

بسم الله الرحمن الرحيم

«مدد الأعلام الأوحدي في فقه الأحكام الجعفری علیہ السلام»

تقریرات خارج الفقه الجعفری
للأستاذ السيد محمود المددی الموسوی

کتاب الاجاره

سال ۹۵-۹۶

بتحریر الفقیر مهدی بهرام بیکی

«کتاب الاجاره»

فصل ۳ [في أحكام الأجرة]

۱ اجاره از عقود معاوضی است یعنی نیاز به عوض و معوض است و دو نوع است اجاره بر اعیان و اجاره بر اعمال که اجاره بر اعیان یکی از عوضین منفعت است که می تواند &&&

اجاره بر اعمال که عمل خود را مورد اجاره قرار می دهد که این عوض می تواند کلی باشد که در ذمه است و می تون شخصی باشک در خارج است. عقد اجاره قیقتش ابهام دارد گویا حقیقت واحدی ندارد که در سال گذشته بان اشاره شد.

سید یزدی فصولی دارد که به فصلی رسیدیم به عنوان احکام عوضین که ایشان فرمودند که به مجرد عقد مالک آن عین یا مالک عمل در ذمه موجر می شود موجر در اجاره عمال اسم دیگرش اجیر است . جناب موجر هم مالک اجرة می شود اما به ملیکی منزلزه. هیچ فرقی بین موجر و مستأجر رد مالکیت عوضین نمی باشد.

بعد ایشان مسائلی را مطرح کردند که ده مسئله را خواندیم که رسیدیم به مسئله یازدهم. &&& تا اینجا دوباره گوش داده شود.

مسألة ۱۰: إذا امتنع المورج من تسليم العين المستأجرة يجبر عليه

وإن لم يمكن إجباره للمستأجر فسخ الإجارة والرجوع بالأجرة وله الإبقاء
و مطالبة عوض المنفعة الفائتة

فرعی است نسبت به اجاره اعیان اگر عینی را به کسی اجاره دادیم و حاضر نشدیم
بعد از عقد آن عین را به مستأجر تحویل دهیم.

مرحوم سید فرمود که سه حق برای مستأجر وجود دارد:

اول حق الاجبار: یعنی او را مجبور می کند به تسلیم عین حلاً اجبارش صوری دارد
مثلاً تهدیدیش می کند یا به زور کلیدش را می گیرد یا زانخانه کلید را بر می دارد یا به
قانون رجوع کند یا توسط مأمورین دولت اجبار به تحویل می شود. این حق اجبار و
احق اول اوست.

قبل از رود به دو حق دیگر ببینیم این حق از کجا ثابت می باشد برای او کفقهاء
گفته اند به سیره عقلاء این حق اجبار ثابت می باشد شارع مقدس ه ماز این سیره ردعی
نکرده است یعنی این حق الاجبار ردعی نکرده است پس بنابراین می گوئیم این حق برا
یجبنا مستأجر عقلاً و شرعاً ثابت است برای فقیه مهم است که شرعاً این حق را داشته
باشد. پس اصل سیره محرز است یک و اصل عدم ردع شارع محرز است که نتیجتاً
امضاء ثابت می شود به سیره.

اصل حق که محرز است حداقل می تواند به قانون رجوع کند بلکه ممکن است که
تهدید یا مثلاً کشتن فرزند او مورد تردید باشد اصل حق محرز است اما بعضی از انحاء
آن ممکن است که مشکوک باشد.

این را قدت کنید ما ها دو تعلیقه در اینجا داریم:

تعقلیه اول:

این که در سیره حق اجبار است و اینکه شارع قطعاً این را امضاء کرده است این را از کجا می‌گویید چرا که شما در سیره &&& شرط ما این است که این سیره تجسد داشته باشد و امام باید سکوت کرده باشد بر این سیره.

اجاره بر اعمال در زمان و قدیم کم بوده است و آ «هم خانه و محل کار می‌باشد و &&&& اینها هیچکدام در عصر معصوم نبوده است و اجاره حیوان در سفر حج بوده است و از قبیل تاکسی تلفنی بوده است اجاره ماشین بر دو قسم است: راننده می‌آید و تلفن می‌زدند و می‌آید و یکی هم که خود ماشین را بدهند.

الان کرایه خود ماشین بدون راننده کم می‌باشد.

لذا اینکه سیرهای باشد در عصر ائمه و متجسد شده است و خود موجر عین را تحویل نداده است و امام هم سکوت کرده باشد اصلاً تجسد چنین سیره ای در عصر معصوم مشخص نمی‌باشد که امام بخواهد سکوت کرده باشد لذا امضاء اثبات نمی‌شود.

اما این مشکله بر مشهور است و آن مشهور شامل حال ما نمی‌شود چون ماها تمام سیره را منحصر به دو قسم کرده ایم:

در قسم الو رد باب حجیت است مثلاً &&&

در قسم دوم سیره در باب معاملات است &&&

در باب حجیت ما عدم ردعی می‌باشیم و امضاء لازم نمی‌باشد ولی مشهور امضائی می‌باشند.

البته ما سابقاً امضائی بودیم و بعد عدول کردیم و عدم وصول ردع کفایت می‌کند. عدم ردع کاشف از امضاء است بخلاف عدم وصول.

آخوند در یکجا عبارتی دارد که به نظر می رسد که عدم وصول کفایت می کند و یک عبارت دیگر هم دارد که بر می آید که امضائی می باشند.

در بحث معاملات که اصلاً نه وصول ردع و نه امضاء نیاز نمی باشد هر چه در سیره عقلاء صحیح باشد تمام آثار شرعی بار می شود.

این را که می خواهیم در بحث معذرت است در بحث منجزیت ما احتمال را منجز می دانیم. اگر امری رد نزد عقلاء معذر باشد و ردعی باشد و به من نرسیده باشد و خدا شخص را عقاب کند عقلاً این عقاب قبیح است. چرا که فعل خداوند متصف به حسن و قبح عقلی است نه عقلائی است.

تعلیق دوم که مهم است:

اصلاً ما امضائی شویم می گوئیم حق الاجبار ثابت است و ردع شاعر هم اثبات نمی باشد و ما امضائی باشیم &&& باز می گوئیم که این شخص حق الاجبار را دارد. این را توضیح دادم همیشه خداوند و هر مولائی فقط در دو دائره حق الطاعه یکی از وجوب و دیگر در حرمت به عبارت دیگر در دائره تکلیف این حق را دارد یعنی عبد واجبات را باید رعایت واجب و محرمات را باید رعایت کند در این صورت در زور قیامت عبد هیچ عقابی را مستحق نمی باشد.

مولا هم در نزد عقل بیش از این دائره حقی بر گردن عباد ندارد. این احکام وضعی هیچ اثری بر آن بار نمی باشد و تمام اثر مال احکام تکلیفی است.

در ما نحن فیه ما عقلاً که حق الاجبار درد فرض کردیم جناب و جر که این خانه را که به من اجاره دارد این خانه را به من تحویل نمی دهد عقلاً من حق اجبار داریم که این حق از امور اعتباری است شارع آیا این حق را بر من جعل کرده است فقط باید ببینم احتمال می دهم که اجبار صاحب خانه بر تحویل عین حرام باشد احتمال واجب نمی دهم. وقتی احتمال دادم حرام است خدا بیامرزد حدیث رفع را که می گوید ک برو اجبارش کن و براءت شرعی را جاری می کنیم شبهه هم شبهه حکمیه است.

اصلا شارع چنین حقی ندارد و جعل نکرده است و اصلا خود خداوند فرموده باشند که من این حق را جعل نکرده ام - نه اینکه من حرام کرده ام - باز این حق است. یک شبهه این است که رفع ما لا یعلمون در این جا جاری نمی باشد چرا که براءت شرعیه برای امتنان بر ملت است و این اجبار خلاف امتنان است لذا جاری نمی شود.

جواب ۱ اینمکه در بحث براءت شرعیه ما امتنانی شدیم اما دلیل لفظی نداریم بله دلیل لبی و به منتسب حکم و موضوع می باشد این حق جایی است که این ترخیص تعدی و ظلم به دیگری نباشد و در اینجا که خودش این خانه را که باید به مستأجر بدهد، نمی دهد لذا در اینجا عرفا تعدی به صاحب خانه نمی باشد و لو خلاف امتنان باشد دلیل لفظی نمی باشد که خلاف تمنی نباشد.

شبهه دوم که این اجبار ایذاء می باشد.

جواب: ادله حرمت ایذاء اطلاقی ندارد و در مواردی که تعدی و ظلم نمی باشد این موارد را نمی گیرد.

لذا این اجبار در شریعت به براءت شرعیه حلال می باشد و مشکلی ندارد و عقوبتی در کار نمی باشد اگر هم در واقع حرام باشد.

این حق اول راعقلاء قبول داریم و نیاز به اثبات این حق شرعا نداریم و وجود این حق عقلاء کفایت می کند .

مرحوم سید فرمود که اگر اجبارش ممکن نبود مثلا آدمی بود قدرت دار.

سید فرمودند که حق فسخ دارد

این حق دوم را ما قبول کردیم منتها اوسع از آنیکه سید فرموده اند و آن این است که حتی اگر قدرت بر اجبار هم دارد می تواند از همان اول فسخ کند و نیاز نمی باشد که اجبار ممکن نباشد.

این صورت دوم را دقت کنید مددرک این خيارات از قدیم محل بحث فقهاء بوده که در بین متأخرین به دو تا بر می گردد خيار حق است و مدرک آن دو چیز بیشتر نمی باشد یا بر می گردد که ببناء عقلاء که این حق را قائل می باشند. این حقی است که عقلاء قائلند بعضی قائل شده اند که نه آقا همیشه حق بر می گردد به حق فسخ چه شرط صریح باشد یا ارتکازی باشد. اگر به شرط بر نگردد این حق ثابت نمی باشد.

و اگر شرط کرد در طول این شرط این حق عقلا ثابت است.

ما از دسته دوم می باشیم ما قائلیم تمام موارد حق الفسخ بر می گردد به شرط. حال این شرط یا مطلقا است یا به صورت خاص.

ما اعتقاد داریم که در عرفی که ما زندگی می کنیم که این حق ارتکازی است که اگر تسلیم نکند حق فسخ است چه متمکن از اجبار باشد یا خیر.

تمام حرفهایی که در مورد حق الاجبار گفتیم اینجا می آید حال که فسخ کرد این اجرة ملک مستأجر است و روایت می گوید که تصرف در ملک دیگر حرام است و ملک را که روایت نگفت و عرف به این اجرة می گویند ملک.

&&& شرط یک امر عقلائی و عرفی است و شخصی نمی باشد حق را عقلاء باید اعتبار بکنند اما در طول شرط باید باشد و عقلاء فضولی نمی کنند و آن شخص سلطنت بر مال خودش دارد و می تواند شرط بگذارد و در طول این شرط عقلاء این حق را به او می دهد.

^۱ وقتی در اجاره منفعت مال مستأجر شدید موجب بر منفعت می شود عدوانی و مستأجر می تواند آن را اجبار کند و این را گفتیم.

فسخ هم که بر می گردد به شرط ارتکازی که این شرط ارتکازی متوقف بر عدم امکان اجبار نمی باشد.

حق سوم:

ایشان فرمودند که یم تواند این اجراه را فسخ نکند و ابقاء کند و از جناب موجر اجرة المثل را مطالبه کند که گاها بیشتر از اجرة المسمى است.

طرق نظر مشهور جناب مستأجر مالک تلف تحت الید از اسباب ضمان است در نزد عقلاء وقتی منافع تحت ید موجر که ید عوانی تلف شود ضمان می آدی. ه منفعت از قیمیات است که باید اجرة المثل را بدهد. مراد از ید که از اسباب ضمان است یعنی کسی به ید عدوانی که یعنی امانی نباشد، استیلاء پیدا کند و در تحت ید او تلف شود این ضامن آ» مقدار تلف شد. منافع هم متعلق به کسی

باید اجرة المثل منفعت فائته را بعد از تحویل به مستأجره را بدهد.

به اندازه منفعتی که تلف شده است ضامن است موجر مثلاً شخص مستأجر برای کاری اجاره کرده بود که به مدت شش ماه نیاز دارد و این شخص که یک ماه را تلف کرده کل منفعت تلف شده است چراکه کار را دیگر نمی تواند انجام دهد در اینجا منفعت شش ماهه را موجر ضامن است.

اتلاف در صورتی است که تلف مستند به شخص باشد.

اسباب ضمان اتلاف مال غیر و تلف مال غیر تحت الید می باشد.

ما هم این را قبول کردیم یعنی تا اینجا با سید موافقیم با این تفاوت که حق فسخ متوقف بر اجبار نمی باشد.

و کذا إن أخذها منه بعد التسليم بلا فصل أو في أثناء المدة

فرع دوم این است که اگر این عین را به مستأجر تسلیم کرد و دوباره بعد از تسلیم پس گرفت یعنی بعد از چند ماه بعد از تسلیم از مستأجر پس گرفت.

سید می فرمایند این سه حق بالا در اینجا می آید:

یک می تواند اجبارش کند.

دو: می تواند فسخ کند اگر اجبار ممکن نبود.

سه: ابقاء العقد و اخذ اجرة المثل از موجر.

این مسئله را چرا سید فرموده اند؟ در این مسئله تما مالاختلاف دومی است نه اولی و سومی و آن اینکه جنبا مستأر حق فسخ دارد حالا مع امکان الاجبار او لا؟ قبل از توضیح این مسئله اول مثالی در بیع بزنم.

اگر فرشی را به زید فروختیم و بعد از فروختن عین را تحویل ندهیم یکی از موارد حق فسخ این مورد است.

حالا اگر فرش را تسلیم کردم بعد از تسلیم بلافاصله یا بعد از گذشت مدتی فرش را از او غصب کردم. حالا که غصب کردم آیا زید مشتری حق فسخ دارد؟ خیر حق فسخ ندارد.

پس حق فسخ مال جایی است که از اول تسلیم نکند اما بعد از تسلیم و غصب دوباره دیگر حق فسخ ندارد.

حالا سوال این است که اجاره هم مثل بیع است یا خیر؟

اگر تسلیم از اول نباشد این حق فسخ است و اگر بعد از تسلیم باشد این غصب حق فسخ نباشد. آیا مثل بیع است؟

سید می فرمایند که در اینجا حق فسخ دارد اما در بیع می فرمایند که در بیع حق فسخ ندارد.

اما اول بریم سراغ بیع: اگر تسلیم نکند از اول به خاطر شرط ارتکازی این حق فسخ دارد این شرط ارتکازی در صورت غصب دیگر نمی باشد. آن که شرط ارتکازی بار و بندیل عقد و آن انشاء و قبول است. اما بعد از عقد و بعد از تسلیم دیگر حق فسخ نمی باشد مثلاً بعد از چند سال بیاید و بایع عین را غصب کند و حق فسخ داشته باشد.

البته آنها می گویند در سیره ثابت نمی باشد اگر چه ما می گوئیم که تا شرط ارتکازی نباشد سیره شکل نمی گیرد.

اما در اجاره فرقی با بیع چه می باشد؟ فارقش بخاطر خصوصیتی است در معوض که در بیع معوض عین است و در منفعت انتفاع تدریجی است و منفعت هر روز مربوط به تسلیم عین ر همان روز است تسلیم در روز اول تسلیم منفعت در روز اول است لذا اگر سه ماه به من تسلیم کرد منفعت سه ماه را تسلیم کرده است و ماههای بعدی را تسلیم نکرده است اما در بیع تسلیم عین به همان تسلیم اول است. یعنی در هر جا که تسلیم نکند در اجاره مثل عدم تسلیم در اول بیع است.

ما تا اینجا با سید موافقیم الا در اجبار.

اما اینجا یک مسئله ای است که سید نفرموده اند که این در واقع اختلاف در این مسئله نمی باشد بلکه ددر اصل مسئله اجاره است . در اجاره قائلیم که مستأجر دو حق فسخ دارد می تواند نسبت به همه اجاره یا ما بقی فسخ کند

در ما نحن فیه بعد از دو ماه تسلیم غصب می کند سید فرمودند حق فسخ ثابت است ما قائلیم دو حق فسخ دارد :

عقد اجاره را کلا فسخ کند و مستأجر نسبت به دو ماهی که منتفع شده است اجرة المثل را باید به موجر بدهد

می تواند عقد اجاره را نسبت به مابقی فسخ کند لذا باید نسبت به دو ماه منتفع شده اجرة المسمی را ضامن است. البته اجرة المثل نسبت به یکسال را حساب کند.

این را در فرع قبلی هم می گوئیم.

سید اجرة المسمایی است که در بعد خواهد آمد.

و مع الفسخ في الأثناء يرجع بما يقابل المتخلف من الأجرة

«من» بیان «ما يقابل» است.

و یحتمل قویا رجوع تمام الأجرة و دفع أجرة المثل لما مضى كما مر نظيره سابقا لأن مقتضى فسخ العقد عود تمام كل من العوضين إلى مالکهما الأول لكن هذا الاحتمال خلاف فتوى المشهور

فرض این است که شش ماه گذشته است و مستأجر فسخ کرد باید نسبت به ما مضی اجرة المسمى را می دهد و بعد احتمال می دهد که اجرة المثل را ضامن باشد. فقها نفهمیده اند که سید در اینجا فتوایش چه می باشد چرا که گفته است که خلاف مشهور است. بعضی از فقها گفته اند متعین دومی است و بعضی سکوت کرده اند و بعضی گفته اند که احتمال اول متعین است. بعضی مثل میرزا گفته اند که فتوای مشهور دومی است نه اولی. در هر حال این مسئله مورد رد و ابرام شده است.

نظر ما هم که گفت شد که دو حق را دارد و هر دو احتمال درست است. چرا که عقد اجاره در نظر عرف عقد اجاره به لحاظ مدت انحلالی است عرفا. این دو اختیار هم بخاطر همان شرط ارتکازی است.

مسألة ۱۱ : إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعین قبل القبض

تخیر بین الفسخ و الرجوع بالأجرة و بین الرجوع علی الظالم بعوض ما فات و یحتمل قویا تعین الثاني...

فرع اول این است که ظالمی مانع تسلیم عین شود که سید می فرماید مخیر بین فسخ و بین ابقاء و رجوع به ظالم و گرفتن بدل اجرة المسمى است.

صور المسئلة:

این فرع در ذیل خودش دو صورت دارد:

این منع متوجه موجر است مثلاً ظالم به موجر می گوید اگر خانه را تسلیم کردی کذا و کذا خواهم کرد و جناب موجر جرأت نمی کند خانه را تسلیم کند.

صورت دوم این است که منع ظالم متوجه مستأجر است مثلاً جناب موجر می گوید بیا کلید خانه را تحویل بگیر و ظالم به مستأجر می گوید که اگر خانه را تحویل گرفتی کذا و کذا مثلاً بچه ات را به قتل می رسانم.

فی صورة الأولى: إذا كان المنع متوجها للموجر: له الفسخ أو الإبقاء و الرجوع بالظالم.

در صورت اول که منع ظالم متوجه موجر است. این فرمایش مرحوم سید درست است.

حالت اول این است که مستأجر حق فسخ دارد بر اساس یک شرط ارتکازی که این است که در عقد اجاره اگر عین و عوض یا معوض تسلیم نشود من حق فسخ دارم.

حالت دوم: عقد اجاره را نگه می دارد و بعد از شش ماه می رود پیش ظالم و می گوید که شما شش ماه جلوی جناب موجر را گرفتی و باید اجرة المثل این شش ماه را باید به من بدهی. اجرة المسمى تابع قرار داد است و قراردادی بین ظالم و مستأجر می باشد.

اقسام منع الظالم:

منع ظالم از موجر دو قسم است:

للظالم على العين يد: ضامن لليد عند العقلاء.

قسم اول منع ظالم به این صورت است که ظالم بر خانه ید پیدا می کند از باب قاعده ید ظالم ضامن مستأجر است که قاعده ید این سات ه اگر کسی بر مالی استیلاء

کرد و آ «مال تحت ید او تلف شد ضامن است و دلیل آن هم سیره عقلاء است ید بر خانه ید بر منفعت هم است عرفاً . لذا منفعت تحت ید ظالم تلف شد لذا ظالم اجرة شش ماه خانه را به مستأجر ظالم است.

لیس للظالم ید: ضامن للتفویت عند العقلاء.

قسم دوم: که تهدید می کند اما ید بر خانه و منفعت پیدا نمی کند در این صورت قاعده ید موجب ضمان نمی باشد چرا که یدی نمی باشد در اینجا در سیره عقلاء می گویند از باب تفویت ضامن است که ظالم تفویت کرد. فرق بین اتلاف و تفویت این است که در اتلاف مال موجود است و آن را می خوریم تفویت این است که آن مالی که قرار بود محقق شود کاری می کند که مال محقق نشود . مثل میوه درخت که این درخت میوه دارد و میوه ها را می خورید و تارة تفویت می کنید سم پای درخت می ریزید که این درخت دیگر میوه ندهد. اتلاف دائماً نسبت به مال موجود است.

در ما نحن فیه مورد تفویت است کما اینکه اتلاف موجب ضمان است تفویت هم موجب ضمان است ظالم کاری کند که این شخص منتفع نشود و منفعت برای او محقق نشود.

این صورت اول.

فی الصورة الثانية إذا كان المنع متوجها للمستأجر: ليس له الفسخ و المتعين الرجوع الى الظالم.

صورت دوم این است که با موجر کاری ندارد و مستأجر را تهدید می کند. موجر گفته بیا کلید را بگیر و ببر و ظالم می گوید که اگر کلید را گرفتی کذا و کذا. صدمه ای به موجر نمی زند اگر موجر کلید را تحویل دهد صدمه را به مستأجر می زند.

در این صورت دوم فرمایش مرحوم سید مانند صورت اول تمام است یا خیر؟

سید فرمود که مخیر است بین الفسخ و بین الرجوع الى الظالم . اما این که فسخ بکند ظاهراً حق فسخ برایش نمی باشد چرا که حق فسخ در ارتکاز مال جایی است که موجر تسلیم نکند که تسلیم حقیقتش تخلیه است و لو به دست شخص نرسیده است و به دست مستأجر نرسانده است حقیقت تخلیه است و این شخص تخلیه کرده است. و این شخص تخلیه کرده است.

چه کار می تواند بکند؟ می تواند رجوع به ظالم بکند و اجرة المثل ما فات را از او بگیرد.

سید کلامشان ناظر به کدام صورت است؟

ظاهر کلام سید ناظر به صورت دوم است. عبارت به این صورت بود: « إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض تخير بين الفسخ و الرجوع بالأجرة و بين الرجوع على الظالم بعوض ما فات و يحتمل قويا تعين الثاني » در ضمیر منعه سه احتمال است به موجر یا مستأجر یا احدهما بر گردد. اما به مستأجر بر می گردد به دو قرینه:

قرینه اول: فرمود « منعه عن الانتفاع » انتفاع فعل مستأجر است.

قرینه دوم: « قبل القبض » که قبض هم فعل مستأجر است نفرمود: « قبل التسليم او الاقباض ».

پس در این مسئله با سید موافق نمی باشیم چرا که ایشان ناظر به صورت دوم بودند که مستأجر فقط حق رجوع به ظالم و وگرفتن اجرة المثل را دارد و حق فسخ ندارد و باید اجرة المثل را بگیرد چرا که منفعت از قیمیات می باشد نه از مثلیات.

وجه احتمال، شبهه ایشان در ارتکاز است که ارتکاز بر تخیر بین فسخ و رجوع می باشد یا خیر.

و إن كان منع الظالم أو غصبه بعد القبض

يتعين الوجه الثاني فليس له الفسخ حينئذ سواء كان بعد القبض في ابتداء المدة أو في أثنائها

فرع دوم این است که بعد از قبض ظالم منع کرده باشد. در این صورت سید فرمودند که حق فسخ ندارد مستأجر.

این فرمایش را ما قبول داریم حتی در فرع اول گفتیم که متعین همین است.

علة الحكم: كون التخيير المثلث بالشرط الارتكازي في قبل القبض.

حق فسخ ندارد چرا که فسخ و شرط ارتکازی در صورت عدم قبض است و این شخص قبض کرده است و حق رجوع دارد یا از باب قاعده ید در صورت استیلاء بر مال یا از باب قاعده تفویت در صورت عدم ید.

ثم لو أعاد الظالم العين المستأجرة في أثناء المدة إلى المستأجر

فالخيار باق لكن ليس له الفسخ إلا في الجميع و ربما يحتمل جواز الفسخ بالنسبة إلى ما مضى من المدة في يد الغاصب و الرجوع بقسطه من المسمى و استيفاء باقي المنفعة و هو ضعيف للزوم التبعض في العقد و إن كان يشكل الفرق بينه و بين ما ذكر من مذهب المشهور من إبقاء العقد فيما مضى و فسخه فيما بقي إذ إشكال تبعض العقد مشترك بينهما.

توضیح الفرع:

ابتداء توضیح دهیم این فرع را: فرع اول دو صورت داشت در یک صورت منع متوجه موجر بود و یک صورت متوجه مستأجر بود. در فرع اول سید فرمودند که مستأجر مخیر است بین اینکه فسخ کند و یا اینکه ابقاء کرده و رجوع به ظالم کند.

ما در صورت اول قبل التسلیم که منع متوجه موجر باشد گفتیم مستأجر مخیر بین فسخ و ابقاء است.

فرع سوم را در صورت اول که منع متوجه موجر بود، پیاده می کنیم چرا که در صورت دوم با سید موافق نبودیم.

مختارنا إذا كان المنع متوجها للموَجِر:

در صورت اول گفتیم که جناب مستأجر مخیر بین فسخ و ابقاء است و در صورت ابقاء به ظالم برای اجرة المثل رجوع می کند.

بعد از گذشت شش ماه ظالم منعی را از عین برداشت. و موجر کلید را تحویل دارد و در این شش ماه مستأجر فسخ نکرده بود.

فی جواز الفسخ للمستأجر: يجوز له الفسخ.

در اینجا دو سوال است:

سوال اول: حق فسخ دارد؟ سید می فرمایند که این حق را دارد چرا که شش ماه اول را به من تسلیم نکرده است که بعد از فسخ تمام اجرة المسمای یک سال را از او می گیرد بر اساس شرط ارتکازی است که این شرط ارتکازی این است که حق فسخ دارد چه قبل از تسلیم و چه بعد از تسلیم این حق است.

فی جواز الفسخ لما مضى و الإبقاء لما بقى:

سوال دوم: آیا جناب مستأجر می تواند بگوید که نسبت به شش ماه اول فسخ کردم و نسبت به شش ماه دوم ابقاء کردم لذا تو اجرة المسمای شش ماه اول را بر گردان و شش ماه دوم را برگردان.

مختار السيد و المشهور: لا يجوز لأنه موجب للبتعض.

سوال این است که این چنین فسخی آیا جایز است یا خیر؟ چون تبعض است اگر می خواهیم عقدی را فسخ کنیم یا باید از اول فسخ کنیم یا خیر ابقاء کنیم نمی شود نصف فسخ و نصف ابقاء شود. سید می فرمایند که نظر مشهور همین است اما حرفی زدند که حرف اینجایشان با حرفشان در جای دیگر نمی سازد. حرف اینجایشان که مشخص شد و آن این که نمی تواند نسبت به ما مضی فسخ و نسبت به ما بقی ابقاء کند. حرف آنجایشان این است که اگر در اثناء عقد یکی از مسوقاع فسخ ایجاد شد این شخص مخیر اس که من رأسه عقد را فسخ کند یا نسبت به باقی فسخ کند. مثلاً نقصی در عین پیدا کشد مثلاً نصفش خراب شد در آنجا گفته اند که می تواند برود و عقد اجراه کلاً فسخ کند و نسبت به شش ماه گذشته اجرة المثل را بدهد و این که نسبت به ما بقی فسخ کند و اول را ابقاء کند در این وصرت اجرة المسمى را بدهد. در این صورت در اینجا هم باید این را بگویند.

ينبغي التنبيه على امرين:

در ذیل این مسئله باید دو امر متذکر شویم:

المطلب الأولى: علت اختلاف قول المشهور في هذه المسئلة و مسئلة أخرى: ادعاء الانحلال فيه و عدمه ههنا عند العقلاء.

مطلب اول چرا مشهور فرق گذاشته اند این درست است؟ مشهور می توانند بگویند در مثال ما نحن فيه عقلاً و عرفاً عقد را نسبت به شش ماه گذشته و ما قبل انحلالی نمی بینند که در اینجا مشکل در شش ماه گذشته بود اما در مثال دوم که می خواهد نسبت به شش ماه دوم فسخ کند چرا اشکال در شش ماه اول نمی باشد بلکه نسبت به

شش ماه دوم است، انحلال می بیند. چنین ادعایی را می توانند بکنند قطع نظر از اینکه این ادعا درست باشد یا خیر. یعنی تنها وجهی را که می توان ذکر کرد این است و حتماً این در ذهن ایشان بوده است.

الأمر الثاني: قول المختار: له الفسخ لما مضى والإبقاء لما يبقى لإحلالية العقد عندهم مطلقاً.

آیا این وجه درست است یا خیر؟

این وجه درست نمی باشد ما در هر دو مثال می گوئیم فسخ ممکن است چرا که ما قائلیم در نظر عرف عقد اجاره انحلالی است. لذا می تواند کل عقد را فسخ کند و می تواند نسبت به شش ماه اول فسخ و نسبت به شش ماه دوم ابقاء کند.

لذا این اختلاف در ارتکاز است که مشهور می گویند چنین ارتکازی نمی باشد و ما می گوئیم در هر دو صورت است.

بله یک چیزی است در نظر عرف در اول عقد می تواند نسبت به شش ماه دوم فسخ کند و نسبت به شش ماه اول نمی تواند فسخ کند اما این مورد با ما نحن فیه فرق می کند ما نحن فیه این فسخ در اثناء واقع شده است نه در اول عقد.

مسألة ۱۲: لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء

كما لو استأجر دابة لتحمله إلى بلد فمرض المستأجر و لم يقدر فالظاهر البطلان إن اشترط المباشرة على وجه القيدية و كذا لو حصل له عذر آخر و يحتمل عدم البطلان - نعم لو كان هناك عذر عام بطلت قطعاً لعدم قابلية العين للاستيفاء حينئذ.

مسئله ای که است این است که اگر شخصی عینی را اجاره کرد بعد برای مستأجر عذری پیدا شد که نتوانست آن منفعت را استیفاء کند این اجاره حکمش چیست؟ مرحوم سید سه صورت را بیان کرده است قبل از بیان یک نکته ای را یاد آوری کنم: تارة یک عقد اجاره باطل است به معنای اینکه که کشف می شود که این عقد اجاره از اول باطل بوده است.

تارة عقد اجاره صحیح است لمانع بعدا عقد اجاره منفسخ می شود. صورت سوم این است که این عقد اجاره صحیح بوده است منفسخ هم نمی شود و لکن باری مستأجر حق الفسخ است و می تواند اجاره را فسخ کند. پس یک بطلان و یک انفساخ و یک حق الفسخ داریم با توجه به این مقدمه وارد مسئله خودمان می شویم.

شخصی عینی را اجاره کرده اس و بعد اباری مستأجر عذری پیش آمده است که نمی تواند از این عین استفاده کرد آیا عقد اجاره صحیح است یا خیر؟ اگر صحیح است آیا منفسخ می شود یا خیر؟ اگر خیر حق الفسخ است یا خیر؟ ایشان می فرماند که عذر سه صورت دارد:

عذر عام است صورت دوم و سوم و عذر خاص است.

عذر عام یعنی غیر مستأجر هم نمی تواند منتفع از این عین شود مثل اینکه ماشینی را اجاره کرده است که با آ» به تهران رود اما سیل آمده و جاده مسدود است در اینجا غیر مستأجر هم نمی تواند این عین منتفع شود.

سید می فرمایند در این صورت عقد اجاره باطل است و دیگر سخن از انفساخ نمی باشد. یعنی کشف می کند در اثناء که این اجاره باطل است.

وجه بطلان: در عقود معاوضی وجود عوضین به نحو شرط عقلی شرط می باشد. چرا که اگر عوضین موجود نباشد معاوضه اصلا امکان ندارد. موجد به من این منفعت

تملیک کرد که با این ماشین جمعه به تهران بروم، جمعه این ماشین منفعت را ندارد. لذا اینکه در این مسئله عذر عامی است که کشف می کند که فی علم الله این منفعت را اصلاً این ماشین نداشته است لذا معامله از اول باطل بوده است و توهم صحت آن بوده است.

صورت دوم: این است که عذر خاص است خدمت شما عرض شود این عذر خاص ک هخودش دو فرد دارد

اول مثال عذر خاص: این اجاره کرده بود که با این ماشین روز جمعه برود تهران یا خانه را برای سکونت این هفته اجاره کرده بود. در مورد ماشین مریض شد و قدرت برای رانندگی ندارد یا خانه ای را که اجاره کرد باری سکونت این مستأجر افتاد زندان به نحوی که قدرت سکونت در خانه را ندارد.

بعد این صورت را سید فرموده است دو صورت دارد:

فرض اول که صورت دوم است: الاجاره داده است برای این که خودش ماشین را رانندگی کند یا خانه را خودش سکونت کند به نحو تقیید در متعلق اجاره نه شرط.

در مثل اجاره وقتی ما یک خانه ای را اجاره می کنیم چه چیزی از خانه می شو منفعت من؟ منفعت. آن منفعت چه می باشد؟ عبارت است صلاحیت و قابلیت خانه برای مسکونیت این صلاحیت و قابلیت را به من تملیک می کند. خوب یک دفعه این صلاحیت و قابلیت برای مسکونیت تملیک می کند این می شود منفعت مطلقه یکدفعه این صلاحیت و قابلیت به من تملیک می شود برای مسکونیت من به من تملیک می شود نه قابلیت للمسکونیه بلکه قابلیته لمسکونیه. در این صورت که قابلیت برای مسکونیت من است صورت دوم از سه صورت است و فرض اول از عذر خاص است.

صورت دوم این است که قابلیت سکونت برای من را از دست می دهد. در این صورت عقد را سید باطل می داند. چرا که این خانه صلاحیت مسکونیت من را ندارد. مثل همان صورت اول می ماند که چطور صلاحیت برای رفتن تهران را ماشین نداشت.

سید می فرمایند که از اول این خانه صلاحیت برای مسکونیت من را نداشت لذا کشف می شود که عقد از اول باطل است.

این صورت دوم را در مورد فرمایش سید را قبول نکردیم کما اینکه جمعی امحشین قبول نکرده اند چرا که صلاحیت مرکوبیت من را داشت و الان هم دارد من مریض شده ام که نمی توانم بروم سوار ماشین شوم یا در خانه سکونت کنم.

لذا صورت اول را از سید قبول کردیم اما صورت دوم را قبول نکردیم. لذا اگر مستأجر افتاد زندان یا بیمارستان عقد اجاره باطل نمی شود منفسخ هم نمی شود حق الخيار هم ندارد مگر اینکه در یک عرفی متعارف باشد که اگر عذر خاصی برای مستأجر پیدا شد، حق فسخ است که در این صورت حق الفسخ دارد.

این بنابراین است که حقیقت اجاره مشخص نمی باشد&&&&

انفساخ حقی است عقلائی و عرفی مواردی است که عقد اجاره منفسخ می شود بعضی از امثله را داشتیم و بعضی از امثله در فرع بعدی می آید.

صورت سوم:

موجر صلاحیت برای رکوب و مسکونیت تملیک کرده است اما شرط کرده ضمن عقد این است که خودت منتفع شوی نه دیگری. این ماشین را اجاره می دهم برای سوار شدن اما شرط این است که خودت استفاده کنی.

در این جا سید می فرمایند که عقد اجاره صحیح است چون صلاحیت برای رکوب و سکونت را دارد بله الان که مستأجر مریض است این خانه و ماشین را به کس دیگری نباید بدهد و اگر بدهد به شرط ارتکازی حق فسخ برای موجر است.

در اینجا هم با سید موافقیم. پس در صورت اول و سوم با سید موافق بودیم. سید دو صورت اول را صراحتاً ذکر کردند و صورت سوم را به صورت ضمنی بیان کرده اند گفته اند که اگر به نحو قید باشد باطل است مشخص است که اگر به نحو اشتراط باشد باطل نمی باشد.

مسألة ۱۳: التلف السماوي للعین المستأجرة

أو لمحل العمل موجب للبطلان و منه إتلاف الحيوانات

این مسئله مشتمل بر شش فرع است.

فرع اول: اگر خانه ای را اجاره کردیم و قبل از قبض بخاطر زلزله تلف شد یا بعد از چند ماه تلف شد کشف می شود که این اجاره از اول نسبت به همه یا نسبت به مابقی باطل بوده است. این طور نبوده است که عقد اجاره منفسخ شود. در مورد حیوان هم این طور است ه اگر به تلف سماوی از بین رفت.

تلف سماوی تلفی که مستند به یک انسان نباشد. مستند به هر انسانی نباشد و یکی از افراد تلف سماوی تلف توسط حیوان است. مثلاً اسبی را اجاره کرده بودیم و گرگ آن را خورد این تلف سماوی است.

بعد سید می فرمایند به حکم عین مستأجرة محل العمل است. شخصی پراچه ای را به ما دارد و ما را اجیر کرد که این پراچه را بدوزیم آن پراچه از بین رفت سیل این پراچه را برد یا موریانه آن را خورد در این صورت هم سید می فرمایند که عقد اجاره باطل است. این فرع اول.

عبارت سید ایهام ای معنا را دار که در این مسئله عقد اجاره منفسخ می وشد اما ظاهراً مراد سید بطلان است.

چطور ایهام دارد: فرموده اند: « موجب للبطلان » فرمودند موجب بطلان است نه کاشف عن البطلان که موجب لبطلان یعنی از الان به بعد عقد باطل می شود این در اصطلاح انفساخ است بطلان از اول عقد باطل است یعنی این تلف کشف می کند که این عقد از اول محقق نشده است.

پس ما دو فرع و دو مثال در اینجا داشتیم یکی تلف عین و یکی تلف محل.

وجه بطلان در تلف عین : شرط عقلی صحت وجود العوضین است خوب این خانه را نسبت به سال آینده به من اجاره داده است و بر اثر زلزله از بین رفت که عین که از بین رفت منفعت آن هم از بین رفته است و کشف می کند که از اول منفعتی نداشته است امری که وجود ندارد را به من تملیک کرده است این عین همین الان منفعت سال آینده را ندارد چرا که فرض این است که در اثناء امسال از بین رفت. اگر در اثناء سال آینده از بین رفت کشف می شود که عقد من از اول نسبت به شش ماه اول صحیح و نسبت به شش ماه باقی مانده درست است. در هر صورت منفسخ نمی شود. عقد اجاره انحلالی است عرفاً.

این نسبت به عین که روشن است.

اما نسبت به محل عمل:

این را دقت کنید این پارچه را به او دارم که بدورزد اما قبل از خیاطه این پارچه تلف شد سید می فرماند که عقد اجاره منکشف می شود که از اول باطل بوده است چون من بر میاطه این ثوب اجیر شدم خوب من بر خیاطه ثوب معدوم قدرت ندارم یا به عبارت دیگر من قابلیت خیاطه این پارچه را ندارم. مثل اینکه کسی را اجیر می کند بر اینکه شخص را به تهران با ماشین برساند و شخص اجیر اصلاً رانندگی بلد نمی باشد لذا نسبت به آن منفعت مفقود است و قابلیت و قدرت بر خیاطه را ندارد.

بنا بر این این عقد اجاره هم باطل است. محل عمل یعنی چیزی که عمل بر آن واقع می شود.

این دو فرع دارد سید مطلقاً گفته است باطل است.

فرض اول:

این شخص را ما اجیر کردیم بر خیاطه این پارچه تا از مغازه بیرون آمدیم قبل از زمان عمل پارچه مفقود شد و مغازه آتش گرفت.

فرض دوم:

قدرت بر عمل داشته است اما انجام نداده است و بعد از پارچه از بین رفت. مثلاً ده روز بعد گفته بود بیا و برای دوخت سه روز زمان کافی بود اما بعد از یک هفته پارچه از بین رفت و ملزم به این هم نبوده است که در همان سه روز اول بدوزد چراکه در این ده روز اجیر شده بود.

سید در هر دو فرموده عقد اجاره باطل است

مرحوم خوئی در فرض اول را قبول کرده اند که باطل است اما در مثال دوم چرا عقد اجاره باطل باشد صلاحیت و قدرت بر عمل داشته است اما زمان داشته همان زمان اول خیاطه نکرده است.

ایشان قائلند که مستأجر می تواند عقد اجاره را فسخ کند منفسخ نمی شود و باطل هم نمی باشد چرا که شرط ارتکازی این است که این عمل را بر من تسلیم نکرد حق افسخ دارد یا می تواند اجاره را ابقاء کند و بدل عمل را که اجرة المثل است را بگیرد و اجرة المسمی را به خیاط بدهد. &&&

مشهور منفسخی شده اند در این صورت می گویند بقاء عقد اجاره منفسخ می شود. دقت کنید در مسئله سه قول شد:

قول سید که باطل است عقد از اول.

قول مرحوم خوئی: حق الفسخ یا ابقاء و اجرة المسمی را می دهد و اجرة المثل عمل را می گیرد. بحث ما در مورد عمل است نه قیمت پارچه که در این مثال قیمت پارچه را ضامن نمی باشد چرا که او امانی بوده است و افراط و تفریط هم که نکرده است و به تلف سماوی از بین رفت.

قول سوم که قول مشهور است: این عقد صحیح است اما از زمان از بین رفتن عمل عقد منفسخ می شود.

این را دقت کنید از فرض اول شروع کنیم که فرض سید است که عقد اجاره باطل می شود.

ظاهراً اجاره باطل نمی باشد لذا فرمایش سید درست نمی باشد چرا که قدرت بر عمل داشته است.

اما قول سوم که فرمایش خوئی است فنی است اما با ارتکاز ما نمی سازد اما برای ما مهم آن ارتکاز است که ارتکاز منفسخ می شود. &&&

فینا چطور تمامش کنیم این ریشه در این دارد که حقیقت اجاره تملیک منفعت نمی باشد چرا که اگر تملیک نفع بود آن فرمایش مرحوم خوئی مرتکز می شد در ارتکاز این عقد اجاره منفسخ می شود و نه اجرة المسمایی می دهیم و نه اجرة المثلی می گیریم ما قائل به بطلان نشدیم اگر چه نتیجه عملیش با بطلان یکی است. کما علیه المشهور.

سید شاید غفلت کرده از اینکه در این مورد دوم قدرت داشته است و ایشان غفلت کرده و فکر کرده است که اصلاً قدرت ندارد. &&&

منتها به لحاظ علمی باید حقیقتی را برای اجاره تعریف کنیم که این انفساخ را توجیه کند. اما توجیه نمی توانیم بکنیم چرا که حقیقت اجاره یک قرار داد پیچیده است الان تفسیر روشنی از این عقد نمی توانیم ارائه دهیم لذا این همه نزاع شده است در حقیقت عقد اجاره.

۱' و إتلاف المستأجر بمنزلة القبض

مرحوم سید می فرمایند اگر ماشین را به مستأجر اجاره دادیم و در همان اول مستأجر ماشین را آتش زد این إتلاف به منزله قبض و استیفاء منفعت است هم اجاره و قیمت ماشین را باید به او بدهد &&&

اگر شخصی را اجیر کرد که این پارچه را بدوزد و مستأجر که مالک پارچه است پارچه را آتش زد باید اجرة را تماماً به اجیر بدهد یا خانه یا ماشین را تحت اختیار او

گذاشت که نقاشی کند مستأجر در اینجا که مالک باشد، تمام ماشین و خانه را آتش زد باید در اینجا تمام اجرة نقاشی را به اجیر بدهد.

مناقشه:

ارتکاز عرف این است که در اینجا که قبل از تعمیر اجیر برای یخچال مستأجر یخچال را آتش می زند در ارتکاز عرف این است که ضامن نمی باشد؟&&&

ما این را قبول کردیم اما مناهات&& ظاهراً اینجا سیره است که در اینجا عقد اجاره از طرف مستأجر و صاحب مال از عقود جایزه است و می توانیم یخچال را از اول بعد از بستن عقد اصلاً نبریم و عقد را فسخ کنیم. لذا در اینجا به منزله فسخ عقد است. این حق در نزد عرف است که قبل از عمل اجیر، مستأجر و مالک مال، مال را پس بگیرد. در بعضی از امثله است که بعد از اجیر شدن فرصت شغلی را از او می گیریم مثلاً این الان چون اجیر شده است بعد از اینکه وقت عمل رسید یا نزدیک شد دیگر کاری گیر او نمی آید یا اینکه مقدماتی را فراهم کرد و یک مقداری رنگ و وسائل نقاشی تهیه کرد در اینجا ظاهراً عقد لازم می شود. آیا در اینجا عقد از جانب مستأجر و مالک جایز است یا جوازش بر این است که تدارک کند؟ ظاهراً باید مستأجر تدارک کند و هزینه و فرصت شغلی را برای او فراهم کند. حتی در عمل جراحی مثلاً ساعتی را برای کسی قرار داده است که هزینه عملش ۴۰ میلیون است و شخص نمی آید ایشان باید فرصت شغلی را تدارک کند اما لازم نمی باشد ۴۰ میلیون بدهد بلکه باید به اهل فن مراجعه کند و قیمت تدارک را مشخص کند. کسی که هر روز مشتری دارد مثلاً تعداد مشتری او بیش از تعداد روز ایام است و اما کسی تعداد مشتری از تعداد ایامش کمتر است و می تواند در روز دیگر کسی را که از دستش رفته عمل کند. در هر دو باید به قیمت گذار رجوع کند و این مقداری که تقویم می شود، از باب خسارت ضامن است عرفاً. در سیره این را لحاظ نمی کنند که این کارگری که زیر گرفتند کارگر پر کاری بوده است که روزانه ۲۴ ساعته کار می کرده است یا خیر در هفته سه روز کار می کرده است و اینطور نمی باشد

که به حسب هر کس حساب کنند چون نظام اجتماعی بهم می خورد. در این صورت می توانند مصالحه کنند یا مقدار تقویم شده را بپردازد.

بنابر این وظیفه رجوع به مقوم است اینکه اتلاف به منزله قبض است در اجاره اعیان و باید تمام اجرة المسمی را بدهد اما در اجاره بر اعمال اینطور نمی باشد که اگر من عبا را به خیاط دادم و او تلف کرد اینطور نمی باشد که باید اجرة المسمی را بدهم خیر ضامن نمی باشم چرا که عقد در اینجا در عرف از طرف مستأجر از عقود جایزه است و می تواند فسخ کند بله اگر فرصت شغلی او را از دست داده است یا اجیر چیزی را فراهم کرده است، باید رجوع به مقوم شود و مقدار تقویم شده را پرداخت کند. البته این درجایی است که مستأجر قصد فسخ را داشته باشد اما اگر قصد فسخ را نداشته باشد باید اجرة المسمی را پرداخت کند. لذا در اجاره بر اعیان در هر صورت حق فسخ را دارد اما بر اعمال اگر فرصت شغلی از دست نرفته باشد یا هزینه ای نکرده باشد جایز است و در صورت از دست رفتن فرصت شغلی و هزینه در صورت تدارک این حق فسخ برای او در نزد عرف ثابت است.

۱ و إتلاف الموجه موجب للتخیر بین ضمانه و الفسخ

ایشان فرمودند اگر عین مستأجره و محل عمل تلف شود توسط موجر تلف شد این شش فرع دارد:

زید عین مستأجره و خانه را به مستأجر اجاره داد و آن را آتش زید یا محل عمل را از بین برد در اینجا اگر موجر پارچه را به عمرو داد و عمرو که موجر است پارچه را عمل کرد عقد اجاره چه می شود؟

مرحوم سید می فرمایند که می رویم سراغ مستأجر که می تواند فسخ نکند در مثال عین مستأجره زید خانه را به عمرو اجاره داد زید موجر خانه را منهدم کرد. جناب مستأجر می آید اجرة منفعت یکسال را بده که منفعت از قیامات است که به یکسال ۱

میلیون داده بود و می گوید اجرة المثل را باید به من بدهی که فرضاً اجرة المثل دو میلیون تومان است که باید به مستأجر بدهد چرا که این ضمان اتلاف منفعت است که باید در سیره عقلاء باید اگر کسی مال کسی را تلف کرد ضامن است و باید بدهد و منفعت مال مستأجر بود و موجر آن را تلف کرد ضامن است و باید قیمت آن را بدهد.

اما در محل عمل:

زید پارچه را به عمرو داد و گفت این پارچه را برای من بدوز بعد موجر که عمرو و خیاط است این پارچه را پاره کرد مستأجر که زید می باشد باید بدل آن پارچه و اجرة المثل عمل را بگیرد و اجرة المسمی را به او بدهد چرا که فرض این است که معامله را فسخ نکرد و اجاره باقی است باید اجرة المسمی را بدهد و چون خیاط عمل را به او قدرت ندارد تحویل دهد باید بدل آن را که اجرة المثل است را تحویل بدهد.

این در ما نحن فیه .

سید می فرماید که علاوه بر تضمین حق فسخ هم دارد. در مثال عین مستأجره مستأجر می تواند عقد را فسخ کند.

این فسخ از باب شرط ارتکازی است که اگر منفعت را تسلیم نکرد این مستدجر حق فسخ دارد این عدم تسلیم دو صورت دارد: قبل از تسلیم خانه را آتش بزند موجر صورت دوم این است که در اثناء عمل موجر بیاید و خانه را آتش بزند. مستأجر وقتی می بیند که موجر خانه را خراب کرد می گوید می تواند عقد اجاره را فسخ کند حال یا کل عقد اجاره را فسخ کند و اجرة المسمی را بگیرد و اجرة المثل همه را بدهد یا نسبت به ما بقی عقد را فسخ کند. نسبت به شش ماه اول باید مستأجر اجرة المسمی را بدهد و ما بقی را پس بگیرد.

در محل عمل که موجر پارچه را آتش زد می تواند فسخ کند در این صورت باید قیمت پارچه را موجر بدهد و اگر اجرة المسمی را به موجر داده تماماً پس می گیرد.

این فرمایش مرحوم سید.

مرحوم سید در این فرع دوم و صورت دوم که محل عمل باشد در مسئله اول در فصل آتی خلاف اینجا فتوا داده است و گفته است که عقد اجاره باطل می شود که ظاهر کلامشان در این که باطل می شود این است که منفسخ می شود.

این فرمایش سید علی القاعده تمام است اما در محل عمل با ارتکازات ما نمی سازد. اگر موجر پارچه را آتش زد عقد اجاره منفسخ می شود کما اینکه در مسئله یک فصل آتی به این نظر دارند.

دلیل فنی این چه می باشد؟ چرا که حقیقت عقد اجاره برای ما مشخص نمی باشد لذا تخریج فنی هم مشکل است لذا عمده ارتکاز عرف است که عرف این عقد اجاره را باقی بداند یا منفسخ بداند ما در محل عمل انفساخی هستیم نه ضمانی و نه فسخی.

در معاملات اغراض خارج از معامله دخیل نمی باشد مثلاً من یک میلیون تومان نیاز دارم که اگر به دست من نیاید صد میلیون ضرر می کنم و مدیون هم اتفاقاً این یک میلیون را نداد اینطور نمی باشد که که مدیون ضامن صد میلیون هم باشد. لذا ضرری که علاوه بر آتش زدن پارچه به مستأجر رسیده است دیگر موجر ضامن نمی باشد.

حتی ما یک مشکله ای دیگر دارد مثلاً یک پارچه می خریم صد تومان و اگر پارچه را بفروشیم صد تومان می خریم و بعد از عبا شددن دیگر هب این قیمت نمی خرند در اینجا چه باید کرد ظاهراً این در زمان سید نبوده است و در ذهن سید این بوده است که قیمت عمل به قیمت جنس افزوده می شود و می شود قیمت سوقیه در حالیکه اگر خیاط و اجنبی پارچه را تلف کند هر دو صد تومان ضامن می باشند اما اگر عبا شود و خیاط عبا را آتش زد در اینجا خیاط صد تومان ضامن است اما اگر اجنبی تلف کرد بیست تومان ضامن است. توجیه این چه می باشد؟ در حالیکه ارتکاز این است و بسیار روشن است اما توجیهش چه می باشد؟

فرض دیگر هم این است مثلاً فرض کنید این پارچه را ه من به خیاط دادم یک هفته هم پوشیدم دیگر بیست تومان هم نمی خرند و فرض کنید یکبار هم شسته ام دیگر خیلی کم می خرند.

گاهها التزام به قاعده باعث می شود که ارتکاز مغفول عنه واقع شود و یا اصلاً ارتکاز عوض شود لذا در اینجا ممکن است که باعث شده است که سید خلاف ارتکاز در محل عمل، فتوا دهند.

این فرع سوم از مسئله ۱۳

...و إتلاف الأجنبي موجب لضمانه

اما فرع چهارم:

اگر عین مستأجره اجنبی تلف کرد یا محل عمل اجنبی عمل کرد نه موجر و نه مستأجر.

سید فرموده است این موجب ضمان اجنبی است که برای مستأجر ضامن است در اجاره بر اعیان و اعمال منفعت و عمل ملک مستأجر می باشد. ضامن اجرة المثل منفعت و عمل می باشد. مستأجر باید اجرة المسمى را به موجر بدهد.

این فرمایش درست است. چرا که در منافع اجنبی ضامن است از باب اتلاف و در اجاره بر اعمال اجنبی از باب تفویت ضامن است.

بله یک چیز اضافه اس تکه این اضافه را مرحوم سید نفرموده اند و آن اینکه اگر در عین مستأجره قبل از تسلیم تلف کرد در این صورت جنبا مستأجر که می تواند اجرة المثل را از اجنبی بگیرد می توان عقد اجاره را فسخ کند چرا که در صورت عدم تسلیم مستأجر حق فسخ دارد اما در اجاره بر محل عمل اگر در اثناء آمد تلف کرد در نظر سید باید اجرة المثل را به مستأجر بدهد و مستأجر اجرة المسمى را بدهد و اگر در اول بود حق فسخ را دارد اما در ارتکاز ما اگر در اثناء محل عمل را تلف کرد در این صورت

معامله منفسخ می شود. وقتی منفسخ شد باید قیمت عین را از اجنبی بگیرد و اجرة مقداری از عمل را که انجام داده است، اجنبی به موجر بدهد.

۱ و العذر العام بمنزلة التلف

و أما العذر الخاص بالمستأجر كما إذا استأجر دابة لركوبه بنفسه فمرض و لم يقدر على المسافرة أو رجلاً لقلع سنّه فزال ألمه أو نحو ذلك ففيه إشكال و لا يبعد أن يقال إنه يوجب البطلان إذا كان بحيث لو كان قبل العقد لم يصح معه العقد

فرع پنجم و ششم:

در اینجا سید حکم عذر عام را می گوید که حکم آن حکم تلف است ماشینی را اجاره کرده است که روز جمعه به تهران رود و در درو جمعه راه تهران مسدود ست.

نحو ذلك یعنی نحو ازاله الم مثل اینکه اجیر کرد که لباسش را جمعه بدوزد و شب جمعه دزد آمد و لباس را برد یا اجیر شد برای خواندن نماز میت و بعد متوجه می شود که سیل میت را برده یا حیوان آن را خورده است.

زمان مرحوم سید دندان پزشک نبوده است لذا از لفظ طیب استفاده نمی کردند و دندان کشیدن کار دلاک بود.

مرحوم سید می گوید که یک ضابطه ای بگویم که اگر عذر خاصی بود اگر این عذر خاص قبل از عمل بود، این عمل باطل بود این به منزله عذر خاص است و عمل باطل

است. &&&& مثلا کسی است که رانندگی بلد نبود که ماشینی را اجیر کند که رانندگی کند یا طبیبی را اجیر کند که این دندان را المَش را ازاله کند در حالی که المی ندارد.

اول برویم سراغ عذر عام:

مثل اینکه راه تهران برای همان روزی که اجاره کرده بود بسته شده است. در اینجا بیان سید درست است چرا که شرط صحت عقد وجود عوضین است و این منفعت که در اجاره عوض است در اینجا موجود نمی باشد.

اما عذر خاص:

عذر خاص سید دو مثال زده است که باید تفکیک شود:

عذر اول این بود که در خود مستأجر پیدا شد ماشینی را اجاره کرد و در روز جمع قدرت رفتن به مسافرت ندارد یا مریض است یا در زندان است. این را سید باطل می داند این بنا بر این است که شرط در اجاره قدرت بر استیفاء باشد. مثلا شخص کوری است و عینکی را اجاره کند مطالعه کند که این شخص اصلا قدرت بر استیفاء ندارد گفتیم که شرط صحت عقد قدرت بر استیفاء نمی باشد یعنی در ارتکاز عرف این چنین شرطی نمی باشد که قدرت بر استیفاء شرط صحت عقد اجاره است. در سیره قدرت بر استیفاء شرط نمی باشد مثلا کسی می خواهد پز بدهد و کتاب را و می کند جلوی میز می گذارد تا به مردم بگوید که اهل مطالعه است در حالی که بیسواد بیسواد است یا کتابی را به زبان اجنبی می خرد برای اینکه بگوید که من زبان بلدم در حالیکه اصلا سواد خواندن آن زبان را ندارد. اجاره برای پز دادن نکرده است بلکه برای مطالعه اجاره کرده است اما قصد دیگری هم دارد. &&&

اما مثال دوم ایشان که عبارت بود از این که بیاید و دندان من را بشکد این را دقت کنید این را قبلا داشتیم بر می گردد معالجه عند المراجعة یعنی ازاله الم جناب پزشک اصلا قدرت بر معالجه ندارد چرا که دردی در کار نمی باشد که کشف می کند که عقد اجاره از اول باطل است قدرت بر استیفاء شرط نمی باشد اما قدرت بر عمل شرط در

صحت است مثلاً اجیر برای قرائت قرآن شدم و اصلاً قرآن خواندن بلد نمی باشم یا اجاره بر تعمیر امری می شود که اصلاً آن تعمیر را بلد نمی باشد.

لذا در عذر عام فرمایش سید را قبول کردیم و در عذر خاص در جایی که قدرت بر استیفاء نباشد، این عقد صحیح است اما عذر عامی که قدرت بر عمل نداشته باشد این جا عقد اجاره باطل است.

وجه اشکال:

این است که این شخص بیمار می توانسته است زودتر رجوع کند&&&

۱۴ مسألة إذا أجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج

فیما ینافی حق الاستمتاع وقفت علی إجازة الزوج

مثلاً زن اجیر شده است که این اجاره در معرض تضییع حق زوج است مثلاً اجیر شده است که شبها برود و از بیماری پرستاری کند برای یک ماه اجیر شده است یا یک هفته اجیر شده است. این زمان در معرض مطالبه زوج است سید می فرمایند که اگر زوج اجازه داد درست است و اگر اجازه نداد عقد باطل می باشد.

بطلان دو قسم است :

بطلانی که با اجازه قابل تصحیح نمی باشد مثلاً انسان سفیهی خانه اش را فروخت و بعد از بین رفتن سفاهت می بیند که معامله سفیهانه نبوده است اجازه الان آن شخص فایده ای ندارد

بطلانی که با اجازه قابل تصحیح است مثل عقد فضولی.

عقدی انجام دهنده آن اهلیت داشته است اما مستند به او نبوده است با اجازه این عقد صحیح می شود اما اگر اهلیت نداشته باشد این عقد قابل امضاء و تصحیح نمی باشد.

سید فرموده اند که این عقد باطل است و اگر زوج اجازه داد، صحیح می شود. از موارد خیلی مشکل این است که باکره بدون اذن ولی ازدواج کرد و بعد از ازدواج آمد اجازه گرفت این اجازه اصلاً اثر ندارد چرا که آن زمان که اجازه لازم بود و باکره بود اجازه نگرفت و الان که اجازه می گیرد، دیگر باکره نمی باشد و صبیبه رشیده است و دیگر اذن پدر لازم نمی باشد و اثری ندارد.

در ما نحن فیه این مسئله است که در اجیر شدن بدون اجازه زوج بود و الان که اجیر شده است اجازه می گیرد سید می گوید که با این امضاء و اجازه عقد صحیح می شود.

اما اینکه چرا این عقد باطل است؟

این را گفتیم در سیره عقد وقتی وقاء به عقدی مخالفت با یک قانونب اشته یا مخالفت با شرع باشد یا در وفاء به «تضییع یک حق دیگری باشد عقلاء آن را امضاء نمی کنند و کسانی که امضاء را شرط می دانند در شامل عقود می شود که عقلاً صحیح باشد. &&& خوب در اینجا موجب تضییع حق می شود عقلاء در جایی این را اجازه می دهند که شخص اجازه دهد خوب در اینجا که تضییع حق شوهر است عقلاء آن را امضاء نمی کنند. خوب حالا اگر این زن بخواهد حق شوهر را اداء کند باید حق موجر را ضایع کند اگر وفاء به عقد لازم باشد تضییع حق شوهر است و اگر وفاء به عقد لازم نباشد تضییع حق موجر است.

در سیره عقلاء در مورد تراحم عقدی را مقدم می کنند که مقدم بود. لذا اگر شخصی قبل از ازدواج اجیر شد که یکسال پرستار باشد و بعداً ازدواج کند در اینجا دیگر شوهر حق مطالبه حق ندارد چرا که حقی ندارد در نزد عقلاء.

گفته شده است که همین که در معرض تضییع حق باشد عقلاء این را امضاء نمی کند چرا که اتفاقاً شوهر این شخص در شبها مطالبه نمی کند.

اما مسئله دوم این که اگر امضاء کرد چرا صحیح می شود؟

چرا که این زن که اهلیت را دارد فقط مشکل آن تضييع حق دیگران است که شوهر با امضاء حق خود ارا اسقاط می کند و کشف می شود که عقد از اول درست است نه مثل عقد فضولی &&&

بخلاف ما إذا لم یکن منافیا

فإنها صحیحة

اینکه منافات نداشته باشد مثل اینکه برای روز پنجشنبه زوجه اجیر شده باشد و معمولاً در روز که مرد سر کار است در معرض مطالبه نمی باشد د راینجا عقد صحیح است.

وإذا اتفق إرادة الزوج للاستمتاع كشف عن فسادها

اما اگر اتفاقاً شوهر روز دوشنبه نیاز پیدا کرد یعنی قبل از روزی که زن اجیر شده است در اینجا چون عقد ازدواج زودتر از اجاره اتفاق افتاده است این عقد اجاره باطل است چون موخر از عقد ازدواج بوده لذا کشف می شود که این عقد از اول باطل بوده است و ما اطلاعی نداشتیم.

این قاعده کلی درست است که هر جا که منافای با حق باشد عقد باطل است ولو حین العقد ما التفات به این منافات با حق عقلائی یا شرعی یا با قانون، نداشته باشیم. چون در سیره عقلائی این عقد را امضاء نمی کند.

این کبری درست است تمام مناقشه در صغری است.

در بحث حق استمتاع یک اختلافی بین ما و مشهور فقهاء می باشد فقهاء قائل می باشند که این حق استمتاع حق شرعی است که شارع برای زوج قرار داده است در همه

موارد واجب است مگر آن مواردی که شارع این حق را ضیق کرده باشد مثلاً ماه رمضان که اجابت شوهر جایز نمی باشد یا زن در احرام است.

ما ها قائل نمی باشیم اجمالش این است که دائر مدار عرف است اگر عرف حقی را برای شوهر قائل بود می گوییم این حق است و اگر عرفا این حق را قائل نباشد، این عقد اجاره باطل نمی باشد. در این مورد حق الاستمتاعی که سید فرموده اند، این حق را عرف اگر قبول نکند عقد اجاره درست است. ما قائلیم که اگر حق عقلائی باشد و در عرفی آن را شارع امضاء کرد این امضاء مال تمام اعراف است بلکه اگر در عرفی این حق تمام نباشد دلیلی نداریم که شرعاً این حق هم لازم الاجراء است. شواهدی هم داریم که فقهاء هم این ارتکاز را داشته اند و با آن مشی هم کرده اند با اینکه با این کبرای کلی منافات داشته است. &&&& یعنی فقها قائل بودند که شارع حقی غیر از حق عرفی برای شوهر جعل کرده است در حالی که این ثابت نمی باشد.

مسألة ۵۱: [في تسليم العمل]

قد ذكر سابقاً أن كلا من الموجر والمستأجر يملك ما انتقل إليه بالإجارة

بنفس العقد ولكن لا يجب تسليم أحدهما إلا بتسلم الآخر

&&& در مورد مال امانت و ودیعه نمی توان تقاص کرد اما در غیر اینها اشکالی ندارد و تقاص مانعی ندارد اما در غیر اینها می توان تقاص کرد حتی ابتداء مالی او را بدون اطلاع او بر می داریم و تقاص می کنیم.

در تقاص در مرحله اول مطالبه می کند و اگر نداد می تواند آن مال برداشته شده را تملک کند و اگر قیمت مال تقاص شده بیشتر است ما به التفاوت را می تواند بر

گرداند یا بفروشد و طلب را بردارد و ما بقی را عودت کند. دلیل تقاص سیره است و امضائی ها می خواهند با عدم ردع یا روایاتی && امضاء را اثبات کنند.

در باب امانت که نمی توان تقاص کرد این روایت معتبره داریم حتی در اموال غیر محترم که اموال کفار حربی باشد در امانت استثناء شده است. در تقاص ما گفته ایم که همین که تقاص عرفی اثبات شد نیاز به امضاء ندارد.

لا یحل مال امرء در جایی است که تصرف عدوانی باشد و تقاص در نظر عرف تصرف عدوانی نمی باشد.

و تسلیم المنفعة بتسلیم العین

در اجاره اعیان قبلاً گفتیم که مشهور نظرش این است که اجاره بر اعیان از عقود معاوضه است نه عقود عهدیه در عقود معاوضه دو مال جابه جا میش و یکی منفعت این خانه و دیگر اجرت منفعت منتقل می شود به مستأجر و اجرت در ذمه مستأجر منتقل می شود به موجر اینکه که مالک اجرة در ذمه می شویم اتین در صورتی است که اجرة کلی باشد اما اگر شخصی باشد مثل انی که این خانه را اجاره می دهم به این فرش در این صورت موجر مالک این فرش می شود.

در ما نحن فیه سید فرمودند که باید تسلیم منفعت کند در عبا و فرش روشن است در منفعت چه می باشد. منفعت صلاحیتی به عین است و مقوم به عین است و تسلیم منفعت به تسلیم عین است اما منفعت را معاوضه کرده ام اما در عین حال تسلیم منفعت چون به تسلیم عین است باید عین را در اختیار او بگذارم و مستأجر منفعت را استیفاء می کند تا زمانی که اجاره تمام شود.

البته اینکه عقد اجاره از عقود معاوضه باشد این روشن نمی باشد بخاطر خصوصیتی است که دارد لذا حقیقت شناوری دارد و حقیقت آ» را نمی توان مشخص کرد.

و تسلیم الأجرة یا قباضها

اجرة دو قسم است یا کلی در ذمه است یا شخصی است اگر کلی در ذمه است فردی از آن کلی را اقباض کند می شود تسیم اجرة و اگر شخصی است خود شخصی را اقباض می کند که می شود تسلیم اجرة.

ما یک قبض داریم و یک اقباض داریم و یک تخلیه داریم. قبض یعنی استیلاء شخص بر مال است و اقباض مستولی کردن شخص بر مال است و تخلیه عبارت است برطرف کردن موانع استیلاء.

فرض کنید من کتابم را به زید می فروشم و به او می گویم داخل قفسه است و عروه روی میز یا در قفسه را به او می فروشم به محض عقد بیع مشتری می شود مالک عین این چند حالت دارد یکبار خود مشتری و زید می رود و کتاب را بر می دارد این می شود قبض.

صورت دوم اقباض است این است که من کتاب را می آورم و به او تسلیم می کنم فعل من اقباض است و فعل او قبض است.

صورت سوم این است که نه قبضی صورت می گیرد و نه اقباضی صورت می گیرد بعد از معامله می گویم این کتاب داخل قفس است و هیچ مانعی نمی باشد.

گفته شده است که در بیع یا اجاره یا عقود معاوضی تسلیم عوض و معوض واجب است. بر بایع تسلیم عین و بر مشتری تسلیم ثمن و در اجاره بر موجر تسلیم عین و بر مستأجر تسلیم اجرة واجب است.

این تسلیم مراد چه می باشد؟

قبض مراد نمی باشد چرا که فعل من بایع و موجر نمی باشد و معنا ندارد که گفته شود که قبض بر بایع و موجر واجب است چرا که قبض فعل بایع و موجر نمی باشد بلکه فعل مشتری و مستأجر است.

می ماند به اقباض و تخلیه. آیا در باب تسلیم اقباض واجب است یا تخلیه؟

هیچ روایت و آیه ای نداریم که راجع به تسلیم توضیحی داده باشد ما ها علی ا لقاعده ای هستیم باید طوری باشد که حفظ مال غیر و نگه داشتن تصرف عدوانی نباشد که به حسب موارد فرق می کند تارة هیچ کاری نمی خواهد انجام دهد چون مبیع مشخص است و مشتری هم قدرت بر اقباض را دارد مثلاً کتاب در قفسه است و شخص جایش را هم بلد است.

تارة جای مبیع مشخص نمی باشد و برای پیدا کردن نیم ساعت وقت نیاز است. اگر آدرس کتاب را بدهد کافی است و تصرف و نگه داشتن او دیگر عدوانی نمی باشد. که اینجا از مصادیق تخلیه است.

تارة این زمانی که می خواهد آدرس را پیدا کند نیم ساعت طول می کشد اما خود موجر یا بایع جایش را سریع پیدا می کند اگر در نظر عرف این برهه از زمان تعدی حساب شود، تخلیه جایز نمی باشد و اقباض لازم است.

اینها در صورتی است که مشتری پول را داده است یا قبول کرده است موجر که پول را مستأجر فردا دهد یا اصلاً معامله نسیه است.

تارة تسلیم به اقباض است در جایی که با تلفن جنس می خرند باید شخص بیاید و جنس را تحویل دهد اگر رویه در اینجا ارتکازاً یا شرطاً این باشد که در خانه تحویل دهند در این صورت حفظ مال عرفاً تعدی حساب می شود و صرف اینکه بگویند که بیا ببر. این برای تسلیم کفایت نمی کند. در اینجا اقباض لازم است و تخلیه تصرف عدوانی است.

لذا اینکه سید فرمودند اقباض این درست نمی باشد چرا که همیشه اقباض لازم نمی باشد اولاً اگر قبض قبل از تخلیه و اقباض صورت گیرد در آنجا نه اقباض است و نه تخلیه و در بعضی جاها هم تخلیه تصرف عدوانی حساب نمی شود.

در تخلیه باید مانعی باشد و شخص رفع مانع کند مثلاً آدرس مشخص نمی باشد و شخص آدرس کتاب را در کتابخانه بدهد این تخلیه می باشد اما اگر آدرس از اول مشخص است و مستأجر یا مشتری آدرس را بلد است یا خود مستأجر یا مشتری خودش رفع مانع کرد دیگر در اینجا اصلاً تخلیه معنا ندارد.

تسلیم زمانی واجب است که قبض امکان نداشته باشد یا انجام نشده باشد.

اگر اقباض کردیم و طرف قبول نکرد می گذارم جلوی شخص و تخلیه می کنم و می آیم این کفایت می کند بله اگر تأخیر به نفع بایع است در اینجا دیگر نمی تواند تخلیه کند و مدت اداء هم فرا نرسیده است.&&&

۱ 'إِذَا كَانَتْ مَنْفَعَةٌ أَيْضًا

فبتسليم العين التي تستوفي منها

ایشان می فرمایند که اگر اجرة هم خودش منفعت باشد مثلاً ما خانه را به منفعت دکان زید اجاره می دهیم در اینجا تسلیم اجرة به تسلیم عین دکان است. چرا که عرفاً تسلیم منفعت به تسلیم عین است.

اما نکته ای است که اثر عملی ندارد. اگر من خانه را به منفعت یکسال ماشین اجاره دادم در اینجا کدام موجر و کدام مستأجر می باشند. موجر مالک ماشین یا مالک خانه است؟ یا هر دو موجرند یا مستأجر؟ یا هر دو نه موجر می باشند نه مستأجر؟ یا تفصیلی شویم.

این بحث ثمره عملی ندارد چرا که اجاره بما هو اجاره موضوع احکام خاصی نمی باشد در بیع این بحث را مطرح کرده اند که اگر من فرشم را به یک گوسفند دادم آیا این بیع است یا خیر؟ اگر بیع است کدام ثمن است و کدام مثنی؟ چرا این بحث را

مطرح کرده اند چرا که بیع احکام خاصی مثل خیار حیوان و مجلس و ... است بخلاف دیگر معاملات.

اجاره یک معنای عرفی دارد و اسم است برای یک عقد آیا عقد اجاره به معنای عرفی این عقد را شامل می شود ؟ اگر شامل می شود کدام موجر و کدام مستأجر می باشند؟

هر جوابی بدهیم چون ثمره عملی ندارد زیاد بحث نمی کنیم..

این را دقت کنید اجاره اگر تملیک منفعت است یه عوض این عوض دو صورت دارد عوض بما هو مد نظر نمی باشد بلکه بما هو مال مد نظر است . مثلاً می رویم عبا می خریم و بما هو عبا مد نظر است اما تارة عبا می خریم چون می دانیم که ارزش پول کم می شود بخاطر این که ضرر نکند و عبا هم خوب خرید و فروش می رود و دزد هم نمی برد و نگهداریش هم راحت است. لذا نظر این شخص به مالیت نظر کرده است که عبا خریده است . گفته شده اسات کمه اگر منفعت را معاوضه می کنیم آن عوض از اب این که مال است مد نظر است این اگر باشد این عقد اجاره می شود و مالک خانه می شود موجر و مالک ماشین می شود مستأجر. موجر دیده است که این مستأجر چیزی جز منفعت ماشین چیز دیگر ندارد و این شخص هم می تواند منفعت این ماشین را اجاره دهد و اجاره خانه را در بیاورد.

اما یکدفعه این است که نه اصلاً قصد و غرضش خود منفعت ماشین است و این شخص به منفعت ماشین نیاز دارد و آن شخص هم به منفعت خانه نیاز دارد اگر این باشد ادعا شده است که این عرفاً اجاره نمی باشد و این عقدی معاوضی بدون اسم است که مرحوم خوئی تابع این نظر است.

بعضی گفته اند اجاره در جایی گفته می شود که ما منفعت را تملیک کنیم و آن که آجرت می گوید می شود موجر و آنکه قبلت می گوید می شود مستأجر لذا اگر صاحب

خانه آجرت گفت می شود موجر و صاحب ماشین که گفت که قبلت می شود مستأجر و اگر بالعکس شد، بالعکس می شود.

به نظر می رسد که احتمال اول اقرب است به حقیقت اجاره عرفی.

اجاره یک معنای ارتکازی عرفی دارد و اگر هم تعریفی کرده اند بخاطر توضیح است لذا اگر با ارتکاز نسازد تعریف را هم ناقص دانسته قبول نمی کنند.

و لا یجب علی واحد منهما الابتداء بالتسلیم...

این دو نفر یکی منفعت را می خواهد و یکی اجرة را می خواهد مشخص است که برای هر کدام از این دو جایز است که ابتداء به تسلیم کند و بعد دیگری تسلیم کند. سوال این است که آیا ابتداء به تسلیم شرعا بر طرفین واجب است؟ هر یکی به دیگری می گوید که اول تسلیم کن. فرض کنید که هر یک از طرفین یقین دارد که در صورت تسلیم او دیگری هم تسلیم می کند. آیا در اینجا ابتداء به تسلیم واجب است یا خیر؟

من خانه را به زید تحویل داده ام و به زید می گویم که اول پول را بده تا خانه را تسلیم کنم و زید هم اطمینان دارد که اگر پول را بدهد خانه را می دهد و بالعکس. صورت دوم این است که من یا طرف مقابل مطمئن به تسلیم فرد روبرو نمی باشد.

مشهور فقها فرموده اند این ابتداء به تسلیم در هر دو صورت اطمینان و عدم اطمینان واجب نمی باشد. یعنی این حق عدم تسلیم بر اینها وجود دارد و لو مطمئن است که در صورت ابتداء به تسلیم طرف مقابل تسلیم می کند.

مشهور دو دلیل آورده اند:

دلیل اول:

لکل منهما حق الامتناع است این حق به سیره عقلاء ثابت می شود و این سیره عقلاء من قبل شارع امضاء شده است.

دلیل دوم:

گفته اند که شرط ارتکازی است در عقد تا تو تسلیم نکرده باشی من بتوانم آن مال را حبس کنم. این حق دو طرفه است.

در دلیل اول عقلاء این حق را برای طرفین قائل می باشند و در دلیل دوم خود متعاقدين این شرط را برای هر دو طرف قائل می باشند.

بنابراین ابتداء به تسلیم بر هیچ کدام شرعا واجب نمی باشد.

ما با این نظر مخالفیم.

ما ها گفتیم در صورتی که من مطمئن هستم که اگر ابتداء به تسلیم بکنم او طرف مقابل تسلیم می کند تسلیم واجب است اما در صورت عدم اطمینان واجب نمی باشد.

اول برویم سراغ دلیل اینها و بعد مختار خودمان.

اما دلیل اول و سیره عقلاء:

این که در سیره عقلاء حق الامتناع دارد این درست نمی باشد این حق امتناع در صورت عدم اطمینان نتسلیم طرف مقابل وجود دارد اما در جایی که مطمئن به تسلیم است چنین حقی ثابت نمی باشد.

فقهائیکه این سیره را استظهار کرده اند شاید به خاطر فتوای علمای دیگر بوده است یا به نکات در مورد توجه نمی کنند که اگر توجه می کردند این نظر را می دهند البته تارة هم با وجود التفات ممکن است استظهارش با ما فرق می کند که اینجا دیگر چاره ای نمی باشد.

اما دلیل دوم و شرط ارتکازی:

شرط ارتکازی را که اصلا قبول نکردیم و چنین شرط ارتکازی نمی باشد و همان سیره عقلاء می باشد.

اما دلیل ما چه می باشد؟

وجوب دلیل می خواهد؟ دلیل وجوب چه می باشد؟ ما ها قائلیم در صورت اطمینان به تسلیم طرف مقابل حبس مال، تصرف عدوانی در مال غیر است و تصرف عدوانی بدون اذن در مال غیر جایز نمی باشد. لذا شرعا تسلیم در این صورت واجب است. این سیره حجت نمی باشد چرا که عند العقلاء واجب است اما شرعا اثبات نمی شود چرا که موافق احتیاط می باشد سکوت شارع دلیل امضاء نمی باشد. و شارع را هم یکی از عقلاء نمی دانیم و قبلا در اصول این را رد کردیم.

اما اگر نمی داند و مطمئن به تسلیم نمی باشد و اگر می دهد اما دیر می دهد دیگر واجب نمی باشد چرا که در این صورت تصرف او تصرف عدوانی نمی باشد.

لذا اگر یکی مطمئن به تسلیم است و دیگر مطمئن نمی باشد بر مطمئن حبس تصرف عدوانی و ابتداء به تسلیم واجب است و بر دیگری حبس تصرف عدوانی نمی باشد و لذا ابتداء به تسلیم واجب نمی باشد اما بعد از ابتداء به تسلیم دیگری، حبس بر دیگری عدوانی می باشد و تسلیم بر او واجب می باشد. لذا تمام این بحثها در مورد ابتداء به تسلیم می باشد نه خود تسلیم.

۱&&&& افتاء بر کسی جایز است که مجتهد باشد پس شرائط افتاء یک شرط بیشتر نمی باشد و آن افتاء است.

اما شرائط تقلید:

تقلید چه کسی بر عامی جایز است؟

در آن اختلاف است که بعضی گفته اند که باید عادل باشد، حلال زاده و ...

شرایط تقلید دو دسته است:

شرایطی که مطلقا فی نفسه شرط می باشد.

شرایطی که در صورت تعارض دو فتوا آن شرط در جواز تقلید جایز است که آن اعلمیت است و فتوای مفضول در ظرف غیر تعارض بر مقلد جایز است اما در ظرف تعارض حجت نمی باشد.

حاکم شرعی در اصطلاح فقهای امامیه چه می باشد؟ المجتهد الجامع للشرائط التقلید. شرایط تقلید دسته اول یعنی شرایط فی نفسه نه شرایط عند التعارض.

پس حاکم شرعی من کان لجامع الشرائط الافتاء نمی باشد کما اینکه در کلام شهید ثانی است و اگر هم گفته شده است مراد شرایط تقلید می باشد و الا شرایط افتاء فقط اجتهاد می باشد.

لذا لازم نمی باشد که برو بیایی داشته باشد و شاید طلبه ای در گوشه حجره باشد و جامع شرایط تقلید باشد آن شخص حاکم شرعی است.

تشخیص آن هم مانند موضوعات دیگر است.

اما والی و قاضی.

والی کسی است که قدرت را در یک منطقه بزرگ و کوچک را بدست داشته باشد.

در لسان اهل سنت مراد از حاکم شرع همین والی است که می تواند مجتهد یا جاهل، عادل یا فاسق باشد.

قاضی:

قاضی دو اصطلاح دراد :

یک اصطلاح:

در یک مورد و مسئله و مسائلی قضاوت کند.

یک صطلاح هم کسی است که متصدی این منصب می باشد یعنی کسی که منصب

قضاوت دارد نه اینکه در مورد یا مواردی قضاوت کرده است. یکی از مناصب است مثل

دکتر و مهندس و طبابت و ... شأنیت قضاوت داشته باشد یا خیر.

نسبت قاضی و والی با حاکم شرعی عموم و خصوص من وجه است اگر شرایط تقلید را داشته باشد می شود حاکم شرعی و اگر شرایط را بعضا نداشت دیگر حاکم شرعی نمی باشد.

تا اینجا با اصطلاح حاکم شرعی در لسان فقها آشنا شدیم.

ممکن است که حاکم شرع باشد و قاضی نباشد یعنی ضبط خوبی نداشته باشد که در قضاوت لازم است همیشه مدعی و منکر را اشتباه می کند.

این حاکم شرع چه ولایتهایی را دارد؟

یکی از ولایت هایی که دارد می تواند قضاوت کند یعنی می تواند قضاوت شرعیه کند یعنی بر اساس ملاکهای قضاوت شرعی قضاوت کند.

یکی هم قضاوتهایی که برای رفع نزاع و اختلاف حکومت می کند.

تمام شئونی که برای قاضی است برای حاکم شرعی هم باشد مثلاً تنبیه ظالم. اجبار بر اداء حق عامه. این ولایت را حاکم شرع دارد اگر کسی حقوق دیگری را اداء نمی کند اجبارش کند.

ولایت بر طلاق کسی که حق شوهرش را اداء نمی کند حتی با اجبار.

ولایت بر تصرف در اموال غائب.

ولایت بر قصر.

یکی از شئون قضاء همین امور جزئی است مالی است موقوفه ای است و بچه ای است.

این کف این اختیارات حاکم شرعی است.

و اما حاکم شرعی آیا زعامت مسلمین با اوست؟

می دانید که برای امام دو شأن قائلند زعامت دینی و زعامت در امور دنیایی. زعامت دینی گرفتن خمس و زکات و مردم را نسبت به فرائض و واجبات در صورت لزوم اجبار

می کند و بقیه شئنی که مربوط به شئون دینی است مثلاً اجراء حد یا نصب امام جمعه که گفته اند از شئون زعامت دینی امام است.

امور دنیوی مسلمین هم تحت زعامت امام است.

ایا این ولایت بر شئون دینی و دنیوی با حاکم شرعی است یا خیر؟

در اینجا اختلاف بین فقها استاز قضاوت که کف باشد تا زعامت دینی و دنیوی که حداکثر باشد اختلاف است و در این بینابین هم بالا و پایین می شود مثل اجراء حد. از کفش کسی اختلاف ندارد اختلاف از وسط به بالا مثل اجزاء حد و زعامت دینی و دنیوی مسلمین.

اما یکی از مناصب حاکم شرعی است این منصب نمی باشد و نیاز به نصب ندارد و کسی که مجتهد شد می تواند افتاء کند و نیاز به نصب و اذن از امام معصوم نمی باشد. فقط شرطش این است که این افتاء عن علم و اجتهاد باشد این افتاء در این صورت حلال است.

این بحثی است که در حاکم شرعی مطرح شده است که آیا این ولایت حاکم شرعی در چه دایره است؟ این را در شرایط بیع فضولی که ولایت بایع است بر بیع در مکاسب داخل شده اند. فقط کفش مورد اتفاق است و بقیه اختلافی است.

این ولایتی که قائل شدیم در هر مقدار این دلیلش چه می باشد؟

عمدتاً به سه دلیل تمسک می کنند:

یکی از باب حسبه که این کفی ها از این دلیل استفاده می کنند..

یکی دیگر دلیل نصب قاضی دلیل این ولایت است که ائمه قاضی را نصب را کرده است و تمام شئون قاضی ثابت می باشد که این ها وسطی ها هستند.

یکی هم قائلین سقف که معروف شده اند به ولایت فقیه تمام شئون امام مگر مواردی را که استثناء کرده اند که روایاتی است که استناد کرده اند مثل العلماء ورثة الانبیاء

ما در اینجا دو نکته را بیان می کنیم و بقیه موکول به بحث خودش.
نکته اول:

ما در باب قضا نصبی نمی باشیم و قائل می باشیم که قضاء هم مثل افتاء است و نیاز به نصب دارد.

نکته دوم هر کدام از ولایت را پذیرفتیم. این که برای حاکم شرعی است نه برای هر مجتهدی است بلکه باید متصدی این امور باشد. متصدی منصب قضاوت یا امور دنیوی باشد. اگر کسی متصدی نبود هیچ کس نمی تواند این کار را انجام دهد و گفتیم که دلائلی که بر این احکام و زعامتها است انصراف دارد به جایی که متصدی این امور باشد. البته باید متصدی باشد و مورد قبول هم واقع شده باشد نه این که به زور این تصدی را داشته باشد. اگر قبول هم شده باشد در مقدار تصدی ولایت دارد.

اما خارجا فقط ولایت بر خمس را قبول کردیم که امر خمس در عصر غیبت در سهم امام و سادات با مرجع تقلید است و باید رجوع کند به مرجع خودش نه رجوع به حاکم شرع و اعلم. فقط امر خمس را از امور حسبیه قبول کردیم که در اینجا دیگر نیازی نمی باشد که متصدی باشد. این صرف نظر است به درد هیچ کسی نمی خورد الا مقلدین خودش. چرا که دیگران یا مجتهد هستن که به نظر ما عمل نمی کنند و مقلدین ایشان هم که به ما رجوع نمی کنند. و فقط مقلد مرجع تقلید می تواند به این نظر عمل کند.

^۱ گفته شده است که تنازع کفایت نمی کند چرا که هر دو این حق را دارند بلکه اگر هر دو به حاکم مراجعه کردند می توانند رفع نزاع کرد.

در صورتی که شخص اداء وظیفه نمی کند آن شخص ذی حق این حق را دارد که به محاکم عرفیه رجوع کند و از این محاکم به حق خودش برسد رجوع محاکم رجوع به محاکم شرعی نمی باشد لذا لازم نمی باشد که مطالبه کند که به موازین شرعی بین ما حکم کنید. در قاضی تحکیم گفتیم &&&& مراد از قاضی تحکیم یعنی برا ساس نظر و حکم خودش قضاوت کند و قاضی تحکیم اگر علیه کسی حکم کرد لازم است شرعا به آن قضا تن دهد و این یک نحوه وفاء به تعهدی است که بین هم بسته اند.

البته خودشان بدون رجوع به قاضی تحکیم می توانند به هر صورتی توافق کنند و این هم مشکلی ندارد.

این قاضی تحکیم هیچ شرطی از شرائط قاضی شرط نمی باشد اسم این قضاوت قاضی تحکیم را گذاشتیم قضاء عرفی &&.

در قاضی متصدی نه قاضی تحکیم باید بر اساس عدل حکم کند اما در قاضی تحکیم دیگر اجحاف و ظلم معنا ندارد الا این که بگویند که بر اساس عدل و انصاف حکم کن در اینجا نیاز به این است که ظلما عرفا کند.

لذا در تنازعات می توانیم به محاکم عرفیه رجوع کنیم تا از قدرت و نیروی محاکم عرفیه باری رسیدن به حق استفاده کنند و این جایز است بدون قاعده نفی &&& ضرر دیگران بخاطر قاعده رفع ضرر گفته اند که می تواند رجوع کند.

در جایی که در سر مالی نزاع دارند و هر دو اعتقاد دارند که این مال مال اوست یکبار با هم تفاهق می کنیم که به محاکم عرفیه رجوع کنیم و این محاکم عرفیه به منزله قاضی تحکیم است.

اما ما توافق نکردیم برای رسیدن به حقم به محاکم عرفیه رجوع می کنیم در اینجا اشکال ندارد اما اگر قاضی گفت این عبا مال زید است شرعا لازم نیست بر زید که عبا را تسلیم من کند در چنین محاکمی هم بدانم که در این محاکم ظلم می شود برای رجوع

حق خودم نمی توانم رجوع کنم اگر نه عمرو می داند عبا مال من است اما نمی دهد در اینجا اگر هم بدانم که ظلم به او می شود می توانم رجوع به این محاکم عرفیه کنم.

در ما نحن فیه هم اینطور است اگر یکی از مستأجر و موجر حق دیگری را نمی دهد می تواند به محاکم عرفیه رجوع کند و لو می داند که به طرف مقابل ظلم می شود این اقدام دیگر مصداق ظلم نمی باشد فعل حاکم مصداق ظلم است.

دو نفر هستند یکی مستأجر و یکی موجر موجر می گوید که بیا این خانه را تحویل بگیر و لکن مستأجر می گوید که من اجرة را به تو نمی دهد موجر باذل است و امام مستأجر مانع است .

مرحوم سید در متن می فرماید ک اگر جبرش ممکن نمی باشد این شخص موجر می تواند بگوید که من هم خانه را نمی دهم.

در کلام سید جهاتی است:

اولا گفته اند که اگر اجبارش ممکن نباشد این حق را دارد در حالی که اگر اجبارش هم ممکن باشد این حق منع را دارد . وجهش تمسک و حفظ این مال عدوانی نمی باشد لذا محرم نمی باشد.

ثانیا سید فرمودند که می تواند جلوی مال را بگیرد. این درست است اما می تواند فسخ کند اگر یکی از متعاقدين تسليم نکند به شرط ارتكازی حق فسخ دارد.

ثالثا بحث اجبار است . که قبول داریم که می توان اجبار کنی اما نمی توانی تعدی کنی در آیه شریفه بمثل ما اعتدیتیم معنایش نیست که متعرض ناموس شما شد شما هم بتوانی متعرض ناموس او شوی یعنی در مقام مجازات نباید تعدی و زیاده روی شود مثلا اگر کسی تعدی کرد یک بزند گوشش این زدن در گوش نباید عرفا تعدی باشد. حال ککه این شخص حق من را نمی دهد من می توانم در مقابل تعدی او اعتداء به مثل کنم و اجبارش هم کنم اما نمی توانم تعدی کنم. من می توانم مثلا شکایت کنم به زندان بیاندازم این تعدی است اما تحدید به شکایت می کند این تعدی نمی باشد. یا

شکایت کنند اما متعقب به رضا باشد این دیگر تعدی است یا می تواند تقاص کند که این تقاص قسیم اجبار است.

پس چند کار می تواند بکند: اجبار، عدم تسلیم عین، فسخ، تقاص.
هذا كله اذا لم يشترط كان هو المتبع.

اگر خانه را اجاره کرد و گفت که من اجرت را سه ماه بعد می دهم در اینجا تسلیم عین لازم است و تسلیم اجرة لازم نمی باشد تا سه ماه بعد. وقتی شرط کرد که سه ماه بعد تحویل دهد این مدت که اجرت را نگه می دارد این تصرف در اجرت تصرف عدوانی نمی باشد چرا که در عقد موجر اذن داده است در ضمن عقد. که سه ماه بعد از زمان عقد می دهم.

هذا و اما تسليم العمل

تا اینجا مربوط به اجاره اعیان بود و تسلیم و منفعت و اجرت بود از هذا وارد می شود به تسلیم عمل .

مرحوم سید می فرماید عمل بر سه قسم است:

قسم اول: عمل محل یا م تعلق و مورد ندارد. مثل نماز و روزه و حج. ما وقتی کسی را اجیر می کنیم بر نماز یا روزه و حج این نماز و صوم و حج محلی ندارد.

قسم دوم: عمل محل دارد. این محلش سه قسم می شود:

تارة این محل در تحت استیلاء خود مستأجر است مثل اینه ما شخصی اجیر کردیم در منزل ما حفر چاه محل دارد که زمین است. محلش خانه مستأجر است که در استیلاء مستأجر است.

تارة آن محل در اختیار اجیر و موجر است مثل خیاطة پارچه ای را به او داده است برو باری من یک عبا بدوز خیاطة محل دارد که پارچه است وقتی پارچه را دست خیاط می دهیم این محل تحت استیلاء اجیر و موجر است نه استیلاء مستأجر.

تارة عمل محل دارد اما تحت استیلاء این دو نمی باشد. مثل اینکه شخصی در کوچه شان آب جمع می شود کسی را اجیر می کند که در وسط کوچه حفر چاه کند تحت استیلاء موجر و مستأجر نمی باشد. خواه تحت استیلاء هیچ کس نباشد مثل بیابان یا تحت استیلاء شخص سومی می باشد.

مرحوم سید متعرض صورت چهارم نشده است اما از این که متعرض صورت چهارم نشده است یا یادش رفته است یا حکم آن از یکی از صور قبل فهمیده می شود. این سه صورت را شروع می کند به بیان کردن که تسلیم اینها به چه می باشد.

۱ مسئله ۱۵:

بحث در تسلیم عمل بوده است که سید یک صورت را فرمودند که از صور گفته شده حکم آن فهمیده می شود: صور گفته شد.

اما در جایی که علم محل نداشتهب شد سید می فرمایند که تسلیم عمل به اتمام آن است همین که نماز خواند یا روزه گرفت تسلیم انجام شد.

صورت دوم که محل داشت و تحت ید مستأجر بود تسلیم به اتمام عمل است کافی است که خانه را نقاشی کنی یا وسط حیاط مستأجر چاه را حفر کنی.

صورت چهارم ملحق به صورت دوم است یعنی همینکه چاهی ار در وسط کوچه یا بیابان حفر کرد عمل تسلیم شده است.

اما صورت سوم:

عمل ممحل دراد اما تحت ید اجیر ست وقتی که ما باری خیاطت ثوب اجیر شدیم به مجرد اینکه عمل را انجام دادیم تسلیم انجام می شود یا خیر نیاز به تسلیم لباس به مستأجر بدهیم اگر گفتیم به اتمام عمل است مستأجر نمی تواند اجرة را نگه دارد اما اگر به تحویل لباس است مستأجر می تواند اجرة را حبس کند.

این مسئله ای است که خیلی محل نزاع واقع شده است که تسلیم به اتمام است یا به تسلیم محل است؟

اقوال در مسئله سه قول است:

یک قول این است که شخص اجیر شده است بر خود این خیاطه و تسلیم عمل به اتمام است همینکه لباس دوخته شد و صحافی کتاب تمام شد تسلیم انجام شد. خوب سید ماتن و جماعتی از علماء مختارشان این است.

قول دوم:

اجیر شده است برای عمل خیاطه و تسلیم عمل به تسلیم محل است نه اتمام عمل. اگر لباس و کتاب را به مستأجر تحویل داد تسلیم کرده است این قول مرحوم خوئی می باشد.

قول سوم:

این شخص اجیر نشده است بر عمل خیاطه بلکه اجیر شده است بر ایجاد یک صفتی در این لباس و این صفت مخیطیه است خیاطی شده است بر وصف مخیطیه اجیر شده است وقتی عمل انجام شد مخیطیه انجام شده است اما تسلیم مخیطیه به تسلیم محل است. این قول مرحوم میرزای نائینی بود.

مناقشه:

اما القول الاول:

این قول مقدمه ای دارد و نتیجه ای دارد که نتیجه از این مقدمه بیرون نمی آید. مقدمه این است که این شخص برای خیاطه اجیر شده است و این تسلیم به اتمام عمل است چرا که عمل را تمام کرد. این نتیجه با آن مقدمه جور نمی آید. این بحث تسلیم یک بحث عرفی است معلوم است که این شخص بر خیاطه اجیر شده اس تنه وصفت اما در نزد عرف کی می گویند که عمل را به من تسلیم کرد ممکن است به اتمام

باشد و یا تسلیم محل. صرف این که اجیر شده است برای عمل نمی توان گفت که با اتمام عمل یعنی تسلیم. بلکه باید این تسلیم عرفی باشد

مثلا می گویند که اتلاف سبب ضمان است مراد تلف عقلی نمی باشد بلکه عرفا باید تلف باشد و لو عقلا شخص این فعل را انجام نداده است مثل کسی چاه را کند و کسی داخل آن افتاد خوب کسی که حفر کرده ضامن است با اینکمه این بنده خدا اصلا در دنیا نبود. لذا عرفا باید متلف ببینند.

کأن اینها فکر کرده اند که باید تسلیم عقلی باشد خیر تسلیم عرفی مراد است خوب اب اتمام عمل تسلیم حاصل شده است یا خیر نیاز به تسلیم محل را دارد لذا این به این مقدمه و نتیجه نمی توان کفایت کند.

قول دوم:

که گفته است اجیر شده است برای عمل و تسلیم به تسلیم محل است.

اینکه بر عمل اجیر شده ست و این که تسلیم به تحویل محل است فقط یک ادعا است باید دید در عرف که تسلیم به چیست؟ ممکن است این ادعا درست باشد یا خیر. دلیلی ندارد صرف ادعا است فقط ادعا کرده است که تسلیم عمل به تسلیم محل است.

قول سوم:

این وجه سوم فی نفسه نا معقول و نا متصور است. وجهی نمی باشد که ما تصویری از آن داشته باشیم که بعد ببینیم که این تصور درست است.

چرا نا معقول ست چرا که سوال می شود که بر وصف اجیر شده است یا بر ایجاد وصف.

اگر برای وصف اجیر شده است معنا ندارد که برای وصف مخیطیه اجیر شده است یعنی این وصف موجود شود ولو خود به خود این معنا ندارد چرا که اجیر برای ایجاد است.

اگر اجیر برای ایجاد عمل است که بر می گردد به قول دوم ما دو چیز نداریم یکی خیاطه و دیگر ایجاد وصف مخیطیه هر دو یکی است.

این قول نا معقول است بر ذات وصف اجیر شده است بی معنا است و بر ایجاد شده است بر می گردد به قول دوم.

لذا وجه بین قول دوم و اول است که ببینیم که تسلیم عمل به اتمام است یا به تسلیم محل است؟

ببینید این را بارها گفته ام که توضیح می دهم:

فقهائ ما چون در دستگاه معاملاتی دو دستگاهی شده اند دستگاه عقلائی و شرعی تسلیم عقلائی و شرعی یا بگوئید عرفی و شرعی. و فقیهان دائماً دنبال شرعی م باشند. چون دنبال شرعی هستند لذا اگر عقلاء را به میان می کشند حد وسط قرار می دهند برای شرعی.

بنا براین باید دید که شرعا تسلیم به چه می باشد؟ آیا تسلیم شرعا به اتمام عمل است یا به تسلیم محل.

ما اگر بخواهیم راه شرعی را پیدا کنیم باید به متون دینی رجوع کنیم کتاب و سنت اتفاقا در باب تسلیم ما روایت و نصی نداریم باید رجوع شود به دلیل دیگر. یا باید به سیره عقلاء رجوع کنیم یا عرف زمان امام.

اگر عرف را پیدا کردیم از سکوت امضاء را می فهمیدیم &&&

اما این عرف را نمی دانیم که تسلیم به چه بود.

باید رجوع کرد به عقلاء باید بگوئیم عقلاء به ما هم عقلاء سلوک و روشی دارند در تسلیم همه عقلاء در تمام زمانها و مکانها به چه می باشد.

اگر فرض کنیم چنین سیره و ارتکازی بوده است چه طور بدست آوریم با اینکه این مسئله با توجه به اعراف شکل می گیرد.

باید به اعراف مختلف رجوع کنیم و ببینیم در هر عرفی چگونه می باشد لذا می گوییم که اگر دنبال تسلیم شرعی هستید راهی نداریم ما از باب موضوعات هستیم دیگر امضاء نمی خواهیم و شرعی ندارد وقتی شارع گفت تصرف در مال غیر حرام است یعنی امساک بلا حق نسبت به مال دیگری حرام است وقتی طرف عبا می برد ما را دوخته اس اما عبا را تحویل نداده است ما حق امساک اجرة را داریم ممکن است من زمان الی زمان من عرف الی عرف فرق می کند لذا این که تسلیم به اتمام است یا تحویل محل است باید به عرف رجوع کرد. به لحاظ عرف خودمان با توجه به زندگی در این عرف ارتکازی که پیدا کردیم بگوییم. در عرف ما تسلیم به تسلیم محل است نه به اتمام. اگر خیاط به ما گفت بیا عبا را ببر دزد قبل از آمدن مستأجر عبا را برد اگر گفتیم تسلیم به اتمام عمل است می توانیم اول پول را بگیریم و بگوییم که دزد برد آیا در عرف ما اینطور است؟ اگر نتواند پول را نگه دارد این مشخص می شود که تسلیم محل ملاک است.

ممکن است عرفی در کشورهای دور باشد یا در سالهای بعد بیاید که تسلیم به اتمام عمل باشد، لذا در آن عرف تسلیم به اتمام است. اما در زمان ما به تسلیم محل است.

لذا اگر محل را تحویل داد و شخص گفت در مغازه باشد و برم و برگردم و دزد بیاید و وسیله را ببرد، در اینجا باید بعد از دزدیدن اجرة را بدهد مگر اینکه عرفا این که در مغازه اجیر است و هنوز خارج نشده است تسلیم صدق نکند.

لذا نظر ما همان قول دوم بود.

دنبال مسئله &&

دو وجه است برای گرفتن جلو جلوی اجرة

وجه اول:

شخص اجیر اگر اجرة نباشد قدرت بر رفتن حج ندارد اگر داشت اجیر نمی شد.

وجه دوم:

در نماز و روزه اگر اجرة داده نشود پولی از جیب شما نرفته است و فقط به زحمت افتاده اید اما در حج علاوه بر زحمت پولی هم از شما رفته است اگر اجرة را بعد از عمل ندهد و در نظر مردم مال اهمیتش بیشتر از زحمت است.

&&&

دقت شود این دو وجه نکات این شرط ارتکازی است که نوعاً چون این شروط است این ارتکاز شکل گرفته اتس لذا اگر در موردی هم این نکات نباشد باز این شرط ارتکازی است اشکال نشود که سید فرمودند این کان معسراً و به نکته دوم اشاره نکردن به این شکل که ممکن است معسر نباشد اما در عین حال نکته دوم باز است و سید فقط به نکته اول اشاره کرده اند. خیر چون نوعاً این نکات در مورد نوع افراد است لذا این حق است و اگر در مورد فردی هم نباشد مثلاً شخص رایگان به حج می رود باز این حق است.

^۱ متن خوانده نشد اما مطلب گفته شد ابتداء متن دیروز خوانده می شود و بعد متن امروز.

و أما تسليم العمل فإن كان مثل الصلاة و الصوم و الحج و الزيارة و نحوها
فیاتمامه فقبله لا يستحق المؤجر المطالبة و بعده لا يجوز للمستأجر
المماطلة إلا أن يكون هناك شرط أو عادة في تقديم الأجرة فيتبع و إلا فلا
يستحق حتى لو لم يمكن له العمل إلا بعد أخذ الأجرة كما في حج
الاستيجاري إذا كان الموجر معسراً و كذا في مثل بناء جدار داره أو حفر

بئر في داره أو نحو ذلك فإن إتمام العمل تسليم ولا يحتاج إلى شيء آخر و
 أما في مثل الثوب الذي أعطاه ليخيطه أو الكتاب الذي يكتبه أو نحو ذلك مما
 كان العمل في شيء بيد الموجه فهل يكفي إتمامه في التسليم فبمجرد الإتمام
 يستحق المطالبة أو لا إلا بعد تسليم مورد العمل فقبل أن يسلم الثوب مثلاً لا
 يستحق مطالبة الأجرة قولاً أن أقواهما الأول لأن المستأجر عليه نفس العمل
 والمفروض أنه قد حصل - لا الصفة الحادثة في الثوب مثلاً وهي المخيطة
 حتى يقال إنها في الثوب و تسليمها بتسليمه

الكتاب الذي يكتبه اين دو صورت دارد:

برگه ای می دهد و می گوید از کتابی استنساخ کن و یک صورت دیگر این است که
 کاغذ و جوهر با خود اجیر است اینجا هم محل دارد و تحت استیلاء اجیر است اما
 ملک مستأجر نمی باشد بخلاف صورت اول که ملک مستأجر است این عقد اجاره ای
 است به نام استصناع که محل عمل ملک اجیر است. در اینجا در اصل اجرة اجرة دو
 چیز است : بخشی مال عملش است و بخشی مال موادی است که که بکار برده است.
 این عقد در قدیم نبوده است و مقداری پیچیده شده است. البته با بیع سلف اشتباه نشود
 که طرف می رود و می گوید که من با این مشخصات من یک میز می خوام و طرف
 ندارد و می سازد این بیع سلف است اما یکبار می رود و می گوید که این میز را با این
 مشخصات بساز این استصناع است.

در اینجا از مورد اجاره است که محل تحت استیلاء کسی نمی باشد چرا که در
 آنجائیکه تحت استیلاء اجیر بوده در جایی بود که ملک مستأجر بود و تحت استیلاء

اجیر بوده است اما در اینجا در ملک اجیر است و حکم موردی را دارد که تحت استیلاء کسی نمی باشد.

در این مسئله دو قول است که یک قول آن دو تفصیل در آن است. دو قول این است که در یکی تسلیم به اتمام است و در یکی دیگر تسلیم به تسلیم محل عمل است اما تسلیم محلی ها دو صورت بودند بعضی متعلق اجاره را عمل می دانستند و بعضی عمل خیاطه نمی دانستند بلکه وصف مخیطیه می دانسته اند.

لذا هم ما که گفتیم که سه قول است درست گفتیم و هم مرحوم سید که گفته اند دو قول ایشان ناظر به اقوال در تحقق تسلیم بوده اند و ما ناظر به متعلق اجاره هم بوده ایم.

و اما متن امروز:

و علی ما ذکرنا فلو تلف الثوب مثلاً بعد تمام الخیاطة فی ید الموجر بلا ضمان یتحقق أجرة العمل بخلافه علی القول الآخر...

سید در اینجا سوالی را مطرح می کنند که ثمره این قول که تسلیم به اتمام عمل است و تسلیم محل عمل است، کجاست؟

سید سه ثمره را ذکر می کنند:

ثمره اول:

اگر این لباس را دوخت و به ید مستأجر نداده بود به تلف غیر ضمانی . تلف می تواند مضمون باشد مثل اینکه این لباس که داخل مغازه بود این بخاری را خاموش نکرده است و عرفاً تعدی حساب می شود و بعد این پارچه بسوزد. این تلف است نه اتلاف عرفاً نمی گویند که اتلاف کرده است. یا درب مغازه را نبست و رفت و برگشت دید پارچه را دزدیده اند. اما تلف غیر مضمون مثل اینکه در را فقل کرد و بای یک فقل دو

قفل هم زد و عبای زید را دزد برده است و عرف در اینجا تعدی نمی داند لذا ضامن نمی باشد سید می گویند در این شق:

بنا بر قول به اتمام عمل را تسلیم کرد و تلف بعد از تسلیم است در اینجا مستحق اجرة است و می تواند مطالبه اجرة کند اما بر قول این که تسلیم به تسلیم محل عمل است مستحق اجرة نمی باشد نه تنها تسلیم نکرده است بلکه دیگر نمی تواند تسلیم کند.

این ثمره درست است اما دو مطلب است:

مطلب اول:

این ارتکاز ما دلیل بر این است که تسلیم به تسلیم محل عمل است چرا که در ارتکاز ما بر این است که در اینجا حق مطالبه اجرة را ندارد این دلیل بر این است که تسلیم به عمل به تسلیم محل عمل می باشد.

حتی اگر ضامن شد و گفتیم تسلیم به اتمام عمل است در اینجا هم مستحق اجرة است و هم ضامن این پارچه دوخته شده است که نوعاً قیمت آن از پارچه دوخته نشده کمتر است. مثال امروزی این است که کسی که لب تاپ نو می خورد و از کارتن که خارج می کند و دزد می برد در اینجا قیمت دست دوم را ضامن است.

مطلب دوم:

این بود که در این صورتی ه بدون ضمان تلف می شود ما نسبت به عقد اجاره خوب تسلیم نشده است بنا بر این که تسلیم به تسلیم محل باشد خوب این عقد اجاره منفسخ می شود یا یخر؟

مشهور قائل به انفساخ می باشند اما مرحوم خوئی قائل به عدم انفساخ می باشند اما می فرمایند حق الفسخ دارد اگر فسخ کرد که هیچ اجرة المسمی را نمی دهد و چیزی هم نمی گیرد چرا که پارچه و محل هم به تلف غیر ضمانی از بین رفت. اگر فسخ نکرد

و باید عمل را تسلیم کند^۱ تسلیم به تسلیم محل است و این شخص قدرت بر تسلیم ندارد باید قیمت عمل که اجرة المثل عمل است را بدهد و باید اجرة المسمى را از مستأجر بگیرد. نوعاً این زمانی است که اجرة المثل بیش از اجرة المسمى می باشد.

فینا کلام مرحوم خوئی درست است اگر چه عرفاً نمی تواند اجرة المثل عمل را بگیرد لذا ما به خاطر این ارتکاز که حق مطالبه اجرة المثل را ندارد ما مشهوری شدیم.

۲ و لو تلف مع ضمانه أو أتلّفه وجب علیه قيمته مع وصف المخيطة لا قيمته

قبلها و له الأجرة المسماة بخلافه على القول الآخر فإنه لا يستحق الأجرة

و عليه قيمته غير مخيط...

ثمره دوم:

اگر پارچه را دوخت و اتلاف کرد یا به تلف ضمانی تلف کرد بنا بر قول اول که تسلیم به اتمام عمل است ضامن قیمت این لباس است مخیطاً

بنا بر قول اول به مجرد اتمام عمل اجرة المسمى را می تواند را مطالبه کند حال قیمت این عباى دوخته شده را به مستأجر می دهد اما بنا بر قول دوم عمل را تسلیم نکرده است چرا که به تسلیم محل است در واقع مستأجر پارچه را به او داده است و او تلف کرده است لذا با قیمت پارچه را باید به مستأجر بدهد حال که قیمت پارچه که ۵۰ هزار تومان شد باید به مالک بدهد اما دیگر اجرتی نباید به موجر بدهد چرا که عملی را انجام نداده است این قول سید.

ما حتی اگر قائل شویم که تسلیم علم به تسلیم محل می باشد یا اگر قائل بشویم تسلیم عمل به &&& ما وقتی لباسی را می دوزیم قیمتش کم یا زیاد آن قیمت مال

^۱ اما ضامن محل نمی باشد چرا که فرض این است که تلف غیر ضمانی بوده است.

^۲ سه شنبه ۹۵/۰۸/۱۸.

پارچه است با این وصف وصف مخیطیات وصفی از پارچه نمی باشد بلکه این وصف قیمت را بالا می برد تا بعضی از اشیاء این طور است مثلاً اگر زمین را خرید و در آن خانه را ساختید قیمت این زمین قیمت زمین و خانه در آن است. قیمت زمین تکان نمی خورد بلکه قیمت خانه هم به آن اضافه می شود یا در زمین بی ارزشی خانه ای بسیار گران بسازید در زمین یک میلیون تومانی خانه صد میلیونی بسازید قیمت زمین می شود صد و &&& گاهی شما رد یک زمین یک خانه بی ارزش و زشتی را درست می کنید قسمت زمین صد میلیون و قسمت بناء یک میلیون تومان است و این خانه باعث شده است که صد میلیون زمین را نخرند چرا که باید مقداری هم بابت تخریب خانه بدهد بلکه قیمت تخریب را کم می کند و می خرد. اما تارة این طور نمی باشد مثلاً خانه ای را کاغذ دیواری کنید قیمت خانه می رود بالا نه این که مجموع قیمت نقاشی و بناء بشود قیمت خیر قیمت خود خانه بیشتر شده است نمی گویند که قیمت خانه فلان مقدار و قیمت نقاشی فلان مقدار.

خیاطت از این قبیل است از قبیل بناء و زمینی نمی باشد از قبیل نقاشی و خانه است این پارچه را دوختم و تسلیم نکردم و قیمت این پارچه را باید به مالک بدهم و در مقابل باید اجرة المسمی را بگیریم چه قائل به این باشیم که تسلیم عمل به تسلیم محل است یا به اتمام عمل است. چرا که من پارچه دوخته شده را تلف کردم. به محض اینکه بدل پارچه مخیط را تسلیم کرد تسلیم بدل به منزله تسلیم مبدل منه است لذا باید اجرة المسمای عمل را بگیرد. بله مالک می تواند به اجیر بگوید که چون تو پارچه مخیط من را نمی دهی من معامله را فسخ می کنم در این صورت موجد باید قیمت پارچه ی ندوخته شده را باید بدهد چون عمل را تسلیم نکرده است بنا بر این که تسلیم عمل به تسلیم محل است یا اگر به اتمام عمل است شرط ارتکازی این است که اگر تسلیم نکرد این حق فسخ را دارد. این اثرش در جایی مشخص می شود که قیمت پارچه ندوخته بیشتر از قیمت دوخته شده است مثل زمان ما.

دقت کنید پارچه بعد از دوخته شدن می شود قیمی و قبل از دوخت از مثلیات است. بعضی از اشیاء این طور است که بعد از عمل روی آنها قیمی می شود عمل های دستی معمولاً قیمی می شوند مثلاً طلا را می برد و کار دست انجام روی آن قرار داده می شود لذا می شود قیمی یا آرد می شود نان می شود از قیمیات فرش دستی از قیمیات است بخلاف فرش ماشینی. البته اگر طلا هم کار ماشین و صنعت باشد کماکان مثلی است. کارهای دستی و لو اندک با هم اختلاف دارد.

این فرمایش سید تمام نمی باشد چه بگوییم تسلیم به اتمام عمل است چه به تسلیم محل است همینکه جناب خیاط لباس مخیط را از بین برد قیمت مثل این پارچه را ضامن است و اگر قیمتش را داد باید اجرة المسمى را بگیرد اما می تواند که مستأجر و مالک اجاره فسخ کند در این صورت باید مثل آن یا قیمت المثل آن را بدهد. اینکه می گویند مثل باشد یعنی اقل نباشد نه این که باید تماماً مثل هم باشند.

و أما احتمال عدم استحقاقه الأجرة مع ضمانه القيمة مع الوصف فبعيد وإن

كان له وجه

بعضی گفته اند که باید قیمت پارچه دوخته شده را بدهد و اجرة المسمى را مستحق نمی باشد. چرا که عمل را تسلیم نکرده است اما وجهی هم دارد بخاطر این که عرفاً تسلیم بدل تسلیم مبدل منه است.

و كذا يتفرع على ما ذكر أنه لا يجوز حبس العين بعد إتمام العمل إلى أن

يستوفي الأجرة فإنها بيده أمانة إذ ليست هي و لا الصفة التي فيها موردا

للمعاوضة فلو حبسها ضمن بخلافه على القول الآخر

ثمره سوم این است که تسلیم &&&

این بیان مرحوم سید تمام نمی باشد اگر قائل شویم تسلیم عمل به اتمام است باز می تواند عین را حبس کند تا اجرة را تسلیم کند این بر اساس یک شرط ارتکازی ضمنی است که حق حبس عین را دارد تا اجرة را دریافت کند. پس چه بگوییم تسلیم به اتمام است یا به تسلیم محل است می تواند عین را حبس کند تا اجرة را بگیرد.

خود ما گفتیم که تسلیم عمل به تسلیم محل است اگر چه مورد اجاره خود عمل است اما تسلیم عمل به تسلیم محل است.

مسألة ۱۶: إذا تبين بطلان الإجارة رجعت الأجرة إلى المستأجر

و استحق المؤجر أجرة المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة

أوفات تحت یده إذا کان جاهلاً بالبطلان

&&&

در نظر عقلاء هر مالی دو احترام تکلیفی و وضعی دارد. تکلیفی یعنی این که هر کسی تصرفشان در مال غیر حرام است الا اینکه شخص اذن دهد و یک احترام وضعی یعنی هر کسی که در مال غیر تصرف کند ضامن است الا اینکه الغاء احترام شخصی یا عقلائی شود.

الغاء احترام شخصی مثل اینکه مالک برای شما شیرینی یا میوه می آورد.

¹ چهارشنبه ۹۵/۰۸/۱۹.

تارة الغاء احترام عقلائی است مثلا کسی عینک خود را روی زمین می گذارد و کسی روی آن می رود و آن را می شکند اما ضامن نمی باشد چرا که کس که مالش در معبر قرار دهد عقلاء الغاء احترام می کنند با اینکه شخص راضی نمی باشد که پا روی عینک بگذاریم و بشکند در این حالت این مال عقلائاً محترم نمی باشد بله اگر ببینیم و عمداً روی آن پا بگذاریم در اینجا ضامن می باشیم چون الغاء احترام عقلائی در صورت ندانستن است نه عمداً و الغاء احترام شرعی را دائماً به الغاء احترام عقلائی بر می گردانیم.

در اعراض دو مسلک است یکی اینکه شخص می تواند اختیاراً مال خود را از ملکش خارج کند و به اعراض از ملکش خارج می شود اما قول دیگر این است که از مال خودش خارج نمی شود اما الغاء احترام کرده است برای تملک دیگران که ما تابع قول دوم است که به مجرد اعراض از ملک خارج نمی شود و الغاء احترام در تملک دیگران است که به محض اینکه دیگری تملک کرد از ملک مالک خارج می شود.

اما یکبار خانه را اجاره کرد اما یکسال هم در خانه نرفت بنشیند اما الان که در خانه نشسته است بعد از یسال مشخص شد که عقد اجاره باطل بوده است در اینجا باید اجرة المثل باید بدهد از باب ضمان ید نه ضمان اتلاف &&& چرا که صاحب خانه الغاء احترام نکرده است و شخص ید پیدا کرده باشد بدون اذن صاحب خانه می شود تلف تحت ید و موجب ضمان می شود آن که خانه را تحویل داد به عنوان این بوده است که منفعت مال اوست مثل اینکه من عبا را به زید داده است به اعتقاد این که مال اوست اما اگر مال او نباشد دیگر ید او امانی نمی باشد.

&&& کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده. ضمان به عقد فساد یا بر می گردد به ضمان اتلاف یا اتلاف ید. ما ضمان سومی نداریم و دیده اند که در عقد فساد یکی از این دو ضمان منطبق می شود یکی از اسباب ضمان فساد عقد نمی باشد بلکه یا از باب ضمان اتلاف است یا تحت ید است. &&&

استیفاء همان اتلاف است.

خصوصا مع علم المستأجر

چون در این صورت شبهه غرور است که خواهد آمد.

این مسئله ۱۶ چهار فرع اصلی داشت که که یک فرع آن خوانده شد و رسیدیم به فرع دوم:

و أما إذا كان عالما فيشكل ضمان المستأجر

خصوصا إذا كان جاهلا^۳ لأنه بتسليمه العين إليه قد هتك حرمة ماله

خصوصا إذا كان البطلان من جهة جعل الأجرة مالا يتمول شرعا أو عرفا

موجر می دانسته است که عقد اجاره باطل است آیا مستأجر ضامن اجرة المثل می باشد سید می فرمایند که مشکل است خصوصا اگر جاهل به بطلان باشد.

اینها مال را به شرعی و غیر شرعی تقسیم کرده اند مال شرعی یعنی آنکه در نظر شارع مال است مثل عبا و آن که در نظر شارع مال نمی باشد مثل خمر و خنزیر که شارع الغاء مالیت کرده است.

غیر مالیت عرفی مثل یک حبه گندم که کسی حاضر نمی باشد که مالش را به حبه گندم بدهد.

أو إذا كان آجره بلا عوض و دعوى أن إقدامه و إذنه في الاستيفاء إنما هو

بعنوان الإجارة و المفروض عدم تحققها فإذنه مقيد بما لم يتحقق مدفوعة

^۱ سه شنبه ۹۵/۰۹/۱۶.

^۲ از اینجا فرع دوم شروع می شود.

^۳ ای جاهلا ببطلان العقد.

^۴ بیان مشکل بودن ضمان مستأجر.

بأنه إن كان المراد كونه مقيدا بالتحقق شرعا فممنوع إذ مع فرض العلم بعدم الصحة شرعا لا يعقل قصد تحققه إلا على وجه التشريع المعلوم عدمه وإن كان المراد تقيده بتحققها الإنشائية فهو حاصل

پس مسئله این شد که شخصی به اجاره باطله مالش را اجاره داده است خوب اجرة المسمى را مستحق نمی باشد چرا که این اجرة المسمى منوط به صحت عقد است. سوال این است که جناب ماجر مستحق اجرة المثل است یا خیر؟ بعضی گفته اند که مستحق است و بعضی گفته اند مستحق نمی باشد و فرض مسئله در جایی است که ماجر می داند عقد اجاره باطل است.

آیا می تواند مطالبه اجرة المثل کند یا خیر؟

جهات البحث فى المسئلة:

این مسئله فروعات زیادی دارد لذا باید از جهات عدیده ای این مسئله را مورد بررسی قرار دهیم:

الجهة الأولى: تقسيم الأشياء الى ما له المالية الشرعية و ما لم يكن له المالية.

سید فرمودند که بعضی از اموال شرعا مالیت ندارند مثل خمر لذا اگر ماشین را به این شیشه خمر اجاره داد چون مالیت ندارد و عقد اجاره از عقود معاوضی است و باید دو طرف مالیت داشته باشد، عقد باطل می شود.

الإشكالان:

در ما نحن فيه دو اشكال است:

الإشكال الأول: أن المالية امر واقعي لا الشرعي أو العرفي.

اشكال اول اين است كه ماليت از امور واقعي است و شرعي و عرفي ندارد و خمر ماليت دارد چرا كه شئي است كه يبدل بازائه المال. و شايد خمر نسبت به سرکه ماليت بيشتري هم دارد چرا كه هم خريد و فروشش شايد بهتر باشد و هم بذل مال بيشتري در مورد او نسبت به سرکه بپردازند چرا كه مثل سرکه فراوان نمي باشد. لذا فرمايش سيد اين كه خمر ماليت ندارد درست نيست و در نظر ما خمر ماليت دارد نهايتا شارع نهي و الغاء احترام کرده است يعني بر مسلمان جايز است كه خمر مسلمان ديگر را منهدم كند و ضامن هم نمي باشد و نهي کرده است از مورد معامله قرار گرفتن آن. ما تابع عقلاء هستيم البته عقلاء دستگاه معاملاتي ندارد و تابع اعراف خاصه مي باشند اگر اين الغاء احترام به عرف مسلمين هم سرايت كرد عقلاء هم اين الغاء احترام هم مورد امضاء عقلاء مي باشد و عقلائي مي شود. حال منشأ اين سرايت هر چه مي خواهد باشد كلام شارع، فتواي فقهاء، فهم خود مسلمين يا ... مهم نمي باشد.

خريد و فروش خمر در شريعت حرام است به غير مسلمان و مسلمان بفروشي يا از غير مسلمان و مسلمان بخري اين حرام است اما معامله صحيح است. الا اينكه كسي فتوا به حرمت و اين باعث شود كه در عرف مسلمين معامله باطل شود در اين صورت مي گوييم كه باطل است اما اگر حكم شارع تأثيري در عرف مسلمين نگذارد، عمل حرام و در عين حال معامله باطل نمي باشد. يا اگر در عرف مسلمين باطل باشد اما در كلام مولا نفهميديم الا حرمت را باز اين معامله مي شود باطل و حرام. بلكه اگر مجتهد فتوا داد كه معامله صحيح است به نفس اين فتوا اين معامله را صحيح مي كند چون مقلدين اين شخص عرفي خاص مي باشند، لذا به اين فتوا اين معامله مي شود صحيح و بالعكس.

لذا خمر از اموري است كه مسلمان مالك مي شود بلكه دليلي بر ملكيت آن نداريم اما اگر در عرف مسلمان مالك مي شدند، مسلمان مي تواند مالك شود و اگر خير در عرف مسلمين، مسلمان نمي تواند مالك خمر باشد، ما هم مي گوييم كه مالك نمي شود

بله ما می توانیم فتوا به صحت معامله دهیم که به نفس این فتوا عرفی خاص شکل می گیرد که مقلدین این شخص باشند و در بین آنها این معامله واقعا می شود صحیح.

پس مالیت شرعی اصلا بی معنا است و دائما تابع عقلاء و اعراف خاصه است و نظر شارع فقط می تواند تأثیر داشته باشد در عوض کردن این عرف اما مادامی که عرف تغییر پیدا نکند فایده ای ندارد و عمل عقلاء ملاک است.

الجهة الثانية:

این است که اگر معامله معاوضی انجام دادن و احد العوضین مالیت نداشت این معامله درست است یا خیر؟ مثلا قبول کردیم که یک حبه گندم مالیت ندارد و من خانه را اجاره دادم به یک حبه گندم آیا این اجاره درست است یا خیر؟

۱&&& مجموعا این سه قول شد.

ببینیم اختلاف این سه قول در چیست؟

کسانی که یم گویند که بیع باطل است یا یردست اس اختلاف در این است که حقیقت بیع در نزد عرف معاوضه دو مال است یا معاوضه دو ملک است؟ مشهور گفته اند معاوضه بین دو مال لذا بعضی از ارباب لغت وقتی بیع را خواسته است تعریف کند گفته معاوضه مال بمال.

در مقابل مرحوم خوئی گفت اند که معاوضه ملک بملک می باشد خواه این دو ملک مال باشد یا خیر مال نباشد لذا اگر من یک دانه گندم با یک دانه برنج معاوضه کردم یا هر کدام از اینها را فروختم درست است.

پس اگر دقت کنید این بحث اول برگشت به این دارد که حقیقت بیع و اجاره چه می باشد حقیقت اجاره تملیک منفعة بمال است یا بملک و شیء می باشد نزاع در حقیقت این عقود معاوضی است .

۱ چهارشنبه ۹۵/۰۹/۱۷.

کسانی که گفته اند بیع باطل است و عقد درست است این ها ادعایشان این است که اگر مالیت نداشته باشد حقیقت بیع نمی باشد اما اوفوا بالعقود این را می گیرد چرا که عقد لازم نمی باشد که بیع باشد. اما مخالفین می گ&&&&

می گویند این عقد عند العقلاء صحیح و اوفوا بالعقود این را می گیرد و لو اسم ندارد چرا که معاملات رایجه اسم دارد.

در نظر مرحوم خوئی لازم است که طرفین معامله سفیه نباشد و لو بیع سفهی باشد این اشکالی ندارد لذا دو عاقل می توانند که یک معامله سفهی انجام دهند و مشکلی ندارد. چرا که اشخاص تسلط بر اعمال خود دارند و اختیار دارند هر طور که می خواهند تصرف کنند اصلا می خواهد مال خود را ببخشد این که از بخشش و بذل مجانی که کمتر نمی باشد.

در این دو نزاع ما در نزاع اول طرفدار مرحوم خوئی می باشیم که حقیقت بیع تملیک عین بعین می باشد یعنی در نزاع عقلاء مقوم صحتش مالیت نمی باشد فقط ملکیت است. این آثار فقهی هم دارد که یکی که خیلی محل ابتلاء می باشد حشرات است که مالیت ندارند این معامله اش آیا درست یا خیر؟ این مسبوق به یکی بحثی است که اگر مورچه ای را به قصد تملک بگیریم این ملک می شود می دانید که در مباحات قصد تملک معتبر است اگر شما یک آهوئی را شکار کند تا قصد تملک نکنید مالک آن پرنده یا آهو و ماهی نمی شوید اگر قصد تملک کردیم آیا مالک این حشره می شوم یا خیر؟ ما قائلیم در عرف زمان ما مالک این حشره می شود حالا که مالک شد این بحث مطرح می شود که اگر این حشره را می خواست معامله کند این معامله صحیح می باشد پس در مسئله اول ما ها قائلیم در عقود معاوضی معامله بین دو ملک و مملوک است لذا مالیت معتبر نمی باشد.

خیلی از معاملات رایج نمی باشد اما در نزد عقلاء صحیح می باشد. لذا رواج نیاز ندارد. مثل بیع کلیه که رایج نمی باشد اما عند العقلاء صحیح است کلا رواج در صحت اثری ندارد.

اما در مسئله دوم حال که گفتیم که این بیع صحیح است اگر می گفتیم که این بیع باطل است می گفتیم به عنوان یک عقد مستقل که اسمی هم ندارد، صحیح می باشد لذا اگر خانه را به یک حبه قند^۱ فروخت این مصالحه صحیح می باشد و بیع نمی باشد یا معاوضه غیر مصالحه ای باشد.

^۲ بحث در حقیقت عرفیه است که آیا عقد عرفی بین دو مال است یا بین دو ملک است. عدم رواج به معنای بطلان نمی باشد لذا استدلال نشود که چون معامله بین دو ملکی که مالیت ندارند غیر رایج است لذا باطل است.

الجهة الثالثة:

آیا مستأجر ضامن أجرة است یا خیر؟

در دو صورت در نظر بگیرید:

صورت اول در جاییکه طرف معاوضه مالیت داشته است اما مال او نبوده است.

صورت دوم در جاییکه طرف معاوضه مالیت ندارد.

صورت سوم در جاییکه بلا أجرة عقد انجام می شود.

صورت اول:

اجاره داده است خانه را به فرشی که ملک او نمی باشد.

این اجاره باطل است چرا که اگر اجاره درست باشد معنایش این است که فرش مال موجر می باشد. و این باطل است. در این صورت ضامن أجرة است چرا که الغاء

^۱ بنا بر این که حبه قند مالیت نداشته باشد.

^۲ سه شنبه ۹۵/۰۹/۲۳.

احترام از خانه خود نکرده است فقط این اجاره باطل است لذا مستأجر ضامن منافی است که استیفاء کرده است یا تحت ید او تلف شده است. لذا باید اجرة المثل را بدهد. چرا که دائماً معاملات مطابق اغراض شخصی است و کاری ندارند که از نظر عقلائی و عرفی باطل باشد یا خیر.

کلاً در معاملات اگر الغاء احترام نباشد در قبال آن طرف دیگر ضامن است اما مسئله ای است که اگر در عرفی نسبت به قیمت زائد الغاء احترام حساب شود در صورتی که به مبلغی کمتر از استحقاق عین راضی شده است که به اجرة المثلی ضامن است که از قیمت این خانه و الغاء احترام شده زیادتیر نباید باشد یا خیر.

صورت دوم: جایی که طرف معاوضه و اجرة مالیت ندارد. این معامله باطل است یا از باب اینکه مالیت ندارد یا به جهت دیگر. در اینجا الغاء احترام حساب می شود. در اینجا دیگر ضامن نمی باشد.

صورت سوم: که اجاره داده است بلا اجرة قبل از اینکه ببینیم که مستأجر ضامن می باشد یا خیر؟ آیا این عقد باطل است یا خیر؟ این مورد توافق است که به عنوان اجاره باطل است. انما الکلام در این است که این عقد درست است یا این عقد باطل است و اگر درست است حقیقت این عقد چه می باشد؟

جماعتی گفته اند که این عقد اصلاً باطل است.

جماعتی گفته اند که این عقد درست است از باب عاریه که عاریه عبارت است از اذن در تصرف بلا عوض.

کسانی که قائل به بطلان می باشند گفته اند که عقد اجاره را قصد کرده است که متقوم به اجرة می باشد.

مناقشه:

اینکه اجاره که قصد کرده لذا باطل است این درست نمی باشد و قصد مهم نمی باشد.

اما قول دوم که این معامله عاریه است . ببینیم که حقیقت عاریه چه می باشد و این عقد عاریه است یا خیر؟ حقیقت عاریه اذن در تصرف است که استیفاء و انتفاع او مجانی باشد اما اذن می تواند مجانی نباشد.

قصد و سوال باقری&&&

بلا عوض قید انتفاع است نه اذن. سوال این است که می گوید من خانه را اجاره دادم به انتفاع بلا عوض است می شود عاریه اگر این حقیقتش اذن بلا انتفاع نباشد عاریه نمی باشد.

ما می گوئیم اذن بلا انتفاع نمی باشد.

در بین مشهور این است که منفعت تملیک بر دار به صورت مجانی نمی باشد. ما اشکال کردیم گفتیم که شما در اجاره گفته اید که معاوضه بین اجرة و منفعت است اگر گفتید که تملیک بعوض باشد بدون عوض و مجانی هم درست است. اما مشکل این است که ما حقیقت اجاره را نمی دانیم و حقیقت سیالی دارد. حال اگر تعریف اجاره را قبول کنیم حقیقتا یا تسلما. این تملیک بعوض باشد وقتی که اجاره می دهد بلا عوض معنایش تملیک مجانی است عقد اجاره درست است اما نه به عنوان اجاره و عاریه چرا که اذن در تصرف نمی باشد اما به تملیک مجانی منفعت اگر به تملیک مجانی منفعت هم هبه بگویند این هبه است و الا عقد درستی است اما بدون اسم.

اثرش این است که اگر عاریه باشد در اثناء سال می تواند او را بیرون کند اما اگر بر می گردد به تملیک منفعة مجانا دیگر نمی تواند بین سال او را بیرون کند. در باب هبه مشهور قائل می باشند حق رجوع در هبه را دارد ماها گفتیم اگر این حق ثابت باشد شرعی است نه عقلائی و عرفی. حق شرعی در اعیان است نهایتا. الا اینکه عرفیا الغاء خصوصیت شود بین عین و منفعت. و این الغاء خصوصیت نمی شود چرا که مشهور گفته اند در اعیان اگر شخصی که هبه را قبول کرده است در عین تصرف کند نمی تواند

رجوع کن و در اینجا در اثناء سال یعنی از مقداری منفعت استفاده کرده است و تصرف کرده است لذا نمی تواند رجوع کند نهایتا قبل از استيفاء الغاء خصوصیت می کند.

خوب اگر به عنوان اجاره باطل باشد&&&

^۱ این مسئله تمام شد فقط یک کلام سید فرموده است که گفته اند: «بتحققه الانشائية فهو حاصل». یعنی فرض این است که این اجاره انشائی حاصل شده است.

این اجاره انشائی را که سید در عبارت دارند توضیح دهیم:

در بین علمای ما نظریه رایج در باب انشاء عبارت بوده است ایجاد المعنی باللفظ مثلا به بچه میگوید که برو در را باز کن شما با این انشاء معنا را در خارج ایجاد کردید یعنی این تلفظ شما به لفظ خودش طلب به حمل شایع است که طلب السعی نحو المقصود است. شما که در مقام بیع بعث الكتاب بدینار مشتری هم می گوید قبلت این بعث اینجاب است و انشاء انشاء ایجاد المعنی باللفظ معنی بیع است و بیع چیست؟ تملیک عین بعوض. خود این بعث الكتاب بدینار می شود تملیک عین بعوض بحمل شایع این را می گفتند انشاء. اما ما موارد زیادی ادریک هواقعا انشاء است اما معنا اینجاد نمی شود. مثلا به دیوار می گویم برو این کلام من انشاء است. این کلام معنا دار است که انشاء است نه خبر. آیا من با این انشاء معنا را در خارج ایجاد نکردم. چون این کلام من مصدق طلب نمی باشد. من می گویم بعث هذه المدرسة بدینار مشتری می گوید قبلت. وقتی می گویم بعث هذه المدرسة بدینار انشاء است یا خبر؟ انشاء. سوال می شود که انشاء که ایجاد المعنی باللفظ است. آیا در خارج معنا که تملیک عین بعوض صورت گرفت؟ خیر. در اینجا تملیک حاصل نشد چرا که ولایت بر فروش مدرسه ندارم. این را علمای ما تعبیر کردند استفهام و طلب و استفهام انشائی. لذا مراد از اجاره انشائی این است که انشاء اجاره می شود اما معنا ایجاد نمی شود اگر گفتم آجرتک داری بلا اجرة انشاء اجاره بود اما معنا که تملیک منفعة بعوض حاصل نشد. لذا مراد از بیع و

معاملات انشائی ایجاد الانشاء بدون ایجاد معنا می باشد. ما بجای اجاره و بیع انشائی می گوئیم انشاء الاجاره و البیع.

دقت کنید که تارة ما توصیف یا اضافه می کنیم که آن عنوان دیگر قسم آن مقسم نمی باشد مثل فقیه بی سواد که دیگر این فقیه قسم فقیه نمی باشد. &&&

یا مثل انسان بی مکان که دیگر این مصداق انسان نمی باشد. مراد از انسان بی مکان که اسمی درست می کنیم که این قسم حصه ای از انسان نمی باشد و اسم جدیدی می باشد. این خیلی مهم است که کلمات را تارة بعد از توصیف یا اضافه تارة معنایی بوجود می آید که اصلا مصداقی از آن لفظ بدون توصیف و اضافه نمی باشد.

بیع فضولی از همین قبیل است. ما دو دسته عقود داریم عقودی که قابل تصحیح است مثل اینکه فضولی گفت بیعت هذا الكتاب بدینار که اگر مالک اجازه داد همان فعل بقاء تصحیح می شود اما بعضی عقود قابل تصحیح نمی باشد مثل اینکه مجنونی در جالتن جنون معامله کرد و بعدا بعد از افاقه یا ولی آنها گفتند اجزت این فایده ندارد بلکه خود این اجزت در حکم انشاء است و از اینجا بیع حاصل می شود و بقاء بیع قبلی نمی باشد. در قبلی همان انشاء از الان موثر واقع می شود و بیع همان بیع است بخلاف دومی. اما در هر دو اگر قصد متمشی شود، انشاء المعامله می باشد اما بعضی بعد از اجاره تصحیح می شود و به بیع و اجاره تبدیل می شوند اما بعضی در حد انشاء المعامله باقی می مانند. در موارد تصحیح بالاجازه تحققش در اول است و اتصافش بعد است. این عبارت سید را معنا کردم حالا این عبارت که تمام شد وارد می شویم در فرع چهارم.

و من هنا يظهر حال الأجرة أيضا

تا اینجا در مورد عین مستأجره است که آیا مستأجر ضامن است یا خیر از اینجا در مورد اجرة است که اگر موجر اجرة را گرفته باشد ضامن می باشد یا خیر؟

فإنها لو تلفت في يد الموَجِرِ يضمن عوضها

در صورتی که مستأجر جاهل ببطلان بود.

إلا إذا كان المستأجر عالماً ببطلان الإجارة

و مع ذلك دفعها إليه

چرا که با علم مستأجر ببطلان الاجاره، وقتی اجرت را تحویل موجر می دهد، از اجرت و مالی که می دهد الغاء احترام کرده است. فرض مسئله این است که عقد باطل است حال به عنوان اجاره یا هر عقد دیگری. نه اجارتا و نه به عنوان هر عقد دیگری صحیح نمی باشد.

این شخص الغاء احترام نکرد برای تملک بلکه برای تصرف تسلیم کرده است. اگر به عنوان تملیک الغاء احترام کرده باشد موجر مالک آن اجرة می شود.

نعم إذا كانت موجودة له أن يستردها هذا

در صورتی که باقی است باید برگرداند البته در صورتی است که الغاء احترام بابت تصرف کرده باشد این حکم است اما اگر به عنوان اذن در تملک یا تملیک الغاء احترام کرده باشد، اگر موجر قصد تملک کرده باشد، دیگر ضامن نمی باشد.

&&&

چون الان که مطالبه می کند از الان دیگر الغاء احترام نکرده است. در اجاره که علم به بطلان دارد ظاهر این است که الغاء احترام در تصرف کرده است. &&& سوال رفقا در مورد هبه معوضه.

و کذا في الإجارة على الأعمال

إذا كانت باطلة يستحق العامل أجره المثل لعمله دون المسماة إذا كان

جاهلا بالبطالان

از اینجا به بعد وارد در اجاره اعمال می شود. در اینجا که می گوید که اگر عامل جاهل به بطلان باشد در اینجا بخاطر بطلان اجاره المثل را مستحق است نه اجرة المسمى را.

و أما إذا كان عالما فيكون هو المتبرع بعمله

سواء كان بأمر من المستأجر أو لا فيجب عليه رد الأجرة المسماة أو عوضها

ولا يستحق أجره المثل

ما ها قائلیم اگر کسی از ما کاری بخواهد تارة قصد عوض داریم و تار قصد مجانیت را داریم و تارة هیچ قصدی نداریم ما ها قائلیم اگر عملی را برای دیگری به خواسته او انجام دادیم قصد مجانیت هم نداریم مستأجر ضامن است دلیل سیره عقلاء است اگر کسی کاری را انجام دهد بامر شما و عامل قصد مجانیت نداشته باشد، طالب ضامن است. قصد مجانیت که شود الغاء احترام از عمل است. وقتی به طلب شخص است و لو عقد باطل است اجرة را ضامن است اما در صورت بطلان اجرة المسمى را ضامن نمی باشد بلکه اجرة المثل را ضامن است. حتی اگر این طلب در قالب عقد نباشد، باز در نزد عقلاء طالب ضامن است.

و إذا كان المستأجر أيضا عاملاً

فليس له مطالبة الأجرة مع تلفها ولو مع عدم العمل من المؤجر.

مثلاً مستأجر گفته است که من تو را برای نماز و روزه یکسال در عوض یک حبه قند اجاره کردم خوب عقد باطل است اگر بلافاصله قند را عامل خورد در این صورت حق مطالبه ندارد چرا که با علم به بطلان الغاء احترام کرده است و طرف دیگر ضامن نمی باشد و لو یک نماز و روزه هم به جا نیاورده است.

هذا تمام الكلام في المسئلة ١٦.

مسألة ١٧: يجوز إجارة المشاع

كما يجوز بيعه و صلحه و هبته...

در این مسئله مرحوم سید متعرض چهار فرع شده اند:

اما فرع اول سید این است که: اگر ما خانه ای را داریم به سه صورت می توانیم اجاره بدهیم:

تمام خانه را اجاره بدهیم.

قسمتی معین و مفروز را اجاره بدهیم.

قسمتی مشاع را اجاره بدهیم مثلاً ثلث یا ربع خانه را اجاره بدهیم که مستأجر مالک ثلث و ربع منعفت می شود و بعد در مورد کیفیت استفاده با هم به توافق می رسند مثلاً می گوید که من طبقه اول و تو طبقه دوم اما طبقه دوم را به او اجاره نداده است.

این اجاره به سیره صحیح است چرا که در سیره کما اینکه بر نحو غیر اشاعه معامله می کنند به صورت مشاع هم معامله می کنند بیع و هبه و صلح و من جمله اجاره. این

سیر مسمله است کما اینکه نسبت به اعیان معامله می کنند نسبت به اجزاء هم معامله می کنند.

انما الکلام در دو نکته است:

نکته اول:

در اجاره ی به اشاعه مصب اشاعه منفعت است یا عین؟ یکبار می گویم نصف منفعت را به نحو اشاعه به تو تملیک می کنم که اشاعه در منفعت است یکبار هم می گویم منفعت نصف مشاع خانه را به تو تملیک می کنم. مصب اشاعه در اینجا عین است. فرض کردیم حقیقت اجاره تملیک منفعت به عوض می باشد. منتها متعرض نشده اند که دقیقاً مرادشان کدام است ظاهراً بخاطر این است که ثمره عملی بین این دو نمی باشد. اما اینها که به صورت متعارف است کدام است؟

این صیغ متعارف اشاعه، اشاعه در عین است مثلاً می گویند آجرتک نصف او ربع ... داری. یا آجرتک نصف ارضی؟ که معنا این است ملکته منفعة نصف داری او ارضی.

نکته دوم:

حقیقت اشاعه چه می باشد؟ در بیع حقیقت اشاعه را بحث کرده اند که حقیقت آن چه می باشد و خیلی گیر کرده اند. فرض کنید معامله بیع است مبیع در اشاعه چه می باشد؟ خارجی است ذمی است؟ تفاسیر مختلفی است. تفسیری سابق داشتیم که از آن عدول کردیم که آن تفسیر این بود که گفتیم حقیقت ملکیت علقه ای بین ملک و مالک است عقلاء بین ملک و مالک اعتبار می کنند و تارة بین یک مملوک و بین دو مالک اعتبار می کنند به صورت معا و مجموعاً. حقیقت اشاعه به این بر می گردد. ملکیت امر اعتباری است و طرفین آن هم در دست معتبرین است.

بعد از این نظر عدول کردیم گفتیم که این نظر درست است اگر اشاعه به تساوی باشد اما اگر یکی مالک ۲۰ درصد و یکی هم مالک ۸۰ درصد خانه است مشخص

است که عقلاء بین این دو مجموعا و مملوک اعتبار ملکیت نکرده اند. چرا که در مجموع تحلیلی است و هر دو را یک مالک می بینند^۱. لذا گفتیم اشاعه به این معنا نمی تواند درست باشد بلکه گفتیم لعل این ملکیت مشاع در ابتداء پیدایش از این قبیل بوده است یعنی ملکیت مشاع به این صورت بوده است و همه تساوی داشته اند و اختلاف در ملکیت نداشته اند اما در تطور زمان این صورت عوض شده است. از آن زمان به بعد حقیقت اشاعه عوض می شود.

گفته نشود که در بالتساوی حقیقتش به همان نحو مالک مجموع باشد و در اختلاف حقیقت دیگری داشته باشد چرا که در ارتکاز ما این است که حقیقت اشاعه در هر دو یکی است.

ضمنا این با فرد مردد هم نمی خواند فرد مردد مثلا من وقتی یک کیسه از دو کیسه را می فروشم و او قبول می کند این درست است و می رویم سراغ کیسه الف ملک من بایع است و کیسه ب هم ملک من بایع است. شاهد اینکه کیسه الف ملک من است این است که اگر سرقت شد، این خسارت بر بایع است و همینطور در مورد کیسه ب. پس ملک من است اگر نبود خسارت بر من وارد نمی شد اما در عین حال احدهما لا علی التعیین ملک من است پس در خارج هر دو کیسه ملک بایع است. فرد مردد یک چیزی بین ذمه و خارج است. خوب در مشاع نصف خانه یا کیسه را فروختم در این صورت ملک مشتری در خارج است نه اینکه فرد مردد است اگر دزد نصف کیسه مشاع را برد خسارت بر هر دو وارد می شود. لذا با فرد مردد فرق می کند.

پس حقیقت مشاع چه می باشد؟ اولاً در مشاع حتما باید کسر باشد مثلا اگر خانه ای دویست متر است بگویم صد متر را می فروشم این مشاع نمی باشد معامله به صورت فرد مردد است باید بگویم: نصف، ربع، ثلث. حقیقت اشاعه مثل حقیقت فرد مردد

^۱ در مجموعی اصلا اجزاء مالک نمی باشند چرا که هیچ زمانی جزء احکام کل را ندارد و اگر درصدی یا کسری کردیم یعنی مجموع دیگر مالک نمی باشد چرا که در ملکیت مجموعی اجزاء اصلا مالک نمی باشند چرا که معنا ندارد که مجموع مالک باشد در عین حال برای اجزاء هم ما ملکیت ببینیم.

است به این معنا که فرد مردد امر موهومی است که عرف که برای آن واقعیتی می بیند و عرف بنا بر این واقعیت اقدام به معامله می کند کسر مشاع هم امر موهومی است و تعین فی الواقع و الخارج ندارد یعنی اگر از خداوند عالم بخواهیم که دور این نصف را خط بکش خدا هم نمی تواند خط بکشد اما عرف حقیقتی برای آن می بیند لذا اقدام بر معامله می کنند.

فرق بین فرد مردد و مشاع این است که عرف امر مشاع را حقیقی می بیند بخلاف فرد مردد که این را واقعی می بیند.

در عرف دائماً وقتی فرد را می گفتند نه کسر را مثلاً می گفتند یک کیلومتر و یا کیلو یا دو متر و ... به صورت فرد مردد می دانستند و خسارت را به بایع می زدند یا اگر هر دو کیسه را دزد می بردند خسارت منتسب به هر دو بود اما اگر کسری معامله می کردند در هر صورت خسارت را به هر دو منتسب می دانسته اند.

ما ها قائلیم یک ملکیت مجموعی است و یکی هم به اشاعه مثلاً کارخانه را زید و عمرو به دو صورت می توانند بخرند اینکه نصف مشاع مال زید یا عمرو باشد اما در مجموعی اینطور است که کارخانه را برای مجموع خودشان می خرند که اشاعه در مالک است یعنی نصف مشاع این خانه باز مال هر دو است بخلاف اشاعه که نصف مشاع متعلق به یکی از دو است. اشاعه در مملوک دو علقه ملکیت است است یکی بین زید و نصف زمین و یکی هم بین عمرو و نصف مشاع زمین اما اشاعه در مالک یک علقه بیشتر نمی باشد که یک طرف تمام زمین و یک طرف دیگر هم مجموع دو مالک است. که هر دو صحیح است. این واقعیت خارجی است و عقلاء هر دو معامله را دارند لذا بحث شده است که اگر دو نفر با هم پول گذاشتند و خانه را خریدند این به کدام صورت است و اثر عملی این است که اگر اشاعه در مالک باشد و معامله به صورت مجموعی است باید با هم بفروشند ملک را و یک نفر نمی تواند بفروشد اما اگر به صورت اشاعه باشد هر کسی می تواند نصف مشاع خود را بفروشد.

۱...و لکن لا يجوز تسليمه إلا بإذن الشريك إذا كان مشتركا

این فرع دوم فرع مهمی است :

اجاره مشاع به دو صورت است:

صورت اول اینکه کل خانه مال من است نصف خانه را به صورت مشاع اجاره می دهم.

فرض دوم است که من خودم نصف خانه را به صورت مشاع مالک می باشم که تمام نصف خانه را اجاره به زید می دهم.

هر دو مثال در اجاره دوم &&& است و این مثال دوم خصوصیتی دارد که سید می خواهند مشاع در این صورت را توضیح دهد و آن خصوصیت این است که چون این خانه مشترک بین من و دیگری است و بخواهم اجاره بدهم. خوب بعد از اجاره و گرفتن کلید خانه می خواهد تصرف در خانه کند سید می فرمایند می گویند که هم تسلیم خانه باید با اجاره شریک باشد و هم تصرف مستأجر.

این اجاره وضعاً و تکلیفاً صحیح است به سیره. مستأجر می شود مالک منفعت نصف خانه. حال در هنگام تسلیم عین و تصرف مستأجر نیاز به اذن شریک است. اگر اذن داد يجوز و الا يحرم و لا يجوز. در تصرف هم همینطور است.

این فرمایش مرحوم سید و مشهور و معروف بین فقهای ما.

خیلی هم محل ابتلاء است چرا که هر روز این همه آدم می میرد لذا اموالش می شود مشترک بین وراثت. خوب یکی از آنها می خواهد در این خانه تصرف کند این مسائل پیش می آید.

دلیل مشهور:

مشهور قائلند که قاعده کلی در شریعت است تصرف در ملک غیر بلا رضا حرام است. حتی در تصرفاتی که به نفع مالک می باشد مثلاً می خواهد عباى مالک را بدون اذن اتو کند یا بشوید.

لا یحل ما امرء مسلم الا بطیبة نفسه.

تصرف در مملوک مشاع دائماً مستلزم تصرف در مال غیر می باشد. چرا که مشاع افراز شده و معین و مشخص نمی باشد. امکان ندارد که شما بتوانید که در مملوک خودتان تصرف کنید بدون این که در مملوک غیر و شریک تصرف نکنید.

خوب آن قاعده کلی می آید «لا یحل مال امرء مسلم الا بطیبة نفسه».

این دلیل مشهور فقهای ماست که در جاهای مختلف فقه به آن مستلزم شده اند.

مناقشه:

ما با مشهور مخالفت کردیم. ابتداء مختار خودمان و بعد نقد کلام مشهور.

مختارنا:

ما گفتیم که تصرفات متعارفه شرکاء نیاز به اذن دیگر شریک نمی باشد. به شرطی که این تصرف متعارف متناسب با من و حصه من مزاحم او نباشد. مثلاً من ۸۰ درصد خانه را مالک می باشم و او ۲۰ درصد را من می توانم در دو طبقه خانه سه طبقه ای را تصرف کنم.

دلیل ما:

دلیلی بر عدم جواز تصرف نداریم شرعاً چرا که دلیل ما «لا یحل مال امرء مسلم الا بطیبة نفسه» انصراف دارد به تصرفات عدوانی چرا که نهی می کند از عنوانی که در نزد عقلاء دو حصه دارد قبیحه و غیر قبیحه لذا انصراف دارد به عنوان قبیحه که تصرف عدوانی می باشد. در اینجا دلیل بر حرمت چنین تصرفات متعارفی نداریم. و یا حداقل موجب انعقاد اطلاق روایت نمی شود.

تصرف غیر عدوانی یعنی تصرفی که بدون اذن دیگری باشد اما تعدی حساب نمی شود.

تطبیق در مسئله خودمان:

مسئله ما تسلیم مال مشاع است و تصرف در این مال مشاع است آیا این تصرفات متعارفه است یا خیر؟ اگر تسلیم و انتفاع از تصرفات متعارفه باشد اذن نمی خواهد و اگر از تصرفات غیر متعارفه باشد اذن می خواهد. روشن نمی باشد در عرف ما این تصرف و تسلیم متعارف باشد که احتمالا نامتعارف است. چون اصلا این نحوه معاملات خیلی نادر است که کسی مالک نصف باشد و این نصف را اجاره دهد.

اگر در تعارف و غیر متعارف شک کردیم مثل همینجا چون در اموال است ما احتیاطی هستیم و اگر مال نبود ما برائتی بودیم. که احتیاط به استیذان از شریک است. اگر کسی خمس را نداد با قطع نظر از اخبار تحلیل است که اگر این خمس ندادن سهوی باشد نه عمدی و این خمس ندادن خودش عدوانی نبود، در اینجا تصرفات متعارفه دیگران جایز است اگر چه اخبار تحلیل خودش کفایت می کند برای جواز تصرف حتی در صورت خمس ندادن عمدی. &&&

۱... نعم إذا كان المستأجر جاهلا بكونه مشتركا

كان له خيار الفسخ للشركة...

اگر من خانه را اجاره دادم و نصف خانه مال من است و نصف خانه متعلق به شریک من است که نسبت به حصه خودم اجاره درست است و نسبت به حصه شریک فضولی است و مستأجر هم جاهل به این شراکت بود.

در اینجا دو حالت است:

حالت اول:

شریک این اجاره را اجازه می دهد که اجاره دست است و مستأجر حق فسخ ندارد.

حالت دوم:

شریک اجازه نداده است که نسبت به حصه خودم درست است و نسبت به حصه شریک باطل است که سید می فرمایند در اینجا مستأجر حق فسخ دارد.

اسم این خیار خیار شرکت است.

و ذلك كما إذا أجره نصف^۱ داره فتبين أن نصفها للغير و لم يجز ذلك

الغير فإن له خيار الشركة بل و خيار التبعض

ابتداء ترسیم کنیم مسئله را:

اولا خانه را اجاره می دهیم و نصف خانه مال من است و نصف خانه مال شریک است و مستأجر جاهل به شراکت بود. آن غیر که شریک باشد نسبت به نصف خودش اجاره را اجازه نداد. در اینجا نسبت به نصف خودم که مشاع است صحیح است و نسبت به نصف مشاع شریک باطل است و مستأجر حق دارد که به خیار شرکت نصف موجر را که اجاره صحیح است، فسخ کند.

خیار شرکت:

خیار شرکت این است که مالی معاوضه شود و در مقام معاوضه بخشی از این مال منتقل شود نه همه آن. این خیار شرکت است مثل اینکه من یک فرشی که مشترک بین من و شریک است به دیگری بفروشم نه فقط حصه خودم را. بعد از معاوضه معلوم شد که همه این فرش مال بایع نیست بلکه شریکی در این فرش دارد که در این صورت نصف منتقل شد و نصف دیگر مال شریک است و یا در زمان واحد مالی معاوضه شود

^۱ نسخه استاد «نصف» را ندارد.

به نحوی باشد که نصفش به یک نفر و جمیعش را به نفر دیگر منتقل کنند مثلاً من به دو نفر وکالت دادم که این فرش را بفروشند که یکی فرش را تماماً به زید و یکی نصفش را به عمرو می فروشد که نصفش مال زید و نصف دیگر مشترک بین عمرو و زید می باشد که در اینجا فقط زید خیار شرکت دارد.

خیار تبعض صفقه:

اختلاف شده در حقیقت خیار تبعض صفقه. بنا بر یک تعریف اعم از خیار شرکت می شود و بنا بر یک تعریف دیگر مباین با خیار شرکت می شود.
معنای اعم:

خیار تبعض صفقه اموالی یا مالی معاوضه شود و تمام به طرف منتقل نشود و بخشی منتقل شود. چطور اعم است؟ موارد تعدد مال را می گیرد. مثلاً یکبار من عباى مشترک را می فروشم که نصف من منتقل می شود. و یکبار اموال مشترک را می فروشم عبائی من دارم و یک کتابی زید دارد من این عبا و کتاب را معا را به عمرو می فروشم به هزار تومان. اینجا دو مال در یک معامله معاوضه شده است. این جا خیار شرکت نمی باشد اما تبعض صفقه است. خیار شرکت فقط در یک مال است.

معنای مباین:

بعضی تعریف را مباین قرار داده اند گفته اند خیار تبعض صفقه انتقال مقداری از اموال مشترک است نه مال مشترک یعنی مال را حذف کرده اند. گفته اند انتقال اموال به دیگری که بخشی از اموال مال بایع نمی باشد مثل عبا و کتاب را مشترک بفروشم بخلاف فروش فرش.

اختلاف کرده اند که معنای خیار صفقه کدام است؟

این بحثها بی فایده است چرا که این اصطلاح است و بستگی به این دارد که چطور تعریف کنیم. اما اینکه در نظر فقها کدام معنا بوده است، نیاز به کار میدانی دارد که بی اثر و فایده است.

از کلام سید فهمیده می شود که معنای خيار تبعض صفقه، معنای اعم دارد. در اینجا دو خيار بر او صدق می کند نه اینکه دو خيار دارد. بخلاف جایی که شخصی در معامله ای مغبون شده است و کالا معیوب هم است در اینجا دو خيار دارد و اگر یکی را ساقط کرد دیگری باقی است بخلاف اینجا که یک حق است که دو تعریف بر آن صدق می کند.

اگر به ما واگذار کنند که کدام را اصطلاح کنیم می گوییم تعریف مباین بهتر است اما اینکه مراد فقهاء چه می باشد این کار میدانی می خواهد. اما مدرک خيار شرکت یا تبعض صفقه چه می باشد:

در بین متأخرین تمام خيارات - به غیر خيارات تعبدی - را به خيار تخلف شرط ارتكازی برگردانده اند که خيار شرط یعنی برای خودش جعل خيار کرده است یعنی در این معامله مبنا بر این شرط ارتكازی معامله کرده ست که در این مال شریک با کسی نباشم یا در خيار غبن و عیب من مغبون نباشم و کالا عیب نداشته باشد که اگر یکی از اینها باشد من خيار داشته باشم.

در مسئله خيار سه نظر است:

قمی ها سعی می کرده اند که به سیره تمسک کنند مثلا در خيار غبن گفته اند که عقلاء برای مغبون خيار جعل کرده اند.

نجفی ها به خيار تخلف شرط ارتكازی بر می گردانند.

بعضی هم &&& به دلیل تعبدی سعی می کردند که بر گردانند مثل در خيار غبن به ادله لا ضرر تمسک می کنند به این صورت که لزوم این عقد بر &&& مغبون حکم ضرری

نظریه اخیری در بین متأخرین منسوخ شده است عده ای عقلائی و عده شرط ارتكازی شده اند که این از موارد مشکله ای است که این عقلاء جعل این حق کرده اند یا خیر خيار شرط ارتكازی است که عقلاء امضاء کرده اند &&&.

شمره دارد در فوریت خیار که آیا فوری می باشد یا خیر؟ اگر دلیل سیره باشد باید رفت سراغ سیره بینیم که فوریت است یا خیر اما در شرط ارتکازی متعاقدين، این بسته به این شرط دارد.

ما ها شرط ارتکازی هستیم چون عق مبنای علی عدم الشرکه است لذا معنایش جعل خیار در صورت شرکت است.

سیره را قبول نکردیم چرا که عقلاء برای اموال سلطنتی قرار داده اند نسبت به مالک لذا می توانیم خیار های مختلفی &&

و لو آجره نصف الدار مشاعاً

و كان المستأجر معتقداً أن تمام الدار له فيكون شريكاً معه في منفعتها فتبين أن النصف الآخر مال الغير فالشركة مع ذلك الغير ففي ثبوت الخيار له حينئذ وجهان لا يبعد ذلك إذا كان في الشركة مع ذلك الغير منقصة له.

اگر با زید زندگی می کرد فرد خوبی بود اما الان می خواهد با شریک زندگی کند که شخصی است لا ابالی لذا موجب منقصه برای او می شود.
مراد از منقصه منقصه اجتماعی است .

در صورتی که منقصت باشد تردیدی نمی باشد که حق فسخ دارد چرا که نسبت به این منقصت مبنا بر اینکه شریکش زید باشد یا مثل زید باشد این کار را می کند که معنایش این است که اگر اینطور نباشد حق فسخ ندارد. اما اگر کسی است که موقعیتی هم دارد و موجب منقصت اجتماعی هم نمی شود اما خلق و خوی زندگی با چنین اشخاصی را ندارد.

ما ها از کسانی هستیم که این خیار را بر می گردانیم به شرط ارتکازی تارة شرط ارتکازی بر حق فسخ است که فسخ می کند و تارة شرط ارتکازی بر حق فسخ نمی باشد که حق فسخ ندارد و تارة شک می کند که این شرط ارتکازی است یا خیر؟ حال مستأجر یا موجر یا هر دو شک دارند. در اینجا باید رجوع به سیره شود که گفتیم در سیره حقی برای این شخص نمی باشد.

جمله معترضه در مورد جمله ای که ظاهراً تناقضی در آن است و خیلی بکار می برنند: شک در حجیت قطع به عدم حجیت است.. اینجا یک تناقضی به نظر می رسد که از یک طرف فرض شک کردی و در یکجا قطع به عدم حجیت است. مگر این معقول است که شک باشد و قطع به یک طرف از امر مشکوک او باشد.

این معنایش به نحو اشتراک لفظی است شک در حجیت یعنی شک در جعل و قطع به حجیت یعنی قطع به فعلیت. یعنی اگر حکمی جعل شده باشد اما برای کسی این حجیت فعلی نشده باشد. پس شک در جعل است و قطع در مجعول است. مثلاً شک می کنم که جعل حجیت برای خبر واحد شده است یا خیر که در اینصورت قطع به عدم فعلیت حجیت این خبر بر من است.. در اینجا شک در اینکه آیا شرط ارتکازی بوده است قطع است به عدم حق الفسخ. در هر صورت چه جعل شده باشد یا خیر من حق فعلی بر فسخ ندارم.

در سیره زمانی مثلاً خبر ثقه را حجت می داند که اولاً این حجیت جعل شده باشد و ثانیاً این جعل واصل شده باشد حق هم به وزان حجیت است. یعنی من شک دارم که در اول معامله این حق را برای خودم جعل کردم یا خیر این مساوق است با این که این حق را نداشته باشم چه جعل کرده باشم و چه جعل نکرده باشم. چرا که در سیره این حق برای کسی است که اولاً جعل حق شده باشد و ثانیاً این جعل به او واصل شده باشد. در اینجا این حق بر فرض جعل، به من واصل نشده است.

فقهاء در اینجا چه کردند؟ تمسک کرده اند به استصحاب. می گویند که من این خانه را اجاره کردم بعد معلوم شد که باید هم خانه با شخصی غیر موجر شوم که من

علاقه ای به هم خانه شدن با غیر موجر را ندارم. شک می کنم این شرط ارتکازی است یا یخر؟ اگر من شک کردم استصحاب می کنم بقای آن ملکیت را. یعنی چه؟ یعنی بعد از این که مستأجر فسخ کرد شک می کنم ملکیت بر آن نصف منفعت باقی است یا خیر؟ استصحاب می گوید این ملکیت باقی است. این استصحاب حکمی است.

یک استصحاب دیگر است که شک می کنیم که شرط ارتکازی بوده است یا خیر؟ استصحاب می گوید نمی باشد. به نحو استصحاب موضوعی و عدم نعتی. به این صورت که قبل از حدوث عقد این شرط نبود نمی دانیم زمان عقد حادث شد یا خیر؟ استصحاب می گوید محقق نشد.

مختارنا:

صحبت این است که آیا نوبت به استصحاب می رسد یا خیر؟ ما تفصیلی می باشیم. دقت کنید شک ما در شرط ارتکازی به دو نحو است: قسم اول این است که عرف در چنین موردی شاک است یعنی به عرف هم بگوییم خود عرف هم شک دارد که آیا در چنین عقدی شرط ارتکازی است یا خیر؟ صورت دوم این است که عرف شک ندارد من شاکم یعنی من نمی دانم که عرف قائل به وجود شرط ارتکازی است یا قائل به عدم آن می باشد.

در صورتی که عرف شک دارد یعنی خود عرف هم نمی داند که این شرط است؟ در این صورت چنین شخصی حق فسخ دارد یا خیر؟ عرفا چنین شخصی حق فسخ ندارد. یعنی به لحاظ موضوع شک دارم اما به لحاظ حکم شک ندارد که این شخص فعلا حق فسخ ندارد. به بیانی که در شک در جعل حق در بالا گفته شد یعنی شک در جعل حق مساوق است به قطع به عدم وجود حق فعلی.

در اینجا دیگر نوبت به استصحاب نمی رسد چرا که اصل عملی است و موضوع آن شک است خوب در اینجا ما شکی نداریم که عرفا و عقلاء حق ندارد.

خود احکام و سیر عقلائی خودش حاشیه دار است گاهی مثلاً شما سوال می کنید که آیا خبر ثقه حجت است می گوید بله و می گویی خبر غیر ثقه حجت است می گوید خیر می پرسیم خبر دو غیر ثقه چگونه می گوید نمی دانم. یعنی علاوه بر معانی در احکام و سیر و حسن و قبح هم حاشیه مبهم است که برای عرف حکم آن سیره یا حسن و قبح که در حاشیه مبهم است مشخص نمی باشد.

در اینجا هم اینطور است که شک می کند که شرط ارتکازی است یا خیر اما در عین حال می داند که چنین شخصی الان حق فسخ ندارد.

گفته نشود که این شرط ارتکازی شخصی است چرا سراغ عرف می رویم؟ مراد این است که در این شخص معامله و امثال این معامله آیا این شرط ارتکازی است یا خیر؟ حق عقلائی است اما منشأ این حق متعاقدين است. در این موارد شک در شرط خود عقلاء قائل به عدم حق می باشند لذا سراغ استصحاب نمی رویم.

اما در جایی که عرف حکم دارد و ما نمی دانیم که عقلاء شرط ارتکازی می دانند یا خیر نمی دانند.

اگر در نزد عقلاء باشد این حق ثابت است و اگر این حق در نزد عقلاء نباشد این حق ثابت نمی باشد.

عقلاء نسبت به من مستأجر که سیره و سلوک عقلاء را نمی دانم آیا در مورد من موقفی را دارند یا خیر؟ نسبت به من چه موقفی دارند اینطور نمی باشد که عقلاء من را به حال خودمان رها کنند. ما قائلیم که عقلاء نسبت به من موقف احتیاط را دارند که مستأجر باید احتیاط کند یعنی فسخ نکند و به فسخ ترتیب اثر ندهد و موجر هم باید احتیاط کند به این صورت که اگر فسخ کرد به آن فسخ ترتیب اثر دهد. خوب در اینجا احتیاطها با هم فرق می کند. صحبت در این است که در قبال سلوک عقلائی باید احتیاط کنیم اما سلوک شرعیمان را می خواهیم درست کنیم می خواهیم ببینیم به لحاظ شرعی چه باید بکنیم از نظر عقلائی وظیفه من مشخص است اما شرعاً باید به برکت استصحاب

باید مستأجر احتیاط کند. اما نسبت به موجر مؤمن است و اگر فسخ کرد نمی خواهد اجرة را پس بدهی. هم استصحاب موضوعی و هم استصحاب حکمی. استصحاب حکمی جاری می شود چرا که این استصحاب در نزد شارع موضوعی است و در نظر عقلاء حکمی است. حرمت تصرف مبتنی بر حق عقلائی است و من شک دارم که این حق در نزد عقلاء است یا خیر لذا می شود استصحاب موضوعی.

اما در جاییکه موجر و مالک علم دارد که این عقد اجاره باطل است در این صورت که علم به بطلان این عقد اجاره دارد با این وجود خانه را به مستأجر دارد آیا مستأجر اجرة المثل را ضامن است خصوصا که مستأجر جاهل باشد، سید می فرمایند مشکل است یعنی فتوا نداده است.

اشکال این است که وقتی که جناب موجر خودش عالم است به بطلان در این صورت از او قصد وفاء به عقد متمشی نمی شود و عقدی در کار نمی باشد و دارد الغاء احترام می کند چون می داند که منفعت خانه مال او نمی باشد. وقتی الغاء احترام کرد در این صورت دیگر مستأجر ضامن نمی باشد. بخصوص آنجایی که جاهل باشد شبیه غرور هم می باشد اگر عالم باشد به بطلان دیگر مغرور نشده است اما در صورت جهل این شبیه است.

این فرمایش سید که در مسئله احتیاط کرده است .

جمعی از فقهاء فتوا داده اند که ضامن است تمام مشکل در این است که این علم موجر الغاء احترام می باشد یا خیر؟ در اینجا ناظر به ضمان منفعت توسط مستأجر است کاری به اجرة فعلا نداریم.

کسانی که می گویند که ضامن است می گویند الغاء احترام نمی باشد این عقد باطل است یعنی عند العرف و العقلاء این عقد باطل است اما مجانی نداده است به

قصد عوض داده است اما عوضی که مشخص کرده است فایده ای نداشت و همین که به قصد مجانی نداده است عوض را ضامن است. ما هم این قول را قبول کردیم و مستأجر هم ضامن اجرة المثل است حال یا به ضمان اتلاف یا ید. اگر منفعت را استیفاء نکرده باشد ضمان تحت ید است و اگر استیفاء منفعت کرده باشد در این صورت ضمان اتلاف است.

این عبارت « لأنه بتسليمه العين إليه قد هتك حرمة ماله » علت مشکل بودن است، که می گویند که چون الغاء احترام کرده است.

مسألة ۱۸: لا بأس باستئجار اثنين دارا على الإشاعة

ثمَّ يقتسمان مساكنها بالتراضي أو بالقرعة

این مسئله مشتمل بر چهار فرع می باشد:

&&&

همانطور که شخص می تواند خانه اش را به یک نفر اجاره دهد به چند نفر هم می تواند اجاره دهد سوال این است که در این صورت که به چند نفر اجاره دهد مالک این منفعت چه کسی می باشد؟ خوب مشخص است که آن چند نفر می باشند به چه صورت؟ به دو صورت:

یکی اینکه به مجموع اجاره دهد یعنی یک طرف تمام منفعت و طرف دیگر مجموع باشد یعنی یک علقه ملکیت بیشتر نمی باشد. یعنی اشاعه در مالک باشد.

یک صورت دیگر این که دو علقه ملکیت باشد بین نصف منفعت و مستأجر اول به نحو اشاعه و یک علقه ملکیت هم بین نصف دیگر منفعت و مستأجر دیگر به نحو اشاعه.

خوب کدام محقق می شود؟

خوب هر دو امکان دارد اما &&& سرش این است که این ملکیت تبعات دارد و خود ملکیت مسئولیتی می آورد و مسئول دائماً شخص حقیقی است و شخص حقوقی نمی شود و مجموعه شخص حقوقی می باشد. شرکت هیچ زمانی مسئول نمی باشد بلکه یا مدیر یا هیئت امنا شرکت مسئول می باشد.

لذا در عرف و سیره هر دو مالک می باشند و دو علقه ملکیت است. مجموعه چون امر موهومی است و ما در خارج چیزی به عنوان مجموعه نداریم && بله مالک می شود اما مسئولیت قبول نمی کند.

در اینجا نگویید که این مجموعه مالک شود خوب در جایی که شخصیت حقوقی مالک می شود، مسئول باید ولی آن شخصیت حقوقی باشد. چرا که ما سوال می کنیم خوب ولی مجموعه چه کسی می باشد؟ اگر بگویید یکی از افراد مجموعه میگوییم عرفی نمی باشد که یکی از افراد مجموعه ولی و مسئول کارهای طرف دیگر باشد. در اینجا انحلال عرفی است ولی حقیقی نمی باشد. یکبار من کتاب را به زید و عبا را به عمرو می فروشم و می گویم بعت هذان الیهما. در اینجا انحلال حقیقی است اما در ما نحن فیه دو تملیک نمی باشد.

خوب مسئله دیگر اینکه این دو در تصرف چه باید بکنند؟

یا تراضی می کنند یا اینکه اگر تراضی نکردند مثلاً یک طبقه مزیتی دارد در این صورت سید می فرمایند به قرعه رجوع کنند.

تراضی محل کلام نمی باشد انما الکلام در قرعه است.

در باب قرعه که روش قرعه به هر شکلی باشد مهم نمی باشد مثلاً می توانند طبقه اول و دوم هر کدام، اسم اشخاص را بنویسند و در هر طبقه اسم هر کدام در آمد مال او باشد. یا با تسبیح قرار داد کنند که اگر دانه ها تسبیح زوج بود زید برود طبقه اول یا اگر فرد بود عمرو برود یا این که تاس بیاندازند که اگر این سه وجه و عدد آمد زید برود

طبقه اول و اگر سه وجه دیگر آمد عمرو برود. لذا قرعه کیفیت خاصی ندارد و به قرار داد خودشان است.

اما در قرعه دو بحث شده است:

بحث اول این است که در کجا قرعه است؟ جایی که واقع معین دارد یا خیر مال جایی است که واقع معین ندارد؟

واقع معین دارد به این صورت که عمرو و زید در مورد یک عبا اختلاف دارند و فی علم الله مشخص است که عبا مال کیست این را می گویند واقع مشتبه.

واقع نا معین که می گویند امر مشکل مثل این که طبقه اول زید بنشیند یا عمرو خوب مشخص است که منفعت طبقه اول مشترک بین عمرو و زید است واقعی نمی باشد یعنی اینطور نمی باشد که طبقه اول مال یکی باشد و عند الله مشخص است.

&&

بحث دیگر این است که عمل به قرعه جواز است یا وظیفه و تکلیف && است.

در مسئله اول گفتیم که فرقی بین امر مشکل و مشتبه نمی باشد.

در مسئله دوم گفتیم که قرعه تکلیف و وظیفه نمی باشد بلکه یکی از اقسام تراضی است.

اگر قرعه مثلاً آمد که زید در طبقه اول بنشیند این به معنای تراضی است اما در طول قرعه.

بله قرعه تارة در موضوع اثری &&& مثلاً دو نفر در سر عبا اختلاف کرده اند و هیچ کدام ترجیحی ندارد مثلاً قاضی می تواند بگوید که عبا مال زید است و یکی اینکه بگوید که من قرعه بزنم و به اسم هر کدام آمد این را به او می دهم در نظر عرف به نظر می رسد که این قضاء به قرعه عادلانه است چرا که اموری است نا خود آگاه در انسان تأثیر می گذارد چرا که در نظر فلاسفه ترجیح بلا مرجح محال است بدون قرعه حتماً

مرححات غیر اختیاری اثر می گذارد اما اگر با قرعه مشخص شد دیگر مرححات تأثیر نمی گذارد خوب در قضاء به قرعه، قضاء به عدل است.

تراضی دلیل نمی خواهد چرا که هر کسی بر مال خود سلطنت دارد.

خوب در اینجا قاضی باید به قرعه رجوع کند نه اینکه قرعه از امارات است بلکه بخاطر این که قاضی باید قضاء به عدل کند و این قرعه محقق موضوع قضاء به عدل است. در نظر عرف قضاء به قرعه قضاء به عدل است و بدون آن ناعادلانه است.

بله شارع مقدس در مواردی ترخیص داده است به کمک قرعه. مثلاً در مثال غنم اگر یک گله ی گوسفندی داریم که در میان این گله یک گوسفندی است که محرم الاکل است فرض کنید که از نظر شرعی باید از این گوسفندان اجتناب کنید اما شارع گفته است که اگر قرعه بزنید شما در بقیه مرخص هستید حال یا تسری می دهیم به غیر غنم یا تسری نمی دهیم خوب در اینجا می توانسته است که بگوید یکی را کنار بگذارید و بقیه را بخورید اما در طول قرعه ترخیص داده است. لذا اگر ما قبل از قرعه یکی را اکل کنیم در اینجا یا متجری می باشیم در صورتی که گوسفند حلال را خوردیم و یا عاصی هستیم در جایی که گوسفند حرام را خوردیم. لذا این ترخیص بعد از قرعه است. البته در روایت روشی برای قرعه ذکر شده است که اگر بگوییم که این روش فقط منحصر است تعبداً قرعه ظاهراً به صورت نصف نصف است اما اگر بگوییم از باب مثال است و تعبدی نمی باشد این قرعه به دست ماست. لذا اگر شارع قرعه را معرفی کرده است به این معنا نمی باشد که مکلف به قرعه می باشیم خیر می توانی قرعه بیاندازی اما اگر انداختی می توانی اکل کنیم و اگر نیانداختی از همه باید اجتناب کنی. فقط در یک جا قرعه واجب است و آن هم اینکه در باب قضاء باید قضاء به عدل کنی که در سیره قرعه در اینجا واجب است و اینهم به این معنا نمی باشد که شارع این سیره و عرف را امضاء کرده است خیر این قرعه محقق قضاء به عدل است.

خوب در اینجا تکلیف به قرعه نداریم بلکه باید تراضی کنند و اگر تراضی نکردند و به قاضی رجوع کردند یعنی تراضی کرده اند به حکم قاضی البته اصطلاحاً رجوع به

قاضی نمی باشد بلکه رجوع به حکم است باید در اینجا حکم باید به عدل حکم کند که در اینجا محقق قضاء به عدل باید قرعه بیاندازد. الا اینکه به تخصم کشیده شود و برای رفع تخصم به قاضی رجوع کنند در اینجا می شود رجوع به قاضی. در هر صورت قرعه محقق موضوع حکم یا قضاء به عدل است.

البته در جایی حکم به قرعه رجوع می کند که محقق قضاء به عدل باشد اگر محقق قضاء به عدل نباشد، دیگر قرعه نباید بیاندازد مثلاً در همین مثال خانه یک طرف دعوا پیرمرد و طرف دیگر جوان است قضاء به عدل این است که پیرمرد در طبقه اول ساکن شود و جوان در طبقه دوم.

لذا قرعه تارة به ترازی برمی گردد و تارة محقق موضوع است و تارة موضوع ترخیص شارع است.

خود این ترازی دو صورت دارد یکی اینکه بدون هیچ عقد و قرار دادی ترازی می کنند که حقیقت آن وعد است که لازم الاجرا نمی باشد اما در باب قرار داد و قرعه لازم الاجرا است.

و کذا يجوز استیجار اثنين دابة للركوب علی التناوب

ثُمَّ يَتَّفَقَانِ عَلَى قَرَارٍ بَيْنَهُمَا بِالتَّعْيِينَ بِفَرَسٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَإِذَا اختلفا في المبتدأ يرجعان إلى القرعة...

بنا بر مختار آقایان که امضائی هستند در سیره عقلاء && است و در این سیره این امر امضاء شده است و اگر نخواهیم از امضاء به نحو دلیل لبی استفاده کنیم به نحو دلیل لفظی می توانیم استفاده کنیم مثل اوفوا بالعقود که این آیه دلیل امضاء عقد است اگر این عقد صحیح بود این آیه شریفه این را می گیرد تا گرفت می شود امضاء اما اینها

به صحت عقد دقت نکرده بودند که دو صحت است: عقلائی و عرفیه اگر ما بخواهیم به آیه تمسک کنیم مراد صحت عقلائی است نه صحت عرفیه &&. ما ها امضائی نمی باشیم چرا که معاملات از موضوعات است و موضوعات امضاء نمی خواهد. وقتی مولا می گوید: الخمر حرام برای تشخیص خمر به مولا رجوع نمی کنیم معنای عرفیه ای خمر دارد که به هر کدام عرف خمر گفت اخذ می کنیم.

و کذا يجوز استیجار اثنین دابة مثلا لا علی وجه الإشاعة بل نوبا

معينة بالمدة أو بالفراسخ

اگر مرکب را به نحو اشاعه اجاره ندهد بلکه به نحو معین در روز یا فرسخ اجاره می دهد مثلا می گوید که روزهای زوج مال یکی و روزهای فرد مال دیگری یا می گوید که مسیر ده فرسخی فرسخهای فرد مال یکی و فرسخهای زوج مال دیگری. مثل فرسخ یک و سه و پنج ... منافعش مال زید مثلا و فرسخهای دو و چهار و شش و ... مال عمرو.

این رامی فرمایند که این اجاره درست است.

وجه صحت:

کلا عقود دو دسته می باشند: دسته ای که اثر عقد متصل به عقد است و نمی تواند منفصل از عقد باشد مثل بیع مثلا می گوید: این فرش را به تو می فروشم اما نمی تواند بگوید که می فروشم از فردا یعنی فردا ملک تو باشد. اما عقود است که می تواند اثرش منفصل باشد مثل اجاره مثلا ماشین را در روز دوشنبه اجاره می دهد برای جمعه این شخص از روز دوشنبه مالک منفعت روز جمعه می شود این اجاره درست است. دلیل این صحت، سیره عرفی و عقلائی است. یعنی این دو قسم عقود در عرف و عقلاء می باشد مثلا در سیره ازدواج نمی تواند اثرش مال بعد باشد اما در سیره بعضی از عقود

این اثر را در بعد می پذیرد. مثلاً خانه را در سال ۹۵ برای سال ۹۷ اجاره می دهد که مستأجر از همان زمان عقد اجاره مالک منفعت سال ۹۷ می شود.

در جایی که تأخیر جایز است تناوبی هم جایز است مثلاً خانه را اجاره می دهد برای سه سال اما سه سالی که از هم جداست مثل سال ۹۴ و ۹۶ و ۴۰۰ این هم جایز است. پس در اجاره اتصال و تعاقب لازم نمی باشد. مثلاً این اتاق را تا آخر سال در روزهای جمعه اجاره می دهند. دلیل همه این ها سیره است.

اما این که چرا سیره در این موارد قبول می کند اما در بیع قبول نمی کند این سرش این است که این اجازه در امور متدرج الوجود است مثل منفعت بخلاف آنجائیکه متدرج الوجود نمی باشد و وجود ثابتی دارد مثل عین.

بعضی از عقود هم بین فقهاء اختلاف شده است که اینها انفصال و عدم تعاقب را می پذیرد یا خیر؟ مثل عقد موقت که آیا زمان عقد موقت باید متصل باشد و یا می تواند به صورت تناوبی باشد مثلاً عقد موقت بخواند برای روزها جمعه به طوریکه در روزهای جمعه محرم باشد و در دیگر روزها محرم نباشد. ما از کسانی هستیم که گفتیم نمی شود لذا باید متصل باشد و تعاقبی باشد. اینکه مانعی وجود دارد و نکته ای دارد که با وجود اینکه متدرج الوجود است با این حال نمی شود انفصلاً و غیر متعاقب این عقد محقق شود.

گفته نشود که ملکیت منفصله در بیع هم می باشد که مثالش عقد فضولی است خیر در آنجا هم اثرات وضعی از زمان عقد حاصل می شود و اثرات تکلیفی آن در بعد از اجازه بار می شود. لذا باز عقد از حین العقد محقق می شود وضعیاً نه از زمان بعد از عقد که زمان اجازه باشد. مثلاً اگر خانه ای فضولیا به فروش رود و قبل از زمان امضاء و اجازه مالک خریدار بمیرد و بعد فرزندش بمیرد و بعد امضاء شود در اینجا فرزند از پدر ارث می برد اما تصرفات در آن حرام است تکلیفاً &

و کذا يجوز إجارة اثنين نفسيهما على عمل معين على وجه الشركة

كحمل شيء معين لا يمكن إلا بالمتعدد

از اینجا به بعد اجاره بر عمل است.

دو نفر را اجیر می کند که این یخچال را مثلاً ببرند داخل منزل در اینجا چه اتفاقی می افتد اگر یادتان باشد که در اجاره بر اعمال، عمل را ما فی الذمه به دیگری تملیک می کند متساجر مالک عمل در ذمه عامل و اجیر مالک اجرة می شود در ذمه مستاجر.

در اینجا چه اتفاقی می افتد؟ گفتیم ذمه متقوم به شخص است در بین عقلاء ذمه افراد عدیده نداریم^۱ ذمه این دو نفر یا چند نفر ما نداریم. بلکه هر کسی یک ذمه اعتباری دارد که مربوط به خودش است برای چند نفر یک ذمه اعتبار نمی کنند پس جناب مستاجر مالک عمل در ذمه اجیرها می شود. وقتی مستاجر مالک ذمه ها می شود در ذمه زید و عمرو و اجیر چه می باشد؟ تارة اجیر می شود که زید با عمرو این را به داخل ببرد. به نحوی که اگر عمرو نیاید و کسان دیگر بیایند این شخص یعنی زید وظیفه ندارد که این عمل را انجام دهد. در اینجا یعنی عمل بر ذمه این شخص است که با مشارکت عمرو انجام دهد^۲ و بعد که عمرو نیامد کشف می شود که اجاره از اول باطل بوده است.

اما تارة عمل به این صورت است که بر ذمه این شخص که اجیر شده است که این کالا را با دیگری را داخل ببرد در این صورت اگر عمرو نیامد باید با کس دیگر این کار را انجام دهد و اگر کسی نبود کشف می شود که قدرت نداشته و اجاره باطل بوده است. لذا در اینجا چند نفر صاحب ذمه نمی شوند.

^۱ یعنی چنین امری را عقلاء اعتبار نکرده اند اما اگر اعتبار می کردند مانعی نبود.

^۲ کما اینکه ذمه عمرو هم مشغول است به اینکه این کار را با زید انجام دهد.

نکته دوم این است که ذمه اشاعه بر نمی دارد مثلاً من و زید مالک یک پولی هستیم به نحو مشاع و مشترک. این صد هزار تومان را به بکر قرض می دهیم. وقتی مال مشترک را به بکر قرض دادیم در عالم دین چه اتفاقی می افتد که بکر مدیون می شود. مدیول چه کسی است؟ مدیون من؟ مدیون زید؟ مدیون مجموع؟ مدیون به دو نفر؟ تا مال به ذمه نمی رود اشاعه از بین می رود وقتی که در ذمه رفت جناب زید مالک پنجاه هزار تومان در ذمه بکر است و من مالک پنجاه هزار تومان در ذمه بکر می باشم. که در مطالبه و اداء اثر وضعی دارد ما مالک صد هزار تومان بودیم به اشاعه بعد از قرض هر کدام مالک ۵۰ هزار تومان در ذمه بکر می باشیم. &&& اما اگر این صد هزار تومان را با عبا معاوضه کنند و قرض ندهند این عبا مال هر دوی ما است به نحو اشاعه. حتی اگر صد هزار تومان با دو کتاب معاوضه شود و هر دو کتاب عین هم است یعنی دو جلد کتاب خریدند که هر کدام به طور مشاع مال هر دو است.

یا اگر عبا ی ندوخته که مثلی است و این را با پول مشترک معاوضه کردیم و غاصبی آن را تلف کرد در ذمه شخص غاصب یک مثلی به صورت مشاع می باشد. اما اگر عبا قیمی را تلف کرد به هر کدام پنجاه هزار تومان بدهکار است و لذا ذمه در قیمیات اشاعه بر نمی دارد و در مثلیات و اعیان که به ذمه می آید ذمه اشاعه بر می دارد. && از مسئله قرض به بکر دوباره بازبینی شود

مسألة ۱۹ : لا يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد على الأقوى

فيجوز أن يؤجره داره شهراً متأخراً عن العقد بشهر أو سنة سواء كانت

مستأجرة في ذلك الشهر الفاصل أو لا...

این فرع اول است: مرحوم سید می فرمایند که می شود که خانه را اجاره داد و با فاصله از زمان عقد باشد که این فاصله می خواهد به ماه باشد یا سال باشد و فرق نمی کند که در این زمانی که فاصله شده است به کسی اجاره داده باشد یا خیر در ملک خود مالک باشد.

توضیحی در مورد عبارت:

سید فرمود: « **سواء كانت مستأجرة في ذلك الشهر الفاصل أو لا** »

مرحوم سید دو فاصله ذکر کرده بودید شهر و سال اما چرا فقط شهر را گفت؟

دو جواب می توان دارد:

این شهر از باب مثال است و در مورد سال هم اینطور باشد می توانست سنه یا هر دو را می گفت.

جواب دیگر این است که که سنه را منصوب بخوانیم که این سنه عطف بر شهر اول باشد یعنی یک سال یا یک ماه اجاره دهد و فاصله این اجاره یکساله یا یکماهه با عقد یکماه باشد. اگر مجرور بخوانیم معایش این می باشد که یکماه اجاره دهد اما فاصله با عقد یکماه یا یکسال باشد و شهر از باب مثال باشد.

اینها معتقد می باشند که حقیقت اجاره تملیک منفعت به عوض می باشد در نظر فقهاء کسی که مالک عین می باشد مالک منفعت است تا ابد. اما ملکیت کتاب زمان بردار نمی باشد چرا که زمان مقدار یک حرکت است و عین حرکت ندارد که گفته شود کتاب فردا ملک من است بله ابدی می توان گفت یعنی این کتاب &&& منفعت زمان بردار می باشد و می تواند این زمان متصل به زمان عقد نباشد و این دلیلش سیره است. مثلاً می گوید که منفعت روز جمعه این خانه مال تو تا آخر سال. دلیل او فوا بالعقود امضائش را ثابت می کند.

ما یک سیره داریم و دلیل امضاء داریم و یک اصل عملی داریم. در اوفوا بالعقود^۱ سوال شده است این در نظر مشهور است نظر ما این نمی باشد. عقد احتمالی که در آن است اعم از صحیح و فاسد باشد که این احتمال نمی باشد که شارع بگوید که به عقد فاسد و صحیح عمل کن. پس عقد صحیح می باشد مراد کدام صحت است؟ شرعی، عرفی، عقلاء؟ گفته شده است که مراد صحت عند العقلاء می باشد. اگر عقدی در نزد عقلاء باطل بود این اوفوا بالعقود آن را نمی گیرد. لذا سراغ اصل عملی می رویم که اصاله الفساد می گوید که عقد باطل است. و مدرکش استصحاب است که تقریباتی دارد که نمی دانیم که شارع این عقد را امضاء کرده است یا خیر؟ می گوئیم امضاء نکرده است. یا می گوئیم که نمی دانیم که این منفعت از ملک مالک خارج شد یا خیر؟ می گوئیم خارج نشده است. اصاله الصحة مال شبهات موضوعیه است و اصاله الفساد در شبهه حکمیه است و در ما نحن فیه شبهه حکیمه است. &&& مراد آقایان از منفعت، صلاحیت و قابلیت می باشد.

ما امضائی نمی باشیم و همینکه عقد صحیح عند العقلاء باشد، آثار شرعی عقد صحیح بر آن جاری می شود چرا که معاملات از قبیل موضوعات است مثلاً زمانی که می گوید شارع حرم الرباء مراد از رباء همان رباء عرفی می باشد یا حرم شرب الخمر این مراد حرمت شرب خمر عرفی می باشد نه خمر و رباء شرعی.

بنا بر نظر ما که در عقد اجاره تأمل داشتیم که حقیقت آن چه می باشد اگر قبول کردیم که تملیک منفعت است این صلاحیت امر موهومی است که الان موجود می باشد که شما نمی توانید منفعت فردا را امروز استیفاء کنید الان موجود است اما فردا می توانید استیفاء کنید.

^۱ سیره ای که دلیل امضائش روایت است، این سیره نیاز ندارد نزدیک به زمان معصوم^{علیه السلام} باشد بلکه همینکه روایت شامل آن شود و اطلاق لفظی یا عرفی داشته باشد این امضاء این سیره را شامل می شود مثلاً اگر در زمان بعد از معصوم^{علیه السلام} عقدی آمد و قائل به اطلاق لفظی یا عرفی «اوفوا بالعقود» نسبت به آن عقد شدیم این کفایت می کند برای امضاء این سیره. این طور هم نمی باشد که به صورت کلی گفته شود که همینکه این عقد زمان معصوم^{علیه السلام} نبوده است، روایت اطلاقی ندارد که شامل این عقد شود خیر در روایت عناوینی آمده است عرفی که ممکن است به مناسبت حکم و موضوع شامل عقود زمان بعد از معصوم^{علیه السلام} شود و امکان دارد نشود.

و دعوی البطلان من جهة عدم القدرة على التسليم كما ترى إذ التسليم

لازم في زمان الاستحقاق لا قبله

یک شبهه ای را ایشان مطرح می کنند که واضح البطلان است و آن شبهه این است که من که نمی توانم منفعت فردا را تسلیم کنم لذا عقد اجاره باطل است چرا که قدرت بر تسلیم شرط صحت معامله است جوابش این است که تسلیمی که شرط صحت می باشد تسلیم در ظرف استیفاء یا استحقاق است و الا اگر متصل به عقد هم باشد من قدرت بر تسلیم منفعت یکساعت بعد ندارم گفته نشود که در اینجا قدرت بر تسلیم عین را دارید چرا که در اجاره متأخر هم من قدرت بر تسلیم عین را دارم مراد قدرت تکوینی است نه قدرت تشریعی لذا اگر در اجاره شخص دیگری هم باشد، من قدرت تکوینی تسلیم دارم و لو شرعا نمی توانم چرا که در اجاره دیگری است.

هذا ولو أجره داره شهرا وأطلق انصرف إلى الاتصال بالعقد نعم لو لم

یکن انصراف بطل

دقت کنید که مرحوم سید فرمود که می تواند متصلا و منفصلا اجاره دهد اگر مدت را مشخص کرد اما ابتداء و انتهاء را مشخص نمی کند ایشان می فرمایند که تارة منصرف است به متعارف که مثلا متعارف این است که از زمان عقد ابتداء آن می باشد لذا قبول او قبول همین روال متعارف می باشد. مثلا ساعت یازده آخرین جزء عقد محقق می شود یکسال آن می شود، یکسال که در عقد اجاره متعارف است مثلا اگر دقی است یا ساعت یازده یکسال دیگر یا اگر متعارف این طور می باشد که ساعت دوازده روز قبل است اینطور می باشد.

اما اگر ظهوری و انصرافی نداشت عقد باطل است. چرا که مقوم انشاء ابراز است مراد از ابراز گفتن یک لفظ نمی باشد معنایش این است که لفظ گفته شود و ظهور داشته

باشد لذا چون انشاء محقق نشد و فرض این است که اجاره از انشاءات است انشاء که مقومش ابراز است محقق نشده است و اجاره هم که یک عقد انشائی است هم محقق نشده است لذا اگر بگویید که من خانه را برای چند روز اجاره می دهم یا بگویم که من به تو دو روز اجاره می دهم و ابتداء و انتهایش را بعدا می گویم این عقد اجاره محقق نمی شود مگر اینکه کلی در معین است این درست که بگویم به دو روز در یک ماه آینده یا هفته آینده، اجاره داده ام و تعیین آن دو روز به ید موجر یا مستأجر می باشد.

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.

^۱ سه شنبه ۹۵/۱۰/۲۸

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.

ابتداء 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 قصّرین 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 مولی است و فرقی این است که مولویت ذاتی دارد مثل دیگری مولی در طول جعل نمی باشد. پس ما که می گوئیم 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 مولی 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 درعین حال گفته باشد که در تصرف در این مال از خالیدی 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. بله 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 ضامن 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 فرقه 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.

^۱ وجه عدم ضمان: ضمن یک حکیم است عرفی و عقلانی وقتی م یگویم ضامن نیم باشد یعنی عرفاً و عقلاً ضامن نمی باشد.

ما از کسانی بودیم که اگر بخواهیم بگویم 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 حیازه 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 گوئیم.

^۱ چهارشنبه ۹۵/۱۱/۰۶.

شرط ضمن عقد به دو قسم تقسیم می شود:

شرط فعل و یکی هم شرط نتیجه.

شر 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.

^۱ 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.

^۱ 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 نبری 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 می گوید که این فرش را به تو می فروشم 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 نمی باشد شرط ضمان احکام عقلائی یا شرعی است و احکام عقلائی و شرعی در درست دیگری انسان نمی باشد مثلاً نمی توان گفت که من این را به تو می فروشم به شرط این که خون طاهر باشد. ایشان گفته اند که ضمان یک شرط عقلائی یا شرعی است و در قدرت مستأجر و ماجر نمی باشد.

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 نمی باشد اما من می توانم این ملکیت را ایجاد کنم همینکه گفتم این مال را به تو می فروشم این ملکیت را ایجاد کردم. کاری کنم تسبیب کنم این ملکیت ایجاد شود. ضمان هم مثل ملکیت می خواهم به نفس شرط کردن این ضمان حاصل شود. مثل این که در بیع گفت شود که این مال را به تو می فروشم به شرط اینکه این عبا را به ملک من در آوری این را مرحوم خوئی قبول کرده اند که ضمان می آید &&&. این دو شرط را از مرحوم خوئی قبول کردیم اما در ما نحن فیه تطبیق نمی شود. 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 می باشد.

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^۱ 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^۱.

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^۲

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

^۱ 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.

^۲ 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

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

ثمَّ هذا إذا كانت الإجارة صحيحة

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

الموَجِّرُ 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 الى مقتضى 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 غیری 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 الثاني: كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن 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 يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» که این اصل قاعده است و عکس آن عبارت باشد از: «كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن 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 الان 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.^۱

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 تعبدی نمی دانیم کاملاً امضاء روش عقلائی می باشد.

وجه چهارم:

^۱ 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 مبنیاً 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 يضمن العين التي للمستأجر بيد 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.

العين التي للمستأجر بيد المودر الذي أجر نفسه لعمل فيها كالثوب أجر

نفسه ليخيطه أمانة فلا يضمن تلفها أو نقصها إلا بالتعدي أو التفريط أو

اشتراط ضمانها على حذو ما مر في العين 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 الطَّعَامُ فَعَلَيْهِ قَالَ جَائِزٌ قُلْتُ إِنَّهُ رَبَّمَا زَادَ الطَّعَامُ قَالَ فَقَالَ يَدْعِي الْمَلَّاحُ أَنَّهُ زَادَ فِيهِ شَيْئاً؟ قُلْتُ لَا قَالَ هُوَ لِصَاحِبِ الطَّعَامِ الزِّيَادَةُ وَ عَلَيْهِ النُّقْصَانُ إِذَا كَانَ قَدْ اشْتَرَطَ^۲ ذَلِكَ^۳.

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 کشتیان 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 القاعده گفتیم که شرط درست است اما اگر گفتیم که علی القاعده 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 کثیرا مشایخ این افراد را نقل می کند اما در کتاب رجال این ها 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^۱ ذَلِكَ^۲ » 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 &&&

^۱ ای المستأجر.

^۲ 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 ورجعت الأجرة بتمامها أو بعضها إلى

المستأجر بل لو أتلّفها مالکها المستأجر كذلك أيضا ...

اگر قبل از عمل یا اثناء عمل پارچه تلف شد مثلا 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 لضمانه 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 لضمانه» موجب لضمانه 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^۱ 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.

^۱ 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.^۱

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.^۲

^۱ 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.

^۲ 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^۱ هم ضامن نمی باشد. لذا نسبت به عین و منافعی 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

^۱ 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 بعدا 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 اتفاقا 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 مثلا 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

۱ چهارشنبه ۹۵/۱۱/۲۷.

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 ضامن 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 عقدا جاره 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.

&&&^۱

^۲ 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

^۱ سه شنبه ۹۵/۱۲/۰۳.

^۲ 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.

^۱ 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^۱ لمتعلق العمل بمنزلة استيفائه لأنه يأتلافه إياه فوت على نفسه المنفعة ففرق بين أن يكون العمل في ذمته^۲ أو يكون منفعته الكذائية للمستأجر^۳ ففي الصورة الأولى التلف قبل العمل موجب للبطلان و رجوع^۴ 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:

^۱ چهارشنبه ۹۵/۱۲/۱۸.

^۲ ای المالك و المستأجر.

^۳ که این فرض اول است که اجیر عمل در ذمه را تملیک می کرد.

^۴ که این فرض دوم است که اجیر منفعت خودش را به مستأجر تملیک کند.

^۵ 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^۱ 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.

^۱ 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 المسمی 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 المسمی را کامل بدهد. این در سیره می باشد.

هذا تمام الكلام فی المسئلة الاولى.

مسألة ۲: المدار في الضمان على قيمة يوم الأداء

في القيميات لا يوم التلف و لا أعلى القيم على الأقوى

گفتیم که اگر جناب اجیر یا مستأجر تعدی یا تفريط 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.

^۱ 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.

^۱ سه شنبه ۹۵/۱۲/۲۴.

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 اين 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.

①@ 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 في 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.

^۱ 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 وَلَادٍ الْحَنَاطِ 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 وَرَجَعْنَا إِلَى الْكُوفَةِ- وَكَانَ ذَهَابِي وَمَجِيئِي خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَأَخْبَرْتُ صَاحِبَ الْبَغْلِ بِعُذْرِي وَارَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ مِمَّا صَنَعْتُ وَأَرْضِيَهُ فَبَدَّلْتُ لَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَتَرَضَيْنَا بِأَبِي حَنِيفَةَ فَأَخْبَرْتُهُ بِالْقِصَّةِ وَأَخْبَرَهُ الرَّجُلُ فَقَالَ لِي مَا صَنَعْتَ بِالْبَغْلِ فَقُلْتُ قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ سَلِيمًا قَالَ نَعَمْ بَعْدَ خَمْسَةَ 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 وَرَكِبَهُ 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^١- 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 عَافُهُ 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^٢ 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 رَضِي 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^٤.

١ (١) - لا يخفى أن أبا حنيفة استدلل هنا باصالة البراءة والاستصحاب ونحوهما، "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 وقيمة 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 يَوْمٍ خَالَفْتَهُ^۱

«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.

^۱ 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.^۱ 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:

^۱ 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 نوعا 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 تماما 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 مطلقا حجت باشد یا نباشد بلکه بعضی اوقات حجت است و بعضی اوقات حجت نمی باشد. مثلا در امور هامة حجت نمی باشد و اینکه کجا ها مهم است و کجا مهم نمی باشد را قبلا توضیح دهیم. یکی از موارد امور هامة 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 هامة 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.

^۱اینکه 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، تالف 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 شماس است 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 کرده اند 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 غالباً مثل هم در نمی آید را قیمی می بیند اما فرش ماشینی که غالباً 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 عرفاً 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 اصلاً 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 صحیحی 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:

۱ سه شنبه ۱۳۹۶/۰۲/۰۹

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^۱ کما اینکه در روایت است مطل 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.

^۲ اجرت ما بین غصب و تلف را باید بدهد اگر اجرتی داشته باشد &&&

^۱ 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.

^۲ 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 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. مثلا 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 بیايد 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 فیه 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 فیه 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.

^۱ 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 فیه دو تقریب دارد:

تقریب اول:

^۱ چهارشنبه ۹۶/۰۲/۲۷.

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