

## بسم الله الرحمن الرحيم

«مدد الأعلام الأوحدي في فقه الأحكام الجعفري عليه السلام»

تقريرات خارج الفقه الجعفري  
للأستاذ السيد محمود المددی الموسوی

كتاب الاجاره

فصل چهارم: العين المستاجرة في يد المستاجر امانة  
(ضمان الاجرة)

بتحرير الفقير مهدي بهرام بيكي

## « کتاب الاجاره »

### ۱ فصل ۴ ( ضمان الاجره ) : العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة

فلا يضمن تلفها أو تعيبها إلا بالتعدي أو التفريط

&&&

اما يد:

یدی که فقهاء در اینجا می گویند مراد استیلاء بر مال است. ما دو قاعده داریم یکی قاعده ید: یعنی اماره بودن ید ید اماره بر ملکیت است.

یک قاعده علی الید داریم: این قاعده به معنای این است که اگر مالی تحت ید عدوانی تلف شود آن ذو الید ضامن است.

این «ید» در اینجا به معنای دست عرفی نمی باشد چرا که خانه و ماشین در دست این شخص نمی باشد بلکه او در دست خانه است بلکه به معنای استیلاء است. مالی که در دست دیگر است و تحت استیلاء شخص است سه حالت دارد:

ملک کسی نمی باشد مثالهای زیادی دارد مثلاً قسمتی از بیابان را سقف زدیم و اموالی را انبار کردیم که این قسمت تحت ید ما می باشد اما مملوک دیگری نمی باشد.

یا اینکه این مال تحت استیلاء مملوک شخص یا دیگری می باشد:

اگر مملوک شخص باشد مثل این که ماشین شخص در تحت استیلاء خودش است.

اگر مملوک دیگری باشد مثل اینکه ماشین و عبا و کتاب دیگری تحت ید و استیلاء ما است بدون این که مالک آن عبا و ماشین و کتاب باشیم. اگر این مال که مال دیگری است تحت استیلاء شخص باشد اینجا ید تقسیم یم شود به ید عدوانی و ید امانی.

تارة ید عدوانی را تعریف می کنند و در مقابلش می شود ید امانی می شود و تارة ید امانی را می گویند که مقابلش می شود ید امانی. پس مورد ید امانی مال مباح یا مال شخص نمی باشد بلکه استیلاء بر مال غیر است.

ید امانی اگر تعریفش کنیم: این استیلاء باید به یکی از سه اذن باشد یا به اذن مالک یا به اذن شارع یا به اذن عقلاء باید باشد. اگر یکی از این سه اذن بود این ید می شود ید امانی اگر بدون اذن این سه باشد این یک می شود عدوانی.

ابتداءً از مالک شروع کنیم و بعد شارع و بعد به عقلاء برسیم.

در مالک که می گوئیم اعم از اذن مالک و ولی مالک. مثلاً عبای زید در اختیار من باشد به اذن زید یا به اذن ولی زید این ید می شود امانی. یا این عبا و کتاب ملک کتابخانه و مسجد مورد وقف است اگر ولی وقف اذن دهد این می شود اذن مالک. چرا که مالک یا قاصر است که نیاز به ولی دارد می تواند بچه یا مجنون یا مسجد یا موقوف علیه باشد. مالک رشید هم که خود مالک است.

مالک وقتی ولی دارد که از قصرین باشد. این ولی که گفته می شود اعم از ولی عرفی و ولی شرعی که بعد توضیحش می آید.

اولین مورد از ید امانی به اذن مالک است.

دومین جای ید امانی جایی است که به استیلاء او بر مال به اذن شارع باشد که این مال می شود مال امانی مثلاً در مال لقطه باید یک سال تعریف کنید در طول یکسال در ید شماست و در ید کسی است که پیدا کرده است. مالک که اذنی نداده است این را شارع اذن داده است.

گفته نشود که ما علم داریم که شخص مالک راضی است اولاً از کجا چنین علمی است چرا که اگر آنجا بگذارد باشد شخص بر می گردد و بر می دارد و ثانیاً اگر شما علم داشتید و شخص هم در واقع رضایت نداشت ید شما چه یدی است؟! عدوانی.

بالاخره ید امانی به اذن من العقلاء:

فرض کنید کسی مالی را عاریه پیش ما گذاشته است بعد از مورد عاریه می خواهیم مال را بر گردانیم اما بعد از عاریه او را پیدا نمی کنیم این یدش بر مال ید امانی است نه به اذن مالک اذن در تصرف ندارد. ید او امانی است به اذن من العقلاء یعنی او از نظر عقلاء مأذون از طرف عقلاء است تا مالک را پیدا کنیم.

اگر مالی از این سه مورد خارج شد می شود ید عدوانی.

این را دقت کنید ما ها قائل شدیم چهار نفر را در اینجا داریم مالک و یکی شارع و یک عرف و یکی عقلاء. ما با این چهار نفر سر و کار داریم.

مالک یعنی کسی که مالک مال است که اعم از مالک و ولی. وکیل هم مأذون از طرف موکل است و فعل مستند به موکل می شود و می تواند بگوید بعت عبائی با اینکه وکیل فروخته است. اما در ولی مستند به مولی علیه نمی شود لذا اگر زید مجنون ولیش خانه را فروخت درست نمی باشد که بگوییم که زید مالش را فروخت بلکه ولی او فروخت یا در صورتی که ولی مسجد مال مسجد را فروخت درست نمی باشد که بگوییم که مسجد مالش را فروخت.

اگر مالک ما زید باشد ما دو عرف داریم: عرف خاص و عرف عام. عرف خاص یعنی عرفی که زید از اعضاء و افراد آن عرف می باشد عرف عام یعنی همه اعراف خاصه. در این مباحث مراد ما از عرف عرف خاص است چون معیار در اینجا عرف خاص است و عرفا عام کالحجر فی جنب الانسان می باشد.

فقهاء سه بخشش کردند مالک و شارع و عقلاء &&&

ما ها شارع را از رقابت بیرون آوردیم و گفتیم که اگر شارع اذن در استیلاء بدهد از دو حال خارج نمی باشد: یا عرف خاص زید هم اذن بدهد این اذن شارع اثر دارد و اثر تکوینی دارد که یعنی اذن شارع باعث می شود که عرف هم اذن دهد یعنی اذن شارع عرف ساز است اما اگر عرف خاص زید اذن ندهد این اذن شارع در معاملات اثری ندارد.

لذا شارع را کنار می گذاریم.

چرا که معاملات از موضوعات است. چرا که خداوند عالم مولایی مثل همه موالی است و فرقی این است که مولویت ذاتی دارد مثل دیگری موالی در طول جعل نمی باشد. پس ما که می گوییم مولا حتما عبودی است چرا که از معانی متضایف می باشد مثل ابوت و بنوت.

خوب این مولا که مولویت دارد اصلا مولویت به معنای حق الطاعة است یعنی بر عبدش حق الطاعة دارد که دایره این حق الطاعة در تکلیف یعنی طلب می باشد یعنی اگر مولا تکلیفی کند بر عبد عقلا تبعیت کند اما در دایره غیر تکالیف نسبت به عبد هیچ حقی ندارد.

در همین موالی عرفیه اگر مولا از زید طلب کرد باید اطاعت کند اگر گفت من اعتبار می کنم مالکیت فلان را بر فلان شیء آیا آن عبد هم باید اعتبار کند؟ خیر. اگر بعد گفت تصرف تو نباید بدون اذن مالک باشد باز نباید در این مالی که مولا اعتبار

مالکیت کرده است برای خالد، تصرف کند اما این اعتبار مولا اثری ندارد چرا که اگر اعتبار هم نکرده بود، و مولا امر می کرد که بدون اذن خالد در این مال تصرف نکن، باید تصرف نمی کرد. حتی اگر بالعکس هم اعتبار کرده بود باز اثری ندارد باز اگر مولا امر کند به تصرف به اذن او، باید اطاعت کند. لذا اعتبار شارع اگر بدون تکلیفی باشد، اثری ندارد. البته اثر تشریعی ندارد اگر اثر تکوینی داشت، که آثار آن بار می شود. حتی اگر هیچ اعتباری نکرده باشد اما در عین حال گفته باشد که در تصرف در این مال از خالدی که اصلاً ملکیتی در این مال ندارد، اذن بگیر، عبد باید اطاعت کند. اگر اعتبار کند و طلب نکند اصلاً اثری ندارد. مثلاً در طهارت و نجاست که خوردن و مأكول و مشروب &&&

شارع اعتبار نجاست و طهارت نکند و بگوید که این دم و بول و خمر اینها را نخور و ملاقی اینها را هم نخور این عدم اعتبار نجاست و طهارت اثری ندارد. این صیاغتها و گفتن و نگفتن و ... &&& اصلاً اثری ندارد اما این روال تشریعی است که اول اعتبار نجاست بکنند و بعد برای اشیاء نجس طلب و منعی داشته باشد اصلاً معلوم نمی باشد که شارع اعتبار نجاست کرده باشد &&&

حتی احتمال دارد بعضی از اعیان نجسه اعتبار حرمت نکرده است مثل میته و نجاست انسانی دیده است که طبعاً انسان نمی خورد و تنفر دارد این را نمی خورد لذا اصلاً تشریع نکرده است حرمت را و اگر هم تشریع می کرده است لغو یا کالغو بوده است چرا که اگر کسی طبعش به جایی برسد که بخواهد اینها را شرب کند، دیگر تحریم شارع هم اثری ندارد. اما در عین حال ملاقی با اینها را که طبع انسان زیاد تنافر ندارد حرمت را تشریع کند.

اعتبارات شارع اثر تکوینی دارد مثلاً نهی از تصرف بیش از یک سوم کرده است و واقعاً نهی نکرده است و می خواهد اثر تکوینی می گذارد و رفته رفته وصیت در بیش از یک سوم را امضاء نمی کند.

## عرف: &&

اذن عرف مقدمه ای در اذن عقلاء که این عرف را محترم بدانند یا خیر.

یک شخص می تواند عضوی از چندین عرف خاص است مثلاً زید از عرف مسلمین و شیعه و مردم ایران هم است و اگر این اذن را یکی از این اعراف بدهد کفایت می کند. پس اذن عرف به امضاء عقلاء می رسد یا خیر. ید امانی یدی است که عقلاء اذن دهد ولو در طول اذن مالک یا عرف. ما ید امانی می گوئیم که استیلاء و صاحب الید عند العقلاء مأذون باشد که عقلاء مستقیماً نقشی ندارند که اگر مالک یا عرف خاص اذن دهد عقلاء این اذن را قبول می کنند. اذن غیر عقلائی که مالک یا عرف اذن نداده است یا اذن داده اند و عقلاء قبول و امضاء نکرده اند.

مثلاً در عرف مسلمین مال کافری را استیلاء کرده است در فتوای جمعی از فقهای ما ما می توانیم مال کفار را سرقت کنیم و می توانیم آن مال را تملک کنیم یا خیر تملک نکنیم و نگهش داریم. اگر تملک کنیم از بحث خارج می شود اما اگر خواستیم نگه داریم و تملک نکنیم و در عرف بعض مقلدین مأذون است اما عقلاء امضاء نمی کنند این ید اینها در نظر ما عدوانی است حتی اگر خود ما هم از مقلدینی باشیم که قائلیم این اذن را داریم یا از فقهای می باشی که قائل به جواز نگه داشتن مال کفار می باشیم باز این ید عدوانی است.

## ۱ ضمان یعنی اینکه ذمه ما در قبال شخصی &&&

فرض کنید که ما شیشه غیر مسلمانی را شکستیم. آقایان فقهاء قائلند که ضامن نمی باشد ما گفتیم که عقلاء ضامن است و عرفاً ضامن نمی باشد و اگر کافر آمد تقاص کرد و شیشه مسلمان را شکست یا معادل پول شیشه را برداشت در اینجا عرفاً ضامن و عقلاً ضامن نمی باشد.

پس آنچه ما در بحث ضمان گفتیم ضمان عرفی و عقلائی است که تارة با هم جمع می شوند و تارة با هم جمع نمی شوند مثل &&& مثالهای زده شده است. لذا ضمان شرعی نداریم یعنی ضمان شرعی، تابع امضاء عرف یا عقلاء است. نوعا ضمان عقلائی است پاره ای از اعراف هم ضمانهای خودشان را دارند. بلکه ممکن است که عقلا و عرفا ضامن نباشیم در عین حال شرعا مکلف به اداء پول شیشه یا جبران خسارت باشیم. و این صرف تکلیف است و اگر انجام ندهد معصیت کرده است.

شارع گفته است که اداء دین و ضمان واجب است تابع استظهار ما از دلیل است شارع می تواند بگوید که اگر به مردی مدیون شدید ضامن هستید به اداء و اگر به زن ضامن شدید می توانید اداء نکنید این شارع است که عملی را تابع مصلحتی بر شخصی واجب می کند و بر شخصی واجب نکند. یعنی اگر گفتیم که اداء دین عرفا یا عقلا واجب است شارع هم واجب کرده باشد.

شارع که ضامن کرده است و عقلاء و عرف ضامن نمی دانند تارة قصد شارع در ایجاد ضمانت، اثر تکوینی است که دیگر اثری ندارد و اگر قصد او تکلیف است که باید اداء کند در عین حال ضامن نمی باشد و صرف تکلیف است. حال اینکه این ضمانتی که او اعتبار کرده است از باب اثر تکوینی یا تکلیف این بسته به استظهار ما از ادله است. ما قائلیم که اگر شارع بگوید فعلی حرام است اثر تکوینی می گذارد و خود به خود باطل شده است و ما در شریعت فقط تکلیف داریم و صحت و بطلان نداریم اما وقتی تحریم شرعی صورت می گیرد اثر تکوینی او بطلان است لذا فقهاء دائما سعی داشته اند که بطلان و صحت شرعی بسازند لذا می گفتند که بیع خمر در نزد عرف مسلمین باطل است و در نزد عقلاء صحیح است این معنا ندارد که در نزد عرف مسلمین باطل باشد و در نزد عقلاء صحیح باشد اگر در نزد عرف مسلمین باطل باشد دائما در صورت عدم تعارض با حق دیگری، در نزد عقلاء هم باطل است.



&&&

## اصطلاح بعد تلف و اتلاف است.

تلف یک شیء اگر به انسان باشد به آن اتلاف می گویند و اگر مستند به غیر انسان باشد می گویند تلف. اگر دست بچه ای یک روزه که هنوز هیچ نمی فهمد و یا دست دیوانه ای به لیوانی بخورد و آن لیوان بشکند به این اتلاف می گویند. حالا اگر مالی تحت ید من است و زید این مال را منعدم کرد این انعدم مال تلف است یا اتلاف است؟

این از مصادیق اتلاف است تارة تلف که می گویند این را می گیرد به لحاظ زید می شود اتلاف و به اعتبار صاحب ید می شود تلف چرا که مستند به او نمی باشد. تلف که گفته می شود به قرینه مراد این است که نسبت به ذوالید اتلاف نباشد. لذا اتلاف ذوالید از بحث بیرون است.

این عبا را به کسی دادیم و می خواست بگذارد روی میخ بگذارد اشتباه روی بخاری گذاشت و سوخت این اتلاف است و ضامن است. و آنچه ضمان نمی آورد برای ید امانی تلف است نه اتلاف. مراد از تلفی که در تحت ید او ضامن نمی باشد یعنی انعدام باید مستند به او نباشد نه اینکه به دست انسان نمی باشد. اتلاف دائما سبب الضمان است و افراط و تفریط مهم نمی باشد. اما در تلف بین تعدی و عدم تعدی و تفریط فرق می گذاریم. حتی انسان در خواب و بیهوش چیزی را منعدم کند این مصداق اتلاف است چرا که مستند به او است، لذا ضامن می باشد. عقلاء هم ضامن می دانند. از جیب صاحب مال نمی رود چرا که برای انسان ذمه قائلند بخلاف حیوان و اشیاء مثل گوسفندی بیاید و میوه را بخورد دیگر حیوان را ضامن نمی دانند. بله اگر جمعیت یا بادی انسان را روی شیشه انداخت و شیشه شکست در اینجا انعدم مستند به انسان نمی باشد و تلف است اما جمعیت هم ضامن نمی باشد چرا که

ذمه ندارد و اگر کسی این شخص را حول داد و شیشه شکست، این شخص ضامن نمی باشد چرا که مستند به او نمی باشد و حول دهند ضامن است چرا که مستند به اوست و مباشر هم می باشد چرا که فرد حول داده شده مثل سنگ است. لذا دائما استناد مهم است.

تفریط فرقی با تعدی: تفریط کوتاهی در نگهداری مال است مثل اینکه ماشین را اجاره کرده است و متعارف است که در این منطقه و شهر ماشین را می برند پارکینگ یا دزد می برد یا این ماشین متعارف نمی باشد که بیرون بگذارد یا متعارف این است که در را قفل کنند و در را قفل نکرد این تفریط است.

تعدی این است که در آن دایره ای که گرفته استفاده نکند مثلا ماشین را برای رفتن به تهران اجاره کرده است و این شخص برود به اراک فرض این است که برای ماشین فرق نمی کند که اراک برود یا تهران برود و فرض این است که اگر مالک هم می دانست اجاره می داد. در این صورت تعدی است اما تفریطی نکرده است و کوتاهی هم نکرده است چرا که فرقی بین رفتن تهران و اراک نمی باشد یعنی در مورد اجاره تعدی کرده است.

بله تارة این تهران از باب روتین است و اجاره کرده است برای مسافرت این دیگر تعدی نمی باشد و از بحث خارج است.

مثلا اجاره کرده است ماشین را برای چهار نفر اما این شخص ۸ نفر را سوار کند این هم تفریط است و هم تعدی. در صورتیکه برای سه نفر اجاره کرده است این تعدی است اما تفریط نمی باشد و جایی که تفریط می باشد و تعدی نمی باشد مثل اینکه &&&& در تعدی و تفریط دو تصرف عدوانی است لذا دو معصیت کرده است و لو خسارتی هم وارد نشود و ضامن نشوید اما معصیت است.

یک اصل دیگه هم گفته شود که احترام اموال یا عدم احترام یا احترام عمل یا عدم احترام. فقهاء قائلند که ما اصلی داریم به نام احترام اموال و اعمال.

احترام در اموال یعنی تصرف در این مال بدون اذن مالک آن مال عقلاً ممنوع است. مگر موارد خاصه ای عقلاً منعشان را بر می دارند که این احترام تکلیفی است و در مقابل این احترام وضعی است که الاف هر مالی سبب الضمان است مگر اینکه موارد خاصه ای که آن اتلاف را موجب ضمان نمی دانند یک مورد سومی را به مورد دوم اضافه کرده اند که اگر مالی تحت ید تلف شود و ید عدوانی باشد، این هم موجب ضمان است. لذا وقتی می گوییم محترم است یعنی تصرف بدون اذن مالک ممنوع و اتلاف یا تلف تحت ید موجب ضمان است و محترم نمی باشد یعنی تصرف بدون اذن ممنوع نمی باشد و موجب ضمان هم نمی باشد مثلاً فرشی را در وسط خیابان انداخته است این محترم نمی باشد و نه ممنوع است و نه موجب ضمان است. تارة این احترام و عدم احترام نسبی است مثلاً نسبت به شخصی محترم است و نسبت به طرف دیگر غیر محترم می باشد و نسبت به عملی محترم است و نسبت به عملی غیر محترم می باشد مثلاً فرشی در وسط خیابان نسبت به راه رفتن غیر محترم می باشد و اگر چاقو بردارید و پاره کنید محترم است.

<sup>۱</sup> وجه عدم ضمان: ضمن یک حکیم است عرفی و عقلانی وقتی م یگوییم ضامن نیم باشد یعنی عرفاً و عقلاً ضامن نمی باشد.

ما از کسانی بودیم که اگر بخواهیم بگوییم ضامن نمی باشد یعنی محترم نمی باشد یعنی باید عند العقلاء الغاء احترام شده باشد در نزد عقلاء این الغاء احترام عقلاً مسبوق است به الغاء احترام خود مالک اگر مالک الغاء احترام کرد و عقلاً هم بر اساس این الغاء احرام مالک الغاء احترام کرد مستأجر ضامن نمی باشد به این

می گویند امانت مالکانه یا الغاء احترام مالکانه در ما نحن فیه وقتی مالی را اجاره می دهیم منافع را تملیک می کنیم به مستأجر اگر مستأجر بخواهد از منافع استفاده کند عادتاً باید عین در اختیار مستأجر و تحت ید او باشد. مالک عین مستأجره را در اختیار مستأجر قرار می دهد. وقتی که در اختیار مستأجر قرار یم دهد مالک دو کار می تواند بکند: یکی اینکه نسبت به مال خودش الغاء احترام نکند یعنی اگر تحت ید او تلف شد ضامن باشد یا خیر می تواند الغاء احترام کند اما باید عین را در اختیار مستأجر قرار دهد اما متداول و متعارف مالکین الغاء احترام می کنند و زمانی که الغاء احترام کرد دیگر مستأجر ضامن نمی باشد مثلاً شما خیلی اوقات وسایلتان را به تعمیرکار می دهید که تعمیر کند خوب وقتی این کولر شما خراب شده است باید برود در مغازه و تعمیر شود لذا باید این کولر تحت ید تعمیر کار باشد مالک وقتی این مال را در مغازه قرار می دهد می تواند الغاء احترام کند یا نکند اما متعارف الغاء احترام است چرا که اگر الغاء احترام نکند تعمیر کار قبول نکند. الغاء احترام یعنی اینکه این را در تحت ید شما قرار دهیم این به نحوی است که شما نسبت به تلف آن ضامن نباشید. نسبت به تلف الغاء احترام می کند. لذا اگر شب دزد آمد و کولر را دزدید این تعمیر کار دیگر ضامن نمی باشد. البته می تواند الغاء احترام کند نسبت به اتلاف مثل اینکه شما یم روید خانه کسی به شما میوه تعارف می کند که همین تعارف یعنی الغاء احترام می کند به نسبت اتلاف البته اتلاف به اندازه متعارف. میوه مال شما نمی شود و ملک غیر است اما خودش الغاء احترام کرده است حتی نیاز نمی باشد که تعارف کند همینکه میگذارد در وسط اتاق این الغاء احترام است نسبت به اتلاف. عقلاء هم در این موارد که مالک الغاء احترام می کند عقلاء هم الغاء احترام می کنند و یعنی در نزد عقلاء این مال دیگر محترم نمی باشد و شخص متلف دیگر ضامن نمی باشد.

مجموع الغاء احترامها سه تا است: الغاء احترام در تلف مثل اینکه عین مستأجره را به مستأجر می دهد یا مال را در تعمیرگاه می گذارد. الغاء احترام در اتلاف که مثالش همان میوه است که گفته شد.

الغاء احترام در تملک: مثل اینکه مالی که ما اعراض می کنیم وقتی صندلی کهنه یا هر وسیله ای را داخل کوچه می گذاریم این الغاء احترام در تملک است که معنایش این است که دیگران می توانند این را تملک کنند. اگر در این صورت که الغاء احترام در تملک کند اگر کسی قصد تملک نکرد و این وسیله را معیوب کرد شخص متلف این را ضامن است. در نظر بعضی که این اخراج از ملک است که لعل نظر مشهور باشد مثل مرحوم صدر که در این صورت دیگر شخص متلف ضامن نمی باشد. ما تابع مرحوم خوئی است و شاهدش هم این است که خروج از ملک نمی باشد این است که اگر شخصی بیاید این معرض عنه را تلف کند عقلاء این شخص را ضامن می دانند. بله ممکن است که دیگران اشکال کنند که این قرینه است که اعراض نکرده است و اذن در تملک داده است.

دلیل هر دو سیره است. تملک هم به قصد است و این قصد ارتکازی هم باشد کفایت می کند. هبه اگر عقد باشد که مشخص است اگر نباشد از همین قبیل الغاء احترام نسبت به تملک است و اگر گفتیم که این نحوه از اعراض خروج از مال است اگر کسی برداشت از موارد حیاة است.

لذا عدم ضمان را بر می گردانیم به الغاء احترام عقلائی. در خارج متداول این است که اگر عین مستأجره را اجاره دهند، الغاء احترام در تلف است در طول این الغاء احترام مالکانه لذا مستأجر در صورت تلف، ضامن نمی باشد.

این نسبت به قبل از تعدی و تفریط.

تفریط یعنی کوتاهی در نگهداری و تعدی یعنی استفاده در غیر مورد اجاره که قبلاً هر دو تعریف شد. در صورت تفریط و تعدی مستأجر ضامن است.

چرا در مورد تفریط و تعدی ضامن می باشد؟

خوب دقت کنید اگر در عدم ضمان دقت کنید وجه ضمان مشخص می شود چرا که عدم ضمان و الغاء احترام در طول الغاء احترام مالکانه بود خوب در موارد تعدی و تفریط دیگر مال الغاء احترام نکرده است لذا عقلاء هم الغاء احترام نمی کنند و شخص ضامن است. سیره بر این است که اگر مال تحت ید شخصی تلف یا اتلاف شود و الغاء احترام مالکانه نشده باشد ضامن است.

اما فرع دیگر که در همین مثال تفریط و تعدی اما خسارت از باب تفریط و تعدی نباشد مثلاً به ماشین قفل فرمان نزد و این ماشین را هم ندزدیدند و شخصی آمد به این ماشین خط انداخت یعنی اگر قفل فرمان هم داشت باز این خط را می انداخت ایا این خسارت را ضامن می باشد در اینجا سه قول است:

قول اول اینکه این شخص ضامن می باشد و قول دوم این است که این شخص ضامن نمی باشد و قول سوم که تفصیلی شده اند.

اما وجه قول اول که ضامن است این است که وقتی تفریط می کند این الغاء احترامش را برداشت و ما قاعده ای داریم که اگر مالی تحت یدی کسی تلف شد، ضامن است الا اینکه الغاء احترام کند مالک که فرض است که مالک الغاء احترام نکرده است. به این صورت که مالک اگر بداند که شخص تعدی و تفریط می کند کلاً اجاره نمی دهد.

وجه قول دوم که گفته است که ضامن نمی باشد گفته است که مالک در دایره تفریط الغاء احترام نکرده است یعنی می آمد دزد ماشین را می برد اما در این خسارت

قفل فرمان تأثیری ندارد. لذا الغاء احترام کرد هاست در این خسارت لذا ضامن نمی باشد.

وجه قول سوم که تفصیلی شده است و گفته است تارة این فریطی که کرده است نقشی در این خسرت ندارد مثل ما نحن فیه و قفل فرمان لذا ضامن نمی باشد اما تارة تفریط نقش دارد مثل اینکه شب که می شود ماشین را داخل گاراژ می گذارند تا دزد نبرد نه بخاطر این که کسی روی آ «خط نیاندازد و اگر بخاطر خط نیانداختن بود روز هم در پارکینگ می گذارند. اما شب که پارکینگ نبوده است دزد نبرده است اما اگر در پارکینگ می گذاشت خط هم دیگر نمی انداخت. در صورتی که نقش دارد ضامن است و اگر نقش ندارد ضامن نمی باشد.

ما ها تابع قول سوم شدیم و این قول را تقویت کردیم.

### ۱... و لو شرط الموجر علیه ضمانها بدونها

#### فالمشهور عدم الصحة لكن الأقوى صحته

حالا اگر جناب موجر شرط کرد که اگر تحت ید تو تلف شد بدون تفریط و تعدی ضامن باشی و مستأجر قبول کرد، آیا این شرط صحیح است یا فاسد؟ مرحوم سید مرتضی و محقق اردبیلی و سبزواری و صاحب ریاض از قدما قائل به صحت بوده اند و مشهور قدما هم قائل به فساد این شرط شده اند و مرحوم سید هم پیرو قلیل شده است که قائل به ضمان شده اند.

ببینیم وجه فساد چه می باشد؟

قبل از ورود به وجه مقدمه ای می گویم.

شرط ضمن عقد به دو قسم تقسیم می شود:

شرط فعل و یکی هم شرط نتیجه.

شرط فعل :

شرط فعل این است که احد المتعاقدين ملتزم می شود به انجام یک عملی مثلا دو رکعت نماز بخواند قرائت قرآن بکند فلان مال را بدهد یا فلان جا برود یا فلان کار را انجام ندهد این شرط فعل و شرط نتیجه خیلی مهم است مثلا یک زنی با مردی ازدواج می کند این زن شرط می کند که در دوران ازدواج با من حرف نزن و به من دست نزن و مرد هم قبول کرد. یعنی احد المتعاقدين عملی لا ملتزم می شود انجام دهد یا ترک کند.

اثر آن این است که بعد از عقد آن عمل بر مشروط علیه واجب می باشد. که در این صورت فعل واجب است نه اینکه ترک آن حرام باشد مثلا شرط کرده است سیگار نکشد سیگار نکشیدن واجب است نه سیگار کشیدن حرام است الا در صورتی که شرط بکند فعل حرامی یا ترک انجامی در اینجا این شرط واجب الوفاء نمی باشد و جایز هم نمی باشد نه اینکه شرط فاسد است در این صورت برای مشروط له حق الفسخ می باشد. در شرط فعل اصلا معنا ندارد که خلاف مقتضای عقد باشد بلکه دائما مقتضای عقد است یعنی مثلا در بیع حصول ملکیت است و در ازدواج زن و شوهر شدن مقتضای عقد است که حاصل می شود لذا اگر در بیع کتاب شرط شود که مطالعه نکند یا ازدواج کند و شرط کند که هیچ گونه لمس و نگاه و .. نداشته باشند این هم خلاف مقتضای عقد نمی باشد چرا که هدف زن و شوهر شدن است که حاصل شد. و لو این زن و شوهر شدن و این ملکیت اثری نداشته باشد باز این شرط خلاف مقتضای عقد نمی باشد.



نگویید که این عقد غرض عقلائی ندارد در خیلی از عقود دنبال اغراض عقلائی و حکیمانه نگردید که در عقلاء معاملات زیادی صورت می گیرد که اغراض حکیمانه نمی باشد و حتی اگر سفهی باشد مشکلی ندارد اگر چه سفهی هم نمی باشد چرا که اغراض متفاوت است در عین حال عقلاء امضاء می کنند چرا که افراد بر مال خودشان سلطنت دارند. تنها معامله ای که صحیح نمی باشد معامله سفیه است نه سفهی. اما شرط نتیجه:

در شرط نتیجه هیچ فعلی را طرفین ملتزم نمی باشند بلکه می خواهند نتیجه یک فعل حاصل شود مثلاً نتیجه بیع ملکیت است نتیجه تملیک من که یک فعل است ملکیت شما است به کتاب. می گوید این عبا را از تو می خرم به شرط اینکه این کتاب ملک من باشد یا فلان خانم زوجه من باشد نه اینکه به شرط این که با من ازدواج کند یا این کتاب را تملیک کنی. یا می گوید فلان معامله را انجام می دهم به شرط این که تو از من مطلقه شوی. لذا در شرط نتیجه، نتیجه یک معامله دیگر را در ضمن عقدی شرط می کنیم مثل نتیجه بیع و اجاره و رهن و طلاق و ازدواج و ... را شرط می کند. دائماً این نتیجه، نتیجه معامله است که ایقاع را هم شامل می شود مثل نتیجه فعل طلاق.

در ضمان معاملی مثل ضمانی که در بیع می آید - نه ضمان غیر معاملی که مثلاً در اثر شکستن شیشه حاصل می شود - یکبار خودش نتیجه عقد است مثل عقد ضمانت بین بیمه و شخص یا ضمانی که نسبت به ثمن در معامله بیع و ... به ذمه انسان می آید مثلاً من عبا را می خرم و ضامن ثمن عبا می شود این مراد نمی باشد بلکه من این عبا را با کتاب معاوضه می کنم یا به ۵ هزار تومان می خرم به شرط اینکه طرف مقابل یا من ۶ هزار تومان بدهکار و ضامن شوم.

ما یک روایتی معتبر داریم که دلیل صحت و نفوذ شروط ضمن عقد است المومنون عند شروطهم.

در معاملات && گفته ایم که این فقط شرط فعل را امضاء می کند اگر دنبال امضاء باشیم نه شرط نتیجه.

این روایت می گوید که مومن از شرطش جدا نمی شود و عمل به شرط در شرط فعل معنا دارد و در شرط نتیجه عملی شرط نشده است که وفاء به آن معنا داشته باشد. در شرط نتیجه خود به خود اثر می آید و وفاء اصلاً معنا ندارد چرا که امریست واقعی و قهری.

الان بحث وجوب عمل به این شرط است نه صحت و حق داشتن یا خیر لذا به این روایت در اثبات وجوب نیاز داریم و الا در صحت عقد و حق الفسخ عقلاء کفایت می کرد یعنی باید می دیدیم که لازم الاجراء است یا خیر، حق الفسخ بود در صورت تخلف یا نه.

در صورت شرط فعل مثلاً شرط کرده است که غیبت نکند، اگر شخص بعد از قبول غیبت کرد دو معصیت کرده است یکی اینکه غیبت کرده است و یکی هم اینکه به واجب که وجوب وفاء به شرط بود، عمل نکرده است.

شرط ضمان به دو صورت است تارة به نحو شرط فعل و تارة به نحو شرط نتیجه که سید هر دو را متعرض شده است:

شرط نتیجه این است که جناب مالک بگوید هر خسارتی بر این عین وارد شد تو به من بدهکار باشی.

صورت دوم شرط فعل است که مالک می گوید که اگر خسارتی بر این ماشین وارد شد تو تدارک کن یعنی معادل آن خسارت به من تملیک کن.

مرحوم سید اول شرط نتیجه و بعد شرط فعل را بحث کرده اند: &&&

مشهور فقهاء گفته اند این شرط نتیجه باطل است یعنی این شرط لغو است عقد درست است یعنی اگر خسارت یا تلفی بر عین وارد شد مستأجر ضامن نمی باشد. مثل اینکه شخصی با کسی بیعی انجام می دهد به شرط اینکه فلان خانم زوجه من باشد بیع حاصل می شود اما آن خانم زوجه نمی شود.

<sup>۱</sup> مشهور فقهاء گفته اند که این شرط نتیجه فاسد است و می دانید که شرط فاسد مفسد عقد نمی باشد یعنی عقد درست است اما شرط فاسد می باشد. لذا جناب مستأجر در صورت وارد شدن تلف یا خسارت ضامن نمی باشد.

سید فرمودند اقوی این استهین شرط صحیح است و مستأجر ضامن است.

ابتداء برویم سراغ ادله مشهور:

مشهور که قائل به بطلان این شرط شده اند وجوهی را ذکر کرده اند:

وجه اول:

این شرط ضمان خلاف کتاب است و هر شرطی که بر خلاف کتاب باشد باطل است. ما روایت هم داریم که هر شرطی که خلاف کتاب باشد فهو مردود. ما حتی گفتیم که اگر روایت هم نبود و شرط مخالف کتاب بود علی القاعده شرط باطل است. در کتاب آمده است ما علی المحسنین من سبیل. یعنی اگر در طریق به احسان به غیر خسارتی وارد شد محسن ضامن نمی باشد. مستأجر در اینجا محسن است چرا که مال موجر را حفظ می کند اما در بین این حفظ خسارتی وارد شده است. قبل از این که وارد این جواب شویم اشاره ای به قاعده احسان شود.

قاعده احسان یکی از قواعد فقه ماست که عبارت باشد از اینکه اگر در طریق

احسان محسن تلف و اتلافی وارد کرد &&& محسن ضامن نمی باشد.

---

<sup>۱</sup> سه شنبه ۹۵/۱۱/۱۲.

مثال اتلاف: مثلاً شخصی خانه اش در حال سوختن در آتش است و برای اطفاء حریق باید وارد خانه شوند و شخص در را می شکند و شروع می کند بر اطفاء حریق آیا این شخص ضامن این در شکسته شده است یا خیر؟ قاعده احسان می گوید که این خسارت را ضامن نمی باشد چرا که در راه احسان دیگری این اتلاف را انجام داد.

مثال تلف: شخصی می بیند که گوسفندی داخل کوچه آمده است برای اینکه مرغ یا گوسفند از بین نرود این مرغ یا گوسفند را داخل خانه می آورد و در خانه تلف می شود یا می میرد یا دزدیده می شود. آیا در اینجا محسن ضامن است؟ برای حفظ مال این گوسفند را داخل خانه آورد. قاعده احسان می گوید که تلف در تحت ید ضامن نمی باشد.

مدرک این قاعده:

یکی سیره است که در سیره عقلاء محسن را ضامن نمی کنند. و مدرک دیگری آیه شریفه است که ما علی المحسنین من سبیل.

ما قاعده احسان را به مدرک اول یعنی سیره قبول کردیم اما گفتیم که این آیه اجنبی از مقام است در مورد کسانی است که نمی توانند جهاد کنند اما می توانند کمک کنند مثلاً جوانها را ترغیب و تشویق به جهاد کنند. در اینجا می فرمایند که اگر این قبیل احسانات را کنند دیگر از باب جهاد نرفتن سبیل و عقوبتی بر اینها نمی باشد. اگر این آیه را قبول کردیم، این آیه امضائی می شود نه ارشادی.

اصلاً آیه دلالتی ندارد که بگوییم که مورد مخصص است. اصلاً ربطی به ضمان ندارد و سبیل به معنای مجازات و عقوبت و سرزنش می باشد ناظر به وضع نمی باشد که گفته شود مراد ضمان است. چه بسا سبیل نمی باشد و ضمان می باشد مثلاً کسی برای حفظ جان دزدی می کند سبیلی بر او نمی باشد، اما در عین حال ضامن است.

در بحث امارات گفته شده است که بر قاطع هم حجت است. &&

در اذهان فقهای شریف ما ارتکاز و سیره و امضاء روشن نبوده است لذا بر اساس ارتکاز می گفتند که ضامن نمی باشد و برای این ارتکاز دنبال آیه را روایتی می گشته اند بخصوص برای اثبات ضمان شرعی.

نقد وجه مشهور:

با توجه به مقدمه ای که در قاعده احسان گفته شد، فهمیده شد که این ضمان مخالف با کتاب نمی باشد. و ثانیاً این مستأجر کجا محسن است این خانه را که حفظ می کند بخاطر انتفاع خودش حفظ می کند اگر خانه را حفظ نکند منفعت از جیب خودش رفته است. اگر ماشین را ته دره انداخت پولی که به عنوان اجاره داده است از جیب خودش رفته است. یعنی در اینجا اصلاً حفظ مال دیگری، قصد او نبوده است قصد او انتفاع بوده است و این هم متوقف بر حفظ مال دیگری است. لذا وجه اول، تمام نمی باشد.

وجه دوم:

این شرط عدم ضامن مخالف با سنت است ما روایاتی داریم که امین مطلقاً ضامن نمی باشد و به خصوص در مورد مستأجر روایت داریم که ضامن نمی باشد. خوب قبلاً گفتیم شرط مخالفت کتاب و سنت نافذ نمی باشد.

مناقشه:

این وجه نادرست است. چرا؟ دقت کنید این احکامی را که ما داریم که احکام ترخیصی است مثل عدم ضمان. متفاهم عرفی آن این است که در آن اقتضاء ضمان نمی باشد مثلاً وقتی می گوئیم که آب مباح است یعنی اقتضاء برای حرمت نمی باشد این منافاتی ندارد که عنوان دیگری بیاید و اقتضاء داشته باشد مثلاً دلیلی بگوید که شرب الماء النجس حرام این دو دلیل با هم تنافی ندارد اقتضاء با لا اقتضاء منافاتی ندارد دلیل اول می گوید ماء بما هو ماء اقتضاء حرمت ندارد در دلیل دوم می گوید که

نجاست اقتضاء حرمت دارد در اینجا می گوید که مستأجر و امین اقتضاء ضمان ندارد و منافاتی ندارد که شرط ضمان، ضمان می آورد.

وجه سوم:

این شرط خلاف مقتضای عقد است مثلاً زنی به مرد می گوید که من با تو ازدواج می کند و شرط می کند که با هم محرم نشویم. این شرط فاسد است چرا که مقتضای عقد است چرا که یکی از آثار عقد ازدواج محرمیت است. یا مرد به زن یا بالعکس می گوید که من با تو ازدواج می کنم به شرط اینکه از من ارث نبوی این عقد فاسد است چرا که یکی از آثار عقد، وراثت است.

این وجه سوم.

مناقشه:

این وجه باطل است بجهت اینکه مقتضای عقد، ملکیت مستأجر بر منفعت است نه بیشتر اما اینکه ضامن شود یا نشود این ربطی به اقتضای عقد اجاره ندارد عقد اجاره نه اقتضاء ضمان دارد و نه اقتضای عدم ضمان. نسبت به ضمان و عدم ضمان ساکت است.

وجه چهارم که از مرحوم آقای خوئی است.

ایشان قائل شده اند که این شرط فاسد است. ایشان گفته اند که شرط نتیجه اگر به خواهد صحیح باشد به دو شرط درست است:

شرط اول این است که در قدرت طرف باشد. مثلاً من می گویم که این کتاب را به شما می فروشم به شرط این که فرش در مدرسه ملک من باشد و مشتری قبول می کند این شرط فاسد است چرا که مشتری در قدرت او و ولایت او نمی باشد که فرش مدرسه را به من تملیک کند.

شرط دوم این است که آن نتیجه سبب خاصی را نخواهد و اگر سبب خاصی را بخواهد آن شرط فاسد است مثلاً می‌گوید که این فرش را به تو می‌فروشم که زن تو مطلقه باشد این طلاق دادن در اختیار مشتری است اما این طلاق سببی خاص دارد و صیغه طلاق خوانده شود با شرائط دیگر. لذا این شرط فاسد است.

مرحوم خوئی فرمودند که اگر این دو شرط محقق شد شرط نتیجه درست است.

در ما نحن فیه گفته اند که شرط اول محقق نمی‌باشد شرط ضمان احکام عقلائی یا شرعی است و احکام عقلائی و شرعی در درست دیگری انسان نمی‌باشد مثلاً نمی‌توان گفت که من این را به تو می‌فروشم به شرط این که خون طاهر باشد. ایشان گفته اند که ضمان یک شرط عقلائی یا شرعی است و در قدرت مستأجر و ماجر نمی‌باشد.

این بیان مرحوم خوئی.

مناقشه:

این بیان ایشان که به این مقدار قابل اشکال است درست است که ضمان از احکام عقلائی یا شرعیه است مثل ملکیت مگر ملکیت از احکام شرعی یا عقلائی نمی‌باشد اما من می‌توانم این ملکیت را ایجاد کنم همینکه گفتم این مال را به تو می‌فروشم این ملکیت را ایجاد کردم. کاری کنم تسبیب کنم این ملکیت ایجاد شود. ضمان هم مثل ملکیت می‌خواهم به نفس شرط کردن این ضمان حاصل شود. مثل این که در بیع گفت شود که این مال را به تو می‌فروشم به شرط اینکه این عبا را به ملک من در آوری این را مرحوم خوئی قبول کرده اند که ضمان می‌آید &&&. این دو شرط را از مرحوم خوئی قبول کردیم اما در ما نحن فیه تطبیق نمی‌شود. قبول کردیم که یکی از اسباب ضمان در نزد عقلاء تلف و اتلاف است اما یکی از اسباب خاص این ضمان هم در نزد عقلاء، عقد هم می‌باشد.

حالا که این ادله تمام نشد معنایش این نمی باشد که مدعا نا تمام می باشد.

خوب آیا این شرط ضمان باطل است یا خیر؟

این شرط گفتیم که درست است چرا که عقلاء قاعده ای دارند که ضمان ذو الید نسبت به تلف تحت الید باشد که عبارت باشد که هر مالی که در تحت ید ذو الیدی که مالک نمی باشد، تلف شود یا خسارتی بر آن وارد شود و مالک یا عقلاء الغاء احترام نکرده باشند ذو الید ضامن است مگر این که عقلاء آن را الغاء احترام کنند. در اجاره وقتی عین را به مستأجر می دهی شرط ارتکازی است که این را با الغاء احترام می دهی و وقتی که شرط می کنی ضمان را معنایش این است که من الغاء احترام نکردم لذا این قاعده عقلائی اینجا می آید.

لذا ما تابع سید شدیم.

شرط نتیجه برای صحت نیاز به دو شرط مرحوم خوئی دارد.

**۱...و أولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من**

**ماله**

**على تقدير التلف أو التعيب لا بعنوان الضمان...**

این فرع این است که در اینجا شرط بکند که اگر مقداری از مالش تلف شد یا خسارتی وارد شد، از مالش به مقداری که تلف شده است تدارک کند. ما دو فعل داریم و یک فعل تکوینی و اعتباری. تکوینی مثل اینکه می گوئیم که این لباس را به تو می فروشم به شرط اینکه این لباس را برای من خیاطه کنی خیاطه فعل تکوینی است و فعل



اعتباری مثل اینکه این مال را به تو می فروشم به شرط اینکه آن کتاب را به من تملیک کنی.

شرط فعل در ضمن عقد نتیجه اش این است که اولاً تکلیف بر مشروط علیه بر اول<sup>۱</sup> این فعل واجب می شود این اثر شرعی است. و یکی از آثار آن این است که اگر این فعل را انجام نداد من می توانم معامله را فسخ کنم و ضمن اینکه می توانم او را اجبار کنم که این شرط را انجام دهد. مثلاً می گوید که اگر به شرطت عمل نکنی خانه را به تو تحویل نمی دهم یا از تو شکایت می کنم در محاکم عرفی<sup>۱</sup>.

در صحت این شرط شکی نمی باشد و باید مشروط علیه به آن عمل کند و دلیل وجوب الوفاء روایت «المؤمنون عند شروطهم» که روایتی معتبر است. سیره دلالت می کند بر وجود عقلائی آن.

وجوب عقلائی اگر شارع ردع نکند، وجوب شرعی را اثبات نمی کند.

## و الظاهر عدم الفرق في عدم الضمان مع عدم الأمرين<sup>۲</sup>

بين أن يكون التلف في أثناء المدة أو بعدها إذا لم يحصل منه منع للموَجَر عن

عين ماله إذا طلبها بل خلى بينه وبينها و لم يتصرف بعد ذلك فيها

سید فرمودند که اگر مالی تحت ید مستأجر تلف شد اینجا مستأجر ضامن نمی باشد. سید می فرمایند که این تلف تحت ید مستأجر دو صورت دارد: یکی بین مدت یعنی قبل از تمام شدن مدت اجاره و یکی هم بعد از اتمام اجاره مثلاً مدت تمام شده

<sup>۱</sup> البته محاکم عرفی تارة به انسانها ظلم می کنند در اینجا جایز نمی باشد رجوع کند الا اینکه مشروط علیه به طرف ظلم کرده باشد مثلاً بدهکار است و بدهی را نمی دهد در حالیکه می تواند بدهد و اگر به محاکم رجوع کنند بجای طلبش که مثلاً هزار تومان است نه هزار تومان می گیرد و ما زاد را برای خودش بر میدارد در اینجا هم می تواند به محاکم رجوع کند.

<sup>۲</sup> ای الافراط او التعدی.

است قبل از که خانه تحویل دهد، خسارت یا تلفی صورت می گیرد در هر دو صورت ضامن نمی باشد.

سید این مورد را تفکیک نکرده است:

یک صورت این است که خانه را خالی می کنند و کلید را به بنگاه تحویل می دهند یا به کس دیگری می دهند این صورت را سید باید کنار بگذارد و این داخل فرض نمی باشد چرا که این دیگر تلف تحت ید نمی باشد با اینکه « خلی بینه و بینها » صدق می کند.

تارة تحت ید مستأجر می باشد و آن اینکه متعارف این است که خانه را که اجاره می کنند مثلاً سر سال شمسی تمام می شود و متعارف نمی باشد که سر سال تحویل دهد بلکه متعارف می باشد که موجر فکر می کند که به کسی بدهد یا خیر، لذا مقداری صبر می کنند اما هر وقت موجر گفت تخلیه می کند در اینجا هم اگر تلفی صورت گیرد این جا هم ید او امانی است و ضامن نمی باشد.

اما اگر گفت که تخلیه کنی و برای تخلیه به طور متعارف یک هفته طول می کشد که در اینجا هم ید او امانی است و ضامن نمی باشد. در اینجا این مدت مال به صورت عاریه در اختیار مستأجر نمی باشد چرا که این عرفاً عاریه نمی باشد، بلکه این اذن در تصرف است

کلا اینکه در جایی که ید او امانی باشد، ضامن نمی باشد چرا که الغاء احترام شده است عقلاً به تبع الغاء احترام مالک.

اگر شک در اینکه ید او امانی است یا ید عدوانی است در این صورت این شک به نحوه شبهه حکمیه است یعنی نمی دانیم که در چنین موردی ید را عدوانی می دانند یا ید را امانی می دانند، در اینجا باید فحص کند و اگر فحص نکند، ضامن می باشد و اگر فحص کرد و به نتیجه نرسید باید احتیاط کند چرا که ما ها قائلیم که عقلاً چه در

شبّهات موضوعیه و حکمیه برائتی ندارند که احکام عقلائی موضوع احکام شرعی می باشد یعنی ممکن است در جائی که عقلاً احتیاط است برائت شرعی باشد و اگر شبّه موضوعیه است مثلاً شک می کند که متعارف است که موجر اعلام کند که بلند شود یا خیر ، در اینجا عقلاً در صورت شک اصولی را دارند که در اینجا برائت است.

## ثمّ هذا إذا كانت الإجارة صحيحة

و أما إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان أقواهما العدم خصوصاً إذا كان

الموجر عالماً بالبطلان حين الإقباض دون المستأجر

گفتیم در عقد اجاره جناب مستأجر ضامن عین مستأجره نمی باشد حال اگر مال را به اجاره باطل اجاره داریم نه به اجاره صحیح و در این اجاره باطل تلفی یا خسارتی به عین وارد شد آیا مستأجر ضامن است یا خیر؟ سید می فرمایند که اقوی این است که این ضامن نمی باشد و بخصوص اینکه به بطلان موجر عالم باشد و مستأجر جاهل باشد.

مثلاً موجر می گوید که این خانه را به تو اجاره می دهم و مدت را مشخص نمی کند موجر یا این که موجر سفیه می باشد و یا اینکه می گوید که این خانه را به تو اجاره می دهم و مبلغ را بعداً توافق می کنیم.

بعد از این معامله باطل مستأجر رفت داخل خانه نشست. بطلان و صحت معامله مهم نمی باشد بلکه مهم این است که کار ما خلاف شرع نباشد در اینجا معامله باطل است اما نشستن مستأجر هم حرام نمی باشد. لذا در نزد کسانی که اموال را مجهول المالک می ماند نیاز نمی باشد دنبال عقد صحیح بگردیم بلکه باید دنبال این

باشیم که عمل ما خلاف شرع نباشد و لو معامله صحیح نمی باشد. هر معامله فاسد را می توانیم منعقد کنیم فقط یک شرط دارد که در آن عقد، خلاف شرعی صورت نگیرد. بله در ازدواج اگر باطل باشد در آن خلاف شرع صورت می گیرد. اما مثلاً ماشینی را می خرید که مبلغ را بعداً بدهی یا یک مقداری را اول بدهی و ما بقی را بعداً بدهی یا می گوید که قیمت را بعداً می گوئیم این معامله در نظر فقهاء باطل است، خوب باطل باشد و در زمان تحویل ما بقی پول یا زمان تعیین قیمت قطعی، تازه معامله منعقد می شود اما درست است که قبل از این عقد باطل است اما این مهم نمی باشد، مهم این است که در این معامله مرتکب معصیت نشویم خوب در اینجا فرض این است که مالک، راضی از تصرف است و لو معامله باطل باشد. در زمان تحویل یا تعیین قیمت انشاء معاطاتی است و از همان معامله صحیح می شود. همینکه پول را می دهد و طرف هم قبول می کند این انشاء معاطاتی است. &&& بحث عدم رضایت ورثه.

### **اوجوه عدم ضمان المستأجر فی صورة بطلان الاجاره:**

برای عدم ضمان مستأجر وجوهی را ذکر کرده اند:

#### **الوجه الأول: أن الضمان يحتاج إلى المقتضى و ليس ههنا.**

ضمان مقتضی می خواهد و مقتضای اصل عقلائی، عدم ضمان است نمی شود که دو نفر نشسته اند و یکی به دیگری ضامن شود بدون هیچ اقتضائی. یعنی در سیره عمومی عقلائی که ضمان دائماً سبب و مقتضی را می خواهد. الان بحث ادله اجتهادی است و به مقام اصل عملی نرسیدیم.

### مناقشه: أن نفس اليد مقتضى للضمان عرفاً و عقلاً.

این وجه تمام نمی باشد چون می تواند کسی ادعا کند که نفس ید بر مال غیر سبب الضمان است سبب به معنای مقتضی ضمان است لذا اگر کسی یدی بر مال دیگری داشت و این مال تلف شد سیره عقلائی است که این ید موجب ضمان است. یعنی این ید که اینها قائل به عدم مقتضی بود، را ما مقتضی می دانیم در سیره عقلاء. کأن از این ید غفلت کرده اند که و فکر کرده اند که این ید مقتضی شرعی ضمان است نه اصلی عقلائی و عرفی.

### الوجه الثانی: كل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

یک قاعده ای معاملاتی در فقه دارند که این قاعده معاملاتی یک عکسی دارد که خودش و عکسش دو قاعده فقهی شده اند. آن قاعده کدام است؟ «كل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» که این اصل قاعده است و عکس آن عبارت باشد از: «كل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده». به اولی اصل و به دومی عکس آن می گویند مثل اینکه شما عبا را به دیگری می فروشی و این عقد اگر درست باشد و عبا هم تلف شود، مشتری ضامن قیمت عبا می باشد. اما اگر بالعکس کنیم که این بیع باطل باشد آیا این مشتری ضامن است؟ بله باز ضامن است اما ضامن ثمن المسمی نمی باشد ضامن ثمن المثل است.

اما عکس قضیه مثالش هبه است وقتی ما عبا را به کسی هدیه می کنیم ذمه اش به کسی مشغول می شود؟ خیر خوب در صورتی که به سفیه هدیه بدهد که هبه باطل است باز شخص هبه گیرنده در این صورت ضامن نمی باشد.

خوب در عقد اجاره اگر صحیح بود مستأجر ضامن بود یا خیر؟ ضامن نبود الا ان هم که اجاره باطل است ضامن نمی باشد.

### مناقشه: أن هذه القاعدة يجرى في مصب العقد و العين ليس مصب الاجارة.

این وجه درست نمی باشد. چرا که قاعده اصل و عکس ناظر به مصب عقد است نه به خارج مصب یعنی آن نکته ای که باعث تشکیل این قاعده و اسطیاد این قاعده شده است، این نکته در مورد مصب است نه غیر مصب. در هبه مصب عقد عین متهبه و در بیع مبیع مصب است. در اجاره مصب عقد منفعت است قاعده می گوید که در صورت صحت عقد، ضامن اجرة المسمى در قبال منفعت می باشد الان که باطل است هم ضامن می باشد اما بحث ما در مورد عین است که عین مصب اجاره نمی باشد بله اگر بحث ما در مورد منفعت بود، این قاعده می آمد. همه علماء هم قاعده را قبول دارند که در مورد مصب عقد است و مصب اجاره منفعت است اما در اینجا در تطبیق غفلت کرده بودند.

### الوجه الثالث: الغاء الخصوصية من الروایات عدم ضمان المستأجر.

وجهی است از مرحوم حکیم:

ایشان فرمودند ما از نصوص اجاره استفاده می کنیم که شخص اجیر ضامن عین مستأجره نمی باشد یعنی اگر تلفی یا خسارتی بر عین مستأجره وارد شد این تلف یا خسارت بر عهده مستأجر نمی باشد. این نصوص اطلاق دارد تارة خسارتی که بر عین وارد می شود این خسارت موجب بطلان و انفساخ عقد اجاره نمی شود مثل اینکه خانه را اجاره کردیم یک شخصی می آید لگدی به در خانه می زند و در خانه می شکند و بعد از شکستن در خانه کشف نمی شود که از اول باطل بوده است چرا که با این در شکسته هم می توان از خانه استفاده کرد. اما گاهی خسارت به گونه ای است که کشف می شود عقد اجاره از اول باطل بوده است. مثل این که ما خانه ای را اجاره می کنیم یک ساله بعد از گذشت یک ماه زلزله ای می آید و خانه ویران می شود. در اینجا وضعیت اجاره ما با این صاحبخانه به کجا می رسد؟ فقہیا گفته شده است که کشف می کند عقد اجاره از ابتداء باطل بوده است. الان خسارت بر چی وارد شد؟ بر عین

وارد شد. این عین مستأجر که واقع شد این عقد اجاره باطل بود یا صحیح بود؟ این عقد اجاره باطل بود و من نمی دانستم خوب الان در یک اجاره باطله بر عین خسارتی وارد شد که نصوص می گویند که تو ضامن نمی باشی فقط من نمی دانستم که اجاره باطل است. این بطلان از ناحیه تلف آمد. اما اگر فرض کنیم عقد اجاره باطل باشد از ناحیه غیر تلف. مثلاً گفتیم اجاره می دهم به مبلغی که بعداً مشخص خواهد شد خوب این عقد باطل است. یک ماه بعد زلزله آمد و خانه ویران شد. آیا مستأجر ضامن است؟ خیر چرا که در هر دو عقد اجاره باطل بود فقط اول بخاطر تلف و دومی به غیر تلف باطل بود. ایشان می گوید که نصوصی که می گوید که تلف موجب ضمان نمی باشد از آن استفاده می شود که اگر عقد اجاره باطل بود در این صورت هم باز جناب مستأجر ضامن نمی باشد. فقط در جایی که تلف موجب بطلان شد، اطلاق روایت می گوید که مستأجر ضامن نمی باشد اما در جایی که عقد از اول باطل بود به الغاء خصوصیت عدم الضمان را می فهمیم. یعنی روایت اطلاقی ندارد که این را بگیرد چرا که بطلان متعلق به تلف نمی باشد اما از آن روایات الغاء خصوصیت می کند.<sup>۱</sup>

مناقشه:

این مقدار از بیان مرحوم حکیم تمام نمی باشد.

چرا که ما اگر گفتیم در مثال زلزله ضامن نمی باشد بخاطر الغاء احترام است نه بخاطر خود عقد اجاره اما ممکن است کسی بگوید که اینجا الغاء احترام نشده است که چطور در جایی که بطلان از ناحیه &&& کأن ایشان فکر می کردند که عقد اجاره موجب عدم ضمان است و نصوص را تعبیدی نمی دانیم کاملاً امضاء روش عقلائی می باشد.

وجه چهارم:

<sup>۱</sup> مستمسک ج ۱۲ ص ۷۴.

گفتیم که در سیره این طور است هک وقتی عین را در اختیار مست{ر قرار می دهند چه در عقد صحیح و چه در عقد باطل با عنوان مجانی قرار میدهند یعنی به این عنوان که منفعت مال اوست و این عین را می دهد که منفعت را استفاده کند. در نزد فقها خانه عینی دارد و منفعتی دارد در اجاره ما منفعت را به مستأجر تملیک می کنیم دو مالک داریم مالک عین و مالک منفعت که مستأجر است. جناب مستأجر وقتی که منافع خانه در اختیار خانه ردر اختیار او قرار گرفته می شود آیا بابت این عین هم پولی می خواهد؟ خیر این را می گوییم مجانی یا الغاء احترام. لذا اگر تلف شود یا خسارتی وارد شود ضامن نمی باشیم.

برای روشن شدن مطلب مثالی می زنیم:

مثلا در عاریه که ماشین یا خانه را عاریه می دهیم. در اینجا چه اتفاق می افتد؟ من اذن می دهم که شخص مقابل از این خانه انتفاعی ببرد یعنی از منفعت خانه استفاده کند وقتی من اذن در انتفاع دادم و خانه را در اختیار او قرار دادم که خانه در این صورت مجانی بود می توانستم در قبال خانه پول دریافت کنم اما نگرفتم. یعنی این مجانی و با الغاء احترام بوده است.

در زمان ما امر متعارفی است که سر قفلی است سر قفلی این مغاره را به زید می فروشد و پول آن را می گیرد و بعد به زید اجاره می دهم یا به تعبیر دیگر بابت انتفاع از این اجرت می گیرم. در اینجا مشکلی شده است که حقیقت سر قفلی چه می باشد و این اجاره بابت چیست؟ چرا من از او اجاره می گیرم سر قفلی مغاره را می فروشم و بعد ماهی فلان مقدار اجاره می گیرم؟ در مورد این حقیقت اقولای است یک قول این است که سر قفلی این است که من منفعت این خانه را به تو می فروشم که خانه مال من است و منفعت مال مشتری است و برای انتفاع از این منفعت این عین را به او می دهم اینجا است که من مغازه را اجاره می دهم. یعنی عین مال مالک است و منفعت را به زید می فروشد که منفعت این مغازه کسب است که به زید فروختم تنها منفعتی که



مال مالک است منفعت استیفاء این منفعت است که مال مالک است و هنوز نفروخته است لذا برای استفاده از منفعت کسب و استیفاء این منفعت، ماهانه پول می گیرد. در اینجا مغازه را اجاره می دهم برای استیفاء عین مجانی است. مراد از مجانی یعنی الغاء احترام.

در اجاره هم اینطور است در اجاره صحیح این عین را مجانی به او می دهم این تسلیم مجانی و الغاء احترام در اجاره باطل هم است و عقلاء هم آن را امضاء می کنند.

۱ ان قلت:

درست است که این شخص الغاء احترام کرد اما این الغاء احترام معلق بر این بوده است که در عقد اجاره ضامن اجرة منفعت باشد و فرض این است که عقد اجاره باطل است و ضامن اجاره نمی باشد لذا این الغاء احترام هم نمی باشد. گفته شده است که تارة ما اذنی می دهیم که این اذن معلق بر امری است مثلاً می گوئیم من اذن می دهم در تصرف اگر فرزند فلانی باشی این هم الغاء احترام از عین کرده ست در صورتی که فرزند فلانی باشد که اگر فرزند فلانی نباشد الغاء احترام نکرده است.

قلت:

مغالطه ای کوچکی در این اشکال است در اینجا هم شخص ضامن اجرة المسمى در مقابل منفعت می باشد و بحث در مورد ضمان در مقابل عین نمی باشد. لذا من نسبت به عین الغاء احترام کرده ام مبنا بر ضمان اجرة در اینجا هم ضامن اجرة المثل می باشد. با توجه به اینکه اجرة المسمى و اجرة المثل نوعاً یکی است و تارة اجرة المثل بیشتر می باشد اما در جائیکه اجرة المسمى کمتر باشد اختلاف شده است که بعضی گفته اند باید اجرة المسمى را بدهد نه از باب اجرة المسمى بلکه از باب اینکه

این منفعت را در مقابل عوض داده است و این مقدار را باید بدهد به عنوان عوض. اما اگر نگفتیم که اجرة المسمى را بدهد و قائل به اجرة المثل شدیم می گوییم اگر اختلاف زیاد نباشد، می گوییم که عرفاً و عقلاً این شخص الغاء احترام کرده است اما اگر اختلاف زیاد باشد این جای شبهه دارد.

## مسألة ۱: [لا یضمن العین التي للمستأجر بید المودر

### بتلفها أو نقصها إلا بالتعدي أو التفريط أو اشتراط ضمانها]

در قبل مسئله اجاره بر اعیان بود و اینجا مسئله در مورد اجاره بر اعمال است. در اجاره بر اعمال عمل متعلق دراد مثلاً کسی را اجیر می کنیم که برای ما لباس یا عبا بدوزد. این پارچه را که مستأجر می دهد به مودر و اجیر، اینجا دیگر اجیر ضامن نمی باشد در صورت تلف یا خسارت. البته در جایی جناب اجیر تعدی و تفريط نکرده باشد.

العین التي للمستأجر بید المودر الذي آجر نفسه لعمل فيها كالثوب آجر

نفسه لیخیطه أمانة فلا یضمن تلفها أو نقصها إلا بالتعدي أو التفريط أو

اشتراط ضمانها علی حدو ما مر فی العین المستأجرة

چطور در آنجائیکه اگر در عین مودر شرط ضمان می کرد مستأجر ضامن است در اینجا هم اینطور است.

بحث مادر جایی است که تلف صدق کند نه اتلاف که ضامن است. مثلاً پارچه آتش گرفت یا دزد پارچه را برد.

وجه ضمان: همان وجهی که در عین مستأجره گفتیم اگر گفتیم که در صورت شرط ضمان، ضامن می باشد یا خیر. وجه هر دو همان وجه گفته شده در اجاره بر اعیان می باشد.

گفته شده است که اکثر فقهاء گفته اند در اینجا بالعکس اجاره بر اعیان می باشد. یعنی در اجاره بر اعیان عدم ضمانی شدند و گفتند که شرط ضمان باطل است اما همین مشهر در اینجا گفته اند که شرط ضمان صحیح است ظاهراً این دو با هم فرقی ندارد الا در نص که در این جا ما روایتی داریم که از این روایت صحت شرط را استفاده کرده اند این روایت روایت موسی بن بکر می باشد:

### وسائل الشیعة؛ ج ۱۹؛ ص ۱۵۰

۲۴۳۴۴- ۵- ۱ و عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ سَفِينَةً مِنْ مَلَّاحٍ فَحَمَلَهَا طَعَاماً وَ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ نَقْصَ الطَّعَامَ فَعَلَّيْهِ قَالَ جَائِزٌ قُلْتُ إِنَّهُ رُبَّمَا زَادَ الطَّعَامُ قَالَ فَقَالَ يَدْعِي الْمَلَّاحُ أَنَّهُ زَادَ فِيهِ شَيْئاً؟ قُلْتُ لَا قَالَ هُوَ لِصَاحِبِ الطَّعَامِ الزِّيَادَةُ وَ عَلَيْهِ النُّقْصَانُ إِذَا كَانَ قَدْ اشْتَرَطَ<sup>۲</sup> ذَلِكَ<sup>۳</sup>.

از ذیل روایت مشخص می شود که این مورد، مورد اجاره بر اعمال است نه اجاره بر اعیان که از صدر روایت به نظر می رسد. اجاره کشتی مثل اجاره ماشین نمی باشد چرا که افراد نمی توانند کشتی را برانند مثل ماشین لذا اجاره کشتی اجاره کشتیبان و ناخدای کشتی می باشد.

این روایت می گوید که شرط ضمان درست است. این روایت در مورد اجاره بر اعمال است نه اجاره بر اعیان لذا بین اجاره بر اعمال و اعیان فرق گذاشته اند.

۱ (۱) - الکافی ۵ - ۲۴۴ - ۴، و آورده عن السرائر فی الحدیث ۱ من الباب ۲۷ من هذه الأبواب.

۲ ای المستأجر.

۳ شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

ما علی القاعدة گفتیم که شرط درست است اما اگر گفتیم که علی القاعدة شرط درست نمی باشد، این روایت دال بر صحت شرط می باشد؟

در این روایت سند و دلالتا مناقشه شده است:

سندا:

در روایت **مُوسَى بْنِ بَكْرِ الْوَاسِطِيِّ** &&&&

مرحوم شیخ گفته است که این «موسی بن بکر الواسطی» از واقفین است و توثیق ندارد.

کسانی که گفته اند که این شخص توثیق دارد ابن بی عمیر و صفوان و بزنی از این شخص روایت کرده اند کسانی که گفته اند که مشایخ این سه نفر از ثقات می باشند این روایت می شود موثق و کسانی که قبول نکرده اند این روایت معتبر نمی شود.

دقت کنید که مرحوم شیخ در کتاب عده دارند که بعضی از افراد لا یروون و لا یرسلون الا عن ثقه که این سه نفر را اسم برده اند گفته شده است که آن کلام شیخ شهادت است بر وثاقت تمام مشایخ حدیثی این سه نفر.

کسانی که این شهادت قبول نکرده اند گفته اند که این کلام شیخ به قرینه یک کلام حدسی است در باب توثیقات خبر حدسی اعتبار ندارد. دلیل این که این شهادت حدسی و اجتهادی است این است که لا یروون و لا یرسلون الا عن ثقه از کجا شیخ فهمیده است که ارسال اینها هم از ثقه است خوب اینها که راوی را نقل نکرده است به این قرینه گفته شده است که حدس است و قرینه دیگر این است که شیخ کثیرما مشایخ این افراد را نقل می کند اما در کتاب رجال اینها توثیق نمی کنند و حتی در ذهن ما این است که یک نفر آنها را هم تضعیف کرده است یعنی خودش در کتاب رجالش

نقض کرده است این کلامش را. کتاب رجال وضع شده است برای شناخت افراد ثقه و از ضعیف در آنجا نگفته است و در آنجا باید توثیق عام هم باید ذکر شود.

در نظر ما که خبر ارباب رجال از باب حجیت قول اهل خبره است و در اینجا این کلام ایشان از اجتهاد او بیرون است چرا که شیخ علم غیب که ندارد و آنها را که ندیده است لذا خبرویت در اینجا معنا ندارد. اگر به خاطر این است که در جایی که ارسال نمی باشد همه از ثقات نقل کرده است، لذا این کلام را گفته است این می شود استقراء ناقص و ظن و ظن او اعتبار ندارد و خبر او از خبرویت نمی باشد. ضمن اینکه اگر عن اجتهاد بوده است این عدم توثیق ایشان در کتاب رجال این اشعار دارد که این خودش ملتزم به این قول خودش نبوده است.

لذا اشکال سندی را قبول کردیم.

اما دلالت:

این دلالتش انصافش این است که این دلالت نمی باشد این کلام امام می فرمایند: « عَلَيْهِ النَّقْصَانُ إِذَا كَانَ قَدْ اشْتَرَطَ<sup>۱</sup> ذَلِكَ<sup>۲</sup> » ظهورش در شرط فعل است یا در هر دو است و اشکال در شرط نتیجه است نه شرط فعل. && اگر قرار بود که شرط نتیجه باشد می گفت فعلیه الضمان &&&

<sup>۱</sup> ای المستأجر.

<sup>۲</sup> شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

## ۱ و لو تلفت أو أتلّفها المؤجر أو الأجنبي قبل العمل

أو في الأثناء بطلت الإجارة و رجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلى

المستأجر بل لو أتلّفها مالکها المستأجر كذلك أيضا ...

اگر قبل از عمل یا اثناء عمل پارچه تلف شد مثلاً آتشسوزی شد و در آتش سوخت یا موجر آنرا سوزاند یا اجنبی پارچه را از بین برد در اینجا اجاره باطل می شود.

ما یک بطلان داریم یعنی کشف می کنیم که اجاره از اول منعقد نشده بود و یک انفساخ داریم یعنی تا الان درست بود و از الان به بعد باطل است و یکی هم فسخ داریم یعنی عمل از اول درست بوده است و از الآن یکی از متعاقدين عقد را ازاله می کنند.

سید می فرمایند که این عقد در اینجا باطل است یعنی کشف می کنیم از اول این اجاره درست نبود نه این که منفسخ شود.

اگر اجیر تمام اجرة را گرفته است همه را بر می گرداند به مستأجر و اگر بعض الاجرة را گرفته است بعض را بر می گرداند.

ظاهر کلام سید در این است که تمام اجرة مال جایی است که قبل از عمل این تلف حاصل شده است و بعض اجرة مال جایی است که تلف یا اتلاف در اثناء عمل صورت گرفته است. اما این درست نمی باشد چرا که در کلام سید قرینه ای است در مقدمه سه صورت را گفته است تلف، اتلاف اجیر و اتلاف اجنبی خوب مشخص است که اگر در اثناء جناب موجر محل عمل را اتلاف کرد دیگر مستحق هیچ چیزی

نمی باشد. در تلف یا اتلاف اجنبی این شبهه است که نسبت به بعض عمل، مستحق بعض الاجرة باشد اما در جایی که متلف خود موجر می باشد شبهه ای نمی باشد که مستحق هیچ مقداری از اجرة نمی باشد. انشاء الله در آینده بحث خواهیم کرد که مراد چه می باشد.

حتی یک صورت چهارمی هم سید اضافه کرده است صور قبلی سه صورت بود: تلف و اتلاف اجیر و اتلاف اجنبی بود در این جا صورت چهارمی که اتلاف مستأجر باشد را هم اضافه کرده است که می فرمایند در اینجا هم اجاره باطل می شود. این متن سید که چهار صورت فرمودند: صورت تلف و صورت اتلاف الاجیر و صورت اتلاف الاجنبی و صورت اتلاف المستأجر که در هر چهار صورت فرمودند عقد از اول باطل است.

قبل از ورود به مطلب نکته ای گفته شود که این مطلب، مطلب عویصه ای است که شاهد آن هم این است که سید تقریباً در حدود دو ورق قبل، همین مسئله را گفته بود وقتی این مسئله را گفته است برخلاف اینجا گفته است. در مسئله سیزده در فصل سابق این مطلب تکرار شده است در آنجا مخالف اینجا فتوا داده است: «مسألة ۱۳: التلف السماوي للعین المستأجرة أو لمحل العمل موجب للبطلان و منه إتلاف الحيوانات و إتلاف المستأجر بمنزلة القبض و إتلاف الموجر موجب للتخیر بین ضمانه و الفسخ و إتلاف الأجنبي موجب لضمنه و العذر العام بمنزلة التلف...» تمام این چهار صورت را گفته است در این مسئله اما در سه صورت در آنجا با اینجا مخالفت کرده است.

فقط قسمت اول موافق اینجا بوده است: «التلف السماوي للعین المستأجرة أو لمحل العمل موجب للبطلان» اما ما بقی تماماً با اینجا فرق می کند. اینکه فرمودند: «و إتلاف الأجنبي موجب لضمنه» موجب لضمنه ظاهرش این است که عقد صحیح است چرا که مراد از ضمان، ضمان اجرة المسمى است و اجرة المسمى در جایی

استکه عقد صحیح باشد نمی شود عقدی باطل باشد و مورد ضمان اجرة المسمى باشد.

این نشان می دهد که مسئله چقدر در مرز است چرا که مسئله ۱۳ در دو ورق قبل است و ظاهراً خیلی بین این دو مسئله فاصله نشده بوده است. کما اینکه مرحوم خوئی هم به این تناقض اشاره کرده اند. لذا نشان می دهد که مسئله روشنی نمی باشد.

### اما البحث فی المسئلة:

در مسئله چهار صورت است:

#### فی صورة التلف:

صورت اول، صورت تلف محل عمل است:

جناب خیاط اجیر شد برای خیاطة و موریانه این پارچه را خورد و اتفاقاً این خانه موریانه نداشت<sup>۱</sup> اما موریانه به اینجا راه پیدا کرد یا برق اتصالی کرد در مغازه قبلی و این آتش به این جا سرایت کرد و این پارچه را سوزاند.

#### قول بعض العلماء التفصیل فی المسئلة:

بعضی از بزرگان مثل مرحوم خوئی اینها در مسئله تفصیل داده اند و آن تفصیل این استکه این پارچه را که خیاط می گیرد بدوزد مثلاً گفته است یک هفته دیگر بیا ببر. اما کل خیاطة یک روز وقت می خواهد. ایشان می گویند تلف این پارچه قبل از انقضاء مدتی است که نیاز به عمل دارد مثلاً بعد از یک ساعتی که تحویل گرفت و قبل از یک روز تلف شد. این یک صورت.

---

<sup>۱</sup> این قید زده شد تا محقق صورت تلف بدون کوتاهی باشد چرا که اگر مغازه موریانه داشت و این شخص آن را در معرض خوردن موریانه قرار دهد این به منزله کوتاهی است.



یک صورت دیگر این است که زمان خیاطه گذشته است مثلاً روز سوم پارچه تلف می شود اگر این خیاط پارچه را دوخته بود تا روز سوم تمام شده بود.<sup>۱</sup>

#### إن كان التلف قبل المدة التي يحتاج العمل اليها: فالعقد باطل لعدم القدرة.

ایشان فرموده اند: در جاییکه قبل از انقضای زمان ممکن از بین رفته است مثلاً بعد از یکساعت پارچه آتش گرفت این کشف می کند که این عقد اجاره از اول باطل بوده است به جهت اینکه این شخص قدرت بر خیاطت پارچه را نداشته است مثل اینکه ما کسی را اجیر می کنیم که ما را ببرد به تهران و این شخص اجیر اصلاً رانندگی بلد نمی باشد و لکن اجیر می شود این اجاره باطل است چرا که قدرت بر رانندگی ندارد. در اینجا هم مستأجر فکر می کرده است که این شخص قدرت بر خیاطت داشته است اما فی علم الله نداشته است لذا عقد باطل است.

#### إن كان التلف بعدها فالمستأجر مخير بين إبقاء العقد و الرجوع الى بدل العمل أو فسخه.

اما در صورت دوم که بعد از مدت زمان ممکن برای عمل، محل عمل تلف شده است در اینجا ایشان قائل شده است که عقد اجاره باطل نمی باشد و مستأجر مخیر بین دو عمل است:

می تواند عمل را ابقاء کند چرا که می بیند اجرة المثل این عمل از اجرة المسمى بیشتر است لذا به اجیر می گوید که عمل من را تحویل بده که در اینجا نمی تواند تسلیم کند لذا باید بدل عمل را بدهد که اجرة المثل را می دهد.

و می تواند اجاره را فسخ کند چرا که می بیند اجرة المسمى با اجرة المثل یکی است یا بیشتر است لذا می تواند فسخ می کند و اجرة المسمى را پس بگیرد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> در نوبت گذاشتن به معنای ارتکازی آن این نمی باشد که برای روز چهارم اجیر شده است چرا که به همه مشتری ها یک هفته فرصت می دهد و در این یک هفته می تواند مثلاً لباس زید را که آخر از همه هم آورده است، را اول بدوزد. معنایش این است که من در این یک هفته می دوزم و لو مستأجر پیش خودش این طور حساب کند، حساب کردن مستأجر غیر این است که قرار داد چطور بسته شده است.

<sup>۲</sup> در اینجا ید شخص موجر، امانی است لذا ضامن عین نمی باشد بلکه ضامن عمل می باشد لذا این ضمان بر عمل - نه عین - با ید امانی بودن قابل جمع می باشد. اما باید به خاطر عقدی که خوانده است، به موجب عقد عمل را تحویل دهد.

### مناقشة:

ما در قبل تابع فرمایش مرحوم آقای خوئی بودیم بعد گفتیم ارتکاز ما این است که عقد اجاره در هر دو صورت از اول باطل بوده است یعنی چه تلف در روز اول و چه در بعد از روز اول باشد، این اجاره باطل است. و این ارتکاز را واقعا ما نمی توانیم رد کنیم مثلا مستأجر رفته پیش خیاط و خیاط روی رفاقت به او مثلا پنجاه درصد تخفیف داده است و اجرة المسمى را کمتر از اجرة المثل گرفته است. خوب با توجه به این بیان مرحوم آقای خوئی در اینجا موجد نه تنها اجرتی نگرفته است بلکه باید مقداری هم اضافه بدهد. این خلاف ارتکاز است. این بیان مرحوم خوئی بیان فنی است اما با ارتکاز مخالف است اگر بخواهیم این ارتکاز را توضیح دهیم کأنه در نظر عقلائی و عرفی کسی که تعدی و تفریطی نکرده است این دایره عدم ضمان اوسع است نه تنها نسبت به عین حتی نسبت به اجرة و منفعتی که از دست مستأجر رفته است<sup>۱</sup> هم ضامن نمی باشد. لذا نسبت به عین و منفعتی که از دست مستأجر می رود ضامن نمی باشد لذا در هر دو صورت تابع مرحوم سید شدیم.

بعد از این نظر هم عدول کردیم و گفتیم که خلاف ارتکاز است یعنی در اینجا عقد اجاره منفسخ می شود نه اینکه باطل می شود. یعنی تا الان عقد اجاره باقی بوده است و الان که تلف شد عقد اجاره منفسخ می شود. چرا انفساخ شدیم؟ این هم بر اساس همان ارتکاز است اما در توضیح آن گفته شده است که در نظر عرف فرق است بین شیئی که فاقد منفعت است و شیئی که برای آن اتفاقی می افتد. مثلا شخصی را اجیر کردیم برای تهران و شخص از اول رانندگی بلد نمی باشد در اینجا عقد اجاره باطل است. اما شخصی است که رانندگی بلد است اما مریض می شود در زمان و موعد عمل. در اینجا عقد اجاره منفسخ می شود چرا که عرف این شخص را در زمان

---

<sup>۱</sup> مثلا اگر این پارچه دوخته می شد و تلف نمی شد بخاطر تخفیف خیاط منفعت برده است و پول کمتر داده است اما بخاطر تلف این منفعت از دست رفته است.

عقد فاقد منفعت نمی بیند بلکه قدرت بعد از بین می رود یعنی در نظر عرف این کسی است که قدرت داشته است اما این قدرت از بین رفته است در نظر عرف این شخص می توانست که مریض شود و می توانست مریض نشود که اتفاقاً مریض شد. این به لحاظ عرفی است نه عقلی. این معاملات را باید به ذهن عرفی نگاه کرد. الان دنبال ثمره عملی آن نمی باشیم بلکه در مقام تفسیر واقع می باشیم. لذا عرف این شخص را قادر می دانند لذا عقد باطل نبود. ما می گوییم که عقد اجاره منفسخ است نه باطل. این تفسیر ما از ارتکاز عرف می باشد.

۱ در اینجا ما نسبت به عقد اجاره قائلیم که منفسخ می شود من حین تلف اما آیا مستأجر ضامن اجرة می باشد یا خیر؟ &&

این دو فرض دارد:

قبل از شروع در عمل این پارچه تلف شود. فرض دیگر این است که بعد از عمل مثلاً نصف عمل پارچه تلف شد.

در فرض اول که قبل از عمل تلف شده ست در اینجا عملی انجام نشده است که مستأجر ضامن باشد.

اما در فرض دوم که در اثناء عمل تلف شد آیا در این صورت جناب مستأجر ضامن است یا خیر؟

عبارت سید که فرمودند که به تمامه یا بعضیه بر می گردد، اینجا معنی دارد ظاهر عبارت سید این است که بالنسبة ضامن است به عبارت روشنتر اقوال در مسئله سه قول است:

به مقدار از عملی که انجام شده ضامن اجرة المسمى است عبارت سید این است: « لو تلفت أو أتلّفها المؤجر أو الأجنبي قبل العمل أو في الأثناء بطلت الإجارة و

رجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلى المستأجر» اینکه بعضش بر میگردد ظاهرش این است که در اثناء عمل، محل عمل تلف می شود و مقداری را به عنوان مزد بر می دارد و ما بقی را بر می گرداند.

این یک احتمال در مسئله است که مراد سید باشد. خوب در این صورت اجاره منفسخ می شود چرا سید فرمودند که «بطلت الاجارة» و فرمودند که انفسخت؟ می گوئیم که مراد سید بطلان نسبت به ما بقی عمل است که انجام نداده است لذا مراد سید هم انفساخ بوده است. یعنی عمل این موجر نسبت به عملی که انجام داده است درست است و نسبت به ما بقی عمل که انجام نداده است باطل است. &&&

مثل اینکه شخصی اسبی را برای یک ماه کرایه می دهد و اسب بعد از پانزده روز مرد در اینجا هم اجاره نسبت به پانزده روز درست و نسبت به ما بقی باطل است.

پس قول اول این است که نسبت به مقداری که انجام داده است عقد باطل است و مستأجر به نسبتی که عمل انجام شده است از اجرة المسمى ضامن است.

قول دوم در مسئله این است که بالنسبة از اجرة المثل ضامن است مثلاً این برشی که داده است که سه دینار است این یک سوم برش زده بود و تلف شد می شد یک دینار اما اجرة المثل شش دینار است که یک سومش می شود دو دینار.

قول سوم:

اصلاً موجر و اجیر مستحق اجرتی نمی باشد و مستأجر ضامن نمی باشد.

سید قول اول را انتخاب کرده است و ما قول سوم را قبول کردیم.

وجوه اقوال:

اما قول سید و قول اول:

دلیل قول سید چه می باشد؟

این یک اختلافی است در تفسیر تسلیم عمل که آیا تسلیم عمل به اتیان عمل است یا به تسلیم محل عمل است مثلاً ما کسی را اجیر کردیم که یک پارچه را خیاطت کند این عمل را کی تسلیم می کند؟ وقتی محل عمل را به من تسلیم کند یا به اتیان عمل است که در نظر سید یک سوم از عمل را تسلیم کرده است لذا مستحق اجرة المسمی می شود نسبت به یک سوم. اینکه تسلیم عمل به چه می باشد یک امر عرفی و عقلائی است که این تسلیم را به کدام می دانند؟ تسلیم محل یا اتیان عمل. وجه قول دوم:

قول دوم این است که باید بالنسبت اجرة المثل را بدهد. این شخص نسبت به اجرة المسمی مستحق نمی باشد چرا که تسلیم عمل به تسلیم محل است که این تسلیم نکرده است لذا مستحق نمی باشد نه کلاً و نه جزءاً. اما چرا بالنسبة از اجرة المثل می برد چون این عمل را به امر مستأجر انجام داده است و گفته شده است که عمل مضمّن است و اگر به کسی امر شد و الغاء احترام نشد فرد آمر ضامن این اجرة المثل این عمل می باشد. &&&

مناقشه:

اشکال این بیان چه می باشد با اینکه تسلیم عمل را به تسلیم محل می دانیم. اینجا یک اشتباهی شده است بین اوامر ضمنیه و استقلالیه. هر دو امر ضمان آور است اما بحث در این است که در اینجا آیا یکی از این اوامر محقق شده است یا خیر؟ بله امر به خیاطت کرد که امری استقلالی است و فرض این است که خیاطت انجام نشد. اما امر به بریدن امر ضمنی است مثلاً امر به رکوع امر ضمنی است و امر به صلاة امر استقلالی است. این بریدن کی امر ضمنی دارد؟ زمانی که در ضمن سایر اجزاء بیاید اگر من یک نماز تمام بخوانم امر به این رکوع دارم اما اگر بخواهم فقط رکوع کنم این دیگر امر ضمنی به رکوع نمی باشد. این خیاطت عمل ارتباطی می باشد. این از

مغالطاتی است که خیلی واقع می شود. اگر این برش در ضمن خیاطت نیاید دیگر امر ضمنی به بریدن نمی باشد.

خوب از این بیان وجه قول سوم هم مشخص می شود و متعین قول سوم می شود.

این شخص نه اجرة المسمى را مستحق است چرا که یا عقد اجاره منفسخ می شود یا باطل می باشد. اما اگر منفسخ شد از حین تلف نسبت به تمام عمل منفسخ می شود به ارتکاز چرا که این پارچه به درد مستأجر نمی خورد. اگر چه می توانست نسبت به بعض هم منفسخ شود اما ارتکاز مخالف این است.

در اینجا ضامن نمی باشد چرا که نه به امر استقلالی و ضمنی انجام شود.

نگویید نسبت به عمل اجیر الغاء احترام نکرده است نکرده باشد فایده ای ندارد چرا که مأمور به نمی باشد عدم الغاء احترام نسبت به عمل زمانی اثر دارد که مأمور به هم باشد. درست است که شخص اجیر قصد اجرت کرده بود اما این مشکلی ندارد مثلاً شخصی ماشین خودش را می شوید و قصد اجرة هم می کند در اینجا مستحق اجرت نمی باشد. مگر این که عرف عقد را انحلالی ببیند مثلاً شخص را به یک عقد اجاره اجیر کرده اید که پنکه و یخچال را تعمیر کند که یکی را تعمیر می کند و یکی را تعمیر نمی کند در اینجا عرف عقداً اجاره را انحلالی می بیند لذا نسبت به آن وسیله ای که تعمیر کرده است، مستأجر ضامن اجرة المسمای آن می باشد.

اگر بگویید که عرف ضامن می داند در اینجا می گوئیم از مواردی است که اگر به عرف تنبیه دهیم عرف هم قبول می کند.

بحث ما در اینجا است که عمل محل دارد و تحت ید اجیر می باشد در اینجا ما قائلیم که تسلیم به تسلیم محل است اما اگر محل نداشته باشد مثل نماز و روزه

استیجاری و یا اگر محل دارد تحت استیلاء او نباشد مثلاً در خانه مستأجر چاه بکند در اینجا تسلیم به اتیان عمل است نه به تسلیم محل.

این تمام مسئله در صورت اول که خلاصه آن این بود که اگر قبل از عمل تلف شود در این جا عقد اجاره منفسخ می شود و مستحق نمی باشد اما در صورت تلف در اثناء هم اقوال در مسئله سه تا شد که ما قائل به قول سوم شدیم.

&&&<sup>۱</sup>

<sup>۲</sup> بحث در این بود که اگر محل عمل تلف شود این عقد اجاره در نزد سید باطل می شود که ما گفتیم که عمل منفسخ می شود. این تلف محل عمل چهار صورت دارد:

صورت اول تلف سماوی آتشی آمد و پارچه سوخت .

صورت دوم تلف اجیر که این را هم مطرح کردیم.

صورت سوم اجنبی است.

بحث ما در تلف اجنبی است.

تلف اجنبی دو فرض دارد:

فرض اول: قبل از شروع عمل اجنبی پارچه را پاره کرد.

فرض دوم: بعد از شروع در عمل پارچه را پاره کرد.

اما فرض اول: قبل از شروع در عمل پارچه را از بین برد.

خوب لا کلام و لا اشکال در اینکه نسبت به ثمن و بدل ضامن می باشد نسبت به مستأجر اگر مثلی است ضامن مثل است و اگر قیمی است ضامن قیمت است مثلی را

<sup>۱</sup> سه شنبه ۹۵/۱۲/۰۳.

<sup>۲</sup> چهارشنبه ۹۵/۱۲/۰۴.

قبلاً توضیح دادیم. مثلاً پارچه ای است فاستونی که در بازار زیاد است می رود همان جنس و همان مارک سه متر می خرد و به مالک پارچه می دهد.

در این فرض اول آیا ضامن اجرة المثل آن عمل خیاطه هم است یا خیر؟

در اینجا چون اجنبی باعث تفویت شد اگر محل عمل باقی بود اجیر می توانست در محل عمل کار کند و اجرة بگیرد اما در اینجا که محل عمل تلف شده است اجیر نمی تواند پارچه را خیاطه کند و اجرة را به دست نمی آورد. این را گفتیم که در سیره عقلاء تفویت موجب ضمان نمی باشد یعنی ما کاری کنیم که مالی به دست کسی نرسد بخلاف جایی که مالی را از دست کسی در بیاوریم که در اینجا ضامن است. البته این را که می گوئیم این را به حسب زمان و مکان خودمان می گوئیم ممکن است در عرفی یا در آینده یکی از اسباب ضمان تفویت باشد حتی به ذهن می آید که بعضی از این تفویتها ضمان آور باشد مثلاً در جایی شخصی اشتباه می گوید که این غذای فلان ، سرطان زاست. و لو این باعث شده است که شخصی که این غذاها را می فروخته است، به نفع نرسد گفتیم این جا ضامن نمی باشد اما اگر به دروغ بگوید که سرطان زاست و قصد او از این کلام این است که رقیب را کنار بزند ممکن است که در اینجا گفته شود که شخص ضامن است.

اما در مواردی ضامن نمی باشد مثل اینکه کسی فروشگاه بزرگی بزند که این امر باعث می شود که فروشگاههای کوچک نوعاً متضرر شوند اما نمی توان گفت که در اینجا ضامن می باشد.

پس جناب اجنبی ضامن نمی باشد. در ایجاد ارتکاز نیاز است که تحولات کم باشد و در جائیکه تحولات زیاد است مثل زمان ما لذا ارتکازی شکل نمی گیرد لذا باید قانون به شکل متعارف تداخل کند یا باید واگذار کنند به هیئتی که مورد به مورد حکم کند&&



اما فرض و صورت دوم در اثناء عمل اجنبی آمد تلف کرد پارچه را برش داد  
خیاط و اجنبی پارچه را از بین برد در اینجا در سه جهت باید بحث کرد:  
جهت اول:

آیا اجنبی که ضامن پارچه است آیا به قیمت اصلی و زمان پارچه ضامن است یا به قیمت فعلی؟ تارة قیمت فعلی از قیمت اصلی بیشتر است &&& و تارة بالعکس. شکی نمی باشد که به قیمت فعلی ضامن است چرا که اجنبی این پارچه فعلی را تلف کرده است لذا ضامن است به قیمت فعلی نه قیمت اصلی. بله گفته شده است یک اموری را داریم که از پدیده های جدید است مثلاً شما می روید یک کامپیوتر و وسیله ای می خرید تا درب جعبه را باز می کنید قیمت نزول پیدا می کند و لو اصلاً استفاده نکنید ده درصد مثلاً افت قیمت پیدا می کند خوب الان اگر کسی این را تلف کند قیمت ده درصد را ضامن است یا قیمت اصلی؟ این یک مسئله و یک مسئله دیگر که در زماننا هذا خیلی فرق می کند که قیمت فروش با قیمت خرید متفاوت است مثلاً وسیله ای را خریدید و اصلاً بسته را باز نکردی در اینجا دیگر به قیمت خرید شما از شما نمی خرند و کمتر می خرند یعنی الان در مغازه ها قیمت آنها همان قیمت خرید شما است اما شما که می خواهید بفروشید به آن قیمت از شما نمی خرند لذا در خمس اگر زائد بر معونه دارم قیمتی را که می توانم بفروشم را باید بدهم. با این که قیمت خرید من بیشتر بوده است. پاره از کالاها قیمت تفاوت بین این دو قیمت زیاد است.

این در شبهه در ذهن ما است که در این موارد اگر اجنبی تلف کرد ضامن آن قیمت قبل از باز شدن و یا قبل از خرید را ضامن باشد چرا که اگر مالک بخواهد همان مال را بخرد باید قیمت اصلی را بدهد. آیا در این موارد ارتکاز عرف ضامن قیمت اصلی است یا ضامن قیمت فعلی است؟ البته این شبهه در قیمیات است نه در مثلیات چرا که در مثلیات باید خود مثل را بیارود مثلاً کالا فرش دست باف است.

البته در پارچه هم این شبهه است که آیا به قیمت پارچه برش زده باید بدهد یا باید به قیمت اصلی ضامن باشد. این شبهه در ذهن است که باید به قیمت اصلی ضامن باشد. فعلا آنچه را که تقویت می کنیم قیمت فعلی است اما جزمی نمی باشد. این شبهه است که اگر بگوییم به قیمت اصلی ضامن باشد ضامن خود پارچه باشد. در صورت شک باید مصالحه کنند چرا که از هر دو باید مالی کم شود.

<sup>۱</sup> بحث ما در صورت سوم بود که اجنبی پارچه را تلف کرد که دو فرض داشت یکی اینکه قبل از شروع در خیاطه اجنبی از بین برد در اینجا ضامن پارچه است اگر قیمی است قیمت را و اگر مثلی است مثل آن را به مالک پارچه بدهد. اما نسبت به اجیر چیزی نیاز نمی باشد بدهد. بله محل عمل را تقویت کرد گفتیم که درسیره عقلاء مطلق تقویت ضمان آور نمی باشد.

اما رسیدیم به فرض دوم در اثناء عمل، اجنبی بیاید محل عمل را تلف کند گفتیم در سه جهت باید بحث کنیم:

جهت اول این بود که ضامن می باشد نسبت به این پارچه ضامن می باشد اما به چه قیمت؟ گفتیم به قیمت فعلی ضامن است یعنی این پارچه برش خورده را نسبت به مالک ضامن است که این دیگر بعد از برش مثلی نمی باشد بلکه قیمی است که قیمت فعلی را باید بدهد که این قیمت فعلی یا از قیمت پارچه بیشتر یا کمتر یا یکی است.

سرش این است که در نزد عقلاء ما خسارتی که وارد کردیم باید تدارک کنیم ولو این شخص اگر بخواهد این پارچه را بخرد باید دو برابر پول بدهد و پارچه را بخرد. اما یک معضله ای که الان می باشد و در گذشته نبوده است و آن اینکه در الان اگر بخواهیم همان پارچه را بخریم باید سه برابر پول بدهد گاهی اوقات باید ده برابر پول بدهد. این معزله در الان است که قیمت برش خورده با غیر برش خورده خیلی فرق می

کند بخلاف قدیم که تقریباً اندازه ها یکی بوده است لذا پارچه برش خورده متقاضی اش زیاد بوده است و به یک اندازه لباس ها را معمولاً می دوختند و معمولاً آستین ها بلند بود و زیاد در قید و بند لباس نبودند بخلاف الان که تقاضای پارچه برش خورده کم است لذا قیمت پایین است. به نظر می رسد که باید این خسارت و اختلاف قیمت را تدارک کند. البته هنوز قطعی نگفتیم اما بعید نمی باشد که این جا این اختلاف قیمت باید تدارک شود. بخصوص در وسائل بهداشتی که بعد از یکبار استفاده کردن خیلی اختلاف قیمت پیدا می کند اما در قدیم اینطور نبوده است و اگر هم بوده است متداول نبوده است و اتفاقی بوده است.

جهت دوم این است که آیا اجنبی ضامن عمل اجیر است یا خیر؟ این اجنبی پارچه برش خورده را تلف کرد آیا اجنبی ضامن اجرت است یا خیر؟ اگر گفتیم ضامن اجرة است ضامن اجرة المثل است یا ضامن اجرة المسمى؟ و بعد نسبت سنجی کند آن اجرة را نسبت به مقدار عملی که انجام داده است؟ مشهور فقهاء گفته اند که ضامن نمی باشد و هیچ چیز به اجیر نمی رسد به جهت این که این عملی که انجام داده است این عمل به لحاظ عرفی متقوم به این پارچه نمی باشد و که بگوییم دو چیز را تلف کرده باشد یکی پارچه و یکی عمل اجیر را. &&& اینطور نمی باشد که با این عمل بریدن در پارچه با مالک شریک شود.

ما با مشهور فی الجملة مخالف کردیم. وقتی اجنبی پول را به مالک می دهد سه صورت دارد:

قیمت این پارچه با قیمت اصلی خود پارچه مساوی است یا اقل است یا اکثر است.

گفتیم اگر قیمتش مساوی یا اقل باشد لازم نمی باشد چیزی به اجیر بدهد. اما اگر قیمت بریده نسبت به پارچه اصلی بیشتر باشد در این صورت است که قبول کردیم خود مالک باید به اجیر پول بدهد و ربطی به اجنبی ندارد لذا قبول کردیم اجنبی به

اجیر چیزی نمی دهد این را قبول کردیم اما اینکه گفته اند که اجیر چیزی گیرش نمی آید این را قبول نکردیم بلکه در جایی که قیمت پارچه بریده شده بیشتر باشد، اینجا مالک باید به اجیر اختلاف قیمت را بدهد. اگر این اختلاف قیمت کمتر از اجرة المسمى باشد البته به نسبت مقدار عملی که انجام داده است اما اگر اجرة المسمى بالنسبة از اختلاف قیمت کمتر باشد، باید همه آن اجرة المسمى را به همان نسبت عمل بدهد. چرا در نظر ما اجاره منفسخ می شود اما در صورت قول به بطلان همین بیان نسبت به اجرة المثل می آید.

جهت سوم:

آیا جناب اجیر می تواند از مالک مطالبه اجرة بکند یا خیر؟ دقت کنید در این مسئله اقوال زیاد است

یک قول این است که بله می تواند مطالبه کند از اجرة المثل عملش را مطالبه کند. یک قول این است که بله می تواند مطالبه اجرة المثل کند به شرط اینکه این اجرة المثل به همین نسبت از اجرة المسمى بیشتر نباشد.

یک قول این است حق الرجوع دارد که بالنسبة از اجرة المسمى باید بدهد.

یک قول این است که اصلاً چیزی نمی خواهد بدهد و حق رجوع ندارد.

یک قول هم قول ما است که تفصیلی شدیم.

مستند اقوال:

قول اول این بود که اجرة المثل را می تواند مطالبه کند چرا عمل او به امر مالک بوده است و امر مضمن است. و باید اجرة المثل را بدهد و اجرة المسمى را نباید را بدهد چرا که اجرة المسمى مال جایی است که برش ضمن مجموعه باشد.

مناقشه:

کی این برش به امر این شخص بود؟ زمانی که برش در ضمن دیگر اجزاء باشد یعنی برش در ضمن انجام خیاطه در حالیکه خیاطه انجام نشد.

وجه قول دوم هم وجهش این است اما نسبت به زائد بر اجرة المسمى الغاء احترام کرده است.

مناقشه:

همان مناقشه امر قبلی.

قول سوم:

اجرة المسمى را باید بالنسبة بدهد و می تواند مطالبه کند که این قول صاحب عروه است. چرا که در نظر صاحب عروة تسلیم عمل به اتمام عمل است و نسبت به این مقدار اتمام عمل شد.

مناقشه:

قطع نظر به اینکه تسلیم عمل به اتمام عمل نمی باشد بلکه به تسلیم است اما کی این عمل اتمام شده است؟! چرا که عمل خیاطه بود نه برش.

وجه قول چهارم و مختار خودمان:

مالک ضامن نمی باشد مگر در صورتی که قیمتی که از اجنبی می گیرد بیش از قیمت اصلی پارچه بدون برش است در این موقع بالنسبة ضامن است. بالنسبة یعنی چه؟ مثلاً قیمت اصل ۱۰۰ تومان و قیمت برش خورده ۱۲۰ تومان ست خوب اتمام عمل به تسلیم عمل است. &&& برش نسبت به کل خیاطه مثلاً یک سوم بوده ست و خیاطه نود تومان بوده است &&& آ» برش ضمن کل را نداده است برشی که تنها بود دارد و آن برش قیمتش بیش از ۲۰ تومان نمی باشد.

اما فرض کنیم که برش یک سوم قیمت است و ب&&& پس می تواند مطالبه کند به شرط این که اولاً اجنبی به مالک پول بدهد و ثانیاً اضافه هم بدهد و ثالثاً &&& این بر همین اساس این است که تسلیم عمل به تسلیم محل است لذا این فرع سید فرعی عجیب و قریب است و نمی تواند به آن تعلیقه زد &&&

## انعم لو كانت الإجارة واقعة على منفعة المؤجر

بأن يملك منفعته الخياطي في يوم كذا يكون إتلافه<sup>۱</sup> لمتعلق العمل بمنزلة استيفائه لأنه يأتلافه إياه فوت على نفسه المنفعة ففرق بين أن يكون العمل في ذمته<sup>۲</sup> أو يكون منفعته الكذائية للمستأجر<sup>۳</sup> ففي الصورة الأولى التلف قبل العمل موجب للبطلان و رجوع<sup>۴</sup> الأجرة إلى المستأجر وإن كان هو المتلف و في الصورة الثانية إتلافه بمنزلة الاستيفاء و حيث إنه مالك لمنفعة المؤجر و قد فوتها على نفسه فالأجرة ثابتة عليه.

&&& صورت چهارم:

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۵/۱۲/۱۸.

<sup>۲</sup> ای المالك و المستأجر.

<sup>۳</sup> که این فرض اول است که اجیر عمل در ذمه را تملیک می کرد.

<sup>۴</sup> که این فرض دوم است که اجیر منفعت خودش را به مستأجر تملیک کند.

<sup>۵</sup> رجوع در اینجا دو معنا می باشد رجوع تکوینی که پول را به &&& مراد از این رجوع کدام است؟ اگر بطلان به معنای بطلا باشد رجوع می شند رجوع تکوینی و اگر بطلان به معنای انفساخ باشد رجوع می شود رجوع اعتباری . چون کلمه «رجوع» بکار برده است نه «ارجاع» ظهورش در رجوع اعتباری است لذا ظهور بطلان در «انفساخ» می باشد.

صورت چهارم جایی است که خود مالک محل عمل را از بین ببرد در اینجا آیا مالک ضامن است یا خیر؟

سید دو فرض را فرمودند:

فرض اول:

مرحوم سید در باب اجاره بر اعمال می فرمایند ما دو قسم داریم:

فرض کنید که شما کسی را اجیر می کنید که برای شما جمعه کارگری کند یک دفعه شخص را اجیر می کنید که روز جمعه بیاید و منزل را تمیز کند به ۵۰ هزار تومان در اینجا اجرة ۵۰ هزار می باشد و جناب مستأجر مالک چه می شود؟ مالک عمل می شود در ذمه اجیر و آن عمل هشت ساعت نظافت در روز جمعه است.

قسم دوم و فرض دوم:

عقد اجاره را به صورت بالا نمی بندید بلکه مستأجر به اجیر می گوید که منفعت تنظیف در روز جمعه را به من تملیک کن در ازاء پنجاه تومان اجرة پنجاه تومان جناب مستأجر مالک عملی در ذمه اجیر نمی باشد بلکه منفعت تنظیف<sup>۱</sup> اجیر را را مالک می شود که در ذمه اجیر نمی باشد بلکه متقوم به عمل اجیر است. در این فرض اجیر باید خودش را تحت امر مستأجر قرار دهد.

پس تارة اجیر عمل در ذمه خودش را تملیک به مستأجر می کند و تارة عمل را تملیک نمی کند بلکه منفعت خودش را تملیک می کند به عبارت دیگر به وزان اجاره اعیان منفعت خودش را به مستأجر تملیک می کند.

---

<sup>۱</sup> در صورت اول طرفین معامله اجرة و عمل اجیر است که به ذمه می روید اما در صورت دوم، طرفین معامله اجرة و منفعت اجیر که عبارت باشد از صلاحیت او که در مثلاً خیاطة باشد یعنی صلاحیت او بر خیاطة خوب از آنجائیکه دائماً صلاحیت موجود است لذا هیچ زمانی منفعت به ذمه نمی رود.

گفته شده است - که البته مثال خوبی نمی باشد - عقد اجاره ی زنهایی که خود فروشی می کنند از این قبیل دوم است.

اکثر فقهاء و سید هم به این دو فرض قائل شده اند که اجاره بر اعمال بر یکی از این دو فرض صورت می گیرد.

اینها قائلند که این دو فرض صحیح عند العقلاء است یعنی عقلاء این عقد را دارند و لو متعارف نمی باشد لذا امضاء شارع به اوفوا بالعقود آن را می گیرد. حالا تطبیق در ما نحن فیه:

مستأجر گفت که این پارچه را بگیر و عبا بدوز و بعد فردا پارچه را خود مالک آتش زد سید می فرمایند که در فرض اول که اجیر عمل در ذمه را تملیک کرده است در این صورت مالک نسبت به اجرة ضامن نمی باشد.

اما در فرض دوم که اجیر منفعت خیاطة خودش را تملیک کرد در اینجا سید می گوید که تمام اجرة را باید به اجیر بدهد. این در ما نحن فیه و فرمایش سید.

اما بررسی مسئله:

در فرض اول:

وقتی مالک پارچه را از بین برد پارچه را که ضامن نمی باشد چرا که مال خودش بود اما نسبت به اجرة ضامن نمی باشد در سیره چرا که در اینجا اجرة را از بین نبرد بلکه جلوی اینکه او به اجرة برسد را گرفت.

حتی اگر فرصت شغلی را از بین برده باشد باز ضامن نمی باشد چرا که در این جوامع امروزی که گفته شده است فرصت شغلی را متلف، ضامن است از باب تفویت



عمل نمی باشد بلکه از باب فرصت شغلی است و الان متعارف در خارج خیاط فرصت شغلی ندارد.

اما اگر در همین فرض در اثناء عمل، مالک محل عمل را تلف کرد:

ضامن پارچه که نمی باشد چون مالک پارچه می باشد اما ضامن عملی که او انجام داده است می باشد یا خیر؟ در اینجا وقتی مستأجر متلف است فرقی با اجنبی این است که کانه این عمل را به عنوان عمل پذیرفته است. وقتی برش زده است و اجنبی از بین می برد دیگر مالک ضامن نمی باشد چرا که اجنبی برش در ضمن خیاطه را اجاره کرده بود اما در اینجا که در اثناء عمل پارچه را آتش زد، کأن این عمل را به عنوان جزء قبول کرده است لذا باید به همان نسبت عمل، از اجرة المسمى به اجیر بدهد.

حتی اگر ما تسلیم را به اتمام بدانیم در اینجا هم تسلیم به اتمام آن جزء است.

در فرض دوم که منفعت را تملیک کرده است:

مثلا شما ماشینی را اجاره کردید که به تهران بروید این منفعت قم به تهران را یکبار استیفاء می کنید و یکبار منفعت را استیفاء نمی کنید بلکه کاری می کنید که قابل استیفاء نمی باشد اینجا عرف این را استیفاء یکجا می بیند لذا شما تمام اجرة را باید به او بدهید.

ما با فرض سید کاملاً موافقیم فقط با تعبیر سید موافق نمی باشیم که ایشان فرمودند: « و قد فوتها علی نفسه » این نکته تفویت نمی باشد بلکه عرف این را استیفاء می بیند نه تفویت. در اینجا باید اجرة المسمى را کامل بدهد. این در سیره می باشد.

هذا تمام الكلام فی المسئلة الاولى.

## مسألة ۲: المدار في الضمان على قيمة يوم الأداء

### في القيمات لا يوم التلف و لا أعلى القيم على الأقوى

گفتیم که اگر جناب اجیر یا مستأجر تعدی یا تفریط بکند، ضامن می باشد. مثلاً پراید دست دومی را اجاره کرده است که قیمی است نه مثلی بخلاف ماشین صفر که مثلی است. اگر این پراید را آتش زد مستأجر ضامن است و ضامن قیمت آن است. قیمت چه روزی را باید داد؟ ما سه روز داریم يوم الضمان و يوم التلف و یکی هم يوم الأداء. این سه روز تارة با هم در یک زمان و تارة در دو زمان و تارة در سه زمان است.

فرض کنید که این شخص ماشین را کرایه کرده است که پنج شنبه برود به تهران و رفت به اهواز این يوم الضمان روز پنج شنبه است و روز جمعه ماشین را دزدیدند یا آتش گرفت و سوخت این روز جمعه می شود يوم التلف و روز شنبه هم رفت که اداء کند این شنبه می شود يوم الاداء. تارة اختلاف بین این سه روز زیاد است لذا اختلاف قیمت هم گاهی فاحش است.

اقوال در مسئله شش تاست:

قول اول يوم الضمان مرحوم تبریزی و خوئی.

بعضی يوم التلف می باشند که مشهور می باشند.

بعضی گفته اند يوم الاداء مرحوم سید است.

بعضی گفته اند أعلى القيم من يوم الضمان الى يوم التلف.

بعضی گفته اند على القيم من يوم التلف من يوم الاداء.

بعضی گفته اند أعلى القيم من يوم الضمان الى يوم الأداء.

## ما در &&& مرحله بحث می کنیم

مرحله اول که مثلی و قیمی را &&& می گوئیم و در مرحله بعد بررسی اقوال و بعد تحلیل مختار خودمان که تابع سید می باشیم که ضامن یوم الأداء می باشد.

<sup>۱</sup> خوب در این مسئله سید در مورد قیمیات را فرموده است نه مثلیات اما ما برای اینکه تکلیف مثلیات هم روشن شود بحثی را می کنیم که شامل همه اینها بشود لذا در مراحل بحث می کنیم.

بحث عهده و ذمه و فارق بین این دو و بعد وارد می شویم در فارق بین مثلی و قیمی و بعد در ضمان مثلیات و بعد هم در ضمان قیمیات داخل می شویم.

الجهة الاولى:

عهده وعائی است اعتباری و فرضی است ذمه هم وعائی است اعتباری دو وعاء اعتباری می باشند که به اشخاص و افراد اضافه می شود می گوئیم بر عهده زید و بر ذمه فلانی. عقلاء برای تنظیم دستگاه معاملاتی این دو را اعتبار کردند.

فرق این دو در دو چیز است؟

یکی در مظروف:

مظروف عهده فعل است می گوئیم آن فعل بر عهده زید است و زید موظف است که آنچه که بر عهده اش است را انجام دهد. فعل هم اعتباری است کما اینکه وعاء اعتباری است. عهده آن وعائی است که مظروف آن فعلی است که شخصی که آن فعل را بر عهده گرفته است را باید انجام دهد. یکبار من نمازی را می خوانم که امری است واقعی یا حقیقی اما یکبار فعلی به عهده من می آید که این جا می شود اعتباری.

اما ذمه وعائی است برای اموال مثلاً من به عمرو ۱۰۰۰ تومان بدهکار است. ذمه من مشغول به مال عمرو است که ۱۰۰۰ تومان باشد که هم ذمه و هم مال اعتباری است. من کتابم را به زید فروختم که زید مالک کتاب من شد و من مالک ۱۰۰۰ تومان ثمن این کتاب در ذمه زید شدم که یک مال کلی اعتباری است که در ذمه اعتباری زید می باشد که خود زید امری حقیقی است اما ذمه زید امری است اعتباری.

اگر هم گاهی اوقات فعل را بر ذمه می دانیم این استعمال مجازی است مثلاً می گوئیم که ذمه میت بر حج مشغول است.

صاحب ذمه دو نفر است من و زید من صاحب ذمه ام چرا که من مالک مظروف و مال می باشیم و زید صاحب ذمه است چرا که ذمه اضافه به زید شده است به ملکیت عرفیه مثل ید زید. یکی از خصوصیات این مال فی الذمه این است که صاحب ذمه که زید باشد هیچ نمی تواند مالک فی الذمه خودش شود. ما همیشه می توانیم مالک شویم آن مال کلی که در ذمه دیگری است.

&&& سوال فاضل رمضانی

بله مال می تواند فعل باشد &&&

فرق دوم:

ذمه به اشخاص حقوقی و حقیقی تعلق می گیرد اما عهده فقط به شخص حقیقی تعلق می گیرد.

زید فرش می خرد و مالک این فرش مالک ذمه زید شد و زید متعهد به ختم قرآن شده بود در ضمن عقد یعنی هم ذمه اش به ثمن فرش مشغول شد و عهده اش مشغول شد به ختم قرآن .

خوب زید متولی مسجد است و رفت فرش برای مسجد خرید و فروشنده شرط ختم قرآن هم کرد.

خوب فروشنده مالک ثمن شد در ذمه مسجد و مسجد مدیون و بدهکار فروشنده است و زید متولی مسجد بدهکار و مدیون نمی باشد لذا اگر متولی فوت شد بر ورثه متولی لازم نمی باشد که دین فروشنده را بدهند. یا اگر مسجد پولی ندارد و این شخص پول دارد لازم نمی باشد که متولی پول این فرش را بدهد. بلکه اگر مسجد مالی دارد که می تواند بفروشد بر متولی لازم است عند مطالبه البایع از مال مسجد که غیر وقفی است بفروشد و بدهی مسجد را بدهد. چون اشخاص حقوقی نمی توانند فعلی انجام دهند و مکلف نمی باشند. لذا &&& اگر مال خود فعل بود یعنی مثلاً بر فعل این شخص یعنی فعل مسجد مال بود این هم به ذمه شخص حقوقی نمی آید اما اگر عملی این شخص خیر بلکه عمل بر ذمه بیاید این بر ذمه اشخاص حقوقی هم می آید. اما ختم قرآن به عهده مسجد نمی باشد بلکه بر عهده متولی است. بلکه متولی شرعاً مکلف است که بدهی مسجد را ا فراغ کند عند مطالبه البایع.

۱ انسان وقتی زنده است شخصیت حقیقی است و وقتی می میرد می شود شخصیت حقوقی.

الجهة الثانية:

تعريف مثلي و قيمي و تفاوت بين این دو:

دقت کنید فرض کنید ما ید عدوانی می گذاریم بر مال کسی دیگر یعنی مال دیگری را تحت استیلاء خود قرار دادیم و مال او را غصب کردیم. عدوانی یعنی یدی که امانی نباشد. الان که ید عدوانی گذاشت ذمه این غاصب که زید باشد و گوسفند عمرو را غصب کرده است مشغول به مال عمرو می شود. ذمه شخص غاصب که زید باشد مشغول نمی شود چرا که مال تلف نشده است و باقی است. عهده زید مشغول است به رد آن مال امروز که روز شنبه بود و غصب کرد امروز یوم الضمان چرا که یکی

از اسباب ضمانی تلف تحت الید است یعنی تلف غیر مستند به این شخص. تلف تحت ید موجب اشتغال ذمه می باشد. یوم الضمان یعنی روزی که اگر مال تلف شود ذمه ی او مشغول می شود. پس وجه تسمیه اش این است که روزی که اگر تلف شود ذمه غاصب و مستولی مشغول می شود. بعد از چند روز این گوسفند تلف می شود یا غاصب آن را ذبح می کند که فرقی نمی کند از آن لحظه ذمه اش مشغول می شود یعنی تا آن تلف، جناب مغضوب منه که عمرو است مالک آن گوسفند بود و از آن تلف، عمرو مالک یک مالی است در ذمه غاصب که زید باشد. سوال این است که این مالی که بر ذمه جناب غاصب می آید آن چیست؟ به عبارت دیگر وقتی این گوسفند تلف شد عمرو که مالک گوسفند بود بعد از تلف مالک چه چیزی در ذمه زید غاصب است. در اینجا سه قول است:

قول اول:

مالک خود شخص گوسفند می باشد اما تا الان در خارج بود و بعد به اعتبار عقلاء رفت به ذمه غاصب. یعنی در ذمه غاصب به اعتبار عقلاء شخص گوسفند موجود می باشد.

یعنی تا الان با بدن عنصری موجود بود و الان به بدن مثالی موجود در ذمه غاصب است.

قول دوم:

عقلاء شخص گوسفند را اعتبار در ذمه غاصب نمی کنند بلکه مثل آن گوسفند را در ذمه غاصب اعتبار می کنند و عمرو مالک آن گوسفند مثل گوسفند خارجی می شود که نوک سوزنی با هم فرقی ندارند و فقط این در واقع مثال آن است مثل تصویری که در آینه است.

قول سوم:

این قول تفصیل داده اند گفتند باید ببینیم آن تالف مثلی بوده است یا قیمی بوده است اگر مثلی باشد می شود قول دوم و اگر قیمی باشد قیمت یوم التلف را عقلاء اعتبار می کنند در ذمه غاصب و جناب عمرو مالک قیمت یوم التلف آن گوسفند می شود. مثلی مثل اینکه سه متر پارچه تترن را شخص غصب کرده است این مثلی است چرا که مثل آن در بازار موجود است. یا مثل اسکناس غاصب اسکناس را پاره پاره کرد که البته در مقام اداء می تواند معادل آن را بدهد چرا که اسکناس مثلی است چرا که در نزد عقلاء مالیت اینها مهم و معیار است لذا قیمی و مثلی آن یکی است. البته باید نکته ای نداشته باشد مثل اینکه پولش نو باشد و بخواهد عیدی دهد.

پس سه قول در مسئله است: شخص گوسفند ، مثل گوسفند، تفصیلی بین قیمی و مثلی.

#### اول نقد قول اول و دوم:

این قول اول و دوم ثمره ای ندارد و فرقی بین این دو نمی باشد فقط باید ببینیم در نزد عقلاء چه چیزی را اعتبار می کنند؟ مثل را یا شخص را؟ در ارتکازات عقلاء کدام اعتبار می شود؟ یعنی به عبارت دیگر مالک را مالک شخص مال می بینند یا مثل آن مال؟ در نزد عقلاء آیا این ملکیت در ذمه، در استمرار ملکیت سابق است که بشود شخص یا یک ملکیت جدیدی است که مثلی شود؟ به نظر می رسد که مثل گوسفند را اعتبار می کنند اعتبار شخص بیش از ذهنیت عرفی است و الان اگر سوال کنی می بینی که تا الان همچنین فرضی نکرده بودند لذا شخص گوسفند غیر عرفی است. ثمره عملی هم ندارد. یعنی در بین قول اول و دوم قول دوم به نظر می رسد که در ارتکاز عرف باشد. اما در بین قول دوم و سوم کدام است انشاء الله بررسی می کنیم.

پس ما بر اساس ارتکازات و وجدانیات خودمان قول دوم را بین قول اول و دوم انتخاب کردیم.

قول سوم: که قول مشهور است که در قیمیات منتقل به بدل می شود که قیمت باشد. یعنی غاصب ضامن قیمت و مغضوب منه مالک قیمت مالش می شود. البته قیمت یوم التلف.

اما اگر خودکاری را غاصب تلف کرد که در همه جا پیدا می شود در اینجا قائلند که مثل آن به ذمه می آید یعنی ذمه مشغول به مثل مال مغضوب منه می شود بخلاف فرض قبلی.

در بین قول دوم و سوم ما کدام قول را اختیار کردیم؟ قول دوم را انتخاب کردیم یعنی تفصیلی بین قیمی و مثلی ندادیم و اثر خیلی مهمی هم دارد. یعنی شخص مغضوب عنه مالک مثل این گوسفند می شود مثلاً این گوسفند تالف یک گوشش سوراخ بود الان هم بر ذمه غاصب گوسفندی که گوشش سوراخ است می آید یعنی بین مال تالف و مال در ذمه فقط در مثلی و عینی فرق است و الا فرقی ندارد. دلیل ما هم ارتکاز عقلاء یعنی در نزد عقلاء مثل گوسفند به ذمه می آید نه قیمی. بلکه دو نکته را اشتباه کرده اند:

نکته اول:

این بوده است که می گفتند این در خارج مثل ندارد که این شخص مالک آن شود ما نگفتیم که در خارج مثل دارد بلکه گفتیم که چون این ما فی الذمه اعتباری است مثل در ذمه است.

نکته دوم:

این ها دیده اند که باید در مقام اداء پول بدهد لذا گفته اند که پول به ذمه می آید. اشتباه اینها این است که صرف اینکه باید در مقام اداء پول بدهد به این معنا نمی باشد که پول به ذمه می آید در حالیکه ما هم قبول داریم که باید در مقام اداء باید پول دهد اما معنایش این نمی باشد که بر ذمه هم پول آمده است. حتی اگر اتفاقاً یک گوسفندی



پیدا کرد که دقیقا مثل گوسفند تلف شده باشد یا بهتر از گوسفند تلف شده باشد، مالک می تواند مطالبه قیمت را بکند.

ضمنا همه یوم الأدائی ها قول دومی هستند و یوم التلفی ها قیمی می باشند.

مثلی و قیمی بودن تابع عرف است یعنی باید ببینیم که عرف آن را مثلی می داند یا قیمی می بیند مثلا دفتری که استفاده نشده است مثلی است چرا که در بازار مثل آن است.

گوسفند قیمی است. فرش ماشینی نو مثلی است و لکن فرش دستباف و فرش ماشینی کهنه قیمی است.

۱@ اشیاء به دو قسم تقسیم می شوند: یا مثل دارند مثل یک کیلو برنج طارم یا کیسه گندم اما پاره از اشیاء مثل ندارد مثل قالی دست باف و مثل گوسفند و مثل سایر حیوانات و ماشین و لباس مستعمل اینها قیمی می باشند. ملاک عرف است که برای آن مثل ببیند یا مثل نبیند. مثلا هزار تومان مثلی است حال فرقی نمی کند آنچه که تلف شده است دو پانصد تومانی بوده است یا ده تا صد تومانی در مقام اداء می تواند یک هزار تومانی بدهد. مثل هزار تومان هزار تومان است نه اینکه اگر یک اسکناس هزار تومانی تلف شد یک اسکناس هزار تومانی بدهد خیر مالیت آن را حساب می کنند یعنی می گویند که مثل هزار تومان، هزار تومان است. مگر اینکه تلف شده خصوصیتی داشته باشد مثلا نو باشد.

الجهة الثالثة: ضمان المثلی.

مشهور بین علماء ما این است که اگر کسی ضامن مال مثلی شود مثلا مال مثلی در تحت ید یا توسط خود زید تلف شود و ید او ید عدوانی و ضمانی باشد فقهاء معتقدند که مثل به ذمه ضامن می آید مثلا اگر جناب ضامن یک گندم یا برنجی را

تلف کرد یا یک مالی که مشابه دارد مثلاً یک کتابی را در بازار موجود است تلف کرد یا تلف شد در تحت ید او در اینجا فقهاء معتقدند که صاحب مال مالک مثل این کتاب می شود در ذمه زید و متلف. فرض کنید این کتاب مثلاً کفایه چند انتشارات دارد و از انتشارات ب را تلف کرد من مالک یک نسخه از کتاب کفایه از انتشارات ب می شود در ذمه متلف و زید.

دقت کنید فرض کنید در انتشارات ب از این نسخه صد عدد موجود است وقتی که من مراجعه می کنم به زید که کتاب من را بدهد هر یک از این صد نسخه را می تواند به من بدهد. به محض اعطاء یک نسخه از کتاب از انتشارات ب ذمه زید خالی می شود. و من مالک این کتابی شدم که زید به من داد.

پس در ابتداء من مالک کتاب کفایه انتشارات ب بودم بعد از تلف در ید زید من مالک مثل این کتاب در ذمه زید می شود و بعد از اینکه زید مثل کتاب را به من داد من مالک آن کتاب می شوم و ذمه بری و محو می شود یعنی آن اعطاء کتاب، آن محو و برائت ذمه می باشد.

این در مثلیات در نظر مشهور که ما هم قبول کردیم.

یک نکته ای است که تکمیل بحث است. دقت کنید شما در نظر بگیرید یک عمرو و یک زید و یک کتاب خارجی مشکى رنگ. من عمرو مالک چه چیزی می باشم؟ مالک یک کتابی در ذمه زید که این کتاب فرضاً آبی است و در عالم خارج یک کتاب مشکى است که من مالک آن نمی باشم. از زید طلب می کنیم کتاب تلف شده را و زید کتاب مشکى را می آورد. سوال این است که چطور می شود من مالک کتاب مشکى شدم با اینکه من اصلاً مالک کتاب مشکى نبودم بلکه مالک یک کتاب در ذمه زید بودم؟ چه اتفاقی در عالم اعتبارات عقلائی افتاد که یکی از مملوکات من در ذمه زید محو شد بعد از اینکه زید این کتاب مشکى را به من اعطاء کرد؟ تا الان مالک یک

کتاب در ذمه بودم و الان بعد از اعطاء مالک کتاب خارجی می باشم؟ در اینجا دو نظر است:

نظر معاوضه:

من تا الان مالک کتاب در ذمه زید بودم و بعد از اعطاء زید معاوضه صورت گرفته است بین کتاب ذمه و کتاب خارجی یعنی من کتاب خارجی را بجای کتاب در ذمه برداشتم و مصالحه کردم. به محض قبول ذمه او محو می شود. معاوضه بین کتاب خارجی و کتاب فی الذمه می باشد. مصالحه از افراد معاوضه است. اینها قائلند که در یک آن صاحب ذمه مالک فی الذمه می شود.

این را جماعتی گفته اند.

اشکال:

این اشکالی ندارد اما در ارتکازات مصالحه و عقدی نمی باشد وقتی می آید کتاب من را می دهد این عقد و قرار دادی نمی باشد تملیکی نمی باشد.

نظر دوم:

این اداء ما فی الذمه است نه معاوضه.

شما عبائتان در خانه ما می باشد و شما می آید و طلب آن عباء را می کنید و این شخص عباء بهتری می آورد شما می توانید امتناع کرده و بگویید عباء خودم را بیاورد و این کار این شخص، اداء نمی باشد و اداء به اعطاء شخص مال است اما در ما نحن فیه گفته اند که کتاب خارجی در دست زید باشد و در دست عمرو مال فی الذمه باشد. گفته اند که در نظر عرف دادن کتاب خارجی اداء ما فی الذمه می باشد و عقد نمی باشد. این را ما قبول کرده چرا که متناسب با ارتکاز ما می باشد.

### ۱ نکته:

این مقدار را علماء گفته اند که ذمه ما به مثل تالف ضامن می شود مثلاً یک سکه طلا در دست ما تلف شد مالک، مالک مثل سکه در ذمه من می شود. یا مثل لیوان و ... وقتی رسیدیم به اداء باید مثل آن شیء تلف شده را بدهد. اما اگر مثل نباشد مثلاً کتاب کفایه چاپ فلان در دست زید تلف شد و آن نسخه کفایه در بازار نمی باشد چه کار باید بکند؟ در آنجا گفته شده است که قیمت کتاب را باید به او بدهد. قیمت یوم الأداء را باید بدهد که این نظر مشهور شود که قیمت یوم الأداء را باید بدهد و لو بخاطر کم یاب شدن گران شده باشد. موافق اعتبار هم می باشد چرا که اگر کتاب من هم تلف نشده بود به همین مقدار گران بود. البته این قیمت سوقیه این کتاب می باشد مثلاً یک نفر این کتاب را دارد و گران می دهد حتی گران تر از قیمت سوقیه مثلاً قیمت سوقیه ده برابر قیمت ظرفی است که کمیاب نشده است اما شخصی فقط این نسخه را دارد و می خواهد صد برابر قیمت بدهد، در اینجا دیگر برای متلف نیاز نمی باشد که این کتاب را بخرد و به مالک بدهد.

### جمله متعرضه:

فرق است بین ضمان و خمس مثلاً می خواهم خمس عبا را بدهم اگر بخواهم از بازار بخرم قیمت صد تومان است و اگر بخواهم بفروشم بیش از ۷۰ تومان از من نمی خرد. خمس را باید با معیار قیمتی که از من می خرند بدهم که ۷۰ تومان باشد و اگر کسی آمد این قبا را که فرضاً قیمی است چرا که دستباف است تلف کرد باید صد تومان بدهد. یعنی باید قیمت سوقیه را بدهد.

### الجهة الرابعة فی القیمیات:

کسی گوسفند را تلف کرده است یا کسی فرش دستباف را تلف کرده است یا کفش مستعمل را تلف کرده است و امثال اینها که قیمی می باشند را تلف کرده است. خوب ضامن چه می باشد؟ به عبارت روشن تر در نظر بگیرید که زید گوسفند مش جعفر اردر روز شنبه می دزد و در روز دوشنبه این گوسفند را ذبح می کند و استفاده می کند خوب در روز شنبه یوم الضمان است و روز دوشنبه یوم التلف است. در روز شنبه مالک گوسفند بود تا روز دوشنبه بعد از ذبح این گوسفند خوب آن ذبح که آن خوردن نمی باشد که در اینجا بعد از ذبح و قبل از خوردن بحث است که این گوشتها ملک چه کسی می باشد و مش جعفر مالک چه می باشد. شاید به مناسبت بحث شود اما بحث ما در بعد از تلف و خوردن است که این مش جعفر مالک چه می باشد؟ مشهور علماء قائلند که مالک قیمت گوسفند در ذمه غاصب و متلف است. وقتی که گفتیم مالک قیمت است مالک کدام قیمت است؟ مثلاً شنبه قیمت هزار تومان و در روز دوشنبه قیمت آن دو هزار تومان بود. و روز پنج شنبه که پول گوسفند را می دهد سه هزار تومان را می دهد. این مش جعفر مالک کدام قیمت است؟ مالک قیمت است یا غیر قیمت؟ اگر مالک قیمت است مالک کدام قیمت؟ قیمت یوم الضمان؟ قیمت یوم التلف؟ قیمت یوم الاداء؟

اقوال در اینجا چهار قول است:

قول اول:

مالک مثل این است در ذمه متلف با تمام مشخصات آن گوسفند. جزء به جزء باید شباهت به آن داشته باشد و نوک سوزن نباید فرق داشته باشد.

نظریه دوم:

مالک قیمت است که سه قسم می شود:

قول دوم: مالک قیمت یوم الضمان است در ذمه متلف.

قول سوم: مالک قیمت يوم التلف است در ذمه متلف.

قول چهارم: مالک قیمت يوم الأداء می است در ذمه متلف.

این چهار قول عمده است.

فقط اشاره کنیم به این دو قول یکی قول اول و قول دوم که سه زیر مجموعه

دارد.

یک نکته بسیار ندارد ه فهم ما از ارتکاز و سیره عقلاء می باشد در سیره عقلاء اموال را حفظ می کنند یعنی اینطور نیم باشد که غاصب فقط عند العقلاء مکلف باشد اصلاً بحث شرعی نداریم و بحث عرفی و عقلائی می باشد اینطور نمی باشد که غاصب و متلف مکلف به جبران خسارت و اداء مال باشد خوب اگر اینطور باشد بعد از مردن ورثه آزاد هستند چرا که او مکلف بود و هیچگاه تکالیف مورث به وراث منتقل نمی شود اگر مثلاً محکوم به ده سال زندان محکوم شده است و قبل از ده سال مرد ورثه را به زندان نمی برند و تکلیف و مجازات مال افراد زنده است و همین که مرد مجازات و تکلیف از بین می رود و مجازات و تکلیف به وراث منتقل نمی شود لذا ذمه اش مشغول می شود. سوال این است که ذمه اش به چه چیزی منتقل می شود؟ ما قائلیم که در سیره عقلاء ذمه اش مشغول به مثل می شود درست است که در خارج مثل نمی باشد اما در ذمه مثل وجود دارد. درست است که امکان دارد که این مثل ارزان تر شود اما نوعاً یا قیمت تغییر نمی کند و اگر تغییر پیدا کرد نوعاً گران می شود. لذا در این صورت نوعاً به مالک ضرر نمی رسد. این ادعای ما می باشد و دلیل ما ارتکاز ما و وجدان ما می باشد که اینک مخالف و خصم ما هم دلیلی غیر این ندارد البته ما موید خوبی داریم که بعداً خواهیم گفت.

این موید است نه دلیل اما مویدی قوی.

اما قول دوم که قیمی ها باشد می گوید که در سیره و بنای عقلاء اشیائی که مثل ندارد ذمه طرف مشغول می شود به قیمت.

دقت کنید که این قیمت ما فی الذمه، کدام یکی از قیمتها می باشد؟ قیمت یوم الضمان یا قیمت یوم التلف یا قیمت یوم الاداء؟  
از یوم الضمانی ها شروع کنیم:

یوم الضمانی ها می گویند در سیره عقلاء چیزی به عنوان یوم الضمان نداریم و فقط شارع تعبد کرده است که تو ضامن یوم الضمان می باشی. شارع کجا گفته است بحش بعدا می آید که صحیحه ابی ولاد باشد.

یوم التلفی ها می گویند که علی القاعده است وقتی آن مالک قیمت می شود قیمت این تالف می شود که الان دو هزار تومان است و این علاوه بر اینکه موافق اعتبار است در سیره عقلاء هم اینطور می باشد که شخص مالک یوم التلف می شود. یوم الادائی ها می گویند که در سیره عقلاء باید شخص قیمت یوم الاداء را بدهد.

این را خیلی قبول کرده اند که باید قیمت یوم الاداء را بدهد. اما مشکله ای دارد که من الان که این گوسفند تلف شده است چطور مالک قیمت یوم الاداء می شوم با اینکه قیمت آن مشخص نمی باشد؟ گفته اند که خدا می داند عرفی نمی باشد که در ذمه چیز غیر معینی باشد. اشکال شده است که تارة ما یوم الاداء نداریم چرا که این شخص دیگر این قیمت را نمی دهد و مالک به مالش نمی رسد در بسیاری از مواقع اینطور است. لذا در این سه قول اگر بخواهیم قیمی شویم یوم التلفی می شویم چرا که یوم الاداء غیر عرفی و نا معلوم و نا معقول است و یوم الضمان هم که تعبدی شد و عقلائی نبود که بعدا وارد آن می شویم. البته مشهور از باب سیره یوم الادائی می باشند ما این بناء عقلاء را قبول کردیم که قیمت یوم الاداء را باید بدهد. چرا که اگر ضامن

یوم التلف باشد در سیره عقلاء باید قیمت یوم التلف را ضامن باشد و اگر هم بگویید که این که در سیره باید قیمت یوم الاداء را بدهد بخاطر این است که در روز تلف مالک قیمت یوم الاداء باشد این هم غیر عرفی است چرا که معلوم نمی باشد و غیر معقول است. &&&& این را موید گرفتیم بر نظر خودمان که ضامن مثل است و چون نمی تواند در یوم الاداء مثل را بدهد لذا قیمت مثل را باید بدهد. لذا ما قائلیم که در یوم التلف مشغول به مثل می شود. فرق ما با مشهور در قیمی و مثل در اشتغال ذمه است که مشهور گفته اند که در مثلیات در یوم التلف ذمه مشغول به مثل می شود و در قیمیات مشغول به قیمت می باشد اما ما می گوئیم که فرق بین این دو در اداء است که در مثلیات باید مثل را اداء کند اما در قیمیات باید قیمت مثل را در یوم الاداء پرداخت کند. این موید ما در مقابل کسانی است که قائل به این می باشند که در سیره عقلاء ضامن قیمت یوم الاداء می باشد اما کسانی که قائلند که در سیره عقلاء ذمه مشغول به قیمت یوم التلف می شود این کلام ما دیگر موید نمی باشد.

در نتیجه نظر ما این است که در تلف ذمه متلف مشغول به مثل متلف می شود اما در یوم الاداء در مثلی باید مثلی را بدهد و در قیمی باید قیمت آن مثل در ذمه را بدهد.

<sup>۱</sup> قول اول قولی است که خلاف مشهور است و از مرحوم خوئی و به تبع ایشان مرحوم تبریزی که قیمت یوم الضمانی بودند که آن روزی است که ید این شخص بر مال می شود ید عدوانی مثلاً روز شنبه پارچه را به خیاط داد و روز شنبه کوتاهی کرده و ید او ید عدوانی شده است و روز پنجشنبه سرقت شده است. روز شنبه می شود ید او عدوانی یوم الضمان و پنجشنبه که به سرقت رفته است می شود یوم الضمان و یکماه بعد که می خواهد قیمت را بدهد می شود یوم الاداء.



جماعتی از علماء قائلند که باید قیمت یوم التلف و کثیری یوم الادائی هستند و بعضی هم قائل به یوم الضمان می باشند.

دلیل یوم الضمانی دلیلشان صحیحہ ابی ولاد است و گفته اند که قیمت یوم الضمان را باید بدهد.

کسانی که بوم الضمانی شده اند این ها خودشان دو دسته اند: مستند هر دو صحیحہ ابی ولاد است و دسته ای می گفتند که اگر این صحیحہ نبود ما یوم التلفی و دسته می گویند که ما یوم الادائی می شدیم و اختلاف اینها در تشخیص سیره است یوم التلفی ها گفته اند که سیره در قیمیات یوم التلف و دسته دیگر می گوید در سیره در قیمیات ضمان یوم الاداء است.

&&&

آنها گفته اند مالک قیمت می شود باید قیمت یوم الاداء را بدهد و &&& ما اختلاف مان در فهم این سیره است که کلا در اموال اگر کسی مال کسی را تلف کرد مثل آن در ذمه آن مملوک مالک می باشد حال اگر مال تلف شده مثلی است باید باید مثل را بدهد و اگر قیمی است باز مثل به ذمه او می آید اما چون مثل متعذر است باید بدل آن را که قیمت آن مثل در یوم الاداء می باشد را باید بدهد.

اما صحیحہ ابی ولاد:

ابی ولاد یا گندم فروش بوده است یا اینکه شغل خانودگی اینها در نسلهای قبلی بوده است و لو خودش گندم فروش نمی باشد.

اصل قصه اش این بوده است که من یک قاطری را از شخصی کرایه کردم که برم به قصر ابن حبیره اسم محلی در نزدیکی کوفه بوده اس که مدیونی دارم که برم پول را بگیرم و پیام که رفت و آد به آجا یک روز بیشتر طول نمی کشیده است وقتی به پلی می رسد خبر دار می شود که مدیول به محله ای دیگر در بغداد به نام نیل رفته است و

این شخص به نیل می رود و بعد خبر دار می شود که مدیون به بغداد رفته است و در بغداد مدیون را پیدا می کند و دین را می گیرد و بعد از بغداد به شهر کوفه بر می گردد سفرش پانزده روز طول می کشد بجای یک روز.

صاحب بغل از کار او اظهار نارضایی می کند این هم برای اینکه او راضی شود پانزده درهم به او می دهد صاحب بغل و حیودان به این مبلغ راضی نمی شود و در نظر او کم بوده است و به نزد ابوحنیفه می روند. ابوحنیفه سوال می کند این بغل چه شد؟ می گوید سالم بر گرداندم ابوحنیفه می گوید که صاحب بغل از تو حق مطالبه ی زائد ندارد. صاحب بغل که اعتراض می کنند ابوحنیفه می گوید که وقتی تخلف کرد ضامن بغل شد در ازانش چیزی بدهکار نمی باشد مگر اینکه تلف می شود که فرض این است که تلف نشده است. ا بی ولاد می گوید وقتی من بیرون آمدم این شخص خیلی ناراحت بود دائماً استرجاع می کرد. این ا بی ولاد هم به آن شخص پولی می دهد و او را راضی می کند. بعد در سالیکه ایام حج شد به مکه رفتم آنجا به خدمت امام صادق رسیدم و قصه را تعریف کردم. امام فرمودند که به امثال این فتوا است تحبس السماء و مسئله را از حضرت سوال کردم. وقتی سوال کردم مسئله را حاضر فرمودند که قیمت بغل بر تو لازم است از آنجائیکه به نیل رفتی و به بغداد باید اجرة این مسیر را باید بدهی. ا بی ولاد می گوید او راضی شد. امام فرمودند بخاطر فتوای ابوحنیفه لازم شد و اگر این فتوا نبود راضی نمی شد. ظاهراً این کلام امام این بوده است که اجرة بیش از پولی بوده است که ا بی ولاد داده است. امام می فرمایند که برو و فتوای من را به او بگو اگر به آن مبلغی که دادی راضی شد، دیگر چیزی نده.

### وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۱۹

۲۴۲۷۲- ۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي وَهَّابٍ الْهَمْدِيِّ قَالَ: أَكْثَرَيْتُ بَغْلًا إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ ذَاهِبًا وَ جَائِيًا بِكَذَا وَ كَذَا وَ خَرَجْتُ فِي طَلَبِ

۱ (۴) - الكافي ۵ - ۲۹۰ - ۶، و آورد صدره و قطعة منه عن التهذيب في الحديث ۱ من الباب ۷ من أبواب الغصب.

غريم لي فلما صرث قُرب قنطرة الكوفة- خُبرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى النَّيْلِ- فَتَوَجَّهْتُ نَحْوَ النَّيْلِ- فَلَمَّا أَتَيْتُ النَّيْلَ خُبرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادَ- فَاتَّبَعْتُهُ وَظَفَرْتُ بِهِ وَفَرَعْتُ مِمَّا بَيْنِي وَبَيْنَهُ وَ رَجَعْنَا إِلَى الْكُوفَةِ- وَ كَانَ ذَهَابِي وَ مَجِيئِي خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَأَخْبَرْتُ صَاحِبَ الْبَغْلِ بِعُذْرِي وَ أَرَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ مِمَّا صَنَعْتُ وَ أَرْضِيَهُ فَبَدَّلْتُ لَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَتَرَضَيْنَا بِأَبِي حَنِيفَةَ فَأَخْبَرْتُهُ بِالْقِصَّةِ وَ أَخْبَرَهُ الرَّجُلُ فَقَالَ لِي مَا صَنَعْتَ بِالْبَغْلِ فَقُلْتُ قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ سَلِيمًا قَالَ نَعَمْ بَعْدَ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا قَالَ فَمَا تُرِيدُ مِنَ الرَّجُلِ فَقَالَ أُرِيدُ كِرَاءَ بَغْلِي فَقَدْ حَبَسَهُ عَلَيَّ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَقَالَ

وسائل الشيعة، ج ١٩، ص: ١٢٠

مَا أَرَى لَكَ حَقًّا لِأَنَّهُ أَكْثَرَاهُ إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ فَخَالَفَ وَ رَكِبَهُ إِلَى النَّيْلِ وَ إِلَى بَغْدَادَ- فَضَمِنَ قِيَمَةَ الْبَغْلِ وَ سَقَطَ الْكِرَاءُ فَلَمَّا رَدَّ الْبَغْلَ سَلِيمًا وَ قَبَضْتَهُ لَمْ يَلْزِمَهُ الْكِرَاءُ قَالَ فَخَرَجْنَا مِنْ عِنْدِهِ وَ جَعَلَ صَاحِبُ الْبَغْلِ يَسْتَرْجِعُ فَرَحْمَتُهُ مِمَّا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فَأَعْطَيْتُهُ شَيْئًا وَ تَحَلَّلْتُ مِنْهُ وَ حَجَجْتُ تِلْكَ السَّنَةَ فَأَخْبَرْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع بِمَا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ<sup>١</sup>- فَقَالَ فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَ شَبِهِهِ تَحْبِسُ السَّمَاءُ مَاءَهَا وَ تَمْنَعُ الْأَرْضُ بَرَكَتَهَا قَالَ فَقُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فَمَا تَرَى أَنْتَ فَقَالَ أَرَى لَهُ عَلَيْكَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ ذَاهِبًا مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى النَّيْلِ- وَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ رَاكِبًا مِنَ النَّيْلِ إِلَى بَغْدَادَ- وَ مِثْلَ كِرَاءِ بَغْلٍ مِنْ بَغْدَادَ إِلَى الْكُوفَةِ تُؤْفِيهِ إِيَّاهُ قَالَ فَقُلْتُ جُعِلْتُ فِدَاكَ قَدْ عَلَفْتُهُ بِدَرَاهِمٍ فَلِي عَلَيْهِ عَلْفُهُ فَقَالَ لَا لِأَنَّكَ غَاصِبٌ **وسائل الشيعة ؛ ج ١٩ ؛ ص ١٢٠**

قَالَ **فَقُلْتُ لَهُ** أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبَغْلُ وَ نَفَقَ **أَلَيْسَ كَانَ يَلْزِمُنِي** قَالَ نَعَمْ قِيَمَةُ بَغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتَهُ<sup>٢</sup> قُلْتُ فَإِنْ أَصَابَ الْبَغْلَ كَسْرٌ أَوْ دَبْرٌ أَوْ غَمْرٌ فَقَالَ عَلَيْكَ قِيَمَةُ مَا بَيْنَ الصِّحَّةِ وَ الْعَيْبِ يَوْمَ تَرُدُّهُ عَلَيْهِ فَقُلْتُ مَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ قَالَ أَنْتَ وَ هُوَ إِمَّا أَنْ يَخْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيَمَةِ فَيَلْزِمُكَ فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَيْكَ فَخَلَفْتُ عَلَى الْقِيَمَةِ لَزِمَهُ ذَلِكَ أَوْ يَأْتِي صَاحِبُ الْبَغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبَغْلِ حِينَ أَكْثَرَى كَذَا وَ كَذَا فَيَلْزِمُكَ فَقُلْتُ إِنِّي كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ دَرَاهِمَ وَ رَضِيَ بِهَا وَ حَلَّلَنِي فَقَالَ إِنَّمَا رَضِيَ بِهَا وَ حَلَّلَكَ حِينَ قَضَى عَلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْجَوْرِ وَ الظُّلْمِ وَ لَكِنْ ارْجِعْ إِلَيْهِ فَأَخْبِرْهُ بِمَا أَفْتَيْتُكَ بِهِ فَإِنْ جَعَلَكَ فِي حِلٍّ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْكَ بَعْدَ ذَلِكَ الْحَدِيثِ<sup>٤</sup>.

١ (١) - لا يخفى أن أبا حنيفة استدلل هنا باصالة البراءة و الاستصحاب و نحوهما، " منه قده".

٢ شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

٣ (٢) - قوله - يوم خالفته أي الضمان قد ثبت ذلك اليوم لا قبله فالنقصان السابق عينا و قيمة غير مضمون " منه قده".

٤ شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ١٤٠٩ ق.

اما آنجا روایت که شاهد مثال آقایان است:

### وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۲۰

قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبَعْلُ وَ نَفَقَ أَلَيْسَ كَانَ يَلْزَمُنِي قَالَ نَعَمْ قِيَمَةُ بَعْلِ يَوْمَ خَالَفْتَهُ<sup>۱</sup>

«یوم خالفته» ظرف است و متعلق می خواهد دو احتمال در متعلق او است:

احتمال اول:

متعلق به فعل مقدر باشد نعم یوم بغل یوم خالفته یعنی نعم یلزمک قیمة بغل چه زمانی؟ یوم خالفته. یعنی روز ضمان روز مخالفت است. اما چه مقداری ضامن می باشم روایت ساکت است که باید به سیره رجوع کند.

احتمال دوم:

متعلق به قیمت باشد یعنی قیمت بغل در روزی که مخالفت کردی بر تو واجب است. یعنی قیمت یوم المخالفت بر تو واجب است که روزی بود که به سمت نیل رفت. که یوم الضمان می باشد.

در اینجا درست است که قیمت جامد است اما معنای مشتق که مثلاً ارزیدن باشد در آن اشراب شده است و وجدان ما هم می گوید که درست است و لو ادباء مخالفت کنند.

مرحوم تبریزی و مرحوم خوئی گفته اند که قید قیمت می باشد. یعنی احتمال دوم را گرفتند. لذا روایت می گوید شما ضامن قیمت می باشید در روز مخالفت. روز مخالفت روز ضمان است.

<sup>۱</sup> شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

دلیل اینها این است که اگر ما دو کلمه داشته باشیم و هر دو صلاحیت متعلق شدن را داشته باشند، ظهور در تعلق به اقرب است خوب قیمت نسبت به «یلزمک» در تقدیر اقرب است یعنی اینطور بوده است که «یلزمک قیمت بغل یوم خالفته».

نظریه رقیب کدام یک است؟ احتمال اولی شده اند. یعنی یلزمک یوم المخالفة قیمت بغل. اما به چه مقدار ضامنی روایت ساکت است. وقتی روایت و روایات دیگر ساکت شد رجوع به سیره می شود که در این سیره هم اختلاف است که بعضی می گویند سیره می گوید یوم التلف و &&& بعضی می گویند سیره می گوید یوم الاداء.<sup>۱</sup> مناقشه دیگران بر کلام مرحوم خوئی:

اینکه قید متعلق به اقرب باشد در جایی است که بین اقرب و ابعد فاصله معتنا بهی باشد در حالی که در اینجا هر دو کلمه ای که صلاحیت این را دارند که قید مال آنها باشد به هم چسبیده اند یلزمک قیمت بغل یوم خالفته.

این اشکال را ما قبول کردیم اما معنایش این نمی باشد که کلام مرحوم خوئی غلط باشد در این جمله متعین این است که قید مال قیمت باشد. اگر به یلزمک برگردد معنا غلط است معنا این ست که لازم است روز مخالفت قیمت بغل. چرا که لزوم یا &&& لزوم تکلیفی است و معنایش وجوب است یعنی روز مخالفت اداء قیمت واجب نمی باشد بلکه رد خود مال لازم است چرا که هنوز که تلف نشده است.

ان قلت:

در روایت فرض کرده هلاکت حیوان را لو هلك چون فرض هلاکت شده است امام فرمود که یلزمک یوم المخالفة.

قلت:

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۶/۰۱/۳۰.

درست است که فرض مخالفت شده است اما فرض نکرده است که هلاکت در روز مخالفت باشد لذا روایت می سازد بازمانی که تلف بعد از روز مخالفت باشد. لذا در روز مخالفت نوعاً اینطور است که عین تلف نمی شود در نتیجه اداء خود عین لازم است نه قیمت.

اگر مراد از یلزمک یلزمک وضعی باشد یعنی اشتغال ذمه باشد یعنی یشتغل ذمک یوم المخالفة بالقيمة اگر مراد از یلزمک اشتغال ذمه باشد اشتغال ذمه مال جایی است که تلف شود عین در جایی که تلف نشده است معنا ندارد که ذمه تو مشغول شده است.

اگر گفته شود که مراد این است علی تقدیر تلف ذمه تو مشغول می شود اگر این گفته شود گفته می شود که در روایت اشعاری به این مطلب و اشتغال ذمه تقدیری ندارد.

لذا باید بگوییم یوم خالفته، متعلق به قیمت است در این صورت دیگر مشکلات بالا وارد نمی باشد.

با این وجود به این روایت عمل نکردیم به دو اشکال: این دو اشکال تماماً مبنائی است:

اشکال اول:

گفتیم در بحث حجیت خبر واحد ما هیچ دلیل خاصی نداریم بر حجیت الا سیره و سیره اینطور نمی باشد مثل ادله لفظی یا مطلقاً حجت باشد یا نباشد بلکه بعضی اوقات حجت است و بعضی اوقات حجت نمی باشد. مثلاً در امور هامه حجت نمی باشد و اینکه کجا ها مهم است و کجا مهم نمی باشد را قبلاً توضیح دهیم. یکی از موارد امور هامه این است که مورد خبر بر خلاف سیره عرفیه و عقلائیّه یا متشرعیه باشد. یعنی سیره بر خلاف روایت باشد. در ما نحن فیه نسبت به یوم

الضمان مورد اتفاق است که سیره عقلاء بر عدم ضمان به قیمت یوم الضمان است اختلاف در این است که در سیره عقلاء معیار یوم التلف است یا یوم الاداء. حتی خود مرحوم خوئی و تبریزی هم قبول دارند که در سیره عقلائی و عرفیه یوم الضمان نمی باشد اما به خاطر روایت این حکم را داده اند.

لذا این خبری که بر خلاف سیره قطعیه عقلاء و عرف است، در سیره عقلاء حجت نمی باشد. و نمی تواند رادع سیره باشد چرا که این متفرع بر این باشد که اگر سیره نباشد، هم حجت باشد در حالیکه خود سیره دلیل حجت است.

&&&

خود مرحوم خوئی هم حجت خبر واحد را از باب سیره قبول کرده اند اما حتی در امور هامه لذا این روایت می شود رادع سیره.

ملاک عرفی بودن و نبودن ارتکاز ما از عرف است.

اشکال دوم:

می دانید روایات ما نقل به معنا است و این ها یا کلمات معصوم نیست یا احتمالا نمی باشد اگر دقت کنید وقتی عالمی که کتابی می نویسد خیلی دقت می کنند که کلمات را چگونه بکار ببرند لذا در مورد کلمات بو علی چنین معامله ای کرده اند. اما این موشکافی ها و دقت ها را در روایات اعمال نمی کنیم شاید اما کلماتی را بکار برده است که نکته ای داشته است و راوی متوجه نشده است و کلمه ای را آورده است که آن نکته را ندارد. حتی کسانی که سواد و تحصیلات بالایی را دارند آن دقائق را بتوانند منتقل کنند اینطور نمی باشد و اگر مقداری جواب سوالی طولانی شود در انتقال اینها دچار اشتباه می شدند. لذا ما این نحوه اعمال دقتها را در روایت قبول نداریم. مگر اینکه جواب امام خیلی کوتاه باشد اما در اطلاق گیری و مفهوم گیری ما این مقدار را اعمال دقت نمی کنیم بلکه اعمال دقت در کلمات قرآن جای دارد اما در

الفاظ روایت کان اینها فکر می کرده اند که کلام معصوم است در حالی که کلام راوی است. لذا اینکه یوم خالفته قید کدام باشد، این را راوی نمی فهمد. لذا امثال این مواردی که استظهار نیاز به اعمال دقت دارد آن استظهار را قبول نکردیم.

لذا این روایت را حجت ندانستیم هم از جهت اینکه از امور هامه است و هم از باب اینکه این استظهار نیاز به اعمال دقت دارد. لذا رجوع می کنیم به سیره.

الا اینکه مشابه این کلمات متعدد آمده است لذا در فقه داریم که دائما باید رجوع به روایات کرد ببینیم که نقل به معنا است یا خیر نقل به لفظ است. لذا مواردی هم داریم که به قرائن می فهمیم که نقل به لفظ شده است.

لذا قول اول دلیلش در نزد ما تمام نمی باشد.

<sup>۱</sup>اینکه افراد عادی آن نکات دقیقه را از امام تلقی کرده باشند و انتقال داده باشند، این مشخص نمی باشد.

وجه دوم وجه کسانی هستند که قائلند قیمت یوم التلف ملاک است. گوسفند زید را در اول ماه غصب کرد این یوم الضمان و در وسط ماه ذبح کرد و خورد این یوم التلف است و آخر ماه آمده به زید بدهد این یوم الاداء است و قیمت هم در اول با وسط ماه تغییر پیدا کرد در اول ماه یک دینار بود و در وسط ماه دو دینار بود.

مرحوم شیخ طوسی و شیخ مفید و شهید ثانی در کتاب دروس ادعا کرده اند که اکثر فقهاء علمای شیعه یوم التلفی بوده اند.

وجه این قول خیلی روشن شد. می گویند که وقتی گوسفند را غصب کرد چیزی به ذمه نیامد و فقط یک تکلیف به گردن او آمده است و آن رد گوسفند به زید می باشد. ( اینک می گوئیم رد واجب است این تسامحی است یعنی نگه نداشتن و &&&



مثل اینکه می‌گوییم نماز نخواندن حرام است در حالیکه نماز نخواندن حرام نمی‌باشد بلکه نماز خواندن واجب است معصیت عبارت است از ترک واجب یا ارتکاب حرام (در یوم التفت که گوسفند موجود نمی‌باشد، تلف ذمه او مشغول می‌شود به یکی از سه امر یا به عبارت دیگر زید مالک یکی از سه امر می‌باشد:

خود و شخص گوسفند حال قبلا در عالم عین بود اما الان به ذمه رفته است.

مالک شخص گوسفند نمی‌باشد بلکه مالک مثل گوسفند می‌باشد که شبیه

گوسفند آن شخص گوسفندی است که تلف شده است و مو نمی‌زند از لحاظ صفات.

مثل اینکه در مقابل آینه می‌ایستد که آنچه در آینه است شما نمی‌باشید اما مثل شماست و اصلا خصوصیات مو نمی‌زند. در ذمه غاصب هم مثل گوسفند تلف شده آمده است.

در خارج ممکن است که نظیر نداشته باشد اما در ذهن و ذمه نظیر دارد چون ذمه وعاء اعتباری است و می‌توان مثل را اعتبار کرد.

احتمال سوم:

این احتمال این است که تا تلف می‌شود قیمت این گوسفند به ذمه غاصب می‌آید در وسط ماه دو دینار بود یعنی جناب زید مالک دو دینار در ذمه غاصب می‌شود این احتمالات روندی که در مسئله داده شده است و الا احتمالات دیگری داده شده است. &&&

این فرمایش مبتنی بر این است که در سیره عقلاء قیمت به ذمه بیاید اما دو قول دیگر هم ادعای ارتکاز کرده‌اند و ما شق دومی می‌باشیم و مرحوم خوئی قائلند که شخص آن گوسفند به ذمه می‌آید. یعنی اعتبار می‌کنند شخص گوسفند تشخص به وجود است اما نه به وجود عینی بلکه به وجود در ظرف خودش و وعاء خودش اگر ما

فرض کردیم وجود بو علی سینا را در این زمان. بو علی سینا موجود بوده است به وجود عینی اما در مرحله اشتغال می باشیم نه اداء. یعنی عقلاء اعتبار می کنند آن گوسفند معدوم را موجود در ذمه غاصب و زید را مالک شخص این گوسفند اعتبار شده شخصی قرار می دهند.

خوب این سه قول معروف در این مسئله است.

ما هیچ دلیل نداریم و برهانی نداریم بلکه باید کندو کاوی کنیم در ارتکاز خودمان به عنوان یک فرد عرفی. نظر مرحوم خوئی با احتمال دوم نتیجه عملی و اثر عملی آن یکی است. منتها در ارتکاز می بینیم که احتمال دوم عرفی باشد چرا که احتمال اول اعمال نظر فیلسوفانه ای می خواهد. احتمال سومی ها به جای اینکه به ارتکاز رجوع کنند به استدلال رجوع کرده اند گفته اند که یک ساعت پیش که تلف نشده بود چه به گردن من بود؟ عین گوسفند الان که تلف شده است رد کدام بر گردن من می باشد؟ اگر رد شخص یا مثل گوسفند به گردن من باشد این تکلیف به غیر مقدور است چرا که فرض کردیم که گوسفند از قیمیات است و تکلیف به غیر مقدور عقلا و عقلاء محال است &&&. خوب کدام مقدور است؟ قیمت خوب معنا ندارد که ذمه من به چیزی مشغول باشد اما من مکلف به چیز دیگری باشم و همه شما هم قائلید که در مقام تکلیف و اداء باید قیمت را بدهد. یعنی دائما متعلق ذمه و متعلق تکلیف دائما یکی است. اینها استدلالی به همین سادگی کرده اند.

مناقشه:

مغالطه ای کرده اند که گفته اند که چه واجب است؟ قیمت پس در ذمه هم

قیمت است این پس درست نمی باشد این اعتبارات عقلائی. &&&

اگر من یکی از ابدال را تسلیم کنم عرفا و عقلا تسلیم ما فی الذمه است اصلا ما فی الذمه امر اعتباری است و چیزی نمی باشد که به شخص بدهم و من دائما بدل را

می دهم اما در نظر عقلاء اعطاء بدل و ما ينطبق عليه اعطاء ما فی الذمه است. اما اگر تلف شده، قیمی باشد بدلش می شود قیمت. لذا اشتغال ذمه به مثل است و قابل اعطاء نمی باشد چرا که وجود اعتباری دارد لذا باید بدلش را اداء کنم و بدل قیمیات قیمت است.

قیمی و مثلی بودن عرفی است که آن تلف شده را ذات افراد می بیند یا خیر؟ فرش ماشینی که غالبا مثل هم در نمی آید را قیمی می بیند اما فرش ماشینی که غالبا مشخصات یکی است آن را مثلی می بیند یا تخم مرغ اگر کیلوی معامله شود مثلی است و اگر دانه ای معامله شود می شود قمی.

لذا ما قائلیم که مثل به ذمه می آید و در مقام اداء باید بدل آن را بدهد که قیمت یوم الاداء آن باشد. و عرفا قیمت یوم التلف، بدل آن نمی باشد.

۱ اما قول سوم که قائلند که ضامن قیمت یوم الاداء می باشد.

از بعضی از کلمانت علماء فهمیده می شود که در علماء سابق ما این قول اصلا قائل نداشته است بلکه قول قائل و قول معرف قیمت یوم التلف بوده است یعنی قول دوم. مرحوم آقای خوئی در شرح عروه قائلند که این قول به مقتضای سیره عقلاء اس در سیره عقلاء قیمت یوم الداء را می دهند یعنی در سیره معیار قول سوم است منتها مرحوم آقای خوئی به خاطر صحیحه ابی ولاد دست از این سیره برداشته اند و این روایت رادع این سیره بوده است.

سید در کتاب عروه و در حاشیه مکاسب قول سوم را اختیار کرده است و گفته است ضامن قیمت یوم الاداء است.

بینیم قائلین دلیلشان چیست؟

سه دلیل در مجموع بیان کرده اند:

دلیل اول از سید در حاشیه مکاسب.

دلیل دوم وجه مرحوم خوئی و

دلیل سوم قول خودمان.

اما دلیل سید یزدی:

ایشان گفته اند که وقتی این شخص غاصب این گوسفند را غصب می کند گوسفند را واجب است اداء کند. به چه دلیل؟ به دلیل روایت «علی الید ما اخذت». این گوسفند در خانه غاصب است تا می رسیم به وسط ماه که غاصب این گوسفند را تلف می کند سید می گویند که باز وظیفه غاصب همان گوسفند است چرا که مقتضای نص این است علی الید ما اخذت. ما اخذت این گوسفند است و این گوسفند فرض این است که تلف شده است تا الان در عالم خارج بود و از الان می رود در ذمه که یک وعاء اعتباری است لذا می توان شخص این گوسفند را در ذمه غاصب اعتبار کرد. این شخص هم در روز اداء می گوید که من قدرت ندارم که شخص این گوسفند را بدهم باید بدلش را بدهد، که می شود قیمت گوسفند در یوم الاداء.

معنای این دلیل اطلاق علی الید ما اخذت می باشد.

دلیل مرحوم خوئی:

همین کلام سید را اصلاحش کرده است.

ایشان فرموده اند که بله روزی که گوسفند را غصب کرد اداء شخص این گوسفند لازم است و بعد از تلف هم شخص گوسفند، به ذمه می رود تا اینجا اختلافی با سید ندارند. اما دیگر رد این گوسفند بر او واجب نمی باشد بلکه رد قیمت گوسفندی که در ذمه غاصب است واجب است. یعنی فقط تکلیف فرق می کند نه ما فی الذمه. یعنی ما فی الذمه و متعلق تکلیف فرق می کند. چرا مرحوم خوئی این را گفته اند؟ گفته اند تکلیف به غیر مقدور عقلاً قبیح است لذا خداوند این غاصب را تکلیف نمی کند که

شخص گوسفند را رد کند چرا که غیر مقدور است. خوب قیمت این گوسفند در آخر ماه فرضاً سه دینار است یعنی ضامن قیمت این گوسفند است که این گوسفند در زمانی که می خواهد اداء کند، قیمتش محاسبه می شود مثل اینکه این گوسفند زنده بود می بایست گوسفند را اداء کند و لو هر قیمتی داشته باشد. یعنی تا قبل از تلف شارع می گفت گوسفند را به مالک بده و بعد از تلف می گوید که قیمت گوسفند را بده.

این تفسیر مرحوم خوئی عرفی است چرا که نه شارع تکلیف می کند که گوسفند را بده و نه عقلاء حکم می کنند که گوسفند را بده. یعنی ایشان علی الید را علی القاعده می دانند و موافق سیره می دانند.

این قول با قول یوم التلفی ها فرق می کند چرا که یوم التلفی ها می گویند که قیمت به ذمه می آید اما در اینجا شخص گوسفند به ذمه می آید.

ایشان در اینجا تبیین سیره می کنند اما قائلند که این صحیحه ابی ولاد رادع این سیره است.

و شاید سید روایت را مجمل دیده اند.

لذا مرحوم خوئی فقط این وجه را برای قول سوم بیان کرده است نه اینکه قائل شده اند چرا که روایت خلاف این سیره است.

دلیل سوم: شاید کلام مرحوم خوئی هم این بوده است.

شخص غاصب وقتی غصب می کند نگه داشتن و تصرف در این مال شرعاً حرام است. می رویم سراغ یوم التلف جناب مالک گوسفند تا این لحظه مالک شخص گوسفند بوده است از این لحظه به بعد مالک مثل گوسفندی است - نه شخص گوسفند - در ذمه غاصب. این فارق ما با دو وجه قبلی است. وقتی این گوسفند در ذمه ما آمد همانطور که حبس آن گوسفند قبل از تلف، ظلم است و حرام است، اگر مالک طالب مالش باشد این حبس این مثل در ذمه و عدم افراغ ذمه هم حرام است.

خوب پس مالک، مالک مثل گوسفند است خوب می رسیم به یوم الاداء که یا مالک طالب می باشد یا قبلاً طالب بوده است اما غاصب در قبل نمی داد اما الان متنبه شده است و می خواهد گوسفند را بدهد. آن اموری که در ذمه است که مثلش در خارج نمی باشد یا بخاطر این که آن مال قیمی است یا این که مثلی است یا در این زمان و مکان مثلش متعذر شده است مثلاً یک کسبه گندم را غصب کرده است و الان فصلی است که گندم نمی باشد. گفتیم افراغش به افراغ بدل است که عبارت از قیمت زمان و مکان اداء است. این تبیین ما از سیره عقلاء است.

این اداء و افراغ ذمه، مصداق وجوب شرعی نمی باشد بلکه واجب عقلی است بلکه از نظر شرعی عدم افراغ و مماطله حرام است<sup>۱</sup> کما اینکه در روایت است مطلق الغنی ظلم.

علی الید اولاً سند ندارد و ضمن اینکه لسان عرفی است و اگر آن تفسیری را که ما گفتیم مراد این روایت بگیریم این عرفی است و منافاتی بین روایت و تفسیر ما نمی باشد.

مرحوم آقای خوئی در یک عبارت در کتاب دیگری وقتی می خواسته بگوید شخص به ذمه می آید و گفته است که مثل به ذمه می آید لذا امکان دارد که گفته است که شخص گوسفند به ذمه می آید یعنی طبقاً نعلاً بالنعل شبیه باشد که همان مثل می شود.

<sup>۲</sup> اجرت ما بین غصب و تلف را باید بدهد اگر اجرتی داشته باشد &&&

<sup>۱</sup> اینکه ما وجوب را به حرام تعبیر کردیم بخاطر فرار از اشکال مرحوم خوئی نمی باشد بلکه فقط تبیین ما از سیره است و این که در روایت حرمت مماطله آمده است و الا بعد از اینکه ما قائل به این شدیم که مثل به ذمه می آید، اگر تکلیف به آن هم باشد چون اداء مثل غیر مقدور نمی باشد، لذا تکلیف به آن تکلیف به غیر مقدور نمی باشد.

<sup>۲</sup> چهارشنبه ۹۶/۰۲/۱۳.

اعیان قید زمان بر نمی ددرد مثلاً من گوسفند را تلف کردمی و قیمت فعلی این گوسفند را باید بدهد اما من خانه ای را در سال ۸۰ غصب کردم و الان سال ۹۶ و می خواهم اجرت ظآن را بدهم الان حساب نمی کنم که اجرت این خانه ۹۶ چند است بلکه زمان مقوم اجرت است لذا باید در هر سال متناسب به همان سال اجرت را بدهم اما درعین این طور نمی باشد اگر من ماشینی را تلف کرده بودم در سال ۸۰ باید الان قیمت ماشینی مدل ۸۰ با این ویژگیها قیمتش چه اندازه می باشد، به آن مقدار می دهم. همان ماشین را در امروز قیمت می کنند و می دهند. ماشین وقتی به ذمه می آید کهنه نمی شود و تمام خصوصیات یوم التلف را حفظ کرده و باید همان ماشین را به قیمت روز اداء حساب کرده و پرداخت کند.

در سیره عقلاء عدم الانتفاع ضمان نمی آورد. ضمن اینکه ما بین یوم التلف و

یوم الاداء را ضامن نمی باشد چرا که مال فی الذمه اجرت نمی آورد

پس یک قول این بود که قیمت یوم الاداء را می دهد شیخ در مکاسب مطلبی را گفته است که ایهام به این دارد که تا زمان شیخ یوم الادائی کسی نبوده است حتی خود شیخ هم یوم الادائی نبوده است و یوم التلفی بوده است. یعنی در یک قرن اخیر است که اکثر معلقین بر عروه و من جمله خود سید یوم الادائی شدند یعنی به صحیحه عمل نکرده اند.

این را عنایت شود معلقین سه دسته هستند:

یک دسته یوم الضمانی شدند.

مشهور معلقینی که با سید مخالفت کرده اند یوم التلف شده اند.

یوم الادائی قول سید و اکثر معلقین بر عروه است که در اینجا تعلیقه نزده اند.

بعضی هم احتیاطی شدند که احتیاط به مصالحه با مالک است اگر مصالحه انجام نشد احتیاط به اعلی القیم است. گفته شود که در اینجا غاصب متضرر میشود چرا که نهایتاً دنیویا متضرر می شود اما اخرویاً متضرر نمی شود.

لذا یوم الاداء تعدادشان زیاد است حتی یوم الضمانی ها گفته اند که اگر یوم الضمانی نبودیم، و روایت نبود یوم الادائی می شدیم.

پس تا اینجا قول سوم سه بیان داشت بیان سید و بیان مرحوم خوئی در شرح عروه و یکی هم بیان ما.

بنیم از این سه بیان کدام را مقدم کنیم؟

این سه وجهی که ذکر شد یک دفعه باید بحث کنیم در حکم وضعی یعنی چه به ذمه می آید یک رد حکم تکلیف که وقتی مال به ذمه آید تکلیف ما چیست؟

این سه وجه به دو جه در حکم وضعی بر می گشت یکی مختار سید و مرحوم خوئی که شخص به ذمه می آید و یکی ما که گفتیم مثل به ذمه می آید.

خوب حکم وضعی اصلاً اثر عملی ندارد چرا که چه مثل به ذمه بیاید یا شخص به ذمه بیاید، در هر دو ادائشان متعذر است و همه قائلند که باید قیمت یوم الاداء را بدهد و فقط ما بر اساس ارتکاز می گوییم که غیر عرفی است که عقلاء عرف شخص گوسفند را در ذمه اعتبار کنند آنچه که اعتبار می شود مثل است.

اما به لحاظ تکلیفی:

به لحاظ تکلیفی سه قول بود:

قول اول سید بود که تا گوسفند را سر را برید گوسفند به ذمه می آید و مکلف به اداء ما فی الذمه است یعنی شرعاً باید گوسفند ما فی الذمه را به مالک تسلیم کند.



قول دوم این بود که گوسفند به ذمه می آید اما مکلف به اداء قیمت می شود و شاعر می گوید که برو و قیمتش را بدهد.

اولا بررسی این دو قول و بعد قول خودمان.

قول مرحوم سید قطع نظر از اشکال مرحوم خوئی، این غیر عرفی می باشد که برود مکلف به اداء شخص گوسفند باشد که خداوند هم نمی تواند این کار را بکند بنا بر استحاله اعاده معدوم خداوند هم نمی تواند اما در هر حال عبد نمی تواند اداء کند لذا غیر عرفی است که مکلف به اداء شخص عین باشد که غیر مقدور می باشد لذا قول مرحوم خوئی خوب است که می گوید که گوسفند به ذمه است اما مکلف به قیمت آن گوسفند در ذمه است.

پس بین این دو قول نظر سید را نمی توان ملتزم شد.

این را دقت کنید می رویم سراغ مرحوم آقای خوئی: بحث در این است که شرعا و عقلاء بر این شخص واجب است قیمت را اداء کند یا اینکه عدم افراغ ذمه این فعل حرامی است نه اینکه اداء واجب باشد؟ کدام است؟ مثلاً شما شرب خمر و نماز که شرب خمر حرام است که می گوییم که اجتناب از شرب خمر واجب است و عرفیا می گوییم اما در واقع اجتناب واجب نمی باشد بلکه شرب خمر حرام است. در صلاة می گویند که نماز خواند واجب است و می گوییم ترک صلاة حرام است عرفیا مشکلی ندارد اما واقعا ترک صلاة حرام نمی باشد ولیکن انجام صلاة واجب شد.

خوب سوال این است که وقتی مالک گوسفند شدیم &&& عقلاء بر من واجب

است اداء و افراغ ذمه واجب است یا عدم افراغ ذمه بر من عقلاء حرام است؟

اگر کسی بگوید که افراغ ذمه واجب است سوال می کنیم که اگر افراغ ذمه را ترک کنیم این عدم افراغ ذمه مصداق ظلم است یا خیر؟ بله مصداق ظلم است و ظلم در شریعت محرم است. پس بنا براین اگر افراغ واجب باشد معنایش این است که در

اینجا دو تکلیف است یکی مکلف به افراغ و یکی مکلفیم به ترک ظلم که ظلم عدم افراغ است لذا اگر من افراغ ذمه نکردم من دو مخالفت کرده ام این فقط نشان می دهد که ارتکاز ما نشان می دهد که من یک معصیت کردم و ظلم و حرمت ظلم هم مسلم است لذا عدم افراغ ظلم است و حرام. لذا این که می گوئیم که واجب است افراغ ذمه کند مثل این که می گوئیم که افراغ ذمه واجب است. پس تکلیف ما حرمت عدم افراغ ذمه است که موید هم داریم که مطل الغنی ظلم.

&&&&

۱ اما اینکه شخص گوسفند به ذمه می آید، که نظر مرحوم سید است این کلام قطع نظر از اشکال مرحوم خوئی، در یکجا این شخص گوسفند و تکلیف را عوض می کند و آن در زمان یوم الاداء است که می گوید مکلف به پرداخت قیمت یوم الاداء است خوب چرا از اول نفرمودند که در ذمه گوسفند است و در عهده قیمت یوم الاداء است و مکلف به پرداخت آن است لذا ظاهراً در ذهن ایشان بوده است که اگر بخواهد بگوید در عهده او قیمت است مکلف به قیمت یوم التلف می باشد. در حالی که اینطور نمی باشد بلکه قیمت این گوسفند بر عهده او رفته و مکلف به پرداخت آن است که اما کدام قیمت؟ قیمت یوم الاداء.

اما نقد فرمایش مرحوم خوئی: شخص گوسفند به ذمه و قیمت آن به عهده می آید اما قیمت این گوسفند. که در اینجا که می خواهد این گوسفند را اداء کند، قیمت آن را حساب می کنند. این فرمایش آقای خوئی فرمایش خوبی است. اما نقضی بر آن وارد است و آن اینکه اگر یوم الاداء رسید و قیمت سه دینار بود و مالک گفت که قیمت و سه دینار را نمی خواهم فقط یک گوسفند به این سه دینار را به من بده. آیا در نظر عقلاء و عرف ملزم به این عمل می باشد آقای ضامن یا خیر؟ یا اصلاً بگوید که به همین قیمت، یک مال دیگر بده؟ خواهیم گفت که خیر در اینجا ملزم نمی باشد که به

او برنج دهد. اما در مورد گوسفند ما به ارتکاز عرفی خودمان قائلیم که اگر او را ملزم به اداء گوسفندی به این قیمت یا کمتر کرد، ضامن ملزم است که گوسفند سه دیناری را به او بدهد اگر این را قبول کنیم مشخص است که فرمایش مرحوم خوئی درست نمی باشد چرا که اگر ملزم به قیمت است می تواند بگوید که خیر خودت برو بخر و من فقط سه دینار را به تو می دهم.

این نشان می دهد که مکلف به اداء قیمت نمی باشد و عهده او مشغول به قیمت نمی باشد.

بحث ما در الزام مالک نسبت به ضامن است و الا می توانند مصالحه کنند بر یک قیمت یا مال دیگر. بحث ما این است که مالک می تواند ملزم کند یا خیر و در صورت الزام آیا ضامن، ملزم است یا خیر.

این نقض بر مرحوم سید هم وارد است، چرا که ایشان در یوم الاداء، عهده را مشغول به قیمت می دانسته اند.

ارتکاز ما این است. لذا سابقا که تابع مرحوم خوئی بودیم در شرح عروه که می گفتیم که شخص به ذمه می آید و بعد گفتیم که مثل به ذمه می آید یعنی تابع ایشان در شرح مکاسب شدیم و اما در عهده با ایشان مخالفت کردیم.

اگر این ارتکاز را قبول نکردید این فرمایش مرحوم خوئی تمام است. ما ادله و برهانی نداریم و فقط باید رجوع شود به ارتکاز عرفی خودتان که آیا این حق مطالبه گوسفند به مقدار قیمت برای مالک است یا خیر؟ اگر بود این ارتکاز که حق با ماست و الا با مرحوم خوئی.

خوب با رد قبول فرمایش مرحوم خوئی، ما مکلف به چه هستیم؟

ما گفتیم که وجوبی نداریم و بحث حرمت عدم افراغ می باشد، اما باز فرقی ندارد چون اثر هر دو یکی است، اما چون وجوب افراغ ذمه با ذهن ما مأنوس تر

است، از وجوب افراغ ذمه استفاده می کنیم. ما مکلف به افراغ ذمه می باشیم و اگر مطالبه کرد بر ما حرام است عدم افراغ ذمه. غاصب مکلف به چه می باشد؟

افراغ ذمه با چه محقق می شود؟ ما فی الذمه یک امر کلی است و شخصی نمی باشد همانطور که فلاسفه گفته اند و با ارتکاز عرفی هم می سازد، تشخص یک شیء به وجودش است اما گوسفند در ذهن من تشخصی ندارد نسبت به سایر گوسفندها بلکه ما فی الذمه من کلی است و لکن در خارج آن کلی مصادیق و افراد عدیده ای دارد.

درست است که تشخصی که ما می گوئیم که به وجود می آید، مراد از وجود وجود خارجی است که جامع بین وجود ذهنی و عینی است اما در عین حال، گوسفند در ذمه، گوسفند مال مالک نمی باشد چرا که در اینجا ذمه و ذهن فرق می کند چرا که بحث مالکیت در اینجا است و می دانیم که گوسفند در ذهن ملک مالک نمی باشد لذا در ذمه وجود عینی و ما فی الذهن هم ندارد لذا وجود خارجی هم ندارد و وجود فرضی دارد و نظیر وجود شریک الباری، که نه وجودی است عینی و نه وجودی ما فی الذهن است بلکه وجودی وهمی است. وجود ما فی الذمه دائما وجودی است، وهمی چرا که بحث مالکیت است.

افراغ ذمه گفتیم ما فی الذمه که امری فرض و وهمی است، یا قیمی است یا مثلی. مثلاً سه متر پارچه ی مشخصی که در کارخانه هزاران متر تولید می شود. اما فرض کنید که من همین پارچه را به قبا تبدیل کردم که می شود قیمی. وقتی گفتیم که افراغ ذمه معنایش این است که فردی از افراد ما فی الذمه را به او تحویل دهیم. این افراغ ما فی الذمه است. پس افراغ ما فی الذمه افراغ فردی از افراد ما فی الذمه است. در مثلیات فردش مثل است. اما در قیمیات فرد ما فی الذمه، به ارتکاز هم قیمت فرد است و هم گوسفندی به همان قیمت گوسفند ما فی الذمه. البته باید در گوسفند سه

دیناری باید پاره ای از مشخصات رعایت شود مثلاً اگر گوسفند تلف شده از لرستان بود باید گوسفند سه دیناری لرستانی افراغ شود.

سوال حال که در اینجا فرد جامع بین قیمت و گوسفند به همان قیمت است، تعیین به ید چه کسی می باشد؟ آیا تعیین به ید غاصب و ضامن است یا به ید مالک است؟

ما در فقه موارد زیادی داریم که تعیین تارة به ید بایع و تارة مشتری است و در فقه امثله زیادی دارد سوال این که در ما نحن فیه، تعیین به ید چه کسی می باشد؟ ما قائلیم بر اساس ارتکاز، تعیین به ید مالک است. لذا هر چه را مطالبه کرد، غاصب مکلف به اداء آن است.

۱ معنای فراغ یا افراغ ذمه چه می باشد؟

وقتی که کسی مالک مالی است که در ذمه ما به یکی از سه نحنو ذمه ما فارغ می شود :

مثلاً زید یک دینار از من طلبکار است و من به زید بدهکار و مدیون می باشم. صورت اول زید می گوید که یک دینار را به تو بخشیدم که تا گفت که من بخشیدم این ذمه من فارغ شده یا به عبارت دیگر خود زید ذمه من را افراغ می کند. فقط نیاز است که قصد ابراء داشته باشد و لغو نباشد در این صورت ولو من هم نفهم ذمه من ابراء می شود.

صورت دوم:

که خودم بروم و بدهی را بدهم که ذمه من افراغ می شود.

صورت سوم:

---

۱ چهارشنبه ۹۶/۰۲/۲۰.

اینکه به زید بگویم این کتاب را بابت طلبت بردار و او هم قبول می کند و ذمه من فارغ می شود یا زید می آید به من می گوید که بابت بدهیت آن کتاب را به من بده و من که قبول کنم ذمه من فارغ می شود مهم نمی باشد قیمت کتاب به مقدار دین با بیشتر یا کمتر باشد.

از صورت اول شروع کنیم:

صورت اول این بود که داین دینش را می بخشد در اینجا چه اتفاقی می افتد که ذمه من فارغ می شود:

سه نظریه است:

نظر اول:

از باب تملیک است که ما فی الذمه من یک دینار بود که زید یک دینار ما فی الذمه را می بخشد وقتی که من بخشیدم من مالک یک دینار در ذمه خودم می شوم گفته شده است که در سیره عقلاء شخص مالک ما فی الذمه خودش نمی شود. آنی که من مالک می شوم همان آن ذمه من پاک می شود. یعنی عقلاء آن ذمه و علقه ملکیت از بین می رود. یعنی در یک آن ملکیت زید محو شده و ملکیت من حاصل شده و در همان آن ذمه و ما فی الذمه پاک می شود. در فلسفه تعاقب دو آن عقلا محال است و حتما باید بین دو آن، باید زمانی فاصله شود مثلا دست که متصل به کتاب می شود این در آن است و بعد که دست را جدا می کنی این هم آنی است و در لا زمان است خوب یک آن اتصال دارید و یک آن انفصال دارید. در فلسفه ممکن نمی باشد که بین آن اتصال و آن انفصال زمان، فاصله نشود و لو زمان بسیار کوچکی است. در امور اعتباری دیگر این طور نمی باشد و یکی از خصوصیات این است که می تواند دو آن متعاقب بدون فاصله شود. در ملک من بعد از بخشیدن داخل شد و در یک آن از ذمه من خارج شد بین آن دخول و خروج اعتباری چه مقدار زمان فاصله شد؟ زمانی فاصله

نشد. در یک آن در ملک من داخل شد و در یک آن از ملک من خارج شد. چرا که در سیره عقلاء انسان مالک ما فی الذمه خودش نمی شود. دخول در ملک من و خروج از ملک من در یک آن بود و فاصله بین دو آن صفر است. خوب من در چه کسری از زمان مالک این ما فی الذمه شدم؟ در صفر زمان. این از معجزات عالم اعتبار است. یعنی مالک شدم اما در عین حال مقدار بسیار زمان کم فاصله نشده است.

نظیر این را در فقه زیاد داریم مثلاً کسی به شما پول می دهد ولی پول را به شما نمی بخشد فقط می گوید برو برای خودت چیزی بخر که این هزار تومان ملک معطی است و نانی که خریدم ملک نانوا است قبل از خریدن بعد از اعطاء پول و گرفتن نان، این نان ملک کیست؟ اگر ملک من می باشد ثمن از جیب معطی خارج شد نه از جیب من و در نزد فقهاء عوض به جایی می رود که معوض از آنجا خارج شده است خوب نان که مال من نمی باشد چرا که عوض از ملک من خارج نشد. فقهاء می گویند که در یک آن این پول از ملک معطی خارج شده و در همان آن وارد ملک من می شود و در همان آن وارد ملک نانوا می شود. در اینجا دو تا آن و چهار حادثه داریم یک آن خروج از ملک زید و در نفس همان آن داخل در ملک من می شود و در آن دوم از ملک من خارج شده و در نفس همان آن وارد ملک نانوا می شود. در اینجا من یک لحظه هم مالک این پول نشدم چرا که لحظه از زمان است و تمام این اتفاقات در آن و لازمان اتفاق افتاد.

مناقشه:

این تفسیر محذوری ندارد و لکن این تفسیر را قبول نکردیم.

اینکه گفته شده است در ابراء ذمه تملیک می کند درست نمی باشد چرا که در تملیک قبول معتبر است اصلاً در معاملات عقلائیه بدون اختیار مالی به ملکی داخل می شد فقط در ارث است که بدون اختیار داخل در ملک دیگری می شود اینهم لا بد منه است چون موت می آید و میت کاری نمی تواند بکند و اختیاری هم ندارد..

خوب در ما نحن فيه داین می گوید که ما فی الذمه ات را به دو بخشیدم یعنی بدون اختیار تو مالک می شود در حالیکه الناس مسلطون علی اموالهم من اگر بخواهم مالک می شوم و اگر نخواهم مالک نمی شوم در حالیکه در ابراء قبول نیاز نمی باشد حتی اگر خبر هم نداشته باشد و در اتاق بنشیند و بگوید که من دین را بخشیدم این ذمه مدیون ابراء می شود. ابراء از ایقاعات است نه از عقود لذا نیاز به قبول ندارد.

پس حقیقت چه می باشد؟ ما یک حقیقتی داریم به نام ابراء ابراء دقیقا وزانش وزان اعراض اس تبا این تفاوت که اعراض در اموال خارجی اس و ابراء در اموال ذمی اس ت. مثلا این دفتر مال من است من از این دفتر اعراض کردم و کفتم از ملکیت خودم خارج کردم در اینکه در اعراض آیا از ملک من خارج می شود یا خیر؟ دو نظر است. یک نظر مال مرحوم خوئی است که می گوید که از ملک خارج نمی شود و مرحوم صدر و جماعتی گفته است که خارج می شود و ما تابع مرحوم خوئی شدیم.

ابراء وزانش به وزان اعراض است نزد کسی که اعراض را مخرج می داند لذا قبول نمی خواهد. اما ما در ابراء قائلیم که از ملک خارج می شود. فرقی این است که در اموال خارجی چون یک تجسم خارجی پیدا می کند داخل می شود در امور محسوسه و &&& اما مال ما فی الذمه خیلی ضعیف است و اعتباری است لذا این مقدار سلطنت را قرار دادند در اموال ذمی اما در اموال خارجی این سلطنت را عقلاء قرار نداده اند. &&& بله در اعراض هر کسی می تواند این دفتر را مالک شود و تا زمانی که کسی تملک نکرده است من مالک آن مال می باشم اما در ابراء &&& اصلا ملکیت مقوم ما فی الذمه است بخلاف خارج که ما اموال زیادی داریم که ملک کسی نمی باشد بخلاف ما فی الذمه لذا آن ابراء و اخراجش از ملکیت آن امحاء و انتفاء آن است. در اعراض در ملک من است اما الغاء احترام کردم و اذن داده ام هر کس می بیاید و تملک کند.



۱ صورت دوم که فردی از ما فی الذمه را به شخص می دهیم. در این صورت اختلافی نمی باشد که ذمه ابراء می شود خوب چطور می شود و چه اتفاقی می افتد که من پول و مال خودم را می دهم و ذمه ام فارق می شود:

تفسیر اول: مرحوم آقای تبریزی و ظاهراً نظر مرحوم خوئی هم این بوده است:

ایشان قائلند که در اینجا معاوضه و یک عقد معاطاتی بین مالک ذمه و بین شخص مدیون صورت می گیرد یک عقد معاوضی است به این شکل که من به زید صد دینار بدهکارم من صد دینار خودم را با صد دیناری که مال اوست و در ذمه من است. این یک عقد معاطاتی است که صیغه ندارد مثل این که من عبايم را با کتاب شما معاوضه می کنم عباي من می شود ملک شما و کتاب شما می شود ملک من. یعنی من صد دینار خود را با کلی در ذمه معاوضه می کنم و در یک آن به ملک من داخل می شود و در آن دخول در ملک محو می شود چرا که در نزد عقلاء انسان مالک ما فی الذمه خودش نمی شود.

این یک معامله و عقدی است که اسم ندارد. عقود مستقلی بدون اسم می باشند.

این نظر مرحوم تبریزی بود. لذا سعی می کردند که به لوازم این نظر هم حتی الامکان ملتزم باشد. اما بخاطر ضیق وقت الان به این لوازم اشاره نمی کنم انشاء الله در فرصتی دیگر.

تفسیر دوم: گفته اند اصلاً هیچ عقدی و معاوضه ای نیم باشد عرف این را اداء ما فی الذمه می بیند یعنی وقتی که شما صد دینار می دهید این را اداء ما فی الذمه می بیند. مثل اینکه عباي زید در خانه ما جا مانده است و من به او می دهم با این تفاوت که این عباي مال زید است و بعد هم که می دهم مال زید است. اما در اینجا این صد دینار مال من است که وقتی می دهم عقلاء دخالت مائی کرده و این ملکیت را عوض

می کنند و اعتبار ملکیت می کنند برای مالک ذمه و داین. هیچ معاوضه و تملیکی نمی باشد بلکه به عنوان اداء ما فی الذمه می دهم. تا به او تسلیم می کنم اعتبار ملکیت می کنند برای داین نسبت به این صد دینار. لذا آن تسلیم آن تغییر در ملکیت است.

ما ها تابع نظر دوم می باشیم قائلیم عقد و ایقاعی در کار نمی باشد.

وجه ما که اشکال ما بر نظریه اول می باشد:

اشکال ما این است که اگر این عقد است احتیاج دارد به قبول او و قبول او اصلاً شرط نمی باشد می روم صد دینار را به نیت اداء ما فی الذمه جلوی او می گذارم و لو او قبول نکرد و حتی تصریح با عدم قبول کرد این اداء ما فی الذمه است.

پس این عقد نمی باشد اما ایقاء که عبارت از تملیک باشد در این تصرفات اعتباری اگر بتوانم تملیک کنم بدون اینکه قبول او شرط باشد این یک نحوه سلطنتی است که من بر اموال و شما دارم و عقلاء درست نمی باشد. در حالیکه در اصل عقلائی است که الناس مسلطون علی اموالهم. لذا اداء را از نوع قسم دوم می دانیم. اما قسم سوم این است که مالی غیر از افراد ما فی الذمه می دهیم مثلاً در ذمه صد دینار است ولی من عوض آن کتاب را می دهم و او هم قبول می کند و این ذمه هم فارق می شود.

مشهور قائلند که حقیقت این معاوضه است بین کتاب و صد دینار ما فی الذمه. در یک آن صد دینار می شود ملک من و از ملک من محو می شود. چرا که قبول در این شرط است.

بعضی گفته اند که این هم از قبیل دوم یعنی اداء ما فی الذمه می باشد نه عقدی است و نه ایقاعی. وقتی قبول می کند که من در مقام اداء کتاب دهم نسبت به این شخصی که قبول دارد لذا وقتی که کتاب را به او می دهم این عرفاً می شود اداء ما فی

الذمه بدون اینک معاوضه ای صورت بگیرد. بله قبل از قبول او اعطاء کتاب اداء ما فی الذمه نمی باشد اما در طول قبول او می شود اداء ما فی الذمه.

پس قبول شرط است اما نه این که قبول عقدی است نسبت به شخصی که قبول دارد اعطاء این مال می شود، اداء ما فی الذمه می باشد. اینکه یک آن مالک شود و از ذمه اش محو شود دیگر در اینجا نمی باشد.

ما در ما نحن فیه باز نظر دوم را قبول کردیم و گفتیم این عقد نمی باشد و می شود اداء ما فی الذمه اما در طول قبول داین. ما فی الذمه فرقی با عین خارجی این است که اگر زید مالک عبائی که در خانه ما جای گذاشته است وقتی مطالبه می کند من می گویم به جای عبا این کتاب را بگیر و او قبول می کند این را عرف معاوضه و عقد معاطاتی می بیند اما ما فی الذمه اگر در ذهن شریفتان باشد وجود فرضی دارد نه وجود تخیلی. وجود تخیلی یعنی گوسفندی تخیل می شود اما در وجود فرضی تخیلی نمی باشد می گوئیم که فلانی مالک گوسفند فرضی در ذمه است. ما فی الذمه را می توانید که تطبیق بر دینار کنید که به ید شماست و تطبیقش بر کتاب به ید داین است. اینجا دلیل ما وجدان است.

مسئله ای دیگر که به آن اشاره می کنیم.

اگر شخصی آمد دین زید را پرداخت کرد آیا در اینجا داین می تواند امتناع کند یا خیر؟ بگوید که من یک دینار را از زید طلب دارم و فقط از زید قبول می کنم.

این محل اختلاف شده است:

بعضی گفته اند که می تواند امتناع کند.

بعضی گفته اند که همین که یک دینار را به عنوان اداء ما فی الذمه مدیون دارد، کفایت می کند ما دلیل نداریم و فقط دنبال سیره می باشیم که آیا حق امتناع دارد یا خیر؟ اگر گفتیم حق لا امتناع دارم یعنی نیاز به قبول داین نمی باشد و اگر گفتیم که

حق امتناع دارد یعنی نیاز به قبول داین است. ما گفتیم که در سیره حق امتناع ندارد و عقلا و عرفا اداء دین است. مثل اینکه کتاب زید در خانه عمرو باقی مانده است و یک بار عمرو خودش مال را به زید می دهد و یکبار بکر کتاب را از خانه عمرو می آورد و به زید می دهد در اینجا نمی تواند قبول نکند. ما نحن فیه هم از همین قبیل است.

این یک تمثیل است و الا در مورد کتاب این حقیقتا اداء است و ما نحن فیه عرفا اداء است.

هذا تمام الکلام در قول سوم که قیمت یوم الاداء می باشد که ما هم تابع ایشان شدیم.

ما حصل کلام ما این بود که وقتی گوسفند تلف شد تا الان من مکلف بودم به رد گوسفندا بعد از تلف مال، گوسفند مالک مثل گوسفند در ذمه من است و من بعد از این مکلف به ا فراغ ذمه می باشم لذا در یوم الاداء چرا که این گوسفند که قیمی است به ا داء قیمت یوم الاداء می باشم یا مثل این گوسفندی که مالک قبول کند. اما قول چهارم:

ما سه یوم داشتیم یوم الضمان و یوم التلف و یوم الاداء. قول چهارم اعلی القیم من یوم الضمان الی یوم التلف و قول پنجم من یوم الضمان و الی یوم التلف و قول ششم من یوم التلف الی یوم الاداء.

اینها وجوهی را ذکر کرده اند که بعضی از وجوه به درد هر سه قول می خورد.

&&&

پاره ای این وجوه، وجوه است که به درد همه اقولا می خورد:

وجه اول:

این ها گفته اند که ما اعلی القیم را ندهیم حال هر اعلی القیمی که باشد. ما در ما نحن فيه قطع داریم که ذمه ما به قیمت این کالا مشغول شده است چون فرضا مثلی نمی باشد و قیمی است وقتی غیر اعلی را دادیم قطع به فراغ ذمه برای ما پیدا نمی شود. وقتی قطع به فراغ ذمه پیدا نشد اشتغال یقنی فراغ یقینی می خواهد. قاعد اشتغال حکم به اعلی القیم می کند.

اشکالی شده است که ما در دوره قبل قبول کرده بودیم که الان قبول نداریم: اشکال این است که این نظر مبتنی بر این است که اشتغال ذمه ما به قیمت باشد و حال اینکه در قیمیات یا ذمه ما مشغول به شخص می شود یا به مثل مشغول می شود لذا این استدلال نادرست است که ذمه ما مشغول به قیمت است و با پرداخت اقل قیمتا ما نمی دانیم آن ذمه فارغ شد یا خیر. تصحیح بیان اینها و جواب از اشکال:

این اشتغال ذمه به قیمت ذمه در اینجا به معاملات نمی باشد بلکه به معنای با تکلیف می باشد یعنی من مکلف به اداء قیمت یعنی مراد از ذمه عهده می باشد که نمی دانم با پرداخت این قیمت عهده من فارغ شد یا خیر. پس وجه مستدل این است که عهده من مشغول است به اداء قیمت که در صورت پرداخت اداء غیر اعلی القیم، قاعده اشتغال حکم به عدم فراغ می کند.

مناقشه :

قاعده اشتغال که می گوید که اشتغال یقنی فراغ یقینی می خواهد این مال جایی است که شارع ترخیص ندهد همیشه احکام عقلی معلق بر عدم جعل مولا است چه جعل ترخیص باشد یا احتیاط مثلا می خواهید نماز صبح بخوانید بعد از نماز صبح شک می کنید که نماز صبح خواندید یا وضو خواندید یا خیر؟ قاعده اشتغال نمی آید

بلکه قاعده فراغ می گوید که نماز درست است. یا نماز بدون سوره خواندید و شک می کنید که نماز شما درست است یا خیر؟ شارع ترخیص داده است.

در ما نحن فيه من مکلفم به اداء قیمت که نمی دانم که اعلی القیم بر عهده من است یا اقل قیمت که نسبت به اعلی برائت جاری می کند چرا که شک من بین اقل و اکثر استقلالی است و مجرای برائت.

هذا تمام الکلام فی الوجه الاول.

<sup>۱</sup>وجه دوم: استصحاب.

&&& فرض این است که قیمت یک دینار بود و بعد دو دینار شد و بعد شد یک دینار شک می کنیم آن اعلی القیمت به ذمه است یا خیر؟ استصحاب می گوید ذمه به مقدار اضافه مشغول ست.

مناقشه:

قطع نظر از اینکه این استصحاب در شبهات حکمیه است و فی نفسه هم جاری نمی باشد. ارتفاع قیمت به ذمه نمی آید کلا قیمت به ذمه نمی آید یا مثل یا شخص گوسفند به ذمه می آید. و ما باید این ذمه را از مثل فارغ کنیم که عرفا این افراغ به اداء قیمت یوم الاداء می باشد.

وجه سوم: قاعده لا ضرر

قاعده لا ضرر گفته شده است اگر اداء اعلی بر این شخص واجب نباشد لازم می آید تضرر مالک و لا ضرر می گوید کلا ضرری در اسلام نداریم.

این قاعده در ما نحن فيه دو تقریب دارد:

تقریب اول:

---

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۶/۰۲/۲۷.

ما با جریان قاعده لا ضرر اثبات کنیم اداء اعلى القیمت را به این صورت که اگر جعل نکند ضمان اعلى القیم را مالک متضرر می شود لذا اثبات کنیم که شارع اعلى را واجب کرده است.

مناقشه:

قاعده لا ضرر اثبات یک حکم نمی کند ما فقط با این قاعده نفی احکام ضرری می کنیم اما ضمان به اعلى را نمی توانیم اثبات کنیم. این بیان بیانی اس تکه در خیلی از جاها بکار برده می شود مثلاً گفته اند که اگر زوجه حق طلاق نداشته باشد ضرری است و به این قاعده حق طلاق را باری زوجه اثبات می کنیم که جواب می دهند که از قاعده لا ضرر هیچ زمانی اثبات حکم نمی توانیم بفهمیم. فقط می گوید که نماز با وضو واجب نمی باشد اما این که نماز با تیمم واجب است از این قاعده نمی توان فهمید.

تقریب دوم:

متأخرین آمده اند جایگزین کرده اند به این صورت که بگوییم هم احکام وجودی و هم احکام عدمی. توضیح در مورد احکام وجودی مثل وجوب و حرمت و احکام عدمی یعنی عدم لاوحووب و حرمت.

لا ضرر فقط در دو حکم می آید وجوب و حرمت و احکام عدمی که در اصل نفی الحکم است می شود عدم الوجوب و عدم الحرمت در مور حق ئ ترخیص هم اختلاف می باشد که می آید یا خیر، که ما در ترخیص قبول کردیم و در حق توقف کردیم.

تقریب دوم این ایت که اگر شارع نگوید که اعلى القیم بر گردن تالف باشد از این عدم الوجوب مالک متضرر می شود لذا لا ضرر می گوید که شارع عدم الوجوب ضرری ندارد که معنای آن این است که در آنجا ما وجوب داریم. لا ضرر می گوید که

ما حکم و عدم الحکم مضری نداریم در اینجا عدم وجوب اعلی ضرری است لذا ثابت می شود وجوب اعلی القیم.

مناقشه:

سه اشکال دارد:

اشکال اول:

ما ها برای مان محرز نشده است که قاعده لا ضرر ظهوری دارد که احکام عدمی را هم بر می دارد. این ظهور برای ما محرز و ثابت نمی باشد.

اشکال دوم:

بر فرض این که احکام عدمی را بر می دارد، این عدم وجوب اعلی این از قبیل عدم النفع است نه ضرر. فرق است بین ضرر و عدم نفع به نظر می رسد که این عدم وجوب اعلی ضرری نمیب اشد بلکه جلوی نفعی را می گیرد که آن پول اضافه ای است که قرار است که گیر مالک بیاید.

عرفا اگر مالی گران شود و انسان نفروشد نمی گویند که ضرر کرده است بلکه می گویند که نفع نکرده است.

اشکال سوم:

سلمنا که این عدم وجوب اعلی القیم ضرر باشد نه عدم النفع. خوب اگر شارع وجوب اعلی را جعل کند بر ضامن ضرری است چرا که لا ضرر در باب تمام مکلفین آمده است نه فقط مالک.

نگوید اینجا اقدام غاصب و تالف است چرا که در جای خودش گفته شده است که لا ضرر موارد اقدام را هم می گیرید چرا که لسان آن امتنانی است.



وجه چهارم: تمسک کرده اند به آیه فاعتدوا این وجه از مرحوم محقق ایروانی صابح حاشیه است. ایشان فرموده است که آیه شریفه فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم. اگر کسی به مشا تعدی کردی می توانید به مثل او تعدی کنید وقتی این شخص غاصب در اعلی قیمت ید گذاشت اگر ما از او اعلی قیمت را بگیریم این اعتدای به مثل است یا اعتدای به ازید است؟ این وجهی که ایشان فرموده است و فرموده اند که احسن وجوه این است که به آیه شریفه تمسک کنیم.

مناقشه:

این آیه شریفه ناظر به این که ما ضامن چه م شنویم اصلا نمی باشد این آیه می گوید که در مقام اعتدا به او به ازید تعدی نکنید. خوب شما اگر قبول کردید که من ضامن قیمت یوم الاداء می باشم اگر اعلی القیم را از او بگیریم این می شود اعتدای به ازید.

این وجوه تمام شد و اعلی القیم اصلا وجهی ندارد.

به مناسبت این آیه را معنا کنیم چرا که در معاملات از آن ازیاد استفاده می شود. فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم. این «ما» چه مائی است؟ اگر «ما» مصدریه باشد یعنی فاعتدوا علیه بمثل اعتدائه و اگر «ما» موصوله باشد که فاعتدوا علیه به مثل اعتدائی که کرده است.

این ماء موصوله نمی باشد چرا که معنای بدی دارد یعنی اگر کسی به شما فحش ناموسی داد شما هم فحش ناموسی بدهید یا اگر به ناموس شما تجاوز کرد آیه شریفه نمی گوید که شما هم نعوذ بالله به ناموسش تجاوز کنید.

این ماء ظاهرا ماء مصدریه است یعنی در مقام مجازات ظلم نکنید مجازات شما متناسب با عملی باشد که او انجام دهید مثلا اگر شیشه ماشین شما را شکست، دیگر ماشین او را آتش نزنید. یا اگر تو گوش بچه شما سیلی زد شما نمی توانید به بچه او

سیلی بزنید نهایتاً می توانید به خودش یک سیلی بزنید. یا اگر یک سیلی به شما زد شما دو سیلی بزنید. یعنی به مقداری که به شما ظلم کرده است مجازات کنید. البته این در جایی است که سیلی زدن در جواب سیلی، ظلم و تعدی نباشد. لذا به اعراف مختلف فرق می کند و این تعدی نسبی است.

مثلاً در معاملات به همین آیه تمسک کرده اند که در قیمی، قیمت را ضامن است و در مثلی، مثلی را ضامن است و در دیگر جاهای معاملات هم آیه این آیه شریفه استناد کرده اند اما ما اینگونه استفاده ها را قبول نکردیم.

### مسألة ۳: إذا أُلِفَ الثوب بعد الخياطة

#### ضمن قیمته مخیطا و استحق الأجرة المسماة

خیاط بعد از دوختن لباس، لباس را تلف کرد و آتش زد آیا اجیر و خیاط نسب به مستأجر ضامن است یا خیر؟ و اگر ضامن است ضامن چیست؟ آیا مالک نسبت به اجرة ضامن است یا خیر؟ ضامن اجرة المسمى یا اجرة المثل؟ در مسئله احتمالاتی است شاید تقریباً اکثرش در تعلیقاتی که بر عروه زده اند منعکس شده است که مجموع اینها پنج احتمال است به ترتیب این احتمالات را بررسی کنیم و بعد بینیم که کدام را اختیار می کنیم.

#### الاحتمالات فی المسئلة:

#### الاحتمال الاول: ضمان الاجير بالنسبة الى قيمة المخيط و ضمان المستاجر الاجرة المسمى.

احتمال اول که مختار مرحوم سید در عروه و مختار مرحوم خوئی می باشد، این است که جناب اجیر ضامن قیمت این ثوب است مخیطا. یعنی ضامن پیراهن است نه

ضامن پارچه. قیمت پارچه مثلاً یک دینار بود و بعد خیاطه دو دینار شد که این خیاط و اجیر ضامن دو دینار است. در مقابل نسبت به اجرة آيا جناب خیاط که متلف است مستحق اجرة المسمى است یا خیر؟ سید قائلند که حق المطالبة را دارد و بگوید اجرة خیاطی را که یک دینار بود را بده. این احتمال اول.

### الدلائل:

در اینجا دو ادعا است: یک ضمان اجیر نسبت به قیمت این پیراهن و دو استحقاق اجیر نسبت به اجرة المسمى.

دلیل ضمان الاجیر بالنسبة الى قيمة المخيط: لان المتلف هو الثوب المخيط.

چرا ضامن پیراهن است؟

چون در باب اوصاف همیشه گفته می شود که وقتی یک وصفی بر عین وارد می شود و وصف خودش مالیت ندارد بلکه عین گرانتر می شود مثلاً ماشین را صافکار و نقاشی می کنید و قیمت ماشین یک میلیون تومان اضافه می شود این قیمت به ازاء صافکار و نقاشی است یا به خاطر خود ماشین؟ به خاطر خود عین است و خود عین گران می شود نه این که یک میلیون نقاشی آن باشد و نوزده میلیون خود ماشین شود.

در ما نحن فيه این شخص چه چیزی را تلف کرد؟ پارچه ای که قیمت آن دو دینار است نه این که وصف آن یک دینار باشد و پارچه یک دینار. لذا ضامن است چرا که قیمت این پارچه شد دو دینار و مال دو دیناری را تلف کرد و ضامن است. لذا این علی القاعده است.

اما دلیل استحقاق مطالبه الاجرة المسمى: لان العقد موجب لاستحقاقه و التسليم موجب حق المطالبة و هو سلمه باتمام العمل.

در سابق گفتیم به مجرد عقد اجیر مالک اجرة المسمى می شود در ذمه مالک و مستأجر اما حق المطالبة ندارد کی حق المطالبة پیدا می کند زمانی که تسلیم کند در نزد سید و مرحوم خوئی تسلیم عمل به اتمام است. همین که عمل را تمام کرد تسلیم کرد

و حق المطالبة دارد همین که تمام کرد حق المطالبة دارد و وقتی آتش زد ضامن قیمت عین می شود.

این احتمال اول که مختار مرحوم سید و مرحوم خوئی است.

### مناقشتین:

بر فرمایش این دو بزرگوار دو اشکال وارد است:

#### الاولی: سبشار الیها فی الاحتمال الرابع.

یک اشکال را در احتمال چهارم و پنجم اشاره می کنیم و اما یک اشکال باقی می ماند:

#### الثانیة: ان التسليم عندنا بتسليم العين او بدله لا اتمامه.

این اشکال مبنائی است در نظر ما تسلیم عمل به تسلیم به محل عمل است عرفاً تا پیراهن را ندهد عمل تسلیم نشده است لذا وقتی خیاط این پیراهن را آتش زد قیمت پیراهن را ضامن است اما کی استحقاق مطالبه اجرة را دارد زمانی که پیراهن را تحویل دهد و گفتیم تسلیم بدل یا محل عمل است که وقتی قیمت پیراهن را تحویل داد که تحویل بدل محل عمل است، مستحق مطالبه اجرة المسمی را دارد.

#### الاحتمال الثانی: نفس الاحتمال السابق لكن المطالبة بتسليم العين لا

اتمامه.

احتمال دوم، همین احتمال اول است با اصلاح کوچک که اجیر ضامن قیمت پارچه ی دوخته شده است و اما اسحقاق اجرة و حق المطالبة بعد از اداء قیمت است قبل الاداء حق المطالبة ندارد. یعنی اینها اشکال ما را رفع کرده اند.

### مناقشة: سیاتی فی الاحتمال الرابع.

زمانی اجیر مستحق اجرة است که محل را تسلیم کند و تسلیم محل در اینجا به تسلیم بدل است. لذا اشکال ما برداشته می شود. اما اشکال دیگر که در وجه چهارم و پنجم خواهیم گفت بر این احتمال هم وارد است.

### الاحتمال الثالث: ان الاجير ضامن الثوب غير المخيط من دون استحقاق اجرة.

احتمال سوم این است که گفته اند که جناب اجیر ضامن پارچه ندوخته است نه پارچه دوخته. چرا که مستأجر پارچه ندوخته داده است که قیمت آن یک دینار است از آن طرف جناب اجیر استحقاق هیچ اجرتی هم ندارد. اجرة المسمى یک دینار بود و اجرة المثل مثلاً نیم دینار است نه حق مطالبه یک دینار دارد و نه حق مطالبه نیم دینار.

### وجه هذا الاحتمال: ان ارتفاع قيمة المخيط لعمل الاجير فلا ضمان له عند العقلاء و عدم استحقاقه لاجرة لانه لا يسلمه الى المستاجر.

در مورد ضمان قیمت پارچه این وصف خیاطت را که باعث ارتفاع قیمت شده بود این وصف را که خود پارچه نداشت این وصف را جناب اجیر و خیاط ایجاد کرده است خوب در نزد عقلاء وقتی کسی مالی تلف کند که قبل از اتلاف وصفی در مال ایجاد کند که باعث ارتفاع قیمت شود این وصفی را که باعث ارتفاع قیمت شود را که خودش ایجاد کرده است، ضامن نمی باشد.

عقلاء این را به منزله این می بینند که عمل خودش را از بین برده است لذا ضامن خود قیمت پارچه است.

اما نسبت به استحقاق اجرة: گفته اند مستحق اجرة نمی باشد به خاطر این که عمل را تسلیم نکرده است و تسلیم عمل به محل است. نه اجرة المسمى و نه اجرة

المثل. مثل اینکه کسی را اجیر کردید که اتاق را رنگ کند این شخص تمام دیگر اتاقها را رنگ می کند اما اتاق را رنگ نمی کند، این شخص مستحق اجرة است؟! خیر.

در اینجا هم که اجیر برای پیراهن شده بود و پیراهنی به او تحویل نداد. در اینجا چون اجیر پول پارچه را می دهد نه پول پیراهن را لذا بدلی به مستأجر نداده است که تسلیم محل حساب شود.

### مناقشة: هذا الارتكاز صحيح لا في المثل الجاری و مع ذلك ان الاجیر سلمه الیه فمستحق للاجرة المسمى.

در ضمان این حرفی که گفته اند حرف بی ربطی نمی باشد بله ما هم می گوئیم که پارچه ی دوخته شده مال مستأجر است اما ارتفاع قیمت که توسط متلف ایجاد شده است، این ارتفاع قیمت را ضامن است. مثلاً کسی پارچه ای را می اندازد دیگ رنگریزی که اگر نیم ساعت بماند رنگ می گیرد و اگر یک ساعت بماند پارچه تلف می شود نیم ساعت اول رنگ می گیرد و بعد از نیم ساعت از بین می رود در اینجا متلف ضامن قیمت پارچه بدون رنگ است یا بارنگ؟ ارتکاز ما می گوید که ضامن پارچه بی رنگ است بر فرض اینکه قیمت پارچه رنگ شده، بیش از پارچه بی رنگ است. این را در پارچه رنگ شده می پذیریم اما در مثال پیراهن نمی پذیریم.

پس فی الجملة حرف این قائلین را قبول کردیم اما در مورد این مثال که پارچه باشد، این ارتکاز برای ما روشن نمی باشد در مورد پارچه رنگ شده ارتکاز روشن است اما در مورد مثال پیراهن این ارتکاز روشن نمی باشد.

در ارتکاز ما این طور است که در اینجا ضامن پیراهن است.

اما این که مستحق اجرتی نمی باشد چرا که عملی را انجام نداد. این شخص این پارچه را دوخت و این عمل خیاطه را به امر مستأجر انجام داد لذا ضامن است<sup>۱</sup> اما اینکه ضامن اجرة المسمى است یا اجرة المثل است باید بحث شود. لذا این احتمال هم درست نمی باشد.

## **الاحتمال الرابع: ان الاجير ضامن المخيط و المستاجر مخیر بین الامضاء و الفسخ فله مطالبة الاجرة المسمى فی الاول فقط.**

احتمال چهارم این است که خیاط ضامن پارچه دوخته شده است یعنی دو دینار چرا که پیراهن را اتلاف کرد نه پارچه را اما جناب مالک و مستأجر مخیر بین فسخ و عدم فسخ است اگر فسخ نکرد خوب جناب خیاط ضامن دو دینار است وقتی که قیمت را به مالک داد تسلیم قیمت به منزله تسلیم عمل است مستأجر هم باید اجرة المسمى را بدهد اما اگر فسخ کرد در این صورت ضامن چه می باشد؟ گفته شده است اجیر باید دو دینار بدهد اما جناب مالک هیچ اجرتی را به اجیر نمی دهد نه اجرة المسمى و نه اجرة المثل را. اجرة المسمى را نمی دهد چرا که عمل را تسلیم نکرد و اجرة المثل را نمی دهد چون عمل را تسلیم نکرد.

## **مناقشة: ان الامر بالعمل مضمّن عند العقلاء حتى فی صورة الفسخ.**

درست است که عمل را تسلیم نکرده است اما عمل را به امر مستأجر انجام داده است مثلاً اینجا کسی به شخصی امر کند که بیا و ماشین من را بشوی در اینجا باید آمر اجرة المسمى را بدهد در اینجا هم عملی را انجام داده است به امر مستأجر و در سیره عقلاء امر به عمل مضمّن است. الا در سه جا مضمّن نمی باشد:

<sup>۱</sup> البته به زودی در آنجائیکه قیمت پارچه و پیراهن مساوی است یا قیمت پارچه بالاتر است، گفته خواهد شد این امر به عمل زمانی مضمّن است که عمل را هم تسلیم کند و الا صرف امر به فعلی ضمان آور نمی باشد.

<sup>۲</sup> چهارشنبه ۹۶/۰۶/۱۵.

مورد اول: در جایی است که عمل مالیت نداشته باشد مثلاً امر به کتک به دیگری چرا که ظلم به دیگری فاقد مالیت است در نزد عقلاء.

دومین مورد: در جایی است که شخص به نیت مجانی عمل را انجام داده باشد.

مورد سومی است و آن جایی است که آمر مجاناً امر به عمل کند مثلاً گفت است که لله این ماشین را تعمیر کن در اینجا اگر عامل به قصد اجرت هم انجام دهد مستحق اجرت نمی باشد چرا که آمر عمل را مجانی از او خواسته بود. چرا که آن چه را که آمر خواسته بود، عمل مجانی بود و عامل انجام نداده بود چرا که عملی که عامل انجام داده بود عمل غیر مجانی بود.

اشکالی که به احتمال اول و دوم وارد بود و گفتیم در احتمال چهارم می گوئیم این بوده است که احتمال اول و دوم، حق فسخ را نادیده گرفته بودند که از ناحیه شرط ارتکازی می آید که شرط ارتکازی این است &&& که اگر عمل را اجیر انجام ندهد، مستأجر حق فسخ داشته باشد.

عقد یا صحیح است یا باطل در جایی که صحیح است یا در اثناء عمل فسخ می شود یا منفسخ این قانون کلی در عقود است در اینجا از اول عقد صحیح بود و در اثناء عقلاء وجهی برای انفساخ نمی بینند لذا عقد فسخ می شود.

### الاحتمال الخامس مختارنا: الاجير ضامن المخيط و المستاجر مخير بين الامضاء و الفسخ و له مطالبة الاجرة المسمى في الاول و المثل في الثاني.

احتمال پنجم که مختار خودمان هم است این است که مستأجر مخیر بین امضاء و فسخ است و در صورت امضاء اجیر ضامن پیراهن است و قیمت آن به محض این که قیمت را داد مطالبه اجرة المسمى می کند و در صورت فسخ اجیر ضامن قیمت پیراهن است و حق مطالبه اجرة المثل را دارد که می تواند از اجرة المسمى کمتر یا بیشتر باشد. چرا عقد فسخ شده است و عقدی در کار نمی باشد.



لذا با فرمایش مرحوم سید موافق نمی باشیم.

در فرعی که سید مطرح کردند یک پیش فرضی افتاده بود که قیمت پیراهن از پارچه ندوخته بیشتر است در زمان سید و قدیم نوعا اینطور بوده است. چرا که مثل زمان ما نبود که به تن آمدن و اندازه بودن ملاک باشد نوعا اندازه لباسها بزرگتر از اندام و اندازه شخص بوده است. لذا به درد همه می خورد بخلاف زماننا هذا این قبایی که ما می پوشیم به اندازه خودمان می پوشیم لذا نوعا قضیه بالعکس است همیشه پارچه گرانتر از دوخته شده است مثلاً یک قبا و یک پیراهن و عبا را در نظر بگیرید این عبا دوخته شده قیمت کمتری از قبا دوخته شده است. نگوید الان هم دوخته شده ها گرانتر از ندوخته شده است و پارچه ارزانتر است و اجرت را کم می کنند چرا که در زماننا هذا در این فروشگاههایی که پیدا شده است اینطور است اما در دست افراد بالعکس است که اگر پارچه و عبا دوخته شده با آن پارچه را داشته باشید همیشه قیمت پارچه گرانتر از دوخته شده است اما در فروشگاه چون سری دوزی می کنند لذا ارزانتر در می آید.

حال اگر قیمت پارچه بیشتر از پارچه دوخته و پیراهن باشد یا هر دو مساوی

باشد حکم چیست؟

مثلاً قیمت پارچه صد هزار تومان بود و الان پنجاه هزار تومان می خرند. خوب

اجیر کدام را ضامن است؟ مستأجر ضامن اجرة المسمى و مثل است یا خیر؟

در جایی که قیمت ها مساوی است اجیر باید صد هزار تومان بدهد اما آیا

مستأجر ضامن اجرة المثل و المسمى را باید بدهد؟ بر اساس ارتکاز نباید بدهد چرا که

درست است که باید اجیر صد هزار تومان بدهد چرا که قیمت همان پارچه است اما

عرفا این دیگر تسلیم محل حساب نمی شود لذا درست است که این عمل به امر

مستأجر انجام داده است اما عرفا تسلیم محل عمل نکرده است و امر زمانی مضمن

است که تسلیم محل عمل کند.

اما صورت دوم که قیمت خیاطی شده و پیراهن تنزل پیدا کرد در اینجا قیمت پیراهن ۵۰ هزار تومان است و قیمت پارچه ۱۰۰ هزار تومان است بخصوص در جایی که قد و قامت شخص مستأجر خیلی غیر متعارف باشد این تنزل بیشتر است. در اینجا اجیر ضامن چه می باشد؟ ارتکاز می گوید ۱۰۰ تومان باید بدهد. در موارد نقصان قیمت این عمل به منزله شروع در اتلاف حساب می شود در واقع کی شروع کرد به اتلاف؟ از زمان شروع خیاطت و کی تلف تمام شد زمانی که آتش زد. چرا که خیاطی است که موجب نقصان قیمت است و منتهی به تلف است چنین تنقیصی که منتهی به اتلاف می شود را، اتلاف می بینند. امری هم که داشت امری نبود که موجب تلف شود امری بود که موجب تنقیص شود نه اتلاف شود. &&& اجرت هم نباید به اجیر بدهد چرا که تحویل نداد چرا که دادن قیمت پارچه ندوخته شده عرفاً تحویل محل است &&&.

اشکال:

اگر پیراهن را می داد پنجاه هزار توان قیمت آن بود اما الان صد هزار تومان داده است.

جواب:

پیراهن پنجاه تومانی کار پیراهن صد و پنجاه هزار تومانی را بازی می کرد صد هزار تومان قیمت پارچه آن بود چرا که هر پیراهنی را که بخواهم بپوشم قیمت پارچه آن صد هزار تومان است و صد هزار تومان هم اجرة دوخت آن می باشد. &&&

## ۱ و کذا لو حمل متاعا إلى مکان معین ثم تلف مضمونا

أو أتلّفه فإنه یضمن قيمته فی ذلك المكان...

فرع دومی را سید بیان می کنند که فرع این است که این مستأجر به اجیر می گوید که این مال را به تهران ببر و تحویل بده و این شخص اجیر مال را تحویل می دهد و بعد از تحویل مال را اتلاف می کند سید می فرمایند در اینجا اجیر ضامن است نسبت به قیمت این مال در این مکان مثلا این یخچال در قم صد هزار تومان و در تهران دویست هزار تومان است و مال را به تهران برده و در همانجا هم تلف می کند اجیر ضامن دویست هزار تومان است و مستأجر بعد از گرفتن دویست هزار تومان باید اجرة المسمى را به اجیر بدهد.

«تلف مضمون»ی که سید در عبارت دارند یعنی مثل اینکه مال را گذاشت کنار مسجد و رفت نماز بخواند یعنی در نگهداری کوتاهی کرده است.

فرض سید در جایی است که قیمت مال در مقصد بیشتر است.

نظر سید این است که باید قیمت کالا در مقصد را بگیرد و اجرة المسمى را

بدهد.

بعضی دیگر می گویند که مخیر بین فسخ و ابقاء است که سید در مسئله این قول را به این صورت بیان می کند.

## لا أن يكون المالك مخيراً بين تضمينه غير مخيط بلا أجره أو مخيطاً مع الأجرة.

این قسمت بر می گردد به هر دو فرع یعنی خیاطت و حمل کالا. می تواند فسخ کند و قیمت پارچه را بگیرد و ضامن اجرة المسمى نباشد و یا ابقاء کند و قیمت پیراهن را بگیرد و اجرة المسمى بدهد.

و كذا لا أن يكون في المتاع مخيراً بين قيمته غير محمول في مكانه الأول بلا أجره أو في ذلك المكان مع الأجرة كما قد يقال.

در مورد متاع محمول هم این طور نمی باشد که مخیر بین ابقاء و گرفتن قیمت متاع در مقصد باشد و اجرة المسمى را ضامن باشد یا فسخ کند و قیمت مبدأ را بگیرد و اجرتی ندهد.

چرا سید دو مثال زد؟

علت اول:

در باب اجاره بر اعمال تارة غرض مستأجر خود عمل است و تارة غرض مستأجر نتیجه عمل است مثلاً ما کسی را اجیر می کنیم برای خیاطت وقتی که اجیر بر خیاطت شد غرض مستأجر از این اجارة نفس خیاطت است یا نتیجه خیاطت؟ نتیجه خیاطت که پیراهن باشد. اما تارة غرض خود عمل است نه نتیجه عمل مثل اینکه کسی را اجیر می کنیم که یک ختم قرآن برای فلان فامیل مرحوممان بخواند. خوب در اینجا غرض در قرائت قرآن است یا نتیجه قرائت که تنعم میت از این قرآن است؟ خود عمل غرض مستأجر است در اینجا - و لو مشخص شود که فایده اخروی برای میت نداشته

است و اصلاً از این قرائت قرآن اصلاً بهره ای نبرده است - بعد از انجام عمل مستأجر باید اجرة را بدهد. اثر در اینجا پیدا می شود اگر پارچه را دوخت و پیراهن را تحویل نداد عقلاً عمل را به من تحویل نداده است لذا اگر خیاط عملی هم انجام نداد و با کرامت پارچه را به پیراهن تبدیل کرد در اینجا اگر پیراهن را تحویل داد و لو عملی انجام نداده است، باز مستحق اجرة المسمی است اما در جایی که غرض خود عمل است اگر ثوابی هم به میت نرسید و نتیجه مرتب نشد اما عمل انجام شد، اجیر مستحق اجرة می باشد چرا که غرض نتیجه نمی باشد بلکه خود عمل است.

در ما نحن فیه این فرق بین این دو مثال است که در متاع غرض خود عمل است بخلاف خیاطت. خیاطت یک مشکله ای که دارد این است که وقتی خیاطت انجام شد هنوز عمل تسلیم نشده است و باید پیراهن به دست مستأجر برسد. لذا اتلاف در مثال خیاطت قبل از تسلیم بود و در مثال حمل متاع بعد از تسلیم بود.

البته این اثر در نظر کسانی است که تسلیم را به اتمام نمی دانند بلکه به تسلیم محل عمل می دانند اما در نظر سید و امثال ایشان که تسلیم را به اتمام می دانند، این اثر نمی باشد اما همین مقدار که بعضی بین این دو فرق گذاشتند کفایت می کند که دو مثال بزنند.

### فرق دوم:

در مثال اول ارتفاع قیمت از ناحیه وصف آمد اما در مثال دوم ارتفاع قیمت از ناحیه مکان آمد در باب ضمان، زمان و مکان ذهن فقهاء ما را خیلی مشغول کرده است که این زمان و مکان در ضمان چه اثری دارد؟ قیمت شتر در قطب شمال با ایران قیمتش خیلی فرق می کند. قیمت عبای زمستانی گرانتر از قیمت همین عبا در تابستان است لذا زمان و مکان در قیمت اثر دارد کدام را ضامن است؟ این مسئله ذهن فقهاء ما را خیلی مشغول کرده است.

در عبارت سید این بود: «تضمینه غیر مخیط بلا أجره» این عبارت سید

نارضا است دست او نیست که هر طور بخواهد تضمین کند تضمین می کند غیر مخیط یعنی عقد اجاره را فسخ می کند و بعد تسلیم پارچه را بخواهد، و بعد قیمت آن را بگیرد و اجرة هم به او ندهد چرا که عمل را به او تسلیم نکرد و بعد فرموده بودند: «أو

مخیطاً مع الأجره» تضمین مخیط یعنی اجاره را ابقاء می کند و قیمت پیراهن را می

گیرد و این به منزله تسلیم عمل است و اجرة المسمى را به او می دهد.

این «قد يقال» در میان احتمالات گفته شده احتمال چهارم بود.

ما اختیارمان در هر دو فرع یکی است یعنی جناب مستأجر می تواند فسخ کند که اگر فسخ کرد چون پارچه دوخته شده و یخچال موجود نمی باشد قیمت پارچه دوخته شده و مخیط و قیمت یخچال در تهران را مطالبه می کند چرا که فرض این است که پیراهن و یخچال در این مکان را از بین برده است. اما اجرة المثل را باید بدهد اما اجرة باید بدهد چرا که امر مضمن است یعنی این خیاطت و حمل به امر مستأجر بوده است و اینکه این اجرة باید اجرة المثل باشد نه اجرة المسمى چون فرض این است که عقد را فسخ کرد و دیگر عقدی در کار نمی باشد. یا می تواند عقد را ابقاء کند و قیمت پارچه دوخته شده و یخچال در تهران را مطالبه می کند و بعد از گرفتن قیمت آنها، اجرة المسمى را می دهد و جهش هم علی القاعده است که ضامن این قیمت فعلی است و اگر فسخ کرد منتقل به اجرة المثل می شود و الا اجرة المسمى.

این که متاع را قرار است که حمل کند این دو صورت دارد:

صورت اول این که قبل از تحویل به زید در تهران مال را اتلاف می کند و

صورت دوم این است که بعد از تحویل به زید اتلاف می کند.

در صورت اول مالک مخیر بین فسخ و ابقاء است چرا که عمل تسلیم نشد عمل بردن به تهران و تحویل به زید است و فرضاً به زید تحویل نداد اما در صورت دوم که تحویل زید داد و بعد تلف کرد در اینجا دیگر حق فسخ ندارد. فقط باید قیمت یخچال در تهران را از او بگیرد و بعد از گرفتن قیمت اجرة المسمى را به اجیر می دهد مثل اینکه خیاط پیراهن را تحویل داد و بعد از تحویل پیراهن را از بین می برد در اینجا هم دیگر حق فسخ ندارد.

این فروض دائماً در قیمیات است اما در مثلیات باید مثل را بدهد.

سید فرمود قیمت کالا در مقصد ضامن است. در اینجا اشکالی مطرح شده است که چرا که فقهاء بین زمان و مکان را فرق گذاشته اند؟ مثلاً اگر من عبای زید که در شهرهای مختلف ایران قیمتش متفاوت است چرا که در بعضی از شهرها راغب زیاد دارد و در بعضی مکان راغب کمتری دارد مثلاً یک کیلو سوهان قم در غیر قم راغب بیشتری دارد لذا در غیر قم قیمتش بیشتر از غیر قم است. مراد مالیت و قیمت است نه آن قیمتی که می فروشند شاید یک جنسی مالیت یکسانی دارد اما دو فروشنده به دو قیمت متفاوت می فروشند. فقهاء این اشکال را مطرح کرده اند که چرا که فرق است بین زمان و مکان؟ و مشهور فقهاء گفته اند که در مکان قیمت مکان تلف معیار است اما در زمان، قیمت زمان تلف شرط نمی باشد مثلاً عباء را تابستان گرفت و در زمستان تلف کرد قیمت تابستان را ضامن است اما در مکان در مثال یخچال قیمت مکان تلف را ضامن است.

این فرق از کجا آمده است و این مسئله متأخرین را دچار زحمت کرده است که چرا فقهاء بین این دو فرق گذاشته اند؟

<sup>۱</sup> فرض مسئله این بود که مکان اول قیمتش ارزانتر از مکان دوم است اگر بطور کلی مالی را در مکان اول غصب کردیم در مکان دوم تلف کردیم آیا ضامن قیمت مکان اول هستیم یا قیمت مکان دوم؟ به عبارت دیگر ما مالی را که تلف می کنیم به اتلاف یا تلف تحت ید ما در لا مکان مال تلف نمی کنیم دائما در مکانی تلف می کنیم خوب ضابطه آیا قیمت آن مال در آن مکان یا قیمت مال در مکان اداء می باشد مثلا من یک عباى ندوخته در شهر یزد تلف کردم اما در شهر قم این بدلش که قیمت است تحویل دهم فرض این است که در این دو مکان دو قیمت است در یزد ده هزار تومان و در قم پنج هزار تومان است یا قیمت در مکان تلف را به او بدهم یا قیمت مکانی که می خواهم اداء کنم باید بدهم. فرض این است که این عباى قیمی است.

بعد از مشخص شدن این مسئله از این مسئله مشکلتر جایی که مکان غصب با مکان تلف دو تا باشد من این عباى را در یزد غصب کردم اما در شهر قم تلف کردم آیا این هم مثل صورت سابق است که باید قیمت مکان تلف را در نظر بگیریم یا قیمت مکان ضمان را در نظر بگیریم؟ و این این مشکلتر که ما سه مکان پیدا کنیم مکان ضمان، مکان تلف و مکان اداء من مالی را در شهر اهواز غصب کرد و که اهواز مکان ضمان است بعد در تهران این ماشین تلف شد و بعد در شهر مشهد می خواهم قیمت این ماشین را به او بدهم قیمت کدام یک از این سه مکان باید داده شود؟ قیمت اهواز؟ قیمت تهران؟ قیمت مشهد؟ فرضا این ها قیمتشان متفاوت است تهران یک میلیون از اهواز و مشهد یک میلیون از تهران گرانتر است. بعد به مناسبت وارد زمان شدند که زمان ضمان و زمان تلف متفاوت است. قیمت کدام زمان را باید در نظر گرفت با این پیش فرض که قیمت دو زمان متفاوت است. اگر سه زمان شود زمان غصب و ضمان، زمان تلف و زمان اداء. در فصل بهار مالی را غصب کردیم در فصل تابستان آن مال



تلف شد و در فصل پاییز می خواهیم قیمت آن را بدهیم. و قیمت این شیء در سه فصل فرق می کند کدام معیار است؟

این مسئله بین فقهاء مورد اختلاف و به اصطلاح نزاع شده است.

نسبت داده شده است که مشهور مکانی می باشند،، در مکان مکان التلفی می باشند و در زمان زمان ادائی می باشند.

نکته:

بحث ما در قیمیات است نه در مثلیات در مثلیات دیگر این حرفها پیش نمی آید من ماشین صفر زید را تلف کردم من هرزمان بخواهم اداء کنم یک ماشین صفر به او می دهم. مثال ماشین را عوض کنم که یک ویژگی که دارد که در قیمت سال افتاده است. اما در پارچه سال ساخت دخیل نمی باشد پارچه را تلف کرد که مثل آن موجود است مثلاً سه متر پارچه فاستونی بوده است که سه متر فاستونی می خرم و به او تحویل می دهم نمی تواند بگوید که زمان تلف قیمتش ده برابر این بوده است. ما در زمان حاضر یک فروعی پیش آمده است که ما نظیرش را در سابق نداشتیم مثل گوشی که مدل دارد و ماشین سال ساخت دارد گوشی تا مدل جدید می آید مدل قبلی قدیمی می شود و رغبت به آنها کم می شود لذا قیمت تنزل پیدا می کند اما مثل لیوان و پارچه که سال ساخت در آنها دخیل نمی باشد اینها مثلی می باشند اما گوشی و ماشین مدل قدیمی آن قیمی می شود.

در پارچه هم اگر تنزل قیمت شد اگر به اندازه ای شود که در نظر عرف قیمی شده باشد قیمی می شود و الا اگر مقداری کم باشد که قیمی نشود مثلی باقی می ماند.

اول برویم سراغ مکان و بعد سراغ زمان.

مکان سه تا است: مکان الضمان، مکان التلف و مکان الاداء. اهواز شهر ضمان و

تهران مکان التلف و مشهد مکان الاداء است در اهواز ماشین ده میلیون و در تهران

یازده میلیون و در مشهد دوازده میلیون است. مشهور بین فقهاء مکان التلف معیار است یعنی در مشهد یازده میلیون دهد نمی تواند که مالک مطالبه دوازده میلیون کند و غاصب هم نمی تواند به ده میلیون کفایت کند. ماشین ارتفاع قیمت نداشت بلکه ارتفاع قیمت بخاطر مکان است یعنی در تهران نسبت به اهواز و در مشهد نسبت به تهران راغب این ماشین بیشتر است.

مشهور مکان التلفی می باشند برگردیم در باب قیمیات که مشهور چه گفتند که دو مبنای مشهور را داشتیم. بر اساس آن دو مبنا کدام قیمت را باید بدهیم.

اگر بخواهیم در این مسئله وارد بحث شویم سه احتمال است یکی قیمت اهواز و مکان الضمان و یکی قیمت مکان التلف که تهران باشد و یکی مکان الاداء که مشهد باشد.

احتمال اول که باید مختار مرحوم خوئی و تبریزی باشد باید قیمت مکان الضمان را بدهیم این ها مستندشان تعبدی می باشند که در صحیح ابی ولاد قیمت بغل یوم خالفته که یوم الضمان باشد خوب یوم الضمان این ماشین در اهواز بود که قیمت آن ده میلیون بود. یعنی این ماشین در روز ضمان، ماشین موجود در اهواز بود.

این احتمال اول را قبول نکردیم که در بحث گذشته جهات عدیده ای بر اشکال بر صحیح ابی ولاد مطرح کردیم.

احتمال دوم: مکان التلفی می باشند.

اینها در غیر مکان حرفشان چه است؟ مشهور قائل اند که وقتی شخصی مالی را غصب می کند چه چیزی به عهده می آید چیزی به ذمه نمی آید و رد المال الی مالک بر عهده می آید تا روز تلف و بعد از تلف قیمت به ذمه می آید. تا قبل از تهران بر عهده زید رد المال الی المالک بر عهده بود و در تهران تلف شد بر ذمه زید قیمت ماشین در تهران بود که قیمت آن یازده میلیون بود که یازده میلیون به مالک بدهکار می شود.

قیمت در ذمه اصلا رشد نمی کند. هزار تومان در ذمه دائما هزار تومان است عرفا. اینها معتقدند که تا روز قیامت این یازده میلیون یازده میلیون است یک قران کم و زیاد نمی شود. دلیل اینها سیره عقلاء است. همه دنبال سیره عقلاء رفته اند و بعد علی الید ما اخذت حتی تودی را با توجه به مختار خودشان معنا کردند چرا که این روایت ظرفیت توجیهات مختلفی را دارد.

احتمال سوم که احتمال ما است در روز تلف در قیمیات مثل مال به ذمه می آید نه قیمت یعنی ماشین در عهده من است وقتی به زمان اداء رسیدیم چون مثل ممکن نمی باشد باید بدلش را بدهم خوب بدل این ماشین قیمت ماشین است در مشهد یا قیمت ماشین است در اهواز یا قیمت ماشین در تهران؟ کدام بدل آن مثل است؟ ما هم گفتیم قیمت مکان التلف چرا که خصوصیت مکان به ذمه می آید مالک، مالک مالک ماشینی است که در تهران است در نظر عرف مکان به ذمه می آید لذا باید در مشهد یازده میلیون بدهم پس نظرمان با احتمال دوم فرق دارد اما نتیجتا یکی شدیم. لذا در مکان، مکان التلفی شدیم.

انم الکلام در زمان است من گوسفندی را غصب کردم و بعد از یکسال این گوسفند را تلف کردم و بعد از دو سال می خواهم قیمت آن را بدهم. گوسفند یک خصوصیتی دارد که بعد از یکسال بزرگ می شود و یک افزایش قیمت بخاطر بزرگی دارد. در حالی که بحث ما ارتفاع قیمت به لحاظ زمان است فقط لذا مثال فرش می زنیم.

در سال اول فرشی را غصب کردم در سال دوم تلف شد و در سال سوم قصد اداء کردم. یوم الضمان قیمت هزار دینار و یوم التلف قیمت آن دو هزار دینار و یوم الاداء سه هزار دینار است.

مرحوم خوئی و تبریزی يوم الضمانی شدند و مشهور قیمت يوم التلفی شدند و ما يوم الادائی شدیم. دلیل مرحوم خوئی صحیحه ابی ولاد شد و وجه مشهور این است که بعد از تلف قیمت به ذمه منتقل می شود و اصلاً دیگر عوض نمی شود موقع اداء هم باید ما فی الذمه را اداء کند و وجه ما هم این است که صحیحه ابی ولاد دلالتش تمام نمی باشد و وجه مشهور را قبول نکردیم و گفتیم عند العقلاء مثل به ذمه می آید نه قیمت و يوم الاداء باید مثل را بدهد که نمی شود باید بدل را بدهد که قیمت امروز باشد که يوم الاداء باشد.

کسانی که در زمان، زمان الادائی شدند در مکان، مکان الادائی نشدند. در اینجا مختار خود ما همین است. سوالی است که باید جواب داد که چه فرق است بین زمان و مکان که خصوصیت مکان در عین اخذ می شود و ما ضامن آن مال در آن مکان تلف می شویم اما خصوصیت زمان اخذ نمی شود لذا این شخص ضامن این مال می شود در يوم الاداء؟ چرا خصوصیت مکانی را در مال تالف اخذ می کنیم بخلاف خصوصیت زمانی؟ جواب داده اند که ما نمی دانیم علت را اما ارتکاز عرف این است. ما گفتیم شاید علت این باشد که مکان در اذهان عرف مورد التفات واقع می شود و توجه می کند که در کدام شهر و کشور و استان هستیم اما خصوصیت زمان از ذهن عرف غائب می شود دائماً در برخوردها سوال از محل زندگی را سوال می کنند شما اهل کدام شهر یا کشور می باشید اما در زمان هیچ زمان سوال نمی شود و مغفول عنه است لذا تنها چیزی که در نظر ما ارزش ندارد، زمان است که مصداق آن عمر ماست که ارزشی برای آن قائل نمی باشیم.

&&& سوال باقری.

&&&

## مسألة ۴: إذا أفسد الأجير للخیطة

### أو القصارة أو التفصیل الثوب ضمن

و كذا الحجام إذا جنى في حجامته أو الختّان في ختانه و كذا الكحلّ و  
البيطار<sup>۱</sup> و كل من آجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده يكون ضامنا  
إذا تجاوز عن الحد المأذون فيه و إن كان بغير قصده لعموم<sup>۲</sup> من أتلف<sup>۳</sup> و  
للصحيح عن أبي عبد الله ع: في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده فقال  
ع كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن<sup>۴</sup>

اگر شخصی که اجیر است برای خیاطه یا اجیر شده است برای شستن یا کسی که  
اجیر شده است برای بریدن پارچه می داند مهمترین قسمت خیاطی بریدن پارچه  
خیلی ها می توانند بدوزند اما نمی توانند ببرند می دهند به کسی که پارچه را برد و بعد  
خودشان بدوزند. خوب اگر اجیر خسارتی وارد کرد ضامن است مثلا در بریدن پارچه  
قسمتی از پارچه سوراخ شد. کلا کسی که اجیر بشود برای عملی اگر خسارتی وارد کرد  
ضامن است.

شمول « من اتلف » شامل مال است و اعضاء بدن را در بر نمی گیرد.

<sup>۱</sup> سه شنبه ۹۶/۰۷/۱۸.

<sup>۲</sup> دام پزشک.

<sup>۳</sup> شمول.

<sup>۴</sup> من اتلف مال الغير فهو له ضامن این دو فرد دارد که مال را از بین ببریم مثلا مال دیگری را کلا بخوریم یا اینکه وصفی از آن را از بین ببریم نه این که کلا از ببریم این من اتلف اصطیاد از روایات است نه این که خودش روایت باشد کما اینکه مقعد اجماع است.

<sup>۵</sup> وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص: ۱۴۷

این مسئله به سیره قطعیه اثبات شده است و از مسلمات فقه است که اگر در بدن یا مال خسارتی وارد کرد ضامن است. در روایت آمده است: «کل عامل» که ظاهرش این است که لسان امام عام است و ناظر به صدر نمی باشد لذا خسارات بدنی را هم می گیرد. کما این که فرقی نمی باشد بین خسارت عمدی یا سهوی و خطائی.

این مسئله مورد اختلاف نمی باشد و ما هم موافقیم و این را به سیره قبول داریم و تنها اختلاف ما با مشهور در این است که مشهور در اینجا امضائی می باشند بخلاف ما که نیاز به امضاء نداریم. اما فرع بعدی مسئله مورد بحث است و مهم است.

سوال فاضل رمضانی ،،،

### بل ظاهر المشهور ضمانه

وإن لم يتجاوز عن الحد المأذون فيه و لكنه مشكل فلو مات الولد بسبب الختان مع كون الختان حاذقا من غير أن يتعدى عن محل القطع بأن كان أصل الختان مضرا به في ضمانه إشكال

این فرع این است که اگر عمل به طور صحیح انجام شد اما خللی ایجاد شد نه بخاطر عمل مثلا ختنه کرد و بچه ضعیف بود و به او خسارتی وارد شد یا مرد همینطور در حجامت در اینجا آیا عامل و اجیر ضامن است یا خیر؟

سید در اینجا توقف کرده است و نه فتوا به ضمان داده است و نه فتوا به عدم ضمان داده است.

اول بگوییم محل بحث کجاست و بعد اقوال را بگوییم و وجوه آ و بعد نظر خودمان.

## محل بحث:

محل بحث در جایی است که اجیر شده است برای عمل نه تشخیص و عمل باهم مثلاً در قدیم ختنه کار دلاک بوده است و کار او فقط ختنه است نه این که بخواهد تشخیص دهد که این طفل شرائط ختنه را دارد یا خیر. اما گاهی تشخیص هم با ختان است مثلاً بچه را بردن پیش دکتر که هم تشخیص می دهد و هم ختنه می کند در اینجا باید ببیند که شرائط عمل را دارد یا در عمل جراحی اگر تلف شد در این موارد ضامن می باشد.

در قدیم بقال سر کوچه و کشاورز هم ختنه می کردند و اینها فقط عامل بودند نه این که تشخیص هم بدهد اما در زمان ما کار تشخیص هم با دکتر است. پس محل بحث در جایی است که هیچ کوتاهی در این عمل صورت نگرفته است.

این محل بحث.

اقوال در مسئله:

مجموعاً اقوال در مسئله چهار قول است:

قول اول: ضامن است اگر بچه مرد یا نقصی وارد شد.

قول دوم: اصلاً ضامن نمی باشد اگر خسارتی وارد شد یا مرد.

قول سوم: تفصیلی از مرحوم خوئی گفته اند در مثل ختنه اگر تلف شد ضامن است اما در غیر تلف جانی ضامن نمی باشد مثلاً نقصی وارد شد یا گفت پارچه را ببر و اندازه ها را خود مستاجر داد و عامل هم بر اساس اندازه ها برید بعد مشخص شد که قد کوتاه شد، در اینجا دیگر شخص ضامن نمی باشد.

موقف چهارم: در مسئله توقف کرده اند مانند مرحوم سید.

این وجه چهارم را که قول نمی باشد بگذاریم کنار سه قول باقی می ماند که می رویم سراغ وجوه این سه قول.

وجه قول اول:

هر خسارتی را ضامن می باشد و لازم نمی باشد که شخص عامد باشد مثلاً در خواب شما دستتان می خورد و شیشه می شکند، شما ضامن می باشید. در اینجا که پارچه را داده است رنگ بزند و خسارت را رنگرز وارد کرد و لو کار را به خوبی انجام داده است ضامن است چرا که در ضمان قصد و اراده و ... دخیل نمی باشد.

مستند قاعده «من اتلف» می باشد

مناقشه:

مطلق اتلاف ضمان آور نمی باشد در سیره عقلاء خیلی از موارد اتلاف ضمان آور نمی باشد مثلاً شما در خانه مردم می روید و میوه و شیرینی می خورید شما این میوه و شیرینی را تلف می کنید و ضامن نمی باشد یا در دفاع از خود لباس طرف را می شکنید یا چشم طرف را کور می کنید ضامن می باشید؟! خیر. موارد زیادی است که اتلاف است و ضامن نمی باشد.

پس اتلاف مطلقاً سبب الضمان نمی باشد.

اگر تمسک کرده اند به اطلاق روایت در صحیحیه بود: «کل عامل ...» که اطلاق داشت. حتی می گیرد در جایی که افساد مربوط به خصوصیتی در شیء بوده است. اگر به این اطلاق بخواهیم تمسک کنیم این روایت اگر نگوییم انصراف دارد اطلاقی ندارد فهم عرفی این است که اگر تعدی کند از مقدار ماذون چرا که در روایت «افسد» آمده است و این عبارت ظهور در تعدی دارد. این روایت در مورد یک ارتکاز آمده است و بیش از مقدار ارتکاز اطلاقی ندارد.



لذا وجهی برای قول به ضمان که مشهور است به نظر نمی رسد چرا که یا قاعده اتلاف است یا روایت غیر اینکه در مورد ارتکاز واقع شده است ضمن این که در روایت آمده است که فاسد که ظاهر آن در تعدی است.

<sup>۱</sup> وقتی به معلقین عروه مراجعه می کنیم دیده می شود که اکثر معلقین مواقف با سید می باشند و توقف کرده اند این نشان دهنده غموض این مسئله می باشد.

قول دوم: تفصیل مرحوم خوئی که تعلیقه ایشان این می باشد: « بل الأقوی عدم الضمان، و مع ذلك الظاهر هو الضمان في مسألة الختان، إلا إذا كان المقتول به هو الذي سلم نفسه له مع استجماعه شرائط التكليف. »

بیان ایشان:

این شخص اجیر به منزله آله است لذا مستند به صباغ نمی باشد بلکه مستند به مستاجر می باشد صباغ پارچه شناس نمی باشد بنا براین صباغ به منزله آلت است مثل اینکه شخصی در مکانی نشسته است و شخصی در حال رد شدن است و شما عینک را در راه او می گذاری و عینک شکسته می شود خوب در اینجا شکستن عینک مستند به کیست؟ مستند به کسی است که عینک را در راه قرار داد. ایشان می فرمایند که اجیر به منزله آلت می باشد و در عرف ضامن کسی است که تلف مستند به او باشد که در اینجا تلف مستند به مستاجر می باشد و بعد ایشان مثالی می زند که پارچه را به خیاطی می دهد و می گوید به این صورت ببر و بعد مشخص می شود که اندازه ها را مستاجر اشتباه داده است ، اینجا آن خیاط ضامن است یا مستاجر ضامن است؟ مستند به مستاجر است قطعاً.

اما چرا بچه را ضامن است؟ هیچ وقت خون مسلم هدر نمی رود لذا اگر مسلمانی به قتل رسید و قاتل پیدا نشد از بیت المال باید دیه را به ورثه مقتول بدهند

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۶/۰۷/۱۹.

در ما نحن فيه بچه مسلمان است به هر حال قتلی و موتی صورت گرفته است و فاعل این قتل این شخص ختان بوده است و ختنه او منشا این موت و قتل شده است و اگر ختنه نمی شد نمی مرد لذا چون خون مسلمان هدر نمی باشد بر شخص ختان لازم است که پول دم را و دیه را بدهد.

این فرمایش خوئی در شرح عروه ج ۳۰ ص ۲۴۳ از موسوعه.

مناقشه:

اگر دقت کنید صدر و ذیل کلام ایشان به هم نمی خورد شاید خطاء از مقرر می باشد اگر مستند به ختان است در صباغ هم مستند به صباغ است اگر در صباغ به منزله آلت باشد، در اینجا هم یعنی در ختنه هم ختان هم به منزله آلت است. مثل اینکه شخصی پتویی روی بچه ای بگذارد و شخصی بیاید و روی این پتو قرار بگیرد و بچه بمیرد در اینجا شخصی که پتو را گذاشته است، قتل مستند به اوست.

فرق مشخص نمی باشد مشخص است که یک ابهامی دارد.

ایشان گفته است که خون مسلمان هدر نمی باشد و این خون هم و قتل هم مستند به این ختان است ،،، دقت کنید آنچه که مهم است که مستند باید باشد اگر مستند است دیگر هدر بودن و هدر نبودن اثری ندارد. این قید خون مسلمان هدر نمی باشد این ملازمه ای ندارد که باید ختان ضامن باشد و دیه را بدهد خیر می تواند ضامن نباشد در عین حال این خون هم هدر نباشد به این دیه را بیت المال بدهد پس مهم این است که مستند به ختان باشد اگر بود، هدر بودن و نبودن اثری ندارد و ختان ضامن است و اگر مستند نباشد و لو خون هدر نباشد، ختان ضامن نمی باشد و لو هدر نمی باشد بیت المال باید پرداخت کند.

بله در ارتکاز ایشان چیزی بوده است که در مورد این ارتکاز بعدا بیشتر توضیح

خواهیم داد.

لذا اگر مستند بوده است در صباغ و ختان فرقی نمی باشد و اگر مستند نمی باشد باز بین صباغ و ختان فرقی نمی باشد.

لذا تفصیل مرحوم خوئی در اینجا جایی ندارد. این تفصیل مستند به مرحوم خوئی و یکی از شاگردان آن می باشد. و دیگر شاگردان ایشان را هم تبعیت نکرده اند با اینکه در جاهای دیگر مقید بودند که کلام ایشان را تبعیت کنند.

مرحوم تبریزی می فرموند که در نجف که سیم برق را به خانه ما آورده بودند سیم لخت بود و بچه ای به سیم دست می زند و می میرد و از من تحقیق کردند و قضیه را گفتم، به مامور دیه گفتند بنویس موته من قضاء الله و قدره.

قول سوم که عدم ضمانی بودند مطلقا چه در مال و چه در جان نه صباغ ضامن است و نه ختان.

وجه این قول: دو بیان دارند:

وجه اول: در باب تلف گفته اند که اگر یک مباشر داشته باشیم و یک سبب تارة سبب اقوی است و تارة مباشر. مثلا شما شخصی را ترغیب می کنید که سنگ به شیشه بزند و شخص سنگ زد در اینجا مباشر اقوی است و ضامن است اما اگر شخص غیر ممیزی را ترغیب کرد که اگر سنگ بزنی به تو شکلات می دهم الان که شیشه را شکسته است این شیشه شکستن مستند به این دو است در اینجا سبب از مباشر اقوی است. دلیل این مسئله سیره است که در جای که سبب و مباشر باشد عمل را مستند می کنند به آنچه که اقوی است. در اینجا گفته اند در خیاط یک سبب و یک مباشر داریم سبب مستاجر و مباشر خیاط است و در ختان مباشر ختان است و سبب ولی بچه است. در ختان گفته شده است سبب و ولی اقوی است. در اینجا چون سبب اقوی است که سبب یا مالک یا ولی است لذا موت و تلف پارچه به هر دو مستند است اما اقوی مالک و ولی است و در سیره این دو را اقوی می دانند یعنی سبب که ولی یا

مالک باشد. چرایی این که عقلاء چرا سبب را اقوی می دانند ما نمی توانیم بگوییم یعنی نکته سیره را نمی دانیم. البته این در صورتی است که ولی علم به موت نداشته باشد و الا این دیگر قتل عمد است.

مناقشه:

در اینجا ما معتقدیم که سبب اقوی است و موید سیره ای است که در مورد مغرور است فرض کنید کسی می آید خانه شما و شما نان اجنبی را جلوی او می گذاری و شخص مهمان می خورد کدام ضامن است و اقوی در تلف است؟ طبق نظر مشهور اکل ضامن است. بله اگر آکل اداء کرد می تواند به من غر رجوع کند و پولش را بگیرد.

این توضیحی است که در مغرور گفته شده است .

این نشان می دهد اگر سبب اقوی بود در اینجا هم باید معطی ضامن باشد به طریق اولی چرا که در مثال ما خود ولی و سبب عالم به موت و خسارت نمی باشد بخلاف مورد اکل که غاصب و میزبان عالم به غصب بودند اما در غرور مباشر را اقوی دیدند لذا سبب نه تنها اقوی نمی باشد بلکه به نظر می رسد به این موید، مباشر اقوی است.

پس در ما نحن فیه سبب اقوی نمی باشد بلکه مباشر اقوی است و این فعل و تلف مستند به فعل ختان و خیاط است بله در بعضی از امثله قبول داریم مثل اینکه مستاجر اندازه اشتباه می دهد، در اینجا اقوی سبب است و حتی مباشر در اینجا کالآله می باشد.

اگر هر دو اقوی باشند هر دو ضامن است و اگر به هیچ کدام مستند نباشد در حکم تلف سماوی است،،،،

بیان دوم:

گفته اند که اتلاف زمانی موجب ضمان است که اذنی از طرف ولی و مالک نباشد در ایجا خود ولی اذن داد که این بچه را ختنه کن و پارچه را رنگ بزن و این اذن الغاء احترام است عقلاً چه مال باشد و چه جان باشد.

مناقشه:

این بیان یک اشکال دارد این در مال جواب می دهد یعنی عقلاً اذن در اتلاف مال، الغاء احترام است اما اذن در تلف جان الغاء احترام نمی باشد اما بگوید این انگشت من را قطع کن این اذن را دیگر عقلاً الغاء احترام نمی دانند و عقلاً این شخص قاطع را ضامن می دانند.

ان قلت:

این اشکال موید نظر مرحوم خوئی است.

قلت:

ایشان باز تفصیل دادند بین بچه و کبیر و اگر موید آقای خوئی شود باید بین بچه و کبیر تفصیل ندهند.

به حسب فنی این اشکال وارد می باشد و فقط در جواب این اشکال می توان گفت که ما در اتلاف جان و بدن این اذن در نزد عقلاء اثر ندارد اگر ارتکاز ما گفت که ختان ضامن نمی باشد مشخص می شود که اذن در ختان در امثال این مثالهای اثر دارد چه کبیر باشد و چه صغیر باشد.

خوب نکته مهم این است که این چطور اذن در تلف است؟ در جایی که ختنه سبب

الموت است و شخص اذن در ختنه دهد این غیر صریح دال بر اذن در اتلاف جان است. در ارتکاز ما این است که ختان ضامن نمی باشد لذا مشخص می شود در امثال این ختنه اذن در ختنه اذن در اتلاف است.

مؤید این مطلب است که اگر کسی باشد که در زنده بودن خیلی رنج می برد و به کسی می گوید که من را به قتل برسان اگر در عرفی این را اذن در اتلاف بداند و عقلاء این شخص را ضامن نمی دانند در اینجا فقهاء هم ضامن نمی دانند. ،،،

ظاهراً این بهترین وجهی است که می توان گفت ما هم عدم ضمانی شدیم هم در ختان و هم خیاط.

ولایت پدر به حسب مصلحت واقعیه نمی باشد بلکه به حسب مصلحت عرفیه است. مثلاً شخصی آمده است و خانه بچه را به سه برابر می خرد عرف این را به مصلحت بچه می داند و ولی می تواند خانه بچه را بفروشد بعد مشخص می شود که این خانه در طرح بوده است و قیمت آن پنجاه برابر می شود در اینجا معامله ای که پدر کرده است درست است چرا که درست است که مصلحت واقعیه نداشته است اما مصلحت عرفیه داشته است.

## مسألة ۵: الطیب المباشّر للعلاج

### إذا أفسد ضامن

### وإن كان حاذقاً...

ایشان در این مسئله متعرض احکام طیب می شوند که اگر خسارتی از طریق طیب حاصل شد ضامن است یا خیر؟

فرع اول در آنجائی است که طیب خسارتی می زند بدون قصور. طبیعی است که طیب خطاء می کند چه در تشخیص یا در عمل البته طیب حاذق هم است.

این خسارت فرق نمی کند که بر اعضا باشد یا بر جان باشد مثلاً در اثر عمل شخص کور می شود یا در زیر عمل فوت می شود اما در ای حال مستند به خطائی است که طبیب انجام داده است یا در تشخیص یا در عمل خطاء کرده است سید می فرمایند که ضامن است.

مشهور ظاهر را قائل به ضمان شدند یعنی دیه را باید بدهد یا دیه عضو یا دیه کامل.

کلام در وجه این ضمان است:

وجه اول:

قاعده اتلاف که می گوید اگر شخصی خسارتی بر دیگری وارد کرد ضامن است و جناب طبیب که بر اثر او خسارت وارد شده است ضامن است..

اشکال شده است که این قاعده اما و اما است:

یا قاعده ای عقلائی است یا شرعی. عقلائی است یعنی عقلاء پذیرفته اند که نهایتاً شارع هم این قاعده را پذیرفته است.

خوب اگر عقلائی باشد خواهد آمد که این قاعده اتلاف عقلائی را در مال داریم یعنی اگر مالی را تلف کردم ضامن می باشم و خسارت جانی را در بر نمی گیرد.

اگر قاعده شرعی باشد اصطیادی است یعنی فقهاء از مجموعه روایات این قاعده را استفاده کرده اند. که تمام آن روایات در مورد اموال است.

الغاء خصوصیت و اولویت غیر عرفی است.

این وجه اول ظاهر را تمام نمی باشد.

وجه دوم:

اطلاقات و عمومات دیه شامل این مورد می شود دقت کنید خسارتی که بر شخص وارد می شود تقسیم می شود به عمد و شبه عمد و خطاء محض. در عمد ضمان نمی باشد و قصاص است فقط در شبه عمد ضامن دیه است می ماند خطاء محض که نه ضمان است نه قصاص که سراغ عاقله می روند. در ما نحن فیه شبه عمد حساب کرده اند و که خودش مورد تامل است آن وقت مطلقات دیه شامل این مورد هم می شود.

مناقشه:

تا آنجا که فحص کردیم در روایات و آیات مطلقات و عموماتی نداریم بلکه در مورد جنایات عادی مثل غلط خورده است روی دیگری و ....، اما در ما نحن فیه که در مقام علاج بوده است و قاصر هم بوده است نه مقصر. اینها گفته اند که شبه عمد جایی است که فعل را قصد کرده است مثلاً کلیه را می خواسته است در بیاورد و منجر به موت شده است یا جنایت آیا این مقدار کفایت می کند یا لازم است که نوعاً موجب خسارت شود یا در ..،

وجه سوم:

خون مسلمان محترم است و هدر نمی باشد و اگر این ضامن نباشد خونس هدر است. از این روایات که می گوید خون مسلمان هدر نیست ملازمه عرفیه می گوید که اگر طبیب ضامن نباشد، هدر است.

مناقشه:

بحث ما عام است در مسلمان و غیر مسلمان (فقهاء که قائلند که امول غیر مسلمان محترم نمی باشد منافات با ضمان ندارد مثلاً شما فرض کنید این طعام مال غیر مسلمان است این دو صورت دارد یکبار تلف می کنید و ولو به خوردن یک دفعه تملک می کنید و بعد می خورید ماهی که ما از دریا می گیریم یکبار تملک نمی کنیم



می گیریم و می خوریم اینجا ماهی ملک ما نمی باشد بلکه ماهی مباح را می خوریم یکبار اول تملک کردیم و بعد خوردیم اینجا مال خود را خوردیم در بحث کفار اینطور است که اگر مال کفار را خوردیم مال کفار را خوردی و ضامنی و او مالک ما فی الذمه من می باشد اما این که مالش محترم نمی باشد یعنی لازم نمی باشد که ذمه خود را فارق کنید مثلاً پول آن را به او بدهی. هیچ جا مالی قهراً داخل در ملکیت انسان نمی شود الا در ارث. بخلاف جایی که قصد تملک کرد مالک شده و دیگر ضمان معنا ندارد.)

ثانیا روایات که می گوید خون مسلمان هدر نمی باشد معنایش این نمی باشد که ضامن باشد بلکه هدر نمی باشد و لو به این که بیت المال آن را جبران کند مسلمان در قتل خطائی باید بیت المال ضامن است و باید بدهد در طیب طیب ضامن است یا بیت المال.

ثالثا روایات فقط در مورد جان است و خسارت جانی و مال را در بر نمی گیرد. وجه چهارم: روایتی است که وارد شده است. صحیحه سکونی:

#### وسائل الشیعة ؛ ج ۲۹ ؛ ص ۲۶۰

۳۵۵۸۲- ۱- ۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذْ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَ إِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ.<sup>۲</sup>

گفته اند که روایت خوبی است هم سنداً و دلالتاً.

مناقشه:

۱ (۶) - الکافی ۷ - ۳۶۴ - ۱.

۲ شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

بر این روایت سندا و دلالتا اشکال شده است.

مشهور دلالت را پذیرفته اند و اشکالی سندی را مطرح کرد اند اما بر سند هم اشکال کرده ایم

ابتداء بحث دلالتی را می گوئیم چرا که بحث سندی آن طولانی است چرا که سکونی بیش از هزار روایت دارد و اگر اشکال کنیم بر بقیه روایات او هم این اشکال وارد است و اگر درست کنیم تصحیح دیگر روایات این سکونی و نوفلی است. دلالتی:

اولا: که اشکال بنائی است. در بحث حجیت خبر واحد ما ها از کسانی هستیم در امور هامه<sup>۱</sup> مثل دماء و اموال،،، خبر واحد حجت نمی باشد ما نمی توانیم افراد را ضامن کنیم فقط به مجرد این یک روایت.

امور هامه این عرفی است و عقلائی است یعنی مواردی که عقلاء در آنها به خبر واحد عمل نمی کنند.

ثانیا:

یک اشکال فقهی بوده است مبنائی.

مقدمه: ما در سیره عقلائیه مثل ضمان و ملکیت عرفی هستیم مثلا در عرفی طیب را ضامن بدانند و در عرفی نبیند یا احیاء ارض را در عرفی مملک ببیند بخلاف عرف دیگر ملاک این است که سایر اعراف در دایره آن عرف بپذیرند که نوعا در مورد ضمان و ملکیت می پذیرند. اگر گفتی که طیب در عرف الف ضامن می باشد و در

---

<sup>۱</sup> باید توجه داشت که هامه بودن امور یک امر نسبی است و ممکن است مالی نسبت به شخصی هامه نباشد و لکن همان مال نسبت به کس دیگر هامه باشد. اشکال نشود که در این صورت به طور مطلق نمی توان گفت که ضمان از امور هامه است لذا این روایت نسبت به بعضی که آن مقدار ضمانت نسبت به آنها هامه نمی باشد حجت است. جواب اینکه غیر عرفی است که این روایات را نسبت به بعضی حجت بدانیم و نسبت به بعضی دیگر حجت ندانیم. وقتی غیر عرفی شد نسبت به همه حجت نمی باشد.

عرف ب ضامن نمی باشد. می گوییم در عرف الف طیب عقلا ضامن می باشد و در عرف ب عقلا ضامن نمی باشد.

اما این روایت اگر در عرف زمان حضرت طیب را ضامن می دیدند از حضرت اگر سوال می شد می فرمودند ضامن است و اگر در آن عرف ضامن نمی دیدند و قرار بود موقف حضرت امضائی بود می فرمود ضامن نمی باشد. بله شارع می توانست در مورد خاص تاسیس کند و ضامن بداند و وقتی این احتمال آمد روایت مجمل است این که اما فرمودند که ضامن است از باب امضائیت بوده است یا خیر اما در مقام امضاء نمی باشد بلکه در مقام تاسیس است اعتبار ضمان کرده است برای طیب معالج این را دیگر ما نیم توانیم بفهمیم. اگر احتمال بدهیم می خواسته است که این حکم را می خواسته است برای سایر اعراف جعل کند در این صورت نسبت به این عرف می شود امضاء و برای دیگر اعراف می شود تاسیس.

بله سیره عقلائی در پشتش حکمتی است حتی اگر ذهنیت این باشد خود این ذهنیت باعث می شود موافق با مصلحت باشد و لو صورت دیگر آن بهتر باشد همیشه در ذهن فقهاء این بوده است که دیگران تاسیس کرده است در حالیکه خود به خود به دست آمده است. خوب نهایتا با این بیان امضاء بوده است اما نه امضاء برای همه زمانها. بله فقهاء می توانند عرف را عوض کنند یعنی اگر فقهاء فتوا به عدم ضمان می دادند عرف هم عدم ضمان می شود فقهاء را می توان تخطئه کرد اما عرف را نمی توان تخطئه کرد. بله فقیه می تواند فتوا دهد تا عرف را عوض کند.

پس این روایت دلالتش نا تمام است.

لذا روایت تنها اثری که دارد این است که عرف را می تواند عوض کند.

اما مشکل سندی:

بینیم سکونی وثاقتش ثابت است یا خیر و بعد از آن سراغ نوفلی برویم.

این را انشاء الله فردا بحث می کنیم. اگر وثاقت ثابت نباشد هزار سند را یکجا بحش را منقح کردید اما اگر وثاقت ثابت شد باید یک به یک روایات بحث شود نسبت به دیگر راویان.

<sup>۱</sup> در این روایت دو نفر است نوفلی و سکونی.

بین علماء ما اختلاف است بعضی این دو نفر را قبول کرده اند و بعضی قبول نکرده اند.

قبل از این که وارد سکونی شویم دو نکته رجالی را بگویم:  
نکته اول:

خبر موثق الصدور حجت است یا خیر ثقه؟ مشهور متأخرین قائل به حجیت خبر ثقه می باشند چرا که مراد از موثق الصدور یعنی خبری که ما اطمینان پیدا می کنیم که از امام صادر شده است و گفته شده است که حجج برای غیر قاطع و مطمئن حجت است. در نظر مشهور مطلق اطمینان حجت است چه نوعی باشد چه شخصی. بله ما به خبر موثق الصدور عمل می کنیم اما آن اطمینان حجت نمی باشد کما اینکه ما قطع را حجت نمی دانیم فقط عمل می کنیم.  
اینها جهات بحث را تفکیک نکرده بودند که دیگر اطمینان است که حجت است نه خبر.

نکته دوم:

توثیق دو نوع است: توثیق خاص که شخص را به طور خاص توثیق کرده باشند.

توثیق عام یعنی در تحت یک عنوان عام توثیق کرده باشیم و نظر به شخص خاصی نداریم مثلاً من روی عنه ابی عمیر فهو موثق. یا اینکه می گویند آنهایی که در

---

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۶/۰۷/۲۶.

این کتاب آورده ام ثقات است قبل از نوشتن کتاب می شود این کلام توثیق عام است اما بعد از نوشتن کتاب این کلام که اشاره به رجال در این کتاب است ثقه هستند این توثیق خاص است مثل این که بگویند که زید و بکر و ... ثقه.

ما خبر ثقه را حجت می دانیم و باید توثیق آن اثبات شود به یکی از دو توثیق.

ذی المقدمه:

سکونی:

این اسماعیل بن ابی زیاد است نزاع است که این اسماعیل بن ابی زیاد ثقه است یا خیر که وجوهی در توثیق آن گفته شده است که کلام شیخ در عده در مورد سکونی گفته است عمده این توثیق است .

مرحوم شیخ می فرماید اما العدالة المراجعة ،،،، این ترجیح ترجیح مصطلح نمی باشد یعنی باعث می شود که به خبر عادل عمل کنیم و به خبر غیر عادل عمل نمی کنیم اما ترجیح مصطلح بین دو عادل است.

مستبصرا ثقه فی دینه متحرجا عن الکذب غیر متهم فیما یروی و اما اذا کان مخالفا للاعتقاد فی الاصل المذهب و روی مع ذلک عن الائمة علیهم السلام اعتقاد ما به ائمه با اهل سنت به ائمه متفاوت است و در نظر ایشان ائمه علیهم السلام از عالمان و زهاد و صالحین بوده است. نظر فیما یرویه فان کان هناك من الطرق الموثوق بهم ما یخالفه و جب اطراح خبره و ان کان ،،، و جب العمل به و ان لم یکن هناك من الفرقة المحقة خبر یوافق ذلک و لا یخالفه و لا یعرف قول فيه و جب ایضا العمل به. این صورت مثل صورت موافق است. لما روی عن الصادق انه قال اذا نزلت لکم حادثه لا یجدونه حکمها فیما یرونها فانظروا الی ما یرووه عن علی علیه السلام می دانید امیرالمومنین در نظر شیعه خصوصیتی ندارد حال به جای ایشان از امام صادق روایت کرده باشند این الغاء خصوصیت می شود و احتمال فرق نمی باشد.

حال اگر این مخالف از امام باقر نقل کرد باز مسموع است فاعملوا به. این بیان مرحوم شیخ تا اینجا. بعد مرحوم شیخ می فرمایند: و لاجل ما قلنا عملت الطائفة یعنی فقهای شیعه بما رواه حفص بن غیاث و غیاث بن کلوب و نوح بن دراج و السکونی که همه از مخالفین می باشند. و غیرهم من العامة عن ائمتنا علیهم السلام فیما لم ینکروه و لم یکن عندهم خلافة. عده ج ۱ ص ۳۷۹ از کتاب قاموس عبارت عده را نقل کردم قاموس ج ۲ ص ۲۱

ادعا شده است که مثل مرحوم خوئی این کلام شیخ ظهورش در توثیق سکونی است بعضی مثل مرحوم محقق این کلام دلالت بر وثاقت نمی کند بلکه اتفاق اصحاب بر عمل به روایت سکونی که اصحاب ما به روایت سکونی عمل می کنند در عبارت این بوده عملت الطائفة بما رواه. این کلام شیخ می شود توثیق خاص نسبت به سکونی ببینیم این کلام دلالت بر وثاقت این شخص می کند یا خیر. بحث ما در این بود که خبر ثقه حجت است نه خبر موثق الصدور.

اولا:

در اینجا اول از کلام مرحوم خوئی شروع کنیم که ظهور این کلام در توثیق سکونی است. مدلول کلام شیخ این نمی باشد خیلی واضح است به نظر ما شخص اصلا نگفته است که سکونی و دیگران ثقه است گفتند که طائفه به اخبار این افراد عمل می کردند کجا مدلول مطابقی و التزامی کلام شیخ بر وثاقت است؟! پس ما کلام مرحوم خوئی را قبول نکردیم. این اولاً.

ثانیا:

اما کلام محقق و کسانی که ادعا کرده اند که اصحاب به روایت سکونی عمل می کردند خوب قبول کردیم که اصحاب به روایات سکونی عمل می کردند خوب ثم ماذا؟ خوب عمل آنها به چه درد ما می خورد؟! از عمل اصحاب استفاده می شود که

اصحاب سکونی معتبر است؟! شاید در نظر اینها قرائنی بوده است که اطمینان به صدور پیدا کرده اند و اطمینان نوعی هم باشد بر مطمئن حجت است و اگر شما بگویید که از عمل اصحاب برای من اطمینان به وثاقت حاصل می شود خوب اشکالی ندارد در این صورت عمل می کنید اما معنایش حجیت اطمینان می باشد. اگر چه برای ما اطمینان هم پیدا نمی شود. توثیق غیر اعتقاد است حتی اگر عمل اینها دلالت بر اعتقاد اینها به وثاقت باشد، باز فایده ای ندارد چرا که اعتقاد این ها دیگر شهادت نمی باشد. و چون سبب این اطمینان نیامده است برای ما فایده ای ندارد در جایی سبب اطمینان حجت است که این سبب بیاید.

عمل اینها شهادت عملی حساب نمی شود مثلاً شما به هر عمل من عمل می کنید این شهادت عملی بر وثاقت من است؟! ثالثاً:

شیخ یک ویژگی دارد که شهادت شیخ را به دیده تردید نگاه می کنیم چرا که بعضی از علمای ما فرمیه ان که شیخ آنقدر کثیر الخطاء می باشد که در نوشته های او یک خط پیدا نمی کنید الا اینکه ه خطاء دارد محروم خوئی فرموده اند این مبالغه است اما کثیر الخطاء بوده است و گفته اند که این بخاطر کثرت اشتغال ایشان بوده است .

ادعاهای اجماع ایشان زیاد است و آنقدر اجماع متخالف دارد که اگر این اجماعات را کسی جمع کند یک کتاب می شود حتی در یک مسئله دو فتوای متخالف داده است و برای هر دو ادعای اجماع کرده است. تهافت های کلام سید زیاد است در یکجا یک شخص را توثیق و همان شخص را در جای دیگر تضعیف کرده است. از این تهافتها - نه اختلافات او با ما - آنقدر زیاد است در حدی است که این گونه شهادتات شیخ اصلاً حجت نمی باشد. شیخ به لحاظ کمیت علمی و سعه علمی متفرد بوده است. لذا شهادت های شیخ را که در آن شهادت نیاز به دقت دارد را قبول نمی کنیم. ضمن این که خود شیخ هم در هیچ جا ایشان را توثیق نکرده است.

رابعاً:

گفته اند تعارض است بین توثیق مرحوم شیخ و کلام صدوق صدوق گفته است ما لا افتی بما ینفرد به السکونی میراث مجوس در کتاب من لا یحضر در ذیل روایت که این کلام صدوق ظهور در تضعیف است اگر کلام شیخ ظهور در وثاقت داشته باشد. و این تعارض بین این دو کلام است.

مرحوم خوئی گفته اند که کلام صدوق ظهور در تضعیف ندارد می سازد با تضعیف یا مجهول است برای من که این کلام مرحوم خوئی را قبول کردیم. نوع رجال وثاقتشان برای ما روشن نمی باشد.

پس به کلام عده نمی توان عمل کرد و وثاقت سکونی بیرون نمی آید ما خبر ثقه را حجت می دانیم. آیا راه دیگری برای اثبات وثاقت سکونی یا خیر؟  
،،،،،<sup>۱</sup>

اشکال دوم:

این نسخه تفسیری که از ایشان در دست است مشکوک است که از علی بن ابراهیم است یا خیر. لذا ما نمی توانیم بر این نسخه اعتماد کنیم اگر اثبات می کرد. لذا ما به رجالی که در اسناد تفسیر آمده اند اعتماد نمی کنیم به صرف اینکه در سند این کتاب است.

این عبارت جناب قمی در تفسیر.

اما عبارت ابن قولویه در مقدمه کتاب کامل الزیارة لقد علمنا ،،، بجمیع ما روی عنهم ،،، و لا فی غیره لکن ما وقع لنا من جهة الثقات من اصحابنا رحمه الله برحمته و لا اخرجت فيه حدیثا روی عن الشذاذ من الرجال ،،، عن المذكورین غیر المعروفین

<sup>۱</sup> سه شنبه ۹۶/۰۸/۰۲.



بالروایة المشهورین بالحديث و العلم. یعنی تما آنچه که من نقل کردیه ام از مشهورین و معروفین و افراد شناخته شده و قابل اعتماد بوده اند.

مرحوم آقای خوئی فروده اند که ظاهر این جمله این است که تمام افراد روات این کتاب افراد معروف و مشهور و ثقه می باشند. الا اینکه دیگر اصحاب الرجال بعض این افراد را تضعیف کرده باشند.

مرحوم تبریزی بر این فرمایش مرحوم خوئی اشکال کرده اند که تنها ظهور این است که این معانی و مطالب از طریق ثقه به ما رسیده است که می تواند بیست روایت مشابه که در این باشد که یک طریق آن درست باشد نه اینکه تمام افرادی که این روایت را نقل کرده اند در تمام طرق ثقه باشند مثل اینکه من مطلبی را از بیست نفر بشنوم و یکی از آنها فقط ثقه باشد صادق است که بگویم که این مطلب را من از ثقه شنیدم. لذا لازم نمی باشد در یک باب همه روایات ثقه باشد.

مناقشه:

فرمایش مرحوم تبریزی خلاف ظاهر این عبارت ابن قولویه است لا اخرجت فیه حدیثاً روی عن الشذاذ من الرجال ،،، عن المذكورین غیر المعروفین بالروایة المشهورین بالحديث و العلم. ظاهرش این است که تمام رجال این کتاب معتبر است. بعد مرحوم خوئی در اواخر حیات شریفشان عدول کردند و گفته اند که فقط رجالی که ابن قولویه بلا واسطه نقل می کند ثقه می باشند و به عبارت دیگر ابن قولویه مشایخ خود در این کتاب را توثیق می کند اما مشایخ مع الواسطه را این عبارت نمی گیرد.

وجه عدول:

خود ایشان این وجه را ذکر کرده اند و در یک کاغذ کوچک نوشتند و پخش کردند که در آخر معجم در چاپ تهران ظاهراً آمده است: چرا که این چاپ بعد از

وقات ایشان می باشد « بعد ملاحظه »، و تفتیش اسنادها ،،،، من الروایات لعلها ترووا عن النصف لا تنطبق علیها الاوصاف التي ذكرها قدس سره فی المقدمة ،،، و فی الكتاب الشیء الكثير من الروایات المرسله و المرفوعه و المقطوعه (مرفوعه و مقطوعه از انقسامات مرسله است که به اعتبارات مختلفه نامشان فرق می کند) و التي تنتهی الى غیر المعصوم علیه السلام و التي وقع فی اسنادها من هو من غیر اصحابنا کما انه یشتمل ،،، الاناس المهملین لا ذکر لهم فی کتاب الرجال اصلا و جماعة مشهورین بالضعف کالحسن بن علی بن ابی عثمان ،،،،، فصورنا لکلامه قدس سره بالاخبار لا واقع له لم یکن بد من حمل العبارة علی خلاف ظاهرها بارادة مشایخه خاصة » من فکر می کنم از سه چهارم و چهارم پنجم بیشتر باشد خیلی بیشتر از نصف است. »

لذا باید رفع ید از ظاهر کنیم و به یکی از کلامهای مرحوم تبریزی و خوئی رجوع کنیم شاید کلام مرحوم تبریزی کمتر خلاف ظاهر باشد. چون تقریباً کلام مرحوم خوئی خلاف نص است اما با این وجود کلام مرحوم تبریزی غیر قابل قبول است چرا که این کلام را قبل از شروع در کتاب می نویسد انسان فکر می کند قبل از ورود به مسئله مثلاً شخصی می خواهد ازدواج کند و فکر می کند که دختر مورد نظر خیلی زیاد است بعد از ورود می بیند که خیلی کم است یا می خواهیم منزل بخریم و می گوئیم که اگر پول باشد منزل زیاد است بعد از پیدا شدن پول می بیند که خانه با حداقل شرائط مد نظر زیاد است بعد از ورود می بیند که این خانه با این مشخصات کم است ظاهراً با توجه به این که این روایات را متفرق دیده بوده است در نظر ایشان این بوده است که می تواند یک مجموعه از زیارات بنویسد با این شرائطی که در دیباجه گفته است و این یک کتاب تحقیقی بوده است و یکجا نوشته است لذا ممکن است فراموش کرده باشد که در مقدمه چه نوشته است و بعد هم درست نکرده باشد و توضیح نداده باشند.

یک احتمال دیگر هم این بوده است که بعد رایش عوض شده است که این روایات ضعیف و مرفوعه را در کنار روایات معتبر نقل کند ضرری ندارد و مفید هم می باشد.

لذا نمی توان گفت که واقعا از این توثیق فهمیده می شود حتی توثیق مشایخ. بنا براین وثاقت نوفلی مثل وثاقت سکونی ثابت نمی باشد روایاتی که یکی از این دو می باشد این روایات غیر معتبر می باشند.

این روایتی که خوانده شد بر ضمان طیب اگر دلالتش درست باشد سندش نا معتبر است.

،،،،<sup>۱</sup>

به مناسبت ما یک مفهومی داریم در بحث ضمان به نام مسئولیت که غیر از ضمان است فقهاء دائما سراغ ضمان و عدم ضمان می رفتند و می گفتند که شخص یا ضامن است یا ضامن نمی باشد اگر ضامن است باید ما فی الذمه را اداء کند مثلا فرض کنید شما کسی را در نظر بگیرید که یک آجری از نمای ساختمان می شکند فقهاء می گفتند ضامن نمی باشد چون شکسته شدن این سنگ هیچ خسارتی مالی بر مالک وارد نکرده است قیمت خانه تغییر پیدا نکرده است اینطور نمی باشد که به خاطر شکستگی این سنگ از قیمت خانه کم شده باشد. این را در همه جا می گفتند در هر جایی که صحبت از ضمان و عدم ضمان است.

ما ها گفتیم علاوه بر ضمان مسئولیتی است در مثال سنگ مسئول است که آن سنگ و آجر را اصلاح کند اگر چه گاهی اوقات اصلاح آن آجر و سنگ از قیمت آن سنگ و آجر بیشتر است. این مسئولیت را ما قبول کردیم نه تنها عقلا ملزم است که

---

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۶/۰۸/۰۳

آن سنگ را درست کند شرعا هم باید این کار را انجام دهد در مورد طبیب هم اینطور است که اگر خطائی کرد باید جبران کند و مسئول است.

اگر این شخص این کار را انجام ندهد مصداق ظلم است.

در زمان ما مصداق‌هایی پیدا شده است که فقهاء گیر کرده اند مثلا اگر کسی شخصی را زیر گرفت باید دیه را بدهد اما خسارتی که بر خانواده وارد شده است قابل جبران نمی باشد مثلا فرض کنید که این شخص در ماه صد میلیون درآمد داشت و دیه هم صد میلیون بود و این صد میلیون شما مال یک عمر است در حالیکه اگر زنده بود در طول عمر چند صد میلیون درآمد داشت.

فقهاء دیده اند که اگر بگویند این مقدار را هم ضامن است گاهی از زندگی باید ساقط شود مثلا خوابش برده و در اثر یک خطاء از کل زندگی باید ساقط شود. و گاهی اوقات هم اصلا قابل تدارک نمی باشد این مشکل شده است برای فقهاء که چه بگویند اگر دیه را قائل شوند دیه که جبران نمی کند بخلاف قدیم که دیه خسارت را جبران می کرد مثلا دیه صد شتر بوده است که در طول عمرش هم معلوم نبود صد شتر به دست بیارود بخلاف الان.

ما در اینجا مسئولیت را قبول کردیم و دائما به دست قاضی و حاکم است و ما نمی دانیم که حکم عادلانه دهیم لذا قاضی باید باید شرائط دو طرف را ببیند و نوع جرم را ببیند و باید به صورتی حکم کند که دو خانواده دچار زیان نشوند و باید این مسئولیت در نظر گرفته غیر متعارف نباشد ،،،،

ما قائلیم که در اینجا ارتکاز بر مسئولیت شکل گرفته است.

نتیجه اینکه ما در طبیب قائل به ضمان نشدیم چرا که اگر بخواهیم در طبیب قائل به ضمان در صورت خطاء که یک امر طبیعی در مورد انسان است، شویم عملا درمان مختل می شود اما مسئولیت را پذیرفتیم اما اینکه مسئولیتش به چه حدی است به ید

قاضی است که تحدید می کند مسئولیت به چه اندازه ای است و از این طرف هم اگر مسئولیت نباشد این هم باز باعث می شود که امر مداوا مختل شود چرا که دیگر به طور عادی و به لحاظ روانی طبیب احتیاط نمی کنند.

این اموری که می گوئیم نکته سیره است نه دلیل سیره که اگر در سیره ای دیدیم نیست قائل به عدم مسئولیت شویم مهم این است که ببینیم در عقلاء قائل به مسئولیت در آن عرف می باشند یا خیر.

این مسئولیت مراد از آن ملزم بودن عندالعقلاء است می رویم سراغ شارع قاضی گفت که باید صد میلیون بدهی و گفتیم که اشتغال ذمه نمی آورد چرا که فرض کردیم این سنگی که از نما کنده است یا خطی که بر ماشین انداخته است خسارت مالی وارد نکرده است یعنی نه قیمت ماشین پایین آمده است و نه قیمت خانه اما شرعا لازم است یا خیر؟ اگر امضائی شدیم باید دنبال امضاء باشد و اگر امضائی نشدیم این عدم اعطاء مصداق ظلم است ،،، مسئولیت به عهده می آید نه به ذمه و به عهده اش این است که این خسارت وارده را جبران کند.

ما ها قائلیم در مسئولیت نمی توان تحدید کرد چرا که اگر تحدید شود دیگر عادلانه نمی باشد بلکه باید نوع جرم موقعیت دو طرف و شرائط دیگر سنجیده شود و مقدار آن مشخص شود که در بعضی اوقات چه بسا بیش از مقدار دیه و ضمان شود. پس ما مسئولیت را پذیرفتیم و ضمان را قبول نکردیم.

تنبيه:

این تنبيه این است که خسارتی که بر مریض بعد از معالجه وارد می شود سه

صورت دارد:

صورت اول:

تارة خسارت مستند به مرض است مثلاً غده سرطانی را در آورد طبیب اما زمان آن غده گذشته بود و سرطان منتشر شده بود و مریض هم مرد. در این صورت طبیب نه ضامن است و نه مسئول.

#### صورت دوم:

مستند به معالجه است اما نه به خطاء طبیب مثل این که کلیه شخص عفونت کرده است و کلیه را عوض کرد بدن این کلیه را نپذیرفت یا پیوند قلب زد و بدن آن قلب پیوندی را نپذیرفت موارد نادری است که بدن عضو جدید را قبول نمی کند. این مستند به معالجه است نه به خطاء به این صورت که اگر کلیه را عوض نمی کرد شش ماه دیگر زنده بود و الان بعد از معالجه بلافاصله مرد و علم هم نمی تواند این را پیش بینی کند. در اینجا موت مستند به معالجه است اما مستند به خطاء نمی باشد در اینجا هم، طبیب ضامن و مسئول نمی باشد. این امر مستند به معالجه است نه بما اینکه معالجه این دکتر است.

#### صورت سوم:

به خطاء طبیب مستند است اگر طبیب دچار خطاء نمی شد این شخص زنده می ماند یا دچار خسارت نمی شد. این مسئله ای که تا اینجا خواندیم مراد شق سوم بود که موت و خسارت باید مستند به مرض و معالجه نباشد و مستند به خطاء معالج و طبیب باشد.

بحث ما در مورد مباشر است.

هذا تمام الكلام فی هذا الفرع و هذه المسئلة.

## و أما إذا لم يكن مباشرا بل كان آمرا ففي ضمانه إشكال

### إلا أن يكون سببا و كان أقوى من المباشر

مسئله در اینجا این است که اگر طیب مباشر نبود فقط گفت که این قطره را در چشم بریز یا فلان شربت یا قرص را بخور و اتفاقا خسارتی جانی یا بدنی هم بر مریض وارد شد در این صورت در اینکه قائل به ضمان شویم اشکال است الا اینکه سبب باشد و از مباشر اقوی باشد مثلا پیرمرد یا بچه ای بوده است که از نظر عقلی و حافظه دچار ضعف است در اینجا این سبب از مباشر اقوی است. در اینجا قائل به ضمان می باشند.

پس می فرمایند ضامن است اگر عرفا سبب اقوای از مباشر باشد اما اگر اقوی نباشد توقف می کند نه فتوا به ضمان می دهد و نه فتوا به عدم ضمان می دهد. در زماننا هذا دکتر مباشر نمی باشد فقط دارو می دهد و خود مریض استفاده می کند. دلیل قائلین به ضمان:

وجه اول:

خبر سکونی بود که در این خبر بود:

### وسائل الشيعة ؛ ج ۲۹ ؛ ص ۲۶۰

۳۵۵۸۲- ۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَرَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَ إِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> سه شنبه ۹۶/۰۸/۰۹.

<sup>۲</sup> (۶) - الكافي ۷ - ۳۶۴ - ۱.

<sup>۳</sup> شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

من تطبب اطلاق دارد و هم مورد مباشر و هم امر و طلب را می گیرد.

مناقشه:

این وجه اول قطع نظر از اشکال سندی که در روایت داشتیم از نظر دلالتی گفته اند که تطبب در جایی است که مباشرت به طبابت داشته باشد. و قرینه ای هم دارد که در تبیطر است که در بیطار هیچ زمانی دارو نمی دهند و خود دامپزشک شروع به معالجه می کند نوعاً. ما ارتکازی از معنای این لغت نداریم ،،،، اما همینکه احتمال دهیم که فقط مباشر را بگیرد این کفایت می کند که ظهوری نداشته باشد. ،،، سوال فاضل زرگریان.

وجه دوم:

گفته اند که خسارت عرفاً مستند به دکتر است و می گویند که دکتر بچه من را فلج کرد یا کشت. در بحث ضمان گفته شده است که هر کجا که عرفاً مستند باشد به اصطلاح خودش منشا ضمان است. چرا که عرف سبب را اقوی از مباشر می داند.

سوال باقری.،،،،

مناقشه:

انصاف این است که این استناد معلوم نمی باشد و فرض این است که در مقام تصمیم گیری ضعف عقلی ندارد و خودش به اختیار خودش به دکتر رفت و دکتر گفت که قطره را در چشمت بریز و او ریخت و کور شد. خطاء باعث می شود که این استناد از بین برود مثلاً به جای اینکه بنویسد دو قطره خطاء نوشته است پنج قطره بله اگر عمداً گفته بود و خطاء نکرده بود اینجا این استناد به دکتر معلوم بود.

بحث در مورد ضمان است نه خطاء بله هر کس مسئول خطاء خودش است اما

خسارت مستند به او نمی باشد که ضامن باشد. ،،،،،



مثلا من نان دیگری را که غصب کردم و بنده استیلاء دارم و به شما تعارف می کنم و شما می خورید این کار آمر غرور بوده است و کار آکل خطاء بوده است در اینجا اتلاف مستند به آمر است یا خطاء؟ خطاء مستند است اما اتلاف مستند به آکل است لذا مالک نان می تواند سراغ آکل و آکل به محض اینکه پول نان را دارد و خسارت مالی کرد این خسارت مالی مستند به آمر است و می تواند به او رجوع کند.

“““

طیب عین باب غرور است.

وجه سوم:

قاعده غرور است. این قاعده ای است عقلائی و آن این که اگر شخصی شخصی را در اتلاف مال دیگر فریب دهد مغرور بعد از اداء ذین می تواند به شخص غار رجوع کند مثل مسئله نان که زید به عمرو می گوید که این نان مال من است و بخور و من با این کار او را فریب می دهم و زید این نان را که خورد می شود متلف مال غیر قاعده اتلاف می گوید ضامن است مالک نان می آید بدل نان را از او طلب می کند مغرور و زید واجب است که آن بدل را بدهد بعد از دادن بدل رجوع می کند به غار و بدل بدلی که داده است را از غار می گیرد. به عبارت دیگر بعد از اعطاء بدل توسط مغرور غار ذمه اش مشغول می شود به ما اعطاء المغرور. اگر چه محل اختلاف است که غار بدهکار می شود یا مکلف می شود. ما می گوییم بدهکار می شود.

گفته اند که ما نحن فیه از این موارد است و این قاعده قاعده ای تعبدی نمی باشد بلکه عقلائی است و طیب مریض را فریب داده است. غار جناب طیب است.

مناقشه:

این وجه هم درست نمی باشد چون قاعده غرور در خصوص عامد و عالم است لذا اگر کسی مثلا آمد داخل اتاق گفتیم این نان را میل بفرمایید و فکر کردن این نان

مال من است و خطاء گفتم این نان را میل بفرمایید آن شخص آکل ضامن است ولی من ضامن نمی باشم و آکل نمی تواند به من رجوع کند در این موارد عرفا مباشر اقوی دیده می شود.

وجه چهارم:

تمسک کرده اند به سیره عقلاء گفته اند در سیره عقلاء اگر دکتر خطاء کند ضامن است فرق نمی کند مباشر باشد یا سبب و آمر باشد. مباشر باشد مثل اینکه طبیب به مریض می گیرد روی تخت بخواب و قطره در چشم او می چکاند و مریض کور می شود یا طبیب بگوید که این قطره را در چشمت بریزی که طبیب مباشر نمی باشد در اینجا فرقی نمی کند و در سیره ضامن است.

مناقشه:

این وجه را به عنوان مسئولیت پذیرفتیم اما به عنوان ضامن نپذیرفتیم و در سیره عقلاء طبیب را مسئول خطاء خودش می دانند اما معنای مسئولیت ضمان نمی باشد معنایش این نمی باشد که دیه به ذمه بیاد و ذمه اش مشغول شود. این مسئولیت انحاء مختلفی دارد گاهی تدارکی است جزئی و گاهی تدارکی است زیاد. یکبار کسی را کور می کنید که نود سال سن دارد و گاهی کسی را کور می کنید که ده سال دارد خوب این دو خیلی فرق می کند. لذا مسئولیت را قبول کردیم اما مقدار و کیفیت مسئولیت را تحدید نمی توان کرد بلکه آن را دستگاه قضاء تعیین می کند. هر کجا ضمان باشد مسئولیت نمی باشد و هر جا مسئولیت باشد ضمان نمی باشد. کار قاضی و دستگاه قضاء این است که این مسئولیت را تحدید کنند. اصلا در مجازاتها کف و سقف را مشخص می کنند و تعیین در این محدوده را به قاضی می سپارند.

## و أشكل منه إذا كان واصفا للدواء من دون أن يكون آمرا

كان يقول إن دواء ك كذا و كذا بل الأقوى فيه عدم الضمان ...

امر به آن دواء نکرد گفت مرض شما این است هو دواء این درد شما هم این است. در اینجا سید می فرمایند که توقف بیشتر است و بعد ترقی می کند و فتوا به عدم ضمان می دهد.

كان این تفصیل سید در این فرع و فرع قبلی در استناد است. در فرع قبلی شک داشت که مستند به طبیب می شود یا خیر در اینجا سید نظرش این است که استناد به طبیب ندارد.

مناقشه:

این تفصیل سید بلا وجه است چرا که امر طبیب ارشادی است و طلب نمی باشد و او را بعث نمی کند وقتی می گوی که این دارو را بخور یعنی داروی درد تو این است فقط مهم این است که طبیب تارة در مقام معالجه است و تارة در مقام معالجه نمی باشد و اگر در مقام معالجه باشد فرقی بین امر و وصف نمی باشد.

## و إن قال الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني

فلا ينبغي الإشكال في عدم ضمانه فلا وجه لما عن بعضهم من التأمل فيه و

كذا لو قال لو كنت مريضا بمثل هذا المرض لشربت الدواء الفلاني

در فرع دوم به بعد این ها یکی است نحوه سیاق فقط فرق می کند و از نظر حکم و استناد فرق نمی کند و فقط فرق بین این است که در مقام معالجه است یا خیر.

اگر در مقام معالجه باشد این الفاظ بازی با الفاظ است امر بکند یا این جملاتی اخباری را بگوید فرقی نمی کند. پس مهم این است که در مقام معالجه باشد یا خیر. پس اگر در مقام معالجه باشد فرقی بین فروع نمی باشد. ما قائل به ضمان نبوده و قائل به مسئولیت می باشیم. اما اگر در مقام معالجه نباشد دیگر مسئولیتی هم ندارد. کلا کسی خطائی را مرتکب شود و دیگری متضرر شود مسئول است البته اگر خطاء در تخصص او باشد و اگر اصلاً تخصصی نداشته باشد در موارد ضمان، ضامن است.

## ۱ مسأله ۶: إذا تبرأ الطبيب من الضمان

### و قبل المريض أو وليه

ولم يقصر في الاجتهاد و الاحتياط برأ على الأقوى.

سید می فرمایند در صورتی که طبیب براءت بگیرد از مریض یا ولی مریض و اینها هم ابراء کنند و طبیب هم تقصیر در اجتهاد و احتیاط نداشته باشد، بری می شود. با این فرمایش سید کسی مخالفت نکرده است ظاهراً کما اینکه مفاد روایت سکونی هم همین بود الا مرحوم آغا ضیاء که در اینجا توقف کرده اند.

۳۵۵۸۲-۱-۲ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنْ

السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع

۱ چهارشنبه ۹۶/۰۸/۱۰

۲ (۶) - الکافی ۷ - ۳۶۴ - ۱

## مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَيَطَّرَ فَلْيَأْخُذِ الْبَرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ<sup>۱</sup>

تمام الکلام در توجیه این عدم ضمان به ابراء مریض یا ولی مریض با فرض این که طبیب خطاء کرده است و خسارتی بر جان یا بدن مریض وارد شده است، می باشد. اگر بعد از خسارت و بعد از ضمان ابراء می کرد واضح بود می دانید که یکی از عناوین معاملی ابراء است که اگر کسی به ما بدهکار باشد و من او را ابراء کنم ذمه اش پاک می شود همانطور که می توانم مال را ببخشم می توانم ما فی الذمه را ابراء کنم. وزان ابراء وزان هبه در اموال است. اما این مال جایی است که ذمه اش مشغول است اما بحث ما در جایی است که هنوز ذمه مشغول نشده است.

فرقی نیست بین این که خود طبیب درخواست ابراء کند یا خود مریض و ولی بدون درخواست طبیب خودشان ابراء کنند این عقلائی است و اگر منشا ابراء روایت باشد الغاء خصوصیت می شود.

## وجوه سقوط الضمان عند تبرء الطیب:

سه وجه برای توجیه ذکر شده است:

### الوجه الاول: حقيقة هذا الامر البراء و الاسقاط.

وجه اول این است که گفته شده است که حقیقت این امر، اسقاط و ابراء است و انسان می تواند ما فی الذمه را ابراء کند در این صورت که مریض قبول می کند یعنی اسقطت و ابرئت ذمتک نظیر اسقاط خیارات در عقود مثلاً هنگام عقد می نویسند با اسقاط کافه خیارات. من ماشین را به شما می فروشم با اسقاط خیار غبن. در اینجا هم من اسقاط می کنم آن ضمان را.

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة ؛ ج ۲۹ ؛ ص ۲۶۰ ، شیخ حر عاملی ، محمد بن حسن ، وسائل الشیعة - قم ، چاپ: اول ، ۱۴۰۹ ق.

## مناقشتان:

دو اشکال بر این وجه است:

**المناقشة الاولى: هذا اسقاط ما لم يجب و هو امر محال.**

این اسقاط ما لم يجب است چیزی را که من هنوز مالک آن نشدم اسقاط می کنم و اسقاط ما لم يجب ممکن نمی باشد. این محذور عقلی است. این اشکال در خیار هم است.

**جواب المرحوم الخوئی: نتعبد به للرواية.**

مرحوم خوئی می فرمایند روایت می گوید درست است لذا تعبد می کنیم این اسقاط مشکلی ندارد روایت سکونی گفت که اگر مریض ابراء کند و اسقاط کند درست است.

**المناقشة فی جواب المرحوم الخوئی: الرواية لا تقدر علی رفع المانع العقلی.**

چون کسی که اشکال می کند اشکال عقلی دارد و اشکال عقلی را با روایت نمی توان حلش کند می گوید که اسقاط ما لم يوجد و لم يجب محال لذا امکان ابراء نیست و محال است. پس بنا براین وقتی این محذور عقلی شد دیگر روایت آن را ممکن نمی کند ضمن اینکه این روایت منافاتی با این استحاله عقلی ندارد چرا که روایت اصل مطلب را اثبات می کند اما ناظر به تفسیر و تحلیل نمی باشد.

**المناقشة الثانية: ان هذا التبرء شرط الفعل و الفرض ان بعد العمل لا اسقاط.**

این اسقاط شرط فعل است خود اسقاط فعل است دقت کنید در عقود هر چه را شرط می کنیم تارة شرط نتیجه است و تارة شرط فعل است که در شرط نتیجه به تحقق عقل نتیجه حاصل می شود مثلاً می گویم این کتاب را می فروشم به شرط اینکه این انگشتر ملک من شود تا گفתי قبول کردم ملکیت من بر انگشتر محقق شود. اما اگر کتاب را فروختم و شرط ملکیت نمی کنم بلکه شرط تملیک می کنم به شرط این

که شما این را به تملیک من در آوری بعد از گفتن قبلت ملکیت حاصل نمی شود و شما باید تملیک کنید.

در اینجا که اسقاط شده اسقاط شرط فعل است و باید بعد از عقد اسقاط کند و فرض این است که بحث این است که بعد از عقد اسقاطی صورت نمی گیرد و نیاز نمی باشد بگوید اسقطت بلکه به مجرد قبول در عقد دیگر ضامن نمی باشد.

#### جوابنا لهذه المناقشة: ان هذا الفعل و هو الاسقاط من الافعال الذي يمكن ان يكون شرط النتيجة.

فعل به دو گونه است بعضی نمی توانند شرط نتیجه باشند و بعضی می توانند. مثلا خیاطت به نحو شرط نتیجه نمی تواند باشد مثلا کتاب را می فروشم به شرط خیاطت شما باید بعد از عقد خیاطت کنید اما بعضی افعال به شرط نتیجه واقع می شود مثلا این کتاب را می فروشم به شرط تملیک تا می گوید قبلت به نفس یک قبلت هم انشاء تملیک محقق است و هم انشاء قبول است.

دیگر لازم نمی باشد بگوییم وهبت یا ملکیت عبائی به عبارت دیگر بعضی از افعال است که به نفس قبول آن فعل محقق می شود تا گفتید قبلت تملیک انشاء شد دیگر احتیاج نمی باشد بعد از قبلت انشاء کنید اسقاط از قبیل تملیک است نه خیاطت می گوید من معالجه می کنم به شرط اسقاط تا مریض یا ولی گفت قبلت اسقاط محقق شد.

پس اشکال اول را نتوانستیم جواب دهیم که اشکال عقلی بود.

مشهور بین علمای ما قبول کردند اسقاط ما لم يجب عقلا ممکن نمی باشد. بلکه یک توجیه دیگری برای خیار غبن و ... ذکر کرده اند.

#### البحث حول مسألة الإبراء في ضمن مسألتين:

در اینجا سه مسئله است:

اولا: این که اسقاط ما لم يجب ممکن است یا خیر؟

ثانیا: در بحث اسقاط خیار این اسقاط ما لم يجب است یا خیر؟ و این مثال تبرء طبیب مصداق اسقاط ما لم يجب می باشد یا خیر؟

#### المسئلة الاولى: فی استحالة اسقاط ما لم يجب.

اسقاط ما لم يجب استحاله اش در خودش افتاده است شیئی که ثابت نشده و وجود ندارد اسقاطش کنیم این نمی شود.

#### المسئلة الثانية: هل اسقاط الخیار و تبرء الطبیب من مصادیق اسقاط ما لم يجب؟ اسقاط الخیار نعم و التبرء لا.

مسئله دوم این است که آیا اسقاط خیار و تبرء طبیب از مریض اسقاط ما لم يجب است یا خیر؟

مثالش مثل این است که می گوید که این کتاب را به تو می فروشم به شرط اسقاط خیار عیب و شما می گوید قبلت آیا می توان با این قبلت این خیار عیب را ساقط کرد یا خیر؟

ما قائلیم که می شود واقعا خیار عیب و غبن را اسقاط کرد و سایر خیارات را به مجرد عقد اسقاط کرد.

#### توضیح:

در فلسفه بین حکماء معروف است که تعاقب دو آن محال است عقلا مثلا مثالی بزنیم شما وقتی دستتان را به دیوار می چسبانید این اتصال دست به دیوار در آن صورت می گیرد نه در تکه ای از زمان بعد دستتان را بر می دارید انفصال هم در آن صورت می گیرد آیا ممکن است آن اتصال به آن انفصال چسبیده باشد و زمانی بین این دو آن نباشد؟ در فلسفه گفته اند این محال است که دو آن به هم بچسبد. در اینجا حتما بین آن اتصال و انفصال قطعه ای از زمان فاصله می شود و لو قطعه ای بسیار اندک زمانی اما این فاصله زمانی را به صفر نمی توانید برسانید. مثال دیگر شیئی در یک آن حادث شود و در یک آن دیگر معدوم شود در فلسفه گفته شده است که محال



است که آن وجود به آن انعدام متصل شود در علم جدید اثبات شده است که بعضی از ذرات هستند که عمر بسیار کوتاهی دارند و در یک صد میلیونیم ثانیه معدوم می شوند اما باز زمان حدوث با زمان انعدام یکی نمی باشد. در فلسفه تعاقب دو آن محال است ما قائلیم در امور حقیقی و تکوینی محال است اما در امور اعتباری اشکالی ندارد و اتصالات آنات محذوری ندارد<sup>۱</sup> به عبارت دیگر در همان آن ملکیت، ملکیت زائل شود بدون این که بین آن ملکیت و آن زوال ملکیت فاصله باشد دو آن متعاقب همیشه یک آن می باشند مثلاً ملکیت من بر قلم در یک آن حادث می شود و در همان آن ملکیت زائل شود این محذوری ندارد. یعنی در یک آن ملکیت و انعدام را اعتبار کردیم. بله اعتبار زمان می خواهد اما اعتباری زمان نمی خواهد. در جایی که من جنس معیوب را به زید می فروشم آن انعقاد و تحقق عقد، آن اتمام عقد است و آن تحقق خیار عیب آن اتمام عقد است در یک آن هم عقد محقق می شود و هم حق الخیار محقق می شود که حق الخیار امر اعتباری است در یک آن هم عقد و هم خیار العیب محقق می شود. حالا اگر من اینطور گفتم که این را می فروشم با اسقاط خیار عیب تا گفت: «قبلت» در یک آن عقد محقق می شود و در همان آن، خیار العیب محقق می شود و در همان آن، اسقاط خیار العیب محقق می شود در این صورت این دیگر اسقاط ما لم یجب نمی باشد. اما وزانش وزان اسقاط ما لم یجب می باشد این خصوصیت امور اعتباری است.

پس در خیارات حقیقتاً اسقاط است البته در خیاراتی که به مجرد عقد محقق می شوند.

<sup>۱</sup> اینکه در امور اعتباری تعاقب آنات ممکن است به خاطر این است که این امور حقیقتی ندارند و صرف یک اعتبار است و انسان هم می تواند در یک آن امور متعددی را اعتبار کند.

اما در ما نحن فيه این تطبیق نمی شود چرا که آن عقد بر معالجه و آن قبلت و تحقق عقد، آن تحقق ضمان نمی باشد بلکه آن تحقق ضمان، آن تحقق خسارت است لذا اسقاط به مجرد گفتن قبلت و تحقق عقد، اسقاط ما لم يجب است.

لذا ما این محذور اسقاط ما لم يجب در خیارات را حل کردیم اما تطبیق در ما نحن فيه نمی شود.

لذا اسقاط خیار شبیه اسقاط ما لم يجب می باشد اما اسقاط ما لم يجب نمی باشد. لذا توجیهاتی که خواهیم گفت در اسقاط خیار، اصلاً نیاز نمی باشد.

،،،،، در مسئولیت هم این بیان می آید یعنی با تبرء به مجرد گفتن قبلت هم عقد محقق می شود و هم مسئولیت حادث شده و هم این مسئولیت منعدم و اسقاط می شود.

ما ها اسقاط الخیاری هستیم و مشهور سقوط الخیاری هستند و عده ای عدم السقوطی شدند. یعنی من واقعاً خیار غبن و مجلس را اسقاطش می کنم. اما این توجیه اول در خیارات خوب است اما در ما نحن فيه تطبیق نمی شود و نمی آید.

### الوجه الثانی: هذا شرط سقوط الضمان كما فی الخيار.

وجه دوم این است که گفته شده است که این تبرع مانند شرط سقوط الخیار ضمن العقد است همانطور که متعارف است که من این معامله را انجام می دهم به شرط سقوط خیار غبن یا عیب یا عدم خیار غبن و عیب در اینجا هم می گوید که عمل می کنم به شرط عدم ضمان. در اینجا شرط عدم ضمان مثل شرط عدم خیار معقول است و مشکلی ندارد این وجه دومی که گفته شده است.

### مناقشه:

این وجه دوم نا تمام است.

### فی الخيارات التي تكون شرطاً ارتكازية: الخيار يرجع الى شرط ارتكازي بخلاف الضمان لا يرجع الى شرط ارتكازي بل لقاعدة الاتلاف.

شرط عدم الخيار در ضمن عقد صحيح است اما شرط عدم الضمان نمی تواند به شرط عدم خيار برگردد اين ها از دو باب است بينيم در شرط عدم الخيار که در عقود صحيح است حقيقت اين شرط چیست که در باب معالجه نمی آيد.

در باب خيارات در مسلک مشهور دو خيار بیشتر ندارم یک خياری که به شرط الخيار بر می گردد و یک خياری که شارع آن خيار را جعل کرده است در همه خيارات دو خيار را شارع جعل کرده است خيار المجلس و خيار الحيوان. اما ساير خيارات خيار عيب و خيار غبن که در غالب مثال خيار غبن را بگوئيم. در خيار غبن به خيار شرط بر می گردد يعنی اين مال را می فروشم به شما به شرط اينکه اگر مغبون شدم شرط فسخ دارم مشتري اين کالا را می خرد که اگر مغبون شد حق فسخ دارد. اين خيار شرط خيار شرط ارتكازي است.

خوب در خيار شرط اين شرط عدم الخيار چه می کند؟ وقتی من شرط می کنم که خيار غبنی در بين نباشد نه برای تو و نه برای من. يعنی چه؟ در صورت شرط يعنی معامله می کنم مبني بر حق الفسخ و در صورت شرط عدم الخيار يعنی معامله می کنم بدون اين که مبني باشد بر خيار. من دون وجود خيار. اين در خيارات شرطی است و عقد هم تابع شروطی است که در عقد قرار داده می شود.

سوال اين است که در طبابت که وقتی من طبيب اجير می شوم و اگر خسارتی وارد شد اين ضمان من بر اساس شرط ارتكازي است؟! خير اين مبني بر قاعده اتلاف است يعنی چون من تلف کردم ضامن می باشم. در اینجا مراد از ضمان اعم از ضمان و مسئوليت می باشد.

### فی الخيارات الشرعية عند المشهور: عدم اطلاق الدليل فی موضع شرط السقوط.

اما در خيارات شرعية مثل خيار مجلس و حيوان.

این خیار را گفته اند شارع برای متعاقدين تشریع کرده است و در خیار حیوان برای مشتری جعل کرده است در خیار مجلس گفته اند البیعان بالخیار ما لم یترقا. خوب در جایی که بدون خیار مجلس عقد کنیم در اینجا می‌گوییم که خیار مجلس نیست چرا که خیار مجلس خیار شرعی است و دلیل خیار مجلس اطلاقی ندارد که اینجا را هم که عدم خیار، شرط شده باشد را بگیرد وقتی اطلاق نداشت اخذ به قدر متیقن می‌کنیم که آن هم جایی است که سقوط خیار مجلس شرط نشده باشد. به عبارت دیگر موضوع خیار مجلس مال جایی است که عدم الخیار، شرط نشده باشد. چرا که روایت از این جهت در مقام بیان نمی‌باشد و ناظر به داشتن خیار است و ناظر به انقسامات بیع نمی‌باشد اما در مثال معالجه که شارع این ضمان را قرار نداده است که بگوییم دلیلش اطلاقی ندارد که صورت تبرء را هم بگیرد خیر بلکه یک قاعده عقلائی است که قاعده اتلاف باشد.

پس این دو بیانی که در شرط عدم الخیار است این دو بیان در شرط عدم ضمان جوابگو نمی‌باشد.

لذا این وجه دوم هم نا تمام است.

**نکته: الخيارات عندنا يرجع الى واحد و هو خيار الشرط.**

ما ها خيار مجلس و خيار حیوان را به خيار شرط برگردانیم لذا تقسیم خيار به خيار شرط و شرعی را قبول نکردیم و این دو خيار را هم به خيار شرط برگردانیم.

**الوجه الثالث: قبول التبرء من المريض او وليه اذن فی التلف و الغاء الاحترام.**

وجه سوم که ذکر شده است گفته شده است که وقتی که جناب طبیب تبرء می‌جوید و ولی مریض یا مریض قبول می‌کند، در این صورت اینها با قبول خودشان اذن در اتلاف را می‌دهند می‌گویند اشکال ندارد تو اقدام کن بر عمل ولو بر اساس لغزش عمل تو منجر به خسارت یا تلف شود. وقتی اذن در خسارت و اتلاف داد در این

صورت عقلاء دیگر تضمین نمی کنند نظیر در اتلاف مال مثلا کسی می گوید این لیوان من را بشکن یا انگشتر مرا در دریا بیانداز در این صورت متلف دیگر ضامن نمی باشد عقلائا و شارع هم تضمین نکرده است و حتی روایت داشتیم که ابراء کرده است.

### **ان قلت: لیس للشخص ولاية فی نفسه.**

در مال شخص ولایت در اذن داریم اما در جان و خسارت جانی بر خودش این ولایت را نداریم که بگوییم که من را بکش یا دست من را زخمی کن.

### **قلت: هذه الولاية ثابتة عقلائا فی مورد الطبابة.**

گفتیم در سیره عقلاء باب معالجه متفاوت است می تواند در باب معالجه اذن دهد و الغاء احترام کند و این اذن و الغاء احترام را عقلاء می پذیرند چرا که اگر این اذن نافذ نباشد امر معالجه و طبابت که خیلی مهم است مختل خواهد شد چرا که هزینه عمل مثلا چهار میلیون است و اگر بخواهد ضامن باشد در صورت خطاء که امر طبیعی است، باید دویست میلیون به عنوان دیه بدهد لذا ین کار را نمی کند و امر طبابت مختل می شود.

لذا این ولایت را برای ولی و مریض را در باب معالجه عقلاء قائلند.

این وجه را ما قبول کردیم. علت توقف آغا ضیاء در اینجا این بوده است که ایشان در این که مریض و اولیاء آیا ولایتی دارند بر اذن توقف کرده بودند.

### **ينبغي التنبيه الى الامرین:**

#### **الامر الاول: من ولی المریض؟ ما کان ولیا عرفا.**

ولی مریض چه کسی است؟ گفته اند که کسی که شارع برای او این ولایت را جعل کرده است که اب و جد پدری باشد و بعد نوبت می رسد به حاکم شرع که عبارت باشد از مجتهد که شرائط تقلید را داشته باشد و لو مرجع نباشد.

ماها قبول نکردیم گفتیم که هر کسی که عند العرف و به تبع عند العقلاء ولی حساب شود اگر در نزد عرف مادر یا خواهر یا برادر ولی بود آن هم ولی می باشد عرفا و عقلا لذا اگر او اذن داد دیگر طبیب ضامن نمی باشد خواه آن ولی، ولی عند المشهور باشد یا خیر.

### **الامر الثانی: عدم الضمان و المسئولیت فی صورة عدم التقصیر.**

مرحوم سید یک قیدی در مسئله زد گفت اذا تبرء الطیب و قبل المریض او ولیه و لم یقصر فی الاجتهاد و الاحتیاط ضامن نمی باشد. معنایش این است که در صورت اذن ولی و مریض و در صورت تقصیر ضامن می باشد.

حق با مرحوم سید است. گفتیم انسان کی ولایت بر خودش دارد در این که اذن بدهد در اتلاف نفس و عضو در باب معالجه و طبابت اما نه مطلقا بلکه فی الجملة یعنی جایی که می تواند اذن دهد در نفس و جان در صورتی که تقصیری از جانب طبیب نباشد این بخاطر این است عقلاء چنین ولایتی را برای او در این صورت قائل نمی باشند. ما همین مطالب را در مورد مسئولیت می گوئیم. فرمایش مرحوم سید را در این مسئله کاملا قبول کردیم.

## مسألة ۷: إذا عثر الحمال

### فسقط ما كان على رأسه أو ظهره مثلاً ضمن لقاعدة الإتيلاف.<sup>۲</sup>

قاعده اتلاف می گوید که اگر تلف مال غیر، مستند به شخصی باشد این ضامن است لازم نمی باشد عالماً یا عامداً باشد مثلاً در خواب مال کسی را تلف کند در اینجا شخص تالف نائم، ضامن است.

### اقوال العلماء فی هذه المسئلة:

علمای ما در این مسئله که مرحوم سید قائل به ضمان شده است سه موقف گرفته اند:

#### القول الاول: الضمان لقاعدة الإتيلاف.

دسته اول قائل به ضمان شده اند به خاطر قاعده اتلاف.

#### القول الثاني: عدم الضمان لعدم استناد الإتيلاف الى الحمال.

دسته ای دیگر قائل به عدم ضمان شده اند وجهش این است که در صورت لغزیدن تلف مستند به شخص نمی باشد و ملحق به تلف سماوی می شود.

#### القول الثالث: توقف فی هذه المسئلة الناشئ من الترديد فی الاستناد.

دسته سوم: توقف کرده اند نه فتوا به ضمان و نه فتوا داده اند به عدم ضمان به خاطر این که استناد و عدم استناد در نظر اینها مشخص نبوده است.

<sup>۱</sup> سه شنبه ۹۶/۰۹/۰۷.

<sup>۲</sup> دقت کنید در قاعده اتلاف ارتکاز بر این است که یک حرام را مرتکب شده است و یک عقاب دارد و آن اتلاف است لذا در جایی که بدون اذن تصرف در مال غیر می کند و آن را هم اتلاف می کند دو حرمت و معصیت انجام نداده است یکی تصرف در مال غیر عدواناً و دیگری اتلاف. بله در جایی که این تصرف موجب اتلاف نشود در اینجا مرتکب معصیت تصرف در مال غیر عدواناً شده است.

## موضوع البحث: لم یکن التالف مقصرا و لم تکن التلف مستندا الی غیر.

قبل از ورود به بحث در مورد محل بحث نکته ای گفته شود: محل بحث مال جایی است که در صورت اتفاق این تلف محقق شده باشد دو صورت از محل بحث خارج است:

تقصیر داشته باشد مثلاً تند برود یا از جای شلوغ برود یا زمین یخ زده است و در این زمین کالا را حمل کند در اینجا قطعاً ضامن است.

صورت دوم این است که این لغزش مستند به غیر است مثل این که یکبار طوفانی بلند شد و باد این را پرتاب کرد یا کسی دوید و در هنگام دویدن به او تنه زد و او لغزش پیدا کرد. در این صورت اینجا از محل بحث خارج است و ضامن نمی باشد چرا که تلف مستند به او نمی باشد بلکه مستند به طوفان یا دیگری است.

محل بحث مال جایی است که شخص تقصیری ندارد و اتفاق افتاد و لغزید و محمول به زمین افتاد. لذا لغزش مستند به خودش و غیر نمی باشد در اینجا آیا ضامن است یا خیر.

عنایت کنید در این صورتی که محل بحث ما است اگر دقت شود نزاع بین علمای ما یک نزاع صغروی است و آن استناد است آیا تلف مستند به حمال می شود یا خیر. بعضی گفته اند مستند می شود پس ضامن است و بعضی گفته اند که مستند نمی شود پس ضامن نمی باشد و بعضی هم به خاطر عدم وضوح استناد توقف کرده اند.

بعضی از علماء گفته اند که ما روایت داریم که شخص ضامن است.

## دلیل بعض العلماء علی الضمان: الروایة.

این روایتی است که مرحوم صدوق و شیخ به سند معتبر و صحیح نقل کرده اند:



۲۴۳۵۰-۱۱-۱ و عَنْهُ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع

فِي رَجُلٍ حَمَلَ مَتَاعًا عَلَى رَأْسِهِ فَأَصَابَ إِنْسَانًا فَمَاتَ أَوْ انْكَسَرَ مِنْهُ شَيْءٌ فَهُوَ

ضَامِنٌ.<sup>۲</sup>

وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرٍ مِثْلَهُ.<sup>۳</sup>

انکسر منه یعنی از متاع.

### اشکال: الضمیر يرجع الی «الانسان» لا المتاع.

اشکال شده است که ضمیر «منه» به انسان بر می گردد نه به متاع یعنی انسان در اثر تصادف بمیرد یا دست و پایش بشکند. می دانید که اگر تصادف کنیم و لو خطاء ما ضامنیم. البته اگر خطاء محض باشد مورد ضمان او را باید عاقله پرداخت کنند به عبارت دیگر دیه بر ذمه خود تالف است اما عاقله باید این دیه و ما فی الذمه را پرداخت کند.

### ان قلت:

در روایت آمده «حمل متاعا» در حالیکه در تصادف حمل متاع خصوصیت ندارد.

۱ (۱) - التهذيب ۷ - ۲۲۲ - ۹۷۳، وأورده في الحديث ۱ من الباب ۱۰ من أبواب موجبات الضمان.

۲ شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

۳ (۲) - الفقيه ۳ - ۲۵۸ - ۳۹۳۲.

۴ وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۵۲، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

### قلت:

سائل گاهی نکاتی را ذکر می کنند که اصلاً به مسئله ربطی ندارد مثلاً می گوید که شخصی در سر ظهر با کسی برخورد کرد خوب سر ظهر که ربطی به مسئله ندارد و مهم برخورد است ضمن این که انسانها معمولاً بیش از مقدار حاجت صحبت می کنند.

امکان هم دارد که سائل نظر داشته باشد به این که بگوید که اصابة منشاش حمل متاع بوده است لذا چون خوب دید نداشته است برخورد کرده است. این اشکال را مرحوم صاحب جواهر هم فرموده است.

### تعليقة: لا دلالة للآية و ان يرجع الضمير الى «متاع».

دقت کنید ما می گوئیم حتی اگر ضمیر را به متاع برگردانیم باز در اینجا به این روایت نمی توان استناد کرد به جهت این که تمام نزاع ما در این مسئله در این است که آیا این تلف مستند به حمل است یا خیر. امام فرمودند که این حمل - بنا بر این که ضمیر منه به متاع برگردد - ضامن است دو احتمال در کلام امام است:

### الاحتمالات في كلام الامام عليه السلام:

#### الاحتمال اول: رای الاستناد الى الحمل لنکته.

یک احتمال این است که امام تشخیص داده اند اگر حمل لغزشی داشته باشد تلف مستند به او است.

#### الاحتمال الثاني: هذه قضية خارجية.

احتمال دوم: امام عليه السلام در این مسئله خارجیه از مورد سوال به دست آورده است که این تلف مستند به حمل بوده است چون احتمالش نمی باشد که تلف مستند نباشد و امام بفرمایند که ضامن است چرا که نزاع ما در حکم شرعی نمی باشد بلکه در

تشخیص موضوع حکم شرعی است. و فرض این است که امام علیه السلام در تشخیص موضوع هم دچار خطاء نمی شود.

بعضی از فقهاء تفصیل داده اند که اگر امام علیه السلام در باب حکم، کلامی گفت قول او حجت است اما در باب موضوعات حدسی قول او حجت نمی باشد. اما در موضوعات حسی کلام اینها حجت است از باب قول ثقه.

ما در موضوعات هم کلمات معصومین علیهم السلام را قبول کردیم علتش هم این بوده است که این در ارتکاز مومنین بوده است که در کلمات ائمه علیهم السلام در احکام و موضوعات فرقی نمی باشد و این ارتکاز باعث قطع می شود همان نکته ای که باعث شده است کلمات ایشان در احکام پذیرفته شود در موضوعات هم است. لذا روایت مجمل می شود.

کسانی که قائل به عدم حجیت در موضوعات شده اند دلیلشان عدم الدلیل بوده است ارتکاز را نقل نکرده اند و شاید اگر ذکر می کردند آن را قبول نمی کردند. ضمن اینکه در مباحث مالی خبر واحد را قبول نمی کنیم.

### مختارنا: الاستناد غیر معلوم.

اما در اینجا آیا مستند به حمال است یا خیر؟

ما نه استناد و نه عدم استناد را وجدان نکردیم. خوب اگر کسی استناد یا عدم استناد را وجدان نمی کند فقیه نمی تواند به یک طرف فتوا دهد اینجا از مواردی است که فقیه بما هو فقیه کبراها تشخیص می دهد اما تطبیقات کبری را نمی داند در اینجا هم اینطور است که تطبیق را نمی داند.

## إن رای الفقیه أنّ الاستناد غیر معلوم عند العرف ایضا: المتعین المصالحة او التحاکم.

خیلی وقتها فقیه وقتی برای خودش واضح نباشد و اختلاف فقهاء را هم که می بیند برای فقیه امکان دارد که این علم پیدا شود که استنادش در نزد عرف مشخص نمی باشد بخلاف بعضی جاها علم داریم که عرف موقفی دارد و ما آن موقف را نمی دانیم اما در اینجا اگر فقیه علم پیدا کرد که عرف استناد را نمی داند اینجا آیا ضامن است یا خیر؟ در مواردی که عرف موقفی ندارد عقلاء یک موقفی دارند که باید این دو با هم مصالحه کنند یا اگر مصالحه نکردند تن به حکم حکمی دهند. در اینجا که وظیفه آنها مصالح یا حکم است این را قبول کردیم که اگر طرف دیگر اقدام به مصالحه کرد یا باید طرف دیگر بپذیرد یا به پیش حکم بروند. این وظیفه عقلائی و عرفی است. یعنی عرفی است که دیگر اعراف آن را امضاء می کنند. استناد و عدم استناد باید عرفی باشد.

البته باب حمل با باب معالجه فرق می کند در بحث معالجه خطاء خیلی زیادتر و متعارف تر است لذا اگر بخواهد قائل به ضمان شویم این موجب اختلال می شود لذا قائل به عدم ضمان و مسئولیت می شویم بخلاف حمل که ضریب خطاء خیلی کمتر است.

## مسألة ۸: إذا قال للخياط مثلاً إن كان هذا يكفيني قميصاً فاقطعه

### فقطعه فلم يكف

ضمن في وجهه و مثله لو قال هل يكفي قميصاً فقال نعم فقال اقطعه فلم يكفه...<sup>۲</sup>

### توضيح المسئلة:

متن را می خواهیم توضیح دهیم و کاری به شرح نداریم:

#### الفرع الاول:

سید می فرمایند که اگر کسی برود پیش خیاط و می گوید که اگر کفایت می کند برای من بدوز و بعد خیاط بررسی می کند و می برد و بعد می بیند که کفایت نمی کند. این فرع اول. سید می فرمایند که علی وجه ضامن است.

#### الفرع الثاني:

پارچه را پیش خیاط می برد و می گوید که بین اندازه من است یا خیر و خیاط اندازه می گیرد و می گوید که اندازه است و می توان برای شما مثلاً پیراهنی دوخت بعد از اینکه خیاط خبر می دهد که این پارچه کفایت می کند و مشتری می گوید که این پارچه را برای من بدوز و بعد از برش معلوم می شود که این مقدار پارچه کفایت

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۶/۰۹/۰۸.

<sup>۲</sup> ... و ربما يفرق بينهما فيحكم بالضمان في الأول دون الثاني بدعوى عدم الإذن في الأول دون الثاني وفيه أن في الأول أيضاً الإذن حاصل و ربما يقال بعدم الضمان فيهما للإذن فيهما و فيه أنه مقيد بالكفاية إلا أن يقال إنه مقيد باعتقاد الكفاية و هو حاصل و الأولى الفرق بين الموارد و الأشخاص بحسب صدق الغرور و عدمه أو تقيد الإذن و عدمه و الأحوط مراعاة الاحتياط

نمی کند و خیاط اشتباه کرده است، سید می فرماید که این هم مثل فرع اول است و علی وجه ضامن است.

و بعد شروع می کند به شمارش اقوال در مسئله و می فرماید:

یک قول این است که در هر دو فرع خیاط ضامن است

یک قول این است که در هیچ یک از دو فرع ضامن نمی باشد چون به جهت

اینکه دوخت به امر مشتری بوده است.

یک قول این است که در فرع اول ضامن است و در فرع دوم ضامن نمی باشد

چرا که در فرع اول اذن به برش نداده بود و گفته بود که اگر کفایت می کند بدوز اما در فرع دوم گفته بود که بدوز اقطعه.

سید می فرماید که ما چه بگوییم؟ ضامن است یا خیر؟ سید کبرای کلی را می

گوید و ظاهراً تطبیقش برای سید روشن نمی باشد. می گوید که اگر به اذن او باشد

ضامن نمی باشد و اگر بدون اذن باشد ضامن می باشد و اگر غروری در کار باشد

ضامن است و اگر غروری در کار نباشد ضامن نمی باشد اگر ما باشیم و متن مسئله

چهار قول شد و سه قول که گفته شد و یکی هم قول سید که منوط کرد به غرور و اذن.

اگر به تعلیقه مراجعه کنیم در تعلیقه موقف چهارمی هم داریم که فقهای ما در مسئله

توقف کرده اند و متوقف بر غرور و اذن هم نکرده اند.

پس اقوال در مسئله پنج قول می شود.

حالا متن را ادامه دهیم تا شرح در مسئله.

## ۱... و ربما يفرق بينهما فيحكم بالضمان في الأول دون الثاني

بدعوى عدم الإذن في الأول دون الثاني وفيه أن في الأول أيضا الإذن حاصل و ربما يقال بعدم الضمان فيهما للإذن فيهما وفيه أنه مقيد بالكفاية إلا أن يقال إنه مقيد باعتقاد الكفاية و هو حاصل و الأولى الفرق بين الموارد و الأشخاص بحسب صدق الغرور و عدمه أو تقييد الإذن و عدمه و الأحوط مراعاة الاحتياط.

### البحث حول المسئلة في امور:

این مسئله به هم ریخته است لذا باید در جهات و اموری بحث کرد:

#### الامر الاول: ما الفرق بين الفرع الاول و الثاني: لا فرق.

امر اول این است که ببینیم آیا فرع اول و دوم در حکم یکی هستند یا خیر؟ حال آن حکم چیست کاری نداریم.

در فرع اول پارچه را به خیاط داد و گفت اگر کفایت می کند برای من بدوز و اگذار کرد به خیاط که اگر کفایت می کند ببرد و در فرع دوم گفت که آیا کفایت می کند و خیاط گفت بله و گفت ببرد. در اولی اذن معلق بود بر کفایت و در دومی معلق نبود و گفت ببر.

---

<sup>۱</sup> مسألة ۸: إذا قال للخیاط مثلاً إن كان هذا یکفیني قميصاً فاقطعه فقطعه فلم یکف ضمن فی وجه و مثله لو قال هل یکفني قميصاً فقال نعم فقال اقطعه فلم یکفه...

آیا در دومی هم اذن او معلق بر کفایت است یا فقط در اولی مقید و معلق به کفایت بود؟

به نظر من فرقی بین فرع اول و دوم نمی باشد فرع دوم هم معلق است چون وقتی سوال می کند که کافی است یا خیر و می گوید: بله و بعد می گوید ببر. یک شرط ارتکازی است که اگر کفایت می کند بدوز. شاهد بر این مطلب این بود که اگر خیاط در فرع دوم فهمید که کفایت نمی کند یا شک داشت که کفایت می کند یا خیر، نمی توانست ببرد. لذا به نظر می رسد عرفاً فرقی بین فرع دوم و اول نمی باشد فقط در اولی تصریح کرده است که اگر کفایت می کند ببر و در فرع دوم سوال کرده است و بعد از سوال گفته ببر.

در اینجا دقت کنید که خیاط گفته بله کفایت می کند این بله عن خطاء بوده است نه از کذب در صورت کذب خیاط ضامن است.

پس در امر اول این بود که چه ما قائل به ضمان یا عدم ضمان شویم یا توقفی شویم، بین فرع اول و دوم در حکم فرقی نمی باشد باید هر چه را گفتیم در دو فرع بگوییم و نباید با هم تفاوت داشته باشند.

### الامر الثانی: لا معنی المحصل من الضمان.

امر دوم این است که این مسئله ضمان را که در ما نحن فیه گفته اند این ضمان معنای محصلی در ما نحن فیه ندارد دقت بشود ضمان معنایش اشتغال ذمه است فرض کنید در فرع اول خیاط پارچه را برید و بعد معلوم شد کفایت نمی کند می گوییم ضامن است؟ ضامن چه می باشد؟ این پارچه بریده شده می تواند قیمتش با پارچه سالم نبریده شده، یکی باشد یا کمتر. دقت کنید یک خطاء هایی است که خسارت وارد نمی کند در اینجا یا قیمت دو پارچه با هم تفاوتی پیدا نکرده است یا قیمت پارچه بریده شده کمتر است معنای ضمان این است که اگر اختلاف قیمت سه تومان



است بیا پارچه و سه هزار تومان را بگیر؟! خیر اگر تنزلی پیدا نشود که ضمان نمی خواهد و اگر تنزل پیدا کرده باید مقدار تنزل پیدا کرده را ضامن باشد نه قیمت پارچه را لذا ضمان معنا ندارد. شاهد هم این که مالک پارچه چه کسی است؟ مستاجر خوب اگر بگوییم خیاط ضامن است مستاجر هم مالک پارچه و هم مالک ما فی الذمه ی اجیر است. این نمی شود.

در اینجا قائل به مسئولیت می شویم به این صورت که مالک می تواند بدل را بگیرد یا اختلاف قیمت را بگیرد که اگر بدل را خیاط بگیرد گفته شده است که معاوضه قهرا صورت می گیرد یعنی قهرا پارچه بریده شده داخل در ملک خیاط می شود. در صورت این که قیمت پارچه دوخته شده کمتر شده باشد اگر مقدار کمتر شده به اندازه ای باشد که اگر هم خطائی صورت نمی گرفت و پارچه کافی بود و خیاط آن را می دوخت قیمت پارچه دوخته شده سالم هم همین مقدار بود و همین مقدار کم می شد مطالبه ما به التفاوت روشن نمی باشد مثلاً اگر درست می دوخت و اشتباهی نمی کرد قیمت پارچه دوخته شده پنج هزار و قیمت پارچه پانزده هزار تومان بوده است و الان هم که خیاط خطاء کرده است قیمت این پارچه ناقص و کوتاه باز پنج هزار تومان است در اینجا ضمان ما به التفاوت پارچه دوخته شده و ندوخته شده روشن نمی باشد چرا که در عرف دیگر این خسارت و اختلاف قیمت مستند به خیاط و اجیر نمی باشد بلکه مستند به اصل بریدن است نه اندازه ای که این شخص بریده است اما اگر قیمت پارچه ناقص کمتر از قیمت پارچه دوخته شده صحیحه می باشد مثلاً قیمت پارچه دوخته شده صحیحاً پنج هزار تومان است و قیمت پارچه دوخته شده ناقص سه هزار تومان است اینجا می تواند دو هزار تومان را مطالبه کند به عنوان مسئولیت.

البته اگر به اندازه ای دوخته است که به درد کسی نمی خورد این به منزله تلف پارچه است و قیمت پارچه یا مثل پارچه را ضامن است.

الا اینکه گفته شود که در اینجا عرف و عقلاء موقفی نداشته باشد که باید مصالحه کنند یا تحاکم شود.

این مورد با مورد طیب فرق می کند چرا که در طیب خطاء مستند به او بود بخلاف اینجا که خطاء مستند به بریدن است نه نقصی که در پارچه ایجاد شده است و ضمن اینکه اذن در اینجا مشروط بود بخلاف طیب که اذن مشروط نبود.

از روایت: «من تطیب او تبیطر...» نمی توان به اینجا الغاء خصوصیت کرد و به این مورد تسری داد چرا که در اینجا خسارتی وارد نشده است فرضاً.

### الامر الثالث: أن ههنا ليس موضع الغرور.

سید گفته اند که اگر قاعده غرور باشد ضامن است. قاعده غرور در اینجا نمی آید قاعده غرور مال جایی است که شخصی مال دیگری را تلف کند و در این اتلاف مغرور دیگری واقع شود و مغرور در این صورت است که تالف جاهل و غار عالم باشد مثلاً شخصی نانی را تعارف می کند و آکل فکر می کند که نان مال خود تعارف کننده است و می خورد که در اینجا غار نسبت به مغرور ضامن است مثلاً عمرو به زید تعارف می کند این نان را بخور که مال من است و عمرو هم که غار است عالم بود که این نان مال خودش نمی باشد اینجا غرور می آید البته در صورتی که مالک نان از مغرور مطالبه نان را بکند. خوب در اینجا غرور نمی باشد چرا که در اینجا مال دیگری را تلف نکرده است بلکه مال آمر و مالک را تلف کرده است و غار هم که عالم نبوده است که این خسارت را وارد می کند و کفایت نمی کند اگر چه مجهول مغرور بوده است.

## الامر الرابع: مختارنا أن المتعين المسئوليت لا الضمان و هو بمطالبة البدل.

ما در هر دو فرع قائل به مسئولیت می باشیم و مالک می تواند او را ملزم کند به بدل که یا قیمت است یا مثل. در صورت اعطاء بدل معاوضه قهری صورت می گیرد و پارچه برش خورده ملک خیاط می شود.

<sup>۱</sup> مسئله ۹ در مورد مولایی است که مولا عبدش را اجاره داده است و عبد در عمل فساد ایجاد می کند که صوری دارد که سید در این مسئله مطرح می کند:

### مسألة ۹: إذا آجر عبده لعمل فافسد

ففي كون الضمان عليه أو على العبد يتبع به بعد عتقه

أو في كسبه إذا كان من غير تفريط و في ذمته يتبع به بعد العتق إذا كان بتفريط أو في كسبه مطلقا وجوه و أقوال أقواها الأخير للنص الصحيح

...<sup>۲</sup>

### توضيح المسئلة:

می دانید که عبد مثل دیگر اموال مولا است و خود عبد نمی تواند خودش را اجاره دهد بلکه مولای او می تواند او را هم مثل دیگر اموالش اجاره دهد مثلا عبدش را برای خیاطه اجاره داد و بعد عبد پارچه را فاسد کرد در اینجا چه کسی ضامن است؟ عبد؟ مولا؟ و اگر عبد ضامن است بعد از عتق باید پول پارچه بدهد یا در

<sup>۱</sup> سه شنبه ۱۴/۰۹/۹۶.

<sup>۲</sup> ...هذا في غير الجنابة على نفس أو طرف و إلا فيتعلق برفقته و للمولى فداؤه بأقل الأمرين من الأرض و القيمة

همین الان که عبد است باید در حین کسب و کار بدهد در صورتی که تقصیری نداشته باشد. البته باید کاری کند که منافات با حق مولا نداشته باشد مثلاً در زمانی که مولا کاری ندارد مشغول قرائت قرآن یا کار دیگری شود. همه اینها در جایی است که عبد تفریطی نکرده باشد اما اگر عن تفریط باشد قیمت به ذمه اش می آید و بعد از عتق باید بدهد. یا اینکه بگوییم وقتی تلفی وارد کرد ضمان در ذمه عبد است و باید از کسبش بدهد مطلقاً چه تفریط باشد چه تفریطی نباشد بلکه باید عبد در زمانی که می تواند کار انجام دهد و خسارت را تدارک کند مثلاً در روز جمعه مولا به او کاری نمی گوید و تعطیل است باید برود و کسب بکند و خسارت را بدهد یا برود برای مستأجر به مقداری که خسارت وارد کرده است کار کند.

سید می فرمایند که در مسئله اقوالی است که اقوی احتمالات اخیر است که مطلقاً فی کسبه باید جبران کند.

پس اصل مسئله این است که مولایی عبد خودش را اجاره داده است و عبد خسارتی وارد کرده است فتوای سید این است که عبد بدهکار است و باید مشغول کار شود و بدهی را ادا کند.

### دلیل السید: الروایة.

مستند سید نص و روایت است که عبارت باشد از صحیح ابی بصیر:

۲۴۲۶۵-۳-۱ و بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْعَبَّاسِ عَنِ النَّضْرِ عَنْ

عَاصِمٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع

فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ مَمْلُوكًا فَيَسْتَهْلِكُ مَالًا كَثِيرًا فَقَالَ لَيْسَ عَلَى مَوْلَاهُ شَيْءٌ وَ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوهُ وَ لَكِنَّهُ يُسْتَسْعَى وَ إِنْ عَجَزَ عَنْهُ فَلَيْسَ عَلَى مَوْلَاهُ شَيْءٌ وَ لَا عَلَى الْعَبْدِ شَيْءٌ.<sup>۱</sup>

این روایت دلالت و سندش خوب است.

این روایت می گوید که مولا ضامن نیست و عبد ضامن است عمل می کند و اگر عاجز بود چیزی بر عبد نمی باشد سند و دلالتش خوب است.

### مناقشة: للرواية معارض.

مشکله این روایت معارض است. معارضش روایت زراره و ابوبصیر است که به سند معتبر رسیده اند:

۳۵۵۴۸-۱-۲ محمد بن یعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير  
عن ابن مسكان عن زرارة و أبي بصير عن أبي عبد الله ع قال:

قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي رَجُلٍ كَانَ لَهُ غُلَامٌ فَاسْتَأْجَرَهُ مِنْهُ صَائِغٌ أَوْ غَيْرُهُ قَالَ إِنْ كَانَ ضَيْعَ شَيْئًا أَوْ أَبَقَ مِنْهُ فَمَوَالِيهِ ضَامِنُونَ.<sup>۳</sup>

صائغ یعنی طلا ساز.

این روایت می گوید که اگر عبد ضایع کرد مولا ضامن است و روایت قبلی می گفت که عبد ضامن است اگر عاجز بود کسی ضامن نمی باشد.

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۱۹؛ ص ۱۱۴، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

<sup>۲</sup> (۷) - الکافی ۵ - ۳۰۲ - ۱، آورده فی الحدیث ۲ من الباب ۱۱ من أبواب أحكام الاجارة.

<sup>۳</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۲۹؛ ص ۲۴۵، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

## الجمع العرفی بین الروایتین: الضمان فی الروایة المعارض ای على المولى تسلمیه الى المستاجر لا الضمان بمعنی اشتغال الذمه.

مرحوم سید و کسانی که این روایت را قبول نکردند این روایت را توجیه کردند گفته اند که این روایت که گفته است مولا ضامن است یعنی باید در اوقات بیکاری عبد را در اختیار مستاجر قرار دهد تا برای آنها کار کند و خسارت را جبران کند.

### مناقشة فی الجمع العرفی بامرین:

این جمع عرفی درست نمی باشد به دو نکته:

#### الامر الاول: تعبیر عن المسؤولية بالضمان غیر عرفی.

از مسئولیت تعبیر به ضمان کردن خلاف ظاهر است ظاهر ضمان اشتغال ذمه است.

#### الامر الثاني: ظاهر الرواية اباق العبد من المولى ايضا فلا معنى لتسليمه.

ثانیا در خود روایت قرینه ای است دقت کنید در روایت آمده است ابق یعنی فرار کرد و فرار کرد با این معنایی که شما می کنید درست نمی باشد ظاهر ابق یعنی نه در اختیار مولا است و نه در اختیار مالکین لذا در اختیار مولا نمی باشد که باید مولا او را تحویل دهد ظاهر ابق مطلق است جایی را که از مولا هم فرار کرده باشد می گیرد.. لذا ضمان در اینجا به معنای خود ضمان است لذا این دو روایت با هم تعارض می کنند و تساقط می کنند رجوع می کنیم به قاعده.

## و اما مقتضی القاعدة: ان كان سيرة عرفيه فهي و الا المرجع الاصول العملية و هو الاحتياط.

مقتضای قاعده چه می باشد؟ ما ها از کسانی هستیم که اگر یک سیره عرفیه قائم شده باشد آن سیره در شریعت متبع است چون این مسئله و سیره در باب حجت نمی باشد چرا که مورد ضمان غیر حجت است. اگر سیره بود که مولا ضامن است می گوئیم مولا ضامن است. شاید در سیره عبد ضامن است شاید هیچ کدام ضامن است و نمی دانیم چه سیره ای بوده است و شاید سیره متفاوت بوده است در عرفی عبد ضامن و در عرفی مولا ضامن باشد. اما الان که عصر عبید و مولا منقضی شده است نمی توانیم بفهمیم سیره بر چه چیزی بوده است.

قاعده اتلاف خودش به سیره ثابت است و اطلاقی ندارد چون روایت نمی باشد که اطلاق گیری کرد لذا نمی توان از آن استفاده کرد.

در نظر و مبنای ما حتی اگر روایت هم معارض نداشت اگر موجب سیره شده بود که متبع می بود و اگر سیره نشده بود باز به روایت عمل نمی شد.

لذا در اینجا ما به نظر سید نمی توانیم عمل کنیم.

در اینجا اگر مسئله مبتلا به بود و سیره را نفهمیدیم باید به اصول عملیه رجوع می کردیم. در اینجا چون مسئله مالی است و باید احتیاط کرد باید مولا احتیاط کند و خسارت را جبران کند و اگر مولا نداد عبد هم باید برود و سعی کند. و مستاجر باید در هنگام اخذ خسارت از مولا و عبد با تراضی اخذ کند.

## ۱...هذا في غير الجناية على نفس أو طرف

وإلا فيتعلق برقبته و للمولى فداؤه بأقل الأمرين من الأرش و القيمة.

سید می فرمایند این در مورد خسارت مالی است اما اگر خسارت وارده از عبد جانی یا بدنی باشد آن خسارت به گردن مولی می باشد و مولا در مقام دیه می تواند اقل الامرین را بدهد. اگر دیه یک میلیون و عبد نیم میلیون است می تواند عبد را بدهد و اگر دیه یک میلیون و عبد دو میلیون است می تواند یک میلیون را بدهد. این فرمایش سید.

### لا بد من التنبيه الى نكتتين:

در شرح فرمایش سید به دو نکته باید توجه کند:

#### النکته الاولى: قول السيد في مورد الجناية او القتل الخطيئین.

نکته اول: این است که این فرمایش سید متعلق به جنایت خطائی است و الا اگر عمدی باشد نوبت به قصاص می رسد در جنایتهای عمدی بر نفس یا اعضاء دائما برای او حق القصاص قائل می باشند فقط طرف می تواند بگوید که حق خودم را استیفاء نمی کنم در مقابل پول که این پول می تواند به اندازه دیه یا کمتر یا بیشتر از دیه باشد. مثلا می بیند که قاتل و جانی متمول است لذا چند برابر دیه از او مطالبه می کند در مقابل قصاص.

۱ مسأله ۹: إذا أجر عبده لعمل فأفسد ففي كون الضمان عليه أو على العبد يتبع به بعد عتقه أو في كسبه إذا كان من غير تفريط و في ذمته يتبع به بعد العتق إذا كان بتفريط أو في كسبه مطلقا وجوه و أقوال أقواها الأخير للنص الصحيح ...



## النکته الثانية: لا يمكن الاستناد بالرواية لامكان امضائه عليه السلام عرف زمانه لا الحكم في جميع الازمنة.

نکته دوم این است که ما ها چون عرفی هستیم اگر فرض کردیم در روایات آمده است دیه بر مولا است فرض کنید در روایت معتبری این امر آمده باشد یک قاعده کلی داریم که اگر روایتی در معاملات وارد شد و مطابق عرف زمان و مکان امام علیه السلام و صدور این کلام بود ما نمی توانیم از این روایت استفاده کنیم این حکم امام علیه السلام حکم شرعی است برای همه ازمنه و امکانه لعل این کلام امام علیه السلام امضاء سیره آن زمان باشد لذا نمی توانیم اطلاق گیری کنیم و به عرف دیگری که چنین سیره ای ندارد، تسری بدهیم مثلاً از امام علیه السلام سوال شده است حق طلاق با کی است؟ امام علیه السلام در مقام جواب فرمودند لمن اخذ بالساق یعنی با شوهر است چرا که این اخذ بالساق کنایه از همسر و شوهر است و اتفاقاً در همان زمان این حق برای یک نفر بود که شوهر باشد فقهاء از این روایت استفاده کرده اند که شارع مقدس برای شوهر این حق الطلاق را قرار داده است اما ما گفتیم این احتمال است که حق را برای شوهر قرار داده است یا این که شیوه ای را اتخاذ نکرده است و سیره عرفیه آن زمان را امضاء کرده است.

لذا اگر روایتی هم داشته باشیم و مطابق با سیره یا عرف باشد نمی توانیم استفاده کنیم این جعلی بوده است. حتی اگر سیره آن زمان را نتوانستیم احراز کنیم روایت می شود مجمل.

البته باید توجه داشت که روایت در اینجا در مورد امور مالی است که اگر از امور هامه به حساب آید یعنی مبلغ آن معتنی به باشد، نمی توان به روایت عمل کنیم.

## مسألة ۱۰: إذا أجر دابة لحمل متاع

### فعثرت و تلف أو نقص

#### لا ضمان على صاحبها...<sup>۲</sup>

کلام مرحوم سید مطلق است که گاهی اوقات صاحب اسب یا قاطر با اسب و قاطر است و گاهی فقط قاطر و اسب را به طرف می دهد و خود مالک همراه اسب و قاطر نمی باشد در اینجا اگر لغزید صاحب دابه ضامن نمی باشد.

### علت عدم الضمان: عدم استناد التلف الى المستأجر و كون الرواية التي يدعى تدل على الضمان ضعيفة و غير دالة.

چرا که تلف مستند به او نمی باشد بنا بر این می گوئیم که ضامن نمی باشد سبب الضمان محقق نشده است در اینجا تلف متاع مستند به صاحب نمی باشد ولی روایتی داری که ظاهر آن این است که صاحب مرکب ضامن است:

روایت سکونی:

۲۴۳۴۸ - ۹ - ۳ و عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ

الْمُغِيرَةِ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي زِيَادٍ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ قَالَ:

<sup>۱</sup> سه شنبه ۹۶/۰۹/۲۱.

<sup>۲</sup> ... إلا إذا كان هو السبب بنخس أو ضرب.

<sup>۳</sup> (۵) - التهذيب ۷ - ۲۲۲ - ۹۷۱.

## إِذَا اسْتَبْرَكَ الْبَعِيرُ بِحِمْلِهِ فَقَدْ ضَمِنَ صَاحِبُهُ<sup>۱</sup>

استبراک یعنی به سینه زمین خوردن است و به سینه زمین خوردن خصوصیتی ندارد به جای اینکه با سینه به زمین بیاید با پهلوی و شکم به زمین بیاید و به لحاظ عرفی الغاء خصوصیت می شود و ظاهر این روایت است که اگر خسارتی وارد شود صاحب ضامن می باشد.

این روایت بر خلاف قاعده است چرا که تلف مستند به صاحب نمی باشد.

### مناقشة فی الرواية:

به این روایت نمی توان استناد کرد به دو جهت:

#### سندا: وثاقه السكونی لیس بثابتة.

چرا که اولاً روایت سندش ضعیف است در روایت سکونی است که وثاقت آن ثابت نمی باشد.

#### دلالتا: ظاهر استبراک افراط المستأجر او تكون الرواية مجملة.

دوم این که در این روایت کلمه استبرک یعنی با سینه زمین بیاید ظاهراً کنایه از این است که صاحب شتر بیش از اندازه بار بزند و با سینه به زمین بیاید اگر مراد این باشد معلوم است که ضامن است چرا که تلف مستند به اوست این حیوان دویست کیلو بار می تواند ببرد این چهار صد کیلو بار می زند در اینجا تلف مستند به صاحب حیوان است و بعید نمی باشد مراد این باشد یا ظهور در این دارد البته نه به صورت جزمی اگر ظهور نداشته باشد حداقل اجمال دارد.

۱ (۶) - أورد الشيخ هذه الأحاديث في هذا المقام. فتأمل "منه قده".

۲ شيخ حر عاملي، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

پس این روایت علی خلاف قاعده نمی باشد و علی القاعده است و ضمن این که روایت سند هم ندارد.

و در امور هامة هم خبر واحد هم حجت نمی باشد. اما نوبت به این اشکال نمی رسد و این اشکال علی تقدیر تسلیم روایت است.

### ۱...إلا إذا كان هو السبب بنخس أو ضرب.

صاحب دابه در جایی ضامن است در جایی که او سبب باشد مثلاً به حیوان سیخ زد یا شلاق زد که در این صورت او سبب است و تلف مستند به اوست و ضامن است و این هم مستفاد از قاعده اتلاف است.

## مسألة ۱۱: إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع

### فنقص أو سرق

#### لم يضمن صاحبها...<sup>۲</sup>

اگر یک کشتی اجاره کرد یا حیوانی را برای حمل متاعی اجاره کرد در اثناء مسیر این حیوان یا کشتی، متاع سرقت شد یا متاع کم شد مثلاً در بین راه خورجین سوار شد و به مقصد که رسیدند دیدند که گندمها کم شده است یا به هر جهت دیگری اگر نقصان یا تلفی بر مال وارد شد آیا می توان گفت صاحب سفینه و دابه ضامن نمی باشد؟ ایشان می فرمایند ضامن نمی باشد.

<sup>۱</sup> مسألة ۱۰: إذا أجرة دابة لحمل متاع فعثرت و تلف أو نقص لا ضمان على صاحبها ...

<sup>۲</sup> ... نعم لو اشترط عليه الضمان صح لعموم دليل الشرط و للنص.

در مسئله قبلی تلف یا نقصان به خاطر لغزش حیوان بود اما در اینجا دیگر لغزشی در کار نمی باشد. در اینجا هم فرق نمی کند که مالک همراه سفینه و حیوان باشد یا خیر.

## علت عدم الضمان: عدم استناد الاتلاف الی صاحبها و یده لیس بالید العدوانية.

در ما نحن فيه سبب ضمان تلف تحت ید و یکی اتلاف است در صورت سرقت که صاحب اتلاف نکرده است بلکه سارق اتلاف کرده است و اگر سرقت شد نوعاً مالک همراه سفینه است و مرسوم نبوده است که کشتی را بدون مالک اجاره کنند بلکه مالک کشتی را جابه جا می کرده است در اینجا تلف تحت ید است اما تلف تحت ید زمانی سبب الضمان است که ید ید عدوانی باشد و در اینجا ید او ید امانی است.

## ۱... نعم لو اشترط علیه الضمان صح

### لعموم دلیل الشرط و للنص.

بله اگر شرط ضمان کرد گفت در اینجا اگر نقصانی وارد شد و یا سرقت شد تو ضامن باشی در اینجا این شرط صحیح است. یا حتی گفت اگر این تلف به تلف آسمانی بود تو ضامن هستی. مراد از این شرط، شرط نتیجه است یعنی در قبال این تلف ذمه صاحب سفینه مشغول شود به بدل آن شیء تالف.

چرا که دلیل شرط و مقتضای نص این است که صحیح است.

این بحث تکراری است لذا چکیده آن را می گوئیم:

اولاً مرحوم سید بر ضمان دلیلش چه می باشد؟ دو دلیل ذکر کرده است:

---

<sup>۱</sup>مسألة ۱۱: إذا استأجر سفينة أو دابة لحمل متاع فنقص أو سرق لم يضمن صاحبها ...

دلیل شرط و نص.

## و اما دلیل الشرط: روایه «المؤمنون عند شروطهم».

مراد از دلیل شرط این است: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۱</sup>. سید از این کلام استفاده

می کند هر شرطی شود صحیح است و نافذ الا ما خرج بالدلیل. در اینجا هم شرط ضمان کرده است.

## مناقشة: هذا الدليل مخدوش لان الشرط الضمان شرط النتيجة و دليل الشرط مفاده شرط الفعل.

این دلیل تمام است یا خیر؟

این دلیل نا تمام است. دقت کنید همانطور که اشاره کردیم چون بحث شرط ضمان قبلاً بحث شده است دلائلی که برای صحت این شرط آورده اند را نمی خواهیم متعرض شویم که همه را هم جواب دادیم، فقط دو دلیلی که سید بیان کرده اند را متعرض می شویم.

چرا این دلیل تمام نمی باشد؟ دقت کنید شرط بر دو قسم است شرط فعل و شرط نتیجه. شرط فعل این است که شرط می شود یکی از متعاقدين یا هر دو از متعاقدين یک کاری را انجام دهد مثلاً این عبا را می فروشم به شرط این که برای پدرم یک ختم قرآن بخوانی. اما در شرط نتیجه فعلی در کار نمی باشد بلکه یک امر اعتباری با این شرط باید حاصل شود مثلاً من این عقد را انجام می دهم به شرط این که قلم ملک من بشود یا فلان عبت حر باشد که به محض تحقق عقد ملکیت و حریت

<sup>۱</sup> ۲۷۰۸۱ - ۴ - وَ عَنْهُ عَنْ أَبِي بَنْ نُوْحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورٍ بُرْجَ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ قَالَ: قُلْتُ لَهُ إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يَرَا جَعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطْلَقَهَا وَلَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ فَقَالَ بَسَّ مَا صَنَعَ وَمَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلَيْفَ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنْ رَسُولَ اللَّهِ ص قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. ( وسائل الشيعة : ج ۲۱ : ص ۲۷۶، شيخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق. التهذيب ۷ - ۳۷۱ - ۱۵۰۳، والاستبصار ۳ - ۲۳۲ - ۸۳۵).

حاصل می شود بدون این که نیاز به تملیک دیگر یا اعتاقي بعد از عقد باشد. این را می گویند شرط نتیجه

علمای ما در «المومنون عند شروطهم» دو دسته شده اند: بعضی گفته اند فقط شرط فعل را می گیرد و بعضی گفته اند هر دو را می گیرد. سید قائل می باشند که هر دو را می گیرد ما ها قائلیم که اصلا شرط نتیجه را نمی گیرد چرا؟ معنای «المومنون عند شروطهم» عبارت است از اینکه مومن از شرط خودش جدا نمی شود بین مومن و شرط فاصله نمی باشد کنایه از این است که از شرط تخلف نمی کند و بر مومن وفاء به شرط واجب است. وجوب به چی تعلق می گیرد؟ دائما وجوب به فعل ارادی تعلق می گیرد و در شرط نتیجه فعلی در کار نمی باشد بلکه حصول نتیجه است لذا «المومنون عند شروطهم» با اینگونه شروط کاری ندارد.

پس «المومنون عند شروطهم» شرط نتیجه را نمی گیرد سید می خواست بگوید که در ما نحن فیه شرط ضمان کرده است و به مقتضای «المومنون عند شروطهم» این شخص ضامن است و شرط صحیح است در حالیکه شرط ضمان شرط نتیجه است. لذا برای صحت شرط ضمان به «المومنون عند شروطهم» نمی توان تمسک کرد.<sup>۱</sup>

درست است که ما عقلائی هستیم اما ما قائلیم در باب امارات اگر شخص عالم باشد مثلا من می دانم زید عادل است اماره هم می گوید زید عادل است این اماره حجت برای من است.

---

<sup>۱</sup> اگر بخواهد به نحو شرط فعل ضمان را شرط کند می گوید که این سفینه را از تو اجاره می کنم به شرط این که اگر خسارتی بر مال من وارد شد تو تدارک کنی و به مقدار تلف شده به من تملیک کنی که این از بحث ما خارج است.

دائماً روایت به اندازه سیره اطلاق پیدا می کند اما «المؤمنون عند شروطهم» شرط نتیجه را نمی گیرد. ،،،

### و اما النص: خبر موسی بن بکر.

سید دو دلیل آورد. دلیل دوم سید نص بود خبر موسی بن بکر عن ابی الحسن علیه السلام:

۲۴۳۴۴-۵-۱ و عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ ع قَالَ:

سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ سَفِينَةً مِنْ مَلَّاحٍ فَحَمَلَهَا طَعَامًا وَ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ نَقْصَ الطَّعَامُ فَعَلِيهِ قَالَ جَائِزٌ قُلْتُ إِنَّهُ رَبَّمَا زَادَ الطَّعَامُ قَالَ فَقَالَ يَدْعِي الْمَلَّاحُ أَنَّهُ زَادَ فِيهِ شَيْئًا؟ قُلْتُ لَا. قَالَ هُوَ لِصَاحِبِ الطَّعَامِ الزِّيَادَةُ وَ عَلَيْهِ النُّقْصَانُ إِذَا كَانَ قَدْ اشْتَرَطَ ذَلِكَ.<sup>۲</sup>

این روایتی است که سید اشاره به آن داشته اند.

### مناقشة:

این روایت سندا و دلالتا تمام نمی باشد:

**سندا: موسی بن بکر نیست بثقة.**

مشکل سندی این روایت این است که موسی بن بکر وثاقت ندارد و وجوه وثاقت او را قبول نکردیم.

<sup>۱</sup> (۱) - الکافی ۵- ۲۴۴- ۴، و آورده عن السرائر فی الحديث ۱ من الباب ۲۷ من هذه الأبواب.

<sup>۲</sup> وسائل الشیعة: ج ۱۹؛ ص ۱۵۰، شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.



### دلالتا: کلام الامام علیه السلام مجمل ایکون فی مقام بیان شرط الفعل او النتيجة؟ لا نعلم.

مشکل دلالتی آن هم این است که امام فرمودند که نقصان بر او است احتمال دارد که مراد این است که او باید تدارک کند کان شرطی که کرده است شرط فعل است و این خارج از فرض است و محل بحث ما شرط نتیجه است. یعنی امام در اینجا شرط ضمان را شرط فعل گرفته است و این اشکالی ندارد اما بحث ما شرط ضمان به شرط نتیجه است. ضمان یعنی اشتغال ذمه در حالی که اگر به نحو شرط فعل باشد می فرمودند و فعلیه التدارک یا شرط تدارک کرده باشد دیگر نمی گفت که شرط ضمان کند. لذا این روایت می شود مجمل نفهمیدیم که شرط نتیجه است یا ضمان.

<sup>۱</sup> در اینجا که شرط کرده است که ضامن باشی بین علمای ما اختلاف است که آیا این شرط درست است یا خیر باطل است؟ بعضی گفته اند این شرط درست است و بعضی گفته اند که این شرط باطل است و بعضی تفصیل داده اند بین اجاره اعیان و اجاره بر اعمال.

در اجاره بر اعیان مثل اینکه ماشین را اجاره داد و شرط کرد که اگر خسارتی وارد شد بر مال تو ضامن می باشی و مشهور گفته اند که این شرط باطل است و اثری ندارد. اما در اجاره بر اعمال گفت که اگر بر این پارچه خسارتی وارد شد تو ضامن هستی در اینجا مشهور بر عکس شده اند که در اجاره بر اعمال گفته اند که شرط درست است. مشهور تفصیلی شده اند قبلا این بیان آمده بود و تفصیلا بحث شد. این اقوال در مسئله.

### مختارنا: جواز هذا الشرط.

در اینجا ما مختار خودمان را بیان می کنیم:

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۶/۰۹/۲۲.

گفتیم این شرط در اجاره بر اعمال و اعیان درست است تقریبی باید بکنیم که اشکالات وارده رفع شود.

ابتداءً ید امانی و عدوانی را توضیح دهیم ید یعنی استیلاء. گفته شده است که ید انسان بر مال یا امانی است یا عدوانی. ید امانی مقتضای آن و خصوصیت آن این است که اگر مال تحت ید من تلف شود من ضامن نمی باشم بخلاف ید عدوانی که اگر مال تلف شود تحت ید من ضامن می باشم. دائماً در ید، مسئله مسئله تلف است نه اتلاف.

ما برای ید امانی می توانیم امثله ای را ذکر کنیم. مثلاً اگر کسی مالی را به عنوان عاریه یا ودیعه قرار داد این ید شخص امانی است. اگر کسی ماشین را اجاره داد و به مستاجر تحویل داد ید مستاجر نسبت به مال مستاجر امانی است. یدهایی که امانی نباشد در اصطلاح می شود ید عدوانی این در قالب مثال است اما حقیقت ید امانی و عدوانی چه می باشد که مال اگر تحت ید عدوانی تلف شود ضامن است اما تحت ید امانی ضامن نمی باشد.

گفته شده است در سیره عقلاء اگر مالی تحت ید کسی تلف شود ضامن است الا در ید امانی از این مشخص می شود که ید عدوانی در مقابل ید امانی است لذا باید ید امانی تعریف شود. ید عدوانی این نمی باشد که حتماً ید ظلمانی باشد خیر می تواند تعدی و ظلمی در کار نباشد در عین حال ید عدوانی باشد مثلاً شما از کسی عبا می خرید و واقعاً هم خرید و تعدی و ظلمی نکردید و واقعاً خریدید اما عبا در اصل دزدی بوده است این ید شما ید امانی نمی باشد.

لذا اگر حقیقت ید امانی را تعریف کنیم هم ید امانی مشخص می شود و هم ید عدوانی مشخص می شود. در اذهان علمای ما ید عدوانی هر یدی است که امانی نباشد.

## حقیقة الید الامانیة: الید المستعلیة علی المال الذی لیس له احترام عند العقلاء.

هر مالی که تحت ید کسی قرار می گیرد و این مال الغاء احترام شده باشد آن ید آن شخص بر آن مال می شود ید امانی. الغاء احترام شده باشد یعنی چه؟ یعنی در مقابل خسارت و تلف الغاء احترام شود وقتی که الغاء احترام شد این ید را اصطلاحاً ید امانی می گویند که در سیره عقلاء چنین یدی ضامن نمی باشد. چه کسی الغاء احترام کرده باشد؟ عقلاء باید الغاء احترام کرده باشند از این مال تحت ید یک شخص اگر قلاء الغاء احترام کردند این ید رامی گویند ید امانی اصلاً معنای الغاء احترام این اسکه خسارت و تلفی که ی که بر مال وارد می شود در آن ضمانی نمی باشد.

چگونه عقلاء الغاء احترام می کنند؟ به انحائی الغاء احترام می کنند یکی این که خود مالک الغاء احترام کند. خود ودیعه و عاریه دادن الغاء احترام است از طرف جناب مالک و عقلاء در طول الغاء احترام مالک، الغاء احترام می کنند.

گاهی وقتها این الغاء احترام از جانب رئیس یک عرف است مثلاً الغاء احترام از جانب شارع که در نزد عرف هم الغاء احترام شده و به تبع در نزد عقلاء هم الغاء احترام می شود گاهی اوقات عقلاء مستقلاً الغاء احترام می کنند مثلاً موبایلی در وسط کوچه افتاده است و شما برای جلوگیری از تلف و پیدا کردن مالک آن بر می دارید این ید شما امانی است نه مالک الغاء احترام کرده است و نه عقلاء حتی اگر عرف و مالک الغاء احترام نکنند عقلاء الغاء احترام می کنند پس ید امانی یعنی استیلاء بر مالی که الغاء احترام شود نزد عقلاء.

## حقیقة الید العدوانیة: الید التی لیست بامانیة.

ید عدوانی هم در مقابل ید امانی است یعنی یدی که امانی نباشد آن ید عدوانی است.

حال ما وقتی ماشین یا خانه یا کشتی را به کسی اجاره می دهیم یا کسی را اجیر می کنیم که مال و متاع ما را جابه جا کند یا این پارچه را برای ما بدوزد، آنچه در ارتکاز است این است که باید مال را به نحو الغاء احترام و به صورت امانی به دیگری بدهد. وقتی این شرط ارتکازی در عقد اجاره بود اما حالا این عقد اجاره را بسته است اما با شرط ضمان. حال که ضمان را شرط می کند می گوید که من این خانه را به تو اجاره می دهم اما نه با الغاء احترام بلکه بدون الغاء احترام این ید در اصطلاح فقهی می شود ید عدوانی که هر مالی تحت ید تلف شود ضامن است چرا که الغاء احترام مالک پشت سرش نمی باشد. لازم نمی باشد که تضمین کند و ایجاد احترام کند بلکه فقط باید الغاء احترام نکند.

عقلاء در زندگی مالکین دخالت نمی کنند خود را نخود هر آشی نمی کنند الا در مواردی که موجب اختلال نظام شود مثل عدم امضاء معاملات غرری چرا که در این صورت می بیند که اگر بخواهد امضاء کند نزاعات معاملی به حدی زیاد می شود که اختلال نظام حاصل می شود. در این صورت دخالت کرده و این معاملات را امضاء نمی کند. ناس واقعا مسلط بر اموالشان می باشند اما تا جایی که برای دیگران و جامعه ایجاد اشکال نکند. اما در مواردی که امضاء اعمال و افعال مالکین موجب اختلال نظام نشود امضاء می کند و زمانی که مالک الغاء احترام نکرد عقلاء هم اینجا الغاء احترام نمی کنند.

کلا مشهور قائلند در تلف سماوی ید، ید عدوانی است.

در ید عدوانی باید اتلافی در کار نباشد و الا دیگر نوبت به قاعده اتلاف می رسد نه قاعده تلف تحت ید.

شاهد بر این ارتکاز هم این است که دائما با الغاء احترام اموال خودشان را در اختیار دیگران قرار می دهند.

هذا تمام الكلام در مسئله ۱۱.

## مسألة ۱۲: إذا حمل الدابة المستأجرة

أزید من المشتراط أو المقدار المتعارف مع الإطلاق

ضمن تلفها أو عوارها...<sup>۱</sup>

اگر کسی شتری را اجاره کرد برای حمل متاع و طرف هم شرط کرده بود که بیش از دویست کیلو بار نزنند و یا شرط نکرد که منصرف به متعارف می شود و فرضاً متعارف هم این است که بر شتر دویست کیلو بیشتر بار نمی کنند و این شخص به جای دویست کیلو سی صد کیلو بار کرد و این شتر مرد یا معیوب شد این جا ضامن است.

### دلیل الضمان: قاعدة الاتلاف.

در اینجا دیگر قاعده تلف تحت ید نمی باشد بلکه نوبت قاعده اتلاف است چرا که این عیب و فوت مستند به این شخص است.

در زماننا هذا ماشینی را کرایه می کند و به صورت متعارف پنج نفر سوار می شوند و این شخص نه نفر را سوار کرد سه نفر جلو و شش نفر را در عقب سوار کرد این ماشین اگر معیوب شود این شخص ضامن است در صورتی که مستند به این شخص باشد.

عوار یا عوار یعنی عیب.

<sup>۱</sup> ... و الظاهر ثبوت أجرة المثل لا المسمى مع عدم التلف لأن العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقيد ثبت عليه المسماة و أجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة

دقت کنید در قاعده اتلاف اصلا ید معیار نمی باشد کسی در حال حرکت است و سنگی بر شیشه ماشین طرف می زند در اینجا آیا ید او امانی بوده است یا عدوانی بوده است یا اصلا ید نداشته است؟ اصلا ید نداشته است شیشه که می شکند ضامن است. اما در قاعده تلف تحت ید باید ید عدوانی باشد دقت کنید این شتری که اجاره کرده بود برای این که دویست کیلو بیشتر بار نزد و سیصد کیلو بار زد و این شتر هم فرضا تلف نشد و معیوب هم نشد و اتفاقا شتر را با بار دزدیدند خوب آیا جناب مستاجر ضامن شتر است یا خیر؟ اینجا می شود تلف که باید دید که ید او عدوانی است یا ید امانی؟ قبلا گفتیم که ید او می شود ید عدوانی چون الغاء احترام به اندازه ای بود که بخواهد به مفاد عقد عمل کند ولی این شخص به مفاد عمل نکرد و ید او شد عدوانی.

### ان قلت:

نسبت به حفظش ید او امانی است اما نسبت به این مقدار بار کردن ید او عدوانی است.

### قلت:

در نزد عرف این تفصیل را نمی دهند. مشکلی در تفصیل نمی باشد مسئله این است که در ارتکاز عرف چه می باشد؟ وجدان ما می گوید که تفصیل نمی دهند. گفته نشود موید عدم تفصیل این است که از آنجائیکه عقلاء می بینند که اگر تفصیل بدهند اجاره تعطیل می شود چرا که دیگر مالکین اقدام بر اجاره دادن نمی کنند چون می بینند که در این صورت دیگر تسلطی بر مال خویش نخواهند داشت چرا که مستاجر وقتی می بیند که اگر بیش از متعارف بار بزند اما اتفاقی نیافتد ضامن نمی باشد طرف مواظبت می کند که اتفاقی نیفتد و بیش از مقدار شرط شده بار می زند.

جواب این که همین که معصیت می کنند و اگر تلفی ایجاد شود ضامن است و اگر هم تلفی صورت نگیرد مسئول باشد این باعث عدم دور زدن و ضمانت اجرایی عمل به مفاد اجاره و عدم تخلفی از شرط است.

## ۱... ۲ و الظاهر ثبوت أجره المثل<sup>۳</sup> لا المسمى مع عدم التلف

لأن العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد ثبت عليه المسماة و أجره المثل بالنسبة إلى الزيادة.

اشاره به فرع کنیم و بعد متن و بعد هم شرح مسئله:

### توضیح الفرع:

فرع این است که اگر بیش از مقدار متعارف بار زد مثلاً مقدار متعارف صد کیلو است و این فرد صد و پنجاه کیلو بار زد اما در عین حال مشکلی برای حیوان ایجاد نشد حال در اینجا چه اجرتی باید با مالک دابة بدهد؟ اجرة المسمى؟ اجرة المثل مقداری که بار زده است؟ اجرة المسمى به اضافه اجرة المثل اضافه؟ سه احتمال است. مثلاً اجرة المسمى صد کیلو، ۱۰۰ دینار بود و اجرة المثل ۱۵۰ کیلو، ۱۲۰ دینار بود. اجرت المسمى و اجرت المثل ۵۰ کیلو را بدهد که مثلاً ۵۰ دینار بوده است یعنی بنا بر احتمال سوم باید ۱۵۰ دینار بدهد. بنا بر احتمال دوم اجرة المثل ۱۵۰ کیلو فرضاً ۱۲۰ دینار است و بنا بر احتمال اول که فقط باید اجرة المسمى را بدهد باید ۱۰۰ دینار بدهد.

<sup>۱</sup> سه شنبه ۹۶/۰۹/۲۸.

<sup>۲</sup> مسألة ۱۲: إذا حمل الدابة المستأجرة أزيد من المشرط أو المقدار المتعارف مع الإطلاق ضمن تلفها أو عوارها...

<sup>۳</sup> اجرة المثل مجموع مورد اجاره و زیادی که در مثال ما مورد اجاره صد کیلو و اضافه ۵۰ کیلو است لذا باید اجرة المثل ۱۵۰ کیلو را بدهد که فرضاً ۱۲۰ دینار بود.

## کلام السید: فی صورة التقييد اجرة مسمى المجموع و فی الشرط مجموع اجرة المسمى و اجرة مثل الزيادة.

خوب سید تفصیل می دهد می گوید اینکه اجیر شده است تارة بر اساس تقييد است یعنی مقید است به این که از مقدار متعارف بیشتر بار نزنند و تارة بر اساس شرط است یعنی این را به تو می دهم مشروط بر اینکه از متعارف بیشتر بار نزنی.

تقييد یعنی چه؟ معنای تقييد این است که من اجاره می دهم برای حمل صد کیلو نه بیشتر به شرط اینکه بیش از صد کیلو نشود به نحوی که اگر بیش از صد کیلو بار نزنند به مورد اجاره عمل نشده است. سید می گوید اگر به نحو تقييد باشد باید اجرة المثل ۱۵۰ کیلو را بدهد که در مثال ما ۱۲۰ دینار است اما اگر به نحو شرط باشد باید ۱۵۰ دینار را بدهد هم اجرة المسمى ۱۰۰ کیلو را بدهد و هم اجرة المثل ۵۰ کیلو که ۵۰ دینار را بدهد.

نوعاً این طور است که وقتی مقدار بیشتر شود اجرة پایین می آید. خانه ای که برای ده سال اجاره کنید اجرت آن از خانه ای که برای یکسال اجاره کرده اید کمتر است در اینجا هم که اجاره کرده است برای صد کیلو اجرت صد دینار است اما از ابتداء برای صد و پنجاه اگر کرایه می شد صد و بیست دینار است.

خوب احتمال اول که خیلی دور از ذهن است می ماند دو احتمال دوم و سوم.

این کلام سید در متن است.

### اما شرح المسئلة:

مقدمة: التهافت للسيد في هذه المسئلة و مسئلة ۶ التي ستجىء انشاء

الله.

قبل از این که وارد شرح شویم یک نکته را یاد آوری می کنم و آن نکته تهافت است سید همین مسئلة را در فصل بعدی در مسئلة شش دارد که در آنجا فتوای دیگری



داده است گفته است اگر در صورت تقیید باشد باید دو اجرت را بدهد یکی اجرت المسمی و یکی اجرة المثل اجرة المسمی را باید بدهد چرا؟ این در فقه مسلم است که وقتی یک شیئی را اجاره کردیم ضامن اجرة هستیم چه از آن شیء استفاده کنیم یا خیر. خوب این اجاره کرده بود برای حمل ۱۰۰ کیلو که استفاده نکرد پس ۱۰۰ دینار بابت اجرت المسمایی که به عقد ضامن شد را باید بدهد. اما می رویم سراغ ۱۵۰ کیلو که استیفاء کرد باید اجرت آن را بدهد منفعت حمل ۱۵۰ کیلو ملک مستأجر نبود و فقط منفعت ۱۰۰ کیلو ملک مستأجر بود که استیفاء نکرد به قاعده اتلاف یا تلف ضامن است که بحث آن در آینده می آید.

در مسئله شش فصل آینده می گوید که باید ۲۲۰ دینار بدهد با اینکه در اینجا گفته است ۱۲۰ دینار بر ذمه اش است. این مسئله عویصه ای است مثلاً خانه ای را برای سکونت اجاره کرده است اما در آن فروشنده می کند و تخلف امر رایجی است در اینجا باید چه کنیم این مسئله را موکول می کنیم به بحث مسئله ۶ چرا که اقوال و اختلاف زیاد است و باید به تفصیل بیان شود که اگر ما به مورد اجاره عمل نکردیم و منفعتی را استیفاء کردیم که مورد اجاره نبود حکم مسئله چه می باشد.

اشتراک سید در اینجا با مسئله ۶ فصل بعد در این است که باید اجرة المثل مجموع را بدهد اما اختلاف این است که در اینجا نیاز نمی باشد اجرة المسمی را بدهد در مسئله ۶ فصل آینده می گوید که باید اجرة المسمی را هم بدهد.

### اما شرح المتن: فی صورة الشرط یضمن المجموع.

از این مقدمه مشخص شد که نصف شرح موکول به آینده شد و صورت شرط را در اینجا و صورت تقیید را در مسئله ۶ فصل آینده بحث می کنیم.

صورت شرط این است که این را اجاره داده است و گفته است این را اجاره می دهم برای حمل بار و شرط کرده است که بیش از صد کیلو بار نزنند و این ۱۵۰ کیلو بار زد.

می دانید در باب شرط، تخلف شرط عقد را فاسد نمی کند شما می گوید که این خانه را اجاره می دهم به شرط این که موسیقی گوش ندهی این موسیقی گوش داد اجاره درست است و سکونت او حلال است فقط اینجا دو معصیت انجام داده است معصیت استماع به موسیقی و معصیت تخلف از شرط. وفاء به شرط واجب است و در صورت تخلف ترک واجب کرده است.

خوب این را دقت کنید در ما نحن فيه تطبیق می کنیم.

این اجاره داده بود برای حمل گندم و شرط بود که بیش از صد کیلو بار نزنند و این ۱۵۰ کیلو بار زد عقد اجاره درست است به عقد اجاره ضامن اجرة المسمی شد و صد دینار را ضامن است. می آییم سراغ پنجاه کیلو در اینجا این شخص نسبت به منفعت ۵۰ کیلوی زیادی الغاء احترام نکرده بود و ماذون نبود باید اجرة المثل ۵۰ کیلو را بدهد که ۵۰ دینار فرضا است لذا باید ۱۵۰ دینار بدهد.

### ان قلت:

گفته شده است که سید عبارتش درست است اما ناقص است به جهت اینکه مگر شرط نکرده بود که بیش از صد کیلو نزنند و این به شرط وفاء نکرد می دانید در شرط فعل اگر مشروط علیه تخلف کرد طرف مقابل حق فسخ دارد خوب طرف مقابل که موجر است عقد را فسخ می کند اجرة المثل ۱۵۰ کیلو را از این می گیرد در مثال اجرة ۱۵۰ کیلو به ضرر موجر بود چرا که ۱۲۰ دینار بود لذا فسخ نکرد. اما بعضی اوقات بالعکس است مثلاً اجرة المثل ۱۵۰ کیلو چون فشار زیاد می آید و در معرض تلف است اجرت بالا می رود در اینجا اگر فسخ می کرد می رفت سراغ اجرة المثل

۱۵۰ کیلو که ۲۰۰ دینار بود. بخلاف این جا که مجموع اجرة المسمى و اجرة المثل ۱۵۰ دینار بود. ۵۰ دینار به ضرر موجر می شود.

در حالی که سید نفرمود که حق فسخ دارد. گاهی اوقات اگر فسخ کند به نفع موجر است لذا می بایست این را بگوید.

### قلت:

جواب دادند که کلام سید ناقص نمی باشد چرا که در این جا مراد سید حصه بوده است و لفظ شرط را بکار برده است یعنی این را اجاره می دهد برای حصه که این حصه صد کیلو است نه به نحو شرط فعل که آن بار بیش از صد کیلو نباشد. در اینجا مستاجر هم مورد اجاره را استیفاء کرده است و منفعتی را استیفاء کرده است که مورد اجاره نمی باشد. مثلاً یکبار شما اجاره می دهی برای حمل کیسه و شرط نمی کنی که غیر کیسه را بار زن و نسبت به شیء دیگر ساکت است این اجاره به نحو حصه است اما در صورتی که شرط کنی و ساکت نباشی و بگویی که غیر کیسه هم بار زن.

### مناقشه:

این مورد اجاره نسبت به زائد یا لا بشرط است یا به شرط لا اگر لا بشرط باشد بر می گردد به کلام سید که بر حمل ۱۰۰ کیلو اجاره داده است به شرط فعل اینکه بیش از ۱۰۰ کیلو بارش نکند. و اگر به شرط لا باشد می شود تقیید. سید می فرمود که متعلق اجاره یا حمل گندم است یا صد کیلو است که اگر صد کیلو باشد یعنی به شرط لا است که این می شود تقیید و اگر شرط نکرده باشد یعنی لا بشرط باشد یعنی برای حمل گندم اجاره داده است اما شرط کرده است که بیش از ۱۰۰ کیلو بار نزد.

یعنی این شخص فکر می کرده است که اجاره سه قسم است حصه و تقیید و شرط در حالیکه اجاره دو قسم بیشتر نمی باشد شرط و تقیید و حقیقت حصه همان تقیید است.

پس این اشکال بر سید وارد است که حق فسخ را متعرض نشده است و این فرضی هم که متعرض شدیم و گفتیم که گاهی اوقات فسخ به نفع سید است و تصویری کردیم به خاطر این بود که کسی نگوید که شاید سید دیده است که دائماً در صورت فسخ کمتر می برد یا صورت فسخ و غیر فسخ مثل هم است. در عین حال باز این حق فسخ بود و باید متعرض می شد.

\*/%\*

## ۱ مسأله ۱۳ : إذا اکتري دابة

### فسار عليها زیادة عن المشترط ضمن

اگر کسی مرکبی را برای رفتن به جایی کرایه کرد بعد از رفتن به مقصد به جای دیگر رفتیم و بعد به مقصد برگشتیم و به مبدأ برگشتیم در اینجا شخص ضامن چه می باشد؟

### و الظاهر ثبوت الأجرة المسماة

بالنسبة إلى المقدار المشترط و أجرة المثل بالنسبة إلى الزائد

می فرمایند که ببینیم که اجرة المسمى چقدر بوده است را باید بدهد که مثلاً ۱۰۰ دینار است و اجرة المثل رفتن به شهر بعد از مقصد و برگشت به آن را باید بدهد که مثلاً ۵۰ دینار می باشد.

،،، ما دائماً اجرة المثل زائد را می دهیم و اجرة المسمى را هم به مقتضای عقد می دهیم این مسئله با مسئله قبلی که به مقصد رفت اصلاً و به جای دیگر رفتن در اینجا منفعت اجاره را استیفاء کرد و زائد بر آن هم استیفاء کرده است . که باید ببینیم که اجرة المثل مسیر رفت و برگشت زائد چه مقدار است علاوه بر اجرة المسمى باید بدهیم. در اینجا فرض سید این بوده است که مورد اجاره بر اساس تقیید است. پس تخلف دو صورت است که یکبار تغییر می دهد مورد اجاره را و یکبار اضافه بر اجاره انجام می دهد که در اینجا زائد بر مورد اجاره استیفاء کرده است.

گاهی اوقات زیاده به مغایرت می انجامد و گاهی به مغایرت نمی انجامد در مسئله قبل اگر بر صد کیلو اجاره م یداد و شما ۱۵۰ کیلو می دادید شما منفعت اجاره را استیفاء نکردید و منفعت دیگر استیفاء کرده ید که منفعت ۱۵۰ کیلو باشد اما در اینجا منفعت اجاره را استیفاء کردید و علاوه بر آن هم استیفاء کردید.

در ضمان این فرق اثر دارد اجرة المسمى در اینجا در ای حال ثابت است در مسئله قبلی اختلاف است که باید اجرة المسمى را باید بدهد یا خیر.

وجه سید:

اجرة المسمى بنا بر مورد اجاره ضامن است و اجرة المثل را ضامن است به خاطر قاعده اتلاف که استیفاء منفعت به معنای اتلاف است و قاعده اتلاف مطلق است. اختلافی با مشهور داری که مشهور می گوید که مالک عین مالک منفعت هم می باشد ما ها مالکیت بر منفعت را منکریم و من که مالک خانه هستم من مالک عین هستم و مالک منفعت می باشم اما می توانم منافع مال خودم را استیفاء کنم و غیر به

اذن من می تواند از منافع ملک من استفاده می کند اما ما قائلیم که قاعده اتلاف اختصاص به املاک ندارد شامل منافع ملک من هم می شود. به عبارت دیگر من در مقام استیفاء این دار می توانم پول مطالبه کنم مثلاً منزل من در این خیابان است من نمی توانم از دیگری بخاطر استیفاء پول بگیرم اما اگر جاده یا خیابان یا کوچه ای مملوک کسی باشد این حق را عقلاً دارد که در قبال استیفاء مال پول دریافت کند می دانید که بعضی از خیابانها و کوچه ها اختصاصی است و من مالک پولی در ذمه شخص عبور کننده می شود همه اینها بر اساس سلطنت ناس بر اموال خود است ،،، اصلاً صحیحه ابی ولاد هم این است که شتری را برای نیل کرایه کرده بود و بیشتر استیفاء کرد که امام فرمودند باید پول زیاده را بدهد.

این که زیاده مغیر است این عرف است عرف ۱۵۰ کیلو را به ۱۰۰ کیلو و ۵۰ کیلو تقسیم نمی کند اما عرفی است که رفته است به مقصد و از مقصد تجاوز کرده است.

در بحث بار ظاهراً که کمیت تغییر پیدا کند مغیر است.

## ۱۴ مسألة يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل

### أن يضربها إذا وقفت على المتعارف

أو يكبحها باللجام أو نحو ذلك على المتعارف...

اگر حیوانی را کرایه کرد و توقف کرد می توان حیوان را زد البته به متعارف می تواند بزند. چه به لحاظ کمیت و به لحاظ شدت مثلاً اگر به دو ضربه راه رفت سه ضربه نزد اگر به آرامی بزنند راه می رود نمی تواند تازیانه شدید را بزند بنا بر این که این متعارف باشد.

یکبج یعنی کشیدن کشیدن لجام هم اثر توقفی دارد و هم اثر تحریکی یا اینکه سیخی بزنند یا چوب بزنند این اگر متعارف باشد مانعی ندارد.

ایذاء حیوان حرام نمی باشد و الا حیوان در هنگام بار بردن اذیت می شود بلکه تعذیب حرام است مثلاً به حیوان گرسنگی یا تشنگی بدهند یا وسط گرما یا سرما نگه دارند یا آن را آتش بزنند.

همه اینها را سید می فرمایند جایز است دلیل اینها این است که وقتی اجاره می دهد و چیزی نمی گوید و شرطی نمی کند یعنی اجاره می دهد بر انتفاع متعارف و این امور هم در حمل بار متعارف است. در اجاره متعارف اذن بر این امور هست وقتی مالک اذن داد اینگونه تصرفات می شود مباح.

این به نحو شرط ارتکازی نمی باشد چرا که شرط غیر جزء است و این حمل متعارف جزء منفعت است.

متعلق اجاره منفعت بر متعارف و این منفعت متعارف هم متوقف بر ضرب متعارف است تملیک انتفاع متعارف متضمن اذن در ضرب است. ای نخودش اذن در ضرب است همین اجاره دادن به نحو متعارف اذن در ضرب می باشد.

خودش متضمن این می باشد بیان این او تملیک کرده است انتفاع متعارف را و تسلیط کرده است بر انتفاع متعارف و انتفاع متعارف موقوف بر ضرب اس و این تملیک متضمن اذن بر ضرب است. این فرع اول در مسئله ۱۴.

### ...إلا مع منع المالك من ذلك...

اگر اذن نداد این ضرب می شود تصرف در ملک غیر بدون اذن و مالک این اسب و این مصداق تصرف عدوانی است طبق مختار ما.

حال اگر اجاره داد و فردا گفت حق ضرب نداریم این منع اثری دارد یا خیر. دیروز اجاره بر متعارف دارد که متضمن اذن در ضرب است امروز منع کرد از ضرب می تواند بعد از این منع حیوان را بزند. ای منعش اثر ندارد چرا؟ ما اذن دو قسم داریم: یک اذن مستقل و یک اذن ضمنی در اذن مستقل مثلاً کسی می گوید که اجازه می دهیم ک در فرش بیشینم و بعد از نشستن گفت که من بشسمان شدن و بلند شود در اینجا باید شخص بلند شود و می توانم هر زمان بر گردم. یک اذن ضمن عقد داریم ضمن عقد بر اجاره اذن بر ضرب داده بود در عقد اجاره اذن در ضرب داده بود و دلیلش سیره عقلاء است در سیره عقلاء مالک وقتی اذن در تصرف می دهد هر زمانی که می خواهد از اذن خود برگردد اما اگر اذنش در ضمن عقد بود نمی تواند از اذن خود برگردد لذا اگر می خواهد کسی از اذنش برگردد باید در ضمن عقد این اذن را بگیرد مثلاً بگوید در قبال این مصالحه شاخه نبات به هزار تومان به شرط اذن از کتابخانه شما در اینجا اگر از اذن بر استیفاء از کتابخانه برگردد اثری ندارد.

## أو كونه معها

### و كان المتعارف سوقه هو...

اگر مالک همراه باشد و متعارف در این صورت این است که مالک سوق می دهد در این صورت تصرف او در حیوان جایز نمی باشد چرا که عقد اجاره متضمن اذن بر ضرب و سیخک زدن و امثال این نمی باشد

## و لو تعدی عن المتعارف

### أو مع منعه ضمن تقصها أو تلفها...



حال اگر از متعارف تعدی کرد مثلاً با میلگرد زد و استخوانش شکست یا حیوان تلف شد یا ضرب متعارف انجام داد اما ماذون نبود مالک اذن در ضرب نداده بود و در اثر ضرب متعارف دابه تلف شد یا ناقص شد سید می فرمایند که ضامن است.

چرا ضامن است؟

قاعده اتلاف قاعده اتلاف می گوید که اگر مالی یا وصف مالی را تلف کنیم ضامن نمی باشیم بنابراین تلف این حیوان و نقص مستند به متلف است.

### ...أما في صورة الجواز

ففي ضمانه مع عدم التعدي إشكال بل الأقوى العدم لأنه مأذون فيه.

سید می فرمایند که ضامن نمی باشد چرا که اذن در تصرف دارد و اذن در ضرب عقلاً الغاء احترام است و قاعده اتلاف مال اموال محترم است.  
هذا تمام الكلام في المسئلة ١٤.

### ١٥ مسألة: إذا استوجر لحفظ متاع فسرَق لم يضمن

#### إلا مع التقصير في الحفظ

ولو لغلبة النوم عليه

اینکه می گویند که ضامن نمی باشد چرا که ید او ید امانی است و در تلف تحت ید اگر ید امانی باشد ضامن نمی باشد اما اینکه یکی از مثالهای تقصیر غلبه نوم است . مرحوم خوئی فرمودند که نوم دو فرد دارد که یکبار خیلی خوابش می گیرد و می رود

و می خوابد اما یک بار به خاطر غلبه نوم نمی رود بخوابد بلکه خوابش می برد در اینجا دیگر تقصیر ندارد و ضامن نمی باشد. پس تقصیر در صورت این است که خودش رفت و خوابید اما در صورتیکه خودش خوابش برد در اینجا دیگر مقصر و در نتیجه ضامن نمی باشد. پس غلبه نوم هم با تقصیر و هم عدم تقصیر می سازد.

اشکال بر کلام مرحوم خوئی:

اولا:

صورت اول که می رود خودش می خوابد از کلام سید بیرون است و به این غلبه نوم نمی گویند می توانست با راه رفتن و آب به صورت زدن بیدار بماند غلبه نوم در جایی اسک ه اراده انسان مقهور شود

ثانیا:

اگر بدون اختیار خوابش برد دیگر مقصر نمی باشد چرا که دیگر اراده ای ندارد. این فرمایش هم ظاهرا تمام نمی باشد در غلبه نوم می تواند عن تقصیر و قصور باشد عن تقصیر مثل این که شب را زود نخوابیده است آنجا مقصر است کسی که می خواهد شب نگهبان باشد باید روز قبلش را خوب بخوابد که بتواند خوب نگهبانی دهد اما یکبار استراحتهای لازم را کرده است اما یک آن بدون اینکه اراده ای داشته باشد خوابش ببرد. یا مثل اینکه شب گذشته به خاطر حادثه غیر مترقبه ای خوابش نبرد یا خیر زود هم خوابید اما خوابش نبرد در اینجا هم مقصر نمی باشد ظاهرا.

اینها علی القاعده بود اما ما روایتی داریم که از این روایت فهمیده می شود که این اجیر ضامن است ما کسی را اجیر کردیم که از این محصول زمین و اموال مواظبت کند و سرقت شد:

موثقه اسحاق بن عمار:

وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۱۴۰

۲۴۳۱۶-۳-۱ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّقَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ  
كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيًّا ع كَانَ يَقُولُ لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِ الْحَمَامِ  
فِيمَا ذَهَبَ مِنَ الثِّيَابِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَ الْجُعْلَ عَلَى الْحَمَامِ وَلَمْ يَأْخُذْ عَلَى الثِّيَابِ.<sup>۲</sup>

در قدیم کمد نبود و لباسهای خود را روی سکو در می آوردند و می رفته اند.

از مفهوم این روایت این فهمیده می شود که اگر اجرة بر نگهبانی می گرفت  
ضامن بود چرا که قید را احترازی آورده است که کسی اخذ اجرة نکرده ضامن نمی  
باشد مفهوم وصف یا حد این است که اگر اخذ اجرة کرد این ضامن است.

این استدلالی است که شده است به این روایت.

خود اسحاق بن عمار فساد مذهب دارد لذا تعبیر به موثق شده است. یا فطحی  
مذهب یا واقفی بوده است.

گفته شد که ظاهرا خدشه شده در این فساد مذهب اخیرا لذا می شود معتبره  
یعنی روایتی که در آن خدشه ای اس تماما پذیرفته نشده است.

مناقشه:

اولا:

مفهوم این می شود موجب جزئی نه کلیه. در روایت آمده است که اجرت نگرفته  
است پس ضامن نمی باشد آیا مفهوم آن این است که اگر اجرة گرفته بود ضامن بود یا  
در بعضی اوقات ضامن است مثل الماء اذا بلغ قدر کر لا ینجسه شیء مفهوم آن این  
است که اگر به قدر کر نرسیده باشد ینجسه کلی شیء خیر ینجسه شیء لذا در این جا  
مفهوم این است که در صورت گرفتن اجرة بعضی اوقات ضامن است که قدر متیقن آن  
صورت تقصیر ضامن است و در صورت عدم تقصیر ضامن نمی باشد.

۱ (۵) - التهذيب ۶ - ۳۱۴ - ۸۶۹، و آورده في الحديث ۲ من الباب ۳۰ من أبواب كيفية الحكم.

۲ شيخ حر عاملي، محمد بن حسن، وسائل الشيعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

ثانیا:

سلمنا که مفهوم مطلق است در هر صورت در صورت گرفتن اجرت ضامن است گفته شده است که ما روایاتی داریم شخص اجیر و موتمن ضامن نمی باشد این قید می زند این مفهوم مطلق را مثل صحیحہ حلبی که در مورد اجیر علی الحفظ وارد شده است :

### وسائل الشیعة ؛ ج ۱۹ ؛ ص ۷۹

۲۴۱۹۷- ۲- ۱ و رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادٍ مِثْلَهُ وَ زَادَ وَ قَالَ: فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَأَقْعَدَهُ عَلَى مَتَاعِهِ فَسَرَقَهُ قَالَ هُوَ مُؤْتَمَنٌ.<sup>۲</sup>

ثالثا:

صاحب وسائل ،،،، این دو روایت رابطه یشان عموم و خصوص من وجه و تعارض می کنند و تساقط و نوبت به عام فوقانی می باشد که روایت می گوید که شخص امین ضامن نمی باشد. لا علی الامین الا الیمین،،،،، ان قلت:

این روایت می گوید که اجیر شده است برای نگهبانی اگر به وظیفه عمل کند کفایت می کند اما اگر بر حفظ اجیر شده باشد اگر حفظ نشد ضامن است. قلت:

خیر ظاهر این است که برای نگهبانی اجیر شده است. لذا موثق دلیل بر ضمان نمی باشد.

۱ (۵) - الفقیه ۳ - ۳۰۴ - ۴۰۸۸ و التهذیب ۷ - ۱۸۴ - ۸۱۱، و آورده فی الحدیث ۲ من الباب ۲۹ من أبواب الاجارة.

۲ شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

## أو مع اشتراط الضمان

در این فرض تقصیر نکرده است بلکه شرط ضمان کرده است.

سابقاً گفتیم که وقتی مالی در اختیار دیگری قرار می دهیم ید امانی می شود حتی بدون شرط به شرط ارتکازی ید او امانی است اما با شرط ضمان دیگری ید او امانی نمی باشد که تفصیل آن را قبلاً گفتیم.

## و هل يستحق الأجرة مع السرقة

الظاهر لا لعدم حصول العمل المستأجر عليه إلا أن يكون متعلق بالإجارة

الجلوس عنده و كان الغرض هو الحفظ لا أن يكون هو المستأجر عليه.

سید می فرمایند که حالا اگر ضامن نباشد و گفتیم که نیست آیا مستحق اجرة می باشد یا خیر؟

سید می فرمایند که اگر اجیر بر حفظ شده است متسحق اجرت نمی باشد چون حفظ نشده است اما اگر اجیر بر محافظت شده است در اینجا مستحق اجرت می باشد. محافظت یعنی حضور داشتن و بودن. مثلاً دزدها آمدند و او را زندانی کردند و وسائل را بردند.

<sup>۱</sup> شرط ضمان در صورت تقصیر اثری ندارد چرا که در صورت تقصیر اگر شرط هم نکند باز ضامن است پس مراد در صورت عدم تقصیر است. خوب گفته شده است که شرط ضمان شرط باطلی است چرا که هم خلاف شرع است که خدا گفته است ضامن نمی باشد و هم خلاف ،،،، گفتیم این خلاف امانت نمی باشد شرط ضمان به دو نحو شرط فعل و شرط نتیجه است. کلام مرحوم سید ناظر به شرط نتیجه

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۶/۱۰/۰۶.

است که نمی شود،،، اما به نحو شرط فعل باشد یعنی اگر این مال سرقت شد آن را تدارک کند که هیچ زمانی مشکل ساز نمی باشد الا اینکه خود فعل محرم باشد مثلاً شرط کند که نماز نخوانی یا روزه نگیری یا شرب خمر کنی. این شرط باطل است اما در صورتی ترک واجب یا فعل حرام نباشد مشکلی ندارد مثلاً در نکاح زن شرط کند که به من دست نزنی یا نگاه نکنی اما بخلاف اینکه بگویند حق نگاه یا لمس نداشته باشی. به طور کلی اگر شرط امر مباحی کرد این مباح می شود بعد از عقد واجب اما اگر شرط حرام بود در اینجا وفاء به عقد،،، واجب نمی باشد و لکن اگر عمل به شرط نشد طرف می تواند که عقد را فسخ کند و اگر شخص به شرط عمل کرد و معصیت کرد دیگر مشروط له دیگر حق فسخ ندارد. اما اگر به نحو شرط نتیجه باشد،،،، این خلاف امانت است یا جایز می باشد؟ جایز می باشد عقد اجاره در آن یک شرط ارتکازی است و آن این که مورد مال اجاره در اختیار اجیر قرار دهد با الغاء احترام یعنی به نحو امانی به نحوی که اگر مال تلف شد ضامن باشد وقتی شرط ضمان می کند یعنی منبیا بر آن شرط ارتکازی عقد اجاره را منعقد نمی کنم یعنی فرش و طلا و جواهر را در اختیار تو قرار می دهم اما اگر تلف شد تو ضامن می باشی. پس معنای شرط ضمان یعنی بر اساس آن شرط ارتکازی انجام نشده است.،،،،

این شرط ضمان شرطی است از مستاجر نه از اجیر. حال اگر بالعکس باشد و شرط عدم ضمان را اجیر شرط کند معنای این شرط این می باشد که عند التقصیر هم ضامن نباشم یعنی اگر کوتاهی کردم و تقصیر کردم باز ضامن نمی باشم مستاجر قبول می کند معنای قبول این می باشد که الغاء احترام می کند در صورت تقصیر از این مال مردم هم بر مال خود سلطنت دارند و می توانند الغاء احترام کنند لذا الغاء احترام در صورت و ظرف تقصیر مشکلی ندارد. معنای قبول این شرط عدم قبول محافظت نمی باشد بلکه بر محافظت اینطوری که نحوه ای از محافظت است اجیر شده است بودن این شخص در اینجا یک نحوه محافظت است. دقت کنید که اجازه تقصیر نمی دهی

و باید به نحو متعارف محافظت کنی و اما اگر تقصیر کردی اشکال ندارد در این صورت اگر از شب تا صبح بخوابد و اصلاً به آنجا نرود این جایز نمی باشد اما وقتی رفت ،،، نتیجه این است که اگر محافظتش کمتر از متعارف بود دیگر مستحق اجرت نمی باشد.

این فرع دوم و شرط ضمان اما فرع بعدی که بحث استحقاق اجرت است.

اول می فرمایند که اجیر بر حفظ شده است و دیگر حفظ نشده است در اینجا حفظ نشده است لذا مستحق اجرت نمی باشد.

بعد تفصیل می دهند به یانکه اگر اجیر بر حفظ شده باشد مستحق نمی باشد و اما اگر اجیر برای محافظت شده است مستحق می باشد.

مثل اینکه یکبار طرف اجیر می شود برای نماز خواندن در اینجا مستحق است و لو ذمه او فارغ نشده باشد اما اگر اجیر شد بر فراغ ذمه در اینجا باید فراغ ذمه حاصل شود و اگر نشود فایده ای ندارد و مستحق اجرت نمی باشد. ،،،،

این فرمایش و تفصیل سید درتس است و عادتاً این است که اگر برای متاعی اجیر می شویم برای محافظت و حراست اجیر می شویم نه حفظ و نوعاً قرینه است چرا که نوعاً چه کسانی اجیر می گیرند کسانی که اموال گرانبهائی داشته باشند و نوعاً افراد فقیر اجیر می شوند و رغبت دارند و تا مضطر نشوند سراغ این شغل نمی روند قبلاً عده ای بودند به عنوان مقنی و چاه کن که هم چاه سرویس می زدند و هم خالی می کردند و پایین ترین سطح شغل از حیث اجتماعی بود در اصفهان یکسری افراد بودند به نام کودکش که کودکش نبودند بلکه هم تخلیه چاه بودند و از حیث اجتماعی خیلی پایین بود و زمانی که کاری نداشتند و امر دائر مدار دزدی و این شغل بود این شغل را انتخاب می کردند لذا اکثراً مضطر به این کار می آمدند و این کار را می کردند و شخص فقیر است و اصلاً پولی ندارد که بخواهد ضامن این اموال بشود معمولاً هم

اقلامی که برای محافظت آن ها اجیر شده اند اشیاء گرانبها است یا فرش است یا طلا و جواهر است و اگر ضامن بخواهند باشند این ضامن بودن این ها لغو است و اگر این پول ضمانت این اموال را داشت دیگر اجیر نمی شود. محافظت یعنی امری که در محافظت متعارف است مثلاً در خانه شب راه برود اما دزد ها حرفه ای هستند و سرما لک هم کلاه می گذارند و درو بین هم نمی تواند بگیرد در اینجا باید اجرة را تماماً و کمالات بدهند. بله اگر شخصی را اجیر کرد برای محافظت از این شیء بسیار گرانبها در طول یک ماهی که نیست. اتفاقاً در شب اول دزد آمد و تابلو را برد در اینجا دیگر نیاز نمی باشد که اجرة یک ماه را بدهد و باید اجرت یکروز را بدهد چرا که عقد اجاره منفسخ شد و دیگر موضوعی برای محافظت نمی باشد فقط بحث این است که این کشف می کند که از اول عقد اجاره باطل است یا خیر بعد منفسخ می شود؟ ما انفساخی هستیم. فرق بطلان و انفساخ چیست؟ بعضی از امور در اختیار انسان نمی باشد مثلاً اجیر بعد از یک روز سگته کرد و مرد در اینجا عقد اجاره منفسخ می شود یا باطل است از اول. موت این گونه است که از اول معدوم دیده می شود،،،، لذا باطل می شود. اما اگر شخص نمرد اما به قتل رسید خوب از آلان به بعد به عقد اجاره منفسخ می شود یا کشف از بطلان می شود در جایی که اختیار است می گوئیم عقد اجاره منفسخ می شود.،،،،



## مسألة ۱۶: صاحب الحمام لا یضمن الثیاب

### إلا إذا أودع و فرط أو تعدی و حینئذ یشکل

صحة اشتراط الضمان أيضا لأنه أمين محض فإنه إنما أخذ الأجرة على الحمام و لم يأخذ على الثياب نعم لو استوجر مع ذلك للحفظ أيضا ضمن مع التعدي أو التفريط و مع اشتراط الضمان أيضا لأنه حينئذ يأخذ الأجرة على الثياب أيضا فلا يكون أمينا محضا.

در قدیم متعارف بود که وقتی حمام می رفتند لباسهای را در سر حمام می گذاشتند و سید می فرمایند که اگر لباسها به سرقت رفت ضامن نمی باشد الا اینکه به عاریه به صاحب حمام بدهد و تفريط کند یعنی کم کاری کند یعنی غایب شود یا تعدی کند مثلا درب حمام را باز بگذارد ،،، در این صورت ضامن می باشد. سید در باب اجاره گفته بود که در صورتی که شخص را اجیر کرد و به شخص گفت در صورت عدم تعدی ضامنی گفت ضامن می باشد آیا در اینجا هم اگر با او شرط کرد که اگر تعدی و تفريط هم نکردی ضامن باشی ضامن می باشد؟ سید می فرمایند که این شرط را نمی تواند بکند می گوید که چرا که این شخص دیگر اجیر نمی باشد و این شخص امین است و شخص ودیعه گیرنده امین است و حقیقت ودیعه امانت است و اگر بخواهد ضامن باشد دیگر از حقیقت امانت خارج می شود.

امین محض یعنی اجیر نمی باشد و بلا اجرة امین است و اجرتی که دریافت می کند برای آب حمام است و برای اخذ ثبات اجرتی دریافت نکرده است.

سید می فرمایند بله اگر دو عقد اجاره ببندد یکی برای حمام و یکی برای حفظ ثیاب یا یکی عقد ببندد که هم شامل حفظ و حمام شود در این صورت در صورت تعدی و شرط ضمان ضامن می باشد چرا که امین محض نمی باشد.

این فرمایش مرحوم سید در مسئله ۱۶. اما شرح مسئله.

مرحوم سید در این مسئله سه فرع مطرح کرده است این سه فرع را جدا می کنیم:  
فرع اول:

می رود حمام و آن اجرتی که می دهد برای استحمام است اما برای لباس نه اجیر می شود و نه ودیعه می گذارد پیش صاحب حمام. این صورت اول.

خوب در این فرع اگر لباس تلف شود ضامن نمی باشد چرا؟ به جهت اینکه نه اجیر بر حفظ شده است و نه ودیعه حتی اگر تقصیر کند مثلاً حمام را ترک کند و سارق آمد لباس را سرقت کرد حتی ترک حمام اگر متعارف نباشد در اینجا ضامن نمی باشد کما اینکه در روستاها اینطور بوده است که قراری بین شخصی که به حمام رفته و حمامی نمی باشد. حتی از این بالاتر اگر دید که سارق آمد و لباسها را برداشت و چیزی را نگفت باز ضامن نمی باشد در فقه است که انسان نسبت به مال مردم ضامن نمی باشد مثلاً شخصی می بیند که کسی در حال جیب زنی یا سرقت ماشین دیگری است نیاز به جلوگیری نمی باشد بله از حیث امر به معروف و نهی از منکر بر او واجب است که اقدام کند قولی یا عملی بنا بر اختلافی که است اما ضامن نمی باشد.  
اینجا با کلام سید موافقیم و ضامن نمی باشد.

اما فرع دوم:

فرع دوم این است که شخص به عنوان امانت و ودیعه لباسهایش را پیش حمامی گذاشته اما اجیر نشده است مثل اینکه شما دفتری را پیش کسی می گذارید تا حفظ کند و آن شخص هم قبول می کند در این صورت اگر تفریط یا تعدی کند ید او

عدوانی می شود و از ید امانی خارج می شود و تلف تحت ید از اسباب ضمان است عند العقلاء. به مجرد تفریط یا تعدی ید او می شود عدوانی.

در همین فرع دوم سید مسئله ای را مطرح کرده است و آن اینکه شخص گفته است که این لباس من امانت پیش شما باشد یعنی شخص فقط امین باشد و اجیر نشده باشد و اجرتی در مقابل این حفظ هم دریافت نکرده است و بعد مالک مال امانی شرط کند که اگر تلف شد و لو بدون تفریط و تعدی ضامن باشی و حمای می هم قبول کرد در اینجا در صورت تلف ضامن است یا خیر؟ سید در اینجا توقف کرده است.

کسانی که گفته اند ضامن نمی باشد یا توقف در مسئله کرده اند سه اشکال در ضمان داشته اند:

اشکال اول:

گفته اند این عقد، عقد ودیعه است و این شخص امین است در ودیعه شرط ضمان با حقیقت ودیعه و امین بودن نمی سازد وقتی نسازد این شرط خلاف مقتضای خود عقد است مثل اینکه من این لباس را به تو می فروشم بلا ثمن خوب آیا این بیع درست است یا باطل؟ این باطل است.

چون حقیقت بیع تملیک المثلین بعوض است و اینجا ثمن و عوضی در کار نمی باشد.

مناقشه:

این اشکال، اشکال سیالی در فقه است و بدرد بخور است. در این استدلال یک مغالطه ای صورت گرفته است که این مغالطه خیلی سیال است این که گفت می شود خلاف عقد یا خلاف مقتضای عقد است یعنی بر این توافق اسم آن عقد صدق نمی کند بلکه درست است اما آیا آثار عقد را دارد یا خیر؟ مثلاً می گوید این خانه را شش

ماه بلا اجرة به شما اجاره می دهیم. این توافق نمی تواند اجاره باشد چرا که تعریف و توافق ما بر این است که این اجاره را اسم بگذاریم برای تملیک منفعت بعوض و مشخص می باشد که این تملیک بعوض نمی باشد لذا اجاره نمی باشد چرا که بنا بر معنای عرفی یا توافقی اصطلاحی اجاره این نمی باشد.

اما بحث در این است که اگر من اینطور قراردادی بستم این قرار دادن نافذ است این شخص مالک عین در بیع و مالک منفعت در اجاره می شود یا خیر؟ بله می گوئیم مالک منفعت و عین می شود و لو اسم آنها اجاره و بیع نمی باشد. لذا این معامله باطل نمی باشد بلکه اجاره و بیع باطل است. اجاره و بیع باطل است یعنی چه؟ یعنی این عقد بیع و اجاره نمی باشد.

الا اینکه در ارتکاز اینها این بوده است که مراد این ها از بطلان اجاره و بیع یعنی این اجاره و بیع نمی باشد. دقت کنید برای نافذ بودن معاملات و عقود لازم نمی باشد اسم داشته باشد. شرط عقلاء در امضاء کردن عقود، اسم داشتن عقود نمی باشد بلکه هر عقودی که شرائط کلی عقد را داشته باشد امضاء می کنند و فقهاء که امضائی شده اند و این اوفوا بالعقود امضاء اینها است این مورد را می گیرد چرا که اینها عقد می باشد اما بیع و اجاره و عقود اسم دار نمی باشد.

عقلاء حق ندارند که دخالت کنند و بگویند در صورت تملیک باید از این صیاغت خاص استفاده کنی مثلاً اگر می خواهی مجاناً تملیک کنی نمی توانی بگویی: «بعثک مجاناً» باید بگویی «وهبتک هذا الدار» عقلاء می دانند که حقیقت این «بعثک مجاناً» یعنی «ملکتک مجاناً» است. این حق را عقلاء ندارند لذا این کار را نمی کنند. عقلاء و عرف وقتی عقدی مفاسد نوعیه و اجتماعیه نداشته باشد آن را امضاء می کنند و داعی ندارد که آن را امضاء نکنند. شما در نزد عرف این سلطنت را دارید که مال خود را مجاناً به دیگری ببخشید و عقلاء این سلطنت را از شما سلب نمی کنند و لو تحت یکی از عقود متعارفه و با مسمی نباشد.

در ما نحن فیه می گوید پیش تو امانت گذاشتم اگر سرقت شد ضامنی و صاحب حمام قبول کرد و سرقت شد خوب در اینجا ضامن است و لو این عقد ودیعه نمی باشد منتهی اثرش این است که اگر کوتاهی کند معصیت کرده است و ضامن هم است بخلاف جایی که ودیعه نداده است که فرع اول بود در آنجا ضامن نمی باشد و در صورت تعدی و تفریط معصیت هم نکرده است.

<sup>۱</sup>مرحوم خوئی بر اشکال اول سید یزدی که مخالفت با حقیقت ودیعه است اشکال کرده اند و گفته اند که این که شرط ضمان کند با مقتضای عقد نمی سازد اما می تواند شرط تدارک کند که اگر خسارتی وارد شد بر تو لازم باشد که تدارک کند مثل اینکه در نکاح شرط کند که استمتاع نکنی نه اینکه حق استمتاع را نداشته باشی یا در بیع شرط کنم که این عباء را به تو می فروشم به شرط اینکه از این عبا استفاده نکنی این مشکل ندارد بخلاف جایی که شرط نتیجه کنی که حق استفاده نداشته باشی بله این مخالف مقتضای عقد است. شرط فهل هیچ زمانی خلاف مقتضای عقد نمی باشد. مناقشه:

اگر مراد مرحوم خوئی اشکال بر سید باشد این اشکال وارد نمی باشد به خاطر این که ظاهر کلام سید به نحو شرط نتیجه است و اما اگر ایشان می خواهند راهی بگذارند بله کلام ایشان درست است اما نیاز نمی باشد که به نحو شرط نتیجه نباشد حتی اگر به نحو شرط نتیجه باشد هم درست است اما به نحو عقد دیگری و ضامن هم است.

اشکال دوم:

---

<sup>۱</sup> چهارشنبه ۹۶/۱۰/۱۳.

اشکال دوم این است که شخصی که مال در نزد او ودیعه است محسن است و ما علی المحسنین من سبیل بر محسن ضمانی و عده ای،، نمی باشد و این شرط خلاف کتاب می باشد.

#### مناقشه:

این اشکال وارد نمی باشد اینکه محسن ضامن نمی باشد معنایش چیست و به عبارت دیگر محسن کیست؟ مواردی است از احسان که عقلاء الغاء احترام می کند از مال مالک مثلا خانه ای آتش گفته است و ما اگر بخواهیم این آتش را خاموش کنیم باید به داخل خانه برویم و اگر رفتن داخل خانه متوقف باشد بر خسارتی که به مراتب کمتر از آتش سوزی است مثلا درب را باید بشکنند در اینجا مالکی هم در کار نمی باشد یا حاضر نمی باشد یا غافل است خوب در اینجا ضامن این درب شکسته نمی باشد چرا که محسن است. چرا محسن ضامن می باشد؟ می گویند عقلاء برای مصالح اجتماعی برای مال مالک در موارد احسان، الغاء احترام کردند و حتی عدم اذن مالک باید به امضاء عقلاء برسد لذا ضامن نمی باشد و معنا ندارد که الغاء احترام کنند و بعد ضامن هم باشد.

حالا اگر خود مالک در اینجا حاضر است این خواست درب را بشکنند و برود داخل و بگوید من راضی نمی باشم و اگر فرد درب را شکست و آتش را خاموش کرد در اینجا ضامن می باشد. چرا که عقلاء در جایی الغاء احترام می کنند که مالک در دسترس نباشد اما در صورت وجود مالک به مقتضای سلطنت بر مال می تواند که اذن ندهد لذا در صورت نبود اذن الغاء احترام در حضور مالک نمی کنند. حتی اگر مالک در دسترس می باشد و خبر ندارد و لکن متلف می تواند او را خبر کنند بدون اذن او عقلاء الغاء احترام نمی کنند.

در ما نحن فیه فرض این است که مالک الغاء احترام نکرده است لذا عقلاء هم الغاء احترام نمی کنند و لذا محسن نمی باشد.

ضمن اینکه قاعده احسان مال جایی است که محسن متلف است در اینجا سارق متلف است. لذا این از موارد قاعده احسان نمی باشد.

اشکال سوم:

گفته اند که ودیعه از عقود جایزه است و شرط ضمن عقد در عقود جایزه اثری ندارد و در عقود لازمه شرط ضمن عقد اثر دارد.

به مناسبت وارد می شویم در شروط ضمن عقد جایزه. به چه دلیلی بعضی از فقهاء می گویند که شرط ضمن عقود جایزه اثر ندارد؟

مقدمه در توضیح ودیعه:

دو عقد امانی داریم: «عاریه» و «ودیعه». در عاریه استفاده می کند و حفظ می کند و منتفع می شود به خلاف ودیعه. در عاریه اختلاف است که از عقود است یا خیر. ما در عاریه می گوئیم عقد نمی باشد که اذن در انتفاع می دهد و نیاز به قبول هم ندارد لذا اگر شخصی که به عاریه گرفته است قبول نکند و مالک بر اذن باقی باشد می تواند منتفع شود بخلاف ودیعه که عقد است و نیاز به قبول دارد اما هر دو از عقود جایزه است و ودیعه گیرنده هر لحظه می تواند بگوید که بیا مالت را ببر.

اما شرط ضمن عقد جایزه.

ابتداء در مورد عقود جایزه صحبت کنیم.

در عقود جایزه مثل ودیعه گفته ایم که تا یک طرف، عقد را فسخ نکرده است وفای به عقد لازم است و دعی باید از مال حفاظت کند الا اینکه عقد را بر هم بزند یعنی به مالک بگوید که من التزام عقدی را قبول نمی کنم اما تا بقاء عقد باید ودعی مال را حفظ کند نمی تواند بدون فسخ عقد دست از حفظ مال بردارد.

اما شروط ضمن عقد جایزه که دو دسته است به نحو شرط نتیجه و فعل.

آیا شرط نتیجه درست است یا خیر؟ گفتیم معنای شرط نتیجه این است که برای تحقق آن نیاز به عقد دوباره نمی باشد یعنی به نفس ایجاب و قبول عقد اول، آن شرط محقق شود مثلاً می گوید که کتاب را به تو می فروشم به شرط اینکه عبا تو مال من شود. تا ،،،،،

اما اگر شرط فعل کرد به او گفت این فرش را پیش تو ودیعه می گذارم گفت قبول می کنم به شرط اینکه یک ختم قرآن برای پدرم بخوانی در اینجا وفاء به شرط فعل واجب می باشد یا خیر؟ بعضی گفته اند که این وفاء به شرط در عقود جایزه لازم نمی باشد کما اینکه در ظاهر کلام مرحوم خوئی در منهاج این است که وفاء به عقد جایز، لازم نمی باشد چه برسد به شرط ضمن عقد. از این توضیحی که دادیم مشخص شد تا عقد فسخ نشده است وفاء به عقد لازم است الا اینکه عقد را بر هم بزنند در این صورت شرط ضمن عقد، سالبه به انتفاء موضوع است. لذا وفاء به شرط هم مادامی که عقد باقی است واجب است و اگر عقد به هم بخورد دیگر عقدی و شرط ضمن عقدی در کار نمی باشد که اثر داشته باشد دلیل ما سیره است. المومنین عند شروطهم هم دلیل ماست. پس یک سیره ممضاة به سکوت از ردع داریم و دیگر هم این روایت می باشد.

لذا مادامی که عقد باقی است وفاء به شرط لازم است.

لذا این اشکال سوم هم وارد نمی باشد.

اما فرع سوم:

فرع سوم این است جناب مشتری و ارباب رجوع صاحب حمام را اجیر می کند برای حفظ لباس یا به نحو یک عقد به حمام و حفظ یا دو عقد. وقتی اجیر شد ید او امانی است ضامن نمی باشد الا در دو صورت کوتاهی کرده باشد یا شرط ضمان کرده باشد در این صورت در صورت تلف در تحت ید او ضامن است.