

بسم الله الرحمن الرحيم

«مدد الأعلام الأوحدي في فقه الأحكام الجعفری علیہ السلام»

تقريرات خارج الفقه الجعفری
للأستاذ السيد محمود المددی الموسوی

كتاب الاجاره

حقیقة الاجارة

بتحرير الفقير مهدي بهرام بيكي

«کتاب الاجاره»

۱ متن بحث ما کتاب «اجاره» از کتاب عروءه است و بر همین روال عروءه که طهارت را می خواندیم، اجاره را می خوانیم.

قبل از ورود به بحث، مقدمه ای را ذکر می کنیم که هم فی حد نفسه مهم است و هم تا آخر بحث مبنای ما را در اجاره و بلکه معاملات مشخص می کند.

مقدمه: معاملات عرفی و شرعی.

فقها ما کتب فقهی را به دو بخش «عبادات» که عملی باشد که در صحت آن قصد قربت معتبر می باشد و «معاملات» که عبارت است از عملی که قصد قربت در آن شرط نمی باشد، تقسیم می کنند.

معاملات شامل سه بخش: «عقود»، «ایقاعات» و «احکام» می باشد.

«عقد» که متقوم به دو طرف بوده و «ایقاع» هم به یک طرف متقوم می باشد و «احکام» هم از قسم اعمالی است که قصد قربت در آن شرط نمی باشد در عین حال نه از عقود است و نه از ایقاعات مثل مباحث قضاء و شهادت و دیات.

فقهای ما در بحث معاملات به معنای اعم، هر عنوانی را که در معاملات مطرح کرده اند به دو دسته شرعی و عرفی تقسیم می کنند مثل بیع شرعی و عرفی، طلاق شرعی و عرفی، صحت و بطلان شرعی و عرفی. حتی ملک را هم به شرعی و عرفی تقسیم کرده اند. یا ولایت و سلطنت که همه را به شرعی و عرفی تقسیم کرده اند.

فقهها از ابتدا تا انتها دنبال این عناوین به صورت شرعی آن می باشند و می خواهند حد و حدود آن را مشخص کنند. اگر هم دنبال فهم عرفی می روند بخاطر این است که این فهم عرفی، مقدمه ای در کشف از آن عنوان شرعی می باشد اگر از عقد عرفی صحبت می کنند چرا که با کشف آن به کمک مقدمه ای، شرعی آن عقد را هم کشف می کنند.

«عرفی» یعنی عقلائی. وقتی می گویند این «عقد»، عرفی است یعنی عند العقلاء معتبر و صحیح می باشد. وقتی می گویند که این «حق» عرفی است یعنی این حق عند العقلاء معتبر می باشد، وقتی می گویند «ولایت» عرفی است یعنی این ولایت عند العقلاء ثابت است، وقتی می گویند «مال» عرفی یعنی این شیء در نزد عقلاء مال است. مهم عقلائی است چرا که در زبان آیات و روایاتی که در مورد معاملات می آید، مفهوم عقلائی آمده است. لذا منظور از «[احل الله البیع](#)» مراد بیع عقلائی است.^۱

اما مراد از شرع این است که یعنی شارع در بحث معاملات از اول تا آخر خودش دستگاهی دارد ولایتی جدای از ولایت عرفی دارد، حقی غیر از حق عرفی، دارد. رابطه بین این امور شرعی و عرفی نوعاً عموم خصوص من وجه است مثل بیع که یک بیع شرعی داریم که در نزد شرع صحیح است و بیع عرفی یعنی در نزد عرف صحیح می باشد. گاهی بیعی در نزد یکی صحیح و در نزد دیگری فاسد است.

مثل مرحوم خوئی که قائل می باشند که بیع ثمره درخت در روی درخت نزد عرف باطل و در نزد شارع صحیح است.

یا وصیت به تمام مال در نزد عرف صحیح است اما در نزد شرع بیش از یک سوم صحیح نمی باشد. یا اگر شخصی بیعی را انجام دهد به صورت ربوی این بیع عند عرف و عقلاء صحیح می باشد مثلاً کسی یک کسبه گندم مرغوب خود را به چهار کیلو غیر مرغوب یا مرغوب معاوضه کرد، این در نزد عرف صحیح است اما در نزد

^۱ این مطلب در تاریخ ۹۳/۰۱/۲۶ گفته شد.

شارع باطل است. اما گاهی اوقات هم شرعی است و هم عرفی مثل این معاملاتی که در روز مره انجام می دهیم می رویم نون می خریم و

فقها دائما دنبال معامله شرعی بوده اند و اگر هم صحبت از بیع عرفی می کرده اند بخاطر این که می خواستند از آن طریق شریعت را فهم کنند.

لذا می گفتند سلب حق شرعی حرام است اگر حقی عرفی باشد ولی شرعی نباشد این سلب حق حرام نمی باشد.

البته در اکثر اوقات با هم منطبق می باشند.

وقتی داخل اجاره شده اند باز این روال را ادامه داده اند. مثل اینکه اجاره در نزد عرف، تملیک المنفعت بعوض بوده است معلوم است که عرفی است دنبال این بوده اند که آیا شارع این را امضاء کرده است که شرعی شود یا خیر؟

یا اگر شرعا این اجاره صحیح است لازم است یا جائز؟ معلوم است که در نزد عقلاء لازم است لذا بحث می کرده اند در لزوم و جواز آن در نزد شارع.

حال اگر لزوم شرعی آن اثبات شد، فقیه می رود سراغ این لزوم که آیا به نحو اطلاق است یعنی در تمام افراد لازم است یا در بعضی موارد شارع آنرا لازم قرار داده است؟

لذا دائما دنبال اثبات شرعی آن بود اند.

فقها دائما برای اثبات امور شرعی اینطور جلو می رفته اند: بعد از اثبات عرفی آن می گوید که عند العرف عقدی است لازم و شارع نسبت به این سیره سکوت کرده است به عبارت دیگر این سیره بالوجدان محرز است و این سکوت شارع نیز بالوجدان محرز است و از این نتیجه می گیرد که این عقد عند الشارع هم لازم است. البته به ضمیمه مقدمه ی سوم دیگر که این دو را کنار هم بگذارد و پیوند دهد.

این ذهنیت رایج بین فقهاء است که مشخص است که این ذهنیت در تمام فقه اثر گذار می باشد.

لذا اگر شک کنیم در صحت و فساد معامله ای در نزد شارع و امضاء را نفهمیم باید در شبهات حکمیه به اصالة الفساد رجوع کنیم.

مناقشه فی کلام المشهور: عدم قبول العقلاء بما هم واحد لهم سلوک واحد فی کل زمان.

این ذهنیت را قبول نداریم.

توضیح:

العقلاء عند المشهور: عرف عام له سلوک واحد، فی طول الزمان^۱.

اینها هر معامله ای را به عرفی و شرعی تقسیم می کرده اند و منظورشان از عرف، عرف عام می باشد و مقصود از این عرف عام، عقلاء بما هم عقلاء است یعنی قائل بودند که جمیع عقلاء بدون در نظر گرفتن مذهب و آیین و سنن و زمان و مکان... دارای سلوک و ارتکاز واحدی می باشند^۲ مثلاً گفته اند که در نزد تمام عقلاء حیازه و احیاء مملک است و بیع صحیح است و اجاره لازم است.

وقتی که عند العقلاء اینطور می باشد و این سلوک در بین عقلاء است یا شارعی که التفات تام و اشراف کامل دارد، یا آن مخالفت می کند یا خیر اگر مخالفت کرد می شود شرعی و اگر موافقت کرد می شود شرعی و عرفی می باشد.

^۱ این را با مراجعه به کلمات فقهاء در جاهای مختلف فقه و ... این را به وضوح می یابیم که این معنا از عقلاء در ارتکاز اینها بوده است. و هر یک از فقهاء با مراجعه به ذهن خودش چون خود را از عقلاء می داند هر چه را تشخیص دارد عقلائی می داند و اگر کسی هم غیر او حرف می زد می گفت که اشتباه کرده است مثل تشخیص معانی عرفی.

^۲ اگر چه ممکن است در بعضی اوقات به خاطر شرائط خاصی دست از این سلوک بردارند اما این ارتکاز از بین نمی رود.

اگر شارع با مملکیت حیازه مخالفت کرد، عند الشارع مملک نمی باشد که در این صورت ماهی مال انسان ماهیگیر است در نزد عقلاء اما در نزد شارع مال کسی نمی باشد.

اگر مردی رفت زنش را طلاق داد در نزد عرف این زن خلیه است اما شارع می گوید تا تمام شدن سه قرء متزوجه است. مردی از دنیا می رود این زن در نزد عقلاء و شارع خلیه است اما شارع می گوید تا چهار ماه و ده روز نمی تواند ازدواج کند.

مناقشه: العقلاء عندنا، احترام سلوک عرف، عند سایر العقلاء^۱.

در اعتقاد ما عقلاء به این بیانی که مشهور می گویند درست نمی باشد چرا که اصلاً چنین سلوکی وجود نداشته و در صورت بودن، قابل اثبات نمی باشد و ریشه این اشتباه مشهور، در فهمشان از عقلاء می باشد.

ما با کدام از قسمت این ذهنیت موافقت نمی کنیم؟ با این قسمت که عقلاء به ما هم عقلاء سلوکی دارند ما چنین واقعیتی عینی در خارج نداریم که عقلاء از اول تا آخر معاملات سلوکی را داشته باشند مثلاً عند العقلاء بدون در نظر گرفتن هر خصوصیتی زمان و مکان، حیازه مملک است و احیاء مملک است، اتلاف سبب الضمان است، ید سبب الضمان است، غرور و تلف من اسباب الضمان است، عقد بما هو عقد عند جمیع العقلاء، از عقود لازم است. یعنی اینطور نمی باشد که در هر آداب و سنن و مذهبی و جغرافیایی تمام اعراف دارای سلوکی واحد می باشند - کما اینکه مشهور اینطور می گویند چرا که خواهیم گفت که اگر این را نگویند بعدها دچار اشکال خواهند شد.

^۱ منظور اکثر قریب به اتفاق عقلاء زمان آن سلوک عرف خاص می باشد لذا ما خارجاً نداریم که دیده شده باشد که در مقابل سلوک عرف خاصی عقلاء آن زمان دو دسته شده باشند. و تشخیص اینکه آیا سایر اعراف این را احترام می گذارند این گاهی به مناسبت حکم و موضوع اطمینان حاصل می شود که دیگر اعراف هم این را مورد احترام قرار می دهند یا با استقراء بعضی از این اعراف کفایت می کند که برای ما اطمینان حاصل شود که دیگر اعراف هم موافقت می کنند.

لذا این است که فقهای ما در اولین مرحله که در مقام فهم سیره عقلاء می باشند چرا که در نظر فقها خوشبختانه شارع خیلی مخالفت نکرده است یعنی همین که سیره مشخص شود و شارع مخالفت هم نکرده باشد، این کفایت می کند برای شرعی شدن آن، اگر گفتیم اتلاف ضمان آور است می رویم ببینیم که شارع مخالفت کرده است یا خیر و اگر دیدیم که مخالفت نکرده است این می شود شرعی.

اشکال ما در تصور اینها از عقلاء است ما می گوئیم که ما چنین سلوکی را نداریم چرا که اولاً ما شاهی نداریم که در تمام ازمان و امکان قبول داشته اند که مثلاً اتلاف ضمان آور است و یا عقد بیع لازم است.

ضمن اینکه ما شواهدی بر علیه آن داریم در قدیم امکان اطلاع بر امکان دیگر نبود چرا که ارتباط کالعدم بود در این سرزمین وسیع در منطقه منطقه انسازهایی به صورت شهر و روستا زندگی می کردند و ۸۰ درصد در روستا زندگی می کرده اند شاید در صد سال قبل دو درصد در شهرها زندگی می کرده اند.^۱ با توجه به این مطلب خیلی کم در روستا اتفاق می افتاد که شخصی در روستا بدنیا بیاید و روستای مجاور مطلع شود لذا در روستا بزرگ می شد و ازدواج می کرد و در همان روستا می مرد افراد خیلی کمی بودند که به ده فرسخی از آنطرف منطقه خودشان بروند. اگر در آداب و سنن معاملات مردم تأمل کنید می بیند که آداب عجیبی دارند در بعضی جاها هبه مخصوص به اشیاء منقول است اما باغ و خانه را نمی توان هدیه داد بلکه باید با پول تملیک کنید نه مجاناً.^۲ در بعضی از جاها ازدواج که از ایقاعات است می تواند چند بار از مرد صادر شود و همه این ازدواجها صحیح است خلاف بعضی از جاهای دیگر اگر کسی مخفیانه رفت کسی را گرفت بعد از مشخص شدن، زن اول مطلقه است و دیگر نیاز به طلاق نمی باشد. یا در بعضی مناطق همجنس گرایی جایز است یا در بعضی مناطق دیگر یک زن می تواند با چند مرد ازدواج کند بخلاف مرد که ازدواج دومش باطل است. یا در مثل

^۱ یک قوم بسیار کوچک که چند هزار سال قبل به فلات ایران آمده اند و بعد ایرانیها نوعاً به اینها بر می گردند.

^۲ در آمریکا تملیک املاک غیر منقول عرفاً و قانوناً باطل است.

ارث که در بعضی از عرفها اموال فقط مال همسر یا پسر بزرگتر است یا در بعضی عرفها فقط به پسر می رسد نه مال دختر. مثلا در قضاء و حکومت در قضاوت سیره سلوک خیلی متفاوت است.

یا تفاوتهایی که در شرائط است مثلا در بعضی از جاها باید بعد از معامله دست بدهند تا بیع محقق شود یا در بعضی دیگر می توانند با مادر خود ازدواج کند و شبیه این مسائل. تازه ما در مقام تحقیق بر نیامدیم و به صورت اتفاقی اطلاع بر اینها پیدا کرده ایم.

این سلوکهای متفاوت در بین اعراف بخاطر شرائط خاصی شکل می گیرد و امور ناخودآگاهی است.

لذا این است که اگر در این شواهد و قرائن تأمل شود مطمئن می شویم نه تنها شاهدی بر سلوک واحد بین عقلاء نداریم بلکه موافق اعتبار همین است که ما مجموعه ای از اعراف خاصه را داریم و این اختلافات خیلی زیاد باشد لذا ما چنین چیزی نداریم که عقلاء بما هم عقلاء سلوک واحدی داشته باشند بلکه مشترکاتی دارند اما اختلافات آنها خیلی زیاد است پس ما مجموعه ای از اعراف خاص را داریم - که بعدا توضیح خواهیم داد که منظور از این عرف خاص چه می باشد - که اینها در معاملات به معنا اعم قواعدی دارند که گاهی بین چند عرف توافق است اما نکته ای که خیلی مهم است این است که گاهی سلوک یک عرف از جانب دیگر اعراف همان زمان مورد احترام قرار می گیرد که اگر مورد احترام واقع شد ما به این می گوئیم عقلائی نه اینکه آنها هم این سلوک را انجام می دهند.

منظور از اعراف هم این است که مثلا اگر پنج عرف در یک سلوک مشترک باشند و بقیه اعراف چنین سلوکی را نداشته باشند این پنج عرف می شوند یک عرف و دیگر اعراف سایر اعراف محسوب می شوند.

مثلا اگر در عرفی تمام اموال به زن می رسد اگر دیگر اعراف آن را مورد احترام قرار گرفت یعنی دیگر اعراف اگر بخواهند اموال میت را بخرند از آن زن می خرنند، این می شود عقلائی.

لذا عقلائی در نظر ما آن سلوک عرفی است که از جانب همه عقلاء مورد احترام است.

یک مثال دیگر مثلا اگر یک مجوسی با مادر خودش ازدواج کرد این ازدواج عقلائی است نه اینکه دیگر عقلاء هم با مادر ازدواج می کنند خیر بلکه دیگر اعراف آن زمان به این سلوک احترام می گذارند یعنی دیگر اعراف، مادر را مزدوجه می دانند و با او ازدواج نمی کنند. اما اگر فرض کنید یک مسیحی با مادر خودش ازدواج کند می گوئیم این ازدواج غیر عقلائی است چرا که با اینکه هر دو یک واقعه است اما چون در بین مسیحیت این ازدواج باطل است، این سلوک عقلائی نمی باشد. البته مادامی که این مسیحیت از این عرف جدا نشده باشد.

البته در این مثال خاص مشهور هم این ازدواج مجوسی را درست می دانند اما مشهور بخاطر روایت لکل قوم نکاح و ما علی القاعدة این ازدواج را درست می دانیم. لذا یک عمل می تواند در یک عرفی عقلائی باشد، اما در عرف همان عمل و سلوک، دیگر عقلائی نباشد.

مثلا در یک عرفی اموال میت به زن می رسد و در یک عرف به پسر بزرگتر می رسد در اینجا در دو عرف دو عمل متفاوت در یک واقعه ی واحدی، عقلائی می باشد. یا ازدواج موقت که منحصر به عرف شیعیان است این از مواردی است که عقلائی است و سایر اعراف به این ازدواج احترام می گذارند و زن و مرد در این ازدواج متزوجه می باشند نه خلیه^۱ و در اعراف دیگر با اینکه این عمل را خودشان انجام نمی دهند و در عرف خودشان باطل است اما در عرف شیعه این را امضاء می کنند.

^۱ بدین معنا که اگر هم شخصی در دیگر اعراف به او تجاوزی کند این را تجاوز به زن شوهر دار می دانند نه تجاوز به زن خلیه.

اما اگر عرفی خاص سلوکی داشته باشند که مورد احترام دیگر اعراف نمی باشد، این دیگر عقلائی نمی باشد مثلاً گفته شده است که در بعضی از اعراف اولاد مانند شتر و شتر مرغ و دیگر اموال پدر، مال پدر است لذا الان در عرف خود می توانند ولد را خرید و فروش می کنند اما در سایر اعراف آیا این را مورد احترام قرار می دهند یعنی می روند این ولد را از پدر می خرند؟ خیر این سلوک این عرف را مورد احترام قرار نمی دهند و مال آن پدر نمی دانند. لذا این عمل و سلوک، عقلائی نمی باشد. نه از او بچه را می خرند و نه معامله آن را مورد امضاء و احترام قرار می دهند لذا از لحاظ قضائی جایز به پیگیری و بررسی می دانند.

پس مهم در عقلائی بودن احترام یک سلوک عرفی در نزد اکثر اعراف دیگر باشد یعنی عقلاء در نزد ما سلوکی است که در نزد عقلاء مورد احترام باشد نه مورد عمل^۱.

البته مهم نمی باشد منشاء این سلوک چه می باشد و لو منشاء ارزشی نداشته باشد ضمن اینکه مراد این نمی باشد که این امور عقلی می باشند، خیر عقلاء سلوکی را انتخاب می کنند که حافظ نظام اجتماعی آنها باشد لذا ممکن است که تشخیص داده باشند که هم جنس گرایی حافظ نظام است و لو بر اساس شهوت به این امر رسیده باشند، این می شود عقلائی.

حتی ملاک قانون هم نمی باشد مثلاً اگر در عرفی خرید و فروش مواد مخدر می کنند و امری است کاملاً مورد قبول عرف آن زمان اما قانون همان جامعه از آن منع می کند، این خرید و فروش در نزد ما عقلائی است. مگر اینکه قانون باعث شود که عرف هم تغییر کند و عرفی تشکیل شود که در آنجا امر قانونی، عقلائی هم می باشد.

^۱ ممکن است کسی اشکال کند که اشکالی که بر عقلاء در نزد مشهور کردید بر تفسیر خودتان از عقلاء هم وارد است و ان اینکه شما گفتید که عقلاء به تفسیر مشهور اگر هم وجود داشته باشد قابل اثبات نمی باشد چرا که قابل استقراء نمی باشد در مورد تفسیر خود شما هم این اشکال می آید که چطور می خواهد اثبات شود که اکثر اعراف خاصه دیگر این عمل عرف خاص را مورد احترام قرار می دهند؟ جواب اینکه ما فی الجملة که به اعراف دیگر مواجهه می کنیم و می بینیم که مورد احترام قرار می دهند و نکته ای هم در مخالفت نمی بینیم لذا این اطمینان برای ما حاصل می شود که دیگر اعراف هم این طور می باشند بخلاف تفسیر مشهور که این اطلاع بر اختلافات زیاد بین اعراف در زماننا هذا، دیگر این اطمینان را برای ما نمی آورد که سلوک واحدی من الادم الى القيامة بین اعراف وجود داشته و خواهد داشت.

یک مثال واقعی: مالکیت اموال دزدیده شده توسط مؤمن و عدم احترام آن در نظر سایر اعراف.

فقه‌های امامیه می‌گویند که اگر مسلمانی اموال غیر مسلمان را بدزد از نظر شرعی مالک است. فرض کنید که این در بین مؤمنین هم پذیرفته باشد. چون ما اعتقاد داریم که این امر شرعی نمی‌باشد^۱ - لذا در نظر فقها مالک این فرش می‌شود دزد لذا از این دزد مؤمن فرش را می‌خرند نه از آن کافر. آیا این سلوک در بین دیگر اعراف مورد احترام است؟ خیر در بین سایر اعراف مالک این فرش همان شخص اول یعنی کافر است لذا از او می‌خرند.

پس ملاک عقلائی بودن عمل و سلوکی، احترام و عدم احترام در نزد سایر اعراف می‌باشد و این امور وجدانی ما می‌باشد و ما بر این امر دلیلی نداریم و تنها منبھاتی و شواهدی می‌آوریم کما اینکه مشهور هم دلیلی نیاورده اند.

این معنایی که ما گفته ایم اعم است از عقلائی در نزد مشهور چرا که امور عقلائی آنها در نزد ما عقلائی می‌باشد بخلاف عقلائی در نزد ما که در نزد آنها ممکن است عقلائی نباشد.

۲ نکات احترام و عدم احترام سلوک عرفی در نزد دیگر اعراف:

احترام و عدم احترام به سلوک یک عرف در نزد دیگر اعراف به چند نکته بستگی دارد:

^۱ در نظر ما از نظر مؤمنین هم مورد احترام نمی‌باشد و نه‌بایاتا در نظر خداوند دزدی جایز است و چوب نمی‌خورد نه این که مؤمن مالک باشد بلکه همان کافر مالک باشد.

^۲ ۹۳/۱۲/۲۰

نکته اول: عدم تعدی به حقوق دیگران.

این سلوک تعدی به حقوق دیگران نباشد. لذا به همین دلیل است که این سلوک مسلمانان بر اینکه دزدی از غیر مسلمان جایز است را امضاء نمی کنند و احترام نمی گذارند. البته بر فرض اینکه این امر عرف بین مسلمین شده باشد.

نکته دوم: عدم تنافی با کرامت انسانی.

گاهها یک سلوک تعدی به حقوق دیگران است، اما با کرامت و حق انسانی منافات نداشته باشد مثل اینکه در عرفی انسانی مملوک دیگران باشد مثلا زوجه مملوک زوج باشد اگر چه ممکن بود در سالها و اعصار قبل این را قبول می کردند اما در زمان ما چون با کرامت انسانی مخالف است این را امضاء نمی کنند.

اگر چه ممکن است در سالها و اعصار بعد این را امضاء کنند. یعنی دائما اعراف زمان این سلوک را در نظر می گیریم چرا که ممکن است که این سلوکها یا این احترام و عدم احترامها تغییر پیدا کند.

موقف الشارع عند هذه المعاملات:

بر می گردیم به شارع مقدس.

شارع مقدس که نبی اکرم ﷺ باشد و ائمه عليهم السلام مبین کلمات شارع مقدس می باشند، در مقابل این عناوین و معاملات سه موقف می تواند داشته باشد عقلا:

اتخاذ الموقف من الشارع:

شارع موقف پیدا کرده است مثل اینکه البيعان الخيار ما لم يفترقا و یا صاحب الحيوان بالخيار الى ثلاثة ايام، نهی کرده است از وصیت زائد بر ثلث، یا نهی النبي عن البيع الغرر.

سکوت و عدمه و هو علی قسمین:

سکوت و عدم بیان و عدم الموقف که در اینجا دو صورت دارد:

جعل هذه العناوين موضوعا للحکم الشرعی^۱:

یکبار این عناوین را موضوع قرار داده است مثلاً گفته است احل^۲ الله البيع و حرم الربا، اوفوا بالعقود، لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا عن تکرارة عن تراض. تجارت را موضوع حلیت اکل قرار داده است.

لم يجعل هذه العناوين موضوعا للحکم الشرعی:

اما گاهی موضوع حکم شرعی هم قرار نداده است: مثل خيار غبن، اجاره^۳، پاره ای از عقود داریم که اصلاً در احادیث در مورد آن چیزی نیامده است مثلاً بیع ازماني در زماننا هذا که در مورد آن در روایات ما چیزی نیامده است، بله اگر این را عقد بدانیم و موضوع اوفوا بالعقود باشد، و منظور از اوفوا وجوب باشد در اینجا موضوع حکم شرعی است، یا مثل بیع سر قفلی در صورتی که تحت اوفوا بالعقود قرار نگیرد.

اما در جایی که شارع سکوت کرده است و موضوع حکم شرعی هم قرار نداده است.

اقوال الفقها فی القسم الثانی:

فقها در اینجا چه گفته اند؟ فقها دو دسته شده اند.

^۱ نه موضوع حکم شرعی تکلیفی و نه وضعی مثل لزوم و عدم لزوم.

^۲ منظور جواز تکلیفی است که حلیت باشد.

^۳ در روایت آمده است اما موضوع حکم شرعی قرار گرفته نشده است.

الطائفة الاولى: ان سكوتہ امضاء للعقد العقلانی ان كان في عصر و المكان الشارع.

فقهها در اینجا بعضی گفته اند که سکوت ظهور دارد که آنچه در بین عقلاء است، را امضاء کرده است البته به شرطی که در عصر و مکان شارع که عصر معصومین علیهم السلام و حجاز^۱ باشد، آن معامله تجسد خارجی داشته باشد یعنی در مرآی و منظر ایشان باشد مثل سر قفلی که در عصر شارع تجسم نداشته است که بعضی سعی کرده اند که به اجاره برگردانند. دلیل اینها عرفی است که اگر کسی کاری انجام دهد که در حیطة طرف باشد و طرف سکوت کند، این ظهور در تأیید آن کار دارد مثلاً در مقابل استاد سوالی پرسیده شود و شما جوابی دهید در مقابل استاد اگر این جواب غلط باشد باید استاد تصحیح کند و اگر تصحیح نکرد این امضاء این جواب است.

الطائفة الثانية: سكوتہ امضاء مطلقاً.

بعضی دیگر گفته اند که هر سکوتی از شارع در مقابل معاملات عقلانی، ظهور در امضاء آن عقد دارد و لو در عصر معصوم علیهم السلام تجسد نداشته باشد، مثل سر قفلی اگر بر نگردانیم به عقودی که در عصر و مکان معصوم علیهم السلام تجسد داشته است، یا مثل بیع ازمانی یا بیمه که ذهن فقها را خیلی به خودش مشغول کرده است که حقیقت آن چیست.

نکته این قول این است که اگر شارعی آمده است که اعتقاد دارد تا روز قیامت شارع است و شریعتی آورده اند که تا روز قیامت جاری و معتبر است کما اینکه در روایت هم داریم: «حلاله حلال الی یوم القيامة و حرامه حرام الی یوم القيامة»، یعنی اگر دینی ازلی و ابدی آورده باشد و در مقابل یک سیره و سلوک مقطعی که و لو ده هزار سال بعد بیاید، و لو به نحو کلی سکوت کرده باشد -

^۱ معلوم نمی باشد که امام رضا علیه السلام به حدی در خراسان بوده اند، که سکوت ایشان ظهور داشته باشد کما اینکه در این دوران روایات فقهی زیادی نرسیده است.

نه به علم غیث نه لازم نمی باشد که به علم غیث تکیه کند چرا که به علم غیث می داند که ده هزار سال بعد چیزی به عنوان بیمه می آید ولی لازم نمی باشد که بر آن تکیه کند. ، و در مورد عقود بعد می تواند وظیفه ما را مشخص کند، در عین حال این کار را انجام ندهد مثلاً می توانست بگوید «لکل قوم یا زمان عقود» یا «حرم کل عقود یأتی فی المستقبل». لذا حال که سکوت کرده است و چیزی نفرموده است این ظهور دارد که این عقود عقلائی را امضاء کرده است.^۱

۲ مناقشة:

این فرمایش حتی بنا بر قبول مبنای اینها در عقلاء، قابل قبول نمی باشد. فقها مرادشان از شرعی عند الشارع و عند الشریعة می باشد نه عند المتشرعه و دائماً دنبال معاملات و عناوین شرعی هستند مثلاً وقتی می گویند این معامله صحیح است یعنی این معامله عند الشارع صحیح است و در معاملات شرعی برای اینها عند الشارع مهم است و وقتی می گویند این معامله باطل است یعنی باطل عند الشارع است و برای اینها باطل عند الشارع مهم است ما با اینها موافقت نکردیم چرا که گفتیم این صحت و بطلان و این عناوین که فقها شرعی درستش می کنند، تا عرفی و به تبع آن عقلائی نشود هیچ اثری بر آن بار نمی شود حتی ما قبول هم بکنیم که معامله ای عند الشارع باطل است اما عند العقلاء صحیح است، آثار صحیح عند الشارع بر آن بار می شود یا اگر در نزد عقلاء باطل است و نزد شارع صحیح است آثار شرعی عقد باطل بر آن بار می شود.

برای توضیح آن، آن را در قالب یک مثال تطبیق می کنیم:

^۱ در تاریخ ۹۳/۱/۱۹ خلاصه ای از مطالب قبل ارائه شد و مطلب تازه ای گفته نشد.

^۲ ۹۳/۱/۲۰

فرض کنید که بیع ربوی است که عند المسلمین فرض کردیم که صحیح است - اگر عند المسلمین باطل باشد خوب دقت کنید در نزد عقلاء باطل می باشد لذا برای تفکیک بیع شرعی از عقلائی با توجه به اینکه در نزد شارع بیع ربوی باطل است، باید فرض کنیم که عند المسلمین صحیح است تا صحیح عقلائی شود - ، منتها محرم است اما اهمیتی ندارد لذا این احکام در دایره حکم وضعی است لذا تحریم اثری ندارد لذا یکی از فقها وقتی به ادله شرعی رجوع کرد دید در نزد شارع باطل است. خوب این سوال پیش می آید که اگر در نزد شارع باطل است چرا در نزد مسلمین صحیح است؟ چون اذهان مسلمین را همین فقها می سازند، فقها بر اساس برداشت خودشان که به باور من اشابه بوده فکر می کردند که بیع ربوی در نزد شارع حرام است اما صحیح است کما اینکه در نزد مشهور فقها قرض ربوی صحیح است اما حرام است، اما فقیهی رجوع کرد دید که در نزد شارع هم بیع ربوی علاوه بر اینکه محرم است، باطل هم است برخلاف مسلمین؛ در اینجا فاصله می افتد بین عقلائی و شرعی چرا که عقلاء به شرعی نگاه نمی کنند به عرف رجوع می کنند. خوب من در عمل شخصی خودم آثار صحیح را بر آن بار کنم یا باطل را؟ - حرمت آن مسلم است بحث در مورد صحت و بطلان است - شخصی می رود برنج می خرد و من مقلد کسی هستم که می گوید صحیح است در نزد مسلمین و محرم و باطل در نزد شارع، برنج زید از راه بیع ربوی به دست او رسیده است. ما باید آثار بیع صحیح را بر آن بار کنیم.

توضیح ذلک:

ما رجوع به ادله می کنیم. یکی از آثار عقد صحیح، بنا بر آیه شریفه او فوا بالعقود^۱ وجوب وفاء به عقد می باشد و فرض می کنیم که مفاد آن لزوم عقد است. در فقه مطرح شده است که این آیه که می گوید که وفاء به عقد واجب است این منظورش عقد صحیح است یا مطلقاًست؟ فقها گفته اند که وفای به عقد صحیح واجب است و

^۱ البته این مثال فرضی است چرا که اطلاق این آیات را قبول نکردیم و گفته اند که مفاد این آیه وضعی است نه تکلیفی اما ما فرضاً جلو آمدیم.

آیه اطلاق ندارد که حتی باطل را هم بگیرد. چطور اطلاق ندارد با این که لفظ صحیح در آن نیامده است؟

دو تقریب گفته شده است که ما هم قبول کرده ایم که خودتان رجوع کنید.

این آیه شریفه گفته است که صحیح لازم است کدام صحیح؟ صحیح عند العقلاء یا عند الشارع یا مطلقاً یعنی یکی از هر دو باشد کفایت می کند یا اینکه خیر باید هر دو صحت را داشته باشد؟

در نزد فقها ما دو صحت داریم یکی شرعی و یکی عقلائی اما در نزد ما سه صحیح وجود دارد یکی عرفی و یکی عقلائی و یکی هم شرعی اما عرفی را هم برای عقلائی می خواستیم لذا عرفی بما هو عرفی به درد ما نمی خورد^۱ بلکه مهم برای ما شرعی و عقلائی می باشد لذا در نزد ما هم دو صحت است.

این مسئله مثل مسئله قبلی نمی باشد، که فقها اتفاق داشته باشند که منظور بیع صحیح مراد است بلکه فقها دو دسته شده اند^۲:

گروهی گفته اند مراد از صحت، صحت شرعی می باشد یعنی از این آیه استفاده می شود بر شما وفای به عقد صحیح عند الشارع لازم است.

بعضی گفته اند که خیر وفای به عقد صحیح عند العقلاء لازم است لعل مشهور قول دوم است چرا که مشهور از فقهای هم که در ذهن من است قائل به این قول می باشند. چرا؟ بعداً خواهیم گفت. ما هم تابع قول دوم شدیم.

حالا که صحیح عند العقلاء شد حالا اگر صحیح عند العقلاء، باطل عند الشارع بود چه می شود؟ فقها گفته اند که اطلاق این آیه به قرینه منفصله ادله ای که می گوید این عقد عقلائی و بیع ربوی باطل است، تخصیص می خورد و این آیه در بیع ربوی

^۱ در جایی که عرفی داریم که در نزد سایر عقلاء مورد احترام قرار نگیرد در اینجا سه چیز داریم شرعی، عرفی و عقلائی اما به درد ما نمی خورد.

^۲ قول سوم و چهارم از احتمالات است اما قائلی ندارد.

حجت نمی باشد و بیع ربوی واجب الوفاء نمی باشد. یعنی آن قرائن منفصله به لسان عرفی می گوید که آن عقد صحیح عقلائی که گفتیم واجب الوفاء است، شامل اینجا نمی شود.

ما با مشهور موافقت کردیم الا در این نکته آخرش یعنی تخصیص را قبول نکردیم. گفتیم که هیچ تنافی بین آن ادله منفصله ی بطلان بیع ربوی و آیه شریفه که گفته است عقد صحیح عقلائی واجب الوفاء است، نمی باشد.

گفته ایم که این آیه اطلاق دارد و آن دلیل بطلان نمی تواند مخصص این آیه افوا بالعقود باشد و این هم یک جهت عرفی دارد چرا که عمل عقلائی جنبه اجتماعی دارد که در مورد رابطه شخص با شخص است بخلاف امر شرعی که جنبه شخصی دارد و در مورد رابطه خدا با شخص است.

نکته این است که شارع که گفته است بیع ربوی حرام است، مراد بطلان و حرمت شرعی است و آیه شریفه هم می گوید که عند العقلاء صحیح است خوب این دو که با هم تنافی ندارد حتی تنافی عرفی بلکه عرف می گوید که شارع باید در معاملات و احکام عرفی آن جنبه عرفی و اجتماعی را در نظر بگیرد نه جنبه شخصی آن را.

لذا هیچ گونه دلالت التزامی بر تخصیص این آیه نداریم.

نکته: وجه خروج هذا الردع مع الزام المكلف بالعمل به.

اما این نکته را دقت کنید که در ما نحن فیه که در نزد عقلاء صحیح است و در نزد شارع باطل است سوال می شود که اگر شارع به ما می گوید وفاء به عقد عند العقلاء لازم است چرا بطلان را برای بیع ربوی اعلام و جعل کرده است این که می شود لغو؟ برای خروج از لغویت گفته می شود که شارع در باب احکام وضعی می تواند دخالت کند و این دخالتش از باب ورود است یعنی می تواند با این وضع و اعلامش عقلاء را عوض می کند یعنی اگر فقها متوجه این بطلان می شدند و فتوا به بطلان می داد، مسلمین هم حکم به بطلان می کردند و در نزد عقلاء هم باطل می شد یعنی شارع با

احکام خود کاری می کند که موضوع عوض می شود و همین مقدار برای خروج از لغویت کفایت می کند یعنی و لو اینکه این جعل و اعلامش در آینده اثر گذارد کفایت می کند که لغو نباشد.

علت عدم انتباه الفقهاء بعدم التنافی مع التوجه بأن الردع شرعی و الإلزام عقلانی.

اما یک چیز باقی است که مگر فقها متوجه نبودند که صحت عقلانی و بطلان شرعی تنافی ندارد چرا آن ادله را مُخَصِّص آیه شریفه می دانستند؟

مثالی در ذهن فقها بود و در ذهن آنها جا افتاده بود که آن اشتباه بود و آن اینکه که اگر شارع گفت بیع ربوی باطل است و عند المسلمین هم باطل بود اما عند غیر المسلمین صحیح بود می گفتند این عقد شرعا باطل است و عقلاء صحیح است در حالیکه این عقد عقلاء هم باطل است.

دقت کنید اگر عند الشارع بیع ربوی باطل است و عند المسلمین هم باطل بود، آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» در نزد ما شامل بیع ربوی نمی شود چرا که در نزد اینها خروجش تخصیصی بود و در نزد ما تخصیصی بود. چرا تخصیصی بود؟ چرا که وفاء به عقد صحیح عند العقلاء، به مفاد این آیه لازم است و اگر به برکت بطلان شرعی، در نزد مسلمین هم بیع ربوی باطل بود، عند العقلاء هم باطل می شد پس اصلا شامل این بیع نمی شد که برای خروجش نیاز به مخصص باشد. لذا فقها چون می گفته اند که بیع ربوی عند المسلمین باطل است و عند العقلاء صحیح است خروجش از آیه تخصیصی می شد. و این غلط است چرا که گفتیم وقتی عند المسلمین باطل باشد، عند العقلاء هم باطل است لذا خروجش تخصیصی می شد.

بله این ارتکاز خروج بیع ربوی از آیه شریفه درست بود اشتباه اینها در تفسیر این خروج بود که می گفتند که تخصیصی است در حالیکه در نزد ما تخصیصی بود.

^۱ به هر دلیل که مسلمین تبعیت کردند و لو به خاطر بد فهمیدن اینکه این آیه معامله آنها را هم می گیرد البته نباید بخاطر لابلالی گری باشد، این اهمیتی ندارد که چرا تبعیت کردند مهم تبعیت آنها و ساخته شدن عرف است.

فرض کنید فقیهی دیده است عند المسلمین باطل است و عند العقلاء هم باطل است و نگاه به ادله کرده است دیده است که فقها بطلان را اشتباه فهمیده اند و آنچه که بوده حرمت بوده است نه بطلان، لذا فتوا به صحت می دهد و این فتوا باعث می شود که نسبت به مقلدین این شخص که مقلدین زیادی هم دارد عرف تشکیل می شود. در نتیجه نزد عقلاء در بین مقلدین ایشان این بیع ربوی درست است - البته به شرط اینکه در بین عقلاء این کمیت و کیفیت مقلدین را عرف بدانند - و مورد احترام قرار می دهند. و این ثمره ی این اختلاف بین تخصص و تخصیص است.

اما موقف شارع در موارد دیگر انشاء الله در بحثهای آینده گفته خواهد شد.

حقیقة الاجارة:

کلمه «اجاره»: گفته شده است که اصلش به معنای أُجْرَة و أجر العمل بوده است که اگر چه صیغه اش به این معنا نمی خورد اما در اصطلاح فقها اسم یک عقدی است. اضافه در اینجا اضافه بیانی است مرحوم سید در عروه ابتداء این عقد اجاره را توضیح داده است که این عقد اجاره چه می باشد؟

... و هي تملك عمل أو منفعة بعوض،

و يمكن أن يقال إن حقيقتها التسليط على عين للانتفاع بها بعوض،...

فقها در این که مصداق اجاره کجا است؟ کجا نمی باشد اختلاف ندارند اختلاف در بیان و فهم این اجاره است که حقیقت این اجاره چه می باشد؟ مثلا من می روم خانه را اجاره می کنم و مدت تمام شد و اجاره هم تمام شد و دیگر نمی توانم از این خانه استفاده کنم. در این عقد اجاره چه اتفاق افتاد؟ معاوضه ای بین دو طرف صورت گرفت

شد یا خیر؟ آیا مالی از مستأجر^۱ به موجر یا بالعکس منتقل شد یا خیر؟ اگر منتقل شد آن مال در حقیقت چی بوده است؟

اینها خیلی مهم است که حقیقت عقدی را درست بفهمیم. اما برای فهم درست باید در مثالهای مختلف و ارتکازات آنقدر بگردیم تا زمانی که حقیقتی بگوییم که تمام ارتکازات و امثله را پوشش دهد لذا اتفاق می افتد که گاهی برای عقدی حقیقتی گفته می شود که این حقیقت در بعضی از امثله درست از آب در نمی آید. ما نمی خواهیم جعل اصطلاح کنیم و عقدی را بسازیم تمام همت ما این است که عقد اجاره را بفهمیم. عقد اجاره ای که در نزد فقها عبارت بوده است: «تملیک منفعة او عمل بعوض».

^۲ مرحوم سید قبل از اینکه وارد شوند در بحث اجاره، اجاره را تعریف کرده است که حقیقت آن چه می باشد؟ اجاره به عنوان یکی از عقود که در بین افراد رایج است و شایع است حقیقت آن چیست؟

تعاریف سید از اجاره و رابطه آن با حقیقت اجاره:

مرحوم سید سه تعریف ارائه داده است:

یک: تملیک عمل بعوض.

دو: تملیک منفعة بعوض.

سه: التسلیط علی عین للانتفاع بها بعوض.

سه تعریف را در اینجا ذکر کرده است.

بینیم رابطه اینها با حقیقت اجاره چه می باشد؟

^۱ یعنی طالب الأجرة.

^۲ ۹۳/۱/۲۷.

انواع اجاره در خارج: اجاره الاعیان و الأموال و اجاره الأشخاص و العمل.

اجاره که اسم یک عقد است در خارج بر دو قسم می باشد:

اجاره بر اعیان و اجاره بر اعمال.

در اجاره بر اعیان که شخص مالک که موجر به آن گفته می شود مالی از اموال و عینی از اعیان را به عنوان اجاره به دیگری واگذار می کند. این را اصطلاحاً می گویند اجاره یا ایجار الاعیان.

اگر زید خانه خودش را به عمرو اجاره دهد به زید می گویند موجر و به خانه می گویند عین مستأجره و به عمرو می گویند مستأجر.

در مقابل قسمی از اجاره است که اجاره عین نمی باشد بلکه اجاره بر عملی می باشد مثل اینکه شخصی خودش را اجاره می دهد که نماز بخواند یا روزه بگیرد یا لباسی را خیاطه کند یا بنائی کند یا عملگی کند یا ابزار یا وسیله ای را تعمیر کند یا یخچالی سوخته تعمیر کند یا کولری را سرویس کند. خدمات بیشتر در جایی گفته می شود که اثری بر آن می باشد مثلاً یخچال را تعمیر می کند اما در نماز و روزه دیگر اثری نمی باشد. گاهی به آن اجاره اشخاص می گویند و گاهی اجاره عمل می گویند. در قدیم که عبد و امة بوده است، عبد را اجاره می داده اند که این از قبیل اجاره اشخاص نبوده است بلکه از اقسام اجاره اعیان و اموال بوده است چرا که عبد و امة در قدیم از اموال و اعیان بوده اند.

که این قسم شد اجاره ی عمل.

خوب اینکه جناب سید سه تعریف داده است دو تعریف مربوط به یک قسم است و یک تعریف مربوط به قسم دیگری می باشد. جناب سید تعریفی که شامل هر دو قسم شود نداده است این هم از اموری است که لعل اشعار به این داشته باشد که اجاره اگر حقیقت واحدی بود می توانستیم تعریف واحدی ارائه دهیم نکند به عدد این اقسام دو

نوع عقد می باشند اما فقها از یک تعبیر اجاره استفاده می کنند کما اینکه عرف هم برای هر دو یک تعبیر می کنند.

پس تعریف سید جامع دو قسم نبود بلکه تعریف اول ایشان، مربوط به قسم دوم که اجاره بر اعمال بود و تعریف دوم و سوم ایشان مال قسم اول که اجاره اعیان بود، می باشد.

خیلی مهم است که ما در واقع حقیقت عقد اجاره را پیدا کنیم فقها اگر یک فرد اجاره را پیدا کردند که اسمش اجاره بود اما از حقیقت اجاره خارج بود دلیل صحتش دچار اشکال می شود.^۱

در واقع ما می خواهیم عقد عرفی را بفهمیم که بتوانیم احکام و شرایط آن عقد را بر آن بار کنیم.

پس دو تعریف سید یکی مربوط به اجاره اعیان و اموال است و یکی مربوط به اجاره اعمال و اشخاص.

^۱ در همه معاملات این طور است مثلاً بیع ازمانی. بیع حقیقتی دارد حال بیعی پیدا شده است که در عرف به آن بیع می گویند خوب اگر حقیقت بیع شامل آن نشود که در این صورت دیگر «احل الله البیع» آن را نمی گیرد و باید برویم دنبال دلیل دیگر البته این در صورتی است که حقیقت امری برای ما جزمی شود یعنی جزمی شود که حقیقت بیع در نزد عرف این بوده است و الا خود این امثله را اگر دیدیم در نزد عرف از یک سنخ هستند یعنی بیع ازمانی در نزد عرف مانند دیگر بیعیها می باشد در اینجا باید برگردیم و تعریف دیگری بکنیم و حقیقت را تغییر دهیم. اما در نظر ما نیازی نیست که دنبال دلیل برویم بلکه هر چی در عرف صحیح باشد احکام شرعی صحت بر آن بار می شود. چرا که به عنوان مثال آیه شریفه «اوفوا بالعقود» بالعقود می گوید که این عقد لازم الاجراء است اما در نظر مشهور ما نیاز به دلیل امضاء داشتیم و این آیه شریفه و دو آیه دیگر که در قرآن می باشد که عبارت باشد از «احل الله البیع» و «تجارة عن تراض» زمانی می توانند دلیل امضاء باشند که از آنها حکم وضعی و صحت وضعی فهمیده شود در حالیکه ما از اینها حکم تکلیفی فهمیدیم مثلاً در بیع ازمانی «اوفوا بالعقود» که این را نمی گیرد، چون مفاد آن حکم تکلیفی است دو دلیل دیگر هم شامل آن نمی شود چرا که بیع ازمانی حقیقتاً نه بیع است و نه تجارة.

پس دلیل امضاء فقها چیست؟ خوب فقها در اینجا قاعده کلیی دارند به نام اصالة الفساد که مال شبهه حکمیه است یعنی هر عقدی که دلیل امضاء نداشته باشد محکوم به فساد است و در شبهات مصداقیه اصالة الصحة دارند. البته ما اصالة الفساد، در شبهات حکمیه که برگشت آن به استصحاب است را قبول نمی کنیم بر خلاف اصالة الصحة که قبول کردیم که این را هم صحة عند العقلاء معنا کردیم.

بله مگر اینکه گفته شود خود «اوفوا بالعقود» بالالتزام دلالت می کند بر امضاء. ما چون دلالت التزامیه را قبول نکردیم امضاء را نفهمیدیم. و لکن ما امضائی نشدیم و این مشکل ما را حل کرده است.

ما شرعی نمی باشیم و همین که عقلاء درست شود برای ما کفایت می کند فقط می خواهیم ببینیم که آثار شرعی بر آن بار می باشد یا خیر؟ یعنی در واقع معنای عناوینی که در آیات و روایات است، معنای عرفی و عقلائی می باشد.

اما اجارة الأعیان و الأموال:

اجاره اعیان گفتیم که مالی از اموال را به دیگری اجاره می دهیم مثل اینکه این خانه را به کسی به یک دینار یکساله اجاره می دهیم، کتاب را اجاره می دهیم به دیگری. اجاره دادن کتاب و ماشین امر متعارفی است.

برای اجاره بر اعیان دو تعریف ذکر شده است که توضیح دهیم:

تعریف اول: تملیک منفعة بعوض.

دقت کنید عقود را که یک نحو قرار داد است علماء تقسیم می کنند به دو قسم:

انواع العقود: عقود تملیکیه و عقود عهدیه یا اذنیه.

در عقود تملیکیه یعنی در عقودی که ما مالی را منتقل می کنیم به دیگری^۱ یا شیئی را از خودمان منتقل می کنیم به دیگری.

انواع عقود تملیکیه: عوضیه و مجانیه.

که خودش دو نوع است: عقود عوضیه و عقود مجانیه.

گاهی اوقات من مالی که تملیک می کنم مع العوض است و گاه مجانیه است گاه ساعت را به زید می بخشم که این عقد تملیکی مجانیه است. عقدی که من باید تملیک کنم و او باید تملیک من را قبول کند.

اما گاه این ساعت را با او مصالحه می کنم یا به او می فروشم، این می شود عقود معاوضیه. همه عقود معاوضیه تملیکی است که عقد تملیکی معاوضی به آن می گویند که من ساعت را تملیک به زید کردم در واقع اما تملیک بلا عوض نمی باشد بلکه تملیک بعوض می باشد.

^۱ چون در آینده خواهیم گفت که در تملیک آنچه مهم است این است که مالی را به دیگری منتقل کنیم ولو این مال در ملک ما نباشد مثل تملیک مال بچه توسط ولی به دیگری بدون اینکه ولی وکالتی از طرف بچه داشته باشد.

عقد اذنیة:

عقد اذنی مثل مزارعه و مضاربه و امثال اینها که این عقود عهدیه و اذنیه است. دراذهان و ارتکاز فقهای ما این بوده است که اجاره ی اعیان از عقود معاوضیه ی تملیکیه می باشد. این از کجا در ذهن اینها بوده است.

این در ارتکاز^۱ واضح است که وقتی خانه را اجاره داده اید مثلاً مستأجر یک دینار به من می دهد در ازاء اجاره خانه من این یک دینار را مالک شده ام یا خیر؟ قطعاً مالک شده ام.

وقتی که مالک شدم همینجوری مالک شده ام یا خیر معاوضه ای صورت گرفته است؟

معلوم است که به ارتکاز روشن است که در اجاره خانه به یک دینار مالک این دینار قطعاً می شوم.

این که مالک شده ام به چه چیزی مالک شدم؟ به عقد اجاره. مع المعاوضه بود یا مجاناً؟ مع المعاوضه.

خوب در قبال چی؟ خانه که در ملک من است لذا اگر من بمیرم خانه می رسد به ورثه من.

ما بالازاء چی بود؟ پس این روشن است که از عقود تملیکیه است و معاوضیه است این جای تردید نمی باشد اما ما بالازاء چیست؟ تعبیر مشهور این است که ما بالازاء منفعت این خانه است. من تملیک کردم به مستأجر در ازای یک دینار منفعت این خانه و منفعت به ملک او منتقل شد که این تملیک عوض و دینار در یک آن حاصل می شود.

^۱ برای فهم حقائق عناوین معاملی باید به امثله و حالت‌های مختلف مراجعه کرده و آنها را بررسی کنیم تا آن ارتکاز را از ذهن عرف در بیاوریم.

مرحوم میرزای نائینی ارتکاز معاملاتی ایشان خیلی قوی بود لذا تا الان در معاملات به کلمات میرزا مراجعه می شود و مرحوم ایروانی هم ارتکازش خیلی قوی بوده است لذا ایشان که یک کتاب اصولی داشته است و یکی فقهی، کسی به کتاب اصولی ایشان مراجعه نمی کند اما به کتاب فقهی ایشان رجوع می کرده اند مثل مرحوم خوئی خیلی عنایت داشته اند که به حاشیه مکاسب ایشان با تمام دقت مراجعه کند اما احتمالاً کتاب اصولی ایشان را یکبار هم نگاه نکرده است.

مرحوم میرزای نائینی که ارتکازات معاملیشان قوی بوده است گفته است فرق بین بیع و عقود تملیکی با میراث در این است که ملکیت یک علقه و یک طناب اعتباری است که این طناب اعتباری یک سرش دور کمر مالک بسته می شود و یک سر آن دور کمر مملوک یعنی این عقد علقه ای است اعتباری بین مالک و مملوک. ایشان در بیع می گفتند که در واقع این علقه و طناب را از دور کمر مملوکها باز می کنند به دو کمر دو مملوک دیگر بسته می شود یعنی جابجایی بین مملوکها می باشد مثلاً من این کتاب را به یک دینار می فروشم، آن طناب را در یک آن از دور کتاب باز می کنم و در همان آن سر طناب دیگر را از دینار باز می کنم و در همان آن سر طنابی که به کتاب بسته شده بود را به دینار می بندم و سر طناب دیگر را که به دینار بسته شده بود در همان آن به دور کمر کتاب می بندم. اما در میراث بالعکس است یعنی طناب که دور کتاب بسته شده است، باز نمی کنم بلکه از دور کمر مالک کتاب باز می کنند و به دور کمر وارث من می بندند. در میراث مالکین جا به جا می شوند اما در معاوضه، مملوکها جا به جا می شوند. البته در این مثال دقت زیادی شده است که می گفت در ارتکازات مالکها گاهی جایگزین می شوند و گاهی مملوکها جایگزین می شوند قصه ما هم همین طنابها می باشد که سر یک طناب واضح است که دور کمر یک دینار است اما سر طناب دیگر دور کمر چی بسته شده بود که از دور آن باز شد و به دور دینار بسته شد. مشهور فقها گفته اند که این منفعت است. گفتند که حقیقت آن منفعت است یعنی منفعت خانه را با یک دینار معاوضه کرده ام.

دو اشکال به تعریف مشهور در اجاره (تملیک منفعة بعوض):

در این جا دو اشکال است:

اشکال اول: تملیک جایگزینی بین دو ملک است آیا منفعت ملک می باشد؟

در ارتکاز این است که در معاوضات همانطور که از مرحوم نائینی گفته شده است جایگزینی معاوضه بین دو مال و دو مملوک است آیا اصلاً من مالک منفعت این خانه بوده ام یا خیر که حالا می خواهم معاوضه کنم با آن یک دینار؟

جواب مشهور: منفعت ملک است.

مشهور فقها گفته اند که من مالک منفعت می باشم به این صورت که در سیره عقلاء وقتی عین را مالک نمی شوی، مالک منفعت آن هم می شوی مثلاً یک خانه و یا یک ماشین و یا یک کتاب و عبا می خری شما در واقع هم مالک آن شیئی و عین آن هستی و هم مالک منافع هستی مالک منافع تا ابد می باشی. حتی من همان آنی که خانه را می خرم منفعت امسال که سال نود و سه را فقط مالک نمی باشم بلکه تا ابد منافعش ملک من است یعنی منافع دویست هزار سال آینده ی آن را همین الان مالک می باشم. لذا اگر من این منافع این خانه را در وقتی که من یقیناً در آن زمان زنده نمی باشم تملیک کنم اشکالی ندارد مثلاً امسال سال ۱۳۹۳ است مثلاً می گویم الان این خانه را در سال ۱۵۹۳ به او اجاره می دهم، یعنی عقد اجاره این خانه در سال ۱۵۹۳ را الآن می بندم، چرا که لازم نمی باشد زمان عقد به زمان اجاره متصل باشد. خوب در اینجا من فوق اطمینان دارم که عادتاً تا آن زمان زنده نمی باشم لذا بعد از مرگ من این خانه با منافع آن منتقل می شود به ورثه من منتهای منفعت یک سال آن که منفعت سال ۱۵۹۳ باشد. چرا که ملک من نبود که منتقل شود به ورثه من.

این اشکالی که بوده است در این بوده است که این منافع را مالک باشد، که فقها گفته اند مالک است.

جواب بعضی از فقها: عدم عرفیت ملکیت بر منفعت و کفایت ولایت در تصرف در صحت عرفی تملیک.

بعضی از فقها اشکال کرده اند که در عرف انسان مالک منافع نمی باشد. ما برهان نداریم که مالک است یا خیر و محذوری هم ندارد که مالک منافع هم باشد اما وقتی به ارتکاز خودمان مراجعه می کنیم می بینیم که مالک منافع نمی باشد وقتی من عینی می خرم مثلا فرشی می خرم دو یا سه مملوک نمی باشد بلکه فقط من مالک یک شیء و مملوک که عین باشد می شوم. یعنی حاکم به این قضیه عرف است که می گوید شما مالک نمی باشید و هیچ کس دیگر هم مالک نمی باشد.

اما اشکال چطور جواب داده می باشد که در معاوضه و تملیک باید جای دو شیء و مملوک عوض شود در حالی که من منفعت را مالک نمی باشم، خوب دقت کنید که اگر عقد اجاره فرض کنید حقیقت آن تملیک منفعت باشد کدام آیه وارد شده است که در بابی که فقها اسمش را گذاشته اند معاوضات و تملیک یک شیء، من مالک آن باید باشم بلکه فقط کافی است که عرف این تملیک من را امضاء کند. اگر من مالک نباشم که اشکال عقلی پیش نمی آید فلسفه که نمی باشد. بلکه باید عرف این معامله و تملیک من را صحیح بداند و همینکه مالک عین ولایت بر منافع دارد یعنی می تواند در منافع تصرف کند - که از آن تعبیر می کنیم بر سلطنت یا ولایت عرفیه -، همین مقدار کفایت می کند که تملیک را امضاء کند کما اینکه در ولی بچه ولایت و وکالت نمی باشد^۱ و واقعا من می فروشم در حالیکه من مالک نمی باشم فقط من ولایت بر تصرف دارم به خاطر ولایتی که بر مالک این مال دارم. مثلا سکه را می فروشم برای مخارجش در حالیکه من وکیل از جانب او نمی باشم، مالک سکه هم نمی باشم بلکه بچه مالک است اما تملیک کار من است و عرف هم امضاء می کند بدون هیچ اشکالی یعنی در عرف این معامله را صحیح می داند.

^۱ چرا که مالک اصلا شعور ندارد، که وکالت دهد.

یعنی در تملیک نیاز نمی باشد طرف معاوضه مال من باشد بلکه همینکه ولایت در تصرف داشته باشم، کافی است.

در اینجا هم خیلی غیر عرفی است که من مالک این کیف باشم الی یوم القيامة. فقها این جواب و مثال را مبسوطا در اینجا بیان نکرده اند و در جای دیگر به مناسبت بیان کرده اند اما باید قبول کنند.

۱ اشکال دوم: این تعریف یعنی تملیک امر معدوم که غیر عرفی است.

گفته شده است اگر تملیک منفعت باشد اینطور می شود که مثلا من منافع سال ۹۴ این خانه را به کسی اجاره می دهم. در عقد اجاره لازم نمی باشد زمان اجاره به زمان عقد متصل باشد من الان این خانه را اجاره می دهم در سال ۹۴ و الان سال ۹۳ است. گفته شده است این منافع این خانه در سال ۹۴ موجود نمی باشد وقتی منافع موجود نمی باشد امر معدوم را چه طور تملیک می کنم؟ چرا که غیر عرفی می باشد و لو مستحیل نمی باشد. چون تملیک امر واقعی نمی باشد لذا تملیک امر معدوم، غیر عرفی است. مثل تملیک مالی که هنوز حاصل نشده است و عن قریبا حاصل می شود. یعنی عرف امر معدوم را تملیک نمی کنند و در نزد عرف این تملیک باطل است لذا از این ارتکاز بر عدم معامله بر امور معدوم نتیجه می گیریم که اجاره از قبیل تملیک منفعت معدومه نمی باشد.

جواب از این اشکال: مقصود از منفعت صلاحیت و قابلیت است نه منفعت خارجی.

از این اشکال دو جواب داده اند که ما یک جواب را متعرض می شویم که دیگران هم پذیرفته اند: و آن اینکه آن منفعتی که ما تملیک می کنیم منفعت خارجی نمی باشد مراد ما صلاحیت است مثلا در خانه به این صورت می شود که این خانه صلاحیت برای سکونت را دارد و من این صلاحیت را تملیک می کنیم.

خوب دقت کنید این خانه صلاحیت برای سکونت سال ۹۴ را همین الان دارد چرا که اگر سال ۹۴ آمد و خانه خراب شد کشف می شود که همان قبل این صلاحیت را نداشته است و اجاره باطل بوده است.

یعنی صلاحیتهای سالهای بعد را الان و فعلا دارد^۱ و من این صلاحیت فعلی و موجود را تملیک می کنم لذا مانند مرحوم خوئی و مدرسه ایشان و من تبع صلاحیت و قابلیت شده اند. مرادشان از منفعت، منفعت خارجی و سکونت خارجی نمی باشد بلکه صلاحیت برای سکنی است منفعت اسب صلاحیته لركوب و منفعت عبا صلاحیته للبس و منفعت کتاب صلاحیته للقراءة می باشد.

ما همین صلاحیت را تملیک می کنیم به دیگران.

پس تعریف عبارت شد از تملیک الصلاحية و القابلية بعوض.

التعريف الثانى للأجارة على العين ب«تسليط على العين للانتفاع بعوض»:

مشهور تعریف دیگری برای اجاره اعیان گفته اند: «تسليط على العين للانتفاع بعوض».

تسليط یعنی اعطاء السلطنة که یک حق اعتباری است - نه سلطنت تکوینی - در قبال عوض و اجرتی که به ما می دهد ما این را اعطاء می کنیم که می شود اجاره البته سلطنتی محدود بر انتفاع نه هر تصرفی که می خواهد بکند. مالک و موجر سلطنتی مطلق و نامحدود دارد اما بخشی از سلطنت خودش را با دیگری معاوضه می کند که سلطنت بر انتفاع است نه سلطنت بر بیع و تخریب و وقف و

^۱ و لو که الان این خانه پر می باشد - البته مخروبه نمی باشد - باز صلاحیت دارد و همین استفاده دیگری دلیل بر داشتن صلاحیت است.

تعریف اجارة الاعمال ب«تملیک عمل بعوض»:

در اجاره بر اعمال گفته اند: «تملیک عمل بعوض» ما وقتی موجر می شویم که برای یک نفر یک سال روزه بگیریم و نماز بخوانیم چه جا به جا می شود معنایش این است که من مالک هزار تومان در ذمه مستأجر می شوم و مستأجر مالک یکسال نماز در ذمه من می شود لذا من باید ما فی الذمه را به دیگری تملیک کنم و او هم ما فی الذمه خودش را بر من تملیک کند.

آیا حقیقت اجاره با این دو تعریف (تملیک برای اعیان و اعمال و تسلیط برای اعمال فقط) تمام است یا خیر؟

حقیقة الاجارة عندنا:

می خواهیم این دو اجاره را یک جا بحث کنیم که حقیقت اجاره در ذهن ما چیست؟ یعنی یعنی وقتی اجاره بر اعیان و اعمال صورت می گیرد چه اتفاقی می افتد و چه جا به جایی صورت می گیرد به جای اینکه وارد کلمات دیگران شویم این را توضیح می دهیم و بعضی از حرفهای گذشته نقدش هم مشخص می شود.

خوب دقت کنید ما وقتی که به عقد اجاره نگاه می کنیم در عقد اجاره ما باید یک ارتکازاتمان را بیان کنیم که با همه ارتکازات ما هم خوانی داشته باشد.

در عقد اجاره چه در اجاره بر اعیان و چه اجاره بر اعمال، اگر اجرة معین باشد آیا جناب موجر مالک می شود یا خیر؟ مثلا دقت کنید من خانه خودم را به زید اجاره می دهم به ازای این فرش شما. او هم قبول کرد آیا این عقد اجاره محقق شد یا خیر؟ ارتکاز ما این است که محقق شد الان این فرش در ارتکاز عرف ملک کیست؟ ملک موجر است. این در ارتکاز ما روشن است که ملک موجر است.

حالا این را در اجاره اعمال در نظر بگیرید مثل این که زید گفت که من تو را به یکسال نماز و روزه به ازاء این فرش اجاره کرده ام. این فرش ملک کیست؟ مال موجر است و فکر نمی کنم که کسی تردید در این بکند که مال موجر است.

حال اگر این اجرة به جای یک شیء معین، کلی باشد مثلاً خانه را یکساله اجاره دهم به هزار دینار و دیگری هم قبول کرد. من موجر، مالک چه شده ام؟ مالک هزار دینار در ذمه مستأجر. نماز و روزه هم مثل همین هاست اگر گفت من تو را برای یکسال نماز و روزه اجیر کردم به هزار دینار من هم قبول کردم من موجر مالک هزار دینار در ذمه مستأجر می باشم.

پس تا اینجا در ارتکاز ماست که به عقد اجاره جناب موجر مالک اجرة معین و کلی می شود که قبل از عقد اجاره من مالک آن هزار دینار نبوده ام اما به عقد اجاره من مالک شدم. این در ارتکاز است و نمی شود این را تردید کرد.

حال کسی بگوید که قبض هم معتبر است این مهم نمی باشد و بحث ما نمی باشد بلکه بحث ما در جایی است که اجاره با تمام شرایط حاصل شود که من جمله از شرایط قبض است یعنی تحقق آن را فرض کرده ایم.

اما برویم سراغ مستأجر که آیا مالک می شود یا خیر؟

این در سیره و ارتکاز عرف و عقلاء در باب اموال است که عرف و عقلاء مالی از اموال خودشان یا ذمه ای از ذمه خودشان را مشغول نمی کنند الا اینکه یک ما بازاری داشته باشد شما وقتی در ارتکاز عرف دقت کنید می بینید که وقتی در معاملات غیر مجانی چیزی را می دهد، باید چیزی را در جایش پر کند.

ارسطو می گوید که طبیعت از خلأ می ترسد^۱ لذا تا چیزی خالی شود، جایش پر می شود. اینطور نمی باشد که چیزی را بدهیم و جایش را پر نکنیم و خلأی ایجاد شود.

^۱ این مثال تلمبه بود که تلمبه هوا را خالی می کرد و طبیعت با آب آن خلأ را پر می کند.

این ارتکاز است که ما اموال را به کسی بی خودی تملیک نمی کنیم یا ذمه را تملیک کنیم بدون ما بازاری در مقابلش.

حتی در خوردن و سیگار کشیدن که به معنای از بین بردن مال است اما در این آتش زدن مال، لذت و منفعت می برد و جای آن را لذت و منفعت پر می کند.

حقیقة ما بازاء الأجرة فی إجارته:

سوال این است که مستأجر در اجاره اعمال و در اجاره بر اعیان مالک چه می شود؟ در اجاره بر اعمال محتمل عمل است که به ذمه بیاید و چیزی دیگری در ذمه نمی آید چرا که من موجر عین نمی باشم که مستأجر بخواهد مالک من شود.

یعنی او مالک یکسال نماز و روزه در ذمه^۱ من موجر می شود^۲.

منتها این مالک این عمل می شود این توضیحی و صوری دارد که در چندین صورت می شود که این عمل را فرض کرد که در جای خودش می آید.

این در اجاره بر اعمال بوده که محتمل عرفی یکی بیشتر نبود اما در اجاره بر اعیان محتملات عرفی بیش از یکی می باشد.

فی الإجارة علی الاعیان:

محتملات عرفی در این ما بازاء اجرة اجاره بر اعیان چند تاست؟ چهار تا می باشد.

یک: منفعت العین.

دو: الانتفاع بالعین.

سه: السلطنة علی العین للانتفاع بها.

^۱ عمل مالیت دارد و بر ذمه می آید.

^۲ یک بنده خدایی فوت شده بود و احتیاط می کرد که وصیت کرده بود چندین صد سال برای او نماز و روزه بخوانند و این بخاطر وسواسی او بود که نمازهای خودش را چندین بار در زمان حیاتش قضا کرده بود و الان هم گفته بود که شاید این اجیرها شرایط را رعایت نکنند نزدیک چهار برابر عمرش وصیت کرده بود. که با مقداری که در زمان حیاتش خوانده است حساب کرده ایم. وصیت کرده بود که ۲۴۰ سال برای او نماز و روزه قضا کرده اند که به احتساب سن بلوغش، زمان تکلیفش می شد ۶۰ سال.

چهار: حق الانتفاع بالعین.

این چهار احتمال عرفی است و الا احتمالات دیگری هم می باشد که غیر عرفی می باشد.

ببینیم از این چهار تا کدام ملائم با ارتکاز ما در اجاره و سایر ارتکازات ما می باشد.

۱ الاحتمال الأول: المنفعة و فیها معینین:

اما احتمال اول که منفعت باشد که برای آن دو معنا ذکر شده است:

المعنى الاول: الصلاحية و القابلية.

معنای اول این است که صلاحیت این خانه را برای سکونت یا صلاحیت این ماشین برای رکوب را منفعت می گویند که آنطور که در ذهن من می باشد اولین بار مرحوم آقای خوئی این را مطرح کرده اند و عجیب این است که بعد از ایشان هم همه از ایشان تبعیت کرده اند. یعنی این صلاحیت ملک مستأجر می شود چرا که احتمال دوم در منفعت اشکالاتی دارد و ایشان گفته اند که مراد فقها از منفعت این صلاحیت و قابلیت می باشد.

مناقشة: ان المالکة للصلاحية امر غیر عرفی.

انصاف این است که این خیلی دور از ارتکاز است و در ارتکاز هیچ عرفی نمی باشد که من مالک صلاحیت می شوم و اصلاً قابلیت یک سنخ امری است که مملوکیت آن با ارتکاز نمی سازد مثلاً این کتاب قابلیت دارد للمقروئیه این قابلیت آن می شود ملک من. ملکیت یک امری است که به هر امری تعلق می گیرد واقعی، وهمی، وجودی و ... اما قابلیت در نظر ما از امور واقعی است.

حتی اگر به عرف هم گفته شود ذهن عرف استنکار می کند که من وقتی که خانه را اجاره می کنم قابلیت و صلاحیت این خانه برای سکونت می شود ملک من.

البته این معنای اول نسبت به معنای دوم دورتر از ارتکاز و غیر عرفی تر است.

المعنى الثانى: المنفعة الخارجية.

معنای دوم این است که مقصود از منفعت، آن منفعت خارجی است مثلاً وقتی که شما در یک خانه ای زندگی می کنید این خانه یک منفعت تدریجی دارد بنام مسکونیت که آنآباً معدوم و موجود می شود. مسکونیت در این لحظه و مسکونیت در لحظه بعد که هی حاصل شده و معدوم می شود. این مراد از منفعت می باشد.

مناقشة: هذا كذلك غير عرفی بنکتین:

این هم خلاف ارتکاز است به چند نکته:

۱- این منفعت در زمان عقد اجاره موجود نمی باشد و امری است عدمی مثل مسکونیت سال ۹۴.

۲- این مسکونیت متقوم به خانه ی تنها نمی باشد بلکه متقوم به ساکن است یعنی این وصف حین الانتفاع حاصل می شود یعنی اگر کسی آمد و در خانه ساکن شد این وصف مسکونیت را پیدا می کند یعنی در قدرت من نمی باشد یعنی اگر مستأجر ساکن شد خانه وصف مسکونیت^۱ را پیدا می کند. یعنی امری که دست من موجد نمی باشد بلکه دست مستأجر است را به او تملیک کنم. در آینده خواهد آمد که مستأجر حق انتفاع دارد اما انتفاع بر او واجب نمی باشد لذا می تواند که ساکن نشود لذا این وصف می تواند اصلاً ایجاد نشود.

پس این معنای دوم از احتمال اول هم با ارتکاز عرف نمی سازد.

در تعبیر که سکنی الدار و رکوب الدار آمده است گفته شده است مراد وصفی است که متقوم به عین و وصف او باشد که می شود مسکونیت و معنی ندارد که ساکنیت مراد باشد که وصف مستأجر است و در دست من نمی باشد که تملیک به مستأجر کنم.

^۱ مسکونیت که متقوم به عین و خانه است یعنی وصف خانه می باشد، نه ساکنیت که ساکنیت متقوم به مستأجر است و وصف

پس این احتمال به دو معنایش نمی تواند مراد باشد.

الإحتمال الثانی: الإنتفاع و له ایضا معنیان المحتملان:

در احتمال دوم مراد این است که موجر مالک الانتفاع شود. یعنی انتفاع را او مالک است منتها این انتفاع را که مالک است انتفاع یک عنوانی برای فعل شخص مستأجر است یعنی زمانی که منتفع شود اما در مقام ملکش می تواند این فعل را ایجاد کند و می تواند ایجاد نکند. انتفاع اسم فعلی است برای مستأجر او مالک این انتفاع است وقتی مالک انتفاع است اگر در خانه نشست استیفاء کرده است و فعل را انجام داده است و اگر نشست تقویت کرده است. یعنی این فعل و انتفاع را تملیک می کند که امری است متدرج چطور در باب اجاره بر اعمال گفته شد که موجر فعل خودش را تملیک می کند در ذمه خودش، در اینجا هم موجر انتفاع را تملیک می کند به او. این خود انتفاع است نه حق الانتفاع که احتمال چهارم است.

این تملیک الانتفاع بالعین للغير دو احتمال در آن است:

المعنی المحتمل الاول: الانتفاع المملوک للمستأجر الذی یکون فی ذمة الموجر.

یکی اینکه انتفاع مستأجر از این عین، مملوک مستأجر است اما انتفاعی که در ذمه من موجر است. یعنی من موجر انتفاع او را در یک سال به ذمه می گیرم یعنی مملوک می شود در ذمه من.

این خیلی مهم است که وعاء مملوک چیست؟ واقع، وهم، وجود، ذمه یا اعتبار؟ یعنی انتفاع را به ذمه می گیرم یعنی او می شود مالک ذمه من یعنی انتفاع سال ۹۴.

اگر این صورت باشد الان مملوک در ذمه من موجود است که وجود اعتباری دارد اما وقتی سال ۹۴ شد او مالک ذمه من است که برای استیفاء و اخذش نیاز به ذمه ندارد یعنی مستأجر خودش می تواند ما فی الذمه من را قبض کند و برود داخل خانه

بنشیند و نمی خواهد که من او را ببرم و در خانه بنشانم. یعنی من فقط در وفاء به ما فی الذمه ی خودم کافی است که خانه را در اختیار او قرار دهم.

المعنى المحتمل الثانى: الانتفاع الخارجى المعدوم.

انتفاع خارجى که بعد موجود می شود و فعلا معدوم است را تملیک می کنم.

هر دو مبعده دارد:

المناقشة فى الإحتمال الأول: ان تمليک عمل الغير المذمومة الى الغير غير عرفى.

مبعدهش این است که انسان ما فی الذمه اش را تملیک کند در معاملات رایج است اما عمل دیگری به ذمه خودش بگیرد و به دیگری تملیک کند این غیر عرفی است انتفاع عمل مستأجر است و عمل موجر نمی باشد من عمل مستأجر را که در اختیار من هم نمی باشد، به ذمه بگیرم و به او تملیک کنم.

المناقشة فى الإحتمال الثانى: تمليک الأمر المعدوم الى الغير غير عرفى خاصة فيما إذا كان المعدوم للغير.

این هم امری است غیر عرفی چرا که به این معنا انتفاع امری است معدوم ما گفتیم تملیک و مملوکیت امر معدوم عقلا محذوری ندارد اما نوعا غیر عرفی می باشد که از همین الان مالک فعل خودش در یکسال بعد شود. خصوصا این که در اینجا این فعل فعل خودش هم است. از همین الان مالک آن انتفاعی که فعل خودم است، شوم بازاء پولی که به موجر داده ام. لذا این هم با ارتکازات عرفی نمی سازد.

الاحتمال الثالث: السلطنة على العين للانتفاع بها.

احتمال سوم: احتمالی که سید در متن به آن اشاره کرده است: «السلطنة على العين للانتفاع بها» این قید «الانتفاع بها» را زده است که بگوید سلطنت خاصی است که سلطنت در انتفاع باشد.

سلطنت از حقوق است یک امر اعتباری است یعنی جناب مستأجر مالک سلطنت شود در ازاء اجرتی که به من تملیک کرده است مالک سلطنت بر عین شود البته در دایره انتفاع فقط.

مناقشة: ان الغرض الاصلی عند العرف فیها، الانتفاع بها لا السلطنة التي تكون آله و طریقاً له.

این احتمال سوم از احتمالات اول و دوم عرفی تر است منتها یک مشکله ای دارد که آن را غیر عرفی می کند. غرض اصلی در اجاره سلطنت بر عین نمی باشد بلکه انتفاع بر عین می باشد آن سلطنت یک وسیله است برای انتفاع. در واقع آنچه که غرض اصلی است مورد ملکیت و معاوضه واقع نشده است بلکه غرض آلی و طریقی تملیک شده است که این غیر عرفی می باشد. تمام الغرض انتفاع به عین است نه سلطنت.

اما الإحتمال الرابع و المختار: حق الانتفاع.

در این احتمال حق الانتفاع را به او تملیک می کند.

می دانید حقی که ما داریم دو قسم است:

تارة حقوقی است که ما داریم و این قابلیت اسقاط را دارد.

تارة حقوقی است که قابلیت اسقاط را ندارند.

در این حقوقی که قابل اسقاط نیست از قبیل مملوکیت آن حق می باشد^۱ یعنی آن حق ملک من است.

ملکیت حقی است بین مالک و مملوک منتها یک حقی است که شخص تصمیم گیریش نسبت به آن محدود است. رابطه مستحکمی است در بین عرف به عنوان مثال

^۱ خواه این مملوکیت کلی باشد یا جزئی قابل اسقاط نمی باشد. یکی از حقوقی که قابل اسقاط نمی باشد آن حق انتفاعی است که موجر و مالک به این خانه دارد که در عین حال از مملوکات و اموال موجر نمی باشد اما چون ربطی به ملکیت دارد و کآن که این حق را از شئون عین مملوک می بینند لذا قابل اسقاط نمی باشد.

شما وقتی مالک این لیوان می شوید خودتان حق ندارید که ملکیت را الغاء کنید این ملکیت قابل الغاء نمی باشد بله می توانید بفروشید. حتی اعراض هم نمی توانید بکنید.^۱

حق الانتفاع را جناب مالک تملیک می کند به مستأجر وقتی مالک حق الانتفاع شد دیگر قابل اسقاط نمی باشد. لذا اگر جناب مستأجر رفت پیش موجر اگر صد بار هم بگوید: «الغیت حقیقی الانتفاع» فایده ندارد بلکه می تواند که به دیگری اجاره دهد که انتقال حق است.

منبهاتی بر عدم امکان اسقاط وجود دارد که به آنها اشاره می کنیم:

اگر شخصی خانه ای را برای انتفاع شخص خودش اجاره کرده است نه برای خودش و ورثه و بعد از دنیا رفت این اجاره باطل می شود یا خیر؟ منفسخ می شود یا خیر؟ نظر مشهور است این است که منفسخ نمی شود چرا که چون به جهت اینکه حقوق شخصی، به موت از بین می رود اما ملکیت از بین نمی رود لذا این حق انتفاع که جزء ملک مستأجر بود می رسد به ورثه چون می شود ما ترک میت اما ورثه قدرت بر استیفاء ندارند مثل اینکه یک دستگاهی که رمزی دارد که رمز آن را فقط آن شخص می داند مثل اثر انگشت و طرف هم مرده است اما در جایی که انگشتی هم برای او نمانده است مثل ته دریا یا دره دیگر نمی توان از آن وسیله استفاده کرد بلکه فقط می توان به عنوان وسیله دیگری مثل نشمنگاه از او استفاده کرد اما در عین حال به ورثه می رسد. یعنی در ارتکاز ما بعد از موت این اجاره منفسخ نمی شود.

^۱ چرا که اعراض مخرج از ملکیت نمی باشد بر فرض هم اگر باشد چرا که در اعراض اختلاف است که آیا مخرج است یا خیر؟ مرحوم خوئی می گوید مخرج نمی باشد بر خلاف مرحوم صدر. که ما تابع مرحوم خوئی می باشیم و اگر هم بخواهیم تابع مرحوم صدر شویم گفته ایم که اعراضی مخرج است که انشاء در آن باشد مثل هبه صرف اعراض خارجی کفایت نمی کند بلکه باید انشائی باشد. این در ارتکاز شماست که شما بگویید که مالکیت خودم را الغاء کنم باز عرف شما را مالک می داند.

ولو اینکه جواز تصرف باشد باز از ملک شما خارج نشده است. حتی مرحوم صدر هم گفته اند که باید این اعراض حاصل شود و با صرف گفتن «الغیت ملکی» این اعراض نمی باشد بلکه در حق غیر ملکی به صرف گفتن این اعراض حاصل می شود.

اگر این حق ملکیتی نبود منفسخ می شد چون حق تا به ملک نرسد، به ورثه نمی رسد. ورثه این خانه را به مدت یکسال نگه می دارند چرا که حق انتفاع به معنای لزوم انتفاع نمی باشد و بعد از یکسال به موجر می دهند.

یا مثل اینکه میت ویلچری را اجاره کرده است به یکسال و بعد افتاد و مرد در اینجا به ورثه انتقال پیدا می کند در عین حال نمی تواند استفاده کند.

کلا همه اموال میت بعد از موت به ورثه می رسد.

یا مثلا زید خانه ای را فقط برای خودش اجاره کرد به ۱۵ سال و بعد رفت زندان و به ۱۵ سال حبس محکوم شد و عرفا امکان عفو او هم نمی باشد، در اینجا هم اجاره باطل نمی شود.

یا دوچرخه ای اجاره کرده است و بعد فلج می شود.

یکی از مویدات دیگر، اجاره دوم است. انشاء الله بحث آن می آید که اجاره دوم علی القاعده درست است و این اجاره دوم را علامت گرفته اند که باید مالک شود و صرف حق نباید باشد. حال یا مالک منفعت یا مالک سلطنت یا مالک انتفاع یا مالک حق الانتفاع و الا اگر فقط حق الانتفاع پیدا کند اجاره دوم علی القاعده درست نمی باشد در حالیکه گفته شده است، درست است.

و دیگر اینکه اگر من حق داشته باشم نه مالک باشم من چه چیز را می خواهم انتقال بدهم انتفاع یعنی اینکه باید منتفع و ساکن شوم. این را چطور می خواهم انتقال بدهم؟ او که نمی تواند سکونت من را داشته باشد. این هم عرفی نمی باشد که هم حق انتقال داشته باشد و هم حق الانتفاع بلکه در ارتکاز است که مستأجر فقط یک حق دارد و آن حق الانتفاع است.

ما حصل این است که در اجاره این حق الانتفاع را به نحوی که آثار ملک بار شود، منتقل می شود. حق الانتفاع نسبت به انتفاع، آلیت و طریقیقت ندارند. اصلا در عقد اجاره انتفاع مهم نمی باشد یکسان است که منتفع شود یا خیر بلکه مهم این است که

حق الانتفاع داشته باشد. در نظر عرفی مهم داشتن این حق است که کسی نتواند من را جا به جا کند.

حق الانتفاع با انتفاع تقریباً یک شیء می باشند اما با سلطنت بر عین ارتکاز خیلی فرق می کند. سلطنت حقی است نسبت به عین و ربطی به انتفاع ندارد.

لذا در این احتمالات عرفی احتمال چهارم، اقرب است نسبت به احتمالات قبلی. اما باز به نظر می رسد که این هم در ارتکاز رفقا غیر عرفی می باشد لذا باید دو احتمال دیگر را که در مسئله است، بیان کنیم که ببینیم باز در بین این شش احتمال کدام به ارتکاز نزدیک تر است.

احتمال پنجم: معوض ملکیت نمی باشد بلکه حق می باشد یعنی جناب مستأجر حق پیدا می کند در قبال اجرة در انتفاع از عین. یعنی مستأجر که خانه را به او یکساهل داده بودند من مور مالک اجرة می شوم اما او مالک خانه نمی شود بلکه فقط حق الانتفاع پیدا می کند اما از آنجائیکه که حقی است در مقابل عوض، مستحکم شده و نمی تواند آن را اسقاط کرده یا رفع ید شود.

احتمال چهارم تملیک حق الانتفاع بود یعنی او مالک حق الانتفاع بود که حق الانتفاع مملوک او بود اما در این جا فقط ذو حق است و مالک چیزی نمی باشد. اما حقی که می تواند به دیگری واگذار کند یا برای دیگری این حق را جعل کند مثل حق الاستمتاع زوجین از یکدیگر بدون این که این حق مملوک آنها باشد و قابل اسقاط هم باشد. خیر مملوک نمی باشد و درعین حال قابل اسقاط هم نمی باشد.

لذا اجاره می شود جعل حق الانتفاع نه تملیک حق الانتفاع.

نکته مبعده این احتمال این است که در دستگاه عرفی وقتی شیئی را تملیک می کند در ازاء آن چیزی در ملکش وارد می شود ولو این یک حقی را پیدا کرده است اما یک مقدار بار ارتکازات عرفی در باب ملک و اموال ناجور است چرا همیشه عرف جا به جا

می کند یعنی چیز را که از ملک خودش خارج می کند یا اگر ذمه خودش را به دیگر واگذار می کند در قبالش مالک می شود که همان قضیه خلائی است که گفته شد.

در عرف ما نمی گذاریم این ذمه خالی بماند. درست است که هر دو اعتباری است هم حق و هم ملک اما ملک خیلی مستحکم تر است. درست است که خالی نمانده است اما باز دو طرف توازن ندارد ملک را داده ایم حق پیدا کرده ایم.

منبه دیگری فرق بین عاریه و اجاره چیست؟ در عاریه همه قبول دارند که حق الانتفاع سات وقتی کسی این میز را ره من عریه داد من حق الانتفاع از میز را داریم که همه قبول دارند که قابل اسقاط نمی باشد اما در ارتکاز ما عاریه با اجاره فرق می کند و قوی تر است عاریه است در حالیکه عاریه ربطی به اجاره ندارد. خوب چرا در اذهان عرف فرق می کند در حالیکه حق الانتفاع در هر دو است، فقهای ما این را از ارتکاز عرف کشیده اند بیرون تا از آیات و روایات. بله فرقهایی است در عاریه می تواند این حق را اسقاط کند بخلاف اجاره، در عاریه قابل واگذاری به دیگری نمی باشد بخلاف اجاره.

این ها برهان نمی باشد بلکه منبھاتی است نکنه که امری قوی تر از حق الانتفاع است.

احتمال ششم: احتمالی است که ما قبل از این تابع احتمال ششم بودیم که بعدا منتقل شدیم به احتمال چهارم.

مقدمه ای مهم دارد که در جای دیگر هم استفاده می شود..

ما اموری داریم که واقعیت ندارد اما عرف واقعیت می بیند و بر اساس این واقعیت در باب الفاظ و معاملات، معامله امور واقعی می کند با آنها. مثالی بارز آن مثال فرد مردد است که واقعی ندارد که یک وجود وهمی است ما فرد مردد نه در عالم عین و نه در عالم ذهن نداریم و واقعیتی ندارد بله وهمی است.

اما عرف برای آن واقعیت می بیند لذا در تشکیلات معاملی آنرا ارد کرده است مثلاً معروف ساع من سبره من یک سبره یا فرض کنید ده کیسه برنج دارم که می گویم یک کیسه از آن را به شما فروختم به هزار تومان کسی اشکال نکرده است که این معامله درست اس اما فقها در یک جای گیر کرده اند که مبیع دقیقاً چیست؟ من با بیع مالک هزار تومان در ذمه یا عالم عین شده ام اما مشتری مالک یک کیسه از ده کیسه شد، این یک کیسه چیست؟ اقوالی گفته اند اما قولی که طرفدار بیشتری دارد، فرد مردد است که یک کیسه از ده کیسه به نحو مردد است یعنی مانند فرد معین برای فرد مردد واقعیت می بیند لذا جماعتی از علماء که ما موافقت کردیم با آنها گفته اند که مبیع فرد مردد است، این فرد مردد چرا عرف روی آن معامله می کند؟ چرا که به نگاه عرفی برای آن واقعیتی می بیند.

مشتری مالک احد مردد است که به لحاظ فلسفی وجود وهمی دارد اما به نگاه عرفی امری است واقعی.

در احتمال ششم قبلاً این را می گفتیم که اعیان یک منفعتی که صلاحیت داشته باشد امریست واقعی اما منفعت دیگر که مثل در دار سکنی باشد این وقاعیت ندارد اما عرف برای این واقعیت می بیند یعنی برای این خانه دو واقعیت می بیند یکی خود خانه و یکی سکنای خانه نه صلاحیت سکنای این خانه. خود سکنای این خانه را الان واقعیتی می بیند همین منفعت را در ماه آینده به دیگری تملیک می کند به جناب مستأجر.

منفعت سکنای این خانه در سال ۹۴ که وجود وهمی دارد ام در نظر عرف امری است واقعی، را به جناب مستأجر منتقل می کند لذا الان مستأجر مالک سکنای سال ۹۴ است که الان موجود نمی باشد.

اگر این منفعت الان موجود نمی باشد پس چطور امر معدومی را الان تملیک می کند؟

جواب: آن منفعت سکنای^۱ سال نود و چهار در وعاء خودش موجود است من الان مالکم مملوک من منفعت موجوده سال نود و چهار است که در وعاء خودش وجود دارد، چون علقه ی بین من و آن منفعت علقه ی اعتباری است، لذا من مالک امر موجودی همست اما نه امر موجود در زمان حال بلکه در موجود در زمان مستقبل لذا من مالک امر موجود می باشم.

لذا اگر خانه قبل از نود و چهار خراب شد به نحو کشف حقیقی نه حکمی، کشف می کند که عقد اجاره باطل بوده است مثل این که من اسبی داشتم که زنده بوده است و فکر می کنم که زنده است آن را می فروشم و بعد می فهمم مرده بوده است این کشف حقیقی از بطلان بیع است.

لذا این تملیک موجود است نه معدوم

سوال: اگر این تملیک موجود است پس تملیک معدوم در فقه کجاست؟ مثال آن اینکه فرض کنید که درختی دارید که الان میوه ندارد که میوه امسال این درخت را می فروشید به شخصی اگر این درخت امسال میوه ندارد این بیع شما صحیح است یا باطل؟ صحیح است. من در واقع مالک میوه این درخت در شش ماه دیگر نشده ام چرا که معلوم می شود باطل بوده است چرا که بعد از شش ماه میوه نداده است یا خشک شده است. این بیع معدوم است، چرا که من میوه موجود را نفروختم لذا بیع من باطل نشده است و صحیح است. لذا کسانی مثل مرحوم خوئی گفته اند که بیع میوه درخت معدوم است در نزد عرف هم باطل است و لکن شارع امضاء کرده است ما گفتیم بیع معدوم است اما عرفاً صحیح است فقط شارع اضافه ای کرده است گفته است که بیع میوه یک سال جایز نمی باشد بلکه فقط باید دو سال باشد نه یک سال کأن می خواهد جلوی ضرر گرفته شود چرا که عادتاً نمی شود که یک درخت دو سال متوالی میوه ندهد.

^۱ سکنی یک نسبت طرفینی است از آنجا که ربط به مسکن و عین دارند نه ساکن، این را عرف واقعیتی می بیند و تملیک می کند.

من مالک میوه ای شده ام که فی علم الله یا موجود است یا معدوم است که اگر معدوم بود من مالک میوه معدوم شده ام و وجود و عدمش در این مبیع اثری ندارد و اگر پیش فروش هم کنیم لذا اشکالی ندارد عرفا و این معاملات را عرفا انجام می دهند قطعا. این هم مثل بقیه چیزها است میوه را می خرد یا سود می کند یا ضرر. لذا عرفی است و اشکالی هم ندارد.^۱ و لو ریسک است. اصلا تجارة ریسک است ضمن اینکه در اینجا احتمال ضعیف نمی باشد و اگر هم ضعیف باشد، محتمل قوی است لذا خیلی هم ریسک نمی باشد.

در ما نحن فیه مملوک معدوم نمی باشد لذا وقتی معدوم شد، کشف بطلان عقد اجاره می شود اگر معدوم بود، معامله صحیح می شد.

در اینجا نه صلاحیت و قابلیت است که غیر عرفی باشد و نه مسکونیت می باشد و تملیک معدوم هم نمی باشد.

این را اشکالش را الآن نمی دانم که چرا رد کردم اما غیر عرفی نمی باشد. و شاید این هم عرفی تر باشد لذا فقها هم همه گفته اند تملیک المنفعة اما این منفعت را یا قابلیت معنا می کرده اند یا مسکونیت.

سلطنت هم مشکل دارد چرا که بعدا خواهیم گفت که یا به معنای تملیک حق است یا اعطاء حق که این هر دو مشککش از این ناحیه است که غرض اصلی از اجاره اینها نمی باشد.

این احتمالات را بیان کرده ایم چرا که در آینده به فروعی ب خورد خواهیم کرد که با بعضی از این احتمالات به مشکل بر خواهد خورد شاید علت عدول ما از این احتمال،

^۱ نسبت می دهند به آقا خان محلاتی که حالا راست است یا خیر نمی دانم وقتی می آمد از هندوستان طوفان شد همه نگران بودند ایشان آرام نشسته بود گفتند چرا آرامی گفت چون کشتی غرق نخواهد شد و غرق هم نشد بعد گفتند از کجا می دانستی؟ گفت من از جایی خبر نداشتم یا غرق می شد یا نمی شد اگر غرق می شد کسی به من اعتراض نمی کرد، چون همه من جمله من هم غرق می شدم و اگر غرق نمی شد برای من می شد، نون و آب که اینطور هم شد.

عدم توجیه یکی از آن فروع با این احتمال باشد که اگر این را قبول کردیم بعد باید آن را توجیه کرد.

بعد مرحوم سید می فرمایند:

و يمكن أن يقال إنّ حقيقتها التسليط على عين للانتفاع بها بعوض...

قبلا در ذهن ما بود که این تعریف متعلق به هر دو اجاره است، در حالیکه ظاهرا وجهی ندارد که مال هر دو باشد و مخصوص اجاره بر اعیان است.

ما یک سلطنت تکوینی داریم و یک سلطنت تشریحی. سلطنت تشریحی یعنی سلطنت اعتباری خوب مراد از تسلیط، تسلیط تکوینی نمی باشد که یعنی خانه را در اختیار او بگذارد بلکه به معنای إعطاء السلطنة است که سلطنة حق است. حال یا این حق را جعل می کند یا تملیک باشد می کند یعنی مراد یا إعطاء و جعل سلطنت است اگر تملیک حق باشد. که اگر تملیک باشد که در قبل گفتیم و اگر إعطاء حق باشد شبیه احتمال ششم می باشد.

این احتمال را غیر مشهور گفته اند که گفتیم که خیلی غیر عرفی می باشد، چرا که غرض اصلی پیدا کردن این سلطنت و این حق نمی باشد.