جلسه پانزدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 30/8/1403 ـ استاد شوپایی حفظه الله.

بسم الله الرحمن الرحیم

نسبت به مورد سیزدهم از مصادیق حق مانعِ از نقل که عبارت بود از : تعلق حق موصی له به مالِ موصی به ، بعد از موت وصیت کننده و قبل از قبول موصی له ؛ بیان شد که محقق شوشتری نسبت به نحوۀ دخالت قبول در وصیت و حصول ملکیت چهار احتمال را مطرح فرمودند و در هر یک از این احتمالات هم مقتضای صناعت در مورد صحیح بودن معامله ای که وارث قبل از قبول موصی له انجام میدهد را بیان فرمودند ، که آیا این معامله صحیح است یا نه ؟ و آیا با اجازه تصحیح میشود یا نه؟ و در صورت رد موصی له حکم این معامله ای که ورثه انجام داده اند چه چیزی است ؟ ، که این فرمایشات محقق شوشتری در جلسه قبل بیان شد.

مطلبی که در این قسمت باقی مانده ، اینست که : آنچه که در کلام محقق شوشتری بیان شده است ، با این پیش فرض و مقدمه بود که : در این موارد که موصی مالی را برای دیگری وصیت میکند ، بعد از موت موصی و قبل از قبول موصی له این مال به ملک ورثه منتقل میشود که البته ملکیت آنها متزلزل است بنحوی که اگر موصی له وصیت را قبول بکند آن مال به موصی له میرسد. این مقدمه بعنوان پیش فرض در کلام محقق شوشتری وجود دارد.

اما همانطور که در جلسه قبل بیان شد ، مرحوم آقای تبریزی فرموده اند که : ولو ما قبول موصی له را دخیل در حصول ملکیت بدانیم ولی اینگونه نیست که مال قبل از قبول « موصی له » ولو به ملکیت متزلزل به وارث منتقل بشود بلکه مالِ موصی به قبل از قبول موصی له همچنان در ملک میّت باقی است. وجه و دلیلش هم آیۀ شریفه است که میفرماید : ارث بعد از وصیت و دِین است.

حال باتوجه به اینکه در مورد ارث این قید وجود دارد که وارث در صورتی مالک ماترک میّت میشود که آن ماترک مورد وصیت نباشد ، میبایست ببینیم که : آنچه که محقق شوشتری نسبت به احتمالات چهارگانه بیان فرمودند ـ که در بعضی از موارد فرموده بودند که معامله با قبول و اجازۀ موصی له صحیح میشود و در بعضی از موارد هم فرمودند که این معامله صحیح نمیشود چرا که داخل در مسئلۀ « مَن باع شیئاً ثمّ ملک » است و یا اینکه از مواردی است که اجازه از مالک حین البیع صادر نشده است ـ این فرمایشات بر اساس این نکته ای که مرحوم آقای تبریزی فرمودند ، به همین نحو صحیح هستند یا اینکه میبایست در آنها تغییر ایجاد کرد ؟

إجمالاً گفته میشود که اینگونه نیست که با در نظر گرفتن این نکته ای که در کلام مرحوم آقای تبریزی آمده است ، مقتضایِ صناعت نسبت به همۀ احتمالات چهارگانه غیر از فرمایشات محقق شوشتری باشد و عوض بشود ، بلکه تنها بر اساس احتمال اول است که در مقتضای صناعت تغییری پیدا میشود.

احتمال اول این بود که : قبول موصی له در حصول ملکیت دخالت دارد و مدخلیت آن هم علی سبیل النقل است لا علی سبیل الکشف ، یعنی مالِ موصی به از همان زمانی که موصی له قبول کرده است ، ملک برای او میشود و اینگونه نیست که موصی له حین موتِ موصی مالک شده باشد.

احتمال دوم این بود که : قبول موصی له هیچ نقش و دخالتی در حصول ملکیت ندارد بلکه با موت موصی ، مالِ موصی به و مورد وصیت به ملک موصی له منتقل میشود به ملکیت مستقر.

احتمال سوم این بود که : مالِ موصی به و مورد وصیت به ملک موصی له منتقل میشود به ملکیت متزلزل به این معنا که اگر موصی له وصیت را رد بکند مال به ملک ورثه برمیگردد و اگر وصیت را قبول بکند ملکیت او نسبت به موصی به مستقر میشود.

احتمال چهارم هم این بود که : قبول موصی له کاشف از حصول ملکیت لموصی له من حین الموت است و رد موصی له هم کاشف از اینست که ملکیت از آن زمان برای ورثه بوده است.

حال باتوجه به نکته ای که در کلام مرحوم آقای تبریزی آمده است ، گفته میشود که : بر اساس این نکته در مقتضای صناعت در احتمال اول تغییر پیدا میشود. چرا که اگر قبولِ موصی له دخیل در أصل حصول ملکیت برای او باشد و بدون قبول اساساً ملکیت حتی بنحو متزلزل هم وجود نداشته باشد ـ که این مفروض در احتمال اول است ـ ، و این نکته را هم در نظر داشته باشیم که بعد از موت موصی و قبل از قبول موصی له مالِ موصی به منتقل به ورثه نمیشود بلکه در ملک میّت باقی میماند ؛ باتوجه به این مطالب چنانچه ورثه قبل از قبول موصی له ، مالِ موصی به را بفروشند ، آنها در واقع ملک میّت را فروخته اند نه ملک خودشان را و دلیل ارث این مورد را شامل نمیشود ـ ولی بر اساس مقدمۀ مرحوم شوشتری آنها مالِ خودشان را فروخته بودند ـ ؛ حال چنانچه موصی له وصیت را رد بکند در اینصورت مال از موارد ارث میشود چرا که وقتی موصی له وصیت را رد بکند معلوم میشود که این مال داخل در « وصیّه یوصی بها » نشده است و ادلۀ ارث هم شامل آن میشود و ارث هم در همان زمان موت مورث به ورثه منتقل میشود ، پس در صورت رد وصیت توسط موصی له در حقیقت کشف میشود که وارث ملک خودش را فروخته است.

اما چنانچه موصی له وصیت را قبول بکند ، باتوجه به اینکه ملکیت موصی له جدیداً و با قبول پیدا شده است و قبل از آن ملکیتی نسبت به آن شیء نداشته است بلکه این مال در ملک میّت بوده است ، در اینصورت در اینجا معامله ایی توسط فضولی ـ یعنی ورثه ـ واقع شده است و مالک حین البیع ـ یعنی میّت ـ هم که نمیتواند آن را اجازه کند و کسی که مالک جدید است هم نمیتواند بیع را اجازه بکند چرا که همانطور که گفته شد آنچه که معتبر است « اجازۀ مالک حین البیع » است. مرحوم شوشتری هم به این نکته اشاره فرمودند که : ما اگر قائل به این شدیم که اجازه موجب صحت عقد میشود ، آن اجازه ایی موجب صحت عقد میشود که از « مالک حین المعامله » صادر شده باشد ولی اجازۀ مالکِ بعد از معامله اثری ندارد.

پس با در نظر گرفتن مقدمه و نکتۀ مرحوم آقای تبریزی نسبت به احتمال اول گفته میشود که : چنانچه موصی له وصیت را رد بکند در اینصورت در حقیقت کشف میشود که وارث ملک خودش را فروخته است و مشکلی در بین وجود ندارد ولی چنانچه موصی له وصیت را قبول بکند در اینصورت دیگر بیع محقق شده قابل تصحیح نیست. این تغییری است که باتوجه به نکته مرحوم آقای تبریزی در احتمال اول پیدا میشود.

اما اگر احتمال دوم را در نظر بگیریم که در آن قبولِ موصی له هیچ دخالتی در حصول ملکیت نداشت بلکه ملکیت مستقر با موتِ موصی به برای موصی له حاصل میشود ، در اینصورت نکته ای که مرحوم آقای تبریزی بیان فرمودند هیچ تغییری در حکم مسئله و مقتضای صناعت نمیدهد.

همچنین اگر احتمال سوم را هم در نظر بگیریم که در آن بعد از موت موصی ملکیت برای موصی له حاصل میشود ولی ملکیت متزلزل و مراعای به اجازه و قبول موصی له ؛ در اینصورت هم بنابر نکتۀ مرحوم آقای تبریزی تغییری در حکم و مقتضای صناعت پیش نمی آید بلکه در اینجا هم معامله ای که واقع شده است ، معامله فضولی است یعنی وارث مال موصی له را فروخته است فلذا اگر موصی له وصیت را قبول بکند و این بیع را اجازه بکند در اینصورت مورد از مصادیق بیع فضولی میشود که با اجازۀ مالک حین البیع صحیح میشود.

ولی اگر موصی له وصیت را قبول نکند این رد او موجب میشود که این مال مِن حین الرد منتقل به ملک ورثه بشود چرا که وصیت من حین الموت موجب انتقال مال به ملک موصی له ـ به ملکیت متزلزل ـ شده بود و رد موجب برگشت مال به ملک ورثه میشود و معامله از قبیل « مَن باع شیئاً ثم ملکه » میشود. پس در این فرض همان مطالب محقق شوشتری پیاده میشود.

همچنین بنابر احتمال چهارم هم که بر اساس آن قبول و رد حالت کاشفیت دارند به این معنا که اگر موصی له وصیت را قبول بکند کشف میشود که مال از حین موت به موصی له منتقل شده است و اگر رد بکند هم کشف میشود که مال از حین موت به ورثه منتقل شده است و ملک آنها شده است. در این تقدیر هم حکم و مقتضای صناعت بر اساس نکتۀ مرحوم آقای تبریزی فرقی نمیکند و معلوم است که : اگر موصی له وصیت را رد بکند ، کشف میشود که ورثه که مالِ موصی به را فروخته اند در حقیقت مال خودشان را فروخته اند ولی اگر قبول بکند کشف میشود که ورثه مالِ موصی له را فروخته اند و صحت این معامله احتیاج به اجازۀ موصی له دارد.

#### مورد چهاردم :

مورد چهاردهم از موارد و مصادیقِ حق مانع از نقل ، تعلق حق شفعه به مال است. که البته مرحوم شوشتری این مورد را بعنوان مورد هجدهم بیان کرده اند.

در مقابس اینگونه آمده است که « اگر شریکی مالِ مشترک را به شخص ثالث بفروشد ، این بیع موجب میشود که مال به شخص ثالث منتقل بشود و او مالک شیء میشود ولی از آنجا که این مال متعلق حق شفعه است و شریک آخر حق شفعه نسبت به این مال دارد ، شریک آخر میتواند حق شفعه خودش را اعمال کند و با همان پولی که شخص ثالث پرداخت کرده است سهم شریکش را بخرد. پس باتوجه به اینکه در این موارد مبیع متعلق حق شفعۀ شریک آخر است لذا این مبیع ملک طلق خریدار نمیشود بلکه ملک ناقص و غیر تام است یعنی با أخذ شریک آخر به حق شفعه تمام تصرفات خریدار ـ يعنی شخص ثالث ـ در عین اینکه آن تصرفات در ملک خودش بوده است ، باطل میشود.

آیا میتوان این مورد را از مصادیق ملک غیر طلق حساب کرد یا نه؟

در کلام محقق ایروانی و مرحوم آقای تبریزی نسبت به این مورد اشکال شده است ، فرموده اند که : باتوجه به تعبیراتی که در مکاسب مرحوم شیخ و مقابس نسبت به این مورد آمده است ، این مورد از مواردی میشود که معامله ای که شخص انجام میدهد معاملۀ صحیحی است ولی با إعمالِ حق شفعه باطل میشود. تعبیر مقابس این بود که « اگر شریک اخذ به حق شفعه کرد تمام تصرفات خریدار باطل میشود » و این معنایش اینست که معاملات و تصرفاتی که خریدار تا قبل از اخذ به حق شفعه انجام داده است ، صحیح بوده است ولی صحت آنها بقائاً متوقف بر اینست که شریک حق شفعه اش را إعمال نکند.

پس باتوجه به تعبیرات مرحوم شیخ و مرحوم شوشتری مورد از مواردی است که أخذ به حق موجب بطلان تصرفات مالک قبلی میشود و حال اینکه محل بحث حقوقی است که این حقوق مانع از نقل و صحت بیع است.

بعبارت دیگر ـ که در کلام محقق ایروانی آمده است ـ : محل بحث و مورد کلام حقوقِ مانعِ از صحت نقل و صحت بیع بود نه حقوقی که مانع از لزوم معامله است در حالیکه بر اساس فرمایشات شما حق شفعه مانع از لزوم است یعنی تا قبل از اخذ به حق شفعه معامله صحیح بود ولی با اخذ به حق شفعه معامله باطل میشود ، فلذا ما نمیتوانیم در عِداد حقوق مانع از نقل قرار بدهیم.

مگر اینکه کسی در حق شفعه قائل به این بشود که : خود تعلق حق شفعه مانع از اصل النقل میشود به این بیان که : ولو شخص ثالث و خریدار مالک میشود ولی چون این مال متعلق حق شفعه است و با فروش این مال دیگر حق شفعۀ شریک قابل استیفاء نیست لذا اصل نقل و فروش این مال توسط او صحیح نیست.

لکن ظاهراً همانطور که از کلام محقق شوشتری و مرحوم شیخ استفاده میشود ، کسی در حق شفعه قائل به این نشده است که مجرد تعلق حق شفعه مانع از صحت نقل و بیع بشود ، اما بحسب مقتضای صناعت جا دارد که از این راه وارد بشویم و بگوییم : در موارد تعلق حق شفعه به مال اساساً معاملۀ شخص صحیح نیست چرا که همانطور که قبلاً بیان شد اگر استیفاء حق منوط و متوقف بر بقاء مال در ملک مالکش باشد ، تعلق اینچنین حقی مانع از نقل و بیع آن عین است و خود همان دلیلِ ثبوتِ این حق منع از نقل میکند ، چرا که دلیل ثبوت حق میگوید این حق میبایست قابل استیفاء باشد.

بنابراین بمقتضای صناعت میتوان تعلق حق شفعه را از مصادیق حق مانع از نقل قرار داد و تعلق آن به عین را مانع از نقل عین دانست. ولی از جهت فتوایی و بحسب آنچه در کلمات آمده است ، تعلق حق شفعه مانع از لزوم میشود و اینگونه نیست که مانع از صحت نقل و بیع بشود.

#### مورد پانزدهم :

مورد پانزدهم از مصادیق حق مانع نقل و ملک غیر طلق جاییست که : شخص أمۀ حامله ای را خریده باشد که از نظر شرعی وظیفه اش اینست که از نزدیکیِ با او تا چهار ماه خود داری بکند ، ولی اگر نزدیکی کرد ، ولدی که از این أمۀ حامله متولد میشود از آنجا که از نطفۀ خریدار تغذیه کرده است ، این تغذیۀ ولد مملوک به نطفۀ مشتری مانع از فروش آن میشود و مشتری نمیتواند آن را بفروشد.

اصل این حکم که شخص نمیتواند ولدی که به نطفه اش تغذی کرده است را بفروشد بلکه آن ولد عتق میشود ؛ در روایات معتبره وارد شده است.

در باب نهم از ابواب نکاح العبید و الإماء روایات معتبره ای ـ بعضی صحیحه و بعضی موثقه ـ وجود دارد که مضمون آنها همین مطلب است که : اگر شخص أمۀ حامله ای را بخرد و در زمان ممنوعیت نزدیکی با آن نزدیکی بکند و ولد از نطفۀ او تغذیه بکند ، این ولد حکمش اینست که عتق میشود.

در روایت اول آن باب یعنی صحیحۀ اسحاق بن عمار آمده است : « قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ ع عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً حَامِلًا- قَدِ اسْتَبَانَ حَمْلُهَا فَوَطِئَهَا قَالَ بِئْسَ مَا صَنَعَ- فَقُلْتُ مَا تَقُولُ فِيهَا قَالَ عَزَلَ عَنْهَا أَمْ لَا- قُلْتُ أَجِبْنِي فِي الْوَجْهَيْنِ قَالَ- إِنْ كَانَ عَزَلَ عَنْهَا فَلْيَتَّقِ اللَّهَ وَ لَا يَعُدْ- وَ إِنْ كَانَ لَمْ يَعْزِلْ عَنْهَا فَلَا يَبِيعُ ذَلِكَ الْوَلَدَ- وَ لَا يُوَرِّثُهُ وَ لَكِنْ يُعْتِقُهُ وَ يَجْعَلُ لَهُ شَيْئاً مِنْ مَالِهِ- يَعِيشُ بِهِ فَإِنَّهُ قَدْ غَذَّاهُ بِنُطْفَتِهِ.»

همچنین این مضمون در روایت بعدی که موثقۀ غياث بن ابراهیم است هم آمده است. در آن روایت آمده است که « مَن جامعت أمّهً حبلی من غیره فعلیه أن یعتق ولدها و لا یسترق لأنّه شارک فیه الماءُ تمام الولد ».

در موثقۀ سکونی که روایت سوم آن باب است هم همین مطلب آمده است که « عن ابی عبدالله (ع) : أنّ رسول الله (ص) دخل علی رجلٍ من الانصار و إذا ولیدهٌ عظیمه البطن ، تختلف ـ یعنی آنجا بود و رفت و آمد میکرد ـ فسئل عنها ، فقال : اشتریتها یا رسول الله (ص) و بها هذا الحمل ـ یعنی به همین صورت حامله آن را خریده ام ـ بحسب این روایت حضرت (ص) سوال کرده است که :أ قربتها ؟ ـ یعنی آیا با او نزدیکی هم کرده ای ؟ ـ قال نعم. حضرت (ص) در این فرض فرموده اند که : « أعتق ما فی بطنها » قال یا رسول الله (ص) : بم استحق العتق ـ یعنی از کجا این ولد حق آزاد شدن را پیدا کرده است ؟ ـ حضرت (ص) فرمودند : « لأنّ نطفتک غذّت سمعه و بصره و لحمه و دمه ».

پس حکم در اینجا همانطور که مرحوم ایروانی فرموده اند ، دلیلش همین روایات خاصه و معتبره است و تعبد محضی است که در این مورد وجود دارد. و هرچند که بعضی این روایات را حمل بر کراهت کرده اند ولی جایی برای حمل بر کراهت نیست بلکه مقتضای این روایات تامّ السند و الدلاله اینست که در این مورد حکم به عدم صحت بیع بکنیم. اما اگر این روایات خاصه نبود و ما میخواستیم مورد را علی القاعده حساب بکنیم ، در اینصورت دیگر اینگونه نبود که مورد از موارد ملک غیر طلق حساب بشود.

#### مورد شانزدهم :

مورد شانزدهم از مصادیق حق مانع نقل و ملک غیر طلق جائیست که : عبد از نطفۀ شریک در أمه متولد شده باشد. مثلاً چنانچه زید و عمرو با همدیگر در أمه ای شریک باشند و یکی از آنها بدون إذن دیگری أمه را وطی بکند و أمه حامله بشود ، این بچه ای که متولد میشود از آنجا که مادرش مملوک است و تولد او هم از نطفه و وطی غیر جایز است لذا این عبد تابع للحر نیست. بعبارت دیگر : تبعیت ولد از پدر در حریت در جائیست که وطی ، وطی صحیحی باشد ولی اگر وطی ، وطی غیر جایز باشد دیگر ولد از پدرش در حريت تبعیت نمیکند.

حال در اینجا گفته میشود که : اگر زید تمام أمه را بخرد و مالک کل آن با بچه اش بشود در عین حال نمیتواند بچه او را بفروشد.

نسبت به این مورد هم گفته میشود که : اینکه این مورد از مصادیق ملک غیر طلق باشد ، مبتنی بر اين است که ولد حر نیست بلکه مملوک است و وطی غیر جایز موجب حر بودن آن نمیشود ، اما آيا با قبول این مقدمه، مورد از موارد تعلق حق مانع نقل ميشود يا خير ؟ ان شاء الله در جلسه آينده .

والحمدلله رب العالمین.