جلسه سیزدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 16/8/1403 ـ استاد شوپایی حفظه الله.

بسم الله الرحمن الرحیم

مورد نهم از مصادیق ملک غیر طلق بحسب ترتیب مکاسب جایی بود که : شخص هدی را برای ذبح أو النحر تعیین بکند به این معنا که آن را اشعار یا تقلید بکند. در بعضی از موارد در زمان إحرام حج و یا إحرام عمره ، مُحرم شدن تنها به تلبیه نیست بلکه به اینست که شخص قربانی را همراه خودش به مکّه بیاورد و تعیین حیوان برای قربانی یا به إشعار است و یا به تقلید ؛ اشعار اینست که در کوهان شتر شکافی ایجاد بکنند تا اینکه علامت آن شتر باشد و آن شتر با مابقی شترها قاطی نشود. تقلید هم اینست که شخص کفش یا چیز دیگری به گردن حیوان بیندازند به علامت اینکه این حیوان ذبح یا نحر میشود.

مرحوم شوشتری در مقابس فرموده اند که : از مصادیق ملک غیر طلق تعیین الهدی للذبح است به إشعار و یا تقلید حیوان. چرا که در مواردی که هدی برای قربانی تعیین میشود بالاشعار أو التقلید ، آن حیوان به نفس این إشعار و تعیین از ملک مالکش خارج نمیشود بلکه همچنان در ملک او باقی است ولی با این کار یعنی با إشعار یا تقلید از حالت طلقیّت خارج میشود و شخص دیگر نمیتواند آن حیوان را به دیگری نقل بدهد بلکه متعیّن است که این حیوان قربانی بشود.

همانطور که در جلسه قبل بیان شد ، بحث در این مورد و مصداقیّت این مورد برای ملک غیر طلق میبایست در دو مرحله انجام بشود :

مرحلۀ اول بررسی مقتضای قواعد در محل بحث است با قطع نظر از نصوص خاصّه ای که در مورد وجود دارد.

مرحلۀ دوم هم بررسی روایات وارد در محل بحث است ، باتوجه به اینکه در باب سی و دوم از ابواب ذبح دو روایت وجود دارد که مربوط به محل بحث است یعنی مربوط به جائیست که شخص حیوان خاص را برای ذبح یا نحر تعیین میکند ، میبایست بحث بشود که از این روایات ممنوعیت نقل حیوان در این موارد استفاده میشود یا نه ؟

در مرحلۀ اول از بحث یعنی بررسی مقتضای قاعده گفته میشود که : اگر ما مورد را به همراه این خصوصیت در نظر بگیریم که این قربانی ای که شخص همراه خودش برای ذبح یا نحر آورده است ، قبلاً ملک او بوده است و الان یک إشعار یا تقلیدی برای مشخص کردن آن قرار داده است و صرف این قراردادن نشانه موجب خروج حیوان از ملکیت او نمیشود. آن مقداری که در موارد إشعار یا تقلید ثابت است ، اینست که حیوانِ نشانه گذاری شده ، میبایست ذبح یا نحر بشود و شخص نمیتواند حیوان را در جای دیگری استفاده بکند ولی مجرد اینکه در مورد ملک شخصی جهت خاص معین شده است که در آن جهت میبایست مصرف بشود ، موجب نمیشود که مملوک شخص که تا به الان شرائط صحت بیع را داشت بعد از این از حالت واجدیت شرائط نقل خارج بشود. کما اینکه قبلاً نسبت به جائیکه شخص قسم بخورد یا نذر بکند و یا شرط بکند که مال را در جهت خاصی صرف بکند ، توضیح داده شد که : مجرد تکلیف به صرف عین مملوکه در جهت خاص موجب نمیشود که آن عین قابلیت للنقل و شرط صحت بیع را از دست بدهد چرا که در اینحالت مال مملوک مالک هست و شرائط صحت بیع آن وجود دارد و مجرد تکلیفی که در بین وجود دارد مقتضی این نیست که مورد از موارد تعلق حق غیر باشد به این معنا که یک اعتبار وضعی مستقل در کنار اعتبار ملکیت در این موارد وجود داشته باشد ، و در واقع موجب نمیشود که مورد از مصادیق ملک غیر طلق باشد.

پس اگر ما بخواهیم حکم این مسئله یعنی حکم هدی معیّن شدۀ للذبح را با قطع نظر از دلالت نص بدست بیاوریم که آیا این حیوان قابل فروش است یا نه ؟ جواب این میشود که : بمقتضای قواعد عامّه این مورد از موارد ملک غیر طلق نیست و اینگونه نیست که مانعی از نقل و بیع اینچنین حیوانی وجود داشته باشد.

اما در مرحلۀ دوم از بحث یعنی باتوجه به نصوص خاصه در مقام گفته میشود که : همانطور که بیان شد این روایات در باب سی و دوم از ابواب ذبح وارد شده است که دو روایت در آن باب وجود دارد.

یک روایت صحیحۀ حلبی است که محمد بن الحسن باسناده عن موسی بن القاسم عن إبن أبی عمیر عن حمّاد عن الحلبی قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْبَدَنَةَ- ثُمَّ تَضِلُّ قَبْلَ أَنْ يُشْعِرَهَا وَ يُقَلِّدَهَا- فَلَا يَجِدُهَا حَتَّى يَأْتِيَ مِنًى فَيَنْحَرُ وَ يَجِدُ هَدْيَهُ- قَالَ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ أَشْعَرَهَا فَهِيَ مِنْ مَالِهِ إِنْ‌ شَاءَ نَحَرَهَا- وَ إِنْ شَاءَ بَاعَهَا وَ إِنْ كَانَ أَشْعَرَهَا نَحَرَهَا.

یعنی شتری را میخرد ولی قبل از اینکه إشعار یا تقلیدی در مورد آن انجام بدهد ، حیوان گُم میشود ـ فلا یجدها حتّی یأتی منا فینحر و یجد هدیه ـ یعنی حیوان را پیدا نمیکند تا زمانیکه به منا میرود و یک قربانیِ دیگری انجام میدهد و بعد از نحر حیوان دوم تازه حیوان اولی پیدا میشود ـ ، امام (ع) در جواب سؤال او فرمودند که : « إن لم یکن قد أشعرها ـ اگر قربانی اول را که گم شده بود إشعار یا تقلیدی در مورد آن انجام نداده بود کما هو المفروض در سؤال ـ فهی مالُه إن شاءَ نحرها و إن شاءَ باعها ، و إن کان قد أشعرها ـ یعنی اما اگر شتری که گمشده بود را ابتداء اشعار کرده بود و سپس گمشده بود ـ در اینصورت شتر اول هیچ مصرف دیگری غیر از نحر و قربانی کردن ندارد.

روایت بعد حدیث دوم آن باب است که روایت ابی بصیر است و هرچند که مربوط به گم شدن قربانی هست ولی تعبیر و قید « إشعار » در آن وارد نشده است.

سند حدیث اینست : بأسناده عن الحسین بن سعید ـ یعنی مرحوم شیخ به اسنادش از حسین بن سعید ـ عن محمد بن سنان عن إبن مسکان عن أبی بصیر. که این روایت بخاطر اشتمالش بر إبن سنان ضعف سند پیدا میکند.

قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى كَبْشاً فَهَلَكَ مِنْهُ- قَالَ يَشْتَرِي مَكَانَهُ آخَرَ- قُلْتُ فَإِنْ كَانَ اشْتَرَى مَكَانَهُ آخَرَ ثُمَّ وَجَدَ الْأَوَّلَ- قَالَ إِنْ كَانَا جَمِيعاً قَائِمَيْنِ- فَلْيَذْبَحِ الْأَوَّلَ وَ لْيَبِعِ الْأَخِيرَ وَ إِنْ شَاءَ ذَبَحَهُ- وَ إِنْ كَانَ قَدْ ذَبَحَ الْأَخِيرَ ذَبَحَ الْأَوَّلَ مَعَهُ.

ـ یعنی گوسفندی خریده بود ولی گمشده است ـ قال (ع) : یشتری مکانه آخر ـ یعنی در اینصورت به مجرد خریدن که وظیفه اداء نمیشود بلکه میبایست قربانی محقق بشود فلذا او میبایست گوسفند دیگری بخرد ـ قلت فأن کان إشتری مکانه آخر ثمّ وجد الأول ـ یعنی اگر در اینحالت مکلف گوسفند دوم را خرید سپس گوسفند اول پیدا شد ـ قال (ع) : إن کانا جمیعاً قائمین ـ یعنی اگر هر دو سالم و موجود هستند ـ فلیذبح الاول و لیبع الآخر و إن شاءَ ذبحه ـ یعنی گوسفند اول را که ابتدائاً بعنوان قربانی خریده بود را ذبح میکند و دومی را میتواند بفروشد و میتواند ذبح بکند ـ و إن کان قد ذبح الأخیر ذَبح الاول معه ـ یعنی اگر قبل از پیدا شدن گوسفند اول ، گوسفند دوم را ذَبح کرده باشد در اینصورت با پیدا شدن گوسفند اول آن هم حتماً میبایست ذَبح بشود و مصرف دیگری غیر از ذبح ندارد ـ . » این روایت ابی بصیر بود که از آن اینچنین استفاده میشود که گوسفند اول تعیّن در ذبح دارد.

از این روایت بنحو مطلق استفاده میشود که خرید گوسفند بعنوان هدی کافی است برای اینکه تعیّن در هدی و قربانی پیدا بکند چه اینکه تقلید و إشعاری در مورد آن شده باشد یا نه. ولی همانطور که مرحوم صاحب وسائل فرموده اند ، مرحوم شیخ طوسی فرموده اند که : لزوم ذَبح اول مربوط به جائیست که اشعار و تقلید در مورد آن واقع شده باشد لما مرّ یعنی بخاطر صحیحۀ حلبی که در آن تفصیل داده شده است. بعبارت دیگر : ولو این روایت اطلاق دارد ولی روایت اول بصورت واضح تفصیل داده است و فرموده است که : چنانچه بعد از خرید اولی در مورد آن اشعار و تقلیدی انجام داده باشد در اینصورت هدی و قربانی نسبت به حیوان اول تعیّن دارد ولی اگر اشعار و تقلیدی نسبت به حیوان اول انجام نداده بود بلکه صرفاً حیوان را به قصد و غرض ذبح خریده بود ، این امر برای تعیّن للذبح کافی نیست.

پس عمده همان روایت اول و صحیحۀ حلبی است که در آن به صراحت تفصیل داده شده است.

آیا از این روایت استفاده میشود که اشعار و تقلید هدی وقربانی مانع از نقل و بیع میشود یا نه ؟

همانطور که مرحوم محقق ایروانی در تعلیقه فرموده اند : مرحوم علامه در مختلف فرموده اند که هر دو روایت حمل بر استحباب میشوند و هرچند که بَدَنه إشعار یا تقلید هم شده باشد ولی مجرد این امر موجب تعیّن در ذبح نمیشود.

ولی مرحوم ایروانی فرموده اند : اگر ما باشیم و صحیحۀ حلبی ، این روایت ظهور در این دارد که إشعار موجب تعیّن حیوان للذبح أو النحر میشود چرا که حضرت (ع) در آن فرموده اند که « و إن کان قد أشعرها نحرها » یعنی در صورت إشعار میبایست حتماً آن را نحر بکند ، و با فرض وجود این امر به نحر و ذبح دیگر وجهی ندارد که ما بخواهیم روایت را حمل بر استحباب بکنیم و از ظهور آن در وجوب رفع ید بکنیم. اضافه بر اینکه روایت اول بوسیلۀ روایت دوم یعنی روایت ابی بصیر ـ هرچند که من حیث السند ضعیف است ـ تأیید میشود.

بنابراین وجوب النحر یا وجوب الذبح از این روایت استفاده میشود ولی آیا از این روایت عدم جواز بیع و عدم صحت بیع استفاده میشود یا نه ؟

بحسب تقریب محقق ایروانی این مطلب هم از این روایت استفاده میشود چرا که در فقرۀ اول روایت امام (ع) فرموده بودند که « إن لم یکن قد أشعرها فهی مالُه إن شاءَ نحرها و إن شاءَ باعها ـ یعنی اگر حیوان بدون إشعار و تقلید گم شده باشد در اینصورت جواز بیع و جواز نحر هر دو وجود دارد ـ » ولی در قسمت و فقرۀ دوم یعنی در فرض إشعار یا تقلید ، امام (ع) بخصوصه نحر را ذکر فرموده اند و جواز بیع و انتقال را بیان نفرمودند و مقتضای مقابلۀ بین فقرۀ دوم و فقرۀ اول اینست که در فرض دوم یعنی در فرض إشعار و تقلید ، شخص ممنوع از بیع است.

بنابراین مستفاد از صحیحۀ حلبی عدم جواز بیع در فرض اشعار و تقلید است و از آنجا که نهی از معامله ظهور در فساد بیع دارد لذا اگر شخص حیوانِ معیّن شده را بفروشد این بیع او فاسد است. در نتیجه : هرچند که حیوان با اشعار و تقلید از ملک مالکش خارج نمیشود ولی به قرینۀ مقابله از این روایت حلبی نهی از بیع چنین حیوانی استفاده میشود و نهی از معامله هم که مقتضی فساد است .

بلکه مرحوم ایروانی بالاتر از این را بیان کرده اند و فرموده اند که : مستفاد از این روایت با توجه به قرینه مقابله اینست که حیوان با اشعار و تقلید از ملک شخص خارج میشود ، و بعد از خروج حیوان از ملک شخص دیگر عدم جواز بیعِ حیوان بخاطر عدم ملکیت شخص للحیوان است نه بخاطر خروج حیوان از ملک طلق که محل بحث است. چرا که امام (ع) در فرضی که حیوان إشعار و تقلید نشده باشد فرموده اند که « فهی ماله » فلذا مقتضای مقابله اینست که اگر إشعار و تقلید صورت گرفته باشد دیگر حیوان مال شخص نيست يعنی از ملک او خارج شده است .

مرحوم ایروانی فرموده اند : و لا يخفى ظهور الرواية الأولى في فساد البيع في صورة الإشعار بل ظهورها في خروج الهدي عن ملك الشّخص بالإشعار فلا وجه لرفع اليد عن ظاهرها بعد تأيّدها بالأخيرة‌ [[1]](#footnote-1)

آیا اینچنین معنایی از این روایت استفاده میشود یا نه ؟

نسبت به این کلام و فرمایش مرحوم ایروانی اشکال شده است. مرحوم آقای تبریزی فرموده اند که : به این روایت حتی در همان قسمت فساد و نهی از بیع هم نمیتوان استناد کرد بلکه نهایت چیزی که از این روایت استفاده میشود اینست که : حیوانی که اشعار و تقلید در مورد آن واقع شده است ، تعیّن در ذَبح پیدا میکند ، چرا که امام (ع) در فقرۀ دوم فرمودند که : اگر شخص حیوان را اشعار کرده باشد در اینصورت میبایست آن را نحر بکند. اما در این روایت نهی از بیع نشده است تا اینکه فرمایش مرحوم ایروانی پیاده بشود که نهی از معامله ظهور در فساد معامله دارد.بله در فقرۀ اول یعنی در فرض عدم اشعار ، تجویز البیع شده است ولی تجویز بیع در کنار تجویز النحر بود و با توجه به این مطلب غایه ما یدل علیه فقرۀ دوم اینست که نحر این حیوان تعیّن دارد اما اینکه بیع آن هم بعنوانه ممنوع است ، ما نهی از بیع بعنوانه نداریم. بله لازمۀ اینکه این حیوان تعیّن در نحر پیدا میکند ، اینست که بیع انجام نشود ولی نهی به خصوص بیع که نخورده است تا اینکه بخواهیم دلالت بر فساد را از این روایت استفاده بکنیم.

براین اساس مرحوم آقای تبریزی فرموده اند که : ممکن است گفته شود که این روایت تنها همین مقدار را بیان میکند که حکمِ تکلیفیِ این حیوان إشعار و تقلید شده اینست که شخص میبایست آن را قربانی بکند ولی اینکه اگر حیوان فروخته بشود ، فروش آن باطل است ؛ چنین معنایی از روایت و صحیحۀ حلبی استفاده نمیشود. و در واقع این مورد مانند نذر ، حلف و قسم میشود.

اما اینکه مرحوم ایروانی فرموده اند که : اینکه امام (ع) در فرض عدم إشعار فرموده اند که « فهی ماله إن شاء نحرها و إن شاءَ بیعها » این کلام ظهور در این دارد که اشعار و تقلید موجب خروج حیوان از ملکیت شخص میشود ؛ این کلام ایشان هم تمام نیست و اشکال و مناقشۀ نسبت به این قسمت از فرمایش ایشان اینست که : بله بحسب این روایت امام (ع) در فرض عدم اشعار فرموده اند که « فهی ماله » ، ولی مقصود از این عبارت اینست که : در صورت عدم اشعار این مال مثل حالت قبلش است و حالت اولی خودش را نگه داشته است و تغییری در آن پیدا نشده است. و باتوجه به اینکه در فقرۀ دوم یعنی در فرض إشعار تنها حیثیت تعیّن در نحر بیان شده است و خروج از ملکیت بیان نشده است ، معلوم میشود که مراد امام (ع) در فقرۀ اول که فرمودند « فهی ماله » مراد مال آزاد است که موجب التعیین نسبت به آن پیدا نشده است و مراد این نیست که این حیوان تنها در فرض اول یعنی در فرض عدم اشعار مملوک شخص باشد ولی در فرض دوم یعنی در فرض اشعار از مملوکیت شخص خارج شده باشد.

پس با استفاده و استناد به روایات هم نمیتوان ثابت کرد که در موارد إشعار و تقلید حیوان از ملک طلق شخص خارج میشود و دیگر شخص نمیتواند آن را نقل به دیگری بدهد.

#### مورد دهم :

مورد دهم از مصادیق ملک غیر طلق بحسب فرمایشات مرحوم شیخ در مکاسب عبارتست از : اشتراط عتق العبد فی عقدٍ لازم ؛ که بحث از این مورد ذیل مورد پنجم بیان شد.

#### مورد يازدهم :

مورد یازدهم از مصادیق ملک غیر طلق بحسب فرمایش مرحوم شیخ در مکاسب ، عبارتست از اینکه فرموده اند : اگر مولا با عبدش عقد مکاتبه ببندد ، چنانچه این عقد علی نحو مکاتبۀ مشروطه باشد یا اینکه علی نحو مکاتبه مطلقه باشد ـ البته در مکاتبۀ مطلقه نسبت به آن مقداری که هنوز از عبد آزاد نشده است ـ در این موارد ولو عبد هنوز ملک مولا است ولی ملک غیر طلق او است یعنی مولا حق فروش او به غیر را ندارد.

توضیح مکاتبۀ مشروطه و مطلقه هم قبلاً بیان شده بود که : کتابت مطلق به اینست که : مولا به عبدش بگوید « کاتبتک علی عوض کذا فی مدّه کذا » یعنی بگوید اگر در ظرف مدت دو سال فلان مقدار به من پول بدهی ، آزاد میشوی. إقتضاءِ مکاتبۀ مطلق اینست که : به هر مقداری که عبد به مولا پول بدهد به همان مقدار آزاد بشود مثلاً اگر نیمی از پول را به مولا بدهد نیمی از خودش حُر و آزاد بشود.

مکاتبۀ مشروطه هم به این نحو است که : همین قرار دادی که در مکاتبۀ مطلقه گفته شد وجود دارد ولی به همراه یک شرط که « فإن عجزت عن الأداء فأنت ردٌّ فی العتق » یعنی اگر نتوانستی همۀ این مال را أداء بکنی تو همچنان بکلّه مملوک هستی. در واقع در مکاتبۀ مشروطه برخلاف مکاتبۀ مطلقه عتق و حریّت متوقف بر اداء تمام المال است نه بالنسبه.

حال باتوجه به این مطالب فرموده اند که : مورد یازدهم از مصادیق ملک غیر طلق مکاتبۀ مشروطه است که در آن تازمانیکه عبد تمام مال را به مولا ندهد همچنان مملوک مولا است ولی در عین اینکه مملوک مولا است ولی مولا نمیتواند او را به دیگری بفروشد چرا که حق عبد که حق الکتابه باشد به خودش تعلق گرفته است. همچنین در مکاتبۀ مطلقه هم گفته میشود که : نسبت به مقداری که عبد به مولا پول داده است که آزاد شده است و معلوم است که مولا نمیتواند آن مقدار را بفروشد ولی نسبت مقداری که عبد هنوز پرداخت نکرده است هم مولا در عین اینکه مالک آن مقدار است ولی نمیتواند عبد را بفروشد چرا که ملک غیر طلق است.

این یازدهمین مورد از مصادیق ملک غیر طلق بود که محقق شوشتری این مورد را بعنوان سبب دهم ذکر فرموده است.

در مقابس آمده است که قراردادن این مورد بعنوان مصداق ملک غیر طلق مبتنی و متوقف بر التزام به دو امر است :

امر اول اینست که عبد بواسطۀ قرارداد کتابت کلاً از ملک مولا خارج نشده باشد و إلا اگر عبد با کتابت کلاً از ملک مولا خارج شده باشد در اینصورت مورد از مصادیق ملک غیر طلق نمیشود بلکه از مصادیق غیر الملک میشود.

امر دوم هم اینست که ما میبایست قائل به این بشویم که عقد و قرارداد کتابت ، عقد و قرارداد لازم است نه عقد و قرارداد جایز. و إلا اگر از قبیل قراردادها و عقود جایز باشد و مولا بتواند قرار داد کتابت را فسخ بکند ، در اینصورت به مجرد تصدی مولا للبیع قرارداد مکاتبه فسخ خواهد شد.

ایشان فرموده اند که با التزام به این دو مطلب ما میتوانیم این مورد را از مصادیق ملک غیر طلق بدانیم.

حال بحث در اینست که : اگر این دو خصوصیت وجود داشته باشد ، آیا مورد از مصادیق ملک غیر طلق هست یا نه ؟

در اینصورت گفته میشود که : مصداقیت مورد للملک غیر طلق متوقف بر اینست که آیا در اینجا یک حق عقلائی واعتبارِ وضعی ای در کنار اعتبار ملکیت که مربوط به مالک است وجود دارد یا نه ؟

بعید نیست که در امثال این موارد گفته شود که این حق عقلائی و اعتبارِ وضعی وجود دارد یعنی خود همین عقد کتابت موجب این میشود که برای عبد مکاتَب یک حقِّ وضعی ای ثابت بشود که با اداءِ مال الکتابه خودش را آزاد بکند.

#### مورد دوازدهم :

مورد دوازدهم از مصادیق ملک غیر طلق که در کلام مرحوم شیخ در مکاسب بیان شده است ، عبارتست از : موارد تدبیر معلّق بر موت غیر مولا. توضیح اینکه : تدبیر متعارف یعنی تدبیر معلّق بر موت مولا مانع از نقل نیست چرا که این نحوه از تدبیر مانند وصیت است و همانطور که در وصیت حق رجوع است و شخص قبل از موت میتواند رجوع بکند ، تدبیر هم مانند آن است.

اما چنانچه تدبیر متوقف بر موت غیر مولا باشد مثلاً چنانچه مولا أمه ای را به عبدش تزویج بکند و بگوید : اگر عبد بمیرد ، آزاد هستی. و یا اینکه مولا کنیزش را خادم شخص حرّی قرار بدهد و بگوید : اگر این شخص حر بمیرد ، آزاد هستی ؛ نسبت به این موارد گفته اند که این موارد از مصادیق ملک غیر طلق است. و فرموده اند مصداق برای ملک غیر طلق جاییست که : مولا بمیرد ولی مَن علِّق علیه العتق هنوز نمرده باشد ؛ که در اینصورت این أمه و کنیز به ورثه منتقل میشود و مملوک ورثه هست ولی به همراه تعلق حقّ آزادی و ورثه حق فروش این عبد و کنیز را ندارند.

والحمدلله رب العالمین.

1. حاشية المكاسب (للإيرواني)؛ ج‌1، ص: 170 [↑](#footnote-ref-1)