جلسه دوم ـ معاملات مستحدثه ـ 21/6/1403 ـ استاد شوپایی حفظه الله.

بسم الله الرحمن الرحیم

در جلسه قبل بیان شد که در کلام مرحوم محقق و مرحوم علامه و شهیدین و جماعتی از متأخرین یکی از شرایط عوضین « ملک طلق و تام » بودن ذکر شده است و این شرط را بعنوان یک شرط مستقل در کنار ملکیت و معلومیت قرار داده اند و بر او مواردی که بیان شد را تفریع کرده اند.

لکن مرحوم صاحب جواهر و مرحوم شیخ نسبت به ذکر این شرط در عِداد شروط دیگر اشکال کرده بودند.

حاصل اشکال مرحوم شیخ این بود که : معنا و مراد از ملک طلق بودن اینست که سلطنت مالک بر عین مورد عقد سلطنت تامّی باشد و بخاطر عدم تعلق حقی که مانع از نقل است مالک بتواند هرگونه تصرفی را در مال انجام بدهد. و مرجع و بازگشت این معنا به اینست که « از شرائط صحت بیع اینست که نقل و بیع آن مال صحیح باشد » ، و این مرجع هم امریست که لا محصل له. و وجه اینکه لا محصل له هم اینست که در اینصورت این قضیه از قبیل قضیۀ بشرط محمول میشود که مفید فایده نیست. این اشکال مرحوم شیخ بود و عده ایی از اعلام مانند مرحوم خویی ، مرحوم تبریزی هم این اشکال را قبول کردند.

لکن مرحوم مظفر در حاشیۀ مکاسب از این اشکال مرحوم شیخ جواب داده بودند و همانطور که بیان شد ، ایشان فرمودند که : ما برای اعتبار این شرط احتیاجی به دلیل خارجی و روایات نداریم بلکه خود تحلیل این قضیه و تأمل در معنای این قضیه ما را به تصدیق نسبت به آن میرساند و بحسب اصطلاح از قضایایی است که قیاساتها معها.

و در ادامه هم فرموده بودند که : آن اشکالی که مرحوم شیخ بیان کرده اند که « این شرط به قضیۀ به شرط محمول برمیگردد که لا محصل له » ؛ اشکال وارد و تمامی نیست چرا که در همۀ شروط بیع نتیجۀ اشتراط بیع به آن شرط اینست که : صحت بیع مشروط به آن شرط باشد و این نمیتواند بعنوان اشکال حساب بشود بلکه لازمۀ اشتراط اینچنین است. این فرمایش مرحوم مظفر بود.

در مقام بررسی فرمایش مرحوم مظفر بیان شد که بنظر میرسد که قسمت اول فرمایش مرحوم مظفر که در او صحت اشتراط بیع به این شرط را توجیه کرده اند و آن را از قبیل قضایایی که قیاساتها معها قرارداده اند ، تمام است ، ولی قسمت اخیر کلام ایشان که از اشکال مرحوم شیخ جواب نقضی داده اند تمام نیست. البته قسمت اول کلام ایشان هم با تکمیل و اصلاح و توضیح اکثر قابل التزام است و به وجه صحیح برمیگردد.

توضیح و تکمیل و اصلاحی که نسبت به قسمت اول لازم است إعمال شود اینست که : میتوان در کنار شرط ملکیت و شرط مالیت و شرط معلومیت یکی از شرائط صحت بیع را « طلق و تام بودن ملکیت بایع للمبیع » ذکر کرد و مقصود از این شرط هم اینست که : مبیع و عین مورد عقد متعلق حق غیری که مانع از نقل میشود ، نباشد.

در توضیح بیان شد که : تعلق حق غیر به عین محل العقد و مورد عقد به دو نحو است :

نحوۀ اول تعلق حق غیر به عین مورد معامله اینست که : آن حقی که به عین تعلق گرفته است مانع از نقل آن به دیگری نباشد بلکه با وجود این حق هم عین قابل نقل به دیگری باشد.

نحوۀ دوم تعلق حق غیر به عین مورد معامله هم اینست که : آن حقی که به عین تعلق گرفته است مانع از نقل آن به دیگری باشد یعنی این حق با انتقال عین به دیگری منافات داشته باشد.

ملاک و ضابطۀ در فرق بین این دو نحوه از حق هم اینست که : چنانچه حق متعلق به عین بنحوی باشد که استیفاء آن توسط صاحب حق منوط به بقاء عین در دست مالک اولش نباشد بلکه با انتقال آن به دیگری همچنان صاحب حق بتواند حقش را از عین استیفاء بکند در اینصورت عین متعلق این حق قابلیت انتقال به غیر را دارد اما چنانچه حقِ متعلق به عین بنحوی باشد که استیفاء آن توسط صاحب حق منوط به بقاء عین در ملک مالکش باشد و با انتقال عین به دیگری زمینۀ استیفاء حق توسط صاحب حق هم از بین میرود ؛ در اینصورت این حق مانع از انتقال عین است.

مثال برای حقی که استیفائش منوط به بقاء عین در ملک مالکش نیست « حق خیار بایع » است چرا که استیفاء این حق موقوف بر اینکه مبیع در ملک مشتری باقی بماند نیست بلکه حتی اگر مبیع تلف شده باشد ـ چه تلف حقیقی و چه تلف حکمی و اعتباری ـ بازهم ذی الخیار میتواند حق خودش را إعمال بکند و معامله را فسخ بکند و نهایتش اینست که اگر مبیع را نزد مشتری اول ندید بدل آن ـ من المثل أو القیمه ـ را مطالبه میکند.

مثال برای حقی که استیفائش منوط به بقاء عین در ملک مالکش هست هم « حق إنعتاق در أم ولد » است چرا که اگر این أم ولد از ملک مولایش به ملک دیگری منتقل بشود با مردن مولای اول و صاحب ولد دیگر أم ولد جزء ترکۀ او حساب نمیشود تا اینکه ولد از سهم الارثش استفاده بکند و بخاطر سهم الارث او ، أم ولد آزاد بشود.

باتوجه به این مطلب آنچه که از شرائط صحت عقود معاوضی و بیع است ، اینست که : متعلق عقد و مورد العقد نباید متعلق حق غیری که مانع از نقل است باشد و یا بتعبیر صحیح تر « این عین مورد معامله متعلق حقی که استیفاء آن منوط به بقاء عین در ملک مالکش است ، نباشد در مقابل جایی که عین متعلق حقی است که استیفاء آن مشروط و منوط به بقاء عین در ملک مالکش نیست ». این امر میتواند بعنوان شرط در صحت بیع در ناحیۀ عوضین ذکر بشود و مشکلی ندارد و به قضیۀ به شرط محمول هم برنمیگردد ، چرا که آنچه که در حقیقت و واقع شرط است اینست که « عین متعلق حقی نباشد که استیفاء آن مشروط به بقاء عین در ملک مالک است » و این شرط قضیۀ به شرط محمول نیست. بله اگر بخواهیم آنچه که در کلمات معهود و مذکور است را بعنوان شرط بدانیم در اینصورت اشکال و محذور قضیۀ به شرط محمول مسجّل میشود یعنی اگر بگوییم که شرط صحت بیع و نقل اینست که « مبیع متعلق حقی که مانع از نقل است ، نباشد » در اینصورت اشکال مرحوم شیخ عود میکند چرا که این شرط در حقیقت برمیگردد به اینکه « از شرائط صحت نقل اینست که نقل و بیع آن شیء صحیح باشد » و در اینصورت محذور قضیۀ بشرط محمول عود میکند.

ولی همانطور که توضیح داده شد ملاک مانعیت حق برای نقل و عدم مانعیت حق برای نقل این بود که آیا استیفاء این حق موقوف به بقاء عین در ملک مالکش هست یا نه ؟ و با توجه به این ملاک مشکل قضیه بشرط محمول حل میشود. بله در مقام تعبیر و بیان شرط ممکن است که اینگونه گفته شود که مبیع نباید متعلق حق غیری که مانع از انتقال است ، باشد ولی مراد از حق مانع از نقل حقی است که استیفاء آن مشروط به بقاء عین در ملک مالک است.

بر این اساس جا دارد که در مقام بیان شروط عوضین بعد از بیان شرط ملکیت گفته شود که مطلق ملکیت فایده ندارد بلکه مبیع میبایست ملک مطلق باشد به این معنا که متعلق حق غیری که استیفاء آن حق، منوط به بقاء عین در ملک مالک اولش است ، نباشد. واگر ما این شرط را به این نحو تفسیر کنیم و توضیح بدهیم در اینصورت دیگر قضیه از حالت قضیۀ به شرط محمول خارج میشود و دیگر اشکال مرحوم شیخ به او وارد نیست.

حال که این شرط از قبیل قضایای بشرط محمول ـ که بی فایده هستند ـ نیست بلکه امر معقولی است ، آیا دلیلی هم برای اثبات این شرط وجود دارد یا نه؟ در این قسمت گفته میشود که همانطور که مرحوم مظفر فرموده اند ما در اینجا نیاز به دلیل خارجی خاصی نداریم بلکه این مورد از مواردیست که قیاساتها معها و با تحلیل این شرط مفاد آن تصدیق میشود. چرا که مشخص است که اگر عین مورد معامله متعلق حقی باشد که استیفاء آن منوط به بقاء این عین در ملک مالکش است ، این حق مانع از نقل و انتقال عین میشود و در واقع همان دلیلی که بر وجود چنین حقّی دلالت میکند و میگوید که این حق میبایست به ذی الحق برسد ـ مثلاً همان دلیلی که میگوید أم ولد حق دارد که با موت مولا از سهم الارث ولدش منعتق بشود ـ مقتضی عدم جواز نقل است چرا که استیفاء این حق منوط به بقاء عین در ملک مالکش است. این حق بنحو مطلق برای صاحب حق ثابت شده است و معنای این ثبوت حق بنحو مطلق اینست که مالک نمیتواند عین را به دیگری نقل بدهد چرا که در اینصورت دیگر این حق قابل استیفاء نیست ، فلذا اطلاق دلیلی که حق را ثابت میکند جلوی نقل عین به دیگری را میگیرد.

بعبارت دیگر میتوان گفت که دلیل مُثبت حق وارد بر دلیل جواز بیع است ، به این بیان که گفته میشود : بله بحسب واقع تکوینی موضوع برای بیع وجود دارد ولی دلیلی که دلالت بر ثبوت حق للغیر میکند و این حق هم بنحوی است که با نقل سازگاری ندارد ، این دلیل مورد را از قابلیت بیع خارج میکند و موضوع دلیل بیع را از بین میبرد.

پس این دلیلی که مرحوم مظفر بیان کرده اند تمام است لکن آن قسمتی که ایشان در جواب از اشکال مرحوم شیخ بیان کردند جای اصلاح دارد که بیان شد. این یک اصلاح نسبت به این شرط یعنی شرط طلق و تام بودن ملک بود.

اصلاح دیگری که میبایست نسبت به این شرط صورت بگیرد ، اینست که : همۀ آن مواردی که بعنوان مانع از نقل ذکر شده اند از قبیل مواردِ تعلق حق غیر بمعنای اصطلاحی ـ که یک اعتبار وضعی ایی در کنار اعتبار ملکیت مالک وجود داشته باشد ـ نیست بلکه در بعضی از آنها عدم صحت بیع و عدم صحت نقل بخاطر قصور در خود ملکیت است که مثال وقف از این قبیل است. همانطور که بیان شد یکی از مواردی که ذیل ملک طلق از آن بحث شده ، اینست که « مال و ملک وقفی قابل فروختن نیست ». در مواردی که یک مال برای نسلهای متعدد وقف میشود ، این مال مملوک هر نسلی عند وجود آن نسل است یعنی عند وجود نسل اول این مال مملوک نسل اول است و بعد از منتفی شدن آنها و آمدن نسل دوم این مال مملوک نسل دوم است و .... ، لکن در این موارد اینگونه نیست که نسل متأخر یک حقّی نسبت به این مال از باب حقوق اصطلاحی داشته باشد مثل حق خیار یا حق انعتاق و ... بلکه آنچه که در این موارد مانع از صحت بیع است اینست که : هرچند که این مال ملک نسل موجود هست ولی ملکیت آنها نسبت به این عین به این نحو است که این عین مملوک این نسل است مادامی که نسل اول موجود است ولی بعد از آن، این مال ملک نسل دوم میشود. حال با توجه به اینکه بعد از موت نسل اول این مال مملوک نسل دوم میشود ، سؤال میشود که : این موقوف علیه طبقۀ اول چه چیزی را میخواهد بفروشد ؟ آیا میخواهد ملکیت ابدی این عین را به دیگری منتقل کند یا اینکه میخواهد ملکیت موقت و در ظرف مثلاً پنجاه سال خودش را به دیگری منتقل کند ؟

اگر میخواهد ملکیت ابدی این عین را به دیگری منتقل بکند اشکال نسبت به این بیع و انتقال اینست که : او مالک ملکیت این عین إلی الأبد نیست تا اینکه بخواهد آن را به دیگری منتقل بکند بلکه او مالک این عین تا زمان وجودش است و بعد از آن، این عین مملوک نسل بعدی میشود.

و اگر میخواهد ملکیت موقت این عین را به دیگری منتقل بکند اشکال آن اینست که : بیع ، نقل ملک بصورت موقت نیست و اساساً ما چیزی بنام نقل ملکیت موقت نداریم. بعبارت دیگر : در باب بیع و معاوضات ـ یعنی عقود و قرار داد معاوضی ـ نقل الملکیتی که اتفاق می افتد ، نقل الملکیه الی الابد است نه نقل ملکیت موقت به زمانٍ ما ، و بر همین اساس است که « بیع أزمانی » باطل است و اینکه در بعضی از موارد مثل هتل ها و اماکن مورد اجاره متعارف شده است که یک ماه از سال را میخرند و یا یک هفته از هر ماه را میخرند ـ که از این تعبیر به بیع أزمانی میشود و بعداً از آن مفصلاً بحث خواهد شد ـ این معاملۀ صحیحی نیست.

بنابراین چنانچه ما شرط « ملک طلق و تام » را تنها در همین حد بیان بکنیم که عین نباید متعلق حق غیری که استیفاء آن منوط به بقاء عین در ملک مالک است ، باشد در اینصورت دیگر این شرط شامل بیع وقف نمیشود و موجب بطلان معاملۀ وقف نمیشود.

بر این اساس اصلاح دیگری که انجام میشود ـ همانطور که در کلام اعلام از جمله مرحوم خویی در مصباح الفقاهه در توضيح ملک طلق بودن آمده است ـ اینست که بگوییم : مراد از اینکه « شرط صحت بیع و معاوضه اینست که عین مورد معامله ملک طلق باشد » اینست که : ملکیت آن ملکیّت تام باشد و ملکیت آن إما لقصور المقتضی أو لوجود المانع ملکیت ناقص نباشد.

پس ملکیت طلق یعنی ملکیّت تام در مقابل ملکیت ناقص ؛ و ملکیت ناقص هم دو وجه دارد : یک وجه قصور مقتضی است که در موارد مال موقوفه چنین خصوصیتی وجود دارد و وجه دیگر هم وجود مانع است که مراد از آن همان تعلق حقی است که استیفاء آن مگر به بقاء عین در ملک مالک قبلی ممکن نیست.

پس این اصلاح هم میبایست نسبت به این شرط صورت بگیرد و اگر ما این شرط را به این نحو توجیه کنیم در اینصورت این شرط قابل التزام است و محتاج به دلیل خاصّی هم نیست.

آنچه که در قسمت قواعد عامه حاکم بر معاملات جای بحث دارد ، بیان اعتبار این شرط بنحو عام و علی سبیل القاعده است به این نحو که بگوییم : عین معاوضی میبایست ملک ناقص ـ چه از جهت قصور مقتضی و چه از جهت وجود مانع ـ نباشد اما اینکه از جهت مصداقی کدام مورد و مصداق ، مصداق ملک ناقص بخاطر قصور مقتضی يا وجود مانع ـ یعنی تعلق حق غیر ـ است ؟ و از جهت مصداقی و تطبیقی کدام حق است که تعلقش به عین مانع از نقل است و محتاج به بقاء عین در ملک مالکش است ؟ و کدام حق است که چنین خاصیتی ندارد بلکه غیرِ مانع از نقل است ؟ این قسمت بحثی است که موکول به ابواب مختلف فقه است و در هر موردی میبایست جداگانه بررسی شود. مثلاً آیا حق شفعه از حقوقی است که مانع از نقل عین میشود یانه ؟ یا اینکه حق سرقفلی از این قبیل است یا نه ؟ و یا حق خیار از این قبیل است یا نه ؟ تفکیک بین این موارد و احراز و اثبات اینکه کدام حق از حقوق دستۀ اول است و کدام حق از حقوق دستۀ دوم است ؛ این بحث موکول به ابواب مختلف فقه است. و بر این اساس مرحوم شیخ هم بعد از اینکه به شرطیت این شرط اشکال کرده اند ، فرموده اند : اکثر کسانی که متعرض بیان این شرط شده اند از حقوق مانع از نقل تنها سه شرط را ذکر کرده اند که عبارت اند از « وقف ، أم ولد و رهن » و بعضی ها هم یک شرط چهارمی به آن اضافه کرده اند که « حق جانی » باشد يعنی حق مجنی عليه يا ولی کجنی عليه که به جانی تعلق گرفته است ، ولی بعضی از محققین ـ که مراد مرحوم محقق شوشتری در مقابس است ـ این نحوه از حقوق را به بیست حق رسانده اند یعنی علاوه بر آن چهار حق شانزده حق دیگر هم اضافه کرده اند ؛ لکن ما متعرض همۀ اینها نمیشویم بلکه متعرض همین سه مورد اصلی میشویم.

پس آنچه که با بحث ما مناسبت دارد بیان اصل اشتراط و اعتبار این شرط است اما بیان و بررسی مصادیق و موارد دیگر از بحث ما خارج است و خیلی از مواردی که در کلام مرحوم شوشتری بعنوان موارد حقوق مانع از نقل ذکر شده است اساساً مصداق برای حق مانع از نقل نیست. چرا که همانطور که در جلسه قبل توضیح داده شد حق مانع از نقل در جاییست که در کنار ملکیت مالک یک اعتبار وضعی در مورد عین وجود داشته باشد اما اگر در مورد عين اعتبار وضعی وجود نداشته باشد بلکه تنها حکم تکلیفی وجود داشته باشد این مورد اساساً از محل بحث خارج است. البته ما اجمالاً مواردی که ایشان ذکر کرده اند را بیان میکنیم و بیان میکنیم که کدامیک از محل بحث خارج است.

والحمدلله رب العالمین.