

درس خارج فقه استاد حمید درایتی

جلسه هفتاد و چهارم، ۲۲ دی ۱۴۰۰

موضوع: کتاب الشركة/ شرکت تعاونی /ملحقات مباحث شروط

در مقابل، مشهور فقهاء معتقدند که این شرط صحیح است زیرا اولاً این شرط مشمول عمومات وجوب وفاء به شرط (المؤمنون عند شروطهم) می باشد و ثانیاً روایت خاص بر صحت مضمون چنین شرطی وجود دارد فلذا مخالف با سنت نخواهد بود.

مرحوم آیت الله خوئی می فرمایند دلیل خاص مدّ نظر مشهور، روایت ابی بصیر از امام صادق علیه السلام [1] می باشد و مورد آن کنیزی مدبره ای است که با اذن مولی به نکاح مرد حرّی [2] درآمده، و امام علیه السلام نسبت به ولد این نکاح حکم به مملوکیت می کنند. اگرچه بنابر ظاهر این روایت نتیجه ی نکاح حرّ و مملوک، رقیت فرزند خواهد بود و در این صورت علی القاعده باید اشتراط رقیت ولد لغو باشد اما گویا مشهور به جهت تقابل مضمون این روایت با روایات متعدد عامی که دلالت بر حرّیت این ولد و تبعیت او از احد الأبوين الحر [3] دارد، آن را حمل بر فرض اشتراط ضمن عقد نموده اند [4].

مرحوم آیت الله خوئی معتقدند [5] اولاً این روایت با توجه به مجهول بودن ابوسعید و مشترك بودن ابوجعفر بین ثقة و غیر ثقة، ضعیفه است و نمی تواند معارض سایر روایات صحیحه محسوب شود و ثانیاً بر فرض صحیحه بودن آن [6]، ضرورتی ندارد برای رفع تعارض، حمل بر فرض اشتراط شود بلکه می تواند ناظر بر تبعیت ولد از امّ در رقیت باشد و بر این اساس مدلول سایر روایات، خصوص تبعیت ولد از امّ حرة در حرّیت خواهد بود. بدیهی است که این وجه جمع أظهر از احتمال قبل و مؤید نظر مرحوم ابن جُنید اسکافی در تبعیت ولد از امّ می باشد.

باید توجه داشت که ایشان ادعای تخصیص روایات عام (تبعیت ولد از احد أبوين حرّ) به وسیله ی این روایت (تبعیت ولد از رقیت ام) را ننموده اند زیرا با توجه به اینکه روایات عام دو فرد بیشتر ندارد (أب حرّ - أم حرّ) ادعای تخصیص آن نظیر تخصیص اکثر، قبیح و مستنکر خواهد بود.

ثالثاً اساساً اشتراط حرّیت مولود نکاح حرّ و مملوک، شرط فاسد می باشد زیرا مفاد آن ایجاد رقیت است در حالی که رقیت فقط از اسباب شرعی خاص به وجود می آید و بالطبع چنین شرط نتیجه ای مخالف کتاب و سنت خواهد بود. مضافاً به اینکه مفاد این شرط نتیجه،

اعمال نفوذ و تأثیر نسبت به شخص ثالث است و مشروط علیه نمی تواند با قبول خود، چنین اثری را حاصل نماید.

رابعا اگرچه شرط رقیّت ولد در مانحن فیه، به جهت مخالفت با کتاب و سنت فاسد است اما فساد آن به عقد سرایت نخواهد کرد زیرا نسبت به حقیقت اشتراط ضمن عقد لازم، سه احتمال به صورت منع خلّو وجود دارد[7]:

- مُنشأ معلق بر التزام و تعهد مشروط علیه بر ایجاد مفاد شرط در خارج باشد. علی القاعده چنین تعلیقی مربوط به شروطی است که ایجاد آن تحت اختیار و قدرت مشروط علیه باشد تا متعهد شدن نسبت به آن معنا داشته باشد مانند شرط فعل . [8] در این صورت معلق علیه نفس التزام است که امر فعلی و حادث می باشد و چنین تعلیقی در حکم تنجیز خواهد بود.

- إلتزام به مُنشأ معلق بر تحقق خارجی شرط باشد. علی القاعده چنین تعلیقی مربوط به شروطی است که تحقق آن از اختیار مشروط علیه خارج باشد مانند شرط وصف در عین شخصی. در این صورت تعدّر مفاد شرط و یا تخلّف مشروط علیه موجب ثبوت خیار فسخ برای شارط خواهد بود.

- هم مُنشأ معلق بر التزام مشروط علیه و هم إلتزام بدان معلق بر تحقق خارجی شرط باشد. در این صورت اصل عقد منجز و تداوم آن منوط به تحقق خارجی شرط خواهد بود.

از تفصیل فوق روشن می شود که شرط نمی تواند به منزله ی التزامی در ضمن التزام برآمده از مفاد عقد باشد بلکه شرط ضمن عقد لامحاله باید التزامی مرتبط به التزام برآمده از عقد باشد. همچنین در تمام عقود و ایقاعاتی که تعلیق التزام و خیار فسخ معنا ندارد (مانند نکاح و طلاق بائن و عتق و إبراء)، حتی اگر شرط وصف صورت گرفته باشد موجب خیار فسخ نخواهد بود بلکه لامحاله باید مانند شرط فعل، صرفاً مُنشأ معلق بر التزام و تعهد مشروط علیه گردد و در این صورت فساد مفاد تعهد ضرری به اصل تعهد و فعلی بودن مُنشأ نمی رساند و عقد صحیح می باشد پس با توجه به اینکه رقیّت ولد امر غیر اختیاری است و عقد نکاح قابل تزلزل و فسخ نمی باشد، فساد این شرط مضرّ به صحت عقد نکاح نخواهد بود.

---

[1] وسائل الشيعة، الشيخ الحر العاملي، ج ۲۱، ص ۱۲۳، أبواب أبواب نکاح العبيد والاماء، باب ۳۰، ح ۱۰، ط آل البيت.

[2] اطلاق کلمه ی رجل و استعمال آن در روایت از جهت استقلال در تصمیم گیری، ظهور در حرّیت خواهد داشت.

[3] وسائل الشيعة، الشيخ الحر العاملي، ج ۲۱، ص ۱۲۱، أبواب أبواب نکاح العبيد والاماء، باب ۳۰، ح ۱، ط آل البيت.

[4] موسوعة الامام الخوئي، الخوئي، السيد أبوالقاسم، ج ۳۳، ص ۷۰.

[5] موسوعة الامام الخوئي، الخوئي، السيد أبوالقاسم، ج ۳۳، ص ۷۱.

[6] أقول : با توجه به مطابقت نظر امام عليه السلام در این روایت با رأی أهل سنت، به نظر می رسد این روایت بر فرض صحت باید حمل بر تقيه شود.

[7] موسوعة الامام الخوئي، الخوئي، السيد أبوالقاسم، ج ۳۳، ص ۷۳.

[8] به نظر می رسد شرط نتیجه نیز از همین قبیل باشد زیرا با قبول عقد ایجاد می شود و در حقیقت، منشأ آمیخته ی با وجود آن خواهد بود.