



تقریرات دروس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۴-۱۳۹۳

جلسه بیست و پنجم؛ شنبه ۹۳/۸/۲۴

اختلاف متعاقدين در شروط صیغه

فرع مهمی که جناب شیخ رحمته بعد از مسأله‌ی «لزوم بقاء قابلیات در تمام فرایند عقد» مطرح می‌فرماید و چه بسا مورد ابتلاء بوده و آثار عملی دارد «اختلاف متعاقدين در شروط صیغه» است. عبارت ایشان چنین است:

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كلٌّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟^۱

اگر متعاقدين^۲ اجتهاداً یا تقلیداً در شروط صیغه با هم اختلاف داشتند تکلیف عقد نسبت به کسی که شروط نزد او متوفر نبود چیست؟ مثلاً یکی عربیت در صیغه را شرط می‌داند و صیغه را به عربی خواند ولی دیگری شرط نمی‌داند و به فارسی خواند یا یکی ماضویت را شرط می‌داند و به صیغه‌ی ماضی خواند ولی دیگری شرط نمی‌داند و به صیغه‌ی مضارع خواند، در این دو مثال عقد نسبت به کسی که عربیت و ماضویت را شرط نمی‌داند معلوم است که صحیح است، اما نسبت به کسی که عربیت و ماضویت را شرط

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۷۸:

«فرع» لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كلٌّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النقل كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسی.

۲. از این که جناب شیخ رحمته تعبیر به متعاقدين کردند استفاده می‌شود، این بحث اعم از بیع بوده و در عقود دیگر نیز جاری است. البته ممکن است به قرینه‌ی مقام بگوئیم مقصودشان متعاقدين در بیع است، ولی از آن جا که مطالب مکاسب نوعاً در غیر بیع هم جریان دارد، پس بعید نیست مرادشان اعم از بیع باشد.

می‌داند ولی رعایت نشده چیست؟ آیا می‌تواند به آن عقد ترتیب اثر دهد و در مقام عمل صحیح بداند؟

باید توجه داشت این مسأله اختصاص به متبایعین و طرفین عقد ندارد، بلکه برای هر کسی که به نوعی مساس به عقد داشته باشد هم مطرح بوده و نتیجه‌ی آن برای او نیز کاربرد دارد؛ مثلاً اگر شخص ثالثی ناظر عقدی باشد که یکی از متبایعین یا هر دو، ایجاب و قبول آن را به فارسی خوانده‌اند و قصد داشته باشد آن مبیع را که به مشتری منتقل شده بخرد، یا با ثمنی که بایع به دست آورده مبادله کند - یا یکی از طرفین عقد بخواهد عوض خود را به او هدیه کرده یا اباحه‌ی تصرف کند - این سؤال مطرح می‌شود که اگر وی عقد فارسی را اجتهاداً یا تقلیداً باطل بداند، آیا می‌تواند در آنچه به او انتقال یافته یا اباحه شده تصرف کند؟

این سؤال حتی در صورتی که موجب و قابل هر دو عقد فارسی را کافی بدانند ولی شخص ثالث کافی نداند نیز مطرح می‌باشد. پس مسأله مهم بوده و آثار فراوانی در پی دارد.

تا اندازه‌ای نظیر این مسأله در عبادات هم مطرح است؛ مثلاً اگر کسی برخلاف نظر مشهور، قنوت فارسی را مضرّ به صحتّ صلوات بداند، آیا می‌تواند به کسی که قنوت نماز را فارسی می‌خواند اقتدا کند؟ کسی که متوضاً است آیا می‌تواند به شخصی که وظیفه‌اش تیمم است اقتدا کند؟ کسی که نمی‌تواند اعضاء سبعه را بر زمین بگذارد آیا می‌تواند امام جماعت یا نائب از میّت شود؟^۱ البته در این صور نماز شخص معذور برای خودش حتی به نظر دیگران صحیح است.

اقوال در مسأله

مرحوم شیخ می‌فرماید در ما نحن فیه سه قول وجود دارد که عبارتند از:

قول اوّل: عقد نسبت به کسی که قائل به شرطیت است باطل می‌باشد؛ چون عقد نسبت به وی فاقد شرط صحت است؛ مثلاً در معامله‌ای که بایع اجتهاداً یا تقلیداً قائل به اشتراط عربیت در انشاء است عقد را به عربی انشاء کند اما مشتری انشاء فارسی را کافی بداند و به فارسی قبول کند، عقد نسبت به بایع باطل است و نمی‌تواند آثار عقد صحیح را مترتب کند؛ یعنی نسبت به وی مبیع هنوز در ملکش باقی است و ثمن در ملک مشتری باقی است، هر چند نسبت به مشتری عقد صحیح بوده و مبیع به ملکش منتقل شده و ثمن به ملک بایع.

۱. البته در این موارد باید به دنبال ادله‌ی خاص هر مورد بود؛ مثلاً در مورد کسی که وظیفه‌اش تیمم است نص وجود دارد که می‌توان به او اقتداء کرد. اما در سایر عذرهای محل اشکال است؛ چون اطلاق یا عمومی که دلالت کند هر جماعتی صحیح است وجود ندارد، لذا کسی که نمی‌تواند اعضاء سبعه را به زمین برساند، مشکل است بتواند امام جماعت شود.

قول دوم: صحّت عقد نزد یک طرف، در ترتب آثار برای طرف مقابل کافی است. به تعبیر دیگر در چنین مواردی آثار احکام واقعی [اضطراری] بر احکام ظاهریه مترتب می‌شود. در مثال فوق، همین که قبول فارسی طبق نظر مشتری صحیح بود، کافی است که عقد برای بایع هم در مقام عمل صحیح بوده و آثار عقد صحیح بر آن مترتب شود.

قول سوم: اگر عقد مرکب از ایجاب و قبول به گونه‌ای باشد که هیچ کس قائل به صحّت آن نباشد، عقد باطل بوده و اثری بر آن مترتب نیست؛ مثلاً عقدی که در آن، بایع قائل به جواز تقدیم قبول بر ایجاب بوده و ایجاب را متأخر از قبول انشاء کند، از طرف دیگر مشتری هم عربیت را شرط ندانسته و قبول را به فارسی انشاء کند، اگر فرضاً هیچ فقیهی چنین عقدی را که قبول آن مقدم و فارسی است صحیح نمی‌داند، نمی‌توان آثار عقد صحیح را بر آن مترتب کرد. اما اگر قائل به صحّت داشته باشد، عقد صحیح بوده و ذات اثر می‌باشد.

بررسی اقوال

مرحوم شیخ می‌فرماید: ^۱أردأ اقوال، قول سوم است؛ زیرا به صرف این که کسی قائل به صحّت چنین عقدی نباشد، نمی‌توان کشف کرد شارع هم چنین عقدی را مؤثر نمی‌داند، بلکه اگر مقتضای ادله ترتب اثر بر چنین عقدی بوده و دلیلی بر خلاف آن نباشد، ملتزم به ترتب اثر می‌شویم، هرچند هیچ کس آن را صحیح نداند.

اما صحت قول اول یا دوم متفرع بر آن است که بینیم احکام ظاهریه به منزله‌ی احکام واقعیه‌ی اضطراریه می‌باشد یا نه؟

البته به نظر ما بهتر بود شیخ می‌فرمود «احکامی که شخص بر اثر اجتهاد یا تقلید صحیح به آن رسیده آیا به منزله‌ی احکام واقعی اضطراری است یا نه؟» چراکه تعبیر «احکام ظاهری» معمولاً منصرف به جایی است

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۷۸:

«فرع» لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النقل كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسی أردوها أخیرها.

و الأولان مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية، فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحّته عند من يراه باطلاً بمنزلة إشارة الأخرس وإيجاب العاجز عن العربية، وكصلاة المتيمّم بالنسبة إلى واجد الماء، أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلّد فيها، والمسألة محررة في الأصول.

که اماره بر حکمی قائم شود بدون این که مکلف قطع به حکم داشته باشد و این تعبیر شامل کسی که مثلاً با دلیل عقلی، قطع به حکمی پیدا می کند نمی شود. اما از آن جا که این فرض هم - که با دلیل عقلی قطع پیدا کند - محل بحث می باشد بهتر است به جای «احکام ظاهری» بگوییم «احکامی که شخص از روی اجتهاد یا تقلید به آن رسیده است».

به هر حال مرحوم شیخ می فرماید: اگر قائل شویم احکام ظاهری به منزله ی احکام واقعی اضطراری است، در این صورت می توان عقد را در مقام عمل صحیح دانست و آثار را مترتب کرد و الا صحیح نمی باشد.

توضیح مطلب این که احکام واقعی اضطراری به احکامی گفته می شود که اگر کسی به سبب عجز یا دلیل دیگر از اتیان حکم واقعی [غیر اضطراری] معذور بود وظیفه ی واقعی او همان مقداری است که قدرت بر آن دارد. مثلاً کسی که آب ندارد وظیفه اش تیمم است. یا در مورد اخرس که قدرت بر تکلم ندارد، در روایات بیان شده که با اشاره طلاق دهد و به طریق اولی در نکاح، بیع و ... نیز می تواند با اشاره إنشاء کند. یا کسی که عاجز از عربیت بوده و قدرت بر توکیل ندارد، می تواند به غیر عربی إنشاء کند. بنابراین عقدی که اخرس با اشاره یا عاجز از عربیت به فارسی إنشاء می کند منشأ اثر بوده و همه می توانند در مقام عمل آن را صحیح بدانند.

حال جناب شیخ می فرماید: اگر احکام ظاهری - یا به تعبیر ما احکامی که شخص اجتهاداً یا تقلیداً به آن رسیده - به منزله ی احکام اضطراری باشد؛ یعنی وظیفه ی مکلف در متن واقع همان چیزی باشد که به حسب اجتهاد یا تقلید به آن رسیده است، در این صورت می توان گفت عقد [نسبت به بایع و دیگران که عربیت را شرط می دانند] نیز صحیح بوده و ذات اثر می باشد، و إلا اگر احکام ظاهری به منزله ی احکام واقعی اضطراری نباشد، عقد [نسبت به بایع و دیگران که عربیت را شرط می دانند] باطل بوده و ذات اثر نیست.

اگر مقصود شیخ رحمته الله این است که احکام ظاهری از هر نظر شبیه احکام واقعی اضطراری می باشد و هر حکمی که شخص اجتهاداً یا تقلیداً به آن می رسد شارع همان را به عنوان حکم واقعی برای او جعل کرده، این کلام صحیح نیست؛ چراکه مستلزم تصویب بوده و تصویب نزد امامیه قطعاً باطل است.

علاوه آن که در حکم ظاهری شخص به حسب اجتهاد یا تقلید تشخیص می دهد واقع چنین است، در حالی که ممکن است به خطا رفته و واقع چیز دیگر باشد - کما این که در ما نحن فیه منشأ شبهه همین است

که آیا عقد نسبت به طرف مقابل با این که وی را تخطئه می‌کند صحیح است؟ - اما در حکم واقعی اضطراری برای کسانی که ذوات اعدار هستند مسأله‌ی خطا مطرح نیست، بلکه تبدل موضوع می‌باشد.

توضیح بیشتر این که در اصول بیان کرده‌ایم که بحث اجزاء سه مرحله دارد:

۱. بحث از اجزاء ماتی^۱ به واقعی از همان تکلیف، که اجزاء در این جا امری واضح است.

۲. اجزاء ماتی^۲ به اضطراری از حکم غیر اضطراری، مثل اجزاء تیمم از وضوء.

۳. اجزاء ماتی^۳ به حکم ظاهری - که ناشی از امارات یا قطع خطائی است - از حکم واقعی.

ما نحن فیه مربوط به مرحله‌ی سوم است؛ یعنی اجزاء ماتی^۳ به حکم ظاهری از حکم واقعی، آن هم نسبت به دیگران؛ نه در مرحله‌ی دوم که جناب شیخ رحمته الله فرمودند. بنابراین تشبیه تام ما نحن فیه با مسأله‌ی احکام واقعی اضطراری، تشبیه مناسبی نیست.

بهتر بود شیخ رحمته الله ما نحن فیه را این گونه تشبیه می‌فرمود: اگر کسی اجتهاداً یا تقلیداً قائل بود که حدّ کر بیست و هفت وجب است، ولی بعداً به سبب اجتهاد جدید نظرش بر این شد که حدّ آن ۴۲ و هفت هشتم وجب است، تکلیف آن لباس‌هایی که قبلاً با آن آب تطهیر کرده یا وضوئی که با آن آب گرفته چیست؟ یا مهمانی که می‌داند میزبان ظروف نجس را با همین آب تطهیر کرده، آیا می‌تواند غذای در آن ظروف را تناول کند؟ در حالی که این آب در نظر او نه تنها مطهر نیست بلکه با اصابه‌ی نجاست، منفعل شده و باعث نجاست غذا شده است!

به هر حال همان‌طور که مرحوم شیخ می‌فرماید، محل بحث از این مسأله، در اصول فقه و در مبحث اجزاء است.^۱ ما در مباحث اصول بیان کردیم که اگر کسی طبق حکم ظاهری عمل کند و سپس انکشاف

۱. مطارح الأنتظار (شیخ انصاری)، ج ۱، ص ۱۸۹:

هدایة [اجزاء و عدمه بالنسبة إلى فعل الغير في ما لو اعتقد فساد فعله]

قد أشبعنا الكلام في الاجزاء و عدمه و ترتيب الآثار و عدمه بالنسبة إلى من ظهر له فساد العمل السابق بأمانة ظنية معتبرة، و لنذكر طرفاً منه بالنسبة إلى فعل الغير، كما إذا اعتقد المجتهد أو المقلد خلاف ما يراه المجتهد الآخر أو المقلد الآخر، فنقول: إن قضية ما قررنا في الهداية السابقة - من أن الطرق الشرعية إنما هي طرق إلى الواقع من دون تصرف لها فيه - هو عدم ترتيب آثار الواقع على فعل الغير المخالف في الاعتقاد له، فلا يجوز الأكل من الدبس المشتري بالبيع معاطاة لمن لم يجوز ذلك، و لا يجوز الاقتداء بمن لا يجوز الاقتداء بمن لا يعتقد وجوب السورة مع العلم بمطابقة عمله لاعتقاده. و أما عند عدم العلم فيحتمل جواز الاقتداء؛ نظراً إلى أصالة الصحة في فعله و لو لم يكن الصحة معتبرة في اعتقاده، كما قرر في محله.

و المسألة في غايه الإشكال نظراً إلى بعض اللوازم؛ إذ على تقديره يجوز العقد على المعقودة بالفارسية لمن لم يجوز ذلك و أمثاله، كما لا يخفى

خلاف شود - مثلاً فهمید قطعش خطائی بوده یا آنچه را اماره می‌پنداشت در واقع اماره نبوده یا مفاد اماره چنین نیست - در این صورت مآتی به مجزی از واقع نیست؛ چه در عبادات باشد و چه در معاملات، مگر در مواردی که دلیلی بر خروج از این قاعده داشته باشیم.^۱

پس نتیجه این شد که قاعده‌ی اولیه، عدم اجزاء حکم ظاهری از حکم واقعی است، لذا اگر کسی اجتهاداً یا تقلیداً نظرش بر این باشد که مثلاً عربیت شرط صحت بیع است نمی‌تواند عقده‌ی را که در آن این شرط رعایت نشده، در مقام عمل صحیح دانسته و آثار بر آن مترتب کند؛ چراکه دلیلی بر آن وجود ندارد. بله، در بعض موارد دلیل خاص وجود دارد، ولی بیع از آن موارد نیست.

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی

۱. موارد خروج از این قاعده در عبادات فراوان است و در بعض عقود مثل نکاح هم با استناد به اجماع و سیره‌ی قطعیه گفته‌اند هرچند ما در آن تأمل داریم.