جلسه چهاردهم ـ معاملات مستحدثه ـ 23/8/1403 ـ استاد شوپایی حفظه الله.

بسم الله الرحمن الرحیم

مورد دوازدهم از مواردی که بعنوان مصداق برای ملک غیر طلق ذکر شده است ، عبارت بود از : تدبیر معلّق بر موت غیر مولا. تعبیر مکاسب هم اینست « و التدبیر المعلّق علی موت غیر المولی بناءً علی جواز ذلک فإذا مات المولی و لم یمت مَن علّق علیه العتق کان مملوکاً للورثه ممنوعاً من التصرف فیه ».

در روایاتی که در کتاب التدبیر آمده است ، این بحث مطرح شده است که : شخص در مقام تدبیر برای عتق عبد یا أمه ، میتواند عتق او را معلّق بر موت غیر خود مولا بکند مثل اینکه این عبد را بعنوان خدمتکار در اختیار دیگری قرار بدهد و بگوید که اگر مخدوم بمیرد تو آزاد هستی. و یا اینکه أمه را به تزویج عبد دیگر در بیاورد و بگوید که اگر زوجت بمیرد تو آزاد هستی. در این موارد کنیز مملوک مولا یا ورثه مولا است تا زمانیکه مَن علّق علیه العتق بمیرد.

 عبارت « بناءً علی جواز ذلک » اشاره به این دارد که ممکن است کسی در اینجا قائل به صحت تدبیر معلّق بر موت غیر مولا نشود ولی از جهت واقعی با توجه به روایات معتبره ای که در این قسمت وجود دارد ، تدبیر بر موت غیر مولا جایز است ، در باب یازده از کتاب التدبیر دو روایت وجود دارد که از آنها این مطلب بدست می آید که تدبیر میتواند معلّق بر موت غیر مولا باشد.

روایت اول آن باب صحیحۀ یعقوب بن شعیب است. شیخ به اسنادش از حسین بن سعید عن علی بن النعمان عن یعقوب بن شعیب قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الْخَادِمُ فَيَقُولُ هِيَ لِفُلَانٍ تَخْدُمُهُ مَا عَاشَ فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ- فَتَأْبِقُ الْأَمَةُ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ الرَّجُلُ بِخَمْسِ سِنِينَ أَوْ سِتِّ سِنِينَ- ثُمَّ يَجِدُهَا وَرَثَتُهُ أَ لَهُمْ أَنْ يَسْتَخْدِمُوهَا إِذَا أَبَقَتْ- قَالَ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ فَقَدْ عَتَقَتْ.

ـ یعنی این کنیز به فلانی خدمت بکند تا زمانیکه او زنده است و بعد از مرگش هم این کنیز آزاد باشد ـ فتأبق الامه قبل أن یموت الرجل بخمس سنین أو ست سنین ـ اگر کنیز قبل از موت مخدوم فراری شد و پنج سال یا شش سال فرار کرد ـ ثم یجدها ورثته ـ سپس ورثۀ مخدوم او را پیدا میکنند ـ أ لهم أن یستخدموها إذا أبقت ـ به این نحو که بگویند این کنیز شرط را عمل نکرد و به پدر ما خدمت نکرد فلذا الان او را به خدمت میگیریم ـ ؟ قال (ع) : إذا مات الرجل فقد عُتقت ـ یعنی بر اساس قراری که گذاشته شده بود این کنیز میبایست الان یعنی بعد از موت مخدوم آزاد بشود ـ.»

مستفاد از این روایت اینست که : إباق و فراری شدن عبد یا أمه موجب بطلان تدبیر نمیشود ، فلذا صاحب وسائل عنوان باب را « باب أنّه یجوز تعلیق التدبیر علی موت مَن جُعِل له خدمه المملوک فأن أبق منه لم یبطل تدبیره » قرار داد . این روایت اول بود که در آن عتق أمه معلّق بر موت مخدوم شده است.

روایت دوم هم مربوط به جائیست که کنیز تزویج به دیگری شده است و عتق معلّق بر موت زوج شده است.

مرحوم شیخ بإسناده عن الحسن بن محبوب عن محمد بن حکیم قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ ع عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ أَمَتَهُ- مِنْ رَجُلٍ حُرٍّ - قَالَ لَهَا إِذَا مَاتَ (الزَّوْجُ فَهِيَ) حُرَّةٌ فَمَاتَ الزَّوْجُ- قَالَ إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ فَهِيَ حُرَّةٌ- تَعْتَدُّ (عِدَّةَ) الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَ لَا مِيرَاثَ لَهَا مِنْهُ- لِأَنَّهَا إِنَّمَا صَارَتْ حُرَّةً بَعْدَ مَوْتِ الزَّوْجِ.

پس اصل اینکه تدبیر معلّقاً علی موت غیر مولای تدبیر کننده جایز و صحیح است جای اشکال ندارد.

تقریب و توجیه اینکه این مورد از مصادیق ملک غیر طلق است ، اینست که : اگر تدبیر و عتق عبد معلّق بر غیر مولا بشود و مولا زودتر از مَن علّق علیه العتق بمیرد ، در اینجا این عبد و کنیز به ورثۀ مولا منتقل میشود ولی این ملکیتی که برای ورثه نسبت به کنیز مورد تدبیر ثابت میشود ، ملک طلق نیست بلکه آنها ممنوع از تصرف در آن هستند و نمیتوانند او را به دیگری نقل بدهند چرا که نقل او موجب میشود که حق أمه قابل استیفاء نباشد.

در مقام بررسی این مورد گفته میشود که : چنانچه ما در این مورد با کیفیتی که بیان شد در کنار اعتبار ملکیت برای مولا یا اعتبار ملکیت برای ورثه یک اعتبار آخری بعنوان حق برای عبد یا کنیز قائل باشیم ، در اینصورت مورد مصداق برای ملک غیر طلق میشود ولی اگر قائل به این شدیم که در اینجا حق وضعی ای برای عبد یا أمه وجود ندارد و تنها چیزی که در بین وجود دارد اینست که حکم شرعی در این موارد اینست که این عبد یا کنیز بعد از موت مَن علّق علیه العتق آزاد میشود ، در اینصورت دیگر مورد از مصادیق ملک غیر طلق نیست.

حال آیا در این موارد حق عقلائی وجود دارد یا نه ؟ در این قسمت ممکن است که گفته شود که به همان نحوی که در مورد مکاتبه حق عقلائی تصویر میشود و بعید نیست که حق عقلائی برای عبد مکاتَب وجود داشته باشد در مورد تدبیر هم چنین حق عقلائی ای وجود دارد و عقلاء عبد را در این مورد ذی الحق حساب میکنند و اینگونه نیست که در این موارد تنها حکم تکلیفی وجود داشته باشد.

#### مورد سيزدهم :

مورد سیزدهم از مصادیق ملک غیر طلق عبارتست از اینکه فرموده اند : « و تعلّقُ حقّ موصی له بالموصی به بعد موت الموصی و قبل قبوله بناءً علی منع الوارث من التصرف قبله »

در جائیکه شخص برای دیگری به مال خاصی وصیت بکند مثلاً زید وصیت بکند که فلان مقدار از مال من مال عمرو باشد ، این وصیت ، وصیت تملیکی است. در مورد وصیت تملیکی اختلاف است که آیا نفوذ وصیت تملیکی متوقف بر قبول است و تا موصی له مالِ موصی به را قبول نکند آن مال به ملک موصی له در نمی آید ؟ یا اینکه در وصیت تملیکی قبول معتبر نیست بلکه به نفس وصیت بلا احتیاجٍ إلی القبول و به مجرد موت موصی آن مالِ موصی به ، به ملک موصی له در می آید ؟

اینکه در محل بحث مورد از مصادیق ملک غیر طلق قرارداده شده است ، مبتنی بر اینست که برای حصول ملکیت در وصیت تملیکی ، قبولِ موصی له شرط باشد و به مجرد موت مالِ موصی به ، منتقل به موصی له نشود. بنابراینکه قبول موصی له شرط باشد ، مال موصی به ، منتقل به ورثه میشود و ورثه مالک این مال هستند ولی ملکیت آنها نسبت به مال موصی به ، ملکیت طلق نیست و مثلاً نمیتوانند این خانه را به دیگری بفروشند چرا که این خانه متعلق حق موصی له است و اگر او این وصیت را قبول بکند خانه به ملک او در می آید. پس بعد از موت موصی ، مال موصی به منتقل به ورثه میشود ولی ملکیت آنها نسبت به مال موصی به ملکیت غیر طلق است و این جهت مانع از نقل مال به دیگری میشود. پس باتوجه به خصوصیاتی که در این مورد است این مورد بعنوان یک مصداق برای ملک غیر طلق ذکر شده است.

لکن مرحوم شوشتری در مقابس عبارتی دارد که در آن عبارت احتمالات مختلفی(چهار احتمال) را مطرح فرموده اند و بر اساس هر یک از احتمالات چهارگانه نتائجی را بدست آورده اند.

حاصل فرمایش مرحوم شوشتری در این قسمت اینست که : در اینجا از جهت اینکه قبول در حصول ملکیت برای موصی له دخالت دارد یا دخالت ندارد و همچنین از جهت کیفیت دخالت قبول در حصول ملکیت ، احتمالات متعددی در مسئله وجود دارد در مجموع چهار احتمال را بیان فرموده اند :

احتمال اول اینست که : قبول مانند موت موصی شرط انتقال مال به موصی له است فلذا اگر موصی له عند موت موصی قبول نکند و قبول موصی له متأخر از موت موصی باشد ، موصی به منتقل به ملک ورثه میشود ولی ملکیت ورثه نسبت به این مال موصی به ، متزلزل است و مستقر نیست. چنانچه موصی له بعداً وصیت را قبول کرد این امر موجب میشود که مالِ موصی به از ملک ورثه به ملک موصی له منتقل بشود ، و اگر موصی له وصیت را رد کرد ، در اینصورت ملکیت متزلزل ورثه نسبت به مال موصی به تبدیل به ملکیت مستقر و تام میشود. این احتمال اول در مورد کیفیت دخالت قبولِ موصی له در حصول ملکیت است .

احتمال دوم در کیفیت دخالت قبولِ موصی له در حصول ملکیت ، اینست که : بخاطر وصیت به مجرد موت موصی مالِ موصی به ، منتقل به ملک موصی له میشود آن هم به ملک مستقر و نه ملک متزلزل و در واقع بحسب این احتمال قبول هیچ نقشی در حصول ملکیت برای موصی له ندارد بلکه خود وصیت کردنِ موصی به مجرد موت عمل میکند و موجب میشود که مالِ موصی به ، به ملک موصی له در بیاید آن هم به ملکیت مستقر.

احتمال سوم در کیفیت دخالت قبول موصی له در حصول ملکیت ، اینست که : به مجرد موت موصی و قبل ا ز قبول موصی له ، مالِ موصی به منتقل به ملک موصی له میشود ولی به ملکیت متزلزل نه ملکیت مستقر ، به این معنا که اگر موصی له وصیت را قبول بکند ملکیت او برای مالِ موصی به ملکیت تام و مستقر میشود ولی اگر وصیت را قبول نکند و رد بکند در اینصورت ملکیت او از بین میرود و مالِ موصی به منتقل به ورثه میشود.

احتمال چهارم در کیفیت دخالت قبولِ موصی له در حصول ملکیت ، اینست که : قبول و رد موصی له در حصول ملکیت نقش دارد ولی نقش قبول بعنوان ناقل نیست بلکه بعنوان کاشف است. بر این اساس اگر موصی له بعد از یک هفته از موت موصی وصیت را قبول بکند ، این قبول او کاشف از اینست که مالِ موصی به از زمان موتِ موصی مالِ موصی له شده است و اگر موصی له وصیت را قبول نکند و آن را رد بکند این رد موصی له کاشف از اینست که مالِ موصی به از همان زمان موتِ موصی مالِ ورثه بوده است نه مالِ موصی له.

این ها چهارم احتمال نسبت به کیفیت دخالت قبول موصی له در حصول ملکیت بود.

مرحوم شوشتری در مقابس فرموده اند که : حال ما میبایست باتوجه به این احتمالات چهارگانه حکم این بیعی که وارث نسبت به مالِ موصی به مثل خانه قبل از قبول و رد موصی له انجام میدهد را بررسی کنیم و ببینیم که : آیا این بیع صحیح است مطلقاً ؟ یا صحیح نیست مطلقاً؟ یا اینکه موقوف به اجازۀ موصی له است ؟ و یا اینکه حتی با اجازۀ موصی له هم درست نمیشود؟

مرحوم شوشتری در مقابس فرموده اند : اگر بخواهیم مسئله را بر اساس احتمال اول حساب بکنیم ، سه وجه در مسئله وجود دارد.

احتمال اول این بود که میگفت : قبول موصی له در حصول ملکیت نقش دارد ولی با موت موصی ، مالِ موصی به منتقل به ملک ورثه میشود ولی ملک متزلزل ورثه است و اینگونه نیست که قبل از قبول به ملک موصی له در بیاید.

ایشان فرموده اند که بر اساس این احتمال سه وجه در مسئله وجود دارد :

وجه اول بر اساس احتمال اول همان وجهی است که مرحوم شیخ نقل فرموده اند و عبارتست از اینکه بگوییم : این معامله ای که ورثه قبل از قبول موصی له انجام داده اند ولو معاملۀ شئ ای است که در ملک آنها بوده است ولی معاملۀ صحیحی نیست چرا که حق غیر يعنی موصی له به آن تعلق گرفته است.

وجه دوم بر اساس احتمال اول اینست که بگوییم : این معامله ای که ورثه قبل از قبول موصی له انجام داده اند ، معاملۀ صحیحی است ولی صحت آن بنحو مطلق نیست بلکه موقوف بر یکی از این دو امر است : امر اول اینست که موصی له بعد از قبول وصیت این معامله را هم قبول و اجازه بکند ، که در اینصورت بیع برای موصی له واقع میشود ، امر دوم هم اینست که موصی له وصیت را قبول نکند بلکه رد بکند که در اینصورت بیع برای ورثه واقع میشود.

وجه اینکه صحت بیع موقوف بر احد الامرین است هم بخاطر اینست که حق خارج از این دو امر نیست یا این مال در نهایت مال موصی له است و یا اینکه در نهایت مال ورثه است.

وجه سوم بر اساس احتمال اول اینست که در مسئله تفصیل بدهیم و بگوییم : این معامله ای که ورثه قبل از قبول موصی له انجام داده اند بنحو مطلق صحیح نیست بلکه موقوف است ولی بايد بین قبول وصيت و رد آن تفصیل بدهیم. به این بیان که بگوییم : چنانچه موصی له وصیت را رد بکند در اینصورت بیع صحیح واقع میشود و یقع للوارث چرا که در زمان بیع وارث مالک بوده است و تنها متعلق حق موصی له بوده است که موصی له هم فرض اینست که وصیت را رد کرده است و با این رد مشخص میشود که آن بیعی که ورثه یک هفته قبل انجام داده اند ، واجد تمام شرایط بوده است. بعبارت دیگر : با رد وصیت توسط موصی له ملکیت ورثه نسبت به مال موصی به از ملکیت متزلزل تبدیل به ملکیت مستقر میشود و به این ترتیب بیع انجام شده واجد تمام شرائط صحت میشود.

اما چنانچه موصی له وصیت را قبول بکند در اینصورت بیعی که وارث قبل از قبول موصی له از طرف خودش انجام داده است ، باطل است و حتی با قبول و اجازۀ موصی له برای خودش هم این معامله صحیح نمیشود چرا که اجازه در صورتی مؤثر است که از مالک حال البیع صادر بشود و یا از صاحب حق حین البیع صادر بشود ، بعبارت دیگر : در جائیکه نقص در معامله و احتیاج به اجازه بخاطر ملک باشد در اینصورت مالک حین البیع اگر معامله را اجازه بکند این معامله صحیح خواهد بود کما اینکه در باب فضولی از این قبیل است. همچنین در جائیکه نقص در معامله و احتیاج به اجازه بخاطر تعلق حق غیر باشد کما اینکه حق الرهانه از این قبیل است که در آن بایع مالک است ولی بدون اجازۀ مرتهن نمیتواند مال مرهونه را بفروشد ، در این موارد اجازۀ صاحب حقِ حین البیع شرط است و إلا اگر بیع انجام بشود و رهن بعداً محقق بشود دیگر در اینجا مجالی برای اعتبار اجازۀ مرتهن نیست.

در محل کلام از آنجا که مورد از مواردی است که اجازه بخاطر نقص در ملکیت معتبر است لذا موصی له اگر بعداً قبول بکند با این قبول ملکیت تازه برای او پیدا میشود و بعد از قبول مالک میشود ولی در حال وقوع بیع مالک نبوده است فلذا اجازۀ او اثری ندارد. اجازه کسی مؤثر است که در زمان بیع مالک باشد و یا اینکه اگر اجازه از باب تعلق حق است مجیز از همان زمان حق داشته باشد نه اینکه بعداً حق پیدا بکند.

این سه وجهی بود که در احتمال اول وجود دارد .

 احتمال دوم این بود که : مالِ موصی به ، به مجرد موت موصی ملکِ مستقرِ موصی له میشود و قبول او هیچ نقشی در حصول ملکیت ندارد. بر اساس این احتمال بیع مال موصی به توسط ورثه مصداق بیع فضولی است. فلذا اگر نسبت به بیع فضولی گفتیم که اجازۀ مالک موجب صحت معامله میشود در اینجا هم ملتزم به همین مطلب میشویم.

احتمال سوم این بود که : مالِ موصی به ، به مجرد موت منتقل به موصی له میشود ولی متزلزلاً یعنی بعد از موت موصی ، موصی له مالک موصی به میشود ولی به ملکیت متزلزل نه به ملکیت مستقر. در واقع این احتمال بر خلاف احتمال اول است که در آن بعد از موتِ موصی ، ورثه ملکیت متزلزل نسبت به مال موصی به داشتند.

بر اساس این احتمال هم بیعِ مالِ موصی به توسط ورثه قبل از قبولِ موصی له ، بیع فضولی است و صحت آن منوط به اجازه موصی له است یعنی اگر موصی له وصیت را قبول کرد و سپس معامله را هم اجازه کرد در اینصورت معامله صحیح خواهد بود ولی اگر موصی له وصیت را رد بکند با این رد موصی له ، ورثه تازه مالک مال موصی به میشوند فلذا بیعی که آنها قبلاً انجام داده اند از مصادیق « مَن باع شیئاً ثمّ ملکه » میشود ، که قول معروف در مسئلۀ « مَن باع شیئاً ثمّ ملکه » هم عدم صحت معامله است.

 احتمال چهارم این بود که : قبول و رد موصی له کاشف از ملکیت حین الموت است یعنی موصی له اگر وصیت را قبول بکند در اینصورت ملکیت او برای مال موصی به از حین الموت کشف میشود و اگر وصیت را رد بکند در اینصورت هم ملکیت ورثه للمالِ موصی به از حین الموت کشف میشود.

مرحوم شوشتری فرموده اند که : بر اساس این احتمال ورثه که قبل از اجازۀ موصی له ، مالِ موصی به را فروخته اند ، این بیع آنها در واقع مردد است بین اینکه مال خودشان را فروخته اند یا اینکه مالِ دیگری را فروخته اند فلذا میبایست منتظر بمانند و ببینند که آیا موصی له وصیت را قبول میکند یا نه. اگر موصی له وصیت را قبول کرد در اینصورت مورد از مصادیق بیع فضولی میشود و اگر موصی له آن را اجازه بکند بیع صحیح میشود. اما اگر موصی له وصیت را رد بکند در اینصورت کشف میشود که مال موصی به از حین الموت مال ورثه بوده است و در واقع آنها مال خودشان را فروخته اند ومشکلی در این جهت وجود ندارد.

این تعیین حکم بر اساس احتمالات چهارگانه بود.

در این احتمالات چهارگانه ایی که در کلام مرحوم شوشتری مطرح شده است ، مفروض اینست که : اگر قائل به این نشویم که با موت موصی ، مالِ موصی به ملک موصی له میشود ، در اینصورت مال موصی به مالِ ورثه است ؛ و بر اساس این مطلب این احتمالات چهارگانه پیدا شده است.

مرحوم آقای تبریزی فرموده اند که : در اینجا مقتضای صناعت و مستفاد از ادله اینست که ما حتی اگر در این موارد قبول موصی له را هم در حصول ملکیت برای او دخیل بدانیم ولی معنای دخالت قبول این نیست که بعد از موت موصی و مورث و قبل از اجازۀ موصی له ، مالِ موصی به منتقل به ورثه بشود بلکه مقتضای ادله اینست که : در این موارد مالِ موصی به در ملک میّت باقی میماند. ایشان فرموده اند که : انتقال مال به ورثه در غیر مالِ مورد وصیت است و در آیۀ شریفه هم آمده است « من بعد وصیّهٍ یوصی بها أو دین » ، و مقدار وصیت از همان ابتداء خارج از مورد ارث است وبه ورثه منتقل نمیشود. پس قبل از قبول وصیت توسط موصی له ، مالِ موصی به در ملک خود میّت باقی است.

حال ما میبایست بر اساس این مطلب ببینیم که : حکم هر یک از احتمالات چهارگانه چیست ؟ آیا آن احکامی که مرحوم شوشتری نسبت به هر یک از احتمالات چهارگانه بیان فرمودند ، عوض میشود یا نه ؟

والحمدلله رب العالمین.