

درس خارج فقه استاد حمید درایتی

جلسه سی و سوم، ۱۸ آبان ۱۴۰۰

موضوع: کتاب الشركة/ شرکت تعاونی / شرائط صحت شرط

◦ حکم مشکوک، وضعی باشد (اشتراط میراث غیر وارث):

▪ اصل انشاء معلق باشد — بر فرض عدم اعتبار تنجیز در عقود، با توجه به جریان استصحاب عدم تأثیر که به أصالة الفساد در معاملات معروف است [1]، فساد شرط ثابت می شود و نوبت به تمسك اصل عدم مخالفت شرط با کتاب نخواهد رسید.

▪ التزام به عقد معلق باشد:

• صحت اشتراط خيار در ضمن آن عقد معلوم باشد (مانند عقد بیع) — اصل شرط صحیح است و با توجه به جریان استصحاب عدم تأثیر (أصالة الفساد در معاملات)، عدم امکان تحقق شرط ثابت می شود و در نتیجه خيار فسخ برای شارط به فعلیت خواهد رسید.

• صحت اشتراط خيار در ضمن آن عقد مشکوک باشد (مانند عقد نکاح) — با توجه به جریان استصحاب عدم تأثیر (أصالة الفساد در معاملات)، اصل چنین عقدی که به صورت متزلزل و با تعلیق در التزام انشاء شده است، باطل می باشد و نوبت به توهّم صحت شرط نخواهد رسید.

• اگر شك در امکان تغییر حکم کتاب با شرط باشد (اشتراط عدم میراث در نکاح دائم) — اساساً چنین شکی مربوط به مواردی است که مخالفت آن با کتاب قبل از اشتراط محرز و تبدل آن با اشتراط مشکوک باشد و با توجه به اینکه معیار مخالفت و عدم مخالفت شرط با کتاب، مفاد و متعلق شرط قبل از تعلّق گرفتن به شرط است، اصل این شرط باطل می باشد و نوبت به تمسك اصل عدم مخالفت شرط با کتاب نخواهد رسید.

اشکال

به نظر می رسد اولاً کلام مرحوم آیت الله خوئی در نوع دوم شك (شك در تغییر حکم مخالف کتاب با شرط) صرفاً مربوط به مواردی است که شارط قصد حلّیت حرام شرعی توسط شرط را داشته باشد و حال آنکه این نوع شك منحصر به تبدل حرام به جائز نمی باشد بلکه نسبت به تغییر حکم جائز شرعی به حرام و الزام به ترك نیز قابل جریان است (مانند اشتراط ترك تعدد

زوجات) و بدیهی است که در چنین فرضی باید حکم به صحت شرط شود زیرا اگر متعلق شرطی قبل از تعلق شرط مخالفت با کتاب نداشته باشد، بعد از تعلق گرفتن به شرط به طریق اولی مخالفتی نخواهد داشت [2].

ثانیا اصل عدم مخالفت شرط با کتاب ناظر بر خصوص حال قبل از شرط نمی باشد تا نسبت به بعد از شرط قابل تمسك نباشد بلکه برخلاف استظهار از ادله ی ما خالف الكتاب، موضوع اصل عدم مخالفت شرط با کتاب اعم از حال قبل شرط و بعد شرط می باشد همچنان که اگر اصل مخالفت شرط با کتاب به صورت عدم محمولی (عدم ازیلی) باشد، جامعیت موضوعی آن بسیار واضح خواهد بود [3] اگرچه در این صورت با مشکل اصل مثبت روبرو می باشد [4].

[1] برای أصالة الفساد در معاملات دو منشاء قابل تصویر است: استصحاب عدم تأثیر عقد قبل از انعقاد آن. اصل عقلائی عدم تأثیر عقد قبل از احراز تمام قیود و شرائط.

[2] أقول: به نظر می رسد لولا تنها فرض صحیح این نوع شك همان صورتی است که مرحوم آیت الله خوئی تصویر نموده اند زیرا در فرض اشكال، اصل مفهوم مخالفت کتاب و تطبیق آن با مسأله محل شك است و بعد از بررسی مصداق شرط مخالف کتاب (مخالفت متعلق شرط با کتاب قبل از تعلق گرفتن به شرط) شکی باقی نمی ماند. ثانیا مباح هایی که حتی با اشتراط قابل التزام نیستند (مانند تعدد زوجات)، استثناء در مسأله و محتاج دلیل خاص می باشند که أصالة العدم، انتفاء آن را ثابت خواهد نمود. ثالثا اگر متعلق شرطی قبل از شرط مخالف کتاب نباشد، عدم مخالفت آن با کتاب بعد از شرط نه تنها اولویتی نداشته بلکه به اعتبار التزام برآمده از شرط، قطعاً مخالف کتاب خواهد بود فتأمل جيدا.

[3] قبل از صدور قرآن و تشریع احکام، فعل مشکوک چه قبل از اشتراط و چه بعد از اشتراط مخالف با کتاب نبوده است.

[4] أقول: اساسا کلام مرحوم آیت الله خوئی مربوط به دایره موضوعی اصل عدم مخالفت شرط با کتاب نبود تا این اشكال متوجه ایشان باشد بلکه مدعای ایشان آن بود که با توجه به احراز مخالفت شرط با کتاب قبل از تعلق گرفتن شك نوبت به تمسك هیچ اصلی نخواهد رسید بلکه بطلان آن یقینی خواهد بود. همچنین در چنین فرضی مشکوک بودن مخالفت متعلق شرط با کتاب بعد از شرط و تمسك به اصل عدم مخالفت کتاب دردی را دوا نخواهد

نمود چون با توجه به استظهار از ادله ی ما خالف الکتاب، معیار فساد و صحت شرط، مخالفت و عدم مخالفت متعلق آن قبل از شرط می باشد فافهم.