

بسم الله الرحمن الرحيم

«مدد الأعلام الأوحدى في فقه الأحكام الجعفرى عليه السلام»

تقارير خارج الفقه الجعفرى

للأستاذ السيد محمود المددى الموسوى

كتاب الاجاره

فصل ششم: فى العين المستاجرة

بتحرير الفقير مهدى بهرام بيکى

«كتاب الاجارة»

فصل ۶ [فی العین المستأجرة]

لا يجوز^۱ إجارة الأرض لزرع الحنطة

أو الشعير^۲ بما يحصل منها من الحنطة

أو الشعير لا لما قيل من عدم كون مال الإجارة موجوداً حينئذ لا في
الخارج ولا في الذمة ومن هنا يظهر عدم جواز إجارتها بما يحصل منها و
لو من غير الحنطة والشعير بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى
أيضاً لمنع^۳ ذلك فإنهما في نظر العرف واعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس
المنفعة وهذا المقدار^۴ كاف في الصحة نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضم

^۱ أي يبطل.

^۲ حنطه وشعير موضوعيت دارد که خواهیم گفت.

^۳ شروع در کلام سید ماتن است و وجه سید شروع می شود.

^۴ الشعير و الحنطة.

^۵ وجود اعتبار عرفی.

الضميمة^۱ فإنها^۲ لا يجعل غير الموجود موجودا مع أن البيع وقع على المجموع^۳ بل للأخبار الخاصة ...^۴

مسئله ای مرحوم سید فرمودند که سیال است و خوب است کسی ارضش را برای زراعت اجاره می دهد اما اجره را در محصول حاصله از این زمین قرار می دهد. پس اجره بخشی از محصول حاصل است مثلا صد من جو سید می فرمایند این اجاره باطل است بعد می فرمایند جماعتی از علماء گفته اند وجه بطلانش این است که آن اجره در حین الاجاره موجود نمی باشد عقد اجاره از عقود معاوضه ای است در عقود معاوضی باید عوضین موجود باشد اگر عوضین یکی یا هر دو معدوم باشد معاوضه نا معقول است. در ما نحن من زمینم را اجاره داده ام برای کشت گندم، منفعت زمین را تملیک کردم در ازاء منفعتی که به جناب مستأجر اجاره دادم چه به دست آوردم؟ صد من گندمی که حاصل از این کشت است این صد من موجود است یا معدوم؟ معدوم است. معاوضه کردم بین منفعت و حاصل معدومه و این باطل است. سید می گویند این عقد درست است و شروع کرده است به نقضهایی که وارد کرده است. از اجاره شروع کرده است گفته است که نقضی بر شما وارد می شود و آن اینکه مگر در همینجا منفعت زمین موجود است؟ خیر، تدریجاً موجود می شود. نقض دیگر این است که لازمه کلام شما این است که اگر من این زمین را اجاره دهم و اجرتش را از حاصل زمین دیگر قرار دهم و حاصلش موجود نباشد این اجاره صحیح است. نقض دیگر به بیع ثمار است گفته

^۱ میوه های باغ را به ضمیمه این فرش می فروشم به فلان مقدار.

^۲ الضميمه.

^۳ در حالیکه ثمار موجود نمی باشد.

^۴ فصل ۶ [في العین المستأجرة]: ... وأما إذا آجرها بالحنطة أو الشعير في الذمة لكن بشرط الأداء منها ففي جوازه إشكال والأحوط العدم لما يظهر من بعض الأخبار وإن كان يمكن حمله على الصورة الأولى ولو آجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونهما منها فالآقوى جوازه نعم لا يبعد كراحته وأما إجارتها بغير الحنطة والشعير من الحبوب فلا إشكال فيه خصوصا إذا كان في الذمة مع اشتراط كونه منها أو لا.

است مگر نمی توانیم ثمار درخت را بفروشیم با این که ثمار معدوم است لذا اینکه بطلان عقد را مستند به عدم وجود اجرة کنیم این درست نمی باشد و این مثالها نقض بر شماست. پس جناب سید دلیل بطلان چه می باشد؟ یک کلمه تعبد شارع گفته است روایات گفته اند که این عقد باطل است شارع تعبد کرده است به بطلان عقد و این بطلان را می پذیریم.

لا یجوز در ابتدای مسئله به معنای عدم جواز وضعی است یعنی اجاره باطل است نه اینکه مراد حرمت باشد.

حنطه و شعیر که در صورت مسئله است خصوصیت دارد که گفته خواهد شد.

دقت کنید که اگر اجاره ما فی الذمه باشد درست است بگوید این زمین را به تو اجاره می دهم در قبال صد من از گندم حاصل از زمین در ذمه تو این اجاره درست است و مالک ارض مالک صد من در ذمه من می شود اگر زمین حاصل داشت می دهم و اگر حاصل نداشت باید بدلش را بدهم.

پس یکبار دیگر می گوییم یکبار از حاصل این زمین، اجرت را قرار می دهد مثلا می گوید صد من از حاصل این زمین را اجرت قرار می دهم پس من این زمین را به زید اجاره دادم و اجرت و کرایه خودم را از حاصل این زمین قرار دادم. گفتیم این دو صورت دارد: یک صورت می گوید که از حاصل زمین این اجرة را قرار می دهم که این را می گویند اجرة در ذمه منتها قید می خورد از حاصل این زمین این را به من بده یعنی آن گندمی که به ذمه تو آمده است این خصوصیت را دارد که از حاصل این زمین باید باشد. این از محل بحث خارج است اصلا. محل بحث این است که مستقیما صد من گندم حاصل این زمین قرار می دهد نه این که در ذمه باشد یعنی اجرت من، صد من گندمی است که از این زمین حاصل می شود. این عقد اجاره را سید گفتند علی القاعده صحیح و بالتعبد باطل است.

در اینجا باید در دو جهت بحث کنیم:

جهت اول آیا این چنین اجاره ای علی القاعده درست است قطع نظر از اخبار. بگوییم اجاره می دهم به صد من از گندمی که از این زمین حاصل می شود. این اجاره درست است علی القاعده؟ اگر گفتیم علی القاعده درست است کما اینکه سید ماتن گفته درست است بعد می رویم سراغ اخبار اگر تعبد شرعی بر بطلان داشتیم از این صحبت علی القاعده رفع ید می کنیم اما اگر گفتیم علی القاعده باطل است دیگر نیاز به نص هم داریم و نص هم موافق با این است مراد از قواعد قواعد عقلائی در باب معاملات است.

الجهة الأولى في حكمها على القاعدة:

در جهت اول بحث می کنیم که حکم این مسئله علی القاعده چه می باشد؟

وجوه البطلان:

گفته شده است این معامله علی القاعده باطل است وجوهی برای بطلان معامله گفته اند:

الوجه الأول: شرط صحة المعاملة وجود العوضين والأجرة معدومة.

وجه اول، وجهی است که سید ماتن در مسئله آورده اند که گفته اند که باید در معامله عوضین موجود باشد و اگر موجود نباشد این معامله باطل است خوب در اینجا صد من حنطه و شعیر معدوم است لذا شرط صحبت این است که عوضین باید موجود باشند و در اینجا احد العوضین که اجره باشد، معدوم است و معامله باطل است.

این دلیل تمام است یا خیر؟

الأشكالات النقضية من المرحوم السيد:

قبل از بحث از دلیل باید ببینیم که اشکالات سید وارد است یا خیر؟

سید به بیع ثمره نقض کرده است مگر نمی بینید که بیع ثمار درست می باشد در عین حال ثمار معدوم می باشد و یک مورد نقض هم به منفعت است مگر الان منفعت زمین را اجاره نداده اید این منفعت موجود نمی باشد تدریجاً موجود می شود.

رد الإشكالات النقضية:

آیا این دو نقض سید وارد است؟ خیر وارد نمی باشد بر این کلام وارد نمی باشد و لو کلام و وجه گفته شده هم درست نیست.

رد على مدعومية منفعة الأرض: المراد من منفعة الأرض قابليتها للزراعة لا الزراعة و هي موجودة

نقض منفعت وارد نمی باشد چرا که مراد از منفعت کشت بعدی نمی باشد بلکه قابلیت و صلاحیت بر کشت است و ان تمیلیک می شود و بالفعل الان موجود است یعنی الان خانه ای که موجودست صلاحیت سکونت ده سال آینده را همین الان دارد و این صلاحیت برای مسکونیت را تمیلیک می کنیم در اجاره هم صلاحیت برای کشت را تمیلیک می کنیم پس منفعت بالفعل موجود است.

رد على نقضها على بيع الثمار: و الثمار موجودة بالقوة لأنه نماء الشجر و ليس الزرع نماء الأرض.

اما نقض ایشان به میوه فرق است بین میوه و زرع حاصل از زمین. میوه نماء درخت است زرع نماء زمین نمی باشد نماء بذر است چون نماء بذر است کسی که مالک درخت است درخت ملک اوست نمائات او در اعتبار عرف، موجود است و لو موجود بالقوه است اما زرع نماء بذر است نه نماء زمین بالقوه نسبت به زمین هم وجود ندارد. نگفته است که صد من از این گندمی که نماء بذر است گفته است صد من از گندم که حاصل از زمین می باشد وقتی نماء زمین نبود نمی توان گفت بالقوه موجود است بله اگر اشاره می کرد به گندم و می گفت صد من از حاصل این گندم به من بده کدام گندم؟ گندمی که مستأجر می خواست در زمین بکارد در این صورت مثل ثمار می شد. کدام

گندم را می خواهد بکارد؟ نا معلوم است و بر بی نهایت گندم قابلیت تطبیق را دارد. یکدفعه اینطوری اجاره می دهد می گوید این زمین را اجاره می دهم به صد من گندم این بذر که بذر مستأجر بود که می خواست کشت کند این شبیه میوه درخت می شد اما در اینجا شبیه بیع ثمار نمی باشد. در صورت اول کسی می توانست ادعا کند که عرفا نحوه ای وجود می بینند. در صورت دوم که اصلاً عرف وجودی برای او نمی بیند چرا که حاصل، نماء زمین نمی باشد. پس حاصل زمین به وجود زمین موجود نمی باشد به خلاف نماء درخت که به وجود درخت عرفا حاصل است.

مناقشةٌ فی الوجه الأول: المعاملةٌ علی المعدوم لا يستحيل عقلاً و عقلائًا و وقع عندهم صحيحاً معلقاً.

آیا این استدلال درست است یا خیر؟

یکدفعه مراد اینها این است که عقلاً محال است چون در معامله که معاوضه است، پیش فرض عوضین شده است در ما نحن فیه استحاله عقلی ندارد انسان همانطور که می تواند مالک امر موجود شود می تواند مالک امر معدوم شود چون ملکیت علقه ای اعتباری است و ممکن است عقلاء بین یک شیء معدوم و موجود اعتبار ملکیت کنند به خاطر آثار حقوقی که بر آن بار می شود.

اگر مراد شما این استکه عقلاء باطل است این روشن نمی باشد که بگوییم که عقلائًا باطل است ممکن است که پیش فرض ما این باشد این شخص زمین را اجاره می دهد به صد من گندم موجود بعد از این، که الان من مالک آن صد من گندمی که بعد از این موجود می شود، می شوم حال یا این گندم بعد از این موجود می شود یا موجود نمی شود اگر موجود شد که من مالک آن هستم و معامله صحیح است و اگر گندم بعد از این موجود نشد عند العقلاء کشف می شود که معامله بر یک امر معدومی انجام شده است و باطل است یعنی عقلاء این عقد را امضاء می کنند معلم بر این که صد من گندم بعداً موجود شود اما اگر صد من موجود نشد عقد می شود باطل عقد که باطل شد باید اجرة المثل این اجاره را به او بدhem چرا که بعدا هم می آید عقودی که مثل اجاره است

اگر فاسد واقع شود باید اجرة المثل آن را بدھند. پس عقلاء این عقد را امضاء کنند بنا بر این که آن گندم در ظرف خودش موجود باشد اما اگر در ظرف خودش گندم را نداد باید اجرة المثل آن اجاره را به مالک زمین بدھد.

اما اینکه می گوییم اگر بعداً کشف شد که عقد باطل است یا صحیح است به نحو کشف حقیقی است نه کشف حکمی اگر در عالم واقع در آن ظرف موجود باشد واقعاً عقد درست است و اگر موجود نباشد واقعاً باطل است و باید اجرة المثل را بدھم به نظر می آید که این عقد در نزد عقلاء به این صورت صحیح است.

دقت کنید در اینجا فقط در مورد صحت عقلائیه صحبت می کنیم که ما می گوییم در نزد عقلاء این عقد صحیح است و فقهاء هم که مبنای ما را در معاملات قبول نکردند، می گویند عند الشارع باطل است اما عند العقلاء صحیح است و بحث ما در این جهت در صحت عقلائیه است لذا دیگر کسی هم که قائل به مبنای ما نشود باز در اینجا با هم اختلافی نداریم از باب اینکه در این جهت فرض شده است که دنبال صحت و بطلان عقلائیه هستیم.

١ الوجه الثانى للمرحوم الخوئى: لأن الشرط فى صحة العقود المعاوضية مملوکية العوضين حقيقتاً أو كالحقيقة و الشيء المعدوم ليس كذلك.

مرحوم آقای خوئی: ایشان فرمودند این عقد اجاره علی القاعده باطل است. چرا؟ ایشان گفتند ما عقودی داریم که به آن عقود معاوضه ای می گویند که ما در این عقود معاوضه ای طرفین را که مالیت دارند، معاوضه می کنیم یعنی دو مال را معاوضه می کنیم مثل بیع که متعاقدين در بیع دو مال را عوض می کنند مثل اجاره در اجاره متعاقدين دو مال را عوض می کنند مثلاً یکی منفعت را و دیگری اجرت را در قبال منفعت، می دهد ایشان می گویند در سیره عقلاء در این عقود معاوضه ای عوضین باید مملوک

باشدند یا در قوه مملوک باشند پس باید یا مملوک باشد یا در قوه مملوک باشد. مملوک باشد مثل اینکه من این کتاب خود را می فروشم من این عبای خودم را می فروشم این زمین و خانه خودم را می فروشم یا اجاره می دهم وقتی اجاره می دهم منفعت این خانه را تملیک می کنم و این منفعت ملک من است یا در قوه مملوک است من که این کتاب را فروختم به هزار تومان، هزار تومان در ذمه خریدار را مالک می شوم. مشتری مالک ذمه خودش نمی باشد اما به منزله مملوک او است چون تحت سلطنت مشتری است. مشتری می تواند ما فی الذمه خودش را واگذار کند اگر چه خودش مالک ما فی الذمه خودش نمی باشد یا شخصی اجیر می شود بر خیاطت، انسان مالک عمل خودش نمی باشد اما سلطنت تکوینی بر عمل خودش دارد می تواند عمل را ایجاد کند این سلطنت تکوینی این را به منزله مملوک قرار می دهد. لذا گفته اند در عقود معاوضه باید عوضین مملوک یا در قوه مملوک باشد.

بعد ایشان نقضی بر خود کرده اند که آیا ما نمی توانیم میوه این درخت را بفروشیم؟ چرا می توانیم در حالی که میوه ای در کار نمی باشد و احتمال دارد که در این دو سال اصلا میوه ندهد یا در یکسال به خاطر سرما یا آفت میوه ندهد. ایشان به این نقض جواب داده اند که فروش میوه عقلائی نمی باشد و لکن شارع مقدس تعبد کرده است به صحت این بیع گفته است میوه را می توانید در دو سال یا به ضمیمه در یکسال بفروشید لذا این یک تعبد شرعی به صحت است و الا علی القاعده العقلائیه باطل بود.

اما در ما نحن فيه ایشان می فرمایند که وقتی این زمین گندمی نداده است این گندم ملک کسی نمی باشد الان این جناب مستأجر چطور می خواهد شیئی را که مالک نمی باشد اجره قرار دهد چرا که آن گندم حاصل از زمین است. لذا این عقد اجاره باطل است چرا که در سیره عقلاء شرط صحت معامله مملوکیت عوضین است باید عوضین هر کدام ملک طرف دیگر باشد.

این بیان ایشان بر این مطلب است بعد مثالهایی زده است لذا گفته اند جوجه حاصل از یک تخم مرغ را نمی توانید بفروشید یا نمی توانید به گوسفندی اشاره کنید و

بگویید اولین بچه این گوسفند را به تو می فروشم یا در رو دخانه به یک ماهی اشاره کنید و بگویید که این ماهی را به تو می فروشم و قدرت بر اخذ آن هم داریم یا حیوان پرنده ای را نشان می دهید و قدرت صید هم دارید و بگویید به تو این پرنده را می فروشم. یا آهونی که در بیابان است و مملوک شما نمی باشد اما می توانید آن را صید کنید نشان دهید و بگویید که به تو می فروشم این معاملات در سیره عقلاء باطل است^۱ اینها نه تنها مملوک نمی باشند حتی در قوه مملوک هم نمی باشد و با ما فی الذمه و عمل فرق می کند.

مناقشتان:

ما یک اختلاف مبنائی با ایشان داریم و یک اختلاف بنائی هم در این مسئله با ایشان داریم.

المناقشة المبنائية: ليست للعقلاء سيرة بل هم تابعة للأعراف الخاصة.

اما اختلاف مبنائی: اینها معتقد بودند که عقلاء به ما هم عقلاء سیره های مستقلی داشتند یعنی عقلاء عالم در گذشته و حال و آینده سیره هایی دارند و این عقلاء گفته اند در صحت عقد مملوکیت عوضین شرط است این مطلب را از اساس قبول نکردیم گفتیم عقلاء بما هم عقلاء در باب معاملات سیره و سلوکی ندارد و تابع اعراف خاصه می باشند و هر چه را عرف خاص صحیح دانستند اینها هم صحیح می دانند و اگر باطل دانستند اینها هم باطل می دانند و اصلا سیره مستقلی ندارند الا در موارد نادر که امضاء نمی کنند مثل نکاح اگر مجوسى با محارم ازدواج کرد این عقد صحیح است عقلائی به خلاف عقد مسیحی با محارم چرا که در عرف مسحیت عقد با محارم باطل است و در عرف مجوسيت عقد با محارم صحیح است. اصلا ما دنبال سیره عقلائی نمی باشیم

^۱ سیره عقلاء زمان و مکان بردار نمی باشد عقلاء این زمان و آن زمان ندارد از اول تا قیامت یک دستگاه دارند و اگر کسی خلاف آن ارتکاز ما از عقلاء علم کرد عرف بی موالات است. این نظر و ارتکاز ایشان از عقلاء می باشد. البته این اختلاف ما با اینها در نتیجه خیلی فرق نمی کند چرا که دستگاه عقلاء را از عرفی که در آن بودند برداشت می کردند و سکوت شارع را هم دلیل امضاء می دانستند لذا اغلب اوقات هر دو دستگاه متواافق بودند و موافق با همان عرفی بودند که در آن قرار داشتند.(ت ب ک هم جلس)

اگر در عرفی معاوضه بر امر معدهم صحیح بود عقلاء هم در دایره آن عرف امضاء می کنند و اگر باطل بود عند العقلاء هم باطل است لذا باید برویم سراغ عرف خاص عرف مومین و مسلمین و لو این عرف را فتاوای فقهاء شکل داده باشد. اگر در عرف مومین و در عرف مسلمین معامله ای صحیح بود عقلاء هم می گویند در این عرف صحیح است و اگر باطل بود عقلاء هم می گوید در دایره این عرف، باطل است. خوب در اینجا اجرة را بخشی از حاصل این ارض قرار دادم اگر در عرف ما صحیح باشد عقلائا هم صحیح است و اگر باطل باشد در سیره عقلاء هم باطل است. لذا اشکال اینها این بوده است که رفته اند سراغ عقلاء در حالیکه باید رفت سراغ اعراف خاص. این فهم ما از سیره عقلاء است اینها فکر می کردند که عقلاء یک دستگاه معاملاتی و شرع هم یک دستگاه معاملاتی دارد بعد آمدند این دستگاه عقلاء را واسطه و حد وسط قرار دادند برای فهم دستگاه شرعی چرا؟ چون شارع مقدس در غالب اوقات در مقابل عقلاء موقفی نگرفته بود لذا از سکوت شارع امضاء این دستگاه را فهم کرده اند. ما این را قبول نکردیم وجدان ما این را می گوید مثالها این را می گوید اعراف خیلی متفاوت می باشند اینطور نمی باشد که سیره واحدی را داشته باشند مثلا در بعضی اعراف هبہ غیر منقول باطل است تمام پول هر مقدار که باشد و ماشین خود را به هر قیمتی که باشد، می توانی هبہ کنی اما خانه و زمین و .. را نمی توانی هبہ کنی و لو خیلی بی ارزش هم باشد و قمتش اصلا قابل مقایسه با ماشین و مقدار پولهای شما نباشد و بسیار پایین تر باشد، باید معامله کنی. فقط هبہ در منقولات صحیح است. پس بنابراین ما عرفی هستیم حتی نسبت به شریعت هم عرفی شدیم اگر شارع نهی کرد و باطل دانست عقدی را تابع پذیرش عرف است اگر پذیرفتند این عقد باطل است و اگر نپذیرفتند این عقد صحیح است. عقد موقت صحیح است عند العقلاء فرض کنید شارع عقد موقت را نگفته بودند کما اینکه عده ای از مسلمین گفته اند شارع نگفته است اما در عرف مومین عقد صحیحی است لذا در نزد عقلائا صحیح است اصلا بالاتر اگر فرض اصل عقد موقت تشریع نشده باشد این عقد عقلائا صحیح است هیچ رابطه ای از این زن و مرد رابطه حرام و زنا نمی باشد و رابطه ای کاملا حلال است.

این اختلاف مبنائی ما با ایشان است.

المناقشة البنائي: أن بيع الثمار عقد صحيح عند العقلاء بارتكازنا منهم.

مسئله بیع ثمار است ایشان قائلند بیع ثمار عند العقلاء باطل است و شارع تعبداً تصحیح کرده است ما گفتیم عقد صحیحی است عند العقلاء نهایتاً شارع قید زده است باید دو سال باشد و اگر یکسال باشد باید ضمیمه باشد مثلاً این کتاب را با میوه های یکساله این درخت بفروشد. حتی اگر این ضمیمه یا این دخل و تصرف شارع را عرف قبول نکرد و در عرف، بیع بدون ضمیمه یکسال میوه صحیح بود ما می گوییم عقلاءً این عقد صحیح است.

پس اولاً عقلاء مسلکی ندارند و تابع عرف می باشند و ثانياً اصلاً عقلاء به شریعت و شارعی نگاه نمی کنند و فقط نگاه می کنند به عرف متشرعه آن شریعت لذا در صحت و بطلان اصلاً دنبال تعبد شارع نمی باشیم بلکه در حرمت و حلیت دنبال تعبد شارعیم. بله گفتیم اگر دو عرف با هم تلاقی کردن عقلاء بی طرف می باشند مثلاً در نکاح مرجع یکی می گوید که عقد باید عربی باشد و مرجع دیگری می گوید که عربیت شرط نمی باشد در اینجا عقلاء بی طرفند.

خوب دقت کنید ما که می گوییم عند العقلاء صحیح است به ارتکاز خودمان می گوییم و ایشان هم که می گویند عند العقلاء باطل است به ارتکاز خودشان از سیره عقلاء می گویند. بله به نظر می رسد که اگر بچه گوسفندي که هنوز به دنیا نیامده است را بفروشیم روشن نمی باشد که این عقد درست باشد.

لذا این فرمایش ایشان را نمی توان ملتزم شد باید ببینیم در عرف ما اجاره به بخشی از این حاصل زمین صحیح است یا خیر؟ حال یا در عرف مومنین یا در عرف مردم ایران درست است یا خیر؟ اگر درست باشد می گوییم صحیح است و اگر درست نباشد

می گوییم باطل است. حتی اگر مرجعی بگوید صحیح است در عرف تابعین^۱ آن مرجع یا قانون عقد صحیح است و اگر مرجعی بگوید که باطل است یا قانون بگوید که باطل است این عقد می گوییم عقلائی باطل است.

الوجه الثالث: أن هذا الإجارة باطلة للغرر.

در وجه سوم بر بطلان این معامله علی القاعدة، گفته اند این معامله غرری است چرا که وقتی اجاره می دهم به صدمن از حاصل این زمین شاید اصلاً حاصل نداشته باشد یا حاصل این زمین در این سال کمتر از صد من باشد لذا این اجاره غرری می شود و اجاره غرری عند العقلاء از باب غرر باطل است.

مناقشة: أن بطلان المعاملة للغرر حسب الأعراف و الأزمان متغيرة.

در وجه سوم که غرر باشد این را گفتیم که این غرر یک امری بوده است که در طول زمان متغیر بوده است در گذشته که مال خیلی به زحمت به دست می آمد کوچکترین غرر معامله را باطل می کرد رفته تحصیل مال خیلی راحت شده است طرف مهندس یا دکتر می شود مثلاً دکتر در مقابل یک زحمت مختصر یک حاصل مالی خیلی زیادی به دست می آورد خیلی از این کسبها و تجارتها و وکالت و قضات خیلی از این معازه دارها با تلفن همه کارها را انجام می دهند و فعالیت خاصی ندارند و حتی جنسها را هم شاگرد می فروشد و خیلی فروش هم دارند اما خیلی کم زحمت می کشند بله کارگرها خیلی زحمت می کشند و درآمدی هم ندارند اما عده ای زیاد هستند که در قبال زحمت کم درآمد زیادی دارند خود به خود مسئله غرر کم می شود یعنی به غرر بی توجه می شود برای او مهم نمی باشد که در قبال این یک میلیون چیزی به دست نیاورد. دقت کنید اصل غرر جهالت است غرر یعنی جهالتی که منشأ خسارت است. لذا باید در عرف نگاه کرد که آیا این غرر را موجب خسارت و بطلان می دانند یا خیر؟ صرف غرر اینطور

^۱ تابعین و مقلدین که گفتیم یعنی نظر مرجع را قبول کرده اند و یک نفر مقلد عرف نمی سازد باید به عدد معتنا بھی برسد که عرف تشکیل دهنده این خودش خیلی شبیه معنایه دارد به خصوص زمانیکه یک شخص در مسائل مختلف از فقهاء مختلفی تقلید می کند این باعث می شود که عرف شکل نگیرد. (ت ب ک اج اس مد هم جلس)

نمی باشد که امر عقلائی باشد که هر جا غرر باشد باطل باشد خصوصاً که انسان در معاملات خود دواعی زیادی دارد مثلاً بليطهای بخت آزمایی که محتمل خیلی قوی است و احتمال خیلی ضعیف اما چون مبلغ خیلی زیاد است، مردم ریسک می‌کنند چرا که اگر برنده شود مبلغ خیلی سنگینی می‌برد و مردم این غرر و ریسک را قبول می‌کنند. در اینجا عقلاء قائل به صحت می‌باشند اگر بعضی هم در بليطهای بخت آزمائی قائل به بطلان شده اند این از باب این بوده است که می‌گفته اند این امر مصدق قمار است نه غرر. البته ما مصدقیت قمار آن را قبول نکردیم.^۱

لذا تا اینجا دلیل محکمی بر بطلان نداریم.

٤ مختارنا: نستظر من العرف صحة هذه المعاملة استظهاراً ظنياً قوياً.

ما در دوره قبل قائل بودیم که این عقد در نزد عقلاء باطل است اما الان می‌گوییم در صحت و بطلان این عقد عقلاء موقفی ندارند یعنی قبل این مقدار برای ما روشن نبود که عقلاء موقفی ندارند و تابع اعراف خاصه می‌باشند و ضمن اینکه قبل ائل به بطلان این معامله نزد عرف بودیم و بعد فکر کردیم و دیدیم که شواهدی و مویداتی است که این عقد صحیح است عند العرف و العقلاء و گفتیم اینکه فقهاء فکر می‌کردند که عقلاء بما هم عقلاء در معاملات موقفی دارند، اینطور نمی‌باشند عقلاء نگاه می‌کنند به اعراف خاصه اگر در عرف خاصی صحیح بود نسبت به آن عرف می‌گویند صحیح است و اگر در عرفی باطل بود عقلاء می‌گویند که در نزد آن عرف باطل است یعنی عقلاء موقف امضائی دارند. اما در بحث فقهی این مقدار راه حل نمی‌باشد نمی‌توانیم بگوییم که ما تابع عرف هستیم و در هر عرفی باطل باشد، باطل است عند العقلاء و اگر صحیح است صحیح است باید نگاه کنیم به عرفی که در آن زندگی می‌کنیم یعنی عرفی که محدود به این زمان و این مکان و این خصوصیات است مثلاً اگر کسی پیش

^۱ چرا که قمار یعنی لعب به نحو رهان و برد و باخت. اگر هم قماریت را قبول کردیم باز حرمت تکلیفی دارد اما حرمت وضعی ندارد یعنی صحیح است و آثار شرعی بیع بر آن بار می‌باشد اما در عین حال حرام است. (ت ب ک اج اس مد هم جلس)

^۲ سه شنبه ۱۰/۱۰/۹۷

ما باید و بگویید من مقلد آقای زید هستم چنین معامله ای کردم صحیح است یا خیر؟^۱ کتاب فتوایی زید را می آوریم ببینیم که فتوایش صحت است یا بطلان مثل اینکه کسی باید و بگویید که من چنین ازدواج و بیعی را انجام دادم صحیح است یا خیر مرادشان نظر شما نمی باشد بلکه بر حسب فتوای مرجع چطور است. خود مقلدین گفتیم که عرف تشکیل می دهند لذا باید به فتوای مرجعش رجوع کند. اما اگر کسی که مقلد کسی نمی باشد باید به عرف مردم ایران نگاه کند اگر در عرف مردم ایران درست بود می گوییم صحیح است و اگر باطل بود می گوییم باطل است لذا باید به ارتکاز خودمان از عرف مردم ایران نگاه کنیم ظن قوی داریم که چنین عقدی در عرف مردم صحیح است ممکن است که کسی بگویید که باطل است و ممکن است که اصلاً عرف شکل نگرفته باشد یعنی از بعضی می پرسیم می گویند که باطل است و بعضی می گویند که صحیح است نظائری هم داریم برای این که این عقد در عرف صحیح است یکی از این نظائر خرید این شانسی ها است که تمام یا اعظم پول، در مقابل شانسی می رود که گاهای پوچ در می آید یا خیلی کمتر از پولی که داده است، به او می رسد و بعضی اوقات خیلی بیشتر به آن می رسد. یا مثل بليط بخت آزمائی که بعد اسمش عوض شد و شد ارمغان بهزیستی که در قدیم هزار تومان می خریدند و هزار تومان در آن زمان نسبتاً زیاد بود اما در عین حال که معلوم نبود که در شانسی ها چیزی باشد یا به بیش از مبلغ خریداری شده باشد یا در بليط بخت آزمائی اصلاً معلوم نبود که مبلغ را برنده شوند، معامله را باطل نمی دانستند و احتمال اینکه چیزی گيرش نیاید قوی تر بود یعنی بالای نود درصد چیزی گيرش نمی آمد در عین حال اقدام بر معامله می کردند. الان کاری به بحث شرعیش نداریم ذهنیت عرف را می خواهیم بگوییم. به نظر می رسد که اگر این نحوه معاملات صحیح باشد این معامله هم که ظاهراً نظیر اینهاست، از این قبیل باشد و صحیح باشد.^۱

^۱ عقد ازدواج حتی ازدواج بچه هم از این قبیل است در عصر ائمه علیهم السلام بدون هیچ تردیدی عقد ازدواج با نوزاد صحیح بود کما این که خرید و فروش انسان هم یک امر کاملاً صحیح و متناول بود مثل گوسفند لذا بحث عبد را در حیوان بحث می کردند و می گفتند که حیوان یا صامت است یا ناطق که مراد آنها از حیوان ناطق، عبد بود. اما در زمان ما می گوییم باید ببینیم صحیح است یا خیر؟ اگر گفتیم که

پس ما قائلیم که به ظن قوی این معامله صحیح است اما بله به این مطلب قاطع نمی باشیم اما ظن قوی بر صحبت این معامله داریم. اما در مقام افتاء اگر زید همین مبنای ما را قبول داشته باشد که در اینجا نه فتوا مجتهدی است و نه عرف خاصی است دو جور می تواند فتوا بدهد یکی به نحو معلق یعنی احواله به عرف دهد و خودش را راحت کند بگوید اگر عرفا صحیح است صحیح و اگر عرفا باطل است باطل است. خیلی عناوین را به عرف احواله می دهنند و می گویند کسی که کثیر السفر است.

اما یکبار نمی خواهد احواله به عرف دهد اگر این مرجع تقلید از مراجعی است که تعداد معتنا بهی مقلد دارد به نحوی که یک عرف تشکیل می دهنند می تواند فتوا به صحت یا بطلان دهد چرا که بر اثر فتوا ای او بطلان و صحت واقعاً شکل می گیرد. در افتاء مهم این است که فتوا نباید مخالف با واقع باشد و در اینجا علم دارد که به محض افتاء، آن معامله می شود صحیح. فرض این است که اینها در این فتوا قصد تقلید از من را دارند لذا اشکال نشود که در مورد شریعت و نبی این را نگفته باشند چرا که گفتید که اگر شارع گفت فلان عقد حرام است باید ببینیم که عرف تشکیل می شود یا خیر اگر نشد، معامله صحیح است این اشکال وارد نمی باشد چرا که در آنجا فرض کردیم که عقلاً پیروی نکردند و الان فرض کردیم اینها در این مسئله قصد تقلید از او را دارند.

اما یکبار ابتدای کارش است و مقلد زیادی ندارد اینجا دیگر نمی تواند فتوا به صحت و بطلان دهد چرا که بر اساس فتوا ای او بطلان و صحت واقعی شکل نمی گیرد

این ازدواج در عرف ما باطل است مشهور گفته اند این عقد عرفاً عقدی است باطل است و شرعاً عقدی است صحیح و یا حتی ممکن است که در زمان ما عرفی بگوید صحیح است در اثر فتوا ای که فقهاء داده اند چون همه فقهاء فتوا داده اند این ازدواج صحیح است. این ازدواج با بچه در زمان معصومین^۱ قطعاً صحیح بوده است. بله اگر به مصلحت بچه نبوده است در همان زمان هم اگر این مصلحت نبوده است باطل بوده است چون به جهت اینکه ولی بچه فقط در دایره مصلحت یا عدم مفسده می تواند اقدام کند در فتوا فقهاء در اینکه ولی بچه را به عقد کسی در می آورد این صحتش را متوقف بر عدم مفسده می دانند در آن زمان و لو به خاطر ذهنیتی که داشتنند این ازدواج بچه را دارای مفسده نمی دانستند. لذا صحت این ازدواج در آن زمان با مبنای ما و مشهور قابل توجیه است. در ازدواج، ولی باید توجه داشته باشد که این ازدواج دارای مفسده عرفیه نسبت به مولیٰ علیه نباشد یعنی شرط صحتش عدم المفسده است اما نمی خواهد مصلحت داشته باشد. وقتی می گوییم مصلحت و مفسده، مصلحت و مفسده واقعیه ملاک است؟ مفسده و مصلحة اعتقادیه مراد است؟ یا مصلحت و مفسده عرفیه؟ این نظر مشهور و ما است ما قائلیم در اینجا ازدواج بچه مفسده عرفیه دارد. مفسده عرفیه برای دائم یا موقت طولانی است اما برای ازدواج موقت کوتاه مفسده ای ندارد.

چرا که تعداد معتمد به مقلد ندارد که با فتوا عرف را شکل دهد بر صحبت و بطلان اما دلش می خواهد فتوا به صحبت دهد لذا می گوید شما رجوع کنید به مراجعی که فتوا به صحبت می دهند چون در این مسئله وقتی رجوع کرد در این مسئله می شود مقلد آن مرجع و تابع عرف آن مرجع. دقت کنید اگر شارع ردع کرده باشد از این نوع معاملات کسی که مقلدین آنها تشکیل عرف نمی دهند می تواند مستندا به این ردع شارع فتوا به بطلان دهد و فتوای او می شود افتاء بالحججه.

لذا اگر گفتهایم صحیح است می گوییم دو جور صحبت می توانیم فرض کنیم یکی به این صورت که صحبت و بطلان آن متعلق باشد وقتی به صد من گندم حاصل از کشت اجاره داد اگر صد من حاصل شد می شود اجرة آن زمین و معامله صحیح است و اگر صد من حاصل نشد در این صورت کشف می کند که معامله از اول باطل بوده است و عوض و اجرة نداشته است و می تواند صححتش به نحو منجز باشد منجز به این صورت است که بگوید چه حاصل دهد یا ندهد این عقد صحیح است یعنی اجرة اعم بین اجرة واقعی یا موهم است که هر کدام که باشد عقد صحیح است لذا اگر محصول نداد عقد صحیح است و اجرتی هم به شخص نرسید. لذا می توانیم در مورد این عقد سه عرف داشته باشیم عرفی بگوید باطل است و عرفی بگوید که صحیح منجز است و یکی بگوید صحیح متعلق است. بله عرف رابعی هم ممکن است که باشد که تا الان اتخاذ موقف نداشته اند و الان می خواهند موقفی را اتخاذ می کنند یکی از این سه موقف را می توانند اتخاذ کنند.

لذا در جهت اول ما چیزی به نام عقلاء نداریم بلکه عرف خاص داریم و عقلاء امضائی می باشند در این مورد یا عرف داریم یا نداریم و اگر داشته باشیم یکی از سه نحوه ای که گفتهایم می باشند.

هذا تمام الكلام في الجهة الأولى.

چون مشهور در جهت اول قائل به بطلان معامله عند العقلاء شدند و گفته اند: ادلہ امضاء مثل «أوفوا بالعقود» فقط و فقط عقودی را شامل می شود که عند العقلاء

صحیح باشد لذا در نظر مشهور نیاز به جهت دوم نمی باشد که بحث کنیم که آیا شارع ردع کرده است یا خیر. چرا که امضاء نکرده است دلیل امضاء جایی را می گیرد که عند العقلاء صحیح باشد لذا همین کفایت می کند که در نظر مشهور این معامله عند الشارع باطل باشد اما به خاطر تأکید وارد جهت دوم هم شده اند و گفته اند که دلیل امضاء که نداریم هیچ روایاتی داریم که شارع از این چنین عقدی ردع کرده است و گفته است باطل است.

الجهة الثانية: فی حکمها عند الروایات.

ادعا شده است کما اینکه سید ماتن هم این نظر را دارد که شارع مقدس از این نوع معامله ردع کرده است و به روایات متعدده ای استناد شده است: محل بحث حنطه و شعیر است چرا که در روایت طعام آمده است و مراد از طعام حنطه و شعیر است.

الرواية الأولى، روایة فضیل بن یسار:

روایت اول از فضیل بن یسار است:

٢٤١٣٩ - ٥ - وَ عَنْ عَلَىٰ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ صَالِحِ بْنِ السَّنْدِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ بَشِيرٍ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنِ الْفُضِيلِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنْ إِجَارَةِ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ قَالَ إِنْ كَانَ مِنْ طَعَامِهَا فَلَا خَيْرَ فِيهِ.^٣

البحث عن الروایة:

باید در روایت از دو حیث سند و دلالت بحث کنیم:

^١ چهارشنبه ۹۷/۱۰/۱۲.

^٢ (۱) - الکافی ۵ - ۲۶۵ - ۶.

^٣ وسائل الشیعه؛ ج ۱۹؛ ص ۵۵، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

البحث السندي: فی الروایة «صالح بن سندي» و کل صالح طالح.

در سند صالح بن سندي آمده است که توثيق خاصی ندارد و ضعف اين روایت از ناحيه اين شخص می باشد بد نیست به يک نکته رجالی اشاره کنم افرادي که اسم اينها «صالح» است نسبتا زیاد هستند و از باب اتفاق هیچ يک توثيق خاص ندارند فقط دو سه نفر از اينها است که گفته شده است که توثيقات عامی دارند مثلا که يکی در اسناد كامل الزيارة است یا يکی ديگر اينکه صفوان از او نقل روایت کرده است یا ابن ابی عمری از او نقل روایت کرده است که اگر آن توثيقات عام را کسی نپذيرفت که ما هم نپذيرفتيم تمام روایاتی که در آن صالح باشد صحيح نمی باشد لذا تمام روایاتی که شامل صالح است آن روایت سندا ضعیف است. لذا معروف شده است: «کل صالح طالح» هر صالحی ضعیف است لذا این هم نکته ای است که می توان خیلی از روایات را به خاطر وجود صالح در روایت متوجه ضعف سندش شد.

اما اين ضعف سند باعث نمی شود که روایات را نادیده بگيريم چراکه اگر دلالتش درست باشد می تواند با روایت ديگر استفاده بسازد.
لذا به صرف ضعف نمی توان روایت را رد کرد.

البحث الدلالي: فی الروایة معنیان:

در روایت دارد: «إِنْ كَانَ مِنْ طَعَامِهَا فَلَا خَيْرٌ فِيهِ». در اين روایت دو معنا احتمال می رود:

المعنى الأول: لا حاصل له.

این، دو جور معنا شده است: خیر و برکتی در اين معامله ای نمی باشد چرا که معلوم نمی باشد که حاصلی داشته باشد و معامله نا معلوم است شاید حاصل و خيري برای شما نداشته باشد.

المعنی الثانی مختار المرحوم الخوئی: دالة على الفساد لأنها معلومة الخير.

بعضی مثل مرحوم خوئی گفته اند دال بر بطلان و فساد است چرا که معلوم است در آن خیر است وقتی من اجاره کردم به طعام زمین فرض کنید که زمین طعام ندهد به سود من است کشت کردم به دون اینکه پولی از جیب من برود.

اگر می گفتید اجرة ده دینار است و چیزی حاصل نمی داد از جیب شما ده دینار می رفت به خلاف اینجا. امام ع در مورد اجاره صحبت می کند و ناظر به عقد است و ناظر به کشت نمی باشد که شما بگویید که خوب خرجی که روی زمین گذاشته است از دست او رفته است ضمن اینکه اگر در زمین خودش هم کشت می کرد هزینه بذر و دیگر از جیبیش می رفت لذا ناظر به آن نمی باشد.

مناقشة في كلامه ع: أن الإجارة في الرواية بمعنى الإيجار لا الاستئجار.

به این کلام مرحوم خوئی اشکال کرده اند. دقت کنید ما سه کلمه داریم اجاره، ایجار و استئجار. ایجار یعنی اجاره دادن که فعل مالک است و استئجار یعنی اجاره کردن که فعل مستأجر است یک اجاره هم داریم این اجاره تارة به معنای ایجار است و تارة به معنای استئجار می آید می گوییم خانه را اجاره دادم و بعضی اوقات می گوییم خانه را اجاره کردم. اجاره دادن یعنی ایجار و اجاره کردن یعنی استئجار ظاهر کلام مرحوم آقای خوئی این است که معنای این اجاره در روایت، استئجار است و لذا در آن خیری می باشد لذا مراد می شود باطل و فاسد است اما ظاهرش این است که این اجاره ظهور در استئجار ندارد و مراد ایجار است از قرینه لا خیر فيه است ناظر به ایجار است نه استیجار است. به ضمیمه این که این لا خیر فيه ظهور در بطلان و فساد ندارد لذا یا ظهور در همان معنای عرفی است که اول گفته شد یا لا اقل مجمل است.

الرواية الثانية، موثقة أبي بصير:

روایت دوم: موثقه ابی بصیر است:

٢٤١٣٦ - ٢ - ١ وَ عَنْ عِدَةٍ مِّنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ قَالَ لَا تُؤَاجِرُ الْأَرْضَ بِالْحُنْطَةِ وَ لَا بِالشَّعِيرِ وَ لَا بِالثَّمْرِ وَ لَا بِالْأَرْبَعَاءِ^٢ وَ لَا بِالنَّطَافِ وَ لَكِنْ بِالذَّهَبِ وَ الْفِضَّةِ لِأَنَّ الذَّهَبَ وَ الْفِضَّةَ مَضْمُونٌ وَ هَذَا لَيْسَ بِمَضْمُونٍ.^٣

این روایت ذیلی دارد که در ص ۱۳۸ همین باب کامل روایت آمده است و از امام ره سائل در مورد اربعاء سوال کرده است. اربعاء یعنی اجرت را سهم آبیاری خودش قرار دهد بگوید که من مثلا در ماه چهار روز سهم آب دارم این زمین را از تو اجاره می کنیم در قبال اینکه یک روز از آبیاریهای من مال تو و با آن زمینهای خودت را آبیاری کن. نطاف زیادی از آب آبیاری است نه خود آبیاری.

البحث الدلالي عنها لأن سندها حسن: ذيل الرواية اجمل صدرها.

گفته شده است که مراد از «مضمون» این است که قیمت آن کم و زیاد نمی شود. اشیاء قیمتshan کم و زیاد می شده است اما ذهب و فضه قیمتshan کم و زیاد نمی شده است. مراد از ذهب و فضه، درهم و دینار است چرا ارزش درهم و دینار کم و زیاد نمی شود؟ چرا که ارزش اشیاء را به درهم و دینار می سنجیدند و درهم و دینار را دیگر با چیزی نمی سنجند در ذهنیت اقتصاد قدیم بوده است که اگر گوشت را به مقدار بیشتری از درهم و دینار می فروختند می گفتند که گوشت گران شده است نه این که درهم و دینار ارزان شده است و ارزش آن کم شده است همیشه فکر می کردند تنزل و ترقی ارزش نسبت به کالاست نه درهم و دینار اینها همیشه ثابت می باشند و امام هم به زبان اقتصاد قدیم صحبت می کرده است و قصد نداشته است که علم اقتصاد تدریس کنند لذا امام

^١ (١) - الكافي - ٥ - ٢٦٤ - ١.

^٢ (٢) - الربيع - النهر الصغير والأربعاء جمعه (النهاية - ٢ - ١٨٨).

^٣ وسائل الشيعة؛ ج ١٩؛ ص ٥٤، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

هم به زبان عرف صحبت کرده اند و ضمن اینکه این اختلاف اثری هم در زندگی عینی ما ندارد حتی الان هم مردم می‌گویند کالا گران شده است و هیچ زمانی نمی‌گویند که پول ارزان شده است. اگر هم می‌گویند که پول بی ارزش شده است تحت تأثیر رسانه ها بوده اند و از بس رسانه گفته است یاد گرفته اند و می‌گویند. اما الانه در اقتصاد جدید می‌گویند که تفاوت قیمت به خاطر تفاوت قیمت کالا یا ثمن می‌باشد. لذا امام می‌فرمایند که قیمت درهم و دینار مضمون است اما قیمت حنطه و شعیر مضمون نمی‌باشد ممکن است که بالا و پایین بیاید.

بعد آمده اند: حنطه و شعیر در: «لا تواجر الارض بالحنطة والشعير» را به حنطه و شعیر معین حمل کردند یعنی صد من جو و گندم و از نهی بطلان معامله را استفاده کرده اند اما این یک مشکله ای دارد چرا که روایت ذیلی دارد که این ذیل را مرحوم صاحب وسائل از مرحوم کلینی نقل کرده است دیگران این ذیل را نیاورده اند:

لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالْتَّمْرِ وَلَا بِالْحُنْطَةِ وَلَا بِالشَّعِيرِ وَلَا بِالْأَرْبَاعِ وَلَا بِالنِّطَافِ قُلْتُ وَ
مَا الْأَرْبَاعُ قَالَ الشَّرِبُ وَ النِّطَافُ فَضْلُ الْمَاءِ وَ لَكِنْ تَقْبَلَهَا بِالذَّهَبِ وَ الْفِضَّةِ وَ النِّصْفِ وَ
الثُّلُثِ وَ الرُّبْعِ.^۱

وَ النِّصْفِ وَ الثُّلُثِ وَ الرُّبْعِ یعنی اجره را نصف یا ثلث یا ربع قرار بده. به قرینه مقابله، مشخص می‌شود که اجاره در صدر روایت در معین بوده است و اینجا مراد اجاره در کسر مشاع است.

مشکل این است که اگر این ذیل که «تقبلها» باشد ناظر به مزارعه باشد در مزارعه ذهب و فضه باطل است فقط و فقط باید به کسر مشاع از حاصل زمین باشد پس امام ره که فرمودند تقبلها باید اجاره باشد و از آن طرف اگر اجاره باشد کسر مشاع باطل است پس «تقبلها» امرش دائم بین مزارعه و اجاره است اگر اجاره باشد اجاره به کسر مشاع

^۱ وسائل الشیعہ؛ ج ۱۹؛ ص ۱۳۸، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعہ – قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

باطل است^۱ و اگر مزارعه باشد به ذهب و فضه باطل است. عقد مزارعه اصلاً معاوضه نمی باشد بلکه مشارکت است یکی زمین و یکی عمل و بذر می‌گذارد و مشارکت می‌کنند در حاصل زمین و حقیقت مزارعه عقدی است که به ذهب و فضه درست نمی‌باشد ما در صحت و بطلان، عرف خاص شدید اما در حقیقت عقد که بین اعراف فرقی نیست.

لذا این ذیل مجمل است که چه می‌خواهد بگوید و با این اجمالش صدر را هم مجمل کرده است یعنی مراد «لا تواجر» معلوم نمی‌باشد که اجاره است یا مزارعه. چرا که اگر اجاره به تمر و اربعاء و نطاف باشد در فرض تعیین مشکلی ندارد لذا باید این «لا تواجر» را حمل کرد بر کراحت نه اینکه حمل کنیم بر بطلان و حرمت چون تمر که اشکال ندارد اربعاء و نطاف که اشکالی ندارد اگر مراد اجاره باشد و اگر مزارعه مراد باشد لکن بالذهب و الفضه مشکل دارد لذا صدر و ذیلش خیلی به هم ریخته است که نه معلوم می‌شود که مزارعه است یا اجاره است. در نزد فقهاء بطلان مزارعه به درهم و دینار مسلم است و اجرة حاصل زمین است. ضمن اینکه در روایت نیامده است که اجرت حنطه و شعیر حاصل زمین است. حنطه و شعیر به صورت مطلق آمده است. لذا روایت مجمل است.

دقت کنید در روایات چندین بار در باب مزارعه از عنوان اجاره استفاده کرده اند. دقต کنید احتمال قوی وجود دارد که یک بخش روایت مزارعه و یک بخش اجاره بوده است و راوی در هم ریخته کرده است. شاید راوی دوم اشتباه کرده است اگر گفتیم که ابا بصیر در آن حد نمی‌باشد که اشتباه کند.

این روایت سندش خوب است اما معلوم نمی‌باشد که روایت چه می‌خواهد بگوید اجاره یا مزارعه.

^۱ در اجاره گفته شده است که باید اجرت معین باشد مثلاً نمی‌گوییم که اجرت نصف حاصل زمین باشد

الرواية الثالثة معتبرة أبي المغراء:

روايت سوم معتبر ابی المغراء است:

٢٤١٤١ -٧ وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ قَالَ: سَأَلَ يَعْقُوبُ الْأَحْمَرُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ وَ أَنَا حَاضِرٌ فَقَالَ أَصْلَحَكَ اللَّهُ إِنَّهُ كَانَ لِي أَخٌ قَدْ هَلَكَ وَ تَرَكَ فِي حَجَرِي يَتِيمًا وَ لِي أَخٌ يَلِي ضَيْعَةً^٣ لَنَا وَ هُوَ بَيْعُ الْعَصِيرِ مِنْ يَصْنَعُهُ خَمْرًا وَ يُؤَاجِرُ الْأَرْضَ بِالطَّعَامِ فَأَمَّا مَا يُصِيبُنِي فَقَدْ تَنَزَّهْتُ^٤ فَكَيْفَ أَصْنَعُ بِنَصِيبِ الْيَتِيمِ فَقَالَ أَمَّا إِجَارَةُ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ فَلَا تَأْخُذْ نَصِيبَ الْيَتِيمِ مِنْهُ إِلَّا أَنْ تُؤَاجِرَهَا بِالرُّبُعِ وَ الثُّلُثِ وَ النِّصْفِ الْحَدِيثُ.^٥ بالربع و الثلث و النصف يعني به کسر مشاع اجره داده شود.

وجه الدلالة: نهى الإمام من أخذ مال اليتيم منه دل على بطلان الإجارة:

این روایت سندش تمام است انما الكلام در نهی امام[ؑ] است امام[ؑ] فرمودند: «**فَلَا تَأْخُذْ نَصِيبَ الْيَتِيمِ مِنْهُ**» اینکه فرمودند نصیب یتیم را از آن انتخاب نکن یعنی اجره باطل است.

مناقشة: أن العقد بالمشاع دل أنها مزارعة لا الإجارة.

این که امام[ؑ] فرمودند که اجره دهید به کسر مشاع مشخص است که امام[ؑ] در مورد مزارعه صحبت می کنند چون فقهاء اتفاق نظر دارند که اجره به مشاع باطل است به نصف و ربعی که مشخص نمی باشد پس مراد از «لا تواجرها» مزارعه است لذا

^١ سه شنبه ۱۸/۱۰/۹۷.

^٢ (٤) - التهذیب - ۱۹۶ - ۸۶۶، وأورد ذیله في الحديث ٧ من الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به.

^٣ ملک برای کشاورزی.

^٤ نصیب خودم را طاهر می کنم یا مراد این استکه در زندگی صرف نمی کنم مثلا صدقه می دهم یا مثلا رد مظالم می دهم.

^٥ وسائل الشیعه؛ ج ١٩؛ ص ٥٥، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

مشخص می شود اجاره الارض بالطعام در صدر، مزارعه است این خیلی خلاف ظاهر است که اجاره در ذیل به معنای مزارعه باشد و در صدر به معنای اجاره باشد. در مزارعه باید حصه نا معین باشد و در اجاره باید حصه معین باشد. در روایات هم مکرراً از مزارعه تعبیر به اجاره شده است. عصیری که در روایت آمده است یعنی مقداری از زمین را انگور می کارد و بعضی را به مزارعه به کسی داده بوده است لذا اشکال نشود که مراد مزارعه نبوده است چرا که انگور آمده است و در انگور مغارسه می گویند.

الرواية الرابعة، روایة ابی بُردة:

روایت ابی بردہ:

٢٤١٤٣ - ٩-١ وَ بِإِسْنَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَارِ عَنْ أَيُوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفَوَانَ
عَنْ أَبِي بُرْدَةَ قَالَ:

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ إِجَارَةِ الْأَرْضِ الْمَحْدُودَةِ^۱ بِالدَّرَاهِمِ الْمَعْلُومَةِ قَالَ لَا يَأْسَ
قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنِ إِجَارَتِهَا بِالطَّعَامِ فَقَالَ إِنْ كَانَ مِنْ طَعَامِهَا فَلَا خَيْرَ فِيهِ.^۲

گفته شده است که طعام در زمان معصومین ﷺ به معنای حنطه و شعیر بوده است.

^۱ (۱) - التهذیب ۷ - ۹۱۷ - ۲۰۹.

^۲ (۲) - فی نسخة - المخابرة، و فی الصحاح هي - المزارعة (هامش المخطوط).

^۳ وسائل الشيعة؛ ج ۱۹؛ ص ۵۶، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

مناقشة فيها:

سند: لا توثيق لـ«أبی بردة».

در سند ابی برده است که وثاقتش ثابت نمی باشد که بعضی ادعا کرده اند توثيق عام دارد که مثلاً ثلاثة از او نقل روایت کرده اند که گفتیم روایت صفوان دلیل نمی شود بر وثاقت شخص.

دلالت: لا دلالة لعبارة «لا خير فيه» على البطلان.

دلالت این را در روایت اول اشکال کردیم و لا خیر فيه به معنای بطلان نمی باشد خوب چرا امام فرمودند: لا خیر فيه؟ چون که معلوم نمی باشد که حاصل دهد به خصوص در قدیم که احتمال محصول دادن ۵۰ ۵۰ بوده است.

الرواية الخامسة: ما نقله الصدوق عليه السلام في العلل:

روایت پنجم روایتی است که جناب صدوق در علل نقل کرده است:

١-١١-٢٤١٤٥ مُحَمَّدُ بْنُ عَلَىٰ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي الْعِلَلِ عَنْ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَسَنِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مَرَّارٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ وَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَنْهَمَا سَئَلَا مَا الْعَلَةُ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا لَا يَجُوزُ أَنْ تُؤَاجِرَ الْأَرْضَ بِالطَّعَامِ وَتُؤَاجِرُهَا بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ قَالَ الْعَلَةُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الَّذِي يَخْرُجُ مِنْهَا حِنْطَةٌ وَشَعِيرٌ وَلَا تَجُوزُ إِجَارَةُ حِنْطَةٍ بِحِنْطَةٍ وَلَا شَعِيرٌ بِشَعِيرٍ.^١

این روایت یک بحث سندی دارد و یک بحث دلالی:

^١ (٤) - علل الشرائع - ٥١٨ - ١.

^٢ وسائل الشيعة؛ ج ١٩؛ ص ٥٦، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

الإشكال السندي فيها: لا توثيق خاص لإسماعيل بن المرار و التوثيق العام ليس بتمام.

در سند «اسماعیل بن مرّار» است این شخص توثیق خاصی ندارد منتها بعضی ها سعی کرده اند توثیقش کنند به توثیق عام مثلاً گفته اند در کتاب تفسیر علی بن ابراهیم وارد شده است و علی بن ابراهیم در دیباچه و مقدمه این کتاب گفته است که این روایات از مشایخ و ثقات رسیده است و یکی از آن مشایخ و ثقات اسماعیل بن مرار می باشد. اشکالات عدیده ای شده است بر این توثیق عام:

اولاً اصلاً ثابت نمی باشد این تفسیر علی بن ابراهیم الله مال خود علی بن ابراهیم باشد بعضی از علماء تردید کرده اند که مال این شخص است. یعنی در صحت استناد این کتاب به علی تردید کرده اند.

ثانیاً اشکال در این نسخه ای است که به ما رسیده است که این نسخه، نسخه معتبری می باشد یا خیر.

ضمن اینکه بعضی در دیباچه کتاب تردید کرده اند که مال خود علی بن ابراهیم قمی باشد لذا گفته اند که این کتاب مال دو نفر بوده است مقدمه مال شخصی و کتاب مال شخصی دیگر بوده است.

ثالثاً کلام ایشان در مقدمه ظهوری در توثیق مشایخ هم ندارد بلکه از طرقی که پیش خودش بوده است نقل کرده است.

بله اگر روایتی از علی بن ابراهیم قمی را در وسائل از تفسیر ایشان بیاورد این معتبر است چرا که مرحوم صاحب وسائل سند معتبر به این کتاب داشته است.

الإشكال الدلالي: لا معنى محصل للرواية و نرد علمها إلى أهلها.

گفته شده است که آنجا که امام الله فرمودند: «**لَا تَجُوزُ إِجَارَةُ حَنْطَةٍ بِحَنْطَةٍ وَلَا شَعِيرٌ بِشَعِيرٍ**» خوب این که اجاره حنطه به حنطه نمی باشد بلکه ما زمین را اجاره می دهیم،

مراد امام این بوده است که این شبیه معاوضه حنطه به حنطه است که حنطه از مکیل و موزونات است و معاوضه ربی می شود لذا شبیه این معاوضه ربی است و این شبیه می سازد با اینکه این نهی ظهور در نهی کراحتی داشته باشد. با این وجود گفتیم دلالتش هم روشن نمی اشد چرا که اجاره زمین به محصول زمین کجا شبیه رباء است؟!! لذا نرد علمه الى اهله لذا روایت روشن نمی باشد که چه می خواهد بگوید.

لذا سندا و دلالتا تمام نمی باشد.

الرواية السادسة صحيحة الحلبي:

روایت ششم صحیح حلبی است:

٢٤١٣٧ -٣-١ وَ عَنْ أَبِي عَلَىٰ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَارِ عَنْ صَفَوَانَ عَنِ
ابْنِ مُسْكَانَ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالْحِنْطَةِ ثُمَّ تَزَرِّعُهَا
حنطةً.^۲

**البحث عنها: الرواية صحيحة و لكن لا تدل على محل النزاع
و أنها ناظر الى الذى لا يكون موردها الحنطة الحاصلة.**

مشکل سندی ندارد بلکه مشکل دلالتی دارد و آن اینکه امام [ؑ] که فرمودند ثم تزرعها حنطه مشخص است که این حنطه غیر حنطه این زمین است مال جایی است که اجره، حنطه‌ی غیر حاصل است حال یا کلی در ذمه است یا شخصی فی الخارج و این اجنبی از بحث ماست. «ثم» در «ثم تزرعها» اشعار دارد که بعد تصمیم می‌گیرد که حنطه بکار دیدن قصد و تصمیم نداشته است که حنطه بکار بلکه یکدفعه بدون تصمیم قبلی این طور پیش آمدہ است که اینکار را بکنی و حنطه بکاری و الا اصلاً مورد اجاره کشت

^۱ (٤) - الكافی ٥ - ٢٦٥ - ٣.

^۲ وسائل الشيعة؛ ج ١٩؛ ص ٥٤، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

گندم نبوده است یا اگر مورد اجاره کشت گندم بوده است، غیر گندم حاصل بوده است و اگر مراد گندم حاصل بوده است می فرمودند: «فتزرعها». اگر نگوییم ظهور دارد در آنچه که ما گفتیم علی اقل روایت می شود مجمل.

وظيفة المستاجر فيما لم يكن حاصلا للأرض إن نقل بصحتها:

خوب مجموع این روایات هیچ کدام دلالتا تمام نمی باشد که بعضی سندا هم تمام نبودند. خوب بر می گردیم به اصل مسئله: اصل مسئله این بود که ما زمینی را اجاره می دهیم به مقداری از گندمی که حاصل از زمین است اجاره می دهم برای کشت گندم می گوییم اجرت صد من از گندم حاصل از زمین آیا این اجاره صحیح است یا باطل؟ از روایات بطلان نفهمیدیم ببینیم عقلاً باطل می دانند یا صحیح؟ خلافاً للمشهور گفتیم عقلاً مسلکی ندارد تابع عرف خاص می باشند لذا اگر در عرفی صحیح بود، می گویند در دایره آن عرف صحیح است و اگر باطل بود می گوید در دایره آن عرف باطل است. خوب باید رجوع کنیم به عرف خودمان. گفتیم در عرف ما بعيد نمی باشد که این اجاره صحیح باشد بله اگر عده ای از متشرعه گفتند باطل است به عرف خود گفته اند چرا که مقلد کسی هستند که قائل به بطلان است.

اگر گفتیم صحیح است، اگر زمین صد من گندم داد، صد من گندم را به مالک زمین می دهیم بابت اجرت اما اگر گندم نداد یا کمتر از مقدار اجرت داد مثلاً ۵۰ من گندم داد، ارتکاز عقلائی ما می گوید که باید بدل را بدهد مثل اینکه من مالی را می فروشم و نمی توانم مثمن را تحويل دهم باید بدل آن را بدhem و بدل اجرت می تواند قیمت آن باشد و می تواند مثل آن باشد لذا اگر قیمی بود باید دید قیمتش چه قدر است، باید آن مقدار را بدhem اگر در بلدی گندم مثلثی باشد تتمه را از گندم همین جنس در آن منطقه را می دهم. بدل عمل است که دائماً قیمی است یعنی در اجاره بر اعمال است که بدل آن عمل قیمی است اما در در مثل اجره و زمین هم می تواند مثلی باشد و هم

می تواند قیمتی باشد. اگر گندم است باید گندم منطقه را بدهد و اگر در منطقه گندمی نمی باشد باید قیمت آن را بدهد. لذا اگر در بلدی مثلی بود باید مثل را بدهد و اگر مثل متغیر شد باید قیمت را بدهد تعذر مثل به این است که اگر در شهر خودش نباشد و اگر بخواهد از شهر دیگر که مثل این گندم را دارد بیاورد مستلزم اجرت باشد یا اینکه مستلزم اجرت نمی باشد بلکه آنقدر عسر و حرج باشد که دیگر این را از مثلی خارج کند و قیمتی کند. وقت کنید این عسر و حرج، از باب قاعده عسر و حرج این رفتن به شهر دورتر را از وجوب بر نمی دارد چرا که این نفی عسر و حرج اگر بخواهد اینجا جاری شود و وجوب رفتن به شهر دیگر را بردارد این خلاف امتنان بر دیگری است لذا وجوب را بر نمی دارد اما این عسر و حرج به حدی می رسد که باعث می شود موضوع متبدل شود و گندم را مثلی می کند.

نکته:

نکته ای را اشاره کنیم و بعد وارد فرع بعدی شویم.

حالا اگر گفتیم این اجاره در عرفی صحیح بود و گفتیم شاید در عرف ما و اکثر اعراف صحیح باشد اگر اجاره داد به صد من گندم و صد من گندم محقق نشد یا کلا یا اینکه کمتر از صد من در اینجا گفتیم این مربوط به عرف می باشد که در این صورت چه بکنند. وقت کنید اینها می توانند توافق شخصی هم داشته باشند مثلًا مستأجر شرط می کند که اگر چیزی حاصل نشد من به عنوان بدل چیزی به تو ندهم یا مالک شرط کند که در صورت فقدان حاصل بدلش را به من بدهی حال یا این را شرط ضمن عقد کنند یا در آن عرف به عنوان شرط ارتکازی باشد. شرط ارتکازی را همین مطلب قبل عرض کردیم اما الان شرط شخصی را می گوییم.

اشکال دیگر این است که اگر فرضا روایات هم دلالت داشت، اطلاقی ندارند که الان هم اینطور است ممکن است چون در آن زمان آن عرف اینطور بوده است چنین

^۱ چهارشنبه ۹۷/۱۰/۱۹

حکمی در روایت آمده است اما دلیل نمی باشد که در الان هم حکم همان حکم آن زمان است خیر روایات در باب معاملات اطلاق ندارد و فقط مربوط به آن زمان است و در هر زمانی باید به عرف آن زمان نگاه کرد. این عدم اطلاق نیاز به توضیح کوتاهی دارد که بعداً انشاء الله به مناسبت توضیح خواهیم داد.

&&& این اشکال وارد نمی باشد که شاید آن روایات در مقام موضوع سازی بوده است لذا باز آن روایات دال بر بطلان معاملات نمی باشد این اشکال بر مشهور که به روایت استناد کرده اند وارد نمی باشد چرا که امامان ما مشرع نمی باشند و مشرع خداوند وجود مقدس پیامبر می باشد.

نهی شارع موجب بطلان نمی شود اگر موضوع ساز نباشد ولی حرمت و تشریعاتش تا روز قیامت است الا اینکه آن مورد دیگر مصدق تشریع نباشد این به دین معنا نمی باشد که تشریعات شارع عوض شده است خیر این مورد دیگر مصدق و موضوع آن تشریع شارع نمی باشد مثلاً هتك حرمتش تشریع شده است تا روز قیامت و هر هتكی حرام است اما ممکن است یک فعلی در یک زمانی مصدق این هتك باشد و در یک زمانی دیگر مصدق نباشد، یا در منطقه ای مصدق هتك باشد و در منطقه ای مصدق هتك نباشد، ممکن است به اختلاف اعراف فرق بکند. پس تشریع یکی است دائماً این موضوع است که ممکن است متبدل شود. یا مثلاً شارع گفته اند که «حرم الربی» تا روز قیامت رباه حرام است و حکم عوض نمی شود اما امکان دارد که در زمانی بگویند که موردي دیگر مصدق رباه نمی باشد مثلاً بگویند که اگر به مقدار تورم شما سود گرفتید این دیگر مصدق رباه نمی باشد و اگر بیش از تورم سود گرفتید این اضافه مصدق رباه است. پس دائماً تبدل در مصدق و موضوع است نه تبدل در تشریع.

١... وَ أَمَّا إِذَا آجِرْهَا بِالْحَنْطَةِ أَوِ الشَّعِيرِ فِي الذَّمَةِ

لَكُنْ بِشَرْطِ الْأَدَاءِ مِنْهَا فَفِي جَوَازِهِ^٢ إِشْكَالٌ وَالْأَحْوَطُ الْعَدْمُ لِمَا يُظَهِّرُ مِنْ
بَعْضِ الْأَخْبَارِ^٣ وَإِنْ كَانَ يُمْكِنُ حَمْلَهُ^٤ عَلَى الصُّورَةِ الْأُولَى وَلَوْ آجِرْهَا
بِالْحَنْطَةِ أَوِ الشَّعِيرِ مِنْ غَيْرِ اسْتِرَاطِ كُوْنُهُمَا مِنْهَا^٥ فَالْأَقْوَى جَوَازُهُ نَعَمْ لَا

يَبْعُدُ كِراهَتَهُ...^٦

اگر کسی زمینی را اجاره داد برای کشت گندم یا جو و اجرت را صد من گندم فی
الذمه قرار داد که در ذمه جناب مستأجر است که بعد بیاد به مالک بدھد آیا این عقد
اجاره درست است یا باطل؟

سید می فرمایند دو صورت دارد:

صورت اول که مالک شرط می کند که این گندم ما فی الذمه را از گندم حاصل
بدھد این فرق می کند با جایی که اجرت خود حاصل این زمین باشد. مثل اینکه من یک

^١ فصل ٦ [فی العین المستأجرة]: لا يجوز إيجارة الأرض لنزع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير لا لما قيل من عدم كون مال الإيجارة موجوداً حينئذ لا في الخارج ولا في الذمة ومن هنا يظهر عدم جواز إيجارتها بما يحصل منها ولو من غير الحنطة والشعير بل عدم جوازها بما يحصل من أرض أخرى أيضاً لمنع ذلك فإنهما في نظر العرف واعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المتنعة وهذا المقدار كاف في الصحة نظير بيع الشمار سنتين أو مع ضم الضمية فإنها لا يجعل غير الموجود موجوداً مع أن البيع وقع على المجموع بل للأخبار الخاصة ...

^٢ جواز ايجار که مراد جواز وضعی مراد است که صحت مراد باشد.

^٣ روایت پنجم که امام فرمودند: «لَا تَجُوزُ إِيجَارَةُ حِنْطَةٍ بِحِنْطَةٍ وَلَا شَعِيرٍ بِشَعِيرٍ».

^٤ حمل آن بعض اخبار.

^٥ الأرض.

^٦ فصل ٦ [فی العین المستأجرة]: ... وَ أَمَّا إِجَارَتَهَا بِغَيْرِ الْحَنْطَةِ وَ الشَّعِيرِ مِنَ الْجَبَوْبِ فَلَا إِشْكَالٌ فِيهِ خَصْوَصًا إِذَا كَانَ فِي الذَّمَةِ مَعَ اسْتِرَاطِ كُوْنِهِ مِنْهَا أَوْ لَا.

امر کلی را به شما می فروشم و شرط می کنم در مقام اداء، از این حصه فردی را اداء کن این شرط فعل است یعنی در مقام اداء بر این حصه از مصاديق تطبیق کن.

صورت دوم این است که شرط نمی کند یعنی زمین را اجاره می دهد برای کشت گندم به صد من گندم فی الذمه و مستأجر مخیر است که هر گندمی بدهد.

سید در مورد اول احتیاط می کند و می گوید علی الا هوط باطل است و در صورت دوم می گویند صحیح است اما علی وجه الكراهة.

چرا که در روایت ششم که صحیح حلبی بود که: «**لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالْحِنْطَةِ ثُمَّ تَزَرَّعُهَا حِنْطَةً**» که نهی آن را حمل بر نهی تنزیه کردیم و علی الاقل، قدر متیقن آن این مورد است.

این متن سید.

البحث عن المسئلة في الفرعين:

این دو فرع را به لحاظ تکلیفی بررسی کنیم:

الفرع الأول: إذا لم يشترط أدائها منها: صحيح على القاعدة.

یکی جایی که به ما فی ذمه اجاره می دهد و شرط نمی کند که ما فی الذمه را از حاصل زمین بدهد این معامله علی القاعدة درست است و هیچ مشکلی در آن نمی باشد نهایتا می گوییم کراحت دارد اگر آن روایت ششم دلالتش تمام باشد. روایت صحیح حلبی بود که متن آن عبارت بود از:

«**لَا تَسْتَأْجِرِ الْأَرْضَ بِالْحِنْطَةِ ثُمَّ تَزَرَّعُهَا حِنْطَةً.**^۱

که لا تستأجر را حمل بر کراحت کنیم به همان نکته ای که در آنجا گفته شد.

^۱ وسائل الشيعة؛ ج ۱۹؛ ص ۵۴، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة – قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

اما مسئله اول که اجاره داد به ما فی الذمه و شرط کرد که آن ما فی الذمه را بر حاصل زمین تطبیق کن. اول ببینیم در سیره درست است یا خیر؟ اگر گفتیم مسئله قبلی در سیره عقلاء باطل است بعد می آییم سراغ این مسئله درست است یا خیر؟ چون اگر گفتیم در سیره مسئله قبلی درست است به طریق اولی این مسئله درست است و جای بحث ندارد اما اگر قائل به بطلان نسبت به مسئله قبلی شدیم باید ببینیم که در اینجا قائل به بطلان می شویم یا خیر؟

فرض کردیم در فرع قبلی بطلانی شدیم در ما نحن فیه بطلانی شویم یا صححتی؟ ما قائلیم که باید صحیحی شویم این در بیع سلف آمده است که اگر معامله کنیم بین دو مال که یکی در ذمه باشد اگر برای آن ما فی الذمه در زمان اداء فردی نبود منتقل به بدل می شود خوب الان در ما نحن فیه گفته است که به صد من گندم فی الذمه به شرط اداء از حاصل. در باب شرط بعضی قائلند که این شرط لبا بر می گردد به قید و بعضی گفته اند لبا به قید بر نمی گردد و شرط است اگر شرط را به قید بر نگردانیم ما از کسانی هستیم که گفتیم هم می تواند به نحو شرط باشد هم می تواند به نحو قید باشد. مرحوم آقای خوئی می فرمودند: شرط دائما به قید بر می گردد. یعنی چه به قید بر می گردد؟ یعنی اجرت، صد من گندم ما فی الذمه است اما صد من گندم حاصل از زمین اما اگر به نحو شرط باشد، شرط فعل است اجرة صد من گندم است اما در مقام اداء شرط کرده است که از گندم این زمین بدھیم. پس ما تارة از کسانی هستیم که شرط را به قید بر می گردانیم مثل مرحوم خوئی و تارة به قید بر نمی گردانیم اگر به قید برگشت در نظر اصحاب این است که هر کجا ما فی الذمه ادائش فرد نداشت منتقل به بدل می شود پس عقد اجاره درست است اگر به قید بر گردد مرحوم آقای خوئی قائل است که شرط در این موقع به قید بر می گردد یعنی اجرت صد من گندم حاصل از این زمین اما در ذمه است شما ما فی الذمه را می توانید صد قید اضافه کنید صد من گندم از حاصل این زمین اما در ذمه مستأجر در اینجا ما فی الذمه فرد ندارد منتقل می شود به بدل اگر مثل است مثل و اگر قیمتی است قیمت.

اگر شرط به قيد بر نگردد که ما از اين گروه هستيم يعني اجرت صد من گندم في الذمه است اما شرط فعل است که تطبيق بر اين گندم حاصل از زمين شود اگر شرط متعدّر شد و نتوانست عمل کند چون زمين حاصلی نداشت خوب باید به عقد وفاء کند و باید از جای دیگر بددهد نتيجه تعذر از عمل به شرط اين است که جناب مالک حق فسخ معامله را دارد و بعد از فسخ، اجرة المثل اين زمين را از جناب مستأجر می گيرد که ممکن است معادل صد من گندم يا کمتر يا بيشتر باشد. پس اجاره داد به صد من گندم في الذمه به شرطی که آن صد من را از حاصل زمين اداء کند. مسئله اول اين است که اين عقد صحيح است چرا که در بحث ما في الذمه می آيد که اگر متعدّر شد، عقد باطل نمی باشد و در ما نحن فيه حتى اگر گفتیم در سیره &&& باطل است اینجا می گوییم درست است اما به حسب نصوص ما دلیلی بر بطلان به حاصل ارض نداشتم چه برسد به ذمه. خوب حالا اگر متعدّر شد اگر به قيد بر گشت مثل مرحوم آقای خوئی که شرط را به قيد بر می گرداند معنایش اين است که اجرت فردی ندارد تبدیل می شود به بدل که یا مثل یا قیمت است و اما اگر شرط به قيد بر گشت و شرط متعدّر شد وفاء به عقد واجب است و وفاء به شرط دیگر واجب نمی باشد وفاء به عقد واجب است چرا که ممکن است و وفاء به شرط واجب نمی باشد چرا که وفاء به شرط متعدّر است و مالک می تواند اجاره را فسخ کند و اجرة المثل را از مستأجر مطالبه کند.

لذا باید در این مسئله نظر ما نسبت به فرع قبلی مشخص شود و نظر ما نسبت به برگشت شرط به قيد یا عدم برگشت آن هم مشخص شود. وقتی شرط تخلف شد آن مشروط له می تواند عقد را ابقاء کند و می تواند فسخ کند. مدرکش سیره است و لا اقل معاريف به اين قائل می باشند.

معامله يك فعل است و شارع می تواند يك معامله را جعل کراحت کند. در صحت و بطلان گفتیم که ما عقلائی هستیم اما در احکام تکلیفی تابع شرع می باشیم. كما اینکه نظر رایح بین علماء ما این است که قرض ربوی قرض حرام و لکن صحیح است.

١... وَ أَمَّا إِجَارَتُهَا بِغَيْرِ الْحَنْطَةِ وَ الشَّعِيرِ مِنَ الْحَبَوبِ

فلا إشكال فيه خصوصاً إذا كان في الذمة مع اشتراط كونه منها أو لا.

ایشان می فرمایند که اگر زمین را به غیر گندم و جو مثلاً به حبوبات اجاره دهد این اجاره مشکلی ندارد خصوصاً اگر اجرة را در ذمه قرار دهد مثلاً این زمین را به صد من نخود یا عدس فی الذمه اجاره دهد، فرق نمی کند که شرط کند که آن نخود و عدس را از حبوبات این زمین باشد یا از غیر این زمین. مرحوم سید چون قائل به بطلان این چنین اجاره ای به نص خاص است آن نص خاص، در اینجا نمی آید چرا که آن نص خاص در مورد طعام است که طعام عبارت باشد از حنطة و شعیر و حبوبات که غیر این دو است لذا اگر اجرت را از نخود و عدس و لوبيا قرار دهد می شود خارج از نص که على القاعده مشکل ندارد.

ما گفتیم که این روایات یا دلالتا فقط یا سندا و دلالتا تمام نمی باشد بلکه باید ببینیم که عند العقلاء چطور می باشد؟ و قاعدتا در نظر عقلاء بین گندم و جو و لوبيا فرقی نمی کند یعنی اینظور نمی باشد عند العقلاء و عند العرف برای گندم و جو خصوصیتی دیده شود و ما گفتیم به لحاظ نص تمام نمی باشد و به لحاظ عقلاء تابع عرف است اگر نزد عرف صحیح باشد عقلاء هم آن را دایره آن عرف امضاء می کنند و ما گفتیم ظاهرا نکته ای ندارد که عرف نخواهند این معامله را صحیح بداند چرا که عرف

١ سه شنبه ٢٥ / ١٠ / ٩٧

فصل ٦ [فی العین المستاجرہ]: لا یجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعیر بما یحصل منها من الحنطة أو الشعیر لا لما قيل من عدم كون مال الإجارة موجوداً حينئذ لا في الخارج ولا في الذمة ومن هنا يظهر عدم جواز إجارتها بما یحصل منها ولو من غير الحنطة و الشعیر بل عدم جوازها بما یحصل من أرض أخرى أيضاً لمنع ذلك فإنهما في نظر العرف و اعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة و هذا المقدار كاف في الصحة نظير بيع الشمار ستين أو معضم الضمية فإنها لا يجعل غير الموجود موجوداً مع أن البيع وقع على المجموع بل للأخبار الخاصة وأما إذا أجرها بالحنطة أو الشعیر في الذمة لكن بشرط الأداء منها ففي جوازه إشكال والأحوط العدم لما يظهر من بعض الأخبار وإن كان يمكن حمله على الصورة الأولى ولو آجرها بالحنطة أو الشعیر من غير اشتراط كونهما منها فالآقوی جوازه نعم لا يبعد كراهته ...

امثال این معامله، یعنی معاملاتی که دارای ریسک است، انجام می دهند و امضاء می کند و با گذشت زمان این اقدامات ریسکی اینها بیشتر هم می شود.

مسئله ۱ :

سید انحصار اجاره زمین را ذکر کرده اند که چهار قسم می شود:

قسم اول این است که یک زمین را اجاره را بدھیم به تمام مثلا یک هکتار زمین داریم و همه را به یک نفر اجاره می دهند این را اجاره شخصی می گوید و منفعت به تمامه تملیک مستأجر می شود.

قسم دوم این است که مقداری از زمین را به صورت اشاعه اجاره دهد بگوید نصف این زمین را به نحو مشاع به تو اجاره دادم. در این صورت خود زمین مالکش جناب مجر ااست و نصفی از این منفعت را به نحو مشاع به مستأجر تملیک می کند چرا که در نظر آقایان اجاره تملیک منفعه بعوض است. در نتیجه منفعت این زمین اشاعه، بین هر دو مشترک است یعنی هر دو به نحو اشاعه مالک منفعت این زمین می باشند.

قسم سوم:

به نحو کلی در معین اجاره دهد این کلی در معین را توضیحی دهیم. در بحث بیع فقهاء می گفتند که مبیع یا شخصی یا کلی است. کلی یا کلی در ذمه است یا کلی در معین است در بیع مثالش این است که یک دفعه این کیسه گندم را می فروشید اینجا مبیع شخصی است یکدفعه کلی گندم را می فروشید و اما در ذمه می گویید پنجاه کیلو گندم را به تو فروختم که این پنجاه کیلو در ذمه بایع است و پنجاه کیلو گندم در ذمه بایع، ملک مشتری است. و یک کلی در معین داریم در این انبار صدها کیلو گندم دارد مثلا یک تن گندم دارد می گوید پنجاه کیلو از این گندم این انبار با به تو فروختم و او هم قبول می کند اینجا مبیع شخصی نمی باشد چرا؟ چون که می تواند هر پنجاه کیلو که می خواهد به مشتری تحويل دهد اما کلی در ذمه هم نمی باشد بلکه کلی در معین است یعنی پنجاه کیلو از این هزار کیلوی معین. به این می گویند کلی در معین. در فقه آن

قسمی که خیلی محل اشکال و گفتگو شده است این کلی در معین است که حالا به یک مناسبتی که رسیدیم این کلی در معین و حقیقت این مبیع را توضیح خواهیم داد. در اجاره هم همینطور است گاهی وقتها ما تملیک می کنیم منفعت را اما به نحو کلی در معین نه کلی در ذمه ما چقدر زمین داریم؟ یک هکتار که عبارت باشد از ده هزار متر مربع. می گوییم هزار متر از این زمین را به تو اجاره دادم به هزار تومان و بعداً معین می کنم اما عند الاجاره معین نمی کنم و تعیین به ید مجر ای است معناش این است که تمام زمین و منفعت مال مالک است و هزار متر از این منافع مال مستأجر است و تعیینش به ید مالک است هر هزار متری که معین کرد منافعش می شود ملک مستأجر. کلی در معین، هم می تواند به صورت معین باشد مثلاً گفتیم هزار متر از این زمین را به تو اجاره می دهم و هم می تواند به نحو مشاع باشد می گوید یک پنجم از این زمین را به نحو کلی در معین. یک پنجم یک هکتار که دو هزار متر می شود. این دو هزار متر که در واقع گفته است به تو می دهم بعد تعیین می کند که کدام یک از این دو هزار مترها مال مستأجر است.

قسم قبلی مشاع بود اما این مشاع نمی باشد مشاع یعنی در هر جزئی از منفعت، هر دو مشترک می باشند چهار پنجمش مال مالک و یک پنجم آن ملک مشتری است اما در اینجا کلی در معین است یعنی یک پنجم لا على التعیین ملک مستأجر است. در اینجا هر جزئی مشترک نمی باشد تماماً مالک است و بعد مالک سهم او را در حصه معینی تعیین می کند اما در مشاع نمی تواند تعیین کند و اگر تعیین کرد این به تراضی و مصالحه است.

قسم چهارم: جایی است که زمین را اجاره می دهد به صورت کلی در ذمه می گوید هزار متر زمین با این مشخصات به تو اجاره می دهم اما اشاره به زمین خاصی نمی کند می گوید زمینی که خاک و آبش فلان است و در فلان منطقه است در اینجا مال مستأجر منفعت زمینی هزار متری با آن مشخصات در ذمه مجر است.

مرحوم سید سه قسم اخیر را بیان فرموده است و قسم اول که واضح بود را نفرمودند که جایی است که زمینی شخصی را اجاره می دهد اما قسم دوم و سوم و چهارم را سید فرموده است. این از متونی است که شرح نمی خواهد چرا که فقط توضیح است و تصحیح این اجاره به سیره است و در سیره فرقی نمی کند که اجاره به کدام یک از انحصاره باشد.

لا بأس بإجارة حصة من أرض معينة مشاعة

کما لا بأس بإجارة حصة منها على وجه الكلی في المعین مع مشاهدتها

على وجه يرتفع به الغرر

در قدیم به ادنی غرری می گفتند که معامله باطل است چرا که در آن زمان که تحصیل مال خیلی پر زحمت بود طبیعی بود که در ادنی غرری حکم به بطلان عقد به تبع عرف کنند بخلاف زماننا هذا.

شما وقتی مال خودتان می توانید به دیگری بیخشید و عند العقلاء صحیح است چرا در معاملات غرری این معامله صحیح نباشد؟! چرا که هم شما که مالک زمین هستید می توانید زمین را هبه کنید بدون عوض و مستأجر هم می تواند ثمن و اجرت را به صورت بلا عوض به شما تمليک و هبه کند لذا این بطلان معاملات غرری به خاطر روایت نبوی نهی النبی عن بيع الغرر بوده است که فارق از اشكالی است که ممکن است که این حکم حکومتی بوده است. غرر یعنی جهالتی که موجب نزاع شود و ما گفتیم این قضیه به شرط محمول است چرا که اگر معامله صحیح باشد دیگر نزاعی در کار نمی باشد.

لذا غرر مشکلی ندارد.

در غبن معامله صحیح است اما مغبون خیار دارد. در غبن خودش اقدام نکرده است و اگر خودش اقدام کرده باشد دیگر خیار ندارد.

و أَمَا إِجارتُهَا عَلَى وِجْهِ الْكُلِّ فِي الذَّمَةِ

فمحل إشكال بل قد يقال بعدم جوازها لعدم ارتفاع الغرر بالوصف ولذا لا يصح السلم فيها وفيه أنه يمكن وصفها على وجه يرتفع فلا مانع منها إذا كان كذلك

گفتند سلم در ارض جایز نمی باشد بیع سلم یعنی کلی در ذمه. چرا که غرر با وصف برداشته نمی شود. سید می فرمایند که اگر وصفی شود که اجاره غرری نباشد این اجاره صحیح است.

ما تابع عرف می باشیم در این زمان، عرف ما باطل نمی داند مگر این که عرفی از مقلدین شکل بگیرید که مرجع آنها فتوا به بطلان داده باشد.

غبن عدم تساوی ثمن و مثمن در قیمت می باشد اما غرر جهالت است چه بسا که فایده ای هم باشد اما همینکه جهالت باشد غرر است.

مسئله ۲: یجوز استیجار الأرض لعمل مسجداً

لأنه منفعة محللة

و هل يثبت لها آثار المسجد من حرمة التلويث و دخول الجنب والحايض
و نحو ذلك قولهما العدم نعم إذا كان قصده عنوان المسجدية لا
 مجرد الصلاة فيه و كانت المدة طويلة كمائة سنة أو أزيد لا يبعد ذلك^۱
لصدق المسجد عليه حينئذ.

مسئله اين است که زمینی را اجاره کنیم برای اینکه آن زمین اجاره شده را تبدیل به
مسجد کنیم آیا این اجاره درست یا خیر؟ سید می فرمایند دو فرض دارد یک فرض این
است که مراد از مسجد نمازخانه است این اشکال ندارد و بر این نمازخانه معلوم است
که احکام مسجد هم بار نمی شود اما یکبار زمین را اجاره می کنیم که مسجد باشد این
درست است یا نه؟ سید می فرمایند دو فرض دارد: زمان اجاره طولانی است مثلًا صد
یا دویست یا پانصد سال است. ایشان می فرمایند درست است اما یک صورت این
است که زمان کوتاه است سید در اینجا فتوا به صحت نداده است یا نظرش این است
که این اجاره باطل است یا فتوا ندارد.

شرح المسئله في جهتين:

خوب حالا برویم دنبال شرح:

^۱ چهارشنبه ۹۷/۱۰/۲۶

^۲ احکام مسجد.

اگر اجاره می‌کنیم برای نمازخانه و مصلی این معلوم است که این اجاره صحیح است به هر مقداری که باشد به جهت اینکه عقدی است که در آن محدودی نمی‌باشد.

اما اگر مکانی را اجاره می‌کند که می‌خواهد مسجد قرار دهد سید تفصیل داد گفت اگر مدت اجاره صد سال یا بیشتر باشد این مسجد است چرا که اگر صد ساله اجاره دهد این مفهوم عرفی مسجد بر این صدق می‌کند. ضمناً در مدت اجاره لازم نمی‌باشد که به اندازه عمر یک طرف باشد سیره دلیل ماست او فوا بالعقود این عقد را می‌گیرد و اگر مالک مرد این زمین مسلوب المتنفعه به ورثه انتقال پیدا می‌کند.

اما اگر کمتر باشد سید سکوت کرده اند یا فتوا می‌دهند به بطلان یا احتیاط می‌کند اما در مدت زیاد احتیاط نکردند. خوب باید دو بحث از هم تفکیک شود: یک اینکه آیا می‌شود زمینی را به صورت اجاره، مسجد قرار داد و لو زمان طولانی باشد

و بحث دوم این است که اگر گفتیم نمی‌توانیم مسجد قرار دهیم اگر اجاره کردیم برای مسجد قرار دادن آیا این اجاره درست است یا خیر؟

این دو جهت در کلمات از هم خیلی تفکیک نشده است. پس یک بحث این است که آیا واقعاً زمین اجاره ای را می‌توانیم مسجد قرار دهیم و یک بحث هم این است که اگر نمی‌توان مسجد قرار داد و اجاره کردیم این اجاره درست است یا باطل؟

الجهة الأولى: فی صحة جعل الأرض المستأجرة مسجدا.

عنایت کنید در جهت اول بحث می‌کنیم که آیا می‌توانیم زمین اجاره ای را و لو اجاره هم طولانی است مثلاً صد سال، مسجد قرار دهیم؟ آیا من می‌توانم آن زمین را مسجد قرار دهم که به مدت طولانی مسجد باشد. این کلماتی که در مورد مسجد می‌گوییم در مورد سایر موقوفات هم می‌آید.

واضح است که محل کلام مال جایی است که زمین برای مورد خاصی اجاره نشده هست مثلاً زمینی را اجاره کردم صد ساله برای انبار یا زراعت این زمین را واضح است

که نمی توانیم مسجد قرار دهیم. بحث در جایی است که اجاره کردیم برای هر منفعت محلله ای. در استیجار لازم نمی باشد منفعت مشخص شود من زمین را اجاره کردم برای هر منفعتی که می خواهم استفاده کنم تعیین نکردم که برای زراعت یا انبار آیا می شود این مکان اجاره ای را مسجد کرد یا خیر؟ دقت کنید مسجد یکی از موقوفات است یعنی یک زمین وقف شده است برای مسجدیت در بحث اجاره مشهور قائلند که عین زمین ملک مالک است وقتی این زمین را اجاره کردیم این زمین ملک مالک است ملک من نمی باشد بلکه منفعت زمین است که مال من است منافع زمین ملک من است وقتی این منافع شد ملک من در واقع زمین از یکی است و منافع از دیگری است و حالا این زمین را به صد سال اجاره کردم وقتی وقفش می کنم بر مسجدیت، زمین را می خواهم مسجد قرار دهم یا منافع زمین؟ اگر منافع زمین را بخواهم را بخواهم مسجد قرار دهیم وقف یک حقیقت عرفیه است که این معنای عرفی آن مال جایی است که عین وقف می شود ما وقف منافع نداریم عین را وقف می کنیم بله عین را وقف می کنیم که منافع آن در جهت خاصی صرف شود اما وقف به منفعت تعلق نمی گیرد در نظر عرف منفعت چیزی نمی باشد که بتوان آن را وقف کرد، عین است که وقف می شود و فرض این است که عین ملک دیگری است نه ملک مستأجر این در ارتکاز عرف و عقلاء است که وقف منافع درست نمی باشد. در ارتکاز عقلاء وقف منفعت نداریم یعنی در ارتکاز عقلاء متعلق وقف یک امر ثابت و دائمی است بخلاف منفعت که ثبات ندارد.

نکته دیگر این است خصوصیتی در باب مسجدیت است و آن خصوصیت این است که در ارتکاز متشرعه و مومنین مسجد عبارت است از آن مکانی که ملک کسی نمی باشد از ملکیت خارج می شود کانه در اذهان مومنین و متشرعه مکانی است برای عبادت خداوند مکانی است که هیچگونه وابستگی به دیگری ندارد مکانی است برای عبودیت خدا پرستشگاه است معبد است محل عبادت و پرستش خداوند در آن یک نحو حریت افتاده است در بحث وقف این مسئله مطرح شده است عین موقوفه مال کیست مالی است بدون مالک یا مع المالک است آیا اموال موقوفه ملک کسی است یا

خیر؟ اگر ملک کسی است ملک چه کسی است؟ اقوال مختلفی است شاید به اندازه احتمالات ما قول داریم و مشهور اموال موقوفه را به دو دسته تقسیم کرده اند: اموالی که ملک کسی نمی باشد که یک مثال بیشتر ندارد و آن مسجد است، مسجد مال موقوفه ای است که ملک احدی نمی باشد بنابراین در مورد مسجد ملکیت نمی باشد و مشهور قائلند و اختلافی بین ما و مشهور است که قبلاً گفتیم و الان هم اشاره می کنیم در مسجد مشهور قائل شدند که مسجد اسم این زمین و بناء مسجد است مسجد مجموعه این زمین و بناء است ما ها قائلیم مسجد فقط زمین است و این ساختمان و بناء مال مسجد است لذا این بنائی که ساخته شده است زمین و بناء موقوفه است اما زمین مسجد است و بناء موقوفه است که مسجد مالک آن است لذا نزاع معروفی شده است که اگر کسی بناء مسجد را خراب کرد ضامن است یا خیر؟ مرحوم خوئی گفته اند ضامن نمی باشد چرا که ضمان مال زمانی است که ما ملک دیگری را خراب کنیم لذا اگر کسی بمبی گذشت و مسجد را خراب کرد معصیت کرده است اما ضامن نمی باشد مرحوم تبریزی خیلی سعی کرده بود که این را ضامن کند دیده بود که نمی سازد که کسی درب مسجد را خراب کند و ضامن نباشد. این شخصی که مسجد را منفجر کرده است هتک مسجد کرده است و به حسب وقف عمل نکرده است «الوقوف علی حسب ما یوقف علیها» که خطاب به همه مسلمین است و مرحوم تبریزی گفته اند که به خاطر این که علی حسب ما یوقف علیه عمل کرده باشد باید این مسجد را درست کند. ما این دو فرمایش را قبول نکردیم و گفتیم ضامن است چرا که این بناء مسجد، مملوک مسجد می باشد فقط زمین ملک کسی نمی باشد لذا باید این مسجد را که ویران کرده است بدل آن را بدهد. مرحوم خوئی ضمان در قبال شخصیت حقوقی را منکر نمی باشند می فرمایند که ضمان در اتلاف مال غیر است چه غیر شخص حقوقی باشد یا حقيقی باشد و این درست است و در مورد مسجد ایشان بناء را ملک مسجد نمی دانستند بلکه مسجد می دانستند یعنی موقوفه ای که مالک ندارد لذا این صغراًی آن قاعده کلی در نزد ایشان نبود. اینکه مسجد مالک است این ارتکازی است این قند و چایی و اموال مسجد مال چه کسی است؟ فرش مسجد مال کیست؟ مال مسجد است. یکبار فرش را وقف مسجد می کند این مال

واقف است اما یکبار فرش را به مسجد تمیلیک می کند این می شود ملک مسجد است. البته این منافاتی ندارد که باز تنjis بناء هم حرام باشد چرا که تنjis مسجد را ما قائلیم فی نفسه حرام نمی باشد بلکه از باب هتک مسجد است و خوب تنjis بناء مسجد هم هتک مسجد باشد باز حرام است. مرحوم خوئی می گوید در مثال تمیلیک اموال بر مسجد، مسجد مالک است و مسجد را مالک می داند اما بناء را ملک مسجد نمی داند بلکه خود مسجد می داند. خراب کردن دیوار مصدق ظلم نمی باشد ظلم در اشخاص حقوقی نمی باشد بلکه در اشخاص حقیقی است.

مسجد در نظر ما هیچ طبقه ای نمی باشد لذا اگر کسی دو طبقه ساخت و طبقه دوم را مسجد قرار دهد این درست نمی باشد اصلا طبقه دوم مسجد نمی شود چرا که مسجد زمین است یعنی زمینی که جعل مسجدا و در طبقه دوم زمینی در کار نمی باشد.
۱ پس گفتیم سید قائلنده که اگر زمان طولانی باشد می شود زمین اجاره ای را مسجد قرار داد اما اکثر و لعل مشهور الفقهاء با کلام سید مخالفت کرده اند. دلیل مشهور چیست؟ این ارتکاز متشرعه است بر اینکه مسجد ملک کسی نمی باشد بلکه مسجد تحریر شده است. این ارتکاز از کجا در ذهن متشرعه شکل گرفته است؟ نکته این ارتکاز این است که اگر در ذهن متشرعه مسجد مالکی داشت این مالک یا قاصر بود یا مقصرا و مالک قاصر در سیره دائما نیاز به متولی دارد قاصر مثل طفل یا مجنون که مالک مالی است طفل دو ماهه یا دو ساله یا دیوانه قاصرند یعنی عقلاء تصرفات اینها را نافذ نمی دانند عقلاء بر تصرفات اینها ترتیب اثر نمی دهند این قاصر است که احتیاج به ولی دارد حال ولی آن هر که باشد. گاهی اوقات شخصیت حقیقی غیر قاصر است زید نه تنها کلاه سرشن نمی رود کلاه صدها نفر هم بر نمی دارد و نیاز به ولی ندارد اما شخصیتهاي حقوقی تماما قاصر می باشند و نیاز به ولی و متولی دارند و نوعا ولی را در اشخاص و متولی را در اشیاء به کار می برنند. اصلا معنای شخصیت حقوقی این است که یک انسان بالغ و عاقل نمی باشد یک حیثیت یک مکان است، یک جهت است که

^۱ سه شنبه ۹۷/۱۱/۰۹

مالک است شخصیت حقوقی اصلاً قابلیت تصرف را ندارد اصلاً معنا ندارد که غیر قاصر باشد. در نزد عقلاء در غیر قاصر، باید رشید باشد و اگر گفتیم بلوغ معتبر است یعنی شرعاً معتبر است نه عقلائی و اگر در عقلاء هم گفتیم معتبر باشد به تبع اعتبار شرع است. نه اینکه خود عقلاء بلوغ را معتبر می‌دانند و لو شرع معتبر ندانند.

اگر این زمینی که مسجد می‌خواهند قرار دهند بشود ملک خدا، خوب خدا انسان بالغ و رشید و عاقل نمی‌باشد چون اصلاً انسان نمی‌باشد لذا خداوند شخصیت حقوقی است و نیاز به ولی دارد و در اذهان متشرعه خداوند فوق این است که نیاز به متولی داشته باشد و این در اذهان موحدین این طور است بله در اذهان ملحدین که خداوند امری موهم است می‌تواند متولی داشته باشد اگر خداوند عالم مالک این زمین باشد خداوند می‌شود شخصیت حقوقی و شخصیت حقوقی نیاز دارد به متولی در تصرفات. این اگر خداوند مالک باشد اما اگر عنوان معبد یا مسجد مالک باشد این باز شخصیت حقوقی است و نیاز به متولی دارد در اذهان مومنین و متشرعه آن مکان پرستش خداوند باید از تحت سلطه زمین و افراد او بیرون باشد جایی که مکان رابطه بین آسمان و زمین و عبد و خداست در ارتکاز مشترعه این است که نباید متولی داشته باشد چرا که اگر مملوک باشد نیاز به قیم و ولی دارد و این با ارتکازات مومنین متشرعه نمی‌سازد لذا ما روایاتی یا آیه‌ای در این رابطه نداریم بلکه فقهاء به این ارتکازات خودشان به این رسیده اند که اصلاً مسجد از باب تحریر است گفته اند مسجد از موقفاتی است که اصلاً مالک ندارد این هم از باب ارتکاز بوده است و این ارتکاز عجیبی بوده است که فقهاء از اول بدون این که خودشان متوجه باشند گفته اند مسجد مالک ندارد لذا مسجد ولی ندارد اصلاً معنا ندارد ولی و متولی داشته باشد چرا که ولایت و تولی همیشه از ناحیه مالک است و مالک قاصر است که دائماً نیاز به متولی دارد لذا معبد و مسجد اصلاً متولی ندارد چرا که مالک ندارد من راجع به کنیسه و کلیسا اطلاع ندارم احتمال می‌دهم که در اذهان آنها هم مالک ندارد. پس بنابراین در مسجد تحریر است وقتی تحریر بود لذا ولی و متولی ندارد بله اگر این معبد یا مسجد مالک شد چون می‌شود مالک قاصر نیاز به

ولی و متولی دارد. مسجد می تواند مالک فرش و مالک برق وسائل مسجد شود. شما نگویید الان گفتید که معبد متولی نمی پذیرد معبد بما هو معبد متولی ندارد اما وقتی معبد شد مالک آن حیث معبدیتش از بین رفته است معبد بما هو مالک متولی دارد. این را دقت کنید در مسجد اولا مسجد ملک کسی نیست بنا بر نزاعی که بین ما و مشهور است. مشهور می گویند که مجموعه زمین و بناء مسجد است ما زمین را مسجد می دانیم و بناء را مملوک مسجد می دانیم نه خود مسجد این مهم نمی باشد. پس مسجد که آن زمین است مملوک کسی نیست شیئی است بلا مالک، مالی است بلا مالک و مملوک کسی نمی باشد. پس بنابراین مسجد ملک کسی نمی باشد و چون ملک کسی نمی باشد ولی و متولی هم ندارد چون مالک ندارد و ولی و متولی ولی و متولی مالک می باشند اما این معبد می تواند مالک شود اگر مالک شد از آن حیث که مالک است مالک قاصر است حتما این مالک متولی دارد مسجد که نمی تواند تصرفاتش را انجام دهد این فرش را بفروشنند یا خیر، این چراغ را روشن کنند یا خیر، آیا این مال را به مسجد منتقل کنند یا خیر برای مسجد با اموالش این چیز را بخرد یا خیر. در مسجد بما هو مسجد هیچ کسی مالک نمی باشد، هیچ کسی ولی نمی باشد چون مالک ندارد اما بما هو مالک متولی و ولی دارد. مسجد یک چیز و مملوکات مسجد چیز دیگر است مسجد از آن جهت که مالک است متولی دارد و این متولی متولی مالک است یعنی متولی مسجد است اما مسجد از آن حیث که مسجد است متولی ندارد ثمره اش این است که کسی نمی تواند بگوید که نمی توانی بیایی مسجد من راضی نمی باشم که تو به مسجد بیایی الا اینکه ببیند که اگر این شخص وارد مسجد شود، برای اموال مسجد مضراست می تواند جلوگیری از ورود او به مسجد کند چرا که باید از مسجد هزینه کنند برای تعمیر مسجد.

پس مسجد به ما هو مالک متولی دارد و باید در مقام سرپرستی در اموال مسجد مصلحت مسجد را رعایت کنند.

پس بنابراین مسجد بما هو مسجد متولی ندارد اما به ما هو مالک متولی دارد چرا که مسجد می تواند مالک شود. بعد این ها یک بحثهای دیگری هم دارد که ادامه دارد و می خواهم زیاد وارد این فروع نشوم.

مشهور این بحثها را از هم تفکیک نکردند بله قبول داشتند که مسجد ملک کسی نمی باشد و قبول داشتند که مسجد می تواند مالک داشته باشد اما دیگر تفکیک نکرده بودند که بما هو مسجد نمی تواند متولی داشته باشد اما بما هو مالک متولی دارد لذا بحثهایی مطرح می شود که وقتی واقعه متولی تعیین می کند مسجد مالک نیست این متولی چیست؟ اینها را توضیحش را در جای خودش خواهیم داد. پس بنابراین این مسجد که روشن شد من مسجدی را اجاره کردم دویست ساله من نمی توانم این زمین را مسجد قرار دهم. چرا؟ چون که که مسجد تحریر ملک است و من کجا می توانم این ملک را تحریر کنم این زمین ملک من نمی باشد و این زمین ملک زید است و منفعت دویست ساله اش مال من است و خود منفعت به عنوان مسجد نمی تواند قرار گیرد چرا که در ارتکاز مسجد جسم است یا زمین است یا زمین و بناء است دیگر منفعت معنای مسجدیت بر آن منطبق نمی باشد. لذا نمی تواند این زمین اجاره ای را به عنوان مسجد قرار دهد.

موید بر این مطلب که مسجد ملک کسی نمی باشد این آیه شریفه است که می فرمایند: «**وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا**^{۱۸}»^۱ تفریع کرده است بر او یعنی مسجد برای خداست و کسی با او شریک نمی باشد اگر این اجاره درست باشد این شخص شریک می شود با خدا در این مسجد چون خداوند که زور نمی گوید که اگر اجاره شد برای مسجدیت بباید زمین را هم از او بگیرید پس هم ملک خداست و هم ملک این شخص در حالیکه آیه شریفه گفته است که کسی در اینجا شریک خدا نمی شود. این هم موید این است که چنین زمین اجاره ای را نمی تواند مسجد قرار دهد.

^۱ الجن ،الجزء ۲۹ ،الصفحة: ۵۷۳ ،الآية:

الجهة الثانية: على تقدیر عدم امکان جعل هذه الأرض مسجدا هل تصح هذه الإجارة؟

جهت دوم اگر اجاره کرد آیا عقد اجاره درست است یا باطل است:

دقت کنید این دو فرض دارد:

یک فرض این است که اجاره می کند اما نه برای مسجدیت یعنی نگفته است که این را به من اجاره بده برای مسجدیت اما قصد دارد که او را جعله مسجدا و خبر ندارد که نمی تواند مسجد قرار دهد گفته این را دویست ساله به من اجاره بده اما قصد کرده است که مسجد قرار دهد این بلا اشکال اجاره درست است اما نمی تواند مسجد قرار دهد یا باید رها کند یا استفاده دیگری کند مثلا آن را مصلی قرار دهد.

اما یکبار اجاره می کند برای منفعت ان یجعلها مسجدا یعنی گفته است که برای مسجدیت به من اجاره بده فقط برای خصوص منفعت مسجدیت. این یک بحث است که وقتی ما اجاره می کنیم برای منفعتی که آن منفعت قابل استیفاء نمی باشد این اجاره درست است یا خیر؟ مثلا می گوید که ماشین را اجاره بده که من ماشین را خودم رانندگی کنم و شخص کسی است که اصلا رانندگی بلد نمی باشد آیا این اجاره درست است یا خیر؟ دلیل سیره است و ما قائلیم این نحو اجاره در سیره درست است من قلم را اجاره می کنم برای کتابت خودم و من اصلا سواد ندارم و یا کتابی را اجاره می کنم برای قرائت خودم و اصلا سواد ندارم جماعتی گفته اند این اجاره باطل است و ما در اینجا هم قائل به صحت می باشیم اگر در این موارد قائل به صحت شدیم در اینجا هم قائل به صحت می شویم من زمین را اجاره کرده ام که نجعلها مسجدا حال یا نمی دانم که نمی شود مسجد قرار دهم و یا می دانم اینجا هم اجاره صحیح است.

مسئلهٔ ۳: يجوز^۲ استيجار الدر اهم

و الدنانير^۳ للزينة

أو لحفظ الاعتبار أو غير ذلك من الفوائد^۴ التي لا تنافي بقاء العين^۵...

در این مسائل متفرقه ای که سید می فرمایند مسئله سه این است که اگر انسان درهم و دینار را از کسی اجاره کند، بگوید صد دینار از تو اجاره می کنم و چون در اجاره شرط است که عین باید باقی بماند این درهم و دینار را خرج نمی کند برای تزیین استفاده می کند کما اینکه در قدیم متعارف بود که این درهم و دینار را برای زینت استفاده می کردند مثلاً دستبند می کردند یا برای اعتبار استفاده می کردند در قدیم بازاری ها صندوقی داشتند که در آن برای اعتبار استفاده می کردند یعنی جلوی مشتری صندوق را باز می کردند که مشتری ببینید که درون این صندوق چقدر پر از سکه است و به او اعتماد می کرد و به او به صورت قسطی جنس می دادند و با او معامله می کردند سید می فرمایند این یک منفعتی است عقلائی و استيجار درهم و دینار برای تزین یا اعتبار جایز است. مثلاً آدمی است که اگر زیر متکایش درهم و دینار باشد راحت می خوابد این درهم و دینار را اجاره می کند که در زیر متکای خود قرار دهد.

این جهاتی که گفتیم در مورد اسکناس هم می آید لذا اجاره اسکناس جایز است و می تواند اجاره کند برای جلب اعتماد خانواده اش و در این صورت باید عین اسکناس

^۱ چهارشنبه ۹۷/۱۱/۱۰

^۲ يجوز وضعی است یعنی يصح.

^۳ درهم پول نقره ای است و دینار پولی از طلا و مشخص است که در زمان سید این درهم و دینار متعارف بوده است. لیره به پول طلا می گفتند که در مقابل دینار بوده است نمی دانم در زمان سید پول کاغذی بوده است مرحوم سید بیش از صد سال فوت شده است و اسکناس در زمان سید بوده است یا خیر نمی دانم. این مسائلی که گفتیم در پول اسکناس هم می آید مثلاً پول اسکناس را اجاره می کند برای این که در صندوق جمع کند و وقتی صندوق را باز می کند مشتری می بیند که در صندوق پر از چک و پول است. و این موجب اطمینان مشتری به این فروشنه می شود.

^۴ مثل جلب اعتماد خانواده.

^۵ چون یکی از مقومات اجاره این است که باید عین مستأجره باقی بماند.

حفظ شود که حقیقت عرفیه اجاره این است که عین باید باقی بماند و اگر مالک اذن در تعویض هم دهد اجاره قبلی از بین می رود و عقد اجاره بر اسکناس دیگر اجاره ای است جدید. در جلد ۶ مرحوم سید بحث از اسکناس را ایشان کرده است و مشخص است که در زمان ایشان اسکناس بوده است.

این مسئله چه خصوصیتی دارد که مرحوم سید این مسئله را ذکر کرده است؟ منفعتی که برای پول است صَرف است یعنی پول بدھید واشیاء و خدمات را دریافت کنید اما منافعی مثل اعتبار مثل زینت و ... از این قبیل منافعی که ذکر کرده اند منافع شاذه و نادره است و از این هم مهمتر این منافع مالیت هم ندارد چرا که اگر کسی هزار دینار کسی را غصب کرد و بعد از شش ماه برگرداند آیا باید اجرت شش ماه را بدهد؟ خیر. خوب بینید حتی این منفعت، مالیت هم برای آن محاسبه نمی شود اگر ده میلیون، سی میلیون را از کسی غصب کرد بعد از شش ماه برگرداند دیگر اجرة را نمی تواند مطالبه کند بخلاف عباء و دوچرخه که اگر غصب کرد و برگرداند باید اجرت آن را محاسبه کند.

این بالا و پایین شدن ارزش پول و محاسبه آن مال جایی است که ذمه مشغول شود، ضمان به ارزش مال جایی است که ذمه مشغول و مضمون می شود اما در اینجا ذمه مشغول نشده است شخص همان پولهایی را که برده بود، بر می گرداند. سود پول هم اگر بگیرند سود غیر منفعت است یعنی می گوید اگر من این را داشتم می رفتم کالا می خریدم این اگر درست هم باشد، غیر از اجرة المثل منفعت است. اگر سود هم بگیرند ربطی به اجرة المثل ندارد. مثلا می گویند در بازار امروز به نحو متعارف این پول این مقدار سود دارد. این غیر اجرة المثل است قطع نظر از اینکه حکم شرعی چیست؟ این غیر اجرة المثل است سود است همیشه سود را به نرخ متعارف بازار می سنجند. مثال سید این خصوصیت را داشته است برای منفعتی اجاره کرده است که منفعت نادره است که در نزد عقلاء این منفعت مالیتی ندارد.

حكم المسئلة عندنا: هذا متوقف على مبانينا و نذكرها تحت أمور:

وجه مسئله که روشن شد. وارد مسئله می شویم که آیا این اجاره باطل است یا خیر؟ این منوط به مبانی ما است و مسئله خاصی نمی باشد.

مبانی خودمان و اختلافمان را با مشهور بگوییم. این مبانی را در ضمن اموری ذکر می کنیم:

الأمر الأول: يقسم المشهور المعاملات بالشرعية و العرفية و العقلائية و أولى هي المالك و نحن نقول بالعقلائية فقط.

مشهور علمای ما در باب معاملات سه دستگاهی بودند. این امور معاملی را به شرعی و عقلائی و عرفی تقسیم می کنند و گاهی تقسیم می کنند به عرفی و شرعی اگر چه فرقی در ارتکاز آنها بین عقلاه و عرف است اما خیلی دقیق نمی باشد. گاهی اوقات باید عرفی بگویند عقلائی می گویند و گاهی اوقات بالعكس. یکی از این امور معاملی صحت و بطلان است صحت عقلائی یعنی آیا چنین معامله ای عند العقلاه صحیح است یا باطل؟ صحت شرعی یعنی در نزد شارع آیا این معامله صحیح است یا باطل؟ اینها دائما سراغ صحت شرعی می باشند در اینجا وقتی می گفتند معامله و اجاره صحیح است یعنی صحیح عند الشارع. این ذهنیت فقهاء است و این را در تمام دستگاه معاملاتی دارند مثلا وقتی سخن از لزوم و جواز عقد می کنند می گویند لزوم عند الشارع و لزوم عند العقلاه وقتی صحبت از مالیت و ولایت و ملکیت می کنند همه را به شرعی و عقلائی تقسیم می کنند و حق را به عقلائی و شرعی تقسیم می کنند. در دستگاه معاملاتی به همه وسعتش این در ذهن همه فقهاء ما بوده است و دائما دنبال شرعی آن امر می باشند اصلا به عقلاه بما هم عقلاه کاری ندارند اما چرا کثیرا سراغ عقلاه می روند؟ برای اثبات حکم شرعی فقط به عنوان یک حد وسط از این صحت عقلائی استفاده می کنند و الا دائما دنبال شرعی می باشند.

اما ما گفتیم نه، یک چیز بیشتر نداریم و آن هم عقلاً می باشد. و همه این امور از قبیل موضوعات احکام شرعیه است و در موضوع تکالیف شرعیه مثل همه موارد تکالیف دیگر معنای عرفی اخذ شده است و در معنای عرفی ضابطه عقلاً است وقتی شارع گفته است وفاء به عقد واجب است یعنی العقد الصحيح عند العقلاً وقتی گفته است رباء حرام یعنی رباء عند العقلاً و البيع حلال یعنی ما یکون بیعاً عند العقلاً مثل تمام موضوعات لذا ما دائماً دنبال صحت و بطلان می باشیم. کدام بطلان و صحت؟ صحت و بطلان عقلائیه و هیچ وقت دنبال ملکیت و حق و ولایت و ... شرعیه نمی باشیم.

الأمر الثاني: سلوك المشهور في إثبات المعاملة الشرعية طريقة:

رویه متعارف بین علماء ما در اثبات شرعی چیست؟ اینها دو رویه دارند:

الطريقة الأولى: وجود الدليل اللفظي.

یک رویه آنها این است که دلیل لفظی داشته باشند مثل اینکه خداوند بفرمایند: «احل الله البيع» یا بگوید: «حرم الربي» و از این حلیت و حرمت صحت و بطلان شرعی را استفاده کنند.

الطريقة الثانية الرائجة: امضاء الشارع السلوک المعاملی العقلائی.

اما رویه رایج و غالب بین علماء ما این است که می روند ببینند که این عقد عند العقلاً صحیح است یا خیر؟ یا عند العقلاً ولایت با چه کسی است؟ عند العقلاً ملکیت یا حقی است یا خیر؟ بعد از این از عدم رد شارع اثبات استفاده می کنند امضاء را لذا قائل می شوند: هذا العقد، صحيح عند العقلاً فصحيح عند الشارع برای فقیه صحت عند الشارع مهم است و اما صحت عند العقلاً طریق و حد وسط است برای اثبات صحت عند الشارع.

مناقشة: ليس للعقلاء سلوك عقلائي في المعاملات بل هم تابع للأعراف الخاصة غالبا.

در این امر اختلاف ما با علماء در این است که علاوه بر اختلاف سابق، ما دنبال شریعت نمی باشیم لذا سراغ امضاء هم نمی رویم پس اختلاف اساسی ما با مشهور این است که مشهور فکر می کردند عقلاء بما هم عقلاء دستگاهی دارند مثلاً عند العقلاء بما هم عقلاء بيع عقد صحيح ولازم است گفته‌ی اصل این نظر درست نمی باشد عقلاء در باب معاملات اصلاً دستگاهی ندارد بلکه ما مجموعه‌ی ای از اعراف خاص را داریم که به لحاظ دیانت و زمان و مکان و خصوصیات با هم فرق می‌کنند. تارة در عرفی عقدی باطل است هر جا که این عقد باطل باشد عند سایر اعراف هم این عقد در دایره آن عرف باطل است به عبارت دیگر بعد از بطلان عقد در یک عرف آن عقد در دایره آن عرف، عند العقلاء هم باطل است. یعنی اگر از عقلاء سوال کنیم این عقدی که از این عرف صادر شده است باطل است یا صحیح؟ می‌گوید باطل است. دقت کنید عرف خاص غیر از عرف عام است و عرف عام هم غیر از عقلاء می‌باشند. اگر از عقلاء بپرسیم که این عقد خاص صادر از این عرف که در این عرف باطل است، آیا این عقد باطل است یا خیر؟ می‌گوید باطل است. گفته‌ی عقودی که عرف باطل می‌دانند این را عقلاء امضاء می‌کنند. اگر عقد صادر از عرفی در آن عرف صحیح بود عقلاء آن را در دایره همان عرف امضاء می‌کنند الا در بعضی موارد مثلاً در عرفی پدر مالک فرزند است این ملکیت را عقلاء در دایره آن عرف قبول نمی‌کنند. عقلاء امضاء نمی‌کنند اگر زید فرزند را به عمرو فروخت این عقد را عقلاء امضاء نمی‌کنند موارد نادری است که عقلاء در مقابل عرف می‌ایستند البته این هم ضابطه دارد مثلاً اگر در تزاحم با حقوق دیگر اعراف باشد یا با حقوق انسانی منافات داشته باشد، این موارد را عقلاء امضاء نمی‌کنند.

این مختار ماست ما اینطور نمی باشیم که بگوییم عقلاء دستگاهی دارند اگر بیع در عرف «الف» از عقود جایزه است اگر این عقد از یکی از افراد عرف «الف» صادر

شود این عقد در عرف «الف» در نزد عقلاء جایز است اما اگر این عقد در نزد عرف «ب» عقد لازمی باشد در نزد عقلاء هم این عقد اگر صادر شود از فردی از افراد عرف «ب»، عقلائی عقدی است لازم. در مواردی که عقلاء عقدی عرفی را امضاء نمی‌کنند، لذا دیگر آثار شرعی آن عقد بر آن بار نمی‌شود چراکه وقتی امضاء نکردند عقد می‌شود باطل خوب وقتی عقد باطل شد، دلیل «اوْفُوا بِالْعُقُودَ» این را نمی‌گیرد چراکه گفتیم «عقودی» که در دلیل آمده است مراد عقد عرفی است و عقد عرفی یعنی عقد صحیح عند العقلاء. نقش عقلاء امضاء و عدم امضاء است که در اکثر اوقات امضاء می‌کنند اما دستگاهی عقلائی در معاملات ندارند. بله عقلاء در این امضاء و عدم امضاء ضابطه دارند اما اسم این ضابطه را دستگاه نمی‌گذارند. مثلاً رقیت را در این زمان امضاء نمی‌کنند بله در یک عصری امضاء می‌کردند اما در این عصر امضاء نمی‌کنند.

این فرق ما با علماء است ما گفتیم دستگاهی به نام دستگاه عقلائی نداریم لذا وقتی می‌گویید این عقد صحیح است یا خیر باطل است باید بگویید از کدام عرف صحبت می‌کنید اگر در عرف مسلمین صحیح باشد عقلاء امضاء می‌کنند و اگر باطل باشد عقلاء باز این بطلان را امضاء می‌کنند.

^۱ پس نکته اول این بود که فقهاء در معاملات سه دستگاهی هستند عرفی و عقلائی و شرعی و مراد آنها از عرفی ظاهر عرف خاص می‌باشد و ما گفتیم ما عقلائی هستیم که عقلاء هم تابع عرف خاص می‌باشند و در دایره آن عرف دائم امضائی می‌باشند.

نکته دوم این که فقهاء قائلند که عقلاء دستگاه معاملاتی دارند حق و ملکیت و صحت و بطلان و مالیت دارند و از دستگاه عقلائی به سکوت شارع استفاده می‌کنند امضاء شارع را و دستگاه شرعی را استفاده می‌کنند اگر بیع عند العقلاء عقدی است لازم و شارع سکوت کرده است از این سکوت، امضاء شارع را کشف کرده اند و گفته اند بیع عقد لازم عند الشارع.

^۱ سه شنبه ۹۷/۱۱/۱۶

گفته اند که بیع خمر در بین عقلاء صحیح و در نزد شارع باطل است و گفتیم عقلاء دستگاه مستقلی از اعراف خاص ندارند.

الأمر الثالث: ما الملاك في صحة الإجارة؟

امر سوم در شروط صحت یک اجاره است.

عند المشهور: لابد أن تكون محللة و عقلائية.

در نزد مشهور منفعتی که اجاره می کنیم باید آن منفعت دو خصوصیت داشته باشد یکی اینکه منفعت عقلائی باشد و دیگر این که استیفاء منفعت حلال باشد مثلا کسی ماشین کسی را برای حمل و نقل خمر اجاره می کند حمل و نقل خمر در شریعت حرام است این منفعت محروم است پس اجاره هم باطل است یا گاهی اوقات منفعت عقلائی نمی باشد مثلا ماشینی دارد می گوید که ماشین را اجاره می کنم که بگذارم داخل خانه و به آن نگاه بکنم و لذت ببرم این منفعت عقلائی نمی باشد منفعت ماشین عند العقلاء لذت بردن به نگاه نمی باشد بلکه برای جایه جایی است لذا این منفعت عقلائی نمی باشد لذا این اجاره باطل است. پس بنابراین معروف بین علماء ما این است که در باب اجاره اولا آن منفعت باید محلل باشد نه محروم و ثانيا باید آن منفعت عقلائی باشد نه غیر عقلائی.

عندنا:

این را دقیق کنید ببینیم این دو شرطی که اینها گفته اند در نزد ما تمام است یا خیر؟

اما كون المنفعة محللة: لا تعتبر و أن المعتبر في صحة كل عقد، عدم حرمة الوفاء به.

اما بریم دنبال منفعت محلل و بعد منفعت عقلائیه. اما در رابطه با منفعت محلل این را گفتیم اگر یک عقدی وفاء به آن عقد عرفا یا عقلائی یا شرعا یا قانونا ممنوع باشد آن عقد عند العقلاء باطل است. این غیر از این است که منفعت باید محلل باشد پس باید وفاء به عقد ممنوع نباشد مثلا در همین مثال اگر کسی آمد و گفت این مغازه را به

من اجاره بدهید برای بيع خمر آیا اگر ما مغازه همینظری و اگذار کنیم برای بيع خمر اصلا اجاره هم ندهیم این و اگذاری حرام است یا حلال؟ حرام است و اگذاری مغازه برای بيع خمر شرعا حرام است وقتی در عرف مسلمین ممنوع است و در نزد شرع ممنوع است، عقدش هم باطل است این را توضیح دادیم هرگاه وفاء به عقد یعنی تسليم اگر عرفا یا شرعا یا عقلائی یا قانونا ممنوع باشد عقد باطل است عقلائی. پس اگر مراد از منفعت محلله این است این درست است هر کجا وفاء به عقد ممنوع است این عقد عقلائی باطل است.

اما اگر گفت که این مغازه را اجاره بده به من برای کسب نه برای بيع خمر اما این کسبی که می خواهد راه بیاندازد، بيع الخمر است اینجا اجاره درست است چرا که و اگذاری برای کسب و لو می دانیم در مقام کسب، برای بيع خمر استفاده می کند جایز است لذا اگر معنای ایشان از منفعت محلل این مراد باشد یعنی وفاء به عقد جایز باشد و ممنوع نباشد این درست است اما اگر مراد این باشد که منفعتی که می خواهد استفاده کند محلل باشد این درست نمی باشد لذا اگر کسی باید و بگوید اجاره بده برای کسب و سوپری اما می دانیم در این سوپری خمر هم فروخته می شود این اشکال ندارد. لذا این که باید منفعت محلل باشد این تعبیر دقیقی نمی باشد بلکه باید وفاء به عقد جایز باشد هر جا وفاء به عقد ممنوع شد، عقد باطل است پس اگر کسی مغازه را برای بيع آلات قمار اجاره کرد و فرضا بيع آلات قمار حرام است اینجا اجاره باطل است چرا؟ چرا که اگر بگوید که این مغازه را در اختیار من قرار بده برای بيع آلات قمار نمی توانم مغازه را به او تسليم کرده و در اختیار او قرار دهم. چرا؟ چون مصدق اعانه براثم است اما اگر گفت برای کسب، مغازه را اجاره بده و می دانم که بيع آلات قمار می کند این عقد جایز و صحیح است چرا که در اینجا اعانه براثم نمی باشد اما اگر تحويل دهم به خاطر بيع آلات قمار این مصدق اعانه براثم می باشد. در اعانه یک نحو اثم افتاده است عرفا اگر برای بيع آلات قمار تحويل دهد این اعانه درش اثمی است بخلاف جایی که برای کسب تحويل دهد اما می داند که بيع خمر هم می کند این اعانه اثم درش نیفتاده

است و این امری است عرفی. دقت کنید یکبار در آن عقد بیع الخمر افتاده است و لو منحصر در بیع الخمر نمی باشد این هم اعانه بر اثم است یعنی می گوید که این معازه را به من بدء برای بیع الخمر و الحنطة و الشعیر این هم اعانه بر اثم است اما یکبار در این تحويل بیع الخمر نیفتاده است بلکه من می دانم بیع الخمر می کند این دیگر عرف اعانه بر اثم نمی باشد. بیع العنب ممن یعمل الخمر غیر از بیع العنب لیعمل الخمر است بین این دو فرق است و در مورد اول امام فرمودند مشکلی ندارد چون مصدق اعانه بر اثم نمی باشد.

پس در صحت اجاره باید وفاء به آن عقد ممنوع نباشد و محلل باشد و غیر این شرط، دیگر لازم نمی باشد خود منفعت محلل باشد.

اگر کسی قائل باشد که در جایی که برای بیع خمر و آلات قمار اجاره نداده است اما می داند بیع خمر و قمار می کند این هم مصدق اعانه بر اثم است، اینجا هم عقد باطل است و لکن در اینجا اعانه بر اثم نمی باشد.

ان قلت:

کسی چاقو را بدهد به کسی که می داند با این چاقو کسی را می کشد این مشکلی ندارد.

قلت:

این مصدق اعانه بر اثم نمی باشد اما مصدق اعانه بر ظلم و اعانته الظالم می باشد.

بله اگر بگوید که بدء تا دیگری را بکشم این هم مصدق اعانته بر اثم و هم مصدق اعانته الظالم است. در اعانته بر اثم یک نحوه از تقصید افتاده است لذا اگر گفت این معازه را بدء برای خمر فروشی این می شود مصدق اعانته بر اثم و اگر برای کسب اجاره دهد و می داند که خمر می فروشد این مصدق اعانته بر اثم نمی باشد. مثلا زن می آید آرایشگاه و شخص آرایش کننده می داند که این شخص به بیرون می رود برای معصیت

و این آرایش را برای معصیت می خواهد این فعل او در نظر عرف مصدق اعانه بر اثم نمی باشد.

لذا کسی می آید رادیو و تلوزیون می خرد و می دانیم از رادیو برنامه ای پخش می شود که نگاه و استماع آن جایز نمی باشد این اشکالی ندارد و این مصدق اعانه بر اثم نمی باشد. یا کسانی که تجهیزات ماهواره را می خرند انسان به صورت عادی علم دارد که می خواهد استفاده کند برای برنامه ای که استماع و مشاهده آن حرام است این دیگر مصدق بر اعانه اثم نمی باشد و فروش این تجهیزات مشکلی ندارد.

اما کون المنفعة عقلائية:

اما اینکه گفتند که مقصود عند العقلاء باشد:

تارة این را به لحاظ مالیت شرط می کنند یعنی می گویند اگر این منفعت، مقصود عند العقلاء نباشد این مالیت ندارد ما گفتیم دلیلی نداریم که در عقود معاوضی مالیت عوضیین معتبر باشد.

تارة مراد این است که معامله سفهی نباشد که این را بارها گفتیم دلیلی بر بطلان معامله سفهی نداریم و در نزد عقلاء معامله انسان سفیه است که باطل است اما معامله سفهی عند العقلاء مشکلی ندارد چرا که انسان بر اموال خودش سلطنت دارد و می تواند معامله سفهی و غیر سفهی با مال خودش کند می تواند این فرش را که یک میلیون قیمتی است به هزار تومان بفروشد این معامله سفهی است و می دانم قیمت این فرش یک میلیون است و این شخص سفیه نمی باشد می تواند این فرش یک میلیون را به سه میلیون بفروشد و نه تنها سفیه نمی باشد دارای عقل معاملی است و می تواند اجناس کم ارزش را به قیمت زیاد بفروشد این اشکالی ندارد و لازمه سلطنت بر مال خود است پس اگر مراد مالیت است می گوییم مالیت در عقود معاوضی معتبر نمی باشد و اگر

مراد اینها این است که معامله سفهی است گفتیم دلیل نداریم بر بطلان معامله سفهی عند العقلاء. هر گاه یک طرف و یا دو طرف سفیه باشند این معامله باطل است.^۱

ان قلت:

عرف می گوید که تو پول خود را دور ریختی.

قلت:

اولاً اسراف فقط در اکل و شرب حرام است و اگر هم در غیر اکل و شرب حرام باشد حرمت ربطی به بطلان ندارد کما اینکه در نظر آقایان قرض ربوی حرام است اما در عین حال صحیح است و ضمن اینکه اصلاً سلطنت بر مال اقتضاء این را دارد که بتواند مالش را سفها انجام دهد معامله مصدق تبذیر نمی باشد اما اگر دور بریزد، مصدق تبذیر است و حرام است.

پس اگر مراد از عقلائیت این است که مالیت داشته باشد این مالیت شرط نمی باشد و اگر مراد این است که سفهی نباشد دلیلی بر بطلان معامله سفهی نداریم.

دقیق نکته ای را باید در نظر بگیریم و آن اینکه گاهی غرض عقلائی است اما مصدقش خیلی نادرست مثلاً ماشین را اجاره می کند برای اینکه به ماشین نگاه کند و لذت ببرد بله اگر عقلاء عالم هم اینطور بودند که از نگاه کردن به ماشین لذت می بردند این کار را می کردند و ماشین را برای نگاه کردن اجاره می کردند اگر عقلاء این کار را نمی کنند چون این حالت را ندارند غیر عقلائی یعنی اینکه اگر در جای این شخص بودند این کار را نمی کردند مثلاً کسی ماشین گران قیمتی را کرایه می کند برای پز دادن مثلاً جلوی درب پارک می کند این عقلائی نمی باشد که ماهی دو میلیون پول دهنده برای پز دادن اینجا می گوییم منفعت عقلائی ندارد اما در مثال اول عقلائی است اما نوع افراد از نگاه کردن به ماشین لذت نمی بردند. مثلاً کسی عکس پدرش را یک میلیون می خرد

^۱ اما حرام نمی باشد بله وقتی مال را از او گرفت تصرفاتش در آن مال حرام است چرا که تصرفات او عدوانی است ولی این شخص سفیه هم نمی تواند اجازه دهد اما می تواند آن معامله را از طرف او انجام دهد یعنی وقتی می گوید که قبول است از آن به منزله نقل است چرا که امضاء کشف است. (هم جلس اس مد).

و دیگران اصلاً یک تومنان هم نمی خرند چون نه پدر ایشان قیافه دارد و نه شخصیت برجسته ای است و نه ... اما این معامله عقلائی است و غرض عقلائی دارد چرا که اگر دیگران جای این شخص بودند این کار را می کردند. پس مراد از عقلاء این نمی باشد که اقدام می کنند خیر بلکه اگر جای این شخص باشند این اقدام را می کنند. در این مثال عکس اگر عقلاء پول نمی دهند چون این صاحب عکس، پدر دیگران نمی باشد و پدر این شخص است فقط. اگر پدر همه عقلاء بود عقلاء هم این کار می کردند. مثال پز دادن در جایی است که لذت نمی برد بلکه برای نفس پز دادن است اگر از این پز دادن لذت می برد این هم عقلائی می شود.

کسانی که قائل به بطلان معامله سفهی شدند قائلیم که التفات نداشته اند و اشتباه کرده اند بین معامله سفهی و معامله سفیه والا سلطنت بر مال را قبول داشته اند نهايata گفته اند که در نزد عقلاء این معامله باطل است و این سلطنت محدودیت دارد.

پس این شرط محلل بودن منعفت را معنا کردیم و اگر معنا این است که تسلیم جایز باشد این درست است و اگر غیر این باشد این را قبول نکردیم و عقلائی بودن را قبول نکردیم.

١ الأمر الرابع: فی اعتبار الماليّة في العقود الماليّة؟

ما عقودی داریم که اصطلاحاً عقود مالی می گویند که در آن مالی انتقال پیدا می کند از ملک کسی خارج می شود و به ملک دیگری داخل می شود مثل عقد اجاره و عقد بیع و عقد صلح و امثال اینها.

عند المشهور: تعتبر الماليّة.

عقودهایی که در آن مالی جا به جا می شود در این عقود مالی مشهور قائلند که عوضین باید مالیت داشته باشند. مالیت عبارت است از خصوصیتی که «بیذل بائزه مال» عقلاء در ازاء آن مالی بذل می کنند لذا گفتند اگر عقدی باشد که عوضین یا احد

^١ چهارشنبه ۹۷/۱۱/۱۷

الوضعین مالیت نداشته باشد، این عقد باطل است مثلاً من مالک یک کسیه گندم هستم به عدد دانه های گندم در این کیسه، ملکیت است معنای ملکیت من بر این کیسه گندم این نمی باشد که یک عقله ملکیت است بین من و این کیسه گندم خیر اگر در این کیسه صد هزار گندم است یک صد هزار مملوک و عقله ملکیت داریم. مشهور گفته اند که اگر یک دانه گندم را خواستم بفروشم این دانه گندم مالیت ندارد چرا که عقلاً به ازاء یک دانه گندم مالی را بذل نمی کنند لذا اگر یک دانه گندم را بفروشم این بیعش باطل است.

قول المرحوم الخوئي: لا تعتبر للسيرة العقلائية.

تا آنجا که من می دانم اولین بار مرحوم آقای خوئی با این مسئله مخالفت کرده اند ایشان گفته اند در عقود مالی، مالیت معتبر نمی باشد، ملکیت لازم است لذا می توانم یک دانه گندم را بفروشم یا یک دانه برنج را بخرم، یک چوب کبریت را بفروشم با این که یک عدد چوب کبریت و یک دانه برنج و گندم مالیت ندارد استدلال ایشان سیره عقلاً بود و می گفتند که در نزد عقلاً مالیت معتبر نمی باشد.

تعليق على القول المرحوم السيد الخوئي: موافقه في عدم الاعتراض ولكن لا للسيرة بل للعرف الخاص لنا.

ما با ایشان در این که مالیت معتبر نمی باشد موافقیم اما اینکه ایشان استدلال به سیره کرده اند ما استدلال ایشان را قبول نداریم چرا که موقف عقلاً را امضائی می دانیم نه موقف تأسیسی بله اگر در عرفی صحیح باشد عقلاً آن را امضاء می کنند. بعد خوب دقت کنید که ما وقتیکه به ارتکاز رجوع می کنیم و می بینیم درست است این ارتکاز را ایشان تمثیل عقلاً می گرفت که من هم یکی از عقلاً هستم و انسان متعارفی هستم پس معلوم می شود که عند العقلاً صحیح است ما این ارتکاز را تمثیل عرف خاص می دانیم نه تمثیل عقلاً یعنی وقتی نظر به ارتکاز خودمان می کنیم معلوم می شود که در عرفی که ما هستیم این عقد صحیح است و بعد عقلاً موقف امضائی دارند. پس تمام نزاع به این بر می گردد که آیا این عقد عند العقلاً یا عند العرف – در نزد مشهور

عند العقلاء و در نزد ما عند العرف - صحيح است یا خیر؟ دلیل و برهانی نداریم باید سراغ ارتکاز برویم اگر ارتکاز بر صحت بود در نزد مشهور عند العقلاء صحیح است و در نزد ما در عرف صحیح است و به تبع عند العقلاء صحیح است. ما از کسانی هستیم که ارتکاز ما بر صحت است و می‌گوییم عقلاء هم موقف امضائی دارند و این عقد را در عرف ما امضاء می‌کنند لذا دلیلی نداریم و باید بینیم که ارتکاز بر صحت است یا خیر؟ و نیاز نمی‌باشد که خیلی فشار بیاوریم چراکه یا ارتکازی نمی‌بینیم یا خیلی مبهم است یعنی ارتکاز مثل انسانی است که از دور می‌بینید مقداری که نگاه می‌کنید می‌گویید مرد است و بعد از بیشتر نگاه کردن می‌بینید که زن است گاهی اوقات ارتکاز ما هم اینطور است که این بسته به این است که حال ما در حین نگاه به ارتکاز چطور باشد حال ما که خوش باشد ارتکاز بر صحت می‌بینیم و اگر ناخوش باشیم ارتکاز بر بطلان می‌بینیم لذا باید به ارتکاز نگاه کنیم اگر دیدیم که در عقود معاوضی مالیت شرط نمی‌باشد در عقد اجاره هم اینطور است. مثلاً ما به کسی می‌گوییم شما این عباء را به مدت یک دقیقه به من اجاره بده که بیاندازم روی دوشم بینیم که این عباء سبک است یا سنگین، روی دوشم خوب می‌نشینید یا خیر، اگر سبک است بخرم و اگر سنگین است نخرم خوب این مقدار منفعت، مالیت ندارد اما اگر شما گفتید برای یک دقیقه اجاره می‌کنم به مبلغ ده هزار یا هزار تومان که بیاندازید روی دوشتان و بینید که راحت روی دوشتان می‌نشینید یا خیر. ما ها از کسانی هستیم که در همه عقود مالی مالیت را شرط نمی‌دانیم لذا می‌تواند اجاره بدهد یا بفروشد شیئی را که مالیت ندارد مثل مثال عبائی که زدم که این مقدار از منفعت مالیت ندارد شاهدش هم این است که اگر عباء را برای وضوء گذاشتید زمین و شخصی آن عباء را به دوش خود انداخت و بعد سر جایش گذاشت شما نمی‌توانید از آن شخص مطالبه اجره المثل کنید.

دقت کنید عکس پدر مالیت عند العقلاء دارد مثل این که قرصی است که مال یک مریضی است که این مرض خیلی نادر است در هر کشور به طور متعارف یک نفر پیدا می‌شود که مبتلا شود این خیلی گران است و مالیت دارد اما عقلاء نمی‌خرند و بذل

مال نمی کنند چرا که مبتلاء نمی باشند عدم مالیت مثل مالیت یک دانه گندم و برنج و یک لیوان آب در شهر اما یک لیوان آب در بیابان مالیت دارد. برای عکس اگر عقلاء خودشان را جای شخاص بگذارند یا در مورد آن قرص اگر عقلاء خودشان را جای این شخص بگذارند بذل مال می کنند.

دقت کنید عدم مالیت غیر تصرف حرام است اگر یک دانه گندم را بر دهانتان بگذارید و مالک راضی نباشد این مالیت ندارد اما تصرف در مال غیر است بدون اذن و حرام. در نزد فقهاء اگر اطمینان دارید که شخصی که در مال او تصرف کنید راضی است فقهاء گفته اند که مشکلی ندارد تصرف و در بعضی اوقات یا می دانید راضی نمی باشد و یا شک دارید اگر سیره بر صحت تصرف داشته باشید این مشکلی ندارد مثل اینکه شما بر دیوار خانه شخصی تکیه دهید و الا تصرف بدون اذن حرام است. اگر ارتکاز مبهم شد باید احتیاط کنیم چرا که در امور مالی است و فقهاء برائتی می باشند و ما در امور مالی مثل این احتیاطی می باشیم.

ما می گوییم مرحوم خونی در ارتکاز عرفی خود صحت دید و فکر می کرده است این ارتکاز عقلائی است. چرا که هر کسی سه ارتکاز دارد ارتکاز عرف عام و ارتکاز عرف خاص و ارتکاز عقلائی اما اینها را باید تفکیک کنیم که اینها به کدام عرف بر می گردد به عرف خاص بر می گردد یا به عرف عام یا به عقلائی؟ که ارتکاز عرف خاص، آن عرفی است که در آن بزرگ شدیم عرف مردم ایران و مومنین و متشرعه متدين انسان می تواند صد عرف خاص داشته باشد و عرف عام همه مردم می باشند و دیگر محدوده دین و جغرافیایی ندارد. ارتکازات عرفی بر اساس آن ذهنیات عمومی و عرفی شکل می گیرد مثلا برای مثال ما اگر به مردم بگوییم به نظر شما اگر خداوند اطفال را به جهنم ببرد چطور است؟ می گویند قبیح است این مشخص است که این ارتکاز عرف عام است نه عقلائی. اما ارتکاز عقلائی آن ارتکازاتی است که موضوع آن حفظ و اخلال نظام اجتماعی باشد، بله عقلاء فقط در دایره نظام اجتماعی نظر دارند در دایره خارج از رفتار انسانی یا زندگی اجتماعی صحبتی سلبا و ایجابا ندارند.

بعد از این صحبتها تطبيق بر ما نحن فيه:

اجاره درهم و دینار جایز است در نزد مشهور منفعت حلال و عقلائیه است یعنی عقلاً ترغیب می شوند بر بذل مال نسبت به این منفعت پس مالیت دارد و اجاره صحیح است و در اختار ما این اجاره صحیح است عند عرفنا و لو عقلائی نباشد و مالیت هم نداشته باشد و لو سفهی هم شود و معاملات سفهی مشکلی ندارد. اگر چه سفهی هم نمی باشد چطور خرید درهم و دینار برای زینت کجا سفهی می باشد؟!! بله ممکن است بذل مال در موارد، مواد مخدر سفهی باشد و بعيد نمی باشد که مصدق معامله سفهی باشد خصوصاً که قیمت آن زیاد باشد.

در باب معاملات ما مشکل سیر مستحدثه را نداریم حتی مشهور چرا که این ها اطلاقاتی را درست کرده اند مثل اوFWا بالعقود این سیر مستحدثه را می گیرد اما دلیل لبی این را نمی گیرد. مثلاً مولاً گفته است: اکرم العالم و در آن زمان عالم فیزیک و شیمی نبوده است این اطلاق دارد و شامل این عالمهای امروزی می شود.

لذا در سیر معاملاتی در مصادیق مستحدثه مثل بیمه و سرقفلی و بیع ضمان مشکلی ندارد و در عقد بودن این ها مشکلی نمی باشد و اوFWا بالعقود این عقود را می گیرد.

مسئله ۴: يجوز استيجار الشجر

لفائدة الاستظلال و نحوه

کربط الدابة به أو نشر الثياب عليه.

مرحوم سید می فرمایند که اجاره درخت برای اینکه از سایه آن استفاده شود یا نحو این استفاده ها مثلاً اجاره شود تا حیوان را به آن درخت بیندیم یا لباسها را روی آن پهن کنیم تا خشک شود این درست است مثلاً شخصی می گوید که من این درخت شما را

اجاره می کنیم برای اینکه سه ساعت در سایه آن بنشینم یا برای این که این حیوان را به این درخت بیندم یا لباسهایم را به شاخه های این درخت آویزان کنم این هم از فوائدی است که غریب است و عقلاء معمولاً در قبال این ها پول نمی دهند روی مبنای ما روشن است روی مبناء قوم که محلل و عقلائی باشد باید این سه فایده را عقلائی کنند استظلال، ربط الدابة و نشر الثیاب این روی مبنای ما و مبنای قوم منتها دو نکته است که باید متعرض آنها شویم:

نکته اول به استظلال است گفته شده است استظلال اصلاً خودش جایز است مثلاً این درخت سایه اش این طرف می افتد اذن صاحبیش هم لازم نمی باشد و حتی اگر نهیم کرد باز می توانم برم و در سایه این درخت بنشینم چون تصرف در درخت نمی باشد پس فایده اجاره چه می باشد؟

گفته شده است که درست است که نشستن در سایه درخت تصرف در درخت نمی باشد اما صاحب درخت حق دارد و اگر مالک الان آمد بنشیند مقدم است و نمی توانیم ممانعت کنیم از استظلال صاحب درخت به استظلال خودمان بله صِرِف منع، مانعی از نشستن نمی باشد. بعد که اجاره می کنم دیگر حق با من است. این یک حق عقلائی است که برای صاحب درخت می بینند. فرض این است که زمین مباح است اما در این قسمت از زمین سایه درخت افتاده است. در نظر من عقلاء مالک را احق می بینند نسبت به اجنبي.

نکته دوم:

می خواهد حیوان را به درخت ببیند می خواهد لباسش را روی درخت آویزان کند. ماهما اختلافمان با مشهور این است که آنها مطلق تصرف بدون اذن را حرام می دانند الا ما خرج بالسیره ما ها قائلیم که تصرف عدوانی حرام است اگر صاحب درخت نهی کند از بستن درخت و آویزان کردن لباس این مصدق تصرف عدوانی است اما اگر نهی نکرده است فقط راضی نمی باشد ولی اظهار نکرده است و ما نمی دانیم که رضاء قلبی ندارد این جا تصرف، تصرف عدوانی نمی باشد. اما اگر اظهار نکرده است که ناراحت

هست و منعی هم نکرده است اما از رفتار او می فهمیم که قلبا راضی نمی باشد آیا این مصدق تصرف عدوانی است یا خیر؟ این را مقداری تأمل داریم اما اجاره کردن برای اینکه طنابش را بیند و یا حیوانش را بیند این درست است چرا که می تواند منع کند و با این اجاره دیگر جایی برای منع ندارد. فقهاء می گویند مطلق تصرف بدون اذن حرام است الا مواردی که شارع اذن داده باشد و سیره اذن شارع است.

این نکات را گفتم که اشکال لغویت را جواب دهیم نه اینکه صحت این اجاره متوقف بر داشتن فائده باشد خیر اگر کلا لغو هم باشد اجاره درست است چرا که نهایتا معامله و اجاره سفهی می شود که این اشکالی ندارد.

۱- مسئله ۵: يجوز استیجار البستان لفائدة التزه

لأنه منفعة محللة عقلائية.

اگر باغی را اجاره کند برای تفریح، برای اینکه برود در باغ قدم بزند، در گوشه ای بنشینیم و از منظره لذت ببریم و زیر درختان آن بنشیند و ... سید می فرمایند این اجاره درست است چرا که منفعتی است محلل و عقلائی.

اگر دقت کرده باشید این مسئله و دو مسئله قبلی یک نکته مشترکی دارد و آن اینکه مورد اجاره چیزی بود که متعارف نبود سید می فرمایند که اگر منفعت متعارف نباشد اما محلله عقلائی باشد برای صحت کافی است. مشهور گفته اند شرط صحت اجاره این است که باید منفعت محلل و عقلائی داشته باشد. در مورد محلل گفته‌یم که شرط صحت اجاره محلل بودن منفعت نمی باشد بلکه باید وفاء به آن که عبارت باشد از تسلیم عین حرام نباشد مثلا کسی مغازه را اجاره می کند برای کسب می دانم که خمر می فروشد این اجاره صحیح است اما اگر کسی گفت که برای بیع خمر به من اجاره بده و من اجاره دهم، این اجاره باطل است نه به خاطر این که بیع الخمر حرام است بلکه به

^۱ سه شنبه ۳۰/۱۱/۹۷

خاطر این که تسلیم مغازه برای بیع خمر حرام است لذا این اجاره باطل است چرا که گفتیم هر جا وفاء به عقد شرعا یا قانونا یا عرفا یا عقلائی حرام باشد عقلاء آن اجاره را امضاء نمی کنند لذا لازم نمی باشد منفعت، محلل باشد.

اما شرط دوم که باید این عقد عقلائی باشد، در شرطیت عقلائی بودن این شرط در نزد فقهاء دو احتمال است:

﴿ احتمال اول این است که این شرطیت به جهت این است که منفعت، مالیت داشته باشد چرا که اگر منفعت عقلائی نباشد مالیت ندارد که ما گفتیم که در عقود معاملی و معاوضی مالیت معتبر نمی باشد لذا عند العقلاء هم معتبر نمی باشد. ﴾

﴿ احتمال دوم این است که این شرطیت به جهت این است که اگر عقلائی باشد این معامله سفهی نمی شود ﴾

﴿ احتمال سومی هم است که این شرطیت عقلائیت به هر دو جهت باشد خوب قبل گفتیم که معامله سفهی عند العقلاء مشکلی ندارد و آنچه باطل است معامله شخص سفیه است لذا کسی ماشین خودش را که یک میلیون می ارزد به هزار تومان بدهد این اشکالی ندارد چرا که این شخص سفیه نمی باشد نه تنها کلاه سرش نمی رود بلکه کلاه هزاران نفر را هم بر می دارد اما شخصی است که از معاملات الکی و سفهی و غیر عقلائی خوشش می آید. ﴾

پس این ها شرط نمی باشد و لکن معامله صحیح است و تعلیل درست نمی باشد. بله اجاره ای باطل است که تسلیم عین شرعا یا قانونا یا عقلائی یا عرفا ممنوع باشد معامله ای باطل است که یک طرف معامله علی الاقل سفیه باشد.

مسئله ۶:

این مسئله ای است که سید به مناسبت وارد شده است در استیجار برای حیازه و به مناسبت، بحث حیازه را مطرح کرده است و فقهاء هم در شرح این مسئله وارد مبحث حیازه شده اند وقتی وارد حیازه شدند بعضی از قواعد حیازه را هم به مناسبت مطرح کردند لذا این مسئله حیازه بسیار مسئله سیال و پرفائده ای است چرا که مجموعه ای از مسائل در ذیل این مسئله مطرح می شود.

ما ابتداءاً خود مسئله را که خیلی طولانی است در حد توضیح متن بیان می کنیم
چرا که خود متن گیر دارد و بعد وارد در شرح مسئله می شویم.

سید می فرمایند که یکی از موارد اجاره حیازه است. انسان می تواند اموال مباح را حیازه کند یا کسی را اجیر کند که برود مال مباحی را برای او حیازه کند و وقتی اجیر حیازه کرد، شما می شوید مالک مال مباحی که اجیر حیازه کرده است. در نزد فقهاء مال تقسیم می شود به مملوک و غیر مملوک شما هر شیئی که در این عالم طبیعت نگاه کنید یا مالک دارد یا ندارد مثلاً این میز، این عبای من، این ساختمان، این فرش همه اینها مملوک است یعنی مالکی دارد اشیائی هم داریم که مالک ندارد هیچ کسی مالک آنها نمی باشد این اشیائی که کسی مالک آن نمی باشد اینها دو قسم هستند: یک قسم این است که مباح است و یکی قسم غیر مباح است. مباح آن مالی است که دیگری می تواند آن را تملک کند اباقه وضعیه دارد یعنی کسی می تواند مالک آن شیئ شود. غیر مباح آن اموال و اشیائی است که مملوک نمی باشند اما کسی هم نمی تواند آنها را برای خودش تملک کند. غیر مملوک غیر مباح مثل مسجد کسی نمی تواند مسجد را برای خودش تملک نمی باشد فقهاء چون بناء را جزء مسجد می دانند قائلند که اگر حتی بناء که خراب شود کسی نمی تواند آن را تملک کند فقط می تواند از آن استفاده کند، اجزاء مسجد قابل تملک نمی باشد مورد دیگر از اموال غیر مملوک غیر مباح مثل جنگلها و مراتع کسی نمی تواند بخشی از جنگل را مالک شود مثلاً بخشی از جنگل را بسازد و برای خودش مالک شود این ها جزء انفال می باشد اما عدم تملک نکته دیگری دارد. اینکه می گوییم مالک انفال،

امام **ؑ** است دو نظر در فقه است بعضی گفته اند این ملکیت، یک ملکیت تشریفاتی است مثل ملکیت خداوند بر تمام اشیاء و بعضی گفته اند یک ملکیت اعتباری است ما ملکیت برای انفال را تشریفاتی می دانیم مثل اینکه من می گوییم عبد و غلام شما هستم این از باب احترام است و یک تشریفاتی است نه اینکه من وظیفه دارم لباس شما را بشویم. ما به ملکیت تشریفاتی قائل هستیم لذا ملکیت امام **ؑ** بر انفال، اعتباری نمی باشد. مثال دیگر برای غیر مملوک غیر مباح، دریاها می باشند، دریاها را کسی نمی تواند مالک شود کسی نمی تواند مالک دریا شود این را دقت کنید این غیر مملوک غیر مباح را گفتیم. اما غیر مملوک مباح مثل ماهی ها و پرنده ها و آب رودخانه ها، هیزم و چوبهای در جنگل، خار در بیابان اینها جزء ملک کسی نیست اما هر کسی می تواند مالک آن شود اگر یک ماهی گرفتید می شود ملک شما اگر هیزمی کنید یا سنگی از کوهی جدا کردید مال شما است اینها غیر مملوک مباح است یعنی اباحه وضعیه دارد و دیگری می تواند مالک آن شود یکی از اسباب مملک یا عمدۀ ترین یا اصل در همه اینها در قول بعضی، حیازه است اگر کسی بر مال مباحی استیلاع پیدا کرد می شود مالک از جنگل هیزم جمع کرد، از بیابان خار و خاشاک جمع کرد، از آسمان پرنده ای گرفت، از جنگل حیوانی را شکار کرد اینها حیازه است و مملک می باشد لذا می توانیم ماهی صید کنیم، آب رودخانه را برداریم حالا کسی را اجیر می کنم که شخص اجیر برود برای من ماهی صید کند، هیزم جمع کند، آب رودخانه بیاورد برای حیازه کسی را اجیر کند سید می فرمایند که اگر کسی را اجیر کردید و اجیر حیازه کرد شما مالک می شوید. بعد مسئله ای در ذهن سید آمده است که ذهن سید را خیلی درگیر کرده است و آن اینکه اگر اجیر در اثناء اجاره، علاوه بر شما برای خودش هم صید کرد دید ماهی درشتی است و حیفش آمد برای مستأجر صید کند، برای خودش صید کرد این ماهی ملک کیست؟ ملک اجیر یا مستأجر؟ تا ظهر اجیر برای صید شد اما در اثناء برای خودش هم ماهی صید کرد این ماهی های صید شده از آن کیست؟ ملک مستأجر؟ ملک اجیر؟ یا ملک کسی نمی باشد و جزء مباحثات است؟ دقت کنید مراد ماهی است که اجیر برای خودش صید کرده است که سید در آن سه قول و احتمال را بررسی می کند. سید به این مناسبت بحث کرده

است که این مملکیت حیازه به چه شکلی است؟ حیازه مطلقاً مملک است یا فی الجمله؟ سید سه احتمال را می دهد: یک احتمال و قول را می گوید باطل است و دو احتمال را می گوید که باید فکر کنم تا آخر مبحث که ظاهرا تا آخر مبحث هم تصمیم نگرفته است:

۱. سید می گوید احتمال اول این است که حیازه مملک قهری است یعنی همینکه شما مالی را حیازه کردید قهراً ملک شما می شود چه قصد بکنید یا قصد نکنید یا قصد غیر بکنید قصد كالحجر فی جنب الانسان است و اثری ندارد اگر این حرف را بگوییم اجاره هم باطل است و سید هم می فرمایند که باطل است چرا که حیازه برای دیگری ممکن نمی باشد همینکه حیازه کرد ملک او می شود و لو قصد مستأجر کرده است اما قصد مهم نمی باشد به محض اینکه حیازه کرد ملک او می شود این احتمال را سید می گوید باطل است چرا که با ارتکاز نمی سازد.

۲. احتمال و قول دوم این است که حیازه وقتی مملک است که قصد بکنی یعنی حیازه تابع قصد است ملک کسی است که قصد شده است اگر رفتم کنار دریا و چون به زید ارادت دارم، می گوییم این ماهی را برای زید صید می کنم اینجا زید می شود مالک. اینجا تبع است تا هیزم را جمع کردم برای عمرو می شود ملک عمرو زید و عمرو من را اجیر نکرده بودند. اگر این باشد هم اجاره و هم تبع در حیازه درست است. اجیر می شوم که بروم حیازه کنم برای زید مستأجر وقتی برای او صید کرد، مال او می شود حال بنابراین احتمال آن سوال هم مشخص می شود و ماهی ملک خود اجیر می شود چرا که قصد کرده بود حیازه برای خودش را تبع هم درست است تور را داخل دریا می اندازم به قصد صید برای زید این هم بنا بر این احتمال درست است هر مقدار ماهی که با تور بالا آمد مال زید است و لو برای زید اجیر نشده بودم اما برای او قصد کرد.

۳. اما احتمال سوم این است که حیازه مملک قهری می باشد برای هر کسی که حیازت کرد لذا نظریه اول رفت و اینطور هم نمی باشد که برای هر کسی

که قصد کردم مال او باشد احتمال دوم هم رفت، مملک قهری است اما برای چه کسی؟ برای کسی که منفعت حیازه برای اوست اگر من اجیر نباشم و بروم صید کنم برای تملک خودم، مالک می شوم اما اگر تبرعی صید کردم، صید کردم برای زید، زید مالک نمی شود چون زید مالک منفعت حیازه من نمی باشد من اجیر او نبودم اما اگر اجیر شدم برای صید از طرف زید، اگر صید کردم به قصد زید زید مالک می شود چرا؟ چون هم حیازه کردم و زید هم مالک منفعت حیازه است اما اگر اجیر از طرف زید شدم اما برای خود قصد کردم من مالک نمی شوم چرا که مالک منفعت حیازه خودم نمی باشم چرا که فرضاً اجیر شدم برای حیازه و منفعت حیازه من متعلق به زید است. اما زید هم مالک نمی شود چرا که قصد برای او نکردم بنابراین در این احتمال هم قصد معتبر است && اما برای کسی که مالک این منفعت حیازه است این احتمال هم سید گفته است درست است اما حیازه ملکیت آن به کدام نحو است گفته است نمی دانم و باید تأمل کنم.

دقت کنید در این دو احتمال اخیر شیء حیازه شده یا ملک اجیر است و ملک مستأجر نمی باشد که احتمال دوم باشد و یا در احتمال سوم ملک کسی نمی باشد اما در هیچ یک از این سه احتمال مستأجر مالک نمی باشد.

در احتمال سوم که ماهی را می گیرد به قصد خودش و ملک کسی نمی باشد، آن را مثلاً در یخچال می گذارد و به مستأجر نمی دهد و فردا که دیگر اجیر نمی باشد و مالک منفعت حیازه خودش است می آید ماهی را از یخچال بر می دارد و حیازه می کند یا بدون حیازه می خورد چرا که خوردن مال مباح مشکلی ندارد. دقت کنید هر سه این احتمالات قائل دارد و سید هم اقوال در مسئله را نقل کرده است و احتمالی غیر این سه قول را مطرح نکرده است. این توضیح متن بدون ذره ای شرح در متن. اما روخوانی متن:

١... يجوز الاستيجار لحيازة المباحثات

كالاحتطاب^٢ والاحتشاش والاستقاء^٣

فلو استأجر من يحمل الماء له من الشط مثلاً ملك ذلك الماء بمجرد

حيازة السقاء فلو أتلفه متلف قبل الإيصال إلى المستأجر ضمن قيمته له و كذا

في حيازة الحطب والخشيش نعم لو قصد الموجر كون المحوز^٤ لنفسه

فيحتمل القول بكونه^٥ له و يكون ضامناً للمستأجر عوض ما فوته عليه من

المنفعة^٦ خصوصاً إذا كان الموجر آجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه

^١ چهارشنبه ٩٧/١٢/٠١

^٢ احتطاب يعني حيازه هیزم، برود و از جنگل برای او هیزم ها را جمع و حیازه کند این غیر این است که هیزمها را خودش حیازه کند و دیگری را اجیر کند برای آوردن آن هیزمها حیازه شده.

^٣ استقاء يعني حیازت ماء آب هم مثل هیزم و خار و خاشاک حیازه می شود اگر آبی در جایی جمع شده باشد پشت سد یا آب چشمی یا آب دریا و این شخص آن را حیازه کند این مال آن شخص می شود حیازه يعني استیلاء اگر دامی را در جایی که گذاشتید و همین که حیوان در آن دام افتاد این حیازه است آبی که داخل لوله های شهر است و هنوز داخل منزل نشده است نظر فقهی فقهاء این است که این ملک کسی نمی باشد حتی ملک دولت هم نمی باشد با اینکه ما قائلیم که دولت مالک می شود اما مالک خانه، مالک این آب نمی باشد همینکه داخل لوله های منزل آمد و از کنتور عبور کرد این می شود نحوی از حیازه و مال مالک است حتی مستأجر هم اگر آب از لوله ای به داخل خانه او می آید ملک او هم نمی باشد بلکه ملک مالک می باشد. حق انشعاب را باید بدھید تا حیازه امکانش باشد نه اینکه این حق انشعاب در قبال خرید ماء است خیر مشخص است که این حق انشعاب پول مائی نمی باشد که استفاده می کنید يعني ماء را نمی خرید بله اگر این حق انشعاب را ندهید حیازه هم محقق نمی شود اما در عین حال این حیازه به حق انشعاب نمی باشد و این حق انشعاب پول ماء خریداری شده هم نمی باشد.

^٤ شيء حيازه شده.

^٥ المحوز.

^٦ الاجير.

^٧ اگر برای گرفتن این ماهی برای خودش مثلاً نیم ساعت وقت صرف کرد است باید عوض این زمان را بدهد که اجرة المثل باشد. يعني اجرة المسمى را می گیرد و اجرة المثل این نیم ساعت را به مستأجر می دهد.

فی اليوم الفلانی للمستأجر أو يكون منفعته من حيث الحيازة له^١ و ذلك^٢

لاعتبار النية في التملك بالحيازة و المفروض أنه^٣ لم يقصد كونه^٤

للمستأجر بل قصد نفسه و يحتمل القول بكونه للمستأجر لأن المفروض أن

^١ در اجاره اعمال گفتیم اجیر دو جور می تواند اجاره بینند:

یک جور این است که می تواند عمل را به ذمه بگیرد مستأجر می گوید که تو را جیر می کنم برای صید امروز. صید امروز عملی است در ذمه اجیر که مملوک مستأجر است.

گفتیم یک جور دیگر اجاره می تواند منعقد شود بگوید منفعت صید یک روزه شما را اجاره می کنم یعنی شخص اجیر به منزله عین می شود دیگر ذمه اش مشغول نمی شود منفعت صیدش می شود مال مستأجر مثل این خانه که اجاره می کنم عین مال مالک است اما منفعت سکونت یک سال مال مستأجر است.

گفتیم در اجاره اعمال می تواند عمل را به ذمه اجیر بیاورد و مالک ذمه شود و می تواند منفعت را مالک شود.

این «خصوصا»^۵ که مرحوم سید فرموده اند، در منفعت واضح تر است که در منفعت، وقتی مشغول کار برای خودش می شود، منفعت تلف شده است اما در آنجا منفعت مال مستأجر نبود که تلف شده باشد بلکه عمل اجیر که در ذمه اش بود را مالک شده بود. سید در هر دو صورت می گوید و می گوید که این در اجاره منفعت واضح تر است.

^٢ «ذلك» بر می گردد به «يتحمل قول بكونه له» چرا می گوییم برای خودش است؟ علتش این است که حیازت سبب تامه برای ملکیت نمی باشد بلکه جزء السبب است و جزء دیگرش قصد است بعد از قصد است که این حیازت سبب می شود برای ملکیت مقصود له لذا اگر من حیازت کنم برای خودم می شود ملک من و اگر حیازت کنم برای زید می شود ملک زید.

^٣ المائزر.

^٤ المحجوز.

منفعته^۱ من طرف الحیازة له فیکون نیة کونه^۲ لنفسه لغو^۳ و المسألة^۴ مبنية

علی أن الحیازة من الأسباب القهرية لتملك الحائز^۵ ولو قصد الغير ولازمه

عدم صحة الاستیجار لها^۶ أو^۷ يعتبر فيها نية التملك^۸ و دائرة مدارها و

^۱ الاجير. مثل اینکه ما فضول هستیم کتاب زید را برای خودم می فروشم در بیع فضول این قصد برای خودم اصلاً لغو است چرا که من معاوضه کردم بین این کتاب و هزار دینار این کتاب داخل می شود در ملک صاحب دینار و دینار داخل می شود در ملک صاحب کتاب لذا اگر برای خودش بفروشم این لغو است مثلاً زید را وکیل می کنم که خانه من را بفروشد این خانه من را می فروشد اما برای خودش این بیع درست است اما قصد او لغو است اما اگر کسی وکیل بود که خانه ای برای زید بخرد اگر قصد کند برای خودش داخل می شود در ملک خودش چرا که وکیل است از ناحیه زید و دو ولایت دارد یکی ولایت بر ادخال خانه در ملک خودش و یکی هم ولایت بر ادخال خانه در ملک موکل که زید باشد لذا این که این داخل در ملک چه کسی باشد تابع قصد او است اگر برای خودش خرید می شود مال او و ثمن در ذمه اش می شود ملک بایع اگر برای زید خرید این خانه داخل می شود در ملک زید و ذمه زید مشغول می شود به صاحب خانه چرا که در بیع دو ولایت دارد که هم ولایت بر اینکه خانه را در ملک خودش داخل کند و یک ولایت بر اینکه خانه را در ملک زید داخل کند اما در فروش این قصد لغو است بگوید این می فروشم برای خود این لغو است و بی معنا است چرا که عوض داخل می شود در ملک صاحب مال چرا که در فروش فقط یک ولایت دارد و آن داخل کردن خانه در ملک صاحب دینار و داخل کردن دینار در ملک زید که صاحب خانه است اما دیگر ولایت بر داخل کردن دینار در ملک خودش ندارد چرا که خانه مال او نمی باشد این نظریه مشهور.

۲ الاجير و الحائز.

^۳ مثل قصد فضول در فروش برای خودش، که لغو است.

^۴ اینکه در حیازت اجیر برای خودش محوز ملک خودش می شود یا مستأجر یا هیچ کسی.

^۵ یعنی قصد معتبر نمی باشد هر کسی حیازه کند قهرا مالک محوز می شود.

^۶ چرا که نمی تواند برای مستأجر حیازت کند.

^۷ سه شنبه ۹۷/۱۲/۰۷

^۸ خوب این قول دوم محدودی پیدا می کند و آن اینکه شخص، مالک چیزی باشد بدون اینکه خودش اراده کرده باشد مثلاً این ماهی را حیازت می کنید برای زید و لازم می آید که زید مالک ماهی شود بدون اینکه قصدى کرده باشد و اختیاری در اینجا داشته باشد و گفتند که در باب ملکیت، اینکه مالک مسلوب الاراده باشد این عقلائی نمی باشد و منافات دارد با سلطنت انسان بر نفس خودش و اگر چیزی می خواهد در ملک آنها داخل شود یا خارج شود باید به اراده آنها باشد در ارث هم گفتند چاره ای نمی باشد تنها موردی که بدون اختیار مالک مالی داخل ملک او می شود و استثناء است، ارث است در اینجا هم بگوییم چاره ای نمی باشد این درست نمی باشد، چرا که در اینجا چاره است در اینجا می توان گفت که مالک، کسی نمی باشد و ملک زید نمی باشد و می گوییم ملک زید نشد حال یا برای خودت قصد کن یا قصد نکن و بر مباحثات اصلی باقی ماند. در ابراء هم مشکلی نمی باشد مثل هبہ است و او که من را ابراء می کند مالک ذمه من است و من مدييون فقط ذمه ام ظرف است و مالی که در ذمه ام است مال او است و ابراء می کند و ذمه که مشغول است، محدودی ندارد که بدون اذن او پاک می شود. در وقف که ملک خودم را در ملک دیگر داخل می کنیم این نقض نمی شود چرا که وقف یا مالک ندارد که یک مثال بیشتر ندارد که مسجد باشد و یا مالک دارد که این مالک دائمًا شخصیت حقوقی است که این مالک عنوان می باشد و اصلاً داخل در

لازمه صحة الإجارة و كون المحوز لنفسه إذا قصد نفسه وإن^١ كان أجير الغير وأيضاً لازمه عدم حصول الملكية له^٢ إذا قصد كونه^٣ للغير^٤ من دون أن يكون أجيراً له^٥ أو وكيلاً عنه^٦ و بقاوته^٧ على الإباحة إلا إذا قصد بعد ذلك^٨ كونه له^٩ بناء على عدم جريان التبرع في حيازة المباحثات والسبق إلى

ملک شخصیت حقیقی نمی شود و این هایی را که گفتیم در مورد شخصیت حقیقی بود. شخصیت حقیقی هیچ زمانی مالک وقف نمی شود.

پس اگر اجاره سبب قهری ملکیت بود در این صورت نه استیجار و نه تبرع درست نمی باشد.

اما اگر نیت تملک نیاز باشد و ملکیت دائر مدار قصد باشد در اینجا لازمه اش این است که هم استیجار و هم تبرع درست باشد در این صورت محوز متعلق به کسی است که برای او تبرعاً قصد تملک کردم و اگر برای خودش در استیجار قصد کرد برای او تملک حاصل می شود.

تا ینجا با دو قول آشنا شدیم یکی مملکتیت قهری و مملکتیت بالقصد.

^١ ان وصلیه.

^٢ الحائز.

^٣ المحوز

^٤ متبع عليه من اجير زيد نمی باشیم اما ماهی را برای زید گرفتم.

^٥ الغير.

^٦ الغير.

^٧ المحوز. بقائه عطف است بر عدم حصول الملكية.

^٨ الحيازة.

^٩ نفسه که حائز باشد.

المشترکات^۱ و إن كان لا يبعد جريانه^۲ أو أنها^۳ من الأسباب القهرية لمن له تلك المنفعة^۴ - فإن لم يكن أجيراً يكون له^۵ و إن قصد الغير فضولاً فيملك بمجرد قصد الحيازة و إن كان أجيراً للغير يكون لذلك الغير قهراً و إن قصد نفسه أو قصد غير ذلك الغير^۶ و الظاهر عدم كونها من الأسباب القهرية مطلقاً^۷ فالوجه الأول غير صحيح و يبقى الإشكال في ترجيح أحد الآخرين و لا بد من التأمل.^۸

^۱ يعني جاهایی که مردم نسبت به آنجا علی حد سواه می باشدند مثل مسجد اگر کسی نشست در جایی دیگری نمی تواند بگوید که بلند شو تا من بششم. یکبار می نشیند که برای خودش جای بگیرد که حق پیدا می کند اما یکبار برای دیگری جای می گیرد در اینجا گفته اند نسبت به مکانی که نشسته است حقی پیدا نمی کند.

^۲ ظاهرش فتوا به تبع است یعنی تبع در حیاذه و سبق است که ظاهر کلام سید این استکه قول دوم را اختیار کرده است اما به آخر مسئله که می رسد ظاهرش -اگر نگوییم نص کلامش - این است که سید هنوز اتخاذ موضع نکرده است.

^۳ الحیاذه.

^۴ قول سوم این است که مملکتیت دائم مدار قصد نیست بلکه مملک قهری است اما برای چه کسی؟ برای کسی که صاحب منفعت است یعنی اولاً مملکتیش قهری می باشد و ثانياً این مملکتیت قهری نسبت به کسی است که صاحب منفعت است که اگر اجير شده باشد، مستأجر صاحب منفعت است و اگر اجير شده باشد خودش صاحب منفعت است لذا اگر اجير برای زید باشد و حیاذه کند این ماهی مال زید است و لو قصد کند خودش را اثری ندارد و اگر اجير نمی باشد و حیاذه کند این مال خودش است و لو زید را قصد کند این قصدها لغو است و اثری ندارد . و در این قول دیگر تبع معنا ندارد چرا که غیر بدون ینکه از طرف او اجير باشم مالک منفعت من نمی باشد و در این قول سوم دائماً حیاذه سبب قهری است برای مملکتیت نسبت به کسی که صاحب منفعت می باشد. لازمه این قول این است که تبع هم اینجا درست نمی باشد.

^۵ الحائز.

^۶ ذلك الغير يعني غيري که در عبارت قبلی گفتیم که مستأجر بود پس غير ذلك الغير يعني غير مستأجر.

^۷ مطلقاً يعني چه صاحب منفعت باشد چه نباشد.

^۸ این را اگر نگوییم نص در توقف است ظاهر در توقف است در احتمال دوم و سوم. بلکه فتوا به بطلان قول اول داده است.

خود کلام سید درش تهافت است در بعد از قول دوم کلامش ظاهر در اتخاذ مبناء دوم است و در آخر مسئله ایشان توقف کرده اند. پس تعارض در کلام است اما در این مسائل در مقام تعارض اخذ به قول اخیر می شود.

لذا محل تأمل است که سید یا دومی را انتخاب کرده است یا توقف کرده است. ظاهرا این کلام اخیری سید تناسبی با استحباب ندارد.

شرح المسئلة:

در جهاتی بحث می کنیم:

الجهة الأولى في مملکة الحیازة:

آیا اصلاً استیلاء بر مال مباح از اسباب ملکیت است؟ اگر استیلاء کردید این ملک شما می شود یا نیاز به امر دیگری هم است؟

قول المرحوم الخوئي: الحیازة مُملکة مطلقاً لرواية واحدة:

مرحوم خوئی می فرمایند که ما در روایات استقراء تام کردیم و فقط یک روایت را دریافتیم که می گوید که حیازة مملک است که فقط همین روایت است. این روایت معتبره سکونی است:

١- ٢٩٨٤٤ - ١- مُحَمَّدٌ بْنُ يَعْقُوبَ عَنِ عَلِيٍّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَ قَالَ: فِي رَجُلٍ أَبْصَرَ طَيْرًا فَتَبَعَهُ حَتَّىٰ وَقَعَ عَلَىٰ شَجَرَةٍ فَجَاءَ رَجُلٌ فَأَخْذَهُ فَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَ لِلْعَيْنِ مَا رَأَتْ وَلِلْدِيدِ مَا أَخْذَتْ.
٢- رواه الشیخ بإسناده عن محمد بن یعقوب .

^١ (٤) - الكافي - ٦ - ٢٢٣ ، وأورده عن الفقيه في الحديث ٢ من الباب ١٥ من أبواب اللقطة.

^٢ (٥) - التهذيب - ٦١ - ٢٥٧ .

^٣ وسائل الشيعة؛ ج ٢٣؛ ص ٣٩١، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

قول امیر المؤمنین علیؑ: «لَعِينَ مَا رَأَتْ وَلَلَيْدَ مَا أَخَذَتْ» يعني نصیب چشم همان است که که دید و نصیب دست آنی است که گرفت یعنی مال شخصی است که گرفته است.

این تنها روایتی بوده است که مرحوم خوئی فرموده اند که این یک روایت دال بر مملکیت حیازه است.

مناقشات ثلاثة:

بر استدلال به این روایت سه اشکال شده است که نمی تواند دلیل بر مملکیت باشد:

الاشکال الأول: الإشكال السندي و هو ضعف السكوني.

اشکال اول: در این روایت سکونی آمده است و در نظر بعضی ها که ما هم تبعیت کردیم گفتیم وثاقت سکونی ثابت نمی باشد مرحوم آقای خوئی گفته اند که در سند کامل الزيارات است که بعدا خود ایشان از این مبنای عدول کرده اند اگر در سند تفسیر قمی باشد که نه عدول نکردن، لذا سند تمام نمی باشد.

الاشکال الثاني، إشكال دلالي: أن هذه الرواية في مقام بيان ملكية المبصر لا الآخذ.

اشکال دوم اشکال دلالی است، این روایت ظاهرش این است که در مقام این است که مردی که تعقیب کرده است حظی ندارد اما اینکه کسی که گرفته است مطلقاً مالک است یا فی الجمله این روایت از آن ساكت است. مصب این روایت مملکیت مبصر است نه مملکیت حائز بله فی الجمله دال بر این است که نسبت به شخص آخذ و حائز مملک است اما اینکه مطلقاً مملک است یا خیر در مقام بیان نبودند.

لذا اگر احتمال بدھیم که بلوغ در مملکیت حیازة شرط است به این روایت دیگر نمی توانیم استدلال کنیم. لذا نهایتا دال بر این است که حیازة جزء السبب است و بحث در این است که حیازة سبب تامه مملکیت است.

الإشكال الثالث، إشكال دلاليًّا أيضًا: أن الرواية في مورد الصيد الذي لا يعتبر فيها حيازة.

اشکال سوم یک اشکال دلایی دیگر است که دال بر مملکتیت فی الجمله هم نمی باشد چرا؟ چون به جهت اینکه این موردش صید است صید یک خصوصیتی در آن است که حتی لازم نمی باشد حیازة کنید همینکه از حرکت بیاندازید می شوید مالک مثلا چوبی به سر حیوان بزنید یا تیری بزنید و لو حیازة نکرده باشید یعنی استیلاء نداشته باشید سنگ زدن و تیر زدن دیگر استیلاء نمی باشد سنگی پرتاب به سمت حیوان کردید اینجا می شود ذو حق یا مالک این روایت در طیر آمده است که صید باشد لذا فی الجمله هم دال بر حیازة نمی باشد.

مناقشة: أن الظاهر في سبب الملكية للصيد هو الحيازة.

این اشکال سوم را نپذیرفتیم چرا که در صید ظاهرش این است که از باب حیازة است بله صید یک خصوصیت زائد دارد که اگر استیلاء هم نکنیم باز ذو حق یا مالک می شود بدون حیازة این که می گوییم ذو حق یا مالک می شود این به خاطر این است که روشن نمی باشد که مالک می شویم یا ذو حق اگر بگوییم ذو حق می باشیم بعد از گرفتن آن مالک می شویم پس ظاهر این روایت این است که ملکتیت او بر این صید و طیر به حیازة است. لذا این روایت دال بر حیازة است اما فی الجمله دال است.

پس این روایت دلیل نمی باشد نتیجه این است که روایت معتبر بر مملکتیت تامه حیازة نداریم.

پس مملکتیت به روایت تا اینجا ثابت نشد.

^۱ نکته: فقهاء ما در باب معاملات دائمًا دو دستگاهی هستند قائلند که ما یک ملکتیت عقلائیه و یک ملکتیت شرعیه داریم و فقیه دائمًا دنبال ملکتیت شرعیه است آن ملکتیتی که شارع آن را اعتبار کرده است. ما ها در مقابلش یک ملکتیتی داریم که علقه

^۱ چهارشنبه ۹۷/۱۲/۰۸

ای اعتباری است به اعتبار عقلاء. ما ها از کسانی هستیم که دنبال ملکیت شرعیه نمی باشیم دنبال ملکیت عقلائی هستیم و گفتیم این ملکیتی که موضوع تکالیف شرعی است ملکیت عقلائی است. اینطور نمی باشد که شارع موضوع تکلیف خودش را ملکیت شرعیه قرار داده باشد بلکه موضوع تکلیف شرعی، ملکیت عقلائیه است پس وقتی می گوییم حیازه مملک است یعنی مملک است عند العقلاء چرا که تمام احکام شرعی که بر ملکیت بار است همان ملکیت عقلائیه است مثل احکام شرعی که بر خمر بار است شارع برای خمر اصطلاح خاصی ندارد یکی از موجودات عالم تکوین خمر است که همین خمر تکوینی موضوع احکام شرعی مثل حرمت شرب و نجاست و حرمت نقل و حرمت بیع و امثال ذلک قرار گرفته است اینطور نمی باشد که برویم ببینیم که خمر عند الشارع معنایش چه می باشد. گفتیم ملکیت وزانش وزان خمر است ملکیت و مشتقات این کلمه: مالک و مملوک یک معنای عرفی دارند و آن معنای عرفی عبارت است از یک علقه اعتباریه عقلائیه بین دو شیء که یکی مالک و یکی مملوک است این ملکیت عرفی است.

پس بحث ما در این است که آیا حیازة عند العقلاء مملک است یا خیر؟ خوب به دو دلیل استدلال شده است:

یکی دلیل مبتنی بر نظریه مشهور است، نظریه مشهور چیست؟ نظریه امضاء و دو دستگاهی بودند گفته اند در سیره متشرعه حیازه مملک است.

دلیل دوم سیره عقلاء است که به درد ما می خورد اما به درد مشهور کی می خورد؟ زمانی که امضاء هم کنارش بگذارند در سیره متشرعه هم به امضاء نیاز داریم فرق بین سیره عقلاء و متشرعه را بیان خواهیم کرد پس دو دلیل ذکر شده است که از میان این دو دلیل فقط سیره عقلاء به درد ما می خورد اما سیره متشرعه و سیره عقلاء هر دو به درد قوم می خورد که با امضاء ملکیت شرعیه را اثبات می کنند.

این دو دلیل را بررسی کنیم:

اثبات المملکیة بالسیرة المتشرعاً: أن المتيقن وجود الحیازة في عصر الأئمة ع و مملکیتها فيه و امضاء الشارع بسکوته.

در اصول سیره متشرعه دو اصطلاح دارد که اینجا اصطلاح دوم مراد است سیره و سلوکی که مسلمین یا مومنین در عصر ائمه ع داشتند فرق نمی کند این سیره را از دستورات ائمه ع یا غیر دستورات ائمه ع گرفته باشند.

گفته شده است در عصر ائمه ع مسلمین حیازة داشتند قطعاً و این حیازة مملک بوده است قطعاً و ائمه ع مخالفت نکرده اند قطعاً نتیجه ثابت می شود مملکیت شرعیه یا مملکیت شرعیه در اثر حیازه.

اما اینکه در زمان ائمه ع حیازه بوده است معلوم است چرا که به جهت اینکه غذا می پختند و نون می پختند و این نان و غذا را با هیزم و خاک می پختند و این خاک و هیزم را حیازه می کردند مردم در آن عصر خانه می ساختند ساختمان می ساختند خانه را با خاک و سنگ و چوب می ساختند اینها را از کجا می آوردند؟ حیازه می کردند احتمالاً آهک می آوردند. مردم در زندگی شمشیر و سپر و زره و... داشتند اینها را از از کجا درست می کردند؟ از آهنی که استخراج از معادن می کردند مردم زیور آلات و خلخال و ... داشتند درهم و دینار داشتند درهم نقره و دینار طلا بود اینها را از کجا می آوردند؟ حیازه می کردند یعنی اینطور نبوده است از خودشان درست کنند طلا و نقره را نه طلا و نقره و آهن و مس را استخراج و حیازه می کردند. ماهی می خوردند ماهی را از کجا می آوردند؟ حیازت می کردند لذا این مسلم است که حیازه در عصر ائمه ع امر رایجی بوده است. از آن طرف هم معلوم است که با شیء محوظ معامله ملک می کردند چرا؟ این وسائل را می فروختند خانه و ابزار را می فروختند می دانید معامله زمانی درست بوده است که ملک باشد در آن زمان قیمت بناء از زمین کمتر نبود و قیمت بناء از زمین گاهای بیشتر بود حتی در زمان ما اینطور بوده است اگر خانه نو بود قیمت بناء از زمین بیشتر بود یعنی عمدۀ قیمت بابت بناء می رفت اگر به عقب بر گردیم به احتمال بسیار قوی قیمت بابت بناء بوده است مگر خیلی جزئی بود چرا که زمین همه جا بود و

نیاز به خرید نبود خوب این بناء از حیازة به دست آمده بود که می فروختند خوب باید ملک می بوده است که می فروختند. مگر این درهم و دینار را معامله نمی کردند که به حیازة به دست آمده بوده است؟! اگر برای اباوه تصرف بوده است حقش به ارث می رسیده است اما معامله ملک با او می شده است. معلوم است که خرید و فروش می کردند خود خانه را خرید و فروش می کردند اباوه را خرید و فروش نمی کنند الا اینکه گفته شود که پولی که می دادند بابت این بوده است که طرف که حق تصرف داشته است رفع ید کند این خیلی بعيد است که به صورت رفع ید از مال بوده است و فقط نسبت به دینار و درهم حق پیدا می کردند این واضح است که در نظر ما در این زمان مالکیت است در آن زمان هم مالکیت بوده است نه اباوه تصرف والا می خواسته اشاره ای روایی یا تاریخی بشود که در این خرید و فروشها اینها مالک نبودند بلکه اباوه تصرف داشتند. این سیره متشرعه است ائمه علیهم السلام هم سکوت کردند از سکوت ائمه علیهم السلام آن ملکیت و مملکیت شرعیه ثابت می شود.

این وجه اول.

مناقشه: يمكن أن يكون سبب الملكية العمل والصنعة لا الحيازة.

گفتیم این وجه تمام نمی باشد چرا؟ یکی از اسباب مملکه را ما ها عمل می دانیم یا به عبارت دیگر صنعت می دانیم یعنی اگر کسی یک شیء مباح را به شیء دیگر تبدیل کند مالک آن شیء می شود مثلا سنگی را کسی تبدیل کند به مجسمه، چوبی را به مجمسه تبدیل کند خاک را تبدیل به آجر کند، سنگ عقیق را به شکل نگین در آورد، نقره و طلا را تبدیل کند به رکاب یا طلا و نقره را تبدیل کند به پول گفتیم این صنعت و عمل مملک است. گفتیم عمل یکی از اسباب مملکه است این مثالهایی که زده شد همه مسبوق به عدم ملکیت است. خوب در زمان ائمه علیهم السلام که یقینی است که مالک آن هیزم و سنگ و چوب و ... می شدند شاید ملکیت ناشی از عمل بوده است در حالیکه بحث ما در مملکیت حیازت است مثلا خاک و آجر را تبدیل کرده است به خانه، آهن را به شمشیر و قیچی و بیل و گلنگ تبدیل کرده است، طلا را به جواهرات تبدیل کرده است،

اگر در این امثاله دقت شود می بینید در همه عملی صورت گرفته است نکند در این سیره، این عمل باعث مملکیت شده است نه استیلاء و حیازت بر امر مباح.

ان قلت:

در قدیم هیزم می آوردن و می فروختند ماهی و پرنده صید می کردند آب را از نهر می آوردن دیگر عملی بر روی اینها انجام نمی دادند لذا مشخص است که سبب الملکیة حیازت است نه صنعت و عمل.

قلت:

خود نقل و انتقال یک شیء به مکان دیگر عمل است اگر آب و هیزم را منتقل کنند اگر ماهی را بگیرند و منتقل کند به خصوص که گرفتن ماهی به انجام کاری نیاز داشته باشد گفته این هم عمل حساب می شود احتمال دارد مملکیت اینها از باب عمل باشد اما اگر الان هیزم را از زمین برداشت و عملی انجام نداد آیا مالک می شود؟!! یا دست کرد و ماهی را گرفت آیا ماهی را مالک می شود؟!! آیا هیزم را مالک می شود؟!! این دیگر به سیره متشرعه اثبات می شود که حیازه مملک است؟!! این دیگر به سیره متشرعه ثابت نمی شود. اینکه عمل مملک است در روایت نیامده است بلکه به سیره این ثابت است.

در سیره متشرعه همین که شخص استیلاء پیدا می کرد مالک می شد؟!! حیازت استیلاء است فقط سنگ را از زمین بردارید هیزم را از زمین بردارید ماهی را بگیرید و لو در آب است اما از دست شما نمی تواند فرار کند این حیازه است اما عملی و لو در حد نقل و انتقال انجام ندهید، آیا سیره متشرعه دال بر مملکیت حیازت در اینجا است؟!! عملی که ما می گوییم مملک است به سیره عقلاً است یعنی این که چه عملی مملک است این را سیره عقلاً اثبات می کند که می دانیم در این سیره، خود استیلاء عمل حساب نمی شود. سیره متشرعی را که مثال می زدیم در مورد معاملات خانه و صید و درهم و دینار بوده است این را گفته ایم در سیره ثابت است اما اینکه به مجرد اینکه

بر می داشت آیا در سیره متشرعه مالک بود؟!! بله حق داشت اما مالک بود؟!! دقت کنید دلیل ما سیره متشرعه بود که به همین امثاله آن را ثابت کردیم که در همه آنها عمل بود و بعد حیازة بود شاید نکته مملکیت، عمل و صنعت بوده است نه حیازة اگر شما سنگی را در وسط بیابان به یک مجمسه تبدیل کنید هنوز هم انتقال نداده اید این عمل مملک است.

پس ما به سیره متشرعه نمی توانیم ثابت کنیم مملکیت حیازت را شاید مملکیت آن شئ از باب عمل باشد نه از باب حیازت مثلا خاک را به شهر می آورده است این نقل و انتقال عمل است. پس بنابراین ما نمی توانیم به سیره متشرعه اثبات کنیم مملکیت حیازت را. شما هیزم را جمع کردید و به شهر آوردید این نقل و انتقال عمل است اما استیلاء دیگر عمل نمی باشد استیلاء یعنی باید به گونه ای باشد که بتواند ممانعت کند باید نحوه سلطنتی باشد که به راحتی نتوان استیلاء او را از بین برد.

اثبات المملکیة بالسیرة العقلاء: الحیازة عند العقلاء مملکة.

وجه دوم: سیره عقلاء است. گفتن در سیره عقلاء حیازت فی الجمله مملک است و ما که در مجموعه عقلاء هستیم ارتکازی داریم که دائما بر اساس ارتکاز خودمان آن سیره و ارتکاز عقلاء را می بینیم. ما می بینیم که اگر کسی بر مالی استیلاء پیدا کرد بر ماهی و چوب و اشیاء مباحه استیلاء پیدا کرد عقلاء اعتبار ملکیت می شود برای مستولی. عقلاء مستولی را مالک می بینند. شارع مقدس هم در مقابل این سیره و ارتکاز موقفي اتخاذ نکرده است لذا مشخص می شود که شارع مقدس هم این ملکیت و علقه را برقرار می کند.

مناقشة مبنائيه: أن العقلاء بما هم عقلاء ليس لهم سلوك معاملى يختص بهم.

مناقشه مبنائي: عقلاء به ما هم عقلاء دستگاه معاملاتی ندارند فقط یک موقف امضائي دارند اگر عقدی بین عرفی از اعراف صحيح باشد عقلاء یا امضاء می کنند یا

امضاء نمی کنند که غالباً این توافق و این دستگاه معاملاتی را امضاء می کنند بیش از نود و نه درصد را امضاء می کنند و درصد بسیار کمی است که امضاء نمی کنند. در این دستگاه معاملاتی حیازت هم داخل است اگر حیازت در عرفی مملک باشد، عقلاء هم برای مستولی در دایره آن عرف اعتبار ملکیت می کنند. لذا اگر در عرفی حیازت مملک نباشد آنها هم اعتبار ملکیت ندارند، در عرفی حیازت مملک باشد آنها هم مملک می دانند اگر در گذر زمان حکم عوض شود از زمانی به زمان از مکانی به مکان دیگر، گفته می باز عقلاء امضاء می کنند مثلاً در قدیم اگر کسی آثار باستانی را پیدا می کرد در عرف مالک بود مثلاً مجسمه از طلا را از زیر زمین پیدا می کند در آن عرف مالک این مجسمه حائز بود اما در عصر ما و عرف ما و شاید در اکثر عرفهای دنیا او را مالک اعتبار نمی کنند حتی اعتبار حق هم نمی کنند یعنی حقی پیدا کند که اولی از دیگری باشد نهایتاً حقی نسبت به مالیت این پیدا کنند یا به مالیتی به معادل ماده این مثلاً ماده این مجسمه، یکی کیلو طلا است که قیمت یک کیلو طلا را مالک می شود شاید قدمت آن هزار برابر قیمت طلا ارزش داشته باشد. ما گفته عقلاء در باب معاملات اصلاحاً دستگاهی ندارند نکاح کی با کی درست است؟ عقلاء اصلاحاً کاری ندارند در هر عرفی صحیح باشد عقلاء هم امضاء می کند و در هر عرفی که صحیح نباشد عقلاء هم صحیح نمی دانند. اصلاح عقلاء دخالتی در دستگاه معاملاتی ندارند. در یک عرفی یکی ده زن بگیرد و عرف این نکاح را صحیح بدانند عقلاء هم این نکاح را امضاء می کنند و اگر در عرفی ازدواج دوم را باطل بدانند عقلاء هم در دایره آن عرف آن را باطل می دانند. عرف عام نه تنها دستگاهی ندارد بلکه موقف امضائی هم ندارد. بلکه ما دو چیز داریم عرف خاص و عقلاء و عقلاء گفته می دائیماً موقفسان امضائی است موارد نادری را امضاء نمی کنند مثلاً در زمان ما مالکیت انسان بر انسان را امضاء نمی کنند معامله انسان را امضاء نمی کنند معامله بر سر فرزند را امضاء نمی کنند اما در بقیه این موارد، موقفسان امضائی است خوب فقهای ما فکر می کردند عقلاء یک دستگاه معاملاتی دارند ملکیت مستقلی دارند، عقودی و معاملات و ایقاعاتی دارند عقودی مستقل از عرف دارند ما گفته اصلاح عقلاء کاری ندارد دائماً موقفسان امضائی است امضاء معامله آن عرف در ناحیه همان عرف.

مثلا در عرف سابق عقلاء در عرفی ازدواج بچه با بزرگ را امضاء می کردند اما در الان احتمالا امضاء نکند به خاطر مسائلی که پیدا شده است و پیش آمده است لذا اگر ما راجع عقلاء می گوییم در واقع در مورد عرف خاصمان صحبت می کنیم اگر می گوییم عقلاء مملک می دانند یعنی عرف خاص لذا باید برویم سراغ عرف مسلمین یا عرف مردم ایران چرا که عرف مسلمین خیلی بزرگ است و معلوم نمی باشد عرفی داشته باشند شاید عرف آنها جغرافیایی شده باشد معلوم نمی باشد که مردم مراکش بما هم مسلمان عرفی داشته باشند. اما در عرف ایران حیازت مملک است اما اینطور نمی باشد که حیازت به هر شکلی یا حیازت هر چیزی مملک باشد مثلا در عرف ایران اگر برود حیوانی در حال انقراض را حیازة کند مالک نمی شود باید ببری را حیازت کرد مالک نمی شود مالک که نمی شود هیچ حقی که پیدا نمی کند هیچ مجازات هم می شود در این عرف. بله ممنوعیت قانونی ممنوعیت عرف نمی باشد اما در این مثال اینطور است که همان منع قانونی را دارند یا آثار باستانی را پیدا کرد آیا مالک می شود؟!! معلوم است که مالک نمی شود لذا خمسمش هم نیاز نمی باشد که بدهد. خمسی که شارع گفته است ارتکاز بر این است که مال جایی است که مالک شود نه حیازت کند. لذا اگر خواستیم از این به بعد در مورد حیازت بحث کنیم در مورد حیازت در عرف خاص خودمان بحث می کنیم. بله اگر کسی آهونی یا روباهی را صید کند مالک می شود اما حیوانات در معرض انقراض را اگر صید و حیازت کند مملک نمی دانند. بله اگر مثلا این حیوان را کشت مالک آن پوست حیوان و جسد می شود دیگر آنجا حیازت مملک است اما تا زنده است مملک نمی باشد. منع قانونی و هر منعی باید عرفی شود مجرد این که یک قانون باشد عقلاء در بعضی از موارد قانون را امضاء می کنند چون اگر نخواهند توجه کنند اختلال نظام پیدا می شود اما در اینجا تابع عرف می باشند.

قاچاقچی عرف نمی باشد کلا اینکه عرف چگونه شکل می گیرد این مشکل است و آن هم عقلائی است و در نزد عقلاء قاچاقچی ها عرف نمی باشند و اگر حتی قاچاقچی را عقلاء عرف ببینند این معاملات اینها را امضاء نمی کنند قاچاقچی را مالک ببر صید

شده در حال انقراض نمی دانند. پس ما بعد از این وارد در شرائط که می شویم باید توجه کنیم در شرائط و مکان خودمان این شرائط را ذکر می کنیم یعنی همه این شرائطی را که می گوییم ناظر به این عرف خاص خودمان می باشیم و می گوییم حیازت مملک است اما نه بالجمله.

دقیق کنید دستگاه معاملاتی اعراف خاصه غالباً مثل هم است چرا که در یک گذر زمان مشترک شکل گرفته است و اگر اختلافاتی هم دارد به سبب یک منشأ تاریخی یا اجتماعی است. مثلاً در بعضی از اعراف کسی مالک زمین نمی شود و فقط حق پیدا می کند در بعضی از اعراف ملکیت بر این زمین تا نقطه مرکزی زمین هم رسیده است بعضی از اعراف قائلند که اگر کسی مالک زمین شد زیر این زمین تا نقطه مرکزی زمین را هم مالک است و اگر کسی بخواهد از فاصله سه هزار متری زیر زمین زید گذر کند باید از زید اجازه بگیرد. یعنی گاهی اوقات این اختلافات این مقدار فاحش است.

شرائط حیازة عند عرفنا الخاصة:

می خواهیم وارد شویم در شرائط مملکیت حیازت با توجه به این دو نکته فارق بین ما و مشهور فقهاء:

پس بنابراین وقتی شرائط را می گوییم در نزد مشهور یعنی این شرائط، شرائطی است عند العقلاء که شارع آن را امضاء کرده است و شده است مملکیت شرعی حیازت و در نزد ما عبارت است از شرائطی که در عرف خاصِ ما، برای مملکیت حیازت وجود دارد که احتمالاً مشابه با اعراف مشابه ما هم می باشد اما ممکن است با اعراف دیگر که با ما مشابه نمی باشند فرق داشته باشد چرا که ما بسیاری از چیزها را تجربه نداریم مثلاً مردمانی که در قطب جنوب زندگی می کنند، اقوامی که در جنگلها زندگی می کنند نمی دانیم ارتکاز اینها در مورد حیازت چه می باشد. این شرائطی را که می گوییم در نزد آقایان یک شرائط عند العقلاء است که به امضاء شارع رسیده است و در نزد ما یک

شرط‌های عرفی است با توجه به ذهنیت عرفی خودمان که این را نسبت می‌دهیم به عقلاء وقتی نسبت به عقلاء می‌دهیم این نسبت درست است چراکه وقتی در عرف خاص ما اینطور باشد در نزد عقلاء هم اینطور است چراکه عقلاء موقف‌شان امضائی است.

الشرط الأول: قصد الحيازة.

شرط اول قصد حیازت است یعنی وقتی شیئی را حیازت می‌کنید قصد حیازت کنید. معنای قصد حیازت چیست؟ ما سه عنوان داریم که اگر این‌ها را توضیح دهیم معنای قصد الحیازة روشن می‌شود یکی التفات و یکی اراده و یکی اختیار. این سه نزدیک است اما با هم فرق دارد.

التفات یعنی توجه در مقابل غفلت.

اراده در مقابل اضطرار است گاهی اوقات فعلی را که انجام می‌دهید مسبوق به اراده شما نمی‌باشد اصلاً مثلاً شما پایتان لیز می‌خورد و روی شیشه می‌افتید و می‌شکند این فعل شماست اما فعل ارادی شما نمی‌باشد یا می‌خواهید به پرنده سنگ بزنید، به شیشه همسایه می‌زنید و می‌شکند این شکستن فعل شماست و ارادی است و مضطربه پرتاپ نبودید عن اراده سنگ را از زمین برداشتید و پرتاپ کردید در اینجا اراده است اما هیچ التفاتی هم نداشتید چراکه اصلاً التفاتی نداشتید که در اینجا شیشه ای هم است. این شکستن شیشه ارادی است اما عن غیر التفات.

اختیار عبارت از فعلی است که در آن التفات است و اراده است و قصد هم است^۱ مثلاً شما آن شیشه را می‌بینید و سنگ را پرتاپ می‌کنید به طرفش این شکستن شیشه فعل شماست عن اراده و التفات و عن اختیار بود یعنی واقعاً قصد شکستن شیشه را داشتید. می‌بینید که در مثال قبلی شکستن شیشه ارادی بود اما اختیاری نبود اما در مثال

^۱ این اختیاری که در اینجا می‌گوییم اختیار فلسفی نمی‌باشد بلکه اصطلاحی است که اصولیین درست کرده اند اینها متوجه شدند که فعل ارادی دو قسم است: اختیاری و غیر اختیاری. و این نکته بسیار خوبی است در مسئله حسن و قبح عقلی مطرح می‌شود که فعل ارادی متصف به حسن و قبح می‌شود یا فعل اختیاری؟ وقتی سنگ را پرتاپ می‌کنم و اشتباهًا می‌خورد به شیشه این فعل ارادی من بوده است و مضطربه پرتاپ این سنگ نبودم اما فعل اختیاری من نبوده است آیا این متصف به حسن و قبح می‌شود یا خیر؟ (اس مد هم جلس)

دوم اختیاری است به عبارت دیگر هر فعل اختیاری دائم ارادی است اما فعل ارادی اینطور نمی باشد که دائم اختیاری باشد. در حیازت، قصد حیازت شرط است هم اختیار معتبر است و هم التفات منتها اگر بگوییم اختیار معتبر است التفات در اختیار افتاده است مثلا شخصی نائم است سنگی را برمی دارد، این مملک نمی باشد چرا که فاقد اراده و اختیار است. کسی می خواهد ماهی سرخ را صید کند دستش را به طرف ماهی سرخ می برد و ماهی سفید را صید می کند در اینجا حیازت مملک نمی باشد چون اختیار در آن نبود اراده بود اراده کرد که ماهی سفید را بگیرد اما این را اختیار نکرد قصدش ماهی سرخ بود اما اشتباهها ماهی سفید را گرفت در اینجا می گوییم قصد حیازت این ماهی را نداشت. پس بنابراین در حیازت قصد معتبر است می توانید بگویید التفات و اختیار معتبر است یا می توانید بگویید اختیار الحیازة معتبر است چرا که اگر اختیار باشد، التفات هم است.

یکبار قصد می کند که یک ماهی بگیرد در اینجا هر ماهی را بگیرد این حیازت است و مملک.

پس بنابراین وقتی می گوییم قصد الحیازة شرط اول است یعنی ملتفت و قاصد این باشد لذا وقتی ماهی سفید را گرفت این حیازت ماهی بلا قصد بوده است بله اگر نگاه کرد که این ماهی سفید است و سرخ نیست اما ماهی بدی نیست این ابقاء می شود حیازت مع القصد و مملک. پس یکی از شرائط حیازت قصد است یعنی عن التفات و اختیار باشد اراده تنها کافی نمی باشد باید اختیار باشد.

اگر کسی در خواب پرنده ای را گرفت این حیازت مملک نمی باشد یا در خواب سنگی را از زمین بر می دارد این مملک نمی باشد. در نائم فعلش نه عن التفات است و نه ارادی است و نه اختیاری است. مضطرب یعنی عن اراده نباشد.

اگر میوه مباحی داخل خانه افتاد و شخص قصد حیازت نکرد این مملک نمی باشد چون عن غیر اختیار است و اگر بقائی اختیار کرد و قصد حیازت کرد این می شود مملک.

دلیل این شرط هم ارتکاز ماست چرا که اگر قصد معتبر نباشد یعنی ملکیت قهریه است و ملکیت قهریه با سلطنت بر مال و سلطنت بر نفس شخص منافات دارد.

الشرط الثاني و الثالث: التمييز و العقل.

گفته شده است شرط دوم و سوم بلوغ و عقل است. اما نسبت به بلوغ واضح است عند العقلاء رسیدن به سن ازدواج به سنی که امیال و اغراض در او زنده شده است معتبر نمی باشد اگر یک انسان ممیزی هم حیازت بکند عند العقلاء مملک است هیچ فرقی نمی باشد بین انسان نابالغ ممیز و بالغ. اما صبی غیر ممیز اگر سنگی را برداشت و چوبی و ماهی را برداشت آیا این بچه‌ی غیر ممیز مالک می شود یا خیر؟ نگویید قصد الحیازت ندارد بچه غیر ممیز هم التفات و هم اراده دارد و هم اختیار دارد یک ساعت دویده است تا گنجشک را گرفته است پس هم اراده دارد و هم اختیار. آیا بچه غیر ممیز مالک می شود یا خیر؟ قصد الحیازت را دارد آیا مالک می شود یا خیر؟ گفتیم در سیره عقلاء به همان معنای ما و آنها، فردی که قاصر است مثل بچه صغیر دخول یک مال در ملکیت او یا خروج یک مال از ملکیت او دائر مدار ولی آن قاصر است هر چی که بخواهد در ملک او داخل بشود باید توسط ولی داخل شود و هر چیزی بخواهد از مال او خارج شود باید توسط ولی خارج شود لذا اگر بچه پرنده را گرفت و ولی قصد تملک برای این بچه کرد بچه مالک می شود و الا بچه مالک نمی شود اما نسبت به این گنجشک حق پیدا می کند و کسی نمی تواند از دست او بگیرد و قصد تملک کند. در اینجا که ولی قصد ملکیت کرد این قصد ملکیت، لاحق است. پس بچه غیر ممیز اگر حیازت کرد مالک نمی شود اما عقلائی حق پیدا می کند. بله پدر می بیند بچه رفته است یک مار گرفته است قصد تملک نمی کند بچه تا آخر مالک نمی شود. حتی اگر قصد ملکیت هم کند باز بچه مالک نمی شود چرا که فرضا این مار برای بچه مصلحت ندارد ما نسبت به اموال خودمان مطلقا سلطنت داریم و می رویم اشیاء مضر می خریم اما بچه اگر سم را بخورد این به ضرر بچه است و ولی هم نمی تواند اجازه دهد و ولی در نظر عرف و عقلاء در دایره مصالح عرفیه بچه بر او ولایت دارد. لذا در مورد مار اصلا برای او حقی عرف

قابل نمی باشد که اجازه بدهد این ملکیت را. ولایت اشخاص بر اموال خودشان، ولایت اشخاص بر اولاد، ولایت اشخاص در باب وصیت این سه نوع ولایت است که با هم تفاوت دارد.

پس در اینجا اگر ولی اجازه ندهد بچه مالک نمی شود اگر عرف هم می گوید که بچه مالک است این تعبیر تسامحی است. تمام کلامی که در صبی غیر ممیز گفتیم در مجنون هم به عینه می آید اگر شخصی مجنون گنجشک و ماهی را صید کرد مالک نمی شود بله ذو حق می شود و ولی او است که اگر قصد حیازت کرد مالک می شود و الا نه.

پس شرط بلوغ معتبر نمی باشد اما عقل و تمیز معتبر است. اگر در مجنون بگوییم تمیز داشته باشد البته تمیز در مسائل مالی، کافی است چرا که اگر در مسائل مالی تمیز داشته باشد عقل هم دارد و مراد از این عقل و تمیز، عقل و تمیز معاملی است.

غیر ممیز حسن و قبح را تشخیص نمی دهد و سفیه مصلحت و مفسد را تشخیص نمی دهد که سفیه را نوعاً به کسی می گویند که در مباحث معاملاتی به تمیز نرسیده است.

¹ الشرط الرابع: كون المحوz منقولا.

شرط چهارم در مملکیت حیازت این است که چیزی که ما حیازت می کنیم باید از منقولات باشد اگر محوz از ثابتات باشد بعد از حیازت مالک آن شیء نمی شویم منقول و ثابت را ابتداءاً توضیح دهیم و بعد ببینیم که حکم اینها چیست؟

اقسام اشیاء المباح: الثابت و المنقول و هو ينقسم الى المتصل و المنفصل.

اشیاء مباح را به منقول و ثابت تقسیم می کنند: منقول را به متصل و منفصل تقسیم می کنند.

¹ چهارشنبه ۱۵/۱۲/۹۷

منقول منفصل مثل تمام حیوانات بری و بحری و سماوی، مثل چوب و هیزم، مثل میوه هایی که از درخت کنده شده است و بر روی زمین ریخته شده است، مثل سنگها و سنگ ریزه های روی زمین، ماسه کف انبار یا رودخانه این منقولات منفصله است.

اما **منقولات متصله** مثل درخت این منقول است و متصل به زمین است یعنی می توانید میوه های درخت را بکنید، شاخه های این درخت را بکنید یا خود تنہ درخت را بکنید و قطعه قطعه کنید یعنی این منقول متصل را تبدیل به منقول منفصل کنید، یا مثل معادن در دل زمین مثل معادن طلا و نقره و اینها متصل به زمین است اما می توانید جدا کنید وقتی جدا کردیم منقول منفصل می شوند یا سنگهای کوه را می توانید جدا کنید وقتی سنگ کوه را جدا کنید این سنگ کوه می شود منقول منفصل یا آب نهرها یا دریاها که به هم متصل است آب نهر و دریا را نمی توانید منتقل کنید اما می توانید جدا کنید و ببرید.

پس منقول به متصل و منفصل تقسیم می شود.

یک ثابتات هم داریم ثابتات که قابل انفصال و نقل نمی باشند مثل اراضی و زمین اراضی بیابانها شما نمی توانید یک بیابان را از جایی به جای دیگر منتقل کنید، خاک آن را می توانید منتقل کنید اما خود بیابان را نمی توانید جا به جا کنید، مکان کوهها را نمی توانید جا به جا کنید، بله سنگها را می توانید منتقل کنید خود کوه را می توانید تیکه تیکه کنید و منتقل کنید اما خود مکان کوه را نه. یا مکان انهار را نمی توان منتقل کنید نهر، هم اسم آب است و هم اسم مکان نهر. یا مکانی که دریاها در آنجا قرار گرفته است. وقتی می گوییم فلان خلیج یا دریا یعنی مکانی که در آن دریا قرار گرفته است و دیگر آن را نمی توان منتقل کرد. فقهاء برای ثابتات اسم ارض را انتخاب کردند این اراضی که می گویند به معنای وسیع کلمه همه اینها را شامل می شود. پس گفتند اشیاء مباح یا ارض است یا غیر ارض. ارض همان ثابتات است که قابل جا به جایی نمی باشد یا غیر ارض است که قابل جا به جایی است حال آن منقول چه متصل باشد مثل درختها و آبهای

و یا منفصل باشد مثل حیوانات. آنکه مورد اتفاق فقهاء است این است که اگر حیازت کند چیزی که منقول است اگر استیلاء بر اینها پیدا کند حال یا منفصل است و استیلاء بر آنها پیدا می کند یا متصل است و آنها را منفصل می کند و بعد استیلاء پیدا می کند مثلا درختی را از جنگل بکند و بعد چوبهای آن را به خانه بیاورد و بر آنها استیلاء پیدا می کند، گفته اند این استیلاء مملک است. فقهاء گفته اند این مملکیت حیازت منحصر به منقولات است اما در اراضی حیازت مملک نمی باشد یعنی اگر شما بر زمینی مستولی شدید مثل اینکه دور قسمتی از زمین را سیم خاردار یا دیوار کشیدید یا دور نهری را دیوار کشیدید یا بخشی از جنگل را دیوار کشی کردید این را می گویند حیازت در اراضی بین فقهاء کسی ظاهرا قائل نشده اند که حیازت بر اراضی مملک است لذا باید در منقول، حیازت محقق شود تا مملک باشد چه این منقول متصل باشد یا منفصل باشد هر منقول بعد از حیازت در نزد فقهاء مملک است. قطائع الملوك مملک است و شیعیان می گویند قطائع الامام مملک است اما آن از باب دیگر است.

پس باید در دو بخش بحث کنیم یکی در اراضی و یکی در منقول. ببینیم نظر رایج

فقهاء چه می باشد؟

نظر الفقهاء فی المنقولات: مملکیت و نحن تابع العقلاء الممضی سلوک عرف خاص فیه.

نظر رایج بین فقهاء این است که انسان هر مورد از منقول را اگر حیازت کرد مملک است ما ها چون عقلائی می باشیم و عقلائیت ما هم عرفی است گفتم در هر عرفی اگر حیازت مملک بود، عند العقلاء هم مملک است مگر این که عقلاء این حیازت را مملک ندانند مثل امروزه که درختهای جنگل ظاهرا در زماننا هذا با توجه به آن محدودیت زمانی و مکانی که ما در آن می باشیم این حیازت در درختهای جنگلها مملک نمی باشد یعنی اینطور نمی باشد که اگر کسی درختی را کند و برد این حیازت مملک می شود حتی احتمال دادیم اگر در عرفی حیازت درخت جنگل مملک باشد، چون الان در بین اعراف یک پیوستگی حاصل شده است بعید نمی باشد این حیازت را عقلاء

امضاء نکنند که قبلاً در مورد حیوانات در معرض انقراض این را گفتیم که این حیازت اگر در عرف ما مملک باشد این در نزد عقلاً ممضاء نمی باشد. یا فرض کنید احتمال دارد در باب درختها این چنین باشد در عرف ما کسی درخت را به حیازت مالک نمی شود این حق را ندارد که درخت را حیازت کند به نحوی که اگر حیازت کند مالک شود احتمال دارد که در پاره ای از حیوانات اینطور باشد بعضی از وقتها اجزاء حیوان را حیازت می کنند مثلاً عاج فیل را می کنند و حیازت می کنند یا شاخ کرگدن را می کنند و حیازت می کنند احتمال دارد که حیازت اینها در بعضی از عرفها مملک نباشد علی ای حال ما عقلائی هستیم به صورتی که گفتیم که در مرحله اول باید عرف اعتبار ملکیت کند و بعد در مرحله دوم این مملکیت را عقلاً امضاء کنند.

پس این شرط درست است اما معنایش این نمی باشد که هر شیع منقولی حیازتش مملک است.

انظار الفقهاء فی باب الأرضی:

اما نسبت به اراضی بینیم فقهاء چه فرموده اند: فقهاء اراضی را به دو قسم موات یا اراضی عامره تقسیم کرده اند:

اراضی موات اراضی است که در آن زمین، گیاه یا بنائی نباشد نه گندمی و نه جوی و نه سبزی و نه درختی وجود ندارد، علفی که حیوان می خورد این عامره است و خار و خاشاک را موات می گویند. حتی اراضی انهار و دریاها جزو اراضی موات است نهر و دریا کی از اراضی موات است؟ یعنی آن ارض و مکانی که در آن دریا و نهر است.

اراضی عامره مثل جنگلها و مزارعی که در آن کشت شده است مثل مراعع یعنی جاهایی که علف و سبزه است و حیوان در آن چرا می کنند اینها را اراضی عامره می گویند. فقهاء اراضی را تقسیم کرده اند به دو دسته اراضی موات و اراضی عامره.

اول برویم سراغ اراضی موات:

نظر الفقهاء فی الأرضی الموات:

اینها نقل قول است و اشاره به دلیل آنها می‌کنیم و بعد مختار خود را می‌گوییم.

در احیاء موات ما دو قول رایج داریم:

▪ **نظریة المشهور: مملکیتها بالحیازة.**

یکی نظر مشهور بین فقهاء ما است که اگر انسانی زمین را احیاء کرد بالبناء یا بالزراعه مالک آن زمین می‌شود من احیی مواتا فهو له این روایت از نبی اکرم ﷺ است فرقی نمی‌کند محیی مسلمان باشد یا غیر مسلمان حال یا به کشاورزی احیاء کند یا به غرس اشجار احیاء کند یا به ایجاد بناء احیاء کند این می‌شود مالک آن زمین.

▪ **نظریة المرحوم الصدر: أن الحیازة موجب لحق الأولوية لا الملكية.**

یک قول دیگر در مسئله است که قول شاذی است که قول مرحوم صدر است ایشان قائلند که اگر کسی زمین مواتی را احیاء کند حق اولویت دارد کسی نمی‌تواند با این محیی مزاحمت کند اما مالک زمین نمی‌شود ایشان قائلند که انسان هیچ وقت نمی‌تواند مالک زمین شود لذا به فکر خرید زمین نباشید و فقط حق اولویت پیدا می‌کند. پس دقت کنید اراضی موات فقط به احیاء مالک می‌شود نه به حیازت و نه بالإستیلاء که در یک قول به احیاء هم مالک نمی‌شود.

نظر الفقهاء فی الأراضی العامرة:

اراضی عامره اراضی هست که در آنجا خودش گندم روئیده اما کسی اینجا گندم نکاشته است عمدۀ اراضی عامره دو ارض است: مراعع و سبزه زارها و یکی هم جنگلها خوب آیا انسان به استیلاء و حیازت مالک می‌شود یا خیر؟ چهار قول در مسئله است:

▪ **القول الأول، قول المشهور: أن الحیازة ليست مملکة.**

قول مشهور علماء ما این است که حیازت در اراضی عامره مملک نمی‌باشد.^۱

▪ **القول الثاني، قول المرحوم الحکیم: الحیازة مملکة.**

^۱ این قول را در تاریخ ۹۸/۰۱/۲۰ در ابتدای جلسه فقه اجاره فرمودند.

قول دوم این است که اگر انسانی بر ارضی از اراضی عامره استیلاء پیدا کرد مالک می شود. چطور؟ مثل اینکه در جنگل دیواری بکشید البته این مراعع و جنگل باید جزء اراضی مباحه باشد و از حریم روستا نباشد و جزء مشترکات هم نباشد اگر آمدید و دیواری کشیدید که افراد به صورت عادی نتوانند تصرف کنند این موجب ملکیت می شود. این قول مرحوم آقای حکیم است اگر کسی بر ارض عامره استیلاء پیدا کرد آن انسان مسلمان باشد یا غیر مسلمان همینکه استیلاء پیدا کرد مالک می شود.

▪ **القول الثالث، قول المرحوم السيد الخوئي: أن استیلاء المؤمن عليه مملكة.**

قول سوم به جای انسان، مومن را گذاشته است لذا اگر انسان استیلاء پیدا کرد مالک نمی شود اما اگر مومن و یکی از شیعیان بر مرتعی یا جنگلی به نحوی که گفتیم استیلاء پیدا کرد مالک می شود این قول مرحوم خوئی است.

آقای خوئی نسبت به حق چیزی نگفته است این را حدسی می گوییم بر اساس آنچه که در دلیلش است می گوییم انسان غیر مؤمن حق هم پیدا نمی کند. این حدسی است با توجه به دلیلی که ایشان در اینجا بیان کرده است.

دقیق کنید این حق و ملکیت تا زمانی است که اعراض نکند که انشاء الله به مناسبت می آید.

▪ **القول الرابع، قول المرحوم السيد الصدر: أن الإستیلاء موجب لحق الإنفاق لا الملكية.**

قول چهارم: قول مرحوم صدر است. ایشان قائلند که در اینجا حق الانتفاع ایجاد می شود در موات می گفت باحیاء حق اولویت ایجاد می شود در اراضی عامره ایشان قائلند که اگر کسی استیلاء پیدا کند حق الانتفاع پیدا می کند و فرقی بین مومن و غیر مومن نگذاشته اند و در قبل از استیلاء حق الانتفاع با همه است. شاید فرق بین حق الانتفاع با حق الأولویت در آن است که در حق اولویت اعراض نیاز است اما در حق الانتفاع همین که گذاشت و رفت و لو اعراض نکرد این حق از بین می رود.

القول الخامس، مختارنا: تابع للعرف الخاصة و امضاء العقلاء و الظاهر عدم المملکية في عرفنا هذا.

مختار ما: عقلائی هستیم در اراضی موات و عامره اگر ملکیت باید می گوییم مالک است اگر حق اولویت پیدا کند می گوییم حق اولویت پیدا می کند و اگر حق انتفاع پیدا کند ما هم قائل می شویم. این به صورت کبرای کلی اما این به درد نمی خورد بلکه باید الان با توجه به عرفی که در آن هستیم حکم تک تک اینها را بررسی کنیم. اما با توجه به این محدوده زمانی و مکانی ذهنیت ما این است که معلوم است که احیاء در زمان ما مملک نمی باشد اینطور نمی شود که اگر کسی آمد هر زمینی را کشاورزی کرد مالک شود کما اینکه قانونا هم مالک نمی شود.

نکته: شاید به اذهان باید که اگر در حکومتها این را مملک نمی دانند، این خلاف شرع است چرا که داریم «من احیی ارضا مواتا فهی له» و «من عمر ارضا فهی له» و «الارض لمن عمرها» مکرر در روایات این را داریم. این در روایت است اگر دولتی یا حکومتی اعتبار ملکیت نکند این خلاف شرع می باشد.

دقت کنید این خلاف شرع نمی باشد اینکه دولت می گوید که من شما را مالک نمی دانم نه اینکه من شما را مالک شرعی نمی دانم ملکیت شرعیه ای که فقهاء قبول دارند دست هیچ کسی نمی باشد دست فقهاء هم نمی باشد چه برسد به حکومتها و دولتها. دولت می گوید که قانونا مالک نمی باشی نمی گوید که شرعا مالک نمی باشی. اما اینکه آیا می توانند بیرون کنند یا خیر، این بحث دیگری است. این اولا.

ثانیا: فرض کنیم این خلاف شرع است یک راه حل ساده دارد که دولت و حکومت می گوید هر کسی زمین را احیاء کرد من به کسی سند نمی دهم دیگر شرعا نمی توانید اثبات کنید که این دادن سند واجب شرعی است. وقتی سند نداد مردم این شخص را مالک نمی دانند و وقتی در نزد مردم مالک نبود عند العقلاء هم مالک نمی باشد. فرضا بگویید که در اینجا دولت سند نداد و مردم مالک ندانستند و عقلائی هم این را امضاء کرد و مالک ندانستند خوب شرع گفته است که مالک است. خوب سوال این است که

چه می خواهید نتیجه بگیرید؟ اگر می خواهید نتیجه بگیرید که تصرف در این ملک بدون رضایت محیی حرام است خوب حرام باشد مثل این که شارع گفته است شرب خمر حرام است خوب حرام باشد اشکال ندارد اما این ملکیت عقلائیه ندارد اگر تمام حرفهای قبل را قبول کنیم - که قبول نمی کنیم - این نهایتا حرام است اما مملکت نمی آورد این روایتها مال آن زمان است که احیاء مملک بوده است و از کجا می گویید من احیی ارض ا فهو له این تشریع است بلکه ممکن است که یک حق عرفی و عقلائی بوده است و امام ؑ اشاره به یک امر مرکوزی کرده اند فرض کنیم سلمنا لسانش شرعی است - نه عرفی و عقلائی - یعنی ملکیت شرعیه را اثبات میکند نه ملکیت عقلائی و عرفیه را، اطلاقش را چطور اثبات می کنید؟!! شارع حکم کرده است به مملکت شرعی در زمانی که احیاء مملک بوده است اما اطلاقی ندارد که این زمان ما را بگیرد لذا از هر راهی بیاییم راه بسته است لذا در عصر ما احیاء مملک نمی باشد وقتی احیاء مملک نبود آیا حق پیدا می شود یا خیر؟ این برای من روشن نمی باشد که حقی پیدا شود یا خیر مثلا کسی رفت در جایی کشاورزی کرد سال بعد من حق نداشته باشم که در آنجا کشت کنم. این معلوم نمی باشد اینطور باشد به خصوص در زمان ما که با این وسائل جدید در زمان کمی این امکان است که قسمت زیادی از زمین را زیر کشت ببرد. فرضا در چند سال پیش احیاء در روستاهای مملک بود اما مائی که در روستا نمی باشیم آیا این احیاء مملک است؟ مثلا کسی بین جاده قم و تهران گندم بکارد آیا مالک این زمین می شود عرفا؟!! آیا حقی برای او قائلند؟!! لذا این است که در زمان ما احیاء مملک نمی باشد اصلا. الان در محدوده زمانی و مکانی خودمان می گوییم با ذهنیت عرفی خودمان.

^۱ دلیل مشهور و فقهائی که قائلند احیاء ارض مواد موجب ملکیت می شود عبارت از روایات عدیده ای است که وارد شده است که: «الارض لمن عمرها»، «من احیی ارض مواتا فھی له» و «من احیی مواتا فهو له». روایات زیادی داریم که مضمونش این است که هر کسی زمین مواتی را احیاء کرد مالکش او است.

مناقشة في دليل مشهور الفقهاء في مملکة الایحاء في الأرض الموات: لا اثر في هذه الروايات إن لم يحدث عرفا على طبقه.

اشکال این است که سوال می کنیم کسی که مالک است، مالک است به ملکیت شرعیه یا ملکیت عقلائیه اگر مراد ملکیت شرعیه باشد – که مراد هم همین است – بارها گفته‌ی ما چیزی به عنوان ملکیت شرعیه قبول نکردیم اگر ملکیت عقلائیه است ملکیت عقلائیه تابع شرع نمی باشد تابع عرف است اگر در عرفی از اعراف ملکیت را اعتبار کردند عقلاً هم اعتبار می کنند و لو شارع خلاف عرف اعتبار کند. ما ها کلا ملکیت عقلائیه هستیم و ملکیت عقلائیه هم تابع ملکیت عرفیه است معنای این تابعیت این نمی باشد هر کجا ملکیت عرفیه است ملکیت عقلائیه هم است بلکه معنایش این است که هر جا ملکیت عقلائیه است در مقام قبل حتماً ملکیت عرفیه هم است. اگر شارع اعتباری خلاف عرف کند این فایده ای ندارد الا اینکه عرف ساز باشد و عرف را تغییر دهد و الا اگر در اعتبار عرف اثر ندارد، فایده ای ندارد. بله می تواند تکالیف خودش را جعل کند اما این تکالیف در احکام وضعیه عرفیه اثری ندارد لذا می تواند ملکیتی حرمت داشته باشد اما در عین حال ملکیت هم حاصل شود و تمام آثار شرعی ملکیت بر این مملوک بار می شود. مثل اینکه اقدام کند بر خرید و فروش خمر در عین حالی که حرام است اما اگر عرف و عقلاً اعتبار ملکیت کنند اگر معصیت کرد و معامله کرد، مالک می شود. بله ممکن است این اعتبار عرف منشاء اعتبار شارع باشد اما اعتبار شارع اگر منجر به اعتبار عرف نشود فایده ای ندارد. در نظر فقهاء شارع در حقیقت در معاملات تشريع تأسیسی نکرده است و در نود و نه درصد کتاب معاملات فقهاء قائلند که شارع امضاء کرده است.

پس این دلیل اینها را قبول نکردیم.

المناقشة الأولى في دليل المرحوم الصدر في أن الإحياء موجد الحق الأولية: في مقام الجمع يمكن أن يقال بإذن الإمام في التملك.

اما دلیل مرحوم صدر: مرحوم صدر برخورد کرده است به دو دسته از روایات دسته ای می گوید: «الارض للأمام»، «الارض و ما فيها للإمام» روایات عدیده ای داریم در این که زمین مالکش امام است. و دسته ای دیگری داریم که «من احیی ارضا فھی له»، «الارض لمن احیاها»، «الارض لمن عمرها»، «من احیی مواتا فھی له» و مرحوم صدر بین این دو روایات جمع کرده است فرموده اند که معنای این که «الارض للأمام» یعنی ارض مالکش امام است و روایات «من احیی مواتا فھی له» یعنی حق اولیت دارد یعنی روایت گفته است که مثل ملک است چرا که هر دو یک خصوصیت مشترک دارند که تصرف در آن بدون اذن مالک جایز نمی باشد. فھی له یعنی فهو اولی بها. این از قبیل تخصیص نمی باشد که گفته شود که بگوییم الارض للأمام الا در مورد کسی که احیاء کند. این درست نمی باشد.

این جمع وقتی خوب است که جمع بهتری نداشته باشیم بگوییم امام اذن در تملک داده است مثلا من می گوییم این کتابخانه من است هر کدام را می خواهی برای خودت تملک کن این کیسه های برنج مال من است هر کدام را می خواهی بردار. این جمع مشهوری است و مشهور هم اینطور جمع کردند یعنی امام اذن در تملک داده است و لکن این اذن را به محیی داد و فرقی نمی کند که این محیی مسلمان باشد یا غیر مسلمان و کلام امام اطلاق دارد و قید ایمان را نیاورده اند. مشهور اینطور جمع کرده اند که این خیلی عرفی تر است. ملکیت طولی هم ممکن است اما خیلی غیر عرفی است و همینکه مشهور فرمودند این خیلی عرفی است. بله امام از باب ولایت می توانند این زمین را از محیی بگیرد اما از باب مالکیت دیگر نمی توانند بگیرد چرا که بعد از احیاء شخص دیگر، دیگر ملک امام نمی باشد.

دقیق نمی کنید اینکه گفتیم امام اذن در تملک داده اند این اذن را از نظیر روایات: «الارض لمن احیاها» به دست آوردیم.

أنت و مالك لأبيه، اين ملكيت تشريفيه است.

قبل از بعثت حضرت رسول ﷺ اين زمين ملك ايشان نبود و بعد از بعثت اينها
قائيند که شارع تمليک به رسول کرده است. چراکه اينها قائيند به ملكيت شرعیه.
اين اشكال اول بر مرحوم صدر.

المناقشة الثانية في دليل المرحوم الصدر في أن الإحياء موجد الحق الأولية: أن ملكية الإمام على الأراضي تشريفية.

اشکال دوم ما بر کلام مرحوم صدر این است که ما قائلیم اصلا امام ﷺ مالک زمین
نمی باشد و اصلا ملکیت امام ﷺ بر ارض را قبول نکردیم مشهور بین علماء ما قائلند
امام ﷺ مالک اعتباری زمین است اما به ملکیت شرعیه یعنی خداوند عالم تمليک کرده
است به امام ﷺ نه به ملکیت عقلائیه می دانید در ملکیت عناوین وقتی ذو عنوان می رود
ملکیت از بین نمی رود. مثلا عنوان «الإمام» مالک است و در هر زمانی هر که امام ﷺ
باشد مالک است. مثلا این ماشین اداره متعلق به مدیر است اشخاص عوض می شوند
اما مدیر عوض نمی شود. تنها مخالف را مرحوم اصفهانی گفته اند که ايشان فرمودند
امام ﷺ مالک نمی باشد ملکیت امام ﷺ بر زمین نظیر ملکیت شارع بر اشیاء عالم است.
در موسوعه این قول را نقل می کند و در آنجا آدرس ايشان را داده بود. ملکیت شارع بر
عالی، ملکیت حقیقی است نه این که شارع خودش را اعتبار کرده است مالک زمین.

این را دقت کنید این مقدار که نقل شده است همین مقدار است شاید مراد
خودشان را از ملکیت حقیقی امام ﷺ را توضیح داده است چون ملکیت حقیقی شارع
بر عالم، خالقیت است یعنی خداوند خالق عالم می باشد اما در مورد ملکیت امام ﷺ
این معنا نمی باشد شاید مراد سلطنت تکوینی امام ﷺ بر این زمین است امام ﷺ سلطنت
تکوینی بر این زمین دارد مثلا کوهی را می خواهد جابه جا کند یا قاره ای را جابه جا
کند این قدرت را دارند یا وساطت در فیض اما با عنوان مالکیت نمی سازد. این قدرت
تکوینی را امام ﷺ دارد شاید مراد این باشد اما ملکیت اعتباری را منکر شده اند.

بعضی از متأخرین هر دو ملکیت را منکر شده اند و گفته اند این تأدیبی است می گوییم ما هر چه داریم مال شماست نه این که هر چه داریم ملک شماست این یک حالت تأدیبی و احترامی است اما مراد از الارض للإمام ﷺ چیست دقیقاً نمی دانیم علی ای حال می دانیم که ملکیت اعتباری نمی باشد. علت اینکه شارع را مالک اعتباری نمی دانند این است که اگر شارع مالک اعتباری باشد مالک قاصر است و نیاز به ولی دارد و این تأدیب دینی نمی باشد که برای خداوند ولی درست کنیم. گفتیم که این که خداوند اعتبار ملکیت برای امام ﷺ کرده باشد این عرفی نمی باشد، امر لغوی است که کوهها و آتشفسانها و صحاری ... را ملک امام ﷺ کرده باشد چرا که عده ای خداوند را قبول ندارند و عده ای که خداوند را قبول دارند، پیامبر ﷺ را قبول ندارند و عده ای که پیامبر ﷺ را قبول دارند، امام ﷺ را قبول ندارند اینها یک مقدار عرفی نمی باشد که خداوند عالم اعتبار ملکیت کرده باشد نسبت به کسی که از ابتداء عده ای به خودش و عده ای به پیامبرش و عده ای به امامش اعتقاد ندارند. لذا این است که معناش چه می باشد نمی دانیم وساطت در فیض است؟ یا سلطنت تکوینی است؟ یا تشرف و تأدیب است؟ این را نمی دانیم. حق اولویت نمی توان گفت مراد است چرا که این حق اولویت، ولایت اینها است که بر اموال است نه بر ارض چرا که معنای ولایت زعامت است. مشهور فقهاء ما ملکیت اعتباریه شرعیه را نسبت به ارض را در مورد امام ﷺ قبول کرده اند. بله شارع می تواند اعتبار کند ملکیت امام ﷺ بر زمین را. شارع که هیچ ما هم می توانیم اعتبار کنیم اما تا این اعتبار عرف ساز نباشد فایده ای ندارد. و این اعتبار را هم باید به لسانی می فرمودند که ما استظهار می کردیم و باید به مقداری هم بود که در این امور هامه موثر باشد.

مختارنا في الأرضي الموات: نحنتابع لعرف زماننا و مكاننا و إرتكازنا يحكم بعد مملکة الإحياء.

ما ها گفتیم این ملکیت، عرفی است و هر عرفی را باید جداگانه در نظر بگیریم در عرف این زمان و مکان خاص این احیاء مملک باشد، احتمال نمی دهم که دولت برای

محیی سند بزند چاه را که اصلاً جواز نمی دهد بله اگر گندمی بکارد گندم ها مال اوست و ضمن اینکه احتمال دارد که اجازه کشت هم ندهد به خاطر فرسایش خاک و ... یا نهایتاً بگوییم اینطور نمی باشد که هر زمین مواتی را احیاء کردیم مالک می شویم و دولت سند دهد. نهایتاً فی الجمله مالک می شود. پس من احیی ارض افهوله این درست است چرا که در زمان امام ع اینطور بوده است و مالک می شده است اما معنایش این نمی باشد که تا روز قیامت مالک می شود. بلکه تابع عرف است. حتی حق اولویت هم تابع عرف است. نشانه این که عرف ملکیت را امضاء می کنند این است که دولت سند دهد. بله ممکن است که کسی بگوید که شارع آمده است با این الارض لمن احیاها یک ملکیت شرعیه را اعتبار کرده است و این ملکیت شرعیه را موضوع تکالیف خود قرار داده است این را ما قبول داریم که این امکانش می باشد اما روایات به این مقدار این را نمی رسانند.

مناقشة فی انظار الفقهاء بالنسبة إلى الأراضي العامرة: أن الأرض ليست للإمام بالملیکة الإعتبارية بنکتتین:

ارض عامره ارضی است که خودش سر سبز است مثل چراگاه و علفزارها یا جنگل و جاهایی که درخت است و مراد ما از ارض عامره ارض مباح عامره است یعنی ارضی که ملک شخصی نمی باشد. بله اگر در ارضی بنائی باشد آن ارض هم عامره است اما مباح نمی باشد اما اگر اعراض کرد، باز مباح نمی شود اما شخص دیگری می تواند به حیازت تملک کند چرا در نظر ما اعراض مخرج ملک نمی باشد بلکه نیاز به تملک دارد می تواند به حیازت مالک شود اما معنایش این نمی باشد که هر چه در اراضی عامره مباحه گفتیم در اینجا هم می آید.

خوب اراضی عامره حیازتش به چه می باشد؟ فقهاء در اراضی عامره گفته اند حیازتش به احیاء نمی باشد مثلاً اگر جنگلی را درختهایش را قطع کردید و به موات تبدیل کردید و دوباره احیاء کردید این مملک نمی باشد بلکه اگر مرتع خشک شد و به

^۱ چهارشنبه ۲۲/۱۲/۹۷

موات تبدیل شد اگر آن موات را احیاء کنید این مملک است. می دانید که در اراضی عامره سخن از حیازت خواهیم کرد و نسبت بین احیاء و حیازت به لحاظ موردنی عموم و خصوص من وجه است. گاهی اوقات احیاء است اما حیازت نمی باشد مثلا در یک زمین موات گندم می کارید این احیاء است و حیازت نمی باشد گاهی دور زمین موات دیواری می کشید که حیازت است و احیاء نمی باشد گاهی به لحاظ موردنی هم حیازت و هم احیاء است دور زمین مواتی دیوار می کشید و آن را تبدیل به باغ می کنید، که در اینجا هم احیاء است و هم حیازت. لذا در اراضی عامره باید احیاء را کنار بگذاریم و سراغ حیازت برویم. یعنی در زمین عامره احیاء مملک نمی باشد یعنی اگر شما در یک زمین عامری بنائی ساختید، در اینجا شما مالک آن زمین عامره نمی باشید مگر این که برای ساختمان دری بگذارید که کسی نتواند داخل شود در اینجا از باب حیازت است که مالک می شوید.

اگر کسی ارض عامره را حیازت کرد یعنی دور آن حصار کشید به صورتی که کسی به راحتی نتواند تصرف کند. حیازت یک نحو استیلاه است که این استیلاه عرفا به گونه ای صادق است که به صورت عادی کسی نتواند داخل شود. آیا در اینجا حیازت مملک می باشد؟ در زمین عامره اختلاف اقوال زیاد است که ما سه قول را بیان می کنیم:

قول اول قول مرحوم حکیم: به محض حیازت می شود مالک فرق نمی کند که شخص مسلمان باشد یا خیر لذا اگر از مشترکات نباشد در این صورت اگر حیازت کند مملک می باشد اگر در جنگل حصاری کشید می شود مالک.

قول دوم قول مرحوم آقای خوئی است که اگر کسی زمینی را که عامرمه است حیازت کرد و این حائز اگر به اصطلاح مومن باشد مالک می شود و الا مالک نمی شود لذا اگر انسانی بخشی از علفزار یا جنگل را حیازت کرد مالک می شود اما به شرط این که مومن باشد و اگر مومن و شیعه دوازده امامی نباشد دیگر مالک نمی شود.

این تفصیل را در اراضی موات نداده بودند گفته بود من احیی ارض افهی له.

قول سوم قول مرحوم صدر است ایشان قائلند که اگر کسی بر اراضی عامره استیلاء پیدا کند در اثر استیلاء مالک نمی شود فقط حق الانتفاع پیدا می کند یعنی در انتفاع، کسی نمی تواند مزاحم این شخص شود یعنی در انتفاع این شخص اولی نسبت به دیگران است.

اینجا حق اولویت ندارد لذا اگر اعراض هم نکرد اما منتفع نشد دیگری می تواند حیازت کند.

دقت کنید قدماء از علماء ما اصلا در حیازت، ارض عامره را متعرض نشدند اگر در جواهر نگاه کنید اصلا ارض عامره را متعرض نشدنند. بله ارض عامره ای را متعرض شده اند که مملوک دیگری است که از محل بحث خارج است مرادش از اراضی عامره اراضی است که مملوک است که به احیاء شده اند عامره و مملوک شده اند اما این نوع اراضی را که عامره است اما ملک کسی نمی باشد و مباح است را متعرض نشده اند. متعرض نشده اند که این اراضی را آیا به حیازت مالک می شود یا خیر. حتی از عجائب است در کتاب موسوعه هم نیامده است بله در کتب فتوایی متأخرین آمده است مثل مرحوم صدر و مرحوم تبریزی و مرحوم آقای خوئی لذا وجه را باید از خودمان بگوییم که چه در ذهن شریف اینها بوده است که اینطور فتوا داده اند:

وجه مرحوم صدر را می توان اینطور بیان کرد و اینطور می توان وجه را فهمید و آن اینکه ایشان قائلند که هیچ کسی مالک زمین نمی شود نه زمین موات و عامره چه به احیاء چه به حیازت چرا که قائلند که الارض للإمام.

اما فرق بین مرحوم حکیم و مرحوم آقای خوئی در کجاست که مرحوم آقای حکیم قید به مومن نزد است.

اشارة کنیم به وجه مرحوم حکیم. احتمال دارد مثل مرحوم حکیم مستندش یکی از دو امر باشد:

یکی مستند این باشد آن دلیل که می‌گوید من احیاء ارضًا فهی له، گفتیم رابطه بین احیاء و حیازت عموم و خصوص من وجه است و در ذهن ایشان این بوده است که اگر احیاء مملک است حیازت به طریق اولی مملک است چراکه در احیاء هیچ‌گونه استیلائی نمی‌باشد فقط گندمی را روی زمین پاشیده است باران که آمده است سرسبز شده است و شده است مال این شخص. در اینجا که استیلاء است به طریق اولی مملک است. فرقی در این نمی‌باشد که احیاء در اراضی موات است نه اراضی عامره. این احیاء که در اراضی موات مملک است این حیازت به طریق اولی مملک است چراکه حیازت مهمتر از احیاء است چراکه احیاء خیلی راحتتر است مقوم احیاء این نمی‌باشد که درخت بکارید همین که گندم بپاشید در جایی که باران می‌آید این می‌شود احیاء و مملک اما دیوار و حصار کشیدن آن هم به صورتی که دیگری به راحتی نتواند تصرف کند این می‌شود حیازت.

وجه مرحوم آقای خوئی که می‌تواند وجه برای آقای حکیم هم باشد و آن اینکه ایشان قائلند که ارض مملک امام ﷺ است خوب دلیل بر اذن امام ﷺ چه می‌باشد؟ در احیاء دلیل داریم «من احیاء ارضًا فهی له» اما در حیازت که دلیل نداریم. در حیازت فقط سیره داریم در سیره متشرعه اینطور بوده است که وقتی حیازت می‌کردند با او معامله مالک می‌کردند اگر مالک نبوده است باید در روایات منعکس می‌شده است اینطور نبوده است که زمینهای موات را احیاء کنند می‌خواستند خانه‌ای بسازند مکانی تهیه کنند اینطور نبوده است که در زمین موات فقط بروند بسازند لذا می‌رفتند در مراتع سرسبز این کار را می‌کرده‌اند. این مملکیت حیازت در اراضی عامره در سیره متشرعه بوده است. این سیره متشرعه، هم می‌تواند دلیل برای مرحوم حکیم باشد و هم دلیل برای مرحوم آقای خوئی باشد و به این سیره می‌گوییم حیازت مملک است اما از آنجائیکه سیره لسان ندارد اگر این سیره را وسیع دیدیم می‌شود دلیل مرحوم حکیم و اگر ضيق دیدیم قدر متيقنش حیازت فرد مومن است. منتها عجیب این است که در کتب استدلالی این اراضی عامره را اصلاً بحث نکرده‌اند.

اما مرحوم صدر: مرحوم صدر که قائل بوده است این زمین ملک امام[ؑ] است این حق الانتفاع ثابت می شود این حق کجا ثابت می شود؟ ایشان قاعده ای در باب حقوق دارد که قائلند که همه حقوق مستحدثه، مورد امضاء شارع واقع شده است. خوب آنچه مسلم است این است که عند العقلاء حق الإنتفاع پیدا می کند و شارع آن را امضاء کرده است لذا این شخص حیازت کننده حق الإنتفاع دارد.

اینکه ایشان در اراضی موات قائل به حق اولویت شدند و در اراضی عامره قائل به حق انتفاع شدند، به خاطر این بوده است که در احیاء روایات و ارتکازات این حق قوی تر است لذا در اینجا اگر محیی رها کند دیگری نمی تواند بباید و آن راحیازت کند ما دامی که اعراض نکرده است بخلاف اراضی عامره که به محض اینکه رفع ید کرد و لو اعراض نکند دیگری می تواند آن را حیازت کند و ذو حق شود. لذا ایشان دیده اند که در ارتکاز و سیره متشرعه مسلم است که اگر کسی در اراضی عامره حیازت کند، دیگری نمی تواند مزاحمت کند در اراضی موات هم که حق اولویت دارد کسی دیگری نمی تواند مزاحمت کند اما در بین متشرعه در اراضی موات علقه و رابطه ای که بین محیی و محیی است به مراتب اشد و قوی تر است نسبت به علقه ای که بین شخص و ارض عامره است. لذا ایشان دقت در ارتکاز کرده اند.^۱

از این فرمایشات و اقوال در مسئله فهمیده می شود که همه اینها مبنی بر این است که الارض کلها للإمام[ؑ] که ما قبول نداریم.

دو نکته می خواهیم در اینجا بگوییم که این که در صحیح کابلی آمده است: «الارض کلها للإمام[ؑ]» دلالت ندارد که این اراضی ملک اعتباری امام[ؑ] است چرا که عمدۀ در این روایات صحیح کابلی است:

^۱ این پاراگراف را در ابتدای جلسه فقه اجاره ۹۸/۰۱/۲۰ فرمودند.

٣٢٢٤٦ - ١ و عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن عيسى عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر قال وجدنا في كتاب علي ع إن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين^١ - أنا و أهل بيتي الذين أورثنا الأرض و نحن المتقون و الأرض كُلُّها لنا فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها و ليؤيد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي و له ما أكل منها فإن تركها و أخرجاها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحياها فهو أحق بها من الذي تركها فليؤيد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي و له ما أكل منها حتى يظهر القائم ع من أهل بيتي بالسيف فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها كما حواها رسول الله ص و منعها إلا ما كان في أيدي شيعتنا فإنه يقاطعهم على ما في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم.

محمد بن الحسن بإسناده عن الحسن بن محبوب مثله وكذا الذي قبله.

النكتة الأولى: لا دلالة في صحاح الكابلي على المكليية الإعتبارية.

در روایت قرینه ای است که اینکه امام فرمودند: « و الأرض كُلُّها لنا » ملکیت اعتباریه نیست. در روایت کابلی است که در مکتبه امیر المؤمنین آمده است: « إن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين » و بعد امام فرمودند که: « أنا و أهل بيتي الذين أورثنا الأرض و نحن المتقون و الأرض كُلُّها لنا ». وقتی این آیه می گوید: « إن الأرض لله » این که مورد اتفاق است که مالکیت خداوند مالکیت اعتباری نمی باشد لذا وقتی می گویند: « أنا و أهل بيتي الذين أورثنا الأرض » اینکه خداوند می فرماید ما به ارث می دهیم

^١ (٧) - الكافي - ٥ - ٢٧٩ .٥

^٢ (٨) - الأعراف - ٧ - ١٢٨ .

^٣ (١) - قوله "و الأرض كُلُّها لنا" قد ورد مضمونه في عدة أحاديث تدل على أن الأرض كلها للإمام، والظاهر أنها مخصوصة كما يفهم من هنا بالأرض الموات، وما لا يعرف له مالك، وبأرض الأنفال من ذلك، ويمكن حملها على أنهم أولى بالتصريف بها، وأن حكمها ترجع إليهم وتؤخذ عنهم، وأنه يجب على المالكين لها طاعتهم، ونحو ذلك والله أعلم (منه. قوله).

^٤ (٢) - في المصدر: أو آخر بها.

^٥ (٣) - التهذيب - ٧ - ١٥٢ - ٦٧٤ والاستبصار - ٣ - ٣٨٢ - ١٠٨ .

^٦ وسائل الشيعة؛ ج ٢٥؛ ص ٤١٤، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

به بندگانی که می خواهیم خوب خداوند که ملکیت اعتباریه ندارد که این ملکیت اعتباریه را به ارث بدهد پس ملکیت غیر اعتباریه - حال حقیقت آن هر چه که هست مهم نمی باشد - را به ارث می گذاریم به کسی که ما اراده کنیم: «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ». کلمه ارث آمده است یعنی زمینی که ملک ماست را به کسی که می خواهیم به ارث می دهیم و حضرت می فرمایند: «أَنَا وَ أَهْلُ بَيْتِ الَّذِينَ أَوْرَثْنَا الْأَرْضَ» ما از کسانی هستیم که این ملکیت را به ارث می بریم. خوب ملکیت خداوند که ربطی به ملکیت اعتباری ندارد ملکیت اعتباری که مال خداوند نمی باشد که بخواهد به ارث بگذارد. خود این روایت که عمدۀ دلیل است ناظر به ملکیت اعتباریه نمی باشد گفته است که زمین مال خداست و به کسانی که بخواهد ارث می دهد و امام ﷺ فرموده است که به ما ارث داده است خداوند که ملکیت اعتباری ندارد که به ارث بگذارد لذا این روایت هم دلالت ندارد. یعنی این روایت تنها می گوید که این ها ارض را از خداوند به ارث برده اند و خداوند که مالکیت اعتباریه ندارد. این روایت صحیحه کابلی که در ملکیت امام ﷺ همیشه از این روایت استفاده و شروع می کنند که اصلا دلالتی بر ملکیت اعتباری نمی کند.

لذا مراد از ان الأرض لله ... و ملکیت آن للإمام، ملکیت غیر اعتباری است هر ملکیت که خداوند که داشت که قطعا غیر اعتباری است به حضرات معصومین ﷺ به ارث داده اند.

النکتة الثانية: جعل الملكية للإمام على الأرض التي يكون لجميع الناس، مع عدم

جعل الولاية والإمامية لهم ﷺ عليهم غير عرفى.

نکته ای دیگر در تأیید این که ملکیت اعتباریه مال امام ﷺ نیست این است که در بحث امامت که امامت اینها امامت الهی است نه امامت زمینی، ائمه ﷺ امام چه کسانی می باشند؟ در بین علمائی که مراجعه کردم همه قائلند که امامت ائمه ﷺ بر همه مردم نمی باشد بلکه این امامت، امامت بر مسلمین است یعنی خداوند امام ﷺ را امام بر

مسلمین قرار داده است یعنی آنها را زعیم بر مسلمین قرار داده است بله نگفته اند که این امامت مختص بر مومنین باشد بلکه مسلمین را هم شامل می شود لذا حضرت، امام بر زید غیر مسلمان نمی باشد و در متکلمین کسی از معاريف در ذهن نمی باشد که در این مسئله مخالفت کرده باشد یعنی در ذهن اينها در دایره مولیٰ علیهم اختلافی نمی باشد و همه اتفاق دارند که مراد مسلمین است. رسول وحی الهی را ابلاغ می کند به مردم نه کسانی که ايمان آورده اند و اين مقام اعتباری و جعلی نمی باشد و شامل همه مردم است اما امامت مقامی اعتباری است جعلوا ائمه للمسلمین نه ائمه للناس. مراد ما ولایت تشریعی است یعنی اينها ولی و امام می باشند و اينها ولی و امام بر مسلمین می باشند. لذا اينها زعامتی و ولایتی بر غیر مسلمین ندارند. وقتی در آیه داریم: «النبی اولی بالمؤمنین» که مراد مسلمین است و نیامده است النبی اولی بالناس لذا در مال مسيحي ولایت ندارد. محدوده ولایت امام ﷺ مسلمین است نه ناس.

الآن دنبال صحت و سقم این نظر نمی باشیم بلکه می خواهیم بگوییم یک نظریه پذیرفته شده‌ی از علماء ما است که این امامت و ولایت اختصاص به مسلمین دارد. کلا اگر دقت کرده باشید در تعبیرات آنها به خصوص خواجه که روی حساب حرف می زده است و فکر می کرده است همیشه می گفته است زعامت المسلمين، از مسلمین استفاده می کرده است.

این را موید می خواهیم قرار دهیم از این نظر که امام ﷺ ولایت بر غیر مسلمین ندارد بر اموال من این ولایت بر تصرف را دارد اما در اموال غیر مسلمان ولایت ندارد خوب خود شارعی که این ولایت را بر اموال غیر مسلمان جعل نکرده است چطور می شود در این زمین که اکثراً متعلق به مسلمین نمی باشد اعتباریت ملکیت برای امام ﷺ کند؟!! برای امامی که بر بخش اعظم اینها اصلاح برای او جعل ولایت نشده است. ملکیت اعتباریه ربط به ولایت تشریعی دارد و ربطی به ولایت تکوینی ندارد که گفته شود اینها بر همه عالم ولایت تکوینی داشتند. ولایت تکوینی مثل اینکه امام ﷺ می توانسته است کوه را جا به جا کند این چه ربطی به ملکیت اعتباریه دارد؟!!

فقهاء می گفتند امام ﷺ ملکیت اعتباریه دارد ما گفتیم نه چنین ملکیتی ندارد به دو دلیل: یکی اینکه صحیح کابلی دلالت ندارد و ضمن این که این نظر فقهاء که اینها ولایت بر اقلی از مردم دنیا دارد که مسلمانان باشد چطور می شود که این ارض که در اختیار اکثر مردم غیر مسلمان است، خداوند برای امام نسبت به همه آن اراضی جعل ملکیت کند، غیر حکیمانه است که ملکیت اعتباریه بر کل زمین داشته باشند با اینکه بر اکثر افرادی که در روی این زمین می باشد ولایت ندارند.

ضمن اینکه این ملکیتی که برای امام نسبت به زمین است مرحوم صدر گفته اند این ملکیت مثل ملکیت امام ﷺ بر زمین زیر پای خودشان نبوده است چرا که امام ﷺ نسبت به ارض شخصیت حقوقی است اما در مورد فرش زیر پایشان ملکیت شخصیت حقیقی است. لذا تصرف بدون اذن امام ﷺ بر این زمین حرام است اما برای کسانی که در دایره ولایت ایشان می باشند که مسلمین باشند و در غیر مسلمین اگر اینها بدون اذن تصرف کنند دیگر معصیت نمی باشد چرا که حضرت دیگر بر اینها ولایت ندارند اما در ملک شخصی که حضرت بر اموال شخصی خود دارد اگر غیر مسلم بدون اذن تصرف کند این تصرف معصیت و حرام است. این موید است اگر نظر رایج این است که ولایت اینها بر مسلمین می باشد دیگر عرفی نمی باشد که خداوند ارضی که اکثر سکان آن غیر مسلمانان است، را ملک امام ﷺ قرار دهد با اینکه ظاهر آیه شریفه این است که تا روز قیامت ما مسیحی داریم.

إِذْ قَالَ اللَّهُ يَا عِيسَى إِنِّي مُتَوَفِّيكَ وَرَافِعُكَ إِلَيَّ وَمُطَهِّرُكَ مِنَ الظِّنَنِ كَفَرُوا وَجَاعِلُ الظِّنَنِ أَتَبْعُوكَ فَوْقَ الظِّنَنِ
كَفَرُوا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأَحْكَمُ بَيْنَكُمْ فِيمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿٥٥﴾

^۱ آل عمران ، الجزء ۳ ، الصفحة: ۵۷ ، الآية: ۵۵ ، بحث آن در تاریخ ۹۸/۰۲/۰۵ مفصلان گذشت در منزل استاد.

ان قلت:

غیر مسلمانان مکلف می باشند لذا تصرفات اینها در ارض که ملک عنوان امام است هم بدون اذن حرام است لذا تصرفات آنها باید با اذن امام ع باشد.

قلت:

اولاً ما قائلیم که غیر مسلمان مکلف نمی باشد.

ثانیاً اطاعت امام ع در دایره ولایت امام ع لازم است و فرض کردیم که این ولایت در دایره مسلمین است فقط.

ان قلت:

در آیه شریفه داریم که امامت امام ع بر جمیع ناس بوده است قال انى جاعلک للناس اماما.

قلت:

وقتی خداوند می گوید که تو را امام بر مردم قرار دادم آیا معنایش این است که حتی برای کسانی که من و تو را قبول ندارند هم امام قرار دادم؟!! این خیلی خلاف ظاهر است و مراد این است که ولی بر مردمی قرار دادم که من را قبول دارند.

تازه این در صورتی است که دلیلی داشته باشیم که امامت در این آیه شریفه از سخن امامت امام ع باشد ظاهرا به معنای امامت تکوینی است یعنی او را الگو برای مردم قرار دادم.

^۱ در اعتقادات فقهاء شیعه تمام کرده زمین ملک امام زمان ع است. ملک که می گوییم ملک شخصی امام ع نمی باشد بلکه ملک عنوان امام است لذا ملک حضرت حجت ع و امام جواد ع نمی باشد که بعد از فوت این بزرگواران به ورثه منتقل شود و ورثه بین خودشان تقسیم کنند خیر، ملک عنوان امام است که ولی این عنوان، شخص

امام است. در اعتقادات شیعه تمام کرہ زمین، آنچه در ارض و باطن ارض است ملک امام است. خوب امام هم فرموده است من احیا ارضا فهو له اذن داده است در تصرف تمام محیی ها در تمام ارض. سواء کان محیی مسلمما او غیر مسلم. این بحث گذشته.

الشرط الخامس: يكون للمحوز مالية.

شرط چهارم مالیت است. یعنی ما اشیائی که حیازت می کنیم باید مالیت داشته باشند تا ما مالک شویم، اگر مالیت نداشته باشند مالک نمی شویم این را دقت کنید فقهاء تا آنجا که من می دانم متعرض این مسئله نشده اند اما مرحوم آقای خوئی در جواب یک استفتائی این مسئله را جواب داده اند کسی از ایشان استفتاء کرده است که اگر ما کرمی یا سوسکی را به قصد تملک حیازت کنیم آیا مالک سوسک و مورچه می شویم یا خیر؟ ایشان در مقام جواب فرموده اند: «الظاهر انه يتملكها» لذا اگر کسی سوسکی و مگسی را گرفت به قصد تملک ایشان فرمودند مالک می شود، می شود جزء اموال او. از این استفاده می شود که در نظر ایشان مالیت معتبر نمی باشد اما گویا در ارتکاز فقهاء و بعضی از اساتید ما اینها قائل بودند که مالیت معتبر است لذا اگر انسان حیازت کند مثل مگس و مورچه و شپش و کک و امثال اینها را، مالک نمی شود. بله اگر یک زمانی مالیت پیدا کند مالک می شود مثل زنبور ملکه که خواص دارویی دارد. مالیت داشته باشد یعنی اینکه بدل ما در ازاء آن فی الجمله متعارف باشد لذا اگر یک نفر آمد و بدل مال کرد این مالیت نمی آورد. بین ملکیت و مالیت فرق است مملوک یعنی شیئی که بین او و من علقة ملکیت است و مال چه ملک من باشد چه نباشد، یعنی چیزی که عقلاء و عرف به ازاء آن پول بدل می کنند و لو ملک نباشد. مرحوم آقای خوئی قائل بودند که مالیت معتبر نمی باشد و بعضی از اساتید ما گفته اند که معتبر است اما در کلام فقهاء نیامده است ما چه می گوییم؟ ما ها تابع عرف هستیم. می خواهیم همین عرف زمان و مکان خودمان را تحلیل کنیم: دقت کنید عدم مالیت دو قسم است، یعنی اشیائی که مالیت ندارند دو قسم هستند:

☒ یک اشیائی هستند که فاقد منفعت می باشند یا منفعت معتمد به ندارند به این جهت آنها مالیت ندارند.

☒ اما گاهی وقتها عدم مالیت به خاطر عدم منفعت نمی باشد یا به خاطر وفورش است یا به خاطر قلتیش است مثلاً آب را در نظر بگیرید آب در طبیعت متوفّر و زیاد است لذا یک لیوان آب مالیت ندارد یعنی کسی به ازاء یک لیوان ماء پول نمی دهد مثلاً به یک مشت خاک پول نمی دهد. مالیت نسبی است کسی که در بیابان است این یک لیوان مال نسبت به او مالیت دارد. همه جا خاک و ماء است گاهی اوقات به خاطر قلت مالیت ندارد گندم منفعت دارد و مثل ماء و خاک متوفّر نمی باشد و به ازاء یک دانه گندم پول نمی دهند به خاطر قلتیش باعث شده است که از منفعت بیافتد.

ما با توجه به ارتکاز این زمان و مکان معتقدیم اگر کسی مگسی را به قصد تملک حیازت کند یا شپشی را به قصد تملک حیازت کرد عرف آن را مالک نمی داند و به تبع عقلاً هم شخص را مالک نمی داند به این صورت نمی باشد که این مگس و شپش را از مملوکات این شخص حساب کنند. اما در قسم دوم اگر کسی یک لیوان آب و یک سطل آب و یا یک دانه گندم برداشت به قصد تملک در ارتکاز من این است که این شخص را مالک می بینند یک شاخه یا برگی از درخت را برمی دارد به قصد تملک در این موارد در ارتکاز ما این است که اعتبار ملکیت را می کنند عند العرف و به تبع عقلاً اعتبار ملکیت می کنند به خلاف مثل مگس و شپش.

موید برای این که در مثل شپش و مگس و ... اعتبار ملکیت نمی شود این است که فقهاء گفته اند که اگر کوزه بشکند این کوزه قبل از شکستن ملک زید بود و بعد از شکسته شدن که از بین نمی رود این شکسته ها ملک کیست؟ فقهاء گفته اند که دیگر ملک زید نمی باشد بلکه زید نسبت به این شکسته ها ذو حق است وقتی نسبت به این شکسته ها که از منفعت خارج شد، اعتبار ملکیت نمی کنند نسبت به شپش و سوسک که فاقد منفعت هستند به وضوح روشن است که اعتبار ملکیت نمی کنند. @ در

ارتکاز فقهاء مجرد شکسته شدن از ملک خارج می شود، آنجا هم اعتبار ملکیت ابوده است که وقتی کوزه و کاسه می کند به منسوبت به آن مگس و شپش اعتبار ملکیت نمی کنند این نشان می دهد که در ارتکاز فقهاء اشیاء بی منفعت مملوک نمی شود به قصد تملک. پس بنابراین مالیت فی الجمله معتبر است نه بالجمله اگر کسی یک لیوان آب را از دریا برداشت یک شاخه درخت را برداشت می تواند تملک کند. آقای خوئی این مثال کوزه شکسته را قبول کرده است اما در مثل سوسک و پشه گفته است که مالک می شود و این از مواردی است که بین این دو حکم همخوانی نمی باشد^{۲۸} و
بله در عرف کشورهایی که مگس و سوسک خوراک آنها است چون منفعت دارد با قصد تملک مالک می شود.

شرط پنجم که خیلی مهم است قصد تملک است قصد تملک غیر قصد حیات است یکبار استیلاء پیدا می کند بدون قصد اما قصد تملک ندرایم مثل اینکه جوجه ای از درخت افتاده است بر می داریم که در خانه خودش بگذاریم و قصد تملک نداشتم این تملک نمی آورد یا سوسکی به خانه آمده است و این سوسک را می گیرم تا از خانه بیرون بیاندازم و قصد تملک نکرم با اینکه استیلاء و حیات است. آیا قصد تملک در حیات برای ملکیت لازم است؟ مرحوم خوئی فرموده اند لازم است دلیل ایشان چیست؟ گفت هاند ئدو دلی دارد: اول سیره ایشا مثلا زده اند شما یک کبوتری در آسمان دیدید و فکر کردید مال زید است و صید کردید تا به زید بدھید قصد تملک نکردید آیا به مجرد صید مالک می شوید؟ یا آبی را برای بازی روز زمین می اندازید و حیات می کنید اما قصد تملک نکردید آیا مالک چوب می شوید؟!! چوبی را برداشتید که به دیگری بدھید که با آن راه رود در اینجا حیات و استیلاء است اما آیا مالک می شوید؟!! خیر. چون قصد تملک در اینجا نمی باشد ایشان گفته اند در سیره عقلاء حیات مملک نمی باشد الا اینکه مقارن با قصد تملک شود.

ایشان گفته اند دلیل اول سیره عقلاء است که تا مقارن با قصد تملک نباشند حیات مملک نمی باشد. دلیل دوم گفته است روایت داریم کسی از امام سوال می کند

که من رفتم ماهی را خریداری کردم یا کسی را فرستادم که ماهی را برای من بخرد - نمی دانم کدام بوده است تردید از من است که خودش خریداری کرده بوده است یا کسی برای او خریده است - بعد از اینکه ماهی را پاره می کند می بیند دری در شکم آن است و این در مال مشتری است یا بایع امام می فرماید مال مشتری قبل از اینکه به مشتری بدهد چه کسی حیازت کرد؟ بایع خوب اگر قصد حیازت برای ملکیت کفایت می کرد امام می فرمود مال بایع است چرا که بایع در حیازت قصد تملک نکرده بود. نگویید که در مال مشتری است چرا که به مشتری فروخت. خیر بایع هیچ زمانی در را به مشتری نفروخت. مثلا یک کسی کتی به شما می فروشد و بعد در این کت می بینید پول است پول مال مشتری نمی باشد چرا که کت را فروخت نه پول داخل جیب این کت را. خوب مرحوم خوئی می فرمایند که اگر حیازت در مملوکیت کفایت می کرد امام می فرمودند که این در مال بایع است نه مشتری. بایع نسبت به ماهی قصد تملک کرد اما نسبت به در چون علم نداشت حیازت و استیلاء داشت اما قصد تملک نداشت. لذا مال او نشد و امام فرمودند که مال مشتری است. این بیان مرحوم خوئی است و این دو دلیل را آورده اند که قصد تملک در مملکیت حیازت لازم است. وسائل ج ۲۵ ص ۴۵۳ ح ۲ در کتاب لقطه این حدیث آمده است.

^۱ شرط پنجم قصد تملیک است بعضی از علماء گفته اند که در مملکیت حیازت قصد تملک معتبر است مثل مرحوم شیخ و مرحوم شهید^۱ اول دلیل اول سیره و دلیل دوم روایت سمکه بود که در روایت امام فرمودند^۲ این مطلب را نسبت دادیم به مرحوم خوئی که درست نبود چرا که این مطلب را از کتاب ایشان نقل قول کردیم و فکر کردیم که نظر ایشان است و الا در آن نوشته تصریح کردم که قول ایشان نبوده ستمرحوم خوئی سیره را رد کرد هو دو نقض وارد کردند نقض اول این بود که اگر یک چرنده ای را فکر می کن مال زید است و بعد از صید برای زید می فهمد که مال زید نمی باشد و حر است در اینجا بلا اشکال مال صیاد است با اینکه قصد تملک برای

^۱ چهارشنبه ۹۸/۰۱/۲۱

خودش نکرده است و قصد دادن به زید را داشته است. قصد حیازت را هم قطعاً داشته است همین که بردارد یعنی قصد حیازت. نقض دومی که وارد کرده ند با این سیره اگر کسی شاخه درختی را برای عصا بردارد بلا اشکال مالک است و کس دیگری نمی‌تواند این عصا را از او بگیرد با اینکه قصد تملک نداشته است و قصد دادشته است که از این شاخه در سفر به عنوان عصا استفاده کند.

از روایت هم جواب داده اند که این که ما نمی‌گوییم ال بایع است به خاطر این که قصد حیازت نداشت اما قصد حیازت ما فی البطن را نداشت اصلاً اطلاق نداشت که این ماهی را که صید می‌کند د رشکمش در است لذا اینکه می‌گوییم در مال بایع نمی‌باشد نه اینکه چون قصد تملک نداشته است بلکه به خاطر این که قصد حیازت نداشته است مثل انسان خواب که در خواب چیزی را بگیرد اینجا استیلاه است اما قصد حیازت نمی‌باشد لذا مالک نمی‌شود.

بنابراین ایشان قائل شده اند که در مملکیت حیازت قصد تملک معتبر نمی‌باشد همینکه انسان مال مباحی راحیازت کند و این حیازت عن قصد و اراده باشد مالک آن محوز می‌شود بدون این که قصد تملک معتبر باشد. این بیان مرحوم خوئی.

مشتری به بیع مالک نشد همینکه یافت آن را و برداشت این مساوی است با ملکیت.

یک وجه سومی ذکر شده است در کتاب مبسوط از مرحوم شیخ طوسی که دلیل ذکر کرده است بر اعتبار قصد تملک. ایشان فرمودند وزات حیازت وزان ایحاء الحیازی د راضی اس تو حیازت در اغیر راضی در احیاء ایشان فرمودند بدو شبھه قصد تملک شرط است پس در حیازت که وزانش ویزان احیاء است قصد تملک معتبر ا در احیاء چطور قصد تملک معتبر است اگر کسی گندم بچاخد در بیابیان قصد تملک این زمین را ندارد بلکه قصد تملک گندم را دارد لذا این زمین را مالک نمی‌شود وزان حیازت هم به وزان احیاء است اگر سکی ماهی را حیازت کرد و قصد تملک نکرد مالک نمی‌شود و نهایتاً حقی پیدا می‌کند لذ ایشان قائل است که وزان احیاء به وزان حیازت است و در

احیاء قصد تملک معتبر است نتیجتاً قصد تملک هم در حیازت معتبر راست بعضی از فقوعات ما معتقدند که قصد تملک نیاز نمی باشد مثل صاحب جواهر از جاهایی است که با جزم گفته است کأن از بدیهیات است و رد کرده است فرمایش مرحوم شیخ را که در حیازت قصد تملک نیاز رباشد لذ مجموعاً عملاً ما دو دسته شده اند عده ای گفته اند که قصد ملک نیاز است و بعضی گفته اند که نیاز است و بعضی علماء هم در مسئله توقف کدره اند و رأی ندارد نه گفتند که قصد تملک معتبر است تو نهه گفته اند معتبر است فاقد رأی می باشند بنابراین باید وارد ممسئله شویم و اما وجودی ذکر کرده اند برای قصد تملک سه وجهی بود که ذکر شده ند که یک وجه مشترک است که کسانی که نفی کرده اند قصد تملک را به سیره تمسک کرده ند سیره از ادله ای استکه دو دسته خصم و مخالف می توان به آن استدلال کرد چون لسان ندارد.

دقت کنید کسی که در خواب چیزی را گرفت این شخص حیازت کرد است اما قصد حیازت نکرده است لذا مالک نمی باشد بلکه حق پیدا می کند لذا دیگری بدون اذن نائم نمی تواند در آن تصرف کند. اگر می گوییم که نائم حق پیدا می کند این بر اساس ارتکاز است ممکن است که این مسئله تا الان اتفاق نیفتاده است اما چون هر کسی در عرفی که زندگی می کند ذهن او شکل می گیرد و ما بر اساس آن ذهنیت و ارتکاز می گوییم که این شخص نائم نسبت به آن محوز حق پیدا می کند. لذا اگر بگویند که در زمانی که جامعه اولی شکل گرفت حیازت مملک بود یا خیر؟ نمی توانم بگویم می توانم خودم را فرض کنم در آن زمان اما با فرض ذهن ما که ارتکاز آن زمان را پیدا نمی کند چرا که اذهان ما مودب است و خواندن این ذهنیت و ارتکاز خیلی مهم است این ارتکازات در بین اهالی یک عرف یکی است اما در خواندن این ارتکاز است که اختلاف بین افراد یک عرف حاصل می شود چرا که گفتیم خواندن یک ارتکاز بسیار مشکل است.

بینینیم مختار ما چه می باشد؟

اینکه قصد تملک معتبر است یا خیر؟ اگر مراد این است همک این عنوان قصد تملک معتبر باشد یعنی این عنوان را به ذهن بیاورد این قطعاً معتبر نمی باشد کسی که حیازت می کند برای ناهار یا برای استفاده زمستان حیازت می کند و اکثراً عنوان قصد تملک مورد غفلت است به عنوان این که ملک ممن باشد حیازت کند به عنوا این که جزء اموالش باشد حیازت کند این قصد عنوان تملک قطعاً معتبر نمی باشد. ما که ماهی را صید می کنیم اصلاً قصد تملک نمی کنم بلکه قصد می کنیم که بخوریم یا آب را رودخانه بر می دارید برای شرب آیا قصد ملکیت می کند و بعد شرب می کنید؟!! این قصد عنوان تملک قطعاً معتبر نمی باشد یعنی نیاز نمی باشد که این عنوان تملک را قصد کنیم. این قطعاً معتبر نمی باشد از آن طرف هم می دانیم مطلق حیازت مملک نمی باشد مثلاً شما سنگی را از زمین بر می داردی که به پرنده بزنید آیا این سنگ می شود ملک شما؟!! شما شاخه درختی را بر می دارید که از عرض رودخانه در شوید آیا مالک این چوب می شوید یا یک کاسه آب برای شرب بر می دارید آیا شما مالک این آب می شوید؟!! شما می بینید که یک بچه کبوتر چایی رخت افتاده است و بر می دارید که داخل خانه بگذارید آیا شما مالک آن می شوید؟!! این مثالها را عنایت کنید این مثالها قطعاً مشخص است که مطلق حیازت مملک نمی باشد وسط راه سنگی افتاده است و این را بر می دارد که راه باز شود آیا این مملک است؟!! در همه این موارد قصد حیازت است چرا که قصد حیازت یعنی استیلاء عن اراده و قصد که در همه این موارد ارده و قصد است. لذا اینطور نمی باشد که مطلق حیازت مملک باشد و قصد و عنوان تملک هم معتبر نمی باشد یک قصده می خواهد اما آن قصد چه می باشد نمی دانیم مثلاً چوبی را بر می دارد که در ساختمان از آن استفاده کند مالک می شود کسی آبی را بر می دارد که شرب کند می شود مالک یعنی عند العرف و عقلاء می شود مالک و این را به ارتکاز خودمان می گوییم. نگویید که در اینجا فقط حق پیدا می کند آیا ارتکاز شما این است که این ماهی را که به خانه برده است مالک نمی شود؟!! اما در بعضی از مصاديق شببه می کنیم مثلاً خار و خاشاک جمع می کند که در بیابان شعله آتشی ایجاد کند در اینجا روش نمی ابشد که مالک شود یک دفعه چوب و هیزم را به منزل می برد که

استفاده کد اما در بیابان می خواهد شعله آتشی روشن کند آیا در اینجا مالک می شود؟ بله حق پیدا می کند اما آیا مالک می شود؟ یا صرف حق است؟ شاید گفته شود که اینکه اینجا اگر کسی بگوید که چوبها را به من بفروش و بفروشم این مشخص می کند که مالک می شود الا اینکه بگوییم که همینکه قصد فروش پیدا کرد مالک شد. اگر کسی این چوب را بردارد ضامن است یا خیر؟ اگر بگویید ضامن است یعنی مالک می شود و اگر بگویید ضامن نمی باشد یعنی مالک نمی باشد و اگر بگوییم نمی دانم یعنی نمی دایند مالک می شود یا خیر؟ & نگویید که بعضی حقوق مالیت دارد و می تواند در تلف این حق ضامن باشید چرا که ما در این حقوق قائلیم که مالیت ندارد. اگر بگویید ملک شما می شود معناش این است که اگر شخص فوت کرد به ورثه می رسد که ظاهرا این طور نمی باشد و این اگر روشن باشد مشخص می شود که مالک نمی شود در عین حال در این موارد و بعضی از موارد خیلی ملکیت روشن نمی شود. پس بنابراین اینکه بگوییم قصد تملک به عنوانه معتبر راست این معتبر نمی باشد اما مطلقا هم هر چه را حیازت کرد مالک می شود اینطور نمی شود قصدی می خواهد که دقیقا نمی توانیم محدود کنیم که این قصد چه می باشد.

اما مثالهای نقض مرحوم خوئی:

در روایت سمکه اشکال ایشان بوده است که صیاد حیازت نداشته است مالک نشده است لذا روایت سمکه اعتبار ندارد و ما هم فرمایش مرحوم خوئی ار قول می کنیم و قبل گذشت که قصد حیازت در مملکیت شرط است. در حالیکه مستشکل می گفت مالک نمی ابشد چرا که قصد تملک نداشته است.

اما در سیره عقلاء ایشان اشکال کرده اندک ه اگر پرنده ای را گرفتیم که به زید بدھیم و بعد فهمیدیم که مال زید نمی باشد و از مباحثات است و مرحوم خوئی فرمودند مالک است و لو قصد تملک نداشته است و مثال دوم این است کمه اگر چوبی را بر ارد

که در طول راه برای حرکت از این چوب کمک بگیرد و فرمودند عند العقلاء منالک این چوب است با اینکه قصد تملک نداشته است.

اشکال اول ایشان را بر مثال سمکه قبول کردیم و گفتیم از روایات سمکه نمی توان استفاده کرد که قصد تملک نیاز است چرا که شاید این عدم ملکیت به خاطر عدم قصد حیازت باشد اما اشکال دوم مرحوم خوئی که اشکال نقضی است قبول نکردمی اما در مثال پرنده این را مفورق عنه گرفته استکه این شخص مالک این چرنده است در حالیکه در ذهن ما این مالک نمی ابشد یا حداقل مشکوک است پرنده را گرفته است به به صاحب آن بدهد و بعد معلوم می شود که از مباحثات و مرحوم خوئی مسلم گرفته اند که در سیره عقلاء مالک است و ما اگر بخواهیم خیلی کوتاه بیاییم می گوییم که مشکوک اس که مالک است و به نظر قوی این است که در نزد عقلاء هم مالک نمی باشد. بحث ما در جایی است که که هنوز نفهمیده است که مباح است مرحوم خوئی می گویند که این ملک حائز است. بحث ما در مورد بعد از فهمیدن و ابقاء نمی باشد.

اما مثلا چوب به عنوان عصاء می گوییمک ه اگر مدت طولانی باشد که این مثال قبول است که مالک است اما اگر می خواهد نیم ساعت برای عبور از رودخانه یا بالا رفتن از کوه استفاده کند در اینجا ما قائلیم که مالک نمی شود و یا حداقل مشکوک است.

ما این مثالها را قبول نکردیم و گفتیم لا اقل مثالهای ایشان مشکوک است.

خوب در نظر ما چه شد؟ ما عرفی می باشیم و ممکن است در عرفی قصد تملک در مملکیت حیازت مملک باشد و در عرفی مملک نمی باشد و اختلاف ما با مرحوم خوئی با توجه به اینکه عرف ما و ایشان یکی است در فهم عرف است.

و عرفها هم خیلی متفاوت است و مثلا در عرفی اگر کسی مالک زمین شود تا عمق زمین زیر این زمین را مالک شود و در یک کشور وقتی می خواستند که مترو بکشند در عمق صد متری از ملاک اجازه گرفتند یا در بعضی از اعراف ک یک مرد این حق را

دارد که دارای چند همسر باشد و در عرفی یک زن می تواند چند همسر داشته باشد. حتی ما عرفی را داریم که مردها موظف به حجاب می باشند اما زنها زآزاد می باشند می توانند حجاب داشته باشند یا نداشته باشند مراد از وظیفه وظیفه اجتماعی است نه وظیفه شرعی.

احتمالات در این مسئله حیازت با اعراف مختلفی سرو کار داریم در ذهن عقلاً بوده است که عقلاً مسلکی دارند که در همه‌ی زمانها و مکانها از هزارها سال قبل تا روز قیامت عقلاً قوانینی دارند که لا یتغیر است و تمام زمانها و مکانها را پوشش می دهد مثلاً در حیازت قائلند که قصد تملک معتبر است قائلند که این زمان و مکان بر نمی دارد.

نکته دوم بر می گردیم به عرف خاص که مراد ما عرف ایران نمی باشد بلکه مقداری وسیع تر است. && ماهی صید می کنید برای خورد و خوراک با اینکه چیزی به عنوان تملک و ملکیت در ذهن شما نبوده است و مالک هم هستید و عقلاً هم شما را مالک می دانند از آن طرف بچه آهونی را گفته است برای درمان این مملک نمی باشد یا پرنده که روی زمین افتاده است برشاشته است که در لانه اش بگذارد مالک نمی شود عقلائی پس قصد تملک در عرف خاص ما در این زمان و این مکان معتبر نمی باشد فی الجمله^۱ اما اینطور هم نمی باشد که حیازت تملک قهری داشته باشد بلکه باید به قصد تصرفی ببریم که متناسب با ملکیت است مثلاً بچه آهو را صید کردیم برای خوردن و بیع و یا اقتناع و نگه داشتن این جا مملک است اما اگر زارع این خرگوش را گرفته که دورتر بیرون رهایش کند که دیگر به زمین زراعی او ضرر نزد، این مالک نمی شود و این حیازت مملک نمی باشد، عقرب یا ماری را گرفت که آن را بکشد این مملک نمی باشد اگر مالی در ملک ما وارد شد این اصلاً حیازت نمی باشد الا اینکه قصد حیازت کرد به ابقاء و برای خورد و خوراک و امثال اینها که متناسب با ملکیت است می شود حیازت و مملک. جهت اولی شرائط مملکیت حیازت است که پنج شرط بود && مالیت فی الجمله

^۱ فی الجمله یعنی اینکه قطعاً قصد این عنوان تملک نیاز نمی باشد اما اینطور هم نمی باشد که حیازت مطلقاً مملک باشد.

قبول کردیم و قصد تملک را به عنوانه قبول نکردیم و قبول هم نکردیم که مطلقاً حیازت مملک نمی باشد.

&& یعنی اموال یا منقول یا غیر مقول است خوشد تشبیه کرده اسک ه حیازت مال منقولات و احیاء متعلق به غیر منقولات است یعنی از تشبیه استفاده کرده است نه از باب قیاس یعنی می خواهد بگوید که کأن در سیره عقلاء اینطور است که ما قبول نکردیم &&

هذا تمام الكلام في الجهة الأولى.

الجهة الثانية: في جريان التبرع في الحيازة.

اگر کسی مال مباح بالاصاله را برای دیگری حیازت کرد دید این ماهی، ماهی خوبی است گفت که برای زید صید می کنم نه به این معنا که برای زید ببرم این اثری ندارد بلکه به این معنا که را برای زید صید کند به این عنوان که زید به نفس صید مالک این ماهی شود، سوال این است که اگر ما حیازت کردیم به قصد ملک برای دیگری آیا دیگری مالک می شود یا خیر؟

مرحوم آقای خویی قائلند که اگر ما تبرع کردیم برای تملک دیگری یعنی از طرف دیگری قصد تملک کردیم دیگری مالک نمی شود اما ملک خود این حائز می شود یعنی کسی که حیازت کرده است.

^۱ ایشان فرمودند که ما گفتیم در مملکیت حیازت قصد تملک نیاز نمی باشد اگر هم معتبر باشد اصل قصد مهم است اما اینکه برای چه کسی قصد کنیم مهم نمی باشد، اصل قصد مهم است و همینکه حائز قصد کند حائز می شود مالک حال خودش را قصد کند یا دیگری را قصد کند، این اثری ندارد. بعد ایشان استدلال کرده اند به آن روایت سکونی یک روایتی بود که شخصی پرنده ای را دنبال می کرد تا اینکه پرنده روی درختی نشست و کس دیگری آمد آن را گرفت و حضرت فرمودند: «للعين ما رأت و لللید

^۱ چهارشنبه ۹۸/۰۱/۲۸

ما أخذت». به این روایت استناد کرده است و گفته است این روایت اطلاق دارد می گوید: «لليد ما اخذت» چه قصد تملک برای خودش بکند یا برای دیگری و چه قصد نکند. این دلیل فرمایش مرحوم خوئی است.

ظاهر لام در لليد در ملکیت است.

ایشان از اینکه قیدی در روایت نیامده است اطلاق استظهار کرده اند.

مناقشة:

ما قائلیم که اگر برای دیگری بگیرد نه خودش مالک می شود و نه دیگری چرا خودش مالک نمی باشد؟ قاعده ای است در ارتکاز عرف یا عقلاء که انسان بر خودش سلطنت دارد وقتی اراده کرده است عدم ملکیت برای خودش را - چرا که برای دیگری قصد کرده است - اگر بخواهد ملک خودش شود معنایش این است که در این ملکیت سلطنتی ندارد و در این مال سلطنتی ندارد. این قاعده سلطنت افراد بر اموال خودشان قاعده ای است عرفی یا عقلائی که اینطور نمی باشد که اگر ما اراده نکردیم که مالک شویم باز عقلاء اعتبار ملکیت کند.

اما ملک دیگری هم نمی شود چرا که اگر بخواهد قهرا ملک دیگری شود این باز مخالف سلطنت افراد بر مال خودشان است ما اشیاء را ملک دیگران قرار دهیم بدون اینکه طرف قصد کرده است.

ابراء با اینجا فرق می کند که ما فی الذمه زید مال من است و من در مال خودم تصرف کردم و آن را ابراء کردم و در مال زید که تصرف نکردم و ذمه فقط وعاء است و در مال زید تصرف نکردم و این شخص هم چیزی به ملک او یا از ملک او بدون اذنش داخل یا خارج نشده است. ارث تنها موردي است که چاره ای نمی باشد ملک داخل در اموال وراث می شود بدون قصد اینها. الآنه عرف ما این است که قهرا در ملک او داخل می شود و عقلاء امضاء می کنند اما ممکن است که در آینده عرفی بیاید که اگر قبلش

اعلام کرد که من ارت نمی خواهم دیگر در ملک او داخل نشود. بله در الان و حال حاضر می تواند وارت بعد از دخول مال در ملک او اعراض کند.

ظاهرا این در سیره است و در اثر فتوای فقهاء نمی باشد &&&

لذا ظاهرا این حیازت تبرعی نه در ملک دیگری داخل می شود و نه در ملک حائز و بر اباحه اصلی خودش باقی می ماند و فقط حائز حق دارد. روایت سکونی معلوم است که در مقام بیان نمی باشد که اطلاق ندارد و فقط در مقام بیان فرق بین رائی و آخذ است که رویت ملکیت حاصل نمی کند و آنچه ملکیت می آورد آخذ است اما شرائطش چه می باشد در مقام بیان نمی باشد. &&&

پس عنایت شود حیازت للغیر مملک نمی باشد اما به این مناسبت این مسئله سبق را مطرح کنیم اگر کسی در یک مکانی سبقت بر دیگری گرفت مثلا در کلاس درس یا در مسجد در نقطه ای می نشیند و یا در کنار کوچه یا بازار در جایی می نشیند برای استراحت این در سیره است که اگر کسی بر یک مکان مباح سبقت بگیرد یا به مکان مشترک سبقت بگیرید مثل مسجد و حسینیه و کلاس درس آن سابق نسبت به مکانی که نشسته است ذو حق می شود و دیگری نمی تواند با این شخص مزاحمت کند لذا نمی تواند بباید او را جا به جا کند در مواردی است که برای این سبقت حتی اگر انسان علامتی بگذارد کافی است مثلا در کلاس درس عباء و کیفی را می گذارد اما این حق هم در مقدار متعارف باقی است تا زمانی که درس شروع نشده است لذا کسی نمی تواند تصرف و مزاحمت کند لذا امروز برای فردا نمی تواند سبقت بگیرد و جای بگیرد. متنها این مسئله سبق یعنی سبقت گرفتن به یک مکان مباح و مشترک حالات بسیار زیادی دارد و ما تابع عرف می باشیم.

اگر مکانی است که طلبه یا نمازگذار همیشه آنجا می نشیند و یکی زودتر در روزی در آنجا نشست حقی ندارد به اعتبار ارتکاز خودمان در این مکان و زمان می گوییم اما اگر در عرفی برای این شخص حقی قائل شود ما هم قائلیم. اما در عرف حال حاضر و این مکان ما ارتکازمان این است که چنین حقی برای این شخص قائل نمی شود و اگر

کسی زودتر آمد می تواند در جای او بنشیند. بله در جایگاه استاد یا امام جماعت، غیر این دو نمی تواند بنشیند چرا که عرف در این مکانها ذوق را فقط استاد و امام جماعت می بینند. بله اگر یک نفر گدایی است که هر روز یک جا می نشیند و جای او ثابت است به نظر می رسد برای گذاشته ای در آنجا نگذاشته است. و لو ظاهرا در عرف ما حقی برای اینها می بینند و لو وسیله ای در آنجا نگذاشته است. بساط کردن دست فروش غیر قانونی است اما عرفا حق را برای کسی می دانند که در آنجا ثابت بوده است. قانون لزوم و الزامی ندارد که هر اعتباری می کند عرف هم آن را بپذیرد. در موارد حقوقی که عرف با قانون تزاحم دارد اگر این حق شرعی شود مخالفت با آن سلب حق شرعی است و در نظر مشهور ظلم است و اگر شارع امضاء نکند دیگر سلب آن حق ظلم نمی باشد در مورد این کفایت و دست فروش این حق را ظاهرا متأخرین قائلند که شارع امضاء کرده است و این می شود سلب حق شرعی و ظلم.

&&&

جمع کردن بساط دست فروش توسط مأ»ور دولت فقهاء &&&

با توجه به منع قانونی اگر عرف قائل به این حق باشد بعد بین عدم قائل شدن با منع قانونی فرق است بله من حق ندارم که یک طرف را بباییم اما دیگری هم، حق ندارد که جلی من بیاسد و نگذارد که من رد شوم ولذا خود سبق یکی از موضوعاتی است که عرفا ایجاد حق می کند.

این را در سبق گفتیم.

السبق للغير:

در سبق خودش حقی را می آورد اگر انسان نسبت به مکانی سبقت پیدا کند مثلا در مدرس یا مسجد زودتر در جایی نشست یا وسیله خودش را در جایی گذاشت و برای خودش جا گرفت، این شخص نسبت به آن مکان حق پیدا می کند و دیگری نمی تواند

^۱ سه شنبه ۹۸/۰۲/۰۳

با او مزاحمت کند یا در مسجد برای خودمان جا بگیریم اما ظاهرا در بعضی جاها سبق، حقی نمی آورد مثل پارک معلوم نمی باشد که حقی بیاورد این عرفی است که حقی می آورد یا خیر. مثلا در مدرس اینطور است که اگر کسی سبقت بر مکانی گرفت تا زمانی که درس شروع نشده است این حق را دارد و اگر درس شروع شد دیگر حقی ندارد و دیگری می تواند کیف او را کنار بگذارد و آنجا بنشیند.

دلیل این مسئله سیره و ارتکاز عرف است

گاهی اوقات برای دیگری جای می گیریم مثلا در مسجد یا مدرس کیف یا سجاده برای دیگری می گذاریم این دو صورت دارد:

صورت اول این است که کسی که برای دیگری جای گرفته است خودش جایی را اشغال نکرده است مثلا کیف شخص را آنجا می گذارد و خودش آنجا نمی باشد مثلا به خادم می گوید که این کیف را در مدرس بگذار اما خود خادم در آنجا، جایی نگرفته است در اینجا حقی پیدا می شود این در صورتی است که وسیله غیر باشد مثلا کیف زید را می گذارد در مدرس اما گاهی اوقات وسیله خودم را برای دیگری می گذارم و خودم هم جایی می گیرم ظاهر این است که این حق مال من است و دیگری حقی پیدا نمی کند لذا می توانم دیگری که برای او جای گرفتم اگر آمد ممانعت کنم از نشستن البته دیگری نمی تواند ممانعت کند لذا خودش می تواند بنشیند اما اگر خودش هم نشست خودش در مدرس نشسته است و بغل دستش برای رفیقش کتابی می گذارد برای رفیقش ظاهرا اینجا ایجاد حق نمی کند دیگری می تواند آن کیف و عباء را بردارد و جای آن بنشیند بله اگر زید کتاب خودش را به من بدهد و بگوید برای من جای بگیر که در اینجا در کنار خودم کتاب زید را می گذارم در اینجا ایجاد حق می شود اما اگر زید گفت برای من جای بگیر اما کتاب و عباء خودش را نداد و من عباء و کتاب خودم را گذاشتم بغل دست خودم برای جای گرفتن برای رفیقم ظاهرش این است که حق پیدا می کند پس اگر من برای زید جای گرفتم خودم استفاده نکرم آن حق برای من است اگر خودم استفاده کرم و برای دیگری جای گرفتم با وسیله خودم این حقی برای خودم است اما

اگر به امر او یا وسیله او بود این حق پیدا می شود برای دیگری. این برای مسجد و پارکها و جاهای دیگری است. &&&

می تواند مال زید را بردارد و برای خودش جای بگیرد لازم نمی باشد که این وسیله ای که با آن جا می گیرد مباح باشد یا خیر. این دلیلش سیره عقلائی است بر اساس ارتکاز خودمان است که محفوف به عرف خاص است.

اما در صفها هر کسی که در صف می ایستد حق پیدا می کند اما آیا می تواند جای برای خودش بگیرد این مربوط به عرفها است در نانوایی معلوم نمی باشد که اگر زنبیل بگذارد یا به دیگری بگوید که برای من جای بگیر، حقی پیدا شود اما اگر صف طولانی باشد بعيد نمی باشد که حق پیدا شود اما اگر در صف برای دیگری جا بگیرد اگر به امر او باشد حق پیدا می کند و اگر تبرعی باشد ظاهرا حقی پیدا نمی کند. البته امکان دارد که خیلی هم روشن نباشد یا اصلاً واقعی شکل نگرفته باشد نه بر حق و نه بر عدم حق یا واقعی داشته باشد در بین افراد در تشخیص آن اختلاف باشد. لذا این حق نسبت به اماکن و صفها فرق می کند ظاهرا در مطب دکتر اینطور نمی باشد که فقط با حضورش این حق برای او است حداقل در بعضی از دکترها اینطور است. درنظر عرف حق و عدم حق به اختیار آن مطب دکتر است. این حق از موضوعات مستبطة است ذهن عامی ارتکاز دارد اما ارتکاز خودش را نمی تواند بخواند لذا باید تقلید کند.

الجهة الثالثة: الإجارة على الحياة.

آیا ما دیگری را می توانیم برای حیاتز اجاره کنیم به نحوی که محوز مال مستأجر شود نه ملک حائز؟ این اجاره بر حیاتز حکممش چه می باشد؟ در دو مقام بحث می کنیم: مقام اول در صحت و بطلان این اجاره و مقام دوم اگر گفتیم اجاره صحیح است و مستأجر می شود مالک محوز حال اگر شخص اجیر برای خودش حیاتز کرد نه برای مستأجر این مال محوز ملک کیست؟ مستأجر؟ حائز؟ هیچ کدام؟

المقام الاول: فی صحة الاجاره.

از زمان قدیم در بین فقهاء مرسوم بوده است که می‌گفتند این عقد اجاره صحیح است و اجیر هر چه را که حیازت می‌کند مال مستأجر است از مرحوم شیخ و علامه و مرحوم محقق و مرحوم شهید ثانی و صاحب جواهر و مرحوم سید و اکثر معلقین بر عروه اینها قائلند که عقد اجاره صحیح است و آن محوز ملک مستأجر است نه ملک حائز گویا در معلقین عروه دو نفر توقف کرده و مخالفت کرده اند: یکی مرحوم میرزا و یکی هم مرحوم آقای بروجردی. اینها گفته اند که اگر بر مقدمات اجیر شود این درست است مثلاً ماهی را بگیرد و به خانه اینها ببرد و اینها تملک کنند این اشکالی ندارد که درست است اما بحث در این است که شخصی اجیر شود که به مجرد گرفتن و حیازت ماهی، مستأجر مالک شود. این محل بحث است.

ببینیم کسانی که قائل به صحت این اجاره و ملکیت آن محوز برای مستأجر شده اند، دلیل آنها چیست؟ به وجوهی استدلال شده است:

وجه اول از مرحوم آقای خوئی است. ایشان فرمودند وقتی ما این شخص را اجیر می‌کنیم برای حیازت مالک عمل این شخص می‌شویم تا مالک این عمل شدیم اجیر به منزله آلت و وسیله است و در واقع حیازت مستند می‌شود به مستأجر مثل اینکه ما با نیزه ماهی را صید کنیم این نیزه یک وسیله است فقط، وقتی این را اجیر کردیم عمل او می‌شود ملک من، وقتی عمل او که حیازت باشد ملک ما شد او می‌شود به منزله آلت و حیازت مستند می‌شود عرفا به مستأجر دلیلی که می‌گوید حیازت مملک است این را می‌گیرد و حیازت من مستأجر می‌شود مملک اما من حیازت کردم ماهی و هیزم را به توسط یک آلت و وسیله ای که جناب اجیر است.

این وجهی است که مرحوم خوئی فرموده اند. فرض کردیم که حیازت مملک است و این حیازت اجیر می‌شود حیازت من لذا مملک است. دلیل مملکیت حیازت سیره است و این سیره اطلاقی دارد که این نوع حیازت را هم می‌گیرد.

مناقشه:

این فرمایش ایشان را قبول نکردیم. بر این فرمایش مرحوم آقای خوئی سه تا اشکال داریم:

اشکال اول:

در مباحث اجاره گذشت که اجاره گاهها اجاره بر اعیان است مثلاً مغازه و خانه و ماشین را اجاره می‌دهیم. و گاهی اجاره، اجاره بر اعمال است نه بر اعیان ما شخصی را اجیر می‌کنیم برای خیاطت و کتاب و قرائت قرآن و امثال ذلک در اجاره اعیان نظر مشهور فقهاء این بود که حقیقت اجاره تملیک منفعت آن عین است اما در اجاره بر اعمال دو قسم است: تارة گفتیم آن عمل ما فی الذمه را تملیک می‌کند اجیر عمل ما فی الذمه را تملیک می‌کند به مستأجر چون اجیر موجر ماست و تارة عمل خودش را تملیک نمی‌کند عمل در ذمه خودش را تملیک نمی‌کند منفعت خیاطت خودش را به جناب مستأجر تملیک می‌کند. اجاره بر اعمال این دو جور است. در هر دو صورت چه عمل ما فی الذمه را، چه منفعت را تملیک کند این عمل خارجی ملک کسی نمی‌باشد بلکه آنیکه مملوک جناب مستأجر است یا عملی است در ذمه اجیر یا منفعت اجیر، این عمل خارجی که خیاطت یا کتابت یا صید یا حیازت است ملک کسی نمی‌باشد منفعت همیشه یک صفت است که عبارت باشد از قابلیت و صلاحیت برای آن عمل مورد اجاره حتی قبل از عمل خیاطت، این منفعت و صلاحیت موجود است این عمل خارجی که صید و حیازت است ملک کسی نمی‌باشد لذا این تعبیر که گفته است این عمل ملک او است دقیق نمی‌باشد الا اینکه مراد او به منزله ملک است نه اینکه دقیقاً مملوک اوست لذا این که گفته اند مملوک است درست نمی‌باشد الا اینکه مراد به منزله ملک باشد احتمال دارد مراد از مملوکیت و ملکیت، به منزله ملکیت است. در تملیک عمل، ذمه مشغول می‌شود و اگر منفعت را تملیک کند ذمه مشغول نمی‌شود.

این اشکال اول.

اشکال دوم:

اشکال دوم این است، از اشکال اول صرف نظر کنیم آیا صید و حیازت مستند به مستأجر می شود مثلاً اگر بگویند به مستأجر که این هیزم را کی جمع کرد؟ این آهو را کی صید کرد؟ می تواند بگوید که من حیازت کردم؟!! بله پاره ای از اعمال است که هم به مباشر و هم به مسبب مستند می شود مثل بناء مدرسه یا در اصلاح سر و ریشم می گوییم رفتیم پیش زید و سر ما را اصلاح کرد یا می گوید که امروز سر و ریشم را اصلاح کردم در حالیکه سلمانی اصلاح کرده است به هر دو مباشر و مسبب مستند می شود اما ما نحن فیه از این قبیل نمی باشد در اینجا نمی گویند که خودش صید کرده است. مثلاً در کشور گشائی و فتح هم اینطور است که آن فتح، هم به فرمانده و هم به سرباز مستند می شود لذا پاره ای از افعال است که هم به مسبب و هم به مباشر مستند می شود اما در اینجا مثال حیازت اینطور نمی باشد از افعالی است که فقط به مباشر نسبت داده می شود. @@@ &&& به لحاظ عرفی حقیقت است و به لحاظ لغوی این تحوز است یعنی در عرف بلا عنایة است.

پس بنابراین در ما نحن فیه خوب معلوم است که حیازت و صید مستند به مستأجر نمی باشو فقط مستند به مباشر و حائز و صیاد است. مراد این استکه این استناد به مسبب عرفی نمی باشد به خلاف استناد ساخت بنا به مسبب و لو مجاز باشد.

اشکال سوم با صرف نظر از اشکال اول و دوم یعنی مستند به مستأجر هم شود مگر آیه داریم روایت داریم که المال لمن حازه یا الحیوان لمن صاده این دلیلش سیره است باید ببینیم که آیا وقتی اجیر حیازت کرد برای مستأجر آیا عند العقلاء برای مستأجر اعتبار ملکیت می کنند یا خیر؟ کأن در روایت آمده است که الملک لمن حاز که اینطور بیان کردند خیر در عند العقلاء می خواهیم بینیم که آیا اعتبار ملکیت می شود یا خیر و لو حائز و صیاد بگویند یا نگویند لذ عنوان که در روایت و آیه نیامده است که گفته شود که این حقیقتاً حائز یا صائد است لذا با فرمایش مرحوم آقای خوئی اصلاً موافق نمی باشیم.

&&&

*^۱الوجه الثاني: الفرع لمن له الأصل و المال فرع العمل الذي هو الأصل و عمل الحيازة للمستأجر.

وجه دوم از مرحوم صاحب جواهر است جواهر ج ۲۶ ص ۳۲۴ . ایشان در جواهر فرموده اند که این مالی که حیازت می شود نتیجه عمل حیازت است و این عمل حیازت ملک مستأجر است پس بنابراین این مالی که حیازت شده است می شود ملک مستأجر چرا که همیشه فرع تابع اصل است پس ایشان فرموده است عمل حیازت ملک مستأجر است و این یک مقدمه و این مال حیازت شده نتیجه عمل حیازت است و مقدمه سوم اینکه فرع همیشه تابع اصل است و نتیجه می گیرد این محوز ملک همان کسی است که عمل ملک اوست و عمل ملک مستأجر است چون همیشه فرع تابع اصل است این استدلال مرحوم صاحب جواهر بوده است بر اینکه مستأجر این مالی را که حیازت شده است، مالک می شود.

فرع عبارت است از مال و اصل عبارت است از عمل و عمل ملک مستأجر است.

مناقشة: هذا الأصل، ثابت بالسيرة العقلائية و هذه السيرة في النمائات فقط.

مطلوب ایشان از جهاتی قابل مناقشه است و یک مناقشه را بیان می کنیم. اینکه می گویید فرع تابع اصل است به سیره است و در سیره فقط نمائات را داریم که تابع اصل است. درخت که میوه داد، اگر مرغ تخم گذاشت این میوه و تخم مال صاحب درخت و مرغ است و اگر گوسفند بچه ای زائید بچه مال مالک گوسفند است اما این سیره در غیر نمائات نمی باشد. در روایت نداریم: الفرع لمن له الأصل در سیره داریم اگر مالی نمائی داشته چه منفصل مثل میوه و چه متصل مثل ولد و تخم مال مالک اصل است.

اگر می گویید که قاعده ای داریم که الفرع لمن له الأصل ما می گوییم این اصل در اینجا تطبيق نمی شود و اگر گفته باشد در سیره اینطور است که این سیره را در اینجا داریم که ما می گوییم این وجدان را از سیره نداریم.

^۱ چهارشنبه ۹۸/۰۲/۰۴

الوجه الثالث: إطلاق روایات باب الإجارة شامل لهذه الإجارة.

در وجه سوم، بعضی تمسک کرده اند به اطلاقات روایاتی که در باب اجاره داریم و گفته اند این روایات مطلق است و یکی از افراد اجاره عبارت است از اجاره بر حیازت پس بنابراین می گوییم اجاره بر حیازت درست است لاطلاق روایات و اخباری که استفاده شده است از آنها صحت عقد اجاره.

مناقشة: على فرض ثبوته، دل على صحة الإجارة لا مالكية المستأجر للمحوز.

این وجه هم از جهاتی قابل مناقشه است و یک مناقشه را می گوییم اگر اثبات کنیم چنین اطلاقاتی را، نهایتاً می گوییم اجاره صحیح است اما اینکه محوز مال مستأجر است این را ثابت نمی کند پس اجیر می رود حیازت می کند و بعد به مستأجر تحويل می دهد و بعد حیازت می کند با این هم می سازد. اما اثبات نمی کند که به مجرد حیازت اجیر مالک می شود. لزوماً نمی توان استفاده کرد که اگر اجاره صحیح است پس به مجرد حیازتِ اجیر، مستأجر مالک می شود. ضمن اینکه اطلاق این روایات را قبول نکردیم.

الوجه الرابع: السيرة المتشرعية.

وجه چهارم این است که استناد به سیره متشرعه می کنند. می گوید که حیازت عمل متعارفی بوده است و اجاره بر این امر هم متعارف بوده است اینطور بوده است که همه کارها را انسان خودش انجام دهد و امام ع هم از سیره ردیعی نکرده است. به سیره متشرعه تمسک کرده اند بر صحت اجاره بر حیازت.

مناقشة: على فرض ثبوته، دل على صحة الإجارة لا مالكية المستأجر للمحوز.

این وجه هم مخدوش است که نهایتش اگر بپذیریم فقط سیره ثابت می کند که اجاره صحیح است اما نمی توان اثبات کرد که به مجرد حیازتِ اجیر، مستأجر مالک می شود آنچه که ثابت است نهایتاً این بوده است که مال را حیازت می کرده اند و به مستأجر می دادند و مستأجر حیازت می کرده است. پس اگر سیره اثبات شود که این سیره را ثابت نمی دانیم، تنها اجاره را تصحیح می کند و ضمن این که اجاره را هم تصحیح نمی

کند چرا که از عدم ردع امام **امضاء کشف نمی شود** چرا که اگر اجاره صحیح نباشد معصیتی در کار نمی باشد که امام **ردع کند** چرا که طرفین معامله نسبت به تصرف طرف مقابل در مالش، راضی می باشند.

الوجه الخامس و هو المختار: السیرة العقلائیة.

وجه پنجم: سیره عقلاء است. در سیره عقلاء این اجاره صحیح است و به مجرد حیازتِ اجیر، مستأجر مالک می شود و این سیره عقلائیه را قبول کردیم اما دقت کنید که گفتیم موقف عقلاء امضائی است و اگر می گوییم صحیح است مختص به عرف خاص زمان و مکان ما است و عقلاء هم امضاء می کنند یعنی ما قائلیم که اگر کسی را اجیر کنیم برای حیازت و اجیر حیازت کند این اجاره در عرف ما صحیح است و به مجرد حیازتِ اجیر، مستأجر مالک می شود لذا اجیر نمی تواند در این محوز تصرف کند. لذا اگر اجیر برای مستأجر حیازت کرد این اجاره صحیح است و به مجرد حیازتِ اجیر، مستأجر می شود مالک. ما قائلیم که در زمان و مکان ما این اجاره صحیح است و به مجرد حیازتِ اجیر، مستأجر می شود مالک و عقلاء هم این سیره عرفیه را امضاء می کنند.

بله در اینجا نکته ای را تذکر دهیم بعضی اوقات ما کسی را در یک مقطع زمانی اجیر می کنیم و می رود شکار می کند در اینجا این صید مال من می شود اما یکبار به اجیر می گوید که امروز یک ماهی برای من صید کن در اینجا تمام عمل اجیر در امروز مال من نمی باشد اگر ماهی را برای مستأجر صید کرد و بعد گفت این ماهی را خودم بخورم و بعد یک ماهی دیگر برای مستأجر بگیرم در اینجا ظاهرا می تواند. وقتی صید کرد مال مستأجر شد اما اگر خورد اشکالی ندارد و این هم به خاطر شرط متاخری است و آن اینکه در اجاره این محوز مال مستأجر است به شرط اینکه اجیر از این قصدش بر نگردد و اگر از قصدش برگشت کشف می کند که از اول داخل در ملک مستأجر نشده بود و بر اباده باقی مانده بود. این از مسئله ما خارج بود و این را به مناسبت گفتیم.

پس در مقام اول گفتیم این عقد اجاره صحیح است و به مجرد حیازتِ اجیر، مستأجر مالک محوز می شود.

ان قلت:

ما گفتیم سیره عقلائیه بر اساس حفظ نظام شکل می گیرد خوب در اینجا اگر به مجرد حیازت مستأجر مالک نشود، اختلال نظام حاصل نمی شود.

قلت:

ما در سیره عقلائیه گفتیم بر اساس حفظ نظام شکل می گیرد اما این بر اساس اختیار نمی باشد بلکه زندگی اجتماعی اینها را برای ایشان پیش می آورد یعنی بهترین گزینه است در یک موقعیت لذا در بحث اجاره بر حیازت بهترین گزینه ملکیت مستأجر است بر مال حیازت شده.

دقت کنید اینکه سیره عقلاء را احراز کردیم و سیره متشرعه را احراز نکردیم با توجه به ارتکازاتی است که در این زندگی در این مکان و زمان خاص برای ما شکل گرفته است می گوییم نه اینکه با این عمل برخورد داشته ایم لذا با توجه به ارتکازاتی که در زندگی این عرف خاص زمان و مکان ما شکل گرفته است، می توانیم این سیره را احراز کنیم به خلاف سیره متشرعه که در آن زمان و مکان بزرگ نشده‌ی لذا ارتکازی نداریم پس این سیره متشرعه بر اجاره بر حیازت برای ما روشن و احراز نشد به خلاف سیره عقلاء.

المقام الثانی: فی ملکیة المحوز اذا حاز الأجير لنفسه.

مقام دوم این است که اگر اجیر برای خودش صید کرد، سوال این است که این ماهی های صید شده مال کیست؟ مال حائز؟ مال مستأجر؟ بر اباده اصلیه باقی باشد؟ یا مال کس دیگری است؟

الأقوال فی المسئلة:

اقوال در مسئله چهار قول است:

القول الأول: ملك للمستأجر لأن عمل الحيازة ملك للمستأجر.

قول اول اين است که ملك مستأجر است استدلال كرده اند عملية الحيازت ملك مستأجر بوده است چون عمل حيازت ملك مستأجر بوده است لذا مالي که حيازت شده است مال مستأجر است.

القول الثاني: ملك للأجير لأن مملکية الحيازة تابع للقصد و لم يقصد الإجير ملکیته للمستأجر.

قول دوم اين است که ملك اجير است چرا که گفته اند در باب حيازت تملك و ملکیت تابع قصد است تابع حيازت نمی باشد چون قصد كرده است ملکیت خودش و تملك خودش را لذا ملك خود اجير می شود.

القول الثالث: يبقى على الإباحة الأصلية لأن مملکيتها تابع للقصد للذى يكون المنفعة له.

قول سوم اين است که اين محوز نه ملك اجير است و نه ملك مستأجر. چرا ملك مستأجر نمی باشد چرا که قصد او را نکرده ست چرا ملك اجير نمی باشد چرا که حيازت ملك او نبوده است و عمل حيازت مال ديگري بوده است چون در اينجا بين عمل و قصد تنافي شده است لذا ملك کسی واقع نمی شود. اين قول مملکیت حيازت را به قصد نسبت به کسی که صاحب منفعت است می داند.

القول الرابع: إن ملك الإجير عمله للمستأجر فللأجير و أن ملك المنفعة و فللمستأجر.

قول چهارم تفصيلي است که بعضی فرموده اند و گفته اند در اجاره بر اعمال ما دو گونه اجاره داريم تارة اجير عمل ما فی الذمه را به مستأجر تمليک می کند و تارة منفعت خودش را تمليک می کند به مستأجر، اگر عمل ما فی الذمه را تمليک کرده است آن ماهی ملك اجير می شود اما اگر منفعت خارجي را تمليک کرده است ملك مستأجر است وجهش روشن است چرا که در آنجائيکه عمل را تمليک کرده است اين عمل را

تسلیم نکرده است لذا ملک خودش است و اگر منفعت را تملیک کرده باشد این عمل حیازت ملک مستأجر است و وقتی حیازت کرد این ماهی می شود ملک مستأجر است.

این قول چهارم در مسئله.

مخترانا: لیس دلیل علی هذا الأقوال لأن هذه المسئلة تابع للعرف و نحن نعتقد فی عرفنا یکون للأجیر.

این مطالبی که گفته شده است مشخص است که تمام نمی باشد چرا که نکته را گفتیم نکته در سیره محوز کدام یک از این سه حالت را دارد؟ ملک مستأجر؟ ملک اجیر؟ از مباحثات اصلیه است؟ ارتکازات عرفی و عقلائی ما چه می گوید؟ ما در مسئله قائل به قول دوم می باشیم و می گوییم در سیره عقلاه ماهی مال خود اجیر است بله بر او واجب بود به عقد وفاء می کند ولی وفاء نکرد و معصیت کرد اما نمی توان مال او را از او گرفت. مستأجر می تواند فسخ کند و اجرة المثل عمل را بگیرد این یک قول در مسئله است و یک قول این است که عقد اجاره منفسخ می شود که ما انفساخی هستیم.

ان قلت:

در اینجا عقلاه هیچ تضمینی برای مستأجر نگذاشته اند که به عقد او وفاء شود لذا باید گفت که این محوز اجیر، مال مستأجر می شود که این تضمین باشد.

قلت:

برای تضمین لازم نمی باشد که گفته شود که این محوز مال مستأجر است بلکه عرف می تواند برای این شخص اجیر متخلص مجازات قرار دهد.

ان قلت:

اگر رفته دیدیم که در نزد عرف و عقلاه برای اجیر مجازاتی در نظر نگرفته شده است پس مشخص می شود که در سیره این محوز مال مستأجر است تا تضمین حاصل شود.

قلت:

خیر اینطور نمی باشد لازم نیست در بین عقلاً برای هر تخلفی مجازاتی تعیین کند.

ان قلت:

اینکه تخلف و جرم باشد و مجازاتی در بین نباشد، این موجب اختلال نظام اجتماعی می شود.

قلت:

اختلال نظام هیچ وقت از هیچ جرمی پیش نمی آید بلکه مجموعه این قوانین است که باعث می شود نظام حفظ شود و الا همیشه تخلف پیش می آید. لذا اگر قانون ببیند که داعی بر تخلف کم است قانون و مجازاتی هم وضع نمی کند. ضمن اینکه خود این هم که برای هر تخلفی مجازاتی باشد، مجازات زیاد این هم عقلائی نمی باشد چون موجب اختلال نظام اجتماعی می شود.

عند العقلاء در رابطه با قانون همانطور که سلطنت بر رعایت را داریم سلطنت بر مخالفت را هم داریم و اینطور نمی باشد که اگر کسی مخالفت کرد عمل او را کآن لم یکن در نظر بگیرند لذا عمل اجیر را کآن لم یکن در نظر نمی گیرند و قائل به ملکیت او نسبت به محوز می شوند.

هذا تمام الكلام في الجهة الثالثة.

^١الجهة الرابعة: في جريان الجعالة و الوكالة في الحياة.

آی به جای اینکه کسی را اجیر کنیم برای حیاّزت می توانیم که وکیل کنیم برای انکه حیاّزت کند به صورت یکه بمحض اینکه حیاّزت کرد مال موکل باشد یا کسی را جعاله کنم بگوییم که اگر کسی برای من یک ماهی حیاّزت کرد به او هزار تومان می دهم به

صورتی که به محض حیازت او ملک من جاعل شود یا خیر؟ آیا حیازت در وکالت و جعله می‌آید.

اول وکالت:

در این مسئله اختلاف شده است بعضی گفته اند مسئله حیازت وکالت بر نی دارد و بعضی گفته اند که وکالت بر نمی دارد و بعضی خودشان اختلاف رأی داشند در شرح عروه قائل شده اسنده است که حیازت وکالت بر نمی دارد اما در && ما می توانیم شخص را وکیل برای حیازت قرار دهیم و اگر مئکیل برا موکل حیازت کدر شخص موکل مالک می شود این خودش نشان می دهد که مسئله خیلی منقح نمی باشد.

بعد دقت شود عده ای وارد شده اند در تحلیل حقیقت قت وکالت آیا با توجه به حقیقت وکالت آیا وکالت در حیازت می آید یا خیر؟ می دانید این روش و رویه نادرست است؟ چرا که ما وقتی تفسیر می کنیم حقیقت وکالت که بینیم ک وکالت در نزد عقلاء کجا جاری است از عدم جریا و جریان وکالت می فهممی که حقیقت وکالت چه می ابشد لذ باید بروز مراغع ارتکاز عرف و عقلاء یا در تارتکاز عرف و عقلاء وکالت در حیازت می اید ای خیر اگر آمد بر این اساس باید تفسیری ارائه دهمی و اگر نیامده باید تفسیری اراده دهیم اما اینکه داخل شوم در وکالت که حقیقت آن چه می باشد این ردست نمی باشد. راه به جایی نمی برمی چرا که باید اول بینمک ه آیا ارتکاز بر جریان وکالت در حیازت است و اگر این ارتکاز را پیدا کردیم یا نکردیم می توانیم وارد شویم حقیقت وکالت. یک نکته را در مورد وکالت بگوییم که در بین علماء که این ارتکاز است که وکالت در تکینیات محضه نمی آید مثل ماکسی را وکیل قرار دهیم مثل تو وکالتا از طرف من راه برو یا غذا بخور یا دارو مصرف کن و کالاتا از طرف من ورزش کن این وکالت در امور محضه نمی آید وکالت در امور و رفتا و افعال اعتباری و تصرفات اعتباریه محضه می آید چه عقد باشد چه ایقاع باشد مثل بیع و اجاره و نکاح و مثل طالق و امثال ایها یک امری داریم که اینها نه تکینیات محضه است و نه اعتبار محضه است مثل مسئله قبض و اقباض مثل کس به ما بدھکار است ماکسی را وکیل می کنیک ه دین

را از ظرف ما قبض کن گفته اند که قبض نه تکوینی محض است و نه اعتباری محض لذا وکیل اگر قبض کن به منزله قبض ماست و ذمه دایل پاک می شود. در حیازت تکوین محض نمی ابشد چرا که بحث ما در حیازت مملکه اس تیعنی یحازت که مملک شود نسبت به موکل از اتعاریت محض نمی باشد یک از عقود یا ایقاعات حیازت نمی باشد یک حد وسط است نه تصور و تکوین محض است و نه اعتبا رمحض است. تکونی محض نمی باشد چرا که صبحت ما رد حیازت مملکه است و اتعاریات محض نمی باشد چرا که از عقود و ایقاعات نمی باشد.

آیا حیازت وکالت بر می دارد؟ ما با توجه به این که ارتازات عقلائی را نکر می باشیم و بر می گردایم به ارتکازات عرفی به نظر ما وکالت بر می دارد این نکته ای نمی باشد که در وکالت باشد به جهت اینکه گفتیم وقتی من ماهی می گیریم برای زید اگر بنا باشد عند العقلاء و عرف ملک زید شود معنایش این اسکه او سلطنت بر خودش ندارد یعنی من بدون اراده ئخواسته ای و الی را به اموال او اضافه کردیم این امر مرکوزی است عقرفاغ و عقلاء که افلرا دبر اموال و انفس خوشات سلطنت دارند لذ اگر این ماهی را برای زید ترعا صید کردم در اینجا دذر واقع دخالت در سلطنت زید است لذات این که می گوییم به قصد یزید گرفت م واقعاً ملک زید نمی ابشد اما اگر وکالت داد به من زید که برو از طرفل من ماهی بگیرد اگر ماهی را صید کردم برای زید دذر اینجا ملکیت زید بر این ماهی تصرف در سلطنت او نمی باشد لذا من با اذن و خواسته او به وکالت او مهم نمی باشد همینکه این ماهی را گرفتم برای او بهنحوی که تصرف در سلطنت او نمی باشد چرا که به من وکالت دارد این ماهی می شود به او لذا فرق نمی کند که به او نوکالت دهم یا ذن دهم یا طلب کنم که نه وکالت است و نه اذن همین که ماهی را صید کرد من می شوم مالک لذا بنابراین مشکلی که در تبع داشتیم چون دخالت در سلطنت او بود و در اینجا دخالت در سلطنت نمی ابشد لذا با توجه به ارتکاز خودمان معقیم که اگر وکیل کرد می شود مالک. اما وکالت یک معنای عرفی دارد این معنای عرفی شاید دقیقاً نتوانیم بگوییم معنایش چه می ابشد دقیقات از سنخ وکالت نمی باشت اما حاوی یک

اذن و طلب اس و اینجا گاهی او قالت اشتباه می شد که اگر وکالت داد و حیازت در نزد عقلاً درست بود لذا وکالت در حیازت درست می باشد خیر این که حیازت &&&& ارتکاز ما که البته قطعی نم باشد این است که حقیقتاً از سنخ وکالت در بیع است اما حاوی اذن و طلب اس به این جهت است که در واقع می گوییم این وکالت درست است اینکه این وکالت درست است که اگر بعد از وکالت حیازت کرد این حیازت مملک است اما معناش این نمی باشد که این وکالت است وکالت عقد است و این عقد نمی باشد اثر این وکالت چه می باشد؟ &&& فارقش در اینجا پیدا می شوئد که وکالت یک اثر منحصر به فرد دارد و آن اثر اینجا بار نمی شود اگر جناب موکل وکیل را عزل کرد و این وکیل قبل از این که اذن به گوشش بر سر آن عمل را انجام دهد حیازت کرد آن عمل درست است. این از آثار خاص وکالت است در اینجا گفتیم که اینکه وکالت در حیازت درست است چرا که در وکالت طلب است در اینجا اگر وکیل در حیازت کردیم و بعد او را عزل کردیم و قبل از این عزل به گوش او بر سر حیازت کرد اگر گفتیم این وکالت واقعاً وکالت است این حیازت او مملک است و الا مملک نمی باشد و چون در ارتکاز ما این حقیقتاً وکالت نمی باشد در اینجا دیگر این حیازتمملک نمی باشد. مثل اینکه در اجاره از کلمه بیع استفاده شود مثلاً بگویید که بعت منفعت سنة هذا الدار این بیع ننمی باشد از کلمه بیع استفاده شده است اما بیع نمی باشد حقیقتاً لذا خیاز مجلس ندارد در حالیکه خیار مجلس از خیارات بیع است در اینجا هم اگر وکیل بر حیازت کرد اگر قبل از حیازت عزل کرد در اینجا حیازت او مملک نمی باشد در حالیکه اگر در حقیقت وکالت بود باید این حیازت مملک بود چرا که بطلان وکالت و عمل در وکالت متوقف بر بلوغ عزل است نه خود عزل و در اینجا.

لذا در وکالت می گوییم این حیازت درست است و نافذ است منتها گفتیم این حقیقت وکالت نمی بشد اما چون مشتمل بر طل باست و این وکالت بر حیازت مخالف با سلطنت نمی باشد گفتیم این حیازت درست باشد.

بله احتمال دارد که وکالت که قطعاً شبیه معنایه دارد و ممکن است که این یکی از آن موارد باشد.

شبیه محروم خوئی که گفته اند درست نمی باشد گفته شده است که وکالت در امور اعتباری یا ما یلحق به اعتباری است. && چون تحلی لو بررسی ما بر اساس صدق و عدم صدق است یعنی عقلاء در کجا نافذ می دانند و در کجا نافذ نمی دانند.

ان قلت:

تردید ایشان شاید در سیره باشد.

قلت: در این صورت نمی گویند که صحیح نمی باشد.

لذا اگر بر حیازت وکیل کردیم درست است اما معنایش این نمی یابش دکه وکالت است.

اما جعاله :

مثل اینکه بگوییم اگر برای من ماهی صید کردی به تو یک دینار می دهم و به نفس حیازت من جاعل مالک شوم، آیا این جعاله درست است یا خیر؟ نظر رایج بین فقهاء ما این است که یک عقد است و ایجابش از جاعل است اگر فلان عمل را برای من انجام دادی این مقدار را به تو می دهم و قبولش به قبول آن شخص نمی باشد بلکه به عمل است تا عمل را به اتمام رسانند - نه شروع کرد - قبول آن ایجاب است و عقد تازه محقق و لازم می شود یعنی جناب جاعل باید آن پول را باید به عامل بدهد. اینجا هم اینطور است گفت اگر بری من یک ماهی صید کردی به تو فلان مقدار می دهم وقتی عمل او به اتمام برسد وقتی ماهی را صید کند و مملک باشد اگر به صید اذو من مالبک شوم معنایش بین است که عمل را انجام داده است و اگر من مالک نشوم این عمل تمام نشده است و یا از باب این امقدور او نمی باشد یا انجام نگرفته است معايش این اسکه مقدور نمی باشد یعنی جعاله && حال سوا لاین اسکه اگر این شخص ید کرد برای جاعل این صید مملک است یا خیر؟ از حرفهای قبلی روشن شد که این ردست است

چرا که صید تنها یک مشکل داشت که تصرف در سلطنت دیگیری باشد و در اینجا سلطنت محفوظ است و خوئش جعل کرد هاست گفه است اگر صید کردی فلان مبلغ می دهم لذا تا صید کرد می شود ملک زید لذا این است که در نظر ما جعاله موثر است کما اینکه وکالت هم موثر است ام در جعاله قائلیم این از افراد جعاله است دروکالت تشکیک کردیم اما در جعاله تشکیک نمی دهم لذا بعد از صید این ماهی برای من خود صیاد نمی تواند تصرف کند و بر من جاعل لازم است که جعل را بدهم. ما خیلی دقیقا نمی توانیم حقیقت بین اذن و وکالت را بگوییم چرا که هر فارقی گفته اند نقض پیدا کرده است در ارتکاز ما فرقی دارند اما این حقیقت مثل اجاره روشن نمی باشد. طلب یک انشاء است می خواهید که این کار را انجام دهد مثل طلبی که مولا از عبد می خواهد می گوید که به من پول بده. طلب یک فعلی است. در همه صور طلب، طالب ضامن عامل است الا در مواردی که طالب یا عامل در هنگام طلب و عمل قصد مجانیت داشته باشند.

پس وکالت و جعاله بر حیازت صحیح است و این حیازت مملک است چرا که منافات با سلطنت شخص جاعل و موکل ندارد. ضمن این که تمام شرائط مملکیت حیازت هم متوفر است.

مرحوم خوئی در جعاله تشکیک نکرده اند و قبول کرده اند.

۱ مسئله ۷:

مرحوم سید مسائل متفرقه ای از اجاره را بیان می کردند که به مسئله هفت رسیدیم مسئله هفت این است که زنی برای ارضاع و شیر دادن یا شیرخوردن و رضاع اجاره شود.

توضیح:

ما دو اجاره داشتیم:

اجاره بر منفعت و اجاره بر اعمال. در اجاره بر منفعت، مالک عین منافع این عین را تملیک می کند مثلاً زید خانه ای دارد که می خواهد اجاره به عمرو دهد که یکی از منافع دار، سکنی است گفته شده است که این منفعت سکنی را اجاره می دهد به عمرو در مدت معین به اجرت معین.

یک اجاره هم، اجاره بر اعمال بود که شخص موجر و اجیر عملی را تملیک می کند مثلاً قرائت یک ختم قرآن یا در نماز استیجاری نماز یک سال یا در روزه استیجاری، روزه گرفتن یک ماه این عمل را تملیک می کند به مستأجر و طرف مقابل. این را می گفتند اجاره بر اعمال که شخص تملیک می کرد این عمل را در ازاء اجرت معینی. پس اجاره یا در منافع و اعیان است یا در اعمال.

بعد مرحوم سید فرمودند در اجاره انسان هر دو شکل ممکن است تارة ما می توانیم اجیر شویم بر خیاطت یعنی عمل خیاطت را می توانیم به مستأجر تملیک کنیم بعد فرمودند انسان می تواند منافع خود را تملیک کند، حال یا منفعت خاص یا همه منافع خود را مثلاً عمرو تمام منافع خود را در یک روز تملیک می کند به مستأجر بعد مستأجر هر منفعتی را که می خواهد استیفاء می کند می تواند از او خیاطت یا خطاطی یا نظافت بخواهد یا بگوید مشغول رانندگی بشو. فرض کردیم جناب اجیر منافع یک روزش را تملیک به مستأجر کرده است پس انسان دو گونه می تواند اجیر شود یکی اینکه عمل خودش را تملیک کند و یکی اینکه منفعت خودش را تملیک کند وقتی منفعتش را تملیک کرد این به دست مستأجر است که آن منفعت را کی و چگونه استیفاء کند.

در انسان تملیک منفعت دو قسم است: تارة برای این که مستأجر استیفاء منفعت کند نیاز به فعل اجیر است و گاهی نیاز به فعل نمی باشد. مثلاً کتابت را در نظر بگیرید باید اجیر مشغول کتابت شود اما گاهی اوقات این اجیر لازم نمی باشد عملی را انجام

دهد بدون اینکه عملی را انجام دهد منفعت خودش را تملیک می کند و خود مستأجر آن منفعت را استیفاء می کند مثال خارجی آن کم است مثلا زنی اجیر شود برای منفعت استمتاع برای مرد این شرعا مشکلی ندارد چرا که استمتاع دو فرد دارد حلال و حرام اما آن مرد باید از حصه استمتاع حلال آن زن استفاده کند که بعد از خواندن عقد باشد. این زن را می تواند اجیر کند برای استمتاع این مرد می تواند این منفعت را استیفاء کند بدون عملی از زن حتی زن می تواند خواب باشد و مرد منفعت را استیفاء کند. پس تارة برای استیفاء نیاز به عمل اجیر است و تارة نمی باشد.

در اینجا هم اینطور است مثلا زن ارضاع را تملیک می کند به مستأجر که تملیک عمل است و تارة اجیر می شود برای رضاع که تملیک منفعت است و این بچه می خواهد شیر بخورد در اینجا لازم نمی باشد که زن کاری انجام دهد بله اگر ایستاده است باید بنشیند اما اگر زن نشسته است نیاز به نشستن هم نمی باشد و مرد بچه را در دامن او می گذارد.

مرحوم سید می فرمایند که چه به نحو تملیک منفعت که می شود رضاع جایز است و چه به نحو تملیک عمل می شود ارضاع، باشد هم جایز است.

بعد مرحوم سید می فرمایند برای این که این اجاره غریب نباشد باید زن این بچه را ببیند یا اوصاف آن را بشنود. خوب گاهان نوزادی است که دو کلیو وزن اوست که کلا ممکن است یک استکان شیر هم نخورد اما یکبار نوزادی است که ده دوازده کیلو وزنش است شاید در شبانه روز چهار لیوان شیر خورد باید زن این بچه را ببینید.

خود زن هم باید دیده شود و یا توصیف شود چرا که بعضی از زنها نسبت به سن یا شرائط بدنی شیر آنها کم یا زیاد است به لحاظ این که غریب نباشد باید دیده شود.

نسبت به مکان و زمان هم اینطور است یکبار این زن که دایه است، می آید این طفل را شیر می دهد گاهی اوقات در خانه‌ی زن شیر داده می شود در آمدن به منزل طفل شیردادن سخت است و مقدمات صعبه‌ای دارد. نسبت به زمان هم باید زمانش

محدد باشد در بیست و چهار ساعت هر وقت مستأجر خواست باید باید شیر بدهد یا زمان مشخصی اینها که موجب غرر است باید برداشته شود.

این مسئله ای است که سید در اینجا فرموده است.

تطبيق متنی:

...یجوز استیجار المرأة للإرضاع

بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنيها وإن لم يكن منها فعل مدة معينة^۱ ولا بد من مشاهدة الصبي الذي استؤجرت لإرضاعه لاختلاف الصبيان^۲ ويکفي وصفه على وجه يرتفع الغرر و كذا لا بد من تعين المرضعة شخصاً أو وصفاً على وجه يرتفع الغرر^۳ نعم لو استوجرت على وجه يستحق منافعها أجمع التي منها الرضاع لا يعتبر حينئذ مشاهدة الصبي أو وصفه^۴ وإن اختلفت الأغراض بالنسبة إلى مكان الإرضاع لاختلافه من حيث السهولة والصعوبة والوثاقة وعدمهها^۵ لا بد من تعينه أيضاً.

^۱ قيد استیجار است.

^۲ بعضی از بچه ها دندان دارند و مرضع اذیت می شود و بعضی دندان ندارد.

^۳ گاهی اوقات خود زن بچه دارد که شیر طبیعتاً کم می شود و تارة بچه ندارد.

^۴ چرا که دیگر غرر معنا ندارد چرا که تمام منافع او مال مستأجر است.

^۵ مکان مطمئنی است یا خیر؟ خانه خودش مطمئن است.

البحث عن المسئلة:

بحث در این مسئله:

در دو مقام بحث می کنیم:

مقام اول در ارضاع که تملیک عمل است.

مقام دوم در رضاع که تملیک منفعت است.

المقام الأول: فی الإرضاع الذی هو تملیک العمل.

مقام اول: در ارضاع می باشد، که تملیک عمل است.

نظیرة المشهور فی صحة إجارة علی الأعمال شرعاً: لابد أن يكون العمل مقصودة عند العقلاء و محل.

فقهاء قائلند هر عملی که حلال باشد شرعا و آن عمل مقصود عند العقلاء باشد اجاره براین عمل صحیح است. در ما نحن فيه ارضاع یک عملی است که قطعا مقصود است عند العقلاء و ثانيا این عمل که ارضاع و شیر دادن باشد شرعا حلال است بلا اشکال جای شبهه حرمت آن نمی باشد عملی است حلال و مقصود عند العقلاء هم است اجاره براین عمل شرعا صحیح است.

چرا قید مقصودة عند العقلاء و حلیت را زده اند؟ و چطور نتیجه گرفته اند این عمل شرعا صحیح است؟

دقت کنید گفته اند در صحت اجاره عند العقلاء شرطی دارد که مقصود عند العقلاء باشد یعنی مالیت داشته باشد وقتی مالیت داشته باشد آن عمل اجاره اش صحیح است هر عملی که عند العقلاء مالیت داشته باشد و اجاره اش صحیح است او فوا بالعقود آن را می گیرد و می شود صحیح شرعا.

این حلیت از کجا آمده است؟ آن عمل اگر عند الشارع حرام باشد این دلیل «او فوا بالعقود» از این عقد قطعا منصرف می باشد و اگر شامل شود اختلال نظام پیش می آید

ما هر عمل حرامی را که می خواهیم انجام دهیم یک عقدی بر آن می بندیم و می شود حلال. چون «اوْفُوا بِالْعُقُودِ» می گوید وفاء و عمل به عقد اجاره واجب است، امکان ندارد عملی از باب وفاء به عقد واجب باشد و آن عمل در عین حال شرعاً حرام باشد یا باید از حرمت رفع ید کنیم یا از وجوب طبیعتاً دلیل اوْفُوا بِالْعُقُودِ منصرف است از آنجائیکه عمل فی نفسه حرام است.

پس بنابراین اینها گفته اند اراضع مقصود عند العقلاء، یک حلال دو تا اطلاق را درست کنند، شرعاً صحیح است بمقتضای اوْفُوا بِالْعُقُودِ.

خوب این بیانی است که به لحاظ صنعت تمام است.

مناقشتنا:

اشکال ما بر این مبناء:

الإشكال الأولى: نعتقد بأن الملاك في صحة العقد و وجوب الوفاء به شرعاً، الصحة عند العقلاء.

ما ها قائلیم که چیزی به نام صحت و بطلان شرعی نداریم. کلا عقد عند العقلاء یا صحیح است یا فاسد اگر عند العقلاء صحیح بود حسب الفرض این است که وفاء به آن عقد شرعاً واجب است حال دلیل وجوب وفاء به عقد چه می باشد؟ مشهور به اوْفُوا بِالْعُقُودِ تمسک می کنند و ما تمسک نمی کنیم. ما گفتیم که هر عقدی عقلائی صحیح باشد، شرعاً عمل به آن واجب است. حال می رویم سراغ این دو قید که مقصود است عند العقلاء و این که حلال باشد.

الإشكال الثاني: في الصحة العقلائية، لا يعتبر مالية العمل.

این که مقصود عند العقلاء باشد که مالیت داشته باشد ما گفتیم در عقود مالیت آن شیء اعتبار ندارد می توانیم کسی را اجیر کنیم یا شیئی را بفروشیم که مالیت نداشته باشد مثلاً می توانیم بگوییم ده دقیقه اینجا بایست که این ایستادن مالیت ندارد در عین حال قائلیم این عقد صحیح است.

اما این که حلال باشد این را قبول داریم هر عملی که اجیر می شویم آن عمل حرام باشد عرفا^۱ یا قانونا یا شرعا یا عقلائی^۲ این را عقلاء امضاء نمی کنند. این عبارت اخri وفاء به عقد است که قبلاً گفتیم چون در اینجا اجاره بر اعمال است انجام و تسلیم عمل یعنی وفاء به عقد که این عمل فرض حرام است لذا وفاء به آن هم می شود حرام.

اما ارضاع عملی است حلال و وقتی اجیر شد اولاً شرعاً واجب است به آن عمل اتیان کند و اگر اتیان نکند یا معصیت کرده است یا ترک واجب کرده است و آن اجاره هم صحیح است.

پس در مقام اول دو فرق با مشهور داریم: اول اینکه آنها دنبال صحت شرعی می باشند و ما دائماً دنبال صحت و بطلان عقلائی هستیم و صحت و بطلان شرعی گفتیم معنای محصلی ندارد.

فرق دوم اینکه آنها قائل بودند که باید آن عمل مقصود عند العقلاء باشد و مالیت داشته باشد، این را هم قبول نداریم.

اما این که باید حلال باشد در اجاره بر اعمال این را قبول داریم.

لذا اگر زنی را برای شیر دادن اجیر کردیم این اجاره صحیح است.

المقام الثانی للإجارة للرضاع و هي على قسمين:

مقام دوم اجاره برای رضاع است:

این اجاره دو قسم دارد:

^۱ نشانه عدم الامضاء این اس که شخص را ملزم به انجام عمل نمی دانند مثلاً تن فروشی در تن فروشی بعد از انجام عقد مسلمانان زن را ملزم به عمل به عقد نمی دانند. (بعد از هم جلس اس مد).

^۲ پسندیده نبودن غیر از ممنوع بودن است باید ممنوع باشد قانونا یا عرفا یا قانونا یا عقلائی در این صورت این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند.

القسم الأول: الإجارة للإنفاع ببنها: لا إشكال في صحتها عند العقلاء لأنه منفعة محللة.

قسم اول این است که منفعت رضاع را تملیک می کند فقط برای انتفاع به شیر است. بباید و این شیر را بخورد. این هم مثل مقام اول مشکلی در آن نمی باشد چرا که در باب منافع ما ها گفتیم باید تسلیم آن منفعت شرعا حرام نباشد که عقلاء امضاء کند بر زن جایز است که بگذارد بچه شیر بخورد. لذا برای این انتفاع اشکالی ندارد.

القسم الثاني: الإجارة بنحو يكون ببنها للطفل: محول إلى مسئلة ۱۲.

قسم دوم به این شکل است که ما این زن را اجیر کنیم برای شیرش به این نحو که شیرش برای بچه باشد چه بچه خودش شیر بخورد یا خیر این شیر را بدوشند و به بچه دهنده نظیرش در فقه است ما می توانیم درختی را اجاره دهیم برای خود میوه اش، یعنی مستأجر بباید میوه را برای خودش بردارد نه خوردن میوه اش آیا می توانیم گوسفند را اجاره دهیم برای پشمش یعنی مستأجر بباید و پشم را برای خود بردارد یا اجاره دهیم برای شیرش یعنی شیر را برای خود بردارد دقت کنید میوه ها را به ما نفروخته است درخت را اجاره داده است برای میوه یا گوسفند را اجاره داده است برای پشمش.

آیا این اجاره صحیح است یا خیر؟

زن اجیر شده است برای شیرش یعنی شیرش برای بچه باشد کما اینکه میوه های درخت برای مستأجر باشد چون در مسئله ۱۲ وارد طرح این مسئله شده است در آنجا بحث آن می آید، لذا در اینجا به آن نمی پردازیم.
این در اصل مسئله.

أما البحث في مسئلة الغرر:

اما در مسئله غرر: سید فرموده این اجاره نباید غرری باشد این معامله نباید غرری باشد چرا که معامله غرری باطل است.

دقت کنید در باب غرر دو نظر می باشد:

یک نظر این است که این شرط عدم غرر، شرط شرعی است شارع مقدس شرط کرده است که در معاملات نباید غرر باشد معامله غرری عند الشارع باطل است لذا اگر غرر باشد این معامله باطل است.

نظر دوم این است که عدم غرر شرط عقلائی است اگر در معامله جهالتی بود که مورد نزاع است عند العقلاء باطل است. چون دلیلی نداریم که شارع این عقد فاسد عند العقلاء را امضاء کرده باشد لذا می گوییم عند الشارع باطل است.

غرر یعنی جهالتی که نوعا و غالبا مورد نزاع و اختلاف شود.

ما گفتیم اولا غرر شرعاً معتبر نمی باشد چراکه دلیلی که برای غرر گفته شده است معتبر نمی باشد.

اما اینکه عند العقلاء غرر عدمش شرط است و معامله غرری باطل است این را هم قبول نکردیم این بر می گردد به اختلاف ما با قوم در عقلاء و دستگاه. اینها گفته اند عقلاء دستگاه معاملاتی دارند و رفته اند این دستگاه را کشف کنند.

ما ها گفتیم عقلاء بما هم عقلاء دستگاهی ندارند^۱ و تابع عرف خاص می باشد اگر عرفی معاملاتی داشته باشد و محذورات عقلائی که گفته شده است نداشته باشد عقلاء امضاء می کنند مثلا اگر در عرف مجوس با محارم ازدواج کنند عقلاء این ازدواج را در دایره همان عرف، امضاء می کنند چون آن عرف صحیح می داند اما در عرف مومنین چون این ازدواج صحیح نمی باشد، عقلاء این ازدواج را در دایره عرف مومنین، امضاء نمی کنند. لذا عقلاء موضع امضائی دارند و خود را با هیچ کسی درگیر نمی کنند.

غرر هم تابع عرف است و نسبی است و نسبت به مکان و زمان متفاوت است فقهاء ما هم هر چه را در عرف خود برداشت می کردند نسبت به عقلاء می دانند. امکان

^۱ کما اینکه عرف عام هم دستگاه معاملاتی ندارند. (همین جلسه اس مد).

دارد غرر در یک عرف صحیح باشد اما در عرف دیگر اشکال داشته باشد امکان دارد در یک زمان این مقدار غرر در یک عرف ضرر دارد و در یک زمان دیگر ضرر ندارد مثلاً در یک زمان تحصیل مال راحت نمی باشد، نسبت به غرر سخت گیری می کنند و در زمانی تحصیل مال راحت است، سخت گیری نمی شود مثل معاملات شانسی، در شانسی تارة قیمت آن هزار و گاهی ده هزار است. باید غرر به مقداری باشد که در آن زمان و آن عرف ضرر نباشد. اگر ضرر نباشد این غرر را مدخل به عقد نمی دانند.

مثلاً در عرف ما کم شیر خوردن و زیاد شیر خوردن بچه خیلی مهم نیست اگر بچه کم شیر بخورد این زن شیر دارد و اگر زیاد شیر بخورد باز این زن شیر دارد، یا مثلاً کسی به شما می گوید من خانه ای دارم می خواهم به شما اجاره دهم به ماهی صد هزار تومان امکان دارد خانه ای باشد که اجاره آن یک میلیون باشد و ممکن است که خانه ای باشد که اجاره آن کمتر از صد هزار تومان است این اجاره در نظر عرف ما صحیح است با اینکه در این معامله غرر است اصلاً معلوم نمی باشد که اجاره خانه چه مقدار است.

پس شرعاً دلیل نداریم و عقلاً هم دستگاهی ندارند لذا باید رجوع کنیم به عرف خودمان در عرف ما غرر به مقدار زیادی معفو است لذا به همان مقدار می گوییم اجاره صحیح است و لو غرری باشد.

هذا تمام الكلام في مسئلة ۷.

مسئله ۸: إذا كانت المرأة المستأجرة مزوجة

لا يعتبر في صحة استيجارها إذنه ما لم يناف ذلك لحق
استمتاعه

لأن اللبن ليس له فيجوز لها الإرضاع من غير رضاه و لذا يجوز لها
أخذ الأجرة من الزوج على إرضاعها لولده سواء كان^۲ منها أو من غيرها...

مسئله این است که اگر زنی مزوجه بود و خواست اجیر برای ارضاع شود آیا در
صحت اجاره، اجازه شوهر معتبر است یا خیر؟ این مسئله را در دو فرع بیان می کنند:

الفرع الأول: هل تحتاج إلى إذن الزوج في صحة إجارتها
للإرضاع؟

فرع اول: آیا اذن یا اجازه ی شوهر لازم است یا خیر؟

گفته اند تارة این ارضاع و اجاره با حق زوجه و استمتاع زوج مزاحم نمی باشد در
این صورت لازم نیست اذن چراکه وقتی شوهر مطالبه می کند، تمکین می کند و زمانی
که مطالبه نمی کند ارضاع می کند.

بعد در عدم نیاز به اذن شوهر، تعلیل می آورند که این شیر ملک شوهر نمی باشد
که اذن او لازم باشد حتی اگر شوهر می خواهد این زن که مادر بچه است، بچه خودش
را شیر دهد می تواند ممانعت کند و بگوید که اگر اجرة دادی به این بچه شیر می دهم
چراکه شیر ملک شوهر نمی باشد لذا می تواند ممانعت کند و بگوید که بچه را شیر نمی

^۱. چهارشنبه ۹۸/۰۶/۲۷

^۲. الولد.

دهم الا اینکه اجرت دھی سواء کان که مادر این بچه همان زن شیر ده باشد یا زن دیگری باشد.

مرحوم سید گفته است که اگر مزاحم با حق زوج نباشد، اذن لازم نمی باشد، این مفهوم دارد که اگر مزاحم با حق زوج باشد، اذن شوهر لازم است. که در صورت مزاحمت در فرع دیگر این مسئله را بیان می کند.

دلیل المرحوم السيد فی عدم الإحتیاج إلی اذن الزوج: لإن لبنها ليس ملكا له.

ایشان در عدم نیاز به اذن شوهر گفته اند که چون شیر مال زوج نمی باشد اما نگفت که مال زوجه است چرا که عقلاً برای این زن نسبت به این شیر اعتبار ملکیت نمی کنند.

ان قلت:

این اعضاء و پلاسمای خون را می فروشنند لذا ملک است.

قلت:

فروختن دلیل بر ملکیت نمی باشد و الا هر کسی ۲۰ میلیون سرمایه دارد اگر هر کلیه ده میلیون قیمت داشته باشد. الان برای اعضاء بدن اعتبار ملکیت می کنند؟!! نه الان اعتبار ملکیت نمی کنند و در عرف ما فعلاً این طور است. یعنی اگر اعتبار ملکیت می کردند به این معنا بود که این بدن برای ما به منزله ماشین ما باشد. در حالیکه اینطور نمی باشد.

مناقشة: لا ملازمة بين عدم ملكيته للبن و عدم الإحتیاج إلى إذنه، فهو ليس لها و مع ذلك يعتبر اذنها في الإيجار.

این تعلیلی که آورده اند این تعلیل درست نمی باشد گفته اند این مرد مالک لبن نمی باشد خوب زن هم مالک شیر نمی باشد در حالی که در استیجار باید رضایت زوجه

باشد با اینکه ملک او هم نمی باشد. عدم ملکیت و مالیت دلیل نمی شود که پس اذن لازم نمی باشد نه آن لبн ملک کسی نمی باشد بنابراین این تعلیل که ملک زوج نمی باشد لذا اذن نیاز نمی باشد، این درست نمی باشد.

مختارنا: لا يحتاج إلى إذنه.

اما اصل مطلب درست است که اذن شوهر نیاز نمی باشد چرا که معاملات ما باید عقلائی و در حقیقت عرفا درست باشد و شرعاً نباید حرام باشد بله ارضاع در اینجا عرفا اجاره ای صحیح است ما در واقع گزارش می دهیم از عرفی که در آن زندگی می کنیم. این ارضاع عملی است صحیح و می تواند شیر دادن را تملیک کند و از محرمات هم نمی باشد شرعاً لذا می گوییم صحیح است عقلائی و طبق نظر فقهاء شرعاً صحیح است. لذا معامله ای است که عرفاً صحیح است، یک و ارضاع شرعاً محرم نمی باشد، دو لذا عقلائی صحیح است، سه. اگر ما از کسانی هستیم که دنبال صحت شرعی می باشیم به اطلاق «اوْفُوا بِالْعُقُودَ» تمسک می کنیم و اگر دنبال صحت شرعی نمی باشیم می گوییم این عقدی است که صحیح است عقلائی لامرین یکی اینکه عرفاً صحیح است و یکی اینکه شرعاً هم حرام نمی باشد.

ان قلت:

اگر ملک او نمی باشد چطور اجرت می گیرد.

قلت:

زن می تواند منفعت که شیردادن باشد را تملیک کند و می تواند عمل را که ارضاع باشد تملیک کند، این عمل مالیت دارد. بله درست است که ملک نمی باشد اما در اجاره لازم نمی باشد که ملک باشد کما اینکه عمل ملک شما نمی باشد.

الفرع الثاني:

فرع دوم: قبل از ورود به فرع دوم مقدمه ای را متذکر شویم:

مقدمة: فی المراد من حق الاستمتاع: وجوب تمكينها إذا طالب الزوج.

در نزد فقهاء معروف است که زوج نسبت به زوجه حق الاستمتاع دارد مراد جواز استمتاع نمی باشد چرا که جواز استمتاع برای زوجه هم است در حالی که این حق الاستمتاع را زوجه ندارد. مراد پس جواز نمی باشد. مراد از حق الاستمتاع این می باشد که اگر مرد خواست استمتاع کند بر زوجه تمکین واجب است اما اگر زوجه اراده کرد استمتاع به زوج را برابر زوجه تمکین واجب نمی باشد. چهار ماه یکباری که گفته اند مباشرت واجب است، حق الاستمتاع برای زوجه نمی باشد بلکه حق مطالبه است در هر چهار ماه. در ازدواج موقت که این امر روشنتر است چرا که در آنجا این حق مطالبه چهار ماه هم نمی باشد.

مثالی در فقه:

می گوییم داین نسبت به مديون حق المطالبه دارد. حق المطالبه جواز مطالبه نمی باشد معنايش اين نمی باشد که جایز است که بگويد که دين من را بده چرا که اين جواز مطالبه برای هر کسی است زید به عمرو مديون است و شما می توانی بگویی که حق عمرو را بده مراد از حق مطالبه اين است که اگر داین مطالبه کرد بر مديون اداء دين واجب است اما اگر شخص سوم به مديون گفت که دين را به داین بده اداء بر مديون واجب نمی باشد.

حق الاستمتاع مثل حق المطالبه است معنای حق الاستمتاع این است که اگر شوهر مطالبه استمتاع کرد بر زوجه این تمکین واجب است.

خوب این وجوب، شرعی یا عقلائی و یا عرفی است؟

در نزد فقهاء این وجوب شرعی است لذا می شود حق شرعی و عقلائی. و اگر این حق عرفی بود می شود حق عرفی و عقلائی و شرعی اما چون فقهاء فقط نظر به شرع دارند گفته اند که حق الاستمتاع حق شرعی است.

این مقدمه.

اما متن در فرع دوم:

نعم لو نافی ذلك حقه...

لم يجز إلا بإذنه ولو كان غائبا فأجرت نفسها للإرضاع فحضر^۱ في
أثناء المدة و كان^۲ على وجه ينافي حقه انفسحت الإجارة بالنسبة إلى بقية
المدة.

مرحوم سید فرموده است که اگر زوجه ای باشد که زوج او غائب است، شش ماهه
اجیر شد برای ارضاع یک طفلى و شوهر هم غائب است لذا با حق الاستمتاع شوهر هم
مزاحم نمی باشد چرا که به علت غیوبه شوهر، مطالبه ای در کار نمی باشد که حق
الاستمتاعی باشد. سپس مرد بعد از چهارماه آمد نسبت به این دو ماه باقی مانده اجاره
با حق الاستمتاع مرد منافات دارد چرا که مثلا قرار داد بر این بوده است که بیرون از
خانه شیر دهد مرحوم سید می فرمایند نسبت به چهارماه قبل درست است و نسبت به
دو ماه آخر منفسخ می شود و نگفت باطل می شود بطلاق این است که نسبت به این دو
ماه اخیر اصلا از اول اجاره منعقد نشده است و عقد اجاره در حقیقت چهار ماه بوده
است و توهمند اجاره شش ماهه بوده است و اما در انفساخ از اول بر شش ماه و این دو
ماه آخر منعقد شد اما بعد از چهار ماه منحل و منفسخ می شود عقد اجاره.

يقع البحث في جهات:

وارد شویم در این مسئله و در جهاتی باید بحث کنیم:

^۱ زوج.

^۲ الإستيجار.

الجهة الأولى: فی الاحتیاج إلى إذن الزوج إن كانت منافية لحق إستمتعه: إرتکازنا يحکم به و بطلانها في عدم إذنه أو إجازته.

جهت اول: اگر این زن اجیر شود که این اجیر شدنش معارض با حق الاستمتاع زوج است آیا این عقد احتیاج به اذن او دارد و بدون اذن او باطل است؟ و اگر بدون اذن او باطل است چرا اذن او معتبر است؟

مثال:

مثلاً زنی اجیر شده است که شب برود و هر زمانی بچه نیاز داشت شیر دهد و زوج هم فقط شبها در خانه است ایشان می فرمایند این اجاره باطل است الا اینکه اذن دهد قبل از اجاره یا اجازه دهد بعد از اجاره. در اینجا ما هم ارتکازا می گوییم اگر منافات با این حق داشت احتیاج به اذن یا اجازه دارد و بدون اذن یا اجازه موثر نمی باشد و می شود مثل بیع فضولی و اثری بر این بار نمی شود.

سؤال: لماذا يتقدم العقلاء حق الاستمتاع على حق مطالبة الأجير للعمل المستأجر؟

در اینجا سوالی مطرح می شود که عقلاً هم وفاء به عقد واجب است و هم زوج حق الاستمتاع دارد چرا حق زوج را عقلاء بر حق مستأجر مقدم می دانند؟ خوب مستأجر هم حق مطالبه عمل ارضاع را دارد و اگر مطالبه کند بر زن ارضاع واجب است. به عبارت دیگر چرا عقلاء صحت اجاره را از بین می برنند و متوقف بر اذن یا اجازه شوهر می کنند و حق زوج را مقدم می کنند؟ چرا حق مستأجر را مقدم نمی دانند؟ نظیر این که من اجیر می شوم برای عملی مثلاً در روز جمعه اجیر زید می شوم و بعد از دو ساعت می روم اجیر می شوم برای عمرو برای عملی در روز جمعه فقهاء می گویند اجاره اول صحیح است و اجاره دوم باطل است در آنجا هم سوال است که چرا اجاره دوم را بر اجاره اول مقدم می کنند؟ نکته اش چه می باشد؟

الجواب: لحفظ النظام الإجتماعي و دفع الخلل فيه، يتقدم السبب الأول على الآخر.

در سیره عقلاه گفتیم اگر سبب یک معامله ای که عبارت است از ایجاد و قبول یا سبب حقی مثل ما نحن فيه که سبب حق الاستمتاع، ازدواج است در اینجا سبب اول را بر سبب دوم مقدم می دانند در ما نحن فيه این حق الاستمتاع از عقد ازدواج ایجاد شد و حق مطالبه ای اراضی، از عقد اجاره برای مستأجر ایجاد شد که ازدواج که سبب حق الاستمتاع بود مقدم بود لذا عقلاه حق الاستمتاع را مقدم می کنند. چراکه اگر اینطور نباشد اختلال نظام حاصل می شود و هر کسی بخواهد عقد اول را از بین ببرد می رود یک عقد دومی می بندد و تمام التزامات عقدی عقد اول، از بین می رود. در ما نحن فيه حق الاستمتاع از ازدواج حاصل شد و این مقدم بر اجاره بود لذا به این نکته می گوییم اذن معتبر می باشد. لذا اگر در اثناء اجاره، ازدواج کند حق مطالبه مستأجر مقدم است بر حق الاستمتاع شوهر که در مسئله بعدی می آید.

این یک جهت.

الجهة الثانية: متى يبطل عقد الإجارة؟ بمطالبة الزوج أو بنفس التنافي لحقه؟ بمجرد تنافيها لحقه لأن امضاء العقلاه ليس ترتبيا.

جهت دوم این است که آیا این عقد همین که با حق الاستمتاع منافات داشت باطل است یا اگر شوهر مطالبه کرد می گوییم این عقد باطل است؟ فرض کنید یک ماه اجیر می شود برای اراضی و اتفاقا در این یک ماه زوج مطالبه حق نکرد در اینجا منافات با حق زوج دارد اما مطالبه نکرد. نه امضاء نکرده است عقد را و نه اذن داده است و مطالبه هم نکرده است. آیا علی تقدیر مطالبه، این عقد باطل است یا این که عقد باطل است الا این که اذن یا اجازه دهد؟

ما در این مسئله چند بار کرو فر داشتیم اما نظر اخیر این است که به مجرد تنازعی باطل است و نیاز به مطالبه نمی باشد. نکته اش این است که عقدی را به نحو ترتیبی امضاء کنند این غیر عقلائی است بگویند این عقد علی فرض عدم مطالبه صحیح و در صورت مطالبه باطل است این امضائهای اگر اگری را عقلاء ندارند. ترتیب را در تکالیف عقلائی و تکالیف شرعی قبول کردیم اما در امضائات عقلائی قبول نکردیم. لذا در این مورد یا مطلقاً باید امضاء کنند که این کار را نمی کنند چراکه در صورت مطالبه هم باید صحیح باشد که امضاء نمی کنند یا باید ترتیبی امضاء کنند که این کار را هم نمی کنند لذا امضاء نمی کنند. بله اگر غیبی باشد که مطالبه او کان لم یکن است در اینجا امضاء می کنند مثل اینکه شوهر زندان است.

الجهة الثالثة: أ للزوج حق الرجوع في إذنه أو إجازته؟ لا لحفظ النظام الاجتماعي.

جهت سوم در این است که وقتی زوج اذن داد آیا حق رجوع دارد یا خیر؟ زوج اجازه داد و گفت برو دو ماه اجیر بشو برای شیر دادن و بعد پشیمان شد آیا می تواند از اذن خودش برگردد؟ خیر نمی تواند برگردد چراکه بعد از اذن، زوج حق الاستمتاع خود را ساقط کرد و بعد از اسقاط شرعاً دلیل بر اعتبار آن نداریم و عرفاً و عقلائی هم که واضح است که نمی تواند در اذن خودش رجوع کند. عرف و عقلاء امضاء نمی کنند چراکه اختلال نظام حاصل می شود. نظیر این هم اذن مالک است که اگر اذن داد حق رجوع ندارد.

الجهة الرابعة: إذا وجد الزوج الغائب في أثناء المدة إنفسخ العقد أو تبطل؟ انحلالية مثل هذه العقود عند العقلاء يحكم ببطلان العقد بالنسبة إلى مدة حضور الزوج.

جهت چهارم این است که خوب حکم فرع دوم مسئله چه می باشد؟ اگر شوهر غائب بود و برگشت در اثناء مدت و فرض کردیم در مابقی با حق زوج منافات دارد^۱ این عقد درست است یا خیر؟ در این مثال کشف می کند که این اجاره نسبت به چهار ماه درست بود و در ما بقی که منافات با حق زوج داشت، باطل بوده است و فرضا نسبت به دو ماه اذن و اجازه ای هم ندارد لذا کلام سید که گفتند منفسخ می شود وجهی ندارد.

چرا می گوییم درست است؟ چرا که این نحو از عقود نسبت به مدت انحلالی است لذا نسبت به چهار ماه امضاء می کند و نسبت به ما بقی امضاء نمی کنند.

تبیه:

حق الاستمتاع به بیانی که گفته شد بیان فقهاء بود فقهاء برای شوهر دو حق را قائلند حق الاستمتاع و یکی هم حق المنع از خروج از بیت است یعنی اگر زوج، زوجه را از خروج از منزل نهی کرد، برای زوجه لازم است که در خانه بماند و از خانه بیرون نرود. و در ثبوت این دو حق به طور اطلاق کلام^۲ که مربوط به بحث نکاح است. لذا تا اینجا تسلیمی بحث کردیم.

^۱ با توجه به بیان ما در جهت دوم مشخص می شود این در جایی است که ظاهر قضیه در این است که این شخص این مدت اجاره بر نمی گردد یا اطمینان نوعی به عدم برگشت این شخص در این مدت دارد و الا چون تنازعی دارد باید از اول این عقد باطل باشد. (ب از هم جلس).

^۲ چرا که این حق از امور و احکام وضعی است و در احکام وضعی تابع عرف هستیم و این دو حق با این اطلاق معلوم نمی باشد الان در بین عرف ما ثابت باشد و شارع هم اگر این حق را واجب کرده است چون در آن زمان عرف آن زمان این حق را به این اطلاق برای شوهر قائل بودند لذا با این بیان حرمت تکلیفی این عدم قبول استمتاع از ناحیه زوجه را بر می داریم. اینکه این روایت ممکن است مال عرف آن زمان بوده است این را در مورد آیات شریفه قرآن هم می گوییم بعضی ظهور دارد که مخصوص به همه مومنین در همه اعراف می باشد و بعضی فقط در مورد اصحاب پیغمبر و عرف آن زمان بوده است و بعضی مجمل است. البته اگر این خطاباتی که گفته اند که این حق برای زوج است اطلاق داشته باشد این باعث می شود که این عقد اجاره باطل باشد و لو عرف این زمان این حق را قائل نباشند چرا که گفتیم اگر وفاء به عقدی شرعا یا عرفًا ممنوع باشد، این عقد را عقلاء امضاء نمی کنند. (ب ک اج اس مد ۹۸/۰۶/۲۷).

مسئله ۹: لو كانت المرأة خلية

...

ایشان می فرمایند اگر یک زنی اجیر شود برای شیر دادن منتها وقتی اجیر شد خلیه بود بعدش ازدواج کرد حالا که ازدواج کرده است اگر تزاحمی پیدا شد بین حق زوج که حق استمتاع است و عمل به عقد اجاره چون اجیر شده است برای شیر دادن اینجا کدام حق مقدم می شود؟ می فرمایند عمل به عقد اجاره مقدم می شود لذا باید عمل کند به عقد اجاره نه اینکه حق زوج را بر حق مستأجر مقدم کند. مثلا زن مطلقه ای است که خودش یک بچه دارد و شیر دارد و اجیر می شود لذا اشکال نشود که اگر خلیه است و مجرد است چطور شیر دارد.

فآجرت نفسها للإرضاع أو غيره^۲ من الأعمال

ثم تزوجت قدم حق المستأجر على حق الزوج في صورة المعارضة...

مرحوم سید فصلی داشت به نام «احکام عقد اجاره» که در آنجا در مسئله ۵ این بحث را داشت و در واقع این بحث تکراری است مباحث آن در آنجا گذشته است. که حاصل بحث را در آنجا خواهیم گفت.

مقدمة:

فقهاء دو حق را برای شوهر قائلند که یکی حق الاستمتاع است و یکی حق المنع من الخروج من البيت.

^۱ سه شنبه ۰۷/۰۷/۹۸.

^۲ مثل نظافت.

معنای حق الاستمتاع، جواز استمتاع نمی باشد بلکه معنایش این است که اگر مرد بخواهد به زن استمتاع کند بر زن تمکین مرد واجب است و الا حق به معنای جواز که برای زن هم است که می تواند به زوج مستمتع شود.

حق دوم حق المنع من الخروج من البيت است که معنایش این است که اگر شوهر زوجه را نهی کرد از خروج از خانه، بر زن اطاعت واجب است یعنی جایز نمی باشد با منع شوهر از منزل خارج شود این در بحث فقه می آید که مراد از این حق چه می باشد؟ آیا مراد این است که شوهر حق المنع دارد؟ یا اینکه در خروج زن از منزل اذن شوهر نیاز است؟ یا رضایت شوهر لازم است؟ پس یک احتمال این است که رضایت او که یک امر نفسانی است معتبر است و یک احتمال این است که اذن او معتبر است و احتمال سوم این است که نه رضایت و نه اذن هیچ کدام معتبر نمی باشد اما اگر منع کرد اطاعت زن واجب است. خوب آیا این حق المنع یا اذن یا رضایت معتبر است؟ این مربوط به فقه است علماء نیز نزاع دارند حتی مثل مرحوم آقای خوئی در برده ای قائل بود که شوهر حق المنع ندارد یعنی زن هر زمان می خواست می توانست بیرون رود و بعد احتیاط کردن و بعد فتوا دادند که مرد حق المنع دارد.

در فقه ما ها از کسانی هستیم که این حق را برای شوهر قائل نمی باشیم و فقط حق الاستمتاع را قائل هستیم برای شوهر آن هم علی تفصیل که در جای خودش می آید.

پس ما حق المنع نمی باشیم لذا می رویم سراغ حق الاستمتاع: فرض کنید بنا شده است که زن ساعت دو تا شش بعد از ظهر برود و بچه را شیر دهد در این زمان اگر شوهر مطالبه کرد، زن باید حق المستأجر را مقدم بدارد یعنی طبق قرارداد ساعت دو تا شش باید برود به منزل مستأجر برای شیر دادن بچه. حق المستأجر بر حق زوج مقدم است. وجه آن چیست؟

وجه تقدم حق المستاجر على حق الزوج:

عمده ما دو وجه داشتيم:

الوجه الأول: عدم إطلاق دليل يدل على حق الاستمتاع للزوج.

وجه اول اين است که اين حقی که شریعت برای شوهر قرار داده است دلیلش اطلاق ندارد که شامل این موارد شود که مسبوق به عقدی می باشد که زن قبل از ازدواج ملتزم شده است. در اینجا زن ملتزم شده است که من ساعت دو تا شش می آیم که بچه شما را شیر دهم لذا دلیل که حق الاستمتاع را برای زوج اثبات می کند اطلاقی ندارد که شامل این موارد هم باشد اما دلیل وفاء به عقد اطلاق خودش را دارد چرا که این عقد اجاره یکی از موارد وجوب وفاء به عقد است، وفاء به عقد در شریعت لازم است یعنی اگر کسی را اجیر کردیم که فلان ساعت بیاید و کاری را انجام دهد، شرعاً بر او واجب است که به این التزام خودش عمل کند یعنی اگر در ساعت دو در محل عمل حاضر نشد نه تنها معصیت مستأجر را کرده است بلکه معصیت خداوندی را هم مرتکب شده است لذا دلیل این حق الاستمتاع و حق المنع من الخروج على القول به، اطلاقی ندارد که این مورد را هم بگیرد.

این وجه اول.

الوجه الثاني: تقديم العقلاء الحق الذي يكون سببه متقدم.

وجه دوم یک امری است که در سیره عقلاء است و آن سیره این است که در باب التزامات و معاوضات و در باب حقوق هر سببی که مقدم محقق شود از سبب حق دیگر، سبب مقدم است که موثر است مثلاً فرض کنید من این عباء را فروختم به زید فرداً می‌روم این عباء را می‌فروشم به عمرو چرا می‌گوییم عقد اول درست است و عقد دوم باطل است؟ چون سبب این ملکیت، بیع است و بیع این عباء به زید در دیروز بود اما این سبب ملکیت نسبت به عمرو امروز است لذا عند العقلاء حفظاً للنظام، سبب متقدم، همیشه مقدم می‌شود بر سبب متأخر.

نگویید که وقتی عباء را دیروز به زید فروختم و امروز فروختم به عمر و این عباء دیگر مال من نمی باشد بلکه مال زید است این اشکال را نکنید چرا که کی این عباء، عباء زید است؟ که عقد اول صحیح باشد و عقد دوم باطل باشد اما اگر گفتیم عقد اول باطل است و عقد دوم صحیح است در واقع عباء خودم را می فروشم. این اول کلام است که عقد دوم درست است یا عقد اول. اگر گفتیم عقد دوم صحیح است یعنی عقد اول شرط متأخر دارد به شرط نبستن عقد با شخص دوم. اگر عباء را به عمر و فروختم می فهمم که شرط صحت متأخر این عقد واقع نشد و می فهمم این عقد در دیروز فاسدا واقع شد.

خوب این در معاوضات.

اما بریم سراغ التزامات:

من اجیر شدم که امسال بروم برای زید حج نیابی به جا بیاورم بعدش دوباره اجیر می شوم که برای عمر و امسال یک حج نیابی به جا بیاورم بنا بر این که در اینجا حقیقت اجاره التزام باشد. چرا التزام دوم باطل است؟ چرا که در نزد عقلاء سبب التزام، که اجاره اول بود در اجاره بر نیابت حج زید، مقدم بود بر التزام دوم که اجیر شدن برای عمر و بود لذا التزام اول را امضاء می کنند به خلاف التزام دوم لذا اجاره اول که التزام مقدم است، صحیح است و اجاره دوم که التزام متأخر باشد، باطل است.

در سبب الحق هم اینطور است حقی که سبب آن اول باشد بر حق متأخر مقدم است فرض کنید کسی آمد زمین مواتی را احیاء کرد و دور آن سنگ چین کرد و نفر دوم هم آمد دور آن فضاء را دیوار کشید و نفر دیگر می آید داخل این موانع دیوار چینی می کند. چرا می گوییم حق تحجیر اولی بر دومی و سومی مقدم است؟ چرا که سبب الحق، تحجیر بود و این تحجیر بر دو تحجیر دیگر مقدم بود یعنی اول زید هزار متر از این زمین را تحجیر کرد و بعد عمر و داخل زمین رفت و داخل آن را ۵۰۰ متر تحجیر کرد تحجیر اول بر دوم مقدم می باشد.

باز اشکال نکنید که وقتی عمر و تحجیر دوم را کرد محدوده زید را تحجیر کرد این اشکال را نکنید چرا که اشکال شما زمانی می آید که حق اول را مقدم کنیم اما اگر حق دوم را مقدم کنیم شرط صحت این تحجیر، عدم تحجیر دیگری در مقام ثانی است.

در اینجا هم اینطور است در ما نحن فيه دو حق پیدا شده است یک حق از ناحیه مستأجر و یکی از ناحیه شوهر. این حق المستأجر از ناحیه عقد اجاره آمد و این حق الاستمتاع برای شوهر از ناحیه عقد ازدواج آمد اول عقد اجاره است و بعد عقد ازدواج لذا حق المستأجر مقدم می شود بر حق شوهر.

نگویید که شارع این حق را قرار داده است و این بیان شما در حق عقلائی می آید در جایی که هر دو حق عقلائی باشد، اما در اینجا یک حق شرعی است و یک حق عقلائی که حق المستأجر باشد اگر این دو حق عقلائی باشد سبب مقدم را بر موخر زمانی، مقدم می کنند. در اینجا یک حق شرعی است و یک حق عقلائی است.

درست است که یکی حق شرعی است لذا دلیلی که می گوید چنین حقی را برای شوهر قرار داده است این ارتکاز عقلاً بر تقدم حق مقدم سببی بر حق متاخر سببی در عمود زمان مانع انعقاد اطلاق می شود بر دلیلی که می گوید شوهر این حق را دارد.

فرق بین وجه اول و وجه دوم چیست؟

در وجه اول عدم اطلاق به خاطر این بود که مولا در مقام بیان نبود اما در دومی ارتکاز که یک قرینه متصل لبی است مانع انعقاد اطلاق می شود در وجه اول یعنی روایات از این حیث در مقام بیان نمی باشند اما در اینجا امام رض در مقام بیان است اما این ارتکاز نقش قرینه متصل را بازی می کند و مانع انعقاد و شکل گرفتن اطلاق است.^۱

^۱ اگر زن کارمندی قانون کاری به او اجازه نداد که در منزل حاضر شود و به بچه شیر دهد حکم چیست؟ در نظر عقلاً اگر ضرر زیادی متوجه بچه شود یعنی التزام عقدی ضرر زیادی داشته باشد در اینجا به شخص اجازه می دهند از وفاء به عقد شانه خالی کند اما از حیث شرعی حدیث لا ضرر و جوب وفاء به عقد را بر نمی دارد چرا که این خلاف منت بر طرف دیگر قرار داد و عقد است بعد از باب ضررین اهم و مهم می شود، باید ضرر به حدی باشد که رفع ضرر خلاف منت بر امت نباشد هم لا ضرر امتنانی است و هم لا حرج.(هم جلس در جواب سوال یکی از رفقا).

لذا ما به دو بیان می توانیم بگوییم که حق مستأجر مقدم بر حق شوهر می شود.
در ما نحن فيه حق الاستمتاع یک حق عرفی و عقلائی است کما اینکه حق
المستأجر حق عقلائی و عرفی است.^۱

بعد مرحوم سید از حق الاستمتاع یک پله بالاتر رفته است و فرموده است اگر
مبادرت زوج با زوجه برای این بچه و اراضی مضر باشد زوجه حق دارد که ممانعت
کند.

...حتی آنه إِذَا كَانَ وَطْؤَهُ لَهَا مَضْرَأً بِالْوَلَدِ مَنْعِّمٌ مِنْهُ.

خوب هر آنچه که راجع به حق الاستمتاع گفتیم راجع به این هم گفته می شود
و جهش روشن است و طی و مبادرت حقی است برای زوج یکی از افراد استمتاع است
و کلا مرد حق تمام استمتاعات متعارفه را دارد. در اینجا هم حق مستأجر مقدم می
شود چرا که عقد اجاره مقدم است و اجیر شده است برای اراضی کامل و اگر مبادرت
با زوج داشته باشد به وظیفه اش تمام و کمال نمی تواند عمل کند. لذا زوجه می تواند
از این مبادرت منع کند به همان دو بیانی که در بالا گفته شد.

اگر این دو وجه را کسی قبول نکند، باعث تراحم بین الحقین می شود، اگر تراحم
بين الحقين شود می شود مخیر اگر حقی اکثر اهمیتا باشد، آن مقدم می شود. به لحاظ
ارتکاز عرفی و مشترعه لعل حق مستأجر اهم باشد نسبت به حق زوج.

^۱ در عرف مسلمین تبعیت می کنند از حقی که شارع قرار داده است و بعد می شود حق عرفی. اما عقلاء به شارع نگاه نمی کنند بلکه یک اموری است برای تنظیم نظام دنیوی عرف که این نظامهای دنیوی را ذهنیت عرف شکل می دهد. (هم جلس).

مسألة ۱: يجوز للمولى إجبار أمه على الإرضاع إجارةً أو تبرعاً،

قنة^۱ كانت أو مدبرة أو أم ولد^۲

وأما المكاتبۃ المطلقة^۳ فلا يجوز له إجبارها بل و كذا المشروطة كما
لا يجوز في المبعة^۴ ولا فرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى اللبن أو لا
لإمكان إرضاعه من لبن غيرها.

این را سابقاً گفتیم که در قدیم انسان مالک اشیاء می شد اعم از اشیاء بی جان و
جاندار و از میان اشیاء جاندار هم اعم از انسان و حیوان. همانطور که انسان مالک یک
شتر و اسب و گوسفند می شد، مالک یک انسان دیگر هم می شد چه آن مملوک زن
باشد و چه مرد باشد. طبیعی است که این سلطنت و حقوقش بر انسان، با سایر اموال
مساوی نبود مثلاً اگر مالک یک گوسفند بود می توانست سر گوسفند را ببرد و بخورد
اما در مالکیت بر انسان این طور نبود که بتواند سر او را ببرد و یا گوشت او را بخورد
اینطور نمی باشد که ملکیتها در همه ازمان یکی باشد مثلاً در زماننا هذا مالک این میز
می باشید اگر این میز را آتش بزنید قانون حق این را ندارد که به شما اعتراض کند فرض
کنید قیمت آن صد هزار تومان است اما در زماننا هذا یک اسکناس هزار تومانی را نمی
توانید آتش بزنید به خلاف این میز که صد برابر این اسکناس قیمت داشت لذا در آن

^۱ قنه در مقابل قسيميش که مدبره است می باشد مدبره يعني انت حر دبر وفاتي قنه يعني امه محض.

^۲ که مولا از این زن بچه دار شده است این زن بعد از فوت مولا آزاد می شود.

^۳ مکاتبه ای است يعني می گوید این مقدار پول را به من بده تا آزاد شوی منتها به هر مقداری که پول داد آزاد می شود و مکاتبه مشروطه با او شرط می کند تا تمام پول را ندادی آزاد نمی شوی.

^۴ کنیزی که مقداری از آن آزاد و مقداری از آن کنیز است.

عصر هم اینطور بود که انسان که مالک انسان می شد این طور نبود که مالکیت شخص بر انسان مثل دیگر مالکیتهای او نسبت به سایر اشیاء غیر انسان، بوده باشد یک حدود و قصوری را داشت.

این یک نکته.

نکته دوم: گفتیم عقلاء بما هم عقلاء در معاملات و حقوق، سلوکی امضائی دارند امکان دارد که در یک عرفی حقی برای کسی قائل باشند و در عرف دیگر این حق را برای شخص قائل نباشند مثلا امکان دارد که در یک عرفی برای پدر این حق را قائل باشند که بتواند دختر را به عقد دیگری در بیاورد اما در یک عرف دیگری، این حق را برای پدر قائل نباشند. امکان دارد عرف از مکانی به مکانی و از زمانی به زمانی متفاوت باشد.

در عصر ما این حق مالکیت انسان بر انسان منسوخ شده است نمی دانیم در آن زمان این حق مالک نسبت به چه چیزهایی بوده است و در زمانی که بوده است به چه مقداری بوده است یا به لحاظ عرفها چه تفاوت‌هایی را داشته است الان اینها را ما واقعا نمی دانیم. امکان دارد که همین حق اجبار بر اراضع در یک عرفی بوده است و در یک عرفی نبوده است. امکان دارد در یک عرفی حق اجبار نسبت به امه ای که اولاد دار نباشد، باشد و امکان دارد در عرفی این حق نباشد. اما این مطالبی که ایشان می گوید اگر در یک عرفی این مالکیت و سلطنت اتفاق افتاد باید ببینیم حق مولا دایره اش در آن عرف به چه مقدار است و عقلاء در چه حدی امضاء می کنند ممکن است که در یک عرفی مولا حق داشته باشد که کنیز و عبد خودش را به قتل برساند و در یک عرف این حق نباشد در عرفی که این حق است آیا عقلاء امضاء می کند یا خیر؟ نمی دانیم. لذا این مسئله محل ابتلاء ما نمی باشد اگر محل ابتلاء بود، نگاه می کردیم که در آن عرف دایره حق مولا به چه مقدار بوده است. نمی دانیم این نظام برده داری بر گردد یا خیر. شاید در هزار سال آینده نظام عالم، نظام برده داری شود نمی توانیم بگوییم این چنین

خواهد شد یا خیر. اما در زمان ما منسخ است نمی‌گوییم منسخ شده است تا ابد اگر در عرفی اینطور شد باید حق شوهر را در همان عرف بسنجدیم.

مسئله ۱۱: لا فرق في المرتضع^۲

بین آن یکون معيناً أو كلياً و لا في المستأجرة بين تعين
مبادرتها للإرضاع أو جعله في ذمتها...

در مباحث گذشته داشتیم که ما می‌توانیم یک زن را اجیر کنیم برای ارضاع یعنی شیر دادن بچه. مرحوم سید به این مناسبت فروعی را مطرح کردند یکی از این فروع مسئله یازده است می‌فرمایند که ما می‌توانیم زنی را اجیر کنیم که بچه را شیر دهد نسبت به این بچه دو صورت است:

یک صورت این است که بچه معین است زن اجیر می‌شود برای شیر دادن به این بچه.

یک صورت هم این است که بچه کلی است زن را اجیر می‌کنند که بچه ای را با این مشخصات شیر دهد مثلاً بچه ای پنجماهه را با این خصوصیات شیر دهد.

عقد اجاره در هر دو صورت صحیح است چرا که شرائط عقد در آن تمام است.

اما نسبت به خود زن هم دو صورت برای اجاره وجود دارد:

یکبار اجیر کنیم برای ارضاع خودش یعنی خودش شیر دهد.

یکبار می‌توانیم اجیر کنیم برای شیر دادن اعم از اینکه خودش شیر بدهد یا دیگری شیر دهد یعنی اجیر شده است برای عملی که جامع بین شیر دادن و تسبیب به شیر دادن

^۱ سه شنبه ۹۸/۰۷/۰۹

^۲ شیر خوار.

است. حال آن زن دیگری که می آورد برای شیر دادن ممکن است که مستأجر این اجیر با او عقد اجاره بینند یا جعاله بینند یا تبرعا و مجانا از او بخواهد که شیر دهد.

پس اجیر کردن زن برای شیر دادن دو صورت دارد: صورت اول اینکه بچه معین باشد صورت دوم که بچه کلی است یعنی شما را اجیر می کنم برای شیر دادن یک بچه. نسبت به خود مرضعه هم دو صورت است: یکبار اجیر می کنیم که خودش شیر دهد به بچه. یکبار هم اجیر می کنیم برای شیر دادن نه اینکه خودش شیر دهد چه خودش شیر دهد یا دیگری را برای شیر دادن بیاور. هر دو اجاره ارکانش تمام است این عقدی است که عقلاً درست است.

خوب این مسئله این مقدارش روشن است و علی القاعده است.

*...فُلُو مَاتِ الصَّبِيِّ فِي صُورَةِ التَّعْيِينِ

أَوِ الْأُمْرَأَةُ فِي صُورَةِ تَعْيِينِ الْمُبَاشِرَةِ انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ...

بعد سید بر این مسئله مطلبی را متفرع می کند که اگر ما زن را شش ماه اجیر کردیم که به این بچه معین که بچه زید است شیر دهد، اما بعد از گذشت سه ماه این بچه مرد این عقد اجاره چه می شود؟ یا زنی را اجیر کردیم که شش ماه خودش مباشراً بچه را شیر دهد بعد از گذشت سه ماه، این زن مرضعه فوت شد این عقد اجاره چه صورتی پیدا می کند؟ ایشان می فرمایند که عقد اجاره هم در فرض اول و هم در فرض دوم از اول باطل بوده است. چرا؟ به جهت اینکه این زن فکر می کرده است که قدرت بر ارضا این بچه بعد از سه ماه را دارد به عبارت دیگر فکر می کرد که چنین منفعتی دارد که این بچه را شیر دهد بعد کشف خلاف شد و معلوم شد که فقط سه ماه می تواند شیر دهد چرا که بچه مرده بود و بچه مرده را نمی توان شیر داد یا در صورتی که خود زن بمیرد و مورد اجاره مباشرت در ارضا و شیردادن باشد این فکر می کرد که شش ماه قدرت و منفعت شیر دادن را دارد و بعد معلوم شد که سه ماه را می تواند شیر

دهد، عقد اجاره از همان اول در این دو فرض نسبت به سه ماه اول صحیح و نسبت به سه ماه دوم باطل است چه در جایی که بچه فوت شود و چه در جایی که زن مرضعه فوت شود چون در هر دو صورت کشف می کند که نسبت به سه ماه دوم، قدرت نداشته است و مالک چنین منفعتی نبوده است لذا این عقد اجاره نسبت به سه ماه درست است و نسبت به سه ماه دوم باطل است این فرضی است که سید فرموده است.

@ چرا گفتیم اجاره باطل است؟ چرا که عملی یا منفعتی را تملیک کرده است که آن منفعت را نداشته یا قدرت بر آن عمل نبوده است قویت منفعت نبئدیا قدرت نبود کشف می کند که عقد اجار از اول باطل بود سات دقت کنید مرحوم سید تعبیر کرده است به انفسخت انفساخ معناش این است که عقد اجاره نسبت به شش ماه صحیح است و لکن نسبت به سه ماه باقیمانده بعد منفسخ می شود اما مراد سید از انفسخت بطلت است یعنی این عقد اجاره نسبت به این سه ما از اول باطل بوده است قرینه اش بعد می آید.

این هم فرع دوم در این مسئله که این هم علی القاعده است. چرا که منفعت نداشته یا قدرت بر عمل نبوده است و در سیره عقلاء است که اگر منفعتی نباشد یا قدرت بر عملی نباشد و بر آن عقدی بسته شود آن عقد و قرارداد باطل است. مثل اینکه ما اصلا رانندگی بلد نمی باشیم اجیر می شویم برای کسی که او را با ماشینش به تهران ببریم این اجاره از اول باطل است چرا که از اول این شخص قدرت بر رانندگی نداشته است لذا عقد اجاره در سیره باطل است.

این هم فرع دوم در این مسئله.

...بخلاف ما لو کان الولد کلیا

أو جعل في ذمتها فإنه لا تبطل بموقته أو موتها ...

فرع سوم: سید می فرمایند که اگر زنی اجیر شد بر اینکه یک بچه ای را به نحو کلی را شیر دهد بچه زید نه بچه ای را شیر دهد بعد بچه زید را دادن که شیر دهد بعد از سه ماه بچه زید فوت شد در اینجا عقد اجاره باطل نبئدهس و منفسخ نم نیم شود یک بچه یدگر را می دهنتند شیر دهد یا اینکه زن اجیر شده است بر شیر دادن نه شیر دادن خودش که این بچه زید شیر داده شود یا توسط خودش یا توسط غیر بعد در اثناء در سه ماه این زن فوت شود بعد می فرمایند که این عقد اجاره نسبت به سه ماه دوم منفسخ نمی شود بلکه بر ورثه است که زن دیگری را بیاورند که بچه زید را شیر دهد. این روشن است چراکه در فرض اول که بچ زید فوت شود بچه زید خصوصیتی نداشت این زن اجیر شده بود برای شیر دادن بچه و بچه زید که مرد بچه دیگری می آورند. در فرض دوم که خود اجیر فوت شود در این جا هم همینطور دقت کردید در اینجا او اجیر نشده بود بر شیر دادن خودش اجیر بر اراضع بود الان آنها مالک این عمل هستند در ذمه این زن ورثه می توانند این ذمه را اداء کنند زن دیگری را قرار دهند که بچه زید را شیر دهد.

إلا مع تعذر الغير من صبي أو مرضعة.

فرع چهارم: اگر این زن اجیر شد برای شیر دادن یک بچه کلی و بچه زید بعد از سه ماه فوت شد اما بچه دیگری هک شیر بخودر نیست فقط یک بچه شیر خوار بود که بچه زید بود یا اجیر شد برای شیر دادن چه به توسط خودش چه به توسط دیگری اما بعد از سه ماه فوت شد اما زن دیگری که شیر داشته باشد دیگر موجود نمی باشد که بیاید و بچه زید را شیر دهد.

خوب در ما نحن فيه سید می فرمایند در اینجا هم مثل فرع اسبق است یعنی اگر بچه یا زن دیگری نباشد این عقد اجاره باطل می باشد نسبت به سه ماه دیگر. چراکه قدرت نداشته است بر شیر دادن در سه ماه دوم چرا در یک سه ماه قدرت بر شیر دادن داشته است اما اگر خود مرضعه بمیرد اینطور است نه قدرت بر شیر دادن توسط خودش

بود است نه قدرت بر شیر دادن بر یک مرضعه دیگر بنابراین عقد اجاره دوم باطل می شود. این هم فرع چهارم در این مسئله.

اما فرع چهارم در این مسئله را جدا جدا بررسی کنیم.

فرض اول که اجیر شد برای اراضع یک بچه به نحو کلی که بچه زید را به او دادند و بعد از سه ماه بچه زید مرد و بچه دیگری هم که شیرخوار باشد نمی باشد. گفتند اینجا عقد اجاره باطل می شود یا عقد اجاره منفسخ می شود. این را دقت کنید اشکل این فرض این است که ما اگر یک مالی را اجاره دادیم و مستأجر قدرت بر استیفاء نداشت آیا عقدت اجار باطل است یا منفسخ می شود؟ گفتشمی نه باطل و نه منفسخ نمی شود مثلاً این خانه برا یسکونت زید اجاره دادیم اما قبل از آن زید در زندان رفت یا فوت شد یا نفی بلد شد که دیگر نمی تواند این خانه در این بلد استفاده کند قدرتش را عقلائی از دست داد اما عقد اجاره عقلائی باطل نیم باشد باید اجرت این سکنای این خانه را به مالک خانه بدهد این فرع هم اینطور است الان که بچه ای نمی باشد که بیاروند و این مرضعه شیر دهد این بچه وجود ندارد مثل اجایی است که مستأجر نمی تواند از منفعت استفاده کند ننعقد اجاره دست است اگر گفتیم عقد اجار درست است می رویم سراغ فرع اول که اجیر شده بود که بچه زید را شیر دهد و بچه زید بعد از سه ماه می میرد. و زید نمی تواند این منفعت را استیفاء کند دیگر این مشکل اجیر نمی باشد مستأجر نمی تواند استیفاء کند لذا عقد اجاره درست است. لذا ما قائلیم در این دو جا عقد اجاره درست است.

اما فرض دوم که خود اجیر فوت شود:

و کسی دیگری نمی باشد که بخواهد شیر دهد در این صورت که کسی نیس تکه بخواهد شیر دهد آیا در اینجا عقد اجاره باطل است یا باطل نمی باشد. این مبتنی بر یک مطلبی که رد سابق خواندیم و آن مطل ب این بود که اگر جناب اجیر به اختیار خودش عمل را ترک کند عقد اجاره منفسخ می شود یا خیر؟ ما ها از کسانی بودیم که عقد اجاره منفسخ می شو و باطل نمی باشد اینجا هم جناب اجیر می توانست وصیت

کند چرا که جامع بین شیر دادن و تسبیب بود و یکی از موارد تسبیب وصیت است حالا که وصیت نکرده است عقد اجاره منفسخ می شود چرا که ما از کسانی هستیم که اگر اجیر به اختیار خود عمل را انجام نداد این عقد اجاره منفسخ می شود نه این که باطل می شود یا مستأجر حق فسخ دارد نه به اختیار خودش این کار را کرد اگر کسی را اجیر کردیم که خیاطت کند و عمداً خیاطت نکرد ما قائلیکه عقد اجاره منفسخ می شود لذا اینکه باطل شود که سید فرمودند درست نمی باشد. یعنی در نزد عقلاً این عقد منفسخ می باشد نه باطل.

ان قلت:

اگر وصیت هم کرده بود فایده ای نداشت چرا که فرضاً مرضعه دیگری نمی باشد.

قلت:

درست است که مرضعه دیگری نمی باشد اما اثر این وصیت این است که این شخص و اجیر که الان فوت شده است در صورت وصیت به عقد اجاره عمل کرده است یعنی یک فرد دیگر را ایجاد کرده بود. مهم نمی باشد که به حال زید فایده داشته باشد یا خیر اما مهم این است که اجیر به این عقد اجاره عمل کرده است.

مثل اینکه کسی را اجیر کردید که برای شما خانه ای بسازد و قصد شما هم سکونت در خانه بود و اجیر هم خانه را ساخت و موشك به خانه خورد و تخریب شد در این صورت باید تمام هزینه ها را تمام و کمال به اجیر بدهد با اینکه به قصد خودش نرسیده است و بلکه ضرر هم کرده است چون کلی هزینه کرده است و اگر بناء از همان اول این کار را انجام نمی دهد ضرر ش از این کمتر بود. در عین حال مستأجر عقلائاً ضامن تمام هزینه ها و اجرة المسمى می باشد.

۱۲ مسألة يجوز استئجار الشاة للبنها والأشجار للانتفاع بأثمارها والآبار للاستقاء و نحو ذلك

و لا يضر كون الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان لأن المنافع في المنفعة هو العرف و عندهم يعد اللين منفعة للشاة و الثمر منفعة للشجر و هكذا و لذا قلنا بصحة استئجار المرأة للرضاع و إن لم يكن منها

فعل بأن انتفع ببنها في حال نومها أو بوضع الولد في حجرها و جعل ثديها في فم الولد من دون مباشرتها لذلك فما عن بعض العلماء من إشكال الإجارة في المذكورات لأن الانتفاع فيها بإتلاف الأعian و هو خلاف وضع الإجارة لا وجه له.