جلسه چهارم ـ معاملات مستحدثه ـ 28/6/1403 ـ استاد شوپایی حفظه الله.

بسم الله الرحمن الرحیم

در بیان حقوقی که مانع از نقل ملک به غیر میشوند و در حقیقت مصداق « ملک غیر طلق » هستند بیان شد که محقق شوشتری بیست و دو مورد را در مقابس بیان کرده اند که پانزده مورد را در جلسه قبل بیان کردیم.

مورد شانزدهم (وکونه مملوکاً ولد من حر شريک في امة\_امّه \_)جايی است که شخص مملوک مولا است ولی این مملوک متولد از حری است که شریک با مولا در أمه بوده یعنی أمه در حال وطیء مال مشترک بین وطی کننده و دیگری بوده است و واطی بدون إذن شریکش با أمه وطیء کرده است. مثلاً اگر زید و عمرو در أمه ایی شریک باشند و زید بدون اذن عمرو أمه را وطیء نماید و أمه از او حامله شود در اینجا بچه ایی که از این طریق متولد میشود به تبع مادرش عبد است چرا که وطی ایی که در اینجا انجام گرفته ، وطیء مجاز نبوده است. سپس عمرو سهم زید از أمۀ مملوک را میخرد و مالک اختصاصی تمام أمه و ولد میشود. در این مورد هرچند که عمرو مالکیت نسبت به بچه دارد ولی عمرو نمیتواند او را بفروشد بلکه بچه میبایست قیمت شود و قیمت آن را از واطی یعنی زید بگیرد تا اینکه آزاد شود.

عبارت مقابس اینست « و کونه مملوکاً وُلد من حرٍّ شریکٍ فی أمةٍ ـ یا نسخه بدل : أمّه ـ حال الوطیء ، فأنّه مملوکاً له لکن لیس له التصرف فیه إلا بتقویمه واخذ قيمته ».

مورد هفدهم (تعارض السبب المملِّک و المزیل للملک ). مثالی که در خود مقابس برای این مورد زده شده است جائیست که کافر حربی استیلاء بر پدرش پیدا بکند و او را استرقاق بکند. در این مورد نسبت به عین واحده هم سبب مملِّک محقق میشود و هم سبب مزیل ملک ، که یک سبب اقتضاء ملکیت را دارد و سبب آخر إقتضاء زوال و از بین رفتن ملکیت را دارد. اینکه کافر حربی استیلاء بر پدرش پیدا کرده است و او را اسیر کرده ، این استیلاء سبب ملکیت هست و با او پدر به ملک فرزند در می آید ولی ملک طلق او نیست چرا که در کنار سبب مملِّک ، سبب مزیل ملک هم وجود دارد ، چرا که پدر بودن اسیر سبب برای انعتاق میشود. بنابراین مورد میشود از موارد تعارض سبب مملِّک و سبب مزیل ملک و بر این اساس فرزند نمیتواند این عبد که پدرش باشد را بفروشد.

مورد هجدهم از حقوق مانع از نقل مال (والغنیمة قبل القسمة) بنابر اینکه در جنگ ملکیّت به مجرد استیلاء پیدا بشود نه اینکه متوقف بر قسمت باشد.

در اینکه آیا ملکیت مقاتلین نسبت به غنیمت با مجرد استیلاء و قهر بدست می آید و یا اینکه ملکیت متوقف بر قسمت است ، إختلاف نظر وجود دارد. بنابر این مبنا که ملکیت بمجرد استیلاء پیدا میشود و متوقف بر قسمت نیست ، مقاتلین که استیلاء بر غنیمت پیدا کردند مالک غنیمت میشوند ولی بنحو إشاعه ، که در اینجا هرچند که مقاتلین مالک غنمیت هستند ولی هیچ یک از مقاتلین نمیتواند این غنیمت را به شخص آخر بفروشد چرا که « ملک طلق » آنها نیست. و وجه عدم ملک طلق بودن هم اینست که : این غنیمت ملک مشاع بین مقاتلین است و سهم از هرکدام از مقاتلین در آن معلوم نیست بلکه منوط به قسمت امام (ع) است. پس بنابر اینکه در غنیمت ملکیت به مجرد استیلاء پیدا میشود ، غنیمت قبل از قسمت یک مصداق از مصادیق ملک غیر طلق میشود.

ولی اگر ما در غنیمت قائل به این شدیم که اساساً ملکیت با قسمت حاصل میشود و نه به مجرد استیلاء و اغتنام ، در اینصورت هیچ یک از مقاتلین نمیتواند مال غنیمت گرفته شده را بفروشد چرا که اساساً مالک آن نیست. پس در اینصورت غنیمت مصداق برای « ملک غیر طلق » نیست بلکه مصداق برای « عدم ملکیت » است.

حال در اینکه آیا ملکیت مقاتلین در غنیمت بمجرد استیلاء حاصل میشود و یا اینکه متوقف بر قسمت است ؟ کدامیک از این دو قول صحیح است ؟ در مقابس برای اثبات صحت قول اول ـ یعنی حصول الملک بمجرد الاستیلاء ـ دلیل آورده اند و فرموده اند : اگر غنیمت بمجرد استیلاء ملک مقاتلین نشود از این امر لازم می آید که این مال قبل از قسمت از قبیل اموال بلامالک باشد چرا که این مال به نفس استیلاء از ملک عدو خارج شده است حال اگر گفتیم که استیلاء موجب ملکیت نیست و ملکیت متوقف بر قسمت است لازمۀ این کلام اینست که این مال در این وسط ملک بلامالک باشد. صاحب مقابس این را دلیل بر صحت قول حصول الملک للغنیمه بمجرد الاستیلاء است در مقابل توقف حصول الملک علی القسمة.

در مکاسب بعد از ذکر این موارد چهارده گانه که بعلاوۀ آن چهار مورد اصلی ـ یعنی مال موقوفه ، أم ولد ، رهن و حق الجنایه ـ هجده مورد میشوند ، بعد از ذکر این موارد فرموده اند : « و غیر ذلک ممّا سیقف علیه المتتبع ـ یعنی موارد دیگری هم وجود دارد که اگر کسی تتبع بکند به آنها دسترسی پیدا میکند ـ لکنّا نقتصر علی ما اقتصر علیه الاصحاب ـ یعنی ما در بحث استدلالی و تفصیلی وارد بحث از همۀ این موارد نمیشویم و تنها همان موارد چهارگانه که اصحاب و اعلام بیان کرده اند را بحث میکنیم ـ ».

این عبارت « و غیر ذلک ممّا سیقف علیه المتتبع » فرمایش مرحوم شیخ است چرا که در مقابس مرحوم شوشتری بیست و دو مورد بعنوان ملک غیر طلق و حقوق مانع از نقل بیان کرده اند که مرحوم شیخ نسبت به چهار مورد بحث تفصیلی کرده اند ، نسبت به چهارده مورد تنها اشاره میکنند و نسبت به چهار مورد دیگر هم إهمال کرده اند و حتی در حد اشاره هم آنها را بیان نکرده اند که این عبارت « غیر ذلک » ناظر به این چهار مورد باقی مانده است.

اما آن چهار موردی که مرحوم شیخ حتی به آنها اشاره هم نکرده اند ، اینها هستند :

مورد اول(تعلق حق الغرماء بمال المفلَّس أو المیت) است. در مواردی که میّت مدیون باشد ماترک او به ملک ورثه در می آید ولی ملکیت ورثه نسبت به این ماترک ، ملک طلق نیست بلکه این ماترک متعلق حق غرماء است. همچنین در جاییکه شخص محجور باشد هم مطلب به همین نحو است در جائیکه حکم إفلاس برای شخص شده باشد ، اموالی که مفلَّس قبل از حکم به افلاس داشت آنها همچنان به ملک مفلَّس باقی است ولی بخاطر تعلق حق غرماء به آنها نمیتواند این اموال را بفروشد.

مورد دوم (تعلق حق المضمون له بالمال اذا شرط اداء الضمان منه) جائیست که حق مضمون له به مال تعلق بگیرد. مقصود از ضمان در این مورد « ضمان شرعی » است. ضمان شرعی بنابر نظر إمامیه عبارتست از « انتقال ذمّه ». یعنی اگر زید مدیون بود و عمرو ضامن زید شده است معنا و مقتضای ضمان اینست که دین از ذمّۀ زید به ذمّۀ عمرو منتقل میشود.

البته این ضمان ، ضمان شرعی است و در مقابل ضمان شرعی « ضمان عقلائی و یا ضمان الأداء » داریم که متعارف در گرفتن وام همین ضمان عقلائی است. شخصی که از بانک وام میگیرد مدیون به بانک است و اگر شخص دیگری آمد و ضامن او شد ، این ضمان شخص آخر بمعنای مدیون شدن شخص ضامن نیست و اینگونه نیست که دین از ذمّۀ وام گیرنده به ذمّۀ ضامن منتقل بشود بلکه ضمان در اینجا تعهد به أداء است به این معنا که اگر مدیون أداء نکرد ، ضامن أداء میکند.

علی ای حالٍ مقصود از ضمان در این مورد دوم ، ضمان شرعی است یعنی انتقال دین از ذمّۀ اول به ذمّۀ دیگر. و توضیح مورد دوم هم اینست که : چنانچه بر ضامن شرط بشود که اداء دین از مال خاص او باشد ، در اینصورت هرچند که این مال خاص مملوک ضامن است ولی از آنجا که شرط شده بود که أداء دین از آن باشد لذا دیگر این مال قابلیت فروش به غیر را ندارد.

مورد سوم از موارد چهارگانه ایی که در کلام مرحوم شیخ نیامده است (عدم تمامية سبب الملک في المتبرعات کالهبة و الهدية والصدقة قبل القبض بناء علی کون القبض شرط اللزوم لا الصحة) جائیست که سبب مملِّک در متبرعات تحقق پیدا بکند ولی قبض حاصل نشود. بلا اشکال در متبرعات یعنی در عقود تبرعی ـ در مقابل عقود معاوضی ـ مانند هبه ، هدیه و صدقه قبض دخالت دارد ولی اختلاف نظر در اینست که : آیا قبض در صحت این نحوه از عقود معتبر است و یا اینکه در لزوم این نحوه از عقود مدخلیت دارد و معتبر است؟

حال بنابر اینکه قبض شرط لزوم هبه باشد نه شرط صحت هبه ـ هرچند که قول مشهور و معروف اینست که اصل حصول ملکیت در هبه متوقف بر قبض است ـ چنانچه زید مالی را به عمرو هبه کرد ولی هنوز مال را به او تحویل نداده باشد ، این مال به نفس هبه قبل از قبض ملک عمر میشود ولی این هبه ، هبۀ لازم نیست بلکه واهب میتواند رجوع بکند. پس بنابراینکه قبض شرط لزوم هبه باشد و نه شرط صحت هبه ، مال مورد هبه قبل از قبض از موارد ملک غیر طلق للمتهب میشود.

مورد چهارم (عدم تمامية سبب الملک في المعاوضات کبيع الصرف قبل القبض بناء علی کونه شرطاً للزوم لا الصحة) مورد چهارم وآخر هم همین حالت قبل از قبض است ولی در عقود معاوضی ایی که قبض در آنها مدخلیت دارد مانند بيع صرف . در بیع صرف که قبض در آن مدخلیت دارد بنابر اینکه قبض شرط لزوم صرف باشد و نه شرط صحت صرف ـ هرچند که مبنای مشهور در صرف اینست که اصل الملکیه موقوف به قبض است ـ چنانچه معاملۀ صرف بین طرفین انجام بشود ولی قبض صورت نگیرد طرف مقابل ـ يعنی مشتری ـ مالک عین میشود ولی نمیتواند آن را بفروشد چرا که ملک غیر طلق است.

اینها موارد بیست و دو گانه ایی بودند که در کلام محقق شوشتری در مقابس بعنوان موارد تعلق حق غیر که مانع از نقل عین میشود ـ یا بعبارت دیگر : بعنوان مصداق برای ملک غیر طلق ـ ذکر شده است.

هرچند که بررسی تفصیلی همۀ این موارد در بحث قواعد عامه جا ندارد بلکه بحث تفصیلی از هرکدام از اینها موکول به باب فقهیِ مناسب با آن است مانند باب وقف ، باب رهن و ... ولی بصورت إجمال و در حد اختصار میبایست اشاره شود که : آیا همۀ این موارد بیست و دو گانه ایی که در مقابس ذکر شده اند از مصادیق ملک غیر طلق هستند یا اینکه بسیاری از این موارد که بعنوان مصداق برای ملک غیر طلق و حق مانع از نقل ذکر شده اند ، در حقیقت مصداق برای این عنوان نیستند؟

اشکالی که بصورت إجمالی نسبت به بسیاری از این موارد بیست و دوگانه وجود دارد ، اینست که : بسیاری از آنها از موارد ملک غيرطلق و تعلق حق مانع از نقل نیستند. چرا که باتوجه به توضیح و توجیهی که برای شرط ملک طلق بودن بیان شد ، مقصود از « ملک طلق بودن و تمامیت ملک » اینست که : ملکیت نسبت به عین ملکیت ناقص نباشد چه از باب قصور مقتضی و چه از باب وجود مانع ، که مقصود از وجود مانع این بود که عین مورد عقد متعلق حق غیری که استیفاء آن منوط و مشروط به بقاء آن در ملک مالک است ، نباشد. بیان شد که مراد از حق هم اعتبار وضعی خاص در مقابل اعتبار ملکیت است که از آن تعبیر به سلطنت یا ملکیت ضعیفه و یا اولویت میشود. این مراد از ملک طلق بودن ، بود. در حالیکه در بسیاری از این مواردی که بعنوان تعلق حق مانعِ از نقل ذکر شده است اساساً حق اصطلاحی بمعنای اعتبار وضعی خاص وجود ندارد بلکه در بین تنها حکم تکلیفی به عدم جواز نقل وجود دارد نه اینکه یک اعتبار وضعی ایی در کنار اعتبار ملکیت وجود داشته باشد.

در بعضی از موارد دیگر هم اگر چه حق اصطلاحی وجود دارد ولی استیفاء آن حق برای صاحب الحق مشروط به بقاء عین در ملک مالک نیست.

پس با توجه به این مطالب میبایست هر یک از این موارد بیست و دو گانه را بصورت جداگانه ملاحظه کنیم و ببینیم که کدامیک از این ها از مصادیق « ملک غیر طلق » است.

مورد اول از این موارد بیست و دو گانه « مال موقوفه » است. در وقف ، در جائیکه وقف ، وقف خاص باشد مانند وقف خانه برای أولاد نسلاً بعد النسل ؛ در این مورد هرچند که موقوف علیه مالک عین موقوفه هست ولی نمیتواند این مال وقفی را بفروشد مگر در موارد خاصه که قبلاً در عبارات مرحوم محقق در شرایع و مرحوم علامه در قواعد و تذکره بیان شد ، مانند جائیکه بقاء مال موقوفه علی حالها و عدم بیع آن بخاطر اختلاف موقوفٌ علیهم يا غیر آن منجر به خراب شدن و تلف آن مال موقوفه میشود. پس ولو که مال موقوفه ملک نسل موجود هست ولی آنها حق فروش آن را ندارند و نقل آن به دیگری صحیح نیست.

نسبت به این مورد گفته میشود که : اصل عدم جواز بیع و نقل مال موقوفه مسلم است و جای اشکال ندارد و علاوۀ بر اجماعی بودن این مطلب در کلام مرحوم شیخ و همینطور در کلام مرحوم خویی هم به وجوه متعددی برای عدم جواز بیع مال موقوفه استدلال شده است. در کلام مرحوم شیخ به روایاتی مانند « الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها » و یا روایاتی که در آنها بخصوصه به عدم جواز بیع وقف تصریح شده است مانند « لایجوز شراء الوقف » ، استدلال شده است. در کلام مرحوم آقای خویی هم به وجوهی استدلال شده است از جمله ایشان فرموده اند که : باتوجه به اینکه معنای وقف حبس العین و تسبیل المنفعه است ، نفس وقف بودن شیء مقتضی اینست که شیء به همان حالی که واقف قرارداده است باقی بماند و در آن تصرفی که با بقاء عین منافات دارد ، انجام نشود. و یا اینکه ایشان برای اثبات این جهت به آیۀ شریفۀ « اوفوا بالعقود » استدلال کرده اند و همچنین ایشان به روایات خاصه ایی که در بین وجود دارد هم استدلال کرده اند.

بنابراین اصل عدم صحت بیع وقف و عدم جواز نقل مال موقوفه به غیر جای بحث ندارد و دلیل برای اثبات این مدعا وجود دارد.

آنچه که در مقام محل بحث است ، اینست که : آیا با توجه به خصوصیاتی که در مال وقفی وجود دارد ، مورد از مصادیق ملک غیر طلق است و یا اینکه مال وقفی از مصادیق ملک غیر طلق نیست ؟

مرحوم شیخ برای توجیه اینکه مال وقفی از مصادیق غیر طلق است ، تقریبی بیان کرده اند. مرحوم شیخ بعد از اینکه برای عدم صحت بیع مال موقوفه ادله ایی بیان کرده اند ، فرموده اند : پس معلوم میشود که مانع از صحت بیع وقف امور ثلاثه است : امر اول حق الواقف است ، حیث جعلها بمقتضی صیغة الوقف صدقهً جاریهً ینتفع بها.

امر دوم حق بطون متأخر از بطن بایع است.

امر و مانع سوم هم تعبد شرعی است که بوسیلۀ روایاتی که در بین وجود دارد ، بدست می آید.

آنچه که در نوع کلمات برای توجیه ملک غیر طلق بودن مال موقوفه بيان شده است ، امر و مانع دوم است که مرحوم شیخ فرمودند : این مال وقفی متعلق حق بطون لاحقه است.

مرحوم خویی نسبت به این موانع ثلاثه از جمله مانع دوم یعنی حق بطون لاحقه اشکال کرده اند و فرموده اند : بطون متأخره که در زمان بیع موجود نیستند و با فرض این که وجود ندارند چگونه ملتزم به این میشوید که حقی برای آنها به عین موقوفه تعلق گرفته است؟ چنین امری قابل التزام نیست ، فأنّ المعدوم قبل وجوده کما لا یکون مالکاً لا یکون ذا حقٍ. پس مورد ـ يعنی مال وقفی ـ از موارد تعلق حق بطون لاحقه نیست.

لکن این اشکال مرحوم خویی به تعلق حق بطون لاحقه ، اشکال واردی نیست چرا که اینکه شخص معدوم و غیر زنده مالک نمیشود از باب استحالۀ عقلی که نیست بلکه بلحاظ عقلی هیچ مانعی برای اعتبار ملکیت برای شخص معدومی که در آینده متولد میشود ، نیست. بله آنچه که در اعتبار عقلاء از اعتبار ملکیت و مالک شدن وجود دارد در مورد أحیاء و زندگان است و عقلاء نسبت به معدومین و مردگان اعتبار ملکیت و مالکیت ندارند و شارع هم همین موارد را امضاء کرده است ولی این امر بیانگر عدم معقولیت ملکیت بطون معدوم نیست. پس عدم ملکیت معدوم نه بخاطر استحالۀ عقلی است بلکه بخاطر عدم وجود دلیل است و إلا محذوری در ملکیت معدوم وجود ندارد.

نسبت به ذی الحق هم مسئله به همین نحو است و همین نکته وجود دارد. بنابراین برای رد ملکیت بطون لاحقه نباید گفت که معدوم نمیتواند ذی حق بشود و کما لا یکون مالکاً کذلک لا یکون ذا حقٍ ؛ بلکه صحیح در اشکال به تعلق حق بطون لاحقه به عین موقوفه اینست که بگوییم : آنچه که برای بطون لاحقه نسبت به عین موقوفه و مال موقوفه وجود دارد اینست که : بحسب جعل واقف عین موقوفه تا زمان حیات بطن اول ملک آنها است ولی بعد از زوال نسل و بطن أول این عین به نسل بعدی میرسد و نسل بعدی بخاطر همان جعل واقف و امضاء شارع نسبت به آن مالک عین موقوفه میشود. پس آنچه که در نسبت بین عین موقوفه و بطون لاحقه وجود دارد ، اینست که : بطون لاحقه عند وجودشان از این عین موقوفه منتفع میشوند به این نحو که ملکیت برای آنها حاصل میشود ولی این انتفاع حق اصطلاحی نیست و اینگونه نیست که در کنار ملکیتی که فعلاً برای نسل موجود ثابت است برای بطون لاحقه یک اعتبار وضعی و حق اصطلاحی نسبت به عین موقوفه وجود داشته باشد ؛ چنین چیزی در کار نیست به این معنا که ما دلیلی بر وجود چنین امری نداریم. بله بطون لاحقه انتفاع از این عین موقوفه پیدا میکنند ولی انتفاع آنها از عین موقوفه بعد از موت نسل سابق در همین حد است که عین موقوفه ملک آنها میشود نه اینکه در کنار ملکیت بطن سابق یک اعتبار وضعی و حق اصطلاحی هم برای بطون لاحقه نسبت به عین مرهونه وجود داشته باشد.

والحمدلله رب العالمین.