جلسه پنجم ـ معاملات مستحدثه ـ 3/7/1403 ـ استاد شوپایی حفظه الله.

بسم الله الرحمن الرحیم

همانطور که در جلسات قبل بیان شد محقق شوشتری در مقابس بیست و دو مورد را بعنوان مصادیق ملک غیر طلق ذکر کرده اند که در این موارد هرچند عین مورد معامله مملوک شخص هست ولی بخاطر تعلق حق غیر به این عین ، نقل و بیع این عین به شخص آخر صحیح نیست.

بنا بر این شد که بحث و بررسی کنیم که آیا همۀ این موارد بیست و دو گانه از مصادیق ملک غیر طلق هستند و یا اینکه بعضی از این موارد از عنوان « شرط ملک طلق » بودن خارج هستند.

مورد اول مال موقوفه در وقف خاص بود که در آن عین موقوفه بصورت طولی و نسلاً بعد النسل ملک موقوفٌ علیهم است ، که بر این اساس بطن موجود مالک عین موقوفه هست ولی نمیتواند آن را به دیگری بفروشد یا منتقل کند.

آیا این مورد از مصادیق و تطبیقات ملک غیر طلق حساب میشود یا نه؟

در جلسه قبل بیان شد که مرحوم شیخ در مکاسب فرموده اند : مانع از نقل عین موقوفه سه امر است. که البته بملاحظۀ ذیل عبارت مرحوم شیخ در مجموع چهار امر بعنوان امورمانع از نقل حساب میشوند. امر اول حق الواقف است ، امر دوم حق بطون متأخر است ، امر سوم تعبد و دلیل شرعی بر عدم جواز بیع وقف است و امر چهارم هم حق الله است مرحوم شیخ در ذیل عبارتشان فرموده اند « فأنّ الوقف متعلقٌ بحق الله حیث یعتبر فیه التقرّب و یکون لله تعالی عمله و علیه عوضه ».

وجه و امر سوم که تعبدی شرعی باشد مرتبط به محل بحث نیست و خودش دلیل خاص برای عدم جواز بیع وقف است. فلذا آنچه که جای بحث دارد سه امر دیگر است که عبارتند از : حق الواقف ، حق بطون لاحقه و حق الله.

آنچه که معروف در کلمات است ، اینست که : مانع از بیع عین موقوفه توسط بطن موجود تعلق حق بطون لاحقه به عین موقوفه است. به این بیان که : از آنجا که مال موقوفه برای خصوص بطن موجود قرار داده نشده است بلکه برای همۀ بطون قرار داده شده است لذا این عین متعلق حق بطون لاحقه است و بطن موجود نمیتواند آن را به دیگری منتقل کند.

آیا این امر ـ يعنی : حق بطون لاحقه ـ که بحسب ترتیبی که مرحوم شیخ ذکر کرده اند امر دوم حساب میشود مانع از نقل عین موقوفه هست یا نه؟

این امر در جلسه گذشته بیان و بررسی شد و مرحوم آقای خویی اشکال کرده بودند که : باتوجه به اینکه بطن متأخر الان موجود نیست چگونه میتوان آنها را ذی الحق دانست در حالیکه معدوم کما لایکون مالکاً لا یکون ذا حقٍ.

البته نسبت به این فرمایش مناقشه شده بود و گفته شد که صحیح در اشکال به این امر دوم اینست که بگوییم : آنچه که بحسب ادله وقف برای بطون لاحقه ثابت است اینست که آنها حین وجودشان و زوال بطن سابق مالک میشوند ، و این مقدار مصداق حق لغوی هست چرا که نفعی به آنها میرسد ولی موجب حق اصطلاحی نیست به این معنا که در اینجا در کنار ملکیّت بطن موجود نسبت به عین موقوفه یک اعتبار وضعی ایی هم برای بطن متأخر وجود داشته باشد و آنها ذی حق نسبت به عین موقوفه باشند ؛ چنین حقی برای بطون لاحقه وجود ندارد یعنی ما دلیل بر وجود چنین حقی برای بطون لاحقه نداریم. این امر و وجه دومی بود که در کلام مرحوم شیخ بیان شده بود.

همانطور که گفته شد در کلام مرحوم شیخ دو وجه دیگر هم برای توجیه ملک غیر طلق بودن وقف و متعلق حق غیر بودن آن بیان شده است :

وجه و امر اول این بود که این عین موقوفه متعلق « حق واقف » است یعنی ولو بطن موجود مالک عین موقوفه هستند ولی این عین متعلق حق واقف هم هست و از این جهت بطن موجود نمیتواند عین موقوفه را بفروشد چرا که فروش و نقل آن موجب از بین رفتن حق واقف میشود.

اما اینکه چطور و به چه بیانی این عین موقوفه متعلق حق واقف است ؟ فرموده اند وجهش اینست که واقف حین الوقف میخواست این عین صدقه جاریه باشد و در طول زمان استمرار داشته باشد در حالیکه فروش آن توسط بطن موجود موجب از بین رفتن حق واقف میشود. این توجیهی است که از کلام مرحوم شیخ برای اثبات حق واقف نسبت به عین موقوفه استفاده میشود.

لکن این مطلب محل اشکال است و مناقشه نسبت به این وجه هم همانطور که مرحوم آقای خویی فرموده اند ، اینست که : اینگونه نیست که عین موقوفه متعلق حق واقف باشد چرا که بمجرد تحقق وقف عین موقوفه از ملک واقف خارج میشود و برای مسیر خاصّی قرارداده میشود و اینکه واقف به این نحو مال را از ملک خودش خارج کرده است مستلزم این نیست که عین متعلق حق واقف باشد بلکه واقف قربه الی الله این عین را در مسیر خاصی قرارداده است و بعد از این ، این ملک از اضافه ملکیت و ارتباطش با واقف رها شده است. فلذا دیگر معنا ندارد که حقی برای واقف به این عین تعلق گرفته باشد. پس دلیلی برای ثبوت حق للواقف نسبت به این مال وجود ندارد و صرف اینکه واقف این عین را صدقه جاریه قرار داده است مستلزم ثبوت حقی برای او نمیشود.

آنچه که بحسب عبارت مرحوم شیخ باقی مانده است وجه و امر چهارم است که « حق الله » باشد ، به این بیان که : این عین موقوفه ولو مملوک بطن موجود است ولی بخاطر تعلق حق خداوند متعال به آن نمیتوانند آن را به دیگری منتقل کنند. توضیح و توجیه اینکه عین موقوفه متعلَّق حق الله است هم اینست که : واقف عملش را قربه الی الله انجام داده است و أجر و عوض او هم با خداوند متعال است و این موجب میشود که عین موقوفه متعلَّق حق الله قرار بگیرد.

نسبت به این وجه چهارم هم در کلام مرحوم آقای خویی مناقشه شده است. فرموده اند نسبت به این کلام شما که « عین موقوفه متعلق حق الله » است دو احتمال وجود دارد : یا اینکه مراد شما از اینکه عین موقوفه متعلق حق الله است ، اینست که : تعبد شرعی نسبت به عدم جواز بیع وقف وارد شده است و حکم خداوند متعال اینست که « لا یجوز بیع الوقف » ؛ در اینصورت ما این کلام شما را قبول داریم. که البته میبایست به این کلام و اشکال مرحوم خویی در این قسمت اضافه شود که : لکن این مقدار موجب نمیشود که حق اصطلاحی نسبت به این مال تعلق بگیرد. اینکه شارع حکم به عدم جواز بیع مال موقوفه کرده است موجب این نمیشود که مال موقوفه متعلق حق غیر و مصداق ملک غیر طلق که نقل آن جایز نیست ، بشود چرا که حق مانع از نقل اینست که در کنار اعتبار ملکیت یک اعتبار وضعی دیگری هم به عین تعلق گرفته باشد که استیفاء آن مشروط به بقاء مال در ملک مالکش باشد.

اما اگر مراد شما از اینکه « عین موقوفه متعلق حق الله است » این باشد که خداوند متعال نسبت به این مال حق دارد کما اینکه نسبت به انفال و ... گفته شده است که اینها ولو ملک خداوند متعال نیستند ولی متعلق حق خداوند متعال هستند. که این در واقع همان حق اصطلاحی است.

مرحوم خویی فرموده اند که : اگر مراد شما این باشد ، در اینصورت اشکال و مناقشه نسبت به آن اینست که ما دلیلی برای اثبات این مطلب نداریم که عین موقوفه متعلَّق حق الله به این کیفیت است.

پس در مجموع اشکال مرحوم خویی نسبت به این وجه ـ يعنی : تعلق حق الله به عین موقوفه ـ اینگونه اصلاح میشود که : اگر مراد شما از تعلق حق الله به عین موقوفه ، تعبد و حکم شرعی عدم جواز بیع مال موقوفه است در اینصورت ما این مطلب را قبول داریم ولی این امر موجب ملک غیر طلق بودن نمیشود و اگر مقصود شما از تعلق حق الله ، تعلق حق خداوند به این عین موقوفه است به همان نحوی که حق خداوند متعال به مثل انفال تعلق گرفته است ـ که در اینصورت این حق از قبیل حق اصطلاحی خواهد بود ـ در این تقديرما دلیلی برای اثبات وجود چنین حقی نداریم.

در نتیجه برای توجیه مصداقیّت مال موقوفه لملک غیر طلق هیچ یک از این راه هایی که در کلام مرحوم شیخ بیان شده است ، تمام نیست.

توجیه صحیح برای اثبات ملک غیر طلق بودن مال موقوفه همان نکته ایی است که قبلاً بیان شده است که : ملک طلق بمعنای ملک تام و ملک غیر طلق بمعنای ملک ناقص است ، ولی نقص در ملکیت إما لقصور المقتضی است و إما لوجود المانع است. و هرچند که قسمت « وجود مانع » به تعلق حق غیر برمیگردد و برای توجیه آن میبایست تعلق حق غیر به عین موقوفه را ثابت کنیم ولی برای اثبات قسمت « لقصور المقتضی » احتیاجی به توجیه تعلق حق غیر نداریم و میگوییم : ولو عین موقوفه ملک بطن موجود است ولی ملکیت بطن موجود برای عین موقوفه ملکیت تام نیست ، چرا که آن ملکیتی که در وقف برای بطون قرارداده شده است ، ملکیت موقت است و حال آنکه بحسب ادلۀ وارده بیع و بقیّۀ نواقل شرعی موجب نقل دائمی و إلی الابد هستند. بر این اساس سؤال میشود که : بطن موجود که میخواهد عین موقوفه را به شخص آخر نقل بدهد و بفروشد ، آیا میخواهد ملکیت دائمی مال موقوفه را به دیگری نقل بدهد و بفروشد ؟ در اینصورت گفته میشود که : اساساً ملکیت دائمی عین موقوفه مال موقوف علیهم نیست تا اینکه بخواهند آن را به دیگری نقل بدهند. یا اینکه میخواهد ملکیت موقت خودش نسبت به عین موقوفه را به دیگری نقل بدهد ؟ که در اینصورت هم گفته میشود که : ما در شريعت چیزی بنام نقل ملکیت موقته نداریم.

مورد دومی که در کلام محقق شوشتری بعنوان ملک غیر طلق ذکر شده بود ، « أم ولد » بود. مرحوم شیخ هم در مکاسب فرموده اند « من اسباب خروج الملک عن کونه طلقاً صیروره مملوک أم ولدٍ لسیّدها » و این أم ولد شدن موجب منع مالک از بیع أم ولد میشود.

مرحوم شیخ در مقام بیان دلیل برای عدم جواز أم ولد فرموده اند : علاوه بر اینکه مسئله از مسائل اجماعی و اتفاقی بین المسلمین است در بعضی از روایات هم تعبیری وارد شده است که نشان دهندۀ اینست که بیع أم ولد از امور مستنکر در صدر اسلام است.

بعنوان مثال در حدیثِ اول باب نوزده از ابواب ما یحرم بالرضاع ـ که مرحوم شیخ طوسی و مرحوم صدوق این روایت را به اسنادشان از سکونی نقل کرده اند و من حیث السند مشکلی ندارد ـ مورد روایت جائیست که : شخص ولدش را به کنیزش داده که شیر بدهد و کنیز با شیردادن بچۀ مولا أمِّ رضاعیِ ولد مولا شده است ، حال از امیرالمؤمنین (ع) سؤال میکند که : آیا میتواند این أم رضاعیِ ولد را بفروشد یا نه ؟ حضرت (ع) فرموده اند : اگر تردید در حکم این مسئله داری او را به بازار ببر و بگو من میخواهم أم ولد خودم را بفروشم ، و ببین مردم چگونه با تو برخورد میکنند. این کار تو امر مستنکری است و مورد تمسخر مردم قرار میگیرد فلذا شما نباید أمّ رضاعی ولد را بفروشی چرا که أم رضاعیِ ولد هم أم ولد است.

از این تعبیر که امام (ع) فرمودند « شما اگر میخواهی أم رضاعی ولدت را بفروشی او را به بازار ببر و بگو که میخواهم « أم ولد » خودم را بفروشم ، این کار شما مورد استنکار و تمسخر مردم قرار میگیرد » از این تعبیر امام (ع) معلوم میشود که بیع ام اصلی ولد از مستنکرات در شریعت است. که حضرت (ع) برای اینکه بخواهد شخص را منع بکند ـ حال ولو که منع حضرت (ع) منع لزومی نباشد بلکه منع تنزیهی باشد ـ فرموده اند : فروش أم رضاعی ولد حکم فروش أم اصلی ولد را دارد و همانطور فروش أم اصلی ولد مورد استنکار مردم است فروش أم رضاعی ولد هم نباید انجام شود.

مرحوم شیخ فرموده اند که : مستفاد از این روایت اینست که بیع ام ولد از منکرات در صدر اسلام است. این دلیلی بود که مرحوم شیخ برای اثبات عدم جواز بیع أم ولد به آن استناد کرده اند.

روایات دیگری هم در همین باب ما یحرم بالرضاع و همچنین در باب بیع الحیوان در مورد عدم جواز بیع وارد شده است. و در بعضی از آن روایات آمده است که : أم ولد بخاطر ثمن رقبۀ خودش قابل فروش است یعنی اگر مولا بابت خرید أم ولد مدیون باشد و راهی برای أداء دینش نداشته باشد بجز اینکه خود أم ولد را بفروشد ، در اینجا قابل فروش است.

که أعلام از تقیید به اینکه أم ولد فی ثمن رقبتها میتواند فروخته شود استفاده کرده اند که فی حدنفسه نمیتوان أم ولد را فروخت.

البته هرچند که معروف در کلمات عدم جواز بیع أم ولد است ولی مرحوم آخوند در حاشیۀ مکاسب نسبت به همۀ این ادله اشکال کرده اند و فرموده اند که هیچ کدام از این ادله دلالت بر عدم جواز بیع أم ولد نمیکند و اگر ما باشیم و مقتضای صناعت میبایست قائل به جواز بیع أم ولد باشیم. حتی ایشان روایت سکونی که از امیرالمؤمنین (ع) نقل کرده اند را هم توجیه کرده اند به اینکه : منع در این روایت منع شرعی نیست بلکه کأنّ منع أخلاقی است. توجیه دیگری که بیان کرده اند اینست که فرموده اند : معلوم است که فروش ام رضاعی ولد منهی نیست و این نهی نسبت به بیع او نهی تنزیهی است و این امر نشان دهندۀ اینست که نهی نسبت به بیع ام ولد حقيقی هم نهی تنزیهی است نه نهی تحریمی.

ایشان فرموده اند که : بله ما قبول داریم که اگر مولا أم ولد را نفروشد بعد از موت مولا أم ولد از سهم ولدش آزاد میشود ولی اینکه إبقاء أم ولد در ملکش بر مولا لازم باشد و بیع او به شخص آخر جایز نباشد ، این مورد قبول نیست و روایات دلالت بر این امر نمیکنند.

علی أی حالٍ هرچند که این مناقشات مرحوم آخوند تمام نیست و صحیح همان عدم جواز بیع و نقل أم ولد است ولی این بحث که آیا بیع أم ولد صحیح است یا نه؟ مربوط به مقام نیست و موکول به مقام خودش است. آنچه که مربوط به مقام است اینست که : آیا مجرد اینکه مولا از أم ولد ، ولد آورده است و استیلاد تحقق پیدا کرده است موجب میشود که « أم ولد » از مصادیق ملک غیر طلق بشود یا اینکه « أم ولد » از مصادیق ملک غیر طلق نیست.

توجیهی که برای إثبات ملک غیر طلق بودن أم ولد ذکر شده است ، اینست که : باتوجه به اینکه اگر أم ولد در ملک مولایش باقی بماند از سهم ولدش آزاد میشود ، معنای این مطلب اینست که ام ولد حق انعتاق دارد لذا ملکیتی که برای مالک بالنسبهِ الی أم ولد ثابت است ملک طلق نیست بلکه أم ولد از موارد تعلق حق غیری است که استیفاء این حق منوط و مشروط به بقاء در ملک مالک است و اگر مالک آن را نقل بدهد و بفروشد این حق دیگر قابل استیفاء نیست.

مرحوم شیخ این ملک طلق نبودن أم ولد را اینگونه توضیح داده اند ـ البته ایشان بعنوان ادلۀ عدم جواز مطلق نقل این را فرموده اند ـ : مضافاً الی ما اشتهر و إن لم نجد نصّاً علیه من أنّ الوجه فی المنع ـ یعنی وجه در منع بیع و نقل ام ولد ـ هو بقائها رجاءً لإنعتاقها من نصیب ولدها بعد موت سیدها.

ایشان فرموده اند : این دلیل و وجه همانطور که در مورد بیع جاری میشود در مورد نواقل دیگر هم جاری میشود.

 این دلیل مناسبت دارد برای اینکه ما مورد را از مصادیق ملک غیر طلق بدانیم. پس آنچه که مناسب با توجیه مصداقیّت أم ولد برای ملک غیر طلق است در همین حد است که در اینجا حق خود کنیز به ملک مولا تعلق گرفته است بنحوی که اگر در ملک مولا باقی بماند بعد از موت او از سهم ولدش آزاد میشود.

ولی آیا این توجیه صحیح است یا نه؟

صحت این توجیه متوقف بر اینست که در این مورد یک اعتبار وضعی برای أم ولد در مقابل اعتبار ملکیت برای مولا وجود داشته باشد ولی از ادله شرعیه استفاده نمیشود که چنین حق اصطلاحی ایی برای ام ولد وجود داشته باشد. بحسب حکم عقلائی هم اینگونه نیست که در این موارد عقلاء یک حقی را برای ام ولد در مقابل ملکیت مولا قرار بدهند. آن مقداری که برای ام ولد در این موارد وجود دارد حق لغوی یعنی انتفاع است مانند همان حقی که برای بطون لاحقه در وقف بیان شد.

بر این اساس اگر دلیل خاص بر عدم جواز بیع أم ولد نداشتیم و ما میخواستیم حکم این مورد را علی القاعده بدست بیاوریم از راه ملک غیر طلق بودن نمیتوانستیم حکم به عدم جواز بیع و نقل او بکنیم.

والحمدلله رب العالمین.