر احکام ظاهریه را از باب سببیت معتبر بدانیم، مجتهدی که به صیغه فارسی نکاح کرده است، حکم نکاحش نسبت به مجتهدی که عربیت را معتبر می داند، حکم واقعی اضطراری می شود. یعنی آن مجتهدی که عربیت را معتبر می داند، همان برخوردی را که با واقعی اضطراری می کند، با ظاهری می کند. لذا بنا بر سببیت، حکم به صحت چنین نکاحی می دهد.

مرحوم شیخ می فرماید: بنابر این رأی، قول اول در «ما نحن فيه» صحیح است، یعنی اگر گفتیم احکام ظاهریه در حق دیگران، عنوان سببیت را دارد، نتیجه اش حجیت آن برای آنان هم هست.

اما اگر طریقت را قائل شدیم، قول دوم صحیح است، یعنی عقد باطل است. به این دلیل که روی مبنای طریقت، احکام ظاهریه فقط «مجرد الأعذر» هستند برای کسی که به این احکام ظاهریه رسیده است، یعنی برای مجتهدی که اعتقاد دارد که عقد فارسی اشکال ندارد و در واقع اشکال داشته، در روز قیامت عذر آور است. بنابراین اثرش برای دیگری فایده ندارد و فقط برای کسی عذر است که «اعتقد بهذا الحكم»، اما مشتری که می‌گوید: عربیت معتبر است نمی‌تواند به این رأی ترتیب اثر دهد و قائل به صحت آن شود.

بعد از نقد و بررسی این سه نظریه شیخ می فرماید: این مطالب که بیان کردیم در شروطی است که اختلاف در آنها، سرایت به مجموع عقد نکند، اما اگر شروطی باشد که اختلاف در آنها، سبب فساد مجموع عقد شود، عقد به طور کلی باطل است. در میان شروط هفت‌گانه که گذشت، اختلاف در چهار تا از آنها، سرایت به مجموع نمی‌کند، مثلاً یکی از شرایط ماضویت بود، اگر بایع و مشتری در اعتبار آن اختلاف داشتند و عقدی را مطابق اعتقاد خود خواندند، سبب فساد مجموع نمی‌شود.

اما یک سری شروط، مثل مسئله تنجیز، اختلاف در آن، سبب فساد مجموع عقد می‌شود، به این صورت که اگر بایع معتقد است که تعلیق اشکالی ندارد و ایجاب معلق برقرار کرد، مشتری که معتقد است تعلیق باطل است، «اشتریت» گفتنش لغو است. در این موارد که فساد، دامن مجموع عقد، یعنی ایجاب و قبول را می‌گیرد، اختلافات بالا نمی‌آید و این اختلاف سبب بطلان عقد می‌شود.

#### تطبیق

«فرع» لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليدًا في شروط الصيغة»، اگر بایع و مشتری اختلاف کنند، یا هر دو مجتهد هستند که اختلاف نظر دارند و یا هر دو مقلد هستند که نظر مرجعشان در شروط صیغه مختلف است، مثلاً بایع می‌گوید: عربیت معتبر نیست و مشتری می‌گوید: معتبر است، سه نظر در مسأله مطرح است. «فهل يجوز أن يكتفى كل منهما»، اکتفا کنند هر کدام «بما يقتضيه مذهبه»، به آنچه که نظر و مذهب خودش اقتضا می‌کند، بایع که می‌گوید: فارسی بودن کافی است، فارسی بخواند و مشتری که می‌گوید: عربی، عربی بخواند.

«ام لا؟»، یعنی باید عقدی بیاورند که بر طبق اعتقاد هر دو صحیح باشد، لذا اگر هر کدام به مذهب خود اکتفا کنند، باطل است. «وجوه، ثالثها:»، سومین این وجوه، «اشتراط عدم كون العقد المركب منهما، مما لا قائل بكونه سبباً في النقل»، وجه سوم تفصیل است، بگوییم: اگر عقد مرکب از این ایجاب و قبول، قائل به صحت ندارد، باطل است، «مما لا قائل بكونه سبب»، عقدی که صحیح باشد، سبب در نقل و انتقال است، عقدی که صحیح نباشد، سبب در نقل و انتقال نیست.

«كما لو فرضنا»، فرض کنید در میان فقها، «أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسي»، قائلی نداریم که هم قائل به جواز تقديم قبول بر ایجاب باشد و هم قائل به عقد فارسی باشد، این «واو»، واو معیت است. بایع می‌گوید: تقديم قبول بر ایجاب جایز است و فارسی بودن جایز نیست، مشتری می‌گوید: فارسی بودن جایز است ولی تقديم قبول بر ایجاب جایز نیست. این دو که در این دو شرط با یکدیگر متعاکس هستند، قبول را مقدم کنند و دیگری صیغه را به فارسی بخواند.

«اردوها اخيرها»، پست ترین آنها، وجه ثالث است، برای اینکه مجرد اینکه ما قائل به صحت نسبت به مجموع مرکب نداریم، دلیل بطلان نمی‌شود، زیرا؛ هر کدام بر طبق حجت، پیش رفته اند.

اما قول اول و دوم، «و الاولان مبنيان»، مبني هستند بر اينکه، «على ان الاحكام الظاهرية»، احكام ظاهريه «المجتهد فيها»، که اجتهاد می شود، مراد از حکم ظاهری، حکم ظاهری اصطلاحی، یعنی آنچه مطابق اصول عملیه می باشد، نیست؛ بلکه مراد احکامی است که مجتهد اجتهاد می کند، «بمنزلة الواقعية الاضطرارية»، به منزله واقعی اضطراری باشد. «فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته»، از مجتهدی که قائل به صحت ایجاب فارسی است.

اینجا باید مکثی کنیم، «عند مَنْ يراه باطلاً»، در نزد کسی که ایجاب فارسی را باطل می داند، «بمنزلة إشارة الأخرس و إيجاب العاجز عن العربية»، به منزله کسی است که عاجز از عربی است و می گوید لال باید سراغ اشاره برود و طبق اجتهادش که برای احکام ظاهری، سببیت قائل است، این عقد صحیح است.

«و كصلاة المتيمّم بالنسبة إلى واجد الماء»، مانند کسی که با تیمم نماز می خواند، «بالنسبة الى واجد الماء»، نسبت به کسی که واجد الماء است، کسی که آب دارد و وضو می گیرد، تیمم بر او باطل است، همین شخص اگر آب نداشت و تیمم کند و نماز بخواند، نمازش صحیح است.

«أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلّا من اجتهد أو قلّد فيها»، یا اینکه این حکم ظاهری، عنوان حکم عذری را دارد، یعنی فقط این مجتهد را معذور قرار می دهد، «عند المخالفة»، اگر اجتهادش با حکم واقعی مخالف باشد؛ اگر گفتیم که «عند المخالفة»، فقط برای خودش عذر است، نمی تواند به حکم ظاهری دیگری که می گوید: عقد فارسی صحیح است، ترتیب اثر دهد، چون فقط برای آن شخص عذر است.

بنابر طریقت، «لا يعذر فيها»، معذور نیست در این احکام، «الّا من اجتهد»، مگر کسی که مجتهد است و تقلید کرده است در این احکام. «و المسألة محرّرة في الأصول»، این مسأله که از باب سببیت بدانیم یا طریقت؛ در اصول مطرح شده است.

مرحوم شیخ محمد کاظم شیرازی حاشیه ای بر مکاسب دارند که بسیار مطلب است، ولی کامل نیست، ایشان به طور کلی اینجا را معنای دیگری کرده است و عبارت شیخ را به آن سببیت و طریقت مورد نزاع معروف در علم اصول بر نگردانده است، اگر فرصت شد، بیان می کنیم.

«هذا كله»، اینکه گفتیم سه قول وجود دارد و محل خلاف است، «إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً الى فعل الآخر»، اگر بطلان عقد مستند به فعل دیگری باشد، «كالصراحة»، بایع می گوید: عقد باید صریح باشد، ولی مشتری می گوید: الفاظ مجازیه عیبی ندارد. «و العربية و الماضوية و الترتيب»، و عربیت، ماضویت و ترتیب، اختلافی که بیان کردیم در این چهار شرط است،

«أمّا الموالاة، والتنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء الى آخر العقد» متعاقدين بر صفات صحت انشاء تا آخر عقد باشند، «فالظاهر أن اختلافها»، «اختلافها» صحیح است، «اخرالها» هم صحیح است، «اخرالها»، یعنی اخلاف به این شرایط ثلاثه، «يوجب فساد المجموع»، نه تنها یک طرف عقد را باطل می کند، بلکه موجب سرائت فساد به مجموع می شود، «لأن بالاخر بالموالاة» یا «التنجز» یا بقاء بر صفات صحت انشاء، «يفسد عبارة من يراها شروطاً»، آنکه موالاة را شرط نمی داند، عبارت خود را درست می داند، در صورت عدم تحقق موالاة، می گوید: عبارت من هم نقض شد.

مثلاً بایع می گوید: من تعليق را مضر نمی دانم، لذا معلقاً می گوید: «بعتك إن...» و مشتری که تعليق را مضر می داند، «اشتریت» خود را هم لغو می بیند، یعنی در نظر مشتری هم ایجاب و هم قبول خراب است. «فإنّ الموجب اذا علّق مثلاً، او لم يبق صفة صحة الانشاء الى زمان القبول»، اگر موجب، معلق انشاء کرد یا بر صفت صحت انشاء تا زمان قبول باقی نبود،

«باعتقاد مشروعیّة ذلك»، «باعتقاد»، متعلق به «علّق» است، یعنی به اعتقاد مشروعیت معلق، «لم یجز من القائل بطلان هذا»، کسی که قائل به بطلان تعلیق است، «تعقیب هذا الإیجاب بالقبول»، اگر گفت: «قبلت» هم «قبلت» خودش لغو است و هم ایجاب بایع را درست نمی داند، لذا مجموع فاسد است. این راجع به تعلیق و صفت انشاء.

«و كذ القابل اذا لم یقبل الی بعد فوات الموالاة»، بایع از کسانی است که معتقد است؛ موالات معتبر است و مشتری از کسانی است که می گوید: در عقد موالات معتبر نیست. بایع می گوید: «بعتك» و فردا مشتری می گوید: «اشتریت»، طبق نظر بایع، هم «بعت» و هم «اشتریت» خراب است. «فانه یجب علی الموجب اعادة ایجابه»، موجب باید ایجاب را دوباره بیاورد، «إذا اعتقد اعتبار الموالاة»، اگر اعتقادی به موالات دارد.

«فتأمل» اشاره دارد به اشکال، طبق آنچه مرحوم ایروانی در حاشیه دارد، ایشان می فرمایند: بین موالات و تنجیز فرق است، آن فقیهی که تنجیز را معتبر می داند، می گوید: فرق نمی کند که در ایجاب باشد یا قبول، هیچکدام نباید معلق باشد، اما فقیهی که موالات را معتبر داند، می گوید: از اموری است که مربوط به مشتری است و ربطی به بایع ندارد.

موالات یعنی کلام بعدی بدون فاصله، عرفاً پشت کلام قبلی باشد و چیزی اجنبی و مخل بین آنها وارد نشود، این مربوط به مشتری است، لذا اگر مشتری گفت: به نظر من موالات معتبر نیست، بعد از فوت موالات هم می تواند اشتریت را بگوید.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين