جلسه یازدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 2/8/1403 ـ استاد شوپایی حفظه الله.

بسم الله الرحمن الرحیم

مرحوم حکیم برای اثبات این مطلب که شرط و نذر ـ در مقابل عهد و قسم ـ مفید ملکیت هستند و اینگونه نیست که ما یحدث بالنذر و الشرط مجرد تکلیف باشد ، ابتداء یک دلیل برای اثبات این مطلب در شرط و نذر معاً بیان فرمودند و سپس یک دلیل اختصاصی برای خصوص شرط بیان فرموده اند:

دلیل اول ـ که مشترک بین النذر و الشرط بود ـ این بود که فرمودند : در مقام إنشاءِ اشتراط و همچنین در مورد نذر « لام » استعمال میشود که ظاهر در تملیک و ملکیت است ، فلذا در این موارد نمیتوان ملتزم به مجرد تکلیف شد بلکه امر وضعی و تملیک هم در این موارد وجود دارد. این دلیل اول بود که در جلسه قبل نسبت به آن دو مناقشه بیان شد.

دلیل دومی که مرحوم حکیم برای اثبات افادۀ تملیک در مقابل تکلیف محض بیان کرده اند اختصاصاً در مورد شرط است و در مورد نذر از این دلیل استفاده نکرده اند. ایشان نسبت به شرط فرموده اند که : لو سلّم که « لام » ظهور در ملکیت نداشته باشد ولی در عین حال ما از راه ثبوت لوازم ملکیت میتوانیم ملکیت را در شرط اثبات کنیم چرا که در مورد شرط فعلی از افعال در ضمن عقد آثار خاصّه ای وجود دارد که این آثار با تکلیف محض سازگاری ندارد. در مورد شرط شخص مشروط له حقِّ مطالبۀ شرط را دارد ، همچنین میتواند با مراجعه به حاکم شرع مشروط علیه را اجبار بر انجام شرط بکند ، همچنین میتواند نسبت به شرطی که به نفع او قرار داده شده است سکوت بکند و آن را مطالبه نکند ، همچنین میتواند شرطی که به نفع او قرار داده شده است را اسقاط بکند. ایشان فرموده اند : این آثار در مورد شرط وجود دارد و وجود این آثار کاشف از تملیک و ملکیت در موارد اشتراط است چرا که این آثار با تکلیف محض تناسب ندارد. این دلیل دوم برای اثبات افادۀ ملکیت بود که اختصاص به شرط داشت و شامل نذر نمیشد.

اصل این دلیل دوم قبل از مرحوم حکیم در کلمات مرحوم نائینی و مرحوم اصفهانی آمده است.

البته در کلام مرحوم نائینی در منیه الطالب از این آثار چهارگانه ای که بیان کردیم ، تنها « جواز اسقاط » آمده است و ایشان فرموده اند : ما یحدث بالشرط مجرد حکم تکلیفی نیست چرا که در موارد شرط ، حق مشروط له با اسقاط ساقط میشود.

عبارت ایشان اینست « لوضوح أنّ الحکم التکلیفی الساذج بحیث لا یسقط بأسقاط المشروط له و یکون وجوب الوفاء به تکلیفاً کسائر التکالیف الوجوبیة فی عرض التکلیف بوجوب أداءِ مال الغیر مع مطالبته ممّا لاینبغی أن یحتمله أحدٌ لبداهةِ سقوطه بأسقاط الشرط » در ادامه هم فرموده اند که « و کیف کان بعد الاتفاق ظاهراً علی سقوط الشرط بأسقاطه من صاحبه فیما عدا شرط العتق ، فالتکلیف الممحض فی کونه حقّاً للّهِ تبارک و تعالی ممّا لایکاد یحتمل ». این فرمایش مرحوم نائینی در استدلال به وجود آثار و لوازم ملکیت در مورد شرط بود که تنها به یک اثر ـ يعنی : حق اسقاط ـ استناد فرموده اند.

ولی مرحوم اصفهانی در استدلال به آثار غیر از « جواز اسقاط » به بعضی دیگر از آثار هم استناد فرموده اند. ایشان فرموده اند : در موارد اشتراط میتوان از راه ثبوت آثار و لوازم بر ثبوت ملکیت و حکم وضعی استدلال کرد و این طریق برای اثبات ملکیت در موارد اشتراط ، نعم الطریق علی استفادة الحق است.

ایشان در مقام بیان آثار و لوازم فرموده اند : ترتب جواز الاجبار المنتهی إلی الحاکم ـ یعنی در موارد شرط مشروط له میتواند با مراجعۀ به حاکم مشروط علیه را إجبار بر أداءِ شرط بکند ـ ، و عدم وجوب الأداء إلا عند المطالبه ـ یعنی تا مشروط له مطالبه نکند برمشروط علیه أداءِ شرط واجب ولازم نیستـ ، و جواز الاسقاط ؛ اینها نشان دهندۀ اینست که در موارد اشتراط مجرد حکم تکلیفی وجود ندارد بلکه حکم وضعی و ملکیت هم وجود دارد. ایشان در نهایت هم فرموده اند که : ممکن است که کسی نسبت به جواز اجبار مناقشه بکند و بگوید که این اثر در موارد اشتراط وجود ندارد ولی جواز اسقاط ممّا لم ینقل فیه خلافٌ کما أنّ الظاهر عدم لزوم العمل مع عدم المطالبه ، یعنی این مطلب و اثر هم در مورد اشتراط ثابت است که لزوم عمل به شرط توسط مشروط علیه تنها در زمان مطالبه شرط توسط مشروط له ثابت است کما علیه الطریقة العرفیة. این هم فرمایش مرحوم اصفهانی بود که ایشان سقوط شرط با اسقاط مشروط له و همچنین لزوم العمل بالشرط عند المطالبه را قبول کرده اند و فرموده اند که : باتوجه به وجود این دو اثر در موارد اشتراط مشخص میشود که ما یحدث بالشرط مجرد تکلیف نیست بلکه شرط متضمن امر وضعی و ملکیت هم هست.

بنابراین وجه دومی که در کلام مرحوم حکیم وارد شده بود ـ یعنی استدلال به لوازم و آثار ـ در کلام مرحوم نائینی و مرحوم اصفهانی هم ذکر شده است .

اما آیا میتوان برای اثبات إفادۀ شرط للملکیّه به این وجه استناد کرد و این وجه ، وجه تامّی است یا نه؟

نسبت به غیر از اثر « جواز الاسقاط » یعنی « جواز المطالبه ، جواز السکوت و جواز اجبار مشروط علیه با مراجعۀ به حاکم » اینگونه مناقشه میشود که : حتی اگر این سه اثر در موارد اشتراط ثابت هم باشند ولی در عین حال ثبوت این سه اثر ملازمه ای با ملکیت ندارد بلکه حتی اگر ملکیت و اشتغال ذمه ایی در کار نباشد و ما یحدث بالشرط مجرد تکلیف باشد ، بازهم این آثار مترتب و ثابت است.

کما اینکه در نفقۀ اقارب ـ که برخلاف نفقۀ زوجه دين نیست فلذا اگر والد نفقۀ فرزندش را در موعد مقرر أداء نکند ، ولد مالک چیزی در ذمّۀ پدرش نمیشود ـ در عین اینکه ملکیتی در کار نیست ولی همین آثار وجود دارد یعنی اگر پدر به فرزند فقیرش نفقه ندهد و یا بالعکس اگر فرزند نفقۀ پدرش را انفاق نکند در اینجا ولو آن چیزی که در بین ثابت است حکم تکلیفی است و دينی هم ثابت نیست ولی درعین حال جواز مراجعه به حاکم و اجبار شخص وجود دارد و اینگونه نیست که پدر یا فرزند نتواند به حاکم مراجعه کند. بله در این موارد ـ برخلاف نفقه زوجه ـ نفقه گیرنده نمیتواند تقاص بکند ولی او میتواند به حاکم مراجعه بکند تا اینکه حاکم شخص را اجبار بر انفاق بکند ، این حکم در اینجا وجود دارد و به این حکم هم ملتزم شده اند.

پس اینگونه نیست که جواز إجبار ملازمه با وجود ملکیت و إشتغال ذمّه ملازمه داشته باشد بلکه بدون ملکیت و إشتغال ذمّه هم این اثر ثابت است فلذا وجود این اثر در موارد اشتراط کاشف از ملکیت نیست.

اضافه بر اینکه اصل ثبوت بعضی از این آثار در مورد شرط مسلم و قطعی نیست و اگر هم ثبوت این آثار در مورد شرط قطعی باشد بازهم این آثار ملازمه ای با ملکیت ندارند بلکه با حکم تکلیفی هم سازگاری دارند.

و اگر هم کسی اصرار بر این داشته باشد و بگوید که : ما یحدث بالشرط مجرد حکم تکلیفی نیست ، نهایتش اینست که بگوییم : باتوجه به وجود این آثار در مورد شرط حقی برای مشروط له ثابت میشود ، ولی اینگونه نیست که ملکیت برای او ثابت باشد.

پس اشکال نسبت به غیر از اثر « جواز اسقاط » از آثار دیگر اینست که : اولاً اصل این آثار مسلم نیست کما اینکه مرحوم اصفهانی به این جهت اشاره کرده اند. ثانیاً حتی اگر وجود این آثار را در موارد اشتراط بپذیریم ولی در عین حال وجود این آثار با عدم اشتغال ذمّه و عدم اعتبار حق هم سازگاری دارد کما هو الحال در مورد نفقۀ أقارب. ثالثاً حتی اگر از اشکالات قبل رفع ید بکنیم نهایت چیزی که بوسیلۀ این آثار اثبات میشود « ثبوت حق » است نه « ملکیت » ، و مشخص است که إعتبار حق در مقابل إعتبار ملکیت است و بینهما ملازمه ای نیست.

اما نسبت به اثر اخیر یعنی « قابلیت اسقاط » گفته میشود که : اصل اینکه مشروط له بتواند حقش را اسقاط بکند محل کلام است و مورد تسالم نیست. بله مشروط له میتواند حقش را مطالبه نکند و بگوید که من نمیخواهم که این شرط را برای من انجام بدهی ، ولی چنانچه بعداً پشیمان شد و گفت که من کاری که شرط شده بود را میخواهم ؛ در اینجا ممکن است که گفته شود : ولو مشروطٌ له در یک ساعتی از شرطش إغماض کرد ولی حق او از بین نرفته است بلکه حق او همچنان باقی است چرا که موضوعِ دلیل شرط یعنی « المؤمنون عند شروطهم » همچنان باقی است.

بعبارت دیگر : اسقاط گاهی متعلق به حقّی است که بواسطۀ شرط برای شخص پیدا شده است و گاهی متعلق به اصل شرط است .نسبت به مورد اول یعنی اسقاطِ حقِّ بوجود آمده بوسیلۀ شرط ، ممکن است گفته شود که این امر ممکنی نیست و صرف اینکه شخص بگوید من شرطی که به نفع ام قرار داده شده است را نمیخواهم ، موجب نمیشود که اگر شخص بعداً پشیمان شد و انجام شرط را مطالبه کرد بگوییم که این مطالبۀ او بی اثر است و شرط ساقط شده است.

اما نسبت به مورد دوم یعنی اسقاط اصل شرط به این نحو که شخص بگوید من دیگر اساساً شرط به نفع خودم را نمیخواهم و دیگر شرطی ندارم ، نسبت به این مورد گفته میشود که : اگر در موارد اشتراط ثابت بشود که چنین حقی برای مشروط له ثابت است که بتواند شرط به نفع خودش را کأن لم یکن قرار بدهد ، در اینصورت « جواز الاسقاط » نشان دهندۀ اینست که : ما یحدث بالشرط مجرد تکلیف نیست بلکه امر حقّی است که با اسقاط ، ساقط میشود.

همانطور که قبلاً در فرق بین حق و حکم بیان شد ، اقل اثری که در حق وجود دارد و فارق بین حق و حکم است ، همین « قابلیت اسقاط » است چرا که حقوق علی انحائی هستند : بعضی از آنها قابلیت نقل دارند و بعضی ازآنها قابلیت نقل ندارند ، بعضی از آنها قابلیت معاوضه دارند و بعضی از آنها قابلیت معاوضه ندارند ؛ ولی ما حقی نداریم که قابلیت اسقاط نداشته باشد ، در حقيقت قابلیت و جواز اسقاط مقوم و کاشف از حق بودن یک امر است.

حال اگر بگوییم که در موارد اشتراط ، مشروط له « جواز اسقاط شرطش » را دارد کما اینکه ممکن است که گفته شود که با مراجعه به طریقۀ عقلائیه چنین معنایی در مورد شرط بدست می آید ، این امر کاشف از حق بودن است یعنی کاشف از اینست که در مقابل اعتبار ملکیت ، یک اعتبار وضعی دیگری هم وجود دارد که از آن تعبیر به « حق » میکند. حال چه اینکه حق را « سلطنت » معنا کنیم یا اینکه حق را « اولویت » معنا کنیم و يا ....

پس اگر کسی با استناد به طریقۀ عقلائیه قائل به این شد که در موارد اشتراط « جواز اسقاط اصل شرط » وجود دارد ، آنچه که با اشتراط ثابت میشود مجرد تکلیف و تکلیف محض نیست بلکه ما یحدث بالشرط از سنخ « حق » میشود.

حال که ما یحدث بالشرط از سنخ حق بود ، میبایست ببینیم که آیا تعلق این حق مانع از نقل میشود یا نه ؟

باتوجه به اینکه قبلاً در ابتداءِ بحث از ملک طلق توضیح داده شد که : تعلق حق غیر در صورتی مانع از نقل میشود که استیفاءِ آن حق منوط و مشروط به بقاءِ عین در ملک مالکش و عدم نقل آن به ملک شخص آخر باشد ، باتوجه به این مطلب در مورد حق ثابت بالشرط گفته میشود که : این حق از جمله حقوقی است که مانع نقل عین به غیر است چرا که استیفاءِ حق مشروط له ( مثل اینکه مشروط له در ضمن عقد شرط کرده بود که خریدار عبد را عتق بکند و یا اینکه شرط کرده بود که با این مال کار خاصی انجام بدهد و یا اینکه شخصی با فرزندش معامله محاباتی میکند و میگوید که من این خانه یا ماشین را به تو میفروشم به شرط اینکه دیگر آن را نفروشی و نزد خودت نگهداری ؛ استیفاءِ این حقوق) منوط به بقاءِ عین در ملک مالکش است و إلا اگر مالک عین را نقل به دیگری بدهد دیگر قابلیت استیفاءِ شرط هم از بین میرود.

پس اگر ثابت شود که ما یحدث بالشرط حق و از سنخ امر وضعی است دیگر از جهت مانعیت للنقل محذوری وجود ندارد و شرط از قبیل حقوقی میشود که تعلق آن مانع از نقل میشود. ولی در اینجا یعنی نسبت به شرط ملکیت ثابت نیست بلکه تنها « حق » ثابت است.

باتوجه به توضیحی که داده شد ، معلوم میشود که : اشکال مرحوم آقای تبریزی به مرحوم حکیم ، که فرمودند : از راه این آثار نمیتوان ملکیت را اثبات کرد و نهایت چیزی که میتوان از این راه اثبات کرد ثبوت حق است ؛ این اشکال در محل بحث اشکال حساب نمیشود چرا که در محل بحث ما بدنبال این هستیم که مانع النقل درست بکنیم. در ابتداء بحث بیان شد که : آنچه که مانع نقل میشود یا قصور در ناحیۀ ملکیت است ویا تعلق حق غیر است که اصطلاحاً به مورد اول « قصور مقتضی » و به مورد دوم « وجود مانع » گفته میشود. حال در مقام یعنی نسبت به شرط اگر حق بودن ثابت بشود دیگر نتیجه مطلوب و اینکه مورد از مصادیق ملک غیر طلق باشد ، ثابت میشود و به این جهت ضرری نمیرسد.

پس حال مورد پنجم ـ يعنی نذر ـ و مورد هشتم ـ يعنی حلف و وصیت ـ و مورد دهم ـ يعنی اشتراط عتق العبد در عقد لازم ـ معلوم شد که : در موارد نذر ، حلف و وصیت نه عنوان ملکیت ثابت است و نه حق ثابت است بلکه این موارد مجرد تکلیف محض هستند ، فلذا این موارد نمیتوانند بعنوان حق مانع از نقل بحساب بیایند.

اما نسبت به اشتراط ولو ملکیتی در کار نیست ولی میبایست این مطلب روشن بشود که : آیا اثر « جواز اسقاط » ـ يعنی جواز اسقاط اصل شرط نه صرف اثر شرط ـ در موارد اشتراط ثابت هست یا نه ؟ اگر بیان شود که با توجه به طریقۀ عقلائیه در موارد اشتراط « جواز اسقاط » وجود دارد ، در اینصورت شرط متضمن حق میشود و از حقوقی هم خواهد بود که استیفاء آن منوط به بقاء عین در ملک مالکش خواهد بود فلذا مانع از نقل است.

اما اگر اثر « جواز اسقاط » را در موارد اشتراط نپذیریم در اینصورت حق بودن شرط هم ثابت نمیشود و نمیتوان آن را از مصادیق حق مانع از نقل دانست.

#### مورد ششم :

مورد ششم از مواردی که بعنوان مصداق برای ملک غیر طلق ذکر شده است ، جائیست که : عین متعلق خیار باشد. به این بیان که گفته اند : تعلق حق خیار دیگری به عین مانع از انتقال آن عین به دیگری میشود و موجب میشود که مورد از مصادیق ملک غیر طلق باشد.

مناقشه و اشکالی که نسبت به این مورد وجود دارد ، اینست که : بله در موارد ثبوت خیار ـ چه خیار به شرط ثابت شده باشد و چه غیر شرط ـ ، حقِّ ذی الخیار وجود دارد ولی خیار ، حقِّ متعلق به عقد است نه حق متعلق به عین ، یعنی ذی الخیار میتواند معامله را فسخ بکند. باتوجه به این مطلب استیفاءِ حق خیار منوط و مشروط به بقاءِ این عین در ملک مشتری نیست چرا که اگر این مال حقیقتاً هم نزد مشتری تلف بشود بازهم ذی الخیار حق فسخ دارد و میتواند به بدل آن مراجعه بکند. همانطور که در تلف حقیقی ذی الخیار به بدل مراجعه میکند در تلف حکمی یعنی جاییکه مَن علیه الخیار عین را انتقال داده باشد هم ذی الخیار به بدل ـ من المثل أو القیمه ـ مراجعه میکند. پس در موارد وجود حق خیار ، حق به عین تعلق نگرفته است بلکه به عقد تعلق گرفته است و استیفاء این حق هم منوط و متوقف بر بقاء مبیع در ملک مشتری نیست ، فلذا مشتری و مَن علیه الخیار در زمان خیار مالک مال هست و وضعاً و تکلیفاً هم حق فروش آن را دارد.

بله اگر در خود جعل خیار إما لفظاً أو ارتکازاً این مطلب گنجانده شود که مشتری آن مال را در زمان خیار نفروشد ، در اینصورت مشتری تکلیفاً نمیتواند آن مال را به دیگری بفروشد ولی اگر مخالفت کرد و فروخت بلحاظ وضعی مانعی برای انتقال عین وجود ندارد.

والحمدلله رب العالمین.