



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بحث در بررسی مشروعیت اوراق مسکن یا به تعبیر دقیق تر اوراق حق تقدم در استفاده از تسهیلات مسکن بود، که گفته شد که حقیقت این اوراق، حق تقدمی است که در اثر باز کردن حساب سپرده گذاری یا خرید از کارگزار یا از بازار ثانویه، مالک آن حق می شود.

یکی از مباحث اصلی، بحث از حق بودن یا نبودن در این موارد بود، که مورد بررسی قرار گرفت و بحث بعدی این بود بر فرض که این اوراق معترف حق باشند، آیا بیع حق نافذ است یا خیر؟ که گفته شد که اکثریت فقها در بیع شرط کرده اند که مبیع، عین باشد فلذا یا گفته اند که بیع حق، اصلاً بیع نیست و اگر هم در صدق بیع، اشکال نداشته باشند، فرموده اند که اجماع بر بطلان بیع غیرعین داریم.

این مطالب در جلسه قبل بررسی شدند، که اگر این موارد ثابت باشند، خرید و فروش اوراق مسکن محل تأمل است. حتی اگر گفته شود که دلیل اول (انحصار بیع به تملیک عین) و دوم (اجماع) مخدوش هستند و از طرفی گفته شود این اوراق معترف حق هستند و این حق، یک حقیقت مستقل است و جدای از حکم است، ممکن است که دلیل دیگری برای بطلان بیع این اوراق اقامه شود:

دلیل چهارم بر بطلان بیع اوراق مسکن

در روایات آمده است که «لا بیع إلا فیما یملک» یا «لا یجوز بیع ما لیس یملک» یا «لا بیع إلا فی ملک» که برخی از این روایات مرسل و یا نبوی (صلی الله علیه و آله) هستند فلذا نمی توان به آن ها استناد کرد ولی روایت مسند است و از جهت سندی تمام است و ابواب عقد البیع در وسائل الشیعه از محمدون ثلاثه نقل شده است:

۱ محمد بن الحسن الطوسی بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري ع - في رجل باع قطعاً أرضين^۳ فيحضره الخروج إلى مكة - و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه و عرف حدود القرية الأربعة فقال للشهود اشهدوا أنني قد بعث فلاناً يعني المشتري جميع القرية التي حد منها كذا و الثاني و الثالث و الرابع و إنما له في هذه القرية قطعاً أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك و إنما له بعض هذه القرية و قد أقر له بكلها فوقع ع لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك.

و رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار^۴ و رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن^۵

۱ (۶) - التهذيب ۷ - ۱۵۰ - ۶۶۷، و أورد قطعة منه في الحديث ۱ من الباب ۴۸ من أبواب الشهادات.

۲ (۷) - كذا كتب في الأصل (باع) و كانه مشطوب، و في المصدر - له (بدل - باع).

۳ (۸) - في نسخة من الفقيه - أرض (هامش المخطوط).

۴ (۹) - الفقيه ۳ - ۲۴۲ - ۳۸۸۶.

۵ (۱) - الكافي ۷ - ۴۰۲ - ۴.

۶ وسائل الشیعة؛ ج ۱۷؛ ص ۳۳۹.



بررسی سندی:

سند روایت ظاهراً مشکلی ندارد و بلکه می توان گفت که صحیح اعلائی است.

بررسی طریق مرحوم شیخ طوسی:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الطُّوسِيُّ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ

سند شیخ طوسی به محمد بن حسن الصفار، در مشیخه تهذیب عبارت است از:

و ما ذكرته في هذا الكتاب عن محمد بن الحسن الصفار فقد اخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان و الحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون كلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد عن ابيه و اخبرني به أيضا ابو الحسين بن ابي جيد عن محمد بن الحسن بن الوليد عن محمد بن الحسن الصفار^۱.

مرحوم شیخ در اینجا، تا ابن ولید دو سند نقل کرده است که اولی دو واسطه دارد (شیخ مفید و حسین بن عبید الله و احمد بن عبدون از احمد بن محمد بن حسن بن ولید) و طریق دوم تنها یک واسطه دارد (ابن ابی جید).
طریق اولی همگی ثقات هستند و تنها در مورد «احمد بن محمد بن حسن بن ولید» بحث وجود دارد زیرا که در مورد وثاقت ایشان بحث شده است و گفته اند که این شخص توثیق خاص ندارد، بنابراین وثاقت ایشان ثابت نیست، لکن می توان وجوه متعدد عامی را برای اثبات وثاقت ایشان اقامه کنیم، مثل: شهادت شهید ثانی بر عدالت و وثاقت مشایخ مشهور از زمان مرحوم کلینی تا زمان خود شهید ثانی و...، که اگر کسی این مبنا را پذیرفته باشد که از طریق وجوه عامه نیز اثبات وثاقت می شود، طریق اول صحیح می شود ولی در غیر این صورت طریق اول محل کلام می شود.
طریق دوم نیز در مورد «ابن ابی جید» همین بحث وجود دارد زیرا که ایشان نیز توثیق خاص ندارد و تنها وجوه متعدد عامی مثل اینکه از مشایخ مرحوم نجاشی است و یا مشمول شهادت شهید ثانی است و... بر وثاقت ایشان دلالت دارد.
بنابراین اگر وجوه عامه مورد پذیرش باشد، هر دو طریق شیخ طوسی معتبر می شود ولی در غیر این صورت، هر دو طریق مرحوم شیخ مورد اشکال واقع می شود.

لکن شیخ طوسی در فهرست طریق صحیح به صفار دارد و از آن راه می توان مشکل را حل کرد:

محمد بن الحسن الصفار، قمی. له کتب مثل کتب الحسین بن سعید، و زیادة کتاب بصائر الدرجات، و غیره^۲، و له مسائل کتب بها إلى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام.

^۱ تهذیب الأحكام (تحقیق خراسان)؛ المشیخة؛ ص ۷۳

^۲ (۱) لیس فی «ر».



أخبرنا بجميع كتبه^۱ و رواياته ابن أبي جيد، عن محمد بن الحسن ابن الوليد، عن محمد بن الحسن الصفار. (این همان طریق دومی است که در مشیخه ذکر شده بود)

و أخبرنا جماعة، عن محمد بن علي بن الحسين، عن محمد بن الحسن [بن الوليد] عن محمد بن الحسن الصفار، عن^۲ رجاله إلا كتاب بصائر الدرجات فإنه لم يروه عنه (محمد بن الحسن)^۳ ابن الوليد!^۴

طریق دومی که در فهرست بیان کرده اند صحیح اعلائی است زیرا که جماعتی از جمله شیخ مفید، از ابن بابویه (مرحوم صدوق) از ابن ولید از صفار روایات را نقل کرده اند. بنابراین با توجه این طریق، سند شیخ در تهذیب نیز اصلاح می شود زیرا که این روایت از کتاب بصائر نیست تا مورد استثناء از این طریق باشد بلکه ظاهر از کتاب دیگر او است.
بررسی طریق مرحوم صدوق:

و رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ

طریق مرحوم صدوق به صفار، در مشیخه طریق صحیح است، که عبارت است از:

و ما كان فيه عن محمد بن الحسن الصفار - رحمه الله - فقد روئته عن محمد بن الحسن بن أحمد بن الوليد - رضي الله عنه - عن محمد بن الحسن الصفار^۵

که تنها یک واسطه دارد که ابن ولید است که استاد مرحوم صدوق بوده است و از اجلا و ثقات است. بنابراین این طریق نیز صحیح اعلائی است.

بررسی طریق مرحوم کلینی:

و رَوَاهُ الْكَلِينِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ

بنابراین مرحوم کلینی نیز تنها یک واسطه به صفار داشته است که «محمد بن یحیی» بوده است که ایشان نیز از اجلا و ثقات می باشد.

بنابراین طریق مرحوم کلینی نیز صحیح است.

^۱ (۲) لیس فی «ر.ع».

^۲ (۳) ساقط من «د».

^۳ (۴) عن نسخة «د.م.ف.ع.ر».

^۴ فهرست کتب الشیعة و أصولهم و أسماء المصنفین و أصحاب الأصول (للطوسی) (ط - الحدیثة)؛ النص؛ ص ۴۰۸

^۵ من لا یحضره الفقیه؛ ج ۴؛ ص ۴۳۴



بنابراین روایت از جهت سندی مشکلی ندارد.

بررسی دلالتی:

تقریب استدلال به این صورت است که بر اساس «لا يجوز بيع ما ليس يملك» که به معنای این است که «چیزی که مالک آن نیستید (بنا بر اینکه معلوم خوانده شود: یملک) یا چیزی که مملوک واقع نمی‌شود (بنابراینکه مجهول خوانده شود: یملک) بیع آن جایز نیست.» پس تنها بیع و شراعی صحیح است که بر ما یملک یا ما یملک واقع شود.

بنابراینکه مجهول خوانده شود: پس شرط است که مبیع، مملوک باشد در حالی که «حق» قسیم ملک است نه اینکه از اقسام ملک باشد، به عبارت دیگر سلطه داشتن انواعی دارد که یک نوع آن ملکیت است و نوع دیگر آن داشتن حق است فلذا حق و ملک در عرض یکدیگر هستند نه اینکه شخص مالک حق باشد.

بنابراینکه معلوم خوانده شود: شرط صحت بیع، این است که شخص مالک مبیع باشد، در حالی که شخص ذو حق، مالک حق نیست زیرا که حق قسیم ملک است، بلکه این شخص صرفاً حق دارد یعنی اولویت دارد در گرفتن تسهیلات از بانک ولی مالک تسهیلات یا مالک حق نیست بلکه حق عبارت است از نسبتی که بین شخص و آن تسهیلات وجود دارد، مثل ملکیت که نسبتی است بین شخص و شیء مملوک.

بنابراین بر اساس این روایت، مبیع باید «مملوک» باشد و حتی اگر بیع را منحصر در تملیک عین ندانیم ولی باید مبیع، حتماً مملوک باشد مثلاً منافع چون مملوک می‌شود (مثل اجاره) فلذا منافع قابل بیع هستند (بر اساس این روایت) ولی حق که قابل مملوک شدن نیست، قابل بیع هم نیست (یعنی بیع آن جایز نیست).

شبهه این روایت، روایات مرسله دیگری نیز داریم (لا بیع إلا فی ملک) که مضمون همگی این است که بیع غیر مملوک، مشروع نیست.

مناقشه در تقریب استدلال:

اولاً (اشکال کبروی):

با توجه به سوالی که در روایت مطرح شده است مشخص می‌شود که مقصود از «ما یملک» آنچه در تقریب استدلال گفته شد، نیست بلکه مقصود معنای دیگری است زیرا که سوال راوی در مورد جایی بود که قریه‌ای را فروخته است، در حالی که بخشی از این قریه برای او نیست، امام علیه السلام فرموده است که: چیزهایی که مالک نیست، نفروشد؛ پس در مقام این نبوده اند که مبیع حتماً و همه جا باید مملوک باشد. و امام علیه السلام صرفاً فرموده اند که این شخص تنها چیزهایی را که مالک است، بفروشد و چیزهایی که مالک نیست را نفروشد، فلذا مقداری از قریه که در ملک شخص دیگر بوده است، را نمی‌تواند بفروشد و بیع او در آن قسمت ها صحیح نیست.

پس مقصود این نبوده است که حضرت قاعده ی کلی‌ای بیان کنند که مبیع باید مملوک باشد مطلقاً و غیرمملوک را شامل نشود. پس یا باید گفت که ظاهر روایت همین معنا است و اگر هم ظهور را نپذیرند، می‌گوییم که حداقل احتمال این معنا در روایت وجود دارد، فلذا تقریب استدلال مخدوش می‌شود.

ثانیاً (اشکال صغروی):

به فرض که اشکال اول حتی به صورت احتمال نیز پذیرفته نشود و گفته شود که مقصود از روایت این است که مبیع باید مملوک باشد، تطبیقی که در استدلال بیان شده است، مخدوش است:

مبانی مختلفی در حق وجود دارد:

۱. برخی مثل مرحوم خوئی: حق را چیزی به جز حکم نمی‌دانند.



۲. برخی حق را قسیم ملک می دانند و نسبتی خاص بین شخص و آن شیء می دانند. که بر اسا این دو مبنا، استدلال تمام می شود ولی مبنای دیگری نیز در مورد حق وجود دارد:

۳. برخی حق را نوعی ملکیت ضعیفه است یعنی حق نیز نوعی نسبت ملکیت بین شخص و آن شیء است ولی این نسبت ملکیت، ضعیف تر از نسبت های ملکیت متداول است. بر اساس این مبنا، حق تقدم نیز نوعی ملکیت است ولذا مشمول روایت است و این روایت نمی تواند مانع از صحت بیع حق باشد.

مگر اینکه کسی ادعا کند، که هر چند که حق ملکیت ضعیفه است ولی عبارت «ما یملک» در روایت منصرف است از ملکیت های ضعیفه ای مثل حق؛ که اگر کسی این ادعا را کند، اشکال دوم وارد نخواهد بود. بنابراین استدلال به این روایت برای بطلان بیع حق، محل کلام است و مخدوش می باشد.

نتیجه بحث از مشروعیت بیع اوراق مسکن:

اگر بتوانیم از اطلاق ادله ای همچون «احل الله البیع» و عموم ادله مثل «اوفوا بالعقود» صحت معامله حق را اثبات کنیم، مشکلی برای معامله اوراق مسکن نداریم. تا اینجا بحث از خرید و فروش اوراق مسکن بود و در این بحث فرقی بین بازار اولیه و ثانویه نبود.

البته نکته مهمی که باید تذکر داده شود، این است که این مباحث مبتنی بر این بود که حیلۀ شرعی در میان نباشد و به صورت واقعی تسهیلات مشروعی در میان باشد نه اینکه همه چیز صوری باشد یعنی باید تسهیلاتی که بانک ارائه می دهد مثلاً اگر بر اساس نقد و نسیه است، واقعاً نقد و نسیه رخ بدهد، یا واقعاً اجاره به شرط تملیک باشد؛ ولی اگر غرض اصلی و واقعی همان قرض گرفتن باشد و نقد و نسیه یا اجاره به شرط تملیک فقط روی کاغذ قرارداد نوشته شده باشد ولی در واقعیت امر چیزی نباشد، این بحث، داخل در بحث ربا می شود زیرا که یکی از راه های فرار از ربا محسوب می شود فلذا کسانی که قائل به عدم جواز حیل شرعی ربا هستند و یا اینکه کسانی که قائل هستند که جایی که صرفاً همه چیز صوری است، جایز نیست (که تقریباً همه این نظر را قبول دارند)، حکم به بطلان معاملات صوری اوراق مسکن می کنند زیرا که مشمول ادله حرمت ربا می شود (البته بنا بر مباحث گذشته که گفته شد ادله حرمت ربا شامل پول نیز می شود).

پس با توجه به اینکه مبنای فقها مشخص است که برخی بیع غیر عین را جایز نمی دانند و یا حضرت امام خمینی (ره) که بیع غیر عین را جایز می دانند، احتیاط کرده اند و یا اینکه حیل شرعی ربا جایز است یا خیر و فلذا اینکه گفته شود که اوراق حق تقدم استفاده از تسهیلات مسکن، فاقد اشکال شرعی است — با توجه به فتوای همه فقها — سخن بسیار عجیبی است و سبب گرفتار بسیاری از مردم می شود.

فلذا افرادی که مقلد مراجعی هستند که این نوع معاملات را باطل می دانند، دچار مشکل می شوند و پولشان از جیبشان رفته است و چیزی به دست نیآورده است و حتی اگر با فروش این اوراق، سودی به دست بیاورد «اکل مال به باطل» است .



انتقال اوراق مسکن از راه غیر بیع

با توجه به اشکالاتی که در بیع اوراق مسکن وجود دارد، ممکن است شخصی از راهی غیر از خرید و فروش، اقدام به نقل و انتقال این اوراق کنند، که مشروعیت این راه ها نیز نیاز به بررسی دارد:

طریق دوم برای انتقال اوراق مسکن: مصالحه

شخصی که پول در بانک مسکن سپرده گذاری کرده است و الان دارای حق تقدم استفاده از تسهیلات مسکن است، این حق خود را با شخص دیگری مصالحه می کند و پولی دریافت می کند و حق خود را به او می دهد یا اینکه شخصی که طالب اوراق حق تقدم است، با کارگزاری مصالحه می کند و اوراق را از کارگزاری دریافت می کند. و با توجه به این که در مصالحه شرط «عین بودن» وجود ندارد، پس مصالحه اوراق مسکن مشکلی ندارد.

تذکر:

با توجه به مطالبی که قبلاً گفته شد، اگر در مصالحه، وجود تنازع را شرط بدانیم، این مصالحه باطل است ولی اگر در مصالحه، تنازع را شرط ندانیم و مصالحه ابتدایی را هم جایز بدانیم، این مصالحه صحیح و مشروع است.

طریق سوم برای انتقال اوراق مسکن: هبه

به فرض که مصالحه نیز با مشکل مواجه شود، ممکن است به واسطه «هبه» مشکل را حل کنیم، به این صورت که بانک به شخص اوراق مسکن را هبه کند، البته هبه معوضه، به این صورت که بانک یا کارگزاری اوراق مسکن را که نوعی امتیاز و حق است هبه می کند به شرط اینکه طرف مقابل نیز مقداری پول به بانک یا کارگزاری هبه کند. همچنین در بازار ثانویه شخصی که طالب این اوراق است، پولی را به دارنده این اوراق هبه می کند به شرط اینکه او نیز مقداری از این اوراق را به او هبه کند.

بررسی مشروعیت هبه اوراق مسکن

ممکن است در بدو امر تصور شود که اشکال شرعی برای این طریق وجود ندارد، لکن با مراجعه به کتب فقها متوجه می شویم که یکی از مطالبی که فقها در تعریف هبه، آن را جزو مسلمات قلمداد کرده اند: هبه تملیک «عین» به صورت مجانی و بدون عوض است.

در کلمات فقهایی مثل صاحب مفتاح الکرامه و صاحب جواهر تا در کتب مرحوم خوئی و مرحوم امام خمینی (رحمة الله علیهما) همین تعریف برای هبه آمده است و همگی گفته اند که شرط موهوب این است که عین باشد فلذا هبه منافع صحیح نیست. بنابراین بر اساس این مبنا، همان مباحثی که در بحث بیع اوراق مسکن مطرح شد، دوباره در اینجا نیز مطرح می شود. زیرا که نهایت چیزی که در مورد حق تقدم می توان گفت، این است که حق مستقلی است ولی مسلماً «عین» نیست یعنی وقتی در خارج محقق می شود دارای ابعاد ثلاثه نیست.

پس چه حق را حکم بدانیم یا قسمیم ملکیت بدانیم یا اینکه آن را نوعی ملکیت ضعیف بدانیم، در هر صورت حق، عین نیست فلذا با توجه به اینکه حق تقدم، عین نیست، فلذا اصلاً در رابطه با آن هبه ای محقق نمی شود. چرا که هبه یعنی تملیک عین، در حالی که اینجا هیچ عینی تملیک نشده است پس اصلاً هبه ای محقق نشده است که بحث از صحت یا بطلان آن کنیم.

فلذا کسانی که در مورد اوراق مسکن، نوشته اند که «صاحب اوراق می تواند این اوراق را به دیگری هبه بدهد» مطلبشان اشکال



شرعی دارد.

البته برای بحث تفصیلی شرط عین بودن مال موهوبه، همان مباحثی که در اشتراط عین در مبیع، بیان شد، در اینجا نیز طرح می‌شوند و باید به عرف مراجعه کنیم و ملاحظه کنیم که آیا در عرف عقلاً، هبه به معنای تملیک عین است؟ مثلاً شخصی اگر حق تحجیر خود را به دیگری ببخشد یا حق شفعه خود را به شخصی (خریدار) بدون عوض تملیک کند، آیا مردم می‌گویند که حق خود را هبه کرده است؟

به نظر ما بعید نیست که در عرف به این امور نیز اطلاق هبه بشود ولی ممکن است با توجه به اینکه همه فقها فتوا داده اند که در مال موهوبه، عین بودن شرط است، برای ما شبهه مفهومی در صدق هبه رخ بدهد فلذا ادله مشروعیت هبه، شامل هبه غیرعین نخواهد شد.

پس اگر شخصی احرار کند که هبه در عرف منحصر در تملیک مجانی عین است، قائل می‌شود که هبه در این موارد محقق نمی‌شود و اگر احرار کند که هبه عرفاً شامل تملیک غیرعین نیز می‌شود، در این صورت قائل می‌شود که ادله مشروعیت هبه، شامل هبه حق نیز می‌شود، مگر اینکه ادعا شود که با توجه به فتاوی فقها، عموماً و اطلاقات ادله مشروعیت هبه، مخدوش می‌شود، زیرا وقتی که همه فقها فرموده اند که هبه غیرعین صحیح نیست، این مطلب را امری تعبدی که کاشف از قول معصوم است، به حساب می‌آورد که سبب تقیید آن اطلاقات و عموماً می‌شود.

ولی اگر گفته شود که این اجماع و ادعای عدم خلاف، تعبدی نیست بلکه چه بسا برداشت آن‌ها از هبه عرفی، به این صورت بوده است که هبه منحصر در تملیک عین است فلذا فتاوی آنها بر اساس مدرک بوده است که آن مدرک (مفهوم عرفی) به نظر ما مخدوش بوده است، فلذا اجماع آن‌ها نیز حجیتی ندارد ولذا می‌توانیم به اطلاقات تمسک کنیم.

روایت دال بر عدم اختصاص هبه به عین

البته ممکن است ادعا شود که در مقام روایاتی داریم که هبه اختصاص به عین ندارد:

روایت اول: روایت جمیل بن دراج

۱ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ وَهَبَ لِأَبْنِهِ شَيْئاً هَلْ يَصْلُحُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ قَالَ نَعَمْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيراً.^۳

در این روایت سوال شده است در مورد کسی که چیزی را به پسرش هبه کرده است. تعبیری که در این روایت برای موهوب به کار رفته، «شیء» است که اعم است و شامل منافع، حقوق و عین می‌شود.

امام علیه السلام سوال نفرمودند که مقصود از شیء چیست و تفصیلی ندادند و بدون استفصال فرمودند «نعم» فلذا ترک استفصال امام علیه السلام دلالت دارد که هبه حقوق نیز مشروع و جایز است.

لکن این روایت هم از حیث دلالت و هم از حیث سند محل کلام است:

۱ (۲) - التهذيب ۹ - ۱۵۷ - ۶۴۶، والاستبصار ۴ - ۱۰۶ - ۴۰۲.

۲ (۳) - فی التهذيب - (عن هامش المخطوط).

۳. وسائل الشیعة؛ ج ۱۹؛ ص ۲۳۵.



بررسی سندی روایت:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ

طریق شیخ به علی بن حسن بن فضال، در مباحث گذشته بررسی شد و گفته شد که مشتمل بر «احمد بن عبدون» و «علی بن محمد بن زبیر» است و این دو توثیق خاص-ندارد، مگر اینکه از طریق توثیقات عام، وثاقت این دو نفر را اثبات کنیم. البته راه دیگری نیز برای تصحیح سند مرحوم شیخ وجود دارد که مرحوم خوبی فرموده اند و خلاصه آن عبارت است از اینکه: مرحوم نجاشی دو طریق به علی بن حسن بن فضال دارد، که یک طریق آن همین طریق شیخ است و طریق دیگر که متفاوت است، صحیح است؛ فلذا با توجه به اینکه هر دو طریق برای یک دسته روایت بوده اند و یک طریق صحیح است، واضح می شود که طریق دیگر (همین طریق شیخ) نیز که همان روایات را به درستی منتقل کرده است، صحیح بوده است، فلذا اعتبار طریق مرحوم شیخ به علی بن حسن بن فضال اثبات می شود.

بنابراین کسی اگر این راه را نیز بپذیرد، می تواند مشکل سندی طریق شیخ را حل نماید.

مشکل دیگری که در سند این روایت وجود دارد: «جعفر بن محمد بن حکیم» است که در کتب رجالی توثیق خاص ندارد مگر اینکه از راه توثیقات عام، وثاقت ایشان را اثبات نماییم مثل وقوع ایشان در کامل الزیارات و... که این وجوه عامه، بستگی به مبانی افراد دارد.

فلذا اگر کسی این مبانی را قبول داشته باشد، روایت موثقه می شود ولی در غیر این صورت روایت از جهت سندی معتبر نخواهد بود.

بررسی دلالی روایت:

در سوال راوی فرض شده است که شخص به فرزند خود هبه داده است، حال اگر کسی ادعا کند که هبه در عرف، اعم از هبه عین و غیرعین است، در این صورت می توان به اطلاق این روایت تمسک کرد ولی اگر قائل شده باشیم که هبه در عرف و عقلاً منحصر در هبه عین است و یا اینکه در این مطلب شک داشته باشیم، نمی توان به اطلاق این روایت تمسک کرد؛ زیرا که راوی می دانسته است که هبه به چه معنایی است و همان را هم اراده کرده است، فلذا «شیء» نیز عمومیتی که غیر عین را در برگیرد، پیدا نمی کند بلکه مقصود «شیئاً من الاعیان» می شود.

پس اگر شبهه در مفهوم عرفی هبه داشته باشیم، با استناد به ترک استفصال، مفهوم هبه تغییری نمی کند و این شبهه رفع نمی شود.

ولی اگر در مفهوم هبه شبهه نداشته باشیم یعنی پذیرفته باشیم که هبه به معنای تملیک اعیان و غیراعیان، می باشد، امکان دارد به اطلاق روایت تمسک شود، لکن حتی در این فرض نیز اشکال در شکل گیری چنین اطلاقی وجود دارد، زیرا که امام علیه السلام و سائل در مقام بیان مطلبی دیگر هستند و اصلاً در مقام بیان اینکه هر هبه ای ولو از غیراعیان، جایز است یا نه، نیستند بلکه بحث بر سر این است که در هبه دادن به پسر، حق رجوع وجود دارد یا خیر؟ فلذا مفروض این است که هبه مشروع (هبه ای که در روایت مشخص نشده است، چه شرایطی دارد و صرفاً مفروض گرفته شده است که به درستی محقق شده است) بین پدر و پسر محقق شده است، آیا پدر حق رجوع دارد یا خیر؟

پس اولاً در مورد هبه، اگر شبهه مفهومی داشته باشیم، نمی توانیم به این روایت تمسک کنیم و ثانیاً به فرض که هبه اعم باشد، از آنجایی که روایت در مقام بیان صحت مطلق هبه حتی هبه غیرعین، نیست فلذا نمی توان به این روایت برای اثبات صحت هبه حق، تمسک کرد.



روایت دوم: مرسله جمیل

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا فِي الْمَرْأَةِ تَهَبُ مِنْ مَالِهَا شَيْئًا بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا قَالَ لَيْسَ لَهَا.^۱

در این روایت آمده است که «خانمی بدون اجازه شوهرش، چیزی از اموال خودش (اموال خود خانم) را می‌بخشد» پس این روایت اطلاق دارد زیرا که به صورت مطلق گفته شده است «شیئاً» پس شامل غیراعیان نیز می‌شود و امام نیز به صورت مطلق فرموده اند که جایز نیست و استفسالی انجام نداده اند.

بررسی سندی:

اشکال این روایت در ارسال آن است، البته چون این روایت را ابن ابی عمیر با واسطه نقل کرده است، اگر کسی قائل باشد که مرسلات با واسطه ابن ابی عمیر نیز معتبر است، می‌تواند به این روایت استناد کند و یا اگر کسی قائل باشد که نقل اصحاب اجماع کفایت از وثاقت می‌کند و از این طریق وثاقت واسطه‌هایی که معلوم نیستند، اثبات می‌شود، روایت از جهت سندی معتبر خواهد شد.

لکن با صرف نظر از اشکال ارسال در روایت، این روایت مضمرة است، زیرا که در روایت فقط آمده است «قال لیس لها» و قائل مشخص نیست و از طرفی مضمرة جمیل هم نیست که مثلاً ادعا شود که شأن او نقل قول از معصوم بوده است بلکه مضمرة از طرف بعض اصحابنا می‌باشد.

پس اگر قائل باشیم که مضمرات اصحاب حجیت ندارند مگر مضمرات تعدادی خاص از اصحاب که استثنا هستند و مشخص است که در مسائل شرعی فقط سخن معصوم را نقل می‌کرده اند.

گر چه ممکن است برخی اشکالی از جهت مضمرة بودن روایت نداشته باشند، زیرا که قائل باشند که این اضمارها در اثر تقطیع در روایات و خلاصه کردن‌ها ایجاد شده است در حالی که در گذشته مشخص بوده است که از کدام امام روایت را نقل می‌کنند، ولی در هر صورت اشکال «ارسال» در این روایت پابرجا است.

بررسی دلالی:

اولاً در سوال سائل آمده است که «من مالها شیئاً» فلذا مشخص می‌شود که موهوب باید مال باشد، فلذا باید ابتدا بحث شود که آیا «حق» مال محسوب می‌شود یا خیر؟ فلذا اگر کسی قائل باشد که بر حق، مال صدق می‌کند، اشکالی از این جهت، متوجه او نیست، گر چه به نظر ما نیز بعید نیست که حق، مال باشد زیرا که در عرف چنین است که مردم به «حق» رغبت دارند و حاضر هستند که در قبال آن مالی را پرداخت کنند فلذا مشخص می‌شود که برای عرف عقلاً ارزش دارد و مال است ولی اگر کسی همچون مرحوم خوبی قائل باشد که حق چیزی جز حکم نیست، فلذا بر حق، مال صدق نمی‌کند، در این صورت برای مشروعیت هبه حق، نمی‌تواند به این روایت تمسک کند.

ثانیاً: چه راوی و چه امام علیه السلام، در مقام بیان این جهت که موهوب عین باشد یا غیر عین، نبوده اند بلکه صرفاً سوال از این

۱. وسائل الشیعة؛ ج ۲۱؛ ص ۵۱۶



بوده است که هبه ای که مشروع است و از دیگر جهات مشکلی ندارد، آیا باید حتماً با اذن زوج باشد یا اینکه زوج می‌تواند بدون اذن زوج، از مال خودش هبه مشروع انجام دهد؟ پس با این روایت نه مفهوم هبه واضح می‌شود و نه مشروعیت هبه ای که در نزد عرف، هبه محسوب می‌شود، یعنی حتی اگر فرض این باشد که در عرف، به تملیک مجانی حقوق نیز هبه حقیقتاً گفته می‌شود، نمی‌توان از این روایت استفاده کرد که هبه حق، مشروع نیز هست، زیرا که راوی و امام علیه السلام، در مقام بیان مشروعیت هبه عرفی نبوده‌اند بلکه در مقام بیان این مطلب بوده‌اند که آیا شرط صحت «هبه ای که مشروع است» مشروط به اذن زوج است یا خیر؟ ولی اینکه کدام هبه صحیح و مشروع است، در مقام بیان این جهت نبوده است. فلذا به این روایت نیز نمی‌توان تمسک کرد.

نتیجه:

با توجه به این که ممکن است شخص با لحاظ فتاوی فقها، در صدق هبه، به هبه حقوق شک کند و یا اینکه در تمسک به اطلاقات ادله برای اثبات مشروعیت هبه حقوق، شک داشته باشد مخصوصاً با توجه به فتاوی فقها که به این اطلاقات عمل نکرده‌اند، پس با وجود شک، محل جریان اصالت الفساد می‌شود و لذا پولی که در مقابل حق گرفته می‌شود، در ملک شخص مقابل وارد نمی‌شود و لذا اکل مال به باطل می‌شود. مگر اینکه شخصی در صدق هبه به تملیک مجانی غیراعیان شک نداشته باشد و فتاوی فقها را هم ناشی از شبهه در مفهوم هبه بدانند، در این صورت می‌تواند به اطلاقات ادله مشروعیت هبه تمسک کند.

تا اینجا اشکالات اوراق مسکن، در صورتی که تسهیلات بر اساس عقود شرعی و بانکداری بدون ربا باشد ولی همانطور که قبلاً گفته شد، اگر تسهیلات بر اساس صوری سازی باشد، مسلماً مشروعیت اوراق مسکن مخدوش خواهد بود.