



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرس طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۴-۱۳۹۳

جلسه بیستم؛ دوشنبه ۹۳/۷/۲۸

ادله لزوم تنجیز در عقد و نقد آن

۱. اجماع

ادعا شده لزوم تنجیز در عقد اجماعی است. ابتدا باید بررسی شود آیا چنین اجماعی همان طور که ادعا شده وجود دارد یا خیر و اگر اجماعی باشد آیا به گونه ای هست که کاشف از قول معصوم علیه السلام بوده و به اصطلاح اجماع تبعی باشد، یا همان طور که از ظاهر کلام شیخ استفاده می شود این اجماع مستند به یکی از وجوهی که ذکر خواهد شد بوده و به اصطلاح اجماع مدرکی یا حداقل محتمل المدرک می باشد؟

نتیجهی تتبع در کلمات قدما این را نشان می دهد که این مسأله در کتب فقهی قبل از شیخ طوسی رحمته الله علیه - مانند مقنع شیخ صدوق رحمته الله علیه و مقنعه شیخ مفید رحمته الله علیه و کتب سید مرتضی رحمته الله علیه - مطرح نشده است. شیخ طوسی رحمته الله علیه هم که این مسأله را در کتاب مبسوط و خلاف^۱ در بحث وکالت مطرح کرده و فتوا به بطلان وکالت تعلیقی داده، فرموده که این مسأله اجماعی است با این که دأب ایشان [خصوصاً] در خلاف این است که اگر مسأله اجماعی باشد بگوید «دلینا إجماع الفرقة»، بلکه فرموده است «دلینا: أنه لا دلیل علی

۱. الخلاف، ج ۳، ص ۳۵۴:

مسألة ۲۳: إذا قال: إن قدم الحاج، أو جاء رأس الشهر، فقد وكلتک فی البيع، فإن ذلك لا یصح. و به قال الشافعی. و قال أبو حنیفة: یصح. دلینا: أنه لا دلیل علی صحة هذا العقد، و عقد الوكالة یحتاج الی دلیل.

✓ المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۲، ص ۳۹۹:

إذا علق الوكالة بصفة مثل أن یقول: إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر فقد وكلتک فی البيع فإن ذلك لا یصح لأنه لا دلیل علیه.

صحة هذا العقد، و عقد الوكالة يحتاج الى دليل^١. بله ایشان در بحث عتق كه فتوا به بطلان تعليق عتق به صفتی مانند قدوم حاج یا مجيء رأس الشهر می دهند می فرمایند: «دلیلنا إجماع الفرقة»^٢ كه این اختصاص به عتق دارد.

أبی الصلاح حلبی در کافی^٣ و ابن برآج در مهذب^٤ هم در مورد ایقاعی مثل طلاق، فتوای به بطلان

١. بنابراین اگر کسی توانست دلیل بر صحت پیدا کند - مانند تمسك به اطلاق «أوفوا بالعقود» یا قیام سیره‌ی عقلانیه‌ی غیر مردوده یا روایتی كه دارای عموم یا اطلاق باشد - دیگر حرف شیخ برای او حجت نخواهد بود؛ چون شیخ فرموده «لا دلیل علی صحة هذا العقد» ولی مخالف می‌گوید: من دلیل بر صحت پیدا کردم.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٢٣٨:

مسألة ٣٢: إذا علق عتق عبده بصفة، ثم رهنه، كان الرهن صحيحا و العتق باطل، سواء كان حلول الحق قبل حلول الشرط أو بعده، أو لا يدري أيهما سبق.

و قال الشافعي و أصحابه فيها: ثلاث مسائل: إحداها: يحل الحق قبل العتق، مثل أن علق عتقه بصفة إلى سنة، ثم رهنه بحق يحل بعد شهرين، فالرهن صحيح. و الثانية: يوجد الصفة قبل محل الحق، مثل أن قال: أنت حر بعد شهر، ثم رهنه بحق يحل إلى سنة، فالرهن باطل. و الثالثة: إذا لم يعلم أيهما السابق، مثل أن يقول: إذا قدم زيد فأنت حر، ثم رهنه بحق يحل إلى سنة، و لا يعلم متى يقدم زيد. فهذه على قولين: أحدهما يصح. و الثاني: باطل.

دلیلنا: إجماع الفرقة علی أن العتق بصفة لا يصح، و إذا لم يصح ذلك، كان الملك باقيا، و صح رهنه.

✓ الخلاف، ج ٦، ص ١٦٦:

مسألة ٧١: إذا قال لعبده: متى بعتك فأنت حر، ثم باعه لم ينعق، سواء كان له خيار المجلس أو خيار الثلاث، و علی كل حال. و قال الشافعي: يعتق علی كل حال، لأن له خيار المجلس إذا لم بشرط، و ان شرطاً فله خيار الثلاث. و قال أبو حنيفة و مالك: إن باع مطلقاً لم ينعق، و ان باعه بشرط خيار الثلاث انعتق.

دلیلنا: إجماع الفرقة علی أن العتق بشرط لا يقع، و هذا عتق بشرط، و لو كنا نجيز ذلك لكان مذهب الشافعي صحيحا، لأن عندنا أن خيار المجلس ثابت كما يقوله، و خيار الشرط مجمع علیه.

٣. الكافي فی الفقه، ص ٣٠٥:

صحة الطلاق الشرعی تفتقر الى شروط يثبت حكمه بتكاملها و يرتفع باختلال واحد: منها كون المطلق ممن يصح تصرفه، و منها إيثاره الطلاق، و منها قصده إليه، و منها تلفظه بصريه دون كنياته، و منها كونه مطلقاً من الشروط، و منها توجهه الى المعقود عليها، و منها تعيينها، و منها الاشهاد، و منها إيقاعه في طهر لا مساس فيه بحيث يمكن اعتباره.

و اشترطنا صحة التصرف احترازاً من الصبي و المجنون ... و اشترطنا إطلاق اللفظ احترازاً من مقارنة الشروط كقوله: «أنت طالق ان دخلت الدار» و «ان دخلت الدار فأنت طالق».

٤. المهذب (لابن البراج)، ج ٢، ص ٢٧٦:

و إذا قال لها: «أنت طالق ان دخلت الدار، أو أنت طالق ان قدم زيد أو ان حضر عمرو، أو إذا جاء رأس الشهر، أو ان أكل زيد» لم يقع به طلاق، و لا بكل ما يكون شرطاً مما لم نذكره.

✓ جواهر الفقه - العقائد الجعفرية، ص ١٨٢:

مسألة: إذا قال لها: أنت طالق ان قام «زيد» أو ان دخل «عمرو» الدار، هل يقع الطلاق أم لا؟

طلاق تعلیقی داده‌اند و ابن حمزه نیز در وسیله^۱ در مورد وقف تعلیقی فتوای به بطلان داده است بدون آن که هیچ کدام ادعای اجماع کنند.

پس نتیجه این شد که این مسأله چون در کلمات قبل از شیخ طوسی^{رحمته} - مانند شیخ صدوق، شیخ مفید، سید مرتضی، عمانی و ابن جنید^{رحمته} - مطرح نشده و شیخ طوسی هم در خلاف ادعای اجماع نرموده - با این که اگر اجماعی بود علی القاعده ذکر می‌فرمود - نمی‌توانیم بگوییم مسأله اجماعی است. نهایت این که بگوییم خلافتی در اصل مسأله نیست، ولی این نمی‌تواند کاشف از قول معصوم^{علیه السلام} باشد. ثانیاً اگر اجماع هم ثابت می‌شد احتمال داشت مستند به یکی از وجوهی که ذکر خواهد شد باشد؛ نه این که یداً بید از معصوم تلقی شده و در کتب فقهاء منعکس شده است، به عبارت دیگر اگر اجماعی باشد اجماع مدرکی - یا حداقل محتمل المدرک - می‌باشد؛ نه اجماع تبعدی. ثالثاً بر فرض که اجماع تبعدی باشد از آن جا که اجماع دلیل لَبّی است و اطلاق ندارد، باید به قدر متیقن اکتفاء شود، لذا بسیاری از صور دوازده گانه‌ای که ذکر شد از محطّ اجماع خارج می‌شود.

۲. تعلیق، منافی جزم

بیان شد که علامه^{رحمته} جزم در إنشاء را شرط صحّت عقد دانستند و بر آن متفرع کردند که عقد نباید معلق بر شرط باشد؛ چراکه تعلیق منافات با جزم دارد. شهید^{رحمته} نیز فرمودند^۳ که اساس انتقال بر رضایت است و رضایت در عقد حاصل نمی‌شود مگر با جزم. جزم هم معلوم است که منافی تعلیق است. پس تعلیق

الجواب: إذا قال لها ذلك، لم يقع طلاقه، لأنه علقه بشرط، و كل طلاق علق بشرط، فإنه عندنا لا يصح و لا يقع.

۱. الوسيلة إلى نيل الفضيلة، ص ۳۷۰:

و لا يجوز الوقف على أربعة عشر: على العبد و المعدوم و الحمل و لا على المجهول و لا وقف مدة معينة و لا على بنی فلان و هم غیر محصورین فی البلاد و لا على نفسه خاصة و لا المشروط بأن یبیعه متى شاء أو یخرجه من الموقوف علیهم من شاء أو یفضل البعض على البعض إن شاء أو یسوی بینهم إن شاء أو یقول إذا جاء رأس الشهر وقفت على فلان و لا على كافر و لا على مواضع قرباتهم من المسلم إلا على ذوی قرابته.

۲. تذكرة الفقهاء (ط - الحديث)، ج ۱۰، ص ۹:

الخامس [من الشروط]: الجزم، فلو علق العقد على شرط، لم يصحّ وإن كان الشرط المشيئة، للجهل بثبوتها حالة العقد و بقائها مدّته. و هو أحد قولی الشافعية. و أظهر الوجهين لهم: الصحة، لأنّ هذه صفة يقتضیها إطلاق العقد، لأنّه لو لم یسأ لم یشتّر.

۳. القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۶۵:

الثالث: ما يقبل الشرط دون التعلیق على الشرط، كالبيع، و الصلح و الإجارة، و الرهن، لأنّ الانتقال بحکم الرضا، و لا رضا مع التعلیق، إذ الرضا یعتمد الجزم، و الجزم ینافی التعلیق، لأنّه یعرضه عدم الحصول و لو قدر علم حصوله كالمعلق على الوصف، لأنّ الاعتبار لجنس الشرط دون أنواعه و أفراد، فاعتبر المعنى العام دون خصوصیات الأفراد.

در عقود مضر بوده و تنجیز لازم می‌باشد.

ولی این استدلال نیز ناتمام است؛ چراکه:

اولاً: تعلیق منافات با جزم ندارد. زیرا در قضیه‌ی شرطیه‌ای که حتی طرفینش محال باشد نیز می‌توان به مفاد قضیه جزم داشت؛ مثلاً در جمله‌ی شرطیه‌ی ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾^۱ با این که تحقق شرط و جزاء هر دو محال است ولی به مفاد قضیه - ترتب جزاء بر شرط - جزم داریم. در قضیه‌ای مثل «بعثک کتابی إذا جاء رأس الشهر» مجزوم به ملکیت معلقه است و ملکیت معلقه منافاتی با جزم ندارد؛ چراکه هم بایع و هم مشتری جزم دارند با رسیدن رأس الشهر انتقال صورت می‌گیرد.

ثانیاً: هیچ دلیل نقلی یا عقلی وجود ندارد که در انشاء باید جزم باشد! چه اشکالی دارد مثلاً وقتی نمی‌داند زنی زوجه‌اش است یا نه بگوید «إن کانت هی زوجتی فهی طالق» که اگر فی الواقع زوجه‌اش باشد مطلقه شود و الا خیر.

۳. انشاء، منافی تعلیق

دلیل سوم بر لزوم تنجیز و مضر بودن تعلیق آن است که ذات انشاء قابل تعلیق نیست؛ چراکه انشاء به معنای ایجاد است و ایجاد قابل تعلیق نیست، بلکه امر آن دائر بین وجود و عدم است؛ مثلاً در ایجاد صوت با ضرب دست نمی‌توان گفت اگر ساعت ده آمد من صوت را ایجاد کردم، بلکه امرش دائر بین وجود و عدم است؛ زیرا یا دست را زد و صدا ایجاد شد یا نزد و ایجاد نشد، لذا گفته‌اند اگر کسی دیگری را به قصد این که عدو اوست بزند بعد معلوم شود عدو او نبوده بلکه صدیقش بوده، نمی‌تواند بگوید من او را نزد؛ چون زدن من معلق بر عدوان مضروب بوده است!

نقد شیخ انصاری رحمته‌الله علیه بر دلیل سوم

جناب شیخ رحمته‌الله علیه در نقد این دلیل می‌فرماید: مرادتان از این که انشاء قابل تعلیق نیست چیست؟ اگر

۱. سوره مبارکه انبیاء، آیه ۲۲: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا فَسُبْحَانَ اللَّهِ رَبِّ الْعَرْشِ عَمَّا يَصِفُونَ﴾.

۲. کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، ج ۳، ص ۱۷۰.

ربما یتوهم أن الوجه فی اعتبار التنجیز هو عدم قابلیة الإنشاء للتعلیق، و بطلانه واضح؛ لأن المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الکلام فالتعلیق غیر متصور فیہ، إلا أن الکلام لیس فیہ، و إن كان الکلام فی أنه كما یصح إنشاء الملكية المتحققّة علی کلّ تقدیر، فهل یصح إنشاء الملكية المتحققّة علی تقدیر دون آخر، کقوله: «هذا لک إن جاء زید غدأ»، أو «خذ المال قرضاً أو قراضاً إذا أخذته من فلان»، و نحو ذلك؟ فلا ریب فی أنه أمر متصور واقع فی العرف و الشرع کثیراً فی الأوامر و المعاملات، من العقود و الإیقات.

مرادتان از انشاء، مدلول^۱ کلام است این حرف درست بوده و قابل تعلیق نیست؛ زیرا امرش دائر بین وجود و عدم است، ولی این اصلاً جای بحث نیست و کسی نگفته که مدلول کلام معلق است. اما اگر مقصودتان این است آن چه که انشاء می شود محققه الوجود علی کل تقدیر می باشد و نمی تواند محققه الوجود علی تقدیر دون آخر باشد، این حرف درست نیست. در ما نحن فیه «ملکیت» همان طور که می تواند به صورت محققه الوجود علی کل تقدیر انشاء شود و بگوید «هذا الكتاب لك» مانعی ندارد به صورت محققه الوجود علی تقدیر دون آخر انشاء شود؛ مثلاً بگوید «هذا الكتاب لك إن نزل المطر» و این مشکلی ندارد و نامعقول نیست. فقط باید دید دلیل با آن مساعد است یا خیر.

نقد محقق نائینی رحمته الله بر دلیل سوم

محقق نائینی رحمته الله کلام شیخ را فنی تر ذکر کرده و می فرماید: ذات انشاء گرچه تعلیق بردار نیست؛ زیرا انشاء یعنی ایجاد، و ایجاد هم چه تکوینی و چه اعتباری نمی تواند معلق بر چیزی باشد و امرش دائر بین وجود و عدم است - یعنی همان طور که تکویناً وقوع «ضرب» نمی تواند معلق بر چیزی باشد، وقوع انشاء نیز نمی تواند معلق بر چیزی باشد. اگر هست دیگر منجز است و تعلیق بردار نیست؛ چون منجر به تناقض می شود؛ زیرا انشاء یعنی ایجاد، ولی تعلیق یعنی این وجود هنوز محقق نیست! - اما اساساً بحث ما در اصل انشاء نیست، بلکه محل کلام در منشأ است که آیا تعلیق در منشأ ممکن است یا خیر؟ تعلیق در منشأ هم نه

۱. نهج الفقهه، ص ۱۰۸:

مدلول الکلام هو نفس المعنى المنشأ، كما ان مدلول الکلام الخبری هو نفس المعنى المخبر به لکن مراد المصنف (ره) نفس الإنشاء بقريته المقابلة للشق التاني.

۲. منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ۱، ص ۱۱۲:

لا يخفى أن بطلان العقد بالتعليق الذي هو ضد للتنجيز المعتبر في العقود ليس إلا من جهة الإجماع أو لعدم صدق عناوين العقود والإيقاعات عليه و إلا فلم ينهض دليل آخر من العقل و النقل على اعتبار التنجيز الذي يعبر عنه في كلام بعضهم بالجزم و ذلك لأن ما يمتنع عقلاً هو التعليق في الإنشاء فإن الإيجاد سواء كان اعتبارياً أو تكوينياً يستحيل أن يعلق على شيء أي كما لا يمكن أن يعلق وقوع الضرب على أحد على كونه عدواً فكذلك يستحيل أن يكون إنشاؤه شيئاً أو إخبار به متعلقاً على شيء فإن إيجاد المعنى المقصود باللفظ إما لا يحصل رأساً و إما يحصل مطلقاً فوق وقوع الإيجاد معلقاً مرجعه إلى التناقض.

و بالجملة فرق بين أن يكون المخبر به معلقاً بأن يقول أعطيك أن اثنتي و أن يكون نفس هذا الإخبار معلقاً فإنه لو كان معلقاً فلا يتحقق الإخبار و هكذا فرق بين أن يكون المنشأ معلقاً بأن ينشأ البيع على تقدير كون اليوم يوم الجمعة و أن يكون أصل إنشائه البيع معلقاً فإنه لو كان كذلك لاستحالة الإنشاء فما هو محل الكلام التعليق في المنشأ و صحته لا يخفى على أحد بل وقوعه في الأحكام الشرعية فوق حد الإحصاء فإن أغلب الأحكام الشرعية بل جميعها إلا ما شذ قضايا حقيقية و أحكام مشروطة على تقدير وجود موضوعاتها و وقوعه في الجملة في العقود و الإيقاعات كالوصية و التدبير و النذر و أخويه مما لا إشكال فيه.

تنها ممکن است بلکه در عرف و شرع واقع نیز شده است. به عنوان مثال شخصی وصیت می‌کند «بعد از مرگ من، ثلث اموال من را به فلانی بدهد» که این ملکیت تعلیقی است. یا مولایی به عبدش می‌گوید «أنت حر» دبر وفاتی» که آزادی معلق را إنشاء کرده است یا در نذر می‌گوید «اگر بچه‌ام از بیماری شفاء یافت این گوسفند مال فلانی باشد یا بر عهده من است روزه فلان روز» که انشاء، فعلی است ولی منشأ معلق است. سید خوئی^۱ و کسانی که از طیف مدرسه نائینی^۲ هستند از این کلام ایشان تبعیت کرده‌اند و در موارد متعددی در فقه به کار برده‌اند. اما در مقابل مرحوم امام^۳ فرمایش محقق نائینی^۴ را عالمانه و اساسی نقد فرموده است هم از جنبه‌ی اثباتی کلام ایشان که منشأ قابل تعلیق است و هم از جنبه‌ی نفی کلام ایشان که إنشاء قابل تعلیق نیست.

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی

۱. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ص ۶۶:

أن المستحيل إنما هو التعليق في الإنشاء، بديهية أن الإنشاء - بأى معنى كان - قد فرض وجوده في الخارج، و عليه فلا يعقل تعليقه على شيء ما، لأن ما وجد في الخارج يمتنع عدمه، فكيف يمكن أن يكون موجودا على تقدير، و معدوما على تقدير آخر. و على الجملة: إن الإنشاء أمر لا يقبل التعليق، بل هو إما أن يوجد، و إما أن لا يوجد. و لكن هذا خارج عن مركز بحثنا، لأن كلامنا ليس في التعليق في الإنشاء.

أما التعليق في المنشأ - الذى هو محل البحث في المقام - فلا شبهة في إمكانه. بل إن وقوعه في الأحكام العرفية و الشرعية فوق حد الإحصاء، ضرورة أن الأحكام الشرعية و القوانين العرفية أكثرها من قبيل القضايا الحقيقية، و من سنخ الأحكام التى هى مشروطة بوجود موضوعها. و قد وقع ذلك في العقود و الإيقاعات على نحو الإيجاب الجزئى، كالوصية، و التدبير، و النذر، و العهد، و اليمين.

و الحاصل: أن إمكان تقييد المنشأ، و تعليقه بشيء، و وقوع ذلك من البديهيات. و إنما الكلام في صحة العقد أو الإيقاع فيما إذا كان المنشأ فيه مقيدا.